

המערערת:

ק' (קטינה)
אזרחית אתיופיה
במעצר במיתקן "מיכ"ל"
מס' מוחזקת: 75661

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

ממוקד סיוע לעובדים זרים

רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5602530; פקס: 03-5605175
טל' נייד: 054-3008035

נ ג ד

המשיבים:

1. משרד הפנים
2. מינהלת ההגירה

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

הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור מינהלי על החלטת בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (להלן – בית הדין) מיום 4.9.2008.

העתק החלטת בית הדין מיום 4.9.2008 מצ"ב ומסומן מע/1.

טענת המערערת בתמצית היא כי שגה בית הדין שעה שקבע, כי המערערת, קטינה בלתי מלווה וחסרת מעמד בישראל, תישאר במשמורת במיתקן מיכ"ל וכן על שלא הורה למשיבים 1-2 לשחרר את המערערת לחלופת המשמורת ההולמת את צרכיה הנפשיים, הפיזיים והחינוכיים כקטינה, מה גם שחלופה זו, שהוצעה לבית הדין, שרירה וקיימת בדמות משפחת קליימן, משפחה ישראלית הממתינה לקטינה ומוכנה לדאוג לכל צרכיה ולכל מחסורה ואף נמצאה ראויה עפ"י דו"ח עו"ס מיתקן מיכ"ל, הגב' שרון כהן.

העתק דו"ח עו"ס מיתקן מיכ"ל מצ"ב ומסומן מע/2

עמדת המערערת כי היה על בית הדין לשחררה זה מכבר לחלופת המשמורת שהוצעה ע"י באי כוחה של המערערת ואשר נבדקה ע"י עו"ס מיתקן מיכ"ל ונמצאה ראויה.

בלא לגרוע מטענה זו יצויין כי מכיוון שחלפו להם זה מכבר למעלה מ 60 יום שבהם נמצאת הקטינה בכלא, יש לשחררה לפי סעיף 13(א)4 לחוק הכניסה לישראל, אשר מכוחו נעצרה. מה גם שבהיותה בשלב זה "מוגנת או"ם", בעצם הגשת בקשתה לקבלת מעמד של פליטה, ומתוך סבירות גבוהה שבקשתה זו תתקבל עקב היות הקטינה אריתראית אשר גדלה באתיופיה ואשר איבדה בדרכה את הוריה ואת יתר בני משפחתה, נשמטת לחלוטין עילת מעצרה עפ"י חוק הכניסה לישראל, אשר מכוחו, כאמור, נעצרה.

1. מבוא

עניינו של ערעור זה בהחלטת בית הדין לאשר את החלטת המשיב 1 להחזיק את המערערת, קטינה בת 14 שנים השוהה בגפה בישראל וחסרת מעמד חוקי, במתקן הכליאה "מיכ"ל", באגף בו מוחזקים במעצר קטינים.

כל זאת חרף הצגתה של חלופת משמורת על ידי באי כוחה של הקטינה, חרף החובה בדין הפנימי ובדין הבינלאומי להימנע מהחזקת ילדים במעצר וחרף האפשרות לחייב את המשיבים במציאת חלופת משמורת, המתאימה להחזקת קטינים.

מתוך הכרת בית הדין עצמו בחוסר היכולת לבצע הרחקה של הקטינה ותוך תמיכתו בחלופת המעצר שהציג המוקד לסיוע לעובדים זרים, כבאי כוחה של הקטינה, מן הראוי היה לשחרר את הקטינה לידי חלופת המשמורת הממתינה לה.

העתק החלטת בית הדין מיום 31.7.2008 מצ"ב ומסומן מע/3

הסמכות להורות על שחרור הקטינה נתונה לבית הדין לביקורת משמורת ובקיום תפקידיו אין מרות על בית הדין זולת מרותו של הדין, על כן אין כל בסיס להחלטת בית הדין מיום ה-4.9.2008 כי לשם שחרור הקטינה נדרשת פעולה משותפת עם הממונה על ביקורת הגבולות כאשר במקביל צריכה להיעשות גם פניה אל בית המשפט לענייני משפחה על מנת לקבל מינוי לאפוטרופסות של המשפחה המשמורנית המוצעת, משפחת קליימן. ראה לעיל נספח מע/1.

ולמעלה מזאת יצויין כי עובדת סוציאלית של מיתקן מיכ"ל בדקה עם פקידת סעד ארצית את סוגיית המינוי על ידי בית המשפט לענייני משפחה, ומבדיקתה זו עולה כי ניתן אף ניתן לקיים את הליך מינוי המשפחה המוצעת לאפוטרופסות גם לאחר שחרור הקטינה מן הכלא. ראה לעיל נספח מע/2.

