

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

**העותרים:**

1. המרכז לקידום פליטים אפריקאיים
2. מוקד סיוע לעובדים זרים
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל
4. אס"ף - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט
5. קו לעובד
6. המרכז לפלורליזם יהודי - התנועה ליהדות מתקדמת בישראל
7. רופאים לזכויות אדם
8. שומרי משפט - רבנים למען זכויות אדם

ע"י עו"ד ד"ר יובל לבנת ו/או עו"ד ענת בן-דור

מן התוכנית לזכויות פליטים

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

רמת אביב, תל-אביב 69978

טל': 03-6407185, 052-4854192 ; פקס: 03-6407422

**-נגד-**

**המשיבים:**

1. משרד הפנים

2. משטרת ישראל

3. משרד התמ"ת

ע"י פרקליטות המדינה

רח' צלאח א-דין, ירושלים

4. עיריית תל-אביב-יפו

ע"י הלשכה המשפטית של עיריית תל-אביב-יפו

רח' פילון 5, תל-אביב 64518

טלפון: 03-5217030 ; פקס: 03-5217504

**עתירה למתן צו על תנאי**

**ובקשה למתן צו ביניים**

### בקשה לצו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי, המורה למשיב 1 לבוא וליתן טעם, אם רצונו בכך, מדוע לא יבטל את החלטתו לפיה מבקשי מקלט לא יורשו לשהות ולעבוד בתחום הגיאוגרפי שבין חדרה לגדרה; ולאחר שמיעת העתירה – להפוך את הצו למוחלט.

### בקשה לצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו ביניים:

(1) האוסר על המשיבים 1-2 לנקוט פעולות אכיפה כנגד מבקשי מקלט בגין שהייה ו/או עבודה בתחום הגיאוגרפי שבין חדרה לגדרה;

(2) האוסר על המשיב 3 ו/או על המשיב 1 להטיל קנסות על מעסיקים של מבקשי מקלט בגין "העסקה שלא כדין" בהתבסס על החלטת המשיב 1 בדבר איסור השהייה ו/או העבודה של מבקשי מקלט בתחום הגיאוגרפי שבין חדרה לגדרה.

וזאת עד להכרעה בעתירה.

### ואלה נימוקי הבקשה לצו ביניים:

א. עתירה זו, אשר עניינה במדיניותו של המשיב 1 לאסור על מבקשי מקלט מאפריקה לשהות בתחום שבין חדרה לגדרה, מעלה שאלות משפטיות דומות לאלה שהועלו בבג"ץ 10463/08 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים ואח' נ' משרד הפנים ואח', אשר עניינה האיסור אשר הטיל משרד הפנים על מבקשי מקלט אפריקאיים לשהות בתחומי העיר אילת. כל העותרים דכאן – היו בין העותרים בבג"ץ 10463/08. במקביל להגשת עתירה זו, מוגשת בקשה לאחד את הדיון בעתירה דנן עם הדיון בבג"ץ 10463/08 הנ"ל.

העתק כתב העתירה בבג"ץ 10463/08 רצ"ב ומוסמן ע/1

ב. בבג"ץ 10843/08 הנ"ל קיבלה כב' השופטת פרוקצ'יה את בקשת העותרים, והציאה צו ביניים הקובע כי **"עד להכרעה בעתירה, לא תתבצענה כל פעולות אכיפה כנגד אוכלוסיית המסתננים הרלבנטית לעתירה בעיר אילת"**. בזמן כתיבת שורות אלה, העתירה בבג"ץ 10463/08 תלויה ועומדת, ומכאן שצו הביניים עודו בתוקף.

העתק צו ביניים מיום 25.12.08 רצ"ב ומוסמן ע/2

ג. בהודעה מעדכנת שהגישה פרקליטות המדינה בתאריך 5.2.09, במסגרת עתירת אילת הנ"ל, הודיעה הפרקליטות כי "ביום 03.02.09 התקיים דיון סטאטוס אצל ראש הממשלה, שעניינו סוגיית הטיפול במסתננים בכללותה, ובעיקר אופן הטיפול במסתננים המגיעים מאריתריאה וסודאן" (סעיף 2 להודעה). בתום דיון הסטאטוס הנ"ל החליט ראש הממשלה כי "יוקם צוות בין-משרדי בראשות ראש רשות האוכלוסין, ההגירה, ומעברי הגבול, מר יעקב גנות, בו יהיו שותפים שורה של גורמים... הצוות

יבחן לעומקה את תופעת ההסתננות לישראל, על היבטיה השונים – ויגבש מדיניות בדבר המקומות שבהם תותר שהייתם של מסתננים עד להרחקתם מהארץ, וזאת בשים לב, בין היתר, לקושי הנגרם למסתננים, מזה, ולהשלכות שיש לשהותם של המסתננים באזורים עירוניים צפופים, מזה".

העתק הודעה מעדכנת מיום 5.2.09 רצ"ב ומסומן ע/3

ד. ביום 26.4.09 הגישה הפרקליטות הודעה מעדכנת נוספת. בהודעה זו עדכנה את בית-המשפט, כי הוועדה הבין-משרדית בראשות מר גנות קיימה כבר ישיבה ראשונה, ובה הגדירה את מכלול הנושאים אשר יידונו במסגרתה, וביניהם "סוגיית שהייתם והעסקתם של מסתננים באזורים שונים, בתחומי רשויות מקומיות שונות, בתחום מדינת ישראל" (סעיף 4 להודעה). עוד צוין בהודעה, כי "בתום הדיון ביקש יו"ר הוועדה לקבל מן הגורמים השונים... נתונים עובדתיים לגבי אוכלוסיית המסתננים באזורים השונים. בתוך כך, נתבקשו נתונים בדבר שיעורי הבלתי מועסקים בתחומי רשויות מקומיות שונות בהם מתרכזים מסתננים לישראל" (סעיף 5 להודעה).

העתק הודעה מעדכנת מיום 26.4.09 רצ"ב ומסומן ע/4

ה. לפני ימים ספורים, ב- 30.6.09, הגישה הפרקליטות הודעה מעדכנת נוספת, שלישית במספר, ובה ציינה כי "הוועדה הבין-משרדית... ממשיכה בפעילותה השוטפת" (סעיף 2 להודעה), וכי "בתוך מכלול הנושאים אשר הגדירה הוועדה כסוגיות אשר יידונו במסגרתה... החליטה הוועדה ליתן דעתה בראש ובראשונה לסוגיית שהייתם והעסקתם של מסתננים באזורים שונים, בתחומי רשויות מקומיות שונות, ברחבי מדינת ישראל" (סעיף 3 לעתירה). בהמשך כתבו באי-כוח המדינה כי "**המשיבים סבורים, ועובדת הקמתה של הוועדה מעידה על כך, כי מן הראוי להתייחס לתופעת המסתננים לישראל, והסוגיות הנלוות לתופעה זו, מתוך פרספקטיבה רחבה, היוצאת מגדרי הנושא המצומצם של שהיית המסתננים בעיר אילת**".

ו. עינינו הרואות: **הוועדה עודנה יושבת על המדוכה, ודנה – בראש ובראשונה – בשאלה האם ואילו מגבלות גיאוגרפיות בכוונתה להטיל על מבקשי מקלט בישראל.**

ז. לאחרונה פורקה מינהלת ההגירה, וסמכויות האכיפה שלה הועברו ב- 1.7.09 לרשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול שבמשרד הפנים. בחודשים האחרונים לא ננקטו כל פעולות אכיפה כנגד מבקשי מקלט אשר שהו בין חדרה לגדרה. ואולם, מיד עם העברת סמכויות מנהלת ההגירה למשרד הפנים (והקמת יחידת "עוז" החדשה במסגרת משרד הפנים), החל משרד הפנים – כבר ב- 1.7.09 – לבצע פעולות אכיפה כנגד מבקשי מקלט אפריקאיים השוהים בין חדרה לגדרה.

ח. **מצב בו, מחד, מודיעה הפרקליטות על כך שוועדה מכובדת יושבת על המדוכה ודנה בשאלה האם להטיל מגבלות גיאוגרפיות על מבקשי מקלט בישראל, ומאידך חוזר משרד הפנים לפעילות אכיפה כנגד מבקשי מקלט השוהים בין חדרה לגדרה אינו מצב תקין. כפי שמפורט בעתירה, יש בהתנהלות זו של משרד הפנים משום חוסר תום לב.**

ט. יתירה מכך, כשם שהחליט בית-המשפט הנכבד להוציא צו ביניים בעתירת אילת הנ"ל, כך ראוי שבית-המשפט ינהג גם ביחס לעתירה זו. מצב בו הוצא צו ביניים בעתירת אילת, אך לא מוצא צו ביניים בעתירה זו (חדרה-גדרה) הינו מצב הנוגד את ההגיון הבריא, ועל כן – מסיבה זו לבדה – מן הראוי להוציא צו ביניים בעתירה דנן.

י. כידוע, אחד מהמבחנים המרכזיים לפיו יחליט בית-המשפט האם ליתן צו ביניים הינו המבחן בדבר "מאזן הנוחות" (ר' לדוגמה בג"ץ 8300/08 ניסן נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם)). בענייננו, כפי שמתואר בהרחבה בעתירה, גירושם של מבקשי המקלט ממרכז הארץ משמעו – מעבר לעצם הפגיעה בחופש התנועה שלהם וההשפלה שכרוכה בהדרתם ממרכזי אוכלוסין – מניעת נגישות לשירותים חיוניים שונים, הניתנים למבקשי מקלט ולפליטים רק במרכז הארץ.

יא. כך, למשל, מבקשי מקלט אינם מבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי. אלו מביניהם אשר אינם עובדים, אינם זכאים לביטוח רפואי כלל, והם נותרים חסרי כל הגנה רפואית. אלו מביניהם אשר מועסקים, תלויים במעסיקיהם אשר אמורים לספק להם ביטוח בריאות פרטי – אך לא תמיד עושים כן. בנסיבות אלה, כאשר מבקשי מקלט בלתי-מבוטחים נופלים למשכב, הם נאלצים לפנות למרפאת המתנדבים של עמותת "רופאים לזכויות אדם" (העותרת 7 דכאן) הממוקמת ביפו או, לחילופין, למרפאת המתנדבים המנוהלת ע"י הסתדרות הרופאים בישראל (הר"י) והממומנת בחלקה ע"י משרד הבריאות, אשר מקום מושבה בתחנה המרכזית בדרום תל-אביב. הדרישה שמבקשי המקלט לא ישוהו בין חדרה לגדרה פירושה שרבים מהם לא יזכו לטיפול רפואי בסיסי, דבר שעלול לגרום להתדרדרות במצבם הבריאותי.

יב. שירותים חיוניים נוספים, להם נזקקים מבקשי המקלט, מצויים בתל-אביב באופן בלעדי או כמעט בלעדי. כך, למשל, משרדיהם של ארגוני זכויות האדם בכלל, וארגוני זכויות מבקשי המקלט והפליטים בפרט, ממוקמים ברובם המכריע בתל-אביב. הגוף היחיד אשר נותן שירותים משפטיים לפליטים ולמבקשי מקלט באופן בלעדי (הקליניקה לזכויות פליטים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב) פועל בתל-אביב, ומכוח שיוכו המוסדי לא נראה שיוכל לתפקד ממקום אחר.

יג. כך גם ביחס לארגונים הנותנים שירותים סוציאליים ופסיכו-סוציאליים לאוכלוסיה זו. כך, למשל, חרף "הלחצים הכבדים" שהפעילה עיריית תל-אביב על משרד הפנים להרחקת מבקשי המקלט מתחומי העיר (ר' נספח ע/14 והרחבה במסגרת הבקשה לצו על תנאי), עיריית תל-אביב היא, למעשה, העירייה היחידה אשר הקימה גוף אשר נועד לסייע לקהילה הזרה בעיר. בשנת 1999 הקימה העירייה את מסיל"ה – מרכז סיוע ומידע לקהילה הזרה. מסיל"ה מציעה "מענה אישי, קהילתי ומערכתני, במטרה לתמוך בקהילה הזרה ולהשמיע את קולה" (מתוך דו"ח מסילה 2008). נוכח העליה במספר מבקשי המקלט שהגיעו לישראל (ולתל-אביב) במהלך השנים 2005-2008, חלק גדול מפעילות מסיל"ה הופנה לטיפול באוכלוסייה זו. כנכתב בדו"ח לשנת 2008:

במסיל"ה יוחד תפקיד לטיפול בנושא: 'רכות פליטים'. על הרכות הוטל לאתר צרכים באוכלוסיה ולפעול למען מציאת מענים. אופיה היחודי של האוכלוסייה דרש התיחסות למגוון צרכים: תעסוקה, חינוך, בריאות, דיור וכו'. יש מאין יצרה מסיל"ה מגוון פרייקטים ותוכניות לשירות הקהילה, בניסיון לרתום מענים קיימים ושירותים ישראלים ולספק את המענה הטוב ביותר למצוקתם הקשה. רכות הפליטים פועלת במספר מישורים במקביל: מול הקהילה ומנהיגיה, מול משרדי הממשלה (בעיקר בתחומים של בריאות וחינוך), מול משרדי השלטון המקומי ומול ארגונים וולנטריים שונים. בנוסף, מסתייעים הפליטים במגוון השירותים האחרים שמעניקה מסיל"ה והם מהווים כיום פלח נכבד מאוכלוסיית מקבלי השירותים של המרכז.

העתק העמודים הרלוונטיים מ"דו"ח מסיל"ה 2008" רצ"ב ומסומן ע/6

- יד. מלבד מסיל"ה, פועלים בתל-אביב רבתי מספר ארגוני זכויות אדם, המספקים שירותים ייחודיים לפליטים ולמבקשי מקלט. כך, למשל, המרכז לקידום פליטים אפריקאיים (העותר 1) מנהל מקלט לנשים בודדות עם ילדיהן הקטינים ביד אליהו. עמותת אס"ף (העותרת 4) מלווה מקרוב קטינים לא-מלווים (unaccompanied minors), ומנהלת מרכז נוער בדרום תל-אביב. המרכז פתוח בימים א'-ה' בין השעות 18:00-23:00, ומתבצעת בו פעילות חברתית ולימודית עניפה (לדוגמה, לימודי מחשבים). פעילות חיונית זו, מבטיחה שאותם נערים לא "יסתובבו ברחוב" בחוסר מעש בשעות הערב והלילה (יזכר כי מדובר בנערים בלתי-מלווים, אשר הוריהם אינם נמצאים בישראל; לא אחת מדובר בהורים אשר נהרגו בארץ המוצא כתוצאה מרדיפה, או שהם בחזקת נעדרים). בנוסף, מתנדבי העמותה מעניקים מגוון שירותים פסיכו-סוציאליים לאמהות חד הוריות, ילדים עם צרכים מיוחדים וחולים כרוניים, מקרב אוכלוסיית מבקשי המקלט בתל-אביב רבתי.
- טו. בית הספר ביאליק-רוגוזין מספק לילדי מבקשי-מקלט מסגרת שבתי ספר אחרים מחוץ לתל-אביב אינם ערוכים לספק. בבית הספר מרקם ייחודי של ילדים ישראלים, ילדי מהגרי עבודה וילדי מבקשי מקלט. בית הספר מעסיק פסיכולוג המעניק לילדים סיוע רגשי, סיוע הנדרש באופן ייחודי לילדי פליטים, אשר לא אחת חוו חוויות קשות במדינות המוצא שלהם, או שנדרשים לתפקד במשפחות בהן ההורה/ים נושאים בנפשם צלקות קשות, ולעיתים מצויים במצבי פוסט-טראומה, כתוצאה מהרדיפה שחוו במדינות המוצא שלהם.
- זו. תנועת הנוער העובד והלומד מפעילה ביפו "אולפן" הפועל בימים א' – ה' בין השעות 8:00-13:00, ובו לומדים מבקשי מקלט (או ילדים של מבקשי מקלט) בני 14 ומעלה, אשר לא נקלטו במערכת החינוך הממלכתית בישראל.
- זי. בנוסף, איזור גוש דן מספק, באופן יחסי, אפשרויות עבודה רבות יותר למבקשי המקלט. אכן, "השוק החופשי" – אותו "שוק" אשר נציגי המדינה מרבים לדבר בשבחיו, לא אחת – הוא זה אשר "הביא" את מבקשי המקלט לתל-אביב, בחלק גדול מן המקרים.

