

העותרים:

1. ע' מ', מחזיק ברישיון ישיבה ...
2. ח' מ', מחזיקה ברישיון ישיבה ...
3. ס' מ' (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 1 ו-2)
4. ס' מ' (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 1 ו-2)
5. ר' מ' (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 1 ו-2)
6. ר' א', מחזיק ברישיון ישיבה ...
7. האגודה לזכויות האזרח בישראל
8. מוקד סיוע לעובדים זרים
9. א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל
10. המרכז לקידום פליטים אפריקאים
11. קו לעובד

כולם על ידי ב"כ עו"ד עודד פלר ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או תמר פלדמן ו/או אשרף אליאס ו/או נסרין עליאן ו/או קרן צפירי ו/או ראוייה אבורביעה ו/או משכית בנדל ו/או רגד ג'ראיסי ו/או שרונה אליהו חי ו/או אן סוצ'יו ו/או יונתן בן שושן
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

וכן על ידי ב"כ עו"ד יונתן ברמן
מהקליניקה לזכויות מהגרים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן

שמענם להמצאת כתבי בי-דין:
 האגודה לזכויות האזרח בישראל
 רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב
 טל': 03-5608185 ; טל' נייד : 052-2547163 ; פקס': 03-5608165
 דוא"ל : oded@acri.org.il

- נ ג ד -

המשיבים:

1. שר הפנים
2. שר הביטחון
3. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
 רח' מח"ל 7, מעלות דפנה, ירושלים
 טל': 02-5419555, 02-5419533/4/5 ; פקס': 02-5419581

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב 1 כדלקמן:

1. לבטל את החלטתו, בה נדרשים אזרחי הרפובליקה של סודן לצאת את ישראל עד ליום 15.10.2012, ומי שלא יעשה כן יושם במשמורת;
2. להוסיף ולהאריך את רישיונות הישיבה לפי סעיף ב(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 של אזרחי הרפובליקה של סודן, השוהים בישראל.

הרקע לעתירה

1. ביום 16.8.2012 פורסם באתר החדשות ynet, כי מר אלי ישי, המשיב 1 (להלן – **המשיב**), הנחה את רשות האוכלוסין וההגירה "להתחיל בשבועות הקרובים לעצור גם את אזרחי אריתריאה וצפון סודן, בהתאם להתקדמות בהשלמת מתקן השהייה בדרום הארץ". ההנחיה, כך על פי הפרסום, ניתנה בשל מעצרו באותו יום של מבקש מקלט אריתראי בחשד לאונס. המשיב אמר ל-ynet בהקשר זה:

"האיום של המסתננים כאן הוא לא פחות חמור מהאיום האיראני. המקרה היום מוכיח עד כמה אבד הביטחון האישי של אזרחי ישראל. את זה יש להחזיר."

- בהמשך לדברים אלה אמר המשיב, כי בכוונתו לעצור את מבקשי המקלט אף שאין אפשרות לגרשם, וזאת "כדי להמאיס עליהם את חייהם":

"עשינו דברים גדולים ונעשה צעדים חשובים אף יותר. אני בא בטענות למשרד החוץ ולמשרד המשפטים שלא מאפשרים לי לגרש את כולם, כפי שעשינו עם אזרחי דרום סודן. משרד החוץ ומשרד המשפטים גוררים רגליים, הם לא קיבלו החלטה אמיצה לטובת החלום הציוני. בינתיים אני מתכוון לכלוא אותם. לזה אני לא צריך אישור מאף אחד, טובת מדינת ישראל לנגד עיניי. דרשתי מהאוצר תוספת תקציב להגדלת מתקני השהייה ועד שתהיה לי אפשרות לגרש אותם אני אכלא אותם כדי להמאיס עליהם את חייהם. יש תוכנית מסודרת ברשות ההגירה לכלוא אותם ככל שיהיה מקום במתקני השהייה. נכלא אותם במהירות."

ר': www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4269522,00.html

העתק הכתבה שהתפרסמה ביום 16.8.2012 ב-ynet מצ"ב ומסומן ע/1.

2. לא חלפו שבועיים, ודבריו של המשיב לבשו ביטוי קונקרטי. ביום 29.8.2012 הפיץ מר אוהד יחזקאלי, יועץ התקשורת של המשיב, הודעה לעיתונות שזו לשונה:

השר ישי: למסתנני צפון סודאן יש עד ה 15 באוקטובר לצאת מארץ – לאחר מכן יכלאו.

שר הפנים אלי ישי מעלה הילוך במאבקו כנגד המסתננים והשוהים הבלתי חוקיים, והיום נתן הנחייה לרשות ההגירה והאוכלוסין להתחיל במבצע אכיפה, ולהכניס לראשונה גם את מסתנני צפון סודאן, החל מ 15 באוקטובר, למתקני שהייה.

שר הפנים הדגיש, כי עד לתאריך זה, מסתננים שיצאו מרצונם יזכו לסיוע משרדו, וכי מי שלא יעשה כן, יכלא ובעתיד יגורש.

עוד אמר השר, כי כעת בכוונתו להטיל את כל כובד משקלו לקבלת אישור משפטי שיאפשר כליאתם והוצאתם של מסתנני אריתראה מהמדינה.

השר ישי: "מדובר על עוד צעד בהתקדמות מדיבורים למעשים בכל הקשור לבעיית המסתננים. מי שרוצה להמשיך לדבר ולהיות עד עתידי בוועדת החקירה לאובדן ישראל – שידבר, ומי שרוצה לפעול ולהבטיח מדינה יהודית וציונית לילדי, שיפעל. אני בוחר לפעול."

העתק ההודעה מיום 29.8.2012 מצ"ב ומסומן ע/2.

3. הודעתו של המשיב זכתה לפרסום נרחב.

ר', למשל, העתקי הפרסומים ביום 30.8.2012 בעיתונים "ידיעות אחרונות", "מעריב" ו"הארץ" המצ"ב ומסומנים ע/3.

4. המשיב הוסיף והתראיין אודות החלטתו, ומסר, שוב, כי אף שיש קושי לגרש את אזרחי סודן, הם בכל זאת יכלאו על מנת להמאס עליהם את שהותם בישראל. כך, למשל, אמר בריאיון ל"ישראל היום":

"הסיפור לא ייגמר כל כך מהר, כי יש בעיות קשות עם משרדי הממשלה השונים ועם החוק הבינלאומי. [...] אחרי החגים ייפתחו מתקני שהייה. [...] זה ימאס על המסתננים את השהות במדינת ישראל [...]."

העתק הריאיון שהתפרסם ב"ישראל היום" ביום 14.9.2012 מצ"ב ומסומן ע/4.

5. משמעות הדברים אינה רק ציד אדם וכליאה המונית, בתנאים קיצוניים ולפרק זמן בלתי מוגבל, של אלפי מבקשי המקלט הסודנים שבישראל, על ילדיהם וטפם. משמעותם גם שלילת רישיונות הישיבה בהם הם מחזיקים, המאפשרים להם לכלכל עצמם. כלומר, מי שלא יוכלאו צפויים להיקלע למשבר הומניטארי חמור.

6. אישוש לכוונה ליישם את החלטתו של המשיב ניתן בבית משפט נכבד זה בדיון שהתקיים ביום 19.9.2012 בעתירה, שעניינה זיהויים של 52 אזרחי הרפובליקה של סודן על ידי רשות האוכלוסין וההגירה כאזרחי הרפובליקה של דרום סודן. בעקבות הגשת העתירה זוהו העותרים כאזרחי סודן, ולא כאזרחי דרום סודן, שאותם אין מניעה לעצור ולגרש מישראל. עם זאת, בדיון הדגיש ב"כ המשיב, עו"ד מורן בראון, כי לעניין המעצר, ממילא לא יהיה בקרוב הבדל בין אזרחי סודן לאזרחי דרום סודן:

"יש החלטה של שר הפנים שאחרי סוכות כל מי שנתין סודן ייעצר ויושם במשמורת גם אם לא יורחק. ההבדלים לא יהיו כל כך גדולים בעתיד [...]."

העתקי העמודים הרלוונטיים מתוך פרוטוקול הדיון מיום 19.9.2012 בעת"ס 17316-07-12 מצ"ב ומסומנים 5/ע.

7. דברים אלה עומדים בניגוד להצהרות מפורשות מפי גורמים בכירים ברשות האוכלוסין וההגירה בחודשים האחרונים, שנאמרו על רקע תיקון החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן – **החוק למניעת הסתננות**), ועל רקע התכנית לבניית מתקן הכליאה ("מתקן השהייה למסתננים").

8. מר אמנון בן עמי, מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה, הדגיש בדיון שהתקיים בוועדת העובדים הזרים של הכנסת ביום 2.1.2012, כי מתקן הכליאה ("השהייה") אינו מיועד למעצרם של מבקשי המקלט השוהים בישראל, אלא אך לאלה העתידים לבוא:

"המתקן - לתפיסתנו - מיועד בראש ובראשונה לזרם החדש. אני אמרתי ואני חוזר ואומר, לגבי אותם חמישים אלף שנמצאים בארץ, עובדה היא גם שאנחנו לא מבצעים אכיפה עכשיו ואנחנו יודעים איפה הם עובדים, כמעט כולם, אנחנו יודעים איפה הם עובדים, בבתי המלון, פה ושם, לגבי אלפים אנחנו יכולים לבצע אבל אנחנו לא מבצעים אכיפה כי אנחנו רוצים לאפשר להם, עד שיהיה פתרון אחד, לחיות, חובת כולנו בוודאי. בי"ת, המתקן שהוא מתקן בשלב הזה לשמירת אלפים ומודולרי לא מיועד לאותם חמישים אלף ואמרתי, מכלול הפתרונות שקיבלה הממשלה נועד למנוע את הזרם ולא את המצב פה, ובמי שפה נצטרך לטפל ממש 'בפינצטה', יציאה מרצון, מדינות שלישיות, להסביר להם, ואני מאמין גם שהם יראו את האכיפה על החדשים, הם יראו את המתקן, הם יראו את הגדר, זו עבודה שלא תיגמר לא בחודש ולא בחודשיים אבל זה יהיה המסלול."

ר': www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/zarim/2012-01-02.rtf

9. מר יוסי אדלשטיין, ראש מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה, הופיע ביום 19.6.2012 בפני המועצה הארצית לתכנון ובנייה, שדנה בבקשת שר הפנים לתקן את תמ"א 46 (תכנית מתאר ארצית ל"מרכז שהייה למסתננים מגבול מצרים"). בין היתר התבקשה המועצה הארצית לתכנון ובנייה להתיר פריסה מיידית של המתקן באוהלים, ולהרחיב את

הפריסה גם למתחם נחל רביב. מר אדלשטיין נשאל בדיון על ידי חברת המועצה הארצית, גבי ארזה צ'רצ'מן, למי מיועד המתקן :

ארזה צ'רצ'מן : "יוסי, מי אמורים להיות אלה שנכנסים למקום שאנחנו מדברים עליו היום?"

יוסי אדלשטיין : "כל מי שחוצה את גבול מצרים ונכנס למדינת ישראל הוא אמור להיקלט. [...]"

ארזה צ'רצ'מן : "זאת אומרת החדשים, לא אלה שנמצאים כבר."

יוסי אדלשטיין : "החדשים, נכון. [...] אנחנו קודם כל רוצים לעצור את זרם הכניסה למדינת ישראל על ידי העברה של מסר חד וברור שמי שייכנס ישהה במתקנים האלה, לא יוכל להגיע למרכזי הערים ולא יוכל לעבוד."

העתקי העמודים הרלוונטיים מתוך תמליל הדיון במועצה הארצית לתכנון ובנייה מיום 19.6.2012 מצ"ב ומסומנים ע/6.

10. אף על פי כן, הודיע המשיב, כאמור, ביום 29.8.2012 על החלטתו לעצור את אזרחי סודן החל מיום 15.10.2012. משום כך, פנה ב"כ העותרים, עו"ד יונתן ברמן, ביום 30.8.2012, למחרת הודעתו של המשיב, למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (יעוץ), מר מלכיאל בלס. במכתב הזכיר ב"כ העותרים, את הסכנה הנשקפת לאזרחי סודן, אם יוחזרו, ולצד זאת את הימנעותה של ישראל מזה שנים מבחינת בקשות מקלט של אזרחים סודנים. עוד נכתב :

"בין ששר הפנים מתכוון להתחיל בחודש אוקטובר הקרוב במבצע המוני למעצרם של אזרחי הרפובליקה של סודן ובין שמדובר פעם נוספת באמצעי רטורי של הפחדה, הרי שהמסר לאזרחי סודן הנמצאים בישראל הוא כי עליהם לבחור בין הישארות בישראל וכליאה לפרק זמן בלתי מוגבל לבין עזיבה וסיכון חייהם. מעבר לכך, כפי שידוע לך, מבחינה פרקטית אין כל אפשרות לאזרח הרפובליקה של סודן לעלות על טיסה ולשוב למדינה זו. ההזדמנות 'לעזוב מרצון' לפני תחילת מעצרים של מבקשי מקלט מצפון סודן אינה, אפוא, אפשרות מעשית.

בהעדר אפשרות לגרש את אזרחי הרפובליקה של סודן, גם ההודעה אודות מעצרים החל ממחצית חודש אוקטובר אינה כדין. החזקה במשמורת מטרתה לאפשר מימוש של הרחקה. בהעדר אפשרות הרחקה של אזרחי הרפובליקה של סודן, הן מטעמים פרקטיים והן מטעמים הנעוצים במחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, מעצר לפרק זמן בלתי מוגבל הוא חסר תכלית, מלבד ייצור אשליה של עשייה נמרצת ומציאת שימוש למחנות האוהלים העומדים שוממים."

מר בלס התבקש להבהיר למשיב, כי בשלב זה, ועד לשינוי משמעותי בנסיבות, אין לדרוש את יציאתם של הסודנים מישראל, אין לגרשם ואין לעצור אותם. עוד התבקש מר בלס להבהיר, האם הודעת המשיב היא על דעת משרד המשפטים ומשרד החוץ, והאם משרד המשפטים רואה בה הודעה על הסרת "ההגנה הקבוצתית" שחלה על אזרחי סודן בישראל.

העתק מכתב ב"כ העותרים למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (יעוץ) מיום 30.8.2012 מצ"ב ומסומן ע/7.

11. משלא נתקבל מענה לפנייה, נשלחה ביום 13.9.2012 תזכורת, במסגרתה הובהר כי אם לא יתקבל מענה, תוגש עתירה נגד החלטת המשיב.

העתק מכתב התזכורת מיום 13.9.2012 מצ"ב ומסומן ע/8.

12. עוד באותו היום השיבה גב' אביטל שטרנברג, ראש תחום (יעוץ) במחלקת יעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, לפנייתו של ב"כ העותרים כדלקמן:

"היות שמכתבך מתייחס להצהרות בתקשורת של שר הפנים, העברנו את המכתב ללשכת השר לשם מתן תשובה.
אין, כמובן, בהעברת המכתב משום הבעת עמדה לגבי המכתב והאמירות הכלולות בו."

גב' שטרנברג העבירה את תשובתה זו לגורמים בכירים במשרד המשפטים ובמשרד הפנים: למר מלכיאל בלס, המשנה ליועץ המשפט לממשלה (יעוץ), לגב' יוכי גנסין, ממונה תחום עניינים מינהליים בפרקליטות המדינה, למר אמנון בן עמי, מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה, למר דניאל סלומון, היועץ המשפטי לרשות האוכלוסין וההגירה, ולמר יוסי אדלשטיין, ראש מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה.

העתק תשובתה של גב' שטרנברג מיום 13.9.2012 מצ"ב ומסומן ע/9.

13. אף על פי כן, המשיב לא מסר כל התייחסות לפניית ב"כ העותרים.

14. טרם הגשת העתירה פנה ב"כ העותרים, עו"ד יונתן ברמן, ביום 23.9.2012 למר וויליאם טול, ראש הנציגות בישראל של נציבות האו"ם לפליטים. במכתב נמסרה כוונת ארגוני זכויות האדם לעתור לבית משפט נכבד זה בעניין החלטת המשיב, ונתבקשה עמדת הנציבות ביחס לסטטוס של האזרחים הסודנים בישראל כיום, וביחס לתכנית המשיב לעצורם.

