



פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 58 : מערכת המשפט והגנה על זכויות מבקשי המקלט

בישראל

הופץ ביום 1.10.2023*

עמדה מס' 58 : מערכת המשפט והגנה על זכויות מבקשי המקלט בישראל

הפורום משיב בנייר עמדה זה לביקורת הציבורית שנשמעה באחרונה על המדיניות (לכאורה) של בית המשפט העליון בנושא מבקשי המקלט החיים בישראל.

אנו מראים כי:

- הלכה למעשה בית המשפט העליון לא התערב במדיניות ההגירה של מדינת ישראל, ופסיקתו בעניין מבקשי המקלט מתוחמת ומצומצמת למקרי קיצון, בהם חקיקה או מדיניות פגעו פגיעה חמורה ובלתי מידתית בזכויות אדם בסיסיות. זכויות אלו נתונות לא לאזרחים בלבד, אלא לכל אדם באשר הוא אדם.
- בית המשפט העליון הגביל את ביקורתו השיפוטית בעיקר למקרים שהורו על שלילת חירות ממושכת וגורפת של מי שהמדינה הכירה בכך שאסור להרחיקם מישראל. בית המשפט נמנע מלקדם מדיניות חליפית לזו של המחוקק והממשלה לגבי לטיפול הראוי במבקשי המקלט, תוך הותרת מרחב פעולה משמעותי לקידום מדיניות של רשויות השלטון.

עיקרי נייר העמדה:

לאחר המהומות שהתרחשו בין מבקשי המקלט מאריתראה ב-2.9.2023, נשמעו קולות רבים מקרב חברי הממשלה ותומכיה, התולים בפסקי הדין ובהחלטות של בית המשפט העליון את האחריות למהומות. ראש הממשלה בנימין נתניהו ושרים נוספים טענו כי נוכחותם של "מסתננים" בישראל ובדרום תל אביב היא תוצאה של התערבות בית המשפט בחוקים שנועדו לאפשר כליאה של מבקשי מקלט לתקופות ארוכות וכן בהסדרים שנועדו לאפשר את הרחקתם למדינה שלישית.

טענות אלה אינן מדויקות. הן משקפות התעלמות מכללי המשפט הבינלאומי שמחייבים את המדינה, ונראה כי הן מהוות ניסיון של הממשלה לייחס לבית המשפט את כישלון מדיניותה שלה בטיפול באוכלוסיית מבקשי המקלט, שברובה שוהה בישראל זה כחמש עשרה שנה.

בנייר עמדה זה נציג חמישה טיעונים המשלמים זה את זה בצירים את תמונת המציאות המדויקת מבחינת עמדת בית המשפט העליון בנוגע למבקשי המקלט בישראל:

- א. נבחן ונדחה את הסברה הגורסת שנוכחותם הנמשכת של מבקשי המקלט בישראל היא תולדה ישירה של התערבות בית המשפט העליון במדיניות כליאתם.
- ב. נבחן ונדחה את הטענה כי בית המשפט העליון מנע מהמדינה לגרש מבקשי מקלט, ונראה כי בית המשפט דווקא אישר באופן עקרוני את אפשרות הרוחקתם של מבקשי מקלט למדינה שלישית.
- ג. נבחן ונדחה את הטענה שבית המשפט העליון מנע מהמדינה לברר מי ממבקשי המקלט מאריתריאה הם פליטים הזכאים להגנה בינלאומית ומי מהם אינם זכאים להגנה שכזו, ונראה כי להיפך, פעמים רבות בית המשפט ביקר את גרירת הרגליים של המדינה בבדיקת בקשות המקלט.
- ד. נבחן ונדחה את הטענה שבית המשפט העליון מנע מהמדינה לאכוף את החוק על מבקשי מקלט שביצעו עבירות פליליות ונראה כי בית המשפט אף אישר למדינה להפעיל אמצעים חריגים של כליאה ללא הגבלת זמן כלפי מבקשי מקלט "המעורבים בפלילים", מבלי שהורשעו או לאחר שסיימו לרצות את עונשם, וזאת תוך סטייה מסדרי הדין ודיני הראיות הרגילים הנהוגים בעניינם של חשודים ונאשמים.
- ה. נבחן ונדחה את הטענה כי בית המשפט העליון התערב במדיניות הכללית של הממשלה ביחס לקליטת מבקשי המקלט, אלא להיפך. כך למשל, בית המשפט אישר את המדיניות בדבר אי-מתן היתרי עבודה ואת המדיניות לגבי אי-הענקת זכויות סוציאליות בסיסיות.

א. האם בית המשפט העליון אחראי לנוכחותם הנמשכת של מבקשי המקלט בישראל? לא. אין כל קשר בין התערבותו של בית המשפט העליון בשלילת כליאתם הממושכת של מבקשי המקלט לבין העדר האפשרות להרחיקם מישראל.

בתחילת הדיון יש להזכיר, כי על אף שהממשלה נוהגת לכנות את מבקשי המקלט מאריתריאה "מסתננים", הרי שאותם מבקשי מקלט שוהים בישראל מכוח אשרה מתחדשת, שניתנת להם מאחר שהמדינה מכירה בכך שמשקפת להם סכנת חיים אם יגורשו למדינה מוצאם, וזאת במסגרת מחויבותיה הבינלאומיות של ישראל.¹ בסיסה של מחויבות זו באמנת האו"ם בדבר מעמדם של פליטים (1951, נכנסה לתוקף 1954), שמקורה בהגנה על פליטים לאחר מלחמת העולם השנייה. ישראל אימצה ואישררה אמנה זו, ואף הייתה אחת מיוזמותיה המרכזיות.² בלב האמנה מצויות הוראות המקנות חסינות למבקשי מקלט מפני גירוש או החזרה למדינה שבה נשקפת להם סכנת חיים.³ ממשלות ישראל הכירו בחובה זו מאז החלו להגיע לישראל מבקשי מקלט ופליטים, במחצית השנייה של שנות התשעים של המאה הקודמת, אך בד בבד נמנעו מקביעת מדיניות סדורה ועקבית לטיפול בבקשות המקלט שלהם.⁴

לבקשת האו"ם, ובמסגרת מחויבותה לאמנת הפליטים, ישראל אימצה בשנת 2008 מדיניות "אי-החזרה זמנית", שחלה באופן גורף על כלל אזרחי אריתריאה השוהים בישראל (וכן על מספר קבוצות נוספות של מבקשי מקלט).⁵ יתרה מכך, בניגוד לרטוריקה שלפיה מבקשי המקלט הם "מסתננים", אין המדינה נוהגת

¹ רובם מקבלים אשרה ארעית בהתאם לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס"ח 2(א)5, או אשרה מסוג ב'1, בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974, ס"ח 5(א).

