

אמונסי אינטרנשיונל

תזכיר בנוגע ל"הצעת חוק

למניעת הסתננות התשס"ח-2008"

20 ביוני 2008

ארגון אמונסי אינטרנשיונל מביע חשש כי הצעת החוק למניעת הסתננות התשס"ח-2008 כוללת הוראות שאינן עולות בקנה אחד עם אמנות בינלאומיות לזכויות האדם שישראל היא צד להן. במיוחד אין ההצעה תואמת את האיסור על השבת פליטים למקומות שבהם נשקפת להם סכנה. איסור זה מעוגן באמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים (אמנת הפליטים), כמו-גם באמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (האמנה נגד עינויים), באמנה הבינלאומית לביעור כל הצורות של אפליה גזעית (האמנה נגד אפליה) ובאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR).

ההצעה להפוך כל כניסה בלתי מוסדרת למדינה לעבירה פלילית, מבלי להתחשב בסיבות לה או בסיכון הצפוי לנכנסים אם יגורשו, פוגעת קשות ביכולתם של אנשים המגיעים לישראל באופן זה לבקש מקלט מדיני ואף יש בה כדי להפוך אנשים המבקשים הגנה מפני רדיפה לעבריינים. בנוסף לכך, הצעת החוק אינה מספקת למבקשי המקלט הגנה מפני החזרה, כנדרש באמנות בינלאומיות שישראל היא צד להן. בהצעת החוק מעוגנת האפשרות לשלול מאזרחים זרים שנמלטים מרדיפה את זכותם לבקש מקלט, וכן למנוע מכל אדם המגיע לארץ באופן לא מוסדר את האפשרות להתגונן באופן אישי מפני גירוש כך שייבחן הסיכון שבהחזרתו אל מעבר לגבול. ליקויים אלה, לצד הסמכויות הנרחבות שהצעת החוק מעניקה למדינה לעצור ולגרש אנשים שחוצים את הגבול בצורה בלתי מוסדרת, מבלי לספק להם ערובות פרוצדוראליות, יפתחו פתח לביצוע הפרות קשות של הוראות רבות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ושל המשפט הבינלאומי לענייני פליטים, וכן של חובתה של ישראל, מתוקף היותה צד לאמנות, לקיים הוראות אלה.

ארגון אמונסי אינטרנשיונל מכיר בזכות של מדינות להסדיר את כניסתם של אזרחים זרים לתחומן ואת שהותם על אדמתן. עם זאת, סמכות זו אינה בלתי מוגבלת. יתרה מזאת, חוקי הגירה וביטחון לאומי והליכים הנוגעים להגירה ולביטחון לאומי חייבים לעלות בקנה אחד עם מחויבותן של מדינות על-פי משפט זכויות האדם הבינלאומי, כולל החובה להגן על כל מי שנמצא בתחום שיפוטן והא אשר יהא מעמדו החוקי. כמו כן, משפט זכויות האדם הבינלאומי אוסר על החזרת אנשים למדינות שבהן יהיו חשופים להפרות חמורות של זכויות האדם שלהם.

הפיכתה של כניסה בלתי מוסדרת לעברה פלילית

על-פי הצעת החוק, כל מי שנכנס לישראל ללא אישור יהפוך לעבריין, בין אם נכנס דרך נקודות מעבר בלתי מאושרות ובין אם באמצעות מסמכים מזויפים, וזאת בלי קשר לסיבת הכניסה. ההצעה קובעת עונשי מאסר של שבע שנים לתושבים ולאזרחים של עשר מדינות או אזורים, כולל מדינות כמו סודאן ועיראק שהן מקורות לפליטים.¹ כמו כן, נקבע מאסר של חמש שנים לאזרחים ותושבים של מדינות אחרות. בהצעת החוק אין הוראות הנוגעות לאנשים הבורחים מאלימות או מרדיפה, אף לא לאנשים המגיעים מן הארצות המופיעות ברשימה האמורה.

גופים בינלאומיים לזכויות האדם ומומחים לזכויות האדם מטעם האו"ם הדגישו שוב ושוב כי כאשר מדינות מפעילות את הסמכות הריבונית שיש בידיהן כדי לפקח על הכניסה לשטחיהן, אל להן להגדיר כניסה בלתי מוסדרת כמעשה פלילי.

¹ המדינות הנמצאות ברשימה הן איראן, אפגניסטן, לבנון, לוב, סודאן, עיראק, פקיסטן, סוריה ותימן. כמו כן, נכלל ברשימה שטח רצועת עזה.

אמנת הפליטים, שישראל היא צד לה, אוסרת להטיל עונשים על כניסה או שהייה בלתי חוקיים במקרים שבהם אנשים ברחו מאזור כלשהו בגלל סכנה לחייהם או לחירותם. סעיף 1(1)31 לאמנה קובע כי מדינות "לא יטילו עונשים, בעוון כניסה או שהייה בלתי חוקיים, על פליטים שהגיעו ישירות ממקום שבו חייהם או חירותם היו נתונים לאיום, כמובנו בסעיף 1, ועל פליטים הנכנסים או שוהים בתחומן ללא אישור, ובלבד שהם מתייצבים ללא דיחוי בפני הרשויות ומציגים סיבה טובה לכניסתם הבלתי חוקית או לשהותם הבלתי חוקית".²

הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים (ExCom), גוף המונה 76 מדינות שישראל חברה בו ואשר מאמץ מסקנות בדבר ההגנה הבינלאומית המוענקת לפליטים בהתאם לאמנת הפליטים, קבעה כי במקרים שבהם פליטים ומבקשי מקלט נעים ממדינה למדינה, ניתן יהיה להחזירם למדינה מתווכת רק אם הם מוגנים בה מפני החזרה למדינה שבה נשקפת להם סכנה, ורק אם זכויות האדם הבסיסיות שלהם יכולו עד שיימצא פתרון קבוע.³ בנוסף לכך, הוועדה המנהלת קראה למדינות לנהוג ברוח חיובית בכל פליט או מבקש מקלט אשר "עשוי לטעון בצדק כי יש לו סיבה לחשש מרדיפה או מכך שתישקף סכנה לחירותו או לביטחונו במדינה שבה מצא בעבר מקלט",⁴ ולהכיר בכך שיש נסיבות שבהן פליט או מבקש מקלט יאלץ להשתמש במסמכים מזויפים כדי לעזוב מדינה שבה ביטחונו או חירותו מצויים בסיכון.⁵

