

## בבית המשפט העליון

בר"ם 5040/18

לפני:

כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
 כבוד השופט י' אלרון  
 כבוד השופט ע' גרוסקופף

המבקשים:

1. פלונית
2. פלוני
3. פלונית
4. פלונית

נגד

המשיבה:

רשות האוכלוסין וההגירה – משרד הפנים

המבקש להצטרף כידיד  
 בית משפט:

מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי  
 בישראל

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
 בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים מיום 4.5.2018  
 בעמ"ן [16895-11-17](#) [פורסם בנבו] שניתן על-ידי כבוד  
 השופטת ד' כהן-לקח

תאריך הישיבה:

ז' בסיון התשע"ט (10.6.2019)

בשם המבקשים:

עו"ד מיכל פומרנץ, עו"ד אסף וייצן

בשם המשיבה:

עו"ד רן רוזנברג

בשם המבקשים להצטרף  
 להליך כידיד בית משפט:

עו"ד אבינעם כהן

כתבי עת:

[עדנה ארבל, "הילד בראי המשפט", ספר דורית ביניש, \(אונ' בר אילן, נבו, 2018\) 567](#)  
[לימור עציוני, "FGM מילת נשים בישראל: על הצורך בעיגון חקיקתי שיאסור את התופעה", שערי משפט, ט](#)  
[\(אוקטובר 2017\) 191](#)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק עובדים זרים, תשנ"א-1991: סע' 1יא1](#)[חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 329, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 380, 382](#)

חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

מיני-רציו:

\* בימ"ש דן לראשונה בסוגיה שעניינה הכרה בפליטות על רקע חשיפתה של ילדה או אשה לסכנה של השחתת איבר המין שלה במדינת המוצא שממנה הגיעה לישראל, ופסק כי איום מפני השחתה או הטלת מום באברי מין נשיים יכול לעלות כדי רדיפה שתקים לילדה, לנערה או לאישה המאוימת מעמד של פליטה מכוח אמנת הפליטים; בימ"ש דן גם במחלוקת הנוגעת לחריג "חלופת מגורים פנימית" לפיו ניתן לדחות בקשה למקלט מדיני אם קיימת חלופה רלוונטית וסבירה להיות המבקשים מוגנים מפני האיום האמור באזור אחר במדינת מוצאם.

\* משפט מינהלי – כניסה לישראל – פליט

\* משפט מינהלי – כניסה לישראל – מבקש מקלט

המערערים, בני זוג מצפון חוף השנהב ושתי בנותיהם הקטינות שנולדו בארץ (להלן: המערערות הקטינות), פנו לשר הפנים בבקשה לקבלת מקלט מדיני בישראל על רקע חשש מפני השחתה או הטלת מום כפויה של איברי המין, המכונה לעיתים "מילת נשים" (Female Genital Mutilation) (להלן גם: FGM)) של המערערות הקטינות במדינת מוצאם. בקשתם נדחתה. המערערים ערערו על החלטה זו לפני בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל ובימ"ש המחוזי. ערעוריהם נדחו. מכאן בקשת רשות הערעור בה ביקשו בין היתר, כי ייקבע שהם זכאים למעמד של פליטים מכח האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (להלן: אמנת הפליטים). בהמשך הודיעה המדינה כי הוחלט להעניק למערערים רישיון לישיבת ארעי מסוג א/5 למשך שנה מטעמים הומניטריים, אך החלטה זו אינה מספקת את המערערים, והם עומדים על קבלת הכרעה בערעור, דהיינו, בשאלה האם הם זכאים לקבל מעמד של פליטים.

בית המשפט העליון (מפי השופטת ברק-ארז ובהסכמת השופט גרוסקופף, בניגוד לדעתו החולקת של השופט אלרון) נתן רשות ערעור, קיבל את הערעור ופסק כי:

הסוגיה שעניינה הכרה בפליטות על רקע חשיפת ילדה או אשה לסכנה של השחתת איבר המין שלה במדינת המוצא שממנה הגיעה לישראל טרם נבחנה בבימ"ש העליון. אולם, הדיון בה מבוסס על יישום העקרונות החלים על מתן מעמד של פליט. לפיכך, בימ"ש עמד על העקרונות החלים על מתן מעמד של פליט. לפי אמנת הפליטים על מנת שאדם יקבל מעמד של פליט וייהנה מן ההגנות המוקנות באמנת הפליטים, עליו להוכיח את קיומם של היסודות הבאים: פחד מבוסס היטב מפני רדיפה; הטעם לרדיפה ומקורה הם באחת או יותר מעילות האמנה – דהיינו, על רקע גזע, דת, אזרחות, לאום, השתייכות לקבוצה חברתית מסוימת או השקפה מדינית-פוליטית; הימצאות מבקש המקלט מחוץ למדינתו בשל אותו פחד; היעדר יכולת או חוסר רצון מצד מבקש המקלט לזכות להגנה של מדינתו בשל הפחד האמור. לצד עקרונות אלה רשויות המדינה המופקדות על הטיפול בבקשות למקלט מדיני כפופות כמובן גם לכללי המשפט המינהלי.

בימ"ש עמד על התופעה של השחתת איברי מין נשיים וההכרה בה כעילה להענקת מעמד פליט בציינו כי לא יכול להיות ספק באשר לאכזריותה והשלכותיה הפיזיות והנפשיות הקשות. לכן, נקודת המוצא היא כי חשש של אישה, נערה או ילדה (או הורים לילדה) מפני השחתת איבר מינה יכול לבסס עילה

למתן מעמד של פליט מכוח אמנת הפליטים בגדר העילה של "פחד מבוסס היטב מפני רדיפה", ובלבד שהבקשה מבוססת עובדתית.

אשר להכרה בחריג "חלופת מגורים פנימית" לפיו גם מי שעומד לכאורה בתנאי אמנת הפליטים לא יהיה זכאי לקבל מעמד של פליט במדינה אחרת אם קיימת לו חלופה אמיתית לקיום בטוח במדינת המוצא שלו באזור אחר, שהוא מוגן מבחינתו ויכול לאפשר לו תנאי מחייה. אשר לחריג "חלופת מגורים", נפסק כי יש לוודא כי מדובר בחלופה רלוונטית וסבירה. בימ"ש עמד על שיקולים לבחינת הרלוונטיות והסבירות של חלופת המגורים המוצעת: מיהם "סוכני הרדיפה" והיכולת הפוטנציאלית של גורמי הסיכון להגיע לנרדף. במקרים של רדיפה שאינה מדינתית יש לתת את הדעת לשאלה של מסוגלות המדינה לספק הגנה אפקטיבית למבקש המקלט בחלופת המגורים המוצעת; מהו הטעם לרדיפה. יש לבחון האם מדובר ברדיפה על רקע מאפיין שאינו ניתן ל"ניטרול" באמצעות מעבר תוך מדינתי; מהי דרגת הסיכון שעל הפרק ומיהו הגורם המצוי בסיכון. בהקשר זה יש לבחון את הנתונים הקונקרטיים של מבקש המקלט ולתת את הדעת האם מבקש המקלט משתייך לאוכלוסייה פגיעה כלשהי. נטל ההוכחה בעניין סבירותה ומידת הרלוונטיות של חלופת המגורים המוצעת מוטל ולו באופן ראשוני על הטוען לקיומה. ודוק, השאלות המובאות לעיל הן "כלי עבודה" ראשוניים ואינן ממצות בהכרח.

אשר לסוגיית האמינות של טענות בעניין FGM בהליכי מקלט, בימ"ש קיבל את הגישה לפיה הטענה בדבר חשש מפני FGM שלא הועלתה "בהזדמנות הראשונה" אינה מלמדת כעל בעיית אמינות או על היעדר חשש סובייקטיבי מפני רדיפה, בהתחשב במכלול הסיבות שעשויים להוביל לעיכוב בהעלאת הטענה.

בימ"ש פסק כי הונחה תשתית מספקת לטענה כי איום של השחתת אברי מין נשיים מרחף מעל המערערות הקטינות במקום מוצאם של המערערים, וכי הוא עולה לכדי "פחד מבוסס היטב מפני רדיפה", העשוי להקים עילה למתן מעמד של פליטים. עוד נפסק כי המדינה לא הוכיחה כי איום הפגיעה במערערות הקטינות אינו מבסס עילה להענקת מעמד פליטות, מאחר שמתקיים בעניין חריג "חלופת המגורים הפנימית", שכן לא הונחה תשתית מספקת המלמדת שהמערערות הקטינות יהיו מוגנות מפני איום הפגיעה בהן באזורים אחרים של חוף השנהב. סוכני הרדיפה הם גורמים פרטיים – בני משפחת המערערים. הרדיפה אינה מדינתית ויש חשש כי בני המשפחה יגיעו אל המערערים גם כשהם לא יתגוררו בצפון המדינה. לא הוכח שמדינת המוצא של המערערים מסוגלת להעניק לקטינות הגנה אפקטיבית מפני פגיעה. מדובר ברדיפה על רקע דת ומגדר. בנוסף, מערערת 1 הייתה קורבן להליך של FGM בכפייה, וגם אחותה ובתה הקטינה; הסברי מערערת 1 לאי העלאת הטענה בהזדמנות הראשונה הינם סבירים. לפיכך, עלה בידי המערערים להוכיח כי הם זכאים להגנה מכוח אמנת הפליטים. על המשיבה ליתן למערערים מעמד בהתאם לנוהל מבקשי מקלט.

השופט אלרון סבר, בדעת מיעוט, כי הערעור התייתר שכן המערערים קיבלו את מבוקשם – רישיון לשיבת ארצי מסוג א/5 ולכן דינו להידחות. השופט אלרון הסכים כי סכנה להשחתת איברי מין של נשים עשויה להקים במקרים מתאימים עילת פליטות. לצד זאת, הבהיר כי אין בכך הכרה גורפת בכל טענת פליטות מהטעם האמור, וכי יש לבחון בכל מקרה לפי נסיבותיו אם הוכח חשש מבוסס של מבקשת.

## פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם יש מקום לקבל בקשה למתן מעמד של פליט המוגשת על רקע החשש שאשה או ילדה תהיה חשופה במדינת המוצא שלה להליך של השחתה או הטלת מום באברי מין נשיים (Female Genital Mutilation (להלן גם: FGM)), המכונה לעתים "מילת נשים"? באיזה אופן יש לבחון בקשה כזו, ומהו המשקל שיש לייחס לשונות שעשויה להיות קיימת באזורים שונים של מדינת המוצא ביחס לפרקטיקה האמורה? אלה הן השאלות המתעוררות במסגרת בקשת רשות הערעור שבפנינו.

2. ההכרעה בשאלות שהוצגו נדרשה במקרה זה בשל השלכתן הישירה על גורלן של שתי ילדות קטנות והוריהן, משפחה שמוצאה בחוף השנהב. לטענת ההורים, הם חוששים לחזור למדינת המוצא שלהם בשל הסכנה הממשית שבנותיהן ייחשפו לסכנה של השחתת אברי המין שלהן ביוזמתם של בני משפחה אחרים, כפי שנעשה בעבר לאם עצמה בהיותה ילדה, כמו גם לבנות משפחה אחרות. פסק דיננו יעסוק אפוא בעניינם של בעלי הדין שבפנינו. עם זאת, על מנת להעמיד את הדברים בהקשרם הנכון, אפתח בהצגת המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית.

מבוא כללי: העקרונות החלים על מתן מעמד של פליט

3. הסוגיה שעניינה הכרה בפליטות על רקע חשיפתה של ילדה או אשה לסכנה של השחתת איבר המין שלה במדינת המוצא שממנה הגיעה לישראל טרם נבחנה בבית משפט זה. אולם, הדיון בה מבוסס על יישום העקרונות הכלליים החלים על מתן מעמד של פליט, ועל כן אפתח בהם.

4. כידוע, מסמך היסוד המסדיר את סוגיית הזכאות למעמד מכח פליטות הוא האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, כ"א 65 (להלן: אמנת הפליטים). מדינת ישראל חתמה על האמנה, אשררה אותה ואף הצטרפה לפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967 הנלווה לאמנה (ראו: [בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו\(1\) 717, 743 \(2013\)](#)). הוראותיה של אמנת הפליטים לא אומצו בחקיקה פנימית, אך אין חולק כי המדינה מחויבת לכבדן (ראו: [עע"ם 8870/11 גונזלס נ' משרד הפנים](#), [פורסם בבנו] פסקה 8 (25.4.2013) (להלן: עניין גונזלס); [עע"ם 1440/13 צ'ימה נ' מדינת ישראל](#), [פורסם בבנו] פסקה 14 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר (7.8.2013) (להלן: עניין צ'ימה); [עע"ם 7854/12 פלונית נ' משרד הפנים](#), [פורסם בבנו] פסקה 17 (25.8.2015)). בהקשר זה קובע נוהל מס' 5.2.0012 של רשות

האוכלוסין וההגירה, היא המשיבה, בעניין "הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל" (להלן: נוהל מבקשי מקלט) 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. הגורמים המוסמכים יוכלו להסתייע גם בספר העזר של נציבות האו"ם לפליטים".

5. אמנת הפליטים מגדירה את המונח "פליט" באופן הבא:

"[אדם] הנמצא מחוץ לארץ אזרחותו בגלל מאורעות שאירעו לפני 1 בינואר 1951 ובגלל 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; או הנמצא עקב המאורעות האמורים מחוץ לארץ שבה היה קודם לכן מקום מגוריו הקבוע, והוא חסר אזרחות, ואינו יכול לחזור לאותה ארץ או אינו רוצה בכך בגלל הפחד האמור" (פרק ראשון, סימן א', סעיף 2).

בהתאם לכך, על מנת שאדם יקבל מעמד של פליט וייהנה מן ההגנות המוקנות באמנת הפליטים, עליו להוכיח את קיומם של היסודות הבאים: (1) פחד מבוסס היטב מפני רדיפה; (2) הטעם לרדיפה ומקורה הם באחת או יותר מעילות האמנה – דהיינו, על רקע גזע, דת, אזרחות, לאום, השתייכות לקבוצה חברתית מסוימת, או השקפה מדינית-פוליטית; (3) הימצאותו של מבקש המקלט מחוץ למדינתו בשל אותו פחד; (4) היעדר יכולת או חוסר רצון מצד מבקש המקלט לזכות להגנה של מדינתו בשל הפחד האמור (ראו: עניין צ'ימה, בפסקה 17 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר; [ע"ע 5667/14](#) פלונית נ' ממשלת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 25 (5.1.2016) (להלן: [ע"ע 5667/14](#))).

6. לצדם של עקרונות אלה, הנגזרים במישרין מן המשפט הבינלאומי, רשויות המדינה המופקדות על הטיפול בבקשות למקלט מדיני כפופות כמובן גם לכללי המשפט המינהלי, ובהם החובה לבסס את החלטתן על תשתית עובדתית סבירה ולהפעיל את שיקול דעתן בסבירות ובמידתיות (ראו: עניין גונזלס, בפסקה 11; [ע"ע 4922/12](#) פלונית (חוף השנהב) נ' משרד הפנים, [פורסם בנבו] פסקה 31 (7.7.2013)).

7. היבט נוסף של דיני הפליטים שלו רלוונטיות מרכזית למקרה דנן הוא ההכרה בחריג המכונה "חלופת מגורים פנימית" ( Internal Flight or Relocation Alternative). הרעיון העומד ביסוד הדברים הוא שגם מי שעומד לכאורה בתנאים של אמנת הפליטים לא יהיה זכאי לקבל מעמד של פליט במדינה אחרת אם קיימת לו חלופה אמיתית לקיום בטוח במדינת המוצא שלו – באזור אחר, שהוא מוגן מבחינתו ויכול לאפשר לו תנאי מחייה (ראו, באופן כללי: Ninette Kelley, *Internal Flight/Relocation /Protection Alternative: Is it Reasonable?*, 14 INT'L J. REFUGEE L. 4 (2002)). בהקשר זה, ראוי להזכיר את הנחיות נציבות האו"ם לפליטים בעניין חלופת מגורים פנימית ( UNHCR, *Guidelines on international protection: "Internal Flight or Relocation Alternative" within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (2003) (להלן: הנחיות הנציבות בעניין חלופת מגורים)). הנחיות אלה מציינות כי על מנת שתקבל טענה של חלופת מגורים יש לוודא כי מדובר בחלופה רלוונטית וסבירה. במסגרת זאת, יש לבחון מספר פרמטרים (המוזכרים בסעיף 7 להנחיות): האם האזור של חלופת המגורים הוא בטוח ונגיש מבחינה חוקית למבקש המקלט? האם סוכן הרדיפה הוא סוכן פרטי או מדינתי, והאם יש סיכוי שהסוכן הפרטי ירדוף אחר מבקש המקלט גם לאיזור שבו מוצעת חלופת המגורים? האם מבקש המקלט יהיה חשוף בחלופת המגורים לרדיפה על-ידי גורמים אחרים? האם מבקש המקלט יוכל לחיות חיים נורמליים באופן יחסי שאינם כרוכים בקושי בלתי-סביר ( Undue Hardship)? כן יצוין, כי לפי הנחיות אלה נטל ההוכחה בעניין מידת הרלוונטיות והסבירות של חלופת המגורים מוטל על מי שמציע את החלופה, ואין להטילו על מבקש המקלט (סעיפים 33-35 להנחיות אלה).

מבוא ספציפי: התופעה של השחתת איברי מין נשיים וההכרה בה כעילה להענקת מעמד פליט

8. הליך של FGM מוגדר, על-פי ארגון הבריאות עולמי, כפעולה כירורגית שכרוכה בהסרה חלקית או מלאה של איבר המין הנשי החיצוני או בכל פגיעה אחרת באיבר המין המתבצעת שלא מסיבות רפואיות, אלא כחלק ממנהג דתי או ממסורת קהילתית תרבותית (ראו: World Health Organization, *Female Genital Mutilation* (31.1.2018), זמין באתר האינטרנט של הארגון: <https://www.who.int>). זהו הליך נפוץ בקרב קהילות רבות במדינות אפריקה, אך גם בחלק ממדינות אסיה והמזרח התיכון, וכפועל יוצא מכך גם בקרב קהילות מהגרים במדינות מערביות שמוצאן

[מאותם אזורים \(ראו: לימור עציוני "FGM \('מילת נשים'\) בישראל: על הצורך בעיגון חקיקתי שיאסור את התופעה" שערך משפט ט 191, 192 \(2017\) \(להלן: עציוני\)\).](#) ההליך מתבצע פעמים רבות ללא הרדמה, אנטיביוטיקה או ציוד סטרילי ( Jewel Llamas, *Female Circumcision: The History, the Current Prevalence and the Approach to a Patient*, 4 (2017) (להלן: Llamas)). תופעות הלוואי המיידיות של הליך ה-FGM כוללות כאבים, זיהומים, שטפי דם, הלם רגשי ופיזי וכן נזק לאיברים סמוכים כגון מערכת השתן והעיכול. בטווח הארוך יותר ההליך עלול לגרום לתופעות של עצירות שתן, הפרעות במחזור החודשי עד כדי הפסקתו, דלקות כרוניות בנרתיק ובדרכי השתן שעשויות לגרום לפגיעה בתפקוד הכלייתי, וכן סיכון מוגבר להידבקות בנגיפים המועברים בדם כגון HIV וצהבת B ו-C. סיבוכים אפשריים נוספים כוללים עקרות, דימומים לאחר לידה ומוות של ילודים (שם, בעמ' 6). כל זאת, בנוסף להשלכות הפסיכולוגיות והנפשיות הקשות שמהן סובלות נשים שבוצע בהן ההליך בכפייה – הכוללות חרדה, דיכאון, הפרעה פוסט-טראומטית וכן קושי ליהנות מיחסי מין (ראו: Leigh A. Trueblood, *Female Genital Mutilation: A Discussion of International Human Rights Instruments, Cultural Sovereignty and Dominance Theory*, 28 DENV. J. INT'L L & POL'Y 437, 444-445 (2000)). חלק מהנשים שעוברות את ההליך, בעיקר כאשר הוא נעשה בתנאים לא תנאים, מקפחות את חייהן כתוצאה מדימום או מסיבוכים רפואיים אלו (עציוני, בעמ' 193).

9. על-פי המידע המופיע באתר ארגון הבריאות העולמי, יותר מ-200 מיליון נערות ונשים ברחבי העולם היו קורבן להשחתת איבר מינן בכפייה. מאחר שבמקרים טיפוסיים ההליך נעשה בילדות קטינות, יש לו קשר הדוק אף להיבט של זכויות ילדים (ומידע בנושא אכן מופיע גם באתר של ארגון UNICEF – United Nations International Children's Emergency Fund, שם צוין כי מתוך 200 מיליון הקורבנות של ההליך, 44 מיליון הן קטינות מתחת לגיל 15). עמדתו הפורמאלית של ארגון הבריאות העולמי היא כי FGM הוא הפרה של זכויות אדם של ילדות, נערות ונשים – ובכלל זאת זכותן לבריאות, הזכות שלא להיות נתונה לעינויים ועונשים אכזריים, הזכות לאוטונומיה ושלמות הגוף וכן הזכות לחיים. זוהי גם עמדתו של UN Woman – הגוף האחראי על שוויון מגדרי באו"ם (ראו: UN Woman, *Sources of International Human Rights Law on Female Genital Mutilation* (25.2.2011)). על רקע זה, בשנת 2012 אימצה העצרת הכללית של האו"ם החלטה הקוראת לכל הקהילה הבינלאומית לעשות מאמץ למיגור התופעה (United Nations General Assembly, )

*Intensifying global efforts for the elimination of female genital mutilations,*  
(A/C.3/67/L.21/Rev.1 (16 November 2012).

10. תופעה מדממת זו החלה להיות נדונה במסגרת דיני ההגירה במדינות שונות משהחלו להיות מוגשות בקשות מקלט על-ידי ילדות ונשים שטענו כי הן חשופות לסכנה שיבוצע בהן הליך FGM בעל כורחן. בקשות אלה עוררו את השאלה האם מדובר בעילה המצדיקה מתן מעמד של פליט לפי אמנת הפליטים.

11. הדיון בשאלה של פליטות על רקע של חשיפה לסכנה של FGM התחדד גם משום שבעת ניסוחה של אמנת הפליטים המקרה הפרדיגמטי שעמד נגד עיני המנסחים היה זה של אירופה בתקופת מלחמת העולם השנייה. מעמד הפליט היה מזוהה עם דמותו של אדם שנרדף על רקע השתייכותו האתנית או הדתית, בדרך כלל על-ידי השלטונות עצמם. הפן המגדרי של רדיפה אינו נזכר במפורש באמנה כלל. עם זאת, מבחינת תכליתה והגיונה אמנת הפליטים אינה מצומצמת אך למצבים "המקוריים" שהולידו אותה. בשלב זה של התפתחות דיני הפליטים במשפט הבינלאומי ובשיטות המשפט השונות ברחבי העולם, דומה שקיימת הסכמה רחבה למדי כי אמנת הפליטים צריכה ומתאימה לחול גם ביחס למי שחשופות לסכנה של FGM – בכפוף להנחתה של תשתית עובדתית מתאימה. למסקנה זו הוצע, במהלך השנים, בסיס פרשני בדרכים שונות. מבחינות רבות, דרך המלך המובילה לכך היא פרשנות המונח "קבוצה חברתית מסוימת" כחל על מצבים שבהם נשים כקבוצה חשופות לסכנה של FGM במדינה נתונה (בין כלל הנשים ובין נשים השייכות לקהילה מסוימת בה). לעתים, ניתן לבסס מסקנה זו גם על כך שנשים נרדפות מטעמי "דת" כאשר הן מסרבות לדרישה לבצע FGM שנתמכת בטעמים דתיים, או אף מטעמים של "השקפה מדינית-פוליטית" כאשר התנגדותן נתפסת כסוג של סרבנות פוליטית (ראו למשל: Annemarie Middelburg & Alina Balta, *Female Genital Mutilation/Cutting as a Ground for Asylum in Europe*, 28 INT'L. J. REFUGEE L. 416, 423-424 (2016) (להלן: Middelburg & Blata)). למעשה, כפי שיובהר בהמשך, בהליך דנן המדינה אינה חולקת במישרין על האפשרות העקרונית להחיל את דיני הפליטים גם על מצבים של חשיפה לסכנה של FGM. המחלוקת במקרה זה מתמקדת בסוגיה של הכרה ב"חלופת מגורים פנימית".

12. בשנת 2009 הוציאה נציבות האו"ם לפליטים מסמך הנחיות בעניין בקשות מקלט הנוגעות לפרקטיקה של השחתת איברי מין נשיים ( UNHCR, *Guidance Note* )



(2009) *on Refugee Claims relating to Female Genital Mutilation* (להלן: הנחיות הנציבות בעניין FGM)). הנחיות אלה מסייעות למאמץ של "גישור" בין לשונה של אמנת הפליטים והאירועים ההיסטוריים שברקעה לבין ההיבטים הייחודיים למציאות שלה חשופות נשים שהן קורבנות FGM.

13. בעיקרו של דבר, הנחיות הנציבות בעניין FGM קובעות כי ככלל, טענה של נערה או אשה כי היא חשופה להליך של השחתת איבר מינה בכפייה יכולה להקים עילה למתן מעמד של פליטה בהתאם לאמנת הפליטים. כמו כן, צוין כי בנסיבות מסוימות גם להורה של קטינה החשופה לסיכון האמור עשויה להימצא עילה של פחד מבוסס היטב מרדיפה על רקע הסיכון הנשקף לבתו (סעיף 1 להנחיות). באופן יותר ספציפי, נציבות האו"ם לפליטים רואה ב-FGM כצורה של אלימות מגדרית שעולה כדי רדיפה כמובנה באמנת הפליטים, וזאת על רקע של השתייכות לקבוצה חברתית, דעה פוליטית או דת (סעיפים 7 ו-22-27 להנחיות). כמו כן, נקבע בהנחיות כי על אף שהליך ה-FGM מתבצע לרוב על-ידי גורמים פרטיים (להבדיל ממדינתיים), אין בכך כדי לשלול פחד מבוסס היטב מרדיפה כאשר הרשויות במדינה אינן מוכנות או אינן מסוגלות ליתן לנערות ונשים הגנה ראויה מן הפרקטיקה (סעיף 16 להנחיות). בהקשר זה צוין בהנחיות כי על-פי דיני זכויות האדם הבינלאומיים, מדינות מחויבות לנקוט אמצעים הולמים ואפקטיביים כדי למנוע פעולות של השחתת איברי מין נשיים בכפייה (סעיף 19 להנחיות) וכי אין די בהקשר זה באיסור חוקי פורמאלי על הפרקטיקה (סעיף 21 להנחיות).

14. הנחיות הנציבות בעניין FGM מוסיפות ומתייחסות באופן ספציפי לנושא של חלופת מגורים פנימית. בהקשר זה, הכוונה היא לבחינת האפשרות שקיימת למבקשת המקלט להתגורר במקום אחר במדינת המוצא שלה שלא יחשוף אותה לסכנה של הליך FGM שיבוצע בה כנגד רצונה. באופן כללי, הנחיות אלה מסתמכות על ההנחיות הכלליות של הנציבות בעניין חלופת מגורים, שעיקרן הובא לעיל. בהתאם לכך, סעיף 28 להנחיות הנציבות בעניין FGM קובע כי כדי לקבוע שקיימת חלופת מגורים פנימית במקרים הנוגעים לחשש מפני FGM, יש לבחון האם מדובר בחלופה שהיא רלוונטית וסבירה. באשר ליישום של אמת מידה זו בהקשר הקונקרטי של FGM, נקבע בהנחיות כי כאשר מדובר במדינה שבה הפרקטיקה היא אוניברסלית או כמעט-אוניברסלית, חלופת מגורים פנימית לא תיחשב כרלוונטית וסבירה. כמו כן, ההנחיות מציינות כי היעדר אכיפה אפקטיבית בחלק מסוים של המדינה מהווה אינדיקציה לכך שהמדינה לא

תוכל להגן בצורה אפקטיבית על מבקשת המקלט גם בחלקים אחרים של המדינה. סעיף 29 להנחיות מוסיף וקובע כי יש לבחון טענות בדבר חלופת מגורים פנימית בקפדנות, ובכלל זה לבדוק את יכולתם הפוטנציאלית של "סוכני הרדיפה" להגיע אל הנערה או האשה המצויה בסיכון. סעיף 31 קובע כי חלופת המגורים הפנימית לרוב לא תהיה סבירה ככל שהיא תותיר את מבקשת המקלט ללא תמיכה משפחתית או אם מבקשת המקלט צעירה מאד.

15. גם אם אין לדברים השלכה ישירה על המשפט הישראלי, ראוי לציין כי בשנת 2011 אימצה מועצת אירופה את האמנה בדבר מניעה ומאבק באלימות נגד נשים ואלימות במשפחה, הידועה כ"אמנת איסטנבול". במסגרת אמנה זו מחויבות המדינות החתומות עליה להבטיח כי אלימות מגדרית תוכר כעילת רדיפה לפי אמנת הפליטים אף על פי שאינה מנויה בה במפורש (ראו: Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, CETS No.210). כמו כן, בגרסה העדכנית של ספר העזר של נציבות האו"ם לפליטים בעניין הליכים וקריטריונים לבחינת בקשות מקלט בהתאם לאמנה בדבר מעמדם של פליטים שפורסמה לאחרונה (UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, Reissued February 2019 (להלן: ספר העזר של הנציבות)) צוין גם כן הצורך לפרש את אמנת הפליטים באופן המכיר ברדיפה על רקע מגדרי (Gender-related Prosecution. שם, בעמ' 84). הליך של FGM הוזכר שם כדוגמה קונקרטית לרדיפה מסוג זה.

