



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 8101/15

לפני:

כבוד הנשיאה מ' נאור  
כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט י' דנציגר

המערערים:

1. אלמסגד גריוסוס צגטה
2. גברגזיאבר בריהוט קלה
3. המוקד לפליטים ולמהגרים
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
5. ARDC-מרכז לקידום פליטים אפריקאים
6. רופאים לזכויות אדם - ישראל
7. קו לעובד
8. א.ס.ף - ארגון סיוע לפליטים

נגד

המשיבים:

1. שר הפנים
2. רשות האוכלוסין וההגירה
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. שר החוץ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים  
בבאר שבע מיום 8.11.2015 בתיק עת"מ 5126-07-15 שניתן  
על ידי כבוד השופטת ר' ברקאי

תאריך הישיבה:

ז' בתשרי התשע"ז (9.10.2016)

בשם המערערים:

עו"ד ענת בן-דור; עו"ד אלעד כהנא

בשם המשיבים:

עו"ד מיכל צוק; עו"ד רן רוזנברג

## פסק-דין

הנשיאה מ' נאור:

4.....	רקע נורמטיבי.....		
11.....	העובדות הצריכות לעניין.....		
14.....	פסק-הדין של בית-המשפט לעניינים מינהליים.....		
16.....	בקשה להוספת ראיות נוספות.....		
16.....	טענות הצדדים.....		
19.....	השתלשלות ההליכים לפנינו.....		
23.....	דיון והכרעה.....		
23.....	גְדֵר המחלוקת.....		
24.....	הרחקה למדינה שלישית.....		
25.....	א. סמכות ההרחקה.....		
28.....	ב. סמכות הרחקה למדינה שלישית.....		
28.....	ב(1) הדין הישראלי.....		
29.....	ב(2) הדין הבינלאומי.....		
29.....	ב(2)א) רקע.....		
31.....	ב(2)ב) הסמכות לפי הדין הבינלאומי.....		
34.....	ג. הפעלת שיקול-הדעת.....		
37.....	ד. סיכום ביניים.....		
37.....	ה. הסטנדרטים בהתאם למשפט הבינלאומי להרחקה למדינה שלישית והקריטריונים להיותה של המדינה השלישית "בטוחה".....		
38.....	ה(1) הקריטריונים לסיווגה של מדינה שלישית כ"בטוחה".....		
39.....	ה(1)א) נטל ההוכחה ורף ההוכחה.....		
40.....	ה(1)א(1) נטל השכנוע.....		
.....	ה(1)א(2) נטל הבאת הראיות ורף הראיה.....		
43			
45.....	ה(1)ב) גְדֵר המחלוקת והתשתית הראייתית.....		
46.....	ה(1)ג) בחינת התמלאותם של התנאים המהותיים במדינה השלישית.....		
48.....	ה(1)ג(1) מסמכים מזהים.....		

49.....	שהות ב"מתחם סגור".....	ה(1)(ג)(2)
	העברה כפויה – או למצער מחוסר בְּרָרָה – למדינה	ה(1)(ג)(3)
50.....	הרביעית.....	
55.....	המצב הנוהג במדינה הרביעית.....	ה(1)(ג)(4)
56.....	היחס שניתן למורחקים במדינה השלישית.....	ה(1)(ג)(5)
60.....	סיכום ביניים.....	ה(1)(ג)(6)
60.....	התנאים הפרוצדורליים.....	ה(2)
61.....	הסכמים להרחקה למדינה שלישית.....	ה(2)(א)
64.....	חשאויותו של ההסכם.....	ה(2)(ב)
	תוכנו של ההסכם והסטנדרטים לפי המשפט הבינלאומי..	ה(2)(ג)
68.....	.....	
74.....	סיכום ביניים.....	ה(2)(ד)
	מנגנוני ביקורת ופיקוח לאחר הרחקה ( post-transfer monitoring )	ה(4)
74.....	..... (mechanisms)	
87.....	סיכום.....	ה(5)
87.....	החזקה במשמורת של מסתננים המסרבים להסכים להרחקה למדינה שלישית.....	
88.....	א. סמכות ההחזקה במשמורת.....	
	ב. סמכות להמשך החזקה במשמורת בשל העדר שיתוף-פעולה עם הרחקה	
92.....	.....	
97.....	ג. הסכמה להרחקה	
	ד. "הרחקה רצונית" – הסכמה להרחקה המהווה חלק מ"הבסיס החוקי"	
101.....	להרחקה.....	
	ה. השלכות מעשיות של אי-הסכמה להרחקה והערות אחרונות בטרם	
106.....	נעילה.....	
108.....	בטרם סיום.....	
111.....	סוף דבר.....	

הערעור שלפנינו עוסק בסוגיה של הרחקת מסתננים למדינות שלישיות אשר אינן מדינות מוצאם. הוא מעורר בין היתר את השאלה אם ניתן להכניס למשמורת מסתננים המסרבים ליתן הסכמתם לכך. בעקבות מורכבותה של הסוגיה, הוריתי ביום 5.1.2016 על כך שהערעור יידון בפני הרכב מורחב של חמישה שופטים.

רקע נורמטיבי

1. במסגרת התמודדותה של מדינת ישראל עם תופעת ההסתננות לשטחה – תופעה שעליה עמדנו בפסקי־דין קודמים (בג"ץ 4386/16 מדיו נ' נציבות בתי הסוהר, פס' ב'-ד' (13.6.2017); בג"ץ 8665/14 דטטה נ' הכנסת, פס' 5-1 בפסקי־דין (11.8.2015) (להלן: עניין דטטה); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 40-28 בפסקי־דין של השופט ע' פוגלמן (22.9.2014) (להלן: עניין איתן); בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 717, 751-739 (2013) (להלן: עניין אדם); בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון, פס' 1 ו-13 (7.7.2011) (להלן: עניין מוקד סיוע לעובדים זרים)) – החליטה המדינה לנסות לאתר מדינות שלישיות שאליהן ניתן יהיה להרחיק מסתננים מישראל (בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (11.1.2011)). בגדר כך התקבלה ביום 11.12.2011 החלטת ממשלה מס' 3936. בסעיף 6 בהחלטה הוטל "על המנהל הכללי של משרד ראש הממשלה לרכז את עבודת משרדי הממשלה לקידום מגעים מול מדינות מוצא שונות לשם החזרתם הבטוחה של מסתננים השוהים בישראל או להרחקתם למדינות אחרות, לרבות עידוד יציאה מרצון" (ההדגשה הוספה – מ.נ.; יוער כי במסגרת החלטת ממשלה מס' 1125 מיום 11.2.2016 הועברה האחריות על הנושא לשר הפנים). בהתאם, החלה המדינה לפעול להשגת הסדרים עם מדינות שלישיות שתסכמנה לקבל לשטחן מסתננים המצויים בישראל. על המגעים עם המדינות השלישיות הופקד מר חגי הדס, שמונה כ"פרויקטור" מטעמו של ראש הממשלה לעניין (ראו תצהירו של הדס שהוגש במסגרתה של העתירה בעניין אדם ואשר צורף כמוצג מע/1, נספח ע/23 בכרך המוצגים מטעם המערערים).

2. בחלוף כשנתיים מאמציה של המדינה נשאו פרי. בסוף שנת 2013 ובתחילת שנת 2014 חתמה מדינת ישראל על הסכמים עם שתי מדינות שלישיות הממוקמות באפריקה. במסגרתם של הסכמים אלה הסכימו מדינות אלה לקלוט לתחומן מסתננים מישראל "אשר לא ניתן להרחיקם למדינת מוצאם" (ראו מכתבו של שר הפנים לבאי-

כוח המערערים מיום 12.4.2015, פס' 2, מוצג מע/1, נספח ע/32 בכרך המוצגים מטעם המערערים; ראו גם: רשות האוכלוסין וההגירה נוהל יציאה למדינות השלישיות ממרכז השחייה חולות, סעיף 1.2 (12.7.2015) (להלן: נוהל יציאה למדינות השלישיות)). נכון להיום המסתננים אשר נכללים בקטגוריה זו הם נתיניהן של אריתריאה ושל סודן, אשר מסיבות שונות אינם מורחקים למדינות מוצאם (עניין אדס, בעמ' 745-746; עניין איתן, פס' 32 בפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן; עניין דסטח, פס' 5 בפסק-דיני).

3. להוראותיהם של ההסכמים ולזהותן של המדינות השלישיות יש מטבע הדברים חשיבות רבה לענייננו, ובמצב הדברים הרגיל היינו מציגים הוראות אלה אחת-אחת. אולם, ביום 30.3.2014 חתם ראש הממשלה על תעודת חיסיון מכוח סעיף 44 בפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 אשר חלה על "מסירת זהות המדינות שעמן נחתמו הסדרים בנושא המסתננים, [על] נכונותן לסייע בעניין וכן [על] פרטי ההסדרים". תעודת החיסיון הוצאה "בשל הרגישות המדינית והפוליטית הגבוהה והתחייבות הצדדים להסדרים להימנע מפרסום זהות המדינות, כמו-גם פרטים נוספים הנוגעים להסדרים, וזאת בשל בקשתן המפורשת של המדינות השלישיות שזהותן ופרטי ההסדרים עימן לא יפורסמו" (סעיף 14 בכתב התשובה שהוגש מטעם המשיבים לבית-המשפט לעניינים מינהליים; ראו גם תצהירו של הדס שהוגש בעניין אדס, מוצג מע/1, נספח ע/23 בכרך המוצגים מטעם המערערים).

ביום 8.9.2015 דחתה השופטת ע' ברון עתירה לגילוי ראייה חסויה שהגישו המערערים לבית-משפט זה ובה התבקשה חשיפתם של ההסכמים עם המדינות השלישיות ושל ממצאי בדיקות שנערכו מטעם המדינה על ביצועם של ההסכמים (בש"מ 5164/15 צגטה נ' מדינת ישראל, פס' 1 (8.9.2015) (להלן: בש"מ צגטה)). בהחלטה עמד בית-המשפט על כך ש"חשאייתם של ההסכמים, על תוכנם ועל זהותן של המדינות השלישיות שהן צד לו, היוו תנאי יסודי להסכמתן של אותן מדינות לסייע לישראל" (שם, פס' 12; ההדגשה הוספה – מ.נ.) והדגיש כי הסכמים סודיים אלה "לא נועדו לאכיפה בבית המשפט" (שם, פס' 13).

4. בנסיבות אלה ובהינתן החיסיון האמור, נסתפק עתה בשלוש הערות לגבי ההסכמים ובעניין המדינה השלישית הרלוונטית לענייננו. ראשית, מהכתובים עולה כי ההסכמים נערכו בתיאום מלא עם משרד החוץ והתבססו בין היתר על חוות-דעת מטעמו, אשר בחנו את המצב המדיני, את המצב הכלכלי ואת המצב החברתי במדינות השלישיות ומצאו כי מדובר במדינות בטוחות (חוות-הדעת נכללו בחומר החסוי שהוצג

לביט-המשפט לעניינים מינהליים ואשר הוגש גם לעיונו). שנית, בין היתר בהתבסס על חוות-הדעת האמורות אישר היועץ-המשפטי לממשלה את ההיבטים המשפטיים העולים מההסכמים, לאחר שמצא כי מתקיימים במדינות השלישיות שישה תנאים מצטברים: (א) לא מתנהלות בהן מלחמה או מהומות כלליות; (ב) אין חוות-הדעת של נציבות האו"ם לפליטים שלפיהן אין להרחיק פליטים ומבקשי מקלט למדינות אלה; (ג) ככלל, לא נשקפת בהן סכנה לחייהם או לחירותם של מבקשי מקלט על בסיס אחת מעילות הפליטות המופיעות באמנת הפליטים; (ד) ניתן לבקש באותן מדינות מעמד של פליט או ליהנות בהן מהגנה זמנית או, למצער, מדינות אלה מחויבות לעקרון אי-החזרה והן לא תעברנה את מבקש המקלט למדינה אחרת שבה תשקף סכנה לחייו או לחירותו; (ה) קיים במדינות אלה איסור על עינויים ועל יחס אכזרי או משפיל; (ו) המדינות מתחייבות לאפשר למבקש המקלט חיים בכבוד (לפחות אופק שהייה ואפשרות לעבוד ולהתפרנס). שלישית, אף שחל כאמור חיסיון לגבי ההסכמים עם המדינות השלישיות ולגבי זהותן, נחשף בפנינו (כמורגם בפני המערערים) מידע מסוים בנוגע לאחת מהמדינות השלישיות – זו שאליה ביקשו המשיבים להרחיק את המערערים 1 ו-2 – ולהרחקה אליה. במסגרת ראיונות שנערכו למערערים 1 ו-2 ביום 20.4.2015 וביום 21.4.2015 בהתאמה בעניין יציאתם למדינה השלישית, נמסר להם דף מידע בשפתם ובו מידע על המדינה השלישית, על הליך ההרחקה אליה ועל המעמד שיינתן בה למורחקים מישראל (מבלי שאנו מחוויים עמדה, כמובן, אם עניינים אלה מופיעים בהסכמים אם לאו). תרגומו של האמור בדף המידע לעברית הופיע בפרוטוקולים של הראיונות והאמור בו יובא עתה במלואו:

"המדינה אליה באפשרותך לצאת מרצון היא מדינה אשר בעשור האחרון התפתחה מאוד וקולטת לתחומה אלפי תושבים חוזרים ומהגרים ממדינות אפריקה השונות. בשנים האחרונות היא מציגה נתוני צמיחה כלכלית מהגבוהות באפריקה, זאת הודות לייצוא לאירופה ו[ל]ארה"ב וכן עקב ענף תיירות משגשג. מצבה הכלכלי של המדינה השתפר משמעותית וישנה יציבות שלטונית אשר תורמת להתפתחויות בתחומים רבים ובין היתר, בתחום החינוך, הרפואה והתשתיות. אתה תקבל מענק בסך של 3,500 דולר אשר מהווה סכום כסף רב ובאפשרותך להתחיל חיים חדשים ולחיות ברווחה כלכלית שם. נציגינו יסייעו [לך – מ.ג.] וילוו אותך בהליך היציאה מישראל לרבות הנפקת מסמכי נסיעה ועד למועד בו תקבע הטיסה שלך. כל שאלה שיש לך באפשרותך לפנות לנציגינו. סכום המענק יימסר לך בשדה התעופה, סמוך למועד הטיסה שלך. לכשתגיע למדינה השלישית, ימתין לך בשדה התעופה צוות מקומי אשר ילווה אותך בימים הראשונים ואשר יסבירו לך [על]

אודות האפשרויות העומדות בפניך ויסייעו לך בתחילת דרכך במדינה... בימים הראשונים אתה תשהה בבית מלון עד להסדרת מעמדך והמסמכים האישיים שלך. לאחר מכן, אתה תקבל מסמך מהרשויות המקומיות אשר מהווה אישור שהייה במדינה ואשרת עבודה. על פי עדכונים שקיבלנו [על] אודות נתינים אחרים שיצאו למדינה [ה]שלישית בסיוע מדינת ישראל – אותם נתינים מאוד מרוצים, לומדים אנגלית, מתפרנסים ונהנים מרווחה כלכלית, עובדים וחלקם פתחו עסקים עצמאיים" (ראו: מוצג 2, נספחים 6 ו-9 ומוצג 15 בכרך המוצגים מטעם המשיבים; מוצג מע/1, נספח ע/9; ההדגשות הוספו – מ.נ.).

בעקבות ההליכים שנוהלו בעתירה מושא הערעור שלפנינו, ערכו המשיבים שינויים בדף המידע, בעיקר בחלקים המודגשים. נוסחם העדכני של חלקים אלה יובא להלן:

"סכום המענק יימסר לך בשדה התעופה, סמוך למועד הטיסה שלך, יחד עם מסמכי נסיעה ישראלים לצורך יציאה, וכן אשרת כניסה למדינת היעד... בימים הראשונים לשהותך במדינה השלישית, תישאר בידך תעודת המעבר הישראלית, אותה תוכל להציג לרשויות במידת הצורך. ב-3 הימים הראשונים אתה תשהה בבית מלון. בבית המלון תוכל לבקש למלא בקשה לקבל אישור שהייה ואשרת עבודה במדינה. לאחר שתמלא ותגיש בקשה מתאימה כאמור תקבל מהרשויות המקומיות במדינת היעד, אישור שהייה במדינה ואשרת עבודה. הזמן הממוצע להנפקת האשרה נע בין 7-10 ימים. בכל בעיה תוכל ליצור קשר עם נציג רשות האוכלוסין וההגירה בטלפון: 08-6837911. מענה טלפוני יינתן בשעות העבודה. טרם העלייה למטוס תקבל בנוסף מספר טלפון של נציג מהמדינה השלישית האחראי על הנפקת רישיונות עבודה למבקשים, אליו ניתן יהיה לפנות לבירורים בכל הנוגע לבקשה לאשרת שהייה ועבודה" (מוצג 15 בכרך המוצגים מטעם המשיבים).

בעקבות הדיונים בפנינו, הוסף לדף המידע הנתון הבא:

"יתכן ותידרש למסור את תצלום תעודת המעבר הישראלית לידי נציג ההגירה במדינה [ה] [ה]שלישית לפרק זמן של מספר ימים ותיוותר בידיך תעודת המעבר הישראלית."

חלק מן האמור בדף המידע אושר על-ידי המשיבים גם בהליכים מושא הערעור שלפנינו. כך, לדוגמה, הצהירו המשיבים במסגרת הדיון בפני בית-המשפט לעניינים מינהליים שהמדינה השלישית שאליה הם ביקשו להרחיק את המערערים 1 ו-2

התחייבה ליתן למגיעים אליה ויזות שהייה ועבודה (פרוטוקול הדיון מיום 12.10.2015, בעמ' 12, ש' 9).

5. המשיבים החלו ביישום ההסכמים עם המדינות השלישיות ביום 24.11.2013 עם מדינה אחת וביום 12.2.2014 עם המדינה השנייה (ראו תצהיר מטעם גב' ענבל משש, ראש תחום קציעות ברשות האוכלוסין וההגירה, אשר צורף כמוצג מע/6 בכרך המוצגים מטעם המערערים, סעיף 3(א2)). ניתן לחלק את יישומם של ההסכמים לשתי תקופות, שבמהלך כל אחת מהן הנהיגו המשיבים מדיניות שונה. בתקופה הראשונה – שחלה ממועד חתימתם של ההסכמים ועד לתחילת שנת 2015 – מדיניות המשיבים הייתה מבוססת על מתווה שכונה "עזיבה מרצון", שהופעל לא רק ביחס להחזרת מסתננים למדינות שלישיות אלא גם ביחס להחזרתם למדינות מוצאם (ראו, למשל: כריסטיאן מומרס "בין החזרה מרצון להרחקה קונסטרוקטיבית, או: פעולותיה של ישראל לקידום החזרת מבקשי מקלט דרום-סודניים למולדתם" לוינסקי פינת אסמרה: היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל 386 (טלי קריצמן-אמיר עורכת, 2015) (להלן יכונה הספר לוינסקי פינת אסמרה)). בהתאם למתווה זה הורחקו למדינות השלישיות רק מסתננים שפנו באופן עצמאי ליחידת העזיבה מרצון של רשות האוכלוסין וההגירה וביקשו מרצונם לעזוב את ישראל. קרי, מדובר ביציאה וולונטרית (ראו והשוו: עניין דסטה, פס' 82 בפסק-דין). להשלמת התמונה נציין כי חרף העובדה שעל-פי מדיניותם המוצהרת של המשיבים המתווה הופעל רק ביחס למי שפנו באופן עצמאי ליחידת העזיבה מרצון והביעו רצונם לעזוב, הוצגו בעבר טענות – שלא הוכחו – כי הופעלו כנגד מסתננים אמצעים שונים שנועדו "לעודד" את עזיבתם מרצון (ראו: עניין איתן, פס' 107-112 בפסק-דין של השופט ע' פוגלמן; עניין דסטה, פס' 79-83 בפסק-דין). מכל מקום, המתווה של "עזיבה מרצון" אינו נתקף במסגרתו של הערעור שלפנינו (ראו סעיף 3(א) בהודעת הערעור וסעיף 3 בסיכומי המערערים) ולפיכך אין בפסק-דין זה כדי להביע עמדה לגביו.

בתחילת שנת 2015 השתנתה מדיניותם של המשיבים. לצד מתווה העזיבה מרצון – שנותר על-כנו והמשיבים ממשיכים ליישמו עד היום – החליטו המשיבים על הוספתו של מתווה חדש שהמערערים כינוהו "כפיית יציאה" (ראו: סעיף 32 בסיכומי התשובה מטעם המערערים). על הוספתו של מתווה זה הודיעה רשות האוכלוסין וההגירה לראשונה בהודעה לתקשורת שפורסמה ביום 31.3.2015 (רשות האוכלוסין וההגירה הליך יזום ליציאת מסתננים השוהים במרכז השהייה חולות למדינה שלישית (31.3.2015), מוצג מע/1, נספח ע/1 בכרך המוצגים מטעם המערערים (להלן: ההודעה



לתקשורת); ראו גם מכתבו של שר הפנים לבאיי-כוח המערערים מיום 12.4.2015, פס' 1, מוצג מע/1, נספח ע/32 בכרך המוצגים מטעם המערערים). המתווה החדש עוגן לימים בנוהל יציאה למדינות שלישיות שהוזכר לעיל. מוקדו של המתווה החדש הוא בפניה יזומה למסתננים בעניין יציאתם מישראל למדינות השלישיות (ראו סעיף 3.1 בנוהל וכן ההודעה לתקשורת). בשלב זה הפניה היזומה היא רק ל"מסתננים השוהים במרכז השהייה 'חולות' [מרכז שהייה פתוח למחצה שאינו מתקן משמורת ואשר אופיו נדון בעניין איתן ובעניין דסטא – מ.נ.], אשר לא הגישו בקשה למקלט מדיני או שבקשתם למקלט מדיני נדחתה" (סעיף 2.1 בנוהל; ראו עוד: מכתבה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) למערערים 3-8 מיום 2.4.2015, מוצג/11 בכרך המוצגים מטעם המשיבים). במרכזו של המתווה החדש ניצבת סנקציה המופעלת כלפי המסרבים לצאת מישראל למדינה שלישית: המדינה רואה במסתנן המסרב לצאת למדינה שלישית ושבסירובו אין ממש כמי שאינו משתף פעולה עם הרחקתו בהתאם לסעיף 13(ב)(1) בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 ואשר ניתן להשימו במשמורת (ראו סעיפים 3.4 ו-3.8 בנוהל). במילים אחרות, עתה מסתכנים מסתננים השוהים במרכז השהייה חולות בהכנסה למשמורת, ככל שיסרבו להרחקתם למדינה שלישית.

6. להשלמת התמונה אתיחס גם ליישומו האופרטיבי של המתווה החדש, כאמור בנוהל יציאה למדינות שלישיות. בסעיף 3 בנוהל נקבע מנגנון דו-שלבי להצגת המדיניות החדשה בפני מסתנן שהמדינה מבקשת להרחיקו למדינה שלישית. במהלך הריאיון הראשון שנערך למסתנן מוסברת לו האפשרות לצאת למדינה שלישית, נמסר לו "דף הסבר אשר מפרט את הליך היציאה אל המדינה השלישית ו[את] הליכי קליטתו שם" (סעיפים 3.1 ו-3.2 בנוהל; לתרגום עיקר הדברים המופיעים בדף ההסבר, ראו פס' 2 לעיל) ומובהר לו כי ככל שיסרב, ניתן יהיה לראות בסירובו משום חוסר שיתוף-פעולה ולהכניסו למשמורת (סעיף 3.4 בנוהל; בש"מ צגטה, פס' 1). למסתנן ניתנת תקופה בת 30 ימים לשקול את עמדתו ולאחריה הוא מזומן לריאיון שני (סעיף 3.5 בנוהל). ככל שמסרב המסתנן ליציאה, נערך לו במעמד זה שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות (להלן: הממונה). בשימוע נדרש המסתנן לשטוח את טענותיו ואת הסיבות לסירובו (סעיף 3.7 בנוהל). אם מגיע הממונה למסקנה כי אין בסירובו של המסתנן ממש, עליו להודיע למסתנן כי "סירובו נחשב כחוסר שיתוף פעולה שיש בו כדי למנוע או לעכב את הרחקתו מישראל" והוא רשאי להוציא כנגדו צו-משמורת (סעיף 3.8 בנוהל).

ככל שמסכים המסתנן להרחקתו למדינה השלישית, פועלת המדינה כמובן להוצאתה של הרחקתו לפועל – יש להניח שבמועד המוקדם ביותר שהיא יכולה. מדף ההסבר שמחולק למסתננים עולה כי הליך היציאה מישראל מורכב ממספר שלבים: (א) נציגיה של רשות האוכלוסין וההגירה מלווים את המורחקים בהליך הנפקתם של מסמכי נסיעה והיציאה מישראל; (ב) בהגיעם לשדה-התעופה מקבלים המורחקים מענק של 3,500 דולר; (ג) במדינה השלישית ממתין למורחקים צוות מקומי המלווה אותם בימים הראשונים – שבהם שוהים המורחקים בבית-מלון עד להסדרת מעמדם – ומסייע להם; (ד) לאחר מכן מונפקים למורחקים במדינה השלישית מסמכים אישיים המהווים אישור שהייה במדינה השלישית ואשרת עבודה בה. נציין כבר עתה כי בין הצדדים נטושה מחלוקת באשר לאופן יישומם של שני השלבים האחרונים במדינה השלישית וליחס למורחקים בה. לנושאים אלה אתייחס בהמשך.

7. מדינת ישראל הנהיגה מנגנונים שוטפים של מעקב ושל בקרה אחר יישומם של ההסדרים. בית-המשפט לעניינים מינהליים תיאר בפסק-דינו את המנגנונים שהנהיגה המדינה בתחילת הדרך:

“מדינת ישראל מקיימת מעקב ובקרה שוטפים אחר יישום ההסדרים אל מול הרשויות במדינות השלישיות במספר אופנים: על דרך של שליח מיוחד מטעם ראש הממשלה המקיים קשר שוטף עם הרשויות המוסמכות בכל אחת מהמדינות השלישיות ומוודא את יישום ההסדרים הלכה למעשה ועל דרך של מינוי עובד ייעודי ברשות האוכלוסין וההגירה שאחראי על תיעוד ומעקב אחר תהליך קליטת היוצאים למדינות השלישיות כדי לבחון את אופן קליטתם והסתגלותם במדינה השלישית הקולטת. בהתאם לאמור, מסתנן היוצא למדינה שלישית מתבקש למסור פרטי קשר על מנת להבטיח קיומו של קשר עמו ולוודא כי נקלט במדינה השלישית. על יסוד פרטי קשר אלו ובמהלך תקופה של בין שבוע ל-3 חודשים לאחר יציאת המסתנן מישראל יוזם נציג רשות האוכלוסין קשר עם אותו אדם ומוודא הגעתו למדינת היעד, קבלת מגורים למשך הימים הראשונים במדינת היעד, הסדרת שהייתו במדינת היעד, עבודתו, מגוריו ותנאי מגוריו, קיומם של אירועים חריגים בעת שהייתו באותה מדינה, חיוב בתשלומים חריגים וככל שעזב המסתנן את המדינה השלישית ויצא למדינה אחרת, בירור פשר הדבר ומה הניע אותו לכך... נציג רשות האוכלוסין וההגירה, האמון על מעקב אחר היוצאים למדינות השלישיות, החל בעבודתו זו... בחודש... אפריל 2015... [מאז] ניסתה הרשות ליצור קשר עם 163 מסתננים. מתוכם נוצר קשר עם 48... בנוסף, הוציאה מדינת ישראל שתי משלחות לכל אחת מהמדינות

השלישיות כדי לבצע מעקב מקרוב אחר יישום ההסדר עם אותן מדינות. הבדיקות כללו מפגשים של נציגי המשלחות עם נציגי הממשל המוסמכים במדינות השלישיות וכן מפגשים עם 18 אנשים שיצאו מישראל ומתגוררים במדינות השלישיות" (סעיף 23).

מנגנונים אלה עברו עדכונים ו"שיפורים" בעקבות הערותיו של בית-המשפט לעניינים מינהליים ואף בעקבות הערותינו במסגרת הדיונים שהתקיימו בערעור זה. לכל אלה נתייחס ביתר פירוט בהמשך.

העובדות הצריכות לעניין

8. המערערים 1 ו-2 הם נתיני אריתריאה שהסתננו לישראל בשנת 2008. הם שוהים בישראל מאז במסגרת מדיניות זמנית של אי-הרחקה שמנהיגה מדינת ישראל ביחס לנתיניה של אריתריאה (עניין אדס, בעמ' 745-746; עניין איתן, פס' 32 בפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן; עניין דטטה, פס' 5 בפסק-דיני). החל מחודש פברואר 2014 שהו המערערים 1 ו-2 במרכז השהייה "חולות", עד ששוחררו ממנו באוגוסט 2015 בעקבות פסק-דינו בעניין דטטה.

9. במהלך חודש פברואר 2014 הגישו המערערים 1 ו-2 בקשות למקלט מדיני. לאחר שנערכו להם ראיונות לברור טענותיהם, נדחו בקשותיהם – ביום 26.9.2014 וביום 13.4.2014, בהתאמה – על בסיס עמדתו של המשיב 1 שלפיה עריקות משירות צבאי אינה מהווה עילה לפליטות (ראו מוצגים 5 ו-8 בכרך המוצגים מטעם המשיבים). בקשות לעיון מחדש שהגישו נדחו על-הסף (ראו מוצג מע/1, נספחים ע/7, ע/14 ו-ע/15 בכרך המוצגים מטעם המערערים). המערערים 1 ו-2 לא הגישו ערר על דחיית בקשותיהם למקלט, לדבריהם עקב חיסרון כיס שנבע מהחזקתם במרכז השהייה "חולות" ואשר מנע מהם לשכור עורך-דין לשם הגשת ערר (ראו סעיף 1 בהודעת הערעור מטעם המערערים וסעיף 36 בסיכומיהם). כפי שיפורט בהמשך, במהלך ההליכים בערעור הודיעו המערערים 1 ו-2 כי הם הגישו בקשות לפתוח מחדש את בקשות המקלט שלהם, אך נכון להיום בקשות אלה נותרו סגורות.

10. במהלך חודש אפריל 2015 – בעת ששהו כאמור המערערים 1 ו-2 במרכז השהייה "חולות" ועוד בטרם פורסם נוהל היציאה למדינות שלישיות – נערכו להם ראיונות בעניין יציאתם למדינה שלישית. בראיונות הם קיבלו מידע על זהות המדינה

השלישית שאליה ביקשו המשיבים להרחיקם ונמסר להם דף מידע בשפתם עם הסבר על המדינה השלישית, על הליך ההרחקה אליה ועל המעמד שהם יקבלו בה (ראו פס' 4 לעיל). בראיונות נאמר להם כי עומדים לרשותם שלושים ימים לגבש עמדתם בעניין וככל שיסרבו הם עלולים להיחשב כמי שאינם משתפים פעולה עם הרחקתם ולהישלח למשמורת. המערערים 1 ו-2 סירבו בראיונות אלה לצאת למדינה השלישית שאליה ביקשו המשיבים להרחיקם. המערער 1 ציין:

"יש לי מידע שהאריתראים שיצאו ל[מדינה השלישית] בחלקם נכנסו לכלא ומי שרצה לצאת מהכלא שילם על כך כופר, כל האריתראים שיצאו ל[מדינה השלישית] לא קיבלו זכויות כלל ולכן אני חושש לצאת ל[מדינה השלישית]. אני מצפה מהמדינה שאמורה לקלוט אותי שתכתוב שהיא מתחייבת לקלוט אותי ולתת לי זכויות רפואיות, אשרת שהייה ולימודים. ובנוסף חשוב שה UN יהיו שותפים למהלך וידעו שאני הולך ואם לא אני לא הולך לשום מקום" (פרוטוקול ראיון שנערך למערער 1 ביום 20.4.2015; מוצג/6 בכרך המוצגים מטעם המשיבים).

בדומה, ציין המערער 2:

"יש לי פציעות מרובות מהשירות הצבאי באריתריאה יש לי גם בעיות [רפואיות] יש לי גם בת בישראל שעוזרת לי... ל[מדינה השלישית] אני לא יכול ללכת עם הבעיות שיש לי ביתי פה []כדי לעזור לי... אני לא יכול ללכת ל[מדינה השלישית], [המדינה השלישית] ואריתריאה זה אותו הדבר אני מעדיף ללכת לסהרונים [למשמורת – מ.ג.]. אם אני הולך שזה יהיה רק דרך האו"ם והצלב האדום ורק ברגע שהם יורו לי לעשות כך" (פרוטוקול ראיון עם המערער 2 מיום 21.4.2015; מוצג/9 בכרך המוצגים מטעם המשיבים).

נציין כבר עתה כי המשיבים ביקשו להרחיק את המערערים 1 ו-2 לאותה מדינה שלישית, עובדה שהובילה לכך – כפי שיורחב עוד בפס' 20 להלן – כי רק אחת מבין שתי המדינות השלישיות רלוונטית לערעור שלפנינו.

11. בחודש יוני 2015 נערכו לשניים ראיונות נוספים בפני ממוני ביקורת הגבולות. בראיונות אלה – ששימשו בפועל גם כשימועים בטרם הכנסתם למשמורת – הם חזרו על סירובם לצאת למדינה השלישית. המערער 1 ציין:

"המדינה שאתם מציעים לי היא לא המדינה שלי אני לא רוצה ללכת זאת מדינה שלא יכולה לתת לי מקלט. אני ביקשתי מקלט בישראל... ולא [במדינה השלישית], אני לא רוצה להישאר בישראל כל חיי, יש בעיה במדינתי ולכן אני פה. אישתי ילדיי ומשפחתי נמצאים באריתריאה ואני מתגעגע ורוצה לראות את משפחתי אך בגלל הבעיות באריתריאה אני לא יכול לראות אותם. אני מבקש מקלט בישראל" (פרוטוקול השימוע שנערך למערער 1 ביום 22.6.2015; מוצג/7 בכרך המוצגים מטעם המשיבים).

בדומה, ציין המערער 2:

"אין שינוי בעמדותי. אני לא הייתי נשאר כאן בחולות אם הייתי מעוניין לצאת למדינה אחרת הייתי יוצא ממזמן בחרתי להישאר כאן ולבקש מקלט בישראל... אני שירתתי בצבא באריתריאה 25 שנה, יש לי [ל]מעלה [מ-] 10 פציעות בגוף אם ניתן היה לקבל מקלט בסודן או באיתופיה אז הייתי נשאר שם" (פרוטוקול השימוע שנערך למערער 2 ביום 23.6.2015; מוצג/10 בכרך המוצגים מטעם המשיבים).

לנוכח סירובם, הודיע הממונה למערערים 1 ו-2 כי מכוח סעיף 113(ב)(1) בחוק הכניסה לישראל הוא רואה בהתנהגותם משום העדר שיתוף-פעולה שיש בו כדי לעכב או למנוע את הרחקתם מישראל והורה על העברתם למשמורת. הוקצבו להם 14 ימים להתארגנות לפני ההעברה. ביום 9.7.2015 הוצאו למערערים 1 ו-2 צווי-משמורת לפי סעיף 13א(ג) בחוק הכניסה לישראל (מוצגים 7 ו-10 בכרך המוצגים מטעם המשיבים).

12. המערערים 1 ו-2 הגישו יחד עם המערערים 3-8 (כולם ארגוני זכויות-אדם) עתירה לבית-המשפט לעניינים מינהליים באר-שבע כנגד ההחלטה להעבירם למשמורת (עת"מ (מינהליים ב"ש) 5126-07-15 א.ג.צ. נ' מדינת ישראל שר הפנים). נציין כי להגשתה של עתירה זו קדמה הגשה של עתירה אחרת לבית-המשפט לעניינים מינהליים כנגד חוקיותו של המתווה האמור. העתירה הקודמת הוגשה על-ידי המערערים 3-8 ושני עותרים קונקרטיים אחרים בסמוך לפרסומו של המתווה החדש (ובטרם עוגן בנוהל יציאה למדינות שלישיות). היא נמחקה מחמת היותה מוקדמת וכוללנית, "חסרת פרטים חיוניים... כללית מאוד ואינה מאפשרת התייחסות מתאימה" ובשים לב לכך שטרם הושלמו ההליכים המינהליים בעניינם של העותרים הקונקרטיים דשם (עת"מ (מינהליים ב"ש) 54836-04-15 האגוס נ' שר הפנים, פס' 7 (14.5.2015)).

בעתירה הנוכחית יצאו המערערים חוצץ נגד ההסדר המתואר לעיל שאמצה המדינה. טענתם העיקרית הייתה כי המדינות השלישיות אינן בטוחות עבור מבקשי מקלט, כפי שהתחוויר לשיטתם מעדויות רבות של מסתננים שהורחקו אליהן מישראל. המערערים טענו עוד כי לנוכח חשאייתם של ההסכמים, לא ניתן לקיים פיקוח וביקורת גלויים על הוראותיהם ועל אופן יישומם בפועל.

13. במסגרת העתירה התבקש צו-ביניים שיימנע החזקתם במשמורת של המערערים 1 ו-2, כמו-גם של מסתננים אחרים הנמצאים בסיטואציה דומה. ביום 17.7.2015 דחה בית-המשפט לעניינים מינהליים (השופט ר' ברקאי) את הבקשה. ביום 12.8.2015 קיבל בית-משפט זה (השופט ע' פוגלמן) באופן חלקי ערעור על החלטה זו והורה "למשיבים להימנע מהשמתם של [המערערים 1 ו-2] במשמורת עד למתן פסק דין בעתירה." חרף העובדה שתחולתה של החלטה זו לא הורחבה למסתננים נוספים שאינם צד להליך, ציין השופט ע' פוגלמן כי הוא מניח "כי השיקולים הנורמטיביים שעומדים בבסיס הכרעתי זו יישקלו על ידי הרשויות בטרם תופעל הסמכות להעברה למשמורת במקרים פרטניים אחרים שהקשרם דומה" (בר"מ 5061/15 צגטה נ' שר הפנים, פס' 11 (12.8.2015)).

פסק-הדין של בית-המשפט לעניינים מינהליים

14. בית-המשפט לעניינים מינהליים (השופט ר' ברקאי) דחה ביום 8.11.2015 את העתירה. בית-המשפט קבע כי ניתן בהתאם למשפט הבינלאומי לחתום על הסכמים להעברתם של מבקשי מקלט ממדינה אחת למדינה אחרת "ובלבד שהסכמים אלו יגובשו בהסכם כתוב המפרש באופן ברור את חובות וזכויות הצדדים ומבטיח למורחקים הגנה על חיים, חירות, שלמות הגוף וזכותם לקיום בסיסי במדינת היעד, וכי אותה מדינה, המוכנה לקבלו, עומדת בעיקרון 'אי ההחזרה'" (פס' 17). עם זאת, מאחר שאין לנתין הזר "זכות וטו" על המדינה שאליה יורחק, נקבע כי "מעט שנמצאה מדינה שלישית בטוחה, לכאורה, נטל ההוכחה להראות כי נשקפת סכנה בהרחקה אליה מוטל על הנתין הזר שהרחקתו מבוקשת" (פס' 19) ואם מתברר כי מדובר במדינה בטוחה, "אזי ככל שיסרב אותו אדם לשתף פעולה עם הרחקתו [אליה], ניתן להשימו במשמורת עד ליציאתו וזאת בהתאם להוראת סעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל" (פס' 18).

בית-המשפט קבע כי המערערים לא עמדו בנטל המוטל עליהם להוכיח כי המדינות השלישיות שבהן עסקינן אינן בטוחות וכי מהחומר החסוי שהוצג בפניו עולה

כי אכן מדובר במדינות בטוחות, אשר כל ששת התנאים שאושרו על-ידי היועץ- המשפטי לממשלה מתקיימים בעניינן. בית-המשפט קבע בהקשר זה כי בטענות המערערים לא נמצאה "תשתית המצדיקה קביעה כי נפל פגם או פסול בעמדת המשיבים בכל הנוגע להיותן של המדינות השלישיות בטוחות" (פס' 21) וכי "לא הונחה תשתית ראייתית המבססת חשש לסכנה לחירותם ולשלומם של מסתננים המורחקים למדינות השלישיות" (פס' 22).

15. בית-המשפט קבע עוד כי "לצד קיומו של מתווה בטוח המבטיח את שלומם וחירותם של המסתננים המורחקים למדינות בטוחות, מתחייב, מטבע הדברים, כי מדינת ישראל תעמיד לרשות המורחקים מידע זמין, ברור ומפורט, ובשפתם, הן בארץ והן במדינות היעד, וכן תנהל פיקוח קפדני אחר יישום ההסכמים מצד אותן מדינות שלישיות, גם כדי לוודא קיום חלקן בהסכם אל מול מדינת ישראל וגם, ואולי אף חשוב יותר, כדי להבטיח את שלומם וחירותם של אותם מורחקים למדינות השלישיות, באופן המבטיח למורחקים אופק שהייה בטוח" (פס' 23). עוד מתחילת יישומם של ההסדרים עם המדינות השלישיות – כאמור, בתחילה במתווה של "עזיבה מרצון" – הנהיגה מדינת ישראל מעקב ובקרה שוטפים, במספר אופנים, אחר יישום ההסדרים וקורותיהם של המורחקים (ראו פס' 7 לעיל). אולם, לנוכח הנהגתו של המתווה החדש המאפשר כאמור הרחקה כפויה, קבע בית-המשפט כי "מן הראוי כי מדינת ישראל תקיים פיקוח צמוד וקפדני יותר על יישום ההסכמים מצד המדינות השלישיות" (פס' 23). ואכן, המדינה הצהירה במהלך הדיונים בפני בית-המשפט לעניינים מינהליים על שינויים שנערכו במנגנון הפיקוח ובהם העמדת קו-טלפון שאליו יוכלו המורחקים לפנות במקרה של בעיות במדינת היעד, יצירת קשר טלפוני תוך 30 ימים עם כל מורחק באמצעות מספר טלפון שהוא יתבקש למסור בטרם הרחקתו, השארת התעודה המונפקת למורחקים בישראל בידיהם גם לאחר הגעתם במדינה השלישית עד לקבלת היתר שהייה בה, קיום מפגש אוריינטציה במדינה השלישית. מעבר לשינויים אלה הונהגו אמצעי פיקוח נוספים, שעליהם הרחיבו המשיבים במסגרת התייחסויותיהם החסויות.

על בסיס האמור קבע בית-המשפט כי "המתווה החדש לאחר התיקונים שנעשו בו, בכל הנוגע להליכי המעקב והפיקוח על יישומם של ההסדרים על ידי המדינות השלישיות, עומד במבחן התקינות ולא מצאתי בו פגם או פסול אשר יצדיק התערבות של בית המשפט" (פס' 25). חרף זאת, הביע בית-המשפט את דעתו כי ל"נוכח מורכבות הליך הפיקוח החדש... מן הראוי כי המשיבים ישקלו עיכוב המתווה החדש [הרחקה כפויה] למדינה שלישית – מ.ג.] למספר בודד של חודשים, כשבאותה תקופה יבחן

יישומו של מנגנון הפיקוח החדש על ה'עוזבים מרצון', ורק לאחר שתקבל תמונה המבססת סדירות הליך הפיקוח החדש ותקינותו, יחל ביישום המתווה החדש" (פס' 26).

16. יישומו של פסק-הדין עוכב בידי בית-המשפט לעניינים מינהליים למשך 21 ימים. ביום 30.12.2015 קיבל השופט י' דנציגר את בקשתם של המערערים לעיכוב ביצוע והורה על אי-השמתם במשמורת עד להכרעה בערעור. המשיבים ציינו בהקשר זה בסיכומיהם כי "בהינתן פסק דינו של בית המשפט קמא, ומשהסעד הזמני בהליך דנן ניתן בעניינם של המערערים 1-2 בלבד, הובא הנושא בשנית לבחינת היועץ המשפטי לממשלה – וכעת צומצמה הקפאת המתווה רק לעניינם של המערערים 1-2, תוך שהמתווה החל מיושם בשלב ראשון ביחס למי שהסתננו לישראל במהלך החודשים האחרונים" (סעיף 23 בסיכומיהם). במילים אחרות, בהתאם למדיניות העדכנית של המשיבים, מסתננים חדשים המסרבים להסכים להרחקתם למדינה שלישית מוכנסים למשמורת.

בהחלטתו האמורה הורה השופט י' דנציגר כי התיק ייקבע לדיון בהקדם. כאמור, ביום 5.1.2016 הוריתי על כך שהערעור יישמע בפני הרכב מורחב של חמישה שופטים וקבעתי כי הדיון ייערך ביום 15.3.2016.

בקשה להוספת ראיות נוספות

17. במקביל להודעת הערעור, הגישו המערערים גם בקשה להוספת ראיות נוספות. מאחר שהמדינה לא התנגדה לבקשה (ראו תגובתה מיום 15.2.2016), הוריתי למערערים להגיש את הראיות שהגשתן נתבקשה עד ליום 18.2.2016 וזאת "מבלי לקבוע מסמרות בעניין מסמכים שטרם ראינו ואם נכון להגישם במסגרת ערעור" (ראו החלטתי מיום 15.2.2016). לראיות אלה אתייחס בהמשך.

טענות הצדדים

18. המערערים תקפו במסגרת הערעור את הסדר ההרחקה למדינה השלישית ואת אופן יישומו בפועל. טענתם העיקרית היא שהמדינה השלישית שאליה מבקשים המשיבים להרחיק את המערערים 1 ו-2 אינה מדינה בטוחה ולפיכך לא ניתן להרחיק אליה מסתננים על בסיס ההסכם שמדינת ישראל חתמה עמה ולא ניתן להכניס



למשמורת מסתננים המסרבים להרחקה. המערערים התייחסו בהקשר זה למספר היבטים הנוגעים להסדר זה.

(א) השאלה אם התנאים המהותיים שעליהם עמד היועץ המשפטי לממשלה ואשר נדרשים להתקיים כדי שמדינה תוכל להיחשב כמדינה בטוחה אכן מתקיימים במדינה השלישית. המערערים סבורים כי הנטל להוכיח כי המדינה השלישית היא אכן בטוחה מוטל על המשיבים, וזאת במיוחד לאור העובדה שלמערערים 1 ו-2 אין כל זיקה למדינה זו. בנטל זה המשיבים לא עמדו. הראיות שהביאו המערערים מצביעות לשיטתם על "כשלים חמורים ביישום ההסדר, שהם תוצאה בלתי נמנעת של חשאינות ההסדר ושל העדר פיקוח" (סעיף 18 בסיכומיהם). התמונה העובדתית העולה מהראיות מעידה שהתנאים שקבע היועץ המשפטי לממשלה אינם מתקיימים במדינה השלישית וכי הרחקתם של מסתננים למדינה השלישית פוגעת בזכויותיהם החוקתיות לחיים, לחירות, לשלמות הגוף, לכבוד ולאוטונומיה ומעוררת חשש להפרתו של עקרון אי-החזרה.

(ב) השאלה אם התקיימו "התנאים הפרוצדורליים שנועדו להבטיח את קיום התנאים המהותיים (Procedural Safe-guards) (שם, סעיף 6). המערערים ציינו כי ההסכם נדרש להיות הסכם כתוב, מחייב, אכיף משפטית, שקוף וגלוי ולהתייחס באופן מפורט הן לזכויות שתוענקה למורחקים מכוחו הן למנגנוני הפיקוח ולבטוחות שנקבעו כדי להבטיח את קיומו בפועל. אף שהם אינם מודעים לתוכנו של ההסכם לאור חשאינותו, הביעו המערערים ספק באשר להתקיימותם של תנאים אלה וציינו כי חשאינותם של ההסכם, של ביצועו ושל אופן הפיקוח על קיומו מקלה על הפרתו ומונעת מהמורחקים לדעת על המגיע להם מכוחו ולפנות לבית המשפט לשם אכיפתו. כמו-כן, לאור הזכויות הניצבות על הפרק, טענו המערערים כי אין להסתפק בסמכות הכללית להרחקה הקבועה בחוק הכניסה לישראל ונדרשת הסדרה קונקרטיית בחקיקה של הרחקה למדינה שלישית.

(ג) השאלה אם המשיבים הנהיגו מנגנונים הולמים ומספקים לפיקוח ולבקרה על קיומו של ההסכם בפועל. המערערים הציגו פגמים שונים שנתגלעו לשיטתם במנגנונים שהנהיגו המשיבים – לרבות באמצעי הפיקוח החדשים שהוסיפו המשיבים בעקבות הערותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים – והתייחסו לאמצעים אפקטיביים שיוכלו המשיבים לנקוט. הם טענו עוד כי לאור חשאינותו של ההסכם צדדים שלישיים ובהם נציבות האו"ם לפליטים וארגוני זכויות-אדם אינם יכולים לסייע

למורחקים ו"לא ניתן לפקח על יישומו באופן אפקטיבי ואובייקטיבי והוא מועד להפרות" (סעיף 9 בסיכומיהם).

(ד) השאלה אם ניתן להכניס את המערערים 1 ו-2 למשמורת עקב סירובם להסכים להרחקה למדינה השלישית. המערערים סבורים כי השאיתו של ההסכם אינה מאפשרת למורחקים ליתן הסכמה מדעת להרחקתם ופוגעת באוטונומיה שלהם ובכבודם. כפועל יוצא, נטען כי לא ניתן להכניסם למשמורת בשל אי-הסכמתם להרחקה.

19. עמדתם של המשיבים שיש לדחות את הערעור. מוקדו של הדיון בערעור מצומצם לשיטתם ועניינו "בנפקות סירובם של המערערים 1-2 לצאת את מדינת ישראל למדינה שלישית בטוחה שהוצעה להם" ובשאלה אם עקב סירובם זה ניתן להכניסם למשמורת (סעיף 2 בסיכומיהם). על כך השיב בית-המשפט לעניינים מינהליים בחיוב; והמשיבים סבורים כי המערערים לא הצביעו על פגם כל שהוא שנפל בהכרעה זו וכי קביעתו של בית-המשפט לעניינים מינהליים נכונה, בשים לב להליך המינהלי שנקבע לשם הפעלתה של סמכות ההכנסה למשמורת מכוח סעיף 13(ב)(1) בחוק הכניסה לישראל ולנוכח מערך הפיקוח והביקורת שהם מפעילים. במישור העובדתי טענו המשיבים כי המדינות השלישיות הן "מדינות בטוחות, המאפשרות לנתינים הזרים שיוצאים מישראל לבוא בשעריהן, לשהות בהן, להתפרנס בהן, וכל זאת מבלי שמשקפת להם סכנה לחירותם או לחייהם" (שם, סעיף 5). המשיבים הפנו לפסיקה שבה נקבע כי "מעט שנמצאה מדינה שלישית שאליה צפוי להיות הנתין הזר מורחק, נטל ההוכחה להראות כי יש בעייתיות בהרחקה מוטל עליו ולא על המדינה" ((עע"מ 7079/12 מדינת ישראל נ' גרמאיי, פס' 16 (10.12.2012) (להלן: עניין גרמאיי)). המשיבים טענו כי המערערים הציגו טענות כלליות בלבד ולא עמדו בנטל להוכיח כי נשקפת להם במדינה השלישית סכנה פרטנית וקונקרטיית. הם הדגישו עוד כי "טענתם המשתמעת של המערערים – לפיה די בסירוב כללי וערטילאי באשר למצב באותן מדינות שלישיות כדי להצדיק חוסר שיתוף פעולה עם הליכי היציאה לאותן מדינות שלישיות – שקולה מבחינה מעשית לריקון סעיף 13(ב)(1) [בחוק הכניסה לישראל – מ.נ.] מתוכן" (סעיף 57 בסיכומיהם).

20. דיון ראשון בערעור נקבע כאמור ליום 15.3.2016. ביום 10.3.2016, חמישה ימים עובר לדיון, הגישו המשיבים בקשה להגיש לבית-המשפט את המסמכים החסויים שהוצגו בפני בית-המשפט לעניינים מינהליים וכן מסמכים חסויים נוספים, שלגביהם ניתנה פרפרזה (ראו סעיף 3 בבקשה). מסמכים אלה הוגשו בהסכמת המערערים ביום 13.3.2016, בצירוף לפרפרזה מורחבת.

בדיון שהתקיים ביום 15.3.2016 צומצם גֵּדֵר המחלוקת. המערערים ציינו כי הם מסכימים לששת התנאים שפורטו בעמדתו של היועץ-המשפטי לממשלה (פרוטוקול הדיון מיום 15.3.2016, בעמ' 3, ש' 25 ובעמ' 5, ש' 1) וכי מבין שתי המדינות השלישיות שאליהן נוהגת מדינת ישראל להרחיק רלוונטית לגבי המערערים 1 ו-2 רק מדינה אחת, זו שאליה ביקשו המשיבים להרחיקם (שם, בעמ' 1, ש' 2-5 ובעמ' 9, ש' 24-21) [למען הנוחות, תכונה המדינה השלישית הנוספת, שאינה רלוונטית כאמור לענייננו במישרין, המדינה הרביעית]. משמעות הדבר כי הערעור שלפנינו נוגע בפועל למדינה השלישית בלבד.

המערערים הגישו במעמד הדיון רשימה של "שאלות שבית המשפט יתבקש ליתן עליהן את הדעת בעת עיון בחומר החסוי" (להלן: רשימת השאלות הראשונה). לאחר מכן קיימנו דיון במעמד צד אחד שבו הציגה המדינה עמדתה תוך התייחסות לחומרים החוסים תחת תעודת החיסיון. בסופו של הדיון החלטנו כי נקיים "ישיבה נוספת במעמד צד אחד להבהרות שונות, למענה על שאלות באי-כוח המערערים, ובנושא מנגנוני הפיקוח. בהמשכה של ישיבה זו נקיים ישיבה גם במעמד הצדדים" (החלטתנו מיום 15.3.2016, פס' 2).

21. ביום 23.9.2016 הגישו המשיבים שתי התייחסויות, האחת חסויה והאחת גלויה. בהתייחסות הגלויה – שכללה חלקים מתוך ההתייחסות החסויה אשר ניתנים להיאמר בגלוי – כללו המשיבים מענה חלקי לרשימת השאלות הראשונה. המשיבים ציינו, בין היתר, כי נחתם עם המדינה השלישית הסכם כתוב, בעל תוקף משפטי המחייב את הצדדים וכי עליו "נוספו הבנות בעל פה במסגרת השיח השוטף... [ש]מנהלים הצדדים... [אשר] מכובדות הלכה למעשה על ידי הצדדים" (שם, סעיף 3). במענה לשאלתם של המערערים "האם בהסכם מעוגנות בטוחות נגד הפרתו, והאם יש סנקציה במקרה של הפרה" ציינו המשיבים כי המחויבות המשפטית של הצדדים נובעת

מהכלל שלפיו הסכמים יש לקיים והצהירו כי "אם... ייודע ל[מדינת ישראל], כי המדינה השלישית... אינה מקיימת את ההסדר ו[את] ההתחייבויות שנטלה על עצמה בכתב ובעל פה, כמו גם [את] מחויבותה הכללית מכוח המשפט הבינלאומי לעקרון 'אי ההרחקה', אזי מדינת ישראל תפסיק באופן מיידי להעביר מסתננים אל המדינה השלישית" (שם, סעיף 4).

המשיבים ציינו גם שבעקבות הדיון שנערך בערעור עודכנו הטפסים שעליהם נדרש לחתום מסתנן שעתיד לצאת למדינה השלישית והתייחסו, בעקבות שאלות שהפנינו אליהם במסגרת הדיון במעמד צד אחד, לשאלת קיומה של מערכת משפט עצמאית במדינה השלישית ולהתפתחויות רלוונטיות שאירעו בתקופה האחרונה באירופה.

22. ביום 26.9.2016 הגישו המערערים הודעת עדכון המתייחסת לארבעה עניינים. ראשית, הודיעו המערערים כי המערערים 1 ו-2 הגישו ביום 6.9.2016 בקשות לפתוח מחדש את בקשות המקלט שלהם. בקשות אלה הוגשו לאחר שחוות-הדעת שעמדה ביסוד דחיית בקשתם לפליטות נפסלה על-ידי בית-הדין לעררים (ערר (כניסה לישראל י-ם) 14-1010 מסגנה נ' משרד הפנים (4.9.2016); ערר (כניסה לישראל י-ם) 14-2595 גברמדהין נ' משרד הפנים (4.9.2016); ערר (כניסה לישראל י-ם) 14-1849 צגאיי נ' משרד הפנים (7.9.2016); ערר (כניסה לישראל י-ם) 14-2596 האגוס נ' משרד הפנים (11.9.2016); ערר (כניסה לישראל י-ם) 15-2081 אלמוני (אריתריאה) נ' משרד הפנים (12.9.2016); ערר (כניסה לישראל י-ם) 15-2574 אלמוני (אריתריאה) נ' משרד הפנים (27.9.2016) (להלן יכוננו יחדיו: פסקי-הדין של בית-הדין לעררים)). אף שלשיטתם פסקי-הדין של בית-הדין לעררים משנים את המצב המשפטי של המערערים 1 ו-2 במובן זה שלא ניתן לדרוש מהם לעזוב את מדינת ישראל, ציינו המערערים כי הם עומדים על טענותיהם בערעור זה "ללא קשר לתוצאות הבחינה המחודשת של בקשותיהם למקלט" (סעיף 6 בהודעה). שנית, הפנו המערערים למסקנות ועדת המומחים המפקחת מטעם האו"ם על האמנה נגד עינויים ונגד יחס או עונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים ביחס לדות שהגישה מדינת ישראל לוועדה (United Nations Committee against Torture, Concluding Observations on the fifth periodic report of Israel (May 13, 2016) (להלן: CAT Observation on Israel)). ביחס למדיניות ההרחקה מושא הערעור, ציינה הוועדה (שם, פס' 47(e); ההדגשה הוספה – מ.נ.):

"[Israel should] [e]nsure that relocation agreements with third countries are *transparent* and establish effective guarantees against refoulement and post-return monitoring mechanisms."

על בסיס האמור חזרו המערערים על טענתם של "נוכח השלכות סודיותם [של ההסכמים – מ.נ.] על פיקוח ואכיפה, לא ניתן לכפות יציאה מכוחם" (סעיף 11 בהודעה). שלישיית, המערערים טענו כי לשיטתם יתכן שחלק מהחומרים שהוגשו כחסויים אינם כאלה ולפיכך על בית-המשפט לבחון באופן מעמיק כל אחד מהם, האם הוא אכן חוסה תחת תעודת החיסיון. לבסוף, התייחסו המערערים לשאלת קיומה של ביקורת שיפוטית עצמאית במדינה השלישית. הם הפנו למקורות שונים המבססים, לשיטתם, כי מערכת המשפט בה אינה עצמאית וחשופה להתערבות פוליטית.

23. ביום 9.10.2016 קיימנו דיון שני בערעור, תחילתו בדיון במעמד שני הצדדים והמשכו בדיון במעמד צד אחד, שבו הציגה המדינה התייחסות חסויה נוספת. גם במעמד דיון זה הגישו המערערים רשימה של שאלות שבית-המשפט יתבקש ליתן עליהן את הדעת בעת עיון בחומר החסוי (להלן: רשימת השאלות השנייה). בדיון במעמד צד אחד "הצהיר בא כוח המדינה, בתשובה לשאלתנו, כי מוחזק במשמורת שעומד על דעתו ואומר עד העלייה למטוס שאין הוא מוכן להיות מורחק יישאר במשמורת ולא יגורש בכפייה" (ראו החלטתנו מיום זה). בתום הדיון החלטנו לאפשר למשיבים להגיש הודעה מעדכנת נוספת ביחס לשאלות ולהרהורים שהעלינו בפניהם במעמד צד אחד ובאשר לשאלות שהציגו המערערים במסגרת רשימת השאלות השנייה.

24. בעקבות ההחלטה הגישה המדינה ביום 5.1.2017 שתי התייחסויות נוספות, האחת גלויה והשנייה חסויה. בין היתר, התייחסו המשיבים לשאלת עיגונן של המחויבויות הנוספות שהושגו בעל-פה – לאחר החתימה של ההסכם – בהסכם חדש בכתב וציינו כי הם אינם סבורים "כי ישנה הצדקה לפתיחת ההסדר הכתוב [ש]אליו הגיעה [מדינת ישראל] עם המדינה השלישית" וכי "לשיטת[ם] אין פגם משפטי בכך שחלק מההבנות גובשו וסוכמו בעל פה" (שם, סעיף 2(י"ב)). המשיבים עדכנו גם כי בעקבות ההצעות שהעלה בית-המשפט הוחלט "לעבות" את מערך הפיקוח והבקרה על יישומם של ההסכמים עם המדינות השלישיות, באופן של הוספת "מנגנונים נוספים, שהם שיטתיים, מגוונים ובלתי אמצעיים" (שם, סעיף 4). על-אודותיהם של מנגנונים אלה הרחיבו המשיבים במסגרתה של התייחסות החסויה (סעיפים 8-12). במסגרת התייחסות הגלויה התייחסו המשיבים לשני אמצעים מתוך השלושה שהוסיפו: האחד, כינונו של צוות בין-משרדי – הכולל נציגים ממשרד החוץ, ממשרד המשפטים וממשרד

הפנים וכן את השליח המיוחד מטעמו של ראש-הממשלה – אשר יתכנס אחת לשלושה חודשים. מטרתו של הצוות היא, בין היתר, "לקבל עדכון שוטף ולבחון את תוצרי כלל מנגנוני הפיקוח שמפעילה המדינה אחר יישום ההסדר עם המדינה השלישית, ולהבטיח כי כלל משרדי הממשלה הרלוונטיים פועלים באופן מסונכרן לשם וידוא יישומו התקין של ההסדר עם המדינה השלישית" (שם, סעיף 6). השני, הקמתה של מחלקה ייעודית במשרד הפנים לטיפול ביוצאים למדינות השלישיות, תוך הגדלת מצבת כוח-האדם שתטפל ביוצאים ויצירתה של "כתובת" אחת עבורם. עוד צוין כי יינתן "מענה הולם לנושא התייעוד שניתן ליוצאים מישראל ולעיתוי קבלתו במדינה השלישית" (שם, סעיף י"ב(4); על האמור הורחב בסעיפים 13-16 בהתייחסות החסויה מיום 5.1.2017).

25. ביום 26.1.2017 הגישו המערערים תגובה להתייחסות הגלויה. הם ציינו כי אמצעי הפיקוח הנוספים שהוסיפו המשיבים לוקים באותו פגם שבו לקו האמצעים הקודמים: לא כלול בהם מנגנון בלתי-אמצעי לפיקוח על מצב המורחקים לאחר הגעתם למדינה השלישית ובפרט על המעמד שניתן להם בה. המערערים טענו כי הנטל בעניין זה מוטל על המשיבים, שהם אשר מבקשים לטעון כי למערערים 1 ו-2 יינתנו מעמד ואופן שהייה במדינה השלישית. המערערים חזרו עוד על טענתם כי חלק ניכר מן המסמכים החסויים ומן האמור בהתייחסויות החסויות אינם חוסים לשיטתם תחת החיסיון, באופן המהווה – כך לטענתם – "שימוש לא ראוי בחיסיון חסר תקדים בהיקפו" (שם, סעיף 16). לבסוף ציינו המערערים כי ככל שהמשיבים אינם יכולים "להבטיח את זכויות היוצאים בהתאם לדין הבינלאומי, בשקיפות, על-ידי בטוחות והליכי פיקוח אפקטיביים... "בשל 'אילוצים' שנובעים מזהות המדינה השלישית שנבחרה, התוצאה המתחייבת אינה הורדת הרף העומד בפני המשיבים והשלמה עם הסדר חלקי, חשאי ולא מפוקח; אלא קביעה, לפיה לא ניתן לקיים את ההסכם בכפייה במתכונתו הנוכחית, ולהעמיד את המערערים בסכנה להפרת עקרון אי-החזרה" (שם, סעיף 21).

26. בהתאם להחלטתי מיום 2.2.2017 הוגשו ביום 15.2.2017 הודעות מעדכנות הן מטעם המערערים הן מטעם המשיבים בהתייחס לערעורים שהוגשו על פסקי-הדין של בית-הדין לעררים שנזכרו לעיל ולסטטוס הטיפול בבקשות שהגישו המערערים 1 ו-2 לדון מחדש בבקשות המקלט שלהם. בהודעות צוין כי במהלך דצמבר 2016 נשלחו למערערים 1 ו-2 מכתבים מטעם רשות האוכלוסין וההגירה. מכתבים אלה עולה כי עמדתה היא כי אין בפסקי-הדין של בית-הדין לעררים שניתנו בעניינם של מסתננים ספציפיים כדי להצדיק פתיחתן מחדש של בקשות המקלט של המערערים 1 ו-2 וכי

מכל מקום הוגשו ערעורים כנגד פסקי-דין אלה. ערעורים אלה התקבלו על-ידי בית- המשפט לעניינים מינהליים (השופטת נ' בן-אור) ביום 26.1.2017 (עמ"נ (מינהליים י-ם) 32641-10-16 מדינת ישראל – רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלוני (26.1.2017)). בית- המשפט החליט להחזיר את הדיון לבית-הדין לעררים כדי שידון בשאלה אם פרשנותה של מדינת ישראל – שלפיה עריקות משירות צבאי אינה מהווה עילה לפליטות – היא פרשנות אפשרית לפי המשפט הבינלאומי. נכון להיום נושא זה עודנו תלוי ועומד אפוא בפני בית-הדין לעררים. המשיבים הודיעו כי בינתיים ניתנו שני פסקי-דין נוספים בבית- הדין לעררים, שבהם נפסק ברוח ששת פסקי-הדין הקודמים. המשיבים ציינו כי על אחד מהם הוגש כבר ערעור לבית-המשפט לעניינים מינהליים בעוד שעל השני צפוי להיות מוגש ערעור בימים הקרובים.

המשמעות האופרטיבית של האמור לעיל, כפי שצינתי בתחילת הדברים, היא שנכון להיום בקשות המקלט שהגישו המערערים 1 ו-2 עודן סגורות. המצב הנורמטיבי היום הוא שמנקודת-ראותם של המשיבים – בקשות המקלט של המערערים 1 ו-2 נדחו ומשכך ניתן באופן עקרוני ולפי מדיניותם כפי שעוגנה בנוהל היציאה למדינות שלישיות להרחיקם למדינה שלישית. בנסיבות אלה נותר בעינו הצורך להכריע בשאלות העובדתיות והמשפטיות הכרוכות בנושא זה של הרחקתם למדינה השלישית – ולכך אעבור עתה.

## דיון והכרעה

### גְּדֵר המחלוקת

27. הערעור שלפנינו מציב שתי שאלות מרכזיות הדורשות הכרעה, אשר מהן נגזרות שאלות-משנה.

האחת, האם ניתן להרחיק את המערערים 1 ו-2 למדינה השלישית שאליה המשיבים מבקשים להרחיקם? המערערים אינם חולקים על יכולתה של המדינה להרחיק מסתננים למדינות שלישיות "בכפוף לתנאים מהותיים ופרוצדורליים" (סעיף 5 בסיכומיהם). המחלוקת נוגעת כאמור הן ביחס לשאלה מי מהצדדים נושא בנטל ההוכחה הן ביחס להתקיימותם של תנאים אלה במדינה השלישית:

(א) האם מתקיימים בפועל במדינה השלישית התנאים המהותיים (שלגביהם זהותם אין כאמור בין הצדדים מחלוקת) כדי שהיא תחשב מדינה שלישית בטוחה;

(ב) מה הם התנאים הפרוצדורליים אשר צריכים להתקיים ביחס להסכמים להעברה למדינות שלישיות, האם הם מתקיימים בענייננו ומה השלכת חשאייתו של ההסכם שנחתם בענייננו עם המדינה השלישית;

(ג) האם מנגנוני הבקרה והפיקוח שהנהיגו המשיבים מספקים.

השנייה, האם ניתן להכניס למשמורת את המערערים 1 ו-2 – ובדומה, גם מסתננים אחרים – בשל סירובם להסכים להרחקתם למדינה שלישית?

נושאים אלה יידונו כסדרם.

28. בשלב זה נדרשת הערה בנוגע לחומר החסוי. במסגרתו של הליך זה נפרס בפנינו חומר חסוי רב, שנגע כמעט לכל אחת מן הסוגיות שעמדו במחלוקת. עובדה זו הקשתה על כתיבתו של פסק-הדין, בשל חוסר היכולת להתייחס למהותו של החומר החסוי במסגרתו. ה"פתרון" שמצאנו לקושי האמור הוא הפניה לסעיפים הרלוונטיים בחומר החסוי, מה שיאפשר במקרים שיתכן שיגיעו בעתיד להתחקות אחר הנמקתו של בית-המשפט ולבחון, ככל שיידרש, את עמידתה של המדינה בהתחייבויותיה, כפי שיישומן תועד בחומר החסוי שהוצג בפנינו.

#### הרחקה למדינה שלישית

29. השאלה המרכזית הניצבת במוקד הערעור שלפנינו נוגעת כאמור לעצם הרחקתם של המערערים 1 ו-2 למדינה שלישית. כדי להשיב על שאלה זו עלינו לבחון תחילה האם למשיבים מוקנית סמכות להרחיק אנשים למדינות שאינן מדינות מוצאם. ככל שקיימת סמכות, יש להידרש לשיקול-הדעת בהפעלתה ובכלל זה לבחון אם נפל פגם בהחלטה להרחיק את המערערים 1 ו-2 למדינה השלישית.



30. הסמכות להרחיק זרים שאינם שוהים כדין במדינה נובעת מריבונותה של המדינה (בג"ץ 4370/01 לפקה נ' שר הפנים, פ"ד נז(4) 920, 930 (2003) (להלן: עניין לפקה)). בידיה של כל מדינה מופקדים "מפתחות הבית" (עניין אדם, בעמ' 853), המבטאים את זכותה של המדינה לשלוט על שעריה ולקבוע מי ישהה בה (עניין מוקד הסיוע לעובדים זרים, פס' 13; בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122, 152 (2011) (להלן: עניין קו לעובד); עע"מ 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים, פס' ו(5) (29.6.2005) (להלן: עניין פרידה)) ומי יורחק משטחה (בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113, 117 (1972); ראו גם: בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520 (1992) (להלן: עניין קנדל)). על זכותה זו של כל מדינה עמדה לאחרונה הוועדה למשפט בינלאומי (ה-ILC), במסגרת טיוטת הכללים בדבר הרחקתם של זרים שפורסמה בשנת 2014. בסעיף 3 רישה בטיטת הכללים נקבע כי "A State has the right to expel an alien from its territory". "בקומנטר לסעיף זה הבהירה הוועדה כי זו היא זכות טבעית ואינהרנטית לכל מדינה, הנובעת מריבונותה ואשר זוכה להכרה אוניברסלית בפסיקה ובספרות (ראו הפסיקה הענפה המופיעה שם, בעמ' 6, הערות 28 ו-29 וכן Boffolo case Mixed Claims Commission (Italy-Venezuela) [1903], 528x; Hirsi Jamaa v. Italy, no. 27665/09, §113, 23 February 2012 (להלן: עניין Hirsi Jamaa); T.I. v. United Kingdom, p.14, ECHR 2000-III 435 (להלן: עניין T.I. Fong); Yue Ting v. United States 149 U.S. 698, 707 and 713 (1893) Attorney General of; Canada v. Cain, [1906] A.C. 542, ¶6 (P.C.); Chief Executive of the Department of Labour v. Yadegary [2008] NZCA 295 AT [5] (N.Z.)). (להלן: עניין Yadegary).

31. בישראל עוגנה הסמכות להרחיק זרים שאינם שוהים כדין במדינה בחקיקה. ראשיתה בסעיף 13(א) בחוק הכניסה לישראל, שלפיו: "מי שאינו אזרח ישראל או עולה לפי חוק השבות, התש"י-1950, ונמצא בישראל, בלי רישיון ישיבה (בחוק זה – שוהה שלא כדין), יורחק מישראל בהקדם האפשרי אלא כן יצא מרצונו קודם לכן." הסמכות להרחיק אדם לפי סעיף זה ניתנה למשיב 1, שר הפנים. סמכות דומה ניתנה גם לשר הביטחון (סעיף 30(א) בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק למניעת הסתננות)). נדגיש כבר עתה כי בענייננו מבקשים המשיבים להשתמש בסמכותם לפי סעיף 13(א) בחוק הכניסה לישראל בלבד.

32. על רקע עקרון ריבונות המדינה הניצב כאמור ביסוד מרבית סמכויותיה של המדינה כלפי זרים, נקבע בפסיקה כי יש לפרש את הסמכויות המוענקות למשיב 1 מכוח חוק הכניסה לישראל – לרבות סמכות ההרחקה מישראל – ככאלה המעניקות לו שיקול-דעת רחב (ראו, באופן כללי: בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים, פס' 19 ו-211, 28.6.2011); עע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, פ"ד סא(1) 211, 218 (2006) (להלן: עניין אורן); עניין קנדל, בעמ' 520; אשר לסמכות ההרחקה מישראל, ראו: עניין פרידה, פס' ו(8); עניין לפקה, בעמ' 930-931; עניין אורן, בעמ' 218). עם זאת, שיקול-הדעת הרחב אין משמעו כמובן שיקול-דעת מוחלט. בהפעילו סמכות זו – כמו-גם את יתר סמכויותיו – נדרש המשיב 1 לקבל החלטה מינהלית תקינה (ראו והשוו: רע"ב 5754/15 חטיב נ' שרות בתי הסוהר, פס' 39 (2.7.2017) (להלן: עניין חטיב)). במסגרת זו עליו לגבש תשתית עובדתית מספקת לצורך קבלת ההחלטה, לבחון את כל השיקולים הצריכים לעניין ולהפעיל את שיקול-הדעת המוקנה לו באופן סביר ומידתי, בהתחשב בכל השיקולים הרלוונטיים (עניין קו לעובד, בעמ' 154-155 ו-218, 28.6.2011). ההחלטה היא תמיד החלטה פרטנית, בנוגע להרחקתו של אדם ספציפי למדינה ספציפית (ראו והשוו: בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 325-328 (2006) (להלן: עניין עדאלה)). מטבע הדברים, עליו להתחשב גם בשיקולים אשר עשויים להצדיק הימנעות מהרחקה. השיקול המרכזי הוא עקרון אי-ההחזרה (non refoulement). זה הוא אחד מעקרונות היסוד הוותיקים הצועדים עמנו בהקשר של הרחקה, אשר לפיו לא ניתן להרחיק אדם למדינה שבה תישקף, במישרין או בעקיפין, סכנה לחייו של המורחק או לחירותו (סעיף 33 באמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, כ"א 3, 5 (נפתחה לחתימה ב-1951), כפי שתוקנה בפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967, כ"א 21, 23 (נפתחה לחתימה ב-1967) (להלן יכוננו השניים ביחד: אמנת הפליטים); בג"ץ 5190/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 849-850 (1995) (להלן: עניין אל טאיי); עניין גרמאיי, פס' 15; עניין איתן, פס' 8 בפסק-דינו השל השופט ע' פוגלמן; *Michel Foster Responsibility Sharing or Shifting? "Safe" Third Countries and International Law* 25 REFUGE 64, 69 (2008) (להלן: Foster *Responsibility Sharing*)). שיקול נוסף הוא טעמים הומניטריים או אחרים אשר עשויים להצדיק הימנעות מהרחקתו של אדם (בג"ץ 1764/99 אבו-מעמר, ראש שבט אל עזאזמה נ' שר הפנים, פס' 5 (21.3.1999)). טעמים אלה עשויים להיות שיקולים שונים הנוגעים למורחק ובהם קורותיו ונסיבותיו האישיות. במסגרת שיקולים אלה עשויים להיות רלוונטיים, למשל, מצבו הרפואי, מצבו המשפחתי, משך הזמן שבו הוא שוהה בישראל, קשריו לקהילה, קיומם של בני-משפחה נוספים השוהים בישראל ועוד (ראו

והשוו לסעיפים 30(ב)-(1)-(3) ו-32ד(ב) בחוק למניעת הסתננות). כך, לדוגמה, בענייננו המערערים 1 ו-2 הם, כאמור, נתיני אריתריאה הנהנים בישראל מהגנה זמנית מהרחקתם למדינת מוצאם עקב המצב השורר בה – וזאת אף שבקשתם למקלט נדחתה. היותם של המערערים 1 ו-2 תחת הגנה זמנית הוא אחד מבין השיקולים שבהם יש להתחשב במסגרת ההחלטה אם להרחיקם.

33. עולה השאלה: האם הסכמתו או אי-הסכמתו של המורחק להרחקה הן שיקול רלוונטי שיש לשקול? מסעיף 13(א) בחוק הכניסה לישראל עולה כי המשיב יכול להפעיל את סמכותו להרחיק שוהה שלא כדין מישראל "אלא אם [השוהה] יצא מרצונו קודם לכן." מכאן שככל שמסכים השוהה לצאת מרצונו מהמדינה – ניתנת לו אפשרות לעשות כן; אך אם הוא אינו מסכים לכך, ניתן להרחיקו. סמכות ההרחקה אינה מותנית אפוא בהסכמתו של המורחק. ואכן, בעניין אל טאיי הכיר בית-משפט זה בכך ש"לא נדרשת הסכמתו של המגורש לגירושו למדינה פלונית כדי שגירוש למדינה זו יהיה כדין" (שם, בעמ' 850; ראו גם: בר"מ 696/06 אלקנוב נ' בית הדין לביקורת המשמורת של שוהים שלא כדין, פס' 9 (18.12.2006) (להלן: עניין אלקנוב)). בדומה ציינתי בעניין דסטת שקיימת "אפשרות להעביר כל אדם – גם בניגוד לרצונו – למדינה בטוחה" (שם, פס' 82; ההדגשה הוספה – מ.נ.). עמדה דומה מצויה גם במשפט המשווה (ראו, למשל: *Warassama v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1311, ¶¶17, 19 (להלן: עניין *Warassama*); *Tan TE Lam v Superintendent of Tao A Chau*; *Detention Centre*, [1997] A.C. 97, 104 (P.C.) (להלן: עניין *Tan TE Lam*)). אף המערערים הכירו בכך ש"ברגיל יש למדינה אמצעים לשים אנשים במטוס ולשלוח..." (פרוטוקול הדיון מיום 12.10.2015, בעמ' 13, ש' 1-2). כפי שנראה בהמשך, בכלל זה יש היגיון רב (ראו פס' 115 להלן).

דא עקא, מדיניותם הנוכחית של המשיבים שונה. המשיבים אינם מרחיקים למדינה שלישית מסתננים בהעדר הסכמתם. הם אף הצהירו במסגרת דיון שערכנו במעמד צד אחד כי "מוחזק במשמורת שעומד על דעתו ואומר עד העלייה למטוס שאין הוא מוכן להיות מורחק יישאר במשמורת ולא יגורש בכפייה" (ראו החלטתנו מיום 9.10.2016, פס' 1). נדגיש כי מדיניות זו החלה בענייננו – הרחקה בהסכמה בלבד – אינה מתחייבת מהדין הישראלי או מהדין הבינלאומי והסיבה לאימוצה מצויה בהסדר הספציפי שחל בענייננו על ההרחקה למדינה השלישית. סיבה זו נותרה חסויה (תצהיר מטעם גב' ענבל משש, ראש תחום קציעות בראשות האוכלוסין וההגירה, אשר צורף כמוצג מע/6 בכרך המוצגים מטעם המערערים, סעיף 3(ב1)) והמשיבים הציגו אותה

בפני בית-המשפט לעניינים מינהליים במסגרת החומר החסוי ובדיון שנערך במעמד צד אחד. במילים אחרות, בהתאם למדיניות שהנהיגו המשיבים בענייננו – ובשונה מהדין הישראלי ומהדין הבינלאומי – לא ניתן להרחיק מסתננים בהעדר הסכמתם. להשלכותיה של מדיניות זו אתייחס בהמשך.

ב. סמכות הרחקה למדינה שלישית

ב(1) הדין הישראלי

34. הערעור שלפנינו נוגע כאמור להרחקתם של זרים למדינות שלישיות, קרי שאינן מדינות מוצאם. בפתח הדברים יש לבחון אם הסמכות הכללית להרחיק זרים חולשת גם על הרחקה למדינות שלישיות.

סעיף 13(א) בחוק הכניסה לישראל וסעיף 30(א) בחוק למניעת הסתננות מעגנים כאמור את סמכותה של המדינה להרחיק זרים מישראל. אולם, הם אינם מתייחסים לזוהתה של מדינת היעד שאליה ניתן להרחיקם. דומה כי שתיקתם של הסעיפים בעניין זה היא מכוונת, בשים לב לכלל הידוע שלפיו אין לאף אדם "זכות וטו" ביחס למדינה שאליה יורחק (עניין אל טאיי, בעמ' 850; JAMES HATHAWAY, THE RIGHTS OF REFUGEES UNDER INTERNATIONAL LAW 161, 332-333 (Cambridge UNHCR, SUMMARY CONCLUSIONS ON THE CONCEPT OF "EFFECTIVE PROTECTION" IN THE CONTEXT OF SECONDARY MOVEMENTS OF REFUGEES AND ASYLUM-SEEKERS 2 (Lisbon Expert Roundtable, 9-10 December 2002), February 2003 (להלן: LISBON ROUND TABLE)). ואכן, סמכות ההרחקה פורשה בפסיקה כחלה לא רק על החזרתם של שוהים שלא כדין ושל מסתננים למדינות מוצאם, אלא גם על הרחקתם למדינות שלישיות (עניין אל טאיי, בעמ' 849-850; עע"מ 4566/11 משרד הפנים נ' וולדסילאסי (25.6.2011) (להלן: עניין וולדסילאסי); עניין גרמאיי, פס' 16; עע"מ 6694/13 גידאי נ' משרד הפנים, פס' 15 (15.2.2015) (להלן: עניין גידאי); עניין דטטה, פס' 82 בפסק-דין).

35. במסגרת סיכומי התשובה הטילו המערערים ספק אם סמכות ההרחקה המעוגנת בחוק הכניסה לישראל מהווה "תשתית חוקית מספקת למדיניות כה מרחיקת לכת" (שם, פס' 2), קרי להרחקה בקנה-מידה נרחב המבוססת על הסכמים שנחתמו עם מדינות שלישיות. לתימוכין בעמדתם זו הפנו המערערים לחקיקה בנושא זה באוסטרליה (*Migration Act*, §198A(3)) ובקנדה (*Immigration and Refugee Protection Act*)

(S.C. 2001, c.27) ולפסיקתו של בית-משפט זה ביחס לכלל ההסדרים הראשוניים ולצורך בחוק (או בהסמכה בחוק) כדי לפגוע בזכויות-יסוד (ראו, למשל: בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 26 בפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס (2.7.2014)). עם זאת, יודגש כי בפועל טענתם של המערערים אינה נוגעת להעדרו של הסדר ראשוני, אלא לאי-חקיקתו של הסדר חקיקתי מסוים להרחקה שבה עסקינן, נוסף על הסמכות הכללית להרחקה – המעוגנת כאמור בחוק הכניסה לישראל.

לא מצאתי מקום להידרש לשאלה אם ראוי היה או עדיף היה לעגן את ההסדר מושא הערעור שלפנינו בחקיקה נפרדת. בחקיקה הקיימת מצויה סמכות הרחקה, החולשת כפי שצינתי גם על הרחקה למדינה שלישית. סמכות זו מהווה עוגן להרחקתם של מסתננים ובהם המערערים 1 ו-2 למדינה שלישית.

כפי שאראה להלן, סמכות זו קנתה לה שביתה לא רק במדינות אחרות – כפי שהציגו גם המערערים – אלא גם במשפט הבינלאומי.

ב(2) הדין הבינלאומי

ב(2)(א) רקע

36. אחד מן המאפיינים המרכזיים של ההגירה בעשורים האחרונים הוא התופעה המכונה Secondary movements; ובתרגום חופשי, מעברים משניים. מעבר משני מתרחש כאשר אדם אינו מגיע ממדינת מוצאו במישורין למדינת היעד, אלא לאחר שעבר בדרך במדינות אחרות. מדינות אלה עשויות להיות מדינות שבהן מצא האדם מקלט אך מסיבה כזו או אחרת עזב אותן או מדינות "מעבר" (transit states) – מדינות שבהן "עבר" אדם בדרכו מבלי להגיש בהן בקשה לקבלת מעמד של פליט. מנקודת-ראותן של מדינות רבות תופעה זו עוררה – ועודנה מעוררת – קשיים לא-מבוטלים. ראשית, ישנן מדינות הרואות בעזיבת מדינה שבה זכה אדם למקלט או באי-בקשת מקלט במדינה הבטוחה הראשונה שאליה אדם שימוש לרעה במנגנון הפליטות העולה לעתים כדי "Asylum shopping" (ראו, למשל: *NAGV and NAGW of 2002 v Minister of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2005] HCA 6, at 18, 20 (להלן: עניין *NAGV*); *Nazare Albuquerque Abell The Compatibility of Readmission Agreements with the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees* 11 INT'L J. REF.

Rosemary Byrne and Andrew Shacknove *The* ;(להלן: Abell) L. 60, 61, 65 (1999)  
*Safe Country Notion in European Asylum Law* 9 HARV. HUM. RTS. J. 185, 209-212  
 (1996) (להלן: Byrne and Shacknove). שנית, יש בכך כדי להטיל נטל גדול על  
 מדינות היעד, המתמודדות כאמור עם מספרים הולכים וגדלים של פליטים ושל מבקשי  
 מקלט הצובאים על גבולותיהן. בנסיבות אלה אף מתעורר חשש כי הנטל בטיפול  
 בפליטים ובמבקשי מקלט אינו נחלק באופן שוויוני והוגן בין המדינות, כפי שנדרש  
 בהתאם לעקרונות של (REFUGEES ) equitable burden-sharing UNHCR EXCOM,  
 "WITHOUT AN ASYLUM COUNTRY", CONCLUSION No.15 (XXX), ¶f (1979) (להלן:  
 (EXCOM CONCLUSION No.15) (Collective responsibility) (ראה, באופן כללי:  
 AGNES HURWITZ, THE COLLECTIVE RESPONSIBILITY OF STATES TO PROTECT REFUGEES (Oxford University Press, 2009) (להלן:  
 HURWITZ)).

37. על רקע תופעה זו, החלו בעשורים האחרונים מדינות שונות (בעיקר מדינות  
 אירופה, ארצות-הברית, קנדה ואוסטרליה) להנהיג מדיניות של הרחקה למדינה  
 שלישית בטוחה, מדיניות שנהוג לכנותה *Safe third country concept*. בהתאם  
 למדיניות זו, נמנעת המדינה המרחיקה מלברר את מעמדו של המורחק – האם אכן מדובר  
 במבקש מקלט שיתכן שזכאי למעמד של פליט או שמא מהגר שהגיע למדינה מסיבות  
 כלכליות או אחרות שאינן מצדיקות מתן מקלט – מאחר שלשיטתה האחריות לברור  
 בקשת המקלט מוטלת על כתפיה של מדינה אחרת או, לחלופין, שהיא מצאה מדינה  
 אחרת אשר מוכנה לקבלו ולברר את מעמדו (UNHCR, CONVENTION PLUS: ISSUES )  
 PAPER SUBMITTED BY UNHCR ON ADDRESSING IRREGULAR SECONDARY  
 MOVEMENTS OF REFUGEES AND ASYLUM-SEEKERS 11 March 2004,  
 'Hurwitz ;(UNHCR, CONVENTION PLUS : (להלן: FORUM/CG/SM/03, ¶3  
 GUY S. ) GOODWIN-GILL AND McADAM) (46-45). עמדו על כך המלומדים  
 GOODWIN-GILL AND JANE McADAM, THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW  
 : (GOODWIN-GILL AND McADAM : (להלן: 392 (Third Edition, 2007)

"The concept of the 'safe country' is a procedural mechanism for shuttling asylum seekers to other States said to have primary responsibility for them, thereby avoiding the necessity to make a decision on the merits because another country is deemed or imagined to be secure."

הרחקה למדינה שלישית – בהתאם למדיניות זו – היא, אפוא, הרחקה לצורך קבלת מקלט. היא משמשת כמנגנון פרוצדורלי, כדבריהם של GOODWIN-GILL AND McADAM, המבוסס על עקרונות של "חלוקת נטל" (Burden sharing), של "העברת נטל" (Burden shifting) ושל "חלוקת אחריות" (Responsibility sharing) בין המדינות.

כאמור, ההרחקה תחת המדיניות המתוארת של הרחקה למדינה שלישית בטוחה מבוצעת לרוב בטרם בוררה בקשת המקלט של המורחק (ולעתים לפני שהספיק להגישו). בשונה מכך, בהתאם למדיניותם הנוכחית של המשיבים מורחקים למדינה השלישית רק מסתננים השוהים במרכז השהייה "חולות" ואשר לא הגישו בקשת מקלט (לא אחת במשך תקופות ארוכות) או שהגישו בקשת מקלט וזו נדחתה. חרף הבדל זה, בפועל גם בענייננו מדובר בהרחקה לצורך קבלת הגנה ומקלט, בשים לב לכך שהמסתננים הנכללים תחת מדיניות זו נהנים בישראל מהגנה זמנית – אף אם בקשתם למקלט נדחתה. מסקנה זו עולה גם מששת התנאים שקבע היועץ-המשפטי לממשלה להיותה של מדינה שלישית "בטוחה", מכך שניתנת להם אפשרות להגיש במדינה השלישית בקשת מקלט ולזכות במידת הצורך במעמד של פליטים ומהעובדה שהרחקתם למדינה השלישית מאפשרת בפועל למדינת ישראל להימנע מליתן להם הגנה ומקלט בשטחה.

ב(2)ב) הסמכות לפי הדין הבינלאומי

38. בתחילת הדרך לא עוגנה המדיניות של הרחקה למדינה שלישית בטוחה במסגרת חוקית (לסקירה היסטורית של האופן שבו מדיניות זו צמחה, ראו: Cathryn Costello *The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?* 7 EUR. J. MIGR. & (2005) L. 35, 40-47 (להלן: Costello)). בעקבות זאת נדרשה לנושא תחילה הוועדה האקזקוטיבית של נציבות האו"מ לפליטים (EXCOM conclusion No.15, פס' h; UNHCR EXCOM, PROBLEM OF REFUGEES AND ASYLUM SEEKERS WHO MOVE IN AN IRREGULAR MANNER FROM A COUNTRY IN WHICH THEY HAD ALREADY FOUND PROTECTION, CONCLUSION No. 58 (XL) ¶¶e, f (1989) (להלן: EXCOM, CONCLUSION No. 58) ובהמשך נציבות האו"מ לפליטים שקיימה כנסים וועידות בנושא של הרחקה למדינות שלישיות, בהשתתפותן של מדינות רבות (ראו, בין היתר: UNHCR, CONSIDERATIONS ON THE 'SAFE THIRD COUNTRY' CONCEPT (1996) (להלן: UNHCR, GLOBAL CONSIDERATIONS ON STC); UNHCR, CONSIDERATIONS ON STC

CONSULTATIONS ON INTERNATIONAL PROTECTION, BACKGROUND PAPER NO. 1: LEGAL AND PRACTICAL ASPECTS OF THE RETURN OF PERSONS NOT IN NEED OF BACKGROUND PAPER ;(BACKGROUND PAPER NO. 1 :להלן) PROTECTION (2001) NO. 2: THE APPLICATION OF THE 'SAFE THIRD COUNTRY' NOTION AND ITS IMPACT ON THE MANAGEMENT OF FLOWS AND ON THE PROTECTION OF UNHCR, GLOBAL ;(BACKGROUND PAPER NO. 2 :להלן) REFUGEES 2 (2001) CONSULTATIONS ON INTERNATIONAL PROTECTION, BACKGROUND PAPER NO. 3: INTER-STATE AGREEMENTS FOR THE RE-ADMISSION OF THIRD COUNTRY NATIONALS, INCLUDING ASYLUM SEEKERS, AND FOR THE DETERMINATION OF THE STATE RESPONSIBLE FOR EXAMINING THE SUBSTANCE OF AN ASYLUM EUROPEAN COMMISSION, ;(BACKGROUND PAPER NO. 3 :להלן) (CLAIM (2001) GLOBAL CONSULTATIONS ON INTERNATIONAL PROTECTION: ASYLUM PROCESSES (FAIR AND EFFICIENT ASYLUM PROCEDURES), 31 May 2001, UNHCR, ;(EUROPEAN COMMISSION, ASYLUM PROCESSES :להלן) EC/GC/01/12 GLOBAL CONSULTATIONS ON INTERNATIONAL PROTECTION/ REGIONAL MEETINGS: CONCLUSIONS (Regional Meeting in Budapest, 6–7 June 2001), 15 June LISBON EXPERT ;(Regional Meeting in Budapest :להלן) 2001, EC/GC/01/14 .(ROUNDTABLE

עיון בכל המסמכים המתוארים מצביע על כך שמשלב מוקדם מאוד הניחו נציבות האו"מ לפליטים וועדתה האקזקוטיבית שקיימת סמכות לפי המשפט הבינלאומי להרחיק למדינות שלישיות – והתמקדו בדיון בסטנדרטים המקובלים לביצוע ההרחקה, כאלה שיעניקו מסגרת חוקית להרחקה מצד אחד ואשר יבטיחו את זכויותיהם של המורחקים ואת ההגנה שלה יזכו במדינה השלישית, מצד שני. מהספרות ומהפסיקה עולה כי זו היא אכן התפיסה המקובלת וניתן לומר שקיים קונצנזוס כמעט מוחלט בדבר קיומה של סמכות כאמור. אעיר כי גם במקרים הבודדים שבהם הועלתה הטענה שהרחקה למדינה שלישית אינה חוקית לפי המשפט הבינלאומי, היא לא התבססה על העדרה של סמכות עקרונית אלא על הטענה שלא קיימת אפשרות מעשית להבטיח כי המדינה השלישית היא אכן מדינה בטוחה ( Gretchen Borchelt *The Safe Third Country Practice in the European Union: a Misguided Approach to Asylum Law and a Violation of International Human Rights Standards* 33 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 473, 499-525 (2002) (להלן : Borchelt) ; ראו גם Costello, בעמ' 47, הסבורה כי מסקנה זו נובעת גם מהניסיון המצטבר מהפעלתן של פרקטיקות שונות להרחקה למדינות שלישיות). להלן אפרט בתמצית את הבסיס הנורמטיבי לסמכות זו.



