

## תפקידו של בית המשפט בעיצוב מדיניות המקלט של מדינת ישראל

טלי קריצמן-אמיר\*

המאמר מבקש לבחון באופן ראשוני את פסקי הדין המשמעותיים שניתנו בנושא זכויות פליטים בישראל. בחלק מהמקרים בתי המשפט ממקמים את הדיון בזכויות פליטים בתוך פרדיגמה שאכנה פרדיגמה של מדיניות הגירה. פרדיגמה זו דוגלת במתן שיקול דעת נרחב לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת, ומצמצמת מאוד את אפשרות ההתערבות של בית המשפט, מתוך תפיסה שענייני הגירה הם עניינים פוליטיים ושאינן נורמות משפטיות מחייבות המכתיבות את השיקולים של מדיניות הגירה. אמחיש כיצד פרדיגמה זו באה לידי ביטוי בשלושה סוגים של פסקי דין: אלו העוסקים בפרשנות של הגדרת הפליט, אלו העוסקים בזכויות של פליטים ואלו העוסקים במדיניות ההכנסה לישראל הפועלת בגבול (admission policy).

אבקש להציע כי ארגונים המבקשים לקדם זכויות של פליטים ושל מבקשי מקלט צריכים לשאוף למקם את הדיון בזכויותיהם באחת משתי פרדיגמות: הפרדיגמה של דיני הפליטים, המציבה את העיסוק בזכויות פליטים כעיסוק שונה מהותית מהעיסוק בדיני הגירה מנקודת המבט המוסדית של בית המשפט. כך, משום שזכויות הפליטים כפופות למסגרת הנורמטיבית המחייבת של האמנה בדבר מעמדם של פליטים ולא רק לשיקולים פוליטיים. פרדיגמה זו עוסקת בחידוד ההבחנה המהותית בין פליטים לבין מהגרים אחרים כהבחנה שממנה נובעת טענת זכות בעלת תוקף מוסרי חזק יותר מצד הפליטים. הפרדיגמה השנייה היא הפרדיגמה של המשפט המנהלי הכללי, הממשיגה את העיסוק בזכויות פליטים במונחי השיח הכללי על אודות החובות של רשויות המנהל כלפי מי שמקבלים מהם שירות. שתי הפרדיגמות הללו אינן חפות מביקורת, וגם עליהן אעמוד.

### מבוא

בשנים האחרונות מגיעים למדינת ישראל מבקשי מקלט, בעיקר ממדינות אפריקה.<sup>1</sup> חרף העובדה שמדינת ישראל עזרה לנסח ואף חתמה ואישררה את האמנה בדבר מעמדם של פליטים,<sup>2</sup> היא עצמה טרם גיבשה מדיניות מקלט ברורה וקוהרנטית לטיפול בפליטים ולא חוקקה חוק בנושא.<sup>3</sup>

\* אבקש להודות לעו"ד ענת בן-דור ולעו"ד יונתן ברמן על הערותיהם, הפניותיהם והארותיהם בשיחות שקיימתי עמם על מאמר זה.

על ההימנעות של מדינת ישראל מגיבוש מדיניות כזו נמתחה בספרות ביקורת. לפי אחת הטענות, בהימנעותה, ישראל מבקשת ליצור מדיניות של 'הפרד ומשול'.<sup>4</sup> לפי טענה אחרת, המדיניות יוצרת "ordered disorder", כלומר: ניסיון להציג סדר המבוסס על אי-ודאות ואי-שיטתיות כמוטיבים מרכזיים בחיים של מבקשי המקלט והפליטים.<sup>5</sup>

היעדר מדיניות מקלט אינו חריג במיוחד; היעדר מדיניות כזו מאפיין ככלל את תחום ההגירה. דיני ההגירה ודיני זכויות המהגרים אינם מוסדרים באופן קודיפיקטיבי בחקיקה הישראלית, אלא פזורים בדברי חוק,<sup>6</sup> בתקנות,<sup>7</sup> בנהלים פנימיים<sup>8</sup> ובהחלטות ממשלה.<sup>9</sup> הנורמות השונות סותרות זו את זו באופן תדיר, הן חלקיות, ולעתים קרובות הן לא מספקות מענה לבעיות המתעוררות בחיי היום-יום של המהגרים.<sup>10</sup> במציאות זו של שטח הפקר – שבה התנאים המקדימים למימוש זכויות יסוד של מהגרים אינם מוסדרים בהסדרים ראשוניים – המהגרים מרבים לפנות באמצעות ארגוני זכויות<sup>11</sup> לרשויות המנהל וכן לערכאות השיפוטיות. כתוצאה, תחומי המשפט המהותיים של דיני הגירה ודיני זכויות מהגרים נהפכו לאחרונה לזירת פעילות שבה נבחנים היחסים בין המחוקק, בתי המשפט והממשלה. בשנים האחרונות ניתנו עשרות פסקי דין והחלטות בנושא של זכויות מהגרים בכלל ובנושא של זכויות מבקשי מקלט בפרט; רובם ככולם חשובים להבנת המצב המשפטי של אלו ושל אלו.

התבוננות בפסקי הדין, בהחלטות ובנהלים של רשויות מנהל וביזמות חקיקה, חושפת דינמיקות של הכפפה, ביטול, ריסון ואקטיביזם בין הרשויות לבין עצמן ובינן לבין הארגונים החברתיים. אלו וגם אלו מתחרים על הבכורה בעיצוב של מדיניות ההגירה בעידן שבו דיני ההגירה אינם מתווים אותה בצורה בהירה דיה. במסגרת הצעדים שנוקטות הרשויות אפשר למנות, בין היתר, פסיקה של בתי המשפט המשנה הסדרים בעלי השפעה מכרעת על זכויות מהגרים מצד אחד, ומהצד האחר – תקינה של הנחיות פנימיות, נהלים ותקנות עוקפות פסיקה;<sup>12</sup> אי-ציות לפסקי דין;<sup>13</sup> הגבלת הגישה לערכאות של מהגרים מסוימים<sup>14</sup> ועוד.

המאמר מבקש לבחון באופן ראשוני את פסקי הדין המשמעותיים שניתנו בנושא זכויות פליטים בישראל. בחינה זו אינה ממצה, שכן כאמור ניתנו עשרות רבות של פסקי דין והחלטות ורבות ממשיות להינתן מדי שבוע; אך תובנה אחת אנסה לחלץ מהפסיקה. אנסה להארות כי בחלק מן המקרים בתי המשפט ממקמים את הדיון בזכויות פליטים בתוך פרדיגמה שאכנה "פרדיגמה של מדיניות ההגירה". פרדיגמה זו דוגלת במתן שיקול דעת נרחב לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת ומצמצמת מאוד את אפשרות ההתערבות של בית המשפט, מתוך תפיסה שלפיה ענייני הגירה הם עניינים פוליטיים ואין נורמות משפטיות מחייבות המכתיבות את השיקולים שיש לשקול במסגרת קביעתה של מדיניות הגירה. תחת זאת אבקש להציע כי ארגונים המבקשים לקדם זכויות של פליטים ומבקשי מקלט צריכים למקם את הדיון בזכויותיהם באחת משתי פרדיגמות. הראשונה היא הפרדיגמה של דיני הפליטים, המציבה את העיסוק בזכויות פליטים כעיסוק שונה מהותית מהעיסוק בדיני הגירה מנקודת מבטו המוסדית של בית המשפט. זאת, משום שזכויות פליטים כפופות למסגרת הנורמטיבית המחייבת של האמנה בדבר מעמדם של פליטים ולא רק לשיקולים פוליטיים. פרדיגמה זו עוסקת בחידוד ההבחנה המהותית בין פליטים לבין מהגרים אחרים כהבחנה שממנה נובעת טענת זכות בעלת תוקף מוסרי חזק יותר מצד הפליטים.<sup>15</sup> הפרדיגמה השנייה היא פרדיגמת המשפט המנהלי הכללי, הממשיגה את העיסוק בזכויות פליטים במונחי השיח הכללי על אודות החובות של רשויות המנהל כלפי מי שמקבלים מהם שירות.

החלק הראשון של המאמר יעסוק באופן כללי במקומו של בית המשפט בעיצוב של מדיניות הגירה ומקלט ובהגנה על זכויות מהגרים ופליטים. בחלק זה אראה את הנכונות ההולכת וגוברת

של בתי משפט ברחבי העולם להתערב בשאלות מאקרו הנוגעות במדיניות הגירה ומקלט – ובצדה את המגבלות על יכולתם של בתי המשפט לחולל שינוי חברתי בתחום זה. בחלק השני אבקש להראות את הפרדיגמה העולה מחלק מפקסי הדין בעניין זכויות פליטים – "פרדיגמת מדיניות ההגירה". אמחיש כיצד פרדיגמה זו באה לידי ביטוי בשלושה סוגים של פסקי דין: אלו העוסקים בפרשנות ההגדרה של 'פליט', אלו העוסקים בזכויות של פליטים ואלו העוסקים במדיניות ההכנסה לישראל הפועלת בגבול (admission policy). בחלק השלישי של המאמר אציע את הפרדיגמות האלטרנטיביות להכרעה שיפוטית: "פרדיגמת דיני הפליטים" ו"פרדיגמת המשפט המנהלי הכללי". לטעמי, האתגר המשמעותי העומד לפני ארגוני זכויות האדם הוא לשכנע את בית המשפט כי עליהם לנטוש את "פרדיגמת מדיניות ההגירה" לטובת אחת האחרונות, אם כי אף הן אינן חפות מביקורת, כפי שיפורט בהמשך.

