

העותר: **מוטסים עלי (אזרח סודן)**, מס' דרכון \*\*\*\*  
(שוהה במתקן שירות בתי הסוהר "חולות" מאז יום 5.5.2014)

ע"י ב"כ עוה"ד אסף וייצן /או רחל פרידמן  
**מהמוקד לפליטים ומהגרים**  
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154  
טל': 03-5602530; פקס: 03-5605175

**נ ג ד**

המשיב: **משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה**

ע"י פרקליטות מחוז דרום (אזרחי)  
קריית הממשלה, באר שבע 84120  
טל': 08-6264654; פקס: 08-6264534

*טבעי הדבר להעניק לכם מקלט בארצנו,  
שכן זוהי מסורתנו האנושית-יהודית. נעשה  
כמיטב יכולתנו על מנת ששהייתכם בישראל  
תנעם לכם"*

(מכתבו של ראש הממשלה מנחם בגין לפליטים  
הויטנאמים שנקלטו בישראל בשנת 1977)

They are playing a game. They are playing at not playing a game.

If I show them I see they are, I shall break the rules and they will punish me.

I must play their game, of not seeing I see the game.

(R.D. Lang)

**עתירה מינהלית דחופה**

בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את "הוראת השהייה" שהוצאה נגד העותר במתקן שירות בתי הסוהר "חולות" ביום 15.1.2015 (להלן: **הוראת השהייה**). למצער מתבקש לקצוב את הוראת השהייה כך שהעותר ישוחרר מהמתקן לאלתר.

העתק "הוראת השהייה" מיום 15.1.2015 מצ"ב **כנספח א'** לעתירה זו.  
העתק פרוטוקולי "שאלון לפני הוצאת הוראת השהייה בחולות" מיום 12.1.2015 ומיום 28.5.2014 והחלטת ממונה ביקורת הגבולות מיום 15.1.2015 מצ"ב **כנספח ב' (3-1)** לעתירה זו.

1. מוצאו של העותר מחבל דרפור שבסודן. הוא הגיע לישראל, ללא היתר, בחודש מאי 2009, שהה כארבע חודשים וחצי במשמורת ושוחרר. מאז שהה בארץ כדין וברשיון. החל משנת 2010 ניסה העותר להגיש בקשה למקלט מדיני בישראל ונקבעו לו לשם כך מועדים נדחים שנפרשו על פני כשנתיים באופן בו בפועל לא התאפשר לו כלל להגיש את בקשתו. ואכן, במועדים הרלוונטים הייתה מדיניותו המוצהרת של המשיב לא לטפל כלל – ואף לא לאפשר הגשתה של בקשת מקלט – כשמדובר באזרחי סודן ואריתריאה.
2. חרף הערפל הנורמטיבי המכוון בכל הקשור למדיניות ביחס למבקשי מקלט בישראל ולמרות שהמשיב לא פרסם מעולם – עד עצם היום הזה – כי אזרחי אריתריאה וסודן רשאים להגיש בקשות למקלט מדיני בישראל, הצליח העותר להגיש כבר בחודש דצמבר 2012 בקשה למקלט מדיני לפי נהלי המשיב. בעקבות כך – ואם להיות כנים, רק בעקבות קביעתו לשמיעה של ערעורו הראשון של העותר בפני בית המשפט העליון (ע"מ 2863/14) – נערכו לעותר שני ראיונות מקלט על ידי המשיב. ראיונות אלו נערכו בחודש מאי 2014. דא עקא, אפילו בחלוף עשרה חודשים ממועד קיומם **טרם נתקבלה החלטה בבקשת המקלט** ולמעשה, היא אפילו לא הועלתה לדיון בפני הוועדה המייעצת לענייני פליטים. ודוק, העותר עשה כל שביכולתו כדי להציג את בקשת המקלט שלו בפני הרשויות במועד המוקדם ביותר האפשרי ומאז לא נטען נגדו כי עיכב אפילו ביום אחד את בירור עניינו.
3. מכאן, בהתאם להוראות סעיף 5א לנוהל הטיפול במבקשי מקלט ומאחר שלמבקש נערכו ראיונות מקלט (בסיסי ומקיף גם יחד) והוא "משתף פעולה במהלך ההליך בעניינו", כלשון הנוהל, היה על המשיב ליתן לו, כעניין **שבסמכות חובה**, רישיון ישיבה לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל. יתרה מכך, החזקתו של העותר ב"חולות" מזה כעשרה חודשים תוך פגיעה אנושה בזכויותיו והפרה של התחייבויות בינלאומיות שמדינת ישראל נטלה על עצמה, אינה נעשית רק בחוסר סמכות אלא גם **בחוסר סבירות** קיצוני, וזאת בהינתן שבקשת המקלט שלו "מעלה אבק" במשרדי המשיב מזה למעלה משנתיים.
4. עוד נפנה לנתונים אודות מספרם של אזרחי סודן אשר מוחזקים במתקן "חולות" כדי ללמד על שרירותיותם של הקריטריונים מכוחם הוצאה דווקא נגד העותר הוראת השהייה הנתקפת בעתירה זו וכפועל יוצא מכך, על בטלותה גם מטעם זה.
5. אלו טענותינו במישור המינהלי. עתירה זו מתמצה בהן. יחד עם זאת, עמדת העותר היא כי התשתית הנורמטיבית שעומדת בבסיס הקמתו והפעלתו של מתקן "חולות" אינה חוקתית; אזרחי סודן ואריתריאה, אנשים שכמוהו אינם בני הרחקה מישראל בשל מדיניותו המוצהרת של המשיב, אינם צריכים לשהות במתקני שירות בתי הסוהר. כך ללא קשר לטענות פרטניות שיש למי מהם במישור המינהלי. מאחר שענין זה תלוי ועומד לפתחו של הרכב מורחב של בית המשפט העליון (בג"ץ 8665/14 **טשומה דסה נ' הכנסת**, דיון התקיים ביום 3.2.2015; להלן: "**העתירה החוקתית**"), נמנע העותר מלעסוק בחוקתיותו של החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה–2014 (להלן: **התיקון לחוק**) במסגרת הליך זה. יחד עם זאת, הפגיעה בזכויות והשאלות החוקתיות הכבדות האופפות את התיקון לחוק – בפרט לאחר פסקי דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (16.9.2013) (להלן: **עניין אדם**) ובבג"ץ 7385/13 **איתן נ' ממשלת ישראל** (22.9.2014) (להלן: **עניין איתן**) – מקרינות על ההליך כאן ואוצלות עליו במובנים רבים. אף יש לזכור ולהזכיר, העותר נאלץ לבסס טיעון סביר ומשכנע בהישענו על תשתית נורמטיבית עליה הוא חולק מהיסוד. זהו אתגר שאין להקל בו ראש.

### קורות חייו של העותר

7. העותר הנו אזרח סודן, אשר נכנס לישראל ללא היתר בחודש מאי 2009 ושהה מאז בישראל כדן עם רשיון ישיבה לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן בהתאמה: **רשיון הישיבה וחוק הכניסה לישראל**). רשיון הישיבה חודש מעת לעת במשך השנים עד ליום 19.1.2014.

העתק רשיונות הישיבה שניתנו לעותר מיום 23.12.2009 ואילך (למעט הרשיון האחרון אשר נלקח מהעותר על-ידי נציגי המשיב) מצ"ב **כנספח ג'** לעתירה זו.

8. רשיונות הישיבה חודשו בראש ובראשונה בשל היותו של העותר תושב דרפור ואזרח הרפובליקה של סודן (צפון סודן) אשר חוסה תחת מדיניות "ההגנה הזמנית" או "אי ההרחקה" החלה על אזרחי סודן ואריתריאה (ראה בג"צ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (16.9.2013) (להלן: **עניין אדם**): סעיפים 6-10 לפסק דינה של השופטת ארבל, סעיפים 7-13 לפסק הדין של השופט פוגלמן, סעיפים 2-3 לפסק דינו של השופט עמית וסעיף 2 לפסק דינה של השופטת חיות). יוער כי בתי המשפט המחוזיים פסקו לא פעם ביחס לתיקון מס' 4, שעצם העובדה שאדם חוסה תחת מדיניות ההגנה הזמנית הנה טעם מספק, לכשעצמו, כדי שלא ישלח ל"חולות".

9. כך למשל נקבע בעת"מ 10025-05-14 **אחמד נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, מיום 6.7.14) ועת"מ 59393-03-14 **מוסא נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, מיום 6.7.14), כי כוונת המחוקק, כפי שמשקפת בדברי ההסבר לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות, היתה שהתיבה "קושי בביצוע גירוש" יכול לרק קשיים שנובעים מהתנהגותו של המסתנן עצמו, ולא ממדיניותה של מדינת ישראל אשר נקבעה בשל הסכנה הנשקפת מארץ המוצא. בית המשפט מופנה גם לפסק הדין בעת"מ 21957-04-14 **טספה נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, מיום 8.7.14) הקובע קביעות דומות לגבי אזרחי אריתריאה.

10. מעבר להיותו חוסה תחת המדיניות הכללית הנוהגת ביחס לאזרחי סודן ובנוסף לכך, פנה העותר כאמור למשרד הפנים בבקשה שיאפשר לו לשטוח את טענות המקלט שבפיו. כך פנה העותר ליחידת הסמך הרלוונטית אצל המשיב כבר ביום 6.7.2010. אלא שבמקום לראינו ניתן לו זימון למועד נדחה ליום 8.2.2012. בסמוך לפני המועד הנדחה הגיע העותר למשרד הפנים והמתין יום שלם ביחידת המשיב ברח' סלמה 53 בתל-אביב, רק כדי לקבל זימון למועד נדחה נוסף – ליום 24.3.2014. מיותר לציין שמועד זה נקבע כשנתיים וחצי לאחר המועד בו פנה העותר למשיב (כך!) בבקשה להסדיר את עניינו.

העתק שני הזימונים למועדים הנדחים מצ"ב **כנספח ד'** לעתירה זו.

11. זאת ועוד. העותר הצליח – לאחר מאמצים נוספים לא מבוטלים – להגיש בסוף שנת 2012 בקשה פרטנית לקבלת מקלט מדיני בישראל בהתאם להוראות נוהל הטיפול במבקשי מקלט ולאמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (להלן: **אמנת הפליטים**). יוטעם, נציבות האו"ם לפליטים (להלן: **הנציבות**) אף בחנה את עניינו באופן ראשוני ומצאה שהוא עומד בתנאי אמנת הפליטים וככזה, המנדט שלה חל גם עליו והוא זכאי לזכויות הניתנות לפליט.

העתק מכתב הנציבות (חוות הדעת המקדמית) מיום 16.2.2014 מצ"ב **כנספח ה'** לעתירה זו.

12. בקצירת האומר, בקשת המקלט של העותר נסובה על כך שהוא פעיל פוליטי ותושב חבל דרפור שבסודן. בשנת 2003 עזב את כפרו לטובת לימודי גאולוגיה באוניברסיטת אומדורמן שבחרטום ושם החל בפעילות פוליטית למען חבל דרפור. בשנת 2005, בזמן ששהה באוניברסיטה, נשרף כפרו של העותר על-ידי מליציות שנתמכות בידי ממשלת סודן והוריו נאלצו לברוח למחנה פליטים בצפון דרפור, שם הם שוהים גם כיום.

העתק תעודת סיום לימודיו של העותר באוניברסיטת אומדורמן מצ"ב **כנספח ו'** לעתירה זו.

13. במהלך לימודיו היה העותר פעיל פוליטי בתנועה לשחרור סודן. פעילות שרק התגברה בעקבות שריפת כפרו. העותר יזם והשתתף במחאות אזרחיות לא-אלימות והפצת מידע אודות המצב בסודן ויחס הרשויות לתושבי חבל דרפור, תוך קריאה להתערבות בינלאומית בנעשה שם. בשל פעילותו הפוליטית נעצר העותר ללא משפט בשנת 2006 והוחזק במעצר למשך כ-17 ימים כשהוא מוחזק בבידוד. בתום אותה תקופה שוחרר והמשיך בפעילות פוליטית עד מעצרו הנוסף בשנת 2007. הפעם נמשך המעצר כ-9 ימים אשר במהלכם עונה באמצעים שונים תוך שהוא נדרש, בין היתר, למסור פרטים בדבר קשר נטען בין התנועה בה הוא חבר לפעילים שפתחו משרד שלה במדינת ישראל, אשר כידוע, מוגדרת בסודן כמדינת אויב. בסוף שנת 2007, כחודש לפני מבחני סיום הלימודים, נעצר העותר בפעם השלישית. הפעם נדרש להסגיר את חבריו לתנועת השחרור ולא, תמנע ממנו האפשרות להשלים את לימודיו באוניברסיטה. לאחר כשלושה שבועות שוחרר ממעצרו השלישי וגמלה בליבו ההחלטה לצאת את סודן. בהמשך לכך, אחרי פרק זמן נוסף בסודן ולאחר שהשיג דרכון בדרך לא דרך, עבר למצרים דרך הים ומשם נכנס ללא היתר לישראל.

14. בקשת המקלט (שתמציתה הוצגה לעיל) הוגשה לבסוף ליחידת הטיפול במבקשי מקלט – אפילו לשיטת המשיב – כבר בדצמבר שנת 2012, כלומר לפני למעלה משנתיים. כפי שהובהר לעיל, חרף הזמן הרב שחלף מאז הגשתה ובדומה לאופן בו (לא) מטופלות כלל בקשות המקלט של אזרחי סודן, ועל-אף שנערכו לעותר ראיונות מקלט כבר בחודש מאי ש"ז, **לא ניתנה החלטה כלשהי בה**.

15. בשנים בהן חי העותר בישראל הוא למד את השפה העברית על בוריה, רכש חברים והשכיל ליצור לעצמו עולם בו, על אף מצבו הארעי כמבקש מקלט, היה לו מקום משלו. הוא שכר דירה ברח' הר-ציון 115 בעיר תל-אביב – יפו והועסק עד סמוך לפני הוצאת הוראת השהייה נגדו כמנהל משמרת במסעדה של מלון קרלטון בתל-אביב, שם עבד משנת 2011 (עד שנאלץ לסיים את עבודתו בעקבות הוראת השהייה שקיבל).

16. בנוסף, העותר הוא פעיל מרכזי בקהילת מבקשי המקלט בישראל. הוא חבר בוועדה האסטרטגית שפועלת לשינוי המדיניות הישראלית ביחס למבקשי המקלט והחל מחודש יולי 2013 הוא אף משמש כמנהל הכללי של ארגון ARDC (African Refugees Development Center), אשר מסייע למבקשי מקלט, בין היתר, בכל הקשור לבקשות המקלט שלהם ולהסדרת מעמדם בישראל. ברור כי שליחתו ל"חולות" פגעה בפעילות הארגון – כמו גם בקהילת מבקשי המקלט בכלל – בצורה קשה. אכן, זו גם המסקנה אליה הגיעה הנציבות (ראו סעיף 8 לעמדת הנציבות).

17. ביום 16.2.2014, נתקבלה אצל המשיב ואצל הח"מ עמדתה וחווה דעתה המקדמית של הנציבות. זו עמדה על כך שבחינה מקדמית העלתה **שהעותר עונה על התנאים הקבועים באמנת הפליטים לצורך קבלת**

**מעמד פליט** וש"הוראת השהייה" שהוצאה נגדו היא בניגוד לרוחה של האמנה ואינה עולה בקנה אחד עם נורמות בינלאומיות אליהן ישראל מחויבת.

וכך הבהירה הנציבות:

5. Our Office recently interviewed your client, on 23 January 2014. Based on the information collected from your client, as well as on updated country of origin information, it is our preliminary assessment (while a full Refugee Status Determination (RSD) assessment on his case is still pending), that he meets the criteria set by Article 1A(2) of the 1951 Refugee Convention, as he has a well-founded fear of persecution, based on his political opinion, as well as his ethnicity, and membership of a particular social group, if he were to return to his country of origin (Sudan). Based on our preliminary assessment, it is our position that if your client were to return to Sudan, he would likely face severe harm, threats to life and physical integrity, and violations of his rights to liberty, security of person and other basic human rights. Your client is therefore a person of concern to UNHCR.

UNHCR has informed MOI of its preliminary assessment as to your client's protection concerns.

7. The mandatory placement in Holot of persons who express fear of persecution, but whose refugee status has not yet been determined (such as your client), without the possibility to leave the facility, other than by returning to the country of origin, diverges from accepted international standards for the treatment of asylum-seekers, and is not in line with the spirit of the 1951 Refugee Convention.

Even if your client's application for refugee status were to be rejected by the Ministry of Interior, he may still not be returned to his country of origin, in light of the *non-refoulement* principle. Therefore, the indefinite mandatory placement of such a person in Holot may also amount to arbitrary detention according to international human rights norms to which Israel is bound.

18. ודוק. חוות הדעת של הנציבות הוכרו בפסיקת בתי המשפט כבעלות משקל רב. ראו:

"לרשות נציבות האו"ם לפליטים עומדים מכשירים, נציגויות או"ם בארצות המוצא ומקורות מידע שאין למדינת ישראל נגישות אליהם ומשכך, הבדיקה שנעשית ע"י גוף זה יכולה להיות מקיפה ומעמיקה ולמצות את הבירור העובדתי הדרוש לשם בחינת טענות הפונים לנציגות בישראל של נציבות האו"ם לפליטים (ס' 23 לתגובה)."  
עת"מ (ת"א) 1348/07 נישנטה נ' משרד הפנים, פסק דין מיום 10.5.2007, סעיף 11 לפסק הדין.

ואף בית המשפט העליון מצא כי:

"מן הסיכומים עולה, כי עיקר תהליך הבדיקה של הפניות למשיב, מתבצע בידי נציבות האו"ם, בהיותה גוף מקצועי, בעל מכשירים ומקורות מידע המאפשרים לבחון בצורה מקיפה ומעמיקה את עובדות המקרים הבאים בפניה. בדיקה זו כוללת ראיונות, בדיקת מידע רלוונטי הנוגע למבקש וכן בחינת קיומה של עילה לקבלת מקלט על פי אמנת ז'נבה. לאור מומחיותה של הנציבות והכלים שברשותה, המלצותיה מתקבלות דרך כלל על ידי הרשויות בישראל, ואולם בדיקת הבקשה לא מסתיימת בכך. ההמלצות נבחנות לגופן בוועדה המייעצת ובשלב הבא, מוגשות יחד עם כלל החומרים והטענות, לאישור המשיב."

וכן :

"הואיל וראיונות ה-RSD הועברו לאחריות המשיבים מידי נציבות האו"ם לפליטים אך לאחרונה, נראה כי יהיה זה נכון ללמוד מניסיונה של הנציבות אשר משקף נסיון בינלאומי מצטבר, על דרך בחינת המלצותיה ונהליה הפנימיים."

ע"מ 8675/11 מספן מזמור טדסה נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט ואח' (פסק דין של כב' השופט פוגלמן מיום 14.05.12, פורסם בנבו).

19. החשיבות שיש ליתן לעמדת הנציבות נכונה לא רק לישראל. כפי שכתבו מלומדים העוסקים בתחום :

**"UNHCR is charged with protection of refugees and is alone competent to decide who comes within its jurisdiction under the statute or any relevant General Assembly resolution. Given States' acquiescence in UNHCR's protection function, its determinations of status are in principle binding on states...The very definition of refugees, however, incorporates areas of appreciation, so that in practice UNHCR's position on individuals and groups may be challenged. Nevertheless...UNHCR's opinions must be considered by objecting States in good faith and a refusal to accept its determinations requires substantial justification."**

ו-Guy S. Goodwin-Gill (third edition) THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW (ההדגשות לא במקור), p.553. (Oxford university press, 2007) Jane McAdam

20. בהמשך אף מסרה הנציבות חוות דעת מלאה ורשמית, המכירה בעותר כפליט לפי האמנה.

חוות דעתה המלאה של נציבות האו"ם לפליטים מצ"ב **כנספח ז'** לעתירה זו.

21. בשולי הדברים יש להזכיר, כי לא נטען נגד העותר שקיים חשש לכך שישכח את שלום הציבור, בריאותו או בטחונו. ובצדק לא נטען כן, שכן בניגוד למה שבכירים ברשות המבצעת וברשות המחוקקת אמרו ביחס אליו ולשכמותו, הוא אינו "מפיץ מחלות", "פושע", "סרטן בגופנו" או "נגע" שיש לבער (ר' "שחור בעינים, הארץ 7.10.2011, ניתן לצפייה: <http://www.haaretz.co.il/magazine/1.1517465>) ואף כינויו במונח הפלילי והמבזה "מסתנן" פסול (ר' והשווה סעיף 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **איתן**).

#### **שהייתו של העותר במתקני כליאה**

22. כידוע, העובדות האמורות לא מנעו מהמשיב להוציא נגד העותר בחודש ינואר 2014, ללא הנמקה או שימוע, "הוראת שהייה" ולהחזיקו ב"חולות". במהלך תקופת שהייתו ב"חולות נענש העותר ב 30 ימי מחבוס שנגזרו עליו בידי פקיד המשיב לפי סעיף 32 לחוק למניעת הסתננות, וזאת כסנקציה עונשית על כך שביטא מחאה נגד חקיקה שהוכרה על-ידי בית המשפט העליון – לעניין זה לרבות בדעת המיעוט של הנשיא גרוניס והשופט הנדל – כלא חוקתית וסירב להתייצב ל"חתימות" שלוש פעמים ביום.

23. במשך כשמונה חודשים שהה העותר ב"חולות" מכוח חוק שהוכרז כלא חוקתי ובוטל בעניין איתן. כיום מוחזק העותר ב"חולות" מכוח הגלגול השלישי של סאגת תיקוני החוק למניעת הסתננות. העותר מוחזק שם לאחר שהוצאה נגדו ביום 15.1.2015 "הוראת שהייה חדשה" לפי הוראת המעבר הקבועה בסעיף 8(ג) לתיקון לחוק ולאחר שנערך לו שימוע (נספח ב' לעיל).

24. כך יצא שהעותר הוחזק, עד למועד הגשת עתירה זו, פרק זמן של ארבעה וחצי חודשים במשמורת חסרת תכלית (מיד עם כניסתו לארץ), שמונה חודשים נוספים במתקן "חולות" מכוח חוק לא חוקתי, חודש נוסף כעונש בכלא "סהרונים" ולמעלה מחודש נוסף מכוח חוק שהוצא נגדו צו על תנאי ובית המשפט העליון טרם הכריע בשאלת חוקתיותו. להתנהלות לא חוקתית זו של המשיב יש ליתן משקל רב בהליך זה.

25. ככל שבית המשפט ידחה את העתירה, ימשיך העותר להיות מוחזק ב"חולות" – ואם "יחטא" גם בכלא "סהרונים" – תקופה נוספת של כ-10 חודשים שבסופם לא ברור מה צופן לו העתיד. כפועל יוצא מכך, יסגור העותר תקופה של למעלה משנתיים במתקני שירות בתי הסוהר. הכל ללא שהועמד לדין, ללא משפט וללא שבקשת המקלט שלו תוכרע לכאן או לכאן.

26. יודגש שלעניין הביקורת השיפוטית בדבר החזקתו של העותר במתקן "חולות", יש לקחת בחשבון את עוצמת הפגיעה בזכויות ובאינטרסים מוגנים הן בשל נוסח החוק (הפגיעה החוקתית) והן בהינתן הישום הקונקרטי שלו בידי הרשות המבצעת (הפגיעה במישור המינהלי). פגיעה משולבת זו יש לבחון לאור נסיבותיו האישיות וטענותיו הפרטניות של העותר.

27. בעניין איתן התייחס בית המשפט לדברים ומצא, כי "ככל שמתארכת שלילת החירות, כך נדרש אדם לוותר עוד ועוד על רצונותיו ומאווייו. זהותו האישית וקולו הייחודי טובעים בשגרת יום-יום ממושטרת ושוחקת. מי שנכנס למרכז השהייה ומשחרר ממנו בחלוף שלוש שנים תמימות לא יוצא ממנו כשהיה. שלוש שנים – תקופת זמן שבמהלכה יכול היה אדם להינשא ולהקים משפחה, להתקדם בעבודתו ולרכוש השכלה. פרק חיים שלא שב עוד (ס' 154 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין איתן). נותר לתמוה כיצד זה סבר המשיב ששינוי התיבה "שלוש שנים" והחלפתה ב"שנתיים" הופכת את הפגיעה לסבירה ומידתית, בפרט בנסיבותיו הפרטניות הייחודיות של העותר.

### תמצית ההליכים המשפטיים עד כה

28. הוראת השהייה המקורית הוצאה נגד העותר ביום 19.1.2014 ועתידה הייתה להיכנס לתוקף ביום 23.2.2014. ביום 19.2.2014 הגיש העותר לבית המשפט קמא, יחד עם עותרים ציבוריים נוספים, עתירה מינהלית ולצדה בקשה למתן צו ביניים. במסגרת העתירה נתבקשו סעדים שונים ביחס להיבט העקרוני של ההליך המינהלי הנוגע להוצאתן של הוראות שהייה ובין היתר נתבקש גם ביטולה של הוראת השהייה שהוצאה נגד העותר. לענייננו, נסתפק בציינן שהעתירה המקורית נדחתה שעה קלה לאחר הדיון בה ובעקבות דיון בערעור שהוגש על פסק הדין, נערך לעותר שימוע מחוץ למתקן השהייה וניתנה החלטה חדשה שאישרה את הוראת השהייה. לאחר מכן, ולמרות בקשת העותר שעניינו יוכרע במסגרת הערעור, ניתן ביום 10.8.2014 פסק דין חלקי אליו צורפה החלטה משלימה מיום 7.9.2014 (הנשיא (בדימוס) גרוניס והשופטים פוגלמן ועמית) לפיה הוחזר הדיון בעניינו הפרטני של העותר לבית המשפט קמא כדי שיכריע ביחס להחלטה החדשה שניתנה בעניינו של העותר ביום 28.5.2014.

29. בין לבין, ביום 22.9.2014, ניתן פסק הדין בעניין **איתן** והרכב מורחב של בית משפט זה הכריז על בטלותו של פרק ד' לחוק תוך שעמד בהרחבה על הפגיעה הקשה בזכויות יסוד שכרוכה בעצם השהייה ב"חולות". חלק מהכרזת הבטלות הושעה לתקופה של 90 ימים, כמפורט בסעיפים 188-191 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

30. ביום 26.10.2014 פנה העותר ליחידת הטיפול במבקשי מקלט וביקש שתינתן בעניינו הכרעה בדחיפות. כן נתבקש להבהיר מתי יש צפי למתן החלטה בבקשת המקלט ולהבהיר מהו סטטוס הטיפול בה, בהינתן שראיונות המקלט נערכו לעותר לפני זמן רב (בחודש מאי אשתקד) וכעת ממתין עניינו להכרעתו של המשיב. ביום 3.11.2014 מסר המשיב תשובתו לפניה זו. לא ניתנה שם התייחסות כלשהי לזמן הרב שחלף מאז הוגשה בקשת המקלט, לסטטוס הטיפול בבקשה או למועד בו צפויה להתקבל החלטה כלשהי. כל שנאמר הוא כי הענין בטיפול ושי"לכשתתקבל החלטה סופית" היא תשלח לח"מ.

העתק הפניה מיום 26.10.2014 מצ"ב **כנספח ח'** לעתירה זו.

העתק התשובה מיום 3.11.2014 מצ"ב **כנספח ט'** לעתירה זו.

31. ביום 5.11.2014 הוגשה עתירה מתוקנת ולצדה בקשה לקביעת מועד דיון דחוף. לזו העתירה היה, כי בנסיבותיו של העותר ובהתאם להוראות נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני, המשיב אינו מוסמך להשימו בחולות וכי על כל פנים, גם אם הייתה סמכות כאמור, מדובר בהחלטה שהיא חסרת סבירות באופן קיצוני ואף כזו שעומדת בניגוד גמור למחויבויות בינלאומיות שנטלה על עצמה מדינת ישראל. עוד נטען, תוך הפניה להערות בית משפט זה בעניין **איתן**, נגד הקריטריונים להעברה ל"חולות".

32. העתירה המתוקנת נקבעה לבסוף לדיון ליום 10.12.2014. גם בזו הפעם, שעה קלה לאחר הדיון ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי אשר דחה גם את העתירה המתוקנת.

העתק פרוטוקול הדיון ופסק הדין מצ"ב **כנספח י'** לעתירה זו.

33. על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון ובצדו בקשה למתן סעד ארעי לתקופת הערעור. הסעד הזמני נדחה והערעור נקבע לשמיעה בפני הרכב ליום 23.2.2015.

העתק עיקרי הטיעון של הצדדים בערעור מצ"ב **כנספח יא' (2-1)** לעתירה זו.

34. בית המשפט העליון קבע בעניינו של העותר כך :

"רואים אנו לקבל את טענת המשיב כי משפקעה הוראת השהייה שניתנה לפי החוק כנוסחו בתיקון מס' 4, הערעור עליה איננו אקטואלי עוד, ואין להידרש לו. **משהוצאה הוראת שהייה חדשה, על יסודה של תשתית נורמטיבית חדשה, על המערער להעמידה לביקורת שיפוטית לפני הערכאה הדיונית** (וראו לאחרונה – בהקשר זה ממש – את דברי השופט י" עמית בע"מ 9044/14 אדם נ' משרד הפנים – מדינת ישראל (3.2.2015)).

**למותר לציין כי אין אנו נוקטים עמדה לגופן של השאלות שהועלו, וטענות הצדדים שמורות להם."**

(ע"מ 8667/14, פסק דין מיום 24.2.2014; ההדגשה אינה במקור)



35. מכאן עתירה זו.

### הטיעון המשפטי

36. בעקבות ערעור הקודם של העותר לבית המשפט העליון (עע"ם 2863/14) נערך לו שימוע ביום 28.5.2014 ולאחר מכן נערך ביום 12.1.2015 שימוע נוסף שאחריו הוצאה הוראת שהייה חדשה לפי התיקון לחוק. בהתאם לפסק דינו של בית המשפט העליון, נתמקד בפגמים שנפלו בהחלטה החדשה, נשוא עתירה זו. בתמצית, טענת העותר היא כי בנסיבותיו, המשיב אינו מוסמך להחזיקו בחולות וכי מדובר בהחלטה שרירותית שניתנה על סמך קריטריונים פסולים כשהיא חסרת סבירות באופן קיצוני, בין היתר בשל כך שהיא עומדת בניגוד גמור לעמדת המשפט הבינלאומי.

### חוסר סמכות

37. לעותר נערכו שני ראיונות מקלט (בסיסי ומקיף) על-ידי יחידת הטיפול במבקשי מקלט וכן נמסרה חוות דעת מלאה ומקיפה של הנציבות, אשר הכירה בו כפליט.

38. מאחר שהעותר עבר ראיון בסיסי והוא ממתין להכרעה בבקשת המקלט שלו, ישנה סמכות חובה ליתן לו רישיון לישיבה בישראל בהתאם להוראות סעיף 5.א לנוהל הטיפול במבקשי מקלט, שזהו נוסחו:

"ככל שהמבקש שוהה בישראל שלא כחוק, תינתן לו אשרה מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, שתוקפה עד למועד שנקבע לראיון המקיף, אך היא תוארך מעת לעת עד לקבלת ההחלטה המינהלית בבקשתו, וזאת כל עוד הוא משתף פעולה במהלך ההליך בעניינו." (ההדגשה במקור)

העתק נוהל הטיפול במבקשי מקלט מצ"ב כנספת יב' לעתירה זו.

39. מאחר שאין חולק כי העותר משתף פעולה באופן מלא עם ההליך בעניינו, יש חובה לקיים את הוראות הנוהל וליתן בידיו אשרה לפי חוק הכניסה לישראל. הטענה היא שניתן ליישב את הוראות הנוהל עם הוראות החוק, שכן החוק קובע סמכות רשות והנוהל קובע סמכות חובה קונקרטי לתת רישיון לקבוצה ספציפית של מבקשי מקלט שעברו ראיון. מכאן הנוהל והחוק צריכים להיות מפורשים באופן הרמוני כשהם דרים יחדיו ללא שהאחד יוציא את השני. ענין זה מתחייב גם בהתאם ל"חזקת ההתאמה" (בהיעדר חקיקה סותרת), ר' למשל: פס' 37 לפסק דינו של השופט לוי בבג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל (30.3.2006, פורסם בנבו), שכן להלן נראה שעניין זה מעוגן לא רק בנהלי המשיב, אלא גם במשפט הבינלאומי.

### פגמים בהליך המינהלי – אכיפה ברונית, שרירותיות ופסולה והיעדרו של הסדר ראשוני מתאים

40. במסגרת פסק הדין החוקתי הבהיר בית המשפט העליון שטענות במישור המינהלי – למשל, זהות האנשים שנשלחו ל"חולות", הקריטריונים שקבעו לשם כך ועוד לא יוכרעו במסגרת ההליך החוקתי וכפועל יוצא מכך, "העותרים רשאים להפנות טענותיהם במישור זה לערכאה המוסמכת, וכל טענותיהם שמורות להם" (ס' 91 לפסק דינו של השופט פוגלמן שכתב את דעת הרוב, ההדגשה אינה

במקור). בהקשר זה נכתב שם, כי השאלה מה עומד ביסוד הקריטריונים שהציגה המדינה "לא התבררה כל צורכה"; "המדינה לא פירטה האם יש טעם טוב להבחין בין נתיני אריתריאה לנתיני סודן, או מה הנפקות הנודעת למועד ההסתננות לעניין הוצאת הוראת שהייה. אכן, אכיפה נגד אחד ולא נגד אחרים, ללא כל טעם טוב להבחנה בניהם, יכולה להיחשב לאכיפה בררנית" (שם, ס' 91).

41. עוד נקבע בפסק הדין החוקתי כי עולה שאלה "אם סוגיית זהותם של מי שניתן להשימם במרכזו השהייה אינה מהווה "הסדר ראשוני" שמקומו בחקיקה ראשית, נוכח הפגיעה בזכויות המובנית בפרק ד' לחוק".

42. מכאן, טוען העותר שהוראת השהייה הוצאה נגדו לפי קריטריונים מפלים, אשר יוצרים הבחנה פסולה ולא רלוונטית בין אזרחי סודן לאזרחי אריתריאה, וזאת מבלי לקחת בחשבון שיקולים רלוונטים אחרים (כגון תרומתו לחברה, השאלה אם הגיש בקשת מקלט בפועל, מתי ומה סטטוס הטיפול בה ועוד ועוד). עוד יטען העותר כי לאור עוצמת הפגיעה בזכויות, מקומו של הסדר בנוגע לאופי האנשים שמועברים למרכז השהייה צריך להיקבע בהסדר ראשוני של הכנסת ולא להיות נתון להחלטות מזדמנות של פקידי המשיב, אשר התקבלו ללא שיתוף האוכלוסיה הרלוונטית וללא הליך מתאים.

43. כדי לתמוך טענה זו, נפנה לתצהיר מיום 16.2.2015 שהוגש מטעם המדינה לפי הנחיית ההרכב המורחב שדן בעתירה החוקתית ובו נמסרו נתונים אודות הטיפול בבקשות למקלט מדיני בישראל ואפיונם של המוחזקים ב"חולות". בין היתר צוין שם שנכון ליום 5.2.2015 הוגשו למשיב 3,165 בקשות למקלט מדיני של אזרחי סודן. רק 40 מתוכן נדחו בהתאם לנוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל ואף לא אחת אושרה לפי הוראות הנוהל האמור. עוד צוין ש-2,184 בקשות נותרו ללא הכרעה (ס' 4 לתצהיר).

העתק התצהיר מיום 16.2.2015 מצ"ב כנספת יג' לעתירה זו.

44. ביחס למתקן "חולות" הובהר בתצהיר האמור, כי נכון ליום 9.2.2015 מוחזקים שם 1,940 אנשים "כאשר 1,521 מתוכם הגישו בקשת מקלט" וטרם נענו (ס' 4 ב. לתצהיר; ר' והשווה לס' 11 לעיקרי טיעונו של המערער).

45. כן עולה מהתצהיר שמספר אזרחי סודן אשר מוחזקים במתקן "חולות" גדול פי 3 ממספרם של אזרחי אריתריאה (1,476 לעומת 464). זאת הגם שלפי דוח "נתוני זרים" לסוף שנת 2014 אשר פורסם על ידי המשיב לאחרונה עולה שמספרם של אזרחי אריתריאה בישראל עומד על 33,999 ומספרם של אזרחי סודן הוא כרבע מהם- 8,772 איש). הדוח האמור ניתן לצפיה כאן:

[http://www.piba.gov.il/PublicationAndTender/ForeignWorkersStat/Documents/sum2014\\_final.pdf](http://www.piba.gov.il/PublicationAndTender/ForeignWorkersStat/Documents/sum2014_final.pdf)

#### חוסר סבירות

46. העותר ניסה להגיש בקשה למקלט מדיני כבר משנת 2010 אלא שהמשיב מנע זאת ממנו. ראו לעניין זה הן הזימונים שקיבל למועדים נדחים והן מכתב מנהל יחידת הטיפול במבקשי מקלט שהבהיר כי אזרחי סודן ואריתריאה אינם מטופלים על-ידי יחידת הטיפול במבקשי מקלט לאור כך שניתנת להם ממילא "הגנה זמנית".

העתק מכתב מנהל יחידת הטיפול במבקשי מקלט מצ"ב כנספת יד' לעתירה זו.

47. לבסוף הצליח העותר להגיש את בקשתו למקלט מדיני לפני למעלה משנתיים. דא עקא, טרם ניתנה בה החלטה ואין אפילו מועד צפוי לקבלת החלטה כאמור. מכאן, לא ניתן להתייחס לעותר כאילו הוא "מסתנן", אלא יש לראות בו – כעמדת הנציבות – כפליט ולכל הפחות כמבקש מקלט.
48. בנוסף, תרומתו של העותר לקהילת מבקשי המקלט ולאזרחי ישראל גם יחד מצדיקה לכשעצמה את כך שלא ייאלץ ללכת את ימיו ב"חולות". בהקשר זה הוצג בפני ממונה ביקורת הגבולות מכתב נציבות האו"ם לפליטים אשר ביקשה במפורש שהמערער 1 לא יישלח לחולות בשל תרומתו לקהילת מבקשי המקלט בישראל (סעיף 8 למכתב הנציבות).
49. בקשר לבקשת המקלט שהוגשה לפני למעלה משנתיים וטרם ניתנה בה החלטה, כבר נקבע, לרבות על ידי **כב' השופט ביתן מבית משפט נכבד זה**, שקיומה של בקשה כאמור רלוונטי לשאלת השהייה במתקן "חולות" ועשוי להקים עילה עצמאית לביטולה של הוראת שהייה. לשון השופט ביתן:

באשר לטענת המבקש כי בקשת מקלט שהגיש טרם נדונה, ועל כן היה מקום שממונה ביקורת הגבולות יימנע מהוצאת הוראת שהייה עליו, דעתי היא, כי **עקרונית, קיומה של בקשת מקלט שטרם הוכרעה, רלוונטית לשאלת השהייה במרכז השהייה, שכן, יתכן שמגיש הבקשה זכאי למקלט וממילא אין להשימו במרכז שהייה וכל עוד הבקשה לא מוכרעת אין לדעת אם הוא אכן זכאי למקלט אם לאו**. אולם, בהתחשב בעובדה שעם שינוי מדיניות המשיבה בנושא בירור בקשות המקלט הפרטניות, ועם פתיחת מרכז השהייה והוצאת הוראות שהייה למסתננים, התרבו מאוד בקשות המקלט, ואובייקטיבית נחוץ זמן רב לבררן, ובהתחשב בכך, שבקשות המקלט של מסתננים הנמצאים במרכז השהייה מקבלות קדימות בתור בקשות המקלט הממתינות לבירור, ובכך, שמנתוני המשיבה עולה כי כמעט כל בקשות המקלט שהוכרעו עד כה, נדחו, וכן בהתחשב בכך שסעיף 30א(ב)(5) לחוק למניעת הסתננות קובע שאם חלפו 60 יום מהמועד שבו הגיש מסתנן בקשה לקבלת אשרה ורישיון לישיבה בישראל וטרם החל הטיפול בה, יש לשחררו ממשמורת, והוראה כזו לא קיימת בקשר לשהייה במרכז שהייה, נראה לי, כי הגשת בקשת מקלט כשלעצמה אינה מונעת הוצאת הוראת שהייה על המסתנן שהגיש אותה וכך גם העובדה שבקשה כזו לא הוכרעה במשך פרק זמן מסוים. אולם, **העובדה שבקשת מקלט לא מוכרעת במשך תקופת זמן ארוכה בה המסתנן שוהה במרכז השהייה, יכולה לשמש עילה לבחינה מחדש של תקופת הוראת השהייה**. לענייננו, בקשת המקלט של המבקש, שטרם הוכרעה, אינה מונעת הוצאת הוראת שהייה עליו, אולם, **אם בעוד ששה חודשים בקשת המקלט שלו טרם תוכרע, יהיה מקום לשקול מחדש את המשך שהייתו במרכז השהייה**.

(עת"מ 10702-02-15 ali bagadi נ' שר הפנים, החלטה מיום 17.2.2015)

50. יוטעם שכאן מדובר באדם ששוהה פרק זמן כמעט כפול מפרק הזמן עליו הצביע השופט ביתן כפרק הזמן שמחייב שקילה מחדש של העניין ובקשת המקלט הוגשה לפני למעלה משנתיים – כלומר עוד לפני פתיחת מתקן "חולות" וריבויין האובייקטיבי של מספר בקשות המקלט, כך שהדברים נכונים מכוח קל וחומר.
51. ענין נוסף אליו יש להידרש נוגע למה שנחזה להערת אגב של השופט ביתן בענין שיעורי ההכרה בפליטים במדינת ישראל. יוער כי ענין זה, שכשלעצמו אינו שנוי במחלוקת, מטיל צל כבד על אמינות מערכת המקלט הישראלית יותר משהוא מלמד שמדובר בבקשות סרק של אזרחי סודן ואריתריאה (ר') והשווה ס'

- 35 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **איתן**). יחד עם זאת, ענין זה ממילא פחות רלוונטי לעתירה דנו, שכן בקשות מקלט של אזרחי סודן שמוצאם, בדומה לעותר כאן, מחבל דרפור איתן נדחות כלל על ידי המשיב. ענין זה מתבהר מעיון בתצהיר מיום 16.2.2015 ונבקש לחדדו כעת.
52. על אף שרוב המוחזקים ב"חולות" הם אזרחי סודן ומיעוטם אזרחי אריתריאה, מספר ההחלטות שניתנו בבקשותיהם של אזרחי אריתריאה הוא בערך פי 25 ממספר ההחלטות בעניינם של אזרחי סודן. ללמדך, כי אין כל "קדימות" בבחינת בקשות המקלט של המוחזקים ב"חולות", והשיקולים המנחים את המשיב שונים לחלוטין: הימנעות מבחינת בקשות מקלט שיובילו למתן מעמד, וזירוז טיפול במי שניתן לשיטת המשיב לדחותו.
53. מעמ' 2 לתצהיר ניתן ללמוד כי מספר מבקשי המקלט אזרחי סודן שהוכרו כפליטים עומד על אפס (חמשת האנשים שבקשותיהם "אושרו" לא הוכרו כפליטים לפי הנוהל) ורק 40 בקשות מקלט נדחו. אמנם, הנתון המופיע בטבלה בעמ' 2 בעמודת ה"נדחו" הוא 976, אולם הנתון הנוסף המופיע בעמודה זו, יחד עם הערת שוליים 1, מלמד כי 936 מתוכם הם מי שתיקיהם נסגרו משום שיצאו את הארץ לפני ההכרעה בבקשה.
54. אם כן, בשש שנים ניתנו הכרעות רק ב-40 בקשות מקלט של אזרחי סודן, המהווים רוב מכריע מבין אלה המוחזקים במתקן "חולות". יש לזכור, כי שלילת החירות הממושכת של מבקשי מקלט אזרחי סודן החלה כבר לפני קרוב לשלוש שנים, לאחר תחילת יישומו של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות. במסגרת ההליכים בעניין **אדם** הצהירה המדינה כי היא נותנת עדיפות לבחינת בקשות מקלט של מי שמוחזקים במשמורת מכוח תיקון מס' 3. לאחר מכן, במסגרת ההליכים בעניין **איתן**, הצהירה המדינה כי היא נותנת עדיפות לבחינת בקשותיהם של המוחזקים ב"חולות" מכוח תיקון מס' 4. כעת היא מצהירה הצהרה דומה ביחס לתיקון הנוכחי. וכמה החלטות התקבלו בעניינם של אזרחי סודן (שהם, כאמור, רוב מוחלט מבין המוחזקים ב"חולות") בשלוש השנים האחרונות? 40 בלבד.
55. יש לציין, כי מתוך קרוב ל-1,500 אזרחי סודן המוחזקים ב"חולות", בדומה לעותר כאן, הרוב המכריע הם תושבי חבל דרפור שבמערב סודן, בו מתחולל רצח עם. מתוך 40 ההחלטות שהתקבלו אף לא אחת התקבלה בעניינו של תושב דרפור.
56. עוד על ה"קדימות" הניתנת לבחינת בקשות המקלט של מי שמוחזקים במתקן "חולות" ניתן ללמוד מהשוואת הנתונים שמסרה המדינה בעניין **גבריסלאסי** (ההליך שאוחד עם עניין **איתן**) לפני קרוב לשנה. בכתב התשובה שהגישה המדינה לעתירה בעניין **גבריסלאסי** ביום 11.3.2014, נמסר כי עד לאותו מועד הוכרעו 9 בקשות מקלט של אזרחי סודן, שכולן נדחו (סעיף 16 לכתב התשובה בעניין **גבריסלאסי**). התצהיר המשלים בעתירה החוקתית הוגש כעבור למעלה מ-11 חודשים, ביום 16.2.2015. במועד זה עמד סך הבקשות של אזרחי סודן שהוכרעו על 40. במלים אחרות ה"קדימות" לבחינת בקשותיהם של מי שמוחזקים ב"חולות" משמעה בדיקה של 31 בקשות בפרק זמן של קרוב לשנה.
57. ההימנעות מלהכריע דווקא בבקשות של תושבי דרפור אינה מקרית. תושבי דרפור, המהווים רוב מוחלט מבין אזרחי סודן הנמצאים היום בישראל, מוכרים בכל העולם כזכאים להכרה בהם כפליטים. כך, למשל, בהתאם להנחיות רשויות ההגירה הבריטיות, כל תושבי דרפור ממוצא לא-ערבי חשופים לרדיפה בסודן, ואף אין להם אפשרות למצוא הגנה באיזורים אחרים בסודן, ולכן יש להכיר בהם כפליטים לפי האמנה:

"The Tribunal established in AA (Non Arab Darfurians – relocation) Sudan CG [2009] UKAIT 00056, [see section 2.5 above] that all non-Arab Darfuris, regardless of their political or other affiliations, are at risk of persecution in Darfur and cannot reasonably be expected to relocate elsewhere in Sudan. Therefore claimants who fall into this category will qualify for asylum." (UK Border Agency, Operational Guidance Note - Republic of Sudan (August 2012)). <http://bit.ly/1rhOj6R>

58. נשוב ונזכיר, כי גם לבריטניה אין גבול משותף עם סודן, ואזרחי סודן הנמצאים בשטחה עברו בהכרח במדינות אחרות בדרכם אליה.

59. הנתונים הנוגעים להכרה באזרחי סודן כפליטים ברחבי העולם מופיעים גם בסעיף 35 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **איתן**, שם צוין כי שיעור ההכרה העולמי באזרחי סודן עמד בשנת 2012 על **68.2%** ובישראל – **0%**.

60. מכל האמור, ברור שהחלטה להותיר את העותר ב"חולות" אינה סבירה באופן קיצוני. לכך מתווסף נדבך משלים בדמות הוראות המשפט הבינלאומי.

#### **המשפט הבינלאומי - חופש תנועה של אדם שהגיש בקשת מקלט**

61. הנציבות אף הבהירה ששליחתו ל"חולות" של המערער 1 מהווה הפרה של התחייבויות בינלאומיות שמדינת ישראל נטלה על עצמה והיא מגיעה כדי "מעצר שרירותי" (ר' סי' 6-7 למכתב). ואמנם, בנוסף לעילות השחרור המפורטות לעיל, לעותר יש זכות לחופש תנועה המבוססת על סעיף 26 לאמנת הפליטים, ולכן חל איסור על החזקתו במעצר, ואף פגיעה מוגבלת בחופש התנועה שלו פסולה גם היא. על פי סעיף 26 לאמנה, ניתן להגביל את חופש התנועה של פליט השוהה כדין רק באותה מידה שהמדינה רשאית להגביל את התנועה של כל אדם ששוהה כדין אך אינו אזרח.

62. בהקשר זה יוטעם, כי בניגוד לדעה רווחת בציבור, ההגנה המשפטית הניתנת לפליט רחוקה מלהתמצות בקורת גג ובטחון פיסי. אמנת הפליטים מעולם לא הסתפקה רק ב"עקרון אי-החזרה" הקבוע בסעיף 33 לאמנה. כך למשל קובע סעיף 23 לאמנה ש"המדינות החברות באמנה ינהגו בפליטים השוהים בהיתר בשטח ארצן אותו דין ביחס לסעד וסיוע ציבוריים שהן נוהגות באזרחיהן"; סעיף 24 מחייב את הרשויות להשוות את מעמדם של פליטים למעמדם של אזרחים בעניינים שונים הנוגעים לדיני העבודה ולביטחון סוציאלי; סעיף 29(1) לאמנה מבהיר שלא ניתן לגבות מיסים או היטלים שונים מאלו המוטלים על אזרחים ישראלים ועוד. לעניין נפקות האמנה ביחס לסמכותו של שר הפנים לזמן מבקשי מקלט ל"חולות" ו/או ליתן רשיונות לשיבה וקליטתה של האמנה בדין הישראלי דרך "**חזקת ההתאמה**" ר' למשל: פסי' 37 לפסק דינו של השופט לוי בבג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל (30.3.2006), פורסם בנבו).

63. כפי שצוין, **בקשת המקלט של העותר הוגשה לפני קרוב לשנתיים וכיום עדיין תלויה ועומדת**. מועד כלשהו למתן הכרעה בה – אין.

64. **עצם העובדה שהעותר הגיש בקשה זו**, אפילו שטרם הוכר כפליט על ידי המדינה וקל וחומר לאחר שהוכר ככזה על-ידי הנציבות, מקנה לו חופש תנועה על פי סעיף 26. כפי שמבאר המומחה לדיני פליטים, פרופסור גיימס הת'וואי, מרגע שמבקש מקלט מעניק לרשות את כל המידע שיאפשר לה לבחון את

זכאותו למקלט והנטל עובר למדינה להכריע בבקשתו, הוא שווה כדין במדינה (ר' James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, 2005, at 175, 179-180).

65. במקרה דנן, העותר הוכר על ידי הנציבות כאדם שלכאורה עונה על התנאים הקבועים באמנת הפליטים, ואינו יכול לנקוט שום צעד לזרז את ההליך – הדבר לחלוטין בידיה של המדינה. בנוסף, יש להתחשב בכך שלמדינה יש כלים לדחות בקשות סרק על הסף, כפי שהיא עושה במספר לא מבוטל של מקרים. נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל מאפשר ליחידת הטיפול במבקשי מקלט לדחות את הבקשה על הסף לאחר שנערך ראיון זיהוי או ראיון בסיסי עם מבקש המקלט (ראו, בהתאמה, ס' 3-4 לנוהל), או לדון בבקשה בסדר דין מקוצר לאחר הראיון המקיף (ר' סעי' 6 לנוהל). די בכך שהמשיב לא נקט באיזה מהמסלולים האמורים כדי ללמד על רצינותה של בקשת המקלט.

66. נסיבות אלו מדגימות ומבהירות את ההיגיון והצדק בכך ש"שווה כדין" משמעותו לא רק אדם שכבר הוכר כפליט על ידי המדינה, אלא אדם שהגיש בקשת מקלט (ובלבד שזו טרם נדחתה באופן חלוט). אחרת, יכול המשיב למנוע זכויות מפליטים בדרך של אי-מתן החלטות לגבי בקשות מקלט משך תקופה ארוכה. תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם החובה לקיים בתום לב את התחייבויותיה של המדינה על פי האמנה. בנוסף, פירוש שכזה נוגד את כללי הפרשנות של אמנות בינלאומיות, כפי שנקבעו באמנת וינה בדבר דיני האמנות (Vienna Convention on the Law of Treaties) משנת 1969, אשר סעיף 31 לה קובע כי אמנות יפורשו בתום לב. (ר' ספרו של הת'וואי, עמ' 181).

67. ענין זה אינו ייחודי לישראל דווקא. הלכה זו יושמה, למשל, בפסיקה של בית המשפט לערעורים בדרום אפריקה אשר הכריע שיש למבקשי מקלט זכויות לפי האמנה בזמן שבקשותיהם למקלט טרם הוחלטו על ידי הרשות המנהלית (ר' SA 21 (1) All SA 21 (SA Minister of Home Affairs v. Watchenuka, (2004) SCA, Nov. 28, 2003), at para. 36).

68. עצם הגשת הבקשה היא בעלת חשיבות גם כאשר מדובר במבקש מקלט שנכנס למדינה ללא היתר. לפי סעיף 31(2) לאמנה, המדינה רשאית להגביל חופש תנועה במקרה כזה רק במידת הצורך, **ורק עד שניתן להסדיר את הגשת בקשת המקלט**. הכלל חל באותה מידה במקרה של הצפה של מבקשי מקלט שהגיעו ללא היתר. ניתן להגביל את חופש תנועתם של מבקשי המקלט רק כדי להסדיר את הגשת בקשותיהם הרבות (ספרו של הת'וואי, עמ' 705-707). מהרגע שמי מהם מצליח להגיש בקשת מקלט, המבקש נחשב לשווה כדין וזכאי לחופש תנועה (שם, עמ' 707-708). הת'וואי אף מדגיש שכאשר מדינה מחליטה לא לקבל החלטות פרטניות לגבי מעמדם של מבקשי מקלט, ומגבשת נוהל כללי לגבי הקבוצה, התוצאה היא שמבקשי המקלט ייחשבו לשווים כדין על פי אמנת הפליטים (שם, עמ' 183-185). ובענייננו, בשים לב הן למדיניות כלפי אזרחי סודן ואריתריאה והן לבקשה הפרטנית שהוגשה, נכונים הדברים מכח קל וחומר ממש.

## סיכום

69. במסגרת עתירה מתוקנת זו הובא עניינו של אדם אחד, מוטסים עלי שמו. כל שניסינו לעשות הוא, "להרים את המסך מעל אותו "גוש" מסתננים ולהישיר מבטנו אל כל אחד ואחד מהם." כפי שכתב השופט עמית בפסק הדין החוקתי השני, "זו מהותה ותמציתה של אנושיות – ההכרה בכך שמה שנחזה ממרחק כתמונת קהל מטושטשת הוא ציבור המורכב מבני אנוש, ולכל איש יש שם, ולכל שם פנים-משלו

ושפה-משלו ודרך-משלו לממש את כבודו האנושי." (פסקה 3 לפסק דינו של השופט עמית בפסק הדין החוקתי).

70. בית המשפט הנכבד מתבקש לאפשר לעותר, לאחר למעלה משנה של החזקה במתקני שירות בתי הסוהר, למצוא את דרכו לכבוד אנושי; למצוא מקום, גם אם זמני, בעולם אותו אנו חולקים. מכל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה לדיון בדחיפות, לקבלה ולפסוק הוצאות ושכר טרחת עורך-דין לטובת העותר.

71. העתירה המתוקנת נתמכת בתצהיר שהגיש העותר במסגרת ההליך הקודם שנוהל בעניינו. זאת הואיל והעובדות המפורטות לעיל זהות לאלו שצוינו בעתירה המקורית ופירוט הנסיבות שהתווספו מאז מועד הגשת העתירה המקורית **נתמך במסמכי המשיב** שצורפו וממילא **אינו שנוי במחלוקת**. ככל שבית המשפט או המשיב יבקשו זאת, יצורף תצהיר נוסף לתיק בהקדם, וזאת בשים לב לכך שהעותר מוחזק ב"חולות" ובהינתן הבהילות והדחיפות שבעתירה זו.

---

רחל פרידמן, עו"ד

---

אסף וייצן, עו"ד

ב"כ העותר

תל אביב – יפו,

25.2.2015