



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7302/07

בפני :

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת (בדימי) א' פרוקצ'יה

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

נגד

המשיבים :

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

עתירה למתן צו על תנאי

תאריכי הישיבות :

י"ב בתשרי התשס"ח (24.09.2007)
כ"א באדר א' התשס"ח (27.02.2008)
ח' בתשרי התשס"ט (07.10.2008)
ו' באדר התשס"ט (02.03.2009)
כ"ו בכסלו התש"ע (13.12.2009)
כ"ד באדר ב' התשע"א (30.03.2011)

בשם העותרים :

עו"ד ענת בן-דור ; עו"ד יונתן ברמן

בשם המשיבים :

עו"ד יוכי גנסין

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

רקע עובדתי

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

תופעה זו מעמידה את ישראל בפני אתגרים ובעיות מורכבות המחייבות מתן מענה הולם לצורך למנוע הגירה המונית לתוכה המתנהלת שלא כדין, ובה בעת לקיים את חובותיה כמדינה החברה בקהילה הבינלאומית ולא לפגוע בזכויותיהם של נרדפים ולהעמידם במצב של סכנה לחייהם או לחירותם מקום בו יורחקו מן הארץ. בלב מערכת איזונים זו ניצב החשש הממשי מהתרחבותה של התופעה למימדים עימם קשה יהיה למדינת ישראל להתמודד, מבלי שיפגעו שני צידי המשוואה - מדינת ישראל ותושביה מזה, והזרים הנכנסים לשטחה מזה. במסגרת ניסיונותיה לגיבוש פתרונות שונים להתמודדות עם השלכותיה של תופעה זו, גיבשה המדינה לפני מספר שנים מדיניות לפיה הוחזרו במקרים מסוימים למצרים מי שנכנסו לישראל שלא כדין דרך סיני ונמצאים בשטח שברכיבונות ישראל או על גבולה הבינלאומי, וזאת מייד בסמוך לאחר

כניסתם לשטח ישראל (להלן: ההחזרה המתואמת). בעת הגשת העתירה נטען בפנינו כי מדיניות זו התבססה על סיכום מדיני בין ראש ממשלת ישראל דאז לבין נשיא מצרים דאז.

2. בתמצית ניתן לומר כי בתקופה בה הוגשה העתירה, ובהתאם לקווים שהנחו את מנגנון ההחזרה המתואמת, כפי שהוצגו במסגרת תגובתה הראשונה של המדינה לעתירה שהוגשה ביום 23.9.2007, נהוג היה כי עם תפיסתו של אדם שנכנס שלא כדין לישראל דרך גבולה עם מצרים, נערך לו תשאול על-ידי שוטר משמר הגבול או חייל צה"ל שמונה לשם כך. התשאול כלל מסירת פרטים אישיים, כגון מוצאו של אותו אדם, ותיעוד המצוי ברשותו. בשלב זה, וככל שלא התעורר חשד כי לאותו אדם ישנה זיקה לפעילות חבלנית עוינת או לסיכון ביטחוני אחר, נבחנה האפשרות להחזרתו למצרים, בשם לב לנתוניו האישיים. ההחלטה התקבלה, במידת הצורך, תוך היוועצות בגורם משפטי בפרקליטות הצבאית. עד להחזרתו המתואמת למצרים נקבע אז כי הזר יוחזק במתקן צבאי, בתנאים הולמים, תוך קיומה של אסמכתא חוקית להחזרתו. עוד נקבע כי החזרתו של מי שנכנס שלא כדין למצרים תהיה בתיאום עם הרשויות המצריות הרלוונטיות.

