



מבזקי הארות פסיקה 19 | דצמבר 2013, 21–28

מקלט ומגדר: עת"ם (ת"א) 2001/12 א. ק. נ' משרד הפנים

טלי קריצמן-אמיר*

מדינת ישראל העניקה הגנה זמנית, שבינתיים הסתיימה, ליוצאי חוץ השנהב. בפרשת ק' נ' משרד הפנים נדונה בקשת המקלט של משפחה יוצאת חוץ השנהב.¹ בני המשפחה עברו ראיונות לבחינת בקשת המקלט שלהם, שבסופם לא נמצאו זכאים למקלט אלא שמאז נוצרה בעיניהם עילה חדשה לקבלת מקלט: נולדה לזוג בת, שגדלה וכיום, אם תוחזר לארצה, היא בגיל שבו היא צפויה לעבור הליך של השחתת אברי מינה (Female genital mutilation – FGM). בקשתם על רקע זאת נדחתה על הסף, נוכח העובדה שלא העלו את הטענה הנוגעת לבתם לא בהודמנות הראשונה, לא לאחר לידתה ולא בראיון נוסף שעברו, כשהייתה הילדה פעוטה. בית המשפט בפרשת ק' סבר כי אין זה ראוי לדחות את בקשת המקלט על הסף, ועל יחידת הטיפול במבקשי המקלט לבחון את הבקשה פעם נוספת.

אעיר שתי הערות לגבי פסק הדין – האחת על בקשות מקלט על רקע רדיפה מגדרית,² כגון זו, והשנייה על פרוצדורת דחיית הבקשה על הסף והתערבותו של בית המשפט בה.

הערה על ההקשר המהותי: בקשות מקלט על רקע רדיפה מגדרית בישראל

העילה עליה נסמכת בקשת המקלט של המשפחה היא הסיכון שלפיו בתם תעבור פרוצדורה של FGM. בהרבה ממדינות העולם המערבי הוכרה עילה זו כמצדיקה מתן

* מרצה למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים; עמיתת פולונסקי במכון ון ליר. מתמחה בדיני הגירה וביני פליטים.

עת"ם (ת"א) 2001/12 א. ק. נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 26.8.2013).

התייחסות זו נשענת על המאמר **טלי קריצמן-אמיר, ענת בן דור ונורית וורגפס** "בין ניטרליות להזנחה: מבקשות מקלט ופליטות בישראל" **משפט וממשל טו** (עתיד להתפרסם ב-2014).



מקלט.³ הכרה זו מבטאת הבנה כי לפליטות הנשית מאפיינים דיסקרטיים. הסיבות והאילוצים שעומדים ברקע לפליטותן של נשים הם לעתים קרובות שונים מאוד מאלו שעומדים ברקע לפליטותם של גברים. לעתים קרובות נשים נמלטות מרדיפה שהן עוברות בספרה הפרטית אשר ביטוייה יכולים להיות, למשל, נישואין כפויים, מעשי אונס, השחתת איברי המין, אלימות במשפחה, איומים ברצח על רקע כבוד המשפחה ועוד,⁴ ששכיחותם של ביטויי רדיפה אלו אצל הפליטים הגברים נמוכה יותר. ברוב המקרים, הפליטים הגברים סובלים מרדיפה שמתרחשת בספרה הציבורית, באמצעות כליאתם, עינויים, הפלייתם השיטתית ודוגמאות נוספות. נשים הנרדפות בספרה הציבורית סובלות בשכיחות גבוהה יותר מרדיפה אשר באה לידי ביטוי במעשי אונס ובפגיעה מינית וגופנית, מעשים אשר נושאים, לצד ההשפעות הפסיכולוגיות והגופניות שלהם, השלכות חברתיות קשות.⁵ לעתים קרובות הרדיפה ממנה סובלות פליטות היא כזו שננקטת על ידי גורם שאינו מדינתי, שהוא גורם פרטי כלשהו דוגמת בן זוג או בן משפחה אחר – אך המדינה אינה מעוניינת או אינה יכולה להגן על האישה מפני הפגיעה.⁶ במקרים רבים אחרים גם סובלות הפליטות מרדיפה כקרובות משפחה של גברים שהרדיפה מכוונת כלפיהם.⁷ המאפיינים הייחודיים הללו הופכים את האתגר העומד לפני האישה המבקשת לרכוש מעמד של פליטה למורכב במיוחד. מעבר לכך, לעתים קרובות הרדיפה הלא מתועדת והמוצנעת המתרחשת במישור הפרטי על ידי גורם שאינו מדינתי, והרדיפה העקיפה או במחדל על ידי המדינה תורמות לכך שעילת

Zsaleh E. Harivandi, *Invisible and Involuntary: Female Genital Mutilation as A Basis for Asylum*, 95 CORNELL L. REV. 599 (2010) ³

Deborah E. Anker, *Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm*, 15 HARV. HUM. RTS. J. 133 (2002) ⁴

JACQUELINE BHABHA & SUE SHUTTER, *WOMEN'S MOVEMENT: WOMEN UNDER IMMIGRATION, NATIONALITY AND REFUGEE LAW* 253 (1994) ⁵

שם, בעמ' 251. ⁶

שם, בעמ' 246. ⁷



מקלט ומגדר

הפליטות של נשים קשה להוכחה יותר מאשר הרדיפה הטיפוסית של הפליט הגבר.⁸ בנוסף, האישה הנרדפת כפועל יוצא מרדיפתו של הגבר לעתים קרובות אינה מבקשת המקלט ה"ראשית" אלא "נספחת" לבקשת המקלט של הגבר שבגינו נרדפה, עובדה השוללת ממנה חירות בניהול בקשת המקלט שלה – ושליטה על גורלה ועתידה.

אמנת הפליטים⁹ נוקטת בלשון ניטרלית על פניה, אך בפועל היא מובנית למידותיו של המהגר והפליט הגבר.¹⁰ עם זאת, כפי שנראה מיד, בחלוף השנים התפתחו פרשנויות של האמנה וכללים של "משפט רך" המשלימים את אמנת הפליטים ומכוונים מדינות לגלות רגישות ולנהוג סטנדרט שונה בנשים המבקשות מקלט. בעצם, ניתן לומר שברוב מדינות המערב אכן הכירו בעובדה שאמנת הפליטים חלה גם על רדיפה מגדרית של נשים.

הגדרת ה"פליט" באמנת הפליטים אינה כוללת רדיפה על בסיס מגדרי כאחד הבסיסים המוגנים על פי האמנה:

"לעניין אמנה זו יהא המונח "פליט" חל באדם -

[...]

(2) הנמצא מחוץ לארץ אזרחותו בגלל מאורעות שאירעו לפני 1 בינואר 1951 ובגלל פחד מבוסס להיות נרדף מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקבוצת חברתי מסויים או להשקפה מדינית מסוימת ואיננו

8 Walter Kälin, *Non-State Agents of Persecution and the Inability of States to Protect* 15, GEO. IMMIGR. L.J. 415 (2001); Jennifer Moore, *From Nation State to Failed State: International Protection from Human Rights Abuses by Non-State Agents*, 31 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 81 (1999).

9 אמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 65 (נפתחה לחתימה ב-1951).

10 Bhabha & Shutter, לעיל ה"ש 5, בעמ' 246.



יכול להיזקק להגנתה של אותה ארץ או אינו רוצה בכך בגלל הפחד
האמור¹¹

אולם, קיימות פרשנויות הקוראות לתוך עילות הרדיפה הניטרליות לכאורה מבחינה מגדרית בלשונן גם את עילת הרדיפה מחמת ההשתייכות המגדרית. על פי רוב, הסובלות מרדיפה מחמת השתייכותן המגדרית נאחזות בעילת הרדיפה של "קבוצה חברתית מסוימת".¹² בחלק מן המדינות הכירו בתי המשפט בנשים כמהוות "קבוצה מזוהה" כשלעצמן, ואילו במדינות אחרות היססו בתי המשפט מלתחם את הקטגוריה המשפטית באופן רחב כל כך, ותחת זאת ראו בנשים בעלות מאפיין מסוים (נניח, בהקשר שלנו יכולה להיות זו קבוצה של נשים המשתייכות לקבוצה שמבוצעת בה הפרוצדורה של השחתת איברי מין) כמרכיבות "קבוצה חברתית מסוימת".¹³ יחד עם זאת, יש לציין כי במקרים מסוימים נעשה שימוש גם בעילות רדיפה אחרות כדי להגן על נשים שסובלות מרדיפה. כך, למשל, רדיפת נשים המסרבות לעטות על גופן כיסויים כגון רעלות או בורקה, או אפילו נשים המתנגדות לפרוצדורה של השחתת איברי מין יכולה להיחשב כרדיפה המבקשת להכניע סרבנות פוליטית שלהן או ככזו שמבקשת לפגוע בחירותן מדת.¹⁴

11 ס' א(2) לאמנה בדבר מעמדם של פליטים.

12 ראו באופן כללי GUY S. GOODWIN-GILL & JANE McADAM, THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW 81–84 (3rd ed. 2007). יצוין, כי ישנם גם מי שמצביעים על כך שהשימוש בעילה של "קבוצה חברתית מסוימת" מניב הגנה חלקית בלבד לנשים הסובלות מרדיפה על רקע השתייכותן המגדרית, ומוכיחים את טענתם בכך שניתן למצוא פסיקות הסותרות בפרשנותן את המונח "קבוצה חברתית מסוימת" בין מדינות שונות ולעתים אף בין בתי משפט באותה המדינה. ראו, למשל, Andrea Binder, *Gender and the "Membership in a Particular Social Group" Category of the 1951 Refugee Convention*, 10 COLUM. J. GENDER & L. 167, 179–180 (2000).

13 Bret Thiele, *Persecution on Account of Gender: A Need for Refugee Law Reform*, 11 HASTINGS WOMEN'S L.J. 221, 237–238 (2000).

14 THOMAS SPIJKERBOER, GENDER AND REFUGEE STATUS 116–117 (2000).



בישראל ישנה מגמה גורפת של משרד הפנים, בתמיכת בית המשפט, שלא להכיר בעילת הרדיפה המגדרית ככזו שמצדיקה מתן הגנה בישראל, וזאת משני טעמים עיקריים: ראשית, כיוון שלכאורה האישה אינה נרדפת על ידי המדינה אלא על ידי גורמים פרטיים ולכן יכולה לעבור להתגורר במקום אחר במדינה ולהינצל מן הרדיפה (דבר שלדעתי הוא כמובן מוטעה, שכן המדינה לא מסוגלת או לא מעוניינת להגן על נשים בחלק גדול מן המקרים)¹⁵ שנית, כיוון שאם נכיר בעילת הרדיפה המגדרית יפתח פתח למיליוני נשים אפריקניות לקבל מקלט בישראל (דבר שלא הוכח אמפירית, בלשון המעטה, ואף יש מחקר שמצביע על מסקנות הפוכות).¹⁶ לכל היותר, מופנות חלק מן הנשים הנרדפות רדיפה מגדרית לבקשת מעמד במסגרת ההליך ההומניטרי, אשר בודדות

15 עת"ם (מר') OSALONI 11144-10-11 **נ' משרד הפנים**, פסק דינו של השופט אברהם יעקב (לא פורסם, 8.11.2011). השווה לכללים הקובעים מתי ניתן לסבור כי על הפליט לבקש הגנה באזור אחר של ארצו: UNHCR, Guidelines on International Protection No. 4: "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, HCR/GIP/03/04, para. 7, 9-30 (July 23, 2003), available at <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3f2791a44.pdf>; ראו גם את פרשת *Appeal Tribunal, ex parte Shah*, [1999] 2 A.C. 629 (H.L.) למרות שהרדיפה של נשים היא מעשה פרטי, ניתן לשייך אותו אל המדינה אם זו מצדה אינה רוצה או אינה יכולה להושיע. יש שסבורים כי יש לייחס את הרדיפה ישירות למדינה בכלל. ראו KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE & RICHARD A. BOSWELL, REFUGEE LAW AND POLICY: A COMPARATIVE AND INTERNATIONAL APPROACH 74 (4th ed. 2011).

16 ראו Karen Musalo, *Protecting Victims of Gendered Persecution: Fear of Floodgates or Call to (Principled) Action*, 14 VA. J. SOC. POL'Y & L. 119, 132–133 (2007). במאמר מובאים נתונים שפרסמו רשויות ההגירה בקנדה ובארצות הברית ולפיהן מספר הנשים מבקשות המקלט לא עלה מאז הוכרו בקשות מגדריות כמקנות זכות להגנה על פי אמנת הפליטים. המחברת מסבירה זאת בכך שברוב המדינות שבהן סובלות נשים מרדיפה מגדרית, יש להן מעט מאוד זכויות והדבר מגביל את יכולתן לעזוב את המדינה; בכך שלעתים קרובות הנשים הן המטפלות בילדים ובקרובי משפחה אחרים ועליהן לבחור אם להישאר ולטפל במשפחתן או לחשוף את בני המשפחה לסכנות המסע; ובכך שלנשים גם אין שליטה על משאבי המשפחה ולעתים קרובות לא יהיו להן המשאבים הדרושים לצורך המסע.



בלבד צולחות בו.¹⁷ ככלל, כפי שנאמר במקום אחר, מדיניות המקלט של ישראל היא כל כך מדירה וכל כך בעייתית עד כדי שבודדים צולחים לקבל מקלט בה, ושיעורם הוא של כעשירית האחוז.¹⁸

כיצד עובדות אלו מתיישבות עם פסק הדין? בפסק הדין בית המשפט בוחר בדרך המסורתית מבחינתו, של בדיקת תקינות הליך קבלת ההחלטה, ומשנמצא שההליך לא היה תקין, מחזיר את העניין לשקילה מחודשת של הרשות. במקום אחר ציינתי כבר שזוהי צורת ההתערבות הנוחה ביותר לבית המשפט, והוספתי וצינתי כי זהו אמצעי נוח כדי לחולל שינוי חברתי בתחום.¹⁹ אולם, ההתעלמות של בית המשפט מן ההקשר המהותי מטרידה. איזו תועלת יש להחזיר את העניין לשקילת משרד הפנים כשלמשרד הפנים יש עמדה מוצקה וגורפת שלפיה יש לדחות בקשות מקלט הנסמכות על עילת מקלט מגדרית? איזו תועלת יש להחזרת העניין לשקילת משרד הפנים כשהליך המקלט הוא כל כך בעייתי, מדיר ובעל סיכויי הצלחה אפסיים? נדמה לי שבית המשפט היה צריך להישיר מבט על התוכן המהותי של בקשת המקלט, ואל האופי המהותי של מערכת המקלט, בטרם נתן את הסעד. לכל הפחות על בית המשפט היה להנחות את משרד הפנים לשקול, הן שיקולים מגדריים של דיני פליטים – קרי לבדוק אם דחיית בקשתה של המשפחה למקלט לא עלולה להוות הפרה של עקרון אי-החזרה (non-refoulement), והן שיקולים לבר-אמנת הפליטים, כגון שיקולי מניעת עינויים – קרי,

17 מתוך ארבע נשים אשר ידוע כי עניינן הובא לפני הוועדה הבין-משרדית לעניינים הומניטריים, בקשותיהן של שתיים התקבלו והוענק להן, לעת הזו, מעמד של תושבות ארעית בישראל, בקשת השלישית תלויה ועומדת לפני הוועדה מזה כשנה וחצי, ואילו בקשתה של הרביעית נדחתה, ועל דחייה זו הוגש ערעור לוועדת השגה.

18 מוקד סיוע לעובדים זרים **עד שיאטם ליבנו – הליכי מקלט בישראל** 36 (כתב יונתן ברמן, 2012) www.hotline.org.il/hebrew/pdf/asylum_procedures_2012_heb.pdf

19 טלי קריצמן-אמיר "תפקידו של בית המשפט בעיצוב מדיניות המקלט של מדינת ישראל" **מעשי משפט** ה' 175 (2013).



מקלט ומגדר

למשל, לבדוק אם החזרת המשפחה לארצה לא עלולה לחשוף את הילדה לסכנת עינויים או יחס בלתי אנושי.²⁰

הערה על ההקשר ההליכי: דחיית בקשת מקלט על הסף

בקשת המשפחה למקלט בשל רדיפתה המגדרית של בתם בעצם נדחתה על הסף על ידי משרד הפנים, ללא שניתנה למשפחה הזדמנות כלשהיא להציג את גרסתה לפני הערכאות.

נושא דחייתן של בקשות מקלט על הסף נדון כבר בעבר על ידי בית המשפט העליון²¹ ונקבעו לגבי כללים ברורים. כך גם נקבעו כללים ברורים לגבי חשיבות זכות הטעון בכל הקשור לבקשות מקלט, בעיקר בשים לב לכך שאי-בירור ראוי של בקשת מקלט יכול להסתבר כעניין של חיים או מוות.²² ביקורת נוקבת כבר הועברה בערכאות על כך שבעבודת משרד הפנים נופלים פגמים פרוצדורליים כה משמעותיים עד כי נראה שעלולים הם לסכל את הליך המקלט.²³ אולם בית המשפט פוסק ומשרד הפנים מצדו, נוהג כאילו הפסיקה אינה מחייבת אותו. הפגמים הפרוצדורליים ממשיכים ליפול בעבודתו, ומבקשי המקלט אינם זוכים להליך תקין. עובדה זו היא קשה במיוחד נוכח המציאות שבה הרוב המכריע של מבקשי המקלט הם אנשים קשיי יום, אשר אינם יכולים

20 Patricia A. Broussard, *Female Genital Mutilation: Exploring Strategies for Ending Ritualized Torture; Shaming, Blaming, and Utilizing the Convention against Torture*, 15 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 19, 29 (2008)

21 ע"ע 1440/13 צימה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 7.8.2013).

22 ע"ע 8675/11 טרסה נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט, פס' 12 לפסק דינו של השופט עוזי פוגלמן (פורסם בנבו, 15.5.2012).

23 ראו למשל הארת הפסיקה שלי בעניין גונזלס: טלי קריצמן-אמיר "הביקורת השיפוטית על ההליך המנהלי של בחינת בקשות מקלט – פרשת גונזלס" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 12, 4 (2013)
www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psi.ka/Documents/12/12_july_2013_3_krizman.pdf



להרשות לעצמם להיות מיוצגים על ידי עורכי דין. אי לכך, טענותיהם לגבי הפגמים הפרוצדורליים שנפלו בעניינם אינן נשמעות כלל.

וכשביט המשפט מגלה כי שוב נפלו פגמים פרוצדורליים בהליך בחינת בקשת המקלט, מה הוא עושה? מחזיר אותה לשקילת משרד הפנים. וחוזר חלילה, ולא חס.

כשלעצמי, אני מסופקת אם החזרת העניין לשקילה של משרד הפנים מקדמת דבר כלשהו. ראשית, נדמה שהיא לא תעזור לפרט, שכן עניינו של הפרט חוזר לבחינה בידי אותם שכבר דחו את עניינו, שעלולים לשאוף להצדיק את החלטת הדחיה הראשונית שלהם. שנית, נדמה כי הדבר לא תורם לכך שמשרד הפנים יסגל לעצמו התנהלות פרוצדורלית נכונה כלל ועיקר. נדמה לי שרק כפייה על משרד הפנים ליתן מעמד למבקשי מקלט שלא ננקט לגביהם הליך תקין תוכל לשנות את המצב הקיים ולעקור משורש את קלות הדעת בעניין זכויותיהם הפרוצדורליות של מבקשי מקלט. החזרת עניינם של מבקשי מקלט לשקילה נוספת אצל משרד הפנים תוליד, לעתים קרובות מדי, תוצאה ידועה מראש של התעלמות מהמחויבויות המהותיות והפרוצדורליות ולכן תהווה חזרה מיותרת, יקרה, ומתסכלת, על משחק שהמפסידים והמנצחים בו ידועים מראש.