יח. על הקשיים הרבים אשר נתקלים בהם מבקשי מקלט בחיפושם אחר מקורות פרנסה מחוץ לאיזור המרכז ניתן ללמוד מתצהירו של מר ראשיד עוסמאן סולימאן עוסמאן, מבקש מקלט מסודן. כפי שמספר מר עוסמאן בתצהירו בהרחבה, לפני שנקבעה מגבלת חדרה-גדרה, התפרנס מעבודות שיפוצים, חשמלאות, וכפועל בחברת הפקות סרטים בתל-אביב. לאחר שנקבעה מגבלת חדרה-גדרה, חיפש מר עוסמאן, ללא הצלחה, עבודה באשקלון, במושבם שבקרבת אשקלון, באשדוד, בדימונה, במלונות ים המלח, בקיבוץ עין-גדי, בבאר-שבע, בחיפה, בעכו, בנצרת, בטבריה, בכרמיאל, ובמושב אמירים. מר עוסמאן לא הצליח למצוא עבודה באף אחד ממקומות אלה (למעט עבודה במסעדה בבאר-שבע, במשרה של 3-4 שעות ביום במשך ארבעה ימים בשבוע – משרה חלקית שבאמצעותה לא יכל לקיים את עצמו מבחינה כלכלית).

יט. מר עוסמאן, אשר מתאר בתצהירו כיצד מגבלת חדרה-גדרה הפכה אותו לחסר-בית הנאלץ ללון ברחוב, מסיים את תצהירו במילים הבאות:

אני מיואש ומצבי עכשיו קשה. אני רוצה לחיות כמו בן-אדם. כל רצוני הוא חיים נורמליים, אבל אני לא מצליח למצוא אותם. אני חושב שאולי כבר עדיף לי להיות בבית-כלא. אני לא מבין מדוע שחררו אותי מן הכלא - כדי לישון ברחוב?

תצהירו של מר עוסמאן רצ"ב ומסומן ע/7

כ. לצד כל הפגיעות ה"ארציות" הללו, ישנה גם הפגיעה הנפשית במבקשי המקלט, אותה מבקשת עתירה זו למנוע. רבים מן האריתראים ומן הסודנים, אשר החלטת המשלב חלה עליהם, עברו טראומות קשות כתוצאה מרדיפתם בארצותיהם על רקע דתי, פוליטי, גזעי או אחר. חלקם הוכו, נאנסו ועונו. אחרים צפו בזוועות שהתחוללו לנגד עיניהם, לרבות רצח של קרובי משפחה. רבים מהם גורשו מבתיהם בכוח. אנשים אלה סובלים, לא אחת, מתופעות של פוסט-טראומה. מצבם הנפשי רעוע. הדרישה מאנשים אלה, כי יעקרו ממקומות מגוריהם הנוכחיים במרכז, ויעברו לגור במקום אחר (היכן? לא ידוע), הנה בלתי נסבלת. המדובר – יש לזכור – בבני אדם. לא בפיונים על לוח שח-מט.

כא. מכל הסיבות המנויות לעיל – ומסיבות נוספות המפורטות בבקשה לצו על תנאי, עולה כי הפגיעה אשר עלולה להיגרם למבקשי המקלט מאי-מתן צו הביניים תעלה עשרות מונים על הפגיעה אשר תיגרם למדינה, אשר ממילא טרם גיבשה את מדיניותה בנושא, ממתן הצו. אשר על כן, על פי מבחן "מאזן הנוחות", מן הראוי להוציא צו ביניים כמבוקש.

**הרקע העובדתי: "לא בחצר האחורית שלי" (Not in My Back Yard)**

למען הקיצור, מובא להלן הרקע להגעת מבקשי המקלט מסודן ומאריטריאה לישראל, והמשטר המשפטי המשתנה, אשר הוחל עליהם מאז הגיעם לישראל, באופן תמציתי בלבד. להרחבה ר' הרקע העובדתי המפורט בכתב העתירה בג"ץ 10463/08 (נספח ע' 1), אשר הוגש בשם אותם העותרים דכאן, כנגד החלטת המשיב 1 על שהייתם של מבקשי מקלט אריטראים וסודנים בתחומי העיר אילת.

1. מאז שנת 2005 נכנסו לישראל מבקשי מקלט במספרים גבוהים בהרבה מאלה שהיתה ישראל מורגלת אליהם בעבר. (יצויין כי בשנה האחרונה מסתמנת מגמה של ירידה במספרם של מבקשי המקלט הנכנסים לישראל).
2. הרוב המכריע של מבקשי המקלט אשר נכנסו לישראל מאז 2005 הינם נתינים של שתי מדינות: סודן ואריטריאה.
3. מאז 2005 ועד היום לא הרחיקה מדינת ישראל ולו מבקש מקלט אחד מאריטריאה או מסודן (למעט הרחקות למצרים, המתבצעות על פי מדיניות הקרויה "החזרה חמה", בסמוך לכניסת מבקשי המקלט דרוך הגבול המצרי; חוקיותה של מדיניות זו נבחנת בבג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים ואח' נ' שר הביטחון ואח').
4. חוסר היכולת המשפטית של ישראל לפעול להרחקתם של מבקשי המקלט האריטראים והסודנים משטחה נובע ממספר נימוקים. בראש ובראשונה, איסור ההרחקה נובע מעקרון ה- non refoulement, שהוא בבחינת הלב של אמנת הפליטים.
5. כידוע, האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים (להלן: "אמנת הפליטים") באה לעולם בעקבות הלקחים הנוראיים שנלמדו ממלחמת העולם השנייה, ובעיקר משואת היהודים שהתחוללה במהלכה של מלחמה זו. העובדה שהשואה עמדה ברקע ההחלטה לנסח כללים בינלאומיים מחייבים בדבר הגנה על אנשים הנרדפים על רקע השתייכותם הקבוצתית עמדה גם ביסוד הזמנת מדינת ישראל הצעירה להשתתף, במסגרת מספר מצומצם של מדינות נבחרות, בוועדה שהכינה את נוסח האמנה (Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons).
6. נוסח סופי של האמנה הונח על שולחנו של מזכ"ל האומות המאוחדות ב- 1951. ישראל היתה אחת מן מדינות הראשונות אשר חתמו על האמנה ואשררוה (כ"א 65, כרך 3, עמ' 5). מאוחר יותר, אשררה מדינת ישראל גם את הפרוטוקול המשלים לאמנה משנת 1967 (כ"א 690, כרך 21 עמ' 23).

העתק של אמנת הפליטים רצ"ב ומסומן ע/8

העתק של הפרוטוקול המשלים רצ"ב ומסומן ע/9

7. למרות שישראל הזדרזה להצטרף לאמנה, היא עשתה מעט מאד במהלך השנים כדי ליישם את הוראותיה. רק בשנת 2002 נכנס לתוקפו "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל" מכוחו מוגשות ונדונות כיום בקשות למקלט המוגשות בתחום ישראל (על שינויים עתידיים בדבר מערכת המקלט הישראלית, כפי שדיווחו עליה נציגי המדינה בפורומים שונים, ר' להלן).

העתק "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל" שנכנס לתוקפו בראשית שנת 2002 והעתק תיקון לנוהל משנת 2005 רצ"ב כנספחים ע/10, ע/11 בהתאמה.

8. הכלל היסודי העומד בלב אמנת הפליטים הוא עקרון ה-Non-Refoulement (איסור הגירוש או ההחזרה), הקבוע בסעיף 33(1) שבה:

שום מדינה מבעלות האמנה לא תגרש ולא תחזיר ("refouler") פליט באיזו צורה שהיא אל גבולות הארצות שבהן יהיו חייו או חירותו בסכנה מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסויים או להשקפה מדינית מסויימת.

9. מובן מאליו, שלמרות שבאמנה נעשה שימוש בביטוי "פליט", הרי שאיסור הגירוש (כמו גם איסורים אחרים המוטלים על המדינות מכוח אמנת הפליטים) חל גם ביחס למבקשי מקלט, שטרם נבדקה והוכרעה בקשת הפליטות שלהם על-ידי המדינה המארחת. שאם לא תאמר כן, תאויין לחלוטין המשמעות האופרטיבית של אמנת הפליטים, באשר מדינות תוכלנה להרחיק מבקשי מקלט בחזרה אל המדינות בהן נשקפת להם סכנת חיים, והכל בנימוק שטרם הוכרו כ"פליטים". אמור, אם כן: האמנה משתמשת בביטוי "פליט" לכל אורכה, באשר פליטות היא סטטוס משפטי הנקבע על פי עמידה בקריטריונים המפורטים באמנה ("פחד מבוסס להיות נרדף מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסויים או להשקפה מדינית מסויימת"). ואולם, הכרעה של מדינה בדבר עמידתו של אדם בקריטריונים אלה אין לה אופי קונסטיטוטבי אלא דקלרטיבי בלבד. על כן, הזכויות הבסיסיות המנויות באמנה (לדוגמה, הזכות שלא להיות מגורש למדינת המוצא) מוקנות לאדם גם לפני שהוכר על ידי המדינה המארחת כ"פליט" (כלומר, לפני מתן הגושפנקה הדקלרטיבית), וגם בשלב בו – מבחינתה של המדינה המארחת – הוא בבחינת "מבקש מקלט" בלבד<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> פרופסור האתיווי, מבכירי המומחים לדיני פליטים בעולם, מציג ניתוח משכנע, המבוסס על מילות האמנה ועל ה"היסטוריה החקיקתית" שלה (ה-travaux preparatoires), ממנו עולה כי אמנת הפליטים כוללת "מדרג" של זכויות, המוקנות לפליטים (ולמבקשי מקלט) בהתבסס על "דרגת הקשר" (level of attachment) של הפליט/ מבקש המקלט למדינת המקלט. ככל ש"דרגת הקשר" של הפליט/ מבקש המקלט למדינת המקלט עולה, כך יהיה זכאי לעוד ועוד זכויות על פי האמנה. "דרגת הקשר" עשויה להיות מושפעת מגורמים שונים, לרבות אופן כניסת מבקש המקלט למדינה, התייצבותו בפני רשויות המדינה והגשת בקשת מקלט פורמלית, משך הזמן שמבקש המקלט ממתין להכרעה בבקשת הפליט שלו, וכן (אך לא רק) קבלת הכרה רשמית של אותו אדם כ"פליט" על ידי מדינת המקלט. חמש "דרגות הקשר" המעוגנות באמנה הן, על פי האתיווי: (1) הימצאות בשטח הכלול בסמכות השיפוט (jurisdiction) של המדינה; (2) הימצאות בשטח המדינה (physical presence); (3) הימצאות כדן בשטח המדינה (lawful presence); (4) שהיה כדן בשטח המדינה (physical stay); (5) שהיה ממושכת בשטח המדינה. ר' הרחבה בספרו של האתיווי: James C. Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, 154-192. הזכות לא להיות מוחזר למדינת המוצא מוקנית למבקש מקלט גם כש"דרגת הקשר" שלו למדינת המקלט היא הנמוכה ביותר. הזכות של מבקש מקלט לחופש תנועה (על פי סעיף 26 לאמנה) מוקנית למבקש מקלט הנמצא ב"דרגת הקשר" השלישית. כפי שיראו העותרים להלן, מבקשי המקלט הסודניים והאריתראים בישראל נמצאים ב"דרגת קשר" זו (השלישית לפחות), ועל כן זכאים לחופש תנועה.



ר' לעניין זה:

UNHCR, "Note on International Protection", UN Doc. A/AC.96/815 (1993), para. 11.

UNHCR Executive Committee Conclusion No. 6 (1977), "Non-refoulement."

10. עקרון ה-Non Refoulement קבוע גם בסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984, אשר גם אותה אשררה ישראל (כ"א 1039, כרך 31, עמוד 249), לאמור:

מדינה חברה לא תגרש, תחזיר או תסגיר אדם למדינה אחרת, מקום שקיים יסוד מהותי להאמין כי הוא נתון בסכנת העמדה בפני עינויים.

11. חשיבותו של עקרון ה-Non Refoulement חרגה כבר מזמן מתחום אמנת הפליטים והוא מוכר כיום כחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי המחייב גם מדינות אשר אינן חברות בשתי האמנות שצוינו לעיל. עקרון זה מוכר גם כחלק מן המשפט הישראלי כפי שקבע כב' הנשיא ברק בפרשת אל טאיי:

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-כבוד: כבוד האדם וחירותו). זהו העיקרון הגדול של ה-*non refoulement*, לפיו אין לגרש אדם למקום שבו יועמדו חייו או חירותו בסכנה. עקרון זה מעוגן בסעיף 33 לאמנת הפליטים. הוא מהווה חלק מהחקיקה הפנימית של מדינות רבות, הקולטות את הוראות האמנה, או המסדירות את הדבר בנפרד. הוא עיקרון כללי, שאינו מוגבל אך ל"פליטים". הוא חל בישראל על כל סמכות שלטונית שעניינה גירוש אדם מישראל.

בג"צ 4702/94 אל טאיי נגד שר הפנים פ"ד מט (3) 846, 848.

12. רבים מהסודנים אשר נכנסו לישראל בשנים האחרונות הינם תושבים-לשעבר של חבל דארפור, אשר נרדפו על-ידי השלטון הסודני ומשתפי הפעולה מטעמו (כנופיות הגינגיוויד) בגין השתייכותם האתנית. אנשים אלה הינם קרבנות רצח עם, אשר עברו את הנוראות שבחוויות. בגין רדיפה זו, הוציא בית-הדין הפלילי הבינלאומי (ה-ICC) צו מעצר בינלאומי כנגד נשיא סודן, עומר אל-בשיר, וזאת בהמשך להוצאת צווי מעצר כאמור כנגד בכירים נוספים בממשל הסודני.

13. קבוצה אחרת של סודנים, אשר נכנסה לישראל, הינה של תושבים לשעבר של דרום-סודן. רבים ממבקשי המקלט מדרום סודן הם קורבנותיה של אחת המלחמות הארוכות והעקובות מדם שהתחוללו באזורנו. משנת 1983 ועד לחתימת הסכם השלום בינואר 2005 התחוללה מלחמת אזרחים שבה נלחם המשטר המוסלמי הפונדמנטליסטי שבצפון סודן כנגד הדרום הנוצרי והאנימיסטי. במהלך מלחמה זו נהרגו כשני מליון אנשים וארבעה מיליון נעקרו מבתיים. בין הפליטים הנמצאים בישראל גם צעירים אשר איבדו את בני-משפחותיהם, והם עצמם נחטפו מכפריהם, שועבדו לעבדות ונאנסו להמיר את דתם.

14. על הרקע המתואר לעיל, רבים מהאזרחים הסודנים אשר נכנסו לישראל הינם בבחינת פליטים על פי ההגדרה המשפטית של "פליט" באמנת הפליטים, ועל כן חל איסור על גירושם מישראל. כאמור לעיל, איסור הגירוש נגזר גם מהוראת סעיף 3 לאמנה נגד עינויים, כמו גם בפסק-דין אל טאני הישראלי.

15. בנוסף, עצם הגעתם של הסודנים לישראל מציבה אותם בסכנה אם ישובו לסודן. כידוע, סודן רואה את ישראל כמדינת אויב. ישנו חשש מבוסס, שהשלטונות הסודנים "יענישו" אזרח סודני אשר נכנס לשטחי מדינת ישראל באופן אשר אינו עולה בקנה אחד עם נורמות בסיסיות של דיני זכויות אדם במשפט הבינלאומי. על כן, מעצם כניסתם למדינת ישראל הופכים הסודנים לפליטים sur place, וזאת – כאמור – מעבר להיות רבים מהם פליטים מן הסיבות המצערות שנוכרו לעיל.

16. על כל זאת יש להוסיף, שבין מדינת לישראל לבין סודן אין מתקיימים יחסים דיפלומטיים, דבר המסכל כל אפשרות של ממש מצד ישראל להרחקת הסודנים בעת זו בחזרה למדינתם.