בנסיבות ערעור זה, החלטת בית הדין לא לשחרר את הקטינה לחלופת משמורת שהוצעה על ידי באי כוחה, לאחר המלצת העובדת הסוציאלית של מיתקן מיכ"ל, היא בלתי סבירה באופן קיצוני, פוגעת בזכות לחירות פגיעה אנושה, מתעלמת מעקרון העל של טובת הילד ומזכויותיו, עומדת בסתירה חריפה למחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל ודינה להתבטל. שגה בית הדין שעה שלא הורה לשחרר את הקטינה לחלופת המשמורת שהוצגה בפניו.

2. הרקע העובדתי

2.1 קורות המערערת עד הגעתה לישראל

1. המערערת הינה אריתראית ילידת אתיופיה אשר בשנות חייה הקצרות שבעה קשיים, חיי פליטות ונדודים לרב. היא עצמה נולדה באתיופיה, אך מוצאה אריתראי. ככל הנראה מסיבה זו נאלצה משפחתה של הקטינה לצאת מאתיופיה.

2. מסע הנדודים של הקטינה החל במעבר מאתיופיה לסודן. ככל הנראה שהתה המשפחה מספר שנים בסודן, שם נותר האב.

3. בסביבות שנת 2006 לפי המשוער, יצאה הקטינה עם אמה ואחיה למצרים. האם נעצרה במצרים. לא ידוע מה עלה בגורל האם והאם ניתן יהיה לאתרה בשלב כלשהו.
4. הקטינה שנותרה לבדה, המשיכה את מסע הנדודים שלה תוך הצטרפות לקבוצה של 7 אריתראים בוגרים אשר ככל הנראה שמרו עליה בדרכם. היא נכנסה לישראל ברגל, ללא דרכון, אשר לא היה ברשותה, ב-17.2.2008. מאז נמצאת הקטינה בישראל ללא כל קרוב או מודע.
5. הקטינה העידה על עצמה כי נולדה ב 14.9.94. בדיקת גיל שנערכה לקטינה אישרה כי גיל העצמות של הקטינה הוא 14 שנים. לפיכך על אף היעדר אמינות הבדיקה נראה כי לצורך הליך זה אין מחלוקת בין המערערת לבין המשיבים (הנוהגים להסתמך על בדיקות מסוג זה).

2.2 קורות המערערת ממועד מעצרה

6. הקטינה נעצרה ביום 27.2.08. כבר ביום ה-4.3.2008 נשלחה הודעה אל יחידת האכיפה כי הקטינה מיוצגת ע"י עו"ד ממוקד הסיוע לעובדים זרים. ביום ה-5.3.2008 פנה ב"כ הקטינה אל בית הדין בבקשה לקבל את ההחלטה הראשונה של בית הדין בעניינה של הקטינה, וכן בבקשה ליידע את ב"כ הקטינה מראש, בדבר התקיימות דיונים, כדי שיוכלו להשתתף בהם.

העתק הפניה מיום 4.3.2008 מצ"ב ומסומן מע/5.

העתק הפניה מיום 5.3.2008 מצ"ב ומסומן מע/6.

7. יצויין כי למרות בקשות אלו, בית הדין קיים לא מעט דיונים בעניינה של הקטינה, בלא ליידע את באי כוחה, כמו כן התקיימו חלק מן הדיונים כאשר אף הקטינה אינה נוכחת ואינה יכולה לקחת חלק בדיון ולהשמיע את קולה בשפתה, כל אלו זכויות בסיסיות המוקנות לקטינה ובהיעדרן ניתן לומר כי נפל פגם מהותי בדיוני בית הדין. היעדר יצוג בדיון בו מורה בית הדין על שלילת חירות מהווה פגם היורד לשורשו של ההליך, מה גם שמדובר בקטינה, השרויה בגפה ואינה דוברת את השפה העברית, ראה עמ"נ 000379/06 פלוני (קטין) נ' משרד הפנים ואח./, מפי כבוד השופט ר. שפירא.

8. ביום 12.3.2008, נערך דיון בהעדר הצדדים ובהחלטתו קבע בית הדין כי על הקטינה לעבור בדיקה לקביעת גיל. זאת למרות שלא היה ספק בדבר היותה קטינה, כפי שנקבע בסופו של דבר ע"י הבדיקה. מן הפרוטוקול עולה כי בית הדין עיין בבקשת ב"כ הקטינה מיום 9.3.2008 להעבירה

למשפחה משמורנית כחלופת משמורת, אך בית הדין לא מצא לנכון להתייחס לחלופת משמורת זו אשר הוצעה כאמור ע"י ב"כ הקטינה ולא כפי שנדרש, ע"י המדינה.

