



## חריגה ממחויבויות האמנה בדבר מעמדם של פליטים בזמני חירום בישראל

### דוד זלוטוגורסקי\*

א. מבוא. ב. תיקון מס' 3 ומצב החירום בישראל. ג. חריגה ממחויבויות אמנת הפליטים במצבי חירום. ד. חריגה ממחויבויות האמנה במצב של "Mass Influx". ה. סוף דבר.

#### א. מבוא

מאז שנת 2006, חלה עלייה גדולה במספר המסתננים, מהגרי העבודה, מבקשי המקלט או הפליטים<sup>1</sup> המנסים להיכנס לשטחה של מדינת ישראל.<sup>2</sup> ההערכות הן שכיום נמצאים בישראל למעלה מ-55,000 בני אדם שחצו את גבולות ישראל מיבשת אפריקה.<sup>3</sup> בשנת 2012 נחקק החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה)<sup>4</sup> (להלן: "תיקון מס' 3" או "התיקון") במטרה לטפל בבעיית המסתננים הצובאים על דלתות מדינת ישראל. התיקון אפשר לכלוא כל אדם שהסתנן למדינה – קרי, כל אדם שאינו תושב שנכנס למדינת ישראל שלא

\* סטודנט שנה ד' למשפטים ויחסים בין-לאומיים באוניברסיטה העברית בירושלים, חבר בנבחרת האוניברסיטה העברית בתחרות ע"ש ג'סאפ למשפט בין-לאומי פומבי (Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition) בשנת 2013 ומאמן נבחרת הג'סאפ של האוניברסיטה העברית בשנת 2014. תודתי נתונה לארנה בן-נפתלי, אבינעם כהן, טל מימרן ואסף לובין על הערותיהם המועילות.

<sup>1</sup> יש מחלוקת על התואר המדויק שיש לתת לאנשים שנכנסו לישראל. מטעמי נוחות ברשימה זו אשתמש במושג מסתננים ואין בכך כוונה לקביעה נורמטיבית לגבי זכויותיהם במשפט הישראלי או הבין-לאומי. זאת כיוון שלמושג "מסתנן" אין משמעות מבחינת המשפט הבין-לאומי.

<sup>2</sup> יש לציין שב-2013, חלה ירידה משמעותית בהיקף המסתננים לישראל. על פי רשות האוכלוסין וההגירה, נכון למרץ 2013, אותרו 29 מסתננים שנכנסו לישראל בשנת 2013, ביחס ל-10,403 המסתננים שנכנסו לישראל בשנת 2012. ראו רשות האוכלוסין וההגירה האגף לתכנון מדיניות נתוני זרים בישראל: מהדורה מס' 2/2013 3–4 (אפריל 2013) [www.piba.gov.il/PublicationAndTender/ForeignWorkersStat/Documents/%D7%90%D7%A4%D7%A8%D7%99%D7%9C%202013.pdf](http://www.piba.gov.il/PublicationAndTender/ForeignWorkersStat/Documents/%D7%90%D7%A4%D7%A8%D7%99%D7%9C%202013.pdf)

<sup>3</sup> שם, בעמ' 3; ס' 18 לכתב תשובה בבג"ץ 7146/12 סרג' אדם נ' הכנסת (להלן: כתב התשובה מטעם המדינה); בג"ץ 7146/12 סרג' אדם נ' הכנסת, פס' 4 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל (פורסם בנבו, 16.9.2013); הוועדה לטיפול בסוגיית המסתננים לישראל המלצות צוות משימה לעצירת ההסתננות לישראל ולהרחקת אלה השוהים בישראל שלא כחוק 9 (2012) [www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2013/03/Sofer.pdf](http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2013/03/Sofer.pdf) (להלן: דו"ח ועדת סופר); דברי הסבר להצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (איסור הוצאה מישראל של כספי מסתנן – הוראת שעה), התשע"ב–2012, ה"ח 1368, 1368.

<sup>4</sup> החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב–2012, ס"ח 119 (להלן: תיקון מס' 3).



דרך מעבר גבול.<sup>5</sup> לאחרונה, בפרשת סרג' אדם נ' הכנסת, בית המשפט הגבוה לצדק, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, קבע כי סעיף 30 לחוק, שהתיר החזקה של מסתנן במשמורת לתקופה בת שלוש שנים, הוא בלתי-חוקתי ודינו בטלות.<sup>6</sup> אולם, זו אינה השאלה במוקד רשימה זו.<sup>7</sup>

כחלק מתיקון מס' 3, נותק הקשר שהיה בחוק עובר לתיקון למצב החירום במדינת ישראל.<sup>8</sup> טענת רשימה זו היא כפולה: ראשית, למרות ניתוק בין מצב החירום לחוק, התיקון לחוק והרטוריקה בהנהגה הישראלית עדיין קושרים במידה רבה בין הטיפול בסוגיה זו לבין מצב החירום בישראל. שנית, ובעקבות כך, הרשימה תבחן אם ישראל יכולה לחרוג ממחויבויותיה הבין-לאומיות מכוח אמנת הפליטים נוכח מצב החירום הקיים בה ובהתבסס על

<sup>5</sup> ס' 1 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954; דברי הסבר להצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011, ה"ח 594, 594 (להלן: דברי הסבר להצעת החוק).

<sup>6</sup> פרשת סרג' אדם, לעיל ה"ש 3. בית המשפט, בדעת רוב של שמונה שופטים, קבע כי דינו של סעיף 30 לחוק בטלות, כאשר השופט ניל הנדל קבע כי יש לבטל אך את סעיף 30א(ג) לחוק. ראו שם. בית המשפט קבע כי מאסר לתקופה הממושכת הקבועה בחוק לפי סעיף 30א(ג) (3) לחוק ההסתננות הוא בלתי-מידתי. בפסקי דינם, הפנו חלק מן השופטים להסדרים מתוך המשפט הבין-לאומי והמשפט המשווה, אך לא הסתמכו על המשפט הבין-לאומי לצורך קביעתם. ראו למשל: שם, פס' 91, 106-107 לפסק דינה של השופטת ארבל; שם, פס' 35 לפסק דינו של השופט עוזי פוגלמן. השופט פוגלמן ציין כי ספק אם החזקת מבקשי מקלט במשמורת לאורך תהליך בחינת בקשתם עולה בקנה אחד עם מחויבויותיה הבין-לאומיים של ישראל. שם, פס' 37 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

לטעמי, לאור הפרשנות המקובלת במשפט הבין-לאומי, מעצר ממושך של מסתננים לתקופה של שלוש שנים ללא צידוק נוסף הוא מעצר שרירותי המנוגד לדין הבין-לאומי מכוח ס' 9(1) לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1992) (להלן: ICCPR). סעיף זה חל על כל אדם המצוי בישראל, בין אם הוא פליט או אדם שנכנס למדינה שלא כדין. ראו Human Rights Committee (HRC), *General Comment 31*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 10 (2004). שרירותיות המעצר עולה מדעות ועדת האו"ם לזכויות אדם. ראו למשל: HRC, *Baban v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/1014/2001, para. 7.2 (2003) (מעצר לתקופה בת שנתיים ללא בחינת אלטרנטיבות למעצר נקבע כשרירותי); HRC, *Bakhtiyari v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/79/D/1069/2002, para. 9.3 (2003) (אף שמעצר לצורך וידוא הזהות של מסתננים בלתי-חוקיים הוא חוקי, מעצר ממושך של שנתיים ועשרה חודשים נקבע כשרירותי כיוון שלא נבחנו חלופות למעצר והמדינה לא הראתה שהיה צורך במעצר הממושך). אף שפרשנות ועדת האו"ם לזכויות אדם אינה מחייבת, בית הדין הבין-לאומי בהאג נותן משקל משמעותי לפרשנותה ל-ICCPR. ראו Ahmadou Sadio Diallo (*Guinea v. Dem. Rep. Congo*), Merits, [2010] I.C.J. 639, para. 66. פסיקת בית הדין הבין-לאומי בהאג אינה מחייבת בדין הישראלי, אולם, בית המשפט העליון קבע כי יש לתת לפרשנות של בית הדין "את מלוא המשקל הראוי", אפילו כשמדובר בחוות הדעת הבלתי-מחייבות של בית הדין. ראו בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, פס' 56 לפסק דינו של הנשיא אהרן ברק (2005).

<sup>7</sup> התיקון ותופעת המסתננים מעלים סוגיות אתיות, חברתיות, כלכליות ותרבותיות, אולם, ברשימה זו אתמקד רק בהיבטים המשפטיים של תופעה זו.

<sup>8</sup> סעיף זה של התיקון עודנו בתוקף. ראו להלן בה"ש 17 והטקסט הצמוד.



סעיף 9 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים (להלן: "אמנת הפליטים")<sup>9</sup>. בנוסף, הרשימה תבחן אם ישראל יכולה לחרוג ממחויבויותיה נוכח המספר הגדול של המסתננים שנכנסו למדינה. טענת הרשימה היא כי התשובה לשאלות אלו שלילית; גם בהתבסס על מצב החירום הקיים בישראל וכניסת מעל ל-55,000 מסתננים, ההסדרים החלים כיום על המסתננים אינם תואמים את מחויבויותיה של ישראל לפי המשפט הבין-לאומי.

