



## אין לו לדיין אלא מה שרואות עיניו: בעקבות ערך (י-ם) 4087/17 פלוני נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה

### טל שטיינר\*

1. מבוא.
2. נסיבות המקרה והמחלוקת המשפטית שהובאה בפני הדיין.
3. הכרעת הדיין במחלוקת המשפטית.
4. המלצות מדיניות לממשלת ישראל בעניין מבקשי המקלט.
5. לאחר פסק הדין.

"אני לא חושבת שהם משחקים משחק הוגן בכלל", פתחה אליס, בקול נרגן למדי, 'וכולם רבים בקול רם כל כך שקשה לך לשמוע את עצמך – ולא נראה שיש להם איזה כללים מיוחדים: וגם אם יש כאלה, אף אחד לא שומר עליהם – ואין לך מושג כמה זה מביך, שכל הכלים שם חיים: למשל, השער שאני צריכה לחבוט דרכו, מתהלך לו בקצה השני של המגרש – ולפני רגע הייתי צריכה לחבוט בקיפוד של המלכה, אבל הוא הוא ברח כשהוא ראה את שלי מתקרב!'

'איך מוצאת חן בעיניך המלכה?' אמר החתול בקול נמוך.

'בכלל לא', אמרה אליס: 'היא כל כך-' בדיוק באותו רגע הבחינה במלכה העומדת ממש מאחוריה, מאזינה: והמשיכה 'קרובה לניצחון, שכמעט אין טעם לסיים את המשחק'!<sup>1</sup>

### 1. מבוא

ביום 14.8.2018 ניתן פסק דין מאת דיין בית הדין לעררים בירושלים, מנחם פשיטיצקי, בערר של מבקש מקלט מאריתריאה.<sup>2</sup> היה זה, ככל הנראה, פסק הדין האחרון שנתן פשיטיצקי בתפקידו זה, עובדה שעל משמעותה אעמוד בהמשך. מספיק לומר בשלב זה, כי ניכר שפסק הדין נועד לחרוג משורת פסקי הדין הדומים שנתן בית הדין במותביו השונים עד כה, ואף לחרוג כליל מרעיון "פסק הדין" המוכר לנו. למעשה, זה איננו פסק

\* עו"ד טל שטיינר היא מנהלת המחלקה המשפטית של המוקד לפליטים ולמהגרים. בוגרת תואר שני במשפטים, עמיתת תכנית "תקנה" של הקתדרה לזכויות אדם ע"ש אמיל ז'ולא, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל.  
<sup>1</sup> לואיס קרול הרפתקאות אליס בארץ הפלאות (רנה ליטוין מתרגמת, 1997)  
<sup>2</sup> ערר (י-ם) 4087/17 פלוני נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 14.8.2018) (להלן: "פסק הדין" או עניין פלוני).



אין לו לדיין אלא מה שרואות עיניו

דין, אלא – ברובו – מניפסט פוליטי של דיין שמאס בתפקידו כפרשן ניטראלי של הדין, וברעיון לפיו "אין לו לדיין אלא מה שעניו רואות".<sup>3</sup> עם זאת, כפי שיוסבר להלן, פסק הדין איננו טקסט חסר תועלת כלל, שכן תוכנו – והסערה הציבורית שהתעוררה בעקבותיו – חושפים מספר אמיתות מטרידות אודות מדיניותה של ממשלת ישראל כלפי מבקשי המקלט בישראל; אודות אתוס הפרדת הרשויות, שפרשנות מסוימת שלו מקודמת על ידי שרת המשפטים הנוכחית; ואודות מקומה של מערכת המשפט הישראלית באשר לשני אלה.

## 2. נסיבות המקרה והמחלוקת המשפטית שהובאה בפני הדיין

העורר<sup>4</sup> הוא אזרח אריתריאה, יליד 1974, אשר גויס לצבאה בשנת 2000. על פי עובדות פסק הדין, אשר לכאורה אינן שנויות במחלוקת,<sup>5</sup> מספר שנים לאחר גיוסו לצבא מחה העורר בפני מפקדיו על תנאי השירות הקשים, ובכלל זה על העובדה כי השירות אינו מוגבל בזמן, וכי לא משולמת לו ולחבריו לשירות משכורת כלשהי. כעונש על מחאתו נשלח העורר למחנה עבודה, שבו הועבד בכפייה ובלא תשלום בעבודות פיזיות שונות שאינן צבאיות, בתנאים קשים ובתת-תזונה. לאחר שנתיים שוחרר העורר לחופשה קצרה לבקר את משפחתו. כיוון שאיחר לשוב לבסיסו נענש בחומרה על ידי שלטונות הצבא, נכלא בכלא תת-קרקעי למשך ארבעה חודשים, ולאחריהם נשלח שוב לעבוד בעבודות כפייה שאינן צבאיות, שוב ללא תשלום ובתנאים פיזיים קשים. לאחר מספר חודשים שב העורר לבסיסו, שם איים עליו מפקדו להשיבו לכלא ואף השית עליו עונשים שונים, תוך שהוא מסרב לבקשותיו לבקר את בני משפחתו. לבסוף, בשנת 2009 ברח העורר

<sup>3</sup> תלמוד בבלי, בבא בתרא, קל"א א'.

<sup>4</sup> החיסיון על שמו של העורר, מבקש מקלט מאריתריאה, אינו נובע מבקשתה של באת כוחו או מכללי החיסיון הנהוגים במשפט רגיל. זוהי תוצאה של מדיניותה של הלשכה המשפטית של משרד הפנים, המייצגת את המשיב בהליכים לפי חוק הכניסה לישראל, לדרוש ששמו של מבקש המקלט יושמט מפסק הדין, כביכול על מנת שלא יוכל לנצל את קיומו של מסמך רשמי הנושא את שמו ואשר הוצא על ידי בית משפט ישראלי, כדי לבסס בעתיד את טענתו למקלט מדיני, למשל: כאשר מדינת המוצא של מבקש המקלט עוינת את מדינת ישראל, או מענישה את אזרחיה על כך שהעזו לבקש מקלט במדינה אחרת.

<sup>5</sup> כפי שיצוין להלן, פסק הדין ניתן בהיעדר כתב תשובה מטעם משרד הפנים, ועל כן שאלת העובדות המוסכמות או השנויות במחלוקת נלמדת בעקיפין מתוך ניסוח פסק הדין. העובדות המתוארות להלן מופיעות בפסק הדין תחת הכותרת "העובדות בתמצית", וכן במובאות מתוך הראיון המוקלט שנערך לעורר, עליו הסתמך הדיין בפסק דינו.



