

פלוני (קטין)  
אזרח גינאה קונאקרי  
במעצר בכלא "מעשיהו", אגף 12

המערער:

ע"י ב"כ עוה"ד יונתן ברמן ו/או אורי שדה ו/או עדי וילינגר ו/או  
נעמי לבנקרון

ממוקד סיוע לעובדים זרים  
רח' החשמל 33, תל-אביב 65117  
טל': 5602530-03; פקס: 5605175-03  
טל' נייד: 3008035-054

נ ג ד

1. משרד הפנים  
2. מינהלת ההגירה  
3. משרד הרווחה

המשיבים:

ע"י פרקליטות מחוז חיפה  
רח' חסן שוקרי 5, חיפה 31048  
טל': 8633888-04; פקס: 8668560-04

## הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור מינהלי על החלטת בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (להלן – בית הדין) מיום 8.8.2006, שניתנה שלא במעמד המערער ובא כוחו והומצאה למערער ביום 10.8.2006.

העתק החלטת בית הדין מיום 8.8.2006 מצ"ב ומסומן מע/1.

טענת המערער בתמצית היא כי שגה בית הדין שעה שקבע, כי המערער, קטין בלתי מלווה וחסר מעמד בישראל, מוחזק כבגיר, ויועבר למעצר בכלא "מעשיהו", שם יוחזק בחברת עצורים בגירים; כן שגה בית הדין שעה שלא הורה למשיבים 1-2 לשחרר את המערער לחלופת משמורת ההולמת את צרכיו הנפשיים,

הפיזיים והחינוכיים כקטין, וזאת בתיאום ובפיקוח המשיב 3; כן שגה בית הדין שעה שלא הורה על הגשת תסקיר פקיד סעד בעניינו של המערער בטרם נתן החלטתו.

יוער ויודגש כבר עתה, כי חרף העובדה שבראש פרוטוקול הדיון מיום 8.8.2006 נכתב "נוכחים: המוחזק למשמורת, מתרגם לצרפתית מטעם חב' פרוטוקול אלכסנדר, צור אריאלי", הרי שביום זה, או בכל מועד אחר בחודש שקדם למתן החלטה, לא הובא המערער בפני בית הדין. הדיון נערך שלא בנוכחותו, וההחלטה ניתנה אף היא שלא בנוכחותו, והומצאה לו באמצעות הח"מ רק כעבור יומיים.

## ואלה נימוקי הערעור:

### 1. מבוא

עניינו של ערעור זה בהחלטת בית הדין לאשר את החלטת המשיב 1 להחזיק את המערער, קטין יתום בן 14 וחצי שנים השוהה בגפו בישראל וחסר מעמד חוקי, אשר אושפז בחודשים האחרונים פעמיים באשפוז פסיכיאטרי, תחילה במתקן הכליאה "צוחר", המנוהל על ידי משטרת ההגירה, לאחר מכן במתקן הכליאה "מיכ"ל", באגף בו מוחזקים במעצר קטינים, ולאחרונה בכלא "מעשיהו", בו הוא מוחזק במעצר יחד עם עצורים בגירים.

כל זאת חרף קביעת בית הדין כי המערער "נחזה כקטין". החלטתו של בית הדין מבוססת על סירוב המערער לעבור בדיקה של צילום שורש כף היד, אשר לכאורה יש בה כדי לקבוע מהו גילו. כפי שיפורט בהרחבה בהמשך וכפי שיפורט בחוות דעת רפואית המוגשת יחד עם ערעור זה, בדיקה זו אינה אמינה בעליל וכל המדינות המתמודדות עם הצורך להעריך את גילם של קטינים בלתי מלווים מסרבות לעשות בה שימוש, וודאי שלא כאינדיקטור מכריע לגבי גילו של קטין. כפי שיפורט הבדיקה אף חושפת את הנבדק לסיכון בריאותי בלתי מוצדק. במסגרת ערעור זה נעמוד בהרחבה על הפרקטיקות של מדינות נוספות בעניין הערכת גילם של קטינים בלתי מלווים, וכן נעמוד על כך שהן לפי פרקטיקות אלה והן לפי כללי הדין הבינלאומי בכל מקרה בו קיים ספק באשר לקטינותו של הטוען להיותו קטין, מוחזק הטוען כקטין. זאת לעומת היפוך היוצרות הבא לידי ביטוי במדיניות המשיבים ובהחלטת בית הדין, לפיהן על הטוען לקטינות רובץ הנטל להוכיח טענתו, ובמקרים בהם קיים ספק מוחזק האדם כבגיר.

עוד עוסק ערעור זה בהחלטת בית הדין לאשר את החלטת המשיב 1 להחזיק את המערער במעצר, מבלי להורות כי פקיד סעד יפגוש במערער ויכין תסקיר בעניינו לצורך מציאת חלופת מעצר הולמת, וזאת חרף החובה בדין הפנימי ובדין הבינלאומי להימנע מהחזקת ילדים במעצר אלא כאמצעי אחרון, וחרף האפשרות לחייב את המשיבים במציאת חלופת משמורת, המתאימה להחזקת קטינים.

כפי שיוסבר, במקרים בהם מדובר בקטינים מגיניאה קונאקרי, דוגמת המערער, מדובר במעצר חסר תוחלת שסופו אינו ידוע – היום לא ניתן להרחיק את אזרחי גיניאה חסרי התייעוד למדינת מוצאם, וזאת

בשל העדר יחסים דיפלומטיים בין ישראל לגינאיה. הפיתרון בעניין זה לא נראה באופק, ובשלב זה לא ברור מה משך הזמן בו יצטרך המערער להוסיף ולהמתין במעצר עד להרחקתו.

בנסיבות אלה החלטת המשיבים שלא לאתר חלופת משמורת לאחר קבלת חוות דעתו של פקיד סעד היא בלתי סבירה באופן קיצוני, פוגעת בזכות לחירות פגיעה קשה ואנושה, מתעלמת מעקרון העל של טובת הילד ומזכויותיו, עומדת בסתירה חריפה למחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל ודינה להתבטל. שגה בית הדין שעה שלא הורה למשיבים לאתר למערער חלופת מעצר, שתבטיח את שלומו הפיזי והנפשי ותהלום את צרכיו החינוכיים של ילד בן 14 וחצי, וכל זאת לאחר קבלת תסקיר פקיד סעד ובשיתוף עם רשויות הרווחה.

## 2. הרקע העובדתי

העובדות המפורטות בפרק זה נתמכות בתצהירו של המערער, המצ"ב ומסומן מע/2.

1. המערער נולד לפני 14 וחצי שנים בגינאיה קונאקרי. אמו נפטרה בהיותו עולל והוא אינו זוכר אותה, ואביו נהרג בשנת 2000. אביו היה איכר, ולאחר מותו נשאר המערער בחווה, בה גדל יחד עם איכרים נוספים שעבדו עם אביו וניהלו את רכושו לאחר מותו.

2. בסוף שנת 2005 נפל המערער קורבן לתרמית של סוחר בני אדם בשם בובו בארי, הנמצא בישראל, אשר באמצעות סוכניו בגינאיה גייס אזרחים גינאים והבריח אותם לישראל תמורת סכומי עתק. בובו פנה אל המערער באמצעות סוכניו בגינאיה והציג בפניו מצג שווא, לפיו אם ישלם לו יביא אותו לישראל באופן חוקי, ושם ידאג לו לרישיון עבודה, למגורים ולעבודה חוקית, בה יוכל להרוויח סכומי כסף גבוהים ביותר.

3. המערער מכר באמצעות חבריו של אביו את כל הרכוש שהותיר לו אביו, ושילם לבובו באמצעות נציגו סכום של כ-\$4,500 מתוך אמונה תמימה כי בתמורה לכך יובא לישראל כדין ויועסק בה כדין.

4. סוכניו של בובו דאגו לכרטיס טיסה עבור המערער מגינאיה למצרים. עם הגיעו למצרים המתין לו אדם בנמל התעופה בקהיר, שהכניסו לרכב, הסיע אותו, ולאחר מכן העבירו לידי אדם נוסף, שהסיעו ברכב אחר לחצי האי סיני, שם נמסר לקבוצה של בדואים, שהוליכו אותו ברגל לכיוון גבול מצרים-ישראל.

5. נוכח הצעידה הרגלית במדבר לכיוון הגבול הבין המערער, כי הוא עתיד להיות מוברח באופן שאינו כשר לתוך ישראל. המערער החל לבכות ואמר למבריחיו, כי הוא אינו חפץ להמשיך ללכת וכי הוא רוצה לשוב לגינאיה. המערער סירב להמשיך ללכת, ואחד המבריחים התקשר באמצעות טלפון סלולרי אל בובו בארי. בובו שוחח בטלפון עם המערער, אמר לו כי הוא אינו יכול לשוב כעת לגינאיה

אלא חייב להגיע לישראל, ומסר לו כי אם לא ימשיך לצעוד יפגע בו. לאחר שיחת טלפון זו כיוון אליו אחד המבריחים את נשקו ולקח ממנו את דרכונו. מייד לאחר מכן המשיכו המערער והמבריחים לצעוד לכיוון גבול מצרים-ישראל.

6. יוער, כי שיטת פעולה זו של בובו בארי מעוגנת היטב במידע ובראיות שבידי המשיבה 2. לאחרונה הגישה המדינה כתב אישום נגד אותו בובו (פ 4438/06), בו מתוארות בפירוט שיטות הפעולה שלו. בובו, שהואשם והורשע, בין השאר, בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, איומים וקבלת דבר במרמה, הבריח באופן זה עשרות אזרחים גינאים, 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/3.

העתק גזר הדין מיום 11.7.2006 מצ"ב ומסומן מע/4.

7. בין השאר נכתב בכתב האישום בעניינו של בובו, כי "הנאשם היווה חוליה מרכזית ברשת בינלאומית מתוחכמת ומתוכננת היטב הפרושה על פני שלוש יבשות אשר עיקר עיסוקה היה החדרת נתינים זרים מארצות אפריקה ובפרט גינאה שלא כחוק לתחומי מדינת ישראל, מבלי שעברו תחת עיניהם הבחנות 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 \$4,000-6,000 (סעיף 7 לפרק הרקע בכתב האישום).

8. על גורלו הצפוי של המערער אלמלא היה נעצר עם היכנסו לישראל ניתן ללמוד מגורלם של מי שהצליחו לחצות את הגבול, כפי שפורט בכתב האישום. מכתב האישום עולה, כי 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.

9. במועד שאינו ידוע למערער, ככל הנראה ביום 22.1.2006, העבירו המבריחים את המערער אל מעבר לגבול מצרים-ישראל. מייד לאחר שחצה את הגבול נעצר על ידי כוחות צה"ל והושם במעצר. מאז ועד היום, קרוב לשבעה חודשים, מוחזק המערער במעצר.

10. במשך שלושה או ארבעה ימים הוחזק המערער במעצר במתקן הצבאי "קציעות" יחד עם בגירים. למיטב ידיעתו הוחזק במהלך אותם ימים מבלי שהוצאה אסמכתא חוקית להחזקתו במעצר.

11. ביום 26.1.2006, לאחר מספר ימי מעצר ב"קציעות", הובא המערער למטה משטרת ההגירה בעומר לצורך קיום שימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות בהתאם לסעיף 13א(ד) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – **חוק הכניסה לישראל**). במהלך השימוע מסר המערער כי הוא קטין, אולם ממונה ביקורת הגבולות לא טרח לערב גורם מקצועי האמון על עקרון טובת הקטין, ותחת זאת החליט בתום שימוע שנמשך דקות בודדות להוציא צו הרחקה וצו משמורת נגד המערער. השימוע נערך ללא תרגום, ובחלק בו מפורטים לכאורה דברי המערער, נכתב "באתי להציל את עצמי כי רודפים אותי בגינאה", וזאת חרף העובדה כי המערער כלל לא העלה טענה מסוג זה במהלך השימוע או בכל שלב אחר. כמו כן, חרף העובדה שהברחת גבול של קטינים היא אחד האינדיקטורים המרכזיים, המעלים חשד לסחר בבני אדם, לא טרח איש לחקור את המערער בעניין זה ולערוך בירור בעניין.

העתק פרוטוקול השימוע מיום 26.1.2006 מצ"ב ומסומן **מע/5**.

העתק צו ההרחקה מיום 26.1.2006 מצ"ב ומסומן **מע/6**.

העתק צו המשמורת מיום 26.1.2006 מצ"ב ומסומן **מע/7**.

12. לאחר מתן צו המשמורת הועבר המערער למתקן הכליאה "צוחר" שבחבל הבשור, שם הוחזק בתאי המערער המיועדים לקטינים. מתקן זה אינו עומד בסטנדרטים המינימליים בעניין החזקת קטינים במעצר, אולם לפחות מוחזקים בו הקטינים בנפרד ממבוגרים.