העתק הפנייה לנציבות האו"ם לפליטים מיום 23.9.2012 מצ"ב ומסומן ע/10.

15. ביום 2.10.2012 השיב מר טול לפניית ב"כ העותרים. מכתבו של מר טול נכתב באנגלית, וצורף לו תרגום בלתי פורמאלי לעברית. מפאת חשיבות הדברים נביא את הנוסח העברי כלשונו ובמלואו:

"מר ברמן,

בתגובה לבקשתך לקבלת חוות דעתה של נציבות האו"ם לפליטים בנוגע לעתירתך בנושא הצהרת הממשלה על כוונותיה לעצור אזרחי סודאן על מנת להוביל לגירושם, אנא קבל התייחסותנו כדלהלן:

נציבות האו"ם לפליטים מביעה דאגה עמוקה מההצהרה שנמסרה לאחרונה ממשרד הפנים, על הכוונה לעצור מבקשי מקלט סודאנים בישראל החל מה-15 באוקטובר, 2012 ולהשאירם במשמורת על מנת לאלץ את חזרתם.

יש לציין כי מספר ניכר של מבקשי מקלט סודאנים בישראל מגיע מאזורים בהם מתרחשת הפרה ידועה ומתמשכת של זכויות אדם, כגון דרפור והאזורים הדרומיים הגובלים בדרום סודן, בהם הקונפליקט הנוכחי אילץ מאות אלפים לברוח לדרום סודאן ולאתיופיה. בנוסף לכך, צופה נציבות האו"ם לפליטים את הגעתם של כמה עשרות אלפי פליטים נוספים מאזורה הדרומי של סודאן לאתיופיה ולדרום סודאן במהלך החודשים הקרובים.

להצהרות בהן נטען כי אזרחי סודאן החיים בישראל אינם פליטים אין בסיס עובדתי או חוקי. מאזרחי סודאן בישראל נמנעה הגישה להליך ה-RSD (Refugee Status Determination), שכיום נערך על ידי רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול, אשר כפופה למשרד הפנים. עד לאחרונה, נהג משרד הפנים להנפיק אשרת "שחרור בתנאים" לאזרחי סודאן לאחר ראיון זיהוי. אזרחי סודאן אשר נכנסו למדינה, נעצרו עם הגעתם, ולאחר שהשלימו את ההליך הזיהוי המתואר, הם שוחררו וקיבלו מעמד זמני בישראל.

מדיניות זו מכירה באופן מלא את הסיכונים האפשריים העשויים לעמוד בפני אזרחי סודאן עם שובם לאחר שהגישו בקשת מקלט בישראל, והיא באה לידי ביטוי בפועל בהענקת הגנה זמנית.

סודאן וישראל מחשיבות זו את זו כ"מדינת אויב". מספר תקנות בחוק הסודאני מסמנות סכנה אפשרית לאזרחי סודאן ששהו בישראל:

- החוק הפלילי מ-1991, תוקן ב-2009: סעיף 52 מציין כי מי שעובד ללא רשות, או מקיים קשרים מסחריים ואחרים עם מדינה הנחשבת על ידי סודאן כ"מדינת אויב" יהיה נתון לתקפות מאסר של 10 שנים או קנס כספי, או לשניהם.
- חוק האזרחות הסודאני מ-1994, תוקן ב-2005 ו-2011: סעיפים 10 ו-11 מציינים כי תישלל אזרחותו של אדם המשרת במדינה זרה בניגוד לחוק, ותישלל אזרחותו של אדם שהביע שנאה או חוסר נאמנות לסודאן דרך הצהרה או פעילות.
- חוק החרם על ישראל מ-1958, תוקן ב-1983, 1999 ו-2003: אוסר על עשיית עסקים, חתימה על חוזים וקיום פעילות מסחרית עם ישראל, עם מי שמחזיק באזרחות ישראלית או מתגורר בישראל או עם חברות זרות שיש להן ענפים בישראל (העונש על הפעילות הנ"ל היא מאסר ל-10 שנים, קנס כספי או שניהם).

יתרה מזאת, בין השנים 2002-2006, לפני זרם ההגירה המעורב שהחל ב-2007, המליצה הוועדה המייעצת לענייני פליטים על הענקת מעמד פליט ל-10 אזרחי סודאן בהתבסס על עקרון היסוד באמנה המצביע על דעה פוליטית מיוחסת בשל עובדת היותם אזרחיה של מדינה הנחשבת כמדינת אויב.

כעקרון, יש להימנע ממעצר מבקשי מקלט. על המעצר לשמש רק כאמצעי של מוצא אחרון, כאשר הוא קבוע בחוק, ומיושם אך ורק כאשר הוא הכרחי, הגיוני ומידתי ולמטרה לגיטימית¹. אף על פי שהאחריות על ביצוע RSD הועברה למשרד הפנים ב-2009, נציבות האו"ם לפליטים מביעה דאגה בנוגע ליכולתיו הנוכחיות של משרד הפנים, שעבודתו, במספר הבטים, עודה מצוייה בשלבי התפתחות מוקדמים. בעוד שהחלטתו של המשרד להעסיק עובדים נוספים שיערכו ראיונות הנה מבורכת, הליך גיוסם והכשרתם של חברי הצוות החדש כמו גם פיתוח מומחיות וידע אודות מדינות

¹ UNHCR Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>

המקור, אינו צפוי לארוך זמן קצר. בנוסף לכך, חשוב לציין כי למיטב ידעתינו, יחידת

ה-RSD של משרד הפנים הגישה מאז הקמתה ב-2009 רק שתי המלצות למתן מעמד פליט, עובדה המצביעה ככל הנראה על שיעור ההכרה הנמוך ביותר בקרב מדינות המערב.

החזרתם של אזרחי סודאן איננה מעלה רק אתגר לוגיסטי (בהתחשב בכך שבין ישראל לסודאן אין יחסים דיפלומטיים), אלא גם מעוררת דאגות בנוגע לסיכונים האפשריים שיעמדו בפני החוזרים לאחר ששהו ב"מדינת אויב". חזרה מרצון של מבקשי מקלט מסודאן הינה אפשרית אם תתבצע בדיסקרטיות ובתנאים המבטיחים כי ההחלטה לשוב הייתה לגמרי וולונטרית² והתקבלה ללא הפעלת לחץ, ללא איומים בגירוש, ושלא בכפייה.

בנוסף לכך, נציבות האו"ם לפליטים מביעה דאגה רבה מהחלטת משרד הפנים למנוע אשרות מסוג "שחרור בתנאים" שעד כה אפשרו גישה בלתי רשמית לתעסוקה. נציבות האו"ם לפליטים הביעה דאגה זו בפני הממשלה, תוך כדי ציון שמכיוון ומדינת ישראל אינה מאפשרת גישה לשירותים או מספקת אמצעי תמיכה כגון מזון ומגורים, מבקשי מקלט תלויים לחלוטין בגישה בלתי רשמית לשוק העבודה. עקב כך מניעת גישה ממבקשי מקלט, ביניהם גם מספר רב של נשים וילדים, לשוק התעסוקה, פוגעת ביכולתם לקיים את עצמם ועלולה לגרום למשבר הומניטרי חמור אף מעבר למצב של חוסר דיור ושליטת הכבוד האנושי, אשר מנוגדים לחובות ולאחריות המפורטים באמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951.

תודה לכם.

בברכה,

וויליאם טול,

נציג נציבות האו"ם לפליטים בישראל

עותק נוסף:

עו"ד יוכי גנסי, משרד המשפטים

עו"ד דניאל סלומון, משרד הפנים

מר דניאל מרון, משרד החוץ

עו"ד אחז בן ארי, משרד הבטחון

העתק מכתבה של נציבות האו"ם לפליטים מיום 2.10.2012 (להלן – **מכתב נציבות האו"ם לפליטים**) מצ"ב ומסומן ע/11.

על העותרים ועל האזרחים הסודנים בישראל

על העותרים והקורות אותם

16. העותרים 1-6 הם פליטים, המבקשים מקלט מדיני בישראל. להלן עיקרי הקורות אותם.

17. העותר 1 הוא בן זוגה של העותרת 2, ושניהם הוריהם של העותרים 3-5. העותר 1 נולד בשנת 1981 בחבל דארפור שבפרובליקה של סודן. העותרת 2 נולדה בשנת 1980 אף היא בדארפור.

² UNHCR Voluntary Repatriation Handbook

הם נישאו בשנת 1995. בנם ס', העותר 3, נולד בשנת 1997, ובתם ס', העותרת 4, נולדה בשנת 1999.

בשנת 2002 בשל רצח העם בדארפור נמלטו העותרים 4-1 מסודן. הוריו ואחיו של העותר 1 נהרגו. אביה, שני אחיה ואחותה של העותרת 2 נהרגו גם הם. העותרים 4-1 הגיעו לקהיר שבמצרים, ופנו למשרדי נציבות האו"ם לפליטים. הם קיבלו תעודות רישום של פליטים, ובהתאם ניתנו להם אשרות שהייה במצרים. ואולם, במצרים לא התנהל כל הליך מקלט. העותרים 1 ו-2 לא עבדו, וילדיהם לא למדו. הם המתינו משך שנים ליישוב מחדש במדינה אחרת.

בשנת 2005, כיוון שמשרדי נציבות האו"ם לפליטים חדלו לטפל בבקשות מקלט ולבדוק אותן, פרצו במצרים מהומות, שבמהלכן הרגו כוחות הביטחון המצרים פליטים רבים ועצרו מאות פליטים. היה חשש שפליטים יוחזרו לארצותיהם, ובתוך כך גם אזרחי סודן יגורשו לסודן. אף העותרים 4-1 נעצרו. העותרת 2 היתה אז בהיריון עם ילדם השלישי של בני הזוג. העותרים הוחזקו יומיים במעצר, ונחקרו באלימות ובעינויים.

בשנת 2006 נולד בנם השלישי של העותרים 1 ו-2, ר', העותר 5. העותרים 5-1 הוסיפו לשבת במצרים ללא שעניינם טופל באופן כלשהו, ללא אפשרות לעבוד, ללא מסגרת לימודית לילדים, וכשהם סובלים מגזענות ומהתנכלויות של אזרחים מצרים.

על רקע דברים אלה, הגיעו העותרים 5-1 בחודש יולי 2007 לישראל דרך סיני. עם כניסתם הודיעו להם החיילים שפגשו, שיעבירו אותם לרצועת עזה, ושמם יהיה עליהם לחזור למצרים. בסופו של דבר לא עשו זאת. העותרים 5-1 נלקחו לבאר-שבע, וממנה לרהט, ומשם לירושלים, ולאחר מכן לכפר הסטודנטים "איבים" הסמוך לשדרות, שם הוחזקו כשלושה חודשים. בהמשך לכך, באחד הימים לפנות בוקר, הגיעו כוחות ביטחון רבים ל"איבים". העותרים 5-1 נלקחו עם כל מבקשי המקלט ששהו במקום לכלא קציעות, שם הוחזקו כארבעה חודשים.

הם שוחררו בראשית שנת 2008, וקיבלו מסמכים מנציבות האו"ם לפליטים בישראל, ולפיהם הם מבקשי מקלט. העותרים 5-1 עברו להתגורר בתל-אביב, ומאז הם נמצאים בה. הילדים לומדים בבית הספר ... : העותר 3 כיום בכיתה ט', העותרת 4 בכיתה ח' והעותר 5 בכיתה א'. העותרת 2 עובדת בניקיון והעותר 1 במפעל לייצור סדינים.

לעותרים 1 ו-2 רישיונות ישיבה לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – **חוק הכניסה לישראל**), אשר מוארכים מעת לעת. במהלך השנים רואיינו העותרים 4-1 (ההורים וילדיהם) מספר פעמים על ידי נציגי משרד הפנים, ואולם הליך מקלט מעולם לא נערך להם. ביום 4.1.2012 ניתן לעותר 1 על ידי משרד הפנים זימון לצורך ריאיון והצגת מסמכים ליום 11.11.2013.

תצהירו של העותר 1 מצ"ב ומסומן ע/12.

העתקי מסמכי המקלט שניתנו לעותרים 1-5 על ידי נציבות האו"ם לפליטים בישראל מצ"ב ומסומנים ע/13.

העתק הזימון שנמסר לעותר 1 על ידי משרד הפנים מצ"ב ומסומן ע/14.

18. העותר 6 נולד בשנת 1979 בחבל קורדופן שברפובליקה של סודן. בסודן נרדף העותר 6 על ידי רשויות הביטחון בגלל התנגדותו למשטר. רשויות הביטחון עצרו אותו מספר פעמים וחקרו אותו באלימות ובעינויים.

בשנת 2001 הגיע למצרים, ופנה למשרדי נציבות האו"ם לפליטים בבקשה למקלט. העותר 6 זומן לפגישה במשרדי נציבות האו"ם לפליטים, ואולם עוד קודם שהיא נערכה הוא גורש על ידי הרשויות המצריות חזרה לסודן. מיד עם חזרתו לסודן, נעצר שוב על ידי רשויות הביטחון הסודניות ונחקר באלימות ובעינויים. לאחר ימים רבים של מעצר וחקירות שוחרר, ואולם זומן לחזור שוב ושוב לחקירות.

העותר 6 נמלט, והגיע שוב למצרים בשנת 2002. הוא שב ופנה למשרדי נציבות האו"ם לפליטים, וקיבל מסמך המאשר את פנייתו. ואולם, במשך הזמן התגברה אצלו תחושת חוסר הביטחון, והחשש שייעצר שוב ויגורש לסודן.

משום כך, בחודש נובמבר 2003 נמלט לישראל. העותר 6 נעצר עם כניסתו דרך סיני על ידי כוחות צה"ל, והועבר על ידם לרצועת עזה. ברצועה נחקר על ידי כוחות הביטחון הפלסטינים באלימות ובעינויים, שכן אלה לא הבינו מדוע הועבר לרצועה על ידי צה"ל. העותר 6 הוחזק בכלא משך למעלה משנה, ובמהלך תקופה זו נחקר שוב ושוב באלימות ובעינויים. לאחר שחרורו פעלו משך מספר חודשים נציגי הצלב האדום ונציבות האו"ם לפליטים לקבל את הסכמת ישראל או מצרים לכניסתו אליהן. העותר 6 נעצר שוב על ידי כוחות הביטחון הפלסטינים ברצועת עזה, ובחודש יוני 2005 הועבר למצרים. עם הגיעו למצרים נעצר ועבר משך ימים חקירה אלימה בחשד ששיתף פעולה עם כוחות הביטחון הישראליים.

לאחר שחרורו שב למשרדי נציבות האו"ם לפליטים, ושוב קיבל מסמך המאשר את פנייתו. ואולם, כאמור, בהמשך לכך, כיוון שמשרדי נציבות האו"ם לפליטים חדלו לטפל בבקשות מקלט ולבדוק אותן, פרצו במצרים מהומות, שבמהלכן הרגו כוחות הביטחון המצרים פליטים רבים ועצרו מאות פליטים. היה חשש שפליטים יוחזרו לארצותיהם, ובתוך כך גם אזרחי סודן יגורשו לסודן. אף העותר 6 נעצר על ידי כוחות הביטחון המצרים, ונחקר באלימות. אנשי כוחות הביטחון המצרים זרקו את הניירות שקיבל מנציבות האו"ם לפליטים, ואיימו עליו שבפעם הבאה שיתפסו אותו יגרשו אותו ממצרים.

משום כך, בחודש אוקטובר 2006 נכנס שוב לישראל דרך סיני. העותר 6 נעצר, והוחזק בכלא משך שמונה חודשים. בחודש מאי 2007 שוחרר לעבודה במלון באילת. בהמשך, קיבל מסמך הגנה מנציבות האו"ם לפליטים בישראל, ולפיו הוא מבקש מקלט ועניינו בבדיקה. העותר 6 עבר להתגורר בתל-אביב, וזולת משך מספר חודשים, בתקופה בה הוחלה מדיניות האוסרת על מבקשי מקלט לשהות בתחום שבין הישובים חדרה וגדרה, הוא מתגורר בה. העותר 6 עובד בעבודות מזדמנות.

לעותר 6 רישיון ישיבה לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, אשר מוארך מעת לעת. במהלך השנים רואיין מספר פעמים על ידי נציגי משרד הפנים, ואולם הליך מקלט מעולם לא נערך לו.

