



בית המשפט העליון

דנ"מ 1893/20

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות

המבקשת: מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים: פלונית ואח'

בקשה לדיון נוסף בפסק דינו של בית משפט זה בבר"מ
5040/18 מיום 9.2.2020 אשר ניתן על ידי כבוד השופטים
ד' ברק-ארז, י' אלרון ו-ע' גרוסקופף

בשם המבקשת: עו"ד ענר הלמן; עו"ד רן רוזנברג;
עו"ד סיגל אבנון

בשם המשיבים: עו"ד מיכל פומרנץ; עו"ד גידי איזון;
עו"ד אסף וייצן

החלטה

בקשה לדיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון מיום 9.2.2020 בבר"מ
5040/18 בו קיבל בית המשפט בדעת רוב (השופטים ד' ברק-ארז ו-ע' גרוסקופף, כנגד
דעתו החולקת של השופט י' אלרון) את ערעורם של זוג הורים מחוץ השנהב ובנותיהם
הקטינות והורה ליתן להם מעמד בישראל בהתאם לנוהל מבקשי מקלט (להלן: פסק הדין).
זאת, על רקע החשש כי בחוץ השנהב יהיו הקטינות חשופות לפרקטיקה האכזרית של
השחתת איבר המין הנשי בכפייה (FGM).

רקע ופסק דינו של בית המשפט העליון

1. המשיבים 1 ו-2, אזרחי חוץ השנהב המשתייכים לשבט מצפון המדינה, נכנסו
לישראל שלא כדין במהלך השנים 2004-2005 (להלן: ההורים או המשיבים). בנותיהם,
המשיבות 3 ו-4, נולדו בישראל בשנים 2006 ו-2013. בסמוך לאחר כניסתם לישראל
הגישו ההורים בקשות מקלט מטעמים על רקע של נרדפות בגין דעה פוליטית או

השתייכות שבטית. בקשותיהם הפרטניות נדחו, אך שהייתם בארץ התאפשרה בשל מדיניות אי הרחקה שנהגה ביחס לאזרחי חוף השנהב עד שנת 2012. עם סיום ההגנה הקבוצתית שניתנה לאזרחי חוף השנהב, ביקשו ההורים לפתוח מחדש את תיקי בקשות המקלט שלהם בשל שינוי נסיבות – חששם שאם יוחזרו לחוף השנהב יאלצו בנותיהם לעבור הליך של השחתת איבר מינן בכפייה, כפי שאירע למשיבה 1 בילדותה וכפי שאירע לאחייניתה, בשעה שאמה נעדרה מהבית. בקשה זו נדחתה על ידי הגורמים המוסמכים וכן נדחו ערר שהוגש לבית הדין לעררים וערעור שהוגש לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים.

ביום 10.6.2019 נעתר בית משפט זה לבקשת רשות ערעור שהגישו המשיבים. במסגרת ההליך הודיעה רשות האוכלוסין וההגירה ביום 15.11.2019 כי בשל הנסיבות ההומניטריות הייחודיות בעניינם של המשיבים ולפנים משורת הדין, יוענק להם רישיון ישיבה מסוג א/5 מטעמים הומניטריים למשך שנה. לגישת רשות האוכלוסין, בנסיבות אלה התייתר הדיון בתיק שכן ניתן למשיבים המעמד שבו הם חפצים. המשיבים טענו מנגד כי הדיון בערעורם לא התייתר, שכן החלטה על מתן מעמד מטעמים הומניטריים למשך שנה אינה שקולה להכרה בהם כפליטים. עוד ציינו המשיבים כי העיתוי והלשון של החלטת רשות האוכלוסין וההגירה מרמזת, לכאורה, על ניסיון לחמוק מהכרעה עקרונית בנושא שהתעורר בבקשתם.

2. בפסק דינו מיום 9.2.2020 קיבל בית משפט זה (השופטים ד' ברק-ארז ו-ע' גרוסקופף, כנגד דעתו החולקת של השופט י' אלרון) את הערעור והורה ליתן למשיבים מעמד בהתאם לנוהל מבקשי מקלט. בפתח הדברים עמד בית המשפט, מפי השופטת ד' ברק-ארז, על כך שאין די בהסכמתה המוגבלת של המדינה להעניק רישיון ישיבה ארעי (א/5) לפרק זמן של שנה מטעמים הומניטריים, שכן רישיון כאמור יש להאריך מדי שנה, הארכתו תלויה בשיקול דעתן של הרשויות, והעקרונות החלים על הארכתו שונים מאלה הנוגעים להארכת רישיון ישיבה ארעי לפליטים. לפיכך, כך נקבע, יש להידרש לשאלות העקרוניות המתעוררות במקרה דנן. בית המשפט ציין כי זו הפעם הראשונה שבית משפט זה נדרש לבחון בקשת מקלט על רקע טענה לחשש מפני השחתת איברי מין נשיים בכפייה. לאחר שסקר את הכללים הצריכים לדבר ואת עובדות המקרה, קבע בית המשפט כי במקרה דנן הונח בפניו יסוד מספק לטענה כי קיים חשש מבוסס היטב מפני ביצוע הליך אכזרי ובלתי הפיך כאמור, שעלול להותיר את הקטינות פצועות בגוף ובנפש. בית המשפט הוסיף ועמד על כך שהמחלוקת העיקרית בין הצדדים עניינה ביישום קונקרטי של הכללים בדבר "חלופת מגורים פנימית" (Internal Flight or Relocation) (Alternative). על פי כללים אלה, ניתן לדחות בקשה למקלט מדיני אם עומדת למבקש

חלופה רלוונטית וסבירה לקיום בטוח באזור אחר במדינת המוצא שלו. בהקשר זה ציין בית המשפט בסעיף 63 לפסק דינו כי:

”63. על מי מוטל נטל ההוכחה? – לבסוף, ולמעשה זהו שיקול מכריע, כפי שאף עולה מהנחיות הנציבות בעניין חלופת מגורים, נטל ההוכחה בעניין סבירותה ומידת הרלוונטיות של חלופת המגורים המוצעת צריך להיות מוטל – ולו באופן ראשוני – על הטוען לקיומה. [...] במילים אחרות – הטענה בדבר חלופת מגורים פנימית נועדה ליצור חריג ביחס להסדר הקבוע באמנת הפליטים. אם כן, כשם שהנטל הראשוני להוכיח את תנאי הזכאות למעמד מוטל על הטוען להתקיימותם (ראו: עניין גונזלס, בפסקה 12) – כך גם הנטל הראשוני להוכיח את החריג לאמנה מוטל על מי שטוען לקיומו”.

בהמשך לכך קבע בית המשפט כי טענות רשות ההגירה והאוכלוסין באשר לקיומה של חלופת מגורים פנימית במקרה דנן, התבססו על מסרים בעלי אופי מעורפל מפי ”בני שיח” בחוף השנהב, וללא ביסוס עובדתי מספק. לפיכך, מצא כי עלה בידי המשיבים להוכיח שהם זכאים להגנה מכוח אמנת הפליטים.

השופט י’ אלרון הסכים עם דעת הרוב כי סכנה להשחתת איברי מין של נשים עשויה להקים במקרים המתאימים עילת פליטות, ואולם ציין כי יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו. עם זאת, לגישת השופט י’ אלרון העיקר הוא שהמשיבים קיבלו רישיון א/5, בין אם רישיון זה ניתן להם מטעמים הומניטריים או מטעמי פליטות, וכי כך או כך הארכתו כפופה להפעלת שיקול דעת של הגורמים המוסמכים. על כן, סבר השופט י’ אלרון כי הערעור התייטר ודינו להידחות.

טענות הצדדים

3. המבקשת טוענת כי בפסק הדין נקבעה הלכה חדשה וקשה ביחס לנטל ההוכחה בדבר קיומה של חלופת מגורים פנימית, אשר לה השלכות רוחב משמעותיות על יכולתה של המבקשת לבחון בקשות מקלט. המבקשת מדגישה כי היא אינה חולקת על קביעת בית משפט זה ולפיה ”פחד מבוסס היטב של אישה או ילדה מפני השחתת איבר מינה יכול להוות בסיס לטענת פליטות בנסיבות מסוימות” (סעיף 37 לפסק הדין), וזאת על יסוד עילת רדיפה של ”השתייכות לקבוצה מסוימת” (סעיף 11 לפסק הדין). זאת ועוד, המבקשת מצהירה כי ביום 26.2.2020 ניתן למשיבים רישיון א/5 מטעמי פליטות וכי בקשה זו אינה עוסקת כלל בעניינם הפרטני. הבקשה לקיום דיון נוסף, כך הוטעם,

מתמקדת אך בשאלה על מי מוטל נטל ההוכחה הראשוני ביחס לחריג חלופת המגורים, כפי שנקבע בסעיף 63 לפסק דינו של בית משפט זה. לשיטת המבקשת, הנטל הראשוני בהקשר זה מוטל על מבקש המקלט, ורק אם יעמוד בו יעבור הנטל אל כתפי המדינה להצביע על קיומה של חלופה בטוחה חרף טענותיו. עוד טוענת המבקשת כי טעם נוסף המעיד על קשיותה של הלכה זו עולה מקום שבו, כבענייננו, "סוכן הרדיפה" הוא אדם פרטי. במצבים כאלה, כך טוענת המבקשת, הנטל שיוטל על המדינה להראות כי אין בכוחם של סוכני הרדיפה הפרטיים – משפחת האם בענייננו – לסכן את המשיבים בכל רחבי המדינה, הוא כבד מאוד ולעמדת גורמי המקצוע ברשות האוכלוסין וההגירה ספק רב אם ניתן לעמוד בו.

4. המשיבים סבורים מנגד כי יש לדחות את הבקשה. לטענתם, לנוכח עמדת המבקשת ולפיה אין בבקשה כדי לשנות מהמעמד שניתן להם מדובר למעשה בשאלה תיאורטית שאין מקום לקיים בה דיון נוסף. בפרט, כך נטען, משהמשיבים הם אנשים פרטיים וקשיי יום שהליך ארוך וממושך כבר נוהל על חשבונם ועל גבם. המשיבים מציינים כי פסק הדין מיישם כללים מוכרים ובסיסיים בדיני הפליטים, והם מדגישים כי מדובר בחריג הנבחן רק לאחר שלכאורה ביסס מבקש המקלט באופן מספק את דבר קיומה של סכנה לרדיפה אם יחזור למקום שממנו נמלט. לגישת המשיבים, בהינתן העובדה שרק חלק קטן מבקשות המקלט שהוכרעו בישראל נמצאו מוצדקות, לכאורה, ועברו לשלב שבו יש לבחון את קיומה של חלופת מגורים פנימית, פסק הדין צפוי להשפיע על מספר קטן ביותר של בקשות.

דיון והכרעה

5. עיינתי בפסק הדין נושא הבקשה, בבקשה ובתגובה לה והגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות. המשיבים קיבלו רישיון מסוג א/5 מטעמי פליטות בהתאם לפסק הדין נושא הבקשה, והמבקשת מדגישה כי הבקשה אינה נוגעת למעמד שניתן למשיבים עצמם. בנסיבות אלה, הדיון בבקשה הוא אכן תיאורטי. הכלל הנקוט עימנו בהקשר זה הוא כי אף שלהליך הדיון הנוסף יש תכלית מוסדית-ציבורית בפיתוח ההלכה המשפטית המחייבת, הוא אינו מיועד לבירור שאלות תיאורטיות שהכרעה בהן לא תשפיע על זכויות בעלי הדין, למעט מקרים חריגים שהמקרה דנן אינו נמנה עימם (ראו: דנ"פ 2001/05 פלוני נ' מדינת ישראל (3.8.2005) וההפניות שם; דנ"מ 73/07 אלקנוב נ' בית הדין למשמורת של שוהים שלא כדין (23.9.2007)); יגאל מרזל, סעיף 18 לחוק-יסוד השפיטה: דיון נוסף ב"דיון הנוסף", ספר דורית ביניש 2003-200 (קרן אזולאי, איתי בר סימן טוב, אהרון ברק ושחר ליפשיץ עורכים) (2018)).

6. יתרה מכך, סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט) קובע כי דיון נוסף יינתן מקום שבו קבע בית המשפט העליון הלכה חדשה הסותרת הלכה קודמת או "שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידוש של הלכה שנפסק בעניין" ראוי כי היא תידון בדיון נוסף.

המקרה דנן אינו עונה לאמות מידה אלה ועל כן, גם לגופם של דברים אין מקום להיעתר לבקשה.

7. האמנה בדבר מעמדם של פליטים (האמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 65, 5 (נפתחה לחתימה ב-1951) (אושרה ב-1954) (להלן: אמנת הפליטים או האמנה)), שישראל מחויבת לכבדה, מגדירה "פליט" כאדם: "הנמצא מחוץ למדינת אזרחותו בגלל פחד מבוסס להיות נרדף מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת, ואיננו יכול להיזקק להגנתה של אותה ארץ או אינו רוצה בכך בגלל הפחד האמור" (סעיף 1 לאמנת הפליטים). כפי שכבר נפסק, נטל הבאת הראיות להוכחת זכאותו של מבקש המקלט לקבל מעמד של פליט מוטל על מבקש המקלט (עניין גונולט, פסקה 12) ועל כך אין חולק בענייננו. השאלה אשר עמדה בפני בית משפט זה – והעומדת במוקד הבקשה שבפניי היא – על מי מוטל נטל ההוכחה הראשוני בדבר קיומה של חלופת מגורים פנימית בעת בחינת בקשת מקלט על רקע טענה לחשש מפני השחתת איברי מין נקביים.

דעת הרוב בפסק הדין הדגישה כי מדובר "בפעם הראשונה שבית משפט זה עוסק בבחינת בקשת מקלט על רקע טענה לחשש מפני FGM וליישום הקונקרטי של הכללים בעניין חלופת מגורים בהקשר זה" (פסקה 55 לפסק הדין; הדגשה אינה במקור). דעת הרוב הפנתה לכללים המפורטים בהנחיות הנציבות האו"ם לפליטים בעניין חלופת מגורים פנימית (UNHCR, *Guidelines on international protection: "Internal Flight or Relocation Alternative" within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (2003) (להלן: הנחיות הנציבות בעניין חלופת מגורים)), הקובעים כי יש להראות שקיימת במקרה הספציפי חלופת מגורים רלוונטית וסבירה. בית המשפט ציין כי אין צורך להידרש לטענת המבקשת לפיה הנחיות הנציבות בעניין חלופת מגורים אינן מחייבות אותה, שכן המבקשת לא הצביעה על סטנדרטים מנחים אחרים ולמעשה הסתמכה בטיעוניה על הנחיות אלה. כמו כן צויין כי נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.2.0012 "נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל" (10.10.2019) (להלן: נוהל מבקשי מקלט) מפנה לספר

העזר של נציבות האו"ם לפליטים בעניין הליכים וקריטריונים לבחינת בקשות מקלט בהתאם לאמנה בדבר מעמדם של פליטים (UN High Commissioner for Refugees) (UNHCR), *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, Reissued February 2019 (להלן: ספר העזר של הנציבות)) וספר זה, מפנה במפורש להנחיות הנציבות בעניין FGM ובעניין חלופת מגורים (נוהל מבקשי מקלט, בעמ' 153 ו-159)).

8. לעניין נטל ההוכחה, צוין בסעיף 34 להנחיות הנציבות בעניין חלופת מגורים כי:

34. On this basis, the decision-maker bears the burden of proof of establishing that an analysis of relocation is relevant to the particular case. If considered relevant, it is up to the party asserting this to identify the proposed area of relocation and provide evidence establishing that it is a reasonable alternative for the individual concerned.

דברים אלה עולים בקנה אחד עם העובדה שאמנת הפליטים אינה מתייחסת באופן מפורש לסוגיית חלופת המגורים הפנימית, ועם התפיסה הרווחת בספרות ובהנחיות נציבות האו"ם לפליטים כי חלופת המגורים הפנימית מהווה חריג להגנה שמעניקה האמנה. חריג זה נבדק רק לאחר שמבקש המקלט הצליח להראות כי הוא עומד לכאורה בתנאי אמנת הפליטים. הנה כי כן, בענייננו, מדובר ביישום כללים ועקרונות מוכרים, אף אם אלה יושמו בפעם הראשונה ביחס לחשש מפני התופעה של השחתת אברי מין נקביים.

9. המבקשת מוסיפה וטוענת כי קביעותיו של בית המשפט מנוגדות לקביעות קודמות בהקשר זה והיא מסתמכת בטיעוניה על פסק הדין בע"מ 7945/12 Chidi נ' מדינת ישראל (28.11.2013) וכן על החלטה בדן יחיד (השופט י' עמית) במסגרת בקשה למתן צו ביניים בע"מ 8723/12 ifneanyi okorom נ' משרד הפנים (31.1.2013). החלטות אלו, וכן החלטות נוספות, עמדו לנגד עיני בית המשפט, והוא התייחס אליהן בפסק הדין (פסקאות 54-55 לפסק הדין) בציינו כי בשני המקרים נזכרה חלופת המגורים הפנימית כשיקול נוסף על שיקולים אחרים, ולא עולה מהם קביעה ברורה לעניין נטל ההוכחה הראשוני. קביעה זו מקובלת עלי.

10. טענתה העיקרית של המבקשת היא כי קביעת בית המשפט ביחס לנטל ההוכחה הראשוני, ובמיוחד מקום שבו סוכן הרדיפה הוא אדם פרטי (סעיף 57 לפסק הדין), תטיל נטל כבד על המדינה "שלעמדת גורמי המקצוע ברשות האוכלוסין וההגירה ספק רב אם ניתן לעמוד בו" (סעיף 29 לבקשה לדיון נוסף). לטענת המבקשת, פסק הדין מציב רף ראיות גבוה מהמקובל במשפט המנהלי הנוהג, וזאת ללא התחשבות ביכולתה של המדינה לעמוד בנטל זה מבחינת משאבי המחקר וצינורות המידע הנגישים ליחידות המטפלות במבקשי מקלט מדיני. טענה זו נטענה על ידי המבקשת בעלמא וללא ביסוס מספק. במקרה דנן, בית המשפט סקר וניתח את כל מקורות המידע שעליהם התבססה המבקשת בקביעתה כי יש למשיבים חלופת מגורים פנימית וזאת אל מול טיעוניהם של המשיבים בהקשר זה, והכריע כי בנסיבות העניין לא עמדה המבקשת בנטל המוטל עליה (סעיפים 66-76 לפסק הדין). בית המשפט הוסיף והדגיש כי "הדין נגזר מן העובדות. כל מקרה יצטרך להיבחן על-פי העובדות שביסודו" (פסקה 83 לפסק הדין), ולכך הסכימו כל שופטי ההרכב.

11. המשיבים מנגד ציינו כי בהתאם לקביעות בפסק הדין, שאלת חלופת המגורים הפנימית תתעורר רק מקום שבו מבקש המקלט ביסס באופן מספק את הסכנה לרדיפה אם יחזור למקום ממנו נמלט. קרי, הנטל להראות כי ניתן לשלול מעמד פליט ממי שכבר ביסס לכאורה את חששו מרדיפה, עובר למשיבה רק לאחר שבקשת המקלט צלחה את שלב הבחינה הראשון ולא נדחתה על הסף או בהליך מקוצר (ראו סעיפים 1.ג.1, 3א(1), 4, 5.1, 6 לנוהל הטיפול במבקשי מקלט). המשיבים מדגישים כי על פי דו"ח מבקר המדינה (דו"ח 68 מיום 8.5.2018, רשות האוכלוסין וההגירה – הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל), 88% מבקשות המקלט שהוכרעו בישראל (המהוות כמחצית מכלל הבקשות שהוגשו), נדחו על הסף או בהליך מקוצר. מכאן שרק חלק קטן מבקשות המקלט עובר, אם בכלל, לשלב שבו נבחנת חלופת המגורים הפנימית. נוכח נתונים אלה, שלא נסתרו על ידי המבקשת, הטענה כי פסק הדין מטיל על המבקשת נטל שלא ניתן יהיה לעמוד בו היא טענה מוקשית.

בהינתן כל הטעמים המפורטים לעיל, הבקשה נדחת. המבקשת תישא בהוצאות המשיבים ובשכר טרחת עורך-דין בסך של 10,000 ש"ח.

ניתנה היום, י"ד בתמוז התש"ף (6.7.2020).

ה נ ש י א ה