13. ביום 29.1.2006 הובא המערער לראשונה בפני בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (הדיין דן ליברטי) במתקן הכליאה "צוחר". למערער נערך דיון קצרצר שבסופו אושר צו המשמורת. המערער מסר לבית הדין את גילו בדיון. כמו כן מסר לבית הדין כי הוא רוצה לשוב לגינאה בהקדם האפשרי (וזאת חרף העובדה שאמירה זו אינה מופיעה בפרוטוקול). הדיין דן ליברטי מסר לקטין בדיון כי הוא אינו יודע מתי ניתן יהיה להשיבו למדינתו, ואמר לו כי הדבר עשוי להימשך חודשיים עד שלושה, שבמהלכם יוחזק במעצר ב"צוחר". בית הדין ציין בהחלטתו כי "**המוחזק נחזה כקטין וישוכן באגף הקטינים**". עוד צויין בהחלטה כי "אין בהחלטה זו כל קביעה עובדתית ביחס לגילו הביולוגי המדויק של המוחזק **למעט העובדה שמדובר בקטין**".

העתק החלטת בית הדין מיום 29.1.2006 מצ"ב ומסומן **מע/8**.

14. בית הדין נמנע מלערב בהליכי מעצרו של המערער את גורמי הרווחה או כל גורם אחר האמון על עקרון טובת הילד וזכויותיו, וזאת חרף סמכותו וחובתו לעשות כן, כפי שיוסברו בהמשך.

15. כפי שיוסבר בהמשך בהרחבה, מאז ועד היום לא עלה בידי מדינת ישראל לגרש את המערער למדינתו בשל קשיים אובייקטיביים, הנובעים מהעדר יחסים דיפלומטיים עם מדינתו. כל זאת חרף העובדה ששיתף פעולה ככל שנדרש עם הרחקתו מישראל, ובכלל זה חתם על כל מסמך שנדרש לחתום עליו לצורך הנפקת מסמכי נסיעה עבורו.

16. ביום 9.3.2006, לאחר למעלה מחודש במעצר, נערך למערער דיון נוסף בבית הדין. בדיון זה ציין בית הדין, כי המערער אינו מופיע ברשימת הגיניאים שמשרד החוץ מנסה לפעול להשגת מסמכי נסיעה עבורם. המערער מסר בדיון פעם נוספת, כי הוא מעוניין לחזור למולדתו, סיפר כי הוא סובל מכאבים ברגל וסיפר כי הוא אינו ישן היטב.

17. בית הדין התייחס בהחלטתו, שניתנה בתום הדיון, למצבו של המערער כאזרח גיניאה: "במהלך החודשיים האחרונים מתנהלת פעילות נמרצת להנפקת תעודות מעבר לתושבי גיניאה קונקרי השוהים בישראל שלא כדין ע"י מנהלת ההגירה בסיועו של משרד החוץ וארגון הגירה הבינ"ל IOM". עם זאת, ציין בית הדין, כי "אין באפשרות הגורמים המוסמכים להתחייב בשלב זה על תאריך יעד נקוב להנפקת תעודת מעבר למוחזק. לפיכך, **במידה ולא תונפק תעודת מעבר למוחזק עד ליום 30.4.06 אורה על שחרורו מן המשמורת לאפוטרופוס מוסכם כמקובל**, עד למועד הנפקת תעודת מעבר ויציאתו את ישראל בכוחות עצמו" (ההדגשה הוספה).

העתק החלטת בית הדין מיום 9.3.2006 מצ"ב ומסומן מע/9.

18. חרף האמור באותה החלטה ועל אף שלא חלה התקדמות כלשהי בהרחקתם של אזרחי גיניאה מישראל, לא שוחרר המערער כאמור בהחלטת בית הדין.

19. במהלך שהותו במתקן הכליאה "צוחר" התקשר המערער אל בובו בארי, הטיח בו כי הוא רימה אותו, וביקש כי יחזיר לו את סכום העתק ששילם לפני גירושו בחזרה לגיניאה. בובו לעג לו בטלפון, אמר שאין בכוונתו להחזיר סכום זה, ואמר למערער כי אין כל טעם שהוא יתלונן במשטרה משום שהמערער שוהה שלא כדין בישראל בעוד שהוא (בובו) שוהה בה כדין, ועל כן המשטרה לא תעשה דבר.

20. במהלך חודש מאי 2006 הועברו כל הקטינים שהוחזקו במתקן הכליאה "צוחר", ובכללם המערער, אל מתקן הכליאה "מיכ"ל" שבחדרה. כפי שנפרט בהמשך, אף מתקן זה אינו עומד בסטנדרטים המינימליים הדרושים לקטינים.

21. מאז הדיון שנערך למערער בפני בית הדין ביום 9.3.2006, לא נערך למערער דיון במשך למעלה משלושה חודשים עד ליום 18.6.2006. זאת חרף הוראות סעיף 13טו(א)(1) לחוק הכניסה לישראל, לפיו בית הדין רשאי לדון מחדש בעניינו של מוחזק בחלוף מועד שלא יעלה על 30 ימים ממועד הדיון הקודם, וחרף הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.2400 מיום 5.1.2005, לפיה יש לפרש סעיף זה כך שחובתו של בית הדין לקיים ביקורת תקופתית על החזקה במשמורת לפחות אחת לשלושים יום. כפי שעולה מן הפרוטוקול, אף הפעם לא הובא המערער בפני בית הדין באופן יזום על ידי הרשויות, אלא על פי בקשתו.

22. לאחר החזקתו משך קרוב לחמישה חודשים במעצר חסר תוחלת, בתנאים שאינם מתאימים לקטינים מבלי שמועד שחרורו או הרחקתו למדינתו נראה באופק, הובא המערער בפעם השלישית בפני בית הדין (הדיינת רותי גרינברג) ביום 18.6.2006. כפי שעולה מפרוטוקול הדיון, המערער מסר פעם נוספת, כי הוא רוצה לחזור לארצו. בית הדין, שלא ידע כיצד להתמודד עם מעצרו הממושך של הקטין, העדיף, ככל הנראה, להסיט את הדיון לכיוונים אחרים, וביקש כי המערער יעבור בדיקת שורש כף יד להערכת גילו. המערער מסר, כי הוא אינו רוצה לעבור בדיקת שורש כף יד, וכל רצונו לשוב למולדתו. יוער, כי סירובו של המערער לעבור בדיקות אלה נובע הן מחששו מפני הסיכון הרפואי הכרוך בבדיקה (ראו התייחסות לעניין זה בהמשך), והבנתו כי בדיקה זו אינה אמינה בעליל (ראו התייחסות וחוות דעת רפואית גם לעניין זה בהמשך), לאחר שאחדים מחבריו הקטינים עברו את הבדיקה והוחלט כי הם בגירים ויועברו לכלא "מעשיהו".

23. המערער מסר לבית הדין בדיון זה, כי בובו בארי הוא שהבריה אותו לישראל, וכי הוא הבטיח לו כי יקבל מעמד חוקי בישראל ורימה אותו. חרף קיומם של כל הסימנים לכך, לא מצא בית הדין לנכון לבחון את השאלה האם מדובר בקורבן סחר בבני אדם.

24. משהבין המערער, כי אין בכוונת בית הדין לשחררו אמר, כי הוא אינו רוצה לסיים את חייו בכלא וכי הוא מעדיף למות על פני המשך הירקבות חסרת תוחלת בכלא. בית הדין ציין בפרוטוקול הדיון את המילים "אני רוצה להתאבד כי אני עצור", זאת חרף העובדה שהמערער לא אמר דבר בדבר רצון להתאבד.

25. חרף קביעתו הקודמת של בית הדין מיום 9.3.2006 (הדיין דן ליברטי, נספח מע/9 לעיל), לפיה אם לא תחול התקדמות בעניין הרחקתם של אזרחי גיניאה קונאקרי עד ליום 30.4.2006 ישוחרר המערער, קבע הפעם בית הדין (הדיינת רותי גרינברג), כי אין לשחרר את המערער משום שהסתנן לישראל ומשום שאין לו מסמכי נסיעה. כמו כן קבע בית הדין, כי בשל סירובו של המערער לעבור בדיקות שורש כף היד "ראוי היה להתייחס למוחזק כאל מוחזק בוגר" וזאת חרף קביעת בית הדין מיום 29.1.2006 (הדיין דן ליברטי, נספח מע/8 לעיל), כי מראהו החיצוני של המערער הוא מראהו של קטין. עם זאת, קבע בית הדין כי המערער ימשיך וישוכן ב"אגף הקטינים".

העתק ההחלטה מיום 18.6.2006 מצ"ב ומסומן מע/10.

26. בעקבות דבריו כי הוא מעדיף למות מאשר להמשיך ולהירקב בכלא, נלקח המערער לבית החולים הלל יפה, שם חזר על דבריו. בדיקת המערער בבית החולים הלל יפה לא הושלמה, והוא נלקח אל מחלקת הנוער בבית החולים הפסיכיאטרי "טירת הכרמל" שבחיפה להסתכלות.

27. ביום 20.6.2006 ניתנה החלטה נוספת של בית הדין, בה צויין כי המערער ומתרגם לשפה הצרפתית נכחו בדיון, וזאת חרף העובדה שהמערער לא היה נוכח בדיון כלשהו במועד זה. בית הדין ציין, כי משיחת טלפון עם ד"ר וולוביק מבית החולים "טירת הכרמל" נמסר, כי יש צורך בתקופה של

הסתכלות כדי להחליט אם המערער מסוכן לעצמו, ועל כן החליט בית הדין כי המערער יוסיף ויוחזק במחלקה הפסיכיאטרית לנוער. בכך חרג בית הדין מסמכותו, שכן לא ניתן להורות על אשפוז כפוי אלא לפי הוראות חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991.

העתק החלטת בית הדין מיום 20.6.2006 מצ"ב ומסומן מע/11.

28. ביום 22.6.2006 נמסר מבית החולים כי אין עילה להמשך אשפוזו של המערער. לפיכך החליט בית הדין לאשר את צו המשמורת ללא שינויים ולעיין מחדש בהחלטה ביום 27.6.2006.

העתק החלטת בית הדין מיום 22.6.2006 (הנושאת בראשה את התאריך השגוי 20.6.2006) מצ"ב ומסומן מע/12.

29. באותו היום ניתנה חוות דעתם של ד"ר אנטולי קוסוב, מנהל מחלקת הנוער בבית החולים, וד"ר גלינה וולוביק, פסיכיאטרית בכירה במחלקה. בחוות דעת זו צויין: **"נער עם סיפור חיים מאוד קשה (נותר יתום מגיל צעיר, נמצא בכלא כי עבר את הגבול באופן לא חוקי ומזה כחצי שנה אינו יכול לשוב לארצו). נמצא במצב של דחק מתמשך המשפיע על מצבו הנפשי. לא גילה סימנים פסיכוטטיים או דיכאוניים, קרוב לוודאי כי מדובר במצב תגובתי במקרה של דחק חמור. יש לציין כי המשך שהותו במסגרת הכלא עלולה להחמיר את מצבו הנפשי"**. באותו היום הוחזר המערער למתקן הכליאה "מיכ"ל".

העתק סיכום המחלה מיום 22.6.2006 מצ"ב ומסומן מע/13.

30. ביום 25.6.2006 פנתה גב' שני כהן מ"מוקד סיוע לעובדים זרים" אל בית הדין בבקשה, כי בית הדין יורה למשרד הפנים על מציאת חלופת משמורת הולמת למערער בשיתוף משרד הרווחה. כמו כן עמדה גב' כהן בפנייתה על כך שהמערער הוא "קטין נזקק" כהגדרתו של מונח זה בחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960.

העתק פנייתה של גב' שני כהן מיום 25.6.2006 מצ"ב ומסומן מע/14.

31. החל מיום החזרתו למתקן הכליאה "מיכ"ל" ב-22.6.2006 ביקש המערער שוב ושוב כי יתאפשר לו להיות מובא בפני בית הדין, זאת בהתאם לסעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, המאפשר לעצור לפנות אל בית הדין בכל עת. למרות זאת סירבו שוטרי המתקן להביאו בפני בית הדין. רק כעבור שישה ימים, ביום 28.6.2006 הובא המערער בפני בית הדין (הדין אלעד אזר), שציין בהחלטתו כי שוטרי מתקן הכליאה מסרו שהמערער "מסרב לשתף פעולה" עד שיובא בפני בית הדין. לאור הוראות סעיף 13 הנ"ל כלל לא ברור מדוע על קטין להגיע למצב בו רק "חוסר שיתוף פעולה" מצידו "מזכה" אותו בדיון בפני בית הדין.

32. המערער מסר פעם נוספת, כי הוא מבקש לחזור למדינתו, וכי עד אז הוא מבקש להשתחרר. בית הדין מסר לו כי ייתכן שישוחרר לידי מבוגר אחראי. הדיין אזר אף מסר למערער כי הדיינת רותי גרינברג היא שתינת החלטה בעניינו, וכי הוא יובא בפניה בתוך מספר ימים. חרף זאת, מאז ועד היום לא הובא המערער בפני בית הדין. בהחלטתו מיום 28.6.2006 ציין הדיין אלעד אזר: "הואיל וכב' הדיינת גרינברג החלה בטיפול בעניינו של המוחזק, ערכה לו שני דיונים ואישרה את אשפוזו לשלושה ימים, מן הראוי כי ההחלטה בדבר שחרור תינתן על ידה. בשיחה שקיימתי עמה אישרה כב' הדיינת כי מחר תנתן על ידה החלטה בעניין המוחזק".

העתק החלטת בית הדין מיום 28.6.2006 מצ"ב ומסומן מע/15.

33. למרות האמור, לא ניתנה החלטה בעניינו של המערער למחרת היום. רק לאחר ארבעה ימים נוספים, ביום 2.7.2006 ניתנה החלטת הדיינת רותי גרינברג. בהחלטה זו צויין, כי המערער ומתורגמן נוכחים בדיון, וזאת חרף העובדה שגם הפעם המערער לא נכח בדיון.

34. מבלי לפגוש במערער החליט בית הדין כי מצבו השתפר מאז חזרתו מבית החולים. בית הדין שאב את כל המידע משוטרי המתקן, שאינם אנשי מקצוע האמונים על טיפול בילדים, אשר מסרו כי "מצבו של המוחזק השתפר" וכי הוא "משחק עם המוחזקים האחרים בחוץ, אוכל ומתקלח". בהחלטתו ציין בית הדין פעם נוספת כי המערער מסרב לעבור בדיקת שורש כף היד ו"משכך המוחזק בבחינת בוגר", פעם נוספת בהתעלם מקביעת בית הדין מיום 29.1.2006 (נספח מע/8 לעיל) כי המערער נחזה כקטין. בית הדין ציין, כי "המוחזק נתון במשמורת במתקן המיועד לקטינים לפני משורת הדין וכדי לאפשר טיפול והשגחה קרובים". עוד ציין בית הדין את ההערה הלא ברורה ביחס לקידום האפשרות להרחיק את המערער לגינאה, כי "עניינו של המוחזק מטופל". כמו כן ציין ללא כל בסיס, כי "המוחזק מתאושש ומרגיש בטוב". בית הדין התעלם בהחלטתו מבקשתה של גב' שני כהן מיום 25.6.2006 (נספח מע/14 לעיל).

העתק החלטת בית הדין מיום 2.7.2006 מצ"ב ומסומן מע/16.

35. כפי שצויין לעיל, כאשר הובא המערער בפני הדיין אלעד אזר ביום 28.6.2006, מסר לו האחרון, כי בתוך ימים ספורים יובא בפני הדיינת רותי גרינברג. חרף זאת לא הובא המערער בפניה מאז. בחלוף שבוע ממועד מתן החלטתו של הדיין אלעד אזר, החל המערער לבקש פעם אחר פעם מן השוטרים כי יביאוהו בפני בית הדין, ואלה סירבו פעם אחר פעם, חרף האמור בסעיף 13 לחוק הכניסה לישראל. בייאוש, פנה המערער לשוטרים בכל פעם שהתחלפה משמרת, מספר פעמים ביום, וביקש להיות מובא בפני בית הדין. במשך כשלושה שבועות כל בקשותיו להיות מובא בפני בית הדין סורבו.

36. ביום 26.7.2006, לאחר שתמה "שעת הטיול" של הקטינים בחצר מתקן הכליאה והם נדרשו לשוב אל החדרים, בהם הם כלואים משך רוב שעות היממה, אמר המערער לשוטרים, כי הוא מסרב לשוב לחדר לפני שיורשה לו לפגוש בבית הדין. אחד השוטרים שאל את המערער לשם מה הוא רוצה

לפגוש בבית הדין, וזה השיב, כי הוא רוצה לשוב לגיניאה. **השוטר אמר לו שאין סיבה שישוב לגיניאה, משום ששם אין מה לאכול, וכי הוא ימות בכלא.** המערער השיב כי הוא מעדיף למות מאשר להישאר במקום. יצוין, כי אופן התנהלות השוטר מהווה הוכחה נוספת לכך שמדובר במקום שאינו מתאים לקטינים, ושהאחראים בו לא השכילו להציב צוות בעל הידע וההכשרה הדרושים לשם טיפול בקטינים ובעל הרגישות המיוחדת הנדרשת שעה שעל הפרק ניצב עניינם של קטינים.

37. בעקבות אותה שיחה החל המערער לצעוק ולדרוש לראות את בית הדין, והמשיך לעמוד בסירובו להיכנס אל תא כלאו. בעקבות זאת השכיבו אותו השוטרים על הארץ, וכפתו את ידיו באזיקים מאחורי גבו. השוטרים לקחו אותו לחדר כלשהו, שם אישה, שלמיטב ידיעתנו אינה חובשת או רופאה ואין לה כישורים להחליט בדבר טיפול תרופתי, ביקשה ממנו לבלוע כדור, ככל הנראה כדור הרגעה. המערער סירב לעשות כן.

38. במהלך אותו זמן פנו, ככל הנראה, הגורמים האחראים במתקן אל דיין בית הדין, אלעד אזר, בבקשה להורות פעם נוספת על אשפוזו הפסיכיאטרי. בית הדין, מבלי שפגש במערער, ומבלי ששקל אפשרויות נוספות, החליט על אשפוזו. בהעדר חוות דעת של גורם טיפולי כלשהו במתקן, קבע בית הדין כי המערער סובל מ"מצב נפשי בעייתי", וכי "אין מנוס מאשפוזו במחלקה פסיכיאטרית". בית הדין ציין, כי לאחר קבלת חוות דעת יהיה על בית הדין לשקול שחרור המוחזק "לידי אדם אחראי" או "העברתו למתקן בניהול השב"ס המיועד להחזקה של אסירים הלוקים בנפשם". כל זאת, כאמור, על בסיס דיווחיהם של שוטרי המתקן ומבלי לפגוש במערער.

העתק החלטת בית הדין מיום 26.7.2006 מצ"ב ומסומן מע/17.

39. בעקבות אשפוזו השני של המערער "נזכר" בית הדין (הדיינת רותי גרינברג) ביום 30.7.2006 לעיין בבקשת גב' שני כהן מ"מוקד סיוע לעובדים זרים" מיום 25.6.2006 בדבר מציאת חלופת משמורת למערער באמצעות רשויות הרווחה. בית הדין קבע כי "בטרם יחליט בית הדין בבקשת המוקד לסיוע לעובדים זרים יתבקש בית החולים, באמצעות הרופא המטפל במוחזק ליתן חוות דעת רפואית המגדירה את בעייתו של המוחזק, מציינת אם המוחזק סובל מתופעות המחייבות השארותו באשפוז פסיכיאטרי, לרבות העובדה אם הוא מסוכן לעצמו או לסביבתו". כמו כן קבע בית הדין כי ישוב ויעיין בעניינו של המערער ביום 3.8.2006.

40. ביום 1.8.2006 פגש הח"מ לראשונה את המערער בביקור שערך במרכז הרפואי לבריאות הנפש "טירת הכרמל" ונטל על עצמו את ייצוגו. לבקשת הח"מ הועברה לידי ביום 3.8.2006 חוות דעתו של ד"ר קוסוב, מנהל מחלקת הנוער במרכז הרפואי, שנערכה בעת אשפוזו השני של המערער.

41. בחוות דעתו מציין ד"ר קוסוב: "בן 14 וחצי, עבר הסתכלות נוספת במחלקתנו. במהלך ההסתכלות לא נצפו סימנים פסיכוטיים או סימני דיכאון, לא קיבל טיפול תרופתי קבוע". חוות הדעת מוסיפה ומציינת, כי "הנבדק לא זקוק לאשפוז פסיכיאטרי. המשך שהייתו בבית המעצר עלול לגרום

**להחמרה במצבו הנפשי כמו שקרה לפני שבוע. אנו ממליצים למצוא מסגרת חלופית או להחזירו לארצו.**

העתק חוות הדעת מצ"ב ומסומן מע/18.

42. באותו היום, עם קבלת חוות הדעת, פנה הח"מ אל בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדון, וביקש להורות על מציאת חלופת משמורת למערער באמצעות שירותי הרווחה.

העתק פניית הח"מ מיום 3.8.2006 מצ"ב ומסומן מע/19.

43. ביום 7.8.2006 משלא ניתנה כל החלטה בעניינו של המערער, חרף הקביעה כי עניינו יידון ביום 3.8.2006, פנה הח"מ פעם נוספת אל בית הדין ועמד על חשיבותה של הכרעה מהירה בבקשה.

העתק פניית הח"מ מיום 7.8.2006 מצ"ב ומסומן מע/20.

44. להפתעת המערער ביום 8.8.2006 בשעות אחר הצהריים, מבלי שניתנה למערער או לבא כוחו הזדמנות להגיב לאפשרות שייעשה כן, הודיעו שוטרי המתקן למערער, כי הוא יועבר לכלא "מעשיהו", שם יוחזק עם בגירים. החלטת בית הדין בעניין זה לא נמסרה באותו מועד למערער או לבא כוחו. למחרת, ביום 9.8.2006 התקשר המערער בבכי לח"מ וסיפר לו כי הועבר לכלא "מעשיהו". הח"מ פנה מייד אל בית הדין וביקש כי ההחלטה בעניין זה תומצא לו. רק ביום 10.8.2006 הומצאה לח"מ החלטת בית הדין בעניין, הנושאת את התאריך 8.8.2006 (נספח מע/1 לעיל), היא ההחלטה נשוא ערעור זה.

45. אף בהחלטה זו צויין, כי ההחלטה ניתנה בנוכחות המערער ומתורגמן, זאת חרף העובדה שניתנה בהעדרו. מהחלטתו עולה, כי בית הדין מתקשה להבין כיצד מתיישבת קביעת הגורמים המקצועיים כי לא נצפו במערער סימנים פסיכויטיים וכי הוא אינו זקוק לאשפוז עם קביעתם כי המשך שהותו במעצר עלולה לגרום להחמרה במצבו הנפשי וכי מומלץ להחזירו לארצו או למצוא לו מסגרת חלופית, וציין כי מדובר ב"חוסר מתאם בין הנאמר בגוף חוות הדעת ובין הכתוב בסיפא". בית הדין התעלם מן האפשרות לערב את רשויות הרווחה לצורך מציאת חלופת משמורת, וביקש כי ד"ר קוסוב יבהיר "האם אדם כזה לא יסבול ממצבי דחק אחרים אם ישהה ברחוב ללא מזון, כסף או אמצעי מחייה, בהעדר אפשרות, הקשורה לנציגות ארצו, להחזירו לארצו לאלתר".

46. בהעדר בקשה כזו מצד המשיבים החליט בית הדין מיוזמתו, כי לאור בקשת הח"מ ולאור אשפוזו השני, הגיעה העת להעבירו לכלא "מעשיהו", שם יוחזק עם בגירים, "בני גילו". זאת, פעם נוספת, חרף העובדה כי לא נקבע כי מדובר בבגיר, וחרף קביעת בית הדין מיום 29.1.2006 כי המערער הוא קטין.

## הטיעון המשפטי

47. הטיעון המשפטי יחולק למספר ראשים. ראשית, נעמוד על הכללים בדבר הערכת גילו של הטוען לקטינות, הנטלים הנוגעים לעניין זה ומשמעות קיומו של ספק בעניין זה. בהמשך נעמוד על חובותיה של מדינת ישראל כלפי קטינים בלתי מלווים חסרי מעמד בישראל, חובות שהופרו באופן בוטה כלפי המערער וכלפי קטינים אחרים במצבו. לאחר מכן נעמוד על החשד הכבד בדבר היותו של המערער קורבן סחר בבני אדם, ולבסוף נעמוד על קיומה של עילת שחרור נוספת בשל פרק הזמן הממושך, בו מוחזק המערער במעצר.

### 3. הערכת גילו של הטוען לקטינות

#### 3.1 משמעותו המשפטית של ספק ביחס לגילו של קטין בלתי מלווה

48. המשיבים, כמו גם בית הדין, נוקטים בגישה, לפיה על הטוען להיותו קטין מוטל הנטל להראות כי הוא אכן קטין. אין מדובר אלא בסימפטום של הבעיה הכללית יותר העולה בערעור זה – המשיבים 2-1, שעובדיהם חסרי כישורים כלשהם להתמודד עם קטינים, עם טובתם, עם זכויותיהם ועם מצוקותיהם, מסרבים לערב את המשיב 3 בכל הקשור לטיפול בקטינים בלתי מלווים חסרי מעמד בישראל ובפרט בכל הנוגע להליכי מעצרם. בהעדר מושג קלוש מה יש לעשות בקטינים, מעדיפים המשיבים 2-1 לטמון ראשם בחול, ובכל מקרה בו הם סבורים כי הדבר אפשרי, להכריז על קטינים כעל בגירים, ובאופן זה לסלק מעליהם את הצורך להתמודד עם המורכבויות הכרוכות בטיפול בקטינים.

49. "חזקת הבגירות" שקבע בית הדין ביחס למערער עומדת בניגוד מוחלט לא רק לשכל הישר, אלא גם להתחייבויות הבינלאומיות שנטלה על עצמה ישראל.

50. האמנה בדבר זכויות הילד (1989) (כ"א 1038, כרך 31, 221) (להלן – האמנה), שאושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, מעגנת את עיקרון טובת הילד ורואה בו שיקול ראשון במעלה. בחודש ספטמבר 2005 פרסמה וועדת האו"ם לזכויות הילד, הממונה על יישום הוראות האמנה בדבר זכויות הילד לפי סעיף 43 לאמנה, את הערה כללית מס' 6 לאמנה, המתייחסת לסוגיה עסקנין: "TREATMENT OF UNACCOMPANIED AND SEPARATED CHILDREN OUTSIDE THEIR COUNTRY OF ORIGIN" (להלן – הערה 6).

לנוסחה המלא של הערה 6 ראו:

[http://www.coe.int/t/f/coh%E9sion\\_sociale/migrations/Source/GC6.pdf](http://www.coe.int/t/f/coh%E9sion_sociale/migrations/Source/GC6.pdf)

51. **הערה 6** היא בעלת משמעות מרכזית לענייננו, הן בכל הנוגע לסוגיית הערכת גילו של הקטין והן בעניינים האחרים בהם נעסוק בהמשך. 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 (2<sup>nd</sup> edition, 2000), p. 732).

52. 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" (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").

53. ולענייננו – סעיף A.31. **הערה 6** קובע, כי על פי האמנה לזכויות הילד במקרים בהם קיים ספק בעניין קטינותו של קטין ייהנה האדם מן הספק, והרשויות תתייחסנה אליו כקטין:

“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.”

54. כך אף עולה מן הפרקטיקות של מדינות אחרות בעניינם של קטינים בלתי מלווים חסרי מעמד. כפי שנשוב ונראה במסגרת ערעור זה, ישראל אינה המדינה הראשונה המתמודדת עם תופעת הקטינים הבלתי מלווים. בעוד שבישראל ממדי התופעה מצומצמים יחסית – לכל היותר כמה עשרות – במדינות אירופה ובארה"ב מתמודדות הרשויות עם תופעה של אלפי ילדים בלתי מלווים המגיעים אליהן בכל שנה.

55. התכנית האירופית לילדים בלתי מלווים (Separated Children in Europe Program), מיסודו של הארגון הבינלאומי Save The Children, פרסמה בשנת 2004 המלצות למדינות אירופה כיצד לנהוג בילדים אלה (Statement of Good Practice). בסעיף 8 נכתב, 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](http://www.separated-children-europe-programme.org/separated_children/good_practice/SGP_3ed_print.pdf)

56. הנחיות נציבות הפליטים של האו"ם (UNHCR) משנת 1997 ביחס לקטינים בלתי מלווים מחפשי מקלט, 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.”

ראו :

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

### **3.2. אופן ביצוע "הערכת גיל" על ידי הרשויות בישראל**

57. כפי שעולה מהחלטות בית הדין בעניינו, המערער נדרש לעבור בדיקות רנטגן של שורש כף היד על מנת "להוכיח" כי הוא קטין. מדובר בבדיקות בלתי אמינות בעליל לצורך הערכת גיל, אשר מדינות רבות חדלו מלעשות בהן שימוש לצורך הערכת גילם של קטינים בלתי מלווים, בעוד מדינות אחרות עושות בהן שימוש רק בצירוף בדיקות נוספות, מתוך מודעות למגבלות הבדיקה ותוך עירוב גורמים מקצועיים דוגמת פסיכולוגים או עובדים סוציאליים על מנת להעריך את גיל הילד.

58. בית המשפט יתבקש להתיר למערער להגיש במסגרת ערעור זה חוות דעת מומחה של ד"ר גדעון פלוסר, מומחה ברדיולוגיה אבחנתית, מנהל היחידה להדמיית השלד במרכז הרפואי בתל-אביב ע"ש סורסקי, שנכתבה על ידו ללא תמורה.

חוות הדעת מצ"ב ומסומנת מע/21.

59. מחוות דעתו של ד"ר פלוסר עולה, כי הבדיקה, בה עושות הרשויות שימוש, היא בדיקה בעלת מהימנות מוגבלת בעליל, ובעיקר כשמדובר באוכלוסיה 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).

60. האטלס נבנה בשנות החמישים 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.

61. כאמור, האטלס נערך לפני כחמישים שנה, והוא מסתמך על קבוצה מאוד 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.

62. התפתחות גיל 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.

63. 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. 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.

64. ד"ר פלוסר עומד בחוות דעתו על כך שלאחר סגירת מרכזי הגדילה של העצם ("אפיפיזה") לא ניתן להתייחס לגיל הנבדק, שכן משלב זה ועד המוות אין שינוי במבנה העצמות. **סגירת מרכזי הגדילה, כלומר גמר גדילת השלד, מתרחשת בממוצע בגיל 17,** ועל כן לא ניתן לקבוע גילאים מעבר לכך. לפיכך, קביעה כי נבדק זה או אחר הוא בן למעלה מ-18 בהתבסס על הבדיקה היא אבסורדית לחלוטין. יש לשוב ולציין, כי הגיל שצויין לעיל, 17 שנים, הוא הגיל הממוצע, בו מסיים השלד להתבגר. משמעות הדבר היא כי אצל ילדים רבים גמר גדילת השלד מתרחש בגיל צעיר יותר.

65. בנוסף, כעולה מחוות דעתו של ד"ר פלוסר, קיימת שונות באינטרפרטציה של הצילומים עצמם על ידי בודקים שונים, המתייחסים לנתונים שונים בצילומים (האפיפיזות של העצמות הארוכות, מרכזי ההתגרמות של שורש היד והגלילים של כף היד).

66. 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 כשהמדובר 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.

67. ד"ר פלוסר מוסיף, כי יצירת אטלס מודרני כזה אינה אפשרית, כי היום ידוע הנזק הפוטנציאלי שבקרינה, 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.

68. 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.

69. ד"ר פלוסר אינו לבדו בהערכה זו. כפי שציין בחוות דעתו, ההסברים בדבר המהימנות המוטלת בספק של הבדיקה לקוחים מן המבוא לאטלס עצמו, וכל הספרות הרפואית המוכרת לו תומכת בחוות דעתו.

70. 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 צויין, כי הקולג' המלכותי לרדיולוגיה פרסם בשנת 1996 המלצה לחבריו, לפיה אם רשויות ההגירה תבקשנה מהם לבצע הערכת גיל כרונולוגית באמצעות בדיקת גילך 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”.

לפרסום המלא, ראו:

[http://www.rcpch.ac.uk/publications/past\\_publications/refugee.pdf](http://www.rcpch.ac.uk/publications/past_publications/refugee.pdf)

71. 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.

72. הפרקטיקה הנוהגת של רשויות הרווחה של אנגליה 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”.

73. מנייר שהוצג על ידי Eugenia Markova בכנס בינלאומי, שנערך בחודש אוקטובר 2005 בעניין קטינים בלתי 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.”

74. בנייר שהוצג בכנס על ידי Sylvain Vitte ביחס לפרקטיקה הנהוגה ב**שוויץ**, 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. יוער גם, כי בכל הקשור לבדיקת צילום שורש כף היד, נלקח בחשבון טווח טעות של 3 שנים (עמ' 16).

ראו:

[http://www.coe.int/t/f/coh%E9sion\\_sociale/migrations/Source/MG-RCOCONF\\_2005\\_4\\_Report\\_Switzerland\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/f/coh%E9sion_sociale/migrations/Source/MG-RCOCONF_2005_4_Report_Switzerland_en.pdf)

75. 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](http://www.savethechildren.net/separated_children/publications/reports/report_workshop_age_assessment.pdf)

76. בנייר שהציגה אייזנברגר, קיימת התייחסות לשיטת Greulich, שבעניינה ניתנה חוות דעתו הנ"ל של ד"ר פלוסר (ראו עמ' 36 ואילך). הכותבת מתייחסת בעמ' 36 אל מחקר של Diamant-Berger, ולגביו נאמר:

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

77. עוד עולה מן הנייר (בעמ' 37), כי בשנת 2000 נציבות הערעורים בענייני מקלט בשוויץ 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>

78. 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".

79. 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."

80. 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 בקטינותו של הטוען להיות קטין, נערכת בדיקת שורש כף היד במקביל לערכית בדיקה דנטלית

והערכה פסיכו-סוציאלית של 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).

### **3.3. סיכום לעניין בדיקות להערכת גיל**

81. בית הדין לביקורת משמורת בהחלטתו מיום 29.1.2006 (נספח מע/8 לעיל), קבע כי המערער נחזה להיות קטין. אף אם לא היה נקבע כן, המשפט הבינלאומי כמו גם השכל הישר מחייבים לראות בו קטין כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר. לצורך הערכת גילו של המערער לא ניתן להסתמך על בדיקות שורש כף היד, וודאי שלא כאינדיקטור בלעדי ומכריע, וזאת לאור ההסכמה הרחבה בקרב אנשי המקצוע, כי בדיקה זו אינה אמינה לצורך הערכת גיל, ובמיוחד כאשר מדובר במי שאינם שייכים לקבוצה, שבאמצעות בדיקתה נערך האטלס המשמש להערכת גיל העצמות – ילדים לבנים בארה"ב, שחיו לפני עשרות שנים.

82. בדומה לפרקטיקה במדינות אחרות, על אנשי מקצוע בתחום הפסיכולוגיה או העבודה הסוציאלית, האמונים על שאלות הנוגעות לקטינים, לטובתם ולהתפתחותם, לפגוש במערער ולהעריך באמצעות הכלים העומדים לרשותם. **כפי שעולה מכללי המשפט הבינלאומי ומן הפרקטיקה של המדינות השונות, במקרה של ספק – על המדינה להתייחס אל המערער כאל קטין.**

83. חשוב לחזור ולהדגיש – חרף העובדה שעל פי האטלס עצמו לא ניתן להעריך כי אדם הוא בן למעלה מ-17 שנים על פי בדיקה זו, שכן זהו הגיל הממוצע בו תמה גדילת העצמות, נקבע לגבי מספר קטינים כי הם בגירים, ועל כן הם הועברו למעצר בכלא "מעשיהו", שם הם מוחזקים עם עצורים בגירים. במצב דברים זה, אין להתפלא, כי המערער, נער מפוחד בן 14 וחצי שנים, קורבן לתרמית וכפי שנסביר בהמשך – קורבן סחר בבני אדם – מסרב לעבור את הבדיקה.

## **4. על חובות המשיבים כלפי קטינים בלתי מלווים**

84. הקביעה כי המערער הוא קטין וכי אין מקום להחזיקו במעצר בכלא "מעשיהו" אינה מסמנת את סוף דרכנו בעניינו. רחוק מכך. כפי שיוסבר, מעצר ממושך של קטינים אינו יכול להיעשות ללא מעורבותם של גורמים מקצועיים האמונים על עקרון טובת הילד וזכויותיו. על המדינה רובצת חובה באמצעות רשויות הרווחה למצוא חלופת מעצר מתאימה לקטינים בלתי מלווים הנמצאים בתחומה. החזקתם הממושכת במעצר של קטינים השוהים בישראל שלא כדן אינה עולה בקנה אחד עם הדין הישראלי ואף אינה עולה בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל.

### **4.1. על החזקתם של קטינים בלתי מלווים במעצר**

85. המשיבים, כמו גם בית הדין, חוזרים פעם אחר פעם על הטענה, לפיה מתקן "מיכ"ל" (ומתקן "צוחר" בו הוחזקו קטינים עד לחודש מאי 2006) "מותאם לקטינים". טענה זו יש לדחות מכל וכל. במשך מספר שנים הוחזקו במעצר במתקן הכליאה "מיכ"ל" (ועדיין מוחזקים בו) בגירים שנעצרו בגין שהייה שלא כדין בישראל. בחודש מאי 2006 הוחלט שאחד האגפים במתקן ישמש למעצרים של קטינים. דבר באגף לא שונה או "הותאם" לצרכי קטינים, למעט השלט שבכניסה לאגף.

86. הקטינים המוחזקים במתקן, חלקם קטינים שעברו חוויות קשות ביותר לפני הגיעם לישראל, כלואים משך רוב שעות היממה בתאיהם. פעמיים ביום מתאפשר להם לטייל בחצר האגף, במשך שעתיים בכל פעם. המקום מאויש על ידי שוטרי מינהלת ההגירה בלבד. אלה לא עברו הכשרה כלשהי לטיפול בעניינם של קטינים ואינם מבינים את צרכיהם היחודיים של קטינים. אין במקום טיפול נפשי ואין טיפול של גורמי הרווחה. במהלך השבוע מועברים מספר שיעורי אנגלית שנמשכים שעות ספורות, ואינם עומדים בסטנדרטים המינימליים של חובות המדינה לספק חינוך, גם לקטינים השוהים בתחומה שלא כדין.

87. החזקה בחדרים סגורים ומסורגים, אף אם יש שעות בהן ניתן לצאת אל החצר, היא כליאה לכל דבר ופוגעת קשות בזכויות הקטינים ובטובתם. טלויזיה המוצבת בחדר אינה תחליף לצרכים הפסיכולוגיים וההתפתחותיים של הקטינים. מתקן "מיכ"ל" הוא מתקן מעצר. ומעצר הוא מעצר הוא מעצר. לא תועיל אקרובטיקה מילולית של המשיבים, המנסה להציג את מתקן "מיכ"ל" כמתקן המתאים לצרכיהם של קטינים. התנאים במתקן "מיכ"ל" נקבעו על ידי משטרת ההגירה ומשרד הפנים, שני גופים שאין להם הידע והניסיון הנדרשים על מנת להתאים מתקן לצרכיהם של קטינים, וללא מעורבותן של רשויות נוספות. מדובר במתקן כליאה בו נשללת חירותם של ילדים לפרק זמן ממושך. למחקר על השפעותיו הבלתי הפיכות של מעצר בלתי מוגבל בזמן של מהגרים בכלל ושל ילדים בפרט באוסטרליה, ראו:

[http://www.amnesty.org.ru/library/pdf/ASA120012005ENGLISH/\\$File/ASA1200105.pdf](http://www.amnesty.org.ru/library/pdf/ASA120012005ENGLISH/$File/ASA1200105.pdf)

88. המשפט הבינלאומי אוסר על החזקתם של קטינים בלתי מלווים במעצר, ומחייב את המדינות, בהן הם נמצאים, למצוא חלופות משמורת בתיאום עם רשויות הרווחה. זכויות הילד המנויות באמנה לזכויות הילד מובטחות לכל ילד. המדינות החברות לאמנה, ובהן מדינת ישראל, מחויבות לכבד את זכויותיהם של ילדים ולהבטיחן "לכל 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 12) (1) לאמנה).

89. סעיף 37(2) לאמנה לזכויות הילד קובע, כי המדינות החברות יבטיחו כי:

**"מעצרו, חבישתו או מאסרו של ילד יהיו בהתאם לחוק וישמשו רק כאמצעי אחרון ולפרק זמן מתאים הקצר ביותר."**

90. הוראות דומות מעוגנות בהסכמים נוספים, הזוכים לקונצנזוס בינלאומי רחב ביותר. סעיף 24(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) קובע, כי לכל ילד, ללא כל הפליה בשל גזע, צבע, מין, לשון, דת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש או ייחוס, תהא הזכות לאותם אמצעי הגנה, הנדרשים מפאת מעמדו כקטין, מטעם משפחתו, החברה והמדינה. סעיף 10(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966) קובע, כי מדינות שהן צד באמנה ינקטו אמצעי הגנה וסיוע מיוחדים למען כל הילדים ובני אדם צעירים, בלא כל הפליה בגין ייחוס או תנאים אחרים.

91. כללי האו"ם להגנה על קטינים שחירותם נשללה (United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty), שאומצו על ידי עצרת האו"ם בהחלטה מס' 45/113 ביום 14.12.1990, משקפים משפט בינלאומי מינהגי ועקרוניתיהם הם בבחינת יוס קוגנס (Jus Cogens). הכללים קובעים, בין היתר, כי "השמתו של קטין במתקן סגור תהא תמיד האמצעי האחרון ותעשה לפרק הזמן המינימלי הנחוץ" (כלל 1). עוד נקבע בכללים, כי "בשל פגיעותם הרבה, קטינים שחירותם נשללה ייהנו מיחס ומהגנה מיוחדים, וזכויותיהם ושלומם יובטחו במהלך התקופה שחירותם נשללה ולאחריה" (כלל 2). קטינים שחירותם נשללה זכאים ליעוץ ולסיוע משפטי; הם זכאים במידת הצורך לסיוע חינם של מתורגמן; נגד קטינים שחירותם נשללה אסור לנקוט אמצעי ענישה חמורים, אלא בנסיבות קיצוניות.

92. הערה 6 הנ"ל, הפרשנות המוסמכת של האמנה לזכויות הילד בעניין קטינים בלתי מלווים (ראו פסקאות 51-52 לעיל) קובעת בסעיף 61 כי חירותם של ילדים לא תישלל משום היותם בלתי מלווים או בשל העדר מעמד חוקי במדינה:

"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.**"

במקרים יוצאי דופן בהם תישלל חירותם של קטינים זרים ונטושים (ושהייה שלא כדיון, כאמור, אינה מקרה יוצא דופן היכול להצדיק שלילת חירותם של קטינים נטושים), למשל לאחר שהורשעו בדיון, ייקבעו תנאי המעצר לפי טובתם של ילדים: המגורים יותאמו לילדים; הם יופרדו, ככלל, ממבוגרים; הגישה במתקן תהא טיפולית ולא עונשית; המתקן לא יהא מצוי באזור מבודד, בו אין גישה למשאבים קהילתיים ולסיוע משפטי; ותהא לילדים גישה לחינוך, למנוחה, למשחק, לסיוע משפטי ולשירותי בריאות.

4.2. על החובה לערב את גורמי הרווחה בהליכי מעצרים של קטינים בלתי מלווים

93. נסיבות החיים המצערות עלולות להוביל לכך, שילד ייוותר ללא אחראי עליו. בנסיבות אלה תתערב המדינה ותגן על הקטין. חובה זו, המוטלת על רשויות המדינה, להגן על עניינם של קטינים, לובשת צורות שונות. המחוקק התווה מערכת מסועפת של דינים, המסדירים את דאגת המדינה לרווחתם של קטינים, שנותרו בגפם (ראו, חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960; חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981; ראו עוד: דנ"א 6041/02 פלוני נ' פלוני (טרם פורסם), סעיפים 13-17 לפסק דינו של הנשיא ברק).

94. ואולם, המשיבים בוחרים להתעלם ממערכת דינים מסועפת זו בכל הנוגע לקטינים בלתי מלווים, השוהים בישראל ללא מעמד כלשהו. לשיטתם, הדין הרלוונטי היחיד הוא חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 על הוראות המעצר והגירוש שבו. קטין בלתי מלווה שנעצר, יגורש ללא ניסיון לאתר מבוגר אחראי במדינת מוצאו שייקח אותו תחת חסותו וללא כל ניסיון ליצור קשר עם גורמי הרווחה במדינת המוצא. קטין שאין אפשרות לגרשו, דוגמת המערער, יוחזק במעצר פרק זמן ממושך ובלתי מוגבל ללא מעורבות של גורם טיפולי כלשהו.

95. הרעיון של החזקת קטינים במעצר ממושך ללא מעורבות רשויות הרווחה או גורמים טיפוליים מקצועיים, האמונים על הטיפול בקטינים, על צרכיהם ועל זכויותיהם והיודעים כיצד להתמודד עם מצוקותיהם, הוא זר לשיטת המשפט הישראלית. בתי המשפט נוהגים כדבר שבשגרה להורות על הגשת תסקיר פקיד סעד בעניינם של קטינים במקרים, בהם עומד עניינו של קטין על הפרק. על החשיבות שמייחס הדין לקבלת עמדתו של איש מקצוע במיוחד לפני קבלת החלטה בדבר שלילת חירותו של קטין ניתן ללמוד, למשל, מסעיף 22 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, המחייב את בית המשפט לנוער, לאחר שקבע כי קטין ביצע עבירה, להורות על הגשת תסקיר קצין מבחן וזאת טרם קבלת ההכרעה האם להרשיעו וטרם גזירת דינו. אף בהליכים מכוח חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, בית המשפט לנוער אינו מקבל החלטות בעניינו של קטין, ובכלל זה החלטות בדבר החזקתו במעון או במעון נעול, אלא לאחר פניית פקיד סעד (סעיף 3 לחוק).

96. ואולם בענייננו מתיימרים המשיבים 1-2 ובית הדין לביקורת משמורת להבין את צרכיהם של קטינים ואת טובתם ללא כל מעורבות של גורם מסוג זה.

97. לבית הדין ניתנו סמכויות רחבות, אשר מאפשרות לו למנות פקיד סעד שיחווה דעתו בעניינו של הקטין ועל מנת להבטיח, כי קטינים שנעצרו ישוחררו לחלופת משמורת ההולמת את צרכיהם המיוחדים של קטינים. סעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל קובע, כי **"לבית הדין יהיו הסמכויות לפי סעיפים 9 עד 11 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, בשינויים המחויבים לפי העניין"**. סעיף 9 (א) לחוק ועדות חקירה קובע, כי יו"ר הוועדה רשאי **"להזמין, ולחזור ולהזמין, אדם לבוא לפני הוועדה ולהעיד או להציג מסמכים או מוצגים אחרים שברשותו"**, ובסעיף 9(ב) נקבע כי **"סמכויותיו של יושב-ראש הוועדה לעניינים אלה יהיו כשל בית משפט בהליך אזרחי"**. בהתאם לסמכויות אלה

היה על בית הדין להורות על מינוי של פקיד סעד, שיפגוש במערער, ימליץ על חלופת משמורת מתאימה ויציג את חוות דעתו בפני בית הדין.

98. סמכותו של בית הדין להורות על מינוי של פקיד סעד אף קמה מכוחו של סעיף 2 לחוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים), התשט"ו-1955. סעיף זה קובע, כי "רשאי בית המשפט לצוות על פקיד סעד לחקור בנידון קטין ולחוות דעתו בתסקיר בכתב". סעיף 1 לחוק זה מגדיר בתי משפט, "לרבות בתי דין". סעיף 1 אף מגדיר את המונח "נידון קטין" – "עניין העומד להכרעה בבית משפט, ושבהכרעתו חייב או רשאי בית המשפט להביא בחשבון קטינותו של קטין, אף שהקטין אינו בעל דין". בית הדין לביקורת משמורת עוסק בעניין העומד בלב ליבו של הגרעין הקשה של שאלת טובת הקטין – שלילת חירותו. אם עיסוק בתי משפט ובתי דין בחירותו של קטין אינו המקרה בו עליהם לעשות שימוש בסמכות הנתונה להם בסעיף 2, לא ברור באילו מקרים יש לעשות שימוש בסמכות זו.

99. בית הדין עצמו הכיר בסמכותו לעשות כן, אולם עד כה, לשיטתו, לא עלה הצורך לעשות כן. בהחלטת בית הדין מיום 15.1.2006 בעניינם של חמישה קטינים חסרי משפחה (אשר שוחררו ממעצר ומשרד הפנים ביקש לבטל את ההחלטה לשחררם!) נכתב:

"בקצירת האומר אציין לסיכום כי מקובלת עלי עמדת המשיבים העקרונית לפיה מוסמך בית הדין מכוח הוראות סעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל להורות בהתאם לשק"ד בנדון על מינוי פקיד סעד להערכת מצבו של הקטין לצורך שחרורו מן המשמורת. עד כה לא נזקק בית הדין ברמה הפרקטית לחוות דעתו של פקיד סעד לצורך שחרורם של קטינים לידי אפוטרופסים, אך במידת הצורך יזמין פקיד סעד או כל אדם אחר "להעיד או להציג מסמכים או מוצגים אחרים שברשותו" ככל שאלו ידרשו לצורך בחינת אפשרות שחרורו הקונקרטי של קטין לידי אפוטרופוס כאמור (ר' סעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל, התש"ב-1952, וסעיפים 9-11 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968).

העתק החלטת בית הדין מיום 15.1.2006 מצ"ב ומסומן מע/22.

100. משרד הפנים ומשרד הרווחה הכירו אף הם בסמכות בית הדין להורות על מינוי פקיד סעד. בדיון שהתקיים בבית המשפט לעניינים מינהליים בבאר שבע ביום 10.4.2006 בעמ"נ 5/06, 6/06 ו-7/06, בהם עמדה על הפרק שאלה דומה, אמרה באת כוח משרד הפנים ומשרד הרווחה: "אנחנו לא טוענים באופן עקרוני שאין סמכות לבית הדין להורות על מינוי פקיד סעד. אנו טוענים שכל דבר צריך להיבחן לגופו של ענין ושילדים מהסוג של העותרים אינם עונים על ההגדרה של נזקקים".

העתק פרוטוקול הדיון מיום 10.4.2006 מצ"ב ומסומן מע/23.

101. סמכויות, אם כן, יש בשפע. כל שנדרש הוא נכונות של המשיבים ושל בית הדין לעשות בהן שימוש. ואולם בית הדין, כאמור בהחלטתו הנ"ל, לא נדרש מעולם לחוות דעתו של פקיד סעד בעניינם של הקטינים, שהוא דן בהחזקתם במעצר.

102. שגה בית הדין שעה שנמנע מלהורות על מינוי פקיד סעד שיחווה דעתו בעניין החזקת המערער במשמורת, ושעה שנמנע מלהורות למשיב 1 לפעול בשיתוף עם המשיב 3 על מנת לאתר חלופת משמורת הולמת למערער. בית הדין, בכל הכבוד, נעדר כישורים להעריך טובתם של קטינים מה היא, בהעדר סיוע מן הגורמים המקצועיים. כך גם המשיבים 1-2. למשיבים 1-2 אין צל צילו של מושג כיצד להתמודד עם מקרים רגישים הדורשים התייחסות לעקרון טובת הילד, וכל כישוריהם בהגשמת עקרון "טובת הגירוש". כשהצדדים היחידים בפני בית הדין הם הקטין עצמו והמשיב 1, וללא התערבות המשיב 3 בדיונים, אין לבית הדין היכולת לגבש את התמונה הדרושה על מנת שיתאפשר לו לקבל החלטה המגשימה את עקרון טובת הילד ומבטיחה את זכויותיו.

103. שגה בית הדין שעה שהציג בצורה בינארית את הסיטואציה העומדת על הפרק, ותהה האם ייטב למערער "אם ישהה ברחוב ללא מזון, כסף או אמצעי מחיה". לא על כך התבקש בית הדין להורות. על בית הדין היה למנות פקיד סעד שיפגוש במערער, כמו גם בקטינים האחרים המצויים במתקן "מיכ"ל". על פקיד הסעד להעריך את מצבו של הקטין, להעריך האם מתקן "מיכ"ל" הוא מקום בו ניתן להחזיק קטין כך שיובטח שלומו הגופני והנפשי, לבחון האם מדובר ב"קטין נזקק", כהגדרתו של מונח זה בחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960 ולהמליץ על דרכי הטיפול בקטין, לרבות מציאת חלופת משמורת. בהתאם להמלצות אלה היה על בית הדין להורות על שחרורו של המערער לחלופת משמורת שתבטיח את טובתו. שגה בית הדין משנמנע מעשות כן.

104. יודגש, כי אין כל רבותא בכך שהמערער אינו אזרח או תושב ישראל. "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומה בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי", שמונתה על ידי שר המשפטים בשנת 1997 במטרה לערוך בחינה מקפת של הדין הישראלי בשאלות הנוגעות לזכויות הילד, מעמדו המשפטי ורווחתו, לאור האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, התייחסה לעניין זה בדו"חות המסכמים של הוועדה, אשר פורסמו בראשית שנת 2004 על ידי משרד המשפטים:

- ”היקף הזכאים על פי האמנה: האמנה מחילה את הזכויות המעוגנות בה על כל ילד שבתחום שיפוטן של המדינות החתומות עליה. הגדרה זו מרחיבה את מעגל הילדים הזכאים וכוללת בו לא רק ילדי אזרחי המדינה אלא גם כל ילד המצוי בתחום שיפוט של המדינה, יהיה מעמדו, אשרתו או אזרחותו אשר יהיו. כך למשל, ילדי מהגרי עבודה השוהים במדינה באופן בלתי חוקי וכן ילדים נטולי אזרחות ותושבות מכל סיבה שהיא יהיו זכאים מכוח סעיף 2 לאמנה ליישום מלא של זכויותיהם על-פיה. לסעיף זה השלכות משמעותיות על המציאות בישראל, אשר קיים ספק אם מיישמת היא את הוראותיו כיום הלכה למעשה.”

...

- **התחשבות בשיקולים כלכליים-תקציביים**: ועדת האו"ם [לזכויות הילד] מדגישה כי פעולות של המדינות ליישום עיקרון איסור ההפליה ועיקרון טובת הילד **אסור שיהיו תלויות במגבלות תקציביות**. מטרת הוועדה להבטיח כי עקרונות אלו ישמשו כשיקולים ראשוניים במעלה בעת קביעת חלוקת המשאבים במדינה. **דברים אלו יפים במיוחד בכל הנוגע לקבוצות פגיעות וחלשות בחברה**. בעניין זה ראוי לציין כי גם סעיף 2(1) וגם סעיף 2(2) אינם כוללים סייגים למחויבות המדינה מסוגם של הסייגים המופיעים במקומות אחרים באמנה כגון: "עד מרב המידה האפשרית" או "על-פי המשאבים שברשותם" וכיו"ב. נראה כי היעדר הסייגים מבטא את ההכרה בחשיבות ובחוזק של איסור ההפליה כתנאי יסודי בהענקת זכויות לילדים, שעל המדינה לעמוד בו בכל פעולותיה ליישום הוראות האמנה."

שם, עמ' 105-105.

### 4.3. משפט משווה

105. כאמור, מדינת ישראל אינה המדינה הראשונה המתמודדת עם תופעת הקטינים הבלתי מלווים, המגיעים לשטחה. בעוד שבמדינת ישראל מדובר בלא יותר מעשרות בודדות, הרי שמדינות אירופה וארה"ב מתמודדות עם תופעה של אלפי ילדים כאלה בשנה. למרות זאת, השכילו מדינות אלה לעצב פתרונות המותאמים לצרכיהם של ילדים. כפי שנראה, הכלל הנהוג הוא שאין מחזיקים קטין בלתי מלווה במעצר, אלא רק אם אין מנוס מכך, ולפרק זמן קצר ביותר. כמו כן, **הכלל הוא שרשויות הרווחה ולא רשויות ההגירה הן שאחראיות על הטיפול בקטינים אלה**.

106. **בריטניה** אינה נוהגת להחזיק ילדים שלא נמצא עליהם אחראי, השוהים במדינה שלא כדון, במעצר, אלא במקרים נדירים ולפרק זמן קצר ככל שניתן. בהצהרה רשמית של משרד הפנים הבריטי נמסר, כי:

"There is an undertaking that unaccompanied children should never be detained other than in the most exceptional circumstances and only for a very short period."

לפי מדיניות ממשלת בריטניה, שהוצגה בפברואר 2002 בפני הפרלמנט הבריטי על ידי שר הפנים, דיוויד בלנקט, ילדים, השוהים בבריטניה שלא כדון וללא הורה מלווה – בין אם מדובר בילדים המחפשים מקלט כפליטים ובין אם לאו – נכללים בגדר הגדרתו של קטין נזקק ב- *Children Act* משנת 1989, המפרט כיצד יש לטפל בקטינים שלא נמצא עליהם אחראי (בדומה לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960 הישראלי). עוד הוצהר, כי אך ורק אנשי מקצוע, שהוכשרו לעשות זאת, יראיינו קטינים שלא נמצא עליהם אחראי השוהים במדינה ללא היתר. משרד הפנים הבריטי בשיתוף עם משרד הבריאות ועם הרשויות המקומיות עוזר לספק לילדים אלה שירותי בריאות ושירותים סוציאליים.

ראו :

[http://www.hreoc.gov.au/human\\_rights/children\\_detention/submissions/castan.html#uni](http://www.hreoc.gov.au/human_rights/children_detention/submissions/castan.html#uni)

בבריטניה ממונה לקטין "יועץ רווחה", המראיין את הקטין, חוקר את נסיבות הגיעו, עוזר למצוא סיוע משפטי, ומלווה את הטיפול הרפואי, הנפשי והחינוכי של הקטין. אף בקנדה מופעלת תוכנית דומה.

מעצר קטינים בלתי מלווים בבריטניה נעשה רק במקרים יוצאי דופן ולפרק זמן קצר ביותר – כך, למשל, במקרים בהם מאותרים קטינים כאלה על ידי הרשויות בשעת לילה מאוחרת, ייתכן שיוחזקו במתקן מעצר עד שעות הבוקר, ורק אז יועברו לטיפול רשויות הרווחה.

ראו :

[http://www.coe.int/t/f/coh%E9sion\\_sociale/migrations/Source/MG-RCNF\\_2005\\_5\\_Report\\_UK\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/f/coh%E9sion_sociale/migrations/Source/MG-RCNF_2005_5_Report_UK_en.pdf)

107. אף בספרד גורמי הרווחה הם שאחראים על הטיפול בקטינים בלתי מלווים. רוב הקטינים הבלתי מלווים הנכנסים לספרד מגיעים באופן בלתי חוקי וללא מסמכים מזהים, ומועברים מייד לטיפול הרשויות האחראיות לטיפול בקטינים. ספרד מעניקה לקטינים לא מלווים את כל הזכויות המוענקות לילדים אזרחי ספרד. קטינים בלתי מלווים מאותרים בד"כ ע"י רשויות האכיפה, בין בעת הכניסה למדינה ובין לאחר שהם בתוך המדינה. למשטרות המקומיות ולמשטרת הגבולות יחידות מיוחדות המתמחות בענייני ילדים, והן שמטפלות בילדים. לאחר שקטין בלתי מלווה מאותר, הוא מובא לידיעת משרד התובע הכללי שמורה לשירותי הגנת הילד בספרד לטפל בקטין.

לפני ההרחקה חייבות רשויות ההגירה לוודא את זהותו של הקטין ואת נסיבותיו האישיות והמשפחתיות. קטין אינו מגורש אלא לאחר שמשפחתו אותרה במדינת מוצאו, ואם משפחתו לא אותרה – לאחר שנוצר קשר עם רשויות הרווחה במדינתו. כאשר מדובר במדינות שאין עמן קשרים דיפלומטיים, הדבר נעשה באמצעות משרד החוץ הספרדי.

השירות להגנת הילד הוא האחראי על הקטין והוא נחשב למשמורן שלו מבחינה משפטית. לפי הנחיה מיום 30.12.2004 קטין יורחק רק כאשר ניתן לאחדו עם משפחתו או אם הוא יועבר לטיפול גורמי הרווחה במדינת מוצאו. בהתאם להנחיית התובע הכללי מיום 26.11.2004 גם במקרים בהם ניתן לאתר את משפחתו של הקטין במדינת מוצאו, אם טובת הילד מחייבת השארתו בספרד הוא לא יורחק. ההחלטה מתקבלת רק לאחר שמיעת הקטין וקבלת הדו"ח של השירות להגנת הילד. שופט נוער חייב להיות מיועד אודות כל ההליכים הננקטים בעניין הרחקתו של קטין.

עם העברת הקטין לידי השירות להגנת הילד נבחנת השאלה האם הוא "קטין נזקק" כהגדרתו של מונח זה בדין הכללי הנוגע לילדים בספרד, וממונה לו משמורן. אותם תנאים מוענקים לקטינים זרים ולקטינים ספרדיים. קטינים מוחזקים בשלב הראשון במרכזי קליטה לצרכי חירום. תקופת ההחזקה היא בין 2-3 חודשים. חלק מן המרכזים מנוהלים על ידי רשויות המדינה וחלקם מנוהלים על ידי גורמים פרטיים שהתקשרו בהסכם עם רשויות המדינה. בשלב שלאחר המגורים במרכז מושמים חלק מן הקטינים במשפחות אומנה. אחרים מושמים בסוגים שונים של מגורים ומוסדות, למשל, דירות בהם מתגוררים 8-10 קטינים.

ראו :

[http://www.coe.int/t/f/coh%20E9sion\\_sociale/migrations/Source/MG-RCONF\\_2005\\_11\\_Report\\_%20Spain\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/f/coh%20E9sion_sociale/migrations/Source/MG-RCONF_2005_11_Report_%20Spain_en.pdf)

108. קטינים השוהים בגפם **בארה"ב** שלא כדין מושמים בשלב הראשון במשמורת, אולם על פי הצהרת שירותי ההגירה בפני וועדת בית הנבחרים מיום 19.12.2001, קטינים **אלה אינם מוחזקים במעצר לתקופה העולה על 72 שעות**.

ראו : <http://uscis.gov/graphics/index.htm>

עד לחודש פברואר 2003 האחריות לקטינים בלתי מלווים הוטלה על שירותי ההגירה האמריקאיים (INS), אולם ביקורת רבה הושמעה בשל ניגוד העניינים של שירותי ההגירה, אשר נדרשו, מצד אחד, לדאוג לרווחתם של הקטינים, ומצד שני היו אחראים על גירושם. בעקבות ביקורת זו, החל מיום 1.3.2003, האחריות לטיפול בקטינים שלא נמצא עליהם אחראי, השוהים שלא כדין בארה"ב, הועברה לידי משרד הרווחה.

ראו : [http://www.aifl.org/ipc/policy\\_reports\\_2004\\_CrossingBordersAlone.asp](http://www.aifl.org/ipc/policy_reports_2004_CrossingBordersAlone.asp)

במקרים, בהם נעצרים קטינים השוהים שלא כדין בארה"ב ואין הורה או מבוגר אחראי אחר, שלהשגחתו ניתן לשחררם, מושמים הקטינים במעונות לקטינים או במשפחות אומנות.

ראו :

[http://www.hreoc.gov.au/human\\_rights/children\\_detention/submissions/castan.html#usa](http://www.hreoc.gov.au/human_rights/children_detention/submissions/castan.html#usa)

109. **קנדה** אינה מאפשרת הרחקתם של קטינים ללא ייצוג, וכאשר מדובר בילדים שלא נמצא עליהם אחראי, וועדת ההגירה והפליטים (IRB) ממנה לקטין אדם שייצגו. רשויות ההגירה הנתקלות בקטין ללא הורים, נוהגות ליצור קשר עם מבוגר אחראי, ככל שיש כזה בנמצא, המכיר את הקטין ומוכן

לטפל בו. הרשויות מעריכות את אופי הקשר בין הילד למבוגר האחראי ובוחנות את השאלה האם טובת הקטין היא להשתחרר להשגחתו. במקרים, בהם אין מבוגר כזה או שרשויות ההגירה סוברות, כי אין לשחרר את הקטין לידי, מוטלת עליהן חובה ליצור קשר עם **רשויות הרווחה**.

ראו: <http://www.law.monash.edu.au/castancentre/publications/children2.html>

על פי ה- *Immigration and Refugee Protection Act* הקנדי, שנכנס לתוקף ביום 28.6.2002, קטינים, השהים שלא כדין בקנדה, **יוחזקו במעצר רק כמוצא אחרון**. סעיף 60 לחוק, המצוי בפרק העוסק במעצר שוהים שלא כדין, קובע כי:

“For the purposes of this Division, it is affirmed as a principle that a minor child shall be detained **only as a measure of last resort**, taking into account the other applicable grounds and criteria **including the best interests of the child.**”

לנוסח המלא של החוק ראו: <http://laws.justice.gc.ca/en/I-2.5/64755.html>

110. **בהונגריה** משוכנים קטינים בלתי מלווים בהוסטלים מיוחדים שנפתחו בשנת 2003 במיוחד למטרה זו. מדובר במוסדות פתוחים, והקטינים אינם כלואים בהם. הצוותים בהוסטלים עוברים הכשרה על ידי רשויות הרווחה. רוב העובדים בהוסטלים הם עובדים סוציאליים. כמו כן מועסקים בהוסטלים רופאי ילדים, סוציולוגים ופסיכולוגים. המועסקים בהוסטלים הם כולם בעלי הכשרה מיוחדת לטיפול בקטינים בלתי מלווים.

ראו:

[http://www.coe.int/t/f/coh%E9sion\\_sociale/migrations/Source/MG-RCNF\\_2005\\_6\\_Report\\_Hungary\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/f/coh%E9sion_sociale/migrations/Source/MG-RCNF_2005_6_Report_Hungary_en.pdf)

111. **באיטליה** כאשר מאותר קטין בלתי מלווה שנכנס למדינה שלא כדין על הרשויות להודיע על כך למספר גופים: הוועדה לעניין קטינים זרים, בית המשפט לנוער ושופט, הממנה לקטין משמורן. לאחר שהודע לכל הגורמים, המטה המקומי של המשטרה מנפיק אישור שהייה מיוחד, המבטיח גישה לשירותי בריאות וחינוך. הוועדה בוחנת את השאלה האם יש מקום להרחיק את הקטין בחזרה למדינת מוצאו או שמא יש להשימו במשפחת אומנה. שירותי הרווחה הם שאחראים על הקטין, והערכאה המשפטית האחראית עליו היא בית המשפט לנוער.

ניתנת עדיפות להחזרת הקטין למדינת מוצאו במקרים בהם ניתן לאתר את משפחת הקטין והמשפחה מוכנה ויכולה לקבל אחריות עליו. רשויות המדינה עורכות בדיקה במדינת המוצא בכל מקרה ומקרה, ומעריכות את מכלול הנסיבות על בסיס אינדיבידואלי. הרשויות באיטליה מלוות

את הקטין עד לקליטתו על ידי משפחתו או על ידי רשויות הרווחה במדינת המוצא. במהלך הבדיקה עובדים סוציאליים מראיינים את הקטין ומבקשים את דעתו בעניין החזרתו למדינת מוצאו. כאשר מתקבלת החלטה על הרחקה היא מתקבלת על ידי המשטרה בשיתוף גורמי הרווחה.

ראו :

[http://www.coe.int/t/f/coh%20E9sion\\_sociale/migrations/Source/MG-RCO NF\\_2005\\_9\\_Report\\_Italy\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/f/coh%20E9sion_sociale/migrations/Source/MG-RCO NF_2005_9_Report_Italy_en.pdf)

112. **בלגיה** אושרה ביום 21.3.2004 על ידי מועצת השרים הפדראלית פרוצדורה לטיפול בקטינים בלתי מלווים. לפי פרוצדורה זו, בשלב הראשון קטינים בלתי מלווים, בין שהם מבקשי מקלט, בין שאינם כאלה, ובין שהם קורבנות סחר ובין שאינם כאלה, ישוכנו במקום בטוח עם נגישות לסיוע פסיכולוגי, סוציאלי, אדמיניסטרטיבי ושיפוטי. שלב זה מאורגן על ידי השלטון הפדרלי והוא ממומן יחד עם השלטון המקומי. ככלל, קטינים אלה אינם מוחזקים במתקנים סגורים, וכאשר יש צורך בהחזקתם במתקנים כאלה, הדבר דורש את אישור בית המשפט לנוער.

ראו :

[http://www.coe.int/t/f/coh%20E9sion\\_sociale/migrations/Source/MG-RCO NF\\_2005\\_9\\_Report\\_Belgium\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/f/coh%20E9sion_sociale/migrations/Source/MG-RCO NF_2005_9_Report_Belgium_en.pdf)

113. אף **ישראל** ראתה עצמה עד לא מכבר כבולה לחובותיה אלה. ביום 1.7.1998 התקיים במליאת הכנסת דיון בהצעה לסדר היום שעניינה "תופעת עובדים זרים הנוטשים את ילדיהם". בדיון השתתף שר העבודה והרווחה דאז, מר אלי ישי, אשר השיב בשם הממשלה כדלקמן :

**"אם לילד אין כאן הורים, אנחנו מחויבים לתת לו טיפול עד הסוף, כי לא ננטוש אותו. הבעיה מורכבת וקשה. ההיערכות לא צריכה להיות היערכות של משרד העבודה והרווחה בלבד אלא היערכות מערכתית של משרדי ממשלה נוספים. אם הילד נמצא בגיל חינוך, הוא צריך בית-ספר; אם לילד יש בעיות בריאות, צריך שמשרד הבריאות יטפל בו; אם לילד יש בעיות של רווחה, אז נכנס לתמונה משרד העבודה והרווחה; אם הילד הוא חריג או מוגבל, גם אז משרד העבודה והרווחה נכנס לתמונה... אנחנו חייבים להיערך בכל מה שקשור לילדי העובדים הזרים ואנחנו נערכים לכך. אני רוצה שיהיה ברור: הילדים של העובדים הזרים שנמצאים פה בארץ יקבלו את כל הטיפול האנושי שאנחנו מחויבים לתת, גם על סמך אמנה בין-לאומית וגם על רקע היחס האנושי שמדינת ישראל כמדינה יהודית מגלה לנושא."**

לפרוטוקול הדיון ראו :

<http://www.knesset.gov.il/Divrey/QForm.asp>

114. הופרחו דבריו הנכוחים של השר ישי אל חלל האוויר, וכמו נשאה אותם הרוח. תחת "ההיערכות המערכתית" של משרד הרווחה, משרד החינוך ומשרד הבריאות, שאמורים היו "להיכנס לתמונה",

ולוודא כי כל ילד חסר מעמד שלא נמצא עליו אחראי יזכה ב"טיפול האנושי" שמדינת ישראל "מגלה לנושא", באו משרד הפנים ומשטרת הגירה, וקידשו מלחמה עיוורת על שוהים שלא כדון, ובהם ילדים שלא נמצא עליהם אחראי. השיקול של טובת הילד, שיקול עליון ומכריע, שכל השיקולים כולם משניים לו ומשתחווים לו, הוקרב על מזבח הגירוש.

115. ובמלחמה – כמו במלחמה. חוק הכניסה לישראל הפך חזות הכל. הוא לבדו הציר הנורמטיבי, חקיקת על של ממש, הרומסת כל דין בישראל, בבחינת מכבש דרכים רב עוצמה, שלשם השגת תכליתו קיבל הכשר לשעוט קדימה, עיוור לכל נסיבה ולכל הסדר חוקי אחר. כל שוהה ללא היתר וכל הסדר אחר הקבוע בדין, אחת היא להם להידרס תחת גלגליו של חוק הכניסה לישראל.

116. חוק הכניסה לישראל אינו מעניק למשיב 1 שיקול דעת מוחלט כלל ועיקר. שיקול דעתו של המשיב 1 "טובל הוא עד לשפתו במיגבלות המשפט הטבועות בכל סמכות וסמכות שהשילטון מחזיק בה; קד ומשתחוה הוא לכל עיקרי היסוד והדוקטרינות של שיטת המשפט" (בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" ואח' נ' ממשלת ישראל, פסק דין מיום 30.3.2006, סעיף 3 לפסק דינו של המישנה לנשיא חשין; עע"מ 4614/05 מ"י נ' אורן, טרם פורסם, פסק דין מיום 16.3.2006, סעיף 5 לפסק הדין; בג"ץ 3403/97 אנקין נ' משרד הפנים פ"ד נא(4) 522, 525; בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 527; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 770).

117. הדין בישראל ומחויבותיה של ישראל על פי האמנה לזכויות הילד, מחייבים לראות בקטינים שלא נמצא עליהם אחראי שוהים בישראל ללא היתר, ראשית לכל קטינים נזקקים, לאחר מכן קטינים, ילדים לכל דבר, ורק לבסוף, במעגל הנורמטיבי האחרון, שוהים שלא כדון. הניסיון ליישב בין הוראות המעצר שבחוק הכניסה לישראל להוראות האמנה בדבר זכויות הילד ולהלביש את חוק הכניסה לישראל בחליפת "טובת הילד" לא יצלח.

## **5. המערער כקורבן סחר בבני אדם**

118. המדינה נכשלה ביחסה אל המערער כאל קטין, וחמור לא פחות – נכשלה אף ביחסה אל המערער כקורבן סחר בבני-אדם.

119. תופעת הסחר בבני אדם, ועובדת היותם של קטינים חשופים במיוחד לתופעה זו, מוכרת היטב בדין הבינלאומי, אשר גיבש כלים להתמודדות עמה. הפרוטוקול למניעת, דיכוי וענישת הסחר בבני אדם, ביחוד בנשים ובילדים (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children), הנלווה לאמנה נגד פשע מאורגן טרנס-לאומי (להלן: הפרוטוקול), אומץ על פי החלטת האסיפה הכללית של האו"ם מיום 15 בנובמבר 2000, ונכנס לתוקפו ביום 25 בדצמבר 2003. ישראל חתמה על הפרוטוקול ביום 14 בנובמבר 2001, ובכך גילתה דעתה כי תפעל בהתאם לחיובים המעוגנים בו. (ראו דברי השופטת ביניש בע"פ 11196/02 פרודנטל נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ז(6) 40, 46).

120. סחר בבני-אדם מוגדר בפרוטוקול באופן הבא (סעיף 3(a)):

"For the purposes of this Protocol:

"Trafficking in persons' shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs";

121. יודגש כבר עתה, כי סעיף ההגדרה שבפרוטוקול קובע כי בכל מקרה בו נעשה שימוש באלו מבין האמצעים המנויים לעיל (איומים, שימוש בכוח וצורות אחרות של כפייה, חטיפה, הונאה, רמייה, שימוש לרעה בכוח או ניצול לרעה של עמדת חולשה, קבלה או מתן תשלום או טובות הנאה כדי להשיג את הסכמת אדם לשליטה של אדם אחר לשם ניצול), **הסכמת הקורבן לסחר הנה בלתי רלוונטית**. סעיף ההגדרה קובע עוד כי "גיוס, הובלה, העברה, החזקה או קבלה" של ילד לשם ניצולו ייחשבו כסחר בבני-אדם אף אם לא נעשה שימוש באלו מבין האמצעים המנויים לעיל:

"(b) The consent of a victim of trafficking in persons to the intended exploitation set forth in subparagraph (a) of this article shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used;  
(c) The recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of a child for the purpose of exploitation shall be considered "trafficking in persons" even if this does not involve any of the means set forth in subparagraph (a) of this article;  
(d) "Child" shall mean any person under eighteen years of age."

122. כפי שניתן להיווכח, הפרוטוקול מעגן הגדרה רחבה לביטוי "סחר בבני-אדם", ומגביל את המשמעות שניתן לקרוא להסכמתו של אדם לסחר בו: הסכמת האדם אינה מבטלת את גרעין הפליליות הטבוע במעשה הסחר (ככל שהתקיימו הנסיבות המנויות בס"ק a), ואינה רלוונטית לעניין ההכרה בו כקורבן סחר (ראו לעניין זה: בש"פ 9190/02 יעיש נ' מ"י, פ"ד נז(1) 145; בש"פ 291/01 רביאי נ' מ"י (לא פורסם); בש"פ 7502/01 שמואלוב נ' מ"י (לא פורסם); בש"פ 8077/01 שרייפר נ' מ"י (לא פורסם)).

123. ההגדרה הרחבה ביותר שבפרוטוקול נוגעת לילדים, ולא בכדי. כאמור, על-פי הפרוטוקול, **די בכך שילד מועבר ממקום למקום לצורך ניצולו על-מנת שניתן יהיה לראות בו קורבן סחר**. לאמצעים ששימשו בהעברה, וממילא גם להסכמת הילד לה, לא נודעים כל חשיבות.

124. כמפורט במבוא לערעור זה, המערער, ילד יתום בן 14 וחצי, הוברח לישראל בתואנה שקרית כי יימצא לו בה מקום עבודה חוקי. נגבה ממנו, לצורך זה, סכום עתק במונחים המקובלים במדינת מוצאו, סכום שלשם גיוסו מכר את כל הרכוש שהותיר לו אביו. במהלך המסע במצרים, משביקש המערער לשוב על עקבותיו, נמנע ממנו הדבר, הופנו אליו איומים ודרכונו ניטל ממנו. לו מומשה תכניתו של האדם שסחר במערער במלואה, המערער היה צפוי להיות מועסק בישראל שלא כדון, כשהוא חשוף לאיומים (אפשר אף איומים על חייו, כפי שעולה מכתב האיטום בעניינו של האדם שסחר במערער – מע/3 לעיל), מניעת מזון ושליטת חירות. המערער הובא לישראל, אפוא, לצורך ניצולו. כאמור, בעניינם של ילדים, הפרוטוקול כלל אינו מחייב כי יינקטו אמצעים כשימוש בכוח, הונאה וכדומה בקשר עם העברת הקורבן ליעדו, אף שאמצעים אלה ננקטו ביחס למערער במטרה להביאו לישראל לשם ניצולו (וביניהם שימוש בכוח, רמייה, הונאה וניצול לרעה של עמדת חולשה).

125. כידוע, נכון ליום זה הדין בישראל מטיל איסור פלילי מפורש על נגזרת אחת בלבד של תופעת הסחר בבני אדם – היא סחר בבני-אדם למטרת זנות (ר' ס' 203 לחוק העונשין, תשל"ז-1977). בימים אלה משלימה וועדת חוק, חוקה ומשפט של הכנסת את דיוניה לקראת הצבעה בקריאה שנייה ושלישית של שתי הצעות חוק העוסקות בנגזרות נוספות של תופעת הסחר בבני-אדם – הצעת חוק ממשלתית (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 91) (איסור סחר בבני אדם), התשס"ו-2006, ה"ח 231, ע' 236, כ"ו בטבת התשס"ו, 26.1.2006) והצעת חוק פרטית (הצעת חוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), התשס"ו-2005, ה"ח הכנסת 99, ע' 18, ה' בחשוון התשס"ו, 7.11.2005). הצעות אלה נועדו, כמבואר בדברי ההסבר להן, "להתאים את החקיקה הישראלית לשני פרוטוקולים בינלאומיים שעליהם חתמה ישראל בנובמבר 2001 בנושא הסחר בבני אדם: הפרוטוקול למניעת מיגור וענישת סחר בבני אדם, בפרט בנשים וילדים... וכן הפרוטוקול האופציונלי לאמנה בדבר זכויות הילד בנושא מכירת ילדים, זנות ילדים ופורנוגרפיית ילדים". (שם).

126. הצעות חוק אלה באות, בין היתר, כתגובה לביקורת הבינלאומית שהופנתה כלפי ישראל על רקע מחדלה הנמשך להתמודד עם תופעת הסחר בבני-אדם למטרות שאינן זנות. בדו"ח השנתי בעניין סחר בבני-אדם של מחלקת המדינה האמריקאית מיום 5 ביוני 2006 נמתחה ביקורת קשה על כך שישראל, למרות התקדמותה בכל הקשור לטיפול בסחר בנשים למטרות זנות, אינה פועלת כלל למיגור התופעה של סחר בבני-אדם למטרות אחרות – תופעה הרווחת בה, כך לפי הדו"ח – ואינה עושה די בתחום זה בהיבטי אכיפה, מניעה והגנה על קורבנות. לפיכך, דורגה ישראל בקבוצה הנקראת Tier 2 – Watch List, דירוג שפירושו הוא כי אם בתוך חצי שנה לא תשפר ישראל את התנהלותה בעניין זה, תמוקם בתחתית רשימת המדינות (Tier 3), ולא תוכל לקבל כל תמיכה כלכלית מארה"ב.

לדו"ח מחלקת המדינה האמריקאית ראו:

127. מה הן, אפוא, הנורמות הקבועות בפרוטוקול לעניין הטיפול בילדים-קורבנות סחר? עיקרון מרכזי בפרוטוקול, העובר כחוט השני לכל אורכו, הנו כי על המדינות החותמות להגן על קורבנות הסחר ולסייע להם, תוך כיבודן המלא של זכויות האדם שלהם (סעיף 2(b) לפרוטוקול). בתוך כך, הפרוטוקול מחייב את המדינות החותמות להגן על פרטיותם וזהותם של קורבנות הסחר, להחסות הליכים משפטיים המתנהלים בעניינם (סעיף 6(1) לפרוטוקול), וכן להבטיח כי המערכת המשפטית או המנהלית במדינה אליה נסחר הקורבן תספק לו מידע על הליכים משפטיים ומנהליים המתנהלים בעניינו, וכי לעמדתו בהליכים אלה יינתן ביטוי ומשקל (סעיף 6(2) לפרוטוקול). הפרוטוקול מוסיף וקובע כי על כל מדינה לשקול נקיטתם של אמצעים שיבטיחו את שיקומם הפיזי, הפסיכולוגי והחברתי של קורבנות הסחר, ובכלל זה דיור הולם, מתן ייעוץ ומידע לקורבנות ביחס לזכויותיהם המשפטיות, בשפה המובנת להם, הענקת סיוע רפואי, פסיכולוגי וחומרי וכן הזדמנויות תעסוקה, חינוך והכשרה (סעיף 6(3) לפרוטוקול). עוד קובע הפרוטוקול כי על המדינה להגן על קורבן הסחר מפני "ויקטימציה חוזרת" (סעיף 9(b) לפרוטוקול).

128. הפרוטוקול, כפי שניתן להסיק משמו, מייחד תשומת-לב לילדים ולנשים, בקובעו כי על כל מדינה להביא בחשבון, ביישום הוראות הפרוטוקול, את גילם, מגדרם וצרכיהם המיוחדים של קורבנות הסחר, ובפרט את צרכיהם המיוחדים של ילדים, ובכלל זה הבטחת דיור נאות, חינוך וטיפול (ס' 6(4) לפרוטוקול).

## **5. על חוסר האפשרות לגרש אזרחי גיניאה**

129. מעבר להיותו של המערער קטין המצוי במעצר במתקן, אשר אינו תואם את צרכיהם של קטינים, הוא שייך לקבוצת אזרחים מגיניאה שבשלב זה כלל לא ניתן לגרשם למדינת מוצאם, והם "תקועים" בישראל למשך פרק זמן, שסופו אינו ידוע.

130. כפי שפורט לעיל, המערער מוחזק במעצר זה למעלה מחצי שנה. חרף העובדה ששיתף פעולה עם הרשויות וחתם על המסמכים שנדרש לחתום עליהם, לא הצליחו המשיבים 1-2 עד כה להנפיק עבורו את מסמכי הנסיעה הדרושים לצורך הרחקתו. למעשה, עד היום לא עלה בידי הרשויות להנפיק מסמכי נסיעה ולו לאזרח גיניאי אחד.

131. בשנתיים האחרונות טיפל "מוקד סיוע לעובדים זרים" במספר אזרחים מגיניאה קונאקרי, אשר בהעדר מסמכי נסיעה לא ניתן לגרשם. למדינת ישראל אין יחסים דיפלומטיים כלשהם עם מדינה זו, ועל כן כאשר נעצר בישראל שוהה שלא כדין מאותן מדינות, כשארן ברשותו דרכון, אין בשלב זה כל אפשרות לגרשו.

132. כפי שעולה מהחלטת בית הדין בעניינו של המערער מיום 9.3.2006 (נספח מע/9 לעיל) ארגון ה-IOM (International Organization for Migration) אף הוא מעורב במאמצים להנפיק מסמכי נסיעה לאזרחי גינאה. בחודש ינואר 2006 הגיע לישראל נציג של הארגון, וראיין את אזרחי גינאה ה"יתקועים" בישראל לצורך הנפקת תעודות מעבר עבורם. לצורך קיום הפגישות עם נתיני גינאה עמד נציג הארגון, מר אלברט דה-דיקר, בקשר עם "מוקד סיוע לעובדים זרים". מאז חלפו שבעה חודשים, ולא חלה התקדמות כלשהי בעניין זה.

133. גישת המשיבים, לפיה יוחזק המערער במעצר לפרק זמן בלתי מוגבל כשלא ניתן להוציא אל הפועל את הרחקתו, עומדת בניגוד לקביעות בית המשפט העליון ביחס לתכליתו של מעצר מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. בית המשפט העליון קבע זה מכבר, כי תכליתו היחידה של מעצר מכוח חוק הכניסה לישראל, היא הבטחת האפשרות לממש את צו הגירוש. בבג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים ואח', פ"ד מד(4) 149 נפסק:

"מטרת המעצר הנזכר בפיסקה (ג) של הסעיף היא הבטחת יציאת מי שהוצא נגדו צו גירוש מישראל, או עד לגירושו ממנה. הסמכות למעצר בנסיבות אלה הינה סמכות נלווית, הבאה להבטיח את תכלית צו הגירוש, דהיינו יציאתו או גירושו של העצור מישראל."  
(שם, עמ' 151).

134. גישה זו באה לידי ביטוי גם בסעיף 13(א)4 לחוק הכניסה לישראל, לפיו ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר עצור לאחר 60 ימי מעצר, וזאת אם לא מתקיימים הסייגים שבסעיף 13(ב) (כלומר אין נשקפת סכנה כלשהי מן המוחזק והעוכב בהרחקתו אינו נובע מחוסר שיתוף פעולה מצידו).

135. בבר"ם 173/03 מ"י נ' סלאמה (טרם פורסם, פסק דין מיום 9.5.2005) נפסק, כי ככלל, ובהעדר "אינטרס ציבורי בעל משקל ממשי", ישוחרר שוהה שלא כדין המוחזק למעלה משישים ימים במשמורת. אף כאשר מתקיים אינטרס כזה, המשך החזקה במשמורת מעבר לשישים ימים יהיה רק "לתקופה שאינה חורגת מן הסביר":

"אכן, ככלל – וכך הצהירה גם המדינה לפנינו – יורה הממונה, כל אימת שמתקיימת החלופה הקבועה בסעיף 13(א)4 לחוק, ואין מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 13(ב) לחוק, על שחרור המוחזק. עם זאת, בהתחשב במטריה הנדונה, רשאי הממונה להביא, במסגרת שיקול דעתו, במקרים המתאימים, את דבר קיומו של אינטרס ציבורי בעל משקל של ממש, המחייב את המשך החזקת השוהה במשמורת לתקופה שאינה חורגת מהסביר".  
(שם, פסקה 9 לפסק הדין (ההדגשות הוספו)).

136. במצב דברים זה, אפילו לא היה המערער קטין, הרי שהייתה קמה עילה לשחרורו מכוח סעיף 13(א)4. המדינה אינה מסוגלת להצביע על אינטרס ציבורי בעל משקל של ממש, מעבר להרחקה מישראל, המצדיק החזקתו במעצר, ואפילו היה קיים אינטרס כזה, תקופת החזקתו במעצר – למעלה מחצי שנה – חורגת מזה פרק זמן ארוך מן הסביר.

137. אף לאחר שיונפקו למערער מסמכי נסיעה, אם יונפקו, לא ניתן יהיה לגרשו לפני תיאום מלא של ההרחקה עם מדינת מוצאו. מעבר לחוסר הסבירות הקיצוני שבהחזקת קטין בלתי מלווה במעצר ומעבר לחובה הכללית של המשיבים לערב את רשויות הרווחה בטיפול בעניינו של כל קטין שלא נמצא עליו אחראי ולמצוא לו חלופת משמורת ההולמת את צרכיהם המיוחדים של קטינים, מצטרף נתון זה למכלול העובדתי, ומצביע על כך שהמשך מעצרו של המערער אינו סביר נוכח היותו מעצר לפרק זמן לא מוגבל, אשר סופו אינו נראה באופק הקרוב.

## **6. סוף דבר**

138. המערער, קורבן סחר בבני אדם שהובא במרמה לישראל, מוחזק זה למעלה מחצי שנה במתקן מעצר שאינו מותאם לצרכיהם של קטינים, שעה שהמשיבים מתכחשים לחובות המוטלות עליהם. מעצרו הממושך הביא לאשפוזו במחלקה פסיכיאטרית לנוער פעמיים, ולפני כשבוע הוא הועבר לכלא "מעשיהו" משום שאינו מוכן לעבור בדיקה רפואית, אשר, כפי שהראינו לעיל, אינה אמינה וממילא אין בה כדי להוכיח את בגירותו או את קטינותו.

139. התייחסות המשיבים למערער, כמו גם לקטינים האחרים המוחזקים על ידי משטרת ההגירה, מתעלמת מכל וכל מהיותם ילדים. בהינתן סירובם של המשיבים 1-2 לערב את רשויות הרווחה בעניינו של המערער חייב היה בית הדין לביקורת משמורת לעשות שימוש בסמכויות הנתונות לו הן מכוח חוק הכניסה לישראל והן מכוח חוק הסעד (סדרי דין בעניני קטינים, חולי נפש ונעדרים), התשט"ו-1955 ולמנות פקיד סעד שיכין תסקיר אודות המערער, וזאת עובר לקבלת החלטתו בעניין החזקתו של המערער במשמורת. בית הדין חייב היה להורות על הכנת חוות דעת של פקיד סעד, שיקבע מה הן דרכי הטיפול הדרושות, לרבות מציאת חלופת משמורת עבורו, שתהלוך את צרכיו הפיזיים, הנפשיים והחינוכיים. ממילא אם היה נקבע על ידי פקיד הסעד, כי המערער הוא קטין נזקק כהגדרתו של מונח זה בחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, מחוייב היה פקיד הסעד לשקול פנייה לבית המשפט לנוער, שיקבע את דרכי הטיפול במערער בהתאם לסעיף 3 לחוק זה.

140. החקיקה הישראלית מלאה במנגנונים, בסמכויות ובסעדים, שנועדו להבטיח את זכויותיהם של קטינים ואת עקרון טובת הילד. אולם הערך היחיד העומד לנגד עיני המשיבים שעה שהם עוסקים בקטינים דוגמת המערער הוא "טובת הגירוש". המשיבים בלהט הגירוש משליכים יהבם אך ורק בהוראות המעצר וההרחקה שבחוק הכניסה לישראל. אלה הם, לגבי דידם, הציר הנורמטיבי, בריח התיכון, אבן הראשה. מכונה אימתנית ועיוורת, השועטת קדימה, דורסת כל הסדר נורמטיבי אחר.

141. לאור כל האמור יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, לבטל את החלטת בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין, ולהורות כמבוקש בראש ערעור זה.

---

יונתן ברמן, עו"ד

ב"כ המערער

16 באוגוסט 2006