

על הפּשֶׁל המשפטי המוכנה באבחון "טובת הילד" באמצעות מערך שירותי הרווחה

ישראל צבי גילת*

- א. "טובת הילד" – אמורפיה משפטית?
1. האומנם שיקול "טובת הילד" אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר?
 - (א) הפער בין לשון המחוקק לבין ההעצמה של "כוונת המחוקק" בפסיקה
 - (ב) יחסיותו של שיקול "טובת הילד" לעומת "זכויות ההורים" ו"זכויות הילד"
 - (ג) "טובת הילד" – תוכנה המשתנה של ה"אפוטרופוסות"
2. שני גווניה של "טובת הילד": המקסימליסטית והמינימליסטית
 - (א) ביצוע פסק דין של משמורת
 - (ב) החזרת קטין שנחטף מחוץ למדינת מגוריו הקודמים
 - (ג) סמכות כללית לנקוט אמצעי שמירה
 - (ד) מינוי אפוטרופוס נוסף על ההורה בשל "סיבה מיוחדת"
 - (ה) הכרזת קטין כ"נוזק" ותוצאותיה
 - (ו) הכרזת קטין כ"בר אימוץ"
- ב. המסוגל פקיד הסעד לגלות את עיני בית המשפט מהי "טובת הילד"?
 - ג. על ההפעלה הלא נאותה של פקידי הסעד על ידי ערכאות השיפוט המתחרות
 - (א) הדיכוטומיה בין פקידי הסעד השונים בשאלת גילוי "טובת הילד"
 - (ב) הדיכוטומיה בהפעלת צווי חירום על ידי פקידי הסעד השונים
- ד. הפרספקטיבה המשפטית של "ועדות ההחלטה": כשלים מובנים
 - (א) "ועדת ההחלטה": פעולות בלא עיגון בחוק או בתקנות
 - (ב) אי-הפעלה של "כללי צדק טבעיים" ב"ועדות החלטה"
 - (ג) אי-שילובם הנכון של פקידי הסעד ב"ועדות ההחלטה"
 - (ד) הפעלתן של "ועדות החלטה" בחוסר שקיפות
 - (ה) שליטתן הלא ראויה של "ועדת ההחלטה" על פקידי הסעד
 - (ו) הכשלתם של חברי "ועדת החלטה" בשל נוכחותם של פקידי הסעד
 - (ז) האומנם "ועדת ההחלטה" ראויה לשמה?
 - (ח) יציגותם של הקטין ומשפחתו ב"ועדות ההחלטה" ונימוקיה
 - (ט) חוסר התאמתן של "ועדות הערר" והיעדרן של עלות ערר
 - (י) האומנם "ועדת ההחלטה" אוטונומית?
 - (יא) עיגון בחקיקה של יחסי "ועדות ההחלטה" עם ערכאות השיפוט

* דוקטור, מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

- ה. מידת הפיקוח על נאותות הליכי הבירור של "טובת הילד" בשירותי הרווחה
1. אמצעי הפיקוח הקיימים על פעולתם של שירותי הרווחה בתחום אבחון "טובת הילד"
 - (א) הרשאי שר הרווחה לבטל החלטה שיפוטית בשל "טובת הילד"?
 - (ב) "זכות העמידה" של השר ויועציו להביע דעה המנוגדת להמלצות פקידי הסעד
 - (ג) הרשאי פקיד סעד להימנע מלמסור לשר מידע על אודות טיפולו בקטין?
 2. אמצעי הפיקוח הראויים על פעולתם של שירותי הרווחה בתחום אבחון "טובת הילד"
 - (א) הקמתה של "נציבות קבילות"
 - (ב) הארכיבר – האחראי לרישום
 - (ג) כינונה של מועצה מדעית
- ו. אפילוג: בירור "טובת הילד" – האומנם מקדש את כל האמצעים? **

** מאמר זה נכתב בהשראתה של "הוועדה לקביעת סמכות ועדות החלטה" ודרך התנהלותן מול פקידי הסעד למיניהן, שהייתה לי הזכות לעמוד בראשה (להלן במאמר: ועדת גילת). ועדת גילת מונתה על ידי שר העבודה והרווחה בדצמבר 2001 ומסקנותיה הוגשו לשר בנובמבר 2002. חברי הוועדה היו: ד"ר ז'אק אייזנברג, מומחה לפסיכיאטריה של ילדים ונוער, מנהל מרפאה בבית החולים הרצוג בירושלים; פרופ' רמי בנבנישתי, מבית הספר לעבודה סוציאלית של האוניברסיטה העברית בירושלים; ד"ר משה ברבי, מרצה בכיר למתמטיקה ולחקר ביצועים בבית הספר לכלכלה ולמינהל עסקים של אוניברסיטת בר-אילן; עו"ד שושנה גלס, כיהנה כמזכ"ל לשכת עורכי הדין ויו"ר ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין; מר עמוס דניאל, יועץ מיוחד לשר בענייני רווחה; ד"ר אסתר הרצוג, ראש החוג למדעי החברה במכללה האקדמית בית ברל, חוקרת עמיתה במוסד בריטניה; מר מרדכי (מוטי) וינטר, ראש האגף לילד ונוער באגף לשירותים חברתיים ואישיים של משרד העבודה והרווחה; ד"ר אהרן יורק, מרצה בכיר בבית הספר לעבודה סוציאלית של אוניברסיטת בר-אילן, בעברו כיהן כיו"ר מועצת העובדים הסוציאליים בישראל (1997-1998); עו"ד יעקב (קובי) סגל, עיתונאי; מר צבי סלנט, כיהן בעבר כפקיד סעד מחוזי לסדרי דין במחוזות ירושלים והדרום; עו"ס אסתר (אתי) פרץ, בעבר יו"ר איגוד העובדים הסוציאליים בישראל; פרופ' אבנר חי שאקי ז"ל, מבית הספר למשפטים של המכללה האקדמית נתניה, כיהן כחבר כנסת ושר לענייני דתות ושימש כפרופ' אורח ב-School of Law, York University בטורונטו, קנדה; עו"ס שמעון תאג'ורי, שימש נאמנה ובמסירות רבה כמרכז הוועדה.

לפני הוועדה הופיעו מומחים ואנשי הפקידות הבכירה של משרד הרווחה (לפי סדר הופעתם): עו"ד בתיה ארטמן, היועצת המשפטית של משרד הרווחה; ד"ר מאלי מאסס, מרצה בכירה (בדימ). בבית הספר לעבודה סוציאלית של האוניברסיטה העברית בירושלים; כב' השופט (בדימ) אלי שרון, לשעבר סגן נשיא בתי משפט השלום לנוער; ד"ר שבתאי נוי, פסיכולוג קליני וחינוכי, מומחה לטראומה נפשית; גב' דינה שלום, מפקחת ארצית על תחום הקהילה בשירות הילד והנוער; גב' שלוה לייבוז'ק, מפקחת ארצית לאומנה, שירות ילד ונוער ומרכזת השמה ארצית; גב' מרים פבר, פקידת סעד ראשית לחוק הנוער; גב' טלל דולב, מנהלת מחקר בתחום ילדים ונוער, מכון ברוקדייל; גב' אלה בלאס, מנהלת השירות למען הילד, פקידת סעד ראשית לחוק אימוץ ילדים; גב' אורנה הירשפלד, פקידת סעד ארצית לחוק אימוץ ילדים; כב' השופט (בדימ). אברהם שיינפלד, לשעבר נשיא בתי משפט השלום לנוער; גב' חנה סלוצקי, פקידת סעד ארצית לחוק הנוער; עמנואל מארקס, פרופ' (אמר). במחלקה לסוציולוגיה באוניברסיטת תל-אביב, חתן פרס ישראל; גב' אורית מוסל, מרכזת נושא חוק הנוער במינהל השירותים החברתיים של עיריית תל-אביב יפו; גב' ברוריה כץ, מנהלת תחום ילד ונוער ומשפחה במינהל השירותים החברתיים של עיריית תל-אביב יפו; גב' עדנה שטרית, יו"ר תא פקידי הסעד לחוק הנוער באיגוד העובדים הסוציאליים; גב' צפורה לפלר, מנהלת המחלקה לילד ונוער בעיריית ירושלים; גב' רות מטות, פקידת סעד עירונית לחוק הנוער, מנהלת היחידה לילד בסיכון במחלקת ילד ונוער ומשפחה

א. "טובת הילד" – אמורפיה משפטית?

1. האומנם שיקול "טובת הילד" אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבכו באיזה שהוא שיקול אחר?

(א) הפער בין לשון המחוקק לבין ההעצמה של "כוונת המחוקק" בפסיקה השופט המנוח משה זילברג בפרשת שטיינר נ' היועמ"ש כתב את הדברים הבאים:

"מבחן טובת הילדים, לדעתי, לא ימלט בו אחד מן השניים: או שאינו שיקול רציני כלל או שמתחשבים בו ובו בלבד. פשרה לא תתכן כלל: הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבכו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרומם המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית – ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים – כי הילד אינו 'אוביקט' של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים אלא הוא עצמו 'סוביקט', הוא גופו 'בעל דין', בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני 'זכות' של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו. לכן צדק המחוקק הישראלי בקבעו – וזהו לדעתנו מובנו הנכון של סעיף 3(ב) – כי טובת הילדים תהא השיקול הסופי והמכריע הן בהתנגשה עם זכות האפוטרופוסות האמורה בסעיף 3(א) והן בהתנגשה עם הוראות חוק זה..."¹

במקום אחר פקפקתי בנחרצותו של השופט זילברג ובייחוד בפרשנותו לתפיסת "חכמי ישראל זה עידן ועידנים"². לענייננו, אחזור בראשי פרקים, מדוע אין הדבר כן במשפט הנוהג בישראל:

בעיריית ירושלים; גב' רונית צור, פקידת סעד ראשית לחוק הסעד סדרי דין; גב' יעל הרמל, מנהלת המחלקה לרווחת הפרט והמשפחה, לשעבר פקידת סעד ראשית לחוק הסעד סדרי דין; מר חיים פוזנר, לשעבר מנהל המחלקה לשירותים חברתיים ואישיים; חבר הכנסת הרב שלמה בניזרי, לשעבר שר העבודה והרווחה.

כאמור, המאמר הוא פיתוח וביסוס הרעיונות שהבעתי בקצרה בנספח למסקנות ועדת גילת. הנני מודה לכל חברי הוועדה ולמוזמנים שהשתתפו בדיוניה שחשפו לפניי אמונות, דעות ומעשים בתחום יישום עקרון "טובת הילד", לידידי בנפש, עו"ס שמעון תאג'ורי וד"ר יאיר רונן מבית הספר לעבודה סוציאלית באוניברסיטת בן גוריון, לקורא האנונימי החיצוני לד"ר יהושע (שוקי) שגב, סגן העורך ומר ירון קיזנר חבר המערכת. אין צורך לומר כי הגיונותיי ומסקנותיי המובעים במאמר הם באחריותי בלבד.

1 ע"א 209/65, פ"ד ט 241, 242. ההדגשות כאן ובכל מקום אחר הן שלי (יצ"ג) אלא אם כן נאמר אחרת. בגישה זו של השופט זילברג תמך אבנר חי שאקי ונתן לה מבע "הופלדיאני", במאמריו: 'זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים' עיוני משפט ט (תשמ"ג) 59, ו"אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על יישום עקרון טובת הילד" עיוני משפט י (תשמ"ד) 5.

2 "מגמתם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה וטמיעתם במשפט הנוהג בישראל" מאזני משפט א (תש"ס) 297; דיני משפחה – יחסי הורים וילדים (חושן המשפט, תשס"א).

א. אם נעיין בסעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, הוא האסמכתא הבלעדית לפרשנותו של השופט זילברג, ניווכח לדעת כי כל שביקש המחוקק, הוא להשוות בין הגבר לאישה, בין האב לאם. בנוסף, ראה ליתן סמכות של שיקול הדעת לבית המשפט, שלפיה יוכל שופט להעדיף, במקרה הראוי בעיניו, את אפוטרופסות אחד ההורים על פני משנהו, או אף להעדיף גורם זר על פני הוריו. ואילו השופט זילברג פירש סעיף זה כמעניק סמכות שבחובה (ואולי אף סמכות שבכפייה) לשיקול שיקול "סופי ומכריע" של טובת הילד בלי לערב כל שיקול אחר לרבות, אולי, גם השיקול שההורים עצמם קודמים לאחרים.

ב. עם חקיקת סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית), נקבע כי השופט מוכרח להתחשב ב"טובת הילד" כש"לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע". לאמור, אם באו ההורים לידי הסכם ביניהם כיצד לחלק את הסדרי הראייה ביניהם, אין השופט מחויב לבחון את התאמתו של ההסכם ל"טובת הילד". לו דעתו של השופט זילברג הייתה שלטת במלוא תוקפה, מה הטעם בהבחנה שכזו?³

ג. אמנם לא במפורש אך מכללא, לפי הוראת סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית אין חובת ההתחשבות ב"טובת הילד" כשיקול "סופי ומכריע" מהווה הוראה גורפת אלא היא מצטמצמת רק להעדפת הורה אחד ממשנהו. אין השופט רשאי מכוחו של שיקול זה להעדיף אדם שלישי על פני ההורים.

ד. לפחות במישור היחסים שבין הקטין לצדדים שלישיים, הכרעת ההורה באשרו

3 בכ"ג אדר תשס"ה (3.4.2005) קיבלה הכנסת תיקון לסעיף 24 לחוק הכשרות המשפטית בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 13), תשס"ה-2005, המכיל סעיף אחד בלבד, וזה נוסחו:

1" בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, בסעיף 24, במקום 'ובין שעדיין קיימים' יבוא 'בין שעדיין קיימים ובין שלא נישאו' ואחרי 'אישור בית המשפט' יבוא 'והוא יאשרו לאחר שנוכח כי ההסכם הוא לטובת הקטין'."

עיון בדרך הולדתו של החוק מראה, כי בעוד הצעת החוק הפרטית, שהוגשה מטעם חברי כנסת מסיעת "שינוי", וכונתה "חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 13) (הסכם בין הורים שאינם נשואים), תשס"ה-2005, הכילה רק את חלקו הראשון של הסעיף, בחוק המוגמר הושמטה מכתרתו המובאה שבסוגריים: "(הסכם בין הורים שאינם נשואים)" והוסף הסיפא לסעיף. מדברי הכנסת (פרוטוקול הישיבה מיום י"ב אדר – 23.3.2005) עולה כי הסיפא הוסף לקראת הקריאה השנייה והשלישית עקב "הסתייגות" של חבר הכנסת יצחק לוי לנוסח הצעת החוק. לאמיתו של דבר לא "הסתייגות" הייתה זו אלא הוספה. אם ללמוד מדבריו של חבר הכנסת לוי על "כוונת המחוקק" בהוספת החלק השני, נראה אפוא, לפי הנוסח המתוקן, כי לא נדרש ש"טובת הילד" תהיה השיקול הבלעדי. כך אמר ח"כ לוי: "אנחנו מבקשים עין מיוחדת של השופט, גם כאשר יש הסכם, שההסכם הוא כולו לטובת הקטין, ולא בגלל אלף פרטים בהסכם, לאחר שהסכימו על הכל, האווירה הטובה וה'לחיים' ששותים שם, עניין טובת הקטין יפגע". השופט אפוא נדרש רק ל"עין מיוחדת" שאינטרס הקטין לא נפגע בחגיגה ולא לחקירה מאומצת בדבר התועלת הבלעדית של הקטין.

פעולה משפטית של קטין היא זכותו והיא מחייבת את הקטין שנים רבות לאחר בגירותו. בפרשת עמיר כהן נ' שר הביטחון, שנדונה בבית המשפט העליון, עלתה הבעיה בחריפותה. מה דין חתימתו של קטין על הסכם עם שירותי הביטחון בדבר הכנסתו לפנימייה צבאית תוך הבטחה לשרת שלוש שנים של שירות קבע לאחר שירות החובה? הפתרון המשפטי אמנם ידוע מראש,⁴ אך אם "טובת הילד" אינה ניתנת "לחלוקה", מדוע הבטחת ההורים וחתימתם מחייבת את הקטין עצמו לכשיגדל?⁵

ה. מלבד כל האמור לעיל, המחוקק אינו קובע פרמטרים מדויקים לקביעת תוכנה של "טובת הילד", כלומר אילו שיקולים חייב השופט לשקול בכל סיטואציה מן הסיטואציות המגוונות, אילו ערכים חייב השופט לשלב בתוכנה של "טובת הילד", ומנגד אילו שיקולים אינם יכולים לבוא בחשבון כלל. על כן התעלמות מהגדרת "טובת הילד" בחוק שיווי זכויות האישה ובחוק הכשרות המשפטית מצביעה לכאורה על סובלנותו של המחוקק בעניין החלתו של העיקרון בסיטואציות קונקרטיות, עד כדי השארתו בתור הכוונה כללית לפי ראות עיני השופט במקרה הנדון לפניו. המחוקק אינו קובע אילו שיקולים הם בעליל ל"טובת הילד" ואילו אינם לטובתו, ודומה שרק הפסיקה של בית המשפט העליון צמצמה – בשרשרת של הלכות פסקות – את רשימת השיקולים הכשרים לבוא בחשבון בבחינת "טובת הילד". כך פירשה הפסיקה את עקרון "טובת הילד" כמכיל שיקולים מידיים לגבי צורכי הילד, כגון שיקולים פסיכולוגיים, רפואיים, סוציאליים ובפירוש לא שיקולים רוחניים הצופים פני עתיד, כגון השיקול לשים את הקטין במשמורת ההורה שאצלו יזכה הקטין להשכלה אקדמית או שרק אצלו יוכל להגשים ערכים חלוציים, דתיים או אחרים.⁶

נחזור לדברי השופט זילברג. דומה שהם עצמם היו מקור השראה לפסיקות לא מעטות וכן לכתיבה אקדמית שראו ב"טובת הילד" לא רק הכוונת מכוון אלא גם חובה אקסקלוסיבית המייתרת כל שיקול אחר. אלא שמאז הכרעתו בפרשת שטיינר התעצם והתפשט עקרון "טובת הילד" בפסיקה הישראלית לא רק כעניין מהותי, היינו בשאלת האפוטרופסות על הקטין או בקביעת משמורתו, אלא גם כעיקרון מקדמי השייך למשפט הדיוני ולסוגיית "ברירת סמכות השיפוט", היינו בשאלה איזו ערכאה תדון בעניינו של הקטין. כשעלתה, למשל, השאלה אם ההורים יכולים להסכים ביניהם על הענקת סמכות לבית הדין הרבני (כאמור בחוק) לדון בעניין החזקת ילדיהם או שמא נדרשת אף הסכמת הקטין עצמו, פתר השופט המנוח ש"ז חשין את הבעיה בנימוק הבא:

4 בג"ץ 709/79, פ"ד לד' (2) 465.

5 יצחק אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (פירוש לחוקי החוזים) (מהדורה 2, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשנ"ה), 60, 67-68. מבקר את הנמקתו של השופט חיים כהן בפרשה זו אך מסכים לתוצאתה.

6 עיינו, למשל: ע"א 159/55 ד.ג. נ' ה.ג., פ"ד יא 261; ע"א 352/80 צוקרמן נ' צוקרמן, פ"ד לד' (4) 689. ועיינו להלן בהערה 22.

"על שאלה זו אין אנו מהססים להשיב בחיוב. את התביעה לבית הדין הרבני הגיש האב מכיוון שלהורים, כפי שאמרנו לעיל, אין זכויות משל עצמם בתביעה להחזקת ילדם המשותף, הרי תבע האב מכוח הילדה. נמצא האב, שהוא אפוטרופסה הטבעי של הילדה, ודאי הסכים לשיפוטו של בית הדין. ובשם מי הסכים אם לא בשם הקטינה? שהרי לו אין זכויות משלו, כי אם חובות בלבד. והוא הדין באם. הסעיף 3 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, השווה את מעמדה של האם למעמדו של האב לענין אפוטרופסות טבעית על ילדיהם. לפיכך, בבוא המבקשת להתדיין עם בעלה – לשעבר לפני הרבנים, לא על זכותה שלה באה להגן – שהרי גם לה אין זכויות משלה – כי אם על זכות הקטינה. לה, לאם, אין מעמד בדיון על החזקת הקטינה, מחוץ למעמדה כאפוטרופא טבעית על הילדה. נמצא, היא יצגה את הקטינה, והקטינה דיברה מתוך גרונה..."⁷

דברים כדרכנות. המעיין יראה את הנסיבות החמורות של האירוע שהשפיעו על השופט חשין המנוח להמליץ טוב על שיפוט בית הדין הרבני. אך מתוך הכרח השעה יצר, אולי שלא במתכוון, הלכה לדורות מופרכת מתוכה. כלום היעדר "זכות ההורה", כקביעתו של השופט ש"ז חשין, שוללת גם רצונות אוטונומיים שלו, המתיישבים היטב עם הטקטיקה המשפטית שבאמצעותה הוא נלחם בכך זוגו, בלי שישרתו את טובת הילד כפשוטה?

בפרשת אל-צפדי נ' בנימין הנודעת השתמש השופט חיים כהן בשיקול טובת הילד כדי להכריע בשאלת סמכות השיפוט במקרה של ילדה שלפי מצבה האישי היא כפולת דת. המדובר בילדה שאמה היהודייה מתה עליה עוד בשנתה הראשונה ועכשיו האב, שהוא מוסלמי, ודודה של האם ניצים עליה. הילדה מסכנה, אך לא חסרת אמצעים, מאחר שאמה המנוחה הייתה זכאית לשילומים מגרמניה. בית המשפט המחוזי קבע שהילדה יהודייה ובית הדין השרעי קבע שהילדה מוסלמית. השופט חיים כהן השתמש במבחן "הדת האפקטיבית" באופן שונה מן המקובל, לא לשם ברירת הדין, שנקלטה אצלו כגלגול של מבחן "האזרחות האפקטיבית" שבמשפט הקונטיננטלי, אלא לשם ברירת סמכות השיפוט.⁸ ועוד חידוש מבית מדרשו של השופט חיים כהן: את "הדת האפקטיבית" באותה פרשה הוא אינו מגלה, כפי שחייבים לגלות, על סמך עדויות על אורח חייו של הפרפוזיטוס בעבר אלא כלשונו:

7 בג"ץ 98/58 דרעי (נחום) נ' יו"ר הוצל"פ, פ"ד ט 1938. באחרונה קבעה השופטת דורית ביניש בעניין בג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 550, 562-564, כי נימוקו של השופט ש"ז חשין אינו ראוי היום לאור ההתפתחות בזכותו האוטונומית של הילד (שעליה ידובר בסעיף הבא) וכי התוצאה היא שהסכמה בין ההורים בדבר סמכות השיפוט של בית הדין הרבני בעניין משמורתו, היא כפי שמקובל מאז הלכת משקה נ' משקה (ע"א 42/49, פ"ד ג 88) בעניין מזונותיו, היינו אינה שוללת את זכותו ה"אוטונומית" להתדיין בבית המשפט לענייני משפחה. 8 מנשה שאוה הדין האישי בישראל (מהדורה 4, מודן, תשס"א), בע' 108-113.

כשיש לך, לגבי קטין, ברירה בין דיני שתי דתות או שתי אזרחויות, עליך לברור את הדין שפעולתו תצמיח לקטין טובה יתירה: לא רק מפני שבין כה וכה מחויב אתה להעלות את טובת הקטין על ראש שיקולך, אלא גם מפני שיכול אתה להעמיד את הקטין בחזקתו שאילו היה כוחו יפה לפעולה רצונית ומחושבת, היה מתנהג ומתבטא, ועל ידי כך מעניק את האפקטיביות לאותה הדת או האזרחות אשר ממנה תצמח לו הטובה הגדולה ביותר.⁹

רמיזת השופט חיים כהן כי היהדות כל כך רציונאלית ונאורה עד שכל אדם "רצוני ומחושב" היה מבכר אותה על פני האיסלאם ועל כן בשם "טובת הילד" יש ליחסה לקטין – היא מתלהמת. לו העובדות באל-צפדי היו הפוכות, היינו האם מוסלמית והאב שלא גר עם בתו – יהודי, האם היה ניתן להגיע לכלל תוצאה אחרת? השופט זילברג, שם, שלל את סמכות בית הדין השרעי, כמו את סמכותו של כל בית דין דתי אחר, רק בשל היות הקטינה "כפולת דת".¹⁰

(ב) יחסיותו של שיקול "טובת הילד" לעומת "זכויות ההורים" ו"זכויות הילד" מלבד דברי החקיקה והפסיקה שהבאתי לעיל תקף פרופסור פנחס שיפמן בספרו, בפרספקטיבה רחבה יותר, את מימרת השופט זילברג באשר לבלעדיותו של עקרון "טובת הילד".¹¹ לדעתו, "אין זה נכון לפעול לפי טובת הילד כביכול, תוך התעלמות מהשפעת ההחלטה על התנהגות ההורים. הניתוק בין משאלותיהם של המבוגרים לצרכיו של ילד עלול להיות ניתוק מלאכותי ומזיק". בנוסף, שואל שיפמן הכיצד ניתן יהא להגשים את "טובת הילד" של בן אחד במקום שעלולה טובה זו לפגוע ב"טובת הילד" של אחיו? של קטין אחר? כללו של דבר מסיק שיפמן כי:

"לאמיתו של דבר, מושג 'טובת הילד' הוא מושג רחב, מושג מסגרת, הסובל תכנים שונים. תוכנו הנורמטיבי משתנה בהתאם להקשר המיוחד שבו השאלה מתעוררת, ואף היחס בינו לבין שיקולים אחרים, כגון זכויות הורים, משתנה בהתאם לכך, לא הרי שאלת טובתו של הילד במשפחה 'נורמאלית' המתפקדת כהלכה פחות או יותר, כהרי טובת ילד כשהמשפחה מתפרקת מחמת סכסוך בין ההורים, ולא הרי שתי סיטואציות אלו כהרי משפחה במצוקה שכתוצאה ממנה שלומו של הילד עשוי להיפגע".¹²

פה המקום לציין כי בעקבות אשרורה של אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד על ידי ישראל החלו להופיע בפסיקה הישראלית מאמצע שנות ה-90 וכן בספרות המלומדת

9 ע"א 86/63, פ"ד יז 1421, 1426.

10 שם, 1428. על ניתוח פסיקתו עיינו שאוה, לעיל הערה 8, בע' 726–728.

11 דיני המשפחה בישראל כרך ב (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשמ"ט), 217–221.

12 שם, 220–221.

קביעות החותרות תחת "בלעדיותו" של עקרון "טובת הילד" בהכרעות בסכסוכי הורים על משמורת ילדיהם והקוראות להכנסת פרמטר נוסף של "זכות הילד" כשלעצמה.¹³ בפרשה נודעת, שהתגלגלה לפתחו של בית המשפט העליון, נדונה שאלת זכותה של אם, שהצטרפה לאחר נישואיה והולדת ילדיה לכת "עדי ה", לחשוף את ילדיה להטפות ולשיחות המשיכות לכת זו, בניגוד לדעת האב ובניגוד לסטטוס קו-אנטה ששרר בין בני הזוג לפני הצטרפותה. התעוררה מחלוקת משולשת בין השופטים בשאלת "יחסיות" שני הערכים, "טובת הילד" ו"זכות הילד". האם "זכות הילד" היא עקרון-על כש"טובת הילד" היא ענף חשוב מענפיו, כפי שסבור הנשיא לשעבר מאיר שמגר? או שמא להפך, כדעתה של השופטת טובה שטרסברג-כהן, "טובת הילד" היא עקרון העל ואילו "זכות הילד" היא אחת מנגזרותיו? השופט השלישי, יצחק זמיר, סבור היה כי "טובת הילד" ו"זכות הילד" הן שתי דרכים אקלקטיות, "...המובילות, לדעתי, לאותו יעד. דרכים אלה נראות בעיני כשבילים מתפתלים ביער זה לצד זה. יש שההליכה נוחה יותר בקטע מסוים של שביל אחד ויש שההליכה נוחה יותר בקטע מסוים של השביל השני. טוב הדבר אם אפשר ללכת, לפי הנוחות, לעתים בזה ולעתים בזה. אם כך, מדוע לבחור דווקא בזה או בזה?¹⁴ אך מלבד ההכרעה הנדירה בעובדותיה שם, ה"יחסיות" שבין "טובת הילד" ל"זכות הילד" משליכה על שאלות עקרוניות נוספות, כמו חובתם של ההורים כ"אפטרופוסים טבעיים" להיות "קשובים" לילד – לרצונותיו ולעמדותיו – ולהבחין ביניהם ובין השקפותיהם שלהם בדבר טובתו. גם בתי המשפט חייבים לאזן את הראייה "ההורית" בדבר "טובת הילד" עם ראיית הילד עצמו (על כל מגבלותיה המובנות). ההקשבה ל"קולו" של הילד אינה רק בשל הטובה המרובה שתצמח משיתוף רצון הילד, אלא בשל עיקרון מוסרי שאין להתעלם מרצון הילד. גם נהגם של בתי המשפט להכריע בסכסוכים בין הורים על אודות ילדיהם על סמך "טובת הילד" בלי לשמוע בהכרח את "קולו" הסובייקטיבי של הילד, באמצעות "ייצוג" נפרד, היה מושא לביקורתן. באחרונה אף ועדה ציבורית נתנה דעתה על העניין, אך לעת עתה אין אמירותיה אלא

13 האמנה בדבר זכויות הילד כתבי אמנה 1038, גובשה ב-20 בנובמבר 1989, ישראל חתמה עליה ב-3 ביולי 1990, והיא חלה על ישראל מאז 2 בנובמבר 2001. האמנה מדגישה את מחויבות המדינות לשמירת זכויות הרבות של הילד אך בסעיף 3 קובעת כהנחה מרכזית כי "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מנהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה". Falk Z. "Rights and Autonomy — or the Best Interests of the Child?" *Children's Rights and Traditional Values* (Douglass G. Sebba L. Ed., Dartmouth, 1998) 111

14 בפרשת ע"א 2266/93 פלוני (קטין) נ' פלוני, פ"ד מט(1) 226. על ניתוח הפסיקה בישראל ועל המשתמע ממנה באשר לתקפותה של דוקטרינת "זכויות הילד", עמד המלומד יחיאל קפלן בשני מאמריו: "מטובת הילד לזכויות הילד" משפטים לא (תשס"א) 623; "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט ז (תשס"ב) 303. לדעת קפלן "הפסיקה הישראלית לא אימצה עדיין את המהות של דוקטרינה זו כהשקפת עולם דומיננטית בנוגע לדיני הורים וילדים, וזכויות הילד הנוכרות בפסיקה נזכרות בה לעתים כטרמינולוגיה ולא כמהות...".

קול שונה ולכלל עשייה לא הגיעו.¹⁵ אך כל הדעות האלה אינן כופרות באי-נכונותה של ראייה חד-ממדית של "טובת הילד", היינו של הדעה כי שיקול "טובת הילד" אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר.¹⁶ אציין כי גם מטיף מובהק ל"רנסנס" זכויות הילד, המלומד יאיר רונן, אינו טוען במאמרו בדבר "זכות הילד לזהות

15 הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי (להלן: ועדת רוטלוי) דו"ח הוועדה חלק כללי (מדינת ישראל משרד המשפטים בסיוע המועצה הלאומית לשלום הילד, תשס"ד); דו"ח ועדת המשנה הילד ומשפחתו (יו"ר: תמר מורג) (תשס"ג); דו"ח ועדת המשנה בנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים (יו"ר: תמר מורג) (תשס"ג); דו"ח ועדת המשנה בנושא השמה חוץ ביתית (יושבי ראש: רמי בנבנישתי ורינת וייגלר). יצוין כי הרבה מן התוכנות של הוועדה בדבר ייצוג הילד בנפרד מהוריו העלו המלומדים: אבנר חי שאקי במאמרו, לעיל הערה 1, ויאיר רונן בספרו: שיתוף הילד בקביעת משמורתו (בורסי, תשנ"ז).

16 דו"ח ועדת רוטלוי, חלק כללי, מתיימר לנתח את עקרון "טובת הילד" במשפט הישראלי לאור סעיף 3 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד. לדעת הוועדה: "הגדרת העיקרון ודרכי הפעלתו תכליתה להביא ליישום אחיד, שוויוני, קוהרנטי וניטרלי יותר של העיקרון ולצמצם השונות שהתקיימה עד כה בחקיקה ובפסיקה הישראלית" (בע' 128). לענ"ד, הנחת ועדת רוטלוי אינה נכונה. השונות בהחלת שיקול "טובת הילד" מובנית בשיטת המשפט מתוך כוונה תחילה ואין מקום להביאה "ליישום אחיד, שוויוני, קוהרנטי וניטרלי" יותר ממה שקיים עד כה בחקיקה ובפסיקה. אך מעבר להשגתנו, פשר הדברים שנאמרו כמה שורות לאחר מכן בדו"ח כי "הוועדה הכירה בכך שהכרעה בדבר טובתו של הילד מחייבת שקילה של מגוון היבטים ובכללם זכויותיו... הגבלה או שלילה של זכויותיהם או של חלקן משפיעה על טובתם...", יבוארו להלן בסעיף הבא של סימן זה. בנוסף הוסק בדו"ח ועדת רוטלוי (בע' 130) מהשוואת הנוסח של הוראת אמנת האו"ם באשר למקומה הראוי של "טובת הקטין" – "a primary consideration" לעומת הנוסח שהוצע כטיוטת האמנה: "the primary consideration" כי "המשקל שהעניקה האמנה לעיקרון משאיר את שאלת איזונו עם עקרונות ושיקולים אחרים פתוחה, בעת התנגשות עימם... הנוסח שאומץ מאפשר מצבים שבהם יגברו עקרונות ושיקולים אחרים על עיקרון טובת הילד". הנה הוועדה עצמה מכירה בכך שהשונות היא מובנית וראויה גם לדעת מנסחי האמנה. עיון בהמשך הדו"ח (בע' 131) מצביע על כך שגם לדעת הוועדה המצב הראוי בסוגיית האימוץ הוא המצב השורר כיום בשיטת המשפט בישראל לפני יישומן של הוראות האמנה. הוועדה מצביעה בדו"ח (בע' 132) על כך ש"במרבית החוקים לא התייחס המחוקק במפורש גם לשאלת המשקל שיש להעניק לטובת הילד בין יתר השיקולים הנשקלים בכל החלטה (האם משקל מכריע, בלעדי או אחר)... ומביאה את חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך–1960 כדוגמה ל"חוקים שבמהותם מכוונים להבטחת התכלית של טובת הילד, אך בפועל אינם מעגנים בנוסחם התייחסות מפורשת אליו כעיקרון מנחה כולל". לענ"ד, ביקורת הוועדה על ההתנסחות הלקויה היא ראויה, אך הדרישה כי עקרון טובת הילד יהיה "עיקרון מנחה כולל", כמו בחוקים אחרים, היא מופרזת. באותה מידה הביקורת על מכתמי השופטים בסוגיית האימוץ באשר למקומו של עקרון "טובת הילד" (בע' 134) אינה נכונה. אמנם "נמצא שוני בין השופטים השונים בסוגיית המשקל שיש לייחס לעיקרון בעת קבלת החלטה המבוססת עליו", אך השוני הוא מובנה וסיסתמטי ונובע מעיקרון אחד המוחל באופן שוויוני, קוהרנטי וניטרלי כאמור. בסימן האחרון של מאמרי אבאר מהו באמת העיקרון השוויוני, הקוהרנטי והניטרלי הנכון של המשפט הנוהג בישראל המוחל בחקיקה ובפסיקה הישראליים כמו בכל מדינה אחרת בת תרבות ושהוראות האמנה באות לעגנו. ועיינו גם בפסק דינו של השופט משה דרורי, בש"א (ירושלים) 6802/04 פלוני נ' אלמונית, תק-מח 2004(4), 5295.

זכות להשתייכות"¹⁷ כי זו כשלעצמה היא חזות הכול או בלעדית, אלא מצפה באמונת אמן כי "זכות זו תתפוס את מקומה הראוי במשטר הזכויות". לדעתו, כפי שאישש אותה מן האמנה ומניתוחה בספרות הזרה, לו ההכרעות בדבר גורל משמורתו של הילד היו מביאות בחשבון את זכות הילד להשתייך למשפחתו, לקהילתו, "היה בית המשפט עשוי לעצב מבחן ראוי לאיזון בין השיקולים המתחרים"¹⁸.

(ג) "טובת הילד" – תוכנה המשתנה של ה"אפטרופסות" בהכרה שעקרון "טובת הילד" אינו עיקרון אקסקלוסיבי, בוודאי "זכויות ההורים" אינן חזות הכול, ואף לא "זכות הילד לזהות", על סמך מה ייחתך גורלו של קטין שהוריו ניצים על משמורתו או על כל אחד מתחומי האחריות שלהם כלפיו? מהו קנה המידה המכיל את כל השיקולים שהוצעו? נראה, לענ"ד, כי היחסים שבין ההורים לילדיהם נשענים על ציר אחר, יסודי יותר – אפטרופסות ההורים כלפי ילדיהם. מהו אפוא עקרון האפטרופסות כשלעצמו ומה סגולתו ביחסי הורים וילדים בפרט? חוק הכשרות אינו מגדיר את האפטרופסות באופן ממצה וסעיף 15 לחוק קובע כי היא "כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות... וכן... וצמודה לה". יתר על כן, החוק רואה בהורים "אפטרופסים טבעיים" של ילדיהם וזאת להבדיל מאפטרופסים המתמנים על ידי בית המשפט. מבחינה אטימולוגית נהוג היה לראות את האפטרופסות כמונח דומה ל-*Guardianship* ואת ההורים כ-*Natural Guardianship*, אבל באנגליה מזמן ויתרו על המונח, שנראה בעיניהם כמזכיר בעלות במקרקעין ובמיטלטלין. אפילו את המונח "זכויות וחובות של ההורים" המירו שם ב-*Parental Responsibility*¹⁹. לאמיתו של דבר ה"אפטרופסות" הוא מונח השאוב מהספרות התלמודית ומשמעו אינה אלא שליחות, שליחות שאדם מבצע עבור חברו, וכבר מצאנו בתלמוד שאדם ממנה את אשתו אפטרופא בלי לרמז על חוסר כושר שכלו או נכותו הנפשית של הבעל המשלח. משום כך אין חובות האפטרופסות יוצאות מגדר אחריותו של שליח. רק בימינו עברה האפטרופסות "מטאמורפוזה" ונתפרשה באופן שונה מן השליחות. האפטרופסות יוצרת סטטוס בעיני המשפט, ואילו השליחות – לא.²⁰

17 עיוני משפט כו (תשס"ג) 935.

18 שם, בע' 984. כמו כן מאמריו: "Protection for Whom and from What? Protection proceedings and the Voice of the Child at Risk" *Children's Rights and Traditional Values* (Douglass G. Sebba L. ed., Dartmouth, 1998) 249; "Redefining the child's right to identity" 18 *International Journal of Law, Policy and the Family* (2004) 147.
19 Cretney S.M., Masson J.M. *Principles of Family Law* (6th ed., London, 1997) 609–610.
20 ג' טדסקי מסות במשפט (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשל"ח), 334–369. על המשמעות של האפטרופסות במשפט העברי בזיקתו של האב לילדיו, עיינו במאמרי: "כלום זכויותיו הממוניות של האב בבניו ובכנותיו לפי ההלכה נובעות מן האפטרופסות שלו עליהם?" מחקרי משפט יב (תשנ"ה) 119, 157–163; "מגמתם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה וטמיעתם במשפט הנוהג בישראל", לעיל הערה 2, בע' 316.

אם ההורים הם בעצם שלוחים, מי הוא השולח? הווה אומר המדינה על כל מוסדותיה. לאמור, "האפוטרופוסות" באה לציין את כפיפותם של ההורים ולמעשה את היקף יכולתם לטפל בילדיהם. אין להורים אלא זיכיון (קונצסיה) מטעם המחוקק להשיג ולפקח על ילדיהם. הריבון לא רק קובע את ההורים כאפוטרופוסים אלא קובע גם את הדרך שבה ינהלו ההורים את שליחותם – באופן שתשרת את טובתו של הילד. כך, למשל, קובע המחוקק מצד אחד כי ההורה בעל "החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו", אבל מצד אחר, אין להורה חירות בקביעת מקום חינוכו של הילד אלא רק בבחירה באחד מזרמי החינוך המוכרים, ולפעמים רק באזור רישום מסוים כפי שמתירות הוראות המינהל החינוכי. אין ההורה רשאי להתערב באופן אינדיווידואלי בתכניות הלימודים הבסיסיות, ביצירת תכנית לימודים מיוחדת לבנו ובוודאי לא באיוש צוות ההוראה לבנו. בנוסף, מחויב ההורה לפקח על ביקוריו הסדירים של בנו במוסד החינוכי שבו רשום בנו אף שההורה עצמו אינו שלם עם תועלתו.²¹ מכאן שההתחשבות בטובת הילד אינה עקרון על ובלעדי ו"סופי ומכריע" אלא היא משתנה לפי מדיניותו המפותלת של המחוקק ולפי מדיניותם הפרשנית של השופטים הממונים מטעמו.

כאמור, היחסים שבין הורים לילדים בנויים מקליפה ומתוך. הקליפה היא האפוטרופוסות – היא קונצסיה – ההרשאה מטעם הריבון, ואילו התוך הוא עקרון "טובת הילד". עקרון "טובת הילד" אינו רעיון אבסולוטי ומוחלט אלא משתנה לפי מדיניותו הנפתלת של הריבון. המחוקק עצמו, מלבד כמה פרמטרים כלליים, אינו מדריך מה בעיניו נחשב ל"טובת הילד" ומה אינו נחשב. ואילו מתוך הפסיקה הלא מעטה שעסקה בטובת הילד עולה בבירור שישנם ערכים שאסור להתחשב בהם, כגון שיקולים דתיים, לאומיים, חלוציים. אסור גם לשקול "שיקולי אשמה" כגון "מי אשם בחורבן הבית?" ובבירור אין להכניס שיקולים ארוכי טווח כגון היכן יהא לילד סיכוי טוב יותר להתקבל לבית ספר למחשבים אוניברסיטאי או לבית ספר ללימודי במה ואופנה. מה שנותר, לפי הפסיקה, הם בדרך כלל שיקולי מינימום מטריאליים, נפשיים ועכשוויים, כלומר היכן עכשיו יהא לילד טוב ביותר.²² סיבת הצטמצמות הערכים היכולים לבוא בחשבון נעוצה כנראה בהשקפה שפסקי הדין בענייני משמורת הילד ומזונותיו לרוב הם הדירים וניתן לשנותם לפרקים כשמשנתנות הנסיבות. שקילת שיקולים ערכיים יותר, ארוכי טווח, עלתה בעבר מפעם לפעם על ידי שופטי בית המשפט

21 חוק לימוד חובה, תש"ט–1949, חוק חינוך ממלכתי, תשי"ג–1953 ותקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום), תשי"ט–1959; סטיבן גולדשטיין "הזכות לחינוך" זכויות האדם והאזרח בישראל – מקראה (ט' בן גל, ד' אלכסנדר, א' בנדור וש' רבין עורכים), כרך ג (תשנ"א) 567; סטיבן גולדשטיין ו' לדרר "חופש הפרט בבחירת בית הספר מול שוויון ואינטגרציה: מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" מגמות – רבעון למדעי ההתנהגות (תשנ"ד) 185; "רבין, הזכות לחינוך (נבו, תשס"ב), 301–317.

22 על עניינים אלה כבר עמדתי בחיבורי: שיקולי 'טובת הילד' בפסיקה האזרחית והרבנית בענייני משמורת ילדים וחינוכם (עבודת גמר לתואר מוסמך, הפקולטה למשפטים, תשמ"ח), 15–28.

