



מבקשי מקלט בישראל: חוקי, בלתי-חוקי או משהו לא ברור באמצע? הרהורים מזווית המשפט הבין-לאומי בנוגע לחוק למניעת הסתננות (עבירות שיפוט)

אורי פומסון*

א. פתיחה. ב. מיהו מבקש מקלט בעל מעמד "חוקי" לפי אמנת הפליטים.
ג. זכויות פליטים "בלתי-חוקיים". ד. סיכום ומסקנה.

א. פתיחה

החוק למניעת הסתננות (עבירות שיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: חוק המסתננים) קבע, עד פסיקת בג"ץ בפסק הדין סרג' אדם נ' הכנסת¹ (להלן: עניין סרג' אדם), כי ניתן להחזיק מבקש מקלט (או – בלשון החוק – "מסתנן") במשמורת אם הוצא נגדו צו גירוש.² הגם שבית המשפט בעניין סרג' אדם אכן התייחס לחוקיות ההחזקה במשמורת מהיבט המשפט הבין-לאומי, לא היתה להתייחסות זו נפקות רבה מבחינת תוצאת פסק הדין.³ ברשימה זו אתמקד בשאלת מעמדו של מבקש המקלט שהוצא נגדו צו גירוש לאור האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים (1951) (להלן: אמנת הפליטים)⁴ ואם החזקתו במשמורת מכוח החוק עלולה להוות פגיעה בזכויותיו במשפט הבין-לאומי.

למען הסדר הטוב, להלן מספר הנחות יסוד: ראשית, על פי אמנת הפליטים והפרוטוקול שלה משנת 1967, פליט הוא אדם הנמצא מחוץ למדינת התיישבותו בשל רדיפה על בסיס גזע, דת, לאום, השתייכות לקבוצה חברתית מסויימת או דעה פוליטית.⁵ שנית, מתן מעמד לפליט על ידי מדינה פלונית היא פעולה דקלרטיבית, ולא

* טודנט שנה ג' למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, חבר בנבחרת הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית לתחרות ע"ש Jessup לשנת תשע"ג (הקבוצה סיימה את התחרות בין שמונה הקבוצות הטובות העולם, בעוד הכותב סיים במדד הטוענים האישיים בעשירון העליון מתוך כארבע מאות טוענים מרחבי העולם). מאמן נבחרת הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית לתחרות ע"ש Jessup לשנת תשע"ד.
ברצוני להודות לאבינעם כהן, לארנה בן-נפתלי ולטל מימרן על הערותיהם, וכן לחברי דוד זלוטוגורסקי, טלי הר-עוז, יונתן הורביץ, מאיה פרוינד ושנון קיש.

בג"ץ 7146/12 סרג' אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013).

ס' 30 (א) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) התשי"ד-1954 (להלן: חוק המסתננים).

עם זאת, ראוי לומר כי השופטת עדנה ארבל כן ציינה כי קיימת חזקת התאמה בין הדין הישראלי לבין הדין הבין-לאומי. קרי, "יש לפרש את החוק הישראלי ככל הניתן באופן העולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי". ראו עניין סרג' אדם, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ארבל. על חזקת ההתאמה, ראו גם בג"ץ 2587/04 בוכריס נ' פקיד שומה חדרה, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא אהרן ברק (פורסם בנבו, 23.6.2005); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק הדין של הנשיא דורית ביניש (פורסם בנבו, 11.6.2008).

Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, 189 U.N.T.S. 150. (להלן: אמנת הפליטים).
שם, ס' A1(2); Protocol Relating to the Status of Refugees art. 1, Oct. 4, 1967, 606 U.N.T.S. 267.
הפרוטוקול ביטל את ההגבלות הזמניות והאזוריות בתחולת אמנת הפליטים.



קונסטיטוטיובית.⁶ לולא כן, מדינות היו יכולות להתנער מחובותיהן על ידי הימנעות מהכרה באדם כפליט באופן רשמי.⁷ מדינה שלא מבררת או שטרם ביררה אם מבקש מקלט הוא אכן פליט מחויבת להחשיבו כפליט ולהעניק לו את הזכויות המגיעות לו מכוח אמנת הפליטים.⁸ שלישית, בהנחה שהפליט נמצא במדינה המחויבת לאמנת הפליטים, אין בקבלת מעמד של פליט כדי להעניק לו את כל הזכויות המנויות בתוך האמנה. הענקת רבות מהזכויות הכלולות באמנה – כולל חופש התנועה – כפופה למעמד של הפליט במדינה הקולטת.⁹ על כן, קשה לקבל את האמירה הכוללנית של השופטת ארבל בעניין סרג' אדם כאשר ציינה כי "ברי שמי שיוכר כזכאי למעמד של פליט בהתאם לאמנת הפליטים ישוחרר לאלתר ממשמורת ויחולו עליו כל ההגנות שמעניקה לו האמנה".¹⁰

ב. מיהו מבקש מקלט בעל מעמד "חוקי" לפי אמנת הפליטים

על רקע האמור אבקש לחזור לסוגיה שבה אתמקד ברשימתי: מעמדם של מבקשי המקלט שנידונו לגירוש. העותרים בעניין סרג' אדם, ובראשם עורך הדין יונתן ברמן, סמכו ידיהם על סעיף 26 לאמנת הפליטים כהוראה הרלוונטית למניעת מעצרם.¹¹ סעיף זה קובע כי אם מעמד המהגר בארץ הוא "פליט חוקי", אסור לקבוע הגבלות על תנועתו, חוץ מאלו המוטלות על מי שאינם אזרחים רגילים.¹²

השאלה שאתמקד בה היא מי הוא פליט בעל מעמד "חוקי"? לתוצאת קביעה זו יש השלכות מעבר לסעיף 26 הנ"ל. פליט "חוקי" – לעומת פליט "לא-חוקי" – נהנה מזכויות נוספות על פי אמנת הפליטים, כגון הזכות לעבוד¹³ והחופש מגירוש לארץ מולדתו או לארץ שלישית.¹⁴

לפני שאתייחס למשמעות הסעיף, ראוי להקדים ולפרט את כללי הפרשנות של אמנות לפי המשפט הבין-לאומי. סעיפים 31–33 לאמנת וינה בדבר אמנות (1969)¹⁵ (להלן: אמנת וינה) מהווים את המקור הנורמטיבי

⁶ ראו לדוגמה GUY GOODWIN-GILL & JANE ;Nemeth v. Minister of Justice, [2010] 3 S.C.R. 281, ¶ 50 (Can.).
MCADAM, THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW 51 (3rd ed. 2007).

