

המערער:

מ"ג (קטין)  
אזרח גינאה קונאקרי  
במעצר במתקן מיכ"ל  
מס' מוחזק: 64768

ע"י ב"כ עוה"ד יונתן ברמן ואו עדי וילינגר ואו 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**

המשיבים:

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

ע"י פרקליטות מחוז חיפה (אזרחי)  
שד' פל ים 15, חיפה  
טל': 8633929-04; פקס: 8634011-04

**הודעת ערעור**

מוגש בזאת ערעור מינהלי על החלטות בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (להלן – **בית הדין**) מימים 19.10.2006, 5.11.2006 ו-14.11.2006, שניתנו שלא במעמד המערער.

1. העתק החלטת בית הדין מיום 19.10.2006 מצ"ב ומסומן **מע/1**.
2. העתק החלטת בית הדין מיום 5.11.2006 מצ"ב ומסומן **מע/2**.
3. העתק החלטת בית הדין מיום 14.11.2006 מצ"ב ומסומן **מע/3**.

טענת המערער בתמצית היא כי שגה בית הדין שעה שאישר את צו המשמורת שניתן על המערער, קטין בלתי מלווה וחסר מעמד בישראל, קורבן סחר בבני אדם למטרת עבודות כפייה וקורבן עבירות עושק והונאה, המוחזק מזה חצי שנה במעצר.

עמדת המערער היא כי על בית הדין היה לשחררו לחלופת המשמורת שהוצעה על ידו – שחרור להשגחתו של מר מ"מ, אזרח קונגו, נושא דרכון קונגולי שמספרו XXXXX, המתגורר ברח' הקונגרס 39 בתל אביב, והאוחז באשרה מסוג ב/1 מכוח היותו פליט מוכר; לחלופין היה על בית הדין להורות לרשויות הרווחה להכין תסקיר פקיד סעד בעניינו ולאתר חלופת משמורת העונה על צרכיו הפיזיים, הפסיכולוגיים והחינוכיים, ושאינה כרוכה בשלילת חירותו של המערער.

### תוכן עניינים

1. מבוא	2
2. הרקע העובדתי	3
2.1 קורות המערער עובר לכניסתו לישראל	4
2.2 קורות המערער ממועד כניסתו לישראל ועד למועד מעצרו	4
2.3 עוד אודות נפיה ושותפיו לרשת ההברחה והסחר	5
2.4 קורות המערער ממועד מעצרו	6
2.5 הערה כללית בדבר מצבם של אזרחי גיניאה קונאקרי בישראל	13
הטיעון המשפטי	16
3. קטינים לא מלווים - כללי	16
4. על האיסור בדין הבינלאומי להחזיק קטינים לא מלווים במעצר	17
5. מדיניות המשיבים בעבר ובהווה ביחס לקטינים לא מלווים וקביעות בית המשפט לגביה	18
5.1 על מדיניות המשיבים בהווה ועל מתקן מיכ"ל ה"מותאם לצרכיהם של קטינים"	19
5.2 על מדיניות המשיבים בדבר מעצר קטינים כפי שהוצגה בבתי המשפט בעבר	20
6. על סירוב בית הדין לשחרר את המערער לחלופת משמורת	23
7. מעורבות גורמי הרווחה בהליכי מעצר של קטינים לא מלווים	24
7.1 על החובה לערב את גורמי הרווחה בהליכי מעצרו של קטינים לא מלווים	24
7.2 על סמכותו בית הדין להורות על הכנת תסקיר פקיד סעד בעניינם של קטינים לא מלווים ועל חובתו לעשות כן	28
8. קטינים לא מלווים – משפט משווה	31
9. המערער כקורבן סחר בבני אדם	37
10. העילות לשחרור המערער ממעצר לפי חוק הכניסה לישראל	40
11. סוף דבר	41

### ואלה נימוקי הערעור:

## 1. מבוא

עניינו של ערעור זה בהחלטת בית הדין לאשר את החלטת המשיב 1 בדבר מעצרו של המערער, קטין בן כ-15 שנים, השוהה בגפו בישראל ללא כל מעמד, ושנפל קורבן לרשת של סוחרי אדם, אשר הביאה אותו לישראל במרמה. כל זאת חרף הצגתה של חלופת משמורת על ידי הקטין, חרף החובה בדין הפנימי ובדין

הבינלאומי להימנע מהחזקת ילדים במעצר, וחרף האפשרות לחייב את המשיבים במציאת חלופת משמורת, המתאימה להחזקת קטינים.

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.

בתחילה סבר בית הדין, כי אין מניעה להחזיק את המערער במעצר אין-סופי במתקן מיכ"ל של משטרת ההגירה "המהווה פיתרון קבע לקטינים", לשיטת בית הדין. לאחר מתן פסק הדין בעמ"נ (ת"א) 282/06 (פסק דין מיום 30.10.2006), בו נדחתה קביעת בית הדין לגבי קטינה אחרת, לפיה מתקן מיכ"ל מהווה פיתרון להחזקתם של קטינים, אשר מצדיק הימנעות משחרור ממשמורת, חזר בו בית הדין וקבע כי יש מקום למציאת חלופת משמורת עבור הקטין. יחד עם זאת, סירב בית הדין לשחררו לחלופת המשמורת שהוצעה, וסירב להטיל על הרשויות המתאימות את החובה למצוא חלופת מעצר, המתאימה לצרכיהם של קטינים ושאינה כוללת שלילת חירות.

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 התיעוד למדינת מוצאם, וזאת בשל העדר יחסים דיפלומטיים בין ישראל לגיניאה. הפיתרון בעניין זה אינו נראה באופק, ובשלב זה לא ברור מה משך הזמן בו יצטרך המערער להוסיף ולהמתין במעצר עד להרחקתו.

בית הדין עצמו הכיר בכך שאין דרך לביצוע הרחקת המערער מישראל לעת הזו וכי אין דרך להמציא עבורו מסמכי נסיעה שיקדמו את הטיפול בעניינו, ועל כן יש למצוא עבורו חלופת מעצר (החלטה מיום 5.11.2006, נספח מע/2 הנ"ל), אולם סירב לשחרר את המערער לחלופת המשמורת שהוצעה על ידו באמצעות באי כוחו (החלטה מיום 19.10.2006, נספח מע/1 לעיל). לאחר סירובו לשחרר את המערער לחלופת המעצר שהוצעה על ידי באי כוחו, ותחת לחייב את רשויות המדינה למצוא חלופת מעצר מתאימה, הטיל את האחריות לכך על כתפי מוקד סיוע לעובדים זרים ועל הח"מ (החלטה מיום 14.11.2006, נספח מע/3 לעיל).

משמעות החלטות בית הדין היא כי המערער יוסיף ויוחזק ממעצר פרק זמן ארוך שסופו אינו נראה באופק, וייתכן שיבלה את כל שנות התבגרותו בין כתלי מתקן הכליאה מיכ"ל.

בנסיבות ערעור זה, החלטת המשיבים והחלטת בית הדין שלא לשחרר את המערער לחלופת המשמורת שהוצעה על ידו, ולחלופין שלא לאתר חלופת משמורת באמצעות רשויות הרווחה 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 לשחרר את הקטין לחלופת המשמורת שהוצגה בפניו, ולחלופין משנמנע מלהורות להם לאתר למערער חלופת מעצר לאחר קבלת תסקיר פקיד סעד ובשיתוף עם רשויות הרווחה.

## 2. הרקע העובדתי

### 2.1. קורות המערער עובר לכניסתו לישראל

1. המערער הוא יליד מחוז גגדו שבגיניאה קונאקרי. כאשר נשאל המערער, שאינו יודע קרוא וכתוב ואינו מסוגל לבצע פעולות אריתמטיות פשוטות, מהי שנת לידתו הוא משיב כי נולד בשנת 1995. אולם כאשר נשאל לגילו הוא משיב כי הוא בן 15 שנים. בדיקת רנטגן בלתי חוקית ומזיקה לבריאות של שורש כף היד, שנערכה במערער על ידי משטרת ההגירה, העלתה כי גיל העצמות של המערער הוא 15 שנים. לפיכך, על אף העדר אמינותה של הבדיקה, נראה כי לצורך הליך זה אין מחלוקת בין המערער לבין המשיבים (הנוהגים להסתמך על בדיקות מסוג זה), כי המערער הוא קטין בן 15 שנים לכל היותר.
2. הוריו של המערער נהרגו כתוצאה מתקיפות המורדים באזור גגדו. המערער חושב כי הם נהרו בשנת 2002, אולם אינו בטוח בדבר המועד בו נהרגו.
3. מאז מות הוריו ועד לשליחתו לישראל טיפלה בו אישה סנגלית בשם פאטמה טבינטה מיאי (להלן – **פאטמה**), שנמצאה באותה העת בגיניאה קונאקרי. במועד שאינו ידוע למערער עברו המערער ופאטמה למצרים. כעבור מספר ימים הודיעה לו פאטמה, כי עליו ללכת עם קבוצת מבריחים לישראל. האישה מסרה את הקטין לידי שלושה אנשים בקהיר, כשבמהלך מסירתו הועבר לידי המבריחים סכום של \$1,200. למיטב הבנת המערער, הוא נמסר לידי אותם אנשים על מנת שאלה יביאו אותו **כדין** לישראל ועל מנת שיועבד בה **כדין** בעבודות שאת מהותן לא ידע.
4. פאטמה, שאחזה עד לאותו מועד במסמכים המזהים שהיו ברשותו, נתנה למערער את מסמכיו עובר למסירתו לידי המבריחים בקהיר. אחד המבריחים, אדם בשם מוחמד, ערך על הקטין חיפוש גופני עם מסירתו לידיו. בחיפוש הגופני מצא עליו מוחמד את מסמכיו המזהים ולקח אותם ממנו. מאז אותו מועד המערער אינו מחזיק במסמכיו.
5. המערער נלקח בטנדר מקהיר לחצי האי סיני. יחד עמו נלקחו כעשרה אפריקאים נוספים. בסיני הוחזקו המערער והאחרים במשך פרק זמן שהמערער אינו מסוגל לאמוד (ככל הנראה מספר שבועות) בצריף בחצי האי סיני, בו אכלו וישנו על הארץ, עד שבמועד כלשהו בחודש אפריל 2006 העבירו אותם המבריחים/סוחרים את הגבול אל תוך ישראל.

### 2.2. קורות המערער ממועד כניסתו לישראל ועד למועד מעצרו

6. המערער והמוברחים האחרים הועברו את הגבול בשעת לילה, ובצידו השני המתינו להם שני כלי רכב. המערער הועלה על אחד מכלי הרכב, ונלקח לתל אביב. נהג הרכב הוריד את המערער וארבעה אנשים נוספים ברחוב כלשהו בתל אביב, שם אסף אותם אזרח גינאי אחר השוהה בישראל, העונה לשם גאנדו דיאלו נפייה (להלן – נפייה).
7. נפייה שיכן את הארבעה בדירה, והזהיר אותם, כי אם ייצאו מן הדירה ייעצרו. לאחר מספר ימים הגיע נפייה לדירה, והורה למערער לבוא עמו. נפייה הביא אותו למסעדה בקרבת התחנה המרכזית בתל אביב והורה לו לעבוד במסעדה. כמו כן הורה לו נפייה, שלא ישוב לדירה בה שוכן.
8. המערער עבד במשך 17 ימים בעבודות ניקיון במסעדה. העבודות היו קשות ביותר עבורו, אולם הוא הוסיף ועבד משום שנפייה הורה לו לעשות כן. במהלך אותם 17 ימים לא שולם למערער ולו שקל אחד. נראה, כי בעלי המסעדה היו אמורים לשלם לנפייה, וכי נפייה אמור היה לשלם למערער חלק מן הסכום, אולם, כאמור, דבר לא שולם למערער.
9. במהלך כשבוע לאחר שהוציאו נפייה מן הדירה, לן המערער ברחוב באזור התחנה המרכזית. לאחר כשבוע של לינה ברחוב פגש המערער מספר אנשים נוספים מגינאה, אשר הזמינו אותו ללון בדירתם.
10. כפי שיפורט בחלק המשפטי, העבירות שבוצעו על ידי המבריחים, על ידי נפייה ושותפיו ואולי אף על ידי בעלי המסעדה, עולות כדי סחר בבני אדם למטרות עבודה.

### **2.3. עוד אודות נפייה ושותפיו לרשת ההברחה והסחר**

11. שיטת פעולה זו של גאנדו דיאלו נפייה מעוגנת היטב במידע ובראיות שבידי המשיבה 2. לאחרונה הגישה המדינה כתב אישום נגד אותו נפייה (פ 4876/06), בו מתוארות שיטות הפעולה שלו. נפייה, שהורשע ביום 18.10.2006, בין השאר, בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, שהייה בלתי חוקית ומתן סעד למסתננים, הבריח באופן זה יחד עם שותפיו עשרות אזרחים גינאים, שנפלו קורבן למצג השווא שהציג. חרף מספר פניות אל המשיבה 2 בבקשה לקבל את העתק כתב האישום שהוגש נגד נפייה, טרם נמסר לידי הח"מ העתקו של כתב האישום.

העתק פרוטוקול הדיון בעניינו של נפייה וגזר הדין מיום 18.10.2006 מצ"ב ומסומן מע/4.

12. גאנדו דיאלו נפייה היה חבר ברשת של מבריחים וסוחרים בבני אדם. אחד משותפיו היה אדם בשם בובו בארי, שאף הוא הועמד לדין והורשע בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, איומים וקבלת דבר במרמה (פ 4438/06).

העתק כתב האישום נגד בובו בארי מצ"ב ומסומן מע/5.

העתק גזר הדין מיום 11.7.2006 מצ"ב ומסומן מע/6.

13. בין השאר נכתב בכתב האישום בעניינו של בובו, שהיה אחד השותפים אף בעבירות הסחר בבני אדם, העושה, ההונאה והניצול שנעברו במערער, כי "הנאשם היווה חוליה מרכזית ברשת בינלאומית מתוחכמת ומתוכננת היטב הפרוסה על פני שלוש יבשות אשר עיקר עיסוקה היה החדרת נתינים זרים מארצות אפריקה ובפרט גינאה שלא כחוק לתחומי מדינת ישראל, מבלי שעברו תחת עיניהם הבוחנות של רשויות החוק והביטחון האמונים על גבולות מדינת ישראל וזאת כדי לגרוף סכומי עתק לרשותם" (סעיף 4 לפרק הרקע בכתב האישום). עוד צויין בכתב האישום, כי סוכניו של בובו מחוץ לישראל 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).

14. מכתב האישום עולה, כי בובו דאג להלנתם ולהעסקתם שלא כדין של מי שהוברחו 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.

15. כאמור, וכפי שיפורט בחלק המשפטי, כל העובדות המפורטות מבססות חשד ממשי, כי המערער הוא קורבן סחר בבני אדם למטרות עבודה.

#### **2.4. קורות המערער ממועד מעצרו**

16. ביום 11.5.2006 נעצר המערער לאחר פשיטה שערכה המשטרה על המסעדה, בה הועבד. המערער הובא בפני ממונה ביקורת הגבולות, שערך לו שימוע. במהלך השימוע מסר המערער, כי הוא מבין שהוא שוהה שלא כדין, וכי אין לו התנגדות להרחקתו מישראל. המערער מסר במסגרת השימוע, כי לא שולם לו כלל עבור עבודתו במסעדה, כי דרכו ניטל ממנו, וכי עבור הבאתו לישראל שולם סכום של \$1,200.

העתק פרוטוקול השימוע מיום 11.5.2006 מצ"ב ומסומן מע/7.

17. חרף העובדה שחזותו של המערער היא במובהק חזות חיצונית של קטין, לא טרח עורך השימוע לציין דבר בעניין זה בפרוטוקול השימוע. כמו כן, חרף העובדה שנסיונותיו של המערער, כפי שהוצגו בפני עורך השימוע – היותו קטין, הברחתו את הגבול, נטילת דרכו והעבדתו פרק זמן ממושך ללא תשלום – הם סממנים מובהקים של סחר בבני אדם, כפי שיוסבר בהרחבה בהמשך, שצריכים היו לכל הפחות לעורר חשד כי המערער הוא קורבן סחר, לא הועברה למשטרה החוקרת או לכל גורם אחר הודעה אודות מעצרו של קטין, שקיים חשד ממשי להיותו קורבן סחר בבני אדם.

18. מייד לאחר קיום השימוע ניתנו על המערער צו משמורת וצו הרחקה. גם צווים אלה אינם כוללים מילה וחצי מילה בעניין היותו של המערער קטין או בדבר החשד להיותו קורבן סחר בבני אדם.

העתק צו המשמורת מצ"ב ומסומן מע/8.

העתק צו ההרחקה מצ"ב ומסומן מע/9.

19. נוכח העדר תיעוד שיאפשר את הרחקת המערער לגיניאה, ולאור העובדה כי מדובר במדינה עמה אין לישראל יחסים דיפלומטיים, ועל כן לא ניתן להנפיק בישראל דרכונים ותעודות מעבר לאזרחי גיניאה, לא גורש המערער מישראל. למעשה, זו הסיבה לכך שעד למועד זה הוא לא גורש, וזו הסיבה לכך שבשלב זה, על אף רצונו לשוב לגיניאה, אין כל אפשרות לגרשו.

20. המערער הועבר למתקן "צוחר" שבחבל הבשור, בו הוחזקו באותה העת עצורים קטינים. בדיון מסר המערער כי נולד בשנת 1995. בית הדין לא דייק בכותבו את הפרוטוקול, וציין בפרוטוקול כי המוחזק אמר "אני בן 11". יצוין פעם נוספת – המערער אינו מסוגל לבצע פעולות אריתמטיות פשוטות. כאשר נשאל המערער בן כמה הוא, התשובה שבפיו היא "אני בן 15", ואילו כאשר נשאל באיזו שנה נולד, הוא משיב כי נולד בשנת 1995.

21. בדיון זה נכח גם עו"ד אורי שדה ממוקד סיוע לעובדים זרים. דברי עו"ד שדה, כפי שנרשמו בפרוטוקול, היו: "אנו מבקשים למנות לקטין פקידת סעד שתחווה את דעתה לגבי החזקתו במשמורת או בחלופת משמורת והתאמת המעצר לצרכיו הפיסיים, החינוכיים והנפשיים. ניכר כי המוחזק צעיר ואינו מבין את הנעשה עמו".

22. בדיון נשאל המערער על ידי בית הדין האם הוא טוען כי הוא פליט. המערער השיב: "אני לא יודע מה זה להיות פליט. מה שתחליטי לגבי – אני מסכים" (בעקבות תשובה זו רואיין המערער בהמשך על ידי נציבות הפליטים של האו"ם).

23. בהמשך לפרוטוקול מופיעה החלטת בית הדין מיום 15.5.2006. בית הדין ציין, כי אף שלא השתכנע, כי קיימים טעמים הומניטריים המצדיקים שחרורו של המערער, "אם יימצא בגיר, השוהה כחוק בישראל, והמוכן ליטול את המוחזק תחת חסותו – אורה על שחרורו". באשר לבקשתו של עו"ד שדה ציין בית הדין, כי "לא מצאתי כי לבית הדין סמכות למנות לקטינים פקידת סעד. ממילא משנקבע כי מתחם הקטינים במתקן צוחר ייועד למטרה זו, ומשעמד המתחם במבחן הפסיקה, הרי שאין מקום לבחון שנית את תנאי ההחזקה במתקן". בית הדין סתם ולא פירש, מה היא הפסיקה שקבעה, כי המתחם עומד בתנאים הנדרשים להחזקת קטינים במעצר.

העתק פרוטוקול הדיון והחלטת בית הדין מיום 15.5.2006 מצ"ב ומסומן מע/10.

24. במהלך חודש מאי 2006 הועבר המערער אל אגף במתקן מיכ"ל, שהחליף את האגף בו הוחזקו הקטינים במתקן "צוחר". במועד זה החליטו הקטינים המוחזקים במעצר להסגיר את המבריחים וסוחרי האדם, בובו בארי וגאנדו דיאלו נפייה. הם כתבו מכתב משותף בו גוללו את קורותיהם, ומסרו אותו למפקדת מתקן הכליאה. המערער אינו יודע קרוא וכתוב, אולם תוכן המכתב הוקרא לו והוא חתם על המכתב. חרף העובדה שהעובדות שפורטו במכתב אמורות היו, לכל הפחות, לעורר חשד ממש, כי המערער הוא קורבן סחר בבני אדם, לא טרחה המשטרה לחקור אותו, ואיש לא טרח לשלוח איש מקצוע שיבדוק מאילו נזקים סובל המערער בשל היותו קורבן סחר.

25. ביום 11.6.2006 רואיין המערער על ידי נציבות הפליטים של האו"ם. כאמור, המערער לא טען כי הוא פליט ולא ביקש להתראיין על ידי הנציבות, אלא הופנה אליה בעקבות אמירתו לבית הדין בדיון ביום 15.5.2006, כי הוא אינו יודע "מה זה להיות פליט" (נספח מע/10 לעיל).

26. לאחר למעלה מחודש וחצי הובא המערער בפעם השנייה בפני בית הדין, זאת חרף החובה לקיים עיון חוזר בהחזקתם של עצורים מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – **חוק הכניסה לישראל**) אחת לשלושים ימים. במהלך הדיון ציין המערער פעם נוספת כי נולד בשנת 1995, אולם גם הפעם כתב בית הדין בפרוטוקול הדיון "**אני בן 11**". נשוב ונפנה לפסקאות 1 ו-20 לעיל לעניין זה. בית הדין ציין, כי המערער הגיע למצרים עם סנגלי ש"אימץ" אותו לאחר מות הוריו (כאמור לעיל, מדובר באישה סנגלית). לשאלת בית הדין האם המערער מוכן לעבור בדיקת רנטגן של שורש כף יד "הערכת גילוי" מסר המערער כי הוא מסכים לכך. בית הדין ציין בהחלטתו כי "**המוחזק נראה כקטין אך לא כבן 11**" והורה על עריכת בדיקת רנטגן של שורש כף היד לצורך "הערכת גילוי".

העתק החלטת בית הדין מיום 3.7.2006 מצ"ב ומסומן מע/11.

27. בעקבות החלטה זו נערכה למערער בדיקת רנטגן מזיקה לבריאות, לא אמינה ובלתי חוקית, בה נמצא כי גיל העצמות שלו הוא 15 שנים. בשולי הדברים יוער, כי בבית משפט זה נדונה לאחרונה ולא הוכרעה שאלת חוקיות השימוש בבדיקה האמורה (עמ"נ (חיפה) 362/06), ובדומה השאלה נדונה ולא הוכרעה בבית המשפט העליון (עע"מ 6567/06). יחד עם זאת, במסגרת עתירה זו לא נדרשת הכרעה בשאלת חוקיות השימוש בבדיקה, וזאת לאור העובדה שאין מחלוקת עובדתית בדבר גילו המשוער של המערער – 15 שנים.

28. ביום 20.8.2006 הוצגה בפני המערער הודעת הוועדה המייעצת לשר הפנים לענייני פליטים מיום 15.8.2006, בה נכתב כי נסיבותיו של המערער אינן מקימות עילה לקבלת מעמד פליט (כאמור), המערער הופנה לבדיקה על ידי נציבות הפליטים על ידי בית הדין, ומעולם לא טען כי הוא נרדף במדינת מוצאו וכי אסור לגרשו, אלא להיפך – ממועד מעצרו הצהיר כי הוא מבקש לחזור אל מדינת מוצאו).

העתק הודעת הוועדה המייעצת מיום 15.8.2006 מצ"ב ומסומן מע/12.

29. ביום 20.8.2006 קיים בית הדין דיון נוסף בעניינו של המערער. אף הפעם נערך הדיון הנוסף בחלוף למעלה מחודש וחצי מאז הדיון שקדם לו, חרף החובה בדין לבחון את מעצרו של עצור מכוח חוק הכניסה לישראל, לכל הפחות אחת ל-30 ימים.

30. בית הדין ציין בפרוטוקול הדיון, כי בדיקת גיל העצמות של המערער מצביעה על כך שהוא בן 15 שנים. עוד צוין, כי המערער ביקש לדעת מה יעלה בגורלו וכי **"הוסבר למוחזק כי משלחת מגיניאה קונקרי היה (כך במקור, י"ב) אמורה להגיע לישראל לפני מלחמת לבנון השנייה, הביקור נדחה בגין המלחמה. משטרת ההגירה ומשרד הפנים יתבקשו להשיב לבית הדין, מה יעשה בעתיד הקרוב להשבת המוחזקים מגיניאה קונקרי לארצם"** (כל ההדגשות בערעור זה הוספו אלא אם צוין אחרת).

31. בהחלטת בית הדין מיום 20.8.2006 נדרשו משטרת ההגירה ומשרד הפנים להתייחס לשאלת הגעתה של משלחת מגיניאה קונקרי, שאמורה הייתה להנפיק מסמכים שיאפשרו את הרחקתם של אזרחי גיניאה ה"תקועים" בישראל ואשר לא ניתן לגרשם (ראו על עניין זה בהרחבה בהמשך): **"לאור העובדה כי המלחמה הסתיימה, מה מתקדם עם התוכנית להביא משלחת מגיניאה קונקרי להסדרת העברתם של המוחזקים מישראל לגיניאה? אם תכנית זו אינה מתקיימת בעתיד הקרוב, כיצד מכוונים (כך במקור, י"ב) השלטונות לקדם הטיפול בנושא"**.

העתק החלטת בית הדין מיום 20.8.2006 מצ"ב ומסומן מע/13.

32. ביום 3.9.2006 פנתה גבי שירה ענבר ממוקד סיוע לעובדים זרים אל בית הדין, וביקשה לשחרר את המערער להשגחת מבוגר אחראי, שהסכים לקחתו תחת חסותו – מר מ"מ, פליט מוכר מקונגו האוחז ברישיון ישיבה ועבודה בישראל (רישיון מסוג ב/1) מכוח היותו פליט מוכר.

33. פנייתה של גבי ענבר נסמכה על שני אדנים – ראשית, החלטתו הראשונה של בית הדין בעניינו של המוחזק מיום 15.5.2006, בה נקבע כי **"אם יימצא בגיר, השווה כחוק בישראל, והמוכן ליטול את המוחזק תחת חסותו – אורה על שחרורו"** (נספח מע/10 לעיל). שנית, על נוהל משרד הפנים בעניין שחרור ממשמורת של קטינים לא מלווים, שהוצג בפני בית המשפט בעת"מ (ת"א) 2934/04 (וראו פירוט בעניין זה בהמשך).

העתק פנייתה של גבי ענבר מיום 3.9.2006 מצ"ב ומסומן מע/14.

34. ביום 3.9.2006 ניתנה החלטת בית הדין בבקשת גבי ענבר לשחרור המערער. בראש ההחלטה צוין, ככל הנראה בטעות, התאריך 20.8.2006. בפרוטוקול נכתב, כי המערער נוכח בדיון, אולם ביום זה המערער כלל לא הובא בפני בית הדין. **"דברי המוחזק"**, המופיעים בפרוטוקול, הם דבריו כפי שהוקלדו על ידי בית הדין בדיון שנערך ביום 20.8.2006 (ראו פסקה 30 לעיל).

35. עוד צוין בפרוטוקול הדיון מיום 3.9.2006, כי "ביום 22.8.2006 עונה משטרת ההגירה כי רפ"ק מיכל אלמוג פנתה למ. החוץ שיפנו ל IOM לחידוש תוכנית הגעת הנציגים הזרים לישראל וכעת בהמתנה בשאלה (כך במקור, י"ב) מתי תגיע המשלחת".

36. בהחלטתו סירב בית הדין לשחרר את המערער לחלופת המשמורת, שהוצעה על ידי מוקד סיוע לעובדים זרים. בהתייחסות בית הדין להפניית גבי ענבר לנוהל הנוגע לקטינים, שאושר על ידי בית המשפט בעת"מ 2934/04, נכתב: "מאז שניתנה החלטה זו, הוקם מתקן משמורת מיוחד לקטינים המהווה פתרון קבע הולם להחזקתם במשמורת". על הפרכות שבקביעה זו נעמוד בהמשך.

37. נקדים מעט את המאוחר, ונציין, כי בערעור מינהלי על החלטה דומה של בית הדין (שגם בה נקבע כי אין מקום עוד להורות על שחרור ממשמורת לאור מציאת "פתרון קבע הולם" לקטינים בדמות מתקן מיכ"ל) נדחתה מכל וכל קביעת בית הדין, לפיה מתקן מיכ"ל אכן מהווה "פתרון קבע הולם", המצדיק הימנעות משחרורם של קטינים ממעצר (עמ"נ (ת"א) 282/06, פסק דינו של כב' השופט פוגלמן מיום 30.10.2006). בהמשך דברינו במסגרת הטיעון המשפטי נעמוד בהרחבה הן על טענת בית הדין, והן על פסק הדין בו נדחתה והופרכה קביעתו האחרונה של בית הדין.

38. באותה החלטה מיום 3.9.2006 הוסיף בית הדין וסירב לשחרר את המערער להשגחת האדם שהוצע, וזאת מן הטעם שמדובר בפליט בעל רישיון ישיבה זמני בלבד.

העתק החלטת בית הדין מיום 3.9.2006 (נושאת את התאריך 20.8.2006) מצ"ב ומסומן מע/15.

39. ביום 4.10.2006 פנתה גבי אמי סער פעם נוספת אל בית הדין בבקשה להורות על שחרור המערער לחלופת המשמורת, שהוצעה על ידי מוקד סיוע לעובדים זרים. בפנייתה עמדה גבי סער על כך שבמסגרת הליכים משפטיים שהתנהלו בחודש יולי 2006, לאחר העברת הקטינים למתקן מיכ"ל, שבה והצהירה המדינה על אותה מדיניות ביחס לשחרורם של קטינים ממשמורת להשגחת מבוגר אחראי. כמו כן עמדה גבי סער על האיסור בדין הבינלאומי על החזקתם של קטינים לא מלווים במעצר.

העתק פנייתה של גבי סער מיום 4.10.2006 מצ"ב ומסומן מע/16.

40. משלא ניתנה כל החלטה בבקשה נשלחה הבקשה אל בית הדין פעם נוספת ביום 16.10.2006 ופעם שלישית ביום 17.10.2006.

41. ביום 19.10.2006 דן בית הדין בבקשתה של גבי סער לשחרר את המערער. גם הפעם התקיים הדיון למעלה מחודש וחצי מאז הדיון הקודם, וזאת חרף החובה לבחון את מעצרו של עצור מכוח חוק

הכניסה לישראל לכל הפחות אחת לשלושים ימים. אף הפעם צוין בהחלטת בית הדין, כי המערער נוכח בדיון, חרף העובדה שהדיון נערך שלא בפניו. בית הדין דחה את בקשת השחרור פעם נוספת.

החלטת בית הדין מיום 19.10.2006 היא ההחלטה הראשונה נשוא ערעור זה (ראו נספח מע/1 לעיל).

42. ארבעה ימים לאחר מכן, ביום 23.10.2006, הובא המערער פעם נוספת בפני בית הדין על פי דרישתו. בית הדין עמד פעם נוספת על חוסר היכולת להרחיק את המערער מישראל נוכח העדרם של מסמכי נסיעה וחוסר היכולת להנפיק מסמכים כאלה בטרם תגיע המשלחת הגיניאית לישראל: "המשלחת מגיניאה קונקרי היתה אמורה להגיע לישראל לפני מלחמת לבנון השנייה אך הביקור נדחה בגלל המלחמה. דחיה נוספת של המשלחת היתה בשל חודש הרמדאן. בעת הזו לא ידוע על מועד חדש שנקבע. למצער (כך במקור, י"ב) לא התחדש דבר במצבו של המוחזק ואין בפי מידע חדש עבור המוחזק".

43. בסיפא להחלטת בית הדין נכתב: "לאחר שהסתיים הדיון המוחזק סירב לגשת לחדרו והחל לצעוק ולבכות ולאיים לפגוע בעצמו מספר פעמים. לנוכח התנהגות המוחזק, לה הייתי עד מייד לאחר שהסתיים הדיון ולבקשת מפקדת המתקן, והואיל ומדובר בקטין הדורש תשומת לב מיוחדת, הנני מורה למשטרת ההגירה להביא את הקטין לאבחון פסיכיאטרי".

העתק החלטת בית הדין מיום 23.10.2006 מצ"ב ומסומן מע/17.

44. באותו היום נלקח המערער אל חדר המיון במרכז הרפואי "הלל יפה" שבחדרה, שם נבדק על ידי ד"ר עינת אלקבץ, פסיכיאטרית מומחית לילדים ונוער. חוות הדעת כתובה בכתב יד קשה לקריאה, והשורה האחרונה בעמוד הראשון, שהועבר אל הח"מ בפקס, קטועה. בשיחה טלפונית, שערך הח"מ עם ד"ר אלקבץ ביום 12.11.2006 הקריאה ד"ר אלקבץ לח"מ את הסיפא לחוות דעתה. בסיפא נכתב (החל מן השורה הרביעית מלמטה בעמוד הראשון) "להערכתי מדובר ב- **adjustment disorder** במצב תגובתי לסיטואציית חיים קשה ומציאותית. אין עילה להערכתי לאשפוז פסיכיאטרי, אך **רצוי לערב בהקדם עובדת סוציאלית ולסדר את ענייני החוקיים על מנת למנוע החמרה במצבו והתנהגות אימפולסיבית. לא התרשמתי מסיכון מיידי במצבו. בכ"ז יש צורך בהשגחה מיוחדת והתערבות סוציאלית**".

העתק חוות דעתה של ד"ר אלקבץ מצ"ב ומסומן מע/18.

45. בעקבות קביעה זו הוחזר המערער אל מתקן הכליאה מיכ"ל. בית הדין או כל גורם אחר לא שעו לקביעת הפסיכולוגית, כי קיים צורך בהתערבות סוציאלית.

46. ביום 26.10.2006 פנה הח"מ אל פרקליטות מחוז חיפה בבקשה להתערבותה בעניינו של המערער בטרם נקיטה בהליכים משפטיים במסגרת ערעור מינהלי על החלטות בית הדין. בפנייה זו עמד הח"מ

על חוסר האפשרות לגרש את המערער נוכח היותו אזרח מדינה לה אין יחסים דיפלומטיים עם ישראל ועל כך שהמשך החזקתו במעצר, פירושה מעצר בלתי מוגבל בזמן של קטין. כן עמד הח"מ על כך שנסיונות הבאתו של המערער לישראל והעבדתו מהווים סחר בבני אדם בהתאם למשפט הבינלאומי, ועל כך שחל איסור על החזקתם של קטינים לא מלווים במעצר.

העתק פניית הח"מ מיום 26.10.2006 מצ"ב ומסומן מע/19.

47. ביום 30.10.2006 ניתן פסק הדין בעמ"נ 282/06 הנ"ל, שדחה מכל וכל את קביעת בית הדין בעניינה של קטינה עצורה, כי מתקן מיכ"ל מהווה "פתרון קבע הולם" לקטינים, המצדיק הימנעות משחרורם של קטינים. העתק פסק הדין נשלח אל בית הדין ביום 2.10.2006 על ידי הח"מ. בהמשך דברינו נעמוד על הקביעות שבפסק הדין בהרחבה.

העתק פסק הדין בעמ"נ (ת"א) 282/06 מצ"ב ומסומן מע/20.

48. ביום 5.11.2006 דן בית הדין פעם נוספת בעניינו של המערער, אף הפעם בהעדרו. בית הדין עמד בהחלטתו על העדר האפשרות להרחיקו את המערער מישראל, וקבע כי הוא מוצא לנכון לשחררו לחלופת משמורת: "מאחר שיוזמת נציגי גיניאה קונקרי לביקור בישראל נדחתה למועד בלתי ידוע ומכיוון שבית הדין מוצא לנכון לחפש חלופת משמורת ראוייה למוחזק, בהעדר דרך לביצוע הרחקתו מישראל ובהעדר כל דרך להמציא לו ניירות נסיעה אשר יקדמו את הטיפול בעניינו, מטפל עתה בית הדין במגעים עם מוסדות חינוך אשר יתכן ויוכלו לקבל את המוחזק לחינוך אצלם בשיתוף עם גורמים ממשלתיים ובלתי ממשלתיים".

החלטת בית הדין מיום 5.11.2006 היא ההחלטה השנייה נשוא ערעור זה (ראו נספח מע/2 לעיל).

49. על פי שנמסר לנו על ידי מזכירות בית הספר "ימין אורד", ה"מגעים" היחידים שקיים בית הדין בעניין זה היו אלה – תחת לעשות שימוש בסמכויות המוקנות לבית הדין לצורך מציאת חלופת משמורת (סמכויות שיפורטו בהרחבה בפרק המשפטי), דיין בית הדין, עו"ד דן ליברטי, התקשר אל מנהל בית הספר הפנימייתי הדתי לאומי "ימין אורד" שבצפון הארץ, עמו הוא מצוי בקשר אישי, על מנת לבדוק אם יוכל לקבל את המערער. מנהל בית הספר מסר, כי אין אפשרות כזו. אלה הם ה"מגעים" היחידים שקיים בית הדין לצורך מציאת חלופת משמורת.

50. ביום 14.10.2006 קיבל בית הדין החלטה נוספת בעניינו של המערער. גם הפעם, תחת לעשות שימוש בסמכויותיו הנרחבות על מנת להורות לרשויות לאתר חלופת משמורת ההולמת את צרכיהם של קטינים, בחר בית הדין להטיל את תפקידיה של המדינה על גורמים לא ממשלתיים, וזו הפעם על עו"ד ברמן, הח"מ. בהחלטתו של בית הדין ממועד זה נכתב: "מוקד סיוע לעובדים זרים, עו"ד ברמן: אם לך קשרים עם מוסדות חינוך, שאפשר שיוכלו לקלוט את המוחזק אליהם כחלופת משמורת ישמח בית הדין על שיתוף הפעולה".

51. עוד ציין בית הדין בהחלטתו, כי "ביחד עם זאת מתכוון בית הדין לשוחח עם ד"ר חיים פרי, מנהל ימין אורד, אשר לו ידיעה ומהלכים באשר למוסדות חינוך אחרים שאפשר שיוכלו לקבל אליהם את המוחזק. בינתיים שוהה ד"ר פרי בחו"ל והוא אמור לשוב לישראל ביום 19.11.2006". פעם נוספת תולה בית הדין את יהבו ב"ידיעה" ו"מהלכים" ערטילאיים של מכרים אישיים, תחת להורות לרשויות המדינה לפעול כפי שמחייב אותם הדין ובאופן שיפורט במסגרת הטיעון המשפטי.

החלטת בית הדין מיום 14.11.2006 היא ההחלטה השלישית נשוא ערעור זה (ראו נספח מע/3 לעיל).

52. ומשכלו כל הקיצין וחלפו להם 194 ימים, בהם מוחזק המערער במעצר חסר תכלית ותוחלת בהעדר יכולת להרחיקו, מעצר שסופו אינו נראה באופק, מוגש ערעור זה.

## 2.5. הערה כללית בדבר מצבם של אזרחי גיניאה קונאקרי בישראל

53. גיניאה קונאקרי, מדינת מוצאו של המערער, היא מדינה שאין בינה לבין ישראל יחסים כלשהם, ואין לה נציגות במדינת ישראל. בשנתיים האחרונות טיפל מוקד סיוע לעובדים זרים במספר אזרחי גיניאה קונאקרי, אשר בהעדר מסמכי נסיעה לא ניתן לגרשם. במובנים רבים משמש מוקד סיוע לעובדים זרים גורם המקשר בין הרשויות לאזרחי גיניאה ששוחררו ממשמורת, כפי שיוסבר להלן, ומכאן ידיעותינו בתחום זה.

54. כאשר נעצר בישראל שוהה שלא כדין מגיניאה קונאקרי, כשאינו ברשותו דרכון, תעודת מעבר או מסמך מזהה אחר, אין בשלב זה כל אפשרות לגרשו. משכך, אזרחי גיניאה, שנעצרו בישראל, בילו תקופות ארוכות ביותר מאחורי סוגר וברח במעצר חסר תוחלת, אשר לא קידם במאום את הרחקתם. רק לאחר חודשים ארוכים במעצר, שבמהלכם ניסו לשווא משטרת ההגירה, משרד הפנים ומשרד החוץ להנפיק לעצורים תעודות מעבר או דרכונים באמצעות ניסיון ליצור קשר עם גיניאה באופן ישיר וכן באמצעות נציגותה של מדינה זו בקהיר, החל בית הדין להבין, כי בשלב זה החזקתם של אזרחי גיניאה היא חסרת תכלית וממושכת מדי, והחל לשחררם (וזאת חרף התנגדותם הנמרצת של המשיבים 1-2).

55. ישראל ניסתה בשלל דרכים לקדם את הרחקתם של אזרחי גיניאה. תחילה עשתה זאת בפעילות משולבת של משטרת ההגירה ומשרד החוץ בניסיון להנפיק תעודות מעבר באמצעות שגרירות גיניאה בקהיר. למיטב ידיעתנו ניסיון זה לא צלח. לאחר מכן נעשו ניסיונות להגיש בקשות להנפקת תעודות מעבר באמצעות ארגון "הצלב האדום". כפי שיפורט בהמשך, אזרחי גיניאה שונים נפגשו עם נציגי "הצלב האדום" בישראל, מילאו בקשות להנפקת מסמכי נסיעה עבורם, ואלה העבירו אותן לנציגות "הצלב האדום" בגיניאה על מנת שזו תפנה לרשויות בגיניאה לצורך הנפקת מסמכי נסיעה. עד היום לא הצליח ארגון "הצלב האדום" להנפיק מסמכי נסיעה ולו עבור אזרחי גיניאה אחד.

56. בהמשך נכנס לתמונה ארגון ההגירה הבינלאומי (IOM). מר אלברט דה-דיקר, נציג הארגון, הגיע מז'נבה לישראל במיוחד לצורך זה בחודש ינואר 2006. במהלך החודשים ינואר ופברואר 2006 ראיין את אזרחי גיניאה קונאקרי הנמצאים בארץ. את אזרחי גיניאה העצורים ראיין במתקני המשמורת. לשם תיאום ראיונותיהם של אזרחי גיניאה ששוחררו ממשמורת, עמדה גב' מיכל אלמוג, ראש חוליית נציגויות זרות במשטרת ההגירה, בקשר עם גב' אמי סער ממוקד סיוע לעובדים זרים. אזרחי גיניאה ששוחררו רואיינו על ידי נציג ה-IOM במשרדי מוקד סיוע לעובדים זרים, ששימש כגורם המתאם בין הרשויות לאזרחי גיניאה ששוחררו ממשמורת. מר דה-דיקר עזב בחודש פברואר 2006 את הארץ, כשבאמתחתו שלל ניירות וטפסים, עליהם חתמו אזרחי גיניאה במטרה להנפיק להם תעודות מעבר, ואולם עד היום לא הונפקה בסיוע הארגון תעודת מעבר לאיש מן האנשים שרואיינו.

57. לאחר שעזב מר אלברט דה-דיקר את הארץ התכתבה עמו בדואר אלקטרוני גב' אמי סער במהלך חודשים פברואר ומרץ 2006, וניסתה לקבל תשובות באשר למועד, בו תתאפשר הנפקת מסמכי הנסיעה עבור אזרחי גיניאה הנמצאים בישראל ועבור הקטינים הגיניאים המוחזקים במעצר בפרט. מר דה-דיקר לא מסוגל היה לספק תשובה קונקרטית, ועל פנייתה האחרונה של גב' סער בדואר אלקטרוני מיום 22.3.2006 לא השיב.

העתק התכתובת בדואר האלקטרוני עם מר דה-דיקר מצ"ב ומסומן מע/21.

58. במהלך חודשים יולי ואוגוסט 2006 נעשו ניסיונות על ידי מוקד סיוע לעובדים זרים ליצור קשר עם מר דה-דיקר פעם נוספת, על מנת להתעדכן בהתקדמותו. גב' ניצה קנטור, מתורגמנית לצרפתית המתנדבת במוקד סיוע לעובדים זרים, התקשרה מספר פעמים אל משרדי IOM בז'נבה, שם נמסר לה כי מר דה-דיקר אינו עובד עוד בארגון, וכי את תפקידו ממלאה כעת גב' ניקולטה ג'ורארדו. ביום 18.9.2006 שוחחה גב' ג'ורארדו עם גב' אמי סער בטלפון. גב' ג'ורארדו לא ידעה לעדכן בדבר התקדמות המהלכים בעניין הנפקת מסמכי נסיעה עבור אזרחי גיניאה, אך מסרה כי תברר עם נציג הארגון בגיניאה קונאקרי את מצב הדברים. מאז לא נתקבל עדכון כלשהו מן הארגון.

59. לאחר פרק זמן של למעלה משנתיים, שכלל ניסיונות מניסיונות שונים, לא צלחו כל מאמצי המדינה. במענה לפניית מוקד סיוע לעובדים זרים בעניינם של אזרחי גיניאה, בה נתבקש עדכון בדבר המהלכים לקידום הנפקת מסמכי נסיעה עבורם, השיב ביום 16.5.2005 עו"ד חי ביטון ממשטרת ההגירה במכתב שכותרתו "אזרחים גיניאים חסרי תיעוד" כדלקמן:

"ע"פ המידע שבידינו כולם מטופלים ע"י משרד החוץ, והם אינם נמצאים במשמורת... מבדיקות חוזרות ונשנות של המחלקה הקונסולרית מול משרד החוץ עולה כי עניינם טרם הסתיים."

העתק מכתבו של עו"ד חי ביטון מיום 16.5.2005 מצ"ב ומסומן מע/22.

60. לבסוף, הצליחו משרד החוץ ומשטרת ההגירה לתאם את בואה של משלחת ממשלתית מגינאה קונאקרי לישראל לשם טיפול בעניינם של אזרחי גינאה הנמצאים בארץ. לשם תיאום הראיונות שאמורה הייתה המשלחת לקיים, עמדה גם הפעם גב' מיכל אלמוג, ראש חוליית נציגויות זרות במשטרת ההגירה, בקשר עם גב' אמי סער ממוקד סיוע לעובדים זרים. ביום 12.7.2006 נשלחה אל גב' סער הודעת פקס מגב' מיכל אלמוג, בה נכתב כי "המשלחת אמורה להגיע בתאריך 23.7.06 ותשהה לעת עתה שבוע ימים. נא היערכותך – ארגון וריכוז המשוחררים הגינאים לפגישה עם הנציגים וכן קביעת מקום מפגש נאות – האם בית הרופאים עדיין בתוקף?".

העתק מכתבה של גב' מיכל אלמוג מיום 12.7.2006 מצ"ב ומסומן מע/23.

61. ואולם ביום 18.7.2006 נשלחה הודעה נוספת מאת גב' מיכל אלמוג, בה נכתב, כי "ממשרד החוץ נמסר כי התקבלה הודעה כי לאור המצב הבטחוני בארץ הגינאים דוחים בשלב זה הגעתם ארצה. לא נקבע מועד אחר לעת עתה".

העתק מכתבה של גב' מיכל אלמוג מיום 18.7.2006 מצ"ב ומסומן מע/24.

62. גם בעניין המערער עצמו הכיר בית הדין בכך, שלא חלה תזוזה כלשהי בעניין הנפקת מסמכי נסיעה שיקדמו את הרחקתו, וכי למעשה לעת הזו אין כל אפשרות להרחיקו ולא ברור מתי הרחקתו תהיה אפשרית. כאמור, באחת מהחלטותיו ציין בית הדין ביחס למערער, כי "המשלחת מגינאה קונקרי היתה אמורה להגיע לישראל לפני מלחמת לבנון השנייה אך הביקור נדחה בגלל המלחמה. דחיה נוספת של המשלחת היתה בשל חודש הרמדאן. בעת הזו לא ידוע על מועד חדש שנקבע. למצער (כך במקור, י"ב) לא התחדש דבר במצבו של המוחזק ואין בפי מידע חדש עבור המוחזק" (החלטת בית הדין מיום 23.10.2006, נספח מע/17 הנ"ל).

63. ובהחלטה אחרת בעניינו של המערער ציין בית הדין, כי "מאחר שיוזמת נציגי גינאה קונקרי לביקור בישראל נדחתה למועד בלתי ידוע ומכיוון שבית הדין מוצא לנכון לחפש חלופת משמורת ראוייה למוחזק, בהעדר דרך לביצוע הרחקתו מישראל ובהעדר כל דרך להמציא לו ניירות נסיעה אשר יקדמו את הטיפול בעניינו, מטפל עתה בית הדין במגעים עם מוסדות חינוך אשר יתכן ויוכלו לקבל את המוחזק לחינוך אצלם בשיתוף עם גורמים ממשלתיים ובלתי ממשלתיים" (החלטת בית הדין מיום 5.11.2006, נספח מע/2 הנ"ל).

64. הנה כי כן, לאחר למעלה משנתיים של מאמצים דיפלומטיים לא עלה בידי משרד החוץ, משרד הפנים, משטרת ההגירה, ארגון "הצלב האדום" וארגון ההגירה הבינלאומי להביא להנפקתו ולו של מסמך נסיעה אחד עבור אזרחי גינאה. לפיכך, עד למועד הגעתה של המשלחת הגינאית במועד לא ידוע בעתיד, "תקוע" המערער בישראל. אף על פי שהוא עצור זה למעלה מחצי שנה, עשה כל שנתבקש על ידי הרשויות, ומשתף פעולה באופן מלא עם הרחקתו, לא הצליחו המשיבים 1-2 לגרשו מישראל מטעמים אובייקטיביים שאינם נעוצים בו. אין לדעת כמה חודשים או שנים נוספות הוא יוסיף

לשהות בעל כורחו בישראל. אין לדעת כמה חודשים או שנים נוספות ייאלץ להירקב בכלא, לשיטת המשיבים.

## הטיעון המשפטי

### 3. קטינים לא מלווים - כללי

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

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

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

[http://www.separated-children-europe-programme.org/separated\\_children/publications/reports/policies\\_comparative\\_analysis.pdf](http://www.separated-children-europe-programme.org/separated_children/publications/reports/policies_comparative_analysis.pdf)

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

67. המסמך הבינלאומי המרכזי הרלוונטי לענייננו הוא **האמנה בדבר זכויות הילד (1989)** (כ"א 1038, כרך 31, 221) (להלן – **האמנה**), שאושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991. האמנה מעגנת את עיקרון טובת הילד ורואה בו שיקול ראשון במעלה.

68. 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 עסקנית: "

TREATMENT OF UNACCOMPANIED AND SEPARATED CHILDREN  
OUTSIDE THEIR COUNTRY OF ORIGIN (להלן – הערה 6).

בשל חשיבותה הרבה לענייננו, העתקה של הערה כללית מס' 6 מצ"ב ומסומן מע/25.

69. הערה 6 היא בעלת משמעות מרכזית לענייננו, ועל 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).

70. 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. כך עוד, בבג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (פסק דין מיום 13.6.2006, סעיף 19 לפסק הדין), פנה בית המשפט להערה כללית מס' 19 של וועדת זכויות האדם, לעניין היקף פרשנותה של הזכות לחיי משפחה על פי הוראות האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

71. הערה כללית מס' 6 מגדירה קטינים לא מלווים באופן הבא:

“Unaccompanied children (also called unaccompanied minors) are children, as defined in article 1 of the Convention, who have been separated from both parents and other relatives and are not being cared for by an adult who, by law or custom, is responsible for doing so.”

72. זוהי ההגדרה המקובלת לא רק במשפט הבינלאומי, אלא גם במשפטן של מדינות העולם השונות, המתמודדות, כמו ישראל, עם התופעה האמורה. המערער, כפי שניתן לראות בבירור מן התשתית העובדתית בענייננו, נופל בגדריה של הגדרה זו.

#### 4. על האיסור בדין הבינלאומי להחזיק קטינים לא מלווים במעצר

73. 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.

74. 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 אפטרופסו החוקי" (סעיף 12(1) לאמנה).

75. 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."**

76. 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.

77. **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 ועקרונותיהם 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 2). עוד נקבע בכללים, כי קטינים שחירותם נשללה זכאים ליעוץ ולסיוע משפטי.

78. הערה 6 הנ"ל, הפרשנות המוסמכת של האמנה לזכויות הילד בעניין קטינים בלתי מלווים (ראו פסקאות 68-70 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.**"

**5. מדיניות המשיבים בעבר ובהווה ביחס לקטינים לא מלווים וקביעות**

**בית המשפט לגביה**

## 5.1. על מדיניות המשיבים בהווה ועל מתקן מיכ"ל ה"מותאם לצרכיהם של קטינים"

79. בכל הנוגע ליחס לקטינים לא מלווים בכלל ולמעצרים של אלה בפרט, בחרו המשיבים לרמוס ברגל גסה את מחויבויותיהם הן על פי המשפט הבינלאומי והן על פי המשפט הפנימי.

80. מדינת ישראל כולאת את הקטינים הלא מלווים הנמצאים בשטחה במתקן הכליאה מיכ"ל שבחדרה. 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 שעותיים בכל פעם. המקום מאויש על ידי שוטרי משטרת 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, הנמשכים שעות ספורות ואינם עומדים בסטנדרטים המינימליים של חובות המדינה לספק חינוך, חובה החלה גם ביחס לקטינים השוהים בתחומה שלא כדין.

81. חלק מן הקטינים הכלואים במתקן הם קטינים מגיניאה קונאקרי, דוגמת המערער. במקרים בהם מדובר בקטינים ממדינה זו, אין כל אפשרות להרחיקם בשלב זה מישראל, והם נדונו להיות מוחזקים במעצר לפרקי זמן בלתי מוגבלים. המערער, כמו גם הקטינים האחרים מגיניאה קונאקרי, נדונו, לשיטת המשיבים, לבלות את כל שנות התבגרותם במתקן מיכ"ל.

82. 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" ומהווה "פתרון קבע" להחזקתם של קטינים במעצר (ראו החלטות בית הדין מימים 3.9.2006 ו-19.10.2006, נספחים מע/14 ו-מע/1 הנ"ל בהתאמה). 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 למעצר קטינים. דבר באגף לא שונה או "הותאם" לצרכי קטינים, למעט השלט שבכניסה לאגף.

83. נקדים את המשיבים, שוודאי יתפארו בתגובתם בתנאים הנפלאים הקיימים במתקן מיכ"ל, ונספר מה הן טענות המשיבים הנוגעות ל"התאמתו של מתקן מיכ"ל לכל צרכיהם של קטינים". במסגרת מספר הליכים המתנהלים בהווה ושהתנהלו לאחרונה בעניינם של קטינים לא מלווים פרשו המשיבים את טענותיהם בעניין מתקן מיכ"ל (נע"מ 4878/05, 5594/05, 5786/05 – שלושה ערעורים התלויים ועומדים בבית המשפט העליון והנדונים בפני הרכב מורחב של שבעה שופטים; עע"מ 6567/06 – ערעור לבית המשפט העליון, שנמחק ביום 23.10.2006 בשל הסכמת המשיבים לשחרר את הקטין המערער "לפנים משורת הדין"; עמ"נ 282/06, פסק דין מיום 30.10.2006, צורף כנספח מע/20 לעיל).

84. במסגרת הליכים אלה עמדו המשיבים על כך שהמתקן "מתאים לקטינים", שכן במתקן שוהה רופא מדי יום במשך שעתיים; במתקן חצר טיולים, בה מתאפשר לקטינים לשחק בכדור; מועסקת מורה בתקן של 12 שעות שבועיות (לא ברור כמה מתוכן מתקיימות בפועל); הקטינים יכולים לרכוש כרטיסי חיוג (לא ברור באיזה כסף); הקטינים יכולים לרכוש ציוד ספורט ופנאי (לא ברור באיזה כסף); הקטינים יכולים לרכוש "ציוד רווחה" כגון "מכונת תספורת"; לקטינים ניתנות 4 ארוחות ביום; לקטינים גישה לשקמית; קבוצת חיילים מגיעה מספר פעמים בשבוע; לקטינים מסופקים "כל צרכיהם" בחדריהם, למשל קומקום חשמלי.

85. אנו סמוכים ובטוחים כי גם הפעם, יטרחו המשיבים לנסות ולהציג תמונה דוגמת זו שבפסקה הקודמת, אולם בחינת הפרטים שבפסקה הקודמת מצביעים דווקא על אי התאמתו של המתקן לצרכיהם הבסיסיים ביותר של קטינים. ה"שירותים", המוצגים על ידי המשיבים פעם אחר פעם בפני בתי המשפט בהליכים שונים, הם ברובם שירותים רגילים המוענקים לכל עצור בגיר. ארוחות, מכונות תספורת, קומקומים חשמליים, שקמית, כרטיסי חיוג, חצר טיולים ושירותי רפואה אינם הופכים את המתקן למתקן המותאם לצרכיהם של קטינים. אין במקום עובד סוציאלי, מדריך נוער או פסיכולוג. אין במקום איש מקצוע הקשוב למצוקותיהם של הקטינים. אין טיפול נפשי. דבר במתקן מיכ"ל אינו הופך אותו למתקן המתאים לצרכיהם של קטינים.

86. החזקה בחדרים סגורים ומסורגים, אף אם יש שעות שבהן 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 אקורבטיקה מילולית של המשיבים או של בית הדין, המנסים להציג את מתקן מיכ"ל כמתקן המתאים לצרכיהם של קטינים. התנאים במתקן 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, 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)

87. כאמור, החלטת בית הדין, לפיה אין מקום לשחרר את המערער, משום שהוא מוחזק במתקן המהווה "פתרון קבע" להחזקתם של קטינים במעצר, אין לה על לסמוך. הקביעה, כי המתקן מהווה "פתרון קבע", היא בבחינת תרתי דסתרי – הדין הבינלאומי לא רק שקובע, כי מעצרו של קטין ייעשה רק כמוצא אחרון ולפרק הזמן הקצר ביותר (ראו פסקאות 75-78 לעיל), אלא אף קובע כי חל איסור על החזקתם של קטינים לא מלווים במעצר רק בשל היותם חסרי מעמד במדינה, שבה הם נמצאים. מעצר ילדים לא מלווים, לעולם אינו יכול להוות "פתרון קבע", ויכול להיעשות, אם בכלל, לפרק זמן מינימלי.

## **5.2. על מדיניות המשיבים בדבר מעצר קטינים כפי שהוצגה בבתי המשפט בעבר**

88. עד לחודש מאי 2006 הוחזקו הקטינים במתקן משטרת ההגירה "צוחר" שבחבל הבשור. שם הוחזק אף המערער בימי מעצרו הראשוני. בחודש מאי 2006 הועברו כל הקטינים, שהוחזקו במתקן הכליאה "צוחר", אל מתקן הכליאה מיכ"ל שבחדרה.

89. כאמור, עמדת המערער היא כי בכל מקרה חל איסור על מעצרים של קטינים לא מלווים השהים בישראל שלא כדין, וכי קיימת חובה על הרשויות למצוא עבורם פתרונות אחרים, שאינם כוללים שלילת חירותם ושמבטיחים את צרכיהם המיוחדים כקטינים. ואולם, התנהלות המשיבים נכון להיום, ובעניינו של המערער בפרט, אף עומדת בסתירה חריפה למדיניות, שהוצגה על ידם בפניו בתו המשפט השונים.

90. במסגרת עת"מ (ת"א) 2934/04 הוצגה לראשונה מדיניות המשיבים ביחס לקטינים השהים בישראל שלא כדין בגפם. נקדים ונאמר, כי אף מדיניות זו אין בה די, אולם גם אותה לא טורחים המשיבים לקיים. בפסק הדין בעת"מ 2934/04 מיום 12.1.2005 נכתב:

"רשמתי לפני את הצהרות בעלי הדין. בהתאם להנחיה שניתנה על ידי המדינה, הרי ככלל, לא יעצרו שוהים בלתי חוקיים, קטינים בגין שהייתם הבלתי חוקית בישראל עד למציאת פתרון קבע הולם להחזקת קטינים במשמורת. ככל שנעצר קטין, ולאחר שמשרד הפנים שוכנע כי הוא קטין, לא יוצא לקטין צו משמורת וככל שהוצא – צו משמורת יבוטל. בצו ההרחקה ייקבע כי על הקטין לצאת בעצמו מישראל בתוך 90 יום".

העתק פרוטוקול הדיון ופסק הדין בעת"מ 2934/04 מצ"ב ומסומן מע/26.

91. יודגש פעם נוספת, כי אף מדיניות זו אינה עולה בקנה אחד עם חובותיה של המדינה, כפי שיובהר בהמשך. אולם בעניינו של המערער, חלקה השני אף אינו ניתן ליישום – המערער נמצא מזה למעלה מחצי שנה במעצר, שכן אין אפשרות לגרשו בהיותו אזרח גינאה קונאקרי (להרחבה בעניין זה ראו סעיפים 53-64 להודעת הערעור). לא ניתן להטיל עליו את המשימה לצאת את ישראל בתוך 90 ימים בכוחות עצמו, בהעדר אפשרות להנפיק עבורו מסמכי נסיעה שיאפשרו את הרחקתו מישראל.

92. כך או כך, לאחרונה מנסים המשיבים להתנער ממדיניות זו שהוצגה בבית המשפט, וזאת באמצעות הטענה (חסרת הבסיס), כי עתה נמצא "פתרון קבע להחזקתם של קטינים במעצר". בית הדין מחרה-מחזיק אחר המשיבים, וכאמור, ציין בהחלטותיו, כי "מאז ניתנה החלטה זו (פסק הדין בעת"מ 2934/04 הנ"ל, י"ב) הוקם מתקן משמורת המיוחד לקטינים והמהווה פתרון קבע הולם להחזקתם במשמורת" (החלטת בית הדין מיום 3.9.2006 בעניינו של המערער, נספח מע/17).

93. בפסק דין שניתן לאחרונה ושהוזכר על ידינו קודם לכן, נדחתה מכל וכל קביעת בית הדין, כי עצם החזקתם של הקטינים במתקן מיכ"ל היא בבחינת "פתרון קבע", המצדיק הימנעות משחרורם של קטינים (עמ"נ (ת"א) 282/06, פסק דין מיום 30.10.2006, צורף לעיל כנספח מע/20).

94. פסק הדין בעמ"נ 282/06 ניתן במסגרת ערעור על שתי החלטות בית הדין בעניינה של קטינה, שבעניינה נתן בית הדין החלטות דומות, אם לא כמעט זהות, לאלה שניתנו על ידו בעניינו של המערער כאן. באותו עניין נתבקש בית הדין לשחרר קטינה בת 17 לחלופת משמורת, אולם בית הדין דחה את הבקשה, וקבע בהחלטה מיום 26.9.2006, כי מאז ניתן פסק הדין בעת"מ 2934/04 הנ"ל "השתנו התנאים, הוקם מתקן משמורת המיועד לקטינים... המביא בחשבון את כל צרכיהם". בהחלטה נוספת מיום 19.10.2006 בעניינה של הקטינה ציין בית הדין פעם נוספת כי לאור העברת הקטינים אל מתקן מיכ"ל אין עוד מקום לפעול על פי העקרונות, שהוצגו בפסק הדין בעת"מ 2934/06 הנ"ל.

העתקי החלטות בית הדין בעניינה של הקטינה מימים 26.9.2006 ו-19.10.2006 מצ"ב ומסומנים מע/27 ו-מע/28 בהתאמה.

95. במסגרת עמ"נ 282/06 התקבל הערעור על החלטות בית הדין. בפסק הדין נכתב:

**"שלילת חירותם של קטינים, טעונה הסדרים מיוחדים שיביאו לידי ביטוי את צרכיהם המיוחדים ואת זכויותיהם. ...**

בערעור לפני טוענת המדינה כי מדיניות זו שונתה, לאחר שנמצא פתרון קבע, בדמותו של האגף לקטינים במתקן "מיכל", ומכאן שאין תחולה לאמור בפסק הדין בעת"מ 2934/04.... כמתחייב מכללי המשפט המנהלי, קודם לשינוי המדיניות, על משרד הפנים לפעול בדרך של איסוף נתונים הנדרשים לקבלת החלטה, וכן לאסוף נתונים הנדרשים לקבלת ההחלטה גם מרשויות נוספות ...

דא עקא, שאין כל תיעוד בדבר סיכום הליך ההתייעצות בקבלת החלטה של גורם מוסמך, ואין כל ביטוי כתוב למדיניות החדשה (להבדיל מצעדים שנקטו לקראת גיבושה). הדעת אינה נוחה משינוי מדיניות שאין לו ביטוי כתוב, בפרט כאשר המדיניות הקודמת קיבלה ביטוי מפורש בפסק דין. התנהלות מעין זו יוצרת סימני שאלה באשר לקיומה של המדיניות, ואלה מתחזקים לאחר עיון בכתבי טענות שהציגה לי המדינה מהתדיינות אחרות בהקשר זה. כך למשל, בהעדר נוהל כתוב, לא ברור כלל ועיקר האם העתקת האגף לקטינים מ"צוחר" ל"מיכל", כרוכה בשינוי המדיניות הנטען, או שמא זהו שינוי ארגוני שאין לו זיקה לכך. ... הובהר כי התנאים דומים בעיקרם לאלה הקיימים כיום במתקן "מיכל"....

אין בנמצא נוהל כתוב המעגן את שינוי המדיניות הנטען. בכתבי הטענות שהגישה המדינה לבית המשפט העליון, אשר דן בשאלת ההרחקה והמשמורת של קטינים בהרכב מורחב, אין ביטוי מפורש לשינוי הגורף של המדיניות במתכונת הנטענת היום. כמו כן עולה כי הנוהל **טרם הושלם**.

בנסיבות אלו, העמימות שנוצרה מקשה עלי לקבל את טיעוני המשיבה בהתייחס לשינוי המדיניות."

(פסקאות 9-10 לפסק הדין בעמ"נ 282/06, נספח מע/20 הנ"ל).

96. במסגרת אותו פסק דין נקבע, כי אף אם שונתה המדיניות בעקבות העברת הקטינים למתקן מיכ"ל, הרי שאין בכך כדי לפטור את המשיבים ואת בית הדין מן החובה לבחון כל מקרה באופן קונקרטי על פי נסיבותיו, ונקבע כי בנסיבות אותו עניין מתקיימים טעמים הומניטריים המצדיקים שחרורה של המערער ממעצר לפרק זמן, שבסופו תצא את הארץ. בית המשפט אף ציין באותו עניין:

"חוק הכניסה לישראל נמנע מהבחנה בין קטין לבין בגיר. מוכן אני להניח, לצורך הדיון, כי הסמכות ליתן צווי הרחקה ומשמורת על קטין לא נשללה. אולם סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. הפעלת שיקול הדעת של רשות מוסמכת, אשר מחליטה ליתן צו משמורת על קטין, מצריכה בחינת מסכת מורכבת של שיקולים. לשיקולים ה"רגילים" הנגזרים מהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק הכניסה לישראל וכללי המשפט הציבורי, מתווסף רובד נוסף של שיקולים. שיקול הדעת צריך ליתן ביטוי לתפיסה הנוהגת במשפט הישראלי בדבר מעמדם וזכויותיהם של ילדים בחברה, כמו גם לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, אשר ישראל מחויבת ביישומה למן שנת 1991 (השוו: דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה – להלן ועדת רוטלוי)."

(פסקה 13 לפסק הדין).

97. עינינו הרואות, לפני שלושה שבועות בלבד קיבל בית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב ערעור על החלטת בית הדין, בה סירב בית הדין לשחרר קטינה מנימוקים הזהים לאלה, שבהם עשה שימוש בענייני של המערער. גם שם סירב בית הדין לשחרר את הקטינה משום שמתקן מיכל מהווה "פתרון קבע להחזקת קטינים במעצר", וגם שם טען בית הדין, כי עם העברתם של הקטינים למתקן, אין מקום להחיל עוד את המדיניות, שנהגה בעבר לגבי קטינים לא מלווים. באותו עניין דחה בית המשפט מכל וכל את קביעת בית הדין, כי מעתה אין לשחרר עוד קטינים ממשמורת בשל העברתם למתקן "המותאם לצרכי קטינים".

## **6. על סירוב בית הדין לשחרר את המערער לחלופת משמורת**

98. כאמור, באי כוח המערער הציעו לשחררו להשגחתו של מר מ"מ, אזרח קונגו, נושא דרכון קונגולזי שמספרו XXXXX, המתגורר ברח' XXXXXX בתל אביב.

99. מר מ"מ שוהה בישראל כדין ואוחז ברישיון מסוג ב/1 (רישיון ישיבה ועבודה בישראל) מכוח היותו פליט מוכר. כפליט מוכר ניתן בידי מר מ"מ רישיון מסוג ב/1 בכל פעם לפרק זמן מוגבל, וזה מתחדש מפעם לפעם. הרישיון הנוכחי, בו אוחז מר מ"מ, תקף עד ליום 30.1.2007. יחד עם זאת, כפי שאף המשיבים וודאי לא יכחישו, כאשר יגיע המועד האמור יחודש רישיונו. היום, בשל מלחמת האזרחים העקובה מדם המתחוללת בקונגו, זכאים אזרחי קונגו הנמצאים בישראל להגנה מכוח היותם פליטים. מלחמת האזרחים בקונגו, ככל הנראה, מסיום, וניתן להניח בוודאות כמעט גמורה, כי רישיונו יחודש לפחות לפרק זמן של שנה, אם לא הרבה למעלה מכך.

100. ואולם בית הדין פסל את חלופת המשמורת שהוצעה, וקבע: "כל 'משמורן' המוצע ע"י המבקש לשחרר קטין, יהיה שוהה בלתי חוקי אשר קיבל אשרת ישיבה זמנית בישראל למשך חצי שנה, כאשר אשרה זו נבחנת מדי כמה חודשים ועשויה להתבטל בכל רגע נתון" (החלטת בית הדין מיום 3.9.2006, נספח מע/17 לעיל).

101. טענה זו לא ניתן לקבל, וזאת ממספר טעמים. ראשית, לא ניתן לקבל את קביעת בית הדין, לפיה רישיונו של מר מ"מ עשוי "להתבטל בכל רגע נתון", כפי שהוסבר לעיל. אך מעבר לכך – משמעותה של קביעת בית הדין, לפיה בעל רישיון ישיבה זמני אינו יכול לקבל לחסותו קטין, היא בעלת משמעויות מרחיקות לכת.

102. בישראל עשרות אלפי הורים בעלי מעמד ארעי, המתחדש מעת לעת. רבים מן הפליטים המוכרים ומבקשי המקלט בישראל, האוחזים ברישיונות ישיבה זמניים, הם אבות או אמהות לילדים. האם לשיטת בית הדין יש לבטל את אפוטרופסותם של כל אלה על ילדיהם, ולהשליך את ילדיהם אל מתקן מיכ"ל? באופן דומה, בישראל עשרות אלפי בני זוג של ישראלים, האוחזים ברישיונות ישיבה זמניים לפרק זמן מוגדר במסגרת "ההליך המדורג" להסדרת מעמדם של בני זוגם של ישראלים. אף רבים מהם (אם לא רובם) הם אבות ואימהות. האם, לאור מעמדם הזמני של הוריהם, גם את ילדיהם של אלה יש להוציא מחזקת הוריהם ולהשליך למעצר?

103. כל זאת לא ניתן לקבל. העובדה שבעתיד יפקע רישיון הישיבה של מר מ"מ (וכאמור – אין ספק שהוא יחודש לאחר פקיעתו) אינה יכולה להצדיק את המשך מעצרו של המערער לפרק זמן בלתי מוגבל. רישיון הישיבה של מר מ"מ יחודש לפחות למשך שנה נוספת. אף אם לא היה כך, היה על בית הדין להורות על שחרור המערער להשגחת מר מ"מ. ככל שהיה פוקע רישיונו של מר מ"מ, הרי שהשחרור ממשמורת אינו צעד בלתי הפיך.

## **7. מעורבות גורמי הרווחה בהליכי מעצר של קטינים לא מלווים**

104. לחלופין, ככל שיסרב בית המשפט לשחרר את המערער לחלופת המשמורת שהוצגה בפני בית הדין ונדחתה על ידו – שחרור להשגחתו של מר מ"מ, אזרח קונגו, נושא דרכון קונגולזי שמספרו XXXXX , המתגורר ברח' XXXXX בתל אביב – יתבקש בית המשפט להורות על התערבות רשויות הרווחה ועל חיוב המשיבים למצוא פתרון ההולם את צרכיו הפיזיים, הפסיכולוגיים, הנפשיים וההתפתחותיים של המערער.

### **7.1. על החובה לערב את גורמי הרווחה בהליכי מעצרו של קטינים לא מלווים**

105. הורים הם האחראים הראשוניים והעיקריים לילדיהם הקטינים, הם האפוטרופסים הטבעיים שלהם ומוטלות עליהם החובה והזכות לדאוג לצרכי ילדיהם במסירות (ראו סעיפים 14, 15 ו-17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן – **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות**)).

106. אף על פי כן, נסיבות החיים המצערות עלולות להוביל לכך, שילד יזנח, יינטש או יתייתם. 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 (להלן - **חוק הנוער**); חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981; ראו עוד: דנ"א 6041/02 פלוני נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, סעיפים 13-17 לפסק דינו של הנשיא ברק).

107. חוק הנוער, העוסק בקטינים נזקקים ובדרכי הטיפול בקטינים נזקקים ובהשגחה עליהם, מונה בסעיף 2 את הנסיבות השונות בהן ייקבע כי קטין הוא נזקק. החלופה הראשונה הקבועה בחוק לנזקקות של קטין היא: "לא נמצא אחראי עליו". לצידה של חלופה זו נקבעו חלופות נוספות, ובהן: "האחראי על הקטין אינו מסוגל להשגיח עליו או שהוא מזניח את הטיפול או ההשגחה" (ס"ק 2); ו"שלומו הגופני או הנפשי נפגע או עלול להיפגע מכל סיבה אחרת" (ס"ק 6).

108. "קטין", על פי הוראות סעיף 1 לחוק הנוער, הוא "מי שלא מלאו לו שמונה עשרה שנה". **חוק הנוער אינו מבחין בין קטינים על פי אזרחותם או מעמדם בישראל**. קטין הוא קטין הוא קטין, וקטין נטוש, קטין לא מלווה או קטין קורבן סחר בבני אדם הוא קטין נזקק. החובה לדאוג לו רובצת לפתחן של רשויות המדינה. השיקול היחיד העומד על הפרק הוא טובת הילד:

"שיקול טובתו של הילד הוא שיקול העל, השיקול המכריע. אכן, בצידו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים... אך כל אלה שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחוו לשיקול טובת הילד." (דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 119)

109. גם **האמנה בדבר זכויות הילד** מעגנת את עיקרון טובת הילד ורואה בו שיקול ראשון במעלה. סעיף 13(1) (לאמנה קובע):

**"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."**

110. זכויות הילד המנויות באמנה 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 2 לאמנה).

111. על תחולתו והיקפו של סעיף 2 לאמנה עמדה "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומה בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי" (להלן - **דו"ח ועדת רוטלוי**). הוועדה מונתה 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. בעבודת הוועדה לקחו חלק כ-70 מומחים ואנשי מקצוע ממגוון רחב של תחומים, וביניהם מיטב המומחים בארץ מתחומי המשפט, העבודה הסוציאלית, החינוך, הפסיכולוגיה, הפסיכיאטריה והקרימינולוגיה. הדו"חות המסכמים של הוועדה פורסמו בראשית שנת 2004 על ידי משרד המשפטים. הוועדה עמדה

על החבות המוגברת של רשויות המדינה ליישום עיקרון השוויון, המעוגן בסעיף 2 לאמנה, בכל הנוגע לעניינם של ילדים :

"במובחן ממבוגרים, השלכות פגיעתם של ילדים בשל הפלייתם מקיפות ועמוקות יותר לעומת פגיעת ההפליה במבוגרים. זאת הואיל, וילדים נמצאים בתהליך משמעותי ומואץ של התפתחות מגוונת, שבמסגרתו עלולה פגיעה בזכות אחת או יותר מזכויותיהם להביא לכדי פגיעה בהתפתחותם, לעתים באופן בלתי הפיך, ולעתים באופן אשר אחריו שורה של פגיעות בזכויות נוספות שלהם." (דו"ח ועדת רוטלוי, עמ' 103-104).

112. ועדת רוטלוי בחרה להדגיש מספר היבטים, הנוגעים לעיגון הזכות לשוויון, הקבועה בסעיף 2 לאמנה, וזאת בהתבסס, בין היתר, על פרשנות ועדת האו"ם לזכויות הילד את הוראות האמנה. מפאת חשיבותם הרבה לענייננו נביא את הדברים מתוך הדו"ח כלשונם (דו"ח ועדת רוטלוי, עמ' 105-106) :

- 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.

...

- חובת המדינה אקטיבית ולא פסיבית : בסעיף זה האמנה נוקטת לשון חזקה של חובה (to ensure), שמלמדת על החשיבות שייחסו מכוני האמנה לעיקרון השוויון. הלשון שאותה נוקטת האמנה היא "המדינות יכבדו וייבטיחו..." (ס"ק 12). כך מוטלת על המדינה בנוסף על חובתה הפסיבית לכבד את זכויות הילדים באמנה, גם חובה אקטיבית של הבטחתן. כיבוד דורש מהמדינה להימנע ממעשים שיפגעו בזכויות המוענקות לילדים על פי האמנה, ואילו הבטחה מעגנת גם התחייבות מעשית מצד המדינה לנקוט מגוון של צעדים כגון אבחון והערכה, תכנון אסטרטגי, חקיקה, פיקוח וחינוך. כל זאת, על מנת לצמצם את אי השוויון ועל מנת לאפשר לילדים שונים ליהנות מזכויותיהם הרלבנטיות ולהפעילן.

- העדפה מתקנת : בצד קביעת עיקרון איסור ההפליה מכירה האמנה על-פי פרשנותה המובאת במדריך יוניצ"ף (Unicef Implementation Handbook for the Convention on the rights of the child (1998)) באפשרות ובחובה לקיים העדפה מתקנת בנסיבות מסוימות כלפי קבוצות מסוימות של ילדים ואינה רואה בהעדפה המתקנת כהפרה של איסור ההפליה. האמנה מכירה בקיומן של אוכלוסיות המצויות באופן אינהרנטי במצב של מצוקה, חולשה או קושי (כגון ילדי פליטים, ילדים נטולי אזרחות או מעמד חוקי, ילדים עם מוגבלויות, ילדים המתגוררים ברחוב וכיו"ב), ובעניינן היא קובעת כי יש לנקוט פעולות יוזמות כדי לשפר את מצבן, לרבות פעולות שהינן בגדר העדפה מתקנת.

- 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 (1)2 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.

113. סעיף 2 לאמנה קובע, אם כן, את עיקרון איסור ההפליה כעיקרון על ומנחה, אשר אותו:

**"יש לקרוא אל תוך כל אחת מהוראות האמנה בעת יישומה.** זאת, באופן שיישום הוראותיה והענקת זכויות מכוחה ייעשו תמיד באורח שוויוני ובלתי מפלה." (דו"ח ועדת רוטלוי, עמ' 105).

114. בין הזכויות המובטחות **לכל ילד ללא הפליה,** כאמור בסעיף 2 לאמנה, מצויה **הזכות להגנה מיוחדת ולסיוע מצד המדינה, בתחום שיפוטה הוא חי, במקרה שנשללה ממנו סביבתו המשפחתית.** סעיף 20 לאמנה קובע:

1. ילד אשר באורח זמני או קבוע נשללה ממנו סביבתו המשפחתית, או אשר מירב טובתו כי לא יושאר בסביבה זו, יהיה זכאי להגנה מיוחדת ולסיוע מצד המדינה.
2. המדינות החברות יבטיחו בהתאם לדיניהן הלאומיים טיפול חלופי לילד כאמור.
3. טיפול כאמור יכול לכלול, בין היתר, השמה באומנות, "קאפאלה" לפי דיני האיסלאם, אימוץ או לפי הצורך, השמה במוסדות מתאימים לטיפול בילדים. שעה שבוחנים פתרונות, ראוי לשים לב לרציות שברצף חינוכו של ילד, וכן לרקעו האתני, הדת, התרבותי והלשוני.

115. כאמור, בחודש ספטמבר 2005 פרסמה וועדת האו"ם לזכויות הילד את הערה כללית מס' 6 ביחס לקטינים לא מלווים, שהיא הפרשנות המוסמכת לאמנה בדבר זכויות הילד בכל הנוגע לקטינים לא מלווים (ראו נספח מע/25 לעיל, פסקאות 68-70 לעיל).

116. בסעיפים 75-78 לעיל עמדנו על האיסור, שמטילה הערה כללית 6 על החזקתם של קטינים לא מלווים במעצר אך בשל העדר מעמד חוקי בישראל. ואולם בכך לא מסתכמות חובות המדינה כלפי קטינים לא מלווים. **הוועדה לזכויות הילד מדגישה את חובותיה הכלליות של כל מדינה, שהיא צד לאמנה בדבר זכויות הילד, כלפי כל הילדים הזרים הנטושים, הנמצאים בשטחה: על המדינה לטפל בכל הילדים הזרים הנטושים ללא הפליה (סעיפים 12 ו-18 להערה 6); טובת הילד היא השיקול המרכזי לפתרון עניינו של כל ילד וילד (סעיפים 19 – 22 להערה 6); יש להגן על עקרון החיים, ההישרדות וההתפתחות בנוגע לכל ילד (סעיפים 23 – 24 להערה 6); יש להבטיח את זכותו של כל ילד להשתתף בהחלטות הנוגעות לו (סעיף 25 להערה 6); יש לכבד את עקרון "אי-החזרה" (non-refoulement) בכל מקרה בו נשקפת סכנה לילד שיוחזר (סעיפים 26 – 28 להערה 6); יש לשמור על חסיון הפרטים הנוגעים לכל ילד ועל פרטיותו (סעיפים 29 – 30 להערה 6).**

117. על הטיפול בילדים להינתן בידי אנשים מיומנים, שהוכשרו על ידי המדינה לטפל בילדים זרים נטושים, ואשר משתלמים בתחום זה מעת לעת. על הליכי ההכשרה לכלול לימוד של צרכי ילדים ושל זכויותיהם; הכרה של המדינות מהן מגיעים הילדים; רכישת מיומנות בניהול ראיון עם ילדים; בקיאות בהליכי התפתחות של ילדים ובפסיכולוגיה של ילדים; פיתוח רגישות להבדלים תרבותיים ומיומנות בניהול דיאלוג בין-תרבותי (סעיפים 95 – 97 להערה 6).

118. מדינת ישראל היא צד להתחייבויות אלה, ובפסיקה נקבעה חזקה פרשנית, לפיה החוק החרות במדינת ישראל יפורש באופן המונע ככל האפשר התנגשות בין החוק הפנימי לבין עקרונות המשפט הבינלאומי, וזאת על מנת שהחוק הפנימי יעלה בקנה אחד עם התחייבויות המדינה לפי המשפט הבינלאומי (ע"פ 131/67 קמ"אר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 112). חזקה זו חלה, כמובן, גם על הוראות האמנה בדבר זכויות הילד (ע"פ 3112/94 אבו-חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422, 430). ואכן, מאז אושררה האמנה על ידי מדינת ישראל, היא שימשה את בתי המשפט כמקור פרשני בפרשות רבות.

ראו, למשל: ע"פ 4596/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145; ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221; בג"צ 1554/95 עמותת "שוחרי גילית" נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 2; דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48; ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578; ע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ' שדה אור, פ"ד נב(3) 374; עניין דויד; ראו עוד: דוח ישראל על יישום האמנה בדבר זכויות הילד (מדינת ישראל, משרד המשפטים ומשרד החוץ, 2001).

119. אכן, אין בדין הישראלי דבר אשר יכול להעיד על יכולתה של מדינת ישראל להתנער מחובותיה כלפי ילדים זרים, השוהים בתחומה. נהפוך הוא – הוראות הדין בישראל מתיישבות היטב עם הוראות הדין הבינלאומי.

## 7.2. על סמכותו בית הדין להורות על הכנת תסקיר פקיד סעד בעניינם של קטינים לא מלווים ועל חובתו לעשות כן

120. בהחלטתו הראשונה של בית הדין בעניינו של המערער (החלטה מיום 15.5.2006, נספח מע/10 לעיל) סירב בית הדין לבקשתו של עו"ד שדה, שנכח בדיון, להורות על הכנת תסקיר פקיד סעד, שיבחן את התאמת השימוש באמצעי החריף של מעצר בנוגע למערער ויבחן את האפשרות לשחררו לחלופת משמורת. בית הדין קבע: "לא מצאתי כי לבית הדין סמכות למנות לקטינים פקידת סעד". ולא היא.

121. יחד עם הסמכות, שניתנה למשרד הפנים ולבית הדין לביקורת משמורת לעצור קטינים, באה אחריות כבדה להבטיח את זכויותיהם, בריאותם הפיזית והנפשית, צרכיהם לסוגיהם השונים וטובתם. ואולם, המשיבים, כמו בית הדין, בוחרים להתעלם ממערכת הדינים המסועפת הנוגעת לקטינים לא

מלווים, השוהים בישראל ללא מעמד כלשהו. לשיטתם, הדין הרלוונטי היחיד הוא חוק הכניסה לישראל על הוראות המעצר והגירוש שבו. קטין לא מלווה שנעצר – יגורש. קטין שאין אפשרות לגרשו, כמו המערער, יוחזק במעצר תקופה לא מוגבלת ללא מעורבות גורם טיפולי כלשהו.

122. 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 במקרים, בהם עומד עניינו של קטין על הפרק.

123. 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).

124. ואולם, לשיטת המשיבים, רק חוק הכניסה לישראל, על הוראות המעצר שבו, מותיר "חור שחור" בדין הישראלי, המאפשר שלילת חירותם של קטינים לפרק זמן ממושך ללא מעורבות גורם טיפולי כלשהו. בענייננו מתיימרים המשיבים 1-2 ובית הדין לביקורת משמורת להבין את צרכיהם של קטינים ואת טובתם ללא כל מעורבות של גורם מסוג זה.

125. 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, ויצגי את חוות דעתו בפני בית הדין.

126. 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".

127. 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.

128. בית הדין עצמו הכיר בסמכותו לעשות כן בהחלטות בעניינם של קטינים אחרים, אולם עד כה, לשיטתו, לא עלה הצורך לעשות כן. בהחלטת בית הדין מיום 15.1.2006 בעניינם של חמישה קטינים חסרי משפחה 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"יב-1952, וסעיפים 9-11 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968)."

העתק החלטת בית הדין מיום 15.1.2006 מצ"ב ומסומן מע/29.

129. 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 לפרוטוקול: "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/30.

130. 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.

131. שגה בית הדין שעה שנמנע מלהורות על מינוי פקיד סעד שיחווה דעתו בעניין החזקת המערער במעצר, ושעה שנמנע מלהורות למשיב 1 לפעול בשיתוף עם המשיב 3 על מנת לאתר חלופת מעצר 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.

132. חרף מצוקתו הקשה של המערער וחרף מעצרו הממושך, שסופו אינו נראה באופק, בחר בית הדין להתעלם לחלוטין מקביעות פסיכיאטרית הילדים, שבדקה אותו ביום 23.10.2006, וקבעה: **"להערכתי מדובר ב- adjustment disorder במצב תגובתי לסיטואציית חיים קשה ומציאותית. אין עילה להערכתי לאשפוז פסיכיאטרי, אך רצוי לערב בהקדם עובדת סוציאלית ולסדר את ענייניו החוקיים על מנת למנוע החמרה במצבו והתנהגות אימפולסיבית. לא התרשמתי מסיכון מיידי במצבו. בכ"ז יש צורך בהשגחה מיוחדת והתערבות סוציאלית"** (נספח מע/18 לעיל, פסקה 44).

133. תחת זאת העדיף בית הדין לציין בעלמא, כי הוא מקיים **"מגעים עם מוסדות חינוך"**. כמפורט בחלק העובדתי (ראו פסקה 48 לעיל) בית הדין במסגרת ה"מגעים עם מוסדות [ה]חינוך", לא עשה שימוש בסמכויות המוקנות לו על פי דין. תחת זאת, הדיין דן ליברטי, המקיים קשרים אישיים עם מנהל הפנימייה הדתית-לאומית "ימין אורד", שוחח עם מנהל בית הספר וביקשו, כי יתאפשר למערער ללמוד שם. "מגעים" אלה לא עלו יפה, ובית הדין שוב קבע בעלמא, כי הוא יוסיף ויקיים "מגעים" עם מוסדות חינוך לצורך מציאת פיתרון אחר (החלטת בית הדין מיום 14.11.2006, נספח מע/3). בית הדין אף הגדיל לעשות, ותחת להפעיל את הסמכויות הנתונות לו על פי דין כדי לאתר חלופת מעצר העדיף לפנות אל הח"מ ואל ארגון זכויות האדם, בו הוא עובד: **"מוקד סיוע לעובדים זרים, עו"ד ברמן: אם לך קשרים עם מוסדות חינוך, שאפשר שיוכלו לקלוט את המוחזק אליהם כחלופת משמורת ישמח בית הדין על שיתוף הפעולה" (שם).**

134. בכל הכבוד ל"מגעים" הפרטיים שקיים בית הדין, לא זה תפקידו של בית הדין. "מגעים" המבוססים על קשרים אישיים של דייני בית הדין אינם יכולים להוות תחליף להפעלת הסמכויות המוקנות לבית הדין. פנייה אל ארגוני זכויות אדם אף היא אינה יכולה להוות תחליף כזה.

135. 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, 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.

## **8. קטינים לא מלווים – משפט משווה**

136. 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 שיודגם, הכלל הנהוג הוא שאין מחזיקים קטין בלתי מלווה במעצר, אלא אם אין מנוס מכך, ולפרק זמן קצר ביותר. כמו כן, הכלל הוא שרשויות הרווחה לא רשויות ההגירה הן שאחראיות על הטיפול בקטינים אלה.

137. בריטניה אינה נוהגת להחזיק ילדים שלא נמצא עליהם אחראי, השוהים במדינה שלא כדין, 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 כדין וללא הורה מלווה – בין אם מדובר בילדים המחפשים מקלט כפליטים ובין אם לאו – נכללים בתחום 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-RCO NF\\_2005\\_5\\_Report\\_UK\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/f/coh%E9sion_sociale/migrations/Source/MG-RCO NF_2005_5_Report_UK_en.pdf)

138. אף **בספרד** גורמי הרווחה הם שאחראים על הטיפול בקטינים לא מלווים. רוב הקטינים הבלתי מלווים הנכנסים לספרד מגיעים באופן בלתי חוקי וללא מסמכים מזהים, ומועברים מייד עם איתורם 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, בעת הכניסה למדינה או 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 מיודע 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, שבהם תקופת ההחזקה היא 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%E9sion\\_sociale/migrations/Source/MG-RCOCONF\\_2005\\_11\\_Report\\_%20Spain\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/f/coh%E9sion_sociale/migrations/Source/MG-RCOCONF_2005_11_Report_%20Spain_en.pdf)

139. 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 בנמצא הורה או מבוגר אחראי אחר, שלהגחתו 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)

140. **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 להגחתו. 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, השוהים 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>

141. **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%20E9sion\\_sociale/migrations/Source/MG-RCNF\\_2005\\_6\\_Report\\_Hungary\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/f/coh%20E9sion_sociale/migrations/Source/MG-RCNF_2005_6_Report_Hungary_en.pdf)

142. **באיטליה** כאשר מאוחר קטין לא 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 מיוחדת, 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 בשיתוף גורמי הרווחה.

ראו:

[http://www.coe.int/t/f/coh%20E9sion\\_sociale/migrations/Source/MG-RCNF\\_2005\\_9\\_Report\\_Italy\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/f/coh%20E9sion_sociale/migrations/Source/MG-RCNF_2005_9_Report_Italy_en.pdf)

143. **בבלגיה** אישרה מועצת השרים הפדראלית ביום 21.3.2004 פרוצדורה לטיפול בקטינים בלתי מלווים. לפי פרוצדורה זו, בשלב הראשון קטינים בלתי מלווים, בין שהם מבקשי מקלט ובין שאינם, ובין שהם קורבנות סחר ובין שאינם, משוכנים 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-RCNF\\_2005\\_9\\_Report\\_Belgium\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/f/coh%20E9sion_sociale/migrations/Source/MG-RCNF_2005_9_Report_Belgium_en.pdf)

144. אף ישראל ראתה עצמה עד לא מכבר כבולה לחובותיה אלה. ביום 1.7.1998 התקיים במליאת הכנסת דיון בהצעה לסדר היום שעסק בילדים חסרי מעמד השהים בגפם בישראל. 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>

145. 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.

146. 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.

147. 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" ואחי' נ' ממשלת ישראל, פסק דין מיום 30.3.2006, סעיף 3 לפסק דינו של המישנה לנשיא חשין; וראו גם: עע"מ 4614/05 מ"י נ' אורן, טרם פורסם, פסק דין מיום 16.3.2006, סעיף 5 לפסק הדין; בג"ץ 3403/97 אַנקין 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).

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

## **9. המערער כקורבן סחר בבני אדם**

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

150. 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, בייחוד בנשים וילדים (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children) (להלן – הפרוטוקול) הנלווה לאמנה נגד פשע מאורגן טרנס-לאומי, אומץ על פי החלטת האסיפה הכללית של האו"ם מיום 15.11.2000, ונכנס לתוקפו ביום 25.12.2003. ישראל חתמה על הפרוטוקול ביום 14.11.2001, 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) (46, 40).

151. 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";

152. 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 ניצולו), **הסכמת הקורבן לסחר הנה בלתי**

**רלוונטיות.** 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 (סעיף 3).

153. 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 נו(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)).

154. 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.

155. המערער הובא לישראל, כפי שהראינו, 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).

156. כידוע, עד לאחרונה אסר הדין הישראלי על סחר בבני אדם למטרות זנות בלבד (סעיף 203 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שבוטל לפני כחודש ימים). לאחרונה, ביום 18.10.2006, עיגן אף המחוקק הישראלי את האיסור על סחר בבני אדם לכל סוגיו בדבר חקיקה (חוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), התשס"ז-2006, פורסם ברשומות בס"ח 2067 ביום 29.10.2006).

157. כפי שניתן ללמוד משתי הצעות החוק, שהביאו לעיגון האיסור בחקיקה – הצעת חוק ממשלתית (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 91) (איסור סחר בבני אדם), התשס"ו-2006, ה"ח 231, ע' 236, 26.1.2006) והצעת חוק פרטית (הצעת חוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), התשס"ו-2005, ה"ח הכנסת 99, ע' 18, 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).

158. 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 5.6.2006 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. לדו"ח מחלקת המדינה האמריקאית ראו:

<http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2006/65989.htm>

159. 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).

160. 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).

161. כמפורט בפרק העובדתי, המערער, ילד יתום בן 15 שנים, הוברח לישראל לאחר שנמסר על ידי האישה הסנגלית שלקחה אותו תחת חסותה, לידי רשת של מבריחים וסוחרי אדם בתמורה לתשלום של \$1,200. למערער הובהר על ידי סוחריו, כי הוא יובא לישראל **בזין** לצורך עבודה בה **בזין**. בתחילת המסע נלקחו ממנו מסמכיו המזהים. לאחר הגעתו לישראל איים עליו סוחרו לבל ייצא את הדירה, בה שיכן אותו. בהמשך שלח אותו הסוחר לעבוד בעבודה קשה, שעבורה לא קיבל תשלום כלשהו, והלין אותו ברחוב.

162. חרף כל הסימנים וחרף העובדה שהברחת קטינים בכלל (ובנסיבות המערער בפרט) זועקת "ס ח ר", לא טרחו המשיבים או כל רשות אחרת מרשויות המדינה לחקור את המערער בדבר העבירות שנעברו בו. זאת גם לאחר שחתם על מכתב, שנמסר למפקדת מתקן מיכ"ל, ובו גולל את העבירות שנעברו בו, והצביע על העבריינים (ראו פסקה 24 לעיל).

163. המשיבים אף לא טרחו לבחון האם למערער דרוש סיוע נפשי או שיקום מסוג כלשהו לאחר שנפל קורבן לעבירות סחר. תחת זאת, בחרו המשיבים להשליכו לפרק בלתי מוגבל אל מתקן הכליאה מיכ"ל, תוך הפרה של האיסור החמור על החזקתם של קורבנות סחר בבני אדם במעצר.

## 10. העילות לשחרור המערער ממעצר לפי חוק הכניסה לישראל

164. לאחר שאמרנו את כל אשר אמרנו, נסיים ונלביש בחליפת חוק הכניסה לישראל את העובדות והטיעונים המשפטיים, שהוצגו לעיל.

165. עילת השחרור הקבועה בסעיף 13(א)3 לחוק הכניסה לישראל היא "מחמת גילו או מצב בריאותו החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, או שקיימים טעמים הומניטריים מיוחדים אחרים המצדיקים את שחרורו בערובה".

166. היותו של המערער קורבן לעבירה של סחר בבני אדם למטרות עבודה (ולמצער, קורבן עבירות הונאה ועושק) הינו טעם הומניטרי מיוחד המצדיק שחרורו של המערער ממשמורת. כך גם העובדה שלא ניתן להרחיקו מישראל, והעובדה שהוא מוחזק במעצר לפרק זמן בלתי מוגבל מטעם זה. כמו כן מתקיים התנאי, לפיו יש לשחררו מחמת גילו.

167. עילת השחרור שבסעיף 13(א)4 לחוק הכניסה לישראל מתקיימת אף היא: "הוא שוהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות". עילת שחרור זו משקפת את האיזון שקבע המחוקק בין האינטרס להרחקתם של שוהים שלא כדין מישראל לבין הזכות לחירות. עילת שחרור זו מלמדת, כי במקרים בהם אין אפשרות לגרש שוהה שלא כדין במהלך למעלה משישים ימים, בהם הוא נתון במעצר, וכאשר העיכוב בגירוש נובע מסיבות שאינן בשליטת העצור עצמו, גוברת הזכות לחירות על האינטרס של הרחקת שוהים שלא כדין מישראל.

168. גישת המשיבים, לפיה ניתן להחזיק את המערער במעצר פרק זמן בלתי מוגדר, עומדת בניגוד בוטה לסעיף 13(א)4 הנ"ל ולפסיקת בית המשפט העליון הנוגעת לפרשנותו של סעיף זה. בבר"ם 173/03 מ"י נ' סלאמה (טרם פורסם, פסק דין מיום 9.5.2005) נפסק, כי ככלל, ובהעדר "אינטרס ציבורי בעל משקל ממש"י, 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).

169. במצב דברים זה, אפילו לא היה המערער קטין, הרי שהייתה קמה עילה לשחררו 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 – חצתה זה מכבר את גבולות הסבירות.

170. גישה זו של המשיבים, בדבר מעצרו האינסופי של המערער, עומדת אף בניגוד לקביעות בית המשפט העליון ביחס לתכליתו של מעצר מכוח חוק הכניסה לישראל. 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).

171. כמפורט בהרחבה (פסקאות 53-64), לעת הזו אין כל אפשרות להרחיק את המערער, ואף לא ידוע מתי ניתן יהיה לעשות כן. משכך, החזקתו במעצר אינה מקדמת במאום את הרחקתו מישראל, ונשמט הבסיס החוקי להחזקתו במעצר מכוח חוק הכניסה לישראל.

## 11. סוף דבר

172. המערער, קורבן סחר בבני אדם שהובא במרמה לישראל, מוחזק זה למעלה מחצי שנה במעצר שעה שהמשיבים מתכחשים לחובות המוטלות עליהם. התייחסות המשיבים למערער, כמו גם לקטינים האחרים המוחזקים על ידי משטרת ההגירה, מתעלמת מכל וכל מהיותם ילדים.

173. נוכח האיסור להחזיק במעצר קטינים לא מלווים ונוכח האיסור להחזיק במעצר קורבנות סחר בבני אדם, היה על בית הדין להיענות לבקשת המערער לשחררו לחלופת משמורת.

174. לחלופין, ככל שסבר בית הדין כי אינו יכול לאמץ את החלופה, אשר הוצעה על ידי המערער, ובהינתן סירובם של המשיבים 1-2 לערב את רשויות הרווחה בעניינו של המערער, חייב היה בית הדין לביקורת משמורת לעשות שימוש בסמכויות הנתונות לו 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, שתהלוס 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, מחויב היה פקיד הסעד לשקול פנייה לבית המשפט לנוער, שיקבע את דרכי הטיפול במערער בהתאם לסעיף 3 לחוק זה.

175. 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.

176. 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. כמו כן יתבקש בית המשפט הנכבד להשית על המשיבים הוצאות ערעור זה.

---

יונתן ברמן, עו"ד

ב"כ המערער

נחתם היום, 20.11.2006, יום זכויות הילד הבינלאומי.