

אלמסגד גריוסוס צגטה ואח'
על ידי ב"כ עוה"ד ענת בן דור/ואו אלעד כהנא
מן התכנית לזכויות פליטים
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת ת"א
טלפון: 03-6405246; פקסי: 03-6407422

העותרים

נ ג ד

מדינת ישראל
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466463; פקסי: 02-6467011

תמשיבים

תגובה מטעם המדינה לעתירה לגילוי ראיה

1. בהתאם להחלטות כבי' השופטת ע' ברון מיום 26.7.15 ומיום 2.8.15 ולקראת הדיון הקבוע בעתירה ביום 5.8.15, מתכבדת המדינה להגיש תגובה לעתירה לגילוי ראיה, כדלקמן:

פתח דבר

2. עניינה של העתירה בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה למדינה "לגלות ראיות החוסות תחת תעודת חיסיון שנחתמה בידי ראש הממשלה ביום 30.3.14, בפני בית המשפט המחוזי בבאר שבע בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים במסגרת עת"מ 5126-07-15 אלמסגד נ' שר הפנים".

3. כפי שיפורט להלן, במסגרת מאמצי מדינת ישראל להתמודד עם תופעת ההסתננות, הגיעה המדינה להסדרים עם שתי מדינות בטוחות שהסכימו לקלוט לתחומן מסתננים אשר הסתננו לישראל באופן לא חוקי (להלן: המדינות השלישיות). הסדרים אלו נתנו למדינה את האפשרות להעמיד בפני מסתננים אפיק ליציאתם הבטוחה מישראל והם מבטיחים, בין היתר, את אי הרחקת המסתנן מהמדינה השלישית למדינת מוצאו.

4. על פרטי ההסדרים, זהותן של המדינות השלישיות ונכונותן לסייע למדינת ישראל הוצגה ביום 30.3.14 תעודת חיסיון החתומה בידי ראש הממשלה, בהתאם להוראת ס' 44 לפק' הראיות [נוסח חדש] חתש"א-1971 (להלן – פקודת הראיות), כדלקמן:

"בתוקף סמכותי לפי סעיף 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א-1971, אני מביע דעתי כי מסירת זהות המדינות שעמן נחתמו ההסדרים בנושא המסתננים, נכונותן לסייע בעניין וכן פרטי ההסדרים, עלול להביא לפגיעה ביחסי החוץ של מדינת ישראל".

צילום תעודת החיסיון מצורף ומסומן מש/1.

תעודת החיסיון נחתמה בשל הרגישות המדינית והפוליטית הגבוהה והתחייבות הצדדים להסדרים להימנע מפרסום זהות המדינות, כמו-גם פרטים נוספים הנוגעים להסדרים, וזאת בשל בקשתן המפורשת של המדינות השלישיות שזהותן ופרטי ההסדרים עימן לא יפורסמו. נרחיב על כך בהמשך הדברים.

5. עמדת המדינה היא, כי דין העתירה לגילוי ראיה להידחות. תחילה, נעמוד על הרקע להגעה להסדרים עם המדינות השלישיות והצורך בהוצאת תעודת החיסיון. בתוך כך, נפרט אודות חתשית העובדתית הרלבנטית הנוגעת להליך המתנהל בבית המשפט לעניינים מנהליים בבאר שבע ולפניות שונות שהגישו חלק מהעותרים דכאן לשר הפנים וליועץ המשפטי לממשלה. לאחר מכן, נעמוד בקצרה על המסגרת הנורמטיבית הנוגעת לעתירת לגילוי ראיה בהתאם לפקודת הראיות.

לבסוף, נציג את עמדת המדינה לפיה דין העתירה להידחות, שכן חשיפת זהות המדינות השלישיות עמן נחתמו ההסדרים, פרטי ההסדרים עצמם ונכונותן של המדינות לסייע בעניין, יפגעו ביחסי החוץ של מדינת ישראל, על מכלול האינטרסים הכרוכים בכך, והם אף עלולים להביא בסבירות גבוהה לסיכולם של הסדרים אלו.

עוד תטען המדינה, כי היות ועל-פי נותלי עבודתה של רשות האוכלוסין וההגירה, כפי שיפורט להלן, מובהרת לכל מסתגן זהותה של המדינה השלישית הבטוחה המוצעת לו לשם יציאתו מישראל, כמו-גם הליכי הסדרת שהייתו החוקית בה. כמו-כן, ומשניתנת למסתגן הזדמנות מלאה להשמיע את כל טענותיו בנדון במסגרת הליך שימוע דו-שלבי, מפורט ומתועד, המדינה טען כי האינטרס לו טוענים העותרים ואשר לשמו מבוקשת הסרת החיסיון נסוג לאחור מפני הפגיעה ביחסי החוץ של מדינת ישראל. כפי שיפורט להלן, אין בקיומה של תעודת החיסיון כדי לפגוע ביכולתו של המסתגן הפרטני להעלות את מלוא טענותיו ביחס למדינה השלישית הבטוחה שמוצעת לו.

כך בתמצית, וכעת ביתר הרחבת.

הרקע להסדרים ולתעודת החיסיון

6. עד מתצית שנת 2012 התמודדה מדינת ישראל עם גל גדל והולך של מסתננים שנכנסו לישראל באופן בלתי-חוקי ושלא דרך מעבר גבול, וחלקם אף ללא תיעוד. במרבית המקרים, המסתננים הגיעו ארצה דרך גבולה הדרומי של המדינה, תוך חציית הגבול עם מצרים - גבול המשתרע על-פני כ-220 ק"מ, שעד לפני מספר שנים היה ברובו פרוץ. בשנים אלה הסתננו לישראל כ-64,307 מסתננים. כעת, שוהים בישראל מתוך אוכלוסייה זו כ-45,711 מסתננים.

7. 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 ובסיסי ביותר של עקרונן ריבונות המדינה, המוכר במשפט הבינלאומי.

נציין, כי מדינות נוספות בעולם מתמודדות אף הן עם תופעה דומה של הגירה בלתי-חוקית. אולם, בנושא ההסתננות מצויה מדינת ישראל במצב מיוחד, ולכן טיפולה בנושא מצריך כלים מיוחדים. זאת, בהיותה המדינה המערבית היחידה (למעט שתי מושבותיה הקטנות של ספרד בצפון אפריקה), שיש לה גבול יבשתי ארוך יחסית (כ-220 ק"מ) עם יבשת אפריקה, שרובו לא היה מגודר

בצורה אפקטיבית במשך שנים ארוכות; וכן נוכח המצב הגיאופוליטי ויחסיה המורכבים עם המדינות השכנות לה, אשר מונע החזרת מסתננים למדינות בהן עברו לדרך ישראל (מדינות טרנזיט).

8. מעבר לפגיעה בריבונות הנובעת מההסתננות הלא חוקית והיעדר היכולת לשלוט על המצויים בתוך גבולותיה, נודעות לתופעת ההסתננות השלכות קשות גם בתחומים חברתיים, כלכליים וכן בתחומים שונים הנוגעים לביטחון האישי במרכזי הערים בישראל.

ההשלכות השליליות של תופעת ההסתננות הובילו לתובנה 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. בית המשפט העליון עמד על כך בפסק דינו בבג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הבטחון, מיום 7.7.11, כדלהלן:

"בשנים האחרונות, ולגד עינינו, מתקיים תהליך הפיכתה של מדינת ישראל למדינה אטרקטיבית המושכת לתחומה זרים ממקומות שונים בעולם. רבים צובאים על שעריה - בים באוויר וביבשה - ומבקשים כי יתאפשר להם לעבור להתגורר בתחומה, בין אם לתקופות קצרות ובין אם לצמיתות, מטעמים שונים ומגוונים, אשר דומה כי בעיקרם מבטאים חלק מתנועת הגירה בינלאומית עקב תופעות של עוני ואבטלה במדינות רבות. העתירה שלפנינו, אשר הוגשה לפני כארבע שנים, מתמקדת באחד מהיבטיה של תופעה נרחבת זו ועוסקת בקבוצת הזרים הנכנסים לישראל - שלא כדיון - דרך גבולה עם יבשת אפריקה. כניסתם של זרים אלו - מרביתם תושבי מדינות אפריקה השונות - דרך הגבול היבשתי עם מצרים הפכה בשנים האחרונות לתופעה נפוצה ורחבת היקף הנובעת בין היתר מכך שמדובר בגבול ארוך יחסית, אשר רובו ככולו נטול מכשולים וגדר. לטענת המדינה, היקפה של תופעה זו גדל משמעותית בשנת 2007, בה נכנסו לישראל בדרך זו 5,208 איש, 1,643 מתוכם בחודשים יוני ויולי 2007. לפי נתוני המדינה, בשנת 2008 נכנסו לישראל שלא כדיון כ-6,900 איש, עלייה של כ-30% ביחס לנתוני 2007, ואילו בשנת 2009 עמד נתון זה על 2,719 איש, גבול ליום 17.9.2009. מן הנתונים העדכניים שהגישה המדינה לאחרונה עלה כי בשנת 2010 גדל עד למאד מספר הנכנסים לישראל שלא כדיון, והוא עמד על 13,984 זרים לשנה כולה. מתחילת שנת 2011 ועד 11.4.2011 נכנסו לישראל שלא כדיון 2,163 זרים.

תופעה זו מעמידה את ישראל בפני אתגרים ובעיות מורכבות המחייבות מתן מענה הולם לצורך למנוע הגירה המונית לתוכה המתנהלת שלא כדיון, ובה בעת לקיים את חובותיה כמדינה החברה בקהילה הבינלאומית ולא לפגוע בזכויותיהם של נרדפים ולהעמידם במצב של סכנה לחייהם או לחירותם מקום בו יורחקו מן הארץ. בלב מערכת איזונים זו ניצב החשש הממשי מהתרחבותה של התופעה למימדים עימם קשה יהיה למדינת ישראל להתמודד, מבלי שיפגעו שני צידי המשוואה - מדינת ישראל ותושביה מזה, והזרים הנכנסים לשטחה מזה..." [החזגשה הוספה- הח"מ].