## א. מקומו של בית המשפט בעיצוב של מדיניות הגירה ומקלט ובהגנה על זכויות מהגרים ופליטים

### 1. כללי

הנושא של מדיניות הגירה נתפס כנושא יסודי לריבונות המדינה מאחר שהוא נוגע לשאלות בדבר אופייה החברתי של המדינה, ביטחונה, מצבה הכלכלי והרכבה חברתי. לכן, מקובל לחשוב שהסדריו העיקריים צריכים להיות מעוגנים בהסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית. אכן, מדינות מערביות רבות גיבשו קורפוס של דיני הגירה ודיני זכויות מהגרים, והרשויות המנהליות מופקדות על יישומו. במדינת ישראל טרם גובש קורפוס כזה, אלא יש מארג של נורמות בעלות מעמד נורמטיבי שונה (חוקים, תקנות, הנחיות ונהלים פנימיים, החלטות ממשלה ועוד), שלעתים קרובות סותרות זו את הגינה של זו ואינן מספקות מענה מעשי לכל סוגי השאלות שמציאות החיים מביאה לפתחן.<sup>16</sup> משיקולים שונים, בתי משפט בעולם נוהגים באיפוק שיפוטי בהחלטות בתחום מדיניות ההגירה.<sup>17</sup> בארצות-הברית, למשל, רווחות דוקטרינות המעניקות לקונגרס מתחם שיקול דעת גדול מהמקובל בתחום ההחלטות על מדיניות ההגירה, לרבות בכל מה שקשור בהדרה או בהכלה של אזרחים זרים.<sup>18</sup> התוצאה היא שבמשך שנים רבות התרחקו בתי המשפט בארצות-הברית – בכל הקשור למהגרים – מהדוקטרינה הליברלית של איזון בין הרשויות ושל חשיבות הביקורת השיפוטית להגנה על זכויות מיעוטים לא מיוצגים.<sup>19</sup> סטיבן לגומסקי, כותב משמעותי בתחום הביקורת השיפוטית על מדיניות הגירה, הצביע על מגוון סיבות לאיפוק השיפוטי של בתי משפט, הגורם לכך שהם ממעטים לחולל שינוי חברתי בתחום ההגירה. בין היתר ציין לגומסקי כי חלק מהקושי של בתי המשפט למתוח ביקורת שיפוטית על הגירה נובע מכך שעל פי רוב הם נדרשים לקיים אותה דווקא במצבים של הגירה אינטנסיבית – בין משום שדווקא אז מרביתם להגיע תיקים אל בתי המשפט ובין משום שדווקא אז ננקטים אמצעים מגבילים ופוגעניים בזכויות מהגרים. בתקופות כאלו, ציין לגומסקי, בית המשפט מתקשה לתפוס את העמדה המוסרית המאפשרת הגירה בניגוד ללחץ הציבורי.<sup>20</sup> דברים אלו מתקשרים ישירות לאלו המבקרים את היכולת של בתי משפט לחולל שינוי חברתי, וטוענים כי פסיקת בתי המשפט אינה נוטה להתרחק מהדעה הציבורית הרווחת.<sup>21</sup> לטענתם, בנושאים שיש לגביהם מחלוקת ערכית ופוליטית עמוקה בית המשפט עלול לחשוש לפסוק באופן שמחולל שינוי חברתי – שמה יאבד את התמיכה הציבורית החיונית ליישום החלטותיו ולהגנה על זכויות מהגרים.<sup>22</sup> נראה כי גיוס תמיכה כזו הוא קשה במיוחד משום שבתחום ההגירה בית המשפט פועל לעתים קרובות בתחום של דמדומים ועמימות – ביחס לזכויות של אוכלוסייה לא מתועדת,

ששוהה שלא כדיון, מתפרנסת מעבודה לא ממוסה, וזוכה לאהדה ציבורית מועטה; ביחס למדיניות שננקטת כלפי אוכלוסייה זו; בתחום שהוא אמנם מטופל ונדרון במסגרת המדינית אבל הוא חלק מתופעה גלובלית ועוד.<sup>23</sup>

ליגומסקי אף מצביע על כך שהקושי של בית המשפט למתוח ביקורת שיפוטית מהסוג המחולל שינוי חברתי חריף במיוחד בנסיבות שבהן יכול להיות להחלטותיו מחיר מבחינת יחסי החוץ של המדינה (למשל ביחסים בין המדינה למדינת אזרחותו של המהגר). בתי המשפט – שבסופו של דבר אינם גופים מומחים ליחסי חוץ או למדיניות הגירה – מהססים לחייב את המדינה לשלם את המחיר הזה.<sup>24</sup> ביקורות נוספות על היכולת של בית המשפט לחולל שינוי חברתי טוענות כי הדבר קשור אף לכך שבית המשפט אינו בהכרח בקי בתחום המשפט המהותי של דיני ההגירה, כיוון שהוא נאלץ להתמודד עם תחומי משפט רבים.<sup>25</sup> הסבר אחר מתמקד בעובדה שבתי המשפט מוגבלים ביכולתם לחולל שינוי חברתי מעצם העובדה שהם עוסקים בטיפול בסכסוך קונקרטי ואינם יכולים להציע טיפול עמוק ויסודי בעיה שלמה על מורכבותה.<sup>26</sup> במיוחד חמורה הבעיה בתחום ההגירה, בשל הקושי של מהגרים לפנות לערכאות.<sup>27</sup> בספרות צוינו מגבלות נוספות כגורעות מיכולתו של בית המשפט לשמש מחולל שינוי חברתי בהקשרים מסוימים, מגבלות הרלוונטיות גם ליכולת של בית המשפט להשפיע על מדיניות ההגירה. כך, בין היתר, בית המשפט מוגבל על ידי הסביבה הנורמטיבית שבה הוא פועל – המידה שבה יש בנמצא כללים משפטיים המעגנים זכויות, כמו גם מעמד הנורמטיבי של כללים אלו בהשוואה לכללים מתחרים.<sup>28</sup>

בהינתן המתח שהעיסוק בתחום יוצר בין הרשויות ובהתחשב במורכבות הפוליטית של התחום, יש מי שסבורים כי מתוך הדינמיקה של היחסים בין בית המשפט, למחוקק ולרשות המבצעת, התפקיד הראוי שנותר לבית המשפט בעיצוב מדיניות ההגירה הוא משני ושולי, שכן המחוקק והרשות המבצעת מבצעים בעצמם, בסופו של דבר, את האיזונים הפוליטיים-כלכליים-אידאולוגיים.<sup>29</sup> אחרים מייחסים לבתי המשפט תפקיד עקיף, בין כמי שמגבירים את תשומת הלב הציבורית למדיניות ההגירה וכך מניעים את הרשויות האחרות לפעולה;<sup>30</sup> ובין כמי שמקיימים 'מאזן אימה' עם המחוקק והרשות המבצעת: כאשר המחוקק והרשות המבצעת קובעים את מדיניות הגירה הם משקללים מראש את חששם שבית המשפט עלול להתערב בה.<sup>31</sup>

עם זאת, מתוך שהרבה צעדים במדיניות ההגירה נוגעים במישרין בנושאים של זכויות מהגרים – מגזר חלש במיוחד שאינו זוכה לכוח השפעה הנחוץ כדי להגן על זכויותיו בספרות אחרות – נדמה שהתפקיד של בית המשפט ביחס למגזר זה הוא חשוב במיוחד. מהגרים אינם יכולים להיאבק על החלטות הנוגעות בהם במישרין באפיקים הפוליטיים, השוקיים, הארגוניים וכו', ולכן נראה כי דווקא הביקורת השיפוטית לגביהם חשובה במיוחד.<sup>32</sup> בהתאם לכך חלה בארצות-הברית בעשורים האחרונים שחיקה בדוקטרינות הגורסות כי על בית המשפט לגזור על עצמו איפוק שיפוטי בתחום זה, ואפשר לזהות נכונות של בתי המשפט – זהירה אך הולכת וגוברת – למתוח ביקורת שיפוטית בהקשרים הנוגעים לזכויות מהגרים.<sup>33</sup> גישה דומה אפשר לזהות גם בבריטניה, שבה צמצמה החקיקה של Human Rights Act את הנכונות של בתי משפט להעניק מרחב שיקול דעת רחב למחוקק בגיבוש של מדיניות הגירה ככל שזו נוגעת בזכויות מהגרים ומתרחקת מהתחום הפוליטי הטהור.<sup>34</sup> לחלופין, יש המסווגים את העיסוק של בתי משפט בענייני מהגרים כעיסוק בהפעלה של שלטון החוק, כללי הפרוצדורה התקינה והמשפט המנהלי (להבדיל מעיסוק בזכויות אדם), וכחלק ממאמץ מודע ומכוון למשפט את העולם.<sup>35</sup>

כך או כך, התוצאה היא מעורבות של ממש של בתי משפט במדינות שונות בעיסוק הפוליטי במדיניות הגירה, עיסוק הממקם את בית המשפט בנבכי הצומת שבין לאומיות (nationalism) לבין

זכויות אדם ליברליות.<sup>36</sup> בצומת זה משתקפים שיקולים כלכליים ומכנים אידאולוגיים פנים-מדינתיים וחוץ-מדינתיים. כך, היו מי שטענו כי הנטייה להתערב ולנקוט עמדה המגנה על זכויות המהגרים גוברת ככל שבית המשפט נכון לאמץ נורמות מהמשפט הבין-לאומי – כך, בכל אופן, נמצא לגבי בתי משפט באירופה;<sup>37</sup> מנגד היו שטענו כי המעורבות הגוברת של בית המשפט במדיניות ההגירה היא ניסיון למתן מתח בין עקרונות ארכאיים של דיני הגירה לבין מציאות משתנה שאינה מתאימה לעקרונות אלו.<sup>38</sup>

בהקשר המיוחד של מדיניות המקלט, רוב מדינות העולם חתמו על האמנה הבין-לאומית בדבר מעמדם של פליטים<sup>39</sup> ובכך למעשה השעו את יכולתן לקבל החלטות ריבוניות ביחס להיבטים הרבים של התייחסותן לפליטים. בהתאם, המדינות לקחו על עצמן מחויבות בין-לאומית לטפל בפליטים, כהגדרתם באמנה, ובין היתר להימנע מהרחקתם לכל מקום שבו יהיו חייהם וחירותם נתונים בסכנה, ולספק להם סל של זכויות חברתיות, כלכליות ואזרחיות. זאת, נוסף על כללים של המשפט הבין-לאומי המנהגי המטילים חובות על מדינות כלפי מבקשי מקלט, פליטים ואנשים במצבים דמויי פליטות, אף מעבר לאלו הנקובים באמנה.<sup>40</sup>

לאור זאת, נקטו בתי משפט מדינתיים ואזוריים גישה של ביקורת שיפוטית מתערבת על החלטות מנהליות וצעדי מדיניות רחבי-תחולה. בין היתר העבירו בתי משפט ביקורת שיפוטית על הפרשנות שהעניקו רשויות מנהליות לעילות הפליטות באמנת הפליטים, ולעתים קרובות הרחיבו את גבולותיהן;<sup>41</sup> על הזכויות הפרוצדורליות של מבקשי מקלט בהליך הבחינה של בקשת המקלט שלהם;<sup>42</sup> על מדיניות הגבול וחלוקת הנטל של מדינות;<sup>43</sup> על האופן שבו מוגנות הזכויות של פליטים במדינות המארחות ועוד.<sup>44</sup>

