

נציבות האו"ם לפליטים

שכתובתה הינה :
רח' החשמונאים 119, תל אביב
טל : 03-5167700, פקס : 03-5167800

**המבקשת
להצטרף
במעמד
"ידידת בית
המשפט":**

- העותרים :**
1. נג'ט סרג' אדם (קטינה, ילידת שנת 2011 - באמצעות אמה, העותרת 2)
 - אזרחית אריתריאה, מס' אסיר 1452305
 2. זמזם בושרה אחמד
 - אזרחית אריתריאה, מס' אסיר 1452303
 3. אברהם מסגנה
 - אזרח אריתריאה, מס' אסיר 1444239
 4. גברמרים מהרי
 - אזרח אריתריאה, מס' אסיר 1444879
 5. אמסלט נגוסה טקלו
 - אזרחית אריתריאה, מס' אסיר 1444640
 6. א.ס.ף. - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל
 7. מוקד סיוע לעובדים זרים
 8. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 9. קו לעובד
 10. המרכז לקידום פליטים אפריקאיים

כולם ע"י עו"ד יונתן ברמן
מהקליניקה לזכויות מהגרים, החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי
למשפט ולעסקים
וכן ע"י עו"ד ענת בן דור
מהתכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
וכן ע"י עו"ד עודד פלר
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
וכן ע"י עו"ד אסף וייצן
ממוקד סיוע לעובדים זרים

שכתובתם להמצאת כתבי בית דין הינה :
החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים
רח' בן גוריון 26, רמת גן
טלפון 03-6000300, שלוחה 301, פקס : 03-6000872
טל' נייד : 054-4739180

נ ג ד

המשיבים :

1. הכנסת
- ע"י הייעוץ המשפטי, הכנסת, קריית בן-גוריון, ירושלים
2. שר הפנים
3. שר הביטחון
4. היועץ המשפטי לממשלה
- ע"י פרקליטות המדינה
- משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

בקשת הצטרפות במעמד ידידת בית המשפט

בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר לנציבות האו"ם לפליטים להצטרף במעמד "ידידת בית המשפט" לעתירה שבכותרת, ולקדם את עמדתה, בהתבסס על הסטנדרטים של המשפט הבינלאומי, בקשר לנושאים החשובים והעקרוניים המוזכרים בעתירה.

1. בקשת נציבות האו"ם לפליטים להצטרף כידידת בית המשפט

1.1 נציבות האו"ם לפליטים ("UNHCR")¹ מבקשת בזאת היתר להצטרף כידידת בית המשפט בעתירה לצו חוקתי שהוגשה על ידי העותרים ולהנחות את המשיבים להראות סיבה לאי-הביטול של החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 ("החוק"). ל- UNHCR יש עניין ישיר בתוצאות עתירה זו, שכן היא מעלה מספר נושאים משפטיים הקשורים לכניסה, למשמורת, ולגירוש פליטים ומבקשי מקלט.

1.2 UNHCR מבקשת להצטרף לעתירה כידידת בית המשפט על מנת לעזור לבית המשפט הגבוה לצדק בישראל. באמצעות הטענות המוצעות מטה, מבקשת UNHCR לקדם את עמדתה, תוך לקיחת עמדה נוטרלית בין עמדות העותרים והמשיבים. UNHCR אינה מעלה טענות הנוגעות לעובדות של המקרים הפרטניים של העותרים או לענייני ראיות, אלא טענות הנוגעות לפרשנות וליישום של האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 ("אמנת 1951")² והפרוטוקול משנת 1967³ כעניין משפטי. ל- UNHCR יש עניין עצמאי בקביעה של עתירה זו, שהינו מובחן ומופרד מזה של העותרים והמשיבים.

1.3 לפי בית משפט זה, גוף ציבורי שאינו צד ישיר בהליך המשפטי אך הנו בעל עניין רב בפתרון הבעיה ומכיר את נושא הדיון, יכול לתרום להליך המשפטי של בית המשפט אם הוא מעוניין בנושא והנו בעל יכולת לסייע לבית המשפט.⁴ לפי בית המשפט, הרלוונטיות לנושא נבחנת בין היתר לאור האישיות, הידע, והניסיון של הגוף הציבורי כמו גם מידת הייצוג שהוא יכול להציע לעניין הציבורי.⁵ בתי המשפט בישראל התירו לגופים ציבוריים, בכמה הזדמנויות ובסוגים שונים של הליכים משפטיים, להצטרף כידידי בית המשפט.⁶

1.4 העמדות ש UNHCR מעוניינת להציג בפני בית משפט זה בתהליכים אלה נתמכות על ידי יותר מ- 60 שנות ניסיון של פיקוח על הכלים המשפטיים הקיימים בדיני הפליטים הבינלאומיים. UNHCR מספקת הגנה בינלאומית ועזרה ישירה לפליטים ברחבי העולם ומעסיקה עובדים בכ-120 מדינות. ל- UNHCR יש מנדט לפקח על היישום של אמנות פליטים בינלאומיות, כולל אמנת 1951 ופרוטוקול 1967, ומכאן שהיא מחזיקה באחריות וניסיון מיוחד להציג את עמדותיה בפני בית משפט זה. UNHCR מאמינה כי לתוצאות העתירה תהיינה השפעות מרחיקות לכת בנוגע להגנה על פליטים ומבקשי מקלט בישראל כמו גם בעולם כולו. התעניינותה של UNHCR במעמד ידידת בית המשפט מבוססת על חובת הארגון למלא את המנדט שלו בנוגע להבטחת פרשנות עקבית וקוהרנטית של הדין הבינלאומי לענייני פליטים.

¹ בקשה זו אינה מהווה ויתור, מפורש או מרומז, על כל פריבילגיה או חסינות ממנה נהנים UNHCR ועובדיה תחת מגננונים בינלאומיים ברי ישום ותחת עקרונות מוכרים של המשפט הבינלאומי.

² ראו: The 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 137, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3be01b964.html>.

³ ראו: The 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, 606 U.N.T.S. 267, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=3ae6b3ae4&skip=0&query=606%20U.N.T.S.%20267>.

⁴ מ"ה 96/7929 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג' (1) 529, 554.

⁵ ראו: מ"ה 96/7929 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג' (1) 529, 555. לניתוח הקריטריונים המבוסס, גם על פסקי דין מאוחרים יותר, ראו: דורון, י. ותותרי-ג'ובראן, מ. (2006). "לידתו והתפתחותו של 'ידיד בית-משפט' ישראלי". עלי משפט, ה' 65-108, עמ' 77 ואילך. כן ראו: אהרונ, מ. (2005), "הידיד האמריקני – קווים לדמותו של ידיד בית המשפט". המשפט 18, יולי, 30.

⁶ להלן רשימת תיקים משפטיים בהם הותרה הצטרפות במעמד ידיד בית המשפט, כולל תיקים בהם נכלל דיון בעניין מעמד ידיד בית המשפט בפסיקה. הרשימה כוללת תיקים חוקתיים ומנהליים, תיקים אזרחיים ותיקים פליליים:

(בהליכים חוקתיים ומינהליים ראו למשל בג"ץ 07/746 נעמי רגן נ' משרד התחבורה (פסק דין מיום 5.1.2011); בג"ץ 1119/01 זריצקיה נ' משרד הפנים (החלטה מיום 15.4.2001); בג"ץ 2531/05 "החלמה ונופש" ניהול ושירותים נתניה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (החלטה מיום 26.6.2005); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל פ"ד נח(5) 807, 824-826 (2004); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (החלטה מיום 25.12.2006); בג"ץ 07/4957 אחיעוז ארגון ארצי של חברות כה אדם לתיווך נ' משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (פסק דין מיום 24.1.2008); עת"מ (ת"א) 1464/07 פרח השקד בע"מ נ' עיריית בת-ים (החלטה מיום 9.7.2007). בהליכים אזרחיים ראו למשל ע"א 11152/04 פרדו נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (החלטה מיום 4.4.2005); ע"א 9165/02 שירותי בריאות כללית נ' שר הבריאות (החלטה מיום 29.9.2003); בהליכים פליליים ראו ע"פ 7853/05 רחמיאן נ' מ"י (פסק דין מיום 27.11.2006).

1.5 UNHCR הנו ארגון גלובלי, הומניטרי ולא פוליטי. כאורגן תומך של האומות המאוחדות, העצרת הכללית של האו"ם הפקידה בידי UNHCR את המנדט לספק הגנה בינלאומית לפליטים כמו גם, בשיתוף עם ממשלות, לחפש פתרונות לבעיות הפליטים⁷. סעיף 8(a) לתקנון הארגון מעניק אחריות ל- UNHCR לפקח על יישום האמנות הבינלאומיות בדבר הגנתם של פליטים⁸. כמו כן, סעיף 35(1) לאמנת 1951 מחייב את המדינות החתומות לשתף פעולה עם UNHCR במימוש תפקידיה⁹. חובה דומה של המדינות מתוארת בסעיף II(1) לפרוטוקול 1967. האחריות הפיקוחית של UNHCR מיושמת בחלקה על ידי פירסומם של קווים מנחים בנוגע למשמעויות של ההוראות והתנאים המוזכרים בכלים המשפטיים של דיני הפליטים הבינלאומיים, במיוחד באמנת 1951. קווים מנחים מסוג זה נכללים בספר העזר והקווים המנחים של UNHCR בנוגע לתהליכים וקריטריונים לקביעת מעמד פליט ("ספר העזר של UNHCR")¹⁰ כמו גם בהערות ובהנחיות אחרות, כולל הנחיות UNHCR בנוגע לקריטריונים ולסטנדרטים הישימים בכל הקשור להחזקתם של מבקשי מקלט במשמורת והחלופות לכך ("UNHCR Detention Guidelines")¹¹ (המצורף לבקשה זו ומסומן נספח "א"). האחריות הפיקוחית של UNHCR קיבלה הכרה על ידי ישראל הן בנוהל משרד הפנים¹² והן בבתי המשפט הישראליים¹³.

1.6 ל- UNHCR היסטוריה ארוכה של התערבויות בתור ידית בית המשפט בתהליכים משפטיים ברחבי העולם. UNHCR מתערבת כידידת בית המשפט, במקרים הנחשבים כבעלי השלכות מכריעות על דיני הפליטים הבינלאומיים. מספר רב של בתי משפט העניקו ל- UNHCR מעמד של צד שלישי, כולל בית המשפט המחוזי לערעורים¹⁴ ובית המשפט העליון של ארצות הברית¹⁵, בית המשפט העליון הבריטי (בית הלורדים לשעבר)¹⁶, בית המשפט החוקתי הפדראלי של גרמניה¹⁷, בית המשפט העליון הקנדי¹⁸, בית המשפט האירופאי לזכויות אדם¹⁹, ובית הדין האירופאי לצדק²⁰.

⁷ UN General Assembly, *Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees* ("the Statute"), 14 December 1950, A/RES/428(V), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f0715c.html>

⁸ לפי סעיף 8(a) של *the Statute*, 'הנציב העליון יספק הגנה לפליטים אשר נופלים תחת אחריות משרדו על ידי: (א) קידום המסקנות והאשרורים של אמנות בינלאומיות בנוגע להגנת פליטים, פיקוח על יישומן והצעה לתיקונים' [ההדגשה הוספה].

⁹ על פי סעיף 35(1) לאמנת 1951 'המדינות בעלות האמנה מתחייבות לשתף פעולה עם משרד הנציב העליון לענייני פליטים...בביצוע תפקידיו, ובמיוחד יקלו עליו את ביצוע תפקיד ההשגחה על הפעלתן של הוראות אמנה זו'.

¹⁰ UNHCR, *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*, (re-issued) December 2011, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f33c8d92.html>

¹¹ UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

¹² נוהל טיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל, 02.01.2011, ראו <http://piba.gov.il/Regulations/Procedure%20for%20Handling%20Political%20Asylum%20Seekers%20in%20Israel-he.pdf>

¹³ (ע"מ 08/5107 פלוגי ל שר הפנים, 5.5.2009; כן ראו: ע"מ (ת"א) 07/1348 גישנטה ל משרד הפנים, 10.5.2007; ע"מ (ת"א) 07/1763 טקין ל מדינת ישראל, 24.2.2009; בג"ץ 05/1543 נמורי ל שר הפנים, 11.8.2005; ע"מ (ת"א) 05/1779 מוטגומרי ריצ'רד ל משרד הפנים, 24.8.2006; פסקאות 11-12; ע"מ (י-ם) 11-09-729 סלומון ל שר הפנים, 26.12.2011, פסקה 19)

¹⁴ ראו לדוגמא, UN High Commissioner for Refugees, Rocio Brenda Henriquez-Rivas, Petitioner v. Eric H. Holder, Jr, Attorney General, Respondent. The United Nations High Commissioner for Refugees' Amicus Curiae Brief in Support of Petitioner, 23 February 2012, No. 09-71571 (A098-660-718), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f4c97c52.html>

¹⁵ ראו לדוגמא, UN High Commissioner for Refugees, Daniel Girmai Negusie, Petitioner, v. Michael Mukasey, United States Attorney General, Respondent. Brief Amicus Curiae of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in Support of Petitioner, 23 June 2008, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/486230652.html>

¹⁶ ראו לדוגמא, UN High Commissioner for Refugees, Secretary of State for the Home Department (Appellant) v. RT (Zimbabwe), SM (Zimbabwe) and AM (Zimbabwe) (Respondents) and the United Nations High Commissioner for Refugees (Intervener) - Case for the Intervener, 25 May 2012, 2011/0011, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fc369022.html>

¹⁷ ראו לדוגמא, UN High Commissioner for Refugees, Stellungnahme an das Bundesverfassungsgericht im Verfahren 1 BvL 10/10, December 2010, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d08ef5d2.html>

¹⁸ ראו לדוגמא, UN High Commissioner for Refugees, Manickavasagam Suresh (Appellant) and the Minister of Citizenship and Immigration, the Attorney General of Canada (Respondents). Factum of the Intervenor, United

2. מבוא לטענות נציבות האו"ם לפליטים כידידת בית המשפט

2.1 אמנת 1951 ופרוטוקול 1967 הם הכלים הבינלאומיים המרכזיים לפיקוח על ההגנה של פליטים ועל ההגדרה של מיהו פליט, מהן זכויותיו וחובותיו ומהן המחויבות המשפטית של המדינות החתומות על האמנה. מתוקף אישורה את אמנת 1951²¹ והצטרפותה לפרוטוקול 1967²², ישראל מחויבת לשני כלים אלה. ישראל גם חתומה על אמנות זכויות אדם בינלאומיות אחרות המשפיעות על הסוגייה הנדונה, במיוחד האמנה הבינלאומיות בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966²³ והאמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989²⁴. ממשלת ישראל הכריזה פעמים רבות על מחויבותה לכבד את אמנת 1951 בפני בתי המשפט בישראל²⁵. מחויבות זו מאושרת גם בנוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל של משרד הפנים משנת 2011²⁶, כמו גם על ידי בית המשפט העליון של ישראל²⁷.

2.2 ל- UNHCR יש עניין ישיר בפירוש ויישום החוק שכן להוראותיו יש השפעה רצינית על זכויותיהם של פליטים ומבקשי מקלט המחפשים הגנה בינלאומית בישראל. UNHCR מקדישה את עצמה לתמיכה בישראל במילוי חובותיה תחת אמנת 1951 ופרוטוקול 1967. בעניין זה, בזמן גיבוש החוק UNHCR סיפקה הערות לממשלה ולכנסת בהם הביעה עמדתה בעניין יישומו של החוק לגבי פליטים ומבקשי מקלט²⁸.

2.3 על רקע זה, UNHCR באה להציג את עמדותיה במסמך זה במגוון נושאים המוזכרים בעתירה ולאחר החלתו של החוק, גם לנושאים הקשורים בעיקר לסעיפים 31 ו-33 של אמנת 1951. מלכתחילה, חשוב לזכור כי סעיפים אלו מתייחסים לפליטים כמו גם למבקשי מקלט. באשר למבקשי מקלט, למרות שהם לא מוזכרים באופן מפורש, הכרה במעמד פליט לא הופכת את האינדיבידואל לפליט, אלא רק מכריזה עליו כאחד²⁹. משום שסעיפים 31 ו-33 אינם מתנים איזשהו פרק זמן של שהייה בטריטוריה, הם

Nations High Commissioner for Refugees ("UNHCR"), 8 March 2001, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3e71bbe24.html>

¹⁹ ראו לדוגמה, UN High Commissioner for Refugees, Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the Case of Alaa Al-Tayyar Abdelhakim v. Hungary, 30 March 2012, Application No. 13058/11, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f75d5212.html>

²⁰ ראו לדוגמה, UN High Commissioner for Refugees, UNHCR Observations in the case C-364/11 El Kott and Others regarding the interpretation of Article 1D of the 1951 Convention and Article 12(1)(a) of the Qualification Directive, 27 October 2011, available at: <http://swigea56.hcrnet.ch/refworld/docid/4eaa95d92.html>

²¹ ישראל חתמה על האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 ב-1 באוגוסט 1951 ואשררה אותה ב-1 באוקטובר 1954. ראו: <http://treaties.un.org/Pages/UNTSONline.aspx?id=1>

²² ישראל נענתה לפרוטוקול 1967 ב-14 ביוני 1968. ראו: <http://treaties.un.org/Pages/UNTSONline.aspx?id=1>

²³ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR) משנת 1966, 999 U.N.T.S 171, ישראל חתמה על האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR) ב-19 בדצמבר 1966 ואישרה אותה ב-3 באוקטובר 1991, ראו: <http://treaties.un.org/pages/UNTSONline.aspx?id=1>

²⁴ האמנה בדבר זכויות הילד U.N.T.S 3 1577, ישראל חתמה על האמנה בדבר זכויות הילד (CRC) ב-3 ביולי 1990, ואישרה אותה ב-3 באוקטובר 1991, ראו: <http://treaties.un.org/paged/UNTSONline.aspx?id=1>

²⁵ ע"א 08/9656 מדינת ישראל ל סעדי, (טרם פורסם) פסק דין מיום 15.12.2011, פסקה 27-28

עת"מ (מרכז) 10-05-3415 הרנגדז ל משרד הפנים, פסק דין מיום 14.8.2011, פסקה 32

עת"מ (ת"א) 11-12-2480 דיוויס ל משרד הפנים, פסק דין מיום 4.4.2012, פסקה ד'

²⁶ ראו עמוד 1:

<http://piba.gov.il/Regulations/Procedure%20for%20Handling%20Political%20Asylum%20Seekers%20in%20Israael-he.pdf>

²⁷ ע.ע.מ. 2244/12, פלוגית נגד משרד הפנים, 21.8.2012, סעיף 18, וע.ע.מ. 8675/11, מספן מזמור טדסה נגד משרד הפנים, 14.5.2012, סעיף 8.

²⁸ UNHCR שלחה את המכתבים הבאים, שלווי על ידי הערות מפורטות על הצעת החוק בשלביה השונים: מכתב לדובר הכנסת ב-15 בדצמבר 2011; מכתבים לאחו בן ארי (יועץ משפטי של משרד הביטחון) ב-28 בדצמבר 2010, ב-25 בדצמבר 2010, ב-6 בספטמבר 2010; מכתב למ. בלאס (משנה ליועץ המשפטי, משרד המשפטים) ב-11 ביולי 2009. כמו כן, UNHCR השתתפה בפגישות ועדת הכנסת: פגישות ועדות הפנים במועדים הבאים: 3.2.2010, 18.2.2010, 25.7.2011, 10.8.2011, 14.11.2011, 13.12.2011, 19.12.2011, ובפגישת הוועדה המיוחדת לבהינתן בעיות העובדים הזרים בתאריך 2.1.2010.

²⁹ UNHCR Handbook at para. 28 and Geneva Expert Round Table, 8-9 November 2001, United Nations High Commissioner for Refugees and the Graduate Institute of International Studies in Geneva, Summary

מתקבלים כחלים גם על מבקשי מקלט, כולל אלה שבגבולות³⁰. לכן, ההתייחסות בבקשה זו הנה לפליטים, כמו גם למבקשי מקלט.

2.4 חלק 3 של טענות UNHCR מתייחס לבעיות הקשורות באיסור הענשה של פליטים ומבקשי מקלט בשל כניסה בלתי חוקית או שהייה שלא כחוק, כולל באמצעות מעצר מנהלי. חלק 4 מתמקד בהגנת הזכויות לחופש ולביטחון של פליטים ומבקשי מקלט. בחלק 5 נסקרות הוראות מפורשות של החוק בנוגע לשחרור ממעצר. חלק 6 מתמקד בבעיות מפורשות הקשורות למעצר של ילדים פליטים ומבקשי מקלט. חלק 7 עוסק בבעיות הקשורות לעיקרון "אי הגירוש" (*non-refoulement*) כולל נגישות לתהליכי מקלט. פרק 8 יספק סיכום קצר של הטענות.

3. איסור על ענישה של פליטים ומבקשי מקלט על רקע כניסה או שהייה בלתי חוקית

3.1 'מסתנן' מוגדר על ידי החוק כ"מי שאינו תושב כמשמעותו בסעיף 1 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה 1965, שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול שקבע שר הפנים לפי סעיף 7 לחוק הכניסה לישראל"³¹. לפי סעיף 7 לחוק הכניסה לישראל, כל מי שנכנס לישראל חייב להיכנס דרך תחנת גבול מוגדרת, לדווח על כניסתו לקצין ביקורת גבולות ולהציג בפניו דרכון או תעודת מעבר תקפים³². על פי סעיף 30(א) לחוק, "שר הבטחון, או מי שהוסמך על ידו, רשאי לצוות בכתב על גירושו של מסתנן", ועוד קובע כי "הצו ישמש אסמכתה חוקית להחזיק את המסתנן במשמורת עד לגירושו". מכיוון שפליטים ומבקשי מקלט אינם פטורים מהחוק, הם מסווגים כ"מסתננים" כאשר הם נכנסים או שוהים בישראל באופן בלתי מוסדר, ולכן עשויים לעמוד בפני מצער מנהלי במהלך ניסיונם להיכנס ולבקש הגנה בינלאומית בישראל. התיקונים לחוק אינם מתארים תקופה מקסימלית של מעצר בנסיבות אלה. עם זאת, התיקונים מספקים שיקול דעת, הניתן בידי ממונה ביקורת הגבולות, לשחרור המסתנן במספר נסיבות המנויות בחוק (ראו מטה בחלק 5)³³. אותם סעיפים חלים על בתי הדין לביקורת משמורת של מסתננים (ראו מטה בחלק 5)³⁴.

Conclusions: Article 31 of the 1951 Convention, June 2003, para. 10 (g), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/470a33b20.html>

עמדה זו חוזקה ב- R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, [1999] EWHC Admin 765; 1999 LG 29 July 1999, United Kingdom: High Court (England and Wales), [2011] Q.B. 667, בפסקה 16, בה סימון בראון מסכם: "העובדה שסעיף 31 כולל לא רק את אלה שבסופו של דבר הצליחו לקבל מעמד פליט אלא גם את אלה שמבקשים מקלט בהגנות (פליטים משוערים) אינה מוטלת בספק". זה גם נתמך ב-R v. Asfaw [2008] UKHL31, בפסקה 26. ראו גם Guy Goodwin-Gill, "Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection", in Erika Feller, Volker Turk and Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press, 2003), at pp.185, 192; James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, at p.398.

See, for example Executive Committee of the High Commissioner's Programme (ExCom) 30 ראו לדוגמה, Conclusion No. 22 (XXXII), 1981, Section 2 (Admission and Non-Refoulement); ExCom Conclusion No. 81 (XLVIII), 1997, at para. (h) (no rejection at frontiers without the application of these procedures); ExCom Conclusion No. 82 (XLVIII), 1997, at para. (d) (admission of asylum applicants to State territory); ExCom Conclusion No. 85 (XLIX), 1998, at para. (q); ExCom Conclusion No. 99 (LV), 2004, at para. (l); ExCom Conclusion No. 108 (LIX), 2008. All ExCom Conclusions are available at: <http://www.unhcr.org/pages/49e6e6dd6.html>

³¹ סעיף 1(ב) (תיקון) לחוק. ראו גם סעיף 10 לחוק לפי "אדם שנכנס לישראל ללא רשות כניסה, או שוהה בישראל שלא כדין, רואים אותו לענין חוק זה כמסתנן, כל עוד לא יוכיח את ההיפך."

³² לפי סעיף 7 לחוק הכניסה לישראל 'לא ייכנס אדם לישראל, בין שהוא אזרח ישראלי ובין שאינו אזרח ישראלי, אלא באחת מתחנות הגבול שקבע שר הפנים בצו שפורסם ברשומות, ולאחר שהתייצב שם לפני קצין ביקורת הגבולות או בקר גבולות והציג לפניו דרכון או תעודת מעבר ברי- תוקף; שר הפנים רשאי לפטור אדם מהוראות סעיף זה, אם קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת לדעת'. ראו:

http://www.nevo.co.il/law/html/law01/189_003.htm

³³ סעיף 30(ב) ו-1(ג) (תיקון) לחוק.

³⁴ סעיף 30 ג (תיקון) לחוק.

3.2 לכל אדם הזכות לבקש ולקבל במדינות אחרות מקלט מרדיפה, מהפרות חמורות של זכויות אדם ומנוקב כבד אחר. בקשת מקלט אינה, איפוא, מעשה בלתי חוקי.³⁵ יתרה מכך, האמנה משנת 1951 מציינת בסעיף 31(1) שפליטים ומבקשי מקלט לא יענשו על כניסה או שהייה בלתי חוקית, בתנאי שיציגו עצמם בפני הרשויות ללא עיכוב ויספקו נימוק הולם לכניסתם או שהייתם הבלתי חוקית.³⁶ "העונשים" הנמנים בסעיף 31 כוללים יישומים מסוג קנסות ומעצר.³⁷ הביטוי "שבדרכם ישר" המופיע בסעיף 31(1) נוגע למצב שבו אדם שנכנס, או שנמצא בגבול של מדינה שבה הוא מבקש מקלט הגיע ישירות מארץ מוצאו. הסעיף מספק גם הגנה מפני ענישה לפליטים ומבקשי מקלט שעברו דרך ארץ אחרת לזמן קצר מבלי שהגישו או קיבלו מקלט בה. אין הגדרה מוחלטת למושג "בדרכם ישר" וכל מקרה צריך להישפט לגופו. הסעיף מספק הגנה נוספת מפני ענישה של פליטים ומבקשי מקלט שעברו דרך ארץ אחרת בה לא ניתן לערוב להגנתם, בטחונם ובטיחותם (המספק פרשנות חלקית למושג: "good cause"). "כניסה בלתי חוקית" תכלול, בין היתר, הגעה או הבטחת הכניסה ללא מסמכים, דרך שימוש במסמכים שפג תוקפם, מזויפים או שזויפו, שימוש בשיטות רמיה אחרות או כניסה חשאית, וכלה בכניסה לטריטוריה של מדינה בעזרת מבריחים. "שהייה בלתי חוקית" תכלול לדוגמא, הישארות לאחר תקופת שהייה קצרה בהרשאה.³⁸

3.3 במימוש זכותם לבקש מקלט, פליטים ומבקשי מקלט לעיתים נאלצים להגיע או להיכנס לטריטוריה ללא אישור מראש. מעמדם עשוי להיות שונה ביסודו מזה של מהגרים רגילים בכך שפליטים ומבקשי מקלט לא תמיד נמצאים במצב בו הם יכולים להיענות לדרישות הכניסה הרשמיות החוקיות. אין להם תמיד את היכולת, למשל, להשיג את המסמכים הנחוצים, כולל דרכון או תעודת מעבר, טרם מנוסתם בגלל הפחד שלהם מרדיפה ו/או בשל דחיפות עזיבתם.³⁹ במילים אחרות, עשויה להיות להם סיבה טובה לכניסתם ושהייתם הבלתי חוקית, והגורמים הללו, בנוסף לעובדה שפליטים ומבקשי מקלט חווים לעיתים קרובות אירועים טראומטיים, צריכים להילקח בחשבון.⁴⁰

3.4 חוק או מדיניות המענישים – כולל תוך שימוש במעצר מנהלי – פליטים ומבקשי מקלט שנכנסו שלא כחוק או שוהים שלא כחוק, או שמתמשים במסמכים מזויפים, מבלי להתייחס לנסיבות הבריחה במקרים פרטניים, עלולים להוות הפרה למחויבותה של מדינה למשפט הבינלאומי, בייחוד לסעיף 31(1)

³⁵ ראו: Article 14, Universal Declaration of Human Rights, 1948 (UDHR). ; UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012, Guideline 1, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>. UN General Assembly, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees : resolution / adopted by the General Assembly, 12 February 1999, A/RES/53/125, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f52c0.html> and ExCom reference on point b) of Conclusion No. 82 in UN High Commissioner for Refugees, Safeguarding Asylum , 17 October 1997, No. 82 (XLVIII) - 1997, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c958.html>

³⁶ ראו: Article 31(1) of the 1951 Convention provides that "[t]he Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of Article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or 'presence'.

³⁷ *R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi*, [1999] EWHC Admin 765; [2001] Q.B. 667, United Kingdom: High Court (England and Wales), 29 July 1999, per Simon Brown LJ (no page numbers) ; 'Self-evidently [the purpose of Article 31] was to provide immunity for genuine refugees whose request for asylum reasonably involved them in breaching the law'.

³⁸ ראו: Geneva Expert Round Table, 8-9 November 2001, United Nations High Commissioner for Refugees and the Graduate Institute of International Studies in Geneva, Summary Conclusions on Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees – Revised, at <http://www.unhcr.org/49632375a.html>

³⁹ ראו גם: See also, UN Working Group on Arbitrary Detention, Report to the Seventh Session of the Human Rights Council, A/HRC/7/4/, 10 January 2008, at para. 53: "[C]riminalizing illegal entry into a country exceeds the legitimate interest of States to control and regulate illegal immigration and leads to unnecessary and therefore arbitrary] detention", available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/502e0eb02.html>.

⁴⁰ ראו: UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012, Guideline 1, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>

לאמנת 1951⁴¹. סעיף 31 דורש ממדינות לתקן את חוקיהן כדי להבטיח שכל אדם הזכאי להנות מסעיף 31 לא יהיה נתון לעונשים אלו⁴². זאת ועוד, הסמכות להורות על גירושו של 'מסתנן' והסירוב לשקול את טענת המקלט של המבקש ימנע ממבקש המקלט את הזכות לבקש מקלט והוא עשוי להיות נתון בסכנה ל-או אף להסתיים ב-*refoulement* (ראו חלק 7). בניגוד למושא ולתכלית של סעיף 31(1), החוק יוצר הנחה מוקדמת שפליטים ומבקשי מקלט הנכנסים לישראל באופן בלתי חוקי הינם 'מסתננים'. כך, יוצר החוק סטיגמה, ואינו לוקח בחשבון את עמדתם המיוחדת של פליטים ומבקשי מקלט במשפט הבינלאומי ואת פגיעותם הייחודית.

4. הזכות של פליטים ומבקשי מקלט לחירות ובטחון

4.1 כפי שמצוין בהנחיה 2 ל UNHCR Detention Guidelines הזכות הבסיסית של אדם לחירות ולבטחון האדם⁴³ יחד עם הזכות לחופש התנועה⁴⁴ מובעות בכל הכלים המשפטיים הבינלאומיים והאזוריים העיקריים, ומהוות מרכיבים חיוניים של המערכת המשפטית המתבססת על שלטון החוק. ה- Executive Committee of The High Commissioner's Programme (ExCom) התייחסה מספר פעמים למעצרים של מבקשי מקלט⁴⁵. זכויות אלה חלות כעקרון על כל בני האדם, ללא קשר למעמדם כמהגרים, פליטים, מבקשי מקלט או בכל מעמד אחר⁴⁶.

4.2 כפי שמוסבר ב UNHCR Detention Guidelines - מספר 4,3 ו-5 - הזכויות לחירות ולבטחון של אדם מהוות ערובה ממשית נגד מעצר בלתי חוקי או שרירותי. על כל מעצר או שלילת חירות להיות חוקי ולא שרירותי, עליו להיעשות בהתאם ולהיות מותר על פי חוק, וכן עליו לעלות בקנה אחד עם החוק הבינלאומי, ולהיות מבוסס על ההערכה של נסיבותיו האישיות של האדם. בנוסף, על מעצר להיות אמצעי יוצא דופן שתכליתו לגיטימית והכרחית בכל הנסיבות, ומידתית למטרתו הלגיטימית. לבסוף, יש לשקול אמצעים חלופיים למעצר⁴⁷.

4.3 כפי שמוסבר בפסקה הקודמת, וכפי שאושר על ידי בית המשפט העליון בישראל⁴⁸, ניתן להשתמש במעצר רק למטרה לגיטימית. בהעדר מטרה כזו, מעצר יחשב שרירותי, אפילו אם הכניסה ו/או השעייה

⁴¹ ראו: UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guideline 4.1.4 (para. 32), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>

⁴² *R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi*, [1999] EWHC Admin 765; [2001] Q.B. 667, United Kingdom: High Court (England and Wales), 29 July 1999, per Simon Brown LJ, referring in part to A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (Vol. II, 1972), 211.

⁴³ ראו, לדוגמה, Articles 3 and 9, Universal Declaration of Human Rights (UDHR); and Article 9, International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

⁴⁴ ראו, לדוגמה, Article 12, ICCPR, covers the right to freedom of movement and choice of residence for persons lawfully staying in the territory, as well as the right to leave any country, including one's own. See, also, Article 12, *African Charter on Human and Peoples' Rights*, 1981 (ACHPR); Article 22, *American Convention on Human Rights*, 1969 (ACHR); Article 2, *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (as amended), 1950 (ECHR); Article 2, Protocol No. 4 to the ECHR, *Securing Certain Rights and Freedoms Other Than Those Already Included in the Convention and the First Protocol Thereto*, 1963; Article 45, Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU).

⁴⁵ ראו, 1986 (XXXVII)–1986, UNHCR ExCom, *Conclusion on Detention of Refugees and Asylum-Seekers*, No. 44 (XXXVII)–1986, para. (b), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c43c0.html>. See also in particular, UNHCR ExCom, Nos. 55 (XL) – 1989, para (g); 85 (XLIX) – 1998, paras. (cc), (dd) and (ee); and 89 (LI) – 2000, third paragraph all available at: <http://www.unhcr.org/3d4ab3ff2.html>.

⁴⁶ ראו, UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant*, 11 April 1986, paragraph 1, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/45139acfc.html>

⁴⁷ לקבלת מידע מפורט יותר ראו פסקאות 15 עד 43 של: UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 3, 4 and 5, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

⁴⁸ נשיא בית המשפט העליון ברק בבג"ץ מס' 4702/94 סלאח אחמד קאדם אל טאיי ואח' נגד משרד הפנים, טוען בפסקה 13 כי: "בהפעלת סמכות המעצר וההחזקה יש לנהוג במידתיות (ראה בבג"ץ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט [6]). אין לעצור אדם שנגדו הוצא צו גירוש לתקופה העולה על הנדרש להגשמת התכלית המונחת ביסוד המעצר. אם הגירוש אינו מתבצע תוך זמן סביר (שאינו נמדד בשנים או בחודשים ארוכים), ניתן להצדיק את המשך המעצר אך בהשש כי תכלית הגירוש לא תוגשם – אם משום שהמגורש יימלט מאימת הגירוש, אם משום שבהיותו משוחרר הוא יפגע בביטחון הציבור ובשלומו (ובשל כך יחשוש להתייצב לביצוע הגירוש), ואם

הינן בלתי חוקיות. בהקשר של מעצר של פליטים או מבקשי מקלט, ישנן שלוש מטרות שבדרך כלל תואמות את המשפט הבינלאומי, כאשר כליאה נחשבת הכרחית במקרה פרטני ומידתית למטרה זו. המטרות הללו כוללות הגנה על הסדר הציבורי, הבריאות הציבורית והבטחון הלאומי. באופן כללי, UNHCR מזהה בסיבות הללו בסיס לגיטימי להחזיק במעצר מבקשי מקלט על מנת להגן על הסדר הציבורי: (1) למנוע בריחה ו/או במקרים שיש סבירות לחוסר שיתוף פעולה⁴⁹. (2) במקרים שהנם לא מבוססים בעליל או במקרים בהם מדובר בטענות המנצלות לרעה את המנגנון בהקשר להליכים מקוצרים⁵⁰, (3) למטרת זיהוי ראשוני ו/או בדיקה בטחונית⁵¹ ו- (4) על מנת לתעד, בהקשר של ראיון ראשוני, את האלמנטים עליהם הבקשה להגנה בינלאומית מבוססת ושלא ניתן יהיה להשיגם ללא החזקה במעצר⁵². למרות זאת, החריגות הללו מן העקרון הכללי – לפיו מעצר של מבקשי מקלט הנו אמצעי אחרון – לא יכולות להצדיק החזקה במעצר לאורך כל הליך קביעת המעמד, לקבוצות של פליטים או מבקשי מקלט בלי הערכה אינדיבידואלית, או ללא הגבלה בזמן⁵³. סינון הולם ושיטות הערכה צריכים להיות קיימים על מנת להבטיח שמבקשי מקלט מובהקים אינם נעצרים שלא לצורך בדרך זו⁵⁴.

4.4 מעבר לסינון בטחוני ראשוני, מעצרים האוטומטי והמתמשך של פליטים ומבקשי מקלט המסווגים כימסתננים, רק מהסיבה היחידה שנכנסו לישראל באופן לא מוסדר אינו עומדת בסטנדרטים בינלאומיים. מכאן, שכל הארכה של תקופת המעצר מעבר לסינון הבטחוני הראשוני לפליט או מבקש מקלט ספציפי יהיה חוקי רק אם יוערך בהליך ראוי, וימצא נאמד כהכרחי, סביר ומידתי למטרה לגיטימית במקרה הפרטני⁵⁵.

4.5 לפי דברי ההסבר לחוק, מטרתו העיקרית היא הרתעה, שכן המצב החוקי ששרר קודם לכניסתו לתוקף סיפק תמריצים לאנשים להגיע לישראל⁵⁶. לפי UNHCR, מדיניות וחוקי המשמורת המכוונים להרתעה אינם חוקיים בדרך כלל תחת דיני הפליטים וזכויות האדם הבינלאומיים, מכיוון ש-(א) ההרתעה

מטעם אחר. " (בג"ץ 4702/94 אל טאיי נגד שר הפנים, פ"ד מט(3) 843 <http://elyon2.court.gov.il/files/04/110/092/I20/04092110.I20.htm>

⁴⁹ ראו, UNHCR Detention Guidelines, UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 4.1.1 (para. 22), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

⁵⁰ ראו, UNHCR Detention Guidelines, UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 4.1.1 (para. 23), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

⁵¹ ראו, UNHCR Detention Guidelines, UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 4.1.1 (paras. 24-27), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

⁵² ראו, UNHCR Detention Guidelines, UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 4.1.1 (paras. 28), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

⁵³ ראו, UNHCR Detention Guidelines, UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 4.1.1 (para. 28), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

⁵⁴ ראו, UNHCR Detention Guidelines, UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 4.1.1 (para. 22), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

⁵⁵ ראו, UNHCR Detention Guidelines, UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 4 (para.18), and 4.2 (para. 34), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

⁵⁶ ראו דברי ההסבר להצעת החוק למניעת הסתננות, בו נאמר כי: "בשנים האחרונות ניצבת מדינת ישראל בפני עלייה ניכרת בהיקף ההסתננות דרך הגבול עם מצרים, שלא דרך תחנות גבול. על פי נתוני רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול, בשנת 2010 לבדה נתפסו כ-14,000 מסתננים כאמור. המסתננים לישראל מגיעים ממדינות שונות, ובכלל זה גם ממדינות העוינות את ישראל. כיום, מושמים המסתננים במשמורת, אך הם משוחררים ממנה לאחר פרק זמן קצר יחסית, וזאת מאחר שהטיפול בהם נעשה בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן - חוק הכניסה לישראל). חוק זה אינו מאפשר, בעיקרו של דבר, החזקה של אדם במשמורת יותר מ-60 ימים. מצב דברים זה יוצר, הלכה למעשה, תמריץ להמשך גל ההסתננות והתגברותו... הצעת החוק נועדה, בעיקרה, לאפשר החזקה של מסתננים במשמורת למשך תקופה ארוכה באופן משמעותי מזו הקבועה בחוק הכניסה לישראל". הצעת חוק הממשלה 577, 28.3.2011, עמוד 594, להלן קישור:

http://www.nevo.co.il/law_word/law15/memshala-577.pdf

אינה מטרה לגיטימית ו- (ב) מטרת המדיניות אינה מבוססת על הערכה פרטנית של הצורך במעצר⁵⁷. יתר על כן, קיים מאגר של ראיות הולך וגדל המצביע על כך שגם מדיניות המעצרים הנוקשה ביותר אינה יעילה בהרתעת הגירה לא מוסדרת⁵⁸, חיזוק נוסף לטענה כי חוקים ומדיניות בעלי תכלית הרתעתית הנם שרירותיים. כמו כן, מטרה כזו באה בניגוד לרוח אמנת 1951, שמטרתה הייתה לבסס משטר הגנה בינלאומי לפליטים.

4.6 כפי שצויין לעיל בפסקה 3.1, לפי סעיף 30(א) לחוק, הוצאת צו גירוש נגד 'מסתנן' יוצרת בסיס חוקי למעצר, בין היתר של פליטים ומבקשי מקלט. אולם, מעצר למטרות הרחקה או גירוש אינו בסיס לגיטימי למעצר של פליטים ומבקשי מקלט תחת החוק הבינלאומי, שכן הם אינם ברי הרחקה או גירוש עד למועד בו מיצו את זכותם לערעור בכל הקשור לבקשתם לקבלת הגנה בינלאומית וערעורם נדחה (ראו גם חלק 7 בנוגע ל *non-refoulement*, כולל גישה להליכי המקלט)⁵⁹.

5. הוראות לשחרור ממשמורת וגישה לתהליכי מקלט

5.1 על פי החוק, 'מסתנן' הנתון במעצר יובא בפני ממונה ביקורת הגבולות לא יאוחר משבעה ימי עבודה מיום תחילת החזקתו במשמורת⁶⁰. ממונה ביקורת הגבולות, רשאי, "במקרים חריגים", לשחרר 'מסתנן' בעירבון כספי, או בערובה מתאימה אחרת או בתנאים שימצא אם שוכנע כי מתקיים אחד מתנאים אלה⁶¹:

- בשל גילו או מצב בריאותו של ה'מסתנן', החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור;
- קיימים טעמים הומניטריים מיוחדים אחרים מהאמור בסעיף (1) המצדיקים את שחרורו של ה'מסתנן' בערובה, לרבות אם עקב החזקה במשמורת יוותר קטין בלא השגחה;
- ה'מסתנן' הוא קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס;
- שחרורו בערובה של ה'מסתנן' יש בו כדי לסייע בהליכי גירוש.

ממונה ביקורת הגבולות רשאי גם לשחרר 'מסתנן' בערובה אם הוא שוכנע כי⁶²:

⁵⁷ ראו: UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, para. 3 and Guideline 4.1.4 (para. 32), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>, and Article 14, Universal Declaration of Human Rights, 1948 (UDHR); Article 22 (7) ACHR; Article 12(3), ACHPR; Article 27, American Declaration of the Rights and Duties of Man, 1948 (ADRDM); Article 18, Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000, (CFREU); Article 31, 1951 Convention.

⁵⁸ ראו: A Edwards, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Asylum-Seekers, Refugees, Stateless Persons and Other Migrants*, April 2011, PPLA/2011/01.Rev.1, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dc935fd2.html>; R. Sampson, G. Mitchell, and L. Bowring, *There are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention*, International Detention Coalition (IDC), Melbourne, 2011, available at: <http://www.unhcr.org/4dde23d49.html>; United Nations Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Mr. François Crepeau, A/HRC/20/24, 2 April 2012, available at: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_en.pdf.

⁵⁹ ראו: *Al-Tayyar Abdelhakim v. Hungary*, Application no. 13058/11, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 October 2012, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/50866bd52.html>; UNHCR, *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the Case of Alaa Al-Tayyar Abdelhakim v. Hungary*, 30 March 2012, Application No. 13058/11, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f75d5212.html>; *Hendrin Ali Said and Aras Ali Said v. Hungary*, Application no. 13457/11, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 October 2012, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/50866af03cd.html>; UN High Commissioner for Refugees, *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the Case of Said v. Hungary*, 30 March 2012, Application No. 13457/11, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f75d5e72.html>.

⁶⁰ סעיף 30א(א) (תיקון) לחוק.

⁶¹ סעיף 30א(ב) (תיקון) לחוק.

⁶² סעיף 30א(ג) (3) (תיקון) לחוק.

- ה'מסתנן' ביקש אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, וטרם החל הטיפול בבקשה למרות העובדה ששלושה חודשים חלפו מאז מועד הגשת הבקשה;
- ה'מסתנן' הגיש בקשה כפי שמפורט בפסקה הראשונה [כלומר, בקשה לקבלת אשרה ורישיון ישיבה] ולא ניתנה כל החלטה בנוגע לבקשתו חרף העובדה שתשעה חודשים חלפו מאז מועד הגשת הבקשה.
- חלפו שלוש שנים מיום תחילת מעצרו של ה'מסתנן'.

י'מסתנן' עם זאת, לא ישוחרר כאשר⁶³:

- גירושו מישראל נמנע או מתעכב בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצדו, לרבות לעניין הבהרת זהותו או הסדרת הליכי גירושו מישראל;
- יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור;
- הוגשה לממונה ביקורת הגבולות חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים שלפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של ה'מסתנן' מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

5.2 בנוסף לממונה ביקורת הגבולות, בתי הדין לביקורת משמורת של מסתננים, שהוקמו על ידי שר המשפטים תחת החוק⁶⁴, יש להם גם את הסמכות להורות על שחרור של 'מסתנן', ולקבוע את תנאי השחרור⁶⁵. סמכותם של בתי הדין לשחרר אנשים ממעצר היא, אם כן, מוגבלת לאותן הנסיבות המפורטות בפסקה 5.1 הנ"ל⁶⁶. בחינת המעצר תתרחש "לא יאוחר מ-14 ימים מיום תחילת החזקתו במעצר"⁶⁷. על-פי החוק, בית הדין יבחן את נושא המשמורת תוך 14 ימים ולאחר מכן, באופן תקופתי כל 60 ימים⁶⁸.

5.3 כפי שהוזכר למעלה בפסקה 4.2 מצב ברירת המחדל של פליטים ומבקשי מקלט הוא חירות - ולא מעצר. יישום שורה ארוכה של תנאים שרק במקרים יוצאים מן הכלל מתירים שיחרור של פליטים ומבקשי מקלט ממשמורת אינו עומד בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי. למעשה, אף אחד מהתנאים הללו לא מתייחס באופן מפורש לפליטים ומבקשי מקלט. סעיף 9 של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR) משנת 1966, שעליה ישראל חתמה, טוען בפירוש כי "לכל אדם שמורה הזכות לחירות אישית ולבטחון אישי. לא יהא אדם נתון למעצר שרירותי". הדגש הוא אם כן על חירות, כאשר המדינה מחוייבת להגן על זכות זו (ראו חלק 4).

5.4 על פי החוק, אין גבול מקסימלי למעצר של 'מסתנן' הנתון לצו גירוש. כפי שהוזכר לעיל בפסקה 5.1, החוק מתיר לשחרר רק במספר נסיבות הנמנות בו ובכפוף למתן ערובה⁶⁹. עם זאת, שחרור מסוג זה נתון לשיקול דעתו של ממונה ביקורת הגבולות⁷⁰, או לסמכות בתי הדין לביקורת משמורת של מסתננים⁷¹. אחד מן התנאים המפורשים המנויים עם נסיבות השחרור יוצאות הדופן הוא ש"חלפו שלוש שנים מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת"⁷². בהתייחס לעובדה שסעיף זה אינו מתיר גבול מקסימלי, אלא רק מהווה אחד מהתנאים בהם מופעל שיקול דעת לשחרור, קיימים חששות אמיתיים לכך שמבקשי מקלט ופליטים יוחזקו במעצר לפרקי זמן ממושכים או אף לפרקי זמן בלתי מוגבלים. ועדת זכויות האדם של האו"ם קבעה במספר מועדים כי מעצר ממושך ו/או בלתי מוגבל עומד בסתירה לסעיף 9, ל- ICCPR⁷³.

⁶³ סעיף 30א(ד) (תיקון) לחוק.

⁶⁴ סעיף 30ג (תיקון) לחוק.

⁶⁵ סעיף 30ד(א) ו-(2) ו-(3) (תיקון) לחוק. בהתאם לסעיף 30ד(א)(1) בתי הדין לביקורת משמורת של מסתננים רשאים לאשר את המעצר.

⁶⁶ סעיף 30ד(א)(2) (תיקון) לחוק, המתייחסים לסעיף 30א(2) ו-(3) (תיקון) לחוק.

⁶⁷ סעיף 30ה(1)(א) (תיקון) לחוק.

⁶⁸ סעיף 30ד(א)(1) (תיקון) לחוק.

⁶⁹ סעיף 30א(2) ו-(3) (תיקון) לחוק.

⁷⁰ סעיף 30א(2) ו-(3) (תיקון) לחוק.

⁷¹ סעיף 30ד(א)(2) (תיקון) לחוק.

⁷² סעיף 30א(ג)(3) (תיקון) לחוק.

⁷³ See, for example, *A. v. Australia*, CCPR/C/59/D/560/1993, UN Human Rights Committee (HRC), 3 April 1997, para. 9.4, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b71a0.html>; *Baban et al. v. Australia*, CCPR/C/78/D/1014/2001, 6 August 2003.

בנוסף, גם אם פרק הזמן של שלוש השנים היה פרק הזמן המקסימלי, תקופה זו הנה ארוכה מאוד ביחס למגבלות זמן מקסימליות שנקבעו במדינות אחרות החתומות על אמנת 1951 ו/או פרוטוקול 1967 בהקשר הספציפי של מעצר תוך המתנה לגירוש.⁷⁴ בעוד שהצבת גבולות מקסימליים הן ערביות יעילות כנגד מעצר ממושך ו/או בלתי מוגבל, כאשר הן מיושמות כלפי מבקשי מקלט שבקשותיהם טרם הוכרעו, תקורת המעצר אמורה להיות באופן כללי קצרה יותר מאשר תקופת המעצר בהקשר של גירוש, אחרת היא עשויה להסתכס בענישה העומדת בסתירה לסעיף 31(1) לאמנת 1951. אין להחזיק פליטים ומבקשי מקלט במעצר לתקופה ארוכה מזו ההכרחית. כאשר ההצדקה למעצרם כבר איננה תקפה, יש לשחרר את הפליט או מבקש המקלט באופן מיידי.⁷⁵

5.5 בנוסף, על פי המשפט הבינלאומי, פליטים ומבקשי מקלט במעצר חייבים להיות מובאים ללא דיחוי בפני רשות שיפוטית או רשות עצמאית אחרת על מנת לבחון את החלטת המעצר (סעיף 9(4) ל-ICCPR). בחינה זו צריכה להיות אוטומטית ובאופן אידיאלי צריכה להתרחש בערכאה הראשונה תוך 24-48 שעות מההחלטה הראשונית להחזיק את מבקש המקלט במעצר.⁷⁶ קביעת תקופה מקסימאלית של 14 ימים לבחינתם של בתי הדין לביקורת משמורת של מסתננים את סוגיית המעצר הינה בלתי תואמת את הנהוג בארצות אחרות החתומות על אמנת 1951. בעוד שקיימות הוראות מצומצמות בנוגע למה מהווה בחינה תקופתית מקובלת, מחקר שנעשה על ידי הסוכנות האירופאית על זכויות יסוד מראה כי למעלה ממחצית מן המדינות החברות באיחוד האירופאי קובעות מגבלות זמן, הנעות בין 48-72 שעות, כאשר פרק הזמן הארוך ביותר שקבעה מדינה הוא 10 ימים (לטביה).⁷⁷ בנוסף לכך, לפי UNHCR וועדת זכויות האדם של האו"ם, לבית הדין צריכה להיות הסמכות להורות על שחרור או לשנות את תנאי השחרור.⁷⁸ סמכות זו אינה צריכה להיות מוגבלת למקרים חריגים כמוזכר בסעיפים 30א(ב) ו-ו(ג) לחוק (ראו פסקה 5.1 לעיל).

5.6 בעוד שמעצרים הפרטני של מבקשי מקלט ופליטים הנו אמצעי שיש לנקוט בו למטרה ראויה, כולל הגנה על בטחון המדינה, שמירה על הסדר הציבורי (הכוללת אימות הזהות) או בריאות הציבור, כפי שהוזכר לעיל בפסקה 4.3, זה יכול להיעשות רק לאחר שנעשתה הערכת נסיבותיו של הפרט וכאשר זה

⁷⁴ In the United States, for example, persons must be released after six months if “there is no significant likelihood of removal in the reasonably foreseeable future”, *Zadvydas v. Davis*, US Supreme Court, 533 US 678 (2001), page 701, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3decaa6c4.html>. In the European Union, 6 months is the maximum period for persons detained pending removal (subject to two exceptional grounds for extension up to a further 12 months): Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council, 16 December 2008, on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:EN:pdf>.

⁷⁵ UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 6 (para. 45), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>. See, *A. v. Australia*, CCPR/C/59/D/560/1993, UN Human Rights Committee (HRC), 3 April 1997, para. 9.4, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b71a0.html>. See also, *Kanyo Aruforse v. Minister of Home Affairs and Two Others* (2010/1189) [2010] SGHC (25 January 2010) (South Gauteng High Court (Johannesburg)): ‘A detained person has an absolute right not to be deprived of his freedom for a second longer than necessary by an official who cannot justify his detention’ (para. 18), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c9368952.html>.

⁷⁶ UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 7 (para. 47(iii)), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

⁷⁷ Back to Basics: the Right to Liberty and Security of Person and Alternatives to Detention of Refugees, Asylum Seekers, Stateless Persons and Migrants, April 2011, p.g 38, sec. 5.2 Periodic review, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4dc935fd2.pdf>.

⁷⁸ UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 7 (para. 47(iii)), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>. Also, *A. v. Australia*, HRC, Comm. No. 560/1993, 3 April 1997, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b71a0.html>, and *C v. Australia*, HRC, Comm. No. 900/1999, 29 October 2002, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f588ef00.html>.

נמצא נחוץ, סביר ומידתי (ראו פסקה 4.2 לעיל). התרת שחרור רק בנסיבות המצומצמות ויוצאות הדופן הרשומות בחוק, אינו עולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי לפליטים ולזכויות אדם.

5.7 סעיף 30(א2) לחוק, מחייב את שר הביטחון לבטל הוראת גירוש אם ניתן היתר ורשיון לשהייה תחת חוק הכניסה לישראל. אולם, פעולת הגשת הבקשה למקלט איננה מקנה היתר ורשיון מסוג זה. להיפך, כל האנשים העצורים תחת החוק בקשותיהם מטופלות כאשר הם נמצאים במשמורת. אינדבידואלים אלה עשויים להשתחרר אם הליך הטיפול בבקשתם לא התחיל לאחר שלושה חודשים מיום הגשת בקשתם להיתר ורשיון לשהייה תחת חוק הכניסה לישראל (הכולל בקשת מקלט) או במקרה בו לא התקבלה החלטה סופית בעניינם לאחר תשעה חודשים מיום הגשת אותה בקשה.⁷⁹ דברי ההסבר מציינים כי מטרתה של הוראה זו נועדה להבטיח שבקשות המקלט שהוגשו יטופלו ללא דיחוי, ומספקים דוגמאות של אלה שטוענים להיותם פליטים.⁸⁰ למרות הרצון לזרז את הליך המקלט, נוחות מנהלית אינה באופן כללי בסיס חוקי למעצר. אף על פי שסעיפים אלה של החוק מגבילים את תקופות המעצר עבור אלה שביקשו היתר ורשיון לשהייה בישראל,⁸¹ כולל אלה שפנו בבקשה למקלט, הם עדיין מתירים תקופות מעצר ניכרות של שלושה עד תשעה חודשים בזמן שבקשת המקלט נבחנת. יתרה מזאת, החוק נותר שקט בכל הנוגע לנושא של מתי "השעון מתחיל לתקתק" משהוגשה בקשת מקלט ומה צריך להיעשות על ידי משרד הפנים על מנת לספק את מגבלות הזמן של שלושת החודשים ותשעת החודשים לטיפול בבקשה. בנוסף על כך, לא ברור אם מגבלת הזמן של תשעת החודשים לקבלת ההחלטה הסופית בנוגע לבקשת המקלט כוללת את תהליך העיון מחדש או הליך ערעור לבית המשפט או שהיא מוגבלת להחלטה בערכאה הראשונה. כפי שהוזכר מעלה בפסקה 4.3, מעצרים של מבקשי מקלט צריך להיות מוצא אחרון ובאופן כללי אינו צריך להמשך לאורכו של כל תהליך קביעת המעמד, אלא אם אחת או יותר מהמטרות הלגיטימיות המתוארות בפסקה 4.3 מתקיימות.⁸²

5.8 דאגה שנייה של UNHCR בסעיף 30(א) הנה האיסור לשחרר 'מסתני' שמוצאו ממדינה או מאזור תושבות הקיימת סבירות כי הוא יכול לסכן את ביטחונה של ישראל או של אזרחיה. ההשפעה של איסור כללי זה על השיחרור היא שהוא עשוי להוות דרישה למעצר על בסיס קבוצתי או כולל, ללא כל הערכה באשר לשאלת הנחיצות לעצור את הפרט המסוים. מדיניות כוללות מסוג זה עומדות בסתירה לדין הבינלאומי לענייני פליטים וזכויות אדם (ראו במיוחד פסקה 4.4 על סינון בטחוני ראשוני), ומשפיעות על איסור אי-ההפליה. מה שרלבנטי לקביעת הכרחיות המעצר במקרה פרטני, אינו באם פעילויות במדינה או באזור מגוריו של המסתני עשויות לסכן את בטחונה הלאומי של ישראל או של אזרחיה, אלא באם אותו פרט – הוא או היא – מציב בעצמו/ה איום לבטחון הלאומי, מן הסוג המחייב מעצר.

6. החזקה במעצר של ילדים פליטים ומבקשי מקלט

6.1 תחת החוק, ילדים מבקשי מקלט, בין אם הם חלק ממשפחה או בלתי מלווים, עשויים להיות עצורים כימסתננים, למרות שקטינים בלתי מלווים עשויים להיות משוחררים לפי סעיף 30(ב)(3). על פי המשפט הבינלאומי, אין להחזיק ילדים מבקשי מקלט במעצר.⁸³ ככלל, אתיקה של טיפול – ולא של אכיפה – צריכה לשרור באינטראקציות עם ילדים מבקשי מקלט, כולל ילדים עם משפחות, כשטובת הילד היא השיקול המרכזי.⁸⁴ פגיעותו הרבה של הילד קודמת למעמדו כ"שווה בלתי חוקי"⁸⁵. על מדינות:

⁷⁹ סעיף 30(ג)(1) ו(2) לחוק.
⁸⁰ הצעות חוק הממשלה 577, 28.3.2011, עמ' 597. ראו: http://www.nevo.co.il/law_word/law15/memshala-577.pdf
⁸¹ נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל מהשני בינואר 2011, ראו <http://www.piba.gov.il/Regulations/Procedure%20for%20Handling%20Political%20Asylum%20Seekers%20in%20Israel-he.pdf>

⁸² UNHCR Detention Guidelines, UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 4.1.1 (para. 28), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>

⁸³ ראו: UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 9.2 (para. 51), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>. See also UN High Commissioner for Refugees, *UNHCR Submissions to the Inter-American Court of Human Rights in the framework of request for an Advisory Opinion on Migrant Children presented by MERCOSUR*, 17 February 2012, para. 6.1, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f4c959f2.html>.

⁸⁴ ראו: *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, United Nations, Article 3 in conjunction with Article 22, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b38f0.html>

”להשתמש, במסגרת המערכות המכובדות הקיימות למתן הגנה לקטינים, בהליכים מתאימים לקביעת טובת הילד, תוך שיתוף מתאים של הילד ללא אפליה, ותוך מתן משקל ראוי לדעותיו של הילד בהתאם לגילו ובגרותו, וכן תוך שיתוף מקבלי החלטות בעלי התמחויות מתאימות ומתן משקל ראוי לכל השיקולים הרלוונטיים על מנת להעריך את הפתרון הטוב ביותר”⁸⁶.

6.2 כל חלופות הטיפול הנאותות בין אם הילדים מלווים על ידי הוריהם ובין אם בלתי מלווים, צריכות להילקח בחשבון. דבר זה אינו נדרש רק לפי המשפט הבינלאומי, אלא גם בגלל ההשפעה המזיקה והמוכרת שיש להחזקה במעצר על ילדים ועל התפתחותם הגופנית והנפשית. החזקת ילדים במעצר עם הוריהם או עם מטפליהם העיקריים צריכה לאזן, בין היתר, בין הזכות למשפחה וזכותה של המשפחה לפרטיות כיחידה, מידת התאמתם של מתקני המעצר לילדים⁸⁷, וטובת הילד⁸⁸. החזקה במעצר שאינה מתאימה לעקרונות זכויות הילד ושלא עונה על הדרישות הללו הנה שרירותית על פי המשפט הבינלאומי.

6.3 בנוגע לילדים בלתי מלווים או מופרדים, החזקה במעצר אינה יכולה להיות מוצדקת בהתבסס רק על העובדה שהילד הינו בלתי מלווה או מופרד, או בהתבסס על מעמדו כמהגר או כשוהה⁸⁹. כאשר זה אפשרי, יש לשחרר ילדים ולהעבירם לרשות בני משפחותיהם שהנם בעלי תושבות במדינת המקלט. כאשר זה בלתי אפשרי, על הרשויות הממונות על רווחת הילד לדאוג לסידורים חלופיים כגון משפחות אומנה או מעונות, ולהבטיח שהילד נמצא תחת השגחה הולמת. משפחות אומנה או מעונות צריכים לדאוג להתפתחותו הנאותה של הילד (הן גופנית והן נפשית), בזמן שפתרונות ארוכי טווח נבחנים⁹⁰. אחת מהמטרות המרכזיות צריכה להיות טובת הילד⁹¹.

7. האיסור על גירוש (refoulement) של פליטים ומבקשי מקלט, כולל גישה להליכי מקלט

⁸⁵ ראו: *Muskhadzhiyeva and others v. Belgium*, (2010), ECtHR, App. No. 41442/07, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bd55f202.html>

⁸⁶ ראו: UNHCR ExCom Conclusion No. 107 (LVIII) – 2007, on Children at Risk, para. G (i), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/471897232.html>. UN High Commissioner for Refugees, Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 22 December 2009, HCR/GIP/09/08, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b2f4f6d2.html>. UNHCR Guidelines on International Protection on Child Asylum Claims, above note 103. See, also, International Detention Coalition (IDC), Captured Childhood: Introducing a New Model to Ensure the Rights and Liberty of Refugee, Asylum-Seeking and Irregular Migrant Children Affected by Immigration Detention, 2012, available at: <http://idcoalition.org/wp-content/uploads/2012/03/Captured-Childhood-FINAL-June-2012.pdf>; IDC, Child Sensitive Community Assessment and Placement Model, available at: <http://idcoalition.org/ccap-5step-model>

⁸⁷ ראו: *Popov v. France*, (2012), ECtHR, App. No. 39472/07 and 39474/07, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f1990b22.html>; *Muskhadzhiyeva and others v. Belgium* (2010), ECtHR, App. No. 41442/07, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bd55f202.html> שם נקבע בין היתר כי החזקת ילדים במתקני מעבר שנועדו למבוגרים אינה מהווה רק יחס בלתי אנושי ומשפיל בהפרה של סעיף 3 באמנה האירופית לזכויות אדם, אלא גם הופכת את החזקתם לבלתי חוקית.

⁸⁸ ראו: CRC, Article 3. UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 9.2 (para. 53), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

⁸⁹ ראו: *Popov v. France*, (2012), ECtHR, App. No. 39472/07 and 39474/07, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f1990b22.html>.

⁹⁰ ראו: UNHCR, *Refugee Children: Guidelines on Protection and Care*, 1994, para. 92, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3470.html>. WGAD, Report to the Thirteenth Session of the Human Rights Council, above note 59A/HRC/13/30, 15 January 2010, para. 60, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/502e0fa62.html>, “Given the availability of alternatives to detention, it is difficult to conceive of a situation in which the detention of unaccompanied minors would comply with the requirements of article 37(b), clause 2, of the [CRC], according to which detention can only be used as a last resort.” *Mitunga v. Belgium*, (2006), ECtHR, App. No.13178/03, para. 103, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/45d5cef72.html>

⁹¹ ראו: UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guidelines 9.2 (para. 54), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

7.1 לפי סעיף 30(א) לחוק "שר הבטחון, או מי שהוסמך על ידיו, רשאי להורות בכתב על גירושו של מסתנן, בין אם הואשם תחת חוק זה ובין אם לאו. הצו ישמש אסמכתא חוקית להחזקת המסתנן במעצר עד לגירושו". עם התיקונים לחוק, הוסף הקטע הבא:

"[א] צו גירוש לפי סעיף קטן (א) לא יבוצע אלא לאחר ששר הביטחון או עובד מדינה בכיר שהוסמך על ידיו, קבע כי ניתן לעשות כן בהתחשב בנסיבותיו האישיות של המסתנן ובמדינת היעד לגירושו".⁹²

7.2 תיקון נוסף מצוין כי "ניתנו למסתנן אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, שר הביטחון או מי שהוסמך על ידיו יבטל את צו הגירוש שניתן לגביו לפי סעיף קטן (א)".⁹³

7.3 מבקש מקלט לא יכול להיות מגורש או מורחק בכל צורה שהיא עד שהבקשה שלו/ה למעמד פליט הוחלטה באופן סופי.⁹⁴ איסור זה כנגד גירוש או הרחקה של אינדבידואל שחיפש מקלט ושטרם התקבלה החלטה סופית בבקשתו/ה, נובעת בין היתר ממחויבותיה של המדינות לעיקרון "איסור הגירוש" (*non-refoulement*). חובתן של המדינות שלא לגרש או להחזיר (*refouler*) אדם לטריטוריות בהן החיים או החירות שלו/ה יאויימו הנה עיקרון הגנתי מרכזי, המבוסס באופן בולט ביותר בסעיף 33(1) לאמנת 1951. העיקרון גם מוכר גם כנורמה במשפט הבינלאומי הנמנהגי.⁹⁵ איסור ה-*refoulement* מיושם כלפי כלל הפליטים, כולל אלה שעדיין לא הוכרו רשמית ככאלה או שבקשותיהם לקבלת מעמד טרם הוחלטו (מבקשי מקלט), כמו גם כלפי אנשים אחרים שמוכרים כבעלי צורך בהגנה בינלאומית.⁹⁶

7.4 כפי שצויין זה מכבר, מדינות חייבות להסדיר וליישם את החלטות המדיניות שלהן תוך תשומת לב מיוחדת למחויבותיהן תחת אמנת 1951.⁹⁷ זה אומר שמדינות אינן יכולות להחזיר אנשים אלה למדינת מוצאם או לטריטוריה אחרת עד למועד בו נקבע בוודאות שאין להם צרכים לקבלת הגנה בינלאומית.⁹⁸ הסמכות של שיקול הדעת של משרד הבטחון להורות על גירושו של 'מסתנן' לפי סעיף 30(א) לחוק אינו מבטיח הגנה מ-*refoulement* כלפי מבקשי מקלט, ויכול להוביל להפרה של מחויבות המדינה.

7.5 מדאג במיוחד הוא שהתיקונים לחוק לא מספקים מנגנוני הגנה מפורשים להבטחת עיקרון ה-*non-refoulement*. בדברי ההסבר של החוק קיימת התייחסות לעיקרון ה-*non-refoulement*, שלמרות שאינה מהווה הבטחה משפטית מספקת, עליה להיקרא על ידי בית המשפט כחלק בלתי נפרד מסעיפים

⁹² סעיף 30 (א) (תיקון) לחוק.

⁹³ סעיף 30 (א) (תיקון) לחוק.

⁹⁴ *Al-Tayyar Abdelhakim v. Hungary*, Application no. 13058/11, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 October 2012, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/50866bd52.html> [accessed 1 November 2012], UNHCR, *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the Case of Alaa Al-Tayyar Abdelhakim v. Hungary*, 30 March 2012, para. 3.3 (page 8), Application No. 13058/11, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f75d5212.html>. See also ECtHR, *R.U. v. Greece*, ECtHR, App. No. 2237/08, 7 June 2011, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f2aafc42.html>, at para. 94: "[I] ressort du droit international et national, à savoir les articles 31-33 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés [...] que l'expulsion d'une personne ayant soumis une demande d'asile n'est pas permise jusqu'au traitement définitive de ladite demande".

⁹⁵ UN High Commissioner for Refugees, *Declaration of State Parties to the 1951 Convention and or its 1967 Protocol relating to the Statue of Refugees*, 16 January 2002, HCR/MMSP/2001/09, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d60f5557.html>

⁹⁶ ראו ExCom Conclusion No. 6 (XXVIII), 1977, at para. (c), ExCom Conclusion No. 79 (XLVII), 1996, at para. (j), ExCom Conclusion No. 81 (XLVII), 1997, at para. (i), available at <http://www.unhcr.org/pages/49e6e6dd6.html>

ראו גם, *Note on International Protection (submitted by the High Commissioner)*, A/AC.96/815, ExCom Reports, 31 August 1993, at para. 11, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68d5d10.html>

⁹⁷ ראו ECtHR, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, see footnote 54, at para. 179 available at: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109231>

⁹⁸ ראו לדוגמה ExCom Conclusion No. 22 (XXXII), 1981, Section 2 (Admission and *Non-Refoulement*); ExCom Conclusion No. 81 (XLVIII), 1997, at para. (h) (no rejection at frontiers without the application of these procedures); ExCom Conclusion No. 82 (XLVIII), 1997, at para. (d) (Admission of asylum applicants to state territory); ExCom Conclusion No. 85 (XLIX), 1998, at para. (q); ExCom Conclusion No. 99 (LV), 2004, at para. (l); ExCom Conclusion No. 108 (LIX), 2008.

אלה של החוק. בנוסף, נוהל משרד הפנים קובע כי "אין בנוהל זה כדי לגרוע מההלכה הפסוקה, לפיה אין לגרש אדם למקום שבו צפויה לו סכנת נפשות על פי עיקרון Non-Refoulement"⁹⁹. עיקרון ה-*non-refoulement* הוכר גם על ידי בית המשפט העליון בישראל, אשר קבע שגם אם אדם נכנס לישראל בצורה בלתי חוקית, יש להגן עליו מחזרה לאיומים על חייו או חירותו¹⁰⁰. במילים אחרות, בהיעדר ערבות מפורשת, יש לקרוא את החוק בקו אחד עם חובתה המשפטית הבינלאומית של ישראל שלא להחזיר או לגרש (*refouler*) כל אדם למקום בו הוא עלול להתקל באיום על חייו או על חירותו, או בהפרות חמורות אחרות של זכויות אדם או פגיעות חמורות אחרות.

7.6 בהמשך לאיסור על *refoulement*, כמו גם לזכות למקלט, מדינות נדרשות ל: (1) לייצב לפרטים אודות זכותם להגיש בקשה למקלט מדיני ולצורות אחרות של הגנה בינלאומית ו- (2) לאפשר הליך הוגן ויעיל לקביעת מעמד פליט¹⁰¹. בנוסף, לאנשים במעצר צריכה להינתן גישה למנגנוני המקלט, ומעצר אינו צריך להוות מכשול לאפשרויותיהם של מבקשי המקלט לקדם את בקשות המקלט שלהם. גישה להליכי המקלט חייבת להיות ריאלית ויעילה, כולל פרקי הזמן להגשת חומרים תומכים הצריכים להיות הולמים לאדם במעצר, וגישה לעזרה לשונית ומשפטית צריכה להיות אפשרית. חשוב גם כן כי מבקשי מקלט במשמורת יקבלו מידע משפטי מדויק אודות הליך המקלט וזכויותיהם¹⁰². עם זאת, בפועל, בקשותיהם של מבקשי מקלט במעצר בישראל אינן נבחנות באופן שיטתי, בעוד שגישה לשירותים משפטיים ואחרים אינה נגישה באופן תדיר ואינה שקופה. לא קיים, למשל, מידע ברור הניתן באופן שיטתי לפליטים ומבקשי מקלט במעצר על מנגנון המקלט וכיצד לפנות אליו. מבין סך תיקי המקלט המטופלים, 95% ממבקשי המקלט המוחזקים תחת החוק מוצאם מאריתראה וסודאן ולהם, על פי UNHCR והמדינות החתומות על אמנת 1951 ו/או פרוטוקול 1967, שיעור גבוה של צרכי הגנה.

8. סיכום

8.1 UNHCR מתכבדת לבקש מבית המשפט הנכבד להורות על צירופה במעמד ידידת בית המשפט, בשל הסיבות שהוזכרו לעיל.

8.2 UNHCR מודאגת מאוד מכך שהחוק יצור סטיגמה ויעניש שלא בצדק, כולל על ידי מאסר ממושך, אנשים אשר זקוקים להגנה בינלאומית כפליטים וכאלה המבקשים הגנה כגון זו מישראל.

8.3 לאור הטענות שנמנו לעיל, UNHCR סבורה כי סעיפי החוק המפורטים מעלה אינם עולים בקנה אחד עם סטנדרטים בינלאומיים של דיני זכויות אדם ודיני פליטים, כולל אמנת 1951 ופרוטוקול 1967. חלק מסעיפי החוק אינם צריכים להיות מיושמים כלפי פליטים ומבקשי מקלט, בעוד שאחרים צריכים לכלול חריגות על מנת להגן על זכויותיהם של פליטים ומבקשי מקלט. היכן שדברי ההסבר של החוק מתייחסים לערובות הבינלאומיות, UNHCR ממליצה לבית המשפט להתייחס לערובות אלה כחלק בלתי נפרד מן הסעיפים הרלבנטיים של החוק.

8.4 בקשה זו תורגמה לשפה העברית לצורך הגשה לבית המשפט הגבוב לצדק. המסמך המקורי בשפה האנגלית מצורף ומסומן נספח "ב".

⁹⁹ נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל מהשני בינואר 2011, עמוד 1, ראו: <http://www.piba.gov.il/Regulations/Procedure%20for%20Handling%20Political%20Asylum%20Seekers%20in%20Israel-he.pdf>

¹⁰⁰ בג"ץ 94/4702 אל טאיי נגד שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 848 קישור: <http://elyon2.court.gov.il/files/04/110/092/I20/04092110.I20.htm>

¹⁰¹ available at: para. (dd), 1998, ExCom Conclusion No. 85(XLIX), <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

¹⁰² See *I.M. v. France*, ECtHR, App. no. 9152/09, 2 February 2012, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f2932442.html>.

8.5 UNHCR מבקשת ליידע את בית המשפט כי ב"כ העותרים, עו"ד יונתן ברמן, מסר כי הוא מסכים לבקשת ההצטרפות של UNHCR להליכים. ב"כ המשיב מס' 1, עו"ד גור בליי, מסר כי בקשת ההצטרפות הנדונה חריגה באופייה ואינה מקובלת בהליכים משפטיים בישראל. נוכח האמור, ולאור לוח הזמנים הקצר שבו נתבקשה תגובת המשיבה 1, תבקש המשיבה להגיש את תגובתה לבקשת ההצטרפות רק לאחר הגשת תגובת המדינה. ב"כ המשיבים מס' 2-4, עו"ד מיכל מיכלין-פרידלנדר, מסרה כי ההתייחסות הראשונית מטעם המשיבים 2-4 תועבר היום לבית המשפט הנכבד.

וויליאם טול
נציג נציבות האו"ם לפליטים בתל אביב
7 במרץ 2013

נספח א':

UNHCR Detention Guidelines

נספח ב':

Request to Join the Proceedings as *Amicus Curiae*