

## סייענים פלסטינים כמבקשי מקלט בישראל

תגובה על מאמרו של מנחם הופנונג "מחיר המידע: קליטה ושיקום של סייעני מערכת הביטחון בערי ישראל" משפט וממשל יח 55 (2017)

### יובל לבנת\*

מאמר זה נכתב בתגובה על מאמרו של מנחם הופנונג בנושא המחיר שמדינת-ישראל נדרשת לשלם בעבור גיוס – ובעקבותיו קליטה ושיקום בישראל – של פלסטינים המסייעים לכוחות הביטחון הישראליים. בתגובה נטען כי דיון בעלויות אלה יהיה שלם יותר אם יכלול התייחסות למחויבויות המשפטיות של מדינת-ישראל כלפי אותם סייענים, וכן להשפעת הגעתם של אלפי מבקשי מקלט אפריקאים לישראל על היבטים שונים שקשורים לטיפול בסייענים פלסטינים.

המאמר מבקר את טענת המדינה כי אמנת הפליטים אינה חלה על מבקשי מקלט פלסטינים. עמדה זו מובילה לכך שהמדינה אינה בודקת בקשות מקלט של סייענים פלסטינים לפי התבחינים של אמנת הפליטים (שבמרכזם הסכנה ששקפת לפליט בארצו), ותחת זאת מעניקה להם הגנה שהיקפה תלוי באיכות המידע שהם העבירו למדינה: סייענים שסיפקו מידע איכותי זוכים בזכויות העולות על אלה שפליט לפי האמנה זכאי להן; ואילו אלה שהמידע שהעבירו לא היה משמעותי דיו מקבלים לכל-היותר הגנה רעועה של אי-הרחקה, ללא זכויות בסיסיות בישראל. הטענה המרכזית במאמר היא שאמנת הפליטים חלה בעיקרון על פלסטינים ששקפת סכנה לחייהם בשטחי יהודה, שומרון ורצועת עזה על רקע הסיוע הבטחוני שנתנו לישראל, ולפיכך הם זכאים לכל-הפחות (ככל שהם עונים על הגדרת ה"פליט" שבאמנה, על בסיס בחינה פרטנית של בקשות המקלט שלהם) ל"סל הזכויות" שקבוע באמנה. זאת, מבלי לשלול את האפשרות להעניק להם זכויות נרחבות יותר על בסיס תחושת מחויבות מיוחדת של המדינה כלפי מי שסייע לה בהגנה על האינטרסים שלה ועל תושביה.

---

\* דוקטור למשפטים; מנחה אקדמי, התוכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. בזמן כתיבת רשימה זו הייתי חוקר-אורח בפקולטה למשפטים באוניברסיטה החופשית באמסטרדם (Vrije Universiteit (VU) Amsterdam). אני מודה לאייל גרוס, לאבינעם כהן, לאלעד כהנא וליעל רונן על שקראו נוסחים קודמים של המאמר והעירו הערות חשובות.

מבוא. א. העדר התייחסות להיבט המשפטי במאמרו של הופנונג. ב. סירובה של ישראל להחיל את אמנת הפליטים על סייענים פלסטינים; 1. סירובה של ישראל להחיל את אמנת הפליטים על נתינים של מדינת אויב; 2. סירובה של ישראל להחיל את אמנת הפליטים על פלסטינים. ג. הסדרים ישראליים ייחודיים: 1. "סייענים" ו"מאוימים"; 2. חוק האזרחות והכניסה לישראל. ד. העדר התייחסות לפליטים אחרים בישראל במאמרו של הופנונג. ה. סיכום.

## מבוא

מאמרו של מנחם הופנונג<sup>1</sup> על קליטתם ושיקומם בישראל של פלסטינים מהגדה המערבית ומעזה אשר סייעו למערכת הביטחון הישראלית הוא מאמר חשוב. מדובר בנושא שלא נכתב עליו כמעט בישראל, בין היתר עקב הקושי להשיג מידע רלוונטי, וזאת לנוכח העובדה שמדובר בנושא בעל אופי בטחוני שחלות עליו מגבלות צנזורה.<sup>2</sup> הופנונג מצא דרך להתגבר על מגבלות הצנזורה ולקבל רקע עובדתי – גם אם חלקי – על היקפי התופעה ועל העלויות הכלכליות והחברתיות הנלוות לה. באמצעות קריאת כאלף ומאתיים פסקי־דין ישראליים שעוסקים בסייענים (כעותרים לבג"ץ, כנאשמים בהליכים פליליים וכיוצא באלה), הצליח הופנונג לאסוף מידע שמסביר את סוג הסיוע שהסייענים מקבלים בישראל, ולגבש מסקנה שלפיה העלויות הכלכליות הישירות של שיקום הסייענים בישראל מגיעות לכדי מאות מיליוני שקלים בשנה.<sup>3</sup> הופנונג הוסיף במאמרו מידע על היישובים שבהם נקלטו הסייענים במהלך השנים ועל הקשיים שנלוו לא אחת לקליטתם במקומות אלה (לדוגמה, חיכוכים בין התושבים המקומיים הוותיקים לבין הסייענים). זאת, על בסיס כתבות עיתונאיות, פרוטוקולים של דיונים בכנסת ועוד. הנתונים שהצליח הופנונג לאסוף מלמדים כי העלות הכלכלית והחברתית הכרוכה בקליטת הסייענים בישראל היא משמעותית. לנוכח זאת, סבור הופנונג, יש מקום לשקול לעומק את העלות אל מול התועלת בכל הנוגע בגיוס סייענים. "ניתן להציב את השאלה באופן שבו הצגתי אותה לכמה בכירים במערכת הביטחון שאותם פגשתי במהלך מחקר זה", כותב הופנונג: "אילו

- 1 מנחם הופנונג "מחיר המידע: קליטה ושיקום של סייעני מערכת הביטחון בערי ישראל" משפט וממשל יח 55 (2017).
- 2 על נסיונות להשיג מידע באמצעות פנייה לגורמי מדינה, ועל התשובות – השליליות או העמומות – שהתקבלו, ראו נעמי לבנקרון "מי מכיר את האיש שבקיר? סייענים פלסטינים ובני משפחתם במדינת ישראל, 2012" עת סיוע: בטאון האגף לסיוע משפטי 2 (2012). בית-המשפט העליון פסק כי התבחינים שמנהלת הסיוע פועלת לפיהם חסויים (בג"ץ 4458/03 פלוני נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 8 (פורסם בנבו, 22.6.2005), וכך גם התבחינים שוועדת המאוימים פועלת לפיהם (בג"ץ 6230/08 פלוני נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 1 (פורסם בנבו, 20.9.2010) (על מנהלת הסיוע ועל ועדת המאוימים – שני גופים שמטפלים בפלסטינים שנשקפת להם סכנה על רקע שיתוף-פעולה עם ישראל – ראו תת-פרק 1ג להלן). בשנת 2007, במסגרת דוח שנתי 57ב, פרסם מבקר המדינה פרק העוסק בסייענים ובמאוימים, אך הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת, בהתייעצות עם מבקר המדינה, החליטה לא להניח פרק זה במלואו על שולחן הכנסת, ולפרסם רק את עיקרי התקציר שלו, לשם שמירה על בטחון המדינה, בהתאם לס' 17 לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב]. ראו מבקר המדינה דוח שנתי 57ב – לשנת 2006 ולחשבונות שנת הכספים 2005 1081 (2007) (להלן: דוח מבקר המדינה).
- 3 הופנונג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 72.

ידעת שעל כל מאה סייענים תצטרך לקלוט X סייענים בישראל, ש-Y מתוך X הנקלטים יעסקו בפעילות פלילית נמשכת, ושגם קליטת דור הילדים תהיה מסובכת ובעייתית, האם היית תומך מלכתחילה בגיוס מסה כזו של סייענים?<sup>4</sup>

טענה נוספת של הופנונג, שהופכת את מאמרו ל"נפיץ" עוד יותר מבחינה פוליטית, היא שיש קשר בין העלייה במספר הסייענים הפלסטינים ששירותי הביטחון נדרשים לגייס לבין התרחבות מפעל ההתנחלויות, ובמיוחד התנחלויות או מאחזים מבוֹדֵדִים. לטענתו, התנחלויות (ובמיוחד המבוֹדֵדֹת שביניהן) מצויות בסכנת פגיעה רבה יותר מצד תושבים פלסטינים "עצמאיים", והדרך הכמעט-בלעדית לסכל פעילות חבלנית זו היא באמצעות סייענים. על בסיס טענה זו, גורס הופנונג, "פרויקט ההתנחלות אין פירושו מגמה דמוגרפית חד-כיוונית, של יהודים הנכנסים לגדה המערבית ומכים שם שורשים, אלא פרויקט אשר מוליד, בניגוד לשאיפת מתכנניו, גם תנועה דמוגרפית בכיוון ההפוך"<sup>5</sup>. דהיינו, הופנונג טוען כי למפעל ההתנחלות בכלל, ולהתנחלויות המבוֹדֵדֹת בפרט, יש מחיר נוסף על המחירים המוכרים: ההתנחלויות (בעיקר המבוֹדֵדֹת שביניהן) מגדילות את מספר הסייענים המגויסים, וכתוצאה מכך את מספר הסייענים שנקלטים לאחר־מכן בישראל. מדובר בטענות חשובות, חדשניות וראויות מאוד לליבון.

מבלי להמעיט מחשיבות מאמרו של הופנונג, אבקש להרחיב את יריעת הדיון בנושא שהוא מעלה. אטען כי הופנונג התעלם משני נושאים שהתייחסות אליהם הייתה יכולה לתת תמונה מלאה יותר של נושא שיקומם וקליטתם של הסייענים הפלסטינים בישראל: ראשית, התייחסות לחובות המשפטיות של מדינת-ישראל ביחס לאותם סייענים; ושנית, התייחסות להקשר ההיסטורי-הסוציולוגי הרחב יותר, דהיינו, לכניסתם המסיבית של מבקשי המקלט האפריקאים לישראל בשנים 2005–2012.

מרבית דבריי להלן הם בבחינת זווית הסתכלות נוספת, משפטית יותר, על התופעה שהופנונג מתאר במאמרו. בנקודה אחת, המוזכרת בפרק ד (העלייה במספר בקשות ההגנה שהוגשו על-ידי פלסטינים בתקופה הנסקרת על-ידי הופנונג), אני מבקש להציע הסבר חלופי – בחלקו לפחות – לזה שמציע הופנונג. הסברי זה מתייחס לכניסה המסיבית של אריתריאים וסודאנים לישראל דרך גבול מצרים, ולקשר האפשרי בין עניינם של אלה לבין עניינם של מבקשי המקלט הפלסטינים.

## א. העדר התייחסות להיבט המשפטי במאמרו של הופנונג

אף שכותרת הפרק החמישי במאמרו של הופנונג היא "ניתוח משפטי-פוליטי", אין מאמרו מציג ניתוח משפטי כלשהו לתופעת הסייענים הפלסטינים. הופנונג מסתפק בדליית נתונים עובדתיים שתועדו בהחלטות שיפוטיות. פסקי-הדין הם אפוא מקור לידע אמפירי מבחינתו. אין במאמרו התייחסות לנורמות משפטיות כלשהן שחולשות על נושא המחקר. אולם המשפט, יש

4 שם, בעמ' 59.

5 שם, בעמ' 84.

לזכור, הוא בראש ובראשונה מערכת של כללים. בהעדר תיאור, ולו מינימלי, של הכללים המשפטיים הרלוונטיים – אין ניתוח משפטי.

הופנונג מחשב אומנם את העלויות שרשויות המדינה הסכימו ליתול על עצמן במסגרת שיקום וקליטתם של הסייענים, אך אילו נתן את דעתו למשפט, ייתכן שהיה מגיע למסקנה שהמחירים אמורים להיות גבוהים עוד יותר (לנוכח דרישה משפטית לשיקום נרחב יותר, למשל) או נמוכים יותר (למשל, אם המדינה נוטלת על עצמה פעולות שיקום וסיוע שהיא אינה מחויבת מבחינה משפטית לנטולן). כפי שאראה במאמר זה, מדינת-ישראל נוהגת להבחין בין משתפי-פעולה פלסטינים שהיא מכנה "סייענים" לבין משתפי-פעולה פלסטינים שהיא מכנה "מאומים". בעוד על הראשונים, כך אטען, המדינה מרעיפה הטבות העולות על אלה שהם זכאים להן על-פי אמנת הפליטים<sup>6</sup> – שהיא הנורמה המשפטית הרלוונטית לנושא, לטענתי – לאחרונים היא מעניקה הטבות מועטות ביותר, שנופלות מתחת למינימום ש"פליט" זכאי לו לפי האמנה.

התעלמותו של הופנונג מהנורמות המשפטיות הרלוונטיות משעתקת למעשה את התנהלותה של המדינה בתחום, ובכלל זה, יש להודות, גם את התנהלותם של בתי-המשפט בו. במובן זה, הפגם במאמרו של הופנונג אינו חריף, שהרי אם מעניין אותנו "המשפט למעשה" (law in action), ולא "המשפט שבספרים" (law in books),<sup>7</sup> כי-אז די בתיאור העובדתי של הופנונג. מדינת-ישראל אינה מגלה עניין רב בחובותיה המשפטיות הבין-לאומיות כלפי פליטים בכלל,<sup>8</sup> וכפי שאראה בהמשך – כלפי פליטים פלסטינים בפרט.<sup>9</sup> החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, שהקימה את "מנהלת הסייענים", קבעה מפורשות כי הזכויות שמהן ייהנו הסייענים הפלסטינים יוענקו להם "לפנים משורת הדין ומטעמים הומניטריים מובהקים"<sup>10</sup> – קביעה שמהדהדת גם בפסיקת בית-המשפט העליון בנושא.<sup>11</sup> חרף זאת אני סבור כי מאמר על סייענים שאינו מציג, ולו בקצרה, את המסגרת המשפטית והחובות המשפטיות הלכאוריות של המדינה כלפיהם – מחסיר חלק מהתמונה המלאה. לפחות באופן עקרוני, וכל עוד מדינת-ישראל מוגדרת מדינת חוק ומתימרת להתנהל ככזו, יש להביא בחשבון את האפשרות שבתי-המשפט יכפו על המדינה הענקת זכויות בהתאם לנורמות המשפטיות הרלוונטיות.

6 האמנה הבין-לאומית בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3, 5 (נחתמה ב-1951, אושרה ונכנסה לתוקף ב-1954), בשילוב הפרוטוקול המשלים לאמנה – הפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 21, 23 (נפתח לחתימה ב-1967, נחתם ואושרר ב-1968) (להלן: אמנת הפליטים או האמנה).

7 Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910).

8 יעידו על כך, בראש ובראשונה, הנתונים על-אודות שיעורי ההכרה במבקשי מקלט כפליטים בישראל, שהם נמוכים באופן חריג ביחס לכל מדינות העולם. ראו בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 35 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 22.9.2014). להרחבה ראו ה"ש 125 להלן.

9 כוונתי כאן לפליטים המבקשים מקלט בישראל עקב חשש מפני פגיעה מצד פלסטינים אחרים באיו"ש או ברצועת עזה, ולא בפליטי 1948, המבקשים להתיישב בישראל מכוון זכות שיבה.

10 החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מס' 118/ב "שיקום סייענים" (13.1.1994).

11 ראו, לדוגמה, בג"ץ 7008/07 פלוני נ' משרד ראש הממשלה, מנהלת השיקום (פורסם בנבו, 9.6.2009).

מבחינה משפטית, פליט הוא מי שנמצא במדינה זרה ויש לו "פחד מבוסס להיות נרדף... על רקע גזע, דת, לאום, השתייכות לקבוצה חברתית מסוימת או השקפה פוליטית" במדינת אזרחותו או במדינת תושבותו הרגילה.<sup>12</sup> כך קובעת אמנת הפליטים, שמדינת-ישראל חתמה עליה ואשררה אותה. על בסיס הגדרה זו ניתן בהחלט לטעון כי סייען שדבר סייענותו התגלה או שהתעורר חשד בדבר סיועו לגורמי הביטחון הישראליים (ואפילו פלסטיני שיש סברה מוטעית בדבר היותו סייען), ואשר נמצא עקב כך בסכנה של ממש (לחייו, לחירותו או לזכות אדם בסיסית אחרת) במקום מגוריו באיו"ש או בעזה, הוא בגדר פליט, לפי אמנת הפליטים, מרגע שהוא נכנס לשטחה של מדינה זרה (וזאת על בסיס בדיקה פרטנית, כמובן).<sup>13</sup> על-כן, משנכנס הסייען הפלסטיני למדינת-ישראל, בהזמנה או לא בהזמנה, אסור לכאורה להחזירו בכפייה לשטח שבו צפויה לו אותה סכנה, ומגיעות לו זכויות שונות, המנויות באמנת הפליטים. כך, כפי שאראה בהמשך, אכן נהגו מדינות מערביות ביחס לאזרחים זרים שסייעו להן במלחמות מרוחקות. במילים אחרות, אין "דיני סייענים" נפרדים מדיני פליטים, אף שמדינה זכאית כמובן לתת לקבוצה מסוימת של פליטים – למשל, לאלה שסייעו לרשויותיה – הטבות העולות על הרף המינימלי של זכויות שפליט זכאי להן לפי אמנת הפליטים.<sup>14</sup>

הופנוג אינו מזכיר את אמנת הפליטים ואינו נותן את דעתו להגדרה המשפטית האמורה של "פליט". כאשר הוא משתמש במונח, לא ברור אם הוא משתמש בו כמובנו היומיומי, הסוציולוגי או המשפטי.<sup>15</sup> כך, למשל, כאשר הוא מתאר את קליטת הסייענים האלגיריים בצרפת, לאחר נסיגת צרפת מהקולוניה שהשיגה עצמאות, הוא כותב כי "כ-20,000 סייענים עם

12 ס' 1A(2) לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 6.

13 עשויה לעלות טענה כי הטלת סנקציות על אזרח בגין שיתוף-פעולה עם גורם עוין היא לגיטימית, ועל-כן אינה בבחינת רדיפה לפי אמנת הפליטים (הסוגיה שנהוג לכנות, בז'רגון של דיני הפליטים, *prosecution versus persecution*). לא אוכל להיכנס לעומקה של שאלה זו במסגרת רשימה קצרה זו, אך אציין כי טענה זו אינה יכולה לעמוד כאשר אין מתקיים הליך שיפוטי הוגן נגד אותו אדם, כאשר הענישה בלתי-מידתית באופן קיצוני ביחס לעברה או כאשר החקירה או הענישה כוללות השפלה, עינויים, אלימות, איומי פגיעה בבני משפחה וכיוצא בהם. לכתובה כללית על הנושא ראו, לדוגמה, Michael English, *Distinguishing True Persecution from Legitimate Prosecution in American Asylum Law*, 60 OKLA. L. REV. 109 (2007).

14 ראו לעניין זה ס' 5 לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 6: "שום דבר האמור באמנה זו לא יראו אותו כאילו בא לגרוע מן הזכויות וההנאות המוענקות לפליטים על ידי מדינה מבעלות האמנה שלא בגדר אמנה זו". כך, למשל, נהגה מדינת-ישראל ביחס לחיילי צד"ל ומפקדיו עם הנסיגה מלבנון – ראו להלן ה"ש 151 והטקסט שליידה. הרציונל של הרעפת הטבות מיוחדות על מי שנתן סיוע בטחוני למדינה בא לידי ביטוי בתחומים שונים במשפט הישראלי. כך, למשל, קיימת הבחנה סטטוטורית בין התגמולים הניתנים לנכים שנכותם אינה נובעת משירותם הבטחוני לבין התגמולים הניתנים לנכים שנכותם קשורה לשירות זה, וזאת לנוכח "ההכרה בתרומה של המשרתים במערכת הביטחון למדינה, ובהמשך לכך... תחושת האחריות המוגברת לנוק שנגרם להם והחובה המוסרית להעניק בגינו סעד". רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, פס' 69 (פורסם בנבו, 5.11.2017).

15 להבדלים בין המובנים השונים של המונח "פליט" ראו JACQUES VERNANT, *THE REFUGEE IN THE POST-WAR WORLD* 3-4 (1953); ARISTIDE R. ZOLBERG, ASTRI SUHRKE & SERGIO AGUAYO, *ESCAPE FROM VIOLENCE: CONFLICT AND THE REFUGEE CRISIS IN THE DEVELOPING WORLD* 269-272 (1989).