העתק פרוטוקול הדיון מיום 12.3.2008 מצ"ב ומסומן מע/7

9. ביום 18.3.2008 קיים בית הדין דיון נוסף **בהיעדר הצדדים** ובו עיין בפניית ב"כ הקטינה. בהחלטה עמד בית הדין על דרישתו מן הדיון הקודם לעריכת בדיקת קביעת גיל לקטינה. בדיון נוסף **בהיעדר הצדדים**, מיום 27.3.2008 קבע בית הדין כי הקטינה תמתין במשמורת עד לאחר קבלת תוצאות בדיקת הגיל ועד לאחר קיום דיונים בנוכחותה ובנוכחות באי כוחה.

העתק פרוטוקול הדיון מיום 18.3.2008 מצ"ב ומסומן מע/8.

העתק פרוטוקול הדיון מיום 27.3.2008 מצ"ב ומסומן מע/9.

10. ביום 7.4.2008 קיים בית הדין דיון נוסף **בהיעדר הצדדים** ובו דן בבקשת ב"כ הקטינה ליידע אותו בדבר מועד עריכת בדיקת הגיל לקטינה, למותר לציין כי בקשה זו של ב"כ הקטינה נבעה מתוך הנחה, שלמרבית הצער נתבדתה בהמשך, כי לאחר הבדיקה ניתן יהיה להעביר את הקטינה באופן מיידי לידי חלופת המשמורת שהוצעה על ידו ולמנוע ממנה שהות נוספת בכלא, עד לבירור עניינה מול נציבות האו"ם לפליטים. בית הדין ציין בהחלטתו כי מידע זה אינו נמצא בחזקתו.

העתק פרוטוקול הדיון מיום 7.4.2008 מצ"ב ומסומן מע/10.

11. ביום ה-30.3.08 פנה ב"כ הקטינה אל יחידת האכיפה במשרד הפנים בבקשה לברר מדוע הקטינה לא פגשה עדיין עובד סוציאלי עפ"י **נוהל הטיפול בקטינים בלתי מלווים**, כאשר היא נמצאת בכלא למעלה מחודש ימים ואילו עפ"י הנוהל עליה לפגוש עובד סוציאלי תוך 24 שעות מהגעתה לכלא. בהיעדר תגובה נשלחה פניה נוספת ביום ה-2.4.08. יצויין כי בסופו של דבר פגשה הקטינה בעובדת סוציאלית של הכלא במהלך חודש יולי, אחרי ששהתה בכלא מעל 5!!! חודשים. על חובת המדינה לנהוג עפ"י הנוהל ולהפגיש קטין עם עו"ס מטעם משרד הרווחה תוך 24 עד 72 שעות לכל המאוחר מרגע ההגעה למיתקן הכליאה עמד כבוד השופט ר. שפירא בעמ"נ 000222/08 ו 000223/08 פלוגי (קטין) ואלמוני (קטין) נ' משרד הפנים ואח'.

העתק הפניה מיום 30.3.2008 מצ"ב ומסומן מע/11.

העתק הנוהל לטיפול בקטינים בלתי מלווים מצ"ב ומסומן מע/12.

העתק הפניה מיום 2.4.2008 מצ"ב ומסומן מע/13.

12. ביום ה-13.4.08 פנה ב"כ הקטינה לבית הדין בבקשה לשחררה לחלופת משמורת, זאת לאחר שנערכה בדיקה לקביעת גיל ונקבע מעל לכל ספק סביר כי הקטינה אכן בת 13 וחצי. כמו כן פנה ב"כ הקטינה אל פרקליטות המדינה ביום ה-16.4.2008 בבקשה כי יסייעו לקיים את הוראת נוהל הטיפול בקטינים בלתי מלווים וכי הקטינה תזכה לפגוש פקיד סעד.

העתק הפניה אל בית הדין מיום 13.4.2008 מצ"ב ומסומן מע/14.

העתק הפניה אל פרקליטות המדינה מיום 16.4.2008 מצ"ב ומסומן מע/15.

13. ביום ה-17.4.2008 קיים בית הדין דיון בהיעדר הצדדים, ולמען הסר ספק יובהר כי מדובר בדיון נוסף שבו לא נכח מי מבאי כוחה של הקטינה, אשר כלל לא יודעו אודות הדיון וכן לא נכחה בדיון הקטינה עצמה. בהחלטתו ציין בית הדין כי מתוצאות בדיקת הגיל עולה כי הקטינה אכן בת 14 מעל לכל ספק סביר וכן קבע בית הדין כי: "בנסיבות אלו יקיים בית הדין דיון משותף עם ב"כ המוחזקת ועם בוגר אחראי, ראוי, בעל מעמד חוקי בישראל, שיוכל להתחייב לדאוג לשלומה של המוחזקת, לכלכלתה, בטחונה בתקופת שהותה בישראל עד שנציבות הפליטים של האו"ם תחליט אם ניתן להעניק לה הגנה, או עד שיתברר אם וכיצד ניתן להרחיקה לארצה".

