

- |         |    |                             |
|---------|----|-----------------------------|
| העותרים | 1. | אלמסגד גריוסוס צגטה         |
|         | 2. | גברגזיאבר בריהוט קלה        |
|         | 3. | המוקד לפליטים ולמהגרים      |
|         | 4. | האגודה לזכויות האזרח בישראל |
|         | 5. | ARDC                        |
|         | 6. | רופאים לזכויות אדם          |
|         | 7. | קו לעובד                    |
|         | 8. | א.ס.ף ארגון סיוע לפליטים    |
- ע"י ב"כ עו"ד ענת בן-דור ואח'  
 הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב  
 טל': 036405246 פקס: 036407422

- נ ג ד -

המשיבה **מדינת ישראל-שר הפנים**  
 משרד הפנים, רשות האוכלוסין וההגירה  
 היועץ המשפטי לממשלה  
 שר החוץ  
 ע"י ב"כ עו"ד פרקליטות מחוז דרום  
 התקווה 4, ת.ד. 10309, באר שבע  
 טל': 086264670 פקס: 026467058

**תגובה לבקשה לצו ביניים**

המשיבה מתכבדת להגיש תגובתה לבקשה למתן צו ביניים, לפיה דין הבקשה לצו ביניים פרטני (בעניינם של העותרים 1-2) להידחות נוכח סיכויי העתירה הנמוכים וכן משיקולי מאזן הנוחות.

המשיבה תטען כי העותרים לא הרימו את הנטל הרובץ לפתחם להוכיח כי צפויה להם סכנה פרטנית במדינת היעד ודי בכך כדי לדחות העתירה והבקשה שהוגשה במסגרתה. למען הזהירות, המשיבה תטען כי היא אינה מפרה את עקרון "אי ההחזרה" המקובל במשפט הבינלאומי וכי לא קמה כל עילה להתערבות שיפוטית בהחלטות הפרטניות שהתקבלו בעניינם של העותרים 1-2. המדינות השלישיות הן מדינות בטוחות ולא עלה בידי העותרים 1-2 להוכיח כי צפויה להם סכנה לחייהם או לחירותם, הכל כפי שיפורט להלן, וכפי שנמסר לב"כ העותרים מסי' 1-2 במכתבה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (יעוץ), גב' דינה זילבר, מיום 9.7.15.

המשיבה תוסיף ותטען, כי הבקשה דנן למתן צו ביניים היא בקשה גורפת וכוללת, המבקשת למנוע את השמתם במשמורת של כלל המסתננים אזרחי אריתריאה וסודן. המשיבה תטען כי מדובר בצו רחב – למעשה בלתי מוגבל בהיקפו, אשר אמור לחול על ציבור בלתי מסוים של אנשים אשר ההליכים שהתנהלו בעניינם כלל אינם מונחים בפני בית המשפט בהליך הנוכחי.

לעמדת המשיבה, אין מקום לתת צו כזה, כל שכן במסגרת בקשה למתן צו ביניים, טרם ביורר העתירה לגופה.

בהקשר זה, אין למשיבה אלא לפנות לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בעתירה הקודמת שהגישו העותרים 3-8 באותו עניין (עת"מ 54836-04/15 האגוס ואח' נ' משרד הפנים) (להלן: פסק הדין הקודם). עתירה זו – לרבות הבקשה הגורפת שנלוותה לה למתן צו-ביניים, נדחתה על ידי בית המשפט הנכבד, תוך שבית המשפט קובע בפסק דינו בצורה מפורשת כך:

**" סמכות המדינה להרחיק מסתננים שלא ניתן מסיבות שונות להחזירם לארצם, למדינה שלישית העומדת בתנאים מסוימים, אינה שנויה במחלוקת (ר' בג"צ 4702/94 סאלח אחמד קאדם אל טאיי ואח' נ' שר הפנים ואח') ועע"מ 7079/12 מדינצ ישראל נ' אסמרה אהונס גרמאיי ואח') ושאלת סבירות ההחלטה להרחיק מסתנן מישראל למדינה אחרת, כרוכה בין היתר בעובדות הקונקרטיים הנוגעות אליו. העתירה והבקשה הנוגעות לכלל המסתננים הרלוונטיים חסרת פרטים חיוניים והיא כללית מאד ואינה מאפשרת התייחסות מתאימה" [ההדגשה הוספה – הח"מ].**

הכרעה זו הולמת ביתר שאת גם לעתירה שלפנינו, ודי בכך כדי להביא לדחיית הבקשה למתן צו-ביניים. כפי שיפורט להלן, העותרים שלפנינו לא הגישו ערעור על פסק דינו הקודם של בית המשפט הנכבד, לרבות לגבי הבקשה לצו ביניים הנוגעת לכלל המסתננים. בהעדר נסיבות חדשות, ומשלא הוגש ערעור על פסק הדין הקודם, דומה כי העתירה דן מבקשת להתעלם מהכרעתו הברורה של בית המשפט לפיה: "שאלת סבירות ההחלטה להרחיק מסתנן מישראל למדינה אחרת, כרוכה בין היתר בעובדות הקונקרטיים הנוגעות אליו. העתירה והבקשה הנוגעות לכלל המסתננים הרלוונטיים חסרת פרטים חיוניים והיא כללית מאד ואינה מאפשרת התייחסות מתאימה".

פגם זה עליו עמד בית המשפט הנכבד בפסק דינו הקודם לא תוקן בידי העותרים דכאן – לא ביחס לעניינם של העותרים 1-2 ובוודאי שלא ביחס לציבור הבלתי מסוים אליו מכוונת העתירה בכללותה.

היעדרות לבקשה לצו ביניים בנסיבות כאן תביא למעשה להקפאת יכולתה של המדינה לעשות שימוש בסמכויות המפורשות שהוענקו לה בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952

(להלן: **חוק הכניסה לישראל**) לשם הרחקת נתינים זרים שהסתננו אליה שלא כדין אל מדינות שלישיות בטוחות. הקפאה כזו תפגע ללא ספק באינטרס הציבורי שבהתמודדות עם השלכות תופעת ההסתננות ועם יכולתה של המדינה לממש את ריבונותה, בהתאם לחוק הכניסה לישראל ולפסיקה המפורשת הנלווית לאופן הפעלתו. נפנה אפוא לתיאור תמצית העובדות ביחס לעותרים 1-2.

### התשתית העובדתית הרלוונטית לעניינם של העותרים 1-2

#### העותר 1:

1. העותר 1, נתין אריתריאה הסתנן לישראל ביום 20.2.08 דרך גבול ישראל מצרים.
2. בהתאם למדיניות שהייתה נוהגת במועד הרלבנטי, העותר שוחרר ממשמורת ביום 28.4.08 בתנאים הבאים:
  1. ישהה מצפון לקו חדרה או מדרום לקו גדרה בלבד למעט לצורך הגעה וחזרה ממשרדי האו"ם.
  2. ישתף פעולה עם רשויות המדינה לצורך הנפקת מסמך נסיעה להרחקה מישראל ע"פ החלטה.
  3. יפר תנאי השחרור, ייעצר.
3. בהתאם למדיניות הונפק לעותר רישיון לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל שהתחדש מעת לעת.
4. ביום 12.7.09 נעצר העותר על ידי יחידת האכיפה זאת לאחר שהפר את תנאי השחרור שנקבעו לו ושהה בת"א.
5. בשימוע שנערך לו על ידי ממונה ביקורת הגבולות מסר העותר 1 כי הוא הגיע לישראל על מנת לשלוח כסף לאריתריאה למשפחתו הכוללת 6 ילדים. העותר 1 מסר כי ידע שאסור לו לשהות בת"א אך בא לת"א על מנת לעבוד ולשלוח כסף למשפחתו. בתום השימוע הוצא לעותר צו משמורת.
 

פרוטוקול השימוע, צו הרחקה וצו משמורת מצ"ב מסומנים נספחים א'-ג'.
6. ביום 3.8.09 העותר שוחרר ממשמורת בגין הודעת המדינה בדבר ביטול מגבלת "חדרה-גדרה".
7. ביום 9.1.14, הגיע העותר ללשכת רשות האוכלוסין וההגירה בראשון לציון. לאחר בירור פרטיו האישיים, ועריכת תשאול- שבמסגרתו ציין העותר בין השאר כי הוא שוהה בישראל בגפו וללא ילדים - ניתנה לעותר הוראת שהייה, לפיה היה עליו להתייצב במרכזו השהייה חולות עד ליום 12.2.14, זאת בהתאם להוראות תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות אשר עמדו בתוקפן אותה עת.

הוראת השהייה מצורפת מסומנת נספח ד'.

8. חודש ימים לאחר שהוצאה בעניינו הוראת שהייה, ויומיים בלבד לפני מועד התייצבותו במרכז השהייה, ביום 10.2.14, פנה העותר לראשונה בבקשה למקלט מדיני.
9. על-אף שבהתאם להחלטת המשיבה היה על העותר להתייצב במרכז השהייה ביום 12.2.14 הוא לא עשה כן, והתייצב רק ביום 16.2.14.
10. בראיון קליטה שנערך לו מסר העותר כי התייצב באיחור מאחר והמתין לתשלום ממעסיקו עבור החודש האחרון בו עבד. במעמד הריאיון הוסברו לעותר 1 תנאי השהייה במרכז השהייה, כי הוא זכאי לדמי כיס וכי עליו להתייצב 3 פעמים ביום לרישום. העותר מסר כי בני משפחתו – אשתו וששת ילדיו נמצאים באריתריאה. לדבריו סובל מבעיות בכליות ונבדק כ- 6 חודשים לפני התייצבותו במרכז השהייה והוא קיבל מרשם לתרופות לשבוע ימים. לדבריו אינו מוכן לשוב למדינתו. פרוטוקול הראיון מצ"ב מסומן נספח ה'.
11. ביום 18.8.14 נערך לעותר 1 ריאיון לבחינת טענות למקלט מדיני.
12. ביום 30.9.14 נמסר לעותר 1 מכתב המודיע לו כי מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה בחן את בקשתו למקלט מדיני והחליט לדחותה. המכתב מיום 30.9.14 מצ"ב מסומן נספח ו'.
13. העותר 1 הגיש בקשה לעיון מחדש בהחלטת הדחייה ולאור העובדה שהוא לא הציג ראיות או נסיבות חדשות – בקשתו נמתקה על הסף (מכתב נמסר לו ביום 16.12.14). העותר לא הגיש ערר על ההחלטה הדוחה את בקשת המקלט שהגיש.
14. ביום 26.10.14 נערך לעותר שימוע מאחר והפר את תנאי השהייה ויצא ממרכז השהייה ולא חזר במועד.
15. ביום 22.9.14 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין בבג"צ 8245/13 גבריסלאסי נ. כנסת ישראל ואח' (להלן- "ענין גבריסלאסי"), וביום 17.12.14 נכנס לתוקפו החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), תשע"ה-2014 (ס"ח תשע"ה, עמ' 84) (להלן- "התיקון לחוק למניעת הסתננות"). ביום 31.12.14 נערך לעותר 1 שימוע בטרם הוצאת הוראת שהייה לפי החוק החדש למניעת הסתננות.
16. במעמד השימוע מסר העותר כי הוא מרגיש טוב, כי הוא בן 42, הסתגן לישראל בפברואר 08. לדבריו לא הוכר כקורבן סחר או עבדות. לדבריו אחיו שוהה

בישראל, אין לו בת זוג או ילדים בישראל. כמו כן מסר העותר כי הוא טובל מבעיה בעיניים ובעיה בכליות ובדרכי השתן. הוא מקבל טיפות עיניים ומחכה לתור אצל הרופא בנוגע לכליות (הציג מסמכים רפואיים) עוד מסר כי הגיש בקשה למקלט מדיני שנדחתה.

17. בתום השימוע הוחלט ליתן בעניינו של העותר הוראת שהייה. על פי החלטת הממונה, בהתחשב בתקופות קודמות בהן שהה העותר במרכז השחייה, הוא ישהה במרכז השחייה עד ליום 16.10.15.

פרוטוקול השימוע וההחלטה מצ"ב מסומנים נספח ז'.

18. ביום 20.4.15 נערך לעותר 1 ראיון בדבר יציאתו מישראל למדינה שלישית בטוחה.

19. במעמד הראיון מסר העותר כי שלומו טוב אך סובל מבעיות בעיניו. העותר מסר כי הוא מיוצג על ידי עורך דין בתביעה שמנהל כנגד מעסיקו. במעמד השימוע הוסבר לעותר את מהותו של הראיון והוסבר לו כי באפשרותו לצאת למדינה שלישית בטוחה, אשר מסכימה לקלוט אותו וליתן לו אישור שהייה ואשרת עבודה במדינה. הוא קיבל דף הסבר המפרט אודות המדינה אליה הוא יוצא.

עוד נמסר לו כי הרשות תלווה אותו בכל התהליך החל מרכישת כרטיס טיסה ועד הליווי לשדה התעופה, טיפול בבעיות מול מעסיקים. כמו כן, נמסר לו כי הוא יקבל מענק יציאה סמוך לעלייתו למטוס.

בהמשך הראיון הוסבר לעותר כי יש לו 30 ימים לגבש עמדתנו בסוגיה, וכי ככל שהוא יסרב, סירובו עלול להיחשב כחוסר שיתוף פעולה בהתאם לחוק הכניסה והוא עלול להיות מושם במשמורת.

העותר מסר כי מדינת ישראל מעוניינת להוציא אותו בכוח. בהמשך, העלה העותר טענות כלליות, ללא כל ראיה לתמיכתן, על מנת לנמק את סירובו לצאת מישראל. וכך ציין בפרוטוקול הראיון:

" יש לי מידע שה אריתראים שיצאו (למדינה השלישית) בחלקם נכנסו לכלא ומי שרצה לצאת מהכלא, שילם על כך כופר. כל אריתראים שיצאו (למדינה השלישית) לא קיבלו זכויות כלל ולכן אני חושש לצאת (למדינה השלישית). אני מצפה מהמדינה שאמורה לקלוט אותי שתכתוב שהיא מתחייבת לקלוט אותי ולתת לי זכויות רפואיות, אשרת שהייה ולימודים. ובנוסף חשוב שה UN יהיו שותפים "

ממונה ביקורת הגבולות מסר לעותר כי על פי הרישומים הוא הגיש בקשה למקלט מדיני רק בפברואר 2014. לדבריו, הגיש עם כניסתו לישראל ולא קיבל מסמך מסודר. הוא מסר כי בקשתו למקלט מדיני נדחתה פעמיים על ידי הרשות (ערכאה ראשונה ועיון מחדש).

כמו כן מסר כי יש לו תור לרופא עיניים ודיון בבית משפט לענייני עבודה.

בתום השימוע נמסר לעותר כי יש לו 30 ימים לחשוב על הצעת הממונה.

פרוטוקול הראיון מצ"ב מסומן נספח ח'.

20. ביום 22.6.15 הגיע העותר למשרדי ממונה ביקורת הגבולות. בשימוע שנערך לו מסר העותר כי הוא מיוצג ומסר שם של עורך דין. במעמד השימוע נשאל העותר אם יש שינוי בעמדתו ביחס להצעת המדינה בדבר יציאתו למדינה שלישית.

העותר מסר כי אינו מעוניין לצאת למדינה השלישית אלא רוצה להישאר בישראל ולקבל מקלט. לדבריו אינו יכול לשוב למדינתו מאחר ויש לו שם בעיות. עם זאת, וכפי שהובהר לעיל, בקשתו של המערער למקלט מדיני נדחתה והחלטתה זו הפכה לחלוטה משלא הוגש ערר בעניינה. זאת ועוד, יש לזכור כי בני משפחתו ילדיו ואשתו שוהים באריתריאה. עוד יצוין כי העותר אישר כי בקשתו למקלט נדחתה.

באשר לטענת העותר כי יש לו תביעת פיצויים בבית דין לעבודה, מסר לו הממונה כי באפשרותו לנהל את תביעת הפיצויים באמצעות בא כוח או לבקש עדות מוקדמת.

העותר השיב כי אינו מעוניין לצאת למדינה השלישית, אולם כאמור לעיל לא עלה בידו להוכיח ולו ראשית ראייה לקיומה של סכנת חיים קונקרטיה שתישקף לו במדינת היעד להרחקתו.

בנסיבות אלו, הודיע לו הממונה כי בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל יש בהתנהגותו משום חוסר שיתוף פעולה עם הליכי הרחקתו ולפיכך הוא יועבר למשמורת. הממונה הודיע לעותר כי יקבל פרק זמן של 14 ימים להתארגנות לפני העברתו למשמורת.