העליון, מאחר ששם נראה כי הכרעות בית המשפט, לכאן או לכאן, אף שאינן יוצרות "מעשה בית דין", הן בלתי הדירות לאור הנסיבות המיוחדות.²³ ראיית אפוטרופסות ההורים כדוקטרינה "קונצסיונאלית" מטעמן של המדינה ומוסדותיה מחייבת לראות את הרכיבים הבאים כמעשה מרקחה של: "טובת הילד", "זכויות הילד" עצמו כלפי הוריו, כלפי אחרים, לרבות המדינה ומוסדותיה, ואת "זכות ההורה" לגדל ולטפח את ילדו בעצמו לפי נטיות לבו.²⁴

23 כן בעתירות של *habeas corpus* לפני היכנסו לתוקף של חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991. בפרשת בג"ץ 268/80 ינסן זוהר נ' זוהר, פ"ד לה (1) 1, השופט מנחם אלון מתרגם את השיקולים הערכיים לתורת "מרכז חייו של הקטין", היינו רק בית המשפט שבו נמצא "מרכז חייו של הקטין" הוא "שידע אל נכון טובתם של הקטינים – שכוללת היא לא רק טובה חומרית, אלא גם טובה חינוכית רוחנית". ועל ניתוח דבריו עיינו בחיבורי, שם, בע' 96-99. גם בהליכי אימוץ ימצאו המעיינים דברים דומים. בפרשת ע"א 577/83 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד לח (1) 461, 472, מבחין השופט ברק בהליך האימוץ גופא בין סוגים שונים של "טובת הילד". השופט אהרן ברק אף חולק בהמשך על אופייה של "טובת הילד" הנשקלת בהליכי הכרזת הקטין כ"בר-אימוץ" ומתנגד לדעתם של גולדשטיין, פרויד וסולניט (להלן הערה 26, 52) ששוקלת רק שיקולים מטריאליים ועכשוויים קצרי טווח. השופט ברק סבור כי "זו גישה ערכית, שאין אני מוכן לקבלה במשפטי אימוץ. החלטת האימוץ קובעת את גורלו של הקטין לכל ימי חייו, ועל-כן יש לבחון את השפעתה על התפתחותו של הקטין בכל ימי חייו". על כן לדעת ברק יש לשקול גם שיקולים ארוכי טווח. דומה שדעה זו עולה גם מהמצוטט שם מפי שופט שמגר בע"א 783/81 (לא פורסם).

24 בדו"ח ועדת רוטלוי הילד ומשפחתו, לעיל הערה 15, מוצע הסדר חדש של "אחריות הורית" המבטא שינוי בתפיסת מעמדם של הילדים כנושאי זכויות עצמאיים במשפחה ובחברה. מלבד השינוי המרענן שבהחלפת המונח הארכאי מתקופת התלמוד – "אפוטרופסות", דומני כי בהגדרת תוכנה של ה"אחריות ההורית" כעיקרון משפטי, אין כל שינוי. כך נאמר (שם, בע' 38):

"למונח 'אחריות הורית' תפקיד כפול בהתוויית מערכת היחסים הפנימית שבין הילד והוריו, ובמערכת היחסים החיצונית שבין ההורים לגורמים חיצוניים למערכת יחסים זו. במערכת היחסים שבין הילד והוריו מכונן המונח ליצירת חובות פעולה של ההורים ומבטא רגש אחריות מוסרי של ההורים כלפי ילדם. במקביל, מבטא מושג האחריות ההורית את הסמכות של ההורים כלפי גורמים חיצוניים וכלפי המדינה לפעול למימוש אחריותם ההורית ואת קדימותם כלפי גורמים חיצוניים בהפעלת אחריותם ההורית".

בנוסף, עיינו על מקומן של ה"זכויות ההוריות" בסעיף 6 לטיטוט המודל (בייחוד שם, בע' 51) ובסעיף 7 (עמ' 55). אציין כי לפי ההגדרה ולפי העיון בדו"ח אין פתרון שונה בפרשת עמיר כהן נ' שר הביטחון, לעיל הערה 4. ייתכן שלפי המודל המוצע יצטרכו לקבל את הסכמת הקטין "בהתחשב בכשריו המתפתחים של הילד", אך האם אין זה ראוי כי הקטין יהא מוגן מפני "הסכמתו" שלו בעניינים כה ארוכי טווח? היה אולי מקום לגדור את סמכותם של ההורים להחליט עבור ילדם [החלטות שיחולו] לאחר הגיעו לגיל שמונה עשרה שנה. גם בעיות שונות בדבר "כשרותם של קטינים לפעולות משפטיות" שהועלו בדיוני ועדת המשנה ובניירות העמדה של המשתתפים בה, לא נסתיימו בהצעה מגובשת, אלא שהועדה (שם, בע' 207, 209) הצביעה על חוסר הסבירות של המצב הקיים והחליטה לאמץ את המודל של הלכת *Gillick v. West* 1 A.C. 112 (1986) *Norfolk and Wisbech Area Health Authority* כי "הסמכות ההורית משנה את פניה עם התפתחות כשריו ויכולותיו של הילד, כאשר לילד מוענקת כשרות הולכת ונרחבת לפעולות משפטיות בהתאם לגילו ולכשריו המתפתחים". אך לדעת ועדת המשנה גם פעולה

2. שני גווניה של "טובת הילד": המקסימליסטית והמינימליסטית

לאחר שקבענו כי עקרון "טובת הילד" אינו "עיקרון-על" אלא הוא כפוף ומשועבד ל"אפוטרופסות ההורים", היינו לכוחו של הריבון להטיל אחריות כפויה על ההורים כלפי ילדיהם, נשוב ונתבונן בתכניה של "טובת הילד" הזו. דומה כי במרוצת השנים נתבססו במשפט שני "טיפוסים" של "טובת הילד". האחד משמש בהכרעה בסכסוך בין שני הורים, שבו כל הורה טוען למשמורת בלעדית ולעדיפותו על פני ההורה השני בשם "טובת הילד". ההחלטה של הערכאה המוסמכת בשאלה היכן היא הילד, תוכרע על סמך הערכה היכן תצמח לילד "טובה" גדולה יותר, אצל האב או אצל האם. בית המשפט יחתור להכריע אפוא על סמך "טובת הילד המקסימליסטית". על טיפוס זה נשענת אף ההכרעה בסכסוך בין הורים על ילדם שמתחת לגיל שש למרות "חזקת הגיל הרך". "חזקת הגיל הרך" בנוגע לילדים מתחת לגיל שש אף היא יוצאת מנקודת ההנחה כי "טובת הילד המקסימליסטית" תצמח אצל האם וכי הטוען את ההפך, עליו הנטל להוכיח "סיבות מיוחדות" לסטות ממנה.²⁵

לעומת זאת כאשר הסכסוך אינו בין שני ההורים בלבד, אלא בין ההורים לבין מוסדות הריבון החפצים לשלול מן ההורים, או מאחד מהם, את המשמורת על ילדם, לא תהא ההכרעה השיפוטית על סמך "טובת הילד המקסימליסטית" אלא על סמך בחינת "טובת הילד המינימליסטית", היינו האם ההורים כל כך גרועים שעל המדינה לשלול את משמורת ילדם מהם.²⁶

משפטית שכזו תבטל אם היא תגרום "נזק של ממש" לקטין. לענ"ד גם לאחר הצעת ועדת רוטלוי אין זה ברור אם ההכרעות בדבר "כשרים מתפתחים" יהיו סובייקטיביות, ואם יהיו אובייקטיביות, לפי מה ייקבע כושרו המתפתח של "הקטין הסביר": האם החלטה עקרונית של כל שופט? האם לפי הנחיות של גוף רשמי? האם נטל ההוכחה ירבוץ על התובע? על הקטין? על הצד השלישי? מחוות הדעת של שולמית אלמוג, אריאל בנדור ותמר הראל בן-שחר בעניין "כשרות משפטית של קטינים לפעולות משפטיות" שהוגשה לוועדת משנה זו, עולה כי קשה בכלל לערוך אבחון סובייקטיבי למידת כשירותו "המתפתחת" של קטין בלי לפגוע בזכותו כאדם לכבוד "בשל הסטיגמה שאבחון אישי עלול להטיל", ועל כן הם מציעים מבחן אחר שניתן, לענ"ד, לכנותו בשם "האחריות המוסרית" של הורים לפעולותיו של ילדם, היינו למידת העצמאות שנתנו ההורים לבנם הקטין ערב עשיית הפעולה המשפטית, וכן "במידה שבה הימנעות מהכרה תפגע בצד האחר...". לדעת מחברי חוות הדעת "ההטלה האינטנסיבית על הורים של חובות המיוחדות לדאוג לילדיהם – שיסודה בטובת הילדים – מחייבת נתינה להורים של מידת אוטונומיה מירבית בייצוג ילדיהם".

25 היצמדות ל"חזקת הגיל הרך" הייתה בסיס החלטה של השופטת דליה דורנר בע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321, 324. בין המלומדים יש שהביעו דעות מנוגדות: דן שניט, "חזקת הגיל הרך" ביישובי סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול? עיוני משפט יט (תשנ"ד) 185; מיכאל קוריןאלדי דיני אישים משפחה וירושה – בין דת למדינה – מגמות חדשות (נבו, 2004) 168–171; שמואל מורן "חזקת הגיל הרך" חוות דעת נספחת לדו"ח ועדת רוטלוי: הילד ומשפחתו, לעיל הערה 15.

26 טיפוסים אלו שורטטו בראשונה בספרם של: Goldstein J., Freud A., Solnit A. *Beyond the best interest of the child* (N.Y., 1973) 53–64. הבחנות אלה מותאמות כאן למשפט המקומי

(א) ביצוע פסק דין של משמורת

טלו, למשל, ביצוע פסק דין בהליכי ההוצאה לפועל. אכיפת פסק הדין תתבצע שם לא רק אם ההורה המשמורן משרת את "טובת הילד" באופן מקסימליסטי אלא להפך, האכיפה לא תתבצע רק אם אכיפת המשמורת אצל ההורה שנבחר בפסק הדין עלולה לגרום לקטין נזק גופני או נפשי חמור. כך נקבע בסעיף 62(ב) לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967:

"קבע המוציא לפועל שפסק-הדין אינו ניתן לביצוע אלא על-כורחו של הקטין והיה הקטין, לדעתו של המוציא לפועל, מסוגל להבין בדבר, או שהיו קשיים אחרים בביצוע פסק הדין, רשאי ראש ההוצאה לפועל לפנות לבית-המשפט שנתן את פסק-הדין בבקשת הוראות".

ההנחה היא שערכאת השיפוט שפסקה בעניין משמורת הקטין או בעניין הסדרי הראייה שלו שקלה את "טובת הילד המקסימליסטית", והכריעה לגופו של עניין היכן יהיה לילד הטוב ביותר. אך בשאלה המתגלגלת לפתחו של יושב ראש ההוצאה לפועל אם שינוי הנסיבות מצדיק את עיכוב פסק הדין, לא "טובת הילד המקסימליסטית" ביום האכיפה תישקל שם, אלא אם יש חשש שיבולע לקטין אם יאכפו את פסק הדין בעל כורחו. רק נסיבות חמורות במיוחד ופתאומיות, שנראו בעליל מחוץ לידיעת הערכאה שדנה בעניין, יניעו את יושב ראש ההוצאה לפועל להורות על מניעה, בעיקר זמנית, עד לביורר מחדש לגופו של עניין בערכאה המוסמכת. "טובת הילד" במקרה זה היא אפוא מן הטיפוס "המינימליסטי".²⁷

(ב) החזרת קטין שנחטף מחוץ למדינת מגוריו הקודמים

גם בהליכי חטיפות ילדים נשקלת "טובת הילד" המינימליסטית. זכותו של ההורה, שממנו נחטף הילד (בין שכבר היה פסק דין שקבע כי הילד יהיה במשמורתו ובין שלא), היא קבועה וברורה ו"טובת הילד" עלולה לשלול את זכות ההורה, שממנו נחטף הילד, רק היכן שתוכח כי נשקפת סכנה מוחשית ומיידית לילד. כיום הדברים מצוינים בפירוט בסעיף 13(ב) לתוספת שבחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991:

"על אף האמור..., אין הרשות השיפוטית... של המדינה המתבקשת חייבת להורות על החזרת הילד, אם הוכחו... המתנגדים להחזרתו כי –

...

הישראלי. והשוו ההגדרות הדיפרנציאליות שערך שיפמן בספרו, לעיל הערה 11, 221–228, בין "טובת הילד וזכויות ההורים" ל"טובת הילד האקטואלי וטובת הילד הפוטנציאלי", שכוונתן לתאר "טיפוסים" שונים של התחשבות ב"טובת הילד".

27 עיינו בפסקי הדין בג"ץ 40/63 לורינג נ' יושב-ראש ההוצאה לפ, פ"ד יז 1709; ע"א 723/72 יהלומי נ' יהלומי, פ"ד כז(2) 757.

(ב) קיים חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל.²⁸

אבל לפני עשרים שנה ומעלה, כשמעשי חטיפה נדונו כעתירות פרטיות בבג"ץ, היו לא מעט שופטים בבית המשפט העליון שסברו שעקרון "טובת הילד" הוא שיקול "סופי ומכריע" גם כשמדובר בהפרה גסה של החוק הבינלאומי.²⁹

(ג) סמכות כללית לנקוט אמצעי שמירה

אך אם הצד השווה בשני המקרים שמנינו, הוא שהעניין נדון כהליך מיוחד – הוצאה לפועל ויישום אמנת האג משנת 1985, קיימים גם הליכים רגילים שעניינם אפוטרופוסות ובעיקר קביעת מקום המשמורת ואף על פי כן ההתכוונות של בית המשפט המוסמך לא תהא ל"טובת הילד המקסימליסטית" אלא ל"טובת הילד המינימליסטית". סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית קובע:

"(א) בית-המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו או לבקשת צד מעוניין, של פסול-דין ושל חסוי, ואף מיזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת ענייניו של קטין אם על ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס-לדין, ואם בדרך אחרת; וכן רשאי בית-המשפט לעשות, אם הקטין, פסול-הדין או החסוי פנה אליו בעצמו.

(ב) הייתה הבקשה להורות על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפואיים אחרים, לא יורה על כך בית המשפט אלא אם שוכנע, על-פי חוות דעת רפואית, כי האמצעים האמורים דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי".

28 על פרשנות דווקנית של סעיף זה עיינו, למשל, בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם, פ"ד מו(3) 38, 45; 5532/93 גינבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט(3) 282. אך עם זאת גם בהליכי חטיפת ילדים בית המשפט דואג לכמה תנאים להמשך הפעלת "טובת הילד המקסימלית", כמו היכולת של ההורה החוטף לנהל דיון הוגן וחופשי במדינת מקום מגוריו "הרגיל" של הקטין, שאליה הוא מוחזר וכן להסדרת מדור זמני לקטין בזמן שהותו שם (ע"א 4391/96 רו נ' רו, פ"ד נ(5) 338).

29 בג"ץ 391/71 פלוני נ' אלמוני, פ"ד כו(1) 85; בג"ץ 71/80 סלייח נ' ארשייד, פ"ד לה(1) 100. אך עיינו גם בפסקי הדין שאיששו את ההבחנה הברורה בין שיקולי "טובת הילד המינימליסטית" ובין שיקולי "טובת הילד המקסימליסטית" בסכסוכים בין שני ההורים: בג"ץ 562/81 קוטיינה נ' עלמי, פד"י לו(1) 375, 379; בג"ץ 405/83 קבלי נ' קבלי, פד"י לז(4) 705, 714-715; בג"ץ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה(2) 626, 641, 643. על מחלוקת זו בין השופטים עמדתי בחיבורי, לעיל הערה 22, 134-136. כאן המקום להזכיר את הרוחות החדשות הנושבות בין המלומדים באשר לסתירה שבין סעיף 13 הנ"ל לבין סעיף 3 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד. על הצגת הסתירות והצעת רפורמה בנהלים עיינו במאמרה של רונה שוז "זכויות ילדים חטופים: האם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991 עולה בקנה אחד עם דוקטרינת זכויות הילד?" מחקרי משפט כ (תשס"ד) 421, 473-490.

שקילת "טובת הילד" לשם נקיטת אמצעים לשמירת ענייניו של קטין לא תהא בדרך "מקסימליסטית", היינו מהו האמצעי הטוב ביותר שיש לנקוט אם באמצעות ההורים או באמצעות "צד מעוניין" אחר, ובוודאי אין בית המשפט מציע את שיקול דעתו במקום שיקול הדעת של ההורים. בגדר השיקולים תבוא השאלה אם ההורים נוקטים שיקול דעת מספיק כדי לקיים את טובתו באופן "המינימליסטי".³⁰

(ד) מינוי אפוטרופוס נוסף על ההורה בשל "סיבה מיוחדת" גם מינוי "אפוטרופסות בנוסף על הורה" על ידי בית המשפט, כשמת אחד ההורים או הוגבלה האפוטרופסות שלו, לא יבוצע, כלשון סעיף 27 לחוק הכשרות המשפטית, "אלא אם ראה סיבה מיוחדת לכך לטובת הקטין". הוזה אומר אין "טובת הקטין" חזות הכול, שיש לשאוף להחילה באופן מושלם. ההפך הוא הנכון, "טובת הקטין" תישקל רק אם יש לכך "סיבה מיוחדת", היינו "טובת הילד המינימליסטית".

(ה) הכרזת הקטין כ"נוזק" ותוצאותיה כאשר הקטין נחשב לשרוי במצוקה במשמורת הוריו, ניתן בפרוצדורה מיוחדת, לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960 (להלן: חוק הנוער) לפנות לבית המשפט ולבקש להכריז עליו כעל "נוזק". כך נחקק:

"3. היה פקיד סעד סבור שקטין הוא נוזק 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, ומשנוכח בית המשפט כי הקטין הוא נוזק, רשאי הוא –

(1) לתת לקטין או לאחראי עליו כל הוראה הנראית לבית המשפט דרושה לטיפול בקטין או להשגחה עליו כולל לימודיו, חינוכו ושיקומו הנפשי;

(2) להעמיד ידיד לקטין שישמש גם יועץ לאחראי עליו ולקבוע סמכויותו ותפקידיו;

(3) להעמיד את הקטין תחת השגחתו של פקיד סעד;

(4) להוציא את הקטין ממשמורתו של האחראי עליו, אם ראה בית המשפט שאין דרך אחרת להבטיח את הטיפול וההשגחה, ולמסור אותו למשמורתה של רשות סעד אשר תקבע את מקום חסותו או

30 למידת ההשפעה של ההורים כאפוטרופוסים על טיב הטיפול הרפואי של ילדם עיינו באריכות בדבריו של השופט מנחם אלון בע"א 506/88 שפר (קטינה) נ' מד"י, פ"ד מח(1) 87, ובעיקר בע' 194.

להורות על החזקתו במעון או במעון נעול כמשמעותם בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971...".

יושם אל לב כי ההכרזה על קטין פלוני כעל "נזקק" אינה נעוצה בסברה כי האמצעים שנוקטות רשויות הרווחה טובים יותר מהטיפול וההשגחה על הילד בבית הוריו, ואין שוקלים בהם את "טובת הילד המקסימליסטית", אלא השיקול הוא אם יש חשש שיבולע לילד אם לא יוכרו כנזקק. הדברים כה פשוטים שאינם צריכים פירוט.³¹

(ו) הכרזת קטין כ"בר אימוץ"

הוא הדין בעניין הוצאת הקטין לאימוץ. על אף הכרזת סעיף 1(ב) לחוק האימוץ, תשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ) כי "צו אימוץ וכל החלטה אחרת לפי חוק זה יינתנו אם נוכח בית המשפט שהם לטובת המאומץ", ההכרזה אינה מכוונת ל"טובת הילד המקסימליסטית". אין בית המשפט מכריז על הילד כבר אימוץ רק משום שלילד יהא טוב יותר אצל המשפחה המאמצת מאשר עם הוריו מולידיו. רק כאשר כלו כל הקיצין, וההורה הטבעי נעלם, והילד נשאר בלא השגחה או שההורה מטפל בו באופן משונה, יוכרו הילד כ"בר אימוץ" כפי שקובע סעיף 13(7):

"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"

הווה אומר שהכרזת קטין כבר אימוץ היא בשל "טובת ילד מינימליסטית" שלילד יבולע אם לא יאומץ.

הרציונל הטמון בהעדפת החזקת הקטין בקשר עם הוריו הטבעיים ובהימנעות מניתוקו מהם והשמתו אצל ההורים המיועדים לאימוץ הוא ההכרה של החברה בת זמננו בזכותם של ההורים המולידים לאוטונומיה "משפחתית", היינו ההכרה בזיקתם המיוחדת כלפי ילדם. הכרה זו, המעוגנת במשפט הבינלאומי בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם מ-1948 (סעיף 12), באמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות היסוד (סעיף 18) ובאחרונה באמנה בדבר זכויות הילד (סעיפים 5, ו-9), נומקה היטב בפסיקת בית המשפט העליון מפי השופט אהרן ברק, בדברים הבאים:

"הדין מכיר בזכותם הקונסטטוציונית של ההורים הטבעיים לקיים את חובתם כלפי ילדם. החוק מחסן את המשפחה מחדירתה של המדינה. יש המבססים אוטונומיה זו על עקרון טובת הילד. על פי גישה זו המשפחה הטבעית מוגנת בפני התערבות המדינה, משום שבמסגרת זו מובטחת טובתו של הילד (ע"א

31 אלי שרון קטינים בסיכון: שפיטה, דרכי טיפול והשגחה בבית המשפט לנוער (המכון למחקרי משפט וכלכלה, דצמבר 1998), 30-32.

549/75, פ"ד ל[1] 465, 459). כשלעצמי, הסבר זה אינו מניח את דעתי. על פיו, אם יוכח כי טובתו של הקטין שיהא מחוץ למשפחה הטבעית, הרשות בידי המדינה לנתקו ממשפחתו. ולא היא. על פי הדין הנוהג אצלנו, אין המדינה רשאית לנתק ילד מהוריו הטבעיים, אך בטענה כי טובתו של הילד דורשת זאת. אין נוטלים בישראל ילד ממשפחתו הטבעית, ומוסרים אותו למשפחה אחרת, אך משום שמוכח כי בכך תובטח טובתו של הקטין (ע"א 577/83 פ"ד לח(1) 461, 468). ניתן להשיב על נימוק אחרון זה, בטענה כי החוק יוצר הנחה שאינה ניתנת לסתירה כי טובתו של הילד שיהא אצל הוריו הטבעיים. תשובה זו, מלבד היותה פיקטיבית, אינה נכונה, שכן החוק בישראל מכיר במצבים שונים בהם נוטלים ילד מהוריו הטבעיים. אכן, יש לדעתי להודות בפה מלא, כי הדין מגן על התא המשפחתי הטבעי, ושומר על האוטונומיה והפרטיות שלו, מתוך מערכת מורכבת של שיקולים, כאשר טובת הילד הוא רק אחד מהשיקולים ומתווספים אליו שיקולים נוספים, כגון הזכויות של ההורים הטבעיים. על פי גישה זו, אין המדינה רשאית להצדיק את התערבותה בתא המשפחתי הטבעי, אך בטענה כי הדבר נעשה לטובת הקטין. בטובת הקטין לא די. דרוש 'דבר מה' נוסף, אשר יש בו כדי להצדיק את התערבותה של המדינה. 'דבר מה' זה משתנה מעניין לעניין, על פי מידת האינטנסיביות של החדירה השלטונית, ומידת הניתוק שבין ההורים הטבעיים לבין ילדם...³².

32 ע"א 232/85 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד מ(1) 1, 7-8 ועיינו גם ע"א 680/77 פלונית נ' עייית תל-אביב-יפו, פ"ד לב(3) 393, 399; ע"א 783/81 פלונים נ' פלמוני, פ"ד לט(2) 1, 9; ע"א 212/85 פלוני נ' פלונים, פ"ד לט(4) 309. ועיינו באחרונה 508/052 היועמ"ש נ' פלוני, תק"על 20005(4), 387. בפרשת ע"א 85/232, התייחס השופט ברק למורכבות של שיקול "טובת הילד" בהליכים של הכרזת הקטין כבר אימוץ וקבע, כי גם אם קיימת עילה ברורה לפי סעיף 13(7) לחוק האימוץ "רשאי בית המשפט להכריז על הקטין ככבר-אימוץ ללא הסכמת הוריו", "רשאי" ולא חייב, היינו לשופט נתון שיקול דעת, ולדעת ברק, שם, "אמת המידה העיקרית, שעל פיה יכוון שיקול הדעת השיפוטי, היא טובתו של הקטין". אך בהמשך עולה כי במקרה שהובא לעיונו שם לא הכריע שיקול הדעת לפי "טובת הילד המקסימליסטית" אלא לפי "טובת הילד המינימליסטית" בשל התייחסות גרועה ממושכת של ההורים כלפי בנם וחוסר האפשרות להבטיח כי עילת האימוץ תיעלם בהמשך הדרך. בע"א 6106/92 פלונית נ' היועמ"ש, פ"ד מח(4) 221 התעוררה שאלת החזרת קטין לאמו לאחר שהוכרזה כ"כבר אימוץ" משום שחל שינוי ביחס האם אליו. מדובר באם ממשפחה מסורתית שהרתה מחוץ לנישואין, שמרה בסוד את ההיריון והלידה מפני בני משפחה ובסופם מסרה את הקטין למשמורת פרטית. בית המשפט המחוזי הכריז על הבן כ"כבר אימוץ". בשלב הערעור שינתה האם את טעמה והודיעה כי משפחה מעוניינת לתמוך באם ובבנה. עיינו בפסק דינו של השופט דב לוין, בע' 231-233 ובדברי השופט אליעזר גולדברג, שם, בע' 233-234. שניהם הורו, בדעת הרוב, לתמוך באם ולהחזיר את הילד אליה, מאחר שלא הוכח כי האם אינה מסוגלת לטפל בבנה ועל כן אין לשלול זאת ממנה, אם המשפחה תומכת בה. השופט מישאל חשין, שם, בע' 234-235, שהיה בדעת מיעוט, סבר שיש לשלול מהאם את זכותה לגדל את בנה ואף טבע את המכתם, המצוטט שוב ושוב במאמרים ובפסקי דין, כי: "קטן

*
* *

דומני, מכל האמור לעיל, כי מן הבחינה המשפטית אין שיקול "טובת הילד" עיקרון נוקשה, חד-ממדי, אלא להפך, זהו עיקרון אמורפי, חסר צביון ברור לחלוטין ומשתנה מסיטואציה לסיטואציה ואף משופט לשופט. אך כיצד פועל בית המשפט כשהוא נדרש להכריע בעניינו של ילד מסוים? לפי מה הוא מכוון את דרכו? להלן ננסה ללמוד כיצד בית המשפט חותר לקראת גילוייה הקונקרטי של "טובת הילד" במקרים המובאים לפניו.

ב. המסוגל פקיד הסעד לגלות את עיני בית המשפט מהי "טובת הילד"?

ניתן היה לסבור כי גילוייה של "טובת הילד" במקרה הקונקרטי הוא עניין אינטואיטיבי. כולנו היינו ילדים והתנסינו בפיקוח ההורים עלינו. רובנו, אני משער, חוינו את ההורות לילדינו. למעשה חוינו זאת והתנסינו, כמעט בלא הדרכה או השתלמות. בוודאי לא למדנו על כך בבית הספר. ואף על פי כן, ולמרות הכול, יש לכל אחד מאתנו מודל התייחסות, די מוצק, למסגרת הזו של יחסי הורים וילדים, שלרוב נראית בעינינו די אידיאלית. קשה לי לבסס זאת מבחינה אמפירית, אבל דומני שגם השופטים, כשהם באים להכריע בסוגיות שבין הורים לילדים, משתמשים יותר באידיאָה פיקס

הוא אדם, הוא בן אדם, הוא איש – גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם איש קטן, זכאי בכל זכויותיו של איש גדול". אך גם השופט חשין איננו חולק עקרונות על כך שההכרעה על פי "טובת הילד" בעניין הכרזת קטין כבר אימוץ שונה מסתם הכרעה בשאלת "טובת הילד" בסכסוך בין הורים, אלא שבאותה פרשה מפרש הוא את התנהגותה של האם כבלתי מוסרית, כלשונו: "עברה את הסף בקיפוח בנה". פרשה זו זכתה למהדורה שנייה בדנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, שבו נהפכה הקצרה על פיה בהרכב המורחב. הנשיא (לשעבר) שמגר מנתח בהרחבה את מקומה של "טובת הילד" בהליכי האימוץ ודעתו המפורשת שם, בע' 81–82, ובד"נ 5810/90 (לא פורסם) היא כי בהליכים לקראת הכרזתו של הקטין כבר אימוץ "טובת הקטין אינה שיקול בלעדי" "ואין לשקול אותה בלי להתייחס לקיומה של עילה מעילות הנדרשות לשם הכרזת הקטין כ'בר אימוץ'". יתר על כן, גם כאשר קיים שינוי בהתייחסותו של ההורה כלפי הבן מאז הדיון בבית המשפט קמא, צריך בית המשפט שבערעור להביא זאת בחשבון. התנגדותו של שמגר לדעת הרוב בדיון הראשון (ע"א 6106/92), הייתה אפוא על בסיס העובדות שעליהן הסתמכו השופטים לוין וגולדברג, וכך שואל שמגר: "אם הייתה מסוגלות מעיקרא, מדוע יעץ ולחץ בית המשפט הזה בשלב הערעור שתספר על לידת הקטין להוריה? מה הרלוונטיות לכך בענייננו? אם לא הייתה מספרת להוריה, לא הייתה מסוגלות, ואם ספרה, התגלתה המסוגלות?... ועל קְּשֵׁל מוסרי דומה עמד בית המשפט גם בפרשת ע"א 546/80 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד מה(1) 185, 190. על האמורפיה בהגדרתה של "מסוגלות ההורית" בכלל והקשרה לסעיף 13(7) לחוק האימוץ עיינו: מירה ברקאי ומילי מאסס משמעות המושגים 'מסוגלות הורית' ו'טובת הילד' בפסקי הדין של בית המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשנ"ח) 13–29, 177–182.

שלהם – כיצד צריכה להיראות הורות – ופחות בכלים המשפטיים שברשותם, כגון תקדימים משפטיים, חיקור דין או מה שמכונה "לוגיקה משפטית". בוודאי פחות ממידת השימוש בהם, בכלים המשפטיים, בסוגיות אחרות במשפט. במודע או שלא במודע הם שמים עצמם במקום הילדים או הוריהם וחורצים את הדין לפי מה שהיו הם דורשים לעצמם כילדים או מעצמם כהורים.

באופן שונה הייתי מעז לטעון כי מאחר שמשמעותה של "טובת הילד" כשלעצמה היא מחוץ לעולם המשפט, אין השופט יכול להכריע בה בעצמו בלא הדרכה והכוונה. כיצד באה הכוונה זו? הפתרון המסורתי הנהוג זה שנים רבות הוא באמצעות תסקיר, כהוראות חוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי-נפש ונעדרים), תשט"ו–1955 (להלן: חוק הסעד סדרי דין). חוק הסעד סדרי דין מעניק לשירותי הרווחה סמכות חיונית ביותר, סמכות חקירה. פקיד הסעד יכול "לחקור כל אדם שהוא סבור שיש לו ידיעות הנוגעות לקטין". בנוסף, וכסמכות נלווית לחקירה, הוא רשאי "להיכנס לכל מקום בו נמצא או עשוי להימצא הקטין". שתי הוראות אלה הן התשתית הראויה להתחקות לכאורה אחר "טובת הילד".

עם זאת הייתי מצביע על כמה כשלים בהפעלת סמכויות פקידי הסעד. ראשית, למרות חובתו של בית המשפט לחרוץ את גורל הדיון בסכסוך בין הורים לפי "טובת הילד", למרבה הפליאה, הוא אינו חייב להסתייע בפקיד הסעד דווקא או בכל חוות דעת של מומחה שהוא. כל ההוראות בחוק הכשרות המשפטית או בחוק הסעד סדרי דין מכוונות מלכתחילה ל"רשותו" של השופט, היינו לכוחו השיפוטי לחייב בדיקה שבמומחיות, בין של בית המשפט ובין של מומחה אחר. החובה להיעזר בפקיד סעד מטעם בית המשפט נזכרת בהוראת סעיף 8 לחוק הנוער כאשר מתבקשת החלטה בענייני "נזקקות", ובתקנה 276 לתקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד–1984 כאשר בית המשפט נדרש להכריז על קטין כ"בר אימוץ". המחוקק חושש אפוא לתקפותו של גילוי "טובת הילד המינימליסטית" וחושש פחות באשר לגילוייה של "טובת הילד המקסימליסטית".³³ שנית, אין התסקיר, המוגש על ידי פקיד הסעד, מהווה תצהיר, ואין הוא בגדר "עדות מומחה".³⁴ אין צורך לומר כמה הבדל זה משפיע על ה"יצירתיות" שבהבעת עמדה שבמומחיות. שלישית, אין פקיד הסעד מצווה על תובנה משפטית של חיקור דין אלא על איסוף ראיות. פקיד הסעד אמנם נפגש פגישה אחת כנהוג עם כל "המשפחה", היינו עם האב והאם בני הפלוגתא, אך זאת רק לשם התרשמות מן המצב כ"משקיף" ולא כמגשר. רוב הפגישות נעשות בנפרד ובלא נוכחות "עוינת" של הצד האחר. בנוסף, אין פקיד הסעד מצווה על איסוף ראיות מכלי ראשון דווקא. "עדויות שמיעה" הן מקורות בהחלט ראויים. אף כל הרכב של בית משפט לענייני משפחה רשאי לנהוג "בדרך הנראית לו לעשיית צדק" ובכלל זה להסתמך על מקורות משניים.

33 על המונחים עיינו לעיל בסימן השני.

34 על עניין זה עיינו בתוך: דן שניט החוק הפרט ושירותי החברה – המסגרת החוקית של העבודה הסוציאלית בישראל (מאגנס, תשמ"ח), 108–115. כן עיינו במובאות להלן הערה 87.

ברם ההבדל הוא, כלשון חכמים, ש"כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו", היינו בית המשפט, המיומן בחיקור הדין, יוכל לתת משקל פרופורציונלי לראיות השונות. לא כן פקיד סעד שהוא עובד סוציאלי בהכשרתו.³⁵ רביעית, מהי אפוא "מומחיותו" של פקיד הסעד? האומנם מומחיותו של פקיד הסעד לזהות את המסוגלות ההורית היא כמומחיותו של פסיכולוג מומחה או שמא מצטמצם תפקידו "אך לצורך קבלת קורותיהם של הדמויות ותפקודם היומיומי" היינו לפרש "את אותה ההסתגלות הנראית על פני השטח" ואילו הפסיכולוגים הם בעלי היכולת הבלעדית להסתכל "הסתכלות פנימית", כפי שקבע השופט חיים פורת בפרשת גולדפיין נ' גולדפיין³⁶ בבית המשפט המחוזי? פקידי הסעד לסדרי דין מתנגדים בכל מאודם לתיוג הלא מחמיא הזה, ורואים עצמם כבעלי מומחיות מרבית לבדוק את אותה "מסוגלות ההורית". חמישית, והיא העיקר,

35 על תקפות התסקירים בעידן שלפני השינויים בסדרי הדין בענייני המשפחה עיינו בע"א 816/85 פלוני נ' שר הרווחה, תק-על 87(3), 264 (מפי השופט נתניהו):

"... טבע הדברים הוא שתסקיר של פקיד סעד מבוסס על עדויות שמיעה. פקיד סעד המצווה לחקור ולחוות דעה בתסקיר על ענינו של קטין לפי חוק הסעד סדרי דין, מסמך לחקור כל אדם שיש לו ידיעות בנושא. בעלי הדין זכאים להשמיע טענות ביחס לתסקיר ובית המשפט רשאי לצוות על חקירתו של פקיד הסעד. העובדה שהתסקיר מבוסס כולו או חלקו על עדויות שמיעה היא בלתי נמנעת. היא אינה פוסלת את התסקיר, כל עוד לא הופרך היסוד העובדתי שעליו הוא מושתת, דבר שניתן לעשותו על ידי חקירת פקיד הסעד עצמו או על ידי חקירת המקור שממנו קבל פקיד הסעד את המידע, או על ידי ראיות עצמאיות. בענייננו רוב רובן של העדויות היו ראיות ישירות וקבילות מפי עדי ראיה וכן חוות דעת של מומחים. אכן בתסקירים כלולות גם עובדות שפקידות הסעד העלו מתוך עדויות שמיעה, אך בעיקרן היו אלה עדויות מפי ההורים עצמם, ואלה הן ראיות קבילות. רק פה ושם הובאו עדויות שמיעה מפי זרים, אך לאלה לא באה התנגדות מנימוק זה..."

המצב, לענ"ד, השתנה עם חקיקת חוק בית המשפט לענייני משפחה, כאשר הותר לבית המשפט לענייני משפחה לנהוג "בדרך הנראית לו לעשיית צדק", כפי שציינו בסמוך. על עניין זה עיינו גם: השופטת חנה בן-עמי "פקידי הסעד בעידן בית המשפט לענייני משפחה" אוגדן לפקידי הסעד לסדרי-דין (רונית צור פקידת סעד ראשית לחוק הסעד סדרי דין – עורכת) (משרד העבודה והרווחה, 2001), 15–16. אך השופט חיים פורת במאמרו: "על הזיקה בין עבודת פקיד הסעד לעבודת בית המשפט" שם, בע' 17, סבור אחרת. לדעתו:

"תסקיר הסעד הוא חריג בדיני הראיות, באמצעותו מתקבלת 'עדות שמיעה' ובאמצעותו מתקבלת 'חוות דעת' שלא לפי העקרונות הכלליים בעניינים אלה. החוק נותן אמון מיוחד בפקיד הסעד ומאמין שאינו מספק חומר שהוא בגדר רכילות, אינפורמציה אשר נבדקה מוינה ואומתה, ולא דווקא ממקור אחד, ועל כן היא אמורה להיות נכונה, אמינה ומקפת, משמע נותנת תמונה מלאה, אובייקטיבית ונכונה."

36 בע"א 2591/92, פ"ד מז(2) 195, שהיה ערעור על פסק דינו של השופט חיים פורת בבית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו מיום 5.5.92 בתיק ת.מ.א. 5601/90, הובאה דעתו בהסכמה. על שימוש בתסקירה של פקידת אימוץ כדי להכריע בין חוות דעת סותרות של הפסיכולוגים שהוגשו מטעם הצדדים לצד חוותה דעת של פסיכיאטרית ממונה מטעם בית המשפט עיינו: ע"א 2073/96 פלונית נ' היועמ"ש, תק-על 96(3), 831.

מי לכפנו יתקע מהי אותה "מסוגלות הורית"? בלי שאבין בעניין, נודע לי מפי בעלי מקצוע הפסיכולוגיה ואנשי מדע מתחום העבודה הסוציאלית כי כימות ה"מסוגלות ההורית" שנוי במחלוקת. בעוד רבים טוענים לתקפותם של מרשמים דיאגנוסטיים לגילוייה של ה"מסוגלות ההורית", שוללים כמה אחרים את ה"מסוגלות ההורית" כמונח תקף מבחינה מדעית. מפי פקידת סעד ראשית לפי חוק הסעד סדרי דין למדתי על שיטות מגוונות בחקר ה"מסוגלות ההורית". כפי שדיווחה בוועדת גילת, ישנן שתיים עשרה שיטות בעניין, ולפי מאמר מדעי שיצא באחרונה רק שתיים הן תקפות מבחינת המדע.³⁷

37 דן שרון במאמרו: "שיקולים מנחים בסוגיות משמורת וסדרי ראייה" אוגדן לפקדי הסעד לסדרי-דין, לעיל הערה 35, בע' 25–60, מצביע על אפשרות של "שוני ניכר, אם לא סתירה מוחלטת, המסתמנים בתסקירי פקדי הסעד לחוק סדרי-דין ובחוות הדעת הניתנות לבית המשפט בהכרעות דין בסוגיות המעמד האישי". לאחר ניתוח כל מערכות השיקולים – שמונה עשרה במספר – הראויות לדעתו של שרון לבוא בכל חוות דעת או תסקיר, טוען שרון כי שקלול "טובת הילד" צריך להיות:

"...מכאן מומלץ לקחת את 18 מערכות השיקולים שנידונו במאמר ולנסות להעמיד נקודות לכוח ולחולשה של כל אחד מההורים לאורך מערכת השיקולים... לא ניתן באופן גלובלי למערכת שיקולים אחת משקל רב יותר מאשר לאחרת. יחד עם זאת ההקשרים של משפחה ספציפית יכולים לתת משקל רב יותר למערכת שיקולים אחת, על פני מערכת אחרת. במצב כזה צריך המאבחן לנמק מדוע, למרות שלכאורה ההורים "מתפורים" בצורה פחות או יותר שווה על פני מערכות שיקולים שונות, נעשתה ההמלצה להעדיף הורה אחד על פני השני מתוך הדגשת יתר של מערכת שיקולים מסוימת... בסופו של דבר מנמק המאבחן את היתרון היחסי שיש להורה אחד על פני החסרון היחסי של הורה שני, לא דווקא מתוך הדגש של פתולוגיה זו או אחרת, אלא מתוך העדפת ההורה בקונטקסט של ילד ייחודי במצב חיים של גירושין".

בדומה לדין שרון, עיינו במאמרם של שלמה רומי ונורית לוי "מהו 'בית מועדף' כשהבית אינו קיים עוד – דילמות וקריטריונים בנושא משמורת ילדים" חברה ורווחה יח (תשנ"ט) 389. לאחר סקירת הספרות בארץ ובעולם, ולאחר ניתוח אירועים מסוימים, מגיעים המחברים לכלל מסקנה כי "למרות הידע הרב המצטבר, שיש בו כדי להעשיר את רפרטואר החשיבה ואת אופני ההתערבות במקרים כאלה; נראה שאין ולא ניתן יהיה להגיע לנוסחאות או לאמות מידה שיהיה בהן כדי למצות את מגוון המצבים האנושיים שנדרשת בהם התערבות מקצועית" (שם, בע' 404). בנוסף, ראו הערתו של דן שניט, לעיל הערה 25, 196–197: "המומחים ניזונים מהנחות סטריאוטיפיות המצדדות באימהות כמשמורניות ומעדיפות אותן על האבות", בהסתמכו על מחקרם של: Sagi A., Dvir R. "Value Biases of Social Workers in Custody Disputes" *Children and Youth Services Rev.* (1993) 27–42. בדומה כותב משה זכי במאמרו: "מחשבות על המסוגלות ההורית" רפואה ומשפט 20 (1999) על ההטיה בתהליך בניית חוות הדעת המקצועית. לדעתו: "התופעה יכולה מחד גיסא להתבטא בנטייה של המומחים לפרש שלא במודע ממצאים דיאגנוסטיים בהתאם לנצפה מהם מתוך אנמנזה ומסמכים שהוגשו להם (דו"חות סוציאליים, רפואיים, חינוכיים), ומאידך – בנאמנותם של אנשי המקצוע לצד שהזמין אותם ומימן את השירות".

ביקורת מיוחדת על ההטיה בקביעותיהם של העובדים הסוציאליים בתורת פקדי סעד כתבה טובה ליכטנשטיין "תהליך קבלת החלטות להוצאת ילד מן הבית: השפעות סמויות וגלויות" חברה ורווחה יא (תשנ"א) 117, 119, 121–122. בין היתר מסתמכת המחברת על Hogart R.

