

העותרים
בבג"ץ
7146/12

נ' א' ואח'

ע"י עו"ד יונתן ברמן מהקליניקה לזכויות מהגרים, החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים וכן ע"י עו"ד ענת בן דור מהתכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב וכן ע"י עו"ד עודד פלר מהאגודה לזכויות האזרח בישראל וכן ע"י עו"ד אסף ויצן ממוקד סיוע לעובדים זרים

שכתובתם להמצאת כתבי בי דין הינה:
החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים
רח' בן גוריון 26, רמת גן
טלפון 03-6000800, שלוחה 301, פקס: 03-6000872
טל' נייד: 054-4739180

המבקשות
בבר"ם
1192/13

1. מאטסון סאבה
2. גנת תהיר טספאי

ע"י ב"כ עוה"ד עמר שץ ו/או יפתח כהן מעמותת "אנו פליטים" וכן ע"י עו"ד יונתן ברמן מהקליניקה לזכויות מהגרים, החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

שכתובתם להמצאת כתבי בי דין הינה:
בית לזרום (קומה 9), רחוב תובל 11 רמת גן 52522
טל': 03-5186642; פקס: 03-5189663

נ ג ד

המשיבים:

1. הכנסת
ע"י הייעוץ המשפטי, הכנסת, קריית בן-גוריון, ירושלים

2. שר הפנים

3. שר הביטחון

4. היועץ המשפטי לממשלה
ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

המשיבים
בבר"ם
1192/13

טעמי טהנגס ואח'
ע"י ב"כ עו"ד תומר ורשה
רח' קרליבך 3, תל-אביב
טל': 03-5615845; פקס: 03-6888676

תגובה מטעם העותרים בבג"ץ 7146/12 והמבקשות בבר"ם 1192/13

1. בהתאם להחלטת בית המשפט מיום 2.6.2013 מתכבדים העותרים בבג"ץ 7146/12 והמבקשות בבר"ם 1192/13 (להלן ביחד – העותרים), להגיש תגובתם לתשובתם המשלימה של המשיבים 2-4 (להלן – המשיבים או המדינה) מיום 9.6.2013.

2. כמו קוסם השולף משרוולו זר פרחים מרהיב, צבעוני ומלאכותי בשיאו של מופע, על מנת להסיט את עיני הקהל מן הזירה המרכזית בה מתבצע פעלול, כך שלפה המדינה בלהט הדיון ביום 2.6.2013 את הטיעון בדבר קיומו של "הסכם" עם מדינה שלישית על מנת להסיט את הדיון מן השאלה המרכזית העולה בו – שאלת מעצם המינהלי לפרקי זמן ממושכים של מבקשי מקלט ושל מי שחלה עליהם "הגנה משלימה", בין שהם פליטים ובין שאינם. ואולם הפער בין המידע שנמסר בדיון אודות קיומו של "הסכם" כזה לבין המידע שנמסר בתצהיר המשלים הוא בלתי נתפש.

3. יצוין כבר בפתח הדברים, כי אף אילו היה בידי המדינה להציג הסכם של ממש לגירוש מיידי של אלפי אנשים למדינה שלישית לא היה בכך כדי להשליך על חוקתיות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, שכן אין מחלוקת כי החוק ימשיך ויחול על 55 אלף אנשים הנמצאים בישראל, אשר לא יגורשו לאותה מדינה שלישית מסתורית. מתקני הכליאה לא ייסגרו, והמדינה אף היא נמנעה מלהצהיר שאם יגורשו כל מי שכלואים לעת הזו לא ייעשה עוד שימוש בחוק. נעמוד על הדברים ביתר פירוט.

"ה"הסכם"

4. במהלך הדיון ביום 2.6.2013 ציינו המשיבים, כי הושג "הסכם" עם מדינה שלישית, שתקלוט "מסתננים" הנמצאים בישראל. הודעתה, כך דומה, היכתה בתדהמה את נציגי משרד החוץ ונציגי משרד הפנים, ששמעו לראשונה אודות "הסכם" זה בדיון בעל פה. ואולם, כאמור, מן התצהיר המשלים שהוגש עולה כי כלל לא הושג "הסכם".

5. מסעיף 5 לתצהיר המשלים עולה כי לאחרונה סוכמו, ככל הנראה בעל פה, "עיקרי ההבנות וההסדרים" עם מדינה עלומה, שהסכימה לשמש מדינת יעד "עבור חלק מהאוכלוסיות נשוא המגעים". עם זאת, נותר להשלים עוד "פרטים ספציפיים", וכן "לגבש צעדים נוספים בהיבט הביצועי והאופרטיבי".

6. התמרונים המילוליים של כותב התצהיר ראויים להערכה, אולם מובן מן הדברים שאין הסכם קרוב למימוש. יש שיאמרו כי גם בין מדינת ישראל לבין הרשות הפלסטינית סוכמו כבר לפני שנים "עיקרי ההבנות וההסדרים" להסכם שלום, וכל שנותר הוא להשלים "פרטים ספציפיים".

7. הסכם פורמאלי בין מדינת ישראל למדינה אחרת ידרוש סיכום של "פרטים ספציפיים" לא מעטים – כמה אנשים ייקלטו במדינה, מהו המעמד שיקבלו, מהן הערובות להבטחה כי לא יגורשו למדינות מוצאם בניגוד לעקרון ה-*non-refoulement*, וכמה כסף, ואולי גם כלי נשק, יועברו לדיקטטורה האפריקאית שתסכים לקלוט אותם (כלי נשק, שאם יינתנו, עלולים להביא בתורם לעקירה של אנשים נוספים בעתיד מבתיים ולהתרחבות בעיית הפליטים).

8. מובן שלהסכם עתידי כזה תהיינה השלכות תקציביות משמעותיות, בשל הצורך לצייד את המדינה הקולטת בשלמונים (ואולי גם בנשק), השלכות ששליח ראש הממשלה, שאינו עובד ציבור, אינו רשאי לשקול לבדו וללא מעורבות של מספר משרדי ממשלה נוספים.

9. עוד עולה מסעיף 3 לתצהיר, כי בכל מקרה מדובר ב"הסדרים" שיישמו "באופן ארוך טווח ורב שנתי".

מדינה שלישית – הטריק הישן ביותר בספר להצדקת מעצר ללא גבול

10. יצוין, כי אין זו הפעם הראשונה, בה מנסה המדינה להצדיק את מעצרו של מי שאין אפשרות לגרשם או את הפגיעה בזכויות אחרות שלהם, תוך הבטחה שהנה-הנה, עוד רגע נמצאת המדינה שתסכים לקלוט את מי שמתוארים על ידה כלא פחות מאסון כלכלי וחברתי.

11. כבר לפני קרוב ל-20 שנים, בפרשת אל-טאיי (בג"ץ 4702/94 אל טאיי נגד שר הפנים, פ"ד מט(3) 846), ניסתה המדינה להצדיק את החזקתם הבלתי מוגבלת בזמן במעצר של אזרחי עיראק באמצעות הנימוק כי בעוד רגע קט תימצא המדינה שתסכים לקלוט את אותם עצורים (ראו סעיפים 15-14 לפסק הדין). בית המשפט סירב לאפשר כליאה ממושכת על בסיס נימוק זה, ואף קבע שפרק זמן סביר למעצר בנסיבות אלה "אינו נמדד בשנים או בחודשים ארוכים" (סעיף 13 לפסק הדין). כידוע, העותרים בפרשת אל-טאיי נשארו בישראל עוד שנים רבות לאחר שניתנה ההצהרה במהלך ההתדיינות בבג"ץ אל-טאיי, לפיה מתקיימים מגעים עם מדינות אחרות לקליטתם (ראו פירוט השתלשלות העניינים לאחר שניתן פסק הדין בעניין אל-טאיי בסעיפים 2-1 לפסק דינה של השופטת א' חיות בע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי (15.12.2011)).

12. בהזדמנויות נוספות רבות ניסתה המדינה להצדיק פגיעה בזכויות באמצעות הבטחה כי מתקיימים מגעים עם מדינות שלישיות. כך, למשל, כבר לפני שמונה שנים מסרה המדינה כי המגעים לגירוש אזרחי סודן למדינה שלישית נמצאים "בישורת האחרונה". במסגרת הליך משנת 2005 שעסק במעצרו של אזרח סודן, ביקשה המדינה להצדיק את המשך מעצרו, והצהירה בבית המשפט המחוזי:

"המגעים בשלב הקריטי שלהם הם מחולקים למס' אלמנטים. אני מאמין שזה בישורת האחרונה של השבת העותר למצרים." (ההדגשה הוספה).

פרוטוקול הדיון בעת"מ (ת"א) 2460/05 מיום 27.10.2005 מצ"ב ומסומן א'.
ראו עמ' 2 לפרוטוקול, שורות 4-3.

13. יש לציין, כי עד היום לא נקבע הסכם כזה והעותר באותם הליכים עדיין נמצא בישראל. הצהרות דומות הושמעו בשנים 2005-2007 במספר גדול של הליכים משפטיים, ואולם אותם מגעים שהיו ב"ישורת האחרונה" לפני שמונה שנים לא הבשילו עד היום לכדי הסכם החזרה.

14. הצהרות דומות הושמעו גם בפני בית משפט זה לפני קרוב לשלוש שנים. בית המשפט עמד על כך בבג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה, שם צוין:

"נוסף על כך, ציינה ב"כ המדינה כי נעשים מאמצים למצוא 'מדינות יעד' שניתן יהיה, בהתאם למחויבויות המדינה במישור הבינלאומי, להרחיק אליהן את מי שנמנים על קבוצה זו."

15. בדומה, בחודש דצמבר 2012 נדון בבית משפט זה עניינה של אזרחית אריתריאה שנעצרה לפי החוק למניעת הסתננות (עע"מ 8642/12 **טספהונה נ' משרד הפנים** (4.2.2013)). במהלך הדיון בעל פה, שהתקיים ביום 17.12.2013, נשאלו נציגי המדינה כמה חודשים יחלפו עד שיתאפשר לגרש את המערערת למדינה שלישית. נציגת המדינה, עו"ד יוכי גנסין, השיבה ללא היסוס: "כמה חודשים". בית המשפט ציין בפסק דינו כי "המשיבים טענו בדיון שלפנינו כי נעשים מאמצים בלתי פוסקים כדי לאפשר גירוש של מסתננים דוגמת המערערת, למשל על ידי הרחקה למדינה שלישית, ולא ניתן לשלול שכך ייעשה גם בעניינה" (**שם**, סעיף 5 לפסק דינו של השופט י' דנציגר). ואולם היום, חצי שנה לאחר שניתנה הצהרה זו בבית המשפט, המערערת, סנאיט טספהונה, עודנה נמקה במעצר מינהלי.
16. הצהרות המדינה לאורך השנים, כי בעוד רגע קט תימצא המדינה שתסכים לקלוט עשרות אלפים, שישראל אינה חפצה בנוכחותם, התגלו בעיקר כתקוות שווא, לא יותר מ-wishful thinking. ההצהרות הנוכחיות אודות "מגעים", אודות "עיקרי הבנות" ואודות הצורך "להשלים פרטים ספציפיים" ו"לגבש צעדים נוספים בהיבט הביצועי והאופרטיבי" אינן מלמדות כי בעוד רגע ניפטר מעונשם של אלה. לכל זאת יש להוסיף את הצהרת המדינה אודות יישום ההסדרים "באופן ארוך טווח רב שנתי".

מכשולים נוספים להשגת הסכם אופרטיבי

17. לכל אלה יש להוסיף, כי בפני המדינה ניצבות מספר משוכות נוספות בטרם תוכל ליישם הסדר עם מדינה שלישית. כפי שעולה מפסיקתו של בית משפט זה ומן הפסיקה ברחבי העולם, הסכמים מסוג זה כפופים למגבלות משפטיות. יודגש, כי במסגרת עתירה זו אין אפשרות לבחון את חוקיותו של הסכם עתידי וערטילאי עם מדינה לא ידועה ובתנאים לא ידועים. הסכם כזה, כפי שעולה אף מדברי המשיבים, אינו קיים עדיין, ממילא לא סופקו פרטים ביחס אליו, וממילא לא התבקשו בעתירה סעדים ביחס אליו. אולם משהעלו המשיבים את קיומו של "הסכם" כנתון רלוונטי, לשיטתם, לשאלת חוקתיות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, נתייחס למשוכות המשפטיות הללו בקצרה ובאופן בלתי ממצה.
18. **בעניין קו לעובד** הנ"ל ציינה השופטת ע' ארבל כי הרחקה למדינות כאלה צריכה להיעשות "בהתאם למחויבויות המדינה במישור הבינלאומי", ובבג"ץ 7302/07 **מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון** (7.7.2011) ציינה הנשיאה ד' ביניש, כי הסכמי החזרה מחייבים "הבאה בחשבון של כללים וסטנדרטים בינלאומיים המתבססים על אמנת הפליטים" (**שם**, סעיף 13 לפסק הדין).
19. המחויבות הראשונה של מדינת ישראל בהסכמים מסוג זה היא לוודא, כי מי שיגורש למדינה שלישית לא יגורש משם למדינת מוצאו. כמו כן עליה להבטיח כי במדינה השלישית לא תיפגענה זכויותיו הבסיסיות. הסדר מסוג זה אינו הסכם של "שגר ושכח", שכן למדינת ישראל אחריות משפטית על החזרה עקיפה של מי שחל עליו עקרון "ההגנה המשלימה" או עקרון ה-*non-refoulement*, אף אם אינו פליט:

"בטרם יגורש אדם למדינה שלישית, אשר כשלעצמה לא תפגע בחייו או בחירותו של אדם, על שלטונות ישראל להבטיח כי אותה מדינה שלישית לא תגרש מצדה את המגורש למדינתו שלו, שבה נשקפת לו סכנת חיים. אין ישראל יכולה לרחוץ בניקיון כפיה בהבטיחה כי המדינה שאליה יגורש אדם לא תפגע בו. על ישראל להוסיף ולהבטיח כי אותה מדינה לא תגרש את המגורש למדינה אחרת אשר עשויה לפגוע בו."

עניין אל-טאיי, סעיף 9 לפסק הדין.

20. עוד יצוין, כי עד היום רוב ההסכמים להעברת מהגרים, בין שהם פליטים ובין שאינם, למדינות שלישיות נפסלו על ידי בתי המשפט. כך, למשל, בחודש פברואר 2012 פסל בית הדין האירופי לזכויות אדם הסכם בין לוב לאיטליה, שאיפשר לאיטליה לשלוח למדינה זו אזרחי מדינות אחרות שנתפסו בעת כניסתם למדינה. בפסק הדין, שעסק בגירוש אזרחי סומליה ואריתריאה, נפסל ההסכם משום שלא עמד בדרישה כי יובטחו זכויותיהם הבסיסיות של מי שיגורשו ללוב. אף על פי שבהסכם התחייבה לוב שלא לגרש הלאה את מי שיורחקו לשטחה על ידי איטליה, ובכך לכאורה התקיימה הדרישה למימוש עקרון ה-*non-refoulement*, בית הדין בחן את המצב בפועל בלוב והסיק כי נשקפת סכנת הרחקה עקיפה למי שיגורשו ללוב, כמו גם סכנה לפגיעה בזכויות הבסיסיות בלוב:

Hirsi v. Italy, application no. 27765/09, 23 February 2012.

21. בדומה, בית המשפט העליון באוסטרליה פסל בחודש אוגוסט 2011 הסכם להעברת מהגרים מאוסטרליה למלזיה. אף על פי שההסכם הבטיח לכאורה שמירה על זכויותיהם הבסיסיות של המגורשים, בית המשפט קבע כי נוכח המצב בפועל, העברת אנשים מאוסטרליה אל מלזיה תהווה הפרה של מחויבויות אוסטרליה:

Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship [2011] HCA 32, 31 August 2011.

22. בדומה, בית הדין האירופי לזכויות אדם אסר על מימוש הסכמי ההחזרה באירופה ככל שהדברים נוגעים ליוון. אף על פי שיוון חתומה על אמנת הפליטים ועל האמנה המכונה "אמנת דבלין", ואף על פי שהיא מחויבת לתקנה של האיחוד האירופי המכונה "תקנת דבלין II", המאפשרת העברה של מהגרים בין מדינות האיחוד האירופי, בית הדין קבע כי נוכח המצב בפועל ביוון, התנאים הבלתי אנושיים שבהם נכלאים מהגרים ביוון, והסכנה שיוון תחזיר אותם למדינות מוצאם, חל איסור על העברת מהגרים ליוון. העברה ליוון, כך נקבע, תהווה הפרה של עקרון ה-*non-refoulement*:

M.S.S. v. Belgium and Greece, Application no. 30696/09, 21 January 2011.

23. כאמור, במסגרת זו אין מקום ואף לא ניתן להכריע בשאלת עמידתו של הסכם ישראלי עם מדינה עלומה בתנאים המשפטיים הקשוחים בהם הוא יהיה חייב לעמוד, שכן מדובר בביצה שטרם נולדה. מטרתנו בפרק זה הייתה להבהיר, כי סיכום "הפרטים הספציפיים", כלשון המצהיר, בהסכם עתידי אינו עניין של מה בכך ויהיה כפוף למגבלות משפטיות.

קיומו של "הסכם" אינו מביא את החוק אל תוך גבולות החוקתיות

24. נוסף, כי אפילו היה קיים "הסכם" להעברת חלק מן האוכלוסייה הרלוונטית ל"מדינה שלישית" לא היה בכך כדי להפוך את החוק לחוקתי. ראשית, כפי שציננה השופטת ע' ארבל בדיון ביום 2.6.2013, אין כל קשר בין הכליאה הממושכת לבין היכולת להשיג הסדרים עם מדינה שלישית (עמ' 27 לפרוטוקול, שורות 10-11). הכליאה המינהלית אינה גורם המזרז הגעה להסכם, והימנעות מכליאה מינהלית לא תפגע במגעים כאלה, ככל שהם מתקיימים.

25. גם אם יתאפשר בעתיד גירוש למדינה אחרת, אין מקום לנקוט באמצעי הקיצוני של מעצר עד למציאתה של מדינה כזו. בית משפט זה קבע, כי:

"דינו של מי שהוצא נגדו צו גירוש אינו כדין מי שנתון במעצר בשל חקירה המתנהלת נגדו או בשל כתב-אישום שהוגש כנגדו. על-כן, מראש, החזקתו לצורכי גירוש אינה חייבת להיות בתנאים של 'מעצר', ויש לשקול לגביו דרכי החזקה התואמות את מטרת החזקתו. לעתים, כמובן, לא יהא מנוס ממעצר ממש, וזאת כאשר נשקפת סכנה לשלום הציבור ולביטחונו משחרור המגורש. אך המעצר אינו האמצעי היחיד. **בוודאי אין זה אמצעי רגיל כאשר עובר זמן רב ולא נמצאה מדינת יעד אליה ניתן לגרש את האדם.**"

עניין אל-טאיי, סעיף 13 לפסק הדין, ההדגשה הוספה.

26. תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות קובע ברירת מחדל של מעצר לפרק זמן של 3 שנים, אלא אם מתקיימת עילת שחרור חריגה אחרת. כפי שפורט בתגובת העותרים מיום 26.5.2013, פחות מ-7% מן העצורים שוחררו לפי עילות השחרור האחרות. השאר נדונו להיות מוחזקים במעצר עד שתימצא או לא תימצא מדינה שלישית, שעמה ייחתם או לא ייחתם הסכם העומד בתנאי הדין המקומי והבינלאומי. כלל זה אינו עולה בקנה אחד עם זכות היסוד לחירות, וזאת ללא קשר לקיומו של הסכם עתידי.

27. לכך יש להוסיף, כי בהעדר פרטים אודות מספר האנשים שייכללו בהסכם כזה, ברור שיישומו של החוק לא יופסק. המדינה אף לא טענה שלאחר השגת הסכם כזה יופסק יישומו של החוק. בכל הזדמנות מדגישה המדינה כי החוק חל גם על מי שנכנס לישראל לפני חקיקתו. גם אם מחר אותה מדינה שלישית עמה סוכמו "עיקרי ההבנות וההסדרים" תסכים לקבל לשטחה אלף, אלפיים או עשרת אלפים איש, יוסיף החוק ויחול על רבים נוספים, שיעצרו מכוחו.

28. עוד חשוב להדגיש, כי קיומו התיאורטי של "הסכם" עם מדינה שלישית הוא נתון עובדתי קיצוני לבחינה החוקתית. קשה להלום את הטענה, כי חוק ישראלי יהיה בלתי חוקתי אם לא קיים "הסכם" עם מדינה שלישית, אך יוכרז כחוקתי משום שמדינה ריבונית אחרת הועילה בטובה לקבל לשטחה את מי שישראל מנסה לגרש.

29. לכל זאת יש להוסיף, כי בכל מקרה על מדינת ישראל יהיה לבחון את בקשות המקלט של העצורים ולבחון את השאלה האם הם עומדים בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים, גם אם ייחתם בעתיד

הסכם עם מדינה שלישית בעניין מי שאינם פליטים. החוק מאפשר מעצר של מבקשי מקלט לכל אורך הליך המקלט. כפי שצינו בעתירה, גם הסדר זה מנוגד לעקרונות המשפט החוקתי הישראלי ולעקרונות הדין הבינלאומי.

30. בשולי הדברים נזכיר, כי בדיון ביום 2.6.2013 הבהירה נציגת המדינה כי למעשה בכוונת המדינה לדחות את רוב בקשות המקלט של אזרחי אריתריאה, משום שישראל אינה מתכוונת להכיר במי שהסכנה הנשקפת להם נובעת מנטישת הצבא במדינה טוטליטרית זו או יציאה שלא כדין מן המדינה. אף על פי כן, וכפי שהצהירה המדינה, גם מי שבקשתו למקלט נדחתה לא יגורש למדינת מוצאו, שכן ישראל מכירה בתחולת עקרון ה-*non-refoulement* על קבוצה זו.

ראו, למשל, החלטה לדחות בקשת מקלט של אזרח אריתריאה מיום 30.5.2013, בה נכתב במפורש כי ימשיך ויחול עליו עקרון ה-*non-refoulement* (עמ' 2 להחלטה), המצורפת ומסומנת ב'. ההדגשה הוספה.

31. הקביעה כי אזרחי אריתריאה, שעזבו את הצבא או יצאו ממנה שלה כדין, אינם פליטים אינה עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי. ראו, למשל, הנחיות נציבות האו"ם לפליטים בעניין אזרחי אריתריאה:

UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea, 20 April 2011.

<http://www.refworld.org/docid/4d4fe0ec2.html>

כן ראו הפסיקה הבריטית המכירה באזרחי אריתריאה בנסיבות אלה כפליטים:

MO (illegal exit – risk on return) Eritrea CG [2011] UKUT 00190 (IAC).

ולהרחבה בעניין זה ראו סעיפים 48-56 לעתירה.

32. במסגרת עתירה זו אין צורך וגם אי אפשר להכריע בשאלת עמידתם של רוב אזרחי אריתריאה בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים, אולם ההתנגשות שבין עמדת המדינה בעניין זה לפרשנות המקובלת של אמנת הפליטים ברחבי העולם, אף היא מצביעה על כך שגירוש אזרחי אריתריאה אינו נמצא מעבר לפינה. נזכיר כי אזרחי אריתריאה מהווים כשני שלישים מאוכלוסיית העצורים לפי החוק.

עמדת המשיבים בעניין אזרחי סודן

33. אף על פי שלדברים אלה אין השלכה ישירה על חוקתיות החוק, תגובת המדינה מדגישה שוב את שינויי הגרסאות התכופים ביחס למצבם של אזרחי סודן בישראל. בסעיף 2 לתגובתם עמדו המשיבים על כך שקיים רק "קושי מעשי" לגירוש אזרחי סודן.

34. העובדה שהמשיבים צירפו שני מסמכים נוספים מהעת האחרונה, בהם הם חוזרים על הטענה כי מעולם לא חלה על אזרחי סודן "מדיניות אי הרחקה" או "הגנה זמנית" אינה משנה את ההיסטוריה המתועדת היטב בעניין זה. כאמור בעתירה, עו"ד גנסיין עצמה חתמה על מסמך שהוגש לבית משפט זה ובו נכתב כי על אזרחי סודן חלה "הגנה זמנית" (נספח ע/21 לעתירה). כך מסר גם מנכ"ל רשות האוכלוסין (נספח ע/22 לעתירה) וכך גם מנהל יחידת הטיפול במבקשי מקלט (נספח ע/23). במאות הליכים בבתי המשפט המחוזיים הצהירו המשיבים על קיומה של מדיניות כזו כלפי אזרחי סודן (ראו, למשל, נספח ע/25). בהליך זה נטען לראשונה שלהבדיל מאזרחי אריתריאה, אין ומעולם לא הייתה מדיניות כללית של "אי הרחקה" החלה על אזרחי סודן, וכי מדובר "בקשיים טכניים" בלבד. מדובר בהתנהלות חמורה של המשיבים, לאחר שנים של הודעות מנוגדות בבתי המשפט, שנתמכו בתצהירים.

35. ואולם, יהא אשר יהא שמה של מדיניות זו ויהיו הסיבות לה אשר יהיו, כפי שעולה מנספח ב' לתגובת העותרים מיום 26.5.2013, ביום 19.5.2013 הודיעה שרת המשפטים במענה לשאלתא, כי גירוש אזרחי סודן ואריתריאה אינו עומד על הפרק לעת הזו. אמנם, עו"ד גנסיין ניסתה לטעון בדיון בעל פה כי שרת המשפטים אינה יודעת מה היא שחה ואינה עוסקת בנושא. אולם עיון בתשובה לשאלתא מעלה כי היא נפתחת במלים "להלן התייחסות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ)" (עו"ד דינה זילבר). האמנם עלינו להבין מדבריה של עו"ד גנסיין, כי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה אף היא אינה יודעת מה היא שחה בעניין זה?

36. **לסיכום** – התצהיר המשלים אינו כולל מידע קונקרטי אודות "הסכס" עם מדינה שלישית, עליו הוצהר בדיון בעל פה, אלא על מגעים שאין לדעת אם ומתי יסתיימו ואין לדעת אם ומתי יאפשרו הרחקה ל"מדינה שלישית" כלשהי. בינתיים, בעוד המדינה מצהירה אודות מגעים "בהליכי הבשלה מתקדמים" (סעיף 5 לתצהיר), נמצאים 2,000 גברים נשים וילדים, חלקם פליטים, חלקם קורבנות אונס, חלקם קורבנות עינויים וכמעט כולם זכאים ל"הגנה משלימה", "בהליכי הרקבה מתקדמים" במתקני כליאה, בהם הם מוחזקים במעצר מינהלי בחוסר ודאות מוחלט לגבי המועד בו יסתיים מעצרים.

37. בין שהעצורים הם פליטים ובין שאינם, אין מחלוקת כי על רובם (וכזכור, שני שלישים מן העצורים הם אריתראים) חל עקרון ה-*non-refoulement*. כפי שציין בית משפט זה, אף אם הם אינם פליטים, חל עליהם עקרון "ההגנה המשלימה" (ראו עע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים (17.7.2012), סעיף 19 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן ופסק דינו של השופט ח' מלצר; וראו גם סעיף 39 לכתב התשובה ונספח ב' הנ"ל).

38. אין מדינה מלבד ישראל שכולאת את מי שהכירה בהם במפורש כמי שחוסים תחת עקרון ה-*non-refoulement* וכמי שזכאים ל"הגנה משלימה". אין מדינה אחרת שבה יכול אדם להיות מוחזק פרק זמן של 3 שנים במעצר מינהלי כאשר לא ניתן להצביע על מועד קרוב ומדויק בו יגורש. הסכמים לגירוש למדינות אחרות אינם יכולים להצדיק הסדרים נורמטיביים המאפשרים מעצר מינהלי ממושך, לא כל שכן הודעות ערטילאיות אודות מגעים בעניין זה.

39. העותרת 5 מוחזקת במעצר זה למעלה משנה, לאחר חודשים ארוכים בהם הוחזקה בשבי על ידי מבריחים. המבקשות מוחזקות 9 חודשים במעצר, אף הן לאחר חודשי שבי ארוכים ולאחר שראש הממשלה החליט להתיר את כניסתן לישראל מטעמים הומניטאריים. אין מחלוקת כי הן לא יגורשו לאריתריאה, בין שיוכרו כפליטות ובין שלא, ואף לא ניתן לדעת האם ומתי יגורשו למדינה שלישית. כך גם 2,000 עצורים נוספים.

40. תיקון מס' 3 מאפשר מעצר מינהלי לפרקי זמן חסרי תקדים בישראל ובעולם. הוא אינו יכול לעמוד בביקורת חוקתית, ובית המשפט יתבקש להכריז על בטלותו.

16 ביוני 2013.

ענת בן דור, עו"ד

יונתן ברמן, עו"ד

אסף וייצן, עו"ד

עודד פלר, עו"ד

ב"כ העותרים בבג"ץ 7146/12

יונתן ברמן, עו"ד

יפתח כהן, עו"ד

עמר שץ, עו"ד

ב"כ המבקשות בבר"ם 1192/13