מאריטריאה, והגיע לסודן, שם נרשם במשרדי נציבות האו"ם לפליטים. מסודן עבר העורר למצרים, וממנה דרך סיני חצה את הגבול לישראל, בעזרת מבריחים אשר "נקטו כנגדו באלימות", כלשון פסק הדין.<sup>6</sup>

בסוף שנת 2009 העורר נכנס לישראל, ונכלא במתקן הכליאה "סהרונים" בדרום למשך חודשיים וחצי, כשבסיומם שוחרר וקיבל לידיו אשרת שהייה זמנית מסוג 5א2, שבה הוא מחזיק עד ימים אלו. כפי שציין הדיין פעם אחר פעם בפסק הדין, בתשואול שנערך לו מיד עם כניסתו לישראל, ציין העורר כי הגיע לישראל על מנת לעבוד. בשנת 2014 הגיש העורר בקשה למקלט מדיני בישראל, ובראיון שנערך לו על ידי נציגי משרד הפנים בשנת 2015, תיאר את השירות הצבאי הממושך באריטריאה ואת העונשים שספג במהלכו, וציין כי לאחר עזיבתו את המדינה, נעצר אביו הקשיש על ידי השלטונות ושוחרר רק לאחר תשלום כופר.

בשנת 2017 נדחתה בקשתו של העורר למקלט מדיני בישראל על ידי מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה. הדחייה נעשתה "בנוהל מקוצר",<sup>7</sup> כלומר ללא דיון במליאת הוועדה המייעצת לענייני פליטים, אלא על ידי אישור המלצתו של יו"ר הוועדה לדחות את בקשת המקלט של העורר. המלצת יו"ר ועדת הפליטים התבססה, בתורה, על חוות דעת משפטית כללית משנת 2013, שניסח היועץ המשפטי של רשות האוכלוסין בנוגע למבקשי מקלט מאריטריאה. לפי חוות דעת זו, עריקה או השתמטות משירות צבאי באריטריאה אינה מספיקה לבדה כדי להוות בסיס להכרה באדם כפליט בהתאם לתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, שישראל צד לה. בחוות הדעת נטען כי על מבקש המקלט להצביע על נסיבות מיוחדות שהתרחשו בעניינו, מעבר לעריקה משירות צבאי ויציאה בלתי-חוקית מהמדינה, המוכיחות כי בעיני שלטונות אריטריאה הוא ייחשב כמתנגד משטר ועל כן צפוי להירדף על ידם לו יחזור למדינת אזרחותו.<sup>8</sup> יצוין כי אף על פי שבקשתו למקלט מדיני נדחתה, העורר לא נדרש לצאת מישראל ומוסיף לקבל אשרות שהייה זמניות מסוג 5א2, מכוח "מדיניות אי-הרחקה הזמנית", שבה נוקטת מדינת ישראל כלפי מבקשי מקלט מאריטריאה.

על פי התיאור בפסק הדין, באת כוחו של העורר, עו"ד מיכל פומרנץ, יצאה כנגד חוות הדעת המשפטית האמורה של רשות האוכלוסין. לטענתה, עריקה מצבא אריטריאה

<sup>6</sup> פסק הדין, לעיל ה"ש 2, פס' 6.

<sup>7</sup> לפירוט אודות נהלי משרד הפנים לטיפול במבקשי מקלט בישראל, ראו מבקר המדינה דוח 168 – הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל 1432–1434 (2018).

<sup>8</sup> חוות דעת זו של רשות האוכלוסין מצויה מזה מספר שנים במחלוקת משפטית, לאחר שנפסלה פעמיים על ידי בית הדין לעררים בירושלים בערר 1010/14 פלוני נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה (פסקי דין מיום 4.9.2017 ומיום 15.2.2018). כעת חוות הדעת מונחת בפני בית המשפט המחוזי בירושלים במסגרת ערעור שהגיש משרד הפנים, עמ"נ 12154-04-18 מדינת ישראל – רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלוני (תלוי ועומד).



## אין לו לדיין אלא מה שרואות עיניו

כשלעצמה נתפסת על ידי המשטר הטוטליטרי במדינה כהבעת עמדה המתנגדת לשלטון, פעולה הגוררת עונשים כבדים וחמורים, שבהם מעצר ממושך, עינויים, עבודת כפייה ואף מוות. כאסמכתה לטענות אלה, ציטטה באת כוח העורר מהנחיות נציבות האו"ם לפליטים בעניין אריתריאה משנת 2011; מדוח מחלקת המדינה האמריקאית לשנת 2013; מהחלטת מועצת זכויות האדם של האו"ם משנת 2012; מדוח ועדת חקירה של האו"ם באשר למצב זכויות האדם באריתריאה משנת 2015; וכן מחוות דעתן של שתי חוקרות עצמאיות, המתמחות במצב הפוליטי באריתריאה, אשר אף עבדו וחקרו באריתריאה עצמה כל עוד הרשו זאת שלטונות המדינה.

עוד טענה באת כוח העורר, כי גם לפי התנאים בחוות דעתו של משרד הפנים יש להכיר בעורר כפליט, שכן נסיבותיו הפרטניות מצביעות על כך שהוא עצמו נתפס כמתנגד לשלטון, נרדף אישית ונענש במאסרים ממושכים ובעבודות כפייה. באת כוח העורר הדגישה כי משרד הפנים קבע שגרסתו של העורר אמינה, ולא חלק על תיאורו של העורר את קורותיו קודם שברח ממדינתו.

משרד הפנים מצידו, לא הגיש כתב תשובה לערר ולא השיב לטענות העורר. זוהי נקודה כה חשובה, שראוי לחזור עליה שנית: משרד הפנים לא השיב לטענות העורר, ולא טרח להגיש כתב תשובה לערר. פסק הדין לא שופך אור על נקודה זו, ולא מסביר מדוע לא הוגש כתב תשובה לערר ומדוע לא עמד על כך בית הדין קודם שמסר את פסק דינו. אף על פי כן, ובאופן חריג ביותר, אולי חסר תקדים, נטל לעצמו בית הדין את החירות להסיק את עמדתו של משרד הפנים ולנסח אותה עבורו – "מתוך עיון במסמכים המצויים בתיק, שנכתבו טרם הגשת ערר זה"<sup>9</sup>.