הרבה פעמים מזדרזת פקידת הסעד להפנות את הילד מכוח סמכותה לאבחון פסיכולוגי כדי לסמוך על ממצאיו. גם בזאת רואה בית המשפט טעם לפגם. "מסוגלות הורית" אינה מבחן "פסיכומטרי" שעיקרו להציב שאלה לקטין שבמחלוקת: "את מי אתה שונא יותר את אבא או את אימא?" שכל המרבה בו הרי הוא מיומן. להפך, המבחן יש בו אמוציות לא מבוטלות. בהרבה מקרים הילד שותף פעיל ומבין שכל תשובה שלו תחרוץ את הכף. הילד הופך מ"מוגן" ל"שופט". חזרה שנייה בתכיפות על מבחן המסוגלות ההורית מביכה את הילד בפני הוריו המאוימים מתשובותיו והוא בסבך נאמנות ושיקולי תועלת, לא לגמרי לא הגיוניים. "אימא חזקה, היא תסתדר בלעדיי", "אבא מסכן הוא מחוץ לדירה, קר לו בבית לבד". כבר אמר השופט חיים פורת כי משלוח ילד למבחן "מסוגלות הורית" הוא פריבילגיה של בית המשפט ואל לפקיד הסעד "לזהם" את המבחן בלי לקבל רשות מראש מבית המשפט.³⁸ אין צורך לומר שאין השופט מוגבל לפסיכולוג מתחום מומחיות אחד, קליני או חינוכי, ואין הוא מוגבל לאסכולה פסיכולוגית אחת.³⁹ באחרונה מינה בית משפט, בעניין שונה במקצת,

Judgement and choice: The Psychology of Decision (N.Y., 1988) על ההטיה של המאבחנים במקצועות הטיפוליים כסוגיה עקרונית ועל הדרכים לניטרול המירבי עיינו, למשל, במאמרם של יונתן רבינוביץ ונח ג' עפרון "חוסר רציונליות באיסוף נתונים ובעיבודם כבעיה באבחון ובהערכה קליניים" פסיכולוגיה ג (תשנ"ג) 23 והמקורות הספרותיים הרבים שעליהם נשענים המחברים. במאמרו לעיל הערה 35, בע' 22, וזה לשונו:

"יש והחלטת בית המשפט אשר באמצעותה מוזמן תסקיר אינה ברורה די הצורך, או שקשה לפקיד הסעד להגיע לגיבוש חוות דעתו... במקרה השני יש וינקוט יוזמה ויזמין חוות דעת פסיכולוגית כדי לעזור לו לגבש את חוות דעתו... לדעתי היוזמות דלעיל אינן מבורכות... ראוי היה לבוא בקשר עם בית המשפט... על מנת לזכות בשיתוף בית המשפט..."

בהמשך המובאה מדגיש השופט פורת כי לו היה נשאל אם לגבות את תסקיר פקיד הסעד בחוות דעת פסיכולוגית, היה נרתע מכך, והנה הסיבה:

"מאחר והייתי מעדיף לקבל תסקיר אינפורמטיבי ללא חוות דעת ואילו את חוות הדעת הייתי מזמין בעצמי... ייתכן וחוות הדעת תזמן באמצעות פקיד הסעד אולם במקרה כזה ראוי לאפשר לבית המשפט לנסח במדויק את השאלות בהן מבוקשת חוות הדעת".

ועיינו בביקורת אחרת מהעת האחרונה של השופט פיליפ מרכוס, סגן נשיא, מבית המשפט לענייני משפחה (תמ"ש [י"ם] 950/05 פ.א. נ' פ.צ., תיק-מש 2005[4], 127. על הנוהג הפסול של פקידי הסעד להיוועץ בשעת הכנת התסקיר מטעם מומחה שמונה מטעם בית המשפט לכתוב חוות דעת מקצועית באותו תיק. לדעת השופט הנוהג פסול "כל עוד קיים הליך על פי חוק הנוער... פקיד הסעד לחוק הנוער הוא בבחינת תובע בהליך המשפטי, וקשר בין בעל דין לבין מומחה מטעם בית המשפט פסול לחלוטין..."

על האסכולות השונות בהערכת "מסוגלות הורית" עיינו במאמרו של משה אלמגור "הערכת מסוגלות הורית בהחלטה לגבי משמורת ילדים: מקומו של הפסיכולוג הקליני" פסיכולוגיה 8 (1999) 34, ובמקורות הביבליוגרפיים הרבים העוסקים בשאלת הגדרתה של המסוגלות ההורית. גישת המחבר ליכולתן של הבדיקות השונות, שהוא מתאר בפרוטרוט, לתרום להבהרת הקריטריון של "טובת הילד" היא פסימית לחלוטין. בין יתר הסיבות שהוא מונה מצוינת הדיכוטומיה בין

שני מומחים מ"מכון פרויד" שלייד האוניברסיטה העברית. לא יהיה זה בלתי סביר לומר שדינו של הקטין שבמחלוקת נחרץ מראש לכיוון מסוים.⁴⁰

הגישה הטיפולית, העומדת בבסיס עבודתו של הפסיכולוג, לבין הגישה האבחונית – השיפוטית המתבקשת מהמומחה הנותן חוות דעת לערכאה השיפוטית. גישתו של משה זכי במאמרו: "הערכה פסיכולוגית של מסוגלות הורית בתיק משמורת לעומת הערכה פסיכולוגית של מסוגלות הורית בתיק אימוץ: הדומה והשונה" רפואה ומשפט 31 (2004), 100, 101 מצביעה על גמישותה של הערכת המסוגלות בהתאם לערכי המשפט. בעוד שבמסוגלות ההורית בתיקי משמורת כששני ההורים תובעים חזקה על הילד היא הערכת "היתרון הפסיכולוגי של הורה אחד על פני ההורה השני", בתיקי האימוץ "הערכה הפסיכולוגית הנדרשת לקבוע בראש וראשונה, מיהו ההורה השליילי והמזויק שיש לפסול את הורותו". בשולי הדברים, אזכיר גם את ההערכה הקלינית של "תסמונת ניכור הורי" (Parental Alienation Syndrome) שהועלו בעבר כמה וכמה פעמים בארצות הברית ובישראל. אסכולה זו אינה מקובלת על דעת הכול ובין המלומדים יש הרואים בה "הטייה" מכוונת יותר מאשר מסקנה אמפירית. עיינו דניאל גוטליב "תסמונת הניכור ההורי" רפואה ומשפט 31 (2004) 106 שמתאר בהרחבה את משנתו של ריצ'רד גרדנר ואת ההסתייגויות של חברת המערכת רחל בלומגוון.

40 הכוונה לפסקי הדין שניתנו בפרשת "תינוק המריבה": ע"מ 4/04 ההורים המיועדים לאמץ קטין נ' ההורים הביולוגיים, תק"מ 2004(4), 6517; בע"מ 377/05 ההורים המיועדים לאימוץ קטין נ' היועמ"ש, תק"על 2005(2), 617. על הכשלים המרובים הרובצים לפתחם של נותני חוות הדעת בעניין "טובת הילד" עומד השופט פיליפ מרכוס בבהירות ובאריכות בתמ"ש (י"ם) 6501/98 א.א.מ. נ' א.א., תק"מ 2003(3), 729. מלבד ניתוחה של חוות הדעת שהוגשה לעיונו, ואשר מצא בה פגמים רבים, הוא קובע בפסק דינו, סעיפים 72-76, כמה כללי זהב שעל נותן חוות הדעת לנקוט אותם:

"אסכולות שונות, דעות אישיות, השקפת עולם (א) על המומחה להבהיר לבית המשפט השתייכותו לאסכולה פסיכולוגית או פסיכיאטרית מסוימת; הדבר יאפשר לבית המשפט להבין את המינוח של חוות הדעת ואת הגישה המקצועית שהביאה למסקנת המומחה. מי שמבסס את עבודתו על אוריינטציה פסיכואנליטית ישתמש בכלים ובתיאורים שונים ממי שדוגל בתיאוריה של מערכות משפחתיות. (ב) בעניין זה יש לפעמים חשיבות למין הבודק; בדיקת זוג על ידי נשים בלבד או גברים בלבד עלולה להביא לתוצאות מוטעות – או להרגשת אי נוחות אצל מי מבני הזוג, אשר עלולה להשפיע על נכונותו/ה לשתף פעולה או על תגובותיו. (ג) מומחה גם חייב להיות ער להשקפותיו ודעותיו האישיות, ולהיות מוכן להציג את אלו בפני בית המשפט כדי לאפשר בחינת השפעתן על חוות דעתו. (ד) עשיית חוות דעת על ידי צוות רב מקצועי עשויה במידת מה למתן את הסיכונים של הטייה על ידי דעות אישיות. עם זאת, צוות עלול להיות משופע על ידי ראש צוות בכיר, ויש נטייה ליישר קו עימו; צוות קבוע עשוי להתגבש דווקא בגלל דעותיהם הדומות של אנשי הצוות. לכן עדיף לעיתים קרובות שתפקיד של הכנת חוות הדעת יוטל על מומחה אחד, אשר רשאי להזמין בדיקות של מומחים אחרים אם ראה בכך צורך. בדיקות פסיכודיאגנוסטיות וכלי בדיקה אחרים, ומגבלותיהם: (א) מומחה חייב להיות ער לידע ולמחקר עדכני, על תקפות בדיקות אלו ולסייג הסקת מסקנות מהן במידה הנחוצה. מדובר לא רק ב"טסטים" הידועים, אלא גם בכלים חדישים וטכניקות אחרות. (ב) אין להפקיד כלי בדיקה בידי מי שאינו יודע ואינו מנוסה בשימוש בו. מרכיבי הבדיקה: (א) כפי שציינתי, אין מקום לקבוע מראש רשימת פעולות בבדיקה. (ב) בכל זאת, לדעתי ישנו מינימום מסוים; ראיון קליני (ולא רק שיחת אינטימיק) עם כל אחד מהמערבים – כולל ילדים – הכרחי לצורך הבנת התמונה. אינטראקציה תהיה הכרחית

מתמיהה, אך בחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה–1995 (להלן: חוק בית המשפט לענייני משפחה), המייסד תשתית שיפוטית לענייני מעמד אישי ולדיון בענייניהם של קטינים, פסולי דין, נכים וחולי נפש, לא נזכר כלל המונח "פקיד סעד" כמגיש "תסקיר" אלא רק בתור מגיש תובענה ואף זאת רק "באמצעות או באישור היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו" (סעיף 3ד].). חוות הדעת ניתנת, אם נסתמך על לשון החוק בלבד, על ידי "מומחה או יועץ מטעם בית המשפט" (סעיף 8ג].) ולהיכן נעלמה מומחיותו של "פקיד הסעד"? יתרה מזו, מינוי "מומחה או יועץ מטעם בית המשפט" שולל מ"בעל הדין" להביא עדות נוספת של מומחה מטעמו. אפילו היועץ המשפטי לממשלה כ"בעל דין" או "פקיד הסעד" מטעמו או באישורו רשאים למנוע את האפקטיביות של ה"תסקיר" באמצעות מינוי מומחה. האומנם "מי ששנה זו לא שנה זו?" לאמור, חוק בית המשפט לענייני משפחה אינו מתיישב עם הוראות חוק הסעד סדרי דין. גם פרק כ1 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד–1984, העוסק

ברוב המקרים; תגובת ילד או ילדים לשני ההורים הנוכחים בחדר, ולא רק תגובותיו כאשר אחד נוכח; ואינטראקציה בין קבוצת האחראים, יכולה לשפוך אור נוסף על המצב. בדיקות פסיכודיאגנוסטיות ישמשו לכלי לבחון נכונות התרשמויות ומסקנות ראשוניות שנתקבלו, וכן להעלות אפשרויות למסקנות נוספות אחרות. לדעת הרוב המכריע של המלומדים, לא די בבדיקה אחת כזו, או אפילו בבטרייה של בדיקות, כדי לתת תמונה מלאה וברורה. לצד הערה זו, יש להוסיף שאין הכרח לבצע בדיקות כאלו בכל מקרה; ככל שהמומחה מנוסה יותר, מבחינה זו שטיפול במשפחות רבות יותר, גם בעבודתו הקלינית הרגילה וגם לצורך מתן חוות הדעת, ניתן יהיה להסתמך יותר על מסקנות שייסק מראיונות קליניים, אינטראקציה וממקורות אחרים. שיחות משוב – בהן יוכל המומחה להציג את מסקנותיו בפני הנבדקים ביחד או בנפרד ולקבל תגובותיה – תהיה רצויה ברוב המקרים. הדבר יאפשר לבית המשפט להבין עמדות הצדדים לתוצאות חוות הדעת, ולעיתים הצדדים יסכימו להמלצות אם תוצגנה באופן פרונטלי על ידי המומחה כאשר יתאפשר להם להציג שאלות. הבודק יפגוש את הנבדקים באוירה שונה מאשר קודם. יש להביא דיווח על שיחת המשוב כחלק מחוות הדעת.

הצגת המסקנות בפני בית המשפט: יש לבסס כל מסקנה על הגורמים שהביאו את המומחה אליה. בדרך זו יוכל בית המשפט לבחון בכלים שלו את נכונות המסקנות. לדוגמא, אם מסקנה מסוימת מבוססת על ההנחה שטענה מסוימת של אחד מבעלי הדין נכונה, יוכל בית המשפט ליתן משקל מתאים למסקנה לאחר שיכריע, בכלים המשפטיים העומדים לרשותו, בדבר נכונות הטענה. למטרה זו גם, המומחה צריך להיות מוכן להציג את כל החומר הגלם שלו בפני בית המשפט – כי רק כך יוכל בית המשפט לתת למסקנה מסוימת את המשקל הראוי.

מניעת גלישה מקצועית: על המומחה להימנע מהכרעה בשאלות עובדתיות. זה הוא תפקידו של השופט ושלו בלבד. הצדדים הבאים לבדיקת מומחה שיתן חוות דעת ידגישו דברים מסוימים ויעלימו דברים אחרים. לכן על המומחה להימנע מלפסוק בסכסוך בין הנבדקים בנושא מסוים – כי גם זה תפקיד השופט. על המומחה ליתן לבית המשפט את חוות דעתו כשהיא מבוססת על חלופות – אם ימצא כי עמדת הצד אחד נכונה, כי אז התוצאה היא מסוימת, ואם ימצא שעמדת הצד האחר נכונה, כי אז התוצאה תהיה אחרת. אימוץ גישה זו ימנע מהמומחה קיבעון בעמדתו, ויאפשר לו לראות את התמונה בכללותה, ויקל עליו אם הוא יעמוד בפני חקירה נגדית על ידי מי מהצדדים.

בסדרי הדין הכלליים בבית המשפט לענייני משפחה, אינו מזכיר את "פקיד הסעד" כלל, כפי שאינו מזכיר בעניין האימוץ אלא את ה"מומחה מעמו". דומה כי "שכחת" מומחיותו של "פקיד הסעד" בחוק ובתקנות הללו, מלבד עצם יכולתו להגיש את התובענה, לא הייתה בכדי. המחוקק ומתקין התקנות מעלים על נס את "יחידות הסיוע". יחידת הסיוע, כאמור בסעיף 5 לחוק זה, תפקידה "לתת בעצמה או באמצעות אחרים, שירותי אבחון, ייעוץ וטיפול בענייני משפחה, לרבות העמדת מומחים לרשות בית המשפט". מעיון במסמך המכונן את "יחידות הסיוע" – "דין וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה" (להלן: דו"ח ועדת השופט שינבאום) ניתן ללמוד על מטרותיהן הראשוניות של יחידות הסיוע להוות גוף אוטונומי בלתי תלוי במערכת הקיימת, וזה לשונו:

"חיוני לתפקוד תקין של המדורר לענייני משפחה הוא שיעמדו לרשותו שירותים סוציו-פסיכולוגיים יעילים, מתואמים ובעלי רמה נאותה שיעזרו לאזרחים ולבתי המשפט הן בתכנון הדרכים הטיפוליות והמשפטיות המתאימות לפתרון הבעיות והן בביצוע הצווים ופסקי הדין במהירות וביעילות. יש לקבוע שופט אחד, שימונה כמרכז של המדורר בכל הארץ וישמש כמתאם מקצועי וכמנחה משפטי של המוסדות הטיפוליים המסונפים לבית המשפט הנמצאים בקשר עם בית-המשפט".⁴¹

"יחידות הסיוע" במחשבה תחילה היו צריכות אפוא לדחות את ההסדר הישן של פקיד הסעד. לפי כוונת דו"ח ועדת שינבאום היה צריך כל שופט לקבל לעיונו דו"ח סוציאלי, מעין תסקיר מיחידות הסיוע, תוך הסתמכות אוטונומית של יחידת הסיוע על מומחים לפי שיקול דעתה. בתורת תימוכין מביא הדו"ח את המצב המשפטי בארצות הברית, אלא שבהמשך נסוג הדו"ח מ"האוטונומיה הטיפולית" של היחידות עקב "הניסיון המצטבר בארצות הברית המלמד, כי שירותי הרווחה המסונפים לבתי המשפט ניצבים בתחתית סולם העדיפויות של עובדי הרווחה, ועל-כן רמתם נמוכה". על כן מציע הדו"ח להשאיר את הכפיפות המקצועית למשרד הרווחה. מבין השיטין ניכרת הדאגה מפני הפיכת מוסד "פקידי הסעד", ובייחוד "פקיד הסעד הראשי", למיותר. "יחידות הסיוע" עד עתה רואות עצמן יותר ויותר כ"מגשרות" בסכסוכים בין-אישיים ופחות ופחות כמכניות תכניות לטיפול פסיכולוגי במשפחות במשבר לשם הצגתן בבית המשפט.⁴²

41 דו"ח ועדת שינבאום (ירושלים, דצמבר 1986), 23.

42 על תפקידן של יחידות הסיוע בפועל בארץ והשוואתן למודלים אחרים בארצות שונות, עיינו גם: דורית אלדר (הממונה הארצית לשעבר על יחידות הסיוע) וענת ענבר (הממונה הארצית על יחידות הסיוע) "יחידות הסיוע שליד בתי המשפט לענייני משפחה" אוגדן לפקיד הסעד לסדר-דין, לעיל הערה 35, בע' 61–66. יצוין שגם ועדת רוטלוי הילד ומשפחתו, לעיל הערה 15, אינה מזכירה בהצעתה לתיקון חוק בית המשפט לענייני משפחה (השתתפות ילדים בהליכים

אך גם אם נפסק פתיל המחשבה של דו"ח ועדת שינבאום, אין אנו פטורים מלחוות דעתנו על היתרון העצום של "יחידות הסיוע" לעומת ההסדר הישן של "פקיד הסעד". ראשית, "פקיד הסעד" הוא הליך יחידאי של "דן יחיד". אמנם בכמה עניינים הוא יכול להיוועץ בעמיתיו, בממונים עליו, וגם בעובדים הסוציאליים המטפלים במשפחה, אך ההכרעה היא שלו כ"מומחה" לפי ראות עיניו. ההכרעה אפוא יכולה להתפרש על ידי אחד הצדדים כ"מוטה". לעומת זאת ההליך ב"יחידות הסיוע" הוא קולקטיבי ומורכב לעתים קרובות מצוות אינטר-דיסציפלינרי. ההמלצה של יחידות הסיוע היכולה להינתן ברוב דעות עשויה לעתים לעורר את השופט לשיקול דעת מוגבר נוכח חילוקי הדעות. שנית, הכפיפות המנהלית של פקידי הסעד לשלטון המקומי וביתר פירוט לנבחר הציבור המחזיק את תיק הרווחה, יכול ליצור מראית עין של "משוא פנים", בייחוד כשמשפחת אחד הצדדים היא "ותיקה", "מכובדת" והשנייה – "עליה חדשה" או מעיר זרה. שלישית, חלק גדול מפקידי הסעד משמש רק בחצי משרה או בשליש ממנה. ביתרת הזמן הוא משמש כעובד מן השורה. חלק מפקידי הסעד מחזיקים קליניקות פרטיות. עד היום אין כלל אתי הפוסל מינוי פקיד סעד שמי מבני המשפחה נועץ בו בעבר.⁴³

ולבסוף, עקב השביתה הסמויה של פקידי הסעד לסדרי הדין בשל סכסוך עבודה מקצועי בנוגע לעומס העבודה המביא לדעתם לידי כשל מקצועי בתחום איסוף המידע והאבחון, נוהגים בתי המשפט להיעזר יותר ויותר ב"יחידות הסיוע". אוסיף ואומר שכפרקטיקה שאינה מעוגנת בתקנות או בהוראות "תקנון העבודה הסוציאלית" (להלן: תע"ס), הוקמה "ועדת תסקירים" שמטרתה לאיין את אותה מראית עין של הטיה ומשוא פנים.

הנוגעים להם) את פקידי הסעד כלל. בסעיף 11 שם (בע' 91) נאמר כי "תוקם מחלקת ליווי לילדים בתוך יחידות הסיוע שליד בית המשפט לענייני משפחה". גם בדברי ההסבר הארוכים לסעיף 11 להצעה (בע' 123–126) אין כל זכר לפקידי הסעד לסדרי דין אלא רק ליחידות הסיוע. רק בהערת שוליים 7 (בע' 95) מוזכרת פקידת הסעד לסדרי דין בהקשר הוראות התע"ס, לפיהן אין פקידי הסעד לסדרי דין חייבים לדווח בתסקיריהם לבתי המשפט, "מה אמר הילד או כיצד התבטא או מה רצונו, אלא שהן אמורות לספק לבית המשפט מידע על-פי מומחיותן בדבר טובת הילד". לענ"ד, אולי מבחינה פורמלית, אין פקיד הסעד חייב לדווח, אך מה מוזר הוא שלפקיד הסעד לסדרי-דין נתונה הסמכות החוקית לחקור ולחפש (על פי חוק הסעד לסדרי דין וחוק הכשרות המשפטית, סעיף 70) "כל מי שהוא סבור שיש לו ידיעות הנוגעות לאותו אדם, וחייב הנחקר לענות לפקיד הסעד תשובות כנות ומלאות". כיצד אפוא יכול פקיד הסעד להביע עמדה על פי מומחיותו בלי להתייחס לעמדתו של הילד?

⁴³ על הכשלים המובנים בפעולתם של פקידי הסעד לסדרי דין, עיינו גם: אברהם אופק מחקר הערכה: פקידי סעד סדרי-דין (רמת השרון, 2002) 36–41. אופק מרכז ממצאים אחדים באשר לפעולותיהם של פקידי הסעד.

ג. על ההפעלה הלא נאותה של פקידי הסעד על ידי ערכאות השיפוט המתחרות

(א) הדיכטומיה בין פקידי הסעד השונים בשאלת גילוי "טובת הילד" את החוקים השונים העוסקים בקטינים ובפסולי הדין מלווים שירותי הרווחה באמצעות "פקידי סעד" שמטרתם להביא את עניינם לפני הערכאות המוסמכות. אך הנה העוקץ שבדבר. במצב החוקי, כיום, פקידי הסעד מסווגים לפי חוקים שונים. כל פקיד סעד ממונה על ידי שר הרווחה למטרת חוק מסוים. קיימים להלכה תשעה עד עשרה סוגים של פקידי סעד. כל פקיד סעד למעשה ממונה רק על פי חוק שהסמיך אותו.⁴⁴

44 פקידי הסעד לסוגיהם, לפי סדר תולדותיהם הם: (א) פקיד הסעד לפי חוק גיל הנישואין, תשי"ב-1950 (סעיף 1: "...אדם שנתמנה על-ידי שר הסעד להיות פקיד סעד לצורך חוק זה"); (ב) פקיד הסעד לפי חוק הסעד סדרי דין (סעיף 9: "שר הסעד ימנה עובדים סוציאליים כפקידי סעד לצורך חוק זה..."); (ג) פקיד הסעד לפי חוק שירותי הסעד, תשי"ח-1958 (סעיפים 1 ו-13: "...ושר הסעד מינה אותו לפקיד סעד לעניין חוק זה"); (ד) פקיד הסעד לפי חוק הנוער (סעיף 30: "שר הסעד... ימנה לעניין חוק זה פקיד סעד ראשי ופקידי סעד..."); (ה) פקיד הסעד לפי חוק ההגנה על חוסים, תשכ"ו-1966 (סעיף 15: "שר הסעד... ימנה לעניין חוק זה פקיד סעד ראשי ופקידי סעד"); (ו) פקיד סעד לפי חוק הסעד (טיפול במפגרים), תשכ"ט-1969 (סעיפים 1 ו-21ג): "שר הסעד ימנה לצורך זה פקיד סעד ראשי ופקידי סעד..."; (ז) פקיד סעד לפי חוק אימוץ ילדים (סעיף 36ב): "מבין פקידי הסעד כמשמעותם בחוק שירותי הסעד, תשי"ח-1958, יסמיך שר העבודה והרווחה לעניין חוק זה פקיד סעד ראשי ופקידי סעד..."; (ח) פקיד סעד לפי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991 (סעיף 4: "היועץ המשפטי לממשלה רשאי להסמיך, לעניין ביצוע האמנה פקיד סעד כמשמעותם בחוק שירותי הסעד, תשי"ח-1958 והם יפעלו..."); (ט) פקיד סעד לפי חוק הסכמים לנשיאת עובדים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 (סעיף 1: "עובד סוציאלי ששר העבודה והרווחה הסמיכו לפי סעיף 20ג) להיות פקיד סעד לפי חוק זה"). חוקים נוספים מאמצים לעצמם פקיד סעד מחוק מסוים בלי לדרוש הסמכה מיוחדת מהשר הממונה. כך סעיף 70 לחוק הכשרות המשפטית מאמץ את פקיד הסעד לפי חוק הסעד סדרי דין. גם סעיף 62 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967 מורה בסעיף 62א) כי מסירת קטין בהליכי הוצאה לפועל תיעשה בסיוע "בפקיד סעד כמשמעותו בחוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים), תשט"ו-1955". סעיף 8 לחוק הפיקוח על מעונות, תשכ"ה-1965 מזכיר פקיד סעד המוגדר לפי "משמעותו בחוק שירותי הסעד, תשי"ח-1958". פקיד הסעד המוזכר בחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991 מוגדר בסעיף 1: "מי שמונה לכך על-פי דין". הניסוח יכול להתפרש כמינוי מיוחד של פקיד סעד מסוג מיוחד, אך יכול להתפרש גם להפך, כנועד לחול על כל מי שיש לו מינוי כפקיד סעד על פי כל חוק. הוא הדין בתיקון לחוק העונשין (תיקון מס' 26), תש"ן-1990 שכותרתו "פגיעה בקטינים ובחסרי ישע". אף שם הוגדר פקיד הסעד: "מי שמונה לכך לפי חוק" ואף כאן ניתן לפרש זאת לשני פנים. בחוק לגילוי נגיפי איידס בקטינים תשנ"ו-1996 נאמר בסעיף 2ב) (1) שתשובה חיובית "תימסר לקטין בידי צוות ובנוכחות פקיד סעד כמשמעותו של חוק שירותי הסעד, תשי"ח-1958". אציין שבהוראת תע"ס מספר 20.3 (פורסמה ב-21.6.98 תחולתה מיום 1.7.98), שכותרתה "פקידי סעד לחוק הסעד סדרי דין תפקידם ודרכי עבודתם" נאמר בסעיף 1.2 כי "פקיד סעד" – עובד מחלקה לשירותים חברתיים, כשיר לעבודה סוציאלית כהגדרתו של חוק העובדים הסוציאליים, תשנ"ו-1996, אשר מונה על-ידי שר העבודה והרווחה לצורך יישום החוקים השונים המפורטים להלן...". בסעיף 3 שם נמנו החוקים הבאים: "חוק הסעד סדרי דין... חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, חוק גיל הנישואין, חוק אמנת האג... החוק למניעת אלימות במשפחה, תיקון 26 לחוק העונשין (חוק חסרי ישע) וחוק ההוצאה לפועל...". נראה אפוא כי הפתרון לבעיית הפיצול

אך המעניין הוא שכל חוק מסמיך את פקיד הסעד לפעול לפי מתודה שונה. לענייננו, יכולים לטפל בענייניהם של ילדים הנתונים בסיכון שלושה סוגים של פקידי סעד בעת ובעונה אחת: פקיד סעד לפי חוק הסעד סדרי דין – הממונה לטפל בקטינים מכוח חוק הכשרות המשפטית; פקיד סעד לפי חוק הנוער; ופקיד סעד לפי חוק האימוץ. במצב חוקי זה כל פקיד סעד מבין השלושה נהפך במידה מסוימת, במצוות המחוקק, לסוכן או "לוביסט" של החוק שלפיו התמנה, ופועל במתודה המיוחדת לו: פקיד הסעד לסדרי-דין, שהוא כללי ורחב, פועל במתודה של אפוטרופוסות ושלוחותיה הרחבות, כאמור בסעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית; פקיד הסעד לפי חוק הנוער פועל במתודה של "נזקקות"; ופקיד הסעד לפי חוק האימוץ פועל במתודה של פתיחת הליכים לקראת הכרזתו של קטין בסיכון כ"בר אימוץ". הפרספקטיבה של כל פקיד סעד שכזה היא אפוא "צר עולמו כנמלה" – כל פקיד סעד מתמצא בתחומו בלבד.

לא זו בלבד שפקידי הסעד מפוצלים בשמותיהם, אלא הם מפוצלים גם בסמכויותיהם. פקיד הסעד הפועל מכוח חוק הנוער מורשה לחקור כל מקרה שבו נודע לו על קטין נזקק ולהשתמש בסמכויות חקירה וחיפוש בחצרים "אף שלא נצטווה על-ידי בית המשפט";⁴⁵ ואילו פקיד הסעד לפי חוק הסעד סדרי דין רשאי להשתמש בסמכות חיפוש בחצרים רק כאשר "נצטווה פקיד הסעד כאמור בסעיף 2",⁴⁶ היינו, כאשר בית המשפט ציווה עליו, ולא לפני כן. פקיד הסעד לפי חוק הנוער רשאי לפי חוק זה להוציא ילד ממשפחתו ולהרחיקו ממנה, בלא צו של שופט, לתקופה של "עד שבוע ימים";⁴⁷ לעומת זאת פקיד סעד הפועל מכוח חוק הסעד סדרי דין אינו רשאי להוציא ילד בלא צו שיפוטי, ואילו לפקיד סעד לפי חוק האימוץ, סמכות מיוחדת משלו, להוציא קטין "אף ללא הסכמת ההורים" בלי לקבל כל צו שיפוטי עד 14 יום. באותם ימי ההרחקה בלא צו שיפוטי מורחק לעתים הילד בלי שתהיה לו כל אפשרות להידבר עם הוריו. מה אומרים פקידי הסעד וכל המטפלים למיניהם לילד ששואל נפשו לחזור לבית הוריו? בהרבה מקרים אין תיעוד והדבר מצריך ניחוש מועט.

עתה נראה שפקיד הסעד לפי חוק הסעד סדרי דין מסוגל לעתים לתת תשובה אמיתית ונכונה, יותר מהחלטת פקיד הסעד לפי חוק הנוער בדבר הוצאת ילד קטין ממשפחתו. מאידך גיסא, פקיד הסעד לפי חוק הנוער יוכל רק להרחיק את הילד מביתו שלא לצמיתות – מתוך תקווה שהוא יתאחד עם משפחתו בעתיד, ואילו פקיד הסעד לפי חוק האימוץ יכול, לפי הבנתו, לנתק את הילד ממשפחתו ולצרפו למשפחה מאמצת באימוץ "סגור". אך המחוקק לא קבע בשום מקום מי הוא שיחליט, איזה פקיד סעד יפעל במקרה של חשד לילד הנתון במצוקה. האם זה יהיה פקיד הסעד לפי

נמצא ברובד המעשי של הוראות תע"ס, אך אין לו ביטוי חזק כל כך בחוק ובתקנות. גם לאחר הסדרת הוראות אלו קיימים בפועל סוגים שונים של פקידי סעד שלהם סמכויות פעולה מיוחדות.

45 סעיף 22 ש.ם.

46 סעיף 3 לחוק הסעד סדרי דין וכן סעיף 70 לחוק הכשרות המשפטית.

47 ש.ם, סעיף 11.

חוק הסעד סדרי דין או שמא פקיד הסעד לפי חוק הנוער, או אולי לא זה ולא זה, אלא דווקא פקיד הסעד לפי חוק האימוץ? פקיד הסעד חייב להזדקק מפעם לפעם לבית המשפט, בין כדי ליזום הליך משפטי ובין לשם הגשת תסקיר או תצהיר, ושוב עולה השאלה, איזה פקיד סעד ייגש אל בית המשפט? החוקים גם אינם קובעים את מעמדו של הילד עצמו, ושל הוריו (ביחד או לחוד), בבקשה אפשרית מצדם כי התסקיר שיינתן בעניינם יהיה במתודה הנהוגה אצל פקיד סעד לפי חוק הסעד סדרי דין ולא על ידי פקיד סעד לפי חוק הנוער, או שפקיד הסעד יהיה רק זה הפועל מכוח חוק הנוער ולא זה הפועל מכוח חוק האימוץ.⁴⁸ במצב עניינים זה היה אולי על בית המשפט להכריע איזה פקיד סעד יגיש לו תסקיר, כלומר באיזו מתודה יידון עניינו של הילד, אך גם דבר זה אינו קיים ומשני טעמים מצטברים:

הטעם האחד: בתי המשפט אמונים בעיקר על ההרגל המכונה בפי המשפטנים "שיטה אדוורסרית"; הם נשענים בעיקר על הראיות שמביאה מערכת שירותי הרווחה לפנייהם ואינם מפעילים את כוחות השיפוט האינהרנטיים שלהם (הגם שבחוק בית המשפט לענייני משפחה ובחוק הנוער ניתן לסמכויות אלו ביטוי מפורש) – לנתב תיק מסוים לפקיד סעד מסוים שיתן חוות דעת מסוימת.

הטעם השני והעיקרי: גם בבתי המשפט קיים פיצול לא ראוי. בעוד ענייני אפוטרופסות וקביעת משמורת נדונים בבית המשפט לענייני משפחה כאמור בחוק הכשרות המשפטית ובחוק בית המשפט לענייני משפחה; ענייני נזקקות וקטינים בסיכון נידונים, במצוות חוק הנוער, בבית המשפט השלום לנוער.

בדו"ח ועדת שינבאום נוסחה הבעיה כך:

"בשיפוט של בתי המשפט לנוער בולטת כפילות זו. כך למשל עוסקים סעיף 26(1) לחוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי הטיפול), תשל"א-1971, כמו גם סעיפים שונים בחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960, ובחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (סעיפים: 27, 68, ועוד) באותו

48 על הפיצול הלא ראוי לשלושת החוקים: חוק הכשרות המשפטית, חוק הנוער וחוק האימוץ, עמד בשעתו השופט חיים פורת בפרשת ע"א (ת"א) 260/96 פלונית נ' פקידת הסעד גילה ריב (לא פורסם). בפרשה היא קבע שופט בית משפט שלום לנוער כי הקטין בפרשה ישהה שלוש שנים במשמורת פקיד הסעד לנוער עקב היותו "נזקק". על כך תמה השופט פורת: "אם הילד יצטרך לשהות שלוש שנים מחוץ לבית הוא כמעט מחמיץ את הסיכוי להפיק תועלת מהליכי אימוץ. אין כל הצדקה שילד ישהה שלוש שנים באומנה או במוסדות כאשר קיימת אופציה של חיים בקרב משפחה, בין המשפחה הטבעית ובין משפחה מאמצת. הילד חייב לשהות במשפחה ולכן חייב לחזור בהקדם הביתה, ובלבד שההורים הסיקו את המסקנות המתאימות... המאפשרות החזרת הילד הביתה, או יתברר שהליך הטיפול בהורים נכשל ואז יש לנקוט בהקדם בהליכי אימוץ...". כללו של דבר, לפי השופט פורת: "אין לראות בחוק הנוער חוק העומד בפני עצמו מבלי לשקול את האופציות החלופיות של חוק הכשרות וחוק האימוץ תוך זמן סביר". ועיינו גם בדו"ח שנתי 43 (1993) של מבקר המדינה על משרד העבודה והרווחה, בפרק "אימוץ ילדים בסיכון" (בע' 441-465).

עניין, דהיינו בהגבלות על זכויות ההורים ולא על אפוטרופסותם לגבי הילד. הגבלות כאלה מסורות לסמכויותיהן של ערכאות שיפוט בהקשרים שונים.⁴⁹

ואם יקשה אדם: ומה בכך? הרי גם במקרקעין יש פיצול בין בית משפט שלום הדין בזכויות החזקה (סילוק יד ובחלוקת נכס) לבין בית משפט מחוזי הדין בזכויות הבעלות. אף לכך שתי תשובות: (א) בעוד בית המשפט המחוזי שונה בדרגתו ובמעמדו מבית משפט השלום, בנושא דיונו – הקטינים שבסיכון – מדובר בשני בתי משפט שלום. גם בית משפט לענייני משפחה הוא בית משפט שלום; (ב) לא זו בלבד, אלא שלעתים יכול בית המשפט לענייני משפחה לדון במתודה דומה מאוד לנזקקות ולהגיע לפתרון זהה בהתאם (עיינו בסעיפים: 27 ו-68 לחוק הכשרות המשפטית). באחרונה זכו כמה מקרים שהדיון בהם החל בקביעת משמורת בערכאה "המוסמכת", היינו בית משפט לענייני משפחה או בית דין רבני, אך בהמשכם התגלגל עניינם לבית המשפט השלום לנוער במתודה של "נזקקות". וראו איזה פלא, ה"נזקקות" לא הייתה אלא עוד פן מכווער של סכסוכי ההורים ביניהם על משמורת ילדיהם.⁵⁰ גם תיקים שהחלו כעניין של "נזקקות" קטינים הפכו עורם בהמשך לסכסוך של משמורת ואפוטרופסות בין ההורים ועברו לבית המשפט לענייני משפחה. אין צורך לומר שענייני אימוץ הנוונים שוב בבית המשפט לענייני משפחה הם לעתים קרובות גלגול מקרה של קטין בסיכון ממתודה של "נזקקות" למתודה של הכרזתו כ"בר אימוץ".⁵¹ בשאלת "מירון סמכויות" זה בין בתי

49 לעיל הערה 41, בע' 13.

50 על הכפילות המסורבלת עמד בית המשפט העליון בפרשת 4/77 פלוגי נ' פלוגית, פ"ד (לג) 393. על חוסר הטעם שבכפילות זו, עמדה בבהירות רבה השופטת רוטלוי בע"מ 1034/01 (לא פורסם). בעניין הנ"ל נדון סכסוך בין אב ואם בדבר הסדרי הראייה של בניהם הקטינים, ונטען כי הילדים נתונים למניפולציה רגשית. שופטת בית המשפט לענייני משפחה החליטה להכריז עליהם כעל "נזקקים" ולהחיל את דרכי הטיפול המתבקשות. בלי קשר לשאלת נכונות ההכרעה באותו תיק, העירה השופטת כי "הרעיון המוצדק כשלעצמו, להסמיך את בית המשפט למשפחה לדון גם בתיקי נזקקות לגבי קטינים, שעניינם כבר נידון בפניו במסגרת הליכי גירושין, מבוסס על הרצון לחסוך בזמן דיוני, לגבי הקטינים, שמצבם הקשה מצריך התערבות דחופה. במקום להעסיק שתי ערכאות מקבילות ניתן לקצר את ההליך כאשר מדובר באותן הנפשות הפועלות תוך שימוש בראיות, שכבר נצברו בהליך המשמורת...". להמחשת העירוב הנורא בין סכסוכי משמורת בין הורים לסכסוכי נזקקות בין שירותי הרווחה להורה המשמורן, כאשר ההורה האחר "משתף פעולה" בהליכי הנזקקות בבחינת "גם לי גם לך לא יהיה", עיינו בפסק דינה של השופטת עליסה מילר בתמ"ש (ת"א) 6680/02 (לא פורסם).

51 על שימוש בלתי נאות בהליכי האימוץ שהפכו במניפולציה מסוימת מעניין של נזקקות לעניין של אימוץ עמד בעבר השופט צבי ברנזון בבג"ץ 252/75 פלוגית נ' שר הסעד, פ"ד (ל) 51. באחרונה עמד על כך בהרחבה גם השופט שמואל בוקובסקי, סגן נשיא בית המשפט לענייני משפחה מחוז המרכז בראשון לציון בתיק אימוץ 67/02 קטינה נ' היועמ"ש לממשלה (לא פורסם). על תוכן ההחלטה ראו להלן, בהערה 98. בפן אחר של אי-נאותות ההליך מצד השירות למען הילד, עיינו גם בדעת הרוב בדנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלוגית, לעיל הערה 32.

המשפט השונים המעורבים בפרשת הקטינים בסיכון הביעו כמה שופטים בעבר דעות שונות – "חרשו חורשים האריכו למעניתם"⁵².

52 ועדת שינבאום, לעיל הערה 41, נתנה דעתה רבות על "מרוץ הסמכויות" שהתפתח בין הערכאות השיפוטיות עצמן, וסוקרת את השתלשלות "מרוץ הסמכויות", כפי שעלה בפרשת ע"א 783/81, פ"ד לט(2) 1. דובר שם באדם חרדי שהתאלמן מאשתו ולהם – שישה ילדים. האב ביקש לשכן את ילדו הקטן בן ששת החודשים אצל הורי אשתו. הם נענו. לאחר שהשתקם, נשא אישה שנייה (גרושה עם ילד) וביקש להשיב את הילד הקטן למשפחתו. הסב והסבתא התנגדו בתוקף להשיבו. האב, הסב והסבתא כולם יראי שמיים וכל ניסיונות הרבנים לפשר ביניהם עלו בתוהו. בין הצדדים החל דיון בבית המשפט המחוזי כבעניין של משמורת, ובסופו פסק בית המשפט המחוזי להשיב את הקטין לחזקת אביו, אך קצב תקופת הארכה להשבתו שלא תעלה על שנה. על כך הגיש האב ערעור לבית המשפט העליון, ושם נקבע כי יש להשיב את התינוק אליו מיד. כשבוע ימים לפני ההעברה פנה היועץ המשפטי לבית משפט השלום לנוער וביקש להכיר בכך הזה כ"נוקד" ובגין סיבה זו לדחות את מועד העברתו לאביו בשישה חודשים נוספים. רק פנייה של האב לבג"ץ נגד היועץ המשפטי ונגד שופט בית המשפט השלום לנוער, שיורה להימנע מדיון בתיק, גרם ליועץ המשפטי להודיע לבג"ץ כי אין בדעתו להמשיך לפעול בתיק ההוא לפי חוק הנוער. הוכחה נוספת למצב בלתי נאות מעלה דו"ח ועדת שינבאום מפרשת ע"א 232/79 פלוגית נ' פקידת הסעד, פ"ד לג(3) 393. שם התברר סכסוך בין אב לאם בעניין משמורת ילדיהם והכרעת בית המשפט המחוזי לא נראתה לשניהם. הוגשו שתי בקשות ערעור לבית המשפט העליון, מצד האב ומצד האם, לשינוי ההסדרים הקיימים. שוב הוגשה בקשה לבית המשפט השלום לנוער, לראות את הקטינים כנוקדים ורק התערבות של בית המשפט העליון בהליך ה"נוקדות" עצר את "מרוץ הסמכויות" המכוער והמלאכותי הזה. בתום הצגת הדוגמאות מציין הדו"ח את איתנות ההליכים בזה הלשון:

"דוגמאות אלה המשקפות מציאות עגומה, שהיא נחלתם של קטינים במצב החוקי הנוכחי. משפט לגבי קטין אחד יכול להתקיים בפני שבע ערכאות שונות בנושאים שונים מבחינה משפטית (אימוץ, אפוסטרופסות, משמורת, החזקה וערעורים), למרות שאינם שונים מבחינה מהותית לגבי הקטין, עתידו וזכויות הוריו לגביו. אנו סבורים כי בעיה כאובה זו תבוא על פתרונה ע"י ריכוזה שיביא לפישוט ההליכים במשפטי קטינים וימנע סבל מהקטינים והוריהם".

