

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

ע"מ 4878/05

ע"מ 5594/05

ע"מ 5786/05

קבוע לדיון ביום 18.7.2005  
בפני כב' השופטים ריבלין,  
לוי וגרוניס

**המערעות בע"מ 4878/05:**

**המערעת בע"מ 5594/05:**

**המערעת בע"מ 5786/05:**

ע"י ב"כ עו"ד אורי שדה ו/או יונתן ברמן ואח'  
ממוקד סיוע לעובדים זרים  
רח' החשמל 33, תל-אביב 65117  
טל': 5602530 - 03; פקס: 5605175 - 03

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

**נ ג ד**

**1. שר הפנים**

**המשיבים:**

**2. משטרת ההגירה**

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

**4. משרד הרווחה**

**המשיב בע"מ 4878/05:**

ע"י פרקליטות המדינה  
משרד המשפטים, ירושלים

**עיקרי טיעון מטעם המערעות**

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 27.6.2004 מתכבדות המערעות להגיש בזה את עיקרי טיעוניהן.

## העובדות הצריכות לעניין

### המערעות בעע"מ 4878/05

א

1. א, אזרחית גאנה, ילידת 15.8.1987, בת 17, הגיעה לישראל לפני למעלה משלוש שנים בהיותה בת 14 בלוויית אביה. אימה נטשה את המשפחה כשהיתה פעוטה והיא מעולם לא הכירה אותה. שישה חודשים לאחר הגיעם לישראל נפטר אביה ממחלת הסרטן והיא נותרה גלמודה. עם מותו הואיל חבר של האב, מר ד, אזרח גאנה, לסייע למערערת ולדאוג לה לכלכלתה. בחלוף הזמן החלה המערערת לעבוד בניקיון בתים מספר פעמים בחודש, ובהמשך שכרה לה חדר למגורים בדירה בפרדס כץ, אותה היא חולקת עם שותפים. מר ד ממשיך לסייע לה בכלכלתה.

העתק דרכונה של המערערת 1, בו מצויין תאריך לידתה, מצ"ב ומסומן א'.

2. בהתאם להחלטת בית משפט קמא נפגשה עם המערערת ביום 14.11.2004 גב' מיכל רבין, פקידת הסעד המחוזית לחוק הנוער. על פי דו"ח פקידת הסעד, א "ביקשה שלא להישלח לגאנה בחזרה, כי אין מי שידאג לה ואין לה ממה להתפרנס שם". גב' רבין מסכמת: "התרשמתי מנערה מסוגרת המרגישה שנשארה לבד בעולם ופוחזת מהעמיד".

העתק הדו"ח מצ"ב ומסומן ב'.

ס'

3. ס', אזרחית גאנה, ילידת 10.5.1989, הגיעה לישראל לפני למעלה משנתיים בהיותה בת 13 בלוויית אימה. אביה עזב אותה ואת אימה לפני למעלה משלוש שנים והיגר מגאנה לקנדה. לפני למעלה משנה נטשה את ס' אף אימה ועזבה לקנדה. מאז נעזבה על ידי אימה, התגוררה המערערת בביתו של דודה בבת-ים, מר פ', אשר דאג לשלומה ולכלכלתה. מר פ' שוהה בישראל ללא רישיון, אלא בהיתר מיוחד ממשטרת ההגירה, כיוון שדרכונו נגנב ממנו, והוא דרוש לצורך חקירת המשטרה בעניין זה. היתר זה מוארך לתקופות של שבועות ספורים מעת לעת עד לסיום החקירה, ואולם הוא יכול לפקוע בכל עת, אז יידרש מר פ' לעזוב את ישראל. המערערת עובדת לפרנסתה בניקיון.

העתק דרכונה של המערערת, בו מצויין תאריך לידתה, מצ"ב ומסומן ב'.

העתק האישור, שמחזיק מר פ', מצ"ב ומסומן ג'.

4. ביום 14.11.2004 פגשה בס' גב' מיכל מילשטיין בוקובסקי, פקידת הסעד המחוזית לחוק הנוער. על פי דו"ח פקידת הסעד, היתה ס' "כל השיחה עטופה בסדין, מבויישת ועצובה מאד. כאשר הוזכרו הוריה היא לא חדלה לבכות. אמרה שמתגעגעת אליהם, התחננה באמצעות פ' שלא יישלחו אותה לגאנה, כי שם תמות מרעב ומבדידות". את התרשמותה מס' מסכמת גב' מילשטיין בוקובסקי: "התרשמתי מנערה מדוכאת, תלושה וחסרת תקווה".

#### מעצרו של א' ושל ס' והניסיון לגרשן מישראל

5. כבר בעבר עוכבה א' על ידי שוטרי המשיבה 2. ביום 27.7.2004 נעצרה ועוכבה משך מספר שעות, עד אשר נתקבל אישור הקונסוליה הגנאית להיותה קטינה. עם קבלת האישור שוחררה והועברה לחסותו של מר פיליפ אדו גיאמפי, נציג הקונסוליה, אשר אף התחייב כי יונפק לה דרכון בתוך כשבועיים. מר גיאמפי אכן דאג להנפקת דרכון בתוך שבוע לערך, וכן דאג להעברת פרטיה של א' לרשויות בגאנה, על מנת שינסו לאתר קרובי משפחה.

העתק מזכר המשטרה בעניין מעצרה של א' מצ"ב ומסומן ה'.

6. ס' עוכבה אף היא לפני למעלה משנה, והובאה לתחנת משטרת ההגירה בחולון. גם במקרה זה פנתה המשיבה 2 אל הקונסוליה הגנאית בבקשה, כי תיבדק אמיתות הפרטים שמסרה, ולאחר שאומת דבר היותה קטינה היא שוחררה. אף עבור ס' הונפק דרכון חדש תוך ימים בודדים, ופרטיה הועברו לרשויות בגאנה בניסיון לאתר את קרוביה שם. יצויין, כי ס' ואימה נרשמו בזמנו ל"פרוייקט משפחות", במסגרתו היו אמורות לעזוב יחד את ישראל מרצון, ואולם האם נטשה את בתה, ועזבה את ישראל בגפה.

7. ביום 10.10.2004 נעצרו א' וס', כל אחת מהן בנפרד, בידי שוטרי המשיבה 2, ניתנו עליהן צווי הרחקה והן הועברו למתקן המשמורת "צוחר".

העתק דו"ח המשטרה בעניין מעצרה של א' מצ"ב ומסומן ו'.

העתק פרוטוקול השימוע, שנערך לא', מצ"ב ומסומן ז'.

העתק צו ההרחקה, שניתן על א', מצ"ב ומסומן ח'.

העתק צו המשמורת, שניתן על א', מצ"ב ומסומן ט'.

העתק דו"ח המשטרה בעניין מעצרה של ס' מצ"ב ומסומן י'.

העתק מזכר המשטרה בעניין מעצרה של ס' מצ"ב ומסומן י"א.

העתק פרוטוקול השימוע, שנערך לס', מצ"ב ומסומן י"ב.

העתק צו ההרחקה, שניתן על ס', מצ"ב ומסומן י"ג.

העתק צו המשמורת, שניתן על ס', מצ"ב ומסומן י"ד.

8. עם היוודע דבר מעצרן למוקד סיוע לעובדים זרים פנו נציגי המוקד אל קונסול גאנה בישראל על מנת לאמת פרטיהן. בד בבד פנו אל מוקד סיוע לעובדים זרים מר ג' ומר פ', אשר הצהירו בכתב, כי הם נכונים לקחת את א' וס' תחת חסותם, לנסות ולאתר את קרוביהן בגאנה ולדאוג להעברתן לשדה התעופה, לכשתתואם חזרתן לגאנה וקליטתן שם.

העתק הצהרתו של מר ג' בעניינה של א' מצ"ב ומסומן ט"ו.  
העתק הצהרתו של מר פ' בעניינה של ס' מצ"ב ומסומן ט"ז.

9. ביום 13.10.04 אישר קונסול גאנה את הפרטים שמסרו א' וס' עם מעצרן, ואף העביר לידי מוקד סיוע לעובדים זרים העתקים מדרכוניהן, המעידים על גילן. משאושר דבר היותן קטינות, פנה מוקד סיוע לעובדים זרים, בו ביום, אל המשיב 3 בבקשה לשחררן ממשמורת להשגחתם של מר ג' ושל מר פ'. עוד באותו היום נלקחו א' וס' ממתקן "צוחר" אל בית הכלא "מעשיהו" והובאו בפני המשיב 3. משתם הדין בעניינן הושבו למתקן המשמורת "צוחר".

10. בהחלטתו מיום 13.10.04 דחה המשיב 3 את הבקשה לשחרורה של א' ואף הורה למשיב 2 לגרש אותה בתוך ארבעה ימים לכל המאוחר בכפוף להמצאת תעודת מעבר על שמה. בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (להלן – בית הדין) הביא בהחלטתו את דבריה של א', לפיהם אין לה אם ואביה נפטר, ולפיהם אינה מכירה איש מכפר מוצאה. עוד ציין המשיב 3 את נכונות א' לעבור לחסותו של מר ג', אשר לידיו כבר שוחררה בעבר, ואשר עד כה לא עלה בידיה לאתר קרובים שלה בגאנה. בית הדין נימק סירובו לשחרר את א' בכך שאין בידיה דרכון, ובכך שכבר שוחררה בעבר לידי מר ג', וזה לא דאג להנפקת דרכון עבורה וליציאתה מן הארץ.

העתק ההחלטה מצ"ב ומסומן י"ז.

