

קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 5:

תחולת סעיפי ההדרה: סימן א' (ו) לאמנה משנת 1951 בדבר מעמדם של פליטים

נציבות האו"ם לפליטים מפרסמת קווים מנחים אלה בהתאם לתחום האחריות שהוגדר לה, כפי שנקבע בחוקת נציבות האו"ם לפליטים משנת 1950 בשילוב עם סימן ל"ה לאמנה משנת 1951 בדבר מעמדם של פליטים וסעיף 2 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). קווים מנחים אלה מהווים תקציר של הערת הרקע על תחולת סעיפי ההדרה: סימן א' (ו) לאמנה משנת 1951 בדבר מעמדם של פליטים (4 בספטמבר 2003), שהיא חלק בלתי נפרד מעמדת נציבות האו"ם לפליטים בנושא זה. הם באים במקום סעיפי ההדרה: קווים מנחים להחלתם (נציבות האו"ם לפליטים, ז'נבה, 1 בדצמבר 1996) ובמקום הערה על סעיפי ההדרה (נציבות האו"ם לפליטים, ז'נבה, 30 במאי 1997), ונובעים בין השאר מהחלק השני של תהליך ההתייעצויות העולמיות על הגנה בינלאומית שבחן נושא זה בפגישת המומחים שלו שנערכה בליסבון שבפורטוגל בחודש מאי 2001. הצורך בעדכוןם של קווים מנחים אלה עלה גם לאור התפתחויות בנות זמננו במשפט הבינלאומי.

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

א. רקע

1. פסקה 7 ד' לחוקת נציבות האו"ם לפליטים, סימן א' (ו) לאמנה משנת 1951 בדבר מעמדם של פליטים (להלן "האמנה משנת 1951") וסעיף I (5) לאמנת ארגון אחדות אפריקה בדבר היבטים ספציפיים של בעיות פליטים באפריקה (להלן "אמנת ארגון אחדות אפריקה") מחייבים כולם את המדינות ואת נציבות האו"ם לפליטים לשלול את הזכאות למעמד פליט מאנשים מסוימים שאחרת היו נחשבים לפליטים. נהוג לכנות הוראות אלה בשם "סעיפי ההדרה". הקווים המנחים הנוכחיים מהווים תקציר של העניינים המרכזיים הנוגעים לסעיפים אלה – הדרכה נוספת ניתן למצוא בהערת הרקע של נציבות האו"ם לפליטים על תחולת סעיפי ההדרה: סימן א' (ו) לאמנה משנת 1951 בדבר מעמדם של פליטים (להלן "הערת הרקע"), המהווה חלק בלתי נפרד מקווים מנחים אלה.

2. על-פי ההיגיון העומד מאחורי סעיפי ההדרה, שיש להביאו בחשבון כאשר שוקלים להחילם, מעשים מסוימים הם חמורים כל כך עד שהם הופכים את מבצעייהם לבלתי ראויים להגנה בינלאומית כפליטים. מטרתם העיקרית היא למנוע הגנה בינלאומית כפליטים מאנשים האשמים בביצוע מעשים נתעבים ופשעים חמורים רגילים ולוודא שאנשים כאלה לא ינצלו לרעה את מוסד המקלט המדיני כדי לחמוק מנשיאה באחריות משפטית על מעשיהם. חובה להחיל את סעיפי ההדרה "בקפדנות" כדי להגן על טוהר מוסד המקלט המדיני, וחובה זו זכתה להכרת הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים במסקנה מס' 82 (XLVIII), 1977. בה בעת, בהינתן ההשלכות הקשות האפשריות של הדרה, חשוב להחיל סעיפים אלה בזהירות רבה ורק לאחר ביצוע הערכה מלאה של הנסיבות האישיות בכל מקרה ומקרה. לפיכך, תמיד יש לפרש את סעיפי ההדרה פרשנות מצמצמת.

3. סעיפי ההדרה באמנה משנת 1951 ממצים. יש לזכור זאת בעת שמפרשים את סעיף I (5) לאמנת ארגון אחדות אפריקה המכילה נוסח כמעט זהה. בסימן א' (ו) לאמנה משנת 1951 נקבע שהוראות האמנה "לא יחולו על אדם שיש סיבות רציניות לחשוב עליו" שהוא

(א) ביצע פשע כלפי השלום, פשע מלחמה או פשע כלפי האנושות, כמוגדר בכתבים בינלאומיים שנערכו לשם קביעת הוראות ביחס לפשעים כאלה;

(ב) ביצע פשע לא מדיני חמור מחוץ לארץ המקלט לפני שנתקבל לאותה ארץ כפליט;

(ג) נאשם במעשים הנוגדים את מטרותיו ועקרונותיו של ארגון האומות המאוחדות.

ב. היחס להוראות אחרות באמנה משנת 1951

4. יש להבחין בין סימן א' (ו) לאמנה משנת 1951 לבין סימן א' (ד) החל על קטגוריה ספציפית של אנשים המקבלים הגנה או סיוע מארגונים או ממוסדות של האו"ם מלבד הנציבות.¹ כמו כן,

1. ראו נציבות האו"ם לפליטים, "הערה על תחולת סימן א' (ד) לאמנה משנת 1951 בדבר מעמדם של פליטים על פליטים פלסטינים", אוקטובר 2002.

יש להבחין את סימן א' (ו) מסימן א' (ה) הנוגע לאנשים שאין להם צורך בהגנה בינלאומית (להבדיל מכאלה שהגנה כזו אינה מגיעה להם). יתר על כן, אין לבלבל בין סעיפי ההדרה לבין סימן ל"ב וסימן ל"ג (2) לאמנה העוסקים, בהתאמה, בגירוש של אנשים שהוכרו כפליטים ואשר מסכנים את המדינה המארחת (למשל בשל פשעים חמורים שהם ביצעו בה) ובביטול ההגנה מפני החזרה (refoulement) עבור אנשים אלה. סימן ל"ג (2) נוגע לסיכון העתידי העלול להישקף למדינה המארחת מאדם מסוים שהוכר כפליט.

ג. טווח הזמנים

5. עניינם של סימן א' (ו) (א) וסימן א' (ו) (ג) בפשעים ללא קשר לזמן ולמקום שבו הם בוצעו. בניגוד לכך, סימן א' (ו) (ב) מוגבל באופן מפורש לפשעים שבוצעו מחוץ לארץ המקלט לפני קבלת האדם לארץ זו כפליט.

ד. ביטול מעמד או שלילתו על סמך הדרה

6. במקרים שבהם עובדות שהיו מובילות להדרה מתבררות רק לאחר שמעמד של פליט כבר הוענק, גילויין יצדיק ביטול של מעמד הפליט מטעמי הדרה. מצד שני, ספק המתעורר סביב הבסיס ששימש להדרת אדם צריך להוביל לבחינה מחדש של זכאותו לקבלת מעמד של פליט. במקרים שבהם פליט עוסק בפעילות הכלולה באמור בסימן א' (ו) (א) או א' (ו) (ג), הדבר יוביל לתחולה של סעיפי ההדרה ויביא לשלילה של מעמד הפליט, ובלבד שמתקיימים כל התנאים להחלת סעיפים אלה.

ה. האחריות לקביעת הדרה

7. מדינות שהן צד לאמנה משנת 1951 / לפרוטוקול משנת 1967 ו/או לאמנת ארגון אחדות אפריקה וכן נציבות האו"ם לפליטים צריכות לשקול האם סעיפי ההדרה חלים בהקשר של קביעת מעמד פליט. סעיף 7 ד' לחוקת נציבות האו"ם לפליטים מכסה טעמים דומים לאלה המופיעים בסימן א' (ו) לאמנה משנת 1951, אם כי מה שצריך להנחות את אנשי נציבות האו"ם לפליטים הוא לשון סימן א' (ו), היות שהיא משקפת את הנוסח המאוחר יותר והספציפי יותר.

