



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

ערר (י-ם) 1010-14

בית הדין לעררים בירושלים
בפני כב' הדיין אזר אלעד

העורר: פלוני
ע"י ב"כ עו"ד ענת בן דרור ועו"ד אלעד כהנא

נ ג ד

המשיב: משרד הפנים - רשות האוכלוסין וההגירה
ע"י עו"ד מיטל פרי ועו"ד איילה שחר-שוורץ, הלשכה המשפטית

פסק דין

1. עניינו של ערר זה בדחיית בקשת המקלט שהגיש העורר, אזרח אריתריאה אשר ערק משירותו הצבאי, עזב את ארצו שלא כדין והסתגן לישראל. בבסיס בקשת המקלט עומדת טענת העורר כי בשל עצם פעולת העריקה מצבא אריתריאה והיציאה ממנה שלא כדין, הוא נתפס ע"י השלטונות בארצו כמתנגד פוליטי למשטר שם. לפיכך, טוען העורר כי קמה לו הזכות להיות מוכר כפליט בהיותו נרדף על פי אחת מהעילות המוכרות באמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (להלן: "האמנה", או "אמנת הפליטים").
2. עמדת המשיב, בקליפת אגוז, הינה כי עריקה או השתמטות משירות צבאי אינה מהווה לכשעצמה עילה מוכרת עפ"י האמנה ואין לקבל את הטענה כי כל עריק או משתמט נתפס ע"י המשטר באריתריאה כמי שהביע דעה פוליטית כנגדו. על מבקש המקלט הנטל להוכיח כי הוא אישית צפוי להירדף בשל דעה פוליטית המיוחסת לו. לטענת המשיב, העורר דן לא הביא ראיות לכך שמתקיימת בו באופן אישי אחת מעילות האמנה המוכרות.
3. במהלך הדיונים בעניינו של העורר עד כה, הבהיר המשיב כי העורר ימשיך ליהנות מההגנה הקבוצתית הזמנית המוענקת לכלל אזרחי אריתריאה השוהים בישראל, לרבות עריקים ומשתמטים משירות לאומי, וזאת בהתאם לעיקרון אי-החזרה, ועל רקע הכרה באריתריאה כמדינת משבר. ברם, בעקבות פסה"ד שניתן ביום 28.8.17 בע"מ 8101/15 צגטה נ' שר הפנים, החלטת ממשלה שנתקבלה בנושא ושינוי ההסכם שנחתם בשעתו בין ישראל לבין מדינה שלישית באפריקה, פרסם המשיב ביום 1.1.18 את "נוהל ההרחקה למדיניות השלישיות" (ביום 30.1.18 פורסם נוסח מעודכן של הנוהל). עפ"י נוהל ההרחקה למדינות שלישיות, מבקשי מקלט מסודן ומאריתריאה אשר בקשתם נדחתה צפויים להיות מורחקים למדינה שלישית. בשלב הראשון לא יורחקו נשים, קטינים, ואבות לקטינים



מדינת ישראל

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

הסמוכים על שולחנם, וכן מי שיש לגביהם ראיות כי נפלו קורבן לסחר בבני אדם. מדיניותו החדשה של המשיב משמעותה כי עקרון אי-ההחזרה בעניינם של אזרחי אריתריאה (וסודן) אינו מורה עוד כי לא ניתן להרחיקם מישראל כלל, אלא שלא ניתן להרחיקם למדינת מוצאם בלבד, וכי בכפוף להסכמים בין-מדינתיים, ניתן להרחיקם למדינות שלישיות.

הליכים קודמים

4. הערר דן הוגש מיד לאחר שבית הדין לעררים פתח את שערו, דהיינו בחודש יוני 2014. כל אחד מהצדדים פרש טענותיו באיכות ובפירוט רב, תוך הסתמכות על חוות הדעת הכללית שהוכנה ע"י הלשכה המשפטית של רשות האוכלוסין וההגירה שכותרתה: "**בחינת בקשות למקלט מדיני של מבקשי מקלט מאריתריאה**" (להלן: "חוות הדעת") - מחד, וחוות הדעת של נציבות האו"ם לפליטים להלן: "עמדת הנציבות" ו"הנציבות" (המתייחסת לחוות הדעת של המשיב - מאידך, וכן הביאו מובאות מפסקי דין של טריבונלים שיפוטיים מרחבי העולם שנדרשו לסוגיה.

5. ביום 4.9.17 ניתן על ידי פסק דין המקבל את הערר (להלן: "פסק הדין הראשון") ובו נקבע, בסיכומו של דבר כך: "**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 הקטגורית 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".** הסעד האופרטיבי שניתן הורה על העלאת עניינו של העורר בפני הוועדה המייעצת לענייני פליטים תוך הנחיה כי "**לצורך הדיון בבקשת המקלט של העורר במליאת הוועדה המייעצת ולשם גיבוש המלצתה לא תוכל הוועדה להסתמך על חוות הדעת האמורה. הוועדה תבחן, האם העובדות הפרטניות ביחס לעורר עצמו, העומדות בבסיס בקשת המקלט שהגיש וראיות נוספות שהציג, יש בהן כדי לחצות את הרף הראייתי הנדרש לביסוס חשש מבוסס לרדיפה כמשמעות מושג זה באמנת הפליטים".**

6. כנגד פסק הדין הראשון הגיש המשיב ערעור, במסגרת עמ"ן (י-ם) 32641-10-160 (שאוחד עם ארבעה ערעורים זהים בעניינם של מבקשי מקלט מאריתריאה). ביום 26.1.17 ניתן פסק דינו של בית המחוזי (להלן: "פסק הדין").

7. פסק הדין דן בעיקרי חוות הדעת אשר נדונה קודם לכן בפסק הדין הראשון, וקבע את עיקריה:

א. "שיעור המסתננים והשוהים בלתי חוקיים בישראל הוא מן הגבוהים בעולם, באופן

הפוגע באינטרסים חיוניים של המדינה."

ב. "הטענות העולות מפי מרבית מבקשי המקלט מאריתריאה אינן קשורות בנסיבות



מדינת ישראל

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

אישיות או מיוחדות למבקש מקלט ספציפי, אלא מושמעות מפי מרבית המבקשים"

ג. מדינת ישראל מכירה במחויבותה לאמנת הפליטים, אך היא רשאית לפרש אותה בהתאם לחקיקה הפנימית שלה, לנהליה, ולמדיניות ההגירה שלה.

ד. כל בקשת מקלט פרטנית תבחן בהתאם לנוהל הטיפול במבקשי מקלט.

ה. כל בקשת מקלט פרטנית של אריתריאי תבחן לגופה, ותוך שימת לב למידע הקיים אודות אריתריאה.

ו. "אין לראות בבקשות מקלט, המסתמכות על טענות בדבר השתמטות או עריקה מהשירות הצבאי, כשהן לעצמן, ללא הקשר לאחת מהעילות המנויות באמנת הפליטים כטענות לרדיפה פרטנית אלא כטענות המתייחסות למצב הכללי השורר באריתריאה. על כן נראה כי דין בקשות למקלט המסתמכות על טענות אלה, להדחות."