תצהירו של העותר 6 מצ"ב ומסומן ע/15.

העתק מסמך המקלט שניתן לעותר 6 על ידי נציבות האו"ם לפליטים בישראל מצ"ב ומסומן ע/16.

19. העותרים 7-11 הם חמש עמותות, הפועלות להגנה על זכויות האדם. **האגודה לזכויות האזרח בישראל** עוסקת בהגנה על כל קשת זכויות האדם, ומקדישה נפח מפעילותה גם להגנה על זכויות אדם בהקשרים של הגירה ומעמד בישראל. **מוקד סיוע לעובדים זרים** שם לו למטרה להגן על זכויות האדם של מהגרי עבודה, מבקשי מקלט ופליטים, ולמנוע סחר בבני אדם. **עמותת א.ס.ף** (ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל) מספקת שירותים פסיכו-סוציאליים למבקשי מקלט ולפליטים, ופועלת להגנה על זכויותיהם. **המרכז לקידום פליטים אפריקאים** (ARDC) נוסד על ידי פליטים ואזרחים ישראלים כדי לסייע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל, והיא פועלת לתמוך בהם ולהעצימם. **עמותת קו לעובד** מסייעת לעובדים המקופחים והמנוצלים ביותר במשק, ובהם למהגרי עבודה ולמבקשי מקלט.

עוד על מבקשי המקלט הסודנים בישראל

20. מאז שנת 2005, ובאופן משמעותי מאז שנת 2007, נכנסו לישראל מבקשי מקלט במספרים גבוהים בהרבה מאלה שישראל היתה מורגלת אליהם בעבר. הרוב המכריע של מבקשי המקלט אשר נכנסו לישראל בשנים האחרונות הינם אזרחים או תושבים של שתי מדינות: אריתריאה וסודן. על פי הנתונים האחרונים שפרסמה רשות האוכלוסין וההגירה בחודש אוגוסט 2012, נכון לסוף חודש יוני 2012 עמד מספרם של מבקשי המקלט הסודנים בישראל על 15,210 בני אדם, שהם 26% מתוך כלל מבקשי המקלט שנכנסו דרך גבול ישראל-מצרים (יש להניח כי נתונים אלה כוללים גם מבקשי מקלט מהרפובליקה של דרום סודן, שגורשו מאז מישראל).

העתק מסמך נתוני "מסתננים" שפרסמה רשות האוכלוסין וההגירה בחודש אוגוסט 2012, מצ"ב ומסומן ע/17.

21. חוסר היכולת המשפטית של ישראל לפעול להרחקתם של מבקשי המקלט הסודנים משטחה נובע, בראש ובראשונה, מעקרון ה-Non-refoulement, הקבוע בסעיף 33 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים (כ"א 65) (להלן – **אמנת הפליטים**), ובסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (כ"א 1039) (להלן – **האמנה נגד עינויים**). הכלל היסודי העומד בלב אמנת הפליטים (שכידוע, באה לעולם בעקבות הלקחים הנוראים שנלמדו ממלחמת העולם השנייה, ובעיקר משואת היהודים שהתחוללה במהלכה) הוא עקרון איסור הגירוש או ההחזרה. על פי עקרון זה, שום מדינה מבעלות האמנה לא תגרש ולא תחזיר ("refouler") פליט באיזו צורה שהיא אל גבולות הארצות שבהן יהיו חיי או חירותו בסכנה מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת. עקרון זה אומץ בהמשך גם באמנה נגד עינויים ביחס למי שקיים יסוד מהותי להאמין, כי הוא נתון בסכנת העמדה בפני עינויים. חשיבותו של עקרון ה-Non Refoulement חרגה כבר מזמן מתחום אמנת הפליטים ואמנת העינויים, והוא מוכר כיום כחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי. עקרון זה מוכר גם כחלק מן המשפט החוקתי הישראלי, והוא חל לא רק על מי שעומד בתנאי אמנת הפליטים:

"כל סמכות שלטונית - לרבות סמכות הגירוש על-פי חוק הכניסה לישראל - צריכה להיות מופעלת על בסיס ההכרה 'בערך האדם', בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין...'
(סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). זהו העיקרון הגדול של ה-Non-refoulement, לפיו אין לגרש אדם למקום שבו יועמדו חייו או חירותו בסכנה. עקרון זה מעוגן בסעיף 33 לאמנת הפליטים. הוא מהווה חלק מהחקיקה הפנימית של מדינות רבות, הקולטות את הוראות האמנה, או המסדירות את הדבר בנפרד. הוא עיקרון כללי, שאינו מוגבל אך 'לפליטים'. הוא חל בישראל על כל סמכות שלטונית שעניינה גירוש אדם מישראל." (בג"ץ 4702/94 אל טאיי נגד שר הפנים, פ"ד מט(3) 846, 848 (1995) (להלן – **עניין אל טאיי**)).

22. רבים ממבקשי המקלט הסודנים אשר נכנסו לישראל בשנים האחרונות הינם תושבים לשעבר של חבל דארפור, אשר נרדפו על ידי השלטון הסודני ומשתפי הפעולה מטעמו (כנופיות הג'ינג'ויד) בגין השתייכותם האתנית. אנשים אלה הינם קרבנות רצח עם, אשר עברו את הנוראות שבחוויות. בגין רדיפה זו הוציא בית הדין הפלילי הבינלאומי (ה-ICC) צו מעצר בינלאומי נגד נשיא סודן, עומר אל-בשיר, באשמת רצח עם (גי'נוסייד), וזאת בנוסף להוצאת צווי מעצר נגד בכירים בממשל הסודני. קבוצות נוספות של מבקשי מקלט מגיעות מאזורים אחרים בסודן (למשל, מאזור הרי הנובה או מחבל קורדופן). אזורים אלה מותקפים על ידי השלטון הסודני, הפועל בעשורים האחרונים לדכא באלימות – בין היתר בירי פגזים מן האוויר, בהרס כפרים ובמעצר מאות אלפים – כל מה שנדמה בעיניו כאפשרות למרי. אחרים נמלטים מסודן בשל רדיפתם על רקע דתם או השתייכותם לקבוצות אתניות מסוימות (ר' עוד: **מכתב נציבות האו"ם לפליטים**).

23. על הרקע המתואר לעיל, רבים מהאזרחים הסודנים אשר נכנסו לישראל הינם בבחינת פליטים על פי ההגדרה המשפטית של "פליט" באמנת הפליטים, ועל כן חל איסור על גירושם מישראל. לקושי המשפטי להחזיר את הפליטים הסודנים מצטרפים קושי מעשי וקושי משפטי נוסף. כאמור **במכתב נציבות האו"ם לפליטים**, ישראל וסודן עוינות זו לזו, ויש המכנים אותן אף "מדינות אויב". אין ביניהן יחסים דיפלומטיים. משום כך, אין אפשרות מעשית להחזיר אזרחים סודנים מישראל לסודן. לכך מצטרף, כאמור, קושי משפטי נוסף: משום העוינות בין המדינות, עצם שהותם של מבקשי המקלט הסודנים בישראל מעמידה את שלומם בסכנה אם יוחזרו לסודן. **במכתב נציבות האו"ם לפליטים** מובאים מספר דברי חקיקה של הרפובליקה של סודן המלמדים על סכנה זו. לכך מצטרפות הצהרות גורמים רשמיים בממשלת סודן. בחודש יולי 2007 הודיע שר הפנים הסודני שפליטים סודנים ששהו בישראל יענשו. נציב הפליטים של ממשלת סודן אמר סמוך לכך, שהפליטים הסודנים בישראל מבקשים להוציא לפועל "סדר יום ציוני" נגד סודן, והאיץ ברשויות המצריות להעניש בחומרה פליטים סודנים, המנסים להיכנס לישראל דרך מצרים. בחודש ספטמבר אותה שנה הצהיר שר החוץ הסודני, ששהייה בישראל הינה פשע.

ר' בעניין זה: **דיווח IRIN** (humanitarian news and analysis - a service of the UN)

(Office for the Coordination of Humanitarian Affairs) מיום 9.7.2007:

www.irinnews.org/Report/73146/ISRAEL-SUDAN-Sudanese-asylum-seekers-take-long-bus-ride-to-find-bed-for-night

דיווח נציבות האו"ם לפליטים מיום 29.10.2007:

www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refdaily?pass=463ef21123&date=2007-10-30&cat=MENA

דיווח Human Rights Watch מיום 3.11.2007:

www.hrw.org/en/news/2007/11/02/egypt-do-not-return-detained-sudanese

24. נציבות האו"ם לפליטים הדגישה בפני רשויות המדינה עוד בשנת 2008, כי גירוש סודנים לסודן אסור מכל וכל. כאשר מפקד משטרת ההגירה הודיע ביום 27.2.2008 על מבצע למעצר ולהרחקה של "מסתננים", כתב לו מר מיכאל בבלי מן הנציבות בבהילות עוד באותו היום – ויידע בדברים גם את משרד ראש הממשלה, משרד החוץ, משרד הפנים והמשרד לביטחון פנים – כדלקמן:

"הרחקת סודנים לסודן תהווה את הפגיעה החמורה ביותר באמנה עליה חתומה ישראל – פשע שמעולם לא בוצע."

העתק מכתבה של נציבות האו"ם לפליטים מיום 27.2.2008 מצ"ב ומסומן ע/18.

25. ואכן, המשיב מכיר בקושי לגרש את אזרחי סודן מישראל, ואף הציגו בפני בתי המשפט בהליכים בעניינם של מבקשי מקלט. כך, למשל, נטען על ידי המשיב בתגובה משלימה שהגיש ביום 29.4.2010 לעתירה בבית המשפט לעניינים מינהליים מרכז :

"מדיניות זו של אי החזרת נתינים מסודן שהסתננו לישראל למדינת מוצאם, נובעת מן העובדה שסודן וישראל הינן מדינות עוינות, כך שנתין סודן שכף רגלו דרכה בישראל, אינו יכול לחזור למדינתו, מחשש לחייו, לטענתו."

העתקי העמודים הרלוונטיים מתוך תגובה משלימה מטעם המדינה לעת"ם 31808-03-10 מיום 29.4.2010 (סעיף 5) מצ"ב ומסומנים ע/19.

26. גם מנכ"ל משרד ראש הממשלה, מר הראל לוקר, הבהיר את הדברים ביחס לגירושם של אזרחי סודן מישראל וזאת ביום 28.5.2012 בריאיון ברשת ב' (המראיית היא קרן נויבך) :

קרן נויבך : "שר הפנים אלי ישי שבסמכות משרדו לכאורה לקבוע מי יכנס מי לא יכנס לישראל, ותקן אותי אם אני טועה גם מי יגורש, קורא פעם אחר פעם בשבועות האחרונים לגרש את מבקשי המקלט או המסתננים מאפריקה. אם זאת אכן עמדת משרדו, למה בעצם ישראל לא מגרשת אותם?"

הראל לוקר : "מתוך 62 אלף מסתננים קודם כל מרביתם מצפון סודן ואריתריאה. למדינות האלה אי אפשר להרחיק מסתננים לגרש, מכיוון שצפויה להם שם סכנת חיים, וישראל חתומה על אמנות בינלאומיות, ושני תנאים מצטברים כדי להרחיק מסתננים, אחד שהמדינה תסכים לקלוט אותם, ושתיים שאין שם סכנת חיים. ככה שלגבי שתי המדינות האלה אנחנו לא יכולים יום בהיר אחד לנחות שם עם מטוסים ולהפך את הריבונות שלהם. צפון סודן זה גם מדינת אויב, ולהוציא מסתננים שם חזרה."

קרן נויבך : "כלומר בעצם מה שאתה אומר לנו, שכל מי שבא וקורא לגרש כולל שרים בממשלה עם ידע אני מניחה סביר לגבי החוק מאחז עיניים באיזה שהוא מקום זה לא ישים בכלל."

הראל לוקר : "אני."

קרן נויבך : "אתה לא תשתמש במילה מאחז עיניים."

הראל לוקר : "אני עובד ציבור ואני לא רוצה להתייחס לפוליטיקאים."

בהמשך הריאיון חזר מר לוקר על הדברים :

הראל לוקר : "[...] הגרעין הקשה זה צפון סודנים ואריתראים, משהו כמו יש עשרות אלפים, אבל איתם זה יותר בעיה, כי אל"ף כמו שאמרתי... צריך מדינה שתסכים לקלוט אותם, ואותה מדינה צריכה לערוב לביטחונם. זה לא המצב לצערי כיום בדרום [צ"ל: צפון] סודן שהיא מוגדרת מדינת אויב של ישראל וגם לא באריתריאה."

העתק תמליל הריאיון עם מר הראל לוקר מיום 28.5.2012 מצ"ב ומסומן ע/20.

27. להשלמת התמונה ביחס למבקשי המקלט יש להזכיר, כי בשנים האחרונות רבים מהם מוחזקים בדרכם לישראל במחנות זוועה בסיני כבני ערובה בידי מבריחים. הם קורבנות לכליאה, לעינויים, להרעבה, לאלמוות קיצונית, לאונס ולתקיפות מיניות, לקציר איברים, לעושק ולסחיטה. יש בהם שאינם שורדים, ויש שנרצחים על ידי המבריחים. כל זאת, במשך שבועות ואף חודשים בהמתנה להעברת כספים נוספים שדורשים המבריחים תמורת העברתם לישראל. לא זו בלבד שכוחות הביטחון המצרים אינם פועלים למגר את התופעה, אלא רבים ממבקשי המקלט נופלים לאחר שחרורם מן המחנות ובדרכם האחרונה לישראל קורבנות לאלמוות, לאונס, לירי ולהרג מצד הכוחות המצריים.

ר': **מתי מדבר – עדויות ממדבר סיני** (מוקד סיוע לעובדים זרים, פברואר 2011):

[www.hotline.org.il/hebrew/pdf/Testimonies from sinay 122010 heb.pdf](http://www.hotline.org.il/hebrew/pdf/Testimonies%20from%20sinay%20122010%20heb.pdf)

שבי, עינויים ואונס במדבר (רופאים לזכויות אדם, פברואר 2011):

www.phr.org.il/uploaded/Phr-israel-Sinai-Report-Hebrew-23.2.2011.pdf

סכנות בסיני – הסכנות האורבות למהגרים, פליטים ומבקשי מקלט במצרים ובישראל

(Human Rights Watch, נובמבר 2008) (להלן – דו"ח HRW, 2008):

www.hrw.org/sites/default/files/related_material/egypt1108heweb_0.pdf

28. אף על פי שמבקשי המקלט שנמצאים בישראל אינם מוחזרים, ככלל, לסודן, הרי שלא מבוצעים בעניינם כל הליכים להכרה במעמדם על פי אמנת הפליטים (הליכי RSD - Refugee Status Determination) (ר': **מכתב נציבות האו"ם לפליטים**). תחת בחינת בקשות המקלט, והקניית מעמד בישראל למי שזכאים לכך, מדינת ישראל מוציאה צווי גירוש וצווי מעצר למבקשי המקלט (פעולות המנוגדות לאיסור הקבוע בסעיף 31 לאמנת הפליטים על הטלת סנקציות על פליטים בגין כניסה שלא כדין), ומזה מספר שנים, עם שחרורם מן הכלא בתנאים, נותנת בידיהם רישיונות ישיבה עתיים לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל.

29. סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל קובע ששר הפנים רשאי לתת "רישיון זמני לישיבת ביקור למי שנמצא בישראל בלי רישיון ישיבה וניתן עליו צו הרחקה – עד ליציאתו מישראל או הרחקתו ממנה". סעיף 13(ד) לחוק הכניסה לישראל מצווה, כי הרישיון יינתן לכל מי ששוחרר בערובה. מי שמחזיק ברישיון זה הוא שוהה כדין בישראל. כדברי השופטת מ' נאור בע"מ 223/04 **דקואה נ' משרד הפנים, ממונה ביקורת הגבולות**, פ"ד נח(3) 354, 369 (2004):

"ככלל, שוהה שלא כדין ששוחרר בערובה ממשמורת, הופך לשוהה **כדין** לתקופת השחרור בערובה. סעיף 13(ד) מורה, כי:

"שוהה שלא כדין ששוחרר בערובה ממשמורת ייתן לו שר הפנים **רישיון זמני לישיבת ביקור** לפי סעיף 2(א)(5) לתקופת השחרור בערובה; תוקף הרישיון הזמני כאמור מותנה בקיום התנאים לשחרור בערובה" (ההדגשה שלי – מ' נ').