11. בהחלטה נוספת מיום 13.10.2004, דחה המשיב 3 אף את הבקשה לשחרורה של ס' והורה לגרשה בתוך ארבעה ימים לכל המאוחר בכפוף להמצאת תעודת מעבר על שמה. בהחלטתו ציין המשיב 3 את דבריה של ס', לפיהם נרשמה לעזיבה מרצון עם אמה, אולם ננטשה בישראל על ידי האם אשר עזבה לקנדה, ולכן לא עזבה לבסוף. המשיב 3 דחה את הבקשה בנימוק שלמערכת אין דרכון, וכי בעבר נרשמה לעזיבה מרצון אולם לא עזבה את ישראל.

העתק ההחלטה מצ"ב ומסומן י"ח.

12. מבירור שערכו נציגי מוקד סיוע לעובדים זרים עם מר ג' מן השגרירות הגנאית שב והובהר, כי המערעות מחזיקות בדרכונים בני-תוקף. העתקי הדרכונים אף צורפו לפניו שהעביר מוקד סיוע לעובדים זרים לידי המשיב 3, אך זה בחר להתעלם מכך. בנוסף ציין מר ג', כי במסגרת

תפקידו בשגרירות גאנה, העביר את כל המידע אשר היה ברשותו, הן לגבי אי' והן לגבי סי', אל השלטונות בגאנה במטרה לאתר קרובי משפחה של הקטינות, ואולם טרם עלה בידי הרשויות לאתר את משפחותיהן.

13. ביום 14.10.2004 בשעות הבוקר שב ופנה מוקד סיוע לעובדים זרים למשיב 3 בבקשה לעיון חוזר בהחלטתו. בשעות אחר הצהריים נתקבלה החלטה נוספת של המשיב 3, לפיה נוכח העובדה כי עבור המערערות כבר נרכש כרטיס טיסה, אין עוד בסמכות המשיב 3 לעכב את הגירוש.

העתק החלטת בית הדין מצ"ב ומסומן י"ט.

14. באותו יום בשעות אחר הצהריים נודע למוקד סיוע לעובדים זרים, כי המערערות הועברו למתקן המשמורת בשדה התעופה בן-גוריון, לקראת גירושן לגאנה בטיסה היוצאת למחרת, יום ו', 15.10.2004, בשעות הבוקר המוקדמות.

#### ההליכים בבית משפט קמא

15. עוד באותו הערב, 14.10.2004, הוגשה בשם אי' וסי' עתירה מנהלית דחופה לבית משפט קמא בדרישה למנוע את גירושן של המערערות ולשחררן ממשמורת (עת"מ 2702/04). ב"כ המשיבים הגישה תגובה מקדמית, בה צויין, כי אכן הקטינות עומדות להיות מגורשות בשעה 07:00 בבוקר למחרת, וכי הדבר תואם באופן מלא עם שגרירות גאנה בישראל. השופטת התורנית, כב' השופטת הילה גרסטל, קבעה, כי צו ההרחקה יעוכב עד השעה 09:00 בכפוף להפקדת 4000 ₪ עבור כל אחת מן המערערות, וכי העתירה לשחרורן המידי של הקטינות תידון במעמד הצדדים והאזרחים המוכנים לערוב למערערות למחרת בבוקר. עוד ציינה כב' השופטת גרסטל, כי אף שגירושן של המערערות תואם עם קונסול גאנה, מדובר בקטינות, ולכן ראוי, בכל זאת, שהדיון בעניינן יתקיים בטרם הרחקתן.

העתק ההחלטה מצ"ב ומסומן כ'.

16. למחרת התקיים דיון בפני כב' השופטת שרה גדות במסגרת הבקשה לצו ביניים (בש"א 33556/04). בדיון נכחו מר ג', מר פ' ומר פרד אופורי, ראש העניינים הקונסולאריים בשגרירות גאנה. מר אופורי שלל מכל וכל קיומו של הסכם, שהושג, לטענת המדינה, עם הנציגות הגנאית בעניין גירושן של המערערות, והשיב לשאלות בית המשפט כדלקמן:

**"לא היה כל הסכם בינינו לבין מדינת ישראל. אני בדקתי עם השגריר ועם אנשים אחרים בשגרירות, ואף אחד לא יודע לומר מי דיבר עם נציג מדינת ישראל או נתן הסכמה שכזאת. נושא זה עולה פעמים רבות. ניסינו בחוסר הצלחה לחפש מישהו קרוב לילדות. לא הצלחנו לזהות את המשפחה, וזה תפקידה של מדינת ישראל למצוא פתרון. ככל שהדבר נוגע לנו, לשגרירות גאנה,**

לא הצלחנו למצוא פתרון. אם אנחנו מצליחים לזהות משפחה אז אנחנו דואגים להחזיר את הקטינים לגאנה."

העתק פרוטוקול הדיון מצ"ב ומסומן כ"א.

17. כבי' השופטת גדות עמדה על כך, ששחרורן של המערערות ממשמורת, כפתרון כשלעצמו, אין בו די, וכי יש מקום לעמוד על הוראות הדין הרלוונטי בעניין מעמדן של המערערות והטיפול בהן. אשר על כן ביום 18.10.2004 הוגשה עתירה מתוקנת. בית המשפט התבקש להורות למשיב 1 לבטל את צו ההרחקה שהוצא נגד א' וס', לשחררן ממשמורת וליתן בידיהן רישיונות ישיבה עד להסדרת יציאתן מישראל או עד להסדרת מעמדן בישראל.

18. ביום 22.10.2004 שוחררו א' וס' ממשמורת, וביום 1.11.04 הורה בית משפט קמא (כבי' השופטת אסתר קובו), לבקשת ב"כ המערערות ובהסכמת ב"כ המשיבים, על צירוף משרד הרווחה כמשיב לעתירה, ונקבע כי פקידת סעד תפגוש במערערות ותגיש לבית המשפט דו"ח באשר לפעולות שנעשו ביחס אליהן.

19. פקידות סעד פגשו במערערות ביום 14.11.2004. כאמור, התרשמותן של פקידות הסעד ממצבן של המערערות היתה קשה (ראו נספח ב') :

"אמה [של א'] נפטרה עוד בהיותה ילדה קטנה... אביה הביא אותה לישראל... חלה... [ו]נפטרה... מנסה לאתר קרובי משפחה באמצעות שגרירות גאנה, אך עד היום ללא הצלחה... א' ביקשה שלא להישלח לגאנה בחזרה כי אין מי שידאג לה שם ואין לה ממה להתפרנס שם... התרשמתי מנערה מסוגרת שנשארה לבדה בעולם ופוחזת מהעתיד... [ס'] הגיעה לישראל עם אמה ואחיה הקטן... אביה יצא ראשון מגאנה ונסע לקנדה... לפני כשמונה חודשים גורשה האם עם בנה הפעוט... ס' נשארה לבדה בארץ... בינתיים... הצליח האב לסדר ניירות מקנדה ואשתו וכל בניהם הצטרפו אליהם לקנדה... ס' היתה במשך כל השיחה עטופה בסדין, מבוישת ועצובה מאוד. כאשר הוזכרו הוריה היא לא חדלה לבכות... התחננה... שלא יישלחו אותה לגאנה כי שם תמות מרעב ומבדידות... התרשמתי מנערה מדוכאת, תלושה וחסרת תקווה. מדובר ב-2 קטינות (אשר אין ביניהן כנראה כל קשר), עובדות זרות לא חוקיות שלדבריהן נכנסו לישראל בלוויית הוריהן וכל אחת בנסיבות שלה נשארה בארץ לבדה ללא אחראי עליה. לדברי שתי הקטינות אין באפשרותן לחזור לגאנה משום שאין אדם בוגר אשר מסוגל לקלוט אותן שם, והן צפויות שם לחיי רעב ובדידות ויש אף סכנה לחייהן."

20. אף על פי כן, נמנעו פקידות הסעד ממתן המלצות בעניינן של המערערות :

"דו"ח זה אינו מהווה ואינו יכול להיות תסקיר מלא כפי שמתחייב להגיש לבית המשפט משום שכל המידע שנתקבל הוא מפי הנערות עצמן (או המתרגם שלהן) ללא שום אפשרות לאמת את המידע או לקבל מידע מגורמים נוספים המכירים את הקטינות ומשפחתן. כמו כן, איננו מכירות את המציאות וצורת החיים בגאנה

ואיננו מצויות בתרבות בה גדלו הנערות... כפקידות סעד לחוק הנוער בד"כ מתפקידנו לתת הגנה לקטינים ולהמליץ על דרכי טיפול אופטימליות עבורן. במקרה זה נבצר מאתנו לעשות זאת בגלל היותן של הקטינות עובדות זרות שאינן תושבות ישראל וכיוון שאין באפשרותנו לאמת את הפרטים אשר ניתנו לנו".

21. לאחר הגשת דו"ח פקידות הסעד הוגשה ביום 13.12.2004 הודעה משלימה מטעם המשיבים, בה הודיעו, כי לפני משורת הדין, הם נכונים לעכב את הרחקתן של א' וס' בכששה חודשים, במהלכם תידרשנה לעזוב את ישראל בעצמן. המערערות עמדו על עתירתן.

### **פסק דינו של בית משפט קמא**

22. ביום 20.4.2005 ניתן פסק דינו של בית משפט קמא. בית המשפט פסק, כי א' וס' נמצאות בישראל מספר מועט של שנים והן זרות בה. עוד נפסק, כי להישארותן בישראל תהיינה השלכות הן לגבי קטינים נטושים אחרים, השהים באופן בלתי חוקי בישראל, והן לגבי קטינים אזרחי ישראל, שבשל הצורך לדאוג לשלומם ולרווחתם של הקטינים הנטושים הזרים, יקטן חלקם בעת חלוקת המשאבים, העומדים לרשות המדינה. בית משפט קמא דחה את בקשתן של להסדיר את מעמדן בישראל בהעדרה של בקשה פורמאלית מטעמן, אשר הוגשה למשיב 1. העתירה נדחתה ובית המשפט פסק שא' וס' תגורשנה מישראל בחלוף חודשיים.

