

בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים

העותרים: 1. א.ס.ף - ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל

2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

3. רופאים לזכויות אדם

4. המרכז לקידום פליטים אפריקאיים

5. מוקד סיוע לעובדים זרים

ע"י עו"ד ענת בן-דור ו/או עו"ד ד"ר יובל לבנת מן התכנית לזכויות פליטים,

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, רמת אביב, 69978

טל: 03-6405264, 054-7545494, פקס': 03-6407422

- נגד -

המשיב: 1. שר הפנים

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

רח' מח"ל 7, ירושלים

עתירה מינהלית

מוגשת בזאת עתירה מינהלית במסגרתה יתבקש בית המשפט להורות למשיב כדלקמן:

1. לבטל את החלטתו מיום 31.1.2012 בה נדרשו 'אזרחי' דרום סודן לעזוב את ישראל וזאת עד ליום 1.4.2012;
2. להמשיך ולהאריך את רישיונות השהייה של אנשים שמוצאם מדרום-סודן השוהים בישראל וזאת כל עוד לא הושגה יציבות בדרום סודן שיש בה כדי להבטיח את חזרתם הבטוחה לשם.
3. לקבוע קריטריונים מנחים לקבלת החלטות בדבר החלטה, הסדרה וסיומה של הגנה זמנית ו/או מדיניות אי-הרחקה ו/או הגנה משלימה ולפעול בהתאם להם;
4. לפרסם את דבר זכאותו של כל אדם שחלה עליו ההחלטה האמורה בסעיף 1 לעיל, ושזכה עד כה בהגנה זמנית, לפנות בבקשה פרטנית למקלט מכח אמנת הפליטים משנת 1951.

מבוא

עניינה של עתירה זו בהודעת המשיב מיום 31.1.2012 אשר דרשה מיאזרחי דרום סודן לעזוב מרצונם את ישראל ולשוב עד ליום 31.3.2012 לדרום סודן. על-פי לשון ההודעה, החל מיום 1.4.2012 יינקטו פעולות אכיפה (מעצר וגירוש) כנגד כל אדם שמוצאו מדרום סודן אשר ימשיך לשהות בישראל.

החלטת המשיב התבססה על העובדה שבחודש יולי 2011 הוקמה מדינה חדשה - היא דרום סודן. העותרים טוענים כי המצב השורר כיום בדרום סודן מסוכן ובלתי-יציב ואינו מאפשר חזרה בטוחה. בשים לב לחשיבות הזכויות המוטלות על הכף, שגה המשיב בכך שלא טרח לבחון כלל את התנאים השוררים כיום בדרום-סודן. בכך הפר המשיב את חובתו כרשות מנהלית לבסס החלטותיו על תשתית עובדתית עדכנית ומדוייקת. בעתירה מובאת סקירה נרחבת, המלווה בחוות-דעת מטעם ד"ר אירית בק מאוניברסיטת תל-אביב, המעידה על-כך שבדרום סודן כיום מתנהלים מספר קונפליקטים - ובכלל זה לחימה עם סודן לאורך הגבול המעוררת חשש מפני התחדשות מלחמה בהיקף רחב יותר; סכסוכים אתניים פנימיים, שגרמו בחודשים האחרונים להרג של אזרחים וכן לעקירתם של מאות אלפי אנשים; זליגה של סכסוך חיצוני בגבול עם אוגנדה ועוד. לאלה מצטרפת העובדה שהמדינה החדשה טרם הקימה תשתית שלטונית יציבה, אינה מסוגלת לספק הגנה נאותה לאזרחיה ואף לא צרכים בסיסיים. סוכנות המזון הבינלאומית מזהירה מפני רעב קיצוני שיפגע בכמחצית האוכלוסיה, לפי הערכתה: **"התרחישים הגרועים ביותר הם גם הסבירים ביותר"**. **המתאמת המיוחדת מטעם האו"ם לסיוע חירום, הגב ולרי איימוס, הגדירה את המצב ההומניטרי במדינה החדשה כ"בלתי-בטוח בצורה קיצונית"** וקראה למדינות לפעול כך שכל חזרה לדרום סודן תעשה **מִרְצוֹן** ובאופן בטוח.

העותרים טוענים כי במצב דברים זה, ההחלטה על סיום ההגנה הקבוצתית הזמנית מוקדמת מדי, בלתי סבירה ובלתי מידתית, שכן היא עלולה לסכן את שלומם ובטחונם של המוחזרים. יצויין כי ארצות-הברית, למשל, בחרה להאריך את ההגנה הזמנית שהיא מעניקה לאנשים שמוצאם מדרום סודן עד לחודש מאי 2013 וזאת כלשון ההודעה בגין **"הסכסוך המזויין הנמשך והתנאים יוצאי-הדופן והזמניים במדינה זו, המונעים מאזרחיה לשוב אליה בבטחה"** (נספח ע/35 לעתירה). העתירה מבוססת על עקרון ה-non-refoulement (איסור הגירוש או ההרחקה למקום סכנה) המנהגי. נוכח המצב הנוכחי השורר בדרום סודן, על המשיב להמתין להתייצבות ולרגיעת המצב ולא למהר ולשלוח מאות אנשים, בהם ילדים רבים, למקום בו חייהם עלולים להמצא בסכנה. דברים אלה מתחייבים כאמור מעקרון ה-non refoulement הבינלאומי וממנהגן של מדינות רבות המעניקות הגנה משלימה לצד ובנפרד מן ההגנה שמעניקה אמנת הפליטים.

העותרים

1. העותרים הם ארגוני זכויות אדם העוסקים בסינגור ובסיוע למהגרי עבודה ולמבקשי מקלט הנמצאים בישראל: **העותרת מס' 1 - עמותת א.ס.ף** (ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל), הוקמה בשנת 2007 במטרה לסייע ולספק תמיכה לפליטים ומבקשי המקלט בישראל וכן לפעול להעלאת המודעות הציבורית למצוקת הפליטים ולקידום זכויותיהם ומעמדם בפני רשויות המדינה. **העותרת מס' 2 - האגודה לזכויות האזרח בישראל** האגודה לזכויות האזרח

בישראל היא ארגון זכויות האדם הגדול והותיק בישראל הפועל מאז הקמתו בשנת 1972 להגנה על זכויות האדם ולקידומן. האגודה עוסקת בכל קשת זכויות האדם. **העותרת מס' 3 - רופאים לזכויות אדם** פועלת למימושה של הזכות לבריאות באופן שוויוני לכלל הפרטים והאוכלוסיות הנמצאות תחת שליטת מדינת ישראל. העותרת מפעילה מרפאה פתוחה המעניקה שירותים רפואיים למהגרי עבודה, פליטים ואחרים חסרי מעמד אזרחי. **העותרת מס' 4 - המרכז לקידום פליטים אפריקאיים** נוסדה בשנת 2004 ע"י פליטים ואזרחים ישראלים כדי לסייע, לתמוך ולהעצים את הפליטים ומבקשי המקלט הנמצאים בישראל. עבודתה כוללת ייעוץ פרטני, סיוע הומניטרי, פיתוח קהילתי וקידום מדיניות. **העותרת מס' 5 - מוקד סיוע לעובדים זרים** הוקמה בשנת 1998 כדי להגן ולקדם זכויות אדם של מהגרי עבודה ופליטים ולמנוע סחר בבני-אדם בישראל. העמותה עוסקת במתן מידע, ייעוץ וייצוג משפטי, חינוך והסברה, בחקיקה ובקידום מדיניות.

המשיב

2. המשיב מוסמך מכח חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן - "חוק הכניסה") להעניק רישיונות ישיבה לזרים הנמצאים בישראל (סעיף 1(ב) לחוק הכניסה). מכח סמכות זו העניק המשיב עד לאחרונה, רישיונות ישיבה (לפי סעיף 2(א)(5) לחוק) לאנשים שמוצאם מדרום-סודן. נוכח העובדה שהחלטה נשוא עתירה זו נעשתה על-ידי המשיב מכח סמכותו זו על-פי חוק הכניסה, נתונה הסמכות העניינית והמקומית לדון בה בידי בית משפט נכבד זה.

העובדות שביסוד העתירה

3. כאמור, עניינה של עתירה זו בדרישת רשות האוכלוסין וההגירה המופנית אל 'אזרחי דרום-סודן' השוהים בישראל לעזבה וזאת עד ליום 1.4.2012. בהודעת דוברות רשות האוכלוסין שהופצה לתקשורת ביום 31.1.2012 נאמר כך:

רשות האוכלוסין וההגירה קוראת לנתיני דרום סודן השוהים בישראל לשוב למולדתם מרצון

בעקבות ההכרזה על עצמאותה של מדינת דרום סודן, ובהחלטת שר הפנים קוראת רשות האוכלוסין וההגירה לאזרחיה השוהים בישראל להיערך ליציאה מן הארץ באופן עצמאי.

החל מה-1 בפברואר עד 31 במרץ 2012 תציע רשות האוכלוסין וההגירה לאזרחי דרום סודן המעוניינים לשוב לארצם מרצון סל סיוע, לרבות ליווי ומענק בסך 1,000 אירו לאדם.

נציגי הרשות נקטו בימים האחרונים פעולות שונות להבאת המידע לידיעת הקהילה הדרום-סודנית, כולל פרסום באמצעי התקשורת וחלוקת מנשרים.

מובהר בזאת, כי החל מתאריך 01/04/12 יינקטו פעולות אכיפה כנגד שוהים בלתי חוקיים מדרום סודן אשר לא עזבו את ישראל מרצונם ולא תתאפשר קבלת סיוע כספי.

העתק ההודעה, כפי שהיא מופיעה באתר משרד הפנים רצ"ב ומסומן כנספח 1/ע לעתירה.

נספח 1/ע

4. אל הודעת הדוברות צורף "המנשר שהופץ בקרב אזרחי דרום סודן". במנשר זה הכתוב באנגלית נכתב כי כעת, משהפכה דרום סודן למדינה עצמאית, הגיע הזמן לאנשי דרום-סודן לשוב לארצם. המנשר חוזר על הצעת הסיוע למי שיעזבו מרצונם עד ליום 31.3.2012 ומודיע כי מי שישאר בישראל לאחר תאריך זה יגורש בהתאם לחוק בישראל.
- העתק המנשר של רשת ההגירה מיום 31.1.2011 (התאריך שגוי וצריך להיות 31.1.2012) מצורף בזה כנספח 2/ע לעתירה.

נספח 2/ע

5. כפי שיתואר להלן, מסיימת הודעה זו של רשות האוכלוסין, מדיניות בת-מספר שנים שנהגה בישראל משנת 2005 ובמסגרתה זכו אזרחי סודן הנמצאים בישראל (בלי קשר לאזור מוצאם בסודן) להגנה זמנית או להגנה קולקטיבית או בשמה המאוחר של מדיניות זו: לעיכוב הרחקה זמני.
- מאחר שההודעה קשורה בטבורה להקמתה של דרום-סודן כמדינה עצמאית, נתאר בקצרה אירוע זה, לאחר מכן נבהיר מי היא האוכלוסייה השוהה בישראל, אליה כוונה הודעה זו, ומהי המדיניות שננקטה ביחס אליה עד לפרסום ההודעה.

9.7.2011 עצמאותה של דרום-סודן

6. ההכרזה על עצמאותה של דרום סודן בחודש יולי 2011, סיימה למעלה מעשרים שנות מלחמה, אשר היתה הארוכה ביותר והעקובה מדם ביותר בתולדות אפריקה. במהלכה של מלחמה זו נהרגו, לפי הערכות שונות, כ-2 מיליון בני-אדם, רבים נעקרו מבתיהם וחיפשו מקלט במדינות אחרות, ביניהן - כפי שיתואר בהמשך - גם בישראל.
7. ההסכם (Comprehensive Peace Agreement) אשר הביא לסיומה של המלחמה הותיר מספר עניינים קריטיים ללא הסדר ברור ומוגמר בין סודן לבין המדינה החדשה אשר התפצלה ממנה והם:
- א. **גורלו של Abyei**: הוא אזור שמבחינה אתנית, פוליטית וגיאוגרפית נמצא בין דרום סודן לצפונה. נושאים של בעלות על הקרקע, זכויות מרעה, הסדרי בטחון (כאזור גבול רגיש) ובעלות על משאבי הנפט הופכים את האזור לרגיש במיוחד; גם ניהולם של שני איזורים

אחרים (Sothorn Kordofan, Blue Nile), שמהוים חלק מצפון סודן לא הוסדר באופן מלא בהסכם.

ב. **חלוקת משאבי הנפט**: דרום סודן וסודן תלויות שתיהן במשאבי הנפט. למרות שברור היה שהיפרדות הדרום מן הצפון מחייבת הערכות (אין לדרום סודן מוצא לים וכיום היא יכולה לשווק את הנפט שלה רק דרך הצפון), הנושא לא הוסדר בהסכם;

ג. **שאלת האזרחות**: לא נקבעו הסדרים ברורים באשר לאזרחותם של אנשים שמוצאם מדרום סודן והם מתגוררים כיום בצפון המדינה (למעלה ממיליון אנשים); כמו"כ בדרום מתגוררים אנשים שמוצאם מן הצפון.

ד. **בטחון באיזורי הגבול**: התווית הגבול העתידי, ניהול הכוחות הצבאיים באיזורי הגבול וכן תמיכתו של כל צד בקבוצות לוחמות-מורדות בתחומי הצד האחר לא הוסדרו.

למרות תמיכה בינלאומית ומפגשי-שיחות, לא הוסדרו נושאים אלה ומשקיפים ציינו כי הדבר עלול להוות מתכון להתחדשות הסכסוך בין דרום-סודן לצפונה. כפי שנפרט בהמשך, נראה כי תחזית קודרת זו עלולה אכן מתממשת בימים אלה.

International Crisis Group, Negotiating Sudan's North-South Future, Africa Briefing N. 76, 23 November 2010.

8. בינואר 2011, בהתאם לתנאי הסכם השלום, נערך משאל עם (Referendum) בו השתתפו כמעט 4 מיליון מצביעים שמוצאם מדרום סודן. רוב מוחלט של כ-98% הצביע לטובת ההפרדות מסודן והקמת מדינה עצמאית. בעקבות תוצאות משאל-העם זכתה דרום-סודן לעצמאות. המדינה החדשה התקבלה כחברה ה-193 באו"ם. ביום 28.7.2011 הודיעו ישראל ודרום-סודן על כינון יחסים דיפלומטיים ביניהן.

אתר משרד החוץ, "ישראל ודרום סודן מכוננות יחסים דיפלומטיים", 28.7.2011, נמצא בכתובת הבאה:

http://www.mfa.gov.il/MFAHeb/Spokesman/2011/Israel-South_Sudan_relations_280711.htm

ההגנה שניתנה לאזרחי סודן בישראל עד לפרסום ההודעה נספח ע/1

9. ככל הידוע לעותרים, הגעת אזרחים סודניים לישראל אינה תופעה חדשה. אחד המקרים המתועדים הראשונים של הגעת אזרחים סודניים לישראל הסתיים בטרגדיה, בשנת 1994 החזירה ישראל לירדן שני אזרחי סודן שנכנסו אליה דרך גבול ירדן. ירדן מצידה החזירה אותם לסודן, שם הוצאו להורג.

רופאים לזכויות אדם, המשפט בשירות הקהילה - מרכז משאבים, "מדינת ישראל - מקלט בטוח? בעיות בטיפול של מדינת ישראל בפליטים ובמבקשי מקלט", 2003, בעמ' 18.