קבוצת העבודה של האו"ם בנושא מעצרים שרירותיים סבורה כי הגדרתה של כניסה בלתי מוסדרת למדינה כעברה פלילית חורגת מתחום האינטרסים הלגיטימיים של מדינות לפקח על הגירה בלתי מוסדרת ולווסת אותה, ועלולה להוביל למעצרים מיותרים.⁶ הדווח המיוחד של האו"ם לזכויות האדם של מהגרים הגיש בחודש פברואר 2008 דו"ח ובו קרא שלא להגדיר כניסה בלתי מוסדרת כעברה פלילית. הדווח הסביר כי אסור למדינות להיתלות במעמדו הבלתי מוסדר של אדם כדי להתחמק מחובתן להבטיח ערובות להליך הוגן ומחובתן להגן על כל אדם שהוא מפני עיכוב או מעצר שרירותיים.⁷ הדווח קרא למדינות "לראות בהגירה בלתי מוסדרת עברה מנהלית, ולהפוך בכך את המגמה הגוברת של הגדרתה כעברה פלילית". הדווח הדגיש כי "לבה של מדינות ההגירה צריך להיות ההגנה על מהגרים, ללא קשר למעמדם ולאופן כניסתם לארץ".⁸

ארגון אמנסטי אינטרנשיונל מביע חשש כי אמצעי הפיקוח שהצעת החוק למניעת הסתננות התשס"ח–2008 מבקשת לכוון הנו חמור יתר על המידה, וכי מדאיגה במיוחד האפשרות המעוגנת בהצעה להטיל עונשים פליליים כבדים בגין כניסה בלתי מוסדרת למדינה על מהגרים שלא נשקפת מהם כל סכנה ביטחונית. מעצרים של מבקשי מקלט וכן הטלת כל הגבלה אחרת על חופש התנועה שלהם ללא הצדקה עשויים להיחשב למעצר שרירותי ויהוו הפרה של חובותיה של ישראל על-פי אמנת הפליטים.

² הנחיות נציבות האו"ם לפליטים בדבר הליכים ואמות מידה לקביעת מעמד פליטות מבהירות כי הביטוי "שהגיעו ישירות" כולל מדינות מעבר שבהן לא ניתן היה לערוך לביטחונו של אדם, או שבהן לא התאפשר לו לדרוש הגנה מתוקף היותו פליט. ר' נציבות האו"ם לפליטים, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* (ההדגשה אינה במקור):

הביטוי "שהגיעו ישירות" המופיע בסעיף 1(1)31 נוגע למצב שבו אדם נכנס למדינה שבה הוא מבקש מקלט, ישירות ממדינת המוצא או דרך מדינה אחרת שבה לא ניתן להבטיח את ההגנה עליו ואת ביטחונו. מוסכם כי ביטוי זה נוגע גם לאדם הנמצא במעבר ממדינה מתווכת לתקופה קצרה מבלי שביקש או קיבל בה מקלט. לא ניתן לייחס מגבלת זמן מחמירה למושג "שהגיע ישירות" ויש לבחון כל מקרה לגופו.

³ מסקנה מס' 58 (XL) – 1989 של הוועדה המנהלת, בעיית הפליטים ומבקשי המקלט אשר עוברים באופן לא מוסדר ממדינה שבה הם כבר זכו להגנה, פסקה (f).

⁴ מסקנה מס' 58 (XL) – 1989 של הוועדה המנהלת, בעיית הפליטים ומבקשי המקלט אשר עוברים באופן לא מוסדר ממדינה שבה הם כבר זכו להגנה, פסקה (g).

⁵ מסקנה מס' 58 (XL) – 1989 של הוועדה המנהלת, בעיית הפליטים ומבקשי המקלט אשר עוברים באופן לא מוסדר ממדינה שבה הם כבר זכו להגנה, פסקה (i). ר' גם מסקנה מס' 15 (XXX) – 1979 של הוועדה המנהלת, פליטים ללא מדינת מקלט, פסקה (k):

במקרה שבו פליט שכבר זכה למקלט במדינה אחת מבקש מקלט במדינה אחרת בטענה שיש לו סיבות מוצדקות לעזוב את מקום מקלטו הנוכחי בשל חשש מרדיפה או משום שביטחונו או הגופני או חירותו מצויים בסכנה, שלטונות המדינה השנייה חייבים לשקול בחיוב את בקשתו...

⁶ ר' דו"ח קבוצת העבודה של האו"ם בנושא מעצרים שרירותיים, E/CN.4/1999/63 מיום 18 בדצמבר 1998.

⁷ דו"ח הדווח המיוחד של מועצת זכויות האדם של האו"ם לזכויות האדם של מהגרים, A/HRC/7/12, פסקה 43.

⁸ דו"ח הדווח המיוחד של מועצת זכויות האדם של האו"ם לזכויות האדם של מהגרים, A/HRC/7/12, מיום 25 פברואר 2008, פסקה 60.

מעצר כבירית מחדל

בהצעת החוק לא נקבעה בדיקה פרטנית של הצדקת המעצר בהתאם לנסיבותיו האישיות של העצור, אלא ניתנה עדיפות למעצר אוטומאטי של אנשים שאינם אזרחים ישראלים ואשר נכנסו למדינה באופן בלתי מוסדר. סעיף 8 להצעת החוק קובע כי מי שחצה את הגבול באופן בלתי מוסדר יוחזק באופן אוטומאטי במעצר עד לגירושו מישראל. דברי ההסבר להצעת החוק מבהירים כי שחרור בערבות יבוצע במקרים חריגים וכי מדינות המעצר האוטומאטי מתבססות על הנחה מוקדמת כי מאנשים הנכנסים לישראל באופן בלתי מוסדר נשקף איום ביטחוני. בנוסף לכך, סעיף 15 מתיר לרשויות המדינה להחזיק בעצור מבלי לשחררו בערבות, אם גורמי הביטחון המוסמכים הגישו חוות דעת שלפיה במדינת מוצאו של העצור או באזור מגוריו מתבצעת פעילות המסכנת את ישראל. החוק המוצע מאפשר אפוא לעצור אנשים מבלי לערוך בחינה פרטנית לגבי הסכנה העשויה להישקף מכל אחד מהם.

סעיף 9 של ה-ICCPR מכיר בכך שלכל אדם שמורה הזכות לחירות ולביטחון, ואוסר על ביצוע מעצרים שרירותיים. במקומות שבהם מעצר של מי שאינו אזרח המדינה ושמעמדו אינו מוסדר הוא אוטומאטי, ועדת זכויות האדם של האו"ם – גוף הפועל מכוח ה-ICCPR ומפקח על ציותן של מדינות למחויבויותיהן לפי אמנה זו – מצאה כי המעצר איננו מידתי וכי הוא מנוגד לסעיף 9 לאמנה. ועדת זכויות האדם מצאה כי בהיעדר סיבות פרטניות כמו בריחה או אי-שיתוף פעולה, אין הצדקה למעצר אוטומאטי של מי שאינו אזרח המדינה ושמעמדו אינו מוסדר בחוק.⁹

כדי להצדיק מעצר ממושך, רשויות המדינה חייבות להוכיח כי הדבר הכרחי כדי לוודא שהעצור לא יברח, יפגע בחברה או ישמיד ראיות.¹⁰ הוועדה לזכויות האדם הדגישה כי "כניסה בלתי חוקית כשהיא לעצמה, עשויה ללמד על צורך בחקירה, ואפשר שיהיו גורמים נוספים הנוגעים לאדם מסוים באופן ספציפי... שעשויים להצדיק מעצר למשך תקופה. בהיעדר גורמים כאלה, ניתן להחשיב את המעצר לשרירותי, גם אם הכניסה נעשתה בניגוד לחוק"¹¹.

הוועדה המנהלת קבעה – על יסוד סעיף 31 לאמנת הפליטים – כי ככלל יש להימנע ממעצרים של פליטים ומבקשי מקלט.¹² במסקנה 44 קבעה הוועדה ארבעה חריגים, שבהם מעצרים של מבקשי מקלט עשוי להיות מוצדק: (1) כדי לוודא את זהותו של מבקש המקלט; (2) כדי לברר את הבסיס לדרישה למעמד פליטות, אף על פי שחריג זה אינו יכול לשמש להצדקת מעצר למשך כל תקופת הבירור או למשך פרק זמן בלתי מוגבל; (3) כאשר אדם השמיד מסמכים או הציג מסמכים מזויפים במטרה להוליך שולל את רשויות ההגירה, אף על פי שעניין זה כשהוא לעצמו אינו מצדיק מעצר כאשר אין באפשרותו של אדם להשיג מסמכים; (4) כדי להגן על הביטחון הלאומי ועל הסדר הציבורי, על-יסוד ראיות לכך שלמבקש המקלט יש זיקה לגורמים מסוימים או עבר פלילי, העלולים להעמיד בסכנה את הסדר הציבורי או הביטחון הלאומי, ובלבד שיש בסכנה זו כדי להצדיק מעצר.¹³

לפי הוועדה המנהלת, מעצר של מבקשי מקלט למטרות אחרות, כגון הרתעה מפני הגשת תביעות עתידיות, או בניסיון להניא את הפונים מלהמשיך בהליך הבקשה למעמד של פליט, הוא בבחינת הפרה של הסטנדרטים הבינלאומיים להגנה על פליטים. באופן מיוחד ציינה הוועדה המנהלת כי מעצר "לא ישמש כאמצעי ענישה או כצעד משמעותי בגין כניסה או שהייה בלתי חוקית", וכן כי יש להימנע ממעצר "בגין אי-עמידה בדרישות המנהליות או בגין אי-עמידה בהגבלות מוסדיות אחרות".¹⁴ הנחיות

⁹ ועדת זכויות האדם, א' נ' אוסטרליה, הודעה מס' 560/1993. ר' גם: ועדת זכויות האדם, ק' נ' אוסטרליה, הודעה מס' 900/1990; וכן: באבאן נ' אוסטרליה, הודעה מספר 1014/2001, בח'טיארי נ' אוסטרליה, הודעה מס' 1069/2002.

¹⁰ ועדת זכויות האדם, א' נ' אוסטרליה, הודעה מס' 560/1993 סעיף 5.8.

¹¹ ועדת זכויות האדם, א' נ' אוסטרליה, הודעה מס' 560/1993 סעיף 9.4.

¹² מסקנה מס' 44 (XXXVII) של הוועדה המנהלת, "מעצר של פליטים ומבקשי מקלט", נציבות האו"ם לפליטים, מושב 37, 1986, פסקה (b).

¹³ מסקנה מס' 44 (XXXVII) של הוועדה המנהלת, "מעצר של פליטים ומבקשי מקלט", נציבות האו"ם לפליטים, מושב 37, 1986.

¹⁴ הנחיות נציבות האו"ם לפליטים בנוגע למעצר, הפנייה אל הערת תת-ועדת המליאה לעניין הגנה בינלאומית, EC/SCP/44, פסקה 51(c). כמו כן, הנחיות המתוקנות של נציבות האו"ם לפליטים בנוגע למעצר ממליצות להשתמש בחלופות למעצר כאשר מדובר במבקשי מקלט, כגון דרישות בקרה, בקשה לבטוחות או ערבויות, שחרור בערבות, או שימוש במרכזים פתוחים.

