

העותרת:

ג'
אזרח גאנה
מס' מוחזק 58739

ע"י ב"כ עוה"ד יונתן ברמן ו/או אורי שדה 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

המשיבים:

1. **משרד הפנים**
2. **משטרת ההגירה**
3. **משרד הרווחה**

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

עתירה מנהלית

מוגשת בזאת עתירה מנהלית בה יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים:

1. לבטל את צווי ההרחקה והמשמורת שניתנו על העותר.
2. להימנע מהרחקתו של העותר עד שיקבל המשיב 1 חוות דעת בעניין העותר מפקיד סעד.
3. ליתן בידי העותר רישיון ישיבה בישראל עד להסדרת יציאתו מישראל בתיאום ובפיקוח רשויות הרווחה, או עד להסדרת מעמדו בישראל.

מבוא

1. עניינה של עתירה זו **בקטין יתום**, אזרח גאנה, **השוהה בישראל בגפו**. העותר, יליד 26.3.1989, בן 16 וחצי שנים, הגיע לישראל בהיותו בן 13 שנים בלבד, לאחר שהתייתם מאביו ומאמו. אחותו של העותר, עימה שהה בישראל, נפטרה בשנת 2003. העותר חי בישראל ללא השגחתו של בגיר, ואף אינו יודע אודות קיומם של קרובי משפחה, היכולים לדאוג לו במדינת מוצאו.
2. העותר נעצר בגין שהייה שלא כדין וניתנו עליו צווי משמורת והרחקה. הוא הוחזק משך קרוב לחודש במתקן "צוחר", בו מוחזקים במעצר שוהים בלתי חוקיים. על אף היותו קטין ועל אף קיומו של "אגף קטינים" ב"צוחר" (אגף, אשר כפי שנפרט בהמשך, אף הוא אינו מותאם לצרכי קטינים), הוא הוחזק במשך שלושה שבועות ב"אגף הבגירים".
3. לעותר אין קרובי משפחה ידועים בגאנה, ואיש אינו מצפה לו שם. תחת הפעלת סמכויות הטיפול, הנתונות למדינה בדין לצורך טיפול בקטינים נזקקים והבטחת שלומם וטובתם לפי הוראות חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך - 1960 (להלן - **חוק הנוער**) העדיפו המשיבים להתמודד עם עניינו של העותר וקטינים אחרים, המצויים במצב דומה, בדרכם שלהם - החזקה במעצר במתקן כליאה, הנעדר את התנאים הנדרשים לצורך החזקת קטינים, וגירוש מישראל.
4. גאנה מתנערת מאחריותה לגורל העותר, ואינה נערכת לקלוט אותו ולדאוג לשלומו ולצרכיו, אם וכאשר יגיע לגאנה. אף על פי כן עומדים המשיבים על גירוש העותר מישראל.
5. מדובר בתופעה השבה על עצמה פעם אחר פעם במהלך החודשים האחרונים. קטינים זרים נטושים, יתומים וחסרי ישע נעצרים על ידי שוטרי משטרת ההגירה, ניתן עליהם צו הרחקה על ידי שר הפנים, והם מושמים במשמורת, בלי שפקידי סעד יבחנו את עניינם וימליצו על דרכי הטיפול הראויות, כפי שמחייב הדין.
6. בית משפט נכבד זה דן כבר בשלוש עתירות, בהן הוצגה תשתית עובדתית ומשפטית זהה לאלה שבעתירה זו - בשלושת העתירות דובר בקטינות זרות, חלקן יתומות חלקן ננטשו על ידי משפחתן, השוהות בישראל וחסרות כל מעמד בה. לא נסתיר, כי בשלושה פסקי דין דחה בית משפט זה את העתירות - פסק דינה של כב' השופטת א' קובו מיום 20.4.2005 (עת"מ 2702/04, העתק פסק הדין מצ"ב ומסומן ע/1) ופסקי דינה של כב' השופטת ש' דותן מיום 7.6.2005 (עת"מ 1817/05, העתק פסק הדין מצ"ב ומסומן ע/2), ומיום 14.6.2005 (עת"מ 1872/05, העתק פסק הדין מצ"ב ומסומן ע/3).
7. אולם, על שלושת פסקי דין אלה הוגשו ערעורים לבית המשפט העליון (עע"מ 4878/05, עע"מ 5594/05 ועע"מ 5786/05), בהם מייצגים את המערערות הח"מ ועורכי דין נוספים מן האגודה לזכויות האזרח בישראל ומ"מוקד סיוע לעובדים זרים".

8. בעע"מ 4878/05 ניתנה הסכמת המדינה להימנע מהרחקתן של המערערות מישראל עד לתום ההליכים בערעור. בעע"מ 5594/05 ניתן צו ביניים, האוסר על הרחקת המערערת (העתק צו הביניים מצ"ב ומסומן ע/4). אף בעע"מ 5786/05 ניתן צו ביניים האוסר על הרחקת המערערת (העתק צו הביניים מצ"ב ומסומן ע/5).

9. צווי הביניים בערעורים עומדים בעינם בשלב זה.

10. ביום 26.10.2005 החליט כב' הנשיא ברק, כי הדיון בערעורים יאוחד וכי הערעורים יידונו ביחד בפני הרכב שבעה שופטים (העתק החלטת כב' הנשיא מצ"ב ומסומן ע/6). ביום 27.11.2005 נדונו הערעורים בפני הרכב שבעה שופטים בבית המשפט העליון. בסיום הדיון קצב ההרכב לוחות זמנים להגשת סיכומים על ידי הצדדים, ומחק בהסכמת הצדדים את ערעורה של המערערת הראשונה בעע"מ 4878/05, שבגרה במהלך ההליך המשפטי (העתק החלטת ההרכב מיום 27.11.2005 מצ"ב ומסומן ע/7).

11. התשתית העובדתית בעתירה זו דומה לזו שבעע"מ 5786/95, עע"מ 5594/05 ועע"מ 4878/05. הסעדים המבוקשים – זהים זה לזה; המסגרת המשפטית – זהה; הערעורים לבית המשפט העליון כמו גם עתירה זו עוסקים בשאלה משפטית אחת: מהן חובות המשיבים כלפי קטינים יתומים ונטושים, אזרחי מדינות זרות, השוהים בישראל בגפם?

12. כל אלה וכן העובדה שבית המשפט העליון סבר, ככל הנראה, כי מדובר בשאלה משפטית רגישה ומורכבת, באופן המצדיק הרחבת ההרכב, מביאים אותנו לבקש את בית המשפט הנכבד לדחות את הדיון בתיק עד לאחר פסק הדין בערעורים התלויים ועומדים בבית המשפט העליון.

העובדות הצריכות לעניין

13. העותר, קטין אזרח גאנה, נולד ביום 16.3.1989 בעיר אקרה, בירת גאנה.

העתק מסמך זיהוי, המציין את תאריך לידתו של העותר, שהונפק על ידי שגרירות גאנה בישראל מצ"ב ומסומן ע/8.
העתק תעודת הלידה של העותר מצ"ב ומסומן ע/9.

14. הורי העותר, ג' ות', נהרגו בתאונת דרכים כשהיה בן שמונה בערך. דודו היחיד, אחיו של אביו, טיפל בו לאחר מות הוריו, אך נפטר אף הוא בשנת 2001. לעותר לא היו קרובי משפחה נוספים בגאנה. לאחר מות דודו נאות אחד המורים בבית הספר בו למד, מר אי' נ', לטפל בו. אחותו היחידה של העותר, גבי' ק',

ב' נסעה לישראל כמה שנים קודם לכן, ובמהלך התקופה בה טיפל בו אי' נ' שלחה למר אי' נ' סכומי כסף לצורך תמיכה באחיה.

15. בשנת 2002, בהיות העותר בן 13 שנים, מר אי' נ' שלח את העותר לישראל על מנת שאחותו תטפל בו. לאחר מכן עבר מר אי' נ' לארה"ב. העותר הגיע לישראל בשנת 2002 במועד שאינו ידוע לו במדויק. הוא הגיע במסגרת קבוצה של כ- 8 תיירים מטעם הכנסייה, ונכנס לישראל כדין באשרת תייר. הדרכון היה ברשות מדריך הקבוצה, שהציג את כל הדרכונים במרוכז בביקורת הגבולות. הכניסה לישראל נעשתה באמצעות ויזה קבוצתית.

16. כאמור, אחותו של העותר, ק', הגיעה לישראל לפניו ועבדה בניקיון. אחותו היא זו שארגנה את הסידורים הנדרשים עם מדריך הקבוצה, היא זו שהעבירה לו את הדרכון של העותר, ואין העותר יודע אם דרכונו הוחזר לאחותו.

17. לאחר שהעותר הגיע לישראל התגורר עם אחותו בבני ברק. אחותו של העותר נפטרה ממחלת לב ביום 3.3.2003. האחות נפטרה בביתה ולאחר מכן הועברה גופתה לבית החולים "בילינסון".

18. בשלב זה, יצויין, כפי שיפורט ביתר הרחבה בהמשך, כי בית הדין לביקורת משמורת הטיל ספק באמינות תיאורו של העותר את הפרטים הנוגעים לאחותו ואת אופן כניסתו לארץ, נוכח העובדה שלא הוצגה בפניו כל אסמכתא בעניינים אלה. לקראת הגשתה של עתירה זו פנה הח"מ טלפונית אל בית החולים "בילינסון" וביקש לקבל אסמכתא על העברת גופתה של האחות אל בית החולים, אולם נמסר לו כי בהעדר צו ירושה לא ניתן לקבל אסמכתא כזו. לפיכך, כל שיש בידי העותר להציג על מנת לבסס את הטענות, שאמיתותן הוטלה בספק על ידי בית הדין, הוא תצהיר של מר פ', אזרח גאנה השוהה בישראל כדין, שהכיר את אחותו של העותר ואת העותר עצמו.

תצהירו של מר פיטר אדוסה מצ"ב ומסומן ע/10.

19. לאחר מות אחותו מנהיג הכנסייה לקח אותו תחת חסותו, והעבירו לכנסייה עצמה, הממוקמת ברח' לבנדה בתל אביב, שם גר כשנתיים.

20. לאחר כשנתיים לקח אותו חבר לאילת, לאחר שאנשי הכנסייה לא היו מסוגלים לספק לו את כל צרכיו. העותר עבד כשוטף כלים במלון במשך חמישה שבועות, עד שנעצר ביום 30.5.2005 על ידי המשטרה. ביום 31.5.2005 נערך לו שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות, וניתנו עליו צו הרחקה וצו משמורת.

העתק פרוטוקול השימוע מיום 31.5.2005 מצ"ב ומסומן ע/11

העתק צו ההרחקה מיום 31.5.2005 מצ"ב ומסומן ע/12.

העתק צו המשמורת מיום 31.5.2005 מצ"ב ומסומן ע/13.

21. חרף היותו קטין הוחזק העותר באגף הבגירים במתקן "צוחר". המשיב 1 סבר, ככל הנראה, כי אין נפקות לעובדה שמדובר בקטין, וכי רשויות האכיפה, ולא רשויות הרווחה, הן שמתאימות לטפל בעניין זה.

22. ביום 2.6.2005 נערך לעותר דיון בפני בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין. לאחר שסיפר העותר את קורותיו לדיין בית הדין, עו"ד דן ליברטי, קבע האחרון, כי גרסתו אינה אמינה, וכי הוא מוחזק כבגיר עד שיוכח אחרת.

העתק החלטת בית הדין מיום 2.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/14.

23. באותו יום פנה מר אלחנדרו פז מ"מוקד סיוע לעובדים זרים" אל יחידת האכיפה במשרד הפנים, מסר כי מדובר בקטין חסר משפחה בגאנה, והסביר כי העותר פנה אל "מוקד סיוע לעובדים זרים" בבקשה להשתחרר לידי "אפוטרופוס".

24. וכאן המקום להעיר הערה טרמינולוגית: בהתאם להסדר שגיבש משרד הפנים, ושיוצג בהרחבה בהמשך, משתחררים במקרים מסוימים קטינים חסרי משפחה להשגחת מבוגר, המכונה על ידי משרד הפנים עצמו ועל ידי בית הדין "אפוטרופוס". עם זאת, אין מדובר באפוטרופוס במובן המשפטי של מונח זה, ועל כן נימנע אנו מלעשות שימוש במונח זה לאורך העתירה.

25. בפנייתו ביקש מר פז את עיכוב גירושו של העותר על מנת שיתאפשר ל"מוקד סיוע לעובדים זרים" לטפל בעניינו.

העתק מכתבו של מר פז מיום 2.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/15.

26. למחרת, ביום 3.6.2005, פנה מר רום לבקוביץ' מ"מוקד סיוע לעובדים זרים" אל מר ג'וסף אוקיי, המזכיר הראשון בשגרירות גאנה בישראל, ומסר לו כי העותר מצוי במתקן הכליאה "צוחר". מר אוקיי התבקש לאשר, כי העותר אכן אזרח גאנה, וכי הוא אכן קטין.

העתק מכתבו של מר לבקוביץ' מיום 3.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/16.

27. ביום 6.6.2005 השיב הממונה על ביקורת הגבולות לפניית "מוקד סיוע לעובדים זרים" ומסר, כי הואיל ובית הדין קבע שגרסתו של העותר אינה אמינה, אין מקום להיעתר לבקשה.

העתק תשובת הממונה על ביקורת הגבולות מיום 6.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/17.

28. ביום 14.6.2005 השיב מר אוקיי לפניית "מוקד סיוע לעובדים זרים", ואישר כי העותר הוא אזרח גאנה. למכתבו צירף העתקה של תעודה ממרשם הלידות הרשמי של גאנה, המאשר כי תאריך לידתו של העותר הוא 16.3.1989.

העתק מכתבו של מר אוקיי מיום 14.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/18.
להעתק תעודת הלידה, שצורפה למכתבו של מר אוקיי, ראו ע/9 לעיל.

29. ביום 16.6.2005 פנתה גב' אלי שני שני מ"מוקד סיוע לעובדים זרים" אל רפ"ק יובל קמחי, מפקד מתקן הכליאה "צוחר". בפנייה זו התבקש רפ"ק קמחי להעביר את העותר לאגף הקטינים לאור מכתבו של המזכיר הראשון לשגרירות גאנה.

העתק פנייתה של גב' שני מיום 16.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/19.

30. באותו מועד פנתה גב' אלי שני אף אל יחידת האכיפה במשרד הפנים בבקשה לעכב את גירושו של העותר בשל היותו קטין חסר משפחה בגאנה.

העתק פנייתה של גב' שני מיום 16.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/20.

31. כמו כן פנתה גב' שני באותו מועד אל בית הדין בבקשה לאשר שחרורו של העותר להשגחת אזרח גאנה, השוהה בישראל כדין, ומוכן לקחת אותו תחת חסותו.

העתק פנייתה של גב' שני אל בית הדין מיום 16.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/21.

32. ביום 19.6.2005 הודיעה גב' שני לבית הדין, כי מר ד' ק', אזרח גאנה השוהה בישראל כדין מכוח רישיון ישיבה מסוג ב/1 (רישיון ישיבה ועבודה בישראל) ועובד בשגרירות יפן בישראל מוכן לקחת תחת חסותו את העותר. לפנייה צורף תצהירו.

העתק פנייתה של גב' שני מיום 19.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/22.
העתק התצהיר שצורף לפנייה מצ"ב ומסומן ע/23.

33. ביום 20.6.2005 דחה בית הדין את בקשת העותר להעברתו אל "אגף הקטינים" במתקן הכליאה "צוחר". בית הדין סבר, כי העותר אינו אמין, וכי קיומה של תעודת הלידה אינו מעיד על כך, שהעותר הוא אכן בעל תעודת הלידה וכי הוא אכן קטין.

העתק החלטת בית הדין מיום 20.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/24.

34. ביום 22.6.2005 הודיעה הממונה על ביקורת הגבולות, גב' שירלי ששון, כי בעקבות פניית "מוקד סיוע לעובדים זרים" מיום 16.6.2005 הוחלט בשלב זה לעכב את הרחקתו של העותר עד ליום 2.7.2005. כמו כן ביקשה גב' ששון, כי "מוקד סיוע לעובדים זרים" יודיע לה אודות קיומו של מבוגר המוכן לקחת את העותר תחת השגחתו לחלופת משמורת.

העתק תשובתה של גב' ששון מצ"ב ומסומן ע/25.

35. באותו יום השיבה גב' אמי סער מ"מוקד סיוע לעובדים זרים" לגב' שירלי ששון, הממונה על ביקורת הגבולות, ומסרה לה, כי מר ד' ק' הסכים לקחת את העותר תחת אחריותו. לתשובה צורף העתק תצהירו (ע/23 לעיל).

העתק תשובתה של גב' סער מיום 22.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/26.

36. במקביל פנה מר רום לבקוביץ' ביום 23.6.2005 בבקשה לעיון חוזר אל בית הדין בעניין העברת העותר אל "אגף הקטינים" במתקן הכליאה.

העתק פנייתו של מר לבקוביץ' מיום 23.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/27.

37. בהמשך לפניית "מוקד סיוע לעובדים זרים" אל המשיב 1 ולאור המסמכים שהציגה שגרירות גאנה בישראל והתחייבותו של מר ד' ק' לדאוג לעותר, שוחרר העותר ממעצר ביום 23.6.2005, זאת בהתאם להחלטת שחרור שנתן מר יוסי אדלשטיין, הממונה על ביקורת הגבולות. העותר שוחרר על פי ההסדר, שנקבע על ידי משרד הפנים ושיפורט בהרחבה בהמשך, לפיו קטינים נטושים ישוחררו להשגחת מבוגר לתקופה של תשעים ימים, שבמהלכה עליהם למצוא בנחוח עצמם קרובי משפחה בחו"ל ולצאת מישראל בכוחות עצמם.

העתק החלטת השחרור, שנתן הממונה על ביקורת הגבולות לתקופה של תשעים ימים, מצ"ב ומסומן ע/28.

העתק צו ההרחקה המתוקן מיום 23.6.2005, בו נקבע, כי על העותר לצאת את הארץ בתוך 90 ימים, מצ"ב ומסומן ע/29.

38. במהלך תקופת השחרור פעל מר ד' ק', שלהשגחתו שוחרר העותר, על מנת למצוא קרובי משפחה של העותר בגאנה, על מנת שניתן יהיה להרחיקו לשם. מר ד' ק' פעל אל מול שגרירות גאנה בישראל וכן ישירות מול הרשויות בגאנה, אולם הניסיונות לאתר קרובי משפחה של העותר העלו חרס.

39. במהלך התקופה בה היה העותר משוחרר ממשמורת ונתון להשגחתו של מר ד' ק', ישן העותר לעיתים בכנסייה שברח' לבנדה בתל אביב ולפעמים אצל חברים. ד' ק' נתן לו כסף וסיפק את צרכיו.

40. במענה לפנייתו של מר ד' ק' בעניין איתור קרובי משפחתו של העותר, נענה ביום 16.8.2005 על ידי מר פ' א' מגאנה, כי נעשו פעולות שונות מול הרשויות לאיתור קרובי משפחה של העותר בגאנה, וכי ניסיונות אלה לא עלו יפה עד כה. עוד נמסר, כי ניסיונות אלה ימשיכו להיעשות.

העתק מכתבו של מר פ' א' מיום 16.8.2005 מצ"ב ומסומן ע/30.

41. ביום 6.9.2005 במכתב נוסף מאת מר פ' א' נמסר פעם נוספת כי הניסיונות לאתר קרובי משפחה של העותר לא עלו יפה עד כה.

העתק מכתבו של מר פ' א' מצ"ב ומסומן ע/31.

עוד לעניין זה ראו העתק מכתבו הנוסף של מר פ' א' מיום 16.10.2005, המצ"ב ומסומן ע/32.

42. ביום 22.9.2005, משהתקרב מועד סיומה של תקופת השחרור בת 90 הימים, שהוקצבה לעותר על מנת לאתר קרובי משפחה בגאנה ולצאת את ישראל, פנתה עו"ד עירית בלוך מ"מוקד סיוע לעובדים זרים" אל מר יוסי אדלשטיין, הממונה על ביקורת הגבולות, וביקשה ממנו להאריך את תקופת שחרורו של העותר, וזאת משום שהניסיונות לאתר קרובי משפחה בגאנה לא צלחו ומשום שאין מי שיוכל לקבל את העותר עם שובו לגאנה ולהבטיח את שלומו.

העתק פנייתה של עו"ד בלוך מיום 22.9.2005 מצ"ב ומסומן ע/33.

43. לפנייתה של עו"ד בלוך צורף מכתבו של המזכיר הראשון לשגרירות גאנה, מר ג'וסף אוקיי, מיום 22.9.2005, בו צויין כי נדרש זמן נוסף על מנת למצוא פיתרון לעניינו של העותר.

העתק מכתבו של המזכיר הראשון לשגרירות גאנה מצ"ב ומסומן ע/34.

44. ביום 26.9.2005 השיבה בשלילה גב' שירלי ששון, הממונה על ביקורת הגבולות, לבקשה להאריך את מועד החלטת השחרור של העותר. במכתבה הזכירה גב' ששון את קביעת בית הדין, כי העותר אינו אמין עליו, ואף ציינה כי בכל מקרה "ישראל אינה רואה עצמה עיר מקלט לשוהים בלתי חוקיים קטינים ומסרבת לרעיון הענקת חסינות מהרחקה לקטינים רק עקב היותם קטינים".

העתק תשובתה של גב' ששון מיום 26.9.2005 מצ"ב ומסומן ע/35.

45. ביום 29.9.2005 פנתה שנית גב' אמי סער מ"מוקד סיוע לעובדים זרים" אל יחידת האכיפה במשרד הפנים, וביקשה לשקול מחדש את ההחלטה שלא להאריך את תקופת שחרורו של העותר ממעצר.

העתק פנייתה של גבי סער מיום 29.9.2005 מצ"ב ומסומן ע/36.

46. באותו היום נתקבלה תשובת יחידת האכיפה, אשר לא ניתן לראות מי החתום עליה (ככל הנראה גבי שירלי ששון), ובה נמסר, כי הבקשה להארכת תוקף החלטת השחרור נדחית.

העתק תשובת יחידת האכיפה מיום 29.9.2005 מצ"ב ומסומן ע/37.

47. חרף חלוף 90 ימים ממועד שחרורו על ידי המשיב 1, נמנע העותר מלצאת את ישראל ולחזור בכוחות עצמו לגאנה, הן משום שעם הגעתו לא יהיה איש שיקלוט אותו שם, והן משום שאך מובן שלעותר, קטין בן 16 שנים, אין האמצעים לממן כרטיס טיסה לגאנה.

48. ביום 9.10.2005 פנתה גבי אמי סער מ"מוקד סיוע לעובדים זרים" אל בית הדין בבקשה להאריך את החלטת השחרור של הממונה על ביקורת הגבולות, לאחר שהאחרון סירב להאריך את תקופת השחרור. גבי סער עמדה על כך, שאף על פי שהעותר אינו נמצא במעצר בשלב זה, לבית הדין, המשמש כערכאת ביקורת על החלטות הממונה על ביקורת הגבולות בענייני מעצר, סמכות להפוך את החלטת הממונה על ביקורת הגבולות שלא להאריך את תקופת השחרור ממעצר. פנייה זו לא נענתה.

העתק פנייתה של גבי סער מיום 9.10.2005 מצ"ב ומסומן ע/38.

49. ביום 27.10.2005 נעצר העותר בשנית. אף הפעם הובא בפני הממונה על ביקורת הגבולות, שנתן עליו צו משמורת. אף הפעם הועבר העותר למעצר במתקן הכליאה "צוחר", אך הפעם נמנע המשיב 1 מלטעון כי קטינותו לא הוכחה, והחזיקו במעצר ב"אגף הקטינים".

העתק פרוטוקול השימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות מיום 27.10.2005 מצ"ב ומסומן ע/39.

העתק צו המשמורת מיום 27.10.2005 מצ"ב ומסומן ע/40.

50. באותו היום פנתה גבי אמי סער מ"מוקד סיוע לעובדים זרים" אל בית הדין, וביקשה לשחרר את העותר לאלתר. גבי סער עמדה על כך שלא נמצא לעותר מי שיפרוש עליו את חסותו בגאנה, ועל כן שליחתו בחזרה לגאנה במצב דברים זה משמעותה הפקרתו.

העתק פנייתה של גבי סער מיום 27.10.2005 מצ"ב ומסומן ע/41.

51. ביום 31.10.2005 נערך לעותר דיון בבית הדין לביקורת משמורת. בית הדין שב וקבע, כי לא השתכנע כי מדובר בקטין, וזאת על בסיס חזותו החיצונית של העותר. יחד עם זאת, בית הדין עמד על כך שמשחלית משרד הפנים בעבר לשחרר את העותר על בסיס קביעתו, כי מדובר בקטין, השאלה היחידה הרלוונטית היא האם הפר העותר את תנאי שחרורו. בית הדין עמד על כך שהפנייה אל

הממונה על ביקורת הגבולות נעשתה בתוך תקופת השחרור, ולדברי בית הדין "לפיכך לא ניתן לטעון כי בנסיבות נערך למוחזק 'מעצר חוזר' חרף העובדה כי מעצרו בפועל התבצע לאחר תום תקופת השחרור". עוד עמד בית הדין על כך שהמחלוקת בין המשיב 1 לבין "מוקד סיוע לעובדים זרים" בעניין האופן, בו ניתן לעצור ולגרש קטינים היא מחלוקת עקרונית, ועל כן החליט לשחרר את העותר, כשאחד מתנאי השחרור הוא הגשת עתירה נגד הרחקתו מישראל עד ליום 30.11.2005. כמו כן נדרש העותר להתייצב במשרדי משטרת ההגירה אחת לשבוע.

העתק החלטת בית הדין מיום 31.10.2005 מצ"ב ומסומן ע/42.

52. ביום 24.11.2005 פנה הח"מ אל בית הדין, הבהיר כי בכוונתו להגיש עתירה מינהלית בשם העותר, וביקש להאריך את המועד האחרון להגשת הערעור עד ליום 15.12.2005.

העתק פניית הח"מ מיום 24.11.2005 מצ"ב ומסומן ע/43.

53. ביום 27.11.2005 החליט בית הדין להאריך את המועד האחרון להגשת עתירה עד ליום 15.12.2005.

העתק החלטת בית הדין מיום 27.11.2005 מצ"ב ומסומן ע/44.

54. בין לבין התקיים בבית המשפט העליון ביום 27.11.2005 הדיון בשלושת הערעורים על פסקי דינו של בית משפט זה בעניין החזקתם במשמורת והרחקתם של קטינים הנמצאים בגפם בישראל (ראו פסקאות 6-11 לעיל). כאמור, הערעורים עוסקים בהחלטותיו של בית משפט זה בשלושה פסקי דין, שעסקו אף הם בסיטואציה זהה לזו העומדת לדיון כאן ומעלות את אותן השאלות המשפטיות – מהו האופן בו על מדינת ישראל להתמודד עם קטינים חסרי מעמד יתומים או נטושים, ומי הם הגופים האמונים על הטיפול בהם. כאמור, הערעור בעניין זה נדון בפני הרכב שבעה.

55. לאור הדיון העקרוני בשאלות אלה, סבר הח"מ, כי ראוי להמתין עד להכרעת בית המשפט העליון בתיקים העקרוניים. משכך, פנה הח"מ ביום 12.12.2005 שנית אל בית הדין, וביקש ממנו לבטל את תנאי השחרור, הנוגע להגשת עתירה, ולהמתין לתוצאות הדיון בבית המשפט העליון. לחלופין ביקש הח"מ אורכה נוספת להגשת העתירה.

העתק פניית הח"מ מיום 12.12.2005 מצ"ב ומסומן ע/45.

56. ביום 14.12.2005 דחה בית הדין את בקשת הח"מ, ועמד על כך שנוכח העובדה שגרסתו של העותר בדבר נסיבות הגעתו לישראל אינה אמינה עליו, ונוכח העובדה שלהערכתו פסק הדין בעתירות העקרוניות אינו עתיד להתקבל בזמן הקרוב, ראוי שהעותר יגיש עתירה ספציפית נגד הרחקתו ישראל. עם זאת, קיבל בית הדין את בקשתו החלופית של הח"מ, והאריך פעם נוספת את המועד האחרון להגשת עתירה לבית משפט זה, וזאת עד ליום 28.2.2006.

הפניות בעניין חובת רשויות הרווחה לפעול

57. במקביל לפניות הרבות, שתוארו לעיל, פעל הח"מ אל מול רשויות הרווחה במטרה להביא למעורבותם בעניינם של קטינים נטושים או יתומים חסרי מעמד בישראל.

58. ביום 22.6.2005, שעה שהעותר היה מצוי במעצר במתקן הכליאה "צוחר", פנה הח"מ אל פקידת הסעד הראשית לחוק הנוער, גב' מרים פבר.

59. בפנייתו הפנה הח"מ את תשומת ליבה של פקידת הסעד הראשית לעובדה שבמתקן הכליאה "צוחר" עצורים 14 קטינים. הח"מ עמד על חובתן של רשויות הרווחה לבחון את עניינם של הקטינים העצורים במתקן "צוחר" ובהם העותר, לבדוק האם מדובר בקטינים נזקקים כהגדרתם בחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ד-1960, ולהשתמש בסמכויות המוקנות להן לפי חוק הנוער וחוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים), תשט"ו-1955.

60. הח"מ עמד על כך, שחוק הנוער חל על כל קטין, ואינו עורך הבחנה בין קטינים שהם אזרחי ישראל לבין קטינים שאינם אזרחים. פקידת הסעד הראשית התבקשה לשלוח פקיד סעד, שיבקר במתקן הכליאה "צוחר" על מנת לעמוד בעצמו על מצבם של הקטינים הכלואים שם.

העתק פנייתו של הח"מ מיום 22.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/47.

61. ניתנת האמת להיאמר, הח"מ ציפה מרשויות הרווחה (בניגוד לציפיותיו ממשד הפנים), כי תפעלנה בעניין או, לכל הפחות, תטרחנה לשלוח אנשי מקצוע, שיפגשו בקטינים המצויים במעצר, בטרם תגבשנה את דעתן. ואולם לא כך היה. במובן מסוים, טענות רשויות הרווחה בעניין זה קשות וחמורות מן הטענות, שמעלה משרד הפנים.

62. פקידת הסעד הראשית לחוק הנוער לא טרחה להשיב ישירות לח"מ. לעומת זאת, בעקבות כתבה שפורסמה אודות פניית הח"מ מיום 22.6.2005, טרח דובר משרד הרווחה להעביר לכלי התקשורת מכתב תשובה שלכאורה נשלח לח"מ.

63. נדגיש, כי מכתב זה, שהועבר לכלי התקשורת, מעולם לא נשלח אל הח"מ, אף על פי ששמו של הח"מ מתנוסס בראשו. העתק המכתב הגיע לידי הח"מ מידי כלי התקשורת, שביקשו את תגובתו למכתב שהעביר להם דובר משרד הרווחה.

64. במכתב שמעולם לא נשלח קבעה פקידת הסעד הראשית, מבלי שנעשתה כל בדיקה עצמאית על ידי רשויות הרווחה ועל בסיס מידע, שנמסר לה על ידי משטרת ההגירה, כי כל 14 הקטינים העצורים "מסרבים לשתף פעולה" עם הרחקתם, טענה שאין לדעת מניין באה, וודאי שלא ניתן לקבלה מבלי לבחון אותה בנפרד לגבי כל אחד ואחד מן הקטינים העצורים. גב' פבר אף הגדילה לעשות, וטענה כי הקטינים העצורים הם "עוברי עבירה", שכן הם שוהים בישראל שלא כדין.

העתק מכתבה של גב' פבר שמעולם לא נשלח מצ"ב ומסומן ע/48.

65. ביום 27.6.2005 פנה הח"מ בשנית אל פקידת הסעד הראשית לחוק הנוער, גב' מרים פבר, וזאת בתגובה לדבריה במכתב שמעולם לא נשלח, ושהועבר אליו לתגובה על ידי עיתונאים. בפנייה זו עמד הח"מ על חובת משרד הפנים לקיים בדיקה עצמאית של מצבם של הקטינים העצורים תחת הסתמכות על דברי משרד הפנים ומשטרת ההגירה באופן בלעדי.

66. כמו כן עמד הח"מ על טענתה השגויה של גב' פבר, לפיה בית המשפט אישר את כליאתם של כל 14 הקטינים העצורים, והביע את מורת רוחו מן הטענה הכללית והסתמית, לפיה הקטינים "מסרבים לשתף פעולה".

67. כמו כן עמד הח"מ על כך שהטענה כאילו קטינים, אשר הגיעו לישראל בדרך כלל כשהם נטולי בחירה חופשית בעניין זה, הם "עוברי עבירה" אינה יכולה לעמוד, ובכל מקרה אין בה כדי לפגוע בחובת משרד הרווחה להפעיל את הסמכויות הנתונות לו בחוק הסעד ובחוק הנוער.

העתק פנייתו של הח"מ מיום 27.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/49.

68. משלא זכה הח"מ לכל מענה, פנה בשלישית אל פקידת הסעד הראשית ביום 6.7.2005, וביקש לקבל מענה לטענותיו.

העתק פנייתו של הח"מ מיום 6.7.2005 מצ"ב ומסומן ע/50.

69. ביום 17.8.2005 פנה הח"מ פעם נוספת אל פקידת הסעד הראשית לחוק הנוער. זו הפעם התייחס הח"מ לשנים עשר קטינים ששחררו ממעצר להשגחתם של מבוגרים אחרים, ובהם העותר דכאן (ראו עמ' 2 לפנייה, סעיף 8, המתייחס לעותר). הח"מ עמד על כך שגם כעת יש חשש שמדובר בקטינים

נזקקים לפי הגדרתו של מונח זה בחוק הנוער, ועל כן חובת רשויות הרווחה לפגוש בהם ולעמוד על מצבם.

העתק פניית הח"מ מיום 17.8.2005 מצ"ב ומסומן ע/51.

70. בעקבות מכתבו של הח"מ, פנה ביום 18.8.2005 ד"ר יצחק קדמן, מנכ"ל "המועצה הלאומית לשלום הילד" אל עו"ד בתיה ארטמן, היועצת המשפטית של משרד הרווחה. ד"ר קדמן עמד על כך, שיש לראות בחומרה את סירוב משרד הרווחה לפגוש בקטינים, ואף עמד על כך שבהתאם לדין הישראלי ולאמנות הבינלאומיות, עליהן חתומה ישראל, חובה על רשויות הרווחה לפעול למען קטינים במצוקה, וזאת ללא קשר למעמדם בישראל.

העתק מכתבו של ד"ר קדמן מיום 18.8.2005 מצ"ב ומסומן ע/52.

71. נוכח המשך התעלמות פקידת הסעד הראשית לחוק הנוער מפניותיו של הח"מ, נשלחה תזכורת נוספת ביום 6.9.2005.

העתק התזכורת מיום 6.9.2005 מצ"ב ומסומן ע/53.

72. ביום 28.9.2005 נתקבלה לראשונה תגובה במשרדי הח"מ מפקידת הסעד הראשית לחוק הנוער. התגובה נשאה את התאריך 24.8.2005. בתגובתה של פקידת הסעד הראשית לחוק הנוער צויין פעם נוספת, כי מדובר ב"הישארות מתוכננת המנוגדת לחוק" של הקטינים, ולכן אין חובה לטפל בהם.

73. בנוסף ציינה גב' פבר, כי מדובר במתקן כליאה "המותאם לצרכי קטינים", וזאת תוך התעלמות מוחלטת מן הטענות שעלו במכתבי הח"מ בדבר התנאים במתקן הכליאה, ומבלי שאיש ממשרד הרווחה בדק באופן עצמאי את התנאים במתקן הכליאה.

74. לבסוף ציינה גב' פבר, כי בעניינם של הקטינים ששחררו באופן זמני ממעצר ניתן לפנות אל רשויות הרווחה המקומיות, אולם איימה, כי במקרים בהם ימצא כי מדובר בקטינים נזקקים, היא תמליץ על דרך טיפול ייחודית, השמורה אך ורק לקטינים חסרי מעמד בישראל – החזרתם אל מתקן הכליאה "צוחר".

העתק תשובתה של גב' פבר, הנושאת את התאריך 24.8.2005, מצ"ב ומסומן ע/54.

75. ביום 26.10.2005, במענה לתשובת עו"ד בתיה ארטמן, היועצת המשפטית למשרד הרווחה, שהעתקה אינו מצוי בידינו, פנה פעם נוספת ד"ר יצחק קדמן, מנכ"ל המועצה הלאומית לשלום הילד, אל עו"ד ארטמן. בפנייתו ציין ד"ר קדמן, כי אין בתשובות שמספק משרד הרווחה כדי להניח את הדעת בכל

הנוגע לצורך להבטיח את שלומם של הקטינים ולחובה לעשות כן, ואף הביע את מורת רוחו מן האיום להחזיר את הקטינים למתקן הכליאה "צוחר". כמו כן הצר ד"ר קדמן על כך שלא הוצגה מדיניותו הכתובה של משרד הרווחה ביחס לטיפול בקטינים חסרי מעמד.

העתק פנייתו של ד"ר קדמן מיום 26.10.2005 מצ"ב ומסומן ע/55.

הטיעון המשפטי

זכויות ילדים וחובות המדינה כלפי קטינים נטושים

"הכל עומדים לימיני בעת צרתי... יודע אני כי עכשיו
לא ייגע בי איש לרעה... הכל תובעים עלבוני. הכל
עומדים לימיני להגן עליי. אשרי, יתום אני."
(שלום עליכם, "מוטיל בן פייסי החזן", דביר, תשי"ח)

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

77. אף על פי כן, נסיבות החיים המצערות עלולות להוביל לכך, שילד ייזנח, 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 (ר', חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך - 1960 (להלן - **חוק הנוער**); חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; חוק אימוץ ילדים, התשמ"א - 1981; ר' עוד: דנ"א 6041/02 פלוני נ' פלוני (טרם פורסם), סעיפים 13-17 לפסק דינו של הנשיא ברק).

78. 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).

79. "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**. בעניין זה אין הדין הישראלי עורך הבחנות בין קטינים ונוהג כמצוות הדין העברי: "לא תטה משפט גר יתום" (דברים, כ"ד, י"ז). קטין הוא קטין הוא קטין, וקטין נטוש הוא קטין נזקק. החובה לדאוג לו רובצת לפתחן של רשויות המדינה. השיקול היחיד העומד על הפרק הוא טובת הילד, ושיקול זה "הוא שיקול-על, והוא שיכריע" (בג"צ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 453, 460 (להלן – עניין **דויד**)):

"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 הוועמ"ש נ' פלונג, פ"ד נ(1) 48, 119)

80. גם **האמנה בדבר זכויות הילד (1989)** (כ"א 1038, כרך 31, 221) (להלן – **האמנה**), שאושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, מעגנת את עיקרון טובת הילד ורואה בו שיקול ראשון במעלה. סעיף 1(3) 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."

81. 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 1)2 (לאמנה). כן מחויבות המדינות החברות לנקוט "בכל האמצעים המתאימים להבטיח כי הילד מוגן מפני כל צורה של הפליה, או ענישה על יסוד מעמדם, פעילויותיהם, השקפותיהם, או אמונותיהם של הורי הילד, אפוטרופסיו החוקיים או בני משפחתו" (סעיף 2)2 (לאמנה).

82. על תחולתו והיקפו של סעיף 2 לאמנה עמדה "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומה בחקיקה בראשות השופטת סביונה 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. יתרה מכך, ילדים החשופים להפליה חשופים גם יותר לניצול, להתעללות ולכל פגיעה אלימה בהם, ובריאותם והתפתחותם נמצאות בסיכון גבוה יותר."

(דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומה בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי – חלק כללי (מדינת ישראל, משרד המשפטים) 103-104 (להלן – **דו"ח ועדת רוטלוי**)).

83. 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.

- היקף הזכויות המעוגנות מכוח הסעיף: סעיף 2(1) מעגן את איסור ההפליה ביחס לכל הזכויות הנתונות לילדים על-פי האמנה... סעיף 2(2) לאמנה [מרחיב] בקובעו זכות לילדים להגנה מפני הפליה או ענישה על ייסוד מאפייני הוריהם והאחראים עליהם הנקובים בסעיף, וזאת בכל הקשר וללא הגבלת זכות זו רק בכל הנוגע ליישום הזכויות על-פי האמנה.

- 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 2(1)). 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.

- סוגי ההפליה המנויים באמנה: האמנה מפרטת שורה של עילות להפליה – "מחמת גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, לאום, מוצא לאומי, אתני או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, ובין אם של הוריו או אפוטרופוסו החוקי". סעיפים אחרים באמנה מתייחסים לקבוצות של ילדים המועדים לסבול מהפליה ומבקשים לקדם הבטחה של זכויותיהם בהוראותיהם. בין אלו ניתן לכלול ילדים אשר נשללה סביבתם המשפחתית...

ייחודו של עיגון עיקרון איסור ההפליה באמנה הינו בין היתר בהתייחסות המופיעה בו לאיסור של הפליית ילדים מחמת מאפיינים של הוריהם. האמנה אינה מסתפקת בהגנה על הילדים מפני הפליה מחמת מאפיינים שלהם עצמם, ומרחיבה את האיסור על הפלייתם ואת חובתה של המדינה למניעת הפלייתם גם למאפיינים הקשורים בהוריהם, כך שכל רשימת מאפייני הילדים שבעטיים אסורה הפלייתם מוחלת אף בכל הנוגע להפלייתם מחמת קיומם של אותם מאפיינים אצל הוריהם. לנושא זה מייחדת האמנה את סעיף 2(2). סעיף זה קובע חובה אופרטיבית מפורשת של המדינה לנקוט את כל האמצעים המתאימים, ללא כל סייג, על מנת להבטיח לילדים הגנה מפני כל צורה של הפליה או

ענישה על יסוד מעמדם, פעילויותיהם, השקפותיהם או אמונותיהם של הורי הילד, אפטרופוסיו החוקיים או בני משפחתו...

- **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), ובעניין היא קובעת כי יש לנקוט פעולות יזומות 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 ראשונים במעלה בעת קביעת חלוקת המשאבים במדינה. **זברים 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.

84. 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).

85. בין הזכויות המובטחות לכל ילד ללא הפליה, כאמור בסעיף 2 לאמנה, היא 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.

86. 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 קמיאר 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 אושרה האמנה על ידי מדינת ישראל, היא שימשה את בתי המשפט כמקור פרשני בפרשות רבות.

ר', 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; דני"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; ר' עוד: דוח ישראל על יישום האמנה בדבר זכויות הילד (מדינת ישראל, משרד המשפטים ומשרד החוץ, 2001).

87. 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.

88. אף מדינת 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 ר':

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

היקף שיקול הדעת לגרש קטינים יתומים וקטינים נטושים מישראל

**"כל האנשים המבוגרים היו לפנים ילדים
קטנים, אם כי מעטים מביניהם זוכרים את
הדבר הזה."
(אנטואן דה סנט-אכזופרי, "הנסיך הקטן", עמ'
עובד, תשמ"ט)**

89. הופרתו דבריו הנכוחים של השר ישי אל חלל האוויר, וכמו נשאה אותם הרוח. תחת "ההיערכות המערכתית" של משרד הרווחה ומשרד החינוך ומשרד הבריאות, שאמורים היו "להיכנס לתמונה", ולוודא כי כל ילד נטוש או ילד יתום יזכה ב"טיפול האנושי" שמדינת ישראל "מגלה לנושא", באו משרד הפנים ומשטרת הגירה, וקידשו מלחמה עיוורת על שוהים שלא כדון, ובהם ילדים יתומים וילדים נטושים. השיקול של טובת הילד, שיקול עליון ומכריע, שכל השיקולים כולם משניים לו ומשתחווים לו, הוקרב על מזבח הגירוש.

90. ובמלחמה – כמו במלחמה. חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – **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.

91. חוק הכניסה לישראל אינו מעניק למשיבים שיקול דעת מוחלט כלל ועיקר. כללי היסוד של המשפט המנהלי מכתיבים את האופן בו עליהם להפעיל את שיקול הדעת המוענק להם בדין, וזכויות היסוד ועקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית מקרינים על היקף סמכויותיהם. שיקול הדעת "נתון לביקורת של בית המשפט כשיקול דעתה של כל רשות אחרת"

(בג"צ 3403/97 אנקין נ' משרד הפנים פ"ד נא(4) 522, 525; בג"צ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 527; בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 770 (להלן – **סטמקה**)).

92. קראו: אין חובה לגרש כל שוהה שלא דין באשר הוא שוהה שלא כדון, אלא שיקול דעת האם ובאלו נסיבות לגרש. המשיבים כפופים לכללים שקבע בית המשפט בעניין הפעלת שיקול הדעת המינהלי. עליהם לפעול בסבירות, בתום לב, בהגינות, ללא שיקולים זרים, הפליה או שרירות (ר' לעניין זה: רענן הר-זהב "המשפט המינהלי הישראלי" (תשנ"ז), עמ' 106-109, והאסמכתאות שם). כן מחוייבים המשיבים להביא בחשבון את זכויות היסוד של העותר ושל קטינים אחרים במצבו (ר' אהרון ברק "פרשנות במשפט", כרך שני – פרשנות החקיקה (תשנ"ג), עמ' 417 ואילך).

93. אכן, בשעה שזכויות יסוד עומדות על הפרק עשויה להיות החלטה לגרש אסורה. כך, למשל, בעניין **סטמקה** קבע בית המשפט כי מדיניות הגירוש, שהנהיג משרד הפנים כלפי בני זוגם הזרים של אזרחים ישראלים, ששהו בישראל שלא כדון, היא פסולה ובטלה, על רקע פגיעתה האנושה בזכות היסוד לחיי משפחה (שם, בעמ' 780-783. ור' גם: עת"מ (ת"א) 1136/03 מזויבה נ' מדינת ישראל – שר הפנים (פסק

דינה של השופטת מיכל רובינשטיין מיום 2.11.2004; עת"מ (ת"א) 2790/04 רזנברג נ' שר הפנים (פסק דינו של השופט עוזי פוגלמן מיום 29.12.2004); עת"מ (חיפה) 1009/05 פוחלוק נ' משרד הפנים (פסק דינו של השופט רון סוקול מיום 28.3.2005).

94. **אם כך לגבי זכות היסוד לחיי משפחה, קל וחומר בשעה שמדובר בגירוש קטינים, ודאי וודאי קטינים נטושים וקטינים יתומים.** הדין בישראל ומחויבותיה של ישראל על פי האמנה לזכויות הילד, מחייבים לראות בקטינים נטושים או יתומים השוהים בישראל ללא היתר, ראשית לכל קטינים נזקקים, לאחר מכן קטינים, ילדים לכל דבר, ורק לבסוף, במעגל הנורמטיבי האחרון, שוהים שלא כדן. הניסיון ליישב בין הוראות הגירוש שבחוק הכניסה לישראל להוראות האמנה בדבר זכויות הילד, ולהלביש את חוק הכניסה לישראל בחליפת "טובת הילד", לא יצלח.

מדיניות המשיבים באשר למעצר קטינים נטושים ולגירושם

"התשוקה לערוך ציד על משהו נטועה עמוק בלב אנוש. ילד אומלל, חסר נשימה, פחדים בעיניו, מאמץ כל שריריו להימלט מרודפיו; ומשהם מדביקים אותו יקדמו את כוחותיו העוזבים את גופו בתרועות גיל... סוף סוף נתפס. מהלומה מחושבת. 'קום, קום!' אמר איש משטרה בגסות." (צ'רלס דיקנס, "אוליבר טוויסט", הוצאת ספרים מ' ניומן, תשל"ח)

95. במסגרת ההליכים בהתדיינות אחרת בפני בית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב-יפו בעניינם של קטינים נטושים (עת"מ 2120/04) גובשה על פי הוראתו של כב' השופט עוזי פוגלמן מדיניות משרד הפנים ומשטרת ההגירה בסוגיה.

96. המדיניות נמסרה לבית משפט זה אף במסגרת ההליכים בעת"מ 2702/04, עת"מ 1817/05 ועת"מ 1872/05 הנ"ל, שהערעורים עליהם נדונים בבית המשפט העליון. כמו כן נמסרה המדיניות במסגרת עיקרי הטיעון שהגישו המשיבים לבית המשפט העליון בעע"מ 4878/05, עע"מ 5594/05 ועע"מ 5786/05 הנ"ל. בכל הליך, בו הציגו המשיבים את המדיניות שגובשה, הוצגה המדיניות בוואריאציה שונה במקצת, ואנו נביא את עיקריה.

97. ואלה עיקריה של המדיניות:

- א. ככלל, אין המשיבים עוצרים קטינים והם אינם מגרשים קטינים מישראל. יתרה מזו, אם נעצר קטין ומתברר, שיש לו הורים בישראל, הוא משוחרר על אתר.
- ב. רק קטינים נטושים נעצרים ומגורשים.
- ג. רק קטינים נטושים מוחזקים במשמורת.

ד. מנהלת ההגירה פונה לנציגות הדיפלומטית של מדינת אזרחותו של הקטין, ומבקשת את עזרתה בבירור פרטים ובניסיון לאתר קרובי משפחה בישראל. כאשר מנהלת ההגירה פועלת למצוא לקטינים אלה "חלופת משמורת", היא עושה כן, לשיטתה, לפנים משורת הדין. חלופה שכזו תיתכן אצל ארגוני רווחה ועמותות וולונטריות, אצל קרובי משפחה השוהים בישראל כדין ואצל הנציגות הזרה.

ה. "חלופת משמורת" זו ניתנת לתשעים ימים בלבד, כפי שניתנה בעניינו של העותר, בהן מוטל על הקטין לאתר בכוחות עצמו קרובי משפחה בחו"ל ולצאת את הארץ בכוחות עצמו. קטין, דוגמת העותר, שמשפחתו הקרובה נפטרה ואינו מצליח לאתר בכוחות עצמו קרובי משפחה בחו"ל, נעצר בשנית, ומגורש לארץ מוצאו, אף הפעם מבלי שהמשיב 1 יתאם את הרחקתו ובלי שפקיד סעד יבחן את עניינו.

98. עוד מציינים עיקרי המדיניות, כי הממונה על ביקורת הגבולות, שעה שהוא מוציא צווי משמורת והרחקה לקטינים נכון לבחון אפשרות למפגשים עם עובד סוציאלי, פרקליטות המדינה מנסה לבדוק אפשרות לייצוג משפטי לקטינים, ומינהלת ההגירה תפעל למינוי (בעתיד) של גורם אחראי לתיאום הרחקתם של הקטינים מישראל.

99. יצוין, כי אף על פי שהממונה לביקורת גבולות "נכון לבחון" אפשרות למפגש עם עובד סוציאלי, למיטב ידיעת "מוקד סיוע לעובדים זרים", שטיפל בענינם של קטינים רבים, הממונה על ביקורת הגבולות מעולם לא הנחה פקיד סעד לפגוש קטין נטוש, והפרקליטות מעולם לא דאגה לייצוג משפטי לקטין נטוש.

100. יצוין, כי על פי מידע שהגיע ל"מוקד סיוע לעובדים זרים", לאחרונה פקדה עובדת סוציאלית את אגף הקטינים במתקן הכליאה "צוחר", אולם כל מטרת שליחת העובדת הסוציאלית הייתה לבדוק כיצד ניתן להקל בתנאי המעצר של הקטינים.

101. מדינה, האמונה על זכויות היסוד של הילד, אינה פותרת עניינו של ילד נטוש או ילד יתום באמצעות מעצרו על ידי המשטרה. היא אינה כולאת אותו ואינה מגרשת אותו, אם היא אינה יודעת בפרטי פרטים ובמדויק לידיו של מי יימסר, והאם הדבר מתיישב עם טובתו. החובה למצוא פתרון למצוקתו של ילד נטוש היא הדין. חובה זו, כפי שהראינו, וכפי שהצהיר השר ישי בפני הכנסת, היא חובה המוטלת על כל רשויות השלטון. מעצר ילד נטוש, רק משום שהוא ילד נטוש, החזקתו בכלא וגירושו לגורלו, הם בלתי אנושיים, בלתי סבירים בעליל ועומדים בניגוד גמור לחובותיה של המדינה.

102. בעניין זה, יותר מתמיד, יש לקרוע את המסכה מעל מפעל הגירוש, ולשפוך אור על "מכבסת המילים", שנועדה לרכך מציאות קשה; "מנהלת ההגירה" היא משטרה לכל דבר, ואנשיה הם שוטרים לובשי מדים. מתקניה הם תחנות משטרה. "מתקן משמורת" הוא בית מעצר, ו"הרחקה" היא גירוש (ראו: עע"מ 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים (טרם פורסם), סעיף ו(8) לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין). זוהי המציאות, אליה נחשף קטין, שכל חטאו, שננטש או התייתם.

103. קטין נטוש עלול להיתפס בידי שוטרים. הללו יעצרוהו, יתפסוהו בזרועותיו, ויובילוהו בניידת משטרתית לתחנת המשטרה. שם ייחקר על ידי פקיד של משרד הפנים חסר כל הכשרה לטיפול בקטינים או לחקירת קטינים, ולאחר מכן יובל ברכב משטרתית לבית המעצר "צוחר" בחבל הבשור.
104. בבית המעצר, על פי הבטחת המשיבים, יימצאו לו "כל התנאים הדרושים"; טלוויזיה, ממיר שידורי לוויין, קומקום וכו'. הוא יורשה לצאת פעמיים ביום, למשך 45 דקות לערך, אל "חצר הטיוולים" – משטח אספלט מגודר ובלתי מקורה, שכל שאפשר למצוא בו הוא ספסל מתכת בודד.
105. במקרים, בהם התנהגותו לא תישא חן בעיני שוטרי מנהלת ההגירה המנהלים את המקום, שוטרים נעדרי כל הכשרה לטיפול בקטינים, הוא עלול למצוא עצמו מוענש על ידי כליאה ב"חדר ההפרדה" ב"צוחר", חדר קטן מידות ביותר ונעול, כפי שנעשה למערערת בעע"מ 5786/05 הנ"ל.
106. במקרים, בהם קיימת צפיפות גדולה מדי באגף הקטינים, עשויים שוטרי מנהלת ההגירה להחליט להעביר חלק מן הקטינים ללון ב"חדר ההפרדה", כפי שנעשה לשתיים מן הקטינות הכלואות במתקן בלילה שבין 17.11.2005 ו-18.11.2005.
107. אין במקום צוות רפואי קבוע, הקטין לא יפגוש עובד סוציאלי ולא יזכה לייצוג משפטי מטעם המדינה. אם איתרע מזלו, ולא נעצרו ילדים נטושים נוספים, הוא עתיד למצוא עצמו, למעשה, "יושב" בתנאי בידוד.
108. האמנם אלה הם "התנאים הדרושים" לקטין שננטש? שמא על בתי המשפט לנוער, המתלבטים מדי יום ביומו במציאת דרכי טיפול נאותות לילדים ישראלים נזקקים, למוסרם מעתה ואילך בידי משטרת ההגירה, על מנת שזו תעניק גם להם את "כל התנאים הדרושים" ב"צוחר"?
109. המשיבים אינם מבהירים, במסגרת המדיניות שגיבשו, מה הם לוחות הזמנים לבירור עניינו של הילד שנעצר אצל הנציגות הזרה, כמה זמן הוא עתיד לשהות במעצר עד לבירור עניינו, ומה יעלה בגורלו אם נציגות מדינתו אינה משתפת פעולה עם גירושו או אינה מאתרת קרובי משפחה.
110. המשיבים אף אינם מוכנים להתחייב לפעול לשחרורו המהיר של הקטין ממעצר. כאמור, אם עושה כן משטרת ההגירה, היא עושה זאת, לשיטתה, לפנים משורת הדין, ומסתמכת, בין היתר, על ארגונים וולונטריים. אין זהו תפקידם של ארגונים וולונטריים למצוא פתרון לילדים אלה, ואין המדינה רשאית להתנער מסמכויותיה ולהטיל עליהם אחריות כאמור. גם הטלת האחריות לפתחם של קרובים "השוהים בישראל כדין" היא לעג לרש. הסיכוי שלילד זר ונטוש או יתום יימצאו קרובים ששהייתם בישראל חוקית אינו גבוה כלל וכלל.

111. קטין שנעצר, והתברר כי הוא קטין חסר ישע, יש להביא בדחיפות בפני פקיד סעד ולא בפני הממונה על ביקורת הגבולות, שהוא פקיד של משרד הפנים, הנעדר כל כישורים לטפל בקטינים נזקקים.

112. פקיד סעד הוא שצריך להכריע כיצד לנהוג בקטין, לחוות דעתו האם יש למנות לו אפוטרופוס או אדם אחראי, ולהחליט האם יש להביא את עניינו בפני בית המשפט לנוער. אם יש צורך בכך, חוק הנוער אף נותן בידי פקיד הסעד סמכויות לנקוט אמצעי חירום זמניים להבטחת שלומו של הקטין (ר' סעיף 11 לחוק הנוער).

113. על פקיד הסעד לוודא, כי יסופק לקטין כל מחסורו, כי הוא יזכה לסעד רפואי ונפשי, על פי צרכיו, ויבקר בבית ספר. לאחר שיוצגו בפניו האפשרויות העומדות לקליטתו של הקטין במדינת אזרחותו ולאחר שיבחן את הדברים, הוא שיכריע, האם התנאים מאפשרים להרחיק את הקטין מישראל. והיה ויכריע שאפשרות שכזו היא הפתרון הטוב ביותר להבטחת טובתו של הילד, יהיה הוא אחראי לליווי הליך ההרחקה, שיעשה בזהירות, ברגישות היתרה ובתשומת הלב, המתחייבות מן הנסיבות.

114. יצויין בהקשר זה, כי המחוקק צייד את פקידי הסעד בסמכויות חקירה רחבות מאוד לביורר עניינם של קטינים נטושים ונזקקים. חוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי-נפש ונעדרים), התשט"ו-1955 (להלן – חוק הסעד) מפרט את מעמדו והיקף סמכויותיו של פקיד סעד.

115. פקיד סעד שנצטווה על ידי בית המשפט לחקור בעניינו של קטין ולחוות דעתו בכתב (סעיף 2 לחוק הסעד), "רשאי הוא לצורך הכנת תסקירו להיכנס לכל מקום בו עשוי להימצא הקטין... ולחקור כל אדם שהוא סבור שיש לו ידיעות הנוגעות לקטין... וחייב הנחקר לענות לפקיד הסעד תשובות כנות ומלאות..." (סעיף 3 לחוק הסעד). יתרה מזו, משעה שנתמנה פקיד סעד על ידי בית המשפט לחקור בעניינו של קטין, רשאי הוא, "אם ראה צורך בכך להגנתו של קטין", לחקור אף בעניינים שאינם תלויים ועומדים בבית המשפט, כל מי שהוא סבור שיש לו ידיעות הנוגעות לקטין, "וחייב הנחקר לענות לפקיד הסעד תשובות כנות ומלאות". לעניין זה פקיד הסעד אף רשאי, בהיתר מבית המשפט, להיכנס לכל מקום בו נמצא אדם כאמור (סעיף 70 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות).

116. זאת ועוד, פקיד הסעד רשאי להשתמש בסמכויות החקירה על פי חוק הסעד אף אם לא נצטווה על ידי בית המשפט, וזאת אם נודע לו על קטין נזקק (סעיף 22 לחוק הנוער). ויודגש – קטין, על פי חוק הסעד (סעיף 1), על פי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (סעיף 3) ועל פי חוק הנוער (סעיף 1), הוא מי שלא מלאו לו שמונה עשרה שנה. הא ותו לא. אף לא אחד מדברי החקיקה מגביל את סמכותו של פקיד הסעד לחקור רק בעניינם של קטינים שהם אזרחי ישראל ותושביה.

117. סמכויות, אם כן, יש בשפע. כל שנחוצה היא היענות מצד בתי המשפט ופקידי הסעד לעשות בהן שימוש. אכן, בירור בעניינו של העותר כאן, ובעניינם של קטינים אחרים במצבו, הוא בירור מורכב. הוא מצריך ללמוד את אורחות החיים של העותר בישראל ואת מציאות החיים ממנה הגיע. הוא מחייב יצירת קשר עם שירותי הרווחה במדינות אחרות. הוא דורש איסוף נתונים רבים, בחינתם של

הנתונים, וקבלת הכרעות לא פשוטות. אלה הם בדיוק העניינים המסורים למומחיותם של פקידי הסעד. לצורך כך יידרשו מאמץ מיוחד והשקעת משאבים, ברם, "רטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלו בראש סולם העדיפויות הלאומי." (אהרן ברק, "פרשנות במשפט", כרך שלישי - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 528). הוצאתן של זכויות אדם מן הכוח אל הפועל כרוכה בהשקעת משאבים, והלכה היא שחובה זו רובצת לפתחה של המדינה (בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 113; ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 170; עניין סטמקה, בעמ' 782). גם האמנה בדבר זכויות הילד מעגנת, כאמור, חובה זו במסגרתו של סעיף 2.

118. קטין נזקק, שלא נמצא אחראי עליו, יהיה מעמדו בישראל אשר יהיה, אינו צריך להוכיח שננטש. די לו שיטען זאת, ואף פחות מכך; די לו שידיעה על חשש לנטישת קטין תגיע לאוזניו של פקיד הסעד, על מנת שזה יבדוק את עניינו מיוזמתו וינקוט בפעולות הדרושות (ר' סעיפים 3 ו-11 לחוק הנוער). וכי היה עולה בדעתנו לדרוש מנערה ישראלית, אשר הייתה נמצאת משוטטת בגפה, וטוענת כי ננטשה בידי הוריה או התייתמה, להוכיח כי היא קטינה ולהוכיח שננטשה, וכל זאת כתנאי לכך שתהא זכאית לסיוע רשויות הרווחה? והרי הדעת אינה סובלת זאת. די בכך שתטען שהיא קטינה ושלא נמצא אחראי עליו, כדי לעורר את מנגנוני הרווחה לבחון את עניינה ולנקוט פעולות.

119. אכן, לצורך הטיפול בילדים זרים נטושים ויתומים נדרשת, כדברי השר ישי בשנת 1998, "היערכות מערכתית". משרד הרווחה ומחלקות הרווחה ברשויות המקומיות, משרד הבריאות ומשרד החינוך, משטרת ישראל ומשרד הפנים, משרד החוץ ובתי המשפט – כולם כולם נדרשים לקחת חלק במשימה קשה ומורכבת זו.

120. גם משטרת ההגירה ומשרד הפנים נדרשים להיערכות. משטרת ההגירה נדרשת להעביר כל קטין, שעולה החשש כי הוא נטוש, לרשותו של פקיד סעד, סמוך לאחר שנעצר, ולפעול בדחיפות לבירור פרטים נוספים והאפשרויות העומדות על הפרק מבחינתה של מדינת אזרחותו. כן מצווים משרד הפנים ומשטרת ההגירה למצוא לקטין, בסיוע פקיד סעד, "חלופת משמורת" מיד עם היעצרו. אם חלילה נעצר הקטין והושם במשמורת, יהיה זה תפקידו של בית הדין לביקורת משמורת.

121. יצוין, כי אף בחינת המשפט ההשוואתי מצביעה על כך שמדינות המערב נוהגות להוציא את סמכויות הטיפול בקטינים חסרי מעמד בישראל מידי רשויות ההגירה, ומפקידות את הטיפול בידי רשויות הרווחה. מפאת אורכה של עתירה זו נימנע בשלב זה מהתייחסות למשפט המשווה, אולם ככל שיבקש בית המשפט לבחון עניין זה, וככל שהמשיבים ימצאו לנכון להתייחס אל עניין זה בתשובתם, יבקש העותר לפרוש בפני בית המשפט הנכבד את הדין החל בעניין זה במדינות אחרות.

122. על משרד הפנים להסדיר את מעמדו של הקטין הנטוש בישראל עד ליציאתו מישראל או עד להסדרת מעמדו בה, היה ואיש אינו ערוך לקלוט אותו חזרה במדינת אזרחותו. למתן רישיון הישיבה (לפחות רישיון ישיבה ארעי מסוג א/5) חשיבות רבה בראש ובראשונה להבטחת זכויותיו הבריאותיות והסוציאליות של הקטין (הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד - 1994

והוראות חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה - 1995 חלות על תושבי ישראל). הנה לנו העותר כאן. וכי כיצד אמור הוא לממן בכוחות עצמו טיפולים רפואיים? ומי אמור לסייע לו לכלכל עצמו? והרי הכל מסכימים שמדובר בילד!

123. בשעה שיגיע הקטין לגיל 18 יוכל להחליט בעצמו מה הוא מבקש לו. ירצה – יעזוב את ישראל. ירצה – יגיש בקשה לרכוש בישראל מעמד של קבע. משרד הפנים יבחן את בקשתו כנהוג וכמקובל, ויכריע בה. היה ויבקש לרכוש מעמד בישראל, ומשרד הפנים יסרב לבקשתו, תהיה פתוחה בפניו הדרך להעמיד את החלטת משרד הפנים במבחן הביקורת השיפוטית. ואולם עד שם רחוקה הדרך, ועוד חזון למועד.

על סמכות בית המשפט להורות על הסדרת מעמדם של קטינים יתומים וקטינים נטושים

124. בדונו בעניינם של קטינים מוענקת לבית המשפט סמכות וחובה לפעול לשם הגנה על שלומם הגופני והנפשי. בית המשפט מוסמך ליתן **כל סעד** הנראה לו ראוי לשמירת ענייניו של קטין. סעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מעניק לבית המשפט "סמכות כללית לאמצעי שמירה":

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

125. המחוקק, אם כן, צייד את בית המשפט בסמכות שאינה מוגבלת בדבר, פרט לשמירת ענייניו של הקטין, ולא תישמע שום טענה, אלא טובתו של הקטין (ע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' אכר, פ"ד נא(4) 830, 846). כך, בין היתר, רשאי בית המשפט להורות על הסדרת מעמדו של קטין נטוש, שעניינו הובא בפניו, אף אם לא הוגשה בקשה פורמאלית על ידי הקטין לרשות קודם לכן.

מן הכלל אל הפרט

126. בעניינו של העותר מתקיימות מספר חלופות הקבועות בסעיף 2 לחוק הנוער להיותו של קטין נזקק: "לא נמצא אחראי עליו" (ס"ק 1); "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).

127. חשוב להבהיר – נטישת ילדים היא תופעה מורכבת מהפקרתם של ילדים או מהשלכתם לרחוב. ד"ר Catherine Panter-Brick, אנתרופולוגית המתמחה בסוגיית הילדים הנטושים, מדגישה, כי ילדים נטושים הם בדרך כלל ילדים שנותרו בגפם, ואין להם כל קשר עם בני משפחתם, ואולם ילדים נטושים עשויים להיחשב גם ילדים החיים במסגרת משפחתית כלשהי, או שומרים עם משפחתם קשר קבוע או רופף, ואף על פי כן משפחתם אינה מספקת להם הגנה פיזית ורגשית ראויה. זאת ועוד, לעולם אין להתייחס לנטישת ילדים מתוך התבוננות צרה על הילד ועל משפחתו, אלא מתוך הבנה, כי מדובר בתופעה תלת קוטבית, הכוללת גם את החברה. **ילדים עלולים להינטש לא רק על ידי הוריהם ועל ידי בני משפחתם אלא גם על ידי החברה והמדינה בה חיו.** (ר': Catherine Panter-Brick *Nobody's children? A reconsideration of child abandonment* in *Abandoned Children*, Edited by Catherine Panter-Brick & Malcolm T. Smith (Cambridge University Press, 2000), pp. 1-26).

128. אכן, אזרחותו של אדם עלולה להפוך בלתי אפקטיבית, בשעה שנמנעים ממנו היתרונות הגלומים באזרחות: הגנתה של המדינה בעת שהות מחוץ לגבולותיה, שירותי בריאות, משאבים סוציו-אקונומיים וכו' (ר': Jeffrey L. Blackman "State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality Under International Law", 19 *Michigan Journal of International Law* (1998) 1141, p. 1150).

129. כזה הוא עניינו של העותר כאן. הוא אינו חי במסגרת משפחתית תומכת, והוא נעדר הגנה פיזית ורגשית ראויה. בנסיבות העניין אין כל דרך להרחיקו לגאנה לעת הזו, שכן טרם נמצאו לו בני משפחה או אנשים אחרים שיקבלוהו בגאנה. על פקיד סעד לבחון את עניינו באמצעות הכלים העומדים לרשותו, ולהמליץ על דרכי הטיפול הראויות.

130. עד לקביעה האם ובאיזה אופן יעזוב העותר את ישראל, על משרד הפנים לבטל את צו ההרחקה וצו המשמורת שניתנו על העותר וליתן בידי רישיון ישיבה בישראל (רישיון ישיבה ארעי מסוג א/5 לפחות), על מנת שיזכה בשירותי בריאות ובביטחון סוציאלי. היה והעותר יישאר בישראל עד שיהפוך בגיר, הרי אז יוכל להחליט בעצמו האם מבקשו הוא לעזוב את ישראל או שיגיש בקשה להסדיר את מעמדו באופן קבוע.

יונתן ברמן, עו"ד

ב"כ העותר

28.2.2006