מבנה הרשימה הוא כדלקמן: חלק ב' יבחן את הניתוק הלכאורי בין מצב החירום לבין התיקון לחוק. חלק ג' יציג תחילה את אחת מן החובות הבסיסיות מכוח אמנת הפליטים, החובה לבחון בקשות למקלט בצורה הוגנת ואפקטיבית, ואת הפער בין הפרקטיקה הקיימת בישראל לבין מחויבויותיה. לאחר מכן, ייסקרו התנאים בגינם ניתן לחרוג מחובות האמנה והתנאים לקיומו של מצב חירום לפי אמנת הפליטים, תוך בחינת המקרה הישראלי. חלק ד' ינתח את זכותה של מדינה לחרוג לאור כניסה מסיבית של מבקשי מקלט לשטחה ואת יישום הדין לתופעת ההסתננות בישראל.

### ב. תיקון מס' 3 ומצב החירום בישראל

מדינת ישראל נמצאת במצב חירום כמעט מיום עצמאותה.<sup>10</sup> לאורך השנים נחקקו חוקים רבים שנועדו להקנות כלים לזרועות הרשות המבצעת בכדי להתמודד עם מצב חירום זה, אולם, חוקים אלו, והעובדה כי מרביתם עדיין בתוקף, זכו לביקורת בשל פגיעתם הבלתי-מידתית בזכויות אדם.<sup>11</sup> על רקע זה, בשנים האחרונות התפתחה מגמה בחקיקה שמתכוונת לנתק את החקיקה הראשית ממצב החירום.<sup>12</sup> המטרה של הסרת התלות במצב החירום היא ליצור חקיקה מאוזנת יותר וניתוק מצב החירום מחוקים שאינם קשורים אליו.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> ס' 9 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 65, 5 (נפתחה לחתימה ב-1951) (נחתמה ב-1951, אושררה ב-1954) (להלן: אמנת הפליטים).

<sup>10</sup> שמעון שטרית "חקיקת חירום בישראל לאור הצעת חוק-יסוד: המשפט וממשל א 433, 433 (התשנ"ג); מ' הופנונג **ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק: 1948-1991** 52 (מהדורה שנייה, 2001). מדינת ישראל נמצאת במצב חירום מבחינת דינה הפנימי, אולם, לא ברור אם ישראל נמצאת במצב חירום מבחינת הדין הבין-לאומי. ראו להלן בחלק ג' ובעיקר ה"ש 71-73 והטקסט הצמוד אליהן.

<sup>11</sup> אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** 936 (2005); הופנונג, לעיל ה"ש 10, בעמ' 52, 67-69, 72-75. ברוח דברים אלו ראו גם: שטרית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 437.

<sup>12</sup> בג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 8.5.2012).

<sup>13</sup> שם, פסק דינה של הנשיאה (בדימ') דורית ביניש; שם, פס' יב לפסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין.



כשהוא נחקק, על רקע תופעת הפדאיון בשנות ה-50,<sup>14</sup> החוק למניעת הסתננות נקשר למצב החירום.<sup>15</sup> החוק הטיל עונשים על מי שהסתנן לישראל ממדינות ערב ועונשים כבדים יותר על מסתננים מזוינים ועל אלו שליוו מסתננים מזוינים.<sup>16</sup> תיקון מס' 3 ביטל את סעיף 34 לחוק למניעת הסתננות משנת 1954, אשר תלה את תחולת החוק בקיומו של מצב חירום.<sup>17</sup> בדברי ההסבר לתיקון נאמר כי הוא נועד לתקן את השימוש בחוק ישן שהיה תלוי בקיום מצב חירום ושנעדר מנגנוני בקרה על המשמורת ועל הגירוש.<sup>18</sup> ראוי לציין כי לאורך שנים לא נעשה שימוש במנגנון המעצר המנהלי שנקבע בחוק, וזאת, עד 2006 אז החלו לעשות שימוש בחוק בהקשר של המסתננים ממדינות אפריקה.<sup>19</sup>

על כן, מעניין לראות כיצד התיקון, אשר אמור להיות חלק מהמגמה להפחתת תלות במצבי חירום,<sup>20</sup> סותר את אותה המגמה. המעבר מחקיקת החירום לחקיקה הרגילה אמור לקדם חקיקה מאוזנת יותר,<sup>21</sup> אולם בפועל התיקון רק מרחיב את תחולת החוק למניעת הסתננות בעוד הוא מבטל את תלותו בקיום שעת חירום. החוק עובר לתיקון התיר לעצור כל "מסתנן" – "מי שנכנס לישראל, ביודעין ושלא כדין" מאחת ממדינות ערב<sup>22</sup> – לתקופה בת חמש שנים.<sup>23</sup> התיקון החיל את העונש הזה על קבוצה רחבה הרבה יותר מזו שהייתה בחקיקה המקורית – כעת הוראה זו חלה על כל אדם שאינו תושב שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול, בין שביודעין ובין שלא ביודעין.<sup>24</sup>

14 "מסתננים הבאים למטרות חבלה" כמתואר בהצעת חוק בטחון הגבולות (עבירות שיפוט), התשי"ג-1953, ה"ח 172, 175. השופט פוגלמן התייחס למקורות החוק בפרשת **סרג' אדם**: "נזכיר כי החוק למניעת הסתננות נחקק בשנת 1954 על רקע גידול בשיעורן היחסי של ההסתננות האלימה (כלומר, הסתננות לשם ביצוע פעולות איבה ופשעים) וההסתננות המאורגנת, בעיקר מכיוון הגבול המצרי, שם החלו להופיע סימנים ראשונים של מה שנהפך ל"פדאיון" – חוליות חבלה מאורגנות ומאומנות, בסיוע המודיעין המצרי". ראו פרשת **סרג' אדם**, לעיל ה"ש 3, פס' 11 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

15 ס' 34 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, ס"ח 160 (להלן: החוק למניעת הסתננות בנוסחו המקורי).

16 ס' 1-5 לחוק למניעת הסתננות בנוסחו המקורי.

17 ס' 7 לתיקון מס' 3.

18 דברי הסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 600-601.

19 עתירה למתן צו על-תנאי בבג"ץ 7146/12 **א' נ' הכנסת**, ס' 66-67 (פורסם בנוב, 29.4.2013) (להלן: העתירה).

20 דברי הסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 594, 600-601.

21 פרשת **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, לעיל ה"ש 12, פס' יב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

22 אזרח, נתין, תושב או מבקר בלבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, ירדן, עירק, תימן, או שטחי יהודה, שמרון ועזה. ראו ס' 1 לחוק למניעת הסתננות בנוסחו המקורי.

23 ס' 2 לחוק למניעת הסתננות בנוסחו המקורי.

24 ס' 1 ו-2 לחוק למניעת הסתננות.



התיקון לחוק גם החיל הוראות אחרות שאפשרו לשלול את חירותם של המסתננים – סעיף 30(א) לחוק מסמך את שר הביטחון להורות על מעצרו של מסתנן עד לגירושו מהארץ.<sup>25</sup> סעיף 30א לחוק, אשר בוטל על ידי בית המשפט,<sup>26</sup> התיר לשים את המסתננים במשמורת לתקופה של שלוש שנים, וייתכן שאף מעבר לכך.<sup>27</sup> אמנם, נוספו חריגים שעל בסיסם ניתן לשחרר מסתננים ממעצר, אך חריגים אלו היו תלויים בשיקול דעתו של ממונה ביקורת הגבולות, אשר לו סמכות רשות להפעילם.<sup>28</sup> יתרה מכך, בפועל החוק הותיר על כנו את סמכויות המעצרים שהוקנו בחוק החירום כיוון שלפי סעיף 30א(ד)(3) לחוק למניעת הסתננות אם "הוגשה לממונה ביקורת הגבולות חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים שלפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של המסתנן מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה", לא היה ניתן לשחרר את המסתנן ממעצרו.<sup>29</sup> מלשון הסעיף נראה כי הוא שלל את שיקול הדעת שהיה נתון בידי ממונה ביקורת הגבולות לשחרר מסתנן כל עוד הוגשה חוות דעת כזו.<sup>30</sup> יוצא מכך שכל מסתנן שמקום מוצאו באחת ממדינות ערב ייכלא כפי שנכלא לפי החוק המקורי כיוון שניתן להניח שמתבצעת בהן "פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה".<sup>31</sup> יש להדגיש כי כיום, לאחר פרשת סרג' אדם, בוטלו סמכויות אלו והגבולות על שחרור העצירים, וההסדר הנוגע למעצר מסתננים יהיה מכה סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.<sup>32</sup>

אם כך, בפועל התיקון ביקש להותיר על כנם את מרבית ההסדרים למרות המעבר מחקיקת חירום לחקיקה רגילה תוך הרחבת תחולתם על בני אדם נוספים. עם זאת, חשוב להעיר לחיוב כי התיקון ביטל חלק מהסמכויות

25 ס' 30(א) לחוק למניעת הסתננות.

26 פרשת סרג' אדם, לעיל ה"ש 3.

27 ס' 30א כפי שמופיע בס' 5 לתיקון מס' 3.

28 ס' 30א(ב) ו-1(ג) לחוק למניעת הסתננות, שם.

