

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

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 ו/או לפרוטוקול שלה משנת 1967. קווים מנחים אלה משלימים את מדריך נציבות האו"ם להליכים וקריטריונים לקביעת מעמד של פליט לפי האמנה משנת 1951 והפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים (עריכה מחודשת, ז'נבה, ינואר 1992). הם באים במקום האו"ם, ז'נבה, 12 בדצמבר 1989), ונובעים מהחלק השני של תהליך ההתייעצויות העולמיות על הגנה בינלאומית שבחן נושא זה בפגישת המומחים שלו שנערכה בסן רמו בחודש ספטמבר 2001.

קווים מנחים אלה נועדו לספק הנחייה לפרשנות משפטית עבור ממשלות, משפטנים, מקבלי החלטות ומערכת המשפט כמרגם לצוות נציבות האו"ם לפליטים השוקד על קביעת מעמד של פליט בשטח.

1. מבוא

1. "השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים" היא אחד מחמשת הטעמים שנמנו בסימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 בדבר מעמדם של פליטים (להלן "האמנה משנת 1951"). זהו הטעם שמידת בהירותו היא הפחותה ביותר והוא אינו מוגדר באמנה משנת 1951 עצמה. טעם זה עולה בתדירות גוברת בהליכי קביעת מעמד של פליט. מדינות הכירו בנשים, משפחות, שבטים, קבוצות תעסוקתיות והומוסקסואלים כקיבוצים חברתיים כמשמעם באמנה משנת 1951. התפתחותו של טעם זה קידמה את ההבנה של הגדרת הפליט בכללותה. קווים מנחים אלה מספקים הדרכה פרשנית לדיון בבקשות שנטען במסגרתן כי יש למבקש פחד מבוסס להיות נרדף בשל השתייכותו לקיבוץ חברתי מסוים.

2. אמנם, יש לקבוע גבולות לטעם זה – כלומר, הפרשנות הניתנת לו לא יכולה לייתר את ארבעת הטעמים הנוספים שנקבעו באמנה – אך פרשנות יאה חייבת לעלות בקנה אחד עם מטרת האמנה ויעדה.¹ בהתאם ללשון האמנה, לא ניתן לפרש קטגוריה זו כקטגוריה שניתן להחיל בכל מצב, על כל מי שפוחד מרדיפה. לפיכך, כדי לשמר את מבנה הגדרת הפליט באמנה ואת שלמותה, לא ניתן להגדיר קיבוץ חברתי **באופן בלעדי** לאור העובדה שהוא מהווה יעד לרדיפה (אף כי כפי שיידון להלן רדיפה עשויה להיות מרכיב רלוונטי לקביעת הנראות של קיבוץ חברתי מסוים).

3. אין "רשימה סגורה" של הקבוצות העשויות לענות להגדרה של "קיבוץ חברתי מסוים" כמשמעו בסימן א' (א) (2). האמנה אינה כוללת רשימה ספציפית כלשהי של קיבוצים חברתיים. כמו כן, היסטוריית האשרור של האמנה אינה משקפת תפיסה ולפיה יש כביכול מערך של קבוצות מזהות שיתכן שיענו על הגדרתו של טעם זה. למעשה, יש לקרוא את המונח השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים באופן מתפתח, פתוח לטבע המגוון והמשתנה של קבוצות בחברות שונות ולנורמות הבינלאומיות המתפתחות בתחום זכויות האדם.

4. הטעמים שנקבעו באמנה אינם מוציאים זה את זה. מגיש בקשה למעמד של פליט עשוי להיות זכאי למעמד זה לפי יותר מאחד הטעמים שנקבעו בסימן א' (א) (2).² למשל, מגישת בקשה עשויה להצהיר שנשקפת לה סכנת רדיפה בשל סירובה ללבוש ביגוד מסורתי. בהתאם לנסיבות המסוימות של החברה, ייתכן שהמבקשת תוכל לבסס טענה על השקפה מדינית (אם המדינה רואה בנוהגה הצהרה פוליטית שהיא מבקשת לדכא), על דת (אם נוהגה מבוסס על תפיסה דתית שהמדינה מתנגדת לה) או על השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים.

1. ראו תמצית המסקנות – השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים, התייעצויות גלובליות על הגנה בינלאומית, מפגש שולחן עגול של מומחים שנערך בסן רמו, 8-6 בספטמבר 2001, מס' 2 ("תמצית המסקנות – השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים").

2. ראו נציבות האו"ם לפליטים, **מדריך להליכים וקריטריונים לקביעת מעמד של פליט לפי האמנה משנת 1951 והפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים** (עריכה מחודשת, ז'נבה, ינואר 1992), פס' 66-67; וכן תמצית המסקנות – השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים, מס' 3.

2. ניתוח מהותי

א. סיכום נוהג המדיניות

5. החלטות שיפוטיות, תקנות, מדיניות ודפוסי פעולה נשענים על פרשנויות מגוונות לשאלה מה עולה לכדי קיבוץ חברתי כמשמעו באמנה משנת 1951. שתי גישות בולטות בהליכי קבלת ההחלטות באזורים שבהם נוהג המשפט המקובל.

6. הראשונה, הלוא היא גישת "המאפיינים המוגנים" (המכונה לעתים גישת "אי-השתנות"), בוחנת האם קבוצה נתונה מאוחדת במאפיין בלתי משתנה או במאפיין שהנו כה מהותי לכבוד האדם עד שאין לאלץ אדם לוותר עליו. מאפיין בלתי משתנה עשוי להיות מולד (כמו מין או השתייכות אתנית) או בלתי ניתן לשינוי מטעמים אחרים (כמו עובדה היסטורית על זיקה, עיסוק או מעמד מהעבר). הנורמות של זכויות האדם עשויות לסייע לאתר מאפיינים שמוערך כי הם כה מהותיים לכבוד האדם עד שאין להכריח איש לוותר עליהם. מקבל החלטות המאמץ גישה זו יבחן אם הקבוצה שהמבקש טען להשתייכות אליה מוגדרת (1) על-ידי מאפיין מולד שאין לשנותו, (2) על-ידי מעמד זמני או כזה שנוצר מרצון חופשי בעבר שאינו ניתן לשינוי בשל קביעותו ההיסטורית או (3) על-ידי מאפיין או זיקה שהם כה מהותיים לכבוד האדם עד שאין להכריח אנשים המשתייכים לקבוצה לוותר עליהם. בתי משפט ומוסדות מנהליים שהחילו גישה זו בכמה תחומי שיפוט קבעו שנשים, הומוסקסואלים ומשפחות, למשל, יכולים להוות קיבוצים חברתיים מסוימים כמשמעם בסימן א' (א) (2).

7. הגישה השנייה בוחנת אם קבוצה חולקת מאפיין משותף המזהה אותה כקבוצה או מבחין את החברים בה מכלל החברה אם לאו. גישה זו זכתה לכינוי גישת "התפיסה החברתית". גם כאן, נשים, משפחות והומוסקסואלים הוכרו במסגרת ניתוח זה כקיבוצים חברתיים מסוימים, בהתאם לנסיבות החברה שבה הם קיימים.

8. ככלל, באזורים שבהם נוהג המשפט האזרחי, טעם הקיבוץ החברתי המסוים מפותח פחות. מרבית מקבלי ההחלטות מדגישים יותר את שאלת קיומה של סכנת רדיפה בהשוואה לסטנדרט שעל-פיו מוגדר קיבוץ חברתי מסוים. יחד עם זאת, הן גישת המאפיינים המוגנים והן גישת התפיסה החברתית זכו להתייחסות.

9. לעתים מזומנות, הניתוחים על-פי כל אחת משתי הגישות יתלכדו זה עם זה. זאת, משום שלעתים קרובות קבוצות שהחברים בהן נרדפים על סמך מאפיין משותף שאין לשנותו או מאפיין מהותי נתפסות גם כקיבוץ חברתי בחברותיהן. אך לעתים, אפשר שהגישות יובילו למסקנות שונות. למשל, סטנדרט התפיסה החברתית עשוי להכיר כקיבוצים חברתיים באיגודים המבוססים על מאפיין שאינו בלתי משתנה ואף אינו מהותי לכבוד האדם – אולי כמו עיסוק או מעמד חברתי.

ב. הגדרת נציבות האו"ם לפליטים

10. בהינתן מגוון הגישות, ופערי ההגנות העשויים לנבוע מהן, נציבות האו"ם לפליטים סבורה כי יש לפשר בין שתי הגישות.

11. ניתן להבין את גישת המאפיינים המוגנים כך שתזהה מערך של קבוצות המכוננות את ליבת ניתוח התפיסה החברתית. בהתאם לכך, יהיה זה הולם לאמץ סטנדרט אחד ויחיד שיאגד תחתיו את שתי הגישות הדומיננטיות:

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.

12. הגדרה זו כוללת מאפיינים שאין לשנותם בשל טבעם ההיסטורי ומאפיינים שאף כי ניתן לשנותם, נוכח זיקתם הקרובה כל כך לזהות האדם או לאור היותם ביטוי לזכויות האדם היסודיות, אין לדרוש כי ישתנו. נובע מכך שמין יכול להיות בתחום ההגדרה של קטגוריית הקיבוץ החברתי, ונשים הן דוגמה מובהקת לתת-מערכת חברתית המוגדרת על-ידי מאפיינים מולדים ובלתי משתנים והן זוכות לעתים מזומנות ליחס שונה מזה המוענק לגברים.³

13. אם מגיש הבקשה טוען להשתייכות לקיבוץ חברתי המבוסס על מאפיין שנקבע כי אינו בלתי ניתן לשינוי ואף אינו מהותי, יש לבצע ניתוח נוסף כדי לקבוע אם למרות זאת הקיבוץ נתפס כקבוצה מובחנת בחברתו. כך למשל, גם אם נקבע שבעלות על חנות או השתתפות במשלח יד מסוים בחברה נתונה אינן בלתי ניתנות לשינוי ואף אינן היבטים מהותיים של הזהות האנושית, הרי שבעלי חנויות או בעלי משלח יד מסוים עשויים עדיין להוות קיבוץ חברתי מסוים ובלבד שהם מוכרים בחברה כקבוצה המבחינה אותם מהכלל.

תפקיד הרדיפה

14. כפי שצוין לעיל, לא ניתן להגדיר קיבוץ חברתי מסוים אך ורק על סמך הרדיפה שחברים בקבוצה סובלים ממנה או על סמך פחד משותף מפני רדיפה. אף על פי כן, מעשה רדיפה כלפי קבוצה עשוי להיות גורם רלוונטי לקביעת נראותה בתוך חברה נתונה.⁴ אם להביא דוגמה מתוך פסיקה שמרבים לצטט ממנה, "בעוד התנהלות בעלת אופי של רדיפה לא יכולה להגדיר את הקיבוץ החברתי, פעולותיהם של הגורמים הרודפים עשויות לסייע לזהות קיבוץ חברתי מסוים בתוך החברה ואפילו לתרום ליצירתו. גברים איטרי יד ימינם אינם קיבוץ חברתי מסוים. אך אם הם נרדפים בשל היותם איטרים, אין ספק שבמהרה הם יוכרו בחברתם כקיבוץ חברתי מסוים. רדיפתם על שום היותם איטרים תיצור תפיסה ציבורית שלהם כקיבוץ חברתי מסוים. אך המאפיין שיזהה אותם כקיבוץ חברתי מסוים לא יהיה מעשי הרדיפה אלא היותם איטרי יד ימינם".⁵

היעדר דרישה ללכידות

15. מוסכם בנוהג המדינות כי מגיש בקשה אינו צריך להוכיח כי חברים בקיבוץ מסוים מכירים זה את זה באים זה עם זה במגע כקבוצה. כלומר, אין כל דרישה שהקיבוץ יהיה "מלוכד".⁶ הבדיקה

3. למידע נוסף על בקשות הקשורות במגדר ראו את הקווים המנחים של נציבות האו"ם לפליטים בדבר הגנה בינלאומית: 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, 10 במאי 2002), וכן תמצית המסקנות, מפגש שולחן עגול של מומחים על רדיפה הקשורה במגדר, סן רמו, 6-8 בספטמבר 2001, מס' 5.

4. ראו תמצית המסקנות – השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים, מס' 6.

5. McHugh, J., in Applicant A v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs, (1997) 190 CLR 225, 264, 142 ALR 331.

6. ראו תמצית המסקנות – השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים, מס' 4.

1 שיש לבצע נוגעת לשאלה האם יש יסוד משותף שהחברים בקבוצה חולקים זה עם זה. דומה הדבר
2 לניתוח שאומץ ליתר הטעמים שנקבעו באמנה, שאין לגביהם כל דרישה שבני דת או בעלי השקפה
מדינית יבואו זה עם זה במגע יחד או ישתייכו לקיבוץ "מלוכד". לפיכך, הנשים יכולות בנסיבות
מסוימות להיחשב לקיבוץ חברתי מסוים על סמך מאפייני המין המשותף להן, בין אם הן באות זו
עם זו במגע על סמך מאפייני משותף זה בין אם לאו.

3 16. בנוסף, כדי לבסס בקשה למעמד של פליט, בדרך כלל לא יהיה די בהשתייכות לקיבוץ חברתי
מסוים בלבד. אולם, ייתכנו נסיבות מיוחדות שבהן השתייכות בלבד תיחשב לבסיס מוצק דיו
4 לפחד מפני רדיפה.⁷

5 לא כל החברים בקיבוץ החברתי צריכים להיות בסכנת רדיפה

6 17. כדי לבסס את קיומו של קיבוץ חברתי מסוים, מגיש הבקשה אינו צריך להוכיח כי כל
7 החברים בקיבוץ החברתי המסוים נתונים בסכנת רדיפה.⁸ כמו לגבי יתר הטעמים, גם כאן אין צורך
להוכיח שהוחלט לרדוף את כל אחד מהאנשים במפלגה או בקבוצה האתנית. ייתכן שחברים
מסוימים בקיבוץ לא יהיו בסכנה, למשל אם הם מסתירים את המאפייני המשותף שלהם, אם אינם
8 ידועים לגורמים העומדים מאחורי הרדיפה או אם הם משתפים פעולה עם הגורם הרודף.

9 הרלוונטיות של הגודל

10 18. ממדי הקיבוץ החברתי הנטען אינם קריטריון רלוונטי לקביעת קיומו או אייקומו של קיבוץ
11 חברתי מסוים כמשמעו בסימן א' (א) (2). הדבר נכון בה במידה גם למקרים העולים במסגרת יתר
12 הטעמים שנקבעו באמנה. למשל, מדינות עשויות לבקש לדכא השקפות עולם דתיות או פוליטיות
המשותפות במידה רבה לאנשים בחברה מסוימת – ואולי אפילו למרבית האוכלוסייה; העובדה
13 שאנשים רבים מסתכנים ברדיפה אין בה כדי להצדיק סירוב להעניק הגנה בינלאומית במקרים
שבהם היה הדבר הולם בנסיבות אחרות.

14 19. במקרים שנידונו בכמה תחומי שיפוט הוכרו "נשים" כקיבוץ חברתי מסוים. אין פירושו של
15 דבר שכל הנשים בחברה זכאיות למעמד של פליטות. מגישת הבקשה עדיין צריכה להוכיח פחד
16 מבוסס להיות נרדפת על סמך השתייכותה לקיבוץ החברתי המסוים, לא להיכלל באף אחד מטעמי
ההדרה ולעמוד בקריטריונים רלוונטיים אחרים.

17 גורמים שאינם מדינות והקשר הסיבתי ("מטעמי")

18 20. לעתים קרובות, במקרים שבהם נטען כי אדם זכאי למעמד של פליט על סמך השתייכותו
19 לקיבוץ חברתי מסוים, נשקפה למבקשים סכנה בידי גורמים שאינם מדינות, והדיונים כללו ניתוח
של הקשר הסיבתי. למשל, ייתכן שהומוסקסואלים יפלו קרבן לאלימות מצד קבוצות פרטיות,
ואילו לנשים עלולה להישקף סכנה של התעללות מצד בעליהן או בני זוגן. לפי האמנה, חייב
להיות לאדם פחד מבוסס להיות נרדף, והפחד מפני רדיפה חייב להתבסס על אחד (או יותר)
מהטעמים שנקבעו באמנה. אין כל דרישה לכך שהגורם הרודף יהיה גורם מדינתי. במקומות שבהם
מתבצעים מעשי אפליה קשים או מעשי תוקפנות קשים אחרים בידי הציבור המקומי, ניתן

7. ראו נציבות האו"ם לפליטים, **מדריך**, 79 '09.

8. ראו תמצית המסקנות – השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים, מס' 7.

להחשיב מעשים אלה לרדיפה אם הרשויות סובלות אותם ביודעין או אם הן מסרבות לספק הגנה יעילה מפניהם או אם הוכח שאינן מסוגלות לעשות זאת.⁹

21. בדרך כלל, מגיש הבקשה יטען שהאדם הגורם לנזק או מאיים בגרימתו פועל מאחד הטעמים שנקבעו באמנה. לכן, אם גורם שאינו מדינה מבצע מעשי רדיפה או מאיים בביצועם מאחד הטעמים שנקבעו באמנה והמדינה מצדה אינה נכונה או אינה יכולה להגן על המבקש, הרי שהדבר מקים קשר סיבתי. כלומר, הנזק נגרם לקרבן מטעמים שנקבעו באמנה.

22. כמו כן, אפשר שבמצבים מסוימים לא יהיה בידי מגיש הבקשה להוכיח כי הנזק שנגרם לו בידי גורם שאינו מדינה או הנזק שגורם זה איים להסב לו קשור באחד מחמשת הטעמים. למשל, במצב של התעללות בבית, ייתכן שאישה לא תהיה תמיד מסוגלת להראות שבעלה מתעלל בה על סמך השתייכותה לקיבוץ חברתי, על סמך השקפה מדינית או על סמך טעם אחר מהטעמים שנקבעו באמנה. אף על פי כן, אם המדינה אינה נכונה להעניק הגנה על סמך אחד מחמשת הטעמים, או אז ייתכן שמגישת הבקשה תוכל לבסס טענה תקפה למעמד של פליטה: הנזק שנגרם לה בידי בעלה מבוסס חוסר הנכונות של המדינה להגן עליה מטעמים שנקבעו באמנה.

23. אפשר לסכם טיעון זה כדלקמן: ניתן לבסס את הקשר הסיבתי (1) במקרים שבהם יש סכנת רדיפה ממשית בידי גורם שאינו מדינה מסיבות הקשורות באחד הטעמים שנקבעו באמנה, בין שאימתן הגנה למבקש בידי המדינה קשור באמנה בין אם לאו; או (2) במקרים שבהם סכנת הרדיפה על-ידי גורם שאינו מדינה אינה קשורה בטעם מהטעמים שנקבעו באמנה אך חוסר היכולת או חוסר הנכונות של המדינה לספק הגנה קשור בטעם מהטעמים שנקבעו באמנה.

9. ראו נציבות האו"ם לפליטים, **מדריך**, 65'09.