כנגד העותר הוצא צו העברה למשמורת.

פרוטוקול השימוע וצו העברה למשמורת מצ"ב מסומנים נספח ט'.

#### העותר 2:

21. העותר 2, נתין אריתריאה, הסתגן לישראל ביום 5.12.08 דרך גבול ישראל מצרים.

22. ביום 10.12.08 נערך לעותר שימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות. העותר 2 מסר כי הוא בן 45, נשוי ויש לו 5 ילדים באריתריאה. לדבריו, היה חייל בצבא משך 21 שנים- חייל פשוט לדבריו. הגיע לישראל על מנת שיגנו על חייו. עבר מאריתריאה לסודן ומשם לסיני.  
פרוטוקול השימוע, צו ההרחקה וצו המשמורת מצ"ב מסומנים נספח י' – יב'.
23. העותר שוחרר על פי החלטת בית הדין לביקורת משמורת ביום 3.5.09.
24. בהתאם למדיניות באות העת, הונפק לעותר 2 רישיון לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל שהתחדש מעת לעת.
25. ביום 21.1.14 הגיע העותר ללשכת רשות האוכלוסין וההגירה בתל אביב. לאחר בירור פרטיו האישיים, במסגרתו ציין העותר בין השאר כי הוא שוהה בישראל בגפו וללא ילדים. ניתנה לעותר הוראת שהייה, לפיה היה עליו להתייצב במרכז השהייה חולות עד ליום 25.2.14, זאת בהתאם להוראות תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות אשר עמדו בתוקפן אותה עת.  
הוראת השהייה מצורפת מסומנת נספח יג'.
26. חודש לאחר שהוצאה בעניינו הוראת שהייה, ויומיים לפני מועד התייצבותו במרכז השהייה, ביום 23.2.14 פנה העותר לראשונה בבקשה למקלט מדיני.
27. ביום 25.2.14 נערך לעותר 2 ריאיון לבירור טענותיו למקלט מדיני.
28. העותר התייצב במרכז השהייה ביום 25.2.15 בהתאם להוראת השהייה שהוצאה לו.
29. בראיון קליטה שנערך לו מסר העותר 2 כי הוא אדם בריא, אינו נוטל תרופות, הגיש בקשה למקלט מדיני ועבר ריאיון. לדבריו יש לו ילדה בת 21 שעובדת ומתגוררת עם קרובת משפחה בעיר תל אביב. לדבריו יש לו אישה ו- 4 ילדים באריתריאה. הוסברו לעותר תנאי השהייה במרכז השהייה העובדה שהוא זכאי לדמי כיס וכי יש צוות רפואי 24 שעות במרכז.  
פרוטוקול ראיון הקליטה מצ"ב מסומן נספח יד'.
30. ביום 13.4.14 קיבל העותר מכתב המודיע לו כי מנכ"ל רשות האוכלוסין החליט לדחות בקשתו למקלט מדיני. העותר הגיש בקשה לעיון מחדש בהחלטה. בקשה זו נמחקה על הסף ביום 25.8.14 מאחר שהעותר 2 לא הציג נסיבות חדשות. העותר לא הגיש ערר לבית הדין לעררים והחלטה הפכה לחלוטה.

המכתב מיום 13.4.14 מצ"ב מסומן נספח טז.

31. ביום 22.9.14 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין גבריסלאסי, וביום 17.12.14 נכנס לתוקפו התיקון לחוק למניעת הסתננות. ביום 1.1.15 נערך לעותר 2 שימוע בטרם הוצאת הוראת שהייה לפי החוק החדש.
32. במעמד השימוע מסר העותר כי הוא מרגיש טוב, כי הוא בן 51, הסתגן לישראל בדצמבר 08. לדבריו לא הוכר כקורבן סחר או עבדות. לדבריו בתו בת ה- 21 שוהה בישראל, אין לו בת זוג או ילדים בישראל אלא אשתו ו-4 ילדים מתגוררים באריתריאה. כמו כן מסר העותר כי הוא סובל מבעיות רפואיות (בעיות בעיניים וטחורים) ושבתו החיה בישראל עוזרת לו.
33. בתום השימוע הוחלט ליתן בעניינו של העותר הוראת שהייה. על פי החלטת הממונה, בהתחשב בתקופות קודמות בהן שהה העותר במרכז השהייה, הוא ישהה במרכז השהייה עד ליום 25.10.15.
- פרוטוקול השימוע והחלטת המשיבה מצ"ב מסומן נספח טז.
34. ביום 21.4.15 נערך לעותר 2 ראיון בדבר יציאתו למדינה שלישית.
35. במעמד הראיון מסר העותר כי שלומו טוב וכי הוא אינו מיוצג. במעמד השימוע הוסברה לעותר מהותו של הראיון והוסבר לו כי באפשרותו לצאת למדינה שלישית בטוחה, אשר מסכימה לקלוט אותו וליתן לו אישור שהייה ואשרת עבודה במדינה. הוא קיבל דף הסבר המפרט אודות המדינה אליה הוא יוצא.
- עוד נמסר לו כי הרשות תלווה אותו בכל התהליך החל מרכישת כרטיס טיסה ועד הליווי לשדה התעופה, טיפול בבעיות מול מעסיקים. כמו כן, נמסר לו כי הוא יקבל מענק יציאה סמוך לעלייתו למטוס.
- בהמשך הראיון הוסבר לעותר כי יש לו 30 ימים לחשוב על ההצעה, וכי ככל שהוא יסרב, סירובו עלול להיחשב כחוסר שיתוף פעולה בהתאם לחוק הכניסה והוא עלול להישלח למשמורת.
- העותר מסר כי הגיע לישראל לבקש מקלט מסיבות פוליטיות, לדבריו היה חייל במשך 25 שנים. לדבריו יש לו פציעות עוד מהשירות הצבאי והוא סובל מבעיות רפואיות. לדבריו יש לו בת בישראל שעוזרת לו.
- לגבי אפשרות היציאה למדינה השלישית העותר אמר – "המדינה השלישית ואריתריאה זה אותו הדבר. אני מעדיף ללכת לסהרונים. אם אני הולך, שזה יהיה רק דרך האו"ם והצלב האדום ורק ברגע שהם יורו לי לעשות כך".



במעמד הריאיון העותר נשאל האם מסר את טענותיו בראיון שנערך לו לבירור טענותיו למקלט מדיני והוא השיב בחיוב. הוא מסר כי מודע לעובדה שבקשתו למקלט נדחתה.

בתום השימוע נמסר לעותר כי יש לו 30 ימים לחשוב על הצעת הממונה.

פרוטוקול הריאיון מצ"ב מסומן נספח יז'.

36. ביום 23.6.15 הגיע העותר למשרדי ממונה ביקורת הגבולות. בשימוע שנערך לו מסר העותר 2 כי הוא אינו מיוצג. במעמד השימוע נשאל העותר יש שינוי בעמדתו ביחס להצעת המדינה בדבר יציאתו למדינה שלישית.

העותר מסר כי אין שינוי בעמדתו וכי הוא אינו מעוניין לצאת למדינה אחרת. לדבריו הוא בחר להישאר בישראל ולבקש מקלט מדיני. העותר עומת עם העובדה שבקשתו למקלט מדיני נדחתה והוסבר לו כי ניתן לראות בסירובו כחוסר שיתוף פעולה ומשכך הממונה מורה על העברתו למשמורת. הממונה הודיע לעותר כי יקבל פרק זמן של 14 ימים להתארגנות לפני העברתו למשמורת.

פרוטוקול השימוע והחלטת המשיבה מצ"ב מסומן נספח יח'.

#### עמדת המשיבה – דין הבקשה למתן צו ביניים להידחות

37. הלכה פסוקה היא כי בבוא בית המשפט לבחון בקשה למתן צו ביניים יביא הוא בחשבון את שאלת מאזן הנוחות ושאלת סיכויי העתירה (ברמ 301/03 אחים סקאל בע"מ נ' רשות שדות התעופה (ניתנה ביום 18.3.03)). כמו-כן ידוע, כי בין שני השיקולים קיים יחס של "מקבילית כוחות" שמשמעותה היא, כי ככל שסיכויי העתירה להתקבל גבוהים יותר כך ניתן למעט בדרישת "מאזן הנוחות" ולהיפך (ברמ 8601/10 ק.מ.מ. מפעלי מחזור בע"מ נ' עיריית תל אביב ואח' (ניתנה ביום 20.12.10)). נציין כי ככל וסיכויי העתירה נמוכים יותר, גוברת הדרישה כי תוכח נטייה בולטת של מאזן הנוחות לצידו של המבקש (עמ 4514/11 סולמון מוגילינסקי ואח' נ' שר הפנים (ניתנה ביום 14.8.11)).

