



**מדינת ישראל**  
**בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952**

ערר (י-ם) 14-2595

**בית הדין לעררים בית דין ירושלים**  
**בפני כב' הדיינת שרה בן שאול ויס**

**העורר:**

1. **ביניאם יוסף גברמזדהין, מס' 4628 85760**  
ע"י ב"כ עו"ד ענת קדרון

נ ג ד

**המשיב:**

**משרד הפנים - רשות האוכלוסין וההגירה**  
ע"י הלשכה המשפטית

**פסק דין**

1. בקשתו של העורר, אזרח אריתריאה, למקלט מדיני נדחתה על ידי המשיב בהליך מקוצר; העורר מבקש כי יוכר כפליט, ולחילופין, כי יקבל "הגנה זמנית" שמשמעותה, למצער, רשיון ישיבה ועבודה בישראל.
2. עמדת המשיב, בקליפת אגוז, הינה כי עריקה או השתמטות משירות צבאי אינה מהווה לכשעצמה עילה מוכרת עפ"י אמנת הפליטים ואין לקבל את הטענה כי כל עריק או משתמט נתפס ע"י המשטר באריתריאה כמי שהביע דעה פוליטית כנגדו. העורר לא הביא ראיות לכך שמתקיימת בו באופן אישי אחת מעילות המוכרות באמנת הפליטים. עם זאת, המשיב הבהיר כי העורר ימשיך ליהנות ממדיניות אי-ההחזרה, ההרחקה המיושמת על כלל אזרחי אריתריאה השוהים בישראל, וזאת בהתאם לעיקרון אי-ההחזרה, ועל רקע הכרה באריתריאה כמדינת משבר.
3. **רקע ונתונים - מבקשי מקלט ומסתננים לישראל**  
בעשור האחרון מתמודדת מדינת ישראל עם גל של הגירה בלתי חוקית, הן של מי שנכנסו לישראל כדין דרך מעבר גבול (כתיירים או כעובדים זרים) ונשארו בה מעבר לתקופת האשרה שניתנה להם והן של מסתננים שנכנסו לישראל באופן בלתי חוקי ושלא דרך מעבר גבול, בעיקר לאורך הגבול עם מצרים. יובהר, כי שוהים בלתי חוקיים היו בישראל במספרים גדולים מאז שנות התשעים של המאה הקודמת, אך עד להקמת משטרת ההגירה (בשנת 2003) לא נעשה כל מאמץ להרחיקם מישראל, ולא נאספו כל נתונים לגביהם. ראייה לכך ניתן למצוא בשתי החלטות הממשלה (מס' 165 ומס' 2183) מהשנים 2005 ו-2010, שעסקו בהסדרת מעמדם החד-פעמי של ילדי זרים ששהו בישראל באופן בלתי חוקי, והתערו בתרבות ובחברה הישראלית (ראו למשל פסק הדין בעע"מ 9890/09 קאנון איקנה נוואה משרד הפנים (פורסם בנבו, 11.07.13)). לכך יוסף כי על פי נתוני המשיב



## מדינת ישראל בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

(נתוני זרים בישראל, מהדורה 2/2016, יולי 2016 באתר רשות האוכלוסין וההגירה) נמצאים כיום בישראל לפחות 106,000 זרים שהם שוהים בלתי חוקיים בישראל (עובדים זרים ותיירים שפג תוקף אשרותיהם) שאינם נכללים בהגדרת המשיב "מסתננים"; לא מצאנו נתונים בשאלה כמה מהם הגישו בקשות למקלט מדיני במהלך העשור האחרון.

4. כפי ששוהים בלתי חוקיים אינם תופעה חדשה בישראל, אף מבקשי מקלט היו בישראל כבר משנות התשעים של המאה שעברה; עם זאת רק בראשית שנות האלפיים, במקביל להקמת משטרת ההגירה, הוחל בהגשת בקשות מקלט כאמצעי נפוץ להסדרת מעמד בישראל. החל מראשית העשור הראשון של שנות האלפיים, הסתננו לישראל קבוצות שונות של זרים, לאו דווקא מאפריקה (קרבתות סחר בבני אדם בכלל ובנשים בפרט, מהגרין עבודה ממדינות הבלקן, מזרח אירופה ואסיה). מיעוטם ביקשו מקלט בישראל. ראו, לדוגמא, פסק הדין בבג"ץ 5637/07 פלונית נ' שר הבריאות שעסק בקרבתות סחר שהובאו לישראל בעשור הראשון של אלף זה; בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 13.04.11): "החל בשנות ה-90, גדל באופן ניכר היקף העסקתם כחוק של עובדים זרים בכל ענפי המשק בישראל. במהלך השנים, הלך וגדל גם מספרם של העובדים הזרים השוהים ועובדים בישראל ללא היתרים. חלק מאותם עובדים נכנס לארץ ללא היתר, ואחרים נכנסו בהיתר ונשארו בארץ לאחר פקיעת תוקף ההיתר. היו שהשתקעו בארץ לאחר שנים של שהייה בלתי-חוקית בה." (פסקה 18-22 לפסק הדין של כבוד השופטת א' פרוקצ'יה).

5. מתוך שתי הקבוצות של השוהים הבלתי חוקיים בישראל - אלה שהגיעו דרך מעברי גבול ואלה שהסתננו לישראל שלא כדין, רבים המבקשים מקלט מדיני בישראל. על פי נתוני המשיב כפי שהוגשו לבית הדין בערר (י-ם) 2150-16, עד ליום 10.5.16, הוגשו 7,041 בקשות מקלט של אריתריאים; על פי אותם הנתונים בשנת 2015 לבדה הוגשו אל המשיב 7,534 בקשות למקלט מדיני, מתוכן קצת פחות ממחצית (3,596) הוגשו על ידי אזרחי אריתריאה והשאר - 3,958, על ידי אזרחי מדינות אחרות (מתוכם 1,373 אזרחי סודאן; 734 אזרחי גיאורגיה; 702 אזרחי אוקראינה). דהיינו, כמחצית מבקשות המקלט של אזרחי אריתריאה הוגשו בשנת 2015 לבדה. כאמור, אין בידינו נתונים לגבי שנים קודמות.

6. אין מחלוקת כי ככלל, אזרחי אריתריאה הנמצאים כעת בישראל הסתננו אליה דרך גבול מצרים. "לפי הנתונים העדכניים של רשות האוכלוסין וההגירה, עד ליום 30.6.2015 נכנסו לישראל 64,309 מסתננים במצטבר, מתוכם שוהים בישראל כיום 45,091 מסתננים. (...) מרבית המסתננים השוהים בישראל (כ-92 אחוזים מתוכם) הם נתיניהן של אריתריאה ושל הרפובליקה של סודן (להלן: צפון סודן) (רשות האוכלוסין וההגירה, האגף לתכנון מדיניות נתוני זרים בישראל - מהדורה מס' 2/2015 (יולי 2015))." (בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.15), פסקה 3 לפסק דינה של כבוד הנשיאה מ' נאור) במקום אחר (נתוני זרים בישראל, מהדורה 2/2016, יולי 2016 באתר רשות האוכלוסין וההגירה) מצאנו כי אזרחי אריתריאה מהווים 72% מסך אותו מספר של זרים שהסתננו לישראל דרך גבול מצרים; מספרית מדובר ב-30,009 איש, מתוכם רק כ-23.5%



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

הגישו בקשה למקלט מדיני. עם זאת, לטענת המשיב בחוות הדעת שהוגשה לבית הדין מטעמו, אזרחי אריתריאה מהווים כ- 63% מקרב המסתננים לישראל ואשר בפיחם טענת מקלט וישראל מהווה יעד לכ- 50% מקרב מבקשי מקלט מאריתריאה המגיעים למדינות המערב. (ראה: UNHCR Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries, 2011 in review, page 30; <http://www.unhcr.org/4e9beaa19.html>).

#### אמנת הפליטים והטיפול במבקשי מקלט בישראל

7. "במישור המשפט הבין-לאומי, מדינת ישראל מחויבת לכבד את הוראותיה של אמנת הפליטים (כ"א 65, 5 (אושרה בשנת 1954)) ואת הוראותיה של הפרוטוקול המשלים לה (כ"א 690, 23 (אושר בשנת 1968)) – וזאת הגם שהוראות האמנה לא אומצו בחקיקה פנימית (עיינו: עע"מ 8870/11 גונזלס נ' משרד הפנים [פורסם בנבו] (25.4.2013) (להלן: עניין גונזלס), בפסקה 8, וכן: עע"מ 4922/12 פלוניס (חוף השנהב) נ' משרד הפנים [פורסם בנבו] (7.7.2013) (להלן: עניין פלוניס) והאסמכתאות הנזכרות שם בפסקה 12). הדבר בא לידי ביטוי ב"נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל" (משרד הפנים, רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול (2011); להלן: נוהל הטיפול במבקשי מקלט, או הנוהל), אשר קובע כי: "הטיפול בבקשות למקלט מדיני ייעשה בהתאם לדין בישראל ובשים לב למחויבויות שנטלה על עצמה מדינת ישראל לפי אמנת ג'נבה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 ולפי הפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967". אדם כשיר לקבל מעמד של פליט (על מכלול הזכויות וההגנות הנלוות לו), אך ורק אם הוא עומד בקריטריונים המנויים בהגדרת "פליט", הקבועה בסעיף 1A(2) לפרק הראשון של האמנה, וכן בתנאי שאף אחת מהוראות השלילה של האמנה (ראו סעיפים: 1(ד)-1(ו) לאמנה) איננה חלה, וכל עוד הוא איננו נכנס לגדר תנית ההפסקה הקבועה בסעיף 1(ג) לאמנה." (עע"מ 1440/13 ציימה נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו, 7.8.13] פסקה 14 לפסק דינו של כבוד השופט ח' מלצר)(להלן: עע"מ ציימה)
8. "פליט" הוא מי שנמצא מחוץ לארץ אזרחותו בשל "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(2) לאמנת הפליטים). כדי לזכות בהכרה כפליט, אדם נדרש להגיש למדינה המארחת – המדינה שאליה הגיע מארץ מוצאו – בקשה למקלט (בחלק מן המדינות בקשות למקלט מוגשות אל נציבות האו"ם, ובאחרות הן מוגשות ישירות לרשות ממשלתית האמונה על התחום). אמנת הפליטים מחייבת להעניק למי שהוכר כפליט זכויות בתחומים שונים, ואוסרת לגרשו אל ארצות שבהן חייו או חירותו יהיו בסכנה מהטעמים האמורים. על פי דו"ח נציבות האו"ם, נכון לסוף שנת 2012 הוכרו ברחבי העולם מעל ל- 9.8 מיליון בני אדם כפליטים. מרביתם התרכזו במדינות אפריקה ודרום אסיה, ומיעוטם במדינות אירופה ובארצות הברית (ראו U.N. HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, UNHCR STATISTICAL



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

(YEARBOOK 2012, at 26 (2013) (זמין כאן) (...)) אף שאמנת הפליטים לא נקלטה בדין הישראלי, נודעת לה משמעות גם במשפטנו הפנימי. זאת, נוכח החזקה הפרשנית שנקבעה בפסיקתנו, שלפיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות של המשפט הבינלאומי המחייבות את מדינת ישראל. על פי "חזקת ההתאמה", חוקי המדינה יתפרשו – ככל הניתן – באופן העולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי (ראו למשל: דני"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 743-742, 767 (2000); תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" משפט בינלאומי 69, 72-74 (רובי סיבל עורך, מהדורה שנייה, 2009))." (בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.09.14), פסקה 33)

9. שני סוגים של הגנה מעניקה ישראל למבקשי המקלט בה-הגנה פרטנית והגנה קבוצתית; כלל אזרחי אריתריאה בישראל נהנים מ"הגנה קבוצתית", כפי שנהגה ישראל בעבר לגבי קבוצות אזרחים אחרות, כמו אזרחי חוף השנהב (ראו עע"מ 4922/12 פלוני (חוף השנהב נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 7.7.13) ודרום סודאן (ראו עת"מ (י-ם) א.ס.ף ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 7.6.12)); על משמעותה של ההגנה הקבוצתית בישראל נעמוד להלן.

#### הגנה קבוצתית/ זמנית/ עקרון אי-החזרה

10. בבסיסה של ההגנה הזמנית או הקבוצתית, נמצא עיקרון אי-החזרה (non-refoulement). עיקרון זה הוא לב האמנה וחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, כלומר, כזה המחייב את מדינות העולם גם אם לא קיימת חקיקה פנימית המחייבת זאת. עיקרון זה קובע כי "אף מדינה... לא תגרש ולא תחזיר פליט באיזו צורה שהיא אל גבולות הארצות שבהן יהיו חיי או חירותו בסכנה מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת" (סעיף 33 לאמנת הפליטים). בית המשפט העליון קבע כי עיקרון אי-החזרה הוא נגזרת של זכות היסוד לחיים המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"ץ 5190/94 אל טאי ואח' נגד שר הפנים) (להלן: בג"ץ אל טאי). מדינת ישראל הצהירה בפני בתי המשפט מספר פעמים כי היא רואה את עצמה מחויבת לעיקרון זה.

11. "הגנה זמנית" היא שם כללי להחלטה של מדינה, שאופייה ארעי, לא להרחיק מתחומה פרטים שאינם יכולים לשוב לארץ מוצאם, על בסיס השתייכות קבוצתית, בלי שתיבדק זכאותם הפרטנית למקלט לפי אמנת הפליטים או להגנה משלימה אחרת (Joan Fitzpatrick, Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime, 94 Am. J. Int'l Law 279 (2000) (להלן: פיצפטרק)). ככלל, צעד מעין זה ננקט כאשר מדינה נדרשת להתמודד עם "הצפה" (mass influx) של מי שנאלצו לעזוב את ארץ מוצאם, ולא ניתן להחזירם אליה מסיבה כזו או אחרת, ואחת היא אם יש להם טענה טובה לזכאות למעמד פליט לפי העילות



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

המנויות באמנה או אם חוסר היכולת לחזור לארץ המוצא נובע מסיבה אחרת שאינה נמנית עם חמש עילות הרדיפה המנויות באמנה (למשל, אסון טבע). לעתים, הגם שעשויה להיות לאלה זכאות למעמד פליט לפי אמנת הפליטים, סבורה המדינה כי המנגנון המקובל לבחינת בקשות פרטניות למקלט לא יוכל לעמוד בנטל הכבד שיוטל עליו אם תידרש בחינה כאמור. טעם נוסף לנקיטה במנגנון של "הגנה זמנית", הוא התמודדות המדינה עם קושי לקלוט בעצמה את כל הזכאים להגנה בינלאומית, וכאשר היא סבורה שיש מקום לפתרון בינלאומי, כגון חלוקת האחריות ("burden sharing") בין מדינות שונות לקליטה ולטיפול בהם. " (עע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 17.7.12) פסקה 22 לפסק דינו של כבוד השופט ע' פוגלמן) (להלן: עע"מ אספו).

#### הגנה פרטנית בהתאם לאמנת הפליטים

12. "סעיף A1(2) לפרק הראשון של האמנה העוסק, כאמור, בהגדרת "פליט", מורה, בחלקים הרלבנטיים לענייננו, בדלקמן: (...) "לעניין אמנה זו יהא המונח "פליט" חל באדם - ...

(2) הנמצא מחוץ לארץ אזרחותו בגלל פחד מבוסס [היטב - ח"מ] להיות נרדף מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים, או להשקפה מדינית מסוימת, ואיננו יכול להיזקק להגנתה של אותה ארץ, או איננו רוצה בכך בגלל הפחד האמור" [ראו: התרגום הרשמי של אמנת הפליטים, כ"א 5, 6; עניין גונזלס ועניין פלוניס והאסמכתאות הנזכרות שם]. הנה כי כן, על מנת לזכות בהגנות ובזכויות שמקנה האמנה לאדם, אשר הוכר כ"פליט" (ובראשן ההגנה מפני גירוש למדינה בה יהיו חייו או חירותו של הפליט בסכנה בשל הטעמים האמורים - ראו: סעיפים 12-34 לאמנה), בשלב הראשון, על מבקש המקלט המדיני להניח בבקשתו תשתית עובדתית מתאימה להוכחת קיומם של היסודות הקבועים בהגדרת "פליט" באמנת הפליטים (להרחבה בעניין התשתית העובדתית הנדרשת, ראו: עניין גונזלס), ואלו הם:

- (א) קיומו של פחד מבוסס היטב מפני רדיפה;
- (ב) הטעם לרדיפה ומקורה הם באחד, או יותר מ"עילות האמנה", המנויות "ברשימה הסגורה" של העילות הקבועות בסעיף A1(2), דהיינו, על רקע: גזע, דת, אזרחות/לאום, השתייכות לקבוצה חברתית מסוימת, או השקפה מדינית/דעה פוליטית;
- (ג) הימצאות מבקש המקלט מחוץ למדינתו בשל אותו פחד;
- (ד) היעדר יכולת, או חוסר רצון מצד מבקש המקלט לזכות להגנתה של מדינתו בשל הפחד האמור [עיינו, למשל: עניין פלוניס, בפסקה 14]. " (עע"מ ציימה, פסקה 17 לפסק הדין).

13. "המונח 'פחד מבוסס היטב' כולל רכיב סובייקטיבי ורכיב אובייקטיבי. לא די בתחושותיו הסובייקטיביות של המבקש, אלא עליהן להיות נתמכות במצב אובייקטיבי (מדריך וקווים מנחים להליכים וקריטריונים לקביעת מעמד של פליט לפי האמנה משנת 1951 והפרוטוקול משנת 1967



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

בדבר מעמדם של פליטים, סעיף 38 (2011); עניין צ'ימה, פסקה 28 לפסק דינו של השופט ח' מלצר; עניין פלונית, פסקה 19 לפסק דינו של השופט ח' מלצר). הנטל לבסס את קיומו של 'פחד מבוסס היטב', על שני רכיביו, הוא על המבקש (עע"מ 1484/13 פלוניס נ' משרד הפנים [פורסם בנבו] (1.4.2014) (להלן: "עניין פלוניס")). " (עע"מ 5667-14 פלונית נ' משרד הפנים, פורסם בנבו, 5.1.16), פסקה 28)

#### נוהל הטיפול בבקשות למקלט מדיני בישראל

14. "בעבר, טופלו בקשות מקלט בארץ על-ידי הנציגות המקומית של נציבות האו"ם לענייני פליטים (UNHCR), ולא על-ידי הרשויות בישראל. בקשות המקלט הוגשו לנציגות ה-UNHCR בארץ, ועובדיה בחנו אותן בהליך המקובל, שכולל גם עריכת ראיונות למבקשי המקלט. בסיום התהליך, העבירה נציגות ה-UNHCR בארץ את ממצאיה למטה נציבות הפליטים בג'נבה. עמדת ה-UNHCR ביחס לבקשה פלונית, הועברה לרשויות בישראל. בשלב זה, נדרש שר הפנים להחליט בדבר הענקת אשרה מתאימה למבקש המקלט. בשנת 2001, הוחלט על שינוי ההליך תוך הגברת מעורבות הרשויות בישראל בתהליך בחינת הבקשות. במסגרת נוהל שפורסם באותה שנה על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) דאז (מ' מזוז) (נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל, שמשפרו 5.2.0012), נקבע כי בקשות מקלט תוספנה להיבדק על-ידי נציגות ה-UNHCR בארץ, אך מסקנות בדיקה זו תועברנה לעיון ועדה בין-משרדית מייעצת לשר הפנים שקמה לעניין זה, ובה חברים נציגים של משרד החוץ, משרד המשפטים ומשרד הפנים. בנוהל נקבע כי נציג ה-UNHCR יוזמן ככלל להיות נוכח ולהשתתף בחלק הפתוח של דיוני הוועדה. עוד נקבע כי בראשה של ועדה זו יעמוד משפטן, שהוא שופט בדימוס או משפטן בכיר חיצוני אחר. לאחר שהוועדה תקבל לידיה את ממצאי בדיקת נציגות ה-UNHCR ביחס לבקשה פלונית, ותגבש המלצתה בנדון, תועבר זו להחלטת שר הפנים (...). הנוהל תוקן בשנת 2005, כך שגם קביעה של נציבות האו"ם כי בקשה פלונית שאינה מבססת, ולו לכאורה, עילה לקבלת מעמד ויש לדחותה על הסף – שבתחילה לא דרשה אישור נוסף של מי מרשויות המדינה – הועברה לעיון הוועדה המייעצת ולהחלטת שר הפנים או מי מטעמו. בשנת 2008, עודכן הנוהל בשנית (נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל ובמי שהוכרו כזכאים למקלט מדיני בישראל על-ידי שר הפנים, מס' 5.2.0012, 16.11.2008). בשנת 2008, החל – בתיאום עם נציבות האו"ם – תהליך הדרגתי של העברת הטיפול בבקשות המקלט מנציגות ה-UNHCR בארץ לידי משרד הפנים (ראו גם: בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון, פסקה 8 ([פורסם בנבו], 7.7.2011); ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי, פסקה 28 ([פורסם בנבו], 15.12.2011)). ביום 2.1.2011, נכנס לתוקפו נוהל חדש לבחינת בקשות למקלט – נוהל "הטיפול במבקשי מקלט בישראל" (להלן: הנוהל החדש). (...)



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

הנוהל החדש, הבקשות למקלט מועברות עם הגשתן ליחידת הזיהוי והרישום ברשות האוכלוסין, שעורכת רישום וסינון ראשוני של הבקשות על-ידי ריאיון בסיסי (תשאול) של מבקשי המקלט (סעיפים 2 ו-3 לנוהל החדש). בסמכותה של יחידה זו להמליץ לדחות על הסף בקשות מסוימות שאינן מגלות עילה (סעיף 4 לנוהל החדש). בקשות שאינן נדחות על הסף מועברות ליחידת ה-RSD ברשות האוכלוסין. לאחר ריאיון מקיף (ריאיון עומק) שנערך למבקש על-ידי מראיין המוסמך לכך, מתקבלת החלטה בדבר המשך הטיפול בבקשה (סעיף 5 לנוהל החדש). (...) אם חוות דעתו של המראיין המוסמך היא כי המבקש איננו אמין, טענותיו חסרות בסיס וכיוצא באלה, הוא רשאי להעביר את מסמכי הבקשה עם המלצה לדחייה, בהליך מקוצר, ליו"ר הוועדה המייעצת (סעיף 6 לנוהל החדש). אם יו"ר הוועדה המייעצת סבור כי דין הבקשה להידחות, הוא יעבירה למנהל רשות האוכלוסין לשם דחייתה. מנגד, אם מי מהגורמים שצוינו סבור כי אין לדחות את הבקשה על הסף או בהליך מקוצר – היא תועבר לדיון לפני מליאת הוועדה המייעצת (סעיף 7 לנוהל החדש). המלצת הוועדה המייעצת תועבר לשר הפנים לשם קבלת ההחלטה בבקשה – אם להכיר במבקש כפליט או לדחות את בקשתו. (עע"מ 8675/11 טדסה נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט (פורסם בנבו, 14.5.12), סעיף 11)(להלן: עע"מ טדסה)

#### הטיפול במבקשי מקלט מאריתריאה

15. "אריתריאה היא מדינה שהוכרה כעצמאית בשנת 1993 לאחר שלושים שנות מאבק עם אתיופיה. מאז הוכרה כעצמאית לא נערכו בחירות דמוקרטיות באריתריאה ונשיא המדינה, המכהן גם כראש הממשלה וכמפקד העליון של הצבא, עודנו בתפקידו החל משנה זו. האסיפה הלאומית של אריתריאה מורכבת ממפלגה אחת בלבד (PDFJ). באריתריאה, על פי דו"חות של האו"ם, קיימת הפרה עקבית ונרחבת של זכויות אדם על ידי הממשל. הפרות אלו כוללות הוצאות להורג ללא משפט; מדיניות של ירי על מנת להרוג המכוונת למי שמנסה לצאת מגבולות המדינה; היעלמויות של אזרחים ומעצרים שלא נמסרים למשפחות; מאסרים ומעצרים שרירותיים; שימוש נרחב בעינויים פיזיים ופסיכולוגיים במהלך חקירות של המשטרה, הצבא וכוחות הביטחון; תנאי מאסר לא אנושיים; שירות חובה צבאי לתקופה ארוכה ובלתי מוגבלת שבמהלכו נעשה שימוש בעונשים אכזריים המובילים אף להתאבדויות; אי כיבוד זכויות אזרח כגון חופש הביטוי, האסיפה, ההתאגדות, חופש הדת והתנועה; אפליית נשים ואלמוות מינית; הפרת זכויות ילדים, כולל גיוסם של ילדים; ועוד (ראו דו"ח שהוכן עבור מועצת זכויות האדם של האו"ם מחדש מאי 2013 – Sheila B. Keetharuth "Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in Eritrea" <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/140/99/PDF/G1314099> למצוא



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

16. **OpenElement.pdf**. " (בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.13), סעיף 6 לפסק דינה של כבוד הנשיאה ע' ארבל). (להלן: בג"ץ אדם)
16. כן ראו האמור בדו"ח מחלקת המדינה האמריקאית לשנת 2013 המתאר את אריתריאה כמדינה בעלת משטר אוטוריטטיבי ריכוזי ( **United States Department of State, 2013 Country Reports on Human Rights practices – Eritrea, 27 February 2014, available at: <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/humanrightsreport/index.htm#wrapper>**).
17. ביום 05.07.2012 התכנסה מועצת זכויות האדם של האו"ם והביעה דאגה עמוקה נוכח הפרת זכויות האדם החמורה והשיטתית של ממשלת אריתריאה ביחס לאזרחיה, לרבות זכויות אזרחיות ופוליטיות וכן זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. בין היתר ביקרה המועצה את השימוש ב"שירות הצבאי" לצורך עבודה כפויה, לרבות השימוש במגויסים לצבא ובקטינים לעבודה במכרות. המועצה מתחה ביקורת חמורה בין היתר על הגיוס הכפוי של אזרחים לתקופות בלתי קצובות בזמן ל"שירות לאומי" שהוא בפועל עבדות כפויה; על מדיניות ה- "ירי כדי להרוג" המופעלת בגבולות כדי למנוע בריחה של אזרחים מאריתריאה. המועצה קראה לממשלת אריתריאה לחדול ממעצר אזרחיה ולהפסיק את השימוש בעינויים, ביחס ובעונשים בלתי אנושיים; לחדול ממדיניות הגיוס הבלתי קצוב בזמן ולהפסיק להעניש בני משפחה אשר קרוביהם עזבו את אריתריאה על מנת להימנע מן השירות הלאומי. המועצה מינתה "דווחית" מיוחדת לבחינת מצב זכויות האדם באריתריאה. אריתריאה מסרבת לשתף פעולה עם הדווחית המיוחדת.
18. הדווחית המיוחדת שמונתה על ידי מועצת זכויות האדם של האו"ם הביעה דאגתה בחודש מרץ 2014 באשר להפרת זכויות האדם הנעשות באריתריאה בהקשר של השירות הצבאי (ראה – **OHCHR-UN Office of the high Commissioner for Human Rights: Eritrea: United Nations Expert Warns About Persisting Human Rights Violations To The National Service, 31 March 2014**). לדבריה, כל החיים באריתריאה נשלטים על ידי השירות הצבאי. מי שמגויס לצבא לא ישוחרר, אף אם אדם יסלים את השירות הצבאי, הרי שלאחר מכן יוכרח לשרת באחד מאגפי הממשלה. הדווחית המיוחדת תיארה את אוירת הפחד השוררת באריתריאה, את המעצרים השירותיים שסיבתם אינה ידועה לנעצרים (למשל בהאשמה לפיה האדם תכנן לעזוב את אריתריאה). בנוסף לכך תיארה הדווחית את העונשים הכבדים שמושתים, לרבות על בני משפחה של מי שברחו מן השירות, שכוללים מעצר לתקופות ארוכות ופגיעה שיטתית. הדווחית תיארה מציאות בה אין לאזרח כל כתובת לפנות אליה או דרך להגן על עצמו מפני פעולות אלה וכתוצאה מכך, אוירה של פחד שמתפשטת גם אל מחוץ לגבולותיה של המדינה.



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

19. בדו"ח נוסף שהעבירה הדווחית המיוחדת למועצת זכויות האדם של האו"ם ביום 13.05.2014 היא מציינת כי הממשלה הפכה את השירות הצבאי לבלתי קצוב בזמן כך שאדם באריתריאה מבלה את רוב חייו בשירות המדינה (פיסקה 36 לדו"ח). לעניין זה מציינת הדווחית את פסיקתה של ועדת זכויות האדם של האו"ם לפיה הגבלות במהלך שירות צבאי שאינן מידתיות לצרכים הצבאיים ואינן חולמות תנאי חיים נורמליים במסגרת צבאית מהווים שלילת חירות (ראה פיסקה 37 לדו"ח). עוד ציינה הדווחית כי גיוס כפוי לצבא מהווה הפרה של סעיף 8 של האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (שם, פיסקה 39 לדו"ח). הדווחית ממשיכה ומונה שורה ארוכה של הפרות זכויות אדם, כמעט בכל תחום אפשרי: חופש התנועה, חופש הדת והמצפון, חופש הביטוי, הפרה של זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (בהן הזכות לעבוד, הזכות לחיי משפחה ועוד).
20. הנחיות נציבות האו"ם ביחס למבקשי מקלט מאריתריאה מאפריל 2011 (להלן: "הנחיות נציבות האו"ם ביחס לאריתריאה") ( UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the Intentional Protection Needs for Asylum-Seekers from Eritrea, 20 (April 2011, HCR/EG/ERT/11/01: על פי הנחיות נציבות האו"ם ביחס לאריתריאה, מקורות רשמיים של ממשלת אריתריאה מציינים כי נשים בשירות צבאי הנישאות משתחררות מהשירות. קטגוריות אחרות של מקבלי פטור משירות לאומי הן נשים מוסלמיות, אימהות מניקות, נשים נשואות ואימהות. יחד עם זאת, תועדו מיקרים של פשיטות של הצבא למטרת גיוס של נשים, כולל נשים מוסלמיות ואימהות. ההנחיות מציינות כי בפועל העונש באריתריאה בגין השתמטות או עריקה הוא כה חמור ובלתי מידתי, עד שהוא מהווה רדיפה. עוד מצוין כי השתמטות ועריקה מהשירות הצבאי יכולים להיחשב כהתנגדות פוליטית למשטר (עמ' 11, 14 להנחיות נציבות האו"ם ביחס לאריתריאה).
21. נציבות האו"ם הכירה בשנת 2007 בתושבי אריתריאה שברחו ממדינתם כמי שלא ניתן להחזירם למדינת האם. מדינת ישראל אינה מרחיקה את אזרחי אריתריאה למדינתם, אך "המשיבה בטיעוניה נמנעת מלאשר כי מדובר אכן ב"הגנה זמנית" על המשמעות (הלא-אחידות, יש לומר) שנושא מושג זה במדינות השונות, והיא מדגישה כי מדובר במדיניות המצטמצמת ל"אי-הרחקה זמנית". זאת ותו לא, מבלי שנקבעו בצידה כללים ונהלים ברורים הנוגעים לזכויותיהם של אותם "בלתי-מורחקים" בעת שהותם בישראל." (ע"מ אספו, פסק דינה של כבוד השופטת אי' חיות).
22. ראו דבריו של כבוד בית המשפט העליון, עת נדרש לשאלת חוקיותו של החוק למניעת הסתננות (עבירות שיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 בפסק דינו בבג"ץ אדם: "נכון להיום נוקטת מדינת ישראל במדיניות "אי-הרחקה זמנית" של אריתריאים לארץ מוצאם וזאת בהתאם לעיקרון אי-ההחזרה, ועל רקע הכרה באריתריאה כמדינת משבר. הגנת אי-ההרחקה ניתנה, טרם התיקון לחוק למניעת הסתננות, על בסיס השתייכות קבוצתית בלי שנבדקה זכאות פרטנית למקלט לפי אמנת הפליטים. יש להדגיש ולהבחין כי אין מדובר בהגנה קולקטיבית שמשמעותה כי



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

כל אחד מחברי הקבוצה נהנה ממעמד פליט בהיעדר ראיות לסתור, שכן לשם כך נדרשת קביעה פוזיטיבית של המדינה, קביעה שלא נעשתה על ידי מדינת ישראל (עניין אספו, פסקאות 17, 22). לרוב, הנהנים מהגנה זמנית אינם זוכים לזכויות מלאות הניתנות למי שהוכר כפליט. מטרתה של ההגנה, כשמה כן היא, זמנית, ואין מטרתה לאפשר השתקעות במדינה הקולטת. עם זאת, נראה כי ישנו קושי להחזיק במדיניות של הגנה זמנית לאורך זמן, ונדרש לאחר חלוף הזמן לבחון באופן פרטני את הזכאות של חברי הקבוצה למעמד פליט (ראו סקירתו של השופט מוגלמן בעניין אספו). משמעותה של המדיניות של ישראל כלפי אזרחי אריתריאה מעולם לא הובהרה כל צרכה על ידי המדינה. כך, מלבד עיקרון אי-ההחזרה הנובע מהגנה זו, לא נחקק כל הסדר מפורט באשר למשמעותו של הסדר זה ולזכויות הניתנות מכוחו, ועל כך כבר העירה השופטת חיות בקובעה שמדובר במצב "בלתי רצוי בעליל. הערפל הנורמטיבי יוצר אי-וודאות מכבידה ביותר מבחינת האנשים עצמם... בתי המשפט נאלצים אף הם להתמודד בשל כך חדשות לבקרים עם שאלות ומצבים שונים ומגוונים שמייצרת, מטבע הדברים, מציאות החיים והנוגעים לזכויותיהם של אנשים אלה" (ראו הערתה של השופטת חיות בעניין אספו). מכל מקום, לענייננו חשובה העובדה כי לאחר הגעתם של נתינים אריתריאים לישראל לא ניתן לעת הזו להרחיקם חזרה לארץ מוצאם, מצב המחייב את מדינת ישראל להתמודד עם הישארותם בגבולותיה בשלב זה."

#### חוות הדעת בעניין "בחינת בקשות למקלט של מבקשי מקלט מאריתריאה"

23. רק לאחר תחילת יישומו של החוק למניעת הסתננות (עבירות שיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (ביוני 2012) החלה מגמה של הגשת בקשות למקלט פרטניות על ידי מסתננים מאריתריאה מתוך המשמורת ומחוצה לה. לצורך בירור בקשותיהם למקלט ולצורך גיבוש מדיניות בנוגע לבחינת בקשות למקלט של נתיני אריתריאה ולאור הסוגיות המורכבות שמעלה הטיפול בבקשות אלה, החליט המשיב לגבש חוות דעת כללית (להלן: חוות הדעת) מאת הגורמים המקצועיים אצל המשיב בשיתוף ובסיוע גורמים ממשלתיים נוספים ביחס למצב הכללי השורר במדינת אריתריאה ובפרט בדבר השאלה האם ניתן לראות במי שהשתמט או ערק משירות צבאי או במי שמתנגד מצפונית לשרת, כמי שעלול להיות נתון לרדיפה בשל אחת העילות המנויות באמנת הפליטים.
24. חוות הדעת, שנכתבה על ידי עו"ד דניאל סולומון, היועץ המשפטי של המשיב, היא התשתית המשפטית של כלל החלטותיו של המשיב בבקשות מקלט פרטניות של אריתריאים בישראל. חוות הדעת הועברה לעיונו של היועץ המשפטי לממשלה אשר אימץ את העקרונות הקבועים בה והיא הובאה בפני יו"ר הוועדה המייעצת במסגרת תיקים פרטניים של מבקשי מקלט אריתריאים כעמדת המדינה בסוגיה.
25. נקודת המוצא בחוות הדעת היא כי מדינת ישראל מתמודדת עם גל הגירה לא חוקי ובפועל מדובר ב"הצפה" (mass influx) (ראו לכך האמור בע"מ אספו, לעיל). בתקופה שבין אפריל 2010 עד מארס



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

2011 הוגשו באיחוד האירופי למעלה מ- 260,000 בקשות למקלט מדיני. מדובר על כ- 130 מבקשי מקלט לכל מיליון נפש בממוצע באיחוד. רק לשם השוואה, בישראל, במהלך שנת 2011 הוגשו 2140 בקשות מקלט לכל מיליון ישראלים. פי 164.6%. 89% מהמסתננים (כלשון חוות הדעת) לישראל הם נתיני אריתריאה וצפון סודן לגביהם ננקטת מדיניות אי הרחקה זמנית (כלל הנתונים להלן נמסרו בחוות הדעת). שיעור המסתננים והשוהים הבלתי חוקיים בישראל הוא מן הגבוהים בעולם באופן שמוביל לפגיעה באינטרסים חיוניים של המדינה. מדינת ישראל, בניגוד למדינות מערביות אחרות המרוחקות פיזית ממדינות המוצא של המהגרים ואשר מנהיגות מדיניות הגירה מקלה ואף מגדירות עצמן כמדינות הגירה, נמצאת גיאוגרפית לצידן של מדינות עולם שלישי וחולקת עימן גבולות יבשתיים המקלים על המסתננים את ההגירה. לפי נתוני המשיב, מדינת ישראל מהווה הלכה למעשה יעד להגירה מאסיבית מקרב אזרחים ממדינות אפריקה השונות.

26. כאמור בחוות הדעת, מדינת ישראל הבהירה מאז ומתמיד כי אין היא רואה עצמה כמדינת הגירה במובן הרחב של המילה אלא מדינת שבות, וההגירה הנקלטת בה היא בעיקר הגירה כתוצאה מחוק השבות או הגירת בני משפחה של ישראלים או זכאי שבות. הגירה היא כלי שנועד לקדם אינטרסים של המדינה ושל הציבור החי בה. מדיניות הגירה של מדינה צריכה לתת מענה לצרכים חברתיים, כלכליים, מדיניים, תרבותיים וביטחוניים ותוך התייחסות לשיקולים אלו, זכאית מדינת ישראל לפרש את האמנה בצמצום וזאת בשים לב ליסודות הקבועים בה ובהתאם למדיניותה הריבונית.

27. מדינת ישראל מכבדת את המחויבות הבינלאומית שנטלה על עצמה במסגרת ההצטרפות לאמנת הפליטים ובמקרים בהם מוגשת בקשה למקלט מדיני פרטנית על ידי מבקש קונקרטי על בסיס טענות פרטניות שיסודן באמנת הפליטים, תיבחן הבקשה בהתאם להוראות נוהל הטיפול במבקשי מקלט. לצד זאת, לעיתים, וכעניין של החלטת מדיניות, מקבלת מדינת ישראל החלטה כללית שלא להרחיק נתיני מדינות מסוימות, בתקופה מסוימת, ובהתקיים נסיבות מסוימות. לפעמים, החלטת מדיניות שכזו הינה פרי המלצה של האו"ם אך יש לזכור כי מדינת ישראל אינה מחויבת לקבל המלצה שכזו והדבר נתון להחלטתה הריבונית בהתחשב בנתונים הרלבנטיים בכל עת נתונה. מדיניות זו היא תלויה נסיבות ואין הכרח שתישאר על כנה. מדובר בבחינה שצריכה להערך מעת לעת, בשים לב לכלל הנסיבות הרלבנטיות ובאמצעות הגורמים המוסמכים לכך.

28. בחוות הדעת נקבע מפורשות, כי המדיניות הנוהגת כיום בישראל לגבי אזרחי אריתריאה היא מדיניות אי הרחקה זמנית לאריתריאה. מבקש מקלט אשר זוהה באופן ודאי כאריתריאי, יוכל ליהנות מהגנה זמנית מפני הרחקה למדינתו.

29. טענה עיקרית של מבקשי מקלט מאריתריאה היא טענת השתמטות מהשירות הצבאי או נטישה של השירות הצבאי. בהקשר של מבקשי מקלט מאריתריאה שם קיימת חובת שירות מקיפה לגברים ונשים במשך שנים רבות בשירות צבאי/לאומי, מתעוררת השאלה האם ניתן לראות במי שהשתמט או ערק משירות צבאי או במי שמתנגד מצפונית לשרת כמי שעלול להיות נתון לרדיפה בשל אתת



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

העילות המנויות באמנת הפליטים ככלל, והאם ניתן לראות בעריקה/השתמטות כעילה לרדיפה על בסיס דעה פוליטית בפרט.

30. ככלל, לשיטת נציבות האו"ם, החשש מפני רדיפה או ענישה בשל עריקה או השתמטות לא מהווה כשלעצמו חשש מבוסס מפני רדיפה כמשמעותו באמנת הפליטים. אדם אינו פליט אם סיבת העריקה שלו הינה חוסר רצון לשרת בצבא, אך יכול להיחשב ככזה אם הינו סרבן מצפון. ספר העזר קובע כי משתמט מהצבא יכול להיחשב פליט אם ניתן להוכיח כי העונש הקיים בגין העריקה אינו מידתי וחמור וכי האדם מופלה לרעה בשל אחת הסיבות המנויות באמנה. עוד קובע ספר העזר כי במקרים בהם סוג הפעילות הצבאית שבה אדם לא רוצה להיות שותף נחשבת על ידי הקהילה הבינלאומית כמנוגדת לכללים הבסיסיים של התנהגות אנושית, עונש על השתמטות מהצבא יכול להיחשב כרדיפה.

31. חוות הדעת מצטטת מדבריו של Goodwin-Gill שסבור כי הסוגיה המרכזית בבחינת האפשרות לקבלת מעמד פליט על רקע סרבנות לשירות צבאי הינה בבחינת הרציונל שהביא אותו אדם להתנגד לממשלתו והסיכון שהענישה שלו בגין מעשה זה תהווה רדיפה. לטענתו, התנגדות לשאת נשק משקפת דעה פוליטית כנגד מגבלות הממשל ולכן מהווה אקט פוליטי במהותו. על המדינה לוודא כי חובת הגיוס תהיה לכל הפחות סבירה וכי יתקיים קשר סביר של מידתיות בין המטרה לאמצעי. ככל שהענישה בגין הסרבנות הינה שרירותית, מופרזת ולא מידתית, קיים יותר סיכוי שתגיע לכדי רדיפה. Goodwin-Gill כותב בספרו כי יש לבחון את האפשרות הקיימת באותה מדינה לשירות צבאי אלטרנטיבי (כגון שירות לאומי).

32. העובדה כי למבקש המקלט יש דעות שונות מאלו של השלטון אינה כשלעצמה עילה המבססת הכרה כפליט ויש להוכיח פחד מפני רדיפה על רקע זה. למבקש המקלט צריכות להיות דעות שאינן נסבלות על ידי השלטון והמבקרות אותו ואת שיטותיו ושלשלטונות יהיה ידוע על כך או שדעות כאלה מיוחסות על ידי השלטונות למבקש. במצבים שכאלה יש לבדוק האם יש סיכוי שהשלטונות ידעו על קיומן של אותן דעות פוליטיות והאם יש סבירות שידעו על קיומן ככל שהמבקש יחזור למדינתו.

33. מבקש מקלט הטוען לפליטות על רקע דעה פוליטית לא נדרש עפ"י ספר העזר להוכיח שהרשויות במדינת מוצאו ידעו את דעותיו הפוליטיות לפני שעזב את המדינה. אולם, עצם העובדה שהוא מסרב לחסות תחת הגנת מדינת מוצאו או מסרב לחזור אליה עלול לחשוף את הלך רוחו ולהעלות את הפחד מפני רדיפה. בנסיבות שכאלה, המבחן של פחד מבוסס היטב יהיה מבוסס על הערכה של ההשלכות שיהיה על מבקש מקלט שיש לו זיקות פוליטיות מסוימות להתמודד עמן בעת חזרתו למדינת מוצאו (ספר העזר, פסקה 83).

34. במקום בו אדם מועמד לדין או צפוי לעונש בגין עבירה פוליטית, הרי שאם העבירה בוצעה מתוך מניע פוליטי והעונש הצפוי הינו בהתאם לחוק הכללי של המדינה הרלוונטית, פחד מפני העמדה לדין כזאת אינו לכשעצמו מקנה לאדם מעמד של פליט (ספר העזר פסקה 84) העמדה לדין בגין עבירה



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

שהינה פוליטית במהותה יכולה להיות בהתאם לנסיבות תירוץ להענשת האדם בגין דעותיו הפוליטיות (ספר העזר, פסקה 85). ייתכן שיש יסוד להניח שעבריין פוליטי יהיה נתון לעונש שרירותי או מופרז בגין העבירה לכאורה ועונש זה יכול להגיע לכדי רדיפה (ספר העזר, פסקה 85). לפיכך, ספר העזר מנחה לבחון את הגורמים הבאים: - אישיות מבקש המקלט, דעתו הפוליטית, המניע של מעשיו, אופי המעשה אותו ביצע, אופי הליך העמדתו לדין והמניע שלו, אופי החוק עליו מבוססת ההעמדה לדין (ספר העזר, פסקה 86).

35. נציבות האו"ם סוברת כי השתמטות משירות לאומי או צבאי יכולה להיחשב בנסיבות מסוימות שצריכות להיבחן בכל מקרה לגופו, כהשתייכות לקבוצה (חברתית, פוליטית וכיוצא בזה) ועלולה להעמיד את אותו אדם בסיכון. במקרים כאלה, יציאה לא חוקית או ללא אישור מגבולות אריתריאה יכולה להיחשב על ידי השלטונות כניסיון להשתמט משירות צבאי. העונש, כאמור לעיל, בגין השתמטות או עריקה, יכול לעלות לכדי רדיפה. מנגד, אפשר שכוונה כזו לא תיחוס לבני אדם שיצאו את המדינה באישור.

36. הפסיקה במספר מדינות מערביות – ארה"ב בריטניה, ניו זילנד, אוסטרליה ושוויץ מלמדת, כי בכל אחת מהמדינות הללו הכירו בתי המשפט בנסיבות מסוימות כי עריקה משירות צבאי באריתריאה יכולה להוות עילה לפליטות, וזאת על רקע הבעת דעה פוליטית או ייחוס של דעה פוליטית. עם זאת, קיימים הבדלים בין המדינות השונות באשר לחזקות והנחות היסוד המשמשות את בתי המשפט בבואם לבחון את עובדות המקרה וכן ביחס לרף הראייתי שנדרש המבקש להציג. כך למשל, ניתן להצביע על מדיניות מקלה יותר בבריטניה, שם התקבלה הטענה כי מי שהינו בגיל שירות, אינו נהנה מפטור ועזב את אריתריאה שלא כדין (ללא אישור) נתון לסכנת רדיפה על רקע פוליטי, בעוד שמן הפסיקה האמריקאית עולה כי במרבית המקרים נדרשו מבקשים להראות כי הביעו בפומבי את התנגדותם למשטר.

### ארה"ב

37. ארה"ב נוקטת גישה נוקשה יחסית כלפי מבקשי מקלט מאריתריאה. הפסיקה האמריקאית מלמדת כי ככלל, הכירו הערכאות האמריקאיות בכך שסירוב להתגייס או עריקה עלולים בנסיבות מסוימות לבסס חשש מפני רדיפה על רקע פוליטי. עם זאת, בחינת טענות פרטניות לפליטות נעשית בכל מקרה ומקרה בהתאם לטענות העובדתיות שהועלו על ידי המבקש.

38. פסק הדין הבולט בהקשר לאריתריאה הינו *Nuro v. Nuru v. Gonzales*, 404 F. 3d 1207 (9th Circuit, בשנת 2005, שם המערער ערק מהצבא לאחר שהביע התנגדות לשירות ולהמשך הלחימה נגד סודאן בפני מפקדיו ויחידתו. מיד לאחר מכן, הוענש והיה נתון להכאות ולהתעללות פיזית במשך כ- 25 יום אשר גרמו לפגיעות גוף שונות.



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

39. בית המשפט קבע כי המערער זכאי להגנה מכח האמנה נגד עינויים לאחר שהוכיח, בהתאם לסטנדרט הנדרש מכח האמנה, כפי שהוטמעה בחקיקה אמריקאית, כי ישנה סבירות שיהיה נתון לעינויים אם יוחזר לאריתריאה כחלק מענישה המופנית נגדו. יתרה מכך, בית המשפט גם מצא כי העינויים אותם עבר המערער עולים לכדי רדיפה וכן עונים על הדרישה כי תהיה זו רדיפה בשל דעה פוליטית, נוכח ההתנגדות שלו למלחמה בסודאן (Nuru v. Gonzales, 1225-1227), זאת, בניגוד לקביעת הערכאה המנהלית כי התנגדותו של המערער להמשך שירותו הצבאי נבעה מאינטרסים אישיים ומפחדנות ולא ממניעים פוליטיים כנים. יצוין, כי בית המשפט ציין כי לא די בכך שהמערער יתנגד לשירות על רקע דעה פוליטית, אלא שנדרש כי דעה זו תהיה ידועה לרודפיו וכי הרדיפה תהיה לפחות בחלקה מבוססת על התנגדות זו ללחימה (שם, עמ' 1226). במקרה דנן, מצא בית המשפט כי אין ספק שרודפיו של המערער היו מודעים להתנגדותו, שכן הביע באוזניהם התנגדות פוליטית ללחימה. המדינה ניסתה לטעון כי ככל שיוחזר המערער לאריתריאה, הוא יהיה נתון לענישה פלילית רגילה בגין עריקתו ולא בשל רדיפה פוליטית. בהקשר זה קבע בית המשפט כי המערער אינו נדרש להוכיח כי רדיפה פוליטית הינה המניע היחיד לענישתו על מנת ליהנות מהגנה של פליט. עם זאת, זמן קצר לאחר מתן פסק הדין של Nuru בוצע תיקון חקיקה במסגרת ה- REAL ID ACT, המעלה את הרף המשפטי החל על בקשות מקלט בגין רדיפה על בסיס אחת מחמש העילות המוכרות באמנת הפליטים באופן שכיום נדרש המבקש להוכיח כי עילת הרדיפה מכח האמנה הינה המניע המרכזי לרדיפתו.
40. בשל מבנה מערכת המשפט בארה"ב והיות שמדובר בערכאות מקבילות, כל ערכאה שמה דגש על אלמנטים שונים במסגרת הניתוח המשפטי של הסוגיות.
41. בעניין Haile v. Holder (2012 U.S. App. LEXIS 23315, 5<sup>th</sup> Circuit), נדחתה בקשת המקלט של המערער אשר ערק מהצבא, זאת על אף שהיה נתון במעצר באריתריאה וטען כי הרשויות באריתריאה האמינו כי סייע לאחרים לערוק משירות. הערכאה המינהלית לא קיבלה את הטענה כי מעצרו ורדיפתו היו על רקע פוליטי. בית המשפט הפדראלי לא מצא לנכון להפוך קביעה זו ואישר כי המערער לא הצליח להצביע על הקשר נדרש בין הרדיפה ממנה סבל לבין אחת העילות המנויות באמנה ובחקיקה האמריקאית.
42. בעניין Fessehay v. Holder (2012 U.S. App. LEXIS 20916, 5<sup>th</sup> Circuit) נדון ערעורו של אזרח אריתריאה אשר טען למעמד של פליט בשל השתמטותו משירות צבאי. בית המשפט הבהיר כי לצורך הכרה מכח העילות שבאמנה, יש להוכיח לא רק חשש מפני רדיפה עתידית (בהיעדר ראיות לרדיפה בעבר), אלא גם כי רדיפה זו הינה בשל דעה פוליטית. עוד ציין בית המשפט כי ככלל, העמדה לדין בשל הפרת חוקי המדינה אינה עולה לכדי רדיפה אלא אם כן ענישה זו מונעת ע"י אחת העילות המוגנות והעונש הינו מוגזם או שרירותי כלומר, **מדובר בשתי דרישות מצטברות**. באותו עניין פסק בית המשפט כי מעדותו של המערער עולה שמעצרו באריתריאה עובר לבריחתו נבע מאי ציות



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

לפקודות בצבא ולא בשל הבעת דעה פוליטית. ביחס למעצר נוסף נמצא כי זה נבע בעיקר מהרצון לחלץ מידע מהמערער אודות אביו ולא בשל דעותיו הפוליטיות. חשוב לציין כי בית המשפט הורה שלא לגרש את המערער לארצו וזאת בהתאם להוראת סעיף 3 לאמנה האוסרת על עינויים. פסק הדין ניתן לאחר תיקון החקיקה שהוזכר לעיל ומשקף ככל הנראה את החמרת הרף הראייתי הנדרש בעקבות התיקון.

43. בעניין *Mohammed v. US Attorney General* של ה- 11'th Circuit (2008) 1340, 547 F. 3d נדון עניינו של המערער אשר טען שערק משירותו הצבאי בשל היותו סרבן מצפון, אך המשיך להתגורר באריתריאה במשך 3 שנים לפני הגעתו לארה"ב, ואף קיבל תעודת זהות ועבד במשך תקופה זו. בדעת רוב דחה בית המשפט את הערעור בקבעו כי המערער לא הציג ראיות מהימנות אודות רדיפה בעבר ולא הצביע על יסוד לרדיפה פרטנית נגדו מלבד הפרות זכויות האדם באריתריאה באופן כללי. דעת הרוב ציינה כי לצורך הוכחת טענתו, (בהתאם לפסק הדין בעניין – *M.A. v. INS*, 899F.2d (304 (4'th Cir. 1990)) היה על המערער להראות כי ייענש באופן בלתי מידתי בשל סירובו לשרת בצבא או שייאלץ להצטרף לצבא המגונה ע"י הקהילה הבינ"ל (*Internationally condemned military*). דעת המיעוט סברה כי על אף שהמערער לא הצליח לעמוד ברף הראייתי הנדרש מבחינה סובייקטיבית, קיימות די ראיות עצמאיות ואובייקטיביות אודות מצב זכויות האדם באריתריאה על מנת לבסס את טענת הפליטות של המערער (שם, עמ' 1351). על פי דעת המיעוט, הצליח המערער לבסס כי גם הוא עלול להידרש לשרת בצבא המבצע עבירות חמורות של זכויות אדם וגם כי אם יסרב לשרת, הוא עלול לסבול מענישה חמורה. מדעת המיעוט משתמע אם כך, כי די בהוכחה כי אדם צפוי להיענש באופן לא מידתי וחמור, מבלי שהושם דגש על אלמנט הרדיפה הפוליטית.

44. בעניין *Woldermariam et. al. v. Ashcroft* (2004) 189 (3'rd Cir. Fed. Appx. 112), נדחתה טענת אחד המערערים לפליטות על רקע סירובו להתגייס לצבא באריתריאה, ללא דיון מפורט. בית המשפט קבע, בלי לפרט מהו הבסיס העובדתי לקביעה זו, כי המקרה דנן אינו מהווה אחד מאותם מקרים חריגים בהם ענישה חמורה ובלתי מידתית עשויה לעלות לכדי רדיפה (שם, עמ' 194). גם כאן לא הוזכר התנאי הנוסף, לפיו הענישה צריך שתהיה על רקע פוליטי, למעט איזכור לשון החוק המהווה בסיס להכרה כפליט.

45. בעניין *Asres v. Holder* (2010) 127 (5'th Cir. Fed. Appx. 364), המערער, אשר נמלט ממעצר באריתריאה וערק מהצבא, טען הן למעמד של פליט והן להגנה מכוח האמנה נגד עינויים בפני הערכאה המינהלית. לא ערער על החלטת הערכאה המינהלית בפני בית המשפט הפדראלי שלא להכיר בו כפליט ולפיכך לא פורסמו פרטים נוספים אודות החלטה זו, אשר גם לא נבחנה על ידי הערכאה הפדרלית. באשר לטענת המערער להגנה מכוח נגד עינויים, ציין בית המשפט כי בהיעדר ראיות נוספות ופרטניות (אשר לא הוצגו על ידי המערער), לא ניתן לקבוע כי כל אזרח



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

אריתריאי בין הגילאים 18-40 אשר אינו משרת בצבא זכאי להגנה מכוח האמנה בשל היותו עריק (בהנחה כי אריתריאה אכן מענה עריקים) ודחה את בקשת המערער, אשר התבססה על גילו בלבד ותמונות בהן לבש מדים (שם, עמ' 17-18).

46. חשוב לציין שלמרות הנטייה האמריקאית (לכאורה) שעולה מן הפסיקה שהובאה לעיל, לא להקל במתן מעמד של פליט, בתי המשפט בארה"ב אינם מוציאים צווי גירוש נגד יוצאי אריתריאה אלא מעניקים להם סעד משפטי שנקרא withholding of removal, כלומר, עיכוב או מניעת גירוש לתקופה לא מוגדרת, בגלל המצב הקשה השורר באריתריאה.

#### גרמניה

47. בגרמניה נקבע בפסיקה כי ענישה בגין סרבנות מצפונית או בגין עריקה אינה עולה כשלעצמה לכדי רדיפה על רקע פוליטי אלא אם כן היא מכוונת באופן ישיר כנגד אדם בגין אחת העילות המנויות באמנת הפליטים. ניתן להסיק כי הענישה מכוונת ישירות כלפי אדם בגין אחת העילות שבאמנה מקום שמטרתה אפליה, הפחדה, חינוך מחדש או היטמעות בכוח. ניתן גם להסיק כי מדובר ברדיפה פוליטית מקום שאדם סובל מענישה חמורה יותר בגין תכונות המנויות באמנה. בתי המשפט פסקו בעבר כי גם ענישה קיצונית או שרירותית יכולה להוות אינדיקציה לרדיפה פוליטית.

48. יש לציין כי בית המשפט המנהלי הפדראלי בגרמניה מחיל רף ראייתי שונה מקום שאדם היה נתון בעבר לרדיפה לעומת מקרה שבו אדם חושש מרדיפה עתידית בלבד. במקרה הראשון, מוחל רף ראייתי נמוך יותר – נדרשת אינדיקציה מסוימת שאדם לא יהיה נתון שוב לרדיפה. במקרה השני, מקום שאדם מביע חשש מרדיפה עתידית בלבד, נדרשת דרגה גבוהה יותר של וודאות כי אדם יהיה נתון לרדיפה פוליטית על מנת לזכות במעמד של פליט.

49. בפס"ד Federal Administrative Court (Bundesverwaltungsgericht), Decision of 06 December 1988, 9 C 22/88 התייחס בית המשפט ספציפית לענישה בגין יציאה שלא כדין ממדינת המוצא העולה כדי עריקה, מקום שמדינת המוצא מניחה כי יציאה זו עולה כדי הבעת דעה פוליטית. בית המשפט קבע כי ענישה בגין עזיבה שלא כדין – אף אם האיסור העונשי נובע ממניעים פוליטיים – אינה יכולה כשלעצמה להוות העילה היחידה להענקת מעמד של פליט, שכן היא נעדרת את הקשר הסיבתי הנדרש בין רדיפה פוליטית לעזיבה. כלומר, אדם אשר עוזב את מדינתו שלא כדין ובכך עורק מחצבא אינו יוצא ממדינת המוצא על מנת להימלט מענישה, אלא יוצר את עילת הענישה בשל עזיבתו. בנסיבות כאלה, אדם יזכה להגנה של פליט מקום שהיה נתון לרדיפה פוליטית עובר לעזיבתו, כאשר די ברדיפה בפוטנציה העולה לכדי איום. עוד נקבע באותו מקרה כי אדם שעוזב את מדינת המוצא ממניעים כלכליים שאינם פוליטיים אינו זכאי למקלט עם עזיבתו צפויה כעת להוביל לענישה על רקע פוליטי. בפס"ד Federal Administrative Court (Bundesverwaltungsgericht), Decision of 07 March 1989, 9 B 30/89 נאמר כי ענישה חמורה יכולה להוות קריטריון לבחינת



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

השאלה האם אדם צפוי לרדיפה במסגרת אחת העילות של האמנה, אך אינה עולה לבדה לכדי רדיפה פוליטית. מקום שהענישה אינה הולמת או מידתית בשום אופן, הדבר יכול להוות אינדיקציה למניעים הפוליטיים שעומדים מאחורי ענישה זו. בחוות הדעת הובהר כי לא נמצאו פסקי דין עדכניים לעניין מבקשי מקלט מאריתריאה.

50. עם זאת, במקרה אחד בעניינו של אזרח אריתריאה משנת 2011 נמצא כי המבקש הצליח לבסס את החשש מפני רדיפה על רקע פוליטי בשל התבטאויות שלו כנגד הממשל במהלך שהותו בגרמניה ולפיכך, בית המשפט לא נדרש לשאלת העריקה כעילה לפליטות (Administrative Court of Aachen, 14 October 2011). במקרה אחר, קבע בית המשפט כי לא ניתן לגרש אזרחית אריתריאה בשל החשש כי תהיה נתונה ליחס בלתי אנושי בשל היותה עריקה, אך גם שם לא הוכרעה שאלת הפליטות (Higher Administrative Court of Bavaria, 26 May 2004, 9 B 03.31015).

### שוויץ

51. בשוויץ, כחלק מהתמודדות המדינה עם הצפתה במבקשי מקלט, בעיקר מאריתריאה, נעשה תיקון חקיקה בספטמבר 2012 אשר קובע כי מבקשים אשר הגישו בקשה למקלט מדיני וטענו כי הם סרבו לשרת בשירות צבאי או נטשו את השירות הצבאי לא ייחשבו פליטים אולם הם נהנים מהגנה משלימה (חקיקה מיום 28 ספטמבר 2012 – שוויץ, סקירה בנושא שינוי חוק הפליטים בשוויץ ועריקה מיום 5.3.2013 – רעיין מחקר – יחידת הטיפול במבקשי מקלט).

52. על פי מידע שהתקבל ממשרד ההגירה הפדרלי במדינת שוויץ (מהתכתבות של נציג משרד החוץ עם נציג משרד ההגירה השוויצרי), בטרם תיקון החקיקה שעבר בספטמבר 2012, עמדת משרד ההגירה השוויצרי הייתה לדחות בקשות למקלט מדיני של מבקשי מקלט מאריתריאה שבסיסן טענת העריקה אולם בית המשפט העליון השוויצרי בפסק דין, ARK 2005, 20 December 2005 i.s. l.h., קבע כי הענישה בגין סרבנות מצפונית ו/או עריקה מצבא אריתריאה הינה חמורה ובלתי סבירה וזאת מטעמים פוליטיים. לפיכך, חשש מבוסס מפני רדיפה יתקיים רק אם יוכח קשר קונקרטי עם רשויות הצבא כלומר, במקרה של עריקה משירות צבאי פעיל וכן במקרה בו המבקש כבר קיבל צו גיוס. במילים אחרות, במקרה בו קיימת הוראה קונקרטית של הרשויות, אז ניתן לראות את ההתעלמות ממנה כהפרה של שירות חובה. אולם, אם לא ניתן לקבוע כי קיים קשר קונקרטי, אין סיבה לפחד מפני נזקים רציניים, זאת גם כאשר האדם נמצא בגיל גיוס ועדיין לא שירת בצבא. אנשים אלה צריכים לחשוש מפני גיוס לשירות הלאומי, דבר שכשלעצמו איננו עובר את הסף הנדרש על פי סעיף 3 של חוק המקלט.

53. בהתייחסותה של נציבות האו"ם להצעת החוק השוויצרי (עמדת נציבות האו"ם בעניין התיקון לחוק המקלט השוויצרי ולחוק הפדראלי בעניין אזרחים זרים מיום 22 לאפריל 2009, משרד הקישור של



## מדינת ישראל בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

נציבות האו"ם עבור שוויץ וליכטנשטיין ([WWW.UNHCR.CH](http://WWW.UNHCR.CH) [WWW.UNHCR.ORG](http://WWW.UNHCR.ORG)) העירה הנציבות כי מתוך ההודעה לשינוי חוק מבקשי המקלט וחוק האזרחים הזרים ניתן להבין כי הכוח המניע מאחורי הבקשות לשינויים אלה הוא העלייה במספר בקשות המקלט מצד אזרחי אריתריאה. מטרת ההודעה על הרצון לשנות את החוק היא להפוך את שוויץ לפחות אטרקטיבית עבור מבקשי המקלט מאריתריאה ולשלות רמז לסרבני שירות ועריקים ממדינות אחרות. עוד קבעה הנציבות כי השינויים המוצעים של חוק המקלט שוללים מאנשים את סטטוס הפליט כאשר בקשתם לקבלת מעמד פליט מבוססת רק על סרבנות או עריקה. יחד עם זאת, סברה נציבות האו"ם כי בנסיבות אלה וללא קשר לשאלת מעמד הפליט, אין להחזיר אנשים אשר יאולצו לבצע פעולות צבאיות אשר זכו לגינוי מצד הקהילה הבינלאומית או ייענשו בגלל סרובם לבצע פעולות אלה בדרך בה העונש לסרבנות או לעריקה זהה בהיקפה לרדיפה, למשל כאשר היא מוגזמת או חמורה באופן לא סביר או אפילו מפירה סטנדרטים של זכויות אדם.

54. חרף התנגדות נציבות האו"ם, נערך התיקון בחוק. אולם, בהתאם למידע שנמסר ממשד החגירה השוויצרי, התיקון בחוק, בשלב זה, לא הביא לשינוי בהחלטות בית המשפט לערעורים. כלומר, בית המשפט לערעורים, ובעקבותיו גם משרד החגירה השוויצרי ממשיכים לקבל החלטות חיוביות במקרים של אריתריאים, מאחר ולשיטתם, המחויבות הראשונית של שוויץ היא לאמנת הפליטים.

### בריטניה

55. בבריטניה, מדינה שקיבלה מספרים יחסית גדולים של מהגרים לא חוקיים מאריתריאה, נקבעה גישה משפטית מקלה עד מאוד.

56. על פי הנחיות ה- UK Operational Guidance Note: Eritrea, (United Kingdom: Home Office, )

Operational Guidance Note: Eritrea, September 2011, OGN V12:0, available at:

<http://unhcr.org/refworld/docid/4e8ebb8d2.htm> סעיף 3.7.7 עריקה מהצבא ואפילו

ביקורת על השירות הצבאי נתפשים על ידי הממשלה האריתריאית כסוגיה פוליטית. מסיבה זו, מרבית האסירים הנאסרים מסיבות פוליטיות נכלאים ללא אישום או משפט בשל סירוב או הטלת ספק בשירות הלאומי או בשל עבירות שניתן להעניש בגינן במסגרת החוק הצבאי. התקבלו דיווחים כי מספר אנשים שנעצרו בשל השתמטות מהשירות הלאומי מתו כתוצאה מיחס נוקשה מצד כוחות הביטחון של ממשלת אריתריאה. קיימים דיווחים לפיהם אנשים הוכו קשות ונהרגו בעת גיוס של נשים וגברים צעירים לשירות הלאומי. היה קיים דפוס התנהגות של התנכלות כלפי המגויסים או השפלתם, מה שגרם לעיתים למוות. הממשלה המשיכה, כך על פי הדיווחים שהתקבלו ממקורות שונים, בנהגה של הוצאות לתורג וירי על אנשים באתר הסמוך למכרות חפירה ואזורי גבול בשל ניסיונות לכאורה לחמוק משירות צבאי, הפרעה לפעילות המכרות או ניסיון לעזוב את אריתריאה ללא אשרות יציאה.



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

על פי ההנחיות האלו, הממשלה האריתריאית רואה באנשים המשתמטים משירות צבאי או העורקים מהצבא מתנגדים פוליטיים ועל פי מדיניות ההגירה של בריטניה ניתן לראות ביחס לאנשים אלה כרדיפה בהתאם להגדרות אמנת הפליטים.

57. בעניין **MA (Draft Evaders – ) MA Eritrea v. Secretary of State for the Home Department**

Illegal Departures – Risk) Eritrea CG (2007) UKAIT 00059 (26 June 2007) של בית המשפט לערעורים נקבע כי היות שהמערער עזב את אריתריאה ללא היתר, הינו בגיל גיוס ולא נהנה מפטור משירות, נסיבותיו מצדיקות מתן הגנה מכוח אמנת הפליטים על בסיס דעה פוליטית מיוחדת או אחרת. עוד נקבע כי גירושו לאריתריאה יהווה הפרה של סעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם.

58. בעניין **GM (Eritrea); YT (Eritrea); MY (Eritrea) v. Secretary of State for the Home**

Department (EWCA Civ 833, 17 July 2008, England and Wales Court of Appeal, )

של בית המשפט (available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4880598b2.html>) לערעורים נבחנה השאלה האם ישנו יסוד סביר להניח שהעוררים עזבו את אריתריאה באופן בלתי חוקי, כאשר בית המשפט דחה את ההנחה שכל אדם המצוי בגיל שירות בהכרח הינו עריק או סרבן וקבע שיש לבחון כל מקרה לגופו. בית המשפט ציין כי נטל ההוכחה נופל על כתפי העוררים, וכי המערערים לא עמדו בנטל זה ולא הוכיחו כי יצאו באופן בלתי חוקי.

59. בעניין **United Kingdom, Decision of the Immigration Appeal Tribunal [UKIAT] of 22**

0007359 [2005] March 2005, ) available at:

(<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/42c930df4.pdf>) של טריבונל ההגירה (הכפוף לבית המשפט לערעורים) נקבע כי אין ספק שהרשויות באריתריאה נוקטות באמצעים קשים כדוגמת עינויים כלפי עריקים ומשתמטים מהצבא, בין היתר בשל העובדה כי סירוב לשרת בצבא נתפס כאקט של חוסר נאמנות ובעל משמעויות פוליטיות בעיני הרשויות.

60. הדין הבריטי, לעומת הדין האמריקני, אינו דורש הוכחה לקשר הדוק בין רדיפה לבין אחת מחמש

העילות המנויות באמנת הפליטים, אלא מספיקה רדיפה גרידא. לכן, לכאורה, על פי הפרשנות הבריטית, שלוש הסוגיות שנקבעו בפסיקה מבטיחות שכמעט תמיד יינתן מעמד של פליט לכל יוצא אריתריאה שאינו ילד קטן או זקן.

### ניו זילנד

61. אל ניו זילנד מגיעים מספרים יחסית קטנים של מבקשי מקלט מאריתריאה ושם נקבעה גישה משפטית מקלה הדומה במידה מסוימת לגישה הבריטית.

62. ערכאת הערעור המינהלית הדנה בשאלות של פליטות נדרשה בשנת 2006 לסוגיית העריקה משירות

צבאי באריתריאה בעניין Refugee Appeal No. 75668 ) Available at:



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd57cd.html> ) הערכאה קבעה כי העונשים להם נתונים עריקים באריתריאה עולים לכדי רדיפה ולפיכך, כי טענת המערער לרדיפה הייתה מבוססת. באשר לשאלה האם רדיפה זו הינה על רקע אחת העילות המנויות באמנת הפליטים, קבעה הערכאה כי אלו אשר מסרבים לשרת או עורקים נתפסים כלא נאמנים לשלטון ולמדינה, וכי מיוחסות להם עמדות פוליטיות שאינן מקובלות על השלטון. לפיכך, הם נרדפים, בין היתר על רקע הדעות הפוליטיות המיוחסות להם על ידי השלטון, ולפיכך עומדים בתנאי האמנה. חשוב לציין כי מבחינה עובדתית קבעה הערכאה כי המערער ייחנה מתמת הספק מהקביעה כי אכן ערק מהצבא, זאת, על סמך גילו ותמונה שהציג לבוש מדים. ניתן ללמוד מכך כי הרף הראייתי שנדרש על מנת להוכיח את טענת הפליטות בני זילנד הינו נמוך יותר מאשר המקרים שהוצגו לעיל. במקרה דנן, לא נדרש המערער להצביע על נסיבות אישיות מיוחדות כגון התבטאויות בציבור כנגד השירות הצבאי (בניגוד לפסיקה האמריקאית), על מנת לבסס את היותה של הרדיפה על רקע פוליטי.

### אוסטרליה

.63 באוסטרליה, בדומה לנוו זילנד, מגיעים מספרים יחסית קטנים של מבקשי מקלט מאריתריאה וגם שם נקבעה גישה משפטית מקלה הדומה במידה מסויימת לגישה הבריטית.

.64 בעניין **Szaog v. Minister for Immigration & Multicultural and indigenous Affairs [2004]**

Available at: <http://www.austlii.edu.au/cgi-> FCAFC 316

[bin/sinodisp/au/cases/cth/FCAFC/2004/316.html](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FCAFC/2004/316.html) קבע בית משפט פדראלי באמירת אגב

ביחס לטענה של רדיפה פוליטית בשל סרבנות מצפונית לשרת בצבא כי ניתן לראות בסרבנות

מצפונית הבעת דעה פוליטית, אך יש לבחון האם ההתנגדות לשירות צבאי נובעת ממניעים פוליטיים

או דתיים או האם הסרבנות יכולה להיחשב להשתייכות לקבוצה חברתית מסויימת. בית המשפט

המשיך וציין כי מקום שאדם צפוי להיענש בגין סרבנות מצפונית הנובעת מדעה פוליטית או דתית או

שהסרבנות עצמה מהווה דעה פוליטית, ניתן לקבוע כי אותו אדם סובל מרדיפה כאמור באמנת

הפליטים. דברים דומים נאמרו על ידי בית המשפט הפדרלי גם בעניין **Erduran v. Minister for**

**Immigration & Multicultural and Indigenous Affairs [2002] FCA 814** Available )

<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FCA/2002/814.html> .(at:

.65 בית המשפט הפדראלי באוסטרליה נדרש גם הוא לסוגיית ההשתמטות כעילת פליטות בעניין **Vsai**

**v. Minister for Immigration & Multicultural and Indigenous Affairs [2004] FCA 1602**

Available at: <http://www.austlii.edu.au/cgi->

[bin/sinodisp/au/cases/cth/FCA/2002/814.html](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FCA/2002/814.html) .(at: באותו עניין טענה צעירה אריתריאית בת

18 אשר הגיעה לאוסטרליה לצורך השתתפות באירוע ספורט, כי תיחשב למשתמטת אם תשוב



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

לאריתריאה (היות שלא שבה במועד שבו נתבקשה) ותיאסר. בית המשפט חזר על העיקרון שהוזכר כבר לעיל לפיו משתמט משירות צבאי עשוי להיחשב לפליט מקום שיראה כי יהיה נתון לענישה בלתי מידתית או לאכיפה מפלה של החוק או כי ההשתמטות נובעת מעילה המנויה באמנת הפליטים, ובפרט בשל התנגדות דתית או פוליטית או חברות בקבוצה מסויימת ( Available at: <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FCA/2002/814.html> , פיסקה 20). במקרה דנן, המערערת לא הצליחה לעמוד ברף הראייתי הנדרש להוכיח טענה זו. בית המשפט היה מוכן לקבל את הטענה כי המערערת משתייכת לקבוצה חברתית מסויימת של נשים בגיל גיוס, כאשר המערערת טענה שקבוצה זו נתונה לסכנה של תקיפה מינית במסגרת השירות הצבאי העולה לכדי רדיפה. בית המשפט קבע שהערכאה המנהלית שגתה כאשר בחנה את היקפם של אירועי תקיפה מינית של נשים במהלך השירות הצבאי במקום לבחון האם מדובר באירועים מכוונים ומתוכננים ולפיכך החזיר את התיק לערכאה המנהלית לבחינה נוספת.

## ישראל

66. מהסקירה ההשוואתית שהובאה לעיל מתוך חוות הדעת, ניתן לראות כי קיים מנעד של גישות ביחס לפרשנות אמנת הפליטים בהקשר של עריקה מהצבא באריתריאה. קיימת הגישה המקלה של מדינות כמו בריטניה, ניו זילנד ואוסטרליה, אשר קובעת רף נמוך ביותר ואינה דורשת הוכחה לקשר הדוק בין רדיפה לבין אחת מחמש העילות המנויות באמנת הפליטים. ומנגד, קיימת הגישה המחמירה יותר של מדינות כמו ארה"ב וגרמניה אשר קבעו רף ראייתי גבוה ביחס לשאלה זו באופן שכיום נדרש המבקש להוכיח כי קיים קשר בין הרדיפה לבין אחת מהעילות המנויות באמנת הפליטים וכי עילת הרדיפה מכוח האמנה הינה המניע המרכזי לרדיפתו.
67. לשיטתה של מדינת ישראל, בדומה לפרשנות הנהוגה במדינות כמו ארה"ב וגרמניה, בקשות למקלט שמסתמכות על טענות בדבר השתמטות מהשירות הצבאי או עריקה, כשלעצמן או ללא הקשר לאחת מהעילות המנויות באמנת הפליטים אינן מקימות עילה למתן מקלט מדיני.
68. פרשנות זו אינה נוגדת את הנחיות נציבות האו"ם ביחס לאריתריאה. על פי הנחיות אלו, אף כי החשש מהעמדה לדין ועונש בגין עריקה או השתמטות מגיוס אינו, כשהוא לעצמו, חשש מבוסס מפני רדיפה, הרי שעריק או מי שהשתמט מגיוס יכולים להיחשב לפליטים "אם יוכח כי אותו אדם עלול לסבול ענישה חמורה באופן לא מידתי בגין העבירה הצבאית בגלל השתייכות גזעית, דתית, לאומית, חברות בקבוצה חברתית מסויימת או דעה פוליטית מסויימת. אותו דין יחול אם יוכח כי יש בסיס לחשש של אותו אדם מפני רדיפה מטעמים אלה, מעל ומעבר לעונש על העריקה" (עמ' 11 להנחיות נציבות האו"ם ביחס לאריתריאה).
69. יחד עם זאת, ההנחיות מציינות כי בפועל באריתריאה, העונש בגין השתמטות או עריקה הוא כה חמור ובלתי מידתי, עד שהוא מהווה רדיפה וכן כי השתמטות ועריקה מהשירות הצבאי יכולים



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

להיחשב כהתנגדות פוליטית למשטר (עמ' 11, 14 להנחיות נציבות האו"ם ביחס לאריתריאה). יש לשים לב כי בעוד שבהנחיות משנת 2009 נכתב כי השירות הצבאי באריתריאה עבר פוליטיזציה וכי השתמטות/עריקה (אמיתית או נחזית) נתפסת על ידי השלטונות כביטוי של התנגדות פוליטית לממשל, בהנחיות של 2011 נקבע כי סירוב לשרת בצבא האריתראי עשוי להיתפס כביטוי של התנגדות פוליטית למשטר).

70. היחס הקשה והענישה המחמירה של אריתריאה למשתמטים או לעורקים מהשירות הצבאי כפי שעולה מדוחות אודות מדינת אריתריאה שהוזכרו לעיל, היוו אחת מהסיבות שהובילו להנהגת מדיניות אי ההרחקה הזמנית של מדינת ישראל לאריתריאה. יחד עם זאת, הרחבת פרשנות האמנה, באופן שכל משתמט יחשב כנרדף מטעמי ייחוס דעה פוליטית, הינה הרחבה שאינה מחייבת ולשיטתה של מדינת ישראל, לא מדובר ברדיפה אשר נובעת מסיבות פוליטיות או מאחד היסודות של האמנה אלא מאי קיום חובה אזרחית המוטלת במדינה, שהענישה עליה הינה חמורה ביותר ולכן נוהגת מדינת ישראל במדיניות של אי הרחקה לעת הזו, אך לא מדובר בעשרות אלפי אנשים שנופלים בגדר הגדרת "פליט" כפי שהאמנה מחייבת.

71. בחוות הדעת צויין כי היא נכתבה לאחר שנערך חיפוש דקדקני במאגרי מידע מתמחים. למרות כל האמור לעיל, לא נמצאה אינדיקציה בדבר מספר מבקשי המקלט האריתריאים אשר קיבלו מעמד פליט בהתאם לאמנה ובגין אילו עילות. כך, שככל שאכן יש מדינות מסוימות שמכירות בעריקה כעילה להכרה בפליטות וזאת על סמך ההנחיות והפסיקה באותה מדינה, הרי שלא ניתן לראות על בסיס הנתונים הקיימים האם אותו מעמד ניתן בגין הכרה בעילת העריקה או בגין רדיפה על בסיס אחד הקריטריונים הקבועים באמנת הפליטים. מהבדיקה שנעשתה ניתן להבין בבירור מהנתונים כי במדינות בהם קיימת הצפה של מבקשי מקלט מאריתריאה, נוהגות המדינות במדיניות של הגנה משלימה.

72. לאור כל האמור לעיל, ואף אם יחסה של אריתריאה כלפי משתמטים הוא קשה וחמור מאוד, יש קושי לקבל את הפרשנות הרואה בעריקה או השתמטות כשלעצמן, במנותק או ללא הקשר לאחת העילות הקבועות באמנת הפליטים כפי שמדינת ישראל מפרשת אותה, כעילה לקבלת מקלט מדיני. אולם, בשל היחס הקשה והחמור מאוד של אריתריאה כלפי משתמטי שירות, נוהגת מדינת ישראל במדיניות של אי החזרה לאריתריאה והדבר אף הולם את הנחיות נציבות האו"ם בעניין זה.

### מדינת ישראל אינה מדינת המקלט הראשונה

73. חוות הדעת גורסת כי שיקול נוסף אותו יש לשקול במסגרת בחינת בקשות למקלט של מבקשי מקלט מאריתריאה היא העובדה כי חלקם הגדול הגיע בדרך של הסתננות לישראל ועברו לפחות במדינה אחת בדרכם לישראל. מסלול אחד מתחיל באריתריאה, עובר דרך אתיופיה ומשם לסודן בדרכם



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

למצרים בואך ישראל. מסלול שני הוא מאריתריאה ישירות לסודן וממנה למצרים ומסלול שלישי הוא של נתינים אריתריאים שנחטפים בסודן, מועברים לחצי האי סיני ומשפחתם נדרשת לשלם כופר בעבור שחרורם. חלקם שוהים במדינות המעבר הללו חודשים ארוכים ואף שנים ועל כן אין מדינת ישראל מהווה עבורם את מדינת המקלט הראשונה. בהקשר הזה יש לבדוק באופן פרטני לגבי כל מבקש ומבקש אילו מדינות הוא עבר בדרכו לישראל והאם הגיש בהן בקשה למקלט מדיני או האם יש לו הסבר מספק לגבי אי הגשת הבקשה.

74. לפי דיני הפליטים, מבקש מקלט אינו יכול לבחור את מדינת המקלט הרצויה לו (Asylum Shopping), ועליו לבקש מקלט במדינה הבטוחה הראשונה שאליה הגיע והיא צד לאמנת הפליטים (Safe Third Country); זאת, בהתאם להחלטה 58 של הוועדה האקזקוטיבית של נציבות האו"ם משנת 1989 (The Executive Committee of the United Nation High Commissioner for Refugee), אשר לפי הכלל הקבוע בה, ככלל, פליטים ומבקשי מקלט שמצאו מקלט במדינה מסויימת (להלן: "המדינה הקולטת או מדינת המקלט הראשונה") לא יעברו ממנה למדינה אחרת. זאת ועוד, החלטה 58 מוסיפה וקובעת כי אם בכל זאת עבר פליט או מבקש מקלט מהמדינה הקולטת למדינה אחרת, ניתן להחזירו אל המדינה הקולטת בהתקיים שני תנאים: הראשון, בתנאי שהפליט או מבקש המקלט יהיה מוגן מפני החזרה למדינת מוצאו, והתנאי השני, בתנאי שהפליט או מבקש המקלט צפוי לקבל יחס אנושי בסיסי עד מציאת פתרון עבורו, שיכול להינתן בשיתוף הנציבות. מטרתה של החלטה 58 הינה לסקור ולבחון את המצב בו פליטים ומבקשי מקלט עוברים באופן א-נורמלי ממדינה בה כבר מצאו מקלט למדינה שלישית.

75. נימוק זה אינו יכול להכריע לבדו את טענת המקלט ויש להתחשב בסיפורו של המבקש ואת הקורות אותו במדינות בהן עבר בדרכו לישראל אולם נימוק שכזה יכול להחליש את טענת הרדיפה.

#### מסקנות חוות הדעת

76. הטענות שעולות מפי מרבית מבקשי המקלט מאריתריאה, אינן קשורות בנסיבות אישיות או מיוחדות למבקש מקלט ספציפי כי אם מדובר בטענות שמתייחסות או מועלות על ידי מרבית אוכלוסיית מבקשי המקלט מאריתריאה.

77. בהנחיות נציבות האו"ם ביחס לאריתריאה ציינה הנציבות כי במדינות בהן מבקשי מקלט מאריתריאה הגיעו במספרים גדולים, וישנו דפוס ניכר ודמיון באופי טענותיהם הממחיש את הצרכים להגנה בינלאומית, והיכן שקביעת מעמד פליט על בסיס אישי תעלה על יכולתה של המדינה הקולטת, אימוץ גישה מבוססת הגנה קבוצתית עשויה להיות מתאימה.

78. אחת מההתחייבויות המשפטיות הבינלאומיות שמדינת ישראל לקחה על עצמה, הינה החובה להעניק מקלט מדיני, למי שעומד בקריטריונים הקבועים באמנת הפליטים כפי שמדינת ישראל



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

מפרשת אותם. כל מדינה רשאית לפרש את אמנת הפליטים וזאת בהתייחס לחקיקה הקיימת באותה מדינה, לנהלים וכן למדיניות ההגירה המשתנה ממדינה למדינה. במקרים בהם מוגשת בקשה למקלט מדיני פרטנית על ידי מבקש קונקרטי על בסיס טענות פרטניות שיסודן באמנת הפליטים, תיבחן הבקשה בהתאם להוראות נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל.

79. בהתאם לכך, בקשות למקלט מדיני של מבקשי מקלט מאריתריאה אשר מוגשות ליחידת הטיפול במבקשי מקלט נבחנות בקפידה, כל בקשה לגופה, תוך התייחסות למכלול הגורמים הרלוונטיים למבקש ותוך שימת לב למידע הקיים אודות אריתריאה.

80. על כן, בהתאם לכל האמור לעיל, אין לראות בבקשות למקלט שמסתמכות על טענות בדבר השתמטות מהשירות הצבאי או עריקה, כשלעצמן, או ללא הקשר לאחת העילות המנויות באמנת הפליטים כטענות לרדיפה פרטנית כי אם טענות שקשורות למצב הכללי השורר באריתריאה ביחס לכלל מבקשי המקלט מאריתריאה, ועל כן, דין בקשות למקלט שמסתמכות על טענות אלו, להידחות.

81. יחד עם זאת מבהירה חוות הדעת כי כל מקרה וכל בקשה למקלט ייבחנו לגופן תוך שיינתנו למבקש מלוא האפשרויות להעלות את טענותיו ולהציג את מסמכיו, ואין בקביעה זו בכדי למנוע ממבקש מקלט להראות אלמנטים נוספים לטענת העריקה או ההשתמטות שסייעו לו לבסס את בקשתו למקלט מדיני.

82. לאור כל האמור לעיל, בהתחשב בהיקף מבקשי המקלט אזרחי אריתריאה המצויים בישראל והעונים לפרופיל דומה ובהתאם למדיניות שהונהגה עד כה, יש לאפשר לנתיני אריתריאה השוהים בישראל להמשיך ליהנות ממדיניות אי ההרחקה הזמנית שנוקטת מדינת ישראל ביחס אליהם. ואולם, כפי שתואר לעיל, אין בטענות רדיפה בגין עריקה או השתמטות כשלעצמן בכדי להיכנס בגדרי אמנת הפליטים על רקע חמש העילות הקבועות בה.

#### הערות נציבות האו"ם על חוות הדעת

83. נציבות האו"ם בירכה על כך שחוות הדעת חוזרת על מחויבותה של מדינת ישראל לעמוד בהתחייבותיה על פי אמנת הפליטים ולבחון בקשות מקלט על בסיס פרטני. יחד עם זאת, הנציבות מבקשת להדגיש כי "המדיניות הזמנית של אי גירוש" אזרחים אריתריאים המיושמת כיום על ידי מדינת ישראל, אינה יכולה להחליף את חובתה של המדינה ליישם בצורה אפקטיבית הליך אינדיבידואלי לקביעת מעמד פליט במקרים בהם הוגשו בקשות פליט. הנציבות מבקשת להזכיר בהקשר זה כי מדינות נדרשות ליישם את התחייבויותיהן במישור הבינלאומי בתום לב (ראה סעיפים 26 ו-27 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות) ועל כן מדינת ישראל אינה יכולה להסתמך על דיניה הפנימיים או מדיניות לאומית (לרבות מדיניות הגירה) בכדי להגביל את התחייבותיה על פי אמנת הפליטים משנת 1951.



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

84. לאורך כל חוות הדעת נעשה שימוש במונח מסתנן. על מנת להכיר במעמד הייחודי של מבקשי המקלט ובעובדה שהם ביקשו מקלט, הנציבות קוראת לשימוש במונח הנכון מבחינתה – "מבקש מקלט".

#### חשש מבוסס מרדיפה

85. הסטנדרט הבינלאומי המקובל בנוגע לדרישה של "פחד מבוסס" הוא ביסוסה של "אפשרות סבירה" שהמבקש יהא חשוף לרדיפה (או פגיעה) בארץ המוצא. הדרישה ל"בסיס ראיתי מוחשי ויציב" להוכחת "פחד מבוסס" אשר נעשה בו שימוש בחוות הדעת אינה מחייבת מבחינה משפטית, ואינה מוכרת במישור הבינלאומי.

86. את קיומה של "אפשרות סבירה" לרדיפה, לדוגמה - סבירות לפגיעה עתידית - יש לבסס בהסתמך על בחינת הפרופיל האישי וניסיון העבר של המבקש, חוויות של יחידים (כולל בני משפחה) במצבים דומים או בעלי מאפיינים דומים, כמו גם על בסיס מידע עדכני לגבי מדינת המקור. "אפשרות סבירה" לרדיפה בעתיד עשויה להתקיים, גם אם לא היה שום ניסיון רדיפה בעבר או איום ישיר של רדיפה.

87. בנוסף יודגש כי מקבל ההחלטה נושא באחריות לבחון ולהעריך את כל העובדות הרלוונטיות, לרבות האלמנטים "הסובייקטיביים" וה"אובייקטיביים" של הפחד. הנציבות מקווה כי הנחיותיה מהשנים 2011 ו- 2013 יסייעו למדינת ישראל בהערכת קיומו של חשש מבוסס לרדיפה במקרים אינדיבידואליים של אריתריאים.

#### הגדרת המונח "רדיפה"

88. חוות הדעת קובעת כי בהיעדר הגדרה ברורה של המונח "רדיפה" באמנת הפליטים משנת 1951, "ישנו מרחב שיקול דעת למדינות בבואן לבחון האם אכן אדם הינו נרדף". הנציבות סבורה כי למרות שאכן קיימת חוסר עקביות מסויימת בפרקטיקה של המדינות השונות, קיימת הכרה גורפת בכך שסכנה לחיים או לחופש כמו גם הפרות חמורות אחרות של זכויות אדם מהוות רדיפה (ראו ספר העזר, פסקה 51). צורות פחותות של נזק עשויות, במצטבר, גם לעלות לכדי רדיפה, והקביעה תהיה תלויה בנסיבות המקרה, כולל גיל, מין, השקפה, רגשות והמבנה הפסיכולוגי של המבקש (קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 9: בקשות למעמד של פליט המבוססות על נטייה מינית ו/או זהות מגדרית בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים, נציבות האו"ם, 23 אוקטובר 2012, פסקה 16). לדוגמה, במקרים בהם השתמטות או עריקה מהצבא עשויים להוביל לענישה בלתי מידתית או שרירותית, הדבר יהווה רדיפה (קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 10: בקשות למעמד של פליט הקשורות בשירות צבאי בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

הפליטים, נציבות האו"ם, 3 דצמבר 2013, פיסקה 18). יתר על כן, במקרים בהם מדינות אינן מעניקות פטור משירות צבאי או שירות חלופי, יש לערוך בחינה מדוקדקת של ההשלכות על המבקש.

#### עילות לפי אמנת הפליטים למבקשי מקלט שהם עריקים או משתמטים

89. חוות הדעת קובעת כי לצורך זכאות למעמד של פליט, הפחד המבוסס לרדיפה חייב להיות קשור לאחת או יותר מהעילות המנויות באמנה. עם זאת, חוות הדעת מתייחסת לדרישה נוספת: כי עילת האמנה תהא הסיבה המרכזית לרדיפתו של המבקש. הנציבות אינה מסכימה עם פרשנות זו שכן הדרישה כאמור אינה קיימת. עילה לפי האמנה צריכה להיות גורם תורם לפחד המבוסס לרדיפה. אין צורך להראות כי הינה הגורם הדומיננטי או היחיד.
90. יתר על כן, עילה אחת או יותר עשויות להיות רלוונטיות: הן אינן סותרות אחת את השנייה ועשויות לחפוף אחת לשנייה. לדוגמא, ביחס למשתמטים ולעריקים מהצבא בהקשר של אריתריאה, אדם עשוי להיות זכאי למעמד של פליט על בסיס עילה של דעה פוליטית, וגם לפי עילה של דת, ואו חברות בקבוצה חברתית מסוימת וגזע או מוצא אתני (ראה הנחיות נציבות האו"ם ביחס לאריתריאה וכן הנחיות לגבי בדיקת הזכאות עבור פרופילים ספציפיים של בקשות מקלט מדיני מצד אריתריאים בישראל, נציבות האו"ם, ספטמבר 2013). בהתאם לנסיבות האישיות של המבקש, עילה אחת או יותר עשויה להיות רלוונטית.
91. בכל הקשור לעילה של דעה פוליטית, חשוב להדגיש כי עילה זו כוללת גם את ההחזקה בדעה פוליטית וגם את הביטוי החיצוני לה, כמו גם ניטרליות פוליטית, ומקרים שבהם דעה פוליטית יכולה להיות מיוחסת למבקש, גם אם אינו מחזיק באותה דעה. בהקשר האריתריאי, סירוב לבצע או להשלים שירות צבאי, לרבות מטעמי מצפון, עשוי להיחשב על ידי המדינה כביטוי להתנגדות פוליטית (קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 10: בקשות למעמד של פליט הקשורות בשירות צבאי בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של הפליטים, נציבות האו"ם, 3 דצמבר 2013, פסקאות 51-54).
92. באשר לעילת החברות בקבוצה חברתית מסוימת, יש לציין כי משתמטים ועריקים מהשירות הצבאי עשויים ליפול תחת גישת "התפיסה החברתית", מאחר שבאריתריאה הם נתפסים כקבוצה חברתית מיוחדת, בהינתן היחס לשירות צבאי כסממן של נאמנות למדינה בהתחשב ביחס השונה שאנשים כאלה זוכים לו מצד הרשויות (אפליה בגישה לתעסוקה, קנסות כבדים ומעצר שרירותי), המובילים לכך שהם נפרדים ומזוהים כקבוצה (ראה קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 2: "השתייכות לקיבוץ חברתי מסויים" בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של הפליטים, נציבות האו"ם, 7 מאי 2002, פיסקה 13). למרות שקבוצה חברתית מסוימת לא יכולה להיות מוגדרת באופן בלעדי על ידי הרדיפה שסובלים ממנה חברי הקבוצה, או על ידי פחד משותף מרדיפה כלפי קבוצה מסוימת עשויה להוות גורם רלוונטי בקביעת הנראות של קבוצה בחברה מסוימת (ראה קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 2: "השתייכות לקיבוץ חברתי



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

מסויים" בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של הפליטים, נציבות האו"ם, 7 מאי 2002, פסקה 14).

93. חוות הדעת מתייחסת גם למספר המשתמטים/העריקים האריתריאים הנמצאים בישראל. יודגש כי גודלה של קבוצה חברתית מסוימת אינו קריטריון רלוונטי לצורך קביעה אם קבוצה חברתית מסוימת קיימת כמשמעותה בסעיף 1(א)(2) לאמנת 1951. "העובדה שמספר גדול של אנשים נמצאים בסכנת רדיפה אינה יכולה להוות עילה לסירוב ולמתן הגנה בינלאומית במקרים בהם ראוי להעניקה" (ראה קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 2: "השתייכות לקיבוץ חברתי מסויים" בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של הפליטים, נציבות האו"ם, 7 מאי 2002, פסקה 18).

94. חוות הדעת מגיעה למסקנה שהשתמטות/עריקה מהשירות הצבאי, כשלעצמם, אינם מהווים בסיס למקלט. בהמשך, חוות הדעת מגיעה למסקנה גורפת לפיה, לא ניתן לקשור בין השתמטות/עריקה מהשירות הצבאי לבין אף אחת מעילות האמנה, אלא אם כן ניתן להראות כי בנוסף לפעולת ההשתמטות/עריקה, המבקש גם הביע במפורש דעה פוליטית המתנגדת לשלטון. זוהי פרשנות צרה ביותר של האמנה משנת 1951. כפי שצוין לעיל, ביחס למשתמטים/עריקים אריתריאים, מבקש מקלט עשוי להיות זכאי למעמד של פליט בהסתמך על מספר עילות אפשריות, לרבות דת, דעה פוליטית (מיוחסת) או השתייכות לקבוצה חברתית מסוימת. בחלק מהמקרים, יותר מעילה אחת עשויה להיות רלוונטית. ברור כי יש לבחון כל בקשה באופן פרטני, על מנת לברר האם אקט העריקה/ההשתמטות, בנסיבות הספציפיות, הינו גורם תורם לרדיפה ממנה חושש המבקש, וניתן לקשור אותו לאחת או יותר מהעילות שהוזכרו לעיל.

#### מדינת מקלט ראשונה

95. הנציבות גם מטילה ספק בקביעת חוות הדעת לפיה על מבקש מקלט "לבקש מקלט במדינה הבטוחה הראשונה שאליה הגיע והיא צד לאמנת הפליטים (Safe Third Country)". הנציבות מתזיקה בעמדה לפיה למרות שאין למבקש מקלט זכות בלתי מוגבלת לבחור את מדינת המקלט שלו, לא מוטלת עליו החובה לבקש מקלט בהזדמנות האפקטיבית הראשונה (ראו הנחיות נציבות האו"ם בדבר הסדרי העברה בילטראליים או רב צדדיים של מבקשי מקלט, מאי 2013 ( UNHCR Guidance Note on Bilateral and/or Multilateral Transfer Arrangements of Asylum Seekers, May 2013) זמין ב: <http://www.refworld.org/docid/51af82794.html> וכן גם החלטת ExCom מספר 15 משנת 1979 הקובעת כי: "...יש ליתן משקל לעיקרון על פיו אין לשלול מקלט אך ורק על בסיס העובדה כי ניתן היה לבקשו ממדינה אחרת. עם זאת, כאשר נראה כי בטרם ביקש מקלט, לאדם היה קשר או זיקות קרובות למדינה אחרת, ניתן לדרוש ממנו, אם הדבר נראה הוגן וסביר, ראשית לבקש מקלט מאותה מדינה...").



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

96. יתר על כן, חשוב לציין כי הגורמים לתנועות משניות הינם מגוונים וכוללים בין השאר, היעדר פתרונות ברי קיימא, יכולות מוגבלות לארח פליטים וכישלון לספק הגנה אפקטיבית במדינות שלישיות. במקרים בהם מדינות מקלט אינן עוסקות בבקשת המקלט לגופה, אלא דוחות אותה כבר בשלב הקבילות, חשוב לבצע הערכה האם המדינה השלישית אכן מהווה מדינת מקלט ראשונה, בה האדם כבר זכה להגנה כפליט מוכר והאם הוא אכן עדיין יכול ליהנות מהגנה זו. אם הכניסה למדינה השלישית לא יכולה להיות מובטחת, אזי יש לבחון את בקשת המקלט לגופה. הנציבות מברכת על כך שחוות הדעת מבהירה כי כל הערכה בדבר כוונותיו של מבקש המקלט ביחס למדינת המקלט צריכה להיעשות באופן אינדיבידואלי, בבדיקת כל מקרה לגופו. בהקשר זה, חשוב לציין כי מעבר דרך מדינות שונות שבהם אדם יכול היה לבקש הגנה אינו מחליש את הרדיפה שלו מצד המדינה שהוא או היא נמלטים ממנה, כפי שעולה מנוסחה הנוכחי של חוות הדעת.

#### החלטת המשיב נשואת הערר

97. החלטת המשיב בדבר דחיית בקשתו לקבלת מקלט נשלחה לעורר ביום 3.8.14. בהחלטה נקבע כי העורר אינו זכאי לחסות תחת הגנות אמנת הפליטים, משום שהעורר הצהיר כי עזב את ארצו בשל אי רצונו לשרת בצבא ובגלל מעצרו בעבר (לאחר שנפקד מהשירות הצבאי למשך יומיים). לפי החלטת שר הפנים, השתמטות משירות צבאי או עריקה כשלעצמם, עם או ללא קשר לעילות המוזכרות באמנת הפליטים, לא מהווה עילה מספקת לרדיפה פוליטית בהתאם לאמנת הפליטים ובקשות המתבססות אך ורק על השתמטות או עריקה מהצבא האריתריאי לא מספקות את הבסיס הנדרש לקבלת מעמד של פליט. בהתחשב במדיניות הזמנית של אי החזרה המוענקת למסתגנים המגיעים מאתיופיה לישראל, לאור המצב השורר כרגע באריתריאה, מבקשי מקלט שבקשתם נדחתה, לא יוחזרו לארצם כל עוד מדיניות אי החזרה הזמנית תקפה.

#### העובדות העיקריות

98. העורר, יליד שנת 1975, הסתגן לישראל דרך גבול מצרים ביום 28.11.08 ונעצר על ידי כוחות הביטחון. ביום 4.12.08 הובא העורר בפני ממונה ביקורת גבולות ואמר כי הגיע לישראל "כדי להיות חופשי ולמצוא עבודה". כנגדו הוצאו צו משמורת וצו הרחקה. ביום 7.12.08 וביום 16.2.09 נערכו דיונים בבית הדין לביקורת משמורת בסהרונים, בדיון הראשון (שנערך ע"י הדיין יוסי מימון) העורר אמר כי עזב את אריתריאה לסודן ביום 10.2.08 ואת סודן עזב כי אין שם עבודה. בתום הדיון הוחלט לאשר את צו המשמורת ללא שינויים. הדיון השני (שנערך ע"י הדיין ירון שלמה) נערך כדיון תקופתי ועלה בו כי העורר טרם עבר ראיון זיהוי, ועל כן אושר צו המשמורת.

99. ביום 25.2.09 פנה העורר לנציבות האו"ם לפליטים לבקשת מקלט. בטופס הבקשה ציין העורר כי הינו רווק, הוריו ושבעת אחיו נמצאים באריתריאה וכי שהה בסודן תשעה חודשים בסודן ו-21 יום



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

במצרים טרם הסתנן לישראל. ביום 6.5.09 שוחרר העורר ממשמורת ולמחרת ניתנה לו אשרת סי' 2 (א)5. ביום 19.2.14 שלחה ב"כ העורר בקשה לזמן את העורר לראיון רישום על מנת להתחיל בתהליך בחינת בקשתו להכרה כפליט. ביום 22.2.14 הגיש העורר ביחידת הטיפול במבקשי מקלט (להלן: יחידת מבקשי המקלט) בקשה למקלט מדיני.

100. ביום 24.3.14 נערך לעורר ראיון לקראת השמתו במתקן חולות, וביום 4.5.14 נערך לעורר ראיון ביחידת מבקשי המקלט. בראיונות עלה כי העורר נוצרי משבט טיגריניה, רווק וללא ילדים; יש לו 3 אחיות ו-4 אחים, כולם חיילים, למעט אחד שברח לאתיופיה. אמו חיה בכפר בו גדל ואביו נהרג בתאונת דרכים בשנת 2002. העורר בוגר 11 שנות לימוד, ולאחר סיום לימודיו בשנת 1997 היה עליו להתגייס לשירות צבאי חובה של שנתיים. ביום 1.11.97 התייצב ונלקח למחנה הטירוניס "סוואה" שם שירת תשעה חודשים במהלכם עבר טירונות צבאית כללית אשר כללה מסדרים, פירוק והרכבה של נשקים, ירי ואימוני לוחמה בשטח. העורר אמר כי לאחר הטירוונות הוצב באסמרה בבניית בתים עבור משרד ההגנה, עד אשר בחודש מרץ 1999 נשלח להילחם במלחמה בין אריתריאה לאתיופיה במקומות שונים באזור הגבול. העורר סיפר כי שירת בגבול אריתריאה-אתיופיה עד שנת 2002 ולאחר המלחמה חזר לתפקידו הקודם ככנאי באסמרה. העורר ציין כי בשנת 2002 משפחתו נקלעה לבעיות כלכליות שכן אביו חלה. כמו כן אמר, כי אחותו נישאה לאיש אולם הוא לא הורשה לצאת מהבסיס לחתונה או לעזור למשפחה. לאור זאת, יצא העורר מבסיסו לחתונה שהתקיימה ביום שבת וראשון בשבוע, ללא רשות, ולאחר שחזר לבסיס הוחלט על מעצרו בבסיס, ללא משפט. העורר אמר כי הוא הורשה לעבוד במהלך היום, אולם בלילות נכבל בחבל. העורר הוסיף כי לאחר חודשיים הועבר "לכלא יותר ברמה", לבית המעצר "מאי סרוואה", שם ניתנה לו הקצבה של לחם וקופסת שימורים אחת ליום, ואת צרכיו היה עושה בפח גדול. העורר אמר כי היה ב"מאי סרוואה" מחודש יולי 2002 ועד לחודש דצמבר 2002 ובינואר 2003 הועבר לכלא "אעורדת", שם שהה עד לחודש אפריל 2003. העורר אמר כי במהלך מעצרו אביו הגיע לבקרו אולם הביקור לא התאפשר, ואביו אשר היה נסער בעקבות הסירוב לבקרו, נהרג בתאונת דרכים בנסיעתו חזרה מבית המעצר, והעורר לא הורשה לצאת ללוויה. העורר ציין כי לאחר ששוחרר מהמעצר הוא חזר לשרת ביחידתו, עד שברח מהצבא בשנת 2005. לאחר שערק מהצבא, נעצרה אמו לחודש ימים והיא שוחררה בערבות בסך 50,000 נקפה (לפי המשיב מדובר ב-\$1,000). עוד אמר העורר כי הוא התגורר באזור אסמרה במקום שנקרא מאי טמנאי וכי אנשי הצבא היו מחפשים אותו. כן אמר כי בכל פעם שהיו מחפשים אותו, חבריו מהצבא היו מדווחים לו על כך ולכן הצליח להתחמק. העורר אמר כי חי באופן זה עד לשנת 2008, אז הבין כי הוא לא יכול להמשיך לחיות כך ולפיכך יצא ממדינתו ביום 6.3.08. העורר אמר כי יצא לסודן והגיע למחנה הפליטים "שגראב" בו שהה תשעה חודשים, במהלכם אף הגיש בקשה למקלט מדיני, אולם עזב את מחנה הפליטים שכן התנאים שם היו לא טובים וללא ביטחון כי מרגלים מאריתריאה היו נכנסים למחנה וחוטפים אנשים וכן אנשי הרשאידה היו חוטפים אנשים. העורר אמר כי הבריה את



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

הגבול בעזרת מתווך בדואי לו שילם כסף, וכי המסע בסיני עבר ללא אירועים מיוחדים. לבסוף אמר העורר כי צפוי לו מאסר בגין עריקתו מהצבא ויציאתו הבלתי חוקית מהמדינה. עוד אמר כי הוא בן 39 ואינו נשוי וכי אם הוא ישוב למדינתו הוא ישב חמש שנים בבית סוהר ואז הוא לא יוכל להתחתן. עוד ענה כשנשאל כי לא חווה כל בעיה במדינתו עקב גזעו, דתו או הלאום שלו.

101. ביום 5.5.14 הועברה חוות דעת מבקשי המקלט לפיה בקשתו של העורר אינה עומדת בקריטריונים הקבועים באמנת הפליטים ויש לדחותה בהסתמך על חוות דעתו של היועץ המשפטי של המשיב, עו"ד דניאל סולומון, מיום 24.4.13. יו"ר הוועדה המייעצת לענייני פליטים (להלן: ועדת הפליטים) אימץ את חוות הדעת בעניינו של העורר וביום 11.6.14 נשלח לעורר מכתב סירוב לבקשתו למקלט. המכתב חזר בדואר.

102. ביום 30.12.14 הוגש הערר לבית הדין בתל אביב. הערר הועבר לירושלים לאור הסמכות המקומית ביום 12.1.15, וביום 20.1.15 הוגשה בקשה להארכת המועד להגשתו, לה נעתרתי ביום 4.2.15, לאחר ששקלתי את עמדת המשיב.

103. ביום 19.2.15 נערך לעורר ראיון בטרם הפנייה למתקן חולות בו מסר כי נישא לחברה של אחותו, אריתראית בעלת אזרחות גרמנית (מאז שנת 2011) שהגיעה לישראל לצורך נישואיהם (שהתה בישראל חמישה ימים ושבה לגרמניה) והגישה עבורו בקשה לאיחוד משפחות בגרמניה. העורר אמר כי הוא לומד גרמנית ומעוניין לסיים בארץ את לימודיו על מנת לעבור את המבחן בקורס גרמנית (לצורך קבלת ויזה גרמנית) וכן כי אשתו מחכה לו שם. העורר ובא כוחו הציגו בין היתר תעודת נישואין מיום 22.7.14 ותמונות מהחתונה.

104. בעקבות הדיון שנערך בבית הדין, הציגה ב"כ העורר מסמך שלהבנתה מהווה הכרה בעורר כפליט בסודאן (החתומה על אמנת הפליטים); המשיב דחה את המסמך כמסמך הכרה, וטען כי מדובר בטופס פרטים אישיים בלבד, ללא המלצה חתומה.

### טיעוני העורר

105. לטענת ב"כ העורר, שתי עבירות שעבר העורר על חוקי ארצו, מביאות לכך שהעורר עונה על הגדרת "פליט" לפי אמנת הפליטים- יציאתו שלא כדין מארצו, ועריקתו מהצבא; שתי אלה, והעונשים המוטלים באריתריאה על מי שביצע עבירות אלה, מביאות לכך שהעורר ייחשב כנרדף בשל השקפה פוליטית. העורר פנה אל נציבות האו"ם בסודאן, ואף הוכר שם כפליט על ידי נציבות האו"ם המקומית, ואולם לא קיבל שם הגנה לשלמו ובטחונו, ועל כן עזב לישראל. לטענת ב"כ העורר, נציבות האו"ם קבעה כי הקשר הסיבתי לאחת או יותר מחמש העילות באמנת הפליטים צריכה להיות "גורם רלבנטי תורם" ולא הסיבה היחידה או הדומיננטית. ב"כ העורר הפנתה לפסקי דין זרים (אשר הובאו לעיל), בהם נקבע כי עצם היציאה שלא כדין והעריקה מהצבא האריתראי נראות בעיני השלטון שם כמעשים של התנגדות פוליטית ובגידה, וכי בהתאם לאמור בעע"מ צי"מה:



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

"בהקשרים אלה חשוב לזכור כי בעוד שהדעה הפוליטית המהווה את הטעם לרדיפה והעומדת במוקד הבחינה, היא דעתו הפוליטית של הנרדף ולא דעתו הפוליטית של הרודף – הרי שבחינת השאלה אם הבעת עמדה מסוימת נתפסת כ"פוליטית" בהקשר לעילת האמנה, תיעשה מנקודת ראותו של הרודף, ולא מנקודת המבט של הנרדף. לפיכך, גם במקום שהנרדף הוא בעל דעה פוליטית הפוכה מזו שמייחסים לו, או חסר דעה פוליטית כלל, הוא עדיין עשוי להיחשב כמי שנרדף על רקע "דעה פוליטית" (אפילו אם הוא לא הביע כלל את דעתו), אם הוא נתפס בעיני "רודפו" כמחזיק בדעה פוליטית, או בהשקפה מדינית מסוימת – ונרדף מטעם זה. לכן על מבקש המקלט להציג ראיות לכך שהרשויות הרודפות אותו מודעות לדעותיו וכי הן רודפות אותו על רקע אותן דעות (עיינו: צימרמן, 402-403). " (פסקה 32)

106. הוסף, כי אין לצפות מהעורר, שגדל וחונך במדינה שאינה מתירה הבעת דעות באופן חפשי, כי יביע דעות אלו- לא בעת מעצרו ולא בראיון, ודלי בעצם אקט העריקה והיציאה שלא כדין.

107. כן טענה ב"כ העורר כי בקשת העורר למקלט נדחתה כאשר המשיב לא הטיל כל דופי באמינות העורר, וכי החלטת המשיב בדחייתו את בקשת העורר נגועה בשיקולים זרים, הלא הם השיקולים "המספריים" של אזרחי אריתריאה הנמצאים בישראל ואשר עונים, לפחות לכאורה, להגדרת פליט על פי אמנת הפליטים. חוות הדעת, וכתוצאה מכך, החלטת המשיב, נועדה לצמצם את מספר אזרחי אריתריאה שיקבלו מעמד של פליט, לא התייחסות פרטנית לבקשת העורר לגופה; לעורר טיעונים אישיים שאינם מאפיינים את כלל מבקשי המקלט מאריתריאה- הוא שירת בצבא שירות ממושך, נכלא בתנאים לא אנושיים תקופה ארוכה בשל נפקדות בת יומיים, והגיש בקשה למקלט מדיני כבר בסודאן. המשיב לא התייחס בהחלטתו לאף אחד מטיעונים אלה.

108. ב"כ העורר טענה כי אמת המידה השיפוטית בבחינת בקשות למקלט מדיני אינה אותה אמת המידה המקובלת בדיני הגירה 'רגילים' בהם ניתן להסתפק בהחלטת רשות מנהלית העומדת במתחם הסבירות. הזכות לבקש מקלט הוכרה כזכות יסוד ועובדה זו מבחינה את נושא המקלט מסוגיות אחרות בהן אין לעותר זכות לבוא בשערי ישראל או להישאר בה. נוכח תהשלכות החמורות של ההחלטה האם להכיר באדם כפליט אם לאו, והחשש שהחלטה שגויה עלולה לגרום לחשיפתו של אדם לסכנת רדיפה, נקבע בכל רחבי העולם כי בהחלטות מעין אלה יפעילו בתי המשפט ביקורת קפדנית על החלטות הרשות ולא ביקורת של סבירות כפי שמבקש המשיב את בית הדין לעשות בענייניו.

#### טיעוני המשיב

109. המשיב טוען כי דין הערר להידחות שכן בקשתו הפרטנית של העורר לקבלת מעמד פליט בישראל נבדקה על ידי יחידת ה-RSD ונדחתה כדין ולאחר שהונחו בפניו יו"ר ועדת הפליטים כל החומר



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

והמידע הרלוונטי לעניינו של העורר ומדינת מוצאו ובכלל זה חוות הדעת, על בסיס המידע שנאסף בעניינו הפרטני של העורר ועל פי חוות הדעת סבורים הגורמים המקצועיים כי אין עניינו של העורר נופל בגדר העילות הקבועות באמנת הפליטים.

110. המשיב הבהיר כי חרף ההחלטה בדבר דחיית בקשתו למקלט של העורר, העורר לא יורחק מישראל ויחסה תחת מדיניות אי ההרחקה שננקטת ביחס לנתיני אריתריאה לעת הזו. הודגש ע"י המשיב כי עצם השתייכותו של "מסתנן" לקבוצה זו שכלפיה ננקטת מדיניות אי ההרחקה זמנית, אינה משולה להכרה בו כפליט לפי אמנת הפליטים אלא היא ננקטת בהתאם למחויבויותיה של מדינת ישראל ובהתאם לעיקרון אי ההרחקה.

111. לשיטתה של מדינת ישראל, בדומה לפרשנות הנהוגה במדינות כמו ארה"ב וגרמניה, בקשות למקלט שמסתמכות על טענות בדבר השתמטות מהשירות הצבאי או עריקה, כשלעצמן, או ללא הקשר לאחת מהעילות המנויות באמנה אינן מקימות עילה למתן מקלט מדיני. יחד עם זאת, מכיוון שהובהר בחוות הדעת כי כל מקרה וכל בקשה למקלט תיבחן לגופה תוך שיינתנו למבקש מלוא האפשרויות להעלות את טענותיו ולהציג את מסמכיו, הרי שאין בקביעה זו בכדי למנוע ממבקש מקלט להראות אלמנטים נוספים לטענת העריקה שיסייעו לו לבסס את בקשתו למקלט מדיני.

112. היחס הקשה והענישה המחמירה של אריתריאה למשתמטים או לעריקים מהשירות הצבאי כפי שעולה מדוחות כלליים אודות אריתריאה שהוזכרו בחוות הדעת, היוו את אחת מהסיבות שהובילו להנהגת מדיניות אי ההרחקה הזמנית של מדינת ישראל לאריתריאה. יחד עם זאת, פרשנות האמנה באופן שכל משתמט או עריק ייחשב כנרדף מטעמי ייחוס דעה פוליטית, הינה הרחבה של אמנת הפליטים ולשיטתו של המשיב אף מהווה פרשנות לא נכונה, מאחר ולא מדובר ברדיפה אשר נובעת מסיבות פוליטיות או מאחד היסודות של האמנה אלא מאי קיום חובה אזרחית המוטלת במדינה, שהענישה עליה הינה חמורה ביותר, ולכן נוהגת מדינת ישראל במדיניות של אי ההרחקה לעת הזו, אך מנגד, לא ניתן לקבל את הפרשנות הנקוטה בידי המבקש ועשרות אלפי אריתריאים שכמותו, לפיה עשרות אלפי אנשים נופלים בגדר הגדרת "פליט" כפי שהאמנה מחייבת. לאור האמור ואף אם יחסה של אריתריאה כלפי משתמטים הוא קשה וחמור מאוד, יש קושי לקבל את הפרשנות הרואה בעריקה או השתמטות כשלעצמן, במנותק או ללא הקשר לאחת העילות הקבועות באמנת הפליטים כפי שמדינת ישראל מפרשת אותה, כעילה לקבלת מקלט מדיני.

113. העורר לא העלה כל טענה נוספת מלבד טענתו כי היה חייל פשוט בצבא. בגדר הקריטריונים הקבועים באמנת הפליטים. הוא מעולם לא נרדף על רקע דת, מעולם לא היה פעיל פוליטי, לא הביע את דעותיו באופן פומבי בפני הרשויות במדינתו והן אינן מכירות אותו בתור שכזה. מלבד היותו עריק מהצבא, לא הציג ולא הוכיח העורר "דבר מה נוסף" (מעבר לחששו כי בשל עריקתו ייענש) שיש בו, ולו לכאורה עילה לקבלת מקלט מדיני. עניינו של העורר נבחן באופן פרטני ונראה כי הסיבה ליציאה ממדינתו הייתה מבוססת בעיקרה על מניעים של נוחות ואי רצון או חשק לקיים חובה אזרחית, ולא על רדיפה פוליטית. העורר הצהיר כי הסתנן לישראל וערק מהצבא כדי להתפרנס



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

ולעזור למשפחתו. כן נטען, לראשונה, בדיון, כי גרסת העורר השתכללה וכי בראשית אמר רק כי בא להיות חופשי ולחפש עבודה.

114. העורר נסמך בעררו על חוות דעת מומחה כלליות שונות אודות מדינת אריתריאה המלמדות על הפרות קשות של זכויות אדם בה אך אין במידע שהביא כדי לחדש למשיב או להביא לשינוי עמדתו העקרונית כפי שהובאה בחוות הדעת מטעמו. דוחות מדינה אודות אריתריאה ודוחות של נציבות האו"ם אודות אריתריאה היו בפני הגורמים המוסמכים. אצל המשיב והיוו את הבסיס לקביעת מדיניות אי ההרחקה לאריתריאה. לאור מדיניות זו ובהתאם לסעיף 33 לאמנת הפליטים, נקבע כי העורר זכאי ליהנות ממדיניות אי ההרחקה הננקטת לעת הזאת ביחס למדינת אריתריאה. חובה להבחין בין הגנה מפני הרחקה או החזרה למדינה לבין מתן מעמד כפליט והגנה מפני רדיפה בהתאם לחמשת הקריטריונים הקבועים באמנת הפליטים. בית המשפט העליון דן בעמדת המדינה לפיה אין להעניק אישורי עבודה למי שנמצא בישראל מכוח מדיניות אי ההרחקה זמנית, לצד אי נקיטת פעולות כנגד מעסיקים, "יש בה משום איזון ראוי בהתחשב במציאות הקשה והרגישה שנוצרה" (בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (פורסם בנבו, 16.1.11).

115. בקשת העורר למקלט מדיני בסודאן לא אושרה, וממילא לו הייתה מאושרת, לא היה בכך כדי לשפר את מצבו, בהגשת בקשת מקלט שניה למדינה נוספת ("שופינג" בין מדינות מקלט).

116. המשיב טוען כי ההחלטה בעניינו של העורר היא החלטה סבירה ומידתית וודאי שאין היא חורגת ממתחם הסבירות באופן קיצוני המצדיק את התערבותו של בית הדין; העורר לא הצביע על כל פגם כל שכן פגם קיצוני אשר יכול להצדיק את התערבותו של בית הדין. המשיב טען כי נקודת המוצא היא כי בית הדין לעררים בשבתו כבית דין מנהלי אינו מחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתם של הגורמים המקצועיים במשיב. לשיטתו של המשיב, כל עוד החלטתו אינה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות, לא יתערב בה בית הדין לעררים (ראו סעיף 9 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה דאז) ד' בייניש בבר"מ 3186/03 מדינת ישראל נ' שולמית עין דור (ניתן ביום 10.5.04)).

117. בשולי טיעונו טען המשיב כי טענת המקלט של העורר התייתרה עם נישואיו לאזרחית גרמניה וכוונתו המוצהרת להגר לשם.

### דו"ח של רשות ההגירה הדנית, ודו"ח עדכני של מחלקת המחקר של רשות ההגירה הבריטית

118. בדיון צרף המשיב דו"ח שפורסם בשלהי שנת 2014 בעקבות ביקור באריתריאה של משלחת מדנמרק, אשר נשלחה על מנת לגבש תמונת מצב עדכנית לגבי המצב באריתריאה בפני רשות ההגירה הדנית Fact finding Mission Report of the Danish Immigration Service, 'Eritrea – Drives and Roots Causes of Emigration, National Service and the Possibility of Return. Country of Origin Information for Use in The Asylum Determination Process". בתמצית, מסקנת הדו"ח היתה כי בשנים האחרונות חל שינוי משמעותי לטובה ביחס של שלטונות אריתריאה הן



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

במדיניות הגיוס והן במדיניות הענישה של משתמטים ואריתריאים, בין היתר נטען כי עריקים/משתמטים המבקשים לחזור לאריתריאה כבר אינם נתפסים כבוגדים או מתנגדי משטר. על דו"ח זה נמתחה ביקורת רבה, לרבות בדו"ח מיוחד מאת נציבות הפליטים של האו"ם מתודש דצמבר 2014 ואף רשות ההגירה הדנית, בעקבות הביקורת, הבהירה כי החזרה לאריתריאה של עריקים ומשתמטים כרוכה בסיכון וכי ייתכנו מקרים בהם עריקים או משתמטים יקבלו מעמד של פליט מכח אמנת הפליטים. הרשות הבריטית פרסמה ב-2015 עדכון, אשר התבסס על מצאי הדו"ח הדני ואשר ספג בשל כך ביקורת נוקבת. אשר על כן, דומה כי משרד הפנים הבריטי, באמצעות מחלקת המחקר של רשות ההגירה, מצא לנכון להוציא משלחת מטעמו לבירור המצב העדכני באריתריאה. בחודש פברואר 2016 פורסמו ממצא הדו"ח שכותרתו: "Report of a Home Office Fact-Finding Mission. Eritrea : Illegal exit and national service" [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/543863/Report\\_of\\_UK\\_FFM\\_to\\_Eritrea\\_\\_7-20\\_February\\_2016.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/543863/Report_of_UK_FFM_to_Eritrea__7-20_February_2016.pdf)

119. בחודש אוגוסט 2016, בעקבות ממצאי הדו"ח, פורסם מדריך עדכני בעניין השירות הלאומי והצבאי באריתריאה בשם "Country Information and Guidance Eritrea: National (incl. Military) Service" <https://www.gov.uk/government/publications/eritrea-country-information-and-guidance>. יש לציין כי, בניגוד למשלחת הדנית אשר ראינה גורמים שונים, כולם למעט אחד בעילום שם, המשלחת הבריטית ראינה כמה עשרות עריקים/משתמטים שחזרו לאריתריאה וכן מקורות גלויים ובהם שרי ההגנה והבריאות של אריתריאה, פקידי הגירה, מקורות דיפלומטיים, נציגי ארגונים מקומיים, שגריר בריטניה באריתריאה ועוד.

120. לפי ממצאי דו"ח המשלחת, עריקים ומשתמטים המבקשים לחזור לאריתריאה נדרשים לשלם מס "פזורה" בשיעור 2% מהכנסתם בחו"ל ולחתום על מעין מכתב התנצלות בפני נציגות קונסולרית של אריתריאה במדינה בה הם שוהים, או אז מונפק להם דרכון ומתאפשר להם לטוס חזרה לארצם ולאחר בואם אין הם נענשים (מסקרן במיוחד תמליל הראיונות שערכה המשלחת ל-46 אריתריאים אשר שהו בישראל ויצאו ממנה מרצון, עמ' 228-236 לדו"ח). (דו"ח זה עולה בקנה אחד עם מכתבה של נציגת נציבות האו"ם בישראל, הגב' ו' אנגלברכט, מיום 5.11.15, אשר הוגש לבית דין זה במסגרת ערר 1255-15) הבחנה משמעותית יותר לעניינו של ערר זה נמצאת במדריך ה-COI העדכני של רשות ההגירה הבריטית, אשר מציין כי אין הסכמה בין המקורות שנבדקו בשאלה האם משתמט או עריק אריתריאי נתפס כבוגד ע"י הממשלה. מצד אחד נציבות האו"ם וארגוני זכויות אדם מחזיקים בדעה כי עריק/משתמט נתפס בוגד ע"י הממשלה; מצד שני, מקורות דיפלומטיים, ארגונים בינלאומיים הפועלים באריתריאה וכן עריקים ומשתמטים שחזרו לאריתריאה ורואינו ע"י המשלחת הדנית או המשלחת הבריטית, מצביעים על כך שככלל, כיום עריקים ומשתמטים אינם נתפסים



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

כבוגדים או מתנגדי משטר. (ראו סעיפים , 3.1.5 ו- 2.2.3) עוד נטען כי הראיות מצביעות על כך שניסיונות הממשלה באריתריאה להגביל את מספר העריקים והמשתמטים משירות לאומי נובעים בעיקר מהצורך להגן על כלכלת המדינה. הנתון כי שיעור ההגירה באריתריאה נע בין 6-10% מכלל האוכלוסייה, "...it is unlikely that avoiding national service, by itself, is now perceived to be a political act by the government. The perception will depend on the person's circumstances, the nature of their departure, activities outside of Eritrea and method of their return" (סעיף 2.2.6) עוד קובע המחקר הבריטי, כי אין לראות בעריקים ומשתמטים משירות לאומי כקבוצה חברתית מסוימת, כהגדרת מושג זה באמנת הפליטים.

#### דיון והכרעה

121. אין מחלוקת בין הצדדים באשר לעובדות הערר; ליבת המחלוקת נעוצה במסקנת חוות הדעת, ממנה נגזרה החלטת המשיב עניינו של העורר: "אין לראות בבקשות למקלט שמסתמכות על טענות בדבר השתמטות מהשירות הצבאי או עריקה, כשלעצמן, או ללא הקשר לאחת העילות המנויות באמנת הפליטים כטענות לרדיפה פרטנית כי אם טענות שקשורות למצב הכללי השורר באריתריאה ביחס לכלל מבקשי המקלט מאריתריאה, ועל כן, דין בקשות למקלט שמסתמכות על טענות אלו, להידחות."

122. העורר טוען, כי עצם עריקתו מהשירות הצבאי בארצו קשורה לעילת ההשקפה הפוליטית, כפי שהיא מיוחסת לו על ידי שלטונות ארצו, וכי העונש על עריקה זו - עולה לכדי רדיפה. המשיב טוען, כי כיוון שטענה זו עשויה להנקט בידי מבקשי מקלט רבים מאריתריאה, וכיוון שישראל נמצאת במצב של "הצפה", ואם תוכר עצם העריקה (לעניינינו) כעילת מקלט, לא תוכל מדינת ישראל להכיל את כל הפליטים הפוטנציאליים, הוא רשאי לאחוז בקנה מידה מצמצם.

123. העורר טוען כי שיקול זה הוא שיקול זר, וככל שהעורר עונה לתנאי אמנת הפליטים, חייב המשיב לתת לו מעמד של פליט.

124. יובהר, כי המדינה אכן רשאית להחליט כי בשל "הצפה" היא מעלה את הרף הראייתי להכרה במבקשי מקלט, מסוג זה או אחר, כל עוד ניתנת למבקשים מאותו הסוג, גם אם אינם עומדים בתנאים המחמירים, הגנה זמנית. להבנת, חוות הדעת עליה נשענת עמדת המשיב, אשר הוכנה זמן קצר לאחר שהוסר המחסום להגשת בקשות מקלט פרטניות כאמור, נועדה לשרת שתי מטרות שהציב לעצמו המשיב: מטרה אחת, אותה המשיב אינו מסתיר ואף טוען כי הינה שיקול רלבנטי ולגיטימי, היא הרצון להמנע ממתן מעמד של פליט לאלפי מבקשי מקלט השוהים כיום בישראל מחשש להשלכות החברתיות, הדמוגרפיות והתקציביות כתוצאה מכך; מטרה שניה, היא יצירת כלי, הווה אומר, חוות דעת כללית, רוחבית ומנומקת כדבעי אשר ניתן להחיל על כלל מבקשי המקלט האריתריאים שבפיהם טענה של עריקה או השתמטות משירות צבאי/לאומי, ובכך ליצור



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

מסלול מקוצר המאפשר לקיים ראיון RSD קצר יחסית, להנפיק חו"ד בכל בקשה ובקשה, הנסמכת על חוות הדעת הכללית, ולהעביר את המלצה לדחיית הבקשה לגורם המוסמך בהליך המקוצר לפי הנוהל, קרי מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה.

125. אין חולק כי זכותה של כל מדינה כחלק מעיקרון העל של ריבונות המדינה, לקבוע את מדיניות ההגירה בדבר כניסת אזרחים זרים, משטר רישיונות ישיבה שיינתנו לאזרחים זרים ואופני העסקתם של עובדים זרים. ברם, עפ"י המשפט הבינלאומי המנהגי, ריבונותה של כל מדינה להחליט מי יישאר בתחומה ובאלו תנאים ומי יורחק כפופה לעיקרון אי-ההחזרה (ראו בג"ץ אל-טאי) ואמנם מדינת ישראל אישרה כפיפותה זו ואף נהגה בהתאם לו הלכה למעשה, עת החילה וממשיכה להחיל אי-הרחקה, ביחס לאזרחי אריתריאה השוהים כיום בישראל. המדינה אף הצהירה כי היא מחויבת לקיים את הוראותיה של אמנת הפליטים, אשר עניין במתן מעמד למבקש מקלט הראוי להיות מוכר כפליט, העולה, בהיקף הזכויות הנלוות אליו, במידה משמעותית ביותר ביחס להיקף הזכויות הנלוות כיום למי שנהנה מאי-הרחקה זמנית בלבד.

126. כיוון שהחלטת המשיב נתונה לביקורתו של בית דין זה הן מהפן המשפטי, דהיינו, עצם מסקנת חוות הדעת, בה רשאי בית הדין להתערב, ולקבוע האם מדובר בפרשנות נכונה של אמנת הפליטים, והן מהפן העובדתי-האם מדובר בטענה בדבר עריקה, כשלעצמה, ללא ראיה להקשר לאחת מהעילות הקבועות באמנת הפליטים (השקפה פוליטית, לצורך העניין), בה רשאי בית הדין להצביע על כשלים בשיקול דעתו של המשיב, אך לא להמיר שיקול דעת זה בשיקול דעתו שלו, ייבחנו שתי מערכות אלה לחלף.

127. אכן, ככלל, עריקה כשלעצמה, אינה מהווה עילה למתן מקלט מדיני; עריקה הנתפשת כהבעת עמדה פוליטית, שהעונש עליה תורג מהסביר, יכול ותעלה לכדי רדיפה במובנה לפי הפרשנות הניתנת בישראל לאמנת הפליטים (ראו עע"מ צ'ימה, פסקה 26).

128. אין משמעות, לצורך בחינת ה"רדיפה" לסיבת העריקה- כלכלית או מצפונית או "פחדנות" גרידא; כל עוד "היופי הוא בעיני המתבונן" והבעת הדעה הפוליטית במעשה העריקה נחשבת ככזו בעיני שלטונות מדינתו של מבקש המקלט, תתכן למבקש המקלט עילת הגנה. צמצום ההגנה הניתנת לפי אמנת הפליטים כך שלא תכלול מי שזכאים למעמד של פליט רק מפני שהם רבים, אינו עולה בקנה אחד עם אמנת הפליטים, גם לא עם דיני המשפט המנהלי בישראל. ודוק: מדובר בעילות אישיות, פרטניות, של רבים, ולא בעילה כללית-קבוצתית.

129. אין בידי לקבל את טענת המשיב כי בגדר ההכרעה בסוגיה הפרשנית-המשפטית שמעלה הערר דין, יש להביא בחשבון את השלכות הרוחב שעלולות להיות להכרעה על כלל בקשות מבקשי המקלט מאריתריאה. מקובלת עלי גישת ב"כ העורר, הנתמכת בחוות דעתה של נציבות האו"ם, כי כל בקשת מקלט יש לבחון מנקודת מבט אישית ופרטנית במנותק מהשלכות רוחב אפשריות.



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

130. ואולם, כאמור, המדינה הקולטת רשאית להרים את הנטל, כדי להבחין בין מי שזכאי אך להגנה הקבוצתית, לבין מי שנושא ברדיפה אישית אחריו. אבחנה זו מתבטאת בגישה הגרמנית שצוטטה לעיל, המבחינה בין מי שנרדף בפועל, בעבר, לבין מי שטוען לרדיפה עתידית; זה גם זה אינם מורחקים לאריתריאה, אך מי שנרדף בעבר, זכאי לפי אמנת הפליטים, למעמד של פליט.
131. באשר לטיעוני הצדדים במידת התערבות של בית הדין בשיקול דעתו של המשיב בשאלה הראייתית, יוער, כי ככל שהדיון עוסק בזכויותיו של מבקש המקלט ולא בסכנת חיים הצפויה לו אם יידחה עררו, מן הטעם שהמשיב התחייב שלא להרחיקו מן הארץ בכל מקרה, במסגרת מדיניות אי-ההרחקה, דומה כי בית הדין ייטה להחיל את הסייגים החלים על התערבות בהחלטה מנהלית "רגילה" גם בעניין זה.
132. ויובהר, כי בעניינו של העורר לא מצאתי "השתכללות גרסאות", וגם המשיב לא טען לחוסר אמינות בדבריו. לא יכולה להיות מחלוקת כי הוא נרדף בעבר- הן כאשר נכלא ללא משפט משך שנה בגין נפקדות של יומיים, והן כאשר אמו נעצרה למשך חודש ושחררה רק בהפקדת ערבות גבוהה, כאשר ערק מהצבא. כן יוער כי כיוון שהעורר טען כי לא נשאר בסודאן באשר מדינה זו לא הייתה מסוגלת לספק לו הגנה מפני הרדיפה לה הוא טוען- אין כל משמעות לשאלה האם הבקשה למקלט מדיני שהגיש בסודאן אושרה אם לאו, וברי כי ישראל מהווה "המדינה הקולטת" הראשונה לאמיתו של דבר עבורו.
133. עניין נישואיו של העורר לאזרחית גרמניה שהגיעה לישראל למשך חמישה ימים ושבה לארצה, לא עלה בדיון, וממילא אין בכך כדי לשנות את הקביעה העקרונית בעניינו של העורר, בשלב זה.
134. אכן, נציבות האו"ם מכירה בצורך של מדינות להעניק הגנה קבוצתית, או הגנה זמנית חלקית – **בלא לבחון כל מקרה לגופו באמות המידה הדקדקניות הנהוגות באופן רגיל בהליך של בקשת מקלט**, כאשר הן עומדות בפני שטף של מבקשי מקלט הנכנסים לשטחן. כיוון שהמשיב טוען כי ישראל נמצאת במצב של "הצפה", אין בדעתי לבחון את מצבה של ישראל כמדינה "מוצפת", באשר זו שאלה פוליטית-כלכלית-מדינית, ובית הדין אינו מתערב בכגון דא.
135. אף על פי כן, ואולי למעלה מן הצורך, ייבחן ההיבט ה"מספרי" והשלכות הרחב, גם לשיטת המשיב; כל עוד לא הושלמה הגדר העומדת כיום על גבולה הדרומי של ישראל ומסתננים נכנסו דרך גבול זה באין מפריע בהמוניהם, אין מחלוקת כי לא ניתן היה להתחיל לבחון באופן פרטני כל בקשה ובקשה של מבקשי מקלט מאריתריאה (כמו גם מסודן) הן בשל העדר יכולת מעשית לטפל בבקשות בזמן אמת והן בשל כך שמתן מעמד של פליט באותה עת עלול היה ברמת הסתברות גבוהה להוביל לאפקט של "pool factor" ולהגביר עוד יותר את זרם מבקשי המקלט מאריתריאה. אולם, כפי שעולה מנתוני המשיב המעודכנים לחודש יולי 2016 (כפי שפורסמו באתרו), בשנת 2015 נכנסו לישראל 220 מסתננים. ובמחצית הראשונה לשנת 2016 נכנסו לישראל 18 מסתננים ואין להניח כי כולם אזרחי אריתריאה. אין המדובר במגמה חדשה או תולפת וכפי שמתואר בבג"ץ איתן, תחילתה בשנת 2013



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

ומאז היא נמשכת ברצף: "על פי תשובת המדינה, בשנת 2013 נכנסו לישראל 45 מסתננים בלבד. 4 מסתננים נכנסו בשלושת החודשים לאחר שניתן פסק הדין בפרשת אדם, ו-19 מסתננים נכנסו לישראל לאחר כניסת תיקון מס' 4 לתוקף ועד לחודש יוני..." (פיסקה 38 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

136. בהערת אגב יוער כי גם לאחר שבוטלו התיקון השלישי לחוק למניעת הסתננות והתיקון הרביעי לחוק למניעת הסתננות, בפסקי הדין של ביהמ"ש העליון בבג"ץ אדם ובבג"ץ איתן, לא חלה כל עליה ממשית במספר המסתננים המגיעים לישראל, אשר המשיב נוטה לטעון כי הם קבוצה חופפת לאריתראים וסודאנים. אותו "מחסום נורמטיבי" אשר נדון בהרחבה בבג"ץ אדם (ראה פסק דינם של כב' השופטת ארבל ושל כב' השופט פוגלמן, וכן פסק דינו של כב' השופט עמית בפרשת איתן) אשר לטענת המדינה היה לא פחות אפקטיבי מהמחסום הפיזי של גדר בגבול, מתברר בחלוף הזמן ומשבוטל אותו מחסום, כחסר משמעות אמיתית בהקשר זה.

137. לפיכך, משעה שזרם המסתננים הנכנס, ולעניינו – מבקשי מקלט מאריתריאה, קטן עד לכמה עשרות בודדות בשנה, שוב אין מניעה מעשית ומהותית לדון בכל בקשה ובקשה של מבקשי מקלט מאריתריאה באופן פרטני, מדוקדק ובהתאם לאמות המידה הסטנדרטיות של אמנת הפליטים.

138. עוד יש לחזור ולומר כי מתוך כלל אזרחי אריתריאה השוהים בישראל, הוגשו עד היום 7,041 בקשות אשר כ- 1850 מהן כבר נדחו כאשר בפני בית דין זה הוגשו לא יותר מעשרה עררים בעקבות דחיית הבקשות (אם כי ייתכן שמספר זה כולל כ- 980 בקשות שנדחו על הסף בגין שיהוי ומספר עררים בעניין זה הוגשו לבית הדין בתל אביב, בהתאם לסמכותו המקומית). משמעות הדבר כי על המשיב להכריע בלא יותר מ- 6,000 בקשות נוספות. גם במקרה התאורטי לחלוטין בו ימצא כי יש להעניק מעמד של פליט לכל אותם מבקשי מקלט, אני סבורה כי אין מדובר בכמות שמדינת ישראל אינה יכולה להכיל או שתביא להוצאות בלתי סבירות, כאשר ממילא צפויה לכולם עוד שעות ממושכת בישראל גם אם תדחה בקשתם.

139. יפים בהקשר זה דברי כב' השופטת ארבל בבג"ץ איתן: "האמנה אינה מחלקת את הנטל בהתמודדות עם תופעת הפליטות ומבקשי המקלט בין מדינות העולם. כך יכול להיווצר מצב בו הנטל נופל באופן לא שוויוני ולא סביר על מדינות מסוימות מסיבות שונות ומגוונות כגון קרבה גיאוגרפית, אטרקטיביות כלכלית, מכשולים רגולטורים, וכדומה. (...) עם זאת יש לציין כי למרות שמצטייר בתקשורת אחרת, לעת הנוכחית עולה מהנתונים כי הנטל המוטל על מדינת ישראל בטיפול במבקשי מקלט אינו גבוה מזה של מדינות מערביות אחרות, ובודאי שלא מזה של מדינות מתפתחות שרוב הנטל, באופן מפתיע, נופל עליהן (ראו טלי קריצמן-אמיר "מבוא" פליטים ומבקשי מקלט בישראל: היבטים חברתיים ומשפטיים 7, 16 (בעריכת טלי קריצמן-אמיר, צפוי להתפרסם ב-2014); כן ראו עניין אדם, פסקה 105 לפסק דיני). נטל זה יש לקבל בהבנה, בודאי על רקע ההיסטוריה של העם היהודי, ערכיה של מדינת ישראל ומחויבותה לזכויות אדם, גם כאשר אין מדובר באדם ישראלי."



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

140. הואיל וקבעתי בהכרעתי לעיל כי לא ניתן לקבל את הנחת הבסיס עליה מושתתת חוות הדעת, לפיה המשיב רשאי לקבוע כי אינו מחיל את עילות אמנת הפליטים על סוג מסויים של מבקשי מקלט בגין טענותיהם הדומות בבקשותיהם הפרטניות ובהתחשב במספרם הרב, יש להכריע כעת מה הסעד האופרטיבי שניתן להעניק לעורר דנן, ומטבע הדברים בעררים שעניינם דומה ואשר תלויים ועומדים בבית דין זה.
141. שני סעדים חלופיים ביקש העורר- העיקרי, כי בית הדין יורה למשיב להכיר בו כפליט. כאמור לעיל, בית הדין אינו מחליף את תפקידה ושיקול דעתה של ועדת הפליטים ובוודאי אינו שם עצמו בנעלי שר הפנים, אשר לו נתונה הסמכות להעניק למבקש מקלט מעמד של פליט, לאחר שהונחה בפניו המלצתה של ועדת הפליטים. כאשר עניינו של העורר מעולם לא נדון במליאת הוועדה המייעצת ועניינו לא הובא בפני שר הפנים הסעד האופרטיבי היחיד שניתן להעניק לעורר כיום הנו הוראה למשיב כי עניינו יועלה בפני הוועדה המייעצת. עם זאת, לנוכח הקביעות המהותיות בפסק דין זה לעניין חוות הדעת, לא תוכל הוועדה להסתמך עליה. ועדת הפליטים תבחן, האם העובדות הפרטניות ביחס לעורר עצמו, העומדות בבסיס בקשת המקלט שהגיש וראיות נוספות שהציג, יש בהן כדי לחצות את הרף הראייתי (הנדרש או המוגבר) הנדרש לביסוס פחד מבוסס לרדיפה כמשמעות מושג זה באמנת הפליטים. **וידגש, בהתאם לקביעה בפסק דין זה, ביסוס חשש לרדיפה משמעותו כי קמה לעורר עילה להיות מוכר כפליט בשל רדיפה על רקע דעה פוליטית המיוחסת לו.**
142. הסעד החלופי, אותו ביקש העורר, הוא כי אקבע כי הוא "זכאי להגנה זמנית שמשמעותה, למצער, רשיון ישיבה ועבודה בישראל". דהיינו- הגנה זמנית, קבוצתית, החורגת ממדיניות המשיב המפורשת כיום, לפיה נהנה העורר ממדיניות אי-הרחקה בלבד. בעע"מ אספו סקר כבי' השופט פוגלמן את הסדרי ההגנה הזמנית הנהוגים בעולם ומה המשמעות שלהם בכל הנוגע לזכויות אותם החסדרים השונים מעניקים לחוסים בצילם. בארה"ב, בהולנד ובשוויץ, כדוגמאות בלבד, נהוגה הגנה קבוצתית משלימה ביחס למבקשי מקלט מאריתריאה.
143. סעד זה הנו סעד של קביעת מדיניות, ואין לבית הדין סמכות לקבוע מדיניות למשיב. על כן, אין לי אלא להפנות לדברי כבי' השופט חיות בעע"מ אספו ולהתלות בכך באילן גבוה: "**...חשוב לזכור כי אף שמזה זמן לא מבוטל נאלצת מדינת ישראל להתמודד עם נתינים ותושבים ממדינות שונות באפריקה כגון אריתריאה... מסתננים אליה מדרום בשל הסכנה הנשקפת לחייהם בארץ מוצאם, ואף שעם השנים צוברת תופעה זו ממדים של "הצפה", טרם הותקנו על ידי הגורמים המוסמכים לכך כללים מתאימים אשר יבהירו מהו אגד הזכויות שהמדינה מוכנה להכיר בו לגבי אנשים אלה... המשיבה בטיעוניה נמנעת מלאשר כי מדובר אכן ב"הגנה זמנית" על המשמעויות (הלא אחידות, יש לומר) שנושא מושג זה במדינות השונות, והיא מדגישה כי מדובר במדיניות המצטמצמת ל"אי הרחקה זמנית". זאת ותו לא, מבלי שנקבעו בצידה כללים ונהלים ברורים הנוגעים לזכויותיהם של אותם "בלתי מורחקים" בעת שהותם בישראל... זהו מצב בלתי רצוי בעליל. הערפל הנורמטיבי יוצר אי וודאות מכבידה ביותר מבחינת האנשים עצמם אשר לעיתים**



## מדינת ישראל

### בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

שוהים בישראל מכח המדיניות האמורה בפרקי זמן בלתי מבוטלים. בתי המשפט נאלצים אף הם להתמודד בשל כך חדשות לבקרים עם שאלות ומצבים שונים ומגוונים שמייצרות, מטבע הדברים, מציאות החיים והנוגעים לזכויותיהם של אנשים אלה...בהינתן ממדי התופעה טוב היה אילו הנושא היה זוכה להסדרה כלשהי ולו על דרך של נהלים והנחיות שיכללו, בין היתר, התייחסות לזכויותיהם הבסיסיות של אותם אנשים בעת שהותם בישראל...ויפה שעה אחת קודם...".

144. סיכומו של דבר: החלטת המשיב לדחות את בקשת העורר למקלט מדיני אינה יכולה לעמוד, משום שחוות הדעת עליה היא נשענת מעקרת מתוכן את התחייבות המדינה לפעול בהתאם לאמנת הפליטים, בקביעתה **קטגורית** כי עריקה או השתמטות משירות צבאי באריתריאה לכשעצמה אינה עולה לכדי רדיפה פוליטית ועל כן מבקש מקלט מאריתריאה, שטענתו היחידה למקלט בישראל היא כי ערק משירות צבאי או השתמט ממנו, לא יוכר כפליט, משום שמבקשי מקלט רבים מאריתריאה טוענים לעילה זו.

145. עם זאת, המשיב רשאי להתחשב במספרם של מבקשי המקלט האלה ובקושי הנטען של מדינת ישראל להתמודד עם מתן זכויות כלכליות ואחרות למספר ניכר של פליטים, באחת משתי דרכים- העלאת הרף הראייתי להוכחת הרדיפה, או קביעה קטגורית כי מבקשי מקלט אלה זכאים להגנה זמנית, אשר תכיר בהם קטגורית כזכאים למקלט מדיני, אך לא תעניק להם מעמד של פליט מוכר, אלא אגד זכויות בסיסיות פחות (ושוב- קטגורית), כמפורט בע"מ אספו, ובכך ישנה את מדיניותו ממדיניות של אי-הרחקה למדיניות של הגנה זמנית קבוצתית.

146. כאמור, בית הדין אינו בעל סמכות להורות למשיב לשנות את מדיניותו, ועל כן אני מורה למשיב לבחון את בקשתו של העורר למקלט מדיני במליאת ועדת הפליטים ולגבש המלצה בעניינו שתועבר להכרעת שר הפנים, בהתאם לאמור בפסק דין זה.

147. הערר התקבל, כאמור; כיוון שהמחלוקת בין הצדדים הנה עקרונית ונדונה כאן לראשונה, אין צו להוצאות.

ניתנה היום, א' אלול תשע"ו, 04/09/2016 בהעדר הצדדים.

שרה בן שאול ויס, דיינת  
בית הדין לעררים