17. החזרת מבקשי המקלט האריתראים לארצם מעוררת בעיות דומות. בעולם נצבר ניסיון מר בעקבות החזרת מבקשי מקלט שבקשותיהם נדחו על-ידי מלטה (בשנת 2002) ולוב (בשנת 2004) לארצם. בשני המקרים הסתבר בדיעבד כי מבקשי המקלט נכלאו לתקופות ארוכות בתנאים אכזריים, לעתים בתאי מעצר תת-קרקעיים, ללא מגע עם העולם החיצון ונחשפו לעינויים. רבים מהם לא שרדו תנאים קשים אלה. באריתריאה שולט מאז שנת 1993 משטר דכאני ומצב זכויות האדם שם מצוי בהתדרדרות מתמדת. נציבות האו"ם לפליטים הזהירה כי אנשים שונים עלולים להיחשף שם לרדיפה ובהם: מתנגדים ופעילים פוליטיים (או אנשים שמיוחסת להם התנגדות פוליטית), עיתונאים או אנשי תקשורת, ראשי ארגוני עובדים או פעילי זכויות עובדים, מיעוטים בני-דתות שונות, נשים העונות לפרופיל מסויים (נשים שסבלו אלימות במשפחה, או אלימות חמורה אחרת, נשים שביצעו הפלה או הרו מחוץ לנישואין, נשים או נערות שנמצאות בסיכון לפרקטיקות מסורתיות) והומואים. בהנחיות שפורסמו לאחרונה קובעת נציבות האו"ם לפליטים חזקה לפיה רוב מבקשי המקלט האריתראים הנמלטים מארצם נופלים בגדר אמנת הפליטים משנת 1951 והפרוטוקול שלה והאמנה האפריקאית בדבר מעמדם של פליטים ולפיכך ביקשה להימנע מהחזרת מבקשי מקלט מאריתריאה לארצם או לארצות שליטות העלולות לגרשם לארצם. בעקבות כך, קיימת כיום הנחייה/בקשה של נציבות האו"ם לפליטים ממדינות ברחבי העולם שלא להחזיר מבקשי מקלט מאריתריאה לארצם.

העתק מכתב נציבות האו"ם לפליטים בישראל בעניינם של ששה מבקשי מקלט מאריתריאה מיום 17.6.2007 מצורף ומסומן כנספח ע/12.

UNHCR, Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum Seeker from Eritrea, April 2009, p.10, found at:

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/49de06122.pdf>

18. למרות שמדינת ישראל נמנעה מלהחזיר את מבקשי המקלט מסודן ומאריתריאה לארצותיהם (ובכך קיימה, בדרך כלל, את העיקרון הבסיסי של ה-*non refoulement*), הרי לא בוצעו בעניינם כל הליכים לקביעת מעמדם לפי אמנת הפליטים (Refugee Status Determination – RSD). בכך נוצר מצב א-נומלי בו מבקש מקלט מרואנדה למשל (או מכל מדינה אחרת שאינה סודן או אריתריאה) עובר ראיון מעמיק, והליך בדיקה של זכאותו למעמד פליט (RSD) (בין אם – עד לאחרונה – ע"י נציבות האו"ם לפליטים על פי "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל", ובין אם ע"י משרד הפנים, על פי המדיניות החדשה של משרד הפנים בעניין, אשר טרם פורסמה), בעוד שמבקש מקלט מסודן או מאריתריאה מצוי במעין ריק (limbo) משפטי. הבקשות למקלט אינן נבחנות וגם מבקשי מקלט ששוהים בישראל כבר יותר מארבע שנים עדיין נמצאים כאן כשצווי הרחקה שאינם ברי-ביצוע תלויים ועומדים כנגדם, ועתידם לוט בערפל.

19. כפי שייטען בפירוט בפרק ה"טיעון המשפטי", מדינת ישראל מקדמת את הטיעון הקפקאי הבא: מחד גיסא, אינה מאפשרת לאריתריאים ולסודנים לעבור הליכי RSD מסודרים, במהלכם ייקבע האם הם עונים על הגדרת ה"פליט" על פי אמנת הפליטים. ומאידך גיסא, המדינה טוענת כי הואיל ואינם מוכרים כ"פליטים", הרי שאין מוקנות להם זכויות המוקנות לפליטים על פי אמנת הפליטים. בפרק ה"טיעון המשפטי" יטענו העותרים כי מדובר במסקנה משפטית מופרכת, וכי מלומדי משפט כבר קבעו כי המשמעות של אי קיום הליכי RSD הינה הקניית זכויות של "פליטים הנמצאים בהיתר" למבקשי המקלט.

#### **מגבלות תנועה על מבקשי מקלט בישראל (שאינם במעצר)**

20. בפברואר 2008 יצאה מלפני משרד הפנים גזירה חדשה ולפיה נאסר על מבקשי מקלט לשהות בתחום הגיאוגרפי שבין העיר גדרה לבין העיר חדרה. מגבלה חדשה זו, אשר הוטבעה ברישיונות ה"שחרור בתנאים" של מבקשי המקלט (על פי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל) מעולם לא פורסמה כנוהל כתוב והמשיב 1 מעולם לא פירט את טעמיה. כך, למשל, הציבור הרחב אינו יודע (כמו גם העותרים) האם המגבלה נקבעה ביחס לשטח חדרה-גדרה רק משום ששמות שני הערים הללו מתחרזים, או שמא ישנה סיבה עניינית יותר לבחירה בשטח גיאוגרפי זה דווקא (המותיר, למשל, את ירושלים מחוץ ל"שטח האסור").

21. כדרכו, לא נתן המשיב 1 גם כל התראה מוקדמת בדבר כוונתו להחיל מדיניות זו על מבקשי המקלט. בנוסף, נוכח אי פרסום המדיניות וטעמיה, עד היום לא ברור על מי היא חלה. לדוגמה: בתחילה סברו נציגי הארגונים העוסקים בתחום, שהמגבלה חלה על מבקשי מקלט מאריתריאה ומסודן בלבד. בהמשך, התברר כי המשיב 1 מחיל מדיניות זו על בסיס גזעי: מבקשי מקלט כהי-עור (שמוצאם באפריקה) מתבקשים שלא לשהות בין חדרה וגדרה, ואילו מבקשי מקלט ממדינות אחרות יכולים לנוע ברחבי המדינה ללא כל מגבלה. ואולם, לפחות במקרה אחד, אשר הגיע לבית

המשפט (עת"מ 1094/09) הסכים המשיב 1 "לוותר" על איסור השהייה בין חדרה לגדרה ביחס למבקשת מקלט מניגריה.

העתק "הבהרה ובקשה מטעם המשיבים" מיום 24.2.09, במסגרת עת"מ 1094/09, רצ"ב ומסומן 13/ע

22. על אופן קבלת ההחלטה בדבר יציאת מבקש המקלט מתחומי חדרה-גדרה, ועל המניעים לקבלתה, ניתן ללמוד ממכתבו של מר יעקב גנות, ראש רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול במשיב 1, לראש עיריית ערד. במכתב זה, מיום 16.12.08, כותב מר גנות כדלקמן:

ההחלטה בדבר אישור שהיית המסתננים מחוץ לחדרה לגדרה התקבלה במסגרת דיונים שהתקיימו עם הגורמים השונים הנוגעים בדבר, לאחר שהתקבלו תלונות רבות בהתייחס לתופעה **ובמיוחד לאור הלחצים הכבדים שהופעלו ע"י עיריית ת"א**. (ההדגשה הוספה).

העתק המכתב רצ"ב ומסומן 14/ע

23. בעוד שחלקו הראשון של משפט זה, מפיו של הגורם הבכיר הנ"ל במשיב 1 (מר גנות) הינו, עם כל הכבוד, מקבץ מילים חסר כל תוכן (ההחלטה התקבלה "במסגרת דיונים" שהתקיימו עם "הגורמים השונים"), הרי שהחלק השני של המשפט מדבר באופן בהיר וברור באשר לרקע לקבלת ההחלטה: "לאור הלחצים הכבדים שהופעלו ע"י עיריית ת"א". "פרק המשפטי" להלן, יטענו העותרים כי במשטר דמוקרטי, החלטה אודות החלת מגבלות תנועה על בני אדם אינה יכולה להתקבל עקב "לחצים כבדים" מצד גורם זה או אחר בשלטון המקומי.

24. כנגד חוקיותה של מגבלת חדרה-גדרה הוגשה לבית המשפט לעניינים מנהליים בתל-אביב עתירה בעת"מ 1694/08 **סינבירי לזולה נגד משרד הפנים**. בעתירה זו טענו העותרים כי המדיניות החדשה אינה בסמכותו של המשיב ואינה סבירה.

העתק העתירה בעת"מ 1694/08 רצ"ב ומסומן כנספח 15/ע

25. עתירה זו עודנה תלויה ועומדת. ביום 14.1.09 נתנה כב' השופטת קובו החלטה בהאי לישנא: "לתזכורת פנימית 12.07.09. עד למועד זה יודיעו הצדדים בדבר התפתחויות בבג"צ 10463/08".

העתק החלטת כב' השופטת קובו רצ"ב ומסומן 16/ע

בג"צ 10463/08, הנזכר בהחלטה הנ"ל של כב' השופטת קובו, הוגש על-ידי אותן העותרות בעתירה זו, כנגד החלטת המשיב 1 לאסור את שהייתם של מבקשי מקלט אפריקאיים בתחומי העיר אילת. לפרק זה בדברי הימים של מבקשי המקלט בישראל נפנה כעת.

26. בחודש דצמבר 2008 יצאה החלטה חדשה מבית המדרש של המשיב 1: איסור על שהיית מבקשי מקלט אפריקאים בתחומי העיר אילת. גם הפעם, הרקע להחלטה היה "לחצים כבדים" שהופעלו על מר גנות, והפעם מצד ראש עיריית אילת.
27. על מסע הלחצים של ראש עיריית אילת, לגירושם של מבקשי המקלט מתחומי עירו (לפחות חלקם), ניתן ללמוד משורה של התבטאויות מתועדות.
28. כך, למשל, בדיון שהתקיים ב- 26.11.08 עם בכירים בשירות התעסוקה, אמר מר מאיר יצחק הלוי, ראש העיר אילת: "כיום חיים באילת 2500 סודנים – מתוכם 1000 מועסקים בבתי מלון. **היתר שאינם במסגרות משוטטים ברחובות ובפארקים ציבוריים ואנו עדים ליותר ויותר תופעות של שכרות, זנות ואלימות**" (ההדגשה הוספה). אין צורך לציין, כי העותרים מסתייגים מאמירות בלתי-מבוססות אלה, אשר עלולות לרמוז על תפיסות הנגועות בגזענות.
- סיכום הדיון מיום 26.11.08 רצ"ב ומסומן כנספח 17/ע
29. באופן דומה, בדיון בנושא מצוקת כוח האדם במלונות העיר אילת מיום 30.11.08, חזר ואמר ראש עיריית אילת כי "יש לזכור שבאילת יש 2500 מסתננים אך רק 1200 מהם מועסקים בבתי מלון. **כל היתר הינם מחוסרי בית, העוסקים בזנות, נוטים לאלימות והם מטילים אימה על תושבי העיר. עם הזמן התופעה הזו תפגע ישירות בבתי המלון**" (הדגשה הוספה).
- סיכום הדיון מיום 30.11.08 רצ"ב ומסומן כנספח 18/ע
30. עמדה דומה עולה גם ממהודעה לתקשורת של דוברת עיריית אילת מה- 2.12.08, בה נאמר: "ראש העירייה פועל נמרצות למיגור תופעת המסתננים מאפריקה".
- הודעה לתקשורת רצ"ב ומסומנת כנספח 19/ע
31. כרגיל, גם ביחס לאיסור השהיה בעיר אילת לא נתן המשיב 1 כל התראה מוקדמת. מבקשי מקלט אריתראים וסודנים, אשר רישיונות הישיבה שלהם פגו בחודש דצמבר 2008, והגיעו למשיב 1 לצורך חידושם, הופתעו לגלות כי מגבלה החדשה, האוסרת על שהייתם באילת, מתנוססת על הרישיונות החדשים שקיבלו.
32. בעקבות התנהלותו זו של המשיב, ובהיותם למודי ניסיון העבר, מיהרו העותרים דכאן לעתור כנגד החלטת המשיב 1 להגביל את שהיית מבקשי המקלט בתחומי העיר אילת (בג"ץ 10463/08 הנ"ל; להלן: "עתירת אילת").
- העתק כתב העתירה בבג"ץ 10463/08 רצ"ב ומסומן 1/ע
33. ביום 25.12.08 הוציאה כב' השופטת פרוקצ'יה צו ביניים בעתירת אילת וקבעה כי "עד להכרעה בעתירה, לא תתבצענה כל פעולות אכיפה כנגד אוכלוסיית המסתננים הרלבנטית לעתירה בעיר אילת". בזמן כתיבת שורות אלה, צו הביניים עודו בתוקף.
- העתק צו הביניים רצ"ב ומסומן 2/ע

34. בהודעה מעדכנת שהגישה הפרקליטות המדינה בתאריך 5.2.09, במסגרת עתירת אילת הנ"ל, הודיעה הפרקליטות כי "ביום 03.02.09 התקיים דיון סטאטוס אצל ראש הממשלה, שעניינו סוגיית הטיפול במסתננים בכללותה, ובעיקר אופן הטיפול במסתננים המגיעים מאריתריאה וסודאן" (סעיף 2 להודעה). בתום דיון הסטאטוס הנ"ל החליט ראש הממשלה כי "יוקם צוות בין-משרדי בראשות ראש רשות האוכלוסין, ההגירה, ומעברי הגבול, מר יעקב גנות, בו יהיו שותפים שורה של גורמים... הצוות יבחן לעומקה את תופעת ההסתננות לישראל, על היבטיה השונים – ויגבש מדיניות בדבר המקומות שבהם תותר שהייתם של מסתננים עד להרחקתם מהארץ, וזאת בשים לב, בין היתר, לקושי הנגרם למסתננים, מזה, ולהשלכות שיש לשהותם של המסתננים באזורים עירוניים צפופים, מזה".

העתק הודעה מעדכנת מיום 5.2.09 רצ"ב ומסומן ע/3

35. ביום 26.4.09 הגישה הפרקליטות הודעה מעדכנת נוספת. בהודעה זו עדכנה את בית-המשפט, כי הוועדה הבין-משרדית בראשות גנות קיימה כבר ישיבה ראשונה, ובה הגדירה את מכלול הנושאים אשר יידונו במסגרתה, וביניהם "סוגיית שהייתם והעסקתם של מסתננים באזורים שונים, בתחומי רשויות מקומיות שונות, בתחום מדינת ישראל" (סעיף 4 להודעה). עוד צוין בהודעה, כי "בתום הדיון ביקש יו"ר הוועדה לקבל מן הגורמים השונים... נתונים עובדתיים לגבי אוכלוסיית המסתננים באזורים השונים. בתוך כך, נתבקשו נתונים בדבר שיעורי הבלתי מועסקים בתחומי רשויות מקומיות שונות בהם מתרכזים מסתננים לישראל" (סעיף 5 להודעה).

העתק הודעה מעדכנת מיום 26.4.09 רצ"ב ומסומן ע/4

36. לפני ימים ספורים, ב- 30.6.09, הגישה הפרקליטות הודעה מעדכנת נוספת, שלישית במספר, ובה ציינה כי "הוועדה הבין-משרדית... ממשיכה בפעילותה השוטפת" (סעיף 2 להודעה), וכי "בתוך מכלול הנושאים אשר הגדירה הוועדה כסוגיות אשר יידונו במסגרתה... החליטה הוועדה ליתן דעתה בראש ובראשונה לסוגיית שהייתם והעסקתם של מסתננים באזורים שונים, בתחומי רשויות מקומיות שונות, ברחבי מדינת ישראל" (סעיף 3 לעתירה). בהמשך כתבו באי-כוח המדינה כי "המשיבים סבורים, ועובדת הקמתה של הוועדה מעידה על כך, כי מן הראוי להתייחס לתופעת המסתננים לישראל, והסוגיות הנלוות לתופעה זו, מתוך פרספקטיבה רחבה, היוצאת מגדרי הנושא המצומצם של שהיית המסתננים בעיר אילת".

העתק הודעה מעדכנת מיום 30.6.09 רצ"ב ומסומן ע/5

37. נכון להיום, אם כן, הוועדה עודנה יושבת על המדוכה, ודנה – בראש ובראשונה – בשאלה האם ואילו מגבלות גיאוגרפיות בכוונתה להטיל על מבקשי מקלט בישראל.

38. יצוין, כי חלק מהעותרים דכאן, החברים ב"פורום לזכויות פליטים", ביקשו להופיע בפני ועדת גנות הנ"ל, אך פניותיהם לא נענו. פניה ראשונה נערכה בתאריך 18.2.09.