⁷ Elihu Lauterpacht & Daniel Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, UNHCR, June 20, 2001, 32, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b3702b15.html>.

⁸ שם.

⁹ ראו לדוגמה GOODWIN-GILL & MCADAM, לעיל ה"ש 6, בעמ' 524–528; THE TRAVAUX PREPARATOIRES ANALYSED WITH A COMMENTARY 152 (Paul Weis ed., 1995). השווי בין סעיפים 26 ו-31(2) לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 4.

¹⁰ עניין סרג' אדם, לעיל ה"ש 1, פס' 66 לפסק הדין של השופטת ארבל.

¹¹ בג"ץ 7146/12 א' נ' הכנסת, פס' 170 לעתירה למתן צו על תנאי (פורסם בנוב, 29.4.2013). (להלן: עתירה נגד מעצר).

¹² ס' 26 לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 4.

¹³ שם, ס' 18.

¹⁴ שם, ס' 32(1). אציין עתה כי קיימות עוד שתי רמות מעמד גבוהות יותר שממן ניתן לפליט ליהנות: lawful stay ו-lawful residence. מחמת המקום, רשימה זו רק תתמקד בשאלה של lawful presence.



המרכזי לפירוש אמנות. אמנם ישראל אינה חתומה על אמנת וינה,¹⁶ אך לכללי הפרשנות מעמד נורמטיבי מחייב מכוח מנהג.¹⁷

לצורך ענייננו, די אם נציין את הכללים הבאים: סעיף 31(1) לאמנת וינה קובע שיש לפרש אמנה בתום לב¹⁸ לפי הפירוש המילולי הבסיסי של מילותיה בהקשרם ולאור מטרת האמנה.¹⁹ יש לציין כי בית הדין הבין-לאומי קבע בעניין לוב/צ'אד כי פירוש האמנה צריך להתבסס על מילותיה, מעבר לכל, כלומר אושש את מעמדה העדיף של הפרשנות הטקסטואלית.²⁰ כאשר מפרשים אמנה בהקשרה, יש להתחשב – בין היתר – בפרקטיקה של המדינות החברות בה²¹ ובנורמות אחרות שחלות על הצדדים.²² עוד אציין שבית הדין הבין-לאומי לצדק הדגיש בפסק דין קוסטה ריקה נ' ניקרגואה כי הוראה באמנה המגבילה את הריבונות הטריטוריאלית של מדינה צריכה להתפרש באופן שהוראה בכל אמנה אחרת הייתה מתפרשת.²³

עוד שני גורמים חשובים שיש להתייחס אליהם כאשר מפרשים נורמה משפטית בין-לאומית – ובכללה נורמה הסכמית – הם פסיקה וכתבי גדולי המלומדים, מאחר והם מהווים מקור משני לאיתור כללים בין-לאומיים.²⁴

15. (להלן: VCLT). Vienna Convention on the Law of Treaties art. 31–33, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331
AMNAT VINA VE EMDAT KMSGRAT HBKSIT LADIN BEENIINI AMNOT. RAU 6th MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 903 (ed. 2008)

16. *Vienna Convention on the Law of Treaties Participants*, U.N. TREATY COLLECTION (last visited June 21, 2013)

17. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=UNTSOnline&mtsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtsg3&lang=en#Participants

18. *Avena and Other Mexican Nationals (Mex. v. U.S.)*, Judgment, 2004 I.C.J. 12, 48, ¶ 83 (Mar. 31); *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion, ¶ 57 (Int'l Trib. for the Law of the Sea, Feb. 1, 2011), available at

18. http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/Adv_Op_010211_eng.pdf

19. ראוי לציין כי עקרון תום הלב יחד עם הכלל כי הסכמים יש לקיים – *pacta sunt servanda* – מהווים עקרונות כלליים של המשפט. ראו לדוגמה מבוא ל-VCLT, לעיל ה"ש 15; *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (U.S. v. Fr.)*, Judgment, 1952 I.C.J. 176, 212 (Aug. 27).

20. ס' 31(1) ל-VCLT, לעיל ה"ש 15.

21. ANTHONY AUST, *Territorial Dispute (Libya/Chad)*, Judgment, 1994 I.C.J. 6, 22, ¶ 41 (Feb. 3); MODERN TREATY LAW AND PRACTICE 235 (2nd ed. 2007). יש המסתייגים מתפיסה זו מאחר שהיא לא מאפשרת הסתגלות לתנאים משתנים, ומעדיפים לראות באמנות – במיוחד בתחום זכויות אדם – כבעלות אופי חי ומתפתח. ראו לדוגמה *Tyrer Case*, 58 I.L.R. 339, 354 (Eur. Ct. H.R., 1978). לביקורת על גישות המרחיבות פירוש זכויות אדם בתחום ההגירה, ראו באופן כללי: Ruth Gavison, *Immigration and the Human Rights Discourse: the Universality of Human Rights and the Relevance of States and Numbers*, 43 ISR.L. REV. 7 (2010).

22. ס' 31(3)(b) ל-VCLT, לעיל ה"ש 15.

23. שם, ס' 31(3)(c).

24. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicar.)*, Judgment, 2009 I.C.J. 213, ¶ 48 (July 13), 237. קרי, "בהתאם לכוונות מחבריה המשתקפת מתוך טקסט האמנה והשיקולים הרלוונטיים האחרים ביחס לפרשנות".

24. ICJ Statute of the International Court of Justice, art. 38(1)(d), June 26, 1945, 1 U.N.T.S. 993 (להלן: ICJ Statute); ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום 409 (2006).



ראוי לציין כי הפסיקה אינה מתייחסת רק לזו של טריבונלים בין-לאומיים: לבתי משפט פנים-מדינתיים יש מעמד מיוחד מאחר ופסיקתם גם מהווה פרקטיקה והפגנת תחושת מחויבות נורמטיבית (opinio juris) של מדינתם.²⁵

לגישתם של העותרים בעניין סרג' אדם, קביעת המעמד של פליט כ"חוקי" אינה תלויה בדין הפנימי של המדינה אלא בשאלה אם מבקש המקלט הגיש בקשה להכרה כפליט.²⁶ העותרים הנ"ל מפנים למלומד ג'יימס סי. הת'אווי (James C. Hathaway) המצביע על שלוש דרכים שבהן פליט יכול להינות ממעמד "חוקי": (א) במצב שבו פליט מבקר באופן זמני במדינה אחרת בתור תייר;²⁷ (ב) בעצם הגשת בקשה למקלט על ידי פליט ועובר להגשתה;²⁸ (ג) מקרה שבו מדינה מחליטה לא לבדוק, מאי-יכולת או מאי-רצון, את בקשת מבקש המקלט.²⁹

להצדקת גישתו – בעיקר ביחס לדרך השנייה, שגם רלוונטית לדרך השלישית – הת'אווי מפנה לעבודות ההכנה של אמנת הפליטים.³⁰ הנציג הצרפתי למשא ומתן המקדים לניסוח האמנה ציין כי כאשר מבקש מקלט ביקש אישור ישיבה במדינת הימצאותו, יש להחשיבו כבעל מעמד "חוקי".³¹ לפי הת'אווי, אם היינו מגדירים את המילה "חוקי" רק לפי הדין הפנימי של כל מדינה, מדינות היו יכולות לרוקן את התחייבויות שלקחו עליהן באמנת הפליטים מתוכן.³² לטעמו, גישה זו משקפת ומזמינה חוסר תום לב, משום שבעצם כך יכולות מדינות להתנער מהסכמך וממחויבותן כלפי מדינות אחרות.³³ בנוסף, מאחר שבאמנת הפליטים יש מעמד של "שהייה חוקית" ("lawful

25 Marko Milanovic, *Domestic Court Decisions as Sources of International Law*, SHAW, לעיל ה"ש 15, בעמ' 112; *Domestic Court Decisions as Sources of International Law and Their Effects on the International Plane*, 2 (Jan. 3, 2013), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2196008. יש לציין כי בפסק דין *Jurisdictional Immunities of the State* (Ger. v. It.: Greece Intervening), Judgment (Feb. 3, 2012), available at <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>.

26 עתירה נגד מעצר, לעיל ה"ש 11, בס' 175.
27 JAMES C. HATHAWAY, *THE RIGHTS OF REFUGEES UNDER INTERNATIONAL LAW* 174 (2005).
28 שם, בעמ' 175.

29 שם, בעמ' 183–184. אציין כי כאשר מדינה קולטת מאפשרת לפליט להיכנס למדינה בתנאי שישאר בה לזמן מוגבל, אך הפליט נשאר מעבר לזמן זה, הימצאותו במדינה תיחשב כ"בלתי-חוקית". ראו Report, Ad Hoc Comm. on Statelessness and Related Problems., 2nd Sess., Aug. 14-25, 1950, 11, U.N. Doc. E/1850 (Aug. 25, 1950); and *Immigration and Naturalization Service v. Stevic*, 87 I.L.R. 461, 469 n.10 (S. Ct. U.S. 1984).
30 HATHAWAY, לעיל ה"ש 27, בעמ' 175.

31 Summary Record of the 15th Meeting Held at Lake Success, N.Y., Ad Hoc Comm. on Statelessness and Related Problems., 1st Sess., ¶ 109, U.N. Doc. E/AC.32/SR.3 (Jan. 17, 1950). הת'אווי גם מפנה לפסק דין *Rajendran v Minister for Immigration & Multicultural Affairs* [1998] FCA 1085 (Aust.) דא עקא, שבית המשפט הגבוה האוסטרלי לאחרונה צמצם באופן משמעותי חשיבות פסק דין זה, דחה את גישת הת'אווי ואימץ את עמדת בית המשפט העליון של בריטניה הנידון להלן בהארה זו. ראו *Plaintiff M47/2012 v Director-General* [2012] HCA 46 (Austl.), ¶¶ 293, 512–514.
32 HATHAWAY, לעיל ה"ש 27, בעמ' 177–178.

33 שם, בעמ' 181.



"stay") – המבטא מעמד של פליט השוהה במדינה באופן חוקי במשך זמן ממושך³⁴ – פירוש אחר היה מעקר את המעמד "שוהה חוקי" ("lawfully present") ממשמעות.³⁵

האם הפירוש של הת'אווי הוא הפירוש שעל מדינת ישראל – וכל המדינות החברות באמנת הפליטים – ליישם? כאמור, דעותיהם של גדולי המלומדים מהווים מקור משני של המשפט הבין-לאומי³⁶ המסייעים בזיהוי הנורמות של הדין הבין-לאומי.³⁷ יתרה מזאת, הפירושים שהת'אווי מציע גם עולים בקנה אחד עם נורמות ועם עקרונות הפרשנות של המשפט הבין-לאומי. עקרון תום לב והעיקרון שלפיו הסכמים יש לקיים (pacta sunt servanda) – שעליהם מתבסס הת'אווי – הם עקרונות כלליים של המשפט המצויים באמנת וינה.³⁸ בנוסף, כאמור, פירוש אמנה על פי מטרתה מהווה מקור מנהגי לכלל פרשני נוסף.³⁹ דא עקא, חרף העובדה שישנה חשיבות רבה לפנייה לכתבת מלומדים בעת בחינת נורמות העולות מהמשפט הבין-לאומי אין דעת הת'אווי מהווה גישה שולטת או בלעדית.

הסיבה לכך היא כי דרך המלך לפירוש אמנה היא פרשנות לשונית.⁴⁰ בית המשפט העליון של בריטניה דן לאחרונה בנושא פירוש המילה "חוקי" כפי שכתוב באמנת הפליטים. בית המשפט – בדחייתו את גישת הת'אווי, ובהתאם לפסיקות ממדינות אחרות ולכתביהם של מלומדים אחרים – ציין כי המושג "חוקי" אינו נקבע בהתאם לסטנדרט בין-לאומי מסוים, אלא עסקינן בביטוי שבמובנו הפשוט כפוף לדין הפנימי של המדינה החברה באמנה.⁴¹

ראו Summary Record of the 42nd Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, Ad Hoc Comm. on Statelessness and Related Problems, 2nd Sess., Aug. 14-25, 1950, U.N. Doc. E/AC.32/SR.42 (Aug. 24, 1950); HATHAWAY, שם, בעמ' 187.

שם, בעמ' 187.

ס' 38(1)(d) ל-ICJ Statute, לעיל ה"ש 24.

בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 24, בעמ' 21.

מבוא ל-VCLT, לעיל ה"ש 15.

שם, ס' 31(1); 18 (Dec. 13), 1045, 1059, Judgment, 1999 I.C.J. 1045, 1059, Kasikili/Sedudu Island (Bots./Namib.), Judgment, 1999 I.C.J. 1045, 1059, AUST, לעיל ה"ש 20 בעמ' 235.

R (on the Application of ST (Eritrea) (FC) v. Secretary of State for the Home Dep't, [2012] UKSC 12, Bugdaycay v Secretary of State for the Home Department, [1987] 55 [hereinafter ST (Eritrea)] 285, Plaintiff M47/2012; A.C. 514, 525–526 (H.L. 1987) (appeal taken from Eng.), 514–512. בית המשפט לערעורים של המעגל השני בארצות-הברית נקט בעמדה דומה לגבי קביעת מעמד החוקי של פליט. שם, בית המשפט ציין כי סעיף 1(31) לאמנת הפליטים – המתייחס לפליטים "בלתי-חוקיים" – דן באנשים שכניסתם או הימצאותם לא נהנים מאישור גורמים מדיניים, משמע כי קביעת מעמד חוקיות פליט נתונה לידי המדינה. ראו Chim Ming v. James Marks; Lim Yim Yim v. Marks, 70 I.L.R. 360, 361–362 (U.S., Ct. App., 2nd Cir. 1974) Crawford & Patricia Hyndman, *Three Heresies in the Application of the Refugee Convention*, 1 IJRL 155, 176 (1989); GOODWIN-GILL & McADAM, לעיל ה"ש 6, בעמ' 524. יש לציין כי בית הדין האירופי לזכויות אדם פסק בהקשר של האמנה האירופית בדבר זכויות אדם וחירויות יסוד (1950) שנורמה הקיימת בדין הפנימי של המדינה לא בהכרח תיחשב כ-"חוק". על הנורמה לעמוד בתנאי "איכות"; כלומר, הנורמה צריכה להיות בלתי-שרירותית באופן צורני כדי שהיא תיחשב חוק. ראו Malone v U.K., App. No. 8691/79, ¶¶ 66–68 (Eur. Ct. H.R. 1984), available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57533>; Crawford & Hyndman, לעיל ה"ש 41



יתרה מכך, אם נפרש את אמנת הפליטים לפי הקשרה,⁴² פניה לחוקים הקיימים במדינות בזמן שחיברו את אמנת הפליטים בנושא הסדרת חוקיות ההשהיה בהן מלמדת, שהגורם המשותף בין מדינות אלו הוא שמעמד "חוקי" משמעותו מצב שהוכר על ידי המדינה כחוקי.⁴³ גם עבודות ההכנה של אמנת הפליטים מצביעות על כוונה זו.⁴⁴ לאור האמור, קשה לקבל את אמרת האגב של השופטת ארבל בעניין סרג' אדם, שהתבססה על סעיף 26 לאמנת הפליטים, כאשר ציינה כי "שוהים שהוכרו כפליטים על פי אמנת הפליטים זוכים לחופש תנועה 'בכפוף לתקנות שיחולו על זרים בכלל באופן נסיבות'".⁴⁵

מעבר לשאלה הפרשנית-משפטית, ברמה המהותית עסקינן במחלוקת בשאלה אם קביעת מעמד הפליט על ידי המדינה היא מעשה דקלרטיבי שאינו תלוי בהחלטת המדינה – בדומה לקביעה בשאלה אם מבקש המקלט הוא אכן פליט – או אם מדובר בפררוגטיבה הנתונה לשיקול דעת המדינה – קרי, קביעה קונסטיטוטטיבית. מחד גיסא, הגישה הדקלרטיבית מציבה את זכויות הפליט הנמלט על נפשו ואת חרויותיו במרכז. מאידך גיסא, הגישה הקונסטיטוטטיבית מציבה את ריבונות המדינה במרכז. כפי שציין בית המשפט העליון של בריטניה, קביעת הלגיטימיות של כניסת אדם זר לתוך החברה היא פררוגטיבה מדינית מהמעלה הראשונה הנובעת מעצם הריבונות של מדינה בשטחה.⁴⁶ מתח זה מגיע לידי ביטוי במבוא לאמנת הפליטים המדגיש את הנסיונות שקדמו לחיבור האמנה להעניק כמה שיותר זכויות לפליטים בד בבד עם ההדגשה כי פליטים מהווים "נטל כבד בצורה מופרזת" על מדינות קולטות.⁴⁷

בעמ' 176. לענייננו, עצם העובדה שקיימת במדינת הימצאותו של פליט נורמה הקובעת שהוא שוהה בה באופן בלתי-חוקי, לאו דווקא יגרום לשהותו בה להיחשב כבלתי-חוקית לצרכי אמנת הפליטים.

Kasikili/Sedudu Island, לעיל ה"ש 39, בעמ' 18, 1059 ¶1, ס' 131 (1) ל-VCLT, לעיל ה"ש 15.

2. ATLE GRAHL-MADSEN, THE STATUS OF REFUGEES IN INTERNATIONAL LAW 344–349 (1972)

שם, בעמ' 349, 363–364; Summary Record of the 14th Meeting, Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, 16, U.N. Doc. A/Conf.2/SR.14 (July 10, 1951).

עניין סרג' אדם, לעיל ה"ש 1, פס' 79 לפסק דינה של השופטת ארבל. יש לציין כי הניתוח לעיל מסתמך על המשפט המדינתי רק בשל העובדה שהאמנה עצמה מתייחסת למשפט זה, למרות שככלל, לא ניתן לעשות שימוש בחוק מדינתי כצידוק להפרת התחייבויות בין-לאומיות. ראו, G.A. Res. 56/83, Annex, art. 3 U.N. Doc. A/RES/56/83; לעיל ה"ש 15; VCLT, לעיל ה"ש 27; Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (Neth. v. Swed.), Judgment, 1958 I.C.J. 55, 67 (Nov. 28).

ST (Eritrea), לעיל ה"ש 41, פס' 37, 55; ראו גם בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 50 לפסק הדין של המשנה לנשיא (בדימ') חשין (2006); Nottebohm (Liech. v. Guat.), Second Phase, Judgment, 1955; I.C.J. 4, 46 (Dissenting Opinion of Judge Read) (Apr. 6) . Fiallo v. Bell, 430 U.S. 787, 795 n.6 (1977); לעיל ה"ש 1, פס' 84 לפסק הדין של השופטת ארבל ופס' 4 לפסק הדין של המשנה לנשיא מרים נאור.

מבוא לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 4.



ג. זכויות פליטים "בלתי-חוקיים"

האם הגישה שאומצה על ידי בית המשפט העליון של בריטניה מאפשרת למדינה מניה וביה להחשיב את הפליט כ"בלתי-חוקי"? שאלה זו הטרידה רבות את המלומד אטלה גרהל-מדסן (Atle Grahl-Madsen) שהיה מודע לאפשרות שאדם, חרף העובדה שהוא נחשב לפליט, עלול להימצא במצב שבו תיפגע חירותו באופן קשה מאחר שהוא אינו מקבל אישור ישיבה במדינה מסוימת.⁴⁸ על כן, מפנה גרהל-מדסן ללשון סעיף 31(2) לאמנת הפליטים, הדורש שפגיעה בחופש של פליט "בלתי-חוקי" תהיה "נחוצה".⁴⁹

ניתן ליישם את האמור לגבי מבקשי מקלט בישראל המוחזקים לשם גירוש לחו"ל מכוח החוק למניעת הסתננות.⁵⁰ ההסדר – עד פסילתו – איפשר החזקה של מבקש מקלט, שהגיש בקשה לקבלת רישיון ישיבה, במשמורת למשך תשעה חודשים אם טרם התקבלה החלטה על בקשתו.⁵¹ ובמשך שלושה חודשים אם טרם התחיל טיפול בבקשתו.⁵² יש לציין כי עקרון אי-ההחזרה (non-refoulement) מכוח אמנת הפליטים⁵³ אוסר על העברת פליט לטריטוריה שבה חיו או חירותו יהיו מאוימים בשל גזעו, דתו, לאומו, השתייכותו לקבוצה חברתית מסוימת או דעתו הפוליטית.⁵⁴ כדי לעמוד בהתחייבויותיה הבין-לאומיות בתום לב, אוסר לישראל להחזיר מבקשי מקלט לארץ מוצאם אם היא אינה מבררת או בטוחה אם קיימים איומים כגון דא.⁵⁵ לפי גרהל-מדסן, כאשר פליט – ומשך

GRAHL-MADSEN, לעיל ה"ש 43, בעמ' 428–429. 48

שם, בעמ' 437. זאת לשון הסעיף: "The Contracting States shall not apply to the movements of such refugees restrictions other than those which are necessary and such restrictions shall only be applied until their status in the country is regularized or they obtain admission into another country. The Contracting States shall allow such refugees a reasonable period and all the necessary facilities to obtain admission into another country"; ראו ס' 31(2) לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 4. 49

ס' 30(א) לחוק המסתננים, לעיל ה"ש 2. מטרת התיקון לחוק שנפסל היתה ש"מסתננים" ישארו במעצר עד שיגרשו אותם מהארץ. ראו הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות שיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011, ה"ח 594. 50

חוק המסתננים, לעיל ה"ש 2, ס' 30א(ג)(2). 51

שם, ס' 30א(ג)(1). 52

עיקרון זה מהווה אבן פינה בהגנה הבין-לאומית על פליטים. ראו Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, Cartagena Declaration on Refugees (Nov. 19–22, 1984) conclusion 5, http://www.oas.org/dil/1984_Cartagena_Declaration_on_Refugees.pdf. 53

ס' 1(1) לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 4. 54

יש לציין בנוסף כי מכח האמנה נגד עינויים ויחס או ענישה אכזרי, בלתי-אנושי או משפיל (1984) והמנהג הבין-לאומי, אוסר גם להעביר אדם למקום שבו קיימת סכנה ממשית שבו יהיה נתון לעינויים או יחס אכזרי, בלתי-אנושי או משפיל. ראו לדוגמה Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, art. 3(1), Dec. 10, 1984, 1465 U.N.T.S. 85; ע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים, פס' 19 לפסק דינו של השופט עוזי פוגלמן ופסק דינו של השופט חנן מלצר (פורסם בנבו, 17.7.2012); *Declaration of Pierre-Richard Prosper*, U.S.; DEP'T OF STATE, Mar. 8, 2005, ¶ 4, <http://www.state.gov/documents/organization/55821.pdf>; *Othman (Abu Qatada) v. U.K.*, 150 I.L.R.359, 424–25 (Eur. Ct. H.R. 2012). 55



גם חלק מהמסתננים⁵⁶ – נעצר זמן רב וטרם גורש, והמעמד שלו לא נהפך ל"חוקי", קשה להוכיח שמעצרו עדיין "נחוק".⁵⁷

בנוסף לאמור לעיל, כאמור, נהוג לפרש אמנה גם לאור נורמות אחרות החלות על הצדדים.⁵⁸ כך לדוגמה, התפתחויות במשפט הבין-לאומי מאפשרות ליצוק תוכן נוסף לסעיף 31(2) לאמנה. בהקשרנו, יש להעניק חשיבות מיוחדת לסעיף 9(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) (להלן: ICCPR), האוסר על מעצר שרירותי⁵⁹ של אדם הנמצא בתוך מדינה החברה באמנה.⁶⁰ לגישתה של הוועדה לזכויות אדם – הגוף האמון על פיקוח אופן היישום של ה-ICCPR, והנהנה מיוקרה רבה בשל מומחיות חברי הוועדה⁶¹ – סעיף זה אוסר על מעצר מבקש מקלט שנכנס באופן בלתי-חוקי אך ורק בשל המעמד שלו.⁶² על המעצר להיות לשם מטרה מסוימת, נחוץ ומידתי.⁶³

למרות יוקרתה של הוועדה לזכויות אדם, ישנן מדינות רבות שבהן ניתן למצוא הסדרים שאינם עומדים בתנאים הנזכרים לעיל.⁶⁴ כאמור, עצם הפרקטיקה של המדינות החברות לאמנה מהווה מקור פרשנות לאמנה⁶⁵

56 השופט פוגלמן ציין כי המעמד של ה-"מסתננים" באופן כללי היא "מורכבת" ולא ניתן "לבטל בהינף יד את טענותיהם להגנה בינלאומית". ראו עניין סרג' אדם, לעיל ה"ש 1, פס' 8 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

57 Attorney General v. Refugee Council of New Zealand 437; ראו גם GRAHL-MADSEN, לעיל ה"ש 43, בעמ' 437; [100-101, 111] (2003) N.Z.L.R. 577.

58 Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Uru.), Judgment, 2010 I.C.J. 14, 46, ¶ 65 (Apr. 20); ראו גם ס' 31(3)(c) ל-VCLT, לעיל ה"ש 15.

59 International Covenant on Civil and Political Rights art. 9(1), Dec. 16, 1966, 99 U.N.T.S. 171 (להלן: ICCPR).

60 שם, ס' 1(2). יש לציין כי דעה מקובלת היום היא שגם יש ל-ICCPR חוץ טריטוריאלית; ראו לדוגמה Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, MARKO MILANOVIC, EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES: LAW, PRINCIPLES, AND POLICY 222 (2011) מחמת המקום, לא אתיחס לנפקויות העולות מכך כלפי מבקשי מקלט. לשם דוגמה ראו באופן כללי *Hirsi Jamaa v. It.*, App. No. 27765/09 (Eur. Ct. H.R.), available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109231>.

61 ראו לדוגמה, Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Dem. Rep. Congo), Merits, Judgment, 2010 I.C.J. 639, SHAW, ¶ 66 (Nov. 30), לעיל ה"ש 15, בעמ' 322.

62 A v. Australia, U.N. Human Rights Comm., 59th Sess., ¶ 9.4, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (Apr. 3, 1997).

63 Shafiq v. Australia, U.N. Human Rights Comm., 88th Sess., ¶ 7.2, U.N. Doc. 9.2, ראו גם CCPR/C/88/D/1324/2004 (Oct. 31, 2006).

64 ראו לדוגמה Janet Williams & Harriet Spinks, *Immigration Detention in Australia*, PARLIAMENT OF AUSTRALIA, 30 Jan., 2012, http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/BN/Canada_Detention_Profile, GLOBAL DETENTION PROFILE, July 2011-2012/Detention# Toc313892837 Associated 2012, <http://www.globaldetentionproject.org/countries/americas/canada/introduction.html> Press, *Greece Plans to Detain Some Migrants Indefinitely*, GUARDIAN, 3 Apr., 2012, <http://www.guardian.co.uk/world/2012/apr/03/greece-detain-migrants-indefinitely> Kasikili/Sedudu Island, לעיל ה"ש 39, פס' 49-50; ראו גם ס' 31(3)(b) ל-VCLT, לעיל ה"ש 15.



מאחר שהיא מלמדת על תוכן ההתחייבות שהמדינות קיבלו על עצמן.⁶⁶ תנאי הכרחי להיווצרות נורמה בין-לאומית הוא קבלתה על ידי המדינות המחויבות לה.⁶⁷ שאלה היא אם פרשנות הוועדה לזכויות אדם התקבלה באופן מלא על ידי המדינות החברות ל-ICCPR. מהטעם הזה ניתן לשים סימן שאלה באשר להסתמכות הרבה של השופט ארבל על מקורות הוועדה לזכויות אדם שעה שהציגה את הדין הבין-לאומי בנושא כליאתם של מהגרים בלתי-חוקיים.⁶⁸ על כל מקרה, עיון בהיסטוריה החקיקתית של הסעיף ילמדנו כי סעיף 9(1) ל-ICCPR רלוונטי מאוד לדיוננו.

כך, במהלך חיבור ה-ICCPR נתגלעה מחלוקת בין נציגי המדינות אשר חיברו את האמנה לגבי נוסחו של סעיף 9(1). חלק מהנציגים תמכו בלשון הדומה לזו שהוכנסה לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם וחירויות יסוד (1950)⁶⁹ (להלן: האמנה האירופית) שכוללת רשימה סגורה של עילות המצדיקות מעצר.⁷⁰ הבעיה בשיטה זו הייתה שנציגים ממדינות שונות דרשו שעילות המיוחדות לשיטות המשפט של המדינות שלהן יוכנסו גם הן לתוך הרשימה, באופן שהוצעו כארבעים עילות אפשריות המצדיקות מעצר.⁷¹ במקום זאת, הוסכם כי המונח "שרירותי" יפורש ככולל את כל ההצדקות השונות.⁷²

סעיף 5(1)(f) לאמנה האירופית – החל גם כלפי מבקשי מקלט⁷³ – קובע כי לא תיפגע חירותו של אדם אלא על פי חוק אשר מעצרו מבקש למנוע כניסתו הבלתי-חוקית לתוך המדינה או – תוך כדי המעצר – נוקטים פעולות כלפי הנעצר המיועדות להביא לגירוש ("with a view to deportation") או להסגרה.⁷⁴

בית הדין האירופי לזכויות אדם, המוכר כמפרש המרכזי – והמחייב – של האמנה האירופית,⁷⁵ נדרש לשאלה המבקשת לבדוק מתי נחשב מעצרו של אדם ככזה שנעשה מתוך כוונה להביא לגירושו. בעניין Chahal

Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, [1966] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 221, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1 66

Barcelona Traction, S.S. "Lotus" (Fr. v. Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10, at 18 (Sept. 7) 67
Military and Light and Power Company Limited (Belg. v. Spain), 1970 I.C.J. 3, 47, ¶ 89 (Feb. 5)
Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (U.S. v. Nicar.), Merits, Judgment, 1986 I.C.J. 14, ¶ 269 (June 27) 135.

ראו עניין סרג' אדם, לעיל ה"ש 1, פס' 91, 106 לפסק הדין של השופט ארבל. ניתן להעלות ספק דומה ביחס להפניות של השופט ארבל למקורות של נציבות האו"ם לפליטים (United Nations High Commissioner for Refugees); ראו שם, פס' 92, 106 לפסק הדין של השופט ארבל. 68

לתרגום שם האמנה מאנגלית ראו בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 24, בעמ' 233. 69

Parvez Hassan, *International Covenant on Civil and Political Rights: Background and Perspective on Article 9(1)*, 3 DENV.J.INT'L L.&POL'Y 153, 174 (1973) 70

MARC J. BOSSUYT, GUIDE TO THE 'TRAVAUX PRÉPARATOIRES' OF THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS 193 (1987) 71

Summary Record of the 147th Meeting, Commission on Human Rights, 70, בעמ' 169; ראו גם Hassan, Rights, 6th Sess., ¶ 51, U.N. Doc. E/CN.4/SR.147 (Apr. 17, 1950) 72

Saadi v. U.K., App. No. 13229/03, ¶¶ 64-65 (Eur. Ct. H.R. 2008), available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84709> 73

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 4(1)(f), Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 222 74



נפסק כי תהליכי הגירוש צריכים להתבצע ב"נחיצות ראויה" ("due diligence") כדי להצדיק את המעצר, אבל אין דרישה שהמעצר יהיה נחוץ לשמירת אינטרסים אחרים (כגון מניעת בריחה).⁷⁶ בפסק דין Saadi, נפסק כי אורך המעצר לא יעלה על הזמן הדרוש באופן סביר לשם מטרת הגירוש.⁷⁷ בפרשת A & Others v U.K. נקבע שלא ניתן לשים אדם במעצר כאשר לא קיימת אפשרות מציאותית לגרשו, אפילו אם רשויות המדינה מתעדכנות באופן אקטיבי לגבי יצירת אפשרות כזו.⁷⁸ כך, ניתן להשאיר אדם הנידון לגירוש במעצר במשך כמה שנים, אבל באותה עת דרוש שתהיה מדינה שאליה ניתן לגרשו.⁷⁹

מכאן, קיימות הגבלות משמעותיות על לגיטימיות מעצרו של האדם (וכן פליט) הנידון לגירוש ממדינה הימצאותו, ויש לשחררו ברגע שאין מקום לשולחו אליו. האם יש בכך כדי להפוך את המעמד של הפליט ל"חוקי"? לדידו של גרהל-מדסן, כאשר אדם חופשי להסתובב בארץ הימצאו, נובע שהוא נמצא במדינה באופן "חוקי".⁸⁰ בגישת גרהל-מדסן יש קשיים. אכן, לשיטתו, הפליט ששוחרר ממעצרו יכול להיחשב דה-פקטו כ"חוקי". עם זאת – וכפי שבא לידי ביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון של בריטניה – אין בכך כדי לחייב את המדינה הקולטת להחשיב את הפליט כ"חוקי" דה-יורה. מסתבר מהכא כי סעיף 31(2) – הדין בפליטים בעלי מעמד לא חוקי – הוא הסעיף הרלוונטי לפליטים במצבים כגון דא, ולא סעיף 26 כפי שנאמר על ידי השופטת ארבל.⁸¹ זאת ועוד, ולה מן האמור שאין מניעה למדינה הקולטת לגרש פליט שלא הוסדר מעמדו כחוקי: אכן, סעיף 32(1) לאמנת הפליטים המציב כללים נוקשים במיוחד להצדקת גירוש פליטים; אך סעיף זה חל רק כלפי פליטים

75 ראו לדוגמה R (Ullah) v. Special Adjudicator; Do v. Human Rights Act, 1998, c. 42, § 2(1)(a) (Eng.) Resolution No 5 on Application by Immigration Appeal Tribunal, 131 I.L.R. 577, 593 (H.L. 2004) Courts of General Jurisdiction of Commonly Recognized Principles and Norms of International Law High and International Treaties of Russian Federation, 150 I.L.R. 726, 735–736 (S. Ct. Russ. 2003) Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration, COUNCIL OF EUROPE, Apr., 2012, art. 10, <http://hub.coe.int/20120419-brighton-declaration>. בג"ץ גם מפנה לפסקי דין של בית הדין האירופי לזכויות אדם לשם פירוש התחייבויותיה של ישראל בענייני זכויות אדם. ראו לדוגמה בג"ץ 3239/02 מערב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, פס' 27 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003); בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(6) 285, פס' 40 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

76 Chahal v. U.K., App. No. 22414/93, ¶¶ 112–113 (Eur. Ct. H.R. 1996), available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58004>

77 Saadi, לעיל ה"ש 73, פס' 74.
78 A & Others v. U.K., App. No. 3455/05, ¶ 167 (Eur. Ct. H.R. 2009), available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91403>

79 שם, בפס' 170–169. בעניין Chahal, בית הדין האירופי לזכויות אדם אישר מעצר למטרת גירוש שהתמשך מספר שנים. ראו עניין Chahal, לעיל ה"ש 76, פס' 109, 123. מבחינה זו, בית הדין האירופי לזכויות אדם יותר מתירני מפסיקת בית-המשפט העליון הישראלי, שלפיו רק מותר להחזיק אדם "במשמורת לתקופה קצרה לשם מימוש הליכי הרחקה", דבר שאינו יכול לעלות על הרבה חודשים. ראו עניין סרג' אדם, לעיל, ה"ש 1, פס' 36 לפסק הדין של השופט פוגלמן.
80 GRAHL-MADSEN, לעיל ה"ש 43, בעמ' 437.
81 עניין סרג' אדם, לעיל ה"ש 1, פס' 79 לפסק הדין של השופטת ארבל.



"חוקיים"⁸² והוא, כאמור לעיל, אינו רלוונטי. תוצאה זו עולה גם בקנה אחד עם סעיף 13 ל-ICCPR – האוסר על גירוש שרירותי מהמדינה – שהרי הוא חל רק כלפי בני אדם בעלי מעמד חוקי בטריטוריה ("lawfully in the territory").⁸³ מאידך גיסא, לגבי הזכות לעבוד – הנמצאת בסעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966) (להלן: ICESCR) – אין סיבה מוצדקת שפליט שמעמדו לא הוסדר כחוקי לא יוכל ליהנות ממנה, מכיוון שהיקף תחולת ה-ICESCR אינו מוגבל לבעלי מעמד חוקי בלבד,⁸⁵ וזאת חרף העובדה שסעיף 18 לאמנת הפליטים – המעגן את הזכות לעבוד – חל רק כלפי פליטים בעלי מעמד "חוקי".⁸⁶

ד. סיכום ומסקנה

למרות האטרקטיביות של הניסיונות לעגן באמנת הפליטים גופה את כל הזכויות המוצהרות בה לחוסים תחת כנפיה, ובפרט את איסור הגבלות על חופש התנועה, ספק אם היא אכן מעניקה הגנות מעבר לאלה המוחלות כלפי זרים באופן כללי. כפי שהשתמע מפי בית המשפט העליון בבריטניה, שיקולי ריבונות מתגברים ומונעים מאמנת הפליטים ליצור מערכת דינים חדשה שיוצריה לא ידעו. דא-עקא, ששנים רבות עברו מאז חיבור אמנת הפליטים, והמודעות לחשיבות זכויות האדם האוניברסליות, מודעות שהייתה בחיתוליה בעת כינון אמנת הפליטים, הלכה והתחזקה.⁸⁷ חרף היות אמנת הפליטים מקור עדיף לשם הענקת זכויות רבות לפליטים הנמלטים על נפשם, נראה שדווקא דיני זכויות אדם – המגנים על האדם באשר הוא אדם – הם בעלי כח רב לשם קידום מעמד הפליט.⁸⁸

82 ס' 32(1) לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 4.

83 ס' 13 ל-ICCPR, לעיל ה"ש 59.

84 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights art. 6(1), (Dec. 16, 1966), 993 U.N.T.S. 3

85 ראו שם, ס' 2. אציין כי רק מדינות מתפתחות רשאיות להתייחס למי שאינו אזרח באופן שונה ופחות מזה של אזרחים רגילים בהענקת זכויות חברתיות. ראו שם, ס' 2(3).

86 ס' 18 לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 4.

87 Thomas Burgenthal, *The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights*, 19 HUM. RTS. Q. 703, 722–723 (1997). החובות של מדינות לכבד זכויות אדם כבר אינן נחשבות כעניינים פנימיים שאין להתערב בהם, אלא הן חובות של מדינות כלפי העולם כולו (חובות erga omnes). ראו לדוגמה: Barcelona Traction, לעיל ה"ש 67, פס' 33–34; Carsten Stahn, *Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?*, 101 AJIL 99, 112–13 (2007).

88 יש לציין כי קיימת אפשרות לטעון, שמאחר שיש לפרש אמנה בהתאם לנורמות אחרות החלות על הצדדים לה (ראו ס' 31(3)(c) ל-VCLT, לעיל ה"ש 15) יש לפרש את אמנת הפליטים באופן שסעיף 26 יחול כלפי פליטים שמעמדם לא הוכר על ידי המדינה שבה הם נמצאים. פירוש כזה מתאר את גישת הת'אווי, באופן שבו המושג "חוקי" אינו כפוף לדין הפנימי של המדינה. דא עקא, שפירוש כזה ייצור דיסוננס בשימוש בביטוי "חוקי" באמנת הפליטים בסעיפים 26 ו-32 (האחרון אוסר על גירוש פליט בעל מעמד חוקי), מאחר שהמשפט הבין-לאומי מאפשר חופש רב למדינות לגרש את מי שאינו אזרח משטחן. ראו לדוגמה U.N. Secretariat, *Expulsion of Aliens, Memorandum by the Secretariat*, ¶ 185, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. A/CN.4/565 (July 10, 2006). על כן, נכון להיצמד לפירוש המילולי הפשוט של אמנת הפליטים, הגידון לעיל.



על כן, למדינת ישראל יש סמכות בלעדית להסדיר את מעמדם החוקי של מבקשי המקלט בתוך גבולותיה, אך סמכויותיה אינן בלתי-מוגבלת: יכולתה של המדינה לפגוע בחירויות של פליטים כפופה לדיני זכויות האדם הבין-לאומיים.