29 התיקון הוסיף שתי עילות נוספות על סעיף 30א(ד)(3) אשר בהתקיים אחת מהן לא ישוחרר מסתנן. הראשונה, היעדר שיתוף פעולה מצד המסתנן, והשנייה, אם ממונה ביקורת הגבולות שוכנע ששחרור מסתנן יביא לסיכון ביטחון המדינה, שלום הציבור או בריאות הציבור. ראו ס' 30א(ד)(1) ו-2 לחוק למניעת הסתננות, כפי שמופיע בס' 5 לתיקון מס' 3. לאחרונה בכמה פרשות בית המשפט העליון התייחס להיקף תחולת "שלום הציבור" לעניין מעצרו של מסתננים. ראו ע"מ 8642/12 טספהונה נ' משרד הפנים, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 4.2.2013); ע"מ 9445/12 מדינת ישראל נ' גברמיקאל, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.1.2013). לביקורת על פרשת טספהונה ראו יונתן ברמן "מאסר עולם" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 3, 11 (2013)

[www.colman.ac.il/research/research\\_institute/katedra\\_HumanRights/Psika/Pages/default.aspx](http://www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Pages/default.aspx)

30 ס' 30א(ד)(3) לחוק למניעת הסתננות, ראו ס' 5 לתיקון מס' 3. עם זאת, מסתנן ישוחרר במקרים חריגים אם גילו או מצבו הבריאותי מחייבים זאת או כשהוא קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס. ראו ס' 30א(ב) לחוק למניעת הסתננות כפי שמופיע בס' 5 לתיקון מס' 3. כמו כן, החלטה זו תהא כפופה לביקורת שיפוטית.

31 ס' 30א(ד)(3) לחוק למניעת הסתננות כפי שמופיע בס' 5 לתיקון מס' 3.

32 פרשת סרג' אדם, לעיל ה"ש 3, פס' 116 לפסק דינה של השופטת ארבל.



הדרקוניות ביותר בחוק המקורי,<sup>33</sup> הסמכויות לעניין בית הדין למניעת הסתננות. בבית דין זה ניתן היה לחרוג מסדרי הראיות, וערעור על פסקי דין לא נדונו בערכאות אזרחיות.<sup>34</sup>

הרחבת תחולת החוק סותרת למעשה את תכלית ניתוק החקיקה ממצב החירום. בנוסף, למרות הניתוק בתיקון ממצב החירום, מעניין לראות את היחס בקרב רבים מנבחרי הציבור בישראל לתופעת ההסתננות. ידוע לכל שההסתננות לישראל מטילה קשיים רבים על החברה הישראלית ומשפיעה על היבטים כלכליים, ביטחוניים ודמוגרפיים שבהם ראוי לדון. אולם, דומה שההתבטאויות של נציגי הציבור בישראל חורגות מדיון בסוגיה סבוכה ומציגות את ההסתננות כאיום חמור, איום כמעט וקיומי על מדינת ישראל. כך לדוגמה שר הפנים, גדעון סער, אמר כי "המשוואה היא פשוטה ואכזרית – אם ישראל תהיה הסמן הליברלי במערב ביחס למסתננים בלתי חוקיים – נביא לאובדן המדינה היהודית היחידה".<sup>35</sup> חברת הכנסת מירי רגב גינתה את הסודנים באומרה "הסודנים הם סרטן בגוף שלנו", וחבר הכנסת לשעבר מיכאל בן ארי ציין שההסתננות הרסה את המדינה וכינה אותה "פלישה" שיש לעצור.<sup>36</sup> גם ראשי הממשלה בעבר ובהווה דנו באיום החמור של ההסתננות על החברה הישראלית. ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט התייחס להסתננות מאפריקה כאל "צונאמי".<sup>37</sup> ראש הממשלה בנימין נתניהו אמר שיש לפתור את בעיית המסתננים כדי לשמור על מדינת ישראל ועל עתידה כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>38</sup> התייחסות ברוח דומה השתמעה גם מטענת המשיבים בפרשת **סרג' אדם**.<sup>39</sup>

ס' 3 לתיקון מס' 3.

33

ס' 11–29 לחוק למניעת הסתננות בנוסחו המקורי.

34

חזקי עזרא "אושרה בקריאה ראשונה הצעת חוק למניעת הסתננות" ערוץ 7 25.11.2013 [www.inn.co.il/News/News.aspx/266049](http://www.inn.co.il/News/News.aspx/266049)

35

האגודה לזכויות האזרח בישראל **פליטים ומבקשי מקלט: הסלמה** 16 (2012).

36

.Avi Perry, *Solving Israel's African Refugee Crisis*, 51 VA. J. INT'L L. 157, 177 (2010)

37

שם, בעמ' 173.

38

לטענת המדינה, בלימת תופעת ההסתננות היא "תכלית ציבורית וחברתית חשובה ביותר בשל חומרתה של התופעה והשלכותיה הקשות המהוות איום ממשי על ריבונותה של מדינת ישראל וחוסנה" (ההדגשה שלי – ד.ד.). פרשת **סרג' אדם**, לעיל ה"ש 3, פס' 50 לפסק דינה של השופטת ארבל. בנוסף, תנועת גדר לחיים, אשר ביקשה להצטרף כמשיבה לעתירה, טענה כי "קבלת העתירה במלואה או בחלקה תעמיד את אזרחי ישראל בסכנת חיים. [העתירה] מבססת את טענתה על הטיעון הדמוגרפי-ביטחוני, הגורס כי לאזרחיה היהודים של מדינת ישראל נשקף סיכון פיזי חמור מהתערעורת הרוב היהודי-ציוני במדינת ישראל". שם, פס' 61 לפסק דינה של השופטת ארבל. ניתן להוסיף לכך כי חלק מהשופטים במותב התייחסו לאפשרות שהתגברות תופעת ההסתננות עשויה להביא לכך שמדינת ישראל "תימצא תחת איום וחשש לפגיעה קשה באינטרסים החיוניים שלה". ראו שם, פס' 115 לפסק דינה של השופטת ארבל. השוו גם לדברי השופט עמית. ראו שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט יצחק עמית.

39





על כן, בפועל ראשי הציבור בישראל מתייחסים לתופעת ההסתננות כאל סכנה חמורה ביותר, מעין מצב חירום.<sup>40</sup> החוק למניעת הסתננות אולי נותק מבחינה משפטית ממצב החירום השורר בישראל אולם מבחינה רטורית ומבחינה משפטית, במידה רבה, הוא עדיין מתנהל לאור שיח זה.

### ג. חריגה ממחויבויות אמנת הפליטים במצבי חירום

כאמור, כיום ממשך לחול מצב חירום במדינת ישראל מבחינת הדין הישראלי.<sup>41</sup> האם ניתן יהיה להצדיק סטייה ממחויבויותיה הבין-לאומיות של ישראל מכוח אמנת הפליטים על בסיס אותו מצב חירום? לפני שנדרש לשאלה זו אבקש לבחון את טיב התחייבויותיה של ישראל מכוח אמנת הפליטים.

אחת החובות הבסיסיות<sup>42</sup> של ישראל בעניין המסתננים היא החובה לאפשר להם לבקש מקלט ולבחון אם הם פליטים לפי אמנת הפליטים. חובה זו נגזרת, בין היתר, מהזכות לבקש וליהנות ממקלט המעוגנת בסעיף 14 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם.<sup>43</sup> החובה לבחון בקשות מקלט אינה מעוגנת במפורש באמנת הפליטים,

40 מהבחינה הזו, מעניין לעמוד על הקישור שנעשה בין האיום הפיזי שנבע מהפדאיון ואווירת הטרור ששררה במדינת ישראל בשנות ה-50 לבין המסתננים ממדינות אפריקה. ייתכן שההתייחסות הלשונית לאותם מהגרים או פליטים ממדינות אפריקה כאל "מסתננים" נועדה לשרת תפיסה של איום דומה מצד האנשים שנכנסים לישראל מאותן מדינות.

41 פרשת האגודה לזכויות האזרח בישראל, לעיל ה"ש 12, פס' יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ראו גם ההפניות המובאות לעיל בה"ש 10.

42 נהוג לומר שהחובה הבסיסית ביותר של דיני הפליטים היא עקרון אי-ההחזרה (non-refoulement). זהו כלל מנהגי, המעוגן בסעיף 33 לאמנת הפליטים, שלפיו אסור לגרש אדם למקום שבו חייו או חירותו יהיו בסכנה. ראו U.N. Secretariat, *Expulsion of Aliens*, Memorandum by the Secretariat, ILC, U.N. Doc. A/CN.4/565, para. 860 (2006); United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Note on International Protection*, U.N. Doc. A/AC.96/951, para. 16 (2001); UNHCR, *Declaration of States Parties to the 1951 and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, U.N. Doc. HCR/MMSP/2001/09, pmb. (12 Jan. 2002); GUY GOODWIN-GILL & JANE MCADAM, *THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW* 248 (2007). בית המשפט העליון קבע כמה פעמים שעקרון אי-ההחזרה הוא חלק מהדין הישראלי. ראו בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, פס' 7-8 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995); ע"מ 7079/12 מדינת ישראל נ' גרמאיי, פס' 17 לפסק דינו של השופט נעם סולברג (פורסם בנבו, 10.12.2012). עיקרון זה מצא גם ביטוי בס' 30(א) לחוק למניעת הסתננות.