9. התגברות תופעת ההסתננות (עד לשנת 2012), ותחלכות הקשות הנלוות לה, הובילו למסקנה שיש צורך בנקיטת מכלול של צעדים כדי לבלום תופעה זו. הטיב לתאר זאת כבי' השופט הנדל בבג"ץ 8425/13 גבירסאלסי נ' הכנסת ואחי' (להלן - עניין גבירסאלסי), עת ציין בפסקה 1 לפסק-דינו כך:

"עינינו הרואות: מציאות זו של גלי הסתננות בלתי-מבוקרים לוותה בהיווצרות בעיות אמתיות בתחום הכלכלי והחברתי, בעיות שהקשו עד-מאד על חיי היומיום של תושבים רבים דווקא בשכונות מוחלשות. הנה כי כן, הדרישה לגבש פתרון מקיף לסוגיית ההסתננות נבטה על קרקע שאיננה בתולה. מרקם החיים של רבים נפגע באופן עמוק ומתמשך".

10. הפתרון האפשרי שניתן היה לתת לבעיה זו - קרי, הרחקת המסתננים למדינת מוצאם, תושבותם או נתינותם אינו ישים, לעת הזו, לגבי החלק הארי של המסתננים. הדברים אמורים בעיקר ביחס למסתננים שהם נתיני אריתריאה או הרפובליקה של סודן (צפון סודן).

11. כ-73% מהמסתננים השוהים בישראל כיום הם נתיני אריתריאה. נכון לעת הזו, מדינת ישראל נוקטת מדיניות אי-הרחקה זמנית של נתינים אריתריאים לאריתריאה שמשמעותה היא, שאין מרחיקים נתינים אלה למדינת מוצאם.

כ-19% מהמסתננים השוהים בישראל כיום הגיעו מהרפובליקה של 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 מתהכרה 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 ישיד לביצוען של החזרות מסתננים לרפובליקה של סודן.

12. כאמור, 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.

צעד אחד שננקט, לפי החלטת הממשלה מסי' 1506 מיום 14.3.10 הינו הקמת מכשול פיסי על גבולה המערבי של מדינת ישראל, בעלות של למעלה מ-1.5 מיליארד ש"ח. מכשול זה, שהקמתו הושלמה, מערים קשיים על מסתננים המבקשים לחדור מתחומי סיני לישראל דרך גבולה המערבי. צעד זה הוא ללא ספק חשוב וחיוני, אך אין בו די, וזאת משתי סיבות: ראשית - הוא אינו נותן מענה להשלכות החברתיות והכלכליות שנוצרו כתוצאה מהשתקעותם של עשרות-אלפי המסתננים המצויים כבר בתוך מדינת ישראל במרכזי עריה; ושנית - המכשול הפיזי אינו מתסום בלתי עביר. בשנת 2014 הסתננו לישראל 21 מסתננים; מאז תחילת שנת 2015 הסתננו לישראל 55 מסתננים, למרות השלמת הגדר (14 מתוכם נכנסו אך ביום 2.8.15). ברור, שכל שתתחדש המוטיבציה להסתנן לישראל, המספרים יגדלו בצורה משמעותית. המכשול הפיסי הוא אפוא צעד חשוב והכרחי, אך מורכבותה של תבעיה דורשת הזקקות לצעדים נוספים משלימים.

צעד שני שננקט כדי להתמודד עם עשרות אלפי המסתננים שכבר השתקעו בישראל ולצמצם את המוטיבציה הכללית של מסתננים פוטנציאליים אשר שוקלים להגר ממדינתם לישראל, היה תיקון החוק למניעת הסתננות התשי"ד-1954, וזאת במטרה לתת פתרון אפקטיבי במישור ההתמודדות הנורמטיבי עם תופעת ההסתננות, אשר מימדיה בישראל התרחבו בהיקף חסר תקדים. בהתאם לאמור, בשנת 2012 נתקק החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מסי' 3 והוראת השעה), התשע"ב-2012 (להלן - תיקון מסי' 3).

צעד שלישי שננקט לשם מתן מענה לתופעת ההסתננות, והוא הרלוונטי לעניינו, היה מינוי שליח מיוחד מטעמו של ראש הממשלה שינהל מגעים עם מדינות שלישיות במטרה להגיע עמן לתסדרים שיאפשרו יציאה בטוחה של מסתננים מישראל, דרכן למדינת מוצאם, או אליהן כמדינת יעד (ר' : החלטת ממשלה מס' 3936 מיום 11.12.11).

כידוע, חוקתיותו של תיקון מס' 3 נתקפה במסגרת בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת ואח' (להלן – עניין אדם), כאשר ביום 17.9.13 ניתן צו מוחלט בעתירה אשר חורה על קבלתה ועל ביטול תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות.

עם זאת, נבקש להזכיר, כי כבר במסגרת הדיון שהתנהל בפני בית המשפט הנכבד בעניין אדם, עדכנה המדינה אודות עבודתו של השליח המיוחד מטעם ראש הממשלה, אשר מונה במטרה להגיע לתסדרים עם מדינות שלישיות. בתום הדיון בעניין אדם, שהתקיים ביום 2.6.13, ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד להגיש תגובה משלימה שתכלול התייחסות "באשר למגעים והסכמות לגבי הרחקה של אזרחי צפון סודאן ואריתריאה למדינות שאינן מדינת אזרחותם".

בהתאם לאמור, ביום 9.6.13 הגישה המדינה תגובה משלימה מטעמה לה צורף תצהיר מטעמו של מר חגי חדס, השליח אשר מונה בשעתו מטעם ראש הממשלה כמפורט לעיל. מפאת חשיבות הדברים, נבקש להביאם במלואם, כדלקמן:

" אני הח"מ, חגי חדס, מצהיר כדלקמן:

1. מוגיני על ידי ראש הממשלה לשמש כפרויקטור מטעמו לשם ניהול מגעים ולשם הגעה לתסדרים ולהבנות עם מדינות שונות באפריקה, לשם קליטה או לצורך מעבר לארץ המוצא, וזאת בהתאם לסעיף 6 להחלטת הממשלה מס' 3936 מיום 11.12.11.
2. במסגרת זו פעלתי בחודשים האחרונים לשם קיום מגעים וניהול משאים ומתנים עם מספר מדינות. משאים אלה נוחלו עם ראשי מדינות וכן עם דרגים מדיניים וביצועיים בכירים ביותר ולעיתים אף במעורבות ישירה בין ראשי המדינות. בחלק מהמגעים התקבלו הסכמות מצד כמה מדינות לסייע למדינת ישראל בנושא. אוסיף עוד, כי יש נכונות מצד מדינות אפריקאיות נוספות לסייע בתחום זה.
3. במסגרת המגעים ופגישות העבודה שקיימו בחודשים האחרונים נדונו מספר מישורים עם כל אותן מדינות. הראשון – הסכמת המדינה להיות מדינת יעד על בסיס מתן אשרות כניסה ושהייה בעת ההגעה והכניסה אל מדינות היעד. השני – הסכמת המדינה, לפי העניין, לשמש כמדינת מעבר למדינת המוצא. השלישי – הסדרת תיעוד, לרבות תעודת מסע, וכן תיעוד נוסף לפי הצורך, לשם מעבר למדינת המוצא.
4. במסגרת זו סוכם, כי מאפייני האוכלוסיה וכן ההיקף וקצב ההגעה יתואמו עם מדינות התסדר וכן כי הגעתם של המשתתפים לאוכלוסיות נשוא המגעים תיעשה בטיחות אזרחיות. עוד סוכם כי ההסדרים ייושמו באופן ארוך טווח ורב שנתי.
4. נכונותן של המדינות עימן קיימו ומתקיימים המגעים הינה במסגרת ועל בסיס שיתוף הפעולה האסטרטגי, ההדדי, והרב שנתי עם אותן מדינות.
על פי בקשת המדינות המעורבות, בשל חריגות המדיניות והפוליטית הגבוהה, תתחייבנו אנו והמדינות כאחת, להימנע מפרסום זהות המדינות; נכונותן לסייע בנושא; וממילא הפרטים הנוגעים בכך.
5. לאחר הגשת כתב התשובה, יצאתי, בלוויית דרגי העבודה המקצועיים בנושא, פעם נוספת לחו"ל לשם קידום המגעים, ההבנות וההסדרים עם אחת מבין המדינות עימן קיימו המגעים בכל החודשים האחרונים. בביקור זה סוכם עיקרי ההבנות וההסדרים עם אותה מדינה אשר הסכימה, בשלב זה, לשמש גם כמדינת יעד עבור חלק מהאוכלוסיות מושא המגעים. עם זאת, נותר עוד להשלים פרטים ספציפיים ביחס לאוכלוסיות בעלות מאפיינים שונים וכן לגבש צעדים נוספים בהיבט הביצועי והאופרטיבי.
6. אוסיף עוד כי המגעים עם ארבע מדינות נוספות, מצויים בתהליכי הבשלה מתקדמים, בהתאם למישורי הפעולה שפורטו לעיל בסעיף 3, לפי העניין.
" (ההדגשה הוספה- הח"מ).

צילום ההודעה המשלימה מטעם המדינה בעניין אדם ותצהירו של מר חגי הדס מצורף ומסומן
מ/ש/2.

14. כאמור, לאחר מתן הצו המוחלט המורה על ביטול תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות חוקק תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות – אשר במסגרתו חוקם מרכזו השהייה "חולות". תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות נדון בבג"ץ 8425/13 גבריסלאסי נ' הכנסת ואח' (להלן – עניין גבריסלאסי). במסגרת כתב התשובה לעתירה זו שהוגש ביום 11.3.14, עדכנה המדינה בסעיף 90 לכתב התשובה – בנושא מושא ההליך דנן – כדלקמן:

"נבקש לעדכן, כי המגעים שנוהלו עד כה מול מדינות שלישיות הבשילו לכדי שני הסדרים עם שתי מדינות שונות. שליחו המיוחד של ראש הממשלה ניהל מגעים עם מדינות שונות, בתיאום מלא עם משרד החוץ. חשוב להדגיש, שמלכתחילה נעשתה פנייה על ידי השליח המיוחד רק למדינות אשר המצב בהן מאפשר יציאה בטוחה אליהן. היועץ המשפטי לממשלה עודכן באשר להסדרים האמורים ואישר כל אחד מההסדרים בהיבט המשפטי.

ככל שבית המשפט הנכבד יורה על כך, נכונים המשיבים להציג בפניו את ההסדרים במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות. כאמור בתצהיר שצורף לתשובה המשלימה בעתירה הקודמת [עניין אדם- הח"מ], על-פי בקשת המדינות המעורבות, בשל הרגישות המדינית והפוליטית הגבוהה, התחייבו הצדדים להימנע מפרסום זהות המדינות, נכונותן לסייע בנושא וממילא פרטים נוספים הנוגעים לכך".

בחקשר זה נציין, כי במסגרת סעיף 100 לכתב התשובה ציינה המדינה כי מתוך 2,989 המסתננים שיצאו מישראל מסוף חודש דצמבר 2013 - 72 מתוכם יצאו מישראל במסגרת יישום שני ההסדרים עם מדינות שלישיות.

15. כלומר, כבר במסגרת ההליכים בעניין אדם ובעניין גבריסלאסי, עדכנה המדינה בדבר המגעים עם המדינות השלישיות ובעניין גבריסלאסי גם בדבר העובדה כי הגיעה להסדרים עם שתי מדינות. כבר אז, עמדה המדינה על הרגישות בעניין פרסום זהות המדינות, נכונותן לסייע בנושא ופרטים נוספים הנוגעים להסדרים ועמדה על כך כי ניתן יהיה לפרט אודות ההסדרים במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות. משכך, העותרים דנן, אשר היו צד לעתירות בעניין אדם ובעניין גבריסלאסי – ידעו על ההסדרים המתגבשים ועל כך שהמדינה נכונה להציג בפני בית המשפט הנכבד נושא זה בכללותו במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות.

16. זמן קצר לאחר שהוגש כתב התשובה בעניין גבריסלאסי, ביום 30.3.14 חתם ראש הממשלה על תעודת החיסיון מושא העתירה דנן. כפי שצוין בתעודת החיסיון: "מסירת זהות המדינות שעמן נחתמו ההסדרים בנושא המסתננים, נכונותן לסייע בעניין וכן פרטי ההסדרים, עלול להביא לפגיעה ביחסי החוץ של מדינת ישראל".

17. ביום 22.9.14 ניתן פסק דין בעניין גבריסלאסי, במסגרתו קבע בית המשפט הנכבד, ברוב דעות, כי תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות אינו חוקתי.

18. ביום 17.12.14 פורסם ברשומות החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה וחוראת שעה), התשע"ה-2014 (להלן – החוק החדש).

לתינו או לחירותו ;

- קיים במדינות אלה איסור על עינויים או יחס אכזרי או משפיל אחר ;
- המדינות האלה מתחייבות לאפשר למסתנן חיים בכבוד (לפחות אופק שהייה ואפשרות לעבוד ולהתפרנס).

23. משכך, ובהתאם להסדרים אליהם הגיעה המדינה, המקיימים אחר התנאים שקבע היועץ המשפטי לממשלה, ויישומם הלכה למעשה, הרי שיש בידי המדינה להעמיד בפני מסתננים, לרבות אלו המצויים במשמורת, אפיקי יציאה בטוחים וקונקרטיים מישראל.

24. בהקשר זה המדינה תבקש להדגיש, כי כחלק אינהרטי ובלתי נפרד מן התליך בו מוצגת ומוצעת המדינה השלישית הבטוחה למסתנן הפרטני, ניתן לו הסבר מפורש אודות זהות המדינה השלישית, לרבות הליך היציאה והסדרי השחייה החוקית באותה מדינה שלישית בטוחה. מתן המידע מאפשר אפוא לכל מסתנן ומסתננו לטעון - במסגרת שתפורט להלן - את כלל טענותיו באשר לשאלת האם נשקפת לו סכנה פרטנית באותה מדינה שלישית, אם לאו; והכל, בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד בסוגיה זו, אודותית נפרט להלן.

25. ביטוי מלא להליך האמור מצוי בנוהל רשות האוכלוסין וההגירה מספר 10.9.0003, שכותרתו "נוהל יציאה למדינות השלישיות ממרכז השחייה חולות". המעיין בנוהל האמור, ובפרט בסעיף 3 לנוהל, יגלה עד כמה סדור ושקוף ההליך המתנהל אל מול המסתנן הפרטני. כך, למשל, עוגן הליך שימוע דו-שלבי, המתועד באופן מלא – תחילה, נערך ראיון למסתנן ובמסגרתו מוצגת לו מדינת היעד הבטוחה המוצעת לו. במעמד זה, ולצד מתן דפי הסבר על הליכי קליטתו במדינת השלישית הבטוחה שהוצגה לו, מובהר למסתנן כי ככל שלא יסכים לצאת למדינה שלישית יהיה ניתן לראות בסירובו משום חוסר שיתוף פעולה עם הליכי הרחקתו וכי ייתכן ובמצב דברים זה יוצא בעניינו צו משמורת לפי חוק הכניסה לישראל. בתום הראיון, מובהר למסתנן כי נתונה לו שעות של 30 ימים לשקול בדבר ולהודיע את תשובתו.

בכך מסתיים חלקו הראשון של השימוע. חלקו השני של השימוע נעשה בתום 30 ימים. ככל שהמסתנן מסרב לצאת למדינה השלישית שהוצעה לו, ניתנת בידו הזכות לטעון את מכלול טענות ונימוקיו בדבר סירובו לצאת לאותה מדינה מוצעת. רק לאחר מכן, נדרש ממונה ביקורת גבולות לשאלת הפעלת סמכותו מכוח סעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל.

צילום "נוהל יציאה למדינות השלישיות ממרכז השחייה חולות", מצורף ומסומן מש/3.

26. בצד ההסדרים הקיימים בין מדינת ישראל לבין המדינות השלישיות, מתקיים שיח שוטף באשר ליישום ההסדרים, הלכה למעשה. עוד נציין, כי עם הגעתם של המסתננים למדינה השלישית, הם מקבלים הסבר כיצד עליהם לפנות אל הגורמים המוסמכים באותן מדינות; ובהתאם לפניה כאמור ניתנים בידיהם מסמכים רשמיים המבטיחים להם אופק שהייה וכן אפשרות לעבוד ולהתפרנס באותן מדינות. עוד יודגש, כי התנאים שהציב היועץ המשפטי לממשלה, כמפורט לעיל, נכונים הם ביחס לכל אחת מן המדינות השלישיות.

27. עד כה, למן תחילת יישום ההסדרים יצאו ממדינת ישראל 2,546 מסתננים (1,103 מסתננים בשנת 2014 ו-1,443 בשנת 2015), בהתאם להסדרים עם המדינות השלישיות. יצויין, כי על פי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה, בחודשים האחרונים עומד מספר היוצאים מרצון למדינות השלישיות מדי חודש על כ-200 איש, בממוצע. מספר היוצאים ועקביות היציאה מהווים עדות נוספת להיות אותן מדינות שלישיות מדיניות בטוחות עבור אותם מסתננים שהגיעו אליהן מישראל ונקלטו בהן.

28. אשר למעקב ולבקרה אחר יישום הסדרים נדגיש, כי מדינת ישראל מקיימת מעקב ובקרה שוטפים אחד יישום ההסדרים אל מול הרשויות במדינות השלישיות, הבאים לידי ביטוי במספר אופנים:

ראשית, שלוח מיוחד מטעם משרד ראש הממשלה מקיים קשר שוטף עם הרשויות המוסמכות במדינות השלישיות ומוודא את יישום ההסדרים, הלכה למעשה. במקרה הצורך, הוא עורך בידורים מול חגורמים הרלוונטיים ביחס למקרים ספציפיים, ככל שעולה שיש בכך צורך.

שנית, נוסף לשלוח המיוחד מטעם משרד ראש הממשלה, מונה עובד ייעודי ברשות האוכלוסין וההגירה, שאחראי על תיעוד ומעקב אחר תהליך קליטת היוצאים למדינות השלישיות, באמצעים שונים כגון: שיחות טלפון ודואר אלקטרוני. זאת, על מנת לבחון את אופן קליטתם והסתגלותם של המסתננים במדינה השלישית הקולטת.

בהתאם לאמור, מסתנן שהודיע על נכוונתו לצאת למדינה שלישית מתבקש למסור פרטי התקשרות עימו תוך שמובהר למסתנן, כי מטרת קבלת פרטי ההתקשרות היא לוודא שהוא נקלט במדינה השלישית, וכי פרטים אלו לא ימסרו לגורמים שלישיים. בנוסף, המסתנן מצויד בפרטי הקשר של איש רשות האוכלוסין וההגירה, כך שבאפשרותו לפנות אליו במידת הצורך.

על-יסוד פרטי קשר אלו, ובמהלך התקופה שבין שבוע לשלושה חודשים לאחר יציאת המסתנן מישראל, נקבע כי נציג רשות האוכלוסין וההגירה יפעל ליצירת קשר יזום עם המסתנן. במסגרת זו מוודא נציג רשות האוכלוסין וההגירה, בין היתר וככל הניתן, את הפרטים הבאים:

- א. האם המסתנן הגיע למדינת היעד.
- ב. האם המסתנן קיבל מגורים למשך הימים הראשונים במדינת היעד.
- ג. האם הוסדרה שהייתו של המסתנן במדינה.
- ד. האם המסתנן עובד במדינה.
- ה. היכן מתגורר המסתנן במדינה ובאילו תנאים.
- ו. האם אירעו למסתנן אירועים חריגים בעת שהייתו במדינה.
- ז. האם המסתנן חויב בתשלומים חריגים, בעיקר בכל תנועה לכסף שקיבל מהרשויות בישראל לקראת יציאתו.
- ת. ככל שהמסתנן הגיע למדינת היעד ויצא ממנה למדינה אחרת יש לברר עמו כיצד יצא את מדינת היעד ומה הנסיבות שהביאו לכך.

ככל שהמסתגן יעלה קשיים או אירועים חריגים; ככל שיעלה מתוכן השיחה עם המסתגן כי תנאי ההסדר עם המדינה השלישית אינם מתמלאים; או כי המסתגן לא קבל במדינת היעד את שחוסכם כי יוקנה לו בחתום להסדרים – ידווח על כך הנציג ללא דיחוי למנהל מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה. במידת הצורך הנציג ייצור קשר נוסף עם המסתגן.

29. יוער, כי נציג רשות האוכלוסין וההגירה האמון על מעקב אחר היוצאים למדינות שלישיות החל בעבודתו זו בשלהי חודש אפריל האחרון. במסגרת עבודתו זו, החלה הרשות לבקש את פרטי התקשרות מהיוצאים למדינות שלישיות. יצויין, כי יש מסתגנים אשר סרבו למסור פרטי התקשרות איתם. בסך הכל, התל משלהי חודש אפריל 2015, ניסתה הרשות ליצור קשר עם 163 מסתגנים, מתוכם השיבו לפניית רשות האוכלוסין 52 מסתגנים. מתוך האמור כ-48 מחסתגנים לא דיווחו על בעיות מיוחדות. התקבלו מעט תלונות על איכות המזון. תלונות בודדות שהוצגו ביחס למסמכים שניתנו בידי המסתגנים הועברו לבחינת הגורמים המצויים בקשר עם הרשויות במדינות השלישיות.

מעבר לאמור, נבקש לציין, כי עוד בטרם מינויו של בעל תפקיד ייעודי ברשות ההגירה כאמור, התקבלו בשנה וחצי האחרונות מאז החלה יציאת מסתגנים מישראל על-פי ההסדרים, מספר דיווחים ממסתגנים שבתרו לצאת למדינות השלישיות ופנו ביוזמתם לרשות האוכלוסין. מדיווחים אלה הצטיירה תמונה חיובית לגבי תהליך הקליטה במדינות השלישיות.

30. שלישית, בחודש מאי האחרון יצאו שתי משלחות מטעם המדינה לכל אחת מן המדינות השלישיות. המשלחת הראשונה כללה נציגים של רוח"מ, משרד הפנים ומשרד התוץ, ואילו המשלחת השניה כללה נציגים של רוח"מ, משרד הפנים ומשרד המשפטים. הבדיקה נערכה בנוסף למעקב השוטף אחר יישום ההסדר כמפורט לעיל.

בדיקת המשלחות, שכללה מפגשים עם מי שיצאו בישראל ומתגוררים במדינה השלישית וכן עם נציגי הממשלה המוסמכים במדינות השלישיות העלתה, כי התנאים שהציב היועץ המשפטי לממשלה לאישור ההסדרים – מתקיימים. במסגרת זו, לא נמצאה כל עדות להפרת עקרון ה-*Non Refoulement*. כמו כן, לא נמצאה כל עדות לרדיפה או להתנכלויות מצד השלטונות כלפי מי שהגיעו מישראל.

31. לסיכום סוגיה זו, ברי, כי המדינה מקיימת מעקב ובקרה שוטפים על יישום ההסדרים וזאת במספר אופנים משלימים. מהבדיקה עד כה עולה, כי מערך יישום ההסדרים בשתי המדינות השלישיות הוא מקצועי וטוב. מערך זה מספק את מלוא המידע למסתגנים המבקשים להישאר בתחומן ואת הסיוע הנדרש להם, והכל באופן התואם את ההסדרים ואת התנאים שהציב היועץ המשפטי לממשלה.

32. אחר שאמרנו כל זאת, חשוב לעמוד על ההלכה הפסוקה – עליה אין כל חולק – בכל הנוגע לחובתו של נתין זר שנכנס באופן לא חוקי לצאת את מדינת ישראל, ואת סמכויותיה של המדינה לפעול לשם כך.

בהתאם לחלכה הפסוקה שיצאה מלפני בית המשפט הנכבד, כאשר המדינה מבקשת להרחיק נתין זר תשוהו 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 (לחלן- עקרון אי התחזרה). על-פי עקרון זה לא יורחקו אנשים תשוהים בתחומי המדינה - אף אם הם נכנסו אליה שלא כדין או שהם שוהים בה שלא כדין - למקום שנשקפת להם בו סכנת חיים או סכנה לחירותם. עיקרון זה עוגן, בין השאר, בפסיקת בית המשפט העליון המפורסמת בבג"צ 4702/94 קאדם אל טאיי ואח' נ' שר תפנים ואח' (לחלן - פרשת אל-טאיי).

מעבר לכך, בפרשת אל-טאיי עמד בית המשפט הנכבד על כך, כי 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 תהיה כדין. זכותו של המגורש להתנגד להרחקתו תחומה רק לטענת, כי חייו וחירותו לא יועמדו בסכנה עקב הגירוש. כפי שנקבע בפרשת 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 יועמדו בסכנה עקב הגירוש. כמובן, בהנחה שכל שאר התנאים שווים, יש להעדיף את ארץ היעד שהמגורש מבקש לבוא אליה." (פיסקה 11 לפסק דינו של כ"י הנשיא ברק) [ההדגשות הוספו- הח"מ].

מעבר לכך, לפי החלכה 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 אם עמד הנתין הזר בנטל להוכיח כי נשקפת לו סכנת חיים פרטנית באותה מדינת יעד, אזי לא ניתן להרחיקו לאותה מדינה בלבד.

עוד נקבע בפסיקת בית המשפט הנכבד, כי אין לקבל טענות כלליות ובלתי מבוססות מפי הנתין חוזר לענין יישומה של הלכת אל-טאיי, שכן על הנתין הזר להוכיח נסיבות המלמדות על קיומה של סכנה פרטנית קונקרטית, אם וככל שהנתין המדובר יורחק לאותה מדינת יעד קונקרטית.

לענין זה ולחזרה על הלכת אל טאיי בשנים האחרונות ראו את פסק הדין בע"מ 7079/12 מדינת ישראל נ' גרמאיי; (10.12.12, פורסם באר"ש) (להלן: ענין גרמאיי), במסגרתו סוכמה החלכה (תוך יישומה בענין מסתננים מאריתריאה), כך:

"על-פי המקובל בכללי המשפט הבינלאומי, וחבר 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 מדאר נ' שר הבטחון, פ"ד כה(1) 141, 145 (1971): "...אם כך הדבר [כי צפויה לעותר סכנה בירדן - ג' 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 - הח"מ].

ואף לאחרונה ממש, ראו פסק הדין בעע"מ 6694/13 פיסו גבראי גידאי נ' משרד הפנים (15.2.15).

33. בצד היציאה מרצון של מסתננים למדינות השלישיות, ובהינתן המסד המשפטי שתואר לעיל, החליטה מדינת ישראל להרחיב את השימוש ביציאה למדינות השלישיות, באופן שבו יוצע למסתנן, ביוזמת המדינה, לצאת לאחת המדינות השלישיות איתן הגיעה המדינה להסדרים. בהיעדר עילת סירוב פרטנית לצאת לאחת מהמדינות השלישיות, כפי שזו עוגנה בדין, ייחשב הסירוב לצאת כתוסר שיתוף פעולה מצד המסתנן עם הליכי הרחקתו, דבר שיאפשר השמתו במתקן משמורת בהתאם לסמכות המפורשת הקבועה בסעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל תשי"ב – 1952 ובהתאם להלכה הפסוקה.

ודוק: משנמצאו מדינות בטוחות שמסכימות לקלוט מסתננים מאריתריאה ומסודן לגבולותיהן ומאפשרות להם לשחות כחוק ולעבוד בבטחה, אין כל מניעה שהמדינה 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, הדבר יחשב כתוסר שיתוף פעולה ולפי חוראות חוק הכניסה לישראל וההלכה הפסוקה, ניתן להורות על השמתו במשמורת עד ליציאתו ממדינת ישראל בהתאם לסעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל.

יצוין, כי בהתאם לסעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל, היקף שיתוף הפעולה הנדרש מהנתין הזר הוא "שיתוף פעולה מלא". זוהי אפוא דרישתו המפורשת של המחוקק הראשי.

חוקתיותו של סעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל, המאפשר החלטה על התזקה במשמורת של שוהה שלא כדין שאינו משתף פעולה באופן מלא עם המהלכים להרחקתו, אושרה על-ידי בית המשפט הנכבד בבר"מ 696/06 זורב אלקנוב נ' בית הדין לביקורת משמורת. כן ראו והשוו: בר"מ 7363/06 מדינת ישראל נ' ארטש, פדאור 06-31-638 (2006); עע"מ 1541/05 גרום וורקנה נ' משרד הפנים (פורסם באר"ש, 16.3.2005); כן ראו עע"מ 5066/12 פלוני נ' משרד הפנים (פורסם בבכו; 9.10.2012).

34. מתווה זה להרחבת השימוש באפשרויות ליציאה למדינה שלישית, כאמור לעיל, והשמה במשמורת של מסתננים שלא ישתפו פעולה כאמור, הובא לבחינתו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר אישר את ההיבטים המשפטיים הנובעים ממנו. עוד נקבע, כי לעת הזו המתווה ייושם על מסתננים שלא הגישו בקשה למקלט מדיני או שבקשתם למקלט נדחתה. מתווה זה הוא נושאה של עת"מ 5126-07-15 אלמסגד נ' שר הפנים המתנהלת בבית המשפט לעניינים מנהליים ושצורך הדיון בה מבוקש גילוי הראיה נושא עתירה זו.

עניינם הפרטני של העותרים שלפנינו וההליך המתנהל בבית המשפט קמא

35. בתמצית, העותרים 1-2 הם נתינים אריתראים, אשר הסתננו לישראל שלא כדין במהלך שנת 2008, וזאת דרך גבולה הדרומי של ישראל עם מצרים. בהתאם להוראות תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות (אשר עמדו בתוקפן עד למתן פסק הדין בעניין גבדיסלאסי), הוצאו לעותרים 1-2 בתחילת בשנת 2014 הוראות שהייה להתייצבות במרכזו שהייה "חולות".

לאחר הוצאות הוראות שהייה, הגישו העותרים 1-2 בקשות לקבלת מקלט מדיני בישראל. בקשות אלו נדחו על ידי מנכ"ל רשות האוכלוסין והגירה עוד בשנת 2014. העותרים בחרו שלא להשיג על ההחלטות הפרטניות לדחות את בקשתם למקלט בערכאות.

36. העותרים 1-2 התייצבו במרכז השהייה חולות מכח תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות. לאחר פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין גבריאל אלסי, נחקק החוק החדש למניעת הסתננות, ומכוחו הוצאו לעותרים 1-2 הוראות שהייה חדשות לפי החוק החדש.

37. בחודש אפריל 2015 נערכו לעותרים ראיונות על ידי ממונה ביקורת גבולות ברשות האוכלוסין וההגירה. במסגרת הראיונות נמסר להם, כי באפשרותם לצאת למדינה שלישית בטוחה, אשר מסכימה לקלוט אותם ולתת להם אישור שהייה ואשרת עבודה במדינה. העותרים קיבלו דף הסבר המפרט אודות המדינה אליה באפשרותם לצאת. עוד נמסר לעותרים 1-2, כי רשות האוכלוסין וההגירה תלווה אותם בכל חתהליך החל מרכישת כרטיס טיסה ועד הליווי לשדה התעופה, טיפול בבעיות מול מעסיקהם בישראל וכיוצא"ב. כמו כן, נמסר להם, כי הם יקבלו מענק יציאה כספי בסמוך לעלייתם למטוס.

במסגרת הראיונות מסרו העותרים 1-2 כי הם אינם מעוניינים לצאת למדינה השלישית, תוך שהם אינם תומכים את התנגדותם ולו בראשית ואיה לקיומה של סכנת חיים קונקרטיה שתישקף להם באותה מדינה שלישית שהוצעה להם (צילום הפרוטוקולים של הראיונות מחודש אפריל 2015 צורפו לעתירה וסומנו כנספח ע/5 וע/6). כמו כן, צוין בפני העותרים כי ניתנת להם שהות של 30 ימים כדי לגבש עמדתם בנדון. בתום תקופה זו נערך לעותרים 1-2 שימוע נוסף, במהלכו חזרו העותרים על סירובם, ואף בפעם זו לא תמכו את סירובם בראיות כלשהן.

38. בנסיבות אלו, ממונה ביקורת גבולות הודיע לעותרים, כי בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952, יש בהתנהגותם משום חוסר שיתוף פעולה עם הליכי תחקותם, ולפיכך הם יועברו למשמורת בהתאם לסעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל. הממונה הודיע לעותרים 1-2 כי יקבלו פרק זמן של 14 יום להתארגנות לפני העברתם למשמורת.

39. כעולה מן העתירה, ביום 1.4.15 פנו העותרים הציבוריים לשר הפנים וליועץ המשפטי לממשלה בעניין כוונת המדינה להציע למסתננים השהים במרכז השהייה חולות אפשרות לצאת למדינות שלישיות, וכי ככל שלא ישתפו פעולה עם הרחקתם למדינה שלישית – להשימם במשמורת בהתאם להוראת סעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל. במסגרת פנייתם, קבלו העותרים הציבוריים על העדר שקיפות ההסדרים עם המדינות השלישיות וטענו, כי העדר השקיפות מהווה – לשיטתם – פגיעה בזכויות העותרים הפרטניים ושכמותם (פניית העותרים הציבוריים צורפה לעתירה וסומנה כ-ע/14).

ביום 2.4.15 השיבה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) לעותרים תשובה מפורטת, על דעת היועץ המשפטי לממשלה. במסגרת תשובתה, הובהר, כי היועץ המשפטי לממשלה אישר את המהלך במספר תנאים, אשר נועדו להבטיח, כי שום אדם לא יורחק למקום שבו תשקף סכנה לחייו או לחירותו. תנאים אלה פורטו בסעיף 22 לעיל. מעבר לכך, במסגרת התשובה הובהר, כי:

"משרד הפנים הבהיר ליועץ המשפטי לממשלה כי בכוונתו ליישם את המהלך האמור, נכון לעת הזו, רק על מי שלא הגישו בקשות מקלט או שבקשתם למקלט נדחתה וכי אם יהיה בכוונתו לעשות שינוי של ממש בקריטריונים המגדירים את אוכלוסיית היעד הוא ישוב ויפנה אל היועץ המשפטי לממשלה. משרד החוץ ושליחו המיוחד של ראש הממשלה הבהירו ליועץ המשפטי לממשלה, כי התנאים האמורים מתקיימים במדינות השלישיות. זאת ועוד, שר הפנים מסר, כי עם תחילת יישום המהלך יתבצעו בקרה וליווי של משרד הפנים לבחינת דרכי הקליטה של המסתננים במדינות השלישיות..." (מכתבה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) מיום 2.4.15 צורפה לבקשה כנספת ע/15).

40. ביום 30.4.15 הגישו העותרים לבית המשפט לעניינים מנהליים עתירה מנהלית נגד שר הפנים, במסגרתה קבלו על יציאת העותרים למדינות שלישיות והכוונה להשימם במשמורת בשל העדר שיתוף פעולה ליציאתם – עת"מ 54836-04-15 האגוס נ' שר הפנים. עתירה זו נמתקה על ידי כבי השופט א' ביתן ביום 14.5.15 בשל היותה מוקדמת וכוללנית, תוך שהוא קובע – בין היתר – כך:

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

- בשולי פסק דינו העיר כבי השופט ביתן, כי "מן הראוי שצווי המשמורת שיוצאו למסתננים בנסיבות כמו בענייננו יכנסו לתוקף רק בתוך 14 יום מיום הוצאתם" (צילום פסק הדין בעת"מ 54836-04-15 צורף לעתירה וסומן כנספת ע/18).

41. ביני לביני, ביום 29.4.15 השיבה המשנה למשפטי לממשלה (ייעוץ) לפניה נוספת מטעם העותרים הציבוריים בעניין, כי טענותיהם תיבחנו. כן צוין במסגרת מענה זה, כי על ההסדרים עם המדינות השלישיות וזהותן קיימת תעודת היסיון החתומה בידי ראש הממשלה (מכתבה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה צורף לעתירה כנספת ע/16).

42. כאמור לעיל, בחודש יוני ערך ממונה ביקורת גבולות שימועים נוספים לעותרים 1-2 אשר אף במהלכם סרבו העותרים לשתף פעולה עם היציאה למדינה שלישית בטוחה. בהתאם לכך הוצאו לעותרים 1-2 צווי העברה למשמורת בהתאם לסעיף 13(ו)(ב1) לחוק הכניסה לישראל.

43. ביום 2.7.15 הגישו העותרים עתירה מנהלית חדשה לבית המשפט לעניינים מנהלים בבאר שבע (עת"מ 5126-07-15) במסגרתה ביקשו, כי המדינה תבטל את ההסדר של העברת העותרים 1-2 ושכמותם למדינות שלישיות וכן תימנע מהשמה במשמורת של העותרים 1-2 ושכמותם במשמורת, בגין העדר שיתוף פעולה עם יציאתם למדינות השלישיות. במסגרת העתירה נתבקש צו ביניים בוללני וגורף, לפיו על המדינה להימנע מהשמה במשמורת של העותרים 1-2 וכן של "כל אדם שיסרב לדרישה לצאת את ישראל למדינת שלישית..." (העתירה המנהלית צורפה כנספת ע/1 לבקשה).

44. זמן קצר לאחר מכן, ביום 9.7.15 שלחה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) מכתב נוסף לעותרים הציבוריים בו נמסר כי לאחר בדיקה שנערכה נמצא כי: "ששת התנאים שקבע היועץ המשפטי לממשלה ליציאת מסתננים מישראל למדינות שלישיות, כפי שנמסר לכם במכתבי מיום 2.4.15 אכן מתקיימים". עוד הובהר, פעם נוספת, כי על זהות המדינות ופרטי ההסדרים עימן ישנה תעודת חיסיון החתומה בידי ראש הממשלה (מכתב של המשנה ליועץ מיום 9.7.15 צורף לבקשה וסומן כנספח ע/20).

45. ביום 14.7.15 הגישה המדינה את תגובתה לבקשה למתן צו ביניים במסגרת העתירה המנהלית. (תגובת המדינה צורפה כנספח ע/21 לבקשה). המדינה הציעה, במסגרת תגובתה לבקשה כי בית המשפט לעניינים מנהליים יעיין במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות בכלל המסמכים הרלבנטיים הנוגעים להסדרים עם המדינות השלישיות. ואולם, העותרים סירבו לכך, ולמותר לציין כי גם בשני החליכים האחרונים בפני בית משפט נכבד זה (עניין גבריסלאסי ועניין דסטה), סרבו העותרים למוצע.

ביום 15.7.15 התקיים דיון בעתירה המנהלית. גם במהלך הדיון שבה המדינה והציעה כי בית המשפט קמא יעיין במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות, ויקבל הסברים על ההסדרים וישומם. ואולם, כעולה מפרוטוקול הדיון, העותרים המשיכו לעמוד בסירובם (פרוטוקול הדיון צורף כנספח ע/22 לבקשה).

משכך, טענה המדינה, כי עומדת לה חזקת התקינות. בצד זאת, והגם שחזקת התקינות עומדת למדינה, מסרה המדינה במהלך הדיון בבית המשפט קמא מידע כללי אודות הליכי המעקב השוטף המבוצעים אחר יישום ההסדרים. מידע זה פורט גם לעיל, ואף מעבר לכך.

46. ביום 17.7.15 דחה בית המשפט קמא (כבי השופטת ר' ברקאי) את בקשת העותרים למתן צו ביניים במסגרת העתירה המנהלית. בהחלטתו המפורטת קבע בית המשפט קמא, בין היתר, כי "חששם של העותרים לעזוב את ישראל לאחר שנים רבות, למדינה אחרת שאיננה מוכרת הינו חשש לגיטימי, אך בהיעדר כל בסיס לכאורי בדבר סכנה ממשית לחירותם, אין בכך כדי לעכב את המהלך הנגקט כיום על ידי המדינה".