10. בישראל שוהים עד היום מספר אזרחים סודנים שהגיעו לישראל בסוף שנות התשעים, הם הוכרו כפליטים וקיבלו מעמד של תושב ארעי. יחד עם זאת, מקרים אלה הם בגדר החריג, שכן עד לשנת 2005 הסתייעה מדינת ישראל בנציבות האו"ם לפליטים אשר פנתה למדינות שלישיות וקיבלה הסכמתן ליישובם מחדש' בתחומן כפליטים (שיטה זו נהגה גם לגבי אזרחי מדינות אחרות שהוגדרו כ'מדינות אויב' דוגמת עירק, אירן ואחרות).

11. בשנת 2004 החזירה ישראל למצרים, באישורה של נציבות האו"ם לפליטים, קבוצה של אחד-עשר מבקשי מקלט סודניים (לאחר מספר חודשים בהם היו עצורים בכלא קציעות). בניגוד לתכניתה של נציבות האו"ם לפליטים, אחד-עשר מבקשי המקלט כמעט וגורשו על-ידי מצרים לסודן. לאחר החזרה כושלת זו, ביקשה הנציבות את מדינת ישראל להימנע מגירושם של אזרחי סודן.

12. מעת זו, כאשר הגיע אזרח סודן לישראל הוא בד"כ נכלא בגין כניסה שלא כדין לישראל, בתחילה לפי חוק הכניסה לישראל ומראשית שנת 2006, כאשר החל מספרם של האזרחים הסודניים המגיעים לישראל לעלות, לפי הוראות החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954. בתשובה לעתירה שהוגשה לבג"צ בשנת 2006 על-ידי ארבעה עותרים פרטיים ומוקד סיוע לעובדים זרים (בג"צ 3208/06 פלוניס נגד ראש אגף המבצעים בצה"ל החלטה מיום 7.10.2008) תירצה המדינה את היחס המחמיר בו נקטה בכל הנוגע לכליאתם של אזרחי סודן ב'חזקת המסוכנות' הנשקפת מהם. יחד עם זאת, המדינה הודיעה כי תקיים בעניינם את עקרון ה-Non-Refoulement האוסר על גירוש אדם למקום סכנה, וכלשון הודעתה מיום 11.6.2006:

אין כל כוונה לבצע את גירושו של מי מהמסתננים לסודן או לכל מדינה שעלולה לגרושו לסודן, כל עוד נשקפת למי מהם סכנת חיים בסודן (ההדגשה במקור).

בהמשך הודעה זו ביקרה המדינה את העותרים על שלדבריה יצרו מצג מוטעה כאילו כל המגיעים לישראל מסודן הם פליטים מחבל דרפור, יחד עם זאת, גם לשיטתה של המדינה, ברור היה שבין המגיעים לישראל ישנם רבים הזקוקים להגנה ואף עשויים להיות פליטים לפי אמנת הפליטים:

לעניין זה חשוב להדגיש, כי המדינה איננה מתעלמת מן העובדה כי פרט לנרדפי דארפור (המהוים כשליש מן הסודנים העצורים בישראל, כאמור) קיימים בני שבטים נוספים הנרדפים בסודן, שייתכן כי אף הם יהיו זכאים להכרה כפליטים.

הודעת המדינה מיום 11.6.2006 רצ"ב כנספח ע/3 לעתירה.

נספח ע/3

13. העתירה בבג"צ 3208/06 הובילה ליצירת ערכאת ביקורת פנימית, בדמות של 'יועץ מיוחד לשר הבטחון' אשר קיים ביקורת עתית על מעצרים של מבקשי מקלט מסודן מכח החוק למניעת

הסתננות. מעת שהחלה ערכאה זו בפעולתה (באוגוסט 2006) שוחררו כל העצורים הסודנים, בתחילה בתנאים מגבילים ואחר-כך בלעדיהם. עם שחרורם של מבקשי המקלט ממשמורת, הנפיקה לכל אחד מהם נציבות האו"ם לפליטים תעודה **המעידה על היותו מבקש מקלט החוסה תחת הגנתה וזאת עד לבירור של מעמדו.**

העתק דוגמא ל"נייר הגנה" שהונפק על-ידי נציבות האו"ם לפליטים למבקש מקלט מסודן (פרטיו של בעל הנייר טושטשו לצורך הגנה על פרטיותו) רצ"ב ומסומן כנספח 4/ע לעתירה.

נספח 4/ע

14. בראשית שנת 2009 נטלה מדינת ישראל מידי נציבות האו"ם לפליטים את ניהול הרישום והענקת המעמד לאזרחי סודן השוהים בישראל. מבקשי המקלט נדרשו להגיע ל"יחידת רישום המסתננים" ששכנה אז בלוד ולעבור "ריאיון זיהוי". מי שזוהה כאזרח סודן קיבל רישיון ישיבה שהונפק מכח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, רישיון זה הוארך מעת לעת.

העתק דוגמא לרישיון ישיבה שהונפק מכח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל והעתק "נוהל הארכת אישורי שהייה למסתננים" רצ"ב כנספחים 5/ע - 6/ע בהתאמה.

נספחים 5/ע-6/ע

15. בהודעה לתקשורת מיום 8.2.2012, הודיע רשות האוכלוסין כי בכוונתה להתחיל באכיפה מוגברת כנגד מעסיקים שיעסיקו את אזרחי דרום סודן וזאת החל מיום 1.4.2012 וכי פעילות האכיפה תכלול בין היתר הטלת קנסות והגשת כתבי אישום (בהתאם להתחייבות הממשלה במסגרת בג"צ 6312/10 קן לעובד נגד הממשלה, פסק-דין מיום 16.1.2010 (פורסם בנבו) נדרשה הודעה כזו טרם נקיטת פעולות אכיפה).

העתק הודעה לתקשורת בדבר אכיפה מוגברת כנגד מעסיקים של אזרחי חוף השנהב ודרום-סודן מיום 8.2.2012 רצ"ב כנספח 7/ע.

נספח 7/ע

מי האנשים אליהם מתייחסת הודעת המשיב נספח 1/ע לעיל?

16. המשיב כיוון את הודעתו נספח 1/ע ל"אזרחי" דרום-סודן, אלא שלפי מיטב ידיעתם של העותרים, איש מבין הסודנים ששוהים בישראל אינו אזרח דרום סודן בעת זו וזאת מן הטעם הפשוט שלא קיימת אפשרות לאדם שנמצא בישראל לזכות באזרחות דרום-סודנית. קבלת אזרחות דרום-סודנית כרוכה במילוי שורה של תנאים (מהותיים ופרוצדורליים), הגשת בקשה וראיות וטעונה כמובן אישור הממשלה הדרום-סודנית החדשה. עד כה לא קיימת נציגות דרום-סודנית בישראל אשר ביכולתה לקבל ולאשר בקשות לאזרחות של אנשים שמוצאם או מוצא משפחתם מדרום סודן.

17. בנסיבות אלה, לא ייפלא שלא ברור למי בדיוק מתייחסת הודעתו של המשיב וכן שקיימות הערכות שונות לגבי מספרם של האנשים הנופלים תחת הקטיגוריה העמומה של 'דרום-סודנים'. לפי האמור בדו"ח של מרכז המידע והמחקר של הכנסת, נעות ההערכות לגבי האוכלוסיה של הזכאיים להגנה קבוצתית מדרום סודן בין 700 נפש (לפי הערכה שמסרו מנהיגי הקהילה לעותרת מס' 1) ועד ל-3,000 נפש (לפי הערכת רשות האוכלוסין). כתבה שפורסמה בעיתון 'הארץ' ביום 27.3.2012 אשר תיארה את פעולותיו של משרד החוץ לקראת החזרתם של אנשי דרום סודן לארצם נקבה במספר של 1000 איש בלבד (הארץ, "שלושה ימים לפני הגירוש: ישראל בודקת מה יקרה למסתננים", 27.3.2012).

העתק דו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת, סיום ההגנה הקבוצתית למבקשי המקלט מדרום-סודן מיום 4 במרס, 2012 רצ"ב כנספח ע/8.

נספח ע/8

18. נוסף כי חלק מן העמימות נובעת מסיפורי-חיים מורכבים של האנשים בהם מדובר: חלקם נולדו מחוץ לסודן להורים שנמלטו מן המלחמה בדרום-סודן, לא לכולם יש תעודות לידה שמעידות על אילן היוחסין שלהם, כך שאפילו אם הם רואים עצמם כאנשי דרום-סודן, לא ברור אם יוכלו להוכיח זאת; אחרים נשואים לאזרחי סודן (הצפונית) או שהם עצמם בני משפחות מעורבות כאלה - במקרים אלה, ונוכח חוסר האפשרות לפנות ולקבל בעת זו תשובה רשמית, שאלת האזרחות נותרת בסימן שאלה.

פרויקט החזרה מרצון לדרום-סודן

19. למען שלימות התמונה יצויין כי במהלך השנתיים האחרונות חזרו כמה מאות מבקשי מקלט שמוצאם מדרום-סודן לארצם במבצע "חזרה מרצון" אשר התבצע על-ידי ארגון נוצרי פרטי בידיעתן ובסיוען המלא של הרשויות בישראל. בדיון שנערך בועדת העובדים הזרים של הכנסת ביום 31.10.2011 נמסרו מעט פרטים על מבצע זה. מר יוסי אדלשטיין, מנהל האגף לזרים של רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול הדגיש כי אין מדובר בהרחקה אלא בחזרה מרצון (בעמ' 4, 17, 18 לפרוטוקול הדיון). הגב' שרמיין הדינג מארגון "Operation Blessing", ארגון נוצרי אוונגליסטי המנהל את החזרה מסרה כי בשנה שחלפה הוחזרו 750 איש ובשבוע שקדם לדיון עוד 140 איש (בעמ' 13 לפרוטוקול הדיון). עוד נזכר בדיון כי נציבות האו"ם לפליטים היתה מעורבת בהליך בדרך של ריאיון חלק מן החוזרים על-מנת לוודא כי חזרתם אכן נעשית מרצונם החופשי (דברי נציג הנציבות בעמ' 18 לפרוטוקול).

העתק פרוטוקול מס' 63 משיבת הוועדה לבחינת בעיות העובדים הזרים בכנסת מיום 31.10.2011 רצ"ב כנספח ע/9.

נספח ע/9

ההגנה הזמנית שהוענקה עד היום לסודנים

20. למרות שהמשיב נוהג לכנות את האוכלוסיה של מבקשי המקלט מדרום סודן "מסתננים" ולהגדירם כ"מהגרי" או "מסתנני" עבודה, חשוב לציין כי בקשותיהם של אנשים אלה, אשר הוגדרו כאמור על-ידי נציבות האו"ם לפליטים כ"מבקשי מקלט" (ראו נספח 4/על) מעולם לא נבחנו באופן פרטני. למרות שכולם רואיינו הן על-ידי נציבות האו"ם לפליטים והן על-ידי פקידי "יחידת רישום המסתננים", היתה מטרת תשאולים אלה בעיקרה, לברר האם הם אזרחים סודנים הזכאיים להגנה קבוצתית. בנסיבות אלה בהן נמנע המשיב מלבחון בקשות פרטניות למקלט, כיצד יכול הוא להגדיר את האוכלוסיה כ"מהגרי עבודה?".

21. דו"ח שפרסם ארגון Human Rights Watch בשנת 2008 על מוראות סיני, מציין שההגדרה הפשטנית של "הגירת עבודה" אינה מתארת נכונה את הסיבות להגעה לישראל (בעמ' 17). מבקשי מקלט סודנים סיפרו לתחקירנים כי נמלטו מסודן למצרים עקב רדיפות או עקב המלחמה, רבים פנו לסיועה של נציבות האו"ם לפליטים במצרים (בעמ' 18-17 לדו"ח). רוב המרואיינים ציינו שעזבו את מצרים לישראל לאחר פיזור האלים של הפגנת הפליטים הסודנים שנערכה במרכז קהיר ב-30.12.2005. באירוע זה נהרגו 27 מפגינים, מאות נעצרו ואויימו בגירוש (בעמ' 18-19 לדו"ח). המרואיינים ציינו שאיבדו גם את האמון בנציבות האו"ם לפליטים במצרים, שכן האמינו שהיא היתה מעורבת בפיזור ההפגנה (בעמ' 20 לדו"ח). אחרים ציינו בעיות בטחון כלליות, מעצרים תכופים ופגיעות מצד המשטרה המצרית, אירועים בהם גורשו פליטים מוכרים לסודן, כמו-גם גזענות של האוכלוסיה האזרחית שגלשה לעתים קרובות לאלימות. (עמ' 21-22). העדרותם של פתרונות לטווח-ארוך וחוסר יכולת להתקיים, בהעדר נגישות לשירותי בריאות, חינוך לילדים ותעסוקה, נמנו גם הם עם הסיבות להגעה לישראל.

Human Rights Watch, *Sinai Perils: Risks to Migrants, Refugees and Asylum Seekers in Egypt and Israel*, 12 November 2008, 1-56432-398-6, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/491aebbd2.html> (accessed 25 March 2012).

22. בישראל כאמור, החליטו הרשויות להעניק "הגנה זמנית" על בסיס קולקטיבי לכל אזרחי סודן וכאמור הודיעו, כבר בשנת 2006 שימנעו מהרחקתם לארצם. מעת שזוהה אדם כאזרח סודן, קיבל רישיון ישיבה לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל ובזה נסתיימו ההליכים שנערכו בעניינו. עובדת הענקת "הגנה זמנית" לאזרחי סודן נאמרה שוב ושוב במהלך השנים על-ידי פקידי המשיב, כך למשל במענה לפניה של מוקד סיוע לעובדים זרים, השיב מר חיים אפרים, מנהל יחידת הטיפול במבקשי מקלט ביום 10.12.2009 כך :

בשלב זה יחידת הטיפול במבקשי מקלט אינה מטפלת בנתינים זרים אשר אזרחותם הינה אריתראית או סודנית, ברצוני לציין כי נתינים אלו זכאים ממילא להגנה זמנית.

בדומה לכך כתבה הגב' הדר ויס, מתאמת יחידת הטיפול במבקשי מקלט ביום 10.6.2010 :

יחידת הטיפול איננה עוסקת בזיהוי, היחידה מטפלת בכלל מבקשי המקלט בישראל למעט הסודנים והאריתראים זכאים להגנה זמנית.

גם מר אמנון בן-עמי, מנכ"ל רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול כתב ביום 2.1.2011 לנציגי ארגונים שפנו אליו בתלונה על הצגת מבקשי המקלט בישראל כמהגרי עבודה, כך:

עובדה ברורה לחלוטין, לעומת זאת, וייתכן שעם נתון זה נעשה בלבול, היא כי כ-90% מהמסתננים הם אזרחי אריתריאה וסודן. אזרחים אלה שוהים בישראל בשלב זה תחת הגנה זמנית - נתון זה מובהר על ידנו בכל כלי התקשורת ובכל מקום אפשרי למען הסר ספק.

העתק מכתבו של מר חיים אפרים מיום 10.12.2009 רצ"ב כנספח ע/10; העתק מכתבה של הגב' הדר ויס מיום 10.6.2010 רצ"ב כנספח ע/11; העתק מכתבו של מר אמנון בן-עמי מיום 2.1.2011 רצ"ב כנספח ע/12.

נספחים ע/10-ע/12

23. הטעם לכך שהעותרים מתעכבים על טיבו של המעמד שניתן לאזרחי סודן הוא בעיקר נוכח העובדה שממועד כלשהו, חדל המשיב לכנות את ההגנה הקבוצתית שהוא מעניק לאזרחי סודן "הגנה זמנית" ובחר במינוח חדש של "עיקוב הרחקה זמנית". העותרים אינם יודעים האם הטעם לדבר הוא בניסיונו של המשיב להימנע מן התוצאות המשפטיות שמחייב מוסד ה"הגנה הזמנית" או שיש לדבר טעם אחר (בהמשך נזכיר את ביקורתם של בתי-המשפט על העמימות שבה נקט המשיב ביחס למשטר ה"הגנה הזמנית"), מכל מקום ברי שמהותו של ההסדר ולא השם שהוענק לו היא הקובעת.