על-אף הניסוח המסורבל העולה מן הסעיף הוא ששוהה ששוחרר בערובה הוא שוהה כדין לתקופת הרישיון הזמני." (ההדגשות במקור).

30. מבקשי המקלט אמנם שוהים כדין, ואולם על גבי רישיונות הישיבה שלהם מצויין, כי הם אינם רשאים לעבוד בישראל, ולמי שמבקשים להעסיקם לא ניתנים היתרים. עם זאת, במענה לעתירה לבג"ץ מסרה המדינה התחייבות שלא לבצע פעולות אכיפה נגד מעסיקים של מבקשי מקלט. התחייבות זו עוגנה בפסק הדין (ר': בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' ממשלת ישראל, פסק דין מיום 16.1.2011).

31. מדיניות זו ביחס למבקשי המקלט הסודנים מכונה על ידי הרשויות "הגנה זמנית קבוצתית". על החלתה של "הגנה זמנית קבוצתית" על אזרחי סודן ר':

א. תגובת המדינה לבג"ץ 7302/07 מיום 17.9.2009 (סעיפים 60-65). העתקי העמודים הרלוונטיים מתוך התגובה מצ"ב ומסומנים ע/21.

ב. תגובת המדינה לעת"ס 31808-03-10 מיום 14.4.2010 (סעיף 41). העתקי העמודים הרלוונטיים מתוך התגובה מצ"ב ומסומנים ע/22.

ג. מכתבו של מר חיים אפריים, מנהל יחידת RSD ביחידת הטיפול במבקשי מקלט ברשות האוכלוסין וההגירה, למוקד סיוע לעובדים זרים מיום 10.12.2009 (סעיף 2). העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/23.

ד. מכתבה של גב' הדר וייס, מתאמת ועדת הפליטים ביחידת הטיפול במבקשי מקלט ברשות האוכלוסין וההגירה, למוקד סיוע לעובדים זרים מיום 10.6.2010. העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/24.

ה. מכתבו של מר אמנון בן עמי, מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה, לאגודה לזכויות האזרח בישראל, לקו לעובד ולמוקד סיוע לעובדים זרים מיום 2.1.2011 (פסקה רביעית ופסקה חמישית). העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/25.*

32. המכניזם של "הגנה זמנית" (Temporary Protection) הינו דרך פרגמטית של מדינות להתמודד עם הגעה של מספרים גדולים מאוד של מבקשי מקלט באופן בלתי צפוי ותוך זמן קצר לשטח מדינת המקלט. הפניה למנגנון של "הגנה זמנית" הינה בדרך כלל בנסיבות בהן בדיקה אינדיבידואלית של כל בקשת מקלט תוביל לקריסת מערכת ה-RSD המקומית (ר': Guy Goodwin-Gill and Jane McAdam *The Refugee in International Law* (3rd

* לאחרונה מתעקש המשיב שלא לכנות עוד את מדיניותו "הגנה זמנית" או "קבוצתית" (לאחר שכאמור במשך שנים גורמים בכירים במשרד המשפטים וברשות האוכלוסין וההגירה דווקא השתמשו במונח זה), אלא לכנותה בשם "מדיניות אי החזרה". אולם דומה ששאלת הכותרת, בה מוכתרת מדיניות זו, אינה רלוונטית. השורה התחתונה היא שמזה לפחות שבע שנים, מדינת ישראל אינה מגרשת איש לסודן. זאת, בין שתכנה את המדיניות החלה כמדיניות "אי החזרה", "הגנה זמנית" או "הגנה קבוצתית". ר' עוד בעניין זה: **מכתב נציבות האו"ם לפליטים**.

335 (edition), והיא נועדה להוות פתרון מיידי ומוגבל בזמן להתמודדות עם מצב חירום. בנוסף, מנגנון של "הגנה זמנית" מיושם לעיתים ביחס לאנשים המבקשים מקלט מסיבות אשר חרף היותן הומניטאריות, אינן מזכות אדם במעמד פליט על פי אמנת הפליטים, כגון: עזיבת מדינת המוצא עקב אסון טבע, או אלימות כללית וכיו"ב (בנסיבות אלה נהוג לעיתים לכנות מנגנון זה בשם "הגנה משלימה" (Complementary Protection)) (עוד על "הגנה זמנית" ר': עע"ם 8908/11 **אספו נ' משרד הפנים**, פסק דין מיום 17.7.2012, סעיפים 35-49 לפסק הדין (להלן – **עניין אספו**)).

33. רשות האוכלוסין וההגירה, במסגרתה פועלת היחידה לטיפול במבקשי מקלט, מנמקת את החלטתה שלא לבחון בקשות מקלט של אזרחים סודנים (ואריתראים) כעניין של כמות ו"תיעדוף". לשיטת הרשות, היא מעדיפה לבחון בקשות מקלט של מי שאפשר לגרשו מישראל, וכיוון שסודנים (ואריתראים) הם רבים ואינם בני גירוש – בחינת בקשות המקלט שלהם אינה בראש סדר העדיפויות. כדברי מר אמנון בן עמי, מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה, ביום 2.1.2012 בדיון בוועדת העובדים הזרים של הכנסת:

"אנחנו קודם כל מבצעים בדיקות על אלה שניתן להרחיק אותם."

ר': www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/zarim/2012-01-02.rtf

הוסיף על כך מר יוסי אדלשטיין, ראש מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה, בדיון שהתקיים בוועדת העובדים הזרים ביום 9.1.2012:

"אני לא מסוגל לטפל ב-50,000 מסתננים שיבואו ויגידו לי: עכשיו אני רוצה בקשה פרטנית. יש תעדוף שאנחנו עושים. [...] יש סדר עדיפויות. אני אחראי על היחידה הזאת, ואני קובע את סדרי העדיפויות. אני צריך לקבל החלטה את מי אני בודק היום, אחד שאני יכול לבדוק ולטפל בו, או אחד שבלאו הכי אין לי מה לעשות אתו בכלל."

ר': www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/zarim/2012-01-09.rtf

34. מפעם לפעם טוען המשיב, כי רוב אזרחי סודן (ואריתראים) כלל לא הגישו בקשות להכיר בהם כפליטים. אולם, חשוב להדגיש כי עד היום המשיב כלל לא איפשר לאזרחי סודן (ואריתראים) להגיש בקשות פרטניות להכיר בהם כפליטים, וזאת נוכח מדיניות "ההגנה הקבוצתית הזמנית". למעשה, אין כיום כל טעם בהגשת בקשת מקלט מטעמים של אזרחי סודן, שכן אלה כלל לא תיבדקנה. בית המשפט העליון עמד על כך ביחס לאזרחי אריתראים, והדברים נכונים אף לאזרחי סודן:

"בהתאם למדיניות הנוהגת ביחס לאזרחי אריתראים, אפילו היה המערער מגיש בקשת מקלט פרטנית [...] – זו לא הייתה נבחנת." (עניין **אספו**, סעיף 15 לפסק הדין).

35. אף בית המשפט לעניינים מינהליים באותו עניין (שנדון לאחר מכן בערעור בעניין **אספו**) עמד על הדברים :

"בהשלמת הטיעון שבקשתי מן הצדדים, ציינה ב"כ המשיב כי אין כל מניעה שהנהנים ממדיניות אי-ההרחקה יגישו בקשות פרטניות למקלט מדיני מכח אמנת הפליטים. אלא שהפרקטיקה מלמדת אחרת: כאשר יוצאי מדינות אלה מגיעים לגבולות ישראל הם נחקרים קצרות ומוסרים את שם מדינת נתינותם. אם מדובר בנתיני המדינות האמורות לעיל, מופסק הטיפול בהם כפליטים וניתן להם מעמד של מי שנהנים ממדיניות אי-ההרחקה. למעשה, המשיב אינו מאפשר לאותם אנשים לטעון את טענותיהם ומפנה אותם למסלול המיוחד של מדיניות אי-ההרחקה. עניין זה עלה לא פעם בדיונים שנערכו לפני והמשיב הסכים אז שזה אכן המצב לאשורו. לפיכך, הטענה שעלתה בהשלמת הטיעון של ב"כ המשיב הינה בלתי נכונה עובדתית ואני סבור שלא מן הראוי היה להעלותה כאשר המשיב הצהיר בעבר לא אחת כי המצב הוא הפוך." (עת"ם (מרכז) 57162-01-11 **אספו נ' משרד הפנים**, פסק דין מיום 2.11.2011, סעיף 4 לפסק הדין).

36. בהימנעות מבחינת בקשות המקלט נוצר מצב בעייתי, בו מבקש מקלט מכל מדינה שאינה סודן (או אריתריאה) עובר ראיון מעמיק, והליך בדיקה של זכאותו למעמד פליט (RSD) (עד ליום 1.7.2009 על-ידי הנציגות בישראל של נציבות האו"ם לפליטים, ומאז – על-ידי היחידה לטיפול במבקשי מקלט של רשות האוכלוסין וההגירה), בעוד שמבקש מקלט מסודן (או מאריתריאה) מצוי במעין ריק (limbo) משפטי. הבקשות למקלט אינן נבחנות וגם מבקשי מקלט ששוהים בישראל כבר יותר משבע שנים עדיין נמצאים בארץ, כשצווי הרחקה שאינם בני ביצוע תלויים ועומדים נגדם, ועתידם לוט בערפל.*

37. תוצאה קשה זו חותרת תחת חובותיה של ישראל לפי אמנת הפליטים ישראל (ראו בעניין זה: החלטה מספר 8(d) של הוועדה המנהלת (Executive Committee) (להלן - **ExCom**) של נציבות האו"ם לפליטים משנת 1977). יתרה מזו, מדינת ישראל אינה רשאית, באמצעות מחדלה, למנוע מאותם אנשים זכויות שהם זכאים להן על פי אמנת הפליטים. פרופסור גיימס האת'ווי, מבכירי המומחים לדיני פליטים בעולם, כותב מפורשות, שמדינה הנמנעת מבדיקת בקשות המקלט, מחויבת להעניק למבקשי המקלט את כלל הזכויות אשר פליטים זכאים להן על פי האמנה. היא מושתקת מלטעון שאותם אנשים אינם פליטים (או שאינם פליטים "השוהים בשטחה בהיתר"). להלן דבריו בתרגום חופשי לעברית:

"בבחירה להצטרף לאמנה כחברה, מדינה מפגינה את נכונותה להעניק זכויות לפליטים המגיעים לשטח שיפוט. מדינה שרוצה להגן על עצמה מפני האפשרות של קבלת בקשות למקלט שאינן-אמיתיות, חופשייה להנהיג פרוצדורה לברר את מעמד הפליט של מי שמבקשים את הגנתה. אך אם מדינה בוחרת שלא לבחון את מעמדם

* יוצאים מן הכלל מבחינה זו הם כ-600 מבקשי מקלט מדארפור שבחודש ספטמבר 2007 החליט ראש הממשלה דאז, מר אהוד אולמרט, להקנות להם רישיונות ישיבה ארעיים בישראל. החלטה זו הוחלה ללא בדיקה אינדיבידואלית של בקשות המקלט, אלא על קבוצה של אזרחים סודנים מדארפור, ששהו באותה עת בישראל. היא לא הוחלה על מבקשי מקלט שבאו לישראל סמוך לאותה תקופה (כמו העותרים 1-5), ועל מבקשי מקלט שהגיעו לאחר מכן.

של אנשים הטוענים שהם פליטים על פי האמנה, יש לראותה כמי שקיבלה את תביעתם של מבקשי המקלט לזכאות לזכויות של פליט, ולכן עליה להעניק להם מיד את אותן זכויות שהאמנה מגדירה... הטעם לדבר הוא שהאמנה אינה מחייבת באופן פורמלי את המדינות לבחון מעמד פליט, יחד עם זאת, האמנה אינה מתירה למדינות לשלול זכויות מאנשים שהם בפועל פליטים על בסיס אי-בחינת מעמדם. (James C. Hathaway *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge University Press, 2005) 184-185 (להלן – Hathaway)).

38. בהקשר זה חשוב להקדים ולהשיב לשתי טענות הנשמעות תדיר מפי נציגי הרשויות, ותישמענה אף במענה לעתירה זו. על פי הטענה הראשונה, אין מדובר כלל בפליטים, כי אם במהגרי עבודה, ומשום כך לדיני הפליטים אין כל תחולה לענייננו. על פי הטענה השנייה, אפילו היה מדובר בפליטים, הרי שישראל פטורה מבחינת בקשות המקלט שלהם, שכן אינה "המדינה הראשונה" אליה נמלטו. לשתי טענות אלה אין יסוד, ונבקש להשיב להן בקצרה.

פליטים ולא מהגרי עבודה

39. לטענה, כי אין מדובר בפליטים, אלא במהגרי עבודה "אין בסיס עובדתי או חוקי", כאמור **במכתב נציבות האו"ם לפליטים**. אילו בחנו הרשויות את בקשות המקלט של אזרחי סודן, יש להניח שהיו מגלות, כי רבים מהם אכן פליטים, כהגדרתו של מונח זה באמנת הפליטים. כך באשר לרבים מן האזרחים הסודנים, וכך במיוחד באשר לבאים מחבל דארפור שבסודן. בית המשפט העליון התייחס לכך בפסק דינו שעסק במדיניות "ההחזרה החמה" של הנכנסים דרך גבול הדרום מישראל למצרים:

"במועד הגשת העתירה הבעיה שהועלתה במסגרתה העצימה והחרפה נוכח העובדה כי באותה העת היו רבים מבין הבאים דרך הגבול הדרומי אזרחים סודנים, חלקם מפליטי דרפור. לגבי האחרונים לא היה חולק כי הם זכאים למקלט." (בג"ץ 7302/07 **מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון**, פסק דין מיום 7.7.2011, סעיף 5 לפסק הדין).

40. מנתונים, שפורסמו בדו"ח הסטטיסטי של נציבות האו"ם לפליטים בחודש מאי 2012, עולה כי בשנת 2011 הוכרו ברחבי העולם באופן אינדיבידואלי כפליטים לפי אמנת הפליטים 71.3% ממבקשי המקלט מסודן. נוסף על שיעורי ההכרה הנ"ל במבקשי מקלט כפליטים לפי אמנת הפליטים, עולה מנתוני הנציבות, כי במדינות רבות, רבים מאלה שאינם עומדים בתנאי האמנה זוכים ל"הגנה משלימה" (complementary protection) מפני שנשקפת סכנה לחייהם אם יגורשו, אך לא על רקע אחד מן הטעמים המוזכרים בהכרה לפי אמנת הפליטים. מן המסמך עולה, כי כאשר מצרפים לפליטים שהוכרו את מי שהוכרו כזכאים ל"הגנה משלימה", עומדים שיעורי ההכרה העולמיים בסודנים על 74.4%.

ר': טבלה 11 לדו"ח הסטטיסטי של נציבות האו"ם לפליטים לשנת 2011:

www.unhcr.org/globaltrends/2011-GlobalTrends-annex-tables.zip

41. נתונים אלה אינם כוללים את הפליטים, שהוזמנו על ידי המדינות השונות במסגרת פרויקטים של "יישוב מחדש" (resettlement) (שדומים להם כלל אינם קיימים בישראל), אלא רק את מי שהגישו בקשות למקלט לאחר הגעתם למדינות אלה. יש להדגיש, כי לרבות מן המדינות השונות המעניקות מקלט לסודנים, ממש כמו לישראל, אין גבול משותף עם סודן, ועל כן מדובר, ככלל, במי שהגיעו אל מדינת המקלט דרך מדינות אחרות, והוכרו כפליטים במדינות היעד.

42. לא זו בלבד שבקשות המקלט של מבקשי המקלט הסודנים (והאריתראים) בישראל אינן נבחנות כלל. השאלה היחידה אותה נשאל כל מבקש מקלט בעת מעצרו לאחר כניסתו לארץ אודות נסיבות הגעתו לישראל הינה "מדוע באת?". רבים משיבים לכך, כי הם מבקשים להשתחרר ולעבוד למחייתם. ואולם, השאלה "מדוע באת?" אינה בוחנת האמנם קיימת עילת מקלט. השאלות הרלוונטיות בהקשר זה הינן: "מדוע עזבת את ארצך, ומה יארע לך אם תוחזר אליה?". לו היו נשאלות שאלות אלה, היו התשובות מלמדות על כך, שרבים מאוד הינם פליטים.

43. יתרה מזו, הנתונים בדבר שיעורי ההכרה המזעריים בפליטים במדינת ישראל (פליטים שאינם סודנים ואריתראים ואשר בקשות המקלט שלהם נבחנות לגופן), אינם מלמדים על כך שרוב מבקשי המקלט אינם פליטים "אמיתיים", אלא על כך שקיימת בעיה חמורה במנגנון בחינת בקשות המקלט בישראל. נתוני ההכרה בפליטים בישראל מהווים תעודת עניות למערכת המקלט, ולא למבקשי המקלט, וזאת במיוחד בהשוואה בין שיעורי ההכרה בפליטים בישראל לעומת שיעורי ההכרה במדינות מערביות אחרות. אפילו במדינות בעלות שיעורי ההכרה הנמוכים יותר בעולם המערבי, שיעורי ההכרה גדולים פי עשרות רבות משיעור ההכרה בישראל. על פי נתונים שמסר משרד הפנים במסגרת התדיינויות משפטיות, בשנת 2009 נדונו 812 בקשות מקלט והוכרו רק שני מבקשי מקלט כפליטים (שיעור הכרה של 0.24%). בשנת 2010 נדונו 3,366 בקשות למקלט, והוכרו רק שישה מבקשי מקלט כפליטים (שיעור הכרה של 0.17%). מאז קיבלה על עצמה רשות האוכלוסין וההגירה לבחון בעצמה בקשות מקלט לפני למעלה משלוש שנים, בחודש יולי 2009, ניתנו על ידה שתי המלצות בלבד להכרה במבקשי מקלט כפליטים, "עובדה המצביעה ככל הנראה על שיעור ההכרה הנמוך ביותר בקרב מדינות המערב", כאמור **במכתב נציבות האו"ם לפליטים**. יצוין, כי מבין שתי ההמלצות החיוביות שניתנו על ידי רשות האוכלוסין וההגירה רק המלצה אחת נתקבלה על ידי הוועדה המייעצת לשר הפנים, ואושרה על ידו, ואילו השנייה – נדחתה.

44. בפסק דין עקרוני, שניתן בחודש ינואר 2011 על ידי ההרכב המלא של בית הדין האירופי לזכויות אדם (Grand Chamber) נפסק, כי מערכת המקלט של יוון אינה עומדת בסטנדרטים שמחייב הדין הבינלאומי (M.S.S. v. Belgium and Greece, Application no. 30696/09, (p. 105 (21 January, 2011) (להלן – **פרשת בלגיה ויוון**)). אחד הנימוקים היה העובדה

שפחות מ-1% מבקשות המקלט מתקבלות. אחוז הכרה נמוך מאוד זה (הן בכלל והן ביחס למדינות המערב האחרות) מצביע, כדברי בית המשפט, על חשד כי מדובר במערכת "לא הוגנת ומשפילה". הנתונים בישראל נמוכים אף מביוון.

45. חשוב להדגיש, כי אפילו הייתה נערכת בחינה אינדיבידואלית לגבי השאלה האם אזרחי סודן (ואריתריאה) שבישראל עומדים בתנאי אמנת הפליטים, ואפילו היו נדחות בקשותיהם למקלט, לא היה בכך בהכרח כדי להביא לקיומה של אפשרות משפטית לגרשם. עמד על כך בית המשפט העליון בעניין **אספו** :

"חשוב לציין בהקשר זה, כי דחיית בקשה פרטנית של המערער להכרה כפליט לפי אמנת הפליטים (אם כך יוחלט), אין משמעה בהכרח שלילת ההגנה שמוענקת לו והרחקתו מישראל. ההגנה שמקנה אמנת הפליטים איננה ההגנה היחידה מפני הרחקה למדינת המוצא, שכן מכוח העיקרון הכללי של Non-Refoulement, מדינת ישראל איננה מרחיקה אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו." (סעיף 19 לפסק דינו של השופט ע' פולגמן).

וכן :

"ברצוני להוסיף שלגבי ידידי – אין בדחיית בקשה פרטנית להכרה במעמד של פליט לפי אמנת הפליטים כדי למנוע ממי שנהנה מימדיניות אי-ההרחקה הזמנית להמשיך וליהנות ממדיניות זו, כל עוד היא קיימת וחלה לגביו. זאת בצד האמור בפסקה 19 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פולגמן ביחס לתחולתן האפשרית של הגנות משלימות נוספות מכוח העיקרון של Non-Refoulement." (שם, הערתו של השופט ח' מלצר).

ישראל היא מדינת המקלט

46. פליטים סודנים רבים, שהגיעו לישראל בשנים האחרונות, עשו זאת לאחר שנים של ישיבה במצרים, לאחר שנואשו מכך שעניינם יטופל, חשו לכודים במצרים, התקשו לשרוד בה, נפגעו מכוחות הביטחון המצרים ומן האוכלוסיה המצרית, וחששו שיגורשו לסודן.

47. למצרים, המדינה דרכה עוברים כל מבקשי המקלט הסודנים לפני כניסתם לישראל מן הגבול הדרומי, אין מערכת מקלט הוגנת; היא אינה מציעה לפליטים פתרונות של קבע בתחומה; היא אינה מאפשרת למבקשי מקלט לעבוד ולקיים עצמם; היא אינה מאפשרת לילדיהם להתחנך; היא אינה מאפשרת לעצורים גישה חופשית לנציבות האו"ם לפליטים ולצלב האדום; היא עוצרת מבקשי מקלט, וחוקרת אותם באלימות ובעינויים; היא מגרשת מבקשי מקלט לארצותיהם, שם נשקפת להם סכנה; ועוד.

48. עוד בשנת 1954 העבירה מצרים את האחריות להכרה בפליטים לנציבות האו"ם לפליטים, ובמהלך שנות ה-90 של המאה ה-20 עסק המשרד המקומי של הנציבות ביישוב מחדש של פליטים, שהוכרו על ידו, במדינות שלישיות. ואולם, אפשרות זו כמעט אינה קיימת עוד. בשנת

2005, משרדי נציבות האו"ם לפליטים חדלו לטפל בבקשות מקלט ולבדוק אותן. הפליטים מצאו עצמם במצב בלתי אפשרי: לארצם לא יכלו לחזור, במצרים לא התאפשר להם לעבוד, ולא הייתה עוד אפשרות ליישוב מחדש במדינה שלישית. משום כך, בסוף חודש ספטמבר 2005 קיימו פליטים סודנים משמרת מחאה בפארק מוסטפא מחמוד, הסמוך למשרדי נציבות האו"ם לפליטים. המחאה התרחבה, כללה כאלפיים משתתפים, ונמשכה שלושה חודשים. המוחים דרשו אמצעי מחייה ויישוב מחדש במדינה שלישית. ב-30.12.2005 פיזרה המשטרה המצרית את המחאה באלמות. 27 סודנים נהרגו ומאות נעצרו. ההתנכלויות לפליטים הסודנים נמשכו, ושלטונות מצרים אף גירשו פליטים לסודן. בעקבות אירועים אלה חל גידול במספרם של הפליטים הסודנים שהגיעו לישראל.

ר' בעניין זה: דו"ח HRW, 2008. ר' עוד: הדיווחים אודות מצבם של פליטים במצרים בדו"חות מחלקת המדינה האמריקאית אודות מצב זכויות האדם בעולם לשנים 2006-2011:

www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/

49. אף על פי כן, על פי הטענה הנשמעת מפי רשויות המדינה, אפילו היה מדובר בפליטים, הרי שישראל פטורה מבחינת בקשות המקלט שלהם, שכן אינה "המדינה הראשונה" אליה נמלטו. לא ברור מניין שואבות הרשויות את ביטחונן, כי אמנת הפליטים גורסת, שפליטים זכאים לבקש מקלט רק במדינה הראשונה אליה הגיעו.

50. למעשה, אין בדין הבינלאומי כלל המחייב פליט לבקש מקלט במדינה הראשונה אליה הגיעה. כלל שכזה היה מעקר מתוכה את אמנת הפליטים, שכן האפשרות היחידה לזכות בהכרה היתה במדינה הגובלת עם המדינה ממנה אדם בורח. במציאות הפוליטית של העולם במאה העשרים ואחת משמעות הדברים היא כי רק מדינות העולם השלישי היו בעלות כשירות להעניק הגנה לפליטים.

51. הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים (ExCom), קבעה בהחלטה מספר 58 משנת 1989, כי במקרים שבהם פליטים ומבקשי מקלט נעים בין מדינות, ניתן יהיה להחזירם למדינה מתווכת רק אם הם מוגנים בה מפני החזרה למדינה שבה נשקפת להם סכנה, ואם זכויות האדם הבסיסיות שלהם תכובדנה עד שיימצא פתרון קבוע. בהתאם, בתי משפט ברחבי העולם קיבלו כסבירה את החלטתם של פליטים שלא להישאר במדינות בהן עברו בדרך, אם לא יכלו לזכות בהן לביטחון או אם זכויות אדם אינן מכובדות בהן (ר': Hathaway, עמ' 397-398).

52. "הכלל" בדבר "המדינה הראשונה" הוא למעשה כלל הסכמי. במסגרת עקרון אי ההחזרה הטיל הדין הבינלאומי מגבלות על יישומו של כלל זה: כדי להעביר מבקש מקלט ממדינה למדינה בין המדינה המעבירה לבין זו הקולטת חייב להיות הסכם בר תוקף. על ההסכם לכלול בטוחות וערובות ממשיות, לכך שהמדינה הקולטת לא תחזיר את הפליט לארץ מוצאו, כמו גם הבטחה

שיוכל לעבור הליך RSD הוגן במדינה הקולטת, או לזכות לכל סוג אחר של הגנה. בהעדר הסכם שבצידו בטוחות משמעותיות, העברת מבקש מקלט למדינה אחרת היא הפרה של עקרון ה- Non-refoulment. כך, למשל, מדינות האיחוד האירופי מקיימות משטר הסכמי, ולפיו המדינה אשר אליה נכנס לראשונה מבקש מקלט היא שתטפל בבקשתו. בהתאם לכך מדינות אירופאיות יכולות להעביר ביניהן פליטים על פי הארץ אליה הגיעו לראשונה. ואולם, גם כלל הסכמי זה מוגבל. בפרשת **בלגיה ויוון** פסק בית הדין האירופי לזכויות אדם, כי חרף ההסכם בין מדינות אירופה על בלגיה היה להימנע מהחזרת מבקשי מקלט ליוון – שהיתה "המדינה הראשונה" – משום מחדלה של יוון לקיים מערכת מקלט הוגנת לטיפול בפליטים, אשר אינה מפרה את עקרון ה-Non-refoulment.

53. בחודש פברואר 2012 בית הדין האירופי לזכויות אדם אף פסל את הסכם ההחזרה בין איטליה ללוב, בקובעו כי הוא מפר את עקרון ה-Non-refoulment, וקבע כי איטליה אינה רשאית להחזיר מהגרים ללוב. איטליה, אחת המדינות האירופאיות אליהן מגיע המספר הגדול ביותר של מהגרים מאפריקה בגלל קרבתה דרך הים, חתמה בשנת 2009 חתמה על הסכם החזרה עם לוב. במענה להליכים בבית הדין האירופי לזכויות אדם, איטליה טענה שמי שנתפסים במים הבינלאומיים על ידי כלי שיט איטלקיים כלל אינם נמצאים תחום השיפוט של איטליה, ולכן איטליה אינה מחויבת כלפיהם בעקרון ה-Non-refoulment. בנוסף טענה, כי קיים הסכם בכתב בין המדינות להבטחת שלומם של המוחזרים, וכי בטיפול, בירת לוב, משרד של נציבות האו"ם לפליטים, שיבחן את בקשות המקלט של המוחזרים, ויבטיח כי לא יוחזרו מלוב למדינות מוצאם. ובכלל, טענה איטליה, אין מדובר במבקשי מקלט, משום שלאחר שהם נתפסים על ידי כלי השיט האיטלקיים הם אינם טוענים לסכנה הנשקפת להם אם יוחזרו ללוב. כל זאת אל מול **עדויות** שהוצגו בפני בית הדין אודות גירוש מבקשי מקלט על ידי לוב למדינות מוצאם ועל כליאה ממושכת בלוב בתנאים בלתי אנושיים וללא גישה לנציבות האו"ם לפליטים. במסגרת ההליכים, איטליה הודיעה לבית הדין, כי הפרטיקה של החזרה ללוב נפסקה לאחר המהפכה במדינה. אף על פי כן, בית הדין הכריע בהליכים ופסק, כי הפרטיקה מנוגדת לדין הבינלאומי, וכי איטליה מחויבת לפצות כספית את מי שהוחזרו ללוב, אם ניתן לאתרם. בית הדין קבע, כי העובדה שאדם אינו טוען בסמוך לאחר תפיסתו, מיד לאחר שחצה את הים, כי נשקפת לו סכנה אם יוחזר, אינה מעידה על כך שאינו מבקש מקלט, וכי מכל מקום, נוכח העובדה שאיטליה ידעה, או היתה צריכה לדעת, מה קורה למוחזרים בלוב, היא אינה יכולה לעצום את עיניה גם כאשר אדם אינו טוען לסכנה אם יוחזר. בית הדין הוסיף, כי אי אפשר לקבל את טענת איטליה, לפיה אין חובות משפטיות כלפי מי שנמצאים בידי כוחות שיטור הים האיטלקיים אם הם מצויים במים בינלאומיים. בנוסף, בית הדין קבע כי נוכח תנאי המעצר הבלתי אנושיים בלוב, העדר מערכת מקלט עצמאית בלוב והישענות על נציבות האו"ם לפליטים, שאינה גוף שלטוני, כמו גם העדויות אודות החזרת מבקשי מקלט מלוב למדינות מוצאם, החזרה ללוב היא הפרה של ההתחייבויות הבינלאומיות של איטליה, הפרה של עקרון ה-Non-refoulment, והיא אסורה. מספרם הגדול של אלה המנסים להיכנס לאיטליה, פסק בית הדין, גם אם הוא מטיל עליה נטל משמעותי, אינו יכול לשמש תואנה

לכיפוף חובותיה המשפטיות (ר' : Hirsi v. Italy, application no. 27765/09 (23 February, (2012).

54. לישראל, למותר לציין, אין כל הסכם בר תוקף עם מצרים (אשר ממילא אינה מקיימת מערכת מקלט הוגנת, מפרה את עקרון ה-Non-refoulement ומפרה את זכויות האדם של הפליטים), או עם מדינה אחרת המאפשרת החזרה של מבקשי המקלט.

על כליאת מבקשי המקלט הסודנים וילדיהם ושליחת רישיונות הישיבה

55. את כליאתם של מבקשי המקלט הסודנים וילדיהם מבקש המשיב לבסס על הוראות החוק למניעת הסתננות, כפי שתוקן בחודש ינואר 2012 (ס"ח 2332 מיום 18.1.2012, עמ' 119). סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות קובע, כי המשיב 2, שר הביטחון, או מי שהוא הסמיך לכך, רשאי להורות על גירושו של מסתנן. צו הגירוש משמש אסמכתא להחזקה במשמורת. ככלל, ולהוציא נסיבות חריגות, ההחזקה במשמורת לפי סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות לא תפחת משלוש שנים, והשחרור, אף בחלוף שלוש שנים, נתון לשיקול דעתו של ממונה ביקורת הגבולות. יתרה מזו, אף אם חלפו שלוש שנים, ממונה ביקורת הגבולות אינו רשאי לשחרר ממשמורת, אם הגירוש נמנע או מתעכב בשל חוסר שיתוף פעולה של העצור; או אם יש בשחרור כדי לסכן את ביטחון המדינה, שלום הציבור או בריאותו; או אם הוגשה חוות דעת לפיה במדינת מגוריו או מקום מושבו של העצור מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון המדינה או אזרחיה. סודן, נזכיר, עוינת לישראל, ולא פעם הרשויות מכנות אותה אף מדינת אויב. משמעות הדברים היא כי לשיטת המשיב, כליאתם של האזרחים הסודנים וילדיהם תהיה במסגרת מעצר מינהלי שמשכו לא יפחת משלוש שנים, ואפשר שהוא בלתי מוגבל בזמן. המשיב, נזכיר, סבור ש"האיום של המסתננים כאן הוא לא פחות חמור מהאיום האיראני".

56. החוק למניעת הסתננות, כפי שתוקן בחודש ינואר 2012, הוא חוק בלתי חוקתי. הוא אינו מתיישב עם ערכיה של מדינת ישראל; הוא מנוגד למשפט העמים; תכליתו אינה ראויה; ופגיעתו בזכויות יסוד עולה על הנדרש. סמוך להגשת עתירה זו, יגישו ארגוני זכויות האדם העותרים כאן, עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק להצהרה על בטלותו של החוק למניעת הסתננות.

57. העותרים שומרים להם את הזכות להעלות בפני בית משפט נכבד זה את טענותיהם בדבר אי חוקיות החוק, וזאת ככל שהעניין יידרש במסגרת ההליך. ואולם, בשלב זה, העותרים יבקשו לטעון, כי אפילו היה החוק למניעת הסתננות חוקתי – אין המשיב רשאי להחילו על האזרחים הסודנים השוהים כיום בישראל, וזאת על מנת לכלוא אותם.

58. ראשית, למשיב לא נמסרה סמכות להורות על מעצרים של האזרחים הסודנים לפי החוק למניעת הסתננות. שנית, אפילו היתה למשיב סמכות, הרי שהשימוש שהוא עושה בה אינו כדין.

המשיב אינו מוסמך להורות על כליאתם של האזרחים הסודנים ושל ילדיהם לפי החוק למניעת הסתננות

59. כאמור, סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות קובע, כי המשיב 2, שר הביטחון, או מי שהוא הסמך לכך, רשאי להורות על גירוש של מסתנן, וצו הגירוש משמש אסמכתא להחזקה במשמורת. הסמכות ניתנה לשר הביטחון ולא לשר הפנים, וזאת בכוונת מכוון. במסגרת הליכי הכנת התיקון לחוק למניעת הסתננות לקריאה שנייה ושלישית בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת סבר הייעוץ המשפטי לכנסת, כי ראוי לקבוע את התיקון בחוק הכניסה לישראל, שהפעלתו באחריות שר הפנים. גב' אביטל שטרנברג ממשרד המשפטים הבהירה, כי הממשלה מתנגדת לכך. כך אמרה בדיון בוועדה ביום 10.8.2011:

"השאלה אם להשתמש בחוק הכניסה לישראל או בחוק למניעת הסתננות עמדה בפני הממשלה, הממשלה התלבטה בה. בסופו של דבר היא בחרה בחירה מדעת בחוק למניעת הסתננות, כדי לשדר כלפי מי שאינם פליטים מסר של חומרה. ביקשנו לעשות שימוש בחוק הזה באחריות של שר הביטחון."

ר': www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2011-08-10.rtf

המחוקק קיבל את עמדת הממשלה, והסמכות ניתנה למשיב 2, ולמי שהמשיב 2 הסמך לכך. ביום 10.6.2012 הסמך המשיב 2 שורה של פקידים ברשות האוכלוסין וההגירה לצוות בכתב על גירושם של "מסתננים" (י"פ 6432 מיום 14.6.2012, עמ' 4734). הבכיר שבין פקדי רשות האוכלוסין וההגירה, לו הואצלה הסמכות, הוא ראש מינהל אכיפה וזרים. רשות האוכלוסין וההגירה משויכת, אמנם, מבחינה מינהלית למשרד הפנים, ואולם היא רשות סטטוטורית, העומדת בפני עצמה, אשר הוקמה בהחלטת ממשלה (החלטה 3599 מיום 15.6.2008). פקידה מחזיקים בסמכויות שונות, שחלקן ניתנו להם בחוק, וחלקן הואצלו להם על ידי גורמים שונים. לא בכל הסמכויות מחזיק המשיב, ובתוך כך – המשיב אינו מחזיק בסמכויות לפי החוק למניעת הסתננות. הסמכות מסורה למשיב 2, והוא מוסיף לשאת באחריות להוצאתה אל הפועל, גם שעה שהוא אוצלה לאחרים (ר': דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** א 188-189 (2010) (להלן – **ברק-ארז**)). אצילת סמכותו של שר הביטחון לפקידים ברשות האוכלוסין וההגירה אינה "אצילה אנכית" (אצילה מבעל סמכות לכפופים לו), אלא "אצילה אופקית" (אצילה מבעל סמכות לגורמים מינהליים ברשות אחרת, שאינם כפופים לו) (ר': יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** ב (מהדורה שניה) 871 (2011)). "אצילה אופקית" אין משמעה עקיפת הדינים המסדירים העברת סמכויות בין שרים, המחייבים על פי סעיף 31(ב) לחוק יסוד: הממשלה את אישור הכנסת, והעברה עקיפה של הסמכות לפי החוק למניעת הסתננות משר הביטחון לשר הפנים (ר': בג"ץ 6741/99 **יקותיאל נ' שר הפנים**, פ"ד נה(3) 673, 694 (2001);

ברק-ארז, עמ' 175). הסמכות שהוצלה על ידי המשיב 2 לפקדי רשות האוכלוסין וההגירה נותרה באחריות המשיב 2, והיא אינה "צפה" ו"מטפסת" אל המשיב, שבמסגרת משרדו פועלים הפקידים, שלהם הואצלו הסמכויות.

הנה כי כן, המשיב הורה על מעצרו של האזרחים הסודנים, השוהים בישראל, ללא שניתנה לו סמכות לעשות כן.

אפילו היתה למשיב סמכות – החלטתו היא בניגוד לדין

60. ואולם, אפילו היתה למשיב סמכות (ולטעמנו לא ניתנה לו כזו), הרי שהשימוש בה אינו כדין. אף שהתיקון לחוק למניעת הסתננות פורסם בחודש ינואר 2012, הפעלתו החלה בחודש יוני 2012, והוא הוחל על מי שנכנסו לישראל מאותה עת. ככלל, מי שנכנסו לישראל טרם הפעלתו של החוק לא נעצרו על פיו,* וגם עתה החלטתו של המשיב הינה לעצור על פי הוראות החוק ולכלוא אזרחים סודנים, אך לא אזרחים אריתראים. כלומר, המשיב מקבל עליו שהפעלתו של החוק – הן מבחינת המועד והן מבחינת תחולתו של החוק – נעשית בהתאם לשיקול דעת. משכך, ככל סמכות שבשיקול דעת יש להפעילה לתכלית ראויה, בסבירות, במידתיות, בתום לב, בהגינות, ללא שיקולים זרים, הפליה או שרירות, ותוך מתן משקל לזכויות היסוד של מי שהפעלת הסמכות עלולה לפגוע בהם (ר': רענן הר זהב **המשפט המינהלי הישראלי** 109-106 (תשנ"ז), והאסמכתאות שם). החלטתו של המשיב חוטאת לכל אחד ואחד מן הכללים הללו שנקבעו להפעלת שיקול דעת.

התכלית אינה ראויה (ואפילו היתה ראויה – אינה מידתית)

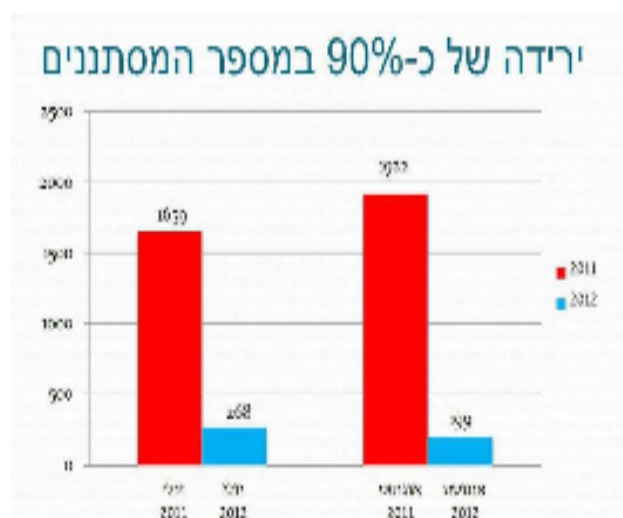
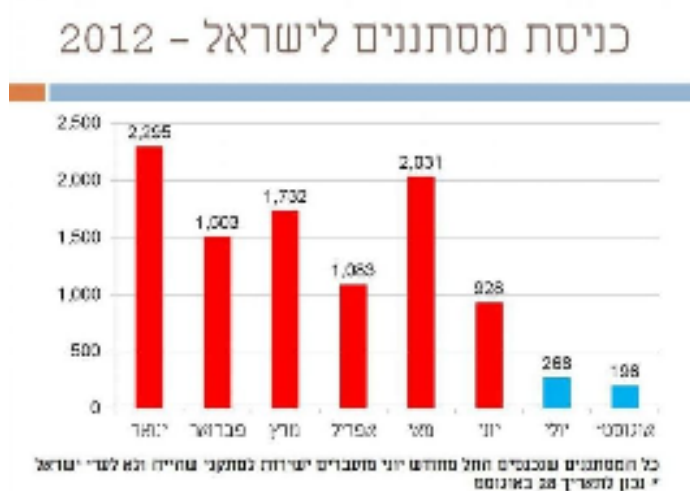
61. המאסת חייהם של אנשים עליהם אינה תכלית ראויה, ועל כך נדמה שלא ימצא חולק. מדובר בתכלית גזענית ואכזרית, שמקומה לא יכירה. כפיית פליטים לשוב לארצם תוך סיכון חייהם ושלומם היא תכלית אסורה. הענשתם של האזרחים הסודנים בגין כניסתם בעבר שלא כדין, וזאת באמצעות מעצר מינהלי בלתי מוגבל, אף היא אסורה.

* באופן ספציפי נעשה שימוש בהוראות המעצר המינהלי שבחוק למניעת הסתננות כדי לכלוא לפרק זמן בלתי מוגבל מי ששחררו זה מכבר ממשמורת, ונחשדו בעבירות פליליות, אך הוחלט שלא להעמידם לדין בשל העדר ראיות מספיקות או חוסר עניין לציבור. כך, למשל, מוחזקים כיום במעצר מינהלי מספר מבקשי מקלט, אשר אחזו במשך שנים ברישיונות ישיבה לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, לא הצליחו למצוא עבודה במשך פרק זמן ניכר, ומשום כך רכשו רישיונות עבודה מזויפים מסוג ב/1. אף על פי שהוחלט שלא להגיש נגדם כתבי אישום, הם מוחזקים במעצר מינהלי בלתי מוגבל לפי החוק למניעת הסתננות בשל החשד לזיוף מסמך. ביום 24.9.2012 עוגנה פרקטיקה קיצונית ובלתי חוקתית זו בנוהל של רשות האוכלוסין וההגירה. הנוהל מפקיע ביחס למי שהוא חל עליו את הזכויות הבסיסיות ביותר, כמו הזכות להתגונן במשפט פלילי נגד הכוונה לשלול את חירותו. הוא מדגים את הקלות הבלתי נסבלת של הכליאה, ויותר מכל את האופן בו חירותם של "מסתננים" שווה בעיני המשיבים כקליפת השום.

את הנוהל ר': www.piba.gov.il/Regulations/10.1.0010.pdf

62. אפילו תמצי לומר, כי תכליתה של הכליאה הינה הרתעת "מסתננים" נוספים מלבוא לישראל, וזאת על מנת לצמצם את ממדי התופעה, הרי שהרשויות הכירו, כאמור, בכך, שהשגת תכלית זו אינה מצריכה כלל את כליאתם של מי שמצויים זה מכבר בישראל.

63. משרד ראש הממשלה פירסם בחודש האחרון, כי החל מחודש יוני 2012 חלה ירידה חדה במספר הנכנסים דרך גבול ישראל-מצרים, וזאת, על פי הטענה, משום צעדים שנקטה הממשלה בחודשים האחרונים. להלן התרשימים שפרסם משרד ראש הממשלה בראשית חודש ספטמבר האחרון:



על פי פרסומים עדכניים, המבוססים על נתוני רשות האוכלוסין וההגירה, בחודש ספטמבר 2012 מספר הנכנסים ירד עוד יותר, ונכנסו לישראל 122 "מסתננים" בלבד.

ר', למשל: עמרי אפרים "במגמת ירידה: בספטמבר נכנסו 122 מסתננים לעומת 199 באוגוסט" (ynet, 29.9.2012) - www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4286996,00.html

64. אם לשיטת הממשלה, הצעדים שנקטו (מבלי לחוות דעה לגביהם ולגבי חוקיותם) הינם צעדים אפקטיביים, המשיגים את מטרותם, איזו הרתעה תושג במעצרו של האלפים השוהים בישראל? לו היה מדובר בתכלית ראויה (ולא היא), הרי שהחלטת המשיב לא היתה עומדת הן במבחן הקשר הרציונאלי והן במבחן המידתיות במובנה הצר. היא היתה נפסלת משום כך שלא מידתית, שכן אין כל התאמה בין האמצעי החמור (כליאת אלפים בתנאים קיצוניים) לבין התכלית, והתועלת הספקולטיבית נמוכה מן הנזק הוודאי הנורא (ר': בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 779 (1999)).

ההחלטה מפלה, שרירותית ובלתי הגונה

65. מעצרים של האזרחים הסודנים דווקא - להבדיל מאזרחים זרים אחרים השוהים בישראל – הוא מפלה. מעצרים הוא שרירותי ובלתי הגון, שכן הוא אינו משרת את גירושם של מישראל.

הפגיעה בזכויות יסוד אינה כדין

66. הפגיעה בזכויות היסוד של מי שאמורים להיעצר ולהיכלא, כמו אמורה להיות ברורה מאליה. מדובר, כאמור, במי ששוהים כיום בישראל כדין. רבים מהם פליטים. יש בהם ילדים. הם היו עצורים בעבר, עם כניסתם לישראל, ויש בהם שהיו עצורים תקופות ממושכות מאוד. הם שוחררו ממעצרים על ידי הרשויות, קיבלו רישיונות ישיבה בישראל ועומדים בתנאי שחרורם. רבים מהם יושבים עם רישיונות אלה בישראל מזה שנים. הילדים משולבים במוסדות החינוך. כעת, משיקולים של "היסטריה פוליטית", מורה המשיב לשלול את חירותם ללא הגבלה, לרכוז ולכלואם בתנאים קיצוניים במחנות במדבר. משמעות שלילת רישיונות הישיבה בהם הם מחזיקים, המאפשרים להם לכלכל עצמם, היא יצירתו של משבר הומניטארי חמור. לזכויות היסוד שלהם לא ניתן כל משקל, והן היו למרמס.

נעמיק עתה בדבר הפגיעה הצפויה בזכויותיהם של האזרחים הסודנים וילדיהם, וזאת בניגוד להוראות הדין.

על "מתקני השהייה" ועל התנאים שבהם

67. ריכוזם וכליאתם של מבקשי המקלט הסודנים וילדיהם צפויים להיות במספר מחנות, שאותם מכנות הרשויות "מתקני שהייה". בשלב זה מדובר במכלול של ארבעה מתקנים סמוכים זה לזה באזור קציעות שברמת הנגב:

- א. בבית הסוהר "סהרונים" הושלמה הכנתם של כ-3,000 מקומות המיועדים לכליאה. הכליאה הינה באוהלים ובמבנים יבילים – מכולות וקרוונים.
- ב. במתחם הצבאי "נחל רביב" הוקמו אוהלים, המיועדים לכליאת בין 1,000 ל-2,000 כלואים. הרשויות מתעתדות להשלים את בניית האוהלים על מנת להחזיק במתחם 4,000 כלואים.
- ג. בבית הסוהר הביטחוני "קציעות" הוקצו 2,400 מקומות נוספים לכליאה באוהלים.
- ד. הוחל בבנייתו של מתקן הכליאה "שדות" בצמוד לבית הסוהר "סהרונים", והרשויות מתכננות לאכלסו ב-1,000 עד 3,000 כלואים עד סוף שנת 2012. גם מתקן זה אמור לכלול אוהלים ומבנים יבילים. על פי תמ"א 46, המתקן יוכל לכלול בהמשך אלפי מקומות כלליה נוספים.

68. מכלול הכליאה מנוהל על ידי שירות בתי הסוהר, שספק רב האם יש לו הכישורים להפעיל מכלול כליאה בסדר גודל שכזה, המיועד להחזקת אוכלוסיה עצומה, שאינה עבריינית. מדובר במכלול הכליאה הגדול ביותר למהגרים בעולם המערבי. מתקן הכליאה הגדול ביותר למהגרים כיום הוא "מתקן מעצר ווילאסי" (Willacy Detention Center) בריימונדוויל טקסס שבארה"ב, ובו 3,086 מקומות כליאה.

69. חרף גודלו העצום של מכלול הכליאה, וחרף העובדה כי הוא מתוכנן להחזיק כלואים עם ילדיהם לתקופות ממושכות, וייתכן שאף בלתי מוגבלות, שטח המחיה בו מצומצם, והתנאים בו קיצוניים בחומרתם.

70. זו משמעות הכליאה, בהתבסס על הקורה בבית הסוהר "סהרונים" ובבית הסוהר "קציעות" כיום: אלפי מבקשי מקלט, בהם קורבנות סחר ועינויים, יחד עם ילדיהם, ביניהם פעוטות בני יומם, מוחזקים בצפיפות, רבים מהם באוהלים, חשופים לפגעי מזג האוויר ולתנאיו הקיצוניים – חום כבד מנשוא בקיץ וקור מצמית בחורף ובלילות המדבריים.

אלפי גברים, נשים וטף מצטופפים בתורים לחלוקת מעט מדי מזון, למעט מדי מקלחות ולמעט מדי תאי שירותים. אלפים ללא פרטיות, ללא מקום לאפסן בו חפצים, ללא תעסוקה, ללא פעילות, ללא חינוך ראוי, ללא סעד נפשי, ללא סעד סוציאלי, ללא שירותי בריאות מספקים ודרושים, למשל, בתחומי הגניקולוגיה, הפסיכיאטריה, השיקום ורפואת הילדים. "אקמול" הוא הטיפול המקובל והשכיח לכל מכאוב.

אין די טלפונים, אין די כרטיסי חיוג, אין די ביקורים. מפגשים בבית הסוהר "קציעות" נערכים מאחורי חלון זכוכית. לדיון בבית המשפט מובלים הכלואים ב"זינזאנה", כשהם אזוקים בידיהם וברגליהם, ומוחזקים בתאי העצורים עד לשמיעת עניינם.

נשים בכלא מופרדות מבני זוגן, ילדים מעל אבותיהם. סגורים למשך שנים, מוקפים חומות, גדרות, תיל ושערי מתכת נעולים. מובלים מעת לעת אל "בית הדין לביקורת משמורת" שבכלא, שאינו יכול עוד לשחררם, ומוחזקים עד לדיון בתוככי ה"כלובה" – כלוב גדול, בו הם דחוסים על ספסלים או על הארץ. והארץ שבין הגדרות נטולת צמחיה, והכל דהוי ובצבעי אפור, חום, לבן וחאקי.

ר' עוד בעניין התנאים בבית הסוהר "סהרונים": "תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של שירות בתי הסוהר ומשטרת ישראל בשנים 2009 – 2010" (משרד המשפטים, הסגוריה הציבורית, אוגוסט 2011), עמ' 67-71.

הנה, כך נראים "מתקני השהייה":



71. בחודש ינואר 2008 עתרו מוקד סיוע לעובדים זרים, האגודה לזכויות האזרח בישראל, עמותת א.ס.ף, עמותת רופאים לזכויות אדם והתנועה ליהדות מתקדמת לבג"ץ נגד שירות בתי הסוהר ונגד משרד הפנים (בג"ץ 212/08 **מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שירות בתי הסוהר**). העתירה עסקה בכליאתם של ילדים באוהלים בבית הסוהר "סהרונים", במקום בו הם לא זוכים לשירותי חינוך ולשירותים פסיכו-סוציאליים. הרשויות טענו בתגובה, כי נאלצו לפעול תוך תקופת התארגנות קצרה, וכי "הגורמים האחראים למיתקן מקיימים מגעים שוטפים עם נציבות האו"ם לפליטים, עם ארגוני זכויות אדם ועם גורמים ממשלתיים שונים" (סעיף 8 לפסק הדין). בית המשפט קיבל את טענת הרשויות, והתרשם שיפעלו לפתרון הבעיות. בפסק דינו מיום 6.2.2008 ציין בית המשפט: "התרשמנו כי הבעיות הנובעות במיוחד הן בעיית הקור העז ובעיית החינוך. אנו תקווה כי המשיבים יפעלו בדחיפות לפתרון בעיות אלה. המשיבים נעזרים בארגונים שונים, שעל כולם תבוא הברכה." (סעיף 14 לפסק הדין).

72. למעלה מארבע שנים חלפו מאז ניתן פסק הדין. לא זו בלבד שהרשויות לא פעלו להפסקת השימוש באוהלים בשל הבעיה הנובעת במיוחד של הקור העז, אותה יש לפתור בדחיפות, כדברי בית המשפט, אלא הן הפכו את האוהלים, שהוצגו כפתרון זמני הנובע מן הצורך להתארגן במהרה, להסדר כולל.

73. לא זו אף זו – מאז הוגשה העתירה בבג"ץ 212/08 בראשית שנת 2008 וכתוצאה מהגשתה, מונע שירות בתי הסוהר מנציגים של ארגוני זכויות אדם, ובהם בעיקר פעילי מוקד סיוע לעובדים זרים, להיכנס אל האגפים בבית הסוהר סהרונים. הפגישות נערכות בכניסה לבית הסוהר בלבד, ובתיאום מראש. אם בשנים האחרונות יכלו ארגוני זכויות האדם לדעת באופן חלקי ומוגבל על אודות התנאים בבית הסוהר "סהרונים", וזאת מתוך עדויותיהם של אלפים שהוחזקו במתקן ושחררו, הרי שכיום, שעה שהכלואים מוחזקים לתקופה של שלוש שנים לפחות, המקום סגור ומסוגר, וקשה לדעת מה קורה בו. לנציגי הארגונים אין אפשרות לפגוש באופן חופשי בכלואים, לשוחח עימם על מצבם, ליידע אותם באשר לצפוי להם ולהבהיר להם את זכויותיהם; יש קושי לדעת על בעיותיהם של העצורים, כולל בעיותיהם הרפואיות והסוציאליות; יש קושי לברר את תנאי כליאתם; כמעט בלתי אפשרי לאתר קורבנות סחר, עבדות ועינויים; וכמעט בלתי אפשרי לסייע בידי מבקשי מקלט להגיש בקשות להסדרת מעמדם ולעקוב אחר הטיפול בהן (בעניין הקושי לפגוש בכלואים ולייצגם תלויה ועומדת בימים אלה עתירה: בג"ץ 6180/12 **מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שירות בתי הסוהר**).

74. נדגיש – ללא נגישות לנציגי ארגוני זכויות אדם אין ב"מכלול הכליאה" כל דרך מעשית להגיש בקשות למקלט. פעילי הארגונים פגשו במהלך השנים האחרונות אלפי פליטים, ששחררו מבית הסוהר סהרונים, אשר סיפרו את סיפור פליטותם, שאיש מן הרשויות לא שמע, ולא ביקש לשמוע קודם לכן. כאמור **במכתב נציבות האו"ם לפליטים**, עבודתה של רשות האוכלוסין וההגירה בכל הנוגע לטיפול בפליטים "עודנה מצויה בשלבי התפתחות מוקדמים. [...] הליך גיוסם והכשרתם של חברי הצוות החדש כמו גם פיתוח מומחיות וידע אודות מדינות המקור, אינו צפוי לארוך זמן קצר." נוסף על כך, אין כל דרך יעילה לזהות בבית הסוהר סהרונים קורבנות סחר, עבדות ועינויים. פעילי הארגונים גבו עדויות ממאות קורבנות מחנות העינויים בסיני, ששחררו מבית הסוהר "סהרונים". רובם נכבלו, הורעבו, הוכו, נחבלו וחוו התעללות גופנית משך ימים ארוכים, והיו שאף משך חודשים. נשים סבלו תקיפות מיניות ואונס. רבים מהם שוחררו מבית הסוהר סהרונים מבלי שאיש שמע בבית הסוהר את סיפורם.

האיסור להחזיק במעצר, אלא לצורך גירוש אפקטיבי

75. על רקע דברים אלה נבקש לשוב ולהזכיר מושכלות ראשונים בעניינים הנוגעים למעצרם של מהגרים: המעצר נועד אך ורק לשם מימוש הליכי הגירוש, וכשאלה אינם אפקטיביים אין למעצר הצדקה. העיקרון לפיו אין מעצר מינהלי של שוהה שלא כדין, כאשר אין מתקיים הליך הרחקה, הוא עקרון מושרש בשיטתנו המשפטית (ובענייננו, נזכיר, מדובר במי שהיו עצורים בעבר, שוחררו, והם שוהים כיום כדין).

76. "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת", מצווה סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההגנה החוקתית שמעניק חוק

היסוד "אינה מוגבלת לאזרח ולתושב, אלא היא מוענקת לכל אדם, לרבות למי שנכנס לישראל שלא כדין" (בג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים**, פסק דין מיום 13.4.2012, סעיף 36 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה)).

77. כבר בשנת 1954, עוד בטרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועוד בטרם החוק קבע מגבלות זמן כלשהן על מעצרם של שוהים שלא כדין, קבע בית המשפט העליון, כי מעצר מכוח צו גירוש מאבד מתוקפו אם לא מתקיים הליך גירוש אפקטיבי (ר': בג"ץ 199/53 **פלוני נ' שר הפנים**, פ"ד ח 243, 247-248 (1954)). בית המשפט חזר על כלל זה, וקבע, כי סמכות המעצר אינה סמכות עונשית, וכל תכליתה להבטיח את הגירוש (ר': בג"ץ 1468/90 **בן ישראל נ' שר הפנים**, פ"ד מד(4) 149, 151-152 (1990)). בית המשפט העליון עמד על כך שעקרון זה חל גם לעניין מי שנכנסו לישראל שלא כדין, וכי חל איסור על מעצר מינהלי של שוהים שלא כדין שכל מטרתו היא הרתעת אחרים:

"סמכות המעצר לא נועדה להעניש את המגורש, ואף לא להרתיע מסתננים בכוח. בהפעלת סמכות המעצר והחזקה יש לנהוג במידתיות (ראה בג"ץ 3477/95 **בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**). אין לעצור אדם שנגדו הוצא צו גירוש לתקופה העולה על הנדרש להגשמת התכלית המונחת ביסוד המעצר. אם הגירוש אינו מתבצע תוך זמן סביר (שאינו נמדד בשנים או בחודשים ארוכים), ניתן להצדיק את המשך המעצר אך בחשש כי תכלית הגירוש לא תוגשם – אם משום שהמגורש יימלט מאימת הגירוש, אם משום שבהיותו משוחרר הוא יפגע בביטחון הציבור ובשלומו (ובשל כך יחשוש להתייצב לביצוע הגירוש), ואם מטעם אחר. לעניין זה יש לבחון תחליפים שונים, כגון החזקה שלא במעצר או התייצבות תקופתית במשטרה, וכיוצא באלה אמצעים אשר ישיגו את מטרת ההחזקה (אפקטיביות ביום הגשמת הגירוש) בלא צורך בהחזקה פיסית." (עניין **אל טאיי**, בעמ' 850).

ור' גם: ע"א 9656/08 **מדינת ישראל נ' סעידי**, פסק דין מיום 15.12.2011, סעיף 26 לפסק הדין; עמ"ק (חי') 379/06 **פלוני (קטין) נ' משרד הפנים**, פסק דין מיום 24.1.2007.

78. תכליתו של המעצר, אם כן, לא נועדה "להעניש את המגורש" ואף לא "להרתיע מסתננים בכוח". אין היא "מיועדת לבידודו [של העצור] מאזרחי ותושבי המדינה ואף אינה מיועדת למנוע 'היטמעות' בקרב תושבי המדינה" (עמ"ק (ת"א) 162/06 **משרד הפנים נ' טיג'אן**, פסק דין מיום 13.7.2006). סמכות המעצר לא נועדה אלא להבטיח כי העצור יהיה בהישג ידן של הרשויות כאשר הגירוש עומד להתבצע. על כן, במצבים בהם הגירוש אינו עומד להתממש בתוך פרק זמן קצר, אין מקום להורות על מעצר. החזקה במעצר שאינה משרתת את תכליתה אינה מידתית ואינה כדין.

79. הוראות המשפט הבינלאומי אף הן אוסרות על מעצר מכוח צו גירוש, כאשר לא מתקיים הליך גירוש אפקטיבי. סעיף 19(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (כ"א 269) מעגן את זכות היסוד לחירות, וקובע, כי מעצר אינו יכול להיות שרירותי. חשוב לציין, כי בהתאם לפרשנות המקובלת של האמנה, העובדה כי קיימת חקיקה כללית המאפשרת מעצר, וכי מכוח חקיקה זו הוצא בהתאם לדין הפנימי של המדינה צו מעצר או מאסר אינדיבידואלי

תקף, אין משמעה בהכרח, כי המעצר אינו "שרירותי" וכי הוא נעשה "כחוק", כפי שנדרש באמנה. באופן ספציפי לעניין מעצר שוהים שלא כדון, נקבע כי מעצר מינהלי של מי שאין מתקיימים בעניינו הליכי הרחקה הוא מעצר שרירותי, המהווה הפרה של האמנה (ר' החלטות הוועדה לזכויות אזרחיות ומדיניות של האו"ם בתלונות נגד אוסטרליה, שעניין מעצר ממושך של מי שלא התקיימו הליכים לגרשם: **Baban v. Australia**, UN Doc. CCPR/C/78/D/1014/2001, 18 September 2003, para. 7.2.; **D & E v. Australia**, UN Doc. CCPR/C/87/D/1050/2002, 9 August 2006, para. 7.2; **Shams et al v. Australia**, UN Doc. CCPR/C/90/D/1255/2004, 11 September 2007, para. 7.2; **Shafiq v. Australia**, UN Doc. CCPR/C/88/D/1324/2004, 13 November 2006, para. 7.2-7.3; **Bakhtiyari v. Australia**, UN Doc. CCPR/C/79/D/1069/2002, 29 October 2003, para. 9.3; **A v. Australia**, UN Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, 30 April 1997, para. 9.2-9.4.

80. גישה זו, המתירה מעצר אך לזמן מוגבל ורק כאשר מתקיים הליך גירוש אפקטיבי, קיבלה ביטוי גם במשפט המשווה.

81. בשנת 2008 עוגן עקרון זה בדירקטיבה של האיחוד האירופי. במסגרת סעיף 15 לדירקטיבה נקבע, כי כאשר גירושו של עצור המוחזק במשמורת בשל שהייה ללא היתר אינו צפוי בתוך פרק זמן סביר, יש לשחרר את העצור באופן מיידי. השימוש במעצר ייעשה רק אם לא ניתן לעשות שימוש באמצעים אפקטיביים פחות פוגעניים. הוא יהיה לפרק הזמן הקצר ביותר האפשרי, וימשך כל עוד נעשות פעולות לגירוש (ר': **Directive 2008/115/EC of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals**, O.J. L 348/98, Article 15 (להלן – **הדירקטיבה של האיחוד האירופי**); ור' גם פסק דינו של בית הדין לצדק של האיחוד האירופי, שפירש את הוראות הדירקטיבה, וקבע כי כאשר אין צפי ממשי של אפשרות לגרש אדם, או שלא מתקיימים הליכי הרחקה אפקטיביים, הוא ישוחרר באופן מיידי: **Saïd Shamilovich Kadzoev v. Direktsia 'Migratsia' pri Ministerstvo na vnatreshnite raboti**, Case C-357/09, European Union: European Court of Justice, 30 November 2009).

82. גם בית הדין האירופי לזכויות אדם פסק, כי מעצר מינהלי של שוהים ללא היתר, שאין מתקיימים בעניינם הליכי הרחקה אפקטיביים מהווים שלילת חירות שרירותית, והפרה של הזכות לחירות הקבועה באמנה האירופית לזכויות אדם (ר', למשל: **Chahal v. United Kingdom** (1996) 23 EHRR 413, para. 113; וכן: **A and others v. the United Kingdom**, application no. 3455/05, 19 February 2009, para. 162-164). קביעה זו עוגנה גם בפסיקתו של בית הלורדים הבריטי (ר': **A (FC) v. Secretary of State for the Home**).

Zadvydas v. (ר'): 56 UKHL [2004] Department, ובפסיקת בית המשפט העליון של ארה"ב (ר'): 533 US 678, 699 (2001) (Davis).

האיסור לכלוא פליטים

83. עקרון זה נכון בכלל באשר למעצרים של מהגרים, ונכון בפרט ובמיוחד מקום שם עסקינן בפליטים. סעיף 26 לאמנת הפליטים קובע, כי פליט הנמצא בהיתר בתחומה של מדינה זכאי לחופש תנועה. קיימת הסכמה רחבה, כי סעיף 26 לאמנה, כמו סעיפים אחרים, חל לא רק על פליטים מוכרים, אלא גם על מי שנמצאים בשלבים שונים של בקשת המקלט. הנחת המוצא לכל דיון במשמעות המונח "פליט" באמנה היא כי הכרתה של מדינה כלשהי באדם כפליט היא דקלרטיבית באופייה, ולא קונסטיטוטטיבית. במילים אחרות, אדם הוא פליט מרגע שמתקיימים בו יסודות הגדרת המונח "פליט" שבאמנה, ולא מרגע שהוא מוכר על ידי מדינה כפליט (ר'): **UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees** (HCR/IP/4/Eng/REV.1, reedited 1992), para. 28. הזכויות הנתונות באמנה לפליטים הנמצאים בה כדיון, ובהן חופש התנועה הקבוע בסעיף 26 לאמנה, נתונות למבקשי מקלט שהגישו בקשה למקלט ושבקשתם טרם הוכרעה (ר'): **Hathaway**, בעמ' 175-178). סעיף 31(1) לאמנת הפליטים מטיל מגבלות על האפשרות להטיל סנקציות על פליט בשל עצם כניסתו שלא כדין למדינה שבה הוא מבקש מקלט. על פי הפרשנות המקובלת של סעיף זה, העובדה שפליט נכנס ללא היתר ואף "הסתנן" למדינה אינה יכולה לשמש עילה להחזקתו במשמורת מכוח חוקי ההגירה הכלליים של אותה המדינה. הרציונאל מאחורי עקרון זה הוא כי פליטים נאלצים לנוס על נפשם מתוך חשש ממשי לחייהם או לחירותם. על כן הסעיף מקנה לפליטים הגנה, מקום בו חצו את הגבול על מנת להיחלץ מהסכנה האמורה והודיעו על הימצאותם בשטחי המדינה בהקדם. סעיף 31(2) לאמנת הפליטים מתיר את המעצר הארעי של פליטים בהקשר של זרם המוני (mass influx) לתקופה של ימים ספורים על מנת לאפשר למדינה הקולטת לארגן את הלוגיסטיקה של קליטת החירום ואת הפיזור באופן שיצמצם את הפגיעה בסדר הציבורי. באופן כללי יותר, הדבר מאפשר למדינות המארחות להגביל את חופש התנועה למשך הזמן הנדרש כדי לוודא שהפרט המבקש להיכנס כפליט אינו מהווה איום לביטחון הלאומי, לדוגמה בזמן שזהותו ונסיבות הגעתו נבדקים. עם זאת, זכותה של מדינה להגביל את חופש התנועה בהתבסס על אחת משתי העילות הללו מגיעה לקיצה כאשר מעמדו של הפליט "מוסדר". הסטטוס מוסדר, לרבות על דרך של הגשת בקשה להכרה כפליט והשלמה, מצד הפליט, של הצעדים הנדרשים על מנת שהמדינה תוכל לבדוק את בקשתו (ר'): **Hathaway**, עמ' 706-708). כלומר, סעיפים 26 ו-31 לאמנת הפליטים אוסרים, ככלל, על הגבלת חופש התנועה של פליטים אלא לימים ספורים. מי שהזדהה בפני רשויות המדינה המארחת, הגיש בקשת מקלט, ו"מעמיד את עצמו" לרשות בדיקת המדינה.

מבקש מקלט שעומד בתנאים אלה הוא בבחינת "פליט הנמצא בהיתר" במשמעות סעיף 26 לאמנת הפליטים.

84. העקרון, לפיו, ככלל, אין להחזיק במעצר מבקשי מקלט במשך הליכי בדיקת בקשותיהם, אומץ גם בסעיף 9 למבוא לדירקטיבה של האיחוד האירופי; בהחלטה מספר 44 של ExCom משנת 1986; ובקווים המנחים של נציבות האו"ם לפליטים בעניין מעצר (ההנחיות פורסמו בשנת 1999, ועודכנו בימים האחרונים ממש: **UNHCR Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention**, 21 September 2012 (להלן – **ההנחיות נציבות האו"ם לפליטים**)). על פי ההנחיות, מעצר יהיה אמצעי אחרון בלבד, ולפרק הזמן הקצר ביותר האפשרי. מעצר ייתכן לצורך ראיון ראשוני של מבקש המקלט, ובלבד שאי אפשר לקיים את הראיון שלא במסגרת מעצר. חל איסור על החזקת מבקש המקלט במשך כל ההליך של בחינת בקשתו, לצורך הטיפול בבקשה. זאת ועוד, ככלל מעצר אינו יכול להיות מפלה, ואין לעצור דווקא בני קבוצה מסוימת. ההנחיות מציינות במפורש, כי אין לעצור מבקשי מקלט לשם הרתעת מבקשי מקלט עתידיים.

להנחיות העדכניות של נציבות האו"ם לפליטים ר':

<http://www.unhcr.org/505b10ee9.html>

85. האיסור על כליאתם של מבקשי מקלט אינו נעוץ אך בטעמים מוסריים. כמעט כל עצור סובל ממצב של עקה (stress), ועלול לפתח חרדה, דיכאון, הפרעה פוסט טראומתית ואף פסיכוזה בשל כליאתו. הסיכון לכך לגבי פליטים גבוה במיוחד. מחקרים רבים, שנערכו במדינות שונות בעולם, מצאו שיעורים גבוהים באופן משמעותי של הפרעות פסיכו-פתולוגיות בקרב פליטים ומבקשי מקלט (ר': Porter M., Haslam N. (2005) **Predisplacement and postdisplacement factors associated with mental health of refugees and internally displaced persons** *The Journal of the American Medical Association*, 294(5), pp. 602-12). חוקרים מצאו, כי מבקשי מקלט אשר חוו טראומות קשות במדינות מוצאם פגיעים במיוחד להשפעותיהם של גורמי דחק שליליים במדינות הקולטות (ר': Watters C. (2001) **Emerging paradigms in the mental Health care of refugees** *Social Science & Medicine*, 52(11), 1709-1718). כליאה היא גורם פוטנציאלי לזירוז והחמרה של תגובות לטראומות קודמות (ר': Herman J.L. (1992) **Trauma and Recovery** (BasicBooks: New York)). מחקרים מלמדים, שלחומרת התחלואה הנפשית של פליטים קשר ישיר לאורכה של תקופת הכליאה (ר', למשל: Eagar, K., Green, J., Innes, K., Jones, L., Cheney-Fielding, C., Samsa, P., et al. (2007) **The health of people in Australian**

detention centers - Health profile and ongoing information requirements

Wollongong, NSW: Centre for Health Service Development, University of Wollongong.
(Wollongong).

86. בנוסף לגורמי הדחק שלאחר ההגירה (Post-migration), המאפיינים את חייהם של כלל המהגרים, הפליטים ומבקשי המקלט במדינות הקולטות, הכליאה עלולה להוות גורם הטומן בחובו מגוון נוסף של גורמי דחק ספציפיים המאיימים על בריאותם הנפשית. השכיחים ביותר מבין גורמי דחק אלו הינם: אי בהירות לגבי העתיד; אי ודאות לגבי זמן המעצר; שהות ארוכה במתקן הכליאה; אובדן החופש לזמן בלתי מוגבל; ועוד. חווית הכליאה שוללת מהכלואים את היכולת להפעיל את מנגנוני ההתמודדות הנורמטיביים שלהם ויוצרת תחושה של חוסר משמעות. הם חווים שעמום קיצוני, תסכול רב והרגשה כי אין להם עתיד (ר').

Robjant K., Hassan R., Katona C. (2009) **Mental Health Implications of Detaining Asylum Seekers: Systematic Review** *The British Journal of Psychiatry*, 194, pp. 12-306. על רקע זה במתקני כליאה בהם מוחזקים פליטים דווח על פגיעה של הכלואים בעצמם ועל תופעות אובדניות בהיקפים חריגים ביחס למתקני כליאה אחרים (ר'), למשל:

Dudley M. (2003) **Contradictory Australian national policies on self-harm & suicide: The case of asylum seekers in mandatory detention**, *Australasian Psychiatry*, 11 sup. 9, s102-s108.

האיסור לכלוא ילדים

87. לכל אלה יש להוסיף את הפגיעה החמורה בילדים העצורים, ומשכך את האיסור, ככלל, על כליאתם.

88. עת עניינם של קטינים עומד על הפרק טובתם היא שצריכה להנחות. השיקול של טובת הילד "הוא שיקול העל, השיקול המכריע. אכן, בצידו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים... אך כל אלה שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחוו לשיקול טובת הילד." (דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 119 (1995)). גם האמנה בדבר זכויות הילד (כ"א 1038) (להלן – **אמנת זכויות הילד**) מעגנת בסעיף 3 לה את עיקרון טובת הילד ורואה בו שיקול ראשון במעלה.

89. הזכויות המנויות באמנת זכויות הילד מובטחות לכל ילד. המדינות החברות לאמנה, ובהן מדינת ישראל, מחויבות לכבד את זכויותיהם של ילדים ולהבטיחן "לכל ילד שבתחום שיפוטן, ללא הפליה משום סוג שהוא, ללא קשר עם גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי, אתני או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, בין אם של הוריו או אפוטרופסו החוקי" (סעיף 12(1)). 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, אפטרופסיו החוקיים או בני משפחתו" (סעיף 22). בין הזכויות הנתונות לכל ילד, אשר על המדינה מוטלת חובה אקטיבית לנקוט בכל האמצעים כדי להבטיחה, היא זו הקבועה בסעיף 37 לאמנת זכויות הילד, ועל פיה: "מעצרו, חבישתו או מאסרו של ילד יהיו בהתאם לחוק וישמשו רק כאמצעי אחרון ולפרק זמן מתאים הקצר ביותר".

90. עקרון זה הודגש גם על ידי העצרת הכללית של האו"ם, אשר אימצה בהחלטה מס' 45/113 מיום 14.12.1990 את כללי האו"ם להגנה על קטינים שחירותם נשללה (United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty). הוא מעוגן גם בסעיפים 51-57 להנחיות נציבות האו"ם לפליטים.

91. הטעם לכך, שמעצרו של ילד ישמש לעולם רק אמצעי אחרון, כמו אמור להיות ברור מאליו: ההשלכות של מעצר על ילדים עלולות להיות הרסניות. ילדים אינם מבינים מדוע נעצרו ומדוע נשללה חירותם, והמעצר מייצר חרדה קשה, היכולה לעורר תגובה טראומטית קשה. ילדים שנעצרו מצויים בסיכון גבוה לסבול מדיכאון, בלבול, שינויים בהתנהגות, ירידה במשקל, חוסר שינה, ומחלות נשימה. יתרה מזו – ילד שנכח בהליך מעצר עם הוריו רואה אותם מבוהלים וחסרי אונים מול הרשויות. יש בכך פגיעה חמורה בתשתית תחושת הביטחון הקיומי שמעניקים הורים לילדיהם (ר': Mares S., Newman L., Dudley M., Gale F. (2002) **Seeking refuge, losing hope: parents and children in immigration detention** Australasian Psychiatry Volume 10, Issue 2, pp. 91–96).

92. מחקרים מלמדים, כי כליאתם של ילדים גורמת לגידול של פי עשרה בהופעת סימני דיכאון והפרעות דחק פוסט-טראומטיות. במתקני כליאה נמצאו בקרב ילדים סימפטומים שכללו חרדת נטישה, בעיות התנהגות, הרטבת לילה וקשיים בשינה, כגון: סיוטים, חלומות בלהה והליכה בשינה. השפעות נוספות היו ליקויים בהתפתחות קוגניטיבית אצל ילדים, מוטיזם (אובדן כושר הדיבור על רקע נפשי), סירוב לשותות ולאכול והתנהגות סטריאוטיפית (תנועות או דיבור שחוזרים על עצמם). מחקרים מצאו עוד, עיכובים בהתפתחות השפה וההתנהגות החברתית, ובעיות בקשר רגשי. במחקר שנערך באוסטרליה, דיווחו כל הילדים שחשבו על התאבדות. 80% ניסו לפגוע בעצמם פיזית, 70% לקו בהפרעות חרדה ו-50% סבלו מבעיות בריאות פיזית. רבים הביעו חוויות שעמום, קשיים בשינה, חרדות עקב עיכוב בחינוך ובהשכלה ותחושת בושה. אפקט משני על ילדים כלואים היה דרך השפעות ההורים שדיווחו על ירידה במסוגלות ההורית שלהם כלפי ילדיהם בעת הכליאה. יחד עם אובדן החירות של כל המשפחה וחוסר היכולת לנהל חיי משפחה נורמאליים, יכולת ההורים להעניק סביבה מטפלת ומטפחת הלכה והתערערה עד לדרגת סיכון של הזנחה והתעללות פיזית בילדים לאורך כל השנות במעצר (ר': Sultan A., O'sullivan K., (2001) **Psychological disturbance in asylum**).

seekers held in long term detention: a participant-observer account *The Medical Journal of Australia*, 175, pp. 593-596.

סוף דבר

93. כאמור, עמדתנו הינה, כי המשיב אינו מוסמך להורות על כליאתם של האזרחים הסודנים ושל ילדיהם. ואולם, אפילו היתה לו סמכות שבשיקול דעת להורות על כך, הרי שהחלטתו אינה כדוין. היא לא נועדה לתכלית ראויה, החלתה מפלה, שרירותית ובלתי הגונה, והפגיעה בזכויות יסוד, הנגרמת בגינה, אנושה וקיצונית בחומרתה.

ואחרי שאמרנו כל זאת, אין מנוס מלהוסיף ולומר בקול ברור: ההחלטה על כליאתם הבלתי מוגבלת בזמן של אלפי מבקשי מקלט, בהם קורבנות סחר ועיניים, יחד עם ילדיהם, ביניהם פעוטות בני יומם, בכלובי ענק בתנאים קיצוניים במדבר, היא החלטה היסטורית וברברית.

בית המשפט הנכבד יתבקש לבטלה.

94. כן יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב להוסיף ולהאריך את רישיונות הישיבה לפי סעיף ב(א)(5) לחוק הכניסה לישראל של אזרחי הרפובליקה של סודן, השוהים בישראל, וזאת כל עוד הם שוהים בישראל, ולא ניתנו להם רישיונות ישיבה ועבודה לפחות. רישיונות הישיבה לפי סעיף 2(א)(5), כפי שהובהר, ניתנו להם על פי החובה בדין לתיתם למי ששוחררו בתנאים. כיוון שלא הפרו את תנאי שחרורם, אין עילה בחוק לבטל את הרישיונות או לא להוסיף לתיתם. זאת ועוד, כאמור **במכתב נציבות האו"ם לפליטים**, מבקשי מקלט תלויים לחלוטין בגישה בלתי רשמית לשוק העבודה, וזו מותנית לעת הזו בהחזקת רישיונות הישיבה לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל. כדברי נציבות האו"ם לפליטים, "מניעת גישה ממבקשי מקלט, ביניהם מספר רב של נשים וילדים, לשוק התעסוקה, פוגעת ביכולתם לקיים עצמם ועלולה לגרום משבר הומניטארי חמור אף מעבר למצב של חוסר דיור ושליטת הכבוד האנושי, אשר מנוגדים לחובות ולאחריות המפורטים באמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951."

אשר על כן יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב כמבוקש בראשית העתירה.

3 באוקטובר 2012

יונתן ברמן, עו"ד

עודד פלר, עו"ד

ב"כ העותרים