החלטה חריגה זו של הדיין, שכאמור לא נומקה כלל, יכולה לבדה להביא לביטולו של פסק הדין. מעבר להפרתם של עקרונות שלטון החוק והפרדת הרשויות, הגלומה בכך שבית המשפט שם עצמו בנעליה של הרשות, קובע את עמדתה בסוגיה ומשיב בעצמו לטענות המופנות כלפיה – בניגוד מוחלט לעיקרון לפיו "בית המשפט לא ישים עצמו בנעליה של הרשות המינהלית"<sup>10</sup>; ומעבר לפגיעה הקשה בתחושת הצדק הטבעי ובאיסור

<sup>9</sup> פסק הדין, לעיל ה"ש 2, פס' 54.

<sup>10</sup> עע"מ 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 13.9.2010), סעיף 30 לפסק דינו של השופט פוגלמן, והמובאות שם; יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי" ספר גבריאל בך 383, 400 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך, עורכים, 2011).



של משוא פנים, הקבוע אף בכללי האתיקה לשופטים,<sup>11</sup> נראה כי לבית הדין אין אפילו סמכות חוקית לדחות ערר מסוג זה לגופו ללא קבלת כתב תשובה, ובייחוד ללא הבאת כל נימוק להחלטה זו.<sup>12</sup>

### 3. הכרעת הדיין במחלוקת המשפטית

לאחר שציטט את עיקרי עמדתה של הרשות "כפי שהובאו מתוך מסמכי התיק" – קרי, החלטת המשיב לדחות את בקשת המקלט של העורר, בהתבסס על חוות הדעת המשפטית שנסקרה לעיל, וללא התייחסות כלשהי לטיעוני באת כוח העורר נגד החלטה זו ברמה העקרונית או הפרטנית – פנה הדיין למסירת הכרעתו. תחילה, מופיע תיאור ארכני של "תופעת ההסתננות" לישראל, והמסגרת הנורמטיבית בתוכה היא מתקיימת. כראשי פרקים לסקירה זו, ציין הדיין גם את אמנת הפליטים, עליה כאמור חתומה ישראל, תיאר את הליך הטיפול בבקשות מקלט שקבע המשיב, את מוסד ה"הגנה קבוצתית זמנית" ומדיניות אי-ההרחקה שנוקטת ישראל כלפי מבקשי מקלט מאריתריאה, וכן, שוב, את עיקריה של חוות הדעת הכללית של רשות האוכלוסין בעניין מבקשי מקלט מאריתריאה, שהוזכרה לעיל.

זוהי סקירה רצופת טעויות עובדתיות ומשפטיות. כך, בסעיף 83 לפסק הדין, קבע הדיין כי "ישראל מהווה יעד לכ-50% מקרב מבקשי מקלט מאריתריאה המגיעים למדינות

<sup>11</sup> ס' 6 לכללי אתיקה לשופטים, התשס"ז–2007: "שופט ינהג בבעלי הדין בשוויון, לא יישא פני דל ולא יהדר פני גדול, לא יסביר פניו לאחד וירע פניו לאחר, ישפוט בדעה נקייה ולא יגלה דעה קדומה או משוא פנים".

<sup>12</sup> ס' 23(ב) לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב–1992, שאליו מפנה ס' 13 כ"ה לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב–1952, מכוחו פועל בית הדין לעררים, קובע כי "הוגש ערר בית דין, תציין הרשות המינהלית בתשובתה את הטעמים להחלטתה ואת תשובותיה לטענות שבערר". לשם השוואה, ס' 7 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דיין), התשס"א–2000 קובע, כי לבית משפט מינהלי סמכות למחוק או לדחות עתירה על הסף, ללא קבלת תגובת המשיב, רק כאשר העתירה "על פניה, אינה מגלה עילה להתערבות בית המשפט", ואילו בערר זה, פסק הדין דוחה את הערר לגופו ואף מעבר לכך. כלל דומה קבוע גם בס' 24 לחוק בתי דין מנהליים ("אם שוכנע שאין לבית הדין סמכות או שהערר אינו מגלה עילה, או שהוא טורדני או קנטרני"), וכן בס' 5 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד–1984. אומנם, מקורות חוקיים אלה מתירים לבתי המשפט המינהליים לסטות מדיני הראיות והכללים הדיוניים הרגילים כאשר הדבר דרוש "לטובת הצדק", אך כאן כאמור אין כל נימוק להחלטת הדיין לנקוט פעולה חריגה זו, ולא ברור איזה עיקרון של צדק היא משרתת.



## אין לו לדיין אלא מה שרואות עיניו

המערב". למעשה, על פי נתוני נציבות האו"ם לפליטים לשנת 2017,<sup>13</sup> מתוך 486,200 מבקשי המקלט אזרחי אריתריאה, רק כ-22,000 שוהים בישראל (ולפי נתוני רשות האוכלוסין לאותה תקופה – 1426,563), לעומת מדינות מערביות אחרות דוגמת גרמניה (49,300), שוויץ (30,900) ושוודיה (27,200), וכמובן הרבה אחרי מדינות אפריקאיות, בהן אתיופיה (164,600) וסודן (108,200). בסעיף 86 לפסק הדין קובע הדיין כי "מנסיון העבר ניתן ללמוד כי [הליכי הכרה במבקש מקלט כפליט בישראל – ט.ש.] עלולים להימשך שנים ארוכות וכי רבים עושים שימוש לרעה במנגנון זה תוך העלאת טענות סרק וסיפורי בדים בניסיון לקבל מעמד בישראל". מלבד העובדה שקביעה זו הובאה בפסק הדין ללא כל הסבר או סימוכין, יש בה יותר מאבק של דעה קדומה נגד זרים. בסעיף 88 קובע הדיין כי גם לאחר שבקשת מקלט נדחית, מוסיף הנתין הזר לחיות בישראל "באופן לא חוקי", אף על פי שרובם המוחלט של מבקשי המקלט מאריתריאה, כולל העורר אליו מתייחס פסק הדין, שוהים בישראל כדין באשרה אותה מעניקה ומחדשת רשות האוכלוסין – לרבות המערער בע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים, אותו מביא הדיין כהוכחה לטענה תמוהה זו. לבסוף, כאשר מתאר הדיין בסעיף 111 לפסק הדין את "עיקרון אי ההחזרה" (non refoulement), איסור קטגורי הקבוע במשפט הבינלאומי המנהגי האוסר לגרש אדם למקום שבו נשקפת סכנה ממשית לחייו ולחירותו – הוא מצטט דווקא את סעיף 33 לאמנת הפליטים, האוסר להרחיק מבקש מקלט העלול להירדף בשל אחת העילות הקבועות באמנה, דוגמת דעה פוליטית או השתייכות אתנית. זאת, אף על פי שעקרון אי-ההחזרה רחב מהוראתו של סעיף זה, ונועד לחול במיוחד על מי שאינו עומד בתנאים להכרה כפליט על פי האמנה.<sup>15</sup> מדובר בטעות כה בסיסית באשר לליבת המטרייה המשפטית שבה אמור לעסוק בית הדין לעררים, עד כי היא שמה ללעג את קביעתה של השופטת דפנה ברק-ארז, כי ערכאה זו היא "המומחית בתחומה".<sup>16</sup>

<sup>13</sup> UNHCR, Global Trends – Forced Displacement in 2017, <http://www.unhcr.org/5b27be547.pdf>

<sup>14</sup> רשות האוכלוסין וההגירה נתוני זרים בישראל (ינואר 2018), ניתן לצפייה בקישור <https://bit.ly/2rGUE0o>. לשם השוואה, על פי נתוני הרשות לשנת 2011, שהו בישראל 30,943 אזרחי אריתריאה, משמע עדיין פחות מ-10% מקרב הפזורה האריתראית בעולם.

<sup>15</sup> בג"ץ 5190/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, פס' 7 (1995); ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי, פס' 27 (פורסם בנבו, 15.12.2011). כן ראו Elihu Lauterpacht & Daniel Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, in REFUGEE PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW, 109 (Feller, Türk & Nicholson eds, 2003).

<sup>16</sup> בר"מ 17/5671 פלונית נ' רשות האוכלוסין וההגירה – מנהל אכיפה זרים (פורסם בנבו, 24.7.2017), פס' 29 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.



מבין שלל הנהלים המסדירים את שהייתם של מבקשי מקלט בישראל, התעכב הדיין במיוחד על "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בפלילים". זוהי בחירה חריגה, שכן נוהל זה חל מעצם טיבו רק על מיעוט מקרב מבקשי המקלט השוהים בישראל, וממילא אין בכוחו להשפיע על "תופעת" מבקשי המקלט בדרך של הסדרת מעמדם או גירושם מישראל. אולם לדיין, כפי שניווכח בהמשך פסק הדין, אג'נדה משלו, לפיה מבקשי המקלט בישראל הם, קטגורית ואינהרנטית – פושעים, אלמנט חברתי שלילי המפר את הסדר החברתי ופוגע בשלומם של אזרחי המדינה.<sup>17</sup>

לבסוף, פנה הדיין אל ההכרעה בערר. לכאורה, הדיין ביסס את הכרעתו על עיקרי חוות הדעת של רשות האוכלוסין וההגירה: "לאחר שעיינתי במסמכי תיק בית הדין ושמעתי את דברי ב"כ העורר, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערר להידחות, לפי שאיני מקבל את טענתו של העורר כי עצם פעולת העריקה מהצבא ויציאה מאריתריאה עקב כך, מבססת עילה לקבלת מקלט מדיני בשל סכנת רדיפה הנובעת מייחוס עמדה פוליטית המתנגדת לשלטון מאריתריאה".<sup>18</sup> על פניו, זוהי הכרעה אפשרית במחלוקת העקרונית בין העורר לבין משרד הפנים, באשר להגדרתו של פליט בהתאם לאמנת הפליטים ולפרשנות המשפטית האפשרית לה. אומנם הכרעה דומה במהותה, אם כי שונה במסקנתה, ניתן למצוא בפסק דין קודם בסוגיה, אשר עודו מתברר בפני בית המשפט המחוזי בירושלים. אולם, למעשה, הכרעתו של הדיין אינה מבוססת על הפרשנות המשפטית של הסוגיה, אלא על הערכתו האישית של אמינות טענותיו של העורר – טענה שלא נטענה ולא הועלתה על ידי משרד הפנים בהחלטתו המקורית, שכאמור לא הצביעה על פגם באמינותו של העורר, ולא חלקה על התיאור שמסר אודות קורותיו עובר לבריחתו מאריתריאה. משלא הוגש כתב תשובה לערר, זו אף איננה טענה שהמשיב העלה בשלב מאוחר יותר בהתדיינות. זו טענה שהדיין עצמו מעלה כנימוק עצמאי ומכריע, לביסוס דחיית בקשתו של העורר למקלט – שוב, כאמור, תוך סטייה מכללי הפרדת הרשויות והפרת האיזון בין הפרט, הרשות המבצעת והרשות השופטת. וכל כך למה? כיוון שבכניסתו לישראל, בשימוע חפוז שנערך לו מיד עם השמתו בכלא, טען העורר כי הגיע לישראל על מנת לעבוד בה. הדיין חוזר על נקודה זו שוב ושוב לאורך הכרעתו: "למעשה, העורר ערק מהצבא וברח מארצו משיקולים אישיים וכל רצונו היה לשפר את מצבו הכלכלי, כפי

<sup>17</sup> לביקורת מקיפה על "הנוהל הפלילי", ראו דוח המוקד לפליטים ולמהגרים "משפט אָתָד יִהְיֶה לְכֶם" – על מעצרו המנהלי של מבקשי מקלט מעורבים בפלילים" (ספטמבר 2017) ניתן לצפייה בקישור <https://hotline.org.il/wp-content/uploads/2017/10/HRM-Criminal-Procedure-Heb-WEB-2017-1-3.pdf>.

<sup>18</sup> פסק הדין, לעיל ה"ש 2, פס' 140.



## אין לו לדיין אלא מה שרואות עיניו

שהוא עצמו סיפר בגרסתו הראשונה בטרם היה מיוצג;<sup>19</sup> "העורר עצמו מעיד כי מטרת בואו לישראל – כלכלית";<sup>20</sup> "העורר הותיר רושם עגום ונמצא כלא אמיץ, שעה שבתחילה טען כי הגיע לישראל על מנת לעבוד ובהמשך חזר בו מגרסה זו".<sup>21</sup> פרוטוקול השימוע המלא שנערך לעורר עם בואו לישראל אינו מופיע בפסק הדין, ואין אלא להניח שתיאור הדברים שהביא הדיין מלא ומדויק.<sup>22</sup> אולם, גם בהינתן שהדברים שמסר העורר בראיון המקלט המלא שנערך לו בשנת 2015 מדויקים, וימשרד הפנים, כאמור לא טען אחרת, עולה השאלה אם השירות הצבאי הכפוי והמתמשך לו הוכפף העורר; עבודות הכפייה שאולץ לעשות; כליאתו בכלא תת-קרקעי בתנאים קשים; העונשים הפיזיים שספג; ומעצרו של אביו לאחר צאתו את המדינה – אינם מהווים לכל הפחות משקל נגד לטענה אחת שנאמרה שנים קודם לכן? נראה כי "ניסיון השטח" של הדיין, ולמעשה הטייתו נגד מבקשי מקלט באשר הם, הם אלו שהכריעו את הכף:

<sup>19</sup> שם, פס' 145.

<sup>20</sup> פסק הדין, לעיל ה"ש 2, פס' 148.

<sup>21</sup> שם, פס' 165. יצוין כי במקביל, במקומות אחרים בפסק הדין, קובע הדיין דווקא כי העורר הוא אמיץ, באופן הסותר לכאורה את הדעות שצוטטו לעיל. ראו לדוגמה שם, פס' 179: "איני מטיל דופי בגרסת העורר לפיה הוא ערק מהשירות הצבאי, נתפס, נענש ונכלא בתנאים קשים ובהמשך יצא ממדינתו ללא אישור כדין". הסבר אפשרי לסתירה זו, ניתן למצוא בקביעתו של הדיין כי גם מבקשי מקלט שסיפורם נמצא אמיץ וקוהרנטי, אינם זכאים לעמדתו למקלט מדיני אם אין ביכולתם להוכיח את עניינם מעל לכל ספק, בראיות חיצוניות וישירות. זאת בניגוד לעמדה המקובלת, שבה תומכת בין היתר נציבות האו"ם לפליטים, לפיה יש לבחון בקשות מקלט במאזן הסתברויות, ותוך אפשרות להסתמך על ראיות אובייקטיביות כלליות הנוגעות למצב בארץ מוצאו של מבקש המקלט. עמדה זו, על פי הדיין, היא "מרחיקת לכת ותביא למצב בו כמעט כל אדם שיבקש מקלט יוכר כפליט גם אם לא ביסס את טענותיו", שם, פס' 164. ממילא, כפי שאראה להלן, סבור הדיין כי שלל הראיות שהביא העורר על אודות מצב זכויות האדם באריתריאה אינן מוכיחות דבר, שכן המצב באריתריאה השתפר פלאים וכיום היא מהווה מדינה בטוחה לכלל אזרחיה.

<sup>22</sup> עדויות נציגי המוקד לפליטים ולמהגרים, שנכחו באלפי שימועים שנערכו למבקשי מקלט לאחר מעצרו על ידי בית הדין לביקורת משמורת באותן שנים, מעלות שרבים מהפרוטוקולים אינם משקפים כלל את שנאמר בשימועים עצמם. זאת, מסיבות שונות שבהן העומס שהוטל על דייני בית הדין לביקורת משמורת באותן שנים, ופערי שפה ותרבות. נציגי המוקד נכחו בדיינים רבים שבהם ראו כיצד הדיינים, שנאלצו אף להקליד בעצמם את הפרוטוקולים תוך כדי עריכת השימועים, שמרו פרוטוקולים בזה אחר זה בשיטת "שמור בשם" כשהם שוכחים לעיתים קרובות לשנות את דברי המוחזק שצוינו מראש גם אם לא אמר אותם. לפירוט נוסף אודות אמינותם השנויה במחלוקת של פרוטוקולי בית הדין לביקורת משמורת באותן שנים ראו סיגל רוזן "אף פעם לא סיפרתי מה קרה לי בסניף" – הקשיים באיתור וזיהוי ניצולי מחנות העינויים והתנהלות רשות ההגירה כלפיהם" **הגידה** 7 112–134 (2017) זמין לצפייה בקישור: <https://bit.ly/2Rh0d1Q>





"מותב זה במהלך שנים רבות בהן ישב כדן יחיד בשתי הערכאות העוסקות בנתינים זרים (בית הדין למשמורת ובית הדין לעררים), נחשף לאלפי עדויות של נתינים אריתראים שנשאלו עם כניסתם לישראל, באשר לסיבות בגינן הגיעו לישראל דווקא, ורובם ככולם סיפרו כי באו על מנת לעבוד, לאור 'השמועה שעשתה לה כנפיים' בקרב המסתננים כי יש בישראל מקומות עבודה למכביר".<sup>23</sup>

בהינתן "ידיעה שיפוטית" זו שחושף בפניו הדיין, נשאלת השאלה מיהו מבקש המקלט שיצליח להוכיח כי אכן הגיע לישראל לשם קבלת הגנה, ומה הסיכוי של אותו אדם ספציפי לצלוח את מכשול הדעה הקדומה שהביע הדיין כלפי כלל מבקשי המקלט באשר הם. את האופן האחיד שבו מתייחס הדיין לסוגית מבקשי המקלט מאריתריאה – סוגיה אשר על פי מהותה, אמורה להתברר קודם כל באופן אישי ואינדיבידואלי, כל מקרה על פי נסיבותיו<sup>24</sup> – חושף הדיין עוד יותר כאשר הוא פונה לחלק הבא והחריג של הכרעתו:

"עניינו בסוגיה הרת גורל למדינת ישראל שתוצאות הטיפול בה ישפיעו ללא ספק על מצבה הכלכלי, הדמוגרפי והחברתי של ישראל בשנים הקרובות. לא יהיה זה נכון להכריע אך ורק בערר דנן, שעה שלא ניתן להבחין בין עניינו של העורר לזה של עשרות אלפי המסתננים שהגיעו מאותה מדינה (אריתריאה) ובנסיבות דומות (רצון לעבוד בישראל, תוך עריקה מהצבא)".<sup>25</sup>

#### 4. המלצות מדיניות לממשלת ישראל בעניין מבקשי המקלט

ביום 4.9.2018 שרת המשפטים, איילת שקד, נשאה דברים במסגרת "ועידת המשפט" של לשכת עורכי הדין. על רקע המחלוקת הציבורית בנוגע לחוק יסוד: הלאום, ולשאלה אם בית המשפט העליון מוסמך לפסול חוק זה, תקפה השרה חריפות את מה שהיא רואה כהתערבות מוגזמת ובלתי-ראויה של הרשות השופטת בסמכותה ובריבונותה של הרשות המבצעת:

<sup>23</sup> פסק הדין, לעיל ה"ש 2, פס' 148.  
<sup>24</sup> נציבות האו"ם לפליטים מדיין להליכים וקריטריונים לקביעת מעמד של פליט, ס' 40–45 Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (EU Qualification Directive), Article 4 (3); GUY S. GOODWIN-GILL AND JANE McADAM, THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW, 63 (2007).

<sup>25</sup> פסק הדין, לעיל ה"ש 2, פס' 184.



אין לו לדיין אלא מה שרואות עיניו

“במידה ובית המשפט יקבל את התזה, לפיה ניתן לפסול את חוקי היסוד, נוכל סוף סוף לענות על שאלתו של חשין מפסק דין בנק המזרחי – והעם היכן הוא? נענה לו מיד - בשום מקום [...] אין לעם כל רלוונטיות במבנה החוקתי החדש שמעצב בית המשפט העליון [...] השופטים החלו, שלב אחרי שלב, לנתק עצמם מהדין המצוי והחלו רואים עצמם כמעצביו של הדין הרצוי. מהממונה על פרשנות הדין הפך עצמו בית המשפט לממונה על המדיניות [...] בכך יסיים העם את תפקידו במה שהיה עד כה שיטתו הדמוקרטית. מעתה ייקבעו הנורמות שלא באמצעות העם. עם היעלמותו של העם נעלמים גם ערכיו הלאומיים”<sup>26</sup>

כתגובה מתריסה ונחרצת לדברים אלה, ניתן להביא את השורות הבאות מתוך פסק דינו של הדיין פשיטצקי, שבהן הוא מתנתק כליל מנסיונות המקרה שלפניו, ואף ממסגרת של דיון משפטי כלשהו: “נכון הדבר כי מותב זה מוסמך להעביר ביקורת שיפוטית על החלטת משרד הפנים ואין הוא אמור לקבוע את מדיניות רשות ההגירה בנושא המסתננים”, מודה הדיין, ועם זאת נראה כי הוא סבור שזמנים נואשים מחייבים צעדים נואשים: “לאור דחיפות העניין, העדר פתרון מזה שנים רבות ומחשש מהעמקת השתקעותן של אוכלוסיות אלו בישראל, מצאתי לנכון להמליץ לגורמים הרלוונטיים על הפתרון הראוי כפי שיפורט להלן”<sup>27</sup>.

על פני עשרים ושישה העמודים הבאים של פסק הדין, פורש הדיין את משנתו, לפיה בשלה העת להורות על גירושם של כלל מבקשי המקלט מאריתריאה לארצם, שכן על פי הערכתו לא קיימת סכנה כלשהי לאזרחי אריתריאה בחזרתם למולדתם, כי כלל האמצעים שנקטה עד כה הממשלה לשם הבאת מבקשי המקלט לחזור לשם מרצונם כשלו, וכיוון שלסברתו, מבקשי מקלט אלה שקועים בפשיעה חמורה, המסכנת את שלומם של אזרחי מדינת ישראל באופן המצדיק גירוש זה.

זוהי עמדה חריגה, אפילו ביחס למדיניותה המוצהרת של ממשלת ישראל כלפי מבקשי המקלט בתחומה, שקשה לתארה כסלחניות או מכילה במיוחד. כיוון שממילא לא היה זה ממקומו של הדיין כלל ועיקר לפרוש את משנתו האישית בסוגיה, לכאורה אין סיבה טובה לדון במהלך הטיעון שהוא מציג כאן, ולהקדיש לו תשומת לב רבה יותר מזו שהיינו מקדישים לכל מאמר דעה המתפרסם בתקשורת בסוגיה זו מעת לעת. משכך, נצביע רק על מקצת הנקודות התמוהות יותר בטקסט. ממילא, כאמור, עיקר העניין הוא

<sup>26</sup> גלעד כהן “ביהמ”ש העליון הופך את העם ל-לא רלוונטי” **כיפה** 4.9.2018  
<https://bit.ly/2OwrxdA>

<sup>27</sup> פסק הדין, לעיל ה”ש 2, פס’ 185.



בחירתו של הדיין לנצל את תפקידו כפרשן של הדין – לשם דיון פוליטי, לבר-משפטי, החורג הרבה מעבר לסוגיה שהובאה בפניו.

באשר לטענת הדיין, כי כביכול לא נשקפת לאזרחי אריתריאה סכנה במולדתם, הרי שנגד גוף הראיות המוצק שהביאה באת כוח העורר, הכולל את מחקריהן והערכותיהן של סוכנויות מחקר שונות שעקבו אחרי המצב המתפתח באריתריאה מאז הכריזה על עצמאותה, בחר הדיין להסתמך על מקורות חלקיים, שהמשקל שניתן לתת להם מוגבל לכל היותר.

כך, למשל, לדעת הדיין הסכם השלום שנחתם לפני מספר חודשים בין אריתריאה לאתיופיה, יוביל לכך שגיוס הכפייה לצבא אריתריאה יהפוך לנחלת העבר, ובמשתמע לדמוקרטיזציה מוחלטת של המדינה. מדובר בספקולציה רופפת, המתעלמת מהעובדה שהמשטר הדיקטטורי באריתריאה עומד איתן על כנו גם לאחר הסכם זה<sup>28</sup>. הדיין משליך יהבו גם על דיווח בתקשורת, לפיו קרובי משפחה של מגויסים טריים לצבא אריתריאה "סיפרו כי נאמר להם ששירותם הלאומי יוגבל ל-18 חודשים בלבד";<sup>29</sup> ועל ראיון משנת 2012 שנערך עם שגריר אריתריאה בישראל (!), שבו טען האחרון כי "מי שרוצים לחזור הביתה מרצונם החופשי, נקבלם בזרועות פתוחות", והאשים את הקהילה הבינלאומית ב"דמוניזציה של אריתריאה".<sup>30</sup> לבסוף, הסתמך הדיין על פסק דין שניתן לאחרונה על ידי בית המשפט הפדרלי בשווייץ, אשר דחה בקשת מקלט של אזרחית אריתריאה, וזאת תוך התעלמות מההבהרה שהוציאה ממשלת שווייץ בסוגיה, שהוצגה גם בדיון בכנסת, לפיה גם לאחר פסיקה זו, שווייץ, כמו כל יתר מדינות המערב, אינה מגרשת בכפייה אזרחי אריתריאה למולדתם, ואחוז ההכרה בפליטים ממדינה זו בשווייץ עומד על יותר מ-<sup>31</sup>75%.

באשר לאמצעים שנקטה ממשלת ישראל על מנת להביא לעזיבת מבקשי מקלט מאריתריאה את המדינה, בהם מתקן הכליאה "חולות"; חוק הפיקדון הגוזל 20%

<sup>28</sup> לאחר פרסום פסק הדין, דיווח חדשותי אכן מזים תיאוריה זו: 'Eritrean: It's just slavery', *The Guardian*, 14.10.2018, <https://www.theguardian.com/global-development/2018/oct/11/its-just-slavery-eritrean-conscripts-wait-in-vain-for-freedom>, *conscripts wait in vain for freedom*, זמין בקישור:

<sup>29</sup> פסק הדין, לעיל ה"ש 2, פס' 239.

<sup>30</sup> פסק הדין, לעיל ה"ש 2, פס' 244.

<sup>31</sup> לדיון נוסף בטענות הדיין באשר למצב באריתריאה, ראו ענבר בראל ועלא ח'אטר "אז הדיין החליט שהכל בסדר באריתריאה" *Ynet*, 21.8.2018, [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5332593,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5332593,00.html); "הודעה לעיתונות" ארגוני זכויות האדם לפסק הדין של בית הדין לעררים *hotline.org.il/press/response\_15-8-18*, 19.8.2018, <https://bit.ly/2DRROz5>, 21.8.2018, *היא"ס*.



## אין לו לדיין אלא מה שרואות עיניו

משכרם;<sup>32</sup> יוזמת הממשלה לגירושם הכפוי של מבקשי מקלט למדינות באפריקה; והמתווה שהציעה נציבות האו"ם לפליטים ליישובם מחדש במדינות מערביות – הרי שהדיין מציין בצער כי אמצעים אלה לא הובילו לתוצאה המיוחלת, קרי ל"יצירת תמריצים ליציאה מרצון" של מבקשי המקלט. זאת, בניגוד לעמדתה הרשמית של המדינה, אשר להצדקת אמצעים אלה טענה בפני בית המשפט העליון כי מטרתו של מתקן חולות אינו בשום פנים "שבירת רוחם" של מבקשי המקלט, אלא אך "הרחקה ממרכזי הערים" למען הקלה על תושבי שכונות דרום תל-אביב.<sup>33</sup> בכך, למצער, מבצע הדיין שירות חשוב: הוא משבש את העמדת הפנים לה היו שותפים הן ממשלת ישראל והן בית המשפט העליון, כאילו הייתה מעולם מטרה אחרת למתקן הכליאה, אשר איומים בדבר פתיחתו המחודשת נשמעים חדשות לבקרים מפי שר הפנים ואנשי משרדו.

עיקרו של המניפסט שנושא הדיין פשיטצקי, בדבר ההכרח לגרש את מבקשי המקלט מאריתריאה חזרה למולדתם, צעד אשר שבעשור האחרון לא ננקט בידי אף מדינה מערבית, הוא סוגיית מעורבותם הנטענת של מבקשי המקלט בפשיעה אלימה. הדיין אינו מדקדק כאן במוצאם של מבקשי המקלט, יהיו אלה אזרחי אריתריאה, סודאן או מדינות אחרות, וקובע קטגורית כי: "מספר מדיגי מקרב אוכלוסית המסתננים מעורבים במעשים פליליים והמדינה חסרת אונים בדרך טיפולה בנושא כאוב זה [...] לאחר קריסת מתווה הגירוש בראשית שנת 2018 וחזרת מסתננים ששהו במתקן חולות לרחובות דרום תל אביב, גאתה פשיעת המסתננים באזור דרום תל אביב, עד כדי כך שאדם המסתובב ברחובות אלה שם את נפשו בכפו".<sup>34</sup>

<sup>32</sup> חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014.

<sup>33</sup> בג"ץ 8665/14 דסטא נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015), פס' 79–81 לפסק דינה של הנשיאה נאור: "טענתם המרכזית של העותרים, כאמור, היא כי התכלית האמתית של מרכז השהייה היא 'שבירת רוחם' של המסתננים ועידודם לצאת 'מרצון' כביכול את ישראל. טענה זו הועלתה גם בעניין איתן, שם השאירה השופט ע' פוגלמן בצריך עיון. הטענה הוכחשה לפנינו הן בתשובתה של המדינה, הן בתשובתה של הכנסת. גם בנוסח החוק ובדברי ההסבר אין לה כל זכר. חשוב מזה: בדיון על-פה הצהירה בפנינו באת כוח המדינה עו"ד גנסיין מפורשות כי לא ננקטות ואף לא תינקטנה פעולות שתכליתן עידוד המסתננים לעזוב את ישראל [...] הנה כי כן, לא מצאתי כי החוק הנוכחי נועד לשבירת רוחם של המסתננים. לו היה החוק לתכלית זו, היה בכך קושי רב. על פני הדברים, תכלית כזו היא בלתי ראויה, בשים לב לכך שהיא חותרת לכאורה תחת עיקרון אי-ההחזרה האוסר על גירושו של אדם למדינה שבה נשקפת סכנה לחירותו או לחייו".

<sup>34</sup> פסק הדין, לעיל ה"ש 2, פס' 198–199.



השאלה בדבר שיעור מעורבותם של מבקשי מקלט בפלילים מורכבת, ומטבע הדברים כל צד בסוגיה זו מציג את הנתונים באופן שונה. עם זאת, לצד המקרים הנקודתיים הקשים של תקיפות אלימות של אזרחים ישראלים על ידי מבקשי מקלט – מקרים אותם מתאר הדיין בהרחבה, ובלשון מתלהמת ומתסיסה – נראה כי על פי נתוני משטרת ישראל, שהוצגו גם בדיונים שונים בכנסת, תמונת המצב הכללית היא של מעורבות נמוכה יותר של מבקשי מקלט בפלילים, לעומת מעורבותם של אזרחים ישראליים.<sup>35</sup> איש לא יכחיש כי כיום המצב בשכונות דרום תל-אביב אינו טוב, פיזית וחברתית, לרבות באשר לתחושת הביטחון האישי של תושביהן; אך התשתית העובדתית שמציג הדיין לביסוס טענה זו, היא לכל היותר חלקית, שלא לומר מגמתית – ודאי ביחס למסקנתו הנחרצת של הדיין אודות ההצדקה הנובעת מכך לטענתו: גירושם הגורף למולדתם, בכל מחיר.

## 5. לאחר פסק הדין

כמו במשל על בגדי המלך החדשים, חושף הדיין פשיטצקי – בניגוד לעמדתה הרשמית של ממשלת ישראל ונציגיה – את האבסורד והעוול המתמשך בהתנהלות המדינה בנוגע למבקשי המקלט שבתחומה:

"ההגנה הקבוצתית ממנה נהנים אזרחי אריתריאה הנמצאים בישראל הינה חסרת תכלית ואינה הגיונית, שכן מחד ישראל החליטה שלא לגרשם מתוך הנחה כי הם צפויים להיענש באופן חריף בגין עריקותם מהצבא או השתמטות מהשירות הלאומי ומאידך החליטה שלא להעניק להם מעמד 'פליטי' לפי שמנקודת מבטה, לא צפויה להם סכנה אם ישוּבו לארצם. מדובר ב'תרחי דסתרי'. על ישראל להחליט באופן נחרץ לאן פניה, ולהכריע אחת ולתמיד, האם להשיבם למדינות מוצאם כפי שמותב זה

<sup>35</sup> גלעד נתן נתונים על פשיעה של מסתננים ומבקשי מקלט וכנגד מסתננים ומבקשי מקלט (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2010) זמין לצפייה בקישור: [fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/15576b58-e9f7-e411-80c8-00155d010977/2\\_15576b58-e9f7-e411-80c8-00155d010977\\_11\\_10579.pdf](https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/15576b58-e9f7-e411-80c8-00155d010977/2_15576b58-e9f7-e411-80c8-00155d010977_11_10579.pdf); מורן אזולאי "נציג המשטרה בכנסת: הזרים לא מעלים הפשיעה" *Ynet*, 11.6.2012, בקישור: [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4240731,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4240731,00.html); יניב קובוביץ "המשטרה: ירידה קלה בפשיעה באזור התחנה המרכזית בתל אביב" *הארץ*, 3.4.2015, [www.haaretz.co.il/news/law/.premium-1.2606818](http://www.haaretz.co.il/news/law/.premium-1.2606818).



אין לו לדיין אלא מה שרואות עיניו

סבור או שמא להעניק להם מעמד פליט מסוג א/5, וזאת בהיעדר בנמצא כל פתרון אחר כאמור לעיל.<sup>36</sup>

אכן, מילים כדרכנות. ביקורת כה נוקבת על מדיניות הממשלה מפי דיין בבית הדין לעררים, ודאי לא הייתה עוברת לסדר היום ללא תגובה מצד שרת המשפטים הנוכחית, המקפידה בענייני הפרדת הרשויות קלה כבחמורה.

ואומנם, עם פרסומו עורר פסק הדין סערה. כאמור בראשית הדברים, היה זה ככל הנראה פסק דינו האחרון של הדיין בתפקידו הנוכחי. עובדה זו הביאה לכך שכלי תקשורת מסוימים נטו לסברה כי הדיין הודח נוכח תוכנו המתריס של פסק הדין;<sup>37</sup> בכתבה אחת אף צוטטו "גורמים מסביבתו הקרובה של הדיין", לפיהם ראשת בתי הדין, עו"ד מיכל צוק-שפיר, הענישה כביכול את הדיין בגין עמדתו הממלכתית מדי (כך!), "בשל העובדה שעמדתה בעניין המסתננים מנוגדת לחלוטין לעמדת הדיין, ומכאן אפשר להסיק על הפרשה כולה"<sup>38</sup> – טענה אותה הכחישה מערכת בתי המשפט נחרצות, ואילו מקורות לא רשמיים בתוכה וכן מחוץ לה הצביעו דווקא על תלונות באשר לתפקודו המקצועי הלקוי של הדיין קודם לפרסום פסק דין זה.<sup>39</sup>

לכאורה, תיאורו של פסק הדין כ"ממלכתי מדי" רחוק מן האמת, בייחוד נוכח עמדתה הנחרצת של שרת המשפטים שקד באשר לתפקידה המוגבל של מערכת המשפט ביחסי הרשויות במדינה. ניתוח תגובות משרד המשפטים לפרסומים בנושא זה מרמז, כי משרדה של שקד אינו מזדרז לצאת להגנתו של הדיין המודח לכאורה, אך בה בעת נמנע במפגיע מהעברת ביקורת ישירה על הפרתו את כללי המשחק הדמוקרטי.

אין זאת אלא שבלשונו הבוטה, הרוויה שנאת זרים,<sup>40</sup> חשף הדיין מספר אמיתות לא נוחות לממשלת ישראל, לרשויותיה, ואף למערכת המשפט עצמה: הראשונה, כי במקום למצוא פתרון ראוי ורציונלי הן למצוקת תושבי השכונות והן למצבם של מבקשי המקלט בישראל, פוסחת הממשלה על שני הסעיפים תוך שהיא מציגה עמדות סותרות ובלתי-הגונות; השנייה, כי גם מלחמת הקודש שאסרה שרת המשפטים הנוכחית על עצמאות

<sup>36</sup> פסק הדין, לעיל ה"ש 2, פס' 228.

<sup>37</sup> אבישי גרינצייג "הדיין שהמליץ להחזיר את המסתננים מאריתראה לארצם הודח מתפקידו" **מעריב** 17.8.2018 [www.maariv.co.il/news/law/Article-656813](http://www.maariv.co.il/news/law/Article-656813)

<sup>38</sup> עקיבא ביגמן "ראש בתי הדין טענה שאני ממלכתי מדי" **ישראל היום** 19.8.2018 [www.israelhayom.co.il/article/580445](http://www.israelhayom.co.il/article/580445)

<sup>39</sup> רויטל חובל "הדיין שקרא לגרש אריתריאים לארצם התבקש לעבור תפקיד לפני חצי שנה" **הארץ** 22.8.2018 [www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.6408238](http://www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.6408238)

<sup>40</sup> מעבר לבחירתו של הדיין להשתמש בביטוי הפוגעני "מסתננים", לתיאורים הסנסציוניים של מקרי פשיעה שבהם היו מעורבים מבקשי מקלט, ולהתייחסויות כוללניות ומזולזלות במבקשי מקלט לכל אורך פסק הדין, ראו במיוחד את התייחסותו של הדיין להופעתו של מבקש מקלט בפני ועדה של הכנסת, בפסק הדין, לעיל ה"ש 2, פס' 206.



היתר, לכאורה, של מערכת המשפט, נסוגה בעת הצורך בפני שיקולים פוליטיים דחופים יותר, למשל הצורך להוסיף ולהזין את שיח שנאת הזרים ולא לצאת נגד מי שבן לילה הפך "לגיבורם של אנשי הימין".

לבסוף, מעבר לתוצאה השלילית עבור העורר עצמו, אשר כעת יאלץ להחליט אם להשקיע את משאביו בהגשת ערעור נגד פסק דין זה; ומעבר להוצאת דיבתם של יתר מבקשי המקלט בישראל, שלאורך פסק דין שלם כונו שקרנים ופושעים, הרי שבפסק הדין נגרם נזק היקפי גם למערכת המשפט הישראלי ובראשה בית המשפט העליון, אשר במשך שנים העניקה הצדקה רציונלית וגיבוי משפטי למדיניות ממשלתית מעוולת, שמטרתה העליונה הייתה ונותרה שבירת רוחם של מבקשי המקלט החיים בישראל.