43 Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217(III)A, U.N. Doc. A/RES/217(III) art. 14 (1948) אף שההכרזה עצמה אינה מחייבת במשפט הבין-לאומי, ישנם מלומדים רבים הרואים בהוראותיה משפט מנהגי, ובכלל זה גם הזכות לבקש מקלט. ראו ILC, *Second Report on the Expulsion of Aliens*, U.N. Doc. A/CN.4/573, para. 73 (2006); *Vienna Declaration and Programme of Action*, U.N. Doc. A/CONF.157/23, para. 23 (1993); UNHCR Executive Committee, Conclusion 85, *Conclusion on International Protection*, paras. (f), (aa) (1998). לאמנות אזרחיות אשר מעגנות את כלל זה ראו American Convention on Human Rights art. 22(7), 1144 (1969); U.N.T.S. 123 (1969); The African Charter on Human and Peoples' Rights art. 12(3), 21 I.L.M. 58 (1982);



אולם, הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לענייני פליטים קבעה במסקנותיה כי מדינות מחויבות לבחון בקשות למקלט בצורה הוגנת ואפקטיבית, וזאת אפילו כשנדמה למדינה הבוחנת שעל פניו ברור שהמבקשים אינם פליטים.<sup>44</sup> הרציונל לחובה זו הוא שאם לא ייבחנו בקשותיהם של מבקשי מקלט, אנשים שבאמת זקוקים למפלט יוותרו ללא הגנה.<sup>45</sup> חובה זו גם נגזרת מהעיקרון הכללי לפרש אמנות בתום לב.<sup>46</sup> אלמלא פרשנות זו, מדינות היו יכולות להתחמק ממחויבויותיהן ולא להכיר בפליטים מעצם העובדה שהן לא יבחנו את מעמדם.

למרות מחויבות זו, כיום בישראל למסתננים רבים לא ניתנת אפשרות ממשית לבקש מקלט וליהנות ממעמד של פליט. עד לאחרונה לא ניתנה למסתננים אפשרות לבקש מקלט: מרגע שהרשויות ביררו שהמסתננים הם אריתריאים או סודנים, המהווים כ-66% מכלל המסתננים,<sup>47</sup> ניתנה להם הגנה משלימה של איסור ההחזרה (non-refoulement) אולם נחסמה בפניהם האפשרות לבקש מקלט מכוח אמנת הפליטים.<sup>48</sup> לאחרונה החלה המדינה לבחון את בקשות המקלט של המסתננים הסודנים והאריתריאים,<sup>49</sup> אולם, כפי שציין השופט פוגלמן בפרשת סרג' אדם: "גם בנקודת הזמן הנוכחית, אין מחלוקת כי מספר הבקשות הפרטניות שניתנה בהן החלטה הוא זעום ביחס למספר האריתריאים הנמצאים בישראל".<sup>50</sup> ראוי לציין לצרכי השוואה כי לפי הנתונים של נציבות האו"ם לענייני פליטים כ-74% מכלל מבקשי המקלט האריתריאים וכ-71% מכלל מבקשי המקלט הסודנים ברחבי העולם הוכרו כפליטים.<sup>51</sup> למרות החובה לקיים אותן,<sup>52</sup> והצהרת המדינה ברוח זו,<sup>53</sup> נדמה שישראל אינה עומדת בחובתה הבסיסית מכוח אמנת הפליטים לבחון את בקשות המקלט בצורה הוגנת ואפקטיבית.<sup>54</sup>

Council Directive 2011/95/EU, art. 13, 2011 O.J. (L. 337); Charter of Fundamental Rights of the European Union art. 18, 2000 O.J. (C. 364)

44 ראו למשל, UNHCR Executive Committee, Conclusion 82, *Conclusion on Safeguarding Asylum*, para. (b), (d)(ii) (1997); UNHCR Executive Committee, Conclusion 30, *The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum*, para. (e)(i) (1983); UNHCR Executive Committee, Conclusion 71, *General*, para. (i) (1993) אף שמסקנות הוועדה אינן מחייבות, העובדה שהן ניתנות על פי רוב בהחלטה פה אחד וכן המספר הרב של המדינות החברות בה, נותנת למסקנות הוועדה מעמד כמקור לפרשנות דיני הפליטים. ראו JAMES HATHAWAY, *THE RIGHTS OF REFUGEES UNDER INTERNATIONAL LAW* 112–113 (2005) שם, בעמ' 159–158.

45 עיקרון זה מעוגן בס' 26 לאמנת וינה 1155 U.N.T.S. 331 Vienna Convention on the Law of Treaties art. 26, (1969). אמנם, ישראל אינה צד לאמנה זו, אולם, סעיף זה מעגן עיקרון כללי של המשפט הבין-לאומי שמחייב את ישראל. ראו *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, [1996] I.C.J. 226, para. 102; MALCOLM N. SHAW, *INTERNATIONAL LAW* 903–904 (6th ed. 2008).

46 פרשת סרג' אדם, לעיל ה"ש 3, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל.  
47 ברמן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 11, 13–14; עת"ם (מנהלי מרכז) 57162-01-11 אספו נ' משרד הפנים, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.11.2011); העתירה, לעיל ה"ש 19, ס' 40. כיום למסתננים מסודן כבר לא ניתנת הגנה משלימה ולפי מדיניות הממשלה המוצהרת המדינה יכולה לכאורה להחזיר את המסתננים מסודן למדינתם. עם זאת, בפועל המדינה אינה מחזירה מסתננים





האם ניתן לחרוג מהחובות באמנת הפליטים בזמני חירום? סעיף 9 לאמנת הפליטים, המתיר למדינות החברות לחרוג מכל סעיפי האמנה, עשוי על פניו לתת פתרון למדינה לעניין זה, באם תבחר על בסיס מצב החירום שלא למלא את מחויבויותיה. סעיף 9 קובע:

"שום דבר האמור באמנה זו לא ימנע מדינה מבעלות האמנה, בעת מלחמה או בנסיבות אחרות חמורות ויוצאות מן הכלל, לנקוט באורח זמני אמצעים כלפי אדם מסוים, שיהיו בעיניה הכרחיים לצורכי הביטחון הלאומי,

לרפובליקה של סודן (צפון סודן) בגלל היעדר קשרים דיפלומטיים עם מדינה זו. באשר לדרום סודן, ישראל כבר החלה להחזיר מסתננים לשטחה. ראו פרשת **סרג' אדם**, לעיל ה"ש 3, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ארבל; עת"מ (מנהלי י-ם) 53765-03-12 א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל נ' **שר הפנים** (פורסם בנבו, 7.6.2012).

כיום בקשות למקלט נבחנות לאור נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.2.0012 "נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל" (2.1.2011). עד תחילת שנות ה-2000 בחנו עובדי נציבות האו"ם לענייני פליטים בארץ את הבקשות למקלט, ושר הפנים החליט אם להנפיק אשרה מתאימה. ב-2001 פורסם נוהל שהסדיר את נושא הטיפול בבקשות למקלט. ראו עת"מ 8675/11 **טדסה נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט**, פס' 9-11 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 14.5.2012). לביקורת על הנוהל הנוכחי בשל הסיכורול שהוא יוצר ראו עת"מ (מנהלי ת"א) 48593-05-12 **מוארה נ' משרד הפנים**, עמ' 7-8 (פורסם בנבו, 22.7.2012).

פרשת **סרג' אדם**, לעיל ה"ש 3, פס' 8 לפסק דינו של השופט פוגלמן. השוו גם לדברי השופטת ארבל כי "עד למועד הדיון בעתירה נידונו והוכרעו רק בקשות מקלט ספורות". שם, פס' 92 לפסק דינה של השופטת ארבל. למיטב הידיעה, נראה כי ישראל טרם קיבלה בקשת מקלט של מסתנן מאריתריאה. לאחרונה פורסם בעיתון הארץ כי לראשונה, המדינה דחתה בקשת מקלט של מסתנן מאריתריאה. אילן ליאור "לראשונה: ישראל דחתה בקשת מקלט של אריתריאי" **הארץ** 31.5.2013 [www.haaretz.co.il/news/education/1.2034312](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.2034312); ראו גם העתירה, לעיל ה"ש 19, ס' 56. בעקבות התיקון לחוק הוגשו על ידי המוחזקים במשמורת כ-1,400 בקשות מקלט פרטניות ראו פרשת **סרג' אדם**, לעיל ה"ש 3, פס' 35, 92 לפסק דינה של השופטת ארבל.

העתירה, לעיל ה"ש 19, ס' 49-48 *available at*; UNHCR, Statistical Yearbook 2011 (2012), Annexes, Table 11 <http://www.unhcr.org/globaltrends/2011-GlobalTrends-annex-tables.zip>. מבחינה יחסית, אחוז ההכרה בישראל בפליטים בכלל נמוך בצורה משמעותית ביותר מאחוז ההכרה בפליטים גם במדינות "מפותחות". ראו ברמן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 13.

עת"מ 8870/11 **גונזלס נ' משרד הפנים**, פס' 8 לפסק דינו של השופט יורם דנציגר (פורסם בנבו, 25.4.2013). עם זאת, כפי שציינה השופטת ארבל, אמנת הפליטים "לא נקלטה כחוק בדין הפנימי הישראלי, והיא מהווה אך התחייבות של מדינת ישראל במישור הבינלאומי ההסכמי. המשמעות היא כי חלה עליה החזקה הפרשנית הפסיקתית המכונה חזקת ההתאמה, שלפיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות של המשפט הבינלאומי המחייבות את מדינת ישראל. דהיינו, יש לפרש את החוק הישראלי ככל הניתן באופן העולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי" (ההדגשה שלי – ד.ד.). ראו פרשת **סרג' אדם**, לעיל ה"ש 3, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ארבל. עם זאת, השופטת מכירה בחובה הישראלית לבחון את בקשות המקלט באופן פרטני "לאחר חלוף הזמן". ראו שם, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ארבל.