כ-70,000 מבני משפחותיהם ברחו [מאלג'יר] לצרפת וקיבלו שם מעמד של פליטים בין השנים 1962 ל-1968.<sup>16</sup> אך עיון במחקר ההיסטורי מלמד כי לאמיתו של דבר לא קיבלו הסייענים האלג'ירים מעולם מעמד (משפטי) של פליטים בצרפת.<sup>17</sup> למעשה, צרפת סירבה להתייחס אליהם כאל פליטים מבחינה משפטית, וזאת לנוכח רצונה להציג את הטיפול בעניינם כעניין פנים-צרפתי (מכוח תפיסתה הקולוניאליסטית ארוכת-השנים שלפיה אלג'יר הייתה חלק מצרפת), ולא כעניין בין-לאומי. לנוכח זאת סיכלה צרפת ניסיון של נציבות האו"ם לפליטים להיות מעורבת בטיפול בסייענים האלג'ירים.<sup>18</sup> ראוי להזכיר עוד כי עד לתיקון אמנת הפליטים על-ידי הפרוטוקול המשלים משנת 1967, פליט הוגדר כמי ש"נמצא מחוץ לארץ אזרחותו בגלל מאורעות שאירעו לפני 1 בינואר 1951". צרפת הצטרפה לפרוטוקול המשלים לאמנה, שביטל את מגבלת הזמן הזו,<sup>19</sup> רק בשנת 1971,<sup>20</sup> ומכאן שבשנים 1962–1968, המצוינות אצל

16 הופנונג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 60.

17 ראו Jeannette E. Miller, *A Camp for Foreigners and "Aliens": The Harkis' Exile at the Rivesaltes Camp (1962–1964)*, 31 FRENCH POL., CULT. & SOC'Y 21, 27 (2013) ("the harkis were never accorded refugee status, which would have allowed international organizations such as the High Commission for Refugees to be involved in protecting and administering them"); Géraldine Enjelvin, *The Harkis, a Dissenting Voice from Below: From Ordeal to Order?*, 23 FRENCH STUD. BULL. 16, 17 (2002) ("[I]n September 1986 the OFRA (*Office Français des Repatriés et Apatriés*) refused to recognize the Harkis as refugees" העדר ההכרה המשפטית בהם כפליטים, גורמי ממשלה בצרפת השתמשו לעיתים במונח "פליט" ביחס לסייענים האלג'ירים, כדי להבחין בינם לבין האלג'ירים ממוצא אירופי (או אלה שנתפסו כבעלי מוצא אירופי). ה"אירופים" – בעיקר נוצרים, אך לצידם אף יהודים ומיעוט קטן ביותר של מוסלמים – כונו pieds-noirs, או repatriates, כדי להציגם ככאלה ש"חוזרים למוולדת", ואילו הסייענים המוסלמים כונו "חאראקים" (Harkis) (על שם היחידה הצבאית שבה שירתו בזמן הכיבוש הצרפתי של אלג'יריה) או "פליטים". סיבה נוספת שהוצעה בספרות היא שבאותן שנים היה מקובל לשכן פליטים במחנות, ולנוכח העובדה שהסייענים האלג'ירים שוכנו – אף לאחר שקיבלו אזרחות צרפתית – במחנות מרוחקים (שבעבר הוחזקו בהם ספרדים שנמלטו משלטונו של פרנקו, יהודים וצוענים שנמלטו עם פרוץ מלחמת-העולם השנייה ממזרח אירופה, ואף יהודים בדרך למחנות ההשמדה הנאציים), רבים במערכת הפוליטית כינו אותם "פליטים". ראו Miller, *Identity: A Product of Marginalisation and Resistance to Symbolic Violence?*, 8 NATIONAL IDENTITIES 113 (2006); Lauren Gilbert, *Les Oubliés de l'Histoire: Perceptions of Harkis and Community Awareness* (Independent Study Project (ISP) Collection, paper 1437, 2012).

18 JEANNETTE E. MILLER, ALGERIAN, FRENCH, REFUGEES, REPATRIATES, IMMIGRANTS? HARKI CITIZENS IN POST-IMPERIAL FRANCE (1962–2005) 164 (PhD Dissertation, Pennsylvania State University, 2012). עם זאת, יש לציין כי בפועל העניקה צרפת לרובם המכריע של הסייענים האלג'ירים אזרחות צרפתית תקופה קצרה יחסית לאחר הגעתם לצרפת, ובכך למעשה נתנה להם מעמד משפטי שאינו פחות מזה שפליט זכאי לו במדינת המקלט.

19 הפרוטוקול גם ביטל את האפשרות, שנקבעה בס' 1B לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 6, שלפיה מדינות שהצטרפו לאמנה יכולות להגביל את מחויבויותיהן אך ורק ביחס לפליטים אירופים. עם זאת, יש לציין כי צרפת מעולם לא בחרה להגביל את מחויבויותיה כאמור בזמן שהצטרפה לאמנת הפליטים.

הופנונג – שהן אכן השנים שבהן הגיעו הסייענים האלג'ירים לצרפת – לא הייתה לצרפת כל מחויבות משפטית להעניק להם מעמד של פליטים לפי אמנת הפליטים.<sup>21</sup> לעומת זאת, כאשר דנים במדינת-ישראל במאה העשרים ואחת, המצב המשפטי שונה לחלוטין, שכן ישראל חתמה על הפרוטוקול המשלים לאמנה ואשררה אותו כבר בשנת 1968.

למעשה, יש להתפלא מדוע הופנונג נותן במאמרו דוגמאות מן העבר הרחוק יחסית של סייענים וייטנמים בארצות-הברית אחרי מלחמת וייטנם וסייענים אלג'ירים בצרפת אחרי מלחמת העצמאות האלג'ירית. דוגמה קרובה יותר בזמן היא זו של הסייענים העיראקים והאפגנים – בעיקר מתורגמנים – שעבדו בשירות הכוח הרב-לאומי (בהובלת ארצות-הברית) במדינות אלה, דבר שחשף אותם לסכנת חיים מצד גורמים טרוריסטיים במדינותיהם. סייענים אלה הוכרו על-ידי טריבונלים שיפוטיים כ"פליטים" לפי אמנת הפליטים, ועניינם של רבים מהם נדון גם בימים אלה בערכאות שיפוטיות שונות ברחבי העולם המערבי בהתאם לדיני הפליטים.

כך, לדוגמה, בשנת 2006 דן בית-הדין למקלט ולהגירה בכריטיניה (Asylum and Immigration Tribunal) בעניינו של מתורגמן עיראקי שסייע לכוחות הקואליציה והצליח להגיע לבריטיניה ולהגיש בה בקשת מקלט. ה-Home Department (המקבילה הבריטית ל"משרד הפנים") דחה את בקשת המקלט שלו, אך ערערו התקבל על-ידי בית-הדין הנזכר, שקבע כך:

הראיות המונחות לפנינו מלמדות כי אדם שעבד כמתורגמן או שבכל צורה אחרת נתפס על-ידי מורדים (insurgents) כסייען לכוח הרב-לאומי, ואשר סומן כמטרה על-ידי קבוצת מורדים משמעותית, הוא אדם שניצב בפני סיכון ממשי של רדיפה על רקע דעה פוליטית מיוחסת במקום מגוריו בעיראק.<sup>22</sup>

בהמשך דן בית-הדין בשאלה – המוכרת בתחום דיני הפליטים – אם נשקפת למערער סכנת רדיפה בכל חלקי עיראק, ואם לא – אם ניתן לדרוש ממנו להעתיק את מגוריו בתוך מדינת אזרחותו (שאלת ה-Internal Flight Alternative, IFA, או בז'רגון של דיני הפליטים). משהגיע למסקנה כי הסכנה אורבת למערער בכל חלקי עיראק, קיבל בית-הדין את הערעור, והורה לרשויות להעניק למערער מעמד של פליט.<sup>23</sup> עניינו הרואות: סייען אשר נשקפת לו סכנת

20 <http://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html>

21 אם כי מחויבות לא להרחיקם למקום סכנה אכן הייתה לה, כנראה, מכוח עקרון ה-refoulement המנהגי, בהנחה שהוא כבר התגבש לכדי כלל מנהגי בשנים אלה. האמנה נגד עינויים (אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984)) טרם נכתבה באותה עת, והאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269) נפתחה לחתימה בשלהי התקופה (1966), אך צרפת הצטרפה אליה רק בשנת 1980.

22 NS (Iraq: perceived collaborator: relocation) Iraq CG [2007] UKAIT 00046, at para. 40, <http://www.refworld.org/pdfid/467bee162.pdf> (התרגום שלי).

23 לצד קבלת בקשות מקלט של מתורגמנים עיראקים ואפגנים שהצליחו להגיע בכוחות עצמם לארצות המערב (באמצעות המסלול הרגיל של הגשת בקשות מקלט), מדינות שונות שהיו חברות בכוחות הרב-לאומיים הללו אף הציעו תוכניות לקליטת המתורגמנים (במעמד של פליטים או

רדיפה מצד גורמים במדינתו על רקע הדעה הפוליטית שמיוחסת לו על-ידי הגורם הרודף,<sup>24</sup> בגין הסיוע ל"אויב", עשוי להיות פליט במובן של סעיף 1A לאמנת הפליטים. מדינת-ישראל אשררה כאמור את אמנת הפליטים, והצטרפה לפרוטוקול המשלים לאמנה, ועל-כן היא מחויבת להעניק זכויות מסוימות, בבחינת מינימום הכרחי, לאדם אשר נמצא בשטחה ועונה על הגדרת ה"פליט" האמורה. לחלק מאותן זכויות נלוות עלות כלכלית המושתת על המדינה.<sup>25</sup> אם כן, החסר במאמרו של הופנונג הוא העובדה שאף-על-פי שהוא מתמקד בשאלת עלות הסיוע שסייענים פלסטינים מקבלים ממדינת-ישראל, הוא מתעלם מהשאלה הנורמטיבית-המשפטית איזה סיוע המדינה נדרשת לתת לסייענים הפלסטינים לנוכח התחייבויותיה לפי אמנת הפליטים, ומה עלותו. כפי שאראה בהמשך, מדינת-ישראל מסרבת לדרוש בעניינם של משתפי-הפעולה הפלסטינים לאור אמנת הפליטים. היא טוענת כי האמנה אינה חלה על פלסטינים בפרט ועל נתונים של מדינת אויב בכלל. היא מעניקה להם זכויות אפוא מכוח מקורות נורמטיביים אחרים, כגון החלטות ממשלה וסמכויות ביצוע כלליות של רשויות מנהליות בטחוניות ואחרות. אופיין והיקפן של הזכויות שמשתפי-הפעולה מקבלים מכוח מקורות נורמטיביים אלה, והפרקטיקה שהתגבשה ביחס להענקתן, משתנים בין "סוגים" שונים של משתפי-פעולה, לפי טיפולוגיה של

במעמד ייחודי) באופן יזום. מדובר בתוכניות שבהן מדינות אלה נוטלות על עצמן מחויבויות שאינן מוטלות עליהן לכאורה על-פי אמנת הפליטים, ולו מן הסיבה שהאמנה דנה רק במחויבות של מדינה לתת הגנה לפליט שהגיע לשטחה, ואין חובה לסייע לאותו אדם לעזוב את מדינתו (עם זאת, ראו את דעתו של Hathaway בנוגע למחויבותה של מדינה בשטח שבשליטתה, שעשויה להיות רלוונטית לענייננו: JAMES C. HATHAWAY, THE RIGHTS OF REFUGEES UNDER INTERNATIONAL LAW 160–171 (2005). כך, למשל, החליט הקונגרס האמריקאי על הקצאת אשורות כניסה מיוחדות לעיראקים ולאפגנים שסייעו לכוחות ארצות-הברית במדינותיהם. מדי שנה (למן 2006 ביחס לעיראק ולמנן 2009 ביחס לאפגניסטן) נקבעה מכסה של "סייענים" ממדינות אלה שיוכלו לקבל מעמד בארצות-הברית באמצעות הגשת בקשה בשגרירויות ארצות-הברית באותן מדינות: U.S. Department of State – Bureau of Consular Affairs, *Special Immigrant Visas (SIVs) for Iraqi and Afghan Translators/Interpreters*, TRAVEL.STATE.GOV, <https://travel.state.gov/content/visas/en/immigrate/iraqi-afghan-translator.html> (last visited Jan. 25, 2018); *The Afghan Special Immigrant Visa Program*, HUMAN RIGHTS FIRST (Dec. 19, 2017), <http://www.humanrightsfirst.org/resource/afghan-special-immigrant-visa-program>. גם בדנמרק נקבע הסדר ייחודי בנושא. לתרגום ההסדר הדני לאנגלית ראו <http://www.fmn.dk/nyheder/Documents/AGREEMENT-HANDLING-INTERPRETERS-juli-2013.pdf>.

24 לדעה פוליטית מיוחסת ראו ע"ס 1440/13 צ"מה נ' מדינת ישראל – משרד הפנים, פס' 38 (א) לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו 7.8.2013): "על מנת לבסס טענה של רדיפה על רקע דעה פוליטית, מבקש המקלט צריך להצביע על כך שהוא חושש מרדיפה מצד גורמי שלטון, או מצד גורמים אחרים שהשלטון איננו מסוגל או איננו מעוניין לשלוט בהם, על-רקע הדעה הפוליטית שבה הוא מחזיק, או שרודפיו מייחסים לו". ראו עוד JAMES C. HATHAWAY & MICHELLE FOSTER, THE LAW OF REFUGEE STATUS 366–367 (2<sup>nd</sup> ed. 2014); *Sangha v. INS*, 103 F.3d 1482 (9th Cir. 1997).

25 אמנת הפליטים, לעיל ה"ש 6, קובעת כי פליט יהיה זכאי לשורה של זכויות, המנויות בס' 2–34 לאמנה, ביניהן הזכות להחזיק בהיתר לעבוד (ס' 17) והזכות לזכויות סוציאליות, לרבות בתחום הבריאות (ס' 24). להרחבה ראו תת-פרק 11 להלן.



מערכת הביטחון. אלה שמוכרים כ"סייענים" מקבלים זכויות שעולות בדרך-כלל על הזכויות שהמדינה מחויבת להעניק לפליטים מכוח אמנת הפליטים. לעומת זאת, אלה שמוכרים רק כ"מאוימים" מקבלים זכויות שנופלות בהרבה מאלה שפליטים זכאים להן לפי האמנה. יש אף משתפי-פעולה אחרים, אשר עונים לכאורה גם הם על הגדרת ה"פליט" שבאמנה, ואף-על-פי-כן אינם מוכרים לא כ"סייענים" ולא כ"מאוימים", ולעיתים אינם מקבלים ולו את ההגנה הבסיסית ביותר (ביחס לפליט) של אי-הרחקה מהמדינה.

## ב. סירובה של ישראל להחיל את אמנת הפליטים על סייענים פלסטינים

ישראל אשררה את אמנת הפליטים משנת 1951 בשנת 1954, והצטרפה כבר בשנת 1968 לפרוטוקול המשלים לאמנה, שהתגבש בשנת 1967. מאז ועד היום היא לא עיגנה את התחייבויותיה בהתאם לאמנות אלה בחוק של הכנסת. בעוד במישור המשפט הבין-לאומי אין בכך כדי להעלות או להוריד מבחינת מחויבויותיה המשפטיות של המדינה, מבחינת הדין המקומי משמעות הדבר היא שאין לאמנה ולפרוטוקול תחולה אלא באמצעות ה"צינור" של "חזקת ההתאמה" בין המשפט הישראלי לבין משפט הבין-לאומי.<sup>26</sup> נוסף על המחויבות מכוח חזקת ההתאמה, למן תחילת המאה העשרים ואחת עוגנה מחויבותה העקרונית של מדינת-ישראל לקיים את אמנת הפליטים גם בנהלים שונים של הרשות המבצעת. בשנת 2001 נכתב לראשונה נוהל כזה. מדובר בנוהל שנוסח בלשכת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז מני מזוז, ואשר הסדיר, באופן חלקי וראשוני, את המסגרת לבדיקת בקשות מקלט בישראל ולהכרעה בהן. נוהל זה, שכונה "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל", ואשר מעולם לא פורסם באופן רשמי,<sup>27</sup> קבע בסעיף 6 כדלקמן:

26 לחזקת ההתאמה בין המשפט הבין-לאומי (הן המנהגי והן ההסכמי) לבין המשפט הישראלי יש שני פנים: פן פרשני ופן מהותי. על-פי הפן הפרשני, כל דבר חקיקה ישראלי יפורש, ככל האפשר, כך שהוראותיו יעלו בקנה אחד עם מחויבויותיה הבין-לאומיות של מדינת-ישראל. על-פי הפן המהותי, רשויות מנהליות נדרשות להפעיל את סמכויותיהן באופן שיתאם את מחויבויותיה הבין-לאומיות של מדינת-ישראל. ראו בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 846 (2002); בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 386, 346 (2006); רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 923 (מהדורה שישית, 2005); יובל שני "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה שימוש יכולים בתי-המשפט הישראליים לעשות בהן?" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 297, 334–340 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" משפט בינלאומי 65, בעמ' 67–68 (מהדורה שלישית, רובי סיבל ויעל רונן עורכים, 2016). עם זאת, חזקת ההתאמה היא בעלת עוצמה משפטית מוגבלת, במובן זה שהיא נסוגה מפני הוראת חוק ישראלית ברורה העומדת בניגוד לה (ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033, 2040–2041 (1962); בג"ץ 253/88 סג"דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 815 (1988)).

27 העתק של הנוהל צורף כנספח לנייר העמדה שכתבו ענת בן-דור ורמי אדוט "מדינת ישראל – מקלט בטוח? בעיות בטיפול של מדינת ישראל בפליטים ובמבקשי מקלט" (2003).

מדינת ישראל שומרת לעצמה את הזכות, שלא לקלוט בישראל ולא להעניק אשרת שהיה בישראל לנתיני מדינות אויב או מדינות עוינות – כפי שיקבעו מעת לעת על-ידי הרשויות המוסמכות, וכל עוד הן במעמד זה, ושאלת שחרורם בערבות תיבחן בכל מקרה לגופו, בהתאם לנסיבות, עפ"י שיקולי בטחון.

ישראל מעריכה את הודעת הנציבות [נציבות האו"ם לפליטים – י' ל' כי עד להסדר פוליטי כולל באזורנו ייעשה על ידה כל מאמץ למצוא לפליטים [אלה – י' ל' ארץ מקלט במדינה אחרת.

הסדר זה "התגלגל" ברבות השנים מסעיף 6 לנוהל האמור של לשכת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לסעיף 10 לנוהל של רשות האוכלוסין וההגירה לטיפול במבקשי מקלט בישראל,<sup>28</sup> ועל-כן אקרא לו להלן "סעיף 10 לנוהל". אף שהפלסטינים אינם משתייכים ל"מדינת אויב" או ל"מדינה עוינת", שכן לא קיימת מדינה פלסטינית, עמדת הרשויות בישראל היא שסעיף 10 לנוהל חל על פלסטינים בדיוק כמו על נתינים של מדינות אויב אחרות.<sup>29</sup> לצד טענה זו, שעניינה ב"נתיני מדינות אויב" באופן כללי, המדינה מעלה טענה נוספת – רחבה אף יותר – שלפיה מבקשי מקלט פלסטינים (והם בלבד) מוחרגים מאמנת הפליטים לחלוטין, וזאת מכוח סעיף 1D לאמנה. סעיף זה קובע כי אנשים המקבלים סיוע מאורגן אחר של האומות המאוחדות, שאינו נציבות האו"ם לפליטים, לא ייהנו מההגנה שנותנת להם אמנת הפליטים. לטענת המדינה, הפלסטינים נהנים מתחולת אונר"א, ולכן אינם זכאים להגנתה של אמנת הפליטים. בתת-פרק הבא אדון בחוקיות של סעיף 10 לנוהל (ושל הדוקטרינה בדבר נתינים של מדינת אויב), ובתת-פרק שלאחריו אדון בטענות המשפטיות הנוגעות בסעיף 1D לאמנה. חשוב לציין כי לצד סעיף 10 לנוהל, אשר מתיימר לכאורה להדיר כליל נתינים של מדינת אויב מאמנת הפליטים, המבוא לנוהל קובע כי "אין בנוהל זה כדי לגרוע מההלכה הפסוקה, לפיה אין לגרש אדם למקום שבו צפויה לו סכנת נפשות על פי עיקרון Non-Refoulement".<sup>30</sup>

28 ראו נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.2.0012 "נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל" (עודכן לאחרונה ב-16.1.2018) [www.gov.il/BlobFolder/policy/handling\\_political\\_asylum\\_seekers\\_in\\_israel/he/5.2.0012\\_0.pdf](http://www.gov.il/BlobFolder/policy/handling_political_asylum_seekers_in_israel/he/5.2.0012_0.pdf) (להלן: הנוהל או נוהל רשות האוכלוסין לטיפול במבקשי מקלט).

29 Michael Kagan & Anat Ben-Dor, *Nowhere to Run: Gay Palestinian Asylum-Seekers in Israel* (2008), [https://en-law.tau.ac.il/sites/law-english.tau.ac.il/files/media\\_server/Law/NowheretoRun,%20Michael%20Kagan%20%26%20Anat%20Ben-Dor%20\(2008\).pdf](https://en-law.tau.ac.il/sites/law-english.tau.ac.il/files/media_server/Law/NowheretoRun,%20Michael%20Kagan%20%26%20Anat%20Ben-Dor%20(2008).pdf)

30 נוהל רשות האוכלוסין לטיפול במבקשי מקלט, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1. התפיסה המקובלת היא שלעקרון אי-החזרה יש מעמד של משפט בין-לאומי מנהגי, וכי ההגנה שהוא נותן עשויה להיות רחבה אף מההגנה שמעניק ס' 33 לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 6. ראו בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843 (1995). על-כן אין סתירה לוגית בעמדת המדינה שלפיה מצד אחד פלסטינים מוחרגים מאמנת הפליטים (לפי ס' 1D לאמנה) ומצד אחר חל עליהם עקרון אי-החזרה (כפי שקובע המבוא לנוהל). למען הדיוק חשוב לציין כי עקרון אי-החזרה המנהגי אכן רחב מזה הקבוע בס' 33 לאמנה, במובן זה שהוא מגן על אדם מפני כל סכנה שנשקפת לו במדינתו, היא מקורה אשר יהא, ולא רק מפני סכנה שמקורה באחת מחמש העילות המוכרות באמנת הפליטים (רדיפה על רקע גזע, דת, לאום, השתייכות לקבוצה חברתית מסוימת או השקפה פוליטית). מצד אחר, יש רגליים לסברה שמהיבט של היקף הסכנה (להבדיל ממקורה) ס' 33

לכאורה, על-כן, הזכות המרכזית ביותר שנתונה לפליט – הלא היא ההגנה מפני גירוש למקום שבו נשקפת לו סכנה – נתונה גם לסייענים פלסטינים בישראל, וזאת על-פי משרד הפנים הישראלי עצמו. עם זאת (ומעבר לעובדה שהצהרה זו אינה מיושמת תמיד, כפי שאראה בהמשך), הואיל ומאמרו של הופנונג עוסק בעלויות הכלכליות שמדינת-ישראל נדרשת לשאת בהן ביחס לסייענים הפלסטינים – לרבות זכויות סוציאליות שונות, שפליט זכאי להן על-פי אמנת הפליטים – אמשיך ואבחן את התוקף המשפטי של סעיף 10 לנוהל, כמו-גם של הטענות הישראליות בדבר סעיף 1D לאמנה. זהו מהלך הכרחי, שכן אם טענות המדינה בדבר החרגת פלסטינים מהאמנה כולה או מחלקים מרכזיים בה נכונות (בניגוד לדעת), אזי סייענים פלסטינים ייהנו אומנם מעקרון ה-*non-refoulement* (בין זה שמקורו במשפט הבין-לאומי המנהגי ובין זה שמקורו בסעיף 33 לאמנת הפליטים), אך לא יהיו זכאים לזכויות הסוציאליות השונות שפליטים זכאים להן לפי האמנה ואשר אין להן מעמד מנהגי. בתת-פרק הבא אדון אפוא בטענות בדבר החרגת נתינים של מדינת אויב מהאמנה, ובתת-פרק שלאחריו אעבור לדון בטענות בדבר החרגת פלסטינים באופן פרטיקולרי.

### 1. סירובה של ישראל להחיל את אמנת הפליטים על נתינים של מדינת אויב

על סעיף 10 לנוהל (עוד בגלגולו הקודם) נמתחה ביקורת אקדמית על-ידי מייקל קייגן.<sup>31</sup> קייגן עומד על כך שיש באמנת הפליטים התייחסות למבקשי מקלט שנושקפת מהם סכנה לבטחון הציבור במדינת המקלט,<sup>32</sup> אך אלה הסדרים מידתיים, המבוססים על בחינה פרטנית של מבקש המקלט. התייחסות קבוצתית גורפת לנתינים של מדינות אויב, הוא טוען, אסורה על-פי דיני הפליטים.<sup>33</sup>

קייגן מציג שתי טענות משפטיות לביסוס עמדתו בדבר אי-חוקיותו של סעיף 10 לנוהל. האחת היא שההסדר סותר עקרונות של איסור הפליה הקבועים במשפט הבין-לאומי, ובמרכזם – ככל שהדבר נוגע בענייננו – סעיף 3 לאמנת הפליטים, הקובע כי "המדינות בעלות האמנה יפעילו את הוראות האמנה הזאת לגבי פליטים ללא כל הפליה מטעמי גזע, דת או ארץ מוצא", וכן סעיף 1(3) לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית, הקובע כי "שום דבר באמנה זו

לאמנה רחב מעקרון אי-ההחזרה המנהגי, במובן זה שהוא מכיר גם ברדיפה שאינה "סכנה לחיים או לחירות" דווקא (אלא מתבטאת בפגיעה משמעותית בזכויות אדם בסיסיות אחרות), וקיים ספק אם גם עקרון אי-ההחזרה המנהגי מכיר בסכנות אחרות כאלה. ראו, למשל, עת"ם (מנהליים י-ם) 53765-03-12 א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 7.6.2012).

31 Michael Kagan, *Destructive Ambiguity: Enemy Nationals and the Legal Enabling of Ethnic Conflict in the Middle East*, 38 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 263 (2007) (להלן: Kagan 2007); Michael Kagan, *Must Israel Accept Syrian Refugees?*, 50 TEX. INT'L L.J. F. 1 (2014) (להלן: Kagan 2014).

32 ראו ס' 1F(b), 9, 32(1) סיפא ו-33(2) לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 6.

33 Kagan 2007, לעיל ה"ש 31, בעמ' 263–264.

לא ניתן לפרשו כפוגע באופן כלשהו בהוראות-חוק של מדינות בעלות האמנה לעניין לאומיות, אזרחות או התאזרחות, ובלבד שאותן הוראות אינן מפלות כלפי לאומיות מסוימת".<sup>34</sup> טענתו האחרת של קייגן, והיא לדעתי החזקה יותר, היא שההסדר סותר את סעיף 44 לאמנת ג'נבה הרביעית, שישראל חתמה עליה ואשררה אותה.<sup>35</sup> סעיף זה קובע כדלקמן:

In applying the measures of control mentioned in the present Convention, the Detaining Power shall not treat as enemy aliens exclusively on the basis of their nationality "de jure" of an enemy State, refugees who do not, in fact, enjoy the protection of any government.

הוראה דומה לסעיף 44 לאמנת ג'נבה הרביעית מצויה בסעיף 8 לאמנת הפליטים, הקובע כך:

With regard to exceptional measures which may be taken against the person, property or interests of nationals of a foreign State, the Contracting States shall not apply such measures to a refugee who is formally a national of the said State solely on account of such nationality. Contracting States which, under their legislation, are prevented from applying the general principle expressed in this article, shall, in appropriate cases, grant exemptions in favour of such refugees.

הקושי המרכזי לענייננו מתעורר עקב העובדה שמדינת-ישראל הסתייגה מהוראת סעיף 8 בזמן הצטרפותה לאמנת הפליטים. קייגן מודע לכך, ועמדתו היא שחרף הסתייגות זו אין ישראל רשאית להדיר נתינים של מדינות אויב מאמנת הפליטים באופן גורף, כפי שהיא מתיימרת לעשות בסעיף 10 לנוהל. להלן הילוך טיעונו.

במאמרו הראשון בנושא<sup>36</sup> מתאר קייגן את עלייתה וירידתה של הדוקטרינה בדבר נתינים של מדינת אויב (enemy nationals) במשפט הבין-לאומי. הוא מזכיר מושגים-יסוד, ביניהן העובדה שאזרחותו הזרה של מבקש המקלט היא לא אחת אזרחות פורמלית בלבד. ברוב המקרים אותה "מדינת אויב" שמבקש המקלט נושא את אזרחותה היא-היא הגורם שמבקש לפגוע בו. לדבריו, "יהא זה חסר היגיון להעניש פליטים יהודים ומתנגדי המשטר הנאצי על מאמצי המלחמה הנאציים, אבל זו בדיוק המשמעות של יישום נוקשה של הכלל בדבר נתינים

34 ס' 1(3) אמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1979) (ההדגשה הוספה).

35 אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 453 (נפתחה לחתימה ב-1949) (נחתמה ואושררה ב-1951) (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית). ישראל אינה מכירה בתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית על הגדה המערבית ורצועת עזה. לביקורת על עמדה זו ראו ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 139–142 (2006). עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה הצהיר, עוד בתחילת שנות השבעים של המאה הקודמת, כי ישראל נוטלת על עצמה – אם כי כעניין של מדיניות, ולא מתוך מחויבות משפטית – לעמוד בהוראות ההומניטריות שמנויות באמנה גם ביחס לשטחים אלה.

36 Kagan 2007, לעיל ה"ש 31.

של מדינת אויב".<sup>37</sup> הוא ממשיך ומבהיר כי המושג "נתינים של מדינת אויב" מלאכותי עוד יותר כאשר מדובר בסכסוך עם גורמים לא-מדינתיים, דוגמת ארגוני טרור. קייגן מתאר את סעיף 44 לאמנת ג'נבה הרביעית כנסיגה מהדוקטרינה בדבר נתינים של מדינת אויב בנוסחה המסורתית הנוקשה (אשר בא לידי ביטוי, למשל, במעצר האנשים ממוצא יפני בארצות-הברית בזמן מלחמת-העולם השנייה<sup>38</sup>). סעיף 8 לאמנת הפליטים – אשר אומצה שנתיים לאחר אמנת ג'נבה הרביעית – מהווה לדבריו הרחבה של סעיף 44 לאמנת ג'נבה.<sup>39</sup> בעוד סעיף 44 עוסק באיסור נקיטת סנקציות כלפי פליטים שהם נתינים של מדינת אויב בזמן סכסוך מזוין (או כיבוש), סעיף 8 אינו מוגבל רק למצבים של סכסוך מזוין, ועשוי לחול לכאורה גם בזמנים של אי-שקט מדיני שאינו מגיע לכדי מלחמה ממש בין מדינות, כגון איום במלחמה, ניתוק יחסים דיפלומטיים או מתיחות אחרת בין המדינות.<sup>40</sup>

לאחר הצגת הדברים קייגן פונה לתאר את הסתייגותה של ישראל מסעיף 8 לאמנת הפליטים, אך מסתפק באמירה כי "המשמעות המשפטית של הסתייגות זו היא שולית; ישראל מחויבת עדיין לסעיף 3 [לאמנת הפליטים] (האוסר הפליה על בסיס ארץ מוצא), לסעיף 44 לאמנת ג'נבה הרביעית ולאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית".<sup>41</sup>

לפני שנפנה לדון בנפקות המשפטית של הסתייגותה של מדינת-ישראל מסעיף 8 לאמנה, חשוב לנסות להבין מהם אותם "אמצעים יוצאים-מן-הכלל" ("exceptional measures") שסעיף 8 ביקש להבהיר כי אין להפעילם ביחס לפליטים שהם נתינים של מדינת אויב. המונח אינו מוגדר באמנה, ומשמעותו אינה ברורה. מבחינה היסטורית, מדינות נקטו אמצעים מגוונים, ואף קיצוניים, ביחס לנתינים של מדינת אויב ששהו בשטח שבשליטתם, לרבות סנקציות כלכליות (כגון החרמת רכוש ואיסור ביצוע עסקאות מסוימות), איסור חברות בהתאגדויות, איסור שינוי שם, הגבלת מגורים, מעצר וגירוש.<sup>42</sup> עם זאת, נראה שחלק מאותם "אמצעים" אינם נתונים בידי מדינה החתומה על אמנת הפליטים ביחס לפליט, וזאת גם בהתעלם מהאיסור הקבוע בסעיף 8. כפי שכותב קייגן בצדק, אי-אפשר לפרש את הביטוי "אמצעים יוצאים-מן-הכלל" ככולל הרחקה למדינת המוצא או צמצום ההגדרה של "פליט" הקבועה בסעיף 1 לאמנה. כדבריו, "הסתייגותה של ישראל תוכל להשפיע לכל-היותר על הזכויות שפליטים [שהם נתינים של מדינת אויב – 'ל' יוכלו ליהנות מהם בישראל, אך היא לא תאפשר הדרה או הרחקה".<sup>43</sup>

קייגן צודק, ולדעתי ניתן להרחיב אמירה זו, וראוי אף להבהיר מה עומד בבסיסה.

37 שם, בעמ' 287 (התרגום שלי).

38 שם, בעמ' 275–280.

39 אין ספק שבמסגרת עבודת ההכנה של אמנת הפליטים התייחסו מנסחיה, כאשר דנו בס' 8, לס' 44 לאמנת ג'נבה הרביעית. ראו, למשל, PAUL WEIS, THE REFUGEE CONVENTION, 1951: THE TRAVAUX PRÉPARATOIRES ANALYSED, WITH A COMMENTARY 48–49 (1995). כן ראו Kagan, לעיל ה"ש 31, בעמ' 282–283.

40 שם, בעמ' 282–283.

41 שם, בעמ' 309 (התרגום שלי).

42 Ulrike Davy, Article 8, in THE 1951 CONVENTION RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES AND ITS 1967 PROTOCOL: A COMMENTARY 754, 771–772 (Andreas Zimmermann ed., 2011).

43 Kagan 2014, לעיל ה"ש 31, בעמ' 8 (התרגום שלי).

לדעתי, סעיף 42 לאמנת הפליטים, שכותרתו "הסתייגויות", הוא הבסיס הנורמטיבי הרלוונטי. סעיף זה קובע כי מדינה אינה יכולה להסתייג מהוראות סעיפים 1 (הגדרת ה"פליט"), 3 (איסור ההפליה), 4 (חופש הדת), 16 (זכות הגישה לערכאות במדינת המקלט) ו-33 (עקרון איסור ההחזרה) לאמנה, וזאת לצד סעיפים פרוצדורליים שונים. על-כן לא רק הרחקה וצמצום ההגדרה של "פליט" אינם יכולים להיחשב "אמצעים יוצאים-מן-הכלל" שניתן להשית על נתינים של מדינת אויב לנוכח ההסתייגות מסעיף 8, אלא גם פגיעה בחופש הדת ופגיעה בזכות הגישה לערכאות (לגבי עקרון איסור ההפליה ראו להלן). מובן שעשויות לחול מגבלות נוספות הנובעות מעקרונות כלליים של משפט בין-לאומי (קייגן מזכיר למשל, ובצדק, את עקרון המידתיות) או מגבלות הנובעות מהתחייבויות הסכמיות שונות (סעיף 44 לאמנת ג'נבה, למשל, שיידון להלן לעומק; וכן האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות<sup>44</sup>).

המסקנה הנובעת מן הדברים עד כאן היא שסעיף 8 לאמנת הפליטים מדבר על איסור נקיטת "אמצעים יוצאים-מן-הכלל", כגון סנקציות כלכליות ואולי אף מעצר. הוא אינו עוסק באיסור נקיטת אמצעים כגון הדרה מוחלטת מאמנת הפליטים או החזרת הפליט למקום שבו נשקפת לו סכנה. אמצעים אחרונים אלה אסורים מכל וכל, וזאת מכוח סעיף 42 לאמנת הפליטים, ולכן סעיף 8 לאמנה אינו עוסק בהם כלל. נובע מכך שהסתייגות מסעיף 8 אינה בבחינת היתר למדינה המסתייגת להחריג באופן מוחלט נתינים של מדינת אויב מאמנת הפליטים (כפי שעשוי להשתמע מסעיף 10 לנוהל) או לשלול מפליט זכויות שאסור למדינה להסתייג מהענקתן (על-פי סעיף 42 לאמנה), כגון הזכות לא להיות מוחזר למקום שבו נשקפת לו סכנה.<sup>45</sup> לצד זאת, הסתייגות של מדינה מסעיף 8 לאמנה אכן מאפשרת לה, לכאורה, להימנע מלהעניק לנתינים של מדינת אויב הטבות כלכליות שונות (כגון זכויות סוציאליות, הקבועות בסעיף 24 לאמנה). אם כן, האם לנוכח הסתייגותה של מדינת-ישראל מסעיף 8 מותר לה לנקוט אמצעים כלכליים אלה ביחס לפליטים פלסטינים? תשובתי לשאלה זו היא בשלילה, וזאת לנוכח מחויבותה של ישראל לסעיף 44 לאמנת ג'נבה הרביעית. עמדתי דומה אפוא לעמדתו של קייגן, אך היא אינה זהה לה. אפרט אותה בקצרה להלן.

לדעתי, הטיעון של קייגן בדבר העדר משמעות משפטית אופרטיבית להסתייגותה של ישראל מהוראת סעיף 8 לאמנת הפליטים, וזאת לנוכח שני המקורות האוסרים הפליה – האמנה לביעור הפליה גזעית ואיסור ההפליה הקבוע באמנת הפליטים – אינו משכנע. כאמור, סעיף 42 לאמנת הפליטים קובע מאילו סעיפים מדינה רשאית להסתייג בזמן חתימתה על האמנה,

44 לעיל ה"ש 21. ראו Davy, לעיל ה"ש 42, בעמ' 776–777.

45 כאמור, במבוא לנוהל נאמר מפורשות שכלל אי-ההחזרה (המנהגי) חל בישראל, וזאת לצד מחויבותה של ישראל לפי אמנת הפליטים. עם זאת, האמור לעיל – שלפיו הסתייגות מס' 8 לאמנה אינה יכולה להתפרש כהחרגת נתינים של מדינת אויב מהאמנה – פירושו שעקרון אי-ההחזרה הקבוע בס' 33 לאמנה (ולא רק העיקרון המנהגי, שעשוי להיות שונה קמעא מזה שמעוגן בס' 33 לאמנה, כמוסבר בה"ש 30 לעיל) חל גם ביחס לנתינים של מדינת אויב. זאת, לצד סעיפי אמנה נוספים, שהוזכרו לעיל, אשר ימשיכו גם הם לחול אף על פליטים ממדינת אויב. כפי שנאמר, הסתייגות מס' 8 לאמנה אינה בבחינת חחרגת נתינים של מדינת אויב מהאמנה, אלא משמעותה היא לכל-היותר שזכויות מסוימות, אשר נתונות ברגיל לפליטים לפי האמנה, לא יינתנו לפליטים שהם נתינים של מדינת אויב.

ומאילו אין היא רשאית להסתייג. סעיף 3 לאמנה – האוסר כאמור הפליה מטעמי גזע, דת או ארץ מוצא בהפעלת הוראות האמנה – הוא אחד מהסעיפים שמדינה אינה רשאית להסתייג מהם. לצד זאת, מדינה רשאית להסתייג מהוראת סעיף 8. מכאן אנו למדים שמנסחי האמנה סברו כי אין בהסתייגות מסעיף 8 כשלעצמה משום הפרה של סעיף 3. במילים אחרות, מנסחי האמנה סברו כי נקיטת "אמצעים יוצאים-מן-הכלל" כלפי נתינים של מדינת אויב היא בבחינת הבחנה מותרת, ולא הפליה, או לפחות שזו עמדה שיש לאפשר למדינה להחזיק בה. אם אין בהסתייגות מסעיף 8 משום הפרה של סעיף 3, העוסק ספציפית באיסור הפליה של פליטים על בסיס גזע, אזי קשה לטעון שיש בהסתייגות כזו משום הפרה של איסור כללי שקבוע באמנה האוסרת הפליה גזעית.<sup>46</sup>

אכן, במאמרו השני בנושא<sup>47</sup> קייגן אינו מזכיר עוד את שני המקורות הנורמטיביים האלה כעוגן לתקיפת סעיף 10 לנוהל רשות האוכלוסין לטיפול במבקשי מקלט. תחת זאת הוא מתמקד – בצדק, לדעתי – בטיעון שנעוץ באמנת ג'נבה הרביעית. הוא כותב כי "הואיל ולהסתייגות של ישראל מסעיף 8 [לאמנת הפליטים] יש רלוונטיות משפטית רק בסכסוכים לא-מזוינים, היא עשויה להצדיק רק סנקציות כלכליות נגד פליטים בישראל [שהם נתינים של מדינת אויב – ל]".<sup>48</sup>

קייגן צודק בסירובו להעניק להסתייגותה של מדינת-ישראל כוח משפטי שיש בו כדי לגבור על מחויבותה לפי סעיף 44 לאמנת ג'נבה הרביעית. אכן, הסתייגות כמוה כאי-נטילת מחויבות, הא ותו לו. ההסתייגות אולי שינתה את מערך הזכויות והחובות ההופלדיאני של הפליט ומדינת המקלט במישור של אמנת הפליטים, אך היא אינה יכולה לגבור על מחויבות ממקור אחר – אמנת ג'נבה הרביעית.

יש להבחין בין מצב שבו מדינה חותמת על התחייבות באמנה אחת ובמועד מאוחר יותר חותמת על התחייבות סותרת באמנה אחרת (סיטואציה א) לבין מצב שבו מדינה חותמת על התחייבות באמנה אחת ובמועד מאוחר יותר חותמת על הסתייגות מנוסח דומה של מחויבות זו המופיע באמנה אחרת (סיטואציה ב). בסיטואציה א מתעוררת התנגשות בין שתי מחויבויות,

46 על הקושי לטעון שאמנה כללית, דוגמת האמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית, גוברת על הוראות ספציפיות באמנת ג'נבה עמד קייגן עצמו (Kagan 2007, לעיל ה"ש 31, בעמ' 287), וטענה דומה ניתן לטעון גם ביחס לאמנת הפליטים. ביקורת על הסתמכותו של קייגן על מקור נורמטיבי זה הושמעה גם על-ידי ליאב אורגד "הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום (בעקבות בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים)" מחקרי משפט כה 485, 501 (2009).

47 Kagan 2014, לעיל ה"ש 31.

48 שם, בעמ' 8 (התרגום שלי). כמוסבר לעיל, העמדה שלפיה להסתייגות הישראלית יש השלכה רק בסכסוכים לא-מזוינים נובעת מכך שאמנת ג'נבה הרביעית – שאותה אשררה מדינת-ישראל – חלה רק במצבים של סכסוך מזוין (או כיבוש), ואילו ס' 8 לאמנת הפליטים חל גם במצבים של סכסוכים לא-מזוינים. הקביעה כי לנוכח זאת ניתן להטיל על פליטים שהם נתינים של מדינות אויב רק "אמצעים יוצאים-מן-הכלל" מהסוג הכלכלי מוסברת על בסיס עקרון המידתיות של המשפט הבין-לאומי. כדברי קייגן, "במקרה שאינו עולה כדי סכסוך מזוין או מצב חירום אמיתי שמאיים על חיי האומה ספק אם עומד למדינה אינטרס כבד-משקל דיו שמצדיק אמצעי קיצוני של מעצר, אשר אמנת ג'נבה הרביעית אוסרת אפילו בזמן מלחמה" (Kagan 2014, לעיל ה"ש 31, בעמ' 8; התרגום שלי).

ולפחות ככל שמדובר בשתי אמנות שאותן מדינות חתומות עליהן,<sup>49</sup> המחויבות לפי האמנה המאוחרת גוברת על המחויבות לפי האמנה המוקדמת. מדובר בביטול מכליל של המחויבות הקודמת, שאמנת וינה לדיני אמנות מכירה בו ומסדירה אותו. לעומת זאת, בסיטואציה ב אין לדבר על התנגשות בין מחויבויות, אלא יש התחייבות ולאחריה העדר התחייבות. במצב זה ברור שההתחייבות הראשונה בעינה עומדת.<sup>50</sup>

נותרנו אפוא עם מחויבותה של מדינת-ישראל לפי סעיף 44 לאמנת ג'נבה, האוסר נקיטת סנקציות (למשל, כלכליות) כלפי פליטים שהם נתינים של מדינת אויב בזמן סכסוך מזוין ובנסיבות של כיבוש. אני סבור כי מכוח העיקרון של קל וחומר, על מדינת-ישראל לתת לפליטים שהם נתינים של מדינת אויב אותה הגנה גם בנסיבות שבהן אמנת ג'נבה אינה חלה (דהיינו, בהעדר סכסוך מזוין מול מדינתו של הפליט או כיבוש שלה). תוצאה אחרת – שלפיה פליטים שהם נתינים של מדינת אויב יהיו זכאים להגנה פחותה דווקא כאשר הסכסוך חמור פחות – תהיה אבסורדית.<sup>51</sup> בכך אני חולק על קייגן, שסבור כי יש להסתייגותה של מדינת-ישראל מסעיף 8 לאמנה משמעות אופרטיבית (גם אם מוגבלת), המתבטאת בכך שבנסיבות שבהן אמנת ג'נבה אינה חלה יהיה אפשר להשית על פליטים שהם נתינים של מדינות אויב סנקציות כלכליות.<sup>52</sup> כך או כך, ייתכן שמדובר במחלוקת תיאורטית בלבד, ככל שמדובר בפליטים פלסטינים. זאת, בין משום שישראל היא כוח כובש ביחס לפלסטינים, ועל-כן היא

49 ראו ס' 30(3) לאמנת וינה לדיני אמנות (Vienna Convention on the Law of Treaties) (1969).  
 50 גם המצב המתואר בסיטואציה א אינו דרך-המלך, במיוחד מכיוון שבנסיבות שבהן לא אותן מדינות חתמו על האמנה המוקדמת ועל האמנה המאוחרת, המדינה שחתומה על ההתחייבויות הסותרות תמצא את עצמה חבה חובות סותרות כלפי מדינות שונות, כאמור בס' 30(4) לאמנת וינה לדיני אמנות, שם. אך זהו מצב נסבל, בבחינת "קצה גבול היכולת" לתת תוקף משפטי לשינוי לבבות של המדינה ביחס למחויבותה לנורמה משפטית כלשהי (אשר הוכר, כאמור, בס' 30 לאמנת וינה). התנערות ממחויבות קודמת באמצעות הסתייגות מאותה מחויבות עצמה (או דומה לה) שמופיעה באמנה מאוחרת היא מעבר ל"גבול היכולת" האמור. מדובר בפרקטיקה שהיה בה, אילו הייתה לה משמעות משפטית, כדי לפגוע בוודאות המשפטית. זוהי פרקטיקה שאינה מוכרת על-ידי אמנת וינה לדיני אמנות, ואשר אין טעמים טובים לקבלה.  
 51 התוצאה שלפיה אין משמעות אופרטיבית להסתייגותה של מדינת-ישראל מס' 8 לאמנה עשויה לעורר אי-נוחות. ככל הנראה התכוונה מדינת-ישראל שתהא להסתייגותה משמעות כזו, שאם לא כן היא לא הייתה טורחת להסתייג. אך העדר ההשפעה האופרטיבית נובע ממחויבותה הראשונה של ישראל לאמנת ג'נבה הרביעית, מהכללים המשפטיים בדבר הדרך לשנות מחויבויות הסכמיות של מדינות, ומהיגיון בריא שמבקש למנוע תוצאות אבסורדיות (לעיקרון שלפיו יש להימנע ככל האפשר מתוצאות אבסורדיות ראו, ולו כאנלוגיה, ס' 33(b) לאמנת וינה לדיני אמנות, שם). עובדה שיתכן שיש בה כדי "לרכך" את הקושי בקבלת תוצאה משפטית זו, בנסיבות הקונקרטיות שבהן עסקינן, היא שלאחר שאשררה ישראל, בשנת 1954, את אמנת הפליטים, וכללה את ההסתייגות מס' 8, אשררה ישראל, בשנת 1958, את האמנה בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות, כ"א 8, 553 (נפתחה לחתימה ב-1954). אמנה זו זהה כמעט לאמנת הפליטים, וס' 8 בה, העוסק ב"פטור מאמצעים יוצאים-מן-הכלל", זהה לחלוטין לס' 8 באמנת הפליטים (תוך החלפת המילה "פליט" במילה "מחוסר אזרחות"). ישראל לא הגישה כל הסתייגות מהסעיף האמור באמנת מחוסרי האזרחות. כלומר, יש כאן חוסר עקביות של מדינת-ישראל בנושא, המחזק את העמדה שלפיה אין מקום לתת תוקף משפטי להסתייגותה של מדינת-ישראל מס' 8 לאמנת הפליטים.  
 52 לעיל ה"ש 48 והטקסט שלידה.



מחויבת כלפיהם מכוח סעיף 44 (גם כאשר הם נמצאים במדינת הכובש),<sup>53</sup> ובין משום שבין ישראל לבין הפלסטינים שורר מצב של סכסוך מזוין.<sup>54</sup> שאלת המשמעות האופרטיבית של הסתייגותה של ישראל מסעיף 8 לאמנה לנוכח העובדה שהיא מחויבת לסעיף 44 לאמנת ג'נבה הרביעית, כמו-גם השאלה אילו "אמצעים יוצאים-מן-הכלל" המדינה רשאית להשית על פליטים ממדינות אויב, ככל שיש להסתייגות משמעות אופרטיבית כלשהי, מעולם לא נדונו בבית-המשפט הישראלי. במקרים המועטים שבהם נדונה בבתי-המשפט הוראת סעיף 10 לנוהל, הדיון היה שטחי ביותר.<sup>55</sup> השאלות כבודת-המשקל שנדונו לעיל נותרו עד כה ללא התייחסות שיפוטית, וקייגן הוא היחיד עד כה שכתב עליהן מהפן האקדמי.

לא ברור גם כיצד הוראת סעיף 10 לנוהל רשות האוכלוסין לטיפול במבקשי מקלט עולה בקנה אחד עם העובדה שלמן שנת 2013 בערך מבקשי מקלט מסודאן מגישים בקשות מקלט ליחידה הרלוונטית לטיפול בבקשות אלה ברשות האוכלוסין, ובקשותיהם נדונות על-פי הנוהל. זאת, חרף העמדה הראשונית של המדינה, בתגובתה לבג"ץ, שלפיה סודאן היא מדינה תומכת טרור אשר קיימת בה פעילות של תשתיות הג'יהאד האסלאמי ועל-כן קיימת ביחס לאזרחיה "חזקת מסוכנות לשלום הציבור ולבטחון המדינה"<sup>56</sup> (ומבלי ש"שינוי הלבבות" של המדינה בנושא הוסבר אי-פעם).<sup>57</sup> אכן, אלפי אזרחים סודאנים כבר הגישו בקשות למקלט מדיני

- 53 בפסק-דין Prosecutor v. Tadić, ICTY, Case no. IT-94-1, App. Ch., 2 Oct. 1995, para. 70 נפסק כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה בכל השטח המצוי בשליטתם של הצדדים לסכסוך המזוין, גם אם המעשה שחוקיותו נבחנת לא התבצע בשטח שבו התרחשה פעילות מזוינת. פסיקה זו עשויה לתמוך, ולו כאנלוגיה, בעמדה שלפיה ישראל מחויבת לס' 44 לאמנת ג'נבה גם כאשר הפליט הפלסטיני נמצא בשטחה של מדינת-ישראל, כלומר, מחוץ לשטח הכבוש.
- 54 האם בין ישראל לבין הפלסטינים קיים סכסוך מזוין? נראה שניתן להשיב על שאלה זו בחיוב, בקלות יחסית, ביחס לרצועת עזה שבשליטת חמאס. לגבי פלסטינים שנמצאים באיו"ש בכלל ובשטחי הרשות הפלסטינית בפרט השאלה עלולה להיות סבוכה יותר. בעבר השיב בית-המשפט העליון על שאלה זו בחיוב (ראו בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עיניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006)). גם פרקליטות המדינה הודיעה – למשל, בתשובתה לעתירה שעסקה בחוקתיותו של תיקון מס' 7 לחוק הנוזקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, אשר נועד למנוע מפלסטינים את האפשרות לתבוע פיצויים ממדינת-ישראל בגין נזקים שגרמו להם כוחות הביטחון – כי בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית שורר מצב מלחמה. ראו תגובה מיום 6.7.2006 לעתירה בבג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הבטחון, [www.hamoked.org.il/items/8294.pdf](http://www.hamoked.org.il/items/8294.pdf). דעה דומה הובאה אצל אורגד, לעיל ה"ש 46, בעמ' 489–491. עם זאת, לא ברור שניתן לבסס טענה זו גם בזמן כתיבת שורות אלה, ומדובר בשאלה נכבדה (שהתשובה עליה עשויה להשתנות מתקופה לתקופה, בנסיבות הסבוכות של הסכסוך הישראלי-פלסטיני).
- 55 ראו, למשל, עתירה שעסקה בבקשת מקלט מערב הסעודית: עת"ם (מנהליים ת"א) 1563/07 אלרחמאן נ' משרד הפנים – היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 30.10.2007).
- 56 תגובת המדינה מיום 7.5.2006 לעתירה בבג"ץ 3208/06 פלונים נ' ראש אגף המבצעים בצה"ל (עותק בידי המחבר).
- 57 עם זאת, יש לציין כי הנוהל אינו מגדיר מיהם "נתיני מדינות אויב או מדינות עוינות", וגם בתגובת המדינה לבג"ץ, שם, נמנעה הפרקליטות מלהגדיר את סודאן כ"מדינת אויב" ברחל בתך הקטנה. יש לציין עוד כי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, אינו כולל את סודאן כאחת מהמדינות שאזרחיהן אינם יכולים, ככלל, לקבל היתר שהייה בישראל (ארבע המדינות שמוזכרות בחוק, לצד "האזור" – איו"ש ורצועת עזה, הן איראן, לבנון, סוריה ועיראק).

בישראל לפי נוהל רשות האוכלוסין לטיפול במבקשי מקלט, ואחדים מביניהם אף קיבלו מעמד של פליטים.<sup>58</sup>

אם כן, עינינו הרואות: העמדה הישראלית שלפיה "נתינים של מדינות אויב" מוחרגים כביכול מאמנת הפליטים (כולה או חלקה), בין מכוח דוקטרינת ה־"enemy nationals" המסורתית ובין מכוח הסתייגותה של מדינת ישראל מסעיף 8 לאמנת הפליטים, מעוררת קשיים משפטיים משמעותיים, אשר לא זכו עד כה בליבון. מהסיבות שפורטו לעיל, סבורני שמדובר בעמדה שגויה.

## 2. סירובה של ישראל להחיל את אמנת הפליטים על פלסטינים

עד כה נסב הדיון על עמדת ישראל ביחס לפליטים שהם נתינים של מדינות אויב או מדינות עוינות. הדיון בפרק זה יעסוק בתת-קבוצה מבין אלה – הפליטים הפלסטינים. ביחס אליהם רשויות המנהל הישראליות מחזיקות בעמדה נחרצת אף יותר. לטענתן (אשר אושרה על-ידי בית-הדין לעררים ובית-המשפט לעניינים מנהליים בפרשת פלוני,<sup>59</sup> שתידון להלן), מבקשי מקלט פלסטינים מודרים באופן מוחלט מאמנת הפליטים,<sup>60</sup> וזאת על בסיס סעיף 1D, הקובע כך:

This Convention shall not apply to persons who are at present receiving from organs or agencies of the United Nations other than the United Nations High Commissioner for Refugees protection or assistance.

When such protection or assistance has ceased for any reason, without the position of such persons being definitively settled in accordance with the

58 ראו אילן ליאור "לראשונה העניקה ישראל מעמד פליט לאזרח סודאן" הארץ (23.6.2016) [www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.2985636](http://www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.2985636). עם זאת, לא ברור מהו המעמד המדויק שניתן לאותו מבקש מקלט סודאני שמסוקר בכתבה, מר מוטסים עלי. ראו לעניין זה ערר (עררים י-ם) 2150-16 אחמד נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 15.11.2017), שבו כותבת דיינת בית-הדין לעררים (פס' 22): "...גם מוטסים עלי, אשר בקשתו [למקלט מדיני – י' ל'] נבחנה לגופה ונמצא כי הוא עומד בקריטריונים למתן מעמד של פליט – לא קיבל מעמד של פליט על ידי שר הפנים, אלא מעמד מטעמים הומניטריים (הגם שלאורה המדובר באותו מעמד – רישום במעמד ארעי [תושב ארעי – י' ל'] במרשם האוכלוסין בישראל)". למעשה, יש תיעוד להענקת מעמד של פליט לאזרח סודאני עוד לפני הגעתם המסיבית של אזרחים ממדינה זו לישראל. ראו עת"ם (מנהליים ת"א) 2111/08 דוקה נ' עיריית תל-אביב-יפו (פורסם בנבו, 16.3.2009).

59 ערר (עררים ת"א) 14-2250 פלוני נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 7.3.2016) (להלן: ערר פלוני); עמ"נ (מנהליים ת"א) 16-04-6666 פלוני נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט מדיני (פורסם בנבו, 7.7.2016) (להלן: עמ"נ פלוני).

60 יש לציין שוב כי באופן עקרוני הדרתם של מבקשי מקלט פלסטינים מאמנת הפליטים אין פירושה שעקרון אי-החזרה המנהגי אינו חל עליהם – ראו ה"ש 30 והטקסט שלידה. עם זאת, כפי שיפורט בהמשך, מדינת-ישראל דורשת מסייענים פלסטינים נטל ראייה גבוה ביחס לסכנה שצפויה להם, ומקריאת הפסיקה עולה כי היא אינה מוכנה לתת להם אפילו הגנה של אי-הרחקה כאשר יש להם עבר פלילי "משמעותי".

relevant resolutions adopted by the General Assembly of the United Nations,  
these persons shall ipso facto be entitled to the benefits of this Convention.

אקדים ואומר כי עמדתם של גורמי המדינה היא שפלסטינים מקבלים סיוע מאונר"א (UNRWA), סוכנות הסעד והתעסוקה של האו"ם לפליטי פלסטין במזרח הקרוב, ולכן – בהתאם לפסקה הראשונה של סעיף 1D – הם אינם זכאים ליהנות מהגנתה של אמנת הפליטים.<sup>61</sup> כפי שאראה להלן, עמדה פרשנית זו לא התקבלה בשום טריבונל שיפוטי בעולם, והיא אינה מקובלת על נציבות האו"ם לפליטים.

סעיף 1D לאמנה מעורר שלוש שאלות פרשניות: (1) מיהם אותם "בני אדם המקבלים כיום הגנה או סיוע" מאונר"א, במשמעות של הפסקה הראשונה לסעיף 1D? (2) מהן הנסיבות שבהן "פסקו ההגנה או הסיוע" של אונר"א ביחס למבקש מקלט פלסטיני, במשמעות של הפסקה השנייה לסעיף 1D? (3) באיזה אופן יש לפרש את הוראת הפסקה השנייה של סעיף 1D, הקובעת כי בנסיבות של הפסקת ההגנה או הסיוע מבקש המקלט זכאי "מעצם העניין (ipso facto) ליהנות מאמנה זו"? האם מבקש המקלט הפלסטיני נדרש בנסיבות אלה להוכיח את יסודות ההגדרה של "פליט" הקבועים בסעיף 1A, כמו כל מבקש מקלט, או שמא אין צורך בכך?<sup>62</sup>

בנוגע לשאלה הראשונה, עמדה אחת, שהתקבלה בבריטניה,<sup>63</sup> היא שלנוכח לשון ההווה של הסעיף ("persons who are at present receiving... protection or assistance"), הוא חל אך ורק על פלסטינים שבזמן פתיחת האמנה לחתימה (1951) קיבלו סיוע מאונר"א. זו גם עמדתם של המלומדים המובילים בתחום דיני הפליטים Hathaway ו-Foster.<sup>64</sup> עמדה אחרת (שמתפצלת לשתי תת-עמדות) היא שנקודת הזמן הרלוונטית היא לא 1951, אלא מועד הבדיקה של בקשת המקלט שהגיש מבקש המקלט הפלסטיני, וכי בנקודת זמן זו יש לבחון אם מבקש המקלט רשום באונר"א כמי שמבקש לקבל סיוע (תת-עמדה א)<sup>65</sup> או אם מבקש המקלט רשאי להירשם לקבלת סיוע כאמור, על-פי הכללים שפרסמה אונר"א (תת-עמדה ב).<sup>66</sup> ראוי להדגיש

61 ראו ס' 16 ל"סיכום עבודת הצוות הבינמשרדי בעניין פלסטינים הטוענים למאוימות שלא בשל חשד לשיתוף פעולה עם ישראל" (16.11.2014, הראל לוקר יו"ר) <http://bit.ly/2tI1vuG> (להלן: עבודת הצוות הבין-משרדי בעניין פלסטינים מבקשי מקלט), אשר מצורף להודעת המדינה בבג"ץ 5200/09 פלוני נ' מדינת ישראל, ובו נכתב, לאחר אזכור ס' 1D לאמנה, כי "עמדתה של מדינת ישראל... היא שהאמנה אינה חלה על פלסטינים". כן ראו את עמדת המדינה כפי שהיא מצוטטת בפסק-דין של בית-הדין לעררים בערר פלוני, לעיל ה"ש 59, ס' 5 לפסק-הדין.

62 שלוש השאלות, בנוסח שונה מעט, מוצגות אצל HATHAWAY & FOSTER, לעיל ה"ש 24, בעמ' 513.

63 El-Ali v. Secretary of State for the Home Department, [2002] EWCA Civ 1103.

64 HATHAWAY & FOSTER, לעיל ה"ש 24, בעמ' 513–515.

65 זו, למשל, עמדתו של בית-הדין לצדק של האיחוד האירופי: Bolbol v. Hungary, C-31/09, [2010] ECR I-05572.

66 זו, למשל, עמדתה של נציבות האו"ם לפליטים: UNHCR, Guidelines on International Protection No. 13: Applicability of Article 1D of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees to Palestinian Refugees, December 2017, paras. 12–13 (להלן: עמדת נציבות האו"ם לפליטים).

לעניין זה כי מובן שלא כל הפלסטינים תושבי איו"ש ועזה זכאים לסיוע מאונר"א על-פי המנדט של הארגון. ככלל, הזכאות נתונה לפלסטינים שנעקרו מבתיהם בשנת 1948 ביישובים שנהפכו לחלק מישראל בקווי שביתת-הנשק, לאלה שנעקרו מבתיהם במלחמת ששת-הימים (1967) ולצאצאיהם. פלסטינים רבים המתגוררים בשטחי איו"ש (ואף מיעוט מבין אלה המתגוררים בעזה) אינם עונים על תבחינים אלה, ועל-כן אינם זכאים לכל סיוע מאונר"א.<sup>67</sup> בנוגע לשאלה השנייה, העמדה המקובלת בטריבונלים רבים ברחבי העולם, כמו-גם על נציבות האו"ם לפליטים, היא שמבקש מקלט פלסטיני שנמצא מחוץ לשטח המנדט של אונר"א, הוא אדם ש"פסקו ההגנה או הסיוע" של אונר"א ביחס אליו (ובלבד שהוא אינו יכול לחזור לשטח המנדט של אונר"א בבטחה). כפי שכתב יונתן ברמן, "במקרים שבהם ניתן להחזירם בשלום לשטח שבו יקבלו סיוע מאונר"א, אין מניעה לעשות זאת. ואולם, במקרים שבהם פלסטיני שזכה לסיוע כזה נאלץ לעזוב בשל סכנה הנשקפת לשלומו והיעדר אפשרות לזכות להגנה מפניה במקום שאותו עזב, מתקיים הסייג שבפסקה השנייה לסעיף D.1, והוא נחשב למי שהסיוע או ההגנה שניתנו לו פסקו".<sup>68</sup> ראוי להזכיר לעניין זה כי אונר"א היא סוכנות סעד שעוסקת בתחומי החינוך, הבריאות, הרווחה וכיוצא בהם. אין לה כוחות שיטור, וספק אם ביכולתה לתת הגנה לאדם הטוען כי נשקפת לו סכנת נקם כאשר כוחות הביטחון הפלסטיניים אינם רוצים או אינם מסוגלים להגן עליו, לא כל שכן אם כוחות אלה רודפים אותו בעצמם.

השאלה השלישית שהוצגה לעיל עוסקת במשמעות ההוראה הקבועה בפסקה השנייה של סעיף ID, שלפיה "פסקו ההגנה או הסיוע האמורים... יהיו אנשים אלה זכאים מעצם העניין (ipso facto) ליהנות מאמנה זו". יש טריבונלים<sup>69</sup> שפירשו את ההוראה כך שמבקש מקלט פלסטיני שאינו מקבל את הגנת אונר"א זכאי להגנתה של אמנת הפליטים, בלא כל צורך להוכיח שהוא מקיים את יסודות ההגדרה של "פליט" שבסעיף 1A(2) לאמנה ("פחד מבוסס להיות נרדף" וגו'). זו גם העמדה של נציבות האו"ם לפליטים<sup>70</sup> ושל מלומדי משפט שונים.<sup>71</sup> טריבונלים אחרים קבעו כי מבקש מקלט פלסטיני, כמו כל מבקש מקלט, נדרש להוכיח יסודות אלה.<sup>72</sup>

ניתן להיווכח אפוא שאף-על-פי שיש מגוון דעות בנוגע לפרשנות של סעיף ID לאמנה, שום בית-משפט לא קיבל את העמדה שכל פלסטיני, באשר הוא פלסטיני, מודר מאמנת

67 יונתן ברמן "פליטים להט"בים בישראל" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 1073, 1111 (עינב מורגנשטרן, ניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016); עמדת נציבות האו"ם לפליטים, לעיל ה"ש 66, פס' 8.

68 ברמן, לעיל ה"ש 67, בעמ' 1112, וההפניות בה"ש 144. כן ראו עמדת נציבות האו"ם לפליטים, לעיל ה"ש 66, פס' 19 ו-f-22.

69 ראו, למשל, את פסק-דינו של בית-הדין לצדק של האיחוד האירופי: Mostafa Abed El Kareem El Kott and Others v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, Case C-364/11.

70 עמדת נציבות האו"ם לפליטים, לעיל ה"ש 66, פס' 29.

71 ראו, למשל, GUY S. GOODWIN-GILL & JANE McADAM, THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW 159 (3<sup>rd</sup> ed. 2007).

72 ראו, למשל, פסק-דין של הרכב מורחב של בית-הדין הפדרלי באוסטרליה: Sahtout v. Minister for Immigration & Multicultural Affairs, [2002] FCAFC 16, [2002] FCA 114.

הפליטים, יהיו נסיבותיו אשר יהיו. העמדה הרווחת במדינות המערב היא שיש לנקוט פרשנות מצמצמת של הפסקה הראשונה של סעיף 1D (בהתאם להלכה הכללית הקובעת כי יש לפרש בצמצום את סעיפי ההדרה – exclusion clauses – שבאמנה<sup>73</sup>). חריגותה של העמדה הישראלית נובעת מכך שהיא מדירה מאמנת הפליטים – על הסף ובאופן גורף – גם מבקשי מקלט פלסטינים תושבי השטחים הכבושים שאינם רשומים ואינם זכאים להיות רשומים לקבלת סעד מאונר"א, שכן הם אינם עומדים בכללים של אונר"א לקבלת סיוע (לדוגמה, משום שמשפחתם התגוררה באיו"ש עוד לפני 1948 ומעולם לא נעקרה ממקומה).

עמדה זו נדונה לאחרונה על-ידי בית-הדין לעררים, הפועל מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.<sup>74</sup> באותו מקרה דובר בפלסטיני בשנות החמישים לחייו שנולד בכפר ליד ג'נין, ואשר טען כי נשקפת לו סכנה בשטחי איו"ש עקב שיתוף-הפעולה שלו עם גורמי הביטחון בישראל. תחילה הוא פנה לאפיק ההגנה הייחודי המיועד לפלסטינים המעלים טענה בדבר סכנה על רקע שיתוף-פעולה עם ישראל, והגיש בקשה להגנה מ"ועדת המאוימים" (על מנהלת הסיוע ועל ועדת המאוימים – שני גופים מנהליים שמופקדים על בדיקת בקשות להגנה על רקע שיתוף-פעולה עם כוחות הביטחון הישראליים – ראו פירוט בפרק הבא). הוועדה דחתה את בקשתו להיות מוכר כ"מאוימים", ועתירתו לבג"ץ נדחתה. שופטי ההרכב כתבו:

מן המידע שהובא בפנינו [במעמד צד אחד – י' ל'] עולה כי העותר לא סיע באופן משמעותי לגורמי הביטחון, מעבר לאותן ידיעות בודדות שצינו הגורמים המשטרתיים בוועדה; ולעומת זאת לפי המידע הקיים, בראיות המינהליות בהן עיינו, יש חשש של ממש כי העותר עצמו מעורב במידה מסוימת בפלילים. לדעת גורמי הביטחון... – ולפי מקורות מודיעיניים – אין מידע עדכני בדבר קיומם של איומים על חייו באזור. בשורה התחתונה... לא מצאנו כי החלטת המשיבים סוטה באופן המצדיק את התערבותנו.<sup>75</sup>

חרף הכרעת בג"ץ נותר פלוני בישראל. לאחר זמן-מה הוא פנה ליחידת הטיפול במבקשי מקלט שברשות האוכלוסין וההגירה, טען כי בידו מידע חדש על-אודות הסכנה שצפויה לו באיו"ש, וביקש לקבל מעמד של פליט לפי אמנת הפליטים (על הסיבה המשוערת ל"התעקשות" לפנות לנתיב זה ראו דיון בפרק הבא). בית-הדין לעררים דחה את הערר שהגיש פלוני, תוך שהוא מציין כי –

מדינת ישראל מחויבת כאמור להוראות אמנת הפליטים, אשר סעיף ההדרה שבה קובע כי [האמנה] לא תחול על בני אדם המקבלים סיוע מסוכנות אחרת

73 ראו, לדוגמה, את פסק-דינו של בית-הלורדים הבריטי: Al-Sirri v. Secretary of State for the Home Department, [2012] UKSC 54, para. 75. כן ראו ס' 3–4 להנחיות של נציבות האו"ם לפליטים: UNHCR, Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (Sep. 4, 2003).

74 ראו ערר פלוני, לעיל ה"ש 59.

75 בג"ץ 9482/11 פלוני נ' שר הפנים, פס' מד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 7.1.2013).

של האו"ם. משאין חולק כי אונר"א הינה סוכנות של האו"ם אשר אמונה על עניינם של פלסטינים ומסוגלת ליתן להם סעדים, נראה כי עמדת המשיב לפיה סעיף ההדרה חל על פלסטינים מצויה בתוככי מתחם הסבירות ולא הוצגה עילת התערבות בה.<sup>76</sup>

בית-הדין ציין עוד כי המדינה –

רשאית... לפרש כראות עיניה את אמנת הפליטים, ובלבד שפרשנותה הינה סבירה והגיונית, ושומרת נאמנה על עקרון אי ההחזרה, כך שתוגשם תכלית האמנה. דומה כי פרשנות המדינה לסעיף ההדרה, בתוספת המנגנון המשלים שהעמידה לצורך בחינת עניינם של פלסטינים (ועדת המאוימים), עונה על עקרונות אלה.<sup>77</sup>

והוסיף:

עמדת המדינה לפיה אין להחיל על פלסטינים את אמנת הפליטים, כאשר הם מצויים בישראל ומבקשים הגנה... מתיישבת טוב יותר עם הגדרת 'פליט' באמנת הפליטים, בהתחשב במורכבות היחסים שבין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית ותושביה...<sup>78</sup>

כפי שכתבתי בהרחבה במקום אחר,<sup>79</sup> מדינה אינה רשאית לפרש אמנה "כראות עיניה", אפילו אם מוסיפים את הסייג שעל הפרשנות "כראות עיניה" להיות "סבירה והגיונית". האופן שבו על כל מדינה לפרש אמנה קבוע בסעיפים 31–32 לאמנת וינה לדיני אמנות, שהם בבחינת דין מנהגי<sup>80</sup> (ומכאן שישראל מחויבת להם אף שהיא מעולם לא התחייבה באמנה). למדינות אין "מתחם סבירות פרשני" כאשר הן מפרשות סעיפי אמנה, ועליהן לעשות כל מאמץ למצוא את התשובה הנכונה האחת לכל שאלה פרשנית שעולה מאמנה כלשהי, באמצעות כללי הפרשנות שבאמנת וינה. עמד על כך בית-הלורדים, כאשר פסק:

כמו ביחס לאמנות רב-צדדיות אחרות, גם את אמנת הפליטים יש לפרש לפי הפרשנות העצמאית הנובעת מהמקורות המצוינים בסעיפים 31 ו-32 [לאמנת וינה לדיני אמנות], ומבלי שהפרשנות תושפע מהמאפיינים הייחודיים של

76 ערר פלוני, לעיל ה"ש 59, פס' 20 לפסק-הדין.

77 שם, פס' 25 לפסק-הדין.

78 שם, פס' 26 לפסק-הדין.

79 Yuval Livnat, *Can Israel Freely interpret the Refugee Convention (When It Comes to Palestinian Asylum Seekers)?*, <http://www.reflaw.org/can-israel-freely-interpret-the-refugee-convention-when-it-comes-to-palestinian-asylum-seekers/>

80 Territorial Dispute (Libya v. Chad), 1994 ICJ 4, 16; Golder v. United Kingdom, 18 Eur. Ct. Hum. Rts. (ser A) No. 18 (1975).

שיטת המשפט של מדינה כלשהי שהיא צד לאמנה. בעיקרון, על-כן, תיתכן רק פרשנות נכונה אחת לאמנה.<sup>81</sup>

זאת ועוד, אחד הציוויים המוכרים במשפט הבין-לאומי הוא שעל מדינות לשאוף לפרש וליישם את הנורמות של המשפט הבין-לאומי באופן הרמוני. עיקרון זה הוזכר פעמים רבות בפסיקה בנושא אמנת הפליטים על-ידי בתי-משפט ברחבי העולם.<sup>82</sup> חוקרי משפט אף מצאו כי דיני הפליטים, ובעיקר הפרשנות של סעיף 1 לאמנה (הגדרת ה"פליט", על כל רכיביה וסייגיה), מהווים תחום ייחודי שבו התייחסותן של מדינות זו לפרשנותה של זו והמאמצים הבין-לאומיים לפסיקה אחידה בולטים במיוחד.<sup>83</sup> כפי שהראיתי בתחילת פרק זה, הפרשנות הישראלית אינה מקובלת בשום מדינה אחרת בעולם, ושום מלומדת משפט אינה מחזיקה בה. אם כן, זוהי סיבה נוספת להטיל ספק בפרשנות זו.

ראוי לציין כי בעוד בציטוט השני מפסק-הדין של בית-הדין לעררים, שהובא לעיל,<sup>84</sup> בית-הדין קובע כלל פרשני – שגוי, לטעמי – שלפיו מדינה זכאית לפרש הוראת אמנה כראות עיניה, במגבלות מסוימות שצוינו בפסק-הדין, הציטוט הראשון<sup>85</sup> אינו עוסק בכלל הפרשני, אלא בביקורת השיפוטית של בית-הדין על הפרשנות שמשרד הפנים נוקט. מדובר בכלל שמזכיר את הלכת *Chevron* האמריקאית,<sup>86</sup> שלפיה בית-המשפט ייטה לא להתערב באופן שבו הרשות המנהלית מפרשת דברי חקיקה מסוימים, ככל שמדובר בפרשנות סבירה שלהם. יש להתפלא על עמדתו זו של בית-הדין, שהרי בישראל מעולם לא אומצה הלכת *Chevron* – לא לעניין

Regina v. Secretary of State for the Home Department, *ex parte* Adan (HL), [2001] 2 AC 516–517 (Lord Steyn) (התרגום שלי; הטקסט המקורי: "[A]s in the case of other multilateral treaties, the Refugee Convention must be given an independent meaning derivable from the sources mentioned in articles 31 and 32 [of the Vienna Convention on the Law of Treaties] and without taking color from distinctive features of the legal system of any individual contracting state. In principle therefore there can only be one true interpretation of a (treaty)".) 81

NBGM v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, ראו, לדוגמה, [2006] FCAFC 60 ("Considered decisions of foreign courts, in particular appellate decisions, should be treated as persuasive in order to strive for uniformity of interpretation of international conventions... It is desirable that obligations of the host states under an instrument such as the Convention be consistently interpreted in order that there be uniformity of approach not only as to host state rights and obligations, but also as to the derivative legal position of refugees thereunder"); Fornah v. Secretary of State for the Home Department, [2006] UKHL 46, para. 10 ("Since the Convention is an international instrument which no supra-national court has the ultimate authority to interpret, the construction put upon it by other states, while not determinative... is of importance...") 82

Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy*: בעמ' 4–5, HATHAWAY & FOSTER, לעיל ה"ש 24, *The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*, 102 AM. J. INT'L L. 241, 262–267 (2008) 83

ראו לעיל ליד ה"ש 77. 84

ראו לעיל ליד ה"ש 76. 85

*Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984) 86

פרשנותם של חוקי המדינה<sup>87</sup> ובוודאי לא לעניין פרשנותו של הדין הבין-לאומי. יתר על כן, גם בארצות-הברית, ארץ הולדתה של ההלכה, נמתחה ביקורת נוקבת על יישומה בתחום של פרשנות אמנות.<sup>88</sup> נטען כי ביישום הלכה זו (שלפיה בית-המשפט, שאמור ליישם את הדין הבין-לאומי, נותן משקל רב (deference) לאופן שבו הממשל האמריקאי מפרש הוראת אמנה כלשהי) יש כדי לקרב את ארצות-הברית להפרת הכלל הבסיסי בדיני אמנות, הקבוע בסעיף 26 לאמנת וינה, ולפיו על מדינות לקיים בתום-לב את האמנות שעליהן חתמו.<sup>89</sup> לעניין זה ראוי להזכיר גם את עמדת המכון למשפט בין-לאומי (Institut de Droit International), שקבע כי "על בתי-משפט מדינתיים להפגין עצמאות מלאה כאשר הם מפרשים אמנה, ולעשות כל מאמץ לפרש אותה כפי שטריבונל בין-לאומי היה מפרשה, תוך הימנעות מפרשנויות המושפעות מאינטרסים מדינתיים".<sup>90</sup>

קביעתו של בית-הדין לעררים שהובאה בציטוט השלישי דלעיל,<sup>91</sup> שלפיה ישראל רשאית לפרש את האמנה באופן ייחודי "בהתחשב במורכבות היחסים שבין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית ותושביה",<sup>92</sup> עומדת בניגוד לעמדתו של המכון למשפט בין-לאומי. בית-הדין מבלבל בין המשפט הבין-לאומי, שהוא מערכת של כללים שנקבעו מראש, לבין התחום של יחסים בין-לאומיים, שבו כל מדינה מנסה לקדם את האינטרסים שלה, לעיתים ללא מחויבות לכללים כלשהם.<sup>93</sup> מעבר לכך, לא ברור מדוע יש ב"מורכבות היחסים" בין ישראל לבין הפלסטינים כדי להשפיע על זכותו של פלסטיני שסייע לישראל לקבל ממנה הגנה לפי האמנה.

87 ראו בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 559 (1990); בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 307 (1987) ("מבין שני פירושים סבירים לחוק על בית המשפט לבחור בפירוש שנראה לו; מבין שתי דרכי ביצוע סבירות יסמוך בית המשפט ידו על דרך הביצוע שנראית לגורם המבצע"); בג"ץ 2355/98 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 743–746 (1999). לעמדה שונה, המלמדת על נכונות לאמץ את עקרונותיה של הלכת *Chevron*, ראו את פסק-דינו של השופט ג'ובראן בע"א 976/06 מרום נ' נציבות מס הכנסה – פקיד שומה באר-שבע (פורסם בנבו, 6.11.2008).

88 Evan Criddle, *Chevron Deference and Treaty Interpretation*, 112 YALE L.J. 1927 (2003)

89 Evan Criddle, *The Vienna Convention on the Law of Treaties in U.S. Treaty Interpretation*, 44 VA. J. INT'L. L. 431, 481 (2004)

90 The Activities of National Judges and the International Relations of their State, Article 5(3), [http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1993\\_mil\\_01\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1993_mil_01_en.pdf) (התרגום שלי).

91 ראו לעיל ליד ה"ש 78.

92 הדין מפנה בעניין זה לבג"ץ 2690/09 "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 28.3.2010). אף שיש צדק באמירתו של הדיין כי בפסק-דין זה ניתן למצוא אחיזה מסוימת לעמדתו, ראוי לומר, בכל הכבוד, שמדובר בפסק-דין מבלבל ביותר של בג"ץ, אשר במקומות מסוימים מדבר על פרשנות האמנה בהתאם לנסיבותיה הייחודיות של ישראל (פס' 7 לפסק-הדין), במקומות אחרים על יישום האמנה בהתאם לנסיבותיה הייחודיות של ישראל (פס' 14 לפסק-הדין), ולעיתים על יישום ופרשנות גם-יחד (פס' 13 לפסק-הדין). כך או כך, הלכה סדורה לא נכתבה בפסק-דין זה, כך שלמצער, לנוכח חזקת ההתאמה בין המשפט הישראלי למשפט הבין-לאומי, ראוי לקרוא את פסק-הדין ככזה שמדבר רק על יישום האמנה בהתאם לנסיבותיה הייחודיות של מדינת-ישראל.

93 אין באמור במשפט זה כדי לדחות את ביקורתם של אנשי הניתוח המשפטי של המשפט (CLS) שלפיה הכללים המשפטיים עצמם הם לא אחת תולדה של יחסי כוחות פוליטיים, וכן ששופטים רבים מיישמים את תפיסת-עולמם הפוליטית במסגרת שיקול-הדעת השיפוטי שיש להם



על פסק-דינו של בית-הדין לעררים הוגש ערעור לבית-המשפט לעניינים מנהליים. בית-המשפט דחה את הערעור, תוך שהוא מאמץ לכאורה את נימוקיו של בית-הדין לעררים במלואם. עם זאת, השופטת שטופמן, שדנה בערעור, הוסיפה:

...אינני מקבלת את בקשת המערער להגיש ראייה נוספת במסגרת הערעור להוכחת העובדה שאיננו מקבל סיוע מאונר"א [מכיוון שהוא אינו עומד כלל בתבחינים לקבלת סיוע לפי המנדט של אונר"א – י' ל'].

גם אם נכונה, בהיבט מסוים, טענת המערער כי קיימת סמכות מקבילה ליחידת RSD [יחידת הטיפול במבקשי מקלט ברשות האוכלוסין וההגירה – י' ל' דון בטענותיו, בשל חלות האמנה עליו מאחר שלטענתו אינו זכאי להגנה מאונר"א, ואינני קובעת כלל ועיקר, כי כך הדבר, עדיין נראה כי מחייבת הפסיקה הענפה שקבעה כי 'ועדת המאוימים' היא הפורום הנכון לדון בטענות מסוג טענותיו של המערער.<sup>94</sup>

מפסקה זו עולה עמדה משפטית שונה, ויש בה כדי לבלבל את קוראת פסק-הדין באשר לשאלה מה נפסק בו ביחס לפרשנות של סעיף 1D. מהפסקה שצוטטה עולה לכאורה שניתן להשאיר ב"צריך עיון" את שאלת תחולתו של סעיף 1D על פלסטינים שאינם עומדים בתבחינים לטיפול של אונר"א. זאת, לנוכח הקביעה כי אף אם סעיף 1D אינו מחריג את הפלסטינים הללו מתחולתה של אמנת הפליטים, עדיין אין פגם שבדין בהפנייתם לנתיב של 'ועדת המאוימים', תחת הגשת בקשה למקלט מדיני ביחידת הטיפול במבקשי מקלט שברשות האוכלוסין וההגירה. בכך פסקה זו סוטה מהדברים שנכתבו בשאר חלקי פסק-הדין.<sup>95</sup> כמו-כן, כפי שאראה להלן, עמדה זו – הפניית מבקש המקלט הפלסטיני למסלול הייחודי – גם אינה עומדת בדרישותיו של המשפט הבין-לאומי.

(ולפעמים, במודע או לא במודע, אף במקרים שבהם לא אמור להיות להם שיקול-דעת שיפוטי). למרות ביקורת זו, תפיסה שאינה צינית כלפי המשפט גורסת כי משנקבעו הכללים, וכל עוד אין לשופט שיקול-דעת שיפוטי על-פי כללי השיטה עצמם (ויש שיטענו, כמו דונלד דוורקין, שלעולם אין להם שיקול-דעת "חזק"), שומה עליו ליישם גם אם הם עומדים בניגוד לתפיסת-עולמו, ובהקשר של המשפט הבין-לאומי – גם אם הכללים אינם מקדמים את האינטרסים של המדינה שבה השופט פועל.

94 עמ"נ פלוני, לעיל ה"ש 59, פס' ז לפסק-הדין. לנוכח האמור בפס' 21 לפסק-דינו של בית-הדין לעררים בערר פלוני, לעיל ה"ש 59 ("אכן, העורר הציג מכתב מסוכנות אונר"א לפיו העורר אינו רשום בסוכנות... אך ממכתב זה לא עולה כלל כי העורר ביקש להרשם בסוכנות ונדחה, או כי קיימת מניעה לכך שאונר"א תסייע לו"), עולה השאלה אם גם בית-הדין "השאר פתח" לקביעה שס' 1D אינו חל על פלסטינים שאונר"א מסרבת לטפל בהם (משום שהם אינם נופלים במסגרת המנדט של הארגון).

95 לדוגמה, שורות אחדות לאחר הדברים שצוטטו לעיל כותבת השופטת שטופמן: "מקובל עלי ניתוח יסודות ההוראות המהותיות של האמנה, כפי שנקבעו בהחלטת בית הדין לעררים. אכן נראה לי כי המדינה רשאית לפרש כראות עינה את אמנת הפליטים, ובלבד שפרשנותה תהיה סבירה והגיונית, תוך שמירה על עקרונות יסוד, לרבות עקרון אי ההחזרה" (עמ"נ פלוני, לעיל ה"ש 59, פס' ז לפסק-הדין).

בית-המשפט העליון פסק, בצדק, כי "בעוד אמנת הפליטים קובעת את ההוראות המהותיות בדבר מעמדם של פליטים, היא מותירה למדינות החברות את החירות לעצב את סדרי הדין והראיות ליישומן".<sup>96</sup> האם נובע מכך שאין כל פגם בהפניית מבקשי המקלט הפלסטינים למסלול הפלסטיני הייעודי (מנהלת הסיוע או ועדת המאוימים) בעוד יתר מבקשי המקלט מופנים ליחידת הטיפול במבקשי מקלט? אילו דובר במסלול של "נפרד אבל שווה", ייתכן שהיה מדובר בשאלה כבדת-משקל. אולם בהקשר הישראלי זוהי שאלה תיאורטית, שכן המסלולים האמורים הם נפרדים ואינם שווים. כפי שאראה בהרחבה בפרק הבא, המשמעות של טיב המידע המודיעיני שסיפק הסייען וההשלכה שיש לעבר הפלילי שלו – ואלה רק שתי דוגמאות<sup>97</sup> – עשויות להוביל לתוצאות שונות של הגנה בשני המסלולים. מכאן ששאלת ההפרה של הדין הבין-לאומי ביחס למבקשי המקלט הפלסטינים, אשר מופנים למסלול "ייחודי", בעינה עומדת. על-כן אי-אפשר להשאיר את שאלת הפרשנות של סעיף 1D לאמנה ב"צריך עיון".

על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בעמ"נ פלוני הוגשה בקשת רשות ערעור,<sup>98</sup> אך היא נדחתה מבלי שבית-המשפט העליון הכריע בסוגיה העקרונית של סעיף 1D,<sup>99</sup> אם כי תוך הבהרה של בית-המשפט, במסגרת הדין,<sup>100</sup> כי הסוגיה תוכל להידון בתיקים האחרים שתלויים ועומדים לפני בית-המשפט. הכוונה לאגד של עתירות שתלויות ועומדות לפני בית-המשפט ואשר עניינן פלסטינים הטוענים לרדיפה בשטחי הרשות הפלסטינית על בסיס נטייתם המינית או מסיבות מגדריות.<sup>101</sup> נכון לזמן כתיבתן של שורות אלה, השאלה העקרונית של פרשנות

96 עע"ם 8870/11 גונזלס נ' משרד הפנים, פס' 10 (פורסם בנבו, 25.4.2013).  
 97 הבלדים נוספים בין שני המסלולים, כגון נטל הוכחה גבוה יותר הרובץ על מבקשי הגנה במסלול הפלסטיני הייעודי לעניין הסכנה שצפויה להם, מפורטים בבקשה להצטרף כידיד בית-המשפט שהגיש המוקד לסיוע לפליטים ולמהגרים לבית-המשפט העליון במסגרת בקשת הרשות לערער על פסק-דינה של השופטת שופטמן בעמ"נ פלוני – בר"ם 5764/16 פלוני נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל (פורסם בנבו, 30.11.2016). יצוין, למען הגילוי הנאות, כי הבקשה הוגשה על-ידי עו"ד אלעד כהנא מהתוכנית לזכויות פליטים באוניברסיטת תל-אביב, שבה מלמד כותב רשימה זו.

98 שם.

99 שם: "בנסיבות בהן הסוגיה בדבר תחולת אמנת הפליטים על מבקש מקלט ממוצא פלסטיני הועלתה גם בעתירות שונות התלויות לפני בית משפט זה... לא מצאנו כי ישנה עילה למתן רשות ערעור בגלגול שלישי בהליך זה; זאת מבלי שאנו נוקטים עמדה בשאלות המועלות בבקשת רשות הערעור לגופן, כמו גם לגופם של פסקי הדין שניתנו".

100 ראו פרוטוקול הדין מיום 30.11.2016 (עותק בידי המחבר).

101 בעקבות עתירות אחדות שהוגשו לבג"ץ על-ידי פלסטינים בטענה של רדיפה על רקע נטייה מינית או על רקע מגדר (פגיעה ב"כבוד המשפחה") בשטחי הרשות הפלסטינית, הקימה המדינה צוות בין-משרדי, אשר ישב על המדוכה ובסופו של דבר המליץ כי "במקרים שהם בבחינת מצבי קיצון מעטים ובודדים בהם נטענת טענת מאוימות על רקע פגיעה בכבוד המשפחה ונסיבות משפחתיות ואישיות אחרות... יופנה אותו פרט להמשך טיפולה הפרקטי של מתאמת הרווחה במתפ"ש [מפקדת תיאום פעולות הממשלה בשטחים]. מתאמת הרווחה תפעל מול הגורמים ברשות הפלסטינית, גורמים בינ"ל הפועלים בשטחי הרשות וגורמים פרטיים אחרים, בכדי לסייע כמיטב יכולתה, באמצעות מכלול הכלים העומדים לרשותה, לכך שאותו פרט יקבל סיוע רווחתי וזאת, ככלל, מחוץ לתחומי מדינת ישראל" (עבודת הצוות הבין-משרדי בעניין פלסטינים מבקשי מקלט,

סעיף 1D לאמנה טרם הוכרעה, ונראה שבית-המשפט העליון עושה כל שביכולתו על-מנת להימנע מלהכריע בסוגיה.

מעבר לצורך יש לציין כי גם אילו התקבלה עמדתה הפרשנית של מדינת-ישראל לסעיף 1D לאמנה, היה עדיין מקום להתייחס גם לרלוונטיות של האמנה נגד עינויים, אשר גם אותה אשררה מדינת-ישראל,<sup>102</sup> כמו-גם של האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות<sup>103</sup> ושל עקרון אי-ההחזרה (non-refoulement) המנהגי.<sup>104</sup> כל אותם מקורות נורמטיביים מעניקים הגנה מפני הרחקה, ולהבדיל מאמנת הפליטים, הם אינם כוללים סעיפי הדחה (exclusion clauses).<sup>105</sup> נכון להיום, שאלות משפטיות אלה טרם זכו בליבון על-ידי בית-המשפט העליון. אלה שאלות משפטיות קרדינליות, שיש בהן כדי להשפיע על חובותיה של מדינת-ישראל כלפי הסייענים (כמו-גם כלפי פלסטינים שחוששים מרדיפה על רקע אחר, כגון להט"בים שנרדפים על רקע נטייתם המינית).

## ג. הסדרים ישראליים ייחודיים

### 1. "סייענים" ו"מאוימים"

ישראל מסרבת אפוא להכיר בסייענים פלסטינים כפליטים על-פי אמנת הפליטים (כפי שהיא עושה ביחס לכל מבקש מקלט פלסטיני, יהא מקור הסכנה שהוא טוען כי נשקפת לו אשר היא). עם זאת, גורמי מדינה הבינו ככל הנראה שמדינת-ישראל אינה יכולה – לא מבחינה משפטית ולא מבחינה מוסרית – להישאר אדישה לסכנת החיים שצפויה לא אחת לאנשים שמסרו לה מידע מודיעיני. גם שיקולי תועלת עמדו כנראה ביסודה של החלטה זו, שכן התנערות מסיוע לסייענים עלולה להוות תמריץ שלילי לסייענים עתידיים, ובכך לפגוע באינטרסים הבטחוניים של מדינת-ישראל.<sup>106</sup>

על-כן, עם חתימת הסכמי-הביניים עם הרשות הפלסטינית ("הסכמי אוסלו") הקפידה ישראל לכלול בהסכמים הוראות בדבר אי-פגיעה בסייענים לשעבר של ישראל בשטחי הרשות.<sup>107</sup> עם זאת, כצפוי, לא היה בהצהרות ובהתחייבויות אלה כדי להפיג את חשש הפגיעה

לעיל ה"ש 61, ס' 72). שאלת חוקיותה של המלצה זו תלויה ועומדת במסגרת כמה תיקים בבג"ץ, כגון בג"ץ 4248/12 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.3.2016) (הוצאת צו על-תנאי), ובג"ץ 4614/15 פלוני נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 22.3.2017).

102 לעיל ה"ש 21. האמנה אושררה ונכנסה לתוקף בישראל בשנת 1991.

103 לעיל ה"ש 21.

104 עניין אל טאיי, לעיל ה"ש 30.

105 סעיפי ההדחה באמנת הפליטים (ס' 1F-ID לאמנה) מציינים נסיבות שבהן אדם לא ייחנה מהוראות האמנה אף שהוא עונה על ההגדרה של "פליט". ס' 33(2) לאמנה מוסיף גם הוא נסיבות חריגות שבהן אדם לא ייחנה מהגנה מפני הרחקה חרף היותו פליט.

106 הופנונג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 58.

107 ס' 19(4) ל"הסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו" מיום 4.5.1994 ("הסכם קהיר"), www.knesset.gov.il/process/docs/cairo\_agreement.htm ; ס' 16(2) ל"הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה" מיום 28.9.1995 ("הסכם אוסלו ב"), www.knesset.gov.il/process/docs/heskemb.htm ; ראו עוד Ron Dudai & Hillel Cohen, *Triangle of Betrayal*.

באותם סייענים. למעשה, חודשים מספר לפני החתימה על הסכם קהיר, שסלל את הדרך להקמת הרשות הפלסטינית, קיבלה ועדת השרים לענייני ביטחון החלטה בדבר הקמתה של "מנהלה בטחוניית לסיוע" (להלן: מנהלת הסיוע), שתהיה כפופה לראש השב"כ ותכלול מנגנון לקליטת סייענים לשעבר ולמתן סיוע להם. כפי שכותב הופנונג במאמרו, וכפי שנכתב במקומות אחרים,<sup>108</sup> הסיוע ניתן במגוון תחומים, לרבות דיור, תעסוקה, חינוך ורווחה, והסייען הפלסטיני מקבל בדרך-כלל תושבות-קבע בישראל.

מנהלת הסיוע מטפלת רק באנשים שהסיוע הבטחוני שהעניקו למדינת-ישראל היה משמעותי. נותרו על-כן לא מעט פלסטינים שסייעו ברמה נמוכה יותר ולכן לא קיבלו מישראל כל סיוע, חרף העובדה שנשקפה להם סכנת חיים.<sup>109</sup> על-כן הוחלט במרוצת השנים על הקמת גוף נוסף, הוא "ועדת המאוימים", שיפעל תחת מפקדת תיאום פעולות הממשלה בשטחים. פעילותו של הגוף מוסדרת בקובץ פקודות הקבע הצה"לי במסגרת נוהל הטיפול במאוימים,<sup>110</sup> הקובע את אופן הפנייה לוועדה, את הרכב הוועדה ואת סדרי הדין של פעולתה. עוד עולה מנוהל זה כי הוועדה מטפלת גם במי שמעולם לא שיתף פעולה עם ישראל אך נחשד בכך.<sup>111</sup> סמכות הוועדה מוגבלת למתן אישורי שהייה, באמצעות מפקדת התיאום והקישור (מת"ק), למשך שלושה חודשים לכל-היותר, אשר עשויים להתחדש מדי תום תקופה. אין לוועדה כל סמכות להעניק למאויים סעד בתחומי הבריאות, החינוך, הדיור או הרווחה. על בסיס היתר מת"ק יש אפשרות לעבוד אצל מעסיק בעל היתר מתאים, אך מדובר בפרוצדורה לא-פשוטה, שהמאויים אינו מקבל כל סיוע ביחס אליה מוועדת המאוימים, ומאוימים רבים שוהים בישראל ללא אישור עבודה תקף. בית-המשפט העליון ציין כי "החלטותיה של ועדת המאוימים, מתקבלות על בסיס שני קריטריונים עיקריים – קיומן של אינדיקציות לסכנה הנשקפת לחייו של המבקש על רקע חשד לשיתוף פעולה עם ישראל; ומידת הסיכון הנשקפת לציבור בישראל ולבטחוננו כתוצאה משהותו של המבקש בשטחי ישראל".<sup>112</sup> מנוהל הטיפול במאוימים עולה כי סוגיית המעורבות בפלילים מצד מי שמבקשים את הגנת הוועדה היא מרכזית במסגרת הערכת "מידת הסיכון הנשקפת לציבור בישראל ולבטחוננו".<sup>113</sup>

ניתן לסכם ולומר אפוא שהתבחין המרכזי להענקת מעמד של "סייען" הוא מידת הסיוע שנתן האדם לכוחות הביטחון הישראליים.<sup>114</sup> המעמד טומן בחובו הטבות משמעותיות ביותר,

*Collaborators and Transitional Justice in the Israeli-Palestinian Conflict*, 6 J. Hum. Rts. 37, 48 (2007).

108 מיכאל י' טפלו "הסייענים בישראל" 21–23 (נייר עמדה, פורום משפטי למען ארץ ישראל, 2009).

109 בג"ץ 9482/11 פלוני, לעיל ה"ש 75, ס' לה לפסק-הדין.

110 מפקדת תיאום פעולות הממשלה בשטחים "נוהל טיפול במאוימים" (פברואר 2015), [www.gisha.org/UserFiles/File/LegalDocuments/procedures/general/99.pdf](http://www.gisha.org/UserFiles/File/LegalDocuments/procedures/general/99.pdf) (להלן: נוהל הטיפול במאוימים).

111 עם זאת, מאחר שהתבחנים להגדרת ה"מאויים" נותרו עמומים, לא ברור אם כל מי שטפלו עליו חשש כאמור יזכה בהגנה או שמא רק אנשים מסוימים מבין אלה. ראו גם דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1081, ה"ש 2.

112 בג"ץ 3734/14 פלוני נ' ראש ממשלת ישראל, פס' יז לפסק-הדין (פורסם בנבו, 17.11.2015).

113 ראו, לדוגמה, ס' ב(12)(ב) לנהל הטיפול במאוימים, לעיל ה"ש 110.

114 בג"ץ 11068/07 מונדר נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 14.12.2011).

כפי שפירט הופנונג במאמרו, לרבות כאלה שאזרחי ישראל אינו זכאי להן (כגון קצבה חודשית מעבר לגמלאות שניתנות מכוח חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995). כן זוכה הסייען ביציבות הנובעת מתושבות-הקבע. לעומת זאת, התבחיך המרכזי להענקת מעמד של "מאויס" הוא מידת הסכנה שנשקפת לאותו אדם (אף שגם היקף הסיוע הבטחוני שנתן מי שמבקש הכרה כמאויס מובא בחשבון<sup>115</sup>). מעמד זה מעניק לבעליו הטבה בדמות היתרי שהייה זמניים (מתחדשים) בישראל, ותו לא. ביחס לשני סוגי המעמד הללו, עבר פלילי הוא בבחינת תבחיך מוציא (אף שביחס לסייענים, משהוכרו ככאלה וקיבלו תושבות-קבע, האפשרות לשלול מהם מעמד זה לאחר הענקתו מוגבלת למדי<sup>116</sup>).

עד כאן לגבי ההבחנה בין סייען לבין מאויס. מהבחנה זו עולה באופן ברור כי משתף-פעולה פלסטיני שמבקש הגנה ממדינת-ישראל יעדיף הכרה בו כסייען על הכרה בו כמאויס, שכן המעמד הראשון מקנה הטבות רבות יותר. זאת, בוודאי מן ההיבט של הסיוע הכלכלי, שבו התמקד הופנונג במאמרו.<sup>117</sup>

מה לגבי ההבחנה בין פליט המקבל הגנה לפי המסלול ה"רגיל" של רשות האוכלוסין וההגירה בהתאם לאמנת הפליטים (להלן: המסלול הרגיל) לבין סייען או מאויס המקבלים הגנה ממנהלת הסייענים או מוועדת המאוימים לפי המסלול המיועד לפלסטינים בלבד (להלן: המסלול הפלסטיני)? כאן התמונה מורכבת יותר. כפי שאראה, למסלול אחד עשויה להיות עדיפות על האחר מהיבט מסוים, אך לא מהיבט אחר, וכן בנסיבות מסוימות, אך לא באחרות. הברדל מהותי בין שני המסלולים נוגע בטיב הסיוע שנתן משתף-הפעולה למדינה. במסלול הפלסטיני מיוחס משקל רב, ולעיתים מכריע, לשאלת האיכות המודיעינית של המידע שהעביר הסייען לרשויות. לעיתים איכות המידע נבחנת בדיעבד ולאור "מבחן התוצאה" בלבד.<sup>118</sup> שיקולים אלה אינם רלוונטיים במסגרת המסלול הרגיל, שכן השיקול המרכזי מבחינת דיני הפליטים הוא רמת הסכנה שצפויה למבקש המקלט והסתברותה. על-כן ל"דג רקק" מודיעיני

115 ראו, לדוגמה, בג"ץ 1364/13 פלוני נ' שר הפנים, פס' טז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.2.2015).

116 לשר הפנים יש סמכות נרחבת לבטל רשיונות ישיבה של זרים, לרבות רישיון לישיבת-קבע. החוק אינו קובע את העילות לביטול רשיונות, אולם הפרקטיקה המקובלת בישראל היא שרישיון לישיבת-קבע כשמו כן הוא: כל עוד התושב נשאר בשטח המדינה, אין תושבותו פוקעת ואף לא מבטלת. בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 13.9.2017) הדגיש בית-המשפט העליון את העובדה שאין לשר הפנים סמכות לבטל תושבות-קבע אלא בנסיבות חריגות (ראו, לדוגמה, פס' 17 לפסק-דינו של השופט הנדל). באופן קונקרטי פסקה דעת הרוב כי הסמכות הכללית שנתונה לשר הפנים בחוק הכניסה לישראל אינה מאפשרת לו לשלול רישיון לישיבת-קבע של תושב ירושלים המזרחית מכוח עילה של "הפרת אמונים" למדינה.

117 מובן שאי-הכרה במשתף-הפעולה כסייען או כמאויס – למשל, בגין עבר פלילי – עלולה להיות הרת-גורל במיוחד מבחינת משתף-הפעולה. לעניין זה יש לציין כי למרות הצהרת המדינה – למשל, בס' 10 לנוהל רשות האוכלוסין לטיפול במבקשי מקלט, לעיל ה"ש 28 – שעקרונ ה-non-refoulement עומד על רגליו שלו, וכי לעולם לא יורחק אדם ממדינת-ישראל למקום שבו נשקפת לו סכנת חיים, נראה שבנסיבות של עבר פלילי, למשל, אין הרשויות והשופטים מתעכבים לבחון לעומק את השאלה אם החזרת משתף-הפעולה לשטחים לא תעמיד אותו בסכנה.