ז. עם זאת, "כל מקרה וכל בקשה למקלט תיבחן לגופה תוך שיינתנו למבקש מלוא האפשרויות להעלות את טענותיו ולהציג את מסמכיו, ואין בקביעה זו בכדי למנוע ממבקש מקלט להראות אלמנטים נוספים לטענת העריקות שסייעו לו לבסס את בקשתו למקלט מדיני" (הדגש במקור- א.א.). (סעיף 6 לפסק הדין).

8. פסק הדין קבע כי "נקודת המוצא המשותפת לצדדים הינה, כי יכול להיות שאדם שערק מהצבא האריתריאי ועזב את המדינה שלא כדין הוא פליט. כי הנטל עליו להוכיח זאת, וכי מתחייבת בדיקה פרטנית בעניינו של כל מבקש מקלט", והוסיף כי כיוון שהמשיב התחייב בחוות הדעת לבחון כל בקשת מקלט לגופה, מסקנתי בפסק הדין נשוא הערעור, לפיה חוות הדעת בטלה, משום שקביעתי "כי לא ניתן לקבל את הנחת הבסיס עליה מושתתת חוות הדעת לפיה המשיב רשאי לקבוע כי אינו מחיל את עילות אמנת הפליטים על סוג מסוים של מבקשי מקלט...", אינה מקובלת עליו, זאת משום שלא מצא בחוות הדעת "אמירה לפיה הגם שקיימת עילה - זו לא תוחל על קבוצת פליטים מסוימת, על אף שעמדה בנטל להוכיח את קיומה." (סעיף 34 לפסק הדין) וסיכם: "בית הדין מנע עצמו מלדון בשאלה המתחייבת, והיא מה הפרשנות של אמנת הפליטים, ומה עצמת הראיות שעל מבקש המקלט להביא על מנת לבסס את העילה של רדיפה של עמדה פוליטית מיוחדת בניסיונות הנדונות. זה שורש המחלוקת בין הצדדים." (סעיף 37 לפסק הדין)

9. פסק הדין הבהיר: "איני סבורה כי הבאה בחשבון של שיקולים כמו השלכות רוחב של גישה פרשנית זו או אחרת היא בבחינת שיקול זר הפוסל את העמדה הפרשנית, כל זמן שהפרשנות שננקטה עולה בקנה אחד עם האמנה." כן ציין כי על בית הדין להכריע "מה היא הפרשנות הנכונה של אמנת הפליטים בסוגיה נשוא דיוננו. האם קיים, כטענת [המשיב], "מנעד פרשני" אפשרי, הסובל גם את הפרשנות הננקטת על ידו] בחוות הדעת,



מדינת ישראל

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

מה המשמעות של עמדת נציבות האו"ם לפליטים בסוגיה זו, כמו גם מה עולה מן הפסיקה הבינלאומית הרלוונטית" (סעיף 38 לפסק הדין). בסיכומו של דבר, ביטל בית המשפט את פסק הדין הראשון, והורה: "הדין בעררים יוחזר לבית הדין, על מנת שידון בהם על פי העקרונות המפורטים לעיל. לאחר שיגיע למסקנות המשפטיות הנדרשות, יישם אותן על כל אחד ואחד מן המשיבים, על פי הנסיבות הפרטניות הרלבנטיות."

10. בעקבות פסק הדין הוגשו השלמות טיעון מטעם העורר, להם צורפה גם עמדתה העדכנית של הנציבות בדבר בקשות למקלט המבוססות על עריקה והשתמטות משירות צבאי/לאומי באריתריאה; המשיב הגיש השלמות טיעון מטעמו וביום 20.11.17 התקיים בפני דיון בנוכחות ב"כ הצדדים.

חוות הדעת של נציבות האו"ם לפליטים

11. במסגרת פסק הדין הראשון, נסקרה בהרחבה עמדת הנציבות מיום 16.2.15 ואשר את הגשתה אישרתי. כותרתה: "הערות נציבות האו"ם לפליטים על חוות הדעת המשפטית בעניין

בחינת בקשות מקלט של מבקשי מקלט מאריתריאה". ניתן להביא סקירה זו כלשונה:

חשש מבוסס מרדיפה: 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.

את קיומה של "אפשרות סבירה" לרדיפה, לדוגמא - 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.

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": 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 מסוימת 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



מדינת ישראל

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

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

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.

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, ו/או 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.

בכל הקשור לעילה של דעה פוליטית, חשוב להדגיש כי עילה זו כוללת גם את ההחזקה בדעה פוליטית וגם את הביטוי החיצוני לה, כמו גם ניטראליות 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 להיתפס 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).

12. לענין הפרשנות שאימצה חוות הדעת לצורך יישום האמנה על עריקים ומשתמטים מאריתריאה "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" - טוענת הנציבות כי "זוהי פרשנות צרה



מדינת ישראל

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

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" (ראו פסקאות 16-17 לעמדת הנציבות).

13. כאמור, לטיעון המשלים מטעם העורר, צורפה עמדה עדכנית מטעם הנציבות. הנציבות שבה ומדגישה כי הנחיותיה בדבר טיפול במבקשי מקלט מאריתריאה משנת 2011 עומדות בעיני ולא הובא מידע אמין בדבר שינוי מהותי במערכות המשפט, החקיקה ואכיפת החוק באריתריאה. הנציבות התייחסה לשני דו"חות אשר זכו להתייחסות בפסק הדין הראשון, דו"ח רשות ההגירה הדנית ודו"ח משלחת משרד הפנים הבריטי. נמצא כי רשות ההגירה של דנמרק פרסמה הודעה כי אינה רואה בדו"ח שהוגש לה כמחייב ומשרד הפנים של בריטניה ביטל את ההנחיות שעודכנו בעקבות דו"ח המשלחת הבריטית והשיב על כן את ההנחיות שנהגו קודם לכן, המתיישבות עם הנחיותיה של הנציבות. יש לצין כי ב"כ המשיב אישרה בדיון בפני כי אין בדו"חות האמורים כדי לשנות את בחינת סוגיית מבקשי המקלט מאריתריאה.

14. עפ"י המידע העדכני שבפניה הגיעה הנציבות למסקנה כי העונשים הקבועים בחוק על עריקה והשתמטות משירות צבאי עודם גבוהים וכי בפועל הענישה בגין עריקה/השתמטות נעשית שלא לפי החוק. מי שנתפס חשוף למאסר שרירותי שעשוי להיות ממושך מאד; המאסר עצמו הוא בתנאים קשים במיוחד, לרבות בתאים תת-קרקעיים או במכולות ללא אור ואוויר; כמו כן העריק/משתמט מוחזר לשירות בלא הגבלת זמן. כן ציינה הנציבות כי אין לסמוך על הכרזת ממשלת אריתריאה בדבר חנינה לעריקים/משתמטים אשר ישלמו מס פזורה בשיעור 2% ויביעו חרטה.

15. אשר לעילת האמנה עליה נסמכת בקשת מקלט של עריק/משתמט גורסת הנציבות כי בהינתן התפקיד הרב-מימדי של השירות הלאומי בכלכלה והמיליטריזציה של החברה כולה באריתריאה – השמטות/עריקה משירת צבאי מהווה אקט פוליטי הקורא תיגר על הסדר המשפטי והסמכות של הממשלה. אף אם מבקש המקלט הספציפי לא התכוון לבצע אקט פוליטי בעריקתו/השתמטותו הרי שזו נחשבת להצהרה פוליטית וקיימת סבירות שלעריק או למשתמט תיוחס עמדה פוליטית.

