

פליטים, מעסיקים, ו"פתרונות מעשיים" בבג"ץ: בעקבות בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה

מאת

יובל לבנת*

בפסק הדין בבג"ץ 6312/10 נדחתה עתירה של ארגוני זכויות אדם בדבר זכותם של מבקשי מקלט לעבוד. בית המשפט קבע שההסדר שעליו הודיעה המדינה, ולפיו יחול איסור על מבקשי מקלט לעבוד אך עם זאת לא ייקנסו מעסיקהם בגין העסקה שלא כדין – עד להקמת מתקן לשהייתם של מבקשי מקלט בדרום הארץ – הוא בכחינת איוון ראוי. רשימה זו מבקרת את פסק הדין בגין ההגנה החד-צדדית שניתנה למעסיקים אך לא לעובדיהם, מבקשי המקלט, ובגין התעלמותו של בית המשפט מן הפגיעות הסימבוליות והמעשיות שעוללות להיגרים למבקשי המקלט בגין איסור העבודה גם בנסיבות שבהן המעסיקים אינם נקנסים, ומבקשי המקלט ממשיכים לעבוד. כמו כן מנתחת הרשימה את פסק הדין כנדבך נוסף של מדיניות ה"סמוך", שמאפיינת את התנהלותה של מדינת ישראל בתחום ההגירה ככלל ובתחום הטיפול במבקשי מקלט בפרט.

א. מבוא: פסק הדין בעניין קו לעובד נ' הממשלה ב. מדיניות אי-האכיפה כלפי מעסיקהם של מבקשי המקלט. ג. פסק הדין ותרבות ה"סמוך". ד. סיכום: בג"ץ בעידן "הפתרונות המעשיים".

א. מבוא: פסק הדין בעניין קו לעובד נ' הממשלה

ביום 19.7.2010 קיבלה הממשלה החלטה, ולפיה בתחילת חודש ספטמבר של אותה השנה יפתח משרד הפנים בפעולות אכיפה נגד מעסיקי "מסתננים" בגין עבירה של העסקה שלא כדין.¹ שמונה ארגוני זכויות אדם מיהרו לעתור נגד ההחלטה לבג"ץ² וטענו

* דוקטור למשפטים; הקליניקה לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. המחבר ייצג את העותרים בבג"ץ 6312/10. אני מודה לד"ר טלי קריצמן-אמיר, למר אבינעם כהן ולמערכת כתב העת "משפטים על אתר", על הערותיהם לטיוטה קודמת של המאמר.

1 החלטה 2104 של הממשלה ה-32 "החלטות בתחום הכניסה וההגירה לישראל – המשך הדין" (19.7.2010), שבה מחליטה הממשלה בין השאר "להקים צוות מצומצם בראשות שר המשפטים ושר הפנים ובהשתתפות נציגים ממשרד הביטחון, משרד הפנים, המשרד לביטחון הפנים, משרד האוצר, נציג שר המשפטים, נציג היועץ המשפטי לממשלה ונציג שב"כ, אשר יציע לממשלה, בתוך 14 ימים

לבטלות ההחלטה ככל שהיא מתייחסת לנקיטת פעולות אכיפה נגד מעסיקים של "מבקשי מקלט הממתינים להכרעה בבקשות המקלט שלהם ו/או אנשים המוחלת עליהם הגנה קולקטיבית מפני הרחקה למדינות אחרותם". להלן תיקרא קבוצת האנשים הראשונה (מבקשי מקלט הממתינים להכרעה בבקשות המקלט שלהם) "הממתינים להכרעה", ואילו הקבוצה השנייה תיקרא "המוגנים קולקטיבית".³ שתי הקבוצות תיקראנה יחד "מבקשי מקלט". מלבד הסעד הנגטיבי הזה (בטלות ההחלטה); אי-נקיטת צעדי אכיפה נגד המעסיקים) ביקשו הארגונים גם סעד פוזיטיבי, דהיינו כי שר הפנים יקבע שמבקשי מקלט זכאים לעבוד בישראל.

בזמן הגשת העתירה נהג משרד הפנים להנפיק למבקשי המקלט רישיונות ישיבה שבהם נכתב שהם "מסוג: ס' 2(א)(5) לחוק". הכוונה לסעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. מדובר בסוג חדש של רישיון ישיבה, אשר משרד הפנים מעולם לא הנפיק, עד לשנת 2008, עם העלייה החדה במספר מבקשי המקלט בישראל. הבסיס המשפטי של רישיון ישיבה מסוג זה מוטל בספק,⁵ ומכל מקום הרישיון הזה

צעדים שיאפשרו תחילת אכיפה כנגד מעסיקי מסתננים כך שהאכיפה בפועל תחל לא יאוחר מיום 1.9.2010".

2 בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (פורסם בנבו, 16.1.2011) (להלן: פרשת קו לעובד).

3 נכון לזמן כתיבת רשימה זו משרד הפנים אינו מרחיק אחרים של כמה מדינות, והבולטות שבהן (מבחינת מספר אורחיהן השוהים בישראל) הן ארית'רא וסודן. ראו: עת"מ (מינהלי מרכז) 35858-06-10 סייקו נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 13.7.2010). אורחי מדינות אלה אמנם זוכים כאמור להגנה מפני הרחקה למדינותיהם, אך הם אינם זוכים לבריחה פרטנית של בקשות המקלט שלהם, ועל כן אינם יכולים לזכות במעמד "פליט" בישראל (מעמד שהיה מאפשר להם לקבל רישיון ישיבה של "תושב ארעי" – הכולל את הזכות לעבוד וזכויות סוציאליות שונות, לרבות הזכות לביטוח בריאות ממלכתי; ראו: ס' 7(ו) ל"נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל" משרד הפנים [www.piba.gov.il/Regulations/Procedure%20for%20Handling%20Political%20Asylum%20\(Seekers%20in%20Israel-he.pdf](http://www.piba.gov.il/Regulations/Procedure%20for%20Handling%20Political%20Asylum%20(Seekers%20in%20Israel-he.pdf)).

4 ס"ח 111; להלן לשון הוראת החוק: "2. (א) שר הפנים רשאי לתת [...] (5) רישיון זמני לישיבת ביקור למי שנמצא בישראל בלי רישיון ישיבה וניתן עליו צו הרחקה – עד ליציאתו מישראל או הרחקתו ממנה".

5 לדעתי, פרשנות נכונה של ס' 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל הינה, שאין רישיון "מסוג" 2(א)(5) לחוק. סוגי הרישיונות קבועים בתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974, ק"ת 3201. כל שקובע ס' 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל הוא ששר הפנים רשאי לתת "רישיון זמני לישיבת ביקור למי שנמצא בישראל בלי רישיון ישיבה וניתן עליו צו הרחקה – עד ליציאתו מישראל או הרחקתו ממנה". ואולם סוג הרישיון אשר ייתן השר, על פי ס' 2(א)(5) הנ"ל, יכול להיות אחד מהסוגים המנויים בתקנות הכניסה לישראל (וליתר דיוק: סוג הרישיון לישיבת ביקור אשר יכול השר לתת הינו אחד מסוגי הרישיונות לישיבת ביקור המנויים בתק' 5 לתקנות הכניסה לישראל). דהיינו, ס' 2(א)(5) מעניק לשר סמכות לתת רישיון בסיטואציה מסוימת; הוא אינו קובע "סוג" של רישיון. סוגי הרישיון, אשר אחד מהם רשאי שר הפנים לתת לאדם שניתן כנגדו צו הרחקה, מנויים בתקנות.

"שתק" באשר לשאלה אם הנושא אותו רשאי לעבוד אם לאו. לאחר הגשת העתירה בחודש נובמבר 2010 החל משרד הפנים להוסיף ברישיונות מסוג זה, אשר הונפקו למבקשי המקלט, שורה ובה נאמר: "רשיון זמני זה אינו מהווה רשיון עבודה".

ביום 16.1.2011 דחה בג"ץ את העתירה בפסק דין קצרצר. מהמתואר לעיל ומהאופן שבו פסק הדין מנומק אפשר ללמוד שהעותרים ביקשו ארבעה סעדים: אי-קניסת מעסיקיהם של מוגנים קולקטיבית (א1); אי-קניסת מעסיקיהם של הממתינים להכרעה (ב1); מתן היתרי עבודה למוגנים קולקטיבית (א2); מתן היתרי עבודה לממתינים להכרעה (ב2). בג"ץ דחה – רטורית לפחות – את העתירה באשר לכל אחד מארבעת הסעדים הללו, מנימוקים שונים.

אשר לסעד א1 קבע בית המשפט שהעתירה הפכה ל"מוקדמת" ול"תיאורטית" לאור החלטת ממשלה מס' 2507, אשר התקבלה שלושה חודשים לאחר הגשת העתירה, ואשר דחתה את מועד תחילת האכיפה נגד מעסיקי מבקשי המקלט עד לאחר הקמת "מרכז שהייה למסתננים": מרכז אשר יוקם – על פי אותה ההחלטה – ובו ישוכנו מבקשי המקלט וימולאו צורכיהם הפיזיים.⁶ לאור החלטה זו קבע בית המשפט שהעתירה באשר לסעד זה נדחית, וכי העותרים יוכלו "לשוב ולהעלות טענותיהם כנגד אכיפת איסור ההעסקה, לכשיתחילו פעולות האכיפה והסוגיה לא תהיה עוד תיאורטית".

אשר לסעד א2 קבע בית המשפט ש"אנו יוצאים מנקודת הנחה כי לא תתבצע אכיפה כלפי מי שבקשת המקלט שלו תלויה ועומדת". לא ברור על סמך מה מבוססת הנחה זו, שהרי היא סותרת מפורשות את עמדת המדינה כפי שבאה לידי ביטוי בתגובה המקדמת שהגישו המשיבים שבוע לפני הדיון בעתירה.⁷ על עמדה זו חזרה באת כוח המדינה גם בעת הדיון בעל פה. מאותה סיבה תמוהה התייחסות נוספת, מאוחרת מזו, של בית המשפט לסעד זה, ולפיה "כפי שהובהר לעיל, ניתן להבין מדברי המדינה בדבר זירוז הליך הטיפול בבקשות האינדיבידואליות, כי לא תתבצע אכיפה כלפי מעסיקיהם של מי שהגישו בקשה כאמור בטרם יסתיים הליך הטיפול בבקשה".

מכל מקום, אף על פי שפסק הדין מנוסח כאילו בית המשפט דוחה את העתירה באופן גורף ("העתירה איפוא נדחית, בכפוף לאמור לעיל, ללא צו להוצאות"), הרי עולה

6 החלטה 2507 של הממשלה ה-32 "הקמת מרכז שהייה למסתננים מגבול מצרים ואכיפה כנגד מעסיקים של מסתננים אלה" (28.11.2010). ההחלטה קובעת בס' 1(ג) כי "המרכז יאפשר שהייה של המסתננים מגבול מצרים, השוהים כיום במדינת ישראל וכן כאלה שיגיעו לאחר קבלת החלטה זו, אשר לעת עתה לא ניתן להרחיקם, ויסופקו בו צרכיהם הפיזיים ובפרט, מקומות לינה, מזון, שתייה וצרכי בריאות".

7 מתוך ס' 8 להודעה המקדמת מטעם המשיבים בפרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 2, מיום 6.1.2011: "המשיבים יבקשו להדגיש כבר עתה כי, אין בכוונת גורמי האכיפה לבצע אכיפה כלפי מעסיקי מסתננים, שהם נתיני מדינות, ומדינות אלו בלבד, שלעת הזאת, לא מתבצעת הרחקה של נתינים ממדינות אלו בלבד, ממדינת ישראל, למדינת מוצאם בלבד, וזאת עד למועד תחילת הפעלתו של מרכז שהייה למסתננים..." (העתק בידי המחבר).

שלפחות באשר לאחד מארבעת הסעדים שנתבקשו – התקבלה העתירה. בית המשפט קובע (גם אם הוא משתית זאת על הסכמה – שמעולם לא ניתנה – של הפרקליטות), שמעסיקים של ממתנים להכרעה לא ייקנסו בגין העסקה שלא כדין. את הסעדים 2א ו-2ב דוחה בית המשפט בנימוק דלהלן, ובו אבקש להתמקד ברשימה

זו:

במצב העניינים הנתון, בו לצד הרגישות לרקע הקשה של רבים מחברי קבוצות אלה [הממתנים להכרעה והמוגנים קולקטיבית – י' ל'], יש לתת את הדעת אף לאינטרס המדינה למנוע "הגירת עבודה" החורגת כמובן מאותם מקרים בהם קיים חשש מבוסס לרדיפה – נראה כי עמדת המדינה [...] לפיה אין להעניק אישורי עבודה, לצד האמירה כי בשלב זה לא ינקטו פעולות אכיפה כנגד מעסיקים, יש בה משום איזון ראוי בהתחשב במציאות הקשה והרגישה שנוצרה (ההדגשה הוספה – י' ל').

ב. מדיניות אי-האכיפה כלפי מעסיקיהם של מבקשי המקלט

ג'ון אוסטיין (John Austin), סבר בתאוריית "המשפט כפקודה" שלו⁸ שסנקצייה היא חלק בלתי נפרד מהגדרת המשפט. על פי תאוריה זו, חוק הוא פקודה מאת הריבון. פקודה מוגדרת כהבעת משאלה מאת יצור רציונלי אחד ליצור רציונלי אחר, שמעשה כלשהו ייעשה או שלא ייעשה, בליווי איום ממשי שאם המשאלה לא תתבצע, יאונה רע כלשהו ("סנקצייה") למפר המשאלה. מכאן שבהיעדר סנקצייה אין, אליבא דאוסטיין, חוק. גם מקצת ההוגים הריאליסטים נקטו גישה המדגישה את הסנקצייה. מימרתו של הולמס ש"המשפט הוא התחזית של מה שבית המשפט יחליט"⁹ מגדירה את התוצאות המעשיות של הפרת הנורמה-לכאורה כמכוננות את עצם קיומה של הנורמה. על תפיסות אלה נמתחה ביקורת מצדו של הארט (H.L.A Hart), אשר הדגיש את האופי הנורמטיבי של המשפט שאינו תלוי בהכרח בשאלת הצפיות של הסנקצייה כלפי מפר החוק.¹⁰ הארט טען, בצדק לדעתי, שאוסטיין מערבב בין הקונצפט של חיוב לבין הקונצפט של כפייה. העובדה שאני נכפה למסור את ארנקי לשודד המכוון כלפיי אקדח, טען הארט, אין משמעותה שאני מחוייב (מבחינה נורמטיבית) לתת לו את ארנקי. וגם ההפך הוא הנכון:

JOHN AUSTIN, THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE DETERMINED AND THE USES OF THE STUDY OF JURISPRUDENCE (1998) 8

Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897) 9
 (התרגום שלי – י' ל').

H.L.A Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 593 10
 (1958).

העובדה שאין צפויה לי סנקצייה מסוימת, אין פירושה שאינני כפוף לנורמה מחייבת (לרבות נורמה משפטית). מעניין שגם מחקרים אמפיריים שעוסקים בשאלת הציות למשפט מלמדים שלא תמיד החשש מהסנקצייה הוא שעומד ביסוד ציותם של בני האדם לחוקים שחלים עליהם.¹¹

אשר על כן אין בכוונתי לבקר את הכרעת בית המשפט ככזו שחותרת תחת הגדרת ה"משפט" מבחינה מושגית. נקודת המוצא שלי היא שאפילו לא נאכף איסור ההעסקה על מעסיקיהם של מבקשי המקלט, ואפילו – בעקבות זאת – מבקשי המקלט יכולים לעבוד ללא מפריע (חרף הכיתוב ברישיון הישיבה שלהם, האוסר עליהם לעשות כן), הרי שמדובר בהפרה של נורמה משפטית מחייבת לכאורה, הן מצד המעסיקים והן מצד מבקשי המקלט.

יתרה מכך, אף אין בכוונתי לדון בשאלה המשפטית-פילוסופית בדבר הסמכות או ההצדק של רשויות אכיפת החוק להכריז באופן גורף על מדיניות אי-אכיפה של איסור סטטוטורי מסוים (בענייננו: המדיניות שעליה הצהירה המדינה בדבר אי-אכיפת האיסור בעניין העסקה שלא כדין על מעסיקים של המוגנים קולקטיבית, מדיניות אשר הורחבה על ידי בג"ץ גם למעסיקים של הממתינים להכרעה). בעניין זה מלומדי משפט חלוקים בדעותיהם. בישראל התעוררה הסוגיה עוד בראשית ימיה של המדינה נוכח הנחיותיו משנת 1953 של היועץ המשפטי דאז חיים כהן שלא לאכוף את העבירה של "משכב שלא כדרך הטבע", אשר הייתה אותה עת בתוקף,¹² ואשר היה נהוג להבינה כחלה על יחסי מין בין גברים,¹³ וזאת – על פי ההנחיה – ככל שדובר בקיום יחסי מין בין בגירים ובהסכמה.¹⁴ עד היום אין הסכמה בין מלומדי משפט בישראל בשאלה אם הנחיה זו או אחרות כדוגמתה מצויות במסגרת סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה, או שמא מדובר בנטילת תפקיד של מחוקק, בהיותה בבחינת ביטול הוראת חוק דה פקטו. כן נחלקים

11 יובל פלדמן "על משתנים ממתנים, על משתנים מתווכים ועל מה שביניהם" האם המשפט חשוב? 71, 73 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).

12 ס' 152(2)(א) ו-1(ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936, ובגלגולה המאוחר יותר: ס' 351(1) ו-3(לחוק העונשין, התשל"ז-1977).

13 יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההמואים בשיח המשפטי בישראל 1948-1988" סוציולוגיה ישראלית א' 257, 265 (1999): "למרות ההגדרה הרחבה של יחסים 'שלא כדרך הטבע', נוצרה בשיח המשפטי והציבורי בישראל זהות בין האיסור הפלילי לבין יחסים מיניים בין בני אותו מין. הדוברים השונים, המואים וסטרייטים כאחד, פירוש את האיסור כאיסור על הומואיות".

14 כפי שכותבים יונאי וספיבק במאמרם, שם, בעמ' 268-269, כל היועצים המשפטיים לממשלה שכיהנו בתפקיד לאחר כהן דבקו בהנחיה זו, ושמגר אף העלה אותה על הכתב ("הגשת כתבי-אישום בעניין משכב זכר" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (קובץ ישן) 50.049 (התשל"ב): "תלונה על משכב זכר לא תיחקר – בשל חוסר עניין לציבור אלא אם קרה אחד מאלה...").

המלומדים בשאלה עד כמה הנחיות מעין אלה רצויות, וזאת מלבד שאלת הסמכות.¹⁵ אצא ברשימה זו מנקודת הנחה שבאופן עקרוני, ובנסיבות מסוימות, מדיניות זו של אי-אכיפה של איסור פלילי מצד רשויות אכיפת החוק היא מוצדקת, למשל באשר למקרה הפרדיגמטי – המוכר במשפט הישראלי – של עבירת המשכב שלא כדרך הטבע, שהתנוססה על גבי ספר החוקים הישראלי עד לשנת 1988.

ואולם קיים הבדל משמעותי בין המקרה הפרדיגמטי הזה לבין מדיניות התביעה, שקיבלה את ברכת בג"ץ בפרשה שבה עסקינן. במקרה של "משכב זכר" דובר על מעשה פלילי שכלל שני עבריינים ושתי עבירות,¹⁶ וההנחיה בדבר אי-חקירת העבריינים התייחסה לשניהם. גם במקרה של העסקתו של זר חסר היתר עבודה מדובר בשני עבריינים אשר כל אחד מהם מבצע עבירה נפרדת.¹⁷ ואולם, מדיניות התביעה בנוגע למקרה זה (בנסיבות של העסקת מבקשי מקלט) היא לפטור מאחריות את אחד הצדדים למעשה (המעסיק), ואילו להותיר את הצד השני (העובד, מבקש המקלט) חשוף לכאורה לחקירה, להעמדה לדין ולענישה. על הסדר זה סמך בג"ץ את שתי ידיו ואף הילל אותו כהסדר שיש בו "משום איוון ראוי".

יתרה מכך, אשר להנחיה של היועץ המשפטי לממשלה בעניין אי-אכיפת האיסור הפלילי של משכב זכר, הרי הנימוק שעמד מאחורי ההנחיה היה ללא ספק הכרתו של כהן שמדובר באיסור אשר יש בו משום פגיעה בזכויות אדם (דהיינו הזכות לפרטיות, זכותם של גברים הומואים לשוויון או הזכות של כל אדם לאוטונומיה – שכוללת את זכותו

15 לתמיכה במדיניות אי-אכיפה גורפת של היועץ המשפטי לממשלה באשר לעברות מסוימות, ובנסיבות מסוימות, ראו: רות גביוון שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק 157 (1991); להתנגדות ערונית למדיניות זו, ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: רשויות השלטון ואזרחות 1015 (מהדורה שישית, 2005); Reuven Yaron, *Laws Disregarded*, 6 (1971) Isr. L. Rev. 188.

16 המחוקק המנדטורי, ולאחריו הישראלי, הפרידו, באופן שמשקף תפיסת עולם הטרוסקיסטית שמרנית, בין הצד ה"אקטיבי" לבין הצד ה"פסיבי" למעשה המיני בשני תתי-סעיפים של אותה עבירה: ראו יונאי וספיבק, לעיל ה"ש 13.

17 המעסיק מבצע עבירה קלה יחסית (שדינה קנס) של "העבדה שלא כדין", בניגוד להוראת ס' 2 לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, ס"ח 1349 (חוק עבירות מינהליות, התשמ"ו-1985, ס"ח 1160, והתקנות שהותקנו מכוחו – תקנות העבירות המינהליות (קנס מנהלי – העסקת עובדים זרים שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים), התשנ"ב-1992, ק"ת 161 – קובעים שבגין עבירה זו יוכלו גורמי האכיפה, במרבית המקרים, להמיר את כתב האישום בקנס מנהלי). לעומת זאת העובד מבצע עבירה על פי ס' 12(3) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס"ח 111, הקובע כי מי ש"מפר תנאי מהתנאים שנקבעו באשרתו או ברשיון הישיבה שניתנו לו לפי חוק זה" דינו שנת מאסר. לאחר שהוסיף משרד הפנים את השורה ברישיונות הישיבה של מבקשי המקלט שקובעת כאמור ש"רישיון זמני זה אינו מהווה רישיון עבודה", עולה שמבקש מקלט המחזיק בידו רישיון ישיבה זה וחרף האיסור המפורש עובד למחייתו – מפר את הוראות רישיון הישיבה שלו, וככזה – עובר לכאורה עבירה שדינה שנת מאסר.

לקיים יחסי מין כרצונו עם אחרים בהסכמה). זהו גם הנימוק העומד מאחורי עמדת התביעה הכללית, שעליה הצהירה לא אחת, שלא להגיש כתבי אישום בגין עבירות שמטילות מגבלות על חופש הביטוי (אלא בנסיבות יוצאות דופן).¹⁸ ואילו בענייננו העמדה המקובלת בפסיקה היא שאין למעביד כל זכות להעביד מי שאינו ישראלי.¹⁹ לעומת זאת דווקא בנוגע למבקשי המקלט עצמם, טענת העותרים (אשר בית המשפט לא דן בה) הייתה שעומדת להם זכות שכזו, בין השאר על סמך סעיף 17 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים.²⁰ והנה, מדיניות אי-האכיפה חלה לכאורה רק על מי שהאיסור הפלילי אינו פוגע בזכויותיו; היא אינה חלה על מי שזכויותיו מופרות, כך לפחות נטען בעתירה, בשל אותו איסור.

כלומר, פסק דינו של בית המשפט העליון מכשיר מדיניות מפלה: מבין שני הצדדים לעבירה – המעביד והעובד – רק המעביד חסין מהעמדה לדין, וזאת דווקא בסיטואציה שבה למעביד אין בבירור כל זכות שבדין, ואילו לעובד עשויה להיות, לפחות לכאורה, זכות שכזו (אשר בית המשפט נמנע מלבררה). מלבד הפגיעה בשוויון בין "הצדדים לעבירה" פסק הדין פוגע במבקשי המקלט גם במישורים אחרים:

ראשית, קיימת פגיעה במישור הסמלי. בית המשפט העליון דן את מבקשי המקלט להיות פורעי חוק. הוא מסרב להורות למשרד הפנים למחוק את השורה ברישיונות הישיבה שלהם שקובעת שהרישיון אינו בבחינת היתר לעבוד, בידעה מלאה שבהיעדר תמיכה כלכלית מסוג אחר (לדוגמה קצבאות מטעם המדינה) הדרך היחידה של מבקשי

18 ראו לדוגמה בס' 6 ל"הגשת כתבי אישום בעבירות של העלבת עובד ציבור וזילות בית-המשפט" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1103 (התשס"ו).

19 ראו לדוגמה: בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, בפס' 21 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.12.2006); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, בפס' 25 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.4.2011).

20 האמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 65(3), 5 (נפתחה לחתימה ב-1951) (להלן: "אמנת הפליטים" או "האמנה") נולדה מתוך ההכרה של גופים שונים באו"ם, בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה, בצורך למצוא פתרון ל"בעיית הפליטים והעקורים". ב-1950 ישבו על המדוכה שתי ועדות אד הוק, שמינתה המועצה החברתית-כלכלית של האו"ם, וניסחו טיוטות של האמנה. טיוטה סופית נוסחה לאחר מכן, ביולי 1951, על ידי ה-Conference of Plenipotentiaries. מדינת ישראל הצעירה הייתה חברה בכל הוועדות הללו, ונציג מטעמה (מר נחמיה רובינסון) היה משתתף פעיל בדיוניהן. ראו: THE REFUGEE CONVENTION, 1951 1-4 (Paul Weiss ed., 1995). האמנה בנוסחה המקורי קבעה שאחד מהתנאים להיות אדם "פליט" הוא העובדה שעובד את מדינתו בגין אירועים שהתחוללו לפני 1951. יתרה מכך, המדינות החתומות על האמנה היו זכאיות לקבוע שמחויבותיהן תחולנה רק כלפי פליטים מאירופה. בשנת 1967 התקבל הפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 690(23), 21 (נפתח לחתימה ב-1967), שביטל את מגבלות הזמן והמקום הללו. מדינת ישראל חתמה על האמנה ב-1951 ואשררה אותה ב-1954. היא הצטרפה לפרוטוקול המשלים ב-1968. ההתייחסות להלן לאמנה היא בנוסחה כפי שהורחב על ידי הפרוטוקול.

המקלט לכלכל את עצמם היא באמצעות עבודה.²¹ הפיכת מבקשי המקלט לעבריינים בעל כורחם מנוגדת לרוחה של אמנת הפליטים. אחד הסעיפים המרכזיים באמנה הוא סעיף 31, הקובע (בתרגום לעברית): "המדינות בעלות האמנה לא יטילו עונשים על פליטים, שבדרכם יש מן הארץ שבה ריחפה סכנה על חייהם או על חירותם [...] נכנסו לשטח ארצן או נמצאים בו בלא הרשאה, בתנאי שעליהם להתייזב בלא דיחוי לפני הרשויות ולתת נימוק מספיק לכניסתם או לשהייתם הבלתי חוקית". כוונת מנסחי האמנה הייתה שפליטים (ומבקשי מקלט הממתינים להכרעה בעניינם בכללם)²² לא יהפכו

21 ראו לעניין זה פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים מרכזי בעניין סייקו, לעיל ה"ש 3: "אינני רואה כדבר אפשרי וסביר להתיר את שהותם של המוגנים הקולקטיביים בישראל ללא יכולת עבודה לשם כלכלתם הבסיסית. לא מדובר בחייר שמגיע, ואפשר לצפות שהגיע עם מזומנים מספיקים כדי לממן את שהותו. מדובר במי שברח מארץ מצוקה, והגיע ללא כל. וברגע שהמדינה סבורה – וזוהי עמדתה כל עוד ההגנה הקולקטיבית קיימת, שאין להרחיק ואין לעצור אדם כזה שבא בגדר ההגנה האמורה – אזי מחויבת המדינה לתת גם פיתרון לאפשרות הקיום האנושי הבסיסי של אותו עותר, וזאת כל עוד ההגנה בתוקף. לא ייתכן שאדם ירעב ללחם במדינת ישראל, תהא אשרתו אשר תהא. ולא ייתכן שהמדינה תעמיד אדם בפני מצב, שתחייב אותו לעבור עבירות כדי להתקיים במובן הבסיסי ביותר, לזון עצמו ולמצוא קורת גג לראשו. אינני סבור גם שצריך לעצום עיניים, ולומר שאסור לאדם כזה לעבוד, כאשר בד בבד אנו מניחים שיעבוד באופן לא חוקי, כדי לקיים את עצמו".

22 אמנת הפליטים מדברת לכל אורכה על זכויותיו של "פליט", אך ברור שהיא מתייחסת, לפחות בחלק מן המקרים, גם למבקש מקלט הממתין להכרעה בבקשת המקלט שלו. אדם הוא פליט, על פי האמנה, ככל שהוא עומד בהגדרה הנורמטיבית של "פליט", הקבועה בס' 1A לאמנה, ומכאן שהכרתה של מדינת המקלט באדם כ"פליט" היא דקלרטיבית ולא קונסטיטוטיובית. ראו לדוגמה: Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Detention of Refugees and Asylum Seekers*, 20 INT'L. MIGRATION REV. 193, 208 (1986); Jean-Francois Durieux & Agnès Hurwitz, *How Many is Too Many: African and European Legal Responses to Mass Influxes of Refugees*, 47 GERMAN Y.B. INT'L. L. 105, 110 (2005). למעשה, כאשר מנסחי האמנה ביקשו להתייחס ל"פליטים מוכרים" (להבדיל מ"פליטים") הם עשו כן מפורשות (ראו ס' 1C(5) לאמנה, לעיל ה"ש 20). זאת ועוד, שכל ישראל מבהיר שאי אפשר לטעון שכאשר האמנה מדברת על "פליט" היא לעולם אינה מתייחסת למבקשי מקלט, משום שסעיף 33 לאמנה, הוא סעיף אי-ההרחקה (non refoulement), מדבר גם הוא על "פליט" ("שום מדינה מבעלות האמנה לא תגרש ולא תחזיר פליט באיזו צורה שהיא אל גבולות הארצות שבהן יהיו חייו או חירותו בסכנה"). אם נפרש את המילה "פליט" בסעיף ככזו שאינה כוללת מבקשי מקלט שטרם הוכרו כפליטים על ידי מדינת המקלט, לא תהיה לסעיף, ולאמנה כולה, כל משמעות, שכן יהיה אפשר לגרש כל מבקש מקלט אל ארצו (ואל מותו הפוטנציאלי) כל עוד לא הייתה הכרה רשמית של מדינת המקלט בעמידתו בהגדרת ה"פליט" שבאמנה, הכרה שנדרש לה זמן. פרופ' האת'ווי הציג בספרו טיעון המושתת על מילות האמנה ועל "ההיסטוריה החקיקתית" שלה (ה-travaux préparatoires), ולפיו אמנת הפליטים כוללת "מדרג" של זכויות המוקנות לפליטים (ולמבקשי מקלט) על סמך "דרגת הקשר" (level of attachment) של הפליט/מבקש המקלט למדינת המקלט. ככל ש"דרגת הקשר" של הפליט/מבקש המקלט למדינת המקלט עולה, כך יהיה זכאי לעוד ועוד זכויות על פי האמנה. "דרגת הקשר" עשויה להיות מושפעת מגורמים שונים, לרבות אופן כניסת

לעבריינים החל מן היום הראשון להגעתם למדינת המקלט, בגין הגעתם אליה ללא אשרת כניסה מתאימה. סעיף 31 נותן לפליטים חסינות מפני העמדה לדין על עבירות של כניסה למדינת המקלט, או שהייה בה, שלא כדין, ככל שהפליט עומד בתנאי הסעיף (הגעה למדינת המקלט "ישר מן הארץ שבה ריחפה סכנה" על חייו או על חירותו²³ וכן התייצבות "בלא דיחוי לפני הרשויות"). כלומר: קיימת הבנה שפליטים נאלצים "לגנוב גבולות" כעניין של כורח, ואין זה ראוי להענישם על כך.

באופן דומה אפשר לטעון שאין זה ראוי להעניש פליט בגין עבודה ללא היתר עבודה, הואיל ואין לו כל דרך אחרת לכלכל את עצמו, לפחות ככל שאין מדינת המקלט מספקת לו שירותי דיור ורווחה בסיסיים ומתממהת בבדיקת בקשת המקלט שלו. והנה, בניגוד לרוח זו של אמנת הפליטים בית המשפט העליון מוצא לנכון להעניק חסינות מהעמדה לדין דווקא למעסיקים הישראלים ולא למבקשי המקלט. האחרונים נדונים להמשך ולהיות עבריינים.

יטען הטוען שאכן הפגיעה הסימבולית אינה מקרית. המדינה מודעת היטב לכך שבהיעדר אכיפה יעבדו מבקשי המקלט, אולם היא מבקשת להעביר מסר למבקשי מקלט פוטנציאליים, באמצעות חבריהם וקרובי משפחותיהם שכבר שוהים בישראל, שישראל אינה מכירה בזכותם של מבקשי מקלט לעבוד (גם אם, בלית בררה, היא מעלימה עין מעובדת עבודתם למחיתם). מסר זה ישתלב במסר כללי יותר, שמדינת ישראל אינה מקבלת בברכה מבקשי מקלט לשטחה ואינה נדיבה בהענקת זכויות למבקשי המקלט. בית המשפט העליון, על פי טענה זו, קיבל עמדה זו של המדינה כראויה וסבירה גם אם לא נימק כך את הכרעתו.

מבקש המקלט למדינה, התייצבותו בפני רשויות המדינה והגשת בקשת מקלט פורמלית, משך הזמן שמבקש המקלט ממתין להכרעה בבקשת הפליט שלו, וכן (אך לא רק) קבלת הכרה רשמית של אותו אדם כ"פליט" על ידי מדינת המקלט. חמש "דרגות הקשר" המעוגנות באמנה הן, על פי האתיווי: (1) נוכחות בשטח הכלול בסמכות השיפוט (jurisdiction) של המדינה; (2) נוכחות בשטח המדינה (physical presence); (3) נוכחות כדין בשטח המדינה (lawful presence); (4) שהייה כדין בשטח המדינה (lawful stay); ו-(5) שהייה ממושכת כדין בשטח המדינה. ראו, JAMES C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law* 154-192 (2005).

23 יודגש כי הסעיף אינו חל רק על מי שהגיע למדינת המקלט במישרין ממדינת אורחותו, אלא גם על מי שמגיע למדינת המקלט דרך מדינה שלישית, ככל שגם באותה מדינה שלישית לא היה יכול לצפות באופן סביר לקבל הגנה על פי אמנת הפליטים. ראו: Guy Goodwin Gill, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention, and Protection*, in REFUGEE PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW 185, 189, 194 (Erika Feller, Volter Turk & Frances Nicholson eds., 2003). ראו עוד, כדוגמה ליישום עמדה זו בחקיקה, סעיף 2(31) לחוק הבריטי: Immigration and Asylum Act, 1999 c.33 (U.K.). לפסיקה בריטית המיישמת את תנאי סעיף 31 לאמנה ראו: R. v. Uxbridge Magistrates' Court and Another, ex parte Adimi [1999] Imm A.R. 560; R. v. Asfaw [2008] UKHL 31

טענה זו אינה יכולה לעמוד מכמה סיבות: ראשית, מבחינה משפטית אפשר אולי לבחור את האפשרות המעבירה את המסר שהמדינה רוצה להעביר, מבין שלל אפשרויות חוקיות (וגם זאת רק בהנחה שעצם העברת המסר חוקי הוא ואינו בבחינת "שיקול זר"), אולם אי אפשר לבחור באפשרות לא חוקית רק בשל המסר שהיא מעבירה. עקרון יסודי חוקתי מוכר הוא שיעילות כשלעצמה אינה יכולה (לפחות בדרך כלל) להצדיק פגיעה בזכויות אדם,²⁴ ועל אותו משקל אפשר לדעת לטעון שעצם הרצון "להעביר מסר" למבקשי מקלט פוטנציאליים אינו יכול להצדיק פגיעה בזכויותיהם של מבקשי מקלט שכבר נמצאים בשטח המדינה. בענייננו טענו העותרים שהזכות של מבקשי מקלט לעבוד מעוגנת בין השאר בהוראת סעיף 17 לאמנת הפליטים. מדובר אפוא, על פי הטענה, בזכות מפורשת וקונקרטית, שקבועה באמנה, אשר קובעת באופן מכוון ומופגן סייג לעקרון ריבונות המדינה.²⁵ ייתכן שאפשר להצדיק עמדה שלפיה מבין כמה פרשנויות אפשריות של סעיף 17 רשאית מדינה לבחור בפרשנות ש"תעביר את המסר" של היעדר הזכות לעבוד בסיטואציה של המוני מבקשי מקלט המידפקים על שעריה. ואמנם סעיף 17 לאמנה רחוק מלהיות נהיר וברור.²⁶ ואולם, בית המשפט לא דן כלל בטענת העותרים שעומדת למבקשי המקלט הזכות לעבוד (בין השאר, על סמך סעיף 17 הנ"ל), ומכאן שאין מקום כלל לדבר על שיקולים של "העברת מסר" כעיקרון פרשני שבג"ץ עשה בו שימוש במסגרת פרשת קו לעובד.

יתרה מכך, מדיניות שלפיה "נאפשר למבקשי המקלט לעבוד, תוך העברת המסר שאין להם זכות לעבוד" עומדת בניגוד לאחת מתכליות אמנת הפליטים. אמנם התכלית המרכזית של האמנה היא לתת לפליט מקלט מרדיפה, במובן זה שהוא לא יוחזר למדינת

24 בג"ץ 2605/05 החטיבה לזכויות-אדם, המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009).

25 זכותה של מדינה לקבוע מי נכנס בשעריה היא ביטוי מובהק של ריבונות המדינה. עם זאת אמנת הפליטים, האוסרת על מדינה לגרש משטחה אדם שאינו אזרח מאזרחיה, היא חריג לעיקרון זה.

26 ס' 17(1) לאמנה קובע (בתרגום לעברית): "המדינות בעלות האמנה ינהגו בפליטים השוהים בהיתר בשטחן דין נוח ביותר כפי שהן נוהגות באזרחי ארץ נכרייה, בנוגע לזכותם לעסוק בעבודה בשכר". השאלה מתי ייחשב מבקש מקלט ל"פליט השוהה בהיתר" (refugee lawfully staying) היא שאלה משפטית. ראו לעניין זה HATHAWAY, לעיל ה"ש 22, בעמ' 186–190; והשוו: Guy ed. 2007). גם השאלה מיהם אותם "אזרחי ארץ נכרייה" (nationals of a foreign country in the same circumstances) שאליהם יש להשוות את מבקשי המקלט, בהקשר של מדינת ישראל, היא שאלה לא פשוטה. ראוי לציין שס' 17(2) לאמנה מוסיף וקובע כי "על כל פנים, אמצעים מגבילים שהוטלו על זרים או על העבדת זרים לשם הגנת שוק העבודה האזרחי לא יחולו על פליטים [...] שנתקיים בהם אחד מן התנאים האלה: (א) השלימו שלוש שנות מגורים בארץ [...]". ואילו ס' 17(3) קובע כי "המדינות בעלות האמנה יענינו מתוך אהדה בשאלת השוואת זכויותיהם של כל הפליטים בעניין עבודה בשכר לזכויותיהם של אזרחים [...]".

אזרחותו, אולם לצד תכלית זו מבקשת האמנה, ודיני הפליטים שהתפתחו בעקבותיה, לאפשר לפליט גם שיקום נפשי ולהשיב לו את כבודו כאדם במדינת המקלט. סעיף 31 לאמנה, שכבר הוזכר לעיל, הוא דוגמה לקידום תכלית זו. לכאורה גם אם היה מועמד הפליט לדין בגין כניסה למדינת המקלט ללא אשרה, לא הייתה נשקפת לו סכנת חיים בשל עקרון אי-ההחזרה, הקבוע בסעיף 33 לאמנה. ואולם, מנסחי האמנה מצאו לנכון להגן על עוד עקרונות אנושיים של הפליט, ולפיכך קבעו שלפליט מוקנה מערך של זכויות בעת שהייתו במדינת המקלט. הזכות לעבוד שלובה במערך זכויות זה מתוך הבנה – כך אטען – שעבודה משרתת הן תכלית כלכלית-קיומית והן תכלית נפשית-שיקומית. יוזכר אף סעיף 34 לאמנה, הקובע כי "המדינות בעלות האמנה יקלו, ככל האפשר, על טמיעתם והתאזרחותם של פליטים". לא ברור כיצד זה אפשר לדבר על היטמעות של פליטים כאשר מדינת ישראל קובעת שאין להם זכות לעבוד בשטחה.²⁷

על כן הפגיעה הסימבולית במבקשי המקלט – זו שמבקשת להעביר להם מסר שאף אם לא יענשו על עבודתם למחיתם, אין להם זכות לעבוד והם בבחינת מפרי חוק תמידיים במדינת המקלט – היא פגיעה אסורה. היא עומדת בניגוד לאחת מתכליות האמנה, שעניינה שיקום נפשי של הפליט.

מלבד המישור הסמלי קיים גם המישור המעשי. כפי שנטען לעיל, מבקשי המקלט העובדים למחיתם עוברים לכאורה על האיסור הפלילי הקבוע בסעיף 12(3) לחוק הכניסה לישראל, ואפשר לכאורה להעמידם לדין על כך. נוכח העובדה שרישיונות הישיבה של מרבית מבקשי המקלט בישראל, שבהם נכתב מפורשות שאינם רישיונות עבודה, ניתנים להם כחלק מתנאי שחרורם ממשמורת,²⁸ הפרת התנאי הקבוע ברישיון מהווה לכאורה גם בסיס, על פי סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, להחזרתם למשמורת. יתרה מכך, לאיסור העבודה (גם אם אינו נאכף לא על דרך של העמדה לדין ולא על דרך של מעצר) יש עוד השלכות משפטיות עקיפות. למשל, כללי מס הכנסה (נקודות זיכוי לתושב חוץ זכאי), התשס"ז–2007 קובעים כי "תושב חוץ זכאי" יהיה זכאי במסגרת חישוב המס על הכנסתו ל-2.25 נקודות זיכוי. אולם "תושב חוץ זכאי" מוגדר, על פי סעיף 1 לכללים, מי ש"שהייתו בישראל או באזור והעסקתו בישראל או באזור מותרות על פי דין" (ההדגשה הוספה). צא ולמד: אדם שהעסקתו בישראל אינה מותרת על פי דין אינו זכאי ל-2.25 נקודות זיכוי, ואין נפקא מנה אם איסור ההעסקה שלו נאכף (עליו או על מעסיקו) אם לאו.

27 על הקשר בין עבודה לבין השתייכות קהילתית ראו: גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? חוזה התשתית" והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כז 486, 423 (2003).

28 רובם המכריע של מבקשי המקלט בישראל מוכנסים למשמורת – דהיינו נכלאים – על פי צווי הרחקה ומשמורת עם הגעתם לישראל, ולאחר תקופה מסוימת במעצר משוחררים כשבידם רישיון הישיבה הזה.

לסיכום פרק זה: "האיזון הראוי" שעליו סמך בג"ץ את שתי ידיו בפרשת קו לעובד פוגע במבקשי מקלט הן באופן סמלי והן באופן מעשי, וזאת מבלי שבית המשפט טרח לברר את טענת העותרים בדבר זכותם של מבקשי המקלט לעבוד. יתרה מכך, לאור החסינות מהעמדה לדין שזכו לה המעסיקים הישראליים, אך לא עובדיהם מבקשי המקלט, פסק דינו של בית המשפט העליון זועק לביקורת מכיוון מרקסיסטי: המעסיקים ימשיכו לקבל כוח עבודה זול, בדמותם של מבקשי מקלט אפריקאים, ואילו מבקשי המקלט עצמם – ימשיכו להיחשב עבריינים ולהיפגע כלכלית מאיסור ההעסקה. זהו "האיזון הראוי" שרקחה הפרקליטות ושהוכשר על ידי בג"ץ.

אציין בקצרה שמדינות מערביות שונות – חלקן מתמודדות עם מספרים גבוהים של פליטים גם הן – מתירות למבקשי מקלט לעבוד בשטחן. החשש מפני בקשות מקלט שקריות שיגישו זרים רק כדי לקבל היתר עבודה מותן בחלק ממדינות אלה באמצעות חקיקה שקבעה שהיתר העבודה לא יינתן למבקש המקלט מן היום הראשון להגשת הבקשה אלא זמן מה לאחר מכן. הרציונל הוא שבתקופה זו, מוגבלת בזמן, תוכל מערכת המקלט המקומית לבדוק את הבקשה. מי שיוכר כפליט יהיה זכאי לעבוד, ומי שבקשתו תידחה – יידרש לעזוב את המדינה (אלא אם כן יהיה זכאי לאי-הרחקה מכוח מקור נורמטיבי אחר).²⁹

נציגי המדינה יטענו בוודאי שהמצב בישראל הוא ייחודי, במובן זה שרוב גדול של מבקשי המקלט בישראל מגיע משתי מדינות עיקריות: ארית'אה וסודן, אשר ביחס לשתיהן הסכימה מדינת ישראל להעניק לאזרחיהן הגנה קולקטיבית מפני הרחקה. בקשות המקלט של אזרחים אלה אינן נבדקות, ולכן גם אינן נדחות. בנסיבות אלה אין לדבר על הרחקה מי שאינו עונה על הגדרת ה"פליט" שבאמנת הפליטים. מדיניות אי-ההרחקה של ארית'אים וסודנים לא התקבלה בהחלטת ממשלה. העיגון הפורמלי היחיד שנמצא לה (למעט הצהרות של נציגי הרשויות בבתי המשפט או בכנסת)

29 החוק הפדרלי האמריקני יוצא מתוך הנחה שזמן ראוי לבדיקת בקשת מקלט הוא 180 יום, ובהם לא זכאי מבקש מקלט לעבוד (אלא אם כן הוא נהנה מהגנה קולקטיבית; ראו להלן ה"ש 34). מי שבקשת המקלט שלו לא הוכרעה בפרק זמן זה יהיה זכאי לעבוד: 8 C.F.R § 208.7(a)(1). הדירקטיבה של האיחוד האירופי מיום 27.1.2003 בעניין קליטה של מבקשי מקלט, EU Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 Laying Down Minimum Standards for the Reception of Asylum Seekers, הקרויה בקיצור "The Reception Directive", קובעת בס' 11 תקופה של שנה, שלאחריה – אם לא נדחתה בקשת המקלט – יהיה זכאי מבקש המקלט לעבוד (אך קובעת כי המדינות רשאיות לתת עדיפות לתושבי האיחוד האירופי ולזרים אחרים השוהים במדינה כדין; האת'ווי מבקר סייג זה כעומד בניגוד להוראת סעיף 17 לאמנה. ראו HATHAWAY, לעיל ה"ש 22, בעמ' 751–752 בה"ש 9). ראוי לציין שבשנה זו יוכל מבקש המקלט להתקיים באמצעות שירותי דיור ובריאות שתספק לו מדינת המקלט: ראו ס' 12–14 לדירקטיבה.

מצוי ב"נוהל הארכת אישורי שהיה למסתננים"³⁰, הקובע בסעיף 1 כי "אוכלוסיית המסתננים מאריתריאה וסודן אשר טרם הוכרה כ'פליטים', מקבלת אישור שהיה מיוחד ע"י יחידת האכיפה ע"פ חוק הכניסה ע"פ סעיף 2(א)5 לחוק" (כך במקור). לא ברור מדוע החליטו הרשויות בישראל על אי-בדיקת בקשות המקלט הפרטניות של האריתראים והסודנים מחד גיסא, ומדוע החליטו על התחייבות גורפת שלא להרחיק אף לא אזרח אחד ממדינות אלה למדינתו מאידך גיסא. הסברה היא שמדובר במדיניות שמחקה במובנים מסויימים הסדר של "הגנה זמנית" (Temporary Protection) (להלן: TP), אשר מדינות שונות נקטו בעניינם של מבקשי מקלט בשני העשורים האחרונים. משטר משפטי-בירוקרטי מסוג TP הוא בבחינת אמצעי פרגמטי של מדינות להתמודד עם מצב של "mass influx": הגעה של מספרים גדולים מאוד של מבקשי מקלט, באופן בלתי צפוי ובזמן קצר. הפנייה למנגנון של TP היא בדרך כלל בנסיבות שבהן בדיקה אינדיווידואלית של כל בקשת מקלט תוביל לקריסת מערכת ה-RSD³¹ המקומית,³² והיא נועדה להוות פתרון מידי ומוגבל בזמן להתמודדות עם מצב חירום. נוסף על כך מנגנון של TP מיושם לעתים כשמדובר באנשים המבקשים מקלט מסיבות אשר חרף היותן הומניטריות הן אינן מזכות אדם במעמד של פליט על פי אמנת הפליטים, כגון עזיבת מדינת המוצא עקב אסון טבע או אלימות כללית במדינה (בנסיבות אלה נהוג לעתים לכנות מנגנון זה בשם הגנה משלימה (Complementary Protection)).³³ אפילו נניח שהמצב בישראל הינו של mass influx, וכי בשל מצב זה הפנייה לדרך של TP היא מוצדקת, ואפילו נניח כי עדיין אפשר לדבר על הגנה זמנית חרף העובדה שחלק ממבקשי המקלט מסודן נמצאים במסגרת הסדר זה מאז שנת 2005 (הנחות אשר אינני שותף להן), הרי שבכל אופן חובה על מדינת ישראל לאפשר לאנשים, אשר משטר ה-TP מוחל עליהם, לעבוד בהיתר. כאמור לעיל, ישראל מעולם לא הבהירה מדוע החליטה לתת הגנה גורפת לאריתראים ולסודנים מפני הרחקה. בדרך כלל משטר של TP מוחל בנסיבות שבהן המדינה מניחה שמבקשי המקלט שעליהם מוחל המשטר הזה הם ברובם פליטים, ועל כן אין טעם להשקיע משאבים ולבדוק את הבקשות אחת לאחת, ויעיל יותר

30 מיום 16.11.2008, אתר רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול: www.piba.gov.il/Regulations/ .76.pdf

31 Refugee Status Determination.

32 "A mass influx emergency [...] exists only when the combination of the flow's size and suddenness makes individual refugee status determination procedurally impractical, GOODWIN-GILL &) placing strains on the host State's institutions and resources"
MCADAM, לעיל ה"ש 26, בעמ' 335.

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

לתת לכולם הגנה זמנית. אם זוהי ההנחה של מדינת ישראל, אז ודאי שהיא מחויבת לתת לאריתראים ולסודנים לפחות זכויות בסיסיות של פליטים. גם אם זו אינה ההנחה של מדינת ישראל, הרי כל עוד לא בדקה המדינה את בקשות המקלט הפרטניות של האריתראים והסודנים, אין היא זכאית, מכוח דיני הפליטים, להניח את ההנחה ההפוכה, דהיינו שהם אינם עונים על הגדרת ה"פליט" שבאמנה. על כן לפחות לאחר תקופת שהייה מסוימת בישראל שבה לא נבדקו בקשות המקלט של האריתראים והסודנים, מחויבת המדינה להעניק להם זכויות בסיסיות שלהן זכאים פליטים מכוח האמנה.

גם מבחינת המשפט המנהלי הישראלי אי אפשר לטעון שסביר לאסור על אנשים אשר מדינת ישראל התחייבה שלא להרחיקם למדינותיהם, לעבוד למחייתם משך שנים ארוכות. על כן הזכות לעבוד, לפחות לאחר תקופה מסוימת של שהייה במדינה, היא אחת מאותן זכויות שלהן זכאים "מוגנים קולקטיבית". ואמנם משפט משווה מלמד שמדינות מערביות אחרות מתירות גם למי שנהנה מהגנה קולקטיבית לעבוד, לעתים כבר מהיום הראשון להגשת הבקשה.³⁴

ייתכן שעומדות בפני מדינת ישראל אפשרויות אחרות להתמודד עם המספרים הגבוהים של "המוגנים קולקטיבית" (ומבקשי מקלט אחרים), כגון העברתם למדינות שלישיות (שאינן מדינות המוצא שלהם) – אפשרות שהוזכרה בפסק הדין בפרשת קו לעובד והמעלה סוגיות מורכבות שלא אעסוק בהן ברשימה קצרה זו. אולם הותרת המוגנים קולקטיבית שנים על גבי שנים במדינת ישראל מבלי שבקשות המקלט שלהן נבדקות וללא הזכות לעבוד, אינה אחת מן האפשרויות הפתוחות בפני המדינה.

34 ראו לעניין זה דירקטיבה של האיחוד האירופי מיום 20.7.2001 לעניין הגנה זמנית, Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts between Member States in Receiving such Persons and Bearing the Consequences Thereof. דירקטיבה זו קובעת בס' 12 כי "המדינות החברות יתירו, לתקופה שלא תעלה על משך ההגנה הזמנית, לאנשים הנהנים מהגנה זמנית, לעסוק בעבודה בשכר או בעבודה עצמאית". בהמשך הסעיף נקבע כי המדינות רשאיות לתת עדיפות לתושבי האיחוד האירופי ולזרים אחרים השוהים במדינה כדין (לביקורתו של פרופ' האת'ווי על סייג זה ראו HATHAWAY, לעיל ה"ש 22, בעמ' 751–752 בה"ש 9). עם זאת יצוין שעל פי ס' 3 לדירקטיבה, מי שמוסמך להכריז על מצב של mass influx, הצהרה שבעקבותיה יהיו הוראות הדירקטיבה כולן בנות-תחולה, היא מועצת האיחוד האירופי. נכון להיום, טרם הכריזה המועצה על מצב של mass influx במדינה כלשהי באיחוד. בארצות הברית אנשים שנהנים מהגנה משלימה זכאים לעבוד: 8 U.S.C § 1254a (2006), ראו עוד על ההגנה המשלימה בארצות הברית: Sarah Anchors, *Temporary Protected Status: Making the Designation Process More Credible, Fair, and Transparent*, 39 ARIZ. ST. L.J. 565 (2007).

ג. פסק הדין ותרבות ה"סמוך"

במאמרה "ארץ מאלתרת אסונותיה: על סיפור ה'סמוך' בתרבות ובמשפט הישראליים"³⁵ טוענת אורית קמיר, באופן משכנע, שאחת מהנורמות המרכזיות בתרבות הישראלית, מאז ימיה המוקדמים, היא הנורמה שזכתה לכינוי "סמוך". נורמה זו קשורה בעבותות לדמות ה"צבר" המיתולוגית:

בהיעדר אמצעים ומשאבים חיוניים לביצוע המשימות שהוטלו עליו, נתפסת תושייתו של הצבר כנשקו האולטימטיבי; כמעוז כוחו ויתרונו היחסי הבולט. האלתור, התחמון וההברקה נתפסו כחלוקי הנחל שבאמתחתו (משמעת וציות לכללים לא קושרו מעולם עם דמותו של הצבר). גאוותו, יוקרתו ותהילתו של הצבר נסמכו ונבנו על מיומנות 'לכבות שריפות' בידיים ריקות פעם אחר פעם.³⁶

סבורני שאין כמו מדיניות ההגירה³⁷ של ישראל כדי ללמד על תרבות ה"סמוך" שלה. ישראל החלה להזמין לשטחה מספרים גבוהים של מהגרי עבודה, בעיקר מאז שנות ה-90 של המאה הקודמת,³⁸ בלי לחשוב עד תום על ההשלכות ארוכות הטווח של אותה מדיניות. ממש כמו הצבר המיתולוגי שמתואר במאמרה של קמיר, כך גם מקבלי ההחלטות בממשל הישראלי באותן שנים ביקשו להתמודד עם "קטסטרופות" שונות (פרוץ האינתיפאדה וה"סגר" שהוטל על השטחים הכבושים בעקבות כך, דבר שגרם לאבדן של עשרות אלפי ידיים פלסטיניות עובדות למשק הישראלי; העלייה ההמונית מברית המועצות שהצריכה בניית אלפי דירות חדשות) בנקיטת צעדי חירום (גיוס מהגרי עבודה ממדינות מרוחקות) בלי להתמודד התמודדות רצינית עם ההתפתחויות הצפויות של אותה מדיניות. כך למשל בחרה ישראל להתעלם כליל מניסיון של מדינות המערב, שלימד שמהגרי עבודה נוטים לא אחת להישאר בארץ המזמינה גם לאחר תום תקופת השהייה שהותרה להם על ידיה.³⁹ הרשויות קבעו לעתים כללים להעסקת מהגרי עבודה,

35 אורית קמיר "ארץ מאלתרת אסונותיה: על סיפור ה'סמוך' בתרבות ובמשפט הישראליים" תרבות דמוקרטית 1, 137 (1999).

36 שם, בעמ' 144.

37 בדבריי על הגירה בפרק זה אדבר על הגירה של לא-יהודים בלבד (כלומר, לא אדבר על הגירה של יהודים ובני משפחותיהם, על פי חוק השבות, אשר קרויה בז'רגון הציוני "עלייה").

38 אדריאנה קמפ ורבקה רייכמן עובדים זרים 80–94 (2008); מבקר המדינה דוח שנתי 46 לשנת 1995 ולחשבונות שנת הכספים 1994, 477–479 (1996).

39 Eric Neumayer, *Unequal Access to Foreign Spaces: How States Use Visa Restrictions to Regulate Mobility in a Globalized World*, 31 TRANSACTIONS INST. BRIT. GEOGRAPHERS 72, 74 (2006); Robert Birrell, *Immigration Control in Australia*, 534 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 106 (1994). אלכסנדר קורא לתופעה זו, של מדינות שמוזמנות זרים לשטחן

שהיו אמורים למתן את הכדאיות הרבה של העסקתם על ידי מעסיקים ישראלים, אלא שהן לא הקפידו על קיומם. למשל, התנאי שלפיו מעסיקי מהגרי עבודה בענפים מסוימים יקלטו בד בבד גם עובדים ישראלים, מעולם לא יושם.⁴⁰ כעשור לאחר מכן פרצה "קטסטרופה" חדשה: מספר מהגרי העבודה ללא רישיון עבר את קו ה-100,000. בעקבות זאת קיבלה הממשלה בשנת 1996 החלטה בדבר הצורך להפחית באופן דרסטי את מספר מהגרי העבודה בישראל: מכ-160,000 מהגרי עבודה (ברישיון ושלא ברישיון) בשנת 1996 ל-25,000–29,000 בסוף שנת 2002.⁴¹ המדינה מעולם לא עמדה ביעד זה, אפילו לא בקירוב.⁴² בשנת 2002 החליטה הממשלה על הקמת "מנהלת הגירה" זמנית,⁴³ אשר כללה צוות של 400 שוטרים ותקציבה השנתי עמד על 200 מיליון שקל.⁴⁴ בד בבד ולאחר הקמת גוף זה קיבלה הממשלה כמה וכמה החלטות בדבר היעדים המספריים של זרים שיורחקו מישראל, שבהם על רשויות האכיפה לעמוד.⁴⁵ ואולם, אף על פי שגורשו ו"יצאו מרצון" אלפי זרים לאחר הקמת מנהלת ההגירה, לא עמדו הרשויות ביעדים

ומצפות שהם יעזבו בתום תקופת רישיון הישיבה שניתן להם – "מיתוס החזרה [של מהגרים]" (Michael Alexander, *Local Policies toward Migrant as an Expression of Host-Stranger Relations: a Proposed Typology*, 29 J. ETHNIC & MIG. STUD. 411, 419 (2003)).

- 40 דוח מבקר המדינה לשנת 1995 ולשנת הכספים 1994, לעיל ה"ש 38, בעמ' 476.
- 41 מבקר המדינה דוח שנתי 49 לשנת 1998 ולחשבונות שנת הכספים 1997, 273 (1999).
- 42 שם, בעמ' 282: "למרות הגידול במספר העובדים הזרים המגורשים, היה מספרם קטן באופן ניכר מהיעד שקבעה הממשלה בהחלטותיה בעניין זה. הנתונים מלמדים, כי מספר העובדים הזרים שגורשו בשנת 1997 היה קטן יחסית להיקף התופעה – כ-5% מכלל העובדים הזרים הבלתי חוקיים ששהו בישראל. יתרה מזו, מספר העובדים הזרים המגורשים היה קטן מהגידול שחל במספר העובדים הבלתי חוקיים".
- 43 החלטה 2327 של הממשלה ה-29 "רפורמה בשוק העבודה – הקמת רשות הגירה" (30.7.2002).
- 44 קמפ ורייכמן, לעיל הערה 38, בעמ' 135.
- 45 ראו לדוגמה: החלטה 2328 של הממשלה ה-29 "השתלבות ישראלים בשוק העבודה במקום עובדים זרים" (30.7.2002), שבה הוחלט כי אחד מן היעדים של פעולות האכיפה בנושא עובדים זרים יהיה "להביא ליציאתם מישראל של לפחות 50,000 עובדים זרים השוהים בישראל ללא אשרת עבודה תקפה, מתוכם הרחקה של לפחות 30,000 עובדים זרים כאמור"; החלטה 99 של הממשלה ה-30 "תוכנית המשך לטיפול בנושא עובדים זרים" (25.3.2003), שבה הוחלט לתקן החלטה קודמת זו ולקבוע במקומה כי "יעד פעולות האכיפה בשנת 2003 יהיה יציאתם מישראל של לפחות 100,000 עובדים זרים השוהים בה שלא כדין, ובכללם לפחות 60,000 זרים כאמור שיורחקו מישראל על-ידי רשויות האכיפה"; החלטה 4099 של הממשלה ה-30 "הגדלת אפשרויות התעסוקה של ישראלים" (9.8.2005), שבה נקבע כי "יעדי פעולות האכיפה בתחום העובדים הזרים של הגופים הממלכתיים האחראים לנושא לגבי שנת 2006 יהיו כדלקמן: יציאתם מישראל של לפחות 50,000 עובדים זרים השוהים בה שלא כדין, ובכללם לפחות 25,000 שיורחקו מישראל על ידי רשויות האכיפה".

שנקבעו להן, ומספר המורחקים מן הארץ היה נמוך בהרבה מהמכסות שנקבעו.⁴⁶ בה בעת הוכנסו לישראל עשרות אלפים של מהגרי עבודה חדשים ברישיון.⁴⁷ כל אותן שנים ישבו על המדוכה עוד ועוד ועדות בין-משרדיות, אשר המליצו עוד ועוד המלצות, אשר ברובן לא יושמו.⁴⁸ שבע שנים לאחר הקמתה פורקה מנהלת ההגירה, וסמכויותיה הועברו לרשות חדשה שהוקמה במשרד הפנים: רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול. ומעגל הקטסטרופה-שליפה מהמותן-קטסטרופה עוד סובב וסובב.

גם בתחום הטיפול במבקשי מקלט ההתנהלות הישראלית רחוקה מלהשביע רצון, אפילו על פי אמות המידה של המדינה עצמה. ישראל אמנם אשררה את אמנת הפליטים בשנת 1954, אך מעולם לא הסדירה את הטיפול במבקשי מקלט בחוק או בתקנות. בשנת 2001 ניסח המשנה ליועץ המשפטי לממשלה נוהל לטיפול במבקשי מקלט בישראל, אשר מעולם לא פורסם,⁴⁹ ועל פיו מדינת ישראל הסמיכה את נציבות האו"ם לפליטים לראיין את מבקשי המקלט ולבחון את בקשותיהם, בדומה למקובל במדינות העולם השלישי.⁵⁰ לאחר שחלה עלייה דרסטית במספר מבקשי המקלט בישראל, הפקיעה מדינת ישראל (ב-1.7.2009) סמכויות אלה מידי נציבות האו"ם לפליטים והקימה יחידות חדשות ברשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול כדי שתטפלנה בבקשות מקלט.⁵¹ השינויים התכופים במדיניות של משרד הפנים הישראלי בעניין מבקשי המקלט כללו גם הטלת מגבלה על שהייתם בתחום הגאוגרפי שבין חדרה לגדרה, החל מפברואר 2008 ועד לאוגוסט 2009, אז בוטלה המגבלה, בלי שנמסרו הנימוקים לכך.⁵² סוגי רישיונות

46 רוני בן צור עובדים זרים ללא היתר שגורשו מישראל בשנת 2008 15 (2009), [www.tamas.gov.il/](http://www.tamas.gov.il/NR/rdonlyres/9DEDF646-1ABD-40C2-A80E-17C1C542EB91/0/9079.pdf)

47 שרון אסיסקוביץ "הכלכלה הפוליטית של הגירת עבודה לישראל ומדיניות ההגירה כלפי עובדים זרים בשנות התשעים" עבודה, חברה ומשפט 79, 85 (2004); משרד האוצר דין וחשבון הועדה לעיצוב מדיניות בנושא עובדים לא ישראליים 33-34 (2007). הדוח פורסם באתר משרד ראש הממשלה: www.pmo.gov.il/NR/rdonlyres/A8774D06-ECC6-4A39-95B2-AC73F96FABD2/0/foreign_workers.pdf

48 לסקירת הוועדות השונות שפעלו במרוצת השנים, ראו שם, בעמ' 13-16.
49 Tally Kritzman-Amir, 'Otherness' as underlying Principle in Israel's Asylum Regime, 41 ISRAEL L. REV. 603, 615 (2009)

50 Michael Kagan, *The Beleaguered Gatekeeper: Protection Challenges Posed by UNHCR Refugee Status Determination*, 18 INT'L J. REF. L. 1, 3 (2006)

51 ראו פרסום באתר האינטרנט של רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול של משרד הפנים: <http://piba.gov.il/authorityunits/pages/rsd.aspx>; כן ראו עת"מ 22336-04-10 עבדול נ' הממונה על חוק חופש המידע, בפס' 2 לפסק הדין (פורסם בנבו, 21.9.2010).

52 ארגוני זכויות אדם הגישו עתירה נגד "מדיניות חדרה-גדרה": בג"ץ 5616/09 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 26.8.2009) (המחבר היה בא כוח העותרים). ב"הודעת עדכון מטעם פרקליטות המדינה" שהוגשה במסגרת הליך זה ביום 3.8.2009, נכתב: "נבקש לעדכן, כי שר הפנים החליט, בנוגע למסתננים שלעת הזו לא ניתן להרחיקם למדינת אורחותם, מטעמים כאלו

הישיבה שקיבלו מבקשי המקלט, משך הזמן שבשבילו ניתנו ומקום הנפקתם השתנו מעת לעת, בתדירות גבוהה.⁵³

על האופן שבו ממשלת ישראל מקבלת החלטות בלתי ניתנות ליישום בנוגע למבקשי מקלט, ולאחר מכן מסכלת את החלטותיה שלה, מקבלת החלטות חדשות וחוזר חלילה, אפשר ללמוד גם מהתנהלות הרשויות בסוגיה הנקודתית שבה עסקה העתירה שעומדת במוקד רשימה זו. כזכור, ביום 19.7.2010 קיבלה הממשלה את ההחלטה בדבר הקמת צוות בין-משרדי, שיציג לממשלה תוך שבועיים "צעדים שיאפשרו תחילת אכיפה כנגד מעסיקי מסתננים כך שהאכיפה בפועל תחל לא יאוחר מיום 1.9.2010". האם התכוונה הממשלה באמת ובתמים שצוות של תשעה חברים, ממשרדי ממשלה שונים, יספיק להתכנס, לדון ולגבש המלצות בשבועיים ימים? על פי בדיקת עיתון "הארץ", הממשלה אשר קיבלה החלטה זו מקימה ועדה אחת לשתי ישיבות. שר המשפטים, אשר על פי ההחלטה שבה עסקינן היה אמור לעמוד בראש הוועדה (עם שר הפנים יחד), היה חבר, על פי "הארץ", נכון לזמן כתיבת הכתבה, ב-39 ועדות שונות.⁵⁴ אפשר אפוא להעריך שכבר ברגע קבלת ההחלטה ידעה הממשלה ידוע היטב שלא תעמוד ביעד שקבעה בה. ואכן, כבר בתגובתה הראשונה לבית המשפט במסגרת העתירה שהוגשה נגד החלטת הממשלה הודיעה הפרקליטות כי "עבודת המטה [...] נמצאת בעיצומה, וטרם נסתיימה, ועל כן תאריך היעד שנקבע בהחלטת הממשלה, קרי – 1.9.2010, אינו בר ביצוע כרגע". ביום 28.11.2010 קיבלה הממשלה, כאמור לעיל, החלטה חדשה,⁵⁵ אשר כותרתה "הקמת מרכז שהייה למסתננים מגבול מצרים ואכיפה כנגד מעסיקים של מסתננים אלה". במסגרת החלטה זו נקבע שיוקם צוות בין-משרדי אשר מטרתו "לגבש תכנית להקמה ולהפעלה של מרכז שהייה למסתננים מגבול מצרים או מבקשי מקלט אחרים". עוד נקבע שהפעלת המרכז תחל "לא יאוחר מ-6 חודשים מיום קבלת החלטה זו". בדיון שהתקיים בפני בג"ץ ביום 13.1.2011 כבר הצהירה באת כוח המדינה שהרשויות לא תעמודנה ביעד ההקמה של "מרכז שהייה" בתוך שישה חודשים, וכי תקופת ההיערכות תהא ארוכה יותר.

למעשה, הבעיה המרכזית של מדיניות ההגירה הישראלית היא שאין לישראל מדיניות הגירה ברורה. נייר העמדה של מרכז מציל"ה, שכותרתו "התמודדות עם הגירה

ואחרים, כי תתאפשר שהייתם בכל האזורים, וזאת מתוקף סמכותו מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952" (העתק בידי המחבר).

53 ראו הדס ירון "הפרד ומשול: פוליטיקת המקלט בישראל – בירוקרטיה ושיח ציבורי" (מיועד להתפרסם באסופת מאמרים על פליטים, בהוצאת מכון ון-ליר ובעריכת טלי קריצמן-אמיר). ירון כותבת כי "מבקשי המקלט שהגיעו לישראל לפני מספר שנים נתקלו ברשויות מבלבלות ומבוהלות שלא נהגו בעניינם בצורה שיטתית וברורה".

54 חיים לוינסון "ממשלת נתניהו – שיאנית כל הזמנים בוועדות שרים" הארץ 22.10.2010. http://news.xoox.co.il/item_494761.htm

55 החלטת ממשלה מס' 2507, לעיל ה"ש 6.

גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל,⁵⁶ נפתח במילים "מדינת ישראל נותרה הדמוקרטיה המערבית היחידה בעולם ללא מדיניות הגירה".⁵⁷ בהמשך כותבים המחברים ש"מדיניות הגירה יש לתכנן במבט נרחב וארוך טווח. הצלחות וכישלונות של מדיניות הגירה נמדדים לאורך זמן, בדרך כלל כעבור דור או שניים". אולם כפי שכותבת קמיר, תכנון ארוך טווח הוא ההפך הגמור של תרבות ה"סמוך":

גיבור ה"סמוך" לכוד אפוא בהווה, ממנו הוא חייב להיחלץ, עם חלוט עתיד אוטופי, אך ללא תמונת דרך המובילה מן ההווה אל העתיד הברוי. פעילותו הממשית היא, לכן ובהכרח, אך ורק בהווה, ללא מחשבה מציאותית על-אודות המשכה ותוצאותיה בעתיד ריאלי כלשהו [...]. במלים אחרות, הפעולה במצב ה"סמוך" מועדת ללקות בקוצר-ראות ובאי-התחשבות בנזקים ארוכי-טווח; כלומר, בפזיזות המאפיינת "כיבוי שריפות". פתרונות ה"סמוך" נועדו לפתור את מצוקת ההווה המיידית, הנתפס כצופן פוטנציאל קטסטרופלי; חשיבה ארוכת-טווח שתביא בחשבון את תוצאות הפעילות מעבר לרגע הנתון, היא בכחינת מותרות בהקשר זה.⁵⁸

קמיר גורסת במאמרה שגם המערכת המשפטית הישראלית שבויה בסיפור ה"סמוך". פסק הדין מושא רשימה זו מוכיח טענה זו היטב. ראשית, האופן שבו בית המשפט משבח את המדינה על "האיזון הראוי" של אי-קניסת מעסיקים לצד האיסור על מבקשי המקלט לעבוד הוא תמוה. נראה שברור היטב לשופטי בג"ץ שמבקשי המקלט יאלצו לעבוד למחייתם. כיצד אפוא אפשר ליישב מצב עניינים צפוי זה עם הסדר ביורוקרטי שקובע שאסור למבקשי המקלט לעבוד? תרבות ה"סמוך" מאפשרת להתעלם מבעיות אשר ברור שתצוונה רגע לאחר שניתן ה"פתרון" (קצר הטווח) למצוקה הקודמת, וכך נוהג בית המשפט העליון בפרשה דנן. יש לומר את הדברים ברורות: משמעותה המעשית של פסיקת בג"ץ היא שבית המשפט העליון – הגוף המרכזי שאמון על שמירה על שלטון החוק במדינה – תומך בהסדר שתוצאתו הוודאית היא שאלפי זרים יעבדו בישראל חרף העובדה שברישיון הישיבה שהמדינה מנפיקה להם כתוב מפורשות שאסור להם לעבוד, ומעודד את המדינה להעלים עין ממצב צפוי זה.

זאת ועוד, מה הקשר בין ההקמה המוצהרת של המדינה בדבר הקמת "מרכז השאייה" למבקשי המקלט לבין העתירה בדבר זכותם לעבוד? טענת המדינה הייתה שבאותו מרכז יספקו למבקשי המקלט מיטה לישון עליה, אוכל ושתייה להיזון מהם ושירותי בריאות.

56 שלמה אבינרי, ליאב אורגד ואמנון רובינשטיין התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל (רות גביון עורכת, 2009).

57 שם, בעמ' 9.

58 קמיר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 150.

בנסיבות אלה, טענה המדינה, לא תוכל לעמוד עוד טענתם של העותרים שללא האפשרות לעבוד תיפגע זכותם החוקתית של מבקשי המקלט לקיום מינימלי בכבוד. אולם כבר בזמן הדיון בבג"ץ היה ברור היטב שאותו מתקן יוכל לאכלס עד 8,000 איש לכל היותר. על עובדה זו הצהיר ראש מנהל אכיפה זורים במשרד הפנים בעת דיון בוועדה בכנסת. כשנשאל כיצד יוכל מתקן זה לפתור את "בעיית הפליטים" כאשר נמצאים בישראל כבר יותר מ-30 אלף מבקשי מקלט, הייתה תשובתו מעורפלת למדי. להלן ציטוט מהפרוטוקול:⁵⁹

הי"ר יעקב כץ: [...] המתקן הוא ל-8000 בני אדם. מה יקרה עם 30 אלף איש שכבר נמצאים פה? הלוא רק בחצי השנה הבאה יגיעו עוד מסתננים.

יוסי אדלשטיין: בסדר. אנחנו לא יכולים לבנות את המתקן ביום אחד. אנחנו נתחיל את הטיפול עם המתקן של 8000 איש. במקביל אני מניח שתהיה התקדמות מסיבית עם הקמת המכשול שהוא יעצור. ובמקביל אנחנו מתחילים אכיפה כנגד מעסיקים ואנחנו מניחים שכל הדברים האלה ביחד יתנו את המענה ההולם לתופעה הזאת.

[...]

הי"ר יעקב כץ: [...] אני שואל את השאלה הזאת עוד פעם. אני לא קיבלתי תשובה ברורה. המתקן שבונים עכשיו ואשר יהיה מוכן בעוד חצי שנה יהיה מקום ל-8000 איש. עוד חצי שנה יהיו בארץ לפי כל מיני חישובים למעלה מ-40 אלף מסתננים כאשר כמות של 15 אלף נמצאת בתל אביב. אני מניח שאתה תכניס לשם קודם כל את אלה שמגיעים בשוטף. נניח שתכניס לשם 6000 איש, מה תעשה עם היתר? אני מאוד רוצה לדעת את התשובה לשאלה הזאת.

יוסי אדלשטיין: התשובה היא לא חד משמעית. אנחנו נתחיל את התהליך. נתחיל כמובן להכניס לתוך המתקן הזה את אלה שמגיעים ולאט לאט נתחיל לאזן את המערכים. נתחיל להזמין גם כאלה שנמצאים בתוך הארץ. במקביל אנחנו נבצע שמה את כל הבדיקות לטענות של מבקשי המקלט. מי שיענה לקריטריונים יזכה למעמד של פליט ויקבל מעמד במדינת ישראל, ומי שלא יזכה במעמד פליט נצטרך לבחון ולראות איך אנחנו פועלים בתוך המדינה בדרכים המקובלות.

59 פרוטוקול ישיבה מס' 39 של הוועדה לבחינת בעיית העובדים הזרים, הכנסת ה-18 (22.12.2010), <http://knesset.gov.il/protocols/data/html/zarim/2010-12-22.html>

תשובותיו של מר אדלשטיין הן תשובות של "סמוך". הוא מודה למעשה שאין לו תשובה לשאלה כיצד מתקן שמיועד לאכלס 8,000 איש יפתור את עניינם של 30,000 מבקשי המקלט השוהים כבר היום בישראל. על פי מיטב מסורת תרבות ה"סמוך", הראייה (של הרשויות) היא קצרת טווח, ויש בה יסוד נְסִי. המדינה עומדת להוציא מיליוני שקלים במיזם שכבר כיום לא ברור אם וכיצד יש בו כדי לפתור את הבעיה שהוא מיועד לפתור. בעת הדיון בבג"ץ העלה כותב שורות אלה את הטענה המושתתת על דבריו של אדלשטיין בפני השופטים: מה טעם, נטען, יש לדחות את העתירה בגין הצהרה על פתרון שכבר כיום אנו יודעים שאינו ישים? שופטי בג"ץ סירבו לדון בסוגיה זו. בית המשפט סירב לחשוף את ממד ה"סמוך" בפתרון שהציעה המדינה ואשר אומץ על ידיו.

ד. סיכום: בג"ץ בעידן "הפתרונות המעשיים"

דעה רווחת בקרב עורכי דין לשינוי חברתי, שלה אני שותף, היא כי קיימת נטייה גוברת של בית המשפט העליון להעדיף "פתרונות מעשיים" על פני ניתוח אנליטי, תאורטי וערכי של סוגיות משפטיות שמובאות לפתחו. אפשר להציג דעות לכאן ולכאן באשר ליתרונות ולחסרונות של כל אחת מן האסכולות השיפוטיות הללו. עם זאת, כאשר אסכולת "הפתרונות המעשיים" מיושמת על ידי הרשות השופטת במדינה ששורת בה תרבות ה"סמוך", ראוי לבדוק היטב אם "הפתרון המעשי" הוא מעשי במובן העמוק של המילה (תוך ראייה ארוכת טווח למשל) או מעשי במובן ה"סמוך" של המילה (כיבוי שֶׁפָּה בדרך לשרפה הצפויה הבאה). למרבה הצער, פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשה דנן מלמד שבית המשפט העליון נוקט פתרונות מעשיים במובן השני. יש הטוענים שבאופן עקרוני אין זה רצוי שהרשות השופטת תעסוק בתחום ההגירה, שכן מדובר בתחום אשר באופן אינהרנטי מתאים להסדרה כוללת (להבדיל מנקודתית, תוך דיון במקרים אנושיים קונקרטיים). הסדרה כוללת ומקיפה יכולה להיעשות באופן מיטבי, כך נטען, באמצעות קביעת מדיניות של הרשות המחוקקת והמבצעת ולא באמצעות שיח זכויות.⁶⁰ לא אוכל לעסוק ברשימה קצרה זו בטענה זו. אולם ראוי לציין שאין זו הדעה אשר בית המשפט צידד בה בפרשת קו לעובד.

60 ראו: Ruth Gavison, *Immigration and the Human Rights Discourse: The Universality of* Human Rights and the Relevance of States and of Numbers, 43 ISR. L. REV. 1 (2010). עם זאת יצוין שלא ברור עד תום אם טענתה של גביון חלה גם בעניינם של מבקשי מקלט ופליטים (ובאיזה היקף), להבדיל ממהגרים (לא יהודים) אחרים. לכאורה, שיח הזכויות רלוונטי יותר בעניינם של הראשונים, בין השאר משום שזכויותיהם מוגנות באמנה בין-לאומית (אמנת הפליטים) שעליה חתמו מרבית מדינות העולם, וכל מדינות העולם המערבי בתוכן. יתרה מכך, אמנה זו קובעת באופן

בית המשפט לא קבע ששאלת הזכות של מבקש מקלט לעבוד אינה שפיטה. אדרבה, בית המשפט ציין כי "השאלות שמעלים העותרים [...] נכבדות וחשובות". הוא מבהיר שהעתירה נדחית מטעמים פרוצדורליים בעיקרם, וכי דלתות בית המשפט נותרות פתוחות בפני העותרים.⁶¹ אולם מתוך גישת "הפתרונות המעשיים" ביכר בית המשפט את ה"איוון" אשר הציגה בפניו פרקליטות המדינה על פני דיון לגופו של עניין בעתירה שהונחה לפניו. לצורך אימוץ "הפתרון המעשי" בחר בית המשפט להתעלם מן העובדה שיונצח מצב שבו אלפי אנשים שברישיונות הישיבה שלהם נכתב מפורשות שאסור להם לעבוד, בכל זאת עובדים; מן הפגיעה – הסמלית והמעשית, הישירה והעקיפה – באותם אנשים (אשר, נטען בפניו, היא בלתי חוקית); ומן העובדה שהפתרון המעשי מושתת על קידום מיזם ("מרכז שהייה למסתננים") שכבר כיום ברור וידוע שלא יהיה בו כדי לפתור את הקשיים הקשורים בהגעה מסיבית של מבקשי מקלט ופליטים לישראל. למעשה, כה רחוק הסכים בג"ץ ללכת אחר "הפתרון המעשי" של הפרקליטות, עד כי בחר לטשטש את העובדה שלפחות אחד מארבעת הסעדים שביקשו העותרים – נתקבל, וזאת בניגוד מוחלט לעמדת הפרקליטות.

הפתרון המעשי שעליו סמך בג"ץ את ידיו (זה שהציעה לו הפרקליטות, ב"שיפוץ קל" לטובת מבקשי המקלט הממתינים להכרעה) עולה בקנה אחד עם מדיניות ה"אין מדיניות" של מדינת ישראל בתחום ההגירה – שהיא חלק מתרבות ה"סמוך" הכללית. נראה כי הוא גם משתלב, במודע או שלא במודע, עם תפיסת עולם קפיטליסטית קיצונית, שבה עובדים חלשים (הפעם בדמות מבקשי מקלט אפריקאיים) משרתים, ובזול, את בעלי העסקים.

ברור ומכוון נורמה משפטית (מתן מקלט מדיני לזר), שמהווה סייג לעיקרון הכללי בדבר ריבונות של מדינות.

61 פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 2: "יודגש כי אין בפסק דין זה כדי למנוע מהעותרים לשוב ולהעלות טענותיהם כנגד אכיפת איסור ההעסקה, לכשיתחילו פעולות האכיפה והסוגיה לא תהיה עוד תיאורטית"; "נראה כי עמדת המדינה שפורטה לעיל, לפיה אין להעניק אישורי עבודה, לצד האמירה כי בשלב זה לא ינקטו פעולות כנגד מעסיקים, יש בה משום איוון ראוי בהתחשב במציאות הקשה והרגישה שנוצרה. אף בקביעה זו אין כדי למנוע מהעותרים לשוב ולעתור כנגד מדיניות המשיבים, ככל שיחול שינוי נסיבות שיהיה בו כדי להקרין על איוון זה".