

הפורום לזכויות פליטים
المنتدى لحقوق اللاجئين
Refugees' Rights Forum

עקרון איסור הגירוש

יוני 2008

האגודה לזכויות האזרח בישראל
جمعية حقوق المواطن في اسرائيل
The Association for Civil Rights in Israel



מוקד סיוע לעובדים זרים (ע"ר)

"וגר לא תונה ולא תלחצנו כי גרים הייתם
בארץ מצרים", שמות כ"ב, פסוק כ'

Hotline for Migrant Workers

"You shall not wrong a stranger, nor oppress him, for you were strangers in the land of Egypt", **Exodus 22:20**

רופאים לזכויות אדם - ישראל (ע"ר)
أطباء لحقوق الإنسان-إسرائيل
Physicians For Human Rights - Israel



תל אביב אוניברסיטת תל אביב
TEL AVIV UNIVERSITY
התכנית לזכויות פליטים
THE REFUGEE RIGHTS PROGRAM



עריכה: **נורית וורגפט**
עיצוב: **אילת גזית**
צילום תמונות השער:
נתן דביר, www.natandvir.com
נדפס בדפוס טופ-פרינט

תקציר מסמך מדיניות בנושא עקרון איסור הגירוש של אדם למקום בו הוא צפוי לסבול מרדיפה

מסמך המדיניות, בן ?? העמודים, הנו תוצר עבודה ממושכת של שבעה הארגונים המרכזיים העוסקים בנושא מבקשי המקלט בישראל.

המסמך:

- מבהיר את משמעותו של עקרון איסור הגירוש של אדם למקום בו הוא צפוי לסבול מרדיפה.
- סוקר את מעמדו המשפטי של העיקרון ועמדת בית המשפט הישראלי לגביו.
- מציג את הטענות השונות הנשמעות לאחרונה בשיח הציבורי הישראלי: הטענה שמדינת ישראל רשאית לגרש את מבקשי המקלט המגיעים אליה ממצרים, וזאת משום שלא מדובר כלל במבקשי מקלט אלא ב"מסתנני עבודה" ולכן אין הם זכאים להליכים על-פי אמנת הפליטים, הטענה שמספרם הגדל של האנשים המגיעים לגבול ישראל מחייב נקיטת "ידי קשה" נגדם, "למען יראו וייראו" ועוד.
- מתאר את הדרכים המגוונות בהן מופר העיקרון לעתים, תוך מתן דוגמאות מפורטות.
- מפרט את התוצאות הרוות האסון של הפרת העיקרון במקרים שונים ומציג את המלצות הארגונים לכיבוד עקרון "איסור הגירוש" על ידי רשויות המדינה, המלצות שעיקרן בחינה נאותה של כל בקשה למקלט המוגשת בתחומי מדינת ישראל או על גבולותיה. הארגונים טוענים שבהעדר הליכי מקלט נאותים, קיים החשש כי ישראל תגרש פליטים למקום סכנה.

העיקרון באמנה הבינלאומית: איסור הגירוש או ההחזרה (Non-Refoulement) של אדם למקום בו הוא צפוי לסבול מרדיפה, מהווה את אבן הפינה להגנה על פליטים. עיקרון זה מעוגן בסעיף 33 לאמנת הפליטים והפך זה מכבר לעיקרון מחייב של המשפט הבינלאומי המנהגי. משמעות הדבר, כי גם מדינות אשר אינן צד לאמנה חייבות לכבד את העיקרון.

העיקרון בבית המשפט הישראלי: בית המשפט העליון של מדינת ישראל קבע כי עקרון "איסור הגירוש" חל בישראל מכח חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, המעגן את זכות היסוד לחיים. באי-כח המדינה הצהירו שוב ושוב בפני בתי המשפט על מחויבותה של מדינת ישראל לכיבוד העיקרון. למרות מגמה חיובית זו, עד היום לא הקימה מדינת ישראל את המנגנונים ולא עיגנה את הנהלים הנדרשים כדי לוודא כי אנשים שהיא מגרשת מתחומה לא יישלחו למקום סכנה. חמור מכך, מאז שחל גידול משמעותי במספר האנשים החוצים ללא היתר את גבולה של המדינה, החלה מדינת ישראל לחפש אחר תירוצים וצידוקים משפטיים, שיאפשרו לה להרחיק את המגיעים אליה או לנמנע את כניסתם. זאת, ללא קיום הליכים נאותים שיבטיחו את שמירת זכויותיהם של המורחקים לחיים ולהגנה עליהם מפני עינויים, יחס קשה ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.

במסמך המצורף ניתן למצוא התייחסות נרחבת לנקודות חשובות אלו ועוד: תיאור גירושם למצרים של 48 מבקשי מקלט בחודש אוגוסט 2007, בסמוך לאחר חציית הגבול. גורלם של הפליטים שהורחקו, שעדיין אינו ידוע, מהווה 'תמרור אזהרה' מפני פעולות נמהרות הנקטות תוך התעלמות מן הדין הבינלאומי ומן הצורך בקיומם של הליכי מקלט נאותים. המסמך גם מציג את סיפורו האישי של אדם, פליט מדבר שגורש מישראל למצרים בספטמבר 2004 תוך הפרת העיקרון, ורק בזכות תושיותו הצליח להינצל מגירוש לסודן שם יש להניח היה מוצא להורג כפי שארע לשני נתינים סודנים אחרים שגורשו בעבר מישראל לירדן ומשם לסודן.

איסור גירוש או החזרה ("Non-Refoulement")

מדינת ישראל בראשית ימיה, וכן ארגונים יהודיים רבים, נטלו חלק פעיל בניסוח האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, ומדינת ישראל אל היתה מן הראשונות להצטרף לאמנה. מאוחר יותר הצטרפה ישראל גם לפרוטוקול לאמנה משנת 1967, והיא חברה בוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים. למרות כל זאת, לא נחקק עד היום חוק פליטים ישראלי והקמת מערכת לקבלת פליטים נעשתה רק בראשית שנת 2002. בשנים 2002-2006 הוגשו בישראל, בממוצע, 1,000 בקשות למקלט מדי שנה. משנת 2007 חל גידול משמעותי במספר הבקשות. על-פי נתוני מינהל האוכלוסין, נכנסו לישראל בשנת 2007 לבדה, 5,300 אנשים, רבים מהם ביקשו מקלט בישראל.

הגידול המשמעותי במספרם של מבקשי המקלט הביא להחמרה במדיניות. בישיבת ממשלה בחודש פברואר 2008, הציג ראש הממשלה 'לשנות את ההוראות לפתיחה באש', כך שיהיה קל יותר לירות לעבר המסתננים'. שר הביטחון, שהתנגד להצעה, גרס כי יש להחזיר את המסתננים' לשטח סיני עם לכידתם'. מימושן של הצעות אלה עלול לסכן חיי אדם ולגרום להפרה של אחד מעקרונות היסוד של אמנת הפליטים. מטרתו של מסמך מדיניות זה, להבהיר את דרישות הדין הבינלאומי, לזהות את הפעולות שעלולות להביא להפרתו ולהציע דרכים בהן יש לנקוט, אם בכוונת מדינת ישראל למלא את חובותיה כלפי אנשים המגיעים לגבולותיה.

אבן הפינה להגנה על פליטים היא עקרון ה-Non Refoulement - איסור הגירוש או ההחזרה (למען הקיצור נשתמש במסמך זה במונח "איסור הגירוש") של אדם, למקום בו הוא צפוי לסבול מרדיפה. סעיף 33 לאמנה קובע כדלקמן:

1. שום מדינה מבעלות האמנה לא תגרש ולא תחזיר ("refouler") פליט באיזו צורה שהיא אל גבולות ארצות שבהן יהיו חיייו או

חירותו בסכנה מטעמי גזע, דת, אורחות, השתייכות לקבוצה חברתית מסויים או להשקפה מדינית מסויימת.

2. ואולם פליט לא יוכל לתבוע לעצמו הגנה מהוראה זו אם יש נימוקים מספיקים לראותו כסכנה לביטחון הארץ שבה הוא נמצא, או אם, לאחר שחויב בדיון על ידי פסק דין סופי בשל פשע חמור במיוחד, הוא מהווה סכנה לציבור הארץ ההיא.

סימן ל"ג לאמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, כתבי אמנה 65, כרך 3 עמוד 5.

הצורך המיידי, הדחוף והבסיסי ביותר של כל פליט הוא להגיע למקום שבו יהיה מוגן מרדיפה. דוגמא היי סטורית, המדגימה עד כמה מתן כניסה והגנה בסיסית הוא חיוני, היא סיפורה של האונייה "סנט-לואיס", אשר הפליגה מנמל המבורג בגרמניה במאי 1939, ועל סיפונה 907 נוסעים יהודים. לאחר שאשרות הכניסה של הנוסעים לקובה בוטלו, סירבו כל המדינות בא"מריקה הלטינית להרשות לפליטים להיכנס לתחומן. ארצות הברית סירבה להתיר את כניסתם אליה, ואף שלחה ספינה צבאית לוודא כי ספינת הפליטים תפליג במרחק כזה, שלא יאפשר שחיה אל החוף. גם קנדה טענה כי הפליטים אינם הבעיה שלה. הספינה נאלצה לבסוף לשוב על עקבותיה לאירופה, שם נספו רבים מנוסעיה.

עקרון איסור הגירוש נועד להבטיח כי אדם הנמ" לט מרודפיו, לא יוחזר לידיהם. חשיבותו המעשית אינה מוגבלת רק לאיסור על גירוש אקטיבי מתחום המדינה למקום סכנה, מן העיקרון נגזרות תוצאות משפטיות נוספות, ובהן: האיסור להדוף פליטים המגיעים לגבולה של המדינה; החובה לבחון כ"י אות את הבקשות למקלט ולאפשר למבקשים לקיים הליכים נאותים לבחינת בקשות למקלט; והחובה לאפשר למבקשי מקלט לשהות במדינה עד לסיום בירור בקשתם למקלט. נדון בנושאים אלה כפי שהם מתעוררים כיום בהקשר של הגעת מבקשי מקלט לישראל.

1 ברק רביד, "ברק התנגד להצעת אולמרט להקל הוראות הירי במסתננים", הארץ 25.2.08. בדיון שנערך בישיבת הממשלה בחודש מרץ הורה ראש הממשלה "למנוע הסתננות לתוך ישראל תוך הפעלת כח סביר" וכינה את התופעה "צונאמי של מסתננים". ידיעה ברשת YNET מיום 23.3.08.

העיגון המשפטי הישיר והמובהק ביותר לכלל של איסור הגירוש, מצוי בסעיף 33 לאמנת הפליטים יחד עם זאת קיימים מקורות משפטיים חשובים נוספים לכלל זה, המרחיבים במידה רבה את תחולתו. הורר אות אלה אינן מתמקדות בפליטים דווקא, אלא אוסרות הרחקה או גירוש או הסגרה של כל אדם, למקום בו הוא יהיה חשוף לעינויים או ליחס ועונשים בלתי אנושיים או משפילים.² ההוראה המרכזית לעניין זה מצויה בסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, אשר גם בה חברה מדינת ישראל, הקובע כי:

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

האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984, כתבי אמנה 1039, כרך 31, עמוד 249.

הוראת סעיף זה אינה מסויגת, כך שחל איסור מורחב להחזיר אדם למקום בו קיים חשש כי ייחשף לעינויים.

חשיבותו של העיקרון חרגה זה מכבר מן המשפט ההסכמי וכיום מקובל לראותו כחלק מן המשפט הבי-

נלאומי המינהגי.³ הדבר נובע מן המספר הרב של האמנות הבינלאומיות המעגנות את העיקרון;⁴ מן העובדה שלמעלה מ-169 מדינות תומכות על אמנות המעגנות בנוסח זה או אחר את העיקרון;⁵ מכך שכ-80 מדינות כללו אותו במשפטן הפנימי;⁶ מפרשנות נציבות האו"ם לפליטים; ומהחלטות שאושרו שוב ושוב במליאת מועצת האומות המאוחדות.⁷ משמעות היותו של העיקרון חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי היא, כי גם מדינות שלא חתמו על אף אחת מן האמנות המעגנות את העיקרון, חייבות לכבדו.

עקרון איסור הגירוש חל ומחייב בישראל הן מכות חברתה באמנות שנזכרו לעיל, הן מכות המשפט הבינלאומי המינהגי, והן מכות זכות היסוד לחיים, המעוררת גנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך קבע הנשיא אהרון ברק בפרשת אל-טאיי:

”אין לגרש אדם מישראל למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו. כל סמכות שלטונית - לרבות סמכות הגירוש על-פי חוק הכניסה לישראל - צריכה להיות מופעלת על בסיס ההכרה “בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין...”

(סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

זהו העיקרון הגדול של ה-*non refoulement*, לפיו אין לגרש אדם למקום בו יועמדו חייו או חירותו בסכנה. עיקרון זה מעוגן בסעיף 33 לאמנת הפליטים.

2 הוראות האוסרות לחשוף אדם לעינויים מצויות באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 בסעיף 7 באמנה האירופאית בדבר זכויות אדם בסעיף 3. סעיפים אלה נתפרשו ככוללים איסור להעמיד אדם בסכנת עינויים על-ידי גירוש, הסגרתו או החזרתו למדינה אחרת. לפרשנות האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ראו: CCPR General Comment No. 20, para. 9, 10/3/92 found at: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument לפרשנות האמנה האירופאית בדבר זכויות האדם ראו: 75. At Para.. 385, ILR 108, Chahal V. United Kingdom.

3 Encyclopedia of Public International Law (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Amsterdam, New York, 1985), vol. 8, p. 456

4 בנוסף על ארבע האמנות שנזכרו לעיל ניתן למנות גם את: The 1967 Declaration on Territorial Asylum, The 1969 Organization of Africa Unity (OAU) Convention, the 1969 American Convention on Human Rights, the 1957 European Convention on Extradition.

5 Lauterpacht E. And Bethlehem D., “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion. 2003, p.93. Found at: http://www.unhcr.org/publ/PUBL/419c75ce4.pdf

6 שם, בעמוד 148.

7 ראה למשל: The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany, 1994. Found at: /www.unhcr.org/publ/RSDLEGAL/437b6db64.htm

הוא מהווה חלק מהחקיקה הפנימית של מדינות רבות, הקולטות את הוראות האמנה, או המסדירות את הדבר בנפרד. הוא עיקרון כללי שאינו מוגבל אך לפליטים. הוא חל בישראל על כל סמכות שלטונית שעניינה גירוש אדם מישראל.”

בג"צ 4702/94 אל טאיי ואח' נגד שר הפנים, פ"ד מט 848, 843(3).

מי מחויב בכיבוד העיקרון?

על-פי סעיף 33 לאמנת הפליטים, חבה כל אחת מן המדינות החברות לאמנה בכיבוד העיקרון. חשיבותו של הסעיף היא כזו, שאין מדינה חברה רשאית להיחנות עליו.⁸

לא רק המדינה, אלא כל שלוחיה הפועלים מטעמה חייבים לכבד את העיקרון. החובה מוטלת על המדינה בכל מקום בו היא פועלת. כך כאשר חייליה או שוטריה פועלים בגבול, או כאשר בקרי הגבולות פועלים בתחנות הגבול והכניסה לישראל, ואפילו אם יפעלו מחוץ לגבולות המדינה (למשל בשטחים הנתונים לשליטתה האפקטיבית, או כלפי אנשים שבשליטתה האפקטיבית).

מחויבותה המוצהרת של מדינת ישראל לעיקרון - האם די בה?

עמדתה הרשמית של מדינת ישראל, כפי שנמסרה לבתי-המשפט במספר הזדמנויות, היתה כי היא מחויבת לעקרון איסור הגירוש ואינה מגרשת אנשים למקום בו צפויה להם סכנה.

למרות זאת, לא הקימה מדינת ישראל את המנגנונים הנדרשים כדי לוודא כי אנשים לא יגורשו על-ידיה למקום סכנה. חמור מכך, עם הגידול במספר האנשים החוצים ללא היתר את הגבול, החלה המדינה לחפש תירוצים וצידוקים משפטיים, שיאפשרו לה להרחיק את האנשים המגיעים אליה או למנוע את כניסתם, ללא הגנה על זכותם של המורחקים לחיים ולחירות ולהגנה מפני עינויים, יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים. להלן ארבע

דוגמאות המבהירות את הבעייתיות ואת הכיוון אליו צועדת מדינת ישראל:

- בספטמבר 2004, החזירה מדינת ישראל למצרים 11 מבקשי מקלט מסודן. מדינת ישראל נסמכה על הבטחה, שהושגה בתיווך נציבות האו"ם לפליטים, כי למבקשי המקלט לא יאונה כל רע במצרים וכי הם לא יגורשו ממנה לסודן. בפועל הופרו הבטחות אלה ומבקשי המקלט נעצרו במצרים, סבלו מיחס אלים ושבעה מהם כמעט גורשו לסודן.
- בנובמבר 2004, חצתה את הגבול לישראל צעירה מסוריה. על-פי התקשורת, הרקע להגעתה היה “בעיות משפחתיות ונפשיות ואלימות מצד אביה”. צה"ל לא טרח להפגישה עם נציגי נציבות האו"ם לפליטים, הגורם המוסמך בישראל לברר בקשות למקלט, אלא החזירה לסוריה לאחר תחקור ביטחוני קצר.
- באפריל 2007, גירשו חיילי צה"ל בכוח, תחת איומי רובים, קבוצה של שישה מבקשי מקלט שנעצרו בתוך שטח ישראל. החיילים הדפו את מבקשי המקלט אל שטח מצרים דרך חזר בגדר הגבול, למרות שמבקשי המקלט טענו כי הדבר יסכן את חייהם וביקשו הגנה.
- באוגוסט 2007 גורשו מישראל 48 מבקשי מקלט, בהם 18 ילדים, זמן קצר אחרי שנכנסו לישראל. הגירוש התבצע בהתאם לנוהל “החזרה חמה” שאושר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, אשר גרס כי ניתן להרחיק אדם שניכנס ללא היתר לתחום ישראל ובתנאי שהדבר נעשה ב“סמיכות מסוימת בזמן ובמקום התפיסה”. כן התבססה ישראל על הבנות בעל-פה בין ראש הממשלה אולמרט לנשיא מצרים מובארכ, לפיהן התחייבה, לכאורה, מצרים כי למוחזרים לא יאונה כל רע. מאז החזרתם למצרים, מוחזקים העצורים ככל-הידוע לארגוני

8 הדבר נקבע בסעיף 42 (1) לאמנה המונה את הסעיף בין הסעיפים אשר לא ניתן להתנות עליהם

ברחתי ממצרים לישראל ביוני 2004 עם חברים נוספים מדרפור. נכלאנו ב"קציעות" שבנגב, 11 פליטים. באמצע חודש ספטמבר 2004, מפקד בכלא "קציעות" אמר לנו שמחזירים אותנו למצרים ונתן לנו כל מיני ניירות שלדבריו יגנו עלינו מפני גירוש לסודן. הוא הרשה לנו להתקשר מהטלפון שלו. התקשרתי לנציבות הפליטים של האו"ם בת"א שם נאמר לי שהתקבלה החלטה באו"ם בג'נבה, שאין אפשרות למנוע את החזרתנו למצרים וכי נציבות הפליטים של האו"ם במצרים תסייע לנו עם הגעתנו.

בכלא "קציעות" שמענו שהיו שם כבר שלושה סודנים שגורשו למצרים בערך שבועיים לפנינו וידועים לנו שמותיהם. מאוחר יותר נודע לנו שלבני משפחותיהם לא נודע דבר על הקורות אותם או על מקום הימצאם עד היום.

כשהגענו לרפיח, הפרידו אותנו וחקרו כל אחד מאיתנו בנפרד במשך שעות ארוכות. שאלו אותנו שאלות רבות על ישראל. שמעתי בתא ליד את החוקרים מכים את יוסוף, שכמעט ולא ידע ערבית. לאחר שנחקרנו, העבירו את כולנו לכלא במוגאמה שם ביקשנו לראות נציג של נציבות הפליטים של האו"ם. כל יום אמרו שמחר יגיע נציג הנציבות אבל הוא לא הגיע. ארבעה מאיתנו שוחררו ונותרנו שבעה.

לאחר שבועיים בערך הודיעו לנו שמעבירים אותנו לאסואן ושהחלט לגרש אותנו לסודן. פחדנו מאוד וכשבאו לקחת אותנו, שכבנו על הרצפה וסירבנו לזוז. הגיעו המון שוטרים והחלו להכות אותנו, לבעוט בנו ואף חישמלו אחדים מאיתנו. היתה מהומה גדולה ובסופו של דבר הם גברו עלינו והכניסו אותנו בכוח למשאית. לאחר הנסיעה קבוצה גדולה של חיילים הורידה אותנו מהמשאית והעבירה אותנו לרכבת לאסואן. באסואן, הביאו אותנו לנציג קונסולרי של סודן, לצורך הוצאת תעודות לגירוש לסודן. בגלל שבכלא כמעט ולא נתנו לנו מזון, שיחדתי את אחד השומרים כדי שירכוש עבורי מזון וכרטיסי טלפון. התקשרתי לחבר סודני שגר בקהיר וביקשתי עזרה.

כנראה שהחבר עשה משהו, מכל מקום לא גורשנו מיד, אלא הכניסו אותנו לכלא באסואן. לאחר חודש וחצי בכלא המצרי, שבמהלכם כמעט ולא קיבלנו מזון וסבלנו מאלימות קשה, הגיע נציג של נציבות הפליטים של האו"ם ולאחר מספר ימים שוחררנו. כשעזבנו את בית הסוהר נתנו בידו של כל אחד מאיתנו «מסמך נסיעת חירום» שהונפק עבורו על ידי הקונסוליה הסודנית במצרים. בצד האחורי של המסמך נרשמה הוראה להעביר אותנו לידי כוחות הביטחון הסודנים עם הגיענו.

לאחר שחרורי נודע לי שחברי, אליו התקשרתי מבית הסוהר באסואן, פנה לנציבות שהצליחה לעצור את הגירוש לסודן ברגע האחרון. לאחר שחרורי עקבו אחרי סודנים שנראו לי חשודים וניסו לקשור עמי שיחה. מסרתי להם שם בדוי ונמלטתי. פניתי לנציבות הפליטים בבקשת מעמד פליט אך טרקו לי את הטלפון. כרטיס מבקש המקלט שלי כבר אינו בתוקף אך אני מפחד להגיע לנציבות בקהיר. אחד מחברי שפנה לנציבות לחדש את כרטיסו, הכרטיס נלקח ממנו והוא נותר ללא כל הגנה.

זכויות אדם, במעצר incommunicado, לנציבות האו"ם לפליטים במצרים לא ניתנה גישה אליהם וחלקם, ככל הנראה, אף גורשו ממצרים לסודן.⁹

טענות שונות, הנשמעות לאחרונה מפי קובעי מדיניות, עלולות להביא לסיכון חיי אדם ולהעמיד את ישראל במצב בו היא מפרה את עקרון איסור הגירוש. למשל, שהאנשים המגיעים לישראל כלל אינם מבקשי מקלט, ולכן אין צורך בקיום הליכי מקלט לגביהם; כי לישראל זכות מלאה למנוע כניסתם של האנשים המגיעים לגבולה; כי ניתן להחזיר אנשים למצרים (דרכה עברו בבואם לישראל) ללא הליך כלשהו, שכן מצרים חתומה גם היא על האמנה; כי לא ניתן לקיים הליכי מיון נוכח מספרם הרב של האנשים המגיעים לישראל, ועוד.

על החובה לבחון כל בקשה למקלט

אמנת הפליטים מגדירה כי "פליט" הוא מי שנמ"צא מחוץ לארצו (או אם אין לו אזרחות, הוא נמצא מחוץ למקום מושבו הקבוע) ויש לגביו חשש מבר-סס כי יסבול מרדיפה אם יחזור לארצו, מטעמי גזע, דת, לאום, השתייכותו לקבוצה חברתית מסוימת או השקפתו הפוליטית. "מבקש מקלט" הוא אדם המבקש הגנה.¹⁰ הקביעה אם פלוני הוא פליט הזכאי להגנה, הינה מלאכה מקצועית מורכבת, המשלבת בירור עובדתי מעמיק ויישום ההגדרה המשפטית. מקובל לראות את הקביעה כי פלוני הוא פליט כאקט הצהרתי על מעמדו של אדם, לא ההחלטה היא שהופכת את האדם לפליט, אלא המאורעות שחווה, או שהוא עלול לחוות אם יוחזר לארצו. מסקנה נגזרת מכך היא כי גם אם לא

נערכו או לא נשלמו הליכי קביעת מעמדם של מבקשי מקלט, יש להניח, כי ביניהם נמצאים, לפחות באופן פוטנציאלי, פליטים.

לאחרונה נשמעות הצהרות מפי ראש הממשלה ומפי פקידי ממשלה שונים, לפיהן האנשים המבקשים מקלט בישראל, אינם מבקשי מקלט "אמיתיים", אלא מהגרי עבודה המונעים מן הרצון לשפר את איכות חייהם. מכיוון שכך, טוענים הדוברים, אין צורך לבחון את בקשותיהם, שכן לא עבורם נועדו אמנת הפליטים ומני גנוניה. הליך מחשבה זה, המבקש לפטור את המדינה מן החובה לבחון כל בקשה למקלט באופן אינדיבידואלי, מנוגד להוראות הדין הבינלאומי ועלול להביא להחזרתם של פליטים למקום סכנה תוך הפרה של עקרון איסור הגירוש.

הצעת חוק 381 למניעת הסתננות, התשס"ח - 2008 ביום 19.05.08 אישרה כנסת ישראל בקריאה ראשונה את הצעת החוק הממשלתית למניעת הסתננות. הצעה זו, אם תחקק, תביא להפרת עקרונות היסוד של המשפט הישראלי וכן להפרתן של הוראות האמנת הבינלאומיות עליהן חתומה מדינת ישראל.

נציין כאן רק את ההיבטים של הצעת החוק הנוגעים להפרה של עקרון "איסור הגירוש" של מבקשי מקלט, למקום בו צפויה להם סכנה: ההצעה מעגנת בחוק את נוהל ה"החזרה חמה" למצרים, שפגמיו הרבים נדונו בהרחבה במסמך זה. משמ"עות ההצעה הינה גירוש מידי של מי שנכנס לישראל ללא היתר, מבלי שתתאפשר לו גישה לנציבות האו"ם לפליטים ולמערכת המקלט של מדינת ישראל.

ההצעה קובעת כי:

"מסתגן יגורש מישראל בהקדם האפשרי"¹¹ -

9 מכתב של ארגון Human Rights Watch מיום 21.12.2007 אשר הוגש לבית המשפט העליון במסגרת התדיינות בבג"ץ 7302/07 מוקד סייע לעובדים זרים נגד שר הבטחון; כמו כן, בכתבה שפורסמה בעיתון ההראלד טריביון ביום 26.2.2008 צוטט בכיר ממשרד החוץ המצרי, אשר במענה לשאלות הכתבים על גורלם של המגורשים, אמר כי עשרים מהם "ביקשו לעזוב את מצרים" (www.ihf.com/bin/printfriendly.php?id=10434991).

10 מבקשי מקלט לא בהכרח מכירים את המונחים המקצועיים או את אמנת הפליטים, לפיכך די בכך שיביעו חשש מפני החזרתם, כדי להיבן את הרשויות לבחון האם לא מדובר בפליטים. יש מצבים בהם נדרשת עירנות מיוחדת, שכן מבקשי המקלט אינם מסוגלים לבטא את חששם מפני החזרה, כך למשל כאשר מדובר בילדים לא-מלווים, באנשים נפגעי טראומה, או במי שבשל חששם מן הרשויות או בשל התניות הרבות, יימנעו מלחשוף את מצבם בפני הרשויות.

11 הצעת חוק הממשלה - 381, כ"ה באדר ב' התשס"ח, 1.4.2008. סעיף 6 (א)

ההצעה אינה מונה כל סייגים לתחולת הוראה זו לגבי מבקשי מקלט, למי שעשויים להיות מוגנים על ידי האמנה נגד עינויים¹² או לגבי ילדים שאינם מלווים.

“ניתן צו משמורת נגד מסתנן, יימסר לו בכתב או בע”פ, ככל האפשר, בשפה המובנת לו, מדע על זכויותיו לפי חוק זה...”¹³ -

הצעת החוק אינה מחייבת למסור את המידע אודות הזכויות ובכתב. מבקשי מקלט שייצרו, עלולים להיות מגורשים מבלי שידעו כי יש באפשרותם לפנות אל הנציבות בבקשה למקלט וכיצד לפנות בבקשה כזו.

“שוטר או חייל שהביא אדם למקום משמורת... יערוך, בהקדם האפשרי, דו”ח המפרט את העובדות ששימשו יסוד לחשד כי אותו אדם הסתנן לישראל ... וכן את הפעולות שנעשו בעניינו... לפני הכנת הדו”ח כאמור יתן השוטר או החייל לאותו אדם הזדמנות לטעון את טענותיו ביחס להחזקתו במשמורת ולאפשרות גירוש, והטענות שנטענו כאמור, יורטו בדו”ח”¹⁴ -

הקצין המוסמך יחליט הן לגבי המעצר והן לגבי גיי רשו של מבקש המקלט, על סמך העובדות שמופיעות בדו”ח שערך השוטר או החייל בשטח. הפגם בהליך זה הוא שהגורם המחליט אינו הגורם ששמע את דברי מבקש המקלט. יתרה מזאת, בירור בקשות המקלט הינו מלאכה מורכבת, שלביצועה נדרשים השכלה משפטית וידע נרחב בנושא מקלט מדיני והמצב במדינות השונות מהן מגיעים מבקשי המקלט לישראל. בהליך המעצר המתואר בהצעת החוק, אף על פי שהינו פסול, מתקיימת ביקורת מעין-שיפוטית אוטומטית על החלטה שהתקבלה על ידי הגורם המוסמך ללא שימוע. לעניין הגירוש מהארץ, אין כל ביקורת כזו. לביטול צו הגירוש או לה-

שהייתו, יידרש ממבקש המקלט העצור לפנות בעצמו לערכאות. עד היום, למעט מספר קטן של “מסתננים” שפנו לערכאות באמצעות ארגוני זכויות אדם, לא פנה אף לא “מסתנן” אחד שנעצר לפי החוק למניעת הסתננות לבית המשפט וזאת בשל קשיי הנגישות.

“נוכח קצין מוסמך כי המסתנן נכנס לישראל לא מכבר, רשאי הוא להורות על החזרתו המיידית למדינה או לאזור שמהם הסתנן לישראל, ובלבד שההחזרה כאמור תיעשה בטרם חלפו 72 שעות מהמועד בו היה לשוטר או לחייל יסוד סביר לחשד כי אותו אדם הסתנן לישראל”¹⁵ -

סעיף זה מעגן בחוק את הפרקטיקה הבלתי חוקית של “החזרה חמה”, שאליה התייחסו קודם לכן. הסעיף מהווה הפרה בוטה של עקרון איסור הגירוש כפי שהובהר במסמך זה.

העיקרון אף מוזכר בדברי ההסבר לחוק, אך אינו מוזכר בגוף ההצעה. גם בסעיף זה אין כל התייחסות לאמנה נגד עינויים שאף היא אוסרת על החזרת אדם ל“מקום שקיים יסוד מהותי להאמין כי הוא נתון בסכנת העמדה בפני עינויים”¹⁶. עם זאת, הכשל המרכזי בסעיף זה נעוץ בכך שהקצין המוסמך לכך, צריך להחליט אם עקרון איסור הגירוש חל על מבקש מקלט זה או אחר, על בסיס דיווח בכתב שהוכן על ידי חייל או שוטר, מבלי שתישאל את מבקש המקלט. על הקצין לקבל החלטה תוך 72 שעות בלבד, למרות שמדובר בהחלטה מורכבת אותה יש לקבל רק לאחר שאדם בעל המומחיות הנדרשת קיים ראיון מקיף עם מבקש המקלט כשהוא רגוע. לא ברור כיצד יוכל הקצין המוסמך לקבל החלטה שקולה בנושא כה חשוב ומורכב תוך זמן כה קצר, אך ורק על סמך תשאולו של לובש מדים, העושה עבודתו לאור פנס מיד לאחר שמבקש המקלט עבר את הגבול.

“כל פליט הוא, בתחילה, גם מבקש מקלט”

הזכות לבקש מקלט מפני רדיפה הוכרה כזכות בסיסית הנתונה לכל אדם.¹⁷ נציבות האו”ם לפליטים קורבת כדלקמן:

“כל פליט הוא, בתחילה, גם מבקש מקלט; כתוצאה מכך, כדי להגן על פליטים, יש להתייחס אל מבקשי מקלט על בסיס ההנחה שהם עשויים להיות פליטים, וזאת עד שמעמדם ייקבע. אם לא ייעשה כן, העיקרון של איסור הגירוש לא יספק הגנה אפקטיבית לפליטים, שכן מבקשי מקלט עלולים להיות מגורשים בגבול או להיות מוחזרים בדרך אחרת לרדיפה, בטענה כי טענתם למקלט לא בוססה”¹⁸.

בכל העולם ידועה התופעה בה גם אנשים שאינם עורבים נים להגדרות אמנת הפליטים, מגישים בקשות למקלט. גם לפני העלייה המשמעותית במספר מבקשי המקלט להגירוש לישראל, הוכרו רק מעטים מן המבקשים כפליטים. למרות זאת, הכלל הוא ברור וחד-משמעי: חובה על המדינה לבחון כהלכה כל בקשה, שכן הימנעות מלעשות כן עלולה לעלות בחיי אדם. כל מבקש זכאי לראיון אישי מלא על-ידי פקיד שהוכשר לכך, ההליך צריך לעמוד באמות מידה בסיסיות של הגינות ומי שבקשתו נדחתה, זכאי לערער על החלטת הדחייה בפני רשות מוסמכת.¹⁹

דחיית מבקשי המקלט על גבול המדינה

בדיון שנערך במשרדו של היועץ המשפטי לממשלה ביום 1.6.2006, חיווה היועץ המשפטי את דעתו,

17 סעיף 14(1) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם משנת 1948

18 UNHCR, “Note on International Protection”, UN Doc. A/AC.96/815 (1993), at para. 11. The translation is ours.

19 כללים אלה חלים אפילו במקרים הקיצוניים בהם מוגשות בקשות של-פניהן נועדו לנצל לרעה את ההליך או שבאופן ברור הינן מחוסרות בסיס. ראו לעניין זה הנחיות נציבות האו”ם לפליטים:

UNHCR, EXCOM Conclusion No. 30 (XXXIV) - 1983 - The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum

20 פרוטוקול הדיון אצל היועץ המשפטי לממשלה מיום 16.3.2006. הוגש לבג”צ ע”י העותרים כנספח ע/4 לעתירה בבג”צ 7302/07 אשר תקפה את נוהל החזרה החמה הנוכח בפרוטוקול

21 UNHCR, EXCOM Conclusion, Non-Refoulement, (No. 6 (XXVIII) - 1977

לפיה גירוש של אדם אשר נתפס בתחום ישראל בסכנת מיכות של זמן ומקום לחציית הגבול, אינה בגדר גיי רוש אלא היא מניעת כניסה. כיוון שכך, גרס היועץ, אין מניעה לגרש מתחום ישראל אדם כזה, ללא כל הליך משפטי.²⁰

גישה זו עומדת בניגוד למשפט הבינלאומי הקובע כי עקרון איסור הגירוש חל גם בגבולה של המדינה. לו היו מדינות רשאיות לדחות מבקשי מקלט על הסף, היתה אמנת הפליטים הופכת, עד מהרה, לאות מתה. הוועדה המנהלת של נציבות האו”ם לפליטים קבעה בהחלטתה המנחה משנת 1977 כי היא:

“שבה ומאשרת את החשיבות היסודית של קיום עקרון איסור הגירוש, הן בגבול והן בתחום שטחה של המדינה, לגבי אנשים שעלולים להיות חשופים לרדיפה אם יוחזרו לארץ מוצאם, בלי קשר לשאלה האם הוכרו פורמלית כפליטים או לא”²¹.

פרופ’ גיימס האת’אוו, מאוניברסיטת מייסיגן בארצות הברית, אחד מברי-הסמכא הבולטים בעולם בדני פליטים, מסכם בספרו “על זכויות פליטים במשפט הבינלאומי” את השלכותיו המעשיות של עקרון איסור הגירוש:

“כחובה המנוסחת על דרך השלילה, העיקרון מגביל, אך לא מנוגד באופן מהותי, לפרוגטיבה המקובלת של המדינות, להסדיר את הכניסה של מי שאינם אורחים לשטחן. מדינות יכולות איפוא, לסרב כניסתם של פליטים ככל שלא קיים סיכוי ממשי שהסירוב יוביל להחזרת פליט למקום בו יעמוד בסיכון לרדיפה. זהו המצב גם אם הפליט

12 האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984, כתבי אמנה 1039, כרך 31, עמוד 249

13 שם, סעיף 8 (ד)

14 שם, סעיף 9 (ג)

15 סעיף 11 (א)

16 האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984, כתבי אמנה 1039, כרך 31, עמוד 249

לא הוכר ככזה על-ידי אף מדינה אחרת. יחד עם זאת, מקום שיש חשש אמיתי שהדחייה תחשוף את הפליט 'בכל צורה שהיא' לסיכון של רדיפה בשל אחד מבסיסי האמנה, סעיף 33 משמעותו בפועל, חובה להתיר כניסתו של הפליט, זאת מאחר והרשאת הכניסה היא בדרך כלל האמצעי היחיד למנוע את התוצאה החלופית, האסורה, שמשמעותה חשיפה לסיכון".²²

פרשת גירושם של 48 מבקשי מקלט על-ידי ישראל, אל, בסמוך לאחר הגעתם אליה, יצרה זעזוע רב בקרב קהילת זכויות האדם הבינלאומית וקהילות יהודיות רבות בחו"ל. זמן קצר לאחר מכן הוגשה עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק על-ידי חמישה ארגוני זכויות אדם ישראלים אשר ביקשו את בית המשפט לקבוע כי אין לגרש מתחום ישראל מבקשי מקלט שנעצרו בסמוך לאחר כניסתם, ללא קיום בחינה אינדיבידואלית של בקשתם למקלט.²³ בעקבות הגשת העתירה, דחה בג"ץ את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפיה ניתן לגרש מבקשי מקלט ללא קיום הליכים, וחיוב את המדינה לגבש נוהל שלפיו ייערך "בירור ראשוני הולם אם מדובר במי שהוא מבקש מקלט שטוען לה' כרה כפליט או שמדובר במסתנן שאינו מחפש מקלט כפליט".²⁴

"נוהל החזרה מתואמת מיידית" שהציגה המדינה, במענה להוראת בית המשפט, עומד כיום בליבה של המחלוקת המשפטית. עיקרו של הנוהל בהסמכת חיילי צה"ל ושוטרי משמר הגבול, לערוך "תשאול אישי" למבקשי מקלט שהם עוצרים בסמוך לאחר חציית הגבול. הנוהל החדש מדגיש, כי התשאול צריך להיעשות על-ידי הכוח התופס, ככל הניתן בשטח, לא יאוחר

משלוש שעות לאחר התפיסה. החיילים צוידו ברשימת שאלות בסיסיות, ולפי טענת המדינה, יוכשרו לתפקיד כך שיוכלו ל"תקשר ברמה בסיסית" עם מבקשי המ"קלט בשפות אנגלית וערבית. "אותן דוברים רוב מב"קשי המקלט". כפי שצינו בעניין הצעת החוק למניעת הסתננות, הפקדת המלאכה העדינה והמורכבת של זיהוי מבקשי מקלט בידיהם של חיילים הינה חריגה ביותר. זיהויים של מבקשי מקלט מחייב הכשרה מקצועית מעמיקה, וגם מומחים לדבר יתקשו לבצע את המ"לאכה בתנאים שמכתיב הנוהל. התוצאה עלולה להיות כי מדינת ישראל תשלח אנשים למקום סכנה ותפר, כתוצאה מנוהל קלוקל, את עקרון איסור הגירוש.

הניסיונות להעביר/להחזיר מבקשי מקלט למדינות אחרות

רובם המוחלט של מבקשי המקלט המגיעים לישראל אל חצו את גבול ישראל-מצרים. חלק ממבקשי המ"קלט שהו במצרים זמן קצר (מספר ימים) וחלקם שהו בה מספר שנים, חלקם ביקשו מקלט במצרים, החברה גם היא באמנת הפליטים. יש מי שהוכרו כפליטים, יש מי שבקשתם למקלט נדחתה ויש מי שבקשתם למקלט היתה תלויה ועומדת בזמן שחצו את הגבול לישראל. מבקשי המקלט מונים סיבות שונות אשר הביאו אותם לחצות את הגבול לישראל ובהן: חשש כי מצרים לא תספק להם הגנה ואולי תגרשם לארץ מוצאם,²⁵ אפליה וגזענות הן מצד רשויות המדינה והן מצד האוכלוסייה המקומית; התנכלויות ומעצרים חוזרים ונשנים; חוסר יכולת להתקיים; חוסר נגישות לשירותי בריאות וחינוך; רצון להתאחד עם קרובי משפחה שנמצאו בישראל. העובדה שמבקשי המקלט הגיעו לישראל ממצרים

הובילה את מדינת ישראל לטעון כי מצרים אחראית לספק להם הגנה, ולניסיונות הנעשים גם כיום, להחזיר את מבקשי המקלט למצרים. חשוב לציין כי טענת המדינה אינה נסמכת על אמנת הפליטים, שכן אין בא"מנה הוראות המחייבות פליט להגיש בקשה במדינה הראשונה אליה נמלט או במדינה כלשהי. באירופה בעיקר, התפתחה פרקטיקה מדינתית, המגובה בה סכמים איזוריים או בין-מדינתיים, שמטרתה לקבוע מי תהיה המדינה האחראית על בחינת בקשת המקלט. הסכמים אלה שחלקם עוגנו גם בחקיקה פנימית, משתמשים במושגים שונים, אשר משמעותם עשויה להשתנות ממדינה למדינה ולפי ההקשר. בדרך כלל משמעות המונחים היא כדלקמן:²⁶

"מדינת מקלט ראשונה" - מדינה בה מבקש המקלט זכה בהגנה כלשהי.
"מדינה שלישית בטוחה" - מדינה שבה עבר מבקש המקלט, הנחשבת בדרך-כלל למדינה בטוחה, שבה צריך היה מבקש המקלט לבקש הגנה.

תנאי לתוקפו של כל הסדר שכזה הוא כי מבקשי מקלט לא ייוותרו ללא הגנה. גם אם החזרה ממדינה למדינה מותרת בתנאים מסוימים, הרי בכל מקרה יש להבטיח כי מבקש המקלט יורשה להיכנס למדינת היעד ויזכה בה לבירור הוגן של בקשתו למקלט. ליש-ראל אין הסכם החזרה עם מצרים (בהמשך יידון תוקפן של "ההבנות" בעל-פה בין ראש הממשלה אולמרט

לנשיא מובארק), ובנוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל אין כל הוראה המגבילה את זכותו של אדם לבקש מקלט בישראל על בסיס שהייה, מעבר או הגשת בקשה למקלט במדינה שלישית. במצב דברים זה, ספק רב אם יכולה ישראל לנקוט בפעולות החזרה באופן חד-צדדי, תוך שינוי רטרואקטיבי של הדין. מכל מקום, עקרון איסור הגירוש מכתוב זהירות רבה כל אימת שנשקלת החזרה / גירוש למדינה שלישית כלשהיא, כפי שקבע השופט ברק:

"אין ישראל יכולה לרחוץ בניקיון כפיה בהבטיחה כי המדינה שאליה יגורש אדם לא תפגע בו. על ישראל להוסיף ולהבטיח כי אותה מדינה לא תגרש את המגורש למדינה אחרת אשר עשויה לפגוע בו. על-כן גירוש למדינה שלישית צריך להיות מלווה באפשרות לסמוך על כך כי אותה מדינה מצידה לא תגרש את המגורש למדינה שבה יהיו חייו או חירותו נתונים בסכנה".²⁷

לא די בכך שיששראל תבטיח, כי המדינה אליה היא מגרשת את מבקש המקלט לא תגרש אותו הלאה: יש לוודא בכל מקרה פרטני כי המדינה אליה מוחזר מבקש המקלט, תאפשר לו גישה להליכי מקלט הוגנים,²⁸ כי תתיר לו להישאר בתחומה; יש להבטיח כי האדם בו מדובר לא יהיה חשוף לרדיפה במדינת המקלט הראשונה; וכי יזכה, במדינה אליה הוא מגיע, ליחס התואם סטנדרטים בינלאומיים מקובלים.²⁹

26 פרופ' סטיבן לגומסקי, מרצה למשפט בינלאומי ולמשפט השוואתי באוניברסיטת וושינגטון טוען כי בפועל אין הבדל מהותי בין שני המושגים שהנוכחים לעיל שכן בשום לב לכך ש"הגנה" יכולה ללבוש צורות שונות, ההבדל בין מצב בו אדם קיבל הגנה או יכול היה לקבל הגנה הוא הבדל של מידה ולא של מהות, ראו נא.

Legomsky S. H., "Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection, UNHCR, PPLA/2003/01 found at: <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3e6cc63e4.pdf>

27 בג"ץ אל טאי הנוכר בע"ש 8 לעיל, בעמודים 849-850.

28 כך למשל, אסר בעבר בית הלורדים הבריטי על החזרת מבקשי מקלט אשר טענו לרדיפה על-ידי גורמים פרטיים לצרפת ולגרמניה, זאת מאחר ובשתי מדינות אלה, לא הוכרה רדיפה על-ידי גורם לא-ממשלתי לצורך מתן הגנה על-פי אמנת הפליטים:
R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan and Aitseguer, [2001] 2 WLR 143

29 ראו נא החלטה מס' 58 של הוועדה המייעצת של נציבות האו"ם לפליטים העוסקת במי שכבר מצאו הגנה:
EXCOM, No. 58 (XL) Problem of Refugees and Asylum-Seekers Who Move in an Irregular Manner from a Country in which They had Already Found Protection.
ולגבי החזרתם של מבקשי מקלט למדינה שלישית:
EXCOM, Note on International Protection, 7 July 1999, A/AC.96/914, para. 19. found at: <http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/3ae68d98b.pdf>

22 האת'אורי, הע"ש 1 לעיל, בעמ' 301.

23 בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע עובדים זרים נגד שר הבטחון, יצוין כי במכתב מיום 23.9.2007 שנשלח אל פרקליטות המדינה, חיותה נציבות האו"ם לפליטים את דעתה כי גירוש מבקשי מקלט ללא כל הליכי בדיקה, עלול להעמיד את חייהם בסכנה.

24 ההלטת בינים בבג"ץ 7302/07 מיום 24 בספטמבר 2007

25 תחושות אלה איפיון בעיקר מבקשי מקלט אשר הגיעו לישראל בראשית שנת 2006, לאחר ששוטרים וחיילים מצריים פיזרו באלימות רבה הפגנה של אלפי פליטים סודניים במרכז קהיר. הרג של כ-30 מפגינים ומעצרים של מאות גרמו לערעור תחושת הבטחון ולעלייה במספר מבקשי המקלט שחצו את הגבול לישראל. לתיאור אירועים אלה ומציאות חייהם של מבקשי מקלט במצרים נא ראו:
Azzam F. (ed), "A tragedy of failures and false expectations - Report on the events surrounding the three-month sit-in and forced removal of Sudanese refugees in Cairo, September-December 2005", The American University in Cairo, June 2006, found at: http://www.aucegypt.edu/ResearchatAUC/rc/fmrs/reports/Documents/Report_Edited_v.pdf

החזרת 48 מבקשי המקלט על-ידי ישראל למצרים באוגוסט 2007, לא עמדה בדרישות הללו, והיא מוכיחה עד כמה החזרה עיוורת, ללא בדיקה עלולה להיות מסוכנת. 48 הפליטים שהוחזרו, נכלאו במצרים חודשים ארוכים מבלי שנציבות האו"ם לפליטים, עורכי-דין או ארגוני זכויות אדם קיבלו גישה אליהם. יתרה מזאת, על פי ידיעות שונות, 20 מהם גורשו הלאה ממצרים לסודן. אם כך אכן אירע, הרי שישאל סיכנה את חייהם תוך הפרה של עקרון אי-סור הגירוש.

הסתמכות על הבטחות דיפלומטיות (Diplomatic assurances) - בארץ ובעולם

בדיון המשפטי שנערך בעקבות ההחזרה הכושלת של מבקשי מקלט למצרים הצדיקו פרקליטי המדינה את פעולתה בטענה כי קדמו לה "הבנות בעל-פה" בין ראש הממשלה אולמרט לנשיא מובארכ, לפיהן מבקשי המקלט שיוחזרו למצרים לא יגורשו לסודן ולא יאוונה להם כל רע. באי כח המדינה הודיעו לבית המשפט כי המדינה נמנעת מהחזרות נוספות של מבקשי מקלט למצרים, שכן 'לא קיימות בטוחות מתאימות' לשלומם של המוחזרים, אך עמדו על זכותה של המדינה לבצע גירוש נוסף, כאשר תסבור כי יש בידה בטוחות מצד ריות מתאימות.

הפרקטיקה של "בטוחות דיפלומטיות" כבסיס להחזרתם או גירוש של מבקשי מקלט ואחרים ספגה בשנים האחרונות ביקורת נוקבת. ארגון Human Rights Watch הזהיר בדו"ח מפורט, מפני שיש מוש בבטוחות דיפלומטיות כעלה תאנה המכשיר חשיפת אנשים לסכנה, לעינויים, ליחס ולענישה בלתי אנושיים.³⁰ בדו"ח נטען כי אסור להסתמך על הבטחות בלתי אכיפות, המתבקשות בדרך-כלל ממ

דינות שלהן רקורד בעייתי בשמירה על זכויות אדם. גם מנגנוני "בקרה" שונים שנכללו בהסכמי החזרה כאלה, כשלו. כך למשל כאשר שבדיה החזירה בשנת 2001 שני מבקשי מקלט מצרים לארצם, היה ברור כי קיים חשש שיחשפו לעינויים ולכן ביקשה שבדיה, בהטחה מפורשת, בכתב, ממצרים כי הם לא יענוו. בין היתר נקבע בהסכם כי השגריר השבדי במצרים יבקר את השנים מעת לעת כדי לעמוד על מצבם. בדיעבד הסתבר כי השנים נכלאו וסבלו עינויים קשים בטרם הגיע השגריר לבקרה. ועדת האו"ם המפקחת על האמנה נגד עינויים וועדת זכויות האדם של האו"ם קבעו כי שבדיה הפרה את התחייבותה על בסיס האמנה, כאשר גירשה את השנים למצרים ללא קבלת ערבויות מתאימות וללא קביעת מנגנון מתאים לאכיפת התחייבותיה של מצרים.³¹ יודגש כי לאורך כל הדרך הכחישה מצרים כי עינתה את שני מבקשי המקלט ולא שיתפה פעולה עם דרישתה של שבדיה לחקור את נסיבות המקרה. בתי משפט בקנדה ובאנגליה לא התירו לגרש אנשים למצרים על בסיס "הבנות דיפלומטיות" והתחייבויות כי לא יענוו.³² עד היום ביצעה ישראל לפחות שתי החזרות למצרים. בשני המקרים נתקבלו הבטחות כי לא יאוונה רע למגורשים, ובשני המקרים הן הופרו. די בניסיון מצטבר זה כדי ללמד כי אסור לסמוך על הבטחות עמומות, הניתנות בעל-פה, ללא שברורים תנאיהן, פרטי יישומן והפיקוח החיצוני על קיומן. עוד יצוין כי בשני המקרים היתה נציבות האו"ם לפליטים במצרים אמורה לפקח על גורלם של המוחזרים. בהחזרה הראשונה בשנת 2004, הצליחה הנציבות, ברגע האחרון, למנוע את הגירוש לסודן. בגירוש בשנת 2007, לא הורשתה הנציבות לפגוש את המגורשים חודשים ארוכים לאחר גירושם, וכ- 20 מהם גורשו, ככל הנראה, לסודן.

מבקשי מקלט מ"מדינות בטוחות"

גם כאשר מבקש המקלט מגיע ממדינה המוחזקת בדרך כלל כמדינה "בטוחה", אשר לא מוכרות לגביה תופעות של רדיפה, אין המדינה פטורה מטיפול בבקשה. על כך העיר פרופ' גיימס האתאווי בספרו:

"למרכה הצער, גם מדינות שנחשבות לדמוקרטיות מובהקות ולמדינות של זכויות אדם יצרו - בזמנים מסוימים, ובנסיבות מסוימות - אנשים שהם בפועל פליטים על-פי האמנה".³³

ככל שנקבעים כללים בדבר "מדינת מוצא בטוחה" (ובנוהל הישראלי אין כללים שכאלה) אין משמעותם סגירת הדלת בפני המבקשים. זוהי מעין חזקה, הניתנת לסתירה, אשר מבקש המקלט צריך להתמודד עימה ויכול להפריכה.

הכרזה על איזורים מסוימים כ"אקסטרא-טריטוריאליים"

חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפיה גירושו של מי שנתפס בסמוך לגבול בסמוך לאחר חצייתו היא בגדר "מניעת כניסתו", מזכירה פיקציות משפטיות בהן ניסו לנקוט מדינות שונות, בהכרזין על אזורים מסוימים (למשל אולמות הכניסה בבתי הנתיבות) כאזורים "אקסטרא-טריטוריאליים", שהנמצא בהם, לכאורה, אינו נמצא בתחום המדינה. טענה זו כמובן מופרכת מיסודה - 48 מבקשי המקלט שגירש ישראל הוחזקו במשך לילה במחנה צבאי בתחום ישראל וגורשו על-ידי חיילי צה"ל. בנסיבות אלה לא יכולה ישראל להתנער מחבותה לגורלם. בדומה לכך, דחה בית הדין האירופי לזכויות אדם את טענתה של צרפת, לפיה אזור מסוים בשדה-התעופה שלה הוא

33 האתאווי, הע"ש 1 לעיל, בעמוד 334. התרגום נעשה על-ידינו

34 Amuur v. France, 1996 ECHR 25

35 לאוטרפכט ובית הלחמי, הע"ש 5 לעיל, בעמודים 121-119. האתאווי לעומת זאת, טוען כי במצבים של נדידת עמים בקנה מדינה גדול (mass influx), אשר עלולה לסכן את המדינה הקולטת ולהביא לפגיעה בבטחון המדינה, ניתן לטעון לסייג מסויים, בלתי כתוב, בתחולת העיקרון. סייג זה ניתן להפעלה רק במקרים הקיצוניים ביותר, באופן זמני (אם לא מגיע סיוע בין-לאומי), ויש להפעילו בתום לב (כך למשל דוחה האתאווי את פעולתה של תאילנד אשר דחתה הצעות לסיוע מאת נציבות האו"ם לפליטים ודחתה פליטים ויטנאמיים בחזרה אל הים בטענה כי אינה יכולה להתמודד עם מספרם).

30 HRW, Still at Risk - Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture, April 2005, found at: <http://hrw.org/reports/2005/eca0405/index.htm>

31 החלטת הוועדה המפקחת על האמנה נגד עינויים:

UN Committee Against Torture, Decision: Agiza v. Sweden, CAT/C/34/D/233/2003

החלטת ועדת זכויות האדם:

UN Human Rights Committee, Decision: Alzery v. Sweden, CCPR/C/88/D/1416/2005

32 Mohammad Zeki Mahjoub v. Minister of Citizenship and Immigration, IMM-98-06, 2006 FC 1503
Youssef v. Home Office, Case no. HQ03X03052, 2004 EWHC 1884 (QB),

ולגרום לכך שפליטי אמנה לא יקבלו את מלוא הזכויות להן הם זכאים. מכיוון שכך, יש לאפשר גישה להליכי מקלט ברגע שמצב החירום שכך. אמצעי נוסף להתמור דדות עם מצבים של הגעה המונית של מבקשי מקלט הוא לבקש סיוע מהקהילה הבינלאומית מכוח עקרון חלוקת הנטל (Burden Sharing).

הליכי מקלט הוגנים

חשש נוסף, להפרת פוטנציאליות של עקרון איסור הגירוש עשוי לבוע מקום שהליכי המקלט של מדינה פלונית אינם הולמים ואינם ממלאים את ייעודם - לזד הות את האנשים שאכן צפויים לסכנת רדיפה אם יוחזרו לארץ מוצאם.³⁶ לדיון באיכותם של הליכי המקלט מוקד דש מסמך מדיניות נפרד, ולכן נושא זה לא יידון כאן. פן אחד שיוזכר כאן בכל-זאת הוא מצבם של מבקשי המקלט אגב ההמתנה לקביעת מעמדם. ככל שמדינת המקלט הופכת את שהותם בעת זו לקשה ומעיקה, הרי שמתעורר החשש לגירוש במסווה של "עזיבה מרצון". כך למשל, אם לא ניתנת למבקשי מקלט נגישות למזון, לדיון, לשירותי בריאות; ואם הם חשופים למעצרים חוזרים ונשנים שמויעדים לערער את תחושת הביטחון שלהם; ואם מאלצים אותם לחתום על מסמכי נסיעה לצורך החזרתם לארצם - כל אלה, במצטבר, הם אמצעי עים שעלולים להעמיד את מבקש המקלט בפני ברירה בלתי אפשרית שבין חזרה לסכנת רדיפה, לבין ניסיון לשרוד בתנאים בלתי-אנושיים בתקווה שיצליח לצלוח את הליכי המקלט.

אנשים המוצאים מחוץ לתחולת העיקרון

סעיף 33(2) מאפשר את גירושם של אנשים אם הם מהווים סכנה לביטחון מדינת המקלט או מי שהורשעו בפסק-דין סופי בביצועו של פשע חמור במיוחד ומ

הווים סכנה לביטחון הציבור. זהו סעיף בעל השלכות כבדות-משקל. משמעותו הוא היתר, במקרים מסויימים, לגרש אדם למקום בו יהיה צפוי לרדיפה. מטעם זה רמת ההוכחה הנדרשת טרם הפעלת הסמכות היא גבוהה. בית המשפט לערעורים בניו-זילנד קבע, כי כדי לקבוע שיש "נימוקים מספיקים" לראות אדם כמד הווה סכנה למדינת המקלט, אין המדינה רשאית לנהוג באופן שרירותי או מתוך גחמה, אלא היא חייבת לבחון את השאלה האם קיים סיכון עתידי. מסקנת הבדיקה צריכה להיותם בעובדות.³⁷ מקובל לראות "ביטחון לאומי" בהקשר זה כאפשרות ממשית שייגרם נזק ממשי, ישיר או עקיף, לאינטרסים הבסיסיים ביותר של מדינת המקלט, לרבות התקפה בכוח על תחומה או על אזרחיה, או הרס מוסדותיה הדמוקרטיים.³⁸ חשש ליחסיה הבינלאומיים של המדינה; חשש לפגיעה ברכוש או באינטרסים כלכליים; ורצון להרתיע מבקשי מקלט עתידיים מלבוא למדינה, לא מצדיקים גירוש של מבקש מקלט על בסיס חריג זה.

הגדרת אדם כמסוכן אך ורק על בסיס השתייכותו לקבוצה מסוימת, לא תהיה בסיס חוקי להרחקתו ממדינת המקלט. סעיף 33(2) לאמנה מחייב בדיקה אינדיבידואלית על-בסיס הליכים הוגנים וקביעה כי קיים קשר סיבתי בין מבקש המקלט לבין הסיכון למדינת המקלט, שלכאורה נובע מנוכחותו.

באותו אופן אפשר לגרש אדם שהורשע בפסק-דין סופי בביצועו של פשע חמור במיוחד רק אם יוכח, כי הוא מהווה סכנה לביטחון הציבור במדינת המקלט. לא די בקיומו של עבר פלילי, אפילו עשיר.

סיכום והמלצות

כפי שעולה מן הדיון שהובא לעיל, לא די בהצהרת המדינה על מחויבותה לשמור על עקרון איסור הגירוש. קיימות דרכים משפטיות ומעשיות מורכבות,

אין להתבסס על בטוחות שלומם של מגורשים הניתנות על-ידי מדינות שיש לגביהן מידע מבוטס על פרקטיקות של עינויים.

ככל שהסכמי החזרה נעשים עם מדינות אחרות, הם צריכים להתייחס אינדיבידואלית לכל אדם מוחזר ויש לוודא כי המדינה אליה מוחזר מבקש המקלט תאפשר לו גישה להליכי מקלט הוגנים ותתיר לו להישאר בתחומה. יש להבטיח כי האדם בו מדובר לא יהיה חשוף לרדיפה במדינת היעד ולוודא כי מדינת היעד תעניק לו יחס התואם סטנדרטים בינלאומיים מקובלים.

ככל שמתבצעת החזרה, יש לקיים מנגנון שיפקח על שלומו של האדם לאחר החזרתו ועל קיומם של אפיקים אליהם יוכל לפנות במקרה בו יופרו זכויותיו.

העולות להוביל, במישורין או בעקיפין, להחזרתו של אדם למקום סכנה. רק מודעות ומתן מענה למצבים אלה בנהלים ובפעילות בשטח, יבטיחו כי איסור הגירוש יישמר בישראל ופליטים לא יוחזרו למקום סכנה. להלן סיכום קצר של ההמלצות העולות מן הדיון:

אין לגרש או להחזיר מבקשי מקלט מבלי לברר כהלכה את בקשתם למקלט.

גם במקרים בהם אין אדם עונה להגדרות אמנת הפליטים, אין לגרשו או להחזירו מבלי לוודא כי הגירוש לא יעמידו בסכנת חיים או בסכנת עינויים.

יש לקיים הליכי מקלט נאותים, הן לגבי בקשות המוגשות בתחום המדינה והן לגבי בקשות המוגשות בגבול המדינה.³⁹

36 שתי דוגמאות המתוארות על-ידי פרופ' האת'וואי (הע"ש 1 לעיל, בעמוד 287) הן דחיית מבקשי מקלט המגיעים לאוסטרליה לאחר תחקור קצר שמבצעים שוטרי הגבול, אשר מתמקד בזיהוי נתיב המסע של מבקש המקלט ולא בסיבות שהביאו לבריחתו. גם בדרום אפריקה נטלו פקידים, חסרי הכשרה מתאימה, חלק בהרחקתם של מבקשי מקלט. גם מערכות מקלט שיש בהן מנגנוני בקרה עלולות לטעות, כפי שארע בבריטניה בשנת 2002 עת הורחקו לזימבאבואה מבקשי מקלט, חרי האפוזיציה, על-סמך מידע לא-עדכני בדבר התנאים השוררים בזימבאבואה, והתעלמות מאזהרות על הדרדרות המצב הפוליטי.

37 Attorney General v. Zaoui, Dec. No. Ca20/04 (NZ CA, Sept. 30, 2004)

38 הע"ש 1 לעיל, בעמ' 346.

39 על הליכי מקלט נאותים נכתב מסמך מדיניות נפרד. לצורך הדיון כאן די לפרט את העקרונות הבסיסיים המחייבים כי רשות מקצועית אחת מוסמכת לעניין תרכז את הטיפול בבקשות המקלט (ואנשיה יוכשרו לתפקיד); כל מבקש מקלט זכאי לריאיון אישי; מבקש מקלט זכאי לסיוע בהגשת בקשתו (הסבר מהות ההליך, שירותי מתורגמן, זכות לפנות לנציבות האויים לפליטים); זכות להשיג על ההחלטה הדוחה את הבקשה.

אמנסטי אינטרנשיונל – ארגון פעילים בינלאומי, הפועל למניית הפרות חמורות של זכויות אדם. אמנסטי ישראל פעיל בהגנה על זכויותיהם של פליטים ומבקשי מקלט בישראל, ברמה הציבורית, הממשלתית והפרלמנטרית. הארגון פועל להעלאת המודעות בקרב הציבור ומקבלי ההחלטות למחויבויות החוקיות והמוסריות שיש למדינת ישראל כלפי הפליטים ומבקשי המקלט.



א.ס.ף. ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט – נוסד בתחילת 2007 במטרה לסייע בחיזוק יכולות ההתמודדות של פליטים ומבקשי מקלט עם מציאות חיי הפליטות בארץ. א.ס.ף מספק סיוע חירום הומניטארי, סיוע פסיכו-סוציאלי ועוסק בהעצמה קהילתית. הארגון מסייע בהכוונתם של פליטים ומבקשי מקלט למקומות עבודה ומגורים ברחבי הארץ.



המרכז לפיתוח פליטים אפריקאים (ARDC) – נוסד בשנת 2004 במטרה לסייע, לתמוך ולהעצים את קהילת מבקשי המקלט והפליטים האפריקאים בישראל, ולקדם מדיניות מקלט הוגנת ואנושית. המרכז מייצג פליטים מקרוב לעשר מדינות בכל רחבי אפריקה. עבודתו מתמקדת במתן סיוע הומניטארי ופרטני, וכן בהעצמת ואיחוד הקהילות שונות של מבקשי המקלט והפליטים האפריקאים בישראל.



הפורום לזכויות פליטים כולל שבעה ארגוני זכויות האדם, הפועלים בשיתוף פעולה לקידום ההכרה בזכויותיהם של מבקשי מקלט ופליטים בישראל. הפורום הוקם בסיוע **הקרן החדשה לישראל** כדי לגבש מסמך מדיניות מעמיק, אשר יעסוק בכל ההיבטים הנוגעים להגנה על פליטים ועל זכויותיהם, כולל פתרונות לטווח ארוך. הפורום מבקש להצביע על הליקויים במדיניות הממשלה, ולהביא לתיקונם באופן ההולם את מחויבויותיה החוקיות והמוסריות של מדינת ישראל. מחויבויות אלה נובעות הן מחתימתה על האמנה הבינלאומית להגנה על זכויות פליטים והן מכיבוד ערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם.



הפורום מורכב מהארגונים הבאים:

האגודה לזכויות האזרח בישראל – ארגון זכויות האדם הגדול והוותיק בישראל. מטרתו היא להגן על כל קשת זכויות האדם עבור כל בני האדם בישראל, בשטחים הכבושים ובכל מקום שבו נפגעות זכויות על-ידי הרשויות הישראליות. האגודה פועלת לקידום זכויות אדם באמצעות יזום חקיקה, התדיינויות משפטיות, חינוך, הסברה, התכתבות עם גורמי ממשל וטיפול בפניות ציבור.



מוקד סיוע לעובדים זרים – העמותה פועלת מאז שנת 1998 כדי להגן על זכויותיהם של מהגרי עבודה ופליטים, וכדי למגר את הסחר בבני אדם בישראל. הן סחר בעובדים והן סחר בנישים למטרות זנות. פעילותה מתמקדת במתן מידע על זכויות, ביעוץ ובייצוג משפטי, בהגברת מודעות הציבור ובשינוי המדיניות הממשלתית במטרה למנוע התפתחות תנאים של עבדות מודרנית בישראל.



רופאים לזכויות אדם – העמותה נאבקה למען זכויות אדם בכלל, והזכות לבריאות בפרט, בישראל ובשטחים הכבושים. עמותת רופאים לזכויות אדם מאמינה כי לכל אדם יש זכות לבריאות, וכי זכות זו היא הבסיס למימושן של זכויות אדם אחרות. רופאים לזכויות אדם מאמינים כי זוהי חובתה של מדינת ישראל ליישם זכות זו באופן שוויוני כלפי כל הקהילות וכל הפרטים תחת שליטתה.



התכנית לזכויות פליטים בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן באוניברסיטת תל-אביב – עוסקת הן בהיבטים האקדמיים של פליטים ומבקשי מקלט, כמו הוראת דיני פליטים וחקר הנושא, והן בהיבטים מעשיים כמו הענקת סיוע משפטי לפליטים ולמבקשי מקלט, ופעילות לקידום מדיניות המקלט של מדינת ישראל. התכנית מכשירה מדי שנה כעשרים סטודנטים למשפטים לייצג פליטים ומבקשי מקלט.