טיעוני המשלימים של העורר



מדינת ישראל

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

16. בניגוד לטענת המשיב, לא המדינות הן אלו שמפרשות את האמנה כראות עיניהן כי אם בתי המשפט של המדינות הם אלה הקובעים מה הפרשנות הנכונה של האמנה. בניגוד להחלטות מן המניין של הרשות המנהלית, פרשנות של האמנה (כמו פרשנות של הדין) אינה מסורה לשיקול דעתה הבלעדי, שיקול דעת אשר סביבו "מתחם סבירות" וביהמ"ש לא יתערב בהפעלתו כל עוד לא חרגה הרשות ממתחם הסבירות. פרשנות האמנה הינה אקט שיפוטי מובהק. על ביהמ"ש להשתכנע לא רק כי הפירוש שבחרה להעניק הרשות לאמנה הוא סביר אלא כי הוא הפירוש הנכון.
17. מקור חשוב ומקצועי לפרשנות אמנת הפליטים הוא הנציבות. גם פסקי דין של בתי משפט בעולם מהווים כלי עזר פרשני.
18. אין מחלוקת על כך שהעורר צפוי לפגיעה קשה וחמורה באם ישוב לאריתריאה. המחלוקת מתמקדת בשאלה האם קיים קשר בין פגיעה זו לבין אחת מעילות האמנה המוכרות. אין צורך להראות כי הזיקה לאחת מעילות האמנה תהא הסיבה המרכזית לרדיפה הצפויה.
19. העורר הביע במפורש, במסגרת ראיון המקלט, עמדה פוליטית אופוזיציונית נגד המשטר באריתריאה. את מחאתו הפוליטית הביע העורר באופן היחיד האפשרי במדינתו – על ידי עזיבה.
20. המונח "עמדה פוליטית" לצורך אמנת הפליטים כולל גם עמדה פוליטית מיוחדת, דהיינו לאו דווקא עמדה פוליטית אקטיבית שהביע מבקש המקלט ואשר נודעה לשלטונות. אדם יכול להיות מוכר כפליט גם אם הסיבה בגינה הוא נרדף מיוחדת לו ע"י הרודף ואפילו נעשה הייחוס בשוגג. אף המשיב מכיר בקיומה של עילת פליטות שיסודה בעמדה פוליטית מיוחדת. שאלת הרדיפה צריכה להיבחן מנקודת מבטו של סוכן הרדיפה.
21. אריתריאה היא מאותן מדינות טוטליטריות שבהן השלטון רואה בעריקים מתנגדים פוליטיים. הנסיבות הייחודיות לאריתריאה מעידות כעניין עובדתי על כך שהעורר ייתפס ע"י המשטר שם כמי שאינו נאמן למשטר ולמדינה. אין מדובר במחלוקת פרשנית של יישום האמנה שכן הן הנציבות והן פסיקות בתי המשפט בעולם בהקשר זה, קבעו כי אריתריאה רודפת עריקים מטעמים פוליטיים.
22. העורר אינו צריך להוכיח שהוא אישית באופן פרטני ומיוחד ירדף על בסיס השקפה פוליטית מיוחדת ודרישה זו מהווה חריגה מרף ההוכחה הנדרש על פי אמנת הפליטים. קיימות ראיות כבדות משקל לכך שהענישה הקיצונית המושתתת על עריקים באריתריאה נובעת משיקולים פוליטיים ומכל מקום לא נטען כי מדובר באכיפה פלילית רגילה.
23. עוד נטען בפני כי "השיקול המספרי" אשר הנחה את המשיב לצורך גיבוש פרשנותו לסוגיה של מבקשי מקלט עריקים מאריתריאה, אינו שיקול שעל ביה"ד להתחשב בו בבואו לפרש את האמנה והחשש מ"השלכות רחב" אינו שיקול לגיטימי בפרשנות אמנת הפליטים; שיקול שמטרתו להמנע מהצורך להעניק הגנה מכח אמנת הפליטים לקבוצה גדולה של אנשים רק



מדינת ישראל

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

בגלל גודלה של הקבוצה אינו שיקול לגיטימי. ממילא שיקול זה הוא תלוי נסיבות של זמן ומקום שאינם לגיטימיים לצורך פרשנות האמנה.

טיעוני המשלימים של המשיב

24. ביהמ"ש המחוזי קבע בפסק הדין כי אין להוציא מכלל אפשרות כי יכולות להיות מספר אפשרויות פרשניות למסמך משפטי, ובכל זה לאמנת הפליטים. ככל שקיימות מספר אפשרויות, קובע ביהמ"ש כי ניתן להביא בחשבון שיקולים כגון השלכות רוחב לצורך אימוץ גישה פרשנית זו או אחרת. מדינת ישראל ריבונית לפרש את אמנת הפליטים ולקבוע במסמך משפטי הנחיות משפטיות התואמות את מדיניות ההגירה שלה ולפעול על פיהן. מדינות שונות מעניקות פרשנות שונה לאמנה.

25. חוות הדעת הבהירה כי כל מקרה וכל בקשה למקלט יבחנו לגופם תוך שיינתנו למבקש מלוא האפשרויות להעלות את טיעוניו ולהציג את מסמכיו ואין במסקנת חוות הדעת כדי למנוע ממבקש מקלט להראות אלמנטים נוספים לטענת העריקות על מנת לבסס בקשתו.

26. גם עמדת הנציבות אינה מחייבת פרשנות שונה מזו שפורטה בחוות הדעת לפיה בקשות למקלט שמסתמכות על טענה בדבר עריקות או השתמטות משירות צבאי באריתריאה, כשלעצמה, ללא נסיבות המלמדות על חשש לרדיפה על בסיס אחת מהעילות המנויות באמנת הפליטים – אינן מקימות עילה למתן מקלט מדיני.

27. אשר לעילה של דעה פוליטית מיוחסת אשר העורר מבקש לחסות בצילה טוען המשיב כי **"מקום בו מבקש מקלט מצביע באופן פרטני על ראיות לפחד מבוסס היטב מאחר שהוא עצמו נתפס על ידי המדינה למתנגד פוליטי וצפוי לרדיפה בשל כך – אין מדובר במי שמבסס את בקשתו למקלט על עריקות מהצבא כשלעצמה"**. גם עפ"י עמדת הנציבות, בהקשר האריתריאי, סירוב להתגייס או להשלים שירות צבאי עשוי להיתפס על ידי המדינה כביטוי להתנגדות פוליטית ועל כן יש להוכיח באופן פרטני כי זהו המצב.

28. לשם הוכחת זכאות למקלט עפ"י אמנת הפליטים על מבקש המקלט להוכיח חשש מבוסס היטב הנתמך גם בנתונים אובייקטיביים. קיימים מעט מקורות מידע ראשוניים אמינים ורק נתונים מעטים הניתנים לבדיקה אשר מבססים מידע אמפירי שנאסף באריתריאה.

29. העורר דן היה חייל פשוט ולא החזיק בכל תפקיד בכיר או כזה שיכול לעורר כלפיו, דווקא, יחס מיוחד מטעם השלטון, השונה מהיחס כלפי עריקים אחרים. אין בפיו כל טענה נוספת בגדר הקריטריונים הקבועים באמנה והוא לא הציג "דבר מה נוסף" מעבר לעצם היותו עריק. העורר לא ערק ולא עזב את ארצו מטעמים של התנגדות לשלטון אלא מטעמים כלכליים וחוסר יכולת לבקר את משפחתו. כן טוען המשיב כי גרסת העורר השתכללה עם הזמן. אין כל אינדיקציה לפיה השלטונות באריתריאה מייחסים לעורר דעה פוליטית באופן פרטני.



מדינת ישראל

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

30. עניינו של העורר נבחן באופן פרטני ע"י הגורמים המקצועיים וע"י יו"ר הוועדה המייעצת לענייני פליטים.

המסגרת הנורמטיבית: בפסק הדין הראשון פורטה בהרחבה המסגרת הנורמטיבית החלה על בקשת העורר דן ואיני רואה צורך לחזור עליה בפסק דין זה (ראו סעיפים 6-13).

דין והכרעה

31. במסגרת עמדת הנציבות נקבע כי עפ"י חוות הדעת "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". לדעת הנציבות, ולדעת העורר, מדובר בגישה פרשנית צרה מאד של אמנת הפליטים. דומה כי כעת מוסכם גם על המשיב כי אין צורך בהבעת דעה פוליטית או במעשה פוליטי באופן מפורש על מנת לבסס עילת מקלט של רדיפה על רקע דעה פוליטית מיוחסת. גם ההבדלים בגישות של בתי המשפט במדינות שונות לבחינת בקשות מקלט של עריקים מאריתריאה עניינם אינו בפרשנות האמנה אלא ברמת ההוכחה הדרושה לשם הוכחת קשר סיבתי בין העריקה לבין אחת מעילות האמנה.

32. מקובלת עלי טענת ב"כ העורר כי לב המחלוקת שבפני כיום שוב אינו שאלה של פרשנות בהקשר של עריקה מצבא אריתריאה בזיקה לאחת מעילות אמנת הפליטים, משהוסכם כי עריקה כזו יכולה להקים עילה של דעה פוליטית מיוחסת; אלא בשאלה כיצד יש להוכיח עילה זו. דהיינו, כיצד על העריק האריתריאי להוכיח קשר סיבתי בין עריקה משירות צבאי באריתריאה להיווצרותה של דעה פוליטית המיוחסת לו ע"י שלטונות אריתריאה.

33. ניתן אמנם להגדיר את שאלת נטל ההוכחה הנדרש ממבקשי המקלט במקרים אלה כסוגיה של פרשנות אמנת הפליטים ולבחון באם פרשנות המשיב צרה מדי או אינה עולה בקנה אחד עם פרשנות סבירה של האמנה. לדידי, יש לאחוז בשור בקרניו ולמקד את המחלוקת בשאלת נטל ההוכחה הרלבנטי לבקשת מקלט של עריק מאריתריאה, ולא האם מדובר בפרשנות אחת מתוך מנעד פרשנויות אפשרי.

דעה פוליטית מיוחסת לעריקים ומשתמטים משירות צבאי

34. "המקרים הטיפוסיים של "רדיפה פוליטית" הם אותם מקרים שבהם אדם נרדף על-ידי רשויות השלטון במדינתו (או על-ידי גורמים אחרים שרשויות השלטון במדינתו אינן יכולות, או אינן מסוגלות להגן עליו מפניהם) – בשל חברותו במפלגה פוליטית מסוימת, או נוכח הזדהותו עם אידיאולוגיה מדינית מוכרת מסוימת.



מדינת ישראל

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

...עשויים להיות מצבים שבהם אדם יוכר כמי שנרדף על רקע דעה פוליטית, גם אם הוא עצמו כלל איננו מחזיק בדעה פוליטית, או לא נקט בפעולה כלשהי שיש בה – בעיני "מדינת המקלט" – משום הבעת דעה פוליטית, או השקפה מדינית כלשהי. 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" וכן "דעה פוליטית" עשויה אף להוות עילה לבקשת פליטות המבוססת על סירוב לציית לחובת שירות צבאי, במקום שהסירוב נובע מטעמים אידיאולוגיים, או קשור לאופיו הפרטני של הסכסוך המזוין שבו פועלים הכוחות הצבאיים של ארץ המוצא". (עע"מ 1440-13 מ'13-1440 צ'ימה נ' משרד הפנים (7.8.13) פסקה 30; להלן: "ענין צ'ימה").

35. אין מחלוקת כי גם לשיטת הנציבות, 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. המשיב מצטט מדבריו של המלומד Goodwin-Gill הסבור כי הסוגיה המרכזית בבחינת האפשרות לקבלת מעמד פליט על רקע סרבנות לשירות צבאי הינה בבדיקת הרציונל שהביא אותו אדם להתנגד לממשלתו והסיכון שהענישה שלו בגין מעשה זה תהווה רדיפה. לדעתו, התנגדות לשאת נשק משקפת דעה פוליטית כנגד מדיניות הממשל ולכן מהווה אקט פוליטי במהותו. ככל שהענישה בגין הסרבנות הינה שרירותית, מופרזת ולא מידתית, קיים יותר סיכוי שתגיע לכדי רדיפה, כמשמעותה באמנה.

36. 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 ושלשלטונות יהיה ידוע על כך או שדעות כאלה מיוחסות על ידי השלטונות למבקש (פסקה 80 לספר העזר של סוכנות האו"ם לפליטים (Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status) (הוצאה מחודשת דצמבר 2011) (להלן: "ספר העזר"). 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 עלולה לחשוף את



מדינת ישראל

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

הלך רוחו ולפתוח פתח לפחד 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).

37. נוכח טענת המשיב בערעור שהוגש לביהמ"ש המחוזי והבהרתו, במסגרת טיעונו המשלימים ובדין בפני, הרי שאין עוד מחלוקת כי גם לשיטת המשיב, חוות הדעת, אינה שוללת את האפשרות כי עריק או משתמט יוכלו להנות מההגנה המלאה המוענקת עפ"י אמנת הפליטים, וזאת אם יוכיחו כי בשל מעשה העריקה או ההשתמטות מיוחסת להם דעה פוליטית ע"י שלטונות אריתריאה ויוכיחו חשש מבוסס היטב כי בשל אותו יחוס דעה פוליטית ירדפו ע"י השלטונות.

38. נוכח דברי ההסבר של המשיב לעניין חוות דעתו, הרי ששוב לא מצאתי כי יש לפסול אותה בנימוק שהיא חוסמת את הדרך, אפריורי, בפני עריק או משתמט, להוכיח עילת מקלט גם אם אין בידו להראות כי הביע דעה פוליטית מפורשת, ואין קושי לקבוע כי גם עפ"י חוות הדעת של המשיב עצמו, ובעיקר נוכח הסתמכותו על דבריו של המלומד Goodwin-Gill - אין מניעה עקרונית להעניק מעמד של פליט לעריק מאריתריאה אשר הוכיח חשש מבוסס היטב כי ירדף בשל דעה פוליטית ממשית או מיוחסת. מסקנה זו מתיישבת היטב עם קביעת כב' השופט ח' מלצר בענין צ'ימה: "ככלל, על-מנת שבקשה למקלט מדיני תגלה עילה לקיומו של חשש מבוסס היטב לרדיפה על רקע השקפה מדינית, או דעה פוליטית – על מבקש המקלט להניח תשתית עובדתית נאותה לקיומם של שני תנאים מצטברים: האחד – שהוא מחזיק, או שרודפיו מייחסים לו החזקה ב"דעה פוליטית"; והשני – שהוא נרדף (כמשמעות מונח זה באמנה), או שישנו חשש מבוסס היטב כי הוא עלול לסבול מרדיפה עתידית בגלל, או על רקע הדעה הפוליטית, שבה הוא אוהז, שהובעה על-ידו, או המיוחסת לו על-ידי רודפיו." (ענין צ'ימה, פסקה 26).

39. אולם, במסקנה האמורה כמובן אין די על מנת להגיע למסקנה כי יישום נכון של חוות הדעת מוביל בהכרח לקבלת בקשתו של העורר.

40. "על מבקש המקלט המעוניין לבסס חשש מפני רדיפה עתידית, לעשות כן, בין היתר, באמצעות הבאת ראיות לקיומה של רדיפה אישית בעבר. על מנת להצליח בכך על מבקש המקלט להצביע על קיומם של:

1. מעשה, או מעשים המגיעים כדי "רדיפה" כמשמעותה באמנה;

2. למעשים הנ"ל יש קשר לאחת מהעילות הסטטוטוריות הקבועות באמנה – ובענייננו: הדעה הפוליטית שהביע מבקש המקלט, או המיוחסת לו;



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

3. המעשים הנ"ל נעשו ע"י מנגנוני-שלטון, או ע"י גורמים "לא מדינתיים", אשר המדינה ומנגנוני הממשל הפועלים בה, אינם יכולים, או אינם מעוניינים לשלוט בהם. " (עניין צ'ימה, פסקה 27).

רף הראיה הנדרש לצורך הוכחת בקשת המקלט

41. כאמור בפתחו של פרק זה, אני סבור כי המחלוקת כיום מתמקדת בנטל ההוכחה המוטל על עריק או משתמט משירות צבאי באריתריאה, ובגדרו נטל הבאת הראיות, לביסוס עילת המקלט שלו. כיצד יוכיח מבקש מקלט כי מיוחסת לו דעה פוליטית, ועל כן הוא נרדף בארצו וזכאי למקלט מדיני בישראל?

42. "בכל הנוגע לבקשות למקלט מדיני, הנטל להביא ראיות אשר יוכיחו את זכאותו של מבקש המקלט לקבלת מעמד של "פליט" לפי אמנת הפליטים, ולמצער להגנה מפני גירוש, מוטל על המבקש. כך עולה מנוהל הטיפול במבקשי מקלט והדברים מתיישבים גם עם הכללים המקובלים בשיטתנו ועם הנחיות נציבות האו"ם לפליטים [ראו: סעיף 1 לנוהל; סעיף 196 לספר העזר. ראו גם: זמיר, בעמ' 1120-1121]. באשר לרף ההוכחה הנדרש; דומה כי חל כאן כלל הראיה המינהלית, לפיו נדרש כי ניתן יהיה להסתמך על כל אחת מן הראיות באופן סביר וכי המשקל שניתן לכל ראיה יתמוך במצטבר באופן סביר בהחלטה. המדובר במבחן גמיש ותלוי נסיבות המאפשר לרשות לפעול ביעילות הנדרשת מחד, ואינו כרוך בהכבדה יתרה על אדם המבקש מן הרשות לעשות שימוש בסמכותה מאידך" (ע"מ 8870/11 גונזלס נ' משרד הפנים (נבו, 25.4.13)). ובהמשך: "ספר העזר קובע כי את הדרישה להמצאת ראיות אין ליישם בדווקנות ולעתים ניתן יהא להסתפק בתשתית ראייתית חסרה. בהתאם, כאשר דבריו של מבקש המקלט נחזים כאמינים, ואינם ניתנים להוכחה על ידי ראיות חיצוניות, יש לאפשר לו ליהנות מחמת הספק. עוד קובע ספר העזר כי החובה להעריך את בקשת המקלט משותפת למבקש ולרשויות מדינת המקלט, על כן יהא לעתים על הרשויות לנקוט אמצעים לאיסוף ראיות לשם הערכה כאמור [ראו: סעיפים 195-205 לספר העזר של נציבות האו"ם לפליטים]".

43. בדיון בפני הסבירה ב"כ העורר כי לשיטתה, על המשיב לברר במסגרת בחינת בקשת מקלט כגון זו של העורר כי אמנם מדובר באזרח אריתריאה, כי עזב את המדינה בעת שהיה בגיל שירות צבאי, כי אינו נמנה על אוכלוסיות המקבלות פטור משירות כזה, כי גויס בפועל לשירות צבאי/לאומי טרם עזב ואת אופן עזיבתו את אריתריאה. אין לדרוש ממבקש המקלט הוכחה כי הוא אישית נרדף או צפוי להירדף בגלל העריקה. בנוסף, על המשיב לבחון את מקורות המידע אליו הפנה העורר, לרבות עמדת הנציבות.

44. אף בטרם ניתנה המלצת יו"ר ועדת הפליטים בעניינו של העורר, פרשו ב"כ העורר מסכת של ראיות חיצוניות ובהן הנחיות נציבות האו"ם לפליטים בג'נבה, לבחינת בקשות מקלט של אריתריאים (ע/23, ע' 10-12, 15); חוות דעת של ד"ר הפנר מאוניברסיטת טנסי, אנתרופולוגית



מדינת ישראל

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

מומחית לאריתריאה ולסוגיה של השירות הצבאי/לאומי באריתריאה (ע/16 בעמ' 11-13); ד"ר הילט ממכון GIGA, מומחית לאריתריאה (ע/14, עמ' 9); חו"ד של עו"ד בקר בדבר פרשנות פסיקת בתי המשפט בגרמניה בסוגיה (ע/31); חוות דעת של הדווחית המיוחדת של האו"ם לעניין מצב זכויות האדם באריתריאה מיום 13.5.14 (ע/22); ודו"ח מחלקת המדינה האמריקאית משנת 2014 (ע/19). לשיטת ב"כ העורר, ראיות אלו ממלאות אחר נטל הבאת הראיות המוטל עליו ומבססות ברף הנדרש ממבקש מקלט את הנטל להוכיח את הקשר הסיבתי בין חשש לרדיפה בשל עריקתו, לבין עילת מקלט המוכרת באמנה.

45. ב"כ המשיב טענה כי העורר הניח בפניו מסכת של עובדות המשותפת להרבה מאד מבקשי מקלט מאריתריאה, ממנה עולה כי העורר שירת בצבא אריתריאה, ערק, נעצר, נכלא, הוחזר לשירות ואז ברח מארצו. במילים אחרות, המשיב טוען כי על העורר להציג ולהוכיח "דבר מה נוסף" מעבר לחשש כי ייענש בשל עריקתו (ראו סעיף 117 לכתב התשובה). מעבר לעובדות אלו לא הביא העורר כל ראיה לכך שהביע עמדה פוליטית הידועה לשלטונות או הוכחה כי מיוחסת לו עמדה פוליטית כזו. המשיב טוען כי הסכנה הצפויה לעורר אינה אלא ענישה כללית בגין הפרת חוקי מדינתו.

46. לפי פרשנות המשיב את חוות דעתו שלו, על מבקש המקלט להראות כי פעל באיזה אופן אחר, נוסף על עצם העריקה מהצבא. על פרשנות זו אני חולק. השאלה, להבנתי, אינה האם פעל מבקש המקלט באופן שונה ממרבית העריקים מבקשי המקלט או האם קיימות לו "נסיבות אישיות או מיוחדות", אלא האם הענישה כלפיו (או כלפי בני משפחתו במקרים מסוימים) בעקבות עריקתו- היא החריגה, והיא העולה לכדי "רדיפה" על ידי מדינתו. אכן, המשיב מסכים כי הענישה באריתריאה חריפה וקשה במיוחד; ועל כן, לדבריו, נוקטת מדינת ישראל במדיניות "אי החזרה" לאריתריאה. ואולם, וכאן יש שתי אבחנות - המשיב נמנע מלבחון הן את רמת הענישה הקבועה בחוקי אריתריאה, בפני עצמה, ככזו המהווה "רדיפה" המצדיקה מתן מקלט מדיני; וכן נמנע המשיב מלבחון את הענישה הפרטנית לה טוען העורר - האם היא חריגה מאותה ענישה? האם ניתן לראות במי שנענש באופן מסוים על עריקה מהצבא כמי שנרדף על ידי מדינתו, גם בלא שהביע "דעה פוליטית" אקטיבית?

47. המונח "פחד מבוסס היטב" כולל מרכיב סובייקטיבי ואובייקטיבי. את השאלה אם הפחד שעליו מצביע מבקש המקלט הוא "מבוסס היטב", או לא - יש לבחון בהקשרו של המצב השורר בארץ המוצא של מבקש המקלט ולאור נסיבותיו האישיות. היחס לבני משפחה, או לאנשים אחרים עם פרופיל דומה, עשויים גם הם להיות רלבנטיים. בשלב הבא יש להעריך את אמינות המבקש ואת הפחד הסובייקטיבי שלו, לעומת מידע אובייקטיבי על התנאים בארץ המוצא. אם קיימת אפשרות סבירה שהמבקש יעמוד מול צורה כלשהי של פגיעה מהותית כאשר ישוב לארץ המוצא, ניתן לקבוע, בעיקרון, כי פחדו של המבקש הוא אמנם מבוסס היטב.



מדינת ישראל

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

48. רדיפה, כמשמעותה באמנה, עשויה ללבוש לעיתים צורה של נקיטה בהליכים משפטיים מצד הרשויות במדינת המוצא. בהקשר זה יש להבחין בין נקיטה בהליכים פליליים לגיטימיים (prosecution), אשר איננה עולה, ככלל, כדי "רדיפה", לבין נקיטה בהליכים משפטיים בלתי-לגיטימיים, שתכליתם היא התעמרות ב"נרדף", העולים כדי "persecution". הבחנה זו קשה במיוחד כשהרשויות מייחסות ל"נרדף" ביצועם של מעשים פליליים מטעמים פוליטיים, או אידיאולוגיים.

49. "לעניין 'הקשר הסיבתי' הנדרש בין הבעת הדעה הפוליטית מצד ה'נרדף' (לרבות ההחזקה בדעה הפוליטית, גם אם לא ניתן לה ביטוי חיצוני, או תפיסתו של הנרדף כמי שמחזיק בדעה פוליטית מסוימת), לבין החשש מפני רדיפה – אין הכרח שהדעה הפוליטית תהיה הסיבה היחידה לרדיפה, ודי בכך שהיא תהיה גורם דומיננטי לרדיפה. ודוק: קשר זה עשוי להתקיים גם אם מבקש המקלט נרדף (או חושש מפני רדיפה עתידית) מסיבות שאינן קשורות בהכרח אך ורק בדעה הפוליטית המיוחסת לו, ובלבד שזו אחת הסיבות העיקריות לרדיפתו" (ענין צ'ימה, פסקה 29).

50. בסופה של עמדתה העדכנית של הנציבות (פסקה 41) מובאת אמירה חד-משמעית בנוגע לנטל הבאת הראיות הנדרש מעריק/משתמט מאריתריאה:

Since evasion/desertion is likely to be perceived by the Eritrean government as a manifestation of a political opinion. It could, in itself give rise to a refugee claim. Once an individual establishes that he or she evaded or deserted from the national service or would be perceived by the Eritrean authorities as having evaded or deserted from the national service ... the basis for a refugee claim under the 1951 Refugee Convention is established. In such a situation, the applicant does not need to produce additional elements or grounds to substantiate his/her asylum claim. Such a requirement is unnecessary, redundant and in contravention of the 1951 Refugee Convention".

51. אשר לרף ההוכחה הנדרש, מזכירה הנציבות כי החשש לרדיפה צריך להיות מוכח ברמה של "אפשרות סבירה" כדי לענות על דרישת האמנה ל"חשש מבוסס היטב". סבירותו של החשש יכולה להילמד מניסיונם של אנשים אחרים במצבו של המבקש. בהקשר דן מציינת העמדה כי:



מדינת ישראל

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

"In the particular circumstances of persecution of evaders/deserters in Eritrea, the widespread and arbitrary nature of punishment renders it unnecessary for applicants to establish that he would be individually targeted by the Eritrean authorities."

52. אני סבור כי דרישת המשיב מהעורר כי עליו להביא ראיות כי הוא יירדף באופן אישי ע"י המשטר בשל דעה פוליטית אישית המיוחסת לו מהווה הכבדה יתרה על העורר ומציבה רף הוכחה העולה על הנדרש. בחוות הדעת שצירפו ב"כ העורר, מאת פרופ' הפנר וד"ר הירט, נקבע כי השירות הצבאי באריתריאה משמש ככלי לדיכוי ולחינוך פוליטי של השלטון ועל כן התחמקות או עריקה משירות זה נתפסים כהתנגדות לשלטון ואף כבגידה במדינה ולא כעבירה פלילית גרידא של עריקה. חוות דעת אלו עולות בקנה אחד עם דו"ח הדווחית המיוחדת של האו"ם לעניין מצב זכויות האדם באריתריאה, עם דו"ח מחלקת המדינה האמריקאית ועם עמדת הנציבות. ב"כ העורר אף הפנו לפסקי דין של טריבונלים שיפוטיים ברחבי העולם שקבעו כי אכן המשטר באריתריאה רואה את השירות הצבאי במשקפיים פוליטיים (ראו למשל, הפנייה לפסקי דין בבריטניה (ס' 52 לטיעונים המשלימים) ובגרמניה. כל אלה מהווים ראיות חיצוניות לקיומה של עילה של רדיפה בשל דעה פוליטית מיוחסת מצד השלטון ביחס לעריקים מאריתריאה.

מן הכלל אל הפרט

53. העורר אזרח אריתריאה, יליד 1989, רווק ונוצרי, בוגר 8 שנות לימוד. בשנת 2006 גויס לצבא בהיותו קטין. בשנת 2008 הורשה העורר, לראשונה מאז גיוסו לצבא, לחזור לביתו כדי לראות את בני משפחתו והוא אכן יצא לחופשה אך לא שב לצבא במועד שנקבע אלא הסתתר בכפרו והצליח לחמוק מנציגים של הצבא שבאו לחפשו. בשנת 2009 ניסה העורר לעזוב את אריתריאה ללא היתר אך נעצר על ידי הצבא נחקר והובל למעצר ללא שהובא בפני שופט. העורר הוחזק בכלא כשנתיים, כאשר בחמשת החודשים הראשונים הוחזק בתא כליאה תת קרקעי ללא אור וללא אפשרות לצאת החוצה בבסיס "עלעלה" ועוד שבעה חודשים הוחזק במתקן תת-קרקעי ב"עדי נפש". לאחר שהוצא מתא הכליאה התת קרקעי המשיך העורר לשהות במעצר והועסק בעבודות כפייה עוד 11 חודשים.

