



מבזקי הארות פסיקה 89 | יוני 2019, 4

## באין בית, בהיעדר משפט – סיפורם הנשכח של פליטי דרפור

בעקבות בר"ם 2317/19 פלוני נ' רשות האוכלוסין וההגירה

### מירב בן זאב\* ונמרוד אביגאל\*\*

א. מבוא ומניע. ב. תקציר הפרקים הקודמים: ההליכים המשפטיים בגין אי-הטיפול בבקשות מקלט של דרפורים. ג. היפוך הנטל. ד. מ-ה-ת-ח-ל-ה! – בקשות לסעד זמני והחלטות מושא הארה זו. ה. סיכום – מחוץ לדפי המשפט המנהלי ומחוץ לחוק.

*"It is impossible to talk about the single story without talking about power. There is a word, an Igbo word, that I think about whenever I think about the power structures of the world, and it is 'nkali'. It's a noun that loosely translates to 'to be greater than another'. Like our economic and political worlds, stories too are defined by the principle of nkali. How they are told, who tells them, when they're told, how many stories are told, are really dependent on power".<sup>1</sup>*

\* בוגרת תוכנית "תקנה" לתואר שני במשפטים, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל. עורכת דין בארגון היא"ס ישראל, ארגון יהודי בינלאומי המעניק סיוע לפליטים מזה 138 שנה. בישראל, הארגון מפעיל תכנית לסיוע משפטי למבקשי מקלט במסגרתה, הוגשו בשנה האחרונה מעל לשש-מאות הליכים משפטיים בעניינם של מבקשי מקלט מדרפור, מהרי הנובה ומהנילוס הכחול.

\*\* בוגר תואר ראשון במשפטים מאוניברסיטת תל אביב, סמנכ"ל היא"ס ישראל ומנהל המחלקה המשפטית בארגון.

<sup>1</sup> Chimamanda Ngozi Adichie, *The Danger of a Single Story*, TED TALK [https://www.ted.com/talks/chimamanda\\_adichie\\_the\\_danger\\_of\\_a\\_single\\_story#t-1110121](https://www.ted.com/talks/chimamanda_adichie_the_danger_of_a_single_story#t-1110121).



## א. מבוא ומניע

במהלך חודש הרמדאן 2019 יושב אדם, פליט מרצח העם בדרפור שבסודן, בדיון בעניינו בבית המשפט המחוזי בירושלים. נקרא לו פ'. בערב אחד בשנת 2008, עת היה בן 13 בלבד, הגיעו חברי מיליציות לכפרו. הם שרפו את הכפר על כל בתיו, אנסו את הנשים והרגו את הגברים. אביו של פ' נהרג, אחיותיו נאנסו. פ' ושני אחיו, אשר בהיותם נערים צעירים נמצאו בסכנת רדיפה, ברחו מהמדינה. שני האחים הגיעו לאנגליה ולארצות-הברית והוכרו כפליטים, כמרבית הדרפורים שברחו למדינות החתומות על אמנת הפליטים. פ' נמצא בישראל מזה 7 שנים, ועד היום לא קיבל תשובה בבקשתו למקלט מדיני. בדיון בעניינו, טענה באת כוח המדינה כי יש לשלול מפ' את התשובות הארעית אותה קיבל מתוקף פסק דין של בית הדין לעררים בירושלים, במסגרת פסק דין או במסגרת סעד זמני במהלך הדיון בערעור.<sup>2</sup>

בית הדין לעררים הורה על מתן המעמד הארעי עד להכרעה בבקשת המקלט של פ', בשל המחדל המתמשך שבאי-בחינת בקשתו למקלט משך חמש וחצי שנים, תוך הפרת מחוייבויות המוטלות על המדינה מכוח המשפט הבינלאומי, המשפט המנהלי ואף התחייבויות שנמסרו לבית המשפט העליון.

בערעורה בבית המשפט המחוזי, נשענה המדינה בטיעוניה על פסקי דין נוספים שניתנו בבית המשפט המחוזי עליהם הוגשו בקשות רשות ערעור לבית המשפט העליון, אשר עודן תלויות ועומדות.<sup>3</sup> בבקשתה לסעד זמני לשלילת מעמדו של פ' לאלתר, מתארת המדינה כי סעד כאמור כבר ניתן בבית המשפט המחוזי בירושלים בעניין זהה ובקשת רשות ערעור לעניין זה נדחתה בבית המשפט העליון. באותה החלטה בבית המשפט העליון, שלה השפעה נרחבת על ההליכים הנוספים המתנהלים בבתי המשפט, נדון כאן.

פ' יוצא מהדיון. הוא לא ישן בלילה הקודם כיוון שחש מועקה ולחץ מהדיון הצפוי בבית המשפט. הוא גם לא אכל מאז השעה ארבע לפנות בוקר בשל צום הרמדאן. הוא עומד מחוץ לאולם, דמעות זולגות על פניו והוא לא מצליח לעצור על אף שניכר שהוא מנסה. הוא מבטא את כאבו גם במילותיו באוזני עורכת דינו, אחת הכותבות של הארה זר:

<sup>2</sup> בר"ם 2317/19 פלוני נ' משרד הפנים-רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 2.4.2019).  
<sup>3</sup> ראו למשל: עמ"נ (י-ם) 64239-01-18 מדינת ישראל – רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.11.2018); בר"ם 9154/18 פלוני נ' רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 26.3.2019).



באין בית, בהיעדר משפט – סיפורם הנשכח של פליטי דרפור

“אני ברחתי מהמדינה שלי על החיים שלי. באתי לכאן, בלי אמא, בלי אבא. ביקשתי שיכניסו אותי. למה הם עדיין עושים את זה? אני לא מבין. שמו אותי בכלא, ואז עוד כלא. במקום לעזור אנחנו עדיין כאן וגם את מה שנתנו לי כבר רוצים לקחת. אני מאז שבאתי אמרתי – אני לא רוצה תעודת זהות, אני לא רוצה א/5. אני רוצה שתבינו שאני רפיוג’י. למה עדיין אומרים לי לא?”

סיפורם של מבקשי המקלט הוא המפתח לקיומם במדינה שבה הם מבקשים הגנה. אם הסיפור מלמד כי הם פליטים, הם זכאים למעמד ולזכויות במדינה: לבריאות, לחופש תנועה, לעבודה ולסיוע משפטי. אם הם אינם פליטים, ניתן להענישם בגין כניסה שלא כדין כ“מסתננים”, ללחוץ עליהם לצאת את המדינה ולגרשם. עם זאת, משרד הפנים הצליח לשמור על מעמדם כ“מסתננים” בלי לדחות את בקשתם למקלט, ובלי להכיר בהם כפליטים: הוא פשוט לא הכריע בבקשות, והותיר אותם במעמד זמני שכונה בבית המשפט “ערפל נורמטיבי”.<sup>4</sup> אף ששאלת זהותם של מבקשי המקלט כפליטים או כמסתננים גוזרת ישירות את זכויותיהם, עד כה נמנעו הערכאות השיפוטיות מהכרעה בשאלה זו גם כשהוגשו עתירות נגד חקיקה הפוגעת בהם כ“מסתננים”. כך, משך כעשור הפך הזמני לקבוע, ומבקשי המקלט מתווייגים כ“מסתננים” בחוק, בחברה ובבתי המשפט.

חייהם של מבקשי המקלט בלימבו מתמשך מתאפשר בשל מחיקת סיפורם, וקבלת נרטיב שמתאפס בכל פעם מחדש, כאשר משרד הפנים מודיע על מדיניות חדשה, שר חדש או החלטה חדשה, וכך נמנע מהם כל סעד.

עניינה של הארה זו בהחלטת בית המשפט העליון מיום 2.4.2019,<sup>5</sup> בבקשת רשות ערעור שהוגשה על ידי מבקש מקלט, אזרח סודן המשתייך לשבטים האפריקנים בדרפור. אותו מבקש מקלט הגיש ערר לבית הדין לעררים נגד המחדל ארוך השנים שבאי-בחינת בקשתו למקלט מדיני. בית הדין העניק לו מעמד עד להכרעה בבקשתו למקלט, ועל כך פנה משרד הפנים בערעור מנהלי לבית המשפט המחוזי בירושלים. במסגרת הערעור, התקבלה בקשה למתן צו עשה ששלל את המעמד שניתן לפי החלטת בית הדין. על כך הוגשה בקשת רשות הערעור. בית המשפט העליון, בהחלטת השופטת דפנה ברק-ארז, דחה את הבקשה.

מדובר בהחלטה קצרה אך גורלית, הן בהיבט של ההשפעה המיידית על חייו של מבקש המקלט, והן בתמונה הכוללת. בתמונה הרחבה, ההחלטה היא חלק משרשרת

<sup>4</sup> עע”ם 8908/11 אספון נ’ משרד הפנים (פורסם בנבו, 17.2.2012).

<sup>5</sup> בר”ם 2317/19 פלוני נ’ משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 2.4.2019).



הליכים אליהם נקלעו מבקשי המקלט מדרפור, אשר פנו לערכאות לאחר שבקשותיהם לא נבחנו שנים ארוכות. הליכים פרטניים תלויים בעניין זה בבתי הדין לעררים, בבית המשפט המחוזי בירושלים ובבית המשפט העליון. בנוסף לאלה, שתי עתירות עקרוניות תלויות בבג"ץ מזה יותר משנתיים, שם ניתן לאחרונה צו על תנאי.<sup>6</sup> נכון לכתיבת שורות אלו, ההליכים בבתי הדין לעררים הוקפאו נוכח ההליכים בבג"ץ, ההליכים בבג"ץ מתארכים בשל בקשות ארכה מצד משרד הפנים, ובאותו זמן עומד משרד הפנים על קבלת אותם "סעדים זמניים" לשלילת המעמד שנתן בית הדין.

בהארה זו נעמוד על ההלכות באשר למתן סעד זמני, מהן ניתן ללמוד עד כמה החלטת בית המשפט המחוזי, והחלטת בית המשפט העליון המאשרת אותה, חריגות בפסיקה. נעמוד על ההשלכות של החלטות אלה במישור המשפטי, ונראה כי כאשר נמחק סיפורם של מבקשי המקלט – הם מוצאים עצמם מודרים, דה פקטו, מכללי המשפט המנהלי ומזכותם לקבל סעד בגין הפרת זכויותיהם. הדרה זו לא ניתנת להפרדה ממדיניות הרשות המבצעת והמחוקקת, הנמנעות מלהכיר בהם כפליטים ומותרה אותם מחוץ לחוק כ"מסתננים".

### ב. תקציר הפרקים הקודמים: ההליכים המשפטיים בגין אי-הטיפול בבקשות מקלט של דרפורים

עד סוף שנת 2012 סירבה המדינה לקבל בקשות מקלט פרטניות של אזרחי סודן, וגם כשהחלה לקבלן נמנעה המדינה מלפרסם את שינוי מדיניותה ברבים.<sup>7</sup> מאז, המדינה נמנעה מלבחון את בקשותיהם של כל יוצאי חבל דרפור, וכך גם מי שהגישו בקשות מקלט מצאו את עצמם תחת מדיניות אי-הרחקה, שתוארה בידי בית המשפט העליון כ"ערפל נורמטיבי".<sup>8</sup> במצב זה הם היו נתונים לכליאה, 20% משכרם נגזלים מכוח "הסדר הפיקדון",<sup>9</sup> הם אינם זכאים לזכויות סוציאליות ולביטוח בריאות, וחיים עם

<sup>6</sup> בג"ץ Tagal 4630/17 נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 19.3.2019). דיון הנוסף בעניינם של מבקשי המקלט מדרפור בבג"ץ 7552/17 משרד תומר ורשה-עורכי דין נ' ראש הממשלה, אוחד עם בג"ץ Tagal. למען הנוחות, להלן נתייחס אליהם במאוחד גם כאן כבג"ץ Tagal.

<sup>7</sup> בית הדין לעררים עמד על כך בערר (ת"א) 1279-16 א. ג נ' משרד הפנים - רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 6.11.2016); מבקר המדינה "זרים שאינם בני הרחקה" דוח שנתי 69, 64 (2014); ע"ע 8908/11 אספו נ' משרד הפנים, פס' 15 (פורסם בנבו, 17.7.2012).

<sup>8</sup> עניין אספו, שם.

<sup>9</sup> ס' 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים בישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה) התשע"ה–2014, במסגרתו תוקנו סעיפים בחוק עובדים זרים, התשנ"א–1991. בהתאם לסעיפים אלה מנוכים 20% משכרם של "מסתננים" לקרן שתנוהל על ידי המדינה. 16% נוספים מוטלים על מעסיקיהם ומועברים לאותה קרן. נגד הסדר זה הוגשה



התיוג כ"מסתננים" כשבידיהם רישיון מסוג "משוחרר בתנאים" שעליו כתוב "רישיון זה אינו מהווה רישיון עבודה".

הימנעות המדינה מבחינת בקשותיהם של מבקשי המקלט ננקטה לצד מספר הצהרות, מהן עולה כי היא מכירה בכך שמדובר בפליטים: בראשית שנת 2008 ניתן מעמד פליט לכל הדרפורים שנכנסו עד לאותה שנה (כ-600), וראש הממשלה דאז, אהוד אולמרט, הודיע כי "אלה הם הפליטים האמיתיים". בישיבת ועדת הפנים של הכנסת מיום 21.6.2017 אמר שר הפנים אריה דרעי כי "סודאנים הגיעו לכאן משום שהם נרדפים במדינתם";<sup>10</sup> ביום 3.3.2018, במסגרת כתבה על גירוש מבקשי מקלט שתוכנן בשנה זו, מסרה המדינה כי דרפורים לא יגורשו.<sup>11</sup> אף לאחרונה, במסגרת דיון עקרוני בבג"ץ בעניין אי-הטיפול באותן בקשות מקלט,<sup>12</sup> הודתה המדינה כי לפחות חלק מהבקשות מבססות "באופן מובהק" עילת מקלט.

במשך השנים, הצדיקה המדינה את הסנקציות המוטלות על מבקשי המקלט כ"מסתננים", תוך שעמדה על כך שהבקשות נבחנות. דוגמה לכך ניתן למצוא בבקשת רשות ערעור שעמדה בפני מותב בית המשפט העליון מושא הארה זו, כבר בקיץ 2016. בקשות רשות הערעור שם נסבו על החלטות בית המשפט המחוזי בתל-אביב, ובית הדין לעררים לפניו, שלא לתת צו ארעי לדחיית כניסת שלושה מבקשי מקלט דרפורים למתקן "חולות". כך נפסק שם:<sup>13</sup>

"אין בסיס להתערבות בהחלטתו של בית המשפט המחוזי. לא למותר להזכיר כי המשיב הצהיר בפני בית הדין לעררים כי 'נעשים מאמצים רבים [...] לטיפול וקידום מתן החלטה בבקשות פרטניות לקבלת מקלט מדיני שהוגשו' [...] יש לקוות שהתחייבות זו אכן מקוימת גם למעשה". התחייבות זו של המדינה לא קוימה עד היום, לא להלכה ולא למעשה. אותם אנשים הוחזקו במתקן חולות במשך יותר משנה, ובקשותיהם טרם הוכרעו. הימנעות המדינה מבחינת בקשותיהם והשלכותיה על זכויותיהם לא נעלמו מעיניו של בית המשפט העליון, שנה קודם להליך הנדון, שבעניין דסטה מתח ביקורת נוקבת

עתירה לבג"ץ, שעודנה תלויה בבית המשפט העליון לאחר שהוצא בה צו על תנאי (בג"ץ 2293/17 גרסגור נ' הכנסת).

<sup>10</sup> אילן ליאור "דרעי: סודאנים הגיעו לכאן משום שהם נרדפים במדינתם" הארץ 21.6.2017 [www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.4191892](http://www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.4191892). פרוטוקול ישיבה מס' 432 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-20 (21.6.2017) [fs.knesset.gov.il/20/Committees/20\\_ptv\\_390781.doc](http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_390781.doc).

<sup>11</sup> לי ירון "מבקשי מקלט שלא יגורשו יחדשו את האשרה מדי חצי שנה במקום מדי חודשיים" הארץ 3.3.2018 [www.haaretz.co.il/news/education/1.5867879](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.5867879).

<sup>12</sup> בג"ץ 4630/17 Tagal, לעיל ה"ש 6.

<sup>13</sup> בר"ם 5846/16 סולימן נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 17.8.2016).



על טיפולה בבקשות מקלט של אזרחי סודן ואריתראה וכינה אותו "אוזלת יד מדהימה, אם לא רשלנות מכוונת".<sup>14</sup> בעקבות התערבות בית המשפט בפרשה זו, התחייבה המדינה כי עד יום 9.2.2016 יוכרעו כל בקשות המקלט התלויות ועומדות של אזרחי סודן ואריתראה. אולם, בקשותיהם של הדרפורים לא הוכרעו עד היום. בתגובה לביקורת זו, מסר משרד הפנים בכל פעם הצדקות שונות לאי-ההכרעה בבקשות, וטען כי הוא עמל על פתרון הסוגייה. פעם טען לעומס, פעם עמד על הצורך לגבש עמדה רוחבית כדי להכריע בבקשותיהם של יוצאי דרפור.<sup>15</sup> בשלב מסוים התגלה כי כבר בשנת 2014 נוסחה חוות דעת בידי יחידת הטיפול במבקשי מקלט, לפיה יש להכיר בדרפורים כפליטים, אך משרד הפנים התנער ממנה.<sup>16</sup> ברוח מבקר המדינה לשנת 2018 זכו פגמים אלה בטיפול בבקשות לביקורת חריפה:

"ליקוי הכולט בחומרתו בכל הנוגע לבקשות שהגישו יוצאי חבל דארפור שבסודן [...] בפניגור בטיפול בבקשות יש פגיעה חמורה בזכותם של מבקשי המקלט לקבלת החלטת המדינה אם להכיר בהם כפליטים, על הזכויות הנגזרות מכך, והפרת חובת ההגינות כלפי המבקשים".<sup>17</sup>

### ג. מהות וחשיבות הכיוון החדש שאליו נושבת הרוח

בשנת 2017 הוגשה עתירה לבג"ץ בעניין Tagal, נגד מדיניות אי-הטיפול בבקשותיהם של דרפורים.<sup>18</sup> כבר בתחילת ההליכים בעניין זה טענה המדינה, כי על דרפורים המבקשים סעד פרטני בגין אי-מתן מענה לבקשותיהם למקלט לפנות לבית הדין לעררים, בית דין מנהלי שהוקם לבחינת החלטות בענייני מעמד, וכי זוהי הערכאה המתאימה לבירור טענותיהם.

<sup>14</sup> בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת, פס' 12 לפסק דינו של השופט מלצר; פס' 3 לפסק דינה השופטת חיות (פורסם באר"ש, 11.8.2015).

<sup>15</sup> עע"מ 3325/15 מוטסים נ' משרד הפנים רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 12.10.2015).

<sup>16</sup> יהודה שוחט "דו"ח קבע שפליטי דרפור זכאים להכרה חוקית – ורשות האוכלוסין התעלמה" ynet 3.1.2017 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4902074,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4902074,00.html). לעיון בחוות הדעת ראו קישור [www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2017/01/Darfur-opinion.pdf](http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2017/01/Darfur-opinion.pdf).

<sup>17</sup> מבקר המדינה דוח שנתי 168 ג – לשנת 2017, 1426 (2018). [www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report\\_627/8eaa80a0-a426-4424-aefa-8fdc4e8b176a/221-zarim-2.pdf](http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_627/8eaa80a0-a426-4424-aefa-8fdc4e8b176a/221-zarim-2.pdf).

<sup>18</sup> בג"ץ Tagal, לעיל ה"ש 6.



בשל כך, וכיוון שבית המשפט העליון טרם הכריע בעתירה, החלו מבקשי מקלט מדרפור לפנות לבתי הדין לעררים בבקשה למתן סעד בעניינם. לאחר מספר הליכים בבתי הדין לעררים הורה דיין בית הדין, אלעד אור, על מתן רישיון א/5 לעורר עד להכרעה בבקשת המקלט.<sup>19</sup> המדינה לא ערערה על פסק הדין, והוא אומץ בפסקי דין נוספים של בית הדין לעררים בירושלים על כלל מותביו, בעניינם של דרפורים שהצביעו על אי-מענה ממושך לבקשותיהם. מפסקי דינו של בית הדין לעררים<sup>20</sup> עולה כי מטרותיהם היו שתיים: הראשונה, לתמרץ את הרשות להחיש, או לכל הפחות להתחיל, את הטיפול בבקשות המקלט של הדרפורים; השנייה, להסיר חלק מהנטל המוטל על כתפי הדרפורים מכוח חוק ההסתגנות,<sup>21</sup> שכן מתן רישיון מסוג א/5 (תושבות ארצית) הוא הרישיון ה"נמוך" ביותר המחריג מגדרי חוק ההסתגנות. משרבו פסקי הדין מסוג זה המדינה ערערה על רובם המוחלט, ולאחרונה שרת המשפטים היוצאת, איילת שקד, הדיחה את הדיין אור בדרך אי-חידוש כהונתו.<sup>22</sup>

בנובמבר 2018 ניתן פסק דין ראשון בערעורים מנהליים אלה, על ידי שופט בית המשפט המחוזי בירושלים ארנון דראל.<sup>23</sup> השופט דראל הכיר במחדל שבאי-בחינת הבקשות ובפגיעה שהדבר מסב למבקשי המקלט, אך קיבל את הערעור תוך שקבע כי בטרם הורה בית הדין על מתן המעמד, היה ראוי ליתן לשר לבחון את שאלת "המעמד הזמני". על כן, בית המשפט הורה לשר הפנים ליתן החלטה מנומקת באשר למעמד שיוענק למבקשי המקלט מדרפור בזמן ההמתנה להכרעה בבקשותיהם. בפסק דינו, נשען השופט דראל, בין היתר, על הודעת המדינה כבג"ץ Tagal מאוקטובר 2018 לפיה המדינה מתחילה לבחון את הבקשות פרטנית. עד למועד כתיבת הארה זו, בחלוף חצי שנה ממתן פסק הדין, לא הוכרעה ולו אחת מאותן בקשות מקלט. שר הפנים החליט כי "בשלב זה" לא יינתן מעמד משודרג למבקשי המקלט מדרפור הממתינים להחלטה, וכי יידרש לעניין זה בהמשך. בקשות רשות ערעור הוגשו על פסק דינו של השופט דראל ועל פסקי דין נוספים של בית המשפט המחוזי שנשענו על קביעותיו. בקשות רשות

<sup>19</sup> ערר (י-ם) 1364-15 חסן נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 4.5.2017).

<sup>20</sup> ראו למשל: ערר (י-ם) 3844-17 אלמוניים נ' משרד הפנים- רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 13.12.2017).

<sup>21</sup> חוק למניעת הסתגנות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954.

<sup>22</sup> ראו אבישי גרינצייג "יומיים לפני שפוטר מתפקידה, שקד הדיחה דיין שתמך במסתגנים" **מעריב** [www.maariv.co.il/news/law/Article-701838](http://www.maariv.co.il/news/law/Article-701838).

<sup>23</sup> עמ"נ (י-ם) 64239-01-18 מדינת ישראל – רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלונים (פורסם בנבו, 26.11.2018).



ערעור אלה עדיין תלויות ועומדות, וניתן בהן עיכוב ביצוע המותיר בידי המבקשים את הרישיונות מסוג א/5 שעליהם הורה בית הדין.<sup>24</sup> בין לבין, ביום 19.3.2019 ניתן צו על תנאי בבג"ץ 7552/17 אשר אוחד עם עניין Tagal, לפיו על המדינה לבוא וליתן טעם "מדוע לא יוענק רישיון לישיבת ארעי מסוג א/5 לעותרים ולמבקשי מקלט יוצאי דרפור כמותם, וזאת עד להכרעה בבקשות המקלט הפרטניות שהגישו".<sup>25</sup> על המדינה הוטל להגיש תצהירי תשובה תוך 60 ימים, אך בינתיים ביקשה המדינה ארכה. בשים לב לצו על-תנאי, נתנה השופטת ברק-ארז החלטות בכל בקשות רשות הערעור, המורות על הקפאת הטיפול בהליכים עד 30 ימים לאחר הגשת תצהירי תשובה מטעם המדינה בעתירות לבג"ץ.<sup>26</sup> במקביל, בשים לב לפסק הדין של השופט דראל, הוקפא הדיון ברוב העררים שטרם הוכרעו בבית הדין לעררים.

#### ד. מ-ה-ת-ח-ל-ה ! – בקשות לסעד זמני והחלטות מושא הארה זו

מאז פברואר 2019, בעקבות פסק הדין של השופט דראל, הוגשו בקשות למתן "סעד זמני" בכל הערעורים התלויים, שבהם ביקשה המדינה מתן צו עשה לשלילת הרישיונות שניתנו בהתאם לפסקי דינו של בית הדין לעררים. בקשות המדינה למתן צו עשה נסמכו בכל הנוגע למאזן הנוחות על טענה להשלכות רוחב, לפיהן דחיית הבקשה "עשויה להיות בעלת השפעה רחבה על מבקשי מקלט רבים יוצאי חבל דרפור, או אחרים, אשר ימשיכו להידפק על דלתות המערערת, בית הדין ובתי המשפט".<sup>27</sup> בנוסף, המדינה טענה כי בעקבות פסק הדין של דראל גם ההחלטה ה"חדשה" של השר, להותיר את הדרפורים "לעת זו" באותו מעמד שבו החזיקו מאז נכנסו לישראל, מאפסת את כללי המשחק, וכעת על אותם משיבים המצויים כבר בהליכי ערעור, לפנות בהליך חדש בבית הדין לעררים.<sup>28</sup>

בקשה למתן סעד זמני הוגשה גם בהליך מושא הארה זו, והתקבלה בהחלטת השופט שחם מיום 20.3.2019. הבקשה לסעד זמני התקבלה יום אחד לאחר שניתן

<sup>24</sup> ראו למשל: בר"ם 9154/18 פלונים נ' רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 7.1.2019).

<sup>25</sup> בג"ץ Tagal, לעיל ה"ש 6.

<sup>26</sup> ראו למשל: בר"ם 9154/18 פלונים נ' רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 26.3.2019).

<sup>27</sup> ש.ס.

<sup>28</sup> ראו למשל: בקשה שהוגשה בעמ"נ (י-ם) 72274-10-18 מדינת ישראל נ' פלוני. עותק שמור אצל המחברים.





בבג"ץ צו על תנאי, עובדה שכנראה לא הייתה ידועה למותב באותו שלב.<sup>29</sup> בהחלטתו, ציין השופט שחם כי בקשה לסעד זמני לשינוי המצב קיים תתקבל במקרים חריגים בלבד; כי הרישיון שניתן אינו יוצר מצב בלתי-הפיך; כי המדינה לא הצביעה על נזק חמור אחר שהסעד הזמני דרוש למניעתו, וכי הטיעון בדבר "השלכות רוחב" אינו משכנע. על אף כל זאת, פסק השופט שחם כי "אף כי שיקולי מאזן הנוחות, כשלעצמם, אינם תומכים בקבלת הבקשה, עוצמתם של סיכויי הליך מכריעה את הכף".

על ההחלטה הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, וזו נדחתה על ידי השופטת ברק-ארז<sup>30</sup>. השופטת ברק-ארז נשענת בהחלטתה על מידת ההתערבות המצומצמת של ערכאת הערעור בהחלטות הנוגעות לסעדים זמניים, כמו גם על החלטות שהתקבלו בבית המשפט המחוזי בתיקים העוסקים בעניינים דומים של דרפורים. עם זאת, מפנה השופטת להחלטות שניתנו, על ידיה, המורות על מתן צווים ארעיים שניתנו בבקשות רשות ערעור התלויות ולהחלטה על מתן צו על תנאי בבג"ץ Tagal, שתי הפניות שהיה בהן דווקא כדי לחזק את בקשת רשות הערעור של המבקש שם.

החלטה זו הביאה לקבלת בקשות דומות לסעד זמני בערעורים מנהליים המתנהלים בבית המשפט המחוזי בירושלים בנושא זה.<sup>31</sup>

סקירת הפסיקה בעניין מתן סעד זמני מסוג צו עשה בהליכי ערעור, מבהירה עד כמה ההחלטה בעניינם של הדרפורים חריגה, עד כדי שהכללים המשפטיים התהפכו. לפי ההלכה הפסוקה, בבחינת סעד זמני בערעור נקודת המוצא היא כי בעל דין שזכה בערכאה הדיונית זכאי ליהנות מפירות זכיתו.<sup>32</sup> על כן, נקבע כי יינתן עיכוב ביצוע רק ככל שאי-מתן הצו יסכל את הליך הערעור, ואם יוכח כי מאזן הנוחות נוטה לטובת שימור המצב הקיים. כשמדובר, כמו בענייננו, במתן צו עשה ולא בעיכוב ביצוע, נקבע כי זה יינתן רק במקרים חריגים במיוחד;<sup>33</sup> כי יינתן משקל מרכזי למבחן מאזן הנוחות;<sup>34</sup> וכי בקשה למתן סעד זמני מסוג צו עשה תידחה במקרים שבהם "אי מתן צו ביניים המבוקש אינו מונע מן המבקשת סעד אפקטיבי בעתירה העיקרית".<sup>35</sup>

בענייננו, בית המשפט המחוזי הכיר בכך שמאזן הנוחות אינו נוטה לקבלת הבקשה, אך נמנע מלקבוע כי הוא נוטה בבירור לטובת מבקש המקלט. בית המשפט אף הכיר

<sup>29</sup> עמ"נ 72274-10-18 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 20.3.2019).

<sup>30</sup> פרשת פלוני, לעיל ה"ש 1.

<sup>31</sup> ראו למשל: עמ"נ (י-ם) 65982-12-18 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.5.2019).

<sup>32</sup> בע"א 6763/13 חוות בי אפ סי בע"מ נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, 8-9 (פורסם בנבו, 14.11.2013).

<sup>33</sup> בר"ם 2038/12 אבו באקאיוקו נ' משרד הפנים, 4-5 (פורסם בנבו, 15.4.2012).

<sup>34</sup> עע"מ 3506/18 פלוני נ' עיריית ירושלים, 6-7 (פורסם בנבו, 5.7.2018).

<sup>35</sup> בר"ם 5346/03 מלבסקיה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 18.6.2003).



בכך שלא יהיה באי-מתן הסעד כדי לשלול את מתן הסעד בתום הערעור, ככל שיתקבל, ועם זאת נתן בכורה דווקא לסיכויי הערעור. בית המשפט העליון, בדחותו את הבקשה לרשות ערעור, התבסס על החלטות שהורו על עיכוב ביצוע ושימור המצב הקיים, וכן הפנה להליכים העקרוניים בסוגייה זו התלויים ועומדים בבית המשפט העליון – אותם הליכים שבהם הופנו דרפורים לבקש סעד פרטני בבית הדין לעררים. כמו סיפורם של הדרפורים כמבקשי מקלט, דומה כי לא ניתן להבין את ההחלטות באשר לסעדים הזמניים בלי להשקיף על ההליכים הקודמים בעניין מבקשי המקלט, שנסקרו לעיל. סקירת הליכים אלה מלמדת כיצד מחדלי המדינה בבחינת בקשות המקלט צפים פעם אחר פעם, אלא שאז המדינה הצהירה על מדיניות חדשה שעל פיה ייבחנו הבקשות, ובית המשפט נסמך על התחייבויות אלה ונמנע מלהתערב. כך, בכל פעם מתאפס מניין ה"זמן הסביר" שבו יש לבחון את הבקשות. כך, כשנמחקת מדיניות קודמת נמחק סיפורם של מבקשי המקלט שסופר. משנמחק סיפורם כאילו נמחקים היסטוריית ההתדיינות והמחדל המתמשך, עינוי הדין והנזק המצטבר הכרוך בהמתנה תחת סנקציות ובהיעדר זכויות, ובשל כל אלה מיטשטש צידם של מבקשי המקלט במאזן הנוחות, עד שנעלם.

#### ד. סיכום – מחוץ לדפי המשפט המינהלי ומחוץ לחוק

תוצאת הסעדים הזמניים שניתנו הייתה ביטול המעמד שבית הדין נתן קודם לכן למבקשי המקלט. מבקשי המקלט ניגפו בפני שומר הסף אל מחוץ לחוק, והפכו מסתננים. ככאלה, הם נותרו כלואים בתוך ה"לימבו" של חוק הכניסה לישראל,<sup>36</sup> היכן שמחדל שלטוני אינו מחייב סעד, ונתונים למרותו המוחלטת של הריבון. כך, התקבלו בשתיקה מחדלים בסיסיים המוכרים במשפט המנהלי: החובה לקבל החלטות בזמן סביר, חובת ההגינות, החובה לעמוד בהבטחות שלטוניות (כמו הבטחת המדינה לבג"ץ להכריע בבקשות), והחובה לעמוד בהתחייבויות שלקחה על עצמה המדינה מכוח המשפט הבינלאומי.

בית המשפט המחוזי, בקבלתו את הבקשה לסעד זמני, קבע כי לא ייגרמו נזקים מהותיים משלילת המעמד שניתן. בקביעה זו, ובאי-התערבותו של בית המשפט העליון בה, קיבלו למעשה בתי המשפט את עמדת המדינה, לפיה די למבקשי המקלט בזכות שלא להיות מורחקים מישראל ו"להינות מהגנה זמנית". כך, שהייתם של מבקשי

<sup>36</sup> חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.



המקלט בישראל כדין משך שנים בלי שבקשתם נבחנת, תוך הפרת כללי המשפט המנהלי, הוטלה כמשקולת לטובת קבלת הבקשה לסעד זמני, חרף הטיית מאזן הנוחות דווקא לטובת הותרת הסעד שניתן לאותם מבקשי מקלט.

התפישה שלפיה מצופה ממבקשי מקלט שיסתפקו במועט, ובעיקר באי-הרחקתם מישראל, מאפיינת את מדיניות המדינה. המדינה פועלת ללא לאות לפגיעה בזכויותיהם לצורך עידוד יציאתם. מדיניות מוצהרת זו כללה מנגנונים חוקיים שלא היה להם אחר ורע במשפט הישראלי, אשר חוקקו אך ורק נגד אותה אוכלוסייה, כגון: כליאה ללא הגבלת זמן (במתקן חולות שנסגר), היתר העסקה ללא מתן רישיון עבודה והחרמת 20% משכרם ללא תלות בגובה השכר שיוותר בידיהם.<sup>37</sup> רבות מפגיעות אלה נדונו או עודן נדונות בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. הבסיס המשפטי להתנהלות זו של המדינה – מעמדם של מבקשי המקלט - נותר לוט בערפל.

התנהלות המדינה כלפי מבקשי המקלט נותרת מחוץ לכללי המשפט המנהלי, ומבקשי המקלט עצמם, כדברי חנה ארנדט, נותרים מחוץ לחוק. בהותרתם כ"זרים", בלי שבקשותיהם נבחנות, הם מאבדים את מעמדם המשפטי (מעמד הפליט מעולם לא ניתן להם), ובכך כל אותן זכויות אדם המוגדרות ככאלה שלא ניתן להפקיען, אינן באות לידי ביטוי ואינן נאכפות.<sup>38</sup> מבקשי המקלט נותרים מוחזקים בין כותלי חוק הכניסה לישראל והחוק למניעת הסתננות, תוך ששיקוליה המרכזיים של המדינה בעניינם הם שיקולי מניעת הגירה, תחום הנתון לשיקול דעתו הרחב של שר הפנים.<sup>39</sup> שיקולים אלה אינם

<sup>37</sup> חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), כמו גם פרק ד' לחוק עובדים זרים, התשנ"א – 1991. אילן ליאור "ארגוני זכויות אדם עתרו לבג"ץ נגד החוק המחייב מבקשי מקלט להפריש 20 אחוז משכרם" **הארץ** 13.3.2017. [www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.3921871](http://www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.3921871). ביום 13.3.2017 עתרו נגד חוק זה שבעה מבקשות ומבקשי מקלט מאריתריאה ומסודן, וששה ארגוני זכויות אדם (קו לעובד, א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים, המוקד לפליטים ולמהגרים, האגודה לזכויות האזרח בישראל – ARDC, מרכז סיוע לפליטים אפריקאים, ורופאים לזכויות אדם – ישראל).

<sup>38</sup> חנה ארנדט **יסודות הטוטאליטריות** 437–440 (עדיית זרטל מתרגמת, 2010).

<sup>39</sup> בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פס' 50 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 14.5.2006) "הנחת המוצא היא – נדרשנו לנושא זה בדברינו לעיל – כי מדינה, כל מדינה, אינה חייבת להתיר לזרים להיכנס אל תחומה, לא-כל-שכן שאין היא חייבת להתיר לזרים להתיישב בה דרך קבע או אף דרך ארעי. כך מורה אותנו עקרון-העל של ריבונות המדינה, עיקרון שממנו נגזרת זכותה של המדינה לקבוע מי רשאים להיכנס אליה ומי יזכו באזרחותה או בזכות ההתגורר בה. כך גם נפסק לא אחת בישראל. 'מדינה, כל מדינה, מוסמכת ורשאית לקבוע אלו זרים יבואו בשעריה, [ן]אלו מהם יהיו בתחומה' [...] 'מעיקרו של דין אין המדינה חבה כל חובה שהיא כלפי זרים המבקשים להתיישב בשיטחה' [...] בכך בא לידי ביטוי העיקרון – המקובל



מכירים בזכויות האדם של מבקשי המקלט, שכן אלה יוקנו, או ייאכפו, רק אם מבקשי המקלט יוכרו כבעלי "רשות" לשהות בישראל מכוח פליטות, זוגיות עם אזרח/ית ישראלים או בהסדרת מעמד אחר. החזקתם של מבקשי המקלט תחת מערכת חוקים נפרדת כ"מסתננים", היא ביטול ההגנה שהמשפט מעניק לכל נתין וחשיפתו של הנתין לאלימות הריבון, בלי שיהיה אפשר להכיר בה ככזו להעניש את המבצע על שהפר את החוק.<sup>40</sup> כך, המדינה משעה את החוק ולא מממשת אותו כלפי מבקש המקלט, ומותרת אותו מופקר ועוזב להיות אך מה שהוא – אדם, מבקש מקלט, ללא כל אכיפה של זכויותיו או הגנה עליהן.<sup>41</sup>

התוצאה של האמור לעיל היא יצירתם של אנשים מופקרים (*homo sacer*), המופשטים מזכויות האדם וחשופים לשרירות הריבון אשר בידיו, ובידיו בלבד, ההחלטה אם להחיל כלפיהם את החוק ואם לאו.<sup>42</sup> מבקשי המקלט מדרפור פנו לבית הדין לעררים וביקשו אכיפה של הדין הישראלי והבינלאומי כלפיהם, לאחר שנים ארוכות שזה לא נאסף. בית הדין לעררים החליט לשים קץ למחדל המתמשך בטיפול בבקשותיהם בזמן שהם מחזקים כבני ערובה בתוך החוק למניעת הסתננות, והוציאו מהגדרת "מסתנן". עתה, בהחלטות מושא הארה זו ביטלו בתי המשפט, המחוזי ואחריו העליון, את הסעד שניתן בעקבות הפרת החוק, והשיבו את מבקשי המקלט מדרפור למקומם הזמני-קבוע מחוץ לחוק, כ"מסתננים". כך, הפקרתם של מבקשי המקלט מדרפור הפכה מ"הגנה זמנית" למעמד קבוע, שבו הם מחזקים מזה כעשור. ההחלטה מושא הארה זו מלמדת כיצד הפך אותו מצב קבוע לנקודת המוצא לצורך מתן "סעד זמני". כל זאת, תוך שסיפורם של מבקשי המקלט, ההופך אותם לפליטים, וסיפור מחדלה המתמשך של המדינה בטיפול בבקשותיהם, נמחק, התאפס ונשכח.

היכן יסתיים סיפורם של מבקשי המקלט בישראל? כעורכי דין המייצגים מבקשי מקלט, אנו מתאמצים להחזיק באמונה, כי סופו של מבקש מקלט הוא בחזרתו לארצו כשזו נמצאה או הפכה לבטוחה, או בהכרה בו כפליט והשתלבותו בחברה. בימים אלה ישנן הפיכות בסודן שתחילה עוררו תקוות, אך במהרה לימדו כי עתיד בטוח לא נראה

במדינות הדמוקרטיות המודרניות – כי למדינה שיקול דעת רחב למנוע מזרים מלהשתקע בה. אין לו לזר זכות לבוא לארץ אם כתייר ואם כתושב".

<sup>40</sup> עדי אופיר "בין קידוש החיים להפקרתם: במקום מבוא ל-Homo Sacer" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 353, 358 (שי לביא עורך, 2003).

<sup>41</sup> שם, בעמ' 364.

<sup>42</sup> ג'ורג'ו אגמבן "הומו סאקר: הכוח הריבוני והחיים החשופים" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 395–434 (שי לביא עורך, 2003).



באין בית, בהיעדר משפט – סיפורם הנשכח של פליטי דרפור

באופן. כדי להתקדם אל עבר סיום אחר, היינו הכרה בהם כפליטים, יש לבחון את בקשותיהם למקלט בהליך יסודי, הגון ויעיל.<sup>43</sup> פ' עדיין מחכה לבחינת בקשתו למקלט, לשמיעת סיפורו מראשיתו ולהכרה בו כפליט. בינתיים, נכון לכתובת שורות אלו, טרם התקבלה החלטת בית המשפט המחוזי בבקשת המדינה לשלילת רישיון התושבות הארעית שבו הוא אוהז, ונקווה שאולי בעניינו יקבע בית המשפט כי הזמני לא יכול להפוך לקבוע, כי הקבוע לא יכול להפוך לזמני, וכי נדרש להקשיב לסיפורו מראשיתו.

<sup>43</sup> אי-הטיפול בבקשות המקלט של אזרחי סודן מדרפור הוא חלק ממגוון כשלים במערכת המקלט שזכו לביקורת בתי המשפט ומבקר המדינה. קצרה היריעה מלהתייחס לכך בהרחבה בהארה זו, ובחודשים הקרובים יפורסם דוח בעניין זה מטעם ארגון היא"ס. כפי שיפורט שם, מחדלים אלה נלמדים קודם כל מהפער בהחלטות המכירות במבקשי מקלט כפליטים. כך, על אף שמרבית מבקשי המקלט בישראל הם מאריתריאה ומסודאן, אשר שיעור ההכרה בהם כפליטים ברחבי העולם עומד על 80% ו-50% (בהתאם, כאשר האחוזים גבוהים מכך כאשר מדובר בדרפורים), בישראל שיעור ההכרה עומד על פחות ממחצית האחוז.