

- העותרים:
1. מוקד סיוע לעובדים זרים
 2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 3. המרכז לפלורליזם יהודי - התנועה ליהדות מתקדמת בישראל
 4. עמותת רופאים לזכויות אדם
 5. אס"ף – ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט

ע"י עוה"ד יונתן ברמן ו/או עדי וילינגר
ו/או נעמי לבנקרון ו/או אורי שדה
ממוקד סיוע לעובדים זרים
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5602530; פקס: 03-5605175
טל' נייד: 054-3008035

וכן ע"י עוה"ד ענת בן-דור ו/או אורה בלום
ו/או טלי קריצמן
מן התכנית לזכויות פליטים
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
רמת אביב 69978
טל': 03-6405264; פקס: 03-6407422

נ ג ד

- המשיבים:
1. שר הביטחון
 2. שר הפנים
 3. ראש ממשלת ישראל
 4. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים

עתירה למתן צו על-תנאי ולמתן צו ביניים

מוגשת בזאת עתירה דחופה למתן צו-על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא יימנעו מגירושם של מי שנכנסו לישראל ללא היתר ונמצאים בשטח שבריבונות ישראל או על גבולה הבינלאומי, ובהם מבקשי מקלט, בהתאם לנוהל, המכונה על ידי המשיבים "נוהל החזרה חמה";

2. מדוע לא יימנעו מגירושם של מי שנכנסו לישראל ללא היתר ונמצאים בשטח שבריבונות ישראל או על גבולה הבינלאומי, ובהם מבקשי מקלט, וזאת עד שיינקטו הפעולות הבאות ביחס לכל מגורש ומגורש :

א. יתאפשר לו לפגוש בנציגי נציבות האו"ם לפליטים בישראל ולהגיש בקשה למקלט בישראל בהתאם לנוהל, המכונה "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל", ולמצות את ההליכים הקבועים בנוהל האמור ;

ב. תתקיים בדיקה אינדיבידואלית בדבר טענתו לרדיפה או לחשש אחר לשלומו – הן במדינת מוצאו והן במדינה אליה הוא מגורש – בטרם הוצאתו אל הפועל של הגירוש ;

ג. ייערך לו שימוע על ידי הגורם המוסמך בטרם הוצאת צו גירוש, בין שהגירוש נעשה מכוח סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 ובין שהגירוש נעשה מכוח סעיף 30(א) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 ;

ד. במשך פרק הזמן שבין מעצרו לבין גירוש, לא תיחסם גישתו לארגוני זכויות אדם או לגורמים אחרים, העשויים לסייע בידו למצות את זכויותיו בטרם גירושו.

3. מדוע לא יימנעו מהחזקתם של מי שנכנסו לישראל ללא היתר ונמצאים בשטח שבריבונות ישראל או על גבולה הבינלאומי ללא אסמכתא חוקית.

בקשה דחופה למתן צו ביניים ולקיום דיון דחוף

מוגשת בזאת בקשה דחופה למתן צו ביניים המורה למשיבים להימנע מגירושם מישראל של מי שנכנסו לישראל ללא היתר ונמצאים בשטח שבריבונות ישראל או על גבולה הבינלאומי, ובהם מבקשי מקלט, בהתאם לפרקטיקה, המכונה על ידי המשיבים "נוהל החזרה חמה", ומבלי שנקטו לגביהם הפעולות המפורטות בבקשה למתן צו על תנאי, וזאת עד להכרעה בעתירה.

כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, בהתאם להנחיות המשיבים, גירש צה"ל למצרים בלילה שבין 18.8.2007 ל-19.8.2007 48 אנשים, בהם לפחות 18 ילדים, כיממה לאחר שחצו את הגבול. מתוכם היו הרוב המוחלט, 44 במספר, אזרחי סודן. זאת, מבלי שהתאפשר לאיש מהם להשמיע את טענותיו בפני הגורמים המוסמכים להורות על גירושם, מבלי שהתאפשר לאיש מהם לפנות אל נציבות האו"ם לפליטים לצורך הגשת בקשת מקלט בישראל, מבלי שנבחנו טענותיהם בדבר הסכנה העשויה להישקף להם אם יגורשו, מבלי שניתנה להם הזדמנות לפנות לארגוני זכויות אדם שסייעו להם למצות את זכויותיהם, ומבלי שנתקיימו התנאים הנדרשים להבטחת שלומם במצרים.

כפי שיפורט בהמשך, עמדת המשיבים (כפי שהובאה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בפני הגורמים המוסמכים, וכפי שהוצגה בהודעות משרד ראש הממשלה) היא כי אין מניעה חוקית לגרש מי שנכנסו לישראל ללא היתר בסמוך לאחר כניסתם ללא קיום כל ההליכים הנ"ל. יתרה מזאת, עמדתם היא כי כך יש להתמודד בטווח הזמן המידי עם כניסתם של שוהים שלא כדין לתחומי המדינה ללא היתר.

גירוש בהתאם לנוהל המכונה "החזרה חמה" שולל מן המגורשים לא רק את זכות הטיעון ואת הזכות לפנות בבקשה לקבלת מקלט בישראל, אלא אף חוסם את דרכם של המגורשים אל הערכאות השיפוטיות. לאחר מעצרם הם מוחזקים שעות אחדות במעצר ומגורשים מייד מבלי שאפילו תהיה בידם אפשרות לפנות לגורם כלשהו שיסייע בידם ליזום הליך משפטי נגד הגירוש. בנסיבות אלה, ברי כי לא ניתן למנוע את גירושם באמצעות הבאתו של מקרה ספציפי של אדם הסבור כי הוא נפגע מן הנוהל.

בהעדר אפשרות לנפגעים ספציפיים לפנות לערכאות במועד, הוצאת צו ביניים כמבוקש בעתירה זו היא האופן היחיד בו ניתן למנוע פגיעה אנושה בזכויותיהם של מי שנכנסו ללא היתר לישראל, ובהם פליטים רבים. חשיבותו של צו הביניים נובעת מכך שהפגיעה בזכות הטיעון ובזכות לבקש מקלט של כל אותם אנשים, אשר יגורשו בהתאם ל"נוהל החזרה חמה" עד להכרעה בשאלת חוקיותו, עשויה להעמיד רבים מן המגורשים בסכנת חיים.

צו הביניים אף נדרש משום שהנוהל מהווה הפרה בוטה של עקרון ה- non-refoulement (איסור הגירוש), האוסר על גירושו של אדם למקום בו יועמדו חייו, חירותו או שלמות גופו בסכנה. גירוש ללא בדיקה אינדיבידואלית וללא מתן אפשרות להגיש בקשה למקלט, אינו עומד בדרישות עקרון זה, המעוגן הן במשפט הפנימי של מדינת ישראל והן במשפט הבינלאומי ההסכמי והמינהגי.

נוכח האמור יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים כמבוקש, וזאת עד להכרעה בעתירה.

1. מבוא

עניינה של עתירה זו בנוהל, המכונה על ידי המשיבים "נוהל החזרה חמה", והעוסק בגירושם של מי שנכנסו אליה ללא היתר בסמוך למועד כניסתם.

בחודשים האחרונים גבר זרם הנכנסים לישראל דרך גבולה הדרומי עם מצרים (ועל כך, ללא ספק, ירחיבו המשיבים בתגובתם). רבים מן הנכנסים הם מבקשי מקלט, הטוענים כי אם יגורשו, תישקף סכנה לחייהם או לשלומם הגופני. חלק מן הנכנסים מקורם בחבל דרפור שבמערב סודן, בו מתחוללים אירועים, שהוגדרו על ידי מדינות רבות כרצח עם, ושהוגדרו על ידי האו"ם כאסון ההומניטרי הקשה ביותר המתרחש כיום בעולם. אחרים מקורם בדרום סודן, באריתריאה, בקונגו ובחוף השנהב, מדינות אשר נציבות האו"ם לפליטים מכירה באיסור לגרש לתחומן בשל המצב השורר בהן, ומדינת ישראל אינה מגרשת אליהן מבקשי מקלט. אחרים נמלטו מרדיפה אישית על רקע שונה.

כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, הדין הישראלי, כמו גם הדין הבינלאומי ההסכמי והמינהגי, רואים בעקרון ה- non-refoulement (איסור הגירוש) במקרים בהם עשויה להישקף לאדם סכנה, עקרון יסודי, המגביל את סמכות הרשויות המוסמכות לגרש אדם מתחומן או למנוע את כניסתו. ואולם, המשיבים, על מנת "להתמודד" עם התגברות זרם מבקשי המקלט המגיעים לישראל, החליטו להתעלם כליל מעקרון זה, באמצעות גירוש ללא קיומו של הליך כלשהו, ותוך סגירה הרמטית של מערכת המקלט הישראלית בפני מבקשי מקלט, שנכנסו לישראל שלא כדין ונעצרו בידי הצבא בסמוך לכניסתם.

המגורשים לפי "נוהל החזרה חמה" אינם מובאים בפני הגורם המוסמך לצורך הצגת טענותיהם בטרם גירושם, וזה נעשה ללא הוצאת צו. בשעות שבין מעצרו לגירושם נחסמת נגישותם לנציבות האו"ם לפליטים, כך שהם כלל אינם יכולים להגיש בקשת מקלט בישראל, נחסמת גישתם לערכאות השיפוטיות, ונחסמת גישתם לארגוני זכויות אדם, שייתכן שהיו יכולים לסייע בידם למצות את זכויותיהם המשפטיות בטרם יגורשו.

"נוהל החזרה חמה" הופעל עד כה פעמים בודדות בלבד, אולם המשיבים חוזרים ומצהירים, כי לשיטתם, זוהי הדרך עמה יש להתמודד מעתה עם כניסתם לישראל ללא היתר של מבקשי מקלט ואחרים. מהצהרותיהם עולה כי הפעלת הנוהל לפני עשרה ימים בעניינם של 48 מגורשים אינה אלא סנונית ראשונה, המבשרת על אימוץ ה"נוהל" כמדיניות כללית.

2. הצדדים לעתירה

1. העותר 1, **מוקד סיוע לעובדים זרים**, הוא עמותה, שהוקמה בשנת 1998, הפועלת להגנה על זכויותיהם של מהגרי עבודה, קורבנות הסחר בבני אדם למטרות זנות ולמטרות עבודה, מבקשי מקלט ופליטים.
2. העותרת 2, **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, היא עמותה, הפועלת מזה למעלה משלושים וחמש שנים לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים שבשליטתה באמצעות ייזום חקיקה, התדייניות משפטיות, חינוך, הסברה, התכתבות עם גורמי ממשל וטיפול בפניות ציבור.
3. העותר 3, **המרכז לפלורליזם יהודי**, הינו הזרוע המשפטית והציבורית של התנועה ליהדות מתקדמת בישראל. העותר 3 פועל לקידום פלורליזם, סובלנות דתית, שוויון ערך האדם וצדק חברתי בישראל, על בסיס גישה יהודית ליברלית ומתוך תפישה ערכית המבוססת על עקרונות הצדק והמוסר של נביאי ישראל.
4. העותרת 4, **עמותת רופאים לזכויות אדם**, היא עמותה, אשר הוקמה בשנת 1988 במטרה להיאבק למען זכויות אדם בכלל ולמען הזכות לבריאות בפרט בישראל ובשטחים שבשליטתה. כבוד האדם, שלמות גופו ורוחו וזכותו לבריאות עומדים במרכז השקפת העולם של העמותה ומנחים את פעילויותיה ומאבקה הן ברמת הפרט והן ברמת הכלל.

5. העותר 5, אס"ף - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט, הוא עמותה, אשר הוקמה בשנת 2007 במטרה לקדם את ערכי הגנת הפליט בקרב הציבור הישראלי, לספק שירותים פסיכוסוציאליים ולתת כלים לפליטים השוהים בארץ, אשר יבטיחו קיומם הבסיסי בכבוד.
6. המשיב 1, שר הביטחון, הוא השר הממונה מטעם הממשלה על הצבא, המוציא אל הפועל את גירושם של מבקשי מקלט לפי "נוהל החזרה חמה", והוא הגורם המוסמך ליתן צווי גירוש נגד מי שנכנסו לישראל ללא היתר לפי סעיף 30(א) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן – **חוק ההסתננות**).
7. המשיב 2, שר הפנים, הוא הגורם המוסמך להורות על הרחקתו של אדם מישראל מכוח סעיף 13(ב) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – **חוק הכניסה לישראל**).
8. המשיב 3, **ראש ממשלת ישראל**, הוא הגורם אשר, בהתאם להצהרותיו שלו, הורה לגורמים הרלוונטיים לפעול בהתאם ל"נוהל החזרה חמה".
9. המשיב 4, **היועץ המשפטי לממשלה**, ממונה על הנחיית משרדי הממשלה השונים בכל הנוגע לחובותיהם וסמכויותיהם על פי חוק. כפי שיובהר בהמשך, המשיב 4 הוא שהנחה את המשיבים 1-3, כי גירוש בהתאם לעקרונות "נוהל החזרה חמה" הוא גירוש כדין.

3. הרקע העובדתי ופניות העותרים

רקע כללי

10. מדינת ישראל קיבלה על עצמה, בחתימתה ובאשררה את האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (כ"א 65, כרך 3, עמ' 5, להלן – **אמנת הפליטים או האמנה בדבר מעמדם של פליטים**), למלא אחר הוראותיה. ואולם, עד היום לא יצרה ישראל את המנגנונים המשפטיים והמנהליים למימוש מלא של חובותיה על פי האמנה. מנגנון קבלת הפליטים בישראל נשען על נוהל פנימי, המכונה על ידי המשיבים "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל", אשר הוכן על ידי צוות בין-משרדי בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז), עו"ד מני מזוז, ונחתם על ידי שר הפנים בשנת 2001. יצוין כי אף על פי שחלפו כשש שנים מאז גיבוש הנוהל וראשית יישומו, טרם פורסם הנוהל על ידי המשיבים בדרך שתעשה אותו נגיש למבקשי מקלט פוטנציאליים.

- העתק "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל" משנת 2001, מצ"ב ומסומן ע/1.
 העתק התיקון לנוהל מפברואר 2005, מצ"ב ומסומן ע/2.

11. הנוהל קבע מנגנון היברידי, בו נשענת מערכת קבלת הפליטים בישראל, במידה רבה, על עבודתה של הנציגות הישראלית של נציבות האו"ם לפליטים בישראל. על פי הנוהל, בקשות למקלט מדיני בישראל על פי אמנת הפליטים מוגשות למשרדי נציבות האו"ם לפליטים בישראל, והנציבות מראינת את הפונה ובוחרת את פרטי הבקשה בהתאם למידע המצוי בידה. הערכתה של נציבות האו"ם לפליטים נמסרת ל"ועדה המייעצת לפליטים", בה מיוצגים משרדי החוץ, הפנים והמשפטים. הועדה דנה בבקשה ומעבירה המלצותיה לשר הפנים, המוסמך להכריע בבקשה. מי שהוכר כפליט בישראל יזכה ברישיון לישיבת ארעי (א/5). במהלך בדיקת הבקשה, אם הסיקה נציבות האו"ם לפליטים שקיימת תשתית עובדתית הנופלת לכאורה בגדר אמנת הפליטים, יוענק למבקש המקלט רישיון ישיבה מסוג ב/1 עד לסיום הבדיקה. מי שבקשתו נדחתה יידרש לעזוב את ישראל בתוך שלושים יום או להגיש "בקשה לעיון מחדש" בהחלטת הדחייה (סעיף 4 לנוהל). בשלב הביניים, בו נבחנת בקשתו של מבקש המקלט, מעכב המשיב 2 את הרחקת מבקש המקלט מישראל.

12. מספר הפליטים המבקשים מקלט בישראל הינו נמוך יחסית בקנה מידה בינלאומי. על פי נתוני נציבות האו"ם לפליטים בשנת 2005 הוגשו בישראל 909 בקשות חדשות למקלט. רובם של המבקשים הגיעו מארצות אפריקאיות שונות: בורונדי, קונגו, אתיופיה, גינאה ביסאו (181 מן המבקשים באותה שנה), חוף השנהב (43 מבקשים), ליבריה, ניגריה (160 מבקשים), סודן (102 מבקשים). מיעוטם של המבקשים מגיע ממדינות אירופאיות (רומניה, רוסיה), ממדינות דרום אמריקה (23 מבקשים מקולומביה) או המזרח הרחוק (12 מבקשים מסרי לנקה). יצוין, כי בשנה האחרונה גדל מספר מבקשי המקלט בישראל באופן ניכר. על כך, ללא כל ספק, ירחיבו המשיבים.

העתק הדו"ח הסטטיסטי שפרסמה נציבות האו"ם לפליטים לשנת 2005 מצ"ב ומסומן ע/3.

13. ככל הידוע לעותרים, הרוב הגדול של מבקשי המקלט בישראל נכנס אליה שלא כדין, דרך גבול מצרים. חלק מן הפליטים מסגירים עצמם על הגבול, בסמוך לאחר חצייתו ומבקשים מקלט. אחרים מגישים בקשותיהם לאחר שנכנסו לישראל או לאחר שהושמו במשמורת בגין כניסה לישראל או שהייה בה ללא היתר. עד לאחרונה, מדיניות המשיבים הייתה כי מבקש מקלט, שנכנס לישראל שלא כדין, נעצר, בין אם מכוח הוראות חוק הכניסה לישראל ובין אם מכוח הוראות חוק ההסתננות, ובתקופה בה הוא מחזק במעצר מעצרו הוא מרואיין על ידי נציגי נציבות האו"ם לפליטים.

14. עד כה, מבקשי מקלט, שאינם נתיני מדינות המוגדרות כמדינות אויב ושעברו סינון ראשוני של נציבות האו"ם לפליטים, בו נקבע כי בקשתם למקלט אינה מצדיקה דחייה על הסף, שוחררו ממעצר עד לסיום ההליכים בעניינם. נתיני מדינות המוגדרות כמדינות אויב, בעיקר נתיני סודן, מרואיינים אף הם על ידי נציבות האו"ם לפליטים. רוב העצורים מסודן, שהגיעו לישראל בשנתיים האחרונות, שוחררו ממעצר, לרוב לחלופת מעצר מגבילה, שנמצאה עבורם על ידי חלק מן העותרים.

אימוץ "נוהל החזרה חמה" על ידי היועץ המשפטי לממשלה ושר הפנים

15. ככל שידוע לעותרים, ראשיתו של "נוהל החזרה חמה" בישיבה שקיים היועץ המשפטי לממשלה ביום 1.3.2006. בסיכום הישיבה, הנושא את התאריך 16.3.2006 ושכותרתו "טיפול במסתננים מגבול מצרים", נכתב (בעמ' 2, סעיף 3):

"נוהל ה'חזרה חמה' – מבלי להידרש לפרטי הקשיים המעשיים והביטחוניים הכרוכים בכך, ציין היועץ המשפטי לממשלה כי מן הבחינה המשפטית אין מניעה להחזרתו למצרים של מסתנן שנתפס בסמוך לאחר ההסתננות, והחזרה כזו אינה טעונה צו הרחקה או כל הליך אחר. מבחינה משפטית בהליך של מניעת כניסה לישראל, ולא של גירוש מישראל. יודגש כי השימוש בכלי זה מותנה בסמיכות מסוימת בזמן ובמקום התפיסה." (ההדגשות במקור).

העתק סיכום הדיון מיום 16.3.2006 מצ"ב ומסומן ע/4.

16. כשלושה חודשים לאחר קיום הישיבה האמורה, ביום 24.5.2006, הציג שר הפנים דאז, רוני בר-און, במליאת הכנסת את תפישתם (חסרת העיגון בדיון) של המשיבים, לפיה אם טרם חלפו 24 שעות ממועד כניסתו של מבקש המקלט לישראל או אם הוא לא עבר מרחק של 50 ק"מ מן הגבול, כלל לא רואים אותו כמי שנכנס לישראל, וגירושו אינו דורש קיומו של הליך כלשהו:

"יש שם נוהל שהוא יותר עניין של מזל משכל, נוהל שנקרא 'החזרה חמה'. יש בו קשיים מעשיים, בטיחותיים. זאת אומרת, אתה תופס ומחזיר. מבחינה משפטית אנחנו יכולים לעשות את זה, כלומר, תפסנו אדם על הגבול, מחזירים אותו חזרה. זה לא טעון צו הרחקה ולא טעון שום הליך משפטי אחר, זה פשוט הליך חוקי של מניעת כניסה לישראל. בשום פנים ואופן לא גירוש; אתה פשוט מונע את הכניסה לישראל. אבל זה רק אם זה סמוך, במקום, ובזמן התפיסה. אתה לא יכול לעשות את זה אחרי שהוא הגיע 50 ק"מ מהגבול, או אחרי שעבר יום אחד או לילה אחד או 24 שעות."

במסגרת הדיון אף אמר שר הפנים כי:

"יש אפילו מקרים שאנחנו מנסים לדחוף אותם חזרה והם דוחפים אותם אלינו. זה ממש משחק של הורדת ידיים, על הגבול, על הפליט."

העתק העמודים הרלוונטיים מתוך פרוטוקול הדיון במליאת הכנסת מיום 24.5.2006 מצ"ב ומסומן ע/5. לפרוטוקול המלא ראו:

http://www.knesset.gov.il/plenum/data/02977706.doc#_Toc151811931

17. לאחר הגעתו של העתק סיכום הישיבה בלשכת היועץ המשפטי לממשלה לידי הח"מ ולאחר הצגת ה"נוהל" במליאת הכנסת על ידי שר הפנים, פנתה ב"כ העותרים אל היועץ המשפטי לממשלה ביום 1.6.2006, וביקשה כי ככל שקיים נוהל כתוב בעניין זה, יועבר העתקו לידיה. כמו כן עמדה ב"כ העותרים על כך שלא ניתן לקבל את הפרשנות, לפיה אין מדובר בגירוש לישראל אלא ב"מניעת כניסה",

וכן עמדה על כך שממילא עקרון ה-*non-refoulement* חל גם על מי שהגיע אל גבולה של מדינת ישראל וטרם נכנס בשעריה. עוד עמדה ב"כ העותרים על כך שהצבא אינו הגוף המוסמך ובעל הכישורים לבדוק אם נשקפת סכנה לאדם אם יגורש, וכי בדיקה זו דורשת בחינה אינדיבידואלית וזהירה בעניינו של כל אדם עובר לגירושו. בפנייתה עמדה ב"כ העותרים על אי חוקיותו של הנוהל, ועמדה על דרישות המינימום שיש לקיים בטרם גירושו של אדם.

העתק פניית באת כוח העותרים מיום 1.6.2006 מצ"ב ומסומן ע/6.

18. ביום 8.6.2006 הודיעה מנהלת לשכת היועץ המשפטי לממשלה לב"כ העותרים, כי הטיפול בפנייתה הועבר אל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה.

העתק הודעת מנהלת לשכת היועץ המשפטי לממשלה מיום 8.6.2006 מצ"ב ומסומן ע/7.

19. ביום 24.7.2006, משלא נתקבלה תשובה כלשהי, שבה ופנתה ב"כ העותרים אל היועץ המשפטי לממשלה.

העתק הפנייה מיום 24.7.2006 מצ"ב ומסומן ע/8.

20. בראשית שנת 2007 התפרסמו מספר ידיעות בתקשורת, לפיהן משטרת ההגירה מסרבת לקבל מידי הצבא עצורים שנכנסו לישראל שלא כדין, ולוחצת עליו לפעול בהתאם ל"נוהל החזרה חמה". בעקבות זאת שבה באת כוח העותרים ופנתה אל היועץ המשפטי ביום 11.1.2007 לממשלה בעניין זה.

העתק פניית ב"כ העותרים מיום 11.1.2007 מצ"ב ומסומן ע/9.

21. ביום 18.2.2007 נתקבלה במשרדי ב"כ העותרים תשובתה של גב' יוכי גנסין, מנהלת תחום עניינים מינהליים בפרקליטות המדינה, הנושאת את התאריך 15.2.2007. בתשובה זו נמסר כי אין מקום להתייחס לסוגיה העקרונית שהועלתה, מאחר שבפועל לא מתבצעות "החזרות חמות":

"לאחר בדיקה שקוימה [...] הנני להודיעך כי כפי נמסר לנו מלשכת הפצ"ר, הלכה למעשה, לא מתבצעת על ידי צה"ל "החזרה חמה", ולפיכך איננו רואים מקום להידרש לסוגיה העקרונית שהעלית בפניה לעת הזאת.

יחד עם זאת יובהר, כי כפי שנמסר לנו מלשכת הפרקליט הצבאי הראשי, בשעתו הוכן נוהל המחייב תיאום מול הרשויות המוסמכות המצריות, לצורך החזרה בתכוף להסתננות ובכפוף לנטילת אחריות לבטחונם של מסתננים כאמור. ברי כי במקום שמדינת ישראל פועלת למניעת כניסתו או הרחקתו של מסתנן שחדר לשטחה בתיאום עם המדינה ממנה הגיע, ובשים לב לכללי המשפט הבינלאומי בנדון, אין לכך כל מניעה."

העתק תשובתה של גב' גנסין מיום 15.2.2007 מצ"ב ומסומן ע/10.

אפריל 2007 – "החזרה חמה" של שישה מבקשי מקלט אריתראים

22. ואולם, כחודשיים בלבד לאחר קבלת תשובה זו התבצעה לפחות "החזרה חמה" אחת. במהלך סוף השבוע שבימים 23.4.2007 ו-24.4.2007 קיבלו מספר פעילים בארגונים העותרים, ובהם החתומים מטה, פניות טלפוניות רבות של חיילי מילואים, שהוצבו בגבול ישראל-מצרים. חיילי המילואים דיווחו אודות שני מקרים לפחות בימים שקדמו לכך, בהם ניתנה פקודה לגרש באופן מיידי מבקשי מקלט שנכנסו לישראל ללא היתר. באותם המקרים סירבו חיילי המילואים לבצע את הפקודה, ולפיכך הגירוש נמנע. חיילי המילואים, שיצרו קשר עם העותרים, חששו מחשיפת פרטיהם ולכן פרטיהם אינם מצוינים כאן. כאמור, החיילים שוחחו עם החתומים מטה ועם פעילים נוספים, ובהם גב' סיגל רוזן, שעתירה זו נתמכת בתצהירה.

23. בעקבות הדיווחים פנה ב"כ העותרים טלפונית ביום א', 25.4.2007 אל עו"ד רענן גלעדי ממחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, שייצג את המדינה בהליכים בעתירה אחרת הנוגעת לגירוש למצרים (בג"ץ 7964/05, אליו נתייחס בהמשך). שיחה זו התקיימה בהמשך לניסיון להגיע להסכמה במסגרת אותו הליך. במסגרת ניסיון זה התייחס הח"מ גם לדיווחים אודות פקודות, שניתנו בימים האחרונים, לביצוע "החזרה חמה" של מי שנכנסו לישראל, וביקש כי עניין זה ייבדק על ידי עו"ד גלעדי.

24. באותה שיחה מסר עו"ד גלעדי לב"כ העותרים, כי ככל שמתוכננות "החזרות חמות", עניין אינו נוגע לעתירה בבג"ץ 7964/05, בה הוא מטפל, משום שהעתירה נוגעת לגירוש למצרים, בעוד שעמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי "החזרה חמה" אינה "גירוש" אלא "מניעת כניסה". עוד מסר עו"ד גלעדי, כי מכל מקום, ככל שב"כ העותרים מעוניין להתייחס לעניין זה, עליו לפנות אל עו"ד גלעד שירמן ממחלקת הבג"צים, שאליו מועבר הטיפול בתיק.

25. באותו היום פנה טלפונית ב"כ העותרים אל עו"ד שירמן, מסר לו אודות הדיווחים שקיבלו העותרים מחיילי המילואים, הביע את חששו כי תתבצע "החזרה חמה" של מבקשי מקלט בימים הקרובים, וביקש כי העניין ייבדק. עו"ד שירמן מסר כי העניין יועבר לטיפול של הפרקליטות הצבאית.

26. למחרת, ביום 26.4.2007, פנו פעם נוספת מספר חיילי מילואים אל פעילים בארגונים העותרים, ובהם החתומים מטה וגב' סיגל רוזן, שעתירה זו נתמכת בתצהירה. החיילים מסרו כי בלילה שבין 25.4.2007 ו-26.4.2007, בשעה 2:30 לפנות בוקר לערך, נעצרו שישה מבקשי מקלט מאריתריאה על ידי הצבא בשטח ישראל. השישה הדגישו בפני החיילים, כי הם מבקשים מקלט וכי נשקפת סכנה לחייהם אם יגורשו. אף על פי כן ניתנה לחיילי המילואים, שביצעו את המעצר, פקודה לגרש את מבקשי המקלט ולהחזירם למצרים מיידית, וזאת באמצעות דחיפתם אל מעבר לקו הגבול הבינלאומי ושלא דרך מעבר גבול.

27. עוד נמסר על ידי חיילי המילואים, כי הם סירבו לבצע את הפקודה, ועל כן נקראו למקום חיילים בשירות סדיר, אשר ביצעו את הגירוש, וזאת לאחר שבדקו את מסמכיהם ודרכוניהם של מבקשי המקלט. הגירוש בוצע בכוח אף על פי שמבקשי המקלט התחננו על חייהם, בכו, וצעקו כי נשקפת להם סכנה אם יגורשו

למצרים. מבקשי המקלט גורשו תוך הפעלת כוח כשרובי החיילים מכוונים אליהם, וחלקם גורשו כשהם בועטים, צועקים ונגררים על הרצפה. אחד מהם אף נפצע בידו, שנלכדה בגדר ה"תלתלית" בשעה שהחיילים ביצעו את הגירוש תוך הפעלת כוח.

28. בעקבות מקרה זה פנה ב"כ העותרים ביום 29.4.2007 אל היועץ המשפטי לממשלה בבקשה להנחות את הגורמים הרלוונטיים על מנת להבטיח כי אירועים מן הסוג האמור לא יישנו. כמו כן ביקש ב"כ העותרים להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח, נוכח היותה של הפקודה בדבר גירושם בכוח של מבקשי מקלט ללא צו גירוש, מבלי שהתאפשר להם לטעון את טענותיהם ומבלי שנבדקו טענותיהם בדבר סכנת חיים הנשקפת להם, פקודה בלתי חוקית בעליל. תזכורת בעניין זה נשלחה ביום 15.5.2007.

העתקי הפנייה ליועץ המשפטי לממשלה מיום 29.4.2007 והתזכורת מיום 15.5.2007 מצ"ב ומסומנים ע/11 ו-ע/12 בהתאמה.

29. בתשובת עוזרו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 17.5.2007 נמסר, כי הפנייה מיום 29.4.2007 הועברה להתייחסות הפרקליט הצבאי הראשי.

העתק תשובת העוזר ליועץ המשפטי לממשלה מיום 17.5.2007 מצ"ב ומסומן ע/13.

הודעת משרד ראש הממשלה

30. בחודשיה הראשונים של שנת 2007 גדל באופן ניכר מספר מבקשי המקלט, שנכנסו לישראל דרך גבול ישראל-מצרים (כאמור, אנו סמוכים ובטוחים כי המשיבים בתגובתם יציגו נתונים בעניין זה ובהדגשה). בעקבות גידול מספרי זה, הוקמה וועדה בין-משרדית בראשות שר הפנים דאז, רוני בר-און, שתפקידה להמליץ כיצד להתמודד עם התופעה.

31. ביום 1.7.2007, לאחר הגשת המלצות הוועדה הבין-משרדית, אשר לא פורסמו, התקיים דיון בלשכת ראש הממשלה בעניין זה. באותו היום פרסמה לשכת ראש הממשלה הודעה בעקבות דיון שנערך במשרד ראש הממשלה, לפיה מעתה ואילך יוחזרו למצרים כל מי שנכנסו לישראל דרך גבול ישראל-מצרים. בהודעה נכתב, בין השאר:

"בפתיחת הדיון עידכן ראש הממשלה את הנוכחים בפרטי סיכומו עם נשיא מצרים, חוסני מובארק, לפיו מצרים תקלוט בחזרה לשטחה את המסתננים שחצו את הגבול המשותף עם ישראל וכן כל מסתנן אשר יחדור בעתיד את הגבול הדרומי, ובמקביל תפעל למניעת הסתננות עתידית משטחה...."

בתום הדיון סוכם כי צה"ל יפעל לתפיסת המסתננים ולהחזרתם המהירה למצרים, דרך מעברי הגבול, תוך קבלת התחייבויות מהמצרים להבטחת שלומם. במקרים מסוימים, בהם לא ניתן יהיה להחזיר את המסתננים באופן מיידי, הם יועברו למשטרת ההגירה ויושמו במשמורת עד הרחקתם בהקדם לארצות מוצאם."

העתק הודעת לשכת ראש הממשלה מיום 1.7.2007 מצ"ב ומסומן ע/14.

32. יצוין כבר עתה, כי ביום 11.8.2007 הכחישה מצרים את קיומן של "הסכמות" או "הבנות" בדבר החזרה מתואמת של מבקשי מקלט שנכנסו שלא כדין לישראל. בהודעה, שפורסמה באותו היום באתר משרד החוץ המצרי, ושבה נכתב כי מקורה במשרד שר החוץ המצרי, נכתב, כי בניגוד לפרסומים בתקשורת, מצרים לא הסכימה לקבל בחזרה לשטחה את מי שנכנסו דרכה לישראל, וכי מצרים הודיעה לישראל באופן רשמי שהיא אינה מחויבת לקבל לשטחה את מי שאינם אזרחי מצרים:

"[U]nlike what has been circulated by the media, Egypt did not agree to re-admit the persons who have previously trespassed to Israel through the Egyptian borders, affirming that Egypt officially conveyed to Israel that it is not obligated to receive any non-Egyptian citizen who has illegally trespassed to Israel."

העתק הודעת משרד החוץ המצרי מיום 11.8.2007 מצ"ב ומסומן ע/15.

ראו:

http://www.mfa.gov.eg/MFA_Portal/en-GB/MFA_News/Press_Releases/Egypt%20Israeli%20border118

33. ביום 11.7.2007 פנו ב"כ העותרים אל היועץ המשפטי לממשלה וביקשו לקבל פרטים נוספים אודות הודעת משרד ראש הממשלה ואודות הקמת מתקן כליאה למבקשי מקלט. בפנייה דרשו הח"מ לעיין בהסכם ההחזרה עם מצרים וכן להביא לידיעתם מה הן הבטוחות שנתנה מצרים להבטחת שלומם של המוחזרים. כמו כן ביקשו הח"מ כי יובהר מה הם מנגנוני הפיקוח הבינלאומי שהוסדרו כדי להבטיח קיום ההסכם. הדרישה נעשתה על רקע עקרונות המשפט הבינלאומי הנוגעים למחויבויות להבטחת שלומם של מגורשים, ניסיון העבר ומידע מבוסס, אליו נתייחס בהמשך, בדבר ניסיונות גירוש ממצרים למדינות בהם נשקפת לפליטים סכנה, ובדבר מעצר, כליאה בתנאים לא אנושיים ועינויים של מי שגורשו מישראל למצרים בעבר. בנוסף, הוצגה בפנייה סדרת שאלות, הנוגעת לאופן בו יתבצע הגירוש, על מנת לוודא כי אין מדובר בגירוש בהתאם לפרקטיקה הפסולה של "החזרה חמה".

העתק פניית ב"כ העותרים מיום 11.7.2007 מצ"ב ומסומן ע/16.

34. ביום 5.8.2007 שבו ב"כ העותרים ופנו אל היועץ המשפטי לממשלה. בפנייה זו הוצגו בפני היועץ המשפטי לממשלה דיווחים אודות הרג חסר הבחנה של מבקשי מקלט, המנסים להיכנס לישראל, על ידי הצבא המצרי, אודות מקרה בו כמעט גורשו בעבר פליטים סודניים ממצרים לסודן לאחר שגורשו מישראל למצרים, אודות מעצרים שרירותיים של פליטים במצרים, ואודות תנאי מעצר בלתי אנושיים במצרים. הדיווחים גובו בתצהירים, אליהם נתייחס בהמשך.

העתק הפנייה מיום 5.8.2007 מצ"ב ומסומן ע/17.

35. ביום 13.8.2007 נתקבלה במשרדי ב"כ העותרים תשובתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מלכיאל בלס, הנושאת את התאריך 9.8.2007. בתשובה זו התעלם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה משאלות הח"מ אודות מנגנוני הגירוש והמנגנונים להבטחת שלומם של המגורשים למצרים ואף התעלם מטענותיהם אודות חוסר חוקיותו של "נוהל החזרה חמה". בתשובה נכתב כי "מדינת ישראל אכן מקיימת עם מצרים מגעים להסדרת השבתם של מסתננים למצרים, אך זאת רק לאחר שיובטחו שלומם ובטחונם של המוחזרים".

העתק תשובת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה מיום 9.8.2007 מצ"ב ומסומן ע/18.

אוגוסט 2007 – "החזרה חמה" נוספת

36. מספר ימים לאחר מכן ארע מקרה נוסף של "החזרה חמה". ביום 19.8.2007 דיווחו רבים מאמצעי התקשורת בישראל על גירושם של כ-50 מבקשי מקלט שנכנסו לישראל ללא היתר בלילה שקדם לכך בהתאם ל"נוהל החזרה חמה". באותו היום פנו ב"כ העותרים בדחיפות פעם נוספת אל היועץ המשפטי לממשלה, חזרו על טענותיהם בדבר אי חוקיותו של גירוש לפי "נוהל החזרה חמה", ושבּו על טענותיהם בדבר האיסור לגרש למצרים ללא קבלת התחייבויות וערובות מספקות לשלומם של המגורשים.

העתק הפנייה מיום 19.8.2007 מצ"ב ומסומן ע/19.

37. במקביל, פנה ביום 19.8.2007 ב"כ העותרים אל עו"ד גלעד שירמן ממחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, המייצג את המדינה בבג"ץ 7964/05 הנ"ל, ועמד על כך שהפרסומים באמצעי התקשורת, ככל שהם משקפים את המציאות, מצביעים על הפרת התחייבויות המדינה בעתירה בבג"ץ 7964/05, שאודותיו נפרט בהמשך. כמו כן ביקש ב"כ העותרים הבהרות באשר לגירוש למצרים.

העתק הפנייה מיום 19.8.2007 מצ"ב ומסומן ע/20.

38. ביום 27.8.2007 נתקבלה במשרדי ב"כ העותרים תשובת מנהלת לשכת היועץ המשפטי לממשלה, הנושאת את התאריך 21.8.2007, לפיה הטיפול בפנייה מיום 19.8.2007 הועבר לטיפול המשנה ליועץ המשפטי לממשלה.

העתק התשובה מיום 21.8.2007 מצ"ב ומסומן ע/21.

39. יצוין כי עד ליום 23.8.2007 לא עלה בידי העותרים לקבל מידע כלשהו בכתב מידי הרשויות בעניין אירועי ליל 18.8.2007. ביום 23.8.2007 פורסמה באנגלית באתר האינטרנט של משרד החוץ הישראלי, הודעה שכותרתה "Behind the Headlines: Israel and the Darfur Refugees". בפסקה האחרונה להודעה הודה משרד החוץ כי ישראל אכן גירשה 46 מבקשי מקלט למצרים בליל 19.8.2007, מהם 42

אזרחי סודן, 3 אזרחי חוף השנהב ואזרח סומלי אחד. בהודעה אף נכתב, כי הגירוש נעשה בהתאם ל"הסכם אולמרט-מובארק" ותוך פיקוח של נציבות האו"ם לפליטים:

"Of the 46 infiltrators returned to Egypt on 19 August, 42 were Sudanese nationals, 3 citizens of the Ivory Coast and one a Somali national. They were returned, in accordance with the Olmert-Mubarak agreement, under the supervision of the UN Refugee Agency, and on condition they would not be returned to Sudan."

העתק ההודעה שפורסמה באתר האינטרנט של משרד החוץ ביום 23.8.2007 מצ"ב ומסומן ע/22.

40. בעקבות הפרסום האמור, פנה ב"כ העותרים טלפונית ביום 24.8.2007 אל נציגות האו"ם לפליטים בישראל על מנת לבדוק אם הגירוש בליל 19.8.2007 נעשה בפיקוח נציבות האו"ם לפליטים, כפי שנכתב בהודעת משרד החוץ הישראלי. נציגות הנציבות מסרה, כי הדבר לא נעשה בפיקוח ואף לא בידיעת הנציבות, וכי אנשי הנציבות למדו לראשונה אודות המקרה מדיווחים בתקשורת למחרת היום.

41. כפי שניתן לראות מן הציטוט הנ"ל, הודעת משרד החוץ מתייחסת ל"הסכם" (agreement) בין ראש ממשלת ישראל לנשיא מצרים. אולם בהודעה קיימת הפנייה לדף אינטרנט בו מופיעה ההודעה קודמת של משרד החוץ מיום 1.7.2007, בה דובר על "הבנה" (understanding) בין ראש הממשלה לנשיא מצרים.

העתק הודעת משרד החוץ מיום 1.7.2007 אודות ה"הבנה" מצ"ב ומסומן ע/23.

42. למעלה מן הנדרש לצורך עתירה זו, יצוין כי הודעת משרד החוץ מיום 23.8.2007 רצופה אי דיוקים ומציגה באופן מעוות את יחסה של מדינת ישראל אל הפליטים הסודניים. היא מבקשת לנכס לרשויות המדינה את פעילותם של ארגוני זכויות אדם, בהם הארגונים העותרים, לשחרורם של הפליטים ממעצר ולהשמתם בחלופות מעצר בהם יוכלו אף להתפרנס. פעילות זו, יש לציין, זכתה בתחילה להתנגדות מוחלטת מצד רשויות המדינה, ובהמשך, אף שהתנגדות זו רוככה, הוערמו (ועדיין מוערמים) עליה אין-ספור קשיים והוצבו (ועדיין מוצבים) בפניה אין-ספור מכשולים.

43. יצוין, כי מטעמים השמורים עם משרד החוץ, הוסרה ההודעה מאתר משרד החוץ, ולא ניתן למצוא אותה עוד ברשת האינטרנט.

44. ביום 26.8.2007 התקבלה תשובה מאת עו"ד גלעד שירמן ממחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה.

העתק תשובתו של עו"ד שירמן מיום 26.8.2007 מצ"ב ומסומן ע/24.

45. עיקרה של התשובה מוקדש לפירוט עמדת המדינה, לפיה הגרוש לא היווה הפרה של התחייבויות המדינה בבג"ץ 7964/05. לשאלה זו אין מקום להתייחס במסגרת דיונית זו. בנוסף לכך מתוארים בתשובה אירועי ליל 18.8.2007, כפי שנמסרו על ידי היועץ המשפטי לפיקוד הדרום. מן התשובה עולה, כי בלילה שבין ימים 17.8.2007 ו-18.8.2007 נעצרו 51 "מסתננים", בהם 44 אזרחי סודן, 3 אזרחי חוף השנהב, 3 אזרחי אריתריאה ואזרח סומליה אחד. יצוין, כי לב"כ העותרים אף נמסר על ידי נציבות האו"ם לפליטים, כי לאחר מעשה נמסרה להם רשימה חלקית של המגורשים, שכללה משפחות על טפן, ובכלל זה לפחות 18 ילדים.

46. עוד עולה ממכתבו של עו"ד שירמן כי המגורשים "תושאלו" על ידי חיילים בשטח ונרשמו פרטיהם האישיים. עוד צוין, כי "מגורמי הצבא נמסר עוד, כי בשלב זה של התשאול איש מהמסתננים לא העלה טענה בדבר סכנת חיים או כל סכנה אחרת הנשקפת לו במצרים". לאחר מכן הם נלקחו לבסיס צבאי.

47. בלילה שבין 18.8.2007 לבין 19.8.2007, כך לפי מכתבו של עו"ד שירמן, נלקחו העצורים מן הבסיס בחזרה אל הגבול וגורשו "לאחר שיחות תיאום בדרג המדיני בין ישראל לבין מצרים". מן המכתב עולה כי שלושת העצורים האריתראים לא גורשו לבסוף משום "התנגדו" לגירוש בטענה כי חייהם בסכנה. ממכתבו של עו"ד שירמן לא ברור אם "התנגדות" זו הייתה התנגדות מילולית או שמא נאלצו שלושת העצורים האריתראים להתנגד פיזית על מנת למנוע את גירושם.

48. הדבר לא נכתב בתשובתו של עו"ד שירמן, אך למיטב הבנת העותרים לא הוצאו נגד המגורשים צווי גירוש לפי חוק ההסתננות או צווי הרחקה לפי חוק הכניסה לישראל. לא הוצאו להם צווי משמורת או צווי מעצר במהלך היממה בה הוחזקו על ידי הצבא. נערך להם "תחקור", שבו נלקחו מהם פרטים אישיים, אך לא התאפשר להם לטעון את טענותיהם בפני הגורם המוסמך להורות על גירושם. לא התאפשר להם לפגוש בנציג נציבות האו"ם לפליטים. לא התאפשר להם להגיש בקשה למקלט בישראל, והגישה אל מערכת המקלט שהקימה מדינת ישראל נחסמה בפניהם. איש מהם "לא העלה טענה" בדבר סכנה במצרים, אך ניכר מן הדברים כי לא נשאלו כלל מדוע הגיעו לישראל, וכי הגורם שלכאורה בדק אם נטענת על ידם טענה של סכנת חיים, חיילי צה"ל, לא הוכשר לעשות זאת. עוד ניכר מן הדברים, כי כאשר "תושאלו" בשטח כלל לא נאמר להם כי יש כוונה לגרשם למצרים. למעט העברתם לידי הצבא המצרי תוך "תיאום" עמו, ולמעט התבססות על "הבנות" בעל פה בין ראש ממשלת ישראל לבין נשיא מצרים בשיחת טרקלין לפני למעלה מחודשיים, לא נעשה דבר כדי להבטיח את שלומם של המגורשים. לא ננקטו צעדים כלשהם על מנת לבדוק באופן אינדיבידואלי כי לא נשקפת סכנה למי מהם אם יגורש וכי לא יאונה להם רע במצרים.

מקרה קודם של "החזרה חמה" לפני גירוש עמדת היועץ המשפטי לממשלה – גירוש צעירה סורית לסוריה

49. לעותרים ידועים לפחות שני מקרים נוספים, בהם גורשו מישראל מי שנכנסו אליה שלא כדין, תוך חסימת הגישה למערכת המקלט בישראל, ומבלי שתיערך בדיקה אינדיבידואלית של עניינם. זאת עוד

בטרם גובשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה בדבר האפשרות לגרש את מי שנכנס לישראל ללא קיומו של הליך כלשהו.

50. ביום 25.11.2004 פנתה ב"כ העותרים אל שר הביטחון בעניינה של צעירה סורית, אשר לפי פרסומים בתקשורת נעצרה בסמוך לגבול לאחר שנמלטה לישראל, בעקבות מה שהוגדר בתקשורת כ"סכסוך משפחתי". באותם פרסומים אף צוין, כי אותה צעירה תוחזר לסוריה בימים הקרובים.

העתק הפנייה מיום 25.11.2004 מצ"ב ומסומן ע/25.

51. בפנייה עמדה ב"כ העותרים על כך שחל איסור על החזרת הצעירה לסוריה בטרם תיערך בחינה יסודית, שמא תסכן החזרתה לסוריה את חייה. היא עמדה על זכאותה לגישה למערכת המקלט בישראל, על כך שגירוש הצעירה ללא בדיקה כלשהי עלול להוות הפרה של עקרון ה- non-refoulement, ועל כך שאין לאפשר את גירושה עד לבדיקת נציבות האו"ם לפליטים. כמו כן עמדה ב"כ העותרים על זכותה של הצעירה לייצוג, וביקשה כי יימסר לה מקום הימצאה ויתאפשר לה לפגוש בה.

52. רק למעלה מחודש לאחר מכן, ביום 6.1.2005, התקבלה תשובת לשכת שר הביטחון, בה נכתב:

"בתאריך ה-20 בנובמבר חדרה אזרחית סורית תושבת דרום רמת הגולן לשטח ישראל, ככל הנראה בעקבות בעיות משפחתיות ונפשיות ועל רקע אלימות מצד אביה. הצעירה נחקרה על ידי גורמים ישראלים, ונשללה האפשרות כי היא קשורה למודיעין יריב. אציין כי למחרת יום כניסתה, הוחזרה הצעירה לסוריה."

העתק התשובה מיום 6.1.2005 מצ"ב ומסומן ע/26.

53. ביום 26.1.2005 שבה ופנתה ב"כ העותרים אל היועץ המשפטי לממשלה בעניינה של הצעירה הסורית שגורשה. בפנייה זו עמדה ב"כ העותרים על כך שיייתכן שגירושה של הצעירה היווה הפרה של עקרון ה- non-refoulement, שכן פגיעה בנשים על רקע מגדר ללא הגנה של המדינה עשויה להיחשב "רדיפה" כהגדרתה באמנת הפליטים. ב"כ העותרים עמדה על כך שבטרם גירושו של אדם מישראל יש לאפשר לו גישה למערכת המקלט הישראלית, בעוד שבמקרה האמור הבדיקה היחידה שנעשתה בטרם הגירוש היא בדבר "האפשרות כי היא קשורה למודיעין יריב", כדברי לשכת שר הביטחון בתשובה הנ"ל. עוד עמדה ב"כ העותרים על כך שלצבא אין הכישורים הדרושים על מנת לבחון אם לאדם נשקפת סכנה אם יגורש, וכי במקרים מן הסוג האמור יש לעכב את הגירוש עד לבדיקתו של העניין על ידי נציבות האו"ם לפליטים, ולהודיע על כל מקרה כזה לנציבות ולארגון "הצלב האדום".

העתק הפנייה מיום 26.1.2005 מצ"ב ומסומן ע/27.

54. ביום 19.6.2005 נתקבלה תשובה נוספת מלשכת שר הביטחון, שנשאה את הכותרת "תלונה בעניין גירוש צעירה סורית בחזרה לארצה". במכתב צוין, כי הוחלט על קיום "עבודת מטה מסודרת" לגיבוש נהלים

לטיפול במסתננים. עוד נכתב כי "במסגרת עבודה זו ייבחן הצורך בשיתוף נציבות האו"ם לפליטים בהליכי גירושם של המסתננים."

העתק תשובת לשכת שר הביטחון מיום 19.6.2005 מצ"ב ומסומן ע/28.

55. ביום 25.8.2005 נתקבלה תשובתה של גב' יוכי גנסי, מנהלת תחום עניינים מינהליים בפרקליטות המדינה, בעניין גירוש של הצעירה הסורית. אף במכתב זה נכתב כי גורמי הצבא מגבשים נהלי עבודה בעניין, וכי "בקשתי כי טיוטת הנוהל תועבר לעיונו, בין היתר, על מנת לבחון קיום מחויבויותיה של מדינת ישראל במישור הבינלאומי".

העתק תשובתה של גב' גנסי מיום 25.8.2005 מצ"ב ומסומן ע/29.

מקרה נוסף של גירוש ללא גישה למערכת המקלט בישראל – גירוש 11 פליטים סודנים למצרים ב-2004

56. מקרה נוסף של גירוש פליטים למצרים תוך חסימת גישתם למערכת המקלט בישראל אירע בחודש ספטמבר 2004. באותו מקרה גירושם של 11 פליטים סודניים, לפחות חלקם מדרפור, מישראל למצרים כמעט הסתיים באסון ובגירושם ממצרים בחזרה לסודן, שם נשקפה סכנה ממשית לחייהם. הגירוש ממצרים לסודן נמנע ברגע האחרון, כשכבר הובאו לנמל באסוואן לצורך גירושם לסודן ולאחר שכבר הובאו בפני נציג קונסולרי של סודן במצרים לצורך הוצאת תעודות לשם גירושם ממצרים לסודן. הגירוש נמנע, כפי שיתואר להלן, רק משום שאחד המגורשים הצליח לשחד את אחד השומרים ולהתקשר אל חבר, שפנה לארגון זכויות אדם, אשר הצליח לעצור את הגירוש "בדקה התשעים". חלק מן המגורשים הוחזקו במעצר במצרים בתנאים קשים, ונחשפו לעינויים, כפי שיתואר להלן.

57. בחודשים שקדמו למועד הגירוש, נעצרו על ידי הצבא בסמוך לגבול ישראל-מצרים 11 פליטים מסודן והוחזקו במעצר בכלא "קציעות". הפליטים כולם הוחזקו במעצר ללא אסמכתא כלשהי במשך חודשים, מבלי שהוצאו נגדם צווי הרחקה או צווי משמורת ומבלי שנערכה ביקורת שיפוטית או מעין-שיפוטית על מעצרים. לא התאפשרה להם גישה לטלפון, נציבות האו"ם לפליטים לא ידעה אודות קיומם, ולא הייתה להם גישה לארגוני זכויות אדם.

58. רק לאחר שפורסם דבר מעצרים של הפליטים באמצעי התקשורת, הוצאו נגדם צווי הרחקה וצווי משמורת לפי חוק הכניסה לישראל, והודע לנציבות האו"ם לפליטים אודות מעצרים. נציגי נציבות האו"ם לפליטים ראינו אותם, אולם הפליטים לא עברו את המסלול ה"רגיל" שמתווה מערכת המקלט הישראלית (ראו הנוהל בעניין זה, נספח ע/1 הנ"ל). עניינם לא הובא להכרעה בוועדה הבין-משרדית לעניין זה ובפני שר הפנים, לא נמסרה להם הודעה בדבר דחיית בקשתם למקלט, ולא ניתנה להם הזדמנות להשיג על ההחלטה להימנע מלתת להם מקלט במסלול שמתווה הנוהל.

59. ביום 8.9.2004, בעקבות מידע לא רשמי שהגיע לידיה בדבר כוונה להחזיר את 11 הפליטים למצרים, פנתה ב"כ העותרים אל שר הפנים בדחיפות וביקשה להימנע מגירוש הפליטים. ב"כ העותרים עמדה על

כך שלא ניתנה לפליטים הודעה כלשהי בדבר הכוונה לגרשם או בדבר דחיית בקשתם למקלט בישראל, וממילא לא ניתנה בידם האפשרות לערער או להשיג על החלטה כזו. ב"כ העותרים ביקשה כי יובהר האם נציבות האו"ם לפליטים בישראל אישרה את גירושם למצרים והאם הגירוש נעשה בתיאום השלטונות המצריים ונציבות האו"ם לפליטים בישראל. כמו כן ביקשה ב"כ העותרים כי יובהר האם נתקבלו בטוחות לשלומם של כל אחד מן הפליטים משלטונות מצרים.

העתק פניית ב"כ העותרים מיום 8.9.2004 מצ"ב ומסומן ע/30.

60. במקביל פנתה העותרת 4, **עמותת רופאים לזכויות אדם**, אל דובר צה"ל ואל מפקד כלא "קציעות", בעניינם של 11 הפליטים.

העתק פניית העותרת 4 מיום 8.9.2004 מצ"ב ומסומן ע/31.

61. למחרת, ביום 9.9.2004, השיב יועץ שר הפנים לב"כ העותרים כי **"החזרתם נעשית באישור האו"ם ונציגיו בישראל, בג'נבה ובמצריים. נמסר לנו כי נציגי האו"ם בקהיר דאגו וידאגו לכך שלא יאוונה להם כל רע עם שובם."**

העתק תשובת יועץ שר הפנים מיום 9.9.2004 מצ"ב ומסומן ע/32.

62. עוד באותו היום פנתה ב"כ העותרים אל גבי' יוכי גנסיין, מנהלת תחום עניינים מינהליים בפרקליטות המדינה, ציינה כי לא נמסרה לפליטים החלטה אודות הכוונה להחזירם למצרים, כי לא ניתנה להם האפשרות להשיג על החלטה זו, וכי לא הוסבר האם ניתנו ערובות להגנה מלאה במצרים.

העתק הפנייה מיום 9.9.2004 מצ"ב ומסומן ע/33.

63. בסמוך לאחר מכן נמסרו כל 11 הפליטים לידי הצבא המצרי והוחזרו למצרים. לאחר גירושם פנתה ב"כ העותרים אל ארגון זכויות האדם המצרי, EOHR, מסרה לו את שמות הפליטים, וביקשה כי ינסה לברר מה עלה בגורלם. המידע שיפורט להלן, הנוגע לגורלם של אותם פליטים, נמסר לבאת כוחם על ידי הארגון. כמו כן הוא מבוסס על עדות בכתב של אחד הפליטים שגורשו, שתוצג בהמשך.

64. ארגון EOHR מסר, כי מבין 11 הפליטים שגורשו, 4 שוחררו, בעוד שנעשה על ידי הרשויות המצריות ניסיון לגרש את שבעת הפליטים האחרים, ניסיון שנמנע ברגע האחרון. ביום 3.10.2004, יום לפני מועד הגירוש המתוכנן ממצרים לסודן, הגיע אל משרדי ארגון EOHR בקהיר אדם, שמסר כי חברו הוא אחד משבעת הפליטים שגורשו מישראל למצרים ועדיין מצויים במעצר. הוא מסר כי חברו התקשר אליו ואמר כי השבעה נלקחו לאסוואן לצורך גירושם לסודן, וכי אף הובאו שם בפני נציג סודני לצורך הנפקת מסמכי נסיעה עבורם, שיאפשרו את גירושם לסודן.

65. באותו היום פנה הארגון אל נציבות האו"ם לפליטים בקהיר בדחיפות. בעקבות זאת פנתה הנציבות אל הרשויות המצריות ומנעה את הגירוש ברגע האחרון. כאמור, הגירוש נמנע לאחר ששבעת הפליטים נלקחו לאסוואן לצורך גירושם, הובאו בפני נציג ממשלת סודן לצורך הנפקת מסמכים ואף הובאו אל הנמל, ממנו אמורים היו להיות מגורשים לסודן.

66. התיאור נתמך גם בעדותו הכתובה של אחד מ-11 הפליטים שגורשו מישראל למצרים. לאחרונה, ביום 8.7.2007, גבה ארגון AMIRA, ארגון לזכויות פליטים בקהיר, את עדותו של אחד מאותם פליטים, והעביר לבאי כוח העותרים את העדות החתומה בכתב ידו של הפליט. היות שאנו סבורים, כי תישקף סכנה לשלומם של הפליט אם ייודע לרשויות במצרים, כי מסר לארגון זה מידע אודות האירועים שהתרחשו לפני שלוש שנים, עדותו של הפליט מצורפת תוך השמטת שמו ושמות הפליטים האחרים שהוא מזכיר, על מנת שלא ניתן יהיה לזהותו. ככל שיהיה צורך בכך, יגישו העותרים לבית המשפט הנכבד את ההצהרה החתומה ללא השמטת השמות המופיעים בה.

העתק ההצהרה מיום 8.7.2007 מצ"ב ומסומן ע/34.

67. בעדותו מתאר הפליט את גירושם של 11 הפליטים בשתי קבוצות. הקבוצה שאיתה גורש, גורשה, ככל הנראה, ביום 13.9.2004, והיתר גורשו יום קודם לכן. הוא אף מוסיף כי קבוצה נוספת של 3 פליטים סודניים גורשה למצרים כשבועיים לפני כן, וכי עקבותיהם לא נודעו אחר כך, לא במצרים ולא בסודן.

68. הפליט מספר בעדותו, כי ביום בו גורש נמסרו לידי ולידי האחרים שגורשו עמו מסמכים, וכי קצין ישראלי אמר להם כי הניירות נועדו להבטיח כי תינתן להם הגנה במצרים, כי הם לא יגורשו לסודן, וכי הם יפגשו את נציגי נציבות האו"ם לפליטים בקהיר. הקצין התיר לפליט להתקשר אל נציגת נציבות האו"ם לפליטים בישראל, וזו מסרה לו כי נציגות הנציבות בקהיר תסייע בידי ובידי האחרים.

69. לאחר שצה"ל מסר את הפליטים לידי הצבא המצרי הם הועברו לרפיח, שם תוחקר כל אחד מהם על ידי אנשי שירות הביטחון המצרי. הפליט מתאר כיצד אחד הפליטים, שהיה קושי לתחקרו בשל העובדה שאינו דובר ערבית, הוכה קשות על ידי אנשי שירות הביטחון. למחרת הועברו הפליטים אל תחנת המשטרה ברפיח, שם הוחזקו במשך יומיים ללא מזון ראוי, והולנו בשירותים. בהמשך נלקחו הפליטים למוגאמה, שם היו אמורים, לפי המידע שמסר להם לפני גירושם הקצין הישראלי, לפגוש בנציג נציבות האו"ם לפליטים, אולם נציג כזה לא פגש בהם.

70. הפליט מוסיף ומספר כי בהמשך הועבר לכלא, בו בילה 13 ימים נוספים. ארבעה מתוך 11 הפליטים שוחררו באותו מועד, ו-7 נותרו במעצר. מדי יום ביקשו הפליטים לפגוש בנציגי נציבות האו"ם לפליטים, ובכל יום השיבו להם כי יפגשו בהם "מחר", ואולם בשום שלב לא הובאו בפני נציגי הנציבות.

71. לאחר 12 ימי כליאה נמסר לפליטים כי למחרת היום ילקחו לאסוואן לצורך גירושם לסודן. הם שבו וביקשו לפגוש בנציגי נציבות האו"ם לפליטים, אולם גם הפעם נאמר להם על ידי מפקד הכלא "מחר".

קצין אחר, אליו פנה הפליט בבקשה לפגוש בנציגי הנציבות, צחק ואמר לו שבאסוואן יפגוש אותם נציג נציבות האו"ם לפליטים.

72. לפי עדותו של הפליט, כאשר נתבקשו הפליטים להתלוות אל אנשי הביטחון, שהיו אמורים לקחת אותם לאסוואן לצורך גירושם לסודן, הם סירבו לעשות זאת עד שיפגשו בנציג נציבות האו"ם לפליטים. אנשי הביטחון הפעילו אלימות פיזית קשה נגד הפליטים העצורים, ובסוף ויתרו הפליטים והסכימו ללכת. הפליטים נאזקו ונתבקשו להביא את תיקיהם, ופעם נוספת סירבו לעשות זאת עד שיובאו בפני נציג נציבות האו"ם לפליטים. לפיכך תקפו השוטרים את 7 הפליטים באלות והיכו אותם בעוצמה. חלק מן הפליטים חושמלו על ידי השוטרים. לבסוף הצליחו השוטרים להכניס את הפליטים בכוח למשאית. הפליט, שמסר את ההצהרה, נפגע בעינו, ועד היום סובל מבעיות בעין.

73. שבעת הפליטים נלקחו במשאית לרכבת, שהובילה אותם, בליווי שוטרים, לאסוואן, שם הועברו לכלא אחר למשך יומיים או שלושה ימים. במהלך החזקתם באסוואן הם הובאו לנציגות הסודנית שבאסוואן, ושם תוחקרו על ידי נציגי סודן אודות פרטיהם האישיים. הנציגים הסודניים ביקשו לצלם את הפליטים, אולם אלה סירבו.

74. היות שבכלא לא ניתן לפליטים אוכל, הפליט שמסר את העדות נאלץ לשחד שומר על מנת שיקנה עבורו מזון. הפליט שיחד את השומר גם כדי לקנות עבורו שני כרטיסי חיוג, ואז ניסה להתקשר אל נציגת נציבות האו"ם לפליטים בישראל, אך לא השיג אותה. לפיכך הוא התקשר אל חבר בקהיר, וביקש ממנו לפנות אל נציגות הנציבות בקהיר ולספר כי בכוונת מצרים לגרש את הקבוצה לסודן.

75. הפליט וששת חברי הקבוצה האחרים הוחזקו בכלא שלושה או ארבעה שבועות נוספים, במהלכם בקושי ניתן להם מזון. הוא מעיד כי הם היו רעבים כל הזמן.

76. בהמשך נלקחו הפליטים אל הנמל לצורך גירושם לסודן. הם תושאלו פעם נוספת על ידי קצין שירות הביטחון. בעוד הפליטים ממתנינים לגירושם, הם הבחינו כי נערכות מספר שיחות טלפון, ולבסוף, להפתעת הפליטים, נמנע גירושם והם הוחזרו לכלא. כך, ב"דקה התשעים" ממש, נמנע גירושם לסודן, שם נשקפה להם סכנת חיים. כפי שעולה מן התיאור בפסקה 64 הנ"ל, שנמסר על ידי ארגון ECHR, אלמלא שיחד מוסר ההצהרה שומר כדי לקיים שיחת טלפון, בה ביקש מחברו ליידע את הנציבות בעניין הכוונה לגרשם, לא היה נמנע הגירוש לסודן.

77. עוד עולה מן העדות, כי יומיים לאחר מכן הגיע לכלא נציג נציבות האו"ם לפליטים במצרים וראיין את השבעה. לאחר שבועיים נוספים הודע להם כי ישוחררו. לפני שחרורם נמסרו להם מסמכי הנסיעה שהונפקו על ידי נציגות סודן במצרים לצורך גירושם בחזרה לסודן. **על גב המסמכים נכתבו הוראות לשלוח את כל השבעה אל משרדי שירות הביטחון בסודן לאחר גירושם.**

78. הפליט מוסיף ומספר, כי לאחר שחרורו פנה טלפונית אל נציג נציבות האו"ם לפליטים, שפגש את הפליטים בכלא לאחר שגירושם נמנע. בשיחת הטלפון הזכיר לו הפליט כי הבטיח שהנציבות תעניק להם

מעמד פליט והגנה במצרים. נציג הנציבות אמר לו כי עליו להודות לאלוהים על שהנציבות שחררה אותו ממעצר, וטרק את הטלפון. מאז מוסיף הפליט לשהות במצרים ללא מסמכי הגנה תקפים.

79. יוער כי עדות כתובה דומה של אחד הפליטים האחרים שגורשו על ידי ישראל למצרים הועברה אף היא על ידי ארגון AMIRA לידי ב"כ העותרים, אולם הפליט שמסר אותה חשש לחתום עליה בכתב ידו מחשש שיבולע לו. לפיכך, איננו מצרפים עדות זו.

80. יצוין, כי לאחר אותו מקרה הודיעה נציבות האו"ם לפליטים, כי עמדתה היא שלא ניתן לגרש מבקשי מקלט מישראל למצרים, וזאת משום שמצרים אינה מספקת את הערובות הנדרשות כדי להבטיח שפליטים, שגורשו מישראל, לא יגורשו בחזרה למדינות מוצאם וכדי להבטיח את שלומם של הפליטים במצרים לאחר גירושם.

81. למיטב ידיעת העותרים, מאז אותו מקרה והצגת עמדת נציבות האו"ם לפליטים בדבר העדר האפשרות לגרש מבקשי מקלט למצרים, לא גורשו מבקשי מקלט למדינה זו עד לאירועי ליל 23.4.2007, שתוארו לעיל.

הטיעון המשפטי

4. הקדמה ומפת דרכים

82. עתירה זו עוסקת, כאמור בפתח הדברים, ב"נוהל" שקבעו להם המשיבים, המאפשר, לשיטתם, להדיר מבקשי מקלט, שנעצרו על ידי הצבא בסמוך לאחר כניסתם לישראל, ממערכת המקלט הישראלית. מדינת ישראל יצרה פיקציה נעדרת בסיס משפטי בדין הפנימי והעומדת בניגוד בוטה לדין הבינלאומי, לפיה מי שנתפס בסמוך לכניסתו לישראל כלל לא נכנס אליה.

83. לפי פיקציה זו, כפי שהיא באה לידי ביטוי בסיכום הישיבה שהתקיימה בלשכת היועץ המשפטי לממשלה ביום 1.3.2006 (נספח 4/הנ"ל), כיוון שמי שנעצר בסמוך לכניסתו לישראל בעצם כלל לא נכנס לישראל, הרי שגירושו אינו אלא "מניעת כניסה". זאת, כפי שהסביר שר הפנים בדבריו מיום 24.5.2006, כאשר אדם נתפס עד 24 שעות לאחר כניסתו וכשהוא במרחק של עד 50 ק"מ מן הגבול (נספח 5/הנ"ל). לשיטתו של היועץ המשפטי לממשלה, כיוון שמדובר ב"מניעת כניסה", הרי שהגירוש אינו כפוף להליך כלשהו של שימוע או הוצאת צו. לשיטתו, כפי שזו באה לידי ביטוי בסיכום הישיבה, אף המעצר מרגע הכניסה ועד לרגע הגירוש אינו כפוף להליך כלשהו ואינו דורש אסמכתא חוקית כלשהי.

84. ואולם חמור מכל – לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, אותה פיקציה מאפשרת למדינת ישראל להוציא מתוך מערכת המקלט שלה את אותם אנשים. היא מאפשרת, לשיטתו, גירוש מבלי שיתאפשר לאדם לטעון את טענותיו בדבר סכנה שעשויה להישקף לו אם יגורש; היא מאפשרת, לשיטתו, גירוש מבלי שתתקבל החלטה על ידי הגורמים המוסמכים בדבר בקשתו למקלט ומבלי שיתאפשר למבקש המקלט להשיג על החלטה כזו; לשיטתו, במקרים בהם נתפס אדם בסמוך לכניסתו לישראל, את הגורמים המומחים, המרכיבים את מערכת המקלט בישראל, מחליפים חיילי צה"ל ב"שטח", המעריכים בעצמם אם אדם הוא מבקש מקלט.

85. מדינת ישראל יצרה בשנים האחרונות מערכת מקלט, שאינה חפה מבעיות אך המאפשרת לישראל למלא לפחות חלק ממחויבויותיה המשפטיות והמוסריות (ראו "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל", נספח 1/ע"ל). כעת, לאחר שגדל מספר מבקשי המקלט, מבקשת ישראל לחסל את מערכת המקלט שלה באמצעות אותו "נוהל החזרה חמה". על ידי גירושם המידי של כל מי שמגיעים אליה כדי לבקש מקלט, היא מבקשת ליצור "קבוצה ריקה" של מבקשי מקלט בישראל. אימוץ "נוהל החזרה חמה" כפרקטיקה לטיפול ב"מסתננים" פירושו ביטול מערכת המקלט בישראל דה-פקטו.

86. במסגרת הטיעון המשפטי נעמוד על מופרכותה של העמדה, לפיה מי שנתפס עד 24 שעות לאחר כניסתו ובטרם התרחק 50 ק"מ מן הגבול כלל לא נכנס לישראל, ועל כן גירושו אינו אלה "מניעת כניסה" ואינו כפוף להליך כלשהו. נעמוד על הפרתה של זכות הטיעון הנתונה לכל מגורש, הקיימת בטרם ההרחקה למצרים, בין שניתן לקבל את הפיקציה שרקחו המשיבים ובין אם לאו.

87. לאחר מכן נתייחס לאופן בו מפרה ישראל את עקרון ה- non-refoulement באמצעה את "נוהל החזרה חמה". נעמוד על החובה לבחון באופן אינדיבידואלי את עניינו של כל מבקש מקלט, ועל האיסור לוותר על בחינה אינדיבידואלית כזו על בסיס "הבנות", "הסכמים" או "התחייבויות", הנוגעות לקבוצת אנשים. עוד נבקש לעמוד על כך שהפיקציה שיצאה תחת ידי היועץ המשפטי לממשלה בדבר "מניעת כניסה" תחת גירוש, אין בה כדי להושיע את המשיבים, שכן עקרון ה- non-refoulement אף כאשר מדובר במי שהגיעו לשעריה של מדינה בה הם מבקשים מקלט, גם אם לא נכנסו לתחומה.

5. חריגה מסמכות

88. בין שהמגורשים בהתאם ל"נוהל החזרה חמה" אכן מגורשים, כעמדת העותרים, ובין שמדובר ב"מניעת כניסה", כגרסת היועץ המשפטי לממשלה, הוצאתו אל הפועל של הגירוש למצרים, ללא קבלת החלטה פרטנית על ידי הגורם המוסמך, נעשית על ידי הצבא בהעדר סמכות. "עקרון החוקיות דורש כי לגבי כל פעולה מינהלית ניתן יהיה להצביע על מקור סמכות הקבוע בחוק או מכוח החוק: הדין מוליד את הסמכות ובהעדר דין מסמיך משוללת פעולת הרשות סמכות ואין לה תוקף" (רענן הר-זהב, המשפט המינהלי הישראלי, 27; ראו גם: בג"ץ 347/84 עיריית פתח-תקוה נ' שר הפנים, פ"ד (1), 813, 817-818).

89. הסמכות לגרש מי ששוהים בישראל ללא היתר נתונה בידי שר הפנים בהתאם לסעיף 13 לחוק הכניסה לישראל. במקרים מסוימים, בהם אף הכניסה לישראל נעשתה ללא היתר, נתונה סמכות מקבילה לגרש גם לשר הביטחון או מי שהוסמך לכך על ידו בהתאם לסעיף 30(א) לחוק ההסתננות (יצוין, כי הסמכות הואצלה לראש אגף המבצעים בצה"ל). בשני המקרים דורש הגירוש הוצאתו של צו (וזאת, כמובן, לאחר שמומשה זכות הטיעון).
90. כך גם בנוגע לשלילת חירותם של מי ששוהים בישראל ללא היתר – שלילת חירותו של שוהה שלא כדין מחייבת הוצאתו של צו משמורת על ידי ממונה ביקורת הגבולות לפי הוראות סעיף 13א(ג) לחוק הכניסה לישראל או הוצאת צו על ידי שר הביטחון לפי סעיף 30(א) לחוק ההסתננות.
91. המשיבים, לעומת זאת, שוגים לחשוב כי לצה"ל "סמכות טבועה" לעצור ולגרש מי שנכנסו לישראל ללא היתר, ללא הוצאת צווים וללא קבלת החלטות פרטניות על ידי הרשויות המוסמכות כדין להחליט על גירושו של אדם.
92. יודגש, כי אפילו ניתן היה לקבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כי במקרים בהם מדובר במי שנעצר בסמוך לגבול ותוך פרק זמן קצר ממועד כניסתו אין מדובר בגירוש אלא ב"מניעת כניסה", הרי שעדיין אין בידי הצבא "סמכות טבועה" כלשהי לשלול את חירותו של אדם במהלך התקופה שעד לגירוש. לצורך החזקתם של מי ש"כניסתם נמנעה" על ידי הצבא, שינועם ממקום למקום והחזקתם בבסיס צבאי נדרשת אסמכתא חוקית כלשהי, המוצאת מכוח הסמכה חוקית.
- 6. "מניעת כניסה"**
93. טענת היועץ המשפטי לממשלה היא כי העברת אדם משטח ישראל לשטח מצרים, מהחזקה פיזית על ידי צה"ל להחזקה פיזית על ידי הצבא המצרי, אינה גירוש אלא "מניעת כניסה" אם היא מתבצעת "בסמיכות מסוימת בזמן ובמקום הכניסה" (ראו סיכום הישיבה מיום 1.3.2006, נספח ע/4 הנ"ל). טענה זו נעדרת כל יסוד משפטי. כך גם עמדת שר הפנים שהוצגה במליאת הכנסת, לפיה גירושו של אדם מישראל בטרם חלפו 24 שעות ממועד כניסתו לארץ ובטרם התרחק 50 ק"מ מן הגבול, הוא "מניעת כניסה" (נספח ע/5 הנ"ל).
94. מבקשי המקלט, עליהם מבקשים המשיבים להחיל את "נוהל החזרה חמה", נמצאים בשטחה של ישראל, בו יש לה ריבונות ושליטה מלאות. נראה כי אף המשיבים לא יהינו לטעון כי הטריטוריה, בה מוחזקים מבקשי המקלט במהלך השעות שבין מעצרים לגירושם, היא טריטוריה בעלת מעמד "בינלאומי" או בעלת מעמד מיוחד אחר, ולא טריטוריה תחת ריבונות ישראלית מלאה.
95. האבסורד בטענה כי מדובר ב"מניעת כניסה" ניכר באירועים שהתרחשו בימים 17-18.8.2007 (ראו סעיפים 36-48 הנ"ל). 51 איש נעצרו בגבול, פרטיהם נלקחו בשטח, הם נלקחו לבסיס צבאי, וכעבור

כיממה נלקחו מן הבסיס למעבר הגבול ומשם גורשו. שלושה מהם התנגדו, ככל הנראה התנגדות פיזית, וגירושם נמנע.

96. לשיטת המשיבים, 51 העצורים כלל לא שהו בשטח ישראל, ולכן גירושם לאו גירוש הוא. האם לשיטת המשיבים פעל הצבא בשטח שאינו תחת ריבונות ישראלית מלאה? האם, לשיטתם, נמצא הבסיס הצבאי אליו הובלו מחוץ לשטח ישראל? האם שלושת מבקשי המקלט שהתנגדו לגירושם, בעצם פרצו בכוח לתוך שטחי המדינה בעצם אקט ההתנגדות?

97. הניסיון המלאכותי להפריד בין נוכחותו הפיזית של אדם בטריטוריה של מדינת ישראל לבין "נוכחות משפטית" לא יצלח. בשנת 1985 דן בית המשפט העליון בקנדה בעתירתם של מספר אזרחי הודו שנמלטו ממדינתם על רקע רדיפה פוליטית, והגיעו לשדה התעופה הקנדי, שם סורבה כניסתם לאחר שהציגו עצמם כפליטים. בית המשפט, בדונו בשאלה האם הזכות לחירות והזכות להליך הוגן, הקבועה בצ'ארטר הקנדי, חלה אף על העותרים, הניח כי הוראות הצ'ארטר הרלוונטיות חלות על כל אדם הנמצא בקנדה. שופטת הרוב, וילסון, יצאה מתוך נקודת הנחה כי "אדם הנמצא בקנדה" פירושו כל אדם שנוכח בה פיזית, גם אם כניסתו סורבה בסמוך למועד הגעתו לטריטוריה הקנדית (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 SCR 177).

98. המשיב 4 מבקש, בפרשנותו נעדרת הבסיס בדין, לפרוק מעל המדינה את חובותיה כולן, הן ביחס לזכות לאפשר לאדם לטעון טענותיו בטרם מתקבלת החלטה גורלית בעניינו, הן ביחס לצורך לבסס את שלילת חירותו של אדם על אסמכתא חוקית כלשהי והן ביחס לחובה לאפשר לו גישה למערכת המקלט. המלומדים Goodwin-Gil ו-McAdam, מומחים בדיני פליטות, שוללים את האפשרות להתנער מאחריות באופן זה:

"For international law purposes, *presence within State territory* is a juridically relevant fact sufficient in most cases to establish the necessary link with the authorities whose actions may be imputable to the State in circumstances giving rise to State responsibility."

G.S. Goodwin-Gill and J. McAdam, *The refugee in International Law*, 3rd edition (Oxford University Press, 2007).

99. מבקשי המקלט, עליהם מבקשים המשיבים להחיל את "נוהל החזרה חמה" מצויים פיזית בישראל. הרחקתם היא גירוש לכל דבר. ואולם, כפי שיוסבר, כל שנאמר בעניין זה הוא למעלה מן הצורך בכל הנוגע לחובה לאפשר למי שנעצרו בסמוך לגבול לטעון טענותיהם לפני הגירוש ולאפשר להם גישה למערכת המקלט בישראל. פעולה בהתאם ל"נוהל החזרה חמה" נוגדת את הדין, שכן, כפי שנסביר בהמשך, עקרון ה-*non-refoulement* חל אף כאשר מדובר באדם המצוי בשערי מדינת ישראל או על גבולה, גם אם לא נכנס בה.

100. ישראל אינה יכולה להתגאות בהיותה המדינה שהמציאה את הפיקציה, לפיה אנשים מסוימים הנמצאים בטריטוריה שלה ותחת שליטתה "לא נכנסו", באופן המאפשר, לכאורה, למדינה להימנע מהחלת עקרונות מערכת המקלט שלה עליהם ובאופן המאפשר, לכאורה, למדינה לפעול שלא בכפוף לדינים הרגילים הנוגעים למעצר וגירוש. בפסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם, *Amuur v. France*, 1996 ECHR 25 (ECHR, June 25, 1996), פסל בית הדין האירופי פרקטיקה דומה שהופעלה על ידי צרפת.

101. אף שישראל אינה יכולה, כאמור, להתגאות בהמצאתה של פיקציה זו, דומה שהיא יכולה בהחלט להתגאות בקיצוניות אליה היא הובילה פיקציה זו. ניתן לראות זאת על ידי השוואת "נוהל החזרה חמה" לפרקטיקה שנקטה על ידי צרפת ושנפסלה.

102. בהתאם לפרקטיקה שנהגה בצרפת, אזורים מסוימים בנמלי ים, בתחנות רכבת בינלאומיות, בשדות תעופה ובמעברי גבול הוגדרו כ"אזורים בינלאומיים". לשית צרפת, אדם שהגיע לצרפת ונכח בה פיזית, אך טרם עבר את ביקורת הדרכונים, לא נחשב כמי שנמצא בשטח צרפת.

103. פיקציה זו אומצה על ידי צרפת לצורך אותן שתי מטרות שלצורךן אימצה ישראל את "נוהל החזרה חמה" – אפשרות להחזיק במעצר ולגרש ללא הליך של ממש; והטלת מגבלות על האפשרות להיכנס אל מערכת המקלט שלה.

104. בהתאם לפרקטיקה שנהגה בעת החזקתם במעצר של העותרים באותו הליך, ההחזקה במעצר ב"אזורים הבינלאומיים" לא התבססה על חקיקה, אלא על הנחיות מינהליות. לא הוצאו צווי מעצר, והמעצר לא היה כפוף לביקורת שיפוטית, כל זאת בדומה למעצרים של מי שמגורשים לפי הוראות "נוהל החזרה חמה" (יצוין, כי במועד מתן פסק הדין בשנת 1996, כבר נחקקה בצרפת חקיקה שהסדירה את הליך המעצר ב"אזורים הבינלאומיים", ופסק הדין מתייחס אף אליה, אולם בית הדין בוחן בפסק דינו את חוקיות פעולותיה של צרפת במועד מעצרים של העותרים, מספר שנים קודם לכן, בטרם נחקקה חקיקה זו).

105. כפי שמתואר בפסק הדין, צרפת יצרה הבחנה בין מי שנמצאים בשטחה ורשאים לפי חוקיה כי בקשתם למקלט תיבחן, לבין מי שאינם נמצאים בשטחה. מי שאינם נמצאים בשטחה, צריכים היו לקבל בשלב הראשון אישור משרד הפנים להיכנס אליה, ורק בשלב השני, אם קיבלו את אישור הכניסה הנדרש, יתאפשר להם להגיש בקשה למקלט מדיני. באופן זה נשללה גישתם של חלק ממבקשי המקלט אל מערכת המקלט הצרפתית, אף על פי שנכחו בטריטוריה של צרפת.

106. יוער, כי מדיניותה זו של צרפת בעבר הייתה קיצונית פחות מהוראות "נוהל החזרה חמה". אף שצרפת הגבילה את גישתם של מי שנמצאו ב"אזור הבינלאומיים" (ולטענתה לא נכנסו אל שטחה) למערכת

המקלט, הרי שגישה זו לא נשללה לחלוטין, כמתואר בפסקה הקודמת. לעומת זאת, בהתאם ל"נוהל החזרה חמה" נשללת לחלוטין האפשרות להגיש בקשה למקלט בישראל.

107. פסק הדין בעניין Amuur ניתן בעקבות עתירתם של מספר אזרחי סומליה, שנמלטו מרדיפה במדינתם, והגיעו לצרפת בטיסה דרך סוריה. כניסתם לצרפת לא הותרה, והם הוחזקו במעצר ב"אזור הבינלאומי" מספר שבועות ללא קיומו של הליך כלשהו. העותרים באותו מקרה הגישו בקשה להיכנס לצרפת על מנת להגיש בקשה למקלט, אולם בקשתם להיכנס לצרפת נדחתה, ולבסוף הם גורשו לסוריה מבלי שהגורמים המוסמכים בצרפת דנו בבקשתם למקלט (ולאחר שנתקבלו התחייבויות מממשלת סוריה כי לא יאוונה להם רע, בדומה ל"הבנות" בין ראש ממשלת ישראל לנשיא מצרים בעניין מבקשי מקלט שיגורשו מישראל).

108. בית הדין האירופי לזכויות אדם פסל בפסק הדין את הפרקטיקה שהייתה נהוגה בצרפת בעת מעצרים של העותרים. הוא קבע, כי העובדה שצרפת בחרה להגדיר את האזור בו הוחזקו העותרים כ"אזור בינלאומי" ולהגדיר את העותרים כמי ש"לא נכנסו" לצרפת, אין פירושה כי לא חל עליהם הדין הצרפתי:

"The Court notes that even though the applicants were not in France within the meaning of the Ordinance of 2 November 1945, holding them in the international zone of Paris-Orly Airport made them subject to French law. **Despite its name, the international zone does not have extraterritorial status.**"

Ibid., para. 52, emphasis added.

109. בית הדין הוסיף וקבע, כי החזקת מבקשי מקלט ב"אזורים בינלאומיים", שהנוכחות בהם אינה נחשבת, לכאורה, לכניסה למדינה, כפופה להוראות אמנת האו"ם לפליטים משנת 1951 ולאמנה האירופית בדבר זכויות אדם, כי מגבלות הגירה אינן יכולות להצדיק שלילה של ההגנות שמדינות מחויבות בהן כלפי מבקשי מקלט, וכי ההחזקה במקום שהוגדר על ידי המדינה כ"אזור בינלאומי" אינה יכול לפגוע בזכותו של מבקש מקלט לגישה אפקטיבית למערכת המקלט של המדינה:

"Such confinement [holding aliens in the international zone], accompanied by suitable safeguards for the persons concerned, is acceptable only in order to enable States to prevent unlawful immigration **while complying with their international obligations, particularly under the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and the European Convention on Human Rights.** States' legitimate concern to foil the increasingly frequent attempts to circumvent immigration restrictions must not deprive asylum-seekers of the protection afforded by these conventions. ... **Above all, such confinement must**

not deprive the asylum-seeker of the right to gain effective access to the procedure for determining refugee status.”

Ibid., para. 43, emphasis added.

110. באשר למעצר, קבע בית הדין האירופי כי החזקתם של מי שנמצאים ב"אזור הבינלאומי", ולכאורה לא נכנסו לצרפת, במעצר ללא בסיס חוקי כלשהו עד לגירושם מהווה הפרה לא מוצדקת של הזכות לחירות, הקבועה באמנה האירופית לזכויות אדם. זאת הן משום שמדובר במעצר המבוסס על הנחיות מינהליות ואינו מעוגן בדין, והן משום שמדובר במעצר שאינו מקיים את הדרישות הבסיסיות של ביקורת שיפוטית על המעצר, גישה לסיוע משפטי וכו' :

“The above-mentioned circular consisted, by its very nature, of instructions given by the Minister of the Interior to Prefects and Chief Constables concerning aliens refused leave to enter at the frontiers. It was intended to provide guidelines for immigration control at ports and airports. Moreover, the brief section it devoted to holding in the international zone and aliens' rights contains no guarantees comparable to those introduced by the Law of 6 July 1992. At the material time none of these texts allowed the ordinary courts to review the conditions under which aliens were held or, if necessary, to impose a limit on the administrative authorities as regards the length of time for which they were held. They did not provide for legal, humanitarian and social assistance, nor did they lay down procedures and time-limits for access to such assistance so that asylum-seekers like the applicants could take the necessary steps.

The French legal rules in force at the time, as applied in the present case, did not sufficiently guarantee the applicants' right to liberty.”

Ibid., para. 53-54.

7. פגיעה בזכות הטיעון

111. גירושו של אדם מישראל, בין שהוא נעשה מכוח סעיף 13(ב) לחוק הכניסה לישראל ובין שהוא נעשה מכוח סעיף 30(א) לחוק למניעת הסתננות, מותנה בכך שתניתן לאדם המגורש לטעון טענותיו בטרם תתקבל ההחלטה בדבר הגירוש. כך אף מעצר לצורך שלילת חירותו – סעיפים 13(ד) ו-13(ב) לחוק הכניסה לישראל קובעים חובה מפורשת לאפשר לשוהה שלא כדין לטעון טענותיו בטרם הוצאת צו משמורת או צו משמורת זמני. סעיף 30(א) לחוק ההסתננות אינו קובע כלל מפורש כזה, אולם, כידוע, חובת השימוע הינה חלק מן המשפט המינהלי, בלא צורך בהוראת חוק מפורשת. כל שנדרש כדי להקים את חובת השימוע הוא פגיעה באינטרס, שעלולה ההחלטה המינהלית לגרור (ראו, למשל, בג"ץ 3/58

ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1508; בג"ץ 645/78 גינגולד נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, 654; בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529.

112. ככל שמידת הפגיעה באינטרס של הפרט גדולה יותר, כך רמת השמיעה הנדרשת גבוהה יותר וכך חשיבותה גדולה יותר (י' זמיר, **הסמכות המינהלית**, כרך א', עמ' 813).
113. בענייננו, הפגיעה שעלול הגירוש להסב למבקשי מקלט היא אנושה. גירושם עלול לחשוף אותם לרדיפה כמשמעותה באמנת האו"ם בדבר מעמדם של פליטים, ולסכן את חייהם, את חירותם ואת שלמות גופם. הוא אף עלול לחשוף אותם להפרות של האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים ומשפילים, והכל כפי שיפורט בהמשך.
114. כמפורט בפרק העובדתי, מי שגורשו בליל 18.8.2007 "תושאלו" בשטח על ידי החיילים, ונשאלו לפרטיהם האישיים. לשיטת המשיבים, איש מהם לא הביע חשש לחייו במצרים. לא ניתנה להם כל הזדמנות אחרת לטעון את טענותיהם.
115. בכל הכבוד, "תשאול" בן מספר דקות בשטח, באישון לילה, של אנשים תשושים ממסע ומטופלים בילדים קטנים, על ידי חייל השואל אותם לשמם, למדינת מוצאם ולמספר דרכונם, אינו יכול להיות תחליף לשימוע בטרם קבלת החלטה בדבר גירוש. אף אין ב"תשאול" כזה כדי לאפשר להבחין אם אדם טוען כי נשקפת סכנה לחייו.
116. החיילים בשטח לא יכולים היו לזהות טענה של אדם, כי נשקפת סכנה לחייו, שכן לא הוכשרו לעשות זאת. בין השאלות שכשלו החיילים מלשאול, השאלה הבסיסית שיש לשאול כל אדם בסיטואציה מעין זו, שאלה הנדרשת כדי לגלות אם הוא מבקש מקלט – "מדוע באת?". קיום ראיונות למבקשי מקלט פוטנציאליים היא מלאכה מורכבת הדורשת הכשרה וניסיון, שאינם מצויים בידי החיילים, שהסיקו כי איש מן המגורשים אינו טוען כי נשקפת סכנה לחייו. ישראל עושה שימוש בנציגי נציבות האו"ם לפליטים בישראל כדי לקיים ראיונות עם מבקשי מקלט מן הסיבה הפשוטה שלרשויות בישראל אין הידע והמומחיות, הנדרשים כדי לעשות זאת. ספר ההנחיות של נציבות האו"ם לפליטים מנחה את המראיינים לסייע למי שעשויים להיות מבקשי מקלט לגבש (to frame) את טענתם, וזאת משום שספק אם אדם חסר השכלה מדרפור, למשל, מבין את הגדרת המונח "פליט" שבאמנה וספק אם הוא מסוגל לטעון כי הוא עונה על הגדרה זו.
117. "תשאול" על ידי חיילים אינו יכול לבוא תחת מתן זכות טיעון, ואינו יכול לבוא תחת קיום ראיון על ידי נציבות האו"ם לפליטים. יומרת החיילים ב"שטח" לקבוע כי "איש לא טען שנשקפת לו סכנת חיים" היא מקוממת. במקרים רבים פליטים מפוחדים מאנשי הרשויות, בעיקר אם הם לובשי מדים. במקרה שאירע בליל 17.8.2007, ספק אם בכלל הבינו העצורים, כי תכלית ה"תשאול" הייתה לבדוק אם הם טוענים כי נשקפת סכנה לחייהם (ונודה על האמת, ספק אם זו באמת הייתה תכליתו של ה"תשאול").

118. למעלה מכך, ב"תשאול" שנערך ב"שטח" כלל לא הודע לעצורים כי יש כוונה לגרשם למצרים. הם הועלו לאחר ה"תשאול" על כלי רכב ונלקחו לבסיס צבאי. כיצד יכולים חיילי צה"ל לטעון כי העובדה שאיש לא אמר מיוזמתו כי הוא חושש לחזור למצרים מעידה על כך שאכן לא התקיים חשש כזה, בשעה שכלל לא היה ברור לעצורים בעת ה"תשאול" שהם עתידים להיות מוחזרים למצרים ביממה הקרובה?
119. איש מן המגורשים לא יכול היה לדעת כי ה"תשאול" בו נלקחו פרטיהם האישיים יהיה ההזדמנות היחידה, בה יתאפשר לו לומר דבר מה לפני החזרתו למצרים. יש להניח כי ציפו לפגוש לאחר מעצרו את נציגי נציבות האו"ם לפליטים או לכל הפחות גורם אזרחי, שבפניו יוכלו להעלות טענות בדבר רדיפה ולבקש הכרה כפליטים. הניסיון לטעון כי לא הייתה מניעה לגירוש איש מן העצורים משום שלא העלו מיוזמתם טענה בדבר סכנה הנשקפת להם במהלכו של "תשאול" צבאי קצרצר בין מספר שניות בנוגע לשמם ולמדינת מוצאם וכי "תשאול" זה יכול להוות תחליף לשמיעת טענות המגורש לפני גירושו ולבדיקה מקצועית של נציבות האו"ם לפליטים, אינה אלא ניסיון לא מוצלח של המשיבים להתפרק מן החובות הרובצות לפתחם.
120. עניינה של הצעירה הסורית שגורשה בשנת 2004 (סעיפים 49-55 הנ"ל) מדגים אף הוא עניין זה, ומראה כיצד החיילים ב"שטח" כלל אינם מסוגלים "לשמוע" טענה בדבר פליטות בהעדר כישורים לכך. כאמור בפרק העובדתי, הצבא גירשה לאחר שהסתפק בבחינה כי היא אינה "קשורה למודיעין יריב". זאת מבלי שעורבה נציבות האו"ם לפליטים, אף שהאישה טענה כי חצתה את הגבול משום שנמלטה מאלימות מידי משפחתה. כאמור לעיל, במקרים מסוימים אלימות כזו ללא הגנתה של המדינה מהווה "רדיפה" לפי אמנת האו"ם לפליטים, אולם גורמי הצבא שטיפלו בעניין, בהעדר יכולת מקצועית, כלל לא קראו אל תוך דבריה של הצעירה טענת פליטות, לא מצאו לנכון לערב את נציבות הפליטים, וגירשו אותה בחזרה לסוריה.
121. יוער כי אף אם ניתן היה לקבל את הטענה, כי מדובר ב"מניעת כניסה" ולא ב"גירוש", הרי שלא היה בכך כדי לפטור את המשיבים מחובת השמיעה. אכן, למשיבים מוקנה שיקול דעת רחב בכל הנוגע למניעת כניסה לישראל, וככלל אין לכל מי שמגיע אל שעריה של מדינה זכות קנויה להיכנס אליה. ואולם, לכלל זה חריג בדמות עקרון ה-*non-refoulement*. בהמשך נעמוד בהחרבה על תחולתו של עקרון זה גם בנוגע למי שמגיע לפתחה של מדינת ישראל וטרם נכנס לשטחה.

8. עקרון ה-*non-refoulement*

122. בפרשת אל טאני נפסק, כי:

"כבכל מקרה של הפעלת סמכות שלטונית, אף בהפעלה של סמכות הגירוש יש לקחת בחשבון את חייו של הפרט ואת חירותו. מי שנכנס לישראל ושוהה בה שלא כדין אינו זכאי להישאר בישראל, אך הוא זכאי לכך כי חייו לא יהיו בסכנה – לא בישראל ולא בארץ היעד שאליה יגורש. על-כן, אין לגרש אדם מישראל למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו. כל סמכות שלטונית – לרבות סמכות הגירוש על-פי חוק הכניסה לישראל – צריכה להיות

מופעלת על בסיס ההכרה "בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין..." (סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). זהו העיקרון הגדול של ה-*non refoulment*, לפיו אין לגרש אדם למקום שבו יועמדו חייו או חירותו בסכנה. עיקרון 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"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 848 (להלן – עניין אל טאיי).

123. בהתאם לעקרון ה-*non-refoulement* חל איסור על גירושו של אדם לא רק למדינה בה עשויה להישקף סכנה לחייו, לבריאותו או לשלמות גופו, אלא גם אל מדינה שאין אפשרות להבטיח כי לא תגרש אותו למדינה אחרת, בה נשקפת לו סכנה כזו (עניין אל טאיי, עמ' 850; *R v. Secretary for the Home*; *Department, ex parte Yagathas*, [2002] UKHL 36 (UK HL, Oct. 17, 2002)).

124. עקרון זה נגזר הן מערכי היסוד של שיטתנו המשפטית, המעלה על נס את הזכות לחיים, את הזכות לחירות ואת הזכות לשלמות הגוף, והן ממחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, שחתמה על אמנת האו"ם בדבר מעמדם של פליטים ואשררה אותה. עקרון זה מחייב את מדינת ישראל אף בהיותו מעוגן במשפט הבינלאומי המינהגי (ראו: UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR* (1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93, 31 January, 1994)).

125. עקרון ה-*non-refoulement* חל לא רק על מי שעומדים בהגדרת המונח "פליט", שבסעיף 1 לאמנת הפליטים (המגבילה עצמה למי שנרדף על רקע אחת מחמש עילות – גזע, דת, לאום, דעה פוליטית או שייכות לקיבוץ חברתי מסוים). הוא חל גם על גירוש אדם למדינה, בה הוא עשוי להיות חשוף לעינויים או ליחס או עונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, בהתאם לאמנה בעניין זה. עקרון ה-*non-refoulement* הקבוע באמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים ומשפילים, רחב מזה שבאמנה בדבר מעמדם של פליטים. הוא מוחלט, ולא ניתן לאזנו אל מול אינטרסים אחרים, כבדי משקל ככל שיהיו (ראו, למשל: 15) 54 ECHR [1996] 22414/93 *Chahal v. United Kingdom*, para. 79-80 (November 1996)).

126. גירושם חסר ההבחנה של מבקשי מקלט בסמוך לאחר כניסתם לישראל, ללא גישה למערכת המקלט, בלי בחינה אינדיבידואלית של עניינם, ללא זכות טיעון ותוך חסימת הגישה לערכאות בישראל, מהווה הפרה של עקרון יסוד זה, כפי שיוסבר.

8.1. גירוש ללא בחינה אינדיבידואלית – הפרה של עקרון ה- non-refoulement

127. המשיבים סבורים כי בידם לגרש ללא הבחנה (או, לשיטתם, "למנוע כניסתם") של מי שנעצרו בסמוך לגבול. לשיטתם, "הבנות" עם מצרים בדבר אי גירוש בחזרה למדינות מוצאם של מבקשי המקלט, יש בהן כדי ליתר את מערכת מקלט הישראלית. גישה זו עומדת בניגוד בוטה לחובה לבחון את עניינו של כל אדם, שיש חשש כי הוא חשוף לרדיפה.

128. בסיום עתירה זו נחזור ונתייחס בפירוט לחששות האופפים את גירושם של מבקשי מקלט למצרים ואת הקושי להסתמך על ה"הבנות" בין ראש ממשלת ישראל לנשיא מצרים, אולם פירוט זה ייעשה מעבר לנדרש. אפילו ניתן היה לקבל כרציניות את ה"הבנות" בין ישראל למצרים ואפילו מדובר היה בגירוש למדינה שהיא מודל לשמירה על זכויות אדם, אסור היה לגרש אדם המבקש מקלט, מבלי שטענתו תיבחן באופן אינדיבידואלי באמצעות פרוצדורת המקלט הישראלית.

129. מדינת ישראל, בגרשה למצרים מבקשי מקלט שנתפסו בסמוך לגבול מבלי שתיתן להם גישה למערכת המקלט בישראל, מניחה כי מצרים היא "מדינה בטוחה", בה איש אינו נרדף ואיש אינו עונה להגדרת פליט. היא מניחה כי אף אם יש מבקשי מקלט שהם פליטים במדינות מוצאם, הרי שבמצרים הם זוכים להגנה הנדרשת.

130. המלומד James C. Hathaway, הנחשב לאחד מגדולי המומחים בדיני הפליטות, עומד על הפסול שבגישה זו, וקובע כי היא מהווה הפרה של עקרון ה- non-refoulement:

"A Final *non-entrée* mechanism which must be considered is the designation of whole countries as "safe countries of origin" – essentially signaling that persons from such states are to be assumed not to be Convention refugees. **In principle this approach conflicts with the highly individualized focus required by the convention:** even if all persons from a given country cannot qualify for refugee status, this fact ought not to impede recognition of refugee status to the small minority who are in fact Convention refugees."

J. C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge University Press, 2005), p. 333, emphasis added.

131. Hathaway מוסיף וקובע, כי גירוש "אוטומטי" מסוג זה, ללא בחינה אינדיבידואלית, יוביל לכך שלפחות חלק מן הפליטים ה"אמיתיים" יוחזרו למדינות, בהן הם חשופים לרדיפה, זאת גם במקרים שבהם מדובר לגירוש למדינות דמוקרטיות המחויבות לעקרונות של זכויות אדם:

“Most clearly, there can be no question of automatically refusing all claims from any country: an approach of this kind will inevitably force away at least some refugees. ... Sadly, even countries considered model democracies and defenders of human rights have generated – at some times and at some circumstances – persons who are in fact Convention refugees.”

Ibid, p. 334

132. כך, למשל, קבע בית המשפט לערעורים באנגליה, כי אף כאשר המדינה, בה אדם מבקש מקלט, מתייחסת אל מדינה אחרת כאל "מדינה בטוחה", חייבת המדינה, בטרם גירוש, לקיים הליך הוגן שבו יתאפשר לאדם להגיש בקשה למקלט. בהתאם לקביעתו, גם במקרים בהם קיימת חזקה כי שלומו של אדם יישמר במדינה אליה יגורש משום שמדובר במדינה הנחשבת "מדינה בטוחה", יש לבדוק את בקשתו, וחייב להינתן "careful consideration to the facts of the individual case".

R (L) v. Secretary of State for the Home Department, [2003] EWCA Civ 25 (Eng. CA, : ראו Jan. 24, 2003), para 30, 38, 45.

ראו גם: *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Javed*, [2001] EWCA Civ 789 (Eng. CA, May 17, 2001).

133. הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים קבעה אף היא כי עצם ההחלטה שמדינה היא "מדינה בטוחה" אינה שוללת בהכרח את האפשרות שחלק ממבקשי המקלט, המגיעים ממנה, הם פליטים לפי האמנה, שחל איסור על החזרתם (Note on the Cessation Clauses, UN Doc. EC/47/SC/CRP.30) (1997), para. 7.

134. כל האמור נכון באשר לכל מדינה בה עסקינן – מדינת ישראל מחויבת לבחון באופן אינדיבידואלי את עניינו של כל מבקש מקלט המגיע לשעריה או הנמצא בשטחה, אף אם הוא ממדינה, אשר, לשיטתה של ישראל, קיימת חזקה כי לא נשקפת בה סכנה. היא מחויבת לעשות זאת בין שמדובר במבקש מקלט מסין, מסוריה, מארה"ב או משוודיה. הדבר נכון ביתר שאת, שעה שמדובר במצרים, אשר ה"רקורד" הבעייתי שלה בנוגע להחזרת פליטים למדינת מוצאם, כפי שתואר לעיל, וה"רקורד" הבעייתי שלה בנוגע לשמירת זכויות האדם של מי שגורשו אליה מישראל, כפי שתואר בהמשך, מחייב זהירות יתרה.

135. גירוש בסמוך לאחר הכניסה לישראל, ללא הליך וללא מעורבות של הגורמים המתמחים בזיהוי פליטים בישראל, מעמיד חלק מן המגורשים בסכנת רדיפה, כמשמעה באמנה בדבר מעמדם של פליטים, גם במצרים. כיצד סבורה מדינת ישראל כי תימנע מהפרה של עקרון ה-*non-refoulement*, כאשר בין הנכנסים דרך גבולה הדרומי עשויים להימצא פליטים, שכל שיזכו הוא למסור את פרטיהם האישיים במהלך ה"תשאול" שנערך על ידי חיילי צה"ל בשטח? כיצד מצפה מדינת ישראל כי החיילים ב"שטח",

שספק אם מכירים את הוראות האמנה ושאינן ספק כי אין להם הכישורים לבחון את טענתו של אדם בדבר רדיפה במצרים, יבטיחו כי לא תתרחש הפרה של עקרון ה-*non-refoulement*? (להרחבה בעניין היותו של ה"תשאול" הנערך בשטח בלתי מספק אפילו על מנת להכריע אם אדם טוען לחשש לחייו ראו סעיפים 114-119 הנ"ל בפרק אודות זכות הטיעון).

136. אף אם קיימות "הבנות" כלשהן בין ראש ממשלת ישראל לנשיא מצרים, בדבר אי החזרתם של מבקשי מקלט אל מדינות מוצאם, אין בכך כדי להבטיח כי אדם המגיע לישראל דרך מצרים לא יהיה חשוף לרדיפה במצרים, כמשמעותה באמנה, אם יגורש.

137. טלו, לדוגמה, פעיל פוליטי מצרי, שעל רקע פעילותו הפוליטית נרדף על ידי הרשויות במצרים ושואם יוחזר עלול להיות חשוף למעצר ולעינויים. בהתאם ל"נוהל החזרה חמה", אם ייכנס לישראל, יישאל מספר שאלות אודות זהותו על ידי חיילי ישראל, ויימסר לידי הצבא המצרי.

138. טלו, לדוגמה, אישה החשופה לאלימות על רקע מה שמוגדר כ"כבוד המשפחה" ואינה זוכה להגנת הרשויות במצרים, או הומוסקסואל שהחברה ורשויות המדינה מתנכלות לו באופן שעשוי לסכן את חייו או את חירותו (יוער, כי רדיפה על רקע שני אלה הוכרה כרדיפה על רקע שייכות ל"קיבוץ חברתי מסוים" כמשמעה באמנה בדבר מעמדם של פליטים – ראו: UNHCR Guidelines on International Protection: Gender Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. HCR/GIP/02/01, 7 (May, 2002). גם אלה, בהתאם ל"נוהל החזרה חמה", יוחזרו למצרים, שם יהיו חשופים להמשך רדיפה.

139. טלו, לדוגמה, אזרח סודני נוצרי, תושב דרום סודן, שנמלט למצרים, ואף על פי שמצרים אינה מתכוונת לגרשו לסודן, הוא נרדף במצרים עצמה על ידי האוכלוסייה על רקע דתו וצבע עורו, מבלי שיזכה להגנת השלטונות. טלו, לדוגמה, פליט מדרפור, שנציבות האו"ם לפליטים במצרים סירבה בכלל לבחון את בקשתו. אף הם לא יזכו להשמיע את טענותיהם ולהגיש בקשה למקלט בישראל. הגורם היחיד ש"יבחן" את טענותיהם יהיה החייל שיגרשם.

140. מקרים אלה הם דוגמאות ריאליות בודדות מתוך שלל תסריטים בלתי דמיוניים לחלוטין של מבקשי מקלט, הזכאים למקלט בישראל, אך יוחזרו בהתאם ל"נוהל החזרה חמה" ללא בדיקה כלשהי.

8.2 תחולת עקרון ה-*non-refoulement* והחובה לקיים בדיקה אינדיבידואלית – גם בעניינו של מי שנמצא בגבול וטרם נכנס למדינה ובעניינו של מי שנכנס שלא כדין

141. כאמור, קביעת היועץ המשפטי לממשלה, כי מי שנעצר בסמיכות פיזית לגבול בתוך שטח ישראל ולא חלף פרק זמן ארוך מאז כניסתו, כלל לא נכנס לגבולות המדינה, היא קביעה חסרת יסוד משפטי. ואולם, אפילו אפשר היה לקבל עמדה זו (ואי-אפשר!), לא היה בכך כדי להועיל למשיבים. עקרון ה-

non-refoulement חל אף על מי שהגיעו אל גבולה של המדינה וטרם נכנסו לשטחה. החובה לאפשר למבקשי מקלט להביא את טענותיהם במסגרת מערכת המקלט הפנימית, קיימת אף במקרים בהם הם מצויים בשעריה של המדינה וטרם נכנסו לתחומה.

142. המלומד Hathaway עומד על כך שמן האמנה ומן ההיסטוריה של ניסוחה עולה בבירור כי על המדינות החתומות האמנה לאפשר גישה למערכת המקלט שלהן, גם כאשר מבקש מקלט מידפק על שעריהן וטרם נכנס לתחומן, וכי אחת ממטרותיה היא למנוע דחיית בקשות להיכנס לתחומן על בסיס מגבלות ההגירה הכלליות:

“In particular, the duty of non-refoulement has ordinarily been understood to constrain not simply ejection from within the state’s territory, but also non-admittance at its frontiers. ...

The original purpose of the prohibition of *refoulement* was therefore to ensure that those states in which summary removal or denial of access was authorized by law not be allowed to rely on such provisions to subvert the general limitations on the expulsion of refugees.”

Hathaway, pp. 315-316.

143. המלומדים Goodwin-Gil ו-McAdam עמדו על כך שהפירוש המקובל של עקרון איסור הגירוש במדינות העולם הוא פירוש המצביע על תחולת העקרון מרגע בו מבקש המקלט מבקש להכנס למדינה או לגבולותיה:

“By and large, States in their practice and in their recorded views have recognized that *non-refoulement* applies to the moment at which asylum seekers present themselves for entry, either within a state or at its border.”

Goodwin-Gil & McAdam, p. 208.

ראו גם פסקה 26 לפסק דינו של בית הלורדים באנגליה: *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport, ex parte European Roma Rights Centre and others*, [2005] 2 AC 1, [2004] UKHL 55.

144. הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים, אף היא גורסת כי כך יש לפרש את האמנה. במסקנות שפרסמה הוועדה בשנת 1977 נכתב:

“The Executive Committee... reaffirms the fundamental importance of the observance of the principle of non-refoulement – both at the border and within the territory of a State of persons who may be subjected to persecution...”

UNHCR Executive Committee Conclusion No. 6 (XXVIII – 1977), “Non-refoulement”.

145. כפי שפירטנו לעיל, אף יצירתן של פיקציות, דוגמת זו שיצר היועץ המשפטי לממשלה, לפיהן מי שנעצרו בגבול כלל לא נכנסו לישראל, אינה פוטרת את המדינה מאחריותה על מי שנמצאים בשטחה הטריטוריאלי ואינה פוטרת אותה ממתן גישה למערכת המקלט בישראל (ראו פסקי הדין הנ"ל בעניין *Amuur v. France* ובעניין *Singh v. Minister of Employment and Immigration*).

146. ודוקו: עקרון ה- non-refoulement מחיל עצמו על כל פליט, גם אם זה נכנס, או מבקש להכנס, למדינה שלא כדין. להבדיל מאמנת הפליטים משנת 1933, שבה נקבע כי היא חלה רק על מי שנכנס לשטחי המדינה כדין, הרי שהאמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, עליה חתומה מדינת ישראל, אינה עושה הבחנה כזו, בין השאר נוכח לקחי מלחמת העולם השנייה. מעניין לציין, כי בשנת 1950 במסגרת הדיונים, בהם נוסחה האמנה, הוצע תחילה להבחין בין מבקשי מקלט שנכנסו כדין לבין מבקשי מקלט שנכנסו למדינה שלא כדין. ואולם בעקבות הצעת הארגון העולמי של "אגודת ישראל" בוטלה הבחנה זו, והאמנה הוחלה על כלל מבקשי המקלט, בין שנכנסו כדין ובין שלא (ראו: Hathaway, p.303).

147. לפיכך, לצורך הגשת בקשת מקלט בישראל ולצורך תחולתו של עקרון ה- non-refoulement אין חשיבות של ממש לשאלה האם מי שנעצרים בסמוך לגבול הם מבחינה משפטית מי נכנסו לשטח ישראל ללא היתר, כעמדת העותרים, או שמא הם כלל "לא נכנסו" לשטח מדינת ישראל, כעמדת היועץ המשפטי לממשלה.

8.3 תחולת עקרון ה- non-refoulement – עוד בטרם ההכרה במבקש המקלט כפליט

148. עקרון ה- non-refoulement, ומכוחו אף החובה לקיים בדיקה אינדיבידואלית בעניינו של כל אדם ולאפשר את הגישה למערכת המקלט, חל אף על מבקשי מקלט, שטרם הוכרו כפליטים, דוגמת אלה הנעצרים בסמוך לגבולה של ישראל. אף על פי שלפי הדין הבינלאומי ההכרה באדם כפליט היא דקלרטיבית ולא קונסטיטוטיובית (Hathaway, p. 303-304), מקובל כי את מרבית הזכויות הקבועות באמנה, מחויבות המדינות החברות לאמנה להעניק רק לאחר ההכרה באדם כפליט. לכלל זה מספר חריגים, שאחד מהם הוא תחולת עקרון ה- non-refoulement, וזאת בשל חשיבותו ומרכזיותו של העיקרון.

149. האמנה מחילה את עקרון ה-*non-refoulement* על מבקשי מקלט לפני שהוכרו כפליטים (או לפני שבקשתם להכרה כפליטים נדחתה), שכן כלל הפוך, לפיו עקרון זה לא יחול על מבקש מקלט שבקשתו טרם הוכרעה, היה עושה את הוראות האמנה כולן פלסטר.

ראו לעניין זה:

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

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

8.4. עקרון ה-*non-refoulement* בראי המשפט העברי

150. ראוי לבחון את דרך התנהלותה של מדינת ישראל בעניין נשוא העתירה אף על פי המשפט העברי ומסורת ישראל.

151. בספר דברים פרשת כי תצא (פרק כ"ג פסוקים ט"ז – י"ז) אנו מוצאים את הדברים הבאים:

לֹא-תִסְגִּיר עֶבֶד, אֶל-אֲדֹנָיו, אֲשֶׁר-יִנְצֵל אֵלָיךְ, מֵעַם אֲדֹנָיו. עִמָּךְ יֵשֵׁב בְּקִרְבְּךָ, בְּמָקוֹם אֲשֶׁר-יִבְחַר בְּאֶחָד שְׁעָרֶיךָ--בְּטוֹב לוֹ; לֹא, תֹונָנוּ.

152. בפסוקים אלו מניח המקרא תשתית לצורת ההתנהגות שיש לנקוט עם אותו אדם אשר ברח מעם אדונו וביקש מקלט באחוזתם של בני ישראל. אונקלוס הגר מתרגם את צמד המילים המקראיות "אשר ינצל" למילה הארמית 'דישתזיב', דהיינו - אשר יבקש מקלט. המקרא בצוויו, מוסר הנחיה בעלת ארבע פנים, ביחס לנמלט: **לא להסגירו; להושיב אותו עמו בקרבנו; לאפשר לפליט להתיישב "במקום אשר יבחר באחד משעריך – בטוב לו"; לא להונות את הנמלט.**

153. במרוצת הדורות, נתגלעה מחלוקת בשאלה האם מדבר הכתוב אך בעבד עברי אשר נמלט לאחוזתם של בני ישראל או שמא בכל עבד. הרוב המכריע של פרשני המקרא, בעלי המדרש ובעלי ההלכה, פירשו את הציווי כחל על כל עבד הנמלט על נפשו.

154. מדרש ההלכה "ספרי" על חומש דברים, בפסקה רנ"ט מרחיב את ההנחיות המצוינות במקרא ומפרשן:

ט"ז...**אשר ינצל אליך מעם אדוניו, לרבות גר תושב.**
 י"ז: **עמך ישב, ולא בעיר עצמו. בקרבך, ולא בספר. במקום אשר יבחר, במקום שפרנסתו יוצאה. באחד שעריך, בשעריך ולא בירושלם כשהוא אומר באחד שעריך שלא יהא גולה מעיר לעיר. בטוב לו, מנוה הרע לנוה היפה. לא תוננו, זו הונית דברים...**

155. פרשן המקרא מימי הביניים, האבן עזרא¹, בהתייחסו למצוות איסור הסגרת העבד הנזכרת, כותב:

"מעם אדוניו, גם אם הוא איננו ישראל, כי הוא בא לכבוד השם הנקרא על ישראל. ואם העבד יסגירנו ישראל אל אדוניו, הנה זה חלול השם על כן לא תוננו."

¹ ר' אברהם בן מאיר בן עזרא (ראב"ע) נולד בשנת ד' אלפים תתמ"ט (1089) בתור הזהב של יהדות ספרד, בטודלה שבספרד ונפטר בשנת תקכ"ד (1164). היה משורר, בלשן, פרשן המקרא ופילוסוף, מהבולטים בהוגים היהודים בימי הביניים.

156. בפרשנותו לפסוקים אלו מדגיש האבן עזרא שני יסודות חשובים מאוד. היסוד הראשון הינו הפניה לבני ישראל לתת יחס מועדף לגרים ולפליטים בשל הזיכרון הקולקטיבי הטבוע בנו בשל סבלו של העם במצרים. הפליט, כיוצאי מצרים, חסר, אף הוא, כל כח או זכויות ושומה עלינו לסייע בידו. היסוד השני אותו מדגיש האבן עזרא הינו החובה המוסרית שיש לעם ישראל לסייע לאנשים החוסים בצלו, שכן פליטים אלו הנרדפים במדינתם מבקשים חסות דווקא במדינת ישראל משום ששם ישראל עליה. הסגרת הפליט חזרה לאדונו – מולדתו בה קיימת סכנה לחייו, מהווה לשיטת מסורת ישראל חילול שם שמים ופגיעה אנושה בדמותו הערכית והמוסרית של העם. דומה כי בדורנו מקבלים יסודות אלו משנה תוקף לנוכח קורותיו של העם היהודי בשנות השלושים והארבעים של המאה הקודמת ואת סירובם הנפשע של מרבית מדינות העולם לקלוט את פליטי העם היהודי טרם השואה.

157. כמעין המשך לפרשנותו של האבן עזרא על איסור הסגרת העבד קובע הרמב"ם, שימי בחרותו עברו עליו כפליט מארץ ספרד, בחיבורו "מורה נבוכים" (ח"ג פרק ל"ט) את הדברים הבאים בהתייחסו למצוות "לא תסגיר עבד":

"ודברו לא תסגיר עבד אל אדניו (דברים כ"ג, 16): נוסף לרחמים שבזאת, יש במצוות אלה תועלת גדולה, והיא שנסגל לעצמנו מידה נעלה זאת, כלומר שנעניק חסות למי שמבקש לחסות בנו, נגן עליו ולא נמסור אותו למי שברח מלפניו. **ולא די שתעניק חסות למי שמבקש לחסות בך, אלא מוטלת עליך חובה כלפיו לדאוג לצרכיו, להשפיע עליו רוב טוב, ולא להכאיב לבנו באף מלה.** זה דברו יתעלה 'עמך ישב בקרבך [במקום אשר יבחר] באחד שעריך, בטוב לו; לא תוננו' (דברים כ"ג, 17). דין זה נקבע באשר לפחות שבבני-אדם, הנמוך ביותר בדרגה, והוא העבד. על אחת כמה וכמה אם אדם מכובד מבקש את חסותך, מה רב מה שמוטל עליך לעשות למענו!"

9. גירוש למצרים על בסיס "הבנות" בין ראש ממשלת ישראל לנשיא מצרים

9.1. גירוש למצרים

158. יצוין בפתח פרק זה, כי בפני בית משפט נכבד זה תלויה ועומדת עתירה, שהגישו לפני שנתיים העותר 1 והקליניקה למאבק בסחר בנשים באוניברסיטה העברית (בג"ץ 7964/05), בה התבקש בית המשפט להורות על איסור גירוש למצרים בכלל, וזאת נוכח כליאתם והפרת זכויות האדם הבסיסיות של מהגרי עבודה וקורבנות סחר בנשים למטרת זנות, שגורשו בעבר למדינה זו.

159. חשוב לעמוד על כך שעניינה של עתירה זו אינו חופף את עניינה של העתירה בבג"ץ 7964/05. עתירה זו עוסקת בחסימת גישתה של קבוצה שלמה למערכת המקלט הישראלית בהתאם ל"נוהל החזרה חמה", בגירוש ללא הליך, ללא צו וללא זכות טיעון, ובהחזקה במעצר ללא בסיס חוקי כלשהו של מי שלשיטת המשיבים "לא נכנסו" לישראל. בעתירה זו לא מתבקש בית המשפט להכריע בשאלת האיסור הכללי לגרש למצרים, שנדונה בבג"ץ 7964/05, אלא מתבקש, נוכח אירועי השבועות האחרונים, להורות למדינה להימנע מגירוש (או "מניעת כניסה", לשיטתה) בהתאם לנוהל האמור, ולקבוע שורה של תנאים בטרם יתבצע כל גירוש של מי שנעצרו בסמוך לגבול. בית המשפט אינו מתבקש במסגרת עתירה זו להכריע בשאלה, האם ניתן לגרש למצרים אדם שנעצר בסמוך לגבול, עבר מיון על ידי הגורמים

המוסמכים לאחר שמולאו כל התנאים המתבקשים בבקשה לצו על-תנאי, ונמצא כי הוא אינו פליט לפי האמנה. שאלה זו נדונה במסגרת בג"ץ 7964/05 במסגרת הכללית יותר העוסקת בגירוש למצרים בכלל.

160. העתירה בבג"ץ 7964/05 מביאה דיווחים ועדויות של מהגרי עבודה וקורבנות סחר בבני אדם, שגורשו עד שנת 2005 מישראל למצרים, אודות החזקתם במעצר מייד לאחד הגירוש למצרים בתנאים בלתי אנושיים, ותוך הפרה של האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.

העתק העתירה בבג"ץ 7964/05 מצ"ב ומסומן ע/35.

161. לאחר הגשת העתירה ולאחר האירוע שתואר לעיל בעניין גירושם של 11 פליטים סודניים מישראל למצרים, שכמעט הסתיים בגירושם ממצרים בחזרה לסודן (סעיפים 56-79 הנ"ל), ביקשה נציבות האו"ם לפליטים להימנע מגירושם של מבקשי מקלט למצרים, וזאת נוכח העדרן של ערובות מספיקות לשלומם של המגורשים. המשיבים גיבשו מדיניות חדשה, לפיה הטיפול במי שנכנסו לישראל שלא כדין דרך גבול ישראל-מצרים, ייעשה בהתאם למדינת מוצאם, ומדיניות זו פורטה במסגרת התשובה, שהוגשה בבג"ץ 7964/05. אף על פי שהמדיניות שהוצגה במסגרת בג"ץ 7964/05 אינה כוללת הימנעות מוחלטת מגירוש למצרים, הרי שמאז ועד לגירושם של ששת מבקשי המקלט מאריתריאה ביום 26.4.2007 (ראו סעיפים 29-22 הנ"ל), לא גורש איש, למיטב ידיעת העותרים, למצרים (למעט אזרחי מצרים).

162. לא נחזור במסגרת זו על מלוא התיאורים, שהובאו בעתירה בבג"ץ 7964/05, אולם נביא את אלה, שעשויה להיות להם השלכה על העניינים הנדונים בעתירה זו.

163. בעתירה בבג"ץ 7964/05 הוסבר כי אדם המגורש למצרים מישראל ונמסר לכוחות הביטחון נאסר אוטומטית ומוטל עליו עונש מאסר מינהלי ממושך. פעמים רבות מי שהיו בשטח ישראל נחשדים בריגול לטובת ישראל ונחקרים בעניין זה על ידי כוחות הביטחון במצרים.

164. בעתירה אף תוארו תנאי הכליאה הקשים במצרים, כפי שתוארו בדו"חות, שנכתבו על ידי ארגוני זכויות אדם שונים ועל ידי מחלקת המדינה בארה"ב. הדו"חות כולם מתארים פרקטיקות של עינויי עצורים ואסירים כדבר שבשגרה, מניעת טיפול רפואי בכלא, צפיפות בלתי אנושית, שירותי סניטציה לא ראויים לאדם בכלא, אי אספקת מים, לינה על הרצפה ואי אספקת מזון סדירה. כל אלה עולים כדי הפרות של הוראות האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.

165. לאחרונה, לאחר הגשת העתירה בבג"ץ 7964/05, עמדה מחלקת המדינה בארה"ב על הפרקטיקה הנפוצה של עינויים במצרים, וכן על כליאה בתנאים, העומדים בסתירה לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים:

<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2006/78851.htm>

166. דו"ח זה אינו מעלה טענות חדשות. כפי שפורט בעתירה בבג"ץ 7964/05, דו"חות רבים של מחלקת המדינה בארה"ב ושל ארגוני זכויות אדם עמדו בפירוט רב על פרקטיקות של עינוי עצורים ואסירים ועל תנאי הכליאה הבלתי אנושיים במצרים.

ראו קביעותיה העקביות של מחלקת המדינה בארה"ב בדו"חות שונים מן השנים האחרונות:

<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2003/27926.htm>

<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2004/41720.htm>

<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2005/61687.htm>

וכן ראו דו"חות ארגוני זכויות אדם בעניין תנאי המעצר והעינויים במצרים:

- Amnesty International Report 2003 -Egypt, available at:
<http://web.amnesty.org/report2003/egy-summary-eng>
- Human Rights Watch Egypt's Torture Epidemic, February 2004, available at:
<http://www.hrw.org/english/docs/2004/02/25/egypt7658.htm>
- The Egyptian Organization for Human Rights Torture in Egypt – An Unchecked Phenomenon available at: <http://www.eohr.org/report/2004/re3.htm>

167. נבקש להזכיר, כפי שפורט בחלק העובדתי (ראו סעיפים 56-79), את הצהרתו של הפליט הסודני, שגורש יחד עם 10 פליטים נוספים בשנת 2004 (נספח ע/34 הנ"ל). נזכיר, כי בהצהרתו הוא מתאר חקירה מלווה באלימות מייד לאחר הגירוש, כליאה בחדרון צפוף, כמעט ללא אוכל או מים, מניעת גישה אל נציבות האו"ם לפליטים, אלימות רבה במהלך ניסיון הגירוש לסודן, שכללה מכות באלות, מכות חשמל, בעיטות ועוד.

168. אל פניית ב"כ העותרים אל היועץ המשפטי לממשלה מיום 5.8.2007 (נספח ע/17 הנ"ל) צורף תצהירו של פליט מחוף השנהב, העצור היום בכלא "קציעות". פליט זה ניסה בעבר לחצות את הגבול לישראל אך נתפס על ידי הצבא המצרי. הוא נעצר, ללא שהובא בפני שופט, למשך שבעה חודשים. תנאי המעצר היו בלתי אנושיים ובמהלכם מתו לא פחות משלושה עצורים שהיו עימו בתאו בכלא. מצהיר זה ביקש לראות את נציבות האו"ם לפליטים בכלא במצרים, אולם אנשיה הגיעו אליו רק שלושה חודשים לאחר מעצרו, והשחרור ארך ארבעה חודשים נוספים.

העתק התצהיר מצ"ב ומסומן ע/36.

169. אל פניית ב"כ העותרים אל היועץ המשפטי לממשלה מיום 5.8.2007 צורפו אף מספר תצהירים של פליטים סודניים, שנגבו במצרים. שמותיהם של המצהירים נמחקו על ידינו מן התצהירים על מנת שלא לסכן את הפליטים, הנמצאים במצרים:

169.1. **תצהירו של ע' א' ח':** ע' נעצר מול משרדי נציבות האו"ם לפליטים בבואו לדווח על מעצר והטרדה על-ידי שוטרים. תצהירו מפרט אלימות בסמוך לאחר המעצר, כליאה בתנאים לא אנושיים (40 איש בחדר קטן, רבים מהם עבריינים, ללא מזון, מים שניתן לשתות רק מן השירותים, ועוד). השוטרים האשימו את הפליט שמוצאו מדרפור בכך שבאו לקהיר "לעשות בעיות". הוא שוחרר לבסוף, אחרי כמעט ארבעה שבועות, רק לאחר שהוזהר לא לפנות לנציבות האו"ם לפליטים, באיום כי יגורש ממצרים אם יפנה. גם לאחר שחרורו אין הוא מתגורר בביתו, מחשש כי ישוב וייעצר. הוא, אשתו ובנו נודדים בין בתי חברים.

העתק התצהיר מצ"ב ומסומן ע/37.

169.2. **תצהירו של מ' ח' ע':** גם מצהיר זה נעצר על-ידי שוטרים מצריים מול משרדי נציבות האו"ם לפליטים, אליהם בא כדי להגיש תלונה בדבר בעיות בטחון. המצהיר ספג מכות במסגרת הליך המעצר, הן מידי השוטרים ואחר כך מידי הפושעים שבתאם נעצר. אחד השוטרים אמר לאחד האסירים שהוא יכול לתקוף מינית את המצהיר. המצהיר אכן הותקף באלימות. תנאי המעצר היו קשים: המוני עצורים בתא, ללא מקום לישון, חרקים בכל מקום, לרבות במזון המועט שסופק לעצורים. לקראת חלוף חודש כמעט, כשהובא בפני שופט, ביקש השופט מן המצהיר להתחייב כי לא יפנה שוב לנציבות האו"ם לפליטים וכי לא יעסוק בכל פעילות פוליטית (בה לא עסק המצהיר ממילא). מאז שחרורו חש המצהיר חוסר בטחון משמעותי. הוא פנה בכתב לנציבות האו"ם לפליטים שבע פעמים, אך לא קיבל כל תגובה.

העתק התצהיר מצ"ב ומסומן ע/38.

169.3. **תצהירו של ג' ע' א' מ':** גם מצהיר זה נעצר מול משרדי נציבות האו"ם לפליטים. אשתו ושני ילדיו הקטינים נעצרו עימו. בסמוך לאחר המעצר הוכה במקל שוב ושוב על גבו ועל כליותיו. אשתו וילדיו שוחררו באותו יום, אך הוא נותר במעצר. תנאי המעצר היו קשים: ארבעים איש בחדר. המצהיר נאלץ לישון בעמידה בשירותים. במשך ארבעת הימים בהם שהה במקום לא קיבל מזון מהסוהרים וניזון משאריות מזון שקיבלו עצורים אחרים מקרוביהם. מים לשתייה ניתן היה למצוא רק בשירותים. המצהיר שוחרר על ידי שופט שאיים עליו כי אם ייגש שוב לנציבות האו"ם לפליטים הוא ידון אותו לעוד שישה חודשי מאסר. לפני שחרורו אולץ לחתום על כתב התחייבות לפיו לא יפנה לנציבות האו"ם לפליטים ו"לא יעשה בעיות". מספר ימים לאחר שחרורו הוא נעצר בשנית, הפעם השוטרים איימו כי אם לא יחזור לסודן הם יאשימו אותו בפשע ויכלאו אותו. השוטרים נטלו ממנו את תעודת הפליט שלו. מאז שחרורו חי מצהיר זה בפחד, נפרד מעל משפחתו ומסתתר.

העתק התצהיר מצ"ב ומסומן ע/39.

170. נשוב ונדגיש – מי שחצו שלא כדין את הגבול ממצרים לישראל ומועברים ישירות לידי הצבא המצרי, נאסרים מייד לתקופה ממושכת, כשחלקם נחשדים בריגול לטובת ישראל. הם נחשפים לכל התופעות שתוארו בפסקאות האחרונות. לפיכך, גירושם עשוי להוות הפרה של האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.

171. על רקע זה יש לבחון את ה"הבנות", שהושגו לכאורה בין ראש ממשלת ישראל לנשיא מצרים בדבר "קליטתם" של מי שנכנסו ממצרים לישראל שלא כדין.

9.2. גירוש על בסיס "הבנות" בין ראש ממשלת ישראל לנשיא מצרים

172. כאמור, ביום 1.7.2007 הודיעה לשכת ראש הממשלה כי מבקשי מקלט שהגיעו דרך מצרים יגורשו מעתה בחזרה למצרים (נספח ע/14 הנ"ל). ההודעה התייחסה ל"סיכום" שהשיג ראש הממשלה עם נשיא מצרים בדבר "קליטתם" של מי שנכנסו לישראל דרך גבול מצרים. פרטי ה"סיכום" לא פורסמו ולא הובאו לידיעת העותרים, חרף פניותיהם הרבות בעניין זה. למיטב הבנת העותרים, אין מדובר אלא ב"סיכום" בעל פה בדבר החזרת מבקשי המקלט למצרים, מבלי שניתנו ערובות להבטחת שלומם (הן במובן זה שלא יגורשו למדינות מהם נמלטו והם במובן זה שלא יהיו חשופים להפרות זכויות אדם במצרים) ומבלי שנקבע מנגנון כלשהו לפיקוח על קיום ה"הבנות" שבין ראש ממשלת ישראל לנשיא מצרים.

173. המשיבים סבורים, כך נראה, כי אותן "הבנות" ערטיאליות, שתוכנן אינו ידוע, עשויות להוות תחליף לחובתן לבחון באופן אינדיבידואלי את עניינו של כל מבין האנשים, הנעצרים בגבול ישראל-מצרים, ולחובתן לאפשר להם גישה למערכת המקלט הישראלית. ואולם "הבנות" אלה רחוקות מלעמוד בסטנדרטים, להם כפופה החזרה למדינה כלשהי.

174. בטרם נעמוד על האופן בו ה"הבנות" מהוות הפרה קשה של חובותיהן של ישראל ומצרים ביחס למגורשים, נבקש לשוב ולהדגיש – אף אילו לא היה מדובר ב"הבנות" כלליות, אלא בהסכם בינלאומי תפור היטב לפרטי פרטיו, הכולל מנגנוני פיקוח בינלאומיים, ואף אילו לא היה מדובר בגירוש למדינה בעלת "רקורד" כה בעייתי של הפרת זכויותיהם הבסיסיות של מי שגורשו אליה מישראל אלא במדינה הידועה כמדינה שומרת זכויות אדם, הרי שלא היה בכך כדי להכשיר גירוש לפי "נוהל החזרה חמה", המאפשר גירוש ללא הליך כלשהו והשולל את האפשרות להגיש בישראל בקשה למקלט. אף במובן זה כל האמור בפרק זה הוא למעלה מן הנדרש לצורך העתירה. אולם היות שהמשיבים טועים לחשוב, כי ה"הבנות" בין ראש ממשלת ישראל לנשיא מצרים מכשירות הדרתם של מי שנתפסו בסמוך לכניסתם לישראל, נבקש להתייחס בקצרה למשמעותן של "הבנות" אלה.

175. בתי המשפט וגופים בינלאומיים פסלו שוב ושוב גירוש למדינות, בהן קיים חשש להפרה של האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים על בסיס "הבנות", "הסכמים" ו"סיכומים" (המכונים בספרות בעניין זה Diplomatic Assurances), בדומה לזה שנטען שהושג בין ראש ממשלת ישראל לנשיא מצרים. יודגש, כי פעם אחר פעם נקבע כי גירושים מסוג זה מהווים הפרה של חובותיהן של המדינות המגרשות, אף כאשר דובר בסיכומים מקיפים וברורים יותר מן ה"הבנה", שראש הממשלה טוען לקיומה:

175.1. בחודש ספטמבר 2004 הגיש הדווח (rapporteur) המיוחד לעינויים דו"ח לעצרת הכללית של האו"ם, בו הובע חשש כי הניסיון לגרש אנשים על בסיס התחייבויות דיפלומטיות הפך, בעיני מדינות אחדות, לתחליף לדבקות בעקרון ה-non-refoulement, ובו הוא עמד על כך שבשנים האחרונות הופרו מספר פעמים התחייבויות דיפלומטיות, שעל בסיסן הוצאו אל הפועל גירושים:

"[S]ince the Special Rapporteur submitted his report to the General Assembly two years ago, he has come across a number of instances where there were strong indications that diplomatic assurances were not respected and that transferred persons allegedly were treated in violation of the absolute prohibition of torture and other forms of ill-treatment...

The issue arises of whether the practice of resorting to assurances is not becoming a politically inspired substitute for the principle of non-refoulement which, it must not be forgotten, is absolute and non-derogable."

Report of the Special Rapporteur on Torture to the General Assembly, 1 Sept., 2004, A/59/324.

175.2. פרשת **Mohammed al-Zari** – בשנת 2001 גורשו שני מבקשי מקלט מצריים משוודיה למצרים. גירושם נעשה לאחר שהתקבלו התחייבויות **בכתב** מממשלת מצרים, לפיהן הם לא יהיו חשופים לעינויים וליחס פסול ויזכו להליך הוגן, ולפיהן יוכלו אנשי שגרירות שוודיה במצרים לבקר את השניים בכלא המצרי. על אף התחייבויותיה הכתובות של מצרים, לאחר גירושם הוחזקו השניים במשך חמישה שבועות במעצר בכלא המצרי במעצר incommunicado ומבלי שהתאפשר לאנשי השגרירות לפגוש בהם. במהלך פרק זמן זה הם עברו עינויים קשים. על אחד מהם נגזר עונש מאסר ללא קיומו של הליך הוגן. השני שוחרר לאחר כשנתיים, אך הוא נמצא תחת פיקוח ונאסר עליו ליצור קשר עם עיתונאים ועם ארגוני זכויות אדם.

בהחלטה שניתנה על ידי וועדת האו"ם נגד עינויים ביום 20.5.2005, נקבע כי שוודיה הפרה את התחייבויותיה לפי האמנה נגד עינויים, כאשר גירשה את השניים על בסיס אותן התחייבויות

כתובות של מצרים מבלי שניתנו ערובות מתאימות ומבלי שנקבע מנגנון לאכיפת התחייבויותיה של מצרים (UN Committee Against Torture, Decision: Agiza v. Sweden, (CAT/C/34/D/233/2003).

בהמשך, ביום 10.11.2006, ניתנה החלטה על ידי וועדת זכויות האדם של האו"ם, לפיה שוודיה הפרה את האיסור על עינויים, בגרשה למצרים את השניים על בסיס התחייבויותיה הכתובות של מצרים (UN Human Rights Committee, Decision: Alzery v. Sweden, (CCPR/C/88/D/1416/2005).

175.3. **פרשת Mahjoub** – ביום 14.12.2006 פסק בית המשפט הפדראלי בקנדה, כי כוונתה של קנדה לגרש מבקש מקלט על בסיס התחייבויות דיפלומטיות של מצרים, כי לא יאונה לו רע, אינה סבירה (Mohammad Zeki Mahjoub v. Minister of Citizenship and Immigration, IMM-) (98-06, 2006 FC 1503).

בית המשפט הקנדי קבע, כי קיימות עדויות מוצקות אודות עינויים בבתי הכלא המצריים ואודות הפרות זכויות אדם שיטתיות במצרים (פסקה 27 לפסק הדין) וכי קיים בסיס להטלת ספק בכך שמצרים תכבד את התחייבויותיה (פסקה 33 לפסק הדין).

175.4. **פרשת Hani El Sayed Sabaei Youssef** – בחודש יולי 2004 ניתן בבריטניה פסק הדין בעניין *Youssef v. Home Office*, Case no. HQ03X03052, 2004 EWHC 1884 (QB), שעסק במעצרו של מבקשי מקלט מצרים בבריטניה. פסק הדין חשף את הניסיונות לגרש את העותרים למצרים על בסיס "הבנות דיפלומטיות". מפסק הדין עולה כי ראש ממשלת בריטניה דאז, טוני בלייר, ביקש להסתמך על עצם העובדה שמצרים חתומה על האמנה נגד עינויים ועל כך שהחוק המצרי אוסר על עינויים, כדי להכשיר את גירושם של אזרחי מצרים על יסוד "הבטחה" של מצרים לא לענות את המגורשים. כפי שעולה מפסק הדין, ראש ממשלת בריטניה אחז בעמדה זו אף על פי שהיועצים המשפטיים של משרד הפנים ומשרד החוץ הבריטיים הודיעו לו שניסיון לגרש למצרים על בסיס התחייבויות דיפלומטיות של מצרים, יהווה הפרה של האמנה נגד עינויים. כפי שעולה מפסק הדין, הגירוש נמנע בסופו של דבר משום שמצרים סירבה להעניק אפילו את ה"הבטחות" הבסיסיות שנתבקשו על ידי בריטניה, דוגמת מתן גישה למגורשים לנציגים בריטיים לאחר הגירוש.

175.5. **פרשת Chahal** – פסק הדין המנחה של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין ההסתמכות על "התחייבויות דיפלומטיות" לצורך גירוש הוא *Chahal v. UK* (1997) 23 EHRH 413. בפסק דין זה קבע בית הדין האירופי, כי גירושו של מבקש מקלט סיקי להודו על בסיס "התחייבויות דיפלומטיות" כי לא יאונה לו כל רע בהודו, מהווה הפרה של האמנה האירופית נגד עינויים. בית הדין קבע, כי אף אם ניתן ליחס לממשלת הודו באותו מקרה רצון טוב וכן למלא אחר

התחייבויותיה, הרי שקיימות עדויות כי למרות ניסיונות הממשלה ובתי המשפט, התופעה של עינויים והפרות זכויות אדם על ידי כוחות הביטחון היא אנדמית (פסקאות 104-105 לפסק הדין).

ראו גם :

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1

176. פעם אחר פעם, בשורה ארוכה של החלטות נוספות, נפסלה הפרקטיקה של גירוש למדינות בעלות "רקורד" בעייתי בכל הנוגע לשמירה על זכויות אדם. ברבות מאותן פעמים נפסלה פרקטיקה זו, אף על פי שנתקבלו ההתחייבויות בכתב ונקבעו מנגנוני פיקוח. ואולם המשיבים סבורים כי על בסיס "הבנה" בעל פה בין נשיא מצרים לראש ממשלת ישראל בדבר "קליטתם" של מבקשי המקלט שיגורשו, ללא עיגון בכתב, ללא מנגנון פיקוח פנימי במצרים, ללא מנגנון מעקב, ללא מנגנון שיאפשר לישראל לבדוק מה עלה בגורלם של מי שגירשה, ללא ערבויות כלשהן וללא מעורבותם של גורמים בינלאומיים, ניתן לגרש לפי "נוהל החזרה חמה" את מי שנתפסו בסמוך לגבול, תוך מסירתם לידי הצבא המצרי, העוצר אותם מיידית.

177. נשוב ונזכיר כי גירושם של 11 הפליטים הסודניים בשנת 2004 נעשה ב"תיאום" מתוך "הבנות" ותוך מעורבות של נציבות האו"ם לפליטים, ואף על פי כן הסתיים בכליאתם של המגורשים בתנאים לא אנושיים ובחשיפתם לעינויים, ובנס לא הסתיים בגירושם לסודן (ראו סעיפים 56-79 הנ"ל).

178. לשיטת המשיבים, כאשר אדם "לא נכנס לישראל" על אף היותו בשטח הטריטוריאלי שלה, יכולות ה"הבנות" הכלליות בין ראש ממשלת ישראל לבין נשיא מצרים בדבר "קליטתם" של המגורשים להוות תחליף לדבקות בעקרון ה-*non-refoulement* ולחובה לבחון את עניינו של כל אדם באופן אינדיבידואלי. ואולם, בכך יצאו המשיבים חוטאים פעמיים – פעם אחת באימוץ פרקטיקה המהווה הפרה של עקרון ה-*non-refoulement* הקבוע באמנה בדבר מעמדם של פליטים; ובפעם השנייה בהסתמכות על "הבנות" באופן שעשוי לעלות כדי הפרה של עקרון ה-*non-refoulement* הקבוע באמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.

179. נשוב ונזכיר את דבריו של Hathaway, בדבר גירוש למדינות ללא בדיקה אינדיבידואלית על בסיס קביעה כללית כי מדינה היא "מדינה בטוחה":

“Most clearly, there can be no question of automatically refusing all claims from any country: an approach of this kind will inevitably force away at least some refugees. ... Sadly, even countries considered model democracies and defenders of human rights have generated – at some times and at some circumstances – persons who are in fact Convention refugees.”

Hathaway, p. 334

ונזכור – מצרים אינה מדינה כזו.

180. רק לאחר שמצרים תספק התחייבויות מתאימות, בכתב, המגובות בערובות, הכוללות מנגנונים לביקורת פנימית וחיזונית על יחסה למגורשים לתחומה, המגדירות באופן מדויק מה יעלה בגורלו של מי שיגורש לתחומה, והכוללות מנגנון שיאפשר לגורמים ישראלים ולגורמים בינלאומיים לעקוב אחר המגורשים ולהבטיח את שלומם, רק אז ניתן יהיה לשקול גירוש מִישראל למצרים. ואולם גם אז, לא ניתן יהיה לעשות זאת בהתאם ל"נוהל החזרה חמה", מבלי שעניינו של כל אדם נבדק באופן אינדיבידואלי ומבלי שיתאפשר למי שנכנס לישראל או הגיע לפתחה להביא את טענותיו בדבר זכאותו למקלט בישראל ורדיפתו במצרים. רק אחרי שהגורמים המוסמכים ידחו את טענותיו של מבקש המקלט בעניין זה ולאחר שיתמלאו כל התנאים שפורטו לעיל, ניתן יהיה לשקול גירושו למצרים.

לאור כל האמור יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על-תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשותו מוחלט. כמו כן יתבקש בית המשפט הנכבד להשית על המשיבים הוצאות עתירה זו ושכ"ט עו"ד.

היום, 28 באוגוסט 2007.

ענת בן-דור, עו"ד

יונתן ברמן, עו"ד

באי כוח העותרים