39. אמנם, אין באמנת הפליטים הוראה מפורשת המאפשרת להרחיק מבקש מקלט למדינה אחרת אשר נושאת – או מתחייבת לשאת – באחריות לתת לו מקלט; אך אין גם הוראה מפורשת האוסרת על כך ( *The Michigan Guidelines on Protection Elsewhere* 28 ) (2007) MICH. J. INT'L L. 209, 211 (להלן: *Michigan Guidelines*); Foster, *Responsibility*; *Sharing*, בעמ' 65-66). למעשה, אין אף כלל של המשפט הבינלאומי האוסר על העברתם של מבקשי מקלט למדינה שלישית ( *Stephen Legomsky Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection* 15 INT'L J. REFUGEE L. 567, 613 (2003) (להלן: LEGOMSKY)). על רקע האמור, התפיסה המקובלת היא כי אפשרות זו אכן קיימת ( *Savitri Taylor Protection Elsewhere/Nowhere* 18 INT'L J. REF. RTS. 283, 287 (2006) (להלן: Taylor)); עניין דסטח, פס' 81 בפסק-דין). העדרו של איסור מפורש על הרחקה למדינה שלישית מוצג לרוב כעוגן המרכזי לסמכות לנקוט מדיניות זו (Foster, *Protection Elsewhere*, בעמ' 231-230; JAMES HATHAWAY AND MICHELLE FOSTER, *THE LAW OF REFUGEE*; 2014) (STATUS 33 (Second Edition, Cambridge University Press, 2014)). מעבר להעדרו של איסור על כך, הוצגו בספרות ובפסיקה מספר עוגנים אפשריים נוספים לסמכות ההרחקה למדינות שלישיות:

(א) נטען כי ניתן לגזור סמכות זו מן העובדה שאמנת הפליטים אינה מחייבת מדינה ספציפית להעניק מקלט (*Foster Responsibility Sharing*, בעמ' 65-66). בהתאם לקו-טיעון זה, די בכך שמדינה כל שהיא – בענייננו, המדינה השלישית – תעניק לאדם את ההגנה המגיעה לו כדי שתקוימנה המחויבויות כלפי אותו אדם בהתאם לאמנת הפליטים. בנסיבות אלה, לא ניתן יהיה לומר כי המדינה המרחיקה הפרה את מחויבותיה לפי האמנה, מאחר שהמדינה השלישית מילאה אותן.

(ב) נטען כי האפשרות להרחיק למדינה שלישית בטוחה נובעת מעקרון אי-החזרה ( *CPCF v Minister of Immigration and Border Protection* [2015] HCA 1, 90 (להלן: עניין CPCF); *Plaintiff M70/2011 v Minister of Immigration and Citizenship*; [2011] HCA 32, 2 (להלן: עניין M70)) או, ליתר דיוק, מן העובדה שעקרון אי-החזרה אינו שולל זאת ( *Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion, in REFUGEE PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW: UNHCR'S GLOBAL CONSULTATIONS ON INTERNATIONAL PROTECTION* 87, 122

Andrea Hadaway Safe Third Countries ; (Feller, Türk and Nicholson eds., 2003) in Australian Refugee Law: NAGV v Minister for Immigration and Multicultural Affairs 27 SYD. LAW REV. 727, 737 (2005) (להלן: Hadaway); GOODWIN-GILL ; (Hadaway : 391). בעמ' 391). בהתאם לקו־טיעון זה, עקרון אי־החזרה אוסר על החזרה אנשים למדינות שבהן תישקף סכנה לחייהם או לחירותם, קרי למדינות שאינן בטוחות. מכאן שהחזרת אנשים למדינות בטוחות אינה מפרה עקרון זה (ראו והשוו: Foster Responsibility Sharing, בעמ' 66).

(ג) ניתן אף לגזור את הסמכות להרחיק מבקשי מקלט למדינות שלישיות באופן עקיף מלשונו של סעיף 1E באמנת הפליטים, הקובע שמדינה תפסיק לחוב באחריות כלפי אדם "שהוכר בידי הרשויות המוסמכות של מדינה [אחרת] שבה הוא תושב כמחזיק בזכויות ובחובות הכרוכות בכך" (לדיון בכך, ראו: Taylor, בעמ' Penelope Mathew *Safe for Whom? The Safe Third Country Concept Finds a Home*; 287 in *Australia in THE REFUGEES CONVENTION 50 YEARS ON: GLOBALIZATION AND INTERNATIONAL LAW* 133, 144-146 (Suzan Kneebone ed., Ashgate Publishing, 2003) (להלן: Mathew)). בהתאם לקו־טיעון זה, יש בהוראותיו של סעיף זה כדי "לשחרר" את המדינה המרחיקה ממחויבותה למורחק ובלבד שהמדינה השלישית הכירה בחובותיה כלפיו.

לסיכום הדברים, יהא אשר יהא העוגן שייבחר לסמכותה של מדינה להרחיק מוגנים למדינות שלישיות שבהן הן יזכו להגנה, קיים כאמור כיום קונצנזוס כמעט מוחלט בדבר קיומה של הסמכות לפי המשפט הבינלאומי.

ג. הפעלת שיקול־הדעת

40. עמדנו על כך שלשר הפנים ניתן שיקול־דעת רחב בנוגע להרחקה. עליו לגבש תשתית עובדתית מספקת, בהתחשב בכל השיקולים הצריכים לעניין – הן אלה התומכים בהרחקה הן אלה המצדיקים הימנעות ממנה – ולהכריע אם יש מקום להשתמש בסמכות המוקנית לו. הדברים נכונים הן לגבי הרחקה למדינת המוצא הן לגבי הרחקה ההרחקה למדינה שלישית. גם הרחקה למדינה שלישית היא לעולם החלטה פרטנית (ראו והשוו: עניין *Hirsi Jamaa*, פס' 177; Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013, OFFICIAL JOURNAL OF THE EUROPEAN UNION, L180/60, Art. 27.1(b) (להלן: Directive 2013/32/EU)). היא מתקבלת ביחס להרחקתו של אדם ספציפי למדינה שלישית ספציפית. על

השיקולים הקשורים לאדם הספציפי עמדנו בפס' 32 לעיל ואלה רלוונטיים גם לענייננו, בשינויים המחויבים לאור ההבדלים בין הרחקתו של אדם למדינת מוצאו לבין הרחקתו למדינה שלישית. ההבדל המרכזי נעוץ בכך שהרחקה למדינה שלישית מבוססת לא אחת – וכך גם בענייננו – על מדיניות כללית שאימצה המדינה המרחיקה (ראו והשוו: עניין עדאלה, בעמ' 267-272). ככל מדיניות, גם מדיניות זו חייבת להתחשב בפגיעה שעשויה להיגרם בזכויותיו של הפרט (עניין קו לעובד, בעמ' 156). בענייננו, כאמור, טענו המערערים כי כתוצאה מההרחקה למדינה השלישית תיפגענה זכויות שונות של המורחקים ובראשן הזכות לחיים והזכות לחירות (ראו פס' 37-41 בסיכומיהם). זאת מאחר שלשיטתם המדינה השלישית אינה מדינה בטוחה.

41. במסגרת הפעלת שיקול-הדעת בעניין הרחקתו של אדם למדינה שלישית, נדרש שר הפנים להתחשב במצב השורר במדינה וביחס שהמורחק צפוי לקבל בה. עליו לוודא כי לא צפויה למורחק במדינה השלישית סכנה לחייו או לחירותו (עניין אל טאיי, בעמ' 850; עניין וולדטילאטי) ולהבטיח כי המדינה השלישית היא מדינה בטוחה עבור המורחק (עניין דסטוה, פס' 81 בפסק-דיני). כפי שנראה בהמשך, האמור נובע גם מחובתה של המדינה לוודא בטרם ההרחקה כי המדינה השלישית אכן תקבל את המורחק ותעניק לו הגנה אפקטיבית (ראו פס' 76 להלן וההפניות שם). לשם כך נדרש שר הפנים לאסוף ראיות ולגבש תשתית עובדתית נאותה המבוססת על "כלל הנתונים החשובים והדרושים לשם [קבלת ההחלטה]" (עניין חטיב, פס' 39; בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-426 (1994) (להלן: עניין יורונט)). כמו-כן, עליו לנמק גם את החלטתו ומחובה זו נגזרת גם החובה להציג את התשתית העובדתית שביסוד ההחלטה (שם, בעמ' 439). כל אלה הם כאמור עקרונות יסוד של המשפט המינהלי. מהמשפט המשווה עולה כי מדינות שונות הנהיגו פרוצדורות מיוחדות להטמעתם של עקרונות אלה בהקשר של הרחקה למדינה שלישית. מחלקת המדינה בארצות-הברית נוהגת להכין דוחות באשר למצבן של מדינות מוצא, הכוללים את הראיות שעל בסיסן החליטה מחלקת המדינה לסווג את המדינה כבטוחה. דוחות אלה מוצגים לבתי-המשפט ונחשבים כראיה עיקרית למצב זכויות-האדם במדינות הרלוונטיות (Real ID Act, Pub. L. No. 109-13, 1199 Stat. 231, 302-03) אשר במסגרתו תוקן (8 U.S.C. §1158(b)(1)). בכך עומדת למעשה המדינה בחובת איסוף הראיות וגיבוש התשתית העובדתית המוטלת לפתחה (ראו גם עניין יורונט, בעמ' 424-423); ועל המורחק מוטל הנטל להפריך את הכתוב בדוחות או להצביע על נסיבות קונקרטיות שבגינן יש מקום ליתן לו מעמד של פליט למרות האמור בהם (Jordan v. Kevin Cameron *Creating a Refuge Within the United States: Correcting the Problems of*

*the Asylum Applicant's Hybrid Burden of Proof* 4 UTAH L. REV. 1171, 1178-1179 (2007)). גם באיחוד האירופי מקובלת תפיסה דומה, כאשר על הרשויות מוטלת החובה לאסוף מידע אמין על המדינה הרלוונטית ( MARCELLE RENEMAN, EU ASYLUM PROCEDURES AND THE RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY 204-205 (Hart Publishing, 2014) (להלן: RENEMAN)). וכך, בעניין *M.S.S. מצא בית-הדין האירופי* לזכויות אדם פגם בכך שהרשויות הבלגיות לא אספו ראיות בעניין מצב זכויות-האדם ביוון חרף הדיווחות והפרסומים הרבים הקיימים בעניין ואף התעלמו ממכתב בנושא שנשלח אליה מנציבות האו"ם לפליטים וקבע כי בפועל הן ידעו או שהיה עליהן לדעת על כך ( *M.S.S. v. Belgium and Greece*, no. 30696/09, 21 January 2011, ¶¶346-349, ) על כן 352, 358-359 (להלן: עניין *M.S.S.*); ראו גם: RENEMAN, בעמ' 205), קרי היה בהתנהלותן משום עצימת עיניים (לחובה לא להתעלם מראיות, ראו גם: *Singh v Belgium*, (no. 33210/11, §§94-105 (2 October 2012)). גם בענייננו אימצה המדינה פרוצדורה דומה. הוכנה חוות-דעת מטעם משרד החוץ על המצב השורר במדינה השלישית, שעליה התבסס שר הפנים בהחלטתו לסווג את המדינה השלישית כמדינה בטוחה. החלטה זו אושרה כאמור על-ידי היועץ-המשפטי לממשלה, לאחר שהשתכנע כי מתקיימים במדינה השלישית תנאים שהותוו. עם זאת, בשונה מהאיחוד האירופי ומארצות-הברית, שבהם התשתית העובדתית שגובשה מוצגת למורחק (הנדרש להפריכה) – בענייננו חלה תעודת החיסיון גם על חוות-הדעת מטעם משרד החוץ. למשמעות הדבר אתיחס במסגרת הפרק שיעסוק בנטל ההוכחה.

42. שיקול רלוונטי נוסף שבו ראוי לדעתי להתחשב הוא הקשר, ככל שקיים, בין המדינה השלישית לבין המורחק הספציפי. שיקול זה רלוונטי לענייננו על רקע העובדה שלמעוררים 1 ו-2 אין כל זיקה למדינה השלישית שאליה מתבקשת הרחקתם: הם מעולם לא התגוררו בה והם אף לא עברו בה בדרכם למדינת ישראל. באופן עקרוני אין איסור על הרחקתו של אדם למדינה שאליה אין לו כל זיקה (ראו, למשל: Directive 2013/32/EU, סעיף 27.1(d); HURWITZ, בעמ' 56). אולם, אין לכחד כי הרחקתו של אדם למדינה שכזו מציבה בפניו קשיים לא-מבוטלים ובהם העדר תחושת שייכות ואי-ידיעה מה צופן לו העתיד במדינה זו. לכן הפרקטיקה המקובלת היא לבחון את עצמתן של הזיקות בין המורחק לבין המדינה השלישית (ראו, למשל: EXCOM Conc. No. 15, פס' h(iv); Taylor, בעמ' 289). במקרים שבהם צפויה להיגרם למורחק פגיעה משמעותית עקב הרחקתו למדינה שזיקתו אליה מועטה או לא קיימת, עשוי הדבר למנוע את האפשרות להרחיקו אל מדינה זו.

אדגיש כי השיקולים שנסקרו לעיל הם שיקולים לדוגמה ואין לראותם כרשימה סגורה של שיקולים. שר הפנים נדרש כאמור להתחשב בכל מקרה ומקרה בכל השיקולים הרלוונטיים.

.T טיכום ביניים

43. ראינו כי סמכות ההרחקה של שר הפנים חולשת גם על הרחקה למדינה שלישית והצגנו את השיקולים העיקריים שבהם עליו להתחשב במסגרת הפעלתה הפרטני של סמכות זו ביחס לכל מורחק ומורחק. עם זאת, המערערים לא הסתפקו בענייננו בהצגת השיקולים שבגינם אין לשיטתם להרחיק את המערערים 1 ו-2 למדינה השלישית והעלו טענות הנוגעות להסדר ההרחקה למדינה השלישית שאליה מתבקשת הרחקתם של המערערים 1 ו-2 בכללותו. המערערים מבקשים למעשה להעמיד לביקורת שיפוטית את סבירותו ואת מידתיותו של ההסכם.

כפי שקבענו בעבר, הרחקה למדינה שלישית צריכה להתבצע בהתאם לסטנדרטים המקובלים במשפט הבינלאומי (עניין מוקד לסיוע לעובדים זרים, פס' 12; השוו גם לעניין דסטה, פס' 81 בפסק-דין). גם הסכמים בנושא – היוצרים לרוב (וכך גם בענייננו) את המסגרת החוקית לביצוע ההרחקה (ראו: UNHCR, Guidance Note: Bilateral and/or Multilateral Arrangements of Asylum-Seekers ¶2 (2013) (להלן: Guidance Note on Arrangements) – צריכים לעלות בקנה-אחד עם סטנדרטים אלה. הפרק הבא יעסוק בשאלה מה הם הסטנדרטים המקובלים במשפט הבינלאומי ובמסגרתו אבחן אם ההסכם בענייננו עומד בהם.

ה. הסטנדרטים בהתאם למשפט הבינלאומי להרחקה למדינה שלישית והקריטריונים להיותה של המדינה השלישית "בטוחה"

44. ניתן לחלק את הסטנדרטים המקובלים במשפט הבינלאומי להרחקה למדינה שלישית לשלוש קטגוריות: האחת, התנאים שצריכים להתקיים במדינה השלישית כדי שהיא תחשב למדינה בטוחה. תכליתם של תנאים אלה היא להבטיח שהמורחקים יזכו במדינה השלישית להגנה אפקטיבית (effective protection) (ראו, למשל: LEGOMSKY, בעמ' 615; Council of Europe: Parliamentary Assembly, Resolution 1569 (2007) on Assessment of Transit and Processing Centers as a Response to Mixed Flows of Migrants Foster Responsibility; and Asylum Seekers, 1 October 2007. Res. 1569 (2007), ¶13.6, Sharing, בעמ' 67; HURWITZ, בעמ' 52-56). השנייה, תנאים פרוצדורליים שנועדו

להבטיח כי המדינה השלישית אכן תקבל את המורחקים לשטחה ותעניק להם הגנה אפקטיבית. השלישית, מנגנוני ביקורת ופיקוח לאחר הרחקה ( post-transfer monitoring mechanisms) שמטרתם לוודא כי המורחקים אכן זוכים בפועל להגנה אפקטיבית.

ה(1) הקריטריונים לסיווגה של מדינה שלישית כ"בטוחה"

45. כפי שציינתי בעניין דסטח, "השאלה כיצד נקבע שמדינה היא אכן מדינה בטוחה היא שאלה מורכבת" (שם, פס' 81). ואכן, הקריטריונים אשר נדרשים להתקיים כדי להבטיח כי המדינה השלישית אכן "בטוחה" העסיקו במשך השנים לא רק את נציבות האו"ם לפליטים (ראו פס' 38 לעיל וההפניות שם) אלא גם טריבונלים בינלאומיים (ראו, למשל, בבית-הדין האירופי לזכויות אדם: עניין *M.S.S.*), בתי-משפט מדינתיים (ראו, למשל: עניין *EM (Eritrea) v. Secretary of State for the Home*; M70 *Department* [2012] EWCA Civ. 1336 (להלן: עניין *EM*)) וכמובן את הכתיבה האקדמית (מבלי למצות, ניתן להפנות לפרסומים הבאים: Eva Kjaergaard *The Concept of 'Safe Third Country' in Contemporary European Refugee Law* 4 INT'L J. REF L. 649 (1994); LEGOMSKY Taylor; בעמ' 294-289; *Michigan Guidelines*; Borchelt; בעמ' 506-511 Catherine Phuong *The Concept of 'Effective Protection' in the Context of Irregular Secondary Movements and Protection in Regions of Origin* 26 GLOBAL MIGRATION PERSPECTIVES (2005) (להלן: Phuong); Costello; בעמ' 59-56 *Protection*; Foster Erica Feller *Asylum, Migration and Refugee Protection: Elsewhere Realities, Myths and the Promise of Things to Come* 18 INT'L J. REF L. 509, 528-531 (2006) (להלן: Feller); Susan Kneebone *The Pacific Plan: the Provision of 'Effective Protection'* 18 INT'L J. REF L. 696 (2006) (להלן: Kneebone); GOODWIN-GILL AND MCADAM Helene Lambert *'Safe Third Country' in the European Union: an Evolving Concept in International Law and Implications for the UK* 26 J. I.A.N.L. 318 (2012) (להלן: Lambert)).

איננו נדרשים להתוות בגדרו של הערעור שלפנינו את הקריטריונים המדויקים שצריכים להתקיים במדינה השלישית כדי שהיא תחשב בטוחה ואשר יבטיחו כי למורחקים תינתן בה הגנה אפקטיבית. זאת, משום שהצדדים מסכימים על ששת התנאים שפורטו בעמדתו של היועץ-המשפטי לממשלה (פרוטוקול הדיון מיום 15.3.2016, בעמ' 3, ש' 25 ובעמ' 5, ש' 1). אין בפנינו אפוא מחלוקת באשר לתנאים

המהותיים. בנסיבות אלה איני רואה מקום להביע עמדה אם מדובר ברשימה סגורה וממצה של התנאים בעניין זה.

46. ששת התנאים המוסכמים על הצדדים בענייננו, אשר צריכים להתקיים במדינה השלישית שאליה מבקשים המשיבים להרחיק את המערערים 1 ו-2 כדי שהיא תסוגג כבטוחה ושניתן יהיה להרחיק אליה הם: (א) לא מתנהלות בה מלחמה או מהומות כלליות; (ב) אין חוות-דעת של נציבות האו"ם לפליטים שלפיה אין להרחיק אליה פליטים ומבקשי מקלט; (ג) ככלל, לא נשקפת בה סכנה לחייהם או לחירותם של מבקשי מקלט על בסיס אחת מעילות הפליטות המופיעות באמנת הפליטים; (ד) ניתן לבקש בה מעמד של פליט או ליהנות בה מהגנה זמנית או, למצער, היא מחויבת לעקרון אי-ההחזרה ולא תעביר את מבקש המקלט למדינה אחרת שבה תשקף סכנה לחייו או לחירותו; (ה) קיים בה איסור על עינויים ועל יחס אכזרי או משפיל; (ו) היא מתחייבת לאפשר למבקש המקלט חיים בכבוד (לפחות אופק שהייה ואפשרות לעבוד ולהתפרנס).

ששת התנאים המפורטים נוגעים למעשה למצב השורר במדינה השלישית וליחס שהמורחק צפוי לקבל (ראו והשוו פס' 41 לעיל). הצדדים חלוקים בענייננו לגבי השאלה אם התנאים אכן מתקיימים במדינה השלישית, כמו-גם בנוגע לשאלה על מי מהם מוטל נטל ההוכחה ומה רף ההוכחה שבו יש לעמוד להוכחת המצב השורר במדינה השלישית והיחס הצפוי למורחקים אליה. בהיותו סוגיה מקדמית, נפתח תחילה בנושא האחרון.

ה(1)(א) נטל ההוכחה ורף ההוכחה

47. נטל ההוכחה מורכב, כידוע, משני נטלים: נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות (ראו, למשל: רע"א 3646/98 כ.ו.ע. לבנין בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נז(4) 891, 897-898 (2003)). נטל השכנוע הוא הנטל העיקרי – להוכיח טענה פלונית; בעוד שנטל הבאת הראיות הוא נטל משני, להביא את הראיות הנחוצות לשם עמידה בנטל השכנוע. חלוקה זו בין הנטלים מקובלת גם במשפט המינהלי (ראו והשוו: יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א' 295, 306 (1993) (להלן: זמיר, ראיות)). שאלה נפרדת היא מה הוא רף הראיה או סטנדרט הראיה שבו נדרש לעמוד כדי להרים את נטל השכנוע.

ה(1)(א) נטל השכנוע

48. בהליכים כגון הערעור שלפנינו מבקשת המדינה להרחיק אדם למדינה שאינה מדינת מוצאו והוא מתנגד לכך בטענה כי המדינה השלישית אינה מדינה בטוחה. בהינתן העובדה ששר הפנים נדרש לגבש תשתית ראייתית נאותה התומכת בכך שהמדינה השלישית בטוחה ולשקול את כל השיקולים הרלוונטיים (פס' 41 לעיל), הרי שהמורחק מבקש למעשה להצביע על פגמים שנפלו בתשתית העובדתית שגובשה, באי-שקילת כל השיקולים הרלוונטיים או באיזון ביניהם, שבשלם התקבלה לשיטתו החלטה שגויה: להרחיקו למדינה השלישית אף-על-פי שהיא אינה בטוחה. השאלה שבפנינו היא על מי מוטל הנטל להוכיח פגמים אלה?

49. החלטתה של המדינה להרחיק אדם למדינה שלישית היא החלטה של גורם מינהלי, שר הפנים. ככזו היא נהנית על-פני-הדברים מחזקת התקינות (ראו, למשל: ע"א 6066/97 עיריית תל-אביב-יפו נ' אבן אור פסגת רוממה בע"מ, פ"ד נד(3) 749, 755-756 (2000); בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 711-712 (1998) (להלן: עניין מלבסקי); זמיר, ראיות, בעמ' 297-298). מכוח חזקת התקינות בדרך-כלל מוטל על האזרח, המתנגד להחלטה, הנטל להוכיח כי נפלו בהחלטה פגם או קושי או שקיימת עילה להתערבות בה (עניין יורונט, בעמ' 439; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 25-26 ו-35 (2017) (להלן: ברק-ארז); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי כרך שישי: סדרי הדין והראיות בבתי המשפט לעניינים מינהליים 331 ו-339 (2011)). כאשר מדובר כמו בענייננו בהחלטה הפוגעת בזכויות-יסוד פוחתת אמנם חשיבותה של חזקת התקינות (בג"ץ 4146/95 עיזבון דנקנר נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, 793 (1998) (להלן: עניין דנקנר); זמיר, ראיות, בעמ' 305-306), אך אין בכך כדי לשנות את נטל ההוכחה אלא כדי להגמיש את רף הראיה שבו יידרש הפרט לעמוד ולהפחיתו (בג"ץ 8150/98 תאטרון ירושלים לאמנויות הבמה נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נד(4) 433, 446 (2000) (להלן: עניין תאטרון ירושלים); ברק-ארז, בעמ' 45).

50. בהינתן חזקת התקינות כאמור, נראה כי נטל השכנוע מוטל על המורחקים – ובענייננו, על המערערים 1 ו-2 – להוכיח שצפויה להם סכנה במדינה השלישית אשר מצדיקה הימנעות מהרחקתם אליה. יש לכך תימוכין גם בפסיקה שעסקה בהרחקה. בעניין גרמאיי נאמר כי "על-פי המקובל בכללי המשפט הבינלאומי, והדבר קיבל ביטוי גם במשפט הישראלי, מעת שנמצאה מדינה שלישית שאליה צפוי להיות הנתין הזר מורחק, נטל ההוכחה להראות כי יש בעייתיות בהרחקה מוטל עליו ולא על המדינה...



חובתו של הנתין הזר היא זו – מעת שהודע לו על אודות הרחקתו הצפויה – לשכנע ולבסס מבחינה עובדתית כי נשקפת לו סכנת חיים במדינה אשר אליה הוא צפוי להיות מורחק" (שם, פס' 16; ההדגשות הוספו – מ.נ.; ראו גם: עניין אדם, בעמ' 745; עניין גידאי, פס' 15; עע"מ 7854/12 פלונית נ' משרד הפנים, פס' 22 (25.8.2015); והשוו עוד: עת"מ (מינהליים י-ם) 11-11-49412 סלומון נ' משרד הפנים, פס' 17 (29.4.2012)). כפי שצוין בעניין גרמאיי, ביסוד הטלתו של נטל השכנוע על כתפיו של המורחק ניצבים הדרישה לכך שעניינו של המורחק ייבחן באופן פרטני (ראו פס' 32 ו-40 לעיל וההפניות שם) והצורך לבחון אם נשקפת לו סכנה אינדיווידואלית וקונקרטיה במדינה השלישית (ראו והשוו: עע"מ Kamanda 5590/12 נ' משרד הפנים, פס' 7 (23.12.2012) (להלן: עניין קמנדה)). מטבע הדברים, המורחק הוא אשר מחזיק במידע הדרוש כדי לבסס קיומה של סכנה פרטנית כאמור (עניין גרמאיי, פס' 16). אציין כי בפסיקה נקבע כי גם במקרה של הרחקה למדינת המוצא מוטל הנטל על מבקש המקלט לשכנע כי אין להרחיקו בשל סכנה הנשקפת לו בה (עע"מ 8383/11 מוכתאר נ' משרד הפנים, פס' 17 (24.6.2013)).

חרף האמור, סבורים המערערים כי יש מקום להשית בענייננו את נטל השכנוע על המשיבים, בין היתר בשים לב לפגיעה הקשה שצפויה להיגרם בזכויותיהם. הם ביקשו להבחין בין עניין גרמאיי (כמורגם עניין וולדסילאטי) שבו ביקשו המשיבים להרחיק מסתננים למדינה שלישית שאליה היו להם זיקות, לבין ענייננו שבו למערערים 1 ו-2 אין כל זיקה למדינה השלישית ומעולם לא שהו בה. שיקול נוסף התומך לשיטתם בהטלת נטל השכנוע על המשיבים נעוץ בכך שהם אינם חשופים לראיות שהציגו המשיבים. אף שהמערערים לא הפנו לאסמכתות משפטיות לתמיכה טענתם זו, אציין כי קיימת עמדה במשפט המשווה כי לנוכח האחריות המוטלת על המדינה המרחיקה לשלומו של המורחק וניסיונה להימנע ממתן הגנה לאדם באמצעות הרחקתו, יש מקום להטיל עליה תמיד את הנטל להוכיח כי המדינה השלישית היא מדינה בטוחה (ראו: UNHCR Observations, פס' 36; Legomsky, בעמ' 671-672; Costello, בעמ' 49 ו-64; Dunstan, בעמ' 618; Regina v Special Adjudicators, ex parte Mehari, [1994] Q.B.; R. v Secretary of State for the Home Department ex parte Abdi [1996] 1; 474, 487 (H.L.); Dursun v. Secretary of State for the Home, אך ראו מנגד W.L.R. 298, 306 (H.L.) Department [1993] Imm Ar 169 (להלן: עניין Dursun)). לפי קו-טיעון זה, הופכת המדינה למעשה "למוציא מחברו" ולכן יש להטיל עליה את חובת השכנוע (לכלל בדבר "המוציא מחברו עליו הראיה" במשפט המינהלי, ראו: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 267 (1999)).

51. צודקים המערערים שיש הבדלים מסוימים בין עניין גרמאיי לבין ענייננו. בענייננו אין למערערים 1 ו-2 זיקה למדינה השלישית (בשונה מעניין גרמאיי). לאור תעודת החיסיון הם אינם חשופים להוראותיו של ההסכם שמכוחו צפויה להתבצע ההרחקה ולראיות שעל בסיסן גיבשו המשיבים את החלטתם לסווג את המדינה השלישית כמדינה בטוחה – ובראשן חוות-הדעת מטעם משרד החוץ (בשונה, כאמור, מהמצב הנוהג בארצות-הברית, שם זמין למבקש המקלט הדוח שהכינה מחלקת המדינה ביחס למדינה השלישית. ראו פס' 41 לעיל). בעקבות זאת נמצאים המערערים, ללא ספק, בנחיתות ראייתית (מעבר לנחיתות הראייתית הרגילה שבה מצוי הפרט במסגרתו של ההליך המינהלי. ראו, לעניין זה: זמיר, ראיות, בעמ' 300). מקובל עליי שיש מקום לתת לכך ביטוי בשאלה שבפנינו. עם זאת, איני סבורה כי שינוי נטל השכנוע והעברתו לכתפי המדינה הוא הביטוי הראוי לכך. גם במקרים שבהם מדובר בפגיעה קשה מאוד בזכויותיו של הפרט מכוח ראיות חסויות שאינן מצויות בפניו כגון בהליכים הנוגעים למעצר מינהלי, נותר נטל השכנוע על כתפיו של הפרט וזאת לאור חזקת התקינות העומדת למדינה (ראו: ברק-ארז, בעמ' 45, בעיקר הערה 157; זמיר, ראיות, בעמ' 306). יש לזכור כי נקודת-המוצא בבחינת ההחלטה היא כי המדינה גיבשה כבר תשתית ראייתית לתמיכה בה, תשתית שבענייננו מבססת למצער לכאורה כי המדינה השלישית היא בטוחה באופן כללי – והדברים נאמרים בשלב זה מבלי שנבחנות הראיות שהציגו המשיבים לגופן. בשים לב לכך שכדי שתימנע הרחקתו של אדם יש להוכיח סכנה פרטנית הנשקפת למורחק במדינה השלישית, הרי שממילא מדובר בעניין החורג מהתשתית העובדתית שגיבשה המדינה ואשר המידע לגביו מצוי, לפחות במישור הבסיסי (דהיינו ביחס לנסיבות ולנתונים האישיים שבגללם עשויה להישקף לו סכנה במדינה השלישית הספציפית), בידיו של הפרט (ראו והשוו: עניין גרמאיי, פס' 16). אני סבורה, אפוא, כי נטל השכנוע בהליכים מסוג זה שבפנינו רובץ על כתפיו של הפרט.

ועדיין, נותרנו עם הנחיתות הראייתית של המערערים 1 ו-2 לאור הנסיבות הייחודיות של ההרחקה בענייננו. כיצד ניתן לתת לכך ביטוי בענייננו? הביטוי הראוי לשיטתי בנסיבות אלה עשוי להיות בשניים: הפחתתו של רף הראיה שבו צריך הפרט לעמוד (ראו והשוו: עניין תאטרון ירושלים, בעמ' 446) ולעתים אף העברתו של נטל הבאת הראיות אל המדינה, כדי שתציג את ראיותיה (ראו והשוו: עניין מלבסקי, בעמ' 712; עניין דנקנר, בעמ' 794; זמיר, ראיות, בעמ' 306). בכך נדון עתה.

52. כמו נטל השכנוע, גם נטל הבאת הראיות רובץ ככלל על המתנגד להרחקה. כך נקבע ביחס להבאת ראיות לשם הוכחת זכאות להגנה מפני הרחקה למדינת המוצא (ע"מ 8870/11 גונזלס נ' שר הפנים, פס' 12 (25.4.2013) (להלן: עניין גונזלס); ע"מ Chidi 7945/12 נ' מדינת ישראל, פס' 4 (25.4.2013); ע"מ 4922/12 פלוניס (חוף השנהב) נ' משרד הפנים, פס' 32 (7.7.2013); ע"מ 1484/13 פלוניס נ' משרד הפנים, פס' 13 (1.4.2014)). זו הגישה המשתמעת גם מעניין גרמאיי ביחס להרחקה למדינה שלישית (שם, פס' 16) ואני סבורה שזו הגישה הראויה גם בענייננו. בשונה מנטל השכנוע המוטל על המורחק לאורך כל ההליך, נטל הבאת הראיות אינו קבוע. נטל הבאת הראיות המוטל על הפרט בשלב ראשון הוא נטל ראשוני. הרמתו מצביעה על אי-חוקיות לכאורה, הסותרת את חזקת התקינות ומעבירה את נטל הבאת הראיות למדינה (עניין תאטרון ירושלים, בעמ' 445; ברק-ארז, בעמ' 40-41). כך ככלל, כך גם בהליכים מסוג זה שבפנינו. משהרים המורחק את הנטל הראשוני והראה כי יש חשש שתישקף לו סכנה במדינה השלישית, עובר נטל הבאת הראיות למדינה, להראות כי לא קיימת לו סכנה כאמור. תמונה דומה עולה גם מהמשפט המשווה. כך נפסק בצרפת (France - Administrative Court of Appeal of Lyon, 26 October 2015, Mme B... C... A..., *Saadi v Italy*, no. n°14LYO1750) ובבית-הדין האירופי לזכויות אדם (ראו, למשל: (37201/06, §129 (28 February 2008)). גם במקרים שבהם הוכח כי מבקש המקלט היה חשוף בעבר לעינויים וליחס בלתי-אנושי (במדינת המוצא אמנם, לא במדינה שלישית), הועבר הנטל למדינה המרחיקה להביא ראיות לכך כי אין סכנה שהוא יהיה חשוף להם גם בעתיד (גם בעתיד) (*Koktysh v Ukraine*, no. ; *RC v Sweden*, no. 41827/07 §55 (9 March 2010) (10 December 2009) ¶64, *RENEMAN*; 43707/07, בעמ' 198-199). נטל הבאת הראיות הועבר למדינה המרחיקה גם במקרים שבהם עמד המורחק בנטל הראשוני להביא ראיות לכאורה (*prima facie evidence*) בדבר "סיכון כללי" לשהות במדינה השלישית או ראיות המבססות את השתייכותו לקבוצה בעלת פגיעות מיוחדת, להביא ראיות לכך שלמבקש המקלט הספציפי לא נשקפת סכנה כאמור (*Sufi and Elmi v United Kingdom*, Nos. 8319/07 and 11449/07, ¶249 (28 June 2011); עניין *Sufi*); עניין *M.S.S.*, פס' 296-295, *RENEMAN*; בעמ' 200; לדיון במקרים שבהם קיים "סיכון כללי" לשהות במדינה השלישית, ראו: עניין קמנדה, פס' 7; עניין *C.T. v Sweden*, פס' 7.2).

53. מה רף הראיה שבו נדרש המורחק לעמוד כדי להעביר את נטל הבאת הראיות למדינה? מאחר שבשלב זה נדרש הפרט להצביע על אי-חוקיות לכאורה, נקבע כי די

בראיות לכאוריות ובראיות בעלות עצמה נמוכה יחסית כדי להרים את הנטל הראשוני האמור (עניין מלבסקי, בעמ' 712). במקרה שלפנינו אני סבורה כי יש להציב רף ראייתי נמוך עוד יותר. ככלל, מבקשי מקלט ניצבים בפני קושי ממשי לספק ראיות ביחס לקורותיהם במדינת המוצא, לנוכח נסיבותיהם האישיות ובראשן בריחתם ממנה (ראו, למשל: עניין גונזלס, פס' 13-16; LEGOMSKY, בעמ' 670-671 וההפניות שם; Lambert, בעמ' 73). על רקע האמור מקובל להסתפק ברף הוכחה נמוך יחסית – שעשוי להיות לעתים אף נמוך ממאזן ההסתברויות (עניין גונזלס, פס' 17) – ואף בתשתית עובדתית חסרה (שם, פס' 20). הקושי הראייתי שבפניו ניצבים מבקשי מקלט גדול יותר, כמובן, כשהם נדרשים לספק ראיות ביחס לצפוי להם במדינה שלישית שאינה מדינת מוצאם, במיוחד כשמדובר במדינה שיש להם זיקה מועטה אליה או במדינה שבה מעולם לא היו ואין להם כל זיקה אליה, כמו בענייננו. על רקע האמור נטען בספרות כי בהוכחת סכנה במדינה השלישית יש לאמץ רף הוכחה נמוך יותר מאשר זה שבו צריך לעמוד כדי להוכיח זכאות למעמד של פליט (Morten Kjærerum *The Concept of Country*) of *First Asylum* 4 INT'L J. REF. L. 514, 518 (1992); HURWITZ; (להלן: Kjærerum); בעמ' 54). אימוצו של רף הוכחה נמוך יותר עולה בקנה אחד גם עם התפיסה שטעות לטובת הרחקתו של האדם למדינה השלישית תוביל לנזק גדול משמעותית בהשוואה לנזק שייגרם למדינה אם ייקבע בשגגה שאין להרחיקו (ראו והשוו: Legomsky, בעמ' 670-671). הצורך בהפחתתו של רף ההוכחה מתעצם לשיטתי במקרה שלפנינו, בשים לב לאוכלוסייה שהמשיבים מבקשים להרחיק למדינה השלישית ולפגיעה הפוטנציאלית העצומה בזכויותיהם ולאור הנחיתות הראייתית המובנית שבה מצויים המערערים 1 ו-2 לנוכח החיסיון שחל בין היתר על ההסכם עם המדינה השלישית ועל הראיות שהציגה המדינה. אני סבורה כי בנסיבות אלה יש להפחית במידה משמעותית את רף הראיה שבו נדרשים המערערים 1 ו-2 לעמוד כדי להרים את הנטל הראשוני המוטל עליהם. די לשיטתי שהמורחק יציג חשש לכאורי לסכנה שעשויה להישקף לו במדינה השלישית, אף כזה המבוסס על הערכה כללית בדבר המתרחש בה (Kjærerum, בעמ' 518). משהעלה המורחק חשש לסכנה וביסס אותו על תשתית ראייתית מסוימת – ולו בסיסית, בלבד שיש לה אמינות לכאורה (לאופן הערכת האמינות, ראו והשוו לעניין גונזלס, פס' 20) – יועבר נטל הבאת הראיות למדינה, להפריך את החשש שהועלה ולהסביר מדוע – חרף התשתית הראייתית שהוצגה – לא תישקף למורחק כל סכנה במדינה השלישית.

על רקע קביעות אלה, אעבור עתה לבחון אם המערערים 1 ו-2 הרימו את הנטל הראשוני המוטל עליהם ואם נשקפת להם במדינה השלישית סכנה המצדיקה להימנע מהרחקתם אליה.

54. כאמור, המחלוקת בענייננו ביחס לתנאים המהותיים נוגעת לשאלה אם הם אכן מתקיימים במדינה השלישית. קרי, האם ניתן להגדירה – בהתאם לתנאים אלה – כמדינה בטוחה. בית-המשפט לעניינים מינהליים ציין בפסק-דינו כי "[המערערים] במסגרת הדיונים בפני, לא עמדו עוד על הטענה כי אין המדובר במדינות בטוחות או כי קיימת סכנת חיים למורחקים באותן מדינות, ומיקדו טענותיהם בדבר העדר אופק שהייה במדינות השלישיות [...]". (שם, פס' 21). דא עקא, בהודעת הערעור טענו המערערים כי הם "מעולם לא חזרו בהם מהטענה כי קיים חשש לחירותם של היוצאים ל[מדינה השלישית] (שם, סעיף 16). ולמעשה, אף בית-המשפט לעניינים מינהליים פסק בגדר הדיון בטענה בדבר העדר אופק שהייה כי לא הופר בעניינם של המורחקים עקרון אי-ההחזרה וכי "לא הונחה תשתית ראייתית המבססת חשש לסכנה לחירותם ולשלומם של מסתננים המורחקים למדינות השלישיות" (שם, פס' 22; ההדגשה הוספה – מ.נ.). במילים אחרות, בפועל קיימת מחלוקת בין הצדדים באשר לשאלה אם המדינה השלישית אכן מדינה בטוחה. מהדברים האמורים ומכתבי הטענות של המערערים עולה כי לטענת המערערים קיים חשש להפרת שניים מבין ששת התנאים המהותיים: כיבוד עקרון אי-ההחזרה ופגיעה בזכויותיהם של המורחקים, לרבות העדר אופק שהייה במדינה השלישית (ראו, לעניין זה, סעיף 5 בסיכומיהם של המערערים).

55. המערערים פרסו תשתית ראייתית הכוללת שורה ארוכה של ראיות שהוצגו בפני בית-המשפט לעניינים מינהליים: תצהירים מתשעה נתינים של אריתריאה שיצאו מישראל למדינה השלישית, תצהיר של נתין אריתראי שלא שהה בישראל ושווה כיום במדינה הרביעית, תצהיר של תחקירנית מטעם המערער 3 שנסעה למדינה הרביעית ופגשה שם את מרבית המצהירים שתצהיריהם צורפו, שלושה מכתבים מהנציגות בישראל של נציבות האו"מ לפליטים, המפרטים – על בסיס דיווחיה של הנציגות של הנציבות במדינה השלישית – על קורותיהם של המורחקים (מוצגים מע/2, מע/7 ומע/11), חוות-דעת של פרופ' גליה צבר מהחוג ללימודי אפריקה באוניברסיטת תל-אביב, המבוססת על ראיונות שערכה עם 17 אנשים שיצאו מישראל למדינות השלישיות (מוצג מע/1) ושלושה תצהירים ביחס למצב באחת מהמדינות השלישיות (מוצג מע/3, נספחים ב'-ד'). מעבר לכך, הגישו המערערים במסגרת הערעור שלפנינו ראיות נוספות: שני דיווחים נוספים של נציבות האו"מ לפליטים, תצהיר של עובדת של המערערת 3 ביחס לקורותיהם של שני מורחקים וחוות-דעת של פרופ' פיליפ ריינטג'נס מהמכון

לפיתוח מדיניות ולניהול באוניברסיטת אנטוורפן שבבלגיה, המתמחה במשפט אפריקני ובפוליטיקה אפריקנית, בנוגע למדינה השלישית. חוות-הדעת נתמכה במאמר שכותבה פרסם לאחרונה בנושא. המערערים טענו כי מסמכים אלה משכנעים בפני עצמם ובמצטבר והדגישו כי מקורם "בגורמים אובייקטיביים, שאין להם עניין ישיר בתוצאות ההליך" (סעיף 92 בסיכומיהם).

56. ערה אני לקשיים המתעוררים ביחס לחלק מהראיות – קשיים שעליהם עמד בית-המשפט לעניינים מינהליים – למשל בנוגע למתודולוגיה של חוות-הדעת של פרופ' צבר ולעובדה שלא ניתן היה לקבל פרטים נוספים מהמצהירים ביחס לאמור בתצהיריהם (ראו פס' 22 בפסק-דינו). הקשיים שצוינו עשויים להיות רלוונטיים גם בנוגע לראיות נוספות (למשל, בנוגע לדוח IIRI). חרף זאת, בשים לב לרף הראיה הנמוך שבו על המערערים 1 ו-2 לעמוד בנסיבות כמו בענייננו (פס' 53 לעיל), אני סבורה כי די בראיות שהוצגו כדי להרים את הנטל הראשוני ולהצביע על סכנה לכאורה שעשויה להישקף להם במדינה השלישית ואשר מעבירה את נטל הבאת הראיות למשיבים. ואכן, המשיבים התייחסו – בעיקר בהודעותיהם החסויות – למרבית העניינים שעלו מראיותיהם של המערערים. אקדים ואומר כי לאחר בחינת מכלול הראיות דעתי היא כי המערערים לא הצליחו להוכיח כי המדינה השלישית אינה בטוחה וכי נשקפת להם סכנה בה. להלן אתייחס בתמצית לטענותיהם השונות בעניין זה.

ה(1)(ג) בחינת התמלאותם של התנאים המהותיים במדינה השלישית

57. המערערים טענו כי מהראיות שהציגו עולה התמונה העובדתית הבאה ביחס לקורותיהם של המורחקים במדינה השלישית:

"ליוצאים ל[מדינה השלישית] נמסר לפני עלייתם למטוס כי הגעתם ל[מדינה השלישית] תואמה עם רשויות [המדינה השלישית], ושכבר בשדה התעופה ב[עיר הבירה של המדינה השלישית] יפגוש אותם נציג [המדינה השלישית], שיהיה אחראי לטפל בהם. עם נחיתתם ב[עיר הבירה של המדינה השלישית] מקבלים את פניהם אנשים שלוקחים מהם את תעודות המעבר והמסמכים [ש]עימם הגיעו... אותם אנשים, שקיבלו את פניהם בשדה התעופה ואשר הסדירו את כניסתם למדינה [השלישית], מובילים אותם אל מתחם סגור. בכניסה למקום הלינה מוצב שומר, אשר לא מאפשר למי שהגיעו מישראל לצאת, ומזהיר אותם שאם ייצאו יהיו צפויים למאסר, שכן אין בידם מסמכי שהייה ב[מדינה השלישית]. אין במקום אמצעי תקשורת לעולם שבחוץ...

בסמוך להגעתם נמסר להם שלא יקבלו מעמד ב[מדינה השלישית] ושעליהם לעזוב אותה... הפתרון היחיד שמוצע להם, הוא הברחה לא חוקית ל[מדינה הרביעית]. הרוב בוחרים לשתף פעולה עם מהלך זה, משלמים את המחיר שנדרש מהם, ויוצאים למסע של חציית גבול בלתי חוקית באישון ליל... [דווח] על מקרי שוד וסחיטה במהלך המסע, תוך איום במעצר. לאחר ההגעה ל[מדינה הרביעית] הם נותרים בה ללא מעמד. כדי למלט עצמם ממעצר ב[מדינה הרביעית] הם נאלצים לשלם שוחד; להגיש בקשת מקלט תוך הסתרת העובדה שהם הגיעו מישראל; או, כפי שעושים רבים, להמשיך לחצות גבולות שלא כדין מ[המדינה הרביעית] למקום אחר בחיפוש אחר הגנה...

ב[מדינה השלישית] כמעט לא נותרו אזרחי אריתריאה שהגיעו מישראל... [וה] בודדים שנותרו ב[מדינה השלישית]... חשופים למעצרים חוזרים, אינם זוכים להגנה או למעמד ואינם יכולים לעבוד למחייתם" (סעיפים 19-20 בסיכומיהם של המערערים).

תמונה עובדתית זו מצביעה לשיטתם על כך שהמורחקים אינם זוכים במדינה השלישית ליחס שהובטח להם ושזכויותיהם מופרות על דרך מעצרם, נטילת מסמכיהם המזהים והיותם במצב של חוסר יכולת להתקיים (סעיף 50 בסיכומיהם).

התמונה העובדתית הלכאורית אשר עולה מטענותיהם של המערערים היא מטרידה: המורחקים מוחזקים במדינה השלישית במקום סגור ללא אפשרות לצאת ממנו, לא מקבלים בה מעמד חוקי, נעדרים יכולת לעבוד ומחוסר ברה נאלצים להסכים להצעתם של גורמים מהמדינה השלישית שיוברחו באופן לא-חוקי ותמורת תשלום למדינה הרביעית, שגם בה הם נעדרים מעמד. אילו היו מוכחים ממצאים אלה, היה הדבר עומד בניגוד גמור להתחייבויותיה של המדינה השלישית במסגרת ההסכם שנחתם עמה ומצביע על כך שהמדינה השלישית אינה מדינה בטוחה, אשר אינה מסכימה דה-פקטו לקבל את המורחקים לשטחה ולתת להם הגנה אפקטיבית. כפי שאראה להלן, התמונה העובדתית שהוכחה בפועל שונה.