### **המערער בעע"מ 5594/05**

נ'

23. נ', אזרחית גאנה, ילידת 6.4.1989, בת 16, נכנסה לישראל באשרת תייר לפני כשלוש שנים בלוויית אחיה. אביה נפטר בגאנה בילדותה המוקדמת ואמה נפטרה בגאנה לפני כשנתיים. אין לה קרובי משפחה ידועים אחרים במדינת מוצאה, היכולים לפרוש חסותם עליה ולטפל בה.

### **המשיבה 2 מחזיקה בידיה את דרכונה של המערער, את תעודת הלידה שלה ואישור שגרירות גאנה בדבר אמיתות תעודת הלידה.**

24. יצויין כבר עתה, כי בהודעת הערעור בעע"מ 5594/05, כמו גם בעתירה שהוגשה לבית המשפט קמא, נפלה טעות בציון תאריך לידתה של נ', וזאת מפאת הדחפיות שבהגשת העתירה והערעור, וצויין כי היא נולדה בשנת 1990. כאמור, המערערת היא ילידת 6.4.1989. זהו תאריך הלידה, המופיע בדרכונה המצוי בידי מינהלת ההגירה. זהו תאריך הלידה, המופיע

בתעודת לידתה, המצויה בידי מינהלת ההגירה. כך מסרה לרשויות בכל עת שנשאלה לגילה. מעבר לכתב העתירה בבית המשפט קמא והודעת הערעור בבית משפט זה, בהן נפלה שגגה מלפני באי כוח המערערת, לא נטען אחרת בשלב כלשהו.

25. בתקופה הראשונה לשהותה בישראל התגוררה נ' עם אחיה באילת. בהמשך נפרדו דרכיהם של השניים, והיא עזבה אותו, משום שלא היה מעוניין לטפל בה, ועברה להתגורר עם חברים אחרים מן הקהילה הגנאית. בהמשך נעצר אחיה וגורש מישראל לגאנה, אולם נמסר לה, כי הוא עזב את גאנה, ולמיטב ידיעתה הוא נמצא באנגליה. נ' אינה יודעת את מקום הימצאו של אחיה, ואינה יודעת כיצד ליצור עמו קשר.

26. אחותה של נ' הגיעה לישראל מספר שנים לפניו, ועזבה את הארץ זמן קצר לאחר שהגיעה נ'. נ' אינה יודעת במדויק היכן נמצאת אחותה ואינה יודעת כיצד ניתן ליצור עמה קשר. כל שידוע לני הוא שאחותה נמצאת, ככל הנראה, בקנדה.

27. נ' נעצרה לראשונה בגין שהייה שלא כדין בישראל ביום 2.8.2004. לאחר מעצרה נערך לה שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות, ניתנו עליה צו הרחקה וצו משמורת, והיא הועברה למתקן הכליאה "צוחר".

העתק פרוטוקול השימוע, שנערך לני, בו צויין כי מסרה שהיא ילידת 1989, מצ"ב ומסומן **כ"ב**.

העתק צו ההרחקה, שניתן על נ', מצ"ב ומסומן **כ"ג**.  
העתק צו המשמורת, שניתן על נ', מצ"ב ומסומן **כ"ד**.

28. ביום 5.8.2004 נערך לני שימוע בפני המשיב 3. נ' מסרה באותו שימוע, כי היא בת 15, גילה במועד עריכת השימוע. המשיב 3 אישר את צו המשמורת ללא שינויים, אולם קבע, כי אם יוכח שני הינה קטינה היא תשוחרר עד להחלטה נוספת בעניינה.

העתק פרוטוקול השימוע מצ"ב ומסומן **כ"ה**.

29. במהלך השימוע השיבה נ' על כל שאלותיו של המשיב 3 ומסרה כל מידע, שנתבקשה למסור. היא מסרה, שאינה יודעת היכן נמצאים אחיה ואחותה, ואמרה שייתכן שהם נמצאים באנגליה ובקנדה בהתאמה. המשיב 3 בחר לפרש את דבריה של המערערת ואת העובדה כי מקום הימצאם של בני משפחתה אינו ידוע לה כ"חוסר שיתוף פעולה", וצייין בחלק, בו מופיעים דברי המוחזקת: "אינני עונה לשאלה כיצד אני מתקיימת. גרתי עם אחי אבל הוא עשה בלגן אז ארזתי את חפצי ועזבתי אותו. הוא באילת. אחותי גרה איתי בעבר אבל היא עזבה את ישראל אינני עונה לשאלה לאן היא נסעה. אני בת 15". אף בגוף החלטתו של המשיב 3, בחר בית הדין לפרש ולבאר את תשובותיה של נ', קטינה בת 15 באותה העת, כ"חוסר

שיתוף פעולה", וציין: "המוחזקת אינה משתפת פעולה ואינה עונה לשאלות כיצד היא מתקיימת והיכן נמצאים אחותה ואחיה".

30. ביום 11.8.2004 פנתה גבי אמי סער ממוקד סיוע לעובדים זרים אל המשיב 3, וצירפה לפנייתה העתק של תעודת המעבר של נ' ומכתב מהקונסול הגנאי, המאשר כי היא קטינה. בפנייתה ביקשה גבי סער לשחרר את נ' להשגחתו של מכרה, מר ק', אזרח ישראלי ממוצא גנאי, שהסכים לטפל בה ולסייע לה באיתור בני משפחה בגאנה. גבי סער ציינה בפניה זו, כי המערערת היא ילידת 6.4.1989.

העתק פנייתה של גבי סער מיום 11.8.2004 מצ"ב ומסומן כ"ו".

31. בעקבות פנייתה של גבי סער החליט בית הדין ביום 12.8.2004 לשחרר את נ' ממשמורת לחסותו של מר ק', כשהוא קובע, כי נ' תעזוב את ישראל לא יאוחר משישה חודשים מיום השחרור, וכי היא תתייצב פעמיים בשבוע בתחנת מינהלת ההגירה. זאת למרות הטענות בעניין "חוסר שיתוף פעולה מצידה". בהחלטה צויין, כי נ' היא בת 15, גילה במועד מתן ההחלטה, וכי הוצגו מסמכים של הקונסוליה הגנאית, המוכיחים, כי היא קטינה (יצוין כי אף על פי שהחלטת בית הדין מסתיימת בקביעה "הנני מאשרת את צו המשמורת בלא שינויים", הרי שמדובר בטעות סופר, כפי שניתן ללמוד מעיון בהחלטה כולה).

העתק החלטת בית הדין מיום 12.8.2004 מצ"ב ומסומן כ"ז".

32. ביום 29.9.2004, לאחר שחרורה ממשמורת, נפצעה נ' בתאונת דרכים ורותקה למיטתה. בשל מחסור באמצעים ועקב העובדה שאין לה ביטוח רפואי, לא קיבלה נ' טיפול רפואי הולם. מר ק', שנטל עליה חסות, דאג לתרופות משככות כאבים ולטיפול מינימלי בסיוע עמותת "רופאים לזכויות אדם".

33. מר ק', שבביתו חסתה נ' בתקופת שחרורה, ניסה לאתר במהלך אותה התקופה קרובי משפחה של נ' בגאנה, ואף ניסה לאתר קרובי משפחה כאלה במהלך ביקור, שערך בגאנה בפברואר 2005, ואולם מאמציו לא צלחו. מר ק' השאיר את פרטיו בידי ארגון זכויות אדם בגאנה, בו נמסר לו כי ייצרו עמו קשר אם יאתרו קרובי משפחה של נ'. כמו כן ביקש מר ק' ממכריו בגאנה ליצור עמו קשר אם יעלה בידיהם לאתר קרובי משפחה של נ'.

34. ביום 25.1.2005, לאחר שהנסיונות לאתר קרובי משפחה של המערערת עלו בתוהו, פנתה גבי אמי סער פעם נוספת אל המשיב 3 וביקשה להאריך את המועד האחרון שנקבע לציאתה של נ' מישראל. אף בפניה זו נמסר, כי תאריך הלידה של נ' הוא 6.4.1989.

העתק פנייתה של גבי סער מיום 25.1.2005 מצ"ב ומסומן כ"ח".

35. בעקבות פנייתה של גבי סער החליט המשיב 3 ביום 27.1.2005 להאריך בשלושים ימים את המועד האחרון ליציאתה של נ' מישראל, על מנת לאפשר לה לפנות לממונה על ביקורת הגבולות בבקשה להאריך את משך שהותה בישראל.

העתק החלטת בית הדין מיום 27.1.2005 מצ"ב ומסומן כ"ט.

36. ביום 22.5.2005 נעצרה נ' בשנית. גם הפעם הובאה בפני הממונה על ביקורת הגבולות, שקבע כי יש להחזיקה המעצר עד לגירושה מישראל, ונתן עליה צו משמורת. בטופס השימוע ציין הממונה על ביקורת הגבולות, כי תאריך הלידה של נ' הוא 6.4.1989. נ' סיפרה בשימוע, כי מר ק' לא הצליח למצוא קרובי משפחה, היכולים לטפל בה בגאנה.

העתק פרוטוקול השימוע, שנערך לנ', מצ"ב ומסומן ל'.

העתק צו המשמורת, שניתן על נ', מצ"ב ומסומן ל"א.

37. בהפנותם לפרוטוקול הדיון בפני הממונה על ביקורת הגבולות (נספח ל'), ציינו המשיבים בהדגשה בתגובתם, שהוגשה לבית משפט זה ביום 19.6.2005, כי המערערת מסרה לממונה על ביקורת הגבולות, שאחיה לא הצליח למצוא מישהו שיטפל בה בגאנה. לא ברור מדוע סבורים המשיבים, כי יש חשיבות כה רבה לפרט זה, אולם יודגש, כי המערערת, שאינה מצויה בקשר עם אחיה, לא אמרה לממונה על ביקורת הגבולות כדבר הזה, אלא מסרה, כאמור, שמר ק' הוא שלא הצליח לאתר את משפחתה בגאנה.

38. בעת מעצרה, בשעה שהוחזקה נ' במתקן המשיבה 2 בחולון, פנה מר ק' לשוטרי המשיבה 2, ואלה מסרו לו, כי אם יגיע למתקן המשטרה וימסור את דרכונה, המוכיח כי היא קטינה, נ' תשוחרר. מר ק' הגיע למתקן בחולון ומסר את דרכונה של נ', אולם הדרכון נלקח ממנו וא' הועברה למתקן הכליאה "צוחר".

39. ביום 23.5.2005 פנתה גבי אמי סער אל המשיב 3, וביקשה לשחרר את א' ממשמורת בשל היותה קטינה.

העתק פנייתה של גבי סער מצ"ב ומסומן ל"ב.

40. ביום 23.5.2005 קבע בית הדין, כי אף על פי שנקבע בהנחיות המדינה, כי ככלל לא ייעצרו קטינים, השהים בישראל שלא כדון, עד למציאת פתרון קבע הולם להחזקתם במשמורת, הרי שבמקרה זה "ניתנה [לנ'] הזדמנות לצאת מישראל באופן עצמאי, אולם היא לא עשתה כן". בית הדין אף מצטט בהחלטתו מפסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בעת"מ

2702/04, העומד לביקורתו של בית משפט זה במסגרת ההליך הנוכחי (עע"מ 4878/05), וקובע כי "לאחרונה נפסק כי אף משיקולים של טובת הקטין – יש להרחיק קטינים מישראל".

העתק החלטת בית הדין מצ"ב ומסומן ל"ג.

### **ההליכים בבית המשפט קמא**

41. ביום 25.5.2005 הגישה נ' עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב-יפו, בה נתבקש בית המשפט להורות על שחרורה ממשמורת ועל ביטול צו ההרחקה, שניתן עליה (עת"מ 1817/05). בעתירה עמדה באת כוח המערערת על חובות המשיבים כלפי ילדים נטושים מכוח המשפט הישראלי ומכוח המשפט הבינלאומי.

42. בניגוד לנטען בתגובתם של המשיבים, עמדה באת כוח העותרים במסגרת כתב העתירה על חובתם של המשיבים להביא את המערערת בפני פקיד סעד, שיפעיל את סמכויותיו מכוח חוק הנוער, ויורה כיצד יש להבטיח את שלומה.

43. ביום 7.6.2005 התקיים הדיון בעתירה בפני כב' השופטת שרה דותן. שלא כבעת"מ 2702/04 הנ"ל, לא מצאה השופטת דותן לנכון להורות על בחינת עניינה של נ' על ידי פקיד סעד, ופסק הדין ניתן בו במקום. בפסק הדין נקבע, כי נראה שני אינה מתכוונת לעזוב את ישראל וכי לא הוכח שסמכותו של שר הפנים הופעלה בחוסר סבירות.

44. פסק דינו של בית משפט קמא, פסק דין בן 14 שורות בלבד, כלל אינו מתייחס לנסיבות חייה של נ' ולשאלת גורלה אם תגורש לבדה למדינה, בה אין לה משפחה ידועה ואיש אינו ממתין לה. פסק הדין אף חף מכל יומרה להתייחס לשאלות המשפטיות הנכבדות, שהונחו לפניו, בדבר חובתה של המדינה לטפל בקטינים נטושים ויתומים ובדבר האיסור להחזיקם במעצר ולגרשם.

### **על "חוסר שיתוף הפעולה" של נ'**

45. בתגובתם מיום 19.6.2005 מפליגים המשיבים בתיאוריהם אודות "חוסר שיתוף הפעולה" של נ' עם הכוונה להרחיקה (ראו סעיפים 8, 31 ו-54 לתגובת המדינה). המשיבים אף הביעו את התנגדותם להבאת נ' בפני פקיד סעד, שיכין תסקיר בעניינה, בטענה, כי דרישה להכנת תסקיר פקיד סעד "יש בה משום ניסיון להכתיב לרשויות המדינה, מי הם הגורמים אשר עימם "יאותרו" (כך במקור) המערערות לשתף פעולה... עד כה סירבו המערערות לשתף פעולה עם רשויות המדינה, ובכלל זה נמנעו מלמסור מידע אודותיהן ואודות בני משפחותיהן" (תגובת המשיבים לבקשה להורות על הכנת תסקירי פקיד סעד מיום 29.6.2005).

46. טענות אלה אין בהן ממש. כאמור, העדות היחידה באשר ל"חוסר שיתוף פעולה" מצידה של נ', בה מנסים המשיבים להיתלות, היא פרוטוקול הדיון בפני המשיב 3 מיום 5.8.2004 (נספח כ"ה). לפי האמור בפרוטוקול אותו דיון סירבה נ' למסור מידע על מקום הימצאם של אחיה ואחותה. אולם, כאמור לעיל, נ' מסרה כי אינה יודעת את מקום הימצאם של אחיה ואחותה, וכי היא סבורה, שאחיה נמצא באנגליה וכי אחותה נמצאת בקנדה. היא הוסיפה שאינה יודעת כיצד ליצור עמם קשר. אמירות אלה פורשו על ידי המשיב 3 במעמד עריכת השימוע כ"חוסר שיתוף פעולה".

47. אי ידיעתם של פרטים, העשויים לסייע למשיבים לבצע את המלאכה היחידה עליה הם אמונים – גירוש שוהים בלתי חוקיים מישראל – עולה, לשיטת המשיבים, לכדי חוסר שיתוף פעולה, המבטל באחת כל זכות, והמבטל את החובה לטפל בקטינים באמצעות המנגנונים שהחוק מייחד להם.

48. נ', כמו המערערות האחרות, נכונה בכל שלב למסור את כל המידע שבידה. כך עשתה בעבר וכך תעשה בעתיד. הדרישה למנות פקיד סעד לצורך הכנת תסקיר אינה בבחינת בקשה של המערערות לבחור עם מי מן הרשויות "תשתף פעולה". בקשה זו מטרתה לאפשר לגורם, האמון על טובתם של קטינים והיודע מהי, לקבל את המידע הרלוונטי ולנתח את משמעותו באספקלריה של טובת הקטין. זאת בניגוד למשיבים, הבוחנים כל מידע הנמסר להם באספקלריה של "טובת הגירוש", ועל כן מפרשים פערי מידע של קטינה, בת חמש עשרה במועד קיום השימוע, כ"חוסר שיתוף פעולה".

### **המערערות בעע"מ 5786/04**

ו'

49. ו', אזרחית ניגריה, ילידת 10.5.1988, בת 17, הגיעה לישראל בחודש יוני 2003. ו' עזבה את ניגריה בחודש פברואר 2003, זמן קצר לאחר שאימה חלתה ונפטרה, משום שלא היו בידי האם האמצעים הדרושים לקבלת טיפול רפואי. אביה נהרג בתאונת דרכים בהיותה רכה בשנים. אין לה קרובי משפחה ידועים אחרים במדינת מוצאה, היכולים לפרוש חסותם עליה ולטפל בה. המערערות נכנסה לישראל שלא כדין דרך גבול ישראל-מצרים.

**דרכונה של המערערות מצוי בידי המשיבה 2, ובו מצויין תאריך לידתה.**

50. עובר למעצרה הראשון עבדה ו' בעבודות ניקיון בביתה של קשישה במושב יד חרוצים.

51. ביום 14.11.2004 נעצרה ו' לראשונה על ידי משטרת ההגירה. תחת להביאה בפני פקיד סעד, אשר יבחן האם ו' היא קטינה נזקקת, וימליץ על דרכי טיפול, בחרה המשטרה לטפל בו' משל הייתה בגירה לכל דבר ועניין; ו' הובאה בפני הממונה על ביקורת הגבולות, אשר ערך לה שימוע קצר, שבסופו ניתנו עליה, מייד ומבלי לבחון כיצד יש להתמודד עם היותה קטינה נטושה, צו הרחקה וצו משמורת. בפרוטוקול השימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות צויין, כי תאריך לידתה של ו' הוא 10.5.1988. ו' מסרה בשימוע את כל המידע שנתבקשה, ציינה שנכנסה לישראל שלא כדין, סיפרה על עבודתה במושב יד חרוצים והוסיפה כי אין לה קרובי משפחה.

העתק פרוטוקול השימוע, שנערך לו', מצ"ב ומסומן ל"ד.

העתק צו ההרחקה, שניתן על ו', מצ"ב ומסומן ל"ה.

העתק צו המשמורת, שניתן על ו', מצ"ב ומסומן ל"ו.

52. ביום 17.11.2004 הובאה ו' בפני המשיב 3. אף המשיב 3 לא מצא לנכון להורות או להמליץ על בחינת האפשרות, שהטיפול בה ייערך באופן, בו החוק מחייב לטפל בקטינים. תחת זאת, אישר בית הדין את צו המשמורת ללא שינויים, וקבע, כי אם יימצא מבוגר, שייקח את ו' תחת חסותו עד להרחקתה מישראל, היא תשוחרר לידיו.

העתק פרוטוקול השימוע מיום 17.11.2004 מצ"ב ומסומן ל"ז.