נציבות האו"ם לפליטים קובעות כי מעצר של מבקשי מקלט "אינו רצוי מעצם טבעו" וכי יש לבצעו רק כאשר הוא הכרחי לחלוטין.¹⁵

המדיניות של מעצר אוטומאטי של מהגרים הנכנסים לישראל ללא מעמד מוסדר, כפי שהותווה בהצעת החוק, אינה עומדת בדרישות הסף שנקבעו על-ידי גופים בינלאומיים שונים הפועלים מכוח אמנות זכויות האדם, כולל הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים. על-פי דרישות אלה, מעצר ישמש כאמצעי חריג, המדינות חייבות להצדיקו על יסוד נסיבותיו האישיות של המהגר, וככלל יש להימנע משימוש בו בכל הנוגע למבקשי מקלט ופליטים.

היעדרן של ערובות פרוצדוראליות

הצעת החוק אינה מספקת לעצורים העומדים בפני גירוש ערובות פרוצדוראליות ראויות. הצעת החוק מאפשרת לקיים הליך גירוש מזוהזז מבלי לתת לאדם המועמד לגירוש הזדמנות ראויה להשמיע את טיעונו נגדו. כמו כן, אין הצעת החוק מעניקה ערובות מספקות לגישה של העצור ליעוץ משפטי אם אין ידו משגת לשלם עבור ייצוג.

ההליך המזוהזז המוצע אינו כולל די ערובות פרוצדוראליות כדי להבטיח כי כל גירוש יבוצע רק לאחר שיושלם הליך הערכת סיכון, שיבוצע על בסיס אישי ויביא בחשבון סכנה העלולה להישקף לאדם אם יוחזר.

בסעיף 5 לאמנה נגד אפליה נדרשות המדינות שהן צד לה לאסור ולבער כל אפליה על רקע מוצא לאומי או אתני כדי להבטיח את ההגנה על כל הזכויות המעוגנות בה. בפרשנותו של הוועד לביעורה של האפליה הגזעית למחויבות של המדינות על-פי אמנה זו, פותח מערך של ערובות מינימאליות בכל הנוגע לגירוש של כל מי שאינו אזרח המדינה, בין אם מעמדו הוסדר בין אם לאו. במיוחד קרא הוועד למדינות להבטיח "כי אלה שאינם אזרחים יקבלו גישה שוות ערך לסעד אפקטיבי, כולל האפשרות לערער על הוראות גירוש, וכי יותר להם הלכה למעשה לפעול לקבלת סעד ממין זה".¹⁶

מדינות שהן צד לאמנה חייבות להבטיח כי אנשים שאינם אזרחיהן לא יגורשו כאשר אין די ערובות לכך שיובאו בחשבון קודם לכן הנסיבות האישיות שלהם, ובמיוחד הסכנה שייחשפו לעינויים או לסוג אחר של התעללות.¹⁷ הוועד הזכיר למדינות במיוחד את חובתן שלא להחזיר או לגרש אף אדם למדינה או אזור שבהם יהיה נתון להפרות קשות של זכויות האדם, כולל עינויים ויחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.

ישראל חתומה על האמנה נגד אפליה, כמו-גם על אמנות בינלאומיות אחרות, ועל כן חובה עליה להבטיח שאזרחים זרים לא יוחזרו מבלי שתיערך להם הערכת סיכון אישית, ובמיוחד שלא יוחזרו בשום מקרה למדינות שבהן יהיו נתונים לסכנה כי זכויות האדם שלהם יופרו באורח קשה, ובפרט אם צפוי שיהיו נתונים לעינויים ולצורות אחרות של התעללות.

בהצעת החוק, ההוראות הנוגעות לגישה ליעוץ משפטי הנן מוגבלות, והן פוגעת פגיעה נוספת בזכותם של העצורים להליך הוגן. סעיף 26 להצעת החוק קובע כי כל אדם שיוחזק במעצר מכוח החוק יהיה רשאי להיות מיוצג בלא תמורה בפני בית הדין לביקורת משמורת בידי נציג שאינו עורך דין.

קובץ העקרונות של האו"ם בדבר ההגנה על כל בני האדם הנתונים לכל צורה של מעצר או מאסר, שאומץ על-ידי העצרת הכללית של האו"ם בשנת 1998, מכיר בזכותם של כל העצורים ליעוץ משפטי. עיקרון מס' 17 מכיר בכך שמדינות חייבות להבטיח כי עומדים לרשות העצור מתקנים סבירים שיאפשרו לו ליהנות מזכותו ליעוץ משפטי. יתר על כן, בעיקרון זה נקבע כי אם הדבר נדרש לשם הגנה

¹⁵ מסקנה מס' 44 – 1986 של הוועדה המנהלת. ר' גם: ההנחיות המתוקנות של נציבות האו"ם לפליטים לגבי אמות מידה וסטנדרטים ישימים בדבר מעצרים של מבקשי מקלט (פברואר 1999), הנחיה 3.

¹⁶ הוועד לביעורה של האפליה הגזעית, המלצה כללית מס' 30 על אפליה של לא-אזרחים (2004), פסקה 25.

¹⁷ הוועד לביעורה של האפליה הגזעית, המלצה כללית מס' 30 על אפליה של לא-אזרחים (2004), פסקה 26.

על עקרונות הצדק, וכאשר אין ידו של העציר משגת לשלם עבור עורך דין, תסופק לו גישה לעורך דין בלא תמורה כספית.¹⁸

גישה לייעוץ משפטי הכרחית כדי לשמור על שוויון בין הצדדים המתדיינים וכדי להבטיח שעצורים – ובמיוחד חברי קבוצות פגיעות כמו בני מיעוטים, נשים, ילדים, פליטים ומבקשי מקלט – יוכלו להגן על עצמם בצורה אפקטיבית ו/או להתנגד למעצרים המבוצעים מכוח החוק דן. ישנו צורך דחוף להבטיח שננקטים צעדים להקל על הגישה לייעוץ משפטי בהליכי גירוש, כאשר לעצור נשקפת סכנת חיים או שהוא צפוי להיחשף לעינויים או להתעללות אם יוחזר.

היעדרן של ערובות פרוצדוראליות, ובכלל זה ערובות לגישה לייעוץ משפטי, מגביל ביותר את יכולתם של העצירים לבקש לעצמם סעד משפטי נגד החזרתם. יתרה מזאת, הליך הגירוש המזורז שיידון להלן מעלה חששות כבדים כי הרשויות המפקחות על הגבולות לא יביאו בחשבון כראוי את הסיבות שהביאו אדם להיכנס לישראל, ולא יבררו כראוי מהן ההפרות הקשות של זכויות האדם הצפויות לעציר אם יוחזר.

הגישה למנגנוני ההגנה המיועדים לפליטים ועקרון אי-ההחזרה

הליך הגירוש המזורז המוצע, ובמיוחד שיקול הדעת הנרחב הניתן בו לקצינים לגרש אנשים תוך 72 שעות, יגביל ביותר את יכולתם של העצורים לעתור נגד גירושם, ויבטל הלכה למעשה את האפשרות לבקש הגנה בישראל באמצעות המנגנונים הבינלאומיים.

הצעת החוק חותרת תחת חובתה של ישראל המעוגנת באמנת הפליטים, כמו-גם ב-ICCPR ובאמנה נגד עינויים, לכבד את עקרון אי-ההחזרה. לפי עיקרון זה, אין להחזיר אנשים למצב שבו ישנה סכנה כי ייחשפו להפרות של זכויות האדם, כולל מוות ועינויים או התעללות אחרת. בעיקרון כלול האיסור לדחות אנשים בגבול, כלומר החובה של מדינות להתיר את כניסתם של אנשים המבקשים הגנה בינלאומית כדי שייבחן אם צפויות להם הפרות קשות של זכויות האדם במקרה שיוחזרו. בעוד דברי ההסבר להצעת החוק מזכירים בקצרה את מחויבותה של הממשלה לכבד את עקרון אי-ההחזרה, אין בלשון ההצעה כל אזכור מפורש של העיקרון הזה ואף לא של האופן שבו תמומש מחויבות זו.

ועדת זכויות האדם של האו"ם קבעה כי מן ה-ICCPR "נגזרת חובה [החלה על מדינות שהן צד לאמנה] שלא להסגיר, להגלות, לגרש או להרחיק אדם משטחן בכל דרך אחרת, כאשר יש יסוד מוצק להאמין שישנה סכנה אמיתית לנזק בלתי הפיך... בין במדינה שאליה יבוצע הגירוש בין בכל מדינה אחרת שאליה אפשר שהאדם יגורש בעקבות זאת".¹⁹ הוועד לביעורה של האפליה הגזעית אישר גם הוא את האיסור על החזרה בהמלצה הכללית שלו בעניין אפלייתם של מי שאינם אזרחים. הוועד קבע גם הוא כי זרים לא יוחזרו למדינות שבהן נשקפת להם סכנה של הפרות קשות של זכויות האדם.²⁰

לפי המשפט הבינלאומי, על ישראל חלה חובה מוכחת להבטיח שמבקשי מקלט לא יוחזרו למדינות שבהן יהיו חשופים להפרות קשות של זכויות האדם, כולל עינויים, התעללות וצורות אחרות של רדיפה, בין במישרין: בשל ההחזרה, בין בעקיפין: על יסוד ההנחה כי סביר שיוחקו או יגורשו פעם

¹⁸ קובץ העקרונות בדבר ההגנה על כל בני האדם הנתונים לכל צורה של מעצר או מאסר, החלטת העצרת הכללית 43/173, נספח, רשומת האו"ם מס' 43, תוספת מס' 49, ע' 298, U.N. Doc. A/43/49 (1988), עיקרון מס' 17:
1. אדם שנעצר יהיה זכאי לסיועו של יועץ משפטי. זכות זו תובא לידיעתו על-ידי הרשויות המתאימות מייד לאחר מעצרו ויסופקו לו מתקנים מתאימים ליהנות ממנה.
2. אם לעצור אין יועץ משפטי שבוחר בו בעצמו, הוא יהיה זכאי לכך שרשות משפטית או רשות אחרת תמנה לו יועץ משפטי בכל מקרה שבו עקרונות הצדק מחייבים זאת, ומבלי שיידרש לשלם עבור שירות זה אם אין ידו משגת.

¹⁹ ועדת זכויות האדם, הערה כללית מס' 31: טבעה של החובה המשפטית הכללית החלה על מדינות שהן צד לאמנה, פסקה 12.

²⁰ הוועד לביעורה של האפליה הגזעית, המלצה כללית מס' 30 על אפליה של לא-אזרחים (2004), פסקה 27.

נוספת.²¹ חובות אלה מעוגנות בסעיף 33 לאמנת הפליטים ובאמנות רבות אחרות שישראל היא צד להן, כמו למשל בסעיף 7 ל-ICCPR²² ובסעיף 3 לאמנה נגד עינויים.²³

גישה למדינה אחרת במטרה לבקש הגנה היא אבן פינה במנגנון הבינלאומי להגנה על פליטים. עניין זה מושתת על הזכות לבקש מקלט מדיני, המעוגנת בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, ועל עקרון אי-ההחזרה, המעוגן באמנת הפליטים, ואשר כולל את האיסור לדחות אנשים בגבול.²⁴ עניין זה אף הודגש על-ידי כמה מומחים מטעם האו"ם, כמו הדווח המיוחד של האו"ם לזכויות האדם במאבק בטרור,²⁵ וכן על-ידי גופים המוקמים מכוח אמנות ומפקחים על ביצוען, כמו הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים שכללה עניין זה במסקנותיה.²⁶

הצעת החוק אינה מביאה בחשבון את הסכנה הגדולה שפליטים ומבקשי מקלט המוחזרים מישראל למצרים יוחזקו במעצר ללא קשר עם העולם ויוחזרו בכפייה לארצות מוצאם. לאחרונה תיעדו אמנסטי אינטרנשיונל וארגונים אחרים את היחס לפליטים ולמבקשי מקלט במצרים, ובמיוחד את הסכנה להחזרה כפויה ולהתעללות, ונושא זה ממשך לעורר דאגה.