14. מדובר בקטינה הנמצאת במעמד של "מוגנת או"ם", כיוון שבקשתה לקבלת מעמד של פליט נבחנת ע"י נציבות האו"ם לפליטים, לא ניתן להרחיקה בשלב זה מן הארץ. זהו הליך אשר המדינה עצמה הכירה בו ולכן אינו יכול להיכנס בגדר אי שיתוף פעולה של הקטינה, ומכאן, נשמט לגמרי גם מסיבה זו, הבסיס להמשך החזקתה במשמורת. ראה עמ"נ 000468/07, לידיה לסטור נ. מדינת ישראל, שם ציין כבוד השופט ר. שפירא כי: "כאשר מתקיים הליך חוקי המוסכם על המשיבה בעטיו מעוכבת ההרחקה מישראל, כי אז יש לבחון כל מקרה לגופו ולשקול לשחרור המוחזק, ובמקרה זה העוררת, ממשורת".

העתק פרוטוקול הדיון מיום 17.4.2008 מצ"ב ומסומן מע/16.

15. ביום 28.4.2008 קיים בית הדין דיון נוסף בהיעדר הצדדים ובו קבע כי ביום ה-5.5.2008 יתקיים דיון בנוכחות בא כוח הקטינה, הקטינה והמשמורן המוצע. בדיון זה ביום ה-5.5.2008 חיוותה המתרגמת את דעתה ביחס למוצא הקטינה ולנתינותה וב"כ המוחזקת מחה על כך. מתוך קשיים בתקשורת עם המתורגמנית, תורגמו דברי הקטינה לאמירה חד משמעית כאילו לכאורה אינה מעוניינת כי אמה תימצא וכי אינה מעוניינת להתגורר עם המשפחה המשמורנית המוצעת. לאור זאת קבע בית הדין כי לא ניתן לשחררה, תוך היאחזות בטובתה ובמה שעלול לקרות לה אם תגיע לתל

אביב. עם זאת בית הדין נמנע מלהציע פתרון כלשהו או לדון בחלופת משמורת לשם טובתה של הקטינה, כך נותרה הקטינה בכלא.

העתק פרוטוקול הדיון מיום 28.4.2008 מצ"ב ומסומן מע/17.

העתק פרוטוקול הדיון מיום 5.5.2008 מצ"ב ומסומן מע/18.

16. ביום ה-15.5.2008 נשלחה פניה מטעם ב"כ הקטינה אל בית הדין ובה הבהיר ב"כ הקטינה את אי ההבנות שנפלו בדיון מיום ה-5.5.2008 עקב תרגום לא מדויק. מסתבר כי הקטינה לא אמרה שהיא מסרבת לצאת את ישראל, כפי שתורגם, אלא אמרה שהיא **מעדיפה** להישאר בישראל וכן לא אמרה כי אינה מוכנה להתגורר עם המשפחה המשמורנית, אלא אמרה כי **תעדיף** להתגורר בתל אביב. עוד התברר כי במהלך הדיון ביום ה-5.5.2008 נזפה המתרגמת בקטינה מספר פעמים ואף אמרה לה שהיא משקרת. הקטינה מצידה ביקשה מן המתרגמת לשאול את בית הדין מספר שאלות, אך המתרגמת התעלמה מבקשתה זו. ב"כ הקטינה ביקש כי יתקיים דיון נוסף בנוכחות המתרגמת על מנת שניתן יהיה לחקור אותה על דבריה, כן הזכיר לבית הדין כי עפ"י נוהל הטיפול בקטינים בלתי מלווים היה על הקטינה לפגוש עובד סוציאלי תוך 24 שעות מרגע הגעתה לכלא וכי פגישה כזו טרם התרחשה.

העתק הפניה אל בית הדין מיום 15.5.2008 מצ"ב ומסומן מע/19.

17. ביום ה-21.5.08 קיים בית הדין דיון נוסף **בהיעדר הצדדים** בו ציין כי עיין בהודעת נציבות האו"ם לפליטים. כן פנה בית הדין בהחלטתו אל משטרת ההגירה ואל משרד הפנים בבקשה לפעול עפ"י הנוהל לטיפול בקטינים בלתי מלווים ולדאוג לקבלת תסקיר של פקיד סעד. בית הדין ציין בהחלטתו כי מדובר בבקשת ב"כ הקטינה, משל היתה זו דרישה שלו ולא חובת המדינה לנהוג עפ"י נוהל שלה. באותו יום פנה ב"כ הקטינה אל בית הדין וביקש לקבל את החומר שבו עיין בית הדין, עפ"י דבריו, מאת נציבות האו"ם לפליטים.

העתק פרוטוקול הדיון מיום 21.5.2008 מצ"ב ומסומן מע/20.