משפט השוואתי: דיני פליטים והשחתת אברי מין נשיים במשפטן של מדינות אחרות

16. ראוי להוסיף ולהתייחס בקצרה לאופן שבו בחנו ערכאות שיפוטיות במדינות אחרות בקשות להענקת מעמד של פליטים שהוגשו על ידי קטינות ובני משפחתן על רקע טענה של FGM. בחינה זו מלמדת על נכונות עקרונית להכיר בטענה זו כבסיס לפליטות, לצד קשיים מעשיים ביישום העיקרון, במובן זה שלא אחת נדחו בקשות כאלה כלא מבוססות דיין מבחינה עובדתית. הערת אזהרה נוספת נוגעת לכך שפסקי הדין בנושא זה בבתי משפט עליונים אינם חזון נפרץ – מאחר שמרבית ההתדיינות בנושא זה מתנהלת בטריבונלים ובתי משפט נמוכים יותר. בהתאם לכך, אפנה להלן לציוני דרך פסיקתיים מרכזיים, גם כאשר ההחלטה אינה כזו שניתנה על-ידי הערכאה

השיפוטית הבכירה במדינה הרלוונטית (להרחבה, ראו עוד: European Institute for Gender Equality (EIGE), *Female genital mutilation in the European Union* – (Report, 46 (2013)).

17. למעשה, החלטות חשובות בתחום זה ניתנו כבר החל בשנות התשעים של המאה הקודמת – על-ידי רשויות הגירה בקנדה ובארצות הברית. כך, בשנת 1994 ניתן בקנדה מעמד של פליטות לאשה ובתה בנסיבות שבהן הוכח שהילדה בת העשר הייתה עלולה ליפול קורבן להליך של FGM במדינת המוצא שלה ( *Minister of Employment and Immigration v. Farah*, (I.R.B. Toronto, Doc. 93-2198, May 10, 1994)). ציון דרך ידוע במיוחד הוא החלטתה של רשות ההגירה בארצות הברית בעניינה של פאוזיה קסינגה ( *In re Fauziya KASINGA, Applicant*, 21 1. & N. Dec. 357 (B.I.A. 1996)), החלטה שנחשבת עד היום בעלת ערך מנחה ואף שימשה בסיס בהמשך להחלטות נוספות (ראו עוד: *Kelleen O'Fallon, Matter of A-T-: Opening the Door for Gender as a Particular Social Group in Asylum Applications*, 9 U. MD. L.J. RACE RELIG. GENDER & CLASS 387 (2009); Zsaleh E. Harivandi, *Invisible and Involuntary: Female Genital Mutilation as a Basis for Asylum*, 95 CORNELL L. REV. 599 (2010)). במהלך השנים ניתנו החלטות דומות גם במדינות נוספות על-ידי ערכאות בדרגות שונות (ראו למשל את פסק הדין העדכני בנושא שניתן על-ידי בית המשפט הפדרלי באוסטרליה: *CAR15 v. Minister for Immigration and Border Protection* [2019] FCAFC 155, כמו גם החלטות קודמות שהתקבלו בנושא על-ידי בית הדין לענייני פליטים במדינה, למשל: [2011] RRT Case No. 1101038, (RRTA 307)).

18. בשנת 2006 ניתן בבריטניה פסק דין חשוב בנושא זה אף בערכאה הגבוהה ביותר במדינה באותה עת, בית הלורדים. באותו מקרה נקבע כי חשש מפני FGM עולה כדי פחד מבוסס היטב מפני רדיפה כמובנו באמנת הפליטים, ולפיכך מקים עילת פליטות ( *Secretary of State for the Home Department v. K* [2006] UKHL 46 ). פסק הדין נסב על עניינה של נערה שהגיעה לבריטניה בהיותה בת 15 מסיירה לאון, מדינה שבה לפי הנתונים שהוצגו השכיחות של FGM בקרב נערות צעירות נע בין 80% ל-90%. בפסק הדין התגלעו חילוקי דעות בין השופטים באשר לאופן הגדרתה של הקבוצה אשר השתייכותה של המבקשת אליה גרמה לרדיפתה. חלק מן השופטים קבעו כי קבוצה זו היא קבוצת הנשים. חלקם האחר סבר כי מדובר

בקבוצה מוגבלת יותר – קבוצת נשים הנמנות עם קהילה מסוימת במדינת המוצא של המבקשת. עם זאת, כלל השופטים הגיעו למסקנה כי מדובר במקרה החוטה תחת כנפיה של אמנת הפליטים.

בקשת רשות הערעור שבפנינו

19. לאחר שהוצגה המסגרת הרלוונטית לדיון, הגיעה העת לפרוס את הפירוט העובדתי המתחייב ביחס לעניינם של בעלי הדין שבפנינו – זוג הורים שמוצאם מחוף השנהב ושתי בנותיהם הקטינות – שבקשת המקלט שלהם בישראל נדחתה. בבקשה נטען כי היא מעוררת שאלות בעלות חשיבות כללית בכל הנוגע להכרה בפליטות עקב השחתה כפויה של איברי מין נשיים, ובפרט לסוגיה של חלופת מגורים פנימית במדינת המוצא והוכחתה. כמו כן, נטען כי ההליך נסב על הזכות לשלמות הגוף של קטינות, וכי אף בשל כך קיימת הצדקה למתן רשות ערעור. לעומת זאת, המשיבה טענה כי בקשת המקלט נדונה ונבחנה בפירוט על ידי שתי ערכאות שלא מצאו לקבל את הטענות שהועלו כנגד ההחלטה שניתנה בה, ועל כן לא מתקיימות אמות המידה למתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי".

20. כבר עתה יצוין כי בדיון שהתקיים בפנינו ביום 10.6.2019 קבענו כי יש מקום ליתן בנסיבות העניין רשות ערעור. אוסיף ואומר, כי לשיטתי הכרעה זו הייתה מחויבת המציאות בהתחשב בכך שהבקשה נסבה על שאלות שטרם התבררו עד תום בפסיקתנו, בתחום רגיש שהוא בעל השפעה ממשית על זכויות יסוד של קטינות, ובכלל זה על זכויות היסוד של הקטינות שבפנינו. לפיכך, המבקשים יכוננו להלן המערערים.

## עיקרי התשתית העובדתית

21. המערערים 1-2 הם אזרחי חוף השנהב ממוצא מוסלמי המשתייכים לשבט מצפון המדינה. הם נכנסו לישראל שלא כדין במהלך השנים 2004-2005. לאחר הגעתם לישראל נולדו להם כאן שתי בנות קטינות, בשנים 2006 ו-2013 (המערערים 1-2 יכוננו להלן גם: ההורים, ואילו המערערות 3-4 יכוננו להלן: הקטינות).

22. ההורים הגישו לראשונה בקשות מקלט מטעמם בסמוך לאחר כניסתם לישראל, על רקע טענות של נרדפות בגין דעה פוליטית או השתייכות שבטית. בקשותיהם הפרטניות נדחו, אולם שהייתם בארץ הוארכה בשל מדיניות אי הרחקה שנהגה ביחס לאזרחי חוף השנהב עד שנת 2012.

23. בשנת 2012 הגישו ההורים בקשה לפתוח מחדש את תיקי בקשות המקלט שלהם בשל שינוי נסיבות. זו הפעם התמקדה הבקשה בחשש שבתם הבכורה, המערערת 3, תיאלץ לעבור הליך של השחתת איבר המין בכפייה, כפי שאירע למערערת 1 עצמה בילדותה. באותה עת הבקשה הוגשה רק בשם ההורים ובשם בתם הבכורה, מאחר שבתם הקטנה טרם נולדה. באופן יותר ספציפי, נטען כי משפחתה של המערערת 1 מאיימת על ההורים ודורשת מהם לערוך לבתם את הליך השחתת איבר המין מטעמים של "כבוד המשפחה". הם הוסיפו כי בעבר אמה של המערערת 1, סבתן של הקטינות, ביצעה הליך שכזה בנכדה אחרת שלה (אחייניתה של המערערת 1), בשעה שאמה של זו נעדרה מהבית. כן נטען, כי לנוכח סירובם של ההורים להטיל מום בבתם בניגוד לתפיסה המסורתית, הם עצמם צפויים להיות מצויים בסכנת רדיפה. לשיטת המערערים הם אינם יכולים להתגורר באזור אחר של חוף השנהב מאחר שבני משפחתה של המערערת 1 או בני השבט האחרים צפויים למצוא אותם ולהגיע אליהם גם אם יתגוררו במקום אחר בשטח המדינה, וכי בנוסף לכך מצבם הכלכלי יקשה עליהם לעשות כן.

24. בקשה זו הולידה הליכים שאין צורך להביא את כלל פרטיהם כעת. בתמצית ייאמר כי הבקשה נדחתה בתחילה על-ידי המשיבה, וכי המערערים נקטו בהליכים משפטיים כנגד כך. בהמשך, חזר עניינם של המערערים לבחינה מחודשת אצל המשיבה, ובינתיים אף נולדה המערערת 4. בסוף שנת 2013 ערכה המשיבה חוות דעת בעניינם של המערערים לפיה בקשתם למקלט אינה עומדת בקריטריונים הקבועים באמנת הפליטים.

25. ביום 2.9.2014 החליטה הוועדה המייעצת לענייני פליטים (להלן גם: הוועדה המייעצת) על דחיית הבקשה. בהחלטה צוין כי התופעה של השחתת איברי מין נשיים נפוצה בעיקר בקרב האוכלוסיה הכפרית המתגוררת באזורי הצפון והמערב של חוף השנהב, ופחות בחלקים אחרים של המדינה, וכי ממשלת חוף השנהב מנסה להילחם בתופעה, שאסורה בחוק, כך שנתונה למערערים הגנת המדינה, כמו גם זו של ארגונים ממשלתיים ולא ממשלתיים אשר מסייעים לנערות החוששות מביצוע הליך השחתה. עוד צוין כי באפשרותם של המערערים להתגורר בחלק אחר של חוף השנהב, שלא בקרבת משפחתם, כך שיש להם חלופת מגורים פנימית. שר הפנים אימץ את ההמלצה.

ההליכים עד כה

26. המערערים הגישו ערר על החלטתו של שר הפנים, וביום 24.9.2017 בית הדין לעררים דחה אותו. בית הדין לעררים הכיר בכך שהפחד מפני הליך השחתה של איבר מין מקים עילת רדיפה לפי אמנת הפליטים על רקע של "השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים", כלומר כאשר מדובר בנשים המשתייכות למוצא אתני שבקרב מנהג זה רווח. כמו כן, הוא קבע כי לנוכח הטענה שהסבתא, אמה של המערערת 1, כבר הטילה מום באחת מנכדותיה, ספק האם רשויות המדינה בחוף השנהב יוכלו לספק למערערים הגנה אפקטיבית אם יתגוררו בצפון המדינה (שם מתגוררת הסבתא). אולם, בסופו של דבר, סבר בית הדין לעררים כי אין מקום להתערב בהחלטה שהתקבלה מאחר שהמערערים יכולים להעתיק את מקום מגוריהם בתוך חוף השנהב כדי לאיין את הסיכון האמור. זאת, בהתחשב בכך ש"סוכני הרדיפה" הם בני משפחתה הקרובה של המערערת 1. בית הדין לעררים קבע עוד כי אין די בקשיים כלכליים או בחוסר נוחות כדי לשלול את חלופת המגורים. בית הדין לעררים דחה את טענת המערערים לפיה אמה של המערערת 1 יכולה לרדוף אחרי בנות המשפחה ברחבי המדינה ואף לחטוף את הקטינות. בהקשר זה צוין כי אין ללמוד מן הפגיעה באחייניתה של המערערת 1 משום שהדבר נעשה כאשר זו התגוררה בסמיכות מקום למשפחה המורחבת וכאשר הסבתא ניצלה את היעדרות ההורים לשם ביצוע זממה.

27. המערערים הגישו ערעור על החלטתו של בית הדין לעררים לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (עמ"נ 16895-11-17, [פורסם בנבו] השופטת ד' כהן-לקח). עיקר הערעור נסב על הקביעה לפיה עומדת למערערים חלופת

מגורים פנימית במדינת המוצא המאיינת את ה"פחד המבוסס היטב" המצדיק מתן מעמד של פליט.

28. ביום 4.5.2018 דחה בית המשפט המחוזי את הערעור. בית המשפט המחוזי בחן את קביעותיו של בית הדין לעררים לאורן של הנחיות הנציבות בעניין חלופת מגורים ובעניין FGM וקבע כי אלה מתיישבות זו עם זו. כך, צוין כי מחוות הדעת שנערכה בעניינם של המערערים עולה כי במרכז ודרום חוף השנהב ממדי התופעה של FGM קטנים יותר ביחס לצפון ומערב המדינה, כי ישנה אכיפה פעילה של רשויות המדינה נגד התופעה, וכי ניתן סיוע לנערות החוששות מכך, אשר יכולות לקבל מקלט במתקנים ממשלתיים. יצוין כי נתונים אלה התבססו בעיקרם על מידע מהשנים 2012-2009. בהתאם לכך, בית המשפט המחוזי מצא כי חלופת המגורים הפנימית העומדת למערערים היא רלוונטית וסבירה. בין היתר נקבע כי הטענה בדבר הסכנה הקיימת לבני המשפחה גם בדרום המדינה הועלתה באופן כללי, וכי לא הונח בסיס לטענה שאמה של המערערת 1 תוכל לרדוף אחר הקטינות בכל מקום ברחבי המדינה. בהקשר זה הוזכרה החלטה של בית הדין לענייני פליטים ומבקשי מקלט בבריטניה משנת 2014, שבו נדחתה בקשת מקלט על בסיס חשש מביצוע FGM לאחר שנקבע כי אין ראיות לכך שקיימת בחוף השנהב תופעה של חטיפת קטינות לצורך ביצוע ההליך ( Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber, AA/02895/2013 (10 February 2014)).

29. בית המשפט המחוזי אף ייחס משקל לעובדה שהמערערים הם אנשים משכילים, שהקימו משפחה גרעינית המתפקדת הרחק ממשפחותיהם במשך שנים, כך שאין יסוד להניח שיתקשו להתגורר שלא בקרבת בני משפחתם המורחבת, אף בהתחשב בנתוני הרקע של חברה שבטית. בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערערים לפיה על המשיבה מוטלת חובה להגדיר עיר מסוימת כחלופת מגורים פנימית, בקבעו כי טענה זו אינה מתיישבת עם הפסיקה בתחום.

30. באשר להנחיות הנציבות בעניין FGM, צוין כי מהחומר שנאסף על-ידי המשיבה עולה כי נעשה מאמץ מטעם הרשויות בחוף השנהב להיאבק במנהג הנפשע, לרבות באמצעות מערכת של חלופת מגורים לקורבנות פוטנציאליים, וכן כי ממדי התופעה פחותים באזורים של מרכז ודרום המדינה. לפיכך, נקבע כי אין לומר שהרשויות בחוף השנהב אינן יכולות או אינן מוכנות לספק הגנה באותם אזורים. בית

המשפט המחוזי ציין כי אמנם בסעיף 28 להנחיות הנציבות בעניין FGM צוין כי אם המדינה אינה מסוגלת להגן על הפרט בחלק אחד של המדינה, ניתן להניח כי היא אינה יכולה לעשות כן גם באזורים אחרים. אולם, בית המשפט המחוזי קבע כי אין מדובר בהנחה חלוטה וכי הנתונים במקרה זה אכן מצביעים על מאמצי הרשויות באופן שמניח את הדעת.

31. לבסוף, בית המשפט המחוזי הוסיף כי המערערים התקשו להרים את הנטל בנוגע לדרישה של פחד מבוסס היטב במישור הסובייקטיבי, מאחר שלא העלו את הטענה בדבר חשש מפני השחתת איברי המין של בנותיהם בבקשות קודמות. בהקשר זה, בית המשפט המחוזי דחה את טענות המערערים לפיהן מקורו של השיהוי בכך שלא ראו צורך להעלות את הנושא כל עוד חסו תחת ההגנה הקבוצתית וכן בקושי של המערערת 1 לחלוק ולחשוף את החוויה הטראומטית שעברה בעצמה כילדה.

טענות הצדדים

32. לטענת המערערים, אמות המידה שמפעילה המשיבה בהקשר של בקשות מקלט שנסבות על טענות לחשש מפני FGM הן מחמירות מדי, והא ראייה שעד היום לא הוכרה בישראל ולו אישה או קטינה אחת כפליטה על רקע זה. בנוסף, מעלים המערערים גם טענות כלליות בנוגע לשיעור הכללי הנמוך של היעדרות לבקשות מקלט על ידי המשיבה.

33. באופן יותר ספציפי, המערערים טוענים כי השחתת איבר מינה של ילדה או אישה הוא מעשה שצפוי לגרום לה לסבל רב, לחשוף אותה למחלות ולזיהומים, לפגוע בתפקודה, למנוע ממנה יכולת ליהנות מיחסי מין לצמיתות ולגרום לה מצוקה נפשית ניכרת ואף סכנת מוות. על רקע זה, המערערים מדגישים כי מדובר בסכנה ממשית ובלתי הפיכה. הם מוסיפים ומציינים כי אחת מכל שלוש נשים בחוף השנהב עוברת הליך של השחתת איבר מינה בכפייה, ומבין הנשים המוסלמיות (הדת שאליה משתייכים המערערים) – שתיים מתוך שלוש. הסתברויות אלה, כך נטען, מבססות טענה בדבר פגיעה בלתי הפיכה בקטינות שנולדו וחיו כל חייהן בישראל. המערערים מוסיפים וטוענים כי אמנם אין ציפייה לכך שבית המשפט יאמוד במדויק את שיעור הסיכון הנשקף לקטינות, אולם לשיטתם אין די באמירה כללית בדבר ירידה מסוימת בשכיחות הליכי FGM בחלקים מסוימים של המדינה או במאמצי הרשויות כדי לשמוט את הקרקע תחת טענת הנרדפות.



34. המערערים מוסיפים וטוענים כי חוות הדעת בעניינם התבססה על מחקר שטחי משנת 2014 מבלי שניתנה התייחסות לנסיבותיהן הפרטניות של הקטינות. לדבריהם, נתונים עדכניים מעלים כי חוף השנהב היא אחת המדינות שבהן הפרקטיקה של FGM היא הנפוצה ביותר. המערערים אף מפנים להחלטות שהתקבלו במדינות אחרות שבהן הובעה נכונות להכיר במבקשות מקלט מחוף השנהב כפליטות על רקע חשש מפני FGM.

35. עוד נטען כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי אינו עולה בקנה אחד עם הנחיות הנציבות בעניין חלופת מגורים. כך, נטען כי בהתאם לסעיף 196 להנחיות אלה, הנטל להוכחת הטענה בדבר חלופת מגורים פנימית מוטל על המעלה אותה, במקרה זה המשיבה, וכי זה לא הורם. עוד טוענים המערערים כי אף שהם נשאלו בראיון המקלט באופן כללי מדוע אין ביכולתם לעבור למקום אחר בחוף השנהב, לא ניתנה להם זכות טיעון ביחס לאפשרות המגורים באזור מסוים כפי שנקבע בהנחיות שיש לעשות. לטענת המערערים, הגם שאין מקום לדרוש מהמשיבה לנקוב בשם של עיר ספציפית המוצעת כחלופת מגורים פנימית, אף אין להסתפק בהתייחסות כללית לאזורים נרחבים בדרום המדינה ומזרחה. המערערים מוסיפים וטוענים כי ממילא הגורם המשפיע ביותר על הסיכון ל-FGM הוא הדת והמוצא האתני של הקטינה, ולא אזור המגורים שבו היא חיה או השאלה אם מדובר באזור עירוני או כפרי. באופן יותר ספציפי נטען כי למערערים קרובי משפחה המתגוררים באזורים אחרים של חוף השנהב, כך שהסיכון שנשקף לקטינות אינו בלעדי לצפון המדינה.

36. לבסוף, המערערים טוענים כי בית המשפט המחוזי שגה כאשר נמנע מלתת משקל להשפעות הנפשיות הקשות של ההחלטה על המעוררת 1, שעברה בעצמה הליך של FGM. בהקשר זה מודגש הקושי של המעוררת 1 לחלוק את הטרומה האינטימית שחוותה עם פקידי המשיבה, אשר הוביל לכך שהטענות בעניין לא הועלו בבקשות המקלט הראשונות שהוגשו מטעם המערערים. עוד נטען כי בית המשפט המחוזי לא נתן כל משקל לשיקול של טובת הילד, בשים לב לכך שמדובר בבקשת מקלט הממוקדת בהגנה על קטינות.

37. מנגד, המשיבה סבורה כי יש לדחות את הערעור. לטענת המשיבה, אף שבמישור האנושי ניתן להבין ללב המערערים, במישור המשפטי לא נפל פגם בהחלטה

לסרב לבקשת המקלט שלהם. המשיבה טוענת כי עניינם של המערערים נבחן בכובד ראש לאורך גלגוליו הקודמים של התיק, וכי אף במסגרת ההליך הנוכחי ערכו גורמי המשיבה בחינות חוזרות על מנת לוודא ולתקף את עמדתם. המשיבה מבהירה כי נקודת המוצא לדיון היא אכן שפחד מבוסס של אשה או ילדה מפני השחתת איבר מינה יכול להיות בסיס לטענת פליטות בנסיבות מסוימות. עם זאת, המשיבה חוזרת על עמדתה לפיה בנסיבות העניין עומדת למערערים חלופת מגורים אפקטיבית בחוף השנהב וכן אפשרות סבירה לקבל הגנה מהרשויות במדינת המוצא, ועל כן לא עלה בידם להוכיח את התנאי של פחד מבוסס היטב באופן המצדיק מתן מעמד של פליט.

38. באשר להנחיות הנציבות בעניין חלופת המגורים, המשיבה מציינת כי מדינת ישראל אינה רואה עצמה מחויבת אליהן. לצד זאת, נטען כי – כפי שקבע בית המשפט המחוזי – ההחלטה במקרה זה עולה בקנה אחד עם ההנחיות. המשיבה מוסיפה כי אף שהיא דוחה את טענות המערערים לפיהן נטל ההוכחה בעניין חלופת המגורים מוטל עליה, הלכה למעשה היא הוכיחה ברמה הנדרשת כי למערערים חלופת מגורים סבירה ורלוונטית במרכז או בדרום חוף השנהב, שם תופעת ההשחתה של איברי מין נשיים היא מצומצמת יותר והרשויות מסוגלות לספק הגנה אפקטיבית לנשים. המשיבה חוזרת ומציינת כי הפעולה של השחתת איבר מין שנעשתה באחייניתה של המערערת 1 בוצעה בנסיבות שבהן היא התגוררה בסמוך למשפחתה של המערערת 1, ולא רחוק ממנה. כמו כן, נטען כי האפשרות של חטיפת הקטינות על-ידי בני המשפחה של המערערת 1 הועלתה בכלליות ולא בוססה.

39. באשר לרמת הסיכון הנשקף לקטינות, מציינת המשיבה כי אין חולק שהתופעה הקשה של השחתת איברי מין נשיים עודנה קיימת באזורים מסוימים בחוף השנהב, אולם אחוז שכיחותה במרכז המדינה עומד על כ-12% (לעומת כ-79.5% בצפון המדינה). המשיבה מוסיפה כי במסגרת בירור בקשת רשות הערעור נערכה בדיקה של גורמי משרד החוץ מול "בני שיח מקומיים בחוף השנהב". במסגרת זאת נמסר כי לדברי נציגי הנציבות הלאומית לזכויות אדם של חוף השנהב, ביצוע של השחתת איברי מין נשיים בכפייה ללא מתן הסכמת הורים הוא נדיר ביותר בערים הגדולות בחוף השנהב (כגון יאמוסוקרו (Yamoussoukro), שהיא עיר הבירה, אבידג'אן (Abidjan) וגראנד-באסם (Grand-Bassam)). לצד זאת, נמסר על ידי "בני השיח" כי קיימת במדינה בעיה של אי-דיווח על ביצוע ההליך, כאשר במקרים רבים המידע נשאר במשפחה ולא מדווח לרשויות, כך שאלה מתקשות לאכוף את החקיקה האוסרת על ביצוע ההליך. כן נמסר כי

באזורים הכפריים של צפון מערב חוף השנהב, קיימת שכיחות גבוהה יותר של התופעה וההליך עשוי להתבצע גם מבלי שניתנה לו הסכמת ההורים.

40. באשר להגנת רשויות המדינה בחוף השנהב מפני ביצוע של FGM, מציינת המשיבה כי מהמידע שנאסף על ידי הוועדה המייעצת טרם קבלת ההחלטה בעניינם של המערערים עלה כי קיימת אכיפה של החקיקה האוסרת על התופעה, לרבות הטלת עונשי מאסר בפועל, וכי קיימים ארגונים ממשלתיים ולא-ממשלתיים המעניקים סיוע לנשים בהקשר זה. המשיבה טוענת כי המערערים לא הראו כי אם יפנו לרשויות בחוף השנהב לא יקבלו מענה הולם לפנייתם.

41. לבסוף, המשיבה חוזרת וטוענת כי בפני המערערים עמדה האפשרות להעלות את הטענה בדבר חשש מהשחתת איברי המין של הקטינות בשלבים מוקדמים יותר של ההליכים באופן כללי אף מבלי להידרש לחוויותיה האישיות של המערערת 1 בעניין זה, וכי ההימנעות מכך מטילה דופי בטענה בדבר פחד מבוסס היטב במדינת המוצא. המשיבה מוסיפה כי הטענה שהועלתה בעניין עקרון טובת הילד והמשקל הראוי שהיה מקום ליתן לו בפסק הדין היא טענה כוללנית.

42. להשלמת התמונה יצוין כי בצדה של בקשת רשות הערעור הוגשה גם בקשה למתן סעד זמני, וכי ביום 4.7.2018 הוריתי כי לא יינקטו הליכי אכיפה נגד המערערים עד למתן החלטה אחרת.

הבקשה להצטרף במעמד של ידיד בית המשפט

43. ביום 4.6.2019 הוגשה בקשה מטעם מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל (להלן: מרכז קונקורד) להצטרף להליך במעמד של ידיד בית המשפט. לטענת מרכז קונקורד, הבקשה דגן מעוררת באופן תקדימי את הסוגיה של בקשות מקלט שמבוססות על טענה של חשש מפני השחתה או הטלת מום באיברי מין נשיים. על רקע זה, מבקש מרכז קונקורד "לחדד את מסגרת הדיון במשפט הבינלאומי". מרכז קונקורד מוסיף ומציין כי הוא מכון מחקר אקדמי עצמאי הבוחן את קליטתן של נורמות מן המשפט הבינלאומי בדין הישראלי, ומכאן תרומתו הצפויה לבירור ההליך.

44. לגוף הדברים, מרכז קונקורד טוען כי בקשות מקלט אשר מבוססות על חשש מפני חשיפה לפרקטיקה של השחתת איברי מין נשיים צריכות להיבחן תוך התייחסות

למחויבות המוגברת של מדינות כלפי ילדות ונערות החיות בשטחן, וכי בהתאם לכך אם המדינה טוענת שקיימת חלופת מגורים פנימית במדינת המוצא, עליה להראות שניתן להבטיח את שלומן הגופני והנפשי של הקטינות שיורחקו למדינה זו. במקרה דנן, כך נטען, המשיבה לא עמדה בנטל האמור, וזאת בהתחשב בביקורת שמתחו גופים המפקחים על אמנות זכויות האדם בעניינה של חוף השנהב ונוכח הפער הקיים בין החקיקה הפורמלית במדינה (האוסרת על השחתת איברי מין נשיים בכפייה) לבין חולשתם הניכרת של מנגנוני האכיפה בהקשר זה.

הדיון בתיק והתפתחויות נוספות

45. כאמור, ביום 10.6.2019 התקיים בפנינו דיון בתיק, שבמהלכו אף ניתנה רשות ערעור. בתום הדיון ועל רקע שאלות והערות שעלו במהלכו, ניתנה למשיבה האפשרות להגיש הודעה מעדכנת שבה תוכל להשלים התייחסות קצרה או לעדכן בעמדתה.

46. לאחר מספר ארכות שניתנו, הוגשה ההודעה המעדכנת מטעם המשיבה ביום 15.11.2019. בהודעה נמסר כי עניינם של המערערים הועבר לדיון בוועדה הבינמשרדית המייעצת לקביעה ומתן מעמד בישראל מטעמים הומניטריים (להלן: הוועדה הבינמשרדית), ובהמשך להכרעתו של מנכ"ל משרד הפנים. במסגרת זאת, נמסר כי "בשל הנסיבות ההומניטאריות הייחודיות של המבקשים, ולפנים משורת הדין, תאושר למבקשים אשרה מסוג א/5 למשך שנה". זאת, בהתחשב בקושי הכרוך בכך שהקטינות יאלצו לגדול בחסות ניסיונם של ההורים להסתירן מפני משפחתן הגרעינית, כמו גם בשל העובדה שאחותה של המערערת 1 לא הצליחה להגן על בתה מליפול קרבן להליך האכזרי של השחתת איבר מינה. עם זאת, המשיבה הבהירה כי היא סבורה שלא נפל פגם משפטי בהחלטה לדחות את בקשת המקלט של המערערים. על רקע זה, טענה המשיבה כי הדיון בתיק התייתר, מאחר שמבחינה מעשית ניתן למערערים המעמד שבו הם חפצים.

47. בתגובת המערערים שהוגשה ביום 26.11.2019 נטען כי הדיון בבקשה לא התייתר, שכן המשיבה עומדת על טענותיה בעניין הטעמים לדחיית בקשת המקלט. יתר על כן, טענו המערערים כי בנסיבות העניין אין די בכך שהמשיבה הודיעה על מתן מעמד הומניטארי למשך שנה בלבד, ללא שום התחייבות להארכתו בהמשך. זאת, כך נטען, בניגוד לפרוצדורה המעוגנת בסעיף 11 לנוהל מבקשי מקלט, לפיה ככלל יוארך רישיון הישיבה של מי שהוכר כפליט לתקופות הולכות ומתארכות, ובלבד שלא חל

שינוי נסיבות. המערערים טוענים כי מהודעת המשיבה כלל לא ברור מה יהיו השיקולים להארכת רישיון הישיבה שיינתן להם, כך שעם סיום השנה שהוגדרה מראש הם עשויים להימצא שוב במעמד ארעי ולהזדקק שוב להכרעה שיפוטית בקשר להחלטות המינהליות שהתקבלו ביחס לבקשתם למקלט. המערערים מוסיפים וטוענים כי עיתויה ולשונה של החלטת המשיבה על מתן מעמד הומניטארי מרמזת לכאורה על כך שניתנה על מנת לחמוק מביקורת שיפוטית ומהכרעה עקרונית בנושא שהתעורר בבקשה.

48. בתגובה נוספת שהוגשה ביום 27.12.2019 מטעם המשיבה, היא הוסיפה כי רישיון הישיבה שיינתן למערערים יוכל להיות מוארך בשנה נוספת בהתאם לנהלי רשות האוכלוסין וההגירה העוסקים בהסדרת עבודתה של הוועדה הבינמשרדית (נוהל 5.2.0022) ובהארכת רישיון לישיבת ארעי מסוג א/5 (נוהל 5.2.0023), על בסיס מכלול המידע שיעמוד בפני המשיבה. בהקשר זה, הבהירה המשיבה כי ניהול מבקשי מקלט לא יחול על המערערים וכי רישיון הישיבה שניתן להם הוא במסגרת המסלול ההומניטארי, להבדיל ממסלול המקלט.

49. יצוין כי בהמשך, ביום 20.1.2020 הגישו המערערים בקשה נוספת לצירוף מסמכים לתיק, ובה התבקש צירופן של "החלטות שיפוטיות ומינהליות מהעת האחרונה הנוגעות לעניינם של בני משפחה שנסיבותיהם דומות מאד לנסיבות של המערערים". המערערים ציינו בבקשה כי באותו מקרה הוענק מעמד הומניטארי למבקשת מקלט חלקי הכרה בפליטות, ולאחרונה לא חודש המעמד האמור, כך שיש במקרה זה כדי ללמד על מה שעשוי להיות צפוי למערערים אם יופנו למסלול ההומניטארי. המשיבה התנגדה לבקשה בציינה כי נסיבות המקרה שאליו מבקשים המערערים להפנות הן שונות בתכלית. מכל מקום, איני רואה להידרש למכלול טענות הצדדים בבקשה זו מאחר שאני סבורה כי איננו נדרשים לצירוף המסמכים לצורך הכרעה בערעור, בין היתר בהתחשב במועד שבו הוגשה הבקשה וברוחב היריעה שנפרס בפנינו ממילא בטענות הצדדים.

דיון והכרעה

50. אפתח בכך שאומר כי לשיטתי יש מקום לקבלת הערעור במקרה זה, וכך אציע לחבריי לעשות.

51. אוסיף עוד, כי בשלבים קודמים של ההליך ניתן היה להתרשם כי אפשר יהיה להותיר את ההכרעה בעניין לעת מצוא, ככל שיימצא מענה לחשש מפני עיוות דין בעניינם של המערערים. אולם, לא כך היה בסופו של דבר בהתחשב בעמדתה העדכנית של המשיבה. איני סבורה שההסכמה המוגבלת שניתנה להענקת מעמד למערערים מטעמים הומניטאריים מייתרת את הדיון בבקשה, בהתחשב באופייה המתוחם.

52. בשלב זה, לנוכח הצורך להידרש לפן העקרוני של הבקשה, אציע לחבריי אף להיעתר לבקשה של מכון קונקורד להצטרף להליך במעמד של ידיד בית המשפט. עם זאת, בהתחשב בהיקף החומרים שהוגשו אף במסגרת בקשת ההצטרפות אינני סבורה שאנו נדרשים להשלמת טיעון נוספת מטעמו.

חשש מפני השחתה או הטלת מום באיברי מין נשיים כ"פחד מבוסס היטב" המקים עילת פליטות

53. לא יכול להיות כל ספק באשר לאכזריותה של פרקטיקת ה-FGM. השלכותיה הפיזיות והנפשיות הקשות צוינו בהרחבה בפתח הדברים. המדובר במעשה אלים המבוצע בכפייה, בדרך כלל בקטינות רכות בשנים, באופן הגורם להן נזק חמור ובלתי הפיך. על כן, נקודת המוצא לדיון היא כי אכן, חשש של אישה, נערה או ילדה (או הורים לילדה) מפני השחתת איבר מינה יכול לבסס עילה למתן מעמד של פליט מכוח אמנת הפליטים בגדרה של העילה של "פחד מבוסס היטב מפני רדיפה", ובלבד שהבקשה מבוססת מבחינה עובדתית. כך קבעו בית הדין לעררים ובית המשפט המחוזי, וכך גם הבהירה המשיבה בהליך דנן (פסקה 71 לתשובתה לבקשת רשות הערעור). למעשה, עניין זה אינו שנוי במחלוקת בין הצדדים. כפי שכבר צוין, המחלוקת התמקדה בסוגיה של חלופת מגורים פנימית, שאליה אתייחס בהרחבה להלן.

חלופת מגורים פנימית

54. הסוגיה של חלופת מגורים פנימית, או "מעבר תוך-מדינתי", כבר הוזכרה בעבר בפסיקתו של בית משפט זה בתחום של בקשות מקלט בהקשרים אחרים. כך למשל, [בע"מ 7945/12 Chidi](#) נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (28.11.2013) נדחה ערעורו של מבקש מקלט מניגריה אשר בקשתו למקלט נדחתה לנוכח אפשרותו להתגורר באזור אחר של ניגריה, המרוחק מהמלחמות בין קבוצות המורדים שבגינן ברח לטענתו מהמדינה. במקרה אחר נדון ערעורה של מבקשת מקלט מקולומביה

שטענה כי היא נרדפת לכאורה על-ידי גורמים עברייניים בהקשר לסכסוך פלילי שבו, לטענתה, היה מעורב בן זוגה המנוח ([ע"מ 5667/14](#) הנזכר לעיל). באותו מקרה נדחתה בקשת המקלט תוך שנקבע כי מבקשת המקלט לא הוכיחה פחד מבוסס היטב מרדיפה כנדרש באמנת הפליטים. בתוך כך, נדרש פסק הדין גם לעובדה שמבקשת המקלט לא הסבירה בצורה משכנעת מדוע אינה יכולה להתיישב במקום אחר בקולומביה, בריחוק מהמקום בו היא חוששת, לטענתה, לרדיפה (שם, בפסקה 31). התייחסויות נוספות – אגביות באופיין – לסוגיה של חלופת מגורים פנימית ניתן למצוא גם בהחלטות של בית משפט זה בכל הנוגע למסגרת הדיונית של סעדים זמניים בערעורים הנסבים על בקשות מקלט (החלטות שניתנו בטרם הועברה הסמכות בנושא לבתי המשפט לעניינים מינהליים. ראו למשל: [ע"מ 6473/11 Elcin](#) נ' משרד הפנים, [פורסם בנבו] פסקה 9 (19.9.2011); [ע"מ 8723/12 Okorom](#) נ' משרד הפנים, [פורסם בנבו] פסקה 7 (31.1.2013); [ע"מ 798/13 OKPARA](#) נ' משרד הפנים, [פורסם בנבו] פסקה 5 (10.3.2013)).

55. האמת ניתנת להיאמר, כי במקרים האמורים הסוגיה של חלופת המגורים הפנימית לא ניצבה בלב-לבה של ההחלטה לדחות את בקשת המקלט, כבענייננו. כמו כן, כאמור, במקרה דנן מדובר בפעם הראשונה שבית משפט זה עוסק בבחינת בקשת מקלט על רקע טענה לחשש מפני FGM וליישום הקונקרטי של הכללים בעניין חלופת מגורים בהקשר זה. לפיכך, אבקש לעמוד על מספר דגשים רלוונטיים לנושא.

56. כפי שצוין בפתח הדברים, הן הנחיות הנציבות בעניין חלופת מגורים והן הנחיות הנציבות בעניין FGM מתייחסות לשתי אמות מידה מרכזיות לבחינתה של חלופת המגורים הפנימית – היותה של חלופת המגורים סבירה והיותה רלוונטית. כאמור, הנחיות הנציבות בהקשר זה אף מפרטות מספר שאלות מנחות שנועדו לסייע ולהנחות את הרשות הרלוונטית כאשר היא בוחנת את חלופת המגורים שעל הפרק. בהמשך לכך, ניתן להדגיש מספר שיקולים שהם קריטיים לשיטתי לבחינת הרלוונטיות והסבירות של חלופת המגורים המוצעת. בשולי הדברים אציין כי אין צורך להידרש לטענה שהעלטה המשיבה באשר לכך שהנחיות הנציבות כלל אינן מחייבות אותה. ראשית, המשיבה לא הצביעה על כל סטנדרט מנחה אחר, והלכה למעשה הסתמכה אף היא בטיעוניה על אמות המידה המוסדרות בהנחיות. שנית, יש לציין כי נוהל מבקשי מקלט של המשיבה מפנה לספר העזר של הנציבות כמקור רלוונטי להסתייעות בעת בחינת בקשות מקלט (כמפורט לעיל בפסקה 12), ואילו ספר העזר מפנה במפורש

להנחיות הנציבות בעניין FGM ובעניין חלופת מגורים (שם, בעמ' 153 ו-159).  
שלישית, ממילא רלוונטיות וסבירות הם עקרונות כלליים של שכל ישר, שיש מקום לעשות בהם שימוש אף ללא קשר לשאלת מעמדן הנורמטיבי של הנחיות הנציבות.

57. מיהם "סוכני הרדיפה"? – שאלה זו מתקשרת לשאלת היכולת הפוטנציאלית של גורמי הסיכון להגיע לנרדף. בהקשר זה, הדגש צריך להיות מושם גם בשאלה האם מדובר ברדיפה מטעם המדינה עצמה, מטעם קבוצה מאורגנת הפועלת באיזורים מסוימים, או מטעם סוכנים פרטיים. ברי כי ככל שהרדיפה היא מטעם המדינה עצמה, או קבוצות מאורגנות הפועלות באזורים מסוימים ומוגדרים, חלופת המגורים תהא יותר רלוונטית וסבירה ככל שמדובר בחלופה באזור אחר בתחומי המדינה אשר אין בו שליטה אפקטיבית לסוכני הרדיפה האמורים. לעומת זאת, כאשר מדובר ברדיפה מטעם גורמים פרטיים, שאלת השליטה האפקטיבית של המדינה (או של הקבוצה הפוליטית או הצבאית שממנה נובע הסיכון) אינה בהכרח רלוונטית לבחינת חלופת המגורים, שכן הרדיפה אינה מוגבלת במקום או בטריטוריה.

58. במקרים של רדיפה שאינה מדינתית, וכפי שאף צוין בהנחיות הנציבות, יש לתת את הדעת לשאלה של מסוגלות המדינה לספק הגנה אפקטיבית למבקש המקלט בחלופת המגורים המוצעת. כאמור בפתח הדברים, בהקשר זה אין להסתפק בקיומו של איסור חוקי על פרקטיקה מסוימת, אלא יש להידרש לשאלת האכיפה של האיסור האמור וליכולתה של המדינה להגן באופן ממשי על תושביה מפני אותה פרקטיקה. עוד יצוין, כי האחריות הישירה להגנה על נרדפים נתונה למדינה עצמה, ולא ניתן להסתמך בהקשר זה באופן משמעותי על פעילותם של ארגונים לא-ממשלתיים (ראו: Middelburg & Blata, בעמ' 450).

59. מהו הטעם לרדיפה? – בהקשר זה, יש לבחון האם מדובר ברדיפה על רקע מאפיין שאינו ניתן ל"ניטרול" באמצעות מעבר תוך מדינתי. כך למשל, ככל שמדובר בסכסוך פוליטי שאינו פעיל או דומיננטי באזור מסוים של המדינה לעומת אזור אחר, חלופת המגורים עשויה להיות סבירה ורלוונטית, ולהפך. אין בדוגמה זו כמובן כדי למצות את המקרים שבהם חלופת מגורים פנימית תוכל לשמש מענה, אך ברי כי מידת "הנפרדות" של מקום המגורים החלופי מושפעת בהכרח גם מטעם הרדיפה. ראוי להזכיר בהקשר זה החלטה נוספת של בית הדין לענייני פליטים באוסטרליה שבו ניתן מעמד של פליטה למבקשת מקלט מאוגנדה אשר אביה הוא גורם בכיר בקהילה הדתית



התומכת ב-FGM: RRTA 217 [2009] RRT Case No. 0808751. במסגרת החלטה זו ניתן משקל של ממש לאפשרות שהאב או גורמים מטעמו יפעלו לאתר את מבקשת המקלט גם במקומות המרוחקים מהכפר שבו מתגוררת המשפחה.

60. מהי דרגת הסיכון שעל הפרק ומיהו הגורם המצוי בסיכון? – בהקשר זה יש לבחון את הנתונים הקונקרטיים של מבקש המקלט שבקשתו נבחנת באותו עניין. כמו כן, יש לתת את הדעת האם מבקש המקלט משתייך לאוכלוסיה פגיעה כלשהי. כך, כאשר בקשת המקלט עניינה סכנה הנשקפת לקטינים, הנטייה תהיה לבחון את חלופת המגורים ביתר דקדקנות, וזאת בהתחשב במחויבויות הבינלאומיות של מדינת ישראל לא רק מבחינת דיני הפליטים אלא גם במישור של זכויות הילד (ראו והשוו: [ע"ע 9890/09](#) [9094/07](#) סנצ'ט נ' משרד הפנים, [פורסם בנבו] פסקה 13 (4.3.2013); [ע"ע 9890/09](#) נוואה נ' משרד הפנים, [פורסם בנבו] פסקאות 3-5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (11.7.2013); תמר מורג "עשרים שנה אחרי: תפיסת זכויות הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד" זכויות הילד והמשפט הישראלי 15 (תמר מורג עורכת, 2010); עדנה ארבל "הילד בראי המשפט" ספר דורית ביניש 567 (קרן אזולאי ואחרים עורכים, 2018).

61. הוועדה האחראית על יישום אמנת הפליטים, הפועלת במסגרת נציבות האו"ם לפליטים, קבעה בהחלטתה משנת 2007 כי בהחלטות בעניינם של ילדים מבקשי מקלט המצויים בסכנה, טובת הילד תהא שיקול ראשון במעלה ( Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Conclusion on Children at Risk No. 107 (LVIII) - 2007, 5 October 2007, No. 107 (LVIII)). ספר העזר של הנציבות מכיר אף הוא ברגישויות המיוחדות המעוררות בקשות מקלט הנסבות על סכנה הנשקפת לקטינים – ובכלל זה גיוס בכפייה של קטינים לצבא, סחר בילדים וכן השחתת איברי מין של קטינות בכפייה. בהקשר זה נקבע בספר העזר כי:

"States should, therefore, give utmost attention to such child-specific forms and manifestations of well as gender-based violence in persecution as national refugee status-determination procedures... A child-sensitive application of the refugee definition would be consistent with the 1989 Convention on the Rights of the Child" (שם, בעמ' 146-147).

62. לא למותר לציין כי בנוסף לקטינים, אף נשים הן קבוצה שניתן להגדירה כאוכלוסיה פגיעה, וזאת על רקע העובדה שנשים חשופות לסוג ספציפי של אלימות שהוא ייחודי להקשר המגדרי (ראו: Andrea Binder, *Gender and the 'Membership in a Particular Social Group' Category of the 1951 Refugee Convention*, 10 (COLUM. J. GENDER & L. 167 (2000)).

63. על מי מוטל נטל ההוכחה? – לבסוף, ולמעשה זהו שיקול מכריע, כפי שאף עולה מהנחיות הנציבות בעניין חלופת מגורים, נטל ההוכחה בעניין סבירותה ומידת הרלוונטיות של חלופת המגורים המוצעת צריך להיות מוטל – ולו באופן ראשוני – על הטוען לקיומה. מובן כי אין בכך כדי להטיל על המשיבה את הנטל להוכיח בכל מקרה כי חלופת המגורים היא בטוחה ב-100% עבור מבקש המקלט. כאמור, אמת המידה היא חלופה סבירה ורלוונטית בהתאם לשיקולים שלעיל. יחד עם זאת, אין די בהצבעה על גודלה של המדינה ועל האפשרות הטכנית לעבור לאזור אחר שלה כדי להרים את הנטל לעניין זה, והמשיבה אכן נדרשת לספק נתונים קונקרטיים יותר שילמדו על סבירותה של החלופה המוצעת ועל היותה רלוונטית לאיון הסכנה הממשית הנשקפת למבקש המקלט. הדברים אמורים גם בשים לב לכך שאמנת הפליטים עצמה אינה מתייחסת במפורש לנושא של חלופת מגורים, אלא מקנה זכאות לא מסויגת למי שעומד בתנאים שהוגדרו בה. במילים אחרות – הטענה בדבר חלופת מגורים פנימית נועדה ליצור חריג ביחס להסדר הקבוע באמנת הפליטים. אם כן, כשם שהנטל הראשוני להוכיח את תנאי הזכאות למעמד מוטל על הטוען להתקיימותם (ראו: עניין גונזלס, בפסקה 12) – כך גם הנטל הראשוני להוכיח את החריג לאמנה מוטל על מי שטוען לקיומו.

64. השאלות שפורטו לעיל מובאות כאן כ"כלי עבודה" ראשוניים ואינן ממצות בהכרח. אין בהן כדי לגרוע מן השיקולים ואמות המידה המפורטים בהנחיות הנציבות, כפי שאלה צוינו בפתח הדברים, ובכלל זה: האם האזור של חלופת המגורים המוצעת נגיש מבחינה חוקית למבקש המקלט; האם מבקש המקלט מסוגל לחיות באזור זה חיים סבירים ונוחים באופן יחסי או שמא המעבר יטיל עליו נטל בלתי סביר אשר בסופו של דבר יוביל אותו לשוב לאזור שבו הוא מצוי בסכנה ממשית; וכן האם המעבר לחלופת המגורים יותיר את מבקש המקלט "מבודד" לחלוטין במכלול נסיבות העניין.

מן הכלל אל הפרט

65. כעת אפנה לבחון את עניינם הפרטני של המערערים שבפנינו, בהתאם לאמות המידה והשיקולים שפורטו לעיל. כפי שכבר צוין, איננו נדרשים לשאלה האם חששם של המערערים מפני ביצוע הליך FGM בקטינות מקיים את התנאי של פחד מבוסס היטב מרדיפה – מאחר שעניין זה אינו שנוי במחלוקת בין הצדדים, וממילא הערכאות הקודמות פסקו שכך הדבר, וכאמור לעיל – הדין עמן. המוקד במקרה זה הוא הדיון בשאלה של חלופת המגורים הפנימית. לצד זאת, יש להתייחס גם לטענות – שוליות יותר – שהועלו בדבר אמינותם של המערערים וביסוס חששם הסובייקטיבי מרדיפה בנסיבות העניין.

(א) חלופת המגורים הפנימית

66. בעיקרו של דבר, אני סבורה כי אין הצדקה בנסיבות העניין לדחות את בקשת המקלט של המערערים בהתבסס על הקביעה כי עומדת להם חלופת מגורים פנימית סבירה ורלוונטית. במובן זה הגעתי למסקנה שונה מזו שאליה הגיע בית המשפט המחוזי, כמפורט להלן.

67. הטענה בדבר חלופת המגורים התבססה כאמור על אפשרותם של המערערים לעבור להתגורר באזורים אחרים של חוף השנהב – דרום ומרכז המדינה – שבהם השיעור של ביצוע הליכי FGM נמוך יותר מאשר בצפון המדינה. הנתונים שהוצגו לנו מלמדים כי כ-38% מהנשים בגילאי 15-49 בחוף השנהב היו קורבן להשחתה של איבר מינן בכפייה. כך, דו"ח של נציבות האו"ם לפליטים משנת 2017 מלמד כי בשנת 2013 דיווחה חוף השנהב למנגנוני האו"ם כי בצפון המדינה שיעור הקורבנות של הליכי FGM מגיע ל-87%, ובצפון-מערב – לכ-73% (United Nations High Commissioner for Refugees Regional Representation for West Africa - RSD Unit, Côte d'Ivoire COI Compilation 110-111 (August 2017)). כן צוין שם כי אחוז השכיחות משתנה בקרב קבוצות אתניות שונות – כ-72% בקרב הקבוצה האתנית המכונה Voltaïques, כ-70.5% בקרב הקבוצה המכונה Mandé ואחוזים נמוכים בהרבה (כ-3.5%) בקרב הקבוצה האתנית המכונה Akan. המערערים ציינו כי קבוצה אתנית זו מרוכזת באזורים של מרכז ודרום חוף השנהב, ומכאן השוני בשכיחות בין חלקי

המדינה. עוד ציינו המערערים כי גם באזורים אלה התופעה קיימת בשיעורים מטרידים – בין 22.9%-36.1 בדרום המדינה ובין 12.2%-15.5 במרכז המדינה.

68. אם כן, יש להודות בכך שקיימת שונות בשיעורי ה-FGM בין אזורים שונים בחוף השנהב. יחד עם זאת, אין בנקודות השוני שפורטו כשלעצמן כדי להרים את הנטל לעניין חלופת המגורים הפנימית. על מנת לבחון את סבירותה ואת מידת הרלוונטיות שלה, יש להידרש לאמות המידה שעליהן עמדתי לעיל.

69. בענייננו, טוכני הרדיפה הם גורמים פרטיים – בני משפחתם של המערערים. הרדיפה איננה מדינתית – שכן באופן פורמאלי לפחות, החוק בחוף השנהב אוסר על ביצוע FGM. אם כן, על פני הדברים מדובר בסיטואציה המעוררת חשש כי בני המשפחה יגיעו אל המערערים גם כאשר הם לא יתגוררו על דרך קבע בצפון המדינה (יצוין בהקשר זה, כי המרחקים בין האיזורים השונים נעים בין 100 ל-400 ק"מ, דהיינו מספר שעות נסיעה ברכב לכל היותר). זאת, בהתחשב בכך שמהחומר שהציגו הצדדים לא הוכח במידה הנדרשת שמדינת המוצא של המערערים מסוגלת להעניק לקטינות הגנה אפקטיבית מפני פגיעה.

70. כך, ממסמך ההערות המסכמות של הוועדה לזכויות אדם (הגורם המפקח מטעם האו"ם על יישום האמנות הבינלאומיות לזכויות אדם) ביחס לחוף השנהב משנת 2015 עולה כי הוועדה הביעה דאגה מכך שפרקטיקות האסורות על-פי חוק, כדוגמת FGM, ממשיכות להתקיים במדינה (Concluding observations of the Human Rights Committee, Côte d'Ivoire, U.N. Doc. CCPR/C/CIV/CO/1 (2015)). על רקע זה, דרשה הוועדה מחוף השנהב להבטיח את אכיפת החוק ולנקוט בכל האמצעים הדרושים כדי למנוע את הפרקטיקה הפוגענית (שם, בסעיף 12). בשנת 2018 שלחה הוועדה המפקחת על האמנה בדבר זכויות הילד רשימת שאלות לחוף השנהב לקראת דיון בדיווח התקופתי שלה. במסגרת זאת, דרשה הוועדה מחוף השנהב לספק נתונים על מספר ההרשעות במקרים של הפרת האיסור הפלילי על FGM וכן למסור מידע על היקפי התופעה במדינה (Committee on the Rights of the Child, List of issues in relation to the second periodic report of Côte d'Ivoire, U.N. Doc. CRC/C/CIV/Q/2 (24.10.2018)). בתשובה שהגישה חוף השנהב לוועדה בחודש מאי 2019 (דהיינו, לפני פחות משנה), היא ציינה כי החוק האוסר על FGM נחקק בשנת 1998, אולם המקרה הראשון של העמדה לדין בגין הפרתו תועד רק 14 שנים לאחר מכן

– בשנת 2012. באותו מקרה הועמדו לדין תשעה נאשמים ונגזרו עליהם קנס כספי ועונש מאסר בפועל בן שנה אחת – אשר לא מומש בשל גילם המבוגר של הנאשמים. בנוסף לכך צוינה הרשעה של ארבעה נאשמים נוספים בשנת 2013 (בגינה נגזרו עליהם קנס כספי ומאסר בן ששה חודשים) ושני מעצרים שבוצעו בשנת 2016. הא – ותו לא ( Réponses de la Côte d'Ivoire à la liste de points, CRC/C/CIV/Q/2/Add.1 ) (15.5.2019)). חוץ השנהב לא השיבה לשאלה הנוגעת להיקפי התופעה הנוכחיים. כאמור, בהתחשב בשיעורים המטרידים של התופעה ברחבי המדינה (כפי שידועים מנתונים של גופי האו"ם וארגוני לא-ממשלתיים), מספר ההרשעות והמעצרים כפי שפורטו אינו מלמד כלל על אכיפה אפקטיבית. הדברים מקבלים משנה משקל כאשר מביאים בחשבון שאלה נתונים שנמסרו על-ידי המדינה הנוגעת בדבר עצמה.

71. מכל מקום, בנסיבות העניין, הנקודה המכריעה את הכף היא שהמשיבה כשלה בהצגת נתונים משכנעים בדבר היקף ההגנה מפני FGM שמעניקה חוץ השנהב לנשים בשטחה, שנותנים מענה לספקות שהוצגו לעיל. כפי שצוין, המשיבה התייחסה באופן עמום ל"בדיקה" שנערכה מול "בני שיח מקומיים" בחוץ השנהב, שבמסגרתה נמסר מפי נציגי הנציבות הלאומית לזכויות אדם במדינה כי ביצוע FGM בערים הגדולות במדינה ללא מתן הסכמת ההורים ובני המשפחה הוא נדיר ביותר, וכי "לדעתם" (של בני השיח) הסביבה בעיר אבידג'אן (העיר הגדולה במדינה) בטוחה לילדות ונערות. מעבר לכך שמדובר במסרים כלליים ומעורפלים שהועברו לגורמי המשיבה – ממילא אף "בני השיח" מסרו באותה נשימה כי "קיימת במדינה בעיה של אי-דיווח אודות ביצוע ההליך, כאשר במקרים רבים המידע נשאר במשפחה ולא מדווח לרשויות, מה שמוביל לכך שהרשויות מתקשות לאכוף את החקיקה האוסרת ונתקלות בבעיות של תת-דיווח. בעיה זו נובעת מכך שהורים רבים חוששים שעקב דיווחם ייפגע בן משפחה או אדם מהקהילה שביצע את ההליך האסור" (סעיף 95 לתשובת המשיבה לבקשת רשות הערעור). זאת ועוד: מנתונים משנת 2018 של הארגון TooMany28 עולה כי שיעור הנשים שהיו קורבן ל-FGM בעיר אבידג'אן – שאליה התייחסו "בני השיח" של המשיבה כבטוחה – עומד על כ-36% (יצוין כי זהו ארגון בינלאומי שפועל למיגור התופעה של FGM בהתייחס ל-28 המדינות שבהן היא נפוצה, וכי שני הצדדים הפנו לנתונים שנאספו על ידו).

72. לא למותר לציין גם כי אכיפה של דין פלילי מתייחסת לענישה בדיעבד על ביצוע פעולה של FGM, ולא למניעתה של הפעולה מלכתחילה. במובן זה הנתונים

שסיפקה המשיבה כלל לא התייחסו למנגנונים המופעלים בחוף השנהב כדי להגן על קטינות בטרם יבוצע בהן ההליך בכפייה. בהקשר זה ציינה המערערת 1 בראיון שנערך לה עם גורמי המשיבה:

”ש: האם את יכולה לפנות למשטרה ולהגיד שאת לא רוצה?  
 ת: המשטרה בכלל לא מעורבת בבעיה כזו...  
 ש: את יודעת שיש חוק בחוף השנהב שאוסר מילת נשים?  
 ת: זה מאוד חדש עם הממשלה החדשה אבל בפרקטיקה ממשיכים לעשות את זה. הם סירבו להפסיק, הם עושים אפילו וגם אם המשטרה אומרת להם לא מפחדים. הם שומרים על המסורת אין להם שום עסק עם המשטרה.  
 ש: איך את יודעת שממשיכים לעשות את זה, שלא מפחדים מהמשטרה?  
 ת: כי אמא שלי התקשרה היא אמרה שנעשה את זה. זה אומר שממשיכים לעשות את זה” (פרוטוקול הראיון מיום 17.10.2013 (להלן: ראיון המקלט של המערערת 1), עמ' 6).

ובראיון שנערך עם המערער 2:

”ש: הממשלה במדינה שלך עושה פעולות על מנת להפחית את התופעה הזו, אתה יודע?  
 ת: אין חוקים ומי שעושה בכוח ונתפס אז אומרים לו שהוא יהיה חודשיים או ארבעה חודשים בבית סוהר ואין חוקים, זה רק בדיבורים. מי שנתפס ככה הם נשפטים לחודשיים או ארבעה חודשים אבל הם לא נענשים בפועל. זה רק דיבורים” (פרוטוקול הראיון עם המערער 2 מיום ביום 17.10.2013 (להלן: ראיון המקלט של המערער 2), עמ' 6).

73. יתר על כן, יש לתת את הדעת כאמור גם לטעם לרדיפה. המדובר ברדיפה על רקע של דת ומגדר. במילים אחרות, עצם מינן של הקטינות והשתייכותן לקהילה מוסלמית ספציפית הם שמציבים אותן בסיכון כמעט תמידי. העובדה שהמערערים יעברו להתגורר בדרום או מרכז המדינה לא אומר שסימון של הקטינות כ”מועמדות פוטנציאליות” ליפול קורבן להליך של FGM בהכרח יקטן. מהנתונים שהציגו המערערים עולה כי אחוז הנשים העוברות FGM בחוף השנהב גבוה במיוחד בקרב מוסלמיות (למעלה מ-64% – כשתיים מתוך שלוש נשים מוסלמיות). במילים אחרות, יש לבחון את שיעור הסיכון לא רק בהתאם לאזור המגורים הרלוונטי אלא בהתאם למאפיינים של המערערים עצמם ולטעם לרדיפתם. הקהילה שאליה משתייכים

המערערים "מפוזרת" ברחבי חוף השנהב, כאשר היא אמנם מרוכזת בעיקרה בצפון המדינה אך קיימים "נציגים" שלה גם באזורים אחרים. הדברים עולים באופן ברור גם מן הראיונות שנערכו עם המערערים 1-2 על-ידי המשיבה. כך למשל סיפרה המערערת 1 בראיון שנערך לה:

ש: את מציינת שאת חוששת כי בנותייך יעברו מילת נשים?

ת: כן.

ש: מדוע את חושבת שהן יעברו מילת נשים?

ת: אצלנו בקהילה שלנו זאת חובה אם את אישה אז זה חובה שיעשו לך מילה, אני בעצמי עשו לי.

...

ש: [כ]שאת אומרת קהילה למה את מתכוונת?

ת: אצלנו המוסלמים, הג'ולה.

...

ש: להורים יש את האחריות על הילדים שלך אם הם מחליטים שהם לא רוצים אז איך זה מתבצע?

ת: זה באירופה, אבל באפריקה זה שונה. בקהילה שלנו זה לא קל, רוצים לשמור על המסורת.

...

ש: אני יודעת שקשה לחשוב אבל איך את חושבת שזה יכול להתרחש אם את תסרבי?

ת: המילה שלי בכלל לא מתייחסים אליה בנושא הזה... אין לה שום משקל לוקחים גונבים את הילדים. הבת של אחותי הגדולה גנבו אותה שהיא לא הייתה נוכחת זה אותו דבר. איפה שאת לא תהיי הם הולכים וגונבים את הילדים בחברה אומרים לאמא שזה משהו טוב שהיא הולכת לפי המסורת.

...

ש: אם אתם תתרחקו מהמשפחה, האם תוכלו לגור בעיר אחרת?

ת: איפה שלא אהיה הם בכל מקום הם ימצאו אותנו.

ש: מה הכוונה הם?

ת: ההורים שלי ואפילו גם ההורים של הבעל שלי, כי הם אומרים שזה ככה הכבוד של המשפחה אם הם לא עושים את זה, אמא שלי בחברה לא תהיה מכובדת יותר" (ראיון המקלט של המערערת 1, עמ' 4-6).

ובהמשך הריאיון:

ש: אני מבינה שאת מפחדת מהקהילה שלך? מהמשפחה שלך?

ת: מהקהילה.

ש: מהקהילה שמתגוררת בעיר הולדתך?

ת: הקהילה יש בעיר שנולדתי, אבל הקהילה הזאת מחולקת בכל חוף השנהב.

ש: את מתכוונת לג'ולה?

ת: כן.

ש: כל אדם בקהילה יכול לבצע זאת או רק המשפחה?

ת: אם מאשרים לבן אדם, המשפחה אם היא מאשרת בסתר, כי הקהילה הם כולם אחד עם השני מאוחדים, אם מאשרים לו אז הוא יכול לבצע את זה" (שם, בעמ' 7).

דברים דומים עלו גם מראיון המקלט של המערער 2:

"ש: אתה יודע שמילת נשים היא מחוץ לחוק בחוף

השנהב?

ת: אין חוק כזה, אבל זה מנהג שהם עושים את זה.

ש: לא הבנתי, מנהג שמי עושה את זה?

ת: כל אלה שבאים מהצפון, לא משנה איפה הם גרים, הם עושים להם את זה, לנשים.

...

ש: מה יקרה אם תנסו לעבור למקום אחר בחוף השנהב, לדרום או למזרח?

ת: אני אין לי שם בית ללכת ואין לי מכרים ויש לי אישה ושתי בנות. הבעיה שאם הם יודעים שאתה מהצפון ואתה עובר לדרום הם עוברים וחוטפים אותך בשביל לעשות את זה. אם זה בתוך כפר אז לוקחים את האנשים לתוך הג'ונגל אבל אם זה בתוך העיר לוקחים אותם לשירותים ועושים להם את זה עם סכין גילוח או משהו חותך".

(ריאיון המקלט של המערער 2, בעמ' 6 ו-8. ההדגשה הוספה – ד' ב' א').

74. לכל האמור מתווספים נתונייהם הקונקרטיים של המערערים, ובפרט העובדה שהמערערת 1 עצמה הייתה קורבן להליך של FGM בכפייה, וכך גם אחותה ובתה הקטינה, כאשר הליך ההשחתה שבוצע בקטינה זו בוצע ללא הסכמת אמה ותוך ניצול הזדמנות שבה האם לא השגיחה על הקטינה. כמו כן, כפי שצינו המערערים, בני משפחתם אינם מרוכזים בצפון המדינה בלבד – אלא מתגוררים גם באזורים אחרים שלה, בין היתר אזורים שהוצעו על-ידי המשיבה כחלופת מגורים (כגון העיר אבידג'אן, שבה חיים שני דודים של המערערת 1, ועיר הבירה יאמוסוקרו שבה גרה דודתה של המערערת 1 – שלדבריה מקורבת מאד לאמה של המערערת 1, שכאמור לוחצת על המערערים לבצע בקטינות את ההליך). במילים אחרות, במקרה זה קיימות אינדיקציות קונקרטיות לקיומו של הסיכון.

75. לבסוף, העובדה שעל הפרק מצוי סיכון לשלמות גופן של קטינות – אחת מהן בת כשש שנים בלבד – מחייבת לבחון את חלופת המגורים המוצעת בדקדקנות יתרה.



76. סיכומו של דבר: כפי שצוין, נטל ההוכחה בעניין סבירותה ומידת הרלוונטיות של חלופת המגורים מוטל – ולו באופן ראשוני – על הטוען לקיומה של חלופת מגורים, ובענייננו המשיבה. כאשר מציבים את מכלול הנתונים, השיקולים והמידע אלה מול אלה, המסקנה המתבקשת היא כי המשיבה לא עמדה בנטל זה.

(ב) אמינותם של המערערים והחשש הסובייקטיבי מרדיפה

77. כאמור, המשיבה טענה בין היתר כי במקרה זה מתעורר ספק באשר לאמינותן של טענות המערערים בדבר חשש מרדיפה, וזאת על רקע העובדה שהטענה בדבר חשש מ-FGM לא הועלתה על-ידם בשלבים מוקדמים יותר של ההליכים שהתנהלו מול המשיבה, כמו גם העובדה שהמערערת 1 הייתה בעצמה קורבן להשחתת איבר מינה בכפייה בעת שהייתה קטינה.

78. סוגיית האמינות של טענות בעניין FGM בהליכי מקלט זכתה אף היא להתייחסות הן בהנחיות הנציבות בעניין FGM והן בספרות המקצועית העוסקת בנושא. וכך קובע סעיף 12 להנחיות האמורות:

"Even when the parents have been in the country of asylum for some time, a well-founded fear on behalf of the child or because of the parent's own opposition to FGM can arise upon the birth of a daughter post-flight. The fact that the applicant did not demonstrate this conviction or opinion in the country of origin, nor act upon it, does not itself mean that a fear of persecution is unfounded, as the issue would not necessarily have arisen until then. The birth of a daughter may, in these circumstances, give rise to a sur place claim".

אם כן, הגישה המובעת בהנחיות הנציבות היא כי העובדה שהטענה בדבר חשש מפני FGM לא הועלתה "בהזדמנות הראשונה" אינה מלמדת כשלעצמה על בעיית אמינות או על היעדר חשש סובייקטיבי מפני רדיפה. זאת, בהתחשב במכלול הסיבות והטעמים שעשויים להוביל לעיכוב בהעלאת הטענה.

79. כך, יש לזכור ש-FGM נחשב ל"טאבו" בקרב קהילות וחברות רבות, והחשש מפני סטיגמה, בושה ודחייה על-ידי המשפחה או הקהילה עלול להביא לכך שהנושא

יוסתר מפני רשויות ההגירה. לפיכך, עצם העובדה שהנושא לא הועלה באופן מידי או מיוזמתה של מבקשת המקלט לא צריך להשליך באופן ישיר על אמינותה של מבקשת המקלט או של הבקשה (Maidelburg & Blata, בעמ' 442-443). זאת ועוד: מחקרים שנערכו בתחום הטיפול הרפואי מלמדים כי בדרך כלל נשים שעברו טראומה מינית לא ישתפו את הרופא המטפל בהן בנושא מיוזמתן בנושא, בשל מכלול קשיים הקשורים בכך (ראו: Llamas, בעמ' 5). דומה כי הדבר נכון מקל וחומר בכל הנוגע לשיתוף של פקידי הגירה. בספרות המקצועית שעסקה בתחום הודגש כי פקידי ממשל העוסקים בהגירה אינם מכירים לעומק את התופעה של השחתת איברי מין נשיים בכפייה, ואינם בקיאים בהכרח בנסיבות שבהן היא מתבצעת. על כן, הם עשויים להניח באופן שגוי שהורים משכילים יכולים להגן על בנותיהן מפני FGM או שנשים יכולות פשוט להתנגד לביצוע ההליך בבנותיהן (ראו: University of Oxford Refugee Studies Center, *FGM and Asylum in Europe 2* (May 2015)). אף עניין זה עשוי להיות שיקול המרתיע מבקשות מקלט שעברו בעצמן הליך של השחתת איבר מין בכפייה מפני שיתוף.

80. דברים אלה מתיישבים גם עם תשובותיה של המערערת 1 לשאלה מדוע לא התייחסה להליך שבוצע בה בבקשות המקלט הראשונות שהגישה, או בהליכים אחרים קודמים מול המשיבה. בהקשר זה היא ציינה בראיון כך:

ש: איזו בעיה לא מאפשרת לך לחזור?  
 ת: מדובר על המילה של הילדה שלי.  
 ש: של הילדה הבכורה?  
 ת: הבכורה ועכשיו אני רק ילדתי עוד בת אז גם נוגע לה.  
 ש: מדוע לא ציינת את הבעיה הזאת בראיון שהיה לך?  
 ת: באותו זמן היה לי ויזה, זה היה מגן עליי...  
 ש: מקודם אמרת שהסתרת את הבעיה, מדוע הסתרת אותה?  
 ת: זאת בעיה שמתביישת לספר, לא מדברים על זה ככה.  
 ש: והיום את תוכלי לספר לי על הבעיה?  
 ת: כן אם אני חייבת בשביל להגן על הילדים שלי אני אדבר" (ראיון המקלט של המערערת 1, בעמ' 4).

81. אם כן, המערערת 1 מבהירה כי כל עוד היא חסתה תחת ההגנה הקבוצתית שהייתה נתונה לאזרחי חוף השנהב עד שנת 2012, היא לא ראתה צורך לחשוף את הטראומה שחוותה. בהקשר זה יצוין כי המערערת 1 ציינה בראיון שנערך עמה שהיא אף לא דיברה על הטראומה שחוותה עם רופא, על אף שהיא חווה לעיתים, לדבריה,

"שריפה" בקיום יחסים (ראיון המקלט של המערערת 1, בעמ' 9). בהתחשב בכל האמור לעיל, הסבר זה של המערערת 1 נראה סביר, ואיני סבורה כי יש בעניין זה כדי לעורר ספק המצדיק כשלעצמו את שלילת ההגנה מהמערערים בנסיבות העניין.

הערה לפני טיוט

82. בשלב זה, משהונחו על שולחני חוות הדעת של שני חבריי – השופט אלרון, החולק עלי, והשופט י' גרוסקופף, המסכים עמי – אבקש להוסיף רק הבהרות קצרות, מאחר שהנמקתי מדברת בעד עצמה. אינני סבורה שניתן להסתפק במקרה דנן בהענקת המעמד ההומניטארי שהמשיבה הסכימה ליתן למערערים. הטעם לכך הוא כפול – דיוני ומהותי. במישור הדיוני, כפי שהדגיש חברי השופט גרוסקופף, משניתנה רשות ערעור זמן רב לפני שהמדינה הודיעה על הסכמתה למתן המעמד ההומניטארי והעניין נדון בפנינו כערעור, המבקשים זכאים לקבל את הסעד המבוקש על-ידם משהוכיחו כי הם עומדים בתנאים לקבלת מעמד של פליטים. במישור המהותי, וזאת לגוף הדברים, ראוי להוסיף כי הגם ששני המסלולים (מסלול המקלט והמסלול ההומניטארי) מובילים תחילה למתן רישיון ישיבה בישראל מסוג א/5, העקרונות החלים עליהם אינם זהים. זאת, בפרט בכל הנוגע לאופן הארכת הרישיון, הן מבחינת ההגדרה הברורה של תקופות ההארכה (בנוהל מבקשי מקלט) והן מבחינת השיקולים הרלוונטיים החלים על הדיון בבקשת הארכה (כשמטבע הדברים שיקול הדעת של הרשות רחב יותר בהקשר ההומניטארי). לדברים אלה נודעת חשיבות רבה בנסיבות העניין בהתחשב בסירובה הנחרץ של המשיבה לנקוט כל עמדה ביחס לעתיד בעניינם של המערערים, שההחלטות הקודמות דנו אותם לחרדה קיומית מתמדת באשר למה שילד יום. אם כן, לשיטתי, ההכרעה במקרה זה אינה נדרשת רק מן ההיבט העקרוני, אלא גם מן ההיבט הפרטני של המערערים ונסיבותיהם.

טיכום

83. בפתחו של בית המשפט עומדת משפחה הכוללת זוג הורים ושתי קטינות, בנות שש ושלוש עשרה לערך, שנולדו וגדלו בישראל. לשיטתי, הונח בפנינו בסיס מספק לטענה כי קיים חשש מבוסס היטב מפני רדיפת בני המשפחה על רקע השתייכותם לקבוצה חברתית מסוימת – כאשר הסיכון מתבטא בחשש מפני ביצוע הליך השחתת איברי מינן של הקטינות בכפייה וחרף התנגדות ההורים. המדובר בהליך אכזרי שעלול להותיר את הקטינות פצועות בגוף ונפש באופן בלתי הפיך. וכל זאת, בנסיבות שבהן

טענות המשיבה לקיומה של חלופת מגורים פנימית התבססו על מסרים בעלי אופי מעורפל, וללא ביסוס עובדתי מספק. בהתחשב בכל זאת, אני סבורה כי עלה בידם של המערערים להוכיח כי הם זכאים להגנה מכוח אמנת הפליטים. בסופו של דבר, גם בתחום זה – הדין נגזר מן העובדות. כל מקרה יצטרך להיבחן על-פי העובדות שביסודו.

84. אשר על כן, לו תישמע דעתי, נקבל את הערעור ונורה למשיבה ליתן למערערים מעמד בהתאם לנוהל מבקשי מקלט. המשיבה תישא בהוצאות המערערים בסך של 25,000 שקלים.

ש ו פ ט ת

השופט י' אלרון:

1. קראתי בעיון את חוות דעתה המפורטת של חברתי השופטת ד' ברק-ארז, ודעתי שונה.

לאחר שבחנתי את הדברים, אני סבור כי הערעור התייתר ועל כן דינו להידחות.

2. המערערים שואפים לקבל מעמד פליטים, אשר יתבטא בקבלת רישיון לישיבת ארצי מסוג א/5 (להלן: רישיון א/5), שמזכה בהטבות סוציאליות שונות ופותר את מעסיקיהם מהפקדת הסכום הקבוע בסעיף 1יא1 לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991.

בינתיים קיבלו המערערים רישיון א/5 מטעמים הומניטריים, אולם לגישתם אין די בכך, שכן מעמד פליט נושא "משמעויות מעשיות וסמליות".

כך, נטען כי הארכת הרישיון הקיים תלויה בשיקול דעתן של הרשויות, וכי יש הבדלים במועד הארכת הרישיונות: רישיון לפליטים מוארך לראשונה בשנה, אחר כך בשנתיים, ולבסוף בשלוש שנים לכל הארכה נוספת (סעיף 11(ד) לנוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.2.0012 "נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל" (10.10.2019) (להלן: נוהל מבקשי מקלט)) – ואילו רישיון מטעמים הומניטריים יש להאריך בכל שנה.

3. לטעמי, העיקר הוא שהמערערים קיבלו רישיון א/5 כפי שביקשו. הרישיון, בין מטעמים הומניטריים ובין מטעמי פליטות, הארכתו כפופה תמיד לשיקול דעת. על כן איני סבור כי ההבדל במועד ההארכה יוצר שני רישיונות שונים זה מזה בהיבט מהותי.

עוד על שיקול הדעת, אלה הנימוקים המצוינים בהחלטה ליתן למערערים רישיון א/5 מטעמים הומניטריים:

“בנסיבות הספציפיות המועלות בעניינם של המבקשים לפיהן יאלצו בנות המשפחה לגדול תחת ניסיון ההורים להסתירן כל העת שמא יד המקרה תובילן להיחשף בפני משפחתם הגרעינית, וביתר שאת לנוכח העובדה כי בנסיבות הספציפיות עולה כי אחות המבקשת לא הצליחה למנוע מבתה להיות מושא להליך אכזרי זה, לאור חריגותו של המקרה, החלטתי לפנים משורת הדין לאשר למבקשים אשרת א/5 לשנה.”

שני הטעמים המובאים בהחלטה, הצורך להסתתר מפני בני המשפחה וניסיון העבר, דומים לעיקר הטעמים בבקשה להכיר במערערים בתור פליטים, ולכן דומה כי במקרה זה שיקול הדעת בבקשת ההארכה יהיה דומה בלי תלות בכותרת הרישיון. כמובן, חזקה על המשיבה כי הנימוקים האמורים יעמדו לנגד עיניה בכל פעם שתחליט אם להאריך את הרישיון שבידי המערערים, בהתאם לתוקפם בעת ההיא.

יתר על כן, את הרישיון לפליטים מאריך מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה (סעיף 11(ד) לנוהל מבקשי מקלט), ואילו את הרישיון מטעמים הומניטריים – מנהל לשכת אוכלוסין (סעיף יב לנוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.2.0022 "נוהל הסדרת עבודתה של הוועדה הבינמשרדית המייעצת לקביעה ומתן מעמד בישראל מטעמים הומניטריים" (31.12.2018)), ובהיבט זה דומה כי דווקא הרישיון שבידי המערערים נוח יותר להארכה.

בנסיבות אלו אני סבור כי המערערים קיבלו סעד הדומה מספיק לסעד המבוקש בערעור, ולכן ערעורם התייתר ודינו להידחות בלי לדון בו לגופו.

4. עם זאת, בשל חשיבות הסוגיות המתעוררות בתיק ומאחר שחברתי הרחיבה בהן, אוסיף כמה מילים משלי.

5. השחתת איברי מין של נשים, נערות, ילדות ופעוטות היא תופעה חמורה שיש לבער.

הכינוי "מילת נשים" עשוי להצביע על דמיון למילת גברים, שמקובלת מאוד בחברה בישראל ואף עולה כדי מצווה דתית בקרב יהודים ובקרב מוסלמים. אולם מדובר במנהגים הנבדלים זה מזה מבחינה כמותית ומבחינה מהותית. אין להשוות כלל את הפגיעות הגופניות והנפשיות בנשים (בנות כל הגילים) למצוות המילה, והן שונות אלו מזו תכלית השינוי. על כן אין לנהוג סלחנות או הבנה כלפי השחתת איברי מין של נשים.

הכלי הפלילי עשוי לסייע במאבק בתופעה זו. דיני העונשין בישראל אינם קובעים עבירה מיוחדת אשר אוסרת השחתת איברי מין של נשים (עבירה מיוחדת קבועה בבריטניה: Female Genital Mutilation Act 2003, c. 31, ובניו סאות' וילס: Crimes Act 1900 (NSW) s 45. ראו *The Queen v A2* [2019] HCA 35). עם זאת, עבירות אחרות חלות על מעשים שעולים כדי השחתת איברי מין נשיים, בהתאם לנסיבות העניין.

בפרט, השחתת איברי המין עשויה לעלות כדי עבירות שקבועות ב**חוק העונשין**, התשל"ז–1977: חבלה בכוונה מחמירה, לפי **סעיף 329**; חבלה חמורה, לפי **סעיף 333**; פציעה, לפי **סעיף 334**; חבלה ופציעה בנסיבות מחמירות, לפי **סעיף 335**, בהתאם לחלופות השונות בסעיף זה; תקיפת קטין או חסר ישע, לפי **סעיף 336ב**, בין היתר בחלופות של גרימת חבלה חמורה ושל תקיפה בידי מי שאחראי על הקטינה; התעללות בקטין או חסר ישע, לפי **סעיף 336ג**; תקיפה, לפי **סעיפים 378–379**; תקיפה הגורמת חבלה ממשית, לפי **סעיף 380**; תקיפה בנסיבות מחמירות, לפי **סעיף 382**, בהתאם לחלופות השונות בסעיף זה.

6. אני מסכים, והמדינה לא חלקה על כך, כי סכנה להשחתת איברי מין של נשים עשויה להקים במקרים מתאימים עילת פליטות.

לצד זאת, חשוב להבהיר כי אין בכך הכרה גורפת בכל טענת פליטות מהטעם האמור, וכי יש לבחון בכל מקרה לפי נסיבותיו אם הוכח חשש מבוסס של מבקשת. במקרה שנטענו טענות נוגדות, יש לברר אף אותן.

קבלתן של כל הבקשות למעמד פליטה מחשש להשחתת איברי מין של נשים במדינה פלונית, בלי בירור העובדות בכל אחת מהן, עלולה להביא לכך שכל מי שמגיעה לישראל ממדינה זו (ולכל הפחות מקבוצה שנהוג בה מנהג זה), תוכר בתור פליטה. לא לכך נועדה האמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3, 5 (נחתמה ב-1951).

הפתרון לחשש זה הוא כאמור בדיקה של כל בקשה לגופה: על מבקשת המקלט להוכיח עילה אישית להכרה בה בתור פליטה, כלומר כי כל התנאים הנדרשים לכך מתקיימים לגביה; נוסף על כך, יבוררו סוגיות העשויות להביא לתוצאה הפוכה, כגון קיום אפשרות סבירה ורלוונטית לשוב לאזור אחר במדינה אשר אין בו חשש לרדיפה.

7. סוף דבר, ובהתחשב בכך שהמערערים קיבלו רישיון לישיבת ארעי מסוג א/5 מטעמים הומניטריים, אציע לחבריי לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים לפסק דינה המקיף והמעמיק של חברתי, השופטת דפנה ברק-ארז, על מכלול נימוקיו ומסקנותיו.

המערערים, בני זוג מחוץ השנהב ושתי בנותיהם הקטינות שנולדו בארץ (להלן: "המערערות הקטינות"), פנו לשר הפנים בבקשה לקבלת מקלט מדיני בישראל על רקע חשש מפני השחתה או הטלת מום כפויה של איברי המין של המערערות הקטינות במדינת המוצא שלהם. בקשתם נדחתה. המערערים ערערו על החלטה זו לפני שתי הערכאות שהדין מקנה להם זכות ערעור אליהן: בית הדין לעררים לפי [חוק הכניסה לישראל](#), התשי"ב-1952 ובית המשפט המחוזי. ערעוריהם נדחו, תוך שנקבע כי אין הם זכאים לקבל מקלט מדיני בישראל. המערערים לא אמרו נואש, והגישו בקשה לרשות ערעור לבית משפט זה. במסגרתה ביקשו המערערים, בין היתר, כי ייקבע שהם זכאים למעמד של פליטים מכח האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (להלן: "אמנת הפליטים"), ובהתאם זכאים הם לקבל מקלט מדיני. בהחלטה שניתנה במסגרת הדיון שהתקיים בעניין ביום 10.6.2019, קבענו כי יש מקום להעניק רשות ערעור במקרה זה. לאחר הדברים הללו, ביום 14.11.2019, הודיעה המדינה כי

הוחלט להעניק למערערים רישיון לישיבת ארעי מסוג א/5 למשך שנה, מטעמים הומניטריים. החלטה זו אינה מספקת את המערערים, והם עומדים על קבלת הכרעה בערעור. המחלוקת הונחה לפנינו בפרוצדורה הקבועה בדין, ניתנה זכות ערעור, והמערערים עומדים על זכותם לקבל הכרעה בו. במצב דברים זה, החלטת המדינה להעניק למערערים מעמד הומניטארי בישראל, אשר ייתכן כי המערערים היו מסתפקים בה בשלב מוקדם יותר של הדיון, ושאוּלי אף הייתה מצדיקה הימנעות מהיענות לבקשת רשות הערעור, אינה יכולה לשלול בשלב זה של ההליך את הזכות שניתנה למערערים להכרעה בערעורם. דהיינו, בשאלה האם הם זכאים לקבל מעמד של פליטים.

כפי שהטיבה להבהיר חברתי, השופטת ברק-ארז, אין חולק כי איום מפני השחתה או הטלת מום באברי מין נשיים יכול לעלות כדי רדיפה אשר תקים לילדה, לנערה או לאישה המאוימת מעמד של פליטה מכוח אמנת הפליטים. בענייננו, אף לא היה חולק כי הונחה תשתית עובדתית ומשפטית מספקת לטענה כי איום מעין זה מרחף מעל המערערות הקטינות במקום מוצאם של המערערים (להלן: "צפון חוף השנהב"), וכי הוא עולה לכדי "פחד מבוסס היטב מפני רדיפה", העשוי להקים עילה למתן מעמד של פליטים למערערות הקטינות ולהוריהן. המחלוקת בתיק זה היא בשאלה האם עלה בידי המדינה לשכנע כי איום הפגיעה במערערות הקטינות אינו מבסס עילה להענקת מעמד פליטות, מאחר שמתקיים בעניין חריג "חלופת המגורים הפנימית". על פי חריג זה, ניתן לדחות את בקשת המערערים למקלט מדיני אם עומדת להם חלופה רלוונטית וסבירה להיות מוגנים מפני האיום האמור באזור אחר במדינת מוצאם.

במחלוקת זו השתכנעתי מטיעוני המערערים כי עמדת המדינה אינה עומדת בנטל המוטל עליה: לא הונחה תשתית מספקת המלמדת על כך שהמערערות הקטינות יהיו מוגנות מפני איום הפגיעה בהן באזורים אחרים של חוף השנהב, בהם התופעה אינה כה נפוצה (להלן: "האזורים האחרים"), וזאת בשים לב לכך שסוכני הרדיפה במקרה זה הם בני ובנות משפחתן, העשויים להשיג בקלות יחסית בכל תחומי חוף השנהב; לא הונחה תשתית מספקת לכך שהמערערים יצליחו לאורך זמן להתגורר באזורים האחרים, ולא יאלצו לשוב לאזור צפון חוף השנהב, בו אין חולק כי איום הפגיעה במערערות הקטינות הוא משמעותי ומבוסס. וזאת יש לזכור: הזכאיות להגנה הן בראש ובראשונה המערערות הקטינות, שאיום הפגיעה מופנה במישרין אליהן. על כן ראוי לגונן עליהן לא רק מפני הסיכון כי סוכני הרדיפה יצליחו להגיע אליהן באזורים האחרים, אלא גם מפני האפשרות שהוריהן יאלצו או ישוכנעו לחזור להתגורר



באזור צפון חוף השנהב, ולבסוף, כשלעצמי, לא השתכנעתי כי רמת האיום לפגיעה במערערות הקטינות באזורים האחרים היא נמוכה דיה על מנת להצדיק קביעה כי הם מהווים חלופת מגורים סבירה. הפרקטיקה האכזרית של הטלת מום באברי מין נשיים נהוג מאד בקרב קבוצת האוכלוסייה עליה נמנים המערערים. קבוצת אוכלוסייה זו מתגוררת בעיקר בצפון חוף השנהב, וממילא פגיעות מסוג זה נפוצות, כעניין סטטיסטי, בעיקר באזור זה. ואולם, לא הובאו לפנינו ראיות לפיהן הפרקטיקה האמורה אינה נהוגה בקרב אותה קבוצת אוכלוסייה עליה נמנים המערערים גם באזורים האחרים, אלא כל שהובא הן ראיות לכך שאחוז הנשים הנפגעות באזורים האחרים נמוך יותר (הגם שעדיין אינו מבוטל) – עניין שייתכן שנגזר בעיקרו מהבדלים דמוגרפיים, ואין בו כדי לשקף הבדל ברמת האיום לפגיעה במערערות הקטינות בהינתן קבוצת האוכלוסייה אליה הן משתייכות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז, אליה הצטרף השופט ע' גרוסקופף, כנגד דעתו החולקת של השופט י' אלרון.

ניתן היום, י"ד בשבט התש"ף (9.2.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

עכ 18050400\_A23.docx

מרכז מידע, טל' 077-2703333 \*3852; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il>

ד' ברק ארז 5040/18-54678313  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)