3. בעקבות אירוע שהתרחש באוגוסט 2007 (להלן: אירוע אוגוסט), בו פעלה מדינת ישראל בהתאם למדיניות ההחזרה המתואמת המתוארת לעיל והרחיקה למצרים קבוצת זרים - רובם אזרחי סודן - שנכנסו רגלית דרך גבולה הדרומי ואשר גורלם לאחר הרחקתם נותר לוט בערפל, הוגשה ביום 28.8.2007 על-ידי מספר ארגוני זכויות אדם העתירה שלפנינו. העתירה ביקשה להעמיד למבחן את המדיניות האמורה, בעיקר בכל הנוגע לעניינם של מבקשי מקלט המוגנים על-פי אמנת האו"ם בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 כ"א 65, 5 והפרוטוקול שהוסף לה בשנת 1967, כ"א 690, 3 (להלן: אמנת הפליטים או האמנה). בעתירה התבקש כי נורה למדינה שלא לפעול בהתאם למדיניות ההחזרה המתואמת, ולהימנע מגירושם של מי שנכנסו לישראל ללא היתר ונמצאים בשטח שבריבונות ישראל או על גבולה הבינלאומי, ובהם מבקשי מקלט. כן התבקש, כי נורה למדינה שלא לגרש את הנכנסים שלא כדין בטרם יתאפשר להם לפגוש בנציגי נציבות האו"ם לפליטים בישראל (להלן: הנציבות או UNHCR) ולהגיש בקשה למקלט; בטרם תתקיים בדיקה אינדיבידואלית בדבר טענות לרדיפה או לחשש אחר לשלומם של הנכנסים שלא כדין, במדינת מוצאו או במדינה אליה הוא מגורש; בטרם ייערך שימוע על-ידי הגורם המוסמך להורות על גירוש; ובטרם תתאפשר לנכנס שלא כדין גישה לארגוני זכויות אדם או לגורמים אחרים העשויים לסייע בידו. לשיטת העותרים, האופן בו פעלה המדינה ביישום מדיניות ההחזרה המתואמת עמד בסתירה

לעיקרון ה-Non-Refoulement (עקרון "אי-החזרה"), המעוגן באמנת הפליטים ומטיל על המדינה חובה להימנע מגירוש או הרחקה של פליט למקום בו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו.

4. המדינה מצידה הבהירה כבר מתחילת הדרך כי מדיניות ההחזרה המתואמת נועדה להתמודד עם המצב הייחודי בו מצויה ישראל, כפי שצוין לעיל - ההיקפים העצומים של כניסת זרים לשטחה שלא כדין דרך גבולה היבשתי עם מצרים. לשיטת המדינה, המדיניות המתוארת מתיישבת עם החובות המוטלות על ישראל בהתאם לדין הבינלאומי, הנשענות בעיקרן על אמנת הפליטים, ואינה מקימה עילה להתערבותו של בית המשפט. בכלל זה נטען על-ידי המדינה כי מדיניות ההחזרה המתואמת למצרים מתיישבת עם החלטה 58 של הוועדה האקזקוטיבית של נציבות האו"ם לפליטים משנת 1989 (The Executive Committee of the United Nation High Commissioner for Refugees), אשר לפי הכלל הקבוע בה, ככלל, פליטים ומבקשי מקלט שמצאו מקלט במדינה מסוימת (להלן: המדינה הקולטת או מדינת המקלט הראשונה) לא יעברו ממנה למדינה אחרת. כן נקבע בהחלטה 58 הנזכרת, כי אם בכל זאת עבר פליט או מבקש מקלט מהמדינה הקולטת למדינה אחרת, ניתן להחזירו אל המדינה הקולטת בהתקיים שני תנאים. ראשית, בתנאי שהפליט או מבקש המקלט יהיה מוגן בפני החזרה למדינת מוצאו, ושנית, בתנאי שהפליט או מבקש המקלט צפוי לקבל יחס אנושי בסיסי עד למציאת פיתרון עבודה, שיכול להינתן בשיתוף הנציבות. לטענת המדינה, נוכח ההסכמות המדיניות שגובשו, שני התנאים הללו התקיימו עת הוחזרו פליטים או מבקשי מקלט למצרים על-פי מדיניות ההחזרה המתואמת. עוד נטען, כי המנגנון מתיישב אף עם הדין הפנימי הישראלי, ולצורך כך הפנתה המדינה לבג"ץ 1764/99 אבו-מעמר, ראש שבט אל עזאמה נ' שר הפנים (לא פורסם, 21.3.1999).