54. בחודש מאי 2011 שוחרר העורר ממעצר והוחזר לשירות צבאי בבסיס צבאי הסמוך לגבול אתיופיה. כשלושה חודשים לאחר מכן, שב לבקש ממפקדיו אפשרות לבקר את אביו החולה למרות שבקשתו סורבה יצא המבקש ללא היתר ובשובו נענש בכך שמפקדיו הורו לו לחפור



מדינת ישראל

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

בורות במשך כעשרים ימים. זמן קצר לאחר מכן, ביום 11.12.11 נטש העורר את בסיסו וחצה את הגבול לאתיופיה ללא היתר מרשויות ארצו.

55. בסעיף 142 לפסק הדין הראשון קבעתי כי "לא מצאתי 'השתכללות גרסאות' בעניינו של העורר ואף המשיב לא טען ייחס לו במסקנות חוות הדעת ובהחלטה נשוא הערר חוסר אמינות. לא יכולה להיות מחלוקת כי העורר נרדף בעבר ואיני מוצא חשיבות לשאלה האם נקט בהליך בקשת מקלט באתיופיה או בסודן כאשר ברי כי ישראל מהווה 'המדינה הקולטת' הראשונה לאמיתו של דבר עבורו." קביעה זו לא בוטלה בערעור והיא עודנה עומדת על מכונה.

56. גם אם עולה מראיון המקלט של העורר כי עריקתו מהצבא לא נעשתה כאקט של מחאה או התנגדות פוליטית כלפי השלטון, אלא מתוך כוונה לסייע בפרנסת משפחתו, אין בכך כדי לשלול לגביו קיומה של "דעה פוליטית מיוחדת". נקודת המוצא לדיון בערר זה הינה כי העורר לא הביע באופן מפורש דעה פוליטית, לפחות כל עוד שהה באריתריאה. עוד אבהיר כי גם אם בעצם בואו לישראל עמדה לנגד עיניו של העורר האפשרות כי יוכל להתפרנס בישראל, ברי כי אין באינטרס כלכלי זה כדי לשלול קיומו של פחד מבוסס היטב לרדיפה בארצו. התופעה של מבקשי מקלט מאריתריאה וממדינות משבר אחרות, המנסים בכל יכולתם להגר למדינות מפותחות הינה תופעה נפוצה ומוכרת היטב. אין בעובדה כי מבקש מקלט מצא דרכו אל מדינה מפותחת ורק שם הגיש בקשת מקלט, כדי ללמד בהכרח כי אין בפיו עילת מקלט אמיתית ומבוססת.

57. לאחר בחינת טענות העורר ניתנה ביום 16.6.13 המלצת יחידת הטיפול במבקשי מקלט לדחות את בקשתו למקלט מדיני וזאת בהסתמך על חוות הדעת של המשיב. בהחלטת יו"ר ועדת הפליטים, לאחר פירוט נסיבותיו הפרטניות של העורר נקבע כי "**המבקש חושש לשוב למדינתו שכן לדבריו, צפוי לו מאסר בשל עריקתו מן הצבא ויציאתו מן המדינה באופן בלתי חוקי. מעיון בבקשה עולה כי הסיבה בעטיה עזב המבקש את מדינתו היא חוסר רצונו להמשיך לשרת בצבא בשל תנאי השירות ועל רקע המצב הכלכלי הקשה.. על כן, ובהתאם לעמדתה של הוועדה, דין בקשתו למקלט להידחות**". המלצת יו"ר ועדת הפליטים אומצה בהחלטת מנכ"ל הרשות ביום 27.1.14.

58. לטענת ב"כ העורר, הוא הביע במפורש, במסגרת ראיון המקלט, עמדה פוליטית אופוזיציונית נגד המשטר באריתריאה. את מחאתו הפוליטית הביע העורר באופן היחיד האפשרי במדינתו – על ידי עזיבה. אין בידי לקבל טענה זו. אין מחלוקת כי העורר לא נקט בכל פעולה העולה לכדי מחאה אקטיבית, בין במעשה ובין באמירה פומבית כנגד המשטר בארצו. גם בהנחה כי העורר החזיק עוד בארצו, בעמדה פוליטית לפיה המשטר בארצו פוגע בזכויות אדם ואינו דמוקרטי - הרי שלא נתן לכך כל ביטוי במעשיו, למעט עצם העריקה מהשירות הצבאי ועזיבתו את אריתריאה. אין כל ראייה כי השלטון רדף את העורר בשל עמדה פוליטית מוצהרת



מדינת ישראל

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

ולא נמצא קשר סיבתי בין חשש העורר לרדיפה לבין הדעות שהוא ביטא בראיון עמו. בהיבט זה אני מקבל את טענות המשיב.

59. עם זאת, יש להדגיש כי בראיון עמו השיב העורר במפורש, במענה לשאלה "למה אתה חושב שיכניסו אותך לכלא אם תחזור?" כי "ניסיתי כמה פעמים לברוח ונתפסתי ופעם שנייה הצלחתי. בגלל שלא היינו מסתדרים אני והם, יכולים לפרש את זה שאני לא אוהב את המדינה". מסתבר אם כן, שהעורר עצמו, בלא שעבר השתלמות בדיני הפליטים ולא הכשרה ביישום אמנת הפליטים, ניסח בקליפת אגוז, את עילת המקלט העומדת לו – דעה פוליטית מיוחסת.

60. חרף טענות המשיב בכל ההליכים עד כה, וכחד אחר האמור בחוות הדעת מטעמו, כי הוא מתחייב לבדוק באופן פרטני כל בקשה ובקשה של עריק או משתמט משירות צבאי מאריתריאה, וכי הוא מכיר באפשרות של מתן מעמד של פליט לעריק מאריתריאה, ככל שיעלה בידו להרים את הנטל להראות כי מיוחסת לו ע"י השלטונות דעה של מתנגד משטר – אני סבור כי לא בצע מלאכתו נאמנה בעניינו של העורר דן. גורמי המקצוע של המשיב הסתפקו בקביעה כי עצם העריקה של מבקש מקלט מאריתריאה אינה מגלה עילה למתן מקלט עפ"י אמנת הפליטים וכי מקום בו העריקה אינה נובעת מהשקפה פוליטית של התנגדות למשטר, אלא מטעמים כלכליים או אחרים, חסרה היא את היסוד הדרוש להכרה בו כמבקש מקלט בעילה של עמדה פוליטית. נמצא כי טענת העורר המפורשת, במסגרת הראיון אשר אף הועלתה על הכתב לאחר מכן במסגרת פניית באי כוחו אל המשיב טרם נדחתה הבקשה (נספח ע/13 לערר), לא זכתה לכל התייחסות או בחינה ע"י יחידת הטיפול במבקשי מקלט או ע"י יו"ר ועדת הפליטים.

61. מיד לאחר הראיון המקיף, ביום 24.6.13, נשלחו מטעם העורר טיעונים משלימים אשר, בין היתר הציגו באופן רחב את מצב זכויות האדם באריתריאה, הסבירו את אופיו של השירות הצבאי והלאומי באריתריאה והקדישו פרק נרחב המחזיק 15 עמודים, לעניין הענישה הנוהגת באריתריאה ביחס לעריקים ולמשתמטים ופירטו בהרחבה את הטענה כי עריק או משתמט נתפס כאויב השלטון. במסגרת פרק זה הובאו מקורות מידע רבים ובעלי משקל. ביום 16.9.13 נשלחו לידי המשיב חוות הדעת של ד"ר הפנר וד"ר הילט. חרף זאת, המלצת יו"ר ועדת הפליטים התעלמה כליל מהראיות החיצוניות שהובאו מטעם העורר להוכחת טענתו כי עריקתו נתפסת ע"י השלטונות כהתנגדות פוליטית ולמעשה, טענתו זו כלל לא נבחנה. הן חוות הדעת מאת יחידת הטיפול במבקשי מקלט והן יו"ר ועדת הפליטים הסתפקו בהסתמכות על כך "שהתקבלה עמדה עקרונית בסוגיה על ידי הוועדה המייעצת לענייני פליטים לשר הפנים, לפיה עצם השתמטות או עריקות מצבא אריתריאה אינן מהוות כשלעצמן עילה להענקת מעמד פליט..." ועל כן, לאחר שבקשת המקלט של העורר דן נבחנה רק בהיבט הצר



מדינת ישראל

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

- שלה תוך התעלמות מכל המידע שהובא בפני המשיב לעניין יחסם של אריתריאה לעריקים, הגיעו למסקנה כי "בהתאם לעמדתה של הוועדה המייעצת, דין בקשתו למקלט להידחות".
62. במקרה שגרתיו בו מצא ביה"ד כי בקשת מקלט לא נבחנה די צורכה, על כל עילות המקלט שהועלו במסגרתה, מוחזר העניין לבחינה מחודשת בפני יחידת הטיפול במבקשי מקלט. ברי כי נוכח התמשכות ההליכים בעניינו של העורר דנן, לאחר ערעור שהוגש והוחזר אל בית הדין, ולאחר שהוגשו טיעונים משלימים, והעובדה כי המשיב לא הציע לבחון מחדש את בקשת המקלט של העורר ע"י גורמי המקצוע, בדגש על העילה של דעה פוליטית מיוחסת, אין זה המקרה בו יושב הטיפול בעניין לידי המשיב.
63. כל הנתונים הדרושים לשם הכרעה בבקשת המקלט הונחו בפני המשיב אשר דחה אותה, אף בלא להעלות אותה בפני מליאת ועדת הפליטים. הוכח בפני ברף הנדרש ומעבר לכך, כי העורר נענש באופן קשה ובלתי פרופורציונלי בעטיה של עריקה מהשירות הצבאי. ענישה זו יש לראותה כרדיפה עפ"י הגדרת מונח זה באמנת הפליטים. ויודגש, המשיב עצמו ציין כי הענישה הנהוגה כלפי עריקים מאריתריאה היתה אחת הסיבות שהובילו להחלת מדיניות אי-החזרה על אזרחי אריתריאה, אך התחמק מלהגדיר פרקטיקה זו כ"רדיפה" ומתעקש לכנותה ענישה אזרחית. אין בידי לקבל טענה זו. במקרה זה אף אין צורך להסתמך על ניסיונם של עריקים אחרים שכן ניסיונו של העורר מדבר בעד עצמו. די בכך שהעורר נענש קשות בשל עריקות שבצע בעבר כדי לבסס "חשש מבוסס היטב" לרדיפה עתידית באם יחזור לאריתריאה.
64. בנסיבותיו האישיות של העורר דנן, אין לי צורך להכריע בשאלה מה היה עולה בגורל בקשתו לו היה מדובר אך במי שהשתמט משירות צבאי ויצא שלא כדין מארצו טרם גויס, או אם היה מדובר במי שהתגייס לצבא אך ערק וברח מאריתריאה בלא שנתפס.
65. הראיות הסובייקטיביות שהציג העורר בשילוב עם המידע הקיים על יחס שלטונות אריתריאה לעריקים די בהן כדי להרים את נטל ההוכחה הנדרש ממנו לשם הוכחת הקשר הסיבתי בין הרדיפה לה הוא צפוי, לבין הטענה כי רדיפה זו יסודה, בחלקה לפחות, בכך ששלטונות ארצו רואים בעריקתו משום הבעה של עמדה פוליטית. בכך ביסס העורר חשש לרדיפה בגין עילה המוכרת באמנת הפליטים.

סוף דבר

66. חוות הדעת של יחידת הטיפול במבקשי מקלט בעניינו של העורר, המלצת יו"ר ועדת הפליטים בעניינו והחלטת מנכ"ל המשיב המאמצת אותן אינן יכולות לעמוד ודין להתבטל. במסגרת ההליכים בערר זה הובאו בפני כל הראיות הדרושות על מנת לקבוע כי העורר דנן הוכיח ברף הדרוש חשש מבוסס היטב לרדיפה בשל דעה פוליטית המיוחסת לו ע"י שלטונות ארצו כתוצאה מעריקתו משירות צבאי.



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

67. אוסיף ואומר כי ניתן להניח שלפסק דין זה השלכות על בקשות מקלט רבות של עריקים מאריתריאה, אשר נדחו, רובן ככולן, בנימוק כי, מאחר וטענת העריקות שבלב הבקשה יסודה "אינו נובע מהשקפה פוליטית מדינית בשל התנגדות למשטר..." מצד מבקש המקלט, הרי שאינה מגלה עילה מוכרת עפ"י אמנת הפליטים. ברם, המשיב עצמו חזר והצהיר כי הוא מחויב לבחון כל מקרה באופן פרטני, לאחר ראיון מקיף ובחינת נסיבותיו האישיות של מבקש המקלט ומקורות המידע העדכניים על מדינת המוצא. כדברי ב"כ המשיב בדיון בפני, גם חוות הדעת הכללית שהכין המשיב לא נועדה לשלול בחינה פרטנית ולא נועדה, חלילה, להחריג קבוצה שלמה של מבקשי מקלט שהם עריקים מאריתריאה. אין לראות בפסה"ד קביעה אפריורית כי כל מי שבפיו טענה כי הנו עריק או משתמט משירות צבאי או לאומי באריתריאה זכאי למעמד של פליט, וכדברי ב"כ המשיב "לא הכל שחור או לבן".

68. לפיכך, הנני קובע כי העורר זכאי למעמד של פליט בישראל בהתאם ל"נוהל הטיפול בבקשות מקלט בישראל". רישיון הישיבה לו זכאי העורר כפליט מוכר – קרי תושב ארעי, יינתן לו תוך 45 יום.

ניתן היום, ל' שבט תשע"ח, 15/02/2018 בהעדר הצדדים.

זכות ערעור על פסק דין זה לבית המשפט המחוזי בירושלים, כבית משפט לעניינים מנהליים, תוך 45 יום

אלעד אזר, דיין
בית הדין לעררים