דברי הסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 595. גם ועדת סופר קבעה שיש למלא אחר חובותיה הבין-לאומיות של ישראל. למשל, הוועדה קבעה כי יש להבחין בין פליטים למסתננים בנוגע לטיפול ולתעסוקה של אנשים שכבר נכנסו למדינה, ובעיקר בכל הנוגע להרחקה של האנשים, על המדינה להתנהל בכפוף להוראות האמנה. ראו דו"ח ועדת סופר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 12-13.

ברמן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 11, 13-14; פרשת **אספור**, לעיל ה"ש 48, פס' 4 לפסק הדין; העתירה, לעיל ה"ש 19, ס' 40; ראו גם דברי השופטים המובאים בה"ש 50 ובטקסט הצמוד אליה.



עד שתקבע כי אותו אדם הוא באמת פליט וכי המשכת קיומם של אמצעים כאלה לגביו נחוצה לצרכי הביטחון הלאומי.<sup>55</sup>

מכוח סעיף זה, ניתן לחרוג מכל החובות החלות על מדינות מכוח האמנה<sup>56</sup> בכפוף למספר תנאים: (1) מותר לחרוג רק במקרים מסוימים כמו מלחמה או מצבי חירום; (2) על החריגה לשרת את האינטרס הציבורי; (3) ניתן לחרוג מחובות האמנה מטעמים קולקטיביים לכתחילה, אך יש לברר במהלך הזמן אם ההחרגות אכן תקפות לגבי היחידים המרכיבים את הקבוצה;<sup>57</sup> (4) ההחרגות יכולות לחול עד שייקבע מעמדו של מבקש המקלט כפליט. לאחר שנקבע מעמדו, ניתן לחרוג מהחובות המנויות באמנה רק אם נשקף מהפליט איום אינדיבידואלי.<sup>58</sup>

למדינה יש מרחב פעולה ושיקול דעת להחליט אם פעולה מסוימת נחוצה כדי לשמור על הביטחון הלאומי, העצמאות הפוליטית, השלמות הטריטוריאלית ותפקוד ממשלתה.<sup>59</sup> מטעמים אלו, סעיף 9 לאמנה אכן יכול לחול במצבים קלים יותר ממצב חירום טיפוסי כמו מלחמה, אך הסעיף לא יחול כשמתעוררים אינטרסים ביטחוניים רגילים בלבד.<sup>60</sup> יש לציין כי טרם נקבעו מסמרות לדרגת חומרת האיומים הביטחוניים או האחרים אשר מקיימים את ההגדרה "בעת מלחמה או בנסיבות אחרות חמורות ויוצאות מן הכלל" כמוגדר בסעיף 9 לאמנת הפליטים.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> ס' 9 לאמנת הפליטים. לנוסח העברי ראו אמנסטי אינטרנשיונל, אמנה בדבר מעמדם של פליטים (1951) [www.amnesty.org.il/?CategoryID=244&ArticleID=131](http://www.amnesty.org.il/?CategoryID=244&ArticleID=131). הנוסח המחייב של הסעיף הוא הנוסח באנגלית או בצרפתית: "Nothing in this Convention shall prevent a Contracting State, in time of war or other grave and exceptional circumstances, from taking provisionally measures which it considers to be essential to the national security in the case of a particular person, pending a determination by the Contracting State that that person is in fact a refugee and that the continuance of such measures is necessary in his case in the interests of national security".

<sup>56</sup> בכך הסעיף מתיר לחרוג גם מס' 3 לאמנת הפליטים, הנוגע לאי-הפליה וגם מס' 26 לאמנת הפליטים הנוגע לחופש התנועה. ראו Ulrike Davy, *Article 9 (Provisional Measures/Mesures Provisoire), in THE 1951 CONVENTION RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES AND ITS PROTOCOL: A COMMENTARY* 781, 789, 791 (Andreas Zimmermann ed., 2011) (להלן: *Article 9, Davy*).

<sup>57</sup> יש שטוענים כי גם מלכתחילה על החריגה להיות אינדיבידואלית ולא גורפת לגבי קבוצת מבקשי מקלט, אולם נראה שפרשנות זו אינה סבירה. הסעיף נקבע בכדי לתת מענה לאיום במצב חירום. הסעיף קובע הליך דו-שלבי: ראשית, יש לקבוע אם אכן מדובר בפליטים ורק לאחר מכן יש לקבוע אם מוצדק להמשיך להחיל לגביהם את אותן ההגבלות. ראו שם, בעמ' 799-800.

<sup>58</sup> שם, בעמ' 783.

<sup>59</sup> שם, בעמ' 795, 797.

<sup>60</sup> שם, בעמ' 792; HATHAWAY, לעיל ה"ש 44, בעמ' 263; מנסחי האמנה הוציאו בכוונה תחילה נוסח שהתיר לחרוג בגלל אינטרסים ביטחוניים ("in the interest of national security") כיוון שנוסח זה היה מאפשר בפועל לחרוג בכל זמן נתון. ראו NEHEMIAH ROBINSON, *CONVENTION RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES: ITS HISTORY, CONTENTS*



אף שטרם נקבעו מבחנים קונקרטיים לבחינת מצב החירום כמשמעו באמנת הפליטים, ישנן אמנות אחרות המתייחסות לחריגה ממחויבויות במצבי חירום, בעיקרן אמנות בין-לאומיות לזכויות אדם המאפשרות לגרוע מזכויות במצבי חירום.<sup>62</sup> ניתן לטעון שלאור השאיפה להרמוניזציה פרשנית במשפט הבין-לאומי, יש לפרש את אמנת הפליטים לאור הגדרת מצב החירום באמנות זכויות האדם.<sup>63</sup>

סעיף (1)4 לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות<sup>64</sup> (להלן: "ה-ICCPR") מתיר לגרוע מהזכויות המנויות באמנה במצבי חירום. סעיף זה מציב שני תנאים לקיום מצב חירום. הראשון, הוא קיום "שעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה",<sup>65</sup> אולם סעיף (1)4 אינו מגדיר מהי אותה שעת חירום. נראה כי לא כל אסון או מהומה עולה כדי שעת חירום.<sup>66</sup> פסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם<sup>67</sup> מספקת את הפרשנות המפורטת ביותר למצב כזה, פרשנות אשר אומצה על ידי מלומדים רבים בתחום. מצב החירום הוגדר כמצב חירום שהוא מידי, יוצא מן הכלל, מתייחס לכלל האוכלוסייה, ומאיים על החיים הסדורים של הקהילה ("threat to the organised life of the community"). הדרישה השנייה למצב חירום מכוח ס' (1)4 היא הכרזה על קיום מצב החירום.<sup>68</sup>

AND INTERPRETATION 95 (1953). ייתכן כי ניתן לחרוג מחובות האמנה בעקבות איום טרור אם יש סכנה אמיתית לנוק מוחשי או ממתקפה על אזרחי המדינה או מוסדותיה. ראו Davy, *Article 9*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 793. שם, בעמ' 792-793.

ראו למשל ס' (1)4 ל-ICCPR; European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 15(1), 213 U.N.T.S. 221 (1950) (להלן: ה-ECHR); ס' (1)27 ל-American Convention on Human Rights; ראו גם לעיל ה"ש 10.

על השאיפה להרמוניזציה פרשנית ראו Rep. of the Study Group of the International Law Commission, 58th sess., *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, U.N. Doc. A/CN.4/L.682, paras. 36, 88 (2006) (Finalized by Martti Koskeniemi).

אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966). "In time of public emergency which threatens the life of the nation"

HRC, *General Comment 29*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para. 3 (2001).

*Lawless v. Ireland*, E.Ct.H.R., 332/57, para. 28 (1961). ולאחרונה: *A. v. U.K.*, E.Ct.H.R., 3455/05, paras. 176-181 (2009); Tahmina Karimova, *Derogation from Human Rights Treaties in Situations of Emergency*, available at [http://www.geneva-academy.ch/RULAC/derogation\\_from\\_human\\_rights\\_treaties\\_in\\_situations\\_of\\_emergency.php](http://www.geneva-academy.ch/RULAC/derogation_from_human_rights_treaties_in_situations_of_emergency.php)

*Lawless v. Ireland*, E.Ct.H.R., 332/57, para. 28 (1961); Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law*, 34 HUM. RTS. Q. 39, 48 (2012); Joan F. Hartman, *Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision*, 7 HUM. RTS. Q. 89, 91 (1985); Richard B. Lillich, *The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, 79



מלחמה, אירועי טרור, או אסונות טבע חמורים עלולים להיחשב כמצבי חירום. לעומת זאת, קשיים כלכליים לא ייחשבו כמצבי חירום כיוון שמצבי חירום הם מצבים חריגים, ואילו מדינות רבות מצויות בקשיים כלכליים.<sup>69</sup> חשוב להדגיש כי לא מתחייב שכל מלחמה תיחשב אוטומטית כמצב חירום, שכן מותר לגרוע מחובות האמנה רק אם שעת החירום "מאיימת על חיי האומה".<sup>70</sup>

מדינת ישראל הכריזה בהודעה למזכ"ל האו"ם ב-3 באוקטובר 1991, ביום שבו היא אשררה את ה-ICCPR, על מצב החירום בארץ.<sup>71</sup> ניתן לתהות אם המצב הקיים בישראל עונה לדרישות מצב החירום כהגדרתו בסעיף 4(1) ל-ICCPR. כיוון אפשרי אחד הוא לומר שמצב החירום הממושך מקום המדינה הוא בעייתי ושלא מדובר ב"שעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה". תמיכה חלקית לעמדה זו ניתן למצוא בדוחות ועדת האו"ם לזכויות אדם מ-1998, 2003 ו-2010 אשר התייחסו למצב החירום הממושך בישראל וקראו לישראל לבחון מחדש את קיום מצב החירום ולהגביל ככל הניתן את היקף תחולתה ואת הגבלת הזכויות המנויות באמנה.<sup>72</sup> מאידך גיסא, אפשר לטעון שבית הדין הבין-לאומי בהאג הכיר בחוקיות מצב החירום בישראל כאשר הוא קבע שהכרזת מצב החירום של מדינת ישראל בנוגע ל-ICCPR חל רק על סעיף 9 לאמנה ולא על סעיפיה האחרים.<sup>73</sup>

למרות כל זאת, לתפיסתי קשה להקיש ממצב החירום באמנות זכויות האדם לבין מצב החירום מכוח אמנת הפליטים. ניתן לטעון שתחולת מצב החירום האמור בסעיף 9 לאמנת הפליטים רחבה מזו שבאמנות זכויות האדם,<sup>74</sup> כיוון שאלו דורשות שעת חירום המאיימת על חיי האומה ("which threatens the life of the nation"). סעיף 9, לעומת זאת, דורש רק "נסיבות אחרות חמורות ויוצאות מן הכלל". אכן, הפרשנות המקובלת באמנות זכויות האדם היא שרק המקרים החמורים ביותר שמפירים את הסדר הציבורי יסווגו כמצבי חירום המאיימים על חיי

AJIL 1072 (1985); SARAH JOSEPH ET AL., THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CASES, MATERIALS, AND COMMENTARY 825 (2004).

JOSEPH ET AL., שם, בעמ' 824-825. 69

HRC, *General Comment 29*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para. 3 (2001). 70

ראו *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, [2004] I.C.J. 136, paras. 103, 127. 71

HRC, *Concluding Observations on Israel*, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.93, paras. 4, 11 (1998); HRC, *Concluding Observations on Israel*, U.N. Doc. CCPR/CO/78/ISR, para.12 (2003); HRC, *Concluding Observations on Israel*, U.N. Doc. CCPR/C/ISR/CO/3, para. 7 (2010). 72

ראו *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, שם, פס' 127. 73

למשל: ס' 4(1) ל-ICCPR; ס' 15(1) ל-ECHR. 74



האומה.<sup>75</sup> כך לדוגמה, לפי פרשנות אחת, סעיף 9 יחול גם בנסיבות מחמירות במלחמה קרה או משברים עולמיים שמחייבים נקיטת אמצעי זהירות פנימיים.<sup>76</sup>

גם אם נניח לצורך הדיון כי מדינת ישראל נמצאת במצב המצדיק חרגה, הנהלים החלים בישראל אינם תואמים את הקריטריונים המנויים בסעיף 9 לאמנת הפליטים, וממילא היא אינה עומדת במחויבויותיה. סעיף 9 מחייב את המדינה לבחון אם האדם הוא פליט, וזאת גם אם לא מיד לאחר כניסתו.<sup>77</sup> יכולת המדינה לחרוג מחובות האמנה מוגבלת בזמן; ההסדר בסעיף 9 לא יכול להצדיק חרגה תמידית של חובות האמנה.<sup>78</sup> מכיוון שישראל אינה נותנת למסתננים אפשרות ממשית לבקש מקלט,<sup>79</sup> היא אינה עומדת במחויבויותיה.

לפני סיום חלק זה, מלבד הקושי לחרוג באופן כללי מחובות האמנה, סעיף 30א(ד)(3) לחוק, שבוטל בפרשת **סרג' אדם**, העלה קושי נוסף. סעיף זה יכול היה לחול על עד כ-26% מכלל המסתננים לישראל, המסתננים מסודן, כיוון שסודן הוגדרה בחוות דעת של השב"כ כמדינה אשר מתקיימת בה פעילות עוינת.<sup>80</sup> לפי הפרשנות המקובלת לסעיף 9 לאמנה, מרגע שנקבע שאדם הוא פליט, על המדינה לקבוע אם חלה לגביו מסוכנות אינדיבידואלית, ואם כן, הוא אינו זכאי להגנות שמהם נהנים פליטים. אולם, בהיעדר מסוכנות אינדיבידואלית אותו אדם ייחנה ממעמד של פליט.<sup>81</sup> ההסדר שנקבע בסעיף 30א(ד)(3) לחוק, בניגוד לעילות האחרות המנויות בסעיף 30א(ד),<sup>82</sup> קבע חזקה חלוטה, שלא דרשה בחינת מסוכנות אינדיבידואלית,<sup>83</sup> ועל כן הוא לא תאם את סעיף 9

<sup>75</sup> “[O]nly the most serious disturbances of the public order qualify as threats to the life of the nation” ראו Daniel O’Donnell, *Commentary by the Rapporteur on Derogation*, 7 HUM. RTS. Q. 23, 24 (1985).

<sup>76</sup> ראו ROBINSON, לעיל ה"ש 60, בעמ' 96.

<sup>77</sup> Article 9, Davy, לעיל ה"ש 56, בעמ' 799–800.

<sup>78</sup> HATHAWAY, לעיל ה"ש 44, בעמ' 261.

<sup>79</sup> ראו לעיל ה"ש 47–51 והטקסט הצמוד אליהן.

<sup>80</sup> העתירה, לעיל ה"ש 19, ס' 205–208. המדינה מעריכה שכ-25% מכלל המסתננים הם סודנים. ראו כתב התשובה מטעם המדינה, לעיל ה"ש 3, ס' 22. חשוב להדגיש כי מספר המסתננים שסעיף זה חל עליו קטן, כנראה, מ-26% שכן מבין אותם מסתננים מסודן נמנים גם אנשים מדרום סודן עמה יש לישראל יחסים דיפלומטיים. ראו שם, ס' 40.

<sup>81</sup> Article 9, Davy, לעיל ה"ש 56, בעמ' 783.

<sup>82</sup> המדובר בעילות העוסקת במסוכנות אינדיבידואלית של אדם לביטחון המדינה, שלום הציבור או בריאות הציבור. ראו ס' 30א(ד)(2) לחוק מניעת הסתננות כפי שמופיע בס' 5 לתיקון מס' 3. גם ס' 30א(ד)(1) עוסק בנסיבותיו האינדיבידואליות של האדם. דווקא הסדרים אלו מקבילים להסדרים רבים באמנת הפליטים שם זכויות רבות תלויות באינטרס ביטחון המדינה, ביניהן: סעיף 28 העוסק בתעודות מסע, סעיף 32 העוסק בגירושים ואפילו סעיף 33 שמעגן את ההוראה המנהגית בדבר אי-החזרה (non-refoulement). ראו ס' 28, 32, ו-33 לאמנת הפליטים; Juan Carlos Murillo, *The Legitimate Security Interests of the State and International Refugee Protection*, 10 SUR - INT'L J. ON HUM RTS. 117, 124–125 (2009).





לאמנת הפליטים.<sup>84</sup> הסדר כזה עלול לסתור גם את הדין הישראלי, שבו מעוגנת הדרישה שלפיה אדם ייעצר רק על בסיס חשד אינדיבידואלי לגביו.<sup>85</sup> אף שסעיף 30א(ד)(3) בוטל בפרשת סרג' אדם בהיותו חלק מסעיף 30א לחוק, בית המשפט לא ניהל דיון בנוגע לחוקתיותו.<sup>86</sup> ייתכן כי אם בעתיד יבחר המחוקק לתקן את החוק למניעת הסתננות

83 גם בדיני זכויות האדם ישנן חובות דומות. ועדת האו"ם לזכויות אדם פירשה את סעיף 9 ל-ICCPR המונע מעצרים שרירותיים בהתבסס על סמנים קולקטיביים. לעניין מעצר מבקשי מקלט ראו למשל *Baban*, לעיל ה"ש 6, פס' 7.2; *HRC, A. v.* *Australia* U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, para. 9.4 (1997); *HRC, Shafiq v. Australia*, U.N. Doc. HRC, *Schweizer v. Uruguay*, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1324/2004, para. 7.3 (2006). לעניין מעצרים בכלל ראו *HRC, Schweizer v. Uruguay*, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 p.90, para. 18.1 (1990). ראוי להוסיף שוועדת האו"ם לזכויות אדם קבעה שאפילו במצב חירום שבו מותר לחרוג מה-ICCPR בכפוף לתנאי סעיף 14(1) ל-ICCPR, אסור לחרוג מהאיסורים בדבר עונשים קולקטיביים. ראו *HRC, General Comment 29*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para. 11 (2001).

84 אמנם ההסדר בסעיף 30א(ד)(3) אינו עומד בתנאים המנויים בסעיף 9 לאמנת הפליטים, אולם, מן הראוי להזכיר כי ייתכן שניתן להצדיקו לאור סעיף 8 לאמנת הפליטים, ממנה ישראל הסתייגה. ראו *Convention Relating to the Status of Refugees*, United Nations Treaty Collection (2013) [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?&src=UNTSOLINE&mtdsg\\_no=V~2&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en#Participants](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?&src=UNTSOLINE&mtdsg_no=V~2&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en#Participants). סעיף 8 לאמנת הפליטים קובע כי: "אמצעים היוצאים מן הכלל שנותר לנקוט אותם כלפי גופם, רכושם וזכויותיהם של אזרחי מדינה זרה, לא יפעלו המדינות בעלות האמנה כלפי פליט שמבחינה פורמאלית הוא אזרח של אותה מדינה זרה, אך ורק בגלל אותה אזרחות. מדינות בעלות האמנה שתחיקתן מונעת אותן להנהיג את העיקרון הכללי המובע בסימן זה יעניקו, במקרים נאותים, פטור לטובת פליטים כאלה". אמנסטי אינטרנשיונל, אמנה בדבר מעמדם של פליטים (1951) [www.amnesty.org.il/?CategoryID=244&ArticleID=131](http://www.amnesty.org.il/?CategoryID=244&ArticleID=131). לכן, אם סעיף 30א(ד)(3) הוא חוקתי, ניתן להחילו גם על מבקשי מקלט אשר מגיעים ממדינות שיש לגביהם חוות דעת שמתקיימת שבהן פעילות עוינת לישראל. סעיף 8 לא יצדיק חריגה מכל חובות האמנה, אולם הוא עלול להצדיק את ההסדר הספציפי שבסעיף 30א(ד)(3) לעניין המסתננים המגיעים מסודן. ראו *Ulrike Davy, Article 8 (Exemption from Exceptional Measures/Dispense de Mesures Exceptionnelles)*, in *THE 1951 CONVENTION RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES AND ITS PROTOCOL: A COMMENTARY 755* (Andreas Zimmermann ed., 2011) (להלן: *Article 8, Davy*); *HATHAWAY*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 270–277. למרות זאת, לדעתי, היות ומדובר בהסדר שקובע חזקה חלוטה, אשר לא ברורים מה הקריטריונים המנהליים להחלתה, שיכולה לחול עקב חוות דעת על מדינה שלמה, סביר שסעיף זה לא יעמוד במבחני המידתיות בפסקת ההגבלה לפי ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

85 בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003). למקורות אחרים להלכה זו ראו העתירה, לעיל ה"ש 19, ס' 197–200. לעומת זאת, ישנם מקרים שבהם בית המשפט העליון הכיר בחוקתיות של פגיעה בזכויות אדם על בסיס חשד קולקטיבי, בעיקר במצבים שבהם אין אפשרות לאסוף מידע לגבי המסוכנות הפרטנית הנשקפת מאדם מסוים. ראו למשל: בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פס' 19 לפסק דינה של השופטת מרים נאור (2006). ואולם, הסדר כזה, שאינו מבוסס על בחינה אינדיבידואלית הוא הסדר החשוד בחוסר מידתיות. ראו שם, פס' 69–70 לפסק דינו של הנשיא ברק.

86 השוו לדברי השופט עמית פרשת סרג' אדם, לעיל ה"ש 3, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית: "מצבה המיוחד של ישראל כמדינה קטנה, מוקפת טבעת איבה באזור [...] והעובדה כי חלק מהמסתננים אף מגיעים ממדינות עוינות כמו צפון סודאן".





ולצמצם את אורך תקופת המשמורת כדי להפכו לחוקתי, ייכלל במסגרתו סעיף הדומה (אם לא זהה) לסעיף 30(א)(ד)(3).<sup>87</sup>

חשוב להדגיש שהרציונל שמתקיים לגבי המסוכנות הנשקפת מאנשים שבאים ממדינת אויב אינו תקף לחלוטין לגבי פליטים. כך למשל, בזמן מלחמה מקובל להתייחס לנתיני מדינת אויב כאל נתינים אויבים, זאת כיוון שלרוב בזמן מלחמה הנאמנות של אזרחים למדינתם גוברת. לעומת זאת, כאשר מדובר בפליטים ממדינת אויב, הרציונל אינו מתקיים כיוון שרוב הפליטים נרדפים על ידי ארץ מוצאם.<sup>88</sup> לדעתי, מסקנה זו אינה מתחייבת במציאות הישראלית. פליט עלול להיות נרדף על ידי מדינתו אך להיות בכל זאת חבר בארגון טרור או סתם אדם השואף לכלות את מדינת ישראל. בכל זאת, יש מקום לבחון את חזקת המסוכנות האינדיבידואלית הנשקפת מפליטים גם במצבי חירום.

#### ד. חריגה ממחויבויות האמנה במצב של "Mass Influx"

אפשרות מקובלת יותר המתירה החרגות מסוימות מחובות אמנת הפליטים היא במצב שבו יש כניסה המונית של פליטים ומבקשי מקלט לשטח המדינה כאשר למדינה אין את המשאבים הדרושים על מנת לטפל בהם. מצב זה ידוע כ-"mass influx".<sup>89</sup> אין הגדרה רשמית ל-mass influx, אך מקובל כי על מנת שיתקיים מצב כזה נדרשים

<sup>87</sup> רלוונטיים לעניין זה דבריו של השופט קדמי אשר קבע כי באשר לנתיני מדינת אויב שנכנסו שלא כדין למדינה, השיקול הביטחוני הוא השיקול המנחה לעניין הטיפול בו: "לא תמיד יש בידי גורמי הביטחון בסיס ראיתי מוצק לביסוס 'חששות וחשדות' שמא אזרחי מדינת אויב, שנכנסו לתחומה שלא כדין, אינם פליטים תמימים, ונוכחותם אצלנו מהווה סיכון ביטחוני; אך 'תחושתם' אומרת להם שכך פני הדברים. כשלעצמי, אינני מקל ראש ב'תחושה' כאמור; ומוכן אני לקבלה כגורם משמעותי, בהתחשב בכך שהיא נובעת ממיומנות מיוחדת הנרכשת במשך שנים ארוכות של פעילות בתחום המודיעין. ל'טביעת עין' ול'תחושת הסכנה' – משקל מיוחד בתחום מיוחד זה, ואל לנו להתעלם מהם אך בשל כך שאין בידי גורמי הביטחון ראיה, במובן המקובל של המושג, לביסוס המסקנה המתחייבת מהם". פרשת אל טאיי, לעיל ה"ש 42, פס' 3 לפסק דינו של השופט יעקב קדמי.

עמדת הנשיא ברק באותה פרשה הייתה שונה: "העותרים כולם מצויים במעצר תקופה ארוכה מאוד [...] את הבדיקות השונות [...] לעניין הסיכון הביטחוני הנשקף מהם – היה צריך לסיים מזמן [...] ההחלטה בעניין זה [שהחרורם באין אפשרות לגרשם] – כמו בדבר הגירוש עצמו – צריכה להיות כמובן אינדיבידואלית לכל עותר ועותר, על-פי מידת הסיכון הצפויה אם ישוחרר ממעצרו וימתין כשהוא חופשי לגירשו". שם, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

<sup>88</sup> Article 8, Davy, לעיל ה"ש 84, בעמ' 757. רעיון זה עוגן בסעיף 44 לאמנת ג'נבה הרביעית, שם נקבע כי אסור להחיל את הסמכויות המוקנות למדינה מכוח האמנה על פליטים ממדינת אויב רק על בסיס אזרחותם אם הם לא נהנים בפועל מהגנת מדינת האויב. ראו שם, בעמ' 759; ס' 44 אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בעת מלחמה, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949). ס' 44 לאמנת ג'נבה הייתה ההשראה לסעיף 8, סעיף החריגה המצומצם יותר באמנת הפליטים. ראו ROBINSON, לעיל ה"ש 60, בעמ' 90. לרציונל דומה ראו העתירה, לעיל ה"ש 19, ס' 210–211.

<sup>89</sup> אף שהמונח Mass influx הוא מונח מקובל בדניו הפליטים, הוא לא מוזכר באמנת הפליטים. GOODWIN-GILL & McADAM, לעיל ה"ש 42, בעמ' 334.



להתקיים חלק, אם לא כל, התנאים הבאים: (א) מספר רב של אנשים החוצים גבול בין-לאומי; (ב) קצב הגעה גבוה; (ג) יכולת קליטה ותגובה לקויה בארץ המקלט; (ד) פרוצדורות לבקשות מקלט פרטניים אינם יכולים לתת מענה למספר הרב של המבקשים.<sup>90</sup> קיום מצב של mass influx תלוי בנסיבות וביכולת המדינה להידרש לצרכי מבקשי המקלט המתדפקים על דלתה ותקבע על בסיס הנסיבות של כל מדינה.

במקרים של mass influx מקובל לתת למבקשי המקלט הגנה זמנית לקבוצות אנשים הנמלטים ממשברים הומניטריים כמו מלחמה, אלימות או הפרות נשנות של זכויות אדם. מתן ההגנה הזמנית מוצדקת אם אין אפשרות לבחון בקשות פרטניות לאור המספר הגדול של הפליטים, אולם, יש לשוב ולבחון את בקשותיהם בצורה פרטנית ולהעניק להם את מכלול החובות מכוח האמנה ברגע שהדבר יתאפשר.<sup>91</sup> מצבי mass influx מצדיקים הטלת מגבלות על מבקשי המקלט. אולם, לא ניתן לפגוע בזכויותיהם מכוח עקרון אי-ההחזרה.<sup>92</sup>

הגבלות על חופש התנועה, גם כאשר יש מצב של mass influx, חייבות לעמוד במבחני נחיצות ואסור שהן יפרו את מחויבותיה הבין-לאומיות של המדינה, ובעיקר אלו תחת משטר זכויות האדם הבין-לאומי.<sup>93</sup> סעיף 31(2) לאמנת הפליטים הוכנס לאמנת הפליטים בעיקר על מנת לתת מענה למצבי mass influx. הסעיף מתיר לשים מבקשי מקלט המגיעים בזמן mass influx במשמורת עד לאותו זמן שנדרש כדי להיווכח כי ממבקש מקלט הפרטני לא נשקפת סכנה אינדיבידואלית.<sup>94</sup> לפי הפרשנות המקובלת לסעיף 31(2) ניתן להגביל את חירותו של מבקש מקלט או פליט כל עוד המעצר עומד בקריטריונים של נחיצות ומידתיות, וכאשר המעצר כפוף לביקורת שיפוטית מהותית.<sup>95</sup>

90 UNHCR Executive Committee, Conclusion 100, *Conclusion on International Cooperation and Burden*, GOODWIN-GILL & MCADAM, *and Responsibility Sharing in Mass Influx Situations*, para. (a) (2004), שם, בעמ' 335.