118 ראו, לדוגמה, עניין מונדר, לעיל ה"ש 114; לבנקרון, לעיל ה"ש 2.

עשוי להיות סיכוי טוב יותר לקבל הגנה במסלול הרגיל, בעוד לחברו, ה"כריש" המודיעיני, יש סיכוי טוב יותר לקבל הגנה במסלול הפלסטיני דווקא (ואף ההטבות שיקבל יהיו רבות יותר). סוגיה משמעותית לא פחות היא ההשפעה של העבר הפלילי של מבקש ההגנה על זכותו לקבלה. כפי שהופנונג מציין במאמרו, הנתונים (החלקיים) מלמדים כי סייענים מעורבים בפלילים בשיעור גבוה.<sup>119</sup> אין בכך כדי להפתיע, שהרי רבים מהם מגויסים מלכתחילה על-סמך הרקע העברייני שלהם.<sup>120</sup> סיבה נוספת עשויה להיות העובדה שלרבים מהם (ובעיקר למאוימים, אשר – להבדיל מהסייענים – אינם מקבלים זכויות סוציאליות מהמדינה<sup>121</sup>) אין רשת-ביטחון חברתית וכלכלית בישראל, מה שגורם לכך שהם עוברים "עברות עוני"<sup>122</sup> בתקופת שהייתם בישראל; ויש בוודאי סיבות נוספות. כך או כך, בעוד לשיקולים של עבר פלילי יש משמעות מכרעת לעניין קבלת מעמד (של "סייען" או "מאויס") במסלול הפלסטיני, כפי שעולה מפסקי-דין רבים,<sup>123</sup> על-פי דיני הפליטים ניתן להדיר פליט מהגנת האמנה בגין עברות פליליות רק במקרים קיצוניים ביותר,<sup>124</sup> חמורים בהרבה מאלה שמניעים את מנהלת הסיוע או את ועדת המאוימים לדחות בקשת הגנה של סייען פלסטיני.

- 119 הופנונג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 92–93.
- 120 ראו את דבריו של עו"ד רענן גלעדי מן הסגוריה הציבורית הארצית בדיון שהתקיים בנושא "טיפול מדינת ישראל בסייענים לשעבר" בוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת: "בעיה אחרת היא שהרבה מהאנשים האלה שהם אסירים והם מאוימים, הם בעלי עבר פלילי וטוענים שהם מסוכנים. זה דבר נפוץ שמשטרת ישראל – גם השב"כ – משתמשת במשתפי פעולה שהם בעצמם עבריינים. מטבע הדברים זאת האוכלוסייה. יש פסק דין של בית המשפט העליון שאומר במפורש שאסור לגרש אדם אל מותו [הכוונה לבג"ץ אל טאיי, לעיל ה"ש 30 – י' ל'] אבל זה לא תלוי בשאלה אם הוא מסוכן לציבור בישראל או לא מסוכן לציבור אלא פשוט אסור לגרש אדם אל מותו. ועדת המאוימים בכל זאת מתעקשת לקחת כאחד השיקולים שלה האם לתת היתר שהייה או לא לתת את השיקול האם האדם מסוכן לשלום הציבור בישראל..." (פרוטוקול ישיבה מס' 252 של הוועדה לענייני ביקורת המדינה, הכנסת ה-18, 20 (15.5.2012) (להלן: ישיבה מס' 252 של הוועדה לענייני ביקורת המדינה)).
- 121 ראו להלן בהמשכו של תת-פרק זה.
- 122 טלי קסלסי-גולדשטיין "תיקי עוני – התמודדות הסיגוריה הארצית עם עברות שבוצעו על רקע מצוקה כלכלית" מעשי משפט ח 113 (2016).
- 123 ראו, למשל, בג"ץ 9482/11 פלוני, לעיל ה"ש 75; בג"ץ 3734/14 פלוני, לעיל ה"ש 112; בג"ץ 3466/05 פלוני נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 26.3.2006); בג"ץ 9357/10 פלוני נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 13 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 7.3.2012); בג"ץ 7914/12 פלוני נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.10.2013); בג"ץ 2608/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.7.2013).
- 124 ביחס לעברות פליליות שביצע פליט לפני כניסתו למדינת המקלט, ס' 1F(b) לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 6, קובע כי "הוראות אמנה זו לא יחולו על אדם שיש סיבות רציניות לחשוב עליו שהוא... ביצע פשע לא מדיני חמור (serious non-political crime) מחוץ לארץ המקלט לפני שנתקבל לאותה ארץ כפליט". כאשר מדובר בעברות פליליות שביצע פליט לאחר כניסתו למדינת המקלט, המבחן לאי-הענקת זכויות על-פי האמנה אפילו מחמיר יותר, וקובע בס' 33(2) לאמנה, שלפיו "פליט לא יוכל לתבוע לעצמו הנאה מהוראה זו אם יש נימוקים מספיקים לראותו כסכנה לביטחון הארץ שבה הוא נמצא או אם לאחר שחויב בדיון על ידי פסק דין סופי בשל פשע חמור במיוחד (particularly serious crime), הוא מהווה סכנה לציבור הארץ היא". ראו את פסקי-הדין של בית-המשפט העליון של קנדה בנושא: Pushpanathan v. Canada, [1998] 160 D.L.R. (4th): 193; Febles v. Canada, 2014 SCC 68.

נקודה נוספת היא אחוזי ההצלחה בבקשות ההגנה במסלולים השונים. אף שהנתונים חלקיים ביותר, יש רגליים לסברה שאחוזי הבקשות שמאושרות במסלול הפלסטיני גבוה מאחוז הבקשות שמאושרות במסלול הרגיל. ידוע ששיעור ההכרה בפליטים בישראל (במסלול הרגיל של רשות האוכלוסין וההגירה) הוא מזערי (שבריר אחוז).<sup>125</sup> אף שאין נתונים ביחס לאחוז הבקשות להכרה כ"סייענים" או כ"מאוימים" שמאושרות, קשה להעלות על הדעת אחוז הכרה נמוך מזה שבמסלול הרגיל. ידוע גם שהמספר הכולל של פליטים מוכרים בישראל (במסלול הרגיל) נמוך בהרבה ממספרם של הסייענים והמאוימים שמקבלים הגנה מהמדינה,<sup>126</sup> ומכיוון שקשה להניח כי מספר בקשות ההגנה שהגישו משתפיי-פעולה פלסטינים גבוה בהרבה (אם בכלל) מאלפי בקשות המקלט שהוגשו בישראל בשנים האחרונות, גם בנתון זה יש כדי לתמוך בתזה שלפיה אחוזי ההכרה בסייענים/מאוימים גבוהים מאחוזי ההכרה בפליטים בישראל. על-כן בא-כוח אחראי של סייען פלסטיני עשוי ליעץ ללקוחו לפנות למסלול הפלסטיני דווקא. עם זאת, כאשר מדובר באדם שרמת הסיוע הבטחוני שלו לרשויות המדינה הייתה נמוכה במיוחד ו/או באדם שיש לו עבר פלילי מכביד, ייתכן בהחלט שהעצה האחראית תהא פנייה למסלול הרגיל, חרף האחוזים המזעריים של הכרה בפליטים על-ידי רשות האוכלוסין וההגירה. סביר להניח שזו הסיבה ל"התעקשותו" של אותו פלסטיני שעניינו נדון בערר פלוני, שתואר בהרחבה לעיל,<sup>127</sup> לפנות למסלול זה.

מה לגבי הזכויות או ההטבות שנלוות להכרה במעמד הנכסף בכל אחד מהמסלולים השונים? אם משווים בין (א) ההטבות שפליט זכאי להן על-פי אמנת הפליטים (ואשר רובן אכן

125 ברוח מבקר המדינה מס' 58 (מבקר המדינה דוח שנתי 58 – לשנת 2007 ולחשבונות שנת הכספים 2006 105 (2008)) נכתב כי בין התאריכים 1.1.2000 ו-1.9.2007 הוגשו 8,377 בקשות מקלט, שמתוכן אושרו 109. בשנת 2008 הובאו לפני הוועדה המייעצת לענייני פליטים 1,596 בקשות מקלט, ורק בקשה אחת קיבלה המלצה חיובית מהוועדה (מכתב מהממונה לחוק חופש המידע לכותב שורות אלה מיום 12.4.2010). מנתונים שהגיש המדינה לבית-המשפט (כתב תשובה במסגרת עת"ם (מנהליים מר') 11-01-24177, ס' 8) עולה כי בשנת 2009 דנה הוועדה המייעצת לענייני פליטים ב-812 בקשות מקלט והכירה רק ב-2 מבקשי מקלט כפליטים, ואילו בשנת 2010 היא דנה ב-3,663 בקשות למקלט, והכירה רק ב-6 מבקשי מקלט כפליטים. בבג"ץ איתן, לעיל ה"ש 8, פס' 35 לפסק-דינו של השופט פוגלמן, נכתב: "מהנתונים שמסרה המדינה, המעודכנים ליום 3.3.2014, עולה כי בישראל התקבלו עד כה פחות מ-1% מהבקשות למקלט שהגישו נתיני אריתריאה, ואף לא אחת מהבקשות של נתיני סודן (ובמספרים: 1,468 בקשות למקלט הוגשו על ידי מסתננים שמוצאם באריתריאה; מתוך אלו רואיינו עד כה כ-980 מבקשים, ו-444 בקשות הוכרעו – 442 נדחו ושתיים אושרו. עוד הוגשו 1,373 בקשות למקלט על ידי מסתננים שמוצאם בסודן; מתוכן רואיינו 505 מבקשים; ו-9 בקשות הוכרעו – כולן נדחו)". לגבי השנים 2014–2016, מנתונים שהעבירה הממונה על חוק חופש המידע ברשות האוכלוסין וההגירה לעו"ד אלעד כהנא מהתוכנית לזכויות פליטים באוניברסיטת תל-אביב (מכתבים מיום 14.4.2015, 3.4.2016 ו-5.7.2016, עותק בידי המחבר) וכן לאמנסטי אינטרנשיונל (מכתב מיום 14.12.2016, עותק בידי המחבר) עולה שהוגשו 8,490 בקשות מקלט של אריתריאים ו-5,274 בקשות מקלט של סודאנים, ומתוכן אושרו 8 ו-2 בקשות, בהתאמה.

126 הופנוג כתב במאמרו על אלפי סייענים מוכרים (ועשרות אלפים יחד עם בני משפחותיהם). לגבי פליטים מוכרים, מספרם הכולל בשנים 2000–2016 עמד ככל הנראה על פחות מ-200, כפי שניתן ללמוד מהנתונים בה"ש 125 לעיל.

127 לעיל ה"ש 59.

ניתנות לפליט מוכר על-פי הנוהל של רשות האוכלוסין וההגירה), (ב) ההטבות שסייענים מוכרים נוהגים לקבל ממנהלת הסיוע, ו- (ג) ההטבות שמאוימים מוכרים מקבלים מוועדת המאוימים, מתברר שסייענים מקבלים הטבות נרחבות מאלה שפליטים זכאים לקבל לפי האמנה ולפי נוהל רשות האוכלוסין לטיפול במבקשי מקלט, ואילו פליטים זכאים לקבל (ומקבלים) הטבות נרחבות מאלה שמאוימים מקבלים.

אמנת הפליטים קובעת כי פליט יהיה זכאי לשורה של זכויות, המנויות בסעיפים 2–34 לאמנה, ביניהן הזכות להחזיק בהיתר לעבוד (סעיף 17) והזכות ליהנות מזכויות סוציאליות, לרבות בתחום הבריאות (סעיף 24). נוסף על כך, סעיף 34 לאמנה קובע כי "המדינות בעלות האמנה יקלו, ככל האפשר, על טמיעתם והתאזרחותם של פליטים".<sup>128</sup> על-פי הנוהל הישראלי, פליט מוכר מקבל בה מעמד של תושב ארעי, שיש אפשרות להאריכו כל עוד נשקפת לו סכנה במדינתו.<sup>129</sup> מעמד זה מאפשר לפליט לעבוד, לזכות בזכויות סוציאליות לפי חוקי הרווחה השונים, ובמרכזם חוק הביטוח הלאומי, ולקבל שירותי בריאות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994. עם זאת, מדינת-ישראל אינה מאפשרת לפליטים מוכרים לרכוש בה מעמד-קבע, וזאת מבלי להתחשב במשך שהייתם בישראל. מדינת-ישראל מקיימת אפוא את הוראות האמנה כמעט בשלמותן, במובן זה שמי שהוכר בה כפליט מקבל ככלל את הזכויות שהוא זכאי להן לפי האמנה. ההפרה המרכזית היחידה של מדינת-ישראל היא זו שכרוכה בסירובה הגורף לאשר תושבות-קבע לפליטים מוכרים – דבר העומד, לדעתו<sup>130</sup> (אך בניגוד לעמדתו של בית-המשפט לעניינים מנהליים<sup>131</sup>), בניגוד להוראת סעיף 34 לאמנה.

לפי המתואר במאמרו של הופנונג, סייענים מוכרים מקבלים מהמדינה זכויות העולות על אלה שהם זכאים להן על-פי אמנת הפליטים. חלקם, למשל, מקבלים קצבה כספית שוטפת (נוסף על גמלת הבטחת הכנסה לפי חוק הביטוח הלאומי); סיוע בשכר-דירה, בריהוט הדירה, בדירור ציבורי ו/או ברכישת דירה; שיעורים פרטיים לילדים קטנים המתקשים בלימודים, ועוד. כל אלה הטבות שעלותן הכלכלית ניכרת, ואשר מדינת-ישראל אינה מחויבת להעניקן לפליט לפי אמנת הפליטים. כך גם לגבי הענקת מעמד-קבע מייד עם הגעת הסייען לישראל או סמוך לכך.<sup>132</sup>

לעומת זאת, סל הזכויות שהמאוימים מקבלים מהמדינה (הזכות לאי-הרחקה והזכות לחירות) נופל בצורה משמעותית מסל הזכויות שהם זכאים לו על-פי אמנת הפליטים. כאמור, המינימום שאמנת הפליטים מחייבת להעניק לפליט הוא זכויות סוציאליות (בהקשר הישראלי: גמלאות מכוח חוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות ממלכתי) והזכות לעבוד.

128 ס' 34 לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 6.

129 נוהל רשות האוכלוסין לטיפול במבקשי מקלט, לעיל ה"ש 28, ס' 17.

130 עמדתו על כך בהרחבה במקום אחר: יובל לבנת "פליטות ומעמד קבע במדינת המקלט" לוינסקי פינת אסמרה – היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל 343 (טלי קריצמן-אמיר עורכת, 2015).

131 עת"ם (מנהליים י-ם) 10-03-35344 גלאן נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 15.4.2012).

132 ראו לבנת, לעיל ה"ש 130, בעמ' 358 (מדינה רשאית להמתין שנים אחדות לפני הענקת תושבות-קבע לפליט).



אם כן, אם נניח שהן הסייענים והן המאוימים עשויים לענות על הגדרת ה"פליט" שבאמנת הפליטים, דהיינו, שיש להם פחד מבוסס מרדיפה (קרי, פגיעה ממשית בזכויות אדם בסיסיות שלהם, ללא אפשרות לקבל סיוע מרשויות ארצם) באיו"ש או בחבל עזה על רקע היותם משתפי-פעולה עם ישראל או משום שמייחסים להם שיתוף-פעולה כזה, ושהם אינם מודרים מהאמנה כולה או מהחלקים הסוציאליים שבה (מכוח הדוקטרינה בדבר נתינים של מדינת אויב או סעיף ההדרה (1D) – וזה אכן המצב המשפטי בעיניי (בכפוף לבדיקה פרטנית, כמקובל ביחס לכל מבקש מקלט)<sup>133</sup> – אזי תחשיב העלויות שעל מדינת-ישראל לשאת בהן ביחס לאותם סייענים ומאוימים עשוי להיות שונה. ביחס לסייענים מדינת-ישראל רשאית מבחינת דיני הפליטים (אך אינה חייבת, כמובן) "לקצץ" בזכויות שהיא מעניקה להם כיום, ובכך לחסוך הוצאות ניכרות. לעומת זאת, למאוימים (וייתכן שגם לאלה שאינם מקבלים אפילו מעמד של מאוימים למרות עמידתם בהגדרת ה"פליט" שבאמנה) על מדינת-ישראל להעניק זכויות נרחבות בהרבה מאלה הניתנות להם כיום, ופירושו הדבר בוודאי תוספת משמעותית לעלויות.<sup>134</sup> האם "בסופו של חשבון" תחסוך ישראל או תיאלץ להוציא יותר? התשובה לשאלה זו תלויה במספרם של הסייענים לעומת מספרם של המאוימים – נתון שאינו מובא במאמרו של הופנונג – כמו גם בשאלת העלות המדויקת יותר של ההטבות שהסייענים מקבלים נכון להיום.

חלק משמעותי ממאמרו של הופנונג עוסק בעלויות הכספיות שמדינת-ישראל נדרשת לשאת בהן לצורך קליטת הסייענים ושיקומם. הופנונג מודע להבחנה בין סייענים לבין מאוימים, וכן לפער הגדול בין הזכויות שהמעמד הראשון מקנה לבעליו לבין אלה שהמעמד השני מקנה. אולם הוא אינו מציג את מספר הסייענים המוכרים בישראל לעומת מספר המאוימים המוכרים במדינה (נתון שאינו מצוי כנראה בידיו), ואף אינו מעלה השערה איזו מבין שתי הקבוצות הללו גדולה יותר. בחישובו הגס (בדבר "אלפי משפחות" של סייענים שנקלטו בשני העשורים האחרונים בישראל, ובדבר עלות שיקום של "משפחה קטנה" העומדת על סך 2 מיליון ש"ח, ומכאן שמדובר בעלות כוללת של "מאות מיליוני שקלים בשנה") הוא מתייחס לסייענים בלבד, שעלות שיקומם אכן גבוהה באופן ניכר מעלות הקליטה של מאוימים. עם זאת, אין להתעלם גם מהעלויות הכספיות (הישירות והעקיפות) המושגות על המדינה עקב שהייה של מאוימים בשטחה (לדוגמה, העלות של טיפול חירום רפואי במאוי, לפי החובה הקבועה בחוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996, מבלי שיש לבית-החולים יכולת לגבות את החוב מן המאויים לאחר-מכן). לצד זאת יש להביא בחשבון גם את העלות החברתית (הלא-כספית)

<sup>133</sup> לתהייה אם מאויים אינו פליט הלכה למעשה, ואם אין הוא זכאי עקב כך לביטוח בריאות ממלכתי, ראו בג"ץ 9394/10 פלוני נ' משרד הביטחון, פס' 9 (פורסם בנבו, 21.12.2011): "אין לכחד, כי ככלל שאלת מימון טיפולים רפואיים למאויים המקבלים היתרי מת"ק ורשאים מכוחם לשהות בישראל היא שאלה נכבדה. ניתן לתהות בהקשר זה האם דינו של מאויים כדין פליט והאם ככזה הוא זכאי לטיפול רפואיים". כן ראו את דבריו של עו"ד הרן רייכמן מן הסנגוריה הציבורית הארצית בישיבה מס' 252 של הוועדה לענייני ביקורת המדינה, לעיל ה"ש 120, בעמ' 15.

<sup>134</sup> אף שקיימת גם אפשרות שמתן זכות לעבוד, ללא קשיים ביורוקרטיים ביישומה, דווקא יקטין את הנטל הכלכלי של המאויים על המדינה בהשוואה למצב של אבטלה כפויה.

שעשויה להתלוות לשהייתו של אדם נטול זכויות ונטול סיוע במדינה, וכמובן גם את העלות מבחינת האדם המאויים עצמו.

## 2. חוק האזרחות והכניסה לישראל

אי-אפשר לתאר את ההסדרים הישראליים מבלי לייחד כמה מילים לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003. על-פי סעיף 2 לחוק:

שר הפנים לא יעניק לתושב אזור [יהודה והשומרון וחבל עזה]... אזרחות לפי חוק האזרחות ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב אזור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור.

לצד סעיף זה נקבע בסעיף 3 לחוק כי –

על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים להעניק אזרחות או לתת רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור... ורשאי מפקד האזור לתת לתושב אזור היתר לשהייה בישראל, אם שוכנעו כי התושב... מזדהה עם מדינת ישראל ויעדיה וכי הוא או בן משפחתו פעלו פעולה של ממש לקידום הביטחון, הכלכלה או ענין חשוב אחר של המדינה, או שהענקת האזרחות, מתן הרישיון לישיבה בישראל או מתן ההיתר לשהייה בישראל, לפי הענין, הם מענינה המיוחד של המדינה...

הסייג הקבוע בסעיף 3 לחוק מאפשר להסדיר את מעמדם של פלסטינים שסייעו לכוחות הביטחון הישראליים. הללו, כך ניתן לטעון (וזהו אכן עמדתם של המדינה ובית-המשפט העליון<sup>135</sup>), "פעלו פעולה של ממש לקידום הביטחון" של המדינה, וגם את בני משפחותיהם סעיף 3 "מכשיר" בלשון ברורה. אך מה לגבי מי שמעולם לא הושיטו סיוע לכוחות הביטחון – לא הם ולא בני משפחותיהם – אך באזור מגוריהם מייחסים להם סיוע כאמור, דבר שמעמיד אותם בסכנה? הדרך לפעול להסדרת מעמדם, חרף סעיף 2 לחוק, היא לטעון שהסדרת מעמדם היא "מענינה המיוחד של המדינה", במשמעות של הסיפא לסעיף 3. מהו אותו עניין מיוחד? העניין המיוחד במקרה זה הוא עמידה בהתחייבויותיה הבין-לאומיות של המדינה על-פי אמנת הפליטים. כאמור לעיל, חזקת ההתאמה בין המשפט הישראלי לבין המשפט הבין-לאומי קובעת כי יש לפרש את חוקי הכנסת, ככל האפשר, כך שיעלו בקנה אחד עם ההתחייבויות הבין-לאומיות של ישראל. לנוכח חזקה זו יש לפרש את הביטוי "מענינה המיוחד של המדינה" לפי הפרשנות המוצעת. מובן שפרשנות זו אפשרית וראויה גם לגבי מצבי פליטות אחרים של פלסטינים מהשטחים הכבושים, כגון מצב הפליטות של אלה הנרדפים על רקע נטייתם המינית או מסיבות מגדריות.

135 ראו בג"ץ 9482/11 פלוני, לעיל ה"ש 75, פס' לב–לד לפסק-הדין; עניין בג"ץ 2608/13 פלוני, לעיל ה"ש 123, פס' ח לפסק-הדין.

#### ד. העדר התייחסות לפליטים אחרים בישראל במאמרו של הופנונג

מכיוון שהופנונג אינו מגדיר את הסייענים הפלסטינים כפליטים, הוא מחמיץ לדעתי את הקשר בינם לבין פליטים אחרים שהגיעו לישראל. כוונתי לעשרות אלפי האפריקאים (בעיקר אריתריאים וסודאנים) שנכנסו לישראל משנת 2005 ועד להשלמת בניית הגדר בגבול ישראל-מצרים בשנת 2013.

כך, למשל, הופנונג מציג עלייה במספר העתירות לבית-המשפט של פלסטינים הטוענים לסייענות בין השנים 2004 ו-2009, ועלייה גדולה עוד יותר בין השנים 2009 ו-2013, וטוען כי "כתוצאה מהתשתית שנפרשה בעבור הסייענים, נוצר ערוץ קליטה חדש בישראל אשר נספח לתופעת הסייענות"<sup>136</sup>. כוונתו להגשת עתירות פיקטיביות בדבר סייענות או מאוימות, כדי לקבל צו-ביניים או אפילו זימון לדיון משפטי ("נייר פורמלי כלשהו"<sup>137</sup>, בלשונו של הופנונג), אשר יש בהם, לכל-הפחות, כדי לעכב את הליכי הגירוש של הפלסטיני מהמדינה עד שעתירתו תידחה. אך ייתכן הסבר חלופי (או משלים) להסבר שהופנונג מציג לעלייה במספר העותרים הפלסטינים המבקשים הכרה בהם כסייענים או כמאוימים. הסבר זה מתייחס לעלייה החדה שחלה במספרם של מבקשי המקלט מאפריקה, אשר נכנסו לישראל פחות או יותר בטווח השנים שציינ הופנונג.

כאמור, באותן שנים הגיעו עשרות אלפי מבקשי מקלט אפריקאים לישראל, רובם מאריתריאה ומסודאן. בשנים 2010-2011 לברן נכנסו כ-30,000 מבקשי מקלט דרך גבול מצרים, שהיה אז פתוח עדיין.<sup>138</sup> בשנים שלאחר הגעתם התהוותה סוללה של עורכי-דין אשר עם הזמן העמיקו את ידיעותיהם בדיני פליטים. העלייה במספר עורכי-הדין שעסקו בתחום (פרו בנוו, אך גם – ובעיקר – בתשלום) נבעה משלושה גורמים עיקריים.

ראשית, עצם העלייה במספרם של מבקשי המקלט יצרה תמריץ לעורכי-דין להשקיע בלימוד התחום, שכן נוצר שוק חדש של לקוחות פוטנציאליים, אשר עם השנים יכלו להרשות לעצמם יותר ויותר לשלם שכר-טרוחה מכסף שחסכו בעבודה בישראל.

שנית, התחום עבר "ישראלזציה", ובכך נעשה "ידידותי" יותר לעורך-הדין הישראלי הממוצע. עד לשנת 2008, הגוף האחראי בישראל לראיון מבקש המקלט ולגיבוש המלצה בבקשת המקלט שלו היה הנציגות הישראלית של נציבות האו"ם לפליטים. זאת, מכוח הנוהל שניסח המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בשלהי 2001, ואשר הוזכר לעיל.<sup>139</sup> בנוהל זה הוסמכה נציבות האו"ם לפליטים לראיין את מבקש המקלט, לבחון את אמינותו ואת המצב במדינת המוצא שלו, ולהעביר המלצה לגבי בקשת המקלט שלו לוועדה בין-משרדית. בשנת 2008, עם העלייה במספרם של מבקשי המקלט בישראל, נטל משרד הפנים לידי חלק

136 הופנונג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 89.

137 שם, בעמ' 88.

138 רשות האוכלוסין וההגירה "נתוני זרים בישראל – סיכום שנת 2016" 4 (תרשים א.1), [www.gov.il/BlobFolder/generalpage/foreign\\_workers\\_stats/he/foreigners\\_in\\_Israel\\_data\\_2016\\_0.pdf](http://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/foreign_workers_stats/he/foreigners_in_Israel_data_2016_0.pdf).

139 ראו בן-דור ואדוט, לעיל ה"ש 27, והטקסט שלידה.

מסמכיות אלה, וביוולי 2009 הוא נטל לידי את כלל הסמכויות בדבר רישום מבקשי המקלט ובחינת בקשות המקלט שלהם.<sup>140</sup> בשנת 2011 עוגנה לראשונה פעילותו של משרד הפנים בכתובים, עם פרסומו של נוהל רשות האוכלוסין לטיפול במבקשי מקלט.<sup>141</sup> התכתובת בין באי-הכוח של מבקשי המקלט לבין הגוף המטפל בעניינם החלה להתנהל בעברית; כללי המשפט המנהלי והחוקתי – המוכרים היטב לרוב עורכי-הדין והשופטים בישראל – החלו להיות מיושמים בתחום באופן גובר, ו"האפילו" על כללי המשפט הבין-לאומי (המוכרים פחות למשפטנים ישראלים); והגוף שקיבל על עצמו את האחריות לטיפול בבקשות המקלט – רשות האוכלוסין וההגירה – היה עתה גוף שניתן לעתור נגדו לערכאות, להבדיל מקודמתו, נציבות האו"ם לפליטים, שהייתה חסינה מפני תביעות.<sup>142</sup>

שלישית, גופים שונים ערכו, החל בשנת 2008, תוכניות הכשרה לעורכי-דין בתחום דיני הפליטים. עם אלה נמנו התוכנית לזכויות פליטים באוניברסיטת תל-אביב,<sup>143</sup> נציבות האו"ם לפליטים,<sup>144</sup> לשכת עורכי-הדין, ארגון היא"ס<sup>145</sup> ועוד. חלק מההכשרות הללו כללו תוכניות חניכה (mentoring) שונות, מתוך כוונה מוצהרת להגדיל את מספר עורכי-הדין הישראלים שיש להם ידע בדיני פליטים, שיאפשר להם לייצג את מבקשי המקלט הרבים שנכנסו לישראל. כמצוין לעיל, עמדתה הברורה של נציבות האו"ם לפליטים היא שאמנת הפליטים חלה גם על פלסטינים השוהים מחוץ לשטח פעילותה של אונר"א<sup>146</sup> (דהיינו, לענייננו, בישראל), וניתן להניח שעמדה זו הוצגה בהכשרות השונות. חשש לפגיעה פיזית בגין שיתוף-פעולה עם מדינה זרה נופל בקלות לליבת ההגדרה של "פליט" שבאמנת הפליטים (לפחות כאשר מדובר בענישה ללא הליך שיפוטי הוגן), שכן האמנה מגינה בביורר על מי שהחשש לפגיעה בו נובע מהשקפה פוליטית (ופרשנות מקובלת של האמנה היא שגם השקפה פוליטית מיוחסת נופלת לתבחין זה). זה הכלל המשפטי הנלמד בכל הכשרה בסיסית בדיני פליטים.

140 שרון הראל "מנגנון המקלט של ישראל: תהליך העברת הטיפול בבקשות המקלט מנציבות האו"ם לפליטים לידי מדינת ישראל" לוינסקי פינת אסמרה – היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל 43, 44 (טלי קריצמן-אמיר עורכת, 2015).

141 ראו לעיל ה"ש 28.

142 פקודת החסינויות וזכויות-היתר של האומות המאוחדות, 1947; צו החסינויות וזכויות-היתר של האומות המאוחדות, 1947.

143 התוכנית קיימה כנס אקדמי בין-לאומי בנושא דיני פליטים בשנת 2008, שכלל לצידו הכשרה לעורכי-דין ישראלים (שיחה עם עו"ד ענת בן-דור, מייסדת התוכנית).

144 ראו, למשל, דוח של הנציגות הישראלית של נציבות האו"ם לפליטים משנת 2016, <http://www.unhcr.org/57b583657.pdf>, שמציין (בעמ' 3) הכשרה של 94 עורכי-דין בדיני פליטים בין השנים 2014 ו-2016. הכשרות כאלה החלו שנים קודם לכן. המחבר היה חלק מצוות המרצים בהכשרה של עורכי-דין שקיימה הנציבות ביוני 2010, ואף שימש חונך (mentor) לעורך-דין חדש בתחום מטעם תוכנית חניכה של נציבות האו"ם לפליטים.

145 ראו באתר האינטרנט של התוכנית – [www.hias.org.il/english/](http://www.hias.org.il/english/) : "We train and mentor attorneys and law students while they represent refugees through out their legal proceedings".

146 עמדת נציבות האו"ם לפליטים, לעיל ה"ש 66. זו הייתה עמדת הנציבות גם בנייר העמדה הקודם שפרסמה בנושא, משנת 2009: UNHCR Revised Statement on Article 1D of the 1951 Convention (2009), <http://www.refworld.org/pdfid/4add79a82.pdf>.

לנוכח המתואר לעיל, הסבר חלופי או משלים להסבר שהציע הופנונג לעלייה במספר העתירות של פלסטינים לבית-המשפט בטענה של סייענות/מאוימות (טענה שאכנה להלן "פליטות") הוא העלייה שחלה במספרם של עורכי-דין ישראלים שרכשו הכשרה בדיני פליטים. ההיפותזה היא שבעקבות העלייה האמורה החלו עורכי-דין רבים יותר להעלות על דעתם אפשרות של הגשת עתירות בשם סייענים פלסטינים החוששים לחייהם במקום מגוריהם בשטחים, על בסיס טענת פליטות או טענה דומה המעוגנת במשפט הבין-לאומי, והכללת סעד של מניעת הרחקה במסגרת עתירות אלה.<sup>147</sup>

הקישור בין מבקשי המקלט הפלסטינים לבין מבקשי המקלט האחרים בישראל – בניגוד למדיניות ה"הפרד ומשול" של מדינת-ישראל כלפי קבוצות אלה – יאפשר גם לתת את הדעת לכך שמערכות הממשל והמשפט הישראליות כבר דנו בבקשות מקלט של "סייענים" שאינם פלסטינים דווקא, והן עשו זאת גם באספקלריה של דיני הפליטים או מטריות דומות מהמשפט הבין-לאומי. כוונתי לאזרחים זרים שסייעו למערכת אכיפת החוק הישראלית, כמודיעם וכעדים, בלכידתם של עבריינים ממדינות מוצאם.

כך, למשל, בעניין מוכתאר<sup>148</sup> נדון עניינם של שלושה אזרחים מגינאה-קונקרי אשר העידו בבית-משפט ישראלי נגד אזרח ארצם שהיה פעיל ברשת סוחרי אדם שהעבירה אנשים מגינאה-קונקרי לישראל. בעקבות מאסרו של אדם זה בישראל, החלו בני משפחותיהם של השלושה לקבל אימים בארצם. עקב כך ביקשו השלושה מקלט מדיני בישראל. בקשתם נדחתה על-ידי משרד הפנים והתגלגלה לפתחו של בית-המשפט. בית-המשפט המחוזי, ולאחר-מכן גם בית-המשפט העליון (שדן בעניינו של אחד מהשלושה), עצרו את הרחקת העדים מישראל, תוך שהם מדגישים את סיועם למערכת אכיפת החוק בישראל.<sup>149</sup>

147 איני נכנס כאן לשאלה אם עורכי-דין ישראלים נוהגים להגיש "עתירות פיקטיביות" בדבר מקלט מדיני, דהיינו, כאלה שאין להן סיכוי משפטי ולו קלוש (למשל, כדי לאפשר ללקוח "למשוך זמן" בישראל), עד כמה התנהלות זו נפוצה בקרב עורכי-דין, ואם התנהלות מעין זו עולה בקנה אחד עם כללי האתיקה המקצועית של עורכי-דין. כך או כך, גם לצורך עתירות כאלה חיוני שעורך-הדין ה"יצירתי" יכיר את העוגן המשפטי לדרישת הסעד של מניעת ההרחקה, דהיינו, יהיה בעל ידע בסיסי לפחות בדיני פליטים.

148 עת"ם (מנהליים ת"א) 2374/09 מוכתאר נ' מדינת ישראל – משרד הפנים (פורסם בנבו, 2.11.2009); עת"ם (מנהליים מר") 49556-11-10 מוכתאר נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 7.10.2011); עע"ם 8383/11 מוכתאר נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 24.6.2013).

149 בעת"ם (מנהליים ת"א) 2374/09, לעיל ה"ש 148, פס' 15 לפסק-הדין, כתבה השופטת גדות, שדנה בעניינם של השלושה, כי "מאחר וטענת העותרים לסכנה נובעת מעדותם בישראל, אין מקום להסתפק בקביעה כללית לפיה העותרים לא עמדו בנטל להוכיח את הסכנה הנשקפת עליהם, וגם על המשיבה מוטלת החובה לבירור טענות העותרים, בעיקר נוכח צווי המעצר שהוצגו על ידם". בהליך מאוחר יותר, שהתקיים שנים מספר לאחר-מכן, האריך בית-המשפט העליון את אשרת השהייה והעבודה של אחד מהשלושה, בהטעימו כי "הנטל אמנם על המערער, אך קשה שלא לתת משקל לכך שאם הוא נתון לאימים ולסכנה בגינאה, הדבר נובע מעדותו כאן בישראל ורק מכך. הדבר מצריך ומצדיק משנה זהירות. הסיכון מטעות – רב" (עע"ם 8383/11, לעיל ה"ש 148, פס' 21 לפסק-הדין).

גם בעניין הרנדז<sup>150</sup> נדונה בקשת מקלט (שבית-המשפט המחוזי סבר כי יש לקבלה אך בית-המשפט העליון הפך את ההחלטה) של אזרח קולומביה שאמו העידה בישראל נגד אזרחים קולומביאניים אחרים שעסקו בזיוף אישורי שהייה בישראל. בית-המשפט דן לעומק בטענת הבן שהוא חשוף לרדיפה בקולומביה מצד גורמים הקשורים לעבריינים שנגדם העידה אמו, וזאת בהתאם לדיני הפליטים.

עינינו הרואות: גם טענות בדבר "סייענות" יש לעיתים בפיהם של מבקשי המקלט ה"אחרים" בישראל – אלה שאינם פלסטינים – והמשפט הישראלי מתמודד עם טענות אלה מכוח נורמות משפטיות בין-לאומיות לצד ישראליות. כפי שראינו, כך נהגו גם מדינות מערביות שונות, ממש בעת האחרונה, ביחס למתורגמנים עיראקים ואפגנים שסייעו לכוח הרב-לאומי בלחימתו במדינות אלה.

מקרים אלה מסייעים להמחיש את הטענה כי אין מקום לפתח "דיני סייענים" בנפרד מדיני הפליטים. מובן שמדינה רשאית לתת לפליטים שהם סייענים זכויות העולות על אלה המגיעות להם לפי דיני הפליטים הרגילים – למשל, מכוח תחושת חובה מוסרית מיוחדת. כך נהגה מדינת-ישראל, למשל, בחיילים ובמפקדים של צבא דרום לבנון (צד"ל), אשר סייעו לה בזמן שהייתו של צה"ל בדרום לבנון, כאשר זיכתה אותם באפשרות להתיישב בישראל, להתאזרח בה ולקבל הטבות נרחבות מכוח חקיקה מיוחדת.<sup>151</sup> על-כן אין מתעוררת כל בעיה משפטית כאשר משתף-פעולה פלסטיני מקבל בישראל מעמד של "סייען", שהרי מעמד זה מקנה לו זכויות נרחבות מאלה שישאל מחויבת לתת לפליטים מכוח אמנת הפליטים. הבעיה המשפטית מתעוררת כאשר משתף-הפעולה אינו מקבל מעמד של "סייען", אלא של "מאויס", שאז הזכויות המוענקות לו נופלות מהרף המינימלי של זכויות שאמנת הפליטים מחייבת מדינת מקלט לתת. כמו-כן, הבעיה מתעוררת כאשר מדינת-ישראל מסרבת לתת למשתף-הפעולה מעמד כלשהו, בגלל תבחין כגון עבר פלילי (שאינו חמור במיוחד), אשר על-פי האמנה אינו מצדיק סירוב של המדינה הקולטת לתת למבקש המקלט מעמד של "פליט" ואת ההטבות הנלוות למעמד זה.

## ה. סיכום

מאמרו של הופנונג הוא חלוצי בתחום הכתיבה על סייענים פלסטינים. הוא מעורר מחשבה בהאירו את היקף התופעה ואת מחיריה הישירים והעקיפים לכלכלה ולחברה הישראליות. התייחסות גם להיבט המשפטי של התחום, כמו-גם להקשר ההיסטורי של התופעה, אשר בעשור האחרון חופפת את תופעת כניסתם של מבקשי מקלט אפריקאים, הייתה יכולה, לטעמי, להרחיב את הפרספקטיבה של מאמר חשוב זה.

150 עת"ם (מנהליים מר") 3415-05-10 הרנדז נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 14.8.2011); עע"ם 7126/11 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' הרנדז (פורסם בנבו, 6.6.2012).

151 חוק אנשי צבא דרום לבנון ומשפחותיהם, התשס"ה-2004. באופן דומה, כפי שצינתי לעיל (ראו ה"ש 23), חוקקו מדינות מערביות שונות חקיקה מיוחדת ביחס לסייענים עיראקים ואפגנים, אשר העניקה להם הטבות נרחבות יותר מהמינימום הנדרש לפי אמנת הפליטים.

ישראל נוהגת במדיניות של "הפרד ומשול" בין מבקשי המקלט הפלסטינים לבין מבקשי המקלט האחרים. בהתאם למדיניות זו היא מפנה את מבקשי המקלט הפלסטינים שיש בפיהם טענת סייענות לנתיב נפרד מזה של מבקשי המקלט ה"רגילים". התפיסה ביחס לאותם פלסטינים היא שההטבות שניתנות להם הן "לפנים משורת הדין", ויש התעלמות מוחלטת מחובותיה של מדינת ישראל כלפיהם לפי אמנת הפליטים.

אילו התייחסה מדינת ישראל לחובותיה הבין-לאומיות כלפי אותם סייענים, אשר רבים מהם אינם אלא פליטים, ייתכן שה"מחיר" שהופנוגג מתמקד בו – העלות הכרוכה בקליטתם ובשיקומם של הסייענים והמאוימים – היה נמוך יותר או גבוה יותר. זאת, בהתאם לתבחינים שהצגתי במאמר בדבר החובות שמדינת המקלט חבה לפליטים שנמצאים בשטחה. הכרה בכך שאותם סייענים ומאוימים אינם אלא פליטים (בכוח) תאפשר גם אחדות של הדוקטרינה המשפטית ביחס למי שמעלה טענה בדבר חשש לרדיפה שנובעת מסיוע שנתן לגורם ממשלתי ממדינת המקלט, יהיו הלאום של מבקש המקלט והלאום של הרודף אשר יהיו. מקרים כאלה, כפי שהראיתי, כבר עלו בישראל במסגרת המסלול ה"רגיל" של בקשות מקלט שמוגשות לרשות האוכלוסין וההגירה, וגם טריבונלים של הגירה ברחבי העולם דנו בהם לפי קורפוס דיני הפליטים המוכר והמחייב. כך יש לנהוג גם בישראל ביחס למבקשי מקלט פלסטינים שסייעו לטענתם לכוחות הביטחון או שנחשדים בכך. זאת, מבלי לשלול את האפשרות שהמדינה תיתן לסייענים זכויות עודפות מכוח החוב המוסרי המיוחד שיש לה כלפיהם.