

המערער:

מ"ד (קטין)
אזרח גינאה קונאקרי
במעצר במתקן מיכ"ל
מס' מוחזק: 67569

ע"י ב"כ עוה"ד יונתן ברמן ו/או נעמי לבנקרון ו/או עדי וילינגר
ממוקד סיוע לעובדים זרים
רח' החשמל 33, תל-אביב 65117
טל': 5602530-03; פקס: 5605175-03
טל' נייד: 3008035-054

נ ג ד

המשיבים:

- 1. משרד הפנים**
- 2. משטרת ההגירה**

ע"י פרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)
רח' הנרייטה סולד 1, תל אביב
טל': 6970222-03; פקס: 6918541-03

הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור על החלטות בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין מימים 14.12.2006 ו- 24.12.2006, בהן הורה בית הדין על ביצוע 3 בדיקות רנטגן של שורש כף היד לצורך הערכת גיל עצמותיו של המערער, וזאת **חרף התנגדות המשיב לביצוען של הבדיקות.**

- העתק החלטת בית הדין מיום 14.12.2006 מצ"ב ומסומן מע/1.
- העתק החלטת בית הדין מיום 24.12.2006 מצ"ב ומסומן מע/2.

בית המשפט הנכבד יתבקש לבטל את החלטות בית הדין ולהורות כי:

- לא ייערכו בדיקות רנטגן להערכת גיל עצמותיו של המערער או של כל אדם אחר המוחזק במעצר מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – **חוק הכניסה לישראל**);
- המערער לא יועבר ממתקן מיכ"ל אל כלא "מעשיהו" או מתקן "צוחר", ולא יוחזק בחברת בגירים;

3. המערער לא יועבר להחזקה בתנאי בידוד או הפרדה אך בשל קיומו של ספק בדבר גילו, ככל שקיים ספק כזה.

מבוא

עניינו של ערעור זה בהחלטת בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין להורות על ביצוע בדיקות רנטגן של שורש כף היד לצורך פיענוחן וקביעת גיל עצמותיו של המערער, קטין בן 16 וחצי שנים, באופן המתיימר להעריך את גילו הכרונולוגי. זאת חרף העובדה שמשטרת ההגירה אוחדת במסמך מזהה, המצביע על כך שנולד ביום 9.9.1990; חרף העובדה שבימים אלה נערכת עבודת מטה על ידי המשיבים וגורמים נוספים לצורך גיבוש שיטה חדשה להערכת גילם של מי שקיים ספק בדבר קטינותם; חרף העובדה שהמשיב 1 ביקש מבית הדין להימנע מלהורות על ביצוע הבדיקה, והסכים להחזקתו של המערער במתקן מיכ"ל, בו מוחזקים קטינים; חרף העובדה שמדובר בבדיקה, שבשל נזקה הרפואיים אין מבצעים אותה אלא כאשר הדבר נחוץ לצרכים רפואיים; וחרף היותה בדיקה בלתי אמינה בעליל.

נודה על האמת, עצם הצורך להגיש ערעור זה מעורר תמיהה. עמדתו של המערער, **בכל הקשור לשאלת ביצוע בדיקת רנטגן של שורש כף היד**, עולה בקנה אחד עם עמדת המשיבים כפי שהוצגה בבית הדין, כמפורט בהמשך. כעמדת משרד הפנים, גם המערער סבור, כי אין להסתמך על בדיקות שורש כף היד לצורך "הערכת גיל"; כעמדת משרד הפנים, כל עוד המערער מוחזק במעצר וכל עוד לא הסתיימה עבודת המטה הנערכת בימים אלה לצורך גיבוש שיטה חדשה להערכת גיל, אין להחזיקו בחברת בגירים, אלא באגף בו מוחזקים עצורים קטינים. חרף זאת החליט בית הדין להורות על ביצוע הבדיקה האמורה על מנת להכריע האם יש מקום להחזיקו במתקן מיכ"ל, תוך התעלמות מכך שבין הצדדים אין **בעניין זה** כל פלוגתא.

יודגש כבר עתה, כי ערעור זה אינו ממצה את עמדתו של המערער בדבר האופן בו יש לנהוג בו, נוכח היותו קטין לא מלווה כהגדרתו של מונח זה בדין הבינלאומי, ונוכח היותו קורבן סחר בבני אדם, כהגדרתו של מונח זה הן בדין הבינלאומי והן במשפט הישראלי, ואת עמדתו בדבר האיסור להחזיקו במעצר. יחד עם זאת, נוכח הדחיפות שבהגשת ערעור זה לאור סירוב בית הדין לעכב את ביצוע החלטתו, ולאור העובדה שבשלב זה בית הדין לביקורת משמורת לא דן לגופה בשאלת שחרור המערער ממשמורת, מתמקד ערעור זה אך בשאלות, הנוגעות לביצוע בדיקות שורש כף יד במערער.

המערער שומר לעצמו את הזכות לפנות אל המשיב 1, אל בית הדין, ובמידת הצורך אף אל בית המשפט, בבקשה להורות על שחרורו או לקבוע חלופת מעצר. בשלב זה בית המשפט אינו מתבקש להכריע בשאלות הנוגעות לדין החל על מעצרו של קטינים בכלל ועל מעצרו של קטינים קורבנות סחר בבני אדם בפרט. בעניין זה פנה הח"מ אל הרשויות המוסמכות, ולאחר שימצה את ההליכים בעניין, תישקל אף פנייה אל בית המשפט.

ההחלטות נשוא הערעור

1. המערער נכנס לישראל שלא כדין, ככל הנראה בחודש יולי 2005. ביום 13.12.2006 נעצר המערער והובא בפני ממונה ביקורת הגבולות. בתום שימוע קצר נתן עליו ממונה ביקורת הגבולות צו הרחקה וצו משמורת. השימוע התקיים בשפה האנגלית, שפה אותה דובר המערער אך בקושי, ועורך השימוע רשם כי לדברי המערער הוא נכנס לישראל בחודש אוקטובר 2006, אף על פי שלא אמר כן.
העתק פרוטוקול השימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות מיום 13.12.2006 מצ"ב ומסומן **מע/3**.
העתק צו המשמורת מצ"ב ומסומן **מע/4**.
העתק צו ההרחקה מצ"ב ומסומן **מע/5**.
2. בעת מעצרו אחז המערער במסמך מזהה מגיניאה קונאקרי, המעיד על כך שהוא בן 16 שנים (נולד ביום 9.9.1990). תעודה זו מצויה כעת בידי משטרת ההגירה. לאחר שנערך השימוע הועבר המערער אל מתקן מיכ"ל, אל האגף בו מוחזקים עצורים קטינים.
3. ביום 14.12.2006 הובא המערער בפני בית הדין לביקורת משמורת (העתק פרוטוקול הדיון והחלטת בית הדין צורפו וסומנו **מע/1**).
4. המערער, הדובר אנגלית ברמה נמוכה, ומתקשה לתקשר בשפה זו, ביקש מבית הדין במסגרת הדיון, כי יתאפשר לו להסביר את קורותיו בצרפתית. בפרוטוקול הדיון נכתב, כי המערער אמר **"הייתי מעדיף לדבר בצרפתית כי כך אוכל לתאר את הסיפור בפירוט"**. בית הדין לא שעה לבקשתו, לא הזמין מתורגמן, והמשיך לקיים את הדיון.
5. יוער, כי במסגרת דיון זה בבית הדין הועלו על ידי המערער מספר פרטים, שהיו אמורים להדליק אצל בית הדין את כל הנורות האדומות ולגרום לו להבין כי קיים חשש של ממש, כי מדובר בקורבן סחר בבני אדם. כך, למשל, סיפר המערער כי במשך כחצי שנה הוחזק כשבוי בידי מבריחיו, שהחזיקוהו כ"פיקדון" עד אשר יקבלו מן הגורמים בישראל, שהיו אחראים על הברחתו, סכום של \$1,000. בית הדין לא טרח לעשות דבר עם מידע זה, ואף לא טרח להוסיף ולשאול שאלות, שיכול שהיו מבהירות אם אכן מדובר בקורבן סחר בבני אדם. לנתונים העובדתיים, שהוצגו בפני בית הדין, כמו גם לנתונים העובדתיים, אודותם לא טרח בית הדין לשאול, נתייחס בהמשך.

6. בהחלטתו מיום 14.12.2006 קבע בית הדין, כי המערער יעבור בדיקת רנטגן של שורש כף היד לצורך "הערכת גילו". בית הדין קבע, כי יבוצעו במערער שלוש בדיקות בשלושה בתי חולים באותו היום.