אשר לסירוב העותרים כי בית המשפט קמא יעיין במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות בחומרים הרלוונטיים להסדרים עם המדינות השלישיות, קבע בית המשפט קמא כי "העותרים סירבו לכך ולכאורה יש לראות בסירוב זה כעדות לחזקת תקינות מעשה הרשות". עוד ציין בית המשפט קמא, כי "נוכח עמדת בית המשפט במהלך הדיון, גילתה המדינה הבנה ורגישות והסכימה למסור מידע כללי אודות פעולות המעקב השוטף" בכל הנוגע ליישום ההסדרים עם אותן מדינות שלישיות בטוחות הנכונות לקלוט אליהן מסתננים מישראל (ההחלטה צורפה כנספח ע/3 לבקשה).

47. נכון למועד כתיבת שורות אלה, על המדינה להגיש כתב תשובה במסגרת העתירה המנהלית עד ליום 2.9.15 והדיון בעתירה קבוע ליום 9.9.15.

48. על החלטה זו הגישו העותרים ביום 20.7.15 בקשת רשות ערעור לבית המשפט הנכבד - בר"ם 5061/15. במסגרת תבר"ם הורה כבי השופט פוגלמן על מתן צו ארעי למניעת השמת העותרים 1-2

(12-1 מסתננים נוספים) במשמורת. המדינת הגישה בקשה למתן ארכה עד ליום 5.8.15 לשם הגשת תגובתה לבקשת רשות הערעור.

49. זוהי אפוא התשתית העובדתית הרלוונטית בעניינם של העותרים שבפנינו ולעתירה המנהלית מושא בקשה זו.

50. נעבור עתה לבחינת המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית ביחס לעתירה לגילוי ראייה, ולמבחנים שתותוו בפסיקה להסרת החיסיון, אשר לעמדת המדינה אינם מתקיימים בענייננו.

המסגרת הנורמטיבית – תעודת חיסיון והביקורת שיפוטית על תעודת החיסיון

51. סעיף 44 לפקודת הראיות עוסק ב"חיסיון לטובת המדינה", וקובע כדלקמן:

"44. (א) אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראייה אם ראש הממשלה או שר הבטחון הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע בבטחון המדינה, או אם ראש הממשלה או שר החוץ הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע ביחסי החוץ של המדינה, אלא אם מצא שופט של בית המשפט העליון, על-פי עתירת בעל-דין המבקש גילוי הראייה, כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה.

(ב) הוגשה לבית המשפט תעודה כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט, על פי בקשת בעל הדין המבקש גילוי הראייה, להפסיק את המשפט לתקופה שיקבע כדי לאפשר הגשת העתירה לגילוי הראייה, ואם ראה לנכון – גם עד לתחלטה בעתירה".

52. ראשית, נבקש לציין, כי במסגרת הליכים פליליים, תעודת חיסיון איננה משמשת ככלי להצגת מסמכים לבית המשפט בלבד, מבלי להציגם לצד השני. הטלת חסיון על תומר מסוים במסגרת הליך פלילי פירושה הפיכתו של התומר עצמו לבלתי קביל, ופקודת הראיות קובעת כי משכך בית המשפט לא יקבלו.

53. מנגד, הוצאת תעודת חיסיון בהליך מנהלי, כמו במקרה דנן, שונה לחלוטין מהוצאת תעודת חיסיון בהליך פלילי. בהליכים פליליים, לאחר שהוצאה תעודת חיסיון לפי סעיף 44 לפקודת הראיות, דן בית המשפט בהליך על סמך הראיות הנוותרות, ככל שניתן לעשות זאת. בית המשפט בהליך הפלילי אינו מסתמך על הראיות החסויות לפי סעיף 44 לפקודת הראיות, אינו מעיין בהן ואינו מרשיע את הנאשם על פיהן.

לעומת זאת, בהליך מינהלי, עומדת לרשות חזקת תקינות המינהל, ומכוחה – אם לא יעיין בית המשפט הנכבד בחומר החסוי, ובהיעדר אינדיקציות לכך שהתלטת המשיב לא הייתה סבירה – הנטייה היא לדחות את העתירה (ראו: בג"ץ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגזרה המערבית, פד (מג(3), 542 (1989)); בר"ם 5237/05 מדינת ישראל נ' קרלסון (פורסם בנבו, 25.4.06), פסקה 9 והאסמכתאות המופיעות בה).

54. המבחן שנקבע בסעיף 44 לפקודת הראיות על מנת לענות על השאלה האם לגלות ראייה שתוצאה לגביה תעודת היסטור כאמור בסעיף, הינו האם "הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה". לפי סעיף 44(א) לפקודת הראיות, על בית המשפט לאון בין שני אינטרסים נוגדים: מחד גיסא, האינטרס בניחול משפט הוגן; ומאידך גיסא: האינטרס של טובת הציבור כי לא ייחשף מידע אשר עלול לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה [ר' וחשוו: ב"ש 838/84 לבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729 (1984)].

במסגרת בשי"פ 155/08 אבו טיר נ' מדינת ישראל, עמדה כבי השופטת פרוקציה על הליך בדיקת החומר החסוי בתעודת החיסיון, ככל שמדובר בהליך פלילי, כדלקמן:

"הליך בדיקת החומר החסוי מורכב ממספר רבדים. ברובד הראשון, יש לבחון האם טיבו של החומר החסוי אכן נכלל בגדר העניינים שהוגדרו כחסויים בתעודת החיסיון; ברובד השני, בהנחה שטיב החומר מצדיק חיסיון, יש להעריך את משקל הראיות החסויות, ואת מידת חשיבותן להגנת הנאשם. יש לזכור, כי הערכת משקל ראייה בשלב כח מוקדם בהליך הפלילי הינה מלאכה מורכבת. היא מחייבת הערכה מראש של מתווי הגנה אפשריים, ובחינת מידת תרומתה הפוטנציאלית של הראייה למתווים אלה, וכן את תרומתן האפשרית של הראיות החסויות כמכלול (בש"פ 916/90 פלוניס נ' מדינת ישראל (22.3.90); ענין מוזאריב, בעמ' 443; וענין סלימאני). הסניגוריה עשויה לסייע להליך זה אם תבחר להציג את קווי ההגנה שהיא עשויה לנקוט בהם במשפט. ככל שנמצאת ראייה שהיא חיונית להגנת הנאשם, יש להורות על גילוייה. באשר לראיות האחרות, נדרש איזון בין מידת התועלת הצפויה להגנת הנאשם מגילויין, כנגד הפגיעה הצפויה לביטחון המדינה מתשיפתן. הרובד השלישי מחייב בחינה האם ניתן לבדוד מתוך החומר החסוי מרכיבי ראיות מסוימים, ולהתיר את גילויים, בהתאם לאיזונים האמורים, בין באורח ישיר ובין על דרך הפראפרזה (ענין פחימה, פסקה 9).

55. במסגרת פסק דינו של בית המשפט הנכבד בע"א 2629/98 השר לביטחון פנים נ' וולפא, פ"ד נו(1) 786 (2001) קבע בית המשפט הנכבד כי האיזון בין האינטרסים המנוגדים ביחס לחשיפת ראיות החסויות תחת תעודות חיסיון, נערך הן במסגרת הליך פלילי והן במסגרת הליך אזרחי. בצד זאת, קבע בית המשפט הנכבד כי האיזון עשוי ללוש פנים שונות בהליכים השונים. וכך בין היתר קבע בית המשפט הנכבד:

"הבחירה למנוע מסירתה וקבלתה של ראייה, בשל שגילוייה עלול לפגוע בעניין ציבורי חשוב, נתונה לשיקול דעתו של השר נותן התעודה. ואולם, כאמור בסיפא של הוראת סעיף 45 לפקודת הראיות, שיקול הדעת הסופי בעניין זה, נתון לבית המשפט. עליו לבחון, האם הצורך לגלות את הראייה לשם עשיית צדק, עדיף מן הענין שיש לא לגלותה (ע"פ 1335/91 פאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 120, 129).

7. הפעלת שיקול הדעת לפי סעיף 45 לפקודת הראיות מצריכה איזון בין אינטרסים מנוגדים. כך במסגרת ההליך הפלילי וכך במסגרת ההליך האזרחי. יחד עם זאת, האיזון עשוי ללוש פנים שונות בהליכים השונים. "עשיית צדק" בהליך הפלילי עיקרה בגילוי האמת, הרשעת האשמים וזיכו החפים מפשע. אלו הם השיקולים המרכזיים (גם אם לא היחידים) המדריכים את בית המשפט בהליך הפלילי (ראו, לעניין זה, ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505, 516; ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, 734; ד' מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא - אנטומיה של יחסים מסובכים" קרית המשפט א (תשס"א) 307; ע' גרוס "כלל פסילה חוקתית - האם יש לו מקום בישראל" משפטים ל(1) (תשנ"ט) 145; א' ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים

כז (תשנ"ו) 11; ג' זלצמן "אמת עובדתית" ו'אמת משפטית' - מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד(2) (תשס"א) 263. לפיכך, "עשיית צדק", בהקשר של החסיון לטובת הציבור, משמעה "ניהול הליך פלילי הוגן, שיש בו כדי לחשוף את האמת ולא לגרום לעיוות דין לאותו נאשם ספציפי העומד לדין. על כן, אם תומר החקירה אשר לגבי חל החסיון, חיוני הוא להגנת הנאשם, כי אז, בוודאי, הצדק דורש את גילוי, ושיקול זה עדיף על פני כל שיקול בטחוני אפשרי" (פרשת ליבני הנ"ל, בעמ' 738). "עשיית צדק" משמעותה שלא יורשע ולא ייענש אדם, אלא לאחר שניתנה לו אפשרות הוגנת להביא לפני בית-המשפט את ראיותיו ואת טיעונו" (בש"פ 1924/93 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 766, 769).