הפנייה למשיב טרם הגשת עתירה זו

24. ביום 5.3.2012 פנו העותרים אל שר הפנים ואל מנכ"ל רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול בדרישה לבטל את ההודעה נספח ע/1 לעיל. הטעם שעמד במוקד הפניה היה המצב הנוכחי בדרום סודן, אשר אינו מאפשר חזרה בטוחה בעת זו. **יודגש כי הפונים לא ביקשו את המשיב להעניק מעמד של קבע ו/או מעמד ארוך-טווח לאוכלוסיית מבקשי המקלט שמוצאם מדרום-סודן אלא טענו כנגד סיום ההגנה הזמנית בעת זו.**

25. לפניית העותרים צורפה רשימה ארוכה של מקורות עדכניים המתארים את המצב הנוכחי בדרום-סודן ונטען כי הוא עלול לסכן את חיי המוחזרים. כן נטען כי בהחלטת המשיב נפלו פגמים פרוצדורליים שונים; המשיב לא ערך בחינה ראויה של המצב השורר בדרום-סודן טרם קיבל את החלטתו; לא נמלאו התנאים הדרושים על-פי דין לסיומה של הגנה זמנית ושמדינות אחרות (דוגמת ארצות הברית) ממשיכות להעניק הגנה לאנשים שמוצאם מדרום-סודן.

העתק הפנייה אל המשיב מיום 5.3.2012 רצ"ב כנספח ע/13 לעתירה.

נספח ע/13

26. לפניית העותרים צורפה חוות-דעתה של ד"ר אירית בק, חוקרת המתמחה בחקר סודן ממרכז דיין לחקר המזרח התיכון ואפריקה ומרצה בחוג להיסטוריה של המזרח התיכון ואפריקה באוניברסיטת תל-אביב. בחוות-דעתה כתבה ד"ר בק כי קיימת בדרום-סודן מציאות קשה ביותר המעמידה סימני שאלה רבים לגבי עתידה של מדינה זו. סיכום חוות-הדעת הוא כדלקמן:

בשבעת החודשים שחלפו מאז עצמאותה של דרום סודן ועד עתה, מצטברות עדויות משמעותיות לגבי סכנות של מלחמות פנימיות וחיזוניות הינצבות בפני רבים מתושביה של המדינה החדשה. סכנות אלה מקצינות את המצב הכלכלי הרעוע של דרום סודאן, מדינה שכמעט מחצית מתושביה תלויים בסיוע מזון חיצוני, ואוכלוסיות רבות אף נתונות לסכנה של רעב. **לפיכך גירוש גורף של תושבי דרום סודאן הנמצאים בישראל עלול לחשוף אותם לסכנות שונות, לרבות סכנה של רדיפות פוליטיות ומאבקים על רקע אתני, ואף למצבים של עוני קיצוני ורעב. מדיניות ראויה להערכת, היא להמתין ולראות מה יהיה המצב בהמשך (ההדגשה הוספה – ע.ב).**

העתק חוות-דעתה של ד"ר אירית בק מיום 27.2.2012 רצ"ב ומסומן כנספח ע/14.

נספח ע/14

27. עד למועד הגשת עתירה זו, לא הגיב המשיב לפניית העותרים. החשש כי בתוך זמן קצר ימצאו האנשים שמוצאם מדרום-סודן מאחורי סורג ובריח לא מותירה ברירה ביד העותרים אלא לפנות לבית-משפט נכבד זה בבקשה לסעד.

המצב העדכני השורר בדרום-סודן

28. בהודעת המשיב לא מפורט כיצד נתקבלה ההחלטה לסיים את ההגנה הזמנית של אזרחי דרום סודן ומה היו השיקולים שעמדו לנגד עיני המשיב עת החליט. **על-פני הדברים, עצמאותה של דרום-סודן היתה השיקול היחיד שעמד לנגד עיני המשיב.** הנוסח העברי של ההחלטה (נספח ע/1 לעיל) קובע כך:

"בעקבות ההכרזה על עצמאותה של מדינת דרום סודן ובהחלטת שר הפנים קוראת רשות האוכלוסין וההגירה לאזרחיה השוהים בישראל להיערך ליציאה מן הארץ באופן עצמאי".

בנוסח האנגלי נאמר:

"Now that South Sudan has become an independent state, it is time for you to return to your homeland".

29. כפי שנטען בהרחבה בהמשך, שגה המשיב בכך שלא בחן את המצב העדכני בדרום סודן, ולא בחן, במסגרת החלטתו לסיים את ההגנה הזמנית שניתנה בעבר לאנשים שמוצאם מדרום

סודן, האם המצב שם מאפשר שיבה בטוחה בעת זו. פגם זה, של אי-התחשבות בזכות היסוד של המוחזרים לחיים; בעקרון ה-*non refoulement* ובעקרונות הנוגעים לסיומה של 'הגנה זמנית' יורד לשורש החלטתו ופוסל אותה.

להלן נסקור את המצב **העדכני** בדרום סודן. חלק מן ההתפתחויות המתוארות אירעו **לאחר** קבלת ההחלטה על הפסקת ההגנה הזמנית (והובאו לידיעת המשיב בפניית העותרים נספח ע/13 לעיל) אך אין בכך רבותא. החלטה כזו תמיד צופה פני-עתידי ולכן המועד הרלבנטי לצורך הערכת המידע הוא המועד שבו בית המשפט דן בסוגיה, כך קבע בית המשפט האירופאי לזכויות אדם בפרשת Sufi (מצורפת כנספח ע/30 לעתירה):

A full and an *ex-nunc* (from now on - AB) assessment is called for as the situation in a country of destination may change in the course of time. Even though the historical position is of interest in so far as it may shed light on the current situation and its likely evolution, it is the present conditions which are decisive and it is therefore necessary to take into account information that has come to light after the final decision taken by the domestic authorities (see Salah Sheekh, cited above, §136).

Sufi and Elmi v. The United Kingdom (Applications nos. 8319/07 and 11449/07) 28.11.2011, para. 215.

30. נוסף כי עצם העובדה שהמצב בדרום-סודן כה בלתי-יציב כיום ומשתנה מיום-ליום, מלמדת, **כשלעצמה**, על חוסר הסבירות בקבלת ההחלטה נספח ע/1 מבלי להמתין להתייצבות ולרגיעה.

הסכנה של התלקחות חדשה של העימות עם סודן

31. כידוע, לעצמאותה של דרום-סודן קדם מאבק הארוך שנים ועקוב מדם, מלחמתם של בני-הדרום לעצמאות נמשכה למעלה מ-20 שנה וגבתה חייהם של כשני מיליון קורבנות. כפי שמסבירה ד"ר בק בחוות-דעתה, נותרו נושאים שונים שהסכם השלום הכולל (CPA - Comprehensive Peace Agreement) לא פתר - כך למשל לעניין התווית קו הגבול באזור Abyei. כמו-כן מסבירה ד"ר בק כי שאלת חלוקת הנפט והתמלוגים שגובה צפון סודן מן הדרום תמורת הובלת הנפט בשטחה הפכה לגורם מחלוקת בין הצדדים (בעמ' 1).

32. יומיים לפני הגשת עתירה זו התפרסמו ידיעות בעיתונות העולמית על חידוש הלחימה בין סודן לבין דרום סודן לאורך קו הגבול השנוי במחלוקת. על-פי הידיעה הזהיר נשיאה של דרום-סודן מפני מלחמה וטען שמטוסי קרב הפציצו מטרות באזורים שונים שנמצאים בתוך דרום סודן. כוחותיה של דרום סודן השתלטו על אזור Heglig בו נמצא שדה נפט שהבעלות עליו שנויה

במחלוקת בין הצדדים. גם הדובר של צבא סודן אישר לסוכנות הידיעות BBC באפריקה שהלחימה נמשכת.

העתק BBC News Africa, Sudan and South Sudan in fierce oil border clashes, 27.3.2012 רצ"ב כנספח ע/15.

נספח ע/15

33. האופן שבו נהגה סודן ביחס למחלוקת על Abyei צריך להוות תמרוך אזהרה ביחס לעתיד. גורלה של Abyei היה אמור להיות מוכרע, על-פי ההסדרים בהסכם השלום, על-ידי משאל עם שייערך בקרב תושביה. משאל העם לא נערך מעולם. בחודש מאי 2011 פרצה לחימה בין הכוחות של צבא סודן לבין הצבא הדרום-סודני (SPLA). מיליציות אזרחיות שפעלו בחסות צבא סודן בזזו באופן שיטתי את בתי התושבים בעיר Abyei (בירת המחוז) ובכפרים שסביבה. כ-100,000 אזרחים נמלטו מן המקום. צבא סודן נכנס אל העיר עם טנקים וכן עשה שימוש בהפגזת טילים (בין היתר שדד צבא סודן מחסנים של תכנית המזון הבינלאומית WFP מזון וגנרטורים שהיו בהם). צבא סודן גם הפגז את הגשר שקישר בין Abeyi לבין דרום-סודן על-מנת למנוע מן התושבים שברחו מן העיר לשוב אליה.

העתק Amnesty International, *Sudan-South Sudan: Destruction and desolation in Abyei*, 20 December 2011, AFR 54/041/2011 ומסומן כנספח ע/16.

נספח ע/16

34. בחוות-דעתה (נספח ע/14 לעיל, בעמ' 2) מזהירה ד"ר בק כי "ממשלת הצפון בהנהגת עומר אל-בשיר ידועה בשיטות האלימות בהן היא נוקטת לדיכוי מרידות, כולל תקיפות אוויריות בשילוב של פעולות הצבא הסודאני והתקפות המיליציות מקומיות הפועלות בתמיכתה על ריכוזי אוכלוסיה אזרחית.... יש בסיס סביר להניח כי ממשלת צפון סודאן לא תהסס לנקוט בשיטות דומות כנגד תושבי יריבתה הדרומית בכלל, ותושבי האזורים העשירים בנפט בפרט" (יצויין שאזור Abeyi הוא אחד האזורים העשירים בנפט).

35. יצויין שאזור Abeyi אינו האיזור היחיד בו מתנהלים קרבות בין צבא סודן לצבא דרום סודן. קרבות בין צבא סודן לבין ה-SPLA (Sudan People's Liberation Army) באיזור דרום קורדופאן גרמו לעקירה של עוד כ-20,000 איש, 4,000 עקורים נוספים ברחו בחודש ספטמבר בשל קרבות באיזור דרום קורדופאן.

העתק Human Rights Watch, World Report 2012 - South Sudan, 22 January 2012 רצ"ב ומסומן כנספח ע/17.

נספח ע/17

36. המתיחות בין הצדדים באה לידי ביטוי בראשית חודש פברואר בהתבטאויות ההדדיות של המנהיגים משני הצדדים: על-פי ידיעה שפרסם Sudan Tribune ביום 7.2.2012 אמר נשיא סודן כי "האקלים כעת קרוב יותר לאקלים של מלחמה מאשר לזה של שלום" זאת בתגובה להחלטתה של דרום סודן לחדול מהפקת נפט (החלטה שבאה לאחר שממשלת סודן החליטה להפקיע את הנפט המופק בדרום סודן ומוזרם דרך שטחה). נשיא דרום סודן, סלבה קיר הגיב באמרו שדרום סודן מוכנה למלחמה אם חרטום תנסה להתקיפה. קיר גם האשים את נשיא סודן בכך שהוא מציב את כוחותיה של סודן על הגבול כהכנה למתקפה. הדובר הרשמי של משרד החוץ הסודני מסר כי חרטום בוחנת את השלכותיו של הנאום של קיר ואם יתברר שהדרום מכין מתקפה, חרטום תגיב בהתאם.

העתק: Sudan Tribune, "Khartoum warns of reaction to any aggression by South Sudan, February 7, 2012 רצ"ב ומסומן כנספח ע/18.

נספח ע/18

37. על-פי ידיעה שפרסם עיתון Sudan Tribune ביום 9.2.2012 שר ההגנה של סודן, גן עבדול רחים מוחמד חוסיין, הציג לאחרונה דו"ח לנשיא סודן עומר אל באשיר ובו ראיות על התקדמות צבא דרום סודן צפונה. במענה לשאלות עיתונאים טען חוסיין כי הדבר מעיד על הרצינות של כוונותיה של ממשלת דרום סודן לפתוח במלחמה עם סודן. לפי הידיעה מאשימה ממשלת חרטום את ממשלת דרום סודן כי היא תומכת במיליציות חמושות שבעבר לחמו כחלק מה-SPLA בהמשך הלוחמה כנגד סודן באיזורי הגבול של דרום קורדופאן והנילוס הכחול. ממשלת הדרום הכחישה את ההאשמות וטענה כי ממשלת סודן תומכת במיליציות מורדים הפועלות בדרום סודן.

העתק Sudan Tribune, Sudan's Defense minister reports northward movement of southern army, February 9, 2012, רצ"ב ומסומן כנספח ע/19.

נספח ע/19

38. ביום 10.2.2012 חתמו שתי המדינות על מזכר של אי-תוקפנות ושיתוף פעולה באדיס אבבה, אולם המשך הלחימה (שכאמור מתחוללת גם בעת הגשת עתירה זו) מלמדת שאין למזכר זה משמעות רבה. בשבוע שלאחר חתימת המזכר דיווחה סוכנות האו"ם לתיאום הומניטרי (OCHA) שהקרבות בין צבא דרום סודן לצבא סודן נמשכים הן באזור דרום קורדופאן והן באזור הנילוס הכחול. ביום 14.2.2012 קיבל האו"ם דיווחים על הפצצות של כפרים באזור הנילוס הכחול (שטח שנמצא רשמית בשליטתה של דרום סודן) וכן על הפצצות מן האויר. ביום 12.2.2012 השתלט צבא סודן על מספר אזורים בתוך דרום סודן. סוכנות האו"ם הביעה חשש לשלום של אזרחים באיזורי הלחימה. דווח על עקירתם של 15,000 אזרחים באזור דרום קורדופאן באמצע ינואר 2012 (לאחר שכאמור קודם לכן נעקרו באותו האזור עשרות אלפי אנשים נוספים). בדו"ח נוסף לשבוע שבין 14-18 כותבת הסוכנות: "The security situation

in southern Sudan is increasingly volatile ומתארת מוקדי סכסוך פנימיים חדשים במדינת Unity שם נלחם צבא דרום-סודן כנגד מיליציות אופוזיציוניות ובאזור Lakes and Western Equatoria שם מתחוללת מלחמה בין שני שבטים שגרמה לעקירתם של כ-40,000 איש.

העתק: OCHA, SUDAN: Weekly Humanitarian Bulletin, 13-19 February 2012, וכן ה הדיווח לשבוע שבין 18-24.3.2012 רצ"ב ומסומן כנספחים ע/20 – ע/21 בהתאמה.

נספחים ע/20 - ע/21

הסכנות לעימותים מבית

39. כפי שמציינת ד"ר בק, קיימת סכנה ליציבות מבית (נספח ע/14 לעיל, בעמ' 2 לחוות-הדעת). בדרום סודן קבוצות אתניות רבות. כל עוד לחמו כולן יחדיו למען המטרה המשותפת של שחרור מעולה של סודן הוחנקו המחלוקות הפנימיות, כעת קיים חשש כי הן יתעוררו מחדש. במהלך שנת 2011 המשיכו קרבות בין קבוצות מיליציה חמושות לבין ממשלת דרום-סודן. המיליציות שפועלות על-רקע התנגדותן לתוצאות הבחירות בדרום סודן בשנת 2010 פועלות בעיקר ב Upper Nile, Unity, Jonglei- הקרבות באזורים אלה גבו חייהם של מאות אזרחים, לרבות נשים וילדים ועשרות אלפים אחרים נעקרו ממגוריהם. Human Rights Watch (נספח ע/17 לעיל) תיעד מקרים בהם הכוחות של צבא דרום סודן ירו באזרחים ללא הבחנה.

40. ב- Junglei שני שבטים (Lou Nuer and Murle) נלחמים זה בזה ומעגל האלימות של התקפות הדדיות, הרג, שריפת כפרים, חטיפת נשים וילדים ובזיזת הרכוש השפיע על-פי הערכות של האו"ם על כ-120,000 אנשים. לפי הערכות של פקידים מקומיים, אלפי אנשים נהרגו בשבועות האחרונים אולם האו"ם מסר שנוכח השטח הגדול שבו מדובר והעובדה שהאירועים קרו אך לאחרונה, קשה כעת לספק מספר מדויק של הקורבנות. באחד המקרים שארע בסוף שנת 2011, זיהו כוחות שמירת השלום של האו"ם (UNMISS) המוצבים באזור את הכח של כ-8,000 צעירים בשבט ה-Lou Nuer בעת שהתקדם לכיוון העיר Pibor תוך שריפת כפרים והרג יושביהם, אולם הכח של UNMISS ביחד עם 800 חיילי ממשלת דרום סודן היה קטן מכדי לעצור את התוקפים ולכן כל שנותר היה להזהיר את התושבים לברוח מן העיר. רבים מן התושבים אכן ברחו, אולם התוקפים איתרו אותם וטבחו בהם. עובדים בסוכנויות הסיוע הביעו זעזוע ממספר הנשים, הילדים והמבוגרים שנרצחו או נפצעו בתקרית. אנליסטים מצביעים על גורמים מורכבים שחורגים ממעגל של נקמה הדדית ואשר מניעים את הקונפליקט הנוכחי ובהם גם העדר סמכות מדינתית. ראש המשלחת של UNMISS הסבירה ש"יהיה צריך נס" כדי להגן על האזרחים מפני ההתקפות והתקפות הנגד בכפרים המרוחקים וזאת נוכח האופי של ההתקפות כהתקפות פתע מהירות שמבוצעות על-ידי קבוצות קטנות

יחסית שממשיכות לנוע. כמו כן היא הזהירה כי נשמעות אזהרות על כוונה "למחוק מעל פני האדמה קבוצה אתנית שלימה" וכי הדבר עלול להסלים.

העתק Irin, Humanitarian new and analysis, South Sudan: Moving beyond violence in Jonglei, 23 January, 2012, רצ"ב ומסומן כנספח ע/22.

נספח ע/22

41. בראשית חודש פברואר 2012 ביקרה תת-המזכיר הכללי של האו"ם לעניינים הומניטריים והמתאמת מטעם האו"ם לסיוע חירום, הגב' Valerie Amos בדרום סודן במדינת Jonglei באזורים שנפגעו מתקיפות חוזרות ונשנות, היא תיארה את המצב שמצאה במקום כ"מצב נורא" בו אנשים איבדו את הקרובים שלהם, את רכושם ואת מקורות המחיה. הגב' Amos התייחסה למצב ההומניטרי בדרום סודן כ"בלתי בטוח בצורה קיצונית" (extremely precarious) והביעה חששה מהדרדרות מהירה, בין היתר נוכח הפגיעה במקורות מזון שכבר מסתמנת. הגב' איימוס קראה למדינות להגביל חזרה לדרום סודן לחזרה מרצון בלבד.

העתק UN News Service, *South Sudan: UN relief chief sees 'terrible situation' in troubled Jonglei state*, 2 February 2012, רצ"ב ומסומן כנספח ע/23.

נספח ע/23

42. סכנה נוספת 'שמתבשלת' בגבולה המערבי של דרום סודן מייצגת, כפי שמסבירה ד"ר בק, את הסכנה של זליגה של קונפליקט ממדינה אחת לשכנתה: קבוצת מורדים מאוגנדה, Lord's Resistance Army, ממשיכה להוות סכנה לאזרחים (נספח ע/14 לעיל, בעמ' 2 לחוות-הדעת). האו"ם דיווח על 25 אירועי תקיפה בשנת 2011. העקירה של האזרחים בגין האלימות גורמת לפגיעה ביכולתה של האוכלוסייה האזרחית לקבל מזון (ראו גם נספח ע/17 לעיל).

העדר תשתיות ומצב זכויות אדם כללי

43. על-פי דו"ח שפרסם בחודש ינואר השנה ארגון Human Rights Watch (נספח ע/17 לעיל) נהרגו בדרום סודן בין החודשים ינואר-אוגוסט 2011 כ-2,600 אזרחים בקונפליקטים פוליטיים, בין-קהילתיים ובמחלוקות על משאבים. הממשלה כשלה ולא קיימה את חובתה להגן על אזרחיה, יתרה מזאת, כוחות הבטחון ביצעו הפרות זכויות אדם חמורות כנגד אזרחים במסגרת מלחמתם במיליציות החמושות.

44. ארגון Human Rights Watch תיעד הפרות זכויות אדם רבות וחמורות על-ידי כוחות הבטחון של דרום סודן אשר כללו הרג, מכות וביזת רכוש. האו"ם וסוכנויות הומניטריות דיווחו שמשטרה, חיילים ורשויות מקומיות הטרידו את עובדיהן, חטפו כלי רכב וגנבו אספקה שנועדה לסיוע. בחודש אוגוסט תקפו כוחות הבטחון ב-Juba את ראש מחלקת זכויות האדם של האו"ם בדרום סודן, תקיפה חמורה שהובילה לאישפוזו.

45. בנוסף על כך, הכשרה בלתי נאותה של שוטרים, תובעים ושופטים, כמו גם מחסור בכח אדם הביאו להפרות זכויות אדם ולפגיעות בכל הנוגע להליך משפטי תקין. אנשים נעצרים ללא משפט לתקופות ארוכות בתנאים קשים; ילדים נכלאים עם מבוגרים ועוד.

סכנת רעב

46. ביום 8.2.2012 פרסמה תכנית המזון העולמית (World Food Program - WFP) ביחד עם הארגון למזון ולחקלאות (Food and Agriculture Organization) דו"ח המזהיר כי הקונפליקט הנמשך בדרום סודן, ביחד עם יבול מועט, הביאו למצב בו מיליוני אנשים נמצאים על סף משבר חמור של רעב. לפי הדו"ח מספר האנשים שנמצאים במצב של חוסר בטחון תזונתי עלה ב-40% מאז השנה שעברה ועומד כעת על 4.7 מיליון. כמיליון אנשים זקוקים לסיוע דחוף במזון, אולם עקירת עשרות אלפי אנשים בגלל קונפליקטים פנימיים, כמו גם סגירת מעביר הגבול עם סודן השנה מכבידים על היכולת לספק את הצרכים. ראש התכנית של WFP לדרום סודן הזהיר כי המצב חמור וכי הזמן אוזל במהירות והקהילה הבינלאומית עלולה לא להספיק למנוע את המשבר ההומניטרי המתפתח.

Food and Agriculture Organization of the United Nations, World Food Program, Special Report – Crop and Food Security Assessment Mission to South Sudan, 8 February 2012, found at: <http://www.fao.org/docrep/015/al984e/al984e00.pdf> (accessed 27.3.2012).

47. בנוסף על האמור, החלטתה של דרום סודן לחדול מהפקת הנפט שלה בגין חוסר היכולת להגיע להסדר עם ממשלת צפון סודן על עלויות עברת הנפט בשטחה, מעוררת חשש ליכולת הקיום של המדינה הצעירה, אשר עיקר הכנסתה מהפקת הנפט. ד"ר בק מציינת בחוות-דעתה כי בדרום סודן כמעט ואין תשתיות, לרבות תשתיות תעבורה ולכן העברת סיוע לאוכלוסיה קשה ביותר. לכך נוספת העובדה שארגוני סיוע בינלאומיים נמנעים מלהכנס לאיזורים רבים בהם מתנהלים קונפליקטים, עקב הסכנה הנשקפת בהם לעובדיהם (בעמ' 3 לחוות-הדעת, נספח ע/14 לעיל).

48. ביום 18.2.2012 הביעה הגב' Valerie Amos (האחראית מטעם האו"ם על תיאום סיוע חירום) דאגה עמוקה נוכח הדרדרות המצב ההומניטרי באיזורי הנילוס הכחול ודר' קורדופאן. לדבריה הלחימה באיזור חייבת להיפסק ויש להניח לסוכנויות סיוע בינלאומי להגיע לאיזור ולהביא מזון וסיוע.

העתק UN News Service, *UN relief chief voices alarm at humanitarian situation in Sudanese states*, 18 February 2012, כנספח ע/24.

נספח ע/24

חזרת מאות אלפי אנשי מסודן דרומה - איום על התשתיות הדלות של המדינה החדשה

49. מאות אלפי אנשים אשר בעבר היו תושבי הדרום (לפי הערכות האו"ם כ-500,000) עתידים לעזוב את סודן ולעקור לדרום סודן עד ל-8.4.2012 בהתאם לאולטימטום של ממשלת סודן. לפי הדו"ח של ארגון Human Rights Watch (נספח ע/17 לעיל) החזרה לדרום סודן החלה עוד לפני משאל העם ורבים מן החוזרים ציינו כי חוסר הודאות לגבי אזרחותם בצפון כמו גם אווירה עויינת לאנשים שמוצאם מן הדרום, היו בקרב הגורמים לעזיבתם. שבועיים לאחר היפרדות סודן הדרומית, תיקנה סודן את חוק האזרחות שלה באופן שהגביר את החשש כי אנשים מן הדרום יאבדו את אזרחותם הסודנית ויוותרו חסרי אזרחות. ארגון Refugee International שמושבו בושינגטון DC ביקר את הצעד הסודני באמרו כי מדובר בהפרה של החוק הבינלאומי שכן מדובר באנשים שהיו אזרחי סודן כל חייהם ואין להם דרך כעת לבקש את אזרחותה של דרום סודן. בנוסף לכך שגירושם של אנשים למקום בו עולם לא היו פסול חוקית ומוסרית, ציין הארגון כי אין דרך מעשית להעביר אוכלוסיה כה גדולה לדרום בעת זו והדבר יגרום לאסון הומניטרי. בחוות-דעתה מציינת גם ד"ר בק שהגירה זו תטיל עול עצום על כלכלתה של דרום סודן, אשר כבר כיום אינה מסוגלת לספק צרכים בסיסיים ביותר של אוכלוסייתה הנוכחית (בעמ' 3).

Refugees International, Sudan's mass deportation plan must be stopped, 7.2. 2012 found at: <http://www.refugeesinternational.org/press-room/press-release/sudans-mass-deportation-plan-must-be-stopped>

50. ב-23.1.2012 הפגיו מטוסים של צבא סודן מחנה פליטים באזור דרום סודן שבו שהו אלפי פליטים אשר היו בעיצומו של הליך מעבר מן הצפון לדרום. נציבות האו"ם לפליטים גינתה את התקיפה.

העתק OCHA, Sudan: Weekly Humanitarian Bulletin, 23-29 January, 2012 רצ"ב כנספח ע/25.

נספח ע/25

אוכלוסיות פגיעות במיוחד - נשים וילדים

51. במצב החמור השורר בדרום סודן, בו אין שלטון מרכזי אפקטיבי ויש מספר רב של מוקדי סכסוך, נשים הופכות פגיעות במיוחד לאונס ולאלימות מינית. בדו"ח שהגיש ביום 13.1.2012 מזכ"ל האו"ם למועצת האו"ם בנושא אלימות מינית תוך כדי קונפליקט מתאר כיצד נפלו נשים קורבן למעשי אונס במקומות בהם חנה צבא דרום סודן או במקומות בהם התנהלה לחימה כנגד קבוצות מיליציה. על-פי האמור בדו"ח נהנו העבריינים מחסינות מוחלטת וגם כאשר ביקשו הרשויות האזרחיות למצות את הדין עם האשמים, לא שיתפו ראשי הצבא

פעולה. מעשי אונס של נשים ונערות תועדו במחוז Mayom, במחוז Fangak, באזור Bahr el Ghazal במחוז Western Equatoria.

UN Secretary-General (UNSG), *Conflict-related sexual violence : report of the Secretary-General*, 13 January 2012, A/66/657*-S/2012/33*, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f27a19c2.html> (accessed 27 February 2012) para. 46.

52. סיוע רפואי, ואפילו בסיסי, אינו בהישג ידם של מרבית התושבים. תשתיות הבריאות באזורי הקונפליקט כמעט ואינן קיימות כלל. כמו כן, מחנות הפליטים והעקורים ברחבי המדינה סובלים מתנאים סניטאריים קשים, וסכנת התפרצות מגיפות מאיימת עליהם. אחוז התמותה בקרב ילדים עד גיל חמש הוא מהגבוהים בעולם ועומד על אחד מכל שבעה, וכמו-כן רק לרבע מהאוכלוסייה יש גישה לשירותי בריאות כלשהם. מעל ל-85% מהלידות במדינה אינן מבוצעות בנוכחות מיילדת או איש מקצוע. בממוצע, 16 נשים מתות מדי יום בשל סיבוכים של הריון או סיבוכים בלידה, כלומר 2054 לכל 100,000 - האחוז הגבוהה ביותר בעולם.

העתק World Health Organization, South Sudan Emergency preparedness and Humanitarian Action (EHA) Week 5 (30th-4th February) 2012 רצ"ב כנספח ע/26

נספח ע/26

53. השגריר פרינסטון ליימן, שליח ארצות הברית המיוחד לסודן דיווח ב-4 לאוקטובר 2011 לועדת המשנה של בית הנבחרים האמריקאי בדבר אפריקה, בריאות גלובאלית וזכויות אדם כי קיימת דאגה חמורה בגין דיווחים אודות ילדים חיילים בדרום סודן. ארצות הברית שלחה מסרים דיפלומטיים בעניין זה ותמשיך לפעול, בשיתוף פעולה עם אחרים על-מנת לעודד מאמצים למניעת גיוסם של ילדים חיילים ולהבטיח שכל הילדים-חיילים ישוחררו באופן מיידי.

Statement of Ambassador Princeton Lyman, U.S. Special Envoy for Sudan, U.S. House of Representatives Subcommittee on Africa, Global Health, and Human Rights Hearing October 4, 2011. P.6.

העתק הודעתו של השגריר ליימן רצ"ב כנספח ע/27.

נספח ע/27

הטיעון המשפטי

על החובה לאפשר לכל אדם, טרם הרחקתו, להגיש בקשה למקלט לפי האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951

54. כפי שצויין לעיל, עד היום לא נבחנו בקשותיהם הפרטניות של אנשים שמוצאם מדרום סודן למקלט, וזאת נוכח ההחלטה להעניק להם הגנה זמנית (נספחים ע/10-ע/12). למרות שההחלטה נספח ע/1 לא ציינה את הדבר, ברי כי עם סיומה של ההגנה הזמנית, יש ליתן הזדמנות לכל מי שמבקש לעשות כן, להגיש בקשה למקלט. **העובדה שהמשיב לא פרסם ביחד עם החלטתו לסיים את ההגנה הזמנית הודעה בדבר זכאותו של כל מי שחפץ בכך להגיש בקשה על-פי אמנת הפליטים מהווה חסר חמור בהחלטה.**

55. בין האנשים השוהים בישראל שמוצאם מדרום סודן, עשויים להיות כאלה שיחשפו לרדיפה כמשמעותה באמנת הפליטים, אם יוחזרו לסודן (בכך הכיר בזמנו גם המשיב, כעולה מהודעתו לבג"צ נספח ע/3 לעיל). עד היום לא יכולים היו להגיש בקשה, וגם אם ניסו, הבקשה לא נבדקה. עשויים להיות אנשים שמאמינים שבעצם פנייתם לנציבות האו"ם לפליטים בעבר (שכאמור הגדירה אותם ב"מבקשי מקלט") יש משום הגשת בקשה פרטנית למקלט. כמו-כן עשויים להיות אנשים שדווקא בעקבות עצמאותה של דרום סודן או האירועים שבאו לאחר העצמאות, עלולים לחשוש מרדיפה.

56. במכתב שכתבה עו"ד פישר-צין מן הלשכה המשפטית של משרד הפנים ביום 21.3.2012 באשר להודעה בדבר התחלת פעולות אכיפה כנגד מעסיקים של אנשים שמוצאם מדרום סודן (נספח ע/7 לעיל), היא מציינת כי ההודעה הכללית בדבר ביטול ההגנה הקבוצתית לא תפגע בזכותו של מי שהגיש בקשה פרטנית למקלט וזו טרם נדונה או הוכרעה. לא ברור ממכתבה של עו"ד פישר-צין האם הדברים מוגבלים רק למי שהגיש בעבר בקשה פרטנית למקלט או שהם חלים גם על מי שבעקבות ההודעה, ולו ליתר בטחון, פנה והגיש בקשה למקלט.

העתק מכתבה של עו"ד פישר-צין לעו"ד לבנת מיום 21.3.2012 רצ"ב ומסומן כנספח ע/28.

נספח ע/28

57. נוכח חשיבותה של הזכות למקלט (המהווה זכות אדם יסודית המעוגנת בסעיף 14(1) להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות אדם משנת 1948), ונוכח ההשלכות הצפויות לגבי חייהם וזכויותיהם של האנשים בהם מדובר, חובה על המשיב לפרסם **בהבלטה** את דבר הזכות לבקש מקלט עם סיומה של ההגנה הזמנית. כך פסק לעניין זה כב' השופט גולדברג:

על הרשות המינהלית לפרסם את ההנחיות הפנימיות באופן אפקטיבי, שיקים הנחה סבירה כי הן תגענה לידיעת הפרט, אשר ההנחיות נוגעות אליו, כשמידת האפקטיביות מותאמת למהותה של ההנחיה הספציפית. ככל שחשיבותה של ההנחיה מבחינת זכויותיו וחובותיו של הפרט גדולה יותר,

כך תידרש הרשות לנקוט אמצעים אפקטיביים יותר על-מנת להביא את ההנחיה לידיעת הפרט.

בג"צ 1477/96 נמרודטקס בע"מ נגד משד המסחר והתעשייה, פ"ד נג (5) 201, 193.

עקרון ה- non-refoulement המנהגי ותחולתו בישראל

58. בפרשת אל-טאיי קבע נשיא בית המשפט דאז, השופט אהרון ברק, שעקרון ה-non refoulement האוסר על גירושו של אדם למקום בו הוא עלול להיות צפוי לסכנת חיים או לסכנת פגיעה בחירותו הוא בעל תחולה רחבה יותר מאשר עקרון ה-non-refoulement המעוגן בסעיף 33 לאמנת הפליטים, לדברי השופט ברק:

"כל סמכות שלטונית - לרבות סמכות הגירוש על-פי חוק הכניסה לישראל - צריכה להיות מופעלת על בסיס ההכרה 'בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין...'. (סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). זהו העיקרון הגדול של ה-non refoulement, לפיו אין לגרש אדם למקום שבו יועמדו חייו או חירותו בסכנה. עקרון זה מעוגן בסעיף 33 לאמנת הפליטים. הוא מהווה חלק מהחקיקה הפנימית של מדינות רבות, הקולטות את הוראות האמנה, או המסדירות את הדבר בנפרד. הוא עיקרון כללי, שאינו מוגבל אך ל'פליטים'. הוא חל בישראל על כל סמכות שלטונית שעניינה גירוש אדם מישראל."

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

כך, בעוד שתחולת עקרון ה-non-refoulement על-פי אמנת הפליטים מסוייגת, על-פי נוסחו של סעיף 33(1) לאמנת הפליטים, לסכנת רדיפה הנובעת בשל אחת מחמשת הבסיסים שמונה האמנה (גזע, דת, לאום, חברות בקבוצה חברתית מסויימת או השקפה פוליטית), לא חלה הגבלה כזו על עקרון ה-non-refoulement החוץ-אמנתי.

59. לעקרון ה-non-refoulement עיגון באמנות זכויות אדם נוספות שישראל חברה בהן. בסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984 (כ"א 1039, כרך 31, עמוד 249) המעגן את הזכות שלא להיות מורחק למקום בו יש חשש לחשיפה לעינויים. בסעיפים 6 ו-7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדינתיות (כ"א 1040, כרך 31, עמ' 269) המעגנים את הזכות לחיים והזכות שלא להיחשף לעינויים וליחס ולעונשים אכזריים בלתי אנושיים או משפילים. גם האמנה בדבר זכויות הילד נתפרשה כמטילה חובת הגנה על ילדים בכל החלטה הנוגעת לגורלם, וזאת אף ללא איזכור מפורש של עקרון ה-Non-refoulement.

60. למרות שישראל מחוייבת על-פי עקרון ה-*non-refoulement* החוץ-אמנתי שלא להחזיר אדם למקום שבו עלולה להישקף סכנה לחייו, לא קיים כיום מנגנון לבחינתן של בקשות לקבלת הגנה מפני *non-refoulement* במובנו הרחב, החורג מגדר אמנת הפליטים.

"נוהל הטיפול במבקשי מקלט בישראל" (מועד כניסה לתוקף 2.1.2011) מטרתו כמוצהר בו, "לקבוע את הליך הטיפול במבקשי מקלט בישראל ובמי שהוכרו כפליטים על-ידי שר הפנים מכוח האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 והפרוטוקול בעבר מעמדם של פליטים משנת 1967". הא ותו לא.

העתק "נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל" רצ"ב ומסומן כנספח ע/29.

נספח ע/29

61. אמנם יתכן כי חלק מן האנשים שמוצאם מדרום סודן עומדים בדרישות המחמירות של אמנת הפליטים. יחד עם זאת, הבעייתיות בענייננו טמונה בכך כי זו השאלה היחידה שתיבחן לגביהם על-ידי המשיב. לא קיים אצל המשיב כיום מנגנון או נוהל להגשת בקשות להגנה משלימה או להגנה זמנית או לכל צורת הגנה אחרת המקיימת את עקרון ה-*non-refoulement* החוץ-אמנתי. על חסר זה עמד כב' השופט אמיר בפסק-דינו בפרשת גוסף. בענין זה טען העותר כי חייו יהיו בסכנה אם יוחזר לארצו שכן נטל הלוואה ולא החזירה. פקידי משרד הפנים דחו את טענתו לפי אמנת הפליטים ובכך סיימו את תפקידם. לדברי כב' השופט אמיר בכך נפל פגם:

משרד הפנים בחן את בקשתו לפי נוהל מבקשי מקלט כפליטים. מסקנתו של משרד הפנים היתה, ובצדק כך היתה, שלא מתקיימים בעותר יסודות אמנת הפליטים - משום שלא מתקיים בו אף אחד מחמשת טעמי הרדיפה. מלכתחילה תקף העותר בפני גם את המסקנה הזו, אך חזר בו מכך, וטוב שעשה כן, משום שעמדת משרד הפנים בדין היתה. דא עקא, שמשרד הפנים לא בחן את השאלה האם יש להימנע מגירוש והרחקה של העותר בשל הסכנה הנטענת לחייו, אף שלא מטעם המוכר כטעם רדיפה באמנת הפליטים. משרד הפנים לא עשה כן, משום שלפי הנוהל אין בוחנים את ההגנה המצומצמת הזו אלא בוחנים את הבקשה למעמד כפליט. ייתכן ורצוי היה לתקן את הנוהל או להוסיף נוהל אחר, כך שטענת סכנה לחיים העולה אגב בקשת פליטות, תיבחן גם כשלעצמה - שהרי המדינה מחוייבת לפי דין "אי ההרחקה" שלא להרחיק אדם שמתקיים בו התנאי האמור בסטנדרטים הדרושים לשם כך לפי דין "אי ההרחקה". מכל מקום, כיוון שהעניין לא נבחן, וכיוון שהמדינה מחוייבת לבחון זאת בטרם הרחקה - יש לעשות זאת כעת (ההדגשה הוספה).

עת"מ 47692-07-11 גוסף נגד משרד הפנים, פסק-דין מיום 26.9.2011 (פורסם
בנבו), בעמ' 8.

קיומן של "הגנה משלימה" (Complementary protection) ו"הגנה זמנית" (Temporary protection) במשפט הבינלאומי

62. מבט אל הנעשה במדינות אחרות מלמד שקיימים הסדרים שונים אשר מרחיבים את ההגנה שמעניקה המדינה מפני non-refoulement מעבר לאלה ה'מכוסים' על-ידי אמנת הפליטים. הפרופ' Goodwin-Gill ו-Jane MacAdam עומדים על-כך שאמנת הפליטים אינה ממצה את החובות על-פי המשפט הבינלאומי והמשפט ההומניטרי:

State practice has consistently revealed a dominant trend of offering some form of protection to 'persons whose life or freedom would be at risk as a result of armed conflict or generalized violence if they were returned involuntarily to their countries. States have consistently recognized a right of refuge in cases of grave and urgent necessity (even if at times they have resisted formally classifying such people as *refugees* when outside the terms of the 1951 Convention/1967 Protocol). Crucially, no State has formally denied that such a right exists.

(Goodwin-Gill and MacAdam, p.289).

63. החובה להחיל את עקרון ה-non-refoulement גם במצבים, שאינם נופלים תחת הגדרות האמנה בדבר מעמדם של פליטים, זכתה לקודיפיקציה בדירקטיבה של האיחוד האירופי משנת 2004, הנושאת את השם: Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third World Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted [2004] O.J. L304/12. לשם הקיצור תכונה להלן דירקטיבה זו בשמה המקובל – *The Qualification Directive*.

64. סעיף (e)2 ל-*Qualification Directive* מגדיר מי הם הזכאים ל"הגנה משלימה" אף על פי שאין הם עומדים בהגדרת המונח "פליט". הזכאים ל"הגנה משלימה" (subsidiary protection) הם מי שצפויים לסיכון ממשי לסבול נזק רציני (real risk of suffering serious harm). בלשונו של סעיף (e)2:

“‘person eligible for subsidiary protection’ means a third country national or a stateless person who **does not qualify as a refugee** but in respect of whom substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if returned to his or her country of origin, or in the case of a stateless person, to his or her country of former habitual residence, **would face a real risk of suffering serious harm** as defined in Article 15, and to whom Article 17(1) and (2) do not apply, and is unable, or, owing to such risk, unwilling to avail himself or herself of the protection of that country;” (emphases added).

65. “נוק רציני” (serious harm), המקים זכאות לקבלת “הגנה משלימה” מוגדר בסעיף 15 לדירקטיבה כאחד משלושה – עונש מוות או הוצאה להורג; עינויים או יחס או ענישה בלתי אנושיים ומשפילים; או חשש ממשי ואינדיבידואלי לחייו של אזרח אדם בשל אלימות בלתי מובחנת במצבים של סכסוך מזוין בינלאומי או פנימי.

לשון סעיף 15 לדירקטיבה (ההדגשה הוספה):

“Serious harm consists of:

(a) death penalty or execution; or

(b) torture or inhuman or degrading treatment or punishment of an applicant in the country of origin; or

(c) **serious and individual threat to a civilian's life or person by reason of indiscriminate violence in situations of international or internal armed conflict.**”

66. עקרון ה-*non-refoulement*, ככל שהוא נוגע למי שעלולים להיות מוחזרים לאזור שבו מתקיים סכסוך אלים, גם אם אינם עומדים בהכרח בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים, זכה לקודיפיקציה גם בדירקטיבת האיחוד האירופי בדבר “הגנה זמנית” משנת 2001, ששמה: *Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting Balance of Efforts between Member States in Receiving Such Persons and Bearing the Consequences thereof* [2001] OJ L212/12

67. “הגנה זמנית” (temporary protection) עשויה להינתן, בהתאם לדירקטיבה, לקבוצות של אנשים, אשר עזבו אזורים של סכסוך מזוין או אלימות רחבת היקף; או שנשקף להם סיכון ממשי להיות קורבנות להפרה שיטתית או כללית של זכויות האדם שלהם. כל זאת אף אם אינם עומדים בהגדרת

המונח "פליט" שבאמנה בדבר מעמדם של פליטים. סעיף 2(c) לדירקטיבת ההגנה הזמנית מדגים את סוגי הקבוצות, העשויות להיות זכאיות ל"הגנה זמנית" כך:

"(i) persons who have fled areas of armed conflict or endemic violence;

(ii) persons at serious risk of, or who have been the victims of, systematic or generalised violations of their human rights;"

68. לענייננו רלבנטית במיוחד פסיקתו של בית המשפט האירופאי לזכויות אדם בבואו לפרש את היקף החובות הנובעות מסעיפים 2 (הזכות לחיים) ו-3 (הזכות שלא להיחשף לעינויים או ליחס או עונש לא-הומני או משפיל) לאמנה האירופאית בדבר זכויות אדם משנת 1950. נציין שאף על פי שמדינת ישראל אינה חתומה על האמנה האירופית לזכויות אדם, סעיף 2 לאמנה זו, המגן על הזכות לחיים, מקביל לסעיף 6 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966, וסעיף 3 לאמנה האירופאית מקביל לסעיף 7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות המחייבת את מדינת ישראל.

69. בית הדין האירופי לזכויות אדם פירש את סעיף 3 לאמנה כאוסר על גירוש למדינה, בה יהיה המגורש חשוף לסוגי היחס האסורים בסעיף זה (ראו, למשל: *Chahal v. UK* (1996) 23 EHRR 413). עוד נקבע, כי מכוח סעיף זה זכאים ליהנות מעקרון ה-*non-refoulement* גם מי שבמפורש אינם זכאים להכרה כ"פליטים" מכוח האמנה בדבר מעמדם של פליטים (ראו: *Ahmed v. Austria* (1997) 24 EHRR 278).

70. כך למשל, נקבע בפרשת *Sufi and Elmi* שנוכרה לעיל, שהחזרת שני העותרים לסומליה בעת זו תהווה הפרה של סעיף 3 לאמנה האירופאית וזאת עקב התנאים הכלליים השוררים בסומליה. בית המשפט קבע שיש להעריך את פרטיו של האדם בו מדובר לנוכח המצב הכללי במדינה אליה רוצים להרחיקו (בפיסקה 216). בעקבות פסיקה קודמת נקבע כי העותר אינו צריך להראות שהוא, באופן מיוחד, ייפגע יותר מאחרים עקב החזרה, אלא די בכך שהמצב הכללי במדינה ורמת האלימות בה עולה על רף חומרה מסויים כדי להביא את המקרה בגדר סעיף 3 (בפיסקה 217). בית המשפט הדגיש כי מדובר במצבים קיצוניים בהם יש חשש לפגיעה מעצם העובדה שהעותר ייחשף לאלימות עם החזרתו (בפיסקה 218). ככל שהחשש לפגיעה אישית בעותר בגלל מאפיין פרטי שלו גדל, כך בהתאם, יקטן הנטל עליו להוכיח כי קיימת אלימות שרירותית המצדיקה מתן הגנה זמנית (פיסקה 225).

בית המשפט המשיך לסקור את התנאים העכשוויים במוגדישו בירת סומליה והגיע למסקנה שאין מדובר במקום בטוח לרוב האזרחים. הצדדים הלוחמים נוקטים במעשי אלימות שרירותית ללא שים לב לשלומם של האזרחים; התנאים במחנות הפליטים אליהם ניתן להימלט חמורים ביותר (287-291§) והמסקנה: מדובר במקום שכל מי שיוחזר אליו עלול להיות בסכנה מעצם נוכחותו שם.

העתק פסק-דין *Sufi and Elmi* הנזכר לעיל רצ"ב ומסומן כנספח ע/30.

נספח ע/30

71. לאור האמור לעיל, אסר בית הדין האירופאי על בריטניה לגרש את העותרים מתחומה בגלל המצב הכללי השורר במקום מוצאם (מוגדישו בירת סומליה). בין היתר נבחנה השאלה האם ניתן לגרשם לאזור אחר בסומליה. לעניין זה קבע בית הדין שבהקשר של סומליה, קיומה של אפשרות להעתקת מקום מגורים (internal flight alternative) קיימת רק כאשר לאדם יש קשרי-משפחה קרובים באזור אליו הוא יכול להגיע בבטחה (294§). נציין כי החלטה זו נתקבלה במסגרת הליכים לגירושם של העותרים, לאחר שבקשותיהם למקלט על-פי אמנת הפליטים נדחו.

72. בדומה להחלטה זו, גם בית המשפט לערעורים בענייני הגירה של שבדיה קבע ב-24.2.2011 שיש לתת הגנה משלימה לאזרח סומליה הנמצא בשבדיה שכן בדרום סומליה ובמרכז סומליה מתנהל סכסוך פנימי מזויין שחומרתו היא כזו שיש חשש לכך שהחזרה תחשוף את העותר לנוק רציני (serious harm) (ההחלטה מתוארת על-ידי בית המשפט האירופאי לזכויות אדם בפרשת Sufi, פסקה 79).

73. במקרה שנדון בגרמניה ב-25.8.2011 העניק בית המשפט האדמיניסטרטיבי של הסן (High Administrative Court, Hessen) הגנה משלימה לאזרח אפגניסטן מן העיר Logar. בית המשפט קבע כי במחוז מוצאו של העותר מתנהל סכסוך מזויין והוא לא יוכל להעתיק את מקום מגוריו לקאבול שכן לא יוכל להתקיים שם.

העתק סיכום ההחלטה באנגלית מצורף כנספח ע/31 לעתירה (מקור: European Data Base of Asylum Law). את ההחלטה המלאה (בגרמנית) ניתן למצוא בכתובת הבאה: <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/19117.pdf>

נספח ע/31

74. דוגמא נוספת למתן "הגנה משלימה" לאזרח אפגניסטן נמצאת בפסק-דינו של ה-Metropolitan Court בהונגריה מיום 22.4.2011. גם במקרה זה נדחתה בקשת המקלט של העותר ונקבע כי הוא לא זכאי להגנה לפי האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951. יחד עם זאת, בית המשפט קבע שבמחוז מוצאו: Ghazni province מתנהל סכסוך מזויין שגורם לפגיעה בלתי-מובחנת באזרחים. מאחר ולעותר לא היו קשרי משפחה עם אנשים באיזורים אחרים, נקבע שהוא זכאי להגנה משלימה.

העתק סיכום ההחלטה באנגלית מצורף כנספח ע/32 (מקור: European Data Base of Asylum Law), את ההחלטה המלאה (בהונגרית) ניתן למצוא בכתובת הבאה:

נספח ע/32

75. גם בארצות-הברית מוכר המנגנון של Temporary Protection לצד מערכת המקלט. החוק קובע הסדרים להכרה קבוצתית בצורך להגנה (זאת בניגוד לבחינה האינדיבידואלית הנערכת על-ידי מערכת המקלט). בין הנסיבות בהן מנחה החוק שיש מקום לשקול מתן הגנה זמנית, מנוי גם מצב של סכסוך מזויין נמשך בתוך המדינה אשר בעטיו אין לדרוש חזרתם של הזרים לאותה מדינה (או לאותו חלק מן המדינה) מחשש לסיכון לבטחונם האישי. כך קובע סעיף 8USC§1254A בס"ק (b)(1)(A):

The Attorney General, after consultation with appropriate agencies of the Government, may designate any foreign state (or any part of such foreign state) under this subsection only if:

(A) the Attorney General finds that there is an ongoing armed conflict within the state and, due to such conflict, requiring the return of aliens who are nationals of that state to that state (or to the part of the state) would pose a serious threat to their personal safety;

כפי שיפורט בהמשך, הודיעה ארצות הברית כי היא מאריכה את ההגנה הזמנית לאנשים שמוצאם מדרום סודן, עד למאי 2013 שכן כיום המצב שם אינו מאפשר חזרתם הבטוחה.

76. אמנות איזוריות דוגמת אמנת האיחוד האפריקאי (Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa) ואמנת קרטחנה (Cartagena Declaration, 1984) מרחיבות גם הן את ההגנה מפני non-refoulement לנסיבות החורגות מגדריה של אמנת הפליטים. כך למשל, סעיף 1(1) של אמנת האיחוד האפריקאי מאמץ למעשה את הגדרת ה"פליט" של אמנת הפליטים, אך אליו מצטרף סעיף 1(2) המחיל את המונח "פליט" גם על אנשים שנעקרו מארצם בגין מלחמות או "אירועים שמפרים באורח רציני את הסדר הציבורי".

הגנה זמנית בישראל

77. הגם שלא קיימת חקיקה המסדירה מתן הגנה זמנית בישראל, או נהלים כלשהם הנוגעים לכך, לא יכול להיות ספק כי מוסד ההגנה הזמנית או ההגנה המשלימה השתרש בישראל ושימש במהלך העשור האחרון את הרשויות הישראליות, אם כדי להגיב למשברים הומניטריים מחוץ לגבולות ישראל ואם לצורך הגנה על אנשים שנמצאו בישראל בעת שהתחוללה בארצם מלחמת אזרחים או משבר אחר (בשנת 1993 העניקה מדינת ישראל מקלט זמני לכמה עשרות פליטים מבוסניה, כך נהגה גם בשנת 1999 בעת המשבר בקוסובו, לתיאור פרשות אלה ראו נא: הרצוג

בן, "הומניטריזם ציוני": הגלוקאליות של הדיון על פליטות בישראל, חיבור לקבלת תואר מוסמך באוניברסיטת תל-אביב, 2003).

ראשית שנות האלפיים - הגנה זמנית לאזרחי סיירה ליאון

78. ראשיתה של ההגנה הזמנית לאזרחי סיירה ליאון בהתדיינות שיזמה האגודה לזכויות האזרח בבג"צ 4963/98 ססאי ואח' נגד שר הפנים (החלטה מיום 27.12.2001, פורסמה בנבו). שלושת העותרים הראשונים, אזרחי סיירה ליאון נעצרו והוחזקו תקופה ארוכה במעצר בגין שהייה שלא כדין לישראל. מאחר שלאחר הגעתם לישראל פרצה מלחמה בארצם, הם ביקשו שלא להיות מגורשים אל סיירה ליאון. בעתירה תוארו בהרחבה הפרות זכויות האדם של האזרחים בסיירה ליאון לרבות הרג של אלפי אזרחים, אונס שיטתי של נשים, הטלת מומים גופניים, חטיפה של אנשים לצורך לחימה, עבודת כפייה או שירותי מין, ועוד. בקשתם של שלושת העותרים למקלט נדחתה על-ידי נציבות האו"ם לפליטים, יחד עם זאת, הנציבות המליצה כי מדינת ישראל תאפשר לעותרים להישאר בישראל על בסיס הומניטרי (בסעיף 23 לעתירה, נמצאת באתר האגודה לזכויות האזרח, בכתובת הבאה: <http://www.acri.org.il/pdf/petitions/hit4963.pdf>).

79. במהלך העתירה שוחררו העותרים ממשמורת ומשרד הפנים הודיע שהם לא יגורשו מישראל ושם תהיה כוונה לשנות מצב זה, תימסר להם הודעה מוקדמת על-כך. עתירה זו הובילה להחלטה על מתן הגנה קבוצתית לכשמונים אזרחי סיירה-ליאון נוספים שהיו בישראל אשר היו בישראל. משרד הפנים הנפיק להם רישיונות עבודה (מסוג ב/1), רישיונות אלה היו תקפים למשך חצי שנה וחודשו מעת לעת. לאחר סיום המלחמה בסיירה ליאון, כאשר הודיעה נציבות האו"ם לפליטים שבשלו התנאים לחזרה למקום, הודיע משרד הפנים על סיום ההגנה הזמנית ביולי 2005 (ראו לעניין זה עת"מ (ת"א) גסאמה נגד משרד הפנים, פס"ד מיום 14.7.2006 (פורסם בנבו) בסעיף 3).

ההגנה זמנית לאזרחי ליבריה

80. גם ליבריה סבלה בראשית שנות האלפיים ממלחמת אזרחים עקובה מדם, וגם במקרה זה, נענתה מדינת ישראל לבקשת נציבות האו"ם לפליטים והעניקה הגנה זמנית לאזרחי ליבריה ששהו בישראל. בעת"מ (ת"א) 1779/05 מונטגומרי ריצ'רד נגד משרד הפנים, פס"ד מיום 24.8.2006 (פורסם בנבו), תוארה ההגנה הזמנית שהעניק משרד הפנים לאזרחי ליבריה כך:

כפי שהסביר המשיב בהרחבה בכתב התשובה, שניים הם המצבים הרלוונטיים מבחינת העותר לקבלת הגנה ומקלט ממדינת ישראל. במצב הראשון, **מדובר בהגנה זמנית, הנסמכת על העיקרון לפיו אין מרחיקים אדם למקום בו נשקפת סכנה לחייו ולחירותו**, ועל כן ניתנת, בתיאום עם נציבות האו"ם לפליטים, **הגנה לנתיני מדינות מסוימות בהם נשקפת ככלל סכנת חיים לנתינים אם יוחזרו לארצם**. מדינות אלו מכונות 'מדינות משבר', והגדרתם ככאלו מתעדכנת בהתאם למצב בשטח השורר במדינה, זאת בהתאם

לדיווחי ואישורי האו"ם בנדון. אדם הטוען לנתינות ב'מדינת משבר' לא צריך לעמוד בתנאים הנדרשים 'מפליט' בהתאם לאמור באמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים (1951) ולפרוטוקול שהוסף לה ב1967 (להלן – האמנה). כל שנדרש מאותו אדם הוא הוכחת היותו נתין של 'מדינת המשבר', ולקבל בעקבות זאת הגנה זמנית מפני הרחקה עד לחלוף הרעה (ההדגשה הוספה, בפסקה 10 לפסק-הדין).

81. יצויין שלמרות שהסכם השלום בין הממשלה לבין המורדים נחתם בחודש אוגוסט 2003, לא מיהרה נציבות האו"ם לפליטים להכריז שליבריה בטוחה לצורך חזרה. התקופה שלאחר המלחמה התאפיינה בחוסר יציבות איזורי; העדר הגנה על זכויות אדם בסיסיות; חוסר יציבות של הממשלה הזמנית שהוקמה לאחר המלחמה; העדר מוסדות מדינה ובכלל זה – העדר מערכת משפטית מתפקדת, ועוד. בתנאים אלה, כפי שמתואר בפס"ד מונטגומרי שנזכר לעיל, בקשת נציבות האו"ם לפליטים היתה לאפשר לאזרחי ליבריה להישאר בישראל עד ליום 31.3.2007 (בפסקה 6 לפסק-הדין). מספרם של אזרחי ליבריה שזכו להגנה בתקופה הרלבנטית היה כ-86.

על התנאים בליבריה לאחר שוך המלחמה ראו נא :

Human Rights Watch World Report 2005, Liberia, 1 January 2005.

ההגנה זמנית לאזרחי חוף השנהב - והניסיונות לסיימה בטרם הוחזרו השלום והבטחון על כנם

82. בשנת 2002 פרצה מלחמת אזרחים בחוף השנהב בעקבות ניסיון הפיכה כושל. המורדים השתלטו על מרכז וצפון המדינה בעוד שכוחות הממשלה החזיקו בדרומה. מאות אלפי אנשים נעקרו (עד כדי ערעור היציבות האיזורית). גם במקרה זה הודיע משרד הפנים, בהמלצת נציבות האו"ם לפליטים, על מתן הגנה זמנית לתושבי חוף-השנהב. כאלף אזרחי חוף השנהב ששהו בישראל קיבלו רישיון עבודה מסוג ב/1 אשר התחדש באופן עתי מדי שישה חודשים.

83. בשנת 2007 נחתם הסכם שלום בין הצדדים הלוחמים ולפיו היו אמורות להיערך בחירות (Ouagadougou Peace Accord). נציבות האו"ם לפליטים בישראל יעצה למשרד הפנים כי ניתן יהיה לסיים את ההגנה הזמנית עד ליום 31.12.2008 (הדבר נזכר בעת"מ (ת"א) 1123/08 סיידו נגד משרד הפנים, פס"ד מיום 23.6.2009, פורסם בנבו). למודי ניסיון התחננו אזרחי חוף-השנהב ששהו בישראל כי סיום ההגנה הזמנית יידחה עד לאחר הבחירות, שכן חששו שהאלימות תתחדש בעקבות הבחירות. ההחלטה לא בוטלה אולם בעצת נציבות האו"ם לפליטים תוקנה, כך שתושבים של מספר איזורי סיכון בחוף השנהב עדיין זכאיים היו להגנה (בתי-המשפט ביקרו את העובדה כי ההחלטה המתוקנת לא פורסמה ואנשים לא יכולים היו לפנות ולבקש הגנה מכוחה; כמו"כ נמתחה ביקורת על העמימות של ההחלטה, ראו נא: עת"מ (מרכז) 26035-05-10 קונטה נגד משרד הפנים, פס"ד מיום 14.6.2010, פורסם בנבו).

84. בעקבות הבחירות שנערכו בחודש נובמבר 2010 אכן פרצו מהומות והתחדשו הלחימה, מעשי הרצח והפרות זכויות האדם, נוכח העובדה ששני המועמדים המובילים (Laurent Gbagbo,) (Alassane Ouattara) טענו, כל אחד, לניצחון בבחירות. משרד הפנים נאלץ לשוב ולעדכן את מועד סיום ההגנה וקבע אותו ליום 31.1.2012 (נזכר בעת"מ (י-ס) Abdoulaye Coulibalaye 19734-01-12 נגד משרד הפנים, פס"ד מיום 4.3.2012, פורסם בנבו).

להתחדשות המשבר בחוף השנהב לאחר הבחירות :

Nicolas Cook, Congressional Research Service, Cote d'Ivoire's Post-Election Crisis, April 5, 2011.

85. השתלשלותה של פרשה זו מלמדת עד כמה חייבת החלטה על סיום הגנה זמנית להיות זהירה ורגישה לינורות האזהרה' ועד כמה מדדים דוגמת חתימה על הסכם שלום, יכולים להוות רק חלק מהליך מורכב של בחינת המצב והערכת התפתחויות עתידיות. למותר לציין כי ההחלטות המשתנות לבקרים גרמו להחזרתם של חלק מאזרחי חוף-השנהב למרות הסכנה שבהחזרה זו ; למעצרים של אחרים ; ובכלל למתח רב בקרב אזרחי חוף השנהב השהים בישראל, שרישיונות הישיבה שלהם לא חודשו באופן סדיר.

2003 וכן כיום - הגנה זמנית קונגו

86. בישראל שוהים גם היום כמה מאות אזרחים מן הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו (DRC) הזוכים להגנה זמנית בישראל. בקונגו מתחוללת כבר שנים ארוכות מלחמה בין צבא הממשלה לבין קבוצות מורדים שונות. כל הצדדים הלוחמים מעורבים בפגיעה באזרחים, במעשי רצח וביזה, באונס שיטתי של נשים ונערות, בגיוס בכפיה ועוד. על-פי הדו"ח השנתי של ארגון Human Rights Watch לשנת 2012, כ-1.7 מיליון אנשים נעקרו מבתיהם, וכחצי מיליון אחרים הפכו לפליטים במדינות שכנות.

87. לאחרונה, בפסק-הדין הראשון שניתן על-ידי בית המשפט הפלילי הבינלאומי הורשע Thomas Lubanga בביצוע פשעי מלחמה ובגיוסם של קטינים כחיילים למען החזית הדמוקרטית לשחרורה של קונגו. פסק-הדין התקבל בהתלהבות כאות לסיום החסינות של מבצעי פשעי מלחמה בקונגו, יחד עם זאת, גם כיום ממשיכים להתבצע בקונגו פשעים כנגד האוכלוסיה האזרחית.

UN News Service, *Thousands of refugees fleeing violence in Democratic Republic of the Congo enter Uganda* - UN, 9 March 2012

88. ממחצית שנת 2007 החלו להגיע לישראל דרך גבול סיני אזרחים אריתראים במספרים הולכים וגדלים (לפי נתוני רשות הגירה לשנת 2011 שוהים כיום בישראל 30,943 אזרחי אריתריאה, המהווים את הקבוצה הגדולה ביותר (56%) מתוך האנשים שחצו בשנים האחרונות את גבול ישראל מצרים, ראו נא: רשות האוכלוסין וההגירה, נתוני זרים בישראל, סיכום שנת 2011 בעמ' 4). נתון זה מתיישב עם המגמה הגלובלית - נציבות האו"ם לפליטים דיווחה שבשנת 2010 היתה אריתריאה במקום התשיעי בעולם ברשימת המדינות מהן ברחו פליטים ומבקשי מקלט (אפגניסטן, עירק וסומליה תפסו את שלושת המקומות הראשונים) UNHCR, Statistical Yearbook 2010, p.27. על-פי נתוני נציבות האו"ם לפליטים לשנת 2010 רוב מבקשי המקלט האריתראים נמלטו לסודן (113,528), לאתיופיה (36,164) ואחר-כך לישראל (11,852), איטליה היתה במקום הרביעי של מדינות המארחות כיום אזרחים מאריתריאה (10,377). UNHCR, Statistical Yearbook 2010, Refugees and people in refugee-like situations excluding asylum seekers, and changes by origin and country of asylum (table 5, page 79).

89. ישראל העניקה לכ-2,000 מבקשי המקלט הראשונים מאריתריאה שהגיעו לתחומה עד לסוף שנת 2007 רישיונות עבודה (עניין זה נזכר בהחלטת בית המשפט בעת"מ (מרכז) 14745-07-10 Gebregerish Mebrahom נגד משרד הפנים (פס"ד מיום 26.10.2010, פורסם בנבו). אזרחי אריתריאה שהגיעו לאחר 25.12.2007 קיבלו רישיונות לפי סעיף 2(א)5 לחוק הכניסה לישראל. מדיניותו של משרד הפנים לעניין זה תוארה ע"י כב' השופט מודריק כך:

מן הראוי להבחין בין שני טיפוסים של מבקשי מקלט מדיני בישראל. טיפוס מבקש המקלט האחד נובע מהחלטה כללית שמדינת ישראל גיבשה להענקת הגנה כפליט לכל מי שנמלט מאריתריאה או מסודן והגיע לישראל. נתין של מדינה מן המדינות הללו פטור מן הצורך להוכיח נרדפות אישית או סכנה כלשהיא המרחפת מעל ראשו עם יחזור לארץ נתינותו. זו "הגנה קבוצתית".

עת"מ (ת"א) 27119-04-11 למלם נגד משרד הפנים, פס"ד מיום 5.10.2011, פורסם בנבו, בעמ' 7 לפסק-הדין.

גם לעניין הגנה זמנית זו (או, לאחר שהמשיב עדכן את המונחים בהם השתמש - "מדיניות אי-ההרחקה"), מתחו בתי-המשפט ביקורת על העמימות בה נקט משרד הפנים ועל-כך שבעשרות רבות של התדיינויות, מעולם לא הציג את ההחלטה בדבר מתן מדיניות קולקטיבית לאזרחי אריתריאה (ראו נא דברי כב' השופט אמיר בעת"מ (מרכז) 12282-02-11 ברהנה נגד משרד הפנים, פס"ד מיום 30.11.2011, פורסם בנבו, בפיסקה 25 לפסק-הדין).

90. לבסוף נזכיר כי מדיניות ההגנה הזמנית הנוהגת ביחס לאזרחי אריתריאה שונה במהותה מן הדוגמאות האחרות שהובאו לעיל, שכן באריתריאה לא מתחוללת כיום מלחמת אזרחים. על

הטעמים למתן ההגנה עמד לאחרונה סגן שר החוץ, דני איילון, בישיבת הועדה לעודים זרים בכנסת:

אריתריאה - כרגע אי-אפשר לעשות, כי אנחנו מוגבלים, כי באריתריאה יש שם שלטון שמוגדר על-ידי כל הקהילה הבין-לאומית כשלטון שלא שומר על זכויות אדם, ומי שחוזר לשם, נתון בסכנה, כולל סכנת מוות, ולכן אנחנו פה הרבה יותר זהירים.

פרוטוקול מס' 63 מישיבת הועדה לבחינת בעיות העובדים הזרים, 31.10.2011, בעמ' 7.

פירוט נוסף ניתן למצוא בהנחיות נציבות האו"ם לפליטים מיום 17.12.2010 הנוגעות לצרכי הגנה של אנשים הנמלטים מאריתריאה: UN High Commissioner for Refugees, *UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea*, 20 April 2011, HCR/EG/ERT/11/01

כיצד מחליטים על הפסקת הגנה זמנית?

91. למרות שהסקירה שהובאה מראה בבירור שהגנה זמנית מוכרת במשפטנו, לא קיימים נהלים לפיהם מחליט המשיב מתי להעניק הגנה זמנית, אלו זכויות ליתן במסגרתה ומתי להפסיקה. חסר זה הוא מהותי, שכן הוא עלול לפתוח פתח להחלטות שרירותיות המושפעות לדוגמא, מלחץ ציבורי לפעול כנגד הזרים המוגנים בשטחה של המדינה במקום להיות מונחות על-ידי שיקולים אובייקטיביים ענייניים. בפרשת הררי מתח כב' השופט גולדברג ביקורת על משרד הפנים שלא קבע בנהלים את החריגים למדיניות הכללית לא ליתן רישיונות קבע לזרים וכך אמר:

קיומם של קריטריונים להפעלת שיקול-הדעת המסור לנושא משרה שלטונית, הוא אחד מסממניו של מינהל תקין, והוא עולה בקנה אחד עם שלטון החוק. כשם שאין במדינת חוק חוקי סתר (בג"ץ 4950/90, בשג"ץ 1644/91 פרנס ואח' נ' שר הביטחון ואח' [5], עמ' 42; בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד ואח' [6]; ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז [7], בעמ' 2204-2205), כן אין בה קריטריונים שבסתר למתן רישיונות והיתרים שבכוחו של בעל משרה לתתם על-פי דין.

בג"צ 1689/94 הררי ואח' נגד שר הפנים, פ"ד נא (1) 15, 19-20.

כן ראו לעניין זה פסק-דינה של כב' השופט רובינשטיין בעמ"נ (ת"א) 2887/05 אלקסייב נגד שר הפנים (פס"ד מיום 29.1.2007, פורסם בנבו) שבו חוייב המשיב להתקין קריטריונים בעניינם של חסרי אזרחות. כב' השופטת רובינשטיין קבעה כי כשם שהמשיב קבע לעצמו

קריטריונים ומנגנון לטיפול בבקשות למקלט, כך צריך הוא לקבוע קריטריונים ומנגנון לטיפול בבקשות של חסרי אזרחות ושמהדלו לעשות כן היה בלתי סביר (בפיסקה 36 לפסק-הדין).

92. מצב הדברים הנוכחי בו לא קיים הליך שבו יוכלו אנשים לפנות ולבקש הארכת ההגנה הזמנית שניתנה להם בעבר אינו כדאי, באותה מידה אין הליך או מנגנון (זולת פניה לבית משפט נכבד זה) בו יכולים הם להשיג על הפסקת ההגנה שכבר ניתנה להם. עתירה זו מעוררת בין היתר את שאלת המבחנים אשר צריכים להנחות את בית-המשפט בבחינת החלטתו של המשיב להפסיק את ההגנה הזמנית (או כלשונו של המשיב: את משטר עיכוב ההרחקה הזמני).

93. עיון במנגנוני הגנה זמנית או הגנה משלימה בחו"ל מלמד שאמת המידה לצורך החלטה על הפסקתה של הגנה זמנית היא שינוי נסיבות מהותי ובר-קיימא שבעקבותיו אין עוד מקום לחשש שהחזרה תגרום לינוק רציני (Serious harm). כך למשל קובע סעיף 16 ל-
:Qualification Directive

Cessation

1. A third country national or a stateless person shall cease to be eligible for subsidiary protection when the circumstances which led to the granting of subsidiary protection status have ceased to exist or have changed to such a degree that protection is no longer required.

2. In applying paragraph 1, Member States shall have regard to whether the change of circumstances is of **such a significant and non-temporary nature that the person eligible for subsidiary protection no longer faces a real risk of serious harm** (emphasis added).

94. הועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים (EXCOM) דנה בהגנה משלימה בהחלטת מס' 103 משנת 2005. החלטותיה של EXCOM מהוות מקור פרשני בעל חשיבות מיוחדת נוכח מומחיותה הייחודית במשטר ההגנה הבינלאומית ונוכח העובדה שתבריה, המייצגים את המדינות החברות, מקבלים את החלטותיהם בדרך של קונצנזוס. בהנחיה הנ"ל (בסעיף i) מעודדת EXCOM את המדינות החברות להנהיג משטר של הגנה משלימה לאנשים שזקוקים להגנה אך אינם באים בגדר אמנת הפליטים. בסעיף (n) מתבקשות מדינות להעניק למקבלי הגנה משלימה יציבות וודאות. סעיף (o) דן הפסקת הגנה משלימה ומציע לאמץ קריטריונים אובייקטיביים וגלויים. הועדה מציעה שהדוקטרינה והעקרונות הפרוצדורליים החלים לעניין סעיפי הפסקת מעמד פליט (Cessation clauses, Article 1C) באמנת הפליטים יכולים לספק הנחייה מועילה בהקשר זה.

העתק: EXCOM, Provision on International Protection Including Through Complementary Forms of Protection, No. 103 (LVI) – 2005 ומסומן כנספח ע/33.

נספח ע/33

95. עיון בהנחיות נציבות האו"ם לפליטים שעניינן הפסקת מעמד פליט (כאמור כמקור להשוואה ולהשראה) מלמד על שלושה מבחנים מצטברים שאמורים להנחות את מקבלי ההחלטות והם:

א. **האופי המהותי של השינוי שהתרחש במדינת המוצא:** המלצת הנציבות היא לבחון את כל הנסיבות הרלבנטיות שכן בד"כ התרחשויות שונות שלובות זו בזו (סכסוך מזויין, הפרות רציניות של זכויות אדם, העדר שלטון תקין). המצב הקלאסי להכרזה על הפסקת מעמד פליט הוא מהפך פוליטי מוחלט, חזרה למצב של שלום ויציבות. יחד עם זאת הנציבות מציינת כי יתכנו נסיבות בהן אמנם חל שינוי והנסיבות שהובילו לבריחה כבר אינן קיימות, אך במקומן באו נסיבות אחרות שגם הן עשויות להוות בסיס לצורך בהגנה כפליט (ובמצב כזה לא ראוי לסיים את ההגנה) (פיסקאות 10-12).

ב. **האופי בר-הקיימא של השינוי:** שינויים שמעידים על שינוי מהותי צריכים להיבחן על-פני תקופת זמן בה יתגבשו ויתייצבו, לפני שנעשית החלטה על הפסקת המעמד. הנציבות מציינת כי בד"כ כאשר השינוי נעשה בדרך שלום, ניתן לקבל את ההחלטה על הפסקת המעמד לאחר פרק זמן קצר יותר, אך זאת כאשר יש יציבות פוליטית וכלכלית במדינה. במקרים שבהם קדם לשינוי מאבק, ובעיקר על בסיס אתני, מומלץ להמתין ולהיווכח שהסדרי השלום מקוימים ושלוש אמיתי מתבסס (פיסקאות 13-14).

ג. **החזרת מנגנוני הגנה:** ההנחיות שמות דגש על קיומה של מערכת ממשל מתפקדת, בעלת מנגנונים אדמיניסטרטיביים ומערכת משפט, לרבות תשתיות המאפשרות לתושבים לממש את זכויותיהם הבסיסיות, ובכלל זה הזכות לקיום בסיסי בכבוד. המצב הכללי של זכויות האדם מהווה אינדיקציה חשובה (פיסקאות 15-16 להנחיות).

UNHCR, Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Refugee Convention relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/03/03, 10 February 2003.

העתק רצ"ב ומסומן כנספח ע/34.

נספח ע/34

96. על-פני הדברים, המשיב כלל לא התייחס למדדים אלה או לשיקולים דומים עת החליט כי על האנשים שמוצאם מדרום סודן לשוב לארצם עד לסוף חודש מרץ 2012. לו היה בוחן את המצב לאור השיקולים שפורטו לעיל, לא יכול היה לקבל החלטה זו. נפרט את טענתנו: אין ספק שחל שינוי מהותי, חיובי ומעורר תקווה עם הקמתה של מדינה חדשה בדרום סודן. יחד עם זאת, כפי שעלה מסקירת המצב השורר שם כעת, יציבות לא הושגה. לא זו בלבד שהסכסוך המקורי

עם סודן עדיין מאיים להתלקח, אלא שסכסוכים חדשים צומחים במספר רב של איזורים בתוך דרום סודן וגורמים להרג, להפרות חמורות של זכויות אדם בסיסיות ולעקירה של מאות אלפי אנשים (משמע - הולכות ונוצרות נסיבות חדשות המחייבות הגנה).

97. בתנאים הנוכחיים, שמשתנים מדי יום (ולא לטובה) קשה לטעון ליציבות השינוי שהושג. מחלוקות עמוקות שבעבר הזינו את הסכסוך בין הצפון לדרום טרם נפתרו. סכסוכים אתניים (דוגמת הסכסוך ב-junglei) מאיימים על יציבותה של דרום סודן. לא זו בלבד שהמצב הפוליטי הפנימי אינו יציב, אלא שגם המצב הכלכלי הולך ומתחוויר כמשבר קיצוני, עד כדי רעב חמור שיחייב מאמצי הצלה של הקהילה הבינלאומית.

98. גם התנאי השלישי, של השבת ההגנה השלטונית על כנה, רחוק מלהתקיים. המלחמה רבה השנים הרסה את כל התשתיות והמדינה החדשה צריכה לבנות מחדש את כל המנגנונים והמוסדות. כפי שתואר לעיל, לא זו בלבד שהממשלה החדשה אינה מסוגלת להגן על אזרחיה מפני אלימות ופגיעות, אלא שכוחות הבטחון שלה עצמה מעורבים בפגיעות ומערכת המשפט אינה מתפקדת כראוי.

99. כפי שהוזכר לעיל, ארצות הברית בחרה, נוכח המצב הבלתי-יציב והמשך הקונפליקט המזוין להאריך את "ההגנה הזמנית" שהיא מעניקה לאנשים מוצאם מדרום סודן. לא למוותר לציין כי בשנים בהן השתוללה המלחמה בסודן, קיבלה ארצות הברית במסגרת תכניות resettlement אלפי סודנים שמוצאם מן הדרום כפליטים (סיפורו של נער סודני שקיבל מקלט בארצות הברית פורסם בספרו של דייב אגרס, שתורגם לעברית: "מהו המה", הוצאת מחברות לספרות, 2009). גם מדינות מערביות אחרות העניקו בעבר מקלט לפליטים מדרום סודנים ולא עשו שימוש במנגנון של 'הגנה זמנית'. עם זאת, עיון במצבן של מדינות שכנות לסודן דוגמת אתיופיה וקניה מלמד שהן ממשיכות לארח פליטים מדרום סודנים (חלקם ברחו מארצם לאחר הכרזת העצמאות בגלל התחדשות הלחימה) ואין הן דורשות חזרתם לדרום סודן בעת ז.

US Citizenship and Immigration Service, Secretary Napolitano Extends Temporary Protected Status (TPS) for Sudan and Designates South Sudan for TPS, Fact Sheet, Oct. 13, 2011

נספח ע/35

בחינת החלטת המשיב על רקע עקרונות המשפט המינהלי הישראלי

הימנעות המשיב מלבחון את המצב השורר כיום בדרום סודן

100. החלטתו נספח ע/1 של המשיב מגלה שרק שיקול אחד עמד בבסיס החלטתו של המשיב מס' 1 והוא העובדה שדרום סודן הפכה למדינה עצמאית. אין כל רמז לכך שהמשיב שקל שיקול אחר. בכך נפגמה החלטתו של המשיב שכן שיקולים קריטיים לקבלת החלטה לא נבחנו כלל.

על-פי המשפט המנהלי הישראלי חייבת כל החלטה של רשות מנהלית להיות מבוססת על תשתית עובדתית נכונה ועל בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית של מכלול העובדות. כך קבע כב' השופט שמגר בפרשת ברגר :

"תהליך קבלת ההחלטה על-ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר, ואלו הם : איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה), בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות) ולבסוף, סיכום ההחלטה המנומקת. תהליך כגון זה מבטיח, כי כל השיקולים הענייניים יובאו בחשבון, כי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה, וכי תגובש החלטה, אותה ניתן להעביר בשבט הביקורת המשפטית והציבורית."

בג"צ 292/82 ברגר נגד שר הפנים, פ"ד לו (3) 29, 49 וכן ראו: בג"ץ 987/94 יורנט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, בפיסקה 11 לפסק-הדין.

101. גם בפרשת מוסטקי עמד כב' השופט אור על חובת הרשות לאסוף את מלוא הנתונים הרלבנטיים, ולהתייחס לנתונים שלא בהכרח עולים בקנה אחד עם עמדת הרשות, כדבריו :

הבדיקה צריכה להיות עניינית והוגנת, בין היתר במובן זה שיבואו בפניה גם עובדות אשר אינן עולות בקנה אחד עם גישתה הראשונית. במילים אחרות, אל לה לרשות לתור ולחפש רק אחר ראיות אשר תאששנה את גישתה הראשונית. כדי שהתמונה הרלוונטית כולה תהיה לנגד עיניה עליה ליתן דעתה גם על הראיות אשר משמעותן אינה עולה לכאורה עם גישתה זו.

בג"צ 3379/03 מוסטקי נגד פרקליטות המדינה, פ"ד נח (03) 865, 899.

נוסיף כי הערכת מצב הנוכחי בדרום סודן מהווה נושא מורכב המחייב מומחיות אשר אינה מצויה אצל המשיב, במצב זה, ראוי היה כי המשיב יקיים התייעצות, ודאי שהיה בכך צורך לאחר שהביאו העותרים בפניו את חוות-דעתה של ד"ר בק. כדברי השופט שמגר: "גם בתחומים, בהם רואה בעל הסמכות אפשרות לגבש החלטתו הסופית בעצמו, אין הוא יכול להתעלם מן הצורך להיוועץ במומחים לדבר, אם אופיו של העניין או אופיה של הפנייה מחייבים זאת" (פס"ד ברגר שנוכר לעיל, בעמ' 54 לפסק-הדין).

102. נוכח העובדה שעל הכף מוטלים בטחונם ושלומם של אנשים, על המשיב להציג ראיות משכנעות לעמדתו (המשתמעת מהודעתו נספח ע/1 לעיל) לפיה ניתן כיום לחזור בבטחה וללא

חשש לדרום סודן. בשים לב לחשיבות הזכויות המוטלות על הכף, נדרשות ראיות בעלות משקל רב:

מידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שהחלטה המינהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד (בג"צ יורונט שנוכר לעיל, בפיסקה 11(ד) לפסק-הדין).

באותה רוח חזר כב' השופט בפרשת שניצר על דברי השופט שמגר לפיהם:

אם שיקול הדעת המנהלי עשוי לפגוע בזכויות אדם נדרשות ראיות משכנעות ומהימנות שאינן מותירות כל ספק.

בג"צ 680/88 שניצר נגד הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617, 637

103. ניתן לשער כי העובדה שכמה מאות מאנשי דרום סודן חזרו מרצונם מישראל לדרום סודן בשנתים האחרונות, שימשה נתון בשיקולי המשיב, אולם לנתון זה ניתן לייחס משקל מועט בלבד - ראשית, חזרה זו נעשתה ברובה, ככל הידוע לעותרים, לפני עריכת משאל העם שהביא להקמת המדינה החדשה. באותה עת לא ניתן היה לצפות את הסכנות שהולכות ומתפתחות כיום. ממילא, לא הובאו ראיות לפיהן בדק המשיב את מצבם של המוחזרים ומצא כי הוא בטוב. העובדה שהיו בעבר אנשים שבחרו בעבר לחזור אינה מעידה שהמצב כיום בטוח. לכך יש להוסיף כי ההחלטה אם לחזור אם לאו תלויה במידה רבה גם בנתונים האישיים של האדם/המשפחה בה מדובר: מאיזה אזור מוצא בדרום סודן הם באים? האם נותרו בני-משפחה קרובים שיכולים לספק תמיכה ורשת בטחון עם החזרה? האם מדובר במשפחה מטופלת בילדים? וכיו"ב. יתרה מכך: העובדה שאנשים מסוימים היו מוכנים ליטול סיכון, אין פירושה שניתן לכפות על אחרים ליטול סיכון דומה.

104. כפי שהראתה הסקירה בפרק העובדתי, המצב בדרום סודן בלתי יציב באופן קיצוני ומשתנה מדי שבוע. במצב זה מוטלת על המשיב חובה מיוחדת לעדכן את החלטתו, לתקנה או לשנותה במקרה הצורך - הכל על מנת להתאימה לנסיבות. המשיב חטא לחובתו זו וממשיך לשבת בחיבוק ידיים, למרות פניית העותרים נספח ע/13 לעיל. כך למשל קבע השופט ברק בפרשת ברגר הנזכרת לעיל:

התשתית העובדתית בסוגיה שלפנינו אינה קבועה ועומדת, אלא נתונה היא לשינויים. נערכים מחקרים חדשים, ומשתנים הרגלים ודעות. **שר הפנים צריך להיות ער לכל אלה. אין הוא יכול לנקוט מדיניות של שב-ואל-תעשה**, תוך שיגרור, כי כל עוד אין עותרים מביאים לפניו חומר חדש, אין הוא משנה דעתו, תהא התשתית העובדתית החדשה אשר תהא. **על שר הפנים לבסס את החלטתו על התשתית העובדתית הקיימת והעדכנית ולא על העבר**. עליו לקחת בחשבון חומר רלוואנטי חדש, שניתן להשיגו באמצעים סבירים (בעמ' 44 לפסק-הדין, ההדגשה הוספה).

ובדומה לכך דברי השופט שמגר בפרשת אלוני :

ואם, לאור אופיו של העניין, נדרשות בדיקה ומחשבה חוזרות ונשנות, אין לדחות את הפנייה החדשה במחי יד ובלי עיון הולם, תוך הסתמכות בלעדית על העובדה, כי לבעל הסמכות הוענק שיקול הדעת להחליט בעניין, או תוך דבקות בהחלטה הקודמת, אשר ייתכן שהיא טעונה שינוי.

בג"צ 852/86 ח"כ שולמית אלוני נגד שר המשפטים, פ"ד מא (2) 1, 51.

חוסר הסבירות של החלטת המשיב

105. העובדה שהמשיב לא נתן כל משקל לשלומם ולבטחונם של האנשים אותם הוא מאיים לגרש החל מן השבוע הבא אינה פגם של מה בכך. מדובר בזכות יסוד לכבוד ולחיים המעוגנת בסעיף 2 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, שהגנתו פרושה גם על זרים השוהים בתחומה של מדינת ישראל (בג"צ 11437/05 קו לעובד נגד משרד הפנים (פס"ד מיום 13.4.2011, פורסם בנבו, בפסקה 36 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה). התעלמות מזכויות אלה יורדת לשורש סמכותו של המשיב ופוגמת את ההחלטה כולה. לפי דרכה של כב' השופטת דורנר בפרשת ויכסלבאום, אי-התחשבות בשיקול ענייני די בה כדי לפסול את ההחלטה: "החלטה שנתקבלה מבלי להתחשב בשיקול שלעניין היא פגומה בשל כך בלבד, ולשם פסילתה לא נדרש כי היא תהיה בלתי-סבירה במידה קיצונית או בלתי-סבירה בכלל" (דנג"צ 3229/93 ויכסלבאום נגד שר הבטחון פ"ד מט (2) 195, בפסקה 7 לפסק-דינה).

106. אף אם לא נלך בדרכה של כב' השופטת דורנר, ברי כי אי-מתן משקל כלשהוא לשיקול של שלומם ובטחונם של המוחזרים מוציא את ההחלטה ממתחם הסבירות באופן קיצוני. לעניין זה יפים דברי כב' השופט זמיר :

השיקולים הענייניים בהקשר זה, כמו בהחלטות מינהליות אחרות, מורכבים משני סוגים. עם הסוג הראשון נמנים שיקולים הנובעים מן התכלית המיוחדת של החוק הנוגע לעניין. במקרה שלפנינו אלה הם שיקולים הנובעים מן התכלית המיוחדת לחוק הבזק והמייחדת אותו מחוקים אחרים. עם הסוג השני נמנים שיקולים הנובעים מן התכלית של שיטת המשפט. תכלית זאת היא לשרת את ערכי היסוד. כיום אפשר לומר, בלשונם של חוקי היסוד החדשים, כי אלה הם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. הם כוללים את זכויות היסוד של האדם, כגון חופש הביטוי. משמע, **רשות, המוסמכת על-פי דין לתת רישיון, חייבת לשקול, בצד שיקולים ענייניים אחרים, גם את הצורך למנוע פגיעה בזכויות היסוד או לצמצם אותה. לא זו בלבד. עליה לתת לשיקול זה את המשקל הראוי לו, והוא משקל נכבד, ולאזן כראוי בין שיקול זה לבין יתר השיקולים הענייניים בכל מקרה ומקרה. ואם לא תעשה כן במקרה מסוים, יהיה בכך כדי לפגום את ההחלטה באותו מקרה.**

בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נגד שרת התקשורת, פ"ד מח (5) 433, 412.

107. מידתיות מהווה אמת-מידה מחייבת גם את הרשות המנהלית (בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי ע"נ נגד היועץ המשפטי לממשלה, פס"ד מיום 20.8.2008 (פורסם בנבו) בפסקה 7 לפסק-דינה של כב' הנשיאה (כתוארה אז) ביניש.

למרות שהמשיב לא טרח לפרסם את טעמיה ונימוקיה של החלטתו, ניתן לשער כי התכלית שהנחתה אותו היא צמצום מספרם של הזרים השוהים בישראל. להלן נבחן האם עמדה החלטתו במבחני המידתיות.

108. המבחן הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי המבקש לבחון את מידת ההתאמה בין מעשה הרשות הפוגע בזכות מוגנת לבין התכלית אותה הוא נועד להגשים. ככל שאכן התכלית היא לצמצם את מספר הזרים השוהים בישראל, הרי שגירושם של האנשים שמוצאם מדרום סודן אכן קשור למטרה זו. דא עקא, הפסיקה קבעה כי מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן טכני גרידא:

מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין **לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון** (ההדגשה הוספה).

בג"צ 9593/04 מוראר נגד מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פס"ד מיום 26.6.2006, פורסם בנבו) בפסקה 25 לפסק-דינה של השופטת ביניש.

סילוק גורף של כל האנשים שמוצאם מדרום סודן, אך משום שקמה מדינה חדשה בדרום-סודן, מבלי שים-לב למצב השורר שם כעת שעלול לסכן את שלומם, מהווה אמצעי שרירותי, בלתי הוגן ומחוסר היגיון.

109. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מחייב לבחון האם מבין האמצעים האפשריים להגשמת התכלית הפוגעת, נבחר האמצעי שפגיעתו בזכות המוגנת היא הקטנה ביותר. בענייננו ניתן היה להציע אמצעים פחותים יותר ובראשם המשך הענקת ההגנה הזמנית עד להתייצבות המצב בדרום סודן. העותרים אינם טוענים כי יש להעניק לאנשים מדרום-סודן מעמד של קבע או מעמד ארוך-טווח בישראל. כל טענתם היא לעניין עיתוי ההחלטה. הרחקתם של אנשים לדרום סודן כיום עלולה לסכנם. המשיב יוכל להשיג את מטרתו גם אם ימתין מספר חודשים להתבהרות המצב ולהתייצבותו.

110. דרך אחרת להקטין את הפגיעה המסתמנת בזכויות כתוצאה מן ההרחקה היא להימנע מנקיטת מהלך גורף שאינו מתחשב בנתונים הפרטניים של האנשים בהם מדובר: לא דומה מצבם של אנשים מאזורי הקונפליקט שבהם כבר מתרחשת כיום לחימה, למצבם של אנשים

שמוצאם מאזורים מרוחקים יותר; לא דומה לאנשים בני-שבטים שמעורבים בקונפליקטים פנימיים למצבם של אחרים; לא דומה מצבן של משפחות המטופלות בילדים למצבם של גברים צעירים וכן הלאה. כך לדוגמא, קבע בית המשפט העליון בפרשת הביטוח הלאומי (בג"צ 10662/04 חסן נגד המוסד לביטוח לאומי, פס"ד מיום 28.2.2012, פורסם בנבו) כי די בהעדפת הסדר גורף על-פני הסדר פרטני המתחשב בנסיבות של מקרים קונקרטיים, כדי לקבוע שלא התקיים מבחן המשנה השני במבחני המידתיות (בפיסקאות 66 ו-68 לפסק-הדין של השופטת ביניש). כך גם בענייננו כשל המשיב מלנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה והדבר פוסל את החלטתו.

111. מבחן המידתיות במובן הצר מחייב לבחון את קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות המוגנת לבין התועלת החברתית המופקת מן האמצעי שננקט. נקל לראות כי גם בעניין זה כשלה פעולת המשיב. מספרם של האנשים שמוצאם מדרום סודן (להערכת העותרים לכל היותר כ-1,000 איש) מהווה כ-2% מכלל האנשים שנכנסו שלא כדין דרך גבול מצרים ושוהים כיום בישראל (לפי נתוני המשיב כ-54,500 איש). למול התועלת החברתית של הרחקתם של 2% מן האנשים הללו דווקא בעת זו, עומד הסיכון של פגיעה בשלומם ובבטחונם. לעניין פגיעה בזכות לחיים, נקט בית המשפט בגישה לפיה מדובר בזכות 'ראשונה בין שוים', כזכות המהווה תנאי לזכויות האחרות ולכן יש ליתן לה משקל מיוחד. כאמור - מדובר בהרחקה של קבוצה קטנה יחסית, אשר אינה צריכה להיעשות דווקא כעת, לאור אלה, הנזק הפוטנציאלי למגורשים עולה באופן מובהק על התועלת שתצמח לחברה הישראלית מהרחקתם.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית-המשפט הנכבד לפסוק כמבוקש ברישא לעתירה זו, וכן לפסוק לעותרים הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד.

ענת בן-דור, עו"ד*
ב"כ העותרים

*עתירה זו נכתבה בסיועם של הגב' רייצ'ל רינברג ומר ניר דיסקין מן התכנית לזכויות פליטים