העתק פניה רצ"ב ומסומן ע/20

39. ביום 17.3.09 נתקיימה פגישה בין נציגי הארגונים, לרבות עו"ד בן-דור והח"מ מן הקליניקה לזכויות פליטים (ב"כ העותרים דכאן) ועו"ד פלר מן העותרת 3, לבין גורמים שונים מטעם המדינה, בלשכתו של מר מייק בלס, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה. עו"ד בן-דור הלינה על אי מתן מענה לפנייה הנ"ל של הפורום לזכויות פליטים. היא נדרשה לשלוח את הפניה שנית. כפי שניתן ללמוד מהפרוטוקול, פנייה כאמור אמנם נשלחה, ונתקבלה. חרף זאת – לא קיבלה עו"ד בן דור כל מענה לפנייתה. להלן חלק מהפרוטוקול, בו מתועדים חילופי הדברים בין עו"ד סלומון ממשרד הפנים לבין עו"ד בן-דור מהקליניקה לזכויות פליטים:

**מר סלומון:** ראש הממשלה העמיד את מר גנות בראש צוות בין משרדי, שאמור לגבש עמדה בכל הקשור למקומות מגורים, ובכלל זה המיגבלות הגיאוגרפיות, וכן לאספקטים אחרים של שהית מסתננים בישראל. בדיון הראשון של הצוות, שהתקיים בשבוע שעבר, דובר גם על התעסוקה, ותוך זמן קצר יובהר נושא זה.

**גב' בן דור:** הגשנו בקשה להופיע בפני הצוות ולהציג לו מסמכים.

**מר סלומון:** לא ידוע לי על בקשה כזו. כשתומצא הבקשה היא תיבחן.

**גב' בן דור:** אמציא אותה **(ביום 18.3.09 המציאה גב' בן דור את פנית הפורום לזכויות פליטים בענין, והיא הועברה למשתתפי הדיון)** (ההדגשה הוספה).

העתק מפרוטוקול הדיון (אשר נערך ע"י משרד המשפטים) רצ"ב ומסומן ע/21

40. כאמור, חרף המשלוח המחודש של הבקשה של נציגי הפורום לזכויות פליטים להופיע בפני ועדת גנות ולהציג בפניה את עמדתם, בין השאר – בנושא המגבלות הגיאוגרפיות (ואי-חוקיותן) – לא זכתה עו"ד בן-דור לכל מענה.

41. תוך כדי עבודת הוועדה, ממשיכות רשויות מקומיות שונות לנסות ולהפעיל לחצים שונים על משרד הפנים ועל גורמים ממשלתיים נוספים, בנוגע לאי-התרת כניסת מבקשי מקלט אפריקאיים לתחומן. הבולטת בהן היא עיריית ערד.

42. יצויין, כי ביום 8.1.09 הגישה עיריית ערד בקשה להצטרף כמשיבה לעתירת אילת (בג"ץ 10463/08 הנ"ל). בסעיף 8 לבקשה כותב ב"כ עיריית ערד: "עיריית תל אביב שלא ראתה עין בעין את החלטת הממשלה לקלוט את הפליטים, ומאחר ופליטים רבים התרכזו בעיר תל אביב, החלה עיריית תל אביב בהפעלת לחצים כבדים על משרד הפנים באמצעות ראש רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול למניעת כניסתם של הפליטים לעיר תל אביב" (טעויות התחביר במקור). בהמשך (סעיף 10 לעתירה) נכתב: "מיד לאחר קבלת החלטה כאמור [החלטת חדרה-גדרה – י' ל'] ניתן היה להבחין בזרם פליטים המגיעים לעיר ערד, בסיועם של גופים לא ידועים ובחסות החשיכה, וזאת מבלי שהעירייה יכלה להערך לדבר מבעוד מועד ו/או יכלה להכין תשתית ראווה לקליטתם". ובהמשך: "עיריית ערד מברכת על היוזמה של ממשלת ישראל לקלוט את אותם

הפליטים להם נשקפת סכנה בארץ מולדתם, אך אינה מוכנה ו/או יכולה לקבל על עצמה את הנטל הכרוך בכך והמוטל לפתחן של מוסדות החינוך והרווחה בעיר".

43. בבקשה, מבקשת עיריית ערד להצטרף כמשיבה (למעשה – כעותרת), שכן לדברי בא כוחה "עיריית ערד, שלא עודכנה בדבר ההגבלה הנוספת [בדבר איסור השהייה האילת מדצמבר 2008 – י' ל' הופתעה לגלות כי פליטים אשר שהו בעיר אילת ועיקר עיסוקם היה בתחום המלונאות שמו פעמיים לעיר ערד אם ביד מכוונת ובאם לאו, ובכך הוסיפו על המצב הקיים בעיר וכמפורט לעיל" (סעיף 23 לבקשה), ובהמשך: "עיריית ערד נפגעה ואף עלולה להיפגע מכל החלטה אשר תינתן בעתירה דנן. כך לדוגמה באם תדחה העתירה יאלצו ו/או יאולצו כל הפליטים המגיעים לאילת ו/או שאשרת השהייה שלהם תסתיים לשים פעמיים לכיוון העיר ערד, שכן כאמור לצידה מצוי ריכוז של בתי מלון בהם נדרש כח אדם. באם יתממש התסריט כאמור אזי לא יהיה בכוחה של עיריית ערד לעמוד בפרץ ומחלקותיה כגון חינוך ו/או רווחה חגיעו לסף קריסה, ולא ניתן יהיה אף מענה לתושביה" (כך במקור; סעיף 28 לבקשה).

העתק בקשת עיריית ערד להצטרף כמשיבה לעתירה בבג"ץ 10463/08 (ללא נספחים) רצ"ב ומסומן ע/22

44. בקשה זו של עיריית ערד להצטרף כמשיבה לעתירה עודנה תלויה ועומדת, על פי החלטת כב' השופט לוי מיום 8.1.09.

45. במקביל לפנייה לנתיב המשפטי, ממשיכה עיריית ערד לפעול בערוצים אחרים על מנת "ללחוץ" על מר גנות לסלק מבקשי המקלט משטחה. כך עולה, למשל, ממכתבו של מר גנות לנשיא התאחדות המלונות בישראל מיום 31.3.09, בו נכתב:

בנושא מלונות יום המלח, אבקש להדגיש כי מצד אחד **ר' עיריית ערד ביקש לעצור הלנתם של המסתננים בעירו** ומנגד ר' המוא"ז תמר [המועצה האזורית תמר, בה שוכנים "מלונות ים המלח" – י' ל' הודיע כי אין ביכולתו למצוא עבורם מקומות לינה, דבר המעמיד אותנו בפני צורך להפסיק את עבודתם במלונות ים-המלח, לצורך הרחקתם, נושא שאף הוא ידון במסגרת הועדה הבינמשרדית. (ההדגשה הוספה).

העתק מכתב ממר גנות למר גונן רצ"ב ומסומן ע/23

כפי שניתן ללמוד ממכתב זה, פניותיו של ראש עיריית ערד למר גנות אינן נופלות על אזניים ערלות, שכן מר גנות משתף את נשיא התאחדות המלונות בהרהוריו בדבר ה"צורך להפסיק את עבודתם [של מבקשי המקלט] במלונות ים המלח, לצורך הרחקתם".

46. יצוין במאמר מוסגר, שלצד הפעלת לחצים על מר גנות, פעלו ראשי רשויות מסויימים גם בדרכים "אסרטיביות" יותר. כך, למשל, בתאריך 26.7.07 החליט ראש עיריית חדרה לגרש מתחום העיר קבוצה של כמה עשרות סודנים, אשר שהו בעיר בהיתר (על פי החלטת בית הדין



לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין) בנימוק ש"חדרה אינה פח הזבל של המדינה". קבוצה של פקחים מטעם ראש העיר (חלקם חמושים באקדחים) הגיעה למקום מגוריהם של הסודנים באישון לילה, העירה אותם משנתם, "העמיסה" אותם על אוטובוס, ו"פרקה" את המטען הבלתי-רצוי בגן הפעמון בירושלים. כנגד מעשים מזעזעים אלה הגישו לאחרונה ארבעה-עשר מאותם סודנים תביעת נזיקין כנגד עיריית חדרה והעומד בראשה.

כתב התביעה בת"א 9044-06-09 רצ"ב ומסומן ע/24

47. עינינו הרואות: מסע הלחצים של ראשי רשויות שונות בישראל מתנהל במהלך השנים האחרונות ללא הפסק. מבקשי המקלט האפריקאיים – מסיבות של נטל כלכלי נטען, או מסיבות בזוויות של גזענות וקסינופוביה – אינם רצויים באף עיר בישראל. לא בתל-אביב ולא בחדרה, לא באילת ולא בערד. ומשרד הפנים מקבל את דרישותיהם של ראשי הערים זה אחר זה. אך אם יקבל את דרישות כולם, והואיל והרחקתם של האריתריאים והסודנים מישראל אינה אפשרית מבחינה משפטית, היכן יהיו אותם פליטים? והאם המגבלות הגיאוגרפית שמטיל מר גנות על מבקשי המקלט מפעם לפעם עומדות בדרישות הדין? על כך, להלן בפרק "הטיעון המשפטי".

48. ביום 24.6.09 פנה הח"מ אל מר גנות. הוא ציטט מן ההודעות אשר הוגשו ע"י הפרקליטות לבג"ץ במסגרת עתירת אילת, ולפיהן ועדת גנות מתחבטת באשר לשאלת מגבלות התנועה הגיאוגרפיות של מבקשי מקלט בתחומי מדינת ישראל, ולאור כך הביע פליאה נוכח "דיווחים שונים בתקשורת מהם עולה לכאורה כי משרד הפנים מתכוון לבצע פעילות אכיפה כנגד מבקשי מקלט השוהים בין איזור חדרה לגדרה". הח"מ ציין שככל שיש אמת בדיווחים – בכונת מרשיו לפנות לערכאות משפטיות. לא נתקבלה כל תשובה לפנייה זו.

העתק מכתב מיום 24.6.09 רצ"ב ומסומן ע/25

49. ביום 29.6.09 קיים מר יעקב גנות, ביזמתו, מפגש עם נציגי ארגוני זכויות אדם שונים, לרבות נציגים הפעילים בקרב העותרים דכאן, והודיע להם שבכוונתו לפתוח בפעילות אכיפה נמרצת, החל מה- 1.7.09. פעילות אכיפה זו, ציין, תכלול גם אכיפה של מדיניות חדרה-גדרה.

50. ביום 1.7.09 פנה הח"מ למר גנות בשנית, וכתב כי לנוכח הדברים שנאמרו במפגש הנ"ל מיום 29.6.09 "ככל שלא תודיעני באופן מידי על השעיית כוונתך לנקוט בפעולות אכיפה כאמור, מרשותי יפעלו להגשת עתירה לבית-המשפט כנגד מדיניות חדרה-גדרה, וזאת ללא דיחוי נוסף". גם פניה זו לא נענתה.

העתק מכתב מיום 1.7.09 רצ"ב ומסומן ע/26

51. שעות מספר לאחר משלוח מכתב זה, החלו הסיירים של משרד הפנים לעצור מבקשי מקלט באיזור התחנה המרכזית בתל-אביב, בגין הפרת מדיניות חדרה-גדרה. מבקשי מקלט אלה הועלו על אוטובוסים, הוסעו ליחידת רשות ההגירה בלוד, והוזהרו, שאם לא ייצאו את תחומי חדרה-גדרה תוך שבוע ימים – ייעצרו בשנית ויושמו במשמורת. לא ניתן למבקשי מקלט אלה כל מסמך המתעד את עיכובם.

## הטיעון המשפטי

### העדר סמכות: סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל אינו חל על מבקשי מקלט

52. "נוהל הארכת אישורי שהייה למסתננים"<sup>2</sup> קובע בסעיף 1 כי "אוכלוסיית המסתננים מאריתריאה וסודן אשר טרם הוכרה כפליטים", מקבלת אישור שהייה מיוחד ע"י יחידת האכיפה ע"פ חוק הכניסה ע"פ סעיף 2(א)(5) לחוק". סעיף 4.4 לנוהל קובע כי מבקשי המקלט מסודן ומאריתריאה יידרשו לחדש את רישיונותיהם הנ"ל כל חודש ימים (!) (סעיף 4.4 לנוהל) "למעט מקרים מיוחדים... או החלטה עקרונית לגבי כלל האוכלוסייה המטופלת" (סעיף 4.4 לנוהל).

העתק "נוהל הארכת אישורי שהייה למסתננים" רצ"ב ומסומן ע/27

53. הגבלות השהייה של מבקשי המקלט, כך שלא יוכלו לשהות באיזור בין חדרה לגדרה, נקבעות ע"י המשיב ברישיונות שהיה "מסוג 2(א)(5)" הנ"ל, אשר מונפקים למבקשי המקלט מסודן ומאריתריאה, ואשר מוארכים כאמור לעיל באופן עיתי תכוף.

העתק של רישיון שהיה "מסוג 2(א)(5)" לדוגמה, ובו איסור על שהייה בין חדרה לגדרה רצ"ב ומסומן ע/28

(יצויין כי, כפי שניתן לראות מנספח ע/28 הנ"ל, הרישיונות ממשיכים לכלול גם הוראה בדבר איסור שהייה באילת, וזאת חרף צו הביניים שהוצא בעתירת אילת; פנייה של הח"מ לעו"ד גנסון מפרקליטות המדינה בעניין זה לא הועילה).

54. סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, אשר מכוחו מתיימר משרד הפנים לתחם את מגוריהם של מבקשי המקלט קובע כדלקמן:

שר הפנים רשאי לתת...

רישיון זמני לישיבת ביקור למי שנמצא בישראל בלי רישיון ישיבה וניתן עליו צו הרחקה - עד ליציאתו מישראל או הרחקתו ממנה.

55. עניינו הרואות: הסמכות ליתן "רישיון זמני לישיבת ביקור" ("ביקור" אשר עשוי לכלול אף עבודה) על פי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל הנה סמכות אשר קמה לאחר שהוצא כנגד מאן שהוא צו הרחקה, וכעניין נלווה לצו ההרחקה. הסמכות להוציא צו הרחקה קיימת, כמובן, רק ביחס לאדם השוהה במדינה שלא כדין (סעיף 13(ב) לחוק הכניסה לישראל).

<sup>2</sup> על פי הטרמינולוגיה של משרד הפנים אין "מבקשי מקלט"; כולם "מסתננים". למרבה הצער, טרמינולוגיה זו אומצה גם על-ידי פרקליטות המדינה.

56. מבקשי מקלט, אשר הגישו בקשת מקלט בסמוך לאחר כניסתם לשטח מדינת ישראל, אינם שוהים שלא כדין, אלא הם מבקשי מקלט אשר חל איסור – על פי אמנת הפליטים – להענישם בגין שהייה ללא אשרה בישראל. מכאן, שיש להתייחס אליהם כאל שוהים כדין ולא כאל "מסתננים" או "שוהים שלא כדין". אכן, על פי אמנת הפליטים – כפי שיפורט להלן – חל איסור להוציא צו הרחקה כנגד מבקש מקלט, אשר הגיש את בקשת המקלט שלו סמוך לאחר כניסתו למדינת "המארחת". צו הרחקה ניתן להוציא רק אם בקשת המקלט שלו נבחנה לאור תנאי אמנת הפליטים, ונדחתה. ואולם, כפי שיפורט להלן, מדינת ישראל אינה בודקת את בקשות המקלט של מבקשי המקלט מאריתריאה ומסודן. הואיל ואינה בודקת את בקשותיהם, הרי שאין מקום לטעון שבקשותיהם נדחו (לאחר בדיקה). בנסיבות אלה, חל איסור על הוצאת צו הרחקה כנגד מבקשי המקלט.

#### *מדינת ישראל אינה בודקת את בקשות המקלט של הסודנים והאריתריאים*

57. נכון להיום, מדינת ישראל אינה מבצעת, מסיבותיה שלה, הליכי בדיקה אינדיבידואליים (RSD) למבקשי מקלט מאריתריאה ומסודן – לא באמצעות משרד הפנים ולא באמצעות הנציגות בישראל של נציבות האו"ם לפליטים. הדברים הועלו על הכתב במסגרת הודעת המדינה לבית המשפט הגבוה לצדק בבג"צ 7302/07 מיום 18.11.08. בסעיף 10 להודעה זו נכתב: "יצוין, כי מבקשי מקלט הטוענים להיותם נתינים מאריתריאה וסודן, אינם נמצאים **כעת** ברשימת הממתניים לראיון עומק, היות ולעת הזאת, לא צפויה הרחקתם למדינות מוצאם, וכיוון שכך, בשלב זה, אין צורך מיידית בבחינת טענותיהם למתן מקלט מדיני על בסיס טענות פרטניות, במסגרת ראיונות עומק".

העתק הודעת המדינה מיום 18.11.07 במסגרת בג"צ 7302/07 רצ"ב ומסומן כנספח ע/29

58. בפגישה שהתקיימה בין נציגי הארגונים לבין נציגי המדינה במשרדו של עו"ד מייק בלס ב-17.3.09, דיווחו נציגי המדינה על העברת האחריות על עריכת ראיונות עומק למבקשי מקלט (RSD – Refugee Status Determination) מנציבות האו"ם לפליטים למשרד הפנים הישראלי. הח"מ ביקש לדעת האם בכוונת משרד הפנים לערוך ראיונות עומק גם לאריתריאים ולסודנים. להלן תיעוד השיחה בין הח"מ לבין מר יוסי אדלשטיין, ראש יחידת האכיפה והזרים במשרד הפנים, כפי שעולה מהפרוטוקול:

**ד"ר ליבנת:** האם ייעשה תישאול מעמיק לכל מבקשי המקלט, או שלאריתריאים, סודנים ובעלי הגנה קבוצתית לא ייעשה תישאול שכזה?

**מר אדלשטיין:** התישאול ייעשה לכל מבקשי המקלט. עם זאת, בשל מספרם הגדול של מבקשי המקלט שהטיפול בענינם טרם הושלם, נצטרך לקבוע סדר עדיפויות בעריכת התישאולים המעמיקים. סדר התישאולים לא ייקבע בהכרח לפי מועד הגעתם לישראל של מבקשי המקלט.

59. תשובת נציגי משרד הפנים לשאלה "האם ייערכו הליכי RSD לסודנים ולאריתראים" היתה, אם כן, עקרונית – בחיוב, אך **מעשית – בשלילה**. דהיינו, נמסר כי באופן עקרוני ישנה כוונה לערוך ראיונות עומק לכל מבקשי המקלט, תהא אשר תהא מדינת אזרחותם, אך מבחינת תעודף המרואיינים הובהר כי מי שמשתייך לקבוצה הזכאית להגנה מפני הרחקה (לדוגמה, אריתראים וסודנים), לא ירואיין בשלב הראשון. לנוכח ה"תור" הארוך של מבקשי מקלט הממתינים לראיונות עומק, ברור כי לפחות בעתיד הקרוב לא יתקיימו הליכי RSD למבקשי מקלט מאריתראיה ומסודן, וספק אם ראיונות כאמור יתקיימו להם אי פעם. על עמדה זו חזר מר יעקב גנות בראיון עיתונאי שנתן לכתבת "הארץ", ושהתפרסם בתאריך 19.6.09:

האריתראים מתלוננים שלא ניתן להם להגיש בקשות למקלט – תקבלו מהם בקשות?

**"אנחנו לא מחזירים אותם, אז בשביל מה הם צריכים את ההכרה כרגע? אני מוכן לעשות את הבדיקה בתנאי אחד - מי שלא מגיע לו, שיהיה מישהו שיערוב שהוא חוזר לאריתראיה. אם זה ככה, על המקום אנחנו לוקחים אותם בעדיפות מיידית, את כל האריתראים. את אלה שיש סיכוי להחזיר, אותם בודקים קודם".** (ההדגשה הוספה – י"ל).

60. בנסיבות אלה, אין המדינה יכולה לטעון שבקשות המקלט של מבקשי המקלט האריתראים נבדקו, ונדחו (שכן מעולם לא נבדקו). לאור כך, מדובר במבקשי מקלט, הממתינים להכרעת המדינה בבקשתם. ככאלה, ולאור הוראת סעיף 131(1) לאמנה (שתפורט להלן), אינם בבחינת "שוהים שלא כדין", ואין להתייחס אליהם ככאלה – לא לעניין ענישתם הפלילית, ולא לעניין הוצאת צווי הרחקה כנגדם.

*אין להוציא צו הרחקה כנגד מבקש מקלט הממתיין להכרעה בבקשתו*

61. על פי עקרונות אמנת הפליטים, **אין למשרד הפנים סמכות להוציא כנגד מבקשי מקלט, הממתינים להכרעה בבקשותיהם, צווי הרחקה**. מכאן שגם אין לו גם סמכות ליתן להם אישורי שהיה מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק. שומה, אם כן, על משרד הפנים, להעניק למבקשי המקלט אשרת ב/1 זמנית.

62. איסור הוצאת צווי הרחקה כנגד מבקשי מקלט שבקשתם לקבלת מעמד "פליט" לא נבדקה נובע מסעיף 131(1) לאמנת הפליטים. סעיף זה קובע כדלקמן:

המדינות בעלות האמנה לא יטילו עונשים על פליטים, שבדרכם ישר מן הארץ שבה רחפה סכנה על חייהם או על חירותם, במשמעות סימן א, כנסו לשטח ארצן או נמצאים בו בלא הרשאה, בתנאי שעליהם

להתייצב בלא דיחוי לפני הרשויות ולתת נימוק מספיק לכניסתם או לשהייתם הבלתי חוקית.<sup>3</sup>

.63 המלומדים גודוויין גיל (מבכירי המלומדים בתחום דיני הפליטים) ומקאדאם כותבים ביחס לסעיף 31(1) לאמנה בספרם Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (Third edition, 2007)

סעיף 31 מלמד שהמשפט הבינלאומי אינו דורש ממבקשי מקלט להיכנס למדינות בדרך רגילה, וזאת בתנאי שהם יכולים להראות "סיבה טובה" לכניסתם ללא המסמכים הנדרשים. ההיבט הבסיסי הזה של האמנה משנת 1951 מדגיש את זכותם של אנשים במצוקה לחפש הגנה, אפילו אם פעולותיהם הן בבחינת הפרת חוקיה של מדינת המקלט... סעיף 31 מכיר בכך שנסיונות שמחייבות מנוסה, מחייבות פליטים בדרך-כלל לנסוע ללא דרכונים, אשרות או מסמכים אחרים. (בעמ' 384; תרגום חופשי מאנגלית).

ובמקור האנגלי:

Article 31 reveals that international law does not require asylum seekers to enter States in a regular manner, provided they can show 'good cause' for entering without the requisite documentation. This fundamental aspect of the 1951 Convention underscores the right of people in distress to seek protection, even if their actions constitute a breach of domestic laws of a country of asylum... Article 31 recognizes that the circumstances compelling flight commonly force refugees to travel without passports, visas, or other documentation... ( p. 384).

.64 עמד על כך גם הלורד בינגהאם מבית-הלורדים הבריטי בפסק דינו בעניין **R. v. Asfaw** [2008] UKHL 31 (סעיף 9 לפסק-הדין):

לאמנת הפליטים היו שלוש מטרות הומניטריות... המטרה השלישית היתה, בקווים כלליים, להגן על פליטים מפני השתת עונשים פליליים

<sup>3</sup> איסור הענישה חל גם ביחס למבקשי מקלט שהגיעו למדינת המקלט דרך מדינה שלישית, ככל שבאותה מדינה שלישית לא יכלו לצפות באופן סביר לקבל הגנה על פי אמנת הפליטים. ר' לעניין זה סעיף 31(2) לחוק בבריטניה: Immigration and Asylum Act 1999. ר' עוד דברי המלומדים להלן.

בגין הפרת החוק שבוצעה באופן סביר או הכרחי במהלך המנוסה מרדיפה או מסכנת רדיפה. כבר ב- 1950 נקבע העקרון, ומאז הוא רק הפך לברור יותר, שאנשים שנמלטים מרדיפה או מסכנת רדיפה במדינות בהן מתבצעת רדיפה של מיעוטים, עלולים להיאלץ לפנות לאמצעים שונים של מרמה (החזקה ושימוש של מסמכים כוזבים, זיוף, הצגה מסולפת של הדברים (misrepresentation) ועוד) כדי לממש את הבריחה שלהם.

ובמקור האנגלי:

The Refugee Convention had three broad humanitarian aims... The third aim, broadly expressed, was to protect refugees from the imposition of criminal penalties for breaches of the law reasonably or necessarily committed in the course of flight from persecution or threatened persecution. It was established in 1950, and have since become even clearer, that those fleeing from persecution or threatened persecution in countries where persecution of minorities is practiced may have to resort to deception of various kinds (possession and use of false papers, forgery, misrepresentation, etc) in order to make good their escape.

65. פרופ' גיימס האת'אוווי, מבכירי החוקרים בתחום של דיני הפליטים בעולם, מבהיר בספרו The Rights of Refugees under International Law (Cambridge University Press, 2005) כי הרציונל שמאחורי הוראת סעיף 31(1) לאמנה, הינו לעודד מבקשי מקלט להזדהות בפני רשויות המדינה הקולטת, ו"לנתבם" להליך RSD מסודר. שכן אם תתנוף מעל ראשו של מבקש מקלט, שנכנס למדינה הקולטת ללא אשרה, חרב הענישה בגין הכניסה או השתייה שלא כדין, יעדיף הלה להסתתר מפני הרשויות. רציונל זה, כותב פרופ' האת'אוווי, הוא שהניע את מנסחי האמנה לכלול את סעיף 31(1) בנוסח הסופי של האמנה. הרציונל אף מוזכר במסמך שהוכן ע"י האו"ם עובר לניסוח אמנת הפליטים. להלן ציטוט ממסמך זה, כפי שמופיע בעמ' 388 לספרו של האת'אוווי:

למעשה, ה[פליט], הואיל ואינו יכול להיכנס לשטח המדינה באופן חוקי, עושה כן לעיתים קרובות באופן חשאי. הוא אז ינהל חיים בלתי חוקיים, תוך הימנעות מכל מגע עם הרשויות וניהול חייו תחת איום מתמיד מפני גילוי

וגירוש. החסרונות של מצב עניינים זה, הן עבורו עצמו והן עבור המדינה שבשטחה הוא נמצא, מובנים מאליהם (תרגום חופשי מאנגלית).

ובמקור האנגלי:

In actual fact, the [refugee], since he cannot enter the territory of a State lawfully, often does so clandestinely. He will then lead an illegal existence, avoiding all contact with the authorities and living under the constant threat of discovery and expulsion. The disadvantages of this state of affairs, both for himself and for the country on whose territory he happens to be, are obvious. (United Nations Department of Social Affairs, "A Study of Statelessness", UN Doc. E/1112 Feb. 1, 1949).

66. המסקנה הנובעת מהוראת סעיף 31(1) לאמנה הינה, כפי שכותב האתוויי בספרו, כי:

... לא ניתן לטעון באופן הגיוני שאנשים שמכפיפים עצמם לחוקים המקומיים שמרשים כניסה להליך של בחינת מעמד פליט או הליכים דומים אינם שוהים כדין. מרגע שהפליט מסר לרשויות את המידע שיאפשר להן לבחון את זכאותו למעמד פליט – ובעיקר את הפרטים לגבי זהותו ולאומיותו, והעובדות שבהסתמך עליהן הוא טוען לזכות הכניסה – קיים בבירור בסיס משפטי לשהותו של הפליט. כך מי שנכנס שלא כדין נחשב כעת כמי ששוהה כדין, שכן הוא מילא אחר הדרישות האדמיניסטרטיביות שנקבעו על-ידי המדינה כדי לקבוע האם אדם שהגיע ללא היתר, רשאי למרות זאת, להשאר בתחומה. (בעמ' 179-180 לספרו; ההדגשות הוספו; תרגום חופשי מאנגלית).

ובמקור:

...[I]t cannot be sensible be argued that persons who avail themselves of domestic laws which authorize entry into a refugee status determination or comparable procedure are not lawfully present. So long as a refugee has provided authorities with the information that will enable them to consider his or her entitlement to refugee status- in particular, details of personal and national identity, and the facts relied upon in support of the claim for admission- there is clearly a legal basis for the refugee's presence. The once irregularly present refugee is now lawfully present.

67. לסיכום: אמנת הפליטים קובעת שאדם שנכנס למדינה החתומה על האמנה ללא אשרה, אך מיהר להזדהות בפני רשויות המדינה, ולשטוח את בקשת המקלט שלו בפניהן, אינו בבחינת שוהה כלא כדין, לפחות כל עוד לא נדחתה בקשת המקלט שלו לגופו של עניין. אדם שאינו "שוהה שלא כדין" – אין בסמכות שר הפנים להוציא כנגדו צו הרחקה, ומכאן גם שאין בסמכותו ליתן לו "רישיון ביקור" על פי סעיף 2(א)(5) לחוק – סעיף שמתייחס למי שהוצא כנגדו צו הרחקה. כנאמר לעיל, מבקשי מקלט שהזדהו ככאלה בפני רשויות המדינה, מוגנים מהרחקה על פי אמנת הפליטים עצמה. על משרד הפנים ליתן להם אשרת ב/1 זמנית, למשך עריכת הבדיקות האינדיבידואליות (RSD) שלהם, בהתאם לנוהל של משרד הפנים נספח ע/31 להלן.

68. הואיל ומגבלות התנועה (הן ביחס ל"חדרה-גדרה" והן ביחס לאילת) הוחלו על מבקשי המקלט האריתראים והסודנים מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, והואיל ואין לשר הפנים סמכות לעשות שימוש בסעיף זה ביחס למבקשי מקלט – הרי שאין למגבלות הגיאוגרפיות שנקבעו כל תוקף חוקי.

### הפליה בניגוד לסעיף 3 לאמנת הפליטים

69. יצויין עוד, שלמבקשי מקלט אחרים (שאינם מאריתריאה או מסודן), הממתינים להכרעת שר הפנים בבקשתם, מעניק משרד הפנים אשרת ב/1. עובדה זו עולה מ"נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל ובמי שהוכרו כזכאים למקלט מדיני ע"י שר הפנים" של משרד הפנים. נוהל זה קובע בסעיף 1.ג כי "מי שטרם הוכר כזכאי למקלט מדיני, ובידו אישור מנציבות האו"ם לפליטים, ולאחר בדיקה וסינון ראשוניים הנערכים בעניינו נמצא כי יש להביא את עניינו לדיון בפני הוועדה המייעצת, יש להעניק לו אשרה מסוג ב/1 לתקופה של שישה חודשים".

העתק הנוהל רצ"ב ומסומן ע/32

70. אמרו מעתה: היה מבקש המקלט מנפאל (לדוגמה), ועבר את הסינון הראשוני לאחר ראיון עומק (RSD) – יקבל אשרת ב/1 עד להכרעת הוועדה המייעצת ושר הפנים בעניינו. היה מבקש המקלט מאריתריאה או מסודן, לא יזכה לעבור ראיון עומק (גם אם הגיע לישראל תקופה ארוכה לפני הגעת אותו נפאלי), ויאלץ להסתפק באשרה מסוג "2(א)(5)", כשצו הרחקה מתנפץ מעל לראשו (ותוך הטלת מגבלות גיאוגרפיות). הבחנה זו בין השניים הינה הפליה אסורה – לא רק על פי עקרונות יסוד של המשפט החוקתי הישראלי, אלא גם על פי סעיף 3 לאמנת הפליטים הקובע:

המדינות בעלות האמנה יפעילו את הוראות האמנה הזאת לגבי פליטים  
ללא כל הפליה מטעמי גזע, דת או ארץ מוצא. (ההדגשה הוספה).



71. כמוכן שאפילו היתה בידי השר הסמכות ליתן רישיון שהיה מכוח סעיף 2(א)(5) הני"ל, הרי שעדיין היתה מתעוררת השאלה האם השימוש בסמכות זו נעשה באופן שעולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט המנהלי בדבר אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי. בכך נדון להלן.

### הפרת הזכות לחופש התנועה

#### **א. הפרת הזכות לחופש התנועה הקבועה באמנת הפליטים**

72. לכאורה, הדרך המשפטית בה היה על משרד הפנים לילך, עת ביקש הוא – מסיבותיו שלו – לתחם את מבקשי המקלט באיזורים גיאוגרפיים מסויימים, היתה להנפיק להם אשרות מסוג ב/1, ולקבוע כי אותן אשרות מותנות בתנאי של עבודה באיזורים גיאוגרפיים אלה או אחרים, הכל מכוח הסמכות הנתונה לשר הפנים על פי סעיף 2(6) לחוק הכניסה לישראל.

73. ואולם, המדובר רק בסמכות "לכאורית" של שר הפנים. שכן בפועל, סעיף 26 לאמנת הפליטים מונע משר הפנים להגביל את חופש התנועה של מבקשי מקלט ופליטים (וזאת, לצד מגבלות על הפגיעה בחופש התנועה, הקבועות במשפט הבינלאומי ה"כללי" ובמשפט החוקתי הישראלי – כפי שתפורטנה בפרקים הבאים). מכאן, שגם על פי קונסטרוקציה משפטית זו (של סעיף 2(6) לחוק הכניסה לישראל), לא היה בידי שר הפנים להגביל את חופש התנועה של מבקשי מקלט ופליטים.

74. סעיף 26 לאמנה קובע כי פליט השוהה כדין בתחומה של מדינה זכאי לחופש תנועה:

כל מדינה מבעלות האמנה תעניק לפליטים הנמצאים בהיתר בשטח ארצה את הזכות לבחור להם את מקום מגוריהם ולנוע חפשית בתחומי שטח ארצה, בכפוף לתקנות שיחולו על זרים בכלל באותן נסיבות.

75. פרופ' האתיווי מתאר בספרו (עמ' 704 ואילך) את "ההיסטוריה החקיקתית" של סעיף 26 לאמנה. לדבריו, בנוסח המקורי של האמנה לא היתה התייחסות לחופש התנועה של הפליט. שתי סיבות היוו את הרקע לאי-הכללת הזכות הזו בנוסח המקורי של האמנה: ראשית, החשש של נציגי מדינות מסויימות כי סעיף כאמור יגביל את כוחה של מדינה להגביל באופן זמני את חופש התנועה של מבקשי המקלט אשר נכנסים למדינת המקלט במספרים גדולים (mass influx). הדוגמה אשר נתן הנציג הצרפתי היתה של מספרים גדולים של אזרחים ספרדים אשר התדפקו על שעריה של צרפת בשלבים האחרונים של מלחמת האזרחים בספרד. שנית, נציגי חלק מהמדינות חששו כי סעיף האוסר על הגבלת חופש התנועה של פליט יגביל את כוחה של מדינה להגביל את חופש התנועה של מי שקיים ביחס אליו "חשש בטחוני". בסופו של דבר, מבאר פרופ' האתיווי, שני החששות הללו "נוטרלו" באמצעות סעיף 2(31), שהוסף לאמנה, ולצד אותו סעיף נוסח סעיף 26 במתכונתו הנוכחית:

סעיף 2(31) מתיר את המעצר הארעי של פליטים בהקשר של זרם המוני (mass influx) לתקופה של ימים ספורים על מנת לאפשר למדינה הקולטת לארגן את

הלוגיסטיקה של קליטת החירום ואת הפיזור באופן שיצמצם את הפגיעה בסדר הציבורי. באופן כללי יותר, הדבר מאפשר למדינות המארחות להגביל את חופש התנועה למשך הזמן הנדרש כדי לוודא שהפרט המבקש להיכנס כפליט אינו מהווה איום לבטחון הלאומי, לדוגמה בזמן שזהותו ונסיבות הגעתו נבדקים.

חשוב, עם זאת, לציין, שזכותה של מדינה להגביל את חופש התנועה בהתבסס על אחת משתי העילות הללו מגיעה לקיצה כאשר מעמדו של הפליט "מוסדר"... הסדרה אינה הכרה במעמד של פליט. נהפוך הוא, "כל אדם שיש בידו אישור שהיה הוא במצב מוסדר. למעשה, אותו הדבר נכון גם ביחס לאדם שעדיין אין לו אישור שהיה, אבל הוא הגיש בקשה לאישור כזה ויש בידו קבלה על הגשת הבקשה. רק אנשים שלא הגישו בקשה, או שבקשתם סורבה, אינם במצב מוסדר" [ציטוט מדבריו של הנציג הצרפתי; ההדגשה הוספה ע"י פרופ' האת'ווי]. כאשר הסטטוס מוסדר, לרבות על דרך של הגשת בקשה להכרה כפליט והשלמה, מצד הפליט, של הצעדים הנדרשים על מנת שהמדינה תוכל לבדוק את בקשתו, כל המגבלות המוטלות על פליטים ביחס לחופש התנועה שלהם והחופש שלהם לבחור היכן להתגורר חייבות להיות מוסרות בהתאם לסעיף 26 (ההדגשות הסופו; תרגום חופשי באנגלית).

ובמקור האנגלי:

Art. 31(2) authorizes the provisional detention of refugees arriving in the context of a mass influx **for a period of days** to enable the receiving state to organize the logistics of emergency reception and dispersal in a way that minimizes disruptions to public order. More generally, it allows host states to limit freedom of movement during the time needed to ensure that an individual seeking entry as a refugee does not pose a threat to national security, for example while investigating his or her identity and circumstances of arrival.

Importantly, however, **the right of a state to limit freedom of movement on either ground comes to an end when a refugee status is "regularized"...** **[R]egularization is not synonymous with recognition of refugee status. To the contrary, "[a]ny person in possession of a residence permit was in a regular position. In fact, the same was true of a person who was not yet in possession of a residence permit but who had applied for it and had the receipt for the application. Only those persons who had not applied, or whose application had been refused, were in an irregular position"** [quote of the French representative's statement; emphasis added by Hathaway].

**Once status is regularized, including by the lodging of an application for recognition of refugee status and completion by the individual concerned of the necessary steps to enable a state to assess his or her claim, all refugee-specific restrictions on the right to move freely and to choose one's residence must end in accordance with Art. 26.**  
(pp.706-8).

לעניין אופן "הסדרת" מעמדו של מבקש מקלט (ועל כך ש"הסדרה" אין פירושה בהכרח הענקת מעמד "פליט" ע"י המדינה המארחת) ר' עוד: Suke Wolton, "Regularization", in **Immigration and Asylum: From 1900 to the Present** (M. J. Gibney & R. H. Hansen eds., 2005) 505-506.

76. עינינו הרואות: סעיף 26 לאמנה אוסר על הגבלת חופש התנועה של מי שהזדהה בפני רשויות המדינה המארחת, הגיש בקשת מקלט, ו"מעמיד את עצמו" לרשות בדיקת המדינה (עריכת RDS)<sup>4</sup>. מבקש מקלט שעומד בתנאים אלה הוא בבחינת "פליט הנמצא בהיתר" במשמעות סעיף 26 לאמנת הפליטים. רובם המכריע של מבקשי המקלט הסודנים והאריתראים בישראל (אם לא כולם) עונים על הקריטריונים דלעיל של "הצגת עצמם" בפני רשויות המדינה והגשת בקשת מקלט, ומכאן **שחל איסור על מדינת ישראל להגביל את חופש התנועה שלהם.**

77. מעבר לנדרש ייאמר, כי אפילו זכות התנועה על פי סעיף 26 היה נתון אך ורק לפליטים "מוכרים" – דהיינו כאלה שכבר עברו הליכי RSD, ונמצאו כמי שעונים על הגדרת ה"פליט" על פי האמנה (וזאת בניגוד לעמדתו הברורה של האתיווי שפורטה לעיל), הרי שגם אז היו זכאים מבקשי המקלט הסודנים והאריתראים לחופש תנועה בישראל, וזאת בנסיבות שבהן **מדינת ישראל היא זו שמונעת מהם מעבר הליך של RSD.**

78. כאמור, אזרחי סודן ואריתראיה אינם זוכים לכל הליך RSD שהוא מזה שנים (ר' סעיפים 57-59 לעיל). מחדל זה רובץ לפתחה של מדינת ישראל. האחריות לעריכת RSD מוטלת על המדינות החתומות על אמנת הפליטים. הדבר עולה מאמנת הפליטים עצמה, ומההיגיון העומד בבסיסה. הדבר עולה אף מהחלטה מס' 8(d) של הוועדה המנהלת (Executive Committee) של נציבות האו"ם לפליטים<sup>5</sup> משנת 1977, בה הוועדה מביעה "תקווה שהממשלות החברות באמנה משנת 1951 ובפרוטוקול משנת 1967, שטרם עשו כן, ינקטו בצעדים לכוון הליכים אלה [של RSD] בעתיד הקרוב" (תרגום חופשי מאנגלית), וקובעת מהם הקריטריונים שהליך ה-RSD צריך לעמוד בהם (בסעיף (e) להחלטה).

<sup>4</sup> זאת, לצד סעיף 31(2), המתיר למדינה, המתמודדת עם מספרים גבוהים במיוחד של פליטים (mass influx), להגביל את חופש התנועה של מבקשי המקלט למשך ימים ספורים, לצורך התארגנות לוגיסטית לקליטתם, ולצורך שלילת האפשרות של סכנה ביטחונית מצידם.

<sup>5</sup> הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים הוקמה מכוח החלטה מס' 1166(XII) של מועצת האו"ם. חברות בה כיום 78 מדינות, ובהן גם מדינת ישראל, והחלטותיה מתקבלות על דרך הקונצנזוס (פה אחד).

העתק החלטה מספר 8 של ה- Executive Committee משנת 1977 רצ"ב ומסומן ע/32

- .79 למעשה, ברובן המכריע של מדינות המערב, הליכי ה- RSD מתבצעים על ידי רשויות המדינות הקולטות עצמן. ה"מעורבות" של נציבות האו"ם לפליטים בהליכי RSD מקובלת בעיקר בקרב "מדינות העולם השלישי" (Michael Kagan, "The Beleaguered Gatekeeper: Protection Challenges Posted by UNHCR Refugee Status Determination", 18 *Int'l Journal of Refugee Law* (2006) 1, 3)
- .80 נבקש לחדד נקודה זו: החובה לבצע בדיקות RSD מוטלת על המדינה החתומה על האמנה, ולא על כל גוף אחר. המדינה חופשית להיעזר בסיועם של גופים אחראיים ורציניים, כגון נציבות האו"ם לפליטים, לצורך מילוי חובתה שלה (וכך אכן נהגה מדינת ישראל – ר' "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל", נספח ע/10 אשר הוזכר לעיל), ואולם האחריות היתה ונותרה של מדינת ישראל, כמדינה החתומה על האמנה.
- .81 אם כן, בניגוד להתחייבויותיה הבינלאומיות, אין מדינת ישראל מבצעת כיום הליכי קביעת מעמד פליטים למבקשי מקלט מסודן ומאריתריאה. עם זאת, מחדל זה אינו מאפשר למדינת ישראל לשלול את זכויותיהם של אנשים אלה מכח האמנה. פרופ' האתיווי קובע כי לא ניתן לטעון כי התנאי של "שהייה חוקית" מתמלא רק עם הכרה של אדם כפליט שכן הדבר יאפשר להפוך פליט אמיתי לבן-ערובה להחלטה לפיה לא יבררו לעולם את בקשתו למעמד פליט. באופן זה יחסמו מן הפליט את זכאותו לזכויות המוגדרות באמנה (שם, בעמוד 181).
- .82 למעשה, העיקרון שמי שעשה מעשה נבלה ("מעשה נבלה" במובנו הרחב ביותר) – מעשהו לא יזכה, הוא עקרון יסוד במשפט הישראלי, כפי שקבע השופט חשין בע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ (3) 133, בעמ' 177. עקרון זה זכה לכינויים שונים, לרבות המימרה "מעילה בת עוולה אין צומחת זכות תביעה"; או "אין אדם זכאי ליהנות מפרי חטאו" (ר' לדוגמה ע"א 2242/03 אברהם נ' רשאד (טרם פורסם)) וכיו"ב. לא אחת הוא נקשר, בפסקי הדין של בית-המשפט העליון, למילות התוכחה של אליהו הנביא כלפי אחאב, אשר תומצתו בשאלה הרטורית "הרצחת וגם ירשת" (מלכים א', כ"א י"ט). ייקרא עקרון זה באשר ייקרא, הרי שתוכנו (והעוגן המוסרי שלו) ברור: אין אדם (ובמקרה דגן – מדינת ישראל) זכאי להפר את הוראות הדין (כאן – החובה על פי אמנת הפליטים לבדוק את בקשתו של כל אחד ממבקשי המקלט בשטחה, ולקבוע האם עונה הוא על הגדרות ה"פליטי"), ולבקש לאחר מכן לגזור זכויות (או להתחמק מחובות), כתוצאה מאותה הפרת דין.
- .83 ככל שמדינת ישראל בחרה שלא לבחון את בקשותיהם של מבקשי המקלט, הרי שנובע מכך שמוטלת עליה החובה להעניק לכל מבקשי המקלט זכויות שונות שמכתיבה אמנת הפליטים למבקשי מקלט השוהים כדין בשטח המדינה, ובהן גם הזכות לחופש התנועה. אכן, זוהי המשמעות המשפטית של מחדלה של מדינה לבצע את שמוטל עליה על פי האמנה. פרופ' האתיווי מבאר נקודה זו, בעמודים 184-185 לספרו הנזכר לעיל:

בבחירה להצטרף לאמנה כחברה, מדינה מפגינה את נכונותה להעניק זכויות לפליטים המגיעים לשטח שיפוטה. מדינה שרוצה להגן על עצמה מפני האפשרות של קבלת בקשות למקלט שאינן-אמיתיות, חופשייה להנהיג פרוצדורה לברר את מעמד הפליט של מי שמבקשים את הגנתה. אך אם מדינה בוחרת שלא לבחון את מעמדם של אנשים הטוענים שהם פליטים על פי האמנה, יש לראותה כמי שקיבלה את תביעתם של מבקשי המקלט לזכאות לזכויות של פליט, ולכן עליה להעניק להם מיד את אותן זכויות שהאמנה מגדירה... הטעם לדבר הוא שהאמנה אינה מחייבת באופן פורמלי את המדינות לבחון מעמד פליט, יחד עם זאת, **האמנה אינה מתירה למדינות לשלול זכויות מאנשים שהם בפועל פליטים על בסיס אי-בחינת מעמדם** (ההדגשה הוספה; תרגום חופשי מאנגלית).

ובמקור האנגלי:

By choosing to become a party to the Convention, a state country signals its preparedness to grant rights to refugees who reach its jurisdiction. A state that wishes to protect itself against the possibility of receiving non-genuine claims is free to establish a procedure to verify the refugee status of those who seek its protection. But if a state opts not to adjudicate the status of persons who claim to be Convention refugees, it must be taken to have acquiesced in the asylum-seekers' assertion of entitlement to refugee rights, and must immediately grant them those Convention rights... this is because while the Convention does not require states formally to determine refugee status, neither does it authorize governments to withhold rights from persons who are in fact refugees because status assessment has not taken place.

84. בדו"ח מבקר המדינה מס' 58 (מיום 20.5.08) מצייין המבקר כי "על משרד הפנים, האחראי להסדרת המעמד בישראל, לבחון בשיתוף נציבות הפליטים אם יש באפשרותו לסייע בהחשת תהליכי הטיפול בבקשות למקלט מדיני בישראל על מנת שלא לפגוע במבקשי מקלט הזכאים למעמד של פליט..." (בעמ' 101 לדו"ח). דברים אלה מקבלים משנה תוקף נוכח העובדה שמשרד

הפנים, כמו גם הנציגות בישראל של נציבות האו"ם לפליטים, אינם מבצעים בימים אלה הליכי RSD כלל ועיקר ביחס למבקשי מקלט מאריתריאה ומסודן.

### **ב. הפרת הזכות לחופש התנועה הקבועה באמנות בינלאומיות נוספות**

85. כאמור, הזכות לחופש תנועה של מבקשי מקלט במדינה הקולטת מעוגנת באופן ספציפי באמנת הפליטים. מעבר לנדרש, יוזכר כי הזכות לחופש תנועה – במובנה הרחב והכללי – הוכרה כזכות יסוד במסמכים בינלאומיים נוספים.

86. כך, למשל, סעיף 13(1) להצהרה האוניברסלית על זכויות האדם קובע:

Everyone has the right to freedom of movement and residence within the border of each state.

87. סעיף 12(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (כ"א 31, עמ' 269) קובע:

Everyone lawfully within the territory of a state shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

כאמור לעיל, שהותו של מבקש מקלט, אשר מיהר להזדהות בפני רשויות המדינה הקולטת ולהגיש בקשת מקלט, הינה בבחינת "שהייה כדין", ומכאן שגם על פי סעיף 12(1) הנ"ל, זכאי מבקש מקלט כאמור לחופש התנועה. והמקורות במשפט הבינלאומי בדבר הזכות לחופש תנועה עוד רבים ומרובים המה.

### **ג. הפרת הזכות לחופש התנועה במשפט החוקתי הישראלי**

88. הזכות לחופש התנועה הוכרה במדינת ישראל כזכות יסוד חוקתית הנגזרת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כדברי הנשיא ברק: "לרוב, מעמידים את חופש התנועה בתוך גבולות המדינה על רמה חוקתית דומה לזו של חופש הביטוי" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 49).

89. כידוע, החלטה מנהלית הפוגעת בזכויות יסוד חוקתיות, תעמוד על תילה רק ככל שהפגיעה עונה על דרישות "פסקת ההגבלה" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ושבחוק יסוד: חופש העיסוק, דהיינו: מכוח סמכות שבחוק, לתכלית ראויה ו"במידה שאינה עולה על הנדרש". מבחינים אלה חלים הן ביחס לפגיעה בזכויות חוקתיות המעוגנות באחד מחוקי היסוד הללו, והן ביחס לזכויות חוקתיות פרי הפסיקה, שאינן מעוגנות באחד מחוקי היסוד הללו (ר' עע"ס 778/08 הממונה על

יחידת הסמך לעובדים זרים נ' משרד התמי"ת (טרם פורסם, בפסקה 18 לפסק-דין של השופט לוי).

90. בעניינינו, מר גנות הצהיר במכתבו לראש עיריית ערד (נספח ע/14 לעיל) כי ההחלטה לאסור על שהייתם של מבקשי המקלט בין חדרה לגדרה נתקבלה "לאחר שנתקבלו תלונות רבות בהתייחס לתופעה ובמיוחד לאור הלחצים שהופעלו ע"י עיריית ת"א".

91. תשובה זו אינה עומדת בדרישות הדין. ביחס לנימוק בדבר "תלונות רבות בהתייחס לתופעה" (איזו תופעה? תופעת הפליטים? תופעת היות הפליטים שחורים? תופעה הקשורה לאופן התנהגותם של הפליטים (השחורים)? לא ברור), הרי שנימוק תמוה זה עלה גם ביחס לניסיון להגביל את שהיית מבקשי המקלט באילת. כתבים שפנו לבקש את הסבר מאת משרד הפנים לגבי טעמיה של המדיניות בדבר איסור שהיית מבקשי המקלט באילת נענו ע"י דוברת משרד הפנים בזו הלשון:

בדומה לאיזור המרכז, אילת הפכה למוקד למסתננים, ובעקבות תלונות מגורמים רבים בעיר, הוחלט להוסיף את העיר לרשימה הרשויות המקומיות בהן אסור להם להתיישב.

תמליל ידיעה ששודרה בגלי צה"ל ב- 25.11.08 (לקוח מאתר האינטרנט של גלי צה"ל), ובה מצוטטת תגובת משרד הפנים, רצ"ב ומסומן נספח ע/33

92. לא זו בלבד שמשרד הפנים אינו מבהיר (לא במכתבו של מר גנות לראש עיריית ערד, ולא בתגובה של דוברת משרד הפנים לגלי צה"ל) מיהם הגורמים המתלוננים ומה תוכן התלונות, אלא שמשרד הפנים מניח, כך נראה, שהוא מחזיק בסמכות לקבוע "תחום מושב" כאוות נפשו ובאופן פתאומי. ואולם, כידוע, כאשר מדובר בפגיעה בזכות יסוד – וכזו היא, כאמור, הזכות לחופש התנועה, וכמוה גם הזכות לחופש עיסוק – הרי שהפגיעה בה אינה יכולה להיות בהתבסס על שמועות אלה או אחרות. יפים לעניין זה דברים שנאמרו עוד בראשית ימיה של המדינה, בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80: "אין יורדין לחייו של אדם ואין מקפחין פרנסתו על יסוד שמועות פורחות בלבד" (בעמ' 80).

93. אפילו התקבלה בעיר זו או אחרת תלונה אודות מבקש מקלט זה או אחר, בגין התנהגות פוגענית או בלתי-רצויה כלשהי, הרי שאין בכך כדי להצדיק – מבחינת מבחני-המשנה השני והשלישי של מבחן המידתיות – "ענישה קולקטיבית" של כלל ציבור מבקשי המקלט האפריקאיים. הגליית קהילה שלמה בגין תלונות בעלמא אודות הפרעה מסוג זה או אחר של מבקש מקלט פלוני או אלמוני הינה בבחינת הפרה ברורה וקיצונית של עילת המידתיות.

94. ובאשר לסיבה אותה מצייין מר גנות כסיבה העיקרית לנוהל חדרה-גדרה (כאמור במכתבו הנ"ל לראש עיריית ערד), דהיינו "הלחצים שהופעלו ע"י עיריית ת"א", נראה שאין צורך להכביר מילים על כך שאינו יכולה להיחשב "תכלית ראויה" מבחינת האיזון הנדרש בין האינטרסים הציבוריים לזכויות הפרט במשטר דמוקרטי. אחד מהמאפיינים העיקריים של משטר דמוקרטי

הינו שלטון החוק, ולא שלטון הזרוע. לא יתכן ש"לחצים" מצד מאן דהוא יהוו שיקול (ועוד יותר מכך: שיקול מכריע) אשר יובא בחשבון במסגרת שיקול הדעת המנהלי אותו מפעילה רשות מנהלית.

### מטרה זרה

95. אחת מהעילות לפסלותה של החלטה מינהלית הינה העילה של "מטרה זרה". עמד על כך מ"מ הנשיא, השופט אגרנט (כתוארו אז) עוד בבג"צ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151, בעמ' 1162: "העקרון הכללי הוא, כי כל רשות מינהלית חייבת לפעול בתוך ד' אמותיה של המטרה שלשמה הקנה לה החוק את הסמכות הנדונה; ודין זה חל גם על סמכות שהיא רשאית להפעילה לפי 'שיקול-דעתה המוחלט'. היוצא מזה, שאף במקום שביית-המשפט נוכח לדעת כי השימוש בסמכות כזאת – ויהא שיקול-הדעת, המוקנה לרשות המינהלית, רחב כאשר יהא – נעשה מטרה שהיא זרה לכוונת החוק, הוא יתערב גם יתערב, אלא אם נשלל ממנו, על-ידי הלשון המפורשת של החוק, הכוח לעשות כן".

96. על עקרון זה חזר בית-המשפט העליון במסגרת הדיון הנוסף באותה פרשה. כך אמר השופט זוסמן (כתוארו אז) בד"נ 1/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209, בעמ' 1261: "שיקול דעת תמיד צמוד למילוי התפקיד שהוטל על המינהל... בדרך כלל יש והמטרה שלמענה הוענק שיקול-הדעת ניתנת לבידור, והרשות רשאית להשתמש בשיקול-דעתה כשהיא נושאת עיניה לקראת השגת אותה מטרה, אבל לא למטרות אחרות שהן 'זרות' לענין. אף שימוש בשיקול הדעת תוך רדיפה אחר מטרה שהיא 'זרה' הוא חריגה מן הגבולות שניצבו למינהל על-ידי המחוקק... השימוש למטרה פלונית בשיקול-דעת שניתן לרשות בענין אלמוני ולמטרה פלונית – שימוש לרעה הוא".

97. השופט י' כהן תמצת את עיקרי העילה מנהלית של "מטרה זרה" בעמ"מ 1/82 קואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד לו(1) 666, בעמ' 669: "שימוש בסמכות שלא לאותה מטרה שבשבילה היא ניתנה פוסל את מעשה הרשות, וזה אף אם יתכן, שהרשות הייתה יכולה לבסס אותו המעשה על שיקולים כשרים אחרים, המצויים במסגרת הסמכות, שהוענקה לה על-ידי החוק".

98. מטרתו של חוק הכניסה לישראל הינה לקבוע קריטריונים לשהיה בישראל של זרים, לרבות קריטריונים להרחקתם של מי ששוהים בה שלא כדין. החוק בא למנוע כניסתם של אנשים בשטח המדינה, ללא היתר כדין.

99. על פי תכליתו של חוק הכניסה לישראל, יש להתייחס אל שטח המדינה כולה כמקשה אחת. אין זה מסמכותו של שר הפנים "לחלק" את מדינת ישראל לאזורים, למחוזות או לקנטונים, ולקבוע כי שהייתו של זר תהא מותרת באיזור פלוני, אך אינה מותרת באיזור אלמוני. אין זו מטרתו של חוק הכניסה לישראל.



100. בודאי ובודאי שאין זה ממטרותיו של חוק הכניסה לישראל לשרת את דרישותיהם ולהשתיק את "לחציהם" של ראשי ערים אלה או אחרות (אפילו היו אלה דרישות לגיטימיות, ועל אחת כמה וכמה נוכח הלשון הגזענית בה הסבירו חלק מהם את דרישותיהם לסלק את האפריקאיים בתחומי ישוביהם).

101. ראוי לציין עוד, כי הואיל ובמקרה דנן המגבלות הגיאוגרפיות נקבעו במסגרת "שחרור בתנאים" של אנשים שמשרד הפנים הוציא כנגדם צווי הרחקה, הרי שחייב להיות קשר תכליתי בין ה"תנאים" לשחרור לבין המטרה העומדת מאחורי צו ההרחקה: הבטחת האפשרות להוציא אל הפועל את ההרחקה, כאשר זו תהא אפשרית<sup>6</sup>. אכן, כפי שנפסק שוב ושוב על-ידי בית-המשפט העליון, תכלית היחידה של צווי משמורת הינה מימוש הרחקתו של מי שהוצא כנגדו צו הרחקה (ר' לדוגמה בג"צ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד (4) 149). באופן דומה, כאשר מאן דהוא משוחרר ממשמורת "בתנאים", הרי שתכליתם של אותם תנאים צריכה להיות מימוש ההרחקה, כשזו תתאפשר. סעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל מבהיר עקרון זה, בקובעו:

שחרור ממשמורת יותנה בתנאים שקבע ממונה ביקורת הגבולות, לרבות בערובה ולשם הבטחת התייצבותו של השוהה שלא כדין לצורך יציאתו מישראל או הרחקתו ממנה במועד שנקבע, או לצורך הליכים אחרים לפי חוק זה. (ההדגשה הוספה).

102. תנאים שנועדו להבטיח את מימוש ההרחקה עשויים להיות הפקדת ערובה ואולי אף התייצבות עיתית בתחנת משטרה. אך מה בין הבטחת היציאה מישראל לבין קביעת איזורים גיאוגרפיים בתוככי ישראל אליהם לא יורשה מבקש המקלט להיכנס? אין כל קשר תכליתי בין השניים, ומכאן שמדובר בהחלטה מנהלית שנועדה לקדם מטרה זרה, שאינה המטרה אשר החוק המסמיך נועד לשרת.

103. כאילו לא די בכך שהתנאים שנקבעו פסולים הם, הרי שגם **האמצעי** שנבחר ע"י משרד הפנים לאכיפתם – השמה במשמורת – הינו האמצעי הקיצוני ביותר שניתן להעלות על הדעת. ר' לעניין זה דברי כב' השופט מודריק בעת"מ 1268/09 גנפורב מ' מדינת ישראל (טרם פורסם): "הדעת נותנת שמאחר שאין להרחיק את מי שקנה לעצמו את הגנת נציבות האו"ם, גם אין זה ראוי לנקוט בפעולות, כגון מעצר והחזקה במשמורת כשתכליתן להבטיח את ביצוע ההרחקה. לכן – כך אני מניח נוהגת מדינת ישראל להימנע ממצע של מי שההגנה הזמנית של נציבות האו"ם פרושה עליו". כן ר' דברי כב' השופט שפירא בעמ"נ 379/06 פלונני נ' משרד הפנים (טרם פורסם): "הליך ההחזקה במשמורת בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל הוא במטרה להבטיח את הרחקתו של שוהה בלתי חוקי מישראל. ההחזקה במשמורת מותנית בקיומו של הליך הרחקה.

<sup>6</sup> עמדת העותרים, כפי שהוצגה לעיל בפירוט, הינה שאין לשר הפנים סמכות להוציא צווי הרחקה כנגד מבקשי מקלט שבקשותיהם לא נבדקו, ומכאן גם שאין סמכות "לשחררם בתנאים" ממשמורת על פי חוק הכניסה לישראל. טענה זו של העותרים הינה, איפוא, טענה חלופית, ככל שלא תתקבל טענתה בדבר חוסר הסמכות של שר הפנים להוציא צווי הרחקה מלכתחילה.

כאשר אין כלל הליך להרחקתו של אדם, ולא ניתן להרחיקו מטעמים שאינם תלויים בו, ממילא נשמט הבסיס לחוקיות החזקתו במשמורת".

אי-סבירות קיצונית

*Not in My Back Yard ("NIMBY")*

104. מדיניות לפיה כל אימת שראש עיריה זה או אחר יקבול בפני משרד הפנים על חוסר רצונו "לארח" מבקשי מקלט בשטחה המוניציפלי של עירו, זה האחרון יפעל כדי לאסור על מבקשי המקלט בעיר, אינה רק בבחינת החלטה המשרתת מטרה זרה, אלא גם בלתי סבירה באופן קיצוני.

105. כפי שהצהירה המדינה בהודעתה מיום 18.11.08 במסגרת בג"ץ 7302/07 (נספח ע/29), אין בכוונת מדינת ישראל להרחיק את אזרחי סודן ואריתריאה בחזרה למדינותיהם, לפחות לעת הזו. במצב דברים זה, אינטרס ברור הוא, שאותם אנשים יוכלו לעבוד לפרנסתם, שאם לא כן – עלולים הם ליפול כנצרכים על שירותי הרווחה של המדינה, או חלילה לפנות לדרך הפשע – כמוצא הכרחי להשגת מזון, משקה, כסות וקורת גג. ואולם, **בעוד שברור לכל שיש לאפשר את ה"פעילות" הזו (מתן אפשרות פרנסה למבקשי המקלט מאריתריאה ומסודן – אשר מדינת ישראל עצמה מצהירה שאין בכוונתה להרחיקם), הרי שאף רשות מקומית אינה רוצה שמקומות העבודה של אנשים אלה יהיו "בחצר האחורית" שלה.**

106. מצב דברים זה, בו כלל ה"שחקנים" רוצים בהתרחשותה של פעילות מסויימת, אך אף "שחקן" אינו רוצה שפעילות זו תתבצע ב"חצר האחורית" שלו, מוכרת כתופעת NIMBY (קיצור של: Not In My Back Yard). בתי המשפט בישראל הכירו לא אחת בקיומה של התופעה, ואף קבעו מפורשות שאין לאדם עילה משפטית להתנגד לפעילות מסויימת ב"חצר האחורית" שלו על בסיס טענת NIMBY (ר' לדוגמה: בג"ץ 453/98 עיריית באר שבע ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נב(2) 13, בעמ' 19; ה"פ 5025/06 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' שמשון (טרם מורסם); עת"מ 318/04 עטיה נ' עיריית באר שבע, פ"מ תשס"ד (1) 241).

107. אכן, הכל מבינים שחשוב לאפשר למבקשי המקלט להתפרנס, כל עוד אין בלאו הכי כוונה או יכולת משפטית להרחיקם (כמו שהכל מבינים שחשוב לאפשר לילדיהם של מבקשי המקלט ללמוד בבתי ספר), אך אף רשות מוניציפלית אינה רוצה שהדבר ייעשה בשטחה (בין מסיבות "לגיטימיות" ובין מסיבות של גזענות וקסינופוביה). ואולם אין זה סביר שמשרד הפנים יתחשב במאווייה של רשות מוניציפלית זו או אחרת כתנאי מספיק להגליית מבקשי המקלט מתחומי אותה עיר, שהרי אם ידבוק באותה המדיניות ימשיכו מבקשי המקלט להיות מטולטלים – נשים, גברים וטף – מעיר לעיר.

108. יתירה מכך – פעילותו זו של משרד הפנים היא חסרת תוחלת, שהרי – כאמור – המייחד את תופעת ה-NIMBY הינו שאיש (בענייננו – אף רשות מוניציפלית) אינו מעוניין שהפעילות –

הרצויה באופן "כללי" – תתרחש ב"חצרו האחורית". אך אם אף רשות מוניציפלית אינה רוצה את מבקשי המקלט בשטחה, כיצד ינהג משרד הפנים – המבקש לרצות את כלל אותן הרשויות? היעלים את מבקשי המקלט כבמעשה כשפים?

### **פגיעה בישובי ה"פריפרייה"**

109. החלטת משרד הפנים לוקה בחוסר סבירות גם משום שבהוצאתם הכפויה של מבקשי המקלט ממרכז הארץ – הוא מעבירם ממקומות בהם ישנן אפשרויות תעסוקה רבות באופן יחסי, אל איזורים מוכי אבטלה. בכך פוגע משרד הפנים באיזורי הפריפריה, אשר בהם נאבקים אזרחי ישראל על כל מקום עבודה פנוי, שכן הוא מפנה למקום עובדים נוספים, אשר יתחרו עם תושבי הפריפריה על שוק העבודה "השניוני" של עבודות נמוכות שכר.

### **מניעת נגישות לשירותים חיוניים**

110. הגליית מבקשי המקלט ממרכז הארץ פירושה מניעת נגישות אל שירותים חשובים, המשרתים את מבקשי המקלט באופן ייחודי, והממוקמים אך ורק במרכז הארץ. כך, למשל, מבקשי מקלט אינם מבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי. אלו מביניהם אשר אינם עובדים, אינם זכאים לביטוח רפואי כלל, והם נותרים חסרי כל הגנה רפואית. אלו מביניהם אשר מועסקים, תלויים במעסיקיהם אשר אמורים לספק להם ביטוח בריאות פרטי, אך לא תמיד עושים כן. בנסיבות אלה, כאשר מבקשי מקלט בלתי-מבוטחים נופלים למשכב, הם נאלצים לפנות למרפאת המתנדבים של **עמותת "רופאים לזכויות אדם"** (העותרת 7 דכאן) הממוקמת ביפו או, לחילופין, למרפאת המתנדבים המנוהלת ע"י הסתדרות הרופאים בישראל (הר"י) והממומנת בחלקה ע"י משרד הבריאות, אשר מקום מושבה בתחנה המרכזית בדרום תל-אביב. הדרישה שמבקשי המקלט לא ישהו בין חדרה לגדרה פירושה שרבים מהם לא יזכו לטיפול רפואי בסיסי, דבר שעלול לגרום להתדרדרות במצבם הבריאותי.

111. יוסבר: סעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 קובע: "במצב חירום רפואי זכאי אדם לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה". אמור מעתה: במצב חירום שומה על בית חולים ליתן טיפול לאדם, אף אם אינו מבוטח בכל ביטוח בריאות שהוא (ממלכתי או אחר). בית-החולים יוכל לדרוש מאותו אדם לשלם עבור טיפול החירום שקיבל, לאחר שחרורו מבית-החולים, וכך אמנם נוהגים בתי-החולים בישראל. ומה לגבי מצב רפואי שאינו מגיע לכדי "מצב חירום"? לכאורה, במצב זה אין מוטלת חובה משפטית על בית-חולים ליתן טיפול רפואי לחולה. כך קורה, שמבקשי מקלט שאין להם ביטוח בריאות, אינם מקבלים כל טיפול רפואי, כאשר המצב הרפואי שלהם אינו מגיע לכדי "מצב חירום". ואולם, כאשר מחלה כלשהי אינה מטופלת, לא אחת מתדרדר מצבו הרפואי של החולה. רק כאשר מצבו הרפואי של מבקש המקלט הבלתי-מבוטח מתדרדר לכדי "מצב חירום" יאות בית-החולים לטפל בו. כך קורה, שהקופה הציבורית מתדלדלת, שכן טיפול החירום הוא יקר עד מאוד, ומבקש המקלט האביון – בדרך-כלל אינו יכול לפרוע (בדיעבד, לאחר הטיפול) את דרישת התשלום שבית-החולים מגיש לו. אכן, במצבים רבים מעין אלה נוהגים בתי-החולים להכריז, לאחר נסיונות כושלים להיפרע ממבקש המקלט, על החוב שלו

כ"חוב אבוד", ומגלגלים את דרישת התשלום אל פתחו של משרד הבריאות (אשר מגלגל חובות אלה אל הציבור הישראלי בכללותו). המצב אף חמור יותר, מבחינה מוסרית, כאשר הגעתו של מבקש המקלט לבית החולים הינה בשלב מאוחר מדי, לאחר שכבר נגרם לו נזק רפואי בלתי- הפיך.

112. מכאן, שיש במניעת הנגישות של מבקשי המקלט למרפאות המתנדבים במרכז הארץ (ויודגש: **רק במרכז הארץ מתנהלות מרפאות שכאלה**) כדי לסכן את חייהם של מבקשי המקלט, וכדי לדלדל את הקופה הציבורית גם יחד.

113. יוסף עוד לעניין זה: לעיתים, נופלים מבקשי המקלט למשכב למשך תקופה ארוכה, ואינם מסוגלים לעבוד ולכלכל את עצמם, גם לא ברמה הבסיסית ביותר של תשלום עבור מזון וקורת גג. מבקשי מקלט חולים אלה נאלצים להסתמך, לא אחת, על טוב ליבם של בתי מחסה דתיים (כנסיות אפריקאיות וכו'), אשר רובם המכריע ממוקם במרכז הארץ. ככל שיידרשו מבקשי מקלט אלה לעזוב את איזור המרכז בגין נוהל חדרה-גדרה, מצבם הבריאותי עלול להתדרדר עוד יותר, וכך הם צפויים להפוך דרי רחוב, באשר אין ביכולתם לכלכל את עצמם, נוכח מצבם הבריאותי.

114. שירותים חיוניים נוספים, להם נזקקים מבקשי המקלט, מצויים בתל-אביב באופן בלעדי או כמעט בלעדי. כך, למשל, משרדיהם של ארגוני זכויות האדם בכלל, וארגוני זכויות מבקשי המקלט והפליטים בפרט, ממוקמים ברובם המכריע בתל-אביב. הגוף היחיד אשר נותן שירותים משפטיים לפליטים ולמבקשי מקלט באופן בלעדי (**הקליניקה לזכויות פליטים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב**) פועל בתל-אביב, ומכוח שיוכו המוסדי לא נראה שיוכל לתפקד ממקום אחר.

115. כך גם ביחס לארגונים הנותנים שירותים סוציאליים ופסיכו-סוציאליים לאוכלוסיה זו. כך, למשל, חרף "הלחצים הכבדים" שהפעילה עיריית תל-אביב על משרד הפנים להרחקת מבקשי המקלט מתחומי העיר (ר' נספח ע/14), עיריית תל-אביב היא, למעשה, העירייה היחידה אשר הקימה גוף אשר נועד לסייע לקהילה הזרה בעיר. בשנת 1999 הקימה העירייה את **מסיל"ה** – **מרכז סיוע ומידע לקהילה הזרה**. מסיל"ה מציעה "מענה אישי, קהילתי ומערכתי, במטרה לתמוך בקהילה הזרה ולהשמיע את קולה" (מתוך דו"ח מסילה 2008). נוכח העליה במספר מבקשי המקלט שהגיעו לישראל (ולתל-אביב) במהלך השנים 2005-2008, חלק גדול מפעילות מסיל"ה הופנה לטיפול באוכלוסייה זו. כנכתב בדו"ח לשנת 2008:

במסיל"ה יוחד תפקיד לטיפול בנושא: 'רכזת פליטים'. על הרכזת הוטל לאתר צרכים באוכלוסיה ולפעול למען מציאת מענים. אופיה היחודי של האוכלוסייה דרש התיחסות למגוון צרכים: תעסוקה, חינוך, בריאות, דיור וכו'. יש מאין יצרה מסיל"ה מגוון פרייקטים ותוכניות לשירות

הקהילה, בניסיון לרתום מענים קיימים ושירותים ישראלים ולספק את המענה הטוב ביותר למצוקתם הקשה. רכזת הפליטים פועלת במספר מישורים במקביל: מול הקהילה ומנהיגיה, מול משרדי הממשלה (בעיקר בתחומים של בריאות וחינוך), מול משרדי השלטון המקומי ומול ארגונים וולנטריים שונים. בנוסף, מסתייעים הפליטים במגוון השירותים האחרים שמעניקה מסיל"ה והם מהווים כיום פלח נכבד מאוכלוסיית מקבלי השירותים של המרכז.

העתק העמודים הרלוונטיים מ"דו"ח מסיל"ה 2008" רצ"ב ומסומן 6/ע

116. מלבד מסיל"ה, פועלים בתל-אביב רבתי מספר ארגוני זכויות אדם, המספקים שירותים ייחודיים לפליטים ולמבקשי מקלט. כך, למשל, **המרכז לקידום פליטים אפריקאיים** (העותר 1) מנהל מקלט לנשים בודדות עם ילדיהן הקטינים ביד אליהו. **עמותת אס"ף** (העותרת 4) מלווה מקרוב קטינים לא-מלווים (unaccompanied minors), ומנהלת מרכז נוער בדרום תל-אביב. המרכז פתוח בימים א'-ה' בין השעות 18:00-23:00, ומתבצעת בו פעילות חברתית ולימודית עניפה (לדוגמה, לימודי מחשבים). פעילות חיונית זו, מבטיחה שאותם נערים לא "יסתובבו ברחוב" בחוסר מעש בשעות הערב והלילה (יוזכר כי מדובר בנערים בלתי-מלווים, אשר הוריהם אינם נמצאים בישראל; לא אחת מדובר בהורים אשר נהרגו בארץ המוצא כתוצאה מרדיפה, או שהם בחזקת נעדרים). בנוסף, מתנדבי העמותה מעניקים מגוון שירותים פסיכו-סוציאליים לאמהות חד הוריות, ילדים עם צרכים מיוחדים וחולים כרוניים, מקרב אוכלוסיית מבקשי המקלט בלתי-אביב רבתי.
117. בית הספר ביאליק-רוגוזין מספק לילדי מבקשי-מקלט מסגרת שבתי ספר אחרים מחוץ לתל-אביב אינם ערוכים לספק. בבית הספר מרקם ייחודי של ילדים ישראלים, ילדי מהגרי עבודה וילדי מבקשי מקלט. בית הספר מעסיק פסיכולוג המעניק לילדים סיוע רגשי, סיוע הנדרש באופן ייחודי לילדי פליטים, אשר לא אחת חוו חוויות קשות במדינות המוצא שלהם, או שנדרשים לתפקד במשפחות בהן ההורה/ים נושאים בנפשם צלקות קשות, ולעיתים מצויים במצבי פוסט-טראומה, כתוצאה מהרדיפה שחוו במדינות המוצא שלהם.
118. תנועת הנוער העובד והלומד מפעילה ביפו "אולפן" הפועל בימים א' – ה' בין השעות 13:00-8:00, ובו לומדים מבקשי מקלט (או ילדים של מבקשי מקלט) בני 14 ומעלה, אשר לא נקלטו במערכת החינוך הממלכתית בישראל.
119. בנוסף, כמצויין לעיל, איזור גוש דן מספק, באופן יחסי, אפשרויות עבודה רבות יותר למבקשי המקלט. אכן, "השוק החופשי" – אותו "שוק" אשר נציגי המדינה מרבים לדבר בשבחו, לא אחת – הוא זה אשר "הביא" את מבקשי המקלט לתל-אביב, בחלק גדול מן המקרים.
120. על הקשיים הרבים אשר נתקלים בהם מבקשי מקלט בחיפושם אחר מקורות פרנסה מחוץ לאיזור המרכז ניתן ללמוד מתצהירו של מר ראשיד עוסמאן סולימאן עוסמאן, מבקש מקלט

מסודן. כפי שמספר מר עוסמאן בתצהירו בהרחבה, לפני שנקבעה מגבלת חדרה-גדרה, התפרנס מעבודות שיפוצים, חשמלאות, וכפועל בחברת הפקות סרטים בתל-אביב. לאחר שנקבעה מגבלת חדרה-גדרה, חיפש מר עוסמאן, ללא הצלחה, עבודה באשקלון, במושב שברבת אשקלון, באשדוד, בדימונה, במלונות ים המלח, בקיבוץ עין-גדי, בבאר-שבע, בחיפה, בעכו, בנצרת, בטבריה, בכרמיאל, ובמושב אמירים. מר עוסמאן לא הצליח למצוא עבודה באף אחד ממקומות אלה (למעט עבודה במסעדה בבאר-שבע, במשרה של 3-4 שעות ביום במשך ארבעה ימים בשבוע – משרה חלקית שבאמצעותה לא יכל לקיים את עצמו מבחינה כלכלית).

121. מר עוסמאן, אשר מתאר בתצהירו כיצד מגבלת חדרה-גדרה הפכה אותו לחסר-בית הנאלץ ללון ברחוב, מסיים את תצהירו במילים הבאות:

אני מיואש ומצבי עכשיו קשה. אני רוצה לחיות כמו בן-אדם. כל רצוני הוא חיים נורמליים, אבל אני לא מצליח למצוא אותם. אני חושב שאולי כבר עדיף לי להיות בבית-כלא. אני לא מבין מדוע שחררו אותי מן הכלא - כדי לישון ברחוב?

תצהירו של מר עוסמאן רצ"ב ומסומן ע/7

122. מכל הסיבות המנויות לעיל עולה בבירור, לדעת העותרים, כי ההחלטה להדיר את מבקשי המקלט האפריקאיים מן התחום שבין חדרה לגדרה הינה החלטה בלתי סבירה בעליל.

### חוסר תום לב

123. כידוע, "כלל גדול הוא שרשות ציבורית חייבת לכלכל את מעשיה בתום לב, כלומר לנהוג ביושר ובהגינות ביחסיה עם האזרח" (בג"ץ 135/75 סאי טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673, בעמ' 7-676).

124. כפי שצויין לעיל, לאחר הגשת "עתירת אילת" הודיעה המדינה, חוזר והודע, לבית-המשפט, שהוקמה ועדה בין-משרדית, בראשות מר גנות מן המשיב 1, אשר תדון, בין השאר, בשאלה אם יש מקום להטיל מגבלות גיאוגרפיות על מבקשי מקלט בישראל, וככל שכן – אילו מגבלות.

125. על בסיס הודעות אלה של המדינה, ולבקשתה, נעתר בג"ץ לדחות שוב ושוב את הדיונים אשר נקבעו בעתירת אילת. למעשה, עד לזמן כתיבת שורות אלה לא התקיים ולו דיון אחד בעתירת אילת (ונכון להיום אף לא נקבע תאריך לדיון בעתירה), וזאת חרף העובדה שהעתירה הוגשה כבר ב-10.12.08, תוך בקשה לקיים בה דיון דחוף, וחרף החלטתו של כב' השופט רובינשטיין, שניתנה ביום הגשת העתירה, ובה נקבע כי "התיק יועבר להרכב וישמע עד סוף חודש זה [דהיינו: סוף דצמבר 2008 – יל"י]".

העתק החלטת כב' השופט רובינשטיין מיום 10.12.08 בבג"ץ 10463/08 רצ"ב ומסומן ע/34

126. כלומר: פרקליטות המדינה סיכלה את האפשרות לקיים דיון משפטי בשאלת חוקיות הפגיעה בחופש התנועה של מבקשי מקלט בישראל, וזאת על בסיס מצג לפיו מתקיים דיון עקרוני בשאלה זו ממש ע"י ועדה בין-משרדית שהוקמה בעקבות הגשת העתירה.

127. לא יתכן שמצד אחד תעצור המדינה את ליבון הסוגיה המשפטית של חוקיות הגבלת חופש התנועה של מבקשי מקלט בעתירת אילת, על בסיס הטענה שוועדה בין-משרדית דנה בסוגיה זו, ובד בבד תמשיך במדיניות חדרה-גדרה, ואף תאכוף מדיניות זו על-ידי האמצעי הקיצוני של שלילת חירות. התנהגות זו הינה חסרת תום לב, וככזו – בלתי חוקית על פי עקרונות המשפט המנהלי הישראלי.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כמבוקש בראש עתירה זו ולפסוק לטובת העותרים שכ"ט עו"ד והוצאות משפט.

---

ד"ר יובל לבנת, עו"ד  
ב"כ העותרים