ה(1)(ג)(1) מסמכים מזהים

58. כזכור, כחלק מהליך היציאה מישראל מלווים נציגיה של רשות האוכלוסין וההגירה את המורחקים בהליך הנפקתם של מסמכי נסיעה והיציאה מישראל (ראו פס' 4

6- לעיל). המערערים טענו כי מסמכים אלה נלקחים מן המורחקים בהגיעם למדינה השלישית והפנו לעניין זה לתצהירים (ראו: מוצג מע/1, נספח 38, סעיף 21; מוצג מע/3, נספח א1, סעיף 7, נספח א2, סעיף 9, נספח א3, סעיף 8, נספח א4, סעיפים 5-6, נספח א5, סעיף 6, נספח א6, סעיף 7, נספח א7, סעיף 6, נספח ב, סעיף 7), לחוות-הדעת של פרופ' צבר ולדות IRRI (מוצג מע/2, נספח ע/49, סעיף 11). המשיבים הודו כי כך אכן היה בעבר (פסק-הדין מושא הערעור, פס' 23; פרוטוקול הדיון מיום 12.10.2015, בעמ' 13, ש' 7; סעיף 3(ו) בתגובתם החסויה המשלימה שהוגשה לבית-המשפט לעניינים מינהליים ביום 9.9.2015; נספח 4 בחומר החסוי שהוגשה לבית-המשפט לעניינים מינהליים בעניין המדינה השלישית, סעיף 5). אולם, הם הצהירו בפני בית-המשפט לעניינים מינהליים כי מאז נערכו שינויים בהליך הקבלה ועתה נשאר בידיהם של המורחקים תעודת המעבר הישראלית שעמה "הם יכולים להסתובב באופן חופשי במדינה השלישית עד לקבלת ויזת שהייה ועבודה" (פרוטוקול הדיון מיום 12.10.2015, בעמ' 13 ש' 8). בעקבות כך שונה האמור בדף המידע המעודכן שניתן למסתננים בעניין יציאה למדינה שלישית, שבו נאמר כיום במפורש כי "בימים הראשונים לשהותך במדינה השלישית, תישאר בידך תעודת המעבר הישראלית, אותה תוכל להציג לרשויות במידת הצורך" (מוצג 15 בכרך המוצגים מטעם המשיבים).

חרף השינוי שעליו הצהירו המשיבים בהליך קבלתם של המורחקים במדינה השלישית, נראה כי בפועל במשך תקופה מסוימת עדיין נלקחו מסמכיהם המזהים של המורחקים. האמור עולה ממכתבה של נציבות האו"מ לפליטים מיום 27.1.2016 (נספח 1 בראיות הנוספות שהוגשו ביום 18.2.2016, סעיפים 3-4 ו-9). מתצהירה מיום 25.1.2016 של עובדת מהמערער 3 עולה כי המסמכים נלקחים מהמורחקים עם הגיעם ומוחזרים להם למחרת (שם, נספח 3, סעיף 8). גם מהחומר החסוי שהגישו המשיבים עולה תמונה דומה (חומר חסוי עדכני בעניין המדינה השלישית, נספח 2, סעיפים א' וג'). מכל אלה עולה כי אף שהמשיבים התחייבו בהתאם לאמור בדף המידע שניתן למורחקים כי "בימים הראשונים לשהותך במדינה השלישית, תישאר בידך תעודת המעבר הישראלית" (מוצג 15 בכרך המוצגים מטעם המשיבים), בפועל במהלך היום הראשון נותרים המורחקים ללא מסמכים מזהים. לבסוף גם לקושי זה נמצא פתרון. המשיבים הצהירו בסיכומיהם כי "ביום 15.2.16 הוחלט לצייד את היוצאים מישראל לא רק בתעודת מעבר ישראלית מקורית, אלא גם בתצלום שלה, באופן שיאפשר להם להותיר בידם את התעודה המקורית" (סעיף 59 בסיכומיהם). מכאן משתמע כי הרשויות במדינה השלישית מסתפקות עתה בתצלומה של תעודת המעבר הישראלית וכי התעודה המקורית נותרת בידם של המורחקים עד להנפקתה של תעודה מקומית. עדכון מתאים



בוצע גם בדף המידע, שבנוסחו הנוכחי נאמר: "יתכן ותידרש למסור את תצלום תעודת המעבר הישראלית לידי נציג ההגירה במדינה[ה] [ה]שלישית לפרק זמן של מספר ימים ותיותר בידיך תעודת המעבר הישראלית." אף שהמערערים התייחסו לשינוי האמור (ראו סעיף 30 בסיכומי התשובה מטעמם), לא נטען בפנינו כי הלכה למעשה הוא לא מקוים וממילא לא הובאו ראיות המצביעות על כך. בנסיבות אלה המערערים לא עמדו בנטל להוכיח כי אחרי כל השינויים שבוצעו בהליך הקבלה, עדיין נלקחות התעודות המזהות של המורחקים.

ה(1)(ג)(2) שהות ב"מתחם סגור"

59. המערערים טענו כי המורחקים אינם רשאים לצאת מבית-המלון שאליו הם נלקחים משדה-התעופה: "בכניסה למקום הלינה מוצב שומר, אשר לא מאפשר למי שהגיעו מישראל לצאת, ומזהיר אותם שאם ייצאו יהיו צפויים למאסר, שכן אין בידם מסמכי שהייה ב[מדינה השלישית]" (סעיף 19 בסיכומיהם). לתימוכין בטענתם זו הפנו המערערים לתצהירים (מוצג מע/1, נספח 38, פס' 22; מוצג מע/3, נספח 2א, סעיף 12, נספח 3א, סעיפים 10-11, נספח א5, סעיף 7 ונספח א6, סעיף 8), לדו"ח IRRI ולמכתבה של נציבות האו"ם לפליטים מיום 27.1.2016. עיון בתצהירים שהגישו המערערים מציב יסוד סביר להניח כי התמונה העובדתית המתוארת אכן הייתה מנת-חלקם של המורחקים בעת שנגבו התצהירים. נראה כי האיסור שהוטל על יציאתם נבע מהעובדה שבאותה עת לא היו בידיהם של המורחקים מסמכים מזהים (מוצג מע/1, נספח 38, סעיף 22; מוצג מע/3, נספח א3, סעיף 10), כנראה מחשש שבהעדר מסמכים הם יהיו חשופים למעצר (שם; נספח א4, סעיף 11, נספח א6, סעיף 8). עם זאת, בעקבות ההליך שנוהל בבית-המשפט לעניינים מינהליים שונה כאמור הליך קבלתם של המורחקים במדינה השלישית וחודדו הנהלים. ראשית, העובדה שבידי המורחקים נותרים מסמכיהם המזהים פותרת לכאורה את החשש שיהיו חשופים למעצר מחמת העדר מסמכים מזהים. שנית, מחומר חסוי עדכני שהוצג בפנינו עולה כי עתה נמסר למורחקים במפורש כי הם זכאים לצאת מבית-המלון ואף ניתן להם מספר טלפון של איש קשר מרשות ההגירה שאליו יוכלו להתקשר אם תתעורר בעיה. בנסיבות אלה נראה כי לא ניצבת בפני המורחקים כל מניעה לצאת מבית-המלון. ואכן, בראיות שהציגו המערערים פורטו שני מקרים בלבד שאירעו לאחר השינוי האמור בהליך הקבלה אשר בהם לא התאפשר למורחקים לצאת מבית-המלון (ראו מכתבה של נציבות האו"ם לפליטים מיום 27.1.2016, סעיף 4 וכן תצהירה של עובדת המערער 3, סעיף 11). מבלי לקבוע מסמרות בעניין, אפשר כי שני המקרים האמורים משקפים "חבלי קליטה" ומכל מקום

נראה כי הם בבחינת חריג שאינו מעיד על הכלל (ראו לעניין זה פסק-הדין מושא הערעור, פס' 25). כך או כך, ראוי שהמשיבים יבטיחו באמצעות מנגנוני הביקורת והפיקוח שהם מנהיגים כי הליך הקליטה אכן מבוצע כיאות וכי לא נמנע מהמורחקים לצאת מבית-המלון במהלך שהותם בו.

ה(1)(ג)(3) העברה כפויה – או למצער מחוסר בְּרָרָה – למדינה הרביעית

60. דומה כי הטענה המרכזית של המערערים במישור העובדתי היא ש"בסמוך להגעתם נמסר להם שלא יקבלו מעמד ב[מדינה השלישית] ושעליהם לעזוב אותה... הפתרון היחיד שמוצע להם, הוא הברחה לא חוקית ל[מדינה הרביעית]" (סעיף 19 בסיכומיהם). לתימוכין בטענה זו הפנו המערערים לתצהירים (מוצג מע/1, נספח 38, פס' 23-25; מוצג מע/3, נספח א1, סעיף 9, נספח א2, סעיף 13, נספח א3, סעיף 11, נספח א4, סעיף 8-10, נספח א5, סעיף 8, נספח א6, סעיף 9, נספח א7, סעיף 7, נספח ב, 9 בכרך המוצגים מטעם המערערים), לחוות-הדעת של פרופ' צבר ולדוח IIRI. לפי טענה זו, מוצעת למורחקים בחירה בין שתי רעות: הישארות במדינה השלישית ללא מעמד, או הברחה לא-חוקית למדינה הרביעית. המערערים טענו כי לתחשתם של המורחקים, לא נותרה להם כל בְּרָרָה אלא להסכים להברחתם למדינה הרביעית. עמדה זו עולה גם ממכתבה של נציבות האו"מ לפליטים מיום 8.9.2015 (שם, מוצג מע/7, סעיף 12). מהחומר שהוצג לנו יש רגליים לסברה כי בפני המורחקים או חלקם אכן הוצגה האפשרות להברחה בלתי-חוקית למדינה הרביעית. מאידך גיסא, התשתית העובדתית ביחס לטענות שהציגו המערערים בהקשר זה לא הניבה מסקנה ברורה. כך, הוצגו גרסות שונות המטילות ספק אם אכן המורחקים נאלצו מחוסר בְּרָרָה להסכים להברחה ולא ניתן לשלול את האפשרות שהם עשו זאת מבחירתם החופשית. לא ברור גם אם אפשרות ההברחה הוצגה למורחקים בידי גורמים רשמיים (מטעם המדינה השלישית) או בידי גורמים בלתי-רשמיים. אקדים ואומר כי לשיטתי אין מנוס מלקבוע כי המערערים לא הצליחו להראות כי בפועל הברחתם למדינה הרביעית נעשתה בכפייה או שהם נתנו הסכמתם לכך מ"חוסר בְּרָרָה".

61. כאמור, המערערים טענו כי המורחקים נאלצים לעזוב את המדינה השלישית למדינה הרביעית מחוסר בְּרָרָה, לאחר שנאמר להם על-ידי מי שנחזה להיות גורם רשמי מטעם המדינה השלישית כי הם לא יקבלו בה מעמד. לטענה שלפיה המורחקים הסכימו להברחתם מאחר שנאמר להם כי לא יקבלו מעמד במדינה השלישית יש תימוכין דלים בתשתית הראייתית שהציגו המערערים. כך, עיון בתצהירים שהגישו מעלה כי רק אחד

מבין שמונת המצהירים ציין כי נאמר לו שלא יקבל מעמד במדינה השלישית (מוצג מע/3, נספח 4א, סעיף 8). לדבריו של מצהיר זה, במענה לשאלה אם יקבל ויזה במדינה השלישית השיב לו האדם שקיבל את פניו בשדה-התעופה "אין ויזה" (שם). בדומה, רק אחד מבין שמונת המרואיינים שעזבו מישראל למדינה השלישית ואשר רואיינו במסגרת דות IRRI ציין שנאמר לו שלא יקבל מעמד (שם, מוצג מע/2, נספח 49, סעיף 13). מיתר ראיותיהם של המערערים ניתן לאתר רק מורחק אחד נוסף שציין שנאמר לו כי לא יקבל מעמד חוקי במדינה השלישית ואשר על קורותיו סופר בתצהיר שהגישה עובדת של המערערת 3 (ראיות נוספות שהוגשו ביום 18.2.2016, נספח 3, סעיף 11). אף אם אניח כי למורחקים אלה אכן נאמר כי לא יקבלו מעמד, דומה כי מדובר במקרים חריגים באופן יחסי, כפי שעולה הן משבעת התצהירים מטעם המערערים הן מדבריהם של שבעה מרואיינים נוספים בדות IRRI, שלא ציינו כי נאמר להם דבר בעניין אי-קבלת מעמד במדינה השלישית. מכל מקום, אין באמירות אלה כדי להצביע כי זה הוא המצב במדינה השלישית בפועל. בדות IRRI נרמז אמנם כי חלק מהמורחקים הבינו שלא יינתן להם מעמד במדינה השלישית מכך שלא ניתנו להם כמובטח מסמכים מזהים מקומיים (מוצג מע/2, נספח ע/49, סעיפים 11-12). דא עקא, כפי שעולה מדף המידע שניתן למורחקים, היה עליהם להגיש בקשה לקבלת תעודה מקומית. מדות IRRI כמו-גם מהתצהירים עולה כי אף לא אחד מהמורחקים ניסה להגיש בקשה כאמור. משלא הגישו בקשה כנדרש, ברי כי אין המורחקים יכולים להלין על כך שלא ניתנה להם תעודה; וממילא אין בידיהם כל יכולת להעיד על העדר אפשרות לקבל בפועל תעודה כאמור במדינה השלישית. בנסיבות אלה, המערערים לא הצליחו להוכיח כי לא ניתן להם מעמד במדינה השלישית.

62. זאת ועוד: גם אם אניח שאכן נאמר לחלק מהמורחקים כי לא יקבלו מעמד במדינה השלישית, ברי כי יש חשיבות לזהותו של הגורם שאמר זאת: האם מדובר בגורם מרשויותיה של המדינה השלישית או בגורם פרטי. ככל שהגורמים המעורבים בהברחתם של המורחקים למדינה הרביעית אינם גורמים רשמיים, הרי שאמירותיהם אינן מייצגות את עמדתה של המדינה השלישית או את המצב בה בפועל. מהחומר החסוי שהוצג בפנינו עולה כי המדינה השלישית הכחישה באופן מוחלט את מעורבותה שלה או של מי מעובדיה בהברחה למדינה הרביעית. היא הדגישה כי ג'והן – אדם שהוזכר על-ידי חלק מהמורחקים כמי שהציע להם הברחה למדינה הרביעית (מוצג מע/1, נספח 38, פס' 24; ראו גם חוות-דעתה של פרופ' צבר, סעיף 23) – אינו נציג מטעמה ולא פועל מטעמה. אציין כי גם פרופ' צבר הטילה ספק אם מדובר בגורם רשמי מטעם המדינה השלישית (שם, סעיף 26). לדבריה של המדינה השלישית, היציאה

הבלתי-חוקית ממנה אל המדינה רביעית יוצרת לה קשיים לא-מבוטלים מול המדינה הרביעית (החומר החסוי שהוגש לבית-המשפט לעניינים מינהליים בעניין המדינה השלישית, נספח 4, סעיף 8). גם מהראיות בעניין שלושת המורחקים שצינו כי נאמר להם כי הם לא יקבלו מעמד במדינה השלישית (ראו בפס' הקודמת) לא ברור אם הדברים נאמרו להם על-ידי גורם רשמי מטעם המדינה השלישית. מורחק אחד "הניח" כי ההברחה הוצעה להם על-ידי גורם רשמי (מוצג מע/3, נספח 4, סעיף 8). שני האחרים לא התייחסו לזהותו של הדובר. למעשה, מבין כלל הראיות שהציגו המערערים ניתן לאתר רק מורחק אחד שטען כי הגורם שהגיע לבית-המלון היה אדם מרשויות ההגירה של המדינה השלישית בשם Clever (מוצג מע/3 בכרך המוצגים מטעם המערערים, נספח ב, סעיף 9; לא למותר לציין כי לא נטען שאותו Clever "הציע" למורחק זה כי יבריא אותו למדינה אחרת וצוין כי הוא השיב לשאלתו של המורחק בנושא זה וציין כי ביכולתו "לסדר" לו את ההברחה). בפועל, יתר הראיות מצביעות על תמונה שונה. כך, ארבעה מצהירים התייחסו ל"אדם" או ל"אנשים" שהגיעו לבית-המלון, כשלא ברור כלל מי הם, מה תפקידם ואם הם קשורים לרשויותיה של המדינה השלישית או שמדובר באנשים פרטיים (שם, נספח א2, סעיף 13, נספח א3, סעיף 11, נספח א6, סעיף 9, נספח א7, סעיף 7). ראיות אחרות מתייחסות אף הן ל"אנשים" או שנעשה בהן שימוש בלשון סבילה שלפיה המורחקים "הוברחו" למדינה הרביעית, מבלי להתייחס כלל לזהותם של הגורמים שהבריחו אותם (מכתבה של נציבות האו"מ לפליטים מיום 8.9.2015, סעיפים 5 ו-7; מכתבה של נציבות האו"מ לפליטים מיום 27.1.2016, סעיפים 3 ו-8; דוח IRRR, סעיף 25). בדומה, גם במקרים שבהם הייתה התייחסות לאנשים מסוימים, לא ברור אם אלה גורמים רשמיים מטעם המדינה השלישית או גורמים פרטיים. הדבר עולה לא רק מתצהירו של המצהיר שהתייחס לאדם בשם ג'והן, אלא גם מתצהיריהם של שני מצהירים שטענו כי האדם שהציע להבריחם היה אחד הנהגים שלקחו אותם משדה-תעופה (מוצג מע/3, נספח א1, סעיף 9; נספח א5, סעיף 8) ומתצהירו של מצהיר נוסף שטען כי היה זה האדם שקיבל את פניהם בשדה-התעופה (שם, נספח א4, סעיף 8-9; ראו גם תצהירה של עובדת המערער 3, סעיף 11). גם לגבי אלה לא ברור אם הם משתייכים לרשויותיה של המדינה השלישית או שהם גורמים פרטיים שבשירותם נעשה שימוש לצורך קבלת פניהם של המורחקים בשדה-התעופה והסעתם לבית-המלון.

בנסיבות אלה, אני סבורה כי לא עלה בידי המערערים להוכיח כי הגורם שהציע את אפשרות ההברחה למדינה הרביעית הוא גורם רשמי מטעם המדינה השלישית. מסקנה זו מתחזקת גם על רקע שתי אינדיקציות נוספות. ראשית, כל המצהירים ציינו כי

הם שילמו כסף תמורת הברחתם למדינה הרביעית. כפי שציין בצדק בית-המשפט לעניינים מינהליים, עובדה זו מחזקת את הסברה כי "הגורמים המבריחים אינם הגורמים הרשמיים של אותה מדינה כי אם רשת הברחה מקצועית המסייעת בהברחת הגבול" (פס' 22). שנית, מרבית המורחקים השתמשו במילה "הברחה", טרמינולוגיה המצביעה על הבנה כי אין מדובר בהעברה "רשמית", על כל הכרוך בכך (מוצג מע/1, נספח 38, סעיף 24; מוצג מע/3, נספח א4, סעיף 10, נספח א5, סעיף 8, נספח א6, סעיף 8, נספח א7, סעיף 7).

63. המערערים גם לא הכחישו כי רוב המורחקים "בוחרים לשתף פעולה" עם הברחת הגבול (סעיף 19 בסיכומיהם; ההדגשה הוספה – מ.ג.) – ודומה שזו התמונה העובדתית שעולה מהתצהירים. כך, ציין אחד המצהירים כי מי שרצה להישאר במדינה השלישית נשאר (מוצג מע/3, נספח א3, סעיף 11). בדומה, מתצהיר אחר עולה שנאמר למורחקים כי אם הם רוצים לנסוע למדינה הרביעית, יעזרו להם ואם הם רוצים להישאר במדינה השלישית, זו בחירה שלהם (שם, נספח א4, סעיף 8). מתצהיר שלישי עולה כי הוצע למצהיר לעזוב למדינה הרביעית והוא הסכים לכך (שם, נספח ב, סעיף 9). בשני תצהירים נוספים הצהירו המצהירים במפורש כי הם נמנעו מלהתנגד או להתווכח ופשוט עלו על הרכב שלקח אותם למדינה הרביעית (שם, נספח א1, סעיף 9; שם, נספח א2, סעיף 13). נראה כי גם המצהירים האחרים לא הביעו כל התנגדות ל"הצעה" האמורה (שם, נספח א5, סעיף 8, נספח א6, סעיף 9, נספח א7, סעיף 7). תמונה דומה עולה גם מחוות-הדעת של פרופ' צבר (שם, סעיפים 17 ו-20) וממכתבה של נציבות האו"ם לפליטים מיום 27.1.2016, שבו דיווחה הנציבות על קבוצה של 12 אריתראים שהורחקו מישראל למדינה השלישית ואשר הוצע להם כי יוברחו למדינה הרביעית אך הם הביעו את רצונם המפורש להישאר בה. לנוכח רצונם האמור, הם לא הועברו בניגוד לרצונם ונאמר להם כי הם יחולקו לשתי קבוצות של 6 ויילקחו למקום אחר. משיקוליהם – לטענתם מחשש למעצר, אך נראה כי לא מדובר בחשש מבוסס שהרי לא נאמר להם בשום שלב כי הם ייעצרו – החליטו המורחקים לא לפעול על-פי המוצע להם ובחרו לשתף פעולה עם הרחקתם למדינה הרביעית (שם, סעיף 9). מן האמור עולה כי מורחקים שעברו למדינה הרביעית באמצעות הברחה בלתי-חוקית של הגבול עשו כן מבחירתם החופשית.

המערערים טענו אמנם כי בחירתם של המורחקים לעזוב את המדינה השלישית – לאו-בחירה היא. זאת, על רקע הנסיבות שאפפו את בחירתם האמורה – היותם "כלואים, הלכה-למעשה, במבנה סגור, ללא קשר לעולם החיצון וללא מסמכים אישיים

או מעמד" (סעיף 95 בסיכומיהם). דא עקא, איני סבורה כי הדברים הם כה דרמטיים כפי שהציגו אותם המערערים. עיון בתצהירים מצביע על כך שהמצהירים עזבו את בית-המלון לאחר שהות של לילה אחד (ראו מוצג מע/3, נספח א1, סעיף 9, נספח א2, סעיפים 11 ו-13, נספח א3, סעיפים 10-11, נספח א4, סעיף 7, נספח א5, סעיפים 7-8, נספח א6, סעיף 9, נספח א7, סעיף 7, נספח א5, סעיפים 7-8, "כליאה" ו"העדר קשר עם העולם החיצון" שעה שמתברר שבמרבית המקרים מדובר בשהות בבית-מלון למשך לילה אחד ובאי-אילו שעות נוספות ביום המחרת. מכל מקום, פרקטיקה זו אינה נוהגת עוד כפי שהצהירו המשיבים והמערערים לא טענו כי תחושת האילוץ הנטענת היא מנת-חלקם של מי שהורחקו לאחד השינוי שחל בהליך קליטתם של המורחקים במדינה השלישית.

64. לבסוף, ראוי להפנות לטענתם של המשיבים שלפיה שישה מתוך המצהירים הצהירו בהזדמנויות שונות בטרם יציאתם מישראל כי הם מבקשים להגיע למדינה אחרת מאשר המדינה השלישית (סעיף 129 בכתב התשובה שהוגש לבית-המשפט לעניינים מינהליים). המשיבים הציגו תימוכין לכך במסגרת החומר החסוי שהוגש בבית-המשפט לעניינים מינהליים (סעיפים 17 ו-18 בתגובתם החסויה המשלימה שהוגשה לבית-המשפט לעניינים מינהליים ביום 9.9.2015). אני סבורה כי קשה להתייחס ברצינות לטענות בדבר "כפייה" ו"חוסר בְּרָרָה" שעה שמתברר כי כוונתם של המורחקים הייתה – עוד בטרם הגעתם למדינה השלישית – לעבור ממנה למדינות אחרות. נעיר כי המערערים לא חלקו על כך שחלק מהמורחקים "מלכתחילה לא התכוונו להישאר ב[מדינה השלישית]" (סעיף 17 בסיכומיהם). מהראיות שהוצגו בפנינו – לרבות מהחומר החסוי – עולה כי הכוונה האמורה אכן מאפיינת מורחקים רבים (חוות-הדעת של פרופ' צבר, סעיפים 17 ו-20; סעיפים 14 ו-15 בתגובתם החסויה המשלימה שהוגשה לבית-המשפט לעניינים מינהליים ביום 9.9.2015).

65. הנה-כיי-כן, המערערים לא הצליחו להוכיח כי המורחקים שעזבו את המדינה השלישית למדינה הרביעית עשו זאת מכפייה, מאילוץ או מחוסר בְּרָרָה. כאמור, נראה כי מורחקים רבים בחרו מרצונם החופשי לעזוב את המדינה השלישית. עם זאת, אדגיש כי דעתי אינה נוחה מן העובדה שאנשים כל שהם שאינם מטעם המדינה השלישית הגיעו לבית-המלון שבו שוהים המורחקים בימים הראשונים בעת שהם תחת אחריותה של המדינה השלישית והציעו למורחקים סיוע בהברחתם באופן בלתי-חוקי למדינה הרביעית. יש לזכור כי המורחקים – או למצער חלקם – הגיעו למדינה השלישית כדי

לקבל בה מעמד והגנה. לא זו בלבד שהצעה להבריחם באופן בלתי-חוקי למדינה אחרת חותרת תחת תכלית הגעתם, אלא שמתעורר חשש כי תצטייר ככזו הנעשית מטעם המדינה השלישית, אף אם בפועל אינה כזו. ראוי כי המשיבים ייקחו את האמור לתשומת-ליבם.

ה(1)(ג)(4) המצב הנוהג במדינה הרביעית

66. בהתבסס על טענתם בדבר כפייה – או, למצער חוסר בְּרָרָה – לעבור מהמדינה השלישית למדינה הרביעית, התייחסו המערערים למצב הנוהג במדינה הרביעית. לטענתם "לאחר ההגעה ל[מדינה הרביעית] הם נותרים בה ללא מעמד. כדי למלט עצמם ממעצר ב[מדינה הרביעית] הם נאלצים לשלם שוחד; להגיש בקשת מקלט תוך הסתרת העובדה שהם הגיעו מישראל; או, כפי שעושים רבים, להמשיך לחצות גבולות שלא כדין מ[המדינה הרביעית] למקום אחר בחיפוש אחר הגנה..." (סעיף 19 בסיכומיהם). לאור מסקנתי שלעיל בדבר "אילוץ" של המצהירים לעבור למדינה הרביעית אין צורך להתייחס למצב הנוהג במדינה זו. כפי שצינתי בעניין דסטח, "לצד האפשרות להעביר כל אדם – גם בניגוד לרצונו – למדינה בטוחה, רשאי כמובן אדם לבחור מרצונו החופשי לצאת... גם למדינה שבה נשקפת לו סכנה" (שם, פס' 82 וההפניות שם; ההדגשה במקור – מ.נ.). משבחר אדם מרצונו לצאת ממדינה אחת למדינה שניה, אין רלוונטיות למצב השורר במדינה שאליה יצא וניתן לומר כי האחריות על קורותיו בה רובצת על האדם עצמו ולא על המדינה שממנה יצא או על המדינה שהרחיקה אותו למדינה שממנה יצא. בענייננו, משבחרו מורחקים מסוימים מרצונם החופשי לצאת מהמדינה השלישית למדינה הרביעית או למדינה אחרת – ולעתים, כפי שהתחוויר בפנינו, משם גם למדינות אחרות – יש בכך כדי להביא לפקיעת אחריותה של מדינת ישראל, אף אם התברר בדיעבד כי המורחקים בחרו לעבור למדינות שבהן נשקפת להם סכנה.

למען הסר ספק: ככל שיתברר כי מורחק כזה או אחר הועבר למדינה הרביעית או למדינה אחרת או אף למדינת מוצאו בניגוד לרצונו, או-אז למצב השורר במדינת היעד תהיה רלוונטיות רבה ומדינת ישראל עשויה להימצא אחראית להפרתו של עקרון אי-ההחזרה (ראו והשוו: עניין אל טאיי, בעמ' 552). כאמור, זה הוא אינו המצב בענייננו. יתרה מכך, ככל שיתברר בעתיד שזה הוא אכן המצב, יהיה בכך כדי להעיד כי המדינה השלישית אינה פועלת בהתאם למחויבויותיה ונזכיר כי המשיבים מוחזקים בהצהרתם שלפיה בנסיבות אלה "מדינת ישראל תפסיק באופן מיידי להעביר מסתננים אל המדינה השלישית" (סעיף 4 בהתייחסות הגלויה מיום 23.9.2016).

67. טענתם האחרונה של המערערים בעניין זה הייתה כי "ב[מדינה השלישית] כמעט לא נותרו אזרחי אריתריאה שהגיעו מישראל... [וה]בודדים שנותרו ב[מדינה השלישית]... חשופים למעצרים חוזרים, אינם זוכים להגנה או למעמד ואינם יכולים לעבוד למחייתם" (סעיף 19 בסיכומיהם). המערערים ביססו טענה זו על מכתבים מטעם נציבות האו"ם לפליטים אשר הוגשו לבית-המשפט לעניינים מינהליים. מעבר לכך, הם טענו כי נשקפת למערערים 1 ו-2 ולמורחקים אחרים סכנה במדינה השלישית, הנובעת מחשש להפרתו של עקרון אי-ההחזרה בה ומכך שזכויותיהם צפויות להיפגע. בגדר האמור הם טענו בין היתר כי לא יינתן להם אופק שהייה במדינה השלישית. טענות אלה תידונה כסדרן.

68. מספר המורחקים מישראל השוהים כיום במדינה השלישית – המערערים טענו כי עובדתית, אין כיום כמעט נתינים של אריתריאה שיצאו מישראל למדינה השלישית ונותרו בה. דא עקא, איני סבורה כי הכרעה בטענה זו הכרחית לענייננו. שכן, אין חולק כי חלק מהיוצאים מישראל למדינה השלישית – ואיני שוללת שמרביתם – אינם מעוניינים להישאר בה ומשקיפים עליה כעל "מדינת מעבר" גרידא. זו כאמור התמונה העובדתית שעלתה אף מהתצהירים שהגישו המערערים עצמם. אין בעובדה זו, כשלעצמה, כדי להשליך על המצב במדינה השלישית ועל היחס שניתן למורחקים בה. כאמור, אם יוצאים המורחקים מרצונם החופשי למדינות אחרות – לרבות למדינות שבהן נשקפת להם סכנה בה – הם עושים זאת על אחריותם. אין אפוא במספר המורחקים מישראל שנמצאים כיום במדינה השלישית כדי להשליך על ענייננו.

69. סכנה למעצרים – טענת-המשנה השנייה של המערערים היא כי הבודדים שנותרו במדינה השלישית חשופים למעצרים חוזרים ונשנים. כתימוכין לטענתם הם זו הפנו למכתבים מנציבות האו"ם לפליטים. חשוב להעיר כי חרף הטענה הכללית בדבר "מעצרים חוזרים ונשנים", ממכתבים אלה עולה כי התשתית העובדתית הקונקרטית שהוצגה נוגעת לטענה בדבר מעצרים של ארבעה אנשים בלבד שיצאו מישראל למדינה השלישית. לאחר עיון בהתייחסויותיהם החסויות של המשיבים, דחה בית-המשפט לעניינים מינהליים טענה זו וקבע:

"אשר למכתבים שהוגשו מטעם נציבות האו"ם לפליטים – אין באף לא אחד מהם אמירה מפורשת כי אין להרחיק לאותן מדינות מאחר וקיים חשש לחייהם של אותם



מורחקים. התייחסות הנציבות לעניינם של שלושה אנשים אשר הורחקו מישראל לאחת המדינות ואשר נעצרו שם בשל העדר מסמכים קיבל[ה] התייחסות ותשובה מלאה במסגרת הדו"ח הסודי שהונח בפני. כפי שצוין לעיל, מדינת ישראל מודעת לעניינם ואין המדובר בנסיבות המלמדות על הפרת הסכם עם המדינה מצד אותה מדינה שלישית כי אם נסיבות הנוגעות להתנהלותם האישית של אותם שלושה באותה מדינה ובכל מקרה מדינת ישראל המודעת לעניינם פועלת כדי לסייע להם. אין חולק כי כיום הם אינם שוהים במעצר. גם אם היתה 'תקלה' נקודתית של עיכוב אדם עקב העדר מסמכים העניין טופל והוסדר והוא מקבל מענה בהסדר הפיקוח החדש עליו הצהירה ב"כ המשיבים, במטרה שלא ישנה" (פס' 22).

הכרעתו של בית-המשפט לעניינים מינהליים מקובלת עליי ולא מצאתי להתערב בה. התשתית הראייתית שהניחו המערערים אינה מבססת את טענתם הכללית שלפיה למורחקים נשקפת סכנה למעצרים חוזרים ונשנים במדינה השלישית. למרבית המעצרים הנקודתיים שאליהם התייחסו המערערים ניתן מענה מספק בחומר החסוי, שממנו עולה כי המעצרים נבעו מהתנהלותם של המורחקים, במנותק משהייתם במדינה השלישית. נכון הדבר שהוצג בפנינו צו מעצר של מורחק אחד אשר נעצר בשנת 2014 בגין כניסה בלתי-חוקית למדינה השלישית. דא עקא, אף שלא מצאתי התייחסות למעצר זה בהתייחסויותיהם של המשיבים, איני סבורה כי די באירוע בודד זה שעשוי היה כדברי בית-המשפט לעניינים מינהליים ללמד על תקלה נקודתית (פס' 22 בפסק-דינו). נדגיש עוד כי בחומר החסוי העדכני שהוצג בפנינו לא דווח על מעצרים נוספים (חומר חסוי עדכני, נספח 2, סעיף ה').

70. מעמד במדינה השלישית – כזכור, המסמכים המזהים שמונפקים למורחקים בישראל הם זמניים. בנוסחו העדכני של דף המידע שנמסר למסתננים ביחס לאפשרות לצאת למדינה השלישית נאמר: "ב-3 הימים הראשונים אתה תשהה בבית מלון. בבית המלון תוכל לבקש למלא בקשה לקבל אישור שהייה ואשרת עבודה במדינה. לאחר שתמלא ותגיש בקשה מתאימה כאמור תקבל מהרשויות המקומיות במדינה היעד, אישור שהייה במדינה ואשרת עבודה. הזמן הממוצע להנפקת האשרה נע בין 7-10 ימים" (נספח 15 בכרך המוצגים מטעם המשיבים). על התחייבותה של המדינה השלישית ליתן למורחקים אישור שהייה ואשרת עבודה הצהירו המשיבים גם במסגרת הדיון בפני בית-המשפט לעניינים מינהליים (פרוטוקול הדיון מיום 12.10.2015, בעמ' 12, ש' 9) וכך גם נאמר באופן מפורש למערערים 1 ו-2 במהלך הראיונות שנערכו להם. המערערים טענו כי חרף האמור המורחקים אינם מקבלים במדינה השלישית מסמכים

מזהים וכי בפועל הם חסרי כל מעמד בה. הם תמכו טענה זו במכתביה של נציבות האו"מ לפליטים. דא עקא, מכתבים אלה אינם מתייחסים לבעיה כללית שקיימת בנושא זה במדינה השלישית, אלא למורחקים ספציפיים שבעניינם התגלעה בעיה: ארבעה מורחקים ספציפיים הנמצאים במדינה השלישית מתחילת שנת 2014 ואשר לשלושה מתוכם התייחסנו לעיל בהקשר של המעצרים (מע/1, ע/48; מע/7, סעיף 4) וכך מורחק נוסף שהגיע במאי 2015 (שם, סעיף 5).

אני סבורה כי האמור אינו מגבש תשתית ראייתית מספקת כדי לתמוך בטענתם האמורה של המערערים. לא ניתן להסיק משני מקרים נקודתיים מסקנה לגבי הכלל, במיוחד על רקע העובדה שארבעת המורחקים זכו לקבל מסמכי שהייה, אך אלה נשללו מהם עקב התנהלותם. קרי, אין מדובר במצב שבו מורחקים לא קיבלו מסמכי שהייה מרגע שהגיעו למדינה השלישית. מעבר לכך, מהחומר החסוי שהוצג בפנינו עולה כי אף בהעדר המסמכים לא נמנעה מחברי הקבוצה האפשרות להמשיך לשהות במדינה השלישית. בדומה, אף לגבי המורחק הנוסף שטרם קיבל מסמכים מזהים לא נטען כי נמנעה ממנו האפשרות לשהות במדינה השלישית או שהוא היה נתון למעצר או לכל פעולה אחרת שפגעה במעמדו עקב העדרם של מסמכים (מע/7, סעיף 5). כמו-כן, מהחומר החסוי עולה כי אנשים רבים נוספים שיצאו ממדינת ישראל למדינה השלישית קיבלו מסמכי שהייה (חומר חסוי בעניין המדינה השלישית, נספח 4, סעיף 21; חומר חסוי עדכני, נספח 1, סעיף ג'). אף נציבות האו"מ לפליטים אישרה כי 10 מתוך 11 אנשים השוהים לידיעתה במדינה השלישית קיבלו אשרות שהייה זמניות ונרשמו כמבקשי מקלט בה (מכתבה של נציבות האו"מ לפליטים מיום 27.1.2016, נספח 1 בראיות הנוספות שהגישו המערערים ביום 18.2.2016, סעיף 1). ולבסוף, לא למותר להזכיר כי מרבית המצהירים מטעם המערערים לא טענו כלל כי הם לא זכו למעמד בה או שעמד בפניהם קושי לזכות במעמד וגם בכך יש כדי לחזק את מסקנתי האמורה.

בשולי הדברים: במכתבה של נציבות האו"מ לפליטים מיום 16.2.2016 דווח על כך שרשויות ההגירה במדינה השלישית סירבו לחדש את אשרת השהייה הזמנית של שלושה אריתראים שהגיעו ממדינת ישראל למדינה השלישית. על בסיס האמור נטען כי ישנם שלושה אנשים נוספים שהגיעו מישראל למדינה השלישית החוששים לגשת לרשויות ההגירה לחדש את אשרותיהם. המשיבים לא התייחסו באופן קונקרטי לטענות הכלולות במכתב האמור, אך ציינו כי מדובר ב"דיווחים על מקרים בודדים, תוך שהם נעדרים פירוט באשר לאופן בו הגיעו דיווחים אלו, מתי הגיעו ומיהם האנשים המדוברים" (סעיף 77 בסיכומיהם). לא נפרסה בפנינו תשתית ראייתית המאפשרת לנו להכריע בשאלה אם אכן סירבו הרשויות במדינה השלישית לחדש אשרת שהייה זמנית

לאותם אנשים או במקרים אחרים. נאמר רק זאת: חזקה על המשיבים כי במסגרת מנגנוני הפיקוח והביקורת שהם מפעילים הם יודאו כי אשרות השהייה הזמניות המונפקות לשהים במדינה השלישית אכן מחודשות למחזיקים בהם כנדרש. ככל שיתברר כי אכן נמנעת הרשויות במדינה השלישית מלחדש אשרות – מה שמשאר את השהים ללא מעמד – מהווה הדבר כמובן הפרה של ההסדר עם המדינה השלישית וחזקה על המשיבים כי יפעלו בהתאם להצהרתם שלפיה בנסיבות שכאלה הם יפסיקו "באופן מיידי להעביר מסתננים אל המדינה השלישית" (סעיף 4 בהתייחסותם הגלויה מיום 23.9.2016).

71. יכולת לעבוד – המערערים טענו כי בניגוד למובטח, המורחקים אינם יכולים לעבוד למחייתם במדינה השלישית. דא עקא, גם הטענה האמורה התבססה על עניינם הספציפי של ארבעת המורחקים שהוזכרו לעיל. יש כאמור קושי רב לגזור מסקנה כללית מעניינם של ארבעה מורחקים אלה. מעבר לכך, מהחומר החסוי עולה כי בפועל לא ניצבת בפני המורחקים כל מניעה לעבוד. בנסיבות אלה, אין לי אלא לקבוע כי גם טענה זו לא הוכחה.

72. טכנה להפרת עקרון אי-החזרה – המערערים טענו כי קיים חשש להפרתו של עקרון אי-החזרה בכך שהמדינה השלישית "תגרשם או תפר את זכויותיהם הבסיסיות ותגרום בדרך זו במישרין או בעקיפין להחזרתם או לחזרתם לאריתריאה" (סעיף 49 בסיכומיהם). לפי קו-טיעון זה, הפרת זכויותיהם במדינה השלישית תחייב את המורחקים לחפש הגנה במדינה אחרת, מסע שבסופו הם עשויים למצוא עצמם מוחזרים למדינת מוצאם. זו היא, כך לשיטתם, "הרחקה קונסטרוקטיבית". כאמור, אין חולק על כך שלא ניתן להרחיק אדם למדינה שבה לא תכובדנה זכויותיו הבסיסיות. חובה זו לא רק נובעת מעקרון אי-החזרה – כפי שצינו בצדק המערערים – אלא גם מהווה אחד מהתנאים המהותיים שחייבים להתקיים במדינה שלישית כדי שהיא תחשב למדינה בטוחה שניתן להרחיק אליה: כיבודם של סטנדרטים בינלאומיים מקובלים של זכויות אדם (ראו, למשל: Legomsky, בעמ' 645-654; Michigan Guidelines, בעמ' 213 ו-215; Phuong, בעמ' 5-9; Kneebone, בעמ' 705-707 ו-720; GOODWIN-GILL AND, בעמ' 395-396; Feller, בעמ' 530). אולם, כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, לא הוצגה בפנינו תשתית עובדתית המצדיקה לקבוע כך ולסטות ממסקנתו של בית-המשפט לעניינים מינהליים שקבע כי לא הובאה "כל עדות לרדיפה או להתנכלויות מצד השלטונות במדינה השלישית אליה הורחקו וכי על פניו לא הופר בעניינם עיקרון אי-החזרה" (פס' 22 בפסק-דינו).

73. אופק שהייה – טענתם של המערערים ביחס להעדר אופק שהייה במדינה השלישית התבססה, למעשה, על התמונה העובדתית הלכאורית שהציגו, על כל הטענות העובדתיות הכלולות בה. מאחר שקבענו כי המערערים לא הוכיחו כי למורחקים אין אפשרות לזכות במדינה השלישית במעמד וכי יש חשש להפרת זכויותיהם בה – אין מנוס מלקבוע כי לא הוכח בפנינו כי אין למורחקים אופק שהייה נאות במדינה השלישית.

ה(1)(ג)(6) סיכום ביניים

74. כפי שעולה מן האמור עד כה, המערערים לא הוכיחו כי המדינה השלישית אינה בטוחה, כי איזה מבין מהתנאים המהותיים שהתווה היועץ-המשפטי לממשלה אינו מתקיים במדינה השלישית וכי נשקפת למורחקים סכנה בה. על רקע האמור, נעבור עתה לדון בקטגוריה השנייה של התנאים שצריכים להתקיים כדי שניתן יהיה להרחיק למדינה השלישית: התנאים הפרוצדורליים.

ה(2) התנאים הפרוצדורליים

75. המערערים הקדישו חלק ניכר מסיכומיהם ומטענותיהם לעניין התנאים הפרוצדורליים, שכונו על-ידם Procedural Safe-guards (סעיף 6 בסיכומיהם). אין חולק כי נדרשים להתקיים תנאים פרוצדורליים מסוימים כדי שניתן יהיה להרחיק אדם (ראו, למשל: Foster Responsibility Sharing, בעמ' 71-72; Foster Protection Elsewhere; Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human ; 285-278 בעמ' Rights and Fundamental Freedom, as amended by Protocol No. 11, Art. 1; עניין Hirsi Jamaa, פס' 173). טענותיהם המרכזיות של המערערים ביחס לתנאים הפרוצדורליים עוסקות בהסכם שנחתם עם המדינה השלישית, במה שקיים בו ובמה שלא – ובעיקר בחשאיותו. המערערים טענו בהקשר זה כי על ההסכם להיות "הסכם משפטי אכיף, אשר נחתם עם מי שיכול להבטיח את קיומו. עליו להיות ברור וחד משמעי ולכלול בטוחות לקיומו כמו גם אמצעי פיקוח ואכיפה. תנאי יסודי להבטיח קיומו של הסכם כזה הוא שקיפות מלאה" (שם). לשם הבנתן של טענות אלה לעומקן, עלינו לפרוס תחילה את המסגרת החוקית החולשת על הסכמים להרחקה למדינות שלישיות.

ה(2)(א) הסכמים להרחקה למדינה שלישית

76. אחד מהתנאים המהותיים לכך שניתן יהיה להרחיק מבקש מקלט למדינה שלישית הוא שהמדינה השלישית תביע הסכמה לקבלו לשטחה ולהעניק לו הגנה אפקטיבית (LEGOMSKY, בעמ' 630; Hadaway, בעמ' 739; GOODWIN-GILL AND Richard Dunstan *Playing Human*; 322; Lambert, בעמ' 396-395; McADAM *Pinball: The Amnesty International United Kingdom Section Report on UK Home Office Background Paper*; 'Safe Third Country' Practice 7 INT'L J. REF. L. 606, 612 (1995); EUROPEAN COMMISSION, ASYLUM PROCESSES; 3-2, בעמ' No.2, (b)50, 15, פס' 15, UNHCR, Guidance Note: Bilateral and/or Multilateral Arrangements of; (c) *Regina v Secretary of State for the Home Department (Appellant) ex parte Razgar (FC) Respondent* (2013) ¶3(vi) (להלן: Guidance Note on Arrangements); *Regina v Secretary of State for the Home Department, Ex Parte*; [2004] 3 WLR 58 ¶11; *Adan, Regina v Same, Ex Parte Aitseguer* [2001] 2 WLR 143, 148 (UK HL, Dec. 19, 2000). הצורך בקבלת הסכמתה של המדינה השלישית נובע מהעובדה שככלל, למדינה קיימת חובה לפי המשפט הבינלאומי לקבל לשטחה רק את אזרחיה שלה (Daphne Bouteillet-Paquet *Passing the Buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States* 5 EUR. J. MIGR. & L 359, Reinhard Marx *Non-Refoulement, Access to*; (Bouteillet-Paquet: להלן: 361 (2003) *Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims* 7 INT'L J. REF. L. 383, Imke Kruse (1995) 395; עניין לפקה, בעמ' 930). חובה זו אף זוכה למעמד מינהגי (EU *Readmission Policy and its Effects on Transit Countries – the Case of Albania* 8 EUR. J. MIGR. & L 115, 121 (2006). כפועל יוצא, ככלל מדינות אינן מחויבות לקבל לשטחן אזרחים של מדינות אחרות ואין אפשרות להרחיקם אליהן בהעדר הסכמתן המפורשת לכך (Bouteillet-Paquet, בעמ' 361-362):

"[...] [T]here is no formal obligation under international law to readmit third countries nationals or Stateless persons who have passed through the requested State, or otherwise have been granted permission to stay there. Consequently, there are no possibilities to send back third countries nationals, unless the requested State expressly agrees on a case-by-case basis, or generally by signing a readmission agreement."

