



המכון לאסטרטגיה ציונית
ע"ר THE INSTITUTE FOR ZIONIST STRATEGIES

פליטים (?) בישראל

**- על מעמד המשפטי של
המסתננים האפריקנים לישראל -**

תמוז תשע"ד | יולי 2014

ניר עמרן



המכון לאסטרטגיה ציונית
THE INSTITUTE FOR ZIONIST STRATEGIES

המכון לאסטרטגיה ציונית פועל מתוך תפיסה לאומית ליברלית ומבקש לתרום לשגשוגה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי תוך חיזוק ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

The Institute for Zionist Strategies, rooted in a National Liberal orientation, seeks to strengthen Israel as the nation state of the Jewish People by contributing to its historic development as a Jewish and democratic state.

רחוב עם ועולמו 8, גבעת שאול, ירושלים 9546306

Am vw'olamo 8, Jerusalem, Israel, 9546306

Tel. +972 2 581 7196; Fax: +972 2 532 2422

info@izs.org.il; www.izs.org.il

תקציר

הציבוריות הישראלית עוסקת עיסוק אינטנסיבי בהגעתם לישראל של מהגרים ופליטים אפריקנים רבים בעשור האחרון, בשהייתם בה ובשאלת מחויבותה של המדינה כלפיהם. דומה כי השיח הציבורי בנושא הוא שיח חסר, ומתעצב לנגד עינינו לתצורה אופיינית של ויכוח דו-קוטבי ובו מתנגשות עמדות מנוגדות ושבלוניות למדי. בייחוד בולט הדבר בשאלת **מעמדם המשפטי** של המסתננים: כל צד בוויכוח "מסתמך" על שלל מושגים ורעיונות – הנסקרים בקצרה במסמך שלפנינו – והגם שמרביתם קשורים לשאלה מורכבת זו, הרי הם משמשים בערבוביה ולא תמיד בהקשר הנכון.

מטרתו של מסמך זה היא להציג – באופן תמציתי – את הטיעונים בנושא מעמדם של המסתננים על רקע הגדרות המשפט הבין-לאומי והמשפט הישראלי ואת מורכבותה של סוגיה משפטית זו. המסמך אינו מנסה להכריע בין עמדות, אלא לחשוף את השורשים של מושגים מעולם המשפט הבינ"ל בהקשרם הנכון, ולהציף גם שאלות פרקטיות הנוגעות ליישומן של התחייבויות המדינה. המסמך גם מעלה סוגיות משפטיות הנובעות ממאפיינים גיאוגרפיים ופוליטיים וביטחוניים של תופעת ההסתננות.

תשומת לב מיוחדת ניתנה לפרישת מקורות הטיעונים: מקורות משפטיים ראשוניים ומשניים, כתבי מלומדים ומאמרים פובליציסטיים ואף דיווחי חדשות מהעיתונות ומהרשת, במטרה להרחיב ולהעמיק את השיח הציבורי בתחום. מקורות אלה מובאים לעיון הקורא בסופו של המסמך.

ולסיום, יוצגו כיווני פעולה אפשריים המבוססים על הרציונל של הדין הבין-לאומי והישראלי, ומשקפים את רצונה של ישראל להשיג פתרון הן הומאני הן עולה בקנה אחד עם שמירה על אופייה היהודי וחוסנה החברתי של המדינה.

פליטים (?) בישראל

על מעמד המשפטי של המסתננים האפריקנים לישראל

מאת: ניר עמרין¹

הציבוריות הישראלית עוסקת עיסוק אינטנסיבי בהגעתם לישראל של מהגרים ופליטים אפריקנים רבים בעשור האחרון, בשהייתם בה ובשאלת מחויבותה של המדינה כלפיהם. לישראל נכנסו כ- 65 אלף מסתננים² דרך גבול מצרים – בעת היותו פרוץ, הוא גודר לפני כשנה – והם מרוכזים בעיקר בשכונות דרום תל-אביב, באשדוד, באילת ובערד. בחלק מהמקומות, בייחוד בדרום ת"א, החל להתפתח קונפליקט, לעתים אלים, בין האוכלוסיות הישראליות הוותיקות ובין ה"מתיישבים" האפריקנים החדשים בשכונה. הדיון הציבורי כולל אירועים חדשתיים על פשיעה ואלימות, התבטאויות שליליות של אנשי ציבור - שלעתים דווקא מלבים את התחושות הקשות - ומנגד גם דיווחים על פועלם של ארגוני תמיכה וסיוע לפליטים.

בסוגית המקור למחויבותה של מדינת ישראל כלפי המסתננים משמשים בערבוביה של נושאים ומושגים, החושפים את מורכבותה של הבעיה, כגון: מעמד של המסתננים מבחינת המשפט הבין-לאומי, "אמנת הפליטים" והדין ההומניטרי; מחויבותה של המדינה ל"אמנת הפליטים" למול סייגים למחויבות זו ויישומם בדין המקומי; שאלת ההסתננות כעבירה על החוק למול המחויבות המוסרית למתן מקלט לנרדפים; אמות המידה של הגדרת הפליט הבין-לאומית מול מאפייני ההגירה העכשווית מאפריקה הנחשבת לעתים כ"הגירה כפויה" ונובעת משלל סיבות ואילוצים; התאמתה של "אמנת הפליטים", בת השישים, לבעיות בימינו אל מול מדיניות ההגירה לישראל³ (טרם גובשה); ההבדלים המשפטיים בין "פליט" (Refugee), "מבקש מקלט" (Asylum Seeker), בין שניהם ל"עקורים" (Displaced Persons) ול"חסרי-מדינה" (Stateless Persons)⁴, ובין כל הישויות המשפטיות הנ"ל למהגרי עבודה כלליים; החזרתם של מסתננים לארצות מוצאם או למצרים (המדינה שממנה הגיעו לישראל) ועוד נושאים רבים בתחומי החברה, הכלכלה והביטחון.

אפשר להפריד בין היבטיה השונים של הסוגיה, היבטים פורמאליים והיבטים פרקטיים, וכך לראות שהמדינה מתנהלת בטווח האפשרויות שבין היצמדות נוקשה לכלים משפטיים פורמאליים (למשל: הנוסח המדויק של הגדרת הפליט שב"אמנת הפליטים") ובין ניסיונות להתמודדות פרקטית עם המציאות בשטח. אך בהחלט לא ברור כי נמצא "שביל הזהב" בנושא זה.

עוד נדמה כי הצדדים החלוקים בסוגיה גיבשו לעצמם עמדות קוטביות ושבולוניות, והן לא תמיד מבוססות על נתוני המציאות, ולא תמיד עולות בקנה אחד עם הכלים המשפטיים הפורמאליים שבהם יכולה המדינה

¹ ניר עמרין הוא דוקטורנט במחלקה ליישוב סכסוכים וניהול משא ומתן באוניברסיטת בר-אילן. כיום, חוקר את הקונפליקט שבין התושבים הוותיקים בשכונות דרום ת"א ובין המהגרים האפריקנים (רובם מסתננים) שהתיישבו בשכונות אלה. בהמשך ללימודי משפט בבר-אילן (M.A. Legal Studies) כתב את התיזה שלו בנושא "מיהו פליט? - הגדרת הפליט במשפט הבין-לאומי ויישומה במדינת ישראל".

² רשות האוכלוסין וההגירה, יחידת תכנון, מחקר, איכות ומצוינות, 'נתוני זרים בישראל', אפריל 2012 (פרסום: אוג' 2012).

³ ש. אבינרי, ל. אורגד וא. רובינשטיין, 'התמודדות עם הגירה גלובלית - מתווה למדיניות הגירה לישראל, נייר עמדה', בעריכת ר. גביוון, מציל"ה, תשס"ט, 2009.

⁴ James C. Hathaway, The Law of Refugee Status, 1991, Butterworth, Canada

להשתמש להתמודדות עם הבעיה: לדידם של המצדדים בגירוש ומעצר המסתננים – הם מהגרי עבודה ולא פליטים; אנשים שבאו לשפר את מעמדם ולמצוא את פרנסתם בארץ זבת חלב ודבש ולא נרדפים; עבריינים שגנבו את הגבול וראויים להיות מוחזרים אל עברו האחר או לפחות להישלח למעצר עד שיתאפשר לגרשם; מי שיש להצר את צעדיהם ולמנוע מהם שהייה ועבודה כדי לעודד אותם לצאת את הארץ. אלה לא מהססים להציב תמרוי "אזהרה" בדמות סכנה לביטחון הציבור בשל פעילות עוינת או פעילות עבריינית של המסתננים, ואפילו סכנה לבריאות הציבור – ולא דווקא בהתבסס על נתונים בדוקים⁵.

מנגד עומדים המצדדים במתן הגנה ובסיוע למסתננים – ולדידם מדובר בפליטים לכל דבר, שנמלטו מרדיפות בארץ גזרה, הראויים לחמלה בייחוד במדינת ישראל; שמעמדם המשפטי נעוץ ב"אמנת הפליטים" של האו"ם (אמנת ז'נבה⁶ בדבר מצבם של פליטים משנת 1951, והפרוטוקול⁷ המרחיב אותה משנת 1967), ולה ישראל מחויבת, ומכוחה הם זכאים לא רק לשהייה ולקליטה, אלא אף לכל הזכויות הסוציאליות המתחייבות משהייתם הנחוצה בקרבנו. יתרה מכך, חלק מהמצדדים בגישה זו סבורים כי אף אם תהיה הסכמה מצד ארץ מוצאם, או ארץ שלישיית, לקבלם חזרה – אין לנקוט באמצעי זה, אלא עד שיובטחו, בכל הדרכים, טובתם ורווחתם ביעדים אלה⁸. ובניתיים יש לאפשר להם עבודה, חינוך, בריאות, דיור והסדרת מעמד אישי להם ולצאצאיהם בהתאם לחוקי היסוד של מדינת ישראל.

בעוד הצד האחד מאשים את זה שכנגדו בגזענות, הוא עצמו מואשם בחתירה תחת אופייה היהודי של המדינה. צד אחד טוען שקל לאהוד את המסתננים ממגדלי השן שבצפון ת"א, ואולם חיי תושבי דרום ת"א הפכו לגיהינום, ומנגד נטען כי במדינת היהודים חייבים במוסריות-יתר על רקע עברנו כעם נרדף.

אך, כרגיל, המציאות מורכבת מהרבה גוונים של אפור, ואינה מתוחמת לשטחי שחור ולבן בלבד. לפיכך ננסה להאיר כמה צדדים בסוגיה זו.

ראשית, מבחינה פורמאלית, מציינים רבים בצדק את מחויבותה של ישראל ל"אמנת הפליטים". לקראת גיבושה של האמנה בשנת 1951, פעלה מדינת ישראל הצעירה פעולה אינטנסיבית להרחבת הגדרת ה"פליט" במשפט הבינ"ל, כפועל יוצא של מוראות השואה והשנים שלפניה, עת יהודי אירופה מצאו את שערי רוב מדינות העולם נעולים בפניהם.

בנקודה זו ראוי לציין כי הגדרת ה"פליט" שהתקבלה לבסוף – ועליה חתומות מרבית מדינות העולם – הינה מצומצמת ביותר, ומעניקה הכרה והגנה לאנשים שנמלטו ממדינתם עקב "פחד מבוסס היטב" מפני רדיפות או לאחר שנרדפו בפועל, אבל אך ורק על רקע של רדיפה מטעמי דת, גזע, לאום או השתייכות לקבוצה חברתית מסוימת⁹ (והפרשנות המקובלת היא השתייכותם הפוליטית). ואולם כיום לא די בקריטריונים אלו על מנת לתת מענה לפליטים בימינו, כיוון שהגורמים לפליטות העכשוויות ולהגירה

⁵ חדשות וואלה, דברי ראש השב"כ, בביקורו בכנסת 30.5.2012 <http://news.walla.co.il/?w=9/2537559>

⁶ UN General Assembly, Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3be01b964.html>

⁷ UN General Assembly, Protocol Relating to the Status of Refugees, 31 January 1967, United Nations, Treaty Series, vol. 606, p. 267, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3ae4.html>

⁸ עת"מ 53765-03-12 ארגוני סיוע לפליטים (בהובלת א.ס.ף.) עתירה כנגד ביטול "ההגנה הקבוצתית", יוני 2012.

⁹ Daniel Steinbock, Interpreting the Refugee Definition, 45 UCLA Law Rev. 733 (1998)

הכפוייה בת-זמננו הם גם מלחמות, מלחמות אזרחים, סכסוכים מקומיים, כיבוש חיצוני, הפרות סדר, פגיעה בזכויות אדם בסיסיות, משברים כלכליים, אסונות טבע, רעב ובצורת, מחלות ומגפות, אפליה, צבע עור, מוצא, מגדר, התעלמות מצרכיהן הייחודיים של נשים – המהוות את רוב פליטי העולם, נטייה מינית, פציפיזם, אלימות, גיוס כפוי, עבדות כפוייה, התעללות, מגורים באזורי קרבות, תנאים של היעדר חינוך ותברואה ועוד ועוד. כלומר – האמנה מתאימה הרבה יותר לעריק "סובייטי" מתקופת המלחמה הקרה, המגיע לנמל תעופה "מערבי" כשהוא חנוט בחליפה ועניבה, ומבקש מקלט מדיני על רקע רדיפה פוליטית, יותר מאשר לניצול מלחמת אזרחים במדינה אפריקנית, שהשתייך לצד המפסיד, וחמק בעור שיניו במסע רגלי מפרך, כשאך שמלתו לעורו, מגורל ודאי של מיתה משונה¹⁰.

מכך נובע כי האמנה כבר לא משקפת את הצרכים העולמיים הנוכחיים, ובה בעת מרבית המומחים סבורים כי אין כיום היתכנות לגבש הסכמה כלל עולמית רחבה לניסוחה של "אמנת פליטים" חדשה¹¹. במצב זה, הולך ומתבהר כי רבות ממדינות העולם, ובכללן – כנראה – ישראל, נצמדות לנוסח האמנה דווקא כדי לצמצם את ההכרה באוכלוסיות נזקקות, ובחלק מן המקרים אף תוך התהדרות באצטלה של קדמה ונאורות¹².

אמת, כי מחויבות לאמנה היא אמנם פרט פורמאלי חשוב מאוד – "טוב יותר מכלום", כמו שאומרים אצלנו – אך אם היא כבר אינה מתאימה לצרכים, זוהי מחויבות לכלי שהתרוקן מתוכנו עם השנים, לפחות במידה חלקית. לראיה, בכל שנות קיומה הכירה מדינת ישראל בפחות מ-200 אנשים במעמד של פליט – הם שנמצאו מתאימים להגדרה הפורמאלית שבאמנה לדעתן של רשויות המדינה. כל האחרים, שהגיעו (או הסתננו), בין שנבדקו בדיקה מעמיקה ובין שלא, לא הוכרו במעמד פליט.

מסקנה אפשרית – אחת ולא יחידה – מכל זאת, היא כי ייתכן שישראל צריכה לגבש לעצמה מדיניות הכרה בפליטים שאינה מבוססת בהכרח על תנאי המינימום שבהגדרה הפורמאלית שב"אמנת הפליטים". בכך לא יהיה מצב יוצא דופן, היות ומדינות רבות קיבלו על עצמן תנאים "מרחיבים" להכרה בפליטים על בסיס מחויבות אזרחית – כמו עקרונות בנגקוק¹³ לאסיה, הצהרת קרטחנה¹⁴ לאמריקה הלטינית, אמנת אחדות אפריקה¹⁵ והדירקטיבה האירופית¹⁶. אולם ישראל תתקשה לעשות זאת אם המדינות שסביבה לא יפגינו נכונות דומה.

S. Schmahl and others, General Provisions, Article 1A Para. 1, in A. Zimmermann (ed.), The 1951 Convention¹⁰ Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary, Oxford University Press, USA, 2011

Guy Goodwin-Gill (2007), The Refugee in International Law, New York: Oxford University Press¹¹

Worster, William Thomas, The Evolving Definition of the Refugee in Contemporary International Law¹²

(January 7, 2011), Social Science Research Network. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1736547> Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), Bangkok Principles on the Status and Treatment of¹³

Refugees ("Bangkok Principles"), 31 December 1966, available at:

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3de5f2d52.html>

Americas - Miscellaneous, Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of¹⁴

Refugees in Central America, Mexico and Panama, 22 November 1984, available at:

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36ec.html>

Organization of African Unity, Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa¹⁵

("OAU Convention"), 10 September 1969, 1001 U.N.T.S. 45, available at:

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36018.html>

European Union: Council of the European Union, Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on¹⁶

Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as

שנית, ראוי לבחון כיצד יישמה מדינת ישראל את הצטרפותה לאמנה בפועל, הן במישור החקיקה הראשית – צעד שדרוש להשלמת תהליך ההצטרפות לאמנות בין-לאומיות כדי לעגן את התחייבויותיה החיצוניות של המדינה גם במשפט הפנימי שלה¹⁷ – והן במישור המעשה. מתברר כי הגם שחלפו מאז שישה עשורים, ישראל לא קלטה את "אמנת הפליטים" לדין הפנימי שלה באופן פורמאלי¹⁸, ולא נחקק חוק המסדיר את מעמדם של פליטים ואת הטיפול בהם, למרות שפע הצעות חוק שעלו לאורך השנים בכנסת.

אך מנגד יצוין כי בבתי המשפט ממלאת הפסיקה תפקיד מכריע בעיצוב מחויבותה של המדינה לעקרון "אי-ההחזרה", non-Refoulement, הקובע כי לא יישלח אדם "למקום שבו חייו או חירותו יהיו בסכנה", אף מעבר למחויבות הממוסדת ב"אמנת הפליטים". לעיקרון זה יש במשפט הישראלי מעמד עליון¹⁹.

נוסף על כך, חל בעשור האחרון מהפך של ממש, כשהמדינה נטלה אחריות על ביצוע תהליך "קביעת מעמד הפליט"²⁰ (ה-RSD = Refugee Status Determination): תהליך תשאול וחקירה שנועד לפסוק אם אינדיבידואל מסוים זכאי למעמד פליט על בסיס האמנה. תהליך זה היה מופקד לאורך שנים בידי נציגי הנציבות העליונה לפליטים של האו"ם, ה-UNHCR, ולאחרונה הקימה המדינה מנגנונים להסדרת הטיפול בבקשות המקלט, ובמרכזם "נוהל"²¹ מעודכן ומערך של קשרים מקצועיים עם הנציבות העליונה.

יש פרקטיקות נוספות, הנובעות בחלקן מזכותה של המדינה להגן על עצמה ולהגביל את הסיוע וההכרה בפליטים – זכות שיש הרואים אותה כמעוגנת באופן עקרוני ב"אמנה" עצמה. בישראל מצאו פרקטיקות אלה ביטוי בהפעלת חוק המסתננים²², הקמת משטרת ההגירה ומתקן המשמורת בנגב, תקנת הליכי גירוש מהארץ, השלמת גדר הגבול עם מצרים ועוד. אלו נועדו, בראיית המדינה, לעצור את סחף המסתננים לישראל, וכך אכן קרה, ולנהל את המצב מול המסתננים שכבר נכנסו לארץ.

מכאן, שבראייה אינטגרטיבית אפשר לומר כי שני מוקדים אלה, המשפטי והמעשי, משלימים זה את זה בכך שהמערכת המשפטית רואה בייסוד ה"נוהל" וביישומו את המימוש המעשי של קליטת "אמנת הפליטים" לתוך הדין הישראלי, ואילו ה"נוהל" חרת בתוכו את מסגרת הפסיקה, לפחות בנושא עקרון "אי-ההחזרה" ונגזרותיו.

אך עם זאת, יישומה של הגדרת ה"פליט" על פי ה"נוהל" שהותקן לטיפול במבקשי המקלט, מהווה רק את תחילתו של התהליך הראוי להיעשות על פי האמנה, באשר הוא מקנה רק את ההגנה הבסיסית של "אי-החזרה", אך אינו מסדיר את מעמד הפליט, הדרוש לפי האמנה לצורך הקניית כל יתר הזכויות הנובעות

Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted, 19 May 2004, 2004/83/EC, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4157e75e4.html>

¹⁷ י. זילברשץ, 'קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי - הדין המצוי, הרצוי, משפטים כ"ד (2), תשנ"ד.

¹⁸ ר. ציגלר, 'כוחן של הגדרות: מסתננים ומבקשי מקלט בישראל - שישים שנה לאמנת הפליטים', המכון הישראלי לדמוקרטיה, ינואר 2011.

¹⁹ בג"צ מס' 5190/94 סלאח אחמד קאדם אל טאיי ואח' נ' שר הפנים, 1995.

²⁰ UN High Commissioner for Refugees, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, December 2011, HCR/IP/4/ENG/REV. 3, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f33c8d92.html>

²¹ מדינת ישראל, משרד הפנים, רשות האוכלוסין וההגירה ומעברי הגבול: נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל, כניסה לתוקף 2.1.2011.

²² מדינת ישראל, חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, התקבל בכנסת ביום י"ד בטבת התשע"ב (9 בינואר 2012).

ממנה, בדגש על תעסוקה, חינוך, בריאות, זכויות סוציאליות ועוד. אמנם נראה כי זהו צעד ראשון בכיוון הנכון, אך ללא חקיקתו של חוק שיעגן את הזכויות האלה מחד גיסא, ויסדיר את מעמדם של ה"פליטי" ו"מבקש המקלט" בישראל מאידך גיסא, דומה כי אין ישראל עומדת בכלל מחויבויותיה הנובעות מההגדרה שבאמנה.

לכן אפשר לראות במצב הקיים יישום "רזה" של ההגדרה הפורמאלית, ואין לראות בו יישום "מלא" – שהרי אין ההגדרה "תכלית" אלא מכשיר, כלי מדידה, קריטריון, ובאמצעותה מוקנות יתר הזכויות שמוענקות לפליטים על פי האמנה.

שלישית, ומעבר להגדרות וליישומן – יש סוגיות מעשיות הדורשות התייחסות מיוחדת: תחילה, גם אם תעמוד ישראל במחויבותה להגדרת הפליט שבאמנה על כל פרטיה ודקדוקיה, עדיין תעמוד למבחן מחויבותה "התכליתית" השונה מן הרציונל שביסוד כינונה של האמנה. כפי שנאמר לעיל, העולם כבר אינו עומד מול גלי פליטים פוליטיים ששלטון טוטליטרי מצר את צעדיהם ופוגע בחירויות המדיניות שלהם, אלא מול הגירת מצוקה עצומה מהאזורים הנחשלים-כלכלית של העולם, ובראשם אפריקה.

מאחר שמדינת ישראל היא המדינה ה"מערבית" היחידה בעולם המחוברת לאפריקה בדרך היבשה, היא חווה מצב מסובך ומורכב בהיותה ניצבת בחזית העולם המודרני אל מול ההגירה הגלובאלית במאפייניה החדשים. וכל עוד לא נוסד אמצעי בינ"ל לחלוקת-נטל כלל-עולמית צודקת²³, הרי שישראל נותרת בודדה במערכה זו וחיבת למצוא פתרונות בעצמה.

מצב גיאו-פוליטי מורכב זה מאתגר את יישום האמנה במספר מישורים: הראשון, הגיאוגרפי – הקמת ה"מכשול" בגבול המצרי אמנם הפסיקה את זרם המסתננים ארצה, אך יש לשער כי מצב זה הינו זמני, ונובע בעיקר ממלחמתו של צבא מצרים בארגוני טרור מקומיים בסיני ובסייעניהם הבדואים – ובכך נמנעת כרגע גישתם של מסתננים פוטנציאליים נוספים אל הגדר. לראיה, טרם החל צבא מצרים לפעול באינטנסיביות בחצי האי, לא מנעה הגדר (וזו כבר הוקמה) את הגעתם של המסתננים אליה ואת שהייתם לידה בהמתנה להכנסתם ארצה, תוך יצירת דעת קהל שלילית, פנימית וחיצונית, להימנעות מכך. ואכן, בכמה מקרים שונים שהתפרסמו בכלי התקשורת, הכניסה ישראל מסתננים שהגיעו לגדר ולא עזבו²⁴. האם תיאלץ ישראל להכניס לשטחה מסתננים אחרים שיצליחו להגיע בעתיד לגדר? ובכן, לא ברור שלא. קיימות חוות-דעת הנשענות על הנמקות משפטיות שמחייבות את ישראל להכניסם, אם מפאת הימצאותם על אדמה ישראלית (הגדר הוקמה מזרחה לקו הגבול הבינ"ל – כך שיש רצועת אדמה "אפקטיבית" של ישראל גם מצדה המערבי של הגדר); ואם מחמת טענה שעצם ההגעה לגדר, אף בלא חצייתה, כמוה כנקישה על "דלתה" של המדינה, נקישה המייצרת בפועל "בקשת מקלט" – ואותה חייבת ישראל לבחון בנוהל "קביעת מעמד פליט" על פי האמנה והנחיות הנציבות העליונה לפליטים של האו"ם.

וגבול מצרים אינו הגבול המאתגר היחיד; כיום אין פתרון גם לגבול הארוך עם ממלכת ירדן – בדגש על הסתננות אפריקנים דרכו, וכן לחלק מהגבול עם סוריה – בדגש על מלחמת האזרחים המדממת שם, שכבר

Y. Zilbershats, 'Sovereign States Control of Immigration – A Global Justice Perspective', Israel Law Review, ²³ vol. 43:126, 2010

²⁴ י. זיתון וע. אפרים, "עשרות מסתננים יושבים ליד הגדר", עיתון "ידיעות", מיום 4.9.12, <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4277088,00.html> וכן באתר "ידיעות", מיום 7.9.12, כתבה מאת ע. אפרים, <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4278297,00.html>

גרמה למיליוני עקורים מבתיים ופליטים לעבור למדינות שכנות (מתוכם כחצי מיליון לירדן, ויש חשש כי יהיו מהם גם כאלה שעלולים לנסות ולהסתגל לישראל. ראש הממשלה אמנם הכריז כי תוקם גדר מאסיבית בגבול עם ירדן, אך הנושא ממתין לתקצוב²⁵).

במישור השני, **הפוליטי** – הגם שמצרים חתומה על האמנה, אין הפרקטיקה המוכחת הנוהגת בה, מאפשרת להתעלם מכך שהיא אינה מכבדת את האמנה באופן מלא. דיווחים רבים מעידים על התעללות במבקשי המקלט, כליאתם ואף החזרתם לארץ מוצאם. באין הסכם בין המדינות ודרכי מעקב ובקרה על יישומו, ישראל מסתכנת בהחזרתם של מסתננים למקום סכנה, אם הם יושארו לגורלם בידי המצרים ולא יוכנסו ארצה. הטענה, אגב, כי פליטים חייבים לבקש הגנה מהארץ הראשונה שאת גבולה חצו (מצרים?) – נכונה באופן תיאורטי על פי לשון האמנה, אך אינה תופסת באופן קטגורי, ודאי שלא במקרה שבו יש חשש כי הם יירדפו גם במדינה זו.

המישור השלישי, **הביטחוני** – אמנם עד כה לא הוכח קשר ישיר בין המסתננים לטרור, אך תופעת ההסתננות כרוכה בתשלום כסף רב למבריחי הגבול הבדואים בסיני, וזה בתורו משמש בין היתר גם לרכישת אמצעי לחימה שמועברים לחמאס בעזה דרך מנהרות, ומכוונים כלפי ישראל בעימותים באזור הדרום. מלבד זאת, כמחצית מהמסתננים הם נתיני סודאן, ומדינה זו מוגדרת ארץ אויב, ולאחרונה היא אף יצאה בהכרזות מאיימות כנגד ישראל לאחר שזו הואשמה בפעולה בשטחה. מצב זה עלול להגביר את החשש מפני תא חבלני עוין שיופעל בישראל מצד מסתנן שאינו תמים. ונוסף על כך, כבר קרה כי מחבלים עקבו אחרי מסתננים שהגיעו לגדר, והרגו חייל צה"ל מעברה השני של הגדר²⁶. אם צבא מצרים יחדל מפעילותו האינטנסיבית בסיני, לא זאת בלבד שהמסתננים עלולים לחזור ולהגיע אל הגדר, אלא שבעקבותיהם יגבר מאוד הסיכון לחיילי צה"ל בגבול.

והמישור הרביעי, **בעייתיות ארצות המקור** – במציאות כיום, יישומה של הגדרת הפליט באמצעותו של ה"נוהל", בעייתית במידה לא מבוטלת, היות והפעלת ה"נוהל" אינה נוגעת, באופן כמעט פרדוקסאלי, למרביתם של המסתננים, אלו שבאו מסודאן או מאריתריאה. הראשונים נחשבים "נתיני אויב" שאין לאפשר להם שהייה אלא עד שיימצא להם פתרון במקום אחר, אך אין קשר עם סודאן שיאפשר החזרתם; והאחרונים, שבאו מארץ אוכלת יושביה, אף הם אינם "בני-גירוש" על פי בקשת הנציבות העליונה להעניק להם "הגנה קבוצתית" משיקולים הומניטריים שמחוץ לעילות הפליטות שבאמנה בשל המצב הקשה שבארצם²⁷. לפיכך, אנשים משתי אוכלוסיות אלה אינם מועמדים כלל להיחשב "פליטים" במובנה של הגדרת הפליט הקלאסית. ולכן נדמה כי נחיצותם של חוקים או תקנות שיסדירו את מעמדם של אלה ואת זכאותם ליותר מ"שהייה זמנית", זכאות לעבודה, רפואה, חינוך ועזרה סוציאלית, היא רבה ודחופה. על כך העיר לאחרונה גם מבקר המדינה²⁸, בהדגישו כי המדינה אינה נערכת כראוי לשהות ארוכת שנים של מרבית המסתננים בארץ. המצב כיום הוא שיש איסורים בחקיקה ובתקנות על עבודתם ועל העסקתם של מסתננים, והוא טומן בחובו פוטנציאל רב לדחיקתם של המסתננים לפשיעה ולאלומות. ומנגד, כשהמדינה

²⁵ <http://www.ereverev.co.il/article.asp?id=14364>

²⁶ <http://www.south-tlv.co.il/article4613>

²⁷ ג. נתן, 'סוגיות הקשורות במסתננים ומבקשי מקלט מאפריקה השהים בישראל', מרכז המחקר והמידע של הכנסת, נובמבר 2010.

²⁸ http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_248/af07752c-7845-4f1d-ae97-23c45c702624/102-ver-5.pdf

מיום 14 למאי 2014

מעלימה עין מכך ונמנעת הן מאכיפת האיסורים והן מביטולם²⁹, היא תורמת בעצמה להיווצרותו של מצב שאינו ראוי משפטית.

המסקנה היא כי נראה שעולם המשפט הביני"ל יסד כלים להגדרת פליט וליישומה של הגדרה זו, אך כיום הם נחשבים בסיסיים בעיקרם ובעלי יכולת חלקית בלבד להתמודד עם מאפייניה העכשוויים של תופעת הפליטות המודרנית. ובתוך כך, אף נוצר למדינת ישראל אתגר מורכב יותר, הנעוץ בצורך להתמודד הן מבחינה משפטית והן מבחינה אנושית מול המהגרים האפריקנים שכבר נכנסו ארצה, וזאת תוך רצון לשמר לכידות חברתית וזהות לאומית. לכן יש לחפש פתרונות יצירתיים במענה לסוגיות שנסקרו – כאלה שלא יסכנו את אופייה וביטחונה של המדינה - במטרה לצמצם את החיכוך בין תושבים ותיקים לאפריקנים, וזאת גם בכלים שמחוץ לתחום המשפט.

ובכן, מה אפשר לעשות? ראשית, יש להכיר בכך כי ההתמודדות הנדרשת היא רב-מימדית וארוכת-טווח, ומחייבת גם להניח תשתית במישור החקיקה וגם לבצע מהלכים פרקטיים ליישומה. ושנית, ראוי לממש שתי תכליות בסיסיות בראייתה של מדינת ישראל, את תכלית המענה ההומאני לנרדפים ואת תכלית השמירה על ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וזאת בהתחשב בגבולות היכולת שלה להתמודד עם התופעה הכלל-עולמית של ההגירה מאפריקה. להלן מספר תחומים שבהם אפשר לפעול:

קביעת מעמד הפליט – ראוי להשלים בתוך פרק זמן קצר את בדיקתם של כלל המסתננים באמות המידה של הנוהל שהותקן ברשות האוכלוסין וההגירה (RSD). אמנם תהליך זה מחייב הכשרה של מתשאלים וחוקרים, אך בלעדיו כל מי שלא נבדק ייוותר בחזקת "מבקש מקלט". הבדיקה תבחין בין מי שיימצא זכאי להכרה כפליט, והוא יזכה לתנאים הנובעים מהאמנה עד שיוכל לשוב לארצו או להשתקע בארץ אחרת, ובין מי שאיננו פליט.

קביעת מדיניות לגבי מי שלא יוכר בתור פליט – בהתבסס על מספר עקרונות: אם אפשר, הוא יידרש לשוב לארצו, ואם אין אפשרות ישירה כזו (סודאן), תיבחן שאלת החזרתו דרך יעד ביניים. באשר ליוצאי אריתריאה תיבחן מעת לעת בקשת הנציבות העליונה לפליטים להקניית הגנה קבוצתית. לגבי יתר המסתננים, ובהנחה שהם הרוב, נידרש לקבוע עבורם **מעמד זמני מיוחד**, שיאפשר להם שהייה וקיום אנושי בכבוד. גם מעמדם ייבחן מעת לעת.

הסדרת נושא מתקני השהייה בנגב – במדינות מערביות אחדות משכנים את המסתננים אליהן במחנות, ולא תמיד בתנאים ראויים. לעומת זאת, בישראל הוקמו מתקני השהייה כדי לספק תנאי מחיה מכובדים יותר (גם אם לא מושלמים), אך מספר המקומות בהם מצומצם, יחסית למספר הצפוי של מסתננים שאינם פליטים, ולכן נדרשת קביעת מדיניות באשר לאיושם. הסדרה זו צריכה להיות ראויה מבחינה משפטית. וייתכן כי ראוי לשקול שבמתקני השהייה יגורו אותם מסתננים הזקוקים להגנה, למחסה ולשיקום, כאלה הזקוקים לעזרה סוציאלית ורפואית, כאלה שאינם מסוגלים לעבוד וכד'.

הסדרת נושא התעסוקה – הרוב הגדול של המסתננים יישארו בארץ, לעת עתה, ויצטרכו להתפרנס למחייתם. השארתם ללא מקורות מחיה מביאה למציאות בלתי אפשרית, גם לדברי מבקר המדינה (לעיל), ולכן נדרש להסדיר נושא זה בחקיקה. בהקשר זה תידרש קביעת מדיניות ברורה בשאלת העסקה ממוסדת

²⁹ סיוע לעובדים זרים (ע"ר), 'עד שייאטם ליבנו, הליכי מקלט בישראל', אפריל 2012

של מסתננים בתחומי החקלאות והבניין – למול תהליך הכשרה ועלויות הכשרה, ולמול בחינת האפשרות להפחית במידה רבה הבאת עובדים זרים אחרים לישראל. כמו כן תידרש קביעת מדיניות "פיזור" אוכלוסין ממוסדת לאתרי תעסוקה אפשריים: חקלאות בקיבוצים ומושבים, בנייה בפריפריה וכד'. רצוי לשקול לקבוע מדיניות ראויה בנושא מתן האפשרות בידי המסתננים להוציא את כספם מהארץ (שכר עבודתם): לקבוע מגבלות על הסכומים, לקבוע מגבלות על תזמון העברות הכספים או לאפשר הוצאת חלק מן השכר רק במועד עזיבת הארץ (או בקבלת מעמד פליט).

הסדרת תהליך "עזיבה מרצון" – לאורך השנה האחרונה עזבו מספר אלפים של מסתננים לארצותיהם בסיוע "תמריץ" כספי של משרד הפנים. ראוי לבחון המשכו של התהליך באמות מידה שיביאו בחשבון את אחריותה של המדינה לכך שהעוזב יגיע לחוף מבטחים ואת הסייגים לאחריות זו (הגבלתה לטווח זמן מסוים מהיציאה, הגבלתה לרמת קיום מסוימת של קיום בכבוד גם אם ברמת מחיה בסיסית בלבד וכד').

התמודדות עם המצב בדורם ת"א – בשכונות הדרומיות של ת"א נוצר עם השנים חורבן תשתיתי, חברתי ואנושי כבד. נדרשת הפניית תשומת לב ומשאבים לשיקום השכונות – מבחינת שירותים חברתיים, בריאותיים וסוציאליים; הקצאת כוחות לצורך התמודדות עם שוטטות, חיים בגנים ובפארקים, "עבירות קטנות", הסגת גבול בחצרות, שכרות, צריכת סמים וכו' ולצורך פינוי מוקדי התקהלות, התגודדות, מפגעי רעש ומפגעים אחרים המפריעים לתושבים. ומנגד – נדרשת גם הקמת תשתית לטיפול הומניטרי במסתננים נזקקים (אוהל מרפאה, בית תמחוי, בית מרחץ, ומקום מחסה – בדגש על ימי החורף); נדרשת התמודדות יעילה עם עסקים במקומות מגורים (בתי קפה / מסעדות / מסבאות וכו') בדגש על בתים משותפים; ונדרשת נקיטת מדיניות "יד קשה" בתגובה לעבירות פליליות חמורות מצד מסתננים. ומעל הכול נדרש שיתוף פעולה בין ה"מגזר שלישי" (עמותות ומתנדבים) לממשלה ולעירייה לצורך איגום משאבים לסיוע לתושבי השכונות ולמסתננים כאחד.

הסדרת סיוע בסיסי בתקנות – תידרש הסדרה של "חבילת בסיס" לסיוע למסתננים שאין אפשרות להחזרתם, וזו תכלול ביטוח רפואי ומתן שירותים רפואיים, נגישות לשירותים סוציאליים, חינוך לילדים ובמידת הצורך גם דיוור בסיסי. כאמור לעיל, ייתכן כי ראוי לשקול את שיכון הנזקקים והנחשלים שבאוכלוסייה זו במתקני השהייה, ודווקא במטרה לגונן עליהם ולהגיש להם סיוע.

במישור הבין-לאומי – יידרש לתאם מול מצרים את המשך התפקוד של צבאה בסיני לצורך חסימת אפשרות הגעתם של מסתננים חדשים לגדר. כדאי גם לנסות ולהשפיע על המצרים לנקוט פעולה נגד תופעת מחנות המעצר הפיראטיים שהקימו שבטים בדואים בסיני, ובהם נסחטים האפריקנים בעינויים. יש לשקול הקמת גדר לאורך הגבול עם ירדן טרם נמצא את עצמנו מופתעים מהסתננות מגבול זה (וכן תידרש תשומת לב לפתרונות בגבולות ימיים). ראוי גם לשקול כי ישראל תפנה למוסדות האו"ם בדרישה ל"צדק חלוקתי" בנטל ההגירה מאפריקה, גם ביחס למדינות השכנות, וגם בתרומתן של מדינות רחוקות יותר. ולבסוף, ראוי כי תושלם באופן פורמאלי קליטתה של אמנת הפליטים בדין הישראלי – באמצעות חקיקה ראשית. מחויבותיה של המדינה בהיותן מעוגנות בחוק יאפשרו בסיס מוצק יותר לדרישתה מאומות העולם לחלוקה צודקת יותר.