5. דיון ראשון בעתירה התקיים ביום 24.9.2007. במהלכו שבה והציגה המדינה את הקווים המנחים שגובשו על-ידה לצורך הפעלת מנגנון ההחזרה המתואמת, והודיעה כי קיימת כוונה לעגן את מנגנון הפעולה בנוהל שגיבושו טרם הושלם. לפיכך, התבקשה המדינה לשוב ולעדכן את בית המשפט אודות הנוהל שגיבוש, תוך התייחסות לאופן בחינת ההחזרה המתואמת למצרים, בדגש מיוחד על אופן עריכת הבירור הראשוני שנועד לבחון האם מדובר באדם שהוא מבקש מקלט הטוען להכרה כפליט, או שמא מדובר בזר שאינו מחפש מקלט ואשר משתייך לקבוצה המוגדרת על-ידי המדינה כ"מהגרי עבודה". עוד התבקשה המדינה להתייחס בהודעתה לאופן הכשרת המטפלים באלה הטוענים למעמד של פליט, ולכישוריהם לבחינת טענות פליטות. בהמשך להחלטה זו, הגישה המדינה ביום 3.12.2007 הודעה משלימה בה הודיעה כי גיבשה

נוהל חדש; "נוהל החזרה מתואמת מיידית של מסתננים בגבול ישראל-מצרים" (להלן: נוהל החזרה המתואמת או הנוהל).

בעקבות גיבושו של הנוהל, אשר הפקיד את הבירור הראשוני בידי אנשי צבא המצויים במקום במסגרת תפקידיהם החיוניים בהגנה על הגבול שהוא גם מקור לסיכונים בטחונים, פרשו העותרים עמדתם באשר לנושאים הטעונים לשיפור בנוהל שגובש. ואכן, באותה העת בה הוכרזה מדיניות ההחזרה המתואמת מנגנון הטיפול ליישומה היה עוד בחיתוליו ועורר קשיים מעשיים ומשפטיים לא מעטים. גם ההסכם המדיני עליו נשענה המדינה בטיעוניה היה ערטילאי ולא מוגדר, ולכך התווספו קשיי המדינה להצביע על גורל קבוצת המורחקים מאירוע אוגוסט. כמו כן, במועד הגשת העתירה הבעיה שהועלתה במסגרתה העצימה והחריפה נוכח העובדה כי באותה העת היו רבים מבין הבאים דרך הגבול הדרומי אזרחים סודנים, חלקם מפליטי דרפור. לגבי האחרונים לא היה חולק כי הם זכאים למקלט. בנסיבות אלה, מצאנו גם אנו חשיבות בבירור מעמיק יותר של הסוגיה ושיפור הנוהל שהציגה המדינה לצד מנגנוני יישומו, ולפיכך החלטנו להותיר את העתירה תלויה ועומדת, תוך קבלת עדכונים שוטפים מן המדינה באשר לשינויים ולשיפורים שבוצעו בנוהל ולמערך תפעולו הכולל.

6. בהתאם לכך, קיימנו בעתירה זו ארבעה דיונים נוספים וביקשנו מן המדינה הודעות מעדכנות. במסגרת ההודעות שהוגשו במהלך הזמן וכן בדיונים שקיימנו עדכנה המדינה באופן שוטף אודות שיפורים שערכה בנוהל ובמערך הטיפול וההכשרה של גורמי צה"ל ומג"ב האמונים בין היתר על יישומו.

כך, עלה מהודעות המדינה כי במהלך התקופה בה הייתה העתירה תלויה ועומדת נשאו פרי המאמצים להקמת יחידת תשאול ייעודית במשרד הפנים, שתפקידה לתשאל מבקשי מקלט בישראל באופן נרחב וממצה בכדי לעמוד על מידת התאמתם לקבלת מעמד פליט בישראל. עוד עלה כי היחידה החדשה קלטה עובדים דוברי שפות שונות והכשירה אותם בהכשרות שונות - בכללן הכשרה לרישום ראשוני, השתלמות בהשתתפות גורמים מקצועיים המומחים בתחומי אפריקה וכן קורס תשאול ותחקור, הנוגע לפרקטיקת התשאול עצמה. בכלל זה הבהירה המדינה כי חלק מן המתשאלים אמונים על תשאול זרים במתקן צה"ל בדרום הארץ, לאחר שזרים אלה מעוכבים ונעצרים על-ידי כוחות צה"ל בסמוך לגבול הדרומי. כן הדגישה המדינה את מעורבות נציגות נציבות האו"ם לפליטים בישראל בהכשרה זאת, ואף מסרה פירוט באשר להיקף הבקשות שטופל על-ידי עובדי יחידת התשאול.

בנוסף נמסר לנו כי במקביל גיבש צה"ל תכני השתלמות צבאית להכשרת חיילים המוצבים בסמוך לגבול מצרים כדי שיתפקדו כמתשאלים במסגרת יישום מדיניות ההחזרה המתואמת. ההשתלמות שגובשה כוללת סקירות בנושאי חוק ומשפט, סמכויות חיילי צה"ל, פקודות הצבא לטיפול בנכנסים שלא כדין והמצב החברתי-כלכלי-פוליטי במדינות אפריקה. בהמשך, ולאחר דיון נוסף שהתקיים בפנינו, נמסר לנו בהודעת עדכון, כי השתלמויות כאמור החלו מבוצעות, והודגש כי רק חיילים שנכחו בהשתלמות אחת לפחות יוסמכו לביצוע התשאלים בהתאם לנוהל, למלא את דו"ח התשאל ובמידת הצורך - להשתתף בביצוע התשאלים בהתאם למדיניות שנהגה, תשאלים אלה כאמור נערכו לזרים בסמוך לאחר כניסתם לישראל, ורק לאחר שהם התקבלה ההחלטה האם יועבר הזר להמשך טיפול של משרד הפנים.

במהלך הזמן, אף מסרה לנו המדינה כי חלו שינויים ושיפורים נוספים בנוהל הטיפול בזרים הנכנסים שלא כדין דרך גבולה הדרומי ובהליך ההחזרה המתואמת, וגובש נוהל חדש בסוגיה (יקרא להלן: הנוהל המעודכן). בעיקרם של דברים, עלה מהודעה מעדכנת נוספת שהוגשה כי מסגרת הטיפול כפי שגובשה במסגרת הנוהל המקורי נשמרה, כשלצידה הוסמכו גורמים נוספים לביצוע פעולות שונות על-פי הנוהל במסגרת הליכי הטיפול בזרים הנכנסים לישראל שלא כדין.

בנוסף הוברר בפנינו במהלך הדיונים, כי מקום בו זרים הנכנסים לישראל שלא כדין דרך הגבול המצרי מעלים במסגרת התשאל הראשוני שנערך להם טענת פליטות, לא מתבצעת בעניינם החזרה מתואמת והם מועברים להמשך בירור בפני היחידה המתשאלת במשרד הפנים. עוד התברר מן הנתונים שהעבירה המדינה, כי במהלך השנים בהן הייתה העתירה תלויה ועומדת התבצעו החזרות מתואמות בהיקפים נמוכים, ובגזרה אחת בלבד בגבול הדרומי, בה היה לשיטת המדינה תיאום ראוי בין הכוחות המצריים לישראלים.

7. חרף השינויים והשיפורים האמורים שנערכו בנוהל, עמדו העותרים על עתירתם בשני היבטים - הן הכלליים, הנוגעים לחוקיות מדיניות ההחזרה המתואמת כמכלול, והן הפרטניים, הנוגעים לשינויים שונים שלשיטתם ראוי היה לערוך בנוהל. כן הועלו על-ידם במהלך התקופה בה הייתה העתירה תלויה ועומדת טענות הנוגעות להפרות לכאורה של הנוהל. המדינה הגיבה לטענות אלה, בהתייחס לאירועים שונים שהתרחשו במהלך התקופה והבהירה כי בנסיבות בהן נדרשה הטמעת נהלים הדבר אכן נעשה.

8. מן המקובץ עולה כי מאז הוגשה העתירה - ובהיבטים רבים בעקבותיה - חלו התפתחויות רבות בסוגיה אותה ביקשה היא לעורר כאשר לאופן כירור מצבם ומעמדם של הזרים החוצים את גבול מצרים לישראל דרך מדבר סיני.

כך, וזה העיקר, הוקם במשרד הפנים מערך תשאול שעובדיו הוכשרו לטפל בבקשות של מבקשי מקלט בישראל, כפי שמקובל במדינות רבות נוספות בעולם. הקמת מערך הטיפול נעשתה בליווי נציבות האו"ם לפליטים. במערך זה הוכשרו עובדים האמונים הן על תשאול וזיהוי ראשוני - בכלל זה במתקן צה"ל בדרום לאחר עיכוב ומעצר הזרים על-ידי חיילי צה"ל - והן עובדים האמונים על ביצוע ראיונות עומק של הזרים (Refugee Status Determination - RSD). כן גיבשה המדינה נוהל טיפול מסודר בעניינם של זרים הנכנסים שלא כדין מן הגבול המצרי, אשר במהלך התקופה בה הייתה העתירה תלויה ועומדת חלו בו כאמור שיפורים ושינויים רבים. בכלל זה, גובש במסגרתו מנגנון שנועד לאתר את מבקשי המקלט מקרב זרים אלה באופן שמאפשר להעביר את עניינם להמשך טיפולה של הרשות המוסמכת במשרד הפנים, הוכשרו מתשאלים צבאיים במיוחד לצורך מטרה זאת, גובשו טפסי תשאול מתאימים והוגדרו בעלי סמכות מקרב גורמי הצבא לטיפול בעניין. כן עלה כי במהלך הזמן שחלף מאז הוגשה העתירה הובהרו ההנחיות הנוגעות למבקשי מקלט, כך שבאופן אמיתי נראה כי ענינו של זר שהעלה בפני גורמי הצבא הנפגשים עימו לאחר חציית הגבול טענה בדבר סכנה לחייו או חירותו אם יוחזר למצרים או למדינת מוצאו, הועבר להמשך טיפולה של היחידה המתשאלת במשרד הפנים, והליך ההחזרה המתואמת לא חל בעניינו. כן התברר כאמור לעיל כי בכל מקרה החזרות מתואמות התבצעו בהיקפים קטנים ובגזרות מסוימות בלבד - אך בגזרות בהן היה תיאום הולם בין הצד המצרי והישראלי ורק עת מדובר בזרים שלאחר כניסתם טענו בפני המתשאלים הצבאיים כי הם מבקשים להיכנס לישראל לצורכי עבודה. עוד נטען על-ידי המדינה כי בכל מקרה כמות המוחזרים הייתה קטנה למדי ביחס לכמות הנכנסים שנתפסו בגבול. כך למשל, ציינה המדינה, כי החל מראשית שנת 2009 ועד ליום 12.9.2009, ובאותה גזרה בה התקיים כאמור תיאום מספק לשיטת המדינה, בוצעו 23 אירועי החזרה מתואמת, במסגרתם הוחזרו 217 זרים מתוך 1,093 אנשים שנכנסו ונתפסו בגזרה זאת. בנוסף, הדגישה המדינה בפנינו כי במהלך השנים חל שינוי באוכלוסיה שהרכיבה את מרבית הזרים הנכנסים שלא כדין דרך הגבול; אם בשנתיים הראשונות בהן טופלה העתירה מרבית אוכלוסיית הזרים היו סודנים שטענו כי הגיעו מחבל דרפור, הרי שבשנתיים האחרונות מרבית הנכנסים הינם מאריתריאה, אשר קיימת לגביהם מדיניות אי-הרחקה זמנית, בשל המצב השורר שם.

9. טרם ניתנה הכרעתנו בעתירה, התרחשו אירועים נוספים שהשליכו באופן מהותי על עניינה של העתירה - הלא הם השינויים הגיאו-פוליטיים שהתרחשו באזור - אשר שינו את המציאות הפוליטית במצרים. כאמור, מלכתחילה הוטרדנו מכך שאם וככל שהיה הסדר בלתי כתוב עם מצרים, היה זה על-פניו הסדר בלתי מספק. עם חילופי המשטר טרדה זו אף התעצמה נוכח התגברות הסכנה לחוסר וודאות ביחס למצב השורר במצרים, ובהתאמה ביחס לגורלם של הזרים המוחזרים למדינה זאת.