91 GOODWIN-GILL & MCADAM, שם, בעמ' 340.

92 UNHCR, Executive Committee, Conclusion 22, *Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx*, (1981), לעומת זאת, פרופ' האת'ויי (Hathaway) טוען כי עיקרון אי-ההחזרה אינו חל במלואו בנסיבות מסוימות בהינתן מצב של mass influx. ראו HATHAWAY, לעיל ה"ש 44, בעמ' 363–355.

93 HATHAWAY, שם, בעמ' 420.

94 שם, בעמ' 704–707. הסעיף נותן למדינה זכות לעצור מבקשי מקלט ומסתננים גם שלא במצבי קיצון. שם, והמקורות להלן בה"ש 95.

95 ס' 31(2) לאמנת הפליטים; II ATLE GRAHL-MADSEN, *THE STATUS OF REFUGEES IN INTERNATIONAL LAW* 209 (1972); Guy Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Protection, and Detention*, in *REFUGEE PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW: UNHCR GLOBAL CONSULTANTS ON INTERNATIONAL PROTECTION* 185, 232 (Feller et. al. eds., 2003).



האם כיום בישראל יש מצב של mass influx אשר לאורו ראוי להקל בחובות המוטלות על המדינה לפי המשפט הבין-לאומי? בפרשת סרג' אדם, המדינה טענה כי תופעת ההסתננות לישראל היא תופעה ייחודית, חסרת תקדים בהיקפה ובהשלכותיה ולאור זאת היה לצמצם את בחינת המשפט הבין-לאומי בהכרעת בית המשפט.<sup>96</sup> בפסק דינה, השופטת ארבל קבעה כי בעשורים האחרונים מדינות רבות בעולם ניצבות בפני עלייה בהיקף ההגירה ובקשות המקלט. מדינת ישראל אינה לבדה בהתמודדות עם תופעה זו, אם כי "המציאות הגיאופוליטית הייחודית של ישראל מעמידה אותה במצב מורכב יותר".<sup>97</sup> למרות זאת, השופטת ארבל ציינה כי אם ינהרו המוני מסתננים למדינה, "מדינת ישראל תימצא תחת איום וחשש לפגיעה קשה באינטרסים החיוניים שלה" וייתכן כי התועלת שבהסדר תצדיק את הפגיעה הקשה בזכות לחירות בעקבות משמורת ממושכת.<sup>98</sup> השופט עמית הדגיש כי החלטתו תקפה למצב הנוכחי, אולם ייתכן שהדין יידרש להשתנות בהתאם לנסיבות אם תגבר מגמת ההסתננות לישראל. לפיו, אם תשוב ותגבר ההסתננות תידרש בחינה של כמות המסתננים שישראל תוכל לקלוט מבלי לחשוש לפגיעה ממשית "בריבונותה, באופיה, בזהותה הלאומית, בצביונה התרבותי-חברתי, במבנה האוכלוסייה שלה ומכלול מאפייניה הייחודיים".<sup>99</sup> גם הנשיא גרוניס והשופט הנדל עמדו על הצורך לבחינה מחודשת אם "תחזור התופעה של כניסת מסתננים במספרים גדולים".<sup>100</sup>

יש לציין כי בפרקטיקה העולמית של מצבי mass influx, מדובר בכניסה מאסיבית של מבקשי מקלט. כך למשל, באפריל 1991, מעל 400,000 אנשים נמלטו מעירק לתורכיה ומעל 1,300,000 לאיראן. תורכיה הגיבה לכניסה המונית זו על ידי סגירת גבולותיה לפליטים.<sup>101</sup> טנזניה סגרה את גבולותיה לפליטים לאחר שנכנסו לשטחה כ-700,000 פליטים מרואנדה במשך שבועיים – מתוכם, 250,000 ב-24 שעות.<sup>102</sup> בינואר 2007 הכריזה קניה על סגירת גבולה עם סומליה לאחר שנכנסו אליה כ-200,000 פליטי מלחמה סומלים.<sup>103</sup> פקיסטן סגרה את גבולותיה למבקשי מקלט אפגנים בשנת 2000 לאחר שקלטה כ-2,000,000 אפגנים. היא דרשה עזרה כלכלית על

96 פרשת סרג' אדם, לעיל ה"ש 3, פס' 53 לפסק דינה של השופטת ארבל.

97 שם, פס' 105 לפסק דינה של השופטת ארבל.

98 שם, פס' 115 לפסק דינה של השופטת ארבל.

99 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית.

100 שם, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא אשר גרוניס; פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

101 UNHCR Policy Development and Evaluation Service, *No Entry! A Review of UNHCR's Response to Border Closures in Situations of Mass Refugee Influx*, para. 99 (2010) available at <http://www.refworld.org/pdfid/4c21ad0b2.pdf>

102 שם, פס' 140–141.

103 שם, פס' 308–309.



מנת לטפל במבקשי המקלט לפני שתפתח שוב את גבולותיה.<sup>104</sup> גם בשנים האחרונות אנו עדים למעברים מסיביים של בני אדם ממדינות עימות למדינות אחרות, כך המצב, לדוגמה, עם פליטי מלחמה מסוריה. כיום יש מעל 684,000 סורים שנמלטו ללבנון, 516,000 שמצאו דרכם לירדן, 434,000 לתורכיה, 154,000 לעירק ו-107,000 למצרים.<sup>105</sup>

אף שבשנים האחרונות נכנסו למדינת ישראל מעל 60,000 מסתננים,<sup>106</sup> נראה שעוד רחוק היום שבו המדינה תקלע למצב הדומה למדינות שהכריזו על. בנוסף, גם במצב של mass influx, ייתכן שהחזקת מסתננים במשמורת לתקופה ארוכה תפר את מחויבויותיה הבין-לאומיות של ישראל מכוח אמנת הפליטים לאור הפרשנות המקובלת כיום לסעיף 31(2) לאמנת הפליטים.

## ה. סוף דבר

תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות ביטל את הזיקה בין החוק לבין מצב החירום, ולמרות זאת, מבחינה רטורית ומבחינת מהות ההסדרים שהוחלו בתיקון לחוק, ההתעסקות במסתננים עדיין קשורה קשר הדוק למצב החירום השורר במדינת ישראל. מצב חירום לפי הדין הבין-לאומי עלול להצדיק את מעצרו של מבקשי מקלט ופליטים המגיעים ממדינות שבהן מתקיימת פעילות עוינת לישראל בכדי להתחקות אחר המסוכנות האינדיבידואלית הנשקפת מהם. כמו כן, ייתכן שבגלל מצב החירום ניתן להצדיק חריגות מהמחויבויות באמנת הפליטים. למרות זאת, גם בהנחה שיש בישראל מצב חירום לצרכי אמנת הפליטים, המדינה מחויבת למלא בתום לב את מחויבויותיה – ובכלל זה לבחון את בקשות מבקשי המקלט. לבסוף, כפי שציינו השופטים בפרשת סרג' אדם, כיום, ישראל אינה מתמודדת עם כניסה מאסיבית של מסתננים שיצדיק חריגה ממחויבויותיה הבין-לאומיות, ונדמה שיום כזה עוד רחוק.

המסתננים אשר הגיעו לישראל עברו תלאות רבות בדרך. מן הראוי שישראל תעמוד במחויבויותיה הבין-לאומיות מכוח אמנת הפליטים, תבחן את בקשותיהם של מבקשי המקלט בצורה אפקטיבית והוגנת ותעניק לזכאים את הזכויות המגיעות להם על פי דין. יפים לעניין זה הדברים שכתב השופט עמית בפסק דינו בפרשת סרג' אדם:

<sup>104</sup> GOODWIN-GILL & McADAM, לעיל ה"ש 42, בעמ' 338.

<sup>105</sup> UNHCR, *Sudden, Massive Influx of Syrians into Iraq's Kurdistan Region* (16 August 2013) available at <http://www.unhcr.org/520e158f9.html>

<sup>106</sup> נתוני זרים בישראל, לעיל ה"ש 2.



"משהגיעו הללו אל גבולנו, חבולים בנפשם ובגופם, צריכים היינו לקבלם, לומר להם 'יקח נָא מְעַט מִמֶּם וְרַחֲצוּ רַגְלֵיכֶם וְהִשְׁעֲנוּ תַּחַת הָעֵץ' (בראשית י"ח, ד), לחבוש את פצעייהם בגוף ובנפש, להתייחס אליהם ברוחב לב ובמידת החמלה בכל הקשור לעבודה, רווחה בריאות וחינוך".<sup>107</sup>

ויפה שעה אחת קודם.

107 פרשת סרג' אדם, לעיל ה"ש 3, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית.