



עצירת ה"הסתננות" האפריקנית לישראל והרחקתם של אלה השוהים בה שלא כדין – גישת המשפט הבין-לאומי

גבריאל כהן*

א. מבוא. ב. סטטוס: הפליט, מבקש המקלט ומהגר העבודה הבלתי-חוקי.
ג. המעצר המנהלי בישראל. ד. "השילוב": שאלת חוקיות מעצרו המנהלי של מבקשי המקלט. ה. סיכום: "לא זה הדרך!".

א. פתיחה

בימים אלו צמד המילים "המסתננים האפריקנים" מעלה תחושות שונות בקרב הציבור הישראלי. מחד גיסא, נשמעים קולות הסולדים מ"ההשתלטות האפריקנית" על אזורים מסוימים בישראל שבהם נוצר ריכוז של פליטים, מבקשי מקלט ומהגרים, דוגמת דרום תל-אביב, ערד ואילת. ה"מסתננים" מגיעים בעיקר ממדינות סודן ואריתריאה, כשלכך חשיבות מסוימת כפי שיובהר בהמשך. בהתאמה, נראה כי ישנו רצון עז להרחיק את אותם אנשים מישראל מסיבות מגוונות הנשענות, בין היתר, על טענה שהרחקה זו נחוצה כדי לשמר את מעמדה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בדגש על ה"יהודית" לאור השינוי הדמוגרפי שעלול לחול כתוצאה מריבוי טבעי.¹ מנגד, יש המביעים הזדהות ואמפתיה כלפי אותם בני אדם שבורחים מהזוועות שחוו במדינות מוצאם.² תחושה זו נשענת, כנראה, על זיכרון פליטות היהודים לדורותיהם בכלל, ובמהלך מלחמת העולם השנייה בפרט (למשל, שעה שהאימפריה הבריטית חסמה את שערי ארץ ישראל בפני פליטים יהודים שניסו להימלט מהזוועות של מלחמת העולם השנייה).

לקראת סוף כהונתו של שר הפנים היוצא אלי ישי, קיבל הוא את מסקנות דו"ח ועדת סופר.³ המדובר בדו"ח שנשלח לשר ב-4 בנובמבר, 2012 ושמו המלא הוא "המלצות צוות משימה לעצירת ההסתננות לישראל ולהרחקת אלה השוהים בישראל שלא כחוק". המימרה "חיים ומוות ביד הלשון" מקבלת בהקשר זה את משמעותה העמוקה והמרה: די בהתבוננות בכותרת כדי להבין את מטרת כתיבת הדו"ח וכמובן את המלצות המתבקשות של חברי הוועדה בראשות פרופ' ארנון סופר. עיקרן של המלצות עוסק בשאלה – כיצד ניתן להביא לסיום

* סטודנט לתואר שני, אוניברסיטת תל-אביב. בוגר תואר ראשון במשפטים, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל. השתתף בשנת 2013 בבחירת בית הספר בתחרות המשפט הבין-לאומי ע"ש Jessup.

1 שירי הדר "תושבים מדרום תל אביב הפגינו: 'סודנים לסודן'" YNET – חדשות 28.10.2012 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4298020,00.html

2 עומרי אפרים "אלפים צעדו בת"א: 'זכויות אדם לכל בני האדם'" YNET – חדשות 7.12.2012 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4316953,00.html

3 הוועדה לטיפול בסוגיית המסתננים לישראל המלצות צוות משימה לעצירת ההסתננות לישראל ולהרחקת אלה השוהים בישראל שלא כחוק (2012) (להלן: "ועדת סופר").



ה"הסתננות" המסיבית של בני אדם מיבשת אפריקה למדינת ישראל. הדו"ח מציע מספר פתרונות "יצירתיים" לצורך ההתמודדות עם התופעה המכונה "תופעת ההסתננות". לא למותר לציין שהדו"ח ממשיך את הקו הנוקשה שבו נוקטת הצמרת השלטונית בישראל כדי להתמודד עם התופעה, ששיאו בקבלת התיקון לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 ב-9 בינואר 2012 (להלן: "החוק למניעת הסתננות").⁴

התיקון העיקרי בחוק עניינו ההליכים המנהליים לטיפול ב"מסתננים" למדינת ישראל והחזקתם במשמורת לתקופה של עד **3 שנים**. לפי ההליך שנקבע, סמכותו של שר הביטחון להוציא צו גירוש למסתנן תותנה בבחינת נסיבותיו האישיות של המסתנן ומדינת היעד לגירוש, ובכך שלא ניתנה לו אשרת שהייה בישראל כחוק. עד לגירוש, ניתן יהיה להחזיק את המסתנן במשמורת כאמור לתקופה שלא עולה על 3 שנים, ולממונה ביקורת הגבולות תהיה הסמכות להורות על שחרורו בערובה בנסיבות הקבועות בחוק (כגון גיל, מצב בריאותי וטעמים הומניטריים). כמו כן, התיקון לחוק מכשיר נסיבות שבהתקיימן לא רשאים שר הביטחון או הממונה על ביקורת הגבולות להורות על שחרורו של "המסתנן" (נסיבות שלפיהן בשחרורו יש כדי לסכן את ביטחון המדינה, שלום הציבור, בריאות הציבור או נסיבות שבהן גורמי הביטחון המוסמכים קבעו כי במדינת מושבו או באזור מגוריו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון המדינה).

בתגובה לתיקון החוק וכנגד חוקתיות החוק למניעת הסתננות, הגישו מספר ארגוני זכויות אדם עתירה בפני בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לאור פגיעתו הבלתי-מידתית בזכויות אדם ולאור עמידתו בסתירה לחובותיה של מדינת ישראל מכוח דיני הפליטים ודיני זכויות האדם הבין-לאומיים.⁵ בשל רגישות הנושא, אף הרחיב נשיא ביהמ"ש העליון את מותב השופטים לתשעה.⁶

ב-16.9.2013 נתן ביהמ"ש העליון את החלטתו – בפרשת א.ס.ף – כשכל תשעת שופטי ההרכב פסקו פה אחד, כי ההסדר המצוי בחוק אינו חוקתי ועומד בסתירה הן לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁷ והן לנורמות זכויות אדם בין-לאומיות שישאל מחויבת בהן. שופטי בית המשפט העליון הכירו במציאות הקשה והסבוכה שבה מצויה מדינת ישראל, עם זאת, פרקטיקה פוגענית מעין זו של ענישה קולקטיבית ללא ביסוס מוצדק ולצורכי הרתעה אינה מקובלת במדינות דמוקרטיות מערביות ולכן ביטל בית המשפט את הסדר החדש ש"נכנס" לחוק למניעת הסתננות.⁸ מכאן, כי על מקבלי ההחלטות בישראל לחשוב וליצור מנגנון אחר להתמודדות עם בעיית המסתננים.

⁴ חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012.
⁵ כתב תביעה בבג"ץ 7146/12 א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט נ' הכנסת ואח' (פורסם בנבו, 12.3.2013).
⁶ בג"ץ 7146/12 א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 29.4.2013).
⁷ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
⁸ בג"ץ 7146/12 סרג' אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013).



אכן הנושא הוא סבוך מבחינה פוליטית, אנושית ומשפטית.

ב. סטטוס: הפליט, מבקש המקלט ומהגר העבודה הבלתי-חוקי

הנדבך הבסיסי לבחינת השאלה נוגע למונחים המדויקים בשאלת הסטטוס המשפטי של אלה המכונים "מסתננים". המשפט הבין-לאומי אינו מכיר בסטטוס "מסתננים". בהקשר הנוכחי ניתן לדבר על שלוש אפשרויות של מעמד שכל אחת מהן מנביעה זכויות וחובות אחרות: (א) פליטים (refugees); (ב) מבקשי מקלט (asylum-seekers); (ג) מהגרי עבודה בלתי-חוקיים (migrants).