יצוין כי רק לאחר התיאור הנרחב של השימוש הקלוקל ב"ריבוי ערכאות" נפנה דו"ח ועדת שינבאום לעסוק ביחסי הממון, במזונות, במדור ועוד ועוד. במבט לאחור נראה שהייתה התקדמות בכל עניין אחר שעסקה בו ועדת שינבאום, למעט בעיה הזו. דומה שגם פרשת רע"א 3009/02 פלוגית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, שנדונה שנית בדנ"א 6041/02 פלוגית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, התמקד הנשיא אהרן ברק בפרצופה המכוער של ההתדיינות יותר מאשר בקונסטרוקציות המשפטיות המנוגדות של השופטים אשר גרוניס ואיילה פרוקציה. באותה פרשה פרץ סכסוך מר בין הורים שהתגרשו על הסדרי הראייה של האב את ילדיו. המשפחה גרה בחיפה ועם הגירושין עברו האם והילדים להתגורר בירושלים. הילדים לא רצו להיפגש עם האב וההתדיינות הייתה בבית הדין הרבני האזורי בחיפה. בית הדין הרבני שם קבע כי מאחר שאין הילדים מוכנים להיפגש עם האב כשהם נמצאים תחת השפעת האם, יש להוציאם ולהעבירם לרשות האב. האם ערערה לבית הדין הרבני הגדול והשיגה גם צו עיכוב ביצוע. בשלב זה, ולפני קבלת החלטה שם, פנו שירותי הרווחה בירושלים בבקשה לבית המשפט השלום לנוער להוציא את הקטנים ממשמורת האם ולהעבירם למרכז חירום לילדים בסיכון. את הסיכון מצאו שירותי הרווחה בחוות דעת פסיכולוגית שזיהתה "תסמונת ניכור הורי" (Parental Alienation Syndrome). על כך אמר הנשיא ברק, שם, 261: "התנהלות זו מותירה רושם כי מטרתו העיקרית של ההליך הייתה לסייע לבית הדין בקבלת החלטה בעניין המשמורת וביישומה של החלטה כזו הלכה למעשה".

נחזור לעיקר ענייננו: בהיעדר חוק ותקנות בעניין, ובהיעדר פסיקה עקרונית של בית המשפט העליון, נוצרה במהלך השנים פרקטיקה של "ועדות החלטה", של פקידים עירוניים מתחומים שונים: שירותי הרווחה, החינוך והבריאות, בראשותם של "מנהלי מחלקה לשירותים חברתיים". הם, ולא פקידי הסעד עצמם, קבעו את דרך הטיפול. "ועדת החלטה" שכזו, בהפנותה לפקיד סעד מסוים, כבר ניתבה את המקרים לבתי משפט שונים לפי שיקול דעתה. (פקיד הסעד לפי חוק הסעד סדרי דין פועל בבית משפט לענייני משפחה ואילו פקיד סעד לפי חוק הנוער פועל בבית משפט השלום לנוער). בנוסף, בהפנייתה היא מאיינת את שיקול דעתו החופשי של פקיד הסעד. פקיד הסעד חייב לשקול בעצמו את טובת העניין (האם להמליץ להוציא את הילד מביתו אם לאו, האם למנות לו אפוטרופוס נוסף או חלופי), וכאן ועדת ההחלטה בהפנייתה מכתיבה לו את שיקול הדעת כשפקיד הסעד עצמו הוא רק "עושה דברה" של ועדת ההחלטה בבתי המשפט המתאימים.⁵³

53 לעתים הבעיות העומדות להכרעה מורכבות ואינן מצמצמות להכרעה בדבר עתידו של הקטין, אם להוציאו לאימוץ אם לאו, אלא גם כאשר לטיבה של אופציית האימוץ. כך התעוררה בחירת מקום האימוץ של הקטין המועמד לאימוץ התלוי באחיו ואחיותיו, קטינים אף הם. השופט גבריאל בך בע"א 522/87 פלונים נ' היועמ"ש, פ"ד מא(4) 436, 442 מעיר: "... יוצא אני בהחלטה זו מההנחה, שרשויות הרווחה מתכוונות או מסוגלות להביא לאימוצן של שתי הבנות על-ידי אותם הורים מאמצים, כדי לחסוך מהן, בנוסף לקשיים שצוינו לעיל, עוד את הטראומה של ההתנתקות זו מזו...". באותה פרשה היו כמה ילדות בנות משפחה אחת שעניינן הועלה כחטיבה אחת והועלתה אופציה של אומנה או משלוח הבנות המבוגרות למוסד חינוכי, תוך השארת הקטנות במקום אחר, אך כל הפתרונות הללו נדחו מהחשש שמא "הבנות תופרדנה זו מזו בשל גילן השונה, וכך תיעלם גם התמיכה ההדדית, המשמשת היום מקור לחיזוקן ולעידודן". מורכבות זו דורשת התייחסות כוללנית של כמה מתודות, כאשר תיתכן האפשרות שתניקט מתודה טיפולית אחת כלפי כל האחיות, שאליה כיוון השופט בך בהערתו. בפרשת ע"א 4616/94 היועמ"ש נ' פלמונית, פ"ד מח(4) 298 הועלתה שאלת מקומו של הדין בטענה חלופית של ההורים בדבר השמתו של בנם באימוץ פתוח. מדבריו של השופט גבריאל בך עולה ביקורתו על הנוהל לקיים את הדין בעניין זה רק בשלב השני לאחר הכרזתו של הקטין כ"בר-אימוץ" ולפני הוצאת צו האימוץ הסופי. כידוע, בשלב ההשמה יש חיץ דיוני בין ההורים למשפחה המיועדת לאמץ ועל כן "אין זה מתקבל על הדעת שיימנע מהשופט המחוזי הדין בדבר לשמוע מפי האם הביולוגית ובא כוחה הערות ונימוקים התומכים בהוצאת צו אימוץ פתוח" (השופט בך, בע' 304). בפרשה אחרת, ע"א 6991/95 פלונית נ' היועמ"ש, פ"ד מט(4) 210, הועלתה לדין שאלת החזקתה של ילדה בת ארבע, שהוריה אינם מסוגלים להחזיקה אצלם, על ידי דודתה. הילדה כבר שהתה בבית דודתה "במשך תקופה בלתי מבוטלת" וההורים ביקשו שהדודה תמשיך להחזיקה אצלם ולא תוכרז "בת אימוץ". בית המשפט המחוזי וכן בית המשפט העליון דחו מטעמים של טובת הילדה את הבקשה בנימוק שעדיף שהבת תהא מנותקת ממשפחתה המורכבת, אך אז התעורר ויכוח בשאלת האימוץ, כשהדודה ביקשה לאמצה ב"אימוץ פתוח". בית המשפט המחוזי דחה את בקשת הדודה בשל היעדר "זכות עמידה" של הדודה בהליכי האימוץ, תוך הסתמכות על ההלכה הפסוקה ש"קביעה זו אינה סוף פסוק ואין היא חוסמת את הדרך בפני העמדתה של שאלת האימוץ הפתוח לבירור מחודש בבית המשפט לקראת מתן צו אימוץ... אלא שהזכות לחזור ולפנות לבית המשפט בעניין זה, נתונה רק להורי הקטינה, בעוד שלמערכת [הדודה – יצ"ג] לא עמדה, ולא יכולה לעמוד, זכות כזאת. מטעם זה – ורק מטעם זה – דין ערעורה להידחות".

על תפקידה הלא ראוי של "ועדת ההחלטה" כלפי פקידי הסעד נעמוד בפרק הבא.

(ב) הדיכוטומיה בהפעלת צווי חירום על ידי פקידי הסעד השונים אחת מן הסמכויות הנחרצות הנתונות לפקידי הסעד היא הפעלת סמכות חירום בלא צו שיפוטי. לא כל פקידי הסעד מצוידים בסמכות זו. לענייננו, רק פקידי הסעד לפי חוק הנוער ופקידי הסעד לפי חוק האימוץ מצוידים בה.

ברם שימוש בסמכות חירום על ידי פקידת סעד לפי חוק הנוער היא דיכוטומית לשימוש של פקידת הסעד בסמכות לפי חוק האימוץ, אם אינה מנוגדת לה. אינה דומה הוצאתו של צו חירום בנוסח סעיף 11 לחוק הנוער, שעל אף "דרקוניותו" מיועד כולו להוות אמצעי ארעי, לביצוע פעולות לפי סעיף 12(ג) לחוק האימוץ, שהוא בפירוש "מתכון" לקראת הליך של קבע. הייתי מעז לומר כי מטרתו של סעיף 12(ג) ממש מנוגדת למטרתו של סעיף 11 לחוק הנוער: ביצוע פעולות לפי סעיף 12(ג) הוא זרז של ממש להתחלת הליכי האימוץ, והוא נועד להכשיר את הקטין המועמד לאימוץ למסגרתה של המשפחה המאמצת, ובה בעת להרפות את ידי ההורים מילדם עד כדי ניתוקם המעשי ממנו. לא כן סעיף 11 לחוק הנוער, שבבסיסו נועד להתריע בפני ההורים לשפר את מצבם והתייחסותם כלפי בנם, מתוך תקווה להשתפרות שתאפשר את החזרת הקטין לביתו.

יתר על כן, סעיף 12(ג) מעורר קושי משולש: הן מבחינת הליך ה"חירום" שבאמצעותו מוצא ילד בלא צו שיפוטי מתוך הנחה שהשופט ודאי יאשר בדיעבד את הוצאת החירום הזו; הן מבחינת ה"כפילות" הנוצרת בגלל קיומו המקביל של צו החירום בנוסח סעיף 11 לחוק הנוער, כששניהם כ"שני מלכים המשתמשים בכתר אחד"; והן מבחינת ה"דרקוניות" שבהליך הוצאת הקטין ש"בסיכון" מביתו והעברתו "למי שהסכים לקבלו בביתו בכוונה לאמצו" (כלשון הסעיף), ולא למקום זמני כלשהו עד "יעבור זעם".⁵⁴

על ההליך המבוצע לפי הוראות סעיף 12(ג) עמדה בהרחבה השופטת נילי מימון בספרה.⁵⁵ אתעכב רק על הערתה בעקבות הנחיית בית המשפט העליון⁵⁶ כי "רשמנו

נראה כי בית המשפט נקט גישה פורמליסטית של "ביזור" ההליכים השונים. ובאמת מדוע לא נדונה שאלת הכרזתה של הילדה כ"בת אימוץ" בכפיפה אחת עם שאלת השמתה אצל הדודה ב"אימוץ פתוח"? נראה, לענ"ד, כי המכנה המשותף לכל שלוש הפרשיות הוא הכשל המבני של התדיינות "מגורית". שאלת אימוצו "הפתוח" של קטין, אימוצו בידי דודתו או גורלם של אחים ואחיות התלויים זה בזה, היו צריכים דיון מובנה לפני נקיטת הצעד הראשון של התדיינות בשאלת הכרזת הקטין כ"בר-אימוץ". לו היה דיון מורחב באופציות בין כל אגפי הרווחה והיה פרוטוקול מוסכם, לא היו טענות ומענות אלה עולים לדיון בשלב הערעור כ"טענה מפתיעה".

54 מידת השימוש בהשמת ילד במשפחה המיועדת לאמץ אף לפני הכרזתו כבר אימוץ בבית המשפט, לפי סעיף 12(ג), נידונה במחקרם של: דורי רבקין ושושנה באומגולד ד"ח מחקר מעקב אחר ילדים גדולים הנמסרים לאימוץ (מכון ברוקדייל, 2001), 18–21; 52–53.

55 דיני אימוץ ילדים (לשכת עורכי-הדין, תשנ"ד), 188–197.

56 בע"א 138/85 פלונית נ' היועמ"ש, פ"ד לט(3) 631, 635.

לפנינו... כי לאחרונה סוכם והוחלט על-ידי היועץ המשפטי לממשלה והפרקליטות, כי כל עוד תלוי ועומד ערעור על החלטה בעניין הכרזתו כבר-אימוץ לא תיעשה כל פעולה שהיא על-ידי העובדים הסוציאליים, שיש בה כדי לקבוע עובדות ולשנות את מצבו של הקטין, אלא ברשות מפורשת שתינתן לשם כך על-ידי בית המשפט...". וכך הסיקה:

לאור הנחיות בית המשפט העליון... ספק הוא אם ניתן להשתמש בסעיף 12 (ג) היות שהוא חל כל עוד לא הוכרז ילד כבר-אימוץ...⁵⁷.

דומני שמסקנתה של נילי מימון היא אמנם רצויה, אך ה"מחטף" של הוצאת הקטין מביתו לפני הכרזתו כ"בר אימוץ" הוא מכריע ביותר במאבק בין השירות למען הילד לבין הוריו מולידיו ויכול להטות את הכף בכיור לטובת הכרזתו כ"בר אימוץ". אמנם אין ההוצאה של הקטין מביתו בלא צו שיפוטי יכולה ליצור עילת הוצאה, אך כשהיא קיימת, ייטה השופט בשקלו בדעתו את מכלול השיקולים שלא לערוך בה שינויים. בפרשת ע"א 232/85, שהבאנו לעיל, מתנסח השופט ברק באשר לתוצאות השימוש בהוראות סעיף 12(ג), כדלקמן:

"משהתקיימה אחת העילות הקבועות בסעיף 13 לחוק האימוץ, רשאי בית המשפט להכריז על הקטין כבר-אימוץ ללא הסכמת הוריו. אין בית המשפט חייב לעשות כן. מתן ההכרזה נתון לשיקול דעת שיפוטי, אשר חייב להיות מופעל באופן סביר. אמת המידה העיקרית על פיו יכוון שיקול הדעת השיפוטי היא טובתו של הקטין. כך, למשל, יתכן והקטין מצוי אצל הוריו, וחרף התקיימה של עילה כדין, כל חלופה ריאלית מבחינתו אינה טובה יותר מהישארותו אצל הוריו. במקרה זה, עשוי בית המשפט להימנע ממתן ההכרזה. לעומת זאת, יתכן והנסיבות הן כאלה, שהכרזתו של הקטין כבר-אימוץ הן לטובתו. כך הוא, למשל, אם הקטין מצוי כבר אצל משפחה המבקשת לאמצו, והקשר בינו לבין אותה משפחה הוא לטובתו, רשאי בית משפט להכריז על הקטין כבר-אימוץ. בשתי דוגמאות אלה, יתכן וניתן משקל ניכר להמשכו של המצב הקיים. כפי שראינו, זהו שיקול רב חשיבות. עם זאת, אין הוא השיקול היחיד. על בית המשפט לבחון גם את החלופות האפשריות. עליו לאזן בין האפשרויות השונות, ועליו להעבירם בכור ההיתוך של טובת הקטין".⁵⁸

ראוי אפוא לפרש את סעיף 12(ג) כחל רק בלית ברירה, רק כאשר "כלו כל הקיצין", כשלא ניתן להחזיק את הקטין בתוך משפחתו, כשחייבים להרחיקו מביתו בצו חירום לפי חומרת הנסיבות, וכשאין כל אפשרות בעתיד הנראה לעין לאחות את השברים

57 שם, בע' 179.

58 לעיל הערה 32, בע' 15.

בין הקטין שבסיכון למשפחתו. במצב הנוכחי סעיף 12(ג) מוצא ביוזמת פקיד הסעד לפי חוק האימוץ ואין הכרח לערב את פקיד הסעד לפי חוק הנוער בהכרעה אם ראוי להחיל את סעיף 12(ג) לחוק האימוץ או להסתפק בצו חירום בנוסח סעיף 11 לחוק הנוער. לדעתי אפוא יש לחייב שיתוף פעולה בטיפול בעניינם של הקטינים שבסיכון שלפיו פקיד הסעד לפי חוק הנוער ייתן דעתו על שאלת נחיצות ההחלה של סעיף 12(ג). אין צורך לומר, שהחלתו של סעיף 12(ג) תיעשה בפועל רק כאשר לא ניתן יהיה להמתין להכרזת הקטין כבר אימוץ בהליך מובנה בבית המשפט לענייני משפחה. הנני חושש מ"כפל" המטרות כאשר צו חירום המוצא בלא צו בית המשפט מכוח חוק הנוער למשך שבעה ימים בלוויית הבטחה שהילד יוחזר אם יעברו ההורים תהליך משקם, "משנה את עורו" לפתע, בלא הודעה מראש, ונהפך מכוח סעיף 12(ג) לתהליך שמגמתו להיהפך לתהליך מוגמר ונמשך עוד שבעה ימים. מדבריהן של פקידות הסעד הראשיות בוועדת גילת עולה כי קיימת "תורה שבעל פה" באשר למידורו של סעיף 12(ג), אך לכלל תורה כתובה לא הגיעו.⁵⁹

ד. הפרספקטיבה המשפטית של "ועדות ההחלטה": כשלים מובנים

(א) "ועדת ההחלטה": פעולות בלא עיגון בחוק או בתקנות

"ועדות החלטה, הפועלות במסגרת המחלקות לשירותים חברתיים, מהוות מסגרת לדיון בצוות בינשירותי ורב מקצועי, לצורך אבחון וקבלת החלטות לגבי תכניות טיפול בילדים הזקוקים להתערבות אינטנסיבית של רשויות הרווחה. ועדות אלה מהוות צומת רב חשיבות בהקצאת משאבים והתערבויות לילדים ולבני נוער בסיכון, ולהחלטות המתקבלות בהן השפעה מכריעה על חייהם של הילדים וההורים כאחד. בשנים האחרונות, הוקדשה מחשבה רבה לשיפור עבודתן של ועדות ההחלטה. מחשבה זו הניבה את הוראות התע"ס, שמתוקפן פועלות ועדות ההחלטה ובמסגרתן הוגדרו מחדש תפקידיהן של הוועדות ודרכי עבודתן. הוראות התע"ס מבטאות את מדיניות מטה משרד

59 כבר בשנת 1964 ביצע יצחק אנגלרד מחקר על "ההשגחה על הילד במשפטנו הפרטי לפי הגשתו למעשה", שממצאיו פורסמו במאמרו "אימוץ ילדים בישראל – הגשמת החוק למעשה" משפטים א (תשכ"ח) 308. על פי הכתוב במאמר הסיק אנגלרד (בע' 315, 336) כי "נוטה בית המשפט לקבל ללא בדיקה עניינית את חוות דעתו החיובית של פקיד האימוץ". בבג"ץ 252/75 פלוני נ' שר הסעד, פ"ד (1) 51, התריע בית המשפט על ה"מחטף" הלא ראוי של פקידת סעד שהוציאה קטין לאומנה לשם אימוץ כשהיא משתמשת בסמכות החירום של חוק הנוער. לדעת בית המשפט יש בכך מעשה חטיפה שלא כדין (שם, בע' 54–55). על ההחלה הלא ראוייה של סעיף 12(ג) לחוק האימוץ כדי להרחיק את הילד המועמד לאימוץ מהאפשרות להתערות מחדש במשפחתו הטבעית עיינו מילי מאסס "על התערבות המדינה בקשר שבין ילדים להוריהם – המקרה של אימוץ כפוי בשל היעדר מסוגלות הורית" מאזני משפט ד (ספר שאקי) (תשס"ה) 589, 593–598.

העבודה והרווחה ביחס לדרכי הפעולה הרצויות של הוועדות. יחד עם זאת, ההוראות לא גובשו מתוקף חוק".

במילים אלה מתחיל מחקרם הידוע של דולב, בנבנישתי וטימר: ועדות החלטה בישראל: ארגון, תהליכי עבודתן ותוצאותיהן – דו"ח מסכמ.⁶⁰ האבחנה מדויקת. עד היום כל מוסד "ועדות החלטה" אין לו כל מעמד בחוק אלא רק בהוראות התע"ס. הטענה הנוגדת, המושמעת לעתים מפי אנשי משרד הרווחה ויועציהם המשפטיים, כי ל"וועדת החלטה" יש עיגון בחוק הפיקוח על המעונות, תשכ"ה–1965 (להלן: חוק הפיקוח) – אינה נכונה, שכן לפי סעיף 12 לחוק הפיקוח, השר "רשאי להתקין תקנות בכל עניין הנוגע לביצועו". מכוחה של הסמכה זו התקין שר הסעד (כתוארו אז) את תקנות הפיקוח על מעונות, תשכ"ו–1965. אך בחוק הפיקוח עצמו ובתקנות המקוריות משנת 1965 לא בא זכרה של "ועדה" כלשהי, ובוודאי לא בא שמן של "ועדות החלטה". רק באוקטובר 1993, עת תוקנו תקנות הפיקוח על מעונות (אחזקת ילדים במעון רגיל) (תיקון), תשנ"ד–1993, הוכנסה בראשונה ההגדרה של "ועדה" (לא: "ועדת החלטה") וזה לשונה, בסעיף 1:

"הוועדה" – ועדה שליד המחלקה לשירותים חברתיים ברשות המקומית שבתחומה נמצא מקום מגוריו של אחראי על קטין, שמתפקידה להחליט על דרכי הטיפול בילד ושבראשה מנהל המחלקה לשירותים חברתיים של הרשות המקומית או עובד סוציאלי שהוא מינה, וחבריה: העובד הסוציאלי המטפל במשפחה ומדריך וראש צוות הממונה עליו, ובמידה שהילד נמצא בטיפולו של פקיד סעד – אותו פקיד סעד, ומומחה מקצועי אחר שקבע יושבראש הוועדה אם קבע, ובדיון בעניינו של ילד שטרם מלאו לו 6 שנים – גם מפקח מטעם השירות למען הילד (אימוץ) במשרד העבודה והרווחה וכן מפקח מטעם השירות למען הילד והנוער במשרד העבודה והרווחה אם ראה צורך בהשתתפותו בדיון בילד פלוני".

בהמשך, בסעיף 2 תוקנה גם תקנה 6(ב) המקורית:

"בתקנה 6(ב) לתקנות העיקריות, בסופה יבוא: 'אולם אם טרם מלאו לילד 12 שנים, לא יתקבל הילד למעון במטרה להחזיק בו במשך תקופה העולה על 12 שנים, לא יתקבל הילד למעון במטרה להחזיק בו במשך תקופה העולה על חודשיים ולא יוחזק בו כאמור, אלא על-פי החלטת פקיד סעד, בית משפט או

60 זהו מחקרם של טלל דולב (ג'וינט, מכון ברוקדייל), רמי בנבנישתי (בית הספר לעבודה סוציאלית, האוניברסיטה העברית) ומר אמנון טימר (אמ"ן, ארגון ומדעי ניהול יועצים). המחקר בוצע ביוזמת משרד העבודה והרווחה והוגש למשרד במאי 2001. יוזמת המשרד באה בשל הערות מבקר המדינה וממצאיו בדו"ח שנתי 48. כמו כן יש להזכיר את דו"ח שנתי 43 של מבקר המדינה, לעיל הערה 48. בהמשך נתייחס לכמה מן הקביעות של מבקר המדינה.

הוועדה, בכואה להחליט בדבר הוצאת הילד מהבית והעברתו למעון, תשקול הוועדה את השיקולים המפורטים בתוספת הראשונה."

התוספת הראשונה מפרטת כמה שיקולים שהם "שיקולי הוועדה בהוצאת הילד מהבית והעברתו למעון". עיינו שם.

מכאן שהטענה כי "ועדות ההחלטה" במתכונתן הנוכחית פועלות מכוחן של תקנות הפיקוח על מעונות (אחזקת ילדים במעון רגיל)(תיקון), תשנ"ד–1993 – היא בדותא, ואין לה על מה שתסמוך. מי שיעיין בכל תקנות הפיקוח על מעונות (אחזקת ילדים במעון רגיל), תשכ"ו–1966, ולא רק בתיקונים, ייווכח לדעת בנקל כי לא מיניה ולא מקצתיה, מן הסיבות הבאות:

א. בעוד "ועדת ההחלטה" במצבה כיום היא בלעדית, ולא ניתן לעוקפה ולפנות ישירות לבית המשפט בלי לעבור דרכה, "הוועדה" – לפי תקנה 6(ב) שם – היא רק תחליף לשני אמצעים אחרים: "פקיד סעד" ו"בית המשפט". כלומר אין המעבר דרך "הוועדה" הכרחי וניתן לעקוף "ועדה" זו בשתי דרכים.

ב. בעוד "הוועדה" לפי תקנה 6(ב) דנה "בקבלת ילדים למעון" בלבד רק "אם נשלח אליו על-ידי הורו, או אפוטרופוסו או על-ידי מי שמוסמך לכך על-פי כל דין", ולפי לשון התקנה היא דנה רק בשאלת החזקת ילד שטרם מלאו לו 12 שנים במעון ילדים לפרק זמן של מעל חודשיים ימים; סמכויותיהן של "ועדות ההחלטה", בדיוננו, חלות גם מעבר לגיל זה, והן רחבות בהרבה, לפי הוראות תע"ס, מאלו המוקנות בסעיף 6(ב).⁶¹

ג. "הוועדה" לפי תקנות הפיקוח דנה רק במעונות רגילים, ואילו "ועדות ההחלטה" דנות אף במעונות מסוג אחר. גם מהתוספת הראשונה לתקנה 6(ב) ניתן להסיק כי שיקולי "הוועדה" לפי התקנות שם אינן זהות לשיקולים ול"מרחב הפעולה" של "ועדות ההחלטה" שבדיוננו, המפורטים בהוראות תע"ס כיום.

ד. אף שמה של "הוועדה" בתקנות משנת 1994 מעיד עליה כי אינה "ועדת החלטה", בנוסח הוראות התע"ס, אלא "הוועדה". ואכן אין פה דקדוקי עניות. "הוועדה" נועדה לאותו חוק ועיקר מטרתה "הוצאת הילד מהבית והעברתו למעון", ואילו "ועדת ההחלטה" שבדיוננו הוגדרה בצדק על ידי החוקרים שהבאנו, כפורום "לדיון בצוות בינשירותי ורב מקצועי, לצורך אבחון וקבלת החלטות לגבי תכניות טיפול בילדים הזקוקים להתערבות אינטנסיבית של רשויות הרווחה".⁶²

"ועדת החלטה" במתכונתה כיום, מוזכרת בראשונה בדבר חקיקה חדש יחסית והוא: תקנות העובדים הסוציאליים (תפקידים ומשרות אשר רק עובד סוציאלי רשאי לעסוק בהם), תשס"א–2001. בין התפקידים שבהם מי שאינו עובד סוציאלי אינו

61 עיינו בסעיף 4 להוראות התע"ס, להלן בהערה 63.

62 לעיל הערה 60 ("ועדות החלטה בישראל").

רשאי לכהן, מוזכר תפקיד מרכז "ועדות ההחלטה". ברור מאליו שאזכור בתקנה ממשלתית כבדרך אגב של מוסד אינו מהווה תחליף לעיגון של "ועדות ההחלטה", בחוק או בתקנה, ואינו משמש מנוף מכונן לסמכויות פעולתן של "ועדות ההחלטה" והגדרתם של מפעיליה במערך שירותי הרווחה.

עולה אפוא – לפי המצב המשפטי כיום – כי הגוף המכונה "ועדות החלטה" משמש אפוא בשני מובנים: האחד – במונח חוק הפיקוח – לצורך "הוצאת הילד מהבית והעברתו למעון", והאחר – במשמעות שאנו דנים בה: ועדה הבאה למלא צורך של היוועצות בין אנשי המקצוע ברשויות הרווחה ובין המשפחה שבנה נמצא בסיכון, וכן בקרב המומחים השונים בשירותי הרווחה בינם לבין עצמם, בנוגע לתכניות השונות הבאות בחשבון לגבי הטיפול בקטין, תוך מגמה גוברת והולכת להשאירו בתוך הקהילה ולספק תמיכה למשפחתו, ורק בלית ברירה דנים בהוצאתו מן הבית למעון או בפתיחת ההליכים לקראת הכרזתו כבר אימוץ.

גם האמירה כי "ועדות ההחלטה" מקורן בתקנות ארגון לשכת סעד (תפקידי המנהל וועדת הסעד), תשכ"ד–1964 שהקימו את "ועדות הסעד", אף היא – אין לה על מה שתסמוך. "ועדת סעד" לפי תקנה 5 מייעצת בכל דבר "למעט ייעוץ בטיפול בנזקקים". הכיצד ניתן לראות בה "ועדת החלטה" במשמעות שאנו דנים בה, שכל כולה באה לטפל בילד הנזקק?

הואיל וכמעט אין קביעות ברורות בחקיקת הכנסת המבטיחות זכאות לשירותים, כפי שהראינו עד כה, נאלצים מקבלי ההחלטות לפנות להסדרים מנהליים הנוהגים מכוח הוראות נורמטיביות שמעמדן נחות יותר. לענייננו אלה הוראות חוזרי מנכ"ל משרד הרווחה, המכוננות "תקנון העבודה הסוציאלית" (תע"ס) שעניינן הגנת הילד.⁶³ רבים מהמלומדים מסופקים אם הוראות אלה תוקפן עומד כתוקפן של חקיקות משנה או שמא אין כוחן לחייב אלא רק את עובדי שירותי הרווחה,⁶⁴ אך חשיבותן רבה ולו בשל העובדה כי כיום הן ההוראות היחידות העוסקות בהרחבה באחריות משרד הרווחה והלשכות העירוניות של שירותי הרווחה בנושאים המשיקים לנושא המאמר: תמיכה בקטין הנזקק, במשפחתו, בקהילתו וכן בשיקולים הנאותים להכרעה בדבר הוצאתו של קטין מבית הוריו.

הוראות תע"ס המרכזיות בתחום דיוננו מפורטות בחוזר שכותרתו: "ועדות החלטה".⁶⁵ חוזר זה קובע כהנחת יסוד כי "גדילתו של ילד בחיק משפחתו הטבעית

63 ההנחיות בהוראות התע"ס מפורטות בהוראה 9 לפרק 8 לתע"ס (8.9) הנושאת תאריך 1.1.96 (הוראה זו מחליפה את קודמתה מיום 1.8.94 בעניין ועדות החלטה). הוראות נוספות מפורטות בהוראה 8.2 בעניין הטיפול במשפחות אומנה, בהוראה 8.4 בעניין מרכז חירום לטיפול בילדים והוריהם, ובהוראה 8.17 בעניין הטיפול החוץ-בית.

64 על פקפוק בעצם מעמדן של הנחיות התע"ס עיינו: דן שניט "המסגרת הסטטוטורית לפעולת שירותי הסעד" עיוני משפט ו (תשל"ח) 100. בכלליות על סוגיה זו: יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך א (נבו, תשנ"ו) 604–622.

65 תע"ס 8.9.

מבטיחה את התפתחותו התקינה. לכן יש לעשות כל מאמץ לפתח שירותים בקהילה על מנת לסייע למשפחה לגדל את ילדיה". ניתן לפרש כי גם חוזר זה, העוסק במערכת השיקולים הרלוונטיים להוצאת קטין מביתו, יוצא מנקודת מבט מוסרנית שיש לצמצם את תופעת ההוצאה החוץ-ביתית עד למינימום ההכרחי.

עם זאת עד היום אין הכרעה משפטית הקובעת במפורש כי הוראות תע"ס מקימות חובה משפטית להעניק שירותים ספציפיים בקהילה או לפתח שירותים כאלה. גם רשויות הרווחה המוניציפליות וגם האגף לילד ולנוער מתנהגים כאילו אין הוראות אלה מחייבות אותם בעניין זה.

(ב) אי-הפעלה של "כללי צדק טבעיים" ב"וועדות החלטה"

אף ש"וועדות ההחלטה", הפועלות במסגרת המחלקות לשירותים חברתיים, מהוות מסגרת לדיון בצוות בינשירותי רוב מקצועי, לצורך אבחון וקבלת החלטות לגבי תכניות טיפול בילדים הזקוקים להתערבות אינטנסיבית של רשויות הרווחה,⁶⁶ אין לקבל את טענת אנשי הרווחה כי "ועדת ההחלטה" אינה אלא גוף התייעצות מקצועי של עובדים סוציאליים, פסיכולוגים ואנשי חינוך הדנים בטובתו של הקטין, שעניינו נדון בוועדה, ועל כן אין לקטין עצמו או למשפחתו "זכות עמידה" אלא רק אם התייצבותם תגרום לאבחון ותחקור נוסף מצד חברי "ועדת ההחלטה". אכן, עד לפני שלוש שנים לא ראו שירותי הרווחה כל צורך חיוני לזמן את הקטינים והמשפחות כעניין שבשגרה מטעם זה. התנגדותם להעניק לקטין, שעניינו נדון, ולמשפחתו "זכות ייצוג" משפטית, או למצער ייצוג באמצעות "ידיד קרוב", לוותה בתואנה ש"וועדת ההחלטה" היא טיפולית ומטרתה לגבש דעה מקצועית באשר ל"טובת הילד" ולהביאה לפני ערכאות השיפוט, וכי "הייצוג" או "זכות העמידה" מקומם מאוחר יותר בבית המשפט הדין בעניינו של הילד ומקבל את "חוות הדעת" המוגמרת לעיונו. לטענתם, הבאת המשפחות ומייצגיהן (בייחוד אם הם עורכי דין) לדיוני "ועדת החלטה" "תזהם" את מקצועיותה ותהפוך את משתתפיה לחסרי אונים לנוכח "תוקפנותה" של משפחת הקטין באמצעות מייצגיה.

כדי להבין מדוע עמדה זו של שלילת ה"ייצוג" מן הקטין ומשפחתו והגבלת "נוכחות" המשפחה בדיונים מעידה על קהות חושים, נתעכב על תרומתו האפשרית של המשפט לדיונים המקצועיים המתבצעים בתחום שירותי הרווחה. כידוע, כל רעיון משפטי, ואף העמוק ביותר, אינו נמצא בתחום המהות. את המהות שואב המשפט מערכים שמחוץ לעולם המשפט, וכל משפטן המדבר על ערכים כגון שוויון, צדק או סובלנות כלפי השונות וכדומה, בעצם מתכוון לערכים הנמצאים בתודעתו מחוץ לעולם המשפט. גם המונח "טובת הילד", שדובר עליו רבות, מקורו במונח הפילוסופי-אתי "טוב" ואינו מיוחד למשפט דווקא.⁶⁷ המשפט עוסק אפוא בהליכים

66 טלאל דולב, לעיל הערה 60.

Eduard (ed.) *The Encyclopedia of Philosophy* Vol. 3 (2nd ed. New York, 1972): The Good, 67
367–369; Jeremy Bentham *The Theory of Legislation* (2nd ed., London, 1950) 2–4

(כלומר בפרוצדורה) ורואה בהם כלי עזר מעשי, אם לא "תרגום" ממשי של אותם ערכים נשגבים הנמצאים מחוץ לעולם המשפט. רעיון זה שגור בפי המלומדים הרבים העוסקים בתורת המשפט, ובאחרונה קיבל מבע בהיר בספרו של המלומד האמריקני הדגול, השופט ריצ'רד פוזנר.⁶⁸

מכאן שחתיירה לשוויון, לצדק, לסובלנות ולעוד מידות תרומיות לא תיחשב לאמיתית בעיני המשפטן אם על כל סכסוך – בין הפרט לכלל, בין האזרח לבין מדינתו ואף בין אזרח לאזרח – לא יחול קודקס כלשהו של הוראות מעשיות ידועות מראש של סדרי דין ו"כללי צדק טבעיים" כיצד להכריע בסכסוכים אלו. ומן הכלל אל הפרט, אף המונח "טובת הילד" לא יבוא בעיני המשפטן לידי מימוש, אם המטרה תקדש את כל האמצעים. לא מספיק לטעון כי מתקיים דיון יעיל ב"טובת הילד" כאשר תהליך קבלת ההחלטה "נעול" בפני הקטין שעניינו נדון ובפני משפחתו; לא ראוי שהוצאת הקטין תנומק בהעדפת "טובת הילד" בטווח הרחוק כאשר אין חושפים את השיקולים הרי הגורל הללו לפני בעלי העניין. ברור שנימוק כגון: המשפחה והקטין "אינם מבינים", הם "סרבנים" ועל כן "חבל על הזמן" לטרוח ולהזמין, לשתפם בהליכים הנוגעים לעניינם, חותר תחת האושיות המוסריות של שירותי הרווחה. כלום אותם טוענים היו סבורים כי צריך לשלול מחולה את זכות השימוע לפני ועדה שדנה בעניינו הרפואי רק משום שאינו מביין? נאמר עוד שהכשלים שמצא בשעתו מבקר המדינה בעבודתם של ועדות ההחלטה ושל פקידי הסעד לפי חוק הנוער,⁶⁹ לא באו להבנתי בשל זדון, חלילה, ולא בשל רוע לב, או אי-אכפתיות, אלא מתוך שכנוע פנימי עמוק של העוסקים במלאכה זו של טיפול בילדים בסיכון מה היא טובת הילד, ואולי אף מסירות קנאית לעקרון "טובת הילד" – למקסם את יעילותו, ולהחשיבו הרבה יותר מן השיקול הנגדי – זכותן של המשפחות לאוטונומיה כמתחייב מזכויות האדם.

"כללי הצדק הטבעי" חדרו עמוקות גם לדיניהם של הטריבונלים המנהליים, המכריעים בשאלות מגוונות שבין "חירות הפרט" לבין "חוקיות המינהל", כגון כשירותו של אדם להמשיך ולעבוד במקום עבודתו הציבורי או כמו המשך הרשאתו לייצר מוצר או שירות מסוים, לייבאו או לייצאו. במוכן דומה גם "ועדות החלטה" עוסקת במידת היענותם של שירותי הרווחה לרצונותיו של הקטין ושל משפחתו. הכיצד אפוא לא יורשו הילד ומשפחתו להופיע בפני ועדה מנהלית שהחלטותיה עלולות להשפיע מאוד על בית המשפט לנתק את הילד מתוך משפחתו? כך קבע השופט אהרן ברק בפסק דין מלפני שנים רבות:

זכות יסוד של האדם בישראל היא, כי רשות ציבורית הפוגעת במעמדו של

68 *The Problems of Jurisprudence* (5th ed., Cambridge, 1995) בפרקים 11 ו-14. ועיינו גם: בג"ץ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 773.

69 הערות מבקר המדינה וממצאיו בדו"ח שנתי 48 לשנת 1998 על משרד העבודה והרווחה. לענייננו רלוונטיים הפרקים: "סידור חוץ ביתי במשפחות אומנות" (472-487); "מערך פקידי הסעד" (488-503). כמו כן יש להזכיר את דו"ח שנתי 43 של מבקר המדינה לעיל הערה 48.

אדם לא תעשה כן בטרם תעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו. לעניין זכות יסוד זו, אין נפקא מינה אם הרשות הציבורית פועלת מכוח חיקוק או מכוח הנחיה פנימית או מכוח הסכם. אין גם כל חשיבות לשאלה, אם הסמכות המופעלת היא שיפוטית, כעין שיפוטית או מינהלית, ואם שיקול הדעת הניתן לאותה רשות הוא רחב או צר. בכל מקרה בו רשות ציבורית מבקשת לשנות את מעמדו של אדם, עליה לפעול כלפיו בהגינות, וחובה זו מטילה על הרשות את החובה להעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו.⁷⁰

זכות השימוע היא ביטוי לחובה רחבה יותר לפעול בהגינות והיא נתונה לא רק לאדם שזכות או אינטרס מוגן שלו עלולים להיפגע, אלא גם לכל מי שיש לו ציפייה לגיטימית להשגת נכס או כל זכות משפטית שהיא שאינה בידו.⁷¹ פרופ' יצחק זמיר סיכם בספרו⁷² כמה כללים בסיסיים להחלטה: מי שמחליט הוא ששומע; הרשות חייבת להודיע לבעל הזכות מה העובדות או השיקולים שהעלו את העניין על הפרק, ומה ההחלטה שהיא מתכוונת או עשויה לקבל; הרשות חייבת לתת לאדם שעלול להיפגע מהחלטותיה שהות להכנת טיעונו באופן מושכל, ואינה יוצאת ידי חובתה בבקשת תגובה על אתר; השמעת הטיעון של האדם שעניינו עלול להיפגע תהיה באמצעות נציג או באופן אישי, לפי נוחותו, וניתן לתמוך אותו בראיות. במקרים שבהם עלולה להיפגע מאוד זכותו של הפרט, עשוי בית המשפט, לפי הפסיקה, להכיר בזכותו של הנפגע לחקור עדים שעדותם יש לה השלכה על עתידו.⁷³

גם הטענה כי "ועדת ההחלטה" אינה מחליטה, אלא רק ממליצה המלצותיה לבית המשפט – אינה שוללת את זכותם של הקטין ומשפחתו להופיע בעניינם. כפי שקבע הנשיא אהרן ברק באחד מפסקי הדין:

"... ההגינות והיחוס מחייבים כי, משהופיע פלוני לפני גוף הממליץ בעניינו וזה האחרון מבקש לבסס את החלטתו על מידע הקשור לאותו פלוני, תינתן לפלוני ההזדמנות להגיב על המידע ולהציג את עמדתו ביחס אליו. לעניין זה איני רואה כל הבדל בין גוף הממליץ על התקשרות לעניין שירותים או טובין – אשר בגינו הוכחה בעבר החובה האמורה... לבין גוף הממליץ על מינוי למשרה. באלה כבאלה מחייבת ההגינות, ועל כן מחייב גם הדין, לתת למועמד הזדמנות נאותה להגיב על מידע שנמסר בעניינו והעשוי להשפיע לרעה על סיכויו."⁷⁴

70 בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה (2) 649, 654.

71 Wade H.W.R Forsyth C.F. *Administrative Law* (7th ed., Oxford, 1994), 522.

72 יצחק זמיר הסמכות המנהלית (כרך ב, נבו, תשנ"ו) 812–827.

73 בג"ץ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד יט (1) 122, 126.

74 בג"ץ 685/78 מהמוד נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לג (1) 767, 775; רענן הר זהב המשפט המנהלי הישראלי (שנהב, תשנ"ז) 263–291.

אין דיון במערך הניהולי של "ועדות ההחלטה", בסמכותן ובהרכבן, יכול לבוא לידי מיצוי אם לא נדון בשאלת מעורבותם של הקטין ומשפחתו והבעת עמדתם, לא רק בשל נחיצותם להחלטה ולאישוש אבחנות מקצועיות שנלחשו בדיונים הפנימיים של "ועדת ההחלטה", אלא בשל זכותם להביע את עמדתם ולהשתתף במהלך העשוי לפגוע מאוד בפרטיותם ובכבודם. לדעתנו, פעילות "ועדות החלטה" כיום מעוות את הדיון האמיתי שצריך היה להתקיים ב"ועדות ההחלטה" בעניינו של כל קטין בסיכון. עיוות זה אינו ארעי או פרטני ואף אינו נגזר מאישיותו של פקיד הסעד או חבר "ועדת ההחלטה", אלא הוא טבוע, בין היתר, בסתירות הגלויות שבין ההתנהלות האתית של העובדים הסוציאליים הנקראים לתמוך, לגלות אמפתיה כלפי הקטין ומשפחתו ושלא "לשפוט" אותם מזה; ושל העובדים הסוציאליים ב"ועדות ההחלטה" הנקראים לקבל החלטות "לגבי תכניות טיפול בילדים הזקוקים להתערבות אינטנסיבית של רשויות הרווחה"⁷⁵ מזה; הכיצד אפוא יתקיימו שני אלו זה לצד זה בלא שיתוף מלא של הקטין ומשפחתו? לא רק בעניינו של מאמר זה אני טוען כי דרושה בדחיפות רביזיה מושכלת של כל מערך החקיקה לכלל חוק אחד חדש מרכזי ביותר.⁷⁶ אך לא כאן המקום לדון בכך.

זכות ההשתתפות אינה באה לשתק את דיוני "ועדת ההחלטה", הנחוצים מאוד לרווחת הציבור ותועלתו, או למצער אינה באה לחבל בהמלצותיה, אלא לדאוג לאיזון נכון, הוגן ומתאים. אכן, כמנהג הימים הללו כל אימת שהממשלה או אחד מאגפיה עומד לנקוט הליך מנהלי כלשהו, מלווה ההליך בעתירה מנהלית לבג"ץ או לאחד מבתי המשפט המנהליים בין לשם דחייתו עד השמעת דעות המתנגדים והבאת דבריהם בצורה הוגנת ומאוזנת. כך הדבר בתחום התכנון והבנייה, בתחום המכרזים השלטוניים, בוועדות מינויים לתפקידים ממלכתיים ואפילו בתחום יחסי חוץ וביטחון הנחשבים מעוז הפררוגטיבה הממשלתית.⁷⁷

(ג) אי-שילובם הנכון של פקידי הסעד ב"ועדות ההחלטה" "ועדות ההחלטה" אינן מעוגנות כאמור בחוק או בתקנה אלא בהוראות תע"ס. מצב זה אינו ראוי ויש הכרח אקוטי לשנותו. ההכרח אינו נובע מצורך טכני לתת "כיסוי" או מצורך כפייתי בקודיפיקציה מובנית של ההסדרים הראויים לטיפול בילדים בסיכון,

⁷⁵ על הכשל העקרוני עיינו בפרק האחרון של מאמר זה וכן: יאיר רונן "כוחות הילד ובני משפחתו בהקשר המשפטי" מן הכוח אל הפועל: גישת הכוחות בעבודה הסוציאלית (ב"צ כהן וא' בוכבינדר – עורכים) (רמות, אוניברסיטת תל-אביב, תשס"ה) 133. ועיינו במאמרם של ורד סלונים-נבו ויצחק לנדר, להלן בטקסט ליד הערה 140, ודיונונו שם.

⁷⁶ על עניין זה עיינו מאמרי, "על חוק העובדים הסוציאליים, תשנ"ו-1996 ועל מקצת חידושויו" קריית המשפט ב (לשכת עורכי-הדין, תשס"ב) 239, 246-249.

⁷⁷ בעניין זה עיינו, למשל, במאמריהם של ברוך ברכה, "המתח בין צרכי הביטחון לזכויות האדם" מאזני משפט ד (ספר שאקי) (תשס"ה) 69; ושל אשר מעוז, "בג"צ ויחסי החוץ של המדינה" מאזני משפט ד (ספר שאקי) (תשס"ה) 85.

אלא מהתנגשות גלויה וחזיתית בין שני מרכיבים חיוניים במארג הטיפולי בקטינים הנתונים בסיכון: "ועדות ההחלטה" ופקידי הסעד. מצד אחד, קיים מוסד פקיד הסעד המעוגן בחוק ובתקנות;⁷⁸ ומנגד קיימות "ועדות ההחלטה", שכאמור נשענות על הוראות תע"ס בלבד. בהיעדר כל הוראת חוק שתחייב את פקיד הסעד להיוועץ ב"ועדות ההחלטה" בטרם יגבש את עמדתו ויביאה לפני בית המשפט תיווצר אפוא סתירה גלויה, אם לא התנגשות אמיתית, בין שני הרכיבים הללו בשאלת האוטונומיה של כל אחד מהם בהפעלת שיקול הדעת. פקיד הסעד, לפי התובנה המשפטית הקלאסית, הוא "זרועו הארוכה" של השופט הדין בעניין. הוא אינו "פקיד טכני" אלא הוא "בעל דבר". הוא המוציא ומביא את העניין שבתחום סמכותו לבתי המשפט, והוא הוא המקבל הוראות מבית המשפט כיצד לפעול. בבואו לבית המשפט הוא מגיש תסקיר על מצבו של הקטין ובדיוני בתי המשפט הוא המחויב לטעון טענות, וכמובן עליו מוטלת החובה להשיב לטענות שטוען בעל הדין שכנגד – המשפחה עצמה והמשפחה כמייצגת את הקטין בתוקף היותה הממונה עליו. מלבד זאת, תפקידו של פקיד הסעד הוא להציע דרכי טיפול לבית המשפט כדי שבית המשפט ידע לבור לו את דרך הטיפול הנראית לו ביותר.

כך קובע סעיף 8 לחוק הנוער:

"לא ייתן בית המשפט החלטה לפי חוק זה אלא לאחר שפקיד סעד הגיש לו תסקיר ולאחר שנתן לקטין, לאחראי עליו ולפקיד הסעד הזדמנות לטעון טענותיהם ולהציע הצעותיהם; על תסקיר כאמור יחולו הוראות חוק הסעד סדרי דין, בשינויים המחויבים לפי העניין".

עיון בחוק הסעד סדרי דין מצביע על סמכות ייחודית נוספת שמצויד בה פקיד הסעד. הנה לשון סעיף 3, שם:

"...נצטווה פקיד הסעד... רשאי הוא לצורך הכנת תסקירו להיכנס לכל מקום בו נמצא או עשוי להימצא הקטין או חולה הנפש ולחקור כל אדם שהוא סבור שיש לו ידיעות הנוגעות לקטין או לחולה הנפש, וחייב הנחקר לענות לפקיד הסעד תשובות כנות ומלאות, אך אין הוא חייב לעשות כן אם התשובה עלולה לגולל עליו אשמה פלילית".

בחוק הנוער, סעיף 22, צויד פקיד הסעד, המוסמך על פי אותו חוק, באותן סמכויות חקירה וחיפוש כל אימת שנודע לו על קטין נזקק "אף שלא נצטווה על-ידי בית המשפט".

בנוסף, יש לזכור כי במצוות סעיף 28 לחוק ועדות החקירה, תשכ"ט–1969 הורחבה סמכות החקירה של גופי חקירה (מלבד ועדות החקירה הממלכתיות), כפי

78 לעיל הערה 44.

שנאמר: "... מקום שאדם או רשות הוסמכו בחיקוק לאסוף ראיות לשם הפעלת סמכותם על-פי דין – יחולו עליהם הוראות סעיפים 9 עד 11, בשינויים המחויבים". בין שלל ההוראות שם נקבעו הסמכויות "להזמין, לחזור ולהזמין אדם לבוא ולהעיד", "לכפות התייצבותו". הנחקר אפוא אצל פקיד הסעד "חובותיו יהיו כשל נחקר לפי סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)".⁷⁹ פקיד הסעד מצויד אפוא, לפי הוראות אלה, בסמכות להטיל קנסות על המסרבים לבוא ולהעיד "כאמור בסעיף 40 (2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977" ובמקרים קיצוניים לגרום להטלת מאסר עד שנתיים בנוסף על קנסות.

ניתן אפוא להסיק, מן הסמכויות הרחבות שניתנו לפקיד הסעד, נוסף על תפקידיו בבית המשפט לפי סעיפי החוק והתקנות, שפקיד הסעד הוא אורגן משפטי בפני עצמו ואינו גורם טיפולי בלבד כשאר עובדי לשכת הרווחה, ושיקול דעתו חייב להיות עצמאי לחלוטין "ללא מורא" מפני דעה שונה של הממונים עליו בשירותי הרווחה המוניציפאליים.⁸⁰ אמנם פקיד הסעד, כמו כל נושא משרה, יהיה רשאי להיוועץ בכל מי שימצא לנכון, ואולי לא רק ב"וועדות ההחלטה", אך לעולם אל לו למסור את שיקול דעתו בידי מן-דהו אחר בלא כל הסמכה מן החוק. נאמנותו של פקיד הסעד שווה מבחינה משפטית לנאמנותם של בעלי תפקידים הממונים בידי בתי המשפט – נאמן בפשיטת רגל, מנהל עיזבון, כונס נכסים, מפרק חברה – כלפי בית המשפט שמינם. כל אלו תפקידים מיוחדים החייבים בנאמנות טוטלית כלפי בית המשפט המטפל בעניין. הרבה פסקי דין בישראל אישרו כהלכה פסוקה את נאמנותם של בעלי התפקידים שמנינו כלפי בית המשפט אפילו אם היא סותרת את ערכי מקצועם. עורך דין שמונה ככונס נכסים לחברה, ובעבר ייצג את אחד מבעלי מניותיה, עם מינויו מחויב לנהוג בטיפולו בחברה במסירות כלפי בית המשפט למרות נאמנותו כלפי הלקוח.⁸¹

79 על עניינו של גוף בעל סמכות חקירה עיינו יעקב קדמי על דיני הראיות: הדין בראי הפסיקה, חלק שני (מהדורה משולבת, דיונון, תשס"ד), 863-870.

80 על עניין זה עמד השופט חיים פורת במאמרו "על הזיקה בין עבודת פקיד הסעד לעבודת בית המשפט" לעיל הערה 35, 22. השופט פורת נאמן לשיטתו בדבר סגולותיהם השונות של התסקירים המוגשים על ידי פקידי הסעד ועל ההבדל ביניהם ובין חוות הדעת הפסיכולוגיות, שהביע בפסק דינו תמ"א (ת"א) 90/5601 שצוטט בהסכמה בעניין גולדפיין, לעיל הערה 36.

81 יצוין כי מעמדו של פקיד הסעד שונה ממעמד העובד הסוציאלי המטפל מלשכת הרווחה מבחינת החיסיון מפני בתי המשפט. בעוד העובד הסוציאלי מנוע מלדווח לבית המשפט בלא הסכמת הלקוח, פקיד הסעד – אינו רשאי שלא למסור חוות דעתו. על עניינים אלה עיינו בשני מאמריי: לעיל הערה 76, 250-253; "סודיות, פרטיות והזכות לדעת בעבודה סוציאלית – מאת דן שניט" (ביקורת ספרים) חברה ורווחה כב (מרץ 2002) 112. בוועדת רוטלוי, בדו"ח ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים, לעיל הערה 15, הובאה בסעיף 4.6.2 (בע' 56-63) טענתם של "גורמים בכירים במשרד העבודה והרווחה, ובהם בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה ופקידי סעד ראשיים... כי יש לראותם כמי שמיצגים את הילדים שבעניינם הם פועלים ועל-כן אין צורך במינוי אפוטרופוס לדין לילד, אלא במקרים בודדים". עמדת הוועדה לא ראתה טענה זו כנכונה מטעמים שונים, ולענ"ד ראויים. הוועדה הדגישה כי גם לפי המצב החוקי כיום אין שירותי הרווחה מייצגים את הקטין וכי מהוראות סעיפים 15 ו-23 לחוק האימוץ וסעיף 8 לחוק הנוער עולה בבירור כי

מצד אחר כיום, פקיד סעד אינו יכול להתייצב לפני בית משפט בלוויית תסקיר או לטעון בעל-פה בלי שיהא שלם עם שיקול דעתו ועם הבנתו בעניין. הכוחות שמסר המחוקק לפקיד הסעד כוללים גם את חובתו האוטונומית לשיקול בדעתו ולהביא שיקול דעת זה שלו לפני בית המשפט. הנוהל הפנימי הקיים כיום, שיש לו תימוכין בתע"ס, לפיו פקיד הסעד פועל לפי "הנחיות" שהוא מקבל מ"וועדות ההחלטה" – אין לו כל מעמד חוקי. תורת המשפט המנהלי קובעת כי בעל תפקיד מנהלי, שהוטלה עליו סמכות שבשיקול הדעת, אסור לו להעביר את שיקול דעתו לגוף אחר, בלי שתהיה לכך אסמכתא בחוק, על אחת כמה וכמה, כאשר בעל התפקיד יש לו "כוחות שיפוטיים" והוא משמש ידו הארוכה של בית המשפט. אסור לו אפוא לפקיד הסעד

ההנחה הבסיסית היא שיש מקום להבטיח ייצוג לקטין מלבד תפקודו של פקיד הסעד בעניינו. אך לדעתי אין צורך לבחון את עמדת ועדת חקיקה בניו זילנד בעניין ייצוג בהליכי טיפול והשגחה כדי לדלות משם הבחנה כה פשוטה בין האינטרס "הפרטי" של הילד לייצוג אוטונומי ובין "הסתכלות כלל משפחתית רחבה, הרצון לשמר את התא המשפחתי ושיקולים נוספים, הנוגעים בהליכי המשפט הציבורי" העולה אפוא מתפקידיהם המגוונים של שירותי הרווחה. די לעיין בתפקודו של פקיד הסעד להלכה ולמעשה. פקיד הסעד מצויד בסמכויות חקירה וחיפוש. זהו עניין שאינו נחוץ, בלשון המעטה, לעורך דין המייצג לקוח או למייצג בעל תובנה משפטית. בנוסף, פקיד הסעד אינו מצויד בטענות חיסיון בפני ערכאות שיפוט בעלות סמכות חקירה כפי שאמור לקבל מייצג של קטין, ואין צורך לומר עורך דין. ברם ההנמקה בדו"ח ועדת רוטליי ה"ל (בע' 57) שפקיד הסעד לנוער נצרך להליכים המשפטיים בבית המשפט לנוער, "שחרת על דגלו קו טיפולי", בשל "היעדר שיתוף פעולה עם ההורים" מחטיא את העיקר. בית משפט אינו מטפל ואינו נוקט "קו טיפולי". בית המשפט עוסק במשפט ודן בנאותות הליכי הטיפול המוצעים לעומת זכויותיו האוטונומיות של הילד, שיכול שתהיה ביניהן סתירה. אף פקיד הסעד אינו "מטפל" אלא מביע עמדה מלומדת בדבר הטיפול הרצוי, לפי דעתו, על סמך הנתונים שאסף בחקירת הנוגעים בדבר ובאיוסף ממצאים. אין זה נכון אפוא לראות את חוסר שיתוף הפעולה העלול להיווצר בין הגורמים המטפלים בקטין כעיקר, אלא את המצב המובנה שפקיד הסעד הוא בעל עניין בפני עצמו וכי הוא עצמו בעל תפקיד "שיפוט" ומכריע בין סוגי הטיפול השונים. לפי מה שאטען בהמשך, קביעותיו של פקיד הסעד אינן "טהורות", אינן פרי שיקול דעתו, כנדרש כיום, אלא הן מוכתבות על ידי "ועדת ההחלטה", שאף היא אינה גוף טיפולי, אלא גוף "שיפוט" בעל תובנות טיפוליות. על כן לדעתי עמדת מיעוט חברי הוועדה (פרץ סגל, נורית לוי וויי רכניץ) וכן עמדת השופט (בדימוס) אהרן מלמד (בע' 133 לדו"ח) כי בכל מקרה "זכותו של ילד במשפט הציבורי אינה יכולה להישלל ממנו, ואין להשאיר שיקול דעת לבית המשפט אם למנות לקטין מייצג (בע' 82 לדו"ח) היא עמדה נכונה. נכונה גם הקביעה של הדו"ח (בע' 59) כי "תפקידו של פקיד הסעד לסדרי דין הוא לספק לבית המשפט לענייני משפחה את חוות הדעת המקצועית והניטרלית של מערכת הרווחה בנוגע לעניינו של ילד שסכסוך משפחתי משליך על זכויותיו" אם כי התיאור אינו מדויק. פקיד הסעד הוא מקצועי אך אינו ניטרלי. הוא עצמו בעל עניין. הוא מביא עמדה "שיפוטית" על סמך נתונים שאסף וחקר בעצמו, ולא את "גרסות" הצדדים בלבד. בוודאי אין הוא מייצג את ההורים בלבד ולא את הילד. הוא בעצם "ידו הארוכה" והשיפוטית של השופט הדין בעניין. כל ניסיון לערב בין התפקיד השיפוטי של פקיד הסעד לבין היותו "עובד סוציאלי" הוא כניסיון לערב בין תפקידו של שופט לבין עברו כעורך דין. עמדתה של היועצת המשפטית של משרד הרווחה, בתיה ארטמן, בדו"ח (בע' 137) חפה מכל תובנה של הדברים שאמרנו, וקשה לדעת ממכתבה מה הנימוקים הענייניים שעליהם היא נשענת(ועיינו עמ' 108–109 לדו"ח).

לקבל תכתיב כלשהו אפילו אם התכתיב מוסווה במילה יפה כגון "ייעוץ", "סיעור מוחות" וכדומה.⁸²

התובנה כי פקיד סעד מכל סוג שהוא חייב להיות חף מכל מורא של שירות ממשלתי או עירוני, נתקלת אפוא בקושי לא מבוטל. בהרבה מקרים פקידי הסעד הם עובדי עיריות ומועצות מקומיות, אך אופי תפקידם דומה מאוד לאופי תפקידם של הפרקליטים בשירות המדינה הפועלים מכוחו של היועץ המשפטי לממשלה, שבכואם להכריע אם להגיש כתב אישום נגד נאשם ובדבר אופי האישום, אין עליהם מורא של שר, חבר כנסת, פקיד ממשלתי או עירוני ובוודאי לא של איש פוליטי זה או אחר. גם פקידי הסעד הם המוסמכים לקבוע את דרך פעולתם אם לפעול למען הכרזת הקטין בסיכון כבר אימוץ, למען השמתו באומנה או במעון, או למען השארתו בקרב המשפחה ואין לשום גוף אחר, שלא הוסמך לכך במפורש, זכות ליטול מהם את שיקול הדעת. בהיעדר חוק או תקנות שיסדירו את פעולתן של ועדות ההחלטה נמצא פקיד הסעד נתון בצבת המלקחיים בין חובתו הבלעדית כלפי בית המשפט להביא את שיקול דעתו האמיתי, לבין כניעתו לשיקול הדעת של "ועדות ההחלטה", רשות מנהלית אחרת שהיא עצמה אינה נהנית מעצמאות יתר במישור העירוני או הממשלתי.⁸³

82 נציין כי גם השופט אברהם שינפולד, נשיא בית המשפט השלום לנוער, עמד על כך בדבריו במליאת ועדת גילת.

83 עיינו ברע"א 669/00 פלונית נ' פלוני, פ"ד נד(3) 196. שם כתבה השופטת א' פרוקציה בשאלת פסלות עד מומחה שהיה חשש לניגוד אינטרסים במומחיותו – קביעת 'טובת הילד' – את הדברים האלה (עמ' 207–208):

"אכן, הסוגיה אותה העלה ב"כ האב הינה חשובה ונכבדה. כבר מימים ימימה נקוט במקומנו הכלל כי 'לעולם אסור לאדם הממלא תפקיד של נאמן לאינטרסים של אנשים אחרים להעמיד עצמו במצב שבו יהיה קיים (או עלול להיות קיים) ניגוד בין חובת הנאמנות שהוא חב להם לבין האינטרס הפרטי שלו' (מ"מ הנשיא אגרנט [כתוארו אז] בע"א 254/64 חסון נ' המועצה המקומית דלית אל כרמל, פ"ד י"ט (1) 17, 22). כלל זה, השאוב מעקרונות הצדק הטבעי, נועד להבטיח כי במילוי תפקידו יפעל נושא התפקיד ביושר, בסבירות ובהגינות. באפשרות שייקלע למצב של ניגוד עניינים טמונה סכנה כי הוא יחטא במשוא פנים, או לפחות כך עלולה להתפרש מראית פני הדברים (השווה בג"ץ 2874/93 קופטי כמאל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מח(2) 673, 679). מיניו של אדם כמומחה מטעם בית המשפט ליתן חוות דעת בנושא מקצועי אכן מחייבת כי לא יתקיים ניגוד עניינים בין חובתו כלפי בית המשפט ובעלי הדין לבין אינטרס אחר שהוא עשוי להיות מעוניין בו. על אחת כמה וכמה כך הוא כאשר מדובר בנושא חשוב מורכב ורגיש כאימוץ ילדים ובהינתן משקלה של חוות דעת המומחה בחריצת גורלו של העניין. בענייננו עולה השאלה האם דבק פסול בחוות דעתו של ד"ר גוטליב כמומחה בית המשפט בעניינה של הקטינה מן הטעם שהוא נתן ונותן שירותים מקצועיים בתשלום "לשירות למען הילד" הפועל במסגרת שירותי הרווחה ומהווה גורם בהליכי האימוץ. במצב רגיל ובעיתוי הראוי היה מקום לבחון טענה זו לעומקה ולהחליט האם נתקיימו התנאים לפסילת מומחה בנסיבות אלה. עם זאת, במקרה שלפנינו עלתה הטענה לראשונה בשלב הערעור בבית המשפט העליון, לאחר שחוות הדעת של ד"ר גוטליב שמשו את שתי הערכאות הקודמות לאורכם לרוחכם של ההליכים כולם, בלא שנטענה כלפיהן טענת פסלות כלשהי".

אך בין שנרצה ובין שנתנגד, אין פקיד הסעד, הדן בגורל הקטינים, פועל בחלל ריק ויש נוהל פנימי של חובת היועצות עם "ועדת ההחלטה", נוהל העולה מהוראות התע"ס. נוהל זה יש לו צידוק ענייני לאור המשוב הרב-גוני הנעוץ במומחיותם של חברי "ועדות ההחלטה" (כגון פסיכיאטר, איש חינוך), ולאור ניסיונם הרב של החברים הקבועים בהן (כגון רכזי הוועדה) והמעורבים בענייני הפרטי של הקטין שבסיכון (העובד הסוציאלי המטפל בילד ובמשפחתו). מחקרם של דולב, כנבנישתי וטימר מאשש זאת לחלוטין.⁸⁴

כיצד אפוא ניתן להכפיף את עצמאות שיקול דעתו, שנמסרה לו בחוק ובפסיקה, ל"וועדות ההחלטה"? ובאמת, מה עושים כאשר פקיד הסעד אינו מסכים להחלטותיה של "ועדת ההחלטה"? התשובה המגומגמת, לצערי, היא שאז פקיד הסעד המחוזי, פקידת הסעד הארצית או פקידת הסעד הראשית, בכבודה ובעצמה – מכריעים, דעה שאמנם יש לה תימוכין חלקיים בהוראות תע"ס 8.11 (מיום 1.6.1987), סעיף 5, אך אינה תקינה, לענ"ד, במצב המשפטי הקיים כיום. שכן, אם פקידת הסעד הראשית, למשל, מתנה את שיקול דעתו של פקיד הסעד בעמדת "ועדות ההחלטה", בסוברה, אולי בצדק, כי מן הראוי להתחשב בדעתן, לאור רב-התחומיות של חבריה, מן הראוי שהדבר ייעשה בגלוי בחקיקה ובחקיקת משנה ולא בהיחבא, בצורה מובנית ולא באופן קונקריוטי, לפי מה שפקיד סעד זה או רכז ועדת החלטה אחר מעיר באוזנה כי ראוי שיכריע את הכף. אך מעבר לכך, כיצד יכולה היא במעמדה לברר את הראיות בעצמה, האם תשמע את כל הראיות כ"דף חלק"? האם תסמוך על התרשמויות מכלי שלישי או רביעי ותחליט על פיה? יתרה מזו, האם ההכרעות של פקידת הסעד הראשית יאותתו לפקיד סעד מקומי כי חילוקי דעות בינו לבין "ועדת החלטה" חייבים להיות מוכרעים לפיה? ומה יהא אם פקיד הסעד המקומי לא יהיה משוכנע בצדקת הכרעתה של פקידת הסעד הראשית, האם היא רשאית אז להחליפו? האם היא רשאית, במקרה של "סרבנות", להדיחו? אינני חושב כי ראוי להחליף פקיד הסעד אם מתגלעים חילוקי דעות בינו לבין רוב חבריה של "ועדת ההחלטה", שכן פקיד הסעד אינו מייצג את עמדת שירותי הרווחה, ואינו משמש בא כוחם של ראשי האגף

84 לעיל הערה 60, בע' 46–55. במחקר מנתחים המחברים בפרוטרוט את תרומתו למעשה של כל אחד מבעלי המקצועות השותפים לוועדה וממצאיהם מהווים סתירה לרציונל "ועדות ההחלטה". המחברים מדגישים את חוסר האחידות בהפעלתן של "ועדות ההחלטה". לפחות בעריית תל-אביב פרסם מנהל השירותים החברתיים "נוהל חוק הנוער" שבו לצד "ועדות ההחלטה" קיימת "ועדה מייעצת במטה תחום ילד ונוער במשפחה", המורכבת כולה מאנשי שירותי הרווחה ואשר תפקידה נוסח כך: "הוועדה מתכנסת במצבים בהם קיימת מחלוקת בתוך וועדת ההחלטה על דרך הטיפול העדיפה המומלצת בקטין במצב סיכון וסכנה". גם יצחק קדמן בדף העמדה "התעללות בילדים בישראל: הערכות לשיפור מערך השירותים בתחומי המניעה, האיתור, הטיפול ואכיפת החוק", 151, מעיר (בע' 152): "כי בכל המדינות המתקדמות בטיפול בתחום ההתעללות בילדים, עברו מזה זמן רב לעבוד בשיטת הצוותים הרב-מקצועיים... במקום בעבודה מפוצלת בין שירותים ומקצועות שונים... אין כל סיכוי לטיפול יעיל בבעיה של ילדים בסיכון על כל היבטיה מבלי שיטפל בנושא צוות רב-מקצועי".

לשירותים חברתיים ואישיים, אלא הוא "מייצג" בעצם את בית המשפט עצמו, לו הוא חייב נאמנות טוטלית, ורק בפניו הוא חייב להתבטל. לדעתי, על פקיד הסעד להביא בגאון את חוות הדעת שלו, בלא כחל וסרק, ובד בבד ייקבע בחוק כי עליו לפרוס את החלטותיה של "ועדת ההחלטה" ואת נימוקי חבריה, ולהשאיר לשופט את ההכרעה בין דעתו שלו לבין דעתם של חברי "ועדת ההחלטה". בוודאי ראוי שפקיד הסעד ינמק בנימוק ראוי, רציונלי ככל האפשר, מדוע אין הוא מקבל את עמדת החלוקים עליו. גם פרוטוקול ועדות ההחלטה שיונח לפני השופט ינהיר לשופט את חילוקי הדעות המקצועיים בעניין.⁸⁵

ממש מן העבר האחר, אפשר שתישאל שאלה "אפיקורסית" של ממש: האם ראוי להגביל בחוק את שיקול דעתו של פקיד הסעד ולחייבו לציית להכרעות רוב חברי "ועדות ההחלטה"? דומני שאין זה ראוי להפוך את פקיד הסעד לכרוז של "ועדות ההחלטה" ולהחלטותיה – משתי סיבות עיקריות:

ראשית, הפרקטיקה כיום היא כי פקידי הסעד הם המוציאים והמביאים בבתי המשפט; הם היחידים בעלי סמכויות חקירה וחיפוש בחוק; רק להם חייב כל אדם המעורב במושא חקירתם לענות תשובה "כנה ומלאה" ולא לשום בעל תפקיד אחר. שאלת השגת האינפורמציה חשובה לא פחות משאלת הטיפול. באין תשתית עובדתית ראויה בפני "ועדת ההחלטה" לא תוכל ועדת ההחלטה להגיע לכלל מסקנות נכונות. לכן ביטול מוסד פקידי הסעד יחייב בעת ובעונה אחת "לצייד" את כל חברי "ועדת ההחלטה" בסמכויות חקירה, חיפוש בחצרים וכדומה.⁸⁶

שנית, בניגוד לדעתם של כמה מאנשי משרד הרווחה, אין לזלזל במומחיותם העדיפה של פקידי הסעד. לפקידי הסעד, מתוקף תפקידם, יש מעורבות חזקה יותר בתיקים, וממילא הם אחראים יותר לשלומם של הקטיין הנדרן לפנייהם. על כן הנני סבור כי יש ללכת בד בבד: פקיד הסעד יהיה רשאי גם בעתיד לגלות עצמאות בשיקול

85 חוסר ההתחשבות בדיוני ועדת החלטה עולה במפורש גם מע"מ (י"ם) 475/03 היועמ"ש נ' פלונית (השופטים: משה גל, משה דרורי, יוסף שפירא): "ולא הובא לפנינו טיעון מלא ביחס למעמדה הנורמטיבי ולסמכויותיה של ועדת ההחלטה, ועל-כן אין אנו קובעים עמדה משפטית ביחס למשמעויות של החלטתה" (סוף קטע 4 לפסק הדין).

86 עיינו, למשל, בהערה משמעוית של סגן הנשיא השופט יהושע פלפל בע"א (ב"ש) 4/00: "... ללא התסקיר של פקיד הסעד, פסיכולוג ופסיכיאטר לא יכולים בכלל לבצע הערכה של כושר ההורות שכן הם נזקקים לתשתית עובדתית וזו מסופקת להם על ידי פקיד הסעד". משה אלמגור במאמרו, לעיל הערה 39, בע' 39–44, כותב כך: "מקורות המידע שבידי הפסיכולוג הקליני (ראיון, מבחנים) מוגבלים למדי, במיוחד כשהמדובר בנושא הספציפי של הערכת מסוגלות הורית, ועליו להישען ולהיעזר במקורות מידע נוספים אשר יכולים להינתן לו על-ידי אנשי מקצוע מתחומים שונים...". ביניהם הוא מונה את פקיד הסעד. ועל הנוהג הפסול שבו נוהגים מנהלי לשכות רווחה למסור סמכויות חקירה לעובדים סוציאליים שאינם פקידי סעד עיינו בבג"ץ 7374/01 פלונית נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נז(1) 529, בסעיף 13 לפסק דינה של השופטת איילה פרוקצ'יה.

דעתו, אך מנגד, יצטרך הוא לבאר בנימוקי המלצתו מדוע הוא מתנגד לעמדתם של חברי ועדות ההחלטה.

שינויים נוספים מתבקשים בהליכי הנוהל הקיים של פקידי הסעד: כיום, לפי החוק והתקנות, אין פקידי הסעד מביאים תצהיר לבית המשפט אלא תסקיר. הבדל רב יש בין תצהיר, שהוא עדות שבכתב, שאי-אמירת אמת בו כרוכה בסנקציה פלילית חמורה של שיבוש הליכי משפט: מתן עדות שקר, לבין תסקיר שמעמדו מהווה חידה לא פתורה אצל המלומדים בספריהם, "זה אומר בכה וזה אומר בכה"⁸⁷. דעתו של השופט אברהם שינפלד, לשעבר נשיא בית המשפט השלום לנוער, היא כי התסקיר שמגיש פקיד הסעד אינו אלא "כתב טענות" של בעל דין, במקרה זה – בעל תפקיד העוסק בעבודה סוציאלית, המחויב כלפי בית המשפט בשני עניינים מצטברים השלובים זה בזה: להמציא לבית המשפט את חוות דעתו המלומדת בדבר המתודה הטיפולית הנכונה בעיניו על סמך העובדות הנכונות שיקבץ על-יד לפי סמכותו לחקור. כידוע, אין פקיד הסעד חייב לקבל עובדות מ"מקור ראשון" ואין הוא מחויב בעריכת תשואל של "חקירה שכנגד". תפקיד השופט אפוא להדריך את פקיד הסעד אילו ראיות עליו להביא באופן עצמאי, בעדות בכתב או בעל פה כדי לאשש את מסקנותיו המקצועיות שבתסקיר. באופן היפותטי, יכולה כל הנחיה של שופט – לאחר שתסקיר ראשוני הוגש לעיונו – להמציא לו ראיה נוספת, לאשש ראיה נוספת או להתעלם מראיה מסוימת קיימת עקב פגם משפטי בה, לגרום לכך שהמסקנה של פקיד הסעד באשר לדרך הטיפולית שתשנה מן הקצה אל הקצה. שכן, פקיד הסעד ייאלץ בכתובת המלצותיו בתסקיר "המשופץ" להתחשב במסכת העובדות השונה לפי מתווה הראיות שינחה אותו השופט. השופט שינפלד עצמו סבור כי אין זה ראוי שפקיד הסעד יתחייב בתצהיר כי דבריו דברי אמת, שכן לא יוכל לעמוד בכך. העובדות מורכבות ולעתים משויכות לפרק זמן ארוך. כל תפקידו של פקיד הסעד להביא הוכחות ל"טיעוניו" שכתב בתסקירו לפי דרישת השופט. במצב עניינים זה הראיות המובאות על ידי פקיד הסעד הן כשל עורך דין המביא הוכחה לטיעוניו: הבאת מסמכים, עדויות בעל פה, הגשת תצהירים מן העובדים הסוציאליים הכוללניים וכן הבאת חוות דעת שבמומחיות. איני חושב שיש טעם להנציח את המצב הקיים שבו פקיד סעד בוחר באופן אקלקטי מה להביא לידיעת בתי המשפט, ובוודאי אין זה ראוי שגוף חיצוני "ינחה" אותו מה להציג לפני בית המשפט, אלא שיש לדעתי להטיל חובה על פקיד הסעד להביא גם עמדות וכן מסמכים המצורפים לפרוטוקול ועדות ההחלטה אף שהם מנוגדים לעמדתו. הבאת עמדות מנוגדות לבית המשפט

87 עיינו במאמריהם של עמרם בלום, "מעמד המשפטי של פקידי הסעד" הפרקליט כו (תשל"א) 237, 242; חיים פיוס, "היבטים משפטיים וסוציאליים במעמד ובסמכויותיהם של פקידי הסעד לסוגיהם" הפרקליט לג (תשמ"א) 496, 501-502; דן שניט "יחסי הגומלין בין מומחים במדעי ההתנהגות לבין מערכת המשפט" הפרקליט לב (תשל"ט) 365. בפסיקה עיינו: ע"א 816/85 פלוני נ' שר הרווחה, תק"על (3)87, 264. מפי השופטת שושנה נתיבה; ע"א (ב"ש) 4/00 היועמ"ש נ' פלונית, מפי סגן הנשיא השופט יהושע פלפל.

תיעשה באמצעות פרוטוקולים של "ועדות ההחלטה". עולה אפוא, כי במקום "לסגור" את חילוקי הדעות בדיונים פנימיים (כשהמשפחה אינה משתפת פעולה מאונס או מרצון) באמצעות ישיבות נוספות, באמצעות העלאת הנדון לדיון שני בדרג בכיר יותר, כדי להכריע בחילוקי הדעות שנתגלעו, יעלו הן "ועדת החלטה" בפרוטוקול הדיונים והן פקיד הסעד בתסקירו, את מסקנותיהם ובית המשפט הוא הוא שיכריע ביניהן.⁸⁸ הצעתי שפקיד הסעד יצרף לתסקירו את פרוטוקול "ועדת החלטה" אינה באה לפגום בכבודו של פקיד הסעד, ובכלל אין הצירוף צריך להיעשות פיזית על ידיו, אלא יש בה כדי להעניק משמעות משפטית-טכנית בלבד: מניעת טענה של "עדות שמיעה". (הוראה דומה קיימת כיום בפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971 [להלן: פקודת הראיות] בעניין מסמכי בנקים.) פרוטוקול דיוני "ועדת החלטה" יוכל להתקבל כראיה בבית המשפט אף אם המשתתפים בדיונים לא יתייצבו לעדות בעל פה על דבריהם. מכל מקום, יש לבית המשפט סמכות לקרוא לעדות לכל מי שירצה (בין ביוזמתו ובין ביוזמת פקיד הסעד ובין ביוזמת המשפחה).

(ד) הפעלתן של "ועדות החלטה" בחוסר שקיפות הנני סבור כי יש מקום להטיל חובת רישום דיוני "ועדות החלטה" בנפרד מן התרשומת המוטלת על פקיד הסעד בהגשת תסקיר מצבו של הקטין בסיכון. חובת התרשומת קיימת בכמה וכמה תחומים. דיינו אם נזכיר שני סעיפי חוק מתחומים הקרובים לענייננו: סעיף 17 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 עוסק ב"חובת ניהול רשומה רפואית", וזו לשונו:

"מטפל יתעד את מהלך הטיפול הרפואי ברשומה רפואית; הרשומה הרפואית תכלול, בין היתר, פרטים מזהים של המטופל והמטפל וכן תכלול מידע רפואי בדבר הטיפול הרפואי שקיבל המטופל, עברו הרפואי כפי שמסר, אבחון מצבו הרפואי הנוכחי והוראות טיפול; ואולם תרשומת אישית של המטפל אינה חלק מהרשומה הרפואית".

הוראת סעיף 17 עולה בקנה אחד עם שאר ההוראות החדשניות של חוק זכויות החולה שמגמת כולן מוצהרת בסעיף 1 לחוק:

⁸⁸ התנהלות פקידי הסעד כיום בתוך "ועדות החלטה" אינן מגובות על ידי המחוקק כרבעי. העובד הסוציאלי המטפל במשפחה אינו יכול לומר דבר על אודות המשפחה בישיבה שבה נוכח פקיד הסעד מחשש להפרת חובת החיסיון. פקיד הסעד מהווה "רשות גוף או אדם המוסמכים על פי דין לגבות ראיות" ועל כן הוא רשאי לגבות עדות מהעובד הסוציאלי המטפל. גם אם לא גבה, אין פקיד הסעד רשאי להסתיר את המידע מפני בית המשפט. ועל עניין זה עיינו מאמרי, לעיל הערה 76, בע' 250-253. יש על כן לערוך רביזיה חוקית שתסדיר "התנגשויות" מעין אלו של "כפל תפקידים".

"חוק זה מטרתו לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו".

גם בוועדת השמה הפועלת מכוח חוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988 קיימת חובת תרשומת של פרוטוקול הדיונים, יחד עם החובה המוטלת עליה לזמן את הורי הילד החריג ולאפשר להם או למי מטעמם "להשמיע את טיעוניהם". בדברי ההסבר להצעת חוק זו נאמר כי "החוק מעניק להורי הילד החריג ולנציגיהם מעמד של שותפים מלאים בקביעת גורלו ותוכנית לימודיו – מעמד שיחזק את הקשר ומעורבות ההורים בכל הנוגע לילדם".⁸⁹ והנה תרגומה המעשי של מדיניות זו בסעיפים 9(ג) ו-9(ד) לחוק הנ"ל:

"דיוני הוועדה יירשמו בפרוטוקול; הפרוטוקול, המסמכים הרפואיים וכל מסמך אחר שבידי הוועדה הם סודיים. אך מותר להביאם לידיעת אדם אשר נזקקים לשירותיו לצורך החלטה; אדם שלידיעתו הובא פרוטוקול או מסמך כאמור חייב בשמירת סודיותם.

הוועדה תודיע בכתב להורי הילד החריג על החלטתה ונימוקה. אלא אם כן החליטה הוועדה שמטעמים מיוחדים אין להביא את נימוקה לידיעתם. ואולם פסיכולוג חינוכי, רופא או עובד סוציאלי מטעמם יהיה רשאי, בכל מקרה, לעיין בפרוטוקול כולו".

לשם מה הטיל אפוא המחוקק את חובת התרשומת? האם לשם העמדתם של רופאים מסורים לדין בגלל כישלונות רפואיים? האם לשם ניגוחם של חברי "ועדת ההשמה" על ידי הורים קנטרניים שאינם נותנים אמון במערכת החינוך, שכל כולה נועדה להיטיב עם ילדי ישראל? ברור שלא. מטרת חובת התרשומת היא לשמר את חילוקי הדעות שבין המשפחה, הורי הילד ובין המומחים הרב-גוניים החברים בוועדת ההשמה, וכן גם את חילוקי הדעות המקצועיים בין חבריה. המחוקק צפה מראש, כמו שכל אדם סביר צופה מראש, כי ייתכנו חילוקי דעות מקצועיים בין חברי ועדות ועל כן הוא רוצה לשמר את חילוקי הדעות, את ההערכות השונות לידיעת החולה, המטופל הרפואי, הורי הילד החריג ומשפחתו המורחבת. רק מחשבה מעוותת יכולה לדרוש אחידות דעות בגוף רב-גוני הבא להכריע בסוגיה שייתכן שיהיו בה כמה פתרונות טובים ולא רק פתרון אחד "נכון" והשאר – "שקריים". המחוקק צופה כי חולה או מי ממשפחתו שיקבל לידי את התרשומות השונות ייוועץ מיד ב"דעה נוספת" שהיא זכות יסודית נוספת⁹⁰ ומתוך חילוקי הדעות יוכל הרופא, שעמו הם מתייעצים, לעמוד על שורש חילוקי הדעות ולהנחות אותם כיצד לנהוג. (אגב הזכות ל"דעה נוספת" אינה רק בעניין היוועצות עם רופא מומחה, אלא עם כל מי שהחולה ימצא לנכון, כולל מדריך

89 הצ"ח תשמ"ח, 169.

90 כאמור בסעיף 7 שם.

ספיריטואלי, מכשף השבט וקורא בקפה, ואף אחד אינו טוען כי המידע הרפואי צריך להיחשף רק לרופא מומחה אחד). גם פרוטוקול הדיונים של "ועדות ההשמה" נועד לכך שחילוקי הדעות שייחשפו יביאו את ההורים להיחשף למומחה מטעמם כגון "פסיכולוג חינוכי, רופא או עובד סוציאלי מטעמם" שלפי מצוות המחוקק כל חומר סודי צריך להיחשף לפניו כדי שיוכל ליעץ למשפחה כיצד לנהוג ולו רק כדי להעביר את "רוע הגזירה".

ומהמשל לנמשל. אף הטלת חובת התרשומת המוצעת לא נועדה "לתקוע" תריז בגלגלי המרכבה של "ועדות ההחלטה" או של פקידי הסעד למיניהם, ובוודאי אינה באה לעכב את דיוני בית המשפט, אלא כדי שבית המשפט ייתן דעתו ביתר עומק למורכבות הנושא. אינני סבור כי בתי המשפט כיום מאשרים בלא כל פקפוק את עמדת שירותי הרווחה בענייניו של קטין בסיכון, בלא כחל וסרק, אך נדמה, כי לאור חילוקי דעות אפשריים בין מומחים שונים, בין הערכאות השונות, ראוי שכובד משקלה של ההכרעה יעבור לבתי המשפט כאשר חילוקי הדעות פרושים לפנייהם ולא תוכרע בחדרי חדרים כ"פסק דין" טיפולי. אמת ידועה היא כי השופטים היושבים בדין מכריעים בסוגיות רבות שבמומחיות, כגון רפואה, פסיכולוגיה, אומנות, זכויות יוצרים ופטנטים אף שהם רחוקים, לעתים קרובות, ת"ק על ת"ק פרסה מכל עניין מדעי או יצירתי. זה כוחם של השופטים בכל ענף וענף להכריע גם במה שהם אינם מומחים בו, וגם כאן ראוי לחשוף את חילוקי הדעות המקצועיים לפנייהם.⁹¹

ובאמת מדוע נצמצם את סמכותו של בית המשפט להזמין את חברי "ועדות ההחלטה" לתת עדות, או כל מי שהוא רלוונטי לעניין מצבו של הקטין ומשפחתו? באין תרשומת סדורה של ישיבות "ועדות ההחלטה" על שלל הכרעותיה, האם אין חשש כי חברי "ועדות ההחלטה" ייטו שלא לחשוף טפח מחילוקי הדעות המקצועיים רק בשל חוסר הרצון להתעמת עם מערכת שירותי הרווחה? ואולי יש מקום לשמר את היריבות המקצועית? הצעתי אפוא לכפות על חברי "ועדת ההחלטה" לשמר את חילוקי הדעות כדי שיובאו לידיעתו של השופט. לדעתי על השופט להכריע לפי מיטב

91 על סגולתו של בית המשפט להכריע בעניין שבמדע שאינו מתחום התמחותו, עיינו: יצחק אנגלרד "יסודות האחריות בנוזיקין" דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית (מהדורה 2, ג' טדסקי עורך, תשל"ז), בע' 178–187; ע"פ 9724/02 אבו־חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71; ע"א 1639/01 קיבוץ מעין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 ועל הסוגיה בארצות הברית, עיינו: *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923); *Daubert v. Merrell Dow*, 509 U.S. 579 (1993); *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 43 F. 3d 1311 (1995); H.A. Denmark "The Search for 'Scientific Knowledge' In Federal Courts in the Post-Frye Era: Refuting the Assertion that 'Law Seeks Justice While Science Seeks Truth'" 8 *High Tech. L.J.* (1993) 235; D.L. Faigman *Legal Alchemy – The Use and Misuse of Science in the Law* (New York, 1999); D. Egilman, J. Kim, M. Biklen "Proving Causation: The Use and Abuse of Medical and Scientific Evidence Inside the Courtroom – An Epidemiologist's Critique of the Judicial Interpretation of the Daubert Ruling" 58 *Food Drug L.J.* (2003) 223.

הבנתו בין חילוקי דעות מקצועיים אלה כפי שחובה עליו להכריע בין דעות מומחים בכל סכסוך משפטי.⁹²

יש טעם נוסף ונפרד לכינונה של חובת התרשומת. לפי הוראת תע"ס כיום, קולה של המשפחה לא בהכרח נשמע,⁹³ ואין בטפסים הרשמיים שום משבצת מיוחדת להבאת עמדתה של המשפחה לפני ועדות ההחלטה. התרשומת נועדה אפוא לעגן את קולה של המשפחה ב"וועדות ההחלטה". חובת התרשומת גם מכריחה את חבריה להתנהג כמו שוועדת החלטה חייבת לנהוג – לפי "כללי הצדק הטבעי" – להתייחס לטענותיה של המשפחה בכתב, לאשרן או לדחותן. התרשומת, כמו זכות העיון במסמכים שתבוא בעקבותיה, וכמובן זכות הטיעון, אינה צריכה להיחשב ל"טרחה מיותרת" אלא לזכות: זכותה של כל משפחה ומשפחה להגן על כבודה ועל פרטיותה בעניין כה קרדינאלי של חשש להוצאתו של קטין ממסגרתה. הטוען כי חשיפת החומר באופן עקרוני תביא לידי החלשת כוחם של פקידי הסעד לטפל בקטינים, או לחלופין שהמשפחה תוכל להתדיין בבית המשפט ולהיאבק על עמדתה ואין צורך לשמר את דעתה או להזמין לדיוני הוועדה, מסגיר בעליל את דעתו האמיתית על אפסות מקצועיות של שירותי הרווחה. דווקא המאמין בסגולתם המקצועית של שירותי הרווחה חייב לשקף את מערכת טיעונו בעד הוצאת הקטין הנדון מביתו או נגדה. חשיפת הדעות השונות והמנוגדות לעיניה של המשפחה ולעיני בתי המשפט הדנים בעניין תהווה עדות לרצינותה של המערכת בהפעלת שיקול דעתה. השקיפות גם תטהר את האווירה ותחושת הכעס כלפי שירותי

92 דומני כי לו היו פרוטוקולים גלויים בעניינם של ילדי משפחת אמין בפרשת ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נגנ5) 69, לא היה פסק הדין מוטא בצורה כה נחרצת נגד האב. עם כל ההבנה לחוסר הצדק בהתנהגותו של האב, והשאיפה להוקיעו ברבים, עומדת שאלה לא פחות חמורה, כלום יכולות היו רשויות הרווחה לרחוץ בניקיון כפיהן? כל המסמכים לפני בית המשפט היו תכתובות של שירותי הרווחה עם האב הנתבע שנדרש לגלות אמפתיה ואחריות כלפי ילדיו. אך היכן הדיונים על מציאת משפחה אומנת? מדוע לא מנעו מהילדים לנסוע למושב מצליח כדי למנוע "נסיגה בהתקדמות הילדים"? גם חוות הדעת של ד"ר שבתאי נוי, למרות נחרצותה, ניתנה במבט של שנים רבות לאחור. מדוע לא הוצגה חוות דעת פסיכולוגית שכזו בזמן היות הילדים קטינים? האם חוות דעת פסיכולוגיות נוצרות רק למען ניהול משפט נזיקי? ברור מאוד שבזמן היווצרות העילה בפרשת אמין לא היה נוהל של "וועדת החלטה", אך ממסכת העדויות שהוצגו בבית המשפט המחוזי (ת.א. [ת"א] 1016/88) עולה כי משרד הרווחה התמקד במישור ההוצאות הכספיות של צורכי המחיייה, אך לא בהכנת תכנית טיפול אלטרנטיבית המבוססת על הבניה מקצועית וטיפולית. משום מה ניתן משקל רב לדבריו: "אני לא הייתי הולך לחגיגות יום ההולדת של הילדים במוסדות" כציון ל"התאכזרות" האב, אך הילדים טענו במשפט כי האב לא זו בלבד שלא נהג ללכת למסיבות אלא הכה אותם פעמים לא מעטות. על כך מובאת עדות מנהל המחלקה לשירותים חברתיים, כי: "אין בתיק מילה באיזה שהוא דו"ח או מסמך שהאב היכה את ילדיו. בדרך כלל כאשר אב מכה את ילדיו הרי שהדבר ישתקף ברורות בדו"חות של עובדי הסעד". האומנם? והיכן הרישום על הזנחה רגשית? האם לא היה בנמצא אז מקום לאפטרופוס בעל תובנה פסיכולוגית? האם לא היה מקום לתכנית טיפול רגשית לנוכח התנהגות האב? האם לא היה מקום להעמיד את הילדים תחת שרביטו של אפטרופוס ממונה?

93 עיינו בסעיף 5(ה) לתע"ס 8.9 וגם בטפסים הנספחים (נספח א/2, א/3).

הרווחה, אם החלטות חברי "ועדות ההחלטה" יגובו בנימוקים רציונאליים ומעשיים. גם פקידי הסעד ידאגו יותר בתסקיריהם לדייק בהבאת עובדות שישכנעו את השופט מדוע מחייבות החלטותיו של פקיד הסעד להוציא את הקטין הנדון מביתו. השופט, אפילו המשפחות, הקטינים עצמם והציבור הרחב יכבדו את המערך המקצועי של כלל שירותי הרווחה ולא ישמעו את דברי הבלע של "קנטרנים" מקצועיים.⁹⁴

מאחר ש"ועדות ההחלטה" במצבן כיום פועלות, לענ"ד, בלא כל אסמכתא בחוק או בתקנה, ומעמדן המשפטי מוטל בספק, גם רישומיהן אינם בנמצא, ואינם באים לידיעת השופט, השופט מטיל את כל האחריות על פקיד הסעד, אך פקיד הסעד אינו יכול להשתמש בחומר שהצטבר אצל "ועדות ההחלטה" באין רישום מוכנה. על כן עיגון מעמד "ועדות ההחלטה" בחוק או בתקנה יוכל להעמיד את פקיד הסעד בעמדה נכונה. במקרה הצורך ייזום השופט דיון עם מומחה זה או אחר מהרכב "ועדות ההחלטה".

הרבה מ"ועדות החלטה" מתכנסות ומתדיינות בהרכב חסר ואף זו עלולה להטלת חובת תרשומת עצמאית ולפסילת החלטות שלא התקבלו כראוי.

מובן מאליו, שחובת התרשומת אין פירושה פרוטוקול מוקלט או תרשומת סטנוגרמית, אלא סיכום דבריו המנומקים של כל אחד מן הנוכחים, אך בפירוש לא סיכום "פה אחד", חוות דעת אחת ש"אני מסכים" מצורף אליה. באמצעים כה פשוטים של כתיבה, בלא טפסים מיוחדים, יכתוב כל אחד את דעתו.⁹⁵

אפשר לטעון כי הטלת חובת התרשומת תחזק את עצמאותו של פקיד הסעד. טלו, למשל, מקרה שבו חברי "ועדות ההחלטה", כולם או רובם, יחשבו להוציא את הילד מן הבית, ואילו פקיד הסעד, מטעמים השמורים עמו, יתנגד. כיום ברור שיש

94 נציין שהיוועצות במשפחות כעניין שבחובה יכולה "לחסוך" למערכת זמן רב ומפח נפש. נציג את המקרה שבפרשת ע"א 3063/90 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד מה(5) 837. שם דובר בשלושה אחים קטינים לזוג שנישא, התגרש ושוב נישא. הוברר ששני ההורים אינם מתאימים להורות בגלל עברם והתנהגותם, ועל כן עלת הכרזתם של האחים הקטינים כבני אימוץ הייתה נעוצה בסעיף 13(7) לחוק האימוץ. אלא שהאב והאם העלו שתי בקשות קשות, ולשתייהן התקשה השירות למען הילד ליתן מענה: האחת שהייה זיקה בין המאמצים לבין ה"ערכים" של ההורים הטבעיים וכן שתהיה "השתייכות למסורת העדתית" של ההורים הטבעיים; והשנייה: שהליך האימוץ לא יפגע בקשר האחוה שנוצר בין הקטינים בזמן שהותם בבית המעבר. דומה שבבית המשפט העליון דעתם של רוב השופטים הייתה קשובה לבקשות אלה למרות הקושי הטמון במציאת הורים מאמצים שכאלה.

95 הטפסים שבתוספת השנייה להוראות תע"ס אינם נראים מתאימים לתעודתם, וגם מעיון בתיקי בתי המשפט נראה שאינם ממלאים את ייעודם. פה המקום לציין את דברי מבקר המדינה בדו"ח שנתי 43, לעיל הערה 48, בעניין הנוק שנגרם למערכת מחוסר השקיפות של השירות למען הילד כלפי האגפים האחריים במשרד הרווחה העוסקים ברווחת הילד, וזה לשונו: "השירות למען הילד שומר על חשאיות בעבודתו, מעבר לנדרש ממנו בחוק. הנהלים וההליכים שעל פיהם פועל השירות אינם מתפרסמים... השירות גם אינו משתף במידה מספקת את גורמי הטיפול בקהילה בהליכי ההחלטות באשר למסירת הילד לאימוץ, עובדה הפוגעת בשיתוף הפעולה שבין השירות לבין שאר הגורמים העוסקים ברווחת הילד", שם, בע' 441.

לשירותי הרווחה בעיה: האם על פקיד הסעד לבוא ולטעון דבר שהוא מתנגד לו לפי מיטב הכרתו המקצועית? מאידך גיסא, היעלה על הדעת להתעלם מוועדה שהיא רב-מומחית בעניין? במקום "לסגור" את העניין בדיונים פנימיים (כשהמשפחה אינה משתפת פעולה מאונס או מרצון) באמצעות ישיבות נוספות בדרג בכיר (דבר רצוי מאוד כשלעצמו, אך לא תמיד מצוי) יעלו הן "וועדות ההחלטה" בפרוטוקול הדיונים והן פקיד הסעד בתסקירו, את מסקנותיהם ובית המשפט יכריע ביניהם. כך יוכל פקיד הסעד לומר את דברו, בלא מורא, בלא משוא פנים או חשש להשפעה "פסולה".⁹⁶

(ה) שליטתה הלא ראויה של "ועדת ההחלטה" על פקידי הסעד לא זו בלבד שמעמדן של "וועדות ההחלטה" ביחסיהן עם פקידי הסעד מעורר בעיות משפטיות, אלא אף מעמדם של פקידי הסעד למיניהם בתוך "וועדות ההחלטה" מפוקפק למדי.

ניתוח הרכבה של ועדת ההחלטה בהוראות תע"ס, מראה בעליל כי פקידי הסעד למיניהם אינם שותפים קבועים ב"וועדות ההחלטה" בלתי אם נקראו אל ועדות ההחלטה על ידי מנהל לשכת הרווחה. כך נאמר שם בסעיף 5 לפרק 8.9 של הוראות התע"ס:

"ב. החברים בוועדת החלטה הם:

.....

(5) נציגים של שירותים רלוונטיים לדון בעניינו של הילד ומשפחתו (פקידי סעד לחוק הנוער, עו"ס נערה במצוקה, רופא ועוד) על-פי הזמנת מרכז הוועדה.

(7) מפקח השירות למען הילד ישתתף בכל דיון לגבי הילדים עד גיל שש.

ג. בכל מקרה שמתקיים דיון על ילד מוחזק במשפחה מורחבת (היינו, לא על-ידי הוריו), יוזמן פקיד סעד מחוזי לחוק הסעד סדרי-דין לדיון לצורך הסדרת אפוטרופסות וכן סיוע להכרה כ"ילד נטוש".

רכז הוועדה הוא אפוא המוציא והמביא של פקידי הסעד השונים. שלא כמעמדם של העובד הסוציאלי המטפל בילד ובמשפחתו, של נציג שירותי החינוך ושל נציג

⁹⁶ פה גם המקום להזכיר את השקיפות המתבקשת מפקיד הסעד לדווח על מידת ההשפעה החיצונית עליו, כמו ההתערבות של מפקח או של פקיד סעד אזורי בהחלטותיו. יצוין, כי הפנייה אל פקיד הסעד עצמו או הפנייה אל חבר מחברי הוועדה שלא במסגרת דיוני הוועדה, אין בה כשלעצמה כדי לפסול את פקיד הסעד או את חבר "ועדת ההחלטה". ברם אי-גילוי של פנייה כזו היא עילה בפני עצמה: אי-שקיפות. עיינו: בג"ץ 496/81 אללטיף נ' שמואלי, פ"ד לו(2) 415, 423. התרשומת היא אפוא המכשיר היעיל ביותר להצגת השקיפות. על כל אלה עיינו בפסקי הדין: בג"ץ 990/92 מורדוב נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מז(1) 474, 478; בג"ץ 606/86 עבד-יחי נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד מא(1) 795; בג"ץ 954/97 שלמה כהן נ' ראש לשכת עורכי-הדין, פ"ד נב(3) 486, 527, 527; בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נט(3) 817.

השירותים הטיפוליים בקהילה, פקיד הסעד לפי חוק הנוער מוזמן "על-פי הזמנת מרכז הוועדה", לפי רצונו של המרכז בלבד, בלא כל הוראה מחייבת. פקיד הסעד לפי חוק הסעד סדרי דין מוזמן "בכל מקרה שמתקיים דיון על ילד המוחזק במשפחה מורחבת (היינו לא על-ידי הוריו)" וגם אז רק לשם הסדרת עניין משפטי מבחינה טכנית: "אפטרופסות" או "סיוע להכרה כילד נטוש". וגם השירות למען הילד אינו מוזמן "בכל דיון" בעניין ילדים מעל לגיל שש. אמנם במקרים המרובים שהדיון נעשה בהם בהסכמת ההורים ואפילו לפי רצונם אולי מיותרת הבאתם של פקידי הסעד,⁹⁷ אך כאשר מדובר בתהליך שעלול להביא לידי אכיפת הטיפול בעניינו של ילד בסיכון, עד כדי הוצאת הקטין מביתו, יש הכרח לקבוע בתורת חובה את הבאתו של פקיד סעד כחבר קבוע ונחוץ בדיוני "ועדות ההחלטה". היה אפוא מקום לשקול את השתתפותו של פקיד הסעד בכל המקרים, גם באלו שההורים מסכימים בהם לטיפול ואפילו במקרים שפועלים הם מיוזמתם להרחיק את ילדם מן הבית, שכן ההכרעה באשר להקצאת תקן עבור הוצאה מן הבית מחייבת תחקור ותשאול של הקטין ובית הוריו על ידי פקיד הסעד, אך ייתכן שהדבר אינו מעשי, ועל כן הצעתי אפוא שכאשר אין הפנייה נעשית ביוזמת ההורים, יש מקום לחייב השתתפות פעילה של פקיד הסעד, ולא להשאיר את העניין לרצונו הטוב של מרכז ועדות ההחלטה.

היה ראוי גם לבטל את ההבחנה בין פקידי הסעד השונים הנוגעים לעניינה של "ועדת ההחלטה" ולהסמיך את כל פקידי הסעד לעשות את כל הפעולות הדרושות לתפקידם, שהן: חקירה, חיפוש בחצרים, כתיבת תסקיר, טיעון בבית המשפט וקבלת הוראות ופעולה דחופה של הוצאת צו חירום. ברור לי שגם אם תבוטל ההבחנה בין פקידי הסעד, ייווצרו במהלך הזמן פקידי סעד בעלי מיומנויות שונות, לפי החוקים שיעסקו בהם בפועל, אך מלכתחילה דומה פקיד הסעד לעובד סוציאלי וכשם שמבחינת החוק כיום העובד הסוציאלי רשאי לעשות כל פעולה ייחודית למקצועו, כן פקיד הסעד. פקיד הסעד לפי חוק הסעד סדרי דין יוכל, למשל, לפעול בעניינו של הקטין הן במתודה הרגילה שהיא קביעת מקום המשמורת וכן מינוי אפטרופוס נוסף או במקום ההורים; אך בד בבד יוכל, לפי שיקול דעתו, לפעול לשם הוצאת הקטין מביתו והשמטו באומנה או במעון, וייתכן שכבר לפי חומר העובדות שיגלה, ימצא

⁹⁷ קשה לומר שכל הסכמה תהא חפה מהתערבותו של פקיד סעד. בכל הנוגע להליכי אפטרופסות ומשמורת קובע סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית שניתן להורה לחזור בו מהסכמתו והוא לא "ייענש" על כך. הוא הדין במה שנובע מהוראות חוק הנוער, ובייחוד מסעיף 14 שבו. אשר להליכי האימוץ, מקובל כיום כי כאשר הורים מסכימים למסור את בנם לאימוץ, דיון בהכרזת ילדם כ"בר אימוץ" אינו מתקיים, שכן ההכרזה באה כמצוות סעיף 1 לחוק האימוץ "באין הסכמת ההורה". אשר לחזרת ההורה מהסכמתו, הוראת סעיף 10 לחוק האימוץ – ברורה: "לפי בקשת הורה רשאי בית המשפט לפסול הסכמתו שניתנה לפני לידת המאומץ או שהושגה באמצעים פסולים". ברם "חזרה בתשובה" בשל נקיפות מצפון אינה מותרת אלא רק "מטעמים מיוחדים שיירשמו". הפסיקה דנה בניסיונותיהם של ה"טעמים מיוחדים" בפרשת ע"א 4798/95 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד נ(3) 195, למשל.

לנכון לפעול במתודה אחרת של פתיחת הליכים למען הכרזתו של הקטין בסיכון כבר אימוץ. הוא הדין בפקיד הסעד לפי חוק הנוער: הוא לא יחל לפעול במתודה של "נוקקות" לפני שנתן דעתו על אפשרות השאת הקטין במשפחתו בין באמצעות מינוי אפוטרופוס נוסף או במקום ההורים, ובין בקביעת משמורת אצל אדם אחר. אין גם כל מניעה שפקיד סעד לפי חוק האימוץ ימשוך את ידיו מהעניין כל אימת שלדעתו ניתן להסתפק בפתרון חמור פחות מהוצאת הקטין מביתו לשם ניתוקו המוחלט מהוריו.⁹⁸ בשלב הטיפול ביחסים שבין הילד למשפחתו הטבעית אין אפוא כל עדיפות לפקיד סעד

98 על שימוש בלתי נאות בהליכי האימוץ לפני שמוצו הליכים אחרים לשיקום הילד עומד בהרחבה השופט שמואל בוקובסקי, סגן נשיא בית המשפט לענייני משפחה מחוז המרכז בראשון לציון, בתיק אימוץ 67/02, לעיל הערה 51. פסק דינו מתחיל בקביעה ההחלטית: "אני לא מוצא לנכון ליתן אישור להשאיר את הקטינה בבית המשפחה 'המארכת' המאמצת לאור העובדה שהעברה נעשתה באופן בלתי ראוי בניגוד לחוק וכמו כן הבקשה הוגשה באופן מניפולטיבי תוך הטעיה, רמיה והונאה של בית המשפט". בהמשך מגולל השופט בוקובסקי מסכת שלמה על תיק שהחל כצו של הוצאה ממשמורת שנתן בית המשפט לנוער ברחובות עקב פטירת האם ושכץ שקיבל האב בניסיונו להיגמל מסמים, שהפך, עם פטירת האב, לתיק אימוץ. המעניין הוא כי בתחילה הוצע לילדים סידור בבית אחות האם והיא קיבלתם באהבה רבה, אך לאחר ששהו אצלה חודש ומחצה הוצאו הקטינים ממנה וסודרו במשפחה אומנת חסויה, ושם שהו במשך שלוש שנים. גם שם נפגש האב מדי פעם עם ילדיו. לאחר פטירתו הוגשה בקשה להכריז על הקטינים כבני אימוץ בלי להביא את עמדת הסבתא, אם אָמם של הקטינים, כנדרש בסעיף 11 לחוק האימוץ. בנוסף התבקש בית המשפט לאשר בדיעבד את העברת הקטינים ממשפחת האומנה (שבה שהו במשך שלוש שנים כאמור) למשפחה אומנת עם כוונת אימוץ מכוח סעיף 12(ג) לחוק האימוץ. אך ממש בערב פסח, ביום 16.4.03, כאשר פגרת בית המשפט החלה, הוגשה בקשה לבית המשפט לענייני משפחה להפעיל סמכותו מכוח סעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית "ולאשר את פעולת פקידת הסעד לחוק אימוץ ילדים אשר העבירה ביום 14.4.03 את הקטינה לבית משפחה מארכת, בתאונה כי באומנה בה שהו הילדים "האם האומנת אינה מתאימה וכאי התאמתה היא פוגעת בקטינה". על כך מסכם השופט בוקובסקי: "הצגת המשפחה כמשפחה 'מארכת' כאשר האמת היא שהיא משפחה אשר בכוונתה לאמץ את הקטינה הינו מעשה חמור של הטעיה והונאה של בית המשפט". פה גם המקום להעיר כי קיים שימוש מטעה מצד שירותי הרווחה במונח "הוצאת הקטין מהבית למשפחות אומנה". האומנה היא אחת הדרכים המתבקשות מהפעלת סעיף 3(4) לחוק הנוער. בהוראות תע"ס היא מוגדרת בפירוט רב בהוראות. מטרתה, כמו כל הרחקה של קטין מביתו, היא זמנית ומטרתה הסופית היא איחוי והשבת הקטין לביתו או למשפחתו. מטבע הדברים מפגשי הקטינים עם הוריהם ייבחנו מתוך אהדה ואמפתיה (אם כי לא בקצב משביע רצון כמגמת מאמרו). שונה היא האומנה לשם אימוץ שבה המטרה הסופית, לפי חוק האימוץ, היא הטמעת הקטין במשפחה החדשה שתאמץ אותו בתום התקופה שבה הקטין היה "סמוך על שולחן המאמץ לפחות ששה חודשים לפני מתן הצו" (צו האימוץ – יצ"ג). באומנה מן הסוג האחרון ייעשה כל מאמץ שהורה הטבעי לא ייפגש עם הקטין בכלל ובוודאי ייאסר עליו לבקר באומנה מחשש שמא יבולע להליך האימוץ הנפוץ שהוא "סגור". כאשר ההרחקה ניתנת בצו, עוד יכול הורה, מהיר התפיסה, שבנו נלקח ממנו, אם מגמת ההרחקה היא לשם מילוי סעיף 3(4) לחוק הנוער או לשם מילוי הוראת סעיף 12(ב) לחוק האימוץ – להתחקות אחר נותן הצו. צו לפי חוק הנוער ניתן על ידי בית המשפט השלום לנוער; צו לפי חוק האימוץ – על ידי בית המשפט לענייני משפחה. ברם כאשר מדובר בהרחקה בלא צו שיפוטי בניכוח חירום, על ידי פקיד סעד, קשה יהא גם להבחין בדקויות ההבחנה שבין פקיד סעד הפועל לפי חוק הנוער ובין פקיד סעד הפועל לפי חוק האימוץ.

מהסוגים שמנינו על פני משנהו. אמנם כאשר מגיע שלב השמת הקטין, הפתרונות הם מגוונים: מינוי אפוטרופוס, ידיד, אומנה, פנימייה חינוכית, מעון, אימוץ פתוח, אימוץ סגור. וכשם שלצורך אומנה מייחד משרד הרווחה משאבים רבים להכשרת משפחות כאלה בלי למנות "פקיד סעד: אומנה" בנפרד מ"פקיד סעד: נוער", כך אין זה ראוי למנות "פקיד סעד: אימוץ" בנפרד מ"פקיד סעד: נוער" רק בשל כך שמציאת משפחה מאמצת היא מורכבת יותר ממצאת משפחת אומנה.⁹⁹ ההבחנה בין האגפים השונים של השירות לילד ולנוער ייחודית לשלב השמת הקטין; הוא הדין בהבחנה בין פקיד הסעד לפי חוק הסעד סדרי דין לפקיד הסעד לפי חוק האימוץ שהיא בשלב ההשמה, אך בשלב הראשון של זיהוי מצוקה והגשת בקשה להתערבות בצו בית המשפט, אין זה ראוי להגביל את "שדה הראייה" של פקיד הסעד, ולצמצם את יכולת החקירה והחיפוש למתודה אחת של יישום.¹⁰⁰

אך במצב המשפטי כיום, כשיש הבחנה בין פקידי הסעד, בסמכויותיהם ובדרך

99 יתרה מזו, נראה שלפעמים יתיר בית המשפט בשלב השמת הקטין לשאול שאלות מקדמיות הקשורות גם לשלב ההרחקה. כך בפרשה אחת, ע"א 6991/95 פלונית נ' היועמ"ש, פ"ד מט(4) 210, העלה בית המשפט העליון את האפשרות לדרוש בהעדפת אימוץ קטינה אצל דודתה שכבר גידלה אותה במשך שלוש שנים על פני אימוץ אצל משפחה אחרת, אף שהקטינה כבר הוכרזה כבת אימוץ. בית המשפט העליון השאיר ב"צריך עיון" עקרוני את הטענה כי לדודה, כמו לכל קרוב משפחה, תהא "זכות עמידה" בבית המשפט להוכיח כי טובת הקטינה מחייבת להעדיפה. באותו מקרה נפסלה הדודה מטעמים קונקרטיים.

100 על מהלך חד-צדדי ובלתי נכון שנקטו אנשי שירותי הרווחה בשירות למען הילד עמדה השופטת חנה בן-עמי בפסק דין חריף במיוחד בת.מ. (י"ם) 22/98 (לא פורסם) שזו לשונו: "ההתרשמות מהמקרה דגן (כמו גם מתיקים אחרים שעניינם בקשה להכרזת הקטין בראימוץ), היינו כי 'הכשרת' הקטין לאימוץ נעשית מרגע הוצאתו מן הבית, באופן כשמגיע שלב הדין וההכרעה, לא פעם ככולות ידיו של ביה"מ, שכלים להחזרת גלגלי הזמן אחורנית לא ניתנו בידו". באותו פסק דין ציינה השופטת כי הקטינים שהוצאו בהיותם בני ארבע ושלוש ממשמורת הוריהם, בסיוע כוחות משטרה, לאחר שהוחבאו במשך כשבוע ימים בבית סבתם, הושמו בבית מעבר, הרחק ממקום מגוריהם, כשהם כמעט מנותקים ממשפחתם לגמרי – במשך 21 חודשים. רק לאחר מכן הובהר, כי עצם הוצאתם של הקטינים מהבית לא הייתה מקובלת על רשויות הרווחה במקום מגוריהם וכי השיקולים שעמדו בבסיס הבקשות שהוגשו (מטעם השירות למען הילד) לא היו שיקולי טובת הילדים דווקא. שתי עובדות בכירות בשירותי הרווחה: מנהלת שירותי הרווחה במקום מגורי הקטינים וכן פקידת סעד לפי חוק הנוער הגישו הצעה לקיום "תוכנית טיפול בילדים במסגרת הקהילה". הצעתן נדחתה בנימוק שנאמר להן: "שאם יהיו תוכניות כאלה בקהילה אז יקטן מספר הילדים לאימוץ, והדבר יפגע במשפחות המבקשות לאמץ". כמו כן מציינת השופטת "כי גם לעצם הגשת הבקשה להכרזת הקטינים בני אימוץ היו מחלוקות קשות, ולאחר שהתגלה כי פרוטוקולים עדכניים של דיוני וועדות ההחלטה וכן מסמכים רלוונטיים אחרים הועלמו מעיני ביה"מ". מסקנתה של השופטת היא כי שירותי הרווחה נקטו דרכים מניפולטיביות בהשחרת פניהם של ההורים באלימות כלפי אנשי שירותי הרווחה: "בהסתכלות לאחור קשה להשתחרר מן הרושם כי הבקשה האמורה נועדה בעיקר לצורך דרמטיזציה ויצירת דה-לגיטימציה לגבי המשיבים [ההורים – יצ"ג] שתעמידם במצב נחות וקשה כבר מלכתחילה". וכן בעניין ביקורי ההורים את ילדיהם: "נושא הביקורים הפך להיות כלי בידי השירות למען הילד להשגת המטרה האמורה".

פעולותיהם, יש אפוא להעניק את הבכורה בחברות ב"וועדת ההחלטה" לפקיד סעד לפי חוק הנוער ולהזמינו בדרך קבע לכל הדיונים העוסקים בקטינים בסיכון כשיש צורך בהתערבות בית המשפט. פקיד הסעד לפי חוק הנוער יהיה מעורב גם כאשר יוחלט להזמין פקידי סעד נוספים מסוגים אחרים: פקיד סעד לפי חוק הסעד סדרי דין ופקיד סעד לפי חוק האימוץ. האחדות תפקידיהם של פקידי הסעד, או חיובו של פקיד סעד מסוג אחד לשבת בדרך קבע בכל דיון בעניין שאין ההורים מסכימים לו, יהיו תרומה גדולה להאדרת הדיונים ב"וועדות ההחלטה" ולחיזוק מעמדם בבתי המשפט השונים.¹⁰¹

אני מציע כי כל אימת שיש חשש שיצטרכו לפנות לבית המשפט בעניינו של "קטין בסיכון", יחויב פקיד סעד לפי חוק הנוער להיות נוכח בישיבות הוועדה. רק כאשר ההורים פונים מיוזמתם – שהם "רובא דרובא" של המקרים – אין צורך בנוכחותו של פקיד סעד כלל ובוודאי אין מקום לטענה בדבר "הצפה" עקרה של לשכות הרווחה בענייני משפט.

(ו) הכשלתם של חברי "ועדת החלטה" בשל נוכחותם של פקידי הסעד לא זו בלבד שפעולותיהן של "ועדות החלטה" עלולות להכשיל את פקידי הסעד, בדרך שתארת לי לעיל, אלא שעירובם של פקידי הסעד בדיוני "ועדות ההחלטה" עלול להכשיל את חברי הוועדה עצמם, וכוונתי בעיקר לעובדים הסוציאליים המטפלים במשפחה. פקיד הסעד, לפי הבנתי כאמור לעיל, הוא "ידו הארוכה" של בית המשפט ולשם השגת ראיות הוא מצויד בסמכות "לחקור כל אדם שהוא סבור שיש לו ידיעות הנוגעות לקטין... וחייב הנחקר לענות לפקיד הסעד תשובות כנות ומלאות".¹⁰² הכיצד יוכל הוא להימנע מלדווח לבית המשפט על מה שנאמר בדיוניה הפנימיים של "ועדת החלטה"? בכך מוסר באופן בלתי פורמאלי "החיסיון המקצועי" של העובד הסוציאלי המטפל במשפחה, ושלו נמסרים עניינים אישיים מצד הלקוח "והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לעובד סוציאלי בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד".¹⁰³ זאת ועוד, במובן מסוים פקיד הסעד הוא "גוף או אדם המוסמכים על פי הדין לגבות ראיות; ובמקום שמדובר בפרק זה ב'בית משפט' – גם בית דין, גוף או אדם כאמור במשמע" (סעיף 52 לפקודת הראיות). מהוראת תע"ס 1.17 (מיום 1.6.98) העוסקת בחובת הסודיות נראה שתובנת החיסיון אינה נהירה למנסחיה. גם מעמדם של פקידי הסעד עצמם ב"וועדות ההחלטה" הוא מעמד פרובלמטי. כלום אין בנוכחותם כדי

101 על ההבחנה הבלתי נאותה בין פעולתם של פקידי הסעד לפי חוק האימוץ הפועלים תחת גג "השירות למען הילד" ובין פעולתם של פקידי הסעד לפי חוק הנוער או פקידי הסעד לפי חוק הסעד סדרי דין הפועלים במסגרת "המחלקה לשירותים חברתיים" ועל הכשלים הנובעים מן הפיצול הזה עומדים בהרחבה החוקרים רבקיין ובאומגולד לעיל הערה 54, 19–21.

102 לשון סעיף 3 לחוק הסעד סדרי דין.

103 לשון סעיף 50 לפקודת הראיות.

להכניסם בסבך הקולגיאלי שבין נאמנותם לחבריהם למקצוע לבין תפקידם במערכת המשפטית? על אופיו של ניגוד עניינים זה ניתן להשליך ממערכת אחרת של יחסי עורך דין ולקוחו. גם שם יכול שייווצר קונפליקט בין נאמנות עורך הדין לתאגיד שהוא מייצג לבין היותו דירקטור באותו תאגיד. הפתרון המציע הקמת "חומות סיניות" באותו משרד מעורר אף הוא קשיים.¹⁰⁴

על עניין הדיכוטומיה בין פעולותיהם של העובדים הסוציאליים המטפלים לבין פעולות פקידי הסעד עמדתי במאמרי "על חוק העובדים הסוציאליים, תשנ"ו–1996 ועל מקצת חידושיו":

"אכן חידוש רב הוא החיסיון המקצועי של העובד הסוציאלי. אם בעבר היה חייב להשיב על כל שאלה שנשאל בבית המשפט בעניינו של מטופל שנוזקק אי פעם לשירותיו. כעת זכאי הוא לבחור שלא להשיב אם נתקיימו שני התנאים במצטבר: 'הדבר הגיע אליו תוך עיסוקו כעובד סוציאלי והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לעובד סוציאלי בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד'. מתוך כך נמצינו למדים שאם חסר אחד מן התנאים הללו – אין החיסיון חל עליו. והנה העובד הסוציאלי המשמש כפקיד סעד אינו יכול לחסות תחת מטריית החיסיון בעיקר בשל כך שהדברים הנמסרים אליו אינם מתוך 'אמון שישמרם בסוד', אלא להפך, מכוח רשותו וחובתו לחקור את הנוזקק 'וכל אדם אחר בדבר מצבו של הנוזקק' כאמור בחוק שירותי הסעד; מכוח ציוויו של בית משפט 'לחקור בנידן קטין ולחוות דעתו בתסקיר' (כאמור בחוק הסעד סדר-דין) וכן מכוח תפקידו 'לבקש ידיעות הנוגעות למפגר מכל אדם' (מתוך חוק הסעד [טיפול במפגרים] תשכ"ט–1969). האינפורמציה הנמסרת אל פקיד הסעד נועדה בעצם להבאתה לבית המשפט בעדות שבעל-פה או בכתב בתסקיר או בתצהיר על-אף התנגדותו של הנוזקק, המטופל. קשה אפוא לומר שבד בבד יהיה פקיד הסעד מצווה על החיסיון.

הבחנה זו על-אף שאינה כתובה בפירוש בשום מקום – פשוטה, ודומה היא לאבחנה הנכונה בין חובת החיסיון של עורך הדין לבין לקוחו לגבי דברים ש"יש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על-ידי עורך-הדין ללקוח" (כאמור בס' 48 לפקודה) לבין חובתו של חוקר משטרה למסור בעדות כל דבר שהגיע אליו במסגרת חקירתו של אדם אף אם השוטר הוא עורך-דין בתארו. אין ההבחנה הזו נובעת אלא ממטרתה האובייקטיבית של מסירת המידע. בעוד כאשר לקוח מוסר אינפורמציה לעורך-הדין הינה מתוך יחסי האמון בין עורך-הדין ללקוח, אין הדבר כן כאשר מסירת האינפורמציה נעשית במסגרת חקירה משטרתית. ברור מאליה שכאשר עורך-דין, העובד במחלקת הסנגוריה

104 ועיינו גבריאלי קלינג אתיקה של עורכי-דין (הוצאת לשכת עורכי הדין בישראל, תשס"א), 196–191.

הציבורית שליד משרד המשפטים, מייצג לקוח חלה עליו אותה חובת חסיון, הגם שאין המיוצג 'לקוחו' במובן המסורתי של המונח. הוא הדין לגבי רופא ופסיכולוג. אינו דומה הרופא או הפסיכולוג שחלה עליהם חובת חסיון (כאמור בסעיפים 49–50 לפקודה) לרופאים הציבוריים, לפסיכיאטר המחוזי ולפסיכולוג בלשכות העירוניות שמטרתם לחשוף את המידע שהגיע אליהם מאנשים שעברו את טיפולם המקצועי לבתי המשפט ואין טענת החסיון יכולה לתפוס אודותם. יתר על-כן אין קיומה של חובת החסיון תלויה במקור המימון של הטיפול המקצועי – פרטי או ציבורי – אלא רק במידת האמון 'הסבירה' שנצפית מטעם המטופלים. כך, למשל, חלה חובת החסיון על כל רופא העובד בבית חולים ממשלתי אף שמשכורתו משולמת לו מקופת המדינה ואין הוא מקבל כל תמורה מן המטופל עצמו. לעומת זאת רופא השואב אינפורמציה מאדם בכדי להנפיק לו תעודה רפואית או לשם קבלת אישור ציבורי (כמו רשיון נהיגה, גמלה בכיטוח לאומי) אין טענת החסיון תופסת בו והוא חייב למסור כל אינפורמציה שמסר לו אותו אדם לערכאות שיפוטיות, באם יישאל, אף אם 'המטופל' שילם מכיסו בכדי לקבל אותו אישור רפואי. טענת החסיון היא חמקמקה והיא נגזרת מאופי היחסים האובייקטיביים שבין נותני השירות ומקבליו".¹⁰⁵

אם נכונים דבריי בהערת, המשתתפים כיום ב"וועדות ההחלטה" דנים בעניינם של קטינים בסיכון בלי לקבל את הסכמתן של המשפחות או אף בלי לידען. בנוסף, יש ביניהם בעלי מקצועות שנתון להם במצוות המחוקק (פקודת הראיות) "חסיון מקצועי" – כגון העובדים הסוציאליים המטפלים במשפחה. באין הסכמה, הם עוברים, בעצם ישיבתם בוועדה, עברה פלילית ונחשפים לתביעה נזקית (כעולה מחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א–1981) וכן צפויים לדיון משמעתי עקב התנהגות שאינה הולמת (כאמור בחוק העובדים הסוציאליים, תשנ"ו–1996 [להלן: חוק העובדים

105 לעיל הערה 76, עיינו אליהו הרנון דיני ראיות, חלק שני (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשל"ז–1977), 108–109. על בעיית החסיון של העובד הסוציאלי בכללותה בארצות הברית עיינו: Note by C. D. Jones "G. Gaffee v. Redmond: The Supreme Court Adopts a Testimonial Privilege for Psychotherapists and Extends the Privilege to Licensed Social Workers" 23 *Journal of Contemporary Law* (1997) 252–267; Note by M. S. Stone, "Gaffee v. Redmond: The Supreme Court Adopts a Federal Psychotherapists-Patient Privilege and Extends the Scope to Encompass Licensed Social Workers" 48 *Mercer Law Review* (1997) 1283–1295; Note by W. J. Nielsen "Evidence-Privileged Communications: The Psychotherapists-Patient Privilege as Adopted in the Federal Courts Includes not only all Communications to Licensed Psychiatrists and Psychologists, but also all Communications to Licensed Social Workers in the course of psychotherapy — Gaffee v. Redmond" 116 S. Ct. 1923 (1996), *Seton Hall Law Review*, 1997, 27, 1123–1158.

הסוציאליים]]. הפרת החיסיון על ידי העובדים הסוציאליים לא נובעת רק מגילוי עקיף של המידע על אודות המשפחות לבתי המשפט המוסמכים, אלא בעצם ישיבתם בוועדה המורכבת מפקידי סעד, שלהם "סמכות חקירה" וחובת הבאת תסקיר לבתי המשפט על כל המידע שנודע להם. הדרך הנאותה לתיקון המצב החמור הזה, אינה החתמת המשפחות על "כתב ויתור על סודיות" תוך השאת דעתן של המשפחות באיומי סרק שאם לא יחתמו יבולע להן, שכן אין "הסכמה" שכזו מועילה מבחינה משפטית ואינה אתית מבחינת עצמה. כמו כן אין מקום לפתרון אד-הוק שבו המידע שעליו נסמכים חברי "ועדת ההחלטה" נלחש ב"חדרי חדרים" כשהחומר זורם לבית המשפט "בלא עקבות" בתסקיר אנמי של פקיד הסעד, בלי לציין את מקורותיו, שהרי זו "פרצה הקוראת...". דווקא הסרה גלויה של חובת החיסיון המקצועי של חברי "ועדת ההחלטה" בישיבה שכזו מפני חשיבותו של מידע זה "לשם עשיית הצדק" היא הדרך הראויה.

הסרת חיסיון מקצועי זה תבוא רק עם השתכללות מעמדן של "ועדות ההחלטה" ועיגונן בחוק עצמו. אין צורך לומר שלעיתים זקוקה "ועדת ההחלטה" לחומר חסוי מכוחם של חוקים אחרים כגון חוק זכויות חולה, חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981 ועוד. רק הנחיה מפורשת כי "ועדת ההחלטה" כגוף סטטוטורי תהא רשאית לעיין בכל חומר – תביא לידי הסרת כל מניעה בעניין.¹⁰⁶

(ז) האומנם "ועדת ההחלטה" ראויה לשמה?

גם שמה של הוועדה טעון הבהרה אם לא שינוי.

הטעם האחד לכך הוא, שההחלטה בעניין הקטין שבסיכון נתונה אך ורק לבתי המשפט. גם כיום כל החלטה המתקבלת ב"ועדת החלטה" היא המלצה בלבד. במקרה של התנגדות ההורים ההכרעה הסופית נתונה בידי בתי המשפט. השימוש במילה "החלטה", יש בו יומרה עד כדי זילות כבודו של בית המשפט. יתרה מזו, השם יוצר מעין מצג של "סמכות נחזית" עד כדי הטעייתם של ההדיוטות הנזקקים ל"וועדות ההחלטה" שעלולים, חלילה, להבין כי אין ולא כלום אחר החלטתה של "ועדת ההחלטה". בית המשפט העליון חיווה לא פעם את דעתו על הצורך לפסול שם היוצר

106 בדו"ח ועדת רוטלוי השמה חוץ ביתית, לעיל הערה 15, הוצע לצייד את "ועדות ההחלטה" ב"סמכויות הנתונות לוועדת חקירה לפי סעיפים 9-11 לחוק וועדות חקירה, תשכ"ט-1968" (סעיף 31 להצעה, בע' 160), דבר הנתון כיום מבחינה משפטית לפקדי הסעד (סעיף 28 לחוק ועדות חקירה). בדברי ההסבר אין מענה מלא על השאלה מה יקרה עם החיסיון של העובד הסוציאלי הקבוע בסעיף 50 לפקודת הראיות. ייתכן כי גם הם מסכימים שחובת הגילוי תגבר על החיסיון. בנוסף, נדונה שם בהרחבה הצעה למינוי "אחראי על ילד בהשמה". פרטי ההצעה נוסחו בפרק 1 להצעת החוק (בע' 164-165). בסעיף 42(ד) להצעת החוק נאמר כי "יהיה אחראי לקיים קשר אישי ורציף עם הילד במהלך כל תקופת שהותו במסגרת ההשמה... ויקיים מפגשים אישיים עימו". נראה שאם אחראי כזה יהיה עובד סוציאלי, שוב תתעורר בעיה של חיסיון העובד הסוציאלי.

"סמכות נחזית" למה שאין בו בפועל.¹⁰⁷ כפי שכתבנו לעיל, גם מתקין תקנות הפיקוח על המעונות, תשכ"ו–1965 לא הכיר אלא ב"וועדה" ונזהר מלכנותה "ועדת החלטה". ויש פה עניין של קל וחומר, שכן אם מתקין התקנות נזהר מלכנות את "הוועדה" לפי תקנה 6(ב) בשם "ועדת החלטה" – אף שיש ל"וועדה" סמכויות הכרעה, קל וחומר כשמדובר בקטינים בסיכון שהחלטה בעניינם נתונה אך ורק בידי בית המשפט, יש להימנע מכינוי העלול להטעות את הציבור. לענ"ד יש להסב את שמה של "ועדת ההחלטה" ל"ועדת תכניות טיפול". אין מקום לחשש משינוי שם זה, שמא יתפרש שלא בצדק כשמו של גוף שאין לו "שיניים", שכן שינוי השם לא יגרום חלילה לפיחות במעמדה של "ועדת ההחלטה" אף לא למראית עין. במדינת ישראל קיימות ועדות רבות שכוחן במעשיהן למרות שמן. כל אחד יודע ש"וועדת תכנון ובנייה", בין מקומית, בין מחוזית ובין ארצית, אינה ועדה של מה בכך, ויש לה סמכויות דרקוניות העשויות להשביח או להפחית את שווים של נכסי המקרקעין, עשרות מונים. גופים כאלה אף מאוישים באנשי מקצוע מחוץ למערכת מתוך כוונה מכוונת להפגין עצמאות מחשבתית שאינה תלויה במערכת ממסדית כלשהי.¹⁰⁸ אף בחוק העובדים הסוציאליים ניתנו סמכויות "שיפוטיות" רבות ל"רשם העובדים הסוציאליים" אף שלכאורה משמו עולה כי מדובר בתפקיד פקידותי-מזכירותי. גם בבתי המשפט לצד השופטים קיימים "רשמים" (שאינם בהכרח שופטים) ואין הדבר פוגם כהוא זה בדרקוניות ההחלטות המתקבלות על פי סמכותם. אין טעם שאמשיך ואמנה כרוכל עוד כהנה וכהנה דוגמאות. הצעתי כי מעמדה של ה"וועדה לתכניות טיפול" ייקבע בדבר חקיקה ראשי וכי תוטל חובה להביא את פרוטוקול הדיונים שלה לפני בית המשפט, תחזק מאוד את מעמדה של "ועדת ההחלטה" ותמנע מן השופטים את הנימוק, הנשמע אצלם כיום, שדיוני הוועדה הם "מחוץ לתחום" בית המשפט ועל כן אין הם מתחשבים בדיוניה ובהחלטותיה.

(ח) יציגותם של הקטין ומשפחתו ב"וועדות ההחלטה" ונימוקיה מטרתה של "ועדת ההחלטה" אינה משפטית במוצהר, אלא טיפולית, ועל כן ראוי בוועדה שכזו לתת פתח ל"תיקון עצמי", ל"חזרה בתשובה" לכל משפחה המעוניינת להשתקם. אך התיקון העצמי לא יבוא כהוראה מגבוה – מעין "כתב כניעה" – אלא כדיאלוג בין שווים: המשפחה, הקטין ואנשי שירותי הרווחה. לשם כך יש מקום לחייב בחוק או בתקנות את כינוסה התכוף יותר של "ועדת ההחלטה" לדון בענייניו של אותן משפחות שבאמת ובתמים מעוניינות לשקם את עצמן. "אוזן קשבת" בתכיפות רבה מצד פורום רחב תהווה תמריץ להשתקם לאותה משפחה. בנוסף, אין לשלול את האפשרות שכל משפחה תטפל בעצמה, ותגיש בעצמה "תכנית טיפול אלטרנטיבית"

107 עיינו, למשל, בבג"ץ 26/51 מנשה נ' יו"ר וחברי בית הדין הרבני בירושלים, פ"ד ה 714, 717; בג"ץ 673/89 משולם נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מה(5) 594; בג"ץ 3269/95 כ"ץ נ' בית הדין הרבני, פ"ד נ(4) 590.

108 על כך עיינו: יואב דותן הנחיות מנהליות (נבו, 1996) 418–419.

מגובה באנשי מקצוע בתחום הטיפול. הבטחת השתתפות המשפחה באמצעות הצגת תכנית טיפול אלטרנטיבית אינה מחייבת את קבלתה על ידי "ועדת החלטה" וייתכן שיתגלו בה פגמים מהותיים, אך הניסיון לעמת תכניות טיפול במשפחה שבנה הקטין נתון בסיכון, תחנך לא רק את שירותי הרווחה להאזין לקולם של המשפחות והקטינים, אלא גם תאלץ את המשפחה להקשיב לדעות השונות של חברי "ועדות ההחלטה", ולהתחשב בהשגותיהם. דומה כי דרושה לא רק "זכות ייצוג" צורנית, שבה יהיו פתוחות ישיבותיה של "ועדות ההחלטה" לפני כל מי שהמשפחה או הקטין חפצים ביקרו, אלא גם עימות ענייני בין בעלי מקצוע מתחום מדעי ההתנהגות כאשר לטיב תכניות השיקום.

מובן מאליו שאין לשלול את הקדמת הדיון החוזר ב"ועדות ההחלטה" גם בלא הצגת תכנית טיפול אלטרנטיבית, ודומני שאם משפחה תביא חוות דעת פסיכיאטרית חדשה בעניין מצבה ותבקש את כינוסה של "ועדת ההחלטה" בעניינה, הדבר ייעשה מעצמו או למצער ירתמו גם חברי "ועדת ההחלטה" עצמם לעזור למשפחה ולקטין לבנות תכנית טיפול אלטרנטיבית. אך זכותה אפוא של כל משפחה כעניין של אוטונומיה לבחור לעצמה מסלול טיפולי בלי להזדקק ל"חוזה טיפולי". "תכנית הטיפול האלטרנטיבי" תמומן על ידי מערכת שירותי הרווחה. ה"חוזה הטיפולי" הנערך כיום על ידי מערכת שירותי הרווחה בינה לבין המשפחה והקטין יהווה הוא עצמו אלטרנטיבה ל"תכנית הטיפול האלטרנטיבית", וייעשה רק כאשר המשפחה אינה מגלה כל עניין או אינה מסוגלת להביא תכנית טיפול בלי עזרתם של שירותי הרווחה.¹⁰⁹

109 מלכתחילה שקלה ועדת גילת לצמצם את "ייצוג" ההורים או המשפחות לרשימה של "נאמנים" שרק הם יורשו להופיע בשמה של המשפחה ולייצגה. אך מעניין כי דווקא גב' אתי פרץ, יושבת ראש איגוד העובדים הסוציאליים, שהייתה חברת הוועדה, הפנתה את תשומת הלב לבעיות הפרוצדורליות של "רישום" נאמני ציבור. האם הם יצטרכו לעבור הכשרה? או שיתקבלו רק "בעלי מעמד קהילתי מוכר"? האם נחוץ חבר כנסת? שר בממשלה? או סתם שכן עם "ראש פתוח"? מה עוד שאם הרישום ייחשב לשירות מקצועי אולי אפילו יצטרכו לפתוח בהליכי מכרז. לכן הצעת ועדת גילת הייתה לאפשר את "הייצוג" (במובן לא משפטי) תחילה לכל מי שהמשפחה מעוניינת שיבוא עמה. בשלב זה ישמע "הנציג" את הדעות השונות ויביא לפי מיטב הבנתו את השגותיו. אך אם תרצה המשפחה להציע "תכנית טיפול", תיטיב לעשות זאת באמצעות עובד סוציאלי או מומחה מתחום טיפולי אחר שתבחר היא מטעמה. מתוך מחשבה שעובד סוציאלי מתאים להגיש תכניות טיפול אלטרנטיביות הרבה יותר מאשר חבר כנסת או עורך דין. בוועדת רוטלוי דו"ח ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים, לעיל הערה 15, הודגש בפירוש ב"הצעת חוק ייצוג לילדים" סעיף 9, כי הייצוג יהיה "בכל הליך או ערכאה נוספים, לרבות בבתי דין דתיים, בערכאות ערעור ובוועדות מנהליות" (בע' 31 לדו"ח). על שאלת זהותו של המייצג התחבטה הוועדה קשות. תצוין דעתה של השופטת תחיה שפירא בדעת מיעוט (בע' 135 לדו"ח) "כי הכישורים הבסיסיים הנדרשים מ'מייצג' של קטין הם השכלה וניסיון כאיש מטפל (עובד סוציאלי, איש חינוך, פסיכולוג, פסיכיאטר), המתמחה בטיפול בילדים ובנוער – ולא דווקא משפטן. השכלה משפטית הינה תוספת מבורכת לכישוריו של מייצג, אך לא היא העיקר". אך דעת הוועדה ברובה הייתה שונה.

הגשת תכנית טיפול אלטרנטיבית המגובה בייעוץ מקצועי ראוי לה שתתבסס על שוויוניות בין המציעים ובין חברי "ועדות ההחלטה". הדיון ב"תכנית הטיפול" האלטרנטיבית יתקיים ב"וועדת ההחלטה" – פנים אל פנים, ולא באמצעות "חוות דעת" בקורספונדנציה. מטרת ההגבלה היא אפוא ליצור דיאלוג, לא רק בין המשפחה והקטין שעניינם נדון ובין חברי "ועדות ההחלטה", אלא גם בין המומחים בתחום מדעי ההתנהגות החברים ב"וועדת ההחלטה" לבין המומחים הפרטיים שגיבשו "תכנית טיפול אלטרנטיביות". הרגשה של שותפות ואחריות של מציע ההצעה האלטרנטיבית ולא "הכתבה" מתנשאת בסגנון של "כזה ראה וקדש" היא תנאי כל יעבור לשיקום כבוד המשפחה והקטין שעניינם נדון וגם לשיפור היחסים הטעונים לעתים בין אנשי "שירותי הרווחה" הציבוריים לבין דעתם החולקת של המומחים הפרטיים.¹¹⁰ סמכות הוועדה תחול על כל עניין הקשור לקטין שבסיכון, לא רק על שאלת הוצאת הקטין מביתו ושליחתו למוסד חינוכי, לאומנה או למעון. גם הכרעה במחלוקת בין ההורים תעבור דרך "ועדות החלטה" (במקום "ועדת תסקירים" של היום). גם מקרים שבהם ההורים, ובייחוד האם, נותנים את הסכמתם למסור את בנם לאימוץ, תעלה השאלה אם ה"הסכם" הוא ביטוי לרצונה האמיתי של האם, למשל, או שמא ההסכמה ניתנה מתוך מצוקה.¹¹¹

(ט) חוסר התאמתן של ועדות הערר והיעדרן של עילות ערר במצב המשפטי כיום ניתן להגיש עררים על החלטות "ועדות החלטה" לוועדות ערר שהוקמו מכוח חוק שירותי הסעד, תשי"ח-1958 (להלן: חוק שירותי הסעד) שהרכבן הוא (סעיף 2[ה]):

"אחד עובד סוציאלי ושני נציגי ציבור שיתמנו על-ידי שר הסעד בהתייעצות עם רשות מקומית"

לדעתי הרכב זה של ועדת הערר אינו מתאים לדיוניה והיא זקוקה לשדרוג רב יותר ולהרכב אחר, כגון:

110 אנשי שירותי הרווחה מתהדרים בתכנית הניסוי שהנהיגו בכמה יישובים בשיטת "קבוצת דיון משפחתית" (קד"ם). המודל שאוב בעיקר מניו זילנד. על הנהגת המודל עיינו גם: יאיר רונן, "זכות הילד כזכות להשתייכות" עיוני משפט כו (תשס"ג) 935, 961-984. גם דו"ח ועדת רוטלוי השמה חוץ ביתית, לעיל הערה 15, מנמק את דרישת שותפות הקטין בדרך דומה, שם, בע' 61, 74-68. אשר למעמד ההורים, מסתפק הדו"ח הנ"ל בהשתתפות פסיבית של ההורים ב"כל פעולה או החלטה בנוגע להשמה חוץ ביתית". ההשתתפות הפסיבית מתבטאת בזכותם לקבל מידע וכן בכוח להסכים (בע' 249-246). ברם לדעתי אין בכך די. יש צורך להקנות להורים כוח להציג תכנית טיפול אלטרנטיבית, ש"וועדת ההחלטה" תצטרך להתמודד עמה בהחלטותיה באשר לדרך הנאותה שעליה תמליץ לבית המשפט.

111 עיינו בהמלצות כל השופטים בפרשת ע"א 4798/95, לעיל הערה 97: "ראוי, בדרך כלל, כי שירותי הרווחה ימתינו זמן סביר אחרי הלידה עד שיחתימו את האם על הסכמה למסירת הילד לאימוץ".

"משפטן הכשיר להתמנות שופט בית משפט מחוזי, שיעמוד בראש וועדת הערר; נציג ציבור שאינו עובד בשירות הציבורי. המינויים יהיו על-ידי השר בהיוועצות עם יושב-ראש מועצת העובדים הסוציאליים; פקיד סעד לפי חוק הנוער במעמד של פקיד סעד מחוזי".¹¹²

ההרכב הקיים אינו ראוי מן הטעמים הבאים:

א. בל נשכח כי נושא הדיון בוועדת הערר הוא החלטתו של טריבונל מכובד – "ועדת ההחלטה", המורכב מאנשים רב-מקצועיים. האם ערר שכזה ישווה לערר על כל החלטה של "הממונה על הלשכה למבקש" בשל טיפול סוציאלי או הגשת סעד שאינן לרוחו של כל נזקק (כאמור בחוק שירותי הסעד)?

ב. ההרכב הקיים של ועדת הערר לפי חוק שירותי הסעד לא בהכרח בעל כוחות שיפוטיים ולפי הרכבו יהיה קשור לכוחות הפוליטיים המקומיים שיכתיבו את דעתם באמצעות מנהלי לשכות הרווחה המקומיות. ההרכב המוצע של מנהל מחוז ופקיד סעד מחוזי יגלה חוט שדרה מקצועי גדול יותר. נוכחות משפטן חשובה בוועדה מסוג זה כפי שהיא כבר קיימת ב"וועדת האתיקה" לפי סעיף 27 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו–1996.¹¹³

ג. לפי חוק שירותי הסעד רשאית ועדת ערר "לשנות את ההחלטה שעוררים עליה" (והכוונה ב"מתן סעד"), כלומר להתערב בשיקול הדעת המהותי של ועדת ההחלטה. לדעתי אין זה ראוי שוועדות הערר הרגילות תוכלנה ליטול את שיקול הדעת המהותי של "ועדות ההחלטה" ולהכריע במקומן בנוגע לטיב הטיפול המקצועי.

ד. לפי חוק שירותי הסעד מכהנים "שני נציגי ציבור שיתמנו על-ידי שר הסעד בהתייעצות עם רשות מקומית", ולפי דעתי יש למזער את ה"פוליטיזציה" של ועדות הערר. גם אם חשוב שישתתף בוועדה נציג ציבור, ראוי שהמינוי "יהיה על-ידי השר בהיוועצות עם יושב ראש מועצת העובדים הסוציאליים".

ה. המודל הקבוע בחוק שירותי הסעד להרכבן של ועדות ערר נועד בעיקר לבדוק החלטות בעניין תמיכות כספיות. לעומת זאת המודל המוצע לקוח מחוק הסעד (טיפול במפגרים), תשכ"ט–1969, שם הוקמה ועדת ערר מיוחדת לדון בעררים על החלטות גוף מכובד רב-מקצועי המכונה "ועדת אבחון". בסעיף 9 לחוק זה נקבע הרכב חברי ועדת הערר, שהוא די דומה להרכב שהצעת. אני חושב שבדומה לחוק הסעד (טיפול במפגרים), אין ועדות הערר חייבות להיות מקומיות במובן חוק שירותי הסעד, אלא ראוי שהשר "יקבע את אזור פעולתן" לפי המידה ולפי הצורך.¹¹⁴

ההתנגדות להצעתי לשדרג את הרכבן של ועדות הערר, הנשמעת מצד שירותי

112 ההמלצה לקוחה ממסקנות ועדת גילת. על חוסר יעילותן של "ועדות הערר" במתכונתן הקיימת עיינו בקביעותיו של מבקר המדינה בדו"ח מבקר המדינה 53 (2002), 633–648.

113 היא הוועדה היושבת כערכאת ערר על ההחלטה "שלא למסור למטופל מידע רפואי מלא", כאמור בסעיף 18 שם.

114 סעיף 5(א) שם.

הרווחה, עלולה להתפרש כאחת מן השתיים: המעטה בחשיבותן של "ועדות ההחלטה" בטענה שאינן מקצועיות דיין ועל כן די בכך ש"עובד סוציאלי ושני נציגי ציבור" ישבו בוועדת ערר כדי לשנות החלטה שנתנה "ועדת ההחלטה"; ומנגד, ניסיון להפחית מעצמתו של הערר כדי שוועדת הערר לא תראה עצמה ראויה לשנות החלטה שניתנה ב"וועדת החלטה"¹¹⁵.

לא ניתן גם לשייך את "ועדת הערר" להוראות תע"ס 8.9 12(ג), שכן לפי הוראות תע"ס אין להורים זכות מוקנית לערור, בשם בנם, על החלטות "ועדות ההחלטה" אלא רק כאשר יש "אי הסכמה לגבי תוכנית הטיפול בילד על-ידי הצוות המקצועי", "המפקח המחוזי בקהילה" וכדומה. ההורים מוזמנים לשם "על-פי הצורך" (ס"ק 5 [ג], שם). ומי קובע את הצורך? שוב, אנשי המקצוע! אין אף הוראה על מינוי חובה של אפטרופוס לדין. גם בהמשך הוראות תע"ס מצוין כי הליכי הערר הם בעיקרם יישוב חילוקי דעות בין פקידי הסעד למיניהם, אך אין כל קביעת זכות מוקנית להורים לערור, כזכות הקיימת בוועדת השמה לפי חוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988 או בוועדת אבחון לפי חוק הסעד (טיפול במפגרים), תשכ"ט-1969.

לדעתי ראוי שתהא ועדת הערר מוסמכת אך ורק להנחות את "ועדות ההחלטה" מבחינה פרוצדורלית, אך חלילה, שלא תשים את שיקול הדעת שלה באשר לתוכן ההחלטה במקום שיקול דעתן של "ועדות ההחלטה".

מוסד הערר נחוץ ביותר, לדעתי, לשם דיון בשתי עילות שאינן קשורות לעצם תוכנם של הדיונים המתקיימים ב"וועדות החלטה": טענת ה"הטיה" ו"טענת ההזדמנות השנייה".

טענת ה"הטיה" היא עילה לפסילה של חבר אחד או קבוצת חברים ב"וועדות ההחלטה" בשל "חוסר איזון", "נגיעה אישית", "דעה קדומה" שהובעה במקרים קודמים וכדומה. הליך פסילה קיים בכל מערכת, לרבות בתי המשפט. צד במשפט הטוען לפסילת שופט הדין בעניינו, מבקש תחילה מן השופט לפסול את עצמו ואם אינו נענה בחיוב, הוא רשאי לפנות ישירות לבית המשפט העליון בהליך מיוחד. אך מלבד היותה עילת פסילה נוהגת בפורומים אחרים, היא ראויה וצודקת בפני עצמה. במקום שתהא הרגשה של "עליבות" לא מוצדקת, עדיף ליתן במה לטענה שכזו. יש בהצעתו למסד את הערר יותר מ"מראית פני הצדק", שכן להורים או למשפחה תינתן זכות הטענה הזו. הפסילה לא תהיה אוטומטית, אלא רק בהליך מסודר של פניית

115 הטענה כי ועדת הערר, בנוסח שהצעתי, יש בה כדי לעכב הליכים של בתי משפט המטפלים בעניין היא טענה מתחסדת, משתי סיבות: ראשית, ניתן לטעון טענה זו גם כלפי "ועדת ההחלטה" עצמה. האם כיום פקיד הסעד אינו רשאי "לדלג" על דיון ב"וועדת החלטה" ולדרוש מיצוי ההליך בתואנה שהיא חסרת תועלת? אני חושב שכשם ש"וועדות ההחלטה" אין בהן "עיכוב הליכים", גם שהות מסוימת עקב הערר אינה "עיכוב הליכים", כל שכן שלפי השקפתי, ועדת הערר אינה מחליפה את שיקול דעת "ועדות ההחלטה" אלא רק מנחה אותה לפרוצדורה נכונה יותר, אם תמצא לנכון.

המשפחה ל"וועדת ההחלטה", ורק תשובה שלילית ממנה תסלול את דרכה הלאה לוועדת הערר.

העילה הנוספת – "הזדמנות שנייה" – מתאימה יותר להרכב העוסק בהכנת תכניות טיפול מאשר להרכב משפטי. לעתים הורה חש כי עניינו לא הוצג נכון. הוא היה נרגש, כעוס וחושב שהופעה מחודשת לפני אותה ועדה "תבייש" אותו. הרכב אחר ייטיב להציג דבריו כראוי. בשל רגישות הדיונים בעניין כה יסודי לחיי המשפחה, ראוי להמליץ על עילה כזו. אך שוב, הערר יישמע רק כאשר ועדת הערר תחליט כי יש שינוי עובדתי ראוי ולא הרגשה סובייקטיבית בלבד של העורר.¹¹⁶

(י) האומנם "ועדת ההחלטה" אוטונומית?

הנוהג לקיים מעורבות רבה של מנהל השירות לילד ולנוער ושל פקידת הסעד הראשית לפי חוק הנוער בדיוני "ועדת ההחלטה" מלבד הליכי הערר או דיוני "וועדת ההחלטה העליונה"¹¹⁷ נועד "לחסוך" זמן התדיינות פנימיות בתוך "ועדת ההחלטה" וזמן המתנה לעררים למיניהם. כדי למנוע "תוצאה" לא ראויה, ההתערבות נעשית כבר בשלב הראשוני של הדיונים. נוהג זה מנוגד להוראות המפורטות בתע"ס הקובעות מתי ובאיזה היקף יש לערב את פקידת הסעד הראשית ביישוב חילוקי דעות מקצועיים. הנני חושב שנוהל זה חייב להיפסק, ויש ליתן לכל חבר ב"וועדת החלטה" להביע עמדתו בנפרד מפקיד הסעד, ולכל פקיד סעד בנפרד מוועדות ההחלטה, ולשניהם – בנפרד מפקיד הסעד המחוזי, ולשלושתם – בנפרד מפקידת הסעד הראשית או הארצית. על כן אני מציע, ליתן מקום בהרכב המוצע ל"מנהל שירות ילד ונוער, המפקח הארצי בקהילה ובמקרה שמדובר בהתנגדות הורים להוצאת קטין מרשותם יישב פקיד הסעד הראשי לחוק הנוער. וכן אדם התופס עמדה מקצועית נכבדה או אקדמית בתחום העבודה הסוציאלית שאינו מעובדי המשרד, לפי מינוי תקופתי על-ידי השר בהיוועצות עם יושב-ראש מועצת העובדים הסוציאליים". גם בעולם המשפט לא מקובל שנשיא בית המשפט העליון יביע עמדתו בהתדיינות בערכאה נמוכה עוד בטרם הגיעה אליו בהליך מסודר.

הנני מקבל גם את ההנחה שיהיו מקרים שבהם תתבקש "ועדת תכניות הטיפול העליונה" על ידי מרכז "ועדת תכניות טיפול" מקומית להתערב ישירות ולהחליט במקומה, אך זאת רק לאחר שניתנה הודעה למשפחה ולקטין ובתנאי שהדיונים יהיו באותה מתכונת של דיוני "ועדת תכניות טיפול" מקומית, היינו ניהול תרשומת, הבטחת יציגות וזכות המשפחה להביא תכנית טיפול אלטרנטיבית.

116 דו"ח ועדת רוטלוי השמה חוץ ביתית, לעיל הערה 15, מחייב שדרוג דומה אך לא זהה של ועדת הערר. אשר לתוכן הערר מוסכם על חברי הוועדה כי "הערר יכול להתייחס רק לפגם שנפל בהליך קבלת ההחלטות של ועדת ההחלטה" (בע' 232–233).

117 "ועדת החלטה עליונה" לפי הוראות תע"ס 8.9, סעיף, מתכנסת לפי עדותם של אנשי האגף לשירותים חברתיים ואישיים רק לעתים נדירות.

(יא) עיגון בחקיקה של יחסי "ועדות ההחלטה" עם ערכאות השיפוט כבר עסקנו בעניין חוסר העיגון של "ועדות ההחלטה" בחוק ובתקנות בנות פועל תחיקתי, ועיגון רק בהוראות התע"ס. דומני שלא רק שאין מנוס מתחיקה ראשית ומשנית לשם עיצובם של ההסדרים המוצעים בעתיד, אלא שגם המשך המצב הקיים ב"ועדות ההחלטה" חייב לקבל חיזוק חקיקתי, שכן בהיעדר חוקים ותקנות מתאימים אין ביכולתן למלא את תפקידיהן לעומת ערכאות השיפוט למיניהן.¹¹⁸

דומני, כי רק בדבר חקיקה ניתן להטיל חובה מוחלטת על פקידי הסעד ו"מרכזי ועדות לתכניות טיפול" להביא גם חוות דעת מנוגדות. בנוסף, רק בדבר חקיקה ניתן לאלץ את השופטים שלא להתעלם מקיומן של "ועדות ההחלטה" ומהדעות שבמומחיות שהובעו בהן. אין צורך לומר, שחוות הדעת השונות אינן עניין להורים ולמשפחות בלבד, כמשיבים בבית המשפט, אלא גם למערכת שירותי הרווחה, האגף לשירותים חברתיים, אם 'טובת הקטין' באמת חשובה להם.

זאת ועוד, מעמדן של הוראות תע"ס אינו ברור לחלוטין. האם הן מחייבות את שירותי הרווחה לחלוטין, או יכולות להיות נתונות לשרירות לבם של מפעילי הסמכות? האם יכולים פקידי הסעד כיום להשתמש מהיוועצות ב"ועדות החלטה" בתואנה ש"ההנחיות המנהליות" אינן מפריעות ל"שיקול הדעת" שלהם שלא להיוועץ ב"ועדות ההחלטה", ואפילו אם נדונו שם – להתעלם מהן, ולא להביאן כלל לידיעת בית המשפט? ובכלל, האם הוראות תע"ס בדבר היוועצות בגורם כגון "ועדות ההחלטה" מחייבות גם את בתי המשפט עצמם?

על מעמדן של "ההנחיות מנהליות" לעומת מעמדן של "תקנות בנות פועל תחיקתי" הרחיבו המלומדים בספריהם.¹¹⁹ נראה אפוא שעיגונם של הסדרי "ועדות ההחלטה" הכרחי לצורך אישום כסמכות שבחובה על ידי בתי המשפט עצמם. כיום, המצב המשפטי הוא שפקיד סעד שאינו מתחשב ב"ועדות החלטה", ניתן לנקוט נגדו אמצעי משמעת ואולי גם להדיחו, אך השופט יוכל להשתמש במידע שקיבל מאותו פקיד סעד בתסקירו בלי להתחשב בכך ש"ועדת ההחלטה" עדיין לא דנה בתיק. אם תעוגן "ועדת ההחלטה" בחוק, יהא השופט מנוע מלעשות זאת. לדעתי יש מקום להטיל על השופט חובת היוועצות ב"ועדת ההחלטה" כולה בנפרד מקבלת תסקירו של פקיד הסעד ובו חוות דעתו שלו.¹²⁰

118 אציין כי בספרו החשוב והמפורט של השופט (בדימוס) אלי שרון, לשעבר סגן נשיא בתי המשפט השלום לנוער, לעיל הערה 31, דבר קיומה של "ועדת החלטה" ותרומתה הסגולית אינם מוזכרים כלל. למרות הפירוט הרב של ההליכים בעניין לא מצא השופט לנכון לציין אלא את יכולתו של בית המשפט לנוער לפקפק באמינותו של התסקיר ולהעדיף על פניו חוות דעת נוגדת.

119 יצחק זמיר, לעיל הערה 72, 773-791; ברוך ברכה משפט מנהלי, כרך שני (נבו, 1996), 219-273 (והמובאות בהערות השוליים שם); יואב דותן, לעיל הערה 108, בע' 39-52; 3854-41; 422-421; 561-566. המלצה דומה ימצא המעיין בדו"ח ועדת גילת (דצמבר, 2002) ובדו"ח ועדת רוטלוי השמה חוץ ביתית, לעיל הערה 15, בע' 44, 47.

120 על חובת ההיוועצות של הרשות המנהלית עיינו יצחק זמיר, לעיל הערה 72, בע' 833-857.

יתרה מזו, אם לא יעוגנו "ועדות ההחלטה" בחוק, תעלה שאלה חמורה בדבר סמכותן של ועדות אלה לכנס מידע על אודות המשפחה בלי הסכמתה. גם כיום עולה השאלה של חשיפת מידע חסוי ורגיש בענייניהם הפרטיים של ההורים ושל הקטינים שבסיכון בהיעדר כל מעמד חוקי.¹²¹ לכאורה כל דיון בענייניו של קטין בלא הסכמת הוריו מהווה פגיעה בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981. עצם ההשתתפות ב"ועדת החלטה" של העובדים הסוציאליים המטפלים בקטין ובמשפחתו עלולה לשמש עילה נזיקית לתביעת פיצויים נגדם.¹²² זאת ועוד, במקרים רבים שבהם כבר החל דיון בענייניו של קטין בבית המשפט, אין לדון בו ב"ועדות החלטה" בלי לקבל אישור על כך מהשופט, עקב קיומה של חובת "דלתיים סגורות", כשרק הרשאת שופט יכולה להתיר את כינוסה של "ועדת החלטה". נחוץ אפוא לעגן את "ועדות החלטה" בחוק.

ה. מידת הפיקוח על ניאאותות הליכי הבירור של "טובת הילד" בשירותי הרווחה

לא אצא ידי חובתי בסקירת הכשלים המשפטיים המובנים של שירותי הרווחה, שעליהם הצבעתי, אם לא אדון בהליכי הפיקוח המנהליים של המגנון, בלי קשר לביקורות ששופטים משמיצים אגב ההכרעה בענייניהם של קטינים.

1. אמצעי הפיקוח הקיימים על פעולתם של שירותי הרווחה בתחום אבחון "טובת הילד"

(א) הרשאי שר הרווחה לבטל החלטה שיפוטית בשל "טובת הילד"? בהוראות חוק הנוער כלול סעיף 15, מוזר בתכליתו, ש"אלמלא מקרא כתוב אין הפה יכול לאומרו", הקובע:

"על אף האמור בסעיף 14, רשאי שר הסעד בכל עת, אם היה סבור שטובת הקטין דורשת זאת, לפטור את הקטין וכל אדם אחר מן החובות שהוטלו עליהם לפי סעיף 3 פסקאות (2), (3) או (4), בין בתנאי ובין ללא תנאי, ובלבד שהאחראי על הקטין הסכים לכך".

121 על בעיית העברת המידע בין עובדי שירותי הרווחה לצורכי עבודה וההתנהלות השוטפת עיינו: דן שניט סודיות, פרטיות והזכות לדעת בעבודה הסוציאלית (מאגנס, תשס"א), 54-130; ער"ס שמואל גולדשטיין ועו"ס יצחק רוזנר (ייעוץ בהיבטים משפטיים ישראל צבי גילת) חוק העובדים הסוציאליים הלכה ומעשה (אוניברסיטת תל-אביב, תש"ס), 144-166.

122 על שאלות אלו עיינו: דוד גוטמן אתיקה למקצועות טיפוליים (דיונון, 2001) 188-191; Rimer ; F.G. *Social Work Values and Ethics* (2nd Ed., N.Y., 1999)

דברים כדרכנות. החוק מסמיך את שר הסעד (להלן: שר הרווחה) לבטל או לשנות החלטה של בית המשפט עצמו, שקבע בפסק דינו, בעניינו של הילד הנוזק, כי יש "להעמיד ידיד לקטין"; כי יש "להעמיד את הקטין תחת השגחתו של פקיד הסעד" או כי יש "להוציא את הקטין ממשמורתו של האחראי עליו, אם ראה בית המשפט שאין דרך אחרת להבטיח את הטיפול ואת ההשגחה ולמסור אותו למשמורתה של רשות סעד"¹²³. שר הרווחה יכול לחתור תחת החלטתו של בית המשפט המיומן והמקצועי ואף לבטל את שיקול דעתו. התנאים היחידים לתוקף פעולתו של השר הם שניים: האחד, שהשר שוכנע כי "טובת הקטין דורשת זאת", והאחר "שהאחראי על הקטין הסכים לכך".

ואם יקשה אדם, מדוע שר הרווחה מצויד בסמכות דרקונית זו אם קיימים פקידי סעד שהשר עצמו מינה וישנו פקיד סעד ראשי "המפקח על עבודת פקידי הסעד"? כל שכן שבית המשפט הדן בעניינו של הקטין הוא גופו יכול לבטל את החלטותיו בדיעבד?

נראה מהוראת סעיף 15 הנ"ל כי כוונת המחוקק הייתה בכירור להעניק לשר הרווחה סמכות אוטונומית בעניין ילדים הנתונים בסיכון שאינה תלויה בפקידי הסעד שמינה. ואולי משום כך צויד שר הרווחה ב"סמכות-על שיורית" היכן שנראה למחוקק כי בית המשפט עלול לשגות בהסתמכו על תוכנה מוטעית שהציגו לפניו פקידי הסעד באשר לעובדות הנוגעות לעברו של הקטין ול"תכניות הטיפול" המוצעות לשיקומו. המחוקק סבר כי לא ראוי שהפיקוח של שר הרווחה על פקידי הסעד העוסקים בקטינים בסיכון יתמקד בטיפול משמעותי בלבד, שיבוצע רק אם תוגש תלונה, ובוודאי חשש כי השהיה פרוצדורלית בעניין הקטין בגלל משא ומתן עם פקידי הסעד תהא "מעוות לא יוכל לתקן". שר הרווחה מצויד אפוא ב"סמכות חירום" מהירה, שאינה כפופה לפקידי הסעד שמינה. ההשקפה שפקידי הסעד כפופים בלעדית לפקיד הסעד הראשי ושרק הוא בעל שיקול הדעת המקצועי המכריע (מלבד בית המשפט) להתערב בשיקול דעתו של פקיד הסעד המחוזי או המקומי – אינה נכונה. המעין בסעיף 30 לחוק הנוער ייווכח לדעת כי סמכותו המוחלטת של פקיד הסעד הראשי היא רק באשר ל"פקידי הסעד אשר יפעלו לפי הנחיותיו של פקיד סעד ראשי, בדרך כלל או לעניין מסוים" אך אין הדבר אומר כלום על שר הרווחה עצמו. זה אותו שר שמכוחו פועלים פקידי הסעד ופקיד הסעד הראשי עצמו. להפך, מכוחה של התורה המנהלית, רשאי ואף חייב שר הרווחה, במקרה של תלונה, המוצדקת בעיניו, לגרום לשינויה של החלטה, כפי שקובעת הוראת סעיף 14 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981 כי "הסמכה לעשות מינוי – משמעה גם הסמכה... לפטר את מי שנתמנה או להשעותו מתפקידו". ברם, מסעיף 15 עולה דרך נאותה נוספת: שינוי החלטת בית המשפט בעניינו של קטין. כיצד אפוא יכול שר הרווחה להתערב בעניינו של קטין ולדעת אל-נכון מה טובתו?

123 הציטוטים מסעיף 3 לחוק הנוער.

סעיף 15 אינו מחייב את השר להיוועץ בגורם כלשהו, לרבות בפקיד סעד ראשי. שר הרווחה אך צריך להיות משוכנע בצדקת עמדתו כי "טובת הקטין דורשת זאת" וכי "האחראי על הקטין הסכים לכך". אך כיצד יוכל שר הרווחה לדעת זאת? פה צריכים אנו לחזור ליסודות המשפט המנהלי הקובעים כי "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו – משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת".¹²⁴

ברור אפוא כי שר הרווחה אינו רשאי לפעול בלא תשתית עובדתית. הרי לא יעלה על הדעת כי שר הרווחה יפטור את התלונה בעניינו של הקטין בלא כלום, בתואנה כי חלילה לו להטיל ספק באמינות פקידי הסעד שהוא עצמו מינה, ועל כן יסרב בכלל לשמוע את התלונה.¹²⁵ מצד אחר, לא ייתכן ששר הרווחה יפעל בשרירות לב לפי "קפריזה" מאחר שהדרך לידיעת העובדות האמיתיות, שהתלונה כרוכה בהן, תהיה חסומה בפניו בשל "סוביודיציה", "צנעת הפרט" וכדומה. להפך, שר הרווחה חייב לברר את התלונה מבחינת העובדות וחומר הדין ולשם כך הוא רשאי למנות אדם מטעמו, שאין עליו כל מורא של פקידי הסעד, שממצאיו יובאו לידיעתו של השר. אותו אדם שימונה ויביא את הממצאים העובדתיים לשר אינו צריך להיות דווקא פקיד סעד, כשם שאין הוראת סעיף 15 דורשת כתנאי מוקדם את הכשרתו של השר עצמו כמשפטן או כעובד סוציאלי. להפך, מבטו של השר הוא ציבורי ונפרד ממערכת פקידי הסעד ולשם הפעלת שיקול דעתו הוא חייב לחתור אחר נקודת האמת מבחינה מושכלת של סבירות לפי חומר העובדות. מנגד, פקידי הסעד והיועצים המשפטיים חייבים לעזור לשר או לאדם שפועל מטעמו לברר את העובדות האמיתיות, שהתלונה כרוכה בהן, ולסייע לשר לגבש עמדה עצמאית שאינה כפופה להם ולמשנתם. אם לא כן הם נמצאים מכשילים חלילה את השר במילוי תפקידו.

ניתן גם ללמוד מסעיף 15 מכוח קל וחומר כי השר או הנציג שמינה מטעמו רשאים להתערב ולהודיע לבית המשפט כי הוגשה תלונה כלשהי לשר מצד הורה וכי לדעת השר התוצאה שאליה הגיעו פקידי הסעד בתיק זה נגועה במשוא פנים או כרוכה בהליכי בירור מוטים הנובעים מרשלנותם של פקידי הסעד. הטענה כי "לפי כללי מינהל תקין ולפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, המדינה מדברת בקול אחד" ועל כן אין לשר או לאדם מטעמו סמכות לבטל המלצה של פקיד הסעד – אינה מעוגנת, במקרה זה, בחקיקה ובשכל הישר. להפך, המדינה מתירה באמצעות חוק הנוער לשר הרווחה, במקרים שהוזכרו בסעיף 15, להתערב ולהיות "קול שונה" מקולו של בית המשפט.

124 בניסוחה של הוראת סעיף 17 לחוק הפרשנות הנ"ל.

125 על החובה של הרשות המנהלית לתת מענה הולם לתלונה שהוגשה, עיינו: חוק לתקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט–1959.

(ב) "זכות העמידה" של השר ויועציו להביע דעה המנוגדת להמלצות פקידי הסעד לא זו אף זו: הוראת סעיף 14 לחוק הנוער קובעת במפורש כי "רשאי בית המשפט, לפי בקשת קטין, האחראי עליו, ידיד, פקיד סעד או כל אדם שהוטלה עליו חובה בהחלטה לפי חוק זה, לשנות החלטה שניתנה לפי חוק זה, להאריך או לקצר תקופת תוקפה, לבטלה או לתת הוראות להוצאתה לפועל...". הוראה זו דומה במהותה להוראת סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית, שלפיה כל אדם יכול ליזום הליך בבית המשפט.

כך כותב השופט אלי שרון, בספרו החשוב קטינים בסיכון:

"החלטה שניתנה על-ידי בית משפט לנוער, לפי חוק הנוער, רשאי בית המשפט לשנותה, להאריך או לקצר את תקופתה או לבטלה. את הפנייה לבית המשפט יכול לעשות קטין, האחראי עליו, ידיד, פקיד סעד או כל אדם שהוטלה עליו חובה באותה החלטה. אין הגדרה ל'ידיד', ולהלכה בתור שכזה, רשאי לפנות לבית המשפט עובד סוציאלי, קצין מבחן שמטפל בקטין עקב הסתבכותו בביצוע עבירה, מדריך נוער, מנהל מעון וכל מי שיש לו קשר ועניין בשלומו של הקטין. הוראה זו חלה גם על החלטה בעניין התערבות במצבו הנפשי, בין שבית המשפט הורה על אמצעים זמניים, בהחלטת ביניים, ובין כדרך טיפול."¹²⁶

והדברים נראים פשוטים. על פי הוראה זו כל אדם "שיש לו קשר ועניין בשלומו של הקטין" יכול לפנות לבית המשפט וזאת בלי לקבל כל היתר, לא מפקיד סעד, ולא מפקיד סעד ראשי, ואין פנייתו בשום פנים ואופן עולה כדי "הפרעה לפקיד סעד במילוי תפקידו" שדינה מאסר עד שישה חודשים.¹²⁷ להפך, לא זו בלבד שהדבר אפשרי אלא רצוי מאוד, ובית המשפט שוקל כל השגה בכובד ראש. אין גם חשיבות לשאלה אם מצב הקטין כבר נבחן בעבר על ידי בית המשפט באמצעות מומחה מטעמו בהסכמת ההורים או בלעדיה. החופש ליזום ראיות חדשות, בלא פיקוח של פקידי הסעד, באמצעות פנייה ישירה לבית המשפט הוא מאושיותיו של בית המשפט לנוער.

לא רק אדם פרטי יכול לפנות ישירות לבית המשפט, לפי השופט שרון, אלא אף אדם העובד בשירות הציבורי כגון "עובד סוציאלי, קצין מבחן... מדריך נוער, מנהל מעון". כל אלו, בעלי תפקידים ממשלתיים ועירוניים, יכולים לפנות לבית המשפט אף שפנייה מהם יכולה להטיל צל על שיקול דעתם של פקידי הסעד. לענ"ד, כל הגבלה שמקורה בהוראות התקשי"ר, ולפיה אין בעלי התפקידים הפונים לבית המשפט באים בדברים עם בית המשפט "שלא ביוזמת בית המשפט",¹²⁸ וכי אין בעלי תפקידים בשירות הממשלתי רשאים ליזום פנייה אלא באמצעות היתר מיוחד של היועץ המשפטי

126 לעיל הערה 31, בע' 486-487.

127 סעיף 25 לחוק הנוער.

128 כלשון הוראת התקשי"ר 42.141.

של המשרד או של היחידה, אינה נכונה. סעיף 14 נועד להקנות כוח נרחב לבית המשפט ליזום דיונים ולנהל חקירות בעניינו של הקטין הנזקק. לשם כך רשאי בית המשפט לקבל פנייה מכל גורם שהוא, ועל סמכה לנהל חקירה משלו. כלומר אין עובד הציבור פונה אל בית המשפט אלא בית המשפט לנוער, לאחר שקיבל פנייה לשנות החלטה לפי סעיף 14, הוא הוא יזום ההליך, שהרי בבית משפט לנוער עסקינן ולא בהליך פלילי או אזרחי רגיל שבו בית המשפט אמון על שיטה אדוורסרית בבחינת "ישחקו הנערים לפנינו" ואינו יזום את ההליכים. בית המשפט לנוער (כמו בית המשפט לענייני משפחה בענייני אפוסטרופסות) פועל בשיטה אינקוויזיטורית ואף יזום הליכים בעצמו אם הדבר נראה לו לטובת הקטין. דומה כי מי שמנסה לחבל בעבודתו של בית המשפט באמצעות איום בתביעה פלילית או משמעתית כלפי מי שפונה אליו מן השירות הציבורי,¹²⁹ הוא עצמו עלול לחטוא בעברה שדינה מאסר שלוש שנים.¹³⁰ אין צורך לומר שהשר, בין בכבודו ובעצמו, ובין באמצעות יועציו שהסמיכם, יכול ליזום פנייה אל בית המשפט השלום לנוער.

(ג) הרשאי פקיד סעד להימנע מלמסור לשר מידע על אודות טיפולו בקטין? האם פקידי הסעד, הנקראים על ידי השר לבירור תלונה שהוגשה בנוגע להתנהלותם בתיק מסוים, יכולים להתעטף באצטלת הסודיות של סעיף 8 לחוק העובדים הסוציאליים? דומני שלא, שכן חוק הנוער הוא חוק ספציפי והוראותיו גוברות על הקבוע בחוק העובדים הסוציאליים שהנו חוק כללי. פקיד הסעד מצויד בסמכות חקירה וחיפוש מתוקף המינוי המיוחד שקיבל ואינו כשאר העובדים הסוציאליים הכוללניים שחלקם אף אינם עובדי ציבור. על כן אף הוראת סעיף 23(א) לחוק הנוער, הקובעת כי "פקיד סעד שהגיעה אליו ידיעה אגב חקירה ישמרנה בסוד ולא יגלנה אלא במידה שיש צורך בכך לשם ביצוע חוק", כפופה להוראותיו של סעיף 30 לחוק הנוער המפקיד את ביצועו בידי שר הסעד. סעיף 30 חוזר על התורה המנהלית הקובעת את אחריות העל של השר הממונה לביצוע החוק, ועל כן תקינות ההליך היא באחריות השר מלבד אחריותו של פקיד הסעד הראשי ומלכר תפקודו. ניתן לומר כי כל גוף שיקים השר לצורך איסוף מידע רשאי מתוקף הסמכתו לבקש גילוי של פרט זה או אחר מכל אדם ומכל מערכת שירותי הרווחה לצורך מילוי תפקידו. הצבר כל הסעיפים שמנינו מורה, לענ"ד, כי השר יכול להסמיך כל גוף שהוא נותן בו אמון, לרבות גוף חיצוני, לקבל מידע מפקידי הסעד ואין הוא זקוק להיוועץ באשר לגילוי המידע בשום גוף סטטוטורי שהוא. סמכות השר לקבל מידע הנחוץ לשיקול דעתו בשאלת הפיקוח על התנהלותם

129 מכוח סעיף 14 לחוק הנוער או סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית.

130 ראו שלל ההוראות בפרק ט לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ובמיוחד סימן א: שיבוש הליכי משפט.

התקינה של פקידי הסעד חלה גם על יתר סוגי פקידי הסעד כגון פקיד סעד לפי חוק הסעד סדרי-דין.¹³¹

אין צורך לומר שאין זה ראוי שהשר יעסוק באופן שוטף בתלונות שהוגשו נגד פקידי סעד או נגד חבר מחברי "ועדות ההחלטה", אך מנגד יש מקום להקים גוף שיעסוק בכך. הביקורת החיצונית משתרשת יותר ויותר במגזרים טיפוליים אחרים, ואין כל סיבה שלא ליישמה כאן. ייתכן כי הקמתה של "נציבות קבילות" מקצועית נטולת הטיה פוליטית או מראית עין של הטיה פוליטית מביאה לכלל מסקנה כי ראוי להקים "ועדת מעקב" על "ועדת ההחלטה" ועל פקידי הסעד, או אף למנות "נציב קבילות", כפי שיובהר בסימן הבא.

2. אמצעי הפיקוח הראויים על פעולתם של שירותי הרווחה בתחום אבחון "טובת הילד"

(א) הקמתה של "נציבות קבילות"

הצעתי לכונן "נציבות קבילות הציבור" אינה באה לבטל או לצמצם את עבודתם העצומה של ראשי האגף לשירותים אישיים ובוודאי לא נועדה לנהל את שירותי הרווחה המטפלים בילדים בסיכון, אלא מטילה עול נוסף של בהירות ושקיפות. "נציבות קבילות הציבור", שבראשה יעמוד "נציב קבילות הציבור", אינה באה להתערב באופן שוטף בהליכי "ועדות ההחלטה" ובוודאי אינה באה לשנות את ההמלצה שנתן פקיד סעד לבית המשפט, אלא לדון בתלונות על מעשים לא אתיים או לא חוקיים שעשו אנשי שירותי הרווחה. נציב תלונות הציבור מקובל בשירות המשטרה ובשירות הצבא ולא נטען שנהפך למפקד אוגדה או לקצין ראשי של חיל. בוודאי אין נציב הקבילות משמש שופט בהליך משמעתי. כל תפקידו הוא לברר תלונה כפי שעושה נציב תלונות הציבור בכל תחום אחר.¹³² ייתכן שנציב

¹³¹ שאלה זו שאנו דנים בה התגלגלה לפתחו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר אליקים רובינשטיין, ובסיכום פרוטוקול מיום 9.9.2002 שנשלח אליי קבע כך:

"... אכן סעיף זה מעניק לשר סמכות מרחיקת לכת הכוללת העמדת קטין תחת השגחת פקיד הסעד והוצאת הקטין ממשמורת האחראי לו ומסירתו להחזקה במעון נעול, מן הראוי כי השר יימנע מהפעלת סמכות זו אלא אם כן מדובר בחריג שבחריגים, אשר נדיר שיתרחש, נמסר לנו כי מאז שנחקקה סמכות זו היא אכן מעולם לא הופעלה, והדבר מדבר בעדו."

על פי דרכי למדתי מהערתו של היועץ המשפטי לממשלה כי אין לו התנגדות ששר הרווחה יבקש לברר פרטי מידע על הטיפול שניתן בתיק מסוים שבעניינו הוגשה תלונה, ולו רק כדי לשקול אם המקרה הוא "חריג שבחריגים".

¹³² על ביקורת באמצעות נציב קבילות או נציב תלונות עיינו: חוק מבקר המדינה [נוסח משולב], תשי"ח-1958, פרק שביעי: בירור תלונות הציבור; חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990, סימן ג: נציב תלונות; חוק המשטרה (דין משמעתי, בירור קבילות שוטרים

תלונות הציבור יראה "מקרה לא טהור" וימליץ על העמדה לדין משמעתי. האם "בירור תלונה" על ידי נציב תלונות בצבא או במשטרה פוטר את הדרג הפיקודי מלברר תלונות בעצמו? דומני, שההפך הוא הנכון. ראשי האגף לשירותים אישיים, לרבות פקידי הסעד הראשיים והארציים, חייבים לטפל בכל תלונה שתופנה אליהם, שאם לא כן ייחשבו אף הם למעוולים ויוקעו על ידי נציבות הקבילות. באחרונה נכנס לתוקפו חוק נציב תלונות הציבור על שופטים, תשס"ב–2002. יהיה זה אפוא סביר שגם במערכת שירותי הרווחה בכלל, ולא רק במדור או באגף מסוים, ימונה נציב קבילות.

בוועדת גילת הועלו טענות שונות מקרב ראשי האגף לשירותים חברתיים על אפשרות כינונה של "נציבות קבילות" אוטונומית, כפי שאני מציע, מחוץ למעגל של פקידי הסעד המחוזיים, הארציים או הראשיים. את דעתם הם נימקו בחשש שבירור שכזה יפגע במעמדם ובסמכויותיהם של אנשי שירותי הרווחה, פגיעה שנשקפת ממנה סכנה לפיחות ביכולתם לטפל בילד הנזקק, החלש, הנמצא בתוך משפחתו. החשש נובע לדעתי מחוסר תרבות שלטונית. גם כיום, כפי שצינתי לעיל, שר הרווחה חייב לאסוף את פרטי התלונה מן המתלוננים, לבררה אצל פקידי הסעד המעורבים ולהביאה לידיעת הממונים. מטרת האיסוף היא, כאמור, לקיים את שיקול דעתו של השר, בבואו להשיב על התלונות שהוגשו נגד פקידי הסעד ועובדי שירותי הרווחה שמינה ולהשתית את תשובתו על מערכת עובדתית נאותה.

מכל מקום, את הביקורת מחוץ למעגל הפנימי של פקידי הסעד וראשי האגף לשירותים חברתיים יש להסדיר בחוק כדי שלא תיטען נגדה טענה אפשרית של "סודיות", "חיסיון", "דלתיים סגורות" וכדומה. הנני ממליץ אפוא לאמץ את הסדרי החקיקה המהותיים שנקבעו בחוק נציב תלונות הציבור על שופטים, תשס"ב–2002. נפרט כמה מהם:

כוחו של הנציב שם "להסתייע בביצוע תפקידיו באנשים שאינם עובדי משרדו אם ראה צורך בכך".¹³³ כוחו הרב של הנציב, בבירור פרטי תלונה שהוגשה לו, כולל איסוף ידיעות: "רשאי הנציב לקבל מכל אדם או גוף, בתוך תקופה שיקבע ובאופן שיקבעו כל ידיעה או מסמך העשויים, לדעת הנציב, לסייע בבירור התלונה; מי שנדרש למסור ידיעה או מסמך כאמור, ימלא אחר הדרישה..."¹³⁴.

יושם אל לב כי למרות כוחו הרב של "נציב תלונות הציבור על שופטים" "רשאי שר המשפטים או נשיא בית המשפט העליון לקבל לידיו, לפי דרישתו, עותק מכל חומר או מידע המצוי בנציבות שהושג במסגרת פעילותה, ואולם חומר או מידע לגבי תלונה מסוימת יימסר לאחר שהטיפול בה הסתיים".¹³⁵

והוראות שונות), תשס"ו–2006, פרק ג': בירור קבילות שוטרים; חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד–1994, פרק ט': נציב קבילות.

133 סעיף 12(ב) שם.

134 מעיון בסעיף 20, שם.

135 סעיף 13(ב) שם. בדו"ח ועדת רוטלוי השמה חוץ ביתית הובא רעיון להקים "מנגנוני תלונה

(ב) הארכיבר – האחראי לרישום

פונקציה חשובה נוספת היא הקמת רשות או אגף לרישום פעולותיה השונות של מערכת שירותי הרווחה ולדיווח עליהן. פונקציה זו נועדה למנוע אי-סדרים, ברישום צווי החירום, רישום ההחלטות וכדומה. הרישום עצמו אינו ממש עבודה שוטפת אלא עבודה נספחת לניהול הרגיל של המדור ושל האגף. כמה פעמים התריע מבקר המדינה כי הרישום המועט והחלקי פוגם במלאכת הדיווח והבקרה על הקטינים בסיכון ומטיל צל כבד על מהימנות ההליכים שנוקטים שירותי הרווחה.¹³⁶

הרישום יוטל אפוא על בעל תפקיד מסוים ולא על אגף או מדור. בעל התפקיד, על אף היותו עובד באגף לשירותים חברתיים ואישיים, יהיה אחראי באופן אישי לביצוע ההנחיות שיקבל מנציב הקבילות, או אף מבתי הדין המשמעתיים למיניהם. הנתונים שירשמו יהיו חסויים בפני אנשים שאינם זקוקים להם מבחינה מקצועית, ובוודאי לא ישתמשו במידע כהון פוליטי. המידע ישמש לצורך מעקב שוטף של פקידי הסעד, שופטים, חברי הוועדה המתמדת וחברי וועדת ההיגוי.¹³⁷

(ג) כינונה של מועצה מדעית

מלבד הפיקוח השוטף על פעולותיהם של שירותי הרווחה הממלכתיים, מלבד התוויית "כללי צדק טבעי" ודרכי הידברות הוגנות, שבהן דנו עד כה, קיים צורך דחוף לדון במהות: המתודות הטיפוליות הנכונות והמתחדשות בעולם בתחום מדעי ההתנהגות והעבודה הסוציאלית. התכנים שלפיהם צריכה להיות מוכרעת "טובת הילד המקסימליסטית", בשאלת מקומם של הקטינים במשבר בתוך המשפחה, או "טובת הילד המינימליסטית", בשאלת הוצאת ה"קטינים שבסיכון" מביתם ובכלל בתחום ההתערבות הטיפולית במשפחה, צריכים להיות מפותחים כדוקטרינות אחידות בקרב כל אנשי שירותי הרווחה העוסקים בתחום בירורה של "טובת הילד". אין זה סוד כי לעומת עולם המשפט, המתנהל למעשה על פי הכרעות בין הדעות השונות, בין בשפיטה לפי "כוונת המחוקק" ובין בפסיקה שיפוטית ויצירת תקדים מחייב או מנחה, בתחום מדעי ההתנהגות קיים פלורליזם רב של דעות ואי-הסכמות, והקישור בין המלומדים הוא כה קיצוני עד כדי שלילת "מדעיותו" של בר-הפלוגתא.¹³⁸ לדעתי,

ובירור". ככל שהדבר נוגע ל"מנגנון תלונה חיצוני" שהוצע בסעיף 67 להצעת החוק (בע' 171) אין בהצעה מודל מגובש. בדברי ההסבר לסעיף זה נאמר: "הסעיף במכוון אינו קובע את אופיו של מנגנון התלונה. בעניין זה על המשרד לקיים לימוד ודיון מעמיק..." (בע' 253). אך גם אם המודל אינו מגובש, נראה בבירור כי מטרת מחברי הדו"ח להבטיח ביקורת נשכנית וזו לא תבוא אם לא תצויד בסמכויות נרחבות.

136 דו"ח שנתי 49 (1999), 314–322.

137 עיינו במחקר הערכה: פקידי סעד סדריידין, לעיל הערה 43, ועיינו בהצעת החוק של דו"ח ועדת רוטלוי השמה חוץ ביתית, לעיל הערה 15, סעיפים 73–76 (בע' 172–173), ודברי הסבר לסעיפים בע' 256–258.

138 עיינו לדוגמה במחלוקת בין המלומדים, פרופ' אברהם שגיאי-שוורץ ופרופ' רחל לוי-שיף, בעניין תקפותם של מבחני רוהרשך לעניין קביעת "המסוגלות ההורית". גם בעניין אקטואלי,

העיסוק בתחום המתודות המדעיות הוא חיוני, אך חייב להיטמע בהכוונת ראשי האגף לשירותים חברתיים ואישיים. לדעתי, ראשי המחלקות של אגף השירותים החברתיים והאישיים (פקידי סעד ראשיים, מנהלי מדורים: השירות לילד ונוער והשירות למען הילד), צריכים לכונן "ועדה מדעית", שבראשה יכהן איש מדע מובהק מתחום העבודה הסוציאלית, שישמש גם יועץ מדעי לשר בתחום פיתוח שירותי הרווחה. ראש המועצה המדעית ימונה על ידי השר בהמלצת יושב ראש מועצת העובדים הסוציאליים. "המועצה המדעית" תהיה כפופה ישירות לשר ותהיה אחראית, באופן שיטתי ומתמיד, לליבונו של סוגיות מקצועיות שונות שיעלו על הפרק וכן למדיניות מרכזית בנושאי הרווחה כגון סוגיית זכויות ההורים כלפי ילדיהם הנתונים בסיכון. היא תיזום פיתוח ידע מקצועי תקף, ותתרגם אותו ל"תורת טיפול" וכללי עבודה מחייבים. המועצה המדעית תיזום ערכת מחקרים שונים בתחומי עבודת המשרד, בייחוד באלה שחשיבותם הציבורית עולה על הפרק בסדר היום הציבורי.

"המועצה המדעית" לא תעסוק בניהול השוטף של מערך שירותי הרווחה העוסקים בכירור "טובת הילד", ובוודאי לא תטפל באופן פרסונלי באנשי שירותי הרווחה, ובוודאי ובוודאי לא תהא מעורבת בהליכי איוש התקנים ברשויות המקומיות השונות. "המועצה המדעית" תפתח רק "תורה" מסודרת ומובנית של טיפול, ומתפקידה יהיה להציע, מפעם לפעם, שכלול של מערך ועדות תכניות הטיפול. אך כפרפרזה הידועה: הקול קול האקדמיה והידיים ידי המנגנון הניהולי בלבד.

המועצה המדעית תיזום בעקבות הדיונים והמחקרים "תורות" מדעיות לנושאים השונים שבתחומי טיפולו של משרד הרווחה. ה"תורות" המדעיות תהוונה תשתית להוצאת הנחיות מקצועיות על ידי ראשי האגפים ומנהלי המדורים לכלל העובדים הסוציאליים שבתחום אחריותם.

המועצה המדעית תוסמך לערוך מחקרי שטח ולשם כך תוקנה לה סמכות לקבל כל נתון מרישומיהן של "ועדות ההחלטה", ועדות הערר וועדת הערר העליונה, תסקירים של פקידי הסעד ופרוטוקול הדיונים של בתי המשפט. המועצה המדעית תהא מוסמכת לתשאל את פקידי הסעד, את מרכזי "ועדות ההחלטה" וכל עובד לשכות הרווחה היכול, לדעתה, לתרום למטרתה. המועצה המדעית אף תוסמך ליזום מחקרי שדה בנפרד או עם גופים אחרים בתחום לשכות הבריאות, החינוך ואף עם מערכת בתי המשפט השלום לנוער ובתי המשפט לענייני משפחה, ואף תקבל את תקציב מחקרה ישירות מאגפי המחקר. המועצה המדעית תמסור לשר דו"חות שנתיים על פעילותה וכן דו"חות עונתיים לפי הזמנה מפורשת מן השר או המנכ"ל. המועצה המדעית תפקח ותדאג למחשובם של שירותי הרווחה ולשדרוגם מעת לעת.

המועצה המדעית תהיה אחראית להפצת פרסומים מושכלים של החלטותיה לא רק

כמו "תינוק המריבה", התעוררה מחלוקת בדבר תקפות המבחנים. עיינו: אברהם שגיא שוורץ "טעויות שיפוטיות בנושא אימוץ" פסיכואקטואליה (אוקטובר, 2004) 30.

כהוראות תע"ס (שלו רוב הן העתקה מושכלת של החוק והתקנות) אלא גם כעניינים של שאר רוח: מתודות טיפוליות, מחקרי שדה עונתיים ומיוחדים. אם יתגשם רעיון זה, הנני סבור שלראשונה תהיה הגמוניה דוקטרינרית ומסודרת של משרד הרווחה. ועדת רוטלוי עסקה בתכנים המהותיים של הטיפול ב"ילדים בסיכון", כגון קביעת קריטריונים ל"סיכון", קביעת קריטריונים לזהותו של "ילד בסיכון", ועיקר העיקרים, האלטרנטיבות האופטימליות שצריך משרד הרווחה להציע לאותם "ילדים בסיכון". אכן, ההצעה היא מהפכנית, שכן היא מנסה להסדיר בחוק הליכים טיפוליים ולא רק עניינים משפטיים. אך הנני סבור, כי אין זה ראוי שהעיסוק במתודות הטיפוליות יסתיים בוועדה חד-פעמית, שפעילותה נקצבה מראש על ידי הממשלה או על ידי אחד משריה. ובכלל, אין זה ראוי שקביעות כה טיפוליות ייקבעו אגב אורחא להטמעת אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד. לענ"ד יש לכוון ועדה מתמדת בעלת הרכב קבוע, בלא פרקי זמן "לוחצים" שחברים בה אנשים קבועים מן האקדמיה מתחום העבודה הסוציאלית וכן מאנשי האגף לשירותים חברתיים.¹³⁹

ו. אפילוג: בירור "טובת הילד" – האומנם מקדש את כל האמצעים?

במאמרם המשותף של פרופסור ורד סלונים-נבו וד"ר יצחק לנדר¹⁴⁰ המחברים מכנים את תפיסת הטיפול של מערכת שירותי הרווחה בישראל בסוגיית הוצאת קטינים מביתם ויעדיה בתור "תפיסה דיכוטומית", היינו, כהגדרתם, בחירה בין "ההגנה על שלום הילד" מחד גיסא ובין "זכות הילד לגדול במשפחתו" מאידך גיסא. ברם דעתם האמיתית של המחברים, כעולה מבין השיטין, היא כי מערכת שירותי הרווחה המטפלת במשפחות ובקטינים בסיכון לא זו בלבד שאינה מכבדת את "זכות הילד לגדול במשפחתו" אלא שהיא שומטת את "ההגנה על שלום הילד" בפרספקטיבה ארוכת טווח. למאמרם הביאו נתונים סטטיסטיים על היקפה הנרחב של התופעה של הוצאת קטינים מבתיים, על

139 עיינו, למשל, בדו"ח ועדת רוטלוי השמה חוץ ביתית, לעיל הערה 15, בע' 45 על הקושי שבהכנת קריטריונים טיפוליים מראש באמצעות חקיקה שבגינה נתנו בהמלצותיהם מרחב רב לשיקול דעתם של בעלי התפקידים. לענ"ד ניתן לפקח על אותו שיקול דעת מורחב באמצעות ועדה מדעית שתכתיב "תורה" טיפולית.

140 "האם טובת הילד יכולה להתקיים בנפרד מטובת המשפחה? מחשבות והמלצות לשינוי" חברה ורווחה כד (2004) 401. על גישה רדיקלית לתפיסת הטיפול של שירותי הרווחה בקטינים שבסיכון עיינו: אסתר הרצוג "מי מרוויח ממדינת הרווחה?" תיאוריה וביקורת 9 (1996) 81, ובייחוד דעתה על "עובדי רווחה כאמצעי שלטוני לפיקוח על קבוצות חלשות" (שם, בע' 88-95). ביקורת אחרת על הגישה הטיפולית יראו המעיינים במאמרם של יאיר רונן ויניב בן-הרוש "על היחס המשפטי לבני נוער: בין מציאות לבין דימויים רווחים" נוער בישראל 2004 (ג' רהב, י' ווזנר ומ' שוורץ עורכים)(המרכז הבינתחומי לחקר מדיניות וטיפול בילדים ונוער, אוניברסיטת תל-אביב, 2005) 207, ובייחוד הפרק "הכתמה בפלילים בידי חברה חרדה: המקרה של בני נוער 'ברחנים'" (שם, בע' 224-232).

הפעלתם המרובה באמצעי אכיפה ועל מקומות ההשמה של אותם קטינים בסיכון שהוצאו ממשפחתם. את ביקורתם החריפה על התנהלותם של שירותי הרווחה ניתן לסכם בעשר נקודות:

- א. הטיפול בקטין הנתון בסיכון אינו מובנה. אמנם קיים פורום של "ועדות החלטה" אך הרכבן אינו קבוע. במצב עניינים זה כאשר משפחה מטופלת על ידי כמה גורמי רווחה, יהיו בקרב הגורמים הללו מי שינסו לכוון לעבר הטיפול המשפחתי בקהילה, וכנגדם יהיו מי שיחששו מפגיעות בילד שבסיכון ויחזרו לסדרו בסידור פנימייתי ארוך טווח. ההחלטות עלולות אפוא להיות מוטות לרעת משפחות שאינן מסוגלות לייצג את עצמן.
- ב. אין הקפדה על טיבם של האנשים המעורבים בתהליכי ההחלטה בדבר עתידו של הקטין. מפגשי הדרכה קבוצתיים של אנשי המקצוע העוסקים בסוגיות הוצאת הקטינים מביתם אינם בנמצא. לדעת המחברים הדבר נחוץ ביותר כדי לצמצם במידת האפשר את תופעת "ההעברות הנגדיות".¹⁴¹ "בעזרת הדרכה שיטתית הממוקדת בהעברה נגדית יוכלו העובדים להיות מודעים למקרים המעוררים אצלם תכנים אישיים סוערים ויכולו לשקול להימנע מהשתתפות בדיון המעורר אצלם צורך בעיבוד ובעבודה פנימית".¹⁴¹
- ג. עומס העבודה מותיר בידי מערכת שירותי הרווחה פתרונות של "כיבוי שרפות", של מתן טיפול ראשוני בשעת חירום. מעורבותם של פקידי הסעד בשם החוק מהירה מדי ו"מדללת" את היחסים הטיפוליים העדינים הנרקמים לאט ובהסתר בין אנשי מקצוע אחרים המטפלים במשפחה. לדעתם של המחברים, יש להדגיש את העבודה הטיפולית המשפחתית ולהעדיפה על פעולותיהם של פקידי הסעד.
- ד. ישנה התמקדות יתרה של שירותי הרווחה באבחונים פסיכולוגיים של הקטינים שבסיכון והוריהם. ההשקעה הכספית בהם רבה, וחסרה בדיקה מקיפה של "הכוחות האישיים והמשפחתיים". האבחונים הפסיכולוגיים עוסקים בהדגשת הפתולוגיה המשפחתית על סמך העבר ואינם עוסקים בניבוי של יכולת המשפחה להשתנות בעתיד באמצעות טיפול. בנוסף, תקפותם של האבחונים הללו מוטלת בספק בשל הפער בין הניסיון הקליני של המאבחנים ובין הרבגוניות התרבותית של המשפחות שילדיהם נתונים בסיכון. "לאחר קריאת אבחונים רבים נראה כי מרבית הממצאים אינם מבוססים על בדיקות בעזרת כלי מדידה תקפים ומהימנים ועל כלים רגישי תרבות, אלא על הערכה קלינית וניסיון קליני אישי של המאבחנים".¹⁴²
- ה. הקשר בין הילד המוצא ממשפחתו ובין הוריו נתון לרוב לפיקוח. שיחות הטלפון של ההורים נתונות לציתות ומפגשים רבים בין הקטין להוריו נעשים רק באמצעות שירותי הרווחה. לדעת המחברים כאשר המשפחות שמהן בא הקטין אינן מסכנות

141 שם, בע' 407.

142 שם, בע' 411.

- את הילד אלא ילדם הוצא בשל הזנחה יש לעודד מפגשים ספונטניים בין הילד להוריו בלא פיקוח.
- ו. אי־שיתוף ההורים בתהליכי ההחלטה אם להוציא את הקטין מהבית בין בדיונים של "ועדות ההחלטה" בלא שיתוף מלא של ההורים ובין באמצעות צווי חירום – פוגע ב"ברית הטיפולית" העשויה להיווצר בין ההורים למערכת שירותי הרווחה.
- ז. לא זו בלבד שלא נועצים בהורים בשאלת הרחקת הקטין מהבית, אלא שלא נועצים בהם גם בשאלת ההשמה. בעיני המערכת, הורים שבנם נתון בסיכון ומסרבים להסכים להוצאתו אינם ראויים להישמע. בהיעדר היוועצות ההשמה אינה מתאימה במדוקדק לאורחות חייו של הקטין אצל הוריו. הקטין המוצא מביתו לא זו בלבד שחייב להסכין עם הרחקתו מהוריו אלא שהוא חייב אפוא להסתגל לשינוי משמעותי באורח חייו.
- ח. קיים ניתוק מופגן ממשפחתו המורחבת של הילד, בתואנה שהשמת הקטין אצל במקום אצל הוריו, או בהשגחתם, אינה יעילה כמו הוצאתו למעון, פנימייה או אף משפחת אומנה.
- ט. אי־שיתוף הילדים הנתונים בסיכון בהליך הוצאתם מהבית או שמיעת דעתם באופן בלתי הגון ומחמיץ פנים.
- י. יש צורך בהחלפת האוריינטציה של שירותי הרווחה במציאת חלופות לסידור חוץ־ביתי. המחברים מציעים, למשל, "כי סידור חוץ־ביתי יתאפשר רק לאחר שנוסה, שנה לפחות, טיפול משפחתי־קהילתי מקצועי "על פי מידה" ונכשל. מהלך זה יביא, לדעתם, לידי הבשלת תכנית משלימה "שתאפשר המרת תקציבים שנועדו למכסות חוץ־ביתיות בטיפולים בקהילה".¹⁴³
- עד כאן תמצית דבריהם.
- נקודת מבטם של המחברים היא אפוא מתחום מדעי ההתנהגות וביקורתם על הנהלה הקיים בעניין הוצאת קטינים מן הבית מתמקד, כפי שיראה המעיין, בכשל התוצאתי של "טובת הילד". העדפת הפתרון הקהילתי, כמו שאלת שינוי ההתנהלות של "ועדות ההחלטה", של דרכי האבחון והפיקוח, נעוצה בהיותה מנבאת יותר ואפקטיבית יותר לאיחוי הקרעים בין הקטין לבין הוריו מולידיו. לאישוש ביקורתם סוקרים המחברים את הספרות המקצועית בארץ ובעולם.¹⁴⁴
- אך גישת המחברים מקורה בתחום התועלתנות. שינוי המצב, לדעתם, יביא לידי האדרת טובת הילד באופן משמעותי. ברם נקודת השקפתי האישית על תפקידם הראוי של שירותי הרווחה היא שונה. אינני חולק על כך שצריך להימנע מצעדים שיש בהם כדי לפגוע בטובת הילד, ואף אין זו מומחיותי לקבוע אם ההצעות החלופיות לנהלים חדשים, שהציעו המחברים, למרות סבירותן הרבה, אכן תתרומנה להאדרת טובת

143 שם, בע' 429.

144 בין יתר המקורות המחברים מסתמכים על דו"ח ועדת גילת ומאמצים את מסקנותיה. עיינו שם, בע' 404, 408, 419–420, 425–428.

הילד יותר מהנהלים הקיימים כיום. אציין כי הטיעון התועלתני הזה מעלה נימוק נגדי, הרווח בפי פקידי הסעד הראשיים, כי במצב הנוכחי שבו אין אמצעי מימון להתחדשות ההליכים ושב הטיפול הקהילתי מקרטע, הרחקה מיידית של הקטין ממשפחתו והשמתו במעון, בפנימייה או במשפחה אומנת דרושות בשל היותן יעילות יותר.¹⁴⁵ ברם הצורך לשנות את הליכי הוצאת הקטנים מביתם, הנהוגים במערך שירותי הרווחה, נובע מחוסר המוסריות שדבק בהם. ההתנהלות של הוצאת קטינים מביתם, כפי שהיא מתבצעת כיום, מפלה קטינים ומשפחות במצוקה לעומת משפחות בעלות יכולת שבנן הקטין נתון בסיכון באשר היא שומטת ממשפחות המצוקה הזדמנות הוגנת לשקם את אורחות חייהן בדרך הנראית להן ולהשיב את ילדן הקטין אליהן ובדרך זו מנציחה את הפלייתן לרעה. לדעתי, לא זו בלבד שהנהוג הקיים הוא פסול אלא שאין לקבל טיעון כי עד לקבלת תקציבים נוספים יש להפטיר כדאשתקד. טיעון שכזה אינו מוסרי אף שאולי הוא מועיל יותר לקטינים הנתונים בסיכון בטווח הקצר.¹⁴⁶

סופו של המאמר – ההליכים הראויים לגילוי "טובת הילד" על ידי שירותי הרווחה – נעוץ בראשיתו, בסימן הראשון: "טובת הילד" – אמורפיה משפטית? "טובת הילד" אינה עקרון על תועלתני מאחר שכוונת המחוקק אינה למקסם את טובתו של הילד בלא כל גבול. "טובת הילד" (כמו תולדתה ה"מסוגלות ההורית") אינה ממש טובנה פסיכולוגית אלא עיקרון מוסרי בלבד משפטי. מגמתו היא להסדיר את היחסים בין ההורים לילדיהם. היחסים בין ההורים לילדיהם הם יחסי "אפורופסות". השלטון מעביר להורים את חובת האחריות לילדיהם, או בלבד המשפטי המוצע "אחריות הורית" בלבד. אך מה תוכנה של הקונצסיה או "האחריות ההורית"? – הבטחה מושכלת של שלושה רכיבים בעת ובעונה אחת: "טובת הילד", "זכות הילד להשתייכות" ו"זכות ההורות". אך כשם ש"זכות ההורות" היא רק בעיקרה מילוי חובות ההורה כלפי ילדו, וכשם ש"זכות הילד להשתייכות" אינה "זו ובלעדיה אין",

145 על מידת התועלתנות של שירותי הרווחה בבחירת חלופה מתאימה לקטין עיינו, למשל: ל' בלס "שאלה של אחריות (Accountability)" חברה ורווחה יא (תשנ"א) 214. צידוק לגישה התועלתנית כמרפאת הרבה חוליים חברתיים וסובלנות כלפי הזולת תוך הנמקה פסיכולוגית עיינו: יאיר רונן "כיבוד זכויות אדם ומחויבות כלפי האחר" ספר זיכרון לפרופ' זאב פלק (הוצאת מישרים, תשס"ה) 205, 225–229.

146 על שלילת מודל התועלתנות כאתיקה של העובדים הסוציאליים והעדפת מודלים קאנטיאניים בתרגומו המעשי של הפילוסוף בן זמננו, ראו רולס: Rawls J. *A Theory of Justice* (Cambridge, 1971) ועל הספרות הענפה שכתבו מלומדים להתוויית דרכו של העובד הסוציאלי בסבך הנאמנויות הצולבות, כלפי היחיד המטופל וכלפי החברה, לעומת ערכיו של העובד הסוציאלי עצמו, עיינו גוטמן, לעיל הערה 122, 136–148. גוטמן, בפרק 26 לספרו, מנתח את קונפליקט שמירת הסודיות שבו נתונה עובדת סוציאלית שהאישה שבטיפולו ושני ילדיה הקטינים שוהים במקלט לנשים מוכות. האישה מספרת לה שהיא מקבלת כספים מהמוסד לביטוח הלאומי, שאינה רשאית לקבלם כל עוד היא אינה מתגוררת בביתה. החשש הוא שדיווח על שהותה במקלט למוסד לביטוח לאומי יאלץ את האישה לוותר על שהייתה במקלט ולהיחשף לאלימות קשה מצד הבעל, אבי הילדים.

כך "טובת הילד" מורכבת משיקולים שונים. מימרת השופט זילברג כי "טובת הילד" היא שיקול "שמתחשבים בו ובו בלבד. פשרה לא תתכן כלל: הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר" – היא בדו-תא. מתוך שיקול מוסרי מכריעים בצורה אחת בסכסוך משמורת בין שני הורים, כלומר על פי "טובת ילד מקסימליסטית", אך בצורה אחרת כאשר חפצים להוציא את הקטין מידי הוריו. שם התערבות בית המשפט תהא על פי "טובת הילד המינימליסטית". אך גם חלוקה זו אינה חד-ממדית. בעוד "טובת הילד המינימליסטית" מוכרעת על סמך שיקולים מטריאליים ועכשוויים בהליכי חטיפות ילדים ובטיעונים להכרזת קטין כ"בר אימוץ", לעתים בתי המשפט שוקלים גם שיקולים ארוכי טווח, ושוב בשל החשש מ"מעוות לא יוכל לתקון", היינו ההרחקה לצמיתות של הקטין מהוריו.¹⁴⁷ אך גם ההכרעות באשר ל"טובת הילד המינימליסטית" אינן עשויות מקשה אחת ואנו מבחינים בתנודות שיפוטיות קונקרטיות, בכל אחת מן הסוגיות שהעלינו, ממקרה למקרה. כך בסוגיית האימוץ: עיון בשיקולי השופטים, הנפרשים בהרחבה בפסיקתם, באשר לטענות שונות שמעלים הורים כלפי הכרזת בנם הקטין כבר – אימוץ, מצביעה בעליל כי לא רק "טובת הילד" עומדת לנגד עיניהם, אלא ביקורת סמויה או גלויה על התנהגות בלתי מוסרית של ההורים.¹⁴⁸ ולהפך, כאשר אין כל פגם מוסרי בהתנהגות מי מהמעורבים, בתי המשפט נוטים לאשר אימוץ של בגיר שגודל מקטנותו על ידי אדם אחר שאינו הורו,

147 עיינו לעיל בהערה 23.

148 עניין אחר, שלא הרחבנו את הדיבור עליו במאמר זה, העוסק ככשל הנובע מהתנהלותם של שירותי הרווחה בלבד, הוא ההטמעה של ניסוחי "האשמה" של ההורים הביולוגיים כבר בספרו "המקרה" בפסק הדין. תיאור עובדות המקרה בתחילת כל פסק דין אינו תיאור ניטרלי של העובדות אלא נועד לשמש, כבר בשלב זה, מנוף לשכנוע בדבר בלעדיותו של הפתרון שאליו חותרים השופטים בהכרעתם. מירה ברקאי ומילי מאסס בספרן, לעיל הערה 32, בע' 182, מגיעות לאחר ניתוח פרטני של כמה תיאורי "עובדות", שהועלו בפסקי דין בענייני אימוץ, לכלל מסקנה נחרצת בדבר נטייתם של השופטים עצמם לעבר הפרדיגמה של "הורות נכונה", תפיסה שכיום אין לה בהכרח תימוכין בספרות המדעית העדכנית, וזו לשונן:

טובת הילד שהוריו אינם מסוגלים לגדלו בביתם – כפי שמשתקפת בפסקי הדין, היא באימוצו. העדפת האימוץ ניכרת בהחלטות עצמן... הקביעה כי טובת הילד היא באימוצו, מבוססת על טיעונים אמפיריים המוצגים כאמת עובדתית ואינם משקפים את מצב הידע הקיים המצביע על מתודולוגיות לקויות והיעדר אחידות בפירוש הממצאים. הקשרים הנורמטיביים מצביעים אף הם על כך שטובת הילד הוא באימוצו, שכן מהם משתמע... כי אין אפשרות לחלק את תפקידי ההורות וכי עדיף שילד יגדל במשפחה דו-הורית. הורים שמסוגלותם לקויה, מן הראוי שיוותרו על ילדיהם וימסרו אותה לידי משפחה אחרת. כיוון שאין אפשרות לחלק את תפקידי ההורות, הניתוק מן ההורים הטבעיים הוא הכרחי... נראה כי התפיסה הזו נשלטת על ידי שני מיתוסים: האחד – המיתוס של אהבת הורים טבעית וללא תנאי – מיתוס שנותר שוב ושוב על-ידי המציאות. השני – המיתוס האדיפלי – שבו האימוץ והסודיות נועדו להגן על אדיפוס מפני כוונת הזדון של אביו. האמונה באהבת הורים טבעית וללא תנאי מובילה לכך שכל גילוי של התנהגות הסותרת זאת – נתפס כמשהו פתולוגי ואולי לכן קל לייחס להורים כאלה כוונת זדון...".

אף שאין אישור זה בא לממש את "טובת הילד" במוכנה הקלאסי.¹⁴⁹ ההכרעות בדבר הוצאת הקטין מרשות הוריו אף הן צריכות אפוא הכרעה מוסרית בין שיקולים מנוגדים: זכותן של המשפחות להמשיך לגדל את הקטין שבסיכון אצלן תוך קבלת תמיכה ממערך שירותי הרווחה, החינוך והבריאות, לעומת האדרת "טובת הילד" כפשוטה שאולי מחייבת את הוצאת הקטין מידי הוריו והרחקתו מהם לתקופה ממושכת.¹⁵⁰ גם ההכרעות

להעצמת ביקורתן עיינו יונתן יובל "יד קלה על ההדק" – רטוריקה ואידיאולוגיה של ידע בשיח המשפטי של אימוץ כפוי" משפט וממשל ו (תשס"א) 259. לדעתו, בית המשפט בהכרעותיו "מעצב ידע" ועל כן "מחובתו להיות מודע וליידע את הקהילה שבמסגרתה הוא פועל בהטיות האידיאולוגיות המכוונות את עיצוב הידע על-ידי", וכן "הסתרת השיקולים הערכיים באמצעות מבנים רטוריים, היא אי הוגנות נרטיבית". (שם, בע' 266).

149 דומני שעיון בתוכנה המוסרית נמצא בנימוקי השופטים בפרשת ע"א 7015/94 והמשכה בפרשת דנ"א 6106/92, שהבאנו לעיל בהערה 32. בנוסף, עיינו בפרשת ע"א 3063/90 פלונים נ' היועמ"ש, לעיל הערה 94, 846–849, שם נדונה טענה חלופית, שהעלו הורים לאחר שהוחלט כי בניהם יוכרוזו כ"בני אימוץ", כי המשפחה המאמצת "תהיה כמו המשפחה הטבעית, ממוצא מזרחי ודתית". הנשיא שמגר מחד גיסא והשופטים נתניהו ואלון מאידך גיסא חלוקים, לאמיתו של דבר, בשאלת המוסריות של דרישה זו, הבאה בגין הורים שאינם מסוגלים לגדל את בנם בעצמם ודורשים דרישה המכבידה מאוד על השירות למען הילד. בפרשת ע"א 1165/01 פלונית נ' היועמ"ש, פ"ד נז(1) 69, התעוררה שאלת אימוצה של בגירה שאמה מתה בינקותה, ומאז גודלה על ידי חברתו של אביה, וכעת היא רוצה למסד את הקשר ביניהן באמצעות הכרזתה כמאומצת על ידיה. השופט אנגלרד פותח את הכרעתו במילים: "סעיפי החוק צרים הם מלהכיל את נפש האדם על כל מאווייה", ואכן הרבה נשען שם על יסודותיה המוסריים של ההכרעה. גם בפרשת בע"מ 5082/05 היועמ"ש נ' פלוני ועו"ד לימור סלומון, תק-על 2005(4), 387, שבה נידונה פרשנות עילת האימוץ "באין הסכמת ההורה", כאמור בסעיף 13(א)(1), משום ש"אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו", קבע הנשיא אהרן ברק בפסק דינו כי פרשנות של "אפשרות סבירה... מצויה במישור הנורמטיבי ולא במישור הפיזי. לא כל שניתן מבחינה מעשית ראוי מבחינה ערכית". באותו מקרה אָם, שילדה את בנה מחוץ לנישואין, מסרה אותו לאימוץ תוך סירוב למסור את זהות האב (פרט לכמה פרטים במעטפה סגורה אם יתעורר צורך רפואי). הנשיא ברק שקל את האינטרסים המנוגדים של האב, של האם, של הקטין ושל החברה והגיע לכלל הכרעה שאין "אפשרות סבירה" להתחקות אחר האב מלבד קבלת אינפורמציה מן האם. דעתה של השופטת איילה פרוקצ'יה הייתה שונה ושוב היא הביאה אסמכתאות רבות לזכותו האוטונומית של האב, שאינו בן זוגה של האם, להביע עמדתו בדבר האימוץ. דומני שהמחלוקת בין ברק לפרוקצ'יה אינה נעוצה אלא בשיפוט המוסרי של ההתנהגות המתעלמת של האב מהריונה של האם לפני הלידה. לעומת הנשיא והשופטת, התעלם השופט מישאל חשין בפסק דינו מהתנהגות האב והכריע רק על סמך ממד הזמן העובר על תינוק הנתון באי-ודאות מלידתו עד לגילוי זהות האב והשגת הסכמתו האפשרית להמשיך ולטפל בילד בלא אמו. על התוכנות המוסריות העומדות לפתחן של מקבלי החלטות בעניין האימוץ בספרות הזרה, נרחיב במקום אחר את הדיבור, עיינו למשל: Appeal A., Boyer B. "Parental Rights vs. Best Interest of the Child: A False Dichotomy in the Context of Adoption" 2 *Duke Journal of Gender Law & Policy* (1995) 63

150 הנמקה מוסרית עומדת בבסיסה של דרישת סעיף 1(1) לאמנת האו"ם לזכויות הילד לאסור הפליה מחמת רקע גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית, מוצא לאומי, אתני או חברתי, נכות לידה "בין אם של הילד ובין אם של הוריו...". על השלכותיה של הגישה המוסרנית עיינו ועדת רוטלוי השמה חוץ ביתית, לעיל הערה 15, בע' 52, 54. כמו כן עיינו בסעיף 36 להצעת החוק באשר ל"בחירת מסגרת ההשמה" (בע' 162) ודברי ההסבר בע' 235–238.

ב"וועדות החלטה" חייבות להתקבל לפי קנה מידה מוסרי והכשלים שעליהם הצבענו הם המפריעים ל"וועדת ההחלטה" לקבל הכרעה מושכלת בפתיחות וברוחב הדעת בלי להיחשד בהטיה ובמשוא פנים. אף העצמתה של הביקורת על ידי נציבות קבילות, והקמת מועצה מדעית, לא נועדו לנשל את אנשי המקצוע ממומחיותם, אלא להפוך את ההתנהלות לגלויה, זמינה ושוויונית לכולם. אילולא דמיסתפינא, גם את הצעותיהם של המחברים סלונים-נבו ולנדר הייתי מציע לקרוא באור חדש: שירותי הרווחה אינם פועלים מתוך "דיכוטומיה" אלא מתוך אמת מידה מוסרית אחידה. מתוך אמת מידה מוסרית חייב הדיון ב"וועדות ההחלטה" להיות פתוח, נגיש ויעיל; מתוך אמת מידה של מוסריות יש להרחיק משתתפים בעלי נגיעות אישיות מוטות; מתוך אמת מידה מוסרית יש לשמוע את קולו של הקטין עצמו ובעיקר את רצונו מלבד "טובת הילד" שפקידי הסעד מרעיפים עליו עד בלי די; מתוך עיקרון מוסרי יש לקבל את הצעתם לקביעת כלל שלא להוציא קטין מביתו אלא רק לאחר שנת ניסיון לטפל במצוקת הקטין בתוך משפחתו.¹⁵¹

לפרופסור אבנר חי שאקי במאמריו, לעיל הערה 1, גישה שונה. ועיינו במאמרי: "להוגה דעות בדין – על ייחודו של פרופ' א"ח שאקי בחקר המשפט" מאזני משפט ד (ספר שאקי) (תשס"ה) 39, 45-46.

151 בעניין דומה במהותו, אם כי מתחום הזקנה, ראו מאמרם המפורט של יעקב (קובי) כשרי וישראל דורון "זקנה בבית המשפט: שאלות בעקבות מפגש בין חוק ועבודה סוציאלית" פורום חיפה לעבודה סוציאלית 2 (תשס"ה) 91. שם עומדים המחברים על התובנה המוסרית של מינוי אפטרופסות לזקן עירי תשוש בגופו, אך בעל דעה עצמאית משלו שאינה עולה בקנה אחד עם ההשקפה של שירותי הרווחה. תיאור המאבק מעלה שאלה עד כמה בתי המשפט מפעילים קנה מידה מוסרי בחיפוש אחר טובת הפרט.