## 2. גישת בתי המשפט בישראל

נכונות בתי המשפט בישראל ליטול חלק בעיצוב של מדיניות הגירה ובשינוי חברתי בתחום נחקרה במידת מה על ידי עופר סיטבון, במאמר שפורסם בשנת 2007 ועסק באופן שבו בתי המשפט מטפלים באוכלוסיית מהגרי העבודה ומשפיעים על העיצוב של מדיניות ההגירה.<sup>45</sup> המאמר התבונן על מצב זכויותיהם של מהגרי העבודה כפי שהוא מעוצב בפסיקת בית המשפט, חרף ההכרה בפער בין מצב הזכויות של מהגרים דה-פקטו לבין מצב זכויותיהם דה-יורה. זאת, מתוך הנחה שיש לבית המשפט תפקיד משפיע בעיצוב הזכויות בשני המישורים (דה-פקטו ודה-יורה), ושמשמכים שיפוטיים מייצגים עמדה אוטוריטיבית חשובה מבחינה פרקטית וסימבולית באשר למשמעות הערכית, החברתית והמשפטית של זכויותיהם של מהגרי העבודה.<sup>46</sup> המחקר מצא כי בתי המשפט אינם ממלאים את הפוטנציאל שלהם ככל הקשור להגנה על זכויות האדם של אוכלוסיות מוחלשות הזוכות לתת-ייצוג פוליטי, מתוך שאינם מחזיקים בעמדה החלטית ביחס להגנה הראויה על זכויותיהם של אלו שאינם חברים מלאים בחברה, קרי: אינם אזרחים או תושבים.<sup>47</sup> עיקר פסיקתו של בית המשפט העליון, כך נמצא, משוללת הכרעה של ממש, שכן רוב העתירות בענייניהם של מהגרי העבודה נדחות בפסק דין לקוני או נמחקות, תוך שבית המשפט נמנע מהתערבות משמעותית במשטר האשרות הנוהג באמצעות פסקי דין מכוננים (landmark cases).<sup>48</sup> אחדים מפסקי הדין פגעו פגיעה ממשית במצב הזכויות של מהגרי העבודה.<sup>49</sup> במקרים אחרים ביקש בית המשפט העליון להימנע מכתיבת פסק דין הקובע כי המדינה מפרה את זכויות מהגרי העבודה, ותחת זאת הפעיל לחץ על הצדדים באופן שאולי, במצטבר, עשוי להשפיע או לחולל שינוי לשיפור במצב הזכויות של מהגרי עבודה.<sup>50</sup> במקום אחר ציינתי כי גם כשמתגבשת בבית המשפט העליון פסיקה המתמודדת חזיתית עם משטר האשרות החל על מהגרי העבודה ומבקשת לכצר את זכויותיהם, קצרה ידו של בית המשפט

מלחולל את השינוי החברתי הנדרש. כך, הן משום שפסיקתו של בית המשפט נעקפת על ידי המחוקק ומשרד הפנים והן משום שיש בבתי המשפט פסיקה סותרת בנושא של זכויות מהגרים.<sup>51</sup> עד כה טרם נבחנה בצורה משמעותית ההתייחסות של בית המשפט העליון למבקשי מקלט ולפליטים.

### ב. הפרדיגמה של מדיניות ההגירה

טענתי היא שבחלק מפסקי הדין, כאשר בית המשפט מותח ביקורת שיפוטית על עניינים הנוגעים למדיניות המקלט של ישראל בקשר לזכויות של מבקשי מקלט ופליטים, הוא עושה כן מתוך פרדיגמה של מדיניות הגירה. כך, בית המשפט מניח שהחלטות בנושאים של מדיניות מקלט וזכויות פליטים צריכות להתקבל על ידי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, ותפקידו של בית המשפט בעיצוב הנורמות בתחומים אלה צנוע יותר. כמו כן, תהליך קבלת ההחלטות של בית המשפט מושפע משיקולים של מדיניות הגירה כגון ההיקף של תופעת ההגירה לישראל; המידה שבה ההגירה לישראל רצויה למדינה או מטילה עליה נטלים; המידה שבה אפשר לשער כי מדיניות נדיבה ומעניקת-זכויות למבקשי מקלט ולפליטים עשויה לשמש גורם משיכה (pull factor) המעודד אחרים להגר לישראל; הרצון להרתיע מבקשי מקלט מלהגיע לישראל ועוד. מבחינה מתודולוגית, בית המשפט מבצע איזון אופקי בין האינטרס של המדינה במדיניות מקלט מגבילה לבין האינטרסים של מבקשי המקלט, והוא עושה כן תוך התחשבות במחויבויות המשפטיות של מדינת ישראל לפי האמנה בדבר מעמדם של פליטים. על פי האמנה יש למבקשי המקלט ולפליטים זכויות משפטיות, ואלה, ככלל, אמורות לגבור על האינטרסים הנוגדים של המדינה.

אדגים טענה זו באמצעות פסקי דין העוסקים בכמה היבטים של מדיניות המקלט של ישראל: הפרשנות של הגדרת הפליט, הזכויות של מבקשי המקלט ומדיניות ההכנסה (admission) לישראל של מבקשי מקלט ופליטים.

#### 1. פרשנות הגדרת הפליט

באחדים מפסקי הדין נדרש בית המשפט להכריע בעניין הפרשנות של הגדרת הפליט כפי שהיא מופיעה באמנה בדבר מעמדם של פליטים. סעיף 1(א)(2) לפרק הראשון של האמנה עוסק בהגדרת "פליט" וקובע:

לעניין אמנה זו יהא המונח "פליט" חל באדם –

[...]

(2) הנמצא מחוץ לארץ אזרחותו בגלל פחד מבוסס להיות נרדף מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקבוצת חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת, ואיננו יכול להיזקק להגנתה של אותה ארץ או אינו רוצה בכך בגלל הפחד האמור.

בהקשר זה אציין בקצרה כי כמעט כל הרכיבים בהגדרת הפליט עמומים למדי, ולכן ההגדרה טעונה מאמץ פרשני ניכר מצד בתי משפט. אכן, חלק ניכר מבתי המשפט ברחבי העולם פירשו לעתים קרובות את ההגדרה שבאמנה פרשנות מרחיבה, וכך העניקו לכמה סוגי פליטים הגנה שפרשנות דוקנית ומצמצמת לא היתה מעניקה להם.

בתי המשפט בישראל נקטו בחלק מפסקי הדין בעמדה פרטיקולריסטית, שלפיה, ככלל, הפרשנות של הגדרת הפליט צריכה להיות מושפעת מן "המורכבות המיוחדת בה נמצאת מדינת ישראל בכל הקשור בהתמודדות עם סוגיות ופנים שונים של גלי ההגירה השוטפים את הארץ".<sup>52</sup> בחלק מפסקי

הדין נראה כי שיקול זה נכרך בחשש מניצול לרעה של ההגנה הבין-לאומית הניתנת לפליטים<sup>53</sup> או בחשש מהגעתם של פליטים רבים נוספים בעתיד.<sup>54</sup> שיקולים אלו הם שיקולים מספריים שאין להם זכר באמנת הפליטים, ולכן לא ברור המקור המשפטי להתחשבות בהם במהלך הפרשני. תוצאת ההתחשבות ברצון לצמצם ככל האפשר את המספר של מבקשי מקלט ופליטים בישראל היא פרשנות מצרה של הגדרת פליט, הבולטת במיוחד לעומת הפרשנות המקובלת במדינות מערביות אחרות.<sup>55</sup> יצוין כי בית המשפט חריג גם בכך שאינו פועל לפי הסטנדרטים הפרשניים המקובלים בבתי משפט מערביים אחרים, המשמשים לחיזוק האפשרות להגן על זכויות של מבקשי מקלט ולרכוש לגיטימציה לכך אל מול הממשלה והאוכלוסייה של מדינתם.<sup>56</sup>

## 2. הגנה על זכויות של מבקשי המקלט

באחדים מפסקי הדין נדונה שאלת זכאותם של מבקשי מקלט לזכויות, בעיקר זכויות חברתיות-כלכליות. אמנת הפליטים קובעת זכויות לסוגים שונים של זכויות, אך אלו מוגדרות באופן רך וגמיש יחסית, התלוי במידת הזיקה שלהם אל מדינת המקלט ומוגדר באופן יחסי למשטר הזכויות של המדינה המארחת – ולעתים אף באופן יחסי לדרך שבה נוהגת אותה מדינה בזכויות של זרים אחרים.<sup>57</sup>

אחדים מפסקי הדין העוסקים בזכויות של מבקשי מקלט נראים כלקוחים מהפרדיגמה של דיני ההגירה. כך, למשל, נהג בית המשפט בדיון בעניין זכותם של מבקשי מקלט לעבוד בזמן שהם ממתנינים להכרעה בבקשת המקלט שבעניינם. המדינה סירבה להעניק למבקשי מקלט אשרות עבודה אך התחייבה כי "לא תבצע אכיפה כלפי מעסיקהם", וזאת עד שתושלם בנייתו של מתקן שהיה עבור מבקשי המקלט, וכל עוד טרם הוסדרה העברתם למדינה שלישית. לפי קביעתו של בית המשפט:

במצב העניינים הנתון, בו לצד הרגישות לרקע הקשה של רבים מחברי קבוצות אלה, יש לתת את הדעת אף לאינטרס המדינה למנוע 'הגירת עבודה' החורגת כמוכח מאותם מקרים בהם קיים חשש מבוסס לרדיפה – נראה כי עמדת המדינה שפורטה לעיל, לפיה אין להעניק אישורי עבודה, לצד האמירה כי בשלב זה לא ינקטו פעולות כנגד מעסיקים, יש בה משום איזון ראוי בהתחשב במציאות הקשה והרגישה שנוצרה.<sup>58</sup>

באיזון זה הציב בית המשפט על הכף שאלות של צרכים הומניטריים של מבקשי המקלט אל מול שיקולי מדיניות הגירה במקום להציב שיקולים של זכויות פליטים לפי האמנה והמחויבות של המדינה כלפיהם.<sup>59</sup> אימוץ פרדיגמה של דיני פליטים הייתה מחייבת את בית המשפט לדון במסגרת המשפטית של אמנת הפליטים בהכריעו בעתירה. דיון כזה היה מחייב עמידה על גרדי הזכות של פליטים לעבוד, לקבל סיוע כלכלי מהמדינות שבהן מצאו מקלט ועוד. זכויות אלו אמורות לגבור על האינטרסים המתחרים של מדינות המקלט.

פרדיגמה של שיקולי מדיניות הגירה ניבטת אלינו גם מבין השורות של פסיקתו של בית המשפט לגבי מעצרים של מבקשי מקלט. כך היה, למשל, בפסק דין שניתן בעתירה שתקפה את מעצר ילדיהם של מבקשי מקלט במתקן סהרונים הסמוך לכלא קציעות שבנגב. פסק דין זה נפתח בשורות אלה:

בשנת 2006 נתפסו בישראל למעלה מ-700 אנשים שנכנסו לישראל שלא כחוק דרך גבול מצרים. בשנת 2007 נתפסו בארץ כבר למעלה מ-4,900 אנשים שנכנסו שלא כחוק בדרך זו. מרביתם – תושבי מדינות אפריקה השונות. בשבועות האחרונים קצב הכניסה עמד על כ-200 אנשים לשבוע. ככל הידוע למדינה עיקר תופעת הכניסה שלא כדין ממצרים יסודה במניעים של שיפור תנאי החיים של הנכנסים לישראל. לישראל, כידוע, גבול יבשתי ארוך יחסית ובלתי מגודר עם יבשת אפריקה. משכך מהווה היא – לטענת

המדינה – מקור משיכה מרכזי לרבים המבקשים לשפר את תנאי חייהם. אין המדובר בעיקרו של דבר, כך לדברי המדינה, בתופעה של מבקשי מקלט מדיני כי אם בתופעה שעיקרה רצונם של הנכנסים שלא כדן לשפר את תנאי חייהם.<sup>60</sup>

את ההחלטה לעצור את מבקשי המקלט אפיין בית המשפט כאחד מיני כמה צעדים שנקטה המדינה "להתמודדות עם התופעה האמורה של כניסה לא חוקית לגבולותיה בכמה מישורים".<sup>61</sup> השניות שבעמדת בית המשפט כלפי האוכלוסייה שנעצרת – אם המדובר באוכלוסיית פליטים או במי שיש בפיהם טענה אפשרית ראויה לכירור של פליטות, או שמא מדובר במסתננים עוברי חוק – נחשפת בכמה מקומות בפסק הדין הקצר. בין היתר הזכיר בית המשפט את העובדה שחלק לא מבוטל ממבקשי המקלט הם יוצאי חבל דרפור בסודן,<sup>62</sup> שבו מתרחש רצח עם זה שנים מספר, וכן את העובדה שמדינת ישראל מתייעצת בנציבות האו"ם לפליטים בכל הקשור באוכלוסייה זו.<sup>63</sup> עם זאת בית המשפט לא התערב במדיניות כליאתם השיטתית של ילדים מבקשי מקלט, אף על פי שיש "בעיה הומניטארית חשובה וקשה", והביע תקווה כי המדינה תשפר את תנאי הכליאה.<sup>64</sup> כך, שוב, מיקם בית המשפט את הדיון במעצר בהקשר הכללי של המאבק בהגירה לישראל, בשיח של צרכים הומניטריים ולא בשיח הזכויות של מבקשי המקלט והפליטים. בית המשפט נקט גישה בלתי-מתערבת, וכך לא נדרש לדיון בשאלות המשמעותיות שמעלה העתירה, כגון: האם יש הצדקה במשפט הבין-לאומי או במשפט הישראלי להחזיק במעצר מבקשי מקלט ופליטים, בנסיבות שבהן לא ניתן להרחיקם מישראל? האם תנאי המעצר של מבקשי המקלט והפליטים בכלל, ושל ילדיהם בפרט, הם ראויים ומקיימים את הסטנדרט הבין-לאומי? ועוד.

דוגמה נוספת לדיון בעתירה של מבקשי מקלט מתוך פרדיגמת מדיניות הגירה עוסקת בזכותם של מבקשי מקלט שבקשת המקלט שלהם תישקל. כך היה בעתירה שהגישו זוג מבקשי מקלט מחוף השנהב כי תישקל בקשתם למקלט נוכח מעורבותם בפעילות פוליטית – הפגנת תמיכה במפלגת אופוזיציה.<sup>65</sup> בקשתם נדחתה על הסף במסגרת מדיניות שלפיה כל הבקשות של מבקשי מקלט מחוף השנהב שתמכו במפלגה זו הן חסרות בסיס. בית המשפט, שאישר את הדחייה של הבקשה על הסף, קבע כי עמדת משרד הפנים – שלפיה אין צורך לערוך למבקשי המקלט ריאיון פרטני – היא עמדה סבירה ומתבקשת מאליה. העמדה של בית המשפט נראית מונחית משיקולי נוחות מנהלית – קרי: רצון לא להעמיס עומס יתר אדמיניסטרטיבי על רשויות ההגירה – ומזניחה את החשש שללא הליך בדיקה תקין (העומד בסטנדרטים הבין-לאומיים לבחינה של בקשות מקלט) המדינה עלולה להפר את חובותיה המשפטיות הבין-לאומיות כלפי מבקשי המקלט, ובכלל זאת להרחיקם למקום שבו חייהם וחירותם יהיו נתונים בסכנה.

### 3. מדיניות ההכנסה לישראל (Admission Policy) של מבקשי מקלט ופליטים

טיפול רומה קיבלה מדיניות ההכנסה לישראל (admission policy) שנקטה ביחס למבקשי מקלט ולפליטים. מדיניות זו מושתתת בחלקה על מניעת כניסה או על החזרתם של מי שנכנסו לישראל ממצרים. על עיקרי הבעיות הטמונות במדיניות זו עמדתי כבר במקום אחר,<sup>66</sup> ולכן בהקשר הנוכחי אציין רק כי בכמה מדינות בעולם המערבי העבירו בתי המשפט ביקורת שיפוטית על מדיניות ההכנסה של מדינות וכן על הסכמי ההעברה של מבקשי מקלט ממדינה אחת לאחרת, ולעתים אף ביטלו הסכמים כאלה. לעומת זאת, בית המשפט הישראלי נקט גישה מאפשרת, ובשני מקרים שנדונו לפניו למעשה סירב להעביר ביקורת שיפוטית על המדיניות גופא ונתן למדינה ארכה ניכרת ליישוב השאלה בלי שיידרש להתערב בה.



כך, למשל, בפסק דינו של בית המשפט במסגרת עתירה שבה נדונה מדיניות ההחזרה החמה – או ההחזרה המתואמת – למצרים של מבקשי מקלט שנלכדו סמוך לכניסתם לישראל. עתירה זו נדחתה כתאורטית כארבע שנים לאחר שהוגשה – תקופה שבה יושמה המדיניות עקב הצהרת המדינה כי ישום "הנוהל מושהה בעת הזו, עד לחידוש התיאום הטקטי עם כוחות הביטחון המצריים".<sup>67</sup> פסק הדין של בית המשפט פותח בתיאור "תהליך הפיכתה של מדינת ישראל למדינה אטרקטיבית המושכת לתחומה זרים ממקומות שונים בעולם". לפי תיאור זה:

רבים צובאים על שעריה – בים באוויר וביבשה – ומבקשים כי יתאפשר להם לעבור להתגורר בתחומה, בין אם לתקופות קצרות ובין אם לצמיתות, מטעמים שונים ומגוונים, אשר דומה כי בעיקרם מבטאים חלק מתנועת הגירה בין-לאומית עקב תופעות של עוני ואבטלה במדינות רבות.<sup>68</sup>

לפי הראייה של בית המשפט:

תופעה זו מעמידה את ישראל בפני אתגרים ובעיות מורכבות המחייבות מתן מענה הולם לצורך למנוע הגירה המונית לתוכה המתנהלת שלא כדין, ובה בעת לקיים את חובותיה כמדינה החברה בקהילה הבין-לאומית ולא לפגוע בזכויותיהם של נרדפים ולהעמידם במצב של סכנה לחייהם או לחירותם מקום בו יורחקו מן הארץ. בלב מערכת איוונים זו ניצב החשש הממשי מהתרחבותה של התופעה למימדים עימם קשה יהיה למדינת ישראל להתמודד, מבלי שיפגעו שני צידי המשוואה – מדינת ישראל ותושביה מזה, והזרים הנכנסים לשטחה מזה.

מתוך פרדיגמת ההגירה הזו בית המשפט רואה את מדיניות ההחזרה החמה כמבקשת לאזן בין "שני צידי המשוואה". למעשה, בפסק דינו לא התייחס בית המשפט התייחסות ממשית לאפשרות שהנכנסים לישראל הם פליטים.<sup>69</sup>

גישה דומה נקט בית המשפט גם בפסק הדין שדן בקבוצה של אריתראים וסודנים שנלכדו בין גדרות הגבול במשך שמונה ימים בנסותם להגיע ממצרים לישראל בקיץ 2012. העתירה הוגשה לגבי מדיניות אי-ההכנסה שנקטה מדינת ישראל כלפי קבוצה זו ולגבי מניעת הגישה של צוותים רפואיים, עיתונאים ומתנדבים לאזור. העתירה נדונה בדחיפות אך נשמעה בחלקה במעמד צד אחד. עניינה של העתירה נדחה לעיון, ופסק הדין ניתן רק לאחר שמרבית חברי הקבוצה הוחזרו למצרים ושלושה מחבריה – נשים וקטין – הוכנסו לישראל והושמו במעצר. בית המשפט כינה את האוכלוסייה הנדונה "אזרחים זרים" או "הקבוצה", ללא התייחסות להיותם של אותם אנשים מבקשי מקלט ובלי להידרש לטענה שמשקפת סכנה לחייהם אם יורחקו.<sup>70</sup> מבחינת בית המשפט, די בכך שהאירוע הספציפי תם – מבחינה זו שהאנשים הספציפיים "אינם נמצאים עוד במקום" – כדי למחוק את העתירה, בלי לברר כיצד נלקחו מהמקום ולהיכן, ואם לקיחתם מהמקום מקיימת את ההתחייבויות הבין-לאומיות של מדינת ישראל. למעשה, בגישתו זו הפך בית המשפט את שאלת אי-ההכנסה בגבול לשאלה שאינה שפיטה מבחינה מעשית, שכן יש לשער שתמיד יילקחו האנשים הנמצאים בגבול מן המקום תוך זמן קצר.

#### 4. הפרדיגמה של מדיניות ההגירה: סיכום ביניים

כפי שהראיתי, בחלק מפסקי דינו אימץ בית המשפט פרדיגמה של מדיניות הגירה ומתוכה גיבש את הכרעתו, תוך איוון בין שיקולים של הגבלת הגירה מחד גיסא לבין שיקולים בדבר הזכויות (בלשון בית המשפט: האינטרסים) של מבקשי המקלט. מדוע התייחס בית המשפט למבקשי המקלט

מתוך פרדיגמה זאת? אפשר למצוא לכך הסברים מהסברים שונים, אך אבקש להצביע על ההסבר המרכזי בעיניי.

לפי ההסבר המוצע, בית המשפט משייך את הטיפול במבקשי המקלט לקטגוריה של מדיניות ההגירה משום שמדינת ישראל נוקטת טשטוש מכוון בין הקטגוריות המהותיות של מהגרים, פליטים ומבקשי מקלט. טשטוש זה נובע מכך שברוב המכריע של המקרים מדינת ישראל אינה מפעילה הליכי בחינה של בקשות המקלט (RSD: Refugee Status Determination). כ-90% ממבקשי המקלט – אלו שמוצאם באריתריאה ובסודן – אינם זוכים לבחינה פרטנית של בקשות המקלט אלא מוגנים באמצעות הגנה זמנית קולקטיבית.<sup>71</sup> הגנה זו אינה מעניקה להם מעמד או הכרה כפליטים, ומנקודת מבטה של המדינה מזכה אותם בסל זכויות דל, שאינו כולל כמעט זכויות חברתיות וכלכליות.<sup>72</sup> סירוב המדינה להכיר במבקשי מקלט אלה ככפליטים משרת כמה מטרות. ראשית, מכיוון שהם אינם מוכרים כפליטים המדינה אינה רואה את עצמה חבה כלפיהם את כלל החובות המשפטיות המנויות באמנה בדבר מעמדם של פליטים. זאת, אף שהיותו של אדם פליט תלויה אך ורק בהיותו ממלא אחר היסודות של האמנה – ולא בהכרת המדינה, שהיא הצהרתית בלבד ולא מכוננת.<sup>73</sup> למעשה, בכך שמדינת ישראל אינה מבחינה בין טיפוסים של מהגרים לבין פליטים היא נוטלת סיכון של הפרת מחויבותיה הבינלאומיות לפי אמנת הפליטים, המקנה לפליטים זכויות וחסינויות שאינן מוענקות למי שאינם מוכרים ככאלו. שנית, הימנעות המדינה מליתן למבקשי המקלט הזדמנות לעבור תהליך של אבחון משרת את הצורך של המדינה לבצע דה-לגיטימציה לבקשת המקלט שלהם. כך יכולה המדינה לתייג את מבקשי המקלט כ'מסתננים' או אפילו כ'מסתנני עבודה', להימנע מלתת מקום וקול לסיפוריהם האישיים ולקיים את משטר ההדרה שלהם.

בית המשפט, מצדו, מתקשה להתמודד במציאות זו. מצד אחד אי-אפשר להצביע על חובה משפטית קונקרטית שהמדינה מפרה בכך שאינה מבצעת הליכי בחינה של בקשות מקלט, שהרי אמנת הפליטים אינה דורשת לקיים הליכי בירור לבקשות מקלט אלא רק הקניה של זכויות וחסינויות למבקשי מקלט; מהצד האחר, ללא הליכים כאלה בית המשפט מתקשה להכריע אם המדינה מפרה את חובותיה כלפי מי מבין מבקשי המקלט, מן הטעם שהם פליטים. לו היה בית המשפט מבקש לקיים דיון מהותי בשאלה אם אדם מסוים הוא פליט או מהגר מסוג אחר, היה נדרש ממנו לערוך בירור עובדתי מורכב שאין לו כל ניסיון מוסדי בקיומו וספק אם נכון היה מבחינה מוסדית שיערוך במסגרת הליך שיפוטי (נראה כי נכון יותר לערוך בירור כזה במסגרת הליך מעין-שיפוטי ברשות המנהלית המוסמכת). לכאורה, היה בית המשפט יכול לנקוט עמדה מוסדית שלפיה כל עוד המדינה בוחרת להדיר מהליכי בחינה של בקשות המקלט את החלק הארי ממבקשי המקלט, חובה עליה להתייחס אל כולם כאילו היו פליטים; עמדה זו נראית לי מבוססת גם במשפט הבין-לאומי.<sup>74</sup> אולם, השלכותיה של עמדה זו – חיוב לתת זכויות והגנה לאוכלוסייה של יותר מ-60 אלף איש – הן מרחיקות-לכת מבחינה חברתית, כלכלית, משפטית ומוסדית, ולכן בית המשפט עשוי להירתע מפניה. במיוחד נכון הדבר משום שברוב המקרים הסכסוכיים השיפוטיים מתבררים לפני בתי משפט לעניינים מנהליים (ולא בבית המשפט העליון, שאליו על פי רוב הסכסוכים לא מגיעים אפילו במסגרת של ערעור): אפשר לשער שבתי המשפט המנהליים מהססים לקבוע מדיניות במקום שבו המחוקק עצמו נמנע מכך.

### ג. במקום סיכום: פרדיגמות אלטרנטיביות

ברבים מפסקי הדין הנוגעים למבקשי מקלט בישראל – במיוחד בפסקי דין מכוננים (landmark cases) – בית המשפט משתמש בפרדיגמה של דיני ההגירה. בתוך פרדיגמה זו בית המשפט ממצב את עצמו כשחקן הממעט להתערב בשיקול הדעת של הרשויות האחרות, וכך הוא מפרש באופן מצמצם את הגדרת הפליט ואת זכויות הפליטים ומטיל חובות מועטות בכל הקשור להכנסת פליטים לישראל. אילו פרדיגמות אלטרנטיביות בית המשפט יכול לאמץ תחת הפרדיגמה של מדיניות ההגירה? אבקש להציע שתי פרדיגמות, שאפשר לזהות כי באחדים מפסקי הדין אכן נעשה בהן שימוש, וכן להצביע על המשמעות הנלוות לשימוש בהן. אציע את הפרדיגמה של דיני הפליטים ואת הפרדיגמה של המשפט המנהלי הכללי. בהליכים משפטיים, ארגוני הזכויות מנסים לבסס טיעונים משני הסוגים (ככל שהם רלוונטיים) ולעתים קרובות הם אף נסמכים עליהם כעל טיעונים עיקריים, אולם רק בחלק מהמקרים בתי המשפט בוחרים להתבסס על פרדיגמות אלו כעל ההיגיון המרכזי של פסיקתם.

#### 1. הפרדיגמה של דיני הפליטים

באחדים מפסקי הדין העוסקים בזכויות של מבקשי מקלט הדיון מתנהל מתוך פרדיגמה חלופית שאותה אכנה "הפרדיגמה של דיני הפליטים". דיון המתנהל מתוך פרדיגמה זו מתייחס למבקשי המקלט כאל מי שלפחות באופן פוטנציאלי חלים עליהם דיני הפליטים, ומקיים ניתוח משפטי הנשען על דינים אלו או שואב מהגיונם. פסקי דין שהכרעתם נשענת על פרדיגמה זו מתייחסים לנסיבות הכורח הייחודיות המאפיינות הגירה של פליטים.

כך היה, למשל, בפסק דין שעסק במעצר של מבקשי מקלט לפי החוק למניעת הסתננות ו"נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך הפלילי". החוק למניעת הסתננות, כפי שתוקן בינואר 2012,<sup>75</sup> מאפשר לעצור מי שנכנס לישראל באופן לא מתועד (מסתננים), ובכלל זה גם מבקשי מקלט, לתקופה של שלוש שנים ואף יותר. חוק זה החל להיות מיושם ביוני 2012, ועם יישומו למעשה ניתקה הזיקה שהייתה מקובלת עד אז בין החזקתו של שוהה לא מתועד במעצר מנהלי לבין האפשרות לגרשו.<sup>76</sup> על חוק זה נוסף נוהל פנימי של משרד הפנים, שלפיו יופעל החוק על מסתננים בעלי אשרת שהיה שהיו מעורבים ברמת מעורבות כלשהי בהליך הפלילי, גם בנסיבות שאין די ראיות כנגדם או שאין לציבור עניין בהעמדתם לדין. אף על פי שהנוהל אמור היה לחול על מי שהוכיחו מסוכנות לשלום הציבור, הוא יושם באופן רחב כלפי כלל מבקשי המקלט המעורבים בהליך פלילי. יישומו של הנוהל נתקף בכמה עתירות. פסק הדין העקרוני ביותר שניתן – נכון למועד כתיבת שורות אלו – עסק בהחלת הנוהל על שלושה מבקשי מקלט אריתראים שנעצרו בעקבות החלת הנוהל עליהם.<sup>77</sup> הדיון בפסק הדין הניח כי מבקשי המקלט נהנים מהגנה זמנית קולקטיבית ולכן השווה בין המנגנון שיצרה האמנה בדבר מעמדם של פליטים להתמודדות עם פליטים המעורבים בפלילים לבין המנגנון שהוחל באותו מקרה, בקובעו כי ההגנה הזמנית והפלילית הן "בנות משפחה".<sup>78</sup> מתוך כך שאמנת הפליטים מחריגה מתחולתה רק קבוצה מצומצמת של פליטים המעורבים בפלילים, בית המשפט מונחה להימנע מהחלת הנוהל על מבקשי המקלט הללו.

גישה דומה ננקטה בפרשה אחרת, שבה התגלע ויכוח לגבי זכאותה של מבקשת מקלט להגנה בישראל.<sup>79</sup> באותו מקרה דובר במבקשת מקלט בעלת אזרחות אריתראית, שיכולה הייתה לרכוש אזרחות אתיופית אילו ויתרה על אזרחותה האריתראית. בית המשפט החיל על מקרה זה את הדין הנוגע למצבים של פליטים בעלי אזרחות כפולה, שוב מתוך תפיסה שיש "קרבת משפחה" בין עקרונות ההגנה הזמנית הקולקטיבית לבין עקרונות דיני הפליטים.<sup>80</sup> בהתאם לדין הזה קבע בית המשפט כי אין לראות את מבקשת המקלט כבעלת אזרחות כפולה וכי יש להעניק לה הגנה בישראל.

דוגמה נוספת היא פרשת הרננדז,<sup>81</sup> שבה נדונה רמת ההוכחה הנדרשת ממבקש מקלט כדי שייחשב כמי שסובל מ"פחד מבוסס להיות נרדף" כדרישת האמנה, וכן הפרשנות של אחת מעילות הפליטות שבאמנה – העילה של "קיבוץ חברתי מסוים". בשני הקשרים אלו נסמך בית המשפט על המשפט המשווה, על הספרות המשפטית ועל הסטנדרטים הפרשניים של נציבות האו"ם לפליטים<sup>82</sup> כדי לפרש את ההגדרה באמנה כמקובל במדינות מערביות אחרות, והורה למשרד הפנים להכיר במבקש המקלט ככפליט ולהעניק לו מעמד של תושב בישראל.<sup>83</sup>

דוגמה נוספת היא בעניין הכרה בפליטים מוכרים כזכאים לזכות רחבה לאיחוד משפחות.<sup>84</sup> לכאורה זה מקרה קל יותר, משום שלפני בית המשפט עמד עותר שהוא פליט מוכר ולא מי שפליטותו בהליכי בדיקה או מי שנתון תחת הגנה זמנית קולקטיבית. בית המשפט גזר מתוך הפרדיגמה של דיני הפליטים לא רק את החובה להגן על הפליט מפני גירוש אלא גם את הזכות של הפליט "לחיות חיים סבירים בישראל", ובכלל זה "זכויות יסוד בסיסיות לחיים תקינים וסבירים הכוללים גם את האפשרות לממש את זכות היסוד החשובה לחיי משפחה".<sup>85</sup>

נראה שכדי להגדיל את היסודיים שבית המשפט יבכר להשתמש בפרדיגמה של דיני הפליטים ולא בפרדיגמה של מדיניות ההגירה, העותרים צריכים לשאת בנטל לשכנע שזו הפרדיגמה הרלוונטית. זאת עליהם לעשות תוך עמידה על כך שהעותרים (בין שמדובר באנשים הקונקרטים ובין שמדובר בנפגעים הפוטנציאליים של מדיניות כלשהי במקרה של עתירה עקרונית) הם אכן פליטים ולא מהגרים. מנקודת המבט של הארגונים לשינוי חברתי העותרים לקידום זכויות פליטים, יש לכך מחיר אסטרטגי מסוים.

ראשית, קידום הפרדיגמה של דיני הפליטים על פני הפרדיגמה של מדיניות ההגירה עלול לפגוע ביכולת לטעון טענות החותרות נגד מהותיות ההבחנה בין פליט למהגר. זאת, אף על פי שברמה העקרונית אפשר לסבור שאין בהכרח ובכל מקרה תוקף מוסרי להתייחסות אל פליטים כאל קטגוריית מהגרים ראויה יותר להגנה מקטגוריות אחרות.<sup>86</sup>

שנית, לעתים קרובות הדיון בפליטות של עותר כזה או אחר מושך לכך שהדיון ממוסגר כשאלה פרטנית ולא כשאלה עקרונית, שכן יש צורך להתעמק בנסיבות ובאילווצים שהביאו להגירתו.<sup>87</sup> שאלות עקרוניות כגון היקף הזכויות שניתנות למבקשי מקלט, הכנסתם למעצר, המדיניות שנקטת לגביהם בגבול וכו' – כל אלה שאלות כבדות-משקל בעלות השפעה פוטנציאלית על מספר גדול של אנשים – כולל כאלה שאינם עותרים לפני בית המשפט ואולי אפילו כאלה שאינם נמצאים בישראל. ככל שהסוגיה ממוסגרת כעניין עקרוני, כך קשה יותר לשכנע את בית המשפט שחלה עליה הפרדיגמה של דיני הפליטים, שכן קשה לשכנע בפליטות של ציבור לא מסוים ורחב. הנטייה של ארגוני הזכויות לנסות לעמוד על המסגור העקרוני של שאלות משפטיות, הנובעת מרצונם לקדם שינוי חברתי, לעתים קרובות מעבירה את בית המשפט לפרדיגמה של מדיניות דיני ההגירה.<sup>88</sup> 'מעבר' פרדיגמתי אינו תוצאה מחויבת מציאות של דיון בסוגיה עקרונית, אך נראה כי חשוב שארגוני הזכויות יתנו את דעתם לסיכון זה.

## 2. פרדיגמת המשפט המנהלי

פרדיגמה אפשרית נוספת היא פרדיגמת המשפט המנהלי. לפי פרדיגמה זו בית המשפט אינו משוקע רק בטריטוריה המהותית של דיני ההגירה והפליטות או מדיניות ההגירה או הפליטות, אלא עוסק בראש ובראשונה בתפקידו המסורתי – בחינת התפקוד של רשויות המנהל לפי אמות-המידה הכלליות של המשפט המנהלי. נדמה, כי על אף השניות המסוימת בעניין התחולה של זכויות אדם מסוימות על מבקשי המקלט והפליטים מכוחו של המשפט החוקתי והבין-לאומי ובעניין החובות

התואמות זכויות אלו ומוטלות על המדינה – בית המשפט עשוי להשתכנע בקיומה של חובה החלה על המדינה לפעול לפי כללי המנהל התקין, ובקיומן של הזכויות הפרוצדורליות הנגזרות מכך. פרדיגמה זו מופיעה כבסיס להכרעה בפרשת טרסה לצד הפרדיגמה של דיני הפליטים. בפרשה זו טען מבקש מקלט ממוצא אתיופי כי ריאיון המקלט שלו נערך באמצעות תרגום לשפה שבה אינו שולט. בית המשפט הצביע על כך שנוהלי משרד הפנים מחייבים תרגום הולם בהליכי המקלט, וכי תרגום כזה מתחייב לשם השמירה על זכות הטיעון שהיא חלק מחובות הרשות לפי כללי הצדק הטבעי. לכן, בית המשפט קבע:

אין חולק בדבר חשיבותה של זכות הטיעון בענייננו – בחינת בקשתו של אדם לקבל מקלט. הזכויות המוטלות על הכף במסגרת בחינת בקשתו של אדם למקלט הן זכויות האדם הגרעיניות והבסיסיות ביותר, ובראשן הזכות לחיים, הזכות לשלמות הגוף והזכות לחירות. קבלת החלטה שגויה בנדון יכולה להביא לתוצאות הרות אסון – גירושו של אדם למקום שבו הוא צפוי לרדיפה ונשקפת סכנה לחייו או לחירותו.<sup>89</sup>

במילים אחרות: החלת הפרדיגמה המנהלית בצד הפרדיגמה של דיני פליטים גורמת לבית המשפט לסבור שיש חובה מוגברת על הרשות המנהלית לציית לכללי הצדק הטבעי בנסיבות שעל הכף מוטלות זכויותיו של מי שאפשר שהוא פליט.

פרדיגמה זו הצדיקה גם את כניסתו של בית המשפט למתחם שיקול הדעת של הרשות, כאשר באופן הפעלת שיקול הדעת נפלו פגמים משמעותיים. כך היה, למשל, בפסק הדין בפרשת הרננדז שכבר הוזכר לעיל. באותו מקרה נפלו פגמים באופן שבו נדחתה בקשת המקלט, ובהם קבלת החלטה על הדחייה באופן שרירותי בטרם הונחו לפני הגורם המוסמך הבקשה, חוות הדעת וההמלצות "ומבלי שנתן כל נימוק משלו להחלטה" – ואז ניתנה שוב אותה החלטה, כדי לכסות על הפגם שנפל; וכן קבלת ההחלטה על ידי ועדה שפעלה בהרכב חסר, ללא יושב-ראש.<sup>90</sup> עם זאת, יצוין כי פרדיגמה זו יכולה לשמש בנסיבות יחסית מוגבלות, שבהן אפשר להמשיג את מסגרת הטיעון המשפטי במונחים של פגמים בשיקול הדעת המנהלי, להבדיל משיח הזכויות החוקתי או הבין-לאומי.

לסיכום, האתגר הכרוך בקידום של שינוי חברתי בתחום זכויותיהם של מבקשי מקלט ופליטים הוא משמעותי. לבית המשפט יש תפקיד פוטנציאלי חשוב בתהליך זה כמגן על זכויותיהם של מיעוטים מוחלשים. חלקית אני סבורה כי תנאי משמעותי להצלחה של ארגונים חברתיים לחולל שינוי זה טמון במידה שבה יאמצו בתי המשפט פרדיגמה אלטרנטיבית לפרדיגמה של מדיניות ההגירה – כזו שתאפשר אקטיביזם שיפוטי ולא ריסון, כדי לאפשר למדינה שיקול דעת בלתי-מוגבל; כזו שתישען על הנורמות המקובלות במדינות מערביות ובאמנות הבין-לאומיות בכל הנוגע להגנה על פליטים ומבקשי מקלט; כזו שתקדם את ההסתכלות על מבקשי מקלט ופליטים כנשאי זכויות ולא רק כבעלי אינטרסים או כמקרים הומניטריים.

## הערות

- 1 לתיאור מקיף של תופעת ההגירה של פליטים ומבקשי מקלט לישראל ראו פליטים בישראל: היבטים משפטיים וחברתיים (טלי קריצמן-אמיר עורכת, טרם פורסם) (להלן: פליטים בישראל).
- 2 אמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3, 5 (נפתחה לחתימה ב-1951).
- 3 לעניין זה ראו, למשל, ענת בן-דור ורמי אדוט מדינת ישראל מקלט בטוח? בעיות בטיפולה של מדינת ישראל בפליטים ובמבקשי מקלט – דו"ח ונייר עמדה (מאי 2003). [www.phr.org.il/default](http://www.phr.org.il/default)

- תפקידו של בית המשפט בעיצוב מדיניות המקלט של מדינת ישראל | טלי קריצמן-אמיר
- asp?PageID=55&ItemID=198; Tally Kritzman-Amir, "Otherness" as the Underlying Principle in *Israel's Asylum Regime*, 42(3) Isr. Law Rev. 603 (2009); ה"ש 1, מבוא; Karin Fathimath Afeef, A PROMISED LAND FOR REFUGEES? ASYLUM AND MIGRATION IN ISRAEL (RESEARCH PAPER No. 183, DECEMBER 2009), AVAILABLE AT, WWW.UNHCR.ORG/4b2213a59.PDF. הדס ירון "הפרד ומשול' באמצעות סדר ואי-סדר: פוליטיקת המקלט בישראל – ביורוקרטיה ושיח ציבורי" פליטים בישראל, לעיל ה"ש 1.
- 4
- Yonathan Paz, ORDERED DISORDER: AFRICAN ASYLUM SEEKERS IN ISRAEL AND DISCURSIVE CHALLENGES TO AN EMERGING REFUGEE REGIME (RESEARCH PAPER No. 205, MARCH 2011), AVAILABLE AT WWW.UNHCR.ORG/REFWORLD/DOCID/4d7e19ab2.HTML.
- 5
- ראו בעיקר חוק השבות, התשי"ב-1950; חוק האזרחות, התשי"ב-1952; חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952; חוק עובדים זרים, התשנ"א-1991; חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003.
- 6
- ראו בעיקר תקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974, וכן תקנות לפי חוק עובדים זרים. לפירוט מלא של התקנות ראו [www.piba.gov.il/formsandregulations/laws/pages/default.aspx](http://www.piba.gov.il/formsandregulations/laws/pages/default.aspx).
- 7
- עשרות רבות של נהלים המשמשים לפעילות השוטפת של רשות האוכלוסין וההגירה. ראו [www.piba.gov.il/formsandregulations/regulation/pages/default.aspx](http://www.piba.gov.il/formsandregulations/regulation/pages/default.aspx).
- 8
- למשל, שתי החלטות ממשלה שזכו לפרסום ניכר הן החלטה 3807 של הממשלה ה-30 "הסדר לשעה למתן מעמד לילדי שוהים בלתי חוקיים, הוריהם ואחיהם הנמצאים בישראל" (26.6.2005); והחלטה 156 של הממשלה ה-31 "הסדר לשעה למתן מעמד לילדי שוהים בלתי-חוקיים, הוריהם ואחיהם הנמצאים בישראל – תיקון החלטה" (18.6.2006).
- 9
- מאמר של המחברת בעניין זה נמצא כעת בכתובים: טלי קריצמן-אמיר "על הורים וילדים: איחוד משפחות בישראל".
- 10
- במאמר זה אשתמש במונח 'ארגוני זכויות' לתיאור של עמותות, קליניקות משפטיות ומשרדים של עורכי-דין פרטיים הפועלים למען קידום הזכויות של פליטים ומבקשי מקלט בישראל, לפי הנחת מוצא שלפיה *cause lawyering* היא אסטרטגיית פעולה שאינה ייחודית דווקא לפעילות של מסגרת ארגונית כזו או אחרת.
- 11
- ראו, למשל, חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 21), התשע"א-2011, ס"ח 2298, העוקף (כפי שאתאר בהמשך) את פסק הדין בבג"ץ 4252/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל, פ"ד (1) 346 (2006). כן ראו את "נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל" רשות האוכלוסין וההגירה 5.3.0023 (2012). לדיון באופן שבו עקפו הממשלה, הכנסת ובית המשפט את החלטות העקרוניות בנושא משטר האשרות של מהגרי העבודה שהתקבלו בבג"ץ ראו טלי קריצמן-אמיר "נרטיבים ושינוי חברתי בפסיקת בית המשפט העליון בעניין משטר האשרות של מהגרי עבודה: מבג"ץ הכבילה לבג"ץ מהגרת העבודה ההרה" (צפוי להתפרסם במשפט ועסקים).
- 12
- על אי-ציות שיטתי של משרד הפנים לפסיקות של בית המשפט, על ביצוע מושהה של פסיקות בית משפט ועוד ראו "הכנסת והממשלה נגד הרשות השופטת ונגד הרמקורטיה" [democracy-project.org.il/he/government/gov-3](http://democracy-project.org.il/he/government/gov-3).
- 13
- בתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 4), התשע"ב-2012, ק"ת 7150 נקבעה דרישה להציג מספר תעודת זהות או מספר דרכון בתוקף כתנאי לפתיחת תיק בבית המשפט. לביקורת על דרישה זו ראו [www.acri.org.il/he/?p=23136](http://www.acri.org.il/he/?p=23136).
- 14
- לביקורת על התוקף המוסרי של הבחנה בין פליטים לבין סוגים אחרים של מהגרים עקב כורח ראו TALLY KRITZMAN-AMIR, SOCIO-ECONOMIC REFUGEES (PH.D. DISSERTATION, 2009).
- 15
- ראו ביקורת של בית המשפט העליון על אי-הסדרה של מצבם המשפטי של מהגרים מסוימים (אלו הגתונים להגנה זמנית קולקטיבית מפני גירושם) בהסדרים משפטיים ע"מ 8908/11 סנסט ארגיי אספו נ' משרד הפנים, פסק הדין של השופטת חיות (פורסם בנבו, 17.7.2012). כמו כן ראו שלמה אבינרי,
- 16

- ליאב אורגד ואמנון רובינשטיין נייר עמדה – התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל (רות גביון עורכת, 2009).
- 17 ראו, למשל, Natalie Waites, *Immigration and Asylum Law Under the Human Rights Act: A Three-Branch Analysis*, 4(1) J.MIGRATION & REFUGEE ISSUES 25, 38 (2008).
- 18 הדוקטרינה העיקרית שבה נעשה שימוש היא Plenary Power Doctrine, שלפיה בתחום דיני ההגירה יש סמכות בלעדית למחוקק ולרשות המנהלית לקבוע מדיניות בתחום ההגירה וליישמה על מקרים פרטניים, ואילו בית המשפט משולל סמכות לבצע ביקורת שיפוטית על החלטותיה. מקובל לטעון כי ראשיתה של הדוקטרינה בפסק הדין Chae Chan Ping v. United States, 130 U.S. 581, 603 (1889). Stephen H. Legomsky, *Fear and Loathing in Congress and the Courts: Immigration and Judicial Review*, 78 Tex. L. Rev. 1615 (1999-2000): לשמל ואר
- 19 Legomsky, שם, בעמ' 1625.
- 20 שם, בעמ' 1625-1626.
- 21 GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? 13-14 (2D ED. 2008).
- 22 Virginie Guiraudon, *Citizenship Rights for Non-Citizens: France, Germany and the Netherlands*, in CHALLENGE TO THE NATION-STATE: IMMIGRATION IN WESTERN EUROPE AND THE UNITED STATES 272 (CHRISTIAN JOPPKE ED., 1998).
- 23 Susan Bibler Coutin, *Cause Lawyering in the Shadow of the State: A U.S. Immigration Example*, in CAUSE LAWYERING AND THE STATE IN A GLOBAL ERA 117, 117-121 (AUSTIN SARAT & STUART SCHEINGOLD EDS., 2001).
- 24 Legomsky, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1629-1628.
- 25 Rosenberg, לעיל ה"ש 21, בעמ' 18-17.
- 26 שם, בעמ' 20.
- 27 הקושי לפנות לערכאות הוא קושי המשותף לאוכלוסיות מוחלשות רבות, אך חוסר ההיכרות עם השפה, המנטליות, המצב המשפטי, המסגרת הבירוקרטית, מערכות התמיכה, וכן המעמד האזרחי השברירי (או היעדרו) והחשש ממגע עם הרשויות מוסיפים קשיים הייחודיים למהגרים. ראו ויליאם ל' פ' פלסטינר, ריצ'רד ל' אייבל ואוסטין סאראט "היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות..." *מעשי משפט* ג 17 (2010). [www.law.tau.ac.il/Heb/\\_Uploads/dbsAttachedFiles/maaseiMishpat2010\\_felstiner\(1\).pdf](http://www.law.tau.ac.il/Heb/_Uploads/dbsAttachedFiles/maaseiMishpat2010_felstiner(1).pdf)
- 28 Rosenberg, לעיל ה"ש 21, בעמ' 12-10.
- 29 Peter H. Schuck, *The Transformation of Immigration Law*, 84 (1) COLUM. L. REV. 1, 85 (1984); MARTIN A. SCHAIN, THE POLITICS OF IMMIGRATION IN FRANCE, BRITAIN AND THE UNITED STATES 67 (2008).
- 30 JEFFREY M. TOGMAN, THE RAMPARTS OF NATIONS: INSTITUTIONS AND IMMIGRATION POLICIES IN FRANCE AND THE UNITED STATES 113 (2002).
- 31 Leila Kavar, *Juridical Framings of Immigrants in the United States and France: Courts, Social Movements and Symbolic Politics*, 46(2) International Migration Review 414, 418-9 (2012).
- 32 גיא מונרדלך "עובדים או זרים בישראל? 'חוזה התשתית' והדיפציט הדמוקרטי" *עינוי משפט* כז(2) 423 (2003); איל נבנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי-המשפט" *עלי משפט* ג(2) 463-465 (2003).
- 33 כך, למשל, ב-Landon v. Plasencia, 459 U.S. 21 (1982) נמנע בית המשפט מעימות ישיר עם הדוקטרינה של Plenary Power, אך בפועל הפך החלטות קודמות והעניק להוראת חוק פרשנות מרחיבה, בקובעו כי גם מהגרים זכאים להליך הוגן לפי החוקה האמריקנית. ראו לאחרונה את פסק הדין המבטל חלקים

- מחקיקת ההגירה של אריזונה של *Arizona v. The United States of America*, 567 U.S. (2012), available at [www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-182b5e1.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-182b5e1.pdf). 34
- Waite, לעיל ה"ש 17. 34
- CATHERINE DAUVERGNE, MAKING PEOPLE ILLEGAL: WHAT GLOBALIZATION MEANS FOR MIGRATION AND LAW 182-3 (2008). 35
- Kawar, לעיל ה"ש 31, בעמ' 416-417. 36
- Virginie Guiraudon, *European Courts and Foreigners' Rights: A Comparative Study of Norms* 37
- DAVID JACOBSON, *Diffusion*, 34(4) International Migration Review 1088, 1095 (2000). 37
- CHRISTIAN JOPPKE, RIGHTS ACROSS BORDERS: IMMIGRATION AND THE DECLINE OF CITIZENSHIP 13 (1996)
- JOPPKE, *IMMIGRATION CHALLENGES THE NATION-STATE*, IN CHALLENGE TO THE NATION-STATE: IMMIGRATION IN WESTERN EUROPE AND THE UNITED STATES 5, 25-29 (CHRISTIAN JOPPKE ED., 1998). 37
- Daniel Kanstroom, *Surrounding the Hole in the Doughnut: Discretion and Deference in U.S. Immigration Law*, 71 TUL. L. REV. 703, 759 (1997). 38
- אמנה בדבר מעמדם של פליטים, לעיל ה"ש 2. 39
- JANE MCADAM, COMPLEMENTARY PROTECTION IN INTERNATIONAL REFUGEE LAW 19-22, למשל, 40
- (2007).
- במקרים רבים מספור פירשו בתי משפט ברחבי העולם את הגדרת 'פליט' בשונה מהפירוש שהעניקו לה הרשויות המנהליות. בכך אילצו בתי המשפט את המדינה להכיל ולהדיר אנשים שונים מאלו שהרשויות המנהליות היו מעוניינות להכיל ולהדיר. על הפרשנות של עילות הפליטות ראו, באופן כללי, Daniel J. Steinbock, *Interpreting the Refugee Definition*, 45 UCLA L. Rev. 733 (1998) 41
- גם בהקשר זה אפשר לחשוב על דוגמאות רבות ותדירות שבהן החילו בתי המשפט סטנדרטים פרוצדורליים אחרים בנוגע לזכות שימוע, לייצוג, לנטלי הוכחה והבאת ראיה, לחובת הנמקה ולהליכי המקלט, בניגוד לדעה חולקת של רשויות המנהל. ראו, למשל, David A. Martin, *Due Process and Membership in the National Community: Political Asylum and Beyond*, 44 U. Pitt. L. Rev. 165 (1983) 42
- תופעה זו רווחת במיוחד בשנים האחרונות. לתיאור כמה מקרים שבהם התערב בית המשפט במדיניות הגבול ובשאלות הנגזרות ממנה – כגון חלוקת נטל הפליטים בין מדינות ומדיניות-חוץ – ראו Michelle Foster, *The Implications of the Failed 'Malaysian Solution': The Australian High Court and Refugee Responsibility Sharing at International Law*, 13 Melbourne J. of Int'l Law 395 (2012) 43
- המאמר דן בכיטול הסכם להעברת פליטים מאוסטרליה למלזיה ובפסקי דין אחרים שבהם מתח בית המשפט ביקורת שיפוטית על הסדרים בין מדינות של העברת פליטים מאחת לשנייה בתנאים מסוימים. ראו, למשל, שורה של פסקי דין העוסקים בזכות של פליטים לחירות ממעצר ובזכותם לגישה לביקורת שיפוטית: *Torres v. Finland*, CCPR/C/38/D/291/1988, UN Human Rights Committee (HRC), 5 April 1990, available at [www.unhcr.org/refworld/docid/47fdaf5d.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdaf5d.html); *Zimbabwe Exiles Forum v. Minister of Home Affairs*, (27294/2008) [2011] ZAGPPHC 29; *Refugee Council of New Zealand Inc v Attorney General (No 2)* [2002] NZAR 769 (HC) 44
- עופר סיטבון 'מקומם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת בעיצובה של המדיניות של כלי מהגרי-עבודה' משפט וממשל י' (1) 273 (2006). 45
- Kawar, לעיל ה"ש 31, בעמ' 419-420. 46
- סיטבון, לעיל ה"ש 45. 47
- שם, בעמ' 292. 48
- שם, בעמ' 293. 49
- שם, בעמ' 294-296. 50
- קריצמן-אמיר, לעיל ה"ש 12. 51



- 52 עת"מ (י-ם) 729-09-11 רחל ברהנה סלומון נ' שר הפנים, תק-מח 14927 (4)2011 (2011).
- 53 למשל, בית המשפט המנהלי בעת"מ (י-ם) 35382-08-10 פלונית נ' משרד הפנים, פס' 25 (פורסם בנבו, 16.2.2012). בית המשפט פירש בצמצום את ההגנה לפליטי Sur place, קרי: פליטים שעילת פליטותם נולדה לאחר שיצאו את מדינתם. בחירת בית המשפט התבססה, בין היתר, על כך שפרשנות רחבה יותר (כמקובל במדינות העולם המערבי) "בעניין זה עלולה להוביל למצב שבו כל מי שחפץ לזכות ברישיון ישיבה בישראל, יביע מחאה, ולו בשפה רפה, מול שגרירות מדינת אורחותו, וכך יטען להגנה בחסות אמנת הפליטים".
- 54 למשל, במסגרת דיון בבקשת מבקשת מקלט להגנה כפליטה, שעיקרו שאלת התחולה של אמנת הפליטים על נשים הנרדפות עקב השתייכותן המגדרית – שאלה שקיבלה תשובה חיובית ברבות ממדינות העולם המערבי – קבע בית המשפט העליון כי "טענות מעין אלה שמעלה המבקשת יכולות להיות מוצגות, למרבה הצער, על ידי לא מעט אנשים ממדינות שונות בעולם". לעניין זה ראו בש"ם OMOWUMI 9223/11 OSALONI נ' משרד הפנים, פס' 4 (פורסם בנבו, 13.12.2011).
- 55 ראו, למשל, טלי קריצמן-אמיר, ענת בן דור ונורית וורגפס "בין נטראליות להזנחה: מבקשות מקלט ופליטות בישראל" (צפוי להתפרסם במשפט וממשל).
- 56 Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law By National Courts*, 102(2) AM. J. INT'L L. 241 (2008).
- 57 JAMES C. HATHAWAY, *THE RIGHTS OF REFUGEES UNDER INTERNATIONAL LAW* (2005).
- 58 בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה, תק-על 4559 (1)2011 (2011).
- 59 לביקורות נוספות על פסק דין זה ראו גם יובל לבנת "פליטים, מעסיקים ו'פתרונות מעשיים' בבג"ץ: בעקבות בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה" משפטים על-אתר ג 23 (2011).
- 60 בג"ץ 212/08 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 1659 (1)2008, פס' 1 לפסק דינה של השופטת נאור (2008).
- 61 שם, בפס' 2.
- 62 שם, בפס' 1.
- 63 שם, בפס' 2.
- 64 שם, בפס' 14.
- 65 עת"מ (י-ם) 48202-02-12 פלוניס נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 15.10.2012). ראו גם החלטה הרוחה בקשה למתן סעד זמני בערעור על עתירה זו ב-ע"ם 8133/12 פלוניס נ' משרד הפנים, תק-על 2012 (4) 8440 (2012).
- 66 Tally Kritzman Amir & Thomas Spijkerboer, *On the Morality and Legality of Borders*, 26 HARV. HUM. RTS. J. (FORTHCOMING 2013).
- 67 בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון, תק-על 303 (3)2011, פס' 11 לפסק דינה של השופטת בייניש (2011).
- 68 שם, בפס' 1.
- 69 רק בשולי דבריו התייחס בית המשפט לאפשרות העתידית, כביכול, שמדינת ישראל תרצה לשוב ולבצע 'החזרות' למצרים, וקבע כי אלו תצטרכנה להתבצע לפי הסטנדרטים הבין-לאומיים המקובלים. ראו שם, בפס' 12.
- 70 בג"ץ 6582/12 עמותת "אנו פליטים" נ' מדינת ישראל – שר הבטחון, תק-על 11218 (3)2012 (2012).
- 71 ראו פליטים בישראל, לעיל ה"ש 3.
- 72 שם.
- 73 UNHCR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, para. 28 (UNHCR, 1979), available at [www.unhcr.org/refworld/pdfid/4f33c8d92.pdf](http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4f33c8d92.pdf)  
 "A person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfils the

- תפקידו של בית המשפט בעיצוב מדיניות המקלט של מדינת ישראל | טלי קריצמן-אמיר
- criteria contained in the definition... Recognition of his refugee status does not therefore make him a refugee but declares him to be one. He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee".
- 74 Kritzman Amir & Spijkerboer, לעיל ה"ש 66.
- 75 החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, ס"ח 2332.
- 76 לעניין זה ראו יונתן ברמן "מעצר פליטים ומבקשי מקלט בישראל" פליטים בישראל, לעיל ה"ש 1.
- 77 עת"מ (מרכז) 43912-10-12 בריהו גברהמדין נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 17.1.2013).
- 78 שם, בפס' 26.
- 79 עת"מ (מרכז) 53854-07-10 היילו טיגסט נ' משרד הפנים, תק-מח 5365 (2)2011 (2011).
- 80 שם, בפס' 25.
- 81 עת"מ (מרכז) 3415-05-10 ג'ון פאבר קינטרו הרננדו נ' משרד הפנים, תק-מח 8755 (3)2011 (2011).
- 82 לפסק הדין בערעור על פסק דין זה לבית המשפט העליון ראו ע"מ 7126/11 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' קינטרו הרננדו ג'ון פאבר, תק-על 4525 (2)2012 (2012).
- 83 היילו טיגסטי נ' משרד הפנים, לעיל ה"ש 79, בפס' 44-28.
- 84 הרננדו נ' משרד הפנים, לעיל ה"ש 81, בפס' 54.
- 84 הבנת הזכות לאיחוד משפחות כזכות רחבה משמע ראייתה ככוללת זכות לאיחוד משפחות עם מי שהצטרפו למשפחתם גם לאחר שניתן להם מעמד בישראל. ראו עת"מ (י-ם) 8717/08 יוהנס למה באיו נ' משרד הפנים, תק-מח 1189 (3)2009 (2009).
- 85 שם, בפס' 24.
- 86 KRITZMAN-AMIR, לעיל ה"ש 15.
- 87 ראו, למשל, אספו נ' משרד הפנים, לעיל ה"ש 16, פסק דינו של השופט פוגלמן. בפסק דין זה גרמה הפרדיגמה של דיני הפליטים לבית המשפט לקבוע כי הזכות לאיחוד משפחות מוקנית לפליטים בלבד, ולכן המבקשים ליהנות ממנה צריכים לעבור הליך של בחינת בקשתם – ורק לאחריו יוכלו לתבוע זכות לאיחוד משפחות. המוגנים זמנית, כקטגוריה, אינם זכאים לזכות זו. משמעות הדבר שהמאמץ לחולל שינוי עקרוני באמצעות הכרה עקרונית באפשרותם של מוגנים זמנית ליהנות מהזכות לחיי משפחה לא יצליח, כיוון שהדבר יהיה תלוי ביכולת של כל מוגן זמנית להוכיח עילת פליטות.
- 88 ראו, למשל, את פסק הדין בעת"מ (י-ם) 53765-03-12 א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 7.6.2012), שבו נדונה מדיניות הפסקת ההגנה הזמנית הקולקטיבית ליוצאי דרום סודן. במקרה זה הצביע בית המשפט על כך שאין במשפט הבין-לאומי זכות להגנה קולקטיבית, וקבע כי משמצא משרד הפנים שאין סיכון לכל אדם באשר הוא בדרום סודן, הוא יוצא ידי חובתו בבדיקה פרטנית של עניינם של מי שמבקשים שבקשת המקלט הפרטנית שלהם תיבחן על ידי ישראל.
- 89 ע"מ 8675/11 מספן מזמור טרסה נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט, תק-על 2866 (2)2012, פס' 12 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2012).
- 90 הרננדו נ' משרד הפנים, לעיל ה"ש 81, בפס' 14-23. לפסק הדין בערעור על פסק דין זה לבית המשפט העליון ראו מדינת ישראל – משרד הפנים נ' הרננדו, לעיל ה"ש 81.