7. על פני הדברים נראה מפרוטוקול הדיון, כי ניתנה "הסכמתו" של המערער לביצוע הבדיקות. אולם הסכמה זו לאו הסכמה היא – בהתאם לסעיפים 13(ב)(2) ו-13(ב)(3) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, על מנת שהסכמתו לעבור טיפול או בדיקה רפואיים תיחשב "הסכמה מדעת", יש למסור לנבדק מידע אודות "תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים" ואודות "הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי". הסברים כאלה לא ניתנו, ועל כן לא ניתנה הסכמה מדעת לביצוע הבדיקה.

8. ביום 21.12.2006 הגיש המשיב 1 בקשה לעיון חוזר בהחלטת בית הדין לביקורת משמורת, בה נתבקש בית הדין לבטל את החלטתו לבצע במערער בדיקה של שורש כף היד. המשיב 1 ציין, כי לאחרונה הובאה בפני משטרת ההגירה ומשרד המשפטים ביקורת, ממנה עולה כי טכניקת "הערכת הגיל" האמורה אינה מדויקת וכי השימוש בה אינו אתי בשל פולשנות הבדיקה והשלכותיה הרפואיות. כן צוין בבקשת המשיב 1, כי לאור האמור הנחה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה את משטרת ההגירה ואת משרד הבריאות לפעול במשותף כדי "לבחון מהי הדרך המדעית המהימנה והראויה ביותר לבדיקת גילו הביולוגי של טוען לקטינות". לאור זאת ביקש המשיב 1 לבטל את החלטת בית הדין מיום 14.12.2006, וציין כי לאור עבודת המטה הנערכת בעניין הערכת גיל הוא מסכים להחזקת המערער במתקן מיכ"ל.

העתק בקשת משרד הפנים לעיון חוזר מיום 21.12.2006 מצ"ב ומסומן מע/6.

9. ביום 24.12.2006 החליט בית הדין לדחות את בקשת משרד הפנים לעיין מחדש בהחלטתו. בית הדין קבע, כי אינו מקבל את הטענה לפיה בדיקת שורש כף היד אינה מדויקת מבחינה מדעית. בית הדין קבע כי אין אמצעי מוצלח יותר לקביעת גילו של מוחזק מן הבדיקה האמורה, וכי זהו האמצעי היחיד העומד לרשות משטרת ההגירה לאשר או להזים טענה בדבר קטינות, תוך שהוא מתעלם לחלוטין מהעובדה שבידי המערער תעודת זהות גינאית, בה מצוין גילו (העתק החלטת בית הדין מיום 24.12.2006 צורף וסומן מע/2).

10. ביום 25.12.2006 אחר הצהרים וביום 26.12.2006 בבוקר שוחח הח"מ עם עו"ד ענת פישר-צין מן הלשכה המשפטית במשרד הפנים. עו"ד פישר-צין והח"מ הסכימו כי הח"מ יגיש בקשה מוסכמת לעיכוב ביצוע ההחלטה לצורך שקילת האפשרות להגיש עליה ערעור. לפיכך, פנה הח"מ ביום 26.12.2006 אל בית הדין וביקש לעכב את ביצוע ההחלטה בפרק זמן של שבוע ימים. בבקשה ציין הח"מ כי דרושים לו מספר ימים לבצע את המחקר הנדרש, להשיג חוות דעת מומחה בתחום הרדיולוגיה ולשקול הגשת ערעור. כן ציין הח"מ, כי נמסר לו על ידי עו"ד פישר-צין, כי משרד הפנים עצמו שוקל הגשת ערעור, וכי אף הוא זקוק למספר ימים לצורך הגשתו.

העתק בקשת הח"מ מיום 26.12.2006 מצ"ב ומסומן מע/7.

11. ביום 31.12.2006 דחה בית הדין את הבקשה לעיכוב ביצוע.

העתק החלטת בית הדין מיום 31.12.2006 מצ"ב ומסומן מע/8.

התעלמות בית הדין מן האפשרות שהמערער הוא קורבן סחר בבני

אדם

12. האמור בפרק זה הוא למעלה מן הנדרש, שכן עניינו של ערעור זה בשאלת ביצוען של בדיקות רנטגן של שורש כף היד, תוך שמירה על זכותו של המערער לפנות אל הרשויות בכל הנוגע לחובותיה של המדינה, שמקורן הן בהיותו קורבן סחר בבני אדם והן בהיותו קטין לא מלווה. על אף האמור נתייחס בקצרה בלבד לעובדות הרלוונטיות המצביעות על היותו של המערער קורבן סחר בבני אדם, וזאת על מנת להציג בפני בית המשפט הנכבד תמונה מלאה באשר למצבו של המערער.

העובדות המפורטות בפרק זה נתמכות בתצהיר המערער, שנגבה בכתב יד, המצ"ב ומסומן מע/9. לנוחיות בית המשפט מצורף אף תעתיק מודפס של התצהיר, המסומן מע/9.

13. בית הדין התעלם לחלוטין מן המידע שנמסר לו על ידי המערער בדיון הראשון, שהתקיים ביום 14.12.2006 (נספח מע/1 הנ"ל). מידע זה אמור היה, לכל הפחות, להביא את בית הדין לקיים בדיקה מקיפה יותר (או להורות לרשויות מתאימות אחרות, שמומחיותן בהתמודדות עם קטינים ועם נפגעי עבירות קשות), שמטרתה לבחון אם המערער הוא קורבן סחר בבני אדם.

14. במסגרת הדיון מסר המערער לבית הדין, כי ה"בוסים" – שני גינאים הנמצאים בישראל והעונים לשמות בובו בארי ובהא אוסמן – היו אמורים לשלם לבדואים, שהבריחו אותם דרך חצי האי סיני, סכום של \$1,000. משהתמהמהו בתשלום, החזיקו המבריחים את המערער כבן ערובה או כ"פיקדון" לצורך תשלום הסכום האמור. המערער אף סיפר לבית הדין, כי המבריחים איימו עליו, כי אם בובו בארי ואוסמן בהא לא ישלמו, המבריחים ירצחו את המערער. המערער אף הוסיף, כי במספר מקרים, בהם שוחח עם בובו בארי בטלפון, ירו המבריחים באוויר כדי שבובו בארי ישמע את היריות ויבין, כי עשויים לרצוח את המערער אם לא ישלם.

15. בית הדין התעקש לקיים את הדיון בהעדר מתורגמן על אף בקשתו של המערער (שציון, כפי שמופיע בפרוטוקול הדיון בנספח מע/1, "הייתי מעדיף לדבר בצרפתית כי כך אוכל לתאר את הסיפור בפירוט"), ועל כן נפלו מספר טעויות בפרוטוקול. כך, למשל, לא מסר המערער כי הוחזק במשך חצי שנה במדבר על ידי המבריחים, אלא כי הוחזק שמונה חודשים. כך, למשל, לא מסר המערער כי בובו בארי נעצר עוד לפני הגעתו לישראל. כפי שעולה מן התצהיר, בובו בארי נעצר רק בהמשך.

16. כאמור, במסגרת הדיון מסר המערער לבית הדין, כי להברחתו היו אחראים שני "בוסים" – אוסמן בהא ובובו בארי, שני גיניאים הנמצאים בישראל. קורותיו של בובו בארי מוכרים היטב הן לבית הדין (ממקרים קודמים בהם נתקל) והן למשטרת ההגירה. לאחרונה הגישה המדינה כתב אישום נגד אותו בובו בארי (פ 4438/06), בו מתוארות בפירוט שיטות הפעולה שלו. בובו, שהואשם והורשע, בין השאר, בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, איומים וקבלת דבר במרמה, הבריה עשרות אזרחים גיניאים, שנפלו קורבן למצג השווא שהציג. לאחרונה במסגרת הסדר טיעון, בו הודה בובו בעבירות המיוחסות לו, נגזרו עליו שנתיים מאסר בפועל.

העתק כתב האישום נגד בובו בארי מצ"ב ומסומן מע/10.

העתק גזר הדין מיום 11.7.2006 מצ"ב ומסומן מע/11.

17. בין השאר נכתב בכתב האישום בעניינו של בובו, כי "הנאשם היווה חוליה מרכזית ברשת בינלאומית מתוחכמת ומתוכננת היטב הפרוסה על פני שלוש יבשות אשר עיקר עיסוקה היה החדרת נתינים זרים מארצות אפריקה ובפרט גינאה שלא כחוק לתחומי מדינת ישראל, מבלי שעברו תחת עיניהם הבוחנות של רשויות החוק והביטחון האמונים על גבולות מדינת ישראל וזאת כדי לגרוף סכומי עתק לרשותם" (סעיף 4 לפרק הרקע בכתב האישום). עוד צויין בכתב האישום, כי סוכניו של בובו בגינאה הציגו "מצג שווא לפיו, יוכלו אותם נתינים זרים המעוניינים לעבוד כדבעי במדינת ישראל" (סעיף 6 לפרק הרקע בכתב האישום), וזאת בתמורה לתשלום של \$6,000-4,000 (סעיף 7 לפרק הרקע בכתב האישום).

18. כפי שפורט בכתב האישום, בובו דאג להלנתם ולהעסקתם שלא כדין של מי שהצליחו להיכנס לישראל, כשהם חשופים כל העת לאיומים. עוד עולה מכתב האישום, כי פגע בחירותם של קורבנותיו באמצעות איומים, כי אם ייצאו מפתח הדירה בה שוכנו לא יקבלו מזון. בנוסף עולה מכתב האישום, כי בובו איים על חלק מקורבנותיו, כי ישלח אנשים שיהרגו אותם אם ילשינו למשטרה.

19. לו היה טורח בית הדין להוסיף ולשאול את השאלות, שהיה עליו לשאול שעה שנמצא בפניו קטין שקיים חשד להיותו קורבן סחר בבני אדם, היה מגלה מספר פרטים נוספים, המפורטים בתצהיר. כך, למשל, היה מגלה בית הדין, כי המערער הוחזק במשך כשמונה חודשים כשבוי של ממש בידי המבריחים בחצי האי סיני – הוא הוחזק שם בניגוד לרצונו, תוך איומי נשק מתמידים, כשאפילו כאשר חפץ ללכת לשירותים התלווה אליו מבריח חמוש. כך, למשל, היה מגלה בית הדין כי הובטח למערער תחילה כי במצרים תינתן לו אשרת כניסה לישראל שתאפשר לו לעבוד וללמוד בה כדין, לאחר מכן הובטח לו כי עם כניסתו לישראל תונפק לו אשרה כזו, ורק לבסוף הוא הבין כי מדובר בתרמית. כך, למשל, היה מגלה בית הדין, כי בתמורה להבאתו לישראל היה אמור המערער לעבוד בעבודה, שאמור היה לסדר לו בהא אוסמן, ובאמצעות עבודה זו לשלם לבובו בארי סכום של \$2,500. עוד היה מגלה, כי המערער, לפי מה שנמסר לו לפני הגעתו לישראל, היה אמור לעבוד היכן שיורו לו סוחריו, ובאמצעות עבודה זו לשלם להם את "חובו" עבור הבאתו לישראל, על ידי הפרשת שיעור של

75% משכרו לבהא אוסמן. כל אלה הם סממנים מובהקים של סחר בבני אדם, אולם בדיקת שורש כף היד היא העניין היחיד בו עסקה החלטת בית הדין.

20. נוכח האירועים המתוארים נופל המערער הן לגדרי הגדרת המונח קורבן סחר בבני אדם לפי הדין הבינלאומי בהתאם לפרוטוקול למניעת, דיכוי וענישת הסחר בבני אדם, ביחוד בנשים ובלדים (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children), הנלווה לאמנה נגד פשע מאורגן טרנס-לאומי, שנחתם על ידי ישראל בשנת 2001, והן לגדרי הגדרתו של מונח זה בהתאם לחוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), התשס"ז-2006.

21. מעבר לפירוט העובדתי הנ"ל, לא נתעכב ולא נרחיב בעניין ניתוח הגדרות הדין הבינלאומי והדין הישראלי בכל הנוגע לקורבנות סחר בבני אדם. כאמור, הדברים הנ"ל הובאו, בשלב זה, כרקע כללי בלבד ועל מנת שתהיה בפני בית המשפט התמונה המלאה. במקביל לערעור זה, שעניינו השימוש בבדיקות שורש כף יד לצורך "הערכת גיל" בלבד, פועל הח"מ בכל הנוגע למימוש חובות המדינה כלפי המערער כקטין לא מלווה וכקורבן סחר בבני אדם. לאחר מיצוי ההליכים, וככל שלא יטופל עניינו של המערער בהתאם לחובות, הנובעות מהגדרתו כקטין לא מלווה וכקורבן סחר בבני אדם, הן בכל הנוגע להחזקה במעצר והן בכל הנוגע לעניינים רלוונטיים נוספים, שומר לעצמו המערער את הזכות לפנות לערכאות אף בעניין זה. ואולם, לא זה העניין העומד בלב ערעור זה.

החלטת בית הדין לבצע במערער בדיקות שורש כף יד

בית הדין נ' מ"ד ומשרד הפנים – הליך מעין-שיפוטי?

22. ההליך שהתקיים בפני בית הדין הוא תמוה מעט, ובעקבותיו אף הצורך בהגשת ערעור זה הוא תמוה. עם מעצרו של המערער החליטו משטרת ההגירה ומשרד הפנים להעבירו אל מתקן מיכ"ל, בו כלואים קטינים, ככל הנראה נוכח טענתו כי הוא קטין ונוכח העובדה שאחז בידיו מסמך מזהה, בו נכתב כי תאריך הלידה שלו הוא 9.9.1990. משטרת ההגירה ומשרד הפנים לא חלקו על כך שאין להחזיקו בחברת בגירים בכלא "מעשיהו".

23. בהליך בפני בית הדין לביקורת משמורת ניצבו, אם כן, בפני בית הדין, שני צדדים, שלכל הפחות בשאלה האם יש להחזיק את המערער כקטין או כבגיר ובשאלה האם יש מקום לביצוע בדיקות שורש כף היד, לא היו חלוקים ביניהם. ואולם בדיון ביום 14.12.2006 בית הדין הודיע מיוזמתו למערער "אינני סומך על הנייר שהבאת" (נספח מע/1), ודרש ממנו להסכים לעבור בדיקת רנטגן של שורש כף היד. בית הדין לא מסר למערער, כי הוא מבקש שיעבור את הבדיקה שלוש פעמים, לא מסר לו כי מדובר בבדיקה בלתי אמינה בעליל (כפי שיוסבר בהמשך), ואף לא מסר לו, כי גם הרשויות סבורות כי

מדובר בבדיקה בעייתית, ועל כן הן פועלות בימים אלה לגיבוש דרך אחרת לבירור גילם של עצורים. תחת האיום, כי אם לא יסכים לעבור את הבדיקה הבלתי אמינה יועבר לכלא "מעשיהו", נתן המערער את "הסכמתו" לקיום הבדיקה (יצוין במאמר מוסגר כי נוכח הוראות סעיפים 13(ב) ו-13(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 לא ניתן לראות ב"הסכמתו" משום הסכמה מדעת מן הסוג הנדרש לצורך ביצוע טיפול או בדיקה רפואיים). רק לאחר מכן, כשהוסברה לו משמעות הבדיקה, מהותה ואמינותה המפוקפקת, חזר בו המערער מהסכמתו לקיומה של הבדיקה.

24. בהמשך הבהיר המשיב בבקשתו לעיון חוזר מיום 21.12.2006 כי עמדתו היא שעל בית הדין לבטל את החלטתו, כי יש להימנע מעריכת הבדיקה האמורה, וכי נוכח עבודת המטה הנערכת בנושא גיבוש שיטה חדשה להערכת גיל הוא מסכים, כי כל עוד המערער מוחזק במעצר הוא יוחזק באגף במתקן מיכ"ל, בו מוחזקים קטינים (נספח מע/6 הני"ל). אם לא היה הדבר ברור קודם לכן, הרי שעתה הוברר לבית הדין כי בנקודה בה עסקה החלטתו אין כל מחלוקת בין הצדדים שבפניו – כל עוד לא גובשה שיטה חדשה לבחינת גילו של עצור מכוח חוק הכניסה לישראל וכל עוד מוחזק המערער במעצר, אין מקום להחזיקו במעצר יחד בגירים ואין לבקשו לבצע בדיקת רנטגן של שורש כף היד. אף על פי כן בחר בית הדין לדחות את הבקשה והורה על קיומה של הבדיקה (נספח מע/2 הני"ל).

25. אמנם, המערער רואה חשיבות רבה בהיות בית הדין גוף עצמאי, אשר אינו חושש לצאת כנגד החלטות משרד הפנים כאשר יש צורך בכך, ואולם במקרה זה נראה, בכל הכבוד, כי בית הדין לקה בהבנת תפקידו כערכאת ביקורת. בית הדין יושב כערכאת ביקורת מעין שיפוטית על החלטות ממונה ביקורת הגבולות "בדבר החזקת שוהה שלא כדין במשמורת, לרבות לענין שחרור בערובה ולענין התמשכות ההחזקה במשמורת בשל עיכוב בביצוע צו הרחקה" (סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל). על אף עצמאות שיקול הדעת הנתונה לו, מדובר בעצמאות, הכפופה להגדרת בית הדין כ**ערכאת ביקורת וכגוף מעין שיפוטי**. בית הדין אינו רשות מינהלית עצמאית. כערכאת ביקורת מעין-שיפוטית עליו להכריע בסכסוכים ובפלוגתאות בין הצדדים שבפניו – המוחזק במשמורת ומשרד הפנים. במקום בו לא קיימת פלוגתא בנקודה מסויימת, כלל לא קמה לבית הדין סמכות להכריע בשאלות שאינן נתונות במחלוקת בין הצדדים.

26. הסממן המרכזי של גופים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים הוא סמכותם להכריע בסכסוך קיים בין צדדים ניצים (lis inter partes), שבו פוסק הגוף השיפוטי או המעין-שיפוטי. "**הסכסוך השיפוטי מתאפיין בקיומו של 'יחס משולש' שבו ראובן (הרשות) פוסק בריבם של שמעון ולוי**" (ב' ברכה, כרך א' (נבו 1997), עמ' 66; ראו גם: ד"ר 15/79 ליבל נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, פ"ד לה(3) 29, 37). "**מאפיין מרכזי של גוף או טריבונל מעין-שיפוטי טמון בהיותו פוסק בריב (Lis) בין שני צדדים על-פי הליך דמוי משפט. לשון אחר, נדרש משולש של שני צדדים מתדיינים וביניהם הרשות הפוסקת**" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 606).

27. ואולם בענייננו, כפי שעולה מבקשת המשיב 1 מיום 21.12.2006 לעיון מחדש בהחלטת בית הדין (נספח מע/6 הני"ל) כלל אין מחלוקת בין הצדדים בנקודה בה, לכאורה, הכריע בית הדין – אין

מחלוקת כי אין מקום לעריכת בדיקת רנטגן של שורש כף היד לצורך "הערכת גילו" של המערער; אין מחלוקת כי מדובר בבדיקות בעלות אמינות מפקפקת; אין מחלוקת כי מדובר בבדיקות שעשויה להיות להן השפעה בריאותית שלילית; אף אין מחלוקת, כי אין מקום בשלב זה להעביר את המערער למתקן, בו מוחזקים בגירים. בית הדין לא התבקש על ידי איש מן הצדדים להורות על קיומה של בדיקת רנטגן של שורש כף ידו של המערער, ושני הצדדים מתנגדים לעריכתה של בדיקה כזו.

28. במצב דברים זה נעדר בית הדין סמכות להורות על עריכת הבדיקה האמורה, והוא אף נעדר סמכות להורות על העברת המערער למתקן, בו מוחזקים בגירים.

על השימוש בבדיקות שורש כף היד ל"הערכת גיל"

עמדת המדינה בעבר ובהווה

29. די באמור עד כה בדבר עמדות הצדדים כפי שהובאו בפני בית הדין כדי להביא לביטול החלטת בית הדין. ואולם גם לגופו של עניין החלטתו של בית הדין שגויה ואינה יכולה לעמוד.

30. מזה כשנתיים מורה בית הדין, על פי בקשתם של המשיבים, על ביצוע בדיקת רנטגן של שורש כף היד במקרים, בהם קיים ספק בדבר קטינותו של אדם הטוען כי הוא קטין. במקרים בהם סירב הטוען להיות קטין לעבור את הבדיקה, חלה, לשיטת המשיבים, "חזקת הבגירות", והוא הועבר לכלא "מעשיהו", שם הוחזק בחברת בגירים. במקרים, בהם על פי הבדיקות האמורות התגלה, לכאורה, כי גיל העצמות של אדם עולה על 18 שנים הוא הועבר לכלא "מעשיהו", מבלי שניתנה לו אפשרות להפריך את הקביעה כי הוא בגיר. המשיבים נהגו להתעקש על עריכתה של הבדיקה האמורה בכל עת שנטען כי אדם הוא קטין, גם במקרים בהם היו בידיו מסמכים, המעידים כי הוא אכן קטין, ושהאותנטיות שלהם לא הופרכה. במקרים לא מעטים קטינים, שאחזו בדרכונים או מסמכים אחרים המעידים כי הם אכן קטינים, הועברו לכלא "מעשיהו" על בסיס אותה בדיקה בלתי אמינה.

31. כעת, כפי שעולה מבקשת המשיב 1 לעיון חוזר מיום 21.12.2006 (נספח 6/הנ"ל) החל הספק מכרסם בליבו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, והוא הורה למשטרת ההגירה ולמשרד הבריאות לבחון דרכים חלופיות להערכת גילם של הטוענים להיות קטינים. גדר הספקות אינו מצטמצם רק לשאלת אמינותה של הבדיקה. כפי שעולה מבקשת המשיב לעיון חוזר, הביקורת על הבדיקה מתייחסת אף להיותה בדיקה לא אתית בעלת השלכות רפואיות בעייתיות.

32. הספקות החלו להתעורר, כך נראה בחודש ספטמבר 2006, שעה שפורסמה בעיתון "מעריב" כתבה שכותרתה "גורל הקטינים נחרץ בבדיקה מפקפקת". במסגרת כתבה זו נתבקשה התייחסות משרד הבריאות לעניין ביצוען של הבדיקות האמורות, והכתבה נחתמה בפסקה: "המשנה למנכ"ל משרד הבריאות, ד"ר יצחק ברלוביץ', אמר אתמול כי הוא לא היה מודע לכך שצילומי רנטגן מבוצעים למטרות לא רפואיות וכי המשרד רואה זאת בחומרה. 'בעקבות פניית רופאים לזכויות אדם, ולאחר

שהתייעצתי עם הלשכה המשפטית במשרד הבריאות, בכוונתי להוציא הנחייה האוסרת ביצוע צילומי רנטגן שלא לצרכים רפואיים".

העתק כתבתה של הילה אלרואי דה-בר בעיתון "מעריב" מיום 29.9.2006 מצ"ב ומסומן מע/12.

33. בעקבות מספר פניות של הח"מ אל המחלקה המשפטית של בית החולים "הלל יפה", החל בית החולים בחודש ספטמבר 2006 להוסיף למסמכים, המפרטים את תוצאות הבדיקות, הערה בזו הלשון: "התשובה מבוססת על האטלס של Greulich WW Pyle... אשר מסתמך על צילומים של ילדים לבנים אמריקאיים. קיימים מחקרים המדגימים הבדלים בין גיל העצמות על פי האטלס הנ"ל לבין הגיל הכרונולוגי של נבדק/ת בקבוצות אתניות שונות, אזורים גאוגרפיים שונים ופרמטרים אחרים שונים".

העתק תוצאות בדיקתו של מוחזק אחר, שבתחתיתן מופיעה ההערה האמורה, מצ"ב ומסומן מע/13.

על משמעותה של בדיקת שורש כף היד

34. כאמור, בדיקת שורש כף היד האמורה היא בדיקה בלתי אמינה. כמו כן, נוכח הנזקים שגורמת קרינה, ואפילו ברמה נמוכה, נהוג לעשות שימוש בבדיקות רנטגן רק כאשר יש צורך רפואי בכך. חרף האמור הורה בית הדין לבצע במערער את הבדיקה, ואף הגדיל לעשות והורה כי היא תבוצע שלוש פעמים.

35. על משמעותה של הבדיקה האמורה עומד ד"ר גדעון פלוסר, מומחה ברדיולוגיה אבחנתית, מנהל היחידה להדמיית השלד במרכז רפואי תל-אביב ע"ש סורסקי, בחוות דעתו.

העתק חוות דעתו הרפואית של ד"ר פלוסר מצ"ב ומסומן מע/14.

36. לדבריו של ד"ר פלוסר, כפי שהם מופיעים בחוות הדעת, נוכח העובדה שהיום ידוע הנזק הפוטנציאלי של חשיפה לקרינה, אפילו מוגבלת, לא נהוג לבצע צילומי רנטגן אלא אם הדבר נחוץ לצרכים רפואיים. בהתאם לחוות הדעת, צילומים להערכת גיל העצמות, כאשר הם אינם מיועדים לבדיקת קיומה של בעיה התפתחותית או של מחלה, אלא מיועדים להערכה (בלתי אמינה) של גילו הכרונולוגי של אדם, אינם בגדר צורך רפואי, ולכן לא ראוי ולא אתי לבצע אותם.

37. בהתאם לחוות הדעת, חזרה על הצילום שלוש פעמים, כפי שהורה בית הדין לעשות, תוך חשיפה מוגברת של הנבדק לקרינה בלתי נחוצה נוגדת כל היגיון רפואי ומנוגדת לכל כללי האתיקה. אין בכך כל שיפור להיעדר הבסיסי של האמינות של הבדיקה לשם קביעת גיל כרונולוגי.

38. מחוות דעתו של ד"ר פלוסר עולה, כי הבדיקה, בה עושות הרשויות שימוש, היא בדיקה בעלת מהימנות מוגבלת בעליל, ובעיקר כשמדובר באוכלוסייה ממוצא אפריקאי. הבדיקה, בה נעשה שימוש לצורך הערכת גיל העצמות, פותחה לפני עשרות שנים, והיא מבוססת על אטלס גיל עצמות של Greulich (Radiographic Atlas of Skeletal Development of the hand and wrist, Second edition, 1959) (להלן – **אטלס גראוליך**).

39. האטלס נבנה בשנות החמישים של המאה ה-20 על ידי בדיקת צילומיהם של מאות ילדים לבנים מאזור העיר קליבלנד במדינת אוהיו שבארה"ב. הערכת גיל העצמות נעשת על ידי הרופא תוך השוואה בין צילום הנבדק לצילומים עוקבים באטלס. הצילומים המובאים באטלס אמורים לייצג את ממוצע התפתחות העצמות בגיל מסויים.

40. כאמור, האטלס נערך לפני כחמישים שנה, והוא מסתמך על קבוצה הומוגנית של ילדים לבנים במערב התיכון של ארה"ב. מחוות דעתו של ד"ר פלוסר עולה, כי **לפי ההערות המצורפות לאטלס עצמו, אין לצפות שהסטנדרט יתאים לקבוצות אחרות**. לדברי כותבי ההערות, אפילו באוכלוסיות שונות בארה"ב, באזורים שונים ומוצא אתני שונה, יש שונות רבה לעומת הסטנדרט שבאטלס. לדבריהם, יש שונות רבה גם אם מתייחסים לקבוצות אתניות שונות ביבשות שונות.

41. התפתחות העצמות, לפי הכתוב במבוא לאטלס, היא רק אספקט אחד מרבים בנושא קביעת גדילה והתפתחות, ויש להתייחס למדדי גובה ומשקל, מדדי תזונה ובריאות כללית, בקביעת גילו הביולוגי של הנבדק.

42. עוד עולה מחוות דעתו של ד"ר פלוסר, כי לפי הנתונים המובאים באטלס, גם כשמדובר באוכלוסייה הספציפית אליה מתייחס הספר, קיימת שונות רבה בין נבדקים אינדיבידואלים. קביעת הגיל היא סטטיסטית בלבד, וקיימת סטיית תקן גבוהה גם בתוך אוכלוסיית המחקר. כשמדובר בגיל 17 (שהוא הגיל הגבוה ביותר בו יש התייחסות באטלס), סטיית התקן היא של כ-16 חודשים. כלומר, **אפילו באוכלוסייה עליה בוצע המחקר**, טווח גילאים שבין 15 שנים ו-8 חודשים עד 18 שנים ו-4 חודשים יכול להיכלל בתוך סטיית תקן אחת לעומת גילו הכרונולוגי של הנבדק.

43. ד"ר פלוסר מסכם עניין זה וכותב בחוות דעתו, כי הסתמכות בלעדית על צילומי שורש כף היד בקביעת גיל כרונולוגי הינה בעלת מהימנות מוגבלת, במיוחד כשמדובר באוכלוסייה השונה מאוד מבחינה אנתרופולוגית, גזעית ואתנית וכנראה גם בריאותית ותזונתית מהמדגם עליו מסתמכת הבדיקה. היקש מהאטלס לגיל ספציפי אינה אמינה. כל הספרות הרפואית המוכרת בעניין זה קובעת אף היא, כי מדובר בבדיקה בעלת מהימנות מוגבלת ביותר.

44. ד"ר פלוסר מוסיף, כי יצירת אטלס מודרני כזה אינה אפשרית, משום שהיום ידוע הנזק הפוטנציאלי שבקרונה, אפילו מוגבלת, ואף מוסד לא יאשר צילומים של כפות ידיים של אלפי ילדים לצורך קביעת סטנדרט חדש. לכן, לדבריו, בלתי אתי להפיק אטלס חדש יותר, ואין בנמצא אטלס חדש יותר, כל

זאת למרות שמחקרים מראים שקצב הגדילה השתנה עם השנים ומהימנות האטלס הקיים, חמישים שנה לאחר שיצא לאור, היא מוגבלת מאד.

45. עוד הוא מסביר, כי לאור הנזק הבריאותי שגורמת הקרינה, העובדה שבני אדם חייבים לעבור צילום מסוג זה, שאינו נחוץ לבריאותם, והעובדה שהם נחשבים לבגירים אם אינם מוכנים לעבור את הבדיקה, הן בלתי אתיות לחלוטין.

החובה בדין הבינלאומי לעשות שימוש בבדיקות אמינות שאינן עלולות להזיק לבריאות

46. ישראל אינה המדינה היחידה המתמודדת עם תופעת הקטינים הלא מלווים הנמצאים בתחומיה ללא כל מעמד ועם הצורך להעריך את גילם. קטינים רבים מתייתמים מהוריהם במהלך מלחמות, כתוצאה מרעב ומחלות או מסיבות אחרות, ומגיעים, לעיתים באמצעות מבריחי גבול ולעיתים באמצעות סוחרי ילדים, למדינות המערב. יש שמגיעים עם הורה או קרוב מבוגר אחר ונטשים או מתייתמים, ואחרים נשלחים על ידי בני משפחותיהם במטרה לעבוד. בעוד שבישראל מדובר בתופעה מצומצמת יחסית, הרי שבמדינות אירופה ובארה"ב מדובר בתופעה המקיפה עשרות אלפי ילדים בכל שנה.

לדו"ח משנת 2003 בעניין תופעת הקטינים הבלתי מלווים של "התכנית לילדים לא מלווים באירופה" (Separated Children in Europe Programme), גוף משותף של נציבות האו"ם לפליטים (UNHCR) (ושל הארגון הבינלאומי Save the Children, ראו :

Separated Children in Europe: Policies and Practices in European Union Member States: a Comparative Analysis.

http://www.separated-children-europe-programme.org/separated_children/publications/reports/policies_comparative_analysis.pdf

47. נוכח הצורך להתמודד עם התופעה גובשו בשנים האחרונות מספר כללים בדין הבינלאומי, שעוגנו במסמכים שונים, ושנועדו להתוות את הכללים בדבר טיפול בקטינים לא מלווים. כמו כן גובשו הסדרים מגוונים בפרקטיקות של מדינות שונות בעולם, שנועדו להתמודד עם התופעה באופן שיבטיח את עקרון העל של טובת הקטין.

48. המסמך הראשון הרלוונטי לענייננו הוא **האמנה בדבר זכויות הילד (1989)** (כ"א 1038, כרך 31, 221) (להלן – **האמנה**), שאושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, ומעגנת את עיקרון טובת הילד ורואה בו שיקול ראשון במעלה. אל מסמך זה מצטרפת **הערה כללית מס' 6**, אשר פורסמה בחודש ספטמבר 2005 על ידי וועדת האו"ם לזכויות הילד בעניין נשוא ערעור זה: " **TREATMENT OF UNACCOMPANIED AND SEPARATED CHILDREN OUTSIDE THEIR COUNTRY OF ORIGIN**" (להלן – **הערה כללית 6**).

העתק הערה כללית 6 מצ"ב ומסומן **מע/15**.

49. **הערה כללית 6** היא בעלת משמעות מרכזית לענייננו, על כן נבקש להתעכב מעט על משמעותה המשפטית. אחד מתפקידיהן של וועדות האו"ם לעניין אמנות זכויות האדם הוא פרסום הערות כלליות (General Comments). הערות אלה הן **הפרשנות המוסמכת והמנחה** של סעיפי האמנות, עליהן ממונות הוועדות (ראו: Thomas Buergenthal in International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals (Henry Steiner & Philip Alston, eds.) Oxford University Press (2nd edition, 2000), p. 732).

50. אף בית המשפט הישראלי פונה להערות כלליות כמקור פרשני לדין הבינלאומי. כך, למשל, בבג"ץ 3992/04 **מימון-כהן נ' שר החוץ**, פ"ד נט(1) 49, 67-68, פנה בית המשפט להערה כללית מס' 13 של וועדת זכויות האדם (HRC), לעניין היקף פרשנותה של הזכות להליך הוגן על פי הוראות האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law). כך עוד, בבג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שירות בתי הסוהר** (פסק דין מיום 13.6.2006, סעיף 19 לפסק הדין), פנה בית המשפט להערה כללית מס' 19 של וועדת זכויות האדם (HRC), לעניין היקף פרשנותה של הזכות לחיי משפחה על פי הוראות האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses).

51. סעיף A.31. להערה כללית מס' 6, העוסק בהערכת גילם של קטינים לא מלווים, קובע כי:

"Moreover, the assessment must be conducted in a scientific, safe, child and gender-sensitive manner, avoiding any risk of violation of the physical integrity of the child".

52. כאמור, הערכת גיל כרונולוגי באמצעות הערכת גיל עצמות שורש כף היד היא פרקטיקה מפוקפקת מבחינה מדעית, אין בה כדי לאפשר הערכה אמינה של גילו הכרונולוגי של הנבדק, והיא חושפת את הנבדק לקרינה לא בריאה, שלא נהוג לחשוף אליה בני אדם, אלא כאשר הדבר נדרש מטעמים

רפואיים. היא אסורה על פי הסטנדרטים, שנקבעו בדין הבינלאומי, ומכוח "חזקת ההתאמה", ממנה נגזר כי שעה שרשויות המדינה עושות שימוש בסמכויות המוקנות להן, יש להימנע מעשיית שימוש בה (על "חזקת ההתאמה" של הדין הישראלי למשפט הבינלאומי ראו: בג"ץ 279/51, 280/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו(2) 945, 966; בג"ץ 2587/04 יצחק בוכריס נ' פקיד שומה חדרה, תק-על 2005(2) 3648, בסעיף 15 לפסק דינו של הנשיא ברק; דני"פ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 721, 767).

הערכת גיל – משפט משווה

53. את רוב מדינות העולם המתמודדות עם תופעת הקטינים הבלתי מלווים ניתן לחלק לשתי קבוצות בכל הנוגע לאופן הערכת גילם של הקטינים. הראשונה – מדינות, בהן חל איסור מוחלט על עשיית שימוש בבדיקה המשמשת את המשיבים לצורך "הערכת גילם" של קטינים לא מלווים. השנייה – מדינות בהן נעשה שימוש בבדיקה, אולם מתוך מודעות למגבלותיה אין היא משמשת אלא כאינדיקציה נוספת, המצטרפת לשורה של בדיקות נוספות, דוגמת בדיקת הבגרות המינית, בדיקה דנטלית, ראיונות על ידי רשויות הרווחה וביצוע בדיקות סוציו-פסיכולוגיות על ידי אנשי מקצוע מתחום הפסיכולוגיה ההתפתחותית ופסיכולוגיית הילדים.

54. בשל העדר אמינותה של הבדיקה, אליה התייחסנו בהרחבה לעיל, ניתן לראות כי לא נהוג לעשות בה עוד שימוש במדינות שונות המתמודדות בדיוק עם אותה הבעיה, שעמה מתמודדת ישראל – הקושי להעריך את גילם של קטינים לא מלווים. כך, למשל, זרועות שונות של ממשלת ארה"ב, שנהגו אף הן לעשות בעבר שימוש בבדיקות רנטגן של שורש כף היד, חדלו לאחרונה מן השימוש בפרקטיקה זו, וזאת לאור העדר אמינותה של הבדיקה:

"Yet the Bush Administration's INS Commissioner acknowledged the controversy surrounding the exams; in early 2002, he announced that the agency was reviewing the age assessment policy. Because of the variability of these exams, both the US State Department and the Health and Human Services Department have stopped using the exams".

מתוך הדו"ח:

From Persecution to Prison: The Health Consequences of Detention for Asylum Seekers, June 2003, p. 133.

מופיע באתר האינטרנט:

<http://www.physiciansforhumanrights.org/library/documents/reports/report-perstoprison-2003.pdf>

55. במכתב ששיגרו כ-90 דיקני בתי ספר לרפואה בארה"ב, מנהלי מוסדות רפואיים ומנהלי מחלקות אל מחלקת ביטחון הפנים בממשל האמריקאי, עמדו החותמים על העדר האפשרות לעשות שימוש בבדיקות האמורות לצורך הערכת גילם של קטינים לא מלווים. החותמים עמדו על סטיית התקן הגדולה של הבדיקות, העומדת על שלוש שנים, על כך שהשימוש בהן מביא להחזקתם של קטינים במעצר כבגירים, ועל כך שמומלץ לא לעשות שימוש בבדיקה כלל, ולמצער – לא לעשות בה שימוש כאמצעי יחיד להערכת גיל:

"In fact the standard deviation in these tests could be as much as three years – a very large margin of error, particularly given the attempt to distinguish whether an individual is a minor or an adult... The Radiographic Atlas of Skeletal Development of the Hand and Wrist, the most commonly used bone age standards in the United States, was not designed to determine chronological age... [W]e believe that it is irresponsible and unproductive to rely on a fundamentally flawed technique in doing so. We recommend that US authorities not rely on dental and bone age testing practices, particularly not as the sole form of determination, but preferably not at all".

העתק המכתב מצ"ב ומסומן מע/16.

56. במכתב אחר, ששוגר ביום 12.3.2002 על ידי די"ר נולטון פרארו, רופא בכיר בבית הספר לרפואה באוניברסיטת הרווארד שבארה"ב, אל רשויות ההגירה בארה"ב הוסבר, כי לא ניתן לעשות שימוש בבדיקות רנטגן של שורש כף היד ובבדיקות דנטליות כדי לקבוע באופן אמין את גילו הכרונולוגי של נבדק. די"ר פרארו עמד במכתבו על כך שההפרשים בין גיל כרונולוגי, גיל העצמות וגיל דנטלי עשויים להגיע לעד חמש שנים:

"I appreciate the desire to give some objectivity to the resolution of certain age claims in the absence of thorough documentation. However, a fundamental concept is being ignored in the current INS approach to age testing: chronological age, dental age and skeletal (bone) age are not necessarily the same in a given individual. In fact, deviation among these three "ages" is common and well appreciated as in pediatric and dental practice. Discrepancies among these ages can amount to as much as five years... It is also important to note that the Atlas was based on data for white North American children. Applying these standards to children of other colors and from other regions of the world compounds the fundamental error."

ובהמשך:

"Physicians and dentists who participate in assigning chronological age based on developmental tests, well-intentioned or not, are using a pretense to lend scientific

legitimacy to administrative decisions. The margin of error in correlating bone, dental and chronological age is too great to permit reasonable conclusions and physical development literature makes this point over and over.”

העתק מכתבו של ד"ר נולטון פרארו מצ"ב ומסומן מע/17.

57. בשנת 1999 פרסם הקולג' המלכותי של רופאי הילדים באנגליה הנחיות לטיפול בקטינים מבקשי מקלט. הפרסום עוסק בשורה של נושאים, ומתייחס גם להערכת גילם של קטינים. בעמ' 13 להנחיות צוין, כי הקולג' המלכותי לרדיולוגיה פרסם בשנת 1996 המלצה לחבריו, לפיה אם רשויות ההגירה תבקשנה מהם לבצע הערכת גיל כרונולוגית באמצעות בדיקת גיל העצמות, הקולג' ימצא את הבקשה בלתי מוצדקת:

“In 1996, The Royal College of Radiologists gave useful advice to his members about the use of X-rays in the assessment of age. They advised that if an immigration official requests an applicant to have a radiograph obtained to confirm their alleged chronological age, the College would regard it as unjustified”.

העתק העמודים הרלוונטיים מתוך ההנחיות מצ"ב ומסומן מע/18.
לפרסום המלא, ראו:

http://www.rcpch.ac.uk/publications/past_publications/refugee.pdf

58. בהמשך, בעמ' 14 להנחיות, עומדים הכותבים על העדר הדיוק שבבדיקות אלה, ועל כך שיש לעשות שימוש בבדיקה אך ורק לצורך טיפול רפואי או מחקרים שאושרו על ידי וועדות האתיקה המתאימות.

59. הפרקטיקה הנוהגת של הרשויות באנגליה היא בהתאם. באותו פרסום מצוטט בעמ' 14 סעיף 5 לפרק 2 של הנחיות מחלקת ההגירה של אנגליה (Immigration and Nationality Department). בהנחיות אלה נקבע, כי אין לעשות בשום אופן שימוש בבדיקות אלה למטרות הערכת גיל:

“It is inappropriate for X-rays to be used merely to assist in age determination for immigration purposes. Under no circumstances should a caseworker suggest that an applicant should have X-rays taken for this purpose”.

60. מנייר שהוצג על ידי Eugenia Markova בכנס בינלאומי, שנערך בחודש אוקטובר 2005 בעניין קטינים לא מלווים, עולה כי באנגליה רשויות הרווחה הן שמעריכות את גילו של קטין, כאשר קיים ספק בנוגע לקטינותו:

“If the Home Office has any doubt it is required to refer to social services for a detailed age assessment. Social services have the right to override a decision made by Immigration officers.”

ראו :

http://www.coe.int/t/f/coh%20E9sion_sociale/migrations/Source/MG-RCNF_2005_5_Report_UK_en.pdf

61. בנייר שהוצג על ידי Sylvain Vitte באותו הכנס ביחס לפרקטיקה הנהוגה ב**שוויץ** בעניינם של קטינים לא מלווים, עולה כי כאשר קיימים ספקות ביחס לקטינותו של אדם, נערכות על ידי המכון לרפואה פורנזית באוניברסיטת ציריך ארבע בדיקות במשולב – בדיקה דנטלית, צילום שורש כף היד, טומוגרפיה ממוחשבת ומיפוי היסטוריה של מחלות. **אך ורק אם על פי כל ארבע הבדיקות יימצא כי הנבדק הוא בגיר, תתייחסנה אליו הרשויות כאל בגיר**. די בכך שאחת הבדיקות תצביע על כך שמדובר בקטין, כדי שהנבדק ייחנה מן הספק ויזכה ליחס של קטין. עוד עולה מן הנייר, כי בשוויץ בכל הנוגע לבדיקת צילום שורש כף היד, **נלקח בחשבון טווח טעות של 3 שנים** (עמ' 16).

ראו :

http://www.coe.int/t/f/coh%20E9sion_sociale/migrations/Source/MG-RCNF_2005_4_Report_Switzerland_en.pdf

62. בחודש מרץ 2003 נערכה סדנא בעניין הערכת גילם של קטינים בלתי מלווים, בה השתתפו נציגים מבולגריה, דנמרק, הונגריה, ליטא, נורווגיה, רומניה ושוודיה, ובו הציגה בירגיט אייזנברגר מנציבות הפליטים של האו"ם (UNHCR) בוינה נייר בעניין הערכת גילם של קטינים אלה.

לסיכום הסדנא, הכולל נייר זה ראו :

http://www.savethechildren.net/separated_children/publications/reports/report_workshop_age_assessment.pdf

63. בנייר שהציגה אייזנברגר, קיימת התייחסות לבדיקות על פי שיטת Greulich, שעל ביצועה המשולש הורה בית הדין בעניינו של המערער. הכותבת מתייחסת בעמ' 36 אל מחקר של Diamant-Berger, המתיחס אל המחקר עליו מבוססות בדיקות שורש כף היד, ולגביו נאמר :

“Diamant-Berger stresses that the study does not relate to differences in evaluation in particular, not even to **interracial differences**”.

(ההדגשה הוספה).

64. עוד עולה מן הנייר (בעמ' 37), כי בשנת 2000 נציבות הערעורים בענייני מקלט בשווייץ קבעה כי בדיקה זו היא בעלת תוקף מוגבל, שכן מחקרים מראים, כי היא אינה מביאה בחשבון הבדלים בהתפתחות השלדית של גזעים שונים, וכי השלד מגיע היום לבגרות בגיל כרונולוגי צעיר יותר מזה שבעת עריכת האטלס.

להחלטת הנציבות השוויצרית ראו:

<http://www.ark-cra.ch/emark/2000/19.htm>

65. עוד עולה מן הנייר שהציגה אייזנברגר (עמ' 37), כי גם באוסטרליה נקבע, כי בדיקה זו אינה אמינה ולא ניתן להסתמך עליה:

“The limited knowledge apparently available about bone age in cultures other than “European” is also highlighted by the Senate Legal and Constitutional Committee of the Parliament of the Commonwealth of Australia. The Committee furthermore reports evidence presented by the New South Wales Council for Civil Liberties stating that the “x-ray procedure itself is uncertain”: “We cannot be confident, it having been only tested on Caucasians in North America, that this process is any more certain than an appropriately qualified person giving an opinion based on other types of tests”.

66. בעמ' 39 מציגה אייזנברגר מחקר, שבו נבדק גילם של ילדים ועל פיו רק אצל 20%-30 מהם נמצאה התאמה בין תוצאות הבדיקות לבין גילם הכרונולוגי:

“As regards bone and real age in general, Zink, Zink and Reinhardt found out that they only correspond in 20 to 30 % of the assessed cases.”

67. כפי שעוד עולה מסיכום הסדנה, אוסטרליה וגרמניה נהגו בעבר לעשות שימוש בבדיקות צילומי רנטגן של שורש כף היד לצורך הערכת גילם של קטינים בלתי מלווים, אך חדלו מלעשות כן בשל חוסר אמינותה של הבדיקה (עמ' 6). בשוודיה, אמנם נעשה שימוש בצילומי רנטגן של שורש כף היד לצורך הערכת גילם של קטינים בלתי מלווים, אך לא כאמצעי יחיד ומכריע – במדינה זו, כאשר יש ספק בדבר קטינותו של הטוען להיות קטין, נערכת בדיקת שורש כף היד במקביל לעריכת בדיקה דנטלית והערכה פסיכו-סוציאלית על ידי אנשי מקצוע (עמ' 6). רק אם על פי שלוש הבדיקות נמצא כי האדם אינו קטין, הוא יקבל יחס של בגיר. ביתר המקרים הוא ייחשב קטין. בנורווגיה אומצה אותה השיטה הנוהגת בשוודיה (עמ' 6).

68. יוער כיבסעיף 2 להחלטת בית הדין מיום 24.12.2006 (נספח מע' 2 הנ"ל) הפנה בית הדין אל ספר מקורות שנכתב על ידי ארגון ההגירה הבינלאומי (IOM) בשיתוף עם ממשלת אוסטרליה. בית הדין

ביקש להסתמך על ספר מקורות זה כדי לקבוע כי מדובר בבדיקה אמינה. דא עקא, שאוסטריה, כאמור לעיל, עשתה בעבר שימוש בבדיקת שורש כף היד על מנת לבדוק את גילו של הטוען להיותו קטין, אולם חדלה מלעשות שימוש בבדיקה לאור חוסר אמינותה המוכת, וכיום היא עושה שימוש בשיטות הערכה סוציו-פסיכולוגיות להערכת גילם של הטוענים להיות קטינים לא מלווים. ספר המקורות, אליו מפנה בית הדין, מחזק דווקא את עמדת המערער ואת העמדה שהציגו המשיבים בפני בית הדין. בעמ' 60 לספר המקורות נכתב:

“Because of a high standard deviation of the results of age assessment and of radiation exposure, the hand X-ray is not used in Austria anymore”.

לספר המקורות, אשר אליו התייחס בית הדין בהחלטתו מיום 24.12.2006, ראו:

http://www.austria.iom.int/en/images/uploads/Resource%20Book%20on%20Good%20Practices%20in%20Combating%20Child%20Trafficking_open%20version_04_04_06_1144072046.pdf

69. יוער, כי השימוש הזהיר שעושות המדינות השונות בבדיקות שפורטו לעיל נעשה רק באותם מקרים, בהם לא קיים תיעוד, המצביע על היותו של הנבדק קטין. במקרים דוגמת עניינו של המערער, בהם קיימים מסמכים המעידים על היותו של אדם קטין, נוהגים להסתמך על אותם מסמכים, אף אם קיימים ספקות בדבר אמינותם. רק במקרים, בהם **הוכח** כי מסמכיו של אדם הטוען להיות קטין אינם אמינים, נעשה שימוש באמצעים אחרים לצורך בדיקת גילו.

החובה שלא להסתפק בבדיקות פיזיולוגיות

70. הבדיקות שעל ביצוען הורה בית הדין, לא רק שאינן אמינות ועשויות להיות מזיקות מבחינה בריאותית, אלא אף אינן עומדות בסטנדרטים הנוגעים לצורך לקחת בחשבון גם את בגרותו הפסיכולוגית של הנבדק.

71. סעיף A.31. להערה כללית 6 הנ"ל קובע, כי:

“Such identification measures include age assessment and should not only take into account the physical appearance of the individual, but also his or her psychological maturity.”

72. בדומה, סעיף 5.11.a להנחיות נציבות הפליטים של האו"ם (UNHCR) בעניין קטינים לא מלווים מחפשי מקלט משנת 1997 קובע:

“Such an assessment should take into account not only the physical appearance of the child but also his/her psychological maturity.”

ראו :

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/txis/vtx/publ/openssl.pdf?tbl=PUBL&id=3d4f91cf4>

73. כאמור בסעיף 67 לעיל, **שוודיה ונורווגיה** עורכות במקביל לבדיקות גופניות גם בדיקות סוציו-פסיכולוגיות להערכת גילם של שוהים שלא כדין הטוענים להיות קטינים.

74. כפי שפורט בסעיפים 57-59 לעיל, **אנגליה** אינה עושה שימוש בבדיקות רנטגן של שורש כף היד לצורך הערכת גיל בשל חוסר אמינותה של הבדיקה, והנחיות רשויות ההגירה אוסרות על שימוש בבדיקה. הנחיות רשויות ההגירה באנגליה מחייבות הערכה של גיל הנבדק בהתאם לראיון שנערך על ידי איש מקצוע המתמחה בטיפול בילדים – עובד סוציאלי או פסיכולוג. הנחיות אלה מתוות קווים לאופן ניהול הראיון, שמטרתם לבחון את רמת ההתפתחות הפסיכולוגית, החברתית והאמוציונלית של הקטין הנבדק.

העתק הנחיות רשויות ההגירה באנגליה בעניין זה מצ"ב ומסומן **מע/19**.

75. כאמור לעיל, אף אוסטריה עושה שימוש בשיטות סוציו-פסיכולוגיות להערכת גילם של קטינים ולא בבדיקות פיזיולוגיות. ספר המקורות שהוצא על ידי ארגון ההגירה הבינלאומי (IOM) וממשלת אוסטריה, שהוזכר בפסקה 68 הנ"ל, ושארף הוזכר בסעיף 2 להחלטת בית הדין מיום 24.12.2006, מפרט בהרחבה את האופן בו נעשות הערכות אלה על ידי אוסטריה (עמ' 41-45).

ראו :

http://www.austria.iom.int/en/images/uploads/Resource%20Book%20on%20Good%20Practices%20in%20Combating%20Child%20Trafficking_open%20version_04_04_06_1144072046.pdf

על משמעות ה"ספק"

76. כמפורט בפתח העתירה, מתבקש בית המשפט להורות, כי המערער לא יועבר לכלא "מעשיהו" ולא יוחזק חברת בגירים, וכן כי המערער לא יוחזק בתנאי הפרדה אך בשל היותו קטין. סעד זה מתבקש, שכן במקרים אחרים, בית הדין החליט "מחמת הספק" לראות בקטינים שלא הסכימו לעבור בדיקות שורש כף יד בגירים לכל דבר ולהעבירם לכלא "מעשיהו". במקרים אחרים, בהם נמצאה, לכאורה, סתירה בין מסמכיהם של קטינים, שהוכיחו את קטינותם, לבין תוצאות בדיקות שורש כף היד, שנערכו בהם, הורה החליט בית הדין "מחמת הספק", כי אותם קטינים יוחזקו בתנאי הפרדה. גם זאת (כמו ההחלטה בעניינו של המערער כאן) שלא על דעת המשיבים. חששו של המערער הוא שאם

יתקבל ערעור זה, יחליט בית הדין לראות בו בגיר "מחמת הספק" ויורה על העברתו לכלא "מעשיהו", שם יוחזק עם בגירים, או שיחליט להורות על החזקתו בתנאי הפרדה.

לדוגמה, בה החליט בית הדין לראות בעצור, המחזיק מסמכים המוכיחים כי הוא קטין, בגיר בשל תוצאות בדיקות שורש כף היד ולהעבירו לבידוד, ראו החלטת בית הדין בעניינו של הקטין ס"ד מיום 26.12.2006, שהעתקה מצ"ב ומסומן מע/20.

77. כפי שפורט לעיל, המערער נעצר כשבידיו מסמך מזהה, בו מופיע תאריך הלידה שלו: 9.9.1990. בידי המדינה אין ראיות המצביעות על כך שמדובר במסמך שאינו אותנטי. בית הדין ציין בפרוטוקול הדיון מיום 14.12.2006 (נספח מע/1) כי: "איני סומך על הנייר שהבאת". בית הדין סתם ולא פירש מדוע אינו מוכן להתייחס אל המסמך המזהה שבידי המערער ואף לא ביקש מגורם כלשהו לבצע בדיקות שמטרתן לבחון את האותנטיות של המסמך. בנסיבות אלה, וכל עוד אין בידי המדינה ראיות אחרות, כלל אין לומר כי קיים ספק בהיותו של המערער קטין. ואולם, אפילו היה בכך ספק, היה על המדינה להתייחס אל המערער כאל קטין לכל דבר ועניין.

78. הכלל הנ"ל מתחייב מעקרון העל של טובת הקטין. נוכח עקרון זה, יש להעדיף את הכלל על פיו כאשר קיים ספק בדבר קטינותו של אדם, יש להתייחס אליו כאל קטין, על פני כלל הפוך, לפיו יש להתייחס אל "ספק קטינים" כאל בגירים. מדינה, האמונה על עקרון העל של טובת הקטין, תעדיף התרחשותם של מצבים, בהם בגירים אחדים יזכו ליחס של קטינים בשל קיומו של ספק, על פני מצב הפוך ובלתי נסבל, בו יהיו קטינים שיזכו ליחס של בגירים (ובעיקר כשהדבר נוגע לענייני מעצר) בשל קיומו של ספק בקטינותם.

79. הכלל לפיו מי שיש ספק בשאלת קטינותו או בגירותו יזכה ליחס של קטין מעוגן אף בכללי המשפט הבינלאומי. סעיף A.31. להערה כללית 6 הנ"ל בדבר הטיפול בקטינים לא מלווים, הנמצאים מחוץ למדינת מוצאם, קובע, כי על פי האמנה לזכויות הילד במקרים בהם קיים ספק בעניין קטינותו של אדם ייחנה האדם מן הספק, והרשויות תתייחסנה אליו כאל קטין:

"in the event of remaining uncertainty, should accord the individual the benefit of the doubt such that if there is a possibility that the individual is a child, s/he should be treated as such."

80. התכנית האירופית לילדים לא מלווים (Separated Children in Europe Program), מיסודם של הארגון הבינלאומי Save The Children ושל נציבות הפליטים של האו"ם (UNHCR), פרסמה בשנת 2004 המלצות למדינות אירופה כיצד לנהוג בילדים אלה (Statement of Good Practice). בסעיף 8 למסמך זה נקבע, כי:

“In cases of doubt there should be a presumption that someone claiming to be less than 18 years of age, will provisionally be treated as such.”

ראו :

http://www.separated-children-europe-programme.org/separated_children/good_practice/SGP_3ed_print.pdf

81. הנחיות נציבות האו"ם לפליטים (UNHCR) משנת 1997 ביחס לקטינים לא מלווים מחפשי מקלט (שזכרו בסעיף 72 לעיל), אף הן קובעות בסעיף 5.11.c את הכלל לפיו במקרה של ספק יש להניח כי מבקש המקלט הוא קטין :

“The child should be given the benefit of the doubt if the exact age is uncertain.”

82. כאמור בבקשה לעיון חוזר מיום 21.12.2006, שהגיש המשיב 1 (נספח **מע/6** הנ"ל), משרד הפנים הסכים כי המערער לא יועבר לכלא "מעשיהו". יחד עם זאת, בית הדין, כפי שניתן לראות בהחלטותיו מיום 24.12.2006 (נספח **מע/2**) בדבר שליחתו של המערער לבדיקות רנטגן של שורש כף היד ומיום 26.12.2006 (נספח **מע/20**) בדבר החזקתו של עצור אחר בתנאי הפרדה "מחמת הספק", מבקש לשים עצמו בנעלי המשיבים, ומורה לרשויות לבצע פעולות שונות ביחס לעצורים שהוא מטיל ספק בקטינותם, אף במקרים בהם מסכימים העצור והמשיבים כי אין מקום לביצוען של פעולות אלה. לפיכך, יתבקש בית המשפט ליתן צו האוסר על העברתו של המערער לכלא "מעשיהו" והאוסר על העברתו לתנאי בידוד רק מן הטעם שבית הדין מטיל ספק בקטינותו.

83. לסיום נשוב ונדגיש – עמדת המערער היא כי כל עוד הוא מוחזק במעצר, עליו לזכות ליחס לו זוכים עצורים קטינים (וזאת, בשלב זה, מבלי להתייחס לאי חוקיות הסדרי המשיבים הנוגעים למעצרו של קטינים). עם זאת, עמדתו ביחס למעצרו היא מורכבת יותר מעמדתם של המשיבים, שלשיטתם יש להחזיקו במעצר במתקן מיכ"ל. ואולם בשלב זה, כל עוד לא דנו המשיב 1 ובית הדין בבקשת המערער לשחרור ממשמורת נוכח היותו קטין לא מלווה ונוכח היותו קורבן סחר בבני אדם, מתמקד טיעונו של המערער בעניין העומד במרכזן של החלטות בית הדין, שניתנו בעניינו – קיום בדיקת שורש כף היד ומשמעותה של עריכתה או אי עריכתה של בדיקה זו. עם זאת, שומר לעצמו המערער את הזכות למצות את ההליכים הנוגעים לעצם החזקתו במשמורת והנוגעים לזכויותיו מכוח היותו קטין והיותו קורבן סחר בבני אדם, ולאחר מיצויים של הליכים אלה לפנות אף אל בית המשפט, ככל שיהיה צורך בכך.

84. לאור כל האמור יתבקש בית המשפט לבטל את החלטות בית הדין לביקורת משמורת נשוא ערעור זה, ולהורות כמבוקש בראש ערעור זה.

יונתן ברמן, עו"ד

ב"כ המערער

2.1.2007