אמנסטי אינטרנשיונל מוסיף לקבל דיווחים על התעללות ועל החזרה כפויה של פליטים ומבקשי מקלט ממצרים. בחודש יוני 2008 החזירו השלטונות המצריים בכפייה לאריתריאה עד 1,000 מבקשי מקלט. החזרה זו בוצעה חרף הנחיות שפרסמה נציבות האו"ם לפליטים נגד החזרה של מבקשי מקלט מאריתריאה שבקשתם נדחתה. הנחיות אלה הוצאו בגלל המקרים הרבים של הפרות קשות של זכויות האדם שתועדו במדינה זו. בעת כתיבת שורות אלה צפוי כי במצרים יתבצעו מעשי גירוש נוספים. לאנשים שגורשו לא הותר ליצור קשר עם נציבות האו"ם לפליטים במצרים כדי שייבדקו צורכי ההגנה שלהם. בחודש אוגוסט 2007, כוחות ישראלים החזירו בכפייה למצרים 48 אנשים אזרחי מדינות באפריקה, רובם סודאנים, זמן קצר לאחר שחצו את הגבול ממצרים לישראל בסיני. במצרים הוחזקו אנשים אלה במעצר ללא קשר עם העולם במשך כמה חודשים, וכעשרים מתוכם הוחזרו בכפייה לסודאן, ובכלל זה שבעה או שמונה שהוענק להם במצרים מעמד פליט. לא ידוע מה עלה בגורלם של השאר, 28 במספר, והיכן הם נמצאים. על-פי דיווחים, מאז חודש ינואר 2008, כוחות משמר הגבול של מצרים ירו למוות ב-14 אזרחים ממדינות באפריקה, כולל באנשים מסודאן ומאריתריאה שהיו עשויים לבקש מקלט, בעודם מנסים לחצות את הגבול ממצרים לישראל בסיני. באנשים שעל-פי הדיווחים נהרגו כשניסו להיכנס לשטח ישראל היו שני גברים שעל-פי הסברה היו מחוץ השנהב, גבר סודאני ואישה מאריתריאה, שכוחות ביטחון מצריים ירו בהם בחודש מארס

²¹ הוועדה לזכויות האדם, הערה כללית מס' 20 : סעיף 7 (האיסור על עינויים, או על יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים), פסקה 9.

²² בסעיף 7 ל-ICCPR נקבע כדלהלן:

לא יועמד אדם בפני עינויים, או בפני יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים; בפרט, לא יועמד אדם בלא הסכמתו החופשית, בפני ניסוי רפואי או מדעי.

²³ בעוד סעיף 23(2) לאמנת הפליטים מכיל אפשרות מוגבלת למקרים חריגים על רקע שיקולי ביטחון של מדינת המקלט, סעיף 3 של האמנה נגד עינויים הוא בלתי מותנה. בסעיף 3 לאמנה נגד עינויים נקבע כדלהלן:

א. מדינה חברה לא תגרש ("refouler"), תחזיר או תסגיר אדם למדינה אחרת, מקום שקיים יסוד מהותי להאמין כי הוא נתון בסכנת העמדה בפני עינויים.

ב. לצורך קביעה אם אכן קיים יסוד כאמור, יביאו הרשויות המוסמכות בחשבון את כל השיקולים השייכים, ומקום שאפשר, את קיומן במדינה הנוגעת לעניין, כמגמה גלויה ועקבית, של פגיעות גסות ונרחבות בזכויות האדם.

²⁴ ר' סעיף 33 לאמנת הפליטים הנוגע לפליטים השוהים בניגוד לחוק במדינת המקלט.

²⁵ הדווח המיוחד של האו"ם לזכויות האדם במאבק בטרור, A/62/263, מיום 15 באוגוסט 2007, פסקה 36.

²⁶ ר' מסקנות הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים בעניין הגנה בינלאומית מס' 6 (XXVIII), מס' 85 (XLIX) ומס' 99 (LV) המאשרות את החשיבות היסודית של ההישמעות לעקרון אי-ההחזרה, הן בגבול והן בתוך שטח המדינה, בנוגע לאנשים העלולים להיות נתונים לרדיפה אם יוחזרו לארץ מוצאם, בין אם הם הוכרו רשמית כפליטים בין אם לאו, ומדגישות כי עקרון אי-ההחזרה והאיסור על דחיתו של אדם בגבול מצריכים גישה להליכים יעילים והוגנים לקביעת המעמד וצורכי ההגנה.

2008. 27 שישה מהגרים אפריקאים נוספים, חלקם מסודאן, נורו למוות בנסיבות דומות בחודש פברואר 2008.

שמירה על זכויות האדם וביטחון לאומי

אמנסטי אינטרנשיונל מכיר בזכות האמתית והלגיטימית של ישראל, שהיא גם חובתה, לנקוט אמצעים כדי להבטיח את ביטחון המדינה ואזרחיה. עם זאת, הארגון מעלה חשש שאמצעי הענישה הפליליים והמנהליים המוגזמים הכלולים בהצעת החוק מבוססים במידה רבה על הנחה בדבר קיומה של סיכון ביטחוני הנשקף מכניסה בלתי מוסדרת של מהגרים לישראל, כפי שנטען בדברי ההסבר. ההצעה אינה מביאה בחשבון את מצבם הפגיע של מהגרים, פליטים ומבקשי מקלט.²⁸

הצעת החוק אף קובעת עונשים כבדים במיוחד לאנשים המגיעים ממדינות מסוימות המופיעות ברשימה, בהן מדינות כמו עיראק וסודאן שבורחים מהן פליטים ומבקשי מקלט רבים, בשל רדיפה, עינויים וצורות אחרות של התעללות והפרות קשות של זכויות האדם. על-פי הצעת החוק, אנשים אלה עלולים להיחשף כעת למעצר ולגירוש מזורז. בכמה אמנות בינלאומיות לזכויות האדם התחייבה ישראל להבטיח את הזכות לחופש מאפליה המעוגנת בסעיפים 2 ו-26 ל-ICCPR, בסעיף 1 לאמנה נגד אפליה ובסעיף 2 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. הוועד לביעורה של האפליה הגזעית קרא למדינות להבטיח שכל חקיקה הנוגעת לגירוש או לאמצעים הננקטים בשם הביטחון הלאומי לא תפלה את מי שאינו אזרח המדינה על בסיס מוצא לאומי.²⁹

מחובתה של המדינה ליישם את נורמות היסוד של זכויות האדם ולהבטיח כי כל המהגרים מקבלים יחס של כבוד, וזאת בלי קשר למעמדו החוקי של כל אחד מהם.³⁰ הוועדה לזכויות האדם ציינה זה מכבר כי מדינות חייבות להביא בחשבון שהזכויות המעוגנות ב-ICCPR מובטחות "לכל האנשים המצויים בתוך שטחה ונתונים לשיפוטה".³¹ עניין זה אושר שוב לאחרונה בהערה הכללית של הוועדה לזכויות האדם על טבען של החובות המשפטיות הכלליות של מדינות שהן צד לאמנה. הוועדה ציינה במפורש כי "ההנאה מן הזכויות המעוגנות באמנה אינה שמורה רק לאזרחי מדינות שהן צד לה אלא עומדת לרשות כל האנשים – אזרחי כל מדינה שהיא ואף אנשים נטולי אזרחות – בהם מבקשי מקלט, פליטים, מהגרי עבודה ואחרים, העשויים למצוא עצמם בשטח של מדינה שהיא צד לאמנה או נתונים לשיפוטה".³²

²⁷ אמנסטי אינטרנשיונל, שני מהגרים נוספים נהרגו בגבול ישראל-מצרים (חדשות, 28 במארס 2008),

<http://www.amnesty.org/en/news-and-updates/news/two-more-migrants-killed-egypt-israel-border-20080328>

²⁸ ר' למשל דברי ההסבר לסעיף 20.

²⁹ הוועד לביעורה של האפליה הגזעית, המלצה כללית מס' 30 על אפליה של לא-אזרחים (2004), פסקאות 25 ו-10.

³⁰ ר' דו"ח הדווח המיוחד של מועצת זכויות האדם של האו"ם לזכויות האדם של מהגרים, A/HRC/7/12, פסקה 14; הוועדה לזכויות האדם, הערה כללית מס' 15: מעמדם של זרים על-פי האמנה, פסקה 1.

³¹ הוועדה לזכויות אדם, הערה כללית מס' 15: מעמדם של זרים על-פי האמנה, פסקה 1.

³² הוועדה לזכויות אדם, הערה כללית מס' 31: טבען של החובות המשפטיות הכלליות של מדינות שהן צד לאמנה, פסקאות 3 ו-10.

3. סעיף 2 מגדיר את היקף החובות החוקיות שמדינות שהן צד לאמנה מקבלות על עצמן. על מדינות שהן צד לאמנה חלה חובה כללית לכבד את הזכויות המעוגנות בה ולהבטיח שכל האנשים בשטחן ואשר נתונים לשיפוטה ייהנו מהן (ר' פסקאות 9 ו-10 להלן)...

10. מדינות שהן צד לאמנה נדרשות – על-פי סעיף 2, פסקה 1 – לכבד את הזכויות המעוגנות באמנה ולהבטיח שכל האנשים העשויים להימצא בשטחן ושכל האנשים הנתונים לשיפוטה ייהנו מהן. פירושו של דבר שמדינה שהיא צד לאמנה חייבת לכבד ולהבטיח את הזכויות המעוגנות באמנה לכל אדם המצוי בחזקתה או נתון לשליטתה האפקטיבית, אפילו לא נמצא אותו אדם בשטחה של המדינה. כפי שצוין בהערה כללית מס' 15, שאומצה במושב ה-27 (1986), ההנאה מן הזכויות המעוגנות באמנה אינה שמורה רק לאזרחי מדינות שהן צד לה אלא עומדת לרשות כל האנשים – אזרחי כל מדינה שהיא ואף אנשים נטולי אזרחות – בהם מבקשי מקלט, פליטים, מהגרי עבודה ואחרים, העשויים למצוא עצמם בשטח של מדינה שהיא צד לאמנה או נתונים לשיפוטה. עיקרון זה חל גם על אנשים המצויים בחזקתם של כוחות של מדינה שהיא צד לאמנה הפועלים מחוץ לשטחה או נתונים לשליטתם האפקטיבית, כגון כוחות המייצגים את המדינה או משתתפים במבצעים בינלאומיים לשמירה על השלום או לאכיפת השקט, מבלי להתחשב בנסיבות שבהן הושגו החזקה או השליטה האפקטיבית האמורים.

בפרשנותו לאמנה נגד אפליה קבע הוועד לביעורה של האפליה הגזעית שוב ושוב כי מדינות חייבות, להבטיח את זכויות האדם של כל מי שנתון לשיפוטן, ללא אפליה. בנוסף לכך, הוועד קרא למדינות כדלהלן:³³

9. להבטיח שמדיניות ההגירה לא תגרום לאפליה של אנשים על בסיס גזע, צבע עור, שושלת או מוצא אתני או לאומי...

19. להבטיח את ביטחונם של לא-אזרחים, במיוחד ביחס למעצר שרירותי, וכן להבטיח שהתנאים במרכזי פליטים ומבקשי מקלט עומדים בתקנים הבינלאומיים...

20. להבטיח שלא-אזרחים שנכלאו או נעצרו במסגרת המאבק בטרור יזכו להגנה ראויה במסגרת חוק מקומי העולה בקנה אחד עם משפט זכויות האדם הבינלאומי, עם המשפט הבינלאומי הנוגע לפליטים ועם המשפט ההומניטארי הבינלאומי.

בדברי ההסבר של ועדת זכויות האדם לחובות המדינה לפי סעיף 13 של ICCPR הכירה הוועדה בחובתן של מדינות להבטיח כי אנשים יכולים לערער על החלטה בדבר גירוש בפני גוף עצמאי הפועל ללא משוא פנים – כחלק מהותי של סעיף 7 באמנה. וזאת, גם כאשר החלטה על הגירוש מבוססת על טעמי ביטחון לאומי לגיטימיים.³⁴

על בסיס סעיפים 7 ו-13 ל-ICCPR, וכן על יסוד עמדותיה של הוועדה לזכויות האדם, המליץ הדווח המיוחד של האו"ם לקידום זכויות האדם במאבק בטרור ולהגנה עליהן שלא לעשות "שימוש בהליכים מזוירים במקרים של בקשת מקלט ובהליכי גירוש אם הליכים אלה אינם כוללים סעד יעיל, עצמאי ונטול פניות, המופעל לפני יישומה של החלטת הגירוש".³⁵ הדווח המיוחד המשיך וקרא למדינות לנקוט את הצעדים הבאים בהתאם לחובתן מכוח היותן צד לאמנות הבינלאומיות:

(א) להבטיח שהחקיקה שלהן בנושא מעצר של מהגרים מכילה כללים ברורים ושקופים המביאים בחשבון את דרישות הצורך, המידתיות, חוסר השרירותיות, ואי-האפליה, כנדרש במשפט הנוגע לפליטים ומשפט זכויות האדם;

(ב) לא לחרוג מהזכות לבחינה משפטית של חוקיותו של מעצר בכל צורה שהיא, שעל-פי הוועדה לזכויות האדם אין לגרוע ממנה אפילו בשעת חירום ציבורית, ובהינתן מצבם הפגיע של מהגרים הנתונים במעצר, להבטיח שבחינה משפטית של כל צורה שהיא של מעצר מהגרים תיעשה באופן אוטומטי (חובה) בתוך פרק זמן סביר, כמו למשל 48 שעות;

(ג) להבטיח את הזכות לגישה יעילה לייעוץ משפטי יעיל מרגע המעצר, כולל של אלה שנעצרו מכוח חוקי ההגירה;

(ד) להקים מנגנוני בקרה עצמאיים כדי לפקח על מעצר מהגרים וכדי להבטיח גישה של נציבות האו"ם לפליטים או של שותפים של הנציבות שמונו לכך למתקני הכליאה;³⁶

סיכום

³³ הוועד לביעורה של האפליה הגזעית, המלצה כללית מס' 30 על אפליה של לא-אזרחים, פסקאות 9, 19 ו-20.
³⁴ הוועדה לזכויות האדם, אהאני נ' קנדה, הודעה מס' 1051/2002, פסקאות 10.6–10.8. אושר בתוך: הוועדה לזכויות האדם, אלזרי נ' שוודיה, הודעה מס' 1416/2005, פסקה 11.8:
 ...הוועדה מציינת כי סעיף 2 של האמנה, בצירוף עם סעיף 7, דורש מתן גישה לסעד יעיל על הפרתן של ההוראות האחרונות. ההחזרה מחייבת מעצם טבעה לפני ביצועה תונק הזדמנות לבחינה אפקטיבית של החלטת הגירוש למקום שבו ניתן לטעון כי ישנו סיכון של חשיפה לעינויים, במטרה להימנע מנזק בלתי הפיך למועמד לגירוש ומהפרכתו של תהליך הבחינה לחסר תועלת וריק מתוכן.

³⁵ דו"ח הדווח המיוחד של האו"ם לזכויות האדם במאבק בטרור, A/62/263 מיום 15 באוגוסט 2007, פסקה 53.
³⁶ דו"ח הדווח המיוחד של האו"ם לזכויות האדם במאבק בטרור, A/62/263 מיום 15 באוגוסט 2007, פסקה 81 (ההדגשה אינה במקור).

ארגון אמנסטי אינטרנשיונל מביע חשש שאם החוק יאושר וייושם בנוסחו הנוכחי, הוא יאפשר לישראל להשתמט מחובתה להבטיח כיבוד של זכויות אדם בסיסיות, ובמיוחד של זכויות האדם של פליטים ומבקשי מקלט, במסגרת חקיקתם ויישומם של חוקי הגירה או חוקי ביטחון מקומיים.

על ישראל להבטיח שכל אמצעי לפיקוח על ההגירה או אמצעי של ביטחון לאומי שהיא נוקטת יעלה לחלוטין בקנה אחד עם מחויבויותיה על-פי משפט זכויות האדם הבינלאומי. בכלל זה, על ישראל להבטיח הגנה על הנתונים לשיפוטה, בלי קשר למעמדם האזרחי, ועל יסוד עקרונות המשפט הבינלאומי לענייני פליטים ועל משפט זכויות האדם, המחייבים מדינות להבטיח כי אנשים לא יוחזרו למדינות שבהן עלולה להישקף להם סכנה של הפרה קשה של זכויות האדם.

לאור כל זאת, אמנסטי אינטרנשיונל קורא לחברי הכנסת בישראל שלא לתמוך בהצעת החוק, ומעבר לכך, לנקוט את הצעדים הדרושים לתיקון החוק הקיים, כדי שיעלה בקנה אחד עם הסטנדרטים הבינלאומיים של זכויות האדם.