8. ואף בהליך האזרחי, "עשיית צדק" משמעה קיום דיון הוגן, שבו מתאפשר לצדדים כולם לפרוש את מלוא ראיותיהם (רע"א 6546/94 בנק איגוד נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 62; בש"א 723/97 בנוימן נ' שר הביטחון, פ"ד נא(1) 364, 371). ואולם, "קיים שוני בין עמדת המדינה המסתמכת על חיסיון במשפט פלילי לבין הסתמכותה עליו בהליך אזרחי. בהליך הראשון עומדת למדינה הברירה, שאם יעדיף בית המשפט את גילוי הראיה, תחזור בה מן האישום. כך תוכל להגן על האינטרס שבאי-גילוי הראיה. במשפט אזרחי, שבו אין המדינה צד, אין בידה בחירה כזו. עובדה זו שוקלת נגד הסרת החיסיון" (בש"א 723/97 בנוימן נ' שר הביטחון, פ"ד נא(1) 364, 371; ע"א 2195/95 שר המשטרה נ' הרב שלום דב וולפא). זאת ועוד זאת: במשפט האזרחי, שאין עוסקים בו בדיני נפשות, עשויה להתמעט הנכונות לחשוף ראיה אשר יש בה משום פגיעה בטובת הציבור.

ניתן לסכם ולומר, כי הנכונות לגלות את הראיה מתעצמת, ככל שהדבר חיוני יותר להצגת עניינו של בעל דין במשפט, ולקיום דיון הוגן בעניינו (קדמי, בספרו הנ"ל, בעמ' 741). על בית המשפט לשקול את האינטרסים המתנגשים - האינטרס הציבורי שבאי גילוי המידע, מחד גיסא, והאינטרס הציבורי והפרטי בקיום הליך הוגן, מאידך גיסא. האיזון בין אינטרסים אלו הוא שיכריע אם תיחשף הראיה לעין כל ואם לאו.

56. עוד בהקשר זה, קבע כבי השופט יי דנציגר בבשג"פ 719/12 אלאט'ש נ' שר הביטחון (19.3.12), פורסם באר"ש) בין היתר כדלקמן:

"על פי סעיף 44 לפקודת הראיות, יבחן בית המשפט האם ניתן לגלות מי מהראיות החוסות תחת תעודת החיסיון אם "הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה". האיזון בין צורכי הביטחון לבין זכויות הנפגעים מהחלטת הרשות, שלאורו תיבחן שאלת גילוי הראיות החסויות, יוכרע על פי נסיבותיו המיוחדות של כל עניין ועניין [ראו למשל: בג"ץ 322/81 מחול נ' שר הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לו (1) 795, 789 (1982)]. במסגרת זאת יבחן בית המשפט, בין השאר, את חשיבותה של הזכות הנפגעת מהחלטת הרשות ואת עוצמתה של פגיעה זו. היות שהחלטות מנהליות המתקבלות על יסוד תומר חסוי עשויות לפגוע לעיתים באופן קשה בחירותו של אדם [ראו והשוו: בג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נב(3) 346, 349 (1998)] לא ניתן לקבוע מראש כי בית המשפט יחיל מבחן מחמיר יותר על גילוי ראיות חסויות במסגרת הליכים מינהליים, בהשוואה לגילויין במסגרת הליכים פליליים." [ההדגשה הוספה-הח"מ].

וראו גם החלטת כבי השופט גרוניס (כתוארו אז) בבש"פ 6403/08 מומנה נ' מדינת ישראל (21.8.08), פורסם באר"ש).

57. אשר לאופן הדין בעתירה חסויה - סעיף 46(א) לפקודת הראיות קובע כדלקמן:

"הדין בעתירה לגילוי ראיה לפי סעיפים 44 או 45 יהיה בדלתיים סגורות; לשם החלטה בעתירה רשאי השופט של בית המשפט העליון או בית המשפט, לפי העניין, לדרוש שהראיה או תכנה יובאו לידיעתו, ורשאי הוא לקבל הסברים מהיועץ המשפטי לממשלה או מנציגו ומנציג המשרד הממשלתי הנוגע בדבר, אף בהעדר בעלי הדין".

58. כך תבקש המדינה לנהוג גם במקרה זה ולהציג בפני בית המשפט הנכבד את החומר החסוי עליו נסובה תעודת החיסיון. לטעמה, לאחר שהחומר החסוי יוצג, יהיה בכך כדי להסביר את עמדתה מדוע מסירת פרטים אודות המדינות השלישיות "שעמן נחתמו ההסדרים בנושא המסתנגנים, נכונותן לסייע בעניין וכן פרטי ההסדרים, עלולה להביא לפגיעה ביחסי החוץ של מדינת ישראל", כאמור בתעודה.

59. חשוב להדגיש, כי מקום בו בית המשפט הנכבד מאשר כי אכן החיסיון מוצדק, אזי בחתאם להלכה הפסוקה, ככלל, המשך הדין בעתירה המנהלית בבית המשפט לעניינים מנהליים בבאר שבע אמור להתקיים ללא כפל עיון בחומר החסוי, אלא על בסיס חזקת התקינות המנהלית, כאמור בבג"צ 672/88 לבדי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 227:

"... בדרך כלל, איננה נראית לנו הדרך הדיונית ההפכפכה אשר באה לידי ביטוי במקרה דנן: ... משבחר בעל דין בדרך המותווית בפקודת הראיות, אין הוא יכול לשנות גישתו לאחר שהנושא נדון על ידי שופט דן יחיד, ולהביא לעיוני כפל, אחרי שהעיון הראשון לא הביא לתוצאה שהוא רוצה בה...".

כבי הנשיאה ד' ביניש חזרה על כך במסגרת בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (15.2.12), פורסם באר"ש), כדלקמן:

"...במצב דברים זה, ובהתאם להלכה שנקבעה בבג"ץ 2/79 אל אסעד נ' שר הפנים, פ"ד לד(1) 505 (1979), פסק דינו של ממלא מקום הנשיא מ' לגדוי (להלן: ענין אל אסעד), ככל שהרשות תמשיך לעמוד על סירובה בהצגת החומר בפני הצד שכנגד גם בשלב שלאחר הוצאת צו-על-תנאי, יהיה עליה לפעול להוצאת תעודת חיסיון מתאימה, שתהיה כפופה, ככל שיקבש זאת הצד שכנגד, להליך שיפוטני בהתאם לסעיף 46 לפקודת הראיות. במסגרת זאת, יוכל השופט שבפניו יתברר ההליך להסרת החיסיון וגילוי הראיות, לעמוד על טיבו של החומר החסוי, והחלטתו תהיה בעלת השלכה על הביקורת השיפוטית המופעלת. עם זאת יובהר כי משמעות הוצאת תעודת החיסיון וניהול עתירה לגילוי ראיה בפני שופט, הינה כי בית המשפט היושב בתלך הביקורת על החלטה שבוססה על החומר החסוי לא ייחשף לחומר (והשוו: פסק דינו של הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 672/88 לבדי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 227 (1989) (להלן: ענין לבדי)), אלא אם כן יקבע תשופט הדן בעתירה לגילוי ראיה אחרת. במצב דברים זה, שהוא בדרך כלל נדיר בתיקים הבאים בפנינו, תקום לרשות חוקת החוקיות, שנתחזקה בעקבות החלטת השר המוסמך לתורות על הוצאת תעודת החיסיון, ולא יהא מנוס מביטול הצו על תנאי שהוצא ודחייתה של העתירה. ... [ההדגשה תוספה - הח"מ].

עמדת המדינה

60. עמדת המדינה היא כי דין העתירה לגילוי ראיה להידחות. המדינה מתנגדת לגילוי המידע החוסה תחת תעודת החיסיון. כפי שצוין לעיל, תעודת החיסיון נחתמה בשל הרגישות המדינית והפוליטית הגבוהה והתחייבותן ההדדית של מדינת ישראל והמדינות השלישיות להימנע מפרסום זהותן של המדינות. עסקינן בבקשה מפורשת מצד המדינות השלישיות, כי זהותן, נכונותן לסייע ופרטי החסדרים עימן לא יפורסמו, וממילא פרטים נוספים הנוגעים לכך. משכך, חשיפה של החסדרים על כל הכרוך בכך – תוך הפרת ההתחייבות שנטלה על עצמה מדינת ישראל אל מול המדינות השלישיות – עלולה לפגוע ביחסי החוץ של המדינה.

מטבע הדברים, החסדרים בין מדינת ישראל לבין המדינות השלישיות משליכים על יחסי החוץ של המדינה. מדינת ישראל שומרת על חיסיון החסדרים ופרטים נוספים הנוגעים לכך, מתוך הבנה שמסירת פרטים נוספים וחשיפתם תיפגע ביחסי החוץ של המדינה על מכלול האינטרסים הכרוכים בכך, ואף עלולה להביא בסבירות גבוהה לביטול החסדרים כולם. עוד יש לזכור, כי חיסיון זהות המדינות השלישיות, פרטי החסדרים עימן ונכונותן לסייע למדינת ישראל הן פרי בקשתן המפורשת של המדינות השלישיות. לפיכך, חשיפת פרטים אלו עלולה בסבירות גבוהה לחוביל להפסקת שיתוף הפעולה בין המדינות, בין היתר, בסוגיה זו. עוד בעניין זה, ובכל הנוגע לפגיעה שתגרם ליחסי החוץ של מדינת ישראל, אם וככל שייחשף המידע החוסה תחת תעודת החיסיון, אין למדינה אלא להפנות לקביעתו הברורה של בית המשפט הנכבד, לפיה:

3. ברור מנוסח הסעיף 44(א)ח"ל, כי כאשר ראש הממשלה, שר הביטחון או שר החוץ חותמים על תעודה על-פי סמכותם לפי סעיף זה, הרי יש בכך משום חזקה משפטית, שאכן עלול פרסומן של הראיות המוזכרות בתעודה לפגוע, לפחות פגיעה כלשהי, בביטחון המדינה או ביחסי החוץ של המדינה. אין שופט בית המשפט העליון, שלפניו מובאת עתירת הנאשם להכרעה, מוסמך לחלוק על עובדה בסיסית זו. אולם על השופט להכריע בשאלה, אם חרף אותה פגיעה אפשרית בביטחון המדינה או ביחסי החוץ של המדינה, יש לתעדף על סיכון זה את הצורך להבטיח משפט צדק לנאשם על ידי גילוי הראיות החסויות" (ב"ש 64/87 מרדכי בן שלמה ואנונו נ' מדינת ישראל פ"ד מא(3) 533 (1987)) [ההדגשה הוספה – הח"מ].

61. מן העבר השני של המשוואה, בכל הנוגע לאיזון עם הזכויות והאינטרסים של העותרים 1-2 (ושכמותם), בראש ובראשונה יש לציין כי במסגרת החסדרים הפרטניים שניתנים לכל מסתנן ומסתנן ביחס למדינה השלישית נמסרת, כמובן, זהות המדינה השלישית וכן הסבר מפורט אודות הליך היציאה מישראל והליך הסדרת השהייה והעבודה כחוק במדינה השלישית.

משכך, ספק אם ניתן להצביע על פגיעת בזכויות ובאינטרסים של המסתנן הפרטני בהקשר זה, שכן תעודת החיסיון אינה מונעת מהעותרים 1-2 (ואחרים שכמותם) מלקבל הסבר מפורט אודות הליך היציאה והקליטה במדינה שלישית המוצעת להם. זאת ועוד; ככל שלמסתנן טענות פרטניות וקונקרטיים ביחס לסכנה הנשקפת לו, לטענתו, במדינה השלישית, באפשרותו להעלותן בפני רשות האוכלוסין וההגירה, וככל שיש בכך צורך, לאחר מכן, להעלותן אף בערכאות.

נחזור שוב, כי בהתאם להלכה הפסוקה של בית המשפט הנכבד, הנטל להראות כי נשקפת סכנה פרטנית במדינה השלישית מוטל על הטוען לקיומה של סכנה כאמור, כאשר לו עצמו ברורה זהות המדינה השלישית, לאתר שמידע זה נמסר לו.

62. מעבר לאמור, ועל אף שהנטל רובץ ברגיל על כתפיו של הנתין הזר, המדינת דואגת אף היא לשלוםם ובטחונם של היוצאים למדינות השלישיות, וזאת בהתאם לעיקרון אי-ההחזרה לפיו לא יורחקו אנשים שוהים בתחומי המדינה – אף אם הם נכנסו אליה שלא כדין או שהם שוהים בה שלא כדין – למקום שנשקפת להם בו סכנת חיים או סכנה לחירותם. כאמור, עיקרון זה עוגן **בהלכת אל-טאיי** והמדינה מקיימת אותו במסגרת ההסדרים שנחתמו עם המדינות השלישיות, ואף מעבר לכך בשים לב לתנאים שקבע היועץ המשפטי לממשלה לצורך אישור ההסדרים והפעלתם. ונוכיר, כי "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" (עניין גרמאיי, פסקה 32).

בהתאם להלכת אל-טאיי דואגת המדינה לשמור על זכויותיהם ועל האינטרסים של העותרים, וזאת מתוך הכרתה של המדינה בחשיבות הנושא ומחויבותה לשמור על שלוםם של המסתננים אשר יוצאים למדינות שלישיות.

כפי שפורט בהרחבה לעיל בסעיף 22, כתנאי לאישור ההסדרים הציב היועץ המשפטי לממשלה שישה תנאים מפורטים, אשר נועדו להבטיח, כי בידי המדינה יהיו אפיקי יציאה **בטוחים** למסתננים היוצאים למדינות השלישיות, זאת תוך עמידתה של המדינה בעיקרון אי-ההחזרה, ואף מעבר לכך.

63. זאת ועוד; כפי שפורט בהרחבה לעיל, המדינה מקיימת מעקב ובקרה שוטפים אחר יישום תהסדרים – במגוון אמצעים משולבים – הן על ידי שליחו המיוחד של ראש הממשלה; הן על ידי מעקב של רשות האוכלוסין אחר המסתננים היוצאים למדינות השלישיות; והן לאחרונות באמצעות שתי משלחות בין-משרדיות שיצאו למדינות השלישיות (משלחת לכל מדינה) כדי לוודא כי התנאים שהציב היועץ המשפטי לממשלה אכן מקויימים הלכה למעשה.

64. המדינה תטען, כי עיון בכלל המידע שהוצג לעיל ביחס להסדרים; לתנאי היועץ המשפטי לממשלה שעמדו ביסוד ההסדרים הנ"ל; ולפיקוח והמעקב השוטפים שמבצעת המדינה אחר יישום ההסדרים – הן באופן כללי והן באופן קונקרטי – יש בו כדי להשיב על טענות העותרים בסעיף 49 לעתירה דן.

בהקשר זה נבקש לדחות מכל וכל את טענות העותרים בסעיף 73 לעתירה לפיה "יתכן כי המשיבה סבורה, שראוי להחזיק במשמורת עד אין קץ אנשים הזכאים להגנות בינלאומיות". כפי שפורט בהרחבה לעיל ובמסגרת תגובת המדינה לבקשה לצו ביניים בעתירה המנהלית, המדינה הולכת עקב בצד אגודל בהתאם להלכה הפסוקה שהתווה בית המשפט הנכבד – הן בפרשת אל-טאיי והן בפרשת אלקנוב – ומקיימת את הנוראות הדין והפסיקה, קלה כחמורה; תוך שיושם אל לב כי תנאי היועץ המשפטי לממשלה אף הוחיבו מעבר לקבוע בהלכת אל-טאיי. ונוכיר, כי המתווה בו פועלת

המדינה בעת הזו עוסק רק בענינים של מסתננים אשר כלל לא הגישו בקשת מקלט או שבקשתם בעניין נדחתה.

לא זו אף זו, המדינה מציעה למסתננים השותים שלא כדין בישראל, מדינות שלישיות בטוחות, שבאפשרותם לצאת אליהן. המדינה אינה מציעה למסתננים לשהות במשמורת. רק ככל שלא ישתפו המסתננים פעולה עם היציאה למדינה שלישית בטוחה, ניתן יהיה להוציא צו משמורת בעניינם בהתאם להוראות הברורות של חוק הכניסה לישראל ולחלכה הפסוקה של בית המשפט נכבד זה.

משכך, ככל שמדובר באינטרסים הנוגדים – הפגיעה בחירות אינה אלא מוצא אחרון, וככל שיינתן צו משמורת בעניינו של מסתנן פרטני כזה או אחר במשמורת בשל בהעדר שיתוף פעולה מלא עם הרחקתו למדינה שלישית בטוחה כאמור, ובהיעדר טעם ענייני כמשמעו בהלכת אל-טאיי – הרי ש"מפתחות בית האסורים בידיו".

65. המדינה תבקש אפוא, בהתאם לסעיף 46 לפקודת הראיות, להציג בפני בית המשפט הנכבד את המידע החסוי עליו נסובה תעודת החיסיון וזאת באמצעות גורמים מקצועיים מטעמה. המדינה תטען, כי לאחר שהתומר החסוי יוצג, במעמד צד אחד, יהיה בכך כדי להסביר את עמדתה מדוע חשיפת ההתסדרים ופרטים נוספים הנלווים לישומם עלולה לפגוע ביחסי החוץ של המדינה.

המדינה תוסיף ותטען, כי נוכח הפגיעה הצפויה בסבירות גבוהה ליחסי החוץ של המדינה אם יגולה לעותרים המידע החוסך תחת תעודת החיסיון, כולו או חלקו, אזי הצורך לגלות את המידע החסוי לעותרים לשם עשיית צדק אינו עדיף מן הענין שיש שלא לגלותו.

בהקשר האמור, נדגיש שוב, כי על-פי נוהלי עבודתה של רשות האוכלוסין וההגירה, מובהרת לכל מסתנן זהותה של המדינה השלישית הבטוחה המוצעת לו לשם יציאתו מישראל, לצד הליכי קליטתו בה, וניתנת לו ההזדמנות להשמיע את כל טענותיו בנדון במסגרת הליך שימוע דו-שלבי, מפורט ומתועד.

66. בנסיבות אלה, המשיבים יטענו כי דין העתירה לגילוי ראיה לחדחות.

67. העובדות המפורטות בתגובה זו בסעיפים 5, 60 ו-65 נתמכות בתצהירו של מר יורם אלרון, מ"מ סמנכ"ל אפריקה במשרד החוץ.

העובדות המפורטות בתגובה זו, למעט האמור בסעיפים 60 ו-65, נתמכות בתצהירו של מר יוסי אדלשטיין, ראש מנהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה.

היום, י"ח אב תשע"ה
03 אוגוסט 2015

יוכי גנסיין, עו"ד

מנהלת תחום בקירה (עניינים מינהליים)
בפרקליטות המדינה

מורית פרימן, עו"ד

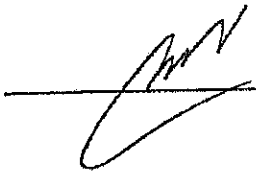
סגנית בפרקליטות המדינה

סגן פרקליטות המדינה

תצהיר

אני הח"מ, מר יוסי אדלשטיין, מצהיר בזאת כלהלן:

1. אני משמש בתפקיד ראש מנהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה.
2. תצהירי זה ניתן לתמיכה בתגובת המדינה לעתירה לגילוי ראייה בבש"מ 5164/15, מיום 3.8.15 (להלן – תגובת המדינה).
3. העובדות המפורטות בתגובת המדינה למעט האמור בסעיפים 60 ו-65 לתגובה, ידועות לי מתוקף תפקידי, והן אמת למיטב ידיעתי ואמונתי.
4. זה שמי, זו חתימתי והוכן תצהירי אמת.



אישור

אני הח"מ, צ'ואן אלו, עו"ד, מאשר בזה כי ביום 3.8.15 הופיע בפני מר יוסי אדלשטיין, המוכר לן אישית, ולאחר שהזהרתיו כי עליו לומר את האמת, שאם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על תצהירו.

