

פליטים להט"בים בישראל

מאת

יונתן ברמן*

א. מבוא

הימים שבהם מסתיימת כתיבתו של פרק זה הם ימים קשים למבקשי המקלט בישראל, סטרייטים ולהט"בים כאחד. בשנים האחרונות הרשות המחוקקת אימצה הסדרים משפטיים שנועדו להקשות על חייהם של מבקשי מקלט ולדחוק אותם אל מחוץ לישראל, תחילה באמצעות מעצר מינהלי של "מסתננים" לפרק זמן של שלוש שנים לפחות,¹ בהמשך על ידי מעצר לפרק זמן של שנה והחזקה בלתי מוגבלת בזמן ב"מתקן פתוח" או "מתקן שהייה", שההבדל בינו לבין בית סוהר הוא דק,² ולבסוף באמצעות מעצר לפרק זמן של 3 חודשים והחזקה ב"מתקן הפתוח" לפרק זמן של 20 חודשים.³ בית המשפט העליון שב וקבע כי הסדרים שונים שאומצו בחקיקה אינם חוקתיים.⁴ ואולם, בתום שלושה סיבובים של מה שגורמים ברשות המחוקקת כינו קרב "הורדות ידיים",⁵ ושופטי בית המשפט העליון התעקשו לכנות, במידה רבה של תמימות, "דיאלוג חוקתי",⁶ נראה כי מתקן "חולות" – "המתקן הפתוח", שבו מוחזקים "מסתננים" – נמצא עמנו כאן כדי להישאר. "הדיאלוג החוקתי" סביב תיקוני

* הכותב הוא מנהל הקליניקה לזכויות פליטים ומהגרים במרכז הבינתחומי בהרצליה, עמד בראש הקליניקה לזכויות מהגרים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים, שימש בתפקיד היועץ המשפטי של מוקד סיוע לעובדים זרים ועבד במחלקה המשפטית של האגודה לזכויות האזרח בישראל. אני מודה מקרב לב לחבריי עורכי הדין ענת בן דור, אלעד כהנא וידין עילם, שסיפקו לי חלק מן המסמכים שלא פורסמו, שעליהם מתבססים חלקים מפרק זה. כמו כן אני מודה לאייל גרוס ולחגי קלעי, שקראו והעירו על גרסאות קודמות של הפרק, וכן לליז מונטיליו ולקוראים האנונימיים על הערותיהם המועילות.

1 חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב–2012.

2 חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראות שעה), התשע"ד–2013.

3 חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה–2014.

4 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015).

5 ראי למשל ועדת הפנים ואיכות הסביבה, הכנסת ה-19, פרוטוקול מס' 433 (3.12.2014), בעמ' 58.

6 עניין איתן, לעיל ה"ש 4, פס' 1 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 3 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור ופס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין דסטה, לעיל ה"ש 4, פס' 22 לפסק דינה של הנשיאה נאור, פס' 51 לפסק דינו של השופט פוגלמן, פס' 1 לפסק דינו של השופט עמית (שאף כינה את קרב "הורדות הידיים" בכינוי "דיאלוג פורה"), פס' 1 ו-2 לפסק דינה של השופטת חיות ופס' 2, 6 ו-7 לפסק דינו של השופט מלצר.

השונים של החוק למניעת הסתננות כונן את הפליט, מבקש המקלט או ה"מסתנן" בישראל כהומו סאקר (*homo sacer*), דמות המצויה באזור אי ההיבחנות שבין תחום חלותו של הסדר המשפטי לבין התחום, שבו סדר זה אינו חל, דמות הנכללת בסדר המשפטי באמצעות הדרה והפקרה שלה מתוכו.⁷ הוא כונן את "מתקן השהייה" כלא-מקום (*non-place*), בלשונו של מארק אוז'ה – מרחב מעברי, שנועד להיות נטול הקשר היסטורי, חברתי או אנתרופולוגי, נטול זיקה למרחבים וזמנים אחרים⁸ – שמטרתו בידוד של מבקשי מקלט מן האוכלוסייה, הדרתם מן המרחב הציבורי בישראל ועידוד יציאתם למקומות, שבהם עשויה להישקף להם סכנה.

יש לזכור זאת כאשר אנו דנים ביחסה של מדינת ישראל למבקשי מקלט להט"בים. מי שתקרא פרק זה בחלל ריק עשויה לסבור כי הטיפול שמבקשי מקלט להט"בים זוכים לו במדינת ישראל הוא חריג ונובע מהומופוביה גרידא. ואולם, מי שתשקיף ממעוף הציפור על מדיניות המקלט בישראל תבין שמצבם של מבקשי מקלט להט"בים אינו גרוע משל כלל מבקשי המקלט בישראל. רשויות המדינה, כפי שיראו גם הנתונים בהמשך, נחושות להכחיש את קיומה של תופעת הפליטות בקרב הבאים לישראל. היחס למבקשי מקלט להט"בים הוא רק ביטוי נוסף לנחישות זו.

בפרק זה אציג את המסגרת המשפטית הכללית החלה על בקשות מקלט של להט"בים. בהיעדר חקיקה ישראלית, ונוכח "חזקת ההתאמה" בין המשפט המקומי לחוביבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, מסגרת זו מורכבת בעיקר מהוראות דיני הפליטים ודיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי.⁹ בשלב שבו אדון בפרקטיקה בישראל תיעשה הפרדה בין מבקשי מקלט להט"בים פלסטינים למבקשי מקלט להט"בים אחרים. הטעם להפרדה זו הוא שהפרקטיקות המוסדיות שמפעילה מדינת ישראל ביחס לשתי קבוצות אלה הן נפרדות.

בחלקו השני של הפרק אתייחס באופן כללי לדיני הפליטים במשפט הבינלאומי ולהגדרת המונח "פליט", כדי למקם את הדיון בפליטים להט"בים בכלל ובפליטים להט"בים בישראל בהקשר הכללי. בחלק השלישי אתמקד באחד האלמנטים המרכיבים את הגדרת ה"פליט" – עילת הרדיפה – ואתייחס באופן ספציפי לרדיפה המבוססת על "שייכות לקבוצה חברתית מסוימת". בחלק זה אתאר את שתי הגישות הקיימות במשפט הבינלאומי ביחס לעילת רדיפה זו ואציג ביקורת ביחס לשתיהן.¹⁰ בחלק

7 GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE* 8–9, 81–86 (Daniel Heller-Roazen tran., 1998)

8 MARC AUGÉ, *NON-PLACES: AN INTRODUCTION TO SUPERMODERNITY* 63–64 (John Howe trans., 1995). להרחבה בעניין "המתקן הפתוח" בישראל ראי יונתן ברמן "הומו סאקר במדבר: כינון מתקן 'חולות' כלא-מקום באמצעות דיאלוג חוקתי" (טרם פורסם).

9 לחזקת ההתאמה, שלפיה יש לפרש את הדין הישראלי לאור מחויבויותיה הבינלאומיות של המדינה, ראי למשל: ע"פ 131/67 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 112 (1968); בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, פס' 37 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (2006). ראי גם Daphne Barak-Erez, *The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study for an Expanding Dialogue*, 2 INT'L J. CONST. L 611, 615 (2004); Eyal Benvenisti, *The Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future*, 28 ISR. L. REV. 136, 138–139 (1994).

10 בעקבות הערת אחד הקוראים האנונימיים, כדאי להדגיש כבר בשלב זה כי ביקורת על כלל משפטי או פרקטיקה מסוימת אינה חייבת לכלול (ולא תכלול במסגרת פרק זה) הצעה לכלל משפטי או מבחן משפטי חלופיים על מנת שתהא בעלת ערך. הצעת כללים חלופיים איננה חלק אינהרנטי של ביקורת.

הרביעי אעבור לבחינת הזירה הישראלית. בחלק זה אתייחס לפרקטיקות המוסדיות ביחס למבקשי מקלט להט"בים שאינם פלסטינים. באמצעות בחינה של כמה החלטות מינהליות וכמה החלטות שיפוטיות אבחן את האופן שבו הרשויות בישראל תופסות את מחויבותן למבקשי מקלט להט"בים וכן

ביקורת העושה שימוש בניתוח השיח המשפטי בעניין מסוים (בענייננו, האופן שבו נטייה מינית מובנת ומובנית בדיני הפליטים) באמצעות ניתוח השיח המשפטי חושפת את יחסי הכוחות הטמונים במשפט ואת ההנחות המוקדמות שעליהן הוא מבוסס ומעמידה לביקורת מוסדות קיימים. ביקורת כזו אינה מקבלת בהכרח את ההנחה שיש למצוא מבחנים משפטיים אחרים (בענייננו, למשל, מבחנים משפטיים לסיווג מיעוטים מיניים כ"קבוצה חברתית מסוימת") בתוך המסגרות הקיימות, אלא מצביעה על חוסר הקוהרנטיות של המסגרות עצמן, על חוסר היכולת של מסגרות משפטיות או מוסדיות אלה להביא ליישום עקבי של כללים אבסטרקטיים על מקרים קונקרטיים, וזאת לעומת ביקורת שנועדה מראש למצוא "פתרונות". ביקורת מן הסוג השני עשויה להיות מוגבלת בכך שהיא מייצרת מחדש בדיוק את אותן תבניות חשיבה ואת אותה הרטוריקה שמכוחן פרקטיקות מוסדיות מייצגות, מארגנות ומייצרות מחדש את פעולותיהן. ראי (Pierre Schlag, *Normative and Nowhere to Go*, 43 STAN. L. REV. 167, 173 (1990))

שלאג כותב, שם בעמ' 176, על הדחף האקדמי להציע פתרונות נורמטיביים: "[I]t is widely held among legal thinkers that one should not merely criticize or destroy, but try to be constructive as well. I find this sort of position perplexing – even on modernist terms. Consider a graphic example: If you take someone's neurosis away, are you being destructive (of that person's way of doing things) or are you being constructive (of a new organically healthy person)? If you were being destructive when you took away the person's neurosis, are you then obliged to do something more afterwards – something constructive? What would this additional constructive moment look like, and how would it help? Indeed, how often does a 'cured' patient terminate therapy with the statement, 'Yes, I understand I'm fine now. There's just one more question, doctor: What should I do?' But consider this instead: Just what is it that the academic routine is telling us when it advises legal thinkers to prescribe solutions? What is this – law and pharmacy? Are latent Langdellian science metaphors still channeling our thoughts? Should the AALS investigate? Should normative legal thought be registered under the Controlled Substances Act 21 U.S.C. §§ 801–904 (1982 & Supp. 1987)?"

בהמשך לדבריו של שלאג ניתן להוסיף כי העובדה שרופא מציע לחולה דיאגנוזה אך אינו מציע לצדה טיפול בעקבות אבחון מחלה חשוכת מרפא אינה מחלישה את הדיאגנוזה, וכי העובדה שחוקר מגלה מחלה חדשה מבלי שעלה בידיו להציע תרופה לריפוי אינה מחלישה את זיהוי המחלה. ועוד: "What should we do? What's the point?" asks normative legal thought [...]. These familiar questions are usually asked in searching, serious, somber tones. There is no trace of irony in their articulation – no self-consciousness at all. It is as if the intellectual legitimacy, the political import, of the questions were themselves self-evident, beyond question. 'Yes, yes – but what should we do? How do these observations help?' Usually, the questions are asked with such earnest, self-assured self-certainty that it is as if the body of knowledge that enables the questions to be stated in the first place were somehow outside the problem, outside the difficulty – already intellectually whole, already politically competent to provide the answers. [...] If normative legal thought keeps repeating itself, and if it is incapable of understanding challenges to its own intellectual authority, that is because it is not simply or even fundamentally a kind of thought. Normative legal thought is in part a routine-our routine. [...] It is the highly repetitive, cognitively entrenched, institutionally sanctioned, and politically enforced routine of the legal academy – a routine that silently produces our thoughts and keeps our work channeled within the same old cognitive and rhetorical matrices" (שם, בעמ' 177–179).

עוד לעניין החשיבות של ניתוח שיח משפטי המנותק ממסקנות נורמטיביות ראי JOHN M. CONLEY & WILLIAM M. O'BARR, *JUST WORDS: LAW, LANGUAGE, AND POWER* (2nd ed. 2005).

את האופן שבו מובנית נטייה מינית בשיח המשפטי הישראלי. לבסוף, בחלק החמישי, אבחן את הפרקטיקות בישראל ביחס למבקשי מקלט להט"בים פלסטינים. בחלק זה אדון תחילה בתחולתה הכללית של האמנה בדבר מעמדם של פליטים על פלסטינים; לאחר מכן אבחן את יחסן של רשויות המדינה לפלסטינים להט"בים, שנכנסו לישראל ומבקשים למנוע את גירושם לשטחי הרשות הפלסטינית בשל סכנה הנשקפת להם; לבסוף אדון בהעמדתם לדין פלילי בגין "שהייה שלא כדין" של פלסטינים להט"בים שנמלטו לישראל.

ב. על להט"בים והאמנה בדבר מעמדם של פליטים

כד בכד עם ההתפתחויות המשפטיות והחברתיות החיוביות ברחבי העולם, במקומות רבים מצבם של להט"בים עדיין כבי רע, לעתים עד כדי סכנת חיים. חוקים המפלילים התנהגות מינית מסוימת, התנכלות של השלטונות וחוסר נכונות או יכולת של רשויות המדינה להעניק הגנה מפני התנכלות חברתית הם עדיין תופעות נפוצות. בעוד במדינות מסוימות, ובהן ישראל, להט"בים יכולים להרשות לעצמם לעסוק בשאלות כמו אימוץ, נישואין או פרטיות, במדינות אחרות הבעיה המרכזית הטורדת להט"בים היא הישרדות. תופעות כמו מעצר שרירותי, חטיפה, אלימות משטרתית, סקילה באבנים, אונס, התערבות רפואית כפויה, טיהור חברתי והוצאה להורג של להט"בים טרם חלפו מן העולם.¹¹ דיני הפליטים נועדו להתמודד עם מצבים שבהם נשקפות סכנות מסוימות לאנשים מסוימים מטעמים מסוימים, וזאת, בין השאר, באמצעות מתן הגנה מפני החזרת אדם למדינת מוצאו.¹² כמעט כל פסק דין במדינת ישראל העוסק במבקשי מקלט מגולל את הנרטיב הבא: מדינת ישראל, אף על פי שחתמה על האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951¹³ והפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967¹⁴ (להלן ביחד – אמנת הפליטים או האמנה) ואשררה אותם, לא עיגנה בחקיקתה הפנימית את מחויבותיה לפי האמנה. אף על פי כן, נוכח "חזקת ההתאמה" של המשפט המקומי לדין הבינלאומי, בהיעדר חקיקה סותרת יש לפרש את סמכויות הגירוש ומתן המעמד בישראל כמתיישבות עם אמנת הפליטים, ומדינת ישראל מכירה במחויבותה לקיים את הוראותיה. הכרה זו באה לידי ביטוי

11 James C. Hathaway & Jason Pobjoy, *Queer Cases Make Bad Law*, 44 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 315, 320–321 (2012); U.N.G.A., Human Rights Council, Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence Against Individuals Based on their Sexual Orientation and Gender Identity: Rep. of the U.N. High Commissioner for Human Rights, U.N. Doc. A/HRC/19/41 (Nov. 17, 2011)

12 העיקרון המרכזי העומד ביסוד האמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3, 5 (נפתחה לחתימה ב-1951) (להלן: אמנת הפליטים), הוא עקרון אי-החזרה (*non-refoulement*) הקבוע שם, בס' 33, ולפיו אין להחזיר פליט למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו. התפיסה המקובלת היא כי נוכח פריסתו הרחבה יותר של המונח "רדיפה" (ראי להלן ה"ש 30), שהיא אחד הרכיבים בהגדרת המונח "פליט", איסור ההחזרה מכוח ס' 33 חל גם במצבים נוספים של הפרת זכויות אדם בסיסיות (GUY S. GOODWIN-GILL & JANE MCADAM, *THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW* 233–234 (3rd ed. 2007)). עקרון אי-החזרה עשוי לחול במצבים מסוימים גם על מי שאינו עומד בתנאי אמנת הפליטים מכוח דיני זכויות האדם הבינלאומיים או מכוח הדין הבינלאומי המינהגי (ראי להלן ה"ש 33 והטקסט הנלווה לה).

13 ראי לעיל ה"ש 12.

14 פרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 21, 23 (נפתח לחתימה ב-1967).

בנהלי משרד הפנים בעניין הליך בחינת בקשות למקלט בישראל, שעברו גלגולים מספר מאז שנת 2001,¹⁵ ובהקמתו של מערך במשרד הפנים בשנת 2009, שנועד לבחון בקשות למקלט.¹⁶ בין שהקוראת תבחר להאמין לנרטיב זה ובין אם לאו, סיפור מחויבותה המשפטית של מדינת ישראל לאמנה, מכוח חזקת ההתאמה, כמו גם מחויבותה המוסרית אליה, בא בשנים האחרונות לידי ביטוי בעשרות רבות של פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים ובפסקי דין אחדים של בית המשפט העליון.¹⁷ אם זהו הנרטיב ביחס למחויבותה של מדינת ישראל, הרי שעל מנת להבין את הסוגיות המשפטיות בעניינם של פליטים להט"בים בישראל, נקודת המוצא היא הדין הבינלאומי. "פליט", בהתאם לתרגום הרשמי של מדינת ישראל לאמנת הפליטים, הוא אדם "הנמצא מחוץ למדינת אזרחותו בגלל פחד מבוסס להיות נרדף מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת, ואינו יכול להיזקק להגנתה של אותה ארץ או אינו רוצה בכך בגלל הפחד האמור" או מי שנמצא "מחוץ לארץ שבה היה קודם לכן מקום מגוריו הקבוע, והוא חסר אזרחות, ואינו יכול לחזור לאותה ארץ או שאינו רוצה בכך בשל הפחד האמור".¹⁸

ספרים עבי כרס ופסקי דין ארוכים נכתבו על אודות משפט קצר זה ופרשנותו,¹⁹ ולא ניתן יהיה לעשות בפרק זה צדק עם הגדרת המונח "פליט". אסתפק בכמה הערות שנועדו לשים הגדרה זו בהקשר הנחוץ לצורך הדיון בפליטים להט"בים בישראל. רבים מן המומחים בתחום סוברים כי תכליתה של אמנת הפליטים היא להעניק הגנה חלופית (surrogate protection) למי שקשרי האמון, ההגנה והנאמנות שלהם עם מדינת אזרחותם נגדעו. "קהל היעד" של האמנה הם אלה שחברותם בקהילה הפוליטית

15 לגלגוליו הראשונים של נוהל הטיפול במבקשי מקלט בישראל ראי טלי קריצמן ואדריאנה קמפ "כינונו של משטר פליטים בישראל: בין מדינה לחברה אזרחית" העצמה במשפט 55, 81 (מימי איזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008). להמשך התפתחות נהלי משרד הפנים ראי יונתן ברמן "מעצר פליטים ומבקשי מקלט בישראל" לוינסקי פינת אסמרה: היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל 147 (טלי קריצמן-אמיר עורכת, 2015) (להלן: ברמן "מעצר פליטים").

16 לנוהל כנוסחו במועד כתיבת פרק זה ראי משרד הפנים – רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול "נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני" (2.1.2011) זמין ב: www.piba.gov.il/Regulations/5.2.0012.pdf (להלן: נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני).

17 ראי למשל ע"מ 7945/12 Chidi נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 28.11.2013); עניין אדם, לעיל ה"ש 4, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ארבל; ע"מ 4922/12 פלונים (חוף השנהב) נ' משרד הפנים, פס' 12 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 7.7.2013); ע"מ 8675/11 טדסה נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט, פס' 8 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 14.5.2012).

18 ס' 2A.1 (2) לאמנת הפליטים. חלקה הראשון של ההגדרה, העוסק במי שקיים חשש מבוסס להיותו נרדף בארץ אזרחותו, רלוונטי לרוב מבקשי המקלט הלהט"בים בישראל שאינם פלסטינים. חלקה השני של ההגדרה, העוסק בחסרי אזרחות, רלוונטי לרוב מבקשי המקלט הפלסטינים. ההגדרה שהובאה בגוף הטקסט היא זו המופיעה בתרגום לעברית המופיע בכתבי האמנה הישראליים. התרגום לעברית כולל כמה מינוחים וניסוחים לא מדויקים, והטקסט המחייב את המדינות החתומות על האמנה, לרבות ישראל, הוא לשון האמנה בשפות האנגלית והצרפתית. בפרק זה אעשה שימוש במונח "קבוצה חברתית מסוימת" ביחס למונח האנגלי המופיע באמנה "particular social group", ולא במונח "קיבוץ חברתי מסוים", המופיע בתרגום לעברית בכתבי האמנה.

19 להרחבה על אודות פרשנות המונח ראי למשל JAMES C. HATHAWAY, THE LAW OF REFUGEE STATUS (1991); THE 1951 CONVENTION RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES AND ITS 1967 PROTOCOL: A COMMENTARY (Andreas Zimmermann ed., 2011).

ה"טבעית" שלהם חדלה מלהתקיים דה-פקטו או דה-יורה, אלה שמדינת אזרחותם אינה מקיימת עוד ביחס אליהם את עקרונותיה הבסיסיים של "האמנה החברתית", וזאת בין שאינה רוצה לקיימם עוד ובין שאינה יכולה לקיימם.²⁰ לעומת זאת, יש הסוברים כי תפקידה העיקרי של אמנת הפליטים הוא תפקיד אקספרסיבי של גינוי מדינות "סוררות", המפרות את זכויות אזרחיהן.²¹

בכל התייחסות לאמנה, וגם בהתייחסות אליה בהקשר של פליטים להט"בים, יש להיות מודעים לביקורות שונות שנמתחו עליה. גם עם ביקורות אלה לא ניתן לעשות צדק במסגרת פרק קצר זה, אך חשוב לציין שרבים רואים באמנה כלי יורו-צנטרי, שבו עוצבו ההגדרות באופן שעלה בקנה אחד עם האינטרסים והערכים של מדינות המערב בראשית שנות החמישים של המאה העשרים.²² הגדרת המונח "פליט" באמנה שמה דגש על הפרת זכויות אדם המבוססת על סטטוס אזרחי ופוליטי, אגב דחיקתה לשוליים של הפרת זכויות חברתיות. יש הטוענים כי היא אינה מבוססת על פרדיגמה של זכויות אדם או פרדיגמה הומניטרית, אלא נועדה לשלוט בהפרעות ברגולציה של ההגירה הבינלאומית בהתאם לאינטרסים של מדינות מסוימות.²³ היורו-צנטריות של האמנה באה לידי ביטוי אף בכך שהיא מבוססת על סוגים של הפרות זכויות אדם שרווחו באירופה במחצית הראשונה של המאה העשרים ומדירה מתוכה סוגים אחרים של עקירה אנושית, הרווחים יותר באזורים אחרים בעולם.²⁴ במשך שנים רבות היא שימשה כלי בידי מדינות מערביות לגינוי המדינות הקומוניסטיות, ועם סיום המלחמה הקרה, כך לפי חלק מן המבקרים, למדינות הצפון הגלובלי אין עוד כל אינטרס בה, והן עושות כל שלאל ידן כדי למצוא דרכים לחמוק מיישומה.²⁵ ביקורות אחרות, שאליהן אתייחס ביתר הרחבה בהמשך הפרק, מתמקדות בתפיסת העולם הגברית המשתקפת באמנה ובאופן יישומה, הדוחקת חוויות טיפוסיות של רדיפת נשים.

מרכז הכובד של המונח המשפטי "פליט", אולי בניגוד לאינטואיציה הרווחת בשימוש בשפה יומיומית, אינו מצוי בנסיבות יציאתו של אדם ממדינתו, אלא בסיכונים העשויים להישקף לו בעתיד אם יחזור אליה. פעמים רבות קיים קשר הדוק בין הסיבות ליציאה מן המדינה לבין סיכונים עתידיים למי שיחזור אליה, אך הדבר אינו הכרחי. רדיפה של אדם במדינתו בעבר אינה תנאי מספיק וגם אינה תנאי הכרחי להכרה בו כפליט, אלא שאלת הסתברות קיומה של רדיפה עתידית. רדיפתו בעבר עשויה לשמש ראיה להסתברות לרדיפתו בעתיד, ובמקרים מסוימים אולי אף ליצור חזקה ביחס לרדיפה עתידית, אך השאלה המכריעה, בסופו של דבר, היא מה הם הסיכונים הנשקפים למבקש המקלט בעתיד.²⁶

- ATLE GRAHL-MADSEN, THE STATUS OF REFUGEES IN INTERNATIONAL LAW 79 (1966); Andrew E. Shacknove, *Who is a Refugee?* 95 ETHICS 274, 275 (1985) 20
- MATTHEW E. PRICE, RETHINKING ASYLUM: HISTORY, PURPOSE, AND LIMITS 14, 16, 168 (2009) 21
- GIL LOESCHER & JOHN A. SCANLAN, CALCULATED KINDNESS: REFUGEES AND AMERICA'S HALF-OPEN DOOR, 1945 TO THE PRESENT 68-84 (1986) 22
- James C. Hathaway, *A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law*, 31 HARV. INT'L L.J. 129, 133 (1990) 23
- שם, בעמ' 162-164. 24
- James C. Hathaway & R. Alexander Neve, *Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection*, 10 HARV. HUM. RTS. J. 115, 119-140 (1997) 25
- ראי למשל R v. Sec'y of State for the Home Dep't, [1988] 1 A.C. 958 (Eng.) (בריטניה). 26

אמנם הנטל להוכיח את הרדיפה העתידית מוטל על מי שמבקש מקלט, אך בשל הקושי להתנבא ביחס לאירועים שטרם התרחשו מדובר בנטל מופחת. המשפט הבינלאומי מכיר בכך שניתן להכיר באדם כפליט אף ללא ראיות מוחשיות, אלא על בסיס טענה אמינה.²⁷ נוסף על כך, מקובל לפרש את המונח "חשש מבוסס לרדיפה" כדורש הסתברות נמוכה באופן ניכר ממאזן הסתברויות לכך שאדם יירדף אם יוחזר למדינת מוצאו.²⁸ כמו כן, סעיף 1.A(2) לאמנה אינו קובע כי החשש המבוסס צריך להיות מפני רדיפה על ידי רשויות המדינה, אלא מסתפק בדרישה שהאדם אינו יכול או אינו רוצה להיזקק להגנת המדינה בגלל רדיפה. לכן נהוג לפרש את האמנה כחלה הן במצבים שבהם המדינה ורשויותיה הן הגורם הרודף והן במצבים שבהם גורם לא-מדינתי הוא הרודף, אך המדינה אינה רוצה או אינה יכולה להגן על הנרדף.²⁹

מקובל לראות ב"רדיפה" פגיעה בחיים או בחירות או פגיעה בזכויות אדם בסיסיות אחרות.³⁰ לכך יש להוסיף כי האמנה אינה מכירה באנשים כפליטים בגין כל רדיפה, אלא רק בגין רדיפה על יסוד אחת מחמש סיבות – גזע, דת, לאום, דעה פוליטית או שייכות לקבוצה חברתית מסוימת (ורוב הביקורת מופנית ביחס לקריטריונים הללו ולכך שחשש מבוסס לרדיפה על רקע אחר אינה מקנה הגנה לפי אמנת הפליטים).

ההכרה באנשים כפליטים לפי האמנה מוגבלת אפוא למקרים שבהם נשקפת להם סכנה הנובעת מאחת מחמש העילות האמורות. חרף המגבלות הללו, משפט זכויות האדם הבינלאומי אמור לספק מענה (לפחות חלקי) גם לאלה שבבסיס רדיפתם לא עומדים הקריטריונים הללו. האמנה נגד עינויים,³¹

- 27 UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, U.N. Doc. HCR/IP/4/Eng/REV.1 at para. 203 (Jan. 1, 1992) (להלן: ספר העזר של נציבות האו"ם לפליטים). בהתאם לעיקרון זה, קיימת הכרה בכך שלאחר שמבקש המקלט עשה ניסיון כן לבסס את טענותיו עדיין ייתכן שייחסרו ראיות אובייקטיביות להוכחת חלק מן הטענות. במקרה כזה יש לאפשר למבקש המקלט ליהנות מן הספק.
- 28 *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 431 למשל (1987) 169 CLR 379; (ארצות הברית); *Chan v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs*, (1987) 169 CLR 379; *R. v. Sec'y of State*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1000, 994. עיקרון זה אומץ גם על ידי בית המשפט העליון בישראל: ע"מ 8870/11 גונזלס נ' משרד הפנים, פס' 17 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 25.4.2013).
- 29 ספר העזר של נציבות האו"ם לפליטים, לעיל ה"ש 27, פס' 65. לאימוץ תפיסה זו ברחבי העולם ראי למשל *Islam v. Secretary of State for the Home*; *Canada v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, 747 Department; *R. v. Immigration Appeal Tribunal and Another ex p. Shah*, [1999] 2 A.C. 629 (בריטניה). לאימוץ תפיסה זו בפסיקת בית המשפט העליון בישראל ראי ע"מ 1440/13 צ'ימה נ' מדינת ישראל – משרד הפנים, פס' 26 ו-31 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 7.8.2013).
- 30 ספר העזר של נציבות האו"ם לפליטים, לעיל ה"ש 27, פס' 51. פרשנות זו למונח "רדיפה" אומצה על ידי בתי המשפט ברחבי העולם. ראי למשל *Horath v. Sec'y of State for the Home Dep't*, [2001] 1 A.C. 1038 (9th. Cir. 1998); *Korablina v. INS*, 158 F.3d 489, 495 (H.L.) (בריטניה); *Refugee Appeal no. 71427/99*, [2000] NZAR 545 (ניו זילנד). לפרשנות דומה בפסיקת בית המשפט העליון בישראל ראי עניין צ'ימה, לעיל ה"ש 29, פס' 28 לפסק דינו של השופט מלצר.
- 31 או בשמה המלא: האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984).

האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות³² והמשפט הבינלאומי המינהגי אוסרים בסדרה של מצבים, שקצרה היריעה מלדון בהם כאן, לשלוח אדם למקום שבו יהיה חשוף לסוגים מסוימים של סכנות, אף אם מקורן אינו באחת מחמש העילות שבאמנה בדבר מעמדם של פליטים.³³

ג. הבסיס להכללת רדיפת להט"בים בהגדרת הפליט

העילה הרלוונטית לרוב מבקשי המקלט הלהט"בים נוגעת לרדיפה על רקע שייכות ל"קבוצה חברתית מסוימת". לעומת ארבע עילות הרדיפה האחרות באמנה (הגם שהן מותרות מרחב לשאלות פרשניות), המונח "קבוצה חברתית מסוימת" ברור פחות, ועשויות להיכלל בו קבוצות שונות. יש הרואים בעילת רדיפה זו את הפתח העיקרי שדרכו יכולה האמנה, שנוסחה לפני יותר מ-60 שנים, להתאים את עצמה לתופעות חברתיות ולצורות רדיפה שמנסחי האמנה לא יכלו לצפות.³⁴ ניתן למצוא שתי גישות מקובלות ביחס למשמעות הביטוי "קבוצה חברתית מסוימת" – גישת "המאפיינים המוגנים" (protected characteristics) וגישת "התפיסה החברתית" (social perception).³⁵ על יסוד שתי גישות אלה הכירו נציבות האו"ם לפליטים (UNHCR) ובתי משפט ברחבי העולם בקבוצות שונות כ"קבוצות חברתיות מסוימות" לצורך האמנה. עם קבוצות אלה נמנות, בין היתר, נשים שעברו התעללות

32 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).
 33 להגנה מפני גירוש של מי שאינם עומדים בהכרח בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים מכוח האמנה נגד עינויים ראי למשל The Committee against Torture, Gorki Ernesto Tapia Paez v. Sweden, Communication No. 39/1996, U.N. Doc. CAT/C/18/D/39/1996 (1997), <http://www1.umn.edu/humanrts/cat/decisions/39-1996.html>. להגנה מפני גירוש מכוח האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ראי למשל The Human Rights Committee, G.T. v. Australia, Communication No. 706/1996, U.N. Doc. CCPR/C/61/D/706/1996 (1997), <http://www.refworld.org/pdfid/4ae9acbfd.pdf>. להגנה מפני גירוש מכוח המשפט הבינלאומי המינהגי ראי פסיקת בית המשפט העליון בישראל: ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי, פס' 27 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 15.12.2011). לדיון מקיף בהגנה מפני גירוש בשל סכנות החורגות מגדר אמנת הפליטים ("הגנה משלימה") ראי JANE MCADAM, COMPLEMENTARY PROTECTION IN INTERNATIONAL REFUGEE LAW (2007); להגנה מפני גירוש מכוח הדין הישראלי של מי שאינם עומדים בתנאי האמנה ראי בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) (1995), 848, 843.

34 Arthur C. Helton, *Persecution on Account of Membership in a Particular Social Group As a Basis for Refugee Status*, 15 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 39, 45 (1993) ("The intent of the framers of the Refugee Convention was not to redress prior persecution of social groups, but rather to save individuals from future injustice. The 'social group' category was meant to be a catch-all which could include all the bases for and types of persecution which an imaginative despot might conjure up").

35 ניתוח המונח "קבוצה חברתית מסוימת" בהתאם לשתי הגישות שיוצגו כאן אומץ על ידי נציבות האו"ם לפליטים: UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2: "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, HCR/GIP/02/02 (2002). הוא אומץ גם על ידי בתי משפט ברחבי העולם. ראי למשל עניין Ward, לעיל ה"ש 29; עניין Islam, לעיל ה"ש 29.

במשפחה ואינן זוכות להגנת המדינה,³⁶ נשים העלולות להיות חשופות להשחתת אברי מין ("מילת נשים")³⁷ וכן להט"בים הנרדפים על רקע נטייתם המינית.³⁸ לצד הדיון בעילת הרדיפה שעניינה "שייכות לקבוצה חברתית מסוימת", ניתן להעלות בהקשר זה גם טענות ביחס הרדיפה על רקע דעה פוליטית או דעה פוליטית מיוחסת.³⁹ רדיפתם של להט"בים אינה מונעת בהכרח משנאה פתולוגית כלפי מי שנתפסים כבעלי תכונות מסוימות או כמי שמבצעים אקטים מסוימים. היא מונעת, פעמים רבות, מתפיסות הנוגעות לתפקידים הראויים לנשים ולגברים בחברה ולמבנה המשפחה. תפיסות כאלה בעניין תפקידים מגדריים עומדות ביסוד האופן הפוליטי או הכלכלי בו מאורגנת החברה, ולכן נטייה מינית או זהות מגדר המערערות עליהן, נתפסות כאיום גם על המבנה הפוליטי או הכלכלי.⁴⁰ אדריאן ריץ', במאמרה הקאנוני, טוענת כי ההטרסקסואליות היא מוסד פוליטי הנחוץ לשימור העליונות הגברית, וכי דיכוי הקיום הלסבי, או "ההטרסקסואליות הכפויה", נועד לשמר סדר חברתי-פוליטי פטריארכאלי.⁴¹ רדיפת להט"בים, שנועדה להסיר את האיום על סדר

- 36 לעניין אלימות במשפחה כ"רדיפה" בנסיבות מסוימות ראי להלן ה"ש 88 והטקסט הנלווה לה.
- 37 לעניין השחתת אברי מין כ"רדיפה" ראי להלן ה"ש 87 והטקסט הנלווה לה.
- 38 להכרה בלהט"בים כפליטים על רקע רדיפה בשל שייכות לקבוצה חברתית מסוימת כהגדרתה באמנה בדבר מעמדם של פליטים ראי Hernandez-Montiel v. INS, 225 F.3d 1084 (9th Cir. 2000); In re Toboso-Alfonso, 20 I. & N. Dec. 819 (B.I.A. 1990) (ארצות הברית). החלטה זו אומצה על ידי התובע הכללי של ארצות הברית כתקדים מחייב (1895 Op. Att'y Gen. 94 (1994); HJ (Iran) & HT (Cameroon) v. Sec'y of State for the Home Dep't, [2010] UKSC 31 (HJ & HT) (appeal taken from HS (Homosexuals, Minors, Risk on Return) Iran v. Sec'y of State for the Home Dep't, [2005] UKAIT 00120, 4 (appeal taken from United Kingdom) Appellant; Dep't, [2005] UKAIT 00120, 4 (בריטניה); S395/2002 & S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs, [2003] HCA 71 Re GJ [1995] Refugee Appeal No. 739 (קנדה); Ward, לעיל ה"ש 29, בעמ' 739 (קנדה); Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the UNHCR Guidance Note on Refugee (האיחוד האירופי); protection granted O.J. L 337/9, art. 10(d) Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, 21 Nov. 2008 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, 23 Oct. 2012 (להלן: הנחיות נציבות האו"ם לפליטים משנת 2012). לביקורת על הנחיות נציבות האו"ם לפליטים משנת 2012 בעניין מבקשי מקלט להט"בים ראי Nicole LaViolette, *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity: A Critical Commentary*, 22 INT'L J. REFUGEE L. 173 (2010). לפירוט על אודות מדינות נוספות שהכירו בחקיקה או בפסיקה שלהט"בים הם קבוצה חברתית מסוימת כמשמעה באמנת הפליטים ראי JAMES C. HATHAWAY & MICHELLE FOSTER, *THE LAW OF REFUGEE STATUS* 442–445 (2nd ed. 2014).
- 39 לעניין תחולתה של אמנת הפליטים במקרים בהם אחת מחמש עילות הרדיפה מיוחסת לנרדף אף שהוא אינו בהכרח בעל ה"תכונה" או הדעה הפוליטית המיוחסת לו ראי להלן ה"ש 59.
- 40 Sylvia A. Law, *Homosexuality and the Social Meaning of Gender*, 1988 WIS. L. REV. 187, 195 (1988).
- 41 Adrienne Rich, *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*, 5 SIGNS 631 (1980).

חברת-פוליטי, שבו גברים "מתנהגים כמו נשים", נשים "מתנהגות כמו נשים", יחסים רומנטיים או מיניים מתקיימים רק בין גבר לאישה ובבסיס התא המשפחתי עומדים גבר ואישה, יכולה להיות מובנת כאמצעי לשימור המוסדות החברתיים והמבנה הפוליטי, שבמסגרתם העליונות והשליטה הגברית ממשיכים להתקיים.⁴² ככזו, אפשר להבינה כרדיפה על רקע דעה פוליטית או דעה פוליטית מיוחסת של הנרדף, במקרים מסוימים, ובכל מקרה ניתן להבינה, לכל הפחות, כרדיפה על רקע הדעה הפוליטית של הגורם הרודף (או הגורם המדינתי הנמנע מלספק הגנה לנרדף).

נוסף על אלה, במקרים מסוימים רדיפת להט"בים עשויה לנבוע מתפיסתם כמי שמערערים על נורמות דתיות או ציונים דתיים ולהיחשב לרדיפה על רקע דת,⁴³ המוכרת גם היא כאחת מעילות הרדיפה בסעיף 1.A.2) לאמנת הפליטים.

הדיון במסגרתו של פרק זה יתמקד בהגדרתם של להט"בים כשייכים ל"קבוצה חברתית מסוימת". עם זאת במהלך הדיון בחלק מן העניינים שבהמשך אשוב ואתייחס גם לממד הפוליטי שברדיפה.

1. להט"בים וגישת "המאפיינים המוגנים"

לפי גישת "המאפיינים המוגנים", "קבוצה חברתית מסוימת" כוללת את מי שהם בעלי תכונה בלתי ניתנת לשינוי או תכונה שהיא כה מהותית לזהותם עד שלא ניתן לדרוש מהם לשנותה.

הכנסתם של להט"בים לקטגוריה זו חושפת, במידה רבה, את הבעייתיות המושגית שבהגדרת "קבוצה חברתית מסוימת" ויישומה. הכללתם של להט"בים נרדפים בהגדרת ה"פליט" לפי גישת "המאפיינים המוגנים" טומנת בחובה הנחות מוקדמות מסוימות או מציבה דרישות מסוימות להגדרתן של זהויות מיניות או מגדריות. היא מניחה את קיומה של זהות מינית או מגדרית כנתון קבוע, נוקשה, מוגדר ומגודר היטב. היא עושה אסנציאליזציה לזהות המינית או המגדרית ומניחה כי ניתן לתחום קווים ברורים בין סוגים של זהויות וכי מדובר בקטגוריות "טבעיות" ולא בקטגוריות חברתיות-היסטוריות, הנוצרות וממשיכות להתעצב באמצעות הבניה חברתית, ומשעתקות את עצמן באמצעות פרקטיקות שיחניות.⁴⁴ היא רואה ב"לסביות", "הומוסקסואליות", "טרנסקסואליות" או

42 הנחיות נציבות האו"ם לפליטים 2012, לעיל ה"ש 38, פס' 50, מכירות במפורש ברדיפת להט"בים ככזו המבוססת, במקרים מסוימים, על דעה פוליטית כמשמעה באמנת הפליטים (The term political opinion) [...] may include an opinion as to gender roles expected in the family or as regards education, work or other aspects of life. The expression of diverse sexual orientation and gender identity can be considered political in certain circumstances, particularly in countries where such non-conformity is viewed as challenging government policy or where it is perceived as threatening prevailing social norms and values. Anti-LGBTI statements could be part of a State's official rhetoric, for example, denying the existence of homosexuality in the country or claiming that gay men and lesbians are not (considered part of the national identity)".

43 שם, פס' 42-43.

44 במסגרת זו אין באפשרותי לעמוד על מלוא משמעויותיה של גישה מהותנית זו ביחס לנטייה מינית. להרחבה ראי, בין השאר, Danial R. Ortiz, *Creating Controversy: Essentialism and Constructivism and the Politics of Gay Identity*, 79 VA. L. REV. 1833 (1993); Edward Stein, *Introduction*, in FORMS OF DESIRE: SEXUAL ORIENTATION AND THE SOCIAL CONSTRUCTIONIST CONTROVERSY 5 (Edward Stein ed., 1992); John Boswell, *Revolutions, Universals and Social Categories*, in HIDDEN FROM

"ביסקסואליות" "תכונות" פנימיות לאדם, "תכונות" שלא ניתן לשנותן או שבגלל "פנימיותן" והיותן מרכיב מכונן בזהותו של האדם, אין מקום לדרוש את שינוין.⁴⁵ היא יוצרת הבחנה חדה, שאינה מתקיימת בהכרח במציאות, בין תכונות ומאפיינים לבין אקטים או סוגי התנהגות.⁴⁶ במובנים מסוימים, הפרקטיקות המוסדיות של רשויות הגירה ברחבי העולם המיישמות הגדרה זו בבחינת בקשות מקלט, כמו גם הפסיקה העוסקת בהגדרת להט"בים כקבוצה חברתית מסוימת, משתתפות בשעתוק זה ובהבניה החברתית של זהויות מיניות ומגדריות.

ההנחה, שלפיה נטייה מינית היא תכונה מהותנית הניתנת לחשיפה, מוצאת את ביטוייה בפרקטיקות שונות. כך, למשל, ההנחה שמדובר ב"תכונה" בעלת משמעויות ביולוגיות הביאה עד לאחרונה את הרשויות הצי'כיות לעשות שימוש באמצעים פלומטריים כאמצעי עזר לבחינת בקשות מקלט של מי שטענו לרדיפה על רקע היותם הומואים.⁴⁷ בדיקה פלומטרית משמעה חיבור איבר המין של הגבר הנבדק למכשיר המודד את זרימת הדם לאיבר המין בתגובה לגירויים פורנוגרפיים. פרט להשפלה הכרוכה בבדיקה זו, היא מניחה ש"הומואיות" היא תכונה ביולוגית או פסיכולוגית שמשמעה משיכה פיזית לגברים, ולא קונסטרוקציה חברתית מורכבת יותר, שהאופן ההיסטורי שבו היא הובנתה מתייחס גם לזיהוי חברתי וזיהוי עצמי, לאינטראקציות חברתיות או לאופן בו אדם מבטא את עצמו. היא אינה מביאה בחשבון את העובדה שיש מי שחווים את נטייתם המינית כמשיכה מינית בלבד ויש החווים אותה בשלל דרכים אחרות. ההיגיון העומד מאחוריה הוא שהומואים הם גברים שנמשכים לגברים, מקיימים עמם יחסי מין ונרדפים משום כך בחברות מסוימות. במציאות, יש מדינות שבהן רדיפת להט"בים אינה קשורה בהכרח לקיום יחסי מין ואינה פוגעת רק במי ש"נתפסו על חם" בביצוע אקטים מיניים מסוימים; היא עשויה להיות קשורה, למשל, להתנהגות חברתית המערערת הבחנות מסוימות בין "גבריות" ל"נשיות" או פעילות הנתפסת כמאיימת מבחינה פוליטית,⁴⁸ וזאת במנותק ממושאי התשוקה המינית של הנרדף.

באופן דומה, גם אם פולשני פחות מבחינה פיזית, מחקר שבחן החלטות מינהליות בנוגע למבקשי מקלט להט"בים באוסטרליה מצא שכדי להוכיח את זהותם המינית, מבקשי מקלט רבים נשאלו שאלות על אודות בריס, מועדונים וסאונות שהם נוהגים לפקוד ועל אודות קיום יחסי מין במקומות אלה.⁴⁹

HISTORY : RECLAIMING THE GAY AND LESBIAN PAST 17 (Michael Baumel Duberman et al. eds. 1989).

DIANA FUSS, ESSENTIALLY SPEAKING: FEMINISM, NATURE & DIFFERENCE 2 (1990); Janet Halley, 45
Sexual Orientation and the Politics of Biology : A Critique of the Argument from Immutability, 46
STAN. L. REV. 503, 507 (1994)

לניתוח הן בעניין ההפרדה בין "אקט" ל"זהות" והן בעניין איחודן של קטגוריות אלה בשיח המלווה
46 חקיקה פלילית נגד "עושי מעשי סדום" ראי Janet Halley, Reasoning about Sodomy: Act and Identity
in and after Bowers v. Hardwick, 79 VA. L. REV. 1721 (1993)

NHCR's Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to Determine the
47 Credibility of Asylum Claims Based on Persecution due to Sexual Orientation (Apr. 2011),
available at <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=4daeb07b2>

Volker Türk, Ensuring Protection to LGBTI Persons of Concern, 25 INT'L J. REFUGEE L. 120, 124
48 (2013). ראי גם לעיל ה"ש 39–41 והטקסט הנלווה להן.

Jenni Millbank, From Discretion to Disbelief: Recent Trends in Refugee Determinations on the
49 Basis of Sexual Orientation in Australia and the United Kingdom, 13 INT'L J. HUM. RTS. 391, 400

בחינה זו של הרגלי בילוי אמנם מתייחסת למאפיינים התנהגותיים ולא לתכונה פיזית, כמו משיכה מינית או תגובה פיזיולוגית לסוגים מסוימים של גירוי, אך גם היא מייצגת את גישת "המאפיינים המוגנים". התייחסות למאפיינים התנהגותיים מסוג זה בבחינת בקשות למקלט יכולה להתבסס על אחת משתי הנחות של הגורם הבוחן. הנחה אפשרית אחת היא שתכונות "פנימיות", כמו "לסביות", "הומוסקסואליות", "טרנסקסואליות" או "ביסקסואליות", באות לידי ביטוי בהכרח בדפוסי התנהגות חיצוניים מסוימים, ומי שאינו מתנהג באופן המצופה אינו בעל התכונה ה"פנימית" הנדרשת. תחת הנחה זו "לסביות", למשל, היא התכונה ה"פנימית", שאינה ניתנת לשינוי או שלא ניתן לדרוש את שינויה, וביוליים מסוגים מסוימים הם ההוכחה החיצונית לקיומה של תכונה "פנימית" זו, כפי שבמבחנים הפלומטריים ההנחה היא כי תגובה לגירוי חיצוני מסוים היא ההוכחה החיצונית. הנחה אפשרית אחרת של העושים שימוש בקריטריון זה היא שאופני בילוי מסוימים הם עצמם מהווים מאפיין בסיסי הניתן אולי לשינוי, אך לא ראוי לדרוש את שינויו בשל היותו מרכיב בסיסי בזהות. כך או כך, מדובר בחיפוש אחר תכונה או מאפיין שנתפסים כמכוננים את ההשתייכות ל"קבוצה חברתית מסוימת".⁵⁰

גישת "המאפיינים המוגנים" והבעייתיות שבהגדרת קבוצה חברתית מסוימת לפי מבחן זה מודגמות בפסק הדין בפרשת *Hernandez-Montiel* בארצות הברית.⁵¹ בפרשה זו, השאלה שניסח בית המשפט הייתה אם "הומואים בעלי זהות מינית נשית במקסיקו" ("gay men with female sexual identities in Mexico") הם קבוצה חברתית מסוימת. בקריאה ראשונה של פסק הדין קל ליפול למלכודת של דרישת הקטגוריות היציבות ולהתקומם על כך שבית המשפט מתייחס אל מבקש המקלט, שתואר כמי שנוהג ללבוש "בגדי נשים" ולאמץ "התנהגות נשית", כאל "הומו בעל זהות מינית נשית" ולא כאל טרנסקסואלית או קרוס-דרסר (cross-dresser), ועושה שימוש בלשון זכר ולא בלשון נקבה. אלא שעיון בפסק הדין מצביע על כך שלא ניתן לומר בביטחון שמבקש המקלט זיהה את עצמו כטרנסקסואלית, וייתכן שקטגוריה של "הומו בעל זהות מינית נשית" היא הקטגוריה שבאמצעותה הוא מזהה את עצמו וכך הוא נתפס בחברה המקסיקנית. דווקא ביקורת על אי-השימוש בקטגוריה "טרנסקסואלית" כמייצגת הכחשה של קבוצה זו או כפוגעת בצורך של קבוצה זו בנראות גם בשיח המשפטי עשויה ללקות בהכחשת קיומן של קטגוריות נוספות.⁵²

(2009). יש לציין כי בחודש דצמבר 2014, פסק בית הדין האירופי לצדק כי בבחינת בקשות מקלט של להט"בים חלים האיסורים הבאים: קביעת ממצאים על סמך שאלות המבוססות על תפיסות סטריאוטיפיות של להט"בים; חקירת מבקשי מקלט ביחס להתנהגות המינית שלהם; קביעת ממצאים על בסיס "מבחנים" להומוסקסואליות או ראיות, כמו צילומי וידיאו, הנוגעות לקיום יחסי מין; קביעת ממצאי חוסר אמינות ביחס לנטייה מינית או זהות מגדר רק משום שמבקש המקלט לא הצהיר על נטייתו המינית או זהותו המגדרית בהודמנות הראשונה. C(C-148/13 to C-150/13 A(C-148/13), B(C-149/13), C(C-150/13) v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, 2014 E.C.J. 2406.

50 לאופן שבו חיפוש תכונה "פנימית" כזו עשוי להביא לדחיית בקשות מקלט בישראל של מי שנרדפים על רקע נטייה מינית, התנהגות חברתית מסוימת או התנהגות מינית מסוימת, ראי הטקסט הנלווה לה"ש 92-99.

51 עניין *Hernandez-Montiel*, לעיל ה"ש 38.

52 בפסק הדין תוארה עדות של מומחה לאמריקה הלטינית, שטען כי החברה במקסיקו מקבלת גברים שקודם לנישואיהם מקיימים יחסי מין הומוסקסואליים, כל עוד הם מבצעים את "תפקידו של הזכר", כהגדרתו של בית המשפט, בעוד מי שמבצעים את "התפקיד הנשי", כמו גם מי שהתנהגותם או לבושם נתפסים כנשיים,

כך או כך, אף על פי שבית המשפט הפדרלי לערעורים קיבל את ערעורו של הרננדז-מונטיאל וקבע כי הוא משתייך לקבוצה חברתית מסוימת לצורך הגדרתו כפליט, המחלוקת בין בית המשפט לבין שתי הערכאות שמתחתיו (שופט ההגירה וועדת הערעורים להגירה, שדחו את בקשת המקלט) חושפת את הקושי שבגישת "המאפיינים המוגנים". המחלוקת בין הערכאות נסבה על השאלה מה היא התכונה הרלוונטית של הרננדז-מונטיאל ואם מדובר בתכונה שאינה ניתנת לשינוי או שלא ניתן לצפות ממנו לשנותה. שופט ההגירה וועדת הערעורים סברו שכיוון שהוא העיד כי הוא מתלבש לעתים כגבר ולעתים כאישה, נתונה לו בחירה חופשית בעניין זה, ולכן אין לומר כי הוא בעל מאפיין שאינו ניתן לשינוי או מאפיין בסיסי לזהותו.⁵³ לעומת זאת בית המשפט הפדרלי לערעורים קבע כי "הליך זה עוסק בזהות מינית ולא באופנה",⁵⁴ וכי זהות הנשית של הרננדז-מונטיאל היא עניין יסודי באישיותו, לא ניתן לדרוש ממנו לשנות אותה, ולכן גם אין צורך להכריע אם ביכולתו לעשות כן.⁵⁵

אף על פי שתוצאת פסק הדין יכולה להתפרש כהרחבת ההגנה על להט"בים, הוא חושף את הבעיה שבגישת "המאפיינים המוגנים" שנקטה בו. המחלוקת בין הערכאות השונות נסבו, בין השאר, על השאלה אם הקבוצה הרלוונטית היא "הומואים שמתלבשים כמו נשים" או "הומואים בעלי זהות נשית", ומכאן אם השינוי שנדרש מהרננדז-מונטיאל כדי להימנע מרדיפה הוא שינוי של התנהגות או שינוי של זהות. בשאלה הראשונה קבע בית המשפט כי מדובר בשינוי זהות. הצעד הבא – הכרה בכך שאין לדרוש שינוי של זהות – היה אפוא קל יחסית. ואולם, מה הייתה מסקנת בית המשפט אילו הובא בפניו גבר המצהיר שהוא נוהג ללבוש בגדי נשים, אך אינו רואה בכך חלק מזהותו, וגם החברה שהוא חי בה אינה משייכת אותו בשל לבושו לזהות מסוימת, אך בכל זאת רודפת אותו? האם היה בית המשפט מגדיר כקבוצה חברתית מסוימת קבוצות שהיו טוענות לרדיפה במדינות מסוימות, כמו "הומואים הלובשים בגדי עור" או "לסביות המשתתפות במסיבות מיין"? האם היה רואה בהתנהגויות אלה ביטוי למאפיין שיש להגן עליו או התנהגות שניתנת לשינוי?

גישת "המאפיינים המוגנים" אין ביכולתה להגן על בני אדם שאינם נופלים לגדר תכניות דומיננטיות מוכרות, משום שהיא מחפשת את ה"תכונה" שבגינה יש להגן. יש בכך הפרדה מלאכותית בין אקט (לבוש בגדי נשים) לזהות (זהות נשית) במקום שבו לא ניתן בהכרח להפריד בין השניים, זאת במיוחד בטריטוריות מיניות לא מרכזיות או היכן שאי אפשר למצוא יציבות של הזהות. תומס ספיג'קרבור עומד על האופן שבו ההנחות בדבר קביעות הזהות המינית, יציבותה והאוניברסליות שלה

חשופים לרדיפה על ידי החברה והמשטרה. "הומואים נשיים", לפי עדות המומחה, הפכו במקסיקו לשעירים לעזאזל של הבעיות הכלכליות והפוליטיות, במיוחד מאז התמוטטות הכלכלה המקסיקנית (שם, בעמ' 1089, 1094). בהתבסס על כך, קשה להעריך אם הרננדז-מונטיאל חווה ומזהה את עצמו כטרנססקסואלית, כהומו נשי או באופן אחר, וקשה להעריך כיצד החברה במקסיקו מסווגת אותו. כאילו כדי לסבך את העניינים, באחת מהערות השוליים בפסק הדין צוין כי בטיעונו בכתב טען הרננדז-מונטיאל כי "ייתכן שהוא עשוי להיחשב לטרנססקסואל". בית המשפט קבע כי אין צורך לדון בשאלה זו ולא הוסיף דבר בעניין זה (שם, בעמ' 1095, ה"ש 7).

53 שם, בעמ' 1089–1090.

54 "This case is about sexual identity, not fashion" (שם, בעמ' 1096). בהמשך פסק הדין בית המשפט אף משווה בין קביעת הערכאות הקודמות, שלפיה הרננדז-מונטיאל יכול לשנות את לבושו, לבין הטענה "היא הזמינה את זה" כלפי נשים שנאנסו כשלבשו "לבוש פרובוקטיבי".

55 שם, בעמ' 1095.

מקשות על מקבלי החלטות בעניינם של מבקשי מקלט להבין ולכלול בגדר "קבוצה חברתית מסוימת" אנשים בעלי מיניות הסוטה מן הנורמה הדומיננטית או המוכרת. כך, לדבריו, מקבלי החלטות מניחים שגבר פקיסטני הומו אמור היה לעבור שלבים של הכחשה, אשמה ולבסוף קבלה עצמית, ואם לא עבר אותם, ספק אם הוא אכן בעל "זהות הומואית". הם מתקשים להבין גבר עיראקי הטוען שיש לו בן זוג אך אינו יודע להשיב אם הוא הומו. ואיך, יתהו מקבלי החלטות, אמורה אישה הטוענת שהיא לסבית להיות אם לילד מבלי שעברה הפריה מלאכותית, או להיות נשואה לגבר ולהיות מוכנה להישאר נשואה לו?⁵⁶

ספיג'רבור טוען כי מקבלי החלטות בבקשות מקלט יכולים להבין זהויות מיניות שאינן הטרוסקסואליות רק אם אינן מערערות את היציבות של זהויות מיינסטרימיות (וארשה לעצמי להוסיף לדבריו – אם הן אינן מאיימות על הדיכוטומיה בין סטרייטים ללהט"בים). מבקשי מקלט להט"בים נדרשים אפוא להתאים לאחת הזהויות הללו, תמיד לקטגוריה אחת בלבד בכל זמן נתון, שבה רצוי שידבקו כל חייהם, ולהזדהות באופן מדויק עם אחת הקטגוריות האלה.⁵⁷ ההבחנה המלאכותית, שיוצרת גישת "המאפיינים המוגנים" בין "זהות" או "תכונה" לבין "אקט" או "התנהגות", מעוררת גם היא שאלות שקשה לתת להן תשובה מניחה את הדעת והיא עשויה לעורר קשיים במקרים מסוימים.⁵⁸ ניטול לדוגמה גבר הטרוסקסואל (לתפיסתו ולתפיסת האחרים), שקיים יחסי מין פעם אחת בלבד עם גבר אחר (אולי כדי "להתנסות"), נתפס וצפוי לעונש מוות במדינה ממנה נמלט. נניח שגבר כזה אינו מתכוון לשוב ולקיים מערכות יחסים מיניות או רומנטיות עם גברים, אך כבר נידון למוות בגין המעשים האסורים שביצע בעבר. נוסף ונניח כי מנקודת מבטן של הרשויות במדינתו, עונש המוות שהוטל עליו אינו בגין ייחוס (שגוי) של "הומוסקסואליות" או תכונה אחרת כלשהי, אלא בגין ביצועו של אותו אקט מיני המהווה עבירה וללא קשר למניעים ה"פנימיים" העומדים ביסודה.⁵⁹ גישת "המאפיינים המוגנים" תתקשה למצוא את העוגן הנדרש כדי לקבוע כי מדובר במי שנרדף על רקע "שייכות לקבוצה חברתית מסוימת". עם זאת קשה למצוא הצדקה להבחנה בין גירוש

Thomas Spijkerboer, *Sexual Identity, Normativity and Asylum*, in *FLEEING HOMOPHOBIA: SEXUAL ORIENTATION, GENDER IDENTITY AND ASYLUM* 217, 224–225 (2013)

Spijkerboer, לעיל ה"ש 56, בעמ' 224–225.

ראי Halley, לעיל ה"ש 46.

59 ההנחה האחרונה נדרשת במסגרת ניתוח זה, שכן דיני הפליטים מכירים גם ברדיפה, הנובעת מייחוס שגוי של אחת מחמש עילות הרדיפה לנרדף, כמקנה זכות להגנה לפי אמנת הפליטים. חברות מיוחסת בקבוצה חברתית מסוימת (imputed membership in a particular social group) מהווה עילה למקלט, ועל כן רדיפה של אדם הטרוסקסואל בשל סברה, גם אם שגויה, כי הוא להט"ב, תיחשב לרדיפה על רקע שייכות לקבוצה חברתית מסוימת, אף שהנרדף אינו חבר בקבוצה. להבדיל, בדוגמה שבטקסט, ההנחה היא שרשויות מדינת מוצאו של מבקש המקלט אדישות לשאלה מה היא נטייתו המינית של מי שהן מבקשות להוציא להורג, וסבורות כי יש להוציאו להורג בשל קיום יחסי מין עם גבר אחר בעבר, תהא נטייתו המינית אשר תהא.

לתחולת אמנת הפליטים גם במקרים של ייחוס קיומה של אחת מחמש עילות הרדיפה שבס' 1.A.2 (2) לאמנה ראי למשל עניין צ'ימה, לעיל ה"ש 30, פס' 26 ו-29 לפסק דינו של השופט מלצר. כן ראי הנחיות נציבות האו"ם לפליטים 2012, לעיל ה"ש 38, פס' 41; 1379–1380 (9th); 914 F.2d 1375, *Aguilera-Cota v. INS*; Cir. 1990 (ארה"ב); [2001] EWCA Civ ; *Sivakumar v. Secretary of State for the Home Department*, 1196 (בריטניה); עניין *Ward*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 747 (קנדה).

של אדם כזה למות במדינת מוצאו, לבין מתן הגנה לאדם אחר הצפוי לגורל זהה משום שהוא חווה את עצמו (או שאחרים רואים אותו) כבעל תכונה "פנימית", דוגמת משיכה מינית או רומנטית לבני מינו.

2. להט"בים וגישת "התפיסה החברתית"

הגישה השנייה לפרשנות המונח "קבוצה חברתית מסוימת" היא כאמור גישת "התפיסה החברתית". גישה זו מאפשרת להתרחק מתפיסות מהותניות של זהות מינית ושל זהות מגדר, אך בחינת בקשות מקלט של להט"בים דרך משקפיה מעוררת אף היא קשיים. גישת "התפיסה החברתית" מנסה לזהות קבוצות חברתיות מסוימות על רקע תפיסתן על ידי החברה כמובחנות לצורך הגדרתן "קבוצה חברתית מסוימת" כשמשמעותה בסעיף 1.A.2 (2) לאמנת הפליטים. היא יכולה לחיות בשלום עם הבנת הזהויות המיניות המוכרות לנו כתוצרים חברתיים-היסטוריים, שמקורם באינטראקציות החברתיות בין בני אדם לבין עצמם ובינם לבין מוסדות חברתיים, וכתוצאה של תהליכי תיוג חברתי וזיהוי עצמי.⁶⁰ בחינת השאלות אם קבוצה היא "קבוצה חברתית מסוימת" או אם פרט שייך לקבוצה כזו דרך הפריזמה של "התפיסה החברתית" אינה דורשת התייחסות לשאלה אם הוא בעל תכונה פנימית שאפשר או אי אפשר לשנותה, ולו רק כדי להימנע מרדיפה. הנתון הרלוונטי הוא החלוקות שיוצרת החברה, וזאת במנותק מן השאלה אם קטגוריזציה חברתית מבוססת על "תכונה" שיש לה קיום אובייקטיבי.

ואולם, אף על פי שגישה זו מתנתקת מתפיסה מהותנית של זהות מינית, היא עשויה להשאיר פרטים, שנשקפת להם סכנה בגלל התנהגות מינית הנחשבת בלתי נורמטיבית בחברה שבה הם חיים, מחוץ להגדרה "קבוצה חברתית מסוימת" אם אינם מסווגים על ידי החברה כ"קבוצה". ניתן לשאול, למשל, אם בן התרבות האירופית לפני כמה מאות שנים, שנשקפה לו סכנת חיים כעונש על קיום יחסי מין אנאליים עם בן מינו, היה מצליח לעמוד בתנאים שמציבה הגדרת "הקבוצה החברתית המסוימת", כפי שהיא מוכרת לנו היום בדיני הפליטים. מבצע "מעשה סדום" בתקופה שקדמה למאה התשע עשרה, כפי שתיאר מישל פוקו, לא נתפס על ידי החברה כבעל תכונה פנימית כלשהי ואף לא כמי ששייך לקבוצה שיש לה מאפיין משותף. "עושה מעשה סדום היה מי ששב ומעד וחטא", מי שביצע פעולה אסורה וכת עונשין, לעומת ה"הומוסקסואל" לאחר המאה התשע עשרה, ש"הפך לסוג של עבר, של תולדות חיים ושל ילדות; של אופי ושל צורת חיים; וכן של מורפולוגיה אשר כוללת מבנה גוף לא דיסקרטי, ואולי אף פיזיולוגיה מסתורית". מבצע "מעשה הסדום" שלפני המאה התשע עשרה, גם אם היה חשוף למאסר, לעינויים או לעונש מוות, לא היה אלא מי שנענש בשל אקט שביצע, בתקופה שבה לא הייתה הקבלה בין אקטים מיניים לסיווג חברתי.⁶¹

היסטוריונים של המיניות, כמו למשל ג'פרי ויקס, מייחסים את התגבשותן של הקטגוריות המיניות המוכרות לנו היום לתהליכי קפיטליזציה ותיעוש בעולם המערבי, שהציבו במרכזם את המשפחה הגרעינית, חידדו את התפקידים החברתיים שממלאים גברים ונשים ומתחו קו חד ובלתי עביר בין

60 לאחת העבודות המוקדמות בעניין יצירת זהויות מיניות באמצעות תיוג חברתי ראי Mary McIntosh, *The Homosexual Role*, 16 Soc. PROBS. 182 (1968).

61 מישל פוקו תולדות המיניות I : הרצון לדעת 34 (גבריאיל אש מתרגם, 1996).

הטרנסקסואליות כמיניות אקסלוסיבית להומוסקסואליות כמיניות אקסלוסיבית.⁶² לפני התהליכים האלה לא הייתה קטגוריה חברתית של מי שתויגו כ"הומוסקסואלים", אלא רק מי שאקט מיני שביצעו (לעתים שוב ושוב) נחשב עבירה או חטא.⁶³ מבצע מעשה הסדום במדינות המערב ערב המודרניזציה, אף על פי שהיה חשוף לסנקציות, לא היה מצליח לדחוק את עצמו לקטגוריה של "קבוצה חברתית מסוימת" בדיני הפליטים הקיימים היום.

תפיסה היסטורית בעלת קווים מקבילים הוצגה גם ביחס לעולם הערבי. חאלד אל-רויאהב, למשל, טוען כי ערב המודרניזציה לא התקיימה בעולם הערבי הקטגוריה "הומוסקסואל". הבניית המיניות בחברה הערבית לא קשרה יחדיו אקטים מיניים ופעולות אקספרסיביות של חיבה או אהבה, וחרף האיסור באסלאם על קיום יחסי מין אנאליים, התקיים מרחב גדול שקיבל גילויי אהבה פומביים בין גברים, ושוב גילויי אהבה כאלה ויחסי מין בין גברים נתפסו כשתי תופעות נפרדות.⁶⁴

יוסף מסד, הבוחן את המיניות בעולם הערבי מנקודת מבט אוריינטליסטית, גורס כי ארגון המיניות בעולם הערבי היה שונה מזה שבעולם המערבי עד לתקופת הקולוניאליזם. לעומת העולם המערבי, שבו התגבשו זו מול זו "זהות הומוסקסואלית" ו"זהות הטרנסקסואלית" כניגודים דיכוטומיים, בעולם הערבי לא התרחש תהליך שבו ה"טרנסקסואל" כונן את עצמו באמצעות יצירת הקטגוריה "הומוסקסואל" והנגדה שלו ביחס אליה.⁶⁵ עם הקולוניזציה של העולם הערבי על ידי המערב (שכללה ייבוא של חקיקה אזרחית שאסרה על "מעשה הסדום"), טען המערב לאוניברסליות של הקטגוריות המיניות שהתגבשו בו. חלק מרכזי בפרויקט האוריינטליסטי כלל יצירה של מה שהפך להבנה ההגמונית של התרבות הערבית, ובכלל זה טרנספורמציה של האופן שבו מיוצגות תשוקות מיניות בעולם הערבי. העולם המערבי סבר שהבאת ה"קדמה" לעולם הערבי כוללת ייבוא של האופן שבו המערב מארגן את הפוליטיקה, הכלכלה והחברה, לרבות האופן שבו הוא מארגן את המיניות. כפועל יוצא, תהליכי הייצוג שבהם נוצרו הקטגוריות החברתיות "הומוסקסואל" ו"הטרנסקסואל" בחברה המערבית שוכפלו בעולם הערבי.⁶⁶ חוסר הסובלנות הקיים כיום כלפי "הומוסקסואליות" בחלק מן העולם הערבי הוא, לדברי מסד, תגובת-נגד לתפיסה של קטגוריה חברתית זו כייבוא מערבי.⁶⁷ נראה אפוא שלא רק הגבר המערבי, אלא גם הגבר הערבי של המאה השמונה עשרה, המקיים יחסי מין עם

JEFFREY WEEKS, COMING OUT: HOMOSEXUAL POLITICS IN BRITAIN FROM THE NINETEENTH CENTURY 62
TO THE PRESENT 5–6 (Rev. ed., 1990)

שם, בעמ' 11–22. 63

KHALED EL-ROUAYHEB, BEFORE HOMOSEXUALITY IN THE ARAB-ISLAMIC WORLD, 1500–1800 64
(2005).

JOSEPH A. MASSAD, DESIRING ARABS 40 (2007). לתיאור הקטגוריות המיניות המוכרות בעולם המערבי 65
ככאלה שכונו באמצעות הנגדה בין ה"טרנסקסואל" ל"הומוסקסואל" ראי DAVID HALPERIN, ONE
HUNDRED YEARS OF HOMOSEXUALITY AND OTHER ESSAYS ON GREEK LOVE 25 (1990). לכינון של
זהויות מיניות מערביות אלה כקטגוריות, שהאחת מהן כפופה לשנייה, כשקיומה של הראשונה ומשמעותה
תלויים בו זמנית בהחלה ובהדרה של הראשונה ראי EVE KOSOFSKY SEDGEWICK, EPISTEMOLOGY OF THE
CLOSET 9–10 (1990).

MASSAD, לעיל ה"ש 65, בעמ' 47–50. 66

Guglielmo Verdirame, A Friendly Act of Socio-Cultural Contestation: Asylum and the Big Cultural Divide, 44 67
N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 559 (2012).

גברים וצפוי בשל כך לרדיפה, וזאת טרם ייבוא הקטגוריות המיניות המערביות לעולם הערבי וטרם גיבוש תפיסה חברתית של ה"הומוסקסואל" כקטגוריה חברתית נפרדת, לא היה צולח היום את המבחנים שנקבעו להגדרת "קבוצה חברתית מסוימת" באמנה בדבר מעמדם של פליטים. ואולם, לא רק הגבר המפגין בפומבי רגשות כלפי בני מינו, או מבצע "מעשה הסדום", שהיה קופץ לביקור בתקופתנו במכונת הזמן מן התקופה הטרנס-מודרנית, לא היה מצליח להידחק לתוך קטגוריית "הקבוצה החברתית המסוימת". הקטגוריה החברתית "הומוסקסואל" נתפסת בעיני רבים כקטגוריה מערבית בטיבה, שאינה קיימת בהכרח בכל החברות גם היום. מובן שאין הכוונה לכך שקיימות חברות שבהן לא קיימות תופעות של משיכה מינית לבני אותו המין או של זהות מגדרית שאינה תואמת את מינו הביולוגי של האדם. מדובר בכך שבחברות אלה, סוגים מסוימים של התנהגות או תשוקה אינם נתפסים כבסיס לחלוקה חברתית מסוימת, הקיימת היום במדינות הצפון הגלובלי, ושההנחה שאופן הבנייתה של המיניות בחברה המערבית הפך לאוניברסלי טעונה הוכחה. כאשר סוגי התנהגויות אלה משמשים בסיס לענישה, להדרה חברתית או לפגיעה בזכויות אדם בסיסיות בחברות הללו, אנו עשויים לשוב ולהיתקל במי שנשקפת להם סכנה, אולי אף סכנת חיים, אך לא בהכרח יוכרו כמי ששייכים ל"קבוצה חברתית מסוימת" לצורך הכרה בהם כפליטים, בהתאם לגישת "התפיסה החברתית". אף על פי שלא מוכרים לי מקרים שבהם נעשה שימוש בנימוק זה כדי לדחות בקשות למקלט, ההבנה שבחברות מסוימות לא קיימת תפיסה של חלוקה חברתית המבוססת על תשוקות מיניות או זהויות מגדריות מבהירה את הקושי המושגי בהכרה בהשתייכותם של להט"בים ל"קבוצה חברתית מסוימת" לפי מבחן זה. בתי משפט שיבקשו להכיר בלהט"בים במצבים אלה כ"קבוצה חברתית מסוימת" ולספק הנמקה מניחה את הדעת לכך, יצטרכו לזנוח את מבחן "התפיסה החברתית" או לעוות אותו ולעקר אותו ממשמעותו הנוכחית.

ד. ישראל – מבקשי מקלט להט"בים שאינם פלסטינים

בישראל, למרות הגידול המשמעותי שחל בשנים האחרונות במספר האנשים המבקשים לזכות בהגנה לפי דיני הפליטים, טרם הוכר איש, למיטב ידיעתי, כפליט בשל נטייתו המינית או זהותו המגדרית. כמו כן, אף על פי שהפסיקה בבתי המשפט המחוזיים ביחס למבקשי מקלט גדלה באופן ניכר והפסיקה בבית המשפט העליון אף היא מתרבה בעת האחרונה, רק פסקי דין בודדים עוסקים במבקשי מקלט להט"בים. המספר הזעום של החלטות שיפוטיות המתייחסות למבקשי מקלט של להט"בים אינו מאפשר ניתוח כמותי בעל משמעות כלשהי. הוא רק מספק הצצה לתפיסות המנחות את בתי המשפט על רקע האמור עד כה. כך גם לעניין ההחלטות המינהליות שהתקבלו בעניינם של מבקשי מקלט להט"בים. בתת-פרק זה אחלק את הדיון בין ההחלטות המינהליות המתקבלות בעניינם של מבקשי מקלט להט"בים לבין החלטות שיפוטיות.

1. החלטות מינהליות בעניין מבקשי מקלט להט"בים – שלושה מקרי מבחן

בהתאם לנוהל הטיפול במבקשי מקלט בישראל, בקשה למקלט מוגשת למשרד הפנים ונבחנת על ידי פקידי יחידת הטיפול במבקשי מקלט. פקידי היחידה רשאים לדחות את הבקשה על הסף, להעביר אותה לדיון בסדר מקוצר בפני יו"ר ועדה המכונה "הוועדה המייעצת לענייני פליטים" או להעביר אותה לדיון

במליאת הוועדה. ועדה זו כוללת את נציגי משרדי הפנים, החוץ והמשפטים, ובראשה אמור לעמוד שופט בדימוס או אדם הכשיר להיות שופט בית המשפט המחוזי ואינו עובד מדינה. החלטות יו"ר הוועדה בסדר דין מקוצר או מליאת הוועדה מועברות לאישור מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה או שר הפנים, בהתאמה.⁶⁸

משרד הפנים אינו מפרסם את החלטותיו בדבר הכרה או אי-הכרה במבקשי מקלט כפליטים. עד לפני מספר שנים אפילו מבקשי המקלט עצמם לא זכו לקבל את המסמכים הנוגעים להחלטה שהתקבלה בעניינם (פרוטוקולי הראיונות שנערכו עמם, דוחות משרד הפנים ביחס למצב במדינת מוצאם, פרוטוקולי הוועדה המייעצת לענייני פליטים הממליצה בפני שר הפנים על הכרה או אי-הכרה באדם כפליט והחלטה המנומקת). רק בעקבות פסקת בית המשפט המחוזי בירושלים משנת 2010, שבה נקבעה החובה למסור למבקשי המקלט את הפרוטוקולים הללו, החל משרד הפנים למסור למבקשי מקלט ובאי כוחם את המסמכים האמורים.⁶⁹ ואולם, נוכח העובדה שהמסמכים נמסרים רק למבקשי המקלט עצמם, יש קושי לקיים הערכה מקיפה של החלטות הגורמים המינהליים השונים. עם זאת ראוי לציין כי מחקר שהקיף מספר גדול יותר של החלטות מינהליות בעניינם של מבקשי מקלט, שאינם בהכרח להט"בים, מצביע על כשלים מהותיים באופן בחינת זכאותם של אנשים בישראל להכרה בהם כפליטים.⁷⁰ במובן זה, את העובדה שעד היום לא הוכר, ככל הנראה, אף לא פליט להט"ב אחד בישראל אין לייחס (לפחות לא באופן בלעדי) להומופוביה. יש לייחס אותה, בראש ובראשונה, לחוסר נכונות כללי להכיר בפליטים בישראל וחוסר מקצועיות של הגורמים המוסמכים במשרד הפנים. דרישות ראייתיות בלתי אפשריות לרדיפה במדינת המוצא, הערכות פגומות של המצב במדינות אזוריות של מבקשי מקלט וחוסר הבנה של מורכבויות הנוגעות לרדיפה או לפחד מבוסס מפני חזרה למדינת המוצא אינם מיוחדים לטיפול בבקשות מקלט של להט"בים. אי-ההכרה במבקשי מקלט להט"בים כפליטים היא חלק מתופעה רחבה יותר של סירובה של מדינת ישראל להכיר בפליטים. על מדיניות זו ניתן ללמוד, בין השאר, משיעורי ההכרה הזעומים בפליטים בישראל, העומדים על שבריר אחוז,⁷¹ לעומת מדינות הצפון הגלובלי האחרות, שבהן שיעורי ההכרה עשויים להגיע עד עשרות אחוזים.⁷²

- 68 נהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני, לעיל ה"ש 16.
- 69 עת"ם (מנהליים י-ם) 22336-04-10 עבדול נ' הממונה על חוק חופש המידע (פורסם בנבו, 21.9.2010).
- 70 יונתן ברמן עד שייאטם ליבנו: הליכי מקלט בישראל (מוקד סיוע לעובדים זרים, 2012) www.hotline.org.il/hebrew/pdf/asylum_procedures_2012_heb.pdf
- 71 כך, למשל, בהתאם לנתונים שמסר משרד הפנים, בחודשים ינואר עד אוגוסט 2013 עמד שיעור ההכרה בפליטים על 0.15% (4 בקשות שאושרו מתוך 2,593), ובשנת 2012 עמד שיעור ההכרה בפליטים על 0.55% (6 בקשות שאושרו מתוך 1,096). מכתבה של מרב אברהמס, מנהלת האגף לתכנון מדיניות ברשות האוכלוסין וההגירה לח"כ מיכל רוזין, 14.10.2013 (העתק המכתב מצוי בידי הכותב). לניתוח שיעורי ההכרה הנמוכים בפליטים בישראל ראי גם עניין דסטה, לעיל ה"ש 4, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות ופס' 12 לפסק דינו של השופט מלצר. יש לציין כי מבחינת היחס בין אוכלוסיית מבקשי המקלט בישראל לאוכלוסייתה הכללית מדינת ישראל רחוקה מלהיות במצוקה. השופט עמית עמד על כך ששיעור ה"מסתננים" בישראל (שאת רובם המדינה כלל אינה רואה כמבקשי מקלט) עומד על פחות מאחוז מאוכלוסיית המדינה, והוסיף כי מדובר בשיעור ש"מדינה מתוקנת וחזקה מבחינה כלכלית יכולה וצריכה לעמוד בו" (עניין אדם, לעיל ה"ש 4, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית).
- 72 לשיעורי ההכרה בפליטים ברחבי העולם בשנת 2013 ראי UNHCR Global Trends 2013, Annexes, Table 10 (June 2014), available at <http://www.unhcr.org/globaltrends/2013-GlobalTrends-annex->

כאמור, בהיעדר אפשרות לבחון באופן שיטתי את כל ההחלטות המינהליות בעניינם של מבקשי מקלט להט"בים, אתייחס רק לשלושה מקרים, המאירים את גישת הרשויות בעניין זה. שלושת המקרים מאפשרים לבחון את התייחסות רשויות המדינה לשלוש סוגיות מובחנות – תחולתה של אמנת הפליטים על מקרים של חשש מבוסס לרדיפה בשל נטייה מינית; אופן בירור השאלה אם במדינה נתונה אכן מתקיימת רדיפה של להט"בים; ואופן בירור השאלה אם מבקש מקלט הטוען לרדיפה או אכן להט"ב.

בחינתן של ההחלטות מינהליות בעניינם של מבקשי מקלט להט"בים (ושל החלטות שיפוטיות, שאליהן אתייחס בהמשך) מעלה כי מצד אחד הוועדה המייעצת לענייני פליטים אוחות בעמדה שלפיה רדיפה על רקע נטייה מינית אינה בבחינת רדיפה על רקע "שייכות לקבוצה חברתית מסוימת"; מצד אחר משרד הפנים מקפיד במסגרת ההכרעה בבקשות המקלט של להט"בים לדחות גם את טענתם העובדתית כי הם להט"בים או את טענתם העובדתית כי ייתכן שצפויה להם רדיפה בשל נטייתם המינית או זהותם המגדרית. לכאורה, נוכח עמדת הרשויות שלפיה נטייה מינית אינה "שייכות לקבוצה חברתית מסוימת", הופכת ההכרעה בטענות העובדתיות האינדיבידואליות של מבקשי מקלט למיותרת. אף על פי כן, ניתן למצוא דיון כזה במסגרת החלטות משרד הפנים.

מהפרוטוקולים היחידים שהגיעו לידיי, שבהם תועדו דיוני הוועדה המייעצת לענייני פליטים בעניין שאלת תחולתה של אמנת הפליטים על מקרים של רדיפה על רקע זהות מינית או מגדרית, עולה כי עניין זה נדון בעבר והוכרע על ידי הוועדה. בבסיס ההחלטות מונחת עמדה, שהוועדה מכנה "עמדתה המסורתית", ולפיה אין להכיר ברדיפת להט"בים כמבססת עילה למקלט לפי אמנת הפליטים. בפרוטוקול הוועדה משנת 2010, במסגרת דיון שהתקיים בעניינו של ד', מבקש מקלט הומו ממדינה אפריקנית, מצוטטים דבריה של עו"ד שרה שאול, נציגת משרד הפנים בוועדה: "עמדתנו היא שנטייה מינית היא לא מוגנת באמנה וזו הרחבה לא מוצדקת באמנה". נציג משרד החוץ, איתן מרגלית, צוטט כמי שאמר: "אין באמנה חלות על נטיות מיניות". לעומתם, יו"ר הוועדה, השופט בדימוס אורי שטרומן, היה היחיד מבין חברי הוועדה, שהביע עמדה שלפיה האמנה חלה על מקרים של רדיפה על רקע נטייה מינית.⁷³

בפרוטוקול דיון נוסף שקיימה הוועדה בעניינו של ד' כעבור כשנה, צוין כי עמדה זו היא "העמדה המסורתית" של הוועדה:

tables.zip. הפערים העצומים בין שיעורי ההכרה בפליטים בישראל לשיעורי ההכרה במדינות אחרות הם גורם נוסף המצביע על הפגמים במערכת המקלט הישראלית. בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי נתונים סטטיסטיים הנוגעים להחלטות מינהליות, אשר אינם מתיישבים עם ניסיון החיים, עשויים להצביע על שיקולים פסולים (בג"ץ 571/89 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236, 246 (1990)). בית הדין האירופי לזכויות אדם, בהתייחסו לשיעור ההכרה בפליטים של כאחוז אחד ביוון, עמד על כך ששיעור ההכרה כה נמוך, במיוחד בהשוואה לשיעורי ההכרה במדינות אחרות, הופך את מערכת המקלט לחשודה בחוסר הגינות (M.S.S. v. Belgium and Greece, App. No. 30696/09, Eur. Ct. H. R. at p. 105 (2011)). דעתו הנפרדת של השופט (Sajó).

73 פרוטוקול דיון הוועדה המייעצת לענייני פליטים מיום 2.2.2010 (העתק הפרוטוקול מצוי בידי הכותב). הטעויות במקור.

“עו”ד פישר-צין, נציגת משרד הפנים: התיק נדון בוועדה ביום 2.2.2010 וההחלטה היתה שלדעת רוב חברי הוועדה העמדה המסורתית היא כי האמנה אינה חלה בנושא נטיות מיניות. לדעתי, אין מקום מלשנות עמדה זו והקביעה לפיה אדם שייך לקבוצת ההומוסקסואליים במדינת המוצא – י”ב] היא קבוצה מאד רחבה.

מר איתן מרגלית, נציג משרד החוץ: השייכות של הגדרה מבחינה מינית אינה משייכת אדם לקבוצה, כפי שנקבע באמנת הפליטים ולכן אני סבור שיש לדחות הבקשה.”⁷⁴

נוסף על הקביעה שאמנת הפליטים אינה חלה על מקרים של רדיפת להט”בים, מקרה זה מדגים גם את תפיסת הרשויות בישראל ביחס לשאלה כיצד מוכח מצבם הכללי של להט”בים במדינות אחרות וביחס למהות המונח “רדיפה”. בקשת המקלט עסקה, כאמור, בהומו אזרח מדינה אפריקנית. בבקשת המקלט שלו נטען כי בשל זהותו המינית סבל מתקיפה אלימה ואונס במדינת מוצאו, כי המשטרה לא סיפקה לו הגנה, כי נאלץ “לחיות בארון” וכי חי בחשש מתמיד מפני אלימות מצד הרשויות ומצד פרטים בחברה. נציבות האו”ם לפליטים, שראיינה את ד’, המליצה בפני הוועדה להכיר בו כפליט והציגה מידע על אודות רדיפתם של הומואים במדינה זו.⁷⁵ במסגרת הטיפול בבקשתו הגישה עורכת דינו דוחות של מחלקת המדינה בארצות הברית ושל גורמים נוספים, המתארים את החוק הפלילי האוסר קיום יחסי מין בין בני או בנות אותו המין באותה מדינה, את האכיפה השרירותית של חוק זה ואת הפשיטות המשטרתיות והמעצרים במקומות מפגש של הומואים. כמו כן הוצגה בפני הוועדה חוות דעת מומחה המתארת העוינות החברתית כלפי הומואים, המגיעה לכדי אלימות, אשר אינה מטופלת על ידי רשויות האכיפה.⁷⁶

למרות המידע הרב שהיה בפני הוועדה בדבר מצבם של הומואים באותה מדינה, הוועדה הסיקה כי לא נשקפת להם סכנה, וזאת על בסיס שני מסמכים שהוצגו בפניה על ידי משרד הפנים. המסמך הראשון הוא ידיעת חדשות אינטרנטית על אודות מופע שקיים הזמר אלטון ג’ון במדינה זו. הופעה זו של זמר הומו, לטענת משרד הפנים, מוכיחה כי מצבם של הומואים באותה מדינה השתפר וכי הם אינם נרדפים.⁷⁷ נוסף על הופעתו של אלטון ג’ון התבססה המסקנה בדבר אי-רדיפתם של הומואים על מה שתואר על ידי הוועדה כהקמת ארגון בשם Basma, שהוקם באותה מדינה ושמתרתו קידום זכויות להט”בים, ועל ההכרה השלטונית שנטען כי הארגון זכה לה.⁷⁸ אלא שבהתאם למידע שהוצג בפני הוועדה בהמשך ההליך על ידי עורכת דינו של ד’, כלל לא מדובר בארגון שזכה לברכת הממשלה, אלא בקבוצת דיון אינטרנטית ללהט”בים.⁷⁹

74 פרוטוקול דיון הוועדה המייעצת לענייני פליטים מיום 10.2.2011 (העתק הפרוטוקול מצוי בידי הכותב). הטעויות המקור.

75 חוות דעת נציבות האו”ם לפליטים, 13.1.2010 (חוות הדעת מצויה בידי הכותב).

76 עו”ד ענת בן דור, בקשת מקלט בשם ד’, 1.2.2010 (העתק הבקשה מצוי בידי הכותב).

77 חוות דעתה של עו”ד ענת פישר צין, לשכת היועץ המשפטי, משרד הפנים (30.3.2011); תמצית חוות דעתו של שמעון ברנדס ממשרד הפנים (העתקים מצויים בידי הכותב).

78 חוות דעתה של עו”ד פישר צין, לעיל ה”ש 77.

79 עו”ד ענת בן דור, בקשה לעיון מחדש (26.6.2011), שאליה צורפו מכתביהם של להט”בים ממדינת מוצאו המצהירים כי Basma היא קבוצת דיון אינטרנטית וכי אין במדינה זו ארגון זכויות אדם המגן על זכויות להט”בים (העתק הבקשה מצוי בידי הכותב).

נוסף על כך, הוועדה המייעצת לענייני פליטים סברה שהאונס שמבקש המקלט חווה במדינת מוצאו הוא אמנם "חוויה שלילית" ו"מצערת", אך הוא בוצע על ידי פרטים ולא על ידי השלטון ואינו עולה לכדי "רדיפה" כהגדרתה באמנה.⁸⁰ מסקנה זו אינה עולה בקנה אחד עם הפרשנות המקובלת לאמנה בדבר מעמדם של פליטים. כאמור, כדי שאדם ייחשב לנרדף, אין הכרח בכך שהרדיפה תבוצע על ידי גורם שלטוני. די בכך שהשלטון אינו יכול או אינו מעוניין להגן על האדם הנרדף.⁸¹ כמו כן, נציבות האו"ם לפליטים כמו גם בתי משפט ברחבי העולם הכירו באונס כמקיים את תנאי יסוד ה"רדיפה" שבאמנת הפליטים, בהיותו הפרה חמורה של זכויות אדם בסיסיות.⁸²

ראוי להתעכב על התפיסה המנחה את עמדת הוועדה בעניין זה. כאמור, אחת הביקורות הנשמעות על אופן יישומה של אמנת הפליטים נוגעת לנקודת המבט הגברית שדרכה נבחנת שאלת הפליטות. למרות הסטנדרטים הניטרליים לכאורה שבאמנה, יש הטוענים כי אופן יישומה אינו מתחשב בחוויות הרדיפה הטיפוסיות או הנפוצות של נשים, ומתייחס רק אל חוויות הרדיפה הטיפוסיות של גברים, אגב התעלמות מתפקידים מגדריים והשלכותיהם על עילות הרדיפה השונות של גברים ונשים ואופניהן.⁸³ הסטנדרטים האוניברסליים לכאורה שהפעילו מדינות בקבלת החלטות לפי אמנת הפליטים לא הביאו בחשבון את העובדה שנשים, בניגוד לרוב המוחלט של הגברים, חוות סוגי דיכוי שרוב הגברים אינם חשופים להם (אונס, אלימות בתוך המשפחה, כפיפות לכללים מוסריים או דתיים כמו קוד לבוש דכאני או סנקציות בגין קיום יחסי מין מחוץ למסגרת הנישואין). דיני הפליטים, כפי שיושמו עד לשני העשורים האחרונים, נטו להתעלם מהממד הפוליטי של סוגי דיכוי אלה, המבטאים יחסי כוחות בלתי שווים בין גברים לנשים, והקנו אותם כאקטים בספרה ה"פרטית".⁸⁴

רדיפה בגין פעילות במסגרת קבוצת מורדים עשויה להיתפס כ"פוליטית", בעוד פעילות שהובנתה כ"נשית", כמו בישול עבור לוחמים, טיפול במורדים פצועים או הנצחת גברים, לא הוגדרה בחלק מהמדינות כ"פוליטית" או נחשבה זניחה למטרה הפוליטית, בהנחה שלא ייתכן שתמשוך את תשומת לב הרשויות ותוביל לרדיפה.⁸⁵ מעצר ועינויים על ידי רשות ציבורית נחשבו לרדיפה, בעוד כליאה והתעללות פיזית על ידי קרוב משפחה, כשהמדינה אינה טורחת להתערב, לא נחשבו לרדיפה עד לשנים האחרונות. פגיעות במרחב שהובנה כ"ציבורי" נתפסו כעניינה של הקהילה הבינלאומית וכמצדיקות מתן הגנה, בעוד פגיעות במרחב שהובנה כ"פרטי" נחשבו לעניין שאינו אמור להקנות הכרה

80 חוות דעתה של עו"ד אריאלה קלעי, משרד המשפטים (6.4.2011) והחלטת הוועדה המייעצת לענייני פליטים (14.4.2011) (העתקי המסמכים מצויים בידי הכותב).

81 ראי לעיל ה"ש 29.

82 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 1: Gender-Related Persecution Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/02/01 at para. 9 (2002) (הנחיות נציבות האו"ם לפליטים בעניין רדיפה על רקע מגדר); In re D-V- 21 I. & N. Dec. 77, Interim Decision 3252 (B.I.A 1993); Shoafra v. INS, 228 F.3d 1070 (9th Cir. 2000).

83 THOMAS SPIJKERBOER, GENDER AND REFUGEE STATUS 5 (2000).

84 לביקורת על אופן יישומן של קטגוריות ה"רדיפה", ה"דעה פוליטית" וה"שייכות לקבוצה חברתית מסוימת" טרם ההתפתחות שחלו בשני העשורים האחרונים בפסיקה ובהנחיות נציבות האו"ם לפליטים, ובמיוחד לעניין ההבניה של אונס כאקט "פרטי" ראי Jacqueline R. Castel, *Rape, Sexual Assault and the Meaning of Persecution*, 4 INT'L J. REFUGEE L. 39 (1992).

85 דוגמאות אלה מובאות אצל SPIJKERBOER, לעיל ה"ש 83, בעמ' 116-177.

בפליטות.⁸⁶ רק בשני העשורים האחרונים ניכרים סימנים של הכללת חוויות פליטות החורגות מן החוויה הגברית. כך, למשל, נציבות האו"ם לפליטים ורוח מדינות הצפון הגלובלי הכירו בסכנה להשחתת אברי מין ("מילת נשים")⁸⁷ או אלימות כלפי נשים,⁸⁸ שמפניה המדינה אינה מגנה, כעילה לתחולת אמנת הפליטים. לא כך בישראל.⁸⁹

86 GOODWIN-GILL & McADAM, לעיל ה"ש 12, בעמ' 81.
87 להכרה בהשחתת אברי מין נשיים כעילה לפליטות מאז שנות התשעים של המאה העשרים ראי למשל In re Khadra Hassan Farah, et. al. (ארצות הברית); Kasinga, 21 I. &N. Dec. 357 (B.I.A 1996) http://www.refworld.org/docid/ (קנדה), Immigration and Refugee Board of Canada, 10 May 1994 Fornah (FC) v. Sec'y of State for the Home Dep't, [2006] UKHL 46 (United ; 3ae6b70618.html Kingdom) (בריטניה); הנחיות נציבות האו"ם לפליטים בעניין רדיפה על רקע מגדר, לעיל ה"ש 82, פס' 11-9.

88 בשני העשורים האחרונים החלה הכרה בכך שאלימות בתוך המשפחה כאשר המדינה אינה מספקת הגנה מהווה אף היא רדיפה על רקע שייכות לקבוצה חברתית מסוימת. ראי למשל Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar, [2002] H.C.A. 14 Elcock v. Canada, [1999] F.C.J. 1438 (קנדה); Refugee Status Appeals Authority, [2008] F.C.T. 11 (ניו זילנד); עניין *Islam*, לעיל ה"ש 29 (בריטניה); הנחיות נציבות האו"ם לפליטים בעניין רדיפה על רקע מגדר, לעיל ה"ש 82, פס' 9.
89 התייחסותו היחידה של בית המשפט העליון לשאלה אם אלימות במשפחה בהיעדר הגנה במדינת המוצא מהווה עילה לפליטות מופיעה בהחלטה לקונית של השופט גרוניס, שאינה מהווה הלכה בהיותה החלטה של דן יחיד בבקשה לסעד זמני לתקופת הערעור. השופט גרוניס דחה בקשה של אישה ניגרת למנוע את גירושה מישראל עד להכרעה בערעורה ביחס לזכאותה להכרה כפליטה על יסוד טענתה שעברה התעללות על ידי בעלה, ששיחד את אנשי המשטרה כדי למנוע את התערבותם, וכי לא תזכה להגנה במדינתה. השופט גרוניס, מבלי שדן בשאלה הפרשנית של תחולת ההגדרה שבסעיף 1.A(2) לאמנת הפליטים במצבים מסוג זה, קבע בלקונית כי "טענות מעין אלה שמעלה המבקשת יכולות להיות מוצגות, למרבה הצער, על ידי לא מעט אנשים ממדינות שונות בעולם. אולם, אין בכך כדי להצדיק הפיכתה של ישראל לארץ מקלט במקרים דוגמת זה של המבקשת" (בש"ם Osaloni 9223/11 משרד הפנים, פס' 4 להחלטה (פורסם בנוב, 13.12.2011)). פרט לכך שאמנת הפליטים אינה קובעת קריטריון הנוגע לשכיחותה של תופעה מסוימת ביחס להגדרתה כמקומה עילה לפליטות (וראי בעניין זה טלי קריצמן-אמיר "תפקידו של בית המשפט בעיצוב מדיניות המקלט של מדינת ישראל" מעשי משפט ה 175, 181 (2013)), הרי ששוב מדובר בנקודת מבט גברית מובהקת. תופעות של רדיפה על רקע ארבע העילות האחרות שבאמנה – דעה פוליטית, דת, לאום או גזע – מקיפות היום, והקיפו בעבר, עשרות מיליוני אנשים ברחבי העולם. ואולם, אי אפשר למצוא (למיטב ידיעתי) בפסיקה הישראלית אמירה שלפיה רדיפה על רקע אחד מבסיסים אלה לא תזכה אדם בהגנה בשל מספרם הגדול של הזכאים הפוטנציאליים להגנה. לעומת זאת, כאשר מדובר בתופעה שהיא שכיחה יותר אצל נשים, בית המשפט נאחז בהנחה שהתופעה מקיפה מספר גדול של נשים. יש לציין כי תחושת הבטן בדבר הגידול במספר הפליטות המוכרות שתביא הכרה זו אינה בהכרח נכונה. מחקרים מצביעים על כך שהכרתן של מדינות אירופה בעילות רדיפה מבוססות מגדר כחלק מהגדרת "קבוצה חברתית מסוימת" לא הביאה להצפת מערכות המקלט במיליוני נשים מבקשות מקלט (ראי SPIJKERBOER, לעיל ה"ש 83, בעמ' 16). זאת, בין השאר, בשל העובדה שהכרה כזו רלוונטית רק לנשים החיות במדינות שבהן הרשויות אינן מספקות להן הגנה, ובשל העובדה כי לרוב הנשים במצבים אלה אין אמצעים לברוח ממדינותיהן. נוסף על כך, אין בסיס להנחה שמטרתה של אמנת הפליטים היא להעניק הגנה למספר מצומצם של אנשים. האמנה נוסחה בעקבות העקירה ההמונית במהלך מלחמת העולם השנייה, ומטרתה היו למנוע את המצבים, שבהם נתקלו פליטים במהלך המלחמה, שמדינות סירבו לקלוט אותם בגלל מספרם הגדול של הפליטים, ולהעניק הגנה למיליונים רבים של עקורים אחרי המלחמה, שלא יכלו לחזור למדינותיהם או לא היו להם מדינות לחזור אליהן (למספר העצום של הפליטים באירופה לאחר מלחמת העולם השנייה ראי MARK WYMAN, DPs: EUROPE'S DISPLACED PERSONS

גישת הוועדה בעניינו של ד', שלפיה אונס אינו מהווה "רדיפה" והאמנה לא חלה עליו משום שבוצעה על ידי "יחידים", משקפת את אותה פריזמה גברית לדיני הפליטים, שעליה התגברו כבר מדינות רבות. ד' הוא אמנם גבר, אך דחיית בקשת המקלט שלו ממחישה את הנחות המוצא המשקפות את נקודת המבט הגברית שבמסגרתה מיושמים דיני הפליטים בישראל. היא גם מדגימה את הדיכוטומיות שבין המרחב ה"פרטי" למרחב ה"ציבורי", בין "רשות מדינתית" ל"יחידים" ובין "רדיפה", שמסמלת את שבירת יחסי האמון וההגנה בין האזרח למדינה, לבין אונס כ"חוויה", שהיא אמנם "שלילית ומצערת", אך היא עניין שבין הפרט ליחידים אחרים בחברה. ככזו, חוויית האונס עוברת דה-פוליטיזציה, היא מעוקרת מהתוכן שלה המבטא יחסי כוח פוליטיים וחברתיים, והיא נתפסת כעניין שאינו מצדיק התערבות של הקהילה הבינלאומית באמצעות מתן מקלט.

החלטה מינהלית נוספת בעניין מבקש מקלט הומו מאירה גם היא את תפיסת משרד הפנים ביחס לזהות מינית. בעניינו של ע', מבקש מקלט מגאנה שטען לרדיפה על רקע נטייתו המינית, הוצגה בפני הוועדה המייעצת חוות דעת של משרד הפנים, שלפיה להומואים לא נשקפת כל סכנה במדינה זו. בין השאר הוצגו בחוות דעתו של משרד הפנים שתי תמונות של גברים בבגדי נשים צועדים ברחוב, ובסמוך להן כתב נציג משרד הפנים "יש מקרים בהם חברי הקהילה ההומו-לסבית בגאנה מראים שאין להם ממה לחשוש וצועדים בבטחה ברחוב, כפי שנמצא בבדיקת מקורות".⁹⁰ אלא שבדיקה, שערכה עורכת דינו של ע', העלתה כי התמונות נלקחו מאתר אינטרנט של קבוצת סטודנטים מאוניברסיטה בגאנה, שקיימו תהלוכת תחפושות היתולית, וכי באתר האינטרנט שבו פורסמו נכתב במפורש כי אין מדובר במצעד גאווה. יחד עם התמונות פורסם באתר האינטרנט, שממנו נלקחו התמונות, הכיתוב:

"This is not gay pride. Actually, it's Commonwealth Hall of University of Ghana students just fooling around. This is a satirical prank they have been playing for the longest time. Commonwealth students will do this just for fun. Commonwealth is an all males' hall at the university, so you can understand why they think this is fun".⁹¹

אין מדובר רק ברשלנות שבאיי-קריאת הכיתוב שנלווה לתמונות שנמצאו באתר האינטרנט. הקישור המידי של פקיד משרד הפנים (ובעקבותיו גם של הוועדה המייעצת לענייני פליטים ומנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה, שאישרו את ההמלצה) בין גברים במרחב הציבורי הלבושים ב"בגדי נשים" לבין מצעד גאווה ולהט"בים, כמו גם המהלך הלוגי של הסקת היעדר רדיפה, מלמדים על ההנחות שעומדות ביסוד קבלת החלטות בעניינם של להט"בים. הם מצביעים על דחיסת כמה נתונים פרפורמטיביים (גברים צועדים ב"לבוש נשי"), פוליטיים (מצעד גאווה), חברתיים (יחסים בין גברים ובנפרד – תשוקה

90 (1945–1951 (2nd ed. 1998). אין כל דרך משכנעת לטעון כי יש לפרש את האמנה על בסיס תכלית של צמצום מספר הפליטים המוכרים הזכאים להגנה או שהמדינות שניסחו את האמנה וחתמו עליה לא דמיינו את האפשרות שהיא תטיל עליהן חובה להעניק מקלט למספר גדול של אנשים.
91 חוות דעתו של ערן מאיר וינטרוב, משרד הפנים (24.1.2010), בעמ' 4 (העתק חוות הדעת מצוי בידי הכותב).

92 התמונות והכיתוב הופיעו בשנת 2010 בכתובת: siasaduni.blogspot.com/2009/10/gay-pride-in-ghana :
91 אולם עד למועד כתיבת פרק זה הן הוסרו. העתק מודפס של עמוד האינטרנט האמור מצוי בידי הכותב.

בין גברים) ומיניים (יחסי מין בין גברים), היכולים להתקיים ביחד או בנפרד, לכדי קטגוריה אחת – ה"הומוסקסואל". אותו מהלך לוגי קושר יחדיו את כל הנתונים הללו ומניח שאין להם קיום עצמאי, וכי בהתקיים הנתון הראשון (גברים צועדים ב"בגדי נשים"), מתקיימים גם כל השאר. מכאן קצרה הדרך למסקנה שהתמונה מלמדת על כך שלהט"בים אינם נרדפים בגאנה.

ייתכן שניתן לייחס משמעויות הומו־ארוטיות או הומו־חברתיות שונות לקבוצת סטודנטים במסגרת חברתית גברית שאימצו מסורת שנתית של צעידה בבגדי נשים בפומבי, לנתח את הרבדים האקספרסיביים והפרפורמטיביים של מסורת זו ולהרהר בפוטנציאל החתרני שלה ביחס ליציבות קטגוריות כמו "גבריות" ו"נשיות". ואולם, כנראה שלא כך התכוון פקיד משרד הפנים שהניח על בסיס התמונות כי להט"בים "מראים שאין להם ממה לחשוש וצועדים בבטחה ברחוב", וקבע על בסיסן כי הומואים אינם נרדפים בגאנה.

החלטה מינהלית שלישית המדגימה את הסטנדרטים המיושמים על ידי משרד הפנים ועל ידי הוועדה המייעצת לענייני פליטים היא ההחלטה לדחות את בקשת המקלט של מייבסי אמפונסה, מבקשת מקלט מגאנה, שלפי טענתה נרדפה משום שקיימה מערכת יחסים עם אישה במדינת מוצאה.⁹² לפי הטענה, בגיל 19 אמפונסה ניהלה מערכת יחסים עם גבר, שלאחריה ניהלה מערכת יחסים עם אישה במשך כ-20 שנים. הטקסט בחוות דעתו של משרד הפנים, שבה הומלץ שלא להכיר בה כפליטה, מדגים באופן כמעט קומי את ביקורתית על האופן בו מיושם מבחן "המאפיינים המוגנים" להגדרת "קבוצה חברתית מסוימת",⁹³ ומצדיק ציטוט חלק משמעותי מחוות הדעת:

"ראשית, באשר לטענות המבקשת בנוגע לזהותה המינית, הרי שהמבקשת לא טענה למשיכה פיזית או רומנטית לנשים בעברה לפני ה'גילוי' לכאורה של זהותה המינית, וגם 'גילוי' זה אירע בנסיבות מתמיהות, כפי שיפורט בהמשך. כמו כן המבקשת לא טענה לתחושת שונות ביחס לאחרים או תשוקה כלשהי לשנות את זהותה המינית. ולגופו של עניין:

המבקשת טענה כי עד לסיום מערכת היחסים שלה עם החבר שלה בגיל 19, עימו קיימה יחסי מין, הגדירה עצמה כסטרייטית. המבקשת נשאלה מה גרם לה לשנות את הנטייה המינית שלה והיא טענה כי השינוי חל בשל בן הזוג שבגד בה: 'בגלל שהוא בגד בי בגלל זה הפסקתי לקחת בנים'. המבקשת טענה כי אם חברה לא היה בוגד בה לא הייתה הופכת ללסבית.

המבקשת נשאלה מספר פעמים בנוגע למועד 'הגילוי' שלנטייתה [כך במקור] המינית והיא השיבה שהיא אינה יודעת ולבסוף טענה כי לאחר שחברה בגד בה, היא פנתה

92 אני מודה לעו"ד ידין עילם, בא כוחה של אמפונסה, שמסר לי את המסמכים בעניינה. עניינה של אמפונסה זכה לסיקור בעיתון "הארץ" במהלך חודש אוגוסט 2015. אילן ליאור "המדינה קבעה כי מי שהעידה על עצמה כלסבית לא זכאית למקלט כי 'בחרה לאמץ אורח חיים זה'", www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.2711135; מאמר מערכת, "הוועדה למעמד הזהות המינית", www.haaretz.co.il/opinions/editorial-articles/1.2711714, (20.8.2015). יש להדגיש כי ניתוח המקרה בפרק זה מבוסס על המקורות הראשוניים שנמסרו לי על ידי בא כוחה של אמפונסה.

93 לעיל ה"ש 44–59 והטקסט הנלווה להן.

בעניין זה לחברותיה והן 'לימדו אותה' לקיים יחסי מין עם נשים. כשהמבקשת נשאלה באיזה גיל היא למדה זאת מחברותיה השיבה שאינה זוכרת.

[...]

באשר לאופן 'הפיכתה' ללסבית, המבקשת טענה כי חברותיה לימדו אותה 'לעשות אהבה עם נשים' לדבריה, כאשר 'דיברתי עם החברות שלי והם אמרו שאת תקחי בנים את לא תהייה בטוחה ואם תקחי בנות את בטוחה'. המבקשת נשאלה 3 פעמים לאחר מכן, האם הסיבה היחידה שהיא הפכה ללסבית היא משום שרצתה ביטחון במערכת היחסים וכן מערכות יחסים יציבות וארוכות טווח והיא השיבה בחיוב.

המבקשת נשאלה מספר פעמים על רקע הגילוי שלה את נטייתה המינית והשיבה: 'אני יודעת על עצמי שאני לסבית' וכשנשאלה כיצד הגיעה למסקנה שהיא לסבית, המבקשת השיבה שהיא לא הבינה את השאלה. המבקשת הפגינה חוסר ידע גם במושגים של קהילת הלהט"ב שכן המבקשת נשאלה מספר פעמים לגבי הגדרת הנטייה המינית שלה (Sexual Orientation) והיא לא הבינה כלל את השאלה, המבקשת הבינה רק את המילה 'לסבית'. מצופה מאדם החי אורח חיים הומוסקסואלי, להכיר ולדעת מינוחים מסוימים בקהילה זו, ושידע לכל הפחות לתאר את תחושותיו ותשוקותיו שהובילוהו לשינויים מהותיים כל כך בחייו – החל מהקשר הזוגי וכלה בבעיות שנוצרו בעקבות קשר זה במשפחה ובעולמה האישי של המבקשת עד כדי עזיבת מדינת מוצאה לבסוף.

המבקשת נשאלה, מתי היא הרגישה בפעם הראשונה שהיא מעוניינת בנשים והיא השיבה שהיא אינה זוכרת. המבקשת נשאלה, מתי היא הרגישה שהיא נמשכה לראשונה לנשים והיא טענה שאסתר חברתה נמשכה אליה ואסתר היא זו שיצרה קשר עם המבקשת לראשונה.

לציין כי בהשתלמות שנערכה לעובדי יחידת RSD על ידי ארגון ORAM הפעיל בנושא LGBT ו SGN אשר כללה, בין היתר מפגשים עם אנשים בעלי נטיות מיניות שונות אשר סיפרו כיצד נטייתם המינית ליוותה אותם מגיל צעיר משך כל חייהם עד לגיבוש ההחלטה 'לצאת מן הארון', עלה כי אלה סבורים כי גילוי 'מפתיע' (כזה שאין לו סימנים מקדימים כלל) של נטייה מינית בגיל בוגר, לאחר ניהול מערכות יחסים אמיתיות עם גברים, הינה בלתי סבירה עד כדי אי היתכנות. זאת ועוד, המבקשת בתיאורה של שינוי נטייתה המינית מתארת החלטה מודעת שנובעת מרצון להימנע מבגידה או צער נוספים אשר נגרמים כביכול ע"י בני זוג מהמין השני בלבד ולא נטייה מינית אשר הרגישה כל חייה, המהווה חלק בלתי נפרד מזהותה כאדם. עוד יצוין כי לא ברור כיצד זה הבגידה של בן זוגה של המבקשת עם אחותה ועם חברתה הטובה, גרמה לה להתרחק ממערכות יחסים עם גברים, אך דווקא קירבה אותה למערכות יחסים עם נשים, כאילו התעלמה מ'הצד הנשי' בבגידה שחוותה.

לסיכום נקודה זו: לא ניכר מטענותיה של המבקשת 'גילוי של נטייה טבעית' אלא סוג של אימוץ, הסתגלות ואדפטציה לכאורה של אורח חיים 'לסבי' ממקום של שיקול דעת

רציונאלי ונוחות, כדי לא להיפגע, כדי שלא יבגדו בה, כדי שבת זוגה תישאר אליה נאמנה וכו'. המבקשת לא ביססה את זהותה כלסבית או כאישה שנמשכת לנשים ולא ניתן לקבל את טענותיה כי הינה לסבית. לכל היותר, ייתכן שהיא קיימה יחסי מין עם אישה, אסתר פונסה וכן קיימה סוג של 'מערכת יחסים' עמה אך לא ניתן לקבל את טענתה לנטייה מינית לסבית ברורה ואמיתית".⁹⁴

בהמשך התייחסה חוות הדעת גם למערכת היחסים שקיימה אמפונסה עם בת הזוג שלה:

"המבקשת לא תיארה את יחסיה עם בת זוגה, אסתר פונסה בצורה רומנטית אלא בפרטים מועטים ויבשים.

[...]

המבקשת טענה כי הן לא גרו יחד (וזאת במשך 20 שנות קשר) אלא היו נפגשות בבתי מלון באקרה ובקומסי. [...] לטענתה הן היו נפגשות כשאסתר הייתה צריכה אותה [...] שוב נראה כי מערכת היחסים, ככל שאכן הייתה כזו, אינה מבוססת על היקשרות, אהבה או הזדקקות כלשהי של המבקשת לבת זוגה, ואף יותר מכך, המבקשת מתארת לכל אורך מערכת היחסים כאילו היוזמה מגיעה בעיקר מאסתר: היא יזמה את ההיכרות, היא זאת שפונה אליה בכל פעם וכו'. גם כאן אין ביסוס ל'מערכת יחסים לסבית הדדית' כפי שהיה מצופה".⁹⁵

גם היעדרן של מערכות יחסים מאז הגיעה לישראל והעדרו של קשר עם ארגונים להט"ביים עמד ביסוד ההחלטה לדחות את בקשת המקלט:

"זאת ועוד, המבקשת טענה כי מאז אסתר אין לה עוד בנות זוג וכי לא מימשה את נטייתה המינית בישראל ולא הכירה בת זוג בישראל, הגם שיש לה את החופש לעשות זאת כעת. המבקשת טענה כי היא לא יצרה קשר עם ארגון הקהילה הגאה בישראל וכן היא אינה יודעת היכן הארגון בישראל ממוקם, זאת משום שלדבריה כשהגיעה לישראל נשארה רק בכנסיה ולא הכירה אף אחד.

המבקשת טענה כי היא עזבה את מדינתה בשל איומים על חיי אביה ועל חייה שלה לכאורה, מבלי שציינה כעת את האפשרות שיש לה כעת אפשרות [כך במקור] להחזין את זהותה המינית ו/או לחיות בישראל כלסבית ללא חשש כי תיפגע בשל כך, כפי שהיה מצופה מאדם הטוען כי נמלט מארצו על רקע נטייתו המינית".⁹⁶

נימוקי יחידת הטיפול במבקשי מקלט אומצו במלואם על ידי יושב ראש הוועדה המייעצת לענייני פליטים, ועל בסיס המלצתו החליט מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה לדחות את בקשת המקלט.⁹⁷

94 חוות דעתה של ליו קור שאול, משרד הפנים (21.4.2014), בעמ' 5-6.

95 שם, בעמ' 6.

96 שם, בעמ' 7.

97 המלצת יו"ר הוועדה המייעצת לענייני פליטים, 107/2015 (ללא תאריך, העתק ההמלצה מצוי בידי הכותב).

יש לציין כי מחוות הדעת עולה שמשרד הפנים עצמו לא הטיל ספק בכך שלהט"בים נרדפים בגאנה. בהתבסס על מקורות מידע שונים, חוות הדעת קובעת כי להט"בים בגאנה נתונים "להפחדה, אימים והטרדות ובמקרים פרטניים מצב זה עלול להתהוות לרדיפה. המידע מראה כי רשויות מדינת גאנה אינן מספקות הגנה לבני קהילות להט"ב החשופים להתנכלויות שכאלה. בנוסף, המידע מראה כי קיים קושי למצוא חלופת מגורים פנימית שכן עמדות הומופוביות נפוצות בכל רחבי מדינת גאנה".⁹⁸ חוות הדעת בעניינה של אמפונסה מדגימה את האופן שבו במסגרת בחינת בקשות מקלט משרד הפנים מנסה למצוא את ה"אמת" של הנטייה המינית, תוך אימוץ אמות מידה מהותניות לבחינתה של שאלה זו.⁹⁹ השאלה ששואל משרד הפנים אינה אם נשקפת לאמפונסה סכנה בגלל האופן שבו מבינה החברה את התנהגותה המינית או החברתית או האופן שבו החברה מפרשת התנהגות או תכונות מסוימות. תחת זאת הוא שואל אם אמפונסה היא "לסבית", תוך ניסיון למלא את המונח "לסבית" בתוכן קוהרנטי ויציב. אף שהדברים אינם נאמרים במפורש בחוות דעתו של משרד הפנים, דומה שחוות הדעת נצמדת לגישת "המאפיינים המוגנים" ביחס להגדרת "קבוצה חברתית מסוימת", ולכן ניתן לזהות לכל אורכה עיסוק בשאלה אם אמפונסה היא בעלת "תכונה פנימית" כלשהי – האם מערכת היחסים שקיימה עם אישה היא תוצאה של נטייה "טבעית" או של "אימוץ, הסתגלות ואדפטציה"? האם היא נמשכת לנשים או שמא ניהלה מערכת יחסים בת 20 שנים עם אישה כדי לזכות בביטחון? האם היא "יודעת" לקיים יחסי מין עם נשים "באופן טבעי", או שמא חברותיה "לימדו" אותה כיצד לעשות זאת? וכן הלאה.

כדי לבחון את התאמתו של מקרה קונקרטי לתבנית של "קבוצה חברתית מסוימת" כמשמעה באמנת הפליטים, משרד הפנים מנסה לאתר זהות קבועה, יציבה ובעלת גבולות ברורים שמקורה במאפיינים פנימיים כלשהם. כדי לזהות אם אמפונסה היא אכן בעלת "תכונה פנימית" המביאה אותה לגדר "קבוצה חברתית מסוימת", על משרד הפנים להקדים ולהניח מה הן התכונות הפנימיות ההופכות אישה ללסבית, והתוצאות הן כמעט קומיות. חוות הדעת של משרד הפנים מצפה למצוא תבניות מסוימות של חשיבה, התנהגות, רגש ותשוקה, כשחריגה מהן מהווה, לפי חוות הדעת, הוכחה ניצחת ל"סטרייטיות".

אמפונסה קיימה במשך שנתיים מערכת יחסים עם גבר ובמשך כ-20 שנים מערכת יחסים עם אישה, אולם מערכת היחסים עם הגבר מקבלת בחוות הדעת מקום מרכזי כראיה לכך שאמפונסה אינה לסבית. אלא שמערכות יחסים עם גברים בעבר (וגם אילו היו מתקיימות בהווה) אינן הוכחה לכך שאישה אינה נרדפת על רקע נטייתה המינית.

מעבר לכך, משרד הפנים מנתח את המקרה על רקע מספר נקודות מוצא שאינן מביאות בחשבון את האופנים השונים שבהם אנשים חווים את נטייתם המינית ומניח הנחות בלתי מבוססות ביחס לנטייה מינית – הוא מניח שלהט"בים בהכרח חשים "שונות" מגיל מוקדם, וכי לא ייתכן שלסבית תפתח משיכה מינית לנשים בשנות ה-20 לחייה. הוא מניח כי אדם מסוגל להצביע על הרגע המדויק שבו הבין כי הוא נמשך לבני מינו. הוא מניח שנטייה מינית "אוטנטית" היא נטייה "טבעית", וכי פיתוח מערכות

98 חוות דעתה של קור שאול, לעיל ה"ש 94, בעמ' 10–11. השוו חוות דעת משרד הפנים בענייניו של ע', שבה נקבע כי "יש מקרים בהם חברי הקהילה ההומו-לסבית בגאנה מראים שאין להם ממה לחשוש וצוועדים בבטחה ברחוב, כפי שנמצא בבדיקת מקורות", לעיל ה"ש 90 והטקסט הנלווה לה.

99 לעניין חיפוש אחר "האמת של הנטייה המינית" בהקשר אחר ראי הדי ויטרבו "משבר הטרורסקואליות: הבניית זהויות מיניות בדיני לשון-הרע" עיוני משפט לג 5, 10–27 (2010).

יחסים עם נשים לאחר חוויות טראומטיות עם גברים מצביעה על כך שמדובר ב"נטייה מינית לא אמיתית". הוא מניח שהצהרתה של אישה כי "למדה לקיים יחסי מין עם נשים" מנשים אחרות, מצביעה על כך שאין מדובר ב"נטייה מינית לסבית ברורה ואמיתית".

חוות הדעת של משרד הפנים מבצעת את אותה הפרדה בין אקט לבין זהות, המאפיינת את גישת "המאפיינים המוגנים", והדבר בא לידי ביטוי במשפט מתוך חוות הדעת, שראוי לשוב ולצטטו, "לכל היותר, ייתכן שהיא קיימה יחסי מין עם אישה, אסתר פונסה וכן קיימה סוג של 'מערכת יחסים' עמה אך לא ניתן לקבל את טענתה לנטייה מינית לסבית ברורה ואמיתית". לשיטת כותבת חוות הדעת, אם אישה נרדפת משום שהיא לסבית – ייתכן שהיא ראויה להגנה לפי אמנת הפליטים; אם היא נרדפת רק משום שקיימה יחסי מין עם אישה אחרת בהעדר נטייה מינית לסבית – אין מדובר ברדיפה המביאה אותה לגדר האמנה.

מעבר לכך, משרד הפנים מניח כי "הלסבית האמיתית" תקיים "מערכת יחסים לסבית הדדית" (יהא פירושו של מונח זה אשר יהא), וכי מערכת יחסים שבה הצד השני הוא היוזם, מערכת יחסים שאינה בהכרח "רומנטית", כהגדרתו של משרד הפנים, מצביעה על "נטייה מינית לא אוטנטית". גם היעדרן של מערכות יחסים עם נשים בישראל ("כפי שהיה מצופה", בלשון משרד הפנים), מעידה על "נטייה מינית לא אוטנטית".

כדי להבין את משמעות אופן הסקת המסקנות בעניינה של אמפונסה, ניתן להביט בתמונת המראה הסטרייטית של הנמקת משרד הפנים – אישה הטוענת כי היא סטרייטית, אך אינה מצליחה להצביע באופן מדויק על הפעם הראשונה שבה נמשכה לגברים ואינה מסוגלת לתאר תשוקה או משיכה מינית לגברים משחר ילדותה; שקיימה מערכת יחסים בת 20 שנים עם גבר, שבמהלכה הגבר היה היוזם ושבה לא היו בהכרח אלמנטים "רומנטיים"; שנכנסה למערכת יחסים כזו על מנת לזכות בהגנה או בכיטחון פיזיים, כלכליים או רגשיים; ושלא פיתחה מערכת יחסים נוספת לאחר שעזבה את מדינתה. אם נחיל את הסטנדרטים שהחיל משרד הפנים על אמפונסה, משמעות הדבר היא שמדובר באישה שאינה "סטרייטית אוטנטית".

בין הנימוקים לסירוב להכיר באמפונסה כלסבית "אמיתית" ניתן למצוא את חוסר היכרותה עם המונח "נטייה מינית" (sexual orientation). לשיטת משרד הפנים "מצופה מאדם החי אורח חיים הומוסקסואלי" להכיר מונחים מסוג זה. אלא ש"נטייה מינית" אינה מונח המייחד נטייה או זהות להט"בית. גם סטרייטים הם בעלי "נטייה מינית". אם חוסר היכרותה של אמפונסה את המונח "נטייה מינית" מעיד כי היא אינה "לסבית אמיתית", הוא באותה המידה מעיד כי היא אינה "סטרייטית אמיתית".

2. פסיקה בעניין "קבוצה חברתית מסוימת" ולהט"בים

מן המסמכים שבהם דנתי למעלה עולה כי "העמדה המסורתית של הוועדה המייעצת לענייני פליטים – י"ב] היא כי האמנה אינה חלה בנושא נטיות מיניות",¹⁰⁰ אך קשה לומר שבישראל קיימת "עמדה מסורתית" של הרשות השופטת. עד היום לא דנו בתי המשפט בישראל במפורש בשאלה אם רדיפה על רקע זהות מינית או מגדרית היא רדיפה על רקע "שייכות לקבוצה חברתית מסוימת" כמשמעה באמנת הפליטים.

100 ראי לעיל ה"ש 73–74 והטקסט הנלווה להן.

פסיקה בישראל בעניינם של מבקשי מקלט להט"בים כמעט אינה קיימת. במספר קטן של החלטות ופסקי דין דנו בתי המשפט בעניינם של מי שטענו שהם נרדפים על רקע נטייתם המינית, אך בכל אלה נדחו הטענות על בסיס עובדתי, כלומר על יסוד הקביעה שלא הוכחה רדיפה.¹⁰¹ בכל אותם המקרים לא הבהירו בתי המשפט אם הנחת המוצא שלהם היא שהאמנה חלה על להט"בים הנרדפים על רקע זה ולכן יש לגשת מייד לבירור העובדות, או שמא נוכח ההכרעה העובדתית שממילא לא נשקפת להם סכנה אין כל צורך לדון ולהכריע בשאלה המשפטית בדבר תחולת האמנה.

פסק הדין היחיד שניתן עד למועד כתיבת פרק זה, שבחן באופן מהותי את פרשנות המונח "קבוצה חברתית מסוימת", הוא פסק הדין בעניין הרננדז מפי שופט בית המשפט המחוזי רמי אמיר, אלא שפסק דין זה לא עסק בלהט"בים.¹⁰² נבחנה בו הגדרת המונח "קבוצה חברתית מסוימת" שבאמנת הפליטים בהתאם לשתי הגישות האפשריות, גישת "המאפיינים המוגנים" וגישת "התפיסה החברתית",¹⁰³ אך

101 ראי למשל עת"ם (מנהליים ת"א) 2025/12 פאצ'ינו בויטרגו נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 27.9.2012). שבו דחה בית המשפט המחוזי על הסף את עתירתה של מבקשת מקלט לסבית מקולומביה וקבע כי לא הובאו ראיות לכך שהעותרת תירדף במדינתה בגין זהותה המינית. בסמוך לפני פרסומו של פרק זה ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בערעור שהוגש על פסק דינו של בית המשפט המחוזי (ע"ם 7854/12 פלוגית נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 25.8.2015)). בפסק דינו של בית המשפט העליון נקבע כי לא הוכחה שנשקפת למערערת סכנת רדיפה. מטעם זה קבע השופט מלצר, שאליו הצטרף השופט עמית, אין צורך להכריע בשאלת תחולת אמנת הפליטים על מי שנרדפים על רקע נטייתם המינית: "בפתח דברי אומר כי המערערת טענה בקיצור נמרץ כי האמנה מגנה גם על רדיפה מטעמי נטייה מינית וכי חברי הקהילה ההומו-לסבית משתייכים ל"קיבוץ חברתי מסוים" כדרישת האמנה. ההכרה במעמד פליט על בסיס רדיפה מטעמי נטייה מינית מעוררת שאלות נורמטיביות נכבדות, ובכללן: הגדרת המונח רדיפה בהקשר זה (ובכלל זאת שאלת זהותם של סוכני הרדיפה, היקף קיומה ומידת חומרתה), האם חברי הקהילה ההומו-לסבית עונים על דרישת האמנה באשר להשתייכות ל"קיבוץ חברתי מסוים", היותה של נטייה הומו-לסבית תכונה אינהרנטית לאישיות המבקש, או לכבוד האדם, האם ראוי לדרוש ממבקש המקלט להסתיר את נטייתו המינית בארץ מוצאו, מהי הקטגוריה הרלבנטית להגנת הקהילה ההומו-לסבית על פי האמנה, היקף ההגנה המוקנית במקרים אלו מכוח הדין לסוגים שונים של זהות מגדרית ושאלות נוספות [...] יתכן כי שאלות אלו יהיו ראיות לדיון מעמיק בבוא היום, ואולם לא מצאתי לנכון להכריע בהן במסגרת המכלול שלפנינו, זאת מאחר שגם אם אניח שהמערערת התגברה על המשוכה הנורמטיבית העקרונית והוכיחה כי האמנה חלה עליה – הרי שמצאתי כי היא לא הצליחה להראות שנפל פגם בשיקול דעתו של המשיב, בהעריכו כי לא נשקף לה פחד מבוסס מרדיפה בשל כך בארצה" (שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט מלצר).

שופטת ההרכב השלישית, השופטת ברק-ארז, עמדה על כך ש"השינויים במציאות החברתית השפיעו באופן הדרגתי על עמדתו של המשפט הבינלאומי בתחום זה והובילו להכרה בקהילת הלהט"ב כקבוצה בעלת זיהוי חברתי ותפיסת זהות ושייכות, הנחשבת ל"קיבוץ חברתי מסוים" במובנה של האמנה [...] למעשה, אף המדינה לא העלתה בפנינו טענה בעניין זה" (שם).

102 עת"ם (מנהליים מר) 3415-05-10 הרננדז נ' מדינת ישראל, פס' 41 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.8.2011).
103 פסק הדין עסק בשאלה אם בני משפחה הם "קבוצה חברתית מסוימת". בית המשפט קבע שם כי "היסוד הרביעי הזה, של 'השתייכות לקבוצה חברתית', הוא היסוד 'הגמיש' ביותר מבין חמשת טעמי הרדיפה המוכרים באמנה, ומכאן זה שפתח כר נרחב ביותר לפרשנות. בישראל טרם ניתנה הלכה מחייבת או מנחה בסוגיה זו. בעולם הרחב ניתן למצוא מספר גישות פרשניות. גישת 'המאפיינים המוגנים' (protected characteristics) מבססת את הגדרת הקבוצה החברתית על-יסוד מאפיינים שאינם ניתנים לשינוי או שהם כה בסיסיים וחיוניים לכבוד האדם שאין לדרוש מהחברים בקבוצה לזנוח אותם. גישת 'התפיסה החברתית' (social perception) מבוססת על מאפיינים שמזהים ומגדירים את הקבוצה החברתית ככזו בעיני החברה בכללותה. נציבות האו"ם לפליטים הביעה את