הפליט

מעמד הפליט מוסדר באמנה בדבר מעמדם של פליטים (Convention Relating to the Status of Refugees) שנחתמה בשנת 1951 (להלן: "אמנת הפליטים").⁹ מדינת ישראל אשררה את האמנה ב-1954. הרקע ההיסטורי לכריתת האמנה ברור: הקהילה הבין-לאומית הכירה במונח "פליט" בתקופה שבין מלחמות העולם, אך היו אלה זוויות מלחמת העולם השנייה, ובמיוחד הפגיעה בבני ובבנות קהילות ספציפיות בשל השתייכותם לקבוצה מסוימת באשר היא (דוגמת היהודים, הצוענים וההומוסקסואלים), בשילוב עם עובדת קיומם הן באירופה והן מחוצה לה של מאות אלפי אנשים חסרי מעמד חוקי (שכן לא היו אזרחי המדינות בהם שהו), שהצביעה על צורך בכינון אמנה משפטית ברורה ומחייבת שתגדיר מיהו פליט, מה הן זכויותיו ומה הן חובות המדינות החתומות על האמנה ביחס אליו. סעיף 1(A)(2) לאמנת הפליטים מגדיר "פליט"¹⁰ כמי שיש לו חשש מבוסס מפני רדיפה בארץ מוצאו על רקע גזע, דת, לאום, השקפתו הפוליטית או השתייכותו לקבוצה חברתית מסוימת. האמנה מונה בסעיפים 31 עד 33 איסורים ספציפיים על המדינות החתומות על האמנה. לדוגמה, לפי סעיף 31(1) לאמנת הפליטים חל איסור על המדינות להטיל סנקציות על פליטים שהגיעו לשטח המדינה, גם אם אלה נכנסו אליה באופן בלתי-חוקי. לפי סעיף 32 לאמנה, אין המדינות רשאיות לגרש את אותם פליטים למעט מקרים של חשש לביטחון הלאומי או לשמירה על הסדר הציבורי, וגם מקרים מעין אלו ייקבעו רק לאחר הליך משפטי הוגן שבו תוענק לפליט הזדמנות להציג ראיות סותרות כדי להוכיח את חפותו, ותוך מתן אפשרות לערער על ההחלטה לגרשו ככל שזו אכן תתקבל. בסעיף 33 לאמנה מעוגן עיקרון "אי-החזרה" המטיל איסור מוחלט על המדינות החתומות להחזיר או לגרש את הפליט לגבולות טריטוריה שבה חייו או חירותו יהיו בסכנה על בסיס גזע, דת, לאום, השתייכות לקבוצה חברתית מסוימת או השקפה פוליטית. עקרון "אי-החזרה" מוכר כעיקרון המשקף משפט בין-לאומי מנהגי.¹¹ ברי כי ברגע

⁹ אמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 65, 3 (נפתחה לחתימה ב-1951).

¹⁰ ברשימה זו, כל האמור בלשון זכר כולל גם נקבה ולהפך.

¹¹ בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 846, 848.



שהמדינה הכירה בפלונית כזכאית למעמד של פליטה, היא מנועה מלגרשה, מלהטיל עליה סנקציות בגין כניסה בלתי-חוקית ולא עומדת לה הזכות להחזירה למדינת אזרחותה. אולם, פליט כאמור הינו אך ורק אדם שהמדינה המקבלת, לאחר הליך בדיקה ראוי, הגיעה למסקנה כי הוא זכאי לסטטוס של פליט.

מבקש המקלט

לעומת הפליט, "מבקש מקלט" (asylum-seeker) הוא כל אדם אשר הגיע לשטחה של מדינה והגיש בקשה בפני הרשויות למעמד של פליט וזאת בטווח הזמן שבין הגשת הבקשה ועד ההחלטה בעניינו. יש לציין שבטווח זמן זה, אותו אדם עדיין זכאי לזכויות מסוימות, שזכאי להם פליט עד אשר ההחלטה בעניינו מתקבלת. גישה זו נתקבלה על ידי בתי משפט בבריטניה¹² ועל ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם.¹³

מהגר העבודה הבלתי-חוקי

"מהגר" הוא אדם המבקש לעבור למדינה אחרת, שאינו אזרח או תושב, על מנת למצוא פרנסה או לשפר את תנאי חייו. אולם, המדינה המארחת רשאית בכל רגע לעצרו ולהחזירו לארץ מוצאו בהתאם לחוקי ההגירה הפנימיים שלה, וכל עוד אלה אינם עומדים בסתירה לדיני זכויות האדם הבין-לאומיים.

בנוסף לסוגי הסטטוס האמורים, הקהילה הבין-לאומית הכירה גם בצורך ב"הגנה קולקטיבית" למבקשי מקלט שהגם שאינם עונים על הקריטריונים המובאים באמנת הפליטים, הם עדיין זכאים להגנה מסוימת במדינה אחרת לאור העובדה כי לא ניתן להחזירם למדינת מוצאם, בעיקר עקב חשש לחייהם. הגנה מעין זו ניתנת על ידי מדינות בהתאם להנחיות שפרסמה נציבות האו"ם לפליטים לעניין אריתריאה לאור ההפרות החמורות של זכויות אדם שמתבצעות במדינה זו.¹⁴ כמו כן, טריבונל ההגירה העליון בבריטניה אישר כי אזרחי אריתריאה יוכרו כמעט באופן מוחלט (למעט חריגי ביטחון ושלום הציבור) כפליטים.¹⁵ אולם, הגנה מסוג זה אינה מוסדרת על ידי אמנה כלשהי. מכאן, שמדובר באקט שהו, ככלל, מלפנים לשורת הדין (הבין-לאומי) ואי-הענקת "הגנה קולקטיבית", כנראה, לא תיחשב להפרה של המשפט הבין-לאומי. בית המשפט העליון העיר שהפרקטיקה הנוהגת בישראל היא שאזרחי אריתריאה וסודן זכאים להגנה קולקטיבית זו, אך המליץ למחוקק להסדיר את העניין בחקיקה.¹⁶ עם זאת,

Alimas Khaboka v. Secretary of State for the Home Department, [1993] A.C. 484, (Eng.); R v.

Uxbridge Magistrates Court, ex parte Adimi [1999], A.C. 560, (Eng.)

Amuur v. France, 1996-III Eur. Ct. H.R. 11, ¶ 43

UN High Commissioner for Refugees, *UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea*, U.N. Doc. HCR/EG/ERT/11/01 (Apr. 29, 2013).

MO Eritrea CG [2011] UKUT 00190 (IAC), available at:

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4e0214652.pdf>

ע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים, פס' 19 לפסק דינו של השופט עוזי פוגלמן (פורסם בנבו, 17.7.2012); בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון, פסק 5 לפסק דינה של הנשיאה דורית ביניש (פורסם בנבו, 7.7.2011).



עם פיצולה של סודן לשתי מדינות בשנת 2011 – סודן ודרום סודן – הוחלט בתיאום עם ממשלת דרום סודן כי ההגנה הקולקטיבית לאזרחי המדינה החדשה תוסר מאחר שמלחמת האזרחים ששיסעה את המדינה תמה. בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים "הכשיר" פרקטיקה זו.¹⁷

רוב רובם של ה"מסתננים" בענייננו הם, למצער, מבקשי מקלט מאחר שרובם המכריע מגיע ממדינות סודן ואריתריאה, כשישראל למעשה מנועה מלהחזיר אזרחי מדינות אלו למדינת מוצאם. לכן, גם אם אכן הם הגיעו בשערי ישראל לצרכי עבודה ונכנסו אליה בצורה לא חוקית, עדיין ישראל מנועה מלהחזירם למדינות מוצאם.

ג. המעצר המנהלי בישראל

מעצר מנהלי הוא הליך שבו אדם שמערכת האכיפה מעריכה כי הוא מאיים על הציבור מושם במעצר ללא הליך משפטי. בישראל, הסמכות לעצור במעצר מנהלי קמה בתקנות ההגנה (שעת חירום) משנת 1945 שתקפות עוד מתקופת שלטון המנדט הבריטי.¹⁸ בשנת 1979 חוקק בישראל חוק סמכויות שעת חירום אשר מאפשר מעצרים מנהליים רק בזמן מצב חירום.¹⁹ אולם, מכיוון שמצב החירום בישראל לא בוטל מעולם תוקפו של חוק זה לא פג מעולם והוא מאפשר את המעצרים המנהליים בישראל בימינו בעיקר בהקשר לסכסוך הישראלי-פלסטיני, וגם בהקשר לגל "הסתננות" האפריקנים לישראל. כמו כן, המעצר המנהלי הוכר ככלי שלטוני לגיטימי גם על ידי בית המשפט העליון.²⁰ בנוסף, השימוש בכלי המעצר המנהלי ננקט במדינות רבות כמו ארצות-הברית, בריטניה, ירדן, אירלנד, מצרים, סין, ברזיל, אוסטרליה וארמניה.

ד. "השילוב": שאלת חוקיות מעצרו המנהלי של מבקשי המקלט

מעצר של מבקש מקלט הוא לגיטימי כל עוד יש בסיס מוצדק להניח ששהייתו במדינה ספציפית היא זמנית או שקיימת אפשרות סבירה להניח שהמדינה תוכל להחזירו למדינת מוצאו. גם במצב מעין זה, על המעצר להיות הכרחי וסביר בנסיבות העניין, ורק עד אשר המדינה מקבלת החלטה בעניין הסטטוס לו הוא זכאי.²¹ גישה זו

עת"מ (י-ם) 53765-03-12 א.ס.ף - ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל ואח' נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 7.6.2012).

תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945.

תקנות שעת חירום (מעצרים) (סדרי דין ומועדים להגשת ערעורים), התשל"ט-1979.

ע"פ 6659/06 פלוני ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008).

Guy S. Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection*, in REFUGEE PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW 185 (Erika Feller, Volker Türk & France Nicholson eds., 2003).



יושמה על ידי גופים בין-לאומיים שונים כגון מועצת האו"ם לזכויות אדם,²² ובית הדין הבין-אמריקני לזכויות אדם.²³ מעצר שרירותי פוגע בזכות לחירות, המוכרת כזכות אוניברסלית שמעוגנת בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, בסעיף 9 לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות (International Covenant on Civil and Political Rights)²⁴ ובאמנות זכויות אדם אזרחיות שונות דוגמת האמנה האירופית לזכויות אדם.²⁵ כמו כן, הזכות לחירות תקפה לא רק לגבי אזרחי המדינה אם כי לכל אדם אשר מצוי בתחומי הטריטוריה (והשליטה האפקטיבית) של אותה מדינה ובכללם גם מהגרים ומבקשי מקלט.

אכן, אין מסגרת זמן קבועה להפיכתו של מעצר מנהלי מהתנהלות חוקית ולגיטימית של הרשויות להפעלת כוח שרירותית; העניין תלוי נסיבות. בה בעת ניתן לומר בבטחה כי מעצר לתקופה של 3 שנים אינו סביר מבחינת הדין הבין-לאומי. כך, לדוגמה, בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע בתביעה שהוגשה נגד בריטניה כי מעצר למשך ארבעה עד שבעה ימים בלבד של חשודים בטרור הוא למעשה הפרה של דיני זכויות האדם האירופיים לאור העובדה כי לא הובאו לפני שופט ולא נעשתה שום ביקורת שיפוטית בעניינם.²⁶ בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג קבע בפסק דין בעניין Diallo כי מעצר למשך 66 ימים הוא הפרה של דיני זכויות האדם הבין-לאומיים.²⁷ בפסק הדין דן בית הדין בתביעה שהגישה הרפובליקה של גינאה נגד הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו (להלן: "קונגו") בעניין הפרה של זכויות אדם של איש עסקים, אזרח גינאה, מר דיאלו. גינאה טענה כי קונגו אחראית להפרה חמורה של דיני זכויות האדם הבין-לאומיים לאור מעצרו הממושך של מר דיאלו. בית הדין פירש את סעיף 9(4) לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, שלפיו אף אדם לא יהיה חשוף למעצר שרירותי בצורה רחבה וקבע, כאמור, כי העובדה שמר דיאלו שהה במעצר למשך 66 ימים ללא הצדקה ומבלי שהובא בפני שופט מהווה הפרה של דיני זכויות האדם הבין-לאומיים והורה לקונגו לשלם פיצויים לגינאה לאור ההפרה. קל וחומר כי מעצר לתקופה של 3 שנים מבלי שהפרט מובא בפני שופט, מהווה הפרה של דיני זכויות האדם הבין-לאומיים.

ההיגיון העומד בבסיס החלטות אלה הוא ברור: המעצר המנהלי הוא צעד אמנם חוקי אך חריג, הפוגע בחירותו של אדם ולכן יש לנקוט בו בזהירות רבה ולפרש את אופן ההיתר ליישומו באופן צר ודווקני. הצורך להגן על ערך החירות מחייב שהפגיעה בה תהא מוגבלת בזמן ומידתית. גישה זו כמובן גם יושמה בפסק דין א.ס.ף, וכפי שציינה השופטת ארבל: "מקובל על הכל כי הזכויות המוענקות על ידי המדינה לזר, ובוודאי לזר שנכנס באופן בלתי

22 UNHRC, Comm. No. 305/1988, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/305/1988 ¶ 5.8 (*Van Alphen v. Netherlands*);
UNHRC, Comm. No. 560q/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, P. 9 (*A. v. Australia*)
23 *Velez v. Panama*, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R., (ser. C) No. 218, ¶ 162 (Dec. 12, 2010)
24 סעיף 9 לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).
25 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art 5., Rome, 4.XI.1950
26 *Brogan v. United Kingdom* (1989) ECHR Ser. A, No. 145-B, 11, 117
27 *Ahmadou Sadio Diallo* (Rep. of Guinea v. Dem. Rep. of Cong.), 2010 I.C.J. 582, ¶ 77 (Nov. 30)



חוקי למדינה, אינן משתוות לאלו הניתנות לאזרחי המדינה, ואף חובותיה של המדינה כלפיו אינן זהות כמובן. עם זאת, אין משמעות הדבר כי המסתנן מופשט מכל זכויותיו ברגע שנכנס למדינה, ואף אם באופן לא חוקי. היקפה של הזכות החוקתית לחירות ולכבוד האדם חלה על כל אזרח ישראלי, כמו גם על הגר, מסתנן או פליט שנכנס לישראל בנסיבות אשר תהיינה. חירותו של אדם היא זכות הנלווית אליו לכל מקום שילך, בין אם במדינתו ובין אם במדינה אחרת, בין אם שוהה הוא במקום שהותר לו לשהות בו, ובין אם נכנס למקום שנאסר אליו. חירותו של אדם וכבודו מהווים נורמות תשתית לחיים יחדיו במדינה לאזרחים ולתושבים, ותחומי פרישתן גם לזרים החיים בקרבם. לא ניתן לחלוק, אם כן, על הפגיעה הקשה והעוצמתית בזכויותיהם החוקתיות הבסיסיות ביותר של המסתננים".²⁸

לכן, ניתן לומר כי אף שניתן לעצור במעצר מנהלי את אותם "מסתננים" בנסיבות מסוימות, מעצר מנהלי לתקופה של 3 שנים – אינו מידתי ולכן, אינו חוקי. כלומר, דין התיקון לחוק היה בטלות הן לפי שיטת המשפט הישראלית והפסיקה בנושא המעצר המנהלי והן לפי המשפט הבין-לאומי עוד טרם החל בג"ץ לדון בעניין. ניתן לתהות מה הרהרו לעצמם מקבלי ההחלטות בישראל כשביקשו לבצע את התיקון הנ"ל לחוק למניעת הסתננות, כשניתן לומר די בבירור שדינו היה להיפסל על ידי בג"ץ.

ה. סיכום: "לא זה הדרך!"²⁹

התשובה לשאלה שהוצגה לעיל היא ברורה: מעצר מנהלי גורף של קבוצת אנשים זרה ללא הליך בדיקה ובקרה לקביעת מעמדם עומד בסתירה לחובותיה של ישראל על פי המשפט הבין-לאומי. הפתרון הראוי אינו מעצר מנהלי לא מבוקר לתקופה ארוכה של 3 שנים, ואף לא לתקופה של שנה כפי שהציע שם הפנים הנוכחי בתזכיר חוק חדש.³⁰ הפתרון הראוי, אותו אני מבקש להציע, הוא כינון מנגנון בקרה ובחינה של אותם בני אדם הנכנסים לשטח מדינת ישראל דרך גבולה עם יבשת אפריקה. על מנגנון זה להיות מאויש בנושאי תפקידים שמבינים את שפתם, מכירים את המצב בארצות המוצא שלהם ומצוידים בכל רקע נחוץ אחר על מנת לבחון אם אכן קיים חשש מבוסס לחיי כל אחת מהן בארץ מוצאה. ברגע שמנגנון מעין זה יוקם ותעשה בחינה על בסיס אינדיבידואלי של בקשה למעמד פליט – ישראל תהא רשאית להשיב את מי שבקשתו נמצאה בלתי-מבוססת חזרה לארצו. אולם, מנגנון זה אינו עתיד להיות יעיל או אפקטיבי באשר לאזרחי מדינות סודן ואריתריאה.

²⁸ פרשת סרג' אדם, לעיל ה"ש 8, פס' 113 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל. ההפניה היא כמובן למאמרו של אחד העם: אחד העם "לא זה הדרך!" המליץ 1 53 (1889). ניתן למצוא באתר "עיתונות

²⁹ יהודית היסטורית" בכתובת web.nli.org.il/sites/JPress/Hebrew/Pages/default.aspx עומרי אפרים "חוק מסתננים חדש: ייכלאו לשנה במקום שלוש" YNET – חדשות 8.11.2013 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4451039,00.html

³⁰



פתרון ראוי אחר, יעיל ואפקטיבי יותר, שלדעתי יכולה ישראל ליישם הוא אכן העברתם של אותם מסתננים למדינה שלישית. בהנחה שמדובר באזרחי צפון סודן ואריתריאה, שאת אזרחיהן ישראל אינה יכולה להחזיר למדינותיהם לאור עקרון אי-ההחזרה כאמור גם אם בקשתם לסטטוס של פליט נדחית, ישראל יכולה להעבירם למדינה שלישית שמעוניינת לקבלם או שמקבלת תשלום מישראל לקבלם, תוך קבלת מחויבות מאותה מדינה כי אין חשש שתחזיר אותם למדינות מוצאם (בהתאם לעקרון אי-ההחזרה). התנהלות זו מקובלת במשפט הבין-לאומי מכוח "דוקטרינת המדינה השלישית הבטוחה" (Safe Third Country), היא אף הוכרה על ידי נציבות האו"ם לפליטים כחוקית ואומצה על ידי האיחוד האירופי ברגולציית דבלין.³¹ באשר לאותם אזרחי צפון סודן ואריתריאה שיוכרו כפליטים – על ישראל למלא את מחויבותיה ולהעניק להם את מלוא הזכויות להם הם זכאים מכוח אמנת הפליטים. זו היא חובתנו מכוח המשפט הבין-לאומי, זו היא חובתנו מכוח הצלע ה"דמוקרטית" בתיבה "יהודית ודמוקרטית", וזו היא חובתנו מכוח הזיכרון ההיסטורי שלנו כמדינה שהיא גם מדינה יהודית.

Michelle Foster, *Responsibility Sharing or Shifting? "Safe" Third Countries and International Law*, 25 *REFUGEE* 64 (2008).

31