



מבזקי הארות פסיקה 23 | מרץ 2014, 8-26

החיים השחורים של הפליט הוורוד: בעקבות Minister voor Immigratie en Asiel v X, Y and Z

טל מימרן*

1. מבוא. 2. האם הומוסקסואלים מהווים "קבוצה חברתית מסוימת".
3. לגיטימיות הציפייה כי אדם יסתיר את נטייתו המינית או יפעיל איפוק לגביה כדי להימנע מרדיפה. 4. רדיפה באמצעות חקיקה פלילית המוכוונת נגד הומוסקסואלים. 5. אחרית דבר.

1. מבוא

"אם אתה רוצה להיות אורח

אידיאלי הישאר כביתך"¹

בכשמונים מדינות ברחבי העולם, יחסי מין בין בני אותו המין נחשבים לעברה פלילית.² מדינות נוספות קובעות עברות מוסר כנגד התנהגות "אנטי-חברתית" או "בלתי-מוסרית", ונטייה מינית שאינה הטרוסקסואלית נחשבת לכזו. עברות אלו מאפשרות רדיפה או הגבלה של זכויות בסיסיות כגון חופש הביטוי של מי שעובר אותן.³ על רקע

* חוקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה. אבקש להודות מקרב לב לארנה בן-נפתלי ולאורי פומסון על הסיוע והעצות הנפלאות בכתיבת רשימה זו.

1 האמירה מיוחסת לאדגר ווטסון האו. ראו פרופ' אדיר כהן ספר הציטטות הגדול 155 (1996).
2 *International: Criminalization and Decriminalization of Homosexual Acts*, IGLHRC (July 24, 2003), <http://www.iglhrc.org/cgi-bin/iowa/article/takeaction/resourcecenter/817.html>

3 *Venice Choi, Living Discreetly: A Catch 22 in Refugee Status Determinations on The Basis of Sexual Orientation*, 36 *BROOKLYN J. INT'L L.* 241, 241 (2010). לסקירה מרתקת בנושא הומוסקסואליות ומשפט ביוון העתיקה, ברומי,



החיים השחורים של הפליט הוורוד

מציאות זו, מוכרים מקרים לא מעטים שבהם בני אדם החוששים מרדיפה בשל נטייתם המינית תרים אחר מדינה שתכיר במצבם הנרדף ותקנה להם מעמד פליט.⁴

מדינות מסוימות העניקו מעמד פליט לבני אדם החוששים מרדיפה מטעמי נטייתם המינית.⁵ מדינות דוגמת שוודיה הגדילו לעשות והכלילו התייחסות לרדיפה על רקע נטייה מינית בהגדרותיהן למונח "פליט" במסגרת החוק המקומי.⁶ חרף זאת, קיימות מדינות רבות ששעריהן סגורים בפני לסבית, הומו, טרנסג'נדר או ביסקסואל (להלן:

במשפט העברי ובשיטות משפט מודרניות, ראו צבי טריגר **פשעים נגד הפטריארכיה: ניאוף, הפלות והומוסקסואליות במשפט ובתורות** (2014).

Refugee Appeal No. 74665, New Zealand: Refugee Status Appeals Authority, 7 July 2004, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/42234ca54.html> (hereinafter: *Refugee Appeal No. 74665*); *Karouni v. Gonzales*, Attorney General, 399 F.3d 1163 (9th Cir. 2005), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4721b5c32.html> (hereinafter: *Karouni*); *DW v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKAIT 00168, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46836aa80.html> (hereinafter: *DW*); *MN v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UK IAT 00021, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a7081cd.html> (hereinafter: *MN*);

Matter of Toboso-Alfonso, 20 I&N Dec 819 (B.I.A 1990), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6b84.html>; *Re GJ*, *Refugee Appeal No. 1312/93*, New Zealand: Refugee Status Appeals Authority, 30 Aug. 1995, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6938.html>; *HS v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKAIT 00120, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfaf0.html>

4 ch. 1 § ALIENS ACT (Svensk författningssamling [SFS] 2005:716) (swed.), available at <http://www.government.se/content/1/c6/06/61/22/bfb61014.pdf>; SWEDISH MIGRATION BOARD, GUIDELINES FOR INVESTIGATION AND EVALUATION OF ASYLUM CASES IN WHICH PERSECUTION BASED ON GIVEN SEXUAL ORIENTATION IS CITED AS A GROUND (2002) (swed.), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f8c1af44.html>



”להט”ב”) החוששים מרדיפה בגין נטייתם המינית במדינת המוצא שלהם.⁷ מדינת ישראל היא אחת מהן: עד כה, כל הבקשות למעמד פליט מחשש לרדיפה מטעמי נטייה מינית שהוגשו בישראל נדחו.⁸

על רקע זה, ניתן להבין את חשיבות הכרעתו של בית הדין האירופי לצדק (European Court of Justice) (להלן: ”בית הדין האירופי”) בבקשה להכרעה המקדמית (Preliminary Ruling) נשוא רשימה זו.⁹ החלטה זו מכירה בזכותם של להט”ב החוששים מרדיפה ליהנות מהגנתה של האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (להלן: ”אמנת הפליטים”) והפרוטוקול הנלווה לה (להלן: ”הפרוטוקול”).¹⁰ הגם שהחלטתו של בית הדין האירופי עוסקת בשלושה מבקשי מקלט הומוסקסואלים, שלפי גישת נציבות האו”ם לפליטים (להלן: ”הנציבות לפליטים”), להחלטה משמעות מבחינת

7 לסקירה של המצב במדינות האיחוד האירופי בהקשר זה, ראו לדוגמה SABINE JANSEN & THOMAS SPIJKERBOER, FLEEING HOMOPHOBIA: ASYLUM CLAIMS RELATED TO SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY IN EUROPE (COC Netherlands and VU University Amsterdam, 2011), available at http://www.rechten.vu.nl/nl/Images/Fleeing%20Homophobia%20report%20EN_tcm22-232205.pdf.

8 יובל לבנת ”ליברליזם ישראלי ופליטים הומואים” לסה פסה 22.10.2010 www.mehagrim.org/2010/10/blog-post_22.html; ראו גם ORAM בשיתוף הקליניקה לזכויות פליטים של אוניברסיטת תל אביב חסרות מקלט – כשלים בהגנה על נשים שנמלטו לישראל מרדיפה בגין מגדר (2011) www.oraminternational.org/images/stories/PDFs/no%20shelter%2023%20feb%202011%20download%20version%20final.pdf (להלן: ”חסרות מקלט”).

9 Case C-199/12 to C-201/12, Minister voor Immigratie en Asiel v X, Y and Z, <http://curia.europa.eu> (Nov. 7, 2013), available at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=144215&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=526719> (להלן: פרשת X, Y ו-Z).

10 United Nations Convention relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, 19 U.S.T. 6259, 189 U.N.T.S. 150; Protocol relating to the Status of Refugees, Oct. 4, 1967, 606 U.N.T.S. 267.



החיים השחורים של הפליט הוורוד

כלל קהילת הלהט"ב.¹¹ הואיל וכאמור לעיל, בישראל משרד הפנים מסרב באופן עקבי להעניק מעמד פליט לבני אדם החוששים מרדיפה מטעמי נטייתם המינית,¹² יש בהכרעת בית הדין האירופי כדי להעמיד מראה שחורה למול ההתנהלות בישראל.

מקורה של ההחלטה היא בקשה של שלושה, X, Y ו-Z, אזרחי המדינות סיריה לאון, אוגנדה¹³ וסנגל בהתאמה, לקבל מעמד פליט בהולנד (להלן: "המבקשים"). בקשתם נסמכה על חשש מרדיפה מטעמי נטייתם המינית, מאחר שבשלוש מדינות המוצא יחסים הומוסקסואליים נחשבים לעברה פלילית אשר בגינה ניתן להטיל קנסות כבדים או עונשי מאסר היכולים להגיע עד למאסר עולם. מועצת המדינה של הולנד (Council of State of the Netherlands), ערכאת הערעור על החלטות בנושא בקשות למעמד פליט בהולנד וגוף הייעוץ החשוב ביותר לממשלת הולנד,¹⁴ פנתה לבית הדין האירופי במספר שאלות. שאלות אלו התרכזו בבקשה להבהרה לגבי הדין החל ביחס למבקשים בהתאם לדירקטיבה האירופית בנושא סטנדרטים מינימליים לסיווגם

11 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, U.N. Doc. HCR/GIP/12/09 (Oct. 23, 2012), <http://www.unhcr.org/50ae466f9.pdf>

12 MICHAEL KAGAN & ANAT BEN-DOR, NOWHERE TO RUN: GAY PALESTINIAN ASYLUM-SEEKERS IN ISRAEL (Tel Aviv University's Public Interest Law Program, 2008), available at www.law.tau.ac.il/Heb/Uploads/dbsAttachedFiles/NowheretoRun.pdf

13 Daniel Englander, *Protecting the Human Rights of LGBT People in Uganda in the Wake of Uganda's 'Anti Homosexuality Bill, 2009'*, 25 EMORY INT'L L. REV. 1263 (2011)

14 Pieter Van Dijk & Bahiyiyih G. Tahzib, *The Parliamentary Participation in the Treaty-Making Process of the Netherlands*, 67 CHI-KENT. L. REV. 413, 424 (1991)



ולמעמד של נתיני מדינות שלישיות או חסרי נתינות כפליטים או כבני אדם אחרים הזקוקים להגנה בין-לאומית (להלן: "הדירקטיבה").¹⁵

הכרעותיו של בית הדין נסמכות על הפרשנות לדירקטיבה, אשר קובעת במבוא לה כי אמנת הפליטים היא אבן הפינה להסדרת ההגנה על פליטים.¹⁶ כך, מגדירה הדירקטיבה מיהו פליט באופן זהה להגדרה שנקבעה באמנת הפליטים ובפרוטוקול תוך ציון העובדה שההגנה תחול רק על מי שאינו נתין אחת ממדינות האיחוד האירופי:¹⁷

"refugee" means a third-country national who, owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, political opinion or membership of a particular social group, is outside the country of nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself or herself of the protection of that country"

מהגדרה זו עולה, כי על אדם המעוניין ליהנות ממעמד של פליט לעמוד בשני מבחנים משפטיים: (א) עליו להוכיח פחד מבוסס מפני רדיפה; (ב) עליו לבסס כי הרדיפה מבוססת על גזע, לאום, דת, דעה פוליטית או חברות ב"קבוצה חברתית מסוימת". שני רכיבים של ההגדרה הזו – שאלת קיומה ומידת החומרה של הרדיפה (owing to being persecuted for reasons of [...] membership of a) – וביסוס חברות ב"קבוצה חברתית (particular social group) מהווים את הציר המרכזי של הדיון בשאלות שבהן אדון

15 פרשת X, Y ו-Z, לעיל ה"ש 9.

16 שם.

17 שם, פס' 3 לפסק הדין מציגה את ס' 2(c) לדירקטיבה.



החיים השחורים של הפליט הוורוד

ברשימה זו. הסיבה לכך היא שבקשות רבות למעמד פליט של להט"ב, כמו במקרה דנן, מתבססות על טענה כי המבקש סובל מרדיפה בגין היותו חלק מ"קבוצה חברתית מסוימת".¹⁸

אם כן, ברשימתי אתמקד בשלוש הסוגיות העיקריות בדיונו של בית הדין האירופי: (א) האם הומוסקסואלים נחשבים ל"קבוצה חברתית מסוימת" הזכאית למעמד של פליט מכוח הדירקטיבה;¹⁹ (ב) האם מצופה מאדם בעל נטיות מיניות כלפי בני מינו להסתיר את נטייתו המינית או להפעיל איפוק לגביה על מנת להימנע מרדיפה. אם התשובה לשאלה זו חיובית ('ספוילר', היא לא) – מהי מידת האיפוק הנדרשת מהומוסקסואל והאם היא גבוהה יותר מזו הנדרשת מהטרנסקסואל; (ג) כיצד יש לבסס את קיומה של רדיפה במקרה של חקיקה פלילית המוכוונת כנגד הומוסקסואלים.

2. האם הומוסקסואלים מהווים "קבוצה חברתית מסוימת"

ככלל, ההכרה בקבוצה מסוימת כנפרדת על בסיס חברתי אינה ייחודית לאמנת הפליטים. כך, ניתן לראות התייחסות דומה בסעיף 2 להכרזה בדבר זכויות אדם משנת 1948,²⁰ בסעיפים 2 ו-26 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובסעיף 2 לאמנה בדבר זכויות

¹⁸ Nicole Laviolette, *The Immutable Refugees: Sexual Orientation in Canada* (A.G.) v. Ward, 55 U. TORONTO FAC. L. REV. 1, 3 (1997)

¹⁹ Council Directive 2004/83, of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0083:EN:H> TML (להלן: "הדירקטיבה").

²⁰ Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III), U.N. GAOR Supp. No.13, UN Doc. A/810 (1948)



כלכליות, חברתיות ותרבותיות.²¹ סעיפים אלה קובעים את עקרון השוויון, עיקרון החולש על יישום זכויות האדם לפי אמנות אלו.²² על בסיס עקרון השוויון, נקבע בעבר על ידי הוועדה לזכויות אדם ועל ידי הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות כי יש להעניק הגנה מפני הפליה ללהט"ב.²³ באופן פרטני נקבע כי דיני העונשין הנוגעים ליחסים הומוסקסואלים מפרים עיקרון זה.²⁴

באשר לאמנת הפליטים, גורמים רלוונטיים לקיומה של "קבוצה חברתית מסוימת" הם מוצא אתני, תרבותי ולשוני, רקע משפחתי, פעילויות כלכליות, ערכים משותפים ושאילות.²⁵ כמו כן, ישנה חשיבות רבה ליחס המקובל לאותה הקבוצה בקרב החברה שבה היא חיה, ובפרט ליחס המוענק לה על ידי רשויות השלטון.²⁶

בענייננו, הדירקטיבה קובעת שני תנאים מצטברים המשקפים את שתי הגישות המקובלות ביותר לפירוש המונח "קבוצה חברתית מסוימת".²⁷ בקשות למעמד של פליט

21 International Covenant on Civil and Political Rights, March 23, 1948, 999 U.N.T.S. 171; International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

22 ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 217–218 (2006).

23 X v Colombia, U.N. CCPR, Communication No. 1361/2005: Colombia. U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 (May 14, 2007); Young v Australia, U.N. CCPR, Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (Sep. 18, 2003); Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 20, U.N. Doc. E/C.12/GC/20, para. 52 (2009).

24 Toonen v. Australia, U.N. CCPR, Communication No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (March 31, 1994).

25 GUY S. GOODWIN-GILL & JANE MCADAM, THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW, 75 (3rd ed. 2007); Brian F. Henes, *The Origin and Consequences of Recognizing Homosexuals as A 'Particular Social Group' for Refugee Purposes*, 8 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 377, 382 (1994).

26 Arthur C. Helton, *Persecution on Account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Status*, 16 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 39 (1983).

27 פרשת X, Y ו-Z, לעיל ה"ש 9, פס' 45.



החיים השחורים של הפליט הוורוד

בשל רדיפה מטעמי נטייה מינית נתקבלו בעבר בהתבסס על שתיהן.²⁸ מעבר לשני התנאים, כוללת ההגדרה בדירקטיבה התייחסות מיוחדת לסוגיה של נטיות מיניות.

התנאי הראשון הוא קיומו של מאפיין בלתי-משתנה בקבוצה, אשר הוא מהותי במיוחד לכבודו של אדם, שלא ניתן לכפות לזנוח אותו.²⁹ התנאי השני מבטא את גישת "התפיסה חברתית", ובמסגרתו יש לבחון אם הקבוצה חולקת מאפיין משותף אשר מאפשר לזהות אותה כקבוצה נפרדת מהחברה בה היא חיה ככלל.³⁰ באשר להתייחסות המיוחדת בנושא נטיות מיניות קובעת הדירקטיבה כי בכפוף לנסיבות במדינת המוצא, "קבוצה חברתית מסוימת" יכולה לכלול קבוצה שהמאפיין המשותף לה הוא נטייה מינית. עוד נכתב כי נטייה מינית אינה יכולה להיות מובנת ככוללת פעולות המנוגדות לחקיקה הפלילית במדינות האיחוד האירופי.³¹

באופן עקרוני, חשוב להבהיר כי ניתוח בהתאם לגישת המאפיין הבלתי-משתנה ולגישת התפיסה החברתית יכול להביא למסקנה זהה. לדוגמה, קבוצות המהוות "קבוצה חברתית" בעיני החברה שבה הן נמצאות "מסומנות" לעתים בשל אותו מאפיין בלתי-משתנה משותף (כגון דת, לאום או נטייה מינית). עם זאת, ישנם מקרים שבהם כל גישה

28 UNHCR, Guidelines on International Protection: Membership of a particular social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, para. 5–9, U.N. Doc. HCR/GIP/02/02 (May 7, 2002), <http://www.unhcr.org/3d58de2da.html> (hereinafter: Guidelines on International Protection); Ariel Meyerstein, *Retuning the Harmonization of EU Asylum Law: Exploring the Need for an EU Asylum Appellate Court*, 93 CALIF. L. REV. 1509, 1533 (2005)

29 Maryellen Fullerton, *A Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution Due to Membership in a Particular Social Group*, 26 CORNELL INT'L L.J. 505, 520 (1993)

30 Aimee Heitz, *Providing a Pathway to Asylum: Re-interpreting "Social Group" to Include Gender*, 23 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 213, 222 (2013).

31 הדירקטיבה, לעיל ה"ש 19, ס' 10(1)(d).



תביא לתוצאה שונה. לדוגמא, גישת "התפיסה החברתית" יכולה להביא להכרה בקבוצה חברתית מסוימת בגין תחום עיסוק משותף או מעמד חברתי, כאשר העובדה שאלו אינם מאפיינים בלתי-משותפים משותפים, תביא לכך שהיא לא תוכר כ"קבוצה חברתית מסוימת" לפי גישת המאפיינים הבלתי-משותפים. לאור הבדל אפשרי זה, עמדת הנציבות היא כי יש מקום ליישב בין שתי הגישות באמצעות הגדרה שתהפוך את התנאים בכל אחת מהגישות לחליפיים, ולא תקבע הגדרה מוחלטת לגבי אופי וסוג המאפיין המשותף.³² הדירקטיבה האירופית, לעומת זאת, מתייחסת לשני המבחנים כמצטברים ולא כחליפיים.³³

במקרה דנן, קבע בית הדין האירופי כי המבקשים נחשבים לחלק מ"קבוצה חברתית מסוימת" כמובן של הדירקטיבה ואמנת הפליטים. באשר לתנאי הראשון, נטייתו המינית של אדם היא מאפיין מהותי במיוחד לזהותו ועל כן לא ניתן לבקש ממנו לשנותה.³⁴ מכאן מתקיים התנאי של מאפיין בלתי-משותף מהותי במיוחד לכבודו של אדם ושלא ניתן לכפות עליו לזנוח אותו.³⁵ בנוסף, קבע בית הדין האירופי כי קיומה של חקיקה פלילית המכוונת לפגוע בהומוסקסואלים, כמו במקרה זה, תומכת בקביעה שאותם בני אדם נתפסים על ידי סביבתם כשונים.³⁶ על כן, גם התנאי של "התפיסה החברתית" מתקיים.³⁷ לאור האמור קבע בית המשפט האירופי כי המבקשים הם חברים ב"קבוצה חברתית מסוימת".

בנוגע לאופן שבו נהוג להגדיר "קבוצה חברתית מסוימת" בישראל, בפרשת הרננדז הפנה בית המשפט המחוזי לעמדת הנציבות לפליטים, כי יש לאמץ את גישת המאפיין

32 Guidelines on International Protection, לעיל ה"ש 28, פס' 11–13.
33 פרשת X, Y ו-Z, לעיל ה"ש 9, פס' 45.
34 שם, פס' 46.
35 הדירקטיבה, לעיל ה"ש 19, ס' 10(d).
36 פרשת X, Y ו-Z, לעיל ה"ש 9, פס' 48.
37 הדירקטיבה, לעיל ה"ש 19, ס' 10(d).



הבלתי-משתנה ואת גישת התפיסה החברתית כמכלול של דרכים לאפיין את ההשתייכות לקבוצה חברתית, וקבע כי אכן מדובר בעמדה המקובלת כיום באשר לאופן שבו יש להגדיר "קבוצה חברתית מסוימת".³⁸ כזכור, בתי משפט הגיעו בעבר למסקנה, תוך שימוש בשתי גישות אלו, כי להט"ב מהווים "קבוצה חברתית מסוימת".³⁹ יתרה מזאת, גם בית הדין האירופי הבהיר בהחלטתו כי הומוסקסואלים עונים על שני התנאים המנויים בדירקטיבה שהם שיקוף של שתי הגישות הללו.⁴⁰ עמדה זו עומדת בסתירה גמורה לעמדתה העקבית של היחידה לטיפול במבקשי מקלט בישראל שאין המדובר ב"קבוצה חברתית מסוימת".⁴¹

יש לציין כי בשנת 2010 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק ההגירה לישראל.⁴² סעיף 25 להצעת החוק קובע כי שר הפנים רשאי ליתן מעמד פליט למבקש מקלט בישראל שהוכיח כי הוא נמצא מחוץ למדינת המוצא שלו בשל היותו נרדף מטעמי נטייה מינית. הצעה זו עוררה תקווה מאחר שלראשונה, 57 שנים לאחר שישראל הפכה למדינה חברה באמנת הפליטים, הוגשה הצעת חוק כוללת שמבקשת להסדיר את מעמדם של פליטים בדין המקומי בישראל.⁴³ תקווה זו התבדתה במציאות: ההצעה לא הבשילה לכדי חוק. לאחרונה הונחה גרסה עדכנית להצעת חוק זו על שולחן הכנסת.⁴⁴

38 עת"ם 3415-05-10 הרנגוד נ' מדינת ישראל, פס' 41 לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.11.2010).
39 באותו המקרה הכיר בית המשפט במשפחה כקבוצה חברתית מסוימת לעניין אמנת הפליטים.
40 Guidelines on International Protection, לעיל ה"ש 28, פס' 9-5; Meyerstein, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1533.
41 פרשת X, Y ו-Z, לעיל ה"ש 9, פס' 49.
42 חסרות מקלט, לעיל ה"ש 8; Kagan & Ben-Dor, לעיל ה"ש 12.
43 הצעת חוק ההגירה לישראל, התשע"א-2011, פ/3072/18.
44 ראובן ציגלר "כוחן של הגדרות: מסתננים ומבקשי מקלט בישראל – שישים שנה לאמנת הפליטים" המכון הישראלי לדמוקרטיה (2011) www.idi.org.il ומאמרים/מאמרים/כוחן-של-הגדרות-מסתננים-ומבקשי-מקלט-בישראל-שישים-שנה-לאמנת-הפליטים.
45 הצעת חוק ההגירה לישראל, התשע"ג-2013, פ/963/19.



גם בה נקבע כי יש להעניק מעמד פליט לאדם הנרדף מטעמי נטייה מינית.⁴⁵ נכון למועד כתיבת רשימה זו גם הצעה זו טרם קודמה בפועל.

כאמור, כל הבקשות למקלט שהוגשו בגין רדיפה מטעמי נטייה מינית נדחו בישראל עד היום מאחר שלא נתקבלה הטענה שמדובר ב"קבוצה חברתית מסוימת"⁴⁶. על מצב זה להשתנות. קבלתה של הצעת חוק ההגירה, התשע"ג-2013 תוכל לפתור את הבעיה. לחילופין, יישומן הראוי של גישת "המאפיין הבלתי-משתנה" וגישת "התפיסה החברתית", גישות שהתקבלו כאמור בפסיקה הישראלית, יחייבו את קבלתן של בקשות אלה.

3. לגיטימיות הציפייה כי אדם יסתיר את נטייתו המינית או יפעיל

איפוק לגביה כדי להימנע מרדיפה

לדירדור של בית הדין האירופי, ציפייה שהומוסקסואל יסתיר את נטייתו המינית או יפעיל איפוק לגביה אינה עומדת בהתאמה עם קביעתו, הנדונה לעיל, שנטייתו המינית של אדם היא מאפיין מהותי לזהותו ועל כן לא ניתן לבקש ממנו לשנותה.⁴⁷ לאור זאת, לא ניתן לצפות ממבקש מקלט שיסתיר את נטייתו המינית כדי להגן על עצמו מפני רדיפה.⁴⁸ מאחר שלא מצופה שאדם יסתיר את מיניותו או יפעיל איפוק לגביה – אין צורך להידרש לשאלה אם היקף האיפוק הנדרש מהומוסקסואל שונה מזה שיידרש מהטרנסקסואל.

45 שם, סעיף 25.

46 יובל לבנת "ליברליזם ישראלי ופליטים הומואים" **לסה פסה** (2010) www.mehagrim.org/2010/10/blog-post_22.html; ראו גם חסרות מקלט, לעיל ה"ש

.8

47 פרשת X, Y ו-Z, לעיל ה"ש 9, פס' 70.

48 שם, פס' 71.



החיים השחורים של הפליט הוורוד

יש לברך על עמדתו של בית הדין האירופי בהקשר לסוגיה זו. אכן, אילוץ אדם להסתיר את נטיותיו הוא עצמו רדיפה:⁴⁹ לעתים, אורח החיים הדיסקרטי עלול להביא לאותה התנהגות כנועה אשר שוללת כבוד אנושי בסיסי שפעולות הרדיפה מבקשות להשיג.⁵⁰ עוד חשוב לזכור כי הצורך להתנהג באופן המנוגד לאמונות ולרצונות הפנימיים של אדם עלול להביא ללחץ נפשי ולדיכאון, חרדה ואף פרנויה.⁵¹ ברמה החוקית, כפייה על אדם לחיות "בארון" כדי להימנע מרדיפה הנלווית לאורח חיים גלוי כהומוסקסואל, פוגעת קשות בזכותו לשוויון, לפרטיות ולחופש ביטוי.⁵² כמו שלא ניתן לבטל בקשה הנסמכת על רדיפה בגין דתו של אדם, כאשר הוא יכול להסתיר או לשנות את דתו ולהגן על עצמו מהרדיפה, כך לא ניתן לעשות כן במקרה של נטייה מינית.⁵³

בפועל, קיום אורח חיים מסוים, דוגמת אורח חיים דיסקרטי ואף כזה המוותר לכתחילה על קיום מערכת יחסים אינטימית, אינו תורם לביטול החשש מרדיפה. נהפוך

RRT Case No. 071818233 [2008] RRTA 62 (Austl.), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/484552e22.html> 49

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others, 1998 (1) SA 6 1517 (BCLR) at para. 113 (S. Afr.) 50

James C. Hathaway & Jason Pobjoy, *Uncovering Asylum: A Conversation on Refugee Law, Sexual Orientation, and Moving Towards a Just Jurisprudence: Queer Cases Make Bad Law*, 44 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 315, 361 (2012) 51

Smith and Grady v. United Kingdom, App. No. 33985/96 and 33986/96, 29 Eur. H.R. Rep. 493 (1999), available at [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58408#{"itemid":\["001-58408"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58408#{) 52

HYSI v. Secretary of State for the Home Department [2005] EWCA (Civ) 711, [32]–[34], [37] [2011] 1 AC 596 (Eng.), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/43fc2eac24.html> 53



הוא, הוא עשוי להצביע על קיום חשש כזה.⁵⁴ כך קבע בית המשפט העליון של אוסטרליה,⁵⁵ וכך נקבע במקרים רבים נוספים.⁵⁶

לבסוף, יש לזכור כי נטייה מינית אינה באה לידי ביטוי רק במעשיו של אדם, ישנה גם חשיבות שאינה פחותה מחשיבות ההתנהגות לאופן שבו הוא מבנה את זהותו ו/או לאופן שבו אחרים מבנים את זהותו.⁵⁷ אכן, נטיות מיניות לא תמיד באות לידי מימוש, לפעמים בעקבות חשש הנוגע לתוצאות האפשריות, דוגמת רדיפה, ולעתים מסיבות אחרות. בעבר אף נעשתה הכרה בזכותו של אדם במעמד של פליט בשל העובדה שיוחסה לו נטייה מינית אל בני מינו, אף שלא היה אמת בדבר.⁵⁸

4. רדיפה באמצעות חקיקה פלילית המוכוונת נגד הומוסקסואלים

המונח "רדיפה" אינו מוגדר באמנת הפליטים, כמו גם באמנות זכויות אדם אחרות,⁵⁹ ומכאן ישנו מרחב שיקול דעת שהושאר למדינות בבואן לפרש מונח זה. ממילא פרשנות המונח מאופיינת בחוסר עקביות.⁶⁰

במקרה דנן, פנה בית הדין האירופי לבחון את שאלת ביסוס קיומה של רדיפה תוך הפניה לסעיף 9 לדירקטיבה.⁶¹ סעיף זה קובע כי רדיפה במונח של אמנת הפליטים ושל

⁵⁴ *Refugee Appeal No. 74665*, לעיל ה"ש 4, פס' 114, 127–126; פרשת Karouni, לעיל ה"ש 4, פרק 3, פס' 6; פרשת DW, לעיל ה"ש 4, פס' 78; פרשת MN, לעיל ה"ש 4, פס' 21, 25–23.

⁵⁵ *Appellant S395/2002 and Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [2003] HCA 71 para. 43, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fd9eca84.html>.

⁵⁶ ראו ה"ש 54.

⁵⁷ ראו שם.

⁵⁸ פרשת DW, לעיל ה"ש 4, פס' 71.

⁵⁹ UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for determining Refugee Status, Para. 51–65 (1979, re-edited in 1992).

⁶⁰ Helton, ה"ש 26.



החיים השחורים של הפליט הוורוד

הדירקטיבה היא הפרה מהותית ועקבית של אחת ממגוון הפרות זכויות אדם המנויות בן. רשימת הדוגמאות כוללת, בין היתר, מעשי רדיפה באופן כללי דוגמת אלימות פיזית או מנטלית והפליה, כמו גם באופן פרטני דוגמת נקיטת סנקציות בגין סירוב לבצע שירות צבאי.⁶² בכל הנוגע לחקיקה פלילית המוכוונת כנגד הומוסקסואליים, מבהיר בית הדין כי זו שלעצמה אינה מבססת את קיומה של רדיפה במובן של אמנת הפליטים והדירקטיבה. עם זאת מציין בית הדין כי **אכיפה בפועל של חקיקה פלילית היכולה להביא למאסר** תבסס את קיומה של רדיפה במובן סעיף 9 לדירקטיבה.⁶³

קביעתו של בית הדין האירופי כי ישנו צורך בעברה שעונשה הוא מאסר ראוי לביקורת. לטעמי, אין לשלול אפשרות של רדיפה גם במקרים שבהם העונש הוא קל יותר: דגש רב מדי על חומרת העונש יכול לחזק את התפיסה המוטעית שלפיה ישנו פגם מוסרי בנטייתו המינית של אדם.

עמדת בית הדין שלפיה צריכה להתבצע אכיפה בפועל הנה בעייתית גם במובן זה שאף אם מדובר בחקיקה פלילית שאינה מנביעה העמדה לדין, אין הדבר שולל באופן מידי את אפשרות קיומה של רדיפה. יש לזכור בהקשר זה את קביעת הוועדה לזכויות אדם שלפיה חקיקה פלילית הנוגעת ליחסים הומוסקסואלים מפלה גם אם היא אינה נאכפת בפועל.⁶⁴

אכן, ישנם מקרים שבהם עצם קיומה של חקיקה פלילית יוצר מצב בלתי-נסבל חרף ההימנעות מאכיפה, וזאת בשל ביצוע פעולות אכיפה לא רשמיות שמהוות פגיעה קשה בזכויותיו של אדם (למשל, אלימות משטרתית).⁶⁵ כמו כן, ישנם מצבים שבהם אדם

61 פרשת X, Y ו-Z, לעיל ה"ש 9, פס' 50.

62 הדירקטיבה, לעיל ה"ש 19, ס' 9.

63 פרשת X, Y ו-Z, לעיל ה"ש 9, פס' 61.

64 פרשת Toonen, לעיל ה"ש 24.

65 *Decision VA5-02751*, Immigration and Refugee Board of Canada, 16 February 2007, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48245a5f2.html>; *Refugee Appeal No. 76152*, New Zealand: Refugee Status Appeals Authority, para. 34, 8



נמצא בסכנה מפני אלימות מצד בני אדם אחרים בחברה בעוד רשויות המדינה אינן מסוגלות, או לחילופין אינן מעוניינות, למגר אלימות זו.⁶⁶ לרוב, במקרים מסוג זה, מאופיין הלך הרוח במדינת המקור בהומופוביה ובליכוי דעות קדומות וסטריאוטיפים מבזים על ידי התקשורת.⁶⁷ ההתקפות הרבות ברוסיה כנגד קהילת הלהט"ב בעת האחרונה ממחישות כיצד קיומה של חקיקה מפלה בצירוף אדישות, שלא לומר עוינות שלטונית, כלפי פעולות אלימות, מביאים למצב שבלתי-נסבל לחיות בו.⁶⁸

עמדה זו מקובלת גם על הנציבות לפליטים.⁶⁹ כך, בעת בחינת השפעתה של חקיקה פלילית, הדגש בעיני הנציבות אינו על כמות ההעמדות לדין, אלא על האופן שבו הסנקציות הפליליות מגבילות את יכולתו של מגיש הבקשה לקבל הגנה מרשויות השלטון במדינת מוצאו. חקיקה פלילית מפלה מגבילה את יכולתם של בני אדם לנהל חיי חברה ולשמר את זהותם האישית, מתוך החשש ממעצרים, הטרדה, סחיטה ועוד. על מנת שהחקיקה תיחשב כמפלה, לכשעצמה, עליה לשקף נורמות חברתיות או תרבותיות אשר אינן עולות בקנה אחד עם סטנדרטים מקובלים של דיני זכויות האדם הבינ-לאומיים. גם אם חקיקה מסוימת אינה מפלה מעצם קיומה, ישנה אפשרות כי היא תיושם באופן מפלה כנגד "קבוצה חברתית מסוימת" ובכך תיחשב לרדיפה.⁷⁰

January 2008, available at:
<http://www.unhcr.org/refworld/docid/47bd93cf2.html> 66
Walter Kälin, *Non-State Agents of Persecution and the Inability of States to Protect*, 15 GEOG. IMMIGR. L.J. 415 (2001); Moore J., *From Nation State to Failed State: International Protection from Human Rights Abuses by Non-State Agents*, 31 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 81 (1999) 67
Resolution of 13 March 2008 on the Case of the Iranian Citizen Sayyed Mehdi Kazemi, EUR. PARL. DOC. P6_TA(2008)0107, 13 March 2008, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47da75002.html> available at 68
שחר סמוחה "ערכים סובייטיים: מה עומד מאחורי ההומופוביה ברוסיה?" גלובס 29.8.2013 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000875744 69
Advisory Opinion by UNHCR to the Tokyo Bar Association Regarding Refugee Claims Based on Sexual Orientation, para. 4, 10 (Sep. 3, 2004), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4551c0d04.html> 70
שם.



החיים השחורים של הפליט הוורוד

באשר למצב בישראל, לעתים (נדירות מדי) מצליחים מבקשי מקלט לבסס טענה כי הם חלק מ"קבוצה חברתית מסוימת" או לחילופין שהם נופלים תחת אחד מארבעת האדנים האחרים באמנת הפליטים המהווים את הבסיס לרדיפה (גזע, דת, לאום או דעה פוליטית). עם זאת, לאחר חציית מכשול ראשון זה, נתקלים מבקשי מקלט בישראל במחסום של ממש באשר ליכולתם להוכיח את קיומה של רדיפה.⁷¹

כך, לדוגמא, נדחתה בשנת 2010 בקשתה למקלט של אישה ממרכז אסיה שהוכתה באופן שיטתי על ידי בעלה, עובד ציבור בכיר, לאחר שהוא גילה כי היא לסבית.⁷² מעבר לפגיעה הפיזית הקשה בה, שנגרמה כתוצאה ישירה מנטייתה המינית, לאותה המבקשת לא הייתה אפשרות לקבל הגנה במדינתה בשל תפקידו הבכיר של בעלה, תפקיד שאפשר לו לאתרה בכל מקום באותה מדינה בו בקשה להסתתר. לדידה של הנציבות לפליטים שבחנה את הבקשה, אכן היה מדובר ברדיפה הן בשל הנסיבות שתוארו והן בשל העובדה כי בחברה ממנה מגיעה המבקשת ישנן דעות קדומות הומופוביות החוסמות בפניה את האפשרות של מציאת עבודה ומגורים. חרף כל זאת, הוועדה המייעצת לענייני פליטים בישראל (להלן: "הוועדה המייעצת") קבעה שאין הצדקה להגנה מכוח אמנת הפליטים בטענה שמדובר ב"בעיות משפחתיות".⁷³

71 לסקירה של הנתונים הנוגעים לכמות בקשות המקלט שהוגשו ואלו שנתקבלו בשנים האחרונות ראו ראובן (רובי) ציגלר "פרשת גונולס: הפיל שבחדר והפיל שבחוץ" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 12, 10 (2013), www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Documents/12/12_july_2013_4_zigler.pdf; לסקירת הקשיים שבפניהם עומד מבקש מקלט בעת פנייה ליחידת הטיפול למבקשי מקלט, ראו מוקד סיוע לעובדים זרים עד שיאטם ליבנו – הליכי מקלט בישראל (כתב יונתן ברמן, 2012) www.hotline.org.il/hebrew/pdf/asylum_procedures_2012_heb.pdf (להלן: "עד שיאטם ליבנו").

72 חסרות מקלט, לעיל ה"ש 8, בעמ' 18–19.

73 שם.



במקרה אחר דובר באזרח מרוקו שסבל מהתעללות של משפחתו וסביבתו (לרבות מקרי אונס) במרוקו בגין נטייתו המינית.⁷⁴ אותו אדם ביקש מקלט בישראל על בסיס חששו (המבוסס) מרדיפה ולאור העובדה שבמרוקו ישנה חקיקה פלילית האוסרת על יחסים הומוסקסואליים.⁷⁵ באותו המקרה קבעה הוועדה המייעצת כי המבקש לא סבל מרדיפה במרוקו ובנוסף כי אין כל סיבה לחשוב שאכן הוא יהיה חשוף לרדיפה מטעמי נטייתו מינית.⁷⁶ החלטה זו התבססה על שני טעמים, הטעם הראשון היה אתר אינטרנט של מה שנחזה כארגון בשם "בסמה" אשר העיד, להבנתה של הוועדה המייעצת, כי העובדה שיש במרוקו ארגון לזכויות הומוסקסואלים מעידה על כך שאין רדיפה באותה המדינה, אף שבפועל מדובר היה רק באתר אינטרנט ולא בארגון פעיל ומשמעותי שקידם זכויות להט"ב במרוקו. הטעם השני היה גילויה של כתבה עיתונאית על ידי הוועדה המייעצת – ומומלץ לקחת נשימה עמוקה – על אודות הופעתו של הזמר אלטון ג'ון במרוקו. מכתבה זו הסיקה הוועדה כי הומוסקסואלים אינם נרדפים במדינה.⁷⁷

במקרה שלישי, הומלץ לדחות בקשה למקלט של אזרח גאנה אשר ביקש מעמד פליט בגין רדיפה מטעמי נטייתו המינית, בהתבסס על תמונה שבה נראו גברים לבושים בבגדי נשים צועדים ברחוב בגאנה.⁷⁸ החלטה זו נתקבלה אף שהתמונה הופיעה באתר אינטרנט שבחלקו התחתון נכתב כי אין המדובר במצעד גאווה והוסבר כי זו מתחה של סטודנטים מאוניברסיטת גאנה.⁷⁹

הדוגמאות שלעיל מעידות על בדיקה שטחית, במקרה הטוב, ומגמתית במקרה הפחות טוב, באשר לקיום רדיפה במדינות המקור של מבקשי המקלט, וממילא על

74 שם, בעמ' 19–20.

75 שם.

76 עד שיאטס ליבנו, לעיל ה"ש 72, בעמ' 24.

77 תומר זרחין "כיצד חרץ אלטון ג'ון את גורל הפליט ממרוקו" **הארץ** 9.9.2011 www.haaretz.co.il/1.1446991; עד שיאטס ליבנו, לעיל ה"ש 72.

78 שם.

79 שם; מן הצד השני, יש לציין כי גאנה נחשבת ל"מדינה בטוחה" בעיני מדינות האיחוד האירופי ראו: JANSSEN & SPIJKERBOER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 24.



החיים השחורים של הפליט הוורוד

בעייתיות בהליך קבלת ההחלטות של הגורמים הרלוונטיים. הדבר עומד בסתירה לקביעת בית המשפט העליון בפרשת גונזלס.⁸⁰ באותו המקרה, קבע השופט דנציגר כי הערכה עובדתית של בקשת מקלט מצריכה זהירות ורגישות מיוחדת לאור ההשלכות הטמונות בדחייה של בקשה למקלט מדיני על חייו וחירותו של אדם.⁸¹ כך, על הרשויות הבוחנות את הבקשה להתחשב בקשיים הראייתיים אשר עלולים לעמוד בדרכו של מבקש המקלט בבואו לעשות כן. בפרט, כאשר גרסתו של מבקש המקלט נחזית כאמינה, ניתן יהיה להסתפק בתשתית ראייתית חסרה ובלבד שניתן טעם סביר להיעדרה של ראייה כזו או אחרת.⁸² טוב יהיה לו גישתו של השופט דנציגר תופנם בעתיד על ידי הוועדה המייעצת.⁸³

חשוב לזכור שמבקש מעמד פליט בגין רדיפה מטעמי נטייה מינית עומד בפני קושי ראייתי מיוחד בדרכו לעשות כן. מדובר במעמד רגיש מאוד, אשר נערך לרוב בפני גוף מנהלי, בו עליו להוכיח את נטייתו, עניין לגביו המבקש/ת פיתח פגיעות מיוחדת. עמדתה של הנציבות לפליטים בהקשר זה היא כי במקרים רבים לא יהיה ניתן להגיש מסמכים או עדויות חותכות אשר לנטיותיו המיניות של המבקש/ת, ועל כן יהיה צורך להעניק דגש רב יותר לעדותו/ה.⁸⁴ אם העדות מצטיירת כאמינה, המלצתה של הנציבות היא להסתפק בה. בהקשר זה יש להימנע מדעות קדומות באשר למראה, להתנהלות ולדיבור של בני אדם חד-מיניים.⁸⁵

80 ע"מ 8870/11 גונזלס נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 4.2.2013) (להלן: "פרשת גונזלס").

81 שם, פסקה 19 לפסק הדין.

82 שם, פסקה 20 לפסק הדין.

83 לדין על השלכותיה של פרשת גונזלס, ראו "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 12 (2013),

www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Pages/default.aspx

84 UNHCR, *GUIDANCE NOTE ON REFUGEE CLAIMS RELATING TO SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY*, Para. 35–36 (2008), available at <http://www.refworld.org/pdfid/48abd5660.pdf>

85 פרשת HS, לעיל ה"ש 5.



5. אחרית דבר

במדינות רבות ברחבי העולם בני אדם מוכים, מושפלים, נאנסים ונרצחים בשל נטייתם המינית. כל עוד מצב דברים זה נמשך, אותם אנשים יזדקקו להגנה בין-לאומית. ההחלטה של בית הדין האירופי במקרה דנן מעידה על התוצאה המתאימה במקרה של מבקש מקלט הסובל מרדיפה בגין נטייתו המינית. עמדת בית הדין האירופי משקפת את הדין המצוי וגם, במרבית חלקיה, את הדין הראוי. בעייתיות ההחלטה מצויה בקביעות שעל מנת לבסס רדיפה יש להציג את קיומם של עונשי מאסר בגין הומוסקסואליות ולבחון את אכיפתם בפועל.

בישראל, לעומת זאת, עדיין מסרבות הרשויות להכיר בעובדה שלהט"ב הם "קבוצה חברתית מסוימת" במובן של אמנת הפליטים. חמור מכך, ישנו קושי מהותי מאוד לבסס כי אדם סובל מרדיפה בכלל, ובפרט בהתבסס על רדיפה מטעמי נטייה מינית.⁸⁶ לאור הצורך המשמעותי בהגנה מחד גיסא, וההתפתחויות בעולם כפי שנסקרו לעיל מאידך גיסא, יש לשנות את גישתם של הגורמים האמונים על טיפול בבקשות למקלט בישראל. בפרט, טוב יהיה לו ייושמו כראוי המבחנים לקיומה של "קבוצה חברתית מסוימת", ושהצעת חוק ההגירה, התשע"ג–2013 תקודם בפועל לכדי חוק. יתר על כן, מן הראוי כי בעתיד, הערכה עובדתית של בקשות מקלט תבוצע בזהירות וברגישות המיוחדות הראויות לאור ההשלכות הטמונות בדחייה של בקשה למקלט מדיני על חייו וחירותו של אדם.⁸⁷

ישראל מתהדרת בסובלנות שהיא מגלה ובהגנה שהיא מעניקה ביחס לנטייה מינית. אין כל הצדקה שהסובלנות וההגנה יינתנו רק לאזרחיה. מדובר בזכויות אדם הניתנים לכל אדם, גם אם אינו אזרח. אדם הסובל מפגיעות קשות בזכויות האדם שלו בגין נטייתו המינית ונרדף במדינת המוצא שלו הוא אדם שראוי להגנה. ואידך זיל גמור.

⁸⁶ חסרות מקלט, לעיל ה"ש 8.

⁸⁷ פרשת גונזלס, לעיל ה"ש 80, פס' 19 לפסק הדין.