ו. השלכות ההדרה

8. אף על פי שמדינה מנועה מהענקת מעמד של פליט מכוח האמנה משנת 1951 או אמנת ארגון אחדות אפריקה לאדם שהודר עלידה, אין היא מחויבת לנקוט בדרך פעולה מסוימת כלשהי. המדינה הנוגעת בדבר יכולה לבחור להעניק לאדם שהודר אפשרות שהייה המבוססת על טעמים אחרים, אך חובות מכוח החוק הבינלאומי עשויות לחייב שהאדם הנוגע בדבר יועמד לדין פלילי או יוסגר. החלטה של נציבות האו"ם לפליטים להדיר אדם כלשהו ממעמד הפליט פירושה שאדם זה שוב לא יוכל לזכות בהגנה או סיוע ממשרד הנציבות.

9. אדם שהודר עדיין יכול לזכות להגנה מפני החזרה לארץ שבה הוא יועמד בסכנה של התעללות, וזאת מכוח מסמכים בינלאומיים אחרים. למשל, האמנה נגד עינויים ונגד יחס או

עונשים אכזריים, בלתי אנושיים ומשפילים אחרים משנת 1984 אוסרת באיסור מוחלט להחזיר אדם לארץ שבה נשקפת לו סכנת עינויים. מסמכים בינלאומיים ואזוריים אחרים בתחום זכויות האדם מכילים הוראות דומות.²

2. ניתוח מהותי

א. סימן א' (ו) (א): פשעים נגד השלום, פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות

10. עם המסמכים הבינלאומיים השונים המספקים הנחיה לגבי המעשים הנופלים בגדר פשעים בינלאומיים אלה נמנים האמנה בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם משנת 1948, ארבע אמנות ז'נבה בדבר ההגנה על קרבנות מלחמה משנת 1949 ושני הפרוטוקולים הנוספים להן משנת 1977, חוקות בתי הדין הפלייליים הבינלאומיים ליוגוסלביה לשעבר ולרואנדה, חוקת בית הדין הצבאי הבינלאומי (אמנת לונדון) משנת 1945, וכן מהעת האחרונה, חוקת בית הדין הפליילי הבינלאומי משנת 1998, שנכנסה לתוקף ב-1 ביולי 2002.

11. לפי אמנת לונדון, **פשע נגד השלום** כרוך ב"תכנון, הכנה ייזום וניהול של מלחמת תוקפנות או של מלחמה בניגוד לאמנות, להסכמים או להתחייבויות, או השתתפות בתכניות משותפות בקשר לעשיית כל אחד מהמעשים הללו". בהינתן טבעו של פשע זה, יכולים לבצעו רק אנשים בעמדות סמכות בכירות המייצגים ישות מדינית או ישות כמו-מדינית. בפועל, רק לעתים נדירות נעשה שימוש בהוראה זו.

12. הפרות מסוימות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי מהוות **פשעי מלחמה**.³ אף כי פשעים כאלה יכולים להתבצע הן בסכסוכים מזוינים בינלאומיים והן בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים, תוכן הפשעים תלוי בטבע הסכסוך. המונח פשעי מלחמה כולל מעשים כגון הרג מכוון של אזרחים ועינוי אזרחים במכוון, ביצוע התקפות חסרות הבחנה על אזרחים ושליחת זכויות של משפט הוגן ותקין מאזרח או משבוי מלחמה.

13. המאפיין המייחד של **פשעים נגד האנושות**,⁴ הכוללים מעשים דוגמת השמדת עם, רצח, אונס ועינויים, הוא שהם חייבים להתבצע כחלק מהתקפה נרחבת או שיטתית המכוונת נגד האוכלוסייה האזרחית. אולם, מקרה מבודד יכול לעלות לכדי פשע כלפי האנושות אם הוא חלק ממערכת עקבית או מסדרה של מעשים שיטתיים או חוזרים ונשנים. היות שפשעים כאלה יכולים להתבצע הן בעתות שלום והן במהלך סכסוך מזוין, זוהי הקטגוריה הרחבה ביותר במסגרת סימן א' (ו) (א).

2. לפרטים נוספים ראו נספח א' להערת הרקע הנלווית לקווים מנחים אלה.
3. למסמכים המגדירים פשעי מלחמה, ראו נספח ב' להערת הרקע.
4. למסמכים המגדירים פשעים כלפי האנושות, ראו נספח ג' להערת הרקע.

ב. סימן א' (ו) (ב): פשעים לא מדיניים חמורים

14. קטגוריה זו אינה כוללת עברות קלות ואף לא איסורים על מימוש לגיטימי של זכויות האדם. כאשר קובעים אם עברה מסוימת **חמורה** דיה, הסטנדרטים הרלוונטיים אינם אלה המקומיים אלא אלה הבינלאומיים. יש להביא בחשבון את הגורמים שלהלן: טבע המעשה, הנזק שנגרם בפועל, צורת ההליך ששימשה להעמדה לדין בגין הפשע, טבע העונש והאם מרבית תחומי השיפוט יחשיבו זאת כפשע חמור. לפיכך, רצח, אונס ושוד מזוין, למשל, יעמדו ללא ספק בדרישות להגדרה כעברות חמורות, ואילו גנבות קטנות בבירור לא ייחשבו ככאלה.

15. פשע חמור ייחשב ללא מדיני (לא פוליטי) כאשר מניעים אחרים (כגון סיבות אישיות או רווח אישי) הן מאפיין בולט של הפשע המסוים שבוצע. כאשר לא קיים שום קשר ברור בין הפשע לבין המטרה המדינית שלשמה בוצע לכאורה או כאשר המעשה המדובר בלתי מידתי ביחס למטרה המדינית לכאורה, הרי שאז המניעים הבולטים אינם מדיניים.⁵ המניע, ההקשר, השיטות והמידתיות של פשע ביחס למטרותיו הם גורמים חשובים להערכת טבעו המדיני. לעובדה שפשע מסוים מוגדר כלא מדיני בהסכם הסגרה נודעה חשיבות מסוימת, אך קביעה זו אינה מכרעת כשלעצמה. כמעט בטוח שמעשי אלימות בוטים, דוגמת מעשים שנהוג לראותם כבעלי טבע "טרוריסטי", ייכשלו במבחן הבולטות, היות שהם בלתי מידתיים לחלוטין לכל יעד מדיני שהוא. יתר על כן, כדי להחשיב פשע למדיני מטבעו, המטרות המדיניות שלו צריכות לעלות בקנה אחד עם עקרונות זכויות האדם.

16. סימן א' (ו) (ב) מחייב גם שהפשע יבוצע "מחוץ לארץ המקלט לפני שנתקבל [האדם] לאותה ארץ כפליט". אנשים המבצעים "פשעים לא מדיניים חמורים" בתוך ארץ המקלט כפופים לסדר הדין הפלילי של ארץ זו, ובמקרה של פשעים חמורים במיוחד הם כפופים לסעיף ל"ב ולסעיף ל"ג (2) לאמנה משנת 1951.

ג. סימן א' (ו) (ג): מעשים הנוגדים את מטרותיו ועקרונותיו של ארגון האומות המאוחדות

17. נוכח ההגדרה הרחבה והכללית של מטרות האו"ם ועקרונותיו, הטווח של קטגוריה זו מעט לא ברור ועל כן יש לקרוא אותו קריאה מצמצמת. אמנם, סעיף זה מוחל לעתים נדירות בלבד, ובמקרים רבים סביר ממילא שיחולו סימן א' (ו) (א) או סימן א' (ו) (ב). סימן א' (ו) (ג) מופעל רק בנסיבות קיצוניות על-ידי פעילות החותרת תחת אושיות הקיום המשותף של הקהילה הבינלאומית. לפעילות כזאת חייב להיות היבט בינלאומי. פשעים שיש בהם כדי להשפיע על השלום והביטחון הבינלאומיים ועל יחסי השלום בין המדינות, כמרגם הפרות קשות ומתמשכות של זכויות האדם, יכללו בקטגוריה זו. היות שסעיף 1 וסעיף 2 למגילת האומות המאוחדות קובעים למעשה את עקרונות היסוד שמדינות חייבות לכבד ביחסיהן זו עם זו, נראה כי בעיקרון רק בני אדם שהיו בעמדות סמכות בישות מדינית או בישות דמוית מדינה יוכלו לבצע מעשים כאלה. במקרים הכוללים מעשה טרור, החלה נכונה של סימן א' (ו) (ג) כרוכה בהערכה של המידה שבה

5. ראו נציבות האו"ם לפליטים, **מדריך להליכים וקריטריונים לקביעת מעמד של פליט**, זינבה, עריכה מחודשת, 1992, ס' 152.

המעשה מזיק במישור הבינלאומי – מבחינת חומרתו, ההשפעה ברמה הבינלאומית וההשלכות על השלום ועל הביטחון הבינלאומיים.

ד. אחריות אישית

18. כדי שהדרה תהיה מוצדקת, יש להוכיח אחריות אישית בהקשר של פשע הנופל בהגדרות סימן א' (ו). שיקולים ספציפיים בנוגע לפשעים כלפי השלום ומעשים הנוגדים את מטרות האו"ם ועקרונותיו נידונו לעיל. באופן כללי, האחריות האישית נובעת מכך שאדם ביצע מעשה פלילי או תרם תרומה משמעותית לביצוע מעשה כאמור בידיעה שהמעשה או המחדל שהוא אחראי לו יאפשרו את ההתנהלות הפלילית. אין דרישה שהאדם יהיה זה שביצע את המעשה הפלילי המדובר בגופו. די בכך שהסית או סייע למבצע פלילי משותף, עודד אותו או השתתף בו.

19. העובדה שאדם היה בשלב כזה או אחר חבר בכיר בממשלה דכאנית או חבר בארגון המעורב באלימות לא חוקית אינה גוררת כשלעצמה חבות אישית בגין המעשים המצדיקים הדרה. אולם, חזקה בדבר אחריות עשויה לעלות כאשר האדם נשאר חבר בממשלה המעורבת באופן ברור בפעילות שנמצאת בטווח של סימן א' (ו). יתר על כן, יעדיהם, פעילותם ושיטות הפעולה של ארגונים מסוימים הם בעלי טבע אלים במיוחד, והדבר מביא לידי כך שחברות מרצון חופשי בהם עלולה גם היא לגרור חזקה של אחריות אישית. כאשר עולה חזקה כזאת בדבר אחריות יש לנהוג בה בזהירות ולשקול בין היתר סוגיות כגון פעילותו של הארגון בפועל, המבנה הארגוני שלו, מעמדו של האדם שבו מדובר בתוך מבנה זה ויכולתו של אדם זה להשפיע השפעה משמעותית על פעילותו, כמרגם פילוג אפשרי של הארגון. יתר על כן, הנחות מוקדמות כאלה בהקשר של הליכי בקשת מקלט הן הנחות שניתן להפריכן.

20. בכל הנוגע ללוחמים לשעבר, אין להחשיבם בהכרח לברי הדרה, אלא אם כן, כמובן, מדובר במקרה הפרטני על הפרות חמורות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ושל המשפט ההומניטרי הבינלאומי ומסופקות אינדיקציות לגביהן.

ה. הטעמים לדחיית האחריות האישית

21. בדרך כלל אחריות פלילית יכולה לקום רק במקרים שבהם האדם שבו מדובר ביצע את היסודות המהותיים בעברה בידועין ובכוונה תחילה. כאשר היסוד הנפשי אינו מוכח, למשל בשל אידיעות עובדה משמעותית, הרי שאז לא קמה אחריות פלילית אישית. במקרים מסוימים, ייתכן שלאדם שבו מדובר אין היכולת השכלית לשאת באחריות על פשע, למשל בשל אישפיות, מוגבלות שכלית, סימום שלא מרצון או חוסר בגרות במקרה של ילדים.

22. יש לשקול גורמים הנחשבים ככלל כהגנה מפני אחריות פלילית. למשל, הגנת מילוי הפקודות תחול רק במקרים שבהם האדם היה מחויב מבחינה חוקית לציית לפקודה, לא היה מודע לכך שאינה חוקית וההוראה עצמה לא הייתה בלתי חוקית באופן גלוי. בכל הנוגע ללחץ, הרי שהגנה זו חלה במקרים שבהם המעשה שעל כף המאזניים נובע מכך שהאדם שבו מדובר חמק באמצעותו, באופן הכרחי וסביר, מאיום מידי במוות או בנזק גופני חמור, מידי או מתמשך, לו או לאדם אחר, והאדם אינו מתכוון לגרום נזק רב יותר מזה שהוא ביקש לחמוק ממנו. פעולות של הגנה עצמית או של הגנה על אחרים או על רכוש חייבות להיות הן סבירות והן מידתיות ביחס לאיום.

23. במקרים שבהם סוברים כי האדם כיפר על פשעו, לא ניתן עוד להצדיק את החלת סעיפי ההדרה. זה עשוי להיות המקרה כאשר אדם ריצה גזר דין פלילי בגין הפשע שבו מדובר, או אולי כאשר פרק זמן משמעותי עבר מאז ביצוע העברה. עם הגורמים הרלוונטיים נמנים חומרת העברה, חלוף הזמן וכל ביטוי לחרטה מצד האדם הנוגע לעניין. כאשר שוקלים את ההשפעה של כל חנינה אישית או קבוצתית, יש לשקול את השאלות האם הדבר משקף את הרצון הדמוקרטי של הארץ הנוגעת לעניין והאם מוצה הדין עם האדם בדרך אחרת כלשהי. עם זאת, יש פשעים כה חמורים ונתעבים עד שהחלת סימן א' (ו) תיחשב עדיין למוצדקת חרף קיומה של חנינה אישית או קבוצתית.

ו. שיקולי מידתיות

24. שילוב מבחן המידתיות כאשר שוקלים את אפשרות ההדרה ואת השלכותיה מספק כלי יעיל לניתוח המאפשר לוודא שסעיפי ההדרה יוחלו בדרך העולה בקנה אחד עם יעד האמנה משנת 1951 ומטרתה, שהם מעל לכול הומניטריים באופיים. רעיון זה התפתח בייחוד בהקשר של סימן א' (ו) (ב) והוא משקף עקרון יסודי בתחומים רבים במשפט הבינלאומי. לפיכך, כפי שנכון לכל חריג לערובה בתחום זכויות האדם, חובה להחיל את סעיפי ההדרה בדרך מידתית למטרתם כך שחומרת העברה שבה מדובר תישקל כנגד השלכות ההדרה. אולם, ניתוח מידתיות כזה לא יידרש בדרך כלל במקרים של פשעים כלפי השלום, פשעים כלפי האנושות ומעשים הנופלים בגדר האמור בסימן א' (ו) (ג), היות שהמעשים הנופלים בגדר זה נתעבים כל כך. עם זאת, עדיין יש מקום לניתוח כזה לגבי פשעים לפי סימן א' (ו) (ב) ולפשעי מלחמה חמורים פחות לפי סימן א' (ו) (א).

ז. מעשים מסוימים ומקרים מיוחדים

25. אף על פי שלטרור אין הגדרה מוסכמת ברמה הבינלאומית,⁶ סביר כי מעשים שנהוג להחשיבם למעשי טרור מעצם טבעם יפלו בגדר סעיפי ההדרה אף כי אין לראות בסימן א' (ו) שווה ערך להוראת חוק פשוטה נגד הטרור. אולם, לעתים מזומנות אין זה נחוץ לשקול את סעיפי ההדרה היות שחשודים בטרור עשויים מלכתחילה שלא להיות זכאים למעמד של פליט כיוון שהפחד שלהם הוא מפני העמדה לגיטימית לדין ולא מפני רדיפה מטעמים שנקבעו באמנה.

26. מכל סעיפי ההדרה, סימן א' (ו) (ב) עשוי להיות רלוונטי באופן מיוחד היות שמעשי טרור אלימים הם בסבירות גבוהה בלתי מידתיים לכל מטרה מדינית מוצהרת. כל מקרה יחייב בחינה לגופו של עניין. העובדה שאדם נכלל ברשימת חשודים בטרור, בין של המדינה ובין רשימה בינלאומית (או מקושר לארגון המופיע ברשימה של ארגוני טרור), צריכה אמנם להביא לשקילת סעיפי ההדרה אך לא תהווה כשלעצמה ראיה מספקת להצדקת ההדרה. אסור שההדרה תתבסס רק על חברות בארגון מסוים, אף כי אפשר שתעלה חזקה בדבר אחריות אישית במקרים שבהם הארגון ידוע ברבים לשמצה כגוף אלים והחברות בו נעשית מרצון חופשי. במקרים כאלה, נחוץ לבחון את תפקיד האדם ואת מעמדו במבנה הארגוני, את פעולותיו של האדם עצמו וכן עניינים קשורים כמתואר בפסקה 19 לעיל.

6. למסמכים הנוגעים לטרור ראו נספח ד' להערת הרקע.

27. היות שמעשי **חטיפה** יפלו כמעט בוודאות בגדר "פשע חמור" לפי סימן א' (ו) (ב), רק הנסיבות המשכנעות ביותר יוכלו להצדיק אי-הדרה. מעשי **עינויים** אסורים על-פי המשפט הבינלאומי. בכפוף להקשר, הם יובילו בדרך כלל להדרה על-פי סימן א' (ו).

28. סעיפי ההדרה חלים בעיקרון על **קטינים**, אך רק במקרים שבהם הם הגיעו לגיל האחריות הפלילית ובתנאי שיש להם היכולת השכלית לשאת באחריות על הפשע שבו מדובר. נוכח פגיעותם של ילדים, יש לנהוג בזהירות רבה כאשר שוקלים הדרה בנוגע לקטין או קטינה, ובייחוד יש לשקול בזהירות הגנות כגון לחץ שבו היו נתונים. במקרים שבהם נציבות האו"ם לפליטים מכריעה בנוגע למעמד של פליט מתוקף תחום הסמכות שלה, יש להפנות את כל המקרים מסוג זה למטה הנציבות לפני קבלתה של החלטה סופית.

29. במקרים שבהם המבקש העיקרי מודר ממעמד של פליט, התלויים בו יצטרכו להראות טעמים משל עצמם למעמד של פליט. אם אלה האחרונים יוכרו כפליטים, האדם שהודר לא יוכל להסתמך על הזכות לאחדות המשפחה כדי להבטיח לעצמו הגנה או סיוע כפליט.

30. סעיפי ההדרה יכולים לחול גם במצבים של **זרם המוני** אף כי בפועל הסינון הפרטני הנדרש עלול ליצור קשיים מבצעיים ומעשיים. אף על פי כן, עד שיבוצע סינון כזה, כל האנשים צריכים לקבל הגנה וסיוע, בכפוף כמובן להפרדת גורמים חמושים מאוכלוסיית הפליטים האזרחית.

3. סוגיות פרוצדורליות

31. בהינתן ההשלכות החמורות של הדרה, חיוני להבנות לתוך הליך קביעת ההדרה **ערוכות** פרוצדורליות מחמירות. בעיקרון, יש לדון בהחלטות בעניין הדרה במסגרת **ההליך הרגיל לקביעת מעמד של פליט**, ולא בהליכים לבחינת קבילות או בהליכים מזורזים, כך שתבוצע הערכה עובדתית ומשפטית מלאה של המקרה. האופי החריג של סימן א' (ו) מצביע על כך שיש לשקול הכלה בטרם שוקלים הדרה, אך אין כל נוסחה נוקשה לעניין זה. באופן חריג ניתן לשקול הדרה ללא התייחסות מיוחדת לענייני הכלה במקרים אלה: (i) כשהוגש כתב אישום בבית דין פלילי בינלאומי; (ii) במקרים שבהם יש ראיות גלויות וזמינות באופן מידי המצביעות בבירור על מעורבות של מגיש הבקשה בפשעים חמורים במיוחד, ובייחוד במקרים חשובים הנופלים בגדר סימן א' (ו); (iii) בשלב הערעור במקרים שבהם הדרה היא העניין המונח על כף המאזניים.

32. ניתן להקים **יחידות הדרה מיוחדות** בתוך המוסד האחראי לקביעת מעמד של פליט כדי לטפל במקרי הדרה במטרה להבטיח שהם יזכו לטיפול זריז. אפשר שיהיה זה צעד שקול לעכב החלטות הנוגעות להדרה עד להשלמתו של כל הליך פלילי פנימי במדינה, כיוון שלהליך כזה יכולות להיות השלכות משמעותיות לבקשת המקלט. עם זאת, באופן כללי, בקשת מעמד הפליט צריכה להיות מוכרעת בהחלטה סופית לפני הוצאתו לפועל של כל צו הסגרה.

33. יש לכבד את **סודיות** בקשת המקלט המדיני בכל עת שהיא. בנסיבות חריגות עשויה להיות הצדקה ליצירת קשר עם ארץ המוצא מטעמי ביטחון לאומי, אך גם במקרים אלה אין לחשוף את קיומה של בקשה למקלט.

34. **נטל ההוכחה** בכל הנוגע להדרה מוטל על כתפי המדינה (או נציבות האו"ם לפליטים), וכמו בכל ההליכים לקביעת מעמד של פליט, יש להניח למבקש ליהנות מהספק. אולם, במקרים שבהם האדם הואשם בבית דין פלילי בינלאומי ובמקרים שבהם קיימת הנחה כי ישנה אחריות אישית

בגין מעשים המעלים את אפשרות ההדרה, כפי שנאמר בפסקה 19 לקווים מנחים אלה, הרי שאז נטל ההוכחה מתהפך, וקמה חזקה בת הפרכה בדבר כשירות להדרה.

35. כדי לעמוד ברף ההוכחה לפי סימן א' (ו), נדרשות ראיות ברורות ומהימנות. אין זה חיוני שמגיש הבקשה יורשע בעברה פלילית, ואף אין צורך לעמוד ברף ההוכחות הפלילי. הודאות ועדויות של עדי ראייה, למשל, עשויות להספיק אם הן מהימנות. בהיעדר ראיות ברורות ומהימנות, אישיתוף פעולה מצד מגיש הבקשה לא מקים כשלעצמו אשמה במעשה שבעטיו ניתן לבצע הדרה. אולם, אפשר ששקילת ההדרה תהייה לא רלוונטית אם משמעו של היעדר שיתוף הפעולה הוא שלא ניתן לבסס את היסודות לבקשת המקלט המדיני.

36. אסור שהדרה תתבסס על ראיות רגישות שהאדם הנוגע בדבר לא יכול לקרוא עליהן תיגר. במקרים חריגים ניתן להסתמך על עדויות אנונימיות (שמקורן אינו נחשף), אך זאת רק כאשר הדבר נחוץ לחלוטין כדי להגן על ביטחונם של עדי ראייה ובלבד שיכולתו של מבקש המקלט לקרוא תיגר על תוכן העדויות לא נפגעת במידה ניכרת. אין להסתמך על ראיות חסויות או ראיות הנבחנות בדלתיים סגורות (שבהן התוכן חסוי גם הוא) כדי לבצע הדרה. כאשר מונחים על כף המאזניים שיקולים של ביטחון לאומי, אפשר יהיה לשמור עליהם באמצעות שילוב ערובות פרוצדורליות המכבדות גם את זכויות ההליך ההוגן של מבקש המקלט.