

המעוררים: אלמסגד ג'רוסוס צגטה (רישיון ישיבה 08C12220) ואח'

ע"י עו"ד ענת בן-דור ו/או אלעד כהנא

מן התכנית לזכויות פליטים

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

טל': 03-6405264, פקס: 03-6407422

-נגד-

המשיבים: שר הפנים ואח'

ע"י פרקליטות המדינה

רח' צאלח א-דין 29, ירושלים

תגובה מטעם המערערים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 8.1.17 ולהחלטות בדבר מתן ארכות מימים 11.1.17 ו-23.1.17, מתכבדים המערערים להגיש את תגובתם:

א. התייחסות למה שאינו מופיע בהודעה הגלויה

1. כאמור בהודעת המשיבים, מדובר בהודעה גלויה המוגשת לצד הודעה חסויה. מטבע הדברים, המערערים אינם יכולים להגיב לאמור בחלקים החסויים של התגובה. המשיבים טוענים לשיפורים שונים שערכו במנגנון הפיקוח והבקרה אך מותירים את הפרטים חסויים מפני המערערים. נזכיר שכאשר המשיבים פירטו בעבר באופן גלוי על מנגנוני פיקוח שאימצו, הצביעו המערערים בנקל על פגמים וחסרים ב"מנגנון" הפיקוח. מנגנונים חדשים, שלא הוצגו בבית המשפט קמא, לא נדונו באופן גלוי בבית המשפט הנכבד ואינם מוצגים בפני המערערים, לא עברו את מסגרת הדיון האדוורסרי כדי לבחון האם הם אכן מספקים הגנה ראויה, אם לאו.

2. הדברים אמורים במיוחד לגבי מנגנוני פיקוח חסויים להם רומזת המדינה בסעיף 4 להודעה הגלויה, ובהם "התיעוד שינתן ליוצאים מישראל ועיתוי קבלתו במדינה השלישית". מעבר לעובדה שאין מדובר באמצעי פיקוח (למעשה, כדי לוודא שניתן תיעוד במדינה השלישית נדרש מנגנון פיקוח), מדובר במנגנונים שלא עמדו לדיון אדוורסרי בו יכלו המערערים לבחון ולטעון האם הם מספקים הגנה ראויה.

3. משכך, ימקדו המערערים את טיעוניהם במנגנוני הפיקוח הגלויים ובתשובות הגלויות, ויבקשו כי בית המשפט הנכבד ינקוט משנה זהירות בקביעה אודות רמת ההגנה שמספקים מנגנונים נסתרים שלא לובנו בדיונים גלויים.

ב. מנגנוני הפיקוח הידועים של המשיבים

4. בהודעה הגלויה מודיעים המשיבים על הקמת מנגנוני פיקוח נוספים לאלה שעליהם דיווחו בעבר. בתמצית, מדובר בהרחבת הצוות הרלוונטי כך שיכלול גם נציגים ממשרדי התוך והמשפטים; הקמת יחידה מיוחדת ברשות האוכלוסין וההגירה; ומתן "מענה חולם לנושא התייעוד שניתן ליוצאים מישראל ולעיתוי קבלתו במדינה השלישית".
5. הגם שהידוק הבקרה בצד הישראלי הוא מבורך, הצעדים עליהם הודיעו המשיבים אינם נותנים מענה לפגם המשמעותי שבהליכי הפיקוח על ההסכם – היעדר התרשמות בלתי אמצעית ממצב היוצאים למדינה השלישית. עיבוי התייעוד והרחבת צוותים ויחידות בישראל אינם נותנים מענה לכך: גם הצוות הבינמשרדי שיוקם יתבסס על מידע שבסופו של דבר מגיע מפי המדינה השלישית. הבטחת המדינה השלישית בדבר מתן תיעוד אינה אמצעי פיקוח, כי אם הבטחה נוספת המחייבת פיקוח כשלעצמה.
6. נוכר שבעיה אקוטית זו, של העדר מנגנוני פיקוח בלתי-אמצעי על מצב המערערים לאחר הגעתם והמעמד שיינתן להם אם בכלל, ושעדיין לא באה על פתרונה, עמדה בבסיס החלטת ועדת המומחים של האו"ם מכוח האמנה נגד עינויים מיום 13.5.16, בה גם נקבע כי המחלף מושא הערעור צריך להיות גלוי. להבנת המערערים, בעיה זו היא שעמדה גם בבסיס הצעת בית המשפט הנכבד בדיון מיום 15.3.16 להוסיף שני נדבכים למנגנון הפיקוח, בדמות ליווי של נציג ישראלי ופתיחת נציגות ישראלית במדינה השלישית (הצעה שהמערערים השיבו כי היא אכן מהווה נדבך משמעותי שחסר כיום בהליכי הפיקוח). להבנת המערערים, המשיבים דחו הצעה זאת.
7. המשיבים ציינו בעבר כי קיימים "אילוצים" מצד המדינה השלישית שמחייבים חיסיון. ניתן להניח שהסברים דומים ניתנו בהודעה התסויה, לגבי חוסר-היכולת להבטיח מנגנון פיקוח בלתי-אמצעי כפי שהוצע בידי בית המשפט הנכבד. יתכן שקיימים אילוצים שאינם תלויים במשיבים ומונעים מהם לעשות זאת, אולם השאלה הרלוונטית אינה האם המשיבים עשו כל שביכולתם תחת האילוצים הקיימים; אלא האם בסופו של יום קיים מנגנון פיקוח אפקטיבי על קיומו של הסדר חשאי ותסוי המשליך על זכויות אדם בסיסיות, שלא נקבעו בו בטוחות לקיומו, ושרכיבים חיוניים בו כלל לא הועלו על הכתב.
8. הכלל לפיו המוציא מחברו עליו הראיה חל גם בענייננו, כאשר המשיבים הם שמבקשים לטעון שלמערערים 1-2 יינתנו מעמד ו"אופק שהייה" במדינה זרה להם (ר' גם ההפניה בסעיף 6 לסיכומי התגובה של המערערים). המשיבים מפנים בסעיף 12 להודעה לפסקי הדין בפרשות גרמאיי וגידאי, אך אלו עסקו בשאלת הנטל להוכחת סכנה פרטנית במדינה שאינה זרה למורחק (ר' סעיף 16 לפרשת גרמאיי). קיומו של הליך פיקוח אפקטיבי הוא תנאי בסיסי לקביעה שלמערערים יינתן מעמד במדינה השלישית, שהרי גם אם ההסכם קובע הוראות בדבר מתן מעמד, בהעדר פיקוח אפקטיבי אין לאמור בהסכם משמעות וקיים חשש להפרתו. הדברים מקבלים משנה תוקף בענייננו, כעולה מההודעה הגלויה: חלק ניכר מההסדר בכלל אינו מעוגן בכתב (סעיף 2 בהודעה הגלויה מיום 22.9.16) וכעת מודיעים המשיבים כי גם אין כוונה לעשות

זאת (סעיף יא להודעה הגלויה הנוכחית); ההסדר אינו כולל בטוחות למימושו והמשיבים נסמכים על הנחות כלליות בדבר האינטרס של המדינה השלישית לקיימו (סעיף 4 בהודעה הגלויה מיום 22.9.16); ההסדר מבוצע באופן חשאי שלא מאפשר פיקוח אובייקטיבי ועצמאי מצד נציבות האו"ם לפליטים, עיתונאים, אקדמאים או ארגוני חברה אזרחית. הדברים מדאיגים במיוחד כאשר מדינת היעד היא זיקטורה המבקשת להישאר בעילום שם, שלפי נציבות האו"ם לפליטים מערכת המקלט בה אינה מתפקדת (מכתבי הנציבות מימים 8.9.15 ו-27.1.16), והשלטון בה מתערב במערכת המשפטית (סעיפים 21-29 להודעת המערערים מיום 25.9.16).

9. כאמור, החסר המהותי בהליך הפיקוח – התרשמות בלתי אמצעית ממצבם של המורחקים במדינת היעד – שהמשיבים נדרשו להשיב עליו במסגרת הערעור, לא בא על פתרונו עם האמצעים החדשים. גם הצוות הבינמשרדי יסתמך על מידע שתמסור המדינה השלישית שהיא בעלת אינטרס מובהק בהצגת מצג בדבר קיום ההסכם, ולמשיבים אין מנגנון ביקורת אפקטיבי אודותיו.

בהקשר זה יפה החלטתו של טריבונל העליון לענייני הגירה בבריטניה שניתנה לאחרונה (ביום 11.10.16) שלא להסתמך ולא לתת משקל לרוב ה"מימצאים" של משלחת מטעם ממשלת בריטניה שיצאה לאריתריאה על-מנת לבחון האם ניתן לגרש מבקשי מקלט אריתראים בחזרה לארצם. הטריבונל ציין שממשלת אריתריאה היא שאיתרה את רוב מקורות המידע עבור המשלחת הבריטית ומטעם זה קבע:

We concur with the appellants that those involved cannot be assumed to be independent witnesses and may have been simply acting as the "mouth-piece" of the government (para. 199).

הטריבונל הוסיף שלא ניתן לסמוך על מסקנות המשלחת מפגישות שונות שערכה עם אנשים באריתריאה שכן נציג משרד החוץ של אריתריאה השתתף בפגישות השונות ושמטורגמן מטעם ממשלת אריתריאה השתתף בדיוני קבוצות המיקוד שנועדו לבחון את התנאים של אנשים שהוזרו לאריתריאה והפרוטוקולים של הדיונים בקבוצות נשלחו למשרד החוץ באריתריאה. הטריבונל סיכם:

We agree that in such circumstances it cannot be assumed the participants were able to speak freely (para. 200).

MST and Others (national service – risk categories) Eritrea CG, [2016] UKUT 00443 (IAC), United Kingdom: Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), 11 October 2016, available at: <http://www.refworld.org/docid/57fc91fe4.html>

10. הנתונים שמגלים המשיבים בהודעה הגלויה מלמדים גם על כישלונם של מנגנון המעקב הנוסף: שיחות הטלפון שבאמצעותן מקיימים המשיבים לכאורה קשר "ישיר" עם היוצאים. המשיבים

מודים שאינם יודעים מה עלה בגורלם של שני שליש מהיוצאים, נתון מדאיג כשלעצמו. רובם המוחלט של מי שהמשיבים הצליחו לשוחח עמם, בכלל לא היו במדינה השלישית במועד השיחה, לטענת המשיבים משום שהם בחרו לעזוב אותה מיד עם הגעתם, והמשיבים עצמם טוענים שמשום כך עניינם אינו אינדיקציה לדבר.

בסופו של דבר, נתוני המשיבים מתבססים על שיחות שקיימו מאז מאי 2015 עם 47 אנשים בלבד, שהיו במדינה השלישית במועד השיחה (וגם זאת לאחר טעויות שנפלו בנתונים שאספו והציגו). בהודעה הגלויה המשיבים מודים שעם חלקם בכלל לא דיברו ישירות (אלא רק עם קרוביהם שנמצאים בישראל); שהמידע התקבל בשיחה חד פעמית שנערכה סמוך להגעתם למדינה והמשיבים לא טרחו כלל לעקוב אחר מצבם לאחר מכן; ושלמעשה, אין להם מושג כמה מביניהם קיבלו מעמד במדינה השלישית וכמה שוהים בה.

לכל זאת יש לחוסף, שמאחר שהמידע התקבל בשיחה טלפונית, המשיבים גם לא יודעים באילו תנאים התקיימו השיחות (למשל, האם הופעלו אמצעי לחץ על היוצאים עמם שוחחו, או האם השיחות נערכו בנוכחות נציגי המדינה השלישית) וגם לא התרשמו באופן ישיר ממצבם הכללי של האנשים עמם שוחחו (השוו סעיף 28 לעע"מ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010)).

11. לסיכומה של נקודה זו, הפגמים שנפלו בהליכי הפיקוח על ההסדר נותרו בעינם. הם חמורים בשים לב לזכויות המוטלות על הכף ולעובדה שהמשיבים הם שמבקשים להוכיח שלמערערים יינתנו מעמד ו"אופק שהייה" במדינה השלישית. הם מחרפים בשים לב לעובדה שחלק ניכר מההסדר הוא בכלל "הבנות בעל פה"; לעובדה שלא נקבעו בהסכם בטוחות לקיומו; לחשאיות וסודיות ההסכם וביצועו; ולזהות מדינת היעד. חוספת תיעוד ומידע וצוותים ויחידות בישראל הם ברוכים, אך אינם נותנים מענה לבעיה הבסיסית: למשיבים אין מידע ישיר ובלתי-אמצעי, שלא מתווך דרך המדינה השלישית, אודות מצבם של היוצאים, ואין להם כל יכולת לדעת מה יהיה מצבם והאם ניתן להם מעמד ולאורך זמן.

ג. תשובות חסויות בקשר למצב העוזבים

12. בסעיפים ח' ו-13 להודעה הגלויה חוזרים המשיבים על טענתם כי ההסכם מקוים. בסעיפים א, ב (להודעה המתקנת מיום 22.1.16), ג-ה, ט ו-י"א המשיבים מסרבים לפרט את מקורות המידע שלהם, ולו בפרפרזה, ומסרבים להציג בגלוי מסמכים שאינם חסויים ושעליהם הם נסמכים.

13. על אף שההליך דגן נוגע לגורלם של המערערים 1-2, הם כמעט שלא היו צד להליך, שהתנהל ברובו בתכתובות ובדיונים חסויים. במסגרות אלו הציגו המשיבים מידע מרגיע לכאורה אודות המצב במדינה השלישית. כאמור לעיל, מידע זה נמסר כולו מפי המדינה השלישית או בשיחות טלפון מועטות וחד פעמיות. ערכו, אם כן, מועט ביותר.

14. אל מול מידע זה, הציגו המערערים שורה של מסמכים שתיארו תמונה שונה, שהיא תוצאתו הישירה של היעדר פיקוח אפקטיבי. כל המסמכים ניתנו על ידי מקורות שאין להם עניין בהליך (בניגוד למקורות המשיבים), הוצגו באופן גלוי (בניגוד למקורות המשיבים), וכולם תאמו זה את זה בתארום, ללא הפרזה או הגזמה, מצב שונה בתכלית מזה שהמדינה השלישית מציגה

בפני המשיבים. חלק ממסמכים אלו הוצגו לראשונה בערעור; על טעויות בית המשפט קמא ביחס למסמכים שהוצגו בפניו, ר' סעיפים 93-101 לסיכומים הראשיים מטעם המערערים.

15. התייחסות המשיבים למידע זה נעשית גם היא במעמד צד אחד, מבלי שניתנת למערערים האפשרות להשיב לכך. במסגרת ההודעה הגלויה, חוזרים המשיבים ומסרבים להציג מסמכים גלויים ואפילו פרפרזות. מדובר בשימוש לא ראוי בחיסיון, על מנת להסתיר מסמכים שמעולם לא נקבע שהם חסויים, ולמנוע הגנה מינימאלית מהמערערים:

ראשית, קיימים מסמכים חסויים שהמשיבים מסרבים למסור בעניינם אפילו פרפרזות (תשובות המשיבים למכתבי נציבות האו"ם ולתצהירה של גב' סיגל רוזן, סעיפים א, ט ו-י"א להודעה הגלויה, וסעיף ב' כפי שתוקן בהודעה המתקנת מיום 22.1.16). נוכח המידע הקריטי שבמכתבי הנציבות ובתצהירה של גב' רוזן, הרי שתשובת המשיבים אליהם היא קריטית גם כן – מסירת פרפרזה אודות תשובות אלו היא ההגנה המינימאלית על הזכות להליך הוגן. יוזכר, כי מסמכים אלו מעולם לא עמדו בפני בית המשפט הנכבד במסגרת העתירה לגילוי ראיה, ומעולם לא נקבע שאין למסור ולו פרפרזה בגינם.

שנית, המשיבים הציגו פרוטוקולים של שיחות שערכו עם חמישה מבין תשעת המצהירים שתצהיריהם צורפו על ידי המערערים. המשיבים מסרבים לעשות זאת באופן גלוי (סעיף ד להודעה הגלויה). מדובר בתיעוד שיחות זחה לזה שנערך לגבי השיחות עם המערערים 1-2, שכן הוגש באופן גלוי. גם לגבי מסמכים אלו מעולם לא נקבע שהם חסויים, שכן הם הוגשו לאחר דחיית העתירה לגילוי ראיה. משנדרשו המשיבים להשיב מדוע מדובר במידע חסוי, הם רק טענו שהצגת המסמכים תפגע ב"פרטיות". נזכיר שטענת פרטיות אינה בסיס חוקי לחיסיון לפי סעיף 44 לפקודת הראיות; וממילא אינה רלוונטית לפי לשון תעודת החיסיון שהוצאה. בהתאם, המשיבים מסרבים להציג באופן גלוי את חוות דעת משרד החוץ (תוך מחיקת פרטים מזהים), או לכל הפחות פרטים בסיסיים לגבי תכנה ומקורותיה (סעיף ג להודעה הגלויה).

16. מדובר בשימוש לא ראוי בחיסיון חסר תקדים בהיקפו, על מנת להצדיק מהלך מתחום מדיניות ההגירה, שעתיד להשפיע באופן דרמטי על זכויות יסוד של המערערים 1-2. המערערים ישובו ויטענו שיש לייחס משקל מועט מאד לטענות שהועלו במעמד צד אחד ביחס למסמכים הגלויים שהציגו המערערים (ובמיוחד בשים לב למקורות המידע שלהם). בהיעדר פרפרזות למסמכים החסויים ובשים לב לזכות להליך הוגן, יש לתת לתשובות אלו משקל מועט עוד יותר. אשר למסמכים שהמשיבים מחסים בטענה ל"הגנה על הפרטיות", הרי שאין מדובר בהצדקה חוקית לחיסיון ובמצב זה יש להוציאם מהתיק לגמרי.

17. ולאחר שאמרנו כל זאת, נזכיר שאף אם תתקבל טענת המשיבים, שחמישה מבין תשעת המצהירים ממילא התכוונו לצאת את המדינה השלישית; הרי שהמשיבים לא השיבו לארבעת התצהירים האחרים ולא הצביעו על כל סיבה שלא להאמין לאמור בהם. נשוב ונזכיר שתצהירים אלו תואמים לא רק האחד את השני אלא גם את המתואר במספר מכתבי נציבות האו"ם, בתצהירה של גב' סיגל רוזן, בחוות דעתה של פרופ' צבר, ובדו"ח של ארגון I.R.R.I.

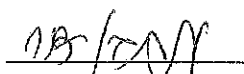
18. עוד נזכיר, שבפסיקה נקבע שהנטל בדבר הוכחת סכנה הוא נמוך יחסית, אף פחות ממאזן הסתברויות (פרשת מוכתאר בסעיף 11 לסיכומי התגובה של המערערים). נוכח אופי, היקף ואובייקטיביות המידע שהגישו המערערים, ובשים לב לחשאייות המידע שהמשיבים מציגים ללא פרפרזות, כמו גם למקורותיו, הרי שהמערערים עמדו בנטל להראות שכבר כיום ההסכם כפי שהוא מיושם אינו מבטיח, במידה הראויה, את ההגנה על זכויותיהם במדינת היעד.

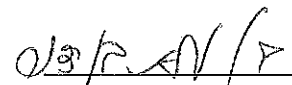
ד. סיכום

19. המהלך מושא הערעור זכה לביקורת ועדת המומחים של האו"ם מכת האמנה נגד עינויים, שקבעה כי עליו להיות גלוי ולכלול מנגנוני פיקוח ובטוחות לקיומו. ההסכם אינו עומד בסטנדרט שקבעה נציבות האו"ם לפליטים או שנקבע בפסיקות בתי משפט גבוהים ברחבי העולם. חלק ניכר ממנו בכלל לא הועלה על הכתב. לא נקבעו בהסכם בטוחות לקיומו. הליכי הפיקוח על קיומו נשענים על מידע שהמדינה השלישית בוחרת לספק ועל מספר קטן של שיחות טלפון חד פעמיות. למשיבים אין מידע לגבי מספר האנשים שקיבלו מעמד במדינה השלישית, או לגבי מצבם של רובם המוחלט של היוצאים מישראל. המידע שהתקבל ממספר רב של גורמים אובייקטיביים, תומך זה בזה ומראה, ברף הראייתי הנדרש, שכבר היום ההסכם אינו מקוים. בנסיבות אלה, טעה בית המשפט קמא משבחר להניח שהמהלך מושא הערעור עומד בתנאי הדין.

20. בשנה וחצי האחרונות נמצא ההסדר תחת עינם הבוחנת של בית המשפט קמא ושל בית המשפט הנכבד. בסופו של יום, ההליך המשפטי יסתיים. המערערים יוותרו לגורלם במדינה שלישית, שמבקשת להישאר בעילום שם, שההסכם עמה סודי ולגורמים אובייקטיביים (תקשורת, נציבות האו"ם או ארגוני חברה אזרחית) אין יכולת לוודא את יישומו, וללא כל יכולת לכופ בעצמם את התנאים הנסתרים מהם על-ידי ערכאות שיפוטיות במדינה השלישית. המשיבים מודים שגם להם אין מידע לגבי הנמצאים במדינה השלישית, ואין להם מידע לגבי רוב היוצאים מישראל. עיבוי התיעוד ותכלול הצוותים בישראל, לא ישנה עובדה זו.

21. ככל שהמשיבים מעוניינים לדרוש יציאה למדינה השלישית, עליהם להבטיח את זכויות היוצאים בהתאם לדין הבינלאומי, בשקיפות, על-ידי בטוחות והליכי פיקוח אפקטיביים, כפי שנקבע בפסיקות בתי משפט גבוהים בעולם, בהנחיות נציבות האו"ם ובהחלטת ועדת האו"ם מכת האמנה נגד עינויים. ככל שהדבר אינו אפשרי בשל "אילוצים" שנובעים מזהות המדינה השלישית שנבחרה, התוצאה המתחייבת אינה הורדת הרף העומד בפני המשיבים והשלמה עם הסדר חלקי, חשאי ולא מפוקח; אלא קביעה, לפיה לא ניתן לקיים את ההסכם בכפייה במתכונתו הנוכחית, ולהעמיד את המערערים בסכנה להפרת עקרון אי-ההחזרה.


עו"ד ענת בן-דור
ב"כ המערערים


עו"ד אלעד כהנא
ב"כ המערערים