העתק פניית ב"כ הקטינה מיום 21.5.2008 מצ"ב ומסומן מע/21.

18. ה-5.6.2008 קיים בית הדין דיון נוסף **בהיעדר הצדדים** בו ציין כי בדבריו: "מעייין בעמדת האו"ם הכוונה היתה לשיחת טלפון שהועלתה על הכתב באופן בלתי רשמי, כן ציין בית הדין כי העתק תסקיר פקידת סעד נשלח עם החלטה זו.

העתק פרוטוקול הדיון מיום 5.6.2008 מצ"ב ומסומן מע/22.

19. ביום ה-10.7.2008 פנה ב"כ הקטינה אל בית הדין בבקשה לשחררה לחלופת משמורת לידי משפחת קליימן שהוצעה ע"י ב"כ הקטינה כמשפחה משמורנית ופרטיה נמסרו לבית הדין.

העתק הפניה מיום 10.7.2008 אל בית הדין מצ"ב ומסומן מע/23.

העתק תצהיר מר אלכס קליימן מצ"ב ומסומן מע/24.

העתק תצהיר גב' חגית קליימן מצ"ב ומסומן מע/25.

20. ביום ה-13.7.2008 קיים בית הדין דיון נוסף **בהיעדר הצדדים**, ובו פנה לעו"ס הכלא, גב' שרון כהן, בבקשה לבדוק את התאמת המשמורנים המוצעים.

העתק פרוטוקול הדיון מיום 13.7.2008 מצ"ב ומסומן מע/26.

21. ביום ה-27.7.2008 נשלח דו"ח עובדת סוציאלית של הכלא, גב' שרון כהן, לאחר שביקרה בבית משפחת קליימן, המשפחה המשמורנית המוצעת ובו ציינה: "מדובר בבני זוג ישראלים, המתגוררים בהרצליה עם ילדיהם. התרשמתי מרמת נכונות ומחוייבות גבוהה מצידם של בני הזוג, להוות חלופת משמורת עבור הקטינה ולדאוג לצרכיה. בנוסף, שוחחתי עם ילדם בן ה-15 של בני הזוג אשר הביע רצון לעזור ולקבל את הקטינה אל משפחתו וכן ביצעתי ביקור בית בביתם. מדובר במשפחה בעלת ערכי סולידריות ומודעות חברתית, אשר מעוניינת לעזור לחלש בחברתם. התרשמתי כי מבחינה כלכלית ומבחינת מקום מגוריהם הם ערוכים לקליטה של הקטינה ומבינים את המשמעויות הנלוות לכך. בני הזוג הביעו רצון להגיע למיתקן על מנת ליצור קשר רציף עם הקטינה עוד טרם המעבר שלה לביתם. בנושא מינוי אפוטרופוס ע"י בית המשפט לענייני משפחה, לאחר בירור מול פקידת סעד ארצית, עולה כי ניתן להגיש את הבקשה למינוי אפוטרופוס לאחר שחרור הקטינה לחלופת משמורת ובעת שהייתה בביתם של בני הזוג".

ראה לעיל נספח מס' 2.

22. ביום ה-31.7.2008 קיים בית הדין דיון נוסף **בהיעדר הצדדים**. בהחלטתו, פנה בית המשפט אל ממונה על ביקורת הגבולות וביקש תגובתו תוך 7 ימים, לאור העובדה כי נמצאו בני הזוג היכולים לשמש משמורנים לקטינה.

ראה לעיל נספח מס' 3.

23. ביום ה-5.8.2008 פנתה ב"כ המוחזקת לבית הדין בבקשה כי הקטינה תשוחרר לידי המשפחה המשמורנית המוצעת, לאור דו"ח העובדת הסוציאלית. כמו כן ביקשה שוב ב"כ הקטינה כי אם יתקיימו דיונים נוספים יידע אותה בית הדין על כך כדי שתוכל להשתתף בהם.

העתק הפניה אל בית הדין מיום 5.8.2008 מצ"ב ומסומן מע/27.

24. ביום 7.8.2008 קיים בית הדין דיון נוסף **בהיעדר הצדדים** ובהחלטתו קבע כי בהיעדר תגובה ממשרד הפנים ידון בית הדין בשחרור המוחזקת בנוכחות ב"כ הקטינה ובנוכחות המשפחה המשמורנית המוצעת.

ראה לעיל נספח מס' 4.

25. ביום ה-10.8.2008 פנתה ב"כ הקטינה שוב לבית הדין וביקשה כי יקבע מועד לדיון לשם שחרור הקטינה לידי המשפחה המשמורנית המוצעת הממתינה לקטינה. ביום ה-18.8.2008 פנתה שוב ב"כ הקטינה אל בית הדין בתזכורת ובאותו יום נקבע ע"י מזכירות בית הדין מועד לדיון ביום ה-20.8.2008. למרבית הצער ביום ה-19.8.2008 ביטל בית הדין באמצעות הודעה טלפונית את הדיון תוך הבטחה לקבוע מועד חלופי.