קבלת הסכמתה של המדינה השלישית לקבל מבקש מקלט ולא למנוע את כניסתו לשטחה מהווה אפוא דרישת-סף כדי שניתן יהיה להרחיקו אליה (ראו: בג"ץ 17/71

מדאר נ' שר הבטחון, פ"ד כה (1) 142, 143 (1971); ראו גם עניין אל טאיי, בעמ' 850, אף ששם הנושא הושאר בצריך עיון). המדינה המרחיקה נדרשת להשתכנע – במידה מספקת של ביטחון, המבוססת על ראיות ברורות – כי המדינה השלישית אכן תקבלו ותעניק לו הגנה אפקטיבית (UNHCR *The Concept of 'Protection Elsewhere'*, בעמ' Council Resolution of 30 November 1992 on a Harmonized Approach to ; 127 Questions Concerning Host Third Countries ("London Resolution"), ¶2(c); עניין CPCF, בעמ' 19-18). יסוד ההסכמה נחשב ל"כריח התיכון" של יתר הקריטריונים המהותיים להיותה של מדינה שלישית בטוחה, שכן גם מדינה "בטוחה" עשויה להיחשב בלתי-בטוחה כלפי אדם שהיא מסרבת להכניסו לשטחה (LEGOMSKY, בעמ' 630).

77. הדרך השכיחה ביותר שבאמצעותה מובעת הסכמתן של מדינות לקבל את אנשים לשטחן היא חתימה על הסכמי קבלה (readmission agreements). במסגרתם של הסכמי קבלה מתחייבות מדינות לקבל לשטחן אנשים – בין אם הם אזרחיה של המדינה המקבלת, בין אם אזרחים של מדינות שלישיות – לבקשתה של מדינה אחרת ובכפוף לתנאים הנקובים בהסכם (Cassarino *Informalising Readmission Agreements in the EU* ) (להלן: Cassarino ; 179, 181 (2007) *Neighborhood 42 INT'L SPECTATOR* ; Bouteillet- Paquet, בעמ' 361-360). בעשורים האחרונים נחתמו מאות הסכמי קבלה בין מדינות שונות (Cassarino, בעמ' 181) – רובם בילטרליים ומיעוטם מולטילטרליים (LEGOMSKY, בעמ' 577-576 ; Abell, בעמ' 64 ; Lambert, בעמ' 100-98 ; Cassarino, בעמ' 180), חלק ניכר מהם על-ידי מדינות האיחוד האירופי (Abell, בעמ' 65).

דא עקא, הסכמי קבלה סובלים מבעיה מובנית: הם עוסקים אך ורק בקבלתם של אנשים לשטח המדינה ולא בשאלת ההגנה שתוענק להם בה (LEGOMSKY, בעמ' 576 ו-578 ; Abell, בעמ' 66 ; GOODWIN-GILL AND McADAM, בעמ' 408-407). על רקע זה הופיע בשנים האחרונות סוג חדש של הסכמים, העוסק לא רק בשאלת ה"קבלה" אלא גם בשאלת המקלט. מטרתם של הסכמים אלה היא לחלק את האחריות לבדיקתן של בקשות המקלט בין המדינות שהן צד להסכם ומכאן גם שמם: Agreements to allocate responsibility for determining asylum claims (LEGOMSKY, בעמ' 578). במסגרתם של הסכמים מסוג זה קבלתם של מבקשי המקלט למדינה השלישית היא "for the purpose of considering him/her claim" (Background Paper No. 3, בעמ' 1 ; ההדגשה במקור – מ.ג.). ההסכם המפורסם ביותר העוסק בהרחקה לצורך מתן מקלט הוא אמנת דבלין של האיחוד האירופי (Regulation (EU)

No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 Establishing the Criteria and Mechanisms for Determining the Member State Responsible for Examining an Application for International Protection Lodged in One of the Member States by a Third-Country National or a Stateless Person Directive ;(Regulation (EU) No 604/2013 : (להלן: [2013] OJ L 180/31 Agreement ) (2013/32/EU). הסכמים דומים נחתמו גם בין קנדה לבין ארצות-הברית ( *Agreement between the Government of Canada and the Government of The United States of America for Cooperation in the Examination of Refugees Status Claims from Nationals of Third Countries* (Dec. 5, 2002) ובין אוסטרליה לבין מספר מדינות ובהן מלזיה, פפואה גינאה החדשה, נאורו וקמבודיה ( *Arrangement between the Government of Australia and the Government of Malaysia on Transfer and Resettlement* (May 21, 2011) (להלן: הסכם *Memorandum of Understanding Between the Government of the Independent State of Papua New Guinea and the Government of Australia, Relating to the Transfer to, and Assessment and Settlement in, Papua New Guinea of Certain Persons, and Related Issues* (August 5-6, 2013) (להלן: הסכם בין אוסטרליה לבין פפואה גינאה החדשה); *Memorandum of Understanding between the Republic of Nauru and the Commonwealth of Australia, relating to the transfer to and assessment of persons in Nauru, and related issues* (August 3, 2013) (להלן: הסכם בין אוסטרליה לבין נאורו); *Memorandum of Understanding between the Government of the Kingdom of Cambodia and the Government of Australia, Relating to the Settlement of Refugees in Cambodia* (Sep. 26, 2014) (להלן: הסכם בין אוסטרליה לבין קמבודיה)). לסקירתם של חלק מההסכמים, ראו: María-Teresa Gil-Bazo *The Safe Third Country Concept in International Agreements on Refugee Protection: Assessing State Practice* 33 N.Q.H.R. 1 (2015).

אין מחלוקת כי ההסכם בענייננו הוא הסכם מן הסוג השני, קרי כזה העוסק הן בקבלתם של מסתננים למדינה השלישית הן בהגנה שתוענק להם בה.

78. המערערים העלו כאמור טענות רבות ביחס לתוכנו של ההסכם, העיקרית שבהן נוגעת לחשאיותו. לטענתם, הסכם חשאי אינו "יכול להוות בסיס להעברה בכפיה של בני אדם" (סעיף 67 בסיכומיהם). הם הדגישו כי להסכם שכזה אין אף ורע בעולם (סעיף 4 בסיכומי התשובה). מעבר לכך התייחסו המערערים לתנאים שבהם ההסכם נדרש לשיטתם לעמוד ובהם היותו כתוב, בעל תוקף משפטי מחייב, נתון לביקורת שיפוטית וניתן לאכיפה. כמורכב, התייחסו המערערים להוראות שונות שצריכות

להיכלל בו כדי שניתן יהיה להגדירו – כך לטענתם – כ"מסוים" דיו. המשיבים, מצדם, לא התייחסו בסיכומיהם לטענות אלה, אך בהודעותיהם המעדכנות הגלויות הצהירו כי ההסכם שבו עסקינן הוא הסכם בכתב, אשר עליו נוספו הבנות בעל-פה; כי מדובר בהסכם בעל תוקף משפטי מחייב; כי הוא אינו כולל סנקציות שתופעלנה במקרה של הפרה וכי מחויבותם של הצדדים נובעת מהכלל שלפיו הסכמים יש לקיים (סעיפים 2-4 בהתייחסות הגלויה מיום 23.9.2016).

המחלוקת בין הצדדים נוגעת אפוא לשני עניינים: (א) תוכנו של ההסכם – מה שנכלל בו ובעיקר מה שלא נכלל בו ו-(ב) אופיו של ההסכם – קרי, חשאי או הוטו. הטענות בנוגע לחשאיותו של ההסכם משליכות גם על הטענות בנוגע לתוכנו ולכן אדון בהן תחילה.

#### ה(2)(ב) חשאי ותו של ההסכם

79. יש מידה רבה של צדק בטענת המערערים כי מרבית ההסכמים בעניין הרחקה למדינה שלישית הם הסכמים פומביים שנוסחם פורסם. כל ההסכמים הנוגעים להרחקה למדינות שלישיות אשר נסקרו בפס' 77 לעיל פורסמו ואף ניתנים לצפייה דרך המרשתת. למיטב ידיעתי קיים רק הסכם אחד אשר לא פורסם לציבור, שנחתם בשנת 2011 בין איטליה לבין תוניסיה ואשר נוגע בין היתר להרחקת אזרחי תוניסיה מאיטליה למדינתם – קרי, מדובר בהרחקה למדינת המוצא ולא בהרחקה למדינה שלישית. על-אודות ההסכם ניתן ללמוד מהודעה לתקשורת שפורסם בעניין משרד הפנים האיטלקי ומפסק-דין שניתן לאחרונה בבית-הדין האירופי לזכויות אדם ואשר בו נדון ההסכם ((15 Dec. 2016), §§18, 36-40, 49 (15 Dec. 2016)). במקרה זה השאלה אם ניתן לבצע הרחקה על בסיס הסכם חשאי הושארה בצריך עיון (שם, פס' 255), אולם בית-הדין התייחס לכך שאי-פרסומו של ההסכם מנוגד לדרישה של ודאות משפטית (legal certainty) ואינו מאפשר לפרט לצפות את השלכות יישומו עליו (שם, פס' 92 ו-102).

80. חובת הפרסום של הסכמים בינלאומיים ושל אמנות מעוגנת בסעיף 102(a) במגילת האו"מ (UN Charter) ובסעיף 80 ב-, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1155 U.N.T.S. 331 (1969) (להלן: אמנת וינה בדבר דיני אמנות). סעיפים אלה מחייבים מדינות החותמות על הסכם בינלאומי או על אמנה להגישם לרישום בהקדם האפשרי במזכירות האו"מ, לשם פרסומם. תכליתם של סעיפים אלה היא למנוע



"דיפלומטיה סודית" ו"הסכמים סודיים" ולהבטיח פרסומם של כל ההסכמים הבינלאומיים והאמנות (THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS: A COMMENTARY Vol. II 2090-2092 (Simma et. al. ed., Third Edition, 2012) (להלן): Note by the Secretariat, Limited; ראו גם: UN CHARTER COMMENTARY Publication Policy of The Secretariat, ¶3, זמין כאן); אסתר אפרת-סמילג "דיני אמנות והפרקטיקה הישראלית" משפט בינלאומי 747, 763 (רובי סיבל ויעל רונן, עורכים; מהדורה שלישית, 2016) (להלן: אפרת-סמילג). קרי, להבטיח שקיפות (Alan Boyle and Kasey McCall Smith *Transparency in International Law-Making in TRANSPARENCY IN INTERNATIONAL LAW* 419, 431 (Andrea Bianchi and Anne Petters eds., 2013) (להלן: Boyle and McCall Smith)). נעיר, בשולי הדברים, כי תכלית דומה עומדת ביסוד חובת הפרסום של דברי-חקיקה מדינתיים ומכאן ממילא האיסור, גם בישראל, על חקיקת סתר ועל כללי סתר (ראו, למשל: בג"ץ 1689/94 הררי נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 17, 19-20 (1994); והשוו גם לסעיף 11א בפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948).

חובת הרישום של הסכם ופרסומו חולשים לא רק על ההסכם המקורי, אלא גם על פעולות ואירועים המתרחשים לאחר חתימתו ואשר משפיעים עליו. בתקנה (1)2 בתקנות שהותקנו ליישום של סעיף 102 במגילת האו"מ (*Registration and Publication of Treaties and International Agreements: Regulations to give effect to Article 102 of the Charter of the United Nations*, adopted by the General Assembly on 14 December 1946 [Resolution 97(1)], as modified by resolutions 364B (IV), 482 (V) and 33/141A, adopted by the General Assembly on 1 December 1949, 12 December 1950 and 18 December 1978, respectively) נקבע כי מדינות מחויבות להגיש לרישום "תצהיר" (certified statement) ביחס לפעולות שבוצעו לאחר החתימה על ההסכם ואשר יש בהן כדי להשפיע על תחולתו של ההסכם או על יישומו (ראו עוד: UN CHARTER COMMENTARY, בעמ' 2095-2096; אפרת-סמילג, בעמ' 764).

81. לנוכח תעודת החיסיון שהוצאה ביחס להסכם, המצב העובדתי הנתון בפנינו – ועל כך אין חולק – הוא שההסכם לא פורסם והציבור ובכללו המערערים אינו חשוף לתוכנו. השאלה העומדת בפנינו היא האם בנסיבות אלה יכול ההסכם להוות בסיס מספק, בהתאם למשפט הבינלאומי, להרחקתם של המערערים 1 ו-2 ושל מסתננים אחרים למדינה השלישית ולהבטחת הסכמתה של המדינה השלישית לקבל את

המורחקים לשטחה ולהעניק להם הגנה אפקטיבית; וממילא, האם ניתן להחזיקם במשמורת בשל סירובם להרחקה בנסיבות אלה.

המערערים סבורים, כאמור, שהתשובה היא שלילית. לתימוכין בעמדתם הם הפנו לאמור במדריך שפרסמה נציבות האו"ם לפליטים בנוגע להסכמי הרחקה למדינה שלישית (Guidance Note on Arrangements). בסעיף 3(v) נאמר:

"An arrangement between States for the transfer of asylum-seekers is best governed by a legally binding instrument, challengeable and enforceable in a court of law by the affected asylum-seekers. The arrangement would need to clearly stipulate the rights and obligations of each State and the rights and duties of asylum-seekers."

בהודעתם המערכנת מיום 26.9.2016 הפנו המערערים גם למסקנותיה של ועדת המומחים המפקחת על האמנה נגד עינויים ביחס לדת ישראל הגישה אליה, אשר התייחסה גם למדיניות ההרחקה למדינה שלישית שנוקטת ישראל והמליצה שישראל תבטיח את שקיפותם של ההסכמים (CAT Observation on Israel, פס' 47(e); ראו עוד פס' 22 לעיל).

82. לא אכחד כי דעתי אינה נוחה מחשאותו של ההסכם ומביצוע הרחקה למדינה שלישית על בסיסו של הסכם חשאי שהוראותיו אינן גלויות למורחקים. עם זאת, איני סבורה כי יש בחשאות, כשלעצמה – והכוונה כאן היא בעיקר למישור הסמכות – כדי למנוע מראש את יכולתם של המשיבים להרחיק בהתאם להסכם מסתננים למדינה השלישית (מבלי להתייחס בשלב זה ליכולת להחזיקם במשמורת לשם הרחקתם מכוח ההסכם – נושא אשר אליו אתייחס בהמשך). ביסוד עמדתי שני נימוקים מרכזיים. ראשית, תכליתו של הסכם בעניין הרחקה למדינה שלישית היא לבטא את הסכמתה של המדינה השלישית לקבל לשטחה את המורחק ולהעניק לו הגנה אפקטיבית. הסכמה זו אינה חייבת להינתן בהסכם כללי כמו זה שבענייננו (United Kingdom Delegation Geneva Opinion: Sending Asylum Seekers to Safe Third Countries 7 INT'L J. REF. L. 119, (1995) 122) והיא יכולה להתקבל גם באמצעים אחרים, למשל באמצעות הודעת דואר-אלקטרוני המביעה הסכמה לקבל מורחק ספציפי (LEGOMSKY, בעמ' 632). כפועל יוצא, התייחסה נציבות האו"ם לפליטים לחתימה על הסכם כאל "פרקטיקה מומלצת" גרידא (Guidance Note on Arrangements, פס' 3(v); להבחנה בין "פרקטיקה מומלצת" לבין קריטריונים מחייבים בנוגע להרחקה למדינות שלישיות, ראו

LEGOMSKY, בעמ' 629). באופן עקרוני גם הסכם חשאי – שלהוראותיו המדינה המרחיקה מודעת, כמובן – יכול לבסס הסכמה זו. הבחינה היא מהותית: מה נכתב בהסכם והאם אכן מובעת בו ההסכמה הנדרשת. שנית, בהתאם למשפט הבינלאומי, אף שאי-פרסום של הסכם או של אמנה גורר סנקציות מסוימות (סעיף 102(b) במגילת האו"מ; לדיון בסעיף זה, ראו UN CHARTER COMMENTARY, בעמ' 2105-2109), הוא אינו פוגם בתוקפם המשפטי של ההסכם או של האמנה (Boyle and McCall Smith, בעמ' 431; אפרת-סמילג, בעמ' 764). המדינות שהן צד להסכם מחויבות אפוא לפעול על-פיו (סעיף 26 באמנת וינה בדבר דיני אמנות). בהינתן שמדובר בהסכם מחייב, הרי שלא זו בלבד שאין מניעה עקרונית כי המדינות שהן צד להסכם תפעלנה מכוחו ובהתאם להוראותיו – אלא שהן מחויבות לעשות כן.

83. אדגיש כי אין להבין ממסקנתי זו שלחשאינותו של ההסכם אין כל נפקות לעניין הרחקה מכוחו וכי לא עשויות להיות נסיבות שבהן היא תוביל בסופו-של-דבר לכך שלא ניתן יהיה להרחיק מכוחו. ראשית, חשאינותו של ההסכם מקרינה על אופי הבדיקה שיש לערוך להוראותיו. מאחר שהמורחקים אינם חשופים לתוכנו של ההסכם, תפקידו של בית-המשפט – במיוחד במקרים כגון זה שלפנינו, שבהם נחשף החומר החסוי לעיניו של בית-המשפט – לשמש להם "מעין פה" (ראו והשוו: בג"ץ 5555/05 פדמן נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נט(2) 865, 869 (2005)). שומה עליו לבדוק ביתר-קפדנות את הוראותיו, כדי להבטיח כי הוא אכן מעגן באופן מספק את הסכמתה של המדינה השלישית לקבל את המורחקים לשטחה ולהעניק להם הגנה אפקטיבית, על כל הכלול בה. זאת במיוחד על רקע הפגיעה המשמעותית שעשויה להיגרם בזכויותיהם של המורחקים, ככל שהתנאים לא יתקיימו. בנסיבות שבהן ישתכנע בית-המשפט, בשים לב לחשאינותו של ההסכם ולתוכנו, כי הוא אינו מעגן הסכמה כנדרש לקבלתם של המורחקים או אינו מעניק להם הגנה אפקטיבית במידה מספקת – לא ניתן יהיה לבצע הרחקה מכוחו. שנית, חשאינותו של ההסכם או חסיונו אינם יכולים להוות "מילות קסם" שתאפשרנה למדינה להסתיר מהאנשים שעליהם הוא עתיד לחול – המורחקים – כל פרט המופיע בו. ואכן, דומה כי המדינה עצמה ערה לכך שהיא נדרשת ליתן למורחקים מידע מסוים בטרם הרחקתם, כדי שידעו בפני מה הם עומדים. כפועל יוצא, היא נותנת למורחקים דף מידע בשפתם (ראו פס' 4 לעיל). אני סבורה כי חשאינותו של ההסכם משליכה על היקף המידע שעליה ליתן למורחקים בטרם הרחקתם: עליה לפרט להם במדויק, בשפה שהם מבינים, את כל המחויבויות שהמדינה השלישית נטלה על עצמה בקשר אליהם – הן בהסכם הן בהסכמות שאליהן הגיעה מדינת ישראל עם המדינה השלישית – לרבות בנוגע לזכויות שתוענקנה להם ולמעמד שיוענק להם במדינה

השלישית. שכן, בהעדר מידע על מחויבויות אלה, לא יכולים המורחקים לדעת אם הן הופרו וממילא נשללת מהם גישה אפקטיבית לסעדים במקרה של הפרה של זכויותיהם (ראו והשוו: עניין *Hirsi Jamaa*, פס' 204; עניין *M.S.S.*, פס' 304). גם בנסיבות שבהן בית-המשפט ישתכנע כי לא ניתן למורחקים מידע מספק כאמור, במידה המובילה לחשש ממשי לפגיעה בזכויותיהם, לא ניתן יהיה לבצע הרחקה מכוחו של הסכם חשאי.

על רקע האמור ותחת הצורך לערוך בדיקה קפדנית של הוראותיו של ההסכם, אעבור עתה לדון בתוכנו של ההסכם.

ה(2)(ג) תוכנו של ההסכם והסטנדרטים לפי המשפט הבינלאומי

84. במסגרתו של פרק זה עלינו לבחון אם בהתאם להוראותיו של ההסכם, אכן התחייבה המדינה השלישית במסגרתו לקבל לשטחה את המורחקים ולהעניק להם הגנה בה. המערערים הציגו בהקשר זה מספר דרישות שעולות לשיטתם מהסטנדרטים המקובלים במשפט הבינלאומי ושבחן ההסכם צריך לעמוד. הדרישה הראשונה שהציגו המערערים היא שיהיה מדובר בהסכם בכתב. בעניין מוקד טיוע לעובדים זרים הכרנו בכך ש"הסדר בלתי כתוב... על-פניו [הוא] הסדר בלתי מספק" (שם, סעיף 9). זו היא גם התפיסה המקובלת במשפט הבינלאומי (ראו, למשל: *Foster Protection Elsewhere*, בעמ' 283-284; *Guidance Note on Arrangements*, פס' 3(v)). אכן, קיומו של הסכם כתוב מעניק ודאות ומקל על היכולת לאכוף את ההסכם. אין חולק כי בענייננו נחתם הסכם כתוב, שעל תוכנו חלה כאמור תעודת חיסיון. נוסחו של ההסכם צורף לחומר החסוי שהוגש לבית-המשפט לעניינים מינהליים ואשר הוצג גם בפנינו. דא עקא, במענה לשאלתם של המערערים במסגרת רשימת השאלות הראשונה הוסיפו המשיבים בהתייחסותם הגלויה מיום 23.9.2016 כי "על נוסח ההסדר בכתב נוספו הבנות בעל פה במסגרת השיח השוטף [ש]מנהלים הצדדים" (שם, סעיף 2). ברשימת השאלות השנייה הציגו המערערים לבחון עיגונן של ההבנות הנוספות שהושגו בעל-פה בהסכם חדש בכתב. בהתייחסותם הגלויה מיום 8.1.2017 התייחסו המשיבים להצעה זו וציינו:

"המדינה אינה סבורה כי ישנה הצדקה לפתיחת ההסדר הכתוב [ש]אליו הגיעה עם המדינה השלישית. המדינה תבקש להבהיר כי לשיטתה אין פגם משפטי בכך שחלק מההבנות גובשו וסוכמו בעל פה, ולא בכתב. בנקודה זו תבקש המדינה להדגיש, כי על פי הנהוג בכל העולם, מדינות מנהלות יחסית דיפלומטיים ומגיעות להסכמים ולהסדרים אל מול מדינות אחרות במגוון רחב של כלים מדיניים ומשפטיים. בחירת הכלי המתאים קשורה

לנסיבות המקרה, לאינטרסים הרחבים של הצדדים, לרבות התהליכים הכרוכים בכל חלופה והמשמעות המדינית שלה. יוער בהקשר זה, כי מיוחסת משמעות רבה לתוכן ההתחייבות ולמהות ההסדר, גם אם זה נערך בעל-פה, ואין בעובדה כי ההסדר נערך והוסכם עליו בעל-פה כדי לגרוע ממחויבות הצדדים לתוכנה ו[ל]מהותה של הסכמה זו" (שם, סעיף 2(י"ב)).

תשובה זו לא הפיסה את דעתם של המערערים, שהלינו גם בתגובתם מיום 26.1.2017 על כך ש"חלק ניכר [מההסכם] בכלל לא הועלה על הכתב" (שם, סעיף 19).

בעניין זה מקובלת עלי עמדתם של המשיבים. עיקר ההסכמות – ועל כך דומה שאין חולק – עוגנו בענייננו בהסכם הראשוני שנעשה בכתב. בכך מתקיימת לדעת הדרישה להסכם כתוב שעליה עמדנו בעניין מוקד סיוע לעובדים זרים. איני סבורה כי יש מקום לדרוש מן המדינה לעגן בהסכם נוסף בכתב כל הסכמה נוספת לגבי יישומו של ההסכם, אשר עשויה להתקבל מעת לעת. אכן, כפי שציינה המדינה, גם למחויבויות שנעשות בעל-פה עשוי להיות מעמד משפטי ותוקף מחייב, הכל בהתאם לתוכן ולמהותן (ראו, למשל: *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary Vol. I 39* (Oliver Corten and Pierre Klein ed., 2011)). עשויות להיות כמובן הסכמות מהותיות היורדות לשורשו של האמור בהסכם שראוי יהיה לעגן בהסכם כתוב. ואכן, בדיון שהתקיים ביום 15.3.2016 במעמד צד אחד הצענו למשיבים לשקול לעגן הסכמות מסוימות בהסכם כתוב – וכך אכן נעשה, כפי שעולה מהתייחסותם החסויה של המשיבים מיום 23.9.2016. בהינתן האמור ולאחר עיון ביתר ההסכמות שאליהן הגיעו המשיבים עם המדינה השלישית, דעתי היא כי לא נפל פסול בכך שהן לא עוגנו במסמך כתוב וכי אין בעובדה זו, כשלעצמה, כדי להביא לכך שלא ניתן יהיה להרחיק מסתננים מכוח ההסכם (על המחויבויות שהוספו בעל-פה) למדינה השלישית.

85. האמור בפסקה הקודמת מוביל אותנו לדרישה השנייה שהציגו המערערים, והיא שלהסכם יהיה תוקף משפטי מחייב. כפי שצינו המשיבים בצדק, על מדינות מוטלת חובה כללית לקיים את המחויבויות שהן נוטלות על עצמן במסגרת הסכמים שבהם הן מתקשרות (סעיף 26 באמנת וינה בדבר דיני אמנות). אולם, חובה זו חלה, מטבע הדברים, רק במקרים שבהם המדינות אכן גמרו בדעתן ליטול על עצמן מחויבות משפטית. לא אחת מתברר כי זה אינו המקרה (ראו, למשל, סעיף 16 בהסכם בין אוסטרליה לבין מלזיה שבו צוין כי ההסכם "represents a record of the Participants' intention and political commitments but is no legally binding on the Participants

(ההדגשה הוספה – מ.ג.). בין היתר בשל כך פסק בית-המשפט הגבוה באוסטרליה בעניין M70 (פס' 103) כי לא ניתן להרחיק על בסיסו מבקשי מקלט מאוסטרליה למלזיה; באשר ל"מגמה" של מעבר להסכמים בלתי-פורמאליים שמידת המחויבות המשפטית הגלומה בהם מוטלת בספק, ראו: Cassarino, בעמ' 185-187). לאחר עיון בנוסחו של ההסכם שהוצג בפנינו במסגרת החומר החסוי, אני סבורה כי יש לקבוע כי מדובר בהסכם בעל תוקף משפטי מחייב, שנחתם בידי הגורמים הרלוונטיים בכל מדינה ואשר מעגן את מחויבויותיה של מדינת ישראל מזה ואת המחויבויות שהסכימה המדינה השלישית ליטול על עצמה, מזה. התחייבויות אלה נוגעות להסכמתה של המדינה השלישית לקבל לשטחה את המורחקים מישראל, למסמכים שהם יקבלו, למעמד שלו הם יזכו ולזכויות שתוענקה להם, באופן העולה בקנה-אחד עם האמור במדריך של נציבות האו"מ לפליטים בעניין (Guidance Note on Arrangements, פס' 3(v)). נציין כי חלק ממחויבויות אלה פורטו – חרף החיסיון שהוטל על תוכנו של ההסכם – בכתבי הטענות שהגישה המדינה, בהצהרותיה בפני בית-המשפט לעניינים מינהליים ובפני בית-משפט זה ובדף המידע שהיא חילקה למערערים 1 ו-2 (ראו פס' 4 להלן וההפניות שם).

86. הדרישה השלישית שהציגו המערערים היא שההסכם יהיה אכיף משפטית וניתן לביקורת שיפוטית. הם הפנו בהקשר זה למדריך שפרסמה נציבות האו"מ לפליטים בעניין הסכמי הרחקה, שם נכתב כי נדרש שההסכם יהיה "challengeable and enforceable in a court of law by the affected asylum-seekers" (Guidance Note on Arrangements, פס' 3(v)). במילים אחרות, ההסכם צריך להעניק למורחקים את האפשרות לקבל סעד משפטי במקרה של הפרה. דרישה זו, שהיגיון רב בצידה, עולה בקנה-אחד עם העיקרון שלפיו יש לאפשר לאדם שזכויותיו נפגעו לקבל סעד אפקטיבי (effective remedy) לאור ההפרה (ראו, למשל: European Convention on Human Rights, Art. 13; עניין *Hirsi Jamaa*, פס' 197-200 וההפניות שם; RENEMAN). דא עקא, כפי שעולה מהצהרתם של המשיבים, ההסכם שנחתם בענייננו אינו כולל סנקציות שתופעלנה במקרה של הפרה ומחויבותם של הצדדים נובעת מהכלל שלפיו הסכמים יש לקיים (סעיפים 2-4 בהתייחסות הגלויה מיום 23.9.2016). דומה כי מדובר אפוא בתִּסְרֵר מכוון, שיש בו כדי לבסס את מסקנתה של השופטת ע' ברוך בבש"מ צגטה כי ההסכמים עם המדינות השלישיות "מעצם טבעם, לא נועדו לאכיפה בבית המשפט" (שם, פס' 13). עניין זה מעורר לכאורה קושי. בהעדר התייחסות בהסכם לאפשרות לאכוף את המחויבויות המעוגנות בו באמצעים משפטיים – במיוחד על רקע חשאייתו – מתעורר

החשש כי המורחקים עשויים למצוא עצמם בפני שוקת שבורה, ככל שהמדינה השלישית לא תעמוד במחויבותיה לפי ההסכם.

למרות זאת, אני סבורה כי אין בהעדר ההתייחסות לנושא האכיפה בהסכם, כשלעצמו, כדי לפסול מראש את היכולת להרחיק מכוחו של הסכם זה. תכליתה של הדרישה השלישית היא להבטיח כי יוענק למורחקים סעד אפקטיבי במקרה של הפרת ההסכם. מטבע הדברים, קיומה של הוראה מפורשת בהסכם בנוגע ליכולת אכיפתו במקרה של הפרה מהווה אינדיקציה טובה לכך שאכן מוענק למורחקים סעד אפקטיבי. אולם, אין זה מבטיח כי המחויבות תכובד בפועל וכי אכן יוענק למורחקים סעד אפקטיבי (ראו והשוו: Borchelt, בעמ' 507). בדומה, אף בהעדר התייחסות מפורשת בהסכם לנושא האכיפה, יתכן שבפועל תתאפשר למורחקים גישה לערכאות במקרה של הפרה של זכויותיהם. מכאן שקיומה של הוראה מפורשת בהסכם מהווה כמובן נקודת-מוצא טובה, אך העדרה אינו חורץ את דינו של ההסכם לשבט. הנה-כי-כן, השאלה אם ניתן סעד אפקטיבי במקרה של הפרה אם לאו היא שאלה שבעובדה. ראשית, יש לבחון – בהתאם לראיות על קורותיהם של המורחקים במדינה השלישית – האם מופרות זכויותיהם ואם כן, האם ניתנת בידם אפשרות לאכוף את ההסכם במישור המשפטי. שנית, יש לבחון אם במדינה השלישית יש מערכת משפט מתפקדת שלמורחקים יש גישה אליה (שהרי בהעדר מערכת משפט מתפקדת או בהעדר גישה של המורחקים אליה, לא תהיה אפשרות לקבל סעד משפטי אפקטיבי).

בשלב זה ראוי להתעכב קמעה על הנושא השני שיש לבחון במסגרת זו, קיומה של מערכת משפט מתפקדת במדינה השלישית. נושא זה עלה לראשונה במסגרת הדיון הראשון שנערך בהליך לאור שאלותיו של ההרכב (פרוטוקול הדיון מיום 15.3.2015, בעמ' 13, ש' 1-29). בהתייחסויותיהם הגלויה והחסויה מיום 23.9.2016 טענו המשיבים כי "שאלת עצמאותה ונגישותה של מערכת משפט במדינה פלונית [אינה] תנאי סף להיות המדינה הפלונית 'מדינה בטוחה' שניתן להרחיק אליה נתינים זרים" (שם, פס' 23). דא עקא, כפי שעולה מהפסקה הקודמת, אף שקיומה של מערכת משפט עצמאית ונגישה אינו תנאי מתוך התנאים "המהותיים" שצריכים להתקיים במדינה השלישית כדי שהיא תחשב לבטוחה, מדובר באחד מהתנאים הפרוצדורליים שנועדו להבטיח כי זכויותיהם של המורחקים אכן תתקבלנה במדינה השלישית. קשה לחלוק על הצורך שיש למורחקים בגישה למנגנון שיפוטי ראוי שבפניו יהיה באפשרותם להעלות טענות במקרה של הפרת זכויותיהם.

הצדדים חלוקים כאמור גם ביחס לשאלת נגישותה ועצמאותה של מערכת המשפט במדינה השלישית. במסגרת החומר החסוי הגישו המשיבים חוות-דעת משלימה מטעם משרד החוץ, שמסקנתה חיובית; לעומת זאת, בהודעת העדכון שהגישו ביום 9.10.2016 הפנו המערערים לשורה ארוכה של מקורות המעידים, לשיטתם, כי מערכת המשפט במדינה השלישית אינה עצמאית וסובלת מהתערבות מצד הדרג הפוליטי (ראו שם, סעיפים 21-28). אף אם נניח כי מערכת המשפט במדינה השלישית אינה מושלמת, מחוות-הדעת החסויה שהוצגה בפנינו – שהתבססה על מקורות רבים, שלחלקם הפנה בית-המשפט לעניינים מינהליים בפסק-דינו – עולה כי היא מאפשרת לאזרחיה של המדינה השלישית ולפליטים ולזרים השוהים בה גישה מספקת. המערערים לא טענו – וממילא לא הוכיחו – כי למורחקים למדינה השלישית אין גישה למערכת המשפט בה, במקרה של הפרה. לא הוצג בפנינו ולו מקרה אחד שבו ביקש מי מבין המורחקים לפתוח בהליך משפטי והדבר לא הסתייע בידו או שלא ניתן לו סעד. בנסיבות אלה, לא הונחה בפנינו תשתית המאפשרת לקבוע כי לא ניתן למורחקים סעד אפקטיבי במקרה של הפרת זכויותיהם.

87. הדרישה הרביעית שאליה התייחסו המערערים – ואשר נראה כי היא המרכזית, מבחינתם – היא שההסכם יהיה "מסוים" דיו. לשיטתם, כדי שניתן יהיה להרחיק למדינה שלישית מכוח הסכם שנחתם עמה, על ההסכם להתייחס באופן מפורט הן לזכויות שתוענקנה למורחקים מכוחו הן למנגנונים ולבטוחות ולערובות שנקבעו כדי להבטיח את קיומו בפועל: "הדרישה למסוימות שתאפשר אכיפה צריכה להתקיים לגבי כל רכיבי ההסדר. בעיקר אמורים הדברים לגבי הזכויות המובטחות לנשלחים: איזה מעמד יקבלו, לכמה זמן, אילו זכויות נובעות ממנו? האם קבלתו מותנית בתנאים מצד מי שנשלח לשם ואם כן מה הם ומי אחראי ליידע אותו בדבר? האם מובטח בהסכם, שהמגיעים ל[מדינה השלישית] יוכלו להתקיים בה בכבוד?... ההסכם צריך להיות חד-משמעי גם לגבי מנגנונים שנועדו להבטיח את קיומו בפועל: האם ניתנו בטוחות בהסכם לקיומו, ואם כן אילו? האם ההסכם מעגן בתוכו אפשרות להטלת סנקציה על המדינה המפרה את ההסכם? האם יש אפשרות לאכיפה בידי האנשים הנשלחים ובמדינת היעד (למשל על ידי פניה לערכאות שיפוטיות, לרשויות וכו'), ולענין זה נתמה כיצד יוכל לעשות זאת אדם שההסכם חסוי מפניו?) האם מובטחים בו מנגנוני פיקוח ובקרה?" (סעיפים 64-65 בסיכומיהם של המערערים).

באופן עקרוני, תמימת-דעים אני עם המערערים כי הסכם הרחקה למדינה שלישית צריך לכלול תוכן מהותי ולהתייחס, בין היתר, לזכויות שתוענקנה למורחקים



ולמעמד שלו הם יזכו במדינה השלישית. לא ניתן להסתפק בהסכם הכולל קווים כלליים או מפנה לחקיקה הרלוונטית במדינה השלישית ותו לא (ראו והשוו: עניין *M.S.S.*, פס' 354), הסכם שהוא על פניו הסכם בלתי-מספק כדי שניתן יהיה להרחיק על-פיו למדינה השלישית. לפיכך, הבאתי בחשבון את ה"תהיות" המרובות שהעלו המערערים בעת שעיינתי בהסכם שנחתם בין מדינת ישראל לבין המדינה השלישית. לאחר עיון בו – כמו-גם בהסכמים דומים שעליהם חתמו מדינות אחרות (ראו, למשל: הסכם בין אוסטרליה לבין מלזיה, סעיף 10; הסכם בין אוסטרליה לבין פפואה גינאה החדשה, סעיפים 17-20, הסכם בין אוסטרליה לבין נאורו, סעיפים 16-19) – אני סבורה כי ניתן לומר כי הוא "מסוים" דיו ככל שנוגע הדבר לזכויות שתוענקה למורחקים. ההסכם כולל התחייבות מפורשת של המדינה השלישית שהמורחקים שיגיעו אליה ייהנו מזכויות-אדם ומחירויות וכי יקוים עקרון אי-החזרה. כמו-כן, מתייחס ההסכם ליכולתם של המורחקים להגיש בקשת מקלט וליהנות ממעמד של פליט, ככל שבקשתם תאושר.

אשר לנושא הבטוחות והערובות לקיומו של ההסכם: מקובלת עלי עמדתם של המשיבים ביחס לחובה הכללית שחלה על מדינות לקיים הסכמים ומחויבויות (סעיף 26 באמנת וינה בדבר דיני אמנות). בפועל, לא כל הסכם בינלאומי כולל ערובות ובטוחות לקיומו או מעגן מנגנון ליישוב סכסוכים, ככל שיתעוררו. בתחום של הרחקה למדינה שלישית דומה כי זו היא הפרקטיקה, כשאף לא אחד מההסכמים שחתמו מדינות אחרות – ואשר אליהם הפניתי בפס' 77 להלן – כולל התייחסות לכך. בנסיבות אלה, אני סבורה כי עצם העדרם של בטוחות וערובות לקיומו של ההסכם או של מנגנונים ליישוב סכסוכים בעניינו המפורשים בהסכם אינו שולל את יכולתה של מדינת ישראל להרחיק למדינה השלישית מכוחו. אזכיר, בהקשר זה, כי רשמנו בפנינו את התחייבותם של המשיבים כי "אם... ייוודע ל[מדינת ישראל], כי המדינה השלישית... אינה מקיימת את ההסדר ו[את] ההתחייבויות שנטלה על עצמה בכתב ובעל פה, כמו גם [את] מחויבותה הכללית מכוח המשפט הבינלאומי לעקרון 'אי הרחקה', אזי מדינת ישראל תפסיק באופן מיידי להעביר מסתננים אל המדינה השלישית" (סעיף 4 בהתייחסותם הגלויה מיום 23.9.2016). מכאן, שככל שיוכח כי בפועל אין המדינה השלישית עומדת במחויבויותיה בהתאם להסכם, לא תוכל מדינת ישראל להרחיק על-פיו. מעבר להתחייבותם זו של המשיבים, אזכיר עוד כי המשיבים הנהיגו מנגנוני ביקורת ופיקוח לאחר הרחקה אשר גם הם מסייעים להתמודד עם החשש להפרות של ההסכם (על כך ראו פרק ה(3) להלן).

88. בהינתן כל האמור לעיל, אני סבורה כי מתקיימים בענייננו כל התנאים הפרוצדורליים הנדרשים לשם הרחקתם של מסתננים למדינה השלישית מכוח ההסכם שחתמה עמה מדינת ישראל. ההסכם מעגן במידה מספקת את מחויבויותיה של המדינה השלישית לקבל את המורחקים ולהעניק להם הגנה אפקטיבית. אעבור עתה לדון בקטגוריה השלישית מתוך הסטנדרטים הבינלאומיים לביצוע הרחקה למדינה שלישית.

ה(4) מנגנוני ביקורת ופיקוח לאחר הרחקה ( post-transfer monitoring mechanisms )

89. הקטגוריה השלישית והאחרונה עניינה מנגנוני ביקורת ופיקוח לאחר הרחקה, המכונים post-transfer monitoring mechanisms (ראו באופן כללי: Foster Responsibility Sharing, בעמ' 72-73). אין מחלוקת בין הצדדים ביחס לצורך לכוון מנגנונים מסוג זה. השאלה היא האם המנגנונים שהנהיגו המשיבים – אשר חלו בהם שיפורים ותוספות הן לנוכח הערותיו של בית-המשפט לעניינים מינהליים, הן לנוכח הערותינו במסגרתו של ערעור זה – מספקים. נעיר כבר עתה כי מנגנוני הביקורת והפיקוח מופעלים ביחס למורחקים מישראל לכל המדינות השלישיות (ולא רק ביחס למורחקים למדינה השלישית הרלוונטית לענייננו). בטרם נציג את המנגנונים שמפעילים המשיבים נכון להיום, עלינו להבין את שתי התכליות המרכזיות שנועדו מנגנוני הביקורת והפיקוח להשיג: האחת, מעקב אחר קורותיהם של מורחקים ספציפיים כחלק מאחריותה של המדינה המרחיקה לשלומם וכדי לאפשר לה לתת מענה לקשיים ככל שיתעוררו במדינה השלישית; השנייה, מעקב אחר קורותיהם של המורחקים באופן כללי כדי לגבש תמונה עדכנית ביחס לשאלה אם המדינה השלישית היא אכן מדינה בטוחה המעניקה למורחקים הגנה אפקטיבית.

90. המדינה המרחיקה היא הנושאת ראשונה באחריות לשלומם של המורחקים ( UNHCR Observations on the European Commission's proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures for Granting and Withdrawing Refugee Status, ¶36 (July 2001) (להלן: UNHCR Observations); השוו גם ל-Costello, בעמ' 47). אחריות זו נובעת מהימצאותם של המורחקים בשטחה של המדינה המרחיקה ותחת הגנתה. היא עומדת בתוקפה ואינה פוקעת גם לאחר הרחקתו של אדם למדינה אחרת. באופן עקבי נפסק כי אין בעצם החתימה על הסכם להרחקה עם מדינה שלישית או בהרחקה עצמה כדי לשחרר את המדינה המרחיקה מאחריות זו (ראו,

למשל: עניין *Hirsi Jamaa*, פס' 129 וההפניות שם; *K.R.S. v. the United Kingdom*, no. ; 32733/08, p. 16 (2 December 2008); עניין *T.I.*, בעמ' 15). ככל שיתברר כי זכויותיהם של המורחקים הופרו במדינה השלישית – בין אם במישרין על-ידי המדינה השלישית, בין אם בעקיפין כתוצאה מהרחקתם משם למדינות נוספות אחרות שבאיזו מהן נשקפת סכנה לחייהם או לחירותם, בניגוד לעקרון אי-החזרה – עשויה המדינה המרחיקה לשאת באחריות לכך (ראו והשוו: עניין אל טאיי, בעמ' 852; עניין *T.I.*, בעמ' 15). כפועל יוצא, המדינה המרחיקה אינה יוצאת ידי חובתה בכך שהיא מסתמכת על הסכם שחתמה עם המדינה השלישית או על הערכתה הראשונית ביחס לתנאים השוררים בה ואשר על בסיסם היא הגיעה למסקנה כי אכן מדובר במדינה בטוחה (*Foster Responsibility Sharing*, בעמ' 72; *Foster Protection Elsewhere*, בעמ' 284). שכן, יתכן כי בפועל מחויבות מכוח ההסכם לא תכובד (ראו והשוו לעניין *CPCF*, בעמ' 19, 64-65).

כחלק בלתי-נפרד מהאחריות האמורה, ראוי כי המדינה המרחיקה תכונן מנגנונים נאותים לפיקוח אחר קורותיהם של המורחקים במדינה השלישית (ראו והשוו: Hunan Rights Committee, *Report of the Human Rights Committee: Volume I*, UN GAOR, 57<sup>TH</sup> sess, Agenda Item 109, Supp. No 40, UN Doc A/57/40(Vol.1)(Supp) ¶79(12) (31 October 2002). בעמדה דומה מחזיק הפרלמנט של האיחוד האירופי, שסבר כי יש להנהיג מנגנון פיקוח על השפעת יישומו של הסכם קבלה שנחתם עם הונג-קונג על זכויות-אדם, כדי להבטיח כי זכויותיהם של המורחקים לא תיפגענה (לדיון בכך, ראו: Bouteillet-Paquet, בעמ' 371). בדומה, קבעה ועדת זכויות האדם (המפקחת על האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות) כי אין די בניהול "מגעים" בטרם הרחקה וכי היה על שוודיה לדאוג למנגנון הולם של פיקוח על כך שאדם שהיא הרחיקה למצרים לא יעונה בה בפועל ( *Alzery v. Sweden*, United Nations ) Human Rights Committee, CCPR/C/F/1416/2005, ¶11.5; ראו גם: UN Human Rights Committee, Concluding Observations: Sweden, ¶79 (12)(b), UN Doc A/57/40, 57 Vol I (2002); לדיון בכך, ראו: *Foster Responsibility Sharing*, בעמ' 72). עשויות אפוא להיות נסיבות שבהן האחריות של המדינה המרחיקה כלפי המורחקים תחייב אותה לכוון מנגנוני ביקורת ופיקוח על היחס שלו הם זוכים במדינה השלישית. בהינתן האמור, אני סבורה כי מדינת ישראל פעלה כראוי בכך שכווננה מנגנוני בקרה ופיקוח ושיפרה אותם מעת לעת. כפי שקבע בצדק בית-המשפט לעניינים מינהליים, מנגנונים אלה נועדו "כדי להבטיח את שלומם ואת חירותם של אותם מורחקים למדינות השלישיות, באופן המבטיח למורחקים אופק שהייה בטוח" (שם, פס' 23).

91. מעבר לצורך לכונן מנגנוני ביקורת ופיקוח כחלק מהאחריות המוטלת על כתפיה של המדינה המרחיקה, מנגנונים אלה מסייעים לה להבטיח כי מדינה בטוחה אכן ממשיכה להיות כזו עבור המורחקים. האופן שבו נוהגת מדינה כלפי המגיעים אליה עשוי להשתנות במשך הזמן ( *Canadian Council for Refugees v. R.* 2008 FCA 229, ¶73 (להלן: עניין *Canadian Council for Refugees*, ערעור); *Canadian Council for Refugees v. R.* 2007 FC 1262, ¶274 (להלן: עניין *Canadian Council for Refugees*); Borchelt, בעמ' 507). מדינה אשר הוגדרה כבטוחה עשויה להפסיק להיות כזו, בעוד שהמצב במדינה אשר לא הייתה בטוחה בעבר עשוי להשתפר (ראו, למשל, ביחס לאיטליה: עניין *EM*). מנגנוני פיקוח וביקורת מסוגים שונים מסייעים למדינה המרחיקה לעקוב אחר המצב השורר במדינה השלישית, לוודא כי היא אכן ממלאת את מחויבותיה לפי ההסכם (פסק-הדין של בית-המשפט לעניינים מינהליים, פס' 23 *Foster Protection*; *Elsewhere*, בעמ' 284) ולהבטיח "תוך כדי תנועה" כי היא עורנה מדינה בטוחה (עניין *Canadian Council for Refugees*, ערעור, פס' 93; עניין *Canadian Council for Refugees*, פס' 274 *Foster Responsibility Sharing*; בעמ' 72) וכי היא אכן מעניקה הגנה נאותה למורחקים (ראו והשוו: *Regina v Secretary of State For The Home Department Ex parte Thangarasa and Regina v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Yogathas* [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920, 927 (להלן: עניין *Yogathas*)).

מכאן נגזרות שתי השלכות מעשיות חשובות. ראשית, בהינתן האפשרות שיחול שינוי במצב הכללי במדינה השלישית ובאופן שבו היא מתייחסת למורחקים מוטלת על המדינה המרחיקה אחריות ואף חובה לבחון מעת לעת את מדיניות ההרחקה אליה. מנגנוני הביקורת והפיקוח הם כלי חשוב בהקשר זה, המאפשר למדינה המרחיקה לבחון מחדש את מדיניותה ולאשררה (ראו והשוו: עניין *Yogathas*, בעמ' 938). בחינה זו עשויה מטבע הדברים להוביל לשינוי המדיניות ולהפסקתן של ההרחקות. כך, לדוגמה, בעקבות היחס שאליו זכו המורחקים ביוון, הפסיקה נורווגיה להרחיק אליה ( *Foster Responsibility Sharing*, בעמ' 73). בדומה, איטליה הפסיקה להרחיק ללוב בעקבות אירועי "האביב הערבי" (עניין *Hirsi Jamaa*, פס' 21). אף מדינת ישראל הפסיקה בשלב מסוים לבצע הרחקות למצרים עקב שינויים גיאוגרפיים שאירעו בה (עניין מוקד סיוע לעובדים זרים, פס' 9 ו-11; טלי קריצמן-אמיר ותומס ספייקרבוואר "על חוקיותם של נוהלי דחייה של מבקשי מקלט ועל מוסריותם: הטיפול במבקשי המקלט בגבול ישראל-מצרים בתוך לוינסקי פינת אסמרה 111, 113 ו-143). שנית, ככל שעל בסיס הנתונים שנאספו באמצעות מנגנוני הביקורת והפיקוח אכן מגיעה המדינה המרחיקה

למסקנה כי המדינה השלישית נותרה בטוחה, באפשרותה להציג נתונים עדכניים אלה לבתי-המשפט בהליכים עתידיים בעניין הרחקה אל אותה מדינה. נתונים אלה עשויים לשמש מקור חשוב בהכרעתו של בית-המשפט אם מדינה שלישית היא אכן מדינה בטוחה (ראו, למשל: עניין *Yogathas*, בעמ' 938).

92. על רקע האמור, ניתן לעבור למנגנוני הביקורת והפיקוח שהנהיגו המשיבים – על השינויים והעדכונים שנעשו לנוכח הערותיו של בית-המשפט לעניינים מינהליים והערותינו שלנו. בתחילת הדרך, כעולה מפסק-הדין מושא הערעור, בוצעה הבקרה השוטפת של מדינת ישראל על הנעשה במדינות השלישיות באמצעות שליח מיוחד מטעם ראש הממשלה שעמד בקשר שוטף עם הרשויות המוסמכות במדינות אלה ועל-ידי עובד ייעודי ברשות האוכלוסין וההגירה שהופקד על התייעוד ועל המעקב אחר המורחקים. עובד זה אחראי, בין היתר, על יצירת קשר טלפוני עם המורחקים מספר ימים לאחר יציאתם מישראל. כמו-כן, שיגרה המדינה משלחות למדינות השלישיות, שנפגשו הן עם גורמים במדינות אלה הן עם אנשים שיצאו מישראל אליהן (ראו פס' 7 לעיל). בעקבות הערותיו של בית-המשפט לעניינים מינהליים הודיעו כאמור המשיבים על שינויים שבוצעו במנגנון הפיקוח. בין היתר, הוחלט להעמיד לרשות המורחקים מספר טלפון שבו יינתן מענה בשעות העבודה לבעיות ככל שתתעוררנה במדינות השלישיות, לערוך להם מפגש אוריינטציה בטרם היציאה מישראל ולקיים בקרה עתית מול המדינות השלישיות (ראו פס' 15 לעיל). בעקבות הערותינו בהליך זה הודיעו המשיבים על שני שינויים נוספים: כינונו של צוות בין-משרדי אשר יתכנס אחת לשלושה חודשים לשם בחינת תוצריהם של כלל מנגנוני הפיקוח והקמת מחלקה ייעודית במשרד הפנים לטיפול במורחקים (ראו פס' 24 לעיל). נעיר כי מעבר למנגנוני הביקורת והפיקוח הללו שעליהם עמדו המשיבים בגלוי, פורטו במסגרת החומר החסוי ובדיונים במעמד צד אחד – הן בפני בית-המשפט לעניינים מינהליים הן בפנינו – אמצעים נוספים שנוקטים המשיבים כדי להגביר את הביקורת ואת הפיקוח על ההרחקה למדינות השלישיות ועל קורותיהם של המורחקים בהן. המערערים ראו גם בדף המידע שניתן למורחקים בטרם יציאתם משום אמצעי פיקוח. אולם, דומני כי יש לראות בכלי זה כחלק מחובת הגילוי שבה נושאת מדינה בטרם הרחקתם של אנשים למדינה שלישית ולא כאמצעי פיקוח.

מנגנוני הביקורת והפיקוח המפורטים לעיל נועדו להגשים את שתי התכליות שעליהן עמדנו זה עתה. כך, העמדת מספר טלפון ייעודי וכוח-אדם מיוחד לרשות המורחקים אשר אליהם באפשרותם לפנות ככל שמתעוררת בעיה במדינות השלישיות –

וכן אמצעים נוספים שעל-אודותיהם הורחב במסגרת ההתייחסויות החסויות – משרתים בעיקר את התכלית הראשונה של ביקורת ופיקוח אחר הרחקה קונקרטי. התובנות המצטברות מפניותיהם של המורחקים ומהפניות היזומות שמבצעים עובדי רשות האוכלוסין וההגירה למורחקים והמידע שנאסף מהמדינות השלישיות משרתים את התכלית השנייה: ביקורת ופיקוח "תוך כדי תנועה" על כך שהמדינה השלישית היא אכן בטוחה ומעניקה הגנה אפקטיבית למורחקים. נתונים אלה משמשים כאמור הן לשם בחינת המדיניות מעת לעת הן לצורך איסוף נתונים עדכניים שניתן להציגם בפני בתי-המשפט.

93. השאלה הניצבת בפנינו, כאמור, היא האם מנגנוני הביקורת והפיקוח הללו מספקים? מפסק-הדין של בית-המשפט לעניינים מינהליים עולה כי המערערים היו שבעי-רצון לכאורה מהשינויים שביצעו המשיבים (שם, פס' 24). חרף זאת ואף שבמסגרת ההליכים לפנינו הודיעו המשיבים כאמור על עריכת שיפורים נוספים במנגנונים אלה, סבורים המערערים כי מנגנוני הביקורת והפיקוח אינם מספקים. הפגם המרכזי שעליו הצביעו נעוץ בכך שמרבית המידע מושג מגורמים במדינות השלישיות. המערערים טענו כי לא ניתן להסתמך על מידע שמקורו במדינה השלישית, וזאת משתי סיבות: בשל האינטרס שיש לאותה מדינה להציג עצמה כמי שמקיימת את ההסכם ומפאת העדר יכולת לאמת את המידע המגיע ממנה, לאור אופייה של מדינה זו.

איני מקבלת טענה זו. מנגנוני הביקורת והפיקוח משמשים בעיקרו-של-דבר כאמצעי לאיסוף מידע על קורותיהם של המורחקים במדינה השלישית. מטבע הדברים יש עדיפות לאיסופו של מידע "מכלי ראשון", קרי מהגורמים שבידיהם מצוי המידע הרלוונטי. בענייננו, מדובר בשני גורמים מרכזיים: המורחקים עצמם והמדינות השלישיות, אשר עליהן מוטלת כאמור האחריות להעניק הגנה למורחקים ושכאפשרותן להעיד על האופן שבו התייחסו אליהם וכיצד הן נוהגות להתייחס למורחקים ככלל. לפיכך, יש היגיון רב בהסתמכות על מידע שמקורו במדינה השלישית. אין מדובר בעניין ייחודי לישראל והוא נהוג גם במדינות אחרות. כך נעשה, למשל, בבריטניה (עניין *Yogathas*, בעמ' 938; עניין *Dursun*); כך נוהג גם בית-הדין האירופי לזכויות-אדם (ראו, למשל: עניין *T.I.*, בעמ' 13; עניין *Sufi*, פס' 231). בנסיבות אלה, פנייתם של המשיבים למדינה השלישית לשם קבלת מידע על קורותיהם של המורחקים הגיונית, סבירה ואף ראויה. בניגוד לעמדתם של המערערים, איני סבורה אפוא כי יש בכך שמקורו של המידע הוא במדינה השלישית כדי לפסול מראש את היכולת להשתמש בו.

94. איני מקבלת גם את טענת המערערים כי קיים קושי להסתמך על המידע שמספקת המדינה השלישית משום שמדובר במידע סלקטיבי שאינו אמין, בהיותה בעלת-עניין בדבר (לא להיחשב מפרה של ההסכם). במישור העובדתי, לא כל המידע שמתקבל מהמדינה השלישית הוא מידע שהיא "בוחרת לספק" כטענת המערערים. חלק מהגורמים שעמם נפגשה המשלחת שנשלחה למדינה השלישית לא נבחרו על-ידי המדינה השלישית (סעיף 11 בהתייחסות הגלויה מיום 23.9.2016). מעבר לכך, במישור המשפטי יש קושי מובנה בקבלתה של טענה זו. הטענה כי לא ניתן להסתמך על מידע לאור האינטרס שיש לנותנו שקולה לטענה במשפט כי עדות מסוימת אינה קבילה בשל אינטרס שיש לנותנה במתן העדות. אולם, כידוע, גם כאשר יש לעד אינטרס מסוים בעדותו, אין בכך כדי להפוך את עדותו לבלתי-קבילה. קיומו של אינטרס עשוי לפגום במשקל שייחס לעדותו (ראו, למשל, ביחס לעדותו של עד מדינה, אשר אך לשם הרשעה על-פיה נדרשת ראיה מסייעת: סעיף 54א(א) בפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; ע"פ 4998/95 מדינת ישראל נ' גומז'קרדוטו, פ"ד נא(3) 769, 771-772 (1997)). הוא הדין בענייננו. אף בהינתן האינטרס הנטען שיש למדינה השלישית לא להיחשב כמי שמפרה את ההסכם, אין בקיומו של אינטרס זה כדי למנוע את היכולת להסתמך על המידע המתקבל ממנה. מנגד, המדינה אינה יכולה לאמץ את המידע הזה בבחינת "ראה וקדש" ועליה לבחון אותו – כמו-גם את המידע המתקבל ממקורות אחרים ובאמצעים אחרים – ולקבוע את המשקל שיש ליתן לו בנסיבות המקרה.

95. הטענה השנייה בפיהם של המערערים הייתה כי לא ניתן בענייננו להסתמך על מידע שמקורו במדינה השלישית הספציפית משום שהיא "אינה מדינה דמוקרטית המאפשרת חופש ביטוי, פעילות של ארגוני זכויות אדם ועצמאות שיפוטית" (סעיף 84 בסיכומיהם). מבלי לקבוע מסמרות האם יש ממש בטענה זו כעניין עובדתי, אניח לצורך הדיון כי נדרשת בענייננו הקפדה יתרה בנוגע למידע שמקורו במדינה השלישית. אף בהינתן הנחה זו אני סבורה כי אין בענייננו מניעה להסתמך על מידע שמקורו במדינה השלישית וליתן לו משקל ממשי. עיון בחומר שנפרס בפנינו – הן הגלוי הן החסוי – מעלה כי המשיבים התייחסו בכובד הראש לחובה המוטלת עליהם לבצע ביקורת, לפקח על קורותיהם של המורחקים במדינה השלישית ולאסוף מידע מספק על כך. כאמור לעיל, המשיבים נקטו מספר רב של אמצעים לאיסוף מידע, ממקורות שונים, על היחס שניתן למורחקים במדינה השלישית. חלק מהמנגנונים מבוססים על התרשמות בלתי-אמצעית מהמתרחש במדינה השלישית (אף שהמערערים טענו אחרת, ראו סעיף 6 בתגובתם מיום 26.1.2017). המשיבים שלחו למדינה השלישית שתי משלחות שנפגשו

עם נציגיה של אותה מדינה ועם אנשים שיצאו מישראל אליה (לפירוט הבדיקות שביצעו המשלחות, ראו סעיפים 101-102 בכתב התשובה שהגישו המשיבים בבית-המשפט לעניינים מינהליים). בכך התאפשר להם להתרשם באופן ישיר ובלתי-אמצעי מן המתרחש במדינה השלישית. במסגרת ההליכים בפני בית-המשפט לעניינים מינהליים אף הודיעה באת-כוחם של המשיבים כי תישקל הוצאתה של משלחת נוספת (פסק-הדין מושא הערעור, פס' 23). בנוסף לכך, המשיבים נוהגים לפנות למורחקים באופן יזום באמצעות הטלפון, במטרה לקבל דיווח על קורותיהם ולשמוע מהם על אירועים חריגים ככל שהתרחשו. לנוכח הערותינו הודיעו המשיבים כי הם מתעתדים להגדיל את מצבת כוח-האדם ברשות האוכלוסין וההגירה העוסקת בדבר ולהקים מחלקה ייעודית אשר תהא אמונה על עמידה בקשר עם המורחקים. בהתאם למידע שנפרס בפנינו וכאמור בנוהל בעניין זה שצורף כנספח ד' בהודעה החסויה שהגישו המשיבים לבית-המשפט לעניינים מינהליים ביום 7.10.2015, בתוך שלושים ימים לכל היותר מיום הגעתו של המורחק למדינה השלישית ייזום נציג רשות האוכלוסין וההגירה פניה אליו במטרה לקבל ממנו מידע:

”במסגרת פניה יזומה זו מוודא נציג רשות האוכלוסין וההגירה, בין היתר וככל הניתן, את הפרטים הבאים: א. האם המסתנן הגיע למדינת היעד; ב. האם המסתנן קיבל מגורים למשך הימים הראשונים במדינת היעד; ג. האם הוסדרה שהייתו של המסתנן במדינה; ד. האם המסתנן עובד במדינה; ה. היכן מתגורר המסתנן במדינה ובאילו תנאים; ו. האם אירעו למסתנן אירועים חריגים בעת שהייתו במדינה; האם המסתנן חויב בתשלומים חריגים, בעיקר בכל הנוגע לכסף שקיבל מהרשויות בישראל לקראת יציאתו. ככל שהמסתנן הגיע למדינת היעד ויצא ממנה למדינה אחרת יש לברר עמו כיצד יצא את מדינת היעד ומה הנסיבות שהביאו לכך. ככל שהמסתנן יעלה קשיים או אירועים חריגים; ככל שיעלה מתוכן השיחה עם המסתנן כי פרטי ההסדר עם המדינה השלישית אינם מתמלאים; או כי המסתנן לא קיבל במדינת היעד את שהוסכם שיוקנה לו בהתאם להסדרים – ידווח על כך הנציג ללא דיחוי למנהל מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה. במידת הצורך הנציג ייצור קשר נוסף עם המסתנן” (סעיף 65 בסיכומיהם של המשיבים; ראו גם סעיף 9 בהודעתם הגלויה מיום 5.1.2017).

מן האמור עולה כי הפניה הטלפונית למורחקים אמורה להתבצע באופן שיטתי ומעמיק, במטרה לאסוף מידע רב ככל הניתן על קורותיו של המורחק במדינה השלישית ולאתר הפרות של ההסכם עם המדינה השלישית, ככל שהתרחשו. נזכיר כי מעבר לפניה היזומה כאמור, ניתן למורחקים מספר טלפון שבאמצעותו הם יכולים ליצור קשר עם



הגורמים הרלוונטיים ברשות האוכלוסין וההגירה ולדווח על קשיים שבהם נתקלו במדינה השלישית. המערערים טענו אמנם כי עובדת של המערערת 3 ניסתה להתקשר למספר הטלפון ולא קיבלה מענה מספק (סעיף 13 בסיכומיהם), אולם מהחומר הרב שנפרס בפנינו עולה כי בפועל ניתן מענה לפונים – בין באמצעות הטלפון, בין באמצעות דואר אלקטרוני (ראו והשוו לחליפת הודעות הדואר האלקטרוני בין עובדת של המערערת 3 לבין המשיבים, שצורפה כנספחים לתצהיר שהגישה במסגרת הראיות הנוספות מטעם המערערים). יש להדגיש כי המערערים לא טענו כי מי מהמורחקים ניסה להתקשר למספר הטלפון הנ"ל ולא קיבל מענה.

96. מכל מקום, המערערים אינם סבורים כי שיחות הטלפון מהוות אמצעי פיקוח נאות. הם הציגו בהקשר זה שתי טענות מרכזיות. הראשונה היא כי בפועל ניסו המשיבים ליצור קשר רק עם 163 אנשים מתוך כ-2,000 שעזבו מישראל למדינות השלישיות והצליחו לשוחח רק עם 52. דא עקא, כפי שעולה מסיכומיהם של המשיבים וכפי שציינו אף המערערים עצמם, מנגנון יצירת הקשר הטלפוני החל לפעול רק במהלך חודש אפריל 2015. יש להניח כי הנתונים שהציגו המערערים הביאו בחשבון גם את מי שיצאו מישראל למדינות השלישיות בטרם החל לפעול מנגנון זה. מהנתונים שפרסו המשיבים – אשר המערערים לא סתרו – עולה כי מיום 1.5.2015 ועד ליום 29.2.2016 יצאו מישראל למדינות השלישיות 1,298 מסתננים, 1,037 מתוכם הסכימו למסור פרטי ההתקשרות עמם או עם איש קשר מטעמם (ראו, לעניין זה, גם סעיף 2(ו) בהודעה הגלויה של המשיבים מיום 5.1.2017). רשות האוכלוסין וההגירה ניסתה עד ליום 29.2.2016 ליצור קשר עם 759 מתוך היוצאים ו-283 מבינם השיבו לשיחותיה (סעיף 65 בסיכומים מטעם המשיבים וסעיף 16 בהתייחסותם הגלויה של המשיבים מיום 23.9.2016). הטענה השנייה של המערערים, שיכולה להסביר במידת מדוע לא הצליחו המשיבים ליצור קשר עם כל היוצאים, נגעה לנגישותם של המורחקים למכשירי טלפון. המערערים טענו כי "מנגנון זה בנוי על ההנחה, שלאנשים שמגיעים ל[מדינה השלישית] יש יכולת ליצור קשר טלפוני עם המשיבים או לענות לשיחותיהם. ואולם, אם מכשירי הסלולר שלהם הוחרמו; אם המגיעים נלקחים למתחם סגור או נעצרים; אם הם נדרשים לעזוב את [המדינה השלישית] – המשיבים לעולם לא ידעו זאת אלא, לכל היותר, לאחר שיהיה מאוחר מדי... עוד יש להביא בחשבון את מידת נכונותם של היוצאים להשיב לשיחות של המשיבים ולנדב להם מידע: האם הם מזהים את המתקשרים אליהם; האם הם יודעים מה מטרת השיחה, מה כוונות נציגי הרשות, מה יעשה עם הדברים שימסור בשיחה ומהו האינטרס שיש להם בסיוע לנציגי הרשות; והחשש שמסירת המידע תפגע בהם" (סעיף 85 בסיכומיהם של המערערים). כאמור, חששות אלה עשויים להסביר – ולו באופן חלקי – מדוע הצליחו המשיבים ליצור קשר

רק עם כשליש מבין המורחקים שעמם הם ניסו ליצור קשר. המשיבים לא התייחסו בסיכומיהם לחששות אלה.

97. נתתי דעתי לחששות שהביעו המערערים ובחנתי באופן מעמיק את מנגנון הפיקוח הטלפוני שהנהיגו המשיבים, את המתודולוגיה שלו ואת יישומו בפועל. חרף העובדה שרשות האוכלוסין וההגירה לא הצליחה ליצור קשר עם כל המסתננים שיצאו מישראל למדינות השלישיות, אני סבורה כי הנתונים מצביעים על כך שמדובר במנגנון שמופעל באופן שיטתי ושוטף והמשמש אפיק מרכזי וחשוב למידע שאוספים המשיבים על קורותיהם של המורחקים (או, למצער, חלק מהם) במדינה השלישית. עמדתי מבוססת על מספר נימוקים. ראשית, חלק ניכר מהחששות שהביעו המערערים נוגע לסיבות שבעטיין מסרבים המורחקים לשתף פעולה עם הפיקוח הטלפוני (מעבר לסירוב למסור מספר טלפון שבאמצעותו ניתן ליצור עמם קשר, תופעה שעליה עמדו כאמור המשיבים) ובהן העדר נכונות להשיב לשיחותיהם של המשיבים ולנדב להם מידע והעדר אינטרס לסייע בידיהם. בניגוד לעמדתם המשתמעת של המערערים, אני סבורה כי יש מקום לזקוף את חוסר שיתוף-הפעולה מצד המורחקים לחובתם של המשיבים. על המשיבים מוטל נטל לבצע מאמץ סביר לצורך איסוף המידע הנדרש; אין הם נדרשים "לאלץ" את המורחקים לשתף פעולה וממילא הם נעדרים יכולת מעשית לעשות כן. שנית, המערערים הביעו חשש כי למורחקים אין יכולת ליצור קשר עם המשיבים או להשיב לשיחותיהם, למשל בשל החרמת מכשירי הסלולר שלהם או כתוצאה מלקיחתם למתחם סגור או ממעצרים. מעבר לכך שמדובר בחשש בעלמא שלא גובה בראשית ראייה ולו ביחס למקרה אחד שבו הוחרם מכשירו הסלולרי של מי מהמורחקים, דומה כי בפועל טרונייתם העיקרית של המערערים נעוצה בכך שלשיטתם בנסיבות אלה "המשיבים לעולם לא ידעו [על אירועים אלה – מ.ג.] אלא, לכל היותר, לאחר שיהיה מאוחר מדי" (סעיף 85 בסיכומיהם). דא עקא, מהחומר החסוי שהוצג בפנינו עולה כי הדיווחים על מקרים חריגים שבהם נעצרו מורחקים במדינה השלישית או שבמסגרתם הם נתקלו בבעיות או בתקלות אחרות דווקא הגיעו למשיבים – הן באמצעות המערערים 3-8 הן באמצעות נציבות האו"ם לפליטים הן מהמורחקים עצמם – וכי אלה נבדקו לעומק וטופלו, ככל הנדרש באופן מידי תוך יצירת קשר עם הגורמים הרלוונטיים במדינה השלישית (סעיף 14 בהתייחסות הגלויה מיום 23.9.2016). לא למותר להזכיר כי הפיקוח הטלפוני הוא רק אחד מבין מנגנוני הביקורת והפיקוח שמפעילים המשיבים ואין ציפייה כי באמצעותו יושג מלוא המידע (שהרי אם זו הייתה התוצאה, לא היה צורך להנהיג מנגנוני ביקורת ופיקוח נוספים). לבסוף, בחומר החסוי שהוצג בפנינו נכלל תיעוד מפורט של חלק ניכר מהשיחות שקוימו עם המורחקים (ראו נספח ה' בהודעה החסויה מיום 7.10.2015 וטופסי תיעוד נוספים שהוגשו לבית-

המשפט לעניינים מינהליים כחלק מהחומר החסוי; נספחים שצורפו לנספח 1 בחומר החסוי העדכני שהוגש ביום 13.3.2016). תיעוד זה מצביע על כך שבמרבית המקרים המורחקים או אנשי הקשר מטעמם שיתפו פעולה עם נציגיה של רשות האוכלוסין וההגירה ומסרו מידע ביחס לקורותיהם. מרביתם לא הציגו בעיות מיוחדות שבהן נתקלו וחלקם אף הודו על ההתעניינות בהם ומסרו את הערכתם בעניין. אכן, אין בפנינו נתונים ביחס למורחקים שעמם לא הצליחה רשות האוכלוסין וההגירה ליצור קשר. דא עקא, אף אם אניח שאכן נותרות תהיות מסוימות ביחס אליהם, אני סבורה כי המידע שנאסף מהמורחקים שעמם נוצר קשר מעניק תמונה מספקת ביחס לקורותיהם של המורחקים במדינה השלישית. כפי שצינו בהקשר אחר, "יש פעמים שמסכת העובדות הנגלית לעיני בית המשפט איננה מלאה, אך קיומן של שאלות שלא נמצאה להן תשובה אינו משליך על המסקנה המשפטית" (ע"פ 5706/11 רון נ' מדינת ישראל, פס' 127 (11.12.2014)). אכן, "מלאכת הרכבת התמונה הכוללת המצטיירת מן הראיות, איננה מחייבת שכל אבני תמונת ההרכבה 'יימצאו' ויונחו במקומן. די בכך שהמעין בתמונה המורכבת מאבני תמונת ההרכבה הקיימות, אף שאינן מלאות, יוכל לקבוע בוודאות: אני רואה בית, אני רואה עץ, אני רואה שמיים. די בכך שבית המשפט הקובע את העובדות... יהיה מסוגל להרכיב את חלקיה המהותיים של התמונה..." (ע"פ 4354/08 מדינת ישראל נ' רבינוביץ, פס' 50 לפסק-הדין של השופט י' דנציגר ושלי (22.4.2010); ההדגשות במקור – מ.ג.). דברים אלה נכונים, בשינויים המחייבים, גם לענייננו. הבית, העץ והשמיים שנגלו בפנינו הם קורותיהם של המורחקים.

אדגיש: איני מקבלת את הטענה כי עלינו להטיל ספק של ממש בנתונים אך בשל העובדה שלא נוצר קשר עם כ-70% מהמורחקים ולקבוע, עקב כך, כי המדינה השלישית אינה בטוחה (סעיף 21 בסיכומי התשובה מטעם המערערים). לחוסר האפשרות ליצור קשר עם מורחקים אלה עשויים להיות כאמור הסברים שונים. דווקא ההומוגניות הרבה בתשובותיהם של המורחקים שעמם נוצר קשר אשר כמעט ללא יוצא מן הכלל לא הציגו בעיות מיוחדות שבהן נתקלו היא הנותנת כי סביר יותר להניח כי זו הייתה המציאות שבה נתקלו גם יתר המורחקים, שעמם לא הצליחו המשיבים ליצור קשר. מכל מקום, מדובר כאן בטענה עובדתית שנטל השכנוע בעניינה מוטל כאמור על המערערים. נטל זה הם לא הצליחו להרים.

98. מעבֵר למנגנוני הביקורת והפיקוח שנסקרו לעיל, בל נשכח כי ההסכם נחתם עם המדינה השלישית במסגרת מערכת יחסים שוטפת, במישור הדיפלומטי, המתקיימת עמה – במיוחד בקשר עם הנושא שלפנינו. ואכן, מהמידע שנפרס בפנינו עולה כי המגעים הדיפלומטיים בין המדינות בעניין זה נמשכים וכי נציגיהן של המדינות

נפגשים באופן שוטף. מגעים אלה הובילו כאמור להשגתן של הסכמות בעל-פה, שנוספו כפי שהצהירו המשיבים על ההסכם הכתוב (סעיף 2(י"ב) בהודעתם הגלויה של המשיבים מיום 5.1.2017). בעקבות הערותינו בדיון שהתקיים במעמד צד אחד נוהלו מגעים דיפלומטיים נוספים שהובילו לעיגוןן של חלק מהסכמות אלה בכתב (ראו סעיפים 4-7 בהודעתם החסויה של המשיבים מיום 23.9.2016). לשיטתי יש לייחס חשיבות רבה למגעים השוטפים במישור הדיפלומטי, אשר מאפשרים לפתור בזמן אמת בעיות ותקלות, ככל שכאלה מתעוררות (ראו, בהקשר זה, סעיף 14 בהתייחסותם הגלויה של המשיבים מיום 23.9.2016).

99. מהסקירה שלעיל עולה כי המשיבים מפעילים מגוון מנגנוני ביקורת ופיקוח. מנגנונים אלה מאפשרים להם לגבש את התשתית העובדתית בדבר קורותיהם של המורחקים במדינה השלישית על בסיסם של מספר מקורות, תוך הצלבתו של המידע המתקבל מהם. ואכן, מההתייחסויותיהם (הגלויות והחסויות) של המשיבים לתלונות קונקרטיות שונות שהעלו המערערים ונציבות האו"מ לפליטים עולות תשובות רציניות, המושתתות על בירור עובדתי שיטתי שביצעו המשיבים. לאור כל האמור, לטעמי יש לקבוע כי הונהגו מנגנוני ביקורת ופיקוח נאותים, המגשימים את התכליות הניצבות ביסוד כינונם של מנגנונים מסוג זה (ראו פס' 91 לעיל).

100. המערערים הציגו מנגנונים שונים ששימוש בהם או בחלקם יאפשר לשיטתם למשיבים לבצע פיקוח אפקטיבי יותר, כגון נוכחות קבועה של נציג מטעם המשיבים במדינה השלישית, פיקוח של נציבות האו"מ לפליטים וקבלת נתונים חודשיים על הטיפול במורחקים במדינה השלישית (סעיף 86 בסיכומיהם). אין בדעתי לקבוע מסמרות ביחס לאמצעים שהציעו המערערים, אף שלא אחד שיתכן שראוי היה שהמשיבים ישקלו לפחות את חלקם. יש לזכור כי למשיבים מוקנה שיקול-דעת בעניין זה ולא מוטלת עליהם חובה לאמץ מנגנונים מסוימים דווקא ואף לא בהכרח מנגנונים אופטימליים. די בכך שהם ינהיגו מנגנונים שיעניקו להם תמונה הולמת ביחס לקורותיהם של המורחקים במדינה השלישית ויבטיחו כי הם אכן זוכים בה להגנה אפקטיבית. מסקנתי היא, כאמור, שבמועד הנוכחי המנגנונים שאומצו אכן מעניקים תמונה הולמת כאמור. עם זאת, בכך אין כמובן כדי לשלול כי בעתיד יתברר כי המנגנונים אינם מספקים עוד וכי יש מקום לאמץ מנגנוני פיקוח וביקורת נוספים או חלופיים והטענות בעניין זה שמורות למערערים, ככל שכך יבקשו לטעון במסגרתו של הליך מתאים.

101. אחד מן האמצעים "האפקטיביים" שהציגו המערערים, פיקוח של נציבות האו"מ לפליטים, מצדיק התייחסות נפרדת. המערערים התייחסו לאמצעי זה כחלק מטענה רחבה יותר שלפיה לנוכח אופייה של המדינה השלישית נדרש פיקוח של גורם חיצוני (ראו סעיף 16 בסיכומי התשובה מטעם המערערים). יתכן שפיקוח מטעם גורם חיצוני הוא ראוי ורצוי, אך באופן מעשי קשה להעלות על הדעת כי יכונן. המערערים לא הציגו ולו מקרה אחד שבו הסכימו מדינות לפיקוח של גורם חיצוני על הרחקה ממדינה אחת לאחרת – ודומתני כי לא בכדי. רצון להכפיף את ההרחקה לפיקוח של גורם חיצוני עשוי להתפרש אצל המדינה השלישית כחוסר אמון בה ובכך שהיא אכן תמלא את חלקה בהסכם. בנוסף לכך, ניתן כמובן לתהות מי צריך להיות אותו גורם חיצוני – האם נציבות האו"מ לפליטים כפי שהציעו המערערים או גורם אחר.

מעבר לכך, דומה כי העדרו של מתווה "רשמי" לפיקוח של גורם חיצוני על ההרחקה בפועל אינו כה משמעותי, בשים לב לכך שלנציבות האו"מ לפליטים יש נציגות מקומית במדינה השלישית וחלק מהמורחקים אף פנו אליה בעת הצורך ושנציגותה בישראל פנתה למשיבים מספר פעמים בתלונות ובטענות אשר טופלו כולן (פרוטוקול הדיון מיום 12.20.2015, בעמ' 17, ש' 17-22; מכתביה של נציבות האו"מ לפליטים מיום 27.1.2016 ומיום 16.2.2016, שצורפו כראיות נוספות מטעם המערערים ביום 18.2.2016). לא למותר לציין כי ממשלתה של המדינה השלישית משתפת פעולה באופן הדוק הן עם נציבות האו"מ לפליטים הן עם ארגוני זכויות-אדם אחרים. ערה אני לטענתם של המערערים שלא כל פניותיה של נציבות האו"מ לפליטים קיבלו מענה (פרוטוקול הדיון מיום 12.20.2015, בעמ' 17, ש' 23-26) ולקשיים המסוימים שהציגה נציגותה בישראל (שם, בעמ' 10, ש' 10-16). אך גם אם אניח כי אכן התעוררו תקלות מסוימות בפיקוח, אין בהן כדי להעיד כי לנציבות האו"מ לפליטים אין יכולת לפקח ולו באופן חלקי ובמידת הצורך על מורחקים שבעניינם מתעוררות בעיות. עם זאת, למען שיפור נגישותם של המורחקים לנציגותה של נציבות האו"מ לפליטים במדינה השלישית, אני סבורה כי ראוי שבדף שניתן למורחקים בשדה-התעופה בטרם הרחקתם (ואשר כולל את מספר הטלפון של הגורם האחראי במדינה שלישית על הנפקת רישיונות עבודה למורחקים, ראו: סעיף 6 בהודעה החסויה שהגישו המשיבים לבית-המשפט לעניינים מינהליים ביום 7.10.2015) יכללו גם מספר הטלפון של הנציגות המקומית וכתובתה. עוד כדאי לכלול בדף זה גם את פרטי ההתקשרות עם המחלקה הייעודית ברשות האוכלוסין וההגירה, כך שכל מספרי הטלפון ירוכזו לנוחות המורחקים במקום אחד.

102. חזקה על המשיבים כי הם אכן יעמדו בכל התחייבויותיהם וינהיגו את כל אמצעי הביקורת והפיקוח שפורטו לעיל, לרבות אלה שעל כינונם עמדו במסגרת התייחסויותיהם החסויות. במיוחד יודגש הצורך כי יפעלו, כמובטח, לטיפול מידי לטיפול בבעיות או בתקלות ככל שתתרחשנה; וכי יעמדו בהצהרתם שלפיה אם ייוודע להם כי המדינה השלישית לא מקיימת את ההתחייבות שנטלה על עצמה ואת מחויבותה לפי עקרון אי-ההרחקה, או שיתברר כי היא אינה מעניקה למורחקים הגנה אפקטיבית, תחדל מדינת ישראל באופן מידי מלהרחיק מסתננים לשם (ראו סעיף 4 בהתייחסותם הגלויה מיום 23.9.2016; ראו והשוו: עניין מוקד לסיוע לעובדים זרים, פס' 12). המשיבים מחויבים אפוא לבחון את מדיניותם מעת לעת ולאור המידע שמגיע אליהם הן באמצעות מנגנוני הביקורת והפיקוח הן מגורמים נוספים – והמערערים 3-8 מוזמנים בהקשר זה להמשיך ולפנות אליהם ככל שימצאו לנכון ביחס לבעיות או לתקלות שבהן יתקלו.

#### ה(5) סיכום

103. התנאים להרחקה למדינה שלישית נחלקים כאמור לשלוש קטגוריות: תנאים מהותיים ותנאים פרוצדורליים, שלטעמי מתמלאים בענייננו; ומנגנוני ביקורת ופיקוח לאחר הרחקה שאימצו המשיבים, אשר בשלב זה לפחות הם מספקים בעיניי. אכן, במהלך ניהולו של ההליך התברר כי אירעו תקלות מסוימות ובעיות מסוימות במתווה ההרחקה על רובדיו השונים. המשיבים התייחסו לכך ברצינות, בחנו את הנושאים טעוני השיפור וביצעו את ההתאמות ואת השינויים הנדרשים. המערערים, מצידם, לא הביאו ראיות לכך שהשינויים שבוצעו אינם מספקים ושאיזו מבין המחויבויות של המדינה השלישית כלפי המורחקים אינה מקוימת כיום בפועל. לאחר בחינה מדוקדקת של הטענות, המסקנה היא כי בעת הנוכחית לא נמצא טעם לקבוע כי ישנה מניעה שמקורה בדין הישראלי או בדין הבינלאומי להרחיק ממדינת ישראל למדינה השלישית מסתננים השהים במרכז השהייה ואשר לא הגישו בקשת מקלט או שבקשתם למקלט נדחתה.

#### החזקה במשמורת של מסתננים המסרבים להסכים להרחקה למדינה שלישית

104. השאלה השנייה שמעורר הערעור שלפנינו היא האם ניתן להכניס למשמורת את המערערים 1 ו-2 – ובדומה, גם מסתננים אחרים – בשל אי-הסכמתם להרחקה למדינה

השלישית. לשיטתם של המשיבים, סירובו של מסתנן לצאת למדינה שלישית אשר אין בו ממש עשוי להיחשב כהעדר שיתוף-פעולה כמובנו בסעיף 13(ב)(1) בחוק הכניסה לישראל, אשר בגינו באפשרותם – כך לטענתם – להעבירו למשמורת. עמדתם האמורה של המשיבים עוגנה בסעיף 3.8 בנוהל יציאה למדיניות השלישיות:

”ככל שהממונה הגיע למסקנה כי אין בסירובו של המסתנן לצאת לאחרת המדינות המוצעות, ממש, יודיע לו כי סירובו נחשב כחוסר שיתוף פעולה שיש בו למנוע או לעכב את הרחקתו או יציאתו מישראל בהתאם לסעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי”ב-1952. בתום השימוע יקבל ממונה ביקורת הגבולות החלטה מנומקת בעניינו של המסתנן בהתאם לסמכויות הנתונות לו על פי חוק הכניסה לישראל, התשי”ב-1952.”

ראו עוד: בש”מ צגטה, פס’ 1. אציין כי הוראה זהה לסעיף 13(ב)(1) האמור מופיעה גם בסעיף 30א(ד)(1) בחוק למניעת הסתננות. סמכויות דומות קיימות, למשל, גם בארצות-הברית (8 U.S.C. § 1231(a)(1)) ובאיחוד האירופי (Article 15(6) of Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for returning Illegally Staying Third-Country Nationals ((להלן: Return Directive)). המערערים, מנגד, סבורים כי אין באפשרותם של מסתננים ליתן “הסכמה מדעת” להרחקה הן בהינתן חשאייתו של ההסכם שנחתם עם המדינה השלישית ושמוכחו מתבקשת הרחקתם הן בשם לב ל”סנקציה” הצפויה להם ככל שלא יסכימו – הכנסתם למשמרות; וממילא אין לומר כי בסירובם האמור יש משום “העדר שיתוף פעולה מלא” המצדיק השמתם במשמורת. המחלוקת שלפנינו נוגעת אפוא לסמכותם של המשיבים להחזיק במשמורת מסתננים בנסיבות המתוארות.

א. סמכות ההחזקה במשמורת

105. סמכות ההחזקה במשמורת קבועה בסעיף 13(א)(ב) בחוק הכניסה לישראל ובסעיף 30(א) בחוק למניעת הסתננות. בסעיפים אלה נקבע, בהתאמה, כי “שוהה שלא כדין יוחזק במשמורת עד ליציאתו מישראל או עד להרחקתו ממנה” וכי צו-גירוש משמש “אסמכתה חוקית להחזיק את המסתנן במשמורת עד לגירושו” (ראו עניין דסטא, פס’ 34 בפסק-דין). בפסיקה נקבע כי סמכות זו אינה עומדת בפני עצמה, אלא היא “סמכות נלווית, הבאה להבטיח את תכלית צו הגירוש, דהיינו יציאתו או גירושו של העצור מישראל, אין המעצר בא לשרת מטרה עונשית... הוא גם לא בא לשרת מטרת

כפייה" (בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד(4) 149, 151 (1990) (להלן: עניין בן ישראל; ההדגשה הוספה – מ.נ.); ראו עוד: עניין אלקנוב, פס' 16; עניין אל טאיי, בעמ' 850-851; בג"ץ 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי, פס' 26 (15.12.2011) (להלן: עניין סעידי); עניין אדם, בעמ' 757; עניין איתן, פס' 51 בפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן; עניין דסטטה, פס' 39 בפסק-דיני). זו היא תכלית המכונה זיהוי והרחקה: החזקה במשמורת לצורך מיצוי הליכי זיהוי של שוהה לא כדין וגיבוש אפיקי יציאתו מישראל או הרחקתו ממנה (שם, פס' 34 בפסק-דיני; עניין איתן, פס' 54 בפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן; *GOODWIN-GILL AND McADAM*, בעמ' 462) – לא רק למדינת מוצאו אלא גם למדינות שלישיות (ראו: ע"מ 8642/11 טסהפונה נ' משרד הפנים, פס' 5 בפסק-דינו של השופט י' דנציגר (14.2.2013) (להלן: עניין טסהפונה)).

106. כידוע, כדי להחזיק אדם במשמורת או במעצר נדרשת "תכלית לגיטימית" המצדיקה זאת (שם). לא ניתן להחזיק אדם במשמורת בהעדר עילת משמורת (ראו, למשל: [8] EWHC 3921, [2013] *Ismail v. Secretary of State for the Home Department*, (להלן: עניין *Ismail*); HC Auckland CIV 2007-404- *Mobebebi v Department of Labour*, 5 November 2007 at [37] (N.Z.)) (להלן: עניין *Mobebebi*). עילת המשמורת הרלוונטית בענייננו נובעת מתכליתה של סמכות ההחזקה במשמורת – זיהוי והרחקה – והיא הבטחת הרחקה מישראל (ולפיכך מובן שיש להוציא צו-הרחקה בטרם ניתן יהיה להחזיק אדם במשמורת). משמעות הדבר שניתן להחזיק במשמורת רק אם ההחזקה במשמורת נחוצה לשם הבטחת הרחקתו מישראל של המוחזק.

עילת המשמורת נדרשת להתקיים לא רק בעת הכנסתו של אדם למשמורת, אלא גם כל-אימת שהוא עודנו מוחזק במשמורת. אם מתברר בשלב מסוים כי עילת המשמורת פסקה מלהתקיים – למשל, בנסיבות שבהן לא נראית באופק אפשרות מעשית להרחקה, משמע כי אין בהחזקה במשמורת כדי להביא להבטחת ההרחקה מישראל – יש לשחרר את המוחזק ממשמורת לאלתר (עניין בן ישראל, בעמ' 152; עניין אל טאיי, בעמ' 851; עניין סעידי, פס' 26; עניין אדם, בעמ' 843-846; עניין איתן, פס' 51 ו-56 בפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן ופס' 1 בפסק-דיני; עניין דסטטה, פס' 34 בפסק-דיני). זאת, תהיינה אשר תהיינה הנסיבות שבעטיין לא ניתן להרחיקו. עמדתי על כך בעניין דסטטה, שם ציינתי כי "כאשר נמצא שהמשך מעצרו של מסתנן אין בו כדי לשרת את תכלית הזיהוי וההרחקה, אין עוד הצדקה להמשיך ולהחזיקו במשמורת. זאת, גם אם טרם חלפו שלושה החודשים מאז תחילת החזקתו במשמורת. אם תאמר אחרת, משמעות הדבר תהא כי נתן להחזיק אדם במעצר שרירותי" (שם, פס' 41; ראו גם: עניין



בן ישראל, בעמ' 151-152). זווית אחרת להשקיף על הדברים היא כפיפותה של ההחזקה במשמורת לעקרון המידתיות (ראו, למשל: עניין טסהפונה, פס' 5 בפסק-דינו של השופט י' דנציגר): חלוף הזמן מבלי שנמצא פתרון שיאפשר הרחקתו של שוהה שלא כדין מישראל מחייב לשקול את ההצדקה להמשך החזקתו במשמורת (שם; ראו גם: עניין דסטה, פס' 39 בפסק-דיני; בג"ץ 199/53 פלוני נ' שר-הפנים, פ"ד ח 243, 247-248 (1954)).

הנה-כי-כן, סמכות ההחזקה במשמורת אינה סמכות מוחלטת (ראו, למשל: בר"מ 173/03 מדינת ישראל נ' סלאמה, פס' 9 (9.5.2005)). יש להפעיל שיקול-דעת ולהתחשב בכל השיקולים הרלוונטיים הן לעניין עצם הפעלתה של סמכות זו הן בקביעת תקופת ההחזקה במשמורת, שאינה יכולה להיות מעבר לזמן סביר (ראו: עניין איתן, פס' 56 וההפניות שם).

107. אופייה המתואר של סמכות ההחזקה במשמורת ובמיוחד החובה לשקול נקיטתם של אמצעים חלופיים – פוגעניים פחות – עוגנו גם בחוק. לממונה ביקורת הגבולות הוקנתה סמכות לשחרר שוהה שלא כדין בערובה – הן במועד הכנסתו למשמורת הן בשלבים מאוחרים יותר, בעת עריכת ביקורת עתית על ההחזקה במשמורת – בהתקיימן של אחת או יותר מבין ארבע עילות. וכך מורה סעיף 113(א) בחוק הכניסה לישראל:

113. (א) ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר בערובה שוהה שלא כדין בהתאם להוראות סעיף זה; לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין אלא אם כן התקיים בו אחד מאלה:

שחרור  
בערובה

(1) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי שהייתו הבלתי חוקית יסודה בטעות או בתקלה שבתום לב, וכי יצא מישראל במועד שקבע לו.

(2) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי יצא מישראל בעצמו בתוך מועד שקבע לו, וכי לא יהיה קושי באיתורו אם לא יצא בעצמו במועד שנקבע.

(3) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי מחמת גילו או מצב בריאותו החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, או שקיימים טעמים הומניטריים מיוחדים אחרים המצדיקים את שחרורו בערובה, לרבות מקום שעקב החזקה

במשמורת יוותר קטין בלא השגחה.  
 (4) הוא שוהה במשמורת  
 יותר מ-60 ימים ברציפות.

ראו גם סעיף 30א(ב) ו-(ג) בחוק למניעת הסתננות, שם קבועות עילות דומות (אך לא זהות) לשחרור בערובה. בשונה מהעילות האחרות, העילה שבסעיף 13ו(א) (4) אינה מצריכה לכאורה הפעלתו של שיקול-דעת. זו היא עילה המתווה פרק-זמן מרבי להחזקה במשמורת: 60 ימים. בדומה, גם עילות מקבילות שנקבעו בחוק למניעת הסתננות פורשו כקובעות פרק-זמן מרביים להחזקה במשמורת (ראו, למשל: עניין איתן, פס' 45, 69 ו-71 בפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן; עניין דסטא, פס' 27 ו-48 בפסק-דיני). מכאן, שבחלוף 60 ימים לכל היותר ממועד תחילת ההחזקה במשמורת, נדרש הממונה לשחרר את השוהה במשמורת – וזאת אף אם עילת ההחזקה במשמורת, הבטחת הרחקתו של השוהה מישראל, עודנה מתקיימת.

108. בענייננו לא ניצבת בפני המשיבים כל מניעה להוציא כנגד המערערים 1 ו-2 צו-הרחקה, אשר יהווה אסמכתה להחזקתם במשמורת (סעיף 13(א)(ב) בחוק הכניסה לישראל). החזקתם במשמורת – לצורך מימוש הרחקתם והבטחתה – יכולה להיות למשך 60 ימים לכל היותר (שם, סעיף 13ו(א)(4)); אלא אם מתקיימות אחת או יותר מהעילות האחרות לשחרור בערובה (שם, סעיפים 13ו(א)(1)-(3)) או שמתברר בשלב מוקדם יותר כי אין בהחזקה במשמורת כדי להגשים את התכלית המונחת ביסודה (ראו פס' 107 לעיל וההפניות שם). לא נראה כי יש מחלוקת בעניין זה בין הצדדים. דא עקא, המשיבים אינם מסתפקים בהחזקה במשמורת לתקופה האמורה. לשיטתם, חלות בענייננו נסיבות שבעטיין ניתן להחזיק את המערערים 1 ו-2 במשמורת אף מעבר למגבלה האמורה של 60 ימים. ביסוד טענתם זו ניצבת סמכות נוספת המוקנית לממונה ביקורת הגבולות, היא הסמכות להורות על המשך החזקתו של שוהה במשמורת. בסעיף 13ו(ב) בחוק הכניסה לישראל נקבעו שתי עילות אשר בהתקיימן לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין:

שחרור  
בערובה  
113. (א) [...] (ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין אם התקיים אחד מאלה:  
 (1) הרחקתו מישראל נמנעת או מתעכבת בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצדו, לרבות לענין הבהרת זהותו או להסדרת הליכי הרחקתו מישראל;  
 (2) יש בשחרורו כדי לסכן

את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או  
את בריאות הציבור;  
אלא אם כן מתקיים בו האמור ברישה  
לפסקה (3) לסעיף קטן (א), ואין דרך אחרת  
למנוע את הנזק לבריאותו.

בפסיקה נקבע כי הסעיף האמור מקנה סמכות להורות על המשך החזקה במשמורת או על הארכת המשמורת (עניין אלקנוב, פס' 10, 19 ו-21). במילים אחרות, בסעיף 13(ב) לא נקבעו עילות להכנסה למשמורת, אלא עילות לאי-שחרור ממנה (ראו והשוו: *Prieto-Romero v. Clark*, 534 F.3d 1053, 1060 (2008)). מדובר בהבחנה חשובה. שכן, כדי שניתן יהיה להחזיק שוהה שלא כדין במשמורת, נדרשת להתקיים עילת משמורת – היא הבטחת הרחקתו מישראל. רק אם מתקיימת עילת משמורת, ניתן יהיה להימנע משחרורו בערובה בהתקיים אחת מן העילות לכך.

אם נשרטט את "גבולות הגזרה" העולים מהסעיפים שנסקרו לעיל, נקבל את התמונה הבאה (ראו, למשל: עניין אלקנוב, פס' 16 ועניין הרדס, פס' 8): הכלל הוא כי שוהה שלא כדין יוכנס למשמורת מכוח סעיף 13(א)(ב) בחוק הכניסה לישראל לאחד שהוצא כנגדו צו-הרחקה ובלבד שקיימת עילת משמורת, קרי החזקתו במשמורת נדרשת לשם הבטחת הרחקתו מישראל. ניתן להותירו במשמורת כל עוד עילת המשמורת עודנה מתקיימת, אך תקופת ההחזקה במשמורת נדרשת להיות מידתית. החריג לכלל: ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר שוהה שלא כדין בערובה חרף קיומה של עילת משמורת בהתקיימן של אחת או יותר מהעילות הקבועות בסעיף 13(א). שוהה שלא כדין ישוחרר ממשמורת לא יאוחר מחלוף 60 ימים ממועד תחילת החזקתו במשמורת (סעיף 13(א)(4)). הסייג לחרוג: שוהה שלא כדין לא ישוחרר בערובה בהתקיים אחת או יותר מהעילות הקבועות בסעיף 13(ב), למעט אם החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו ולא ניתן למנוע נזק זה באף דרך אחרת (סעיף 13(ב) סיפה).

השאלה המתעוררת בערעור שלפנינו היא האם מתקיימת בעניינם של המערערים 1 ו-2 עילה להמשך החזקה במשמורת. המשיבים טענו כאמור כי יש באי-הסכמה להרחקה שאין בה ממש משום העדר שיתוף-פעולה עם הרחקה, המצדיק המשך החזקה במשמורת.

ב. סמכות להמשך החזקה במשמורת בשל העדר שיתוף-פעולה עם הרחקה

109. הסמכות להורות על המשך החזקה במשמורת בשל העדר שיתוף-פעולה עם הרחקה קבועה כאמור בסעיף 13(ב)1 (1) בחוק הכניסה לישראל, שלפיו "[...] לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין אם... הרחקתו מישראל נמנעת או מתעכבת בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצדו, לרבות לענין הבהרת זהותו או להסדרת הליכי הרחקתו מישראל." מהפסיקה עולה כי תכליתה של הוראה זו היא ליתן בידי המדינה כלי להתמודד עם שוהים במשמורת ה"מסרבנים" לשתף פעולה באופן מלא עם המדינה ומעכבנים] הלכה למעשה את הרחקתם] מישראל" (בר"מ 1662/11 בירחה נ' משרד הפנים, פס' 33 (1.9.2011) (להלן: עניין בירחה); ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8), התשס"א-2000, שבעקבותיה נוסף סעיף 13(ב)1 (1) הנ"ל, בעמ' 114). התפיסה היא ש"כדי להביא להרחקה מיידית מישראל של שוהים שלא כדין, אין מקום להורות על שחרור ממשמורת של מוחזק המסרב לשתף פעולה באופן מלא עם רשויות המדינה, שכן כך רק יתאפשר לו לעכב במידה נוספת את הרחקתו מישראל, ולסכל את השגת המטרה לשמה הוצא צו ההרחקה" (בר"מ 7363/06 מדינת ישראל נ' ארטשט, פס' 3 (17.12.2016) (להלן: עניין ארטשט)). במילים אחרות, אין לאפשר לשוהה במשמורת ליהנות מפרי סירובו לשתף פעולה (ראו והשוו: עניין *Warassama*, פס' 30). אכן, "שוהה בלתי חוקי המונע או מעכב בהתנהגותו את הרחקתו אינו מותר בידי המדינה חלופה ממשית אחרת המאפשרת הגשמת תכלית ההרחקה, מלבד המשך החזקתו במשמורת" (עניין אלקנוב, פס' 20). הנה-כיי-כן, תכלית המשך החזקתו של השוהה במשמורת בנסיבות שבהן הוא אינו משתף פעולה היא לתמרץ אותו לשתף פעולה (ראו והשוו: עניין *Yadegary*, פס' 19). ניתן לומר כי בנסיבות אלה ה"מפתחות" לשחרור ממשמורת (עד למועד ההרחקה בפועל) מצויים בידי של המוחזק, אם רק יאות לשתף פעולה עם הרחקתו (ראו והשוו: ע"מ 1793/08 מדינת ישראל נ' מטמבו (25.6.2008) (להלן: עניין מטמבו)).

110. במסגרת סעיף 13(ב)1 (1) התייחס המחוקק לשתי דוגמות לעניינים שביחס אליהם נדרש שוהה שלא כדין לשתף פעולה: "הבהרת זהותו" ו"הסדרת הליכי הרחקתו מישראל". לאור לשון הריבוי ("לרבות") שננקטה בסעיף ייתכנו היבטים נוספים הכרוכים בהרחקה מישראל שייכללו בו. המחוקק לא הגדיר באופן מפורש מה נדרש שוהה לעשות במסגרת חובת שיתוף-הפעולה ואילו פעולות עשויות להוות העדר שיתוף-פעולה, למעט שתי הדוגמות הנ"ל. המשימה ליצוק תוכן לתיבה זו הותרה אפוא לבתי-המשפט. במשימה זו מונחה בית-המשפט על-ידי הכללים המקובלים לפרשנות. תחילת דרכנו היא, כידוע, בלשון החוק (ראו, למשל: ע"א 8569/06 מנהל מיטוי מקרקעין, חיפה נ' פוליטי, פ"ד סב(4) 280, 302-303 (2008)), אשר יש לפרשה על רקע

תכליתו (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט (2) 70, 74 (1985)). ניתן לאתר בפסיקה אמירות שבמסגרתן נעשה ניסיון לאפיין מה הוא "העדר שיתוף-פעולה". כך, לדוגמה, בבית-המשפט לערעורים של ה-9<sup>th</sup> Circuit צוין כי עילת המעצר בשל העדר שיתוף-פעולה (ראו 8 U.S.C. § 1231(a)(1)(c) חלה על " [...] Intentionally obstructionist, bad faith tactics that are designed to frustrate the government's attempts to effectuate a removal order [...] (*Diouf v. Mukasey*, 542 F.3d 1222, 1232 (9<sup>th</sup> Cir. 2008) (להלן: עניין *Diouf*)). בית-הדין לעררים ציין באחד המקרים ש"על מנת שהמוחזק ייחשב כמי שמשתף פעולה, עליו להראות רצון אמיתי לעזוב את תחומי מדינת ישראל, ולעשות את כל שביכולתו כדי לעזור לרשויות לממש את צו ההרחקה" (ערר (כניסה לישראל גבעון) 76272 וואמבה נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה, פס' 7 (28.11.2013) (להלן: עניין וואמבה)). כלומר: בפן החיובי – נדרש השהה לעשות כל שלא-ל-ידו כדי לסייע בהרחקתו מישראל; בפן השלילי – עליו להימנע מפעולות הנגועות בחוסר תום-לב, שנועדו לעכב את הרחקתו מישראל או לסכל אותה.

111. במאפיינים אלה יש כדי לסייע בבחינת השאלה אם שוהה פלוני אכן שיתף פעולה כנדרש ממנו, או שמא יש בפעולותיו משום העדר שיתוף-פעולה. עם זאת, ברי כי כל מקרה צריך להיבחן לגופו: האם התנהלות מסוימת או פעולה מסוימת (לרבות הימנעות ממנה), על רקע נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, עולות כדי העדר שיתוף-פעולה שיש בו כדי לעכב את ההרחקה מישראל או לסכלה (ראו והשוו: עניין ארטשט, פס' 3). שכן, התנהלות מסוימת עשויה להיחשב כהעדר שיתוף-פעולה עם הרחקה במקרה אחד, בעוד שבמקרה אחר – למשל בנסיבות שבהן מציג השהה הסבר סביר והולם להתנהלותו – עשויה המסקנה להיות שונה. מעבר לכך, יש פעולות שמטיבן לא תעלינה לרוב כדי העדר שיתוף-פעולה. למשל, פעולות שאינן נגועות בחוסר תום-לב, כגון הגשתה של בקשת מקלט או שימוש באמצעים חוקיים כדי לנסות לקבל מעמד בישראל (ראו, למשל: עמ"נ (מינהליים חי') 222/08 פלוני (קטין) נ' משרד הפנים (10.6.2008); עמ"נ (מינהליים חי') 468/07 לטטור נ' מדינת ישראל (6.11.2007); עניין הרדס, פס' 8; עניין *Diouf*, בעמ' 1232). בדומה, ישנן פעולות שאין מקום לדרוש מהשהה לעשותן במסגרת חובתו לסייע בהרחקתו. לדוגמה, אין מקום לדרוש ממנו לבצע פעולות חסרות-תוחלת – שאף אם יבצען, לא יהיה בהן כדי לאפשר את הרחקתו (עת"מ (מינהליים ת"א) 2281/05 פוטידי נ' משרד הפנים, פס' 16 (10.6.2007) (להלן: עניין פוטידי) – באותו מקרה לא ביצעה המדינה כל ניסיון להרחיקו ולכן לא הייתה כל פעולה שהיה ביכולתו לעשות כדי לאפשר את ההרחקה או כדי להחישא). הנה-כיי-כן,

ככלל אין לפנינו "רשימה" של פעולות אשר עשייתן או הימנעות מעשייתן, לפי העניין, עולות כדי העדר שיתוף-פעולה. כל מקרה נבחן לגופו, בהתאם לנסיבותיו.

112. ניתן לאתר פסיקה ענפה – הן בישראל (בעיקר של בתי-הדין לעררים ושל בתי-המשפט לעניינים מינהליים), הן במשפט המשווה – שעסקה בשאלה אם פעולות מסוימות עולות כדי העדר שיתוף-פעולה עם הרחקה. אעמוד להלן, בתמצית, על עיקריה של הפסיקה בנושא זה. אשר להעדר שיתוף-פעולה של שוהה ביחס ל"הבהרת זהותו": הבהרת זהותו של השוהה היא תנאי-סף הכרחי לצורך איתורם של אפיקים מתאימים להרחקתו מישראל (עניין איתן, פס' 119 בפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן; עניין דסטח, פס' 34 בפסק-דיני). מכאן החשיבות הרבה המוקנית לשיתוף-הפעולה בעניין זה, במיוחד על רקע העובדה שבמרבית המקרים בידיו של השוהה מצויים המידע והמסמכים הנדרשים לשם זיהויו ואם לא ישתף פעולה תעמוד המדינה פעמים רבות בפני שוקת שבורה. בפסיקה נדונו נסיבות שונות שעשויות לעלות כדי העדר שיתוף-פעולה בהבהרת זהותו של השוהה: אי-המצאת מסמכי זיהוי או אי-נקיטת פעולות לשם השגתם של מסמכי זיהוי, לרבות סירוב לחתום על מסמכים הנדרשים לשם כך (בר"מ 6585/13 אדמ נ' משרד הפנים, פס' 10 (3.12.2013); עת"מ (מינהליים ב"ש) *Riley v. Greene*, 149; (27.5.2013) 7-6 פס' Kabore 8796-03-13 נ' משרד הפנים, פס' 16 (S.D.N.Y. ; F.Supp.2d 1256, 1262 (D.Colo.2001) *Ncube v. INS*, 1998 WL 842349, 16 (S.D.N.Y. ; F.Supp.2d 1256, 1262 (D.Colo.2001) Dec. 2, 1998) (להלן: עניין *Ncube*); *R. (Lumba) v Secretary of State for the Home Department*, [2011] UKSC 12, [2012] 1 A.C. 245, 289 (להלן: עניין *Lumba*)); אי-נקיטת פעולות לשם הוכחת זהות (עת"מ (מינהליים ת"א) 48593-05-12 מוארה נ' משרד הפנים (24.06.2012); עת"מ (מינהליים ב"ש) 12604-01-13 יוסף נ' משרד הפנים, פס' 12 (27.06.2013) (להלן: עניין יוסף)); עת"מ (מינהליים מרכז) 9953-12-10 טפרה נ' משרד הפנים, פס' 5 בפרק הדיון וההכרעה (14.2.2011) (להלן: עניין טפרה)); סירוב להיפגש עם נציגים דיפלומטיים לצורך בירור זהותו של מבקש המקלט ונתינותו (עת"מ (מינהליים ב"ש) 33708-08-13 קידנה נ' משרד הפנים (24.10.2013); עניין טפרה, פס' 4 בפרק הדיון וההכרעה). בפסיקה נקבע כי גם הצבת "מכשולים" בפני הזיהוי עשויה לעלות כדי העדר שיתוף-פעולה. כדוגמות ל"מכשולים" שנדונו בפסיקה ניתן לציין הזדהות כאזרח של מדינה שאינה מדינת אזרחותו של השוהה (עמ"נ (מינהליים ב"ש) 16/09 פופאנה נ' בית הדין לבקורת משמורת, פס' 6 (10.9.2009); *Powell v. Ashcroft*, 194; (10.9.2009) 6 F.Supp.2d 209, 210-211 (E.D.N.Y., 2002) (להלן: עניין *Powell*); עניין *Ncube*, בעמ' 13 ו-16), הימנעות ממסירת פרטים על זהותו או על נתינותו (עניין מטמבו; עמ"נ (מינהליים ב"ש) 11531-09-13 דיארה נ' משרד הפנים, פס' 6 (05.11.2013) (להלן:

עניין דיארה); 30, ¶ (Walker v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration), 2010 FC 392, ¶30); או מסירת פרטים מזהים שאינם נכונים (Pelich v. INS., 329 F3d 1057, 1060) (להלן: עניין Pelich); עניין Powell, בעמ' 210-211), עמידה על טענה בדבר מדינת מוצא פלוני, אף שטענה זו נדחתה, מבלי להביא כל ראיה התומכת בה (עת"מ (מינהליים ב"ש) 54788-05-12 טהה נ' משרד הפנים, פס' 6 (31.07.2012) (להלן: עניין טהה); R (Kajuga) v. Nelson v. Wilson, 203 U.S. Dist. Lexis 165852 (להלן: עניין Nelson); 17, ¶ (Secretary of State for the Home Department [2014] EWHC 426 (Admin)), שינוי גרסות, הצגת שקרים ושימוש במסמכים מזויפים (עניין יוסף, פס' 11; עניין דיארה, פס' 6; עניין Nelson; עניין Ncube, בעמ' 13 ו-16; Canada (Minister of Citizenship and Immigration); Kamara v Secretary of State for the Home Department; v. Dadzie, 2016 ONSC 6045, ¶¶17, 36, ¶25 (2013] EWHC 959). בה-בעת, הזדהות כאזרח של מדינה פלונית אינה נחשבת כשלעצמה להעדר שיתוף-פעולה ובלבד שנעשים מאמצים כנים – למשל, ניסיון להמציא מסמכים – לשם הוכחתה של טענה זו (עת"מ (מינהליים מרכז) 35037-07-11 גברקהיסטוט נ' משרד הפנים (4.8.2011); Kebe v. Gurule, 2016 U.S. Dist. Lexis 149055).

113. זיהויו של שוהה שלא כדין מאפשר למדינה לנסות לאתר אפיקים להרחקתו. אולם, לעתים גם אם אותר אפיק להרחקתו של השוהה, התנהלותו של השוהה מונעת את הרחקתו ועשויה לעלות כדי העדר שיתוף-פעולה עם הרחקה. המקרה הבולט ביותר הוא התנגדות באמצעים פיזיים – לרבות באלימות – לביצוע ההרחקה. התנגדות זו יכולה להתבצע הן במדינה המרחיקה בטרם הועלה למטוס (עמ"נ (מינהליים ב"ש) 49339-09-12 מצ"ה נ' מדינת ישראל – משרד הפנים, פס' 2 בפרק הדיון וההכרעה (1.11.2012); Moiseev v. Asher, 2011 U.S. Dist. LEXIS 153143 (להלן: עניין Moiseev)) הן לאחר נחיתתו של מטוס במדינה אחרת, התנהלות שבעטיה מוחזר השוהה למדינה המרחיקה (עניין טהה, פס' 7). בית-הדין למשמורת כינה התנהלות זו העדר שיתוף-פעולה אקטיבי (עניין וואמבה, פס' 9), המצדיק לכל הדעות אי-שחרור ממשמורת. שוהה יכול להכשיל את הרחקתו, כמובן, לא רק באמצעים פיזיים. גם אי-ביצוע של פעולות שונות שנדרשות להשלמתה של ההרחקה עשוי לעלות כדי העדר שיתוף-פעולה עם ההרחקה. הנושא המרכזי שנדון בהקשר זה בפסיקה הוא סירוב לחתום על מסמכים הדרושים לשם הרחקה – בעיקר מסמכי נסיעה (travel documents) – או על בקשה להנפקת מסמכים שכאלה. סירוב זה נחשב, כך נקבע, כהעדר שיתוף-פעולה (עע"מ 1541/05 וורקנה נ' משרד הפנים (16.3.2005); בר"מ 5656/13 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' פלוני, פס' 3 ו-7 (22.8.2013); עת"מ (מינהליים ת"א)

1949/07 אג'יאפונג נ' מדינת ישראל שר הפנים, פס' 15 (27.11.2007); עמ"נ (מינהליים ת"א) 153/06 מנסה נ' מדינת ישראל משרד הפנים, פס' 13 (2.07.2006). כך נקבע גם בארצות-הברית (8 U.S.C. § 1231(a)(1)(c); עניין *Pelich*, בעמ' 1061-1059 *Sango*; (D. Mass. 2000) 122 F. Supp. 2d 213, 221 (*Dema v. INS*, (להלן: עניין *Sango-Dema*); (9<sup>th</sup> Cir. 2003) 341 F.3d 853, 856-857 (*Lema v. I.N.S.*, (להלן: עניין *Lema*); (2008 U.S. Dist. Lexis 93793; *Clark*, 2008 Dist. Lexis 70698 *Drabovskiy v. Young*. בקנדה (Minister of Citizenship & Immigration) *Moiseev*, (עניין *Drabovskiy*); (2002 FCT 381, ¶33 (*Immigration*) *v. Kamail*, בבריטניה (*Ibrahim v Secretary of State for the Home Department*, [2016] EWHC 1347 (Admin), ¶¶12, 15-18 (להלן: עניין *Ibrahim*); (2010] EWHC 3137 (*NAB*) *v Secretary of State for the Home Department* (Admin), ¶¶25, 37 (להלן: עניין *NAB*)) ובניו-זילנד (עניין *Mohebbi*, פס' 1 ו-5; עניין *Yadegary*, פס' 23). גם סירוב לשתף פעולה עם הליכים דיפלומטיים לשם הרחקה יש בו כדי להכשיל את ההרחקה ולכן עולה, לפי הפסיקה, כדי העדר שיתוף-פעולה (עניין פוטידי, פס' 16; עניין *Sango-Dema*, בעמ' 221; עניין *Lema*, בעמ' 857; עניין *Ibrahim*, פס' 17-18).

114. על רקע הפסיקה שנסקרה לעיל, אני סבורה כי יש לפרש את הסמכות להאריך החזקתו של אדם במשמורת בשל העדר שיתוף-פעולה באופן הבא. ככלל, במסגרת החובה לעשות כל שלא-ל-ידו כדי לסייע בהרחקתו ("הפן החיובי"), נדרש שוהה שלא כדין לסייע למדינה בזיהויו, להציג מסמכים רלוונטיים או לסייע בהשגתם ולשתף פעולה עם הליכי הרחקתו מהמדינה. בה-בעת ובמסגרת "הפן השלילי", אל לו לנקוט פעולות הנגועות בחוסר תום-לב אשר יש בהן כדי לסכל את ההרחקה, כגון התנגדות באמצעים פיזיים להרחקה או סירוב לנקוט פעולות הנדרשות לשם הרחקתו ובהן השגתם של מסמכי נסיעה. יש לבחון את שיתוף-הפעולה בכל מקרה לגופו, על בסיס מכלול הנסיבות הרלוונטיות. קרי, יש להתחשב בכל הפעולות שביצע השוהה ובאלה שנמנע לבצע ולקבוע אם התנהלותו בכללותה עולה כדי העדר שיתוף פעולה עם הרחקה.

על רקע זה יש להכריע האם במסגרתה של החובה לעשות כל שלא-ל-ידו כדי לסייע בהרחקתו נדרש שוהה שלא כדין גם להסכים באופן פוזיטיבי להרחקתו למדינה שלישית?



115. בתחילת הדברים עמדנו על כך שההלכה המקובלת בפסיקתנו היא שהסכמתו של אדם להרחקה אינה נדרשת ברגיל כדי שניתן יהיה להרחיקו (ראו פס' 33 לעיל). שורשיה בעניין אל טאיי, שם צוין כי "לא נדרשת הסכמתו של המגורש לגירושו למדינה פלונית כדי שגירוש למדינה זו יהיה כדין" (שם, בעמ' 850). על קביעה זו חזרנו באופן עקבי במשך השנים (ראו, למשל: עניין אלקנוב, פס' 9; עניין דסטח, פס' 82 בפסק-דיני). היא עולה גם מהמשפט המשווה (ראו ההפניות בפס' 33 לעיל). הלכה זו מבוססת על שלוש תכליות מרכזיות. ראשית, הרחקה מטבעה היא פעולה כופה שבמסגרתה מחויב אדם לצאת ממדינה שבה הוא אינו שוהה כדין. עמדה על כך הוועדה למשפט בינלאומי, שהגדירה בסעיף 2 בטיוטת הכללים בדבר הרחקתם של זרים "הרחקה" בתור "[A] formal act or conduct attributable to a State by which an alien is *compelled* to "leave the territory of that State" (ההדגשה הוספה – מ.ג.). הרחקה כרוכה אפוא מעצם טבעה באילוץו של אדם לעזוב את המדינה בניגוד לרצונו. בכך נבדלת הרחקה מיציאה מרצון (Voluntary return / departure), הנובעת מבחירתו של אדם מרצונו החופשי לעזוב את המדינה (למהותם של "בחירה" ושל "רצון חופשי", ראו: ע"מ 9890/09 נוואה נ' משרד הפנים, פס' 16(ה) בפסק-דינו של השופט ח' מלצר (11.7.2013) (להלן: עניין נוואה); עניין איתן, פס' 110-112 בפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן; עניין דסטח, פס' 82-83 בפסק-דיני). הוועדה למשפט בינלאומי התייחסה לאלמנט הכפייה, המבדיל בין הרחקה לבין יציאה רצונית, בקומנטר לטיוטת הכללים בדבר הרחקתם של זרים (שם, בעמ' 5, הערת שוליים 23; ההדגשות הוספו – מ.ג.):

*"Expulsion is never an act or event requested by the expelled person, nor is it an act or event to which the expelled person consents. It is a formal measure or a situation of irresistible force that compels the person in question to leave the territory of the expelling State. The formal measure ordering the expulsion is an injunction and hence a legal constraint, while the execution of expulsion is a constraint in that it is physically experienced as such. This element of constraint is important in that it distinguishes expulsion from normal or ordinary departure of the alien from the territory."*

הרחקה היא אמצעי הנתון בידיה של מדינה כדי להתמודד עם אלה שלא שוהים בה כדין ואשר אינם רוצים לצאת ממנה. בנסיבות אלה וכפי שפסק בגרמניה בית-המשפט הפדרלי לצדק (ה-BGH), ניתן להשקיף על אי-הסכמה לצאת מהמדינה כ"תנאי מקדים"

להרחקה §24), BGH, Beschluss vom 06.05.2010 (V ZB 193/09), (להלן: עניין V ZB 193/09); והשוו גם לסעיף 8(1) ב-Return Directive ובבריטניה לעניין *Lumba*, בעמ' 328), שהרי ככל ששוהה שלא כדין מוכן לצאת מרצונו החופשי מהמדינה, כלל אין צורך בהרחקתו (ראו והשוו לסעיף 13(א)(2) בחוק הכניסה לישראל, שלפיו שוהה שלא כדין ישוחרר בערובה אם "השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי יצא מישראל בעצמו בתוך מועד שקבע לו" (ההדגשה הוספה – מ.נ.)). התניית הרחקתו של אדם בהסכמתו מנוגדת אפוא לעצם מהותה של פעולת ההרחקה. אם היינו אומרים אחרת, היה בכך כדי להפוך את ההרחקה לשקולה לעזיבה מרצון – וכאמור, לייתר את הצורך בה.

שנית, סמכות ההרחקה נובעת כאמור מריבונותה של המדינה (ראו, למשל: Won Kidane *Procedural Due Process in the Expulsion of Aliens Under International, United States, and European Union Law: a Comparative Analysis* 27 EMORY INT'L L. (REV. 285, 289-290 (2013)), המאפשרת לה לקבוע מי יבוא בשעריה ומי יישאר בה. בהכפפת סמכותה של מדינה להרחיק אנשים שאינם שוהים בה כדי להסכמתו של כל אדם ואדם היה כדי לעקר מתוכן את סמכותה של המדינה לשלוט על שעריה ואת יכולתה לאכוף סמכות זו. היה בכך כדי לשלול את אפשרותה של מדינה לאלץ אדם השוהה בה לא כדין ובניגוד לרצונה לעזוב את שטחה, תוך הפיכתה לנתונה לחסדיו של השוהה: ירצה יורחק, לא ירצה לא יורחק. הדבר היה נותן בידיו זכות וטו, לא רק לגבי הרחקתו אלא גם לגבי מדינת היעד שאליה יורחק, ככל שיסכים להרחקה למדינה מסוימת (ראו והשוו: עמ"נ (מינהליים ת"א) 26239-02-10 דוכובני נ' מדינת ישראל, פס' ד'-ה' (10.3.2010)). תוצאה שכזו הייתה מנוגדת ל-*Raison D'être* של סמכות ההרחקה של מדינות, המבוססת על ריבונותן ולא על רצונו של אדם אשר הפר ריבונות זו בהיכנסו לשטחן בניגוד לחוק.

לבסוף, במישור המעשי, אם הרחקתם של שוהים שלא כדין הייתה אכן מותנית בהסכמתם, מאליה הייתה עולה השאלה כיצד "תחולץ" ההסכמה האמורה מאנשים שאינם רוצים לצאת מהמדינה? הדרך העיקרית הנתונה למדינה להשגת ההסכמה היא הפעלתם של אמצעים שונים כנגד המורחקים, בראשם הכנסה למשמורת. דא עקא, הסכמה מטיבה נדרשת כמובן להיות הסכמה אמיתית, המבוססת על בחירה חופשית. הפעלתם של אמצעים שכאלה מעוררת את החשש – כפי שעלה מטענות המערערים בענייננו – כי מדובר בהסכמה שאינה מדעת או בהסכמה שהושגה בכפייה (ראו והשוו: עניין דסטטה, פס' 83 בפסק-דיני) וממילא היה מקום להטיל ספק במשמעותה. לעומת זאת אם אין צורך בהסכמה לשם הרחקה, לשאלה אם ההסכמה – ככל שניתנה – היא

אכן אמיתית, רצונית ומודעת אין רלוונטיות בנסיבות שבהן ניתן להשלים את ההרחקה גם בלעדית.

116. שלוש התכליות הללו מסבירות היטב מדוע לשאלת הסכמתו של אדם אין ככלל כל רלוונטיות לעניין הרחקתו (אף כי לעתים מדינה תעדיף לקבל את הסכמתו של המורחק להרחקה משיקולי נוחות, למשל "כדי להפחית את החשש מפני עימות סביב" ההרחקה "וכדי להימנע מנקיטת כוח פיסי בלתי הכרחי כלפי" המורחק (רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305, 340 (2012) (להלן: עניין בן חיים)). משמעות הדבר שיסוד ההסכמה אינו מהווה חלק מהבסיס החוקי להרחקה ושאי-מתן הסכמה אינו מהווה אבן-נגף בפני ההרחקה או גורם שיש בו כדי לעכבה. בנסיבות אלה, "הסכמה" אינה פעולה שיש לדרוש מאדם לבצע כחלק מחובתו לשתף פעולה עם הרחקה, שהרי אין זו פעולה ה"מאפשרת" את ההרחקה אלא פעולה שביצועה במצב-דברים רגיל אינו מעלה ואינו מוריד (ראו והשוו: עניין פוטידי, פס' 16; עניין *Lumba*, בעמ' 291). בכך שונה דרישת ההסכמה מהחובה לבצע פעולות אחרות שהן הכרחיות לצורך הוצאתה לפועל של ההרחקה, כגון חתימה על מסמכים הדרושים להנפקת מסמכי נסיעה – מסמכים שבלעדיהם לא ניתן לעבור ממדינה למדינה. על רקע האמור ניתן להבין את התפיסה שלפיה מוטלת על שוהה – כחלק מחובתו לשתף פעולה – חובה לחתום על מסמכים אלה (ראו פס' 113 לעיל וההפניות שם). אין מקום להיקש בין פעולות שמוטלת חובה לבצען לבין פעולות שאין חובה לבצען (אך ראו, מנגד, עניין *Diouf*, בעמ' 1230-1231, שם בוצע היקש כאמור מבלי לנמקו). עמדה זו זוכה לתמיכה במשפט המשווה. בארצות-הברית נפסק כי ככל שאדם משתף פעולה עם הנדרש ממנו אך בה-בעת מביע את אי-רצונו להיות מורחק למדינה מסוימת, אין בעצם הבעת העמדה כדי להוות העדר שיתוף-פעולה ( *Seretse-Khama v. Ashcroft*, 215 F.Supp. ) (2002) 37, 51 (2d) (ההדגשה הוספה – מ.ג.):

"The limited case law construing what constitutes an affirmative act that prevents one's return *does not support the proposition that an alien's statement of a lack of desire to return to his country of origin, without more, amounts to a bad faith failure to cooperate.*"

כך נפסק גם בגרמניה (OLG Köln, Beschluss vom 29.03.2004 - 16 Wx 68/04); עניין *R (I) v Secretary of State*; 291 בעמ' *Lumba*, עניין *V ZB 193/09* (פס' 24) ובבריטניה (עניין *State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 888 [2003] INLR 196, 209 (להלן: עניין *I (A) v Secretary of State for the Home Department* [2007] EWCA Civ 804, ; עניין *I (A)*);



ניתן לדרוש משהיה שלא כדין להסכים להרחקה ולראות באי-הסכמתו משום העדר שיתוף-פעולה עם הרחקה המאפשר להחזיקו במשמורת?

ד. "הרחקה רצונית" – הסכמה להרחקה המהווה חלק מ"הבטיס החוקי" להרחקה

118. המקרה שלפנינו אמנם אינו שכיח, אך גם אין לומר כי הוא חריג. מתברר כי חרף הכלל שלפיו ניתן *de jure* להרחיק אדם בניגוד לרצונו והתכליות הברורות המונחות ביסודו, עשויים להיות מקרים שבהם *de facto* תידרש הסכמה להרחקה כדי שניתן יהיה לבצע את ההרחקה. במרבית המקרים הדרישה להסכמה מוצבת על-ידי מדינות היעד כתנאי להסכמתן לקבל את המורחק לשטחן, הסכמה שעל המדינה המרחיקה להשיג לפני ההרחקה (ראו פס' 76 לעיל וההפניות שם). כך, ישנן מדינות שכעניין של מדיניות – כללית או לגבי סוגים מסוימים של אנשים – מסרבות לקבל מורחקים בניגוד לרצונם (ראו והשוו: עניין *Ismail*, פס' 61; עניין *Mohebbi*, פס' 6; עניין *Yadegary*, פס' 10; עניין *Tan TE Lam*, בעמ' 103; עניין *Madbi*, פס' 21). מדינות אחרות עשויות לדרוש הסכמה במקרים מסוימים. מעניין בן ישראל שהוזכר לעיל עולה, למשל, כי מדיניותה של ארצות-הברית (למצער באותה עת) הייתה לא לקבל לשטחה אזרחים לשעבר שלה שוויתרו על אזרחותם לפני שנת 1988, אלא בהסכמתם (שם, בעמ' 150). בדומה, במקרה שנדון בקנדה דרשו הרשויות באיראן כי המורחק יחתום על הצהרה שלפיה הוא חוזר אליה מרצונו החופשי ( *Panabi-Dargabllloo v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, 2009 FC 1114, ¶35 (להלן: עניין *Panabi-Dargabllloo*)). בחלק מההסכמים שנחתמים בין מדינות בעניין הרחקה, מתנות מדינות היעד את קבלתם של המורחקים בהסכמתם (ראו, למשל: סעיף 4(c) בהסכם בין אוסטרליה לבין קמבודיה). במקרים אחרים עשויות חברות התעופה לדרוש שמורחק יחתום על הצהרה בדבר הסכמתו להרחקה ( *Shariff v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 640, ¶8 (להלן: עניין *Shariff*); עניין *A*, פס' 17-18; והשוו גם למקרים שבהם דרשו חברות תעופה הצהרה מהמורחק על כך שהוא מתכוון לשתף פעולה עם הרחקתו: עניין *Warassama*, פס' 12; *Ali v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1406, ¶¶9, 16 (להלן: עניין *Ali*)).

119. במקרים שבהם הסכמתו של אדם להרחקה היא תנאי שבלעדיו לא ניתן לבצעה, יש כאמור להשקיף על השגת ההסכמה כחלק מ"הבטיס החוקי" להרחקה. בנסיבות אלה, הסכמה היא יסוד מבין היסודות הנדרשים להתקיים לצורך השתכללות סמכותה של המדינה להרחיק אדם. איני סבורה שקיימת מניעה חוקית שאדם יתבקש בנסיבות כגון

אלה להסכים להרחקתו ממדינה שבה הוא שוהה שלא כדין ושהסכמתו – ככל שתינתן – תהווה חלק מהבסיס החוקי להרחקתו. תוצאה זו, שהיגיון בצדה, "[...] מבטאת את האוטונומיה הנתונה לפרט להסכים לפגיעה [בזכויותיו]" (עניין בן חיים, בעמ' 339). ההכרה באוטונומיה של הפרט ניצבת, בדומה, גם ביסוד יכולתו של שוהה שלא כדין לעזוב מרצונו את המדינה שבה הוא שוהה לכל מדינה אחרת, לרבות למדינה שבה נשקפת לו סכנה (עניין דטטה, פס' 82 בפסק-דיני וההפניות שם), כמו-גם ביסוד יכולתו של אדם להסכים לכך שתבוצענה פעולות אחרות הפוגעות בזכויותיו, כגון חיפוש על גופו (עניין בן חיים, בעמ' 338-339).

120. בנסיבות שבהן הסכמה להרחקה מהווה חלק מהבסיס החוקי להרחקה ותנאי לביצועה, אי-הסכמה היא פעולה המביאה בפועל לסיכול הרחקתו של אדם (ראו, למשל: עניין *Panabi-Dargablloo*, פס' 44), עד שייאות לשנות את דעתו ולהסכים או עד שתימצא דרך להרחיקו חרף אי-הסכמתו. השאלה שלפנינו היא האם בנסיבות אלה יש לראות באי-הסכמה להרחקה כהעדר שיתוף-פעולה המביא לכך ש"הרחקתו [של שוהה שלא כדין – מ.ג.] מישראל נמנעת או מתעכבת" ואשר בגינו ניתן להמשיך להחזיקו במשמורת (סעיף 13(ב)(2) בחוק הכניסה לישראל).

הטענה שלפיה אי-הסכמה להרחקה מהווה העדר שיתוף-פעולה עם הרחקה משקפת את העמדה שהיכולת לבקש מאדם להסכים להרחקה מטילה עליו חובה להסכים להרחקתו. דא עקא, טענה זו לוקה בסתירה פנימית. מאחר שההכרה בכך שהסכמתו של שוהה שלא כדין יכולה להיות חלק מהבסיס החוקי להרחקתו נובעת מזכותו של הפרט לאוטונומיה, לדעתי לא ניתן להטיל עליו "חובה" להסכים, שהרי אז כלל אין מדובר בהסכמה אוטונומית אלא ב"כפיית הסכמה". אכן, כדי שהסכמה תוכל להיות בסיס להרחקה, יש להבטיח כי "הסכמה זו היא אכן הסכמת אמת", המבטאת את האוטונומיה של הפרט (עניין בן חיים, בעמ' 341; רע"פ 229/12 כהן נ' מדינת ישראל, פס' 9 (16.10.2012)) ומבוססת – כאמרתו הקולעת של השופט ח' מלצר – על "בחירה מודעת" – חופשית ומרצון" (עניין נוואה, פס' 16(ה); ההדגשה במקור – מ.ג.). ברוח דומה צוין במקום אחר כי "Consent, by its nature, cannot be unknowingly or unwillingly" (COLIN GREY, JUSTICE AND AUTHORITY IN IMMIGRATION LAW 117- (להלן: GREY) (2015) 118). באמרות אלה מקופלים שני עקרונות מרכזיים החולשים על הסכמת אמת: האחד, עקרון הבחירה החופשית. הסכמת אמת היא הסכמה המשקפת את רצונו האמיתי והחופשי של אדם. כפי שצינתי בעניין דטטה, "ביסוד רצונו החופשי של אדם ניצב עקרון הבחירה החופשית" (שם, פס' 82). אכן, "בחירה חופשית תיתכן

רק במקום שבו אדם סובריני לקבל החלטה מודעת ומושכלת מתוך מספר אפשרויות בנות-בחירה, שאינן מציבות אותו בפני מציאות חיים בלתי אפשרית" (עניין איתן, פס' 111 בפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן וההפניות שם). השני, עקרון ההסכמה מדעת – הסכמת אמת היא לא רק הסכמה רצונית וחופשית, אלא גם הסכמה מדעת. זו היא הסכמה הניתנת לאחר שהאדם יודע על כל הפרטים הרלוונטיים לצורך קבלת ההחלטה ומ"תוך מודעות של האדם... לזכותו לסרב... ולכך שהסירוב לא ייזקף לחובתו" (עניין בן חיים, בעמ' 340). הנה-כ"כ, כדי שהסכמה להרחקה אכן תוכל להיות חלק מהבסיס החוקי להרחקתו של שוהה שלא כדין מישראל, עליה להיות הסכמת אמת; והסכמת אמת חייבת להיות הסכמה חופשית והסכמה מדעת.

121. לטעמי, לחייב את המערערים 1 ו-2 להסכים להרחקתם – תוך אימוץ פרשנותם של המשיבים שלפיה אי-הסכמה להרחקה היא פעולה המהווה העדר שיתוף-פעולה – מנוגד לעקרונות האמורים ואינו מאפשר גיבושה של הסכמה אמיתית. ראשית, משמעה של פרשנותם של המשיבים הוא כי בפועל נשללת מהמערערים 1 ו-2 אפשרות הבחירה. הם יכולים אמנם "לבחור" לא להסכים להרחקה, אך כתוצאה מכך תוארך החזקתם במשמורת, סיטואציה המציבה אותם – בלשונו של השופט ע' פוגלמן – "בפני מציאות חיים בלתי אפשרית" (עניין איתן, פס' 111). שנית, הטלת סנקציה בדמות החזקה במשמורת מנוגדת לחובה לא לזקוף לחובתם של המערערים 1 ו-2 את אי-הסכמתם (עניין בן חיים, בעמ' 340) ובפועל מפקיעה מהם את הזכות לא להסכים. יש בה משום נקיטת אמצעים שיש בהם כדי לשלול את רצונם (עניין דסטא, פס' 83 בפסק-דיני). כפועל יוצא, היא שוללת את רצוניותה של ההסכמה – ככל שהושגה – כמו-גם את חופשיותה (ראו והשוו לת"א (שלום חי) 13-09-47026-א.א. נ' מדינת ישראל, פס' 31 (5.4.2017), שם נקבע לאחרונה כי הסכמה לאשפוז במוסד פסיכיאטרי שהושגה תחת איום להמשיך להחזיק את המאושפז במעצר אינה יכולה להיחשב הסכמה מרצון). אכן, "הסכמה" המושגת בנסיבות אלה ובשל חשש מפני הכנסה למשמורת אינה הסכמה אמיתית ולא ניתן להרחיק על בסיסה למדינה השלישית. הנה-כ"כ, הפרשנות שלפיה אי-הסכמה להרחקה מהווה העדר שיתוף-פעולה עם הרחקה אינה יכולה לדור בנסיבות ענייננו בכפיפה אחת עם הצורך בהסכמה אמיתית, חופשית, רצונית ואוטונומית.

המסקנה האמורה מתחזקת גם על רקע הצהרתם של המשיבים שלפיה "מוחזק במשמורת שעומד על דעתו ואומר עד העלייה למטוס שאין הוא מוכן להיות מורחק יישאר במשמורת ולא יגורש בכפייה" (פס' 1 בהחלטתנו מיום 9.10.2016; ההדגשה הוספה – מ.נ.). מטבע הדברים ובפרפרזה על קביעתו של בית המשפט בעניין אל טאיי

(בעמ' 849), התחייבותם של המשיבים לא להרחיק מסתננים בכפייה – לנוכח הצורך בהסכמתם כתנאי להרחקתם – חלה לא רק על כפייה "במישרין" (הרחקת מסתננים בניגוד לרצונם) אלא גם על כפייה "בעקיפין" (שימוש באמצעים שיש בהם כדי "לכפות" על המסתננים "להסכים" שלא מרצונם החופשי להרחקה). אילו הייתה מתקבלת עמדתם הפרשנית של המשיבים – שלפיה יש לראות באי-הסכמה להרחקה (בנסיבות ענייננו שבהן הסכמה כזו נדרשת) משום העדר שיתוף-פעולה המאפשר להמשיך להחזיק מסתננים במשמורת – היה בכך כדי לעקר מתוכן את דרישת ההסכמה.

122. מעבר לכך, יש לזכור כי בחינת השאלה אם שווה אכן שיתף פעולה עם הרחקתו צריכה להתבצע בהתבסס על מכלול הנסיבות של כל מקרה ומקרה (ראו פס' 114 לעיל). בנסיבות אלה, אף אם הייתי קובעת כי אי-הסכמה להרחקה עשויה באופן תיאורטי להוות העדר שיתוף-פעולה – וכאמור, זו אינה עמדתי – נדרש לבחון את התנהלותו של השוהה בכללותה ולקבוע אם היא עולה כדי העדר שיתוף-פעולה. ניתן, כדוגמה, לבחון את עובדותיו של עניין *Panabi-Dargablloo*. השוהה דשם סירב אמנם לחתום על הצהרה שלפיה יציאתו לאיראן היא מרצון, אך הוא שיתף פעולה עם ההרחקה בכל דרך אחרת שנדרשה ממנו: סיפק את המסמכים שהתבקשו ממנו, מילא בקשה לחזור לאיראן והגיע לראיון בשגרירות האיראנית לצורך הנפקתם של מסמכי נסיעה. קשה לדעתי לומר כי זו היא התנהלות המשקפת העדר שיתוף-פעולה (אף שלעמדתו של בית-המשפט באותו מקרה סירובו האמור היווה נסיבה רלוונטית בבחינת השאלה אם משך החזקתו במשמורת חרג מהסביר). ההשוואה לענייננו מתבקשת, בשים לב לכך שהמערערים 1 ו-2 התייצבו לכל הפגישות שאליהן זומנו ולא בכדי לא טענו המשיבים כי יש פעולה כל שהיא (פרט לאי-הסכמתם להרחקה) שהם סירבו לבצע או שהם נמנעו מלשתף פעולה בכל דרך אחרת. איני סבורה כי אלה נסיבות המצביעות על "העדר שיתוף פעולה מלא" כלשונו של סעיף 13(ב)(2) בחוק הכניסה לישראל. מכאן שבנסיבות המקרה שלפנינו, אין בכל מקרה מקום להתייחס לאי-הסכמתם של המערערים 1 ו-2 להרחקתם כהעדר שיתוף-פעולה.

123. דומה כי המשיבים ערים לקשיים הניכרים בהצבת דרישה משוהים שלא כדין להסכים בענייננו להרחקתם ועל-כן טענו כי יש להבחין בין אי-הסכמה המבוססת על סיבה סבירה לבין אי-הסכמה ש"אין בה ממש", כשרק האחרונה מהווה לשיטתם העדר שיתוף-פעולה עם הרחקה. אפתח ואומר כי הסיבות שבעטיין שווה לא מסכים להרחקתו מהמדינה אכן נבחנו לא אחת בפסיקה. נראה כי התפיסה היא שכאשר מציג



שוהה הסבר סביר לאי-הסכמתו להרחקה, אין לראות בה משום העדר שיתוף-פעולה. כך, לדוגמה, נקבע כי "סירוב לצאת את ישראל מהטעם שהחזרת המוחזק לארצו מסכנת את חייו, כאשר במקביל הוא פועל לקבל מעמד של פליט או למציאת מדינת מקלט אחרת, אינ[ו] יכול[ו] להיחשב כהעדר שיתוף פעולה" (עמ"נ (מינהליים חי') 448/07 פלוני נ' בית הדין לביקורת משמורת על שוהים שלא כדין (15.7.2007) (להלן: עניין פלוני)). ברוח דומה נקבע גם כי אי-הסכמה להרחקה מחמת רצון למצות הליכים להסדרת מעמד – לרבות נקיטת הליכים משפטיים בנושא – אינה עולה כדי העדר שיתוף-פעולה (עת"מ (מינהליים ב"ש) 26235-04-13 קבלן נ' משרד הפנים (02.05.2013); עמ"נ (מינהליים ב"ש) 44043-12-12 קמארה נ' משרד הפנים/ מינהל האוכלוסין (30.12.2012); עמ"נ (מינהליים מרכז) 16152-08-11 אולומפאני נ' משרד הפנים/מינהל האוכלוסין (16.08.2011); עניין *Diouf*, בעמ' 1232; עניין *Prieto-Romero*, בעמ' 1061-1060; עניין *Ismail*, פס' 13). עם זאת, המוקד בענייננו אינו נעוץ בשאלה מדוע שוהה שלא כדין מסכים או לא מסכים להרחקתו, אלא בצורך להבטיח כי הסכמתו היא אמיתית, חופשית ורצינית. נניח – כטענת המשיבים – כי באי-הסכמתו של שוהה להרחקה אכן אין ממש והיא אינה מבוססת על הסבר סביר או שאין מוצג לה כל הסבר. אם היינו אומרים כי בנסיבות אלה יש לראות באי-הסכמה להרחקה משום העדר שיתוף-פעולה שבגיננו ניתן להחזיק את השוהה במשמורת, היה בכך משום ויתור על הצורך בהסכמה אמיתית, חופשית ורצונית ומתן אפשרות למדינה להחזיק שוהה במשמורת כאמצעי כופה לשם השגת הסכמתו. תוצאה שכזו אין לקבל. מכאן שגם בנסיבות שבהן אי-הסכמה להרחקה אינה מבוססת על הסבר סביר – ואף אם לא מוצג לה הסבר כלל – לא ניתן לזקוף אותה לחובתו של השוהה וממילא אין לראות בה כהעדר שיתוף-פעולה עם הרחקה.

לנוכח מסקנתי האמורה, איני נדרשת לשאלה אם הסיבה לאי-הסכמתם של המערערים 1 ו-2 להרחקה – טענתם כי המדינה השלישית אינה מדינה בטוחה וכי לא ניתן לבקש מהם להסכים להרחקה מכוח הסכם חשאי – מהווה הסבר סביר שעשוי להצדיק אי-הסכמה, או שמא מדובר ב"סירוב ערטילאי" כטענת המשיבים (סעיף 3 בסיכומיהם של המשיבים; וראו גם, כתשובה, סעיף 10 בסיכומי התשובה מטעם המערערים).

ה. השלכות מעשיות של אי-הסכמה להרחקה והערות אחרונות בטרם נעילה

124. קבענו, כאמור, כי הסכמה להרחקה בענייננו נדרשת להיות הסכמה אמיתית, חופשית ורצונית ומשכך אין לראות באי-מתן הסכמה כזו משום העדר שיתוף-פעולה המצדיק הארכת החזקתם במשמורת של שוהים שלא כדין. בנסיבות אלה, ככל ששוהה אינו מסכים להרחקתו, לא ניתן בפועל להרחיקו במתווה המבוקש (המותנה, כאמור, בהסכמתו). אולם, אין משמעות הדבר שהשוהה זוכה ב"כרטיס חופשי" להישאר במדינה. שהייתו עדיין אינה כדין ובידיה של המדינה ניצבים אמצעים, מוגבלים אמנם, להוצאתה לפועל של הרחקתו (עניין *NAB*, פס' 41). ניתן לנסות לשכנעו להסכים להרחקה או למתווה של עזיבה מרצון, תוך שימוש באמצעים שאין בהם כדי לפגוע ביכולתו לבצע בחירה חופשית. לחלופין, ניתן לנסות לאתר דרכים חלופיות להרחקתו, אשר אינן כרוכות בהשגת הסכמתו (ראו והשוו: עניין *Warassama*, פס' 60). בענייננו, למשל, ניתן לבחון את האפשרות ליצור מתווה של הרחקת מסתננים בניגוד לרצונם למדינה השלישית – שכאמור, לא הוכח בענייננו כי היא אינה מדינה בטוחה – או לנסות לאתר מדינות אחרות שאליהן ניתן יהיה להרחיקם בניגוד לרצונם (ראו והשוו: עניין *Mohebbi*, פס' 7; עניין *Yadegary*, פס' 163).

מטבע הדברים, בחינתן של חלופות להוצאתה לפועל של ההרחקה אורכת זמן. אף שהמדינה אינה רשאית להחזיק שוהה שלא כדין במשמורת אך בשל אי-הסכמתו להרחקה, היא יכולה להחזיקו במשמורת לצורך איתורם של אפיקי הרחקה חלופיים למשך תקופה שלא תעלה על 60 ימים, כאמור בסעיף 13(א)(4) בחוק הכניסה לישראל (ראו פס' 108 להלן). כמו-כן, אי-הסכמה להרחקה מהווה נסיבה רלוונטית בקביעתה של התקופה שבה יחזק השוהה במשמורת (ראו, למשל: עניין *Tan Te Lam*, בעמ' 114-115; עניין *Panabi-Dargahlloo*, פס' 37 ו-44; עניין *Sbariff*, פס' 32). זאת, בשים לב לכך שבשלה התעורר הצורך באיתורם של אפיקים חלופיים להרחקה. מעבר לכך, ככל שיאותר מתווה חלופי להרחקה שאינו כרוך בהסכמתו של השוהה, הוא מחויב לשתף פעולה באופן מלא עם ההרחקה – ואם לא יעשה כן, יהיו רשאים המשיבים להחזיקו במשמורת לצורך הרחקתו אף מעבר ל-60 ימים מכוח סמכותם לפי סעיף 13(ב)(1) בחוק הכניסה לישראל.

בה-בעת, החזקתם של שוהים שלא כדין במשמורת לצורך איתורם של אפיקים חלופיים להרחקה צריכה לעמוד, כמובן, בכל התנאים המקובלים. לא ניתן להמשיך להחזיקם במשמורת אם לא נראית באופן אפקט אפשרות מעשית להרחיקם תוך זמן סביר, אף אם טרם חלפו 60 הימים (ראו פס' 106 לעיל וההפניות שם). החזקתם במשמורת לאורך זמן נוסף תלבש גוון עונשי ושרירותי ותהפוך לבלתי-חוקית (עניין טוטה, פס' 41

בפסק-דיני). כמו-כן, ההחזקה במשמורת מותנית בכך שהמדינה "עושה מצידה את כל הנדרש והניתן כדי לבצע את ההרחקה" אף ללא הסכמתם, שאם לא כן יתכן שיהיה מקום לשחררם (עניין אלקנוב, פס' 22).

125. אין לכחד, בנסיבות הנוכחיות האפשרות העומדת בפני המדינה להרחיק מסתננים למדינה השלישית מושא ענייננו היא מוגבלת. יתכן שהניסיון לאתר חלופות הרחקה לא יניב את התוצאה שלה מצפה המדינה. עם זאת יש להדגיש כי ככל שיתברר כי זה הוא המצב, על המדינה לחפש חלופות בדרך הרחקה למדינות אחרות שלגביהן לא חלה המגבלה על ההרחקה בין בדרך אחרת. במסגרת פסקי דין קודמים עמדנו, חבריי ואני, על כך שאחת הדרכים העיקריות להקלה על הנטל על תושביהן של ערים מסוימות היא תיחום מקום מגורים של שוהים שלא כדין (עניין אדס, בעמ' 808 (השופטת ע' ארבל) ובעמ' 847 (השופט ע' פוגלמן); עניין איתן, פס' פס' 3 בפסק-דיני וההפניות שם; עניין דטטה, פס' 9-14 בפסק-דינו של השופט ח' מלצר). ככל שישתברר שלנוכח העדר אפשרות להרחיק בכפייה למדינה השלישית המסוימת, אין הדבר מביא מזור לתושבי אותן ערים, ראוי שאפשרות זו של תיחום מקום מגורים תישקל כפי שהצענו בעבר.

בטרם סיום

126. נחזור בתמצית על קביעותינו במסגרת פסק-הדין:

(-) סמכות ההרחקה: סמכותו של שר הפנים להרחיק זרים מישראל חלה לא רק על הרחקתם למדינות מוצאם אלא גם על הרחקתם למדינות שלישיות. ככלל, הסכמתם של הזרים להרחקה אינה נדרשת כדי שהרחקה תהא כדין וניתן להרחיקם גם בניגוד לרצונם. עם זאת, המשיבים הודיעו כי מסתננים אינם מורחקים למדינה השלישית מושא הדיון בהעדר הסכמתם וכי לא תבוצע הרחקה בכפייה למדינה זו. הסיבה לכך היא אמנם חסויה, אך אינה נטועה בדין הישראלי אלא בהסדר הספציפי החל על ההרחקה בענייננו.

(-) הסטנדרטים לפי המשפט הבינלאומי להרחקה למדינה שלישית: כדי שניתן יהיה להרחיק אנשים למדינה שלישית מסוימת, צריכים להתקיים שלושה תנאים: על המדינה השלישית להיות מדינה בטוחה (תנאים מהותיים); צריכים להתקיים תנאים פרוצדורליים להבטחת קיומו של הסדר ההרחקה; ויש לכונן מנגנוני ביקורת ופיקוח נאותים על ההסדר. אין בענייננו מחלוקת בין הצדדים לגבי התנאים המהותיים שצריכים

להתקיים במדינה השלישית כדי שהיא תחשב בטוחה. המערערים מסכימים לתנאים שהתווה היועץ-המשפטי לממשלה. בין הצדדים היו מחלוקות ביחס למהותם של התנאים הפרוצדורליים שצריכים להתקיים בהסדר לצורך הרחקה למדינה השלישית ולשאלת התקיימותם במקרה שלפנינו. בהקשר זה התוונו את העיקרים הבאים: ראשית, הסכם בעניין הרחקה למדינה שלישית נדרש להיות הסכם משפטי מחייב המעגן באופן מפורט את התחייבותה של המדינה השלישית לקבל את המורחקים לשטחה ולהעניק להם הגנה אפקטיבית ואת הזכויות ואת המעמד שיוענקו למורחקים במדינה השלישית. שנית, אין מניעה עקרונית להרחיק אנשים מכוח הסכם חשאי שנוסחו לא פורסם ובלבד שההסכם אכן כולל את כל שנדרש שיהיה בו. שלישית, אין מניעה שחלק מההסכמות עם המדינה השלישית לא תעוגנה בהסכם הכתוב ותובענה בעל-פה. רביעית, אין מניעה שההסכם לא יעגן במפורש את זכותם של המורחקים לאכוף את המחויבויות הכלולות בו באמצעים משפטיים ובלבד שהמורחקים ידעו מראש את זכויותיהם וינתן להם בפועל סעד אפקטיבי במקרה של הפרת זכויותיהם, לרבות גישה למערכת השיפוטית במדינה השלישית. חמישית, אין מניעה שההסכם לא יכלול מנגנוני אכיפה ובטוחות לקיומו ובלבד שהמדינה המרחיקה תחזור ותוודא באופן שוטף, "תוך כדי תנועה", כי הוראותיו של ההסכם אכן מקוימות. ככל שיתברר כי ההסכם אינו מקוים, לא יהיה ניתן להרחיק מכוחו, כפי שהתחייבו המשיבים עצמם.

(-) נטל ההוכחה: נטל השכנוע בהליכים שעניינם הרחקה למדינה שלישית רובץ על כתפיו של המבקש להתנגד להרחקה. נטל הבאת הראיות מוטל אף הוא על המתנגד להרחקה, אך הוא עשוי לעבור במצבים מסוים אל המדינה המרחיקה. ככלל, רף הראיה שבו נדרש לעמוד המתנגד להרחקה אינו גבוה. רף זה נמוך אף יותר במידה משמעותית כאשר מדובר כמו בענייננו בהרחקה מכוחו של הסכם חשאי למדינה שלישית שלמורחק אין זיקה אליה.

(-) המערערים עמדו בענייננו ברף הראיה ולכן נטל הבאת הראיות עבר למשיבים. עם זאת, לאחר בחינת מכלול הראיות שהוצגו בפנינו מסקנתו היא כי מתקיימים בענייננו כל התנאים הנדרשים כדי שניתן יהיה להרחיק מכוח ההסדר למדינה השלישית. ראשית, לא הוכח בפנינו כי המדינה השלישית אינה בטוחה וכי תנאי מהתנאים המהותיים שהתווה היועץ-המשפטי לממשלה אינו מתקיים במדינה זו. שנית, התנאים הפרוצדורליים מתקיימים אף הם. שלישית, מנגנוני הביקורת והפיקוח המתוקנים שהנהיגו המשיבים הם בנסיבות העניין מנגנונים נאותים ומספקים, המגשימים את התכליות המונחות ביסוד כינונם של מנגנונים אלה. נכון להיום הם מאפשרים הצגתה של תמונה הולמת ביחס לקורותיהם של המורחקים. ככל שבעתיד

יתברר כי המנגנונים אינם מספקים עוד, פתוחה הדרך בפני שוהים שלא כדין להציג טענותיהם בעניין – ככל שיבקשו לעשות – במסגרתו של הליך מתאים. כפועל יוצא, בעת הנוכחית לא קיימת מניעה להרחיק ממדינת ישראל למדינה השלישית מסתננים השוהים במרכז השחייה ואשר לא הגישו בקשת מקלט או שבקשתם למקלט נדחתה.

(-) ראוי כי המשיבים ידאגו לכך שהקשיים שהועלו במסגרת התשתית העובדתית שפרסו המערערים ייפתרו, ובעיקר שיינתן למסתננים מידע מלא – בשפה שהם מבינים – הנחוץ להם לקבלת ההחלטה בעניין למדינה השלישית, לרבות בעניין הזכויות המוקנות להם מכוח ההסכם וההסכמות עמה, מחויבויותיה של המדינה השלישית כלפיהם, המעמד שיוענק להם בה וכל מידע רלוונטי אחר. כמו-כן, במסגרת מנגנוני הביקורת והפיקוח ראוי שהמשיבים שיפעלו כדי להבטיח כי למורחקים למדינה השלישית אכן יתאפשר לצאת מבית-המלון שבו הם שוהים בימיהם הראשונים במדינה וכי לא יגיעו לבית-המלון גורמים – רשמיים או פרטיים – שיציעו להם הצעות להברחה למדינה רביעית או למדינות אחרות.

(-) החזקה במשמורת: הצדדים היו חלוקים אם ניתן לראות באי-הסכמה להרחקה משום העדר שיתוף-פעולה שבשלו ניתן להחזיק במשמורת יותר מ-60 ימים לפי סעיף 13(א)(1). ראשית, משהוצא צו-הרחקה כנגד שוהה שלא כדין, ניתן להכניסו למשמורת לצורך הבטחת הרחקתו מישראל ולהותירו במשמורת כל עוד עילת המשמורת עודנה מתקיימת ובלבד שתקופת החזקה במשמורת תהא סבירה ומידתית. שנית, יש לשקול שחרורו של שוהה שלא כדין במשמורת בהתקיים אחת או יותר מהעילות הקבועות לכך ובכל מקרה יש לשחררו לא יאוחר מחלוף 60 ימים ממועד תחילת החזקתו במשמורת. שלישית, ניתן להמשיך להחזיק שוהה שלא כדין במשמורת תקופה ארוכה מ-60 ימים בהתקיים אחת מן העילות להארכת החזקה במשמורת: העדר שיתוף-פעולה עם הרחקה או סכנה לציבור או לבריאותו. רביעית, החובה המוטלת על שוהה שלא כדין לשתף פעולה עם הרחקתו כוללת שני פנים: בפן החיובי, לעשות כל שלא-לידו כדי לסייע בהרחקתו מישראל; בפן השלילי, להימנע מפעולות הנגועות בחוסר תום-לב, שנועדו לעכב את הרחקתו מישראל או לסכל אותה. חמישית, מאחר שככלל לא נדרשת הסכמתו של שוהה שלא כדין לצורך הרחקתו והיא אינה מהווה חלק מהבסיס החוקי להרחקה, אי-הסכמה להרחקה אינה מונעת לפי דין את ההרחקה או מעכבת אותה. לפיכך לא ניתן לדרוש מאדם להסכים להרחקתו כחלק מחובתו לשתף פעולה עם ההרחקה. שישית, בנסיבות כמו בענייננו שבהן נדרשת הסכמתו של אדם להרחקתו כחלק מהבסיס החוקי להרחקה למדינה השלישית מושא העניין, אין מניעה

שהסכמתו תהא חלק מהבסיס החוקי להרחקה. זאת לאור האוטונומיה הנתונה לפרט להסכים לפגיעה בזכויותיו. שבועית, הסכמתו של אדם להרחקה צריכה להיות אמיתית ולהתבסס על עקרון הבחירה החופשית ועל עקרון ההסכמה מדעת. שמינית, הפרשנות שלפיה יש לראות באי-הסכמתו של אדם להרחקה משום העדר שיתוף-פעולה אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם הדרישה להסכמה אמיתית וחופשית. לכן, אי-הסכמה להרחקה בענייננו אינה מהווה העדר שיתוף-פעולה. תשיעית, אם שוהה שלא כדין אינו מסכים להרחקתו, ניתן להחזיקו במשמורת לפרק-זמן שלא יעלה על 60 ימים. במשך הזמן הזה ניתן לנסות לשכנעו תוך שימוש באמצעים שאין בהם כדי לפגוע ברצונו החופשי או לנסות לאתר דרכים חלופיות להרחקתו בניגוד לרצונו. כמו-כן, באפשרותה של המדינה לשקול גם חלופות להרחקה ובהם החלופה של תיחום מקום מגורים, שעליה עמדנו בפסקי-הדין הקודמים.

סוף דבר

127. דינו של הערעור להתקבל, אפוא, באופן חלקי. נכון להיום לא ניצבת בפני המשיבים מניעה שבדין להרחיק את המערערים 1 ו-2 למדינה השלישית. בה-בעת, לא מוטלת על המערערים 1 ו-2 חובה להסכים להרחקה וממילא המשיבים אינם רשאים להכניסם למשמורת בשל אי-הסכמתם להרחקה למדינה השלישית. עם זאת, אין הדבר מונע מהמשיבים להחזיק את המערערים 1 ו-2 במשמורת לתקופה שלא תעלה על 60 ימים, כאמור בפס' 124 לעיל.

בנסיבות המקרה ולנוכח התוצאה האמורה, לא ייעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

השופט י' דנציגר:

אני מסכים לחוות דעתה המפורטת של חברתי הנשיאה ומצטרף לנימוקיה.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לעיקרי פסק דינה הממצה של חברתי הנשיאה, שלא הותיר אבן לא הפוכה. אעיר מספר הערות. עסקינן בסוגיה מורכבת מטבעה, בתורת האיזונים. ישראל מתמודדת, כמו מדינות רבות, עם כניסה בלתי חוקית לתחומה; מזה עליה לנהוג אנושיות כחובותיה בדין ובמוסר, ומזה חפצה היא להרחיק שוהים בלתי חוקיים, אם למולדתם מקום שהדבר ניתן, ואם למדינה אחרת. איננו מצויים בעולם אידאלי; עלינו לגלות יחס למוחלשים באשר הם, אך הרצון להימצא בישראל כשלעצמו קשה לומר שדי בו להותיר אדם בה מניה וביה. ואולם הרגישות עצומה, שכן הבא בשערי המדינה באופן לא חוקי פעמים שבא ממשטר עריצות שבו הכל, באופן כזה או אחר, משועבדים לשלטון. הערותיי מכוונות בעיקר לכך, ובזאת מבקש לחזק את דברי חברתי שנושא "המדינה השלישית", היציאה אליה והקליטה בה, טעונים מעקב הדוק, והדברים נאמרים כמובן לא מרצון לפגוע באותה מדינה חלילה, אלא מתוך הרצון לגלות רגישות מרבית לאוכלוסייה בה עסקינן. ישראל מצויה לא אחת בכגון דא במצב של בין פטיש לסדן – הרצון לגלות אנושיות מול הנסיבות הפנימיות, המשאבים והיכולת: בבג"ץ 4386/16 מדין נ' נציבות בתי הסוהר (13.6.17) נזדמן לי לומר (פסקה ג'), כי הפתרון להתמודדות עם אלה

"דרשו – ועודם דורשים – איזון עדין בין אינטרסים לאומיים וציבוריים, שבמוקדם הצורך במניעת הגירה המונית שלא כדין וצמצום מספר המהגרים שנכנסו למדינה, לרבות הקשיים שהדבר מעורר במרכזי אוכלוסיות ישראליות מוחלשות כשלעצמן (למשל בדרום תל-אביב), לבין מחויבותה של ישראל למשפט הבינלאומי ולהגנה – במובן האנושי – על חייהם וחרותם של אנשים שחלקם מבקשי מקלט כפשוטו".

עם דילמה מעין זו מתמודדות מדינות רבות, וכל מלים אך למותר, אך לישראל נוסף הדבר על הנטל הבטחוני הכבד, קליטת העליה ועוד, והפתרונות יש בהם בסופו של יום "סוג של אמצע" – הרחקה ככל הניתן, קבלת חלק מן השוהים לתושבות בישראל, ואידך זיל גמור.

ב. מקובלים עלי דברי חברתי באשר לחשדנות כלפי הסכם חשאי (פסקה 82); מטבע הדברים בהקשר כמות זה שבו עסקינן ברירת המחלל והגישה העקרונית והראויה היא הסכם גלוי. על כן, גם אם – לדידי בחירוק שיניים – אין פוסלים הסכם חשאי, חובתו של בית המשפט לבדקו היא בכפל כפליים. ועוד, עלי לומר מה בעניין הסכמים בעל פה. לטעמי – והדברים נאמרים מתוך ניסיון רב בענייני המדינה, לרבות הסכמים בינלאומיים ולוא גם עם מתקנות שבמדינות – דברים שבעל פה משקלם נמוך. לעתים יחמקו מדינות גם ממילוי הסכמים בכתב בנימוק או בתיקוף זה או אחר, קל וחומר – הסכמות שבעל-פה, שיפה כוחן לא אחת רק בימי כהונתו של בעל ההסכמה, אם לא

למטה מזה, וחילופי גברי משמעם גם "נדרנא לא נדרי". לא תמיד כך; בודאי יהיו שיכבדו מה שהסכימו קודמיהם; אך לא מעטים יאמרו, מה שהיה היה. ברי מכל מקום, כי הדברים נתונים לפרשנות ולגמישות הרבה יותר מאשר דברים שבכתב. יש איפוא להעדיף תמיד כי דברים יהיו בכתב, וכמובן ככל שהמדובר בעניין מהותי וחשוב מתחזק הצורך שבעתיים. אכן, במקרה דנא הדברים שבעל פה אינם מליכת הנושא בו עסקינן, ועל כן אין בכך כדי לאיין את ההסדרים, אך רשויות הציבור צריך שיהיו מודעות היטב להבדל המהותי בין התחייבות בכתב לזו שבעל פה, ומאמין אני שכך הוא. ועוד, איני רואה עצמי פטור מציון כי הגם ששם "המדינה השלישית" חסוי על פי תעודת החיסיון, שמה הוא נחלת הקהילה הרלבנטית, לרבות באתרים שלה ושל ארגוני זכויות תומכים, וכן במופעים פומביים אחרים.

ג. את הדילמות הלא פשוטות הכרוכות בנושא מסתננים ושוהים בלתי חוקיים אפשר לדמות – במידת-מה כמובן, לא "אחד לאחד" – לסוגיית הסגרת עבד אל אדוניו בתורה ובמשפט העברי. השוהה הבלתי חוקי כמובן אינו עבד, אך עלול הוא להיות כאסקופה הנדרסת. נאמר בתורה (דברים כ"ג, ט"ז-י"ז) "לא תסגיר עבד אל אדניו אשר ינצל אליך מעם אדניו; עמך ישב בקרבך במקום אשר יבחר באחד שעריך בטוב לו לא תוננו". המקורות להלן לקוחים בחלקם משיעורו של הרב ד"ר בנייהו ברונר "הסגרת עבדים במקרא והיחס למבקשי מקלט בתקופתנו" (ימי עיון בתנ"ך במכללת הרצוג, כ"ט תמוז תשע"ז – 23.7.17). הסגרת עבדים מופיעה במקרא, והפרקטיקה המקובלת במזרח הקדום, כולל הישראלי, היתה החזרת עבדים ושפחות בורחים אל אדוניהם (בדאשית ט"ז, ו'-ט'; שמואל א כ"ה, י'; שם ל', י"ג-ט"ו; מלכים א ב' ל"ט-מ'). כך מודגש גם בחוקי העמים במזרח הקדום, כמו חוקי אשנונה וחמורבי, בתקופות שקדמו למקרא במספר מאות שנים, והוא הדין בחוקי חת המאוחרים להם במקצת. בחוזים בין מדינות קדומות מצויים סעיפי החזרת עבדים. ואולם, התורה נקטה בגישה אחרת, של "לא תסגיר עבד אל אדניו", שהיה בה חידוש גדול, גם אם המלכים לא תמיד קיימוהו. כדברי הפסוק, העבד אינו מוסגר, ויכול הוא לשבת בארץ במקום לפי בחירתו; ראו גם בבלי גיטין מ"ה, ע"א, שם מתואר עבד שברח מחוץ לארץ לארץ, ואשר נפסק כי אין להסגירו. להלכה נפסק (רמב"ם קנין, עבדים ח', י') "עבד שברח מחוצה לארץ לארץ אין מחזירין לו לעבדות ועליו נאמר לא תסגיר עבד אל אדוניו, ואומרין לרבו שיכתוב לו גט שחרור ויכתוב לו שטר חוב בדמיו עד שתשיג ידו ויתן לו – ואם לא רצה האדון לשחררו מפקיעין בית דין שעבודו מעליו וילך לו" (וראו גם שולחן ערוך יורה דעה עבדים רס"ז, פ"ה). עינינו הרואות כי הגישה המקראית וההלכתית מקדמת דנא פוסלת החזרת עבד שברח אל אדוניו; אלה קדמו בדורות רבים לאמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951. והפליטים עלולים להיות מעין העבד בן ימינו לצורך העניין.



לעקרון "אי ההחזרה" שבסעיף 33 לאמנה, שלפיו "שום מדינה החברה באמנה לא תגרש ולא תחזיר פליט באיזו צורה שהיא אל גבולות הארצות שבהם יהיו חייו או חרותו בסכנה מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת", שרשים קדומים איפוא במורשתנו.

ד. חברתי דנה ארוכות בשאלת האפשרות להרחיק זרים בלא הסכמה, אף כי בנידון דידן אין הרחקה ללא הסכמה למדינה השלישית. אזכיר כי התפיסה של "כפיה עד להבעת רצון", הנתפסת כלגיטימית כדי לפתור מצבים מסובכים, מצויה בעולמו של המשפט העברי בביטוי "כופין אותו, עד שיאמר רוצה אני". הדוגמה המובהקת לכך, אולי, היא הגט; וכנודע, במשפט העברי יכול הבעל לבדו ליתן גט ובידיו המפתח. כדי להתגבר על מכשלת הסרבנות, נפתח איפוא הפתח של "כופין אותו עד שיאמר רוצה אני" (משנה ערכין ה', ה'), בין היתר בגיטי נשים. מסביר הפרשן רבי עובדיה מברטנורה (איטליה וארץ ישראל, המאות הט"ו-הטז) "כל מי שדינו שכופין אותו לגרש ולא רצה לגרש, בית דין של ישראל מכין אותו עד שיאמר רוצה אני, ונותן הגט, והוא כשר". כלומר, יש כאן "כפיית הרצון", ועדיין נתפס הדבר כרצון. גט כזה הגם שהוא מעושה (כפוי) כשר, בנסיבות שבהן "היה מעושה כדין, כגון שהיה הבעל חייב להוציא ואינו רוצה" (כלשון אנציקלופדיה תלמודית ערך "גט מעשה", כרך ה' תרצ"ח-תרצ"ט). להלכה פסק הרמב"ם (גירושין ב', כ') "מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש את אשתו ולא רצה לגרש, בית דין של ישראל בכל מקום ובכל זמן מכין אותו עד שיאמר רוצה אני ויכתוב הגט והוא גט כשר". רואים אנו כי לעתים, במציאות מורכבת, גט שמעיקרא היה בעייתי נוכח הספק ברצונו של הבעל, ושלאחר תהליך של לחץ עליו ניתן סוף סוף - אין חכמינו רואים מקום של ממש להחזיר את הגלגל לאחור. אמנם, מתעוררת שאלת הבחירה החופשית שנדרש אליה הרמב"ם במורה נבוכים (ג', ל"ט, בתרגום מיכאל שוורץ): "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 נסגיר אותו למי שברח מלפניו. ולא די שתעניק חסות למי שמבקש לחסות בך, מוטלת עליך חובה כלפיו לדאוג לצרכיו, להשפיע עליו רוב טוב, ולא להכאיב ללבו באף מלה. זה דברו יתעלה עמך ישב בקרבך [במקום אשר יבחר] באחד שעריך, בטוב לו; לא תוננו (שם, שם, 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". בדומה כותב השופט (כתארו אז) אלון בבג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 14, 79):

"שני עקרונות יסוד קבעה תורת ישראל בסוגייתנו. מצד אחד – 'לא תסגיר עבד אל אדוניו, אשר ינצל אליך מעם אדוניו. עמך ישב בקרבך במקום אשר יבחר באחד שעריך, בטוב לו, לא תוננו' (דברים כג, טז-יז). אדם שנמלט משעבודו בידי אדם אחר, אין להסגירו למשעבדו, כי חירות האדם היא ערך עליון, העולה וגובר על כל דין וכל חוק של שעבוד אדם באדם. דורות על דורות עברו חלפו, עד לפני תקופה קצרה יחסית, עד שעיקרון זה של חירות האדם וביטולה של העבדות נתקבל על-ידי מדינות בנות תרבות בימינו. מדובר באדם, שכל 'חטאו' הוא היותו משועבד לאדם אחר. ומצד אחר נקבע העיקרון: 'וכי יזיד איש על רעהו להרגו בערמה, מעם מזבחי תקחנו למות' (שמות, כא, יד). בכך ביטלה התורה את הנוהג שהיה קיים אותה שעה, ועוד בתקופה מאוחרת (ראה מלכים א, ב, פסוקים ה, כט-לב - בעניין יואב שהרג את שני שרי צבאות ישראל ונס אל אוהל ה' כדי להימלט מעונש על-ידי החזקה בקרנות המזבח), שהכניסה למקום מקודש יש בה כדי להציל את הרוצח מן העונש, המגיע לו על-פי דין. התורה ביטלה נוהג זה וקבעה, כי קדושת המקדש אינה דוחה את קדושת חיי האדם".

#### הדברים מדברים בעדם.

ואומר בעל הפירוש לתורה משך חכמה, ר' מאיר שמחה כהן (רוסיה-לטביה, המאות הי"ט-הכ') בפירושו לפסוק בראשית א', כ"ו "נעשה אדם בצלמנו – הצלם האלקי הוא הבחירה החפשית בלי טבע מכריח, רק ברצון ושכל חפשי"; ראו גם הרב א"י הכהן-קוק (לטביה-ארץ ישראל, המאות הי"ט-הכ') אגרות הראיה ב', שע"ט.

ה. שאלת היחס בין מחויבות אנושית "כללית" לבין מצב של "פליטות תוך שימוש של נוחות במדינה שאינה מדינת היעד לשם מעמד פליט במדינה שלישית" ניצבה בפני ממשלת ישראל במחצית השניה של שנות השמונים למאה הקודמת. התופעה שנגדה היה צורך להיאבק היתה ה"נשירה", קרי, יציאת יהודים וזכאי שבות מברית המועצות (במיוחד מאז 1971) בעקבות "דרישה" ("ויזוב") ישראלית שנשלחה לברית המועצות לשעבר במאות אלפים; ה"נושרים" הגיעו לוינה או לרומא וקיבלו סטטוס פליט מארה"ב, למשל, ועזבו לשם; דבר זה הכעיס מאוד את ממשלת ישראל, מן הנימוק הברור כל כך שמי ששערי ישראל פתוחים בפניו אינו פליט. מספרי הנשירה גאו, ולימים אף הגיעו לכ-90%. ב-26.10.87, בעידן הפרסטריוקה (ה"הפשרה") בברית המועצות לשעבר, התקבלה במוסד לתיאום הפעולות בין הממשלה לסוכנות היהודית החלטה, שבה – בתוך עניינים אחרים – הוחלט להבטיח כי היוצאים מברית המועצות

על בסיס התביעה הלאומית של שיבה למולדת יגיעו לישראל בטיסות ישירות; זאת כמובן כדי למנוע נשירה. על הדילמה יעיד ויכוח שניטש בישיבת הממשלה ב-19.6.88 (בעת היותי מזכיר הממשלה) בנושא המאבק בנשירה, תוך החלטה – ברוב דעות גדול – לפעול "כדי שהיהודים שביקשו אישור יציאה מברית המועצות כדי להגיע לישראל, אכן יבואו במישרין לישראל". הדעות נחלקו בין הסבורים כי ישראל צריך שתפעל למען יציאת יהודים מאחורי מסך הברזל וילכו הם לאשר ילכו, ובין העומדים על כך שמתפקידנו להביאם לישראל. הדיון נערך על פי מידע שעד מועדו, במחצית הראשונה של 1988, נשרו כ-90% מן היוצאים מברית המועצות, דבר ששר הקליטה יעקב צור הגדיר בנוסח "ההתמודדות בין התשתית הציונית לחלום האמריקני". ראש הממשלה יצחק שמיר – שהנושא בער בעצמותיו – אמר "שזה לא תפקידנו לשכנע את היהודים לעזוב את רוסיה, תפקידנו לשכנע אותם לחזור לישראל"; עוד אמר "אנו מבקשים להחזיר את כבוד האשרה שלנו למקום המגיע לה, מי שמבקש דרישה מקרוביו בארץ ישראל ומקבל אותה צריך לנסוע לישראל". ומנגד, הביע השר עזר ויצמן דעתו בתוקף, כי "להכריח יהודי לבוא לארץ אינני חושב שזה ציוני". גם השר דוד לוי, סגן ראש הממשלה, סבר שאין מקום לשלול הזדמנות ליציאה. השר שמעון פרס, ממלא מקום ראש הממשלה, נקט בעמדה שיש לפעול מעשית נגד הנשירה, אך לנהוג זהירות בהצהרות, בשל מערכת היחסים עם ארה"ב ועוד. לימים נשתנה המצב, בין היתר, שכן מחד גיסא נפתחו השערים ויהודים וכן זכאי שבות רבים רצו לצאת, ומאידך גיסא, לא מיהרו עוד "מדינות השלישיות" כמו ארה"ב לקלוט את הזרם הגדול של היוצאים מברית המועצות, והדבר נתחבר גם למדיניות ישראל. מדוע הבאתי את אלה? כדי להצביע על מורכבות הסוגיה של פליטות, מעמד פליט וכיוצא באלה ואת רגישותה, הלובשת צורה ופושטת צורה.

ו. סוף דבר, האתוס של מדינת ישראל שנבנתה גם כארץ מקלט ליהודים נרדפים, המסורת של "לא תסגיר עבד אל אדוניו" שהלכה עמנו – אלה מצוים עלינו לנהוג זהירות בהתייחסותנו להרחקת זרים ומסתננים, גם אם אין מנוס ממנה במקרים רבים. כך ביחס האנושי, כך בדאגה מתמדת ומוקפדת ככל הניתן לרווחתם במקום אליו יישלחו. מצטרף אני לחברתי בכך, וגם בהצעה שלא ייצא למדינה השלישית בנידון דידן מי שלא נתן הסכמתו, הסכמתו כפשוטה, ולא בחינת "כופין אותו עד שיאמר רוצה אני". אין בזאת כדי לגרוע מהצעתה של חברתי בפסקה 125 באשר לחלופות, לרבות אפשרויות של תיחום מקומות מגורים. ועיקר: הכרעתנו כרוכה לבלי הפרד במבחן המעשה, כלומר, בהפקת לקחים, רצינית והוגנת בתום תקופת מבחן לא ארוכה.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופטת א' חיות:

1. אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתה של חברתי הנשיאה מ' נאור החובקת לעומק ולרוחב את כל הסוגיות הצריכות הכרעה בערעור זה. מקובלת עליי מסקנתה כי ניתן להרחיק את המערערים 1 ו-2 למדינה השלישית שאליה מבקשים המשיבים להרחיקם וכי מתקיימים התנאים הפרוצדוראליים הנדרשים וכן התנאים המהותיים על מנת שמדינה זו תיחשב כמדינה בטוחה לצורך זה. כמו כן שוכנעתי כי מנגנוני הפיקוח והבקרה שאומצו על ידי המדינה נותנים בעת הזו מענה הולם לצורך קבלת מידע הנדרש על אודות קורותיהם של המורחקים למדינה השלישית וכן על מנת להבטיח כי הם זוכים בה להגנה אפקטיבית. זאת בייחוד בשים לב לעדכונים ולשיפורים שעברו מנגנונים אלה בעקבות הערותינו והערותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים.

2. כחברתי הנשיאה וכחברי המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין אף אני הוטרדתי מן העובדה כי תוכנו של ההסכם שהושג עם המדינה השלישית נותר חשאי ואינו גלוי לעיני המורחקים. מתכונת זו של הסכם הרחקה למדינה שלישית היא היוצא מן הכלל וכפי שציינה חברתי הנשיאה, מרבית ההסכמים מסוג זה הינם הסכמים פומביים שנוסחם פורסם (ראו פסקאות 79-81 לחוות דעתה). ואולם, עובדה זו לבדה אין בה כדי להוליך למסקנה היורדת לשורש תוקפו של ההסכם ומקובלת עליי עמדת הנשיאה כי על הבחינה בעניין זה להיות מהותית (פסקה 82 לחוות דעתה). כמו כן מקובלת עליי עמדתה של הנשיאה כי חשאייתו של ההסכם מקרינה על התפקיד שאותו מחויב בית המשפט למלא בבדיקת הוראותיו של ההסכם כמי שמשמש פה ועניינים למורחקים בהקשר זה וכן היא מקרינה על היקף המידע שעל המדינה ליתן למורחקים טרם הרחקתם (פסקה 83 לחוות דעתה). לכך אוסיף כי במסגרת הבדיקה שעורך בית המשפט עליו לבחון עוד מהו הטעם העומד ביסוד החשאיית של הוראות ההסכם ושל זהות המדינה השלישית ועליו להשתכנע כי מדובר אכן בטעמים מוצדקים הנוגעים ליחסי שתי המדינות ולא במניע פסול הנוגע לגריעה מן הזכויות העומדות למורחקים בהקשר זה. כפי שנטען בפנינו הדרישה לשמור על חשאיית ההסכם ועל זהות המדינה השלישית הוצגה על ידי המדינה השלישית כתנאי להתקשרות בו. עמד על כך בית משפט זה בהחלטתו בבש"מ 15/75164 צגטה נ' מדינת ישראל (8.9.2015), בה דחה בקשה להסיר את החיסיון, בין היתר, מעל ההסכמים בהם התקשרה מדינת ישראל עם מדינות שלישיות ובהן המדינה השלישית הנוגעת לענייננו בציינו כי:

מהחומר החסוי שהוצג בפניי ברור כי חשאייתם של ההסכמים, על תוכנם ועל זהותן של המדינות השלישיות

שהן צד לו, היוו תנאי יסודי להסכמתן של אותן מדינות לסייע לישראל בפתרון בעיית ההסתננות שעימה היא מתמודדת. הפרתה של ההתחייבות לשמירה על חשאינות מצידה של מדינת ישראל, לא רק שעלולה לסכל את ביצועם של ההסכמים הללו – אלא שעיקר הפגיעה הצפויה היא באמון שרוחשות המדינות השלישיות לישראל, ובמבוכה שתיגרם לישראל ביחסים הבינלאומיים שלה גם אל מול מדינות אחרות. וחשוב להבהיר בהקשר זה כי האינטרס של מדינת ישראל בשמירה על יחסים הדדיים עם המדינות השלישיות הוא ארוך טווח, ואינו מתמצה אך ורק בפתרון בעיות הקשורות בנושא ההסתננות. קיימים אינטרסים נוספים, כבדי משקל, החורגים מעניינו של ההליך דנן ולא זה המקום להידרש להם. אומר רק כי התמונה הכוללת של מארג היחסים שבין ישראל לבין מדינות אפריקה הוא מורכב, ושומה על בית המשפט לנקוט משנה זהירות בהקשר זה.

היבט נוסף עליו עמדה חברתי אשר יש בו כדי לרכז את הקושי שמעוררת חשאינותו של ההסכם הוא ההפחתה המשמעותית של רף הראיה שבו נדרשים המורחקים לעמוד כדי להרים את הנטל הראשוני המוטל עליהם (פסקה 59 לחוות דעתה).

3. לבסוף שותפה אני לעמדתה של חברתי הנשיאה גם בסוגיה המרכזית הנוספת שהעלו המערערים והנוגעת להחזקה במשמורת של מי שאינם מסכימים להרחקה, גם אם לא הציגו הסבר סביר או הסבר כלל לאי הסכמתם. כחברתי אף אני סבורה כי אין לראות בכך בלבד היעדר שיתוף פעולה עם ההרחקה ועל כן אין מקום להפעיל בנסיבות אלה את הוראת סעיף 113(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

ש ו פ ט ת

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לתוצאה ולעיקרי הנמקתה של חברתי, הנשיאה מ' נאור, בפסק דינה המאלף, שהפליא לנתח את: הדין הישראלי, המשפט הבינלאומי והמקורות המשווים.

לצד זאת אני שותף להערותיהם של חברי וחברתי: המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין והשופטת א' חיות. בשל חשיבות הדברים הנני מרשה לעצמי להוסיף ולהעיר דברים אחדים.

2. האמנה הראשונה בזמן המודרני בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (The Convention Relating to the Status of Refugees 1951) נערכה בעקבות לקחי מלחמת העולם השנייה שהותירה מליוני פליטים ועקורים. ישראל היתה בין המדינות שיזמו את האמנה (פורסמה ב-כ"א 65), ולאחר מכן היא אף אישרה אותה וגם הצטרפה אל הפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967, הנלווה לאמנה הנ"ל ומרחיב את הוראותיה (עיינו: G Ben-Nun "Seeking Asylum in Israel Refugees and the History of Migration Law", New York (2017); R Giladi "A 'Historical Commitment'? Identity and Ideology in Israel's Attitude to the Refugee Convention 1951-4" The International History Review 37 (4): 745-767 (2015)).

האצילות מחייבת כידוע, ובמקרה זה גם: הזיכרון ההיסטורי, ההתחייבות הבינלאומית שישראל נטלה על עצמה, הרצון שלנו להיות חלק ממשפחת העמים (הדוגלים בליברליות ובשלטון חוק) והצו המוסרי – מצדיקים את כיבוד זכויות הפליטים – כבני אדם נושאי זכויות חוקתיות אוניברסליות (אפילו אם יש מי שרואה את האוכלוסייה בה מדובר בחזקת מסתננים).

3. זאת ועוד: התוצאה במקרה שלפנינו נגזרת גם מההיבט החוקתי הישראלי.

סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – חוק היסוד) קובע כדלקמן:

"אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה, או בכל דרך אחרת" (ההדגשות שלי – ח"מ).

אדם נאמר כאן ולא רק אזרח, או תושב.

ניתן לפגוע בזכות החוקתית לחירות אישית הנ"ל, רק אם הפגיעה עומדת בתנאי "פיסקת ההגבלה", הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד. הפרופוזיציה שהעלו המשיבים בהקשר זה לפיה יש לראות באי-הסכמתו של אדם (שנכנס לישראל שלא כדין) להרחקתו מן הארץ משום העדר שיתוף פעולה מצידו, המצדיק את השמתו במשמורת לפרק זמן העולה על 60 יום מכוח סעיף 13 ו' (ב) (1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 – איננה עומדת, לדעתי, בתנאי "פיסקת ההגבלה" הנ"ל. מספר טעמים לדבר: אין היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, היא חורגת מהתכלית הראויה (של מניעת השתקעות במרכזי הערים), אותה אישרנו (ברוב דעות) ב-בג"ץ 8665/14 דטטה נ' הכנסת (11.08.2015) (להלן – ענין דטטה), והיא איננה מידתית, בנסיבות.

מעבר לכך אעיר עוד שתי הערות, מיד בסמוך.

4. יש לשאוף, ככלל, לכך שהסכמים מסוג זה שעמדו בפנינו כאן – יהיו גלויים. הדבר מתבקש בעיקרון מהמשפט הבינלאומי וכן מהרתיעה מנורמות שבסתר, אשר ככלל אסורות הן, למעט חריגים מצומצמים ביותר (ראו: ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' ש.פ. האז, פ"ד טו 2193 (1961)). עם זאת לא ראינו פה את סודיות ההסכמים כשלעצמה כעילה המצדיקה את קבלת העתירה מטעם זה, וזאת לאחר שבדיקת ההסכמים העלתה (בעקבות עיון בחומר החסוי) כי מבחינה מהותית – ההסכמים סבירים.

עם זאת, נוכח חשאיות ההסכמים – לדעתי לא ניתן להסתפק בפיקוח שישראל כמדינה מרחיקה אמורה להפעיל על מימושם של ההסכמים, שכן אפילו יש אפשרות עיונית למורחק לבקש סעד משפטי במדינה השלישית – הוא יעמוד בפני קושי להצליח בהליך שכזה (באין לו הסכם להציג ולהסתמך עליו, ובשים לב לגישה הרווחת במשפט הבינלאומי שאין, ככלל, זכות לפרט להיבנות מהסכם בין מדינות).

תשובת המשיבים כי במקרה של הפרת ההסכמים מצד המדינה השלישית, תופסק ההרחקה מרצון אליה – איננה מספקת, שכן היא עשויה ליתן תרופה רק למורחקים-בכוח לעתיד, ואולם מה יהא דינם של המורחקים-בכוח המצויים כבר במדינה השלישית ונפגעו? לשיטתי במקרה זה על מדינת ישראל להמשיך ולפעול למציאת פתרון הולם.

5. לבסוף נשאלת השאלה – היש מזור כלשהו למצב הדברים שאנו ניצבים בפניו נוכח הצורך להתחשב גם באינטרסים הלגיטימיים של התושבים במרכזי הערים הגדולות בישראל. התשובה היא שלא אלמן ישראל, וכבר בעניין דסטטה – הן חברתי הנשיאה והן אני – הצבענו על כך שיש מקום לבחון אפשרות לפיזור האוכלוסייה בה מדובר – בכל רחבי ישראל, על דרך של "תיחום שהיה גיאוגרפי".

בזמנו מי שהיה שר הפנים ניסה ללכת בדרך זו, אך חזר בו (ראו: בג"צ 5616/09 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים נ' משרד הפנים (26.08.2009)). מאידך גיסא, מהלך דומה ננקט, למשל, בגרמניה ובמדינות נוספות באירופה ופתרונות אלו צלחו את המבחן החוקתי בגרמניה וכן בבית הדין האירופאי לזכויות האדם (ראו: פירוט בחוות דעתי בעניין דסטטה, שם, בפיסקה 10).

6. נוכח כל האמור לעיל לא נותר לי, אלא לחזור בסיום על הרעיון שהעליתי בעניין דסטטה – כדי שהמשיבים יבחנו אותו מחדש. שם התבטאתי (בפיסקה 17) כך:

"לסיכום אומר כי פתרון הביניים שהצעתי לשקול אותו (פיזור של האוכלוסייה בה מדובר תוך תיחום גיאוגרפי

– תוספת שלי כאן – ח"ח) – מאזן, לדעתי, בצורה סבירה את צרכי הכל בנסיבות הקשות שבפנינו – בבחינת הרע במיעוטו, שכן אין אפשרות להגיע פה לטוב ברובו.

יתר על כן כמי שאבותינו היו בעצמם, בעבר הרחוק, עובדים זרים בארץ לא להם, ובעבר הקרוב יותר התדפקו על שערי מדינות שונות במנוסה מפני הצורר הנאצי, ונדחו – אנו נדרשים להפעיל את הכללים המשפטיים הרלבנטיים בחמלה וברגישות כלפי כל המעורבים. הדבר מתחייב מהיותנו מדינה יהודית ודמוקרטית".

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה מ' נאור.

ניתן היום, ו' באלול התשע"ז (28.8.2017).

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה (בדימ')

ה נ ש י א ה

ש ו פ ט

ש ו פ ט