38. בנסיבות המקרה דנן המשיבה תטען, כי דין הבקשה למתן צו ביניים להידחות. עסקינן בצו ביניים כוללני ורחב – למעשה בלתי מוגבל בהיקפו, אשר אמור לחול על ציבור בלתי מסוים של אנשים אשר ההליכים שהתנהלו בעניינם כלל אינם מונחים בפני בית המשפט בהליך הנוכחי.

39. לעמדת המשיבה, צו כוללני כזה, האוסר על השמתם במשמורת של מסתננים אזרחי אריתריאה וסודן אשר יסרבו לדרישתה של המדינה לצאת מישראל למדינה שלישית

בטוחה – מהווה סעד גורף, אשר בכל הכבוד, אין מקום לתיתו, כל שכן, במסגרת בקשה למתן צו ביניים, טרם בירור העתירה לגופה.

40. כאמור לעיל, עמדתה זו של המשיבה התקבלה במלואה בפסק דינו הקודם של בית המשפט הנכבד (כב' השופט ביתן בעניין האגוס (עתמ 54836-04/15)). כב' השופט ביתן פסק בבקשה זוהי לבקשה זו שהוגשה ע"י 3-8, כי היא חסרת פרטים חיוניים, היא כללית מאוד והיא אינה מאפשרת התייחסות מתאימה, ולכן דינה להידחות. העותרים לא ערערו על החלטה זו, כך שלמעשה די בהכרעתו המפורשת של בית המשפט הנכבד בפסק הדין הקודם שניתן בעניינם של העותרים כדי להוביל לדחיית הבקשה דנן למתן צו-ביניים – בקשה שהיא זהה במהותה ובתכליתה והיא בין אותם צדדים בדיוק (עותרים 3-8).

### סיכוי העתירה נמוכים

41. המשיבה תוסיף ותטען כי סיכויי העתירה להתקבל הם נמוכים, ובוודאי שאינם תומכים במתן צו-הביניים המבוקש בעתירה. ארבעה אדנים מלמדים על סיכוייה הנמוכים ביותר של העתירה: ראשית – עסקינן בעתירה כוללנית ביותר; שנית – עסקינן בעתירה שאינה נתמכת בתשתית עובדתית קונקרטית ומוצקה, ולדבר משנה חשיבות עת העותרים מבקשים סעד כה גורף לביטול יכולתה של המדינה לעשות שימוש בסמכויות מפורשות שהוענקו לה בחוק הכניסה לישראל; שלישית – לא קמה כל עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטות הפרטניות שהתקבלו בעניינם של העותרים 1-2, וכפי שניווכח להלן החלטות אלו עולות בקנה אחד עם פסיקתו המפורשת של בית המשפט העליון בנושא; רביעית – פסק דינו הקודם של בית המשפט הנכבד הפך חלוט, אולם העותרים מפנים עורף להכרעותיו.

### עתירה כוללנית הנעדרת תשתית עובדתית

42. כלל נקוט הוא במשפטנו המנהלי, כי בית המשפט הנכבד אינו נעתד לסעזים כוללניים המבקשים להשיג על מדיניותה הכללית של הממשלה. הולמים לעניין זה קביעותיו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 2926/90 בן-חיים נ' שר החקלאות, פ"ד מו(4) 622, וכך נדחתה העתירה בפסק-דינו של הנשיא שמגר:

"כל אלה נושאים בעלי חשיבות כללית, שניתן לסכמם, כפי שכבר צוין, כביקורת וכהשגות על מדיניות המים. אולם מאחר שאין המדובר על התייחסות לתרעומת קונקרטית וספציפית, החורגת מן הביקורת הכללית על המדיניות, הרי מה שמתבקש למעשה מבית המשפט אינו אלא שבית המשפט יתווה את המדיניות הרצויה והראויה בכל הנוגע למקורות המים והשימוש בהם."

אין צורך להוסיף, כי מחובתה של כל רשות, והרשויות העוסקות בענייני מים בכלל זה, לקיים את החוק באופן קפדני ולנהוג בענייניהן על פי עקרונות המינהל התקין. לא מן הנמנע, שבית המשפט ידון בנושא קונקרטי שעניינו אי קיום החוק בכל הנוגע לנושא המים, אולם אין זה סביר, כמבואר לעיל, שבית המשפט יהפוך עצמו למי שמתווה את המדיניות הכללית בענייני מים. יש שבית המשפט גם יעיר, תוך דיון במחלוקת קונקרטית, מה הדרך הנכונה בה צריכה רשות זו או אחרת לפעול, אולם כאשר מובא לפנינו נושא כללי וכוללני, יהיה חשוב ככל שיהיה, שאינו אלא הצגת המדיניות הכוללת הרצויה, הא ותו לא, אין אנו רואים את הנושא בתחומנו".  
[ההדגשה הוספה - הח"מ, עמ' 625].

43. כך בדרך כלל, וכך בפרט כאשר עוסקים אנו בהפעלת סמכות מפורשת שניתנה בידי המדינה להרחיק נתינים זרים, שנכנסו שלא כדין לגבולותיה, אל מדיניות יעד בטוחות.
44. בצד כלליותה וכוללניותה של העתירה דנו, עומדת לרועץ התשתית העובדתית החסרה שלא עלה בידי העותרים 1-2 להניח בפני בית המשפט הנכבד, על מנת לשכנע כי אכן נשקפת להם סכנה פרטנית, אם וככל שיורחקו למדינת היעד שהוצעה להם.
45. בית המשפט העליון חזר ושנה בפסיקתו הענפה, כי על עתירה המוגשת להניח בפניו תשתית עובדתית קונקרטית שיהא בכוחה לשאת את הדיון המשפטי. הספציפיות והקונקרטיות, הבהיר בית המשפט העליון, הן "עיקרים בצופן הגנטי של ההליך השיפוטי" (בג"ץ 240/98 **עדאלה נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נב(5) 167, 183-184 (1998)), ועל כן הבא בשערי בית המשפט נדרש "לבסס עתירתו על נתונים עובדתיים מוצקים" (בג"ץ 1404/07 **בנימין נ' השופטת הנשיאה עדנה בקשטיין** (פורסם בנבו, 10.4.07)). כזאת, לא עלה בידי העותרים לעשות.

#### הרחקה למדינה שלישית בטוחה

46. המדינה תוסיף ותטען כי טיעוני העותרים מתעלמים מן ההלכה הפסוקה בעניין סמכויות המדינה להרחיק מתחומה נתינים זרים שנכנסו אליה שלא כדין. ונסביר.
47. כאשר המדינה מבקשת להרחיק נתין זר השוהה בה שלא כדין, היא רשאית להרחיקו לכל מדינה שהיא, בין שזו מדינת אזרחותו, תושבותו או מדינה שאין לו שום זיקה אליה, ובלבד שאותה מדינה - המוכנה לקבלו - עומדת בעיקרון ה- *Non Refoulement* המעוגן בין היתר באמנת הפליטים ומהווה כלל של משפט בינלאומי מנהגי (להלן - **עקרון אי ההחזרה**), לפיו לא יורחקו אנשים השוהים בתחומי המדינה - אף אם הם נכנסו אליה שלא כדין או שהם שוהים בה שלא כדין - למקום שנשקפת להם בו סכנת חיים או סכנה לחירות. עיקרון זה עוגן בין השאר בפסיקת בית המשפט העליון בבג"צ 4702/94 **קאדם אל טאיי ואח' נ' שר הפנים ואח'** (להלן - בג"צ אל טאיי), שלפיה:

"מי שנכנס לישראל ושהה בה שלא כדין אינו זכאי להישאר בישראל, אך הוא זכאי לכך כי חייו לא יהיו בסכנה – לא בישראל ולא בארץ היעד שאליה יגורש. על כן, אין לגרש אדם מישראל למקום בו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו. 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) [ההדגשות הוספו]

48. לאדם אין זכות וטו על זהותה של מדינת היעד שאליה יורחק; הוא אינו זכאי להחליט או לבחור לאן הוא רוצה להיות מורחק, ולא נדרשת הסכמתו על מנת שההרחקה תחיה כדין. זכותו של המגורש היא כי חייו וחירותו לא יעמדו בסכנה עקב הגירוש. כפי שנקבע בבג"צ אל טאיי הנ"ל:

"מן הראוי להדגיש כי אין למגורש "זכות וטו" על זהותה של מדינת היעד אשר אליה יגורש. לא נדרשת הסכמתו של המגורש לגירושו למדינה פלונית כדי שגירוש למדינה זו יהיה כדין. זכותו של המגורש היא כי חייו וחירותו לא יעמדו בסכנה עקב הגירוש. כמובן, בהנחה שכל שאר התנאים שווים, יש להעדיף את ארץ היעד שהמגורש מבקש לבוא אליה."

49. לפי ההלכה הפסוקה, מעת שנמצאה מדינה שלישית בטוחה, נטל ההוכחה להראות כי נשקפת סכנה בהרחקה אליה, מוטל על הנתין הזר ולא על המדינה; עליו לשכנע ולבסס מבחינה עובדתית כי נשקפת לו סכנת חיים פרטנית באותה מדינה. רק אז לא ניתן להרחיק את הנתין הזר לאותה מדינה בלבד. בכל אלה, לא עמדו העותרים שלפנינו, וזאת אפילו שניתנה להם שהות ארוכה להביא בפני ממונה ביקורת גבולות ראיות לסכנה הפרטנית להם הס טוענים. חלף ראיות וטיעונים קונקרטיים לסכנה שעלולה להישקף להם, העלו העותרים 1-2 – הן בראיון שנערך עמם והן בשימוע שנערך 30 יום לאחריו – טענות כוללניות שאינן מגובות בראיות כלשהן. הצגת טיעונים כוללניים שכאלו נדחו על-ידי בית המשפט העליון.

לעניין זה יפים דבריו של כב' השופט סולברג בעע"מ 7466/12 מדינת ישראל נ' אסמרה אהונם גרמאיי:

" על-פי המקובל בכללי המשפט הבינלאומי, והדבר קיבל ביטוי גם במשפט הישראלי, מעת שנמצאה מדינה שלישית שאליה צפוי להיות הנתין הזר מורחק, נטל ההוכחה להראות כי יש בעייתיות בהרחקה מוטל עליו ולא על המדינה. כך לדוגמא, עוד מקדמת דנא נפסק בבג"ץ 17/71 מראר נ' שר הבטחון, פ"ד כה(1) 141, 145 (1971): "...אם כך הדבר [כי צפויה לעותר סכנה בירדן - נ' ס'], היה על העותר לפנות לרשויות הביטחון ולהודיע להם בגלוי על הסכנה הצפויה לו בירדן, ומתוך מה שנאמר בעתירה בצורה מגומגמת, מסתבר כי עד היום לא עשה זאת". חובתו של הנתין הזר היא זו - מעת שהודע לו על אודות הרחקתו הצפויה - לשכנע ולבסס מבחינה עובדתית כי נשקפת לו סכנת חיים במדינה אשר אליה הוא צפוי להיות מורחק " [ההדגשות הוספו]

וכך גם נקבע בעע"מ 6694/13 פיסו גבראי גידאי נ' משרד הפנים שניתן ביום 15.2.2015

"לפי סעיף 1 לחוק הכניסה, מי שאיננו אזרח ישראלי או עולה כמשמעותו של הביטוי בחוק השבות, התש"י-1950, יהיו כניסתו לישראל וישיבתו בה על פי אשרה ורישיון ישיבה לפי הוראות חוק הכניסה לישראל. הלכה ידועה כי לשר הפנים נתון שיקול דעת רחב בהפעלת סמכויותיו על-פי חוק הכניסה, ולרבות לפי סעיף 13 המסמיק אותו להורות על הרחקתם של זרים מן הארץ. יצוין כי מעת שנמצאה מדינה שלישית אליה ניתן להרחיק את הנתין הזר, נטל ההוכחה להראות כי ישנה בעייתיות בהרחקה מוטל על הנתין הזר ולא על המדינה"

50. לעניין זה, יפים גם דבריו של כב' השופט יגאל מרזל, בעת"מ 49412-11-11 סלומון נ' משרד הפנים כדלקמן:

"השאלה המרכזית הנותרת להכרעה בהליך שלפני היא אפוא, כנרמז לעיל, השאלה אם עלה בידי העותר להראות פחד מבוסס להיות נרדף בחזרתו לארצותיה כנתין ממוצא אריתראי (כשעל עניין המוצא האריתראי לא היה לפני חולק) וזאת כחלק מן התנאים להכרה בו כפליט לפי האמנה; או לחילופין, כעילה לאי-הרחקתו לארצותיה, בהתאם לעיקרון "אי-החזרה" שבפרשת אל-טאיי הנזכרת. כאמור לעיל, תשובתי לשאלה זו היא בשלילה, במובן זה שלא עלה בידי העותר להוכיח את טענתו בנדון.

...

הנה כי כן, בכל הקשור לחשש המבוסס להיות נרדף, שעל פי האמנה או לסיכון החיים לעותר עצמו, עולה מן האמור לעיל שהעותר לא טען לכך בראיונות השונים שנערכו לו והדבר מדבר בעד עצמו... על רקע זה מקובלת עליי עמדת המשיב לפיה לא עלה בידי העותר

בנסיבות העניין לבסס סיכון לחייו או לשלומו או חשש מבוסס להיות נרדף, שיש בהם כדי להביא בהכרה במעמדו כפליט או להצדיק הימנעות מהרחקתו בשל עיקרון אי-החזרה..." [ההדגשה הוספה - הח"מ].

כן נבקש להפנות לפסק דינה של כב' השופטת שיצר, בעת"מ 56259-01-12 גאיים נ' משרד הפנים (19.7.12), בפסקה 8 לפסק דינה, כדלקמן:

" העותר אמנם ניסה לטעון כי באתיופיה מתנכלים לאריתראים, וקיים חשש שאולי יגרשו אותו לאריתראיה, אך לא הצליח להציג גרסה סדורה ומשכנעת באשר לכך.

...

גם בעתירתו לא הצביע העותר על רדיפה קונקרטיה ספציפית כלפיו, באתיופיה, אלא רק העלה טענה כללית, המבוססת על אזכור מחקר שפרסמה רשות ההגירה בקנדה בשנת 2010, כי שלטונות אתיופיה עדיין מדכאים אריתראים רבים החיים שם, מקשים עליהם ושוללים מהם זכויות רבות, וגם אריתראים שביקשו לקבל על עצמם אזרחות אתיופית נדחו על ידי השלטונות, שלא מיישמים את החוק בפועל". טענה זו איננה יכולה להועיל לעותר, שכן הוא חי כל חייו באתיופיה וזה בה לחינוך והשכלה ולא הצליח להראות רדיפה כלשהי כלפיו אישית. כל עוד ממשלת ישראל לא קבעה הגנה קבוצתית למסתננים מאתיופיה, על המבקש להוכיח נרדפות לפי האמנה. מתן הגנה ומעמד פליט לפי האמנה, איננו חוזה פני עתיד, אלא נותנת הגנה קונקרטיה לרדיפה מוחשית. מאחר שהעותר לא טען לרדיפה אישית של מישהו כלפיו, על רקע אוחד הנימוקים המנויים באמנה, החזרתו לארץ שממנה הגיע - אתיופיה, היא סבירה."

51. בענייננו העותרים לא ביססו חשש לסכנת חיים פרטנית או סכנה לחירותם הצפויות להם במדינות השלישיות, וזאת כאמור לאחר שהייתה בידיהם שהות מספקת לעשות כן.

52. יתירה מזאת, אף אין לקבל את טענת העותרים ביחס לחוקיות השמת העותרים 1-2 במשמורת בשל אי-שיתוף פעולה מצדם עם הליכי הרחקתם.

סעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל קובע, כי לא ישוחרר בערובה מי שהרחקתו מישראל נמנעת בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצדו, לרבות לעניין הבהרת זהותו או הסדרת הליכי הרחקתו מישראל.

53. הכלל הקבוע בחוק הכניסה לישראל הוא כי שוהה שלא כדין יוחזק במשמורת עד ליציאתו מישראל או עד להרחקתו ממנה.

54. בעניינם של מסתננים מאריתראיה ומתפובליקה של סודן ישנו קושי - מסיבות שונות שיוצגו להלן - בהרחקתם חזרה למדינות מוצאם. בשל כך ובהתאם למדיניות שהייתה

קיימת בעבר, אלפי מסתננים מאריתריאה ומסודן שוחררו בעבר ממשמורת בתנאים וקיבלו רישיון לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, שמהווה "רישיון זמני לשיבת ביקור למי שנמצא בישראל בלי רישיון ישיבה וניתן עליו צו הרחקה – עד ליציאתו מישראל או עד להרחקתו ממנה".

55. כעת, משנמצאו מדינות בטוחות שמסכימות לקלוט מסתננים מאריתריאה ומסודן לגבולותיהן ומאפשרות להם לחיות שם בבטחה, אין כל מניעה כי המדינה תפעל ליציאתם של אותם מסתננים למדינה שלישית. ככל שמסתנן שיוצע לו לצאת למדינה שלישית בטוחה, יסרב לעשות כן, מבלי שיציג טעם מהותי, פרטני ומבוסס לסירובו בהתאם לגבולות הסירוב שנקבעו בהלכת אל-טאיי, הדבר יחשב כחוסר שיתוף פעולה. לכן, ועל פי הוראות חוק הכניסה לישראל וההלכה הפסוקה, ניתן יהיה להורות על השמתו במשמורת עד ליציאתו ממדינת ישראל.

56. עוד נציין כי חוקתיותו של סעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל, המאפשר החלטה על החזקה במשמורת של שוהה שלא כדין שאינו משתף פעולה עם המהלכים להרחקתו במשך זמן רב, אושרה ע"י ביהמ"ש העליון בבר"מ 696/06 זורב אלקנוב נ' בית הדין לביקורת משמורת, שבו נפסק כך:

"...ההנחה לצורך ענייננו היא כי המוחזק במשמורת הוא הכוח המניע לכך שהרחקתו מן הארץ אינה מתגשמת, והוא הגורם לכך שהחזקתו במעצר מתארכת. מן הצד האחד, התועלת שבמשמורת נועדה להגשים במהירות את מדיניות ההרחקה של השוהה שלא כדין, וכן להפסיק לאלתר את פועלה של השהייה שלא כדין. מצד שני, הפגיעה הנגרמת למוחזק במשמורת עקב הארכתה מקורה במוחזק עצמו עקב התנהגותו, והוא בלבד האחראי לה, בבחינת קרבן הניזוק מפגיעתו שלו עצמו... המסקנה העולה מדברים אלה היא כי הוראת החוק בסעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל עומדת במבחן החוקתי" [ההדגשות הוספו]

לעניין זה ראו והשוו גם בר"מ 7363/06 מדינת ישראל נ' ארטשס, פדאור 06-31-638 (2006); עע"מ 1541/05 גרום וורקנה נ' משרד הפנים (טרם פורסם, ניתן ביום 16.3.2005); וכן ראו עע"מ 5066/12 פלוני נ' משרד הפנים (פורסם בנבו; 9.10.2012) בו דחה בית המשפט את בקשת המערער, ששהה במשך 4 שנים במשמורת, לשחררו ממשמורת, לאור סירובו לשתף פעולה עם המהלכים להרחקתו).

57. יודגש, כי בפסה"ד של ביהמ"ש העליון בעניין אלקנוב נקבע לגבי תכלית החזקתו של שוהה בלתי חוקי במשמורת:

" הגשמת מדיניות הפיקוח המדינתי על הנכנסים והשוהים בישראל במסגרת מערכת היתרים ופעולה לאכיפת מדיניות זו, בין היתר, באמצעות הרחקת שוהים בלתי חוקיים

**והחזקתם במשמורת לצורך כך, הולמת את ערכיה של המדינה..."**

58. בעמנ (תל אביב – יפו) 179/04 פליקס לרבי נ' משרד הפנים התייחס ביהמ"ש לפסה"ד בעניין בן ישראל אליו מפנים העותרים בעתירתם וקבע:

" ההלכה העולה מפסק הדין שניתן בבג"צ 1458/90 היא, לדעתי, בעלת חשיבות גדולה ביחס לאותם מקרים שבהם המדינה מחזיקה במשמורת, ארוכת זמן, שוהים לא חוקיים שחרף נכונותם לשתף פעולה, לא ניתן לממש הרחקתם לארצם או למדינה אחרת. אולם הלכה זו אינה ישימה לנסיבות כגון ענייננו שבהן שוהה שלא כדין אינו משתף פעולה ועושה ככל יכולתו, לרבות בדרך לא חוקית, כדי לשבש את דרכי הרחקתו מן הארץ ולסכל אותה".

59. מהאמור עד כה עולה, כי מי שאינו משתף פעולה עם המאמצים להרחיקו – הרי שניתן להחזיקו במשמורת. זהו הדין הכללי, ובהתאם לו התקבלו ההחלטות הפרטניות בעניינם של העותרים 1-2.

בפני העותרים 1-2 עומדת האפשרות לצאת למדיניות שלישיות בטוחות. מרגע שהעותרים 1-2 לא עמדו בנטל להוכיח כי הרחקתם למדינה השלישית תעמיד אותם במצב של סכנה פרטנית לחייהם או לחירותם – וכאמור לעיל העותרים 1-2 רחוקים מרחק רב מלעמוד בנטל האמור – הרי שסירובם לצאת את ישראל מהווה חוסר שיתוף פעולה המצדיק את השמתם במשמורת מכוח הוראות סעיף 13(ב) לחוק הכניסה לישראל.

ויודגש, המחוקק הראשי קבע כי על הנתין הזר לשתף שיתוף פעולה מלא עם הליכי הרחקתו. כזאת, העותרים 1-2 לא עשו.

60. בהקשר אחרון זה, יודגש כי ההסדרים שנחתמו עם המדינות השלישיות אושרו ע"י מר יהודה וינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה, בהיבט המשפטי, לאחר שנמצא כי מתקיימים במדינות השלישיות ששת התנאים הבאים:

- לא מתנהלות במדינות אלה מלחמה/מהומות כלליות;
- אין חוות דעת של נציבות האו"ם לפליטים שלפיה אין להרחיק למדינות אלה;
- ככלל, לא תישקף באותן מדינות סכנה לחייו או לחירותו של המסתנן על בסיס גזע, דת, לאום או השתייכות לקבוצה חברתית או פוליטית כלשהי;
- ניתן לבקש באותן מדינות מעמד של פליט או ליהנות מהגנה זמנית או למצער המדינות הללו מחוייבות לעקרון אי ההרחקה והן לא תעברנה את המסתנן למדינה אחרת שבה תישקף סכנה לחייו או לחירותו;
- קיים במדינות אלה איסור על עינויים או יחס אכזרי או משפיל אחר;



- המדינות האלה מתחייבות לאפשר למסתנן חיים בכבוד (לפחות אופק שהיה ואפשרות לעבוד ולהתפרנס)

61. ב"כ העותרים פנתה לשר הפנים וליועמ"ש לממשלה, בטרוניה כללית על הסכנה הצפויה למסתננים שיצאו למדינות שלישיות, שנסמכה על טענות שונות הנתמכות מפי השמועה.

62. בעקבות פניות ב"כ העותרים ופניית נציגי נציבות האו"ם לפליטים בישראל, נערכה בדיקה בעניין יציאתם מישראל של מסתננים שמוצאם מסודן ואריתריאה למדינות השלישיות. הבדיקה נערכה בנוסף למעקב השוטף שמקיימת רשות האוכלוסין בנושא. ממצאי הבדיקה העלו כי, ששת התנאים שקבע היועץ המשפטי לממשלה ליציאת מסתננים מישראל למדינות שלישיות אכן מתקיימים. תשובה בעניין זה נשלחה לב"כ העותרים ביום 9.7.15 ע"י המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (יעוץ), גבי דינה זילבר.

63. עוד חשוב להדגיש, כי עד כה כ-2,070 מסתננים יצאו ממדינת ישראל אל המדינות השלישיות.

מכתבה של המשנה ליועמ"ש לממשלה (יעוץ) מיום 9.7.15 מצ"ב מסומן נספח יט'.

64. לאור כל האמור, המשיבה תטען כי העותרים 1-2 לא עמדו בנטל הראיה הנדרש להוכיח שנשקפת להם עצמם סכנת חיים או סכנה לחירותם במדינות אלו. משכך, סיכויי העתירה הינם נמוכים ביותר ובוודאי שאין בהם כדי להצדיק מתן צו-ביניים שימנע את השמתם במשמורת לאור חוסר שיתוף הפעולה שלהם עם הרחקתם למדינות היעד השלישיות שהוצעו להם. למותר לציין, כי צו הביניים המבוקש נסוב לא רק על העותרים 1-2, כי אם על ציבור בלתי מסוים שהעותרים נמנים עמו.

#### מאזן הנוחות

65. המדינה תטען כי אף מאזן הנוחות נוטה באופן מובהק לטובת דחיית הבקשה דנן למתן צו-ביניים.

66. כאמור לעיל, בשלב זה, בהעדר הסכמה של העותרים לצאת למדינות השלישיות, הם לא יורחקו אליהן. כפי שפירטנו, ומכוח הסמכות הקבועה בסעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל, מוסמך ממונה ביקורת גבולות להורות על השמתם של העותרים 1-2 במשמורת בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצדם עם הליכי הרחקתם.

הווה אומר, השמתם של העותרים 1-2 במשמורת אינה יוצרת מצב בלתי הפיך המצדיק את מתן צו הביניים המבוקש על-ידם, וממילא אין מדובר בהרחקתם למדינה שלישית כלשהי.

לא זו אף זו, בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל, החלטת ממונה ביקורת גבולות בדבר הוצאת צו משמורת בהתאם לסעיף 13 לחוק הכניסה לישראל נתונה לביקורת השיפוטית של בית הדין לביקורת משמורת, בהתאם להוראת סעיף 13טז(א) (וראו בפרט סעיף 13טז(א)(2) סיפא).

67. המשיבה תטען, כי מן האמור בבקשה למתן צו ביניים עולה כי העותרים 1-2 מבקשים כי בית המשפט הנכבד ייצור בעניינם כלל חקיקתי יש מאין, שיהיה ייחודי רק לעותרים ושכמותם, הסוטה מהוראות חוק הכניסה לישראל.

בעניינו של כל נתין זר שאינו משתף פעולה באופן מלא עם הליכי הרחקתו מוצא צו משמורת בהתאם לסעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל. מרגע שהוצא צו המשמורת, חלה חובה להביא את המוחזק במשמורת בפני בית הדין וזאת בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מתום 96 שעות מעת תחילת החזקתו במשמורת. או-אז עומדת לכל נתין זר האפשרות לטעון את מכלול טענותיו נגד החלטת ממונה ביקורת גבולות להורות על השמתו במשמורת, וזאת בפני בית הדין לביקורת משמורת.

ברם, הבקשה למתן צו ביניים מבקשת לחרוג מהמתווה הקבוע בחוק הכניסה לישראל ולקיים את הדיון הראשון בביקורת המשמורת בבית המשפט לעניינים מינהליים, וזאת ללא כל טעם שיכול להצדיק סטייה מהחוק.

העובדה שהיתה לעותרים שהות מספקת להעלות טענות פרטניות לסכנה קונקרטית הנשקפת להם במדינת היעד להרחקה, ואף להסתייע בעורכי דין לשם כך, וזאת הם לא עשו, מקשה עד מאוד לראות בהתנהלותם עד כה משום "שיתוף פעולה מלא" עם הליכי הרחקתם – ואף בכך יש כדי לתמוך בדחיית בקשתם למתן צו ביניים.

68. טיעון נוסף התומך בנטיית מאזן הנוחות לעבר דחיית הבקשה למתן צו ביניים, מוסב על הביקורת הסטטוטורית העיתית, כל 30 יום, שמקיים בית הדין לביקורת משמורת באשר להחזקתו של הנתין במשמורת (סעיף 13טז(א)(1) לחוק הכניסה לישראל). יתרה מזאת, ביכולתו של המוחזק לפנות בבקשה לקיים דיון בכל עת שירצה ולהעמיד מחדש לביקורת את שאלת המשך החזקתו במשמורת, אף טרם חלוף 30 היום הסטטוטוריים (סעיף 13יז(א) לחוק הכניסה לישראל). הווה אומר, שאלת המשך החזקתם במשמורת של העותרים 1-2 בשל אי שיתוף פעולה מלא עם הרחקתם נתונה לבחינה עתית של בית הדין לביקורת משמורת וכן לביקורת ביוזמת המוחזק.

69. הנה-כי-כן, ככל שבהמשך יהיו בידי העותרים 1-2 ראיות טובות להוכחת המסוכנות הפרטנית הנשקפת להם במדינת היעד שהוצעה להם, הרי שטענות אלה יוכלו להיבדק תחילה על ידי ממונה ביקורת גבולות ולאחר מכן לעמוד לביקורתו של בית הדין.

70. במצב דברים זה, לא יהיה בדחיית העתירה הכוללת שלפנינו ועמה צו הביניים המבוקש, משום סגירת הדרך בפני העותרים 1-2 לשוב ולהציג את טיעוניהם הפרטניים בעניין החזקתם במשמורת, ככל שישנם, לעניין יישום הלכת אל-טאיי בעניינם.

71. אל מול האינטרס של העותרים ניצב האינטרס הציבורי בהתמודדות עם תופעת ההסתננות ועם השתקעותם של עשרות אלפי המסתננים מאריתריאה ומסודן בישראל. אינטרס זה הוא בעל חשיבות רבה. יכולתה של מדינת ישראל לפעול להוצאתם של מסתננים אלו למדינות שלישיות בטוחות היא אחד מהאמצעים המרכזיים שעומדים למדינה – ככל מדינה ריבונית – להתמודדות עם הסתננות בלתי חוקית של זרים לשטחה.

72. מדינת ישראל, כמו כל מדינות העולם, מפקחת על הנכנסים לתחומה ואינה מקבלת בהבנה מצב בו שוהים בתוך גבולותיה עשרות אלפי אנשים מסתננים בלא תיעוד, ללא שניתנה להם אשרה מראש ובניגוד לדין. בכך, דומה מדינת ישראל לשאר מדינות העולם, המשמרות בידיהן סמכויות נרחבות הנוגעות להתרת כניסתם של נתינים זרים לתחומיהן. זהו רכיב משמעותי של עקרון ריבונות המדינה, המוכר במשפט הבינלאומי, לפיו "מדינה, כל מדינה, מוסמכת ורשאית לקבוע אלו זרים יבואו בשעריה, אלו מהם יהיו בתחומה, ומוסמכת ורשאית היא להרחיק מתחומיה זרים שאינם רצויים לה..." בג"צ 4370/01 ויקטור לפקה ואח' נ. משרד הפנים (פסקה 20 לפסק דינו של השופט חשין).

73. מעבר לפגיעה בריבונות הנובעת מההסתננות הלא חוקית והיעדר היכולת לשלוט על המצויים בתוך גבולותיה, נודעות לתופעת ההסתננות השלכות קשות גם בתחומים חברתיים, כלכליים וכן בתחום הביטחון האישי. ההשלכות השליליות של תופעת ההסתננות הובילו להערכה כי מדובר בתופעה חמורה וחסרת תקדים, אשר יש בהיקפיה ובממדיה כדי להוות איום ממשי על ריבונותה של מדינת ישראל ועל חוסנה הלאומי, החברתי והכלכלי. גם בית המשפט העליון הנכבד עמד על "אינטרס המדינה למנוע 'הגירת עבודה' החורגת כמובן מאותם מקרים בהם קיים חשש מבוסס לרדיפה" (בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה, פסק דין מיום 16.1.11), וכן על האתגרים העומדים בפני המדינה ועל מורכבות הבעיות הכרוכות במניעת הגירה המונית באמצעות הסתננות למדינה דרך סיני (וראו בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הבטחון, מיום 7.7.11 (להלן: עניין מוקד סיוע לעובדים זרים)) וכן ראו סעיף 2 לפסק דינו של השופט הנדל וכן סעיפים 6-8 לפסק דינו של השופט גובראן בעניין גבריטלאסי).

74. התגברות תופעת ההסתננות (עד לשנת 2012), וההשלכות הקשות הנלוות לה, הובילו למסקנה שיש צורך בנקיטת מכלול של צעדים כדי לבלום תופעה זו.

75. הפתרון האפשרי שניתן היה לתת לבעיה זו - קרי, הרחקת המסתננים למדינת מוצאם, תושבותם או נתינותם (כאשר לא הוכח כי נשקפת להם שם סכנת חיים) - אינו ישים לגבי חלק מהמסתננים. הדברים אמורים בעיקר ביחס למסתננים שהם נתיני אריתריאה או הרפובליקה של סודן.

76. כ-73% מהמסתננים השוהים בישראל כיום הם נתיני אריתריאה. נכון לעת הזו, מדינת ישראל נוקטת מדיניות אי-הרחקה זמנית של נתינים אריתראים לאריתריאה.

77. כ-19% מהמסתננים השוהים בישראל כיום הגיעו מהרפובליקה של סודן (צפון סודן). באשר למדינה זו מצב הדברים שונה: נתינים של הרפובליקה של סודן שהסתננו לישראל אכן אינם מורחקים ישירות למדינת מוצאם לעת הזו, אולם הדבר אינו נובע מההכרה במדינה זו כמדינת משבר. הימנעותה של מדינת ישראל בשנים האחרונות מלבצע החזרות ישירות לצפון סודן נובעת בעיקרה מהקושי המעשי לבצע החזרות שכאלה, בשל היעדר יחסים דיפלומטיים בין מדינת ישראל לרפובליקה של סודן, וממילא בשל היעדר תקשורת עם הרשויות במדינה זו. משכך, מטבע הדברים, לא קיים מסלול ישיר לביצוען של החזרות מסתננים לרפובליקה של סודן.

78. לאחר תקופה שבה גברה תופעת ההסתננות ולאחר שהניסיונות השונים לבלום אותה לא צלחו, החליטה הממשלה על נקיטת שורה של צעדים משולבים להתמודדות עם בעיה זו. אחד הצעדים המרכזיים בהם נקטה המדינה לשם מתן מענה לתופעת ההסתננות, הינו הגעה להסדרים עם שתי מדינות שונות שהסכימו לקלוט לתחומן מסתננים אשר הסתננו לישראל באופן לא חוקי. הסדרים אלו העניקו בידי המדינה את האפשרות להעמיד בפני המסתנן את האפיק הדרוש לו לשם יציאתו הבטוחה מישראל והם מבטיחים בין היתר את אי הרחקת המסתנן מהמדינה השלישית למדינת מוצאו.

79. ואכן, עד למועד הגשת התגובה יצאו מעל לכ- 2,000 מסתננים למדינות השלישיות.

80. מכלל האמור עולה כי היעדרות לסעד הכללי המבוקש בעתירה כבר במסגרת צו ביניים, טרם דיון בעתירה גופה, עלולה לפגוע משמעותית ביכולת המדינה להתמודד עם תופעת ההסתננות ולמנוע השתקעות חוזרת במרכזי הערים בישראל.

#### טענות העותרים כנגד חיסיון ההסדרים וזהות המדינות השלישיות -

81. טרם חתימה יצוין, כי על פרטי ההסדרים וזהותן של המדינות השלישיות הוצאה ביום 30.3.14 תעודת חיסיון החתומה בידי ראש הממשלה בהתאם להוראת ס' 44 לפק' הראיות, וזאת בשל הרגישות המדינית והפוליטית הגבוהה והתחייבות הצדדים להימנע מפרסום זהות המדינות, נכונותן לסייע וממילא פרטים נוספים הנוגעים לכך.

82. בהתאם להוראות ס' 44 ו- 46 לפק' הראיות – עתירה לגילוי ראיה חסויה "כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה" - תוגש לבית המשפט העליון ותידון בדלתיים סגורות.

83. בס' 139-147 לעתירה ב"כ העותרים קובלים על העדר שקיפות ההסדרים וטוענים כי העדר השקיפות מהווה כר לפגיעה בזכויות ולהפרת עקרון ה- *Non Refoulment* במדינת היעד. טענות אלה הקוראות לגילוי ההסדרים לשם עשיית צדק, יש להעלות במסגרת עתירה לגילוי ראיה, שתוגש לבית המשפט העליון ולא במסגרת הליך זה נושא התגובה.

84. לציין כי עובדת חיסיון ההסדרים וזרות המדינות הייתה ידועה לב"כ העותרים כבר למן מועד הדיון בפני ההרכב המורחב שדן בבג"ץ בעתירה החוקתית בעניין התיקון לחוק למניעת הסתננות (עמ' 20 לפרוטוקול הדיון מיום 3.2.15) ולמצער- ממועד הדיון בעתירה הקודמת שהוגשה בפני בית המשפט הנכבד (13.5.15). לו היה רצונה בכך, היה לב"כ העותרים זמן רב להגיש עתירה לגילוי ההסדרים ובמסגרתה להעלות את כל טענותיהם.

85. למען הזהירות המדינה תודיע כי היא מסכימה להציג את כל המסמכים הרלוונטיים לרבות ההסדרים וחוות דעת משרד החוץ במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות.

#### סיכום

86. היעדרות לבקשה לצו ביניים טרם דיון בעתירה, כמבוקש בצו הביניים, תפגע משמעותית באינטרס הציבורי ויש בה כדי לפגוע ביכולתה של המדינה להפעיל את הכלים שהעמיד לרשותה המחוקק הראשי בחוק הכניסה לישראל על מנת להרחיק נתינים זרים שנכנסו אליה שלא כדין. מתן צו ביניים כוללני כמבוקש, וודאי צו ביניים שאינו נתמך בתשתית עובדתית קונקרטית, ימנע מהממשלה את היכולת לקדם את אחד האמצעים המרכזיים העומדים לרשותה בהתמודדות עם תופעת ההסתננות.. משיש בידי המדינה להציע לעותרים 1-2, ולאחרים שכמותם, לצאת למדינה שלישית בטוחה, קיימת על העותרים חובה לצאת מישראל כאשר זכות הסירוב לצאת מהארץ תחומה אך ורק למקרים בהם עלה בידם להוכיח כי קיימת להם סכנת חיים פריטנית במדינת היעד - והכל כפי שנפסק בענין אל טאיי ואושר לאחרונה בעניין גרמאיי וגידאי.

ברם, ולאחר שניתנה לעותרים שהות מספקת להעלות את טענותיהם הפריטניות בדבר הסכנה הצפויה להם במדינת היעד, הסתפקו העותרים 1-2 בהעלאת טענות כלליות מפי השמועה. כפי שפורט לעיל, במכתבה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה מיום 9.7.15, בוצעה בדיקה אך לאחרונה, שממנה עלה כי אין בטענות העותרים כל ממש ולא נשקפת סכנת חיים במדינות השלישיות וכי אותן מדינות מכבדות את עקרון אי-ההרתקה.

87. בבחינת מאזן הנוחות, שומה לתת את הדעת לכך, שהשאלה היחידה העומדת כעת על הפרק היא שאלת השמתם של העותרים 1-2 במשמורת בשל אי שיתוף מלא מצדם, וכי אין בהשמתם במשמורת משום יצירת מצב דברים בלתי הפיך, ואין המדובר בהרחקתם, ובוודאי שלא עומדת על הפרק שאלת הרחקתם למדינה שבה תישקף סכנה לחייהם.
88. ועוד יש להדגיש כי שאלת המשך השמת של העותרים 1-2 במשמורת בשל אי שיתוף פעולה עם הליכי הרחקתם טעונה בחינה עתית על-ידי ביה"ד לביקורת משמורת, כקבוע בחוק הכניסה לישראל. הנה כי כן, מאזן הנוחות הכולל נוטה במובהק לטובת המדינה ולטובת האינטרס הציבורי ועל כן אין להיעתר לבקשה לצו ביניים, שמשמעותה היר מתן חסינות גורפת מהשמה במשמורת על יסוד טענות כוללניות.
89. תגובה זו נתמכת בתצהירו של מר יוסי אדלשטיין, ראש מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה.
90. נוכח האמור מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את בקשת העותרים לצו ביניים ולחייב את העותרים בהוצאות העתירה ובשכ"ט עו"ד.

אורית קרץ, עו"ד

ממונה בפרקליטות מחוז זרום – אזרחי

באר-שבע כ"ו תמוז, תשע"ה

13 יולי 2015

פמ"ד עתמ/15/40882

א.ק. 508087