

העותרים:

1. קו לעובד
2. אס"ף - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט
3. מוקד סיוע לעובדים זרים
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
5. המרכז לקידום פליטים אפריקאיים
6. שומרי משפט - רבנים למען זכויות אדם
7. רופאים לזכויות אדם
8. המרכז לפלורליזם יהודי - התנועה ליהדות מתקדמת בישראל

ע"י עו"ד ד"ר יובל לבנת ו/או עו"ד ענת בן-דור
מן התוכנית לזכויות פליטים
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
רמת אביב, תל-אביב 69978
טל': 03-6408107, 052-4854192; פקס: 03-6407422

-נגד-

המשיבים:

1. הממשלה
2. שר הפנים

ע"י פרקליטות המדינה, רח' צלאח א-דין, ירושלים

**עתירה למתן צו על תנאי
ובקשה למתן צו ביניים**

בקשה לצו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם כדלקמן:

- (1) למשיבה 1, מדוע לא יבוטל סעיף 2(ד) להחלטת הממשלה מס' 2104 מיום 19.7.2010, לפיו החל מיום 1.9.2010 תחל "אכיפה כנגד מעסיקי מסתננים", וזאת ככל שמדובר בהעסקה של מבקשי מקלט הממתינים להכרעה בבקשות המקלט שלהם ו/או בהעסקה של אנשים שמוחלת עליהם "הגנה קולקטיבית" מפני הרחקתם למדינות אזורותם;
- (2) למשיב 2, מדוע לא יקבע שמבקשי מקלט הממתינים להכרעה בבקשות המקלט שלהם ו/או אנשים שמוחלת עליהם "הגנה קולקטיבית" מפני הרחקתם למדינות אזורותם, זכאים לעבוד בישראל.

ולאחר שמיעת העתירה – להפוך את הצו למוחלט.

בקשה לצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו ביניים, הקובע שסעיף 2(ד) להחלטת הממשלה מס' 2104 מיום 19.7.2010, לפיו החל מיום 1.9.2010 תחל "אכיפה כנגד מעסיקי מסתננים" – לא יכנס לתוקף, וזאת ככל שמדובר בהעסקה של מבקשי מקלט הממתינים להכרעה בבקשות המקלט שלהם ו/או בהעסקה של אנשים שמוחלת עליהם "הגנה קולקטיבית" מפני הרחקתם למדינות אזרחותם; וזאת עד להכרעה בעתירה.

ואלה נימוקי הבקשה לצו ביניים:

"הקפאת המצב הקיים"

- א. כידוע, ההלכה לעניין מתן צו ביניים מורה כי, על דרך העקרון, זה ינתן "על מנת לשמור על המצב הקיים" (בג"צ 345/61 אל-כאזן נ' מנהל רשות השידור, פ"ד טו (1) 2364, 2366). בענייננו, המבוקש הוא אכן לשמור על המצב הקיים.
- ב. כפי שיפורט להלן, במסגרת הבקשה לצו-על-תנאי, משך חודשים ושנים ארוכות העביר משרד הפנים מסר ברור, גם בכתובים וגם מעל במת הכנסת, לפיו מותר למבקשי מקלט לעבוד עד להכרעה בבקשות המקלט שלהם.
- ג. מאוחר יותר, השתנתה הגישה, והטיעון הפך להיות: אמנם אסור לאנשים אלה לעבוד, אך משרד הפנים אינו אוכף את איסור ההעסקה כנגד המעסיקים ו/או העובדים. ניתן ללמוד על כך באופן הברור ביותר מדבריהם של מר יוסי אדלשטיין, ראש האגף לזרים במשרד הפנים, ומדבריה של עו"ד אביטל שטרנברג, ראש תחום (יעוץ) במשרד המשפטים, בדיון בוועדת עובדים זרים בכנסת בתאריך 2.3.10:

יוסי אדלשטיין:

... היום כל המסתננים שנכנסים לארץ נעצרים ומי שמשוחרר מבית המשמורת הוא משוחרר בתנאים, הוא מקבל אשרת שהיה שנקראת ס2א5 שהיא אשרת שהיה בלבד. זו לא אשרת עבודה. ועל פי החוק זה שחרור בתנאים שהחוק הסמיך אותי.

היו"ר יעקב כץ:

כלומר שמי שמעסיק אותו בעצם עובר על החוק לפי הפרסומים שאנחנו שומעים עכשיו ברדיו.

יוסי אדלשטיין:

נכון אמרת.

היו"ר יעקב כץ:

הבנתי. תודה. אני רוצה לשמוע פה ממשרד המשפטים אביטל שטרנברג...

אביטל שטרנברג:

אני לא בצד של התוכניות אבל לגבי הצד של הדין אני אעיר שהיתה הודעה של המדינה שלא יאכפו. ברגע שמדובר באוכלוסייה הזאת, 18 אלף, היתה הודעה, אני מציעה שתשאלו את מר אפרים כהן ואת יוסי לגבי ההודעה על אי אכיפה לגבי עצם ההעסקה.

היו"ר יעקב כץ:

אני רוצה לברר את זה. יש דין לאכוף או אין דין לאכוף? ...

יוסי אדלשטיין:

אז אני אחדד את זה. ברמת העיקרון יש דין. מאידך יש החלטה שכרגע לא אוכפים.

ההדגשות הוספו; פרוטוקול הדיון (עמודים רלוונטיים) רצ"ב ומסומן ע/1
ד. ואכן, אין חולק שנכון להיום העמדה הרשמית של משרד הפנים הינה, שמעסיקים של מבקשי מקלט אינם נקנסים בגין העסקה שלא כדין. הדבר אף עולה מפורשות מהחלטת הממשלה הנתקפת בעתירה זו, והקובעת כי יוקם "צוות מצומצם... אשר יציע לממשלה בתוך 14 ימים צעדים שיאפשרו תחילת אכיפה כנגד מעסיקי מסתננים כד שהאכיפה בפועל תחל לא יאוחר מיום 1.9.2010". (ההדגשות הוספו). מדברים אלה ניתן ללמוד היטב, שבעת הגשת בקשה זו, אין ננקטות כל פעולות אכיפה כנגד מעסיקים של מבקשי מקלט.

ה. זאת ועוד, המצב המשפטי הנוכחי הוא, שעל פי פסיקת בית-המשפט לעניינים מנהליים, יש למבקשי מקלט זכות לעבוד. ביום 13.7.10 נתן כב' השופט רמי אמיר מבית-המשפט המחוזי מרכז בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים פסק-דין משותף בשש עתירות מנהליות (עת"מ 35858-06-10-10-06-10) סייקו נ' משרד הפנים, יחד עם עתירות נוספות; העתק פסק-הדין רצ"ב). פסק-דין זה פיזר, למעשה, את מסך הערפל אשר אפף את השאלה האם רשאים מבקשי מקלט, בעלי רישיונות ישיבה "מסוג 2(א)(5) לחוק", לעבוד. השופט אמיר פסק באותו עניין כך:

אינני רואה כדבר אפשרי וסביר להתיר את שהותם של המוגנים הקולקטיביים בישראל ללא יכולת עבודה לשם כלכלתם הבסיסית. לא מדובר בתייר שמגיע, ואפשר לצפות שהגיע עם מזומנים מספיקים כדי לממן את שהותו. מדובר במי שברח מארץ מצוקה, והגיע ללא כל. וברגע שהמדינה סבורה – וזוהי עמדתה כל עוד ההגנה הקולקטיבית קיימת, שאין להרחיק ואין לעצור אדם כזה שבא בגדר ההגנה האמורה – אזי מחויבת המדינה לתת גם פיתרון

לאפשרות הקיום האנושי הבסיסי של אותו עותר, וזאת כל עוד ההגנה בתוקף. לא ייתכן שאדם ירעב לחם במדינת ישראל, תהא אשרתו אשר תהא. ולא ייתכן שהמדינה תעמיד אדם בפני מצב, שתחייב אותו לעבור עבירות כדי להתקיים במובן הבסיסי ביותר, לזון עצמו ולמצוא קורת גג לראשו. אינני סבור גם שצריך "לעצום עיניים", ולומר שאסור לאדם כזה לעבוד, כאשר בד בבד אנו מניחים שיעבוד באופן לא חוקי, כדי לקיים את עצמו.

העתק פסק-הדין רצ"ב ומסומן 2/ע

1. מכאן, שעל פי המצב המשפטי הנוכחי, מותר למבקשי מקלט לעבוד בישראל (וזאת, למיצער, ככל שמדובר במבקשי מקלט המגיעים ממדינות – כגון אריתריאה או סודן – אשר ביחס אליהם ישנה החלטה של משרד הפנים ליתן להם "הגנה קולקטיבית").
2. אשר על כן, יהא במתן צו הביניים כדי "להקפיא את המצב הקיים", בהתאם להלכה המבוססת באשר למתן צווי ביניים בבג"ץ.

"מאזן הנוחות"

- ח. זאת ועוד, אי-מתן צו הביניים עלול לגרום למבקשי המקלט נזק בלתי-הפיך. זאת הואיל ומעסיקים, שיחששו מפני קניסתם על-ידי פקחי יחידת "עוז" של משרד הפנים, עלולים לפטר את עובדיהם מבקשי המקלט. כך יוותרו מבקשי המקלט מובטלים, ואין מי שיתקע לידיהם שמקומות עבודתם "יחכו להם", ומעסיקהם ישובו ויקלטו אותם לעבודה גם אם יתקבלו הסעדים המבוקשים בעתירה זו, במועד מאוחר יותר.
- ט. בנוסף, אפילו יוכלו מבקשי המקלט לשוב לעבודה במועד מאוחר יותר, לאחר קבלת העתירה, עלולים הם להפסיד זכויות שונות מכוח חוקי המגן. כך, למשל, ככל שמבקש המקלט מועסק ע"י מעסיק מסויים פחות משנה, ומעסיקו מפטרו בגין החלטת הממשלה המותקפת בעתירה זו – הרי שפיטוריו יגרמו לאבדן זכותו לפיצויי פיטורים, בסך של משכורת חודשית אחת לכל שנת עבודה (ר' סעיף 1(א) לחוק פיצויי פיטורים, התשס"ג-1963)¹.
- י. באופן דומה, ייאבד מבקש מקלט, אשר הועסק במקום עבודתו פחות משנה, את זכותו לדמי הבראה בסך של 1,655 ש"ח לשנה (ר' צו הרחבה בדבר תשלום דמי הבראה משנת 2008, המרחיב את ההסכם הקיבוצי הקובע כי הזכות לדמי הבראה קמה רק משהשלים עובד שנת עבודה אחת).

¹ לגבי עובד שעבד יותר משנה, זכותו לפיצויי פיטורים בנסיבות אלה של אי חידוש האשרה ע"י משרד הפנים טרם נתבררה ע"י בית הדין הארצי לעבודה; הוא הדין באשר לזכותו של עובד לחלף הודעה מוקדמת בנסיבות שכאלה; ישנה פסיקה של בתי הדין האיזוריים לעבודה, לפיה עובד במצב מעין זה זכאי הן לפיצויי פיטורים (בתנאי שעבד יותר משנה), והן לחלף הודעה מוקדמת, ר' ע"ב 3644/03 בוגדן נ' ר.מ.ט בע"מ (טרם פורסם).

יא. הפסקת עבודתו של מבקש המקלט, פירושה גם שהוותק שלו במקום העבודה החדש – אשר יש לו השלכה על זכויותיו על פי חוקים רבים, הסכמים קיבוציים רבים, וצווי הרחבה רבים ממשפט העבודה (לדוגמה: חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951) – "יתאפס".

יב. כל אותן זכויות על פי חוקי המגן – לא יוכלו העובדים לקבלן בדיעבד, ככל שיתקבלו בעתיד כלשהו הסעדים המבוקשים על-ידי העותרים במסגרת עתירה זו. כך, למשל, עובד שיפוטר ב-1.9.2010 לאחר 11 חודשי עבודה, ייאבד את זכותו לקבל פיצויי פיטורים ודמי הבראה, וגם אם מאוחר יותר יסכים מאן דהוא להעסיקו (ככל שיודיעו המשיבים שהם נסוגים מכוונתם לקנוס מעסיקים בגין העסקת מבקשי מקלט, או ככל שביית-משפט נכבד זה יפסוק כאמור) הרי שהוותק של אותו מבקש מקלט במקום העבודה "יתאפס" לעניין הזכות לפיצויי פיטורים, דמי הבראה, וזכויות סוציאליות אחרות.

יג. בחלק מהמקרים, **אבדן מקום העבודה פירושו גם אבדן מקום המגורים**. כך, למשל, מבקשי מקלט רבים מועסקים בבתי המלון באילת, ומתגוררים במגורים שמספקים להם בתי המלון הללו. בעבר, עת הודיע משרד הפנים בשלהי 2008 על איסור המשך שהיית מבקשי המקלט באילת (יזמה שנגדעה באיבה הודות לצו ביניים שהוצא בעתירה שהגישו העותרים דנן, במסגרת בג"ץ בג"ץ 10463/08), נתנה, למשל, רשת מלונות ישרוטל לעובדיה מבקשי המקלט באילת מכתב, ובו נכתב: "In addition, you will be required... to vacate the premises where you have been living"

העתק מכתב מרשת ישרוטל רצ"ב ומסומן ע/3

יד. ראוי לציין עוד, כי חלק ממבקשי המקלט הם הורים לילדים קטנים. הם אינם מקבלים קיצבאות מן המוסד לביטוח לאומי ואינם מבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי. בנסיבות אלה, עמל כפיהם הוא מקור ההכנסה הבלבדי שלהם. החלטת הממשלה המותקפת בעתירה זו עלולה להמיט אסון כלכלי על משפחות אלה, ולהביאן הרבה מתחת לקו העוני (אשר מתחתיו הן מצויות בלאו הכי). ללא תמיכה של מערכת הרווחה הישראלית, החלטה זו עלולה להביא ילדים קטנים, כמו גם את בני משפחותיהם הבגירים, לכדי רעב.

טו. מכל הסיבות המנויות לעיל – ומסיבות נוספות המפורטות בבקשה לצו על תנאי, עולה כי הפגיעה אשר עלולה להיגרם למבקשי המקלט מאי-מתן צו הביניים תעלה עשרות מונים על הפגיעה אשר תיגרם למדינה, אשר ממילא טרם גיבשה את מדיניותה בנושא הפליטים באופן מקיף, ממתן הצו. אשר על כן, **על פי מבחן "מאזן הנוחות", כמו גם על פי מבחן "הקפאת המצב הקיים", שפורט לעיל, מן הראוי להוציא צו ביניים כמבוקש.**

ואלה נימוקי העתירה:

הרקע העובדתי

1. מאז שנת 2005 נכנסו לישראל מבקשי מקלט במספרים גבוהים בהרבה מאלה שהיתה ישראל מורגלת אליהם בעבר.

2. הרוב המכריע של מבקשי המקלט אשר נכנסו לישראל מאז 2005 הינם נתינים של שתי מדינות: סודן ואריתריאה.
3. מאז 2005 ועד היום לא החזירה מדינת ישראל ולו מבקש מקלט אחד מאריתריאה או מסודן למולדתו.²
4. חוסר היכולת המשפטית של ישראל לפעול להרחקתם של מבקשי המקלט האריתראים והסודנים משטחה נובע ממספר נימוקים. בראש ובראשונה, איסור ההרחקה נובע מעקרון ה- non refoulement, הקבוע בסעיף 33 לאמנת הפליטים, ובסעיף 3 לאמנה נגד עינויים.
5. כידוע, האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים (להלן: "אמנת הפליטים") באה לעולם בעקבות הלקחים הנוראיים שנלמדו ממלחמת העולם השנייה, ובעיקר משואת היהודים שהתחוללה במהלכה של מלחמה זו. העובדה שהשואה עמדה ברקע ההחלטה לנסח כללים בינלאומים מחייבים בדבר הגנה על אנשים הנרדפים על רקע השתייכותם הקבוצתית עמדה גם ביסוד הזמנת מדינת ישראל הצעירה להשתתף, במסגרת מספר מצומצם של מדינות נבחרות, בוועדה שהכינה את נוסח האמנה (Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons).
6. נוסח סופי של האמנה הונח על שולחנו של מזכ"ל האומות המאוחדות ב- 1951. ישראל היתה אחת מן מדינות הראשונות אשר חתמו על האמנה ואשררה (כ"א 65, כרך 3, עמ' 5). מאוחר יותר, אשררה מדינת ישראל גם את הפרוטוקול המשלים לאמנה משנת 1967 (כ"א 690 כרך 21 עמ' 23).
7. הכלל היסודי העומד בלב אמנת הפליטים הוא עקרון ה- Non-Refoulement (איסור הגירוש או ההחזרה), הקבוע בסעיף 33(1) שבה:
- שום מדינה מבעלות האמנה לא תגרש ולא תחזיר ("refouler") פליט באיזו צורה שהיא אל גבולות הארצות שבהן יהיו חיינו או חירותנו בסכנה מטעמי גזע, דת, אזורות, השתייכות לקבוצה חברתית מסויים או להשקפה מדינית מסויימת.
8. חשיבותו של עקרון ה- Non Refoulement חרגה כבר מזמן מתחום אמנת הפליטים, ואמנת העינויים³, והוא מוכר כיום כחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי. עקרון זה מוכר גם כחלק מן המשפט הישראלי כפי שקבע כב' הנשיא ברק בפרשת אל טאיי:
- כל סמכות שלטונית - לרבות סמכות הגירוש על-פי חוק הכניסה לישראל - צריכה להיות מופעלת על בסיס ההכרה "בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין..." (סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם

² ישראל מרחיקה, עם זאת, מבקשי מקלט ממדינות שונות למצרים בסמוך לכניסתם דרך הגבול המצרי, וזאת על פי מדיניות הקרויה "החזרה חמה"; חוקיותה של מדיניות זו נבחנת בבג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים ואח' נ' שר הביטחון ואח'.

³ עקרון ה- Non Refoulement קבוע גם בסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984, אשר גם אותה אשררה ישראל (כ"א 1039, כרך 31, עמוד 249)

וחירותו). זהו העיקרון הגדול של ה-*non refoulement*, לפיו אין לגרש אדם למקום שבו יועמדו חייו או חירותו בסכנה. עקרון זה מעוגן בסעיף 33 לאמנת הפליטים. הוא מהווה חלק מהחקיקה הפנימית של מדינות רבות, הקולטות את הוראות האמנה, או המסדירות את הדבר בנפרד. הוא עיקרון כללי, שאינו מוגבל אך ל"פליטים". הוא חל בישראל על כל סמכות שלטונית שעניינה גירוש אדם מישראל.