53. ביום 29.11.2004 החליט בית הדין לשחרר את ו' ממעצר, לאחר שהקונסול הניגרי התחייב לעשות מאמצים לאתר קרובי משפחה של ו' בניגריה, על מנת לאפשר להרחיקה לניגריה לידי מבוגר אחראי, שיוכל לטפל בה. בית הדין שחרר את ו' לידי אחד מבני הקהילה הניגרית בישראל, מר סאנדיי, שהתחייב לקחתה תחת חסותו. בהחלטה צויין, כי קונסול ניגריה, מר Nakpen, התחייב להבטיח את הרחקתה מישראל עד סוף שנת 2004.

העתק החלטת בית הדין מיום 29.11.2004 מצ"ב ומסומן ל"ח.

54. במהלך החודשים, שחלפו מאז שוחררה ממעצרה הראשון, לא ידוע למערערת אילו צעדים ננקטו על ידי נציגות ניגריה בישראל, אם בכלל, על מנת לאתר קרובי משפחה בניגריה, שיוכלו לטפל בה או על מנת להבטיח, כי מי מרשויות ניגריה יקלטו אותה וידאגו לרווחתה לאחר הרחקתה. איש מנציגי הקונסוליה הניגרית לא עמד עמה בקשר, לא ביקש ממנה מידע כלשהו ולא הסביר לה, כי ניתנה התחייבות, לפיה היא תורחק מישראל על ידי הקונסוליה הניגרית עד לסוף שנת 2004.

55. ביום 25.5.2005 נעצרה ו' בשנית. אף הפעם בחרו הרשויות להתמודד עם היותה קטינה נטושה בדרכן שלהן; ו' הובאה גם הפעם בפני הממונה על ביקורת הגבולות, ולאחר שנערך לה שימוע ניתנו עליה פעם נוספת צו משמורת וצו הרחקה. אף הפעם צויין בפרוטוקול השימוע, כי תאריך לידתה הוא 10.5.1988.

העתק פרוטוקול השימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות מיום 25.5.2005 מצ"ב ומסומן ל"ט.

העתק צו המשמורת מצ"ב ומסומן מ'.

העתק צו ההרחקה מצ"ב ומסומן מ"א.

56. ביום 26.5.2005 נערך לוי שימוע בפני בית הדין, שקבע כי ו' תוחזק במשמורת עד להרחקתה מישראל. ו' ציינה, כי כלל אינה מכירה את קונסול ניגריה, שהתחייב, כי תצא מישראל עד לסוף שנת 2004, וכי כלל לא הייתה מודעת לכך שהובטח כי תורחק עד למועד זה. בית הדין ציין, כפי שפירטו המשיבים, כי העובדה שמערערת גורסת, שלא ידעה כי הובטח, שתורחק עד למועד זה היא "תמוהה", אך לא ציין מדוע מעוררת טענה זו תמיהה, במיוחד נוכח העובדה, שבית הדין קיבל את ההחלטה על שחרורה לאור הבטחת הקונסול שלא במעמדה, ואף לא מסר לה דבר אודות הבטחה זו במועד שחרורה מן המעצר הראשון.

העתק פרוטוקול הדיון מצ"ב ומסומן מ"ב.

57. ביום 29.5.2005 פנה מר רום לבקוביץ ממוקד סיוע לעובדים זרים אל יחידת האכיפה במשרד הפנים, וביקש להורות על שחרורה של ו' ממשמורת.

העתק פנייתו של מר לבקוביץ מצ"ב ומסומן מ"ג.

58. ביום 31.5.2005 השיבה גבי שירלי ששון, הממונה על ביקורת הגבולות, לפנייתו של מר לבקוביץ, ודחתה את הבקשה לשחרור ממשמורת.

העתק תשובתה של גבי ששון מצ"ב ומסומן מ"ד.

#### **ההליכים בבית המשפט קמא**

59. ביום 5.6.2005 עתרה ו' לבית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב-יפו, וביקשה, כי בית המשפט יורה על שחרורה ממשמורת ועל ביטול צו ההרחקה שניתנו עליה (עת"מ 1872/05). גם בעתירה זו עמדה באת כוח המערערת על חובות המשיבים כלפי ילדים נטושים מכוח המשפט הישראלי ומכוח המשפט הבינלאומי.

60. אף כאן, בניגוד לנטען בתגובתם של המשיבים, עמדה באת כוח העותרים במסגרת כתב העתירה על חובתם של המשיבים להביא את המערערת בפני פקיד סעד, שיפעיל את סמכויותיו מכוח חוק הנוער, ויורה כיצד יש להבטיח את שלומה.

61. ביום 14.6.2005 התקיים הדיון בעתירה בפני כב' השופטת שרה דותן. גם הפעם לא מצאה כב' השופטת דותן לנכון להורות על בחינת עניינה של הקטינה על ידי פקיד סעד, אשר יחווה דעתו בעניין מצבה, שאלת היותה קטינה נזקקת ודרכי הטיפול האפשריות בה. פסק הדין, אף הוא תמציתי ולא ממצה – בן 12 שורות בלבד וללא כל התייחסות לטענותיה המשפטיות של באת כוח המערערת – ניתן בו במקום, ועתירתה של ו' נדחתה.

### על "חוסר שיתוף הפעולה" של ו'

62. אף בעניינה של ו' ביקשו המשיבים בתגובתם מיום 19.6.2005 ליצור רושם מטעה, כי היא אינה משתפת פעולה עם הרחקתה ואינה מוסרת מידע דרוש (סעיפים 13 ו-43 לתגובת המשיבים). עם זאת, מדובר בדברים בעלמא, שאף נטענו בדיון בבית משפט זה ובתגובת המשיבים לבקשה להורות על הכנת תסקיר פקיד סעד מיום 29.6.2005, ללא כל סימוכין.

63. המשיבים טוענים, כי "במהלך ההליכים בעניינה המערערת עצמה הסתירה את נסיבות הגעתה לישראל" (סעיף 43 לתגובת המשיבים מיום 19.6.2005), ואולם עיון במסמכים שהמשיבים עצמם הציגו מלמד, כי כבר במועד מעצרה הראשון מסרה, כי נכנסה שלא כדין לישראל דרך גבול ישראל-מצרים ביום 18.6.2003 (ראו פרוטוקול השימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות מיום 14.11.2005, נספח ל"ד). עיון ביתר המסמכים, שהציגו המשיבים, מלמד אף הוא, כי באף אחד מן השלבים בהמשך ההליכים בעניינה, לא הכחישה ו' ולא סירבה למסור פרטים אודות האופן בו נכנסה לישראל.

64. המשיבים אף מוסיפים, כי המערערת "הסתירה כל פרט מידע אחר, היכול לסייע באיתור בני משפחתה (סעיף 43 לתגובת המשיבים מיום 19.6.2005), אולם אף הפעם מדובר באמירה סתמית נעדרת כל סימוכין במסמכים, שהוצגו על ידי המשיבים. ו', בדומה למערערות האחרות, מסרה כל מידע שנתבקשה למסור, ונכונה גם כעת למסור כל פרט שתבקש, ואין דבר בפרוטוקולים שת הממונה על ביקורת הגבולות ושל בית הדין, שעשוי להצביע על חוסר שיתוף פעולה או הסתרת מידע.

## שחרורן של נ' ושל ו'

65. ביום 27.6.2005 ניתנה החלטתו של בית משפט זה, לפיה הדיון בשלושת הערעורים יאוחד ויידון במחצית השנייה של חודש יולי 2005. עם מתן ההחלטה פנה ב"כ המערערות אל בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדיון, הביא לידיעתו את ההליכים בעניינן של נ' ושל ו' בבית המשפט לעניינים מינהליים ובבית המשפט העליון, מסר לו את העתקי כל החלטותיו של בית משפט זה בעניינן, וביקש לשחררן ממשמורת להשגחתם של מר ק' ושל מר סאנדיי, אשר השגיחו עליהן לאחר שחרורן הראשון ממעצר, וזאת עד למתן הכרעה בערעור זה.

פנייתו של ב"כ המערערות מיום 27.6.2005 מצ"ב ומסומן מ"ה.

66. ביום 3.7.2005 קבע בית הדין, כי נ' תשוחרר עד למתן פסק הדין בערעורים אלה. בהחלטתו קבע, כי עם שחרורה תהיה נתונה להשגחתו של מר ק'. עוד נקבע באותו מועד, כי ו' תשוחרר עד למתן פסק הדין בערעורים, ותהיה נתונה להשגחתו של מר סאנדיי, וזאת לאחר המצאת התחייבותו העדכנית להשגיח עליה עד למתן פסק הדין.

העתק החלטת בית הדין בעניינה של נ' מיום 3.7.2005 מצ"ב ומסומן מ"ו.

העתק החלטת בית הדין בעניינה של ו' מיום 3.7.2005 מצ"ב ומסומן מ"ז.

## הטיעון המשפטי

### זכויותיהם של ילדים וחובותיה של 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." (שלוש עליכם, "מוטיל בן פייסי החזן", דביר, תשי"ח)

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

68. 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 (ראו, חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960 (להלן – **חוק הנוער**); חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות; חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981; ראו עוד: דנ"א 6041/02 פלוני נ' פלוני (טרם פורסם), סעיפים 13-17 לפסק דינו של הנשיא ברק).

69. 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).

70. "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: "לֹא תִטֶּה מִשְׁפָּט גֵר תוֹם" (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 ישתחו לשיקול טובת הילד." (דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 119)

71. 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 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."**

72. 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 12(1) 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, אפוטרופסו החוקיים או בני משפחתו" (סעיף 2(2) לאמנה).

73. 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)).

74. 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. כן 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 (1)2 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), ובעניינן 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 ראשוניים במעלה בעת קביעת חלוקת המשאבים במדינה. דברים אלו יפים במיוחד בכל הנוגע לקבוצות פגיעות וחלשות בחברה. בעניין זה ראוי לציין כי גם סעיף 12(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.

75. 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 רוטלוג, עמ' 105).

76. 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, הדתי, התרבותי והלשוני.**

77. 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 קמאר 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; דניא 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).

78. 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.

79. 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 ראו:

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

## היקף שיקול הדעת לגרש קטינים נטושים מישראל

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

80. הופרחו 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 יזכה ב"טיפול האנושי" שמדינת ישראל "מגלה לנושא", באו משרד הפנים ומשטרת הגירה ובית הדין לביקורת משמורת, וקידשו מלחמה עיוורת על שוהים שלא כדון, ובהם ילדים נטושים. השיקול של טובת הילד, שיקול עליון ומכריע, שכל השיקולים כולם משניים לו ומשתחווים לו, הוקרב על מזבח הגירוש.

81. 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 (לגרש! לגרש! לגרש!) 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.

82. 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**)).

83. 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 (ראו לעניין זה: רענן הר-זהב "המשפט המינהלי הישראלי" (תשנ"ז), עמ' 106-109, והאסמכתאות שם). כן מחוייבים המשיבים להביא בחשבון את זכויות היסוד של המערערות ושל קטינים אחרים במצבן (ראו אהרן ברק "פרשנות במשפט", כרך שני – פרשנות החקיקה (תשנ"ג), עמ' 417 ואילך).

84. 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:

"אין צורך בדמיון מפליג כדי לדעת ולהבין מה חמורה היא הפגיעה בבני-זוג לנישואי-אמת, שעה שגוזרים עליהם לעזוב את הארץ או להיפרד לתקופת-חודשים... הפגיעה בכבודם של בני-הזוג ובאחדות המשפחה לא יהיה זה ראוי כי נקל בה ראש... המסקנה הנדרשת מדברינו היא אפוא זו: מדיניות משרד הפנים לעניינם של זרים שנישאו לישראלים בעוד הם (הזרים) שוהים בארץ שלא-בהיתר, הינה מדיניות שאינה עומדת במבחן המידתיות והרי היא פסולה ובטלה." (שם, בעמ' 780-783).

85. ברוח זו פסק לאחרונה בית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב-יפו (השופטת מיכל רובינשטיין), כי הרחקתה מישראל של אישה זרה אשר כל בני משפחתה חיים בישראל, אסורה אף היא:

"בהחלטתי זו לא התעלמתי מן המדיניות הנקוטה בסוגיה זו שבפני, אולם במערכת משפטית המעוגנת בגישה אנושית פתוחה המסוגלת לגלות אמפטיה למצבים חריגים קשים, מן הנכון להכיר בכך שכל נורמה כללית חייבת גם להתיר מקום להתחשבות בנסיבות יוצאות דופן, אשר בהן יישום הנורמה יביא לפגיעה אנושית קשה. יכולתנו להוות נורמות מינהליות כלליות חייבת להשתלב תוך איזון נאות עם היכולת לתת את הדעת לנסיבות שאינן ראויות ליישום הפורמלי והאוטומטי של כללים שתוצאתם קשה במיוחד. התוכן המוסרי המאפשר עיצובן של נורמות כלליות צריך גם להותיר מקום להתחשבות במצבים בהם המסקנה חייבת להיות שונה." (עת"מ (ת"א) 2430/04 קורילנקו נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 31.5.2005)).

וראו 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 רוזנברג 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).

86. אם כך לגבי זכות היסוד לחיי משפחה, קל וחומר בשעה שמדובר בגירוש קטינים, ודאי וודאי קטינים נטושים. הדין בישראל ומחויבויותיה של ישראל על פי האמנה לזכויות הילד, מחייבים לראות בקטינים נטושים, 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 הגירוש שבחוק הכניסה לישראל להוראות האמנה בדבר זכויות הילד, ולהלביש את חוק הכניסה לישראל בחליפת "טובת הילד", לא ייצלח. בכל הכבוד, קביעת בית משפט קמא בעע"מ 4878/05, כי הרחקתן של המערערות לגאנה, ארץ מוצאן, היא פתרון העולה בקנה אחד עם טובת הילד, כפי שעוגנה באמנה לזכויות הילד, אינה אלא קריאה שגויה של מכלול הוראות האמנה, ואין לנו אלא לשוב ולהפנות לדברים שאמרנו בעניין האמנה, תחולתה והיקפה. ישנם עניינים רבים אשר אפשר על נקלה להגדירם באופן אובייקטיבי כ"טובת הילד" (למשל, זכותו של כל ילד לחיים, להישרדות ולהתפתחות תקינה).

ברם, בדרך כלל עיקרון טובת הילד הוא רב פנים ומורכב, ונבחן על ידי אנשי מקצוע ועל ידי בית המשפט באופן סובייקטיבי, על פי צרכיו ונסיבות חייו של כל ילד וילד:

**"על בית המשפט להכריע בטובתו של הילד הספציפי העומד לפני בית המשפט: ללא הנחות נוקשות, ללא דעות קדומות וללא כפיית עקרונות-מלבר... רק אם יעשה כך לא יחטא שופט לטובתו של הילד: לשלמו הגופני ולבריאות נפשו." (עניין דויד, בעמ' 462).**

ועוד:

**"הקטין הוא עולם ומלואו ואת מלוא עולמו – בהווה ובעתיד – יש לבחון. ... בית המשפט – "אביהן של יתומין" הוא (גיטין ל"ז ע"א). הקטין שעניינו נדון – כמוהו כבנו של בית המשפט. כך יש להתייחס אליו, כאדם יחיד במינו, כעולם ומלואו, על נסיבות חייו הייחודיות. ... כל מקרה הוא מקרה חדש. כל מקרה לגופו." (ע"א 10280/01 ירוס חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם), פסקה 15 לחוות דעתו של הנשיא ברק).**

האמנה אינה קובעת בשום פנים ואופן, כי הרחקתו של ילד לארץ המוצא, ותהיינה הנסיבות אשר תהיינה, עולה בקנה אחד עם טובת הילד. פקידות הסעד, אשר פגשו במערערות בעע"מ 4878/05 במצוות בית משפט קמא, לא הרהיבו עוז בנפשן להמליץ על גירושן מישראל.

## 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)**

87. במסגרת הההליכים 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. המדיניות נמסרה לבית משפט קמא גם במסגרת ההליכים בעתירה נשוא ערעורים אלה, ונמסרה לבית משפט זה בתגובות המדינה לערעורים בעע"מ 5594/05 ובעע"מ 5786/05.

88. ואלה עיקריה של המדיניות: ככלל, אין המשיבים עוצרים קטינים והם אינם מגרשים קטינים מישראל. יתרה מזו, אם נעצר קטין ומתברר, שיש לו הורים בישראל, הוא משוחרר על אתר. רק קטינים נטושים נעצרים ומגורשים. רק קטינים נטושים מוחזקים במשמורת.

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

בהליכים בבית משפט זה הוסיפו המשיבים, כי שחרור הקטינים מתאפשר לתקופה של תשעים ימים, במהלכם עליהם לאתר בכוחות עצמם קרובי משפחה, השוהים בחו"ל, ולצאת מישראל, אף זאת בכוחות עצמם. המשיבים מבהירים בתגובות שהוגשו לבית משפט זה, כי קטין, שלא יעלה בידו לעשות כן בתוך תשעים ימים, ייעצר פעם נוספת ויגורש מישראל, זאת אף אם לא נמצא לו קרוב משפחה או מי שיקלוט אותו במדינת מוצאו.

עוד מציינים עיקרי המדיניות, כפי שהוצגו בבית המשפט המחוזי בהליכים בעת"מ 2702/04 הנ"ל, כי מינהלת ההגירה נכונה 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. שלוש אמירות אחרונות אלה נעלמו מתגובת המשיבים בערעורים בעע"מ 5594/05 ובעע"מ 5786/05.

העתקי העמודים הרלוונטים מתגובת המשיבים בעת"מ 2702/04 הנ"ל מיום 27.10.2004 מצ"ב ומסומנים מ"ח.

89. מדינה, האמונה על זכויות היסוד של הילד, אינה פותרת עניינו של ילד נטוש 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.

90. בעניין זה, יותר מתמיד, יש לקרוע את המסכה מעל מפעל הגירוש, ולשפוך אור על "מכבסת המילים", שנועדה לרכז מציאות קשה; "מינהלת 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 השופט רובינשטיין). זוהי המציאות, אליה נחשף קטין, שכל חטאו, שננטש.

91. קטין נטוש עלול להיתפס בידי שוטרים. הללו יעצרוהו, יתפסוהו בזרועותיו, ויובילוהו בניידת משטרתית לתחנת המשטרה. שם יחקר על ידי פקיד של משרד הפנים (כדברי המשיבים, "באמצעות הכלים העומדים לרשותו"), ולאחר מכן יובל ברכב משטרתית לבית המעצר "צוחר"

בחבל הבשור. 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 הטיולים" – משטח אספלט מגודר ובלתי מקורה, שכל שאפשר למצוא בו הוא ספסל מתכת בודד. אין במקום צוות רפואי קבוע, הוא 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.

92. 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"?

93. המשיבים אינם מבהירים, במסגרת המדיניות שגיבשו, מהם 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. 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 יימצאו קרובים ששהייתם בישראל חוקית אינו גבוה כלל וכלל.

94. קטין שנעצר, והתברר כי הוא קטין חסר ישע, יש להביא בדחיפות בפני פקיד סעד ולא בפני ממונה ביקורת גבולות, שהוא פקיד של משרד הפנים, הנעדר כל כישורים לטפל בקטינים נזקקים. 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 (ראו סעיף 11 לחוק הנוער). 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.

95. למיטב ידיעת המערערות ובאי כוחן, במסגרת ההליכים בעניין של א' וס' בבית המשפט קמא (עת"מ 2702/05) מונו על ידי בית משפט לראשונה פקידות סעד לבחון עניינם של קטינים נטושים שנעצרו ועמדו בפני גירוש. לארגונים המייצגים את המערערות כאן, מוקד סיוע

לעובדים זרים והאגודה לזכויות האזרח בישראל, ידוע, כי מאז החלו הדיונים בעתירה נעצרו קטינים נוספים, בהן ני ווי, ואולם למיטב ידיעתם, אף לא אחד מהם פגש בפקיד סעד.

96. ב"כ המשיבים טען בבית משפט זה בדיון, שהתקיים ביום 20.6.2005, וכן בתגובתו מיום 4.7.2005 לבקשת המערערות להורות על הגשת תסקירי פקיד סעד, כי מוקד סיוע לעובדים זרים ליווה את המערערות מאז מעצרן הראשון ונמנע מלבקש מינוי פקיד סעד, שיבחן את עניינן של הקטינות, עד שהגיע עניינן לבית המשפט. עוד ציינו המשיבים, כי מוקד סיוע לעובדים "נזכר", כדבריהם, להגיש בקשה כאמור רק לאחר שהסתבר, כי המשיבים עומדים על הרחקת המערערות.

97. טענה זו טובה היה לה שלא תישמע משתישמע. מוקד סיוע לעובדים זרים הוא ארגון וולונטרי, המסייע בידיהם של מהגרי עבודה שנעצרו או שניתן עליהם צו הרחקה. המוקד אינו אפטרופוס לקטינות, ולא מצויות בידיו סמכויות שלטוניות. בשלב בו נעצרו המערערות לראשונה, מוקד סיוע לעובדים זרים לא ייצג אותן, וודאי שלא ייצג במובנו המשפטי, אלא הפנה את תשומת ליבן של הרשויות למידע רלוונטי לשחרורן, כפי שהוא עושה מדי שבוע בעניינם של עשרות עצורים. מוקד סיוע לעובדים זרים נטל על עצמו את ייצוג המשפטי של המערערות בעע"מ 4878/05 לאחר שנעצרו בשנית ואת ייצוג המשפטי של המערערות בעע"מ 5594/05 ובעע"מ 5786/05 רק לאחר דחיית עתירותיהן בבית המשפט לעניינים מינהליים ביוני 2005.

98. מוקד סיוע לעובדים זרים חזר והתריע בפני המשיבים בהזדמנויות רבות החל מחודש ינואר 2004, כי יש למצוא פיתרון לעניינם של קטינים נטושים, פיתרון החורג מן הפיתרון שמצאו המשיבים – מעצר וגירוש – והכולל מעורבות של גורמים, האמונים על עיקרון טובת הילד, אולם התרעותיו נפלו על אוזניים ערלות. כעת לא תישמע טענת המשיבים, כי המוקד נמנע מפנייה בעניין החובה לטפל בקטינים נטושים באמצעות המנגנונים הראויים, ו"נזכר" לעשות כן רק בהליכים אלה.

99. חובתן של הרשויות, אותה חובה בה מעלו, להביא את המערערות בפני פקיד סעד עם מעצרן הראשון (ומשלא עשו כן, לאחר מעצרן השני; ומשלא עשו כן, עם הבאת עניינן בפני בית המשפט לעניינים מינהליים; ומשלא עשו אף כך בעניינן של המערערות בעע"מ 5594/05 ובעע"מ 5786/05, עם הבאת העניין בפני בית משפט זה) היא חובה עצמאית. היא אינה תלויה בכך שהקטינות עצמן תבקשנה לפגוש בפקיד סעד, וודאי שאינה תלויה בכך שארגונים וולונטריים יבקשו זאת, וודאי וודאי שאינה תלויה בכך שארגונים וולונטריים יבקשו זאת בשלב, בו אותם ארגונים כלל אינם מייצגים משפטית את הקטינות.

100. הכנת תסקיר על ידי פקיד סעד אינה זכות העומדת למערערות, וודאי שאינה זכות הניתנת לויתור אך משום שמוקד סיוע לעובדים זרים לא ביקש מן המשיבים לאחר מעצרן הראשון של המערערות, כי יוכן תסקיר סעד בעניינן. אין מדובר בזכות המתיישנת בחלוף הזמן. אין

מדובר בזכות, המתאיידת בשל טענות לא מבוססות בדבר "חוסר שיתוף פעולה". הכנת תסקיר פקיד סעד היא חובה הרובצת לפתחם של המשיבים לאחר שנתקלו בקטינות, אשר קיימת וודאות קרובה (ואף אם לא הייתה קיימת וודאות קרובה אלא חשש בלבד), כי הן קטינות נזקקות, כהגדרתו של מונח זה בחוק הנוער. הטענה, כי אין להביא את הקטינות בפני פקיד סעד, אך משום שארגון וולונטרי נמנע מלבקש זאת בשלב בו כלל לא ייצג משפטית את המערערות, דינה להידחות.

101. גם בפגישה עם פקיד סעד, כשלעצמה, אין כל רבותא. בעניינן של א' וס' (עע"מ 4878/05) שבו והדגישו פקידות הסעד, אשר פגשו במערערות, כי הן נמנעות ממתן המלצות בעניינן: "דו"ח זה אינו מהווה ואינו יכול להיות תסקיר מלא כפי שמתחייב להגיש לבית המשפט משום שכל המידע שנתקבל הוא מפי הנערות עצמן (או המתרגם שלהן) ללא שום אפשרות לאמת את המידע או לקבל מידע מגורמים נוספים המכירים את הקטינות ומשפחתן. כמו כן, איננו מכירות את המציאות וצורת החיים בגאנה ואיננו מצויות בתרבות בה גדלו הנערות". זאת ועוד: "כפקידות סעד לחוק הנוער בד"כ מתפקידנו לתת הגנה לקטינים ולהמליץ על דרכי טיפול אופטימליות עבורן. במקרה זה נבצר מאתנו לעשות זאת בגלל היותן של הקטינות עובדות זרות שאינן תושבות ישראל וכיוון שאין באפשרותנו לאמת את הפרטים אשר ניתנו לנו".

102. בכל הכבוד, לטענותיהן אלה של פקידות הסעד אין שום עיגון בדין. חוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי-נפש ונעדרים), התשט"ו-1955 (להלן – **חוק הסעד**) מפרט את מעמדו והיקף סמכויותיו של פקיד סעד. פקיד סעד שנצטווה על ידי בית המשפט לחקור בענייניו 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 בענייניו 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). 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 בעניינים של קטינים שהם אזרחי ישראל ותושביה.**

103. סמכויות, אם כן, יש בשפע. כל שנחוצה היא היענות מצד פקידי הסעד ובתי המשפט לעשות בהן שימוש. אכן, בירור בעניינן של המערערות כאן, ובעניינם של קטינים אחרים במצבן, הוא בירור מורכב. הוא מצריך ללמוד את אורחות החיים של המערערות בישראל ואת מציאות

החיים ממנה הגיעו. הוא מחייב יצירת קשר עם שירותי הרווחה במדינות אחרות. הוא דורש איסוף נתונים רבים, בחינתם של הנתונים, וקבלת הכרעות לא פשוטות. כך, למשל, בעניינה של ס', אין לבחון רק האם תוכל להצטרף אל הוריה, הנמצאים בקנדה, אלא גם האם בני משפחתה שבקנדה כשירים לקלוט אותה. וכי מי תוקע לידינו שהאם, שנטשה את בתה בישראל, והיא בת 15 בלבד, תמתין לבתה בשדה התעופה? תקלוט אותה לחיק המשפחה? תגן עליה ותספק לה כל צורכה? 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 בתן הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 170; עניין סטמקה, בעמ' 782). גם האמנה בדבר זכויות הילד מעגנת, כאמור, חובה זו במסגרתו של סעיף 2.

104. ואולם בית המשפט קמא, בעקבות המשיבים, נמנע מהפעלת החובה להורות על בדיקת עניינה של נ' ושל ו', המערערות בעע"מ 5594/05 ובעע"מ 5786/05, ועל נקיטת האמצעים הדרושים. בעניינה של ו', למשל, הסתפק בית המשפט קמא בקביעה, כי המערערת כלל לא הוכיחה את העובדה שהוריה נפטרו. "לטענתה הוריה נפטרו, אולם אין לכך כל חיזוק בראיה כלשהי ויצויין לעניין זה כי שגרירות ניגריה [...] יכולה היתה להמציא מסמכים הנוגעים להוריה אילו פנה מאן דהוא וביקש מסמכים אלו", ציין בית משפט קמא בפסק הדין. שגה בית משפט קמא בהעבירו את הנטל להוכיח, כי ו' היא קטינה נזקקת, לפתחה של המערערת. וכי מיהו אותו "מאן דהוא", עליו מוטלת החובה לאמת או להפריך את הטענה, כי מדובר בקטינה נזקקת? ו', קטינה חסרת ישע, או שמא המשיבים, אשר בידיהם הכלים ולפתחם רובצת החובה להבטיח את שלומם של קטינים?

105. 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 (ראו סעיפים 3, 11 ו- 22 לחוק הנוער). וכי היה עולה בדעתנו לדרוש מנערה ישראלית, אשר היתה 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 עליה, כדי לעורר את מנגנוני הרווחה לבחון את עניינה ולנקוט פעולות.

106. אכן, לצורך הטיפול בילדים זרים נטושים 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.

107. 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.

108. **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 המערערות כאן. וכי כיצד אמורות הן לממן בכוחות עצמן טיפולים רפואיים, היה ותחלנה, חלילה וחס! ומי אמור לסייע להן לכלכל עצמן? והרי הכל מסכימים שמדובר בילדות!**

109. 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 מעמדו של קטין נטוש**

110. 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."**

111. 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. בית המשפט, נפסק לא פעם, הוא "אביהם של קטינים" ואסור לו שירשה המשך התליית זכויותיהם של קטינים במילוי טפסים. כך בכלל, וכך בעניינין של המערערות כאן. מדובר בקטינות שנותרו בגפן, ולא ידעו לעמוד על זכויותיהן. צריכים היו המשיבים להציע למערערות מעמד מיוזמתם. משלא עשו כן – על בית המשפט להכריע, והסמכות והרשות נתונות לו.

## הטיפול בעניינם של קטינים זרים נטושים במשפט המשווה

112. בבוא בית המשפט לבחון את מדיניות המשיבים בוחן הוא תחילה את הדין המקומי, אולם במקרים כגון המקרים דנן, טוב יעשה אם יוסיף ויפנה גם למשפטן של מדינות אחרות:

"המשפט ההשוואתי הוא מקור השראה חשוב למשפטן הישראלי: על ידי השוואה לזולתך אתה למד להכיר טוב יותר את עצמך. בעזרת המשפט ההשוואתי אנו מצליחים להינתק מדפוסי חשיבה אליהם הורגלנו, ומהבחנות שנראו לנו כחיוניות... אנו מתחשבים באפשרויות נוספות ובפתרונות חדשים, ומבינים טוב יותר את הפוטנציאל הנורמטיבי הטמון בהסדר הנורמטיבי המקומי. אכן, המשפט ההשוואתי הוא מדריך במציאת הפתרון הראוי. הוא מעניק ביטחון לשופט ונוסך בו תחושה כי הוא צועד על קרקע בטוחה והוא גם מעניק לגיטימציה לפיתרון הנבחר." (אהרן ברק, "פרשנות במשפט", כרך שלישי - פרשנות חוקתית (תשנ"ד), 667).

113. **קנדה** אינה מאפשרת הרחקתם של קטינים ללא ייצוג, וכאשר מדובר בילדים שלא נמצא עליהם אחראי, וועדת ההגירה והפליטים (IRB) ממנה לקטין אדם שייצגו. רשויות ההגירה הנתקלות בקטין ללא הורים, נוהגות ליצור קשר עם מבוגר אחראי, ככל שיש כזה בנמצא, המכיר את הקטין ומוכן לטפל בו. הרשויות מעריכות את אופי הקשר בין הילד למבוגר האחראי ובוחנות את השאלה האם טובת הקטין היא להשתחרר להשגחתו. במקרים, בהם אין מבוגר כזה או שרשויות ההגירה סוברות, כי אין לשחרר את הקטין לידיו, 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*, שנכנס לתוקף ביום 28.6.2002, קטינים, שוהים שלא כדין בקנדה, יושמו 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>

בתקנות, שהותקנו מכוח ה- *Immigration and Refugee Protection Act*, נקבע, כי ההחלטה האם להחזיק קטינים השוהים שלא כדין במשמורת תלויה במספר גורמים, בהם קיומן של אלטרנטיבות אחרות להחזקת הקטינים וטיפול בהם; הערכת משך השעות במשמורת; מידת הסכנה הנשקפת לקטינים מידי מבריחי בני אדם או סוחרים בבני אדם; מידת זמינותם של שירותי חינוך ושירותי תמיכה במתקן המשמורת ועוד.

לנוסח המלא של התקנות ראו :

<http://laws.justice.gc.ca/en/I-2.5/SOR-2002-227/index.html>

114. **בריטניה** אינה נוהגת להחזיק ילדים נטושים, 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 בגדר הגדרתו של קטין ב- *Children Act* משנת 1989, המפרט כיצד יש לטפל בקטינים שלא נמצא עליהם אחראי. עוד הוצהר, כי אך ורק אנשי מקצוע, שהוכשרו לעשות זאת, יראיינו קטינים נטושים. משרד הפנים הבריטי, בשיתוף עם משרד הבריאות ועם הרשויות המקומיות, עוזר לספק לילדים אלה שירותי בריאות ושירותים סוציאליים. בנוסף, לקטינים המבקשים מקלט בבריטניה, ושבקשתם למקלט נדחתה, אולם אין אפשרות לדאוג לטיפול הולם בהם במדינות מוצאם, ניתן היתר להוסיף ולשהות בבריטניה עד הגיעם לגיל 18.

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)

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

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

עד לחודש פברואר 2003 האחריות לקטינים נטושים 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 החזקתם במעצר ועל גירושם. בעקבות ביקורת זו, החל מיום 1.3.2003, האחריות לטיפול בקטינים נטושים, השוהים שלא כדין בארה"ב, הועבר לידי משרד הרווחה.

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

במקרים, בהם נעצרים קטינים השוהים שלא כדין בארה"ב ואין הורה או מבוגר אחראי אחר, שלידו 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)

זאת ועוד, בעניין זה יפנו העותרות לדין בארצות-הברית, שם נערכת הבחנה לעניין המעמד בין עניינם של ילדי מהגרים בכלל וילדי מהגרים במצבי מצוקה. ה- *Special Immigrant Juvenile Status (SIJ)* מקנה לילדים במצבי מצוקה, ובהם ילדים נטושים, אפשרות לרכוש מעמד של מהגרים, ובסופו של דבר לרכוש זכאות לתושבות קבע. בפסיקה הדנה בתחולתו של החוק על אוכלוסיות נוספות הודגשה התנגדותה של הממשלה להרחבת התחולה, תוך שהממשלה גורסת כי אין להחיל את החוק אלא על אותן אוכלוסיות מיוחדות, עליהן נמנים ללא ספק ילדים נטושים.

ראו: *Yue Yu v. Brown*, 92 F.Supp.2d 1236 (DNM 2000).

## מן הכלל אל הפרט

116. 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.** (ראו: 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).

117. 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' (ראו: 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).

118. ארבע המערערות אינן חיות במסגרת משפחתית תומכת, נעדרות הגנה פיזית ורגשית ראויה. מדינות אזרחותן מתנערות מהן. בנסיבות העניין אין כל דרך להרחיקן למדינות מוצאן לעת הזו, שכן טרם נמצאו להן בני משפחה או אנשים אחרים שיקבלו אותן שם.

119. פקידות הסעד, אשר בחנו את עניינן של א' וס' קבעו, אף מבלי שאמרו זאת במילים מפורשות, כי מתקיימות לגביהן 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):

"אמה [של א'] נפטרה עוד בהיותה ילדה קטנה... אביה הביא אותה לישראל... חלה... [ו]נפטרה... מנסה לאתר קרובי משפחה באמצעות שגרירות גאנה, אך עד היום ללא הצלחה... א' ביקשה שלא להישלח לגאנה בחזרה כי אין מי שידאג לה

שם ואין לה ממה להתפרנס שם... **התרשמתי מנערה מסוגרת שנשארה לבדה בעולם ופוחזת מהעתיד**... [ס'] הגיעה לישראל עם אמה ואחיה הקטן... אביה יצא ראשון מגאנה ונסע לקנדה... לפני כשמונה חודשים גורשה האם עם בנה הפעוט... ס' נשארה לבדה בארץ... בינתיים... הצליח האב לסדר ניירות מקנדה ואשתו וכל בניהם הצטרפו אליהם לקנדה... ס' היתה במשך כל השיחה עטופה בסדין, מבויישת ועצובה מאוד. כאשר הוזכרו הוריה היא לא חדלה לבכות... התחננה... שלא יישלחו אותה לגאנה כי שם תמות מרעב ומבדידות... **התרשמתי מנערה מדוכאת, תלושה וחסרת תקווה**. מדובר ב-2 קטינות (אשר אין ביניהן כנראה כל קשר), עובדות זרות לא חוקיות שלדבריהן נכנסו לישראל בלוויית הוריהן **וכל אחת בנסיבות שלה נשארה בארץ לבדה ללא אחראי עליה**. לדברי שתי הקטינות **אין באפשרותן לחזור לגאנה משום שאין אדם בוגר אשר מסוגל לקלוט אותן שם, והן צפויות שם לחיי רעב ובדידות וש אף סכנה לחייהן**."

120. א' וס' הן, אם כן, קטינות נטושות. השגחה מסוימת של מכרים אינה מפחיתה כהוא זה מן העובדה שננטשו. די בכך שלא ניתן בפועל להרחיקן, משום שאיש לא יקלוט אותן (עניין עליו אין כל מחלוקת), כדי להעיד על כך.

121. נ' וו' טרם הובאו בפני פקידי סעד לצורך הכנת תסקיר. החובה לעשות כן רובצת לפתחן של הרשויות.

122. על רשויות הרווחה לבחון את עניינן של נ' ושל ו' ועליהן לשוב ולבחון את עניינן של ס' וא' באמצעות הכלים העומדים לרשותן, ולהמליץ על דרכי הטיפול הראויות. עד לקביעה האם ובאיזה אופן יעזבו המערערות את ישראל, אם בכלל, על משרד הפנים לבטל את צווי ההרחקה וליתן בידי המערערות רישיונות ישיבה בישראל (רישיונות ישיבה ארעיים מסוג א/5 לפחות), על מנת שתזכינה בשירותי בריאות ובביטחון סוציאלי. היה והמערערות תישארנה בישראל עד שתהפוכנה בגירות, הרי שאז תוכלנה להחליט בעצמן האם מבקשות הן לעזוב את ישראל או שתגשנה בקשה להסדיר את מעמדן באופן קבוע.

5.7.2005

יונתן ברמן, עו"ד

עודד פלר, עו"ד

אורי שדה, עו"ד

באי כוח המערערות