העתק הפניה אל בית הדין מיום 10.8.2008 מצ"ב ומסומן מע/28.

העתק הפניה אל בית הדין מיום 18.8.2008 מצ"ב ומסומן מע/29.

26. ביום ה-24.8.2008 פנתה ב"כ הקטינה שוב אל בית הדין בבקשה חוזרת לקבוע מועד לדיון, אולי זה המקום לשוב ולהזכיר כי הקטינה, בת ה-14, שוהה כל הזמן הזה מאחורי סורג ובריח בכלא מיכ"ל בעוד משפחת קליימן ממתינה לה. ביום ה-1.9.2008 נקבע באמצעות הודעה טלפונית מועד לדיון ביום ה-4.9.2008.

העתק הפניה אל בית הדין מיום 24.8.2008 מצ"ב ומסומן מע/30.

27. ביום ה-4.9.2008 קיים בית הדין דיון בו נכחה באת כוח הקטינה וכן נכחו בני הזוג קליימן, הם המשפחה המשמורנית המוצעת. החלטת בית הדין היתה כי עתה (?) , כשחל הנוהל המחייב, יש לפנות אל בית משפט לענייני משפחה כדי שמשפחת קליימן תקבל מינוי אפוטרופוס - ראה לעיל נספח מע/1 - ועד אז תישאר הקטינה בין חומות הכלא.

28. הנה כי כן, כך חלפה לה מעל חצי שנה ובכלא שוהה במשך כל הזמן הזה קטינה שהגיעה אליו בגיל 13.5 כשכל חטאה הוא היותה פליטה בודדה ללא קרוב, מכר או מושיע בישראל, והמשיבים בהתנהלותם זו התעלמו מכל וכל, הן מן האמנה לזכויות הילד עליה חתומה מדינת ישראל, הן מעקרונות טובת הילד העומד או לפחות אמור לעמוד כנר לרגליהם, וככל שיישמע הדבר תמוה, אף מחוקי המדינה ומנהליה שלה התעלמו המשיבים

הטיעון המשפטי

3. קטינים לא מלווים - כללי

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

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

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

http://www.separated-children-europe-programme.org/separated_children/publications/reports/policies_comparative_analysis.pdf

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

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

32. בחודש ספטמבר 2005 פרסמה וועדת האו"ם לזכויות הילד, הממונה על יישום הוראות האמנה בדבר זכויות הילד לפי סעיף 43 לאמנה, את הערה כללית מס' 6 לאמנה, המתייחסת לסוגיה עסקינן: **"TREATMENT OF UNACCOMPANIED AND SEPARATED CHILDREN" OUTSIDE THEIR COUNTRY OF ORIGIN** (להלן – **הערה 6**).

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

33. **הערה 6** היא בעלת משמעות מרכזית לענייננו, ועל כן נבקש להתעכב מעט על משמעותה המשפטית. אחד מתפקידיהן של וועדות האו"ם לעניין אמנות זכויות האדם הוא פרסום הערות כלליות (General Comments). הערות אלה הן **הפרשנות המוסמכת והמנחה** של סעיפי האמנות, עליהן ממונות הוועדות (ראו: Thomas Buergenthal in International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals (Henry Steiner & Philip Alston, eds.) Oxford University Press (2nd edition, 2000), p. 732).

34. אף בית המשפט הישראלי פונה להערות כלליות כמקור פרשני לדין הבינלאומי. כך, למשל, בבג"ץ 3992/04 **מימון-כהן נ' שר החוץ**, פ"ד נט(1) 49, 67-68, פנה בית המשפט להערה כללית מס' 13 של וועדת זכויות האדם (HRC), לעניין היקף פרשנותה של הזכות להליך הוגן על פי הוראות האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. כך עוד, בבג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שירות בתי הסוהר** (פסק דין מיום 13.6.2006, סעיף 19 לפסק הדין), פנה בית המשפט להערה כללית מס' 19 של וועדת זכויות האדם, לעניין היקף פרשנותה של הזכות לחיי משפחה על פי הוראות האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

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

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

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

4. על האיסור בדין הבינלאומי להחזיק קטינים לא מלווים במעצר

37. המשפט הבינלאומי אוסר על החזקתם של קטינים בלתי מלווים במעצר, ומחייב את המדינות, בהן הם נמצאים, למצוא חלופות משמורת בתיאום עם רשויות הרווחה. זכויות הילד המנויות באמנה לזכויות הילד מובטחות לכל ילד.

38. המדינות החברות לאמנה, ובהן מדינת ישראל, מחויבות לכבד את זכויותיהם של ילדים ולהבטיחן "לכל ילד שבתחום שיפוטן, ללא הפליה משום סוג שהוא, ללא קשר עם גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי, אתני או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, בין אם של הוריו או אפוטרופסו החוקי" (סעיף 2(1) לאמנה).

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

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

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

41. **כללי האו"ם להגנה על קטינים שחירותם נשללה** (United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty), שאומצו על ידי עצרת האו"ם בהחלטה מס' 45/113 ביום 14.12.1990, משקפים משפט בינלאומי מינהגי ועקרונותיהם הם בבחינת יוס קוגנס (Jus Cogens). הכללים קובעים, בין היתר, כי "השמתו של קטין במתקן סגור תהא תמיד האמצעי האחרון ותעשה לפרק הזמן המינימלי הנחוי" (כלל 2). עוד נקבע בכללים, כי קטינים שחירותם נשללה זכאים ליעוץ ולסיוע משפטי.

42. **הערה 6** הנ"ל, הפרשנות המוסמכת של האמנה לזכויות הילד בעניין קטינים בלתי מלווים (ראו פסקאות 68-70 לעיל) קובעת בסעיף 61 כי **חירותם של ילדים לא תישלל משום היותם בלתי מלווים או בשל העדר מעמד חוקי במדינה:**

“In application of article 37 of the Convention and the principle of the best interests of the child, **unaccompanied or separated children should not, as a general rule, be detained. Detention cannot be justified solely on the basis of the child being unaccompanied or separated, or on their migratory or residence status, or lack thereof.**”

5. על סירוב בית הדין לשחרר את המערערת לחלופת משמורת

43. כאמור, באי כוח המערערת הציעו לשחררה להשגחתה של משפחת קליימן, משפחה ישראלית המתגוררת בהרצליה ואשר הביעה את נכונותה לשמש משפחה משמורנית עבור הקטינה וכפי שפורט, אף עובדת סוציאלית של מיתקן מיכ"ל המליצה כי הקטינה תעבור לבית המשפחה.

44. משפחת קליימן הינה משפחה נורמטיבית ואיכותית אשר ממניעים נאצלים של תרומה לחברה החליטה לשמש כמשפחה משמורנית עבור קטין נזקק, ובהתוודעה לסוגיית הקטינים הבלתי מלווים החליטה לפתוח את ביתה בפני הקטינה. החלטה זו של משפחת קליימן כוללת אף את שלושת ילדי המשפחה המעורבים אף הם בקבלת ההחלטה ואשר אף הם מגיעים למיתקן מיכ"ל לבקר את הקטינה הכלואה בו. כפי שנבדק ע"י עו"ס מיתקן מיכ"ל, למשפחת קליימן כל האמצעים הכלכליים והמשאבים הערכיים והחינוכיים על מנת לגדל את הקטינה בביתם ולספק לה את כל צרכיה תוך עמידה על הצורך בשיקומה לאחר התלאות אשר עברה.

45. ואולם בית הדין דחה בפועל את חלופת המשמורת שהוצעה, וקבע כי שחרורה של הקטינה אינו בגדר סמכותו, אלא בגדר שיתוף פעולה בין הממונה על משמורת הגבולות ובין בית המשפט לענייני משפחה

(ראה לעיל נספח מע/1) טענה זו יש לדחות מכל וכל, מאחר והקטינה נעצרה מכוחו של חוק הכניסה לישראל וכידוע אין מרות על בית הדין זולת הדין.

46. לאור כל זאת, ובהתחשב בעקרון "טובת הילד" תמוה עד מאד, על כי בית הדין מוצא לנכון פעם אחרי פעם, כל פעם באמתלה שונה, להשאיר את הקטינה בין חומות ובריה, תחת האפשרות לשחררה לזרועות משפחת קליימן.

6. העילות לשחרור המערער ממעצר לפי חוק הכניסה לישראל

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

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

49. היותה של המערערת קטינה האמורה בימים אלו לחבוש את ספסל הלימודים ולהינות מבית חם ומטפח אשר יפעל לשיקומה לאחר חיי הנדודים והנטישה שהיו מנת חלקה, הינו טעם הומניטרי מיוחד המצדיק שחרורה של המערערת ממשמורת. כך גם העובדה שלא ניתן להרחיקה מישראל, בהיותה "מוגנת או"ם" בסבירות גבוהה לקבלת מעמד של פליט, והעובדה שהיא מוחזקת במעצר לפרק זמן בלתי מוגבל מטעם זה. כמו כן מתקיים התנאי, לפיו יש לשחררה מחמת גילה.

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

51. בעמ"נ 000379/06 פלוני (קטין) נ' משרד הפנים ואח', עמד כבוד השופט ר. שפירא על כך שאם אדם שוהה במשמורת מעל 60 יום ברציפות ניתן יהיה לשקול שחרורו בערבות, מה גם שהליך החזקה

במשמורת בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל נעשה במטרה להבטיח הרחקה מישראל. עוד נאמר בפסק הדין כי כאשר אין הליך הרחקה ולא ניתן להרחיק, ממילא נשמט הבסיס לחוקיות ההחזקה במשמורת.

52. גישת המשיבים, לפיה ניתן להחזיק את המערערת במעצר פרק זמן בלתי מוגדר, עומדת בניגוד בוטה לסעיף 13(א)(4) הנ"ל ולפסיקת בית המשפט העליון הנוגעת לפרשנותו של סעיף זה. בבר"מ 173/03 מ"י נ' סלאמה (טרם פורסם, פסק דין מיום 9.5.2005) נפסק, כי **ככלל**, ובהעדר "אינטרס ציבורי בעל משקל ממש", ישוחרר שוהה שלא כדין המוחזק למעלה משישים ימים במשמורת. אף כאשר מתקיים אינטרס כזה, המשך ההחזקה במשמורת מעבר לשישים ימים יהיה רק "**לתקופה שאינה חורגת מן הסביר**".

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

53. במצב דברים זה, אפילו לא היתה המערערת קטינה, הרי שהייתה קמה עילה לשחררה מכוח סעיף 13(א)(4). המדינה אינה מסוגלת להצביע על אינטרס ציבורי בעל משקל של ממש, מעבר להרחקה מישראל, המצדיק החזקתה במעצר, ואפילו היה קיים אינטרס כזה, תקופת החזקתה במעצר – למעלה מחצי שנה – חצתה זה מכבר את גבולות הסבירות.

54. גישה זו של המשיבים, בדבר מעצרה האינסופי של המערערת, עומדת אף בניגוד לקביעות בית המשפט העליון ביחס לתכליתו של מעצר מכוח חוק הכניסה לישראל. בית המשפט העליון קבע זה מכבר, כי **תכליתו היחידה** של מעצר מכוח חוק הכניסה לישראל, היא הבטחת האפשרות לממש את צו הגירוש. בבג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים ואח', פ"ד מד(4) 149 נפסק:

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

55. כפי שפורט, לעת הזו אין אפשרות להרחיק את המערערת, ואף לא ידוע מתי ניתן יהיה לעשות כן. משכך, החזקתה במעצר אינה מקדמת במאום את הרחקה מישראל, ונשמט הבסיס החוקי להחזקתה במעצר מכוח חוק הכניסה לישראל.

7. סוף דבר

56. המערערת מוחזקת זה למעלה מחצי שנה במעצר שעה שהמשיבים מתכחשים לחובות המוטלות עליהם. התייחסות המשיבים למערערת, כמו גם לקטינים האחרים המוחזקים על ידי משטרת ההגירה, מתעלמת מכל וכל מהיותם ילדים.
57. נוכח האיסור להחזיק במעצר קטינים לא מלווים היה על בית הדין להיענות לבקשת המערערת לשחררה לחלופת משמורת.
58. כאמור, טענתו האחרונה של בית הדין, דהיינו, ההיאחזות בנוהל הטיפול בקטינים בלתי מלווים כיסוד המונע את שחרורה של הקטינה לבית משפחת קליימן הממתינה לקטינה במשך שהותה בכלא, משוללת כל יסוד ונטולת כל אחיזה משפטית, הנוהל אינו יכול ואין כוונתו לבוא במקום החוק, ניתן לשחרר את הקטינה, לשלבה באורח חיים בריא ותקין ההולם את גילה ועונה על כל צרכיה ומתוך כך – לפעול עפ"י הנוהל לשם קבלת מינוי לאפטרופסות עבור מש' קליימן.
59. החקיקה הישראלית מלאה במנגנונים, בסמכויות ובסעדים, שנועדו להבטיח את זכויותיהם של קטינים ואת עקרון טובת הילד. אולם הערך היחיד העומד לנגד עיני המשיבים שעה שהם עוסקים בקטינים דוגמת המערערת הוא "טובת הגירוש". המשיבים בלהט הגירוש משליכים יהבם אך ורק בהוראות המעצר וההרחקה שבחוק הכניסה לישראל. ולחילופין בהוראות הנוהל. אלה הם, לגבי דידם, הציר הנורמטיבי, בריח התיכון, אבן הראשה. מכונה אימתנית ועיוורת, השועטת קדימה, דורסת כל הסדר נורמטיבי אחר.
60. לאור כל האמור יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, לבטל את החלטת בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין, ולהורות כמבוקש בראש ערעור זה. כמו כן יתבקש בית המשפט הנכבד להשית על המשיבים הוצאות ערעור זה.

היום, 18 בספטמבר 2008

גילה ברזילי, עו"ד
מוקד סיוע לעובדים

זרים