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

9. רבים ממבקשי המקלט הסודנים אשר נכנסו לישראל בשנים האחרונות הינם תושבים-לשעבר של חבל דארפור, אשר נרדפו על-ידי השלטון הסודני ומשתפי הפעולה מטעמו (כנופיות הג'ינג'ווד) בגין השתייכותם האתנית. אנשים אלה הינם קרבנות רצח עם, אשר עברו את הנוראות שבחוויות. בגין רדיפה זו, הוציא בית-הדין הפלילי הבינלאומי (ה-ICC) צו מעצר בינלאומי כנגד נשיא סודן, עומר אל-בשיר, באשמת רצח-עם (גינوسیיד), וזאת בנוסף להוצאת צווי מעצר כאמור כנגד בכירים נוספים בממשל הסודני.
10. קבוצה אחרת של מבקשי מקלט מסודן, אשר נכנסה לישראל, הינה של תושבים לשעבר של דרום-סודן. רבים ממבקשי המקלט מדרום סודן הם קורבנותיה של אחת המלחמות הארוכות והעקובות מדם שהתחוללו באזורנו. משנת 1983 ועד לחתימת הסכם השלום בינואר 2005 התחוללה מלחמת אזרחים שבה נלחם המשטר המוסלמי הפונדמנטליסטי שבצפון סודן כנגד הדרום הנוצרי והאנימיסטי. במהלך מלחמה זו נהרגו כשני מליון אנשים וארבעה מיליון נעקרו מבתיהם. בין הפליטים הנמצאים בישראל גם צעירים אשר איבדו את בני-משפחותיהם, והם עצמם נחטפו מכפריהם, שועבדו לעבדות ונאנסו להמיר את דתם. גם היום המצב בדרום סודן טרם התייצב, והמלצת נציבות האו"ם לפליטים הינה להמשיך ולהחיל על אנשים אלה את עקרון ה-*non-refoulement*.
11. על הרקע המתואר לעיל, רבים מהאזרחים הסודנים אשר נכנסו לישראל הינם בבחינת פליטים על פי ההגדרה המשפטית של "פליט" באמנת הפליטים, ועל כן חל איסור על גירושם מישראל.
12. החזרת מבקשי המקלט מאריתריאה לארצם מעוררת בעיות דומות. בעולם נצבר ניסיון מר בעקבות החזרת מבקשי מקלט שבקשותיהם נדחו על-ידי מלטה (בשנת 2002) ולוב (בשנת 2004) לארצם. בשני המקרים הסתבר בדיעבד כי מבקשי המקלט נכלאו לתקופות ארוכות בתנאים אכזריים, לעתים בתאי מעצר תת-קרקעיים, ללא מגע עם העולם החיצון ונחשפו לעינויים. רבים מהם לא שרדו תנאים קשים אלה. באריתריאה שולט מאז שנת 1993 משטר דכאני ומצב זכויות האדם שם מצוי בהתדרדרות מתמדת. נציבות האו"ם לפליטים הזהירה כי אנשים שונים עלולים להיחשף שם לרדיפה ובהם: עריקים מן הצבא או מי שנמנעו מלהתגייס, מתנגדים ופעילים פוליטיים (או אנשים שמיוחסת להם התנגדות פוליטית), עיתונאים או אנשי תקשורת, ראשי ארגוני עובדים או פעילי זכויות עובדים, מיעוטים בני-דתות שונות, נשים העונות לפרופיל מסויים (נשים שסבלו אלימות במשפחה, או אלימות חמורה אחרת, נשים שביצעו הפלה או הרו מחוץ לנישואין, נשים או נערות שנמצאות בסיכון לפרקטיקות מסורתיות) והומואים. בהנחיות

שפורסמו באפריל 2009 קובעת נציבות האו"ם לפליטים חזקה לפיה רוב מבקשי המקלט האריתראים הנמלטים מארצם נופלים בגדר אמנת הפליטים משנת 1951, ולפיכך ביקשה להימנע מהחזרת מבקשי מקלט מאריתריאה לארצם או לארצות שלישיות העלולות לגרשם לארצם. בעקבות כך, קיימת כיום הנחייה/בקשה של נציבות האו"ם לפליטים ממדינות ברחבי העולם שלא להחזיר מבקשי מקלט מאריתריאה לארצם.

העתק מכתב מנציבות האו"ם לפליטים בישראל בעניינם של ששה מבקשי מקלט מאריתריאה מיום 17.6.2007 מצורף ומסומן כנספח 4/ע

UNHCR, Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum Seeker from Eritrea, April 2009, p.10, found at:

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/49de06122.pdf>

13. למרות שמדינת ישראל נמנעה מלהחזיר את מבקשי המקלט מסודן ומאריתריאה לארצותיהם (ובכך קיימה, בדרך כלל, את העיקרון הבסיסי של ה-*non refoulement*), הרי לא בוצעו בעניינם כל הליכים לקביעת מעמדם לפי אמנת הפליטים (RSD – Refugee Status Determination). בכך נוצר מצב בעייתי, בו מבקש מקלט מרואנדה למשל (או מכל מדינה אחרת שאינה סודן או אריתריאה) עובר ראיון מעמיק, והליך בדיקה של זכאותו למעמד פליט (RSD) (עד ל-1.7.09 על-ידי הנציגות בישראל של נציבות האו"ם לפליטים, ומאז – על-ידי היחידה לטיפול במבקשי מקלט של משרד הפנים), בעוד שמבקש מקלט מסודן או מאריתריאה מצוי במעין ריק (*limbo*) משפטי. הבקשות למקלט אינן נבחנות וגם מבקשי מקלט ששוהים בישראל כבר יותר מחמש שנים עדיין נמצאים כאן כשצווי הרחקה שאינם ברי-ביצוע תלויים ועומדים כנגדם, ועתידם לוט בערפל.

14. כפי שייטען בפירוט בפרק ה"טיעון המשפטי", מדינת ישראל מקדמת את הטיעון הקפקאי הבא: מחד גיסא, אינה מאפשרת לאריתריאים ולסודנים לעבור הליכי RSD, במהלכם ייקבע האם הם עונים על הגדרת ה"פליט" על פי אמנת הפליטים. ומאידך גיסא, המדינה טוענת כי הואיל ואינם מוכרים כ"פליטים", הרי שאין מוקנות להם זכויות המוקנות לפליטים על פי אמנת הפליטים. בפרק ה"טיעון המשפטי" יטענו העותרים כי מדובר במסקנה משפטית מופרכת, וכי מלומדי משפט כבר קבעו כי המשמעות של אי קיום הליכי RSD הינה הקניית זכויות של "פליטים השוהים בהיתר" למבקשי המקלט. בנוסף, מבקשי מקלט אחרים ממתנינים חודשים ושנים להכרעה בבקשות המקלט שלהם, וזאת תוך כדי שמשרד הפנים טוען, נכון להיום (ולהבדיל מבעבר), שאין להם זכות לעבוד.

שינויים בעמדת הרשויות: האם מותר למבקשי מקלט לעבוד?

15. בעבר, קבעו רשויות המדינה מפורשות שמותר למבקשי מקלט לעבוד בישראל.

16. בשנת 2003, יצא מלשכת שר הפנים מכתב, בו נאמר כדלקמן:

על פי התרשמותינו, המצב בו מבקשי מקלט מאולצים לחיות במציאות בה אין להם אפשרות לכלכל את עצמם מחד גיסא, ולעומת זאת המדינה לא מספקת להם שום סעד כלכלי אינה סבירה.

לפיכך בהמלצת השר הועברה הנחייה ללשכת מינהל האוכלוסין להסדיר למקרים הרלוונטיים וכן למבקשי מקלט עתידיים אשרות מסוג ב/1.

העתק מכתב מיום 30.4.03 מאת מר גיא בן גל, יועץ שר הפנים, רצ"ב ומסומן ע/5

17. מספר שנים מאוחר יותר, במכתב מיום 27.3.2006 מאת הממונה על יחידת הסמך לעובדים זרים במשרד התמ"ת, מר שלום בן משה, אל מר מיקי בבלי, ראש הנציגות הישראלית של נציבות האו"ם לפליטים דאז, נכתב מפורשות כי "העסקת מבקש מקלט" כהגדרתו במכתבי זה, לא תחשב עבירה של העסקת עובד זר שלא כדין לפי סעיף 2(א) לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991". מר בן משה הגדיר במכתבו את הביטוי "מבקש מקלט" בין השאר כ"נתין זר הנושא אישור מקורי בתוקף מאת נציב הפליטים של האו"ם בישראל, שעליו תמונה מקורית של מבקש המקלט וחותמת לחץ, לפיו נושא האישור הינו בהמתנה להחלטה בנושא מעמדו, או כי הוא מוכר רשמית כמבקש מקלט זמני בישראל".

העתק מכתב מיום 27.3.06 מאת מר בן-משה רצ"ב ומסומן ע/6

18. באותה הרוח, כתבה ביום 18.2.2007 עו"ד שושנה שטראוס מהלשכה המשפטית של משרד התמ"ת אל מר בבלי:

בעקבות פנייתך ליחידת הסמך לעובדים זרים בעניין העסקת מבקשי מקלט מסודן, הממונה על יחידת הסמך לעובדים זרים הנחה את ממוני האכיפה ביחידת הסמך כי אין לראות בהעסקתו של מבקש מקלט מסודן עבירה של העסקת עובד זר שלא כדין, לפי סעיף 2(א) לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, ואין להטיל קנס לפי סעיף 2(א) הני"ל על מעסיק של מבקש מקלט מסודן גם כאשר אין בידי אותו מעסיק היתר מיחידת הסמך לעובדים זרים להעסיק עובד זר.

...

לצורך הנחיה זו, מבקש מקלט מסודן מוגדר כלהלן: נתין סודני המחזיק תעודת שחרור ממשמורת... או מכתב מאת הנציב העליון לפליטים של האו"ם המאשר כי הנתין הסודני פנה לנציב בבקשה לקבל מקלט מדיני בישראל.

העתק מכתב מיום 18.2.07 מאת עו"ד שושנה שטראוס רצ"ב ומסומן ע/7

19. ושוב, ב- 5.3.2008, הוציא משרד התמ"ת הנחייה ברוח דומה, וזאת במכתב מאת מר אפרים כהן, הממונה על יחידת הסמך ויו"ר המינהלת לעובדים זרים במשרד התמ"ת, אל התאחדות המלונות ואל התאחדות התעשיינים. מכתב זה קובע, כי לאחר התייעצות עם ראש מינהל האוכלוסין במשרד הפנים "...הנני להודיע בזה כי אדם שיעסיק נתין זר מכל מוצא שהוא יהא צפוי לעונשים בגין העסקת עובד זר שלא כדין לפי חוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, וזאת כל עוד אין בידי אותו עובד אחד המסמכים כלהלן: ... ג. מכתב מקורי בתוקף מאת נציב הפליטים של האו"ם בישראל, שעליו תמונה מקורית של מבקש המקלט וחותמת לחץ, לפיו הנתין הזר נושא המכתב הינו בהמתנה להחלטה בנושא מעמדו, או כי הוא מוכר רשמית כמבקש מקלט זמני בישראל".
- העתק מכתב מיום 5.3.08 מאת מר אפרים כהן רצ"ב ומסומן ע/8
20. ב- 1.7.2009 הועברו סמכויות שונות מהנציגות הישראלית של נציבות האו"ם לפליטים למשרד הפנים הישראלי. כך, למשל, הנציבות הפסיקה, ככלל, לראיין מבקשי מקלט. במקביל, הפסיקה הנציבות להנפיק "ניירות הגנה" למבקשי מקלט. יצויין עוד, שבערך באותו הזמן, הועברו סמכויות האכיפה בגין העסקה שלא כדין (קניסת מעסיקים) ממשרד התמ"ת למשרד הפנים.
21. עוד לפני העברת הסמכויות, החל משרד הפנים להנפיק רישיון ישיבה מסוג חדש, אשר מעולם לא הנפיקו קודם לכן, למבקשי המקלט. ברישיונות אלה נרשם כי הרישיון הוא מסוג "ס' 2(א)(5) לחוק – משוחרר בתנאים CONDITIONAL RELEASE". לכל מבקש הוצא צו הרחקה מישראל, במקביל להוצאת הרישיון הנ"ל.
- העתק של רישיון ישיבה "מסוג ס' 2(א)(5) – משוחרר בתנאים" לדוגמה רצ"ב ומסומן ע/9
22. הדבר בא לידי ביטוי ב"נוהל הארכת אישורי שהייה למסתננים", הקובע בסעיף 1 כי "אוכלוסיית המסתננים מאריתריאה וסודן אשר טרם הוכרה כפליטים, מקבלת אישור שהייה מיוחד ע"י יחידת האכיפה ע"פ חוק הכניסה ע"פ סעיף 2(א)(5) לחוק". (הכוונה לחוק הכניסה לישראל – י"ל).
- העתק "נוהל הארכת אישורי שהייה למסתננים" רצ"ב ומסומן ע/10
23. עם זאת, יש לציין, שלא רק אזרחי אריתריאה וסודן מקבלים רישיון "מסוג 2(א)(5)". כל מבקש מקלט בישראל מקבל כיום רישיון מסוג זה, תהא אשר תהא מדינת אזרחותו. ההבדל הוא, שאזרחי מדינות שאינן אריתריאה וסודן מקבלים רישיון מסוג 2(א)(5) עד להחלטה בבקשת המקלט שלהם, החלטה שמתקבלת לאחר קיום ראיון עומק ביחידת הטיפול במבקשי מקלט (יחידת ה-RSD) של משרד הפנים. לעומת זאת, אזרחי אריתריאה וסודן (וכן, כנראה, חלק מהקונגולזים ומהחוף-שנהבים, במספרים קטנים בהרבה) אינם מופנים כלל לראיון עומק, ואין מתקבלת כל הכרעה בבקשות המקלט שלהם. הם נהנים מ"הגנה קבוצתית" המגנה עליהם מפני

החזרה למדינות המוצא שלהם, אך הם נותרים עם אותו רישיון מסוג 2(א)5 לאורך שנים, ללא כל מועד נראה לעין לדיון בבקשות המקלט שלהם⁴.

24. רישיון עלום זה – אשר, כפי שייטען להלן, אינו באמת "רישיון", שכן על פי הדין הישראלי אין רישיון ישיבה מסוג זה כלל וכלל – שותק באשר לשאלה האם מותר למי שאוחז בו לעבוד, אם לאו.

25. עם זאת, הנציגים הבכירים ביותר של משרד הפנים הצהירו בעבר שמותר למבקשי המקלט שאוחזים באותו רישיון לעבוד.

26. בישיבת הוועדה המשותפת לוועדת הפנים והגנת הסביבה והוועדה לענייני ביקורת המדינה בכנסת מיום 24.6.08. שאל יו"ר הוועדה לענייני ביקורת המדינה את מר יעקב גנות, מנהל מינהל האוכלוסין דאז במשרד הפנים, מה מעמדם של אותם פליטים אריתראים וסודנים אשר לא הוכרו וקיבלו זכויות מן המדינה (להבדיל מ-500 הפליטים מסודן שזכו במעמד של תושבות ארעית):

יעקב גנות:

עד לפני חודש כ-2,200 אריתראים היו במעמד של עובדים בארץ, וקיבלו אישור עבודה לחצי שנה. כל היתר, וגם אלה שקודם קיבלו אישור שהייה מהאוי"ם, נכנסים למעגל מקבלי אישור לחודש בתנאי אחד: מחוץ לתחום שבין חדרה לגדרה. אנחנו לא רוצים לאפשר להם להתמקם במרכז תל-אביב.

...

היו"ר זבולון אורלב:

מה עתידם?

יעקב גנות:

הם עובדים כמו כל אחד בשלב זה.

(פרוטוקול דיון הוועדה המשותפת מיום 24.6.08, בעמ' 12).

⁴ נכון להיום, מדינת ישראל אינה מבצעת, מסיבותיה שלה, הליכי בדיקה אינדיבידואליים (RSD) למבקשי מקלט מאריתריאה ומסודן – לא באמצעות משרד הפנים ולא באמצעות הנציגות בישראל של נציבות האוי"ם לפליטים. הדברים הועלו על הכתב במסגרת הודעת המדינה לבית המשפט הגבוה לצדק בבג"צ 7302/07 מיום 18.11.08. בסעיף 10 להודעה זו נכתב: "יצוין, כי מבקשי מקלט הטוענים להיותם נתינים מאריתריאה וסודן, אינם נמצאים כעת ברשימת הממתינים לראיון עומק, היות ולעת הזאת, לא צפויה הרחקתם למדינות מוצאם, וכיוון שכך, בשלב זה, אין צורך מיידי בבחינת טענותיהם למתן מקלט מדיני על בסיס טענות פרטניות, במסגרת ראיונות עומק". הליכי RSD אינם מתבצעים גם ביחס לאזרחי מדינות נוספות, דוגמת קונגו, וחלק מאזרחי חוף-השנהב. בפגישה שהתקיימה בין נציגי הארגונים לבין נציגי המדינה במשרדו של עו"ד מייק בלס ב-17.3.09, דיווחו נציגי המדינה על העברת האחריות על עריכת ראיונות עומק למבקשי מקלט מנציבות האוי"ם לפליטים למשרד הפנים הישראלי. הח"מ ביקש לדעת האם בכוונת משרד הפנים לערוך ראיונות עומק גם לאריתראים ולסודנים. מר אדלשטיין השיב: "התישאול ייעשה לכל מבקשי המקלט. עם זאת, בשל מספרם הגדול של מבקשי המקלט שהטיפול בעניינם טרם הושלם, נצטרך לקבוע סדר עדיפויות בעריכת התישאולים המעמיקים. סדר התישאולים לא ייקבע בהכרח לפי מועד הגעתם לישראל של מבקשי המקלט". מאז חלפו חודשים רבים, ועדיין סודנים ואריתראים אינם זוכים לראיונות RSD, וכך אינם יכולים להוכיח את דבר היותם פליטים על פי הגדרת מונח זה בסעיף 1A לאמנת הפליטים. כך אף אזרחי קונגו, וחלק מאזרחי חוף-השנהב.

בהמשך הישיבה עלה הנושא שוב, ובמענה לשאלה הבהיר מר גנות:
הם הגיעו לתל-אביב, אנחנו הרחקנו אותם מתל-אביב, ונתנו להם אפשרות לעבוד
בכל מקום" (בעמ' 23).

פרוטוקול ישיבת הוועדה המשותפת לוועדת הפנים והגנת הסביבה והוועדה לענייני ביקורת
המדינה בכנסת מיום 24.6.08 (עמודים רלוונטיים) רצ"ב ומסומן ע/11
27. למען השלמת התמונה העובדתית, יצויין שמאוחר יותר הודיעה המדינה, במסגרת בג"ץ 5616/09
(עתירה שתקפה את איסור השהיה של מבקשי המקלט בין חדרה וגדרה), ובג"ץ 10463/08
(עתירה שתקפה את הכוונה לאסור את שהייתם של מבקשי מקלט באילת), ש"שר הפנים החליט
בנוגע למסתננים, שלעת הזו לא ניתן להרחיקם למדינת אזרחותם מטעמים כאלה ואחרים, כי
תתאפשר שהייתם בכל האזורים" (ההודעה צוטטה בפסק-דינו של בית-המשפט נכבד זה, בבג"ץ
5616/09 מיום 26.8.09).

28. במסמך מיום 12.8.09, שכותרתו "מעמד והגנת מבקשי מקלט בישראל – הסברים ועדכונים",
שהפיצה נציבות האו"ם לפליטים לארגונים בישראל, נכתב: "ליאשרת שחרור בתנאים
מתייחסת המדינה כאל היתר עבודה (למרות שלא מצויין על גבה כי היא היתר עבודה)" (בעמ' 4
למסמך).

מסמך "מעמד והגנת מבקשי מקלט בישראל – הסברים ועדכונים" מאת נציבות האו"ם לפליטים
רצ"ב ומסומן ע/12

29. למרות כל אותן הבהרות, עדיין נותרה בעינה העובדה שברישיונות הישיבה של מבקשי המקלט
לא צויין מפורשות שמותר להם לעבוד, דבר שהדאיג מעסיקים רבים. מעסיקים אלה פנו לעיתים
למשרד הפנים, וקיבלו תשובות סותרות באשר לשאלה האם מותר להעסיק מבקש מקלט בעל
רישיון מסוג "2(א)(5) לחוק"⁵.

30. בפגישה שהתקיימה בין נציגי ארגונים לזכויות הפליטים לבין נציגי משרדי הפנים והמשפטים
במשרדו של מר מייק בלס, המשנה ליועמ"ש, בתאריך 17.3.09, העלה הח"מ סוגייה זו, וטען: "זו
דרך עקומה להתיר לעבוד והיא מנוגדת למנהל תקין. אם מותר, או אסור, לבעל הרישיון לעבוד,
יש לומר זאת במפורש. כל עוד אנשים אלה לא מגורשים, אנחנו לא רוצים שיגועו ברעב, או
שיגנבו, או שיפלו למעמסה על מוסדות הרווחה". על כן ביקש הח"מ שייכתב ברישיונות הישיבה
של מבקשי המקלט במפורש שבעל הרישיון זכאי לעבוד. בתגובה לדברים אלה אמר עו"ד דניאל
סלומון ממשרד הפנים: "ראש הממשלה העמיד את מר גנות בראש צוות בין משרדי... בדיון

⁵ ביום 14.7.2010 שודר בגלי צה"ל ראיון של העיתונאי רזי ברקאי עם מר יוסי אדלשטיין ממשרד הפנים, באשר
לשאלה האם מותר להעסיק מבקשי מקלט בישראל. קדם לראיון שידור של שיחות שקיימו תחקירני גל"צ עם
מוקדני משרד הפנים, במהלכן הציגו את עצמם כמעסיקים וביקשו לדעת האם מותר להם להעסיק מבקשי מקלט
בעלי רישיון "שחרור בתנאים" (2(א)(5) לחוק). שני מוקדנים ענו בחיוב, בעוד ששני מוקדנים אחרים ענו בשלילה.
מר אדלשטיין, אשר עמדתו הנוכחית הינה, כפי שנראה להלן, שאסור לאנשים אלה לעבוד, הודיע שבכוונתו
"להבהיר את הנקודה" מול המוקדנים.

הראשון של הצוות, שהתקיים בשבוע שעבר, דובר גם על תעסוקה, ובתוך זמן קצר יובהר נושא זה (ההדגשה הוספה).

העתק פרוטוקול פגישה במשרדו של מייק בלס רצ"ב ומסומן ע/13

31. לאור הצהרתו זו של עו"ד סלומון, פנה אליו הח"מ בתאריכים 20.4.09, 14.6.09, ו-19.8.09, וביקש לקבל תשובה באשר לסוגיית התעסוקה של מבקשי המקלט – אך לא זכה לכל מענה.

העתק פניה אל עו"ד סלומון מיום 20.4.09 רצ"ב ומסומן ע/14

העתק פניה אל עו"ד סלומון מיום 14.6.09 רצ"ב ומסומן ע/15

העתק פניה אל עו"ד סלומון מיום 19.8.09 רצ"ב ומסומן ע/16

32. בניי לביני, הגישה פרקליטות המדינה ביום 30.6.09 הודעה מעדכנת, במסגרת בג"ץ 10463/08

המרכז לקידום פליטים אפריקאיים נ' שר הפנים (עתירה בה הותקפה כוונתו של משרד הפנים לאסור המשך שהיית מבקשי מקלט באילת), ובה נכתב כדלקמן: "במישור הקונקרטי, נבקש לעדכן את בית המשפט הנכבד, כי בשלב זה נבחנת בוועדה [הבינמשרדית, אשר הוקמה, כך על פי ההודעה המעדכנת הנ"ל, על מנת "לבחון לעומקה את תופעת ההסתננות לישראל" – יי ל] האפשרות לאפשר את העסקתם של המסתננים במקומות בהם תותר שהייתם, עם שחרורם ממשמורת. בשל מורכבות הנושא, יועבר העניין לבחינתו והחלטתו של שר הפנים החדש, **במהלך 45 הימים הקרובים**" (ההדגשה במקור).

33. לח"מ אין שמץ של מושג האם אמנם גיבשה הוועדה, אשר על הקמתה הודיעה הפרקליטות לבג"ץ, מסקנות כלשהן באשר לתעסוקת מבקשי מקלט, והאם העבירה המלצות כלשהן לשר הפנים. פניותיו החוזרות ונשנות אל עו"ד שירמן (ב"כ המשיבים בבג"ץ 10463/08 הנ"ל) בעניין זה הניבו תשובה לקונית: "פניותיך שבנדון הועברו לטיפול משרד הפנים. נוסף לעדכך לאחר קבלת עמדת משרד הפנים". מאז, חרף פניות נוספות, לא נתקבלה כל תשובה.

העתק תשובה מאת עו"ד שירמן מיום 7.12.09 רצ"ב ומסומן ע/17

34. לאחרונה, חל מפנה בעמדת משרד הפנים. המשרד החל מקדם את הטיעון לפיו אסור למבקשי המקלט לעבוד, אלא שמשרד הפנים אינו אוכף איסור זה. או בלשונו של מר אדלשטיין ממשרד הפנים: "ברמת העיקרון יש דין. מאידך יש החלטה שכרגע לא אוכפים". הדברים, אשר נאמרו בישיבה של ועדת עובדים זרים בכנסת בתאריך 2.3.2010, הפתיעו את נציגי ארגוני זכויות הפליטים. הנה ציטוט מדבריו של מר אדלשטיין, לפני ואחרי שתיקנה אותו עו"ד אביטל שטרנברג ממשרד המשפטים:

יוסי אדלשטיין:

... היום כל המסתננים שנכנסים לארץ נעצרים ומי שמשוחרר מבית המשמורת הוא משוחרר בתנאים, הוא מקבל אשרת שהיה שנקראת ס2א5 שהיא אשרת שהיה בלבד. זו לא אשרת עבודה. ועל פי החוק זה שחרור בתנאים שהחוק הסמיך אותי.

היו"ר יעקב כץ:

כלומר שמי שמעסיק אותו בעצם עובר על החוק לפי הפרסומים שאנחנו שומעים עכשיו ברדיו.

יוסי אדלשטיין:

נכון אמרת.

היו"ר יעקב כץ:

הבנתי. תודה. אני רוצה לשמוע פה ממשרד המשפטים אביטל שטרנברג...

אביטל שטרנברג:

אני לא בצד של התוכניות אבל לגבי הצד של הדין אני מעיר שהיתה הודעה של המדינה שלא יאכפו. ברגע שמדובר באוכלוסייה הזאת, 18 אלף, היתה הודעה, אני מציעה שתשאלו את מר אפרים כהן ואת יוסי לגבי ההודעה על אי אכיפה לגבי עצם ההעסקה.

היו"ר יעקב כץ:

אני רוצה לברר את זה. יש דין לאכוף או אין דין לאכוף? ...

יוסי אדלשטיין:

אז אני אחדד את זה. ברמת העיקרון יש דין. מאידך יש החלטה

שכרוע לא אוכפים.

ההדגשות הוספו; פרוטוקול הדיון רצ"ב ומסומן ע/1

35. ביום 13.7.10 נתן כב' השופט רמי אמיר מבית-המשפט המחוזי מרכז בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים פסק-דין משותף בשש עתירות מנהליות (עת"מ 35858-06-10 סייקו נ' משרד הפנים, יחד עם עתירות נוספות; העתק פסק-הדין רצ"ב). פסק-דין זה פירז, למעשה, את מסך הערפל אשר אפף את השאלה האם רשאים מבקשי מקלט, בעלי רישיונות ישיבה "מסוג 2(א)(5) לחוק", לעבוד. השופט אמיר פסק באותו עניין כך:

אינני רואה כדבר אפשרי וסביר להתיר את שהותם של המוגנים הקולקטיביים בישראל ללא יכולת עבודה לשם כלכלתם הבסיסית. לא מדובר בתייר שמגיע, ואפשר לצפות שהגיע עם מזומנים מספיקים כדי לממן את שהותו. מדובר במי שברח מארץ מצוקה, והגיע ללא כל. וברגע שהמדינה סבורה – וזוהי עמדתה כל עוד ההגנה הקולקטיבית קיימת, שאין להרחיק ואין לעצור אדם כזה שבא בגדר ההגנה האמורה – אזי מחויבת המדינה לתת גם פיתרון לאפשרות הקיום האנושי הבסיסי של אותו עותר, וזאת כל עוד

ההגנה בתוקף. לא ייתכן שאדם ירעב לחם במדינת ישראל, תהא אשרתו אשר תהא. ולא ייתכן שהמדינה תעמיד אדם בפני מצב, שתחייב אותו לעבור עבירות כדי להתקיים במובן הבסיסי ביותר, לזון עצמו ולמצוא קורת גג לראשו. אינני סבור גם שצריך "לעצום עיניים", ולומר שאסור לאדם כזה לעבוד, כאשר בד בבד אנו מניחים שיעבוד באופן לא חוקי, כדי לקיים את עצמו.

העתק פסק-הדין רצ"ב ומסומן ע/2

36. בהתאם, פסק השופט אמיר, שהעותרים האוחזים ברישיונות מסוג 2(א)(5) זכאים לעבוד, והוסיף וקבע שרישיונות אלה יינתנו להם לתקופות של חצי שנה.

37. ימים ספורים מאוחר יותר, ב- 19.7.10, וכנראה מבלי להיות מודעת לפסיקה הטריה הזו, קיבלה הממשלה החלטה (מס' 2104) "להקים צוות מצומצם בראשות שר המשפטים ושר הפנים ובהשתתפות נציגים ממשדד הביטחון, משרד הפנים, המשרד לביטחון הפנים, משרד האוצר, נציג שר המשפטים, נציג היועץ המשפטי לממשלה ונציג שב"כ, אשר יציע לממשלה בתוך 14 ימים צעדים שיאפשרו תחילת אכיפה כנגד מעסיקי מסתננים כך שהאכיפה בפועל תחל לא יאוחר מיום 1.9.2010".

העתק החלטת ממשלה מס' 2104 מיום 19.7.10 רצ"ב ומסומן ע/18

38. ביום 3.8.10 פנה הח"מ, בשם העותרים, אל עו"ד אסנת מנדל במסגרת הליך "קדם בג"ץ", והבהיר שככל שלא יימסר לו על הקפאת כוונת הממשלה להטיל קנסות על מעסיקים של מבקשי מקלט, וזאת עד ליום 24.8.10, ייאלץ לעתור לבג"ץ בעניין⁶.

קדם בג"ץ מיום 3.8.10 רצ"ב ומסומן ע/19

39. ביום 12.8.10 נמסר לח"מ כי הפניה הועברה לטיפולו של מר מייק בלס, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (יעוץ).

תדפיס הודעת דוא"ל מאת הגב' גבאי, מתמחה של עו"ד מנדל, מיום 12.8.10 רצ"ב ומסומן ע/20

40. ביום 16.8.10 פנה הח"מ אל עו"ד בלס, וציין כי ימתין לתשובה ל"קדם בג"ץ" שהגיש עד ל- 24.8.10. בנוסף, ביקש הח"מ לקבל לידי את מסקנותיו והמלצותיו של הצוות אשר היה אמור לקום בעקבות החלטה 2104 הנ"ל. פנייתו זו לא נענתה.

תדפיס הודעת דוא"ל אל עו"ד בלס מיום 16.8.10 רצ"ב ומסומן ע/21

⁶ ציין שעל פי פרט 12 לתוספת הראשונה לחוק בתי-משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, אין לבית-המשפט לעניינים מינהליים סמכות לדון בהחלטות ממשלה אשר עוסקות בענייני מינהל אוכלוסין ועובדים זרים. מכאן שהשגה על החלטת הממשלה מס' 2104 מקומה בבג"ץ.

הטיעון המשפטי

סבירות, הגיון בריא ושכל ישר

41. לפני שנפנה לטיעונים משפטיים המבוססים על אמנת הפליטים, על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על דברי מלומדים ועל משפט השוואתי, מן הראוי לפנות, ראשית, לשכל הישר. אין חולק שאריתראים וסודנים, כמו גם בני מדינות אחרות (קונגו וחלק מחוף השנהב), אינם מורחקים מישראל, על פי החלטה של משרד הפנים עצמו. אין חולק שחלק מאותם אנשים נמצאים בישראל כבר שנים ארוכות. אין חולק גם, שגם ביחס לבני לאומים אחרים, הליך ה-RSD אורך חודשים ושנים. הכיצד, אם כן, מצפה מדינת ישראל שאנשים אלה יתקיימו? הרי אינם יכולים להיות ניזונים מהאוויר.
42. מדינת ישראל אינה מספקת למבקשי מקלט כל עזרה כלכלית. היא אף אינה מספקת להם מגורים. זאת, כפי שיפורט להלן, להבדיל ממדינות אחרות במערב. ככל הידוע, תמיכת הממשלה במבקשי המקלט מתבטאת בשני תחומים בלבד: מבקשי מקלט קטינים זכאים לחינוך ממלכתי חינם. ומבקש מקלט, המצוי במצב חירום רפואי, זכאי לקבלת טיפול רפואי – עליו הוא יידרש לשלם מאוחר יותר – על פי סעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996. מבקשי מקלט, אשר לא הוכרו כפליטים⁷, אינם זכאים לשירותים על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, או לגימלאות על פי חוק הביטוח הלאומי (למעט חלק קטן מהגימלאות, אשר אינן תלויות בתושבות).
43. לא צריך להיות משפטן גדול כדי להבין, שאין כל דרך לטעון, מחד, שאדם זכאי להגנה מפני גירוש, אך מאידך, שאין לו כל זכאות לעבוד במדינה המעניקה לו הגנה זו. במציאות בה מדינת המקלט אינה מספקת למבקש המקלט דיור, קצבאות מחיה או שירותים רפואיים, מבקש המקלט יאלץ לבחור בין מספר אפשרויות לא-ראויות: האחת, גוועה ברעב. השניה, עבירה על החוק (בין באמצעות עבודה ללא היתר, ובין באמצעות גניבה). השלישית, חזרה למדינת המוצא שלו, מקום בו צפויה לו סכנת חיים, ובניגוד להגנה לה הוא זכאי מכוח סעיף 33 לאמנת הפליטים ו/או סעיף 3 לאמנה נגד עינויים. מדינת ישראל אינה רשאית להציב בפני מבקשי מקלט בחירה בין "אפשרויות" שכאלה.
44. על מושכלות יסוד אלה עמד כב' שופט רמי אמיר, בפסק-דין שצוטט בתחילת מכתב זה. באופן מעניין לא פחות, גם **משרד המשפטים ביטא עמדה זו ממש**. עו"ד אביטל שטרנברג ממחלקת הייעוץ של משרד המשפטים, אמרה בישיבה מיום 2.3.2010 בוועדת עובדים זרים בכנסת:

⁷ ראוי לציין, כי מדינת ישראל מכירה בפליטים בודדים מדי שנה. מדו"ח מבקר המדינה מספר 58ב, מתאריך 20.5.08, עולה שבין השנים 2002-2007 העניקה מדינת ישראל מעמד פליט רק ל-109 איש ואישה (רי טבלה בעמ' 105 לדו"ח). ממידע שנתקבל ממשרד הפנים ביחס לשנים 2008-2009 עולה כי באותן שנים הוועדה המייעצת לענייני פליטים המליצה לתת מעמד פליט רק ל-3 בני אדם (רי' סעיף 7 למכתבה של הממונה על חופש מידע במשרד הפנים מיום 12.4.2010, העתק רצי"ב ומסומן ע/25). כאמור לעיל, מרבית מבקשי המקלט בישראל – אלה שהגיעו מאריתריאה ומסודן – כלל אינם עוברים הליכי RSD, ומכאן שהוועדה המייעצת לענייני פליטים כלל אינה דנה בעניינם, ומכאן שאף אחד מהם אינו זוכה למעמד פליט.

ככל שמדובר באוכלוסייה שאתה לא יכול להרחיק, ואחד הדברים שלא צוינו כאן זה שנכון להיום אנחנו לא יכולים להרחיק אנשים לא לסודן ולא לאריתריאה. אם אתה לא תאפשר להם לעבוד אתה למעשה מכריח אותם להתפרנס, לא ברור לי איך, אבל אתה לא יכול להותיר אותם ברחובות לרעוב. וחשוב להגיד גם את זה. אני אומרת שנצטרך למצוא איזשהו פיתרון. אבל הפיתרון של שלילת תעסוקה באופן טוטאלי הוא מאוד מאוד קשה. מוסרית ומשפטית. (בעמ' 6 לפרוטוקול).

45. הגיון הדברים חל גם על מבקשי מקלט שאינם משתייכים לקבוצות ה"מוגנות קולקטיבית", אך הממתינים להכרעה בבקשות המקלט שלהם תקופה ארוכה.

הזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד

46. סירוב לאפשר למבקשי מקלט, השוהים בישראל תקופה ממושכת ברישיון, לעבוד לפרנסתם מנוגד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יוזכר, כי על פי סעיף 2 לחוק היסוד, הזכויות המנויות בו נתונות לכל אדם הנמצא במדינת ישראל, ולא רק לאזרחי המדינה.⁸

47. כידוע, בית-המשפט העליון הכיר בזכות לקיום מינימלי בכבוד, כחלק מהזכות לכבוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. "כבודו של האדם", כתב הנשיא (בדימוס) ברק, "כולל בחובו... הגנה על מינימום הקיום האנושי... אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע" (רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375-376). ואילו כבי' השופטת ארבל שנתה: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בא להבטיח קיום אנושי בסיסי לכל אחד מהפרטים בחברה... שלילה מאדם אמצעי קיום מינימאליים, והכנסה מינימאלית בכלל זאת, מחללת את כבודו" (בג"ץ 3512/04 שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נט(4) 70, 76. ר' עוד: פסק-דינו

⁸ זאת, להבדיל מחוק יסוד: חופש העיסוק, הקובע בסעיף 3 ש"כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד". ראוי, עם זאת, להזכיר את עמדתו של כבי' השופט לוי בבג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" ואו' נ' ממשלת ישראל ואח' (פורסם ב"נבו") לפיה: "רואה אני להעיר, עם זאת, כי עמדתם הלאקונית והגורפת של המשיבים, ולפיה עובדים זרים בישראל אינם נהנים – כך כפשוטו – מן הזכות החוקתית לחופש עיסוק, נוכח לשונו של חוק יסוד: חופש העיסוק, מגלה, להשקפתי, קשיים – וזאת לנוכח ההכרה ההלכתית בזכות לחופש העיסוק כזכות הנתונה ל"כל אדם", הכרה הלכתית שקדמה לחוקי היסוד (ראו בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80; בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337; וראו גם עמדתו של פרופ' ברק באשר לחופש העיסוק כזכות "חוקתית" לעומת חופש העיסוק כזכות "הלכתית", ולזיקה שבין חופש העיסוק לכבוד האדם: פרשנות חוקתית, ע' 585, 598; נוכח מעמדה של הזכות בדין הבינלאומי, ובעיקר נוכח מהות הפגיעה הנטענת בזכות לחופש עיסוק במקרה שבפנינו – פגיעה המסבה עצמה על ערכי-הליבה היסודיים ביותר עליהם מבקשת הזכות לחופש עיסוק להגן" (בסעיף 41 לפסק-דינו).

של הנשיא (בדימוס) ברק בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 483-482.

48. איסור האפשרות לעבוד, וזאת – כאמור – למרות שמשרד הפנים אינו דורש מאותם מבקשי מקלט בעלי רישיון "מסוג 2(א)5" לצאת מן הארץ (ואף אינו מחזיק אותם במשמורת), פוגע בזכותם החוקתית של מבקשי המקלט לקיום בכבוד, כבני-אנוש. זאת משום שאותם אנשים יוותרו ללא כל מקור הכנסה, וללא כל מקור הכנסה לא יוכלו לממן קורת גג לישון מתחתיה, בגדים ללבוש, אוכל ומשקה. ראוי להזכיר, לעניין זה, כפי שהזכיר זאת כב' השופט אמיר בפסק-דינו שנזכר לעיל, שמבקשי המקלט מגיעים, רובם ככולם, ממדינות מתפתחות, ובדרך כלל גם מאיזורי מלחמה, בהם המצב הכלכלי של התושבים כבי רע. אין להם "חסכוניות", ואין להם, בדרך כלל, קרובי משפחה שעשויים לסייע להם כלכלית, באופן שהם יוכלו להרשות לעצמם לחיות חיי בטלה בישראל.

49. ראוי להזכיר עוד את דבריה של כב' הנשיאה ביניש בעע"ס 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ (מיום 11.8.09; פורסם ב"נבו"):

מבקשת אני להעיר כי אותה תפיסה הבאה לידי ביטוי בטיעוני המדינה, לפיה מכח ריבונותה לא מוטלת על המדינה חובה משום סוג שהוא כלפי אדם בשל היותו זר אינה מקובלת עוד... בעידן הנוכחי הולכת וגדלה המודעות לזכויות האדם באשר הוא אדם ומדינות רבות כאשר הן דנות בהגבלות על הגירה מתמודדות עם בעיות הכרוכות בזכויותיהם של הבאים לשעריהן... גישה זו משליכה מטבע הדברים על מערכת האיזונים המחייבת את רשויות השלטון, הנדרשות לאזן בין זכויותיו של הזר לבין אינטרסים ציבוריים שונים...

חוסר תום לב מצד המדינה

50. "נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל ובמי שהוכרו כזכאים למקלט מדיני ע"י שר הפנים", קובע כי "מי שטרם הוכר כזכאי למקלט מדיני, ובידו אישור מנציבות האו"ם לפליטים, ולאחר בדיקה וסינון ראשוניים הנערכים בעניינו נמצא כי יש להביא את עניינו לדיון בפני הוועדה המייעצת, יש להעניק לו אשרה מסוג 1/ב לתקופה של שישה חודשים" (סעיף ג.1 לנוהל). רישיון ישיבה מסוג 1/ב מקנה, כידוע, לאדם זכות לעבוד בישראל. על פי אותו הנוהל, **מי שהוכר כפליט על-ידי שר הפנים, יהיה זכאי לקבל רישיון ישיבה מסוג א/5 (תושב ארעי), אשר מקנה לו הן זכות לעבוד והן זכות לזכויות סוציאליות ולביטוח בריאות ממלכתי.**

העתק "נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל ובמי שהוכרו כזכאים למקלט מדיני ע"י שר הפנים" רצ"ב ומסומן ע/22

51. מעבר לנדרש, אם כן, יציינו העותרים שזכותם של פליטים לעבוד נובעת לא רק מהדין הישראלי הפנימי, אלא גם מאמנת הפליטים. סעיף 17 לאמנה קובע:

1. The Contracting State shall accord to refugees lawfully staying in their territory the most favourable treatment accorded to nationals of a foreign country in the same circumstances, as regards the right to engage in wage-earning employment.
2. In any case, restrictive measures imposed on aliens or the employment of aliens for the protection of the national labour market shall not be applied to a refugee... who fulfils one of the following conditions:
 - (a) He has completed three years' residence in the country;
 - (b) He has a spouse possessing the nationality of the country of residence...
 - (c) He has one or more children possessing the nationality of the country of residence.
3. The Contracting States shall give sympathetic consideration to assimilating the rights of all refugees with regard to wage-earning employment to those of nationals...

52. באופן מעניין, בעת דיוני הוועדה אד-הוק, אשר עסקה בניסוח האמנה, היה זה הנציג הישראלי (מר נחמיה רובינזון), אשר התנגד לנוסח המקורי של הסעיף, המצמצם יותר, ותמך בנוסח המרחיב, שהוצע ע"י צרפת, ואשר התקבל בסופו של דבר:

At the first session of the *ad hoc* Committee the representatives of Israel and the US declared themselves in favour of the first paragraph of the French text as more liberal than the Secretariat draft. (Paul Weiss, **The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary** (Cambridge University Press, 1995) 137.

53. מן הראוי לציין, שעל פי סעיף 42 לאמנה, היתה אפשרות למדינה, החותמת על האמנה, להסתייג מהוראת סעיף 17 הנ"ל. מדינת ישראל, אשר הסתייגה ממספר הוראות באמנה, לא הגישה כל הסתייגות ביחס לסעיף 17.

54. כמצויין לעיל, נכון להיום, מדינת ישראל אינה מבצעת, מסיבותיה שלה, הליכי בדיקה אינדיבידואלים (RSD) למבקשי מקלט מאריתריאה ומסודן – לא באמצעות משרד הפנים ולא באמצעות הנציגות בישראל של נציבות האו"ם לפליטים.

55. בכך שהיא נמנעת מלבדוק את בקשות המקלט של מרבית ממבקשי המקלט בישראל, פועלת ישראל בניגוד להחלטה מס' 8(d) של הוועדה המנהלת⁹ (Executive Committee) של נציבות האו"ם לפליטים משנת 1977, בה הוועדה מביעה "תקווה שהממשלות החברות באמנה משנת 1951 ובפרוטוקול משנת 1967, שטרם עשו כן, ינקטו בצעדים לכוון הליכים אלה] של RSD – י' ל' בעתיד הקרוב" (תרגום חופשי מאנגלית), וקובעת מהם הקריטריונים שהליך ה-RSD צריך לעמוד בהם (בסעיף (e) להחלטה).

העתק החלטה 8 של ה- Executive Committee רצ"ב ומסומן ע/23

56. האם מדינת ישראל רשאית, באמצעות מחדלה זה, למנוע מאותם אנשים זכויות שהם זכאים להן על פי אמנת הפליטים? התשובה על כך היא בשלילה. שהרי אם כך יכלה מדינה לנהוג, לא היתה כל משמעות לאמנת הפליטים. פרופסור האת'ווי, מבכירי המומחים לדיני פליטים בעולם, כותב מפורשות, **שמדינה הנמנעת מבדיקת בקשות המקלט – מחוייבת להעניק למבקשי המקלט את כלל הזכויות אשר פליטים זכאים להם על פי האמנה**. היא מושתקת מלטעון שאותם אנשים אינם פליטים (או שאינם פליטים "השוהים בשטחה בהיתר"). להלן דבריו בתרגום חופשי לעברית:

בבחירה להצטרף לאמנה כחברה, מדינה מפגינה את נכונותה להעניק זכויות לפליטים המגיעים לשטח שיפוטה. מדינה שרוצה להגן על עצמה מפני האפשרות של קבלת בקשות למקלט שאינן-אמיתיות, חופשייה להנהיג פרוצדורה לברר את מעמד הפליט של מי שמבקשים את הגנתה. אך אם מדינה בוחרת שלא לבחון את מעמדם של אנשים הטוענים שהם פליטים על פי האמנה, יש לראותה כמי שקיבלה את תביעתם של מבקשי המקלט לזכאות לזכויות של פליט, ולכן עליה להעניק להם מיד את אותן זכויות שהאמנה מגדירה... הטעם לדבר הוא שהאמנה אינה מחייבת באופן פורמלי את המדינות לבחון מעמד פליט, יחד עם זאת, **האמנה אינה מתירה למדינות לשלול זכויות מאנשים שהם בפועל פליטים על בסיס אי-בחינת מעמדם** (ההדגשה הוספה)¹⁰.

57. אכן, העיקרון שמי שעשה מעשה נבלה ("מעשה נבלה" במובנו הרחב ביותר) – מעשהו לא יזכה, הוא עקרון יסוד במשפט הישראלי, כפי שקבע השופט חשין בע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ (3) 133, 177. עקרון זה זכה לכינויים שונים, לרבות המימרה "מעילה בת עוולה אין צומחת זכות תביעה"; או "אין אדם זכאי ליהנות מפרי חטאו" (ר' לדוגמה ע"א 2242/03 אברהם נ' רשאד (טרם פורסם)) וכיו"ב. לא אחת הוא נקשר, בפסקי הדין של בית-המשפט העליון, למילות

⁹ הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים הוקמה מכוח החלטה מס' 1166(XII) של מועצת האו"ם. חברות בה כיום 78 מדינות, ובהן גם ישראל, והחלטותיה מתקבלות על דרך הקונצנזוס (פה אחד).

¹⁰ James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge University Press, 2005) 184-185

התוכחה של אליהו הנביא כלפי אחאב, אשר תומצתו בשאלה הרטורית "הרצחת וגם ירשת" (מלכים א', כ"א י"ט). ייקרא עקרון זה באשר ייקרא, הרי שתוכנו (והעוגן המוסרי שלו) ברור: **אין אדם (ובמקרה דן – מדינת ישראל) זכאי להפר את מחוייבותו (כאן – המחוייבות המשתמעת לבדוק בקשות מקלט, הנובעת מן החובה להעניק זכויות למי שעונה על הגדרת ה"פליט"), ולבקש לאחר מכן לגזור זכויות (או להתחמק מחובות), כתוצאה מאותה הפרת דין או כתוצאה מאותה התנהלות חסרת תום-לב.**

58. יצויין עוד, שגם אזרחים ממדינות אחרות (כלומר, כאלה שאינם אריתראים, סודנים, קונגולזים או חוף-שנהבים), אשר עוברים או אמורים לעבוד הליכי RSD, נאלצים לא אחת להמתין חודשים ושנים עד להכרעה בבקשות המקלט שלהם. כלומר: למרות שלכאורה הם אמורים להיות מטופלים על ידי מערכת ה-RSD הישראלית, בפועל הטיפול בהם אינו מתקיים, או שהוא מתעכב זמן ממושך ביותר.

הטעות המשפטית הכרוכה במתן רישיונות ישיבה "מסוג" סעיף 2(א)(5) למבקשי מקלט

59. כאמור, מבקשי המקלט בישראל מקבלים, מזה כשנתיים, רישיון ישיבה "מסוג ס' 2(א)(5) לחוק". ואולם, **פרשנות נכונה של סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל הינה, שאין רישיון "מסוג" 2(א)(5) לחוק. סוגי הרישיונות קבועים בתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974. כל שקובע סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל הוא ששר הפנים רשאי לתת "רישיון זמני לישיבת ביקור למי שנמצא בישראל בלי רישיון ישיבה וניתן עליו צו הרחקה – עד ליציאתו מישראל או הרחקתו ממנה". ואולם סוג הרישיון אשר ייתן השר, על פי סעיף 2(א)(5) הנ"ל, יכול להיות אחד מהסוגים המנויים בתקנות הכניסה לישראל (וליתר דיוק: סוג הרישיון לישיבת ביקור אשר יכול השר לתת הינו אחד מסוגי הרישיונות לישיבת ביקור המנויים בתקנה 5 לתקנות הכניסה לישראל). אמור מעתה: סעיף 2(א)(5) מעניק לשר סמכות ליתן רישיון בסיטואציה מסוימת; הוא אינו קובע "סוג" של רישיון. סוגי הרישיון, אשר אחד מהם רשאי שר הפנים לתת לאדם שניתן כנגדו צו הרחקה, מנויים בתקנות.**

60. בנוסף, אפילו היה "יצור משפטי" של רישיון "מסוג" סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, הרי בכל אופן, סעיף זה אינו רלוונטי למבקשי מקלט, אשר בקשת המקלט שלהם טרם נבדקה. הסמכות ליתן "רישיון זמני לישיבת ביקור" על פי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל הנה סמכות אשר קמה לאחר שהוצא כנגד מאן דהוא צו הרחקה, וכעניין נלווה לצו ההרחקה. הסמכות להוציא צו הרחקה קיימת, כמובן, רק ביחס לאדם השוהה במדינה שלא כדין (סעיף 13(ב) לחוק הכניסה לישראל). ואולם, מבקשי מקלט, אשר הגישו בקשת מקלט בסמוך לאחר כניסתם לשטח מדינת ישראל, אינם שוהים שלא כדין, אלא הם מבקשי מקלט אשר חל איסור – על פי אמנת הפליטים – להענישם בגין שהייה ללא אשרה בישראל (סעיף 31 לאמנת הפליטים). מכאן, שיש להתייחס אליהם כאל שוהים כדין ולא כאל "מסתננים" או "שוהים שלא כדין".

מאחר שהם שוהים כדין, אין מקום להוציא כנגדם צו הרחקה, ומכאן שאין כל נפקות לסעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל.

61. דברים דומים כתב כב' השופט רמי אמיר בעת"מ 35858-08-10 **סייקו נ' משרד הפנים הנ"ל** :

בדרך כלל, ההסדר בו נוהגת המדינה במוגנים הקולקטיבים, הוא מתן אשרה לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל. עניין זה מעורר בעייתיות מסוימת, משום שבהוראת אותו סעיף 2(א)(5) נאמר כי מדובר ברישיון זמני לישיבת ביקור פנימי [צ"ל: למין שנמצא בישראל בלי רישיון ישיבה וניתן עליו צו הרחקה – וישנו ספק האמנם ניתן לומר על אלו שזכאים להגנה קולקטיבית כי ניתן עליהם צו הרחקה, כאשר ההגנה הקולקטיבית האמורה שוללת את ההרחקה כאמור.

62. באופן דומה, פסקה לאחרונה כב' השופטת קובו בעת"מ 8648-12-09 **טים נביו נ' מדינת ישראל** (פסק-דין מיום 4.8.10), שיש לבטל צו הרחקה שהוצא כנגד אזרח אריתריאה, באשר שר הפנים נתן הגנה קבוצתית לכל האריתריאים בישראל.

63. הואיל ואין סמכות להוציא כנגד מבקשי המקלט צווי הרחקה (לפחות כל עוד הגישו את בקשות המקלט שלהם בסמוך להגיעם בישראל, וכל עוד בקשות המקלט שלהם לא נדחו), והואיל ובלאו הכי אין רישיון ישיבה "מסוג" סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, מן הראוי הוא שביט-משפט זה יורה לשר הפנים ליתן למבקשי המקלט רישיונות ישיבה שיש להם עיגון משפטי בדין הישראלי, והמתירים למבקשי המקלט לעבוד.

הגנה זמנית (Temporary Protection)

64. כיום מוכר בעולם המכניזם של "הגנה זמנית" (Temporary Protection) (להלן: TP). זוהי דרך פרגמטית של מדינות להתמודד עם הגעה של מספרים גדולים מאוד של מבקשי מקלט, באופן בלתי צפוי ותוך זמן קצר, לשטח מדינת המקלט. הפניה למנגנון של TP הינה בדרך כלל בנסיבות בהן בדיקה אינדיבידואלית של כל בקשת מקלט תוביל לקריסת מערכת ה-RSD המקומית¹¹, והיא נועדה להוות פתרון מיידי ומוגבל בזמן להתמודדות עם מצב-חירום. בנוסף, מנגנון של TP מיושם לעיתים ביחס לאנשים המבקשים מקלט מסיבות, אשר חרף היותן הומניטאריות – אינן מזכות אדם במעמד פליט על פי אמנת הפליטים, כגון: עזיבת מדינת המוצא עקב אסון טבע, או

¹¹ "A mass influx emergency... exists only when the combination of the flow's size and suddenness makes individual refugee status determination procedurally impractical, placing strains on the host State's institutions and resources" (Guy Goodwin-Gill and Jane McAdam, **The Refugee in International Law** (3rd edition) 335).

אלימות כללית וכיו"ב (בנסיבות אלה נהוג לעיתים לכנות מנגנון זה בשם Complementary Protection)¹².

65. אפילו נניח, לצרכי פניה זו, ובניגוד לעמדת העותרים, שהמצב בישראל הוא של mass influx, וכי לאור מצב זה הפניה לדרך של TP היא מוצדקת; ואפילו נניח כי ניתן עדיין לדבר על "הגנה זמנית", חרף העובדה שחלק ממבקשי המקלט מסודן נמצאים תחת הסדר זה מאז שנת 2005 (שלוש הנחות אשר רחוקות מלהיות מובנות מאליהן, וכאמור – העותרים אינם שותפים להן), הרי שבכל אופן חובה על מדינת ישראל לאפשר לאנשים, אשר משטר ה-TP מוחל עליהם, לעבוד בהיתר.

66. על העובדה שאדם הזוכה ל-TP זכאי לעבוד, ניתן ללמוד ממשפט השוואתי. כך, למשל, סעיף החוק האמריקאי (U.S.C § 1254a) המסדיר את נושא ה-temporary protected status¹³ קובע:

In the case of an alien who is a national of a foreign state designated under subsection (b) of this section... and who meets the requirements of subsection (c) of this section, the Attorney General, in accordance with this section –

(A) may grant the alien temporary protected status in the United States and shall not remove the alien from the United States during the period in which such status is in effect, and

(B) shall authorize the alien to engage in employment in the United States and provide the alien with an "employment authorized" endorsement or other appropriate work permit.

(ההדגשה הוספה).

67. על פי דירקטיבה של האיחוד האירופי מיום 20.7.2001 לעניין הגנה זמנית (להלן: "הדירקטיבה האירופית" או "הדירקטיבה")¹⁴, מועצת האיחוד האירופי היא הגוף המוסמך להכריז על מצב של mass influx במדינה כלשהי באיחוד, המצדיק פניה למכניזם של TP (ס' 3). משך תקופת ה-TP

¹² להרחבה על משטרי TP שונים ר' : UN High Commissioner for Refugees, Complementary Forms of Protection: Their Nature and Relationship to the International Refugee Protection Regime, 9 June 2000, EC/50/SC/CRP.18, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fd491a.html>

¹³ המדובר בסעיף חוק החל על אנשים שעזבו את מדינתם עקב נסיבות הומניטאריות, אך בנסיבות אשר אינן מכניסות אותם לגדר הגדרת ה"פליט" שבאמנת הפליטים, כלומר זהו למעשה מנגנון של complementary protection. להרחבה ר' : Sarah Anchors, "Temporary Protected Status: Making the Designation Process More Credible, Fair, and Transparent", 39 *Ariz. St. L. J.* 565 (2007).

¹⁴ Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof

יהיה שנתיים, ובנסיבות מיוחדות – שלוש שנים (ס' 2). סעיף 12 לדירקטיבה קובע כי "המדינות החברות יתירו, לתקופה שלא תעלה על משך ההגנה הזמנית, לאנשים הנהנים מהגנה זמנית, לעסוק בעבודה בשכר או בעבודה עצמאית". אמנם בהמשך הסעיף נקבע, כי ניתן לתת עדיפות לתושבי האיחוד האירופי, ולזרים אחרים השוהים במדינה כדין (דבר העומד, אליבא דפרופי האתיווי, בניגוד לסעיף 17 לאמנת הפליטים)¹⁵, אך עדיין הזכות לעבוד – מנויה באופן מפורש בסעיף. זאת ועוד, לצד הזכות לעבוד, הדירקטיבה נותנת לנאשים הנהנים מ-TP זכות לדיוור, וכן לשירותי בריאות ורווחה (סעיף 13)¹⁶.

העתק הדירקטיבה האירופית רצ"ב ומסומן ע/24

68. מתן זכות לעבוד למבקשי מקלט המצויים תחת משטר של TP מקובל, אם כן, במדינות העולם. לא ברור מדוע ישראל סבורה שתוכל "להמציא" משטר משפטי חדש, בו מצד אחד היא אינה בודקת את בקשות המקלט של אנשים המגיעים לשטחה (או מתעכבת שנים ארוכות בבדיקתן), ומצד שני היא נמנעת מלהעניק להם זכות בסיסית כמו הזכות לפרנס את עצמם, שפירושה הזכות להתקיים בכבוד. משטר משפטי תמוה זה אינו עולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל על פי אמנת הפליטים. כאמור, הוא גם אינו תואם את פסיקת בית-המשפט העליון, אשר קבעה שהזכות לקיום בסיסי היא חלק מהזכות לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

סוף דבר

69. הדרישה שמבקשי המקלט בישראל יהיו בה ללא רשות להתפרנס למחייתם היא בבחינת דרישה שהציבור אינו יכול לעמוד בה. היא בבחינת פגיעה אנושה בזכותם של מבקשי מקלט לקיום אנושי מינימאלי, ומכאן – פגיעה בכבודם. העובדה שמדינת ישראל מוצאת לנכון לפגוע דווקא באנשים שעברו את הנוראיות שבזוועות: קרבנות רצח עם, רדיפה אתנית, דתית ופוליטית – מצערת. מדינת ישראל, שרבים מבניה ומבנותיה הם ניצולים של רדיפות, או צאצאיהם של ניצולים, ראוי היה לה להפגין גישה אחרת לגמרי כלפי מבקשי מקלט ופליטים. הותרת בני אדם, שזה לא מכבר חוו חוויות נפשיות וגופניות קשות, במצב בו הם אינם רשאים ולו לעבוד למחייתם, עולה לכדי התנהלות בלתי סבירה מצד המדינה, וזאת בלשון המעטה. יש בה משום פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות המגיעות לכל אדם במדינת ישראל.

70. לאור כל האמור לעיל מתבקש בית-המשפט הנכבד ליתן את הסעדים המנויים בראשית עתירה זו, וכן לחייב את המשיבים בהוצאות המשפט של העותרים ובשכר טרחת עו"ד.

¹⁵ Hathaway, ה"ש 9 לעיל, בעמ' 752.

¹⁶ לחקיקה המעגנת זכויות רווחה ודיוור לבעלי TP, בעקבות הדירקטיבה האירופית, ר' למשל התקנות הבריטיות: The Displaced Persons (Temporary Protection) Regulations 2005

נחתם היום, 25 לאוגוסט 2010

ד"ר יובל לבנת, עו"ד
מ.ר. 21415
ב"כ העותרים