

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 פליטים

נציבות האו"ם לפליטים מפרסמת קווים מנחים אלה בהתאם לתחום האחריות שהוגדר לה, כפי שנקבע בחוקת נציבות האו"ם לפליטים בשילוב עם סימן ל"ה לאמנה משנת 1951 בדבר מעמדם של פליטים ועם סעיף 2 לפרוטוקול שלה משנת 1967. קווים מנחים אלה משלימים את מדריך נציבות האו"ם להליכים וקריטריונים לקביעת מעמד של פליט לפי האמנה משנת 1951 (הוצאה מחודשת, 2011), ובייחוד יש לקרוא אותם לצד מסמכים אלה של נציבות האו"ם לפליטים: קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 6: בקשות למעמד של פליט המבוססות על דת וקווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 8: בקשות מקלט של ילדים. הם באים במקום עמדת נציבות האו"ם לפליטים על סוגים מסוימים של השתמטות משירות חובה (1991).

קווים מנחים אלה הם פרי של התייעצות מקיפה, והם נועדו לספק הנחייה לפרשנות משפטית עבור ממשלות, משפטנים, מקבלי החלטות ומערכת המשפט כמרגם לצוות נציבות האו"ם לפליטים השוקד על קביעת מעמד של פליטים על-פי המנדט שניתן לנציבות.

את המדריך להליכים וקריטריונים לקביעת מעמד של פליט ואת הקווים המנחים להגנה בינלאומית ניתן לקרוא בכתובת: <http://www.refworld.org/docid/4f33c8d92.html>.

1. מבוא

1. המצב של "עריקים ואנשים המשתמטים משירות צבאי" זוכה להתייחסות מפורשת במדריך להליכים וקריטריונים לקביעת מעמד של פליט לפי האמנה משנת 1951 והפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים של נציבות האו"ם לפליטים (להלן "מדריך הנציבות").¹ מאז פרסומו של מדריך הנציבות חלו התפתחויות משמעותיות הן בנוגע המדינות והן בהגבלות שהמשפט הבינלאומי מטיל על שירות צבאי. בהינתן התפתחויות אלה, כמרגם הסתעפות הפסיקה, נציבות האו"ם לפליטים מפרסמת קווים מנחים אלה במטרה לסייע בהחלת הגדרת הפליט המופיעה בסימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או בפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים במקרים כאלה בדרך עקבית וערכית. קווים מנחים אלה בוחנים את מעמדם של אנשים המבקשים לקבל הגנה בינלאומית כדי להימנע מגיוס לכוחות מזוינים של מדינות ומשירות בכוחות אלה וכן מגיוס בכפייה בידי ארגונים חמושים שאינם מדינה.

2. קווים מנחים אלה עוסקים ראשית כול בהגדרת מונחים מרכזיים (חלק 2), ולאחר מכן מובאת בהם סקירה של התפתחויות שחלו במשפט הבינלאומי בכל הנוגע לשירות הצבאי (חלק 3). בחלק 4 נבחנים הקריטריונים לקביעת מעמד של פליט כפי שהם חלים על בקשות הנוגעות לשירות הצבאי. פרק 5 בוחן סוגיות פרוצדורליות וראייתיות. הקווים המנחים מתמקדים בפירוש מרכיבי ה"הכלה" הגלומים בהגדרת הפליט. שיקולי הדרה אינם מטופלים כאן, אף כי ייתכן שהם יעלו במקרים כאלה ושיהיה צורך לדון בהם כראוי.² יתר על כן, גם עניינים הנוגעים לשמירה על האופי האזרחי וההומניטרי של המקלט אינם נדונים בקווים מנחים אלה, אף כי לעתים קרובות הם רלוונטיים לבקשות מסוג זה.³

2. מינוח

3. לצורך קווים מנחים אלה, המונחים שלהלן מוגדרים כך:

שירות חלופי הוא שירות לטובת הציבור המבוצע במקום שירות חובה צבאי בכוחות המזוינים של מדינה בידי יחידים המתנגדים מטעמי מצפון לשירות הצבאי ("סרבני מצפון"). שירות חלופי יכול ללבוש צורה של שירות אזרחי מחוץ לכוחות המזוינים או של תפקיד לא קרבי בצבא.⁴ שירות אזרחי יכול להיות כרוך למשל בעבודה במוסדות

1. נציבות האו"ם לפליטים, מדריך להליכים וקריטריונים לקביעת מעמד של פליט לפי האמנה משנת 1951 והפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים (הוצאה מחודשת, ז'נבה, 2011) (להלן "מדריך הנציבות"), זמין בכתובת: <http://www.refworld.org/docid/4f33c8d92.html>, פס' 167-174.
2. כתחליף לדין כאמור מופנים הקוראים למסמך: נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 5: תחולת סעיפי ההדרה: סימן א' (1) לאמנה משנת 1951 בדבר מעמדם של פליטים, HCR/GIP/03/05, 4 בספטמבר 2003, (להלן "הקווים המנחים של הנציבות להדרה"), זמין בכתובת: <http://www.refworld.org/docid/3f5857684.html>
3. ראו הוועדה המנהלת, מסקנה מס' 94 (LII), 2002, על האופי האזרחי וההומניטרי של המקלט, פס' (c)(vii).
4. ראו עוד למשל:

UN Human Rights Council, Analytical report on conscientious objection to military service: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/23/22, 3 June 2013, available at: <http://www.refworld.org/docid/51b5c73c4.html>.

בראות המנוהלים עלידי המדינה או בעבודה התנדבותית בארגוני צדקה בין בארץ ובין בחו"ל. שירות לא קרבי בצבא יכול תפקידים כמו כגון טבח ופקידי מנהלה.

סרבנות מצפונית לשירות הצבאי היא התנגדות לשירות כזה הנובעת מעקרונות ומטעמי מצפון, לרבות אמונות עזות הנובעות ממניעים דתיים, מוסריים, אתיים או הומניטריים או מטעמים דומים אחרים.⁵ סירוב כזה אינו מוגבל לסרבני מצפון מוחלטים (פציפיסטים), כלומר אנשים המתנגדים לכל שימוש בכוח מזוין או להשתתפות בכל מלחמה שהיא. המונח חל גם על אנשים הסבורים כי "השימוש בכוח מוצדק בנסיבות מסוימות אבל לא באחרות, וכי לפיכך יש לסרב באותן נסיבות אחרות" (סרבנות חלקית או סלקטיבית לשירות צבאי).⁶ התנגדות מצפונית עשויה להתפתח לאורך זמן, ולפיכך גם מתנדבים עשויים להעלות בשלב מסוים טענות המבוססות על התנגדות מצפונית, אם מוחלטת ואם חלקית.

עריקה כרוכה בנטישת המשימה או העמדה ללא רשות או באי־ציות לצו התייצבות לשירות צבאי.⁷ בכפוף לחוקי המדינה, אפילו אדם בגיל גיוס שהשלים את השירות הלאומי שלו ושחרר ממנו אך עדיין נתפס כחייב בשירות לאומי עלול בנסיבות מסוימות להיחשב לעריק. עריקה יכולה להתרחש בהקשר של כוח המשטרה, ז'נדרמריה או כוחות ביטחון שקולים, וזהו אף המונח המשמש לתיאור אנשים הנוטשים ארגונים חמושים שאינם מדינה. העריקה יכולה להתבצע מטעמי מצפון או מכל טעם אחר.

השתמטות משירות חובה מתרחשת כשאדם אינו נרשם או אינו מגיב לצו התייצבות או גיוס לשירות חובה בצבא. מעשה ההשתמטות יכול לנבוע מבריחת המשתמט לחו"ל, או לחלופין עשוי להיות כרוך בין השאר בהחזרת צו ההתייצבות לרשויות הצבא. במקרה האחרון, ייתכן שהאדם יתואר לפעמים כמי שמסרב לצו הגיוס להבדיל ממשתמט משירות חובה, אף כי המונח "משתמט משירות חובה" משמש בקווים מנחים אלה בשני התרחישים. השתמטות משירות חובה עשויה גם להיות צעד מנע במובן זה שייתכן שהפעולה תבצע מראש, כדי להקדים את הדרישה עצמה להירשם או להתייצב לשירות. השתמטות משירות חובה מתרחשת רק כשיש גיוס חובה לשירות הצבאי (באנגלית "the draft"). השתמטות משירות חובה יכולה להתבצע מטעמי מצפון או מטעמים אחרים.

5. ראו:

UN Commission on Human Rights, Resolution 1998/77, "Conscientious Objection to Military Service", E/CN.4/RES/1998/77, 22 April 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/3b00f0be10.html>.

בשנת 2006 החליפה מועצת זכויות האדם של האו"ם את נציבות זכויות האדם.

6. ראו:

UN Conscientious Objection to Military Service, E/CN.4/Sub.2/1983/30/Rev.1, 1985 (the "Eide and Mubanga-Chipoya report"), available at: <http://www.refworld.org/docid/5107cd132.html>, para. 21.

ראו גם פס' 128-135 בעניין רדיפה בהקשר של סרבנות מצפונית לסכסוכים המפרים כללי יסוד של התנהגות אנושית.

7. ראו:

European Court of Human Rights, *Feti Demirtaş c. Turquie*, Application no. 5260/07, 17 January 2012, available at: <http://www.refworld.org/docid/4ff5996d2.html>.

גיוס בכפייה הוא המונח המשמש בקווים מנחים אלה לגיוס לכוחות מזוינים של מדינה או לארגון חמוש שאינו מדינה מתוך אילוצ, כחובה או שלא מתוך רצון חופשי.

שירות צבאי נוגע בראש ובראשונה לשירות בכוחות המזוינים של מדינה. שירות כזה יכול להתבצע בעתות שלום או בתקופה של סכסוך מזוין, ואפשר שיתבצע מתוך רצון חופשי או כחובה. שירות צבאי שהוא בגדר חובה שהמדינה מטילה מכונה שירות חובה (באנגלית "conscription" או "the Draft"). כשאדם מתנדב להתגייס לצבא המדינה, הדבר מכונה התנדבות לצבא ("enlistment").

חיילי מילואים הם אנשים המשרתים בכוחות המילואים של הכוחות המזוינים של מדינה. הם אינם נחשבים למי שמבצעים שירות סדיר אלא נדרשים להיות זמינים להתייצבות עלפי צו במצבי חירום.

4. במקומות שבהם אין בנמצא חלופות לשירות חובה צבאי, סרבנות מצפונית של אדם יכולה לבוא לידי ביטוי בהשתמטות מגיוס חובה או בעריקה. אולם, השתמטות משירות חובה או עריקה אינן מילים נרדפות לסרבנות מצפונית, כיוון שייטכן שעומדים בבסיסן מניעים אחרים כמו פחד מפני השירות הצבאי או מהתנאים בשירות כאמור. סרבנות מצפונית, השתמטות משירות חובה ועריקה יכולות כולן להתרחש בעתות שלום או במהלך סכסוך מזוין. יתר על כן, אף כי סרבנות מצפונית והשתמטות/עריקה נוטות להתרחש בהקשר של שירות חובה, הן יכולות להתרחש גם כשהחלטה המקורית להתגייס לכוחות המזוינים הייתה התנדבותית או שהחובה לציית לצו גיוס חובה כובדה בשלב ראשון.⁸

3. המשפט הבינלאומי והשירות הצבאי

א. זכות המדינות לדרוש שירות צבאי

5. למדינות שמורה הזכות להגנה עצמית הן לפי מגילת האו"ם והן לפי המשפט הבינלאומי המנהגי.⁹ המדינות רשאיות לדרוש מאזרחיהן לבצע שירות צבאי למטרות צבאיות;¹⁰ ועניין זה כשלעצמו אינו מפר את זכויותיו של אדם.¹¹ הדבר זכה להכרה מפורשת בהוראות משפט זכויות

8. ראו למשל:

UN Commission on Human Rights, Resolution 1998/77, preambular para. see note 5 above.

9. סעיף 51, מגילת האו"ם. ראו גם:

International Court of Justice, Case concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits), 27 June 1986, available at: <http://www.refworld.org/docid/4023a44d2.html>, paras. 187-201.

10. עניין זה אינו כולל שירות חובה של מי שאינו אזרח המדינה בשטחים כבושים בהקשר של סכסוך מזוין בינלאומי: ראו סעיף 51 לאמנת ז'נבה משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (אמנת ז'נבה הרביעית), הקובע כי "אסור לה למעצמה הכובשת להכריח מוגנים לשרת בכוחותיה המזוינים או בכוחות העזר שלה". המונח "מוגנים" נוגע בהקשר זה לאזרחים בשטח הכבוש שאינם אזרחי המעצמה הכובשת.

11. ועדת זכויות האדם של האו"ם ציינה זאת בנוגע לתלונה בדבר אפליה (סעיף 26 לאמנה הבינלאומית משנת 1966 בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות). ראו:

M.J.G. (name deleted) v. Netherlands, CCPR/C/32/D/267/1987, 24 March 1988, available at: <http://www.refworld.org/docid/50b8eca22.html>, para. 3.2;

האדם הנוגעות לעבודת כפייה, כגון סעיף 8 לאמנה הבינלאומית משנת 1966 בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.¹² מדינות אף יכולות להטיל עונשים על אנשים העורקים משירות צבאי או מנמעים ממנו, כשעריקתם או הימנעותם אינן מושתתות על טעמי מצפון תקפים, ובלבד שעונשים כאמור וההליכים הקשורים בהם יעמדו בסטנדרטים הבינלאומיים.¹³

6. אולם, זכות המדינה לאלץ אזרחים לבצע שירות צבאי אינה זכות מוחלטת. משפט זכויות האדם הבינלאומי, כמרגם המשפט ההומניטרי והמשפט הפלילי הבינלאומיים, מטילים הגבלות מסוימות על מדינות (ראו חלק 3 ב' וחלק 3 ג' להלן). באופן כללי, כדי שגיוס חובה לצבא ושירות צבאי חובה יהיו מוצדקים, עליהם לעמוד בכמה קריטריונים: להיות קבועים בחוק, להיות מיושמים בדרך שאינה שרירותית או מפלה, תפקידי המגויסים והמשמעת הנאכפת עליהם חייבים להתבסס על צרכים ותכניות צבאיים, וחובה לאפשר לערער עליהם בבית משפט.¹⁴

7. מעמדם של ארגונים חמושים שאינם מדינה שונה מזה של מדינות בכך שרק מדינות רשאיות לדרוש גיוס חובה לצבא. המשפט הבינלאומי אינו מעניק לארגונים חמושים שאינם מדינה את הזכות לגייס באמצעות הטלת חובה או בכפייה, ללא קשר לאפשרות שהם הרשות בפועל באזור מסוים בשטח.

בדומה לכך, ראו מקרה מוקדם יותר:

R.T.Z. (name deleted) v. Netherlands, CCPR/C/31/D/245/1987, 5 November 1987, available at: <http://www.refworld.org/docid/50b8ed122.html>.

משפט זכויות האדם, ובייחוד האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, חל על אנשי צבא כמרגם על אזרחים. הדבר נקבע במפורש במסמך זה:

Vuolanne v. Finland, CCPR/C/35/D/265/1987, 2 May 1989, available at: <http://www.refworld.org/docid/50b8ee372.html>.

12. סעיף 8(ג)(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מחריג מהאיסור על עבודת כפייה ועבודת חובה (המעוגן בסעיף 8(א)): "שירות בעל אופי צבאי, ובאמצעות שבהן מוכר סירוב מטעמי מצפון, שירות לאומי שנתבע כחוק מסרבנים מטעמי מצפון". בנוסף, סעיף 2(א) לאמנה מס' 29 של ארגון העבודה העולמי משנת 1930: האמנה בדבר עבודת כפייה, מחריג מהאיסור הקבוע באמנה זו על עבודת כפייה ועבודת חובה (סעיף 1), "כל עבודה או שירות שנתבע מכוח חוקי שירות חובה צבאי עבור עבודה בעלת אופי צבאי גרידא". האזכור של "חוקי שירות צבאי" מצביע על כך שכדי שההחלטה תהיה בתוקף חובה שהיא תיקבע בחוק. ראו גם את החלטות ועדת זכויות האדם בתיקים אלה:

Venier and Nicholas v. France, CCPR/C/69/D/690/1996, 1 August 2000, available at: <http://www.refworld.org/docid/50b8ec0c2.html>; *Foin v. France*, CCPR/C/67/D/666/1995, 9 November 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/4a3a3aebf.html>.

במקרים אלה קבעה ועדת זכויות האדם כי לפי סעיף 8 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, מדינות רשאיות לדרוש שירות בעל אופי צבאי (פס' 10.3).

13. על הליכים בבית הדין האירופי לזכויות האדם ראו:

Savda c. Turquie, Application No. 42730/05, 12 June 2012, available at: <http://www.refworld.org/docid/4fe9a9bb2.html>.

ראו גם *Feti Demirtaş c. Turquie*, ראו הערת שוליים 7 לעיל.

14. Inter-American Commission on Human Rights ("IACHR"), "Fourth report on the situation of human rights in Guatemala", OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 16 rev., 1 June 1993, chap. V. See also, IACHR, *Piché Cuca v. Guatemala*, Report No. 36/93, case 10.975, decision on merits, 6 October 1993, available at: <http://www.refworld.org/docid/5020dd282.html>.

מסמך זה מצביע על כך שהליך גיוס החובה חייב להיות פתוח לערעור בפני בית משפט.

ב. הזכות לסירוב מצפוני מול שירות חובה צבאי

8. הזכות לסירוב מצפוני לשירות צבאי של המדינה היא זכות נגזרת המבוססת על פרשנות לזכות לחופש המחשבה, המצפון והדת המעוגנת בסעיף 18 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם ובסעיף 18 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. הפסיקה הבינלאומית על זכות זו נמצאת בשלבי התפתחות. החלטות ועדת זכויות האדם של האו"ם אפיינו בעבר זכות זו כנגזרת של הזכות "ליתן ביטוי" לדתו של אדם או לאמונותיו, ולפיכך ככפופה להגבלות מסוימות כפי שנקבע בסעיף 18(3),¹⁵ אך לאחרונה הן משקפות תפיסה שלפיה מדובר ב"חלק בלתי נפרד מהזכות" לחופש המחשבה, המצפון והדת, המעוגנת בסעיף 18(1) עצמו.¹⁶ זהו שינוי משמעותי, אם כי יש דעות החולקות עליו.¹⁷ מהשינוי עולה כי הזכות לסירוב מצפוני היא זכות מוחלטת, וכי מדינות אינן רשאיות להטיל הגבלות על הזכות לחופש המחשבה, המצפון והדת באמצעות שירות חובה צבאי.¹⁸ לפיכך, לפי ועדת זכויות האדם, הזכות "מזכה את הפרט בפטור משירות חובה צבאי אם לא ניתן ליישב שירות כזה עם דתו של הפרט או עם אמונותיו. אסור לפגום בזכות זו באמצעות כפייה".¹⁹ גם במסגרת החלטותיה המוקדמת יותר של ועדת זכויות האדם, אשר התבססה על הזכות ליתן ביטוי לדתו של אדם או לאמונותיו (המעוגנת בסעיף 18(1) כשהוא נקרא יחד עם סעיף 18(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות), היה על המדינה להראות מדוע הגבלה כזאת "נחוצה" נוכח הצלחתן של מדינות אחרות רבות ליישב את האינטרסים של הפרט עם אלה של המדינה באמצעות מתן אפשרות של שירות חלופי.²⁰

15. סעיף 18(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובע הגבלות מסוימות לזכותו של אדם ליתן ביטוי לדתו או לאמונותיו, דהיינו הגבלות "כפי שנקבעו בחוק והנחוצות לשם שמירתם של הביטחון, הסדר, הבריאות או המוסד הציבוריים או זכויותיו וחירויותיו של הזולת". לניתוח נוסף ראו: נציבות האו"ם לפליטים, **קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 6: בקשות למעמד של פליט המבוססות על דת על-פי סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים**, HCR/GIP/04/06, 28 באפריל 2004 (להלן "הקווים המנחים של הנציבות לבקשות המבוססות על דת"), זמין בכתובת: <http://www.refworld.org/docid/4090f9794.html>, פס' 15. יתר על כן, בניגוד לזכויות אחרות המעוגנות באמנה, הגבלות מטעמי ביטחון לאומי אינן מותרות כלל. כפי שצינה ועדת זכויות האדם, "...אסור שהגבלות כאמור יפגמו במהות הזכות הנדונה". ראו: HRC, Yoon and Choi v. Republic of Korea, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, 23 January 2007, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd57dd.html>, para. 8.3.

16. ראו:

HRC, *Atasoy and Sarkut v. Turkey*, CCPR/C/104/D/1853-1854/2008, 19 June 2012, available at: <http://www.refworld.org/docid/4ff5b14c2.html>;

וכן:

Min-Kyu Jeong at al v. Republic of Korea, CCPR/C/101/D/1642-1741/2007, 27 April 2011, available at: <http://www.refworld.org/docid/4ff59b332.html>.

17. ראו את חוות דעתו הפרטית של חבר הוועדה ג'רלד לי ניומן (Neuman), יחד עם חברי הוועדה יוג' אייוסאוה, מייקל אופלרטי וולטר קלין (שהצטרפו לדעתו): *Atasoy and Sarkut v. Turkey*, שם.

18. ראו:

Yoon and Choi v. Republic of Korea, para. 8.4., note 15 above and *Eu-min Jung and Others v. Republic of Korea*, CCPR/C/98/D/1593-1603/2007, 30 April 2010, available at: <http://www.refworld.org/docid/4c19e0322.html>, para. 7.4.

19. *Min-Kyu Jeong at al v. Republic of Korea*, para.7.3, see note 16 above.

20. ראו:

Yoon and Choi v. Republic of Korea, para. 8.4, note 15 above and *Eu-min Jung and Others v. Republic of Korea*, para. 7.4, see note 18 above.

9. הזכות לסירוב מצפוני מקבלת גושפנקה אף בכלים משפטיים אזוריים, אם במפורש ואם על דרך הפרשנות,²¹ וכן בכמה וכמה מסמכים הקובעים סטנדרטים בינלאומיים.²²

21. הזכות לסירוב מצפוני זכתה להכרה מפורשת בשתי אמנות אזוריות: מגילת זכויות היסוד של האיחוד האירופי משנת 2000, סעיף 10(2); האמנה האיברו-אמריקנית בדבר זכויותיהם של אנשים צעירים, סעיף 12(3). כמו כן, הזכות נגזרת מהזכות לחופש המחשבה, המצפון והדת באמנות אזוריות לזכויות האדם, ובית הדין האירופי לזכויות האדם הכיר בה ככזו. ראו:

Grand Chamber judgment in *Bayatyan v. Armenia*, Application No. 23459/03, 7 July 2011, available at: <http://www.refworld.org/docid/4e254eff2.html>, para. 110, followed by *Feti Demirtaş c. Turquie*, note 7 above; *Savda c. Turquie*, see note 13 above; and *Tarhan c. Turquie*, Application No. 9078/06, 17 July 2012, available at: <http://www.refworld.org/docid/51262a732.html>.

גם האמנה האיברו-אמריקנית מכירה בה ככזו. ראו:

Cristián Daniel Sahli Vera et al. v. Chile, Case 12.219, Report no. 43/05, 10 March 2005, available at: <http://www.refworld.org/docid/4ff59edc2.html>;

וכן את ההסדר הידידותי בתיק זה:

Alfredo Diaz Bustos v. Bolivia, Case 14/04, Report no. 97/05, 27 October 2005, available at: <http://www.refworld.org/docid/4ff59fbc2.html>, para. 19.

ראו גם את ארבעת המסמכים שלהלן; המסמך השני עוסק במימוש הזכות לסירוב מצפוני לשירות צבאי במדינות החברות במועצת אירופה, והמסמך הרביעי עוסק בזכויות האדם של חברים בכוחות מזוינים:

IACHR, Annual Report, 1997, Chapter VII: Recommendation 10, available at: <http://www.refworld.org/docid/50b8bd162.html>; Council of Europe Parliamentary Assembly, Recommendation 1518 (2001), 23 May 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/5107cf8f2.html>; Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R (87) 8, 9 April 1987, available at: <http://www.refworld.org/docid/5069778e2.html>; and Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation CM/Rec (2010) 4, 24 February 2010, available at: <http://www.refworld.org/docid/506979172.html>.

22. ראו:

UN General Assembly resolution, 33/165, 1978 on Status of persons refusing service in military or police forces used to enforce apartheid, available at:

<http://www.refworld.org/docid/3b00f1ae28.html>. See HRC, *General Comment No. 22: The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion (Article 18)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 30 July 1993, available at: <http://www.refworld.org/docid/453883fb22.html>, at para. 11, as well as the HRC's Concluding Observations on Ukraine, CCPR/CO/73/UKR, 12 November 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/3cbbeb1c4.html>, para. 20, and those on Kyrgyzstan, CCPR/CO/69/KGZ, 24 July 2000, available at: <http://www.refworld.org/docid/507572ef2.html>, para. 18.

נציבות זכויות האדם של האו"ם אישרה גם היא בזמנה שזכות לסרבנות מצפונית נגזרת מהזכות לחופש המחשבה, המצפון והדת.

UN Commission on Human Rights Resolution, Conscientious objection to military service, E/CN.4/RES/1989/59, 8 March 1989, available at: <http://www.refworld.org/docid/3b00fob24.html>, reinforced and developed in resolutions E/CN.4/RES/1993/84, 10 March 1993, available at: <http://www.refworld.org/docid/3b00f1228c.html>; E/CN.4/RES/1995/83, 8 March 1995, available at: <http://www.refworld.org/docid/3b00fod220.html>; E/CN.4/RES/1998/77, see note 5 above, E/CN.4/RES/2000/34, 20 April 2000, available at: <http://www.refworld.org/docid/3b00efa128.html>; E/CN.4/RES/2002/45, 23 April 2002, available at: <http://www.refworld.org/docid/5107c76c2.html>; and E/CN.4/RES/2004/35, 19 April 2004, available at: <http://www.refworld.org/docid/415be85e4.html>.

ממשיכת דרכה, מועצת זכויות האדם, אימצה עמדה זו בהחלטתה משנת 2012 על סרבנות מצפונית (A/HRC/RES/20/2), 16 ביולי 2012, זמינה בכתובת: <http://www.refworld.org/docid/501661d12.html>) ולאחרונה בהחלטתה משנת 2013, A/HRC/24/L.23, 13 בספטמבר 2013, זמינה בכתובת: <http://www.refworld.org/docid/526e3e114.html>.

10. הזכות לסירוב מצפוני חלה על סרבנים מוחלטים, חלקיים או סלקטיביים (ראו חלק 2);²³ על מתנדבים ומגויסים לפני הצטרפותם לכוחות המזוינים או לאחר מכן; בעתות שלום ובמהלך סכסוכים מזוינים.²⁴ זכות זו כוללת סירוב לבצע שירות צבאי ממניעים מוסריים, אתיים או הומניטריים או ממניעים דומים.²⁵

11. זכותו של סרבן מצפון לפי סעיף 18 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות תכובד בכל מקרה שבו (i) הוא מקבל פטור מהחובה לבצע שירות צבאי או (ii) יש בנמצא שירות חלופי מתאים. בעת שמעריכים את המידה שבה השירות החלופי מתאים, מומלץ ככלל שהוא יעלה בקנה אחד עם הטעמים לסירוב המצפוני; שיהיה אזרחי או לא קרבי באופיו; שיהיה לתועלת הציבור; ושלא יהיה ענישתי.²⁶ למשל, במקרים של אנשים המסרבים באופן מוחלט לקיים כל קשר שהוא עם הצבא יש צורך בשירות אזרחי במסגרת שניהולה אזרחי.²⁷ עם זאת, במקרים שבהם הסירוב נוגע באופן ספציפי ואישי לנשיאת נשק, האפשרות של שירות לא קרבי בצבא עשויה להתאים. מדינות רבות נמנעות מהקושי הכרוך בצורך להעריך את כנות הטענה לסרבנות מצפונית בכך שהן מאפשרות לאדם בחירה חופשית בין שירות צבאי לבין שירות חלופי.²⁸ במדינות מסוימות ניתנת הכרה בסרבנות מצפונית רק לקבוצות דתיות מסוימות. אולם, כפי שצוין לעיל, בחירה כזו אינה תואמת את היקף הזכות לחופש המחשבה, המצפון והדת, ואף לא את האיסור על אפליה.²⁹

-
23. אף כי ועדת זכויות האדם לא דנה בסרבנות מצפונית חלקית או סלקטיבית, לא בהערה כללית מס' 22: **הזכות לחופש המחשבה, המצפון והדת (סעיף 18)** (הערה 22 לעיל) ולא בהחלטותיה מהעת האחרונה בעניין של תלונות פרטניות, ישנן כמה מדינות הנותנות מענה לסרבנות מצפונית חלקית או סלקטיבית. ראו למשל:
- Analytical report on conscientious objection to military service: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, para 47, see note 4 above.
24. ראו חלק 2 לעיל, העוסק במינוח.
25. שם.
26. UN Commission on Human Rights resolution 1998/77, para. 4, see note 5 above.
- ראו גם: 10.4. *Atasoy and Sarkut v. Turkey*, note 16 above, para. 10.4.
27. ראו:
- Atasoy and Sarkut v. Turkey*, para. 14, see note 16 above. See also, Min-Kyu Jeong at al v. Republic of Korea, para.7.3, also note 16 above.
28. לסקירה כללית של נוהג המדינות ראו:
- Analytical report on conscientious objection to military service: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, see note 4 above.
- ראו גם:
- War Resisters' International, *World Survey of Conscriptation and Conscientious Objection to Military Service*, available at: <http://www.wri-irg.org/co/rtba/index.html>.
- בכל הנוגע למדינות אירופה ראו גם את פסיקת בית הדין האירופי לזכויות האדם בתיק *Bayatyan v. Armenia*, הערה 21 לעיל.
29. ראו למשל את הערה כללית מס' 22: **הזכות לחופש המחשבה, המצפון והדת (סעיף 18)** של ועדת זכויות האדם (הערת שוליים 22 לעיל), הקובעת: "...לא תהיה כל הבחנה בין סרבני מצפון על סמך טבע האמונות המסוימות שלהם..." פס' 11. בנוגע לנוהג המדינות המכירות בסרבנות מצפונית גם כשמקורה בהשקפות שאינן חלק מהדתות הרשמיות, ראו:
- Analytical report on conscientious objection to military service: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, para. 12, see note 4 above.
- ראו גם:
- Brinkhof v. Netherlands*, CCPR/C/48/D/402/1990, 29 July 1993, available at: <http://www.refworld.org/docid/4a3a3ae913.html>.

ג. האיסור על גיוס והשתתפות במעשי איבה מתחת לגיל המותר

12. ישנם אמצעי בטיחות מפורשים שנועדו למנוע את חשיפתם של ילדים לשירות הצבאי.³⁰ כל גיוס (חובה או בהתנדבות) לכוחות המזוינים של מדינה וכל השתתפות בפעולות איבה³¹ של מי שטרם מלאו לו 15 שנה אסורים על-פי המשפט ההסכמי הבינלאומי.³² גיוס כזה עולה לכדי פשע מלחמה.³³ גיוס חובה של אנשים שטרם מלאו להם 18 שנה, בין בידי ממשלות ובין בידי ארגונים חמושים שאינם מדינה, אסור על-פי הפרוטוקול האופציונלי משנת 2000 לאמנה משנת 1989 בדבר זכויות הילד העוסק במעורבות ילדים בסכסוכים מזוינים (להלן "הפרוטוקול האופציונלי לאמנה בדבר זכויות הילד").³⁴ הגבלה דומה מצויה באמנת ארגון העבודה הבינלאומי משנת 1999 בדבר הצורות החמורות ביותר של עבודת ילדים.³⁵ הפרוטוקול האופציונלי משנת 2000 לאמנה בדבר זכויות הילד מחייב מדינות לנקוט את "כל האמצעים המעשיים" כדי למנוע מילדים מתחת לגיל 18 לקחת "חלק ישיר במעשי עוינות", אם כחברים בכוחות המזוינים שלהן ואם כחברים בארגונים חמושים אחרים; הפרוטוקול אף אוסר מכל וכול על גיוס התנדבותי כלשהו של ילדים מתחת לגיל 18 לארגונים חמושים שאינם מדינה.³⁶ אמנם, מותרת התגייסותם בהתנדבות של ילדים מגיל 16 ומעלה לכוחות המזוינים של מדינות, אך המדינה מחויבת לכוון אמצעי בטיחות כדי להבטיח בין השאר שכל גיוס כאמור הוא באמת ובתמים התנדבותי.³⁷ חרף מגבלות הגיל השונות שנקבעו

30. ראו בהקשר זה:

UN Security Council, *Resolution 1882 (2009) on children and armed conflict*, S/RES/1882 (2009), 4 August 2009, available at: <http://www.refworld.org/docid/4a7bdb432.html>.

31. טכנית, המשפט ההומניטרי הבינלאומי מבחין בהקשר זה בין סכסוך מזוין בינלאומי לבין סכסוך מזוין שאינו בינלאומי. בסכסוך מזוין שאינו בינלאומי (סעיף 4(ג)) לפרוטוקול הנוסף השני לאמנות ז'נבה משנת 1949 בדבר הגנה על קרבנות סכסוך מזוין שאינו בינלאומי (להלן "הפרוטוקול הנוסף השני"), האיסור נוגע לשימוש במסגרת פעולות איבה. בסכסוך מזוין בינלאומי (סעיף 77(2)) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה משנת 1949 בדבר הגנה על קרבנות סכסוך מזוין בינלאומי (להלן "הפרוטוקול הנוסף הראשון"), האיסור מוגבל להשתתפות ישירה בפעולות האיבה. האמנה בדבר זכויות הילד אימצה את הסטנדרט הצר יותר של "השתתפות ישירה בפעולות האיבה", ראו סעיף 38(2) לאמנה בדבר זכויות הילד.

32. סעיף 77(2) לפרוטוקול הנוסף הראשון; סעיף 4(3)(ג) לפרוטוקול הנוסף השני; סעיף 38(2) לאמנה בדבר זכויות הילד.

33. ראו סעיף 8(ב)(xxvi) וסעיף 8(ה)(vii) לחוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי, המונים כפשעי מלחמה "גיוס או חיול ילדים מתחת לגיל חמש עשרה לכוחות המזוינים הלאומיים או שימוש בהם להשתתפות פעילה במעשי איבה". ראו גם:

International Criminal Court ("ICC"), *Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, available at: <http://www.refworld.org/docid/4f69a2db2.html>; Special Court for Sierra Leone ("SCSL"), *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (the RUF accused) (Trial judgment)*, Case No. SCSL-04-15-T, 2 March 2009, available at: <http://www.refworld.org/docid/49b102762.html>, at para. 184.

בפסיקה שנזכרה זה עתה נקבע כי האיסור על גיוס כאמור הוא חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי. לדיון נוסף בשאלה מה מהווה פשע מלחמה של גיוס מתחת לגיל המותר ראו:

SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, SCSL-03-01-T, 18 May 2012, available at: <http://www.refworld.org/docid/50589aa92.html>.

34. סעיף 2 וסעיף 4 לפרוטוקול האופציונלי משנת 2000 לאמנה בדבר זכויות הילד העוסק במעורבות ילדים בסכסוכים מזוינים.

35. סעיף 3(א) לאמנה מס' 182 משנת 1999 של ארגון העבודה הבינלאומי בדבר הצורות החמורות ביותר של עבודת ילדים.

36. סעיף 1 וסעיף 4 לפרוטוקול האופציונלי משנת 2000 לאמנה בדבר זכויות הילד.

37. סעיף 3 לפרוטוקול האופציונלי משנת 2000 לאמנה בדבר זכויות הילד. ראו גם: נציבות האו"ם לפלילים, קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 8: בקשות מקלט של ילדים לפי סימן א' (א) (2) וסימן

במשפט הבינלאומי, יש להעריך את בקשות המקלט המבוססות על כך שהילד סירב לגיוס ו/או לשירות באמצעות חתירה לקבלת הגנה בינלאומית על סמך מגבלות הגיל באופן שיפעל לטובת מגיש הבקשה. כלים משפטיים אזוריים כוללים גם הם איסורים על גיוס והשתתפות ישירה של ילדים בפעולות איבה.³⁸

4. ניתוח מהותי

א. פחד מבוסס להיות נרדף

13. מה שעולה לכדי פחד מבוסס להיות נרדף תלוי בנסיבות המסוימות של כל מקרה ומקרה, לרבות הרקע של מגיש הבקשה, מאפייניו וניסיון חייו, כאשר שוקלים את כל אלה לאורו של מידע מעודכן מארץ מוצאו.³⁹ חשוב להביא בחשבון את ניסיון החיים האישי של מגיש הבקשה, כמרגם את ניסיון חייהם של אחרים במצב דומה, כיוון שיייתכן בהחלט שחוויות אלה יצביעו על סבירות מתקבלת על הדעת לכך שהפגיעה שממנה מגיש הבקשה מפחד תתמש במוקדם או במאוחר.⁴⁰ ראשית כול יש לשאול: מהו המצב הקשה (השלכות) הצפוי למגיש הבקשה אם הוא יחזור? שנית יש לשאול: האם מצב קשה זה (השלכות) מגיע לסף הרדיפה? רף ההוכחה הנדרש לשם קביעת הסיכון הוא סבירות מתקבלת על הדעת.⁴¹

14. ניתן להוכיח כי מתקיימת רדיפה אם חייו או חירותו של אדם מאוימים⁴² או אם נשקף לו סיכון להפרות חמורות אחרות של זכויות האדם שלו או לפגיעה קשה אחרת.⁴³ לצורך הדוגמה, ענישה לא מידתית או שרירותית בגין סירוב לבצע שירות צבאי מטעם המדינה או להיות מעורב בביצוע מעשים המנוגדים למשפט הבינלאומי – כמו תקופות מאסר מוגזמות או ענישה גופנית – תהיה בגדר צורה של רדיפה. זכויות אדם אחרות המונחות על כף המאזניים בבקשות כאלה

א' (1) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים, HCR/GIP/09/08, 22 בדצמבר 2009, (להלן "הקווים המנחים של הנציבות לבקשות מקלט של ילדים"), זמין בכתובת: <http://www.refworld.org/docid/4b2f4fed2.html>, פס' 22.

38. ראו סעיף 22(2) לצי'ארטר האפריקני משנת 1990 בדבר זכויות הילד ורווחתו וסעיף 12(3) לאמנה האיברו-אמריקנית משנת 2005 בדבר זכויותיהם של אנשים צעירים.

39. **מדריך הנציבות**, פס' 51-53, ראו הערת שוליים 1 לעיל.

40. **שם**, פס' 42-43; וכן **הקווים המנחים של הנציבות לבקשות המבוססות על דת**, פס' 14, ראו הערת שוליים 15 לעיל.

41. ראו:

UNHCR, *Note on the Burden and Standard of Proof*, 16 December 1998, ("*Note on the Burden and Standard of Proof*"), available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3338.html>, para. 10; UNHCR, *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, April 2001, ("*UNHCR Interpreting Article 1*"), available at: <http://www.refworld.org/docid/3b20a3914.html>, paras. 16-17.

42. סימן 33(1) לאמנה משנת 1951.

43. ראו: **מדריך הנציבות**, פס' 51-53, ראו הערת שוליים 1 לעיל. ראו גם: נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 7: תחולת סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים על קרבנות סחר בבני אדם ועל אנשים בסכנה להיסחר, HCR/GIP/06/07, 7 באפריל 2006, זמין בכתובת: <http://www.refworld.org/docid/443679fa4.html>, פס' 14, וכן **מדריך הנציבות**, פס' 54-55, ראו הערת שוליים 1 לעיל.

כוללות את הזכות לאי-אפליה ואת הזכות למשפט הוגן, וכן את האיסורים על עינויים ועל יחס לא אנושי, על עבודת כפייה ועל שעבוד/עבדות.⁴⁴

15. בעת שמעריכים את סכנת הרדיפה חשוב להביא בחשבון לא רק את ההשלכות הישירות של סירובו של אדם לבצע שירות צבאי (למשל העמדה לדין וענישה) אלא גם את כל ההשלכות השליליות העקיפות. השלכות שליליות עקיפות כאלה יכולות לנבוע מגורמים לא צבאיים ושלא מטעם המדינה, למשל אלימות גופנית, אפליה חמורה ו/או הטרדה מצד הקהילה. צורות אחרות של מעשי גמול עונשיים בגיל השתמטות משירות חובה או עריקה יכולות לבוא לידי ביטוי גם במצבים אחרים, כמו השעיית זכותו של אדם להחזיק קרקע בבעלותו, להירשם לבית ספר או לאוניברסיטה או לקבל שירותים סוציאליים.⁴⁵ ייתכן שסוגי פגיעה אלה יעלו לכדי רדיפה אם הם מספיק חמורים כשלעצמם או אם הצטברות של כמה פגיעות יחד תביא להגבלות קשות על ההנאה של מגיש הבקשה מזכויות אדם יסודיות כך שחיייו יהפכו לבלתי נסבלים.

16. בקשות הקשורות בשירות צבאי יכולות להופיע במצבים שונים. חלק זה מונה חמישה סוגים נפוצים של בקשות, אם כי ישנה חפיפה מסוימת ביניהם.

(i) סירוב מטעמי מצפון לשירות הצבאי של המדינה (סרבני מצפון מוחלטים או חלקיים)

17. בעת שמעריכים אילו סוגים של יחס יעלו לכדי רדיפה במקרים שבהם מגיש הבקשה הוא סרבן מצפון (ראו חלק 5 א' להלן על עניינים הנוגעים למהימנות וכנות אמונתו או אמונותיו של מגיש הבקשה), השאלה המרכזית היא האם חוקי המדינה הנוגעים לשירות הצבאי נותנים מענה מספק לסרבנות מצפונית באמצעות אחת משתי דרכים אלה: (i) פטור לסרבני מצפון משירות צבאי; (ii) שירות חלופי מתאים. כפי שצוין בחלק 3 לעיל, לגיטימי שמדינות ידרשו מאזרחים לבצע שירות צבאי או חלופי. אולם, כאשר דבר זה נעשה בדרך שאינה עולה בקנה אחד עם הסטנדרטים הקבועים במשפט הבינלאומי, ייתכן שהגיוס לשירות החובה יעלה לכדי רדיפה.

18. בארצות שבהן לא ניתן פטור ואף לא מוצע כאפשרות שירות חלופי, יש צורך בבחינה זהירה של השלכות הסירוב על מגיש הבקשה. רדיפה מוכחת למשל במקרים שבהם צפוי כי ייכפה על האדם לבצע שירות צבאי או להשתתף בפעולות איבה בניגוד לצו מצפוני או להסתכן בהעמדה לדין ובענישה לא מידתית ושרירותית בגין סירובו לשרת. יתר על כן, את סף הרדיפה עובר גם כל איום בהעמדה לדין וענישה כאמור, המפעיל לחץ על סרבני מצפון לזנוח את אמונותיהם, תוך הפרת זכותם לחופש המחשבה, המצפון או האמונה.⁴⁶

44. ראו למשל:

IACHR, "Fourth report on the situation of human rights in Guatemala", OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 16 rev., 1 June 1993, chap. V.

45. ראו למשל:

UNHCR, *Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea*, April 2009, available at: <http://www.refworld.org/docid/49de06122.html>, pages 13-14.

46. ראו:

UN Commission on Human Rights, *Civil and Political Rights, Including the Question of Torture and Detention: Report of the Working Group on Arbitrary Detention*,

19. אנשים ממדינות שאינן מציעות שירות חלופי אך ההשלכות היחידות של סירוב בהן הוא סיכון תיאורטי של שירות צבאי, משום שחובת הגיוס אינה נאכפת בפועל או כיוון שניתן להימנע ממנה באמצעות תשלום אגרה, אינם עוברים את הסף הדרוש להגנה.⁴⁷ בדומה לכך, במקרים שבהם משתמט משירות חובה זוכה לפטור מהשירות הצבאי או במקרים שבהם מוצע לעריקים שחרור בכבוד, סוגיית הרדיפה לא תעלה אלא אם יש גורמים אחרים המצדיקים זאת.

20. אף על פי כן, במקומות שבהם יש אפשרות לשירות חלופי אך טבעו של שירות זה והאופן שבו הוא מיושם עונשיים בשל סוגו או משכו הלא מידתי, ייתכן שיהיה מקום לטענה על רדיפה. לא די בהבדל באורך השירות החלופי כשלעצמו כדי לעבור את סף הרדיפה. אם למשל משך השירות החלופי מבוסס על קריטריונים אובייקטיביים סבירים כמו טבע השירות המסוים שבו מדובר או הצורך בהכשרה מיוחדת כדי לבצע את השירות, לא ניתן לראות בכך רדיפה.⁴⁸ אולם, יש לבצע בדיקות נוספות במקרים שבהם השירות החלופי אינו אלא אפשרות תיאורטית, למשל כיוון שהוראת החוק הנוגעת לעניין זה מעולם לא יושמה, כיוון שההליך המאפשר לבקש שירות חלופי הוא שרירותי ו/או לא מפורק או כיוון שההליך פתוח רק לחלק מהאנשים. במקרים שבהם מגיש הבקשה לא הסתייע בהליכים הקיימים, חשוב להבין את הטעמים שבעטיים לא עשה זאת. אם נמצא שטעמים אלה נוגעים לפחד מבוסס להיות נרדף בגין מתן ביטוי פומבי לאמונותיו, הרי שיש צורך להחשיב זאת כאחד הגורמים בניתוח הכולל.

(ii) סירוב לשירות צבאי במסגרת סכסוך המנוגד לכללי היסוד של התנהגות

אנושית

21. בקשות להכרה במעמד של פליט הנוגעות לשירות צבאי עשויות לבוא לידי ביטוי אף בהתנגדות (i) לסכסוך מזוין מסוים או (ii) לאמצעי הלוחמה ושיטות הלוחמה (התנהלותו של צד לסכסוך). ההתנגדות הראשונה נוגעת לשימוש בלתי חוקי בכוח (jus ad bellum) ואילו השנייה נוגעת לאמצעי הלוחמה ושיטות הלוחמה כפי שהוסדרו במשפט ההומניטרי הבינלאומי (jus in bello) כמרגם במשפט זכויות האדם הבינלאומי ובמשפט הפלילי הבינלאומי.⁴⁹ המכנה המשותף של התנגדויות אלה הוא שהן נוגעות לאילוצו של מגיש הבקשה להשתתף בפעולות במסגרת סכסוך שהוא סבור כי הן נוגדות את כללי היסוד של התנהגות אנושית.⁵⁰ התנגדויות

E/CN.4/2001/14, 20 December 2000, recommendation No. 2, available at:

<http://www.refworld.org/docid/3b00f54d18.html>, paras. 91-94.

47. אגרות מופרזות שנועדו להרתיע אנשים שהם סרבני מצפון באמת ובתמים מפני בחירה בשירות החלופי ואגרות הנחשבות לעונשיות ייחשבו למפלות וייתכן שהן יעברו, על בסיס מצטבר, את סף הרדיפה.

48. ראו את גישתה של ועדת זכויות האדם בתיק *Foin v. France*, ראו הערת שוליים 12 לעיל. בדומה לכך, ראו:

Richard Maille v. France, CCPR/C/69/D/689/1996, 31 July 2000, available at:

<http://www.refworld.org/docid/3f588efd3.html>, and *Venier v. France*, see note 12 above.

49. המונח jus ad bellum מציינ את האילוצים הקבועים במשפט הבינלאומי על השימוש בכוח, ואילו המונח jus in bello מסדיר את התנהלותם של צדדים לסכסוך מזוין. באופן מסורתי, זה האחרון נוגע למשפט ההומניטרי הבינלאומי, אך סטנדרטים רלוונטיים נמצאים גם בהוראות הרלוונטיות מתוך משפט זכויות האדם הבינלאומי והדין הפלילי הבינלאומי.

50. ראו **מדריך הנציבות**, פס' 170-171, ראו הערת שוליים 1 לעיל. בנוגע לפס' 171: "אולם, כאשר סוג הפעולה הצבאית, שהאדם אינו מעוניין להיות קשור אליה, מגונה על-ידי הקהילה הבינלאומית כמנוגד לכללי היסוד של התנהגות אנושית, העונש בגין עריקה או השתמטות מגיוס עשוי, נוכח כל הדרישות האחרות באמנה, להיחשב בעצמו לרדיפה". ברמה האזורית, ראו גם:

Council of the European Union, "Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or

כאלה עשויות להיות מבוטאות כהתנגדות המבוססת על מצפוננו של אדם, ומכאן שניתן להתמודד אתן כמקרה של "סרבנות מצפונית" (ראו (i) לעיל); אולם, לא תמיד זה המצב. אנשים יכולים למשל לסרב להשתתף בפעולות צבאיות משום שהם סבורים כי הדבר נדרש לשם הציות לקוד ההתנהגות הצבאי שלהם, וייתכן לחלופין שהם יסרבו להיות מעורבים בפעולות המהוות הפרות של המשפט ההומניטרי, של המשפט הפלילי או של משפט זכויות האדם הבינלאומיים.

22. הכרה בזכות לסרב מטעמים כאמור ולקבל מעמד של פליט עולה בקנה אחד עם ההיגיון העומד ביסודם של סעיפי ההדרה הקבועים באמנה משנת 1951. סימן א' (ו) (א) וסימן א' (ו) (ג) מדירים מהגנה אנשים שבנוגע אליהם יש סיבות רציניות לחשוב שהם ביצעו פשעים כלפי השלום, פשעי מלחמה או פשעים כלפי האנושות או האשמים במעשים הנוגדים את מטרות האו"ם ועקרונותיו, ונחשבים לפיכך לאנשים שאינם ראויים להגנה בינלאומית כפליטים. החובה המוטלת על אנשים מתוקף המשפט ההומניטרי הבינלאומי והמשפט הפלילי הבינלאומי להימנע ממעשים מסוימים בסכסוך מזוין מוצאת לה ביטוי בדיני הפליטים הבינלאומיים במקרה של אנשים שנשקפת להם סכנה להיענש בגין הפגנת האפוק המצופה מהם במשפט הבינלאומי (ראו פס' 14). בהקשר זה, חשוב לציין את היעדרה של הגנת מילוי הפקודות כאשר פקודות אלה בלתי חוקיות באופן גלוי.⁵¹

סירוב להשתתף בסכסוך מזוין לא חוקי

23. כשסכסוך מזוין נחשב ללא חוקי על-פי המשפט הבינלאומי (הפרה של *jus ad bellum*), אין צורך שלמגיש הבקשה תישקף סכנה כי ימיט על עצמו אחריות פלילית אישית אם ישתתף בסכסוך שבו מדובר, אלא די בכך שהוא יראה כי סירובו כנה וכי בשל סירובו נשקפת לו סכנת רדיפה. אחריות אישית לפשע תוקפנות מתעוררת על-פי המשפט הבינלאומי רק אצל אנשים שהיו בעמדת סמכות במדינה שבה מדובר.⁵² חיילים שהתגייסו לפני הסכסוך שבו מדובר או במהלכו יכולים גם הם לסרב להשתתף בו ככל שמתפתחים הידע שלהם על איחוקיות השימוש בכוח והשקפותיהם בנושא.

24. בעת שקובעים את חוקיותו של הסכסוך שבו מדובר, גינוי מצד הקהילה הבינלאומית הוא ראייה חזקה אם כי לא הכרחית לקביעה שהשימוש בכוח מפר את המשפט הבינלאומי. הצהרות כאלה לא מושמעות בכל מקרה, אפילו במקרים שבהם מעשה תוקפנות התרחש באופן אובייקטיבי. לפיכך, יש לקבוע איחוקיות בנוגע לשימוש בכוח באמצעות החלת הכללים המסדירים זאת על-פי המשפט הבינלאומי. הנורמות הנוגעות לעניין זה הן חובת המדינות להימנע

Stateless Persons as Refugees or as Persons who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted", OJ/L 304/12, 30 Sept. 2004, available at: <http://www.refworld.org/docid/4157e75e4.html>.

סעיף 9(2)(e) למסמך שנזכר זה עתה כולל כצורת ענישה: "העמדה לדין או ענישה בגין סירוב לבצע שירות צבאי בסכסוך, במקרים שבהם ביצוע השירות הצבאי יכול פשעים ומעשים הכלולים בסעיף ההדרה כפי שנקבעו בסעיף 12(2)".

⁵¹ ראו למשל סעיף 33 לחוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי, ראו הערת שוליים 33 לעיל.

⁵² ראו למשל:

International Criminal Court, Elements of Crimes, ICC-ASP/1/3 at 108, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000), Article 8 bis, available at: <http://www.refworld.org/docid/4ff5dd7d2.html>.

מהפעלת כוח או מאיום בהפעלתו על מדינות אחרות; הזכות להגנה פרטית או קיבוצית; והרשאה לשימוש בכוח בהתאם לסמכויות מועצת הביטחון של האו"ם לשמור על השלום והביטחון.⁵³

25. בדרך כלל, אם מוערך באופן אובייקטיבי כי הסכסוך אינו בגדר סכסוך מזוין לא חוקי לפי המשפט הבינלאומי, הבקשה למעמד של פליט תעלה חרס, אלא אם יש גורמים אחרים המצדיקים אותה. בדומה לכך, במקרים שבהם חוקיות הסכסוך המזוין טרם הוכרעה על-פי המשפט הבינלאומי, ניתן להעריך את הבקשה לפי (i) לעיל כמקרה של סרבנות מצפונית.

התנגדות לאמצעי הלוחמה ושיטות הלוחמה (התנהלות הצדדים)

26. כאשר סירובו של מגיש הבקשה נוגע לשיטות ולאמצעים שבהם נעשה שימוש במסגרת סכסוך מזוין (כלומר להתנהלות של אחד או יותר מהצדדים לסכסוך), צריך להעריך אם קיימת אפשרות סבירה שייכפה על אדם זה להשתתף במעשים המפרים את הסטנדרטים שנקבעו במשפט הבינלאומי. הסטנדרטים הרלוונטיים מצויים במשפט ההומניטרי הבינלאומי (jus in bello), במשפט הפלילי הבינלאומי כמרגם במשפט זכויות האדם הבינלאומי, בהתאם לענף המשפטי הרלוונטי.

27. פשעי מלחמה ופשעים כלפי האנושות הם הפרות חמורות שהמשפט הבינלאומי (המנהגי או ההסכמי) מטיל בגינן אחריות אישית ישירה. בעת שקובעים אילו סוגים של התנהלות בעת לוחמה או של שיטות לוחמה מהווים פשעים כלפי האנושות, חובה להביא בחשבון את ההתפתחויות בהבנת המרכיבים של פשעים כאלה.⁵⁴ זאת ועוד, כאשר מעריכים את סוגי המעשים שאת ביצועם עלולים לכפות על אדם במסגרת סכסוך מזוין, גם הפרות אחרות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי עשויות להיות רלוונטיות במצטבר. כמו כן, חשוב לזכור את הרלוונטיות של משפט זכויות האדם במצבי סכסוך מזוין בינלאומי או שאינו בינלאומי.

28. הקביעה אם קיימת אפשרות סבירה שייכפה על אדם לבצע מעשים המפרים את כללי היסוד של התנהגות אנושית או לשאת באחריות למעשים כאלה תהיה תלויה בדרך כלל בהערכה של ההתנהלות הכללית בסכסוך שבו מדובר. כך, יהיה זה רלוונטי לדעת באיזו מידה אירעו הפרות של כללי היסוד של התנהגות אנושית במסגרת סכסוך. אולם, הסוגיה הנדונה אינה הסכסוך כשלעצמו אלא הסכנה שייכפה על האדם להיות מעורב במעשה או מעשים כאלה, ולכן חובה לבחון את נסיבותיו האישיות של מגיש הבקשה ולהביא בחשבון את התפקיד שהוא עתיד למלא.

53. ראו סעיף 2(4), סעיף 51 וסעיף 42 בהתאמה למגילת האו"ם. ראו גם:
UN General Assembly, *Non-interference in the internal affairs of States*,
A/RES/34/101, 14 December 1979, available at: <http://www.refworld.org/docid/3b00f01740.html>.

54. לסקירה בנושא, ראו:
UNHCR's *Background Note on Exclusion*, 4 September 2003, available at:
<http://www.refworld.org/docid/3f5857d24.html>, paras. 30-32.

פשעי מלחמה בהקשר של סכסוך מזוין בינלאומי כוללים לדוגמה הרג מכוון של אזרחים, של חיילים שיצאו ממעגל הלחימה או של שבויי מלחמה; עינויים; הריגה או פציעה בוגדניות של אנשים המשתייכים לצבא האויב; התקפה מכוונת על אוכלוסייה אזרחית; אונס; גיוס ילדים מתחת לגיל 15 לכוחות המזוינים או שימוש בהם להשתתפות פעילה במעשי איבה; ושימוש בכלי נשק רעילים. במסגרת סכסוך מזוין שאינו בינלאומי, פשעי מלחמה כוללים התקפה מכוונת על אזרחים; הריגה או פציעה של לוחם כוח עוין בדרכים בוגדניות; אונס, גיוס ילדים מתחת לגיל 15 לכוחות המזוינים או לארגונים חמושים או שימוש בהם להשתתפות פעילה במעשי איבה.

29. אם סביר שמגיש הבקשה יוצב בתפקיד המוציא מכלל אפשרות חשיפה לסכנה של השתתפות במעשה או במעשים הנדונים – למשל, תפקיד לא קרבי כגון טבח או תפקיד של תמיכה לוגיסטית או טכנית בלבד – אזי אין זה סביר שללא גורמים נוספים יהיה מקום לטענה על רדיפה. גורמים נוספים יכולים להיות למשל הקשר בין תפקיד התמיכה הלוגיסטית או הטכנית של מגיש הבקשה לבין הסבירות (או התרומה) לביצוע פשעים תוך הפרה של המשפט ההומניטרי או המשפט הפלילי הבינלאומיים. יתר על כן, הסיבות שבגינן מגיש הבקשה מסרב עשויות להספיק כדי שהוא ייחשב לסרבן מצפון ללא קשר למידת הסבירות או חוסר הסבירות שיבוצעו פשעים הקשורים לפעילויותיו (ראו (i) לעיל).

30. בניגוד לכך, כשיש אפשרות סבירה שאדם לא יוכל להימנע מהצבה בתפקיד קרבי שיחשוף אותו לסכנה של ביצוע מעשים בלתי חוקיים, הפחד שלו מפני רדיפה ייחשב כמבוסס (ראו פס' 14). במקרים מסוימים, הסכסוך הרלוונטי עשוי להיות כזה שאינו מתאפיין ככלל בהפרת המשפט הבינלאומי. עם זאת, האדם הנוגע בדבר עשוי להיות חבר ביחידה שמשמעותה הייחודית משמעותן שהיא תהיה מעורבת באופן ספציפי בהפרת כללי היסוד של התנהגות אנושית או שסביר יותר שהיא תהיה מעורבת בהפרה כזאת. בנסיבות כאלה עלולה להיות אפשרות סבירה שהאדם הנוגע בדבר יאלץ לבצע למשל פשעי מלחמה או פשעים כלפי האנושות. כאשר ישנן אפשרויות לשחרור משירות צבאי, להצבה מחדש (לרבות לשירות חלופי) או לסעד יעיל נגד הממונים על האדם או הצבא, אשר ייבחן בצורה הוגנת וללא ענישה, אין מקום לטענה על רדיפה, אלא אם יש גורמים אחרים המצדיקים זאת.⁵⁵

(iii) תנאי השירות בצבא המדינה

31. במקרים הקשורים לתנאים במסגרת הכוחות המזוינים של המדינה, כאשר הסיבה היחידה של אדם לערוק או להשתמט מגיוס היא העובדה שאינו אוהב את השירות הצבאי או שהוא מפחד מפני הקרב, ברור שאין הוא בגדר פליט. אולם, כאשר תנאי השירות בצבא המדינה הם כה קשים עד שהם עולים לכדי רדיפה, עשוי להתעורר צורך בהגנה בינלאומית.⁵⁶ זה יהיה המצב, למשל,

55. ראו למשל:

Analytical report on conscientious objection to military service: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, see note 4 above.

המסמך עוסק בנוהג הקיים במדינות מסוימות להתיר לחיילים שהתגייסו בהתנדבות לעבור ליחידה אחרת, לא קרבית, במקרה שהם פיתחו התנגדות מטעמי מצפון לסכסוך מסוים או לנשיאת נשק ככלל; פס' 26-27. עם זאת, ייתכן שאפשרות כזאת לא תעמוד לרשותו של אדם שהתנגדותו לסכסוך מסוים אינה מבוססת על טעמי מצפון.

56. ראו למשל:

Yasin Sepet, Erdem Bulbul v. Secretary of State for the Home Department, C/2777; C/2000/2794, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 11 May 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ffbcbo24.html>, para. 61.

ראו גם:

UN Working Group on Arbitrary Detention, Opinion No. 24/2003 (Israel),

E/CN.4/2005/6/Add.1, 19 November 2004, available at: <http://www.refworld.org/docid/470b77b10.html>.

בדומה לכך, ראו את הערה כללית 32 של ועדת זכויות האדם:

HRC, General Comment No. 32: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial (Article 14), 23 August 2007, available at: <http://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html>.

בהערה זו נאמר כי "ענישה חוזרת של סרבני מצפון בגין סירובם לציית להוראה מחודשת לשרת בצבא עלולה לעלות לכדי ענישה בגין אותו פשע אם סירוב נוסף כזה מבוסס על אותה נחישות מתמדת, המעוגנת בטעמי מצפון", פס' 55; ראו גם:

כשתנאי השירות הצבאי עולים לכדי עינויים או יחס אכזרי או בלתי אנושי אחר,⁵⁷ מפרים את הזכות לביטחון אישי⁵⁸ ולשלמות הגוף,⁵⁹ או כוללים עבודת כפייה או עבודת חובה,⁶⁰ או צורות של עבודות או שעבוד (לרבות עבודת מינית).⁶¹

32. מקרים כאלה עשויים באופן מיוחד להיות כרוכים באפליה מטעמי השתייכות אתנית או מגדר. כאשר ההתעללות שממנה מפחד מגיש הבקשה נעשית בידי אנשי צבא במסגרת הכוחות המזוינים של המדינה, נחוץ להעריך האם דפוסי התנהלות אלה הם מערכתיים ו/או זוכים בפועל לאישור המדרג הצבאי, נסבלים עלידיו או מתקבלים עלידיו בסלחנות. יש לקיים הערכה באשר לזמינותו של סעד נגד התעללות כזאת.

33. עלפי המשפט הבינלאומי, האיסור על "עבודת כפייה או עבודת חובה"⁶² אינו כולל שירות צבאי או שירות חלופי. עם זאת, כאשר ניתן להוכיח כי שירות חובה צבאי משמש כדי לכפות על מגויסים לבצע עבודות ציבוריות וכי עבודות אלה אינן בעלות "אופי צבאי טהור" או שאינן נדרשות בשל מצב חירום, ואינן מהוות צורך חיוני עבור ההגנה הלאומית או חובה אזרחית רגילה, עבודה כזאת מהווה עבודת כפייה.⁶³ עלפי ארגון העבודה הבינלאומי, התנאי של "אופי צבאי טהור" נועד ספציפית למנוע את זימונם של מגויסים לעבודות ציבוריות.⁶⁴ עם זאת, במצבי חירום, העלולים לסכן את עצם קיומה של המדינה או את רווחת האוכלוסייה כולה או חלק ממנה, ניתן לזמן מגויסים לבצע עבודות לא צבאיות. משך השירות הכפוי והיקפו, כמרגם המטרות שלשמן משתמשים בו, צריכים להיות מוגבלים למה שנחוץ לחלוטין במצב הנתון.⁶⁵ שימוש במגויס

UN Commission on Human Rights, Resolution 98/77, para. 5, see note 5 above.

בהמשך לקביעתה של ועדת האו"ם לזכויות האדם בנוגע לסעיף 18 והזכות לסירוב מצפוני בתוך *Yoon and Choi v. Republic of Korea* (ראו הערת שוליים 15 לעיל), קבוצת העבודה של האו"ם בנושא מעצר שירותי קבעה כי מאסר של סרבן מצפון בגין סירוב לבצע שירות צבאי מהווה מעצר שירותי כיוון שזוהי הפרה של הזכויות המעוגנות בסעיף 18 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות כמו גם של סעיף 9 לאמנה זו:

Opinion No. 16/2008 (Turkey), A/HRC/10/21/Add.1, 4 February 2009, available at:

<http://www.refworld.org/docid/5062b12e2.html>.

ראו גם קביעת בית המשפט האירופי לזכויות האדם כי ההשפעה המצטברת של העמדה לדין וענישה חוזרות ונשנות של סרבני מצפון בגין עריקה היא בגדר "מוות אזרחי" שלהם העולה לכדי יחס משפיל המפר את סעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות האדם. ראו:

Ülke v. Turkey, Application No. 39437/98, 24 January 2006, available at:

<http://www.refworld.org/docid/4964bd752.html>, as well as *Savda c. Turquie*, note 13 above and

Tarhan c. Turquie, note 21 above, and *Feti Demirtaş c. Turquie*, see note 7 above

57. ראו סעיף 7 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

58. ראו סעיף 9 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

59. לפרשנות בעניין זה ראו סעיפים 7, 9 ו-17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

60. ראו סעיף 8(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות וסעיף 1(ב) לאמנת ארגון העבודה הבינלאומי בדבר חיסול עבודת כפייה (מס' 105) משנת 1957.

61. לפרשנות ראו סעיף 8(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות וסעיף 6 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורתיה.

62. ראו סעיף 8 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

63. אמנת ארגון העבודה הבינלאומי בדבר עבודת כפייה ועבודת חובה (מס' 29) משנת 1930. ראו גם:

IACHR, "Fourth report on the situation of human rights in Guatemala",

OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 16 rev., 1 June 1993, chap. V.

64. מאיסור זה נובעת במישרין ההוראה המופיעה בסעיף 1(ב) לאמנת ארגון העבודה הבינלאומי בדבר חיסול עבודת כפייה (מס' 105) משנת 1957, האוסר על השימוש בעבודת כפייה או עבודת חובה "כשיטה לגיוס ולניצול של כוח עבודה למטרת פיתוח כלכלי".

65. ILO, Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR), CEACR: Individual Direct Request concerning Forced Labour Convention, 1930 (No. 29) Eritrea (ratification: 2000), 2010.

למטרות רווח באמצעות ניצולו (לדוגמה עבדות, עבדות מינית, פרקטיקות הדומות לעבדות ושעבוד) אסור על-פי המשפט הבינלאומי ומוגדר כפשע פלילי בחוקיהן של יותר ויותר מדינות.

34. כמו במקרה של בקשות אחרות למעמד של פליט שפורטו לעיל בחלקים (i)-(iii), אם יש למגיש הבקשה אפשרות להשתחרר, להיות מוצב מחדש (לרבות בשירות חלופי מתאים) ו/או לקבל סעד יעיל, שלא יגרור ענישה, אין מקום לטענה על רדיפה, אלא אם יש גורמים אחרים המצדיקים זאת.

(iv) גיוס בכפייה ו/או תנאי שירות בארגונים חמושים שאינם מדינה

35. ככל שהדבר נוגע לגיוס בכפייה לארגונים חמושים שאינם מדינה, אנו מזכירים כי ארגונים כאלה אינם רשאים לגייס בכפייה או בכוח.⁶⁶ אדם החותר לקבל הגנה בינלאומית בחו"ל בשל פחד מפני גיוס בכפייה או גיוס מחדש בכפייה בידי ארגונים חמושים שאינם מדינה עשוי להיות זכאי למעמד של פליט בתנאי שהוכחו היסודות האחרים בהגדרת הפליט, ובייחוד הטענה שהמדינה אינה מסוגלת או אינה מוכנה להגן על אדם זה מפני גיוס כזה (ראו פס' 42-44 ופס' 60-61 להלן). בדומה לכך, גיוס בכפייה בידי ארגונים שאינם מדינה כדי לבצע עבודות לא צבאיות עלול לעלות בין היתר לכדי עבודת כפייה, עבדות ו/או שעבוד והוא מהווה רדיפה.⁶⁷

36. כאשר עלולים להיכפות על מגיש הבקשה תנאי שירות הכרוכים בהפרה חמורה של המשפט ההומניטרי הבינלאומי או של המשפט הפלילי הבינלאומי,⁶⁸ בהפרה חמורה של זכויות האדם או בפגיעה חמורה אחרת, יש מקום לטענה על רדיפה.⁶⁹

(v) גיוס בלתי חוקי של ילדים

37. במקרים שבהם נשקפת לילדים סכנה של גיוס ושירות בכפייה מתעוררים חששות לגבי צורכי הגנה מיוחדים.⁷⁰ הדבר נכון גם במקרה של ילדים אשר "התנדבו" לפעילות צבאית בכוחות המזוינים של המדינה או של ארגונים חמושים שאינם מדינה. בשל פגיעותם של ילדים ואי-בגרותם, הסכנה שייכפה עליהם להתגייס ולציית לכוחות המזוינים של המדינה או של ארגון חמוש שאינו מדינה גדולה במיוחד; יש להביא זאת בחשבון.

66. ראו פס' 7 לעיל.

67. ראו סעיף 8(3) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, סעיף 1(ב) לאמנת ארגון העבודה הבינלאומי בדבר חיסול עבודת כפייה (מס' 105) משנת 1957; סעיף 8(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; וסעיף 6 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורתיה.

68. ראו סעיף 3 המשותף לארבע אמנות ז'נבה משנת 1949; סעיף 8 לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי (תוקן לאחרונה בשנת 2010), 17 ביולי 1998, זמין בכתובת:

<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a84.html>

69. לדוגמה עינויים או יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (ראו סעיף 7 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות), הפרות של הזכות לביטחון אישי (ראו סעיף 9 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות) ושלמות הגוף (לפרשנות בעניין זה ראו סעיפים 7, 9 ו-17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות), עבודת כפייה או עבודת חובה (ראו סעיף 8(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות) וסעיף 1(ב) לאמנת ארגון העבודה הבינלאומי בדבר חיסול עבודת כפייה (מס' 105) משנת 1957), או צורות של עבודות (לרבות עבודות מינית, ראו סעיף 8(1) וסעיף 6 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורתיה).

70. הקווים המנחים של הנציבות לבקשות מקלט של ילדים, ראו הערת שוליים 37 לעיל.

38. כמתואר בפרק 3 ג' לעיל, ישנן הגבלות חשובות החלות על גיוס ילדים ועל השתתפותם במעשי איבה על-פי משפט זכויות האדם הבינלאומי והמשפט ההומניטרי הבינלאומי, בין אם הדבר נעשה בהקשר של סכסוך מזוין בינלאומי ובין אם בהקשר של סכסוך מזוין שאינו בינלאומי, והן חלות הן על כוחות מזוינים של מדינה והן על ארגונים חמושים שאינם מדינה.⁷¹ יש להגן על ילדים מפני הפרות כאלה; לילד המשתמט מגיוס בכפייה או מנסה לחמוק מהעמדה לדין ו/או מענישה או מצורות אחרות של מעשי תגמול בגין עריקה יש ככלל פחד מבוסס מפני רדיפה מעצם היותו ילד.

39. עשויים להיות מקרים שבהם ילדים "מתנדבים" בשל לחץ המופעל עליהם או נשלחים להילחם בידי הוריהם או קהילותיהם. גם מקרים כאלה עשויים להוות בסיס למעמד של פליט. שאלת המפתח היא מידת הסבירות שהילד יגויס ו/או שייכפה עליו להילחם, ויש להעריך זאת על סמך מידע מדויק מארץ המוצא, ולהביא בחשבון את מאפייניו של הילד ואת התנסויותיו בעבר, כמרגם התנסויות של ילדים במצבים דומים. חשוב לציין כי בבקשות למעמד של פליט הנוגעות להפרה של ההגבלות על גיוס ילדים ועל השתתפותם במעשי איבה, אין שום דרישה נוספת לבחון את הסרבנות המצפונית.

40. עשוי להיות מקום לטענה על רדיפה גם בגין אופי היחס שלו יזכה הילד בעוד הוא משרת בצבא או בארגון חמוש. בהקשר זה, חשוב לציין כי בנוסף להשתתפות פעילה במעשי האיבה, ילדים משמשים גם מרגלים, שליחים, סבלים, משרתים, עבדים (לרבות עבדי מין) ו/או להנחת מוקשים או לשלייתם. יהיה התפקיד שממלא הילד אשר יהיה, הוא עלול להיחשף לצורות חמורות או מרובות של פגיעה, לרבות העמדתו במצב שבו יהיה עד לפשעים אכזריים.⁷²

41. עשוי להיות מקום לטענה על רדיפה גם כאשר קיימת סכנה להתעללות עם החזרה לארץ המוצא, למשל בגלל מעורבותו של הילד בעבר בפעילות הכוחות המזוינים של המדינה או בפעילות ארגונים חמושים שאינם מדינה, בין אם כחייל/לוחם ובין אם בתפקיד אחר. ילדים כאלה עלולים להיחשב ל"אויב" בידי המדינה או ארגון חמוש שאינו מדינה, ועקב כך להיות נתונים בסכנה למעשה תגמול, לרבות התקפות פיזיות, או לנידוי מצד הקהילה במידה כזו שחיייהם יהיו בלתי נסבלים. בכל המקרים הללו, יש להקדיש תשומת לב מיוחדת לפגיעותם המיוחדת של ילדים המגישים בקשות למעמד של פליט ולעקרון טובת הילד.⁷³

סוכני רדיפה

42. הגדרת הפליט רחבה דיה כדי להכיר הן בסוכני רדיפה מטעם המדינה והן בסוכני רדיפה שאינם מטעם המדינה. במדינות שמתחוללת בהן מלחמת אזרחים או ששוררים בהן אלימות כללית, התקוממות, או מצבים של התפוררות המדינה, האיום בגיוס בכפייה עולה לעתים מזומנות מצד ארגונים חמושים שאינם מדינות. מצב כזה עשוי להתקיים עקב אבדן השליטה של המדינה בחלקים משטחה. לחלופין, המדינה עשויה להסמיך את פעילויותיהם של ארגונים חמושים שאינם

71. ראו באופן כללי:

UN Committee on the Rights of the Child, CRC General Comment No. 6: Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin, CRC/GC/2005/6, 1 September 2005, available at: <http://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>, para. 59 (להלן "הערה כללית מס' 6 של הוועדה לזכויות הילד").

72. ראו הערת שוליים 69 לעיל; ראו גם **הקווים המנחים של הנציבות לבקשות מקלט של ילדים**, פ' 9, 23, ראו הערת שוליים 37 לעיל.

73. **הקווים המנחים של הנציבות לבקשות מקלט של ילדים**, פ' 4 ו-5, ראו הערת שוליים 37 לעיל; וכן הערה כללית מס' 6 של הוועדה לזכויות הילד, ראו הערת שוליים 71 לעיל.

מדינה (למשל יחידות צבאיות למחצה או ארגוני ביטחון פרטיים) להנחות אותן, לשלוט בהן או לגלות כלפיהן סובלנות. חפיפת האינטרסים בין המדינה לבין ארגון חמוש שאינו מדינה העוסק בגיוס בכפייה לא תהיה תמיד ברורה. גורמים אחרים שאינם המדינה עלולים גם הם לבצע מעשי רדיפה בצורות אחרות, שאינן גיוס בכפייה, למשל באמצעות אלימות ואפליה שמפעילים בני משפחה ושכנים נגד מי שהיו ילדים חיילים ונתפסים כמי שסייעו לאויב.

43. בכל המקרים הנוגעים לפגיעה בידי ארגונים חמושים שאינם מדינה וגורמים אחרים שאינם המדינה, חיוני לבחון את המידה שבה המדינה יכולה ו/או מוכנה להעניק הגנה מפני פגיעה כזאת.

44. במקרים שבהם הבקשה למעמד של פליט מבוססת על הסכנה כי ייכפה על אדם לבצע מעשים המפרים כללי יסוד של התנהגות אנושית, חיוני לבחון את המידה שבה הפרות כאלה מתבצעות, כמרגם את יכולתן ו/או נכונותן של הרשויות, ובייחוד רשויות הצבא, למנוע הפרות עתידיות. הפרות מבודדות של *jus in bello* הנחקרות ביעילות ומטופלות על-ידי רשויות הצבא ילמדו על הגנה זמינה ויעילה מצד המדינה. תגובות בעלות אופי כזה של המדינה יכללו נקיטת צעדים נגד האחראים וכן נקיטת אמצעים למניעת הישנות ההפרות.

45. ביחס להתעללות מצד חיילים אחרים, כגון מעשי בריונות או טקסי חניכה משפילים, חיוני לקבוע אם מעשים כאלה נסבלים על-ידי רשויות הצבא ואם יש בנמצא שיטות סעד יעילות באמצעות המערכת הצבאית או מנגנונים אחרים במערכות המדינה.

חנינות

46. כאשר סכסוך בא על סיומו, מדינה עשויה להציע חנינה לאנשים שהשתמטו משירות צבאי, ובייחוד לסרבני מצפון. יזמות כאלה עשויות להבטיח חסינות מפני העמדה לדין או להציע הכרה רשמית במעמדם של סרבני מצפון, ובכך להסיר את סכנת הפגיעה הקשורה להעמדה לדין כזאת או לענישה. עם זאת, השפעתה של חנינה על הפחד של אדם מפני רדיפה מחייבת הערכה זהירה. ייתכן שחנינות לא יחולו על כל העריקים ומשתמטי הגיוס. בנוסף, חיוני לבחון אם הגנה כזאת יעילה בפועל; האם האדם עשוי להידרש בכל זאת להתגייס לכוחות המזוינים; האם הוא עשוי להיחשף לצורות אחרות של רדיפה, מלבד החבות הפלילית שבוטלה על-ידי החנינה; ו/או האם נשקפת לאדם סכנה לפגיעה מצד גורמים שאינם המדינה – לרבות ארגונים בקהילה, למשל מכיוון שהוא נחשב לבוגד – ללא קשר לחקיקה שאימצה המדינה. באופן מיוחד, אנשים שהיו עדים לביצוע פשעי מלחמה או מעשים חמורים אחרים וערקו עקב כך, עשויים להיות מסוגלים להוכיח פחד מבוסס מפני רדיפה בנסיבות מסוימות, למשל אם הם נדרשים לשמש עדים בהליכים פליליים עם חזרתם, דבר שיחשוף אותם לפגיעה חמורה.

ב. הטעמים שנקבעו באמנה

47. כמו במקרה של כל בקשה למעמד של פליט, הפחד המבוסס מפני רדיפה צריך להיות קשור לאחד או יותר מהטעמים המופיעים בהגדרת הפליט בסימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951; כלומר, הוא חייב להיות "מטעמי" גזע, דת, אזרחות ("nationality", כלומר גם "לאום"), או השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת. די בכך שהטעם הקבוע באמנה יהיה גורם התורם לפחד המבוסס מפני רדיפה; אין צורך להוכיח כי הוא הגורם העיקרי או אפילו הגורם

היחיד. זאת ועוד, אחד או יותר מהטעמים הקבועים באמנה עשוי להיות רלוונטי; הטעמים אינם שוללים זה את זה, ועשויה להיות ביניהם חפיפה.

48. הכוונה או המניע של הרודף עשויים להיות גורם רלוונטי לצורך הוכחת הקשר הסיבתי בין הפחד מפני רדיפה לבין טעם הקבוע באמנה, אך אין זו דרישה נחרצת, וזאת במידה לא מעטה משום שלעתים מזומנות קשה להוכיחם.⁷⁴ כדי להוכיח את הקשר הסיבתי אין צורך להראות שלרודף יש כוונה להעניש; ההתמקדות היא דווקא בסיבות למצוקתו של מגיש הבקשה ובדרך שבה שהוא עלול לחוות את הפגיעה. גם כאשר אדם זוכה לאותו יחס שלו זוכה רוב האוכלוסייה, הדבר אינו מוציא מכלל אפשרות את קיומה של רדיפה מטעמים הקבועים באמנה. בדומה לכך, אם הרודף מייחס למגיש הבקשה או טופל עליו טעם הקבוע באמנה, די בכך כדי לענות על דרישות הקשר הסיבתי. במקרים שבהם הרודף הוא גורם חמוש שאינו מדינה, הקשר הסיבתי מוכח בין אם הרודף פוגע במגיש הבקשה מטעם הקשור באמנה ובין אם המדינה אינה מספקת לו הגנה מסיבה הקשורה באמנה.⁷⁵

דת

49. הטעם של דת אינו מוגבל למערכות אמונה ("תיאיסטיות, לא תיאאיסטיות, ואתאיסטיות"),⁷⁶ אלא כולל גם רעיונות הנוגעים לזהות או לדרך חיים.⁷⁷ הוא מתחבר לסעיף 18 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות וכולל התייחסות רחבה יותר למחשבה ולמצפון, לרבות השקפות מוסריות, אתיות, הומניטריות ואחרות. לפיכך, הטעם של דת רלוונטי במיוחד במקרים של סרבנות מצפונית, לרבות אלה הבאים לידי ביטוי בהשתמטות מגיוס או בעריקה, כפי שמוסבר בחלק 3 ב'. ביחס לבקשות למעמד של פליט מצד סרבני מצפון, **מדריך הנציבות קובע כי:**

סירוב לבצע שירות צבאי עשוי להתבסס גם על אמונות דתיות. אם מגיש הבקשה מסוגל להוכיח כי אמונותיו הדתיות הן כנות, וכי הרשויות בארצו אינן מביאות אמונות כאלה בחשבון בעת שהן מחייבות אותו לבצע שירות צבאי, הוא עשוי להיות יכול לבסס בקשה למעמד של פליט. בקשה כזו תיתמך כמובן בראיות נוספות המצביעות על כך שהמבקש או משפחתו נתקלו בקשיים בגין אמונותיהם הדתיות.⁷⁸

50. הטעם של דת עשוי להיות רלוונטי גם במקרים המבוססים על שירות צבאי שלא במצבים של סרבנות מצפונית. מגויסים עשויים להיות מוחזקים במעצר, נתונים להתעללות (כגון מכות או לחץ פסיכולוגי רב) ולאפליה חמורה בגין אמונותיהם הדתיות, זהותם או מנהגיהם. הם עשויים גם להיות נתונים ללחץ שנועד לגרום להם להתנכר לאמונותיהם ולהמיר את דתם.

74. **מדריך הנציבות**, 09'66, ראו הערת שוליים 1 לעיל.

75. ראו קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 2: "השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים" בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים, HCR/GIP/02/02, 7 במאי 2002 ("הקווים המנחים של הנציבות בדבר קיבוץ חברתי"), זמין בכתובת: <http://www.refworld.org/docid/3d36f23f4.html>, 09'23.

76. הקווים המנחים של הנציבות לבקשות המבוססות על דת, 09'66, ראו הערת שוליים 15 לעיל.

77. שם, 09'4'81.

78. **מדריך הנציבות**, 09'172, ראו הערת שוליים 1 לעיל.

השקפה פוליטית

51. הטעם של השקפה פוליטית רחב יותר מאשר זיהוי עם תנועה פוליטית או אידיאולוגיה ספציפיות; הוא נוגע ל"כל דעה על כל עניין שבו יכול להיות מעורב מנגנון המדינה, הממשלה, החברה או המדיניות"⁷⁹. יתר על כן, הוא חל הן על החזקה בהשקפה פוליטית בפועל ועל ביטוייה, והן על ניטרליות פוליטית כמרגם על מקרים שבהם טופלים השקפה פוליטית על מגיש הבקשה, אפילו אינו מחזיק בה.⁸⁰ המקרה האחרון עשוי להתרחש כאשר המדינה או ארגון חמוש שאינו מדינה מייחסים לאדם השקפה פוליטית מסוימת.

52. מקרים הנוגעים לסירוב לבצע שירות צבאי עשויים להיות מוכרעים על סמך הקשר שלהם לטעם ההשקפה הפוליטית הקבוע באמנה משנת 1951. בכפוף לעובדות, ניתן לבחון סירוב לשרת בצבא – ובייחוד סירוב המבוסס על השקפה שלפיה הסכסוך מפר כללי יסוד של התנהגות אנושית, (ראו חלק 4 א' ii לעיל) – דרך העדשה של השקפה פוליטית אמתית או מיוחסת. ביחס למקרה האחרון, הרשויות עשויות לפרש את סירובו של האדם להשתתף בסכסוך או במעשה או מעשים כביטוי של אי-הסכמה עם מדיניותן. הצעד של עריקה או השתמטות עשוי כשלעצמו לבטא השקפות פוליטיות או להיתפס כמבטא השקפות כאלה.

53. הטעם של השקפה פוליטית עשוי להיות רלוונטי גם בנסיבות אחרות. למשל, בקשה למעמד של פליט מצד חייל שנודע לו על פעילות פלילית שהוא מתנגד לה המבוצעת בידי אנשי צבא או נסבלת על-ידיהם בהקשר של סכסוך, כגון מכירה אסורה של נשק, סחיטת אזרחים או סחר בסמים או בבני אדם, ואשר מפחד מפני מרדיפה עקב התנגדותו לפעילויות כאלה, עשויה להיבחן בהתאם לטעם של השקפה פוליטית. בין אם החייל הוא "חושף שחיתויות" ובין אם לאו, ניסיונותיו להימלט מהשירות הצבאי עשויים להיתפס בידי הרשויות כראיות להתנגדות פוליטית. סירוב לגיוס על-ידי ארגונים חמושים שאינם מדינה עשוי גם הוא להיות ביטוי להתנגדות פוליטית.

54. השקפה פוליטית עשויה להיות הטעם שיחול גם ביחס לבני משפחה של סרבן מצפון, משתמט מגיוס או עריק המזוהה על-ידי המדינה או ארגון חמוש שאינו המדינה כמי שנאמן למטרה פוליטית ספציפית. במקרים כאלה, הרדיפה עשויה להיות קשורה להשקפה פוליטית המיוחסת למגיש הבקשה, על סמך ההנחה שמי מבני משפחתו מחזיק בעמדות דומות לאלה שיוחסו לסרבן המצפון, למשתמט מגיוס או לעריק. הטעם הרלוונטי במקרים כאלה עשוי גם להיות "משפחה" כקבוצה חברתית (ראו פס' 56 להלן).

79. קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 1: רדיפה הקשורה במגדר בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים, HCR/GIP/02/01, 7 במאי 2002 ("הקווים המנחים של הנציבות בדבר רדיפה הקשורה במגדר"), זמין בכתובת: <http://www.refworld.org/docid/3d36f1c64.html>, 09 '03.

80. ראו: UNHCR, Secretary of State for the Home Department (Appellant) v. RT (Zimbabwe), SM (Zimbabwe) and AM (Zimbabwe) (Respondents) and the United Nations High Commissioner for Refugees (Intervener) - Case for the Intervener, 25 May 2012, available at: <http://www.refworld.org/docid/4fc369022.html>, para. 8.

גזע או אזרחות

55. גזע ואזרחות ("nationality" בלשון האמנה משנת 1959, כלומר גם "לאום"), במובן של זהות אתנית, הם לעתים קרובות גורמים רלוונטיים במקרים הקשורים לשירות צבאי. פחד מבוסס מפני רדיפה עשוי להיות מבוסס ישירות על גזעו של מגיש הבקשה, למשל כשמגויסים מקבוצה גזעית מסוימת נתקלים בתנאים קשים יותר מאשר מגויסים אחרים, או כשהם היחידים הנדרשים בפועל להתגייס. בדומה לכך, ילדים עשויים להיות מגויסים בכפייה כיוון שהם משתייכים לקבוצה אתנית מסוימת שצעד זה כוון אליה. מקרים המבוססים על תנאי השירות הצבאי ועולים לכדי רדיפה עשויים גם הם להיות קשורים לאפליה מטעמי גזע ו/או זהות אתנית, וניתן לבסס אותם על טעם זה.

השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים

56. האמנה משנת 1951 אינה כוללת רשימה ספציפית של קיבוצים חברתיים. תחת זאת, "יש לקרוא את המונח השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים באופן מתפתח, פתוח לטבע המגוון והמשתנה של קבוצות בחברות שונות ולנורמות הבינלאומיות המתפתחות בתחום זכויות האדם".⁸¹ וכך מגדירה נציבות האו"ם לפליטים "קיבוץ חברתי מסוים":

קיבוץ חברתי מסוים הוא קבוצת בני אדם החולקים ביניהם מאפיין משותף, מלבד הסכנה כי יירדפו, או בני אדם הנתפסים כקבוצה על-ידי החברה. לעתים קרובות, המאפיין יהיה מולד, בלתי ניתן לשינוי או כזה המהותי באופן אחר לזהות, למצפון או למימוש זכויות האדם של הפרט.⁸²

57. בהגדרה זו משתקפות שתי גישות לזיהוי "קיבוצים חברתיים מסוימים" – גישת "המאפיינים המוגנים" וגישת "התפיסה החברתית" – והן בגדר מבחנים חלופיים שאינם מצטברים. גישת "המאפיינים המוגנים" בוחנת אם קבוצה נתונה מאוחדת במאפיין בלתי משתנה או במאפיין שהנו כה מהותי לכבוד האדם עד שאין לאלץ איש לוותר עליו. מאפיין בלתי משתנה או במאפיין מולד (כמו מין או השתייכות אתנית) או בלתי ניתן לשינוי מטעמים אחרים (כמו עובדה היסטורית על זיקה, עיסוק או מעמד מהעבר).⁸³ גישת "התפיסה החברתית" בוחנת אם קבוצה חברתית מסוימת חולקת מאפיין משותף המזהה אותה כקבוצה או מבחין את החברים בה מכלל החברה אם לאו. הגישה האחרונה אינה מחייבת שהמאפיין המשותף יהיה קל לזיהוי על-ידי הציבור ככלל, או גלוי לעין בלתי מזוינת. מגיש בקשה אינו צריך להראות כי לכל החברים בקבוצה חברתית מסוימת נשקפת סכנת רדיפה כדי להוכיח את קיומו של קיבוץ חברתי מסוים.⁸⁴ זאת ועוד, ללא קשר לגישה שנוקטים בה, הטעם של קיבוץ חברתי מסוים עשוי להתקיים כאשר המאפיין המשותף חל על מספר רב של אנשים.⁸⁵ עם זאת, לא כל אדם המשתייך לקיבוץ חברתי מסוים הוא בהכרח פליט; לשם כך נדרש שיתקיים פחד מבוסס מפני רדיפה בשל השתייכות לקיבוץ כזה.

58. על-פי כל אחת משתי הגישות הללו, "סרבני מצפון" הם קיבוץ חברתי מסוים, היות שהם חולקים אמונה שהיא יסודית לזהותם וכיוון שהם עשויים גם להיתפס כקיבוץ מסוים על-ידי

81. **הקווים המנחים של הנציבות בדבר קיבוץ חברתי**, 3 '09, ראו הערת שוליים 75 לעיל.

82. שם, 11 '09.

83. שם, 6 '09.

84. שם, 17 '09.

85. שם, 19-18 '09.

החברה. יחידים בעלי התנסות משותפת בעבר, כגון ילדים חיילים, עשויים גם הם להוות קיבוץ חברתי מסוים. הדבר עשוי להיות נכון גם במקרה של משתמטים מגיוס או עריקים, כיוון ששני הסוגים של מגישי הבקשות חולקים מאפיין משותף שאינו ניתן לשינוי: היסטוריה של הימנעות או של השתמטות משירות צבאי. בחברות מסוימות עריקים עשויים להיתפס כקיבוץ חברתי מסוים בהינתן הגישה הכללית כלפי שירות צבאי כמסמל נאמנות למדינה ו/או בגין היחס המובחן לאנשים כאלה (למשל אפליה בגישה לתעסוקה במגזר הציבורי) המוביל לבידולם או לייחודם כקיבוץ. הדבר עשוי להיות נכון גם בנוגע למשתמטים מגיוס. מגויסים עשויים להוות קיבוץ חברתי המאופיין בגילם הצעיר, בהחדרתם הכפויה לתוך חילות הצבא או במעמדם הנחות עקב היעדר ניסיון ודרגה נמוכה.

59. נשים הן קיבוץ חברתי מסוים המוגדר על-ידי מאפיינים מולדים ובלתי משתנים, והן זוכות לעתים מזומנות ליחס שונה מזה המוענק לגברים.⁸⁶ עובדה זו עשויה להיות טעם רלוונטי לבקשות הנוגעות לאלימות מינית נגד חיילות או נגד נשים או ילדות שאולצו לשמש כשפחות מין; על אף שהדבר אינו מוציא מכלל אפשרות הגשת בקשה המבוססת על טעמים אחרים. ילדות הן תת-קיבוץ של קיבוץ חברתי זה. ילדים וילדות ככלל גם הם קיבוץ חברתי מסוים, וזהו טעם רלוונטי במקרים הנוגעים לפחד מפני גיוס מתחת לגיל המותר.⁸⁷

ג. חלופת המנוסה הפנימית או העתקת המגורים

60. לרוב, כאשר הרדיפה שממנה מפחד מגיש הבקשה מקורה במדינה ו/או בסוכני המדינה, או שהמדינה מוחלת עליה או סובלת אותה, לא תהיה חלופה זמינה של מנוסה פנימית או העתקת מגורים, כיוון שישנה חזקה שגורמים מטעם המדינה ישלטו בכל רחבי המדינה וכל חלקיה יהיו בהישג ידם. במקרה של אנשים המסרבים מטעמי מצפון לשרת בצבא המדינה, כאשר המדינה אינה מספקת אפשרות של פטור או שירות חלופי, וכאשר הפחד מפני רדיפה קשור לחוקים ו/או לדפוסי פעולה אלה ולאכיפתם, לא יהיה זה רלוונטי לשקול חלופות של מנוסה פנימית או של העתקת מגורים כיוון שניתן להניח שהסרבנים יתקלו ברדיפה בכל רחבי המדינה.⁸⁸

61. לצורך הקביעה אם חלופה של מנוסה פנימית או העתקת מגורים זמינה במקרים שבהם סכנת הרדיפה נובעת מארגונים חמושים שאינם מדינה, חיוני להעריך את יכולתה ו/או נכונותה של המדינה להגן על מגיש הבקשה מפני הפגיעה שממנה הוא מפחד. במסגרת ההערכה יש לבחון אם ההגנה של המדינה היא יעילה ואם היא בעלת אופי יציב ומסופקת באמצעות רשות מאורגנת ויציבה שיש לה שליטה מלאה בשטח ובאוכלוסייה הרלוונטיים. בהקשר הספציפי של סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים, יהיה צורך לבחון בתשומת לב מיוחדת את המאפיינים של מגיש הבקשה והאם הוא גויס לארגון חמוש שאינו מדינה ונחשב למתנגד לממשלה ו/או השתתף בפעולותיו של ארגון כזה, והאם צפויים לו מעשי תגמול כלשהם מצד הממשלה. פעמים רבות יהיה זה בלתי סביר לצפות מאנשים שגויסו בעבר לארגונים חמושים שאינם מדינה להעתיק את

86. הקווים המנחים של הנציבות בדבר רדיפה הקשורה במגדר, פ' 30, ראו הערת שוליים 79 לעיל.

87. הקווים המנחים של הנציבות לבקשות מקלט של ילדים, פ' 48 ואילך, ראו הערת שוליים 37 לעיל.

88. קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 4: "חלופת המנוסה הפנימית או העתקת המגורים" בהקשר של

סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים,

HCR/GIP/03/04, 23 ביולי 2003 ("הקווים המנחים של הנציבות בדבר מנוסה פנימית"). זמין

בכתובת: <http://www.refworld.org/docid/3f2791a44.html>

מגוריהם לשיטח הנשלט על-ידי הממשלה במצב של סכסוך מתמשך, בייחוד כאשר לסכסוך יש היבטים דתיים או אתניים.

5. סוגיות פרוצדורליות וענייני ראיות

א. בירור העובדות

62. הערכת המהימנות היא תהליך שבאמצעותו קובעים האם נוכח כל המידע הזמין למקבל ההחלטה וכשמביאים בחשבון את כל הגורמים כולם, ניתן לקבל את הצהרותיו של מגיש הבקשה באשר לעובדות המהותיות לה ככאלה שניתנו בתום לב לצורך קביעת הזכאות למעמד של פליט. כאשר למרות מאמציו הכנים של מגיש בקשה לספק ראיות באשר לעובדות המהותיות נותר ספק מסוים באשר לחלק מהעובדות שנטענו על-ידיו, יש לאפשר לו ליהנות מהספק ביחס לטענות שעבורן ההוכחות הראייתיות לוקות בחסר, מרגע שמקבל ההחלטה בא על סיפוקו ביחס למהימנות הכללית של הבקשה.⁸⁹

63. בבקשות הנוגעות לשירות צבאי, מידע מהימן ורלוונטי מארץ המוצא, לרבות מידת הזמינות של פטור משירות צבאי או של חלופת שירות, האופן שבו נאכפת חובת הגיוס, והיחס לאנשים או לקבוצות בתוך כוחות הצבא של ארץ המוצא, עשוי לסייע בהערכת אמתות הדיווח של מגיש הבקשה ובהכרעה לגבי אופי היחס שלו עשוי המבקש לזכות עם שובו ומידת הסבירות שייתקל ביחס כזה.⁹⁰

64. הוכחת הכנות ו/או המשמעות האישית של האמונות, המחשבות ו/או כללי המוסר של המבקש ממלאת תפקיד מרכזי בבקשות למעמד של פליט המבוססות על סירוב לשרת בצבא, ובייחוד על סרבנות מצפון (ראו חלק 4 א' (i)-(ii)).⁹¹ במהלך הראיון הפרטני יש להעניק למגיש הבקשה הזדמנות להסביר את המשמעות האישית של הטעמים לסירובו, כמרגם את הדרך שבה טעמים אלה משפיעים על יכולתו לבצע שירות צבאי. ראוי לקבל מידע באשר לאופי הטעמים שאומצו, לנסיבות שבהן אימץ אותם מגיש הבקשה, לאופן שבו אמונות כאלה מתנגשות עם ביצוע השירות הצבאי כמרגם לחשיבות הטעמים עבור הקוד הדתי ו/או האתי/מוסרי של המבקש, והדבר יכול לסייע בקביעת המהימנות של הצהרות המבקש.

65. כאשר ההתנגדות לשירות צבאי נובעת מדת רשמית, ייתכן שיהיה זה רלוונטי לקבל מידע בנוגע להתנסויותיו הדתיות של האדם, ולבקשו למשל לתאר כיצד אימץ את הדת, את מקום הפולחן וצורתו, את הטקסים הכרוכים בו, ומהי משמעות הדת עבור האדם או מהם הערכים שהוא מאמין כי הדת דוגלת בהם, בייחוד בכל הנוגע לנשיאת נשק. עם זאת, בחינה או בדיקה

⁸⁹ מדריך הנציבות, 204 '09, ראו הערת שוליים 1 לעיל.

⁹⁰ מדריך הנציבות, 196 '09 ו-203-204, ראו הערת שוליים 1 לעיל; וכן:

UNHCR Interpreting Article 1, see note 41 above.

ראו גם ניתוח לכל מדינה ומדינה בתוך:

World Survey of Conscription and Conscientious Objection to Military Service, see note 28 above.

⁹¹ לדיון כללי בסוגיות של מהימנות בבקשות המבוססות על חופש המחשבה, המצפון והדת ראו את **הקווים המנחים של הנציבות בדבר בקשות למעמד של פליט המבוססות על דת**, 29-28 '09, ראו הערת שוליים 15 לעיל.

מקיפות של עיקרי האמונה או הידע של המבקש ביחס לדתו לא יהיו תמיד נחוצות או מועילות, בייחוד כיוון שידע כזה עשוי להיות שונה מאוד בכפוף לנסיבות האישיות של האדם. ידע מפורט של מגיש הבקשה לגבי דתו אינו מעיד בהכרח על אמונה כנה, והדבר נכון גם לגבי המצב ההפוך.

66. מדי פעם ישנם מקרים שמעורבות בהם אמונות שווא ביחס לתפיסותיה של דת מסוימת בנושא נשיאת נשק. כאשר מדובר באמונות שווא, יש צורך להוכיח כי על אף העובדה שאמונותיו של מגיש הבקשה בטעות יסודן, יש לו עדיין פחד מבוסס מפני רדיפה עקב אחד או יותר מהטעמים הקבועים באמנה.⁹²

67. במקרה שמגיש הבקשה טועה בנוגע לאופיו של סכסוך מסוים, למשל בנוגע לשאלה אם הסכסוך מתנהל בהתאם למשפט הבינלאומי, הדבר אינו מערער באופן אוטומטי את המהימנות של הטעמים שבגינם הוא מסרב לטענתו לשרת בצבא. הערכת המהימנות במצבים כאלה צריכה להתנהל לאור הסבריו של מגיש הבקשה ביחס לסיבות שבשלן מעורבותו בסכסוך לא תעלה בקנה אחד עם אמונותיו או תפיסותיו המוסריות, וביחס למציאות בשטח. עם זאת, גם אם סרבנותם של אנשים כאלה עשויה להיות מהימנה, כאשר הסירוב מבוסס על הנחה שגויה, לא תתקיים סכנת רדיפה אלא אם הם צפויים להיתקל בהשלכות אחרות שהן בגדר רדיפה בגין עריקה או השתמטות משירות צבאי ומוכח הקשר לאחד או יותר מהטעמים הקבועים באמנה.

68. סרבנים שהטעמים לסירובם נוגעים למחשבה ולמצפון (ולא לדת) לא יוכלו לבסס את טענתם מכוח מנהגיה של קהילה דתית או דוקטרינה של מוסד דתי. עם זאת, צריכה להיות להם היכולת לבטא את הבסיס המוסרי או האתי לאמונותיהם. תפיסות כאלה עשויות להיות מבוססות על אמונות או על מנהגים חברתיים או קהילתיים, על אמונות לגבי הורות או על תפיסות פילוסופיות או כאלה הנוגעות לזכויות האדם. התנהגותם של המבקשים בעבר והתנסויותיהם עשויות לשפוך אור על עמדותיהם.

69. במקרים הנוגעים לאנשים שהתנדבו לשירות צבאי או התייצבו בעקבות צו וערקו מהשירות הצבאי לאחר מכן, חשוב להכיר בכך שאמונות דתיות או אחרות עשויות להתפתח או להשתנות עם הזמן, וכמוהן גם נסיבותיו של השירות הצבאי המדובר. לפיכך, הכרעות השוללות את המהימנות של מגיש הבקשה לא צריכות ככלל להתקבל רק משום שהוא הצטרף בתחילה לשירות הצבאי מרצונו; יש לבחון היטב את הנסיבות המלאות הסובבות את האמונות שאימץ מגיש הבקשה ואת מצבו.

ב. בקשות מקלט של ילדים

70. בשל גילם הצעיר של ילדים, תלותם וחוסר הבגרות היחסי שלהם, הם צריכים ליהנות מערובות פרוצדורליות וראייתיות מיוחדות בעת בחינת בקשות מקלט שהם מגישים.⁹³ ילדים

⁹² שם, פ' 30.

⁹³ לדיון מלא בערובות המינימאליות הנדרשות ראו את **הקווים המנחים של הנציבות לבקשות מקלט של ילדים**, פ' 65-77, ראו הערת שוליים 37 לעיל. ראו גם הוועדה המנהלת, מסקנה מס' 107 (LVII), 5 באוקטובר 2007, על ילדים בסיכון, זמינה בכתובת <http://www.refworld.org/docid/471897232.html>, פ' 09.g(viii).

השאלה אם מגיש הבקשה נחשב ילד לצורך ערובות אלה תהיה תלויה בגילו בעת הגשת הבקשה למעמד של פליט.

ששירתו תקופה מסוימת כחיילים/לוחמים או בתפקידי תמיכה לארגונים חמושים עלולים לסבול באופן מיוחד מטראומה חמורה ולחוש מאוימים עלידי דמויות סמכותיות. הדבר עלול להשפיע על יכולתם להציג תיאור ברור ומובן של התנסויותיהם. לפיכך, חיוני לנקוט בשיטות ראיון מתאימות בהליך לקביעת מעמד הפליט, וכן ליצור סביבת ראיון שאינה מאיימת.

71. במקרים הנוגעים לילדים, נטל ההוכחה הרובץ על כתפי מקבלי ההחלטות גדול יותר מאשר ביחס לבקשות אחרות למעמד של פליט, וזאת ביחוד כאשר הילד אינו מלווה.⁹⁴ בשל חוסר בגרותם, לא ניתן לצפות מילדים לתאר את חוויותיהם בדרך שבה עושים זאת מבוגרים. אם לא ניתן לאמת את העובדות הנוגעות למקרה ו/או אם הילד אינו מסוגל לשטוח את טענותיו באופן מלא, על הבוחן לקבל החלטה על סמך מכלול הנסיבות הידועות.

72. הערכות גיל עשויות להיות חשובות במיוחד במקרה של בקשות למעמד של פליט המבוססות על שירות צבאי כאשר קיים ספק באשר לגילו של מגיש הבקשה. הדבר נכון לא רק ביחס לבקשות הנוגעות לגיוס חובה אלא גם כאשר הילד רואה עצמו כמי ש"התנדב", נוכח המגבלות שהמשפט הבינלאומי מטיל על שירות בהתנדבות (ראו חלק 3 ב' לעיל). הערכות גיל, העשויות להיות חלק מהערכה כוללת המביאה בחשבון הן את המראה הגופני של האדם והן את בגרותו הפסיכולוגית, צריכות להתבצע בדרך בטוחה המשקפת רגישות לילדים ולמגדר ותוך שמירה ראויה על כבוד האדם.⁹⁵ כאשר ההערכה אינה מובילה לתוצאות חד-משמעיות, ייחשב האדם לילד. קודם להערכה, יש למנות לילד אפוטרופוס עצמאי אשר יעניק לו ייעוץ בכל הנוגע למטרת הליך ההערכה ולתהליך של ביצועה, שיש להסבירם לילד באופן בהיר ובלשון הנהירה לו. בנסיבות רגילות תבוצע בדיקת דנ"א רק כאשר הדבר מותר בחוק ובהסכמת הנבדקים.

94. ראו את הקווים המנחים של הנציבות לבקשות מקלט של ילדים, '09' 73, ראו הערת שוליים 37 לעיל.

95. לדיון נוסף ראו שם, '09' 75-76.