לפיכך, בעקבות שינויים אלה, ועל מנת לבחון את זיקתם לעניינה של העתירה, החלטנו לקיים דיון נוסף בעתירה, שישי במספר, שהתקיים ביום 30.3.2011. בסופו של הדיון ביקשנו מן המדינה כי תגיש תצהיר משלים, הכולל התייחסות עדכנית למציאות הנוהגת בכל הנוגע לביצוען של החזרות מתואמות בהתאם לנוהל, בשים לב לשינויים הגיאו-פוליטיים באזור ולשינויים עובדתיים נוספים באשר למצב השורר בסיני. ביום 18.4.2011 הוגש על-ידי המדינה תצהיר משלים, מטעמו של מפקד עוצבת אדום, תא"ל תמיר ידעי. מן התצהיר עלה, כפי שאף ציינה בפנינו נציגת המדינה במסגרת הדיון שקיימנו, כי בשל ההתפתחויות האחרונות במצרים לא ניתן לבצע את מנגנון ההחזרה המתואמת בהתאם למסגרת שסוכמה בעבר. נוכח האמור, הורה תא"ל ידעי בתחילת חודש מרץ 2011 על הפסקה לעת הזאת של ביצוע נוהל ההחזרה המתואמת. כן עלה מהתצהיר כי במהלך שנת 2010 הורה תא"ל ידעי שלא לבצע כלל החזרות מתואמות של נשים וילדים לאור החשש לשלומם מתלאות הדרך חזרה. זאת, ככל הנראה, בהתחשב במצב השורר בסיני, המעמיד בסכנה ממשית את אלה החודרים לישראל באמצעות מבריחי גבולות, העושים שימוש לרעה בכוחם תוך פגיעה של ממש בקבוצה חסרת ישע זאת - בגוף ובנפש.

10. ביום 19.5.2011 הוגשה תגובת העותרים לתצהירה המשלים של המדינה. בתגובתם הדגישו העותרים שני היבטים - ראשית, את השינוי שחל במציאות הגיאו-פוליטית באזור, שהביא לכך כי כיום אין עוד הסכם מדיני בין ישראל למצרים. נוכח שינוי זה, כך טענו העותרים, נשמט הבסיס המרכזי לטענת המדינה באשר לחוקיות מנגנון ההחזרה המתואמת. שנית, צירפו העותרים שני תצהירים של אזרחי אריתריאה מהם עלה לכאורה כי במהלך חודש אפריל 2011, עת ניסו להיכנס לישראל, נמנעה כניסתם על-ידי חיילי צה"ל והם הוחזרו למצרים, מבלי שתושאלו בהתאם לנוהל. תצהירים אלה העידו לשיטת העותרים על פער בין הצהרות המדינה לכך שהופסקו לעת הזאת החזרות מתואמות לבין המצב בשטח. יצוין, כי תצהירים אלה מצטרפים לשלושה תצהירים נוספים שהגישו העותרים עובר לדיון שהתקיים ביום 30.3.2011, המלמדים

על מקרים נוספים בהם נמנעה לכאורה כניסתם של נתיני אריתריאה על-ידי חיילי צה"ל מבלי שהתקיימו בעניינם הוראות הנוהל.

11. בהחלטה נוספת מיום 29.5.2011, שבאה בעקבות תגובת העותרים, נתבקשה המדינה להגיש הודעה משלימה "בה תבהיר האם לשיטתה בנסיבות העת הזאת ונוכח המציאות השוררת במצרים, מבוצעות החזרות מתואמות בהתאם לנוהל מבלי שמהלך זה מעמיד את המורחקים במצב של סכנה לחייהם או חירותם".

ביום 13.6.2011 הוגשה תגובתה המשלימה האחרונה של המדינה. במסגרת הודעה זו שבה המדינה והצהירה, כי לעת הזאת, ומאז חודש מרץ 2011, אין מתבצעות עוד החזרות מתואמות למצרים עד להחלטה חדשה שתתקבל בנדון. מעבר לכך, צורף העתק מנוהל ההחזרה המתואמת, בו נכתב במפורש כי הנוהל מושהה "בעת הזו, עד לחידוש התיאום הטקטי עם כוחות הביטחון המצריים" וכי ניתן יהיה לחדשו "לכשיתחדשו התנאים שיאפשרו המשך ביצוע הנוהל", וזאת רק על-פי הנחייה כתובה של אגף המבצעים בתיאום עם גורמי הפרקליטות הצבאית. לצד זאת, ביקשה המדינה להבהיר כי החלטה זו בדבר השהיית הנוהל לעת הזאת התקבלה חרף העובדה כי המאורעות במצרים לא הביאו להפסקת המגעים בין ישראל ומצרים, וכי כל העת ממשיכים להתקיים בין המדינות תיאום ושיתוף פעולה הדוקים בכל הרמות ובמגוון נושאים. עמדה זו נמסרה על דעת סמנכ"ל מזה"ת במשרד החוץ. כן ביקשה המדינה להדגיש כי בכל מקרה התיאום בין ישראל למצרים אינו תנאי בלעדיו אין לביצוע נוהל ההחזרה המתואמת.

הכרעה

12. בנסיבות העובדתיות שתוארו בהרחבה, ונוכח הקפאתו של נוהל ההחזרה המתואמת, באנו לכלל מסקנה כי דין העתירה להדחות, בכפיפות לשמירת טענות הצדדים ככל שהסוגיה תתעורר שוב בעתיד.

כפי שפרטנו לעיל, במהלך כל התקופה בה הייתה העתירה תלויה ועומדת, עמדו ביסודה שתי טענות עיקריות - הראשונה, נגעה לחוקיות מדיניות ההחזרה המתואמת כמכלול והתבקש סעד אשר יורה על הפסקתה, והשנייה, נגעה להסדרים פרטניים שגובשו בנוהל שגובש לצורך יישומה.

נוכח זאת, משהוחלט על-ידי המדינה להשהות בעת הזאת את ביצועה של המדיניות, אין כיום משמעות מעשית להושטת סעד המבקש לבטלה, שכן כל עוד לא מופעלת מדיניות ההחזרה המתואמת, הוא הפך תיאורטי. כידוע, על דרך הכלל, אין בית משפט זה נוהג לדון להידרש לסוגיות בעלות אופי תיאורטי אלא במקרים חריגים, בהם מעשית ניתן לפסוק הלכה רק כשמדובר בשאלה כללית שאינה כרוכה במקרה מסוים (וראו ע"מ 1789/10 אסתר טבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם, 7.11.2010)). לשיטתנו עניינה של העתירה אינו נכנס לגדרי החריג לכלל. זאת ועוד, מאז הוגשה העתירה התקיימו הליכים כה רבים לשינוי התשתית הנורמטיבית והעובדתית הרלוונטית לה, כך שבמתכונתה הנוכחית העתירה שלפנינו מוצתה.

מעבר לכך, בנסיבות העניין אנו סבורים כי אף אין ביכולתנו להושיט את הסעד המבוקש לעותרים, שכן המציאות העובדתית הנוכחית אינה מאפשרת בחינתה של המדיניות הנתקפת בעתירה תוך התייחסות ראויה למכלול השיקולים. כאמור לעיל, הן המדינה והן העותרים ביקשו לבחון את חוקיות מדיניות ההחזרה המתואמת בין היתר בראי מתווה הפעולה שגובש בין ישראל לבין מצרים לצורך יישומה. בעוד שהמדינה הצביעה כאמור על הסכם מדיני שגובש בעבר בין מנהיגי המדינות, הרי שהעותרים תקפו הסכם זה וטענו כי אין בו די על מנת לעמוד בחובות שמטיל המשפט הבינלאומי בסוגיה זו. כאמור, הסדר ערטילאי ובלתי מוגדר זה עורר גם בעינינו קושי, ואף הנתונים שהציגו העותרים הותירו סימני שאלה באשר למצבם של המוחזרים. עם זאת, משהופסקה לעת הזאת מדיניות ההחזרה המתואמת, אין כיום עוד עילה לבחון את חוקיותו של הסדר כזה או אחר, שאין נוהגים על-פיו. על כל אלה יש להוסיף כי מזה זמן רב המצב השורר בסיני יוצר סיכונים של ממש לישראל, שכן מלבד היותו שטח גבול חשוף ופרוץ המאפשר כניסה בלתי מבוקרת של זרים לישראל, הוא משמש גם מוקד מסוכן להברחות של אמצעי לחימה, סמים ואף כר נרחב לסחר בבני אדם. נוכח סיכונים אלה, וכפי שהצהירה במהלך הדיונים בפנינו באת-כוח המדינה, החליטה הממשלה להקים גדר בגבול הדרומי, שבנייתה מתבצעת בימים אלה. ברי כי לאחר שתושלם הגדר, יחול שינוי נוסף בנסיבות העובדתיות הרלוונטיות לענייננו, שיכול וישליך אף על הסוגיה נשוא העתירה.

בהתחשב בכל האמור, אנו סבורים כי בעת הזאת אין הצדקה, ואין בסיס הולם, להעביר את מדיניותה המוקפאת של המדינה במשקפי הביקורת השיפוטית. אם וככל שיוחלט בעתיד לשוב ולפעול בהתאם למדיניות של החזרה מתואמת, שמורות לעותרים טענותיהם, ואלה יבחנו בשים לב למכלול ההיבטים העובדתיים והמשפטיים שיהיו רלוונטיים לאותה העת. נוכח מסקנתנו זאת ביחס לבחינת חוקיות המדיניות כמכלול,

ובשים לב למציאות העובדתית הנוכחית והקפאתו המעשית של נוהל ההחזרה המתואמת, אף איננו מוצאים בעת הזאת כי יש להידרש להיבט השני של טענות העותרים, שעניינו בסעיפי הנוהל השונים, שכאמור חלו בהם במהלך השנים שינויים ושיפורים רבים. בחינת הנוהל המתוקן, לאחר כל גלגוליו, יכולה להיעשות רק במסגרת עתירה חדשה וממוקדת, אם וככל שהדבר יידרש שוב בעתיד, ולא במסגרת העתירה שלפנינו.

עם זאת, נוכח הקשיים שמעוררת מדיניות ההחזרה המתואמת, במיוחד בשים לב למצב הכאוטי השורר כיום בסיני והחשש לשלומם של הזרים המוחזרים, אנו מניחים כי אם וככל שיוחלט על חידוש מדיניות ההחזרה למצרים ובהתאמה על חידוש הנוהל, הדבר יעשה בהתאם לסטנדרטים המקובלים במשפט הבינלאומי ותוך מתן ערובות מתאימות שיבטיחו במידת וודאות גבוהה את שלומם של המוחזרים.

13. בשולי פסק דיננו נעיר עם זאת כי הסוגיה שעוררה העתירה שלפנינו אינה ייחודית כמובן למדינת ישראל, אף כי במציאות הביטחונית והגיאוגרפית שלנו יש לה היבטים ייחודיים. מדינות רבות בעולם המערבי נדרשות בעשורים האחרונים לקבוע הסדרים שונים הנוגעים לדרכי הטיפול הראויות במבקשי מקלט המתדפקים על שעריהן בשים לב לחובותיהן על-פי דיני הפליטים. בבסיס הסדרים אלה ניצבת מערכת איזונים סבוכה ומורכבת - שמירה על ריבונות המדינה לקבוע מי יבואו בשעריה מזה, והחובה בהגנה על זכויות האדם של אוכלוסייה זו הנמלטת פעמים רבות מאימת רעב, מלחמות או רדיפות ומבקשת ליצור לעצמה אלטרנטיבה לחיים טובים יותר, מזה. נציבות האו"ם לפליטים מצאה במהלך השנים להדגיש עמדתה באשר לחשיבות שבקביעת הסדרים פרוצדוראליים שונים שיאפשרו טיפול ראוי ואפקטיבי בבקשות מקלט ממדינות שונות, תוך קביעת קווים כלליים מנחים שיסייעו למדינות העולם ביישום הוראות אמנת הפליטים בהיבטים הנוגעים, בין היתר, להגדרת המונח פליט והליכי הטיפול במבקשים כי יוענק להם מעמד כאמור. בהתאם לכך, אף אימצו מדינות רבות הסדרים שונים הנשענים בין היתר על עקרונות אלה, ובכך אין תמה שכן אין ספק כי קביעה של נהלים ודרכי טיפול בזרים החוצים גבולות שלא כדין והאפשרות שיש ביניהם מבקשי מקלט מחייבת הבאה בחשבון של כללים וסטנדרטים בינלאומיים המתבססים על אמנת הפליטים.

כאמור, בישראל התופעה של כניסת זרים שלא כדין, ובמיוחד דרך גבולה הדרומי, מטילה משימה כבדה במיוחד על רשויות המדינה למציאת פתרון שיהיה בו כדי לצמצם את הכניסה הבלתי מבוקרת, תוך שמירה על הצורך להתמודד באופן הולם עם מעמדם של הזכאים למקלט המצויים בתוכנו.

14. אשר על כן, בנסיבות שנוצרו, מצאנו כי העתירה מוצתה לעת הזו, ואנו דוחים אותה תוך שמירת טענות הצדדים, ללא צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת (בדימ')

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, ה' בתמוז התשע"א (07.07.2011).

ש ו פ ט ת (בדימ')

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה