



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"ם 8908/11

לפני :
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט ע' פוגלמן

המערערים :
1. נסנט ארגיי אספו
2. מולוורק אלמו אילה

נגד

המשיב :
משרד הפנים

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי מרכז בשבתו
כבית משפט לעניינים מנהליים (כב' השופט א' יעקב) מיום
2.11.2011 בתיק עת"מ 57162-01-11

תאריך הישיבה : י' באייר התשע"ב (2.5.2012)

בשם המערערים : עו"ד תומר ורשה

בשם המשיב : עו"ד יוכי גנסיך ; עו"ד רועי-אביחי שויקה

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

המערער הוא אזרח אריתריאי, שנכנס לישראל שלא כדין לפני מספר שנים. המערער אינו מורחק מישראל נוכח מדיניות אי-הרחקה זמנית הנוהגת כלפי אזרחי אריתריאה בעת הנוכחית. בישראל, הכיר המערער את המערערת, אזרחית אתיופית השוהה בישראל שלא כדין. השניים נישאו ולהם בן משותף. השאלה העומדת להכרעתנו הינה אם זכאית המערערת ליהנות אף היא מהמדיניות הנוהגת כלפי אזרחי אריתריאה מכוח זכאותו של בן-זוגה המערער.

1. המערער 1 (להלן: המערער) נכנס לישראל שלא כדין דרך הגבול המצרי ביום 21.2.2008 ונעצר עם כניסתו. המערער הזדהה כאזרח אריתריאה, ושחרר ממשמורת לאחר שלושה חודשים. בתחילה, קבע המשיב כי המערער אינו אריתריאי. בית המשפט לעניינים מינהליים מרכז (כב' השופט ר' אמיר) קיבל את עתירת המערער נגד החלטה זו, וקבע כי הוא אכן אריתריאי כפי טענתו (עת"מ (מינהליים מרכז) 16968-04/10 אספו נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 23.12.2010)). מכוח נתינותו האריתריאית, זכאי המערער לשהות בישראל ברישיון ישיבה זמני לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, עד שתתקבל החלטה בדבר סיום ההגנה הזמנית מפני הרחקה המוענקת לנתיני אריתריאה בישראל. המערער 2 (להלן: המערער) היא אזרחית אתיופית, שנכנסה לישראל כתיירת ביום 24.4.2008 באשרת תייר וברישיון ישיבה מסוג ב/2 שתוקפו לשלושה חודשים. לאחר שהסתיימה תקופה זו, המשיכה המערער לשהות בישראל שלא כדין.

2. המערער הכירו זה את זה בשנת 2008 בישראל, ונישאו ביום 13.1.2011. בחודש פברואר 2011, נולד למערער ילד. לאחר פסק הדין שבגדרו הוכר המערער כאריתריאי, פנה הוא למשיב בבקשה להסדיר גם את מעמדה של בת-זוגו. משלא התקבלה החלטה בבקשה זו, הגישו המערער עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים מרכז. בעתירתם, ביקשו השניים להשוות את מעמדה של המערער לזה של המערער – כלומר, לאפשר גם לה לחסות תחת ההגנה הזמנית ממנה נהנים אזרחי אריתריאה, למרות שהיא עצמה איננה אריתריאית.

פסק-דינו של בית המשפט קמא

3. בית המשפט לעניינים מינהליים מרכז (כב' השופט א' יעקב) דחה את העתירה, בכפוף לסייגים שאותם קבע. בית המשפט ציין כי השאלה שבה עסקינן היא חלק משאלה רחבה יותר הנוגעת לאגד הזכויות הנלווה למעמדו של אדם השוהה בישראל מכוח מדיניות אי-הרחקה הזמנית. בית המשפט קבע כי לא ניתן להשוות את מעמדם של הנהנים ממדיניות אי-הרחקה למעמדם של פליטים או של מבקשי מקלט. זאת, משום שאלה האחרונים נדרשים להוכיח את זכותם למעמד לפי הדין הבינלאומי, בעוד שהנהנים ממדיניות אי-הרחקה אינם צריכים להוכיח דבר, פרט לנתינותם. בית המשפט העיר כי ראוי שאדם השוהה בישראל מכוח מדיניות אי-הרחקה, יוכל בחלוף "פרק זמן של מספר חודשים עד מספר קטן של שנים" ממועד כניסתו לישראל לפנות בבקשה פרטנית לקבל מעמד של פליט. ככל שבקשתו תתקבל – יהיה זכאי לאגד

הזכויות הנתון לפליט. מנגד, ככל שבקשתו תידחה, לא יוכל עוד ליהנות ממדיניות אי-ההרחקה, שכן תישלל "חזקת הפליטות" העומדת ביסוד מדיניות זו. בנוסף, כך בית המשפט קמא, יוכל האחרון לפנות בבקשה פרטנית לקבלת מעמד מטעם אחר (שאינו נכלל בגדר האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, כ"א 65 (להלן: אמנת הפליטים)). אם יבחר אותו אדם שלא להגיש בקשה פרטנית לקבלת מעמד, תמשיך לחול עליו מדיניות אי-ההרחקה, על אגד הזכויות המוגבל המוענק במסגרתה. בית המשפט מצא להידרש גם לשאלת זכותם של הנהנים ממדיניות אי-ההרחקה לעבוד בישראל כדין, וציין כי "פרק זמן הגדול משש שנים, שבהן שוהה האדם בישראל מכוח מדיניות אי-ההרחקה, הוא פרק הזמן הראוי כדי להקנות לו את הזכות לקבל אשרת עבודה בישראל" (פסקה 10 לפסק הדין קמא).

4. לגופם של דברים, ציין בית המשפט המחוזי כי המערער שוהה בישראל כשלוש שנים וחצי (נכון למועד מתן פסק הדין קמא), ולכן בשלה העת לאפשר לו לפנות בבקשה פרטנית לקבלת מקלט. נקבע כי ככל שיבחר המערער לעשות כן, לא תורחק המערער מהארץ עד לקבלת החלטה סופית בבקשת המקלט. אם יוכר המערער כפליט, יוכל להגיש בקשה להשוואת מעמדה של בת-זוגו המערער למעמדו שלו, על יסוד הנהלים הקיימים ביחס לבני זוג של פליטים. מפסק דינו של בית המשפט קמא עולה כי ככל שהמערער לא יעשה כן, הוא עצמו ימשיך ליהנות ממדיניות אי-ההרחקה כנתין אריתריאי, אך בת-זוגו – המערער – לא תוכל לחסות תחת אותה ההגנה.

טענות המערערים

5. המערערים מבקשים לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא, ולקבוע כי המערער – כבת-זוג של אזרח אריתריאי – זכאית ליהנות מההגנה הזמנית המוקנית לאזרחי אריתריאה בישראל, מבלי שהמערער יידרש להגיש בקשה פרטנית למקלט. המערערים טוענים כי מדיניות המשיב ביחס לנתיני אריתריאה, מקנה למערער מעין "חזקת פליטות". לדבריהם, הקטגוריה הנכונה לסיווג מדיניות המשיב ביחס לנתיני אריתריאה אינה מדיניות של "אי-חזרה זמנית" כפי שטוען המשיב, אלא "הגנה קבוצתית". לשיטת המערערים, במשפט הבינלאומי מוכרת אפשרות להפעיל "קביעה קבוצתית" (group determination) של מעמד פליט ביחס לחברי קבוצה מסוימת, וזאת כאשר לא ניתן לבצע בדיקה אינדיבידואלית של כל אחד מחברי הקבוצה. כדוגמת מקרה שבו קבוצות שלמות נאלצות לעקור ממקום מושבם עקב סכסוך אלים. המערערים מדגישים כי המשיב הוא שנמנע מלברר את הבקשות הפרטניות של אזרחי

אריתריאה, מטעמי יעילות וחסכון בזמן, ומעדיף להעניק להם מעמד זמני על בסיס קולקטיבי.

6. בהמשך, נטען כי אדם החוסה תחת "ההגנה הקבוצתית", והוא "בחזקת פליט", זכאי לכל הזכויות הנלוות שלהן זכאי פליט, שבקשתו האינדיבידואלית למקלט אושרה באופן פוזיטיבי. בין היתר, זכאי הוא להקנות מעמד בישראל לבן-זוגו הזר. לדברי המערערים, התנהלות המשיב – שמחד גיסא, אינו בוחן את בקשותיהם הפרטניות למקלט של נתיני אריתריאה; ומאידך גיסא, אינו מקנה להם את מלוא הזכויות המוענקות לפליטים – אינה יכולה לעמוד. לשיטת המערערים, מדובר בניסיון לעקוף את הוראות אמנת הפליטים ולהימנע מלהקנות לזכאים למעמד פליט את מלוא הזכויות שמדינת ישראל התחייבה להעניק להם באשררה את האמנה. המערערים סבורים כי מדיניות המשיב נובעת מרצונו שלא לעודד הגעת פליטים נוספים לישראל, וכי שיקול זה אינו לגיטימי, וחותר תחת המחויבויות שקיבלה מדינת ישראל על עצמה במסגרת אמנת הפליטים.

7. המערערים שוללים את המתווה שהציע בית המשפט קמא, ולפיו יגיש המערער בקשה פרטנית למקלט, שתיבחן על-ידי המשיב. לדבריהם, מתווה זה מנוגד למדיניות המשיב עצמו, ופוגע במערערים באופן בלתי מידתי, שכן הוא מטיל על המערער להגיש בקשה פרטנית למקלט ארבע שנים לאחר שנכנס לישראל, ולהתמודד עם קשיים ראייתיים רבים כפועל יוצא. עוד הם חולקים על קביעת בית המשפט כי אם תידחה בקשתו הפרטנית של המערער למקלט, אזי תיסתר "חזקת הפליטות" והוא יאבד את ההגנה שמקנה לו מדיניות ההגנה הקולקטיבית של אזרחי אריתריאה. להשקפתם, גם אם נקבע כי אדם איננו זכאי להגנה מכוח העילות המנויות באמנת הפליטים, עדיין עומדת לו הזכות לא להיות מורחק למקום שבו צפויה לו סכנת חיים.

8. המערערים מוסיפים כי גם אם ייקבע כי חלק מהזכויות אינן מוקנות אלא לאדם שבקשתו הפרטנית למקלט לפי אמנת הפליטים התקבלה, הרי שהזכות לחיי משפחה – נושא הערעור שלפנינו – צריכה להיות מוקנית גם לנהנים מ"הגנה קבוצתית", שכן מדובר בזכות יסוד של כל אדם. לדבריהם, הדעה המקובלת במשפט הבינלאומי היא כי הזכות להגנת התא המשפחתי עומדת לא רק לכל פליט אלא גם לכל מבקש מקלט ולכל אדם הזכאי ל"הגנה קבוצתית".

9. המשיב טוען כי יש להבחין היטב בין המדיניות שנוקטת מדינת ישראל כלפי אזרחי אריתריאה, לבין מחויבויותיה כלפי פליטים ומבקשי מקלט לפי אמנת הפליטים. המשיב טוען כי המדיניות הנהוגה כיום בישראל לגבי אזרחי אריתריאה שנכנסו לישראל שלא כדין, היא "מדיניות אי-הרחקה זמנית" לאריתריאה. מדובר בהחלטת מדיניות של ממשלת ישראל. אמנם, מדיניות זו נובעת במקרה הנוכחי מהמלצת האו"ם, אך אין מדובר במחויבות בינלאומית כלשהי, אלא בהחלטה ריבונית של מדינת ישראל. לפיכך, ההחלטה שלא להרחיק זמנית אזרח אריתריאי למדינת אזרחותו אינה מקימה לו זכאות לקבלת מעמד פליט בישראל – או זכויות הנגזרות מכך. יתרה מכך, המשיב טוען כי אין מניעה עקרונית להרחיק אדם הנהנה ממדיניות אי ההרחקה הזמנית למדינה אחרת שבה לא צפויה לו סכנה.

10. המדינה מוסיפה כי לאדם הנתון לתחולת מדיניות "אי ההרחקה הזמנית" אין זכות להקים משפחה דווקא בישראל, ואין הוא יכול להקנות מעמד לבן זוגו הזר. ככלל, הזכות להקנות מעמד בישראל לבן-זוג זר, נתונה אך ורק לאזרחי ישראל ולתושבי הקבע שלה (בתנאים מסוימים). החריג היחיד לכלל זה הוא אדם הזוכה להכרה כפליט לפי הוראות אמנת הפליטים, ומקבל כפועל יוצא רישיון ישיבה ארעי בישראל מסוג א/5. אלא שבמקרה דנן, המערער לא הוכר כפליט ואף לא הגיש בקשה פרטנית למקלט. המשיב מדגיש כי המערער לא פעל בהתאם למתווה שהתאפשר לו בהתאם לפסק הדין קמא, ונמנע מהגשת בקשה פרטנית למקלט.

11. המשיב מוסיף כי המערערת היא אזרחית אתיופיה, שביכולתה להקנות לבן-זוגה, המערער, מעמד בארץ מוצאה. לדברי המשיב, מהקונסוליה האתיופית בישראל נמסר כי אין מניעה כי המערערים יגישו בקשה מתאימה למעמד באתיופיה לבחינת משרד הפנים האתיופי, ואם זו תאושר – יוכל המערער לקבל אשרת כניסה לאתיופיה, שם יוכלו השניים לבנות את תאם המשפחתי.

דיון והכרעה

12. השאלה העומדת להכרעתנו היא אם יש עילה בדין לבקשת המערערת, אזרחית אתיופית, לקבל מעמד חוקי בישראל מכוח היותה בת זוג של המערער, אזרח אריתריאה, השוהה בישראל בהתאם למדיניות המשיב בדבר אי הרחקה זמנית הנוהגת כלפי אזרחי מדינה זו בעת הנוכחית.

13. כנקודת מוצא לדיון נזכיר את שיקול הדעת הרחב הנתון לשר הפנים בכל שאמור במתן רישיון ישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. (ראו בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520 (1992)). בצד האמור יש לזכור, כי הפעלת שיקול דעתו של המשיב (גם כאשר מדובר בשיקול דעת "רחב") נתונה לביקורתו של בית המשפט במסגרת עילות הביקורת הרגילות שחלות על הפעלת כל שיקול דעת מינהלי (בג"ץ 1905/03 עכל נ' שר הפנים, פסקה 11 וההפניות שם) (לא פורסם, 5.12.2010).

14. חריג אחד למדיניות זו נובע ממחויבותיה של מדינת ישראל במשפט הבינלאומי כלפי פליטים מוכרים בהתאם להוראות אמנת הפליטים. חריג זה טרם זכה לעיגון בחקיקה או בחקיקת משנה, אך מוסדר בנהליו של המשיב. לפי סעיף 7(א) לנוהל הטיפול במבקשי מקלט שנכנס לתוקף ביום 2.1.2011 (להלן: הנוהל), אם שר הפנים מחליט להכיר באדם כפליט, מוענק לו רישיון ישיבה מסוג א/5 לשנה אחת, שניתן להארכה. חריג נוסף, שעליו משליכים המערערים את יהבם, נוגע לבני משפחתם הקרובה של פליטים מוכרים. מדינת ישראל מאפשרת לבני משפחתו הקרובה של פליט מוכר (בן/בת זוג וילדים קטינים), לבקש ולקבל בנסיבות מסוימות רישיון ישיבה בישראל. הנוהל קובע בסעיף 12 כי מי שהוכר כפליט על-ידי שר הפנים, וקיבל רישיון ישיבה מסוג א/5 יהיה רשאי להגיש בקשה לקבלת רישיון ישיבה עבור בן/בת הזוג וילדיו הקטינים. עוד קובע הסעיף כי בקבלת החלטה בבקשה כאמור, ייבחנו שיקולים שונים, ובהם: מועד נישואי הפליט המוכר; כנות הקשר בין בני-הזוג; מוצאו של בן הזוג; ככל שמדינת מוצאו של בן הזוג היא שונה מזה של הפליט, והיא צד לאמנת הפליטים, אם קיימת אפשרות להגר למדינת מוצאו של בן הזוג. עוד נקבע בסעיף 12(ג) לנוהל כי "מי שהגיעו לישראל כבני זוג והגישו בקשה למקלט מדיני, אין להרחיק את בן/בת הזוג שבקשתו למקלט נדחתה עד לתום בירור בקשתו של בן/בת-זוגו. עם זאת, הוראה זו לא תחול על בני זוג שמערכת היחסים ביניהם נרקמה בישראל".

15. אין חולק שהמערער שלפנינו לא הוכר כפליט על-ידי המשיב, ולכן אין ביכולתו להגיש בקשה עבור בת-זוגו בהתאם לסעיף 12 לנוהל. עם זאת, בהתאם למדיניות הנוהגת ביחס לאזרחי אריתריאה, אפילו היה המערער מגיש בקשת מקלט פרטנית (קודם שפנה לבית משפט קמא ונפתחה לפניו הדרך לעשות כן) – זו לא הייתה נבחנת. המחלוקת הקונקרטית בין הצדדים נגזרת אפוא מהשאלה הכללית בדבר מעמדם של אזרחי אריתריאה בישראל בנקודת הזמן הנוכחית וסיווגה של מדיניות ישראל כלפי קבוצה זו. האם – כשיטת המערער – מתירה המדינה לאזרחי אריתריאה להישאר

בתחומה בשל מחויבויות המעוגנת במשפט הבינלאומי, או שמא – כשיטת המשיב – מדובר בצעד הומניטארי פרי החלטה ריבונית של מדינת ישראל, שיסודו בהפעלת שיקול דעת מדיני ואין הוא נובע ממחויבות שבדין.

האם יש לראות במערער כ"פליט מוכר" לצורך הגשת בקשה עבור בת-זוגו?

16. המערערים מבקשים לראות במדיניות הננקטת כלפי אזרחי אריתריאה כ"הגנה קבוצתית" (collective protection) או "קביעה קבוצתית" (group determination), שהיא – לשיטתם – קביעה לכאורית (prima facie) על בסיס קבוצתי בדבר מעמד פליט לפי אמנת הפליטים משנת 1951. המערערים מפנים למדריך נציבות האו"ם לפליטים ולפירוט ההליכים והקריטריונים לקביעת מעמד פליט לפי אמנת הפליטים (זמין להורדה באתר נציבות האו"ם לפליטים: <http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html> (להלן: מדריך הנציבות)), שקובע – בסעיף 44 – כלהלן:

"While refugee status must normally be determined on an individual basis, situations have also arisen in which entire groups have been displaced under circumstances indicating that members of the group could be considered individually as refugees. In such situations the need to provide assistance is often extremely urgent and it may not be possible for purely practical reasons to carry out an individual determination of refugee status for each member of the group. Recourse has therefore been had to so-called 'group determination' of refugee status, whereby each member of the group is regarded prima facie (i.e. in the absence of evidence to the contrary) as a refugee."

17. נציבות האו"ם לפליטים מתייחסת לנסיבות שבהן לא יהיה זה מעשי לבצע בחינה פרטנית של מעמד פליט לכל אחד ואחד מחברי קבוצה שנאלצה לעקור מארץ מוצאה, וקובעת כי ניתן להיזקק ל"קביעה קבוצתית" ('group determination') של מעמד פליט, כאשר כל אחד מחברי הקבוצה הוא על פניו ובהיעדר ראיות לסתור – פליט. בהתאם לקטגוריה זו, סבורים המערערים כי יש להתייחס לאזרחי אריתריאה בישראל כאל פליטים מוכרים, ולהעניק להם את מלוא הזכויות שמדינת ישראל מעניקה לפליטים מוכרים. דא עקא שניתוח זה איננו ישים ביחס למקרה שלפנינו. הגם שבמישור העקרוני אין מניעה שמדינה תחליט להעניק מעמד של פליט מוכר לפי אמנת הפליטים לקבוצת פרטים על בסיס קולקטיבי, נדרשת לשם כך – כפי שעולה גם

מהנחיות נציבות האו"ם לפליטים – קביעה פוזיטיבית של המדינה. למותר לציין כי הרשות המוסמכת במדינת ישראל לא קיבלה החלטה שלפיה קבוצת אזרחי אריתריאה זכאים למעמד של פליט מוכר לפי אמנת הפליטים.

18. טענה נוספת של המערערים היא כי הימנעותו הגורפת של המשיב מבירור בקשות פרטניות של אזרחי אריתריאה לקבלת מעמד פליט, יש בה כדי להשתיק אותו מלטעון שחברי קבוצה זו אינם זכאים לזכויות המוענקות לפליטים מוכרים. הגם שטענות המערערים בדבר היעדר בחינה פרטנית של בקשות מקלט והשלכותיה ראויות ככלל לדיון, אין הדבר נדרש במקרה שלפנינו. בית המשפט קמא פתח בפני המערער את הדרך להגיש בקשה פרטנית למקלט שתיבדק לגופה – מתווה שעליו המשיב לא ערער וחזקה עליו שיפעל בהתאם לקביעה זו אם תוגש לו בקשה כאמור. המערער, מטעמיו, טרם הגיש בקשה במתווה זה. להשקפתי, אין המערער יכול להוסיף ולטעון בשלב זה כי הוא זכאי לזכויות שמעניק כיום המשיב לפליט מוכר, משלא ראה לעת הזו לפעול במתווה שנפתח לו על ידי בית המשפט, ונמנע מהעמדת עניינו לבדיקה פרטנית.

19. חשוב לציין בהקשר זה, כי דחיית בקשה פרטנית של המערער להכרה כפליט לפי אמנת הפליטים (אם כך יוחלט), אין משמעה בהכרח שלילת ההגנה שמוענקת לו והרחקתו מישראל. ההגנה שמקנה אמנת הפליטים איננה ההגנה היחידה מפני הרחקה למדינת המוצא, שכן מכוח העיקרון הכללי של Non-Refoulement, מדינת ישראל איננה מרחיקה אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו (ראו בג"ץ 4702/94 אל-טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843 (1995)). בערעור שלפנינו לא טוען המערער לתחולתה של הגנה משלימה זו, ואין הוא מבסס את בקשתו לסעד עליה. לפיכך לא נידרש לתחולה אפשרית של הגנה זו בענייננו ולנפקויותיה, מעבר להערתנו זו.

20. מצאנו אפוא כי אין לקבל את טענת המערער כי זכאי הוא להסדיר את מעמדה של בת-זוגו הזרה בישראל מכוח היותו "פליט" או "בחזקת פליט". עם זאת, אציע לחברי, לאפשר למערער – ככל שהוא מעוניין בכך – לפעול בהתאם למתווה שהוצע בפסק דינו של בית המשפט המחוזי – שעליו המשיב לא ערער – ולהגיש בקשה פרטנית למקלט. ככל שיעשה כן המערער תוך 30 ימים, לא תורחק המערערת מישראל עד לחלוף 45 ימים מן המועד שבו תומצא לבא כוחם החלטה סופית בעניינם.

“הגנה זמנית” (“Temporary Protection”)

21. יכולנו לסיים כאן את דיוננו, אלא שנוכח פניו הרבות של המונח “הגנה זמנית” (Temporary Protection) ראיתי לנכון לעמוד בתמצית על מספר הסדרים בעולם אשר חוסים תחת כותרת זו. זאת, משום שניתן למצוא קווי דמיון בלתי מבוטלים בין הסדרים אלו לבין מדיניות המשיב כלפי אזרחי אריתריאה וצפון-סודאן בנקודת הזמן הנוכחית, וכן ניתן – בשינויים המתחייבים – לשאוב מהם השראה פרשנית.

22. “הגנה זמנית” היא שם כללי להחלטה של מדינה, שאופייה ארעי, לא להרחיק מתחומה פרטים שאינם יכולים לשוב לארץ מוצאם, על בסיס השתייכות קבוצתית, בלי שתיבדק זכאותם הפרטנית למקלט לפי אמנת הפליטים או להגנה משלימה אחרת (Joan Fitzpatrick, *Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime*, 94 AM. J. INT'L LAW 279 (2000) (להלן: פיצפטרק)). ככלל, צעד מעין זה ננקט כאשר מדינה נדרשת להתמודד עם “הצפה” (mass influx) של מי שנאלצו לעזוב את ארץ מוצאם, ולא ניתן להחזירם אליה מסיבה כזו או אחרת, ואחת היא אם יש להם טענה טובה לזכאות למעמד פליט לפי העילות המנויות באמנה או אם חוסר היכולת לחזור לארץ המוצא נובע מסיבה אחרת שאינה נמנית עם חמש עילות הרדיפה המנויות באמנה (למשל, אסון טבע). לעתים, הגם שעשויה להיות לאלה זכאות למעמד פליט לפי אמנת הפליטים, סבורה המדינה כי המנגנון המקובל לבחינת בקשות פרטניות למקלט לא יוכל לעמוד בנטל הכבד שיוטל עליו אם תידרש בחינה כאמור. טעם נוסף לנקיטה במנגנון של “הגנה זמנית”, הוא התמודדות המדינה עם קושי לקלוט בעצמה את כל הזכאים להגנה בינלאומית, וכאשר היא סבורה שיש מקום לפתרון בינלאומי, כגון חלוקת האחריות (“burden sharing”) בין מדינות שונות לקליטה ולטיפול בהם.

23. היחס בין מנגנון “ההגנה הזמנית”, אשר מיושם בפועל על-ידי מדינות שונות כפי שנראה להלן, לבין מחויבויותיהן של אותן מדינות במשפט הבינלאומי הוא מורכב. מבקרים טוענים כי נקיטה במדיניות מסוג “הגנה זמנית” שאיננה מעוגנת במשפט הבינלאומי ההסכמי, חלף בדיקה פרטנית של בקשות למקלט לפי אמנת הפליטים, עשויה לנבוע מרצונה של המדינה שלא למלא את התחייבויותיה לפי האמנה, ועל כן עלולה לשחוק את ההגנה שמקנים דיני הפליטים ההסכמיים (פיצפטרק, בעמ' 280). כך למשל, בעוד שאמנת הפליטים מטילה מגבלות על החלטה בדבר ביטול מעמד פליטות (Cessation), ומדובר בהליך מורכב הדורש בחינה פרטנית של עניינם של כל אחד ואחד מחברי הקבוצה לפי רשימה סגורה של עילות המנויות באמנה (סעיף 1(ג) לאמנת

הפליטים), הרי שמדינה יכולה לכאורה להודיע על הפסקת "הגנה זמנית" כלפי קבוצה מסוימת מבלי שתידרש לעמוד בתנאים כלשהם. בנוסף, מנגנון של "הגנה זמנית" עלול להינקט על-ידי מדינה כאמצעי לעקוף את ההוראה הנכללת באמנת הפליטים בדבר עידוד היטמעותם של פליטים והתאזרחותם במדינה הקולטת (סעיף 34 לאמנת הפליטים).

24. גם יחסה של נציבות האו"ם לפליטים למוסד "ההגנה הזמנית" אינו חד-ממדי. הנציבות מכירה בחשיבותה של "הגנה זמנית" כפתרון פרגמטי וגמיש למתן הגנה בינלאומית לנזקקים לה במצבים של הגירה כפויה רחבת היקף (UNHCR (EXCOM) ; Conclusion No. 74 (XLV) of 1994 on the International Protection of Refugees קובץ מסקנות הוועד המנהל של נציבות האו"ם לפליטים בנוגע להגנה בינלאומית של פליטים זמין באתר הנציבות: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4b28bf1f2.pdf>). הנציבות איננה מגדירה במדויק מהו אותו מצב שמצדיק נקיטה במנגנון של "הגנה זמנית" (להבדיל ממתווה הבחינה הפרטני הרגיל לפי אמנת הפליטים), אך משרטטת מספר מאפיינים אפשריים: (א) מספר רב של פרטים המגיעים תוך חציית גבול בין-לאומי; (ב) קצב הגעה גבוה; (ג) חוסר יכולת של המדינה המארחת לקלוט את גל ההגירה; (ד) חוסר יכולת של מערכת המקלט הרגילה להתמודד עם מספר מבקשי המקלט (UNHCR (EXCOM) Conclusion No. 100 (LV) of 2004 on International Cooperation and Burden and Responsibility Sharing in Mass Influx Situations, par. (a)). בנסיבות אלה, מסכימה הנציבות כי אין מנוס מהשהיית הליכי הבחינה הפרטניים לפי אמנת הפליטים. לשיטה זו, פתרון מעין זה הוא הכרחי כאשר המדינה הקולטת איננה מסוגלת לספק למבקשי המקלט פתרון בר קיימא, ונדרש סיוע של מדינות אחרות בחלוקת הנטל (UNHCR (EXCOM) Conclusion No. 19 (XXXI) of 1980 concerning Temporary Refuge בהתמודדות עם תופעת הפליטות עובר כחוט השני במסקנות הנציבות, כאמצעי מרכזי למציאת פתרונות בני קיימא ל"הצפה" של מהגרים הזקוקים להגנה בינלאומית. בצד האמור, מדגישה הנציבות כי כל פתרון זמני חייב לשמור על זכויות המהגרים הזקוקים להגנה בינלאומית בתקופת הביניים עד למציאת פתרון קבוע (חזרה בטוחה לארץ המוצא, קליטה במדינה הקולטת או יישוב מחדש במדינה שלישית). בין היתר, יש לשמור על זכויות האדם הבסיסיות המוכרות במשפט הבינלאומי, לספק להם תנאי קיום בסיסיים, לא להפלות אותם על בסיס "חשוד"; לשמור על אחדות המשפחה ועל זכויותיהם של קטינים, וכיוצא באלה (UNHCR (EXCOM) Conclusion No. 22 (XXXII) of 1981 concerning Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx). הנציבות מודעת היטב לחשש שמא מנגנוני "הגנה זמנית" ישחקו את

התחייבויות המדינות החברות באמנת הפליטים, ולכן מבהירה כי הנהנים מהגנה זמנית (שעשויים להיות פליטים לפי האמנה או זכאים להגנה משלימה אחרת) צריכים ליהנות מאותה רמת הגנה שממנה נהנים פליטים מוכרים לפי האמנה (UNHCR (EXCOM), no. 74 לעיל, סעיף (t)). כן מדגישה הנציבות כי לנהנים מהגנה זמנית צריכה להיות אפשרות להגיש בקשות פרטניות למקלט שתיבדקנה, גם אם לא על אתר. עוד מבקשת הנציבות להבהיר כי מנגנון ההגנה הזמנית הוא אמצעי חירום (UNHCR (EXCOM) Conclusion No. 103 (LVI) of 2005 on the Provision on International Protection (Including Through Complementary Forms of Protection).

25. גם בלא עיגון פורמאלי במשפט הבינלאומי ההסכמי או המנהגי, נראה כי מנגנון "ההגנה הזמנית" קנה לו שביתה במדינות שונות ואף זכה – בסייגים שנקבעו – להכרה מצד נציבות האו"ם לפליטים. כפי שנראה להלן, מדינות שונות החילו הסדרים בעלי מאפיינים שונים, וגם היקף הזכויות המוענק לנהנים מהסדרים אלו משתנה ממדינה למדינה.

הגנה זמנית באיחוד האירופאי

26. מנגנון מסוג "הגנה זמנית" נבחן במדינות באירופה בשנות ה-90 של המאה העשרים. במהלך מלחמות הבלקן, מאות אלפי אזרחים נעקרו מבתיהם ונאלצו לעזוב את ארצם בחיפוש אחר מקלט. מדינות אירופה השונות נקטו בצעדי *Ad hoc* כדי להתמודד עם גלי ההגירה, בהתאם לאמצעים שעמדו לרשותן בחקיקה פנימית, וכתוצאה מכך היו הבדלים משמעותיים באופן הטיפול בקבוצות אלה בין מדינה למדינה (לסקירה בנושא ראו: Karoline Kerber, *Temporary Protection in the European Union: A Chronology*, 14 GEO. IMMIGR. L.J. 35, 35-36 (1999)). על יסוד הלקחים שהופקו מהתמודדות המדינות עם המשבר בבלקן, אימץ האיחוד האירופאי בחודש יולי 2001 דירקטיבה העוסקת בסוגיית ההגנה הזמנית (2001/55/EC) (להלן: הדירקטיבה משנת 2001). "הגנה זמנית" מוגדרת בדירקטיבה משנת 2001 כמנגנון חריג שמטרתו לספק – במצב של הגירה המונית של פרטים שנאלצו לעזוב את מדינת מוצאם ואינם יכולים לשוב אליה – הגנה מיידית וזמנית לפרטים אלו, במיוחד במצב שבו מערכת המקלט הרגילה לא תוכל לעמוד בנטל עיבוד הבקשות הפרטניות והדבר עלול לפעול לחובת טעונית ההגנה (סעיף 2 לדירקטיבה). בדברי המבוא לדירקטיבה, נאמר שוב כי מדובר בהגנה בעלת אופי חריג, ולכן היא צריכה להיות בעלת אופי ארעי בלבד (פסקה 12 למבוא). בהתאם לכך, קובע סעיף 4 לדירקטיבה כי משכה של "הגנה זמנית" כאמור לא יעלה על שנתיים, אלא בהחלטה של מועצת האיחוד האירופאי (שיכולה

להאריך את התקופה בשנה נוספת בלבד). עוד נקבע כי ההחלטה בדבר קיומה של "הצפה" ("mass influx") של פרטים שאינם יכולים לשוב למדינת מוצאם, שהיא תנאי מקדמי להפעלת מנגנון ההגנה הזמנית, צריכה להתקבל בהחלטת המועצה. הדירקטיבה קובעת כי מנגנון ההגנה הזמנית חייב לעלות בקנה אחד עם מחויבויותיהן של המדינות ביחס לפליטים בהתאם למשפט הבינלאומי, ואין במתן הגנה זמנית משום שיפוט מראש של שאלת ההכרה באדם כפליט לפי הוראות אמנת הפליטים. בהתאם, קובע סעיף 17 לדירקטיבה כי פרטים הנהנים מהגנה זמנית יוכלו להגיש בקשת מקלט בכל עת, וזו תיבדק לגופה, לכל המאוחר עם תפוגת ההגנה הזמנית. עוד נקבע כי דחיית בקשה פרטנית של אדם הנהנה מהגנה זמנית (בין אם דחיית בקשה להכרה כפליט לפי אמנת הפליטים, או להכרה כזכאי להגנה משלימה אחרת), איננה שוללת את זכאותו להמשך הגנה זמנית (סעיף 18 לדירקטיבה). הדירקטיבה משנת 2001 מתווה את אגד הזכויות המינימאלי שאותו המדינות מחויבות להעניק לפרטים הנהנים מהגנה זמנית: הזכות לקבל אשרות שהייה מתאימות למשך ההגנה הזמנית (סעיף 8); הזכות לעבוד (סעיף 12); הזכות לדיור הולם, לסיוע סוציאלי מינימאלי, ולטיפול רפואי (למצער טיפולי חירום) (סעיף 13); הזכות לחינוך לקטינים (סעיף 14); וכן הזכות לאיחוד משפחות בסייגים שנקבעו (סעיף 15). יוער כי נכון להיום, הוראות הדירקטיבה משנת 2001 – והחקיקה המדינתית שיישמה אותה – טרם הופעלו, מכיוון שמועצת האיחוד האירופאי טרם הכריזה על מצב שמצדיק נקיטה במנגנון של "הגנה זמנית".

הגנה זמנית בארה"ב

27. בארה"ב, מנגנון מסוג "הגנה זמנית" בעל אופי שונה מההסדר האירופאי, מעוגן בפרק 8 לקוד הפדראלי האמריקאי במסגרת 8 U.S.C. § 1254a. מנגנון זה נועד להתמודד עם נסיבות יוצאות דופן וזמניות במדינות מוצא, שבעטיין לא ניתן להשיב אליהן אזרחים ותושבים. הסעיף האמור מסמיך את מזכיר ביטחון הפנים (Secretary of Homeland Security) לקבוע רשימת מדינות מוצא שאזרחים ותושבים מהן יהיו זכאים להגיש בקשה למעמד הגנה זמנית (Temporary Protection Status, ובקיצור: TPS). הכרזה על מדינה כ"מדינה מוכרת" לצורכי מעמד הגנה זמנית יכולה לנבוע מהתרחשותם של עימותים צבאיים מתמשכים, אסונות טבע, או כל נסיבות זמניות ויוצאות דופן אחרות אשר מונעות מלהשיב אזרחים למדינה כבטחה (8 U.S.C. § 1254a(b)(1)(A-C)). לשם קבלת בקשה למעמד, על המבקש להראות כי הוא אזרח של מדינה מוכרת, או אדם ללא אזרחות שהגיע ממדינה מוכרת לארצות הברית. כמו כן נדרש מגיש הבקשה להראות שהוא פזיזת בארצות הברית ממועד ההכרזה על מדינת המקור כמדינה מוכרת, והתגורר בארצות הברית ממועד הנקבע בנפרד לכל אחת

מהמדינות המוכרות (8 U.S.C. § 1254a(a),(c)). ודוקו: מעמד הגנה זמנית ניתן אך ורק למי שנמצא בארצות הברית עובר למועד ההכרזה על מדינת המקור ממנה הגיע כמדינה מוכרת. המעמד אינו ניתן למבקשי מקלט שהגיעו לארצות הברית לאחר ההכרזה כאמור. המעמד עומד בעינו עד להכרזה על הסרת ההכרה במדינת המקור, בכפוף לחובה להירשם מחדש מדי פעם לצורך חידושו. מעמד ההגנה הזמנית כשלעצמו אינו מוביל לקבלת כל סוג של תושבות קבע, גם בחלוף זמן. עם זאת, מתן מעמד כאמור אינו מונע מהפרט הנמנה עליו להגיש בקשות למעמד שונה, דוגמת בקשות למעמד פליט, התאזרחות או תושבות קבע בהתאם למסלולים אחרים הקבועים בחוק. שלילה של כל בקשה שכזו אינה מבטלת או משפיעה על הזכאות למעמד ההגנה הזמנית (TPS), אשר מהווה ערוץ מקביל ונפרד. בהתאמה, אגד הזכויות הנלווה למעמד ההגנה הזמנית מוגבל בהיקפו. המעמד מקנה לבעליו את הזכות שלא להיות מגורש מארצות הברית, וכן את האפשרות לקבל אישור עבודה ולהיעדר מארצות הברית לנסיעות קצרות (8 U.S.C. § 1254a(a)(1)(A-B)).

הזכות לאיחוד משפחות במסגרת של הגנה זמנית

28. ככלל, הן בארה"ב, הן באירופה, אדם החוסה תחת הגנה זמנית איננו יכול להקנות מעמד במדינה המארחת לבן זוג זר שאותו הכיר לאחר עזיבת מדינת המוצא. באיחוד האירופאי, עוסק סעיף 15 לדירקטיבה בדבר הגנה זמנית משנת 2001 בעקרון אחדות המשפחה, שאותו יש לכבד במסגרת הפעלת "ההגנה הזמנית". עם זאת, סעיף 15(1) מדגיש כי מדובר אך ורק במשפחות שהיו קיימות במדינת המוצא והופרדו בשל נסיבות העקירה ההמונית (ראו גם, למשל: סעיף 29(4) לחוק התושבות הגרמני (Aufenthaltsgesetz); סעיף 356 ו-356A ל-UK Immigration Rules). הדבר מובהר גם בדברי ההסבר להצעת הדירקטיבה, שם נאמר במפורש כי הדירקטיבה המוצעת איננה מקנה לנהנה מ"הגנה זמנית" את הזכות להקים משפחה חדשה, אלא מכסה רק מצב של משפחה שהייתה קיימת בארץ המוצא. זאת, בשל המאפיינים הייחודיים של ההגנה הזמנית, שהיא בהגדרתה פתרון ארעי בלבד (ראו סעיף 13 להצעת הדירקטיבה: OJ 2003/311 E/18). הדירקטיבה בדבר הזכות לאיחוד משפחות משנת 2003 (2003/86/EC) – שפרק 5 לה עוסק בהרחבה בזכותם של פליטים לאיחוד משפחות – מחריגה במפורש מגדרי תחולתה פרטים הנהנים מהגנה זמנית (סעיף 3 לדירקטיבה).

גם בארה"ב, מעמד הגנה זמנית (TPS) המוענק לפלוני כלל איננו מאפשר הענקת מעמד דומה ביחס לבן-זוגו הזר (Matter of Ruth R. Echeverria, 25 I. & N.).

Dec. 512 (2011); Cervantes v. Holder, 597 F.3d 229 (4th Cir. 2010); Leon-Ochoa v. (Att'y Gen. of U.S., 622 F.3d 341 (3d Cir. 2010).

29. הבחינה ההשוואתית מלמדת אפוא כי במדינות הנזכרות אין במעמד הכרוך ב"הגנה זמנית" כדי להקנות לנהנה ממנו זכויות מלאות לאלה של פליט מוכר. בפרט, רואים אנו כי הזכות להקים משפחה חדשה תוך הקניית מעמד לבן זוג זר איננה מבין הזכויות שהמדינות מעניקות לנהנים ממדיניות של הגנה זמנית. זאת, מפני שהגנה זמנית היא ארעית מטבעה, ולא נועדה להקנות זכויות שיש בהן משום השתקעות במדינה הקולטת. אמנם, ככל שמשכה של הגנה זמנית מתארך, וה"זמני" נהפך ל"קבוע", עצמתו של רציונל זה נחלשת. עם זאת, כפי שעולה מהסקירה, הפתרון לחלף הזמן איננו הפיכה אוטומטית של הנהנה מהגנה זמנית לפליט – על הזכויות הכרוכות במעמד זה – אלא מעבר למתווה של בחינה פרטנית של עניינו.

מדיניות מדינת ישראל ביחס לאזרחי אריתריאה – "הגנה זמנית"?

30. מדיניות המשיב ביחס לאזרחי אריתריאה היא הגנה בעלת אופי ארעי, המוענקת על בסיס קבוצתי, בהיעדר בדיקה פרטנית. על יסוד המאפיינים שעליהם עמדנו, ניתן לטעון כי מדובר בסוג של "הגנה זמנית" כמובנה בחלק משיטות המשפט עליהן עמדנו. מנגד, ניתן לטעון כי הגנה זמנית, מטיבה, צריכה להיות תחומה בזמן, בעוד שהמדיניות הנוהגת ביחס לאזרחי אריתריאה קיימת כבר מספר שנים וסיומה אינו נראה באופק. בנוסף, כפי שראינו, הסוגיות השונות הכרוכות במנגנונים מסוג של "ההגנה הזמנית", והיחס בינם לבין מחויבויות המדינות במשפט הבינלאומי הן מורכבות, הנושא טרם זכה להסדרה מלאה במישור הבינלאומי. בנסיבות אלה, וכל עוד מדינת ישראל לא קבעה הסדר חקוק מפורט במשפט הפנימי בהתייחס לקטגוריה זו – ובעניין זה מצטרף אני להערותיה של חברתי, השופטת א' חיות – אין צורך לקבוע מסמרות בשאלת מיקומה המדויק של המדיניות הנקטת בישראל במפת ההסדרים ההשוואתיים עליהם עמדנו, והכרעתנו מוגבלת לגדרן של טענות המערערים שמעוגנות באמנת הפליטים והכללים הנגזרים ממנה, כמבואר לעיל.

סיכום

31. המערער, אזרח אריתריאה, השוהה בישראל בהתאם למדיניות "אי הרחקה זמנית" של המשיב כלפי אזרחי אריתריאה, מבקש להסדיר את מעמדה בישראל של בת-זוגו, אזרחית אתיופיה, השוהה בישראל שלא כדין (שאותה הכיר לאחר עזיבת מדינת

המוצא). מצאנו כי אין לראות במערער כפליט או ב"חזקת פליט", במיוחד לאחר שנפתחה לו הדרך להגיש בקשה למקלט (בכפוף לסייג המפורט בפסקה 19 לעיל). לפיכך, לעת הזו, אין המערער יכולה ליהנות מסעיף 12 לנוהל המשיב, המאפשר הגשת בקשה למעמד עבור בן-זוג של פליט מוכר. נוכח האמור, ובכפיפות למתן אפשרות לבחינה פרטנית של בקשה למקלט מצד המערער (כמפורט בפסקה 20 לעיל), אציע לחבריי לדחות את הערעור, ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק-דינו של חברי.

חברי סקר בהרחבה ובאופן מאיר עיניים את סוגיית "ההגנה הזמנית", את הכללים שאימצו מדינות שונות בענין זה וכן את התייחסותה של נציבות האו"ם לפליטים בנושא.

חשוב לזכור כי אף שמזה זמן לא מבוטל נאלצת מדינת ישראל להתמודד עם נתינים ותושבים ממדינות שונות באפריקה, כגון אריתריאה, צפון סודן (ובעבר גם דרום סודן וחוף השנהב) ועוד, המסתננים אליה מדרום בשל הסכנה הנשקפת לחייהם בארץ מוצאם, ואף שעם השנים צוברת תופעה זו ממדים של "הצפה", טרם הותקנו על ידי הגורמים המוסמכים לכך כללים מתאימים אשר יבהירו מהו אגד הזכויות שהמדינה מוכנה להכיר בו לגבי אנשים אלה.

המשיבה בטיעוניה נמנעת מלאשר כי מדובר אכן ב"הגנה זמנית" על המשמעויות (הלא-אחידות, יש לומר) שנושא מושג זה במדינות השונות, והיא מדגישה כי מדובר במדיניות המצטמצמת ל"אי-הרחקה זמנית". זאת ותו לא, מבלי שנקבעו בצידה כללים ונהלים ברורים הנוגעים לזכויותיהם של אותם "בלתי-מורחקים" בעת שהותם בישראל.

זהו מצב בלתי רצוי בעליל. הערפל הנורמטיבי יוצר אי-וודאות מכבידה ביותר מבחינת האנשים עצמם אשר לעיתים שוהים בישראל מכח המדיניות האמורה פרקי זמן בלתי-מבוטלים. בתי המשפט נאלצים אף הם להתמודד בשל כך חדשות לבקרים עם

שאלות ומצבים שונים ומגוונים שמייצרת, מטבע הדברים, מציאות החיים והנוגעים לזכויותיהם של אנשים אלה. ויעיד על כך המקרה דנן.

בהינתן ממדי התופעה טוב היה אילו הנושא היה זוכה להסדרה כלשהי ולו על דרך של נהלים והנחיות שיכללו, בין היתר, התייחסות לזכויותיהם הבסיסיות של אותם אנשים בעת שהותם בישראל.

ויפה שעה אחת קודם.

ש ו פ ט ת

השופט ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המקיף של חברי, השופט ע' פוגלמן וכן להערותיה של חברתי, השופטת א' חיות.

ברצוני להוסיף שלגבי דידי – אין בדחיית בקשה פרטנית להכרה במעמד של פליט לפי אמנת הפליטים כדי למנוע ממי שנהנה מ"מדיניות אי-ההרחקה הזמנית" להמשיך וליהנות ממדיניות זו, כל עוד היא קיימת וחלה לגביו. זאת בצד האמור בפסקה 19 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן ביחס לתחולתן האפשרית של הגנות משלימות נוספות מכוח העיקרון של Non-Refoulement.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, כ"ז בתמוז התשע"ב (17.7.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת