

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים**

ע"מ 4878/05

ע"מ 5594/05

ע"מ 5786/05

המערערת בע"מ 4878/05: ס'

המערערת בע"מ 5594/05: א'

המערערת בע"מ 5786/05: ו'

ע"י ב"כ עו"ד אורי שדה ו/או יונתן ברמן ואח'
ממוקד סיוע לעובדים זרים
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 5602530 - 03; פקס: 5605175 - 03

וכן ע"י ב"כ עו"ד עודד פלר ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 5608185 - 03; פקס: 5608165 - 03

נ ג ד

המשיבים: 1. שר הפנים

2. משטרת ההגירה

3. משרד המשפטים – בית הדין לביקורת משמורת
שוהים שלא כדין

4. משרד הרווחה: המשיב בע"מ 4878/05

ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

תגובה מטעם המערערות

בהתאם להחלטת כב' הרשמת לוי מיום 13.4.2008, מתכבדות המערערות להגיש את תגובתן להודעותיהם המעדכנות של המשיבים מימים 28.6.2007 ו-10.1.2008, בהן פורטו תוצאות עבודת המטה שנערכה בעניינם של קטינים בלתי-מלווים.

בפתח הדברים נבקש להזכיר, כי בדיון, שהתקיים ביום 27.11.2005, החליט ההרכב המורחב הדין בערעורים, כי הצדדים ישלימו טענותיהם בכתב, וכי על בסיס כתבי הטענות יינתן פסק דין.

דא עקא, שלאחר שהושלמה הגשת סיכומי הצדדים פרש הנשיא ברק, אשר ישב בראש ההרכב שדן בערעורים, והצדדים התבקשו ליתן הסכמתם להחלפת הנשיא ברק בשופט אחר ולמתן פסק דין על בסיס הסיכומים בכתב, ללא קיומו של דיון נוסף בעל פה. המשיבים התנגדו להחלפת הנשיא בשופט אחר ללא קיומו של דיון בעל פה, ולכן נקבע, לפי דרישת המשיבים, דיון ליום 1.7.2007. ואולם, שלושה ימים לפני מועד הדיון, ביום 28.6.2007, הודיעו המשיבים על קיומה של עבודת מטה במשרד המשפטים לגיבושו של נוהל בעניין נשוא הערעורים, ולכן, לבקשת הצדדים, נדחה הדיון, על מנת שהנוהל יוצג בפני בית המשפט והמערערות תגבנה עליו.

נוכח סירוב המדינה כי יינתן פסק דין על ידי ההרכב החדש, בו הוחלף הנשיא ברק בשופט אחר, ללא קיומו של דיון בעל פה, יש לקיים דיון נוסף בערעורים בטרם הכרעה. יודגש, כי נוכח ההתפתחויות שחלו, בשלב זה אף המערערות עומדות על קיומו של דיון בעל פה לפני מתן פסק הדין.

זאת ועוד – בהתאם להחלטות כב' הנשיאה ביניש מיום 29.1.2007 ומיום 26.6.2007 הוחלפו שניים משופטי ההרכב. לפיכך, ונוכח העובדה ששניים מתוך שבעת שופטי ההרכב הנוכחי לא ישבו בדיון שנערך לפני כשנתיים וחצי, תבקשנה המערערות לקבוע את הערעורים לדיון בטרם יינתן פסק הדין.

עמדת המערערות, כפי שתפורט להלן, היא כי הנוהל שגובש, אף אם היה מיושם (וכיום הוא אינו מיושם בפועל בעניינם של קטינים לא מלווים הנעצרים על ידי המשיבים) לא היה בו כדי לתת מענה לדרישות המערערות, כפי שבאו לידי ביטוי בעתירותיהן בבית משפט קמא ובערעורים; לא היה בו כדי להבטיח את עקרון טובת הילד בהליכי גירוש מישראל; ולא היה בו כדי לענות על דרישות הדין הישראלי והדין הבינלאומי, כפי שפורטו בהרחבה בעיקרי הטיעון מטעם המערערות, בהשלמת טיעוניהן ובתגובות שהוגשו מטעמן.

נוכח האמור, ונוכח העובדה כי, כפי שנתאר להלן, המשיבים מוסיפים להנחות עצמם בהתאם לפסק דינו של בית משפט קמא בעניינה של המערערת בעע"מ 4878/05, עמדת המערערות היא כי יש לבטל את פסקי דינו של בית המשפט קמא, לקבל את הערעור ולאמץ את טענות המערערות ביחס להליכים, שחובה על המשיבים לנקוט כתנאי לגירושם ולמעצרים של קטינים לא מלווים.

הליכי גירושם של קטינים בלתי מלווים

1. ערעורים אלה עוסקים בשני עניינים בעלי זיקה הדוקה – **הליך גירושם** מישראל של קטינים חסרי מעמד, הנמצאים בה ללא ליווי מבוגר, ו**הליך מעצרים** של קטינים אלה. אף הנוהל, שהוגש במסגרת הודעתם המעדכנת של המשיבים מיום 10.1.2008, מתייחס לשני עניינים אלה.