² שרון הראל "מנגנון המקלט של ישראל: תהליך העברת הטיפול בבקשות המקלט מנציבות האו"ם לפליטים לידי מדינת ישראל" לוינסקי פינת אסמרה: היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל 43, 43 (טלי קריצמן-אמיר עורכת, 2015).

³ סעיף 33 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3, 5 (נפתחה לחתימה ב-1951) (אושררה ב-1951, נכנסה לתוקף ב-1954).

⁴ ענת בן דור ורמי אדוט מדינת ישראל, מקלט בטוח? בעיות בטיפול של מדינת ישראל בפליטים ובמבקשי מקלט: דו"ח ונייר עמדה (2003); טלי קריצמן-אמיר "מבוא לספר" בתוך: לוינסקי פינת אסמרה: היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל 1, 28 - 30 (טלי קריצמן אמיר עורכת, 2015).

⁵ הראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 61.

להעמידם לדין פלילי בגין כניסה בלתי חוקית לישראל על פי החוק למניעת הסתננות,⁶ ואף לא על פי חוק הכניסה לישראל.⁷ מדיניות זו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי, הקובעים כי ככלל, אין להפליל כניסה או שהייה שלא כדין על ידי פליט, כאשר אלה נעשו לצורך הגשת בקשת מקלט.⁸

אם כן, ממשלות ישראל בחמש עשרה השנים האחרונות הכירו בכך שלא ניתן לגרש את מבקשי המקלט או להפליל את כניסתם למדינה. עם זאת, ממשלות ישראל לא השלימו עם המחויבות למתן הגנה לאוכלוסייה זו, ובחרו בדרכים שיעודדו את עזיבתה.

אחת הדרכים המרכזיות הייתה תיקון החוק למניעת הסתננות כך שיאפשר כליאת מבקשי מקלט לתקופה ממושכת מאוד ללא משפט, באמצעות משמורת מנהלית. מבקשי המקלט הוחזקו במתקן "סהרונים", שמנוהל על ידי שירות בתי הסוהר ודומה במאפייניו לבית כלא, ומאוחר יותר גם במתקן "חולות", שנועד לכאורה להיות מתקן שהייה פתוח אך נמצא בלב המדבר, כאשר בשלב מסוים השוהים חויבו להתייצב במתקן שלוש פעמים ביום. מאפיינים אלו, בצירוף העובדה ש"חולות" נוהל אף הוא על ידי שירות בתי הסוהר, הפכו גם אותו למעין כלא.

המשפט הבינלאומי מתיר את החזקתם של מבקשי מקלט במשמורת, אך זאת לא כעונש ולא כאמצעי הרתעה אלא אך ורק כאמצעי מנהלי **קצר-טווח**, שמטרתו לאפשר לרשויות ההגירה לברר את זהותו של מבקש המקלט, לבדוק את בקשת המקלט וככל שהבקשה תידחה, להרחיק את מבקש המקלט מהמדינה.⁹ אולם, במקרה של מבקשי המקלט מאריתריאה, מדינת ישראל לא ניצלה את תקופת המשמורת לבדיקת בקשות מקלט פרטניות ולא פעלה להרחקה מהמדינה במקרים המתאימים. זאת, מאחר שמדיניות ההגנה הגורפת שבה בחרה המדינה ייתרה, לשיטתה, את הצורך בבדיקת הבקשות הפרטניות,¹⁰ ומאחר שמספרם הגבוה של מבקשי המקלט ששהו בישראל באותה תקופה צפוי היה ליצור עומס ניכר עבור רשויות ההגירה.¹¹

סוגיית השימוש במשמורת נדונה בבג"ץ מספר פעמים. ב-2013 פסק בג"ץ שהחוק המאפשר להחזיק חסרי מעמד במתקן משמורת סגור לתקופה של שלוש שנים אינו חוקתי בשל פגיעה קשה בזכות לחירות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹² ב-2014 פסק בג"ץ שהחזקת מבקשי מקלט חדשים במתקן משמורת סגור למשך 12 חודשים, כמו גם החזקת מבקשי מקלט במתקן "חולות" לתקופה בלתי מוגבלת בזמן ותוך הטלת חובות התייצבות מחמירות שבפועל הופכות אותו למתקן סגור, אינן חוקתיות בשל הפגיעה הבלתי מידתית בזכות לחירות.¹³ בהמשך, ב-2015, נפסק שההחזקה במתקן "חולות" לתקופה של 20 חודשים כפי שאיפשר תיקון נוסף לחוק, גם היא מהווה פגיעה שאינה מידתית בזכות לחירות, ויש לקצר תקופה זו ל-12 חודשים.¹⁴ בשלושת פסקי הדין הללו שרטט בג"ץ את גבולות המותר למדינה במסגרת המחויבות שהיא קיבלה על עצמה לזכויות האדם בדין הפנימי ולמבקשי מקלט בדין הבינלאומי. במסגרת זו הבהיר בג"ץ כי יש מרחב שיקול

⁶ חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954.

⁷ חוק הכניסה לישראל.

⁸ אמנה ופרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים, לעיל ה"ש 3, בסעיף 31.

⁹ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Detention of Refugees and Asylum-Seekers*, October 13, 1986, No. 44 (XXXVII), available at www.unhcr.org/4aa764389.pdf; UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-Seekers*, 1999, available at www.refworld.org/docid/3c2b3f844.html

¹⁰ למעשה, עד שנת 2013, היו מבקשי מקלט מאריתריאה מנועי כניסה להליך המקלט הישראלי, וגם לאחר מכן רוב בקשותיהם נדחו על הסף ללא בירור פרטני. ראו להלן.

¹¹ כך, בשנת 2012, שבה נחקק התיקון הראשון לחוק למניעת הסתננות, שהו בישראל למעלה מ-50,000 מבקשי מקלט. רשות האוכלוסין וההגירה **נתוני זרים בישראל: סיכום שנת 2012** (ינואר 2013).

¹² בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (16.9.2013).

¹³ בג"ץ 7385/13 איתן נ' ממשלת ישראל (22.9.2014).

¹⁴ בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (11.8.2015).

דעת רחב למדינה כיצד לפעול.¹⁵ עם זאת, הבעיה הייתה נעוצה במצב הביניים שהממשלה והכנסת יצרו ואשר קשה לישבו: הענקת הגנה על פי התחיבויות בינלאומיות ללא רצון כן להעניק הגנה שכזו; הענקת הגנה קבוצתית ללא בחינה פרטנית, באופן שאיפשר למדינה להמשיך לטעון שחברי הקבוצה אינם זכאים למעמד של פליטים, שהרי בקשותיהם לא נבחנו. הדרך שבה בחרה המדינה להתמודד עם פערים אלו הייתה להקשיח את תנאי השחייה בישראל ולהפכם לבלתי אטרקטיביים, וזאת גם בשלב שבו כבר נבנתה גדר בין ישראל ומצרים והסירה את הצורך בתימרוץ שלילי כנגד כניסה המונית עתידית.

לאורך הדיונים השונים בבית המשפט העליון התקשתה המדינה להציג בפני בג"ץ נתונים המצביעים על תכלית ראויה, מידתיות ואפקטיביות של החזקת מבקשי המקלט במשמורת. כך, לא הוצג קשר סיבתי ברור בין כליאת מבקשי מקלט לבין יכולתה של המדינה למנוע את כניסתם של מבקשי מקלט לישראל או להרחיקם ממנה. רוב תיקוני החקיקה נחקקו לאחר שהמדינה השלימה את הקמת הגדר על גבול מצרים¹⁶ וכניסתם של מבקשי מקלט חדשים לישראל נבלמה כמעט לחלוטין.¹⁷ לפיכך, לא היה בתיקונים אלו צורך בכדי להרתיע מבקשי מקלט חדשים מלהיכנס לישראל. יתרה מכך, הנתונים שהוצגו לבית המשפט העליון כי הכליאה גם לא תקל באופן משמעותי על תושבי דרום תל אביב. זאת, מאחר שמספר המקומות במתקני המשמורת היה מוגבל ביותר, כאשר במתקני המשמורת הסגורים שהו ברגע נתון רק כ-2,000 מבקשי מקלט¹⁸ ואילו ב"חולות" היו 3,360 מקומות בלבד.¹⁹ משמעות הדבר שרק אחוז קטן מתוך עשרות אלפי מבקשי המקלט שחיו בישראל בתקופת העתירות לבג"ץ (כ-60,000 איש בשיא, על פי הערכת משרד הפנים) שהו במתקני המשמורת בכל רגע נתון.

על אף שרטוט הגבולות לאמצעים בהם יכולה לנקוט המדינה, בג"ץ השאיר מרחב גדול לשיקול דעת המדינה. בית המשפט הזכיר בפסיקתו אמצעים חלופיים העומדים לרשות המדינה, כגון אכיפה אדוקה של חוקי העבודה; הגבלות מגוריים שיאפשרו למדינה לשלוט ולפקח על המקומות שבהם מבקשי המקלט מתיישבים, תוך פיזורם למקומות אוכלוסייה שונים; וכן הטלת חובות דיווח וערבויות שונות על מבקשי מקלט, אך לא חייב את המדינה לנקוט באף אחד מהם.²⁰ הצעות ברוח זו הועלו גם על ידי העותרים נגד התיקונים לחוק למניעת הסתננות,²¹ וכן על ידי חברי כנסת מהאופוזיציה בדיוני ועדת הפנים והגנת הסביבה שעסקו בתיקונים אלו, שחלקם אף ציינו כי יש קיבוצים שמוכנים לקלוט מבקשי מקלט.²² עם זאת, הממשלות השונות שהיו מעורבות בהתדיינות דחו את כל ההצעות הללו.²³

לכך יש להוסיף, שבג"ץ נמנע מלקבוע כי הרתעת מבקשי מקלט עתידיים מפני כניסה לישראל איננה תכלית ראויה העשויה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,²⁴ וזאת אף שהעיר כי טמונים

¹⁵ ראו, למשל, עניין **אדם**, לעיל ה"ש 12, פס' 84 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין **איתן**, לעיל ה"ש 13, פס' 6-8 לפסק דינו של השופט גיוראן.

¹⁶ בניית הגדר הסתיימה בשנת 2013, לפני חקיקת התיקון השני לחוק למניעת הסתננות, ורבע ממנה הושלם מעט לאחר התיקון הראשון לחוק, שנערך בתחילת שנת 2012. ראו משרד ראש הממשלה "**ראש הממשלה השתתף בטקס השלמת בניית הגדר בגבול מצרים**" (2.1.2013), <https://www.gov.il/he/Departments/news/eventfence020113>; עניין **אדם**, לעיל ה"ש 13, פס' 99 לפסק דינה של השופטת ארבל.

¹⁷ רשות האוכלוסין וההגירה **נתוני זרים בישראל: סיכום שנת 2016** 4 (2017).

¹⁸ עניין **אדם**, לעיל ה"ש 12, פסק דינו של השופט דנציגר.

¹⁹ עניין **דסטה**, לעיל ה"ש 14, פס' 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

²⁰ ראו, למשל, עניין **אדם**, לעיל ה"ש 12, פס' 104 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין **איתן**, לעיל ה"ש 13, פס' 9-10 לפסק דינו של השופט גיוראן.

²¹ ראו, למשל, עתירה למתן צו על תנאי בעניין **דסטה**, לעיל ה"ש 14, פס' 329-331.

²² פרוטוקול מס' 555 משיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה 24 (29 במאי 2012); פרוטוקול מס' 41 משיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה 52 (10 ביוני 2013); פרוטוקול מס' 140 משיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה 34 (26 בנובמבר 2013).

²³ ראו, למשל, פרוטוקול מס' 555, שם, בעמ' 25; פרוטוקול מס' 41, שם; פרוטוקול מס' 430 משיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה 12 (02 בדצמבר 2014).

²⁴ ראו, למשל, עניין **אדם**, לעיל ה"ש 12, פס' 93 לפסק דינה של השופטת ארבל.

בתכלית זו קשיים בלתי מבוטלים.²⁵ בית המשפט גם נמנע מלשלול את קיומו של קשר רציונאלי בין כליאת מבקשי המקלט לבין תכלית ההרתעה, אף כי ציין שתחילת ההשמה במשמורת נעשתה במקביל לתהליכי השלמת גדר הגבול וכי הירידה במספר הכניסות לישראל החלה עוד בטרם התיקון הראשון לחוק למניעת הסתננות.²⁶ תחת זאת, פסק בית המשפט כי תקופות המשמורת שנקבעו בתיקונים לחוק מהוות פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכות לחירות²⁷ וכי הפגיעה הגלומה בהם בזכויות האדם עולה על התועלת.²⁸

אם כן, הגבולות ששירטט בית המשפט לא מנעו מהממשלה מגוון דרכי פעולה. יתרה מכך, בג"ץ לא פסל לחלוטין את האפשרות לכלוא מבקשי מקלט אלא דחה באופן חלקי את העתירה האחרונה נגד תיקון החוק למניעת הסתננות.²⁹ בכך התיר בית המשפט להחזיק מבקשי מקלט חדשים שנכנסו לישראל במתקן "סהרונים" לתקופה של שלושה חודשים וכן להחזיק מבקשי מקלט שכבר שוהים בישראל במתקן "חולות" למשך 12 חודשים (במקום לתקופה בת 20 החודשים שנקבעה בתיקון החמישי לחוק). בית המשפט ציין בפסק דינו כי תקופת שהייה קצובה ב"חולות" לא תמנע ממבקשי מקלט להשתקע בישראל בטווח הארוך – תכלית מרכזית של החקיקה לגישת המדינה. עם זאת, היא תאפשר לשלוח למתקן חלק קטן מאוכלוסיית מבקשי המקלט בכל פעם ובכך תפחית את העומס על דרום תל אביב – תכלית שניתן להגשימה גם באמצעות תקופת משמורת קצרה מזו שנקבעה בחוק.³⁰ בית המשפט אף הבהיר כי התכלית של מניעת השתקעותם של מבקשי המקלט בישראל היא, בפני עצמה, תכלית לגיטימית, שכן היא מתיישבת עם זכותה של המדינה לעצב מדיניות הגירה ולבחור למי להעניק מעמד, הנובעת מעקרון הריבונות המדינית.³¹ בכך פסיקתו היתה רחוקה מהטענות שהציגו מבקשי המקלט והארגונים המייצגים אותם בהליכים המשפטיים השונים, והיא הותירה למדינה מרחב פעולה רחב.

לסיכום נקודה זו, פסילת התיקונים לחוק למניעת הסתננות לא מנעה את הרחקת מבקשי המקלט וזו גם לא היתה המטרה של כליאתם מלכתחילה, אלא איפשרה הגנה על אחת מזכויות האדם הבסיסיות ביותר שלהם – הזכות לחירות, העומדת לפי חוק היסוד לכל אדם ולא רק לאזרחי המדינה.³² הפגיעה בזכות לחירות במקרה זה הייתה קיצונית, שהרי מדובר היה בשליחתם של אנשים שאין כוונה לגרשם למתקן דמוי-כלא לשנים ארוכות.

המשך שהייתם של מבקשי המקלט בישראל וריכוזם הגדול בדרום תל אביב אינם תוצר של התערבות בג"ץ, אלא של מדיניות של ממשלות רבות. זוהי מדיניות ששילבה בין נסיונות לגרש ולסלק את מבקשי המקלט ללא הודאה שאין הדבר אפשרי, ובעיקר על דרך של פגיעה עמוקה בזכויות אדם של חברי קהילה מוחלשת – הן בשל הרקע שממנו באה והן בשל העדר קול ממוסד במערכת הפוליטית בישראל. מדובר גם במדיניות שבחירה שלא להשקיע בפיתוח שכונות דרום תל אביב והותירה אותן כברירת מחדל זולה לבני אדם שנתרו בישראל ללא בטחון סוציאלי. גם פתרונות שהיו מסייעים לפיזור אוכלוסיית מבקשי המקלט ומאפשרים להם להשתלב בשוק העבודה ואף לקדם מטרות כלכליות שלהם ושל המדינה כאחד – נדחו.

²⁵ שם, פס' 86 לפסק דינה של השופטת ארבל.

²⁶ שם, פס' 99; ראו גם עניין איתן, לעיל ה"ש 13, פס' 182 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

²⁷ עניין אדם, לעיל ה"ש 12, פס' 108-102 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין איתן, לעיל ה"ש 13, פס' 187-183 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

²⁸ עניין אדם, לעיל ה"ש 12, בפס' 109-115 לפסק דינה של השופטת ארבל. עניין איתן, לעיל ה"ש 13.

²⁹ עניין דסטה, לעיל ה"ש 14, פסק דינה של הנשיאה נאור.

³⁰ שם, פס' 100 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

³¹ שם, פס' 74-75 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

³² ראו, למשל, עניין אדם, לעיל ה"ש 12, פס' 45 לפסק דינו של השופט פוגלמן; בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פס' 36 (13.4.2011).

ולאחר כל אלה, יש לומר שגם אלמלא היה בית המשפט מתערב בתיקוני החקיקה, ברי כי תיקונים אלו לא היו מסייעים בהתמודדות עם המהומות שאירעו בדרום תל אביב ב-2.9.2023. זאת, מאחר שאפילו התיקון הראשון והמחמיר ביותר לחוק למניעת הסתננות משנת 2012, אשר קבע תקופת משמורת דרקונית בת שלוש שנים, לא התיר למדינה להמשיך ולכלוא מבקשי מקלט לנצח במתקני המשמורת. רוב רובם של מבקשי המקלט מאריתריאה נכנסו לישראל לפני שנת 2014, ומכאן שאפילו לו היה החוק מתיר לכלוא אותם למשך שלוש שנים עם כניסתם לישראל, הייתה תקופה זו מסתיימת זה מכבר. הטוענים כי האשמה מוטלת על בג"ץ ש"מנע את הכליאה" סבורים כנראה כי הכנסת ובית המשפט היו צריכים לאפשר את כליאתם של מבקשי מקלט ללא כל הגבלת זמן, ולהותירם במשמורת משנת 2012 ועד לעצם היום הזה. אין כל ספק שהסדר כזה, המחמיר בהרבה אפילו מזה שקיים בעניינם של עצורים מנהליים החשודים בעבירות ביטחון ואין דומה לו בעולם,³³ היה פוגע באופן חריג ובלתי מידתי בזכות לחירות, ואיש לא היה מעלה על הדעת לתמוך בו בהקשרן של קבוצות אחרות החיות בישראל.

³³ כשמדובר במעצר מנהלי לצורכי ביטחון, נקבע כי הוא מותנה בקיומה של עילת מעצר הנובעת ממסוכנותו האינדיבידואלית של העצור. ראו, למשל, בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 367, 349 (2003). שלוש ערכאות שיפוטיות מבצעות ביקורת שיפוטית על המעצר, ובכלל זה עיון בחומר החסוי ובחינתו של החומר בקפידה, וזאת כאשר העצור זכאי לייצוג משפטי. ראו, למשל, בג"ץ 3128/12 **מסלמאני נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון** (7.5.2012). מעצר של מבקשי מקלט ללא הגבלת זמן אינו מותר בשום מדינה בעולם המערבי, ובתי משפט במדינות שונות אף קבעו כי ככלל ובהעדר נסיבות חריגות, תקופת משמורת בת שישה חודשים תיחשב לבלתי מוצדקת. ראו, למשל, BAIL GUIDANCE FOR JUDGES PRESIDING OVER IMMIGRATION AND ASYLUM, Michael Welch & Liza Schuster, *Detention of asylum seekers in the US, UK, France, Germany, and Italy: A critical view of the globalizing culture of control*, 5(4) CRIMINAL JUSTICE 331 (2005). HEARINGS (2018) (UK); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001) (U.S).

ב. האם בית המשפט העליון מנע מהמדינה לגרש מבקשי מקלט? לא. בניגוד לטענות שהושמעו לאחרונה, בית המשפט העליון לא רק שלא אלא דווקא אישר באופן עקרוני את הרחקתם של מבקשי מקלט למדינה שלישית.

בתחילת שנת 2014 התקשרה ממשלת ישראל בהסכם עם ממשלת רואנדה, שבמסגרתו הסכימה ממשלת רואנדה לקלוט לתחומה מבקשי מקלט השוהים בישראל שלא ניתן להרחיקם למדינת מוצאם. ראש הממשלה חתם על תעודת חיסיון שאסרה את פרסום פרטיו של הסכם זה.³⁴ בשנת 2015, החלה רשות האוכלוסין וההגירה להפעיל מדיניות חדשה של "כפיית יציאה", אשר במסגרתו מבקשי מקלט שסירבו לעזוב את ישראל לרואנדה הוחזקו במשמורת ללא הגבלת זמן.³⁵ כנגד מדיניות זו עתרו שני מבקשי מקלט שהוחזקו במשמורת לאחר שסירבו לעזוב את ישראל.³⁶

בית המשפט העליון קבע כי למדינה יש סמכות להרחיק מבקשי מקלט למדינה שלישית שאיננה מדינת מוצאם והיכולה להבטיח את ביטחונם. בית המשפט אף קבע שבאופן עקרוני, המדינה יכולה לעשות זאת מבלי לקבל את הסכמת המורחק וחרף התנגדותו.³⁷ בית המשפט בחן את התנאים שבהם התבצעה הרחיקת מבקשי מקלט למדינה השלישית – היא רואנדה – ודחה את טענות המערערים כי מדובר במדינה שאינה יכולה להבטיח את ביטחונם. יש לציין, שבית המשפט דחה טענות אלה למרות שהעותרים הציגו ראיות לא מעטות לכך שמבקשי מקלט שהגיעו לרואנדה נתקלו ביחס עוין מהשלטונות, וכמה מהם אף נעצרו בטענה שהם שוהים לא חוקיים למרות ההסכם עם ישראל.³⁸

עם זאת, בדיון שהתקיים במעמד צד אחד ושובו נחשף בית המשפט לפרטי ההסכם החסוי שהושג בין ממשלת ישראל לממשלת רואנדה, התברר כי ההסכם עצמו כלל אינו מתיר הרחקה בכפייה של מבקשי מקלט, בהעדר הסכמה לכך מצד ממשלת רואנדה.³⁹ מכיוון שמצא כי ההסכם עם רואנדה דורש את הסכמת המורחקים, בית המשפט קבע שהחזקת מבקשי מקלט במשמורת כאמצעי לחץ שנועד לגרום להם "להסכים" להרחקתם תוביל להסכמה שאיננה חופשית ולמעשה לכפייה, מנוגדת להסכם שבו התחייבה מדינת ישראל עצמה. על כן, נקבע כי בניגוד לעמדת המדינה, לא ניתן להחזיק במשמורת **ללא הגבלת זמן** את אותם מבקשי מקלט שסירבו לעזוב את ישראל לרואנדה.⁴⁰ בית המשפט הבהיר שהמדינה רשאית לחפש אפיקים חלופיים שיאפשרו הרחקה למדינה שלישית מבלי לקבל את הסכמת המורחק. ⁴¹ בנוסף, בית המשפט אישר להחזיק במשמורת את אותם מבקשי מקלט שסירבו לעזוב לרואנדה **למשך 60 יום**, על מנת שניתן יהיה לנסות לשכנעם לעזוב בכל זאת, או לברר בזמן הזה האם ניתן לגרשם בדרך אחרת.⁴² קרי, גם במקרה זה אישר בית המשפט החזקה במשמורת, שנועדה כעיקרון להוות כלי עזר לגירוש, למרות שהיה ברור כי קיים סיכוי נמוך שתקופת המשמורת תוביל בפועל להרחקה.

³⁴ ע"מ 8101/15 צגטה נ' שר הפנים (28.8.2017).

³⁵ זאת, בהתאם לסעיף 13(ב)1 לחוק הכניסה לישראל, הקובע כי הממונה על ביקורת הגבולות לא ישחרר בערובה שוהה שלא כדין אם הוא שוהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות, ובהעדר מניעה לכך לפי סעיף 13(ב) לחוק. הרחקתו מישראל נמנעת או מתעכבת בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצדו.

³⁶ עניין צגטה, לעיל ה"ש 34.

³⁷ שם, פסק דינה של הנשיאה נאור.

³⁸ שם, פסי' 66-73 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

³⁹ שם, פסי' 117.

⁴⁰ שם, פסי' 118-121.

⁴¹ שם, פסי' 124.

⁴² זאת, בהתאם לסעיף 13(א)4 לחוק הכניסה לישראל, המורה לממונה על ביקורת הגבולות לשחרר בערובה שוהה שלא כדין אם הוא שוהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות, ובהעדר מניעה לכך לפי סעיף 13(ב) לחוק.

אם כן, אי-הרחקתם של מבקשי מקלט למדינה שלישית איננה תוצאה של התערבות בית המשפט אלא של כישלון מאמציה הדיפלומטיים של ממשלת ישראל, שלא הצליחה להגיע להסכם שיאפשר את הרחקתם בכפייה, או לחלופין להסכם עם מדינה שמבקשי מקלט יחוו בה בטוחים ויסיימו לעזוב אליה. יוזכר, כי הזדמנות להסדר שכזה הונחה לפתחה של הממשלה בשנת 2018, כאשר נציבות האו"ם לפליטים הציעה הסכם שלפיו כמחצית ממבקשי המקלט יעזבו את ישראל למדינות בטוחות ואילו היתר יקבלו מעמד והיתר עבודה ויפוזרו בין אזורים שונים בארץ. הסכם זה אף אמור היה לכלול תוכנית לשיקומן של שכונות דרום תל אביב תוך הקצאת תקציב משמעותי לשם כך.⁴³ ואולם, בתוך יממה מרגע הודעתו על ההסכם עם האו"ם, ראש הממשלה נתניהו התחרט וחזר בו מן ההסכם ובכך סיכל בעצמו את הפתרון.⁴⁴

ג. האם בית המשפט העליון מנע מהמדינה לברר מי ממבקשי המקלט מאריתריאה הם פליטים הזכאים להגנה בינלאומית? לא. ההיפך הוא הנכון, בית המשפט ביקר את גרירת הרגליים של המדינה בבדיקת בקשות המקלט פעמים רבות.⁴⁵

לאורך השנים נמנעה הממשלה מבדיקה פרטנית של בקשות מקלט, שהייתה עשויה לסייע לקבוע מי ממבקשי המקלט הם אכן פליטים שהחזרתם למדינת המוצא תעמידם בסכנה, ומי אינם זכאים למעמד של פליטים, למשל בשל היותם תומכי המשטר באריתריאה. כך, עד לשנת 2013, הובילה מדיניות אי-החזרה הקבוצתית להדרתם של מבקשי המקלט מאריתריאה ממערכת המקלט הישראלית, תוך שנמנע מהם להגיש בקשות מקלט. אפשרות זו נפתחה במרץ של אותה שנה, אך רוב בקשות המקלט שהוגשו נדחו ללא כל בירור פרטני של טענות המבקשים, על בסיס חוות דעת משפטית שניסח יועמ"ש רשות האוכלוסין וההגירה, שלפיה עריקה מצבא אריתריאה אינה מהווה עילה לקבלת מקלט מדיני, משום שהיא אינה מקימה את אחת מהעילות הקבועות באמנת הפליטים.⁴⁶ בנוסף, בשנת 2015 החלה רשות האוכלוסין וההגירה להפעיל ללא התראה סעיף בנוהל הטיפול במבקשי מקלט המאפשר לדחות על הסף בקשה שהוגשה בחלוף שנה מכניסתו של מבקש המקלט לישראל, וזאת על אף שהמדינה היא שמנעה בעצמה את הגשת הבקשות לאורך תקופה ארוכה. בית הדין לעררים⁴⁷ פסל את החלטות הדחייה על הסף, בקובעו כי מאחר שמבקשי המקלט מאריתריאה ומסודן לא הורשו להגיש בקשות מקלט במשך שנים רבות, אין לדחות את בקשותיהם בטענת שיהיו מבלי שניתנה על כך התראה. לאחר פסק הדין, חדל משרד הפנים מלדחות בקשות מקלט על בסיס זה, אך לא פעל לפתוח מחדש את בקשות המקלט שכבר נדחו, ועשה כן רק לאחר שהוגשה עתירה בנושא.⁴⁸

בינתיים, המשיכו להידחות באופן גורף בקשות מקלט שהתבססו על עריקות מצבא אריתריאה, תוך ששיעור ההכרה בבקשות שהגישו אזרחי אריתריאה נותר אפסי, ונמוך לאין שיעור מאחוזי קבלת הבקשות במדינות

⁴³ אמיר אלון "ישראל סיכמה עם האו"ם: מבקשי מקלט למערב, היתר יישארו בארץ" YNET (2.4.2018), <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5217046,00.html>.

⁴⁴ שחר חי, מורן אזולאי ואמיר אלון "הלחצים מימין הכריעו את נתניהו: מבטל את ההסכם לקליטת המסתננים" YNET (3.4.2018), <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5218551,00.html>.

⁴⁵ ראו, למשל, בג"ץ 4630/17 TAGAL נ' שר הפנים, פס' 17 לפסק דינה של הנשיאה חיות (25.4.21).
⁴⁶ הגיוס לצבא זה הנו כפוי, עלול להימשך שנים ארוכות בניגוד לחוק החל במדינה וכולל גיוס של קטינים, כאשר אלו שמסרבים להתגייס צפויים לעונשים כבדים, לרבות עונשי מוות. ראו, למשל, Edward N. Krakauer, *Divergent Paths, Similar Results: How African Asylum Seekers Have Been Failed in Both Israel and Malta Despite Varying Procedures and Treatment*, 21 U. MIAMI INT'L & COMP. L. REV. 265, 267-269 (2014).

⁴⁷ ערכאת ביקורת ראשונה לדיון בנושא החלטות רשות האוכלוסין וההגירה בענייני כניסה לישראל, שהייה ושיבה בה ובענייני אזרחות, בהתאם לאמור בהוראות התוספת השנייה לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

⁴⁸ המוקד לפליטים ומהגרים דחייה לדורות: הכשלים בבחינת בקשות מקלט של אזרחי אריתריאה בישראל 13-17 (יולי 2022); עמ"נ (י-ם) 57376-01-18 המרכז לקידום פליטים אפריקאים והיא"ס ישראל נ' משרד הפנים (11.2.2018).

אחרות בעולם.⁴⁹ בשנת 2016, ניתן פסק דינושל בית הדין לעררים בערר שהוגש על אחת מהחלטות הדחייה הללו, ובו נקבע כי העמדה שלפיה עריקה מהצבא האריתראי אינה יכולה להוות "עמדה מדינית/פוליטית מיוחסת" בהתאם לאמנת הפליטים⁵⁰ היא עמדה שגויה, שאינה מתיישבת עם הדין הבינלאומי.⁵¹ ערעורו של משרד הפנים לבית המשפט המחוזי התקבל במובן זה שפסק הדין בוטל והתיק הושב לבית הדין לעררים על מנת שיבחן מהו רף ההוכחה הנדרש להוכחת "עמדה פוליטית מיוחסת".⁵² בחודש פברואר 2018 ניתן פסק-דינו השני של בית הדין לעררים, ובו נקבע כי העובדה שממשלת אריתריאה מייחסת עמדה פוליטית לעריקים מבססת את הקשר הסיבתי הנדרש לפי אמנת הפליטים.⁵³ בעקבות זאת, ביולי 2019, הודיעה המדינה שהיא אימצה אמות מידה חדשות לבחינת בקשות המקלט של אזרחי אריתריאה הטוענים לרדיפה עקב עריקות מהצבא ושתפעל לבחינה מחודשת של כ-3,000 בקשות מקלט שנדחו בעבר, לצד כ-10,000 בקשות נוספות שטרם נבחנו.⁵⁴

רק במהלך שנת 2020 החלה המדינה לבדוק באופן שוטף את בקשות המקלט של אזרחי אריתריאה, תהליך המאופיין בעיכובים ניכרים, כאשר אלפי בקשות מדי שנה מצויות בהמתנה לקליטתן במערכת בקשות המקלט.⁵⁵ עיכוב זה נובע בין היתר מהמעבר של רשות ההגירה להגשת בקשות מקלט באופן מקוון, שינוי שחל בתקופת הקורונה ונותר בעינו גם לאחר הסרת מגבלות ההתקהלות. כתוצאה מכך, מבקשי מקלט מגישים בקשה מקוונת ורק חודשים לאחר מכן מקבלים זימון לרישום ביקורת גבולות בלשכת רשות ההגירה.⁵⁶ מבדיקת המוקד לפליטים ומהגרים עולה כי אף כאשר בקשות המקלט נבדקות, למעלה מ-95% מהן נדחות בסדר דין מקוצר, מבלי שהן מובאות כלל לדיון בפני הוועדה המייעצת לענייני פליטים ומבלי שנערך למבקש המקלט ראיון אישי שיאפשר התרשמות מעמיקה מטענותיו ונסיבותיו האישיות. זאת, על אף שהליך מקוצר זה אמור להיות חריג המופעל רק במקרים שבהם תיק המקלט לא העלה ולו בסיס עובדתי מינימאלי.⁵⁷ במצב זה, קיים קושי לדעת כמה מאזרחי אריתריאה החיים בישראל הם פליטים שהחזרתם לאריתריאה עלולה להעמידם בסכנת חיים וכמה מהם אינם פליטים ואף תומכי המשטר.

ד. האם בית המשפט העליון מנע מהמדינה לאכוף את החוק על מבקשי מקלט שביצעו עבירות פליליות? לא. בית המשפט לא רק שלא מנע אלא אף אישר למדינה להפעיל אמצעים חריגים של כליאה ללא הגבלת זמן כלפי מבקשי מקלט "המעורבים בפלילים", מבלי שהורשעו או לאחר שסיימו לרצות את עונשם, וזאת תוך סטייה מסדרי הדין ודיני הראיות הרגילים הנהוגים בעניינם של חשודים ונאשמים.

⁴⁹ כך, למשל, בשנת 2021, שיעור הקבלה הממוצע של בקשות מקלט של אזרחי אריתריאה עמד על 81%. ראו באתר סוכנות האיחוד האירופי למקלט: EUAA, Latest Asylum Trends – Annual Overview 2021, available at <https://www.europa.eu/eu-foreign-union/external-relationships/external-relationships-2021/external-relationships-2021-annual-overview>. לשם השוואה, נכון לשנה זו עמד אחוז הבקשות שהתקבלו בישראל על פחות מחצי אחוז. ראו **דחייה לדורות**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 13.

⁵⁰ אמנה ופרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים, לעיל ה"ש 3, בס' 1.

⁵¹ ערר 1010/14 מסגנה נ' משרד הפנים (4.9.2016).

⁵² עמ"נ (י-ם) 32641-10-16 רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלוני (26.1.2017).

⁵³ ערר 1010/14 מסגנה נ' משרד הפנים (15.2.2018).

⁵⁴ זאת, במסגרת ערעור שהגישה המדינה על פסק דינו השני של בית הדין לעררים ושממנו חזרה בה לאחר שקילה מחודשת של עמדתה. ראו הודעה מעדכנית ובקשה מטעם המדינה, עמ"נ 12154-04-18 **מדינת ישראל – רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלוני** (7.9.2019).

⁵⁵ כך, למשל, בסוף שנת 2022, כ-3,000 בקשות היו בהמתנה לקליטה במערכת, וזאת לצד 3,932 בקשות חדשות שהוגשו באותה שנה. רשות האוכלוסין וההגירה נתוני זרים בישראל: **מהדורה מסכמת לשנת 2022** (מאי 2023).

⁵⁶ המוקד לפליטים ומהגרים כליאת מהגרים ומבקשי מקלט בישראל: **2022 דוח מעקב שנתי 6** (2022).

⁵⁷ רשות האוכלוסין וההגירה נוהל הטיפול מבקשי מקלט מדיני בישראל (תאריך עדכון: 21.3.2022), בס' 2-3. ראו גם **דחייה לדורות**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 6, 13.

"המתווה לטיפול במסתננים המעורבים בפלילים בין משטרת ישראל לרשות האוכלוסין וההגירה",⁵⁸ שפרסם היועץ המשפטי לממשלה, קובע כי ניתן להחזיק במשמורת "מסתנן" שהורשע בעבירה פלילית לאחר שסיים לרצות את עונשו וכן "מסתנן" שנחשד בעבירה פלילית ושאינו ראוי מספיק להעמדתו לדין. זאת, בכפוף לשימוע ובתנאי שהראיות קרובות לרף הנדרש להעמדה לדין פלילי. משמעות הדבר היא כי ניתן לכלוא מבקשי מקלט שכלל לא הורשעו ושעומדת להם עדיין חזקת החפות, וכן מבקשי מקלט שהורשעו וריצו את עונשם כך שהם מחויבים, למעשה, בכפל ענישה. מאחר שהמתווה חל לגבי עבירות רבות ולא רק לגבי עבירות חמורות ביותר,⁵⁹ מבקשי מקלט עלולים להיכלא לתקופות ארוכות בהרבה מתקופות המאסר שכבר ריצו או שהיו צפויים לרצות לו הורשעו. זאת, משום שמדובר במשמורת שאיננה מוגבלת בזמן, המתבצעת מכוח סעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל, שקובע כי לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין אם יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור.

זהו גם האמצעי החריג והקיצוני שהחליטה המדינה להפעיל כנגד מבקשי המקלט שנעצרו בהפגנה ביום 2.9.23 כתחליף להגשת כתב אישום פלילי, לאחר שבהליך מעצרים התברר שהתשתית הראייתית נגדם דלה.⁶⁰ יוער, שפרקטיקה זו של שימוש במתווה זה כנגד מי שלא הורשע, וכתחליף למשפט פלילי הכולל הגנות פרוצדוראליות מלאות, פסקה כמעט לחלוטין בשנים האחרונות, והיא בעייתית בלשון המעטה.

המתווה זכה לביקורת נוקבת מצד הסנגוריה הציבורית,⁶¹ נציבות האו"ם לפליטים,⁶² ארגוני זכויות אדם⁶³ ושורת משפטנים בכירים שחתמו על מכתב ליועץ המשפטי לממשלה בקריאה לבטלו.⁶⁴ חרף זאת, ולמרות ביקורות מסוימות שהשמיע על המתווה,⁶⁵ סירב בית המשפט העליון להורות על בטלותו ואישר להמשיך ולהחזיק במשמורת מבקשי מקלט שלא הורשעו או שהורשעו וסיימו לרצות את עונשם.⁶⁶

ה. האם בית המשפט העליון התערב במדיניות הכללית של הממשלה ביחס לקליטת מבקשי המקלט? לא.

בית המשפט העליון נמנע מלהתערב במדיניות הממשלה בכל הנוגע לתנאים סוציאליים וזכויות בעבודה של מבקשי מקלט במהלך שהותם בישראל, כגון המדיניות בדבר אי-מתן היתרי עבודה או אי-הענקת זכויות סוציאליות בסיסיות. חריג לכך הוא הנושא של חוק הפיקדון,⁶⁷ שעל פיו נקבע כי נוכח 20% משכרם של מבקשי

⁵⁸ מיום 29.1.2014. ראשיתו של המתווה בנוהל מס' 10.1.0010 של רשות האוכלוסין וההגירה שכותרתו: "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך הפלילי" (להלן: "הנוהל"). מדובר בנוהל שפורסם ביום 24.9.2012 ועודכן לאחר מכן בתאריכים 1.7.2013 ו-4.4.2014.

⁵⁹ "המתווה לטיפול במסתננים", שם, בנספח א'. המתווה חל בין היתר על עבירות של החזקת סכין, התפרצות, זיוף תעודות ונהיגה ללא רישיון.

⁶⁰ בר פלג ויהושע (גיוש) בריינר "כ-50 אריתריאים החשודים במעורבות במהומות בתל אביב הועברו למעצר מינהלי" **הארץ** (5.9.2023), זמין כאן.

⁶¹ ראו, לדוגמה, בקשת ידד בית משפט מטעם הסנגוריה הציבורית, עע"מ 4496/13 **הבטום נ' משרד הפנים** (29.8.2013).

⁶² המוקד לפליטים ומהגרים, **משפט אָחַד יְהִיָּה לְכֶם** – על מעצרים המנהלי של מבקשי מקלט מעורבים בפלילים 8 (ספטמבר 2017).

⁶³ ראו, למשל, שם; עתירה למתן צו על תנאי, בג"ץ 8662/15 **המוקד לפליטים ולמהגרים נ' היועץ המשפטי לממשלה** (29.1.2014);

⁶⁴ עומרי אפרים "מסר לוינשטיין: לא לכלוא מסתננים רק בגלל חשד" YNET (18.7.2013), <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4406867,00.html>.

⁶⁵ ראו, למשל, עע"מ 4496/13 **הבטום נ' משרד הפנים**, פסי' 16 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (12.11.2013).

⁶⁶ ראו, למשל, שם; עע"מ 8642/12 **טספהונה נ' משרד הפנים** (4.2.2013); עע"מ 298/14 **מדינת ישראל נ' עיסמאיל** (17.3.2014).

⁶⁷ בג"ץ 2293/17 **גריסגה נ' הכנסת** (23.4.2020).

המקלט ויועברו לפיקדון שיימסר להם עם עזיבתם את המדינה. בג"ץ קבע כי אמצעי זה פוגע פגיעה משמעותית ובלתי מידתית בזכות הקניין.⁶⁸

המקרים החריגים שבהם התערבו הערכאות בשיקול דעתו של משרד הפנים בנוגע לבקשות המקלט שהוגשו על ידי אזרחי אריתראה לא נעשו על ידי בית המשפט העליון ואף לא על ידי בית המשפט המחוזי, אלא דווקא על ידי בית הדין לעררים, הנוהג לקבל מדי שנה אחוז קטן ביותר מכלל העררים המוגשים.⁶⁹

סיכום

מערכת המשפט ובראשה בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לא מנעו מהממשלה לגבש מדיניות מקלט מסודרת, להרחיק מהמדינה מבקשי מקלט שאינם פליטים או לטפל כראוי במצב בדרום תל אביב. למעשה, פסיקתו של בית המשפט העליון בסוגיות אלה רחוקה מאוד מהדימוי המיוחס לו כמי שהכתיב את מדיניות ההגירה בישראל. בית המשפט התערב בתיקונים לחוק למניעת הסתננות במקרים הקיצוניים ביותר, בהם היתה פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכות לחירות, אך לא מנע מהמדינה לנקוט אמצעים חלופיים ששיגו בדרך אחרת את מטרות הכליאה. כך, לא נמנע מהמדינה להרחיק מבקשי מקלט מדרום תל אביב, להרחיק מהמדינה מבקשי מקלט שבקשתם נדחתה לאחר בדיקה פרטנית מעמיקה, או להתמודד עם מבקשי מקלט שעומדים נגדם חשדות קונקרטיים למעורבות בפלילים. התיקונים לחוק למניעת הסתננות ממילא לא כוונו כלפי מבקשי מקלט שהיתה כוונה לגרשם מישראל, אלא כלפי מי שהמדינה הודתה שאין אפשרות לגרשם. הם אף לא כוונו כלפי מבקשי מקלט שביצעו עבירות פליליות, אשר עליהם חל "המתווה לטיפול במסתננים המעורבים בפלילים", שאושר על ידי בית המשפט. בית המשפט גם אישר למדינה להחזיק במשמורת מבקשי מקלט שאין כוונה לגרשם (אמנם תוך קיצור תקופות המשמורת שנקבעו בחוק), וזאת על אף שהתועלת הגלומה בכך לתושבי דרום תל אביב הייתה מוגבלת, כאמור. הממשלה היא שנמנעה מלנקוט בכל אמצעי חלופי שעשוי היה לשפר הן את המצב בדרום תל אביב והן את מצבם האישי והסוציו-אקונומי של מבקשי המקלט, ובחרה להותיר את המצב בדרום תל אביב על כנו.

בית המשפט הותיר לממשלה ולכנסת את התפקיד החשוב של גיבוש מדיניות מקלט ולא נכנס בנעליהן, תוך שהוא מותיר להן לשם כך מרחב פעולה ניכר. בפעולת הממשלה במרחב זה נפל הכשל, ולא בגבולות הפגיעה בזכות לחירות ששרטט בית המשפט.

מסמך זה נכתב על ידי:

ד"ר רתם רוזנברג-רובינס, המרכז האקדמי למשפט ועסקים
פרופ' גיא מונדלק, אוניברסיטת תל אביב
פרופ' יואב ספיר, אוניברסיטת תל אביב

⁶⁸ שם, פס' 51 לפסק דינה של הנשיאה חיות.
⁶⁹ כך, למשל, בשנת 2018 – אותה שנה שבה ניתן פסק דינו השני של בית הדין בנושא העריקה מצבא אריתראה, התקבלו לגופם 6% בלבד מהעררים שהוגשו. ראו משרד המשפטים, בתי הדין לפי חוק הכניסה לישראל: דוח לשנת 2018 (2019) 29. זה היה אחוז העררים שהתקבלו לגופם גם בשנת 2019. ראו משרד המשפטים, בתי הדין לפי חוק הכניסה לישראל: דוח מסכם 2019-2020 (2021) 22.

העירו הערות:

עו"ד ענת בן-דור

ד"ר אבינועם כהן, המכללה למינהל – המסלול האקדמי

ד"ר תמר מגידו, האוניברסיטה העברית בירושלים

*פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה הוא קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי, של מומחים ומומחיות למשפט, הפועלת בהתנדבות למען ההגנה על הדמוקרטיה הליברלית בישראל ולקידומה. הפורום פועל באמצעות מחקר, ניתוח הצעות חוק, כתיבת ניירות עמדה ופעילות הסברה לקהל הרחב ולקהלים מקצועיים. במסגרת זו, הפורום פועל נגד יוזמות ופעולות לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הקואליציה, ונגד יוזמות לפגיעה במוסדות דמוקרטיים, בבחירות חופשיות ושוות, בזכות לשוויון, בחופש הביטוי, בחופש הדת, ובזכויות אדם נוספות.

חברות וחברי הפורום בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידינו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה שלנו: <https://lawprofsforum.org>. עקבו אחרינו בטוויטר [@lawprofsforum](https://twitter.com/lawprofsforum). ליצירת קשר lawprofessorsforum@gmail.com.