2. עמדת המערערות, כפי שבאה לידי ביטוי בעתירותיהן לבית משפט קמא ובערעוריהן לבית משפט זה, היא כי הדין הישראלי, כמו גם חובותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, מחייבים

כי הליכי גירושם של קטינים בלתי מלווים יותאמו למאפיינים הייחודיים של קטינים, וכי השיקול המרכזי בעת הוצאתם אל הפועל הוא עקרון טובת הילד, עקרון אליו כפוף כל שיקול אחר.

3. המערערות עמדו בכתבי טענותיהן על כך שהדין מחייב, כי בטרם יגורש קטין מישראל יינקטו כלפיו הפעולות הבאות:

- א. פקיד סעד יבדוק אם הוא קטין נזקק;
- ב. פקיד סעד יקבע שגירושו הוא האמצעי המקדם באופן הראוי ביותר את טובתו;
- ג. גירושו של הקטין יתואם לפרטי פרטיו עם המדינה הקולטת;
- ד. יהיה ידוע במדויק לידי מי יימסר הקטין במדינה הקולטת, ויובטח שאותו גורם – קרוב משפחה או גורם מטעם רשויות הרווחה – יפעל גם הוא אך ורק לטובתו של הקטין.

4. כפי שעולה מהודעת המשיבים מיום 28.6.2007 ומן הנוהל בעניינם של קטינים בלתי מלווים, שצורף להודעה המעדכנת מטעם המשיבים מיום 10.1.2008, המשיבים מוסיפים לכפור במחויבותיהם לבחון את טובתם של קטינים בטרם גירושם מישראל. לשיטתם, אין כל מניעה להעלות קטין על מטוס ולשלוח אותו לאשר תישארו הרוח, ללא כל בטוחות ששלומו וטובתו ישמרו: לא ידוע מי יאספו, אם בכלל, לאחר נחיתת המטוס, ולא ברור מה יהיה גורלו עם נחיתתו במדינת המוצא. כל פעולה שנכונים המשיבים לעשות בעניין זה היא, לשיטתם, "לפנים משורת הדין", ולכן אף כאשר לא עולה בידיהם לנקוט בפעולה כלשהי לתיאום גירושו של קטין מישראל, אין, לשיטתם, מניעה להוציא אל הפועל את הגירוש. **כך אף ממשיכים המשיבים לנהוג בפועל.**

5. בנוהל שזורות הוראות שונות לגבי מעורבותו של עובד סוציאלי, שיועסק במועד בלתי ידוע בעתיד במתקן הכליאה המיועד לקטינים בלתי מלווים, בהליכים השונים. ואולם, יש לשים לב כי מעורבותו של העובד הסוציאלי נוגעת אך ורק להליכי המעצר ולחלופת המעצר של הקטין הבלתי מלווה, אליהם נתייחס בהמשך. **בהליך הגירוש עצמו, שהשלכותיו על טובת הילד עשויות להיות לא פחות משמעותיות מהליך המעצר, אין מעורבות כלשהי של גורם רווחה הבוחן את טובת הקטין.** המשיבים עומדים על כך שאין מניעה לגרש מישראל קטין אף מבלי שנמצא על ידי הגורמים המקצועיים, האמונים על עקרון טובת הילד, כי גירושו עולה בקנה אחד עם טובתו, וכי יימצא לו טיפול הולם במדינת מוצאו לאחר הגיעו אליה.

6. כפי שעולה מסעיפים 14-15 לנוהל, העוסקים בהליך גירושם מישראל של קטינים לא מלווים, עמדתם של המשיבים בעניין חובותיהם, או העדר חובותיהם, כלפי קטינים בהליכי גירושם, זהה לעמדה שהוצגה בהליכים אלה בבית משפט קמא ובכתבי טענותיהם בערעורים דנן.

7. לשיטת המשיבים, על מנת שמדינת ישראל תצא ידי חובתה, די בכך שיודע למדינת מוצאו של הקטין באמצעות נציגותה בישראל או באמצעות ארגון בינלאומי על הכוונה לגרש את הקטין; יונפק לו תיעוד מתאים; יודע לקטין 7 ימים מראש על הכוונה לגרשו; ייעשה ניסיון "ככל הניתן" לתאם את קבלת הקטין אל מול רשויות מדינת המוצא; וייערך בירור של משרד החוץ בדבר אפשרות לאתר קרובי משפחה של הקטין, "זמינותם" של מנגנוני טיפול בקטינים באופן כללי, וזהותו של מי שימתין לקטין בנמל התעופה, אם בכלל.

8. ואולם, הנוהל מדגיש, כי אין בחוסר הצלחה לבחון עניינים אלה כדי למנוע את הגירוש. בסעיף 15.ב. לנהל מובהר, כי "אך בשל כך שלא עלה בידי משרד החוץ לערוך בירור ממצה בעניין הפרטים המנויים בסעיף זה, לא יהיה כדי למנוע את הרחקת הקטין".

9. הנה כי כן, עמדת המשיבים עודנה, כי אף על פי שיעשה ניסיון "לתאם" את הגירוש, "תיאום" כזה אינו תנאי לגירוש; לא קיימת חובה להבטיח כי גורם כלשהו יאסוף את הקטין עם הגיעו למדינת המוצא; ולא קיימת חובה להימנע מגירוש הקטין, כאשר לא ניתן להבטיח כי הגירוש עולה בקנה אחד עם טובתו. למעשה, עמדת המשיבים היא כי כלל לא נדרשת בחינה של גורם מקצועי כלשהו מהי טובתו של הקטין לצורך הוצאתו אל הפועל של הגירוש.

10. כאמור, מדובר בעמדה הזוהה לעמדה שהוצגה במסגרת השלבים הקודמים בהליך זה, וככל שהדבר נוגע להליכי הגירוש (להבדיל מהליכי המעצר) לא חל שינוי כלשהו בעמדת המשיבים, כפי שהוצגה בתחילתם של ההליכים בבית משפט קמא. נזכיר, כי אף בעניינין של המערערות טענו המשיבים, כי יצאו ידי חובתם שעה שמסרו לנציגויות של מדינות מוצאן הודעות בדבר גירושן, ואף על פי שלא נמסרו לרשויות המדינה פרטים כלשהם אודות גורלן של המערערות לאחר שתגורשנה (נהפוך הוא – הנציגות הדיפלומטית מסרה במפורש שלא איתרה קרובים ושאיש אינו ערוך לקלוט אותן ולדאוג לשלומן), עמדו המשיבים על כך שאין מניעה לגרשן (ר' סעיפים 15 ו-16 לעיקרי הטיעון מטעם המערערות מיום 5.7.2005). לפיכך, עומדות המערערות על דרישותיהן בכל הנוגע לתנאים לקיומו של הליך גירושו של קטין לא מלווה מישראל.

11. כפי שהדגישו המערערות לאורכם של ההליכים, העמדה, לפיה שיקול טובת הילד אינה אלא סרח עודף במכלול השיקולים הנשקלים בהליכי גירושם של קטינים לא מלווים, עקרון שאם ניתן לקיימו, מה טוב, אך אם לא ניתן לקיימו הוא נרמס תחת מכבש הגירוש של המשיבים, עומדת בניגוד לכלל הראשון במעלה בדין הישראלי, לפיו עקרון טובת הילד הוא שיקול על, שיקול מכריע, אשר אל מולו שיקולים אחרים "משניים יהיו, וכולם ישתחוו לשיקול טובת הילד" (דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד (נ1) 48, 119).

12. הוא אף עומד בניגוד בוטה לעקרון המעוגן בדין הבינלאומי, לפיו "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטו בידי מוסדות רווחה סוציאלית או פרטיים ובין בידי בתי המשפט, רשויות-מנהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה" (סעיף 3(1) לאמנה בדבר זכויות הילד (1989), כ"א 1038, כרך 31, 221). כפי שפירטו המערערות בהרחבה בכתבי

טענותיהן, העקרונות המעוגנים באמנה בדבר זכויות הילד, ובהם עקרון העל של טובת הילד, חלים לא רק על קטינים שהם אזרחי או תושבי המדינה אלא על "כל ילד שבתחום שיפוטן, ללא הפליה משום סוג שהוא, ללא קשר עם גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי, אתני או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, בין אם של הוריו או אפוטרופסו החוקי" (סעיף 2(1) לאמנה).

13. כפי שפירטו המערערות, העקרונות הקבועים באמנה בדבר זכויות הילד אינם עקרונות ערטילאיים, שניתן ליצוק אליהם כל תוכן ולטעון כי הוא מתיישב איתם, כפי שניסו המשיבים לעשות לכל אורך ההליכים בערעורים אלה, אלא עקרונות שיש להם משמעות קונקרטית, המוצאת את ביטויה בפרשנות המוסמכת לאמנה ובפרקטיקה של מדינות נוספות ביחס לקטינים בלתי מלווים.

14. כפי שכבר הסבירו המערערות, תופעת הקטינים הבלתי מלווים המצויים מחוץ למדינת מוצאם אינה ייחודית למדינת ישראל. ועדת האו"ם לזכויות הילד הקדישה את דיוניה בשנת 2005 לעניין זה, וגיבשה את פרשנותה לגבי החובות המוטלות על המדינות החברות לאמנה בדבר זכויות הילד כלפי אוכלוסיה זו **מכוחה של האמנה עצמה**. פרשנות זו באה לידי ביטוי במסמך מקיף, שפרסמה הוועדה בחודש ספטמבר 2005 – הערה כללית מס' 6, המתייחסת באופן ממוקד לסוגיות שמעלים ערעורים אלה, ואשר נוסחה המלא צורף לתגובת המערערות מיום 19.6.2006 (TREATMENT OF UNACCOMPANIED AND SEPARATED CHILDREN OUTSIDE THEIR COUNTRY OF ORIGIN, להלן – הערה כללית 6).

15. כפי שהוסבר, הערות כלליות מן הסוג האמור הן הפרשנות המוסמכת והמנחה בעת יישומן של אמנות בינלאומיות בסוגיות קונקרטיות, והן משמשות מקור פרשני מרכזי במשפט המשווה וכן בפסיקתו של בית משפט זה (ראו: בג"ץ 3992/04 מימון-כהן נ' שר החוץ, פ"ד נט(1) 49, 67-68, בו פנה בית המשפט להערה כללית מס' 13 של וועדת זכויות האדם (HRC); ובג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (פסק דין מיום 13.6.2006, סעיף 19 לפסק הדין), בו פנה בית המשפט להערה כללית מס' 19 של וועדת זכויות האדם (HRC)).

16. עיון בנוהל שגיבשו המשיבים, מעלה כי גם אם היו פועלים על פי לשונו ורוחו (והם אינם פועלים על פיו, כפי שנפרט בהמשך), לא היה בכך כדי לעמוד במחויבויות החלות על מדינת ישראל כלפי קטינים בלתי מלווים מכוח האמנה בדבר זכויות הילד.

17. במסגרת הערה כללית מס' 6 ביקשה הוועדה להדגיש בפני המדינות שהן צד לאמנה, כי מצבם של ילדים אלה פגיע במיוחד, ולהתוות קווי פעולה לטיפול בילדים זרים ונטושים על יסוד הוראות האמנה בדבר זכויות הילד (סעיף 1 להערה 6), וזאת על רקע הגידול בממדי התופעה (סעיף 2 להערה 6).

18. הערה כללית מס' 6 מתייחסת להחזרתם של קטינים לא מלווים למדינת מוצאם, ומעיון בה עולה כי הנוהל שגיבשו המשיבים אינו מתיישב עם הרף המינימאלי המתחייב מהאמנה בדבר זכויות הילד. הערה כללית מס' 6 קובעת, כי בהתאם לאמנה אפשר לגרש קטינים בלתי מלווים **אך ורק אם ההחזרה עולה בקנה אחד עם עקרון טובת הקטין**, וכי המדינות החברות **מחויבות לערוך הליך של בחינת טובתו של הקטין**, שיכלול, בין השאר, הערכה של ביטחונו ושל התנאים אליהם ישוב הקטין, ובכלל זה התנאים הסוציו-אקונומיים; של סידורי ההשגחה הזמינים **עבור הקטין הספציפי**; של עמדתו של הקטין עצמו, ועוד. כל אלה כתנאי שאין בלתו לגירושו של קטין. כללים אלה מעוגנים בסעיף 84 להערה כללית מס' 6:

... **Return to the country of origin shall in principle only be arranged if such return is in the best interests of the child.** Such a determination shall, inter alia, take into account:

- The safety, security and other conditions, including socio-economic conditions, awaiting the child upon return, including through home study, where appropriate, conducted by social network organizations;
- The availability of care arrangements for that **particular child**;
- The views of the child expressed in exercise of his or her right to do so under article 12 and those of the caretakers;
- The child's level of integration in the host country and the duration of absence from the home country;
- The child's right "to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations" (art. 8);
- The "desirability of continuity in a child's upbringing and to the child's ethnic, religious, cultural and linguistic background" (art. 20).

19. נוסף על כך, מבהירה הערה כללית מס' 6, כי בהתאם לאמנה בדבר זכויות הילד, בהעדר אפשרות להבטיח טיפול על ידי הורים או בני משפחה אחרים, **אין לגרש את הקטין** ללא סידורים **קונקרטיים** של טיפול ומשמורת לאחר גירושו של הקטין. כך קובע בעניין זה סעיף 85 להערה כללית מס' 6:

In the absence of the availability of care provided by parents or members of the extended family, return to the country of origin should, in principle, not take place without advance **secure and concrete**

arrangements of care and custodial responsibilities upon return to the country of origin.

20. עוד קובעת הערה כללית מס' 6, כי בהתאם לאמנה ניתן לאזן אל מול עקרון טובת הילד אינטרסים אחרים אך ורק אם מדובר באינטרסים מבוססי זכויות, למשל כאשר הישארותו של הקטין עלולה להוות סיכון חמור לביטחון המדינה, אולם אינטרסים שאינם מבוססי זכויות, דוגמת שיקולי הגירה כלליים, אינם יכולים לגבור על עקרון טובת הילד (סעיף 86):

Exceptionally, a return to the home country may be arranged, after careful balancing of the child's best interests and other considerations, if the latter are rights-based and override best interests of the child. Such may be the case in situations in which the child constitutes a serious risk to the security of the State or to the society. **Non-rights-based arguments such as those relating to general migration control, cannot override best interests considerations.**

21. הנוהל אינו עונה, אפוא, על הדרישות המינימאליות, שמציבה האמנה ביחס לקטינים בלתי מלווים, כפי שהם באים לידי ביטוי בהערה כללית מס' 6. בעוד שבהתאם לאמנה גירוש יתבצע אך ורק אם הוא עולה בקנה אחד עם עקרון טובת הילד, הנוהל מסתפק ב"בירור" כללי שיערוך משרד החוץ, ומבהיר כי אף אם לא יעלה בידי משרד החוץ לערוך "בירור" כזה, לא ימנע הדבר גירוש של הקטין. בכך הופך הנוהל את היוצרות, ומכפיף את עקרון טובת הילד לאינטרס לגרוש מישראל, תחת להכפיף את הגירוש לעקרון העל של טובת הילד. כפי שעולה מהודעותיהם השונות של המשיבים, כל אמצעי שננקט על ידם לטיפול בקטינים לא מלווים הוא, לשיטתם, "לפנים משורת הדין", ועל כן גם הנוהל שגיבשו אינו מציב את עקרון טובת הילד כתנאי שבלתו אין לגירוש מישראל.

22. בעוד האמנה מחייבת, בטרם יגורש קטין לא מלווה, כי יהיה בידי המדינה המגרשת מידע מלא אודות סידורי המשמורת והטיפול של הקטין הקונקרטי מסתפק הנוהל בבירור כללי אודות "מנגנוני הטיפול במדינת מוצאו של הקטין וזמינותם" כאשר אין הורה או קרוב משפחה שיקבל את האחריות עליו, ואף זאת לא כתנאי בלתי אופן לגירוש הקטין. בעוד שבהתאם לעקרונות האמנה שיקולי הגירה כלליים אינם יכולים לשמש שיקול שיגבר על עקרון טובת הילד, הציר המרכזי סביבו סובב הטיפול בקטינים לא מלווים בישראל הוא העיקרון, לפיו דינו של כל שוהה שלא כדין גירוש, וזאת כשיקול הגובר על כל שיקול אחר. המשיבים, למותר להזכיר, שבו והבהירו זאת שוב ושוב בכתבי טענותיהם ובנוהל.

23. עניין אחרון זה בא לידי ביטוי אף בבחירת המסגרת הנורמטיבית לטיפול בקטינים לא מלווים. עמדת המשיבים הייתה ונותרה, כי המסגרת הנורמטיבית ההולמת לטיפול בעניינם של קטינים לא מלווים היא הוראות הגירוש והמעצר שבחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – חוק הכניסה לישראל). מסגרת נורמטיבית זו, הגם שניתן ואף חובה לפרשה בכפוף לעקרון טובת

הקטין ובכפוף למחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, אינה המסגרת הנורמטיבית המתאימה לטיפול בעניינים של ילדים, והיא נותנת בידי ממוני ביקורת הגבולות, פקידי משרד הפנים הנעדרים הכשרה ומומחיות כלשהי בכל הנוגע לטיפול בקטינים, את הסמכות לקבוע את גורלם של ילדים.

24. **זכיר שוב את שצינו בפתח הדברים ואת שנושב ונתייחס אליו בהמשך – בהתאם לנוהל מעורבים גורמי רווחה אך ורק בהליכי מעצרים של קטינים לא מלווים, ואין הם מעורבים כלל בהליכי הגירוש.** בכל הנוגע לגירוש לא נעשית הערכה של גורם מקצוע כלשהו ביחס לטובת הקטין המגורש.

25. כפי שהובהר בכתבי טענותיהן של המערערות, המסגרת הנורמטיבית לטיפול בקטינים לא מלווים אינה הוראות המעצר והגירוש שבחוק הכניסה לישראל, אלא ההוראות הנוגעות לקטינים נזקקים שבחוק חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960 (להלן – חוק הנוער).

26. בהתאם לסעיף 12(1) לחוק הנוער, "קטין נזקק" הוא "קטין שלא נמצא עליו אחראי", ובמובן זה עונים קטינים לא מלווים על הגדרתו של מונח זה. החוק, כפי שעולה מסעיף ההגדרות שבו, וכפי שמתחייב אף מעקרון איסור ההפליה שבאמנה בדבר זכויות הילד (סעיף 2 לאמנה), אינו מבחין בין קטינים על בסיס מעמד החוקי בישראל. פקיד סעד, הסבור כי קטין הוא קטין נזקק, רשאי לפנות אל בית המשפט ולבקש כי יקבע דרך לטיפול בקטין, ובכלל זה רשאי בית המשפט "לתת לקטין או לאחראי עליו כל הוראה הנראית לבית המשפט דרושה לטיפול בקטין או להשגחה עליו" (סעיף 3(1) לחוק הנוער).

27. נדגיש את שהודגש על ידי המערערות לכל אורך ההליכים בערעורים אלה ובבית משפט קמא – המערערות אינן סוברות כי לא ניתן לגרש קטינים לא מלווים מישראל. במסגרת הטיפול בקטין הנזקק בהתאם לחוק הנוער רשאי פקיד סעד לקבוע, כי דרך הטיפול העולה בקנה אחד עם עקרון טובת הילד היא הרחקתו מישראל.

28. הטיפול בקטינים לא מלווים בהתאם למתווה נורמטיבי זה יבטיח כי הוראות בדבר גירושם של קטינים אכן יתבצע רק לאחר שפקיד סעד לחוק הנוער, הגורם בעל המומחיות לבחון את התקיימות עקרון טובת הילד, ולא ממונה ביקורת הגבולות, יקבע כי הגירוש עולה בקנה אחד עם טובת הקטין.

29. ואולם, המשיבים בחרו לרוקן מתוכן את החובה לערב את הגורמים המקצועיים בכל פעולה שיש לה השפעה על טובתם ורווחתם של קטינים, וזאת באמצעות שימוש במסגרת הנורמטיבית שמתווה חוק הכניסה לישראל. הבאת קטנים לא מלווים בפני פקיד סעד לפי חוק הנוער, כפי שמתחייב מעצם העובדה שהם קטינים שלא נמצא עליהם אחראי, תחייב את פקיד הסעד לבחון את הדרכים להבטחת טיפול הוליסטי, שיבטיח את טובת הקטין. ואולם, בחירת המשיבים לייסד הטיפול בקטינים על עקרונות חוק הכניסה לישראל ועל הנוהל שקבעו לפיו, נועדו, כפי

שמעידות הוראות הנוהל, לצמצם את מעורבות העובד הסוציאלי לשאלה היכן ישהה הקטין עד לגירושו מישראל – במעצר או בחלופת מעצר כלשהי. שאלת הגירוש עצמה נותרת, בהתאם לנוהל, סוגיה לפקידי משרד הפנים לענות בה לבדם ללא מעורבות גורמי הרווחה.

30. מעבר לנדרש יצוין, כי המשיבים אינם פועלים על פי הכללים שהם עצמם קבעו בנוהל. אף על פי שחלפו כ-10 חודשים מאז הודיעו המשיבים לבית המשפט על עקרונות הנוהל, ואף על פי שחלפו כ-4 חודשים מאז הוצג הנוהל, לא ידוע למערערות, המיוצגות על ידי ארגוני זכויות אדם הפועלים באופן שוטף בעניינם של קטינים בלתי מלווים, אודות קטין כלשהו שהופעלו לגביו הוראות הנוהל. לא ידוע למערערות אודות קטין כלשהו שבעניינו בירר משרד החוץ מה יעלה בגורלו או איתר קרובי משפחה שיקלטו אותו במדינת מוצאו, וזאת אף על פי שבשנה האחרונה הוחזקו במשמורת כמה עשרות קטינים לא מלווים. במובן זה דומה, שתפישתם השגויה של המשיבים, כפי שבאה לידי ביטוי אף בשלבים הקודמים של הליכים אלה, לפיה כל תיאום של הגירוש הוא "לפנים משורת הדין", וכי הגירוש אפשרי אף כאשר לא נעשה תיאום כזה, היא שמובילה לכך שבפועל, על אף קיומו של הנוהל, לא נעשה מאמץ כלשהו "לתאם" את הגירוש ולבחון מי יהיה הגורם שיאסוף את הקטין המגורש בנמל התעופה במדינת מוצאו ומי יהיה הגורם שיטפל בו וידאג לטובתו ולרווחתו לאחר הגירוש.

הליכי מעצרם של קטינים לא מלווים

31. כאמור, בשאלת הליכי גירושם של קטינים לא מלווים לא חל שינוי של ממש בעמדת המדינה, והנוהל אינו מטיל חובות כלשהן ביחס לצורך להבטיח את טובת הקטין בהליכי גירושם. אולם בכל הנוגע למעצרים של קטינים לא מלווים, כולל הנוהל הוראות חדשות לגבי מעורבותו של עובד סוציאלי בהליך המעצר.

32. אף על פי שבנוהל יש משום שיפור בנוגע להוראות המעצר בלבד לעומת התנהלותם הנוכחית של המשיבים, הרי שאין בו כדי לעמוד בחובות שמטיל הדין הפנימי והדין הבינלאומי על הרשויות. נוסף על כך, הנוהל כלל אינו מיושם ולא נקבע מועד כלשהו לתחילת יישומו. עובד סוציאלי אינו מעורב בהליכי המעצר. טיעונו של המערערות בפרק זה יתמקד, אפוא, בשני עניינים אלה.

33. ראשית, בכל הנוגע לאי-יישומו של הנוהל – בהתאם לנוהל כל קטין או הטוען שהוא קטין יובא בפני עובד סוציאלי בתוך 24 שעות ממועד מעצרו, על מנת שזה ימליץ לממונה ביקורת הגבולות על אחת משלוש דרכי טיפול עד לביצוע הגירוש – שחרור למסגרת חינוכית של משרד החינוך או למסגרת טיפולית של משרד הרווחה; שחרור לידי אפוטרופוס שימונה על ידי בית המשפט למשפחה; או החזקה במעצר עד לגירוש. בהתאם להוראות הנוהל חוות דעתו של העובד הסוציאלי תונח בפני ממונה ביקורת הגבולות בתוך 48 שעות, וממונה ביקורת הגבולות יקבל החלטה בהתאם להמלצה בתוך 48 שעות נוספות (ראו סעיפים 8-9 לנוהל).

34. ואולם, אף על פי שחלפו כ-10 חודשים מאז הודיעו המשיבים לבית המשפט אודות גיבושו של הנוהל, ואף על פי שחלפו כ-4 חודשים מאז הגישו המשיבים נוסחו הסופי של הנוהל לבית המשפט, עד היום אין הוא מיושם, ולא ברור מתי ייושם. אף על פי שהיום עצורים במתקן הכליאה מיכ"ל שבחדרה כ-20 קטינים לא מלווים, חלקם שבועות ארוכים וחלקם חודשים, חלקם נושאים מסמכים המוכיחים את גילם, חלקם עברו בדיקות רפואיות, המוכיחות לשיטת המשיבים כי הם קטינים, וחלקם ממתנינים לביצוע בדיקות כאלה או לקבלת תוצאותיהן, לא הובא ולו קטין אחד בפני עובד סוציאלי בהתאם להוראות הנוהל, ולא שוחרר ולו קטין אחד ממשמורת בהתאם להוראות הנוהל.

35. יצוין, כי בשנה האחרונה מרביתם של הקטינים הבלתי מלווים המוחזקים במעצר הם מבקשי מקלט (שאודות האיסור לעצורם קיימות אף הוראות ספציפיות בדין הבינלאומי) ולגבי חלק מהם אף קיים חשש כי מדובר בקורבנות סחר בבני אדם. אף על פי כן, לא אצה למשיבים הדרך לערב את גורמי הרווחה, לכל הפחות בהליך מעצרים, כפי שמתחייב מן הנוהל.

36. עוד יצוין, כי את התחייבויותיהם של המשיבים בעניין זה יש לבחון לאור התחייבויותיהם הקודמות שניתנו בשנתיים האחרונות. סעיף 4 לנוהל קובע כי במקום מעצרים של קטינים לא מלווים יועסק באופן קבוע עובד סוציאלי, שהוא, ככל הנראה, הגורם האמור לראיין את הקטין העצור וליתן את המלצתו בדבר המשמורת. מזה שנתיים שבים ומבטיחים המשיבים לבית משפט זה, לבתי משפט אחרים ולבאי כוח המשיבים כי הנה-הנה ימונה עובד סוציאלי שיועסק במתקן מעצרים של קטינים לא מלווים, ועובד סוציאלי - אין.

37. ביום 19.3.2006 הודיעה בכתב היועצת המשפטית של משרד הרווחה לב"כ העותרים כי נקבע שיוקצה תקן לעובד סוציאלי בחצי משרה במתקן כליאתם של קטינים לא מלווים; בדומה, ביום 4.4.2006, במסגרת תגובתם של המשיבים בעמ"נ (בי"ש) 5/06, 6/06 ו-7/06 לבקשה למינוי פקיד סעד שיעריך את עניינם של שלושה קטינים לא מלווים, שהוחזקו במעצר, התנגדו המשיבים למינוי פקיד סעד, בטענה כי הוקצה תקן לעובד סוציאלי במתקן המשמורת אשר יחל לעבוד "בימים אלה"; בהמשך, במסגרת הודעת המשיבים בערעורים אלה נמסר לבית המשפט אודות הקצאת תקן זה ואודות הכוונה לאיישו "בקרוב"; עוד במסגרת עמ"נ (חי"י) 379/06 הודיעו המשיבים ביום 11.1.2006 כי הוקצה תקן לעובד סוציאלי במתקן הכליאה, אשר ימונה בקרוב; וכך גם במסגרת הודעת המדינה לבית משפט זה במסגרת עמ"מ 6567/06 מיום 19.10.2006. עד כה לא מונה עובד סוציאלי. בדיון, שהתקיים בוועדת הכנסת לזכויות הילד ביום 19.12.2007 הודו היועצת המשפטית של משרד הרווחה ופקידת הסעד הראשית לחוק הנוער, כי בתנאים המוצעים על ידי המשרד, אין סיכוי של ממש לאייש את המשרה.

38. נוסף על אי יישומו של הנוהל בכל הנוגע למעורבות גורמי הרווחה בהליכי מעצרים של קטינים, סבורות המערערות כי הנוהל, אף לו היה מיושם, אינו עונה על דרישות הדין, כפי שפורטו על ידן בכתבי טענותיהן.

39. נקודת המוצא לאורה על המשיבים לפעול היא זו הקבועה בסעיף 37 לאמנה בדבר זכויות הילד, הקובע כי "מעצרו, חבישתו או מאסרו של ילד יהיו בהתאם לחוק וישמשו רק כאמצעי אחרון ולפרק זמן מתאים הקצר ביותר".

40. בהתאם להערה כללית מס' 6, יש לפרש את סעיף 37 כך שקטינים לא מלווים, ככלל, לא ייעצרו. מעצר יתאפשר רק כמוצא אחרון ולפרק זמן קצר ככל האפשר, אולם מעצר לעולם לא יהא מוצדק אך בשל היותו של הקטין חסר מעמד (סעיף 61 להערה כללית מס' 6):

In application of article 37 of the Convention and the principle of the best interests of the child, **unaccompanied or separated children should not, as a general rule, be detained. Detention cannot be justified solely on the basis of the child being unaccompanied or separated, or on their migratory or residence status, or lack thereof.** Where detention is exceptionally justified for other reasons, it shall be conducted in accordance with article 37 (b) of the Convention that requires detention to conform to the law of the relevant country and only to be used as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time. In consequence, all efforts, including acceleration of relevant processes, should be made to allow for the immediate release of unaccompanied or separated children from detention and their placement in other forms of appropriate accommodation.

41. גם כאן מבקשים המשיבים להפוך את היוצרות. בהתאם לנוהל, הכלל הוא מעצר – קטין לא מלווה ייעצר, ורק אז יחלו ההליכים, בהם מעורב עובד סוציאלי, למציאת חלופה עבורו. למעלה מכך, העובד הסוציאלי רשאי להמליץ על החזקתו של הקטין במעצר עד לגירושו (סעיף 8.g. לנוהל), וככלל, קטין שניתן להרחיקו בתוך שלושה שבועות, יוחזק במעצר בתקופה זו (סעיף 9 לנוהל).

42. בעניין זה, כפי שצינו אף ביחס להליכי הגירוש, הטיפול בקטינים לא מלווים תחת המסגרת הנורמטיבית של חוק הכניסה לישראל, וזאת במקום לטפל בהם כקטינים נזקקים כמתחייב מחוק הנוער, מביא פעם נוספת לעיוות של עקרונות היסוד המתייבים ביחס לקטינים. כפי שמוכיח עניינם של כ-20 הקטינים הבלתי מלווים המוחזקים היום במעצר, כמו גם עניינם של עשרות נוספים שהוחזקו במעצר מאז הגשת הערעורים דנן, כאשר ברירת המחדל היא מעצר, וכאשר מתקן הכליאה מהווה "תחנת ביניים" להמשך הטיפול בקטינים, התוצאה היא החזקה במעצר פרקי זמן ממושכים עד להסדרתה של מסגרת חלופית, אם בכלל.

43. אפילו היו המשיבים מסוגלים לעמוד בהגבלה של שלושה שבועות למעצרו של קטין, לא היה בכך כדי להכשיר את הנוהל, שכן, כאמור, חל איסור על מעצרו של קטין לא מלווים אך בשל

היותם חסרי מעמד. מעבר לנדרש נבקש להזכיר, כי כפי שפורט בהרחבה בכתבי טענותיהן של המערערות, מתקן הכליאה מיכ"ל, בו מוחזקים קטינים לא מלווים, אינו מקום הולם לילדים ואינו עומד בסטנדרטים המחייבים את המשיבים בכל הנוגע למעצרים של קטינים.

44. נוסף על כך, הנוהל מחייב מעצר על מנת להתניע את גלגלי הטיפול בקטינים לא מלווים. על פי הנוהל, רק קטין שיעצר יטופל על ידי גורמי הרווחה. בהקשר זה יצוין, כי באי כוח המערערות פנו במהלך השנים האחרונות אל רשויות הרווחה בבקשה לטפל בעניינם של קטינים בלתי מלווים, שאינם נמצאים תחת השגחתו של אפוטרופוס חוקי, ונתקלו פעם אחר פעם בסירוב הרשויות. מדוע על קטין לא מלווה להיעצר בטרם יחלו רשויות הרווחה את הטיפול בו? האמנם על קטין שלא נמצא עליו אחראי לפנות אל משטרת ההגירה וליזום מעצר לפרק זמן בלתי מוגבל, במקום לפנות ישירות אל רשויות הרווחה, על מנת שהאחרונות תטפלנה בו?

נוכח כל האמור, עמדת המערערות היא כי אין מקום לדחיית הערעורים, כפי שביקשו המשיבים בהודעתם המעדכנת האחרונה. בית המשפט הנכבד יתבקש לקיים דיון בערעורים מן הטעמים המפורטים במבוא לתגובה זו, ולאחר קיום הדיון לקבל את הערעורים ולבטל את פסקי דינו של בית משפט קמא.

28.4.2008

עודד פלר, עו"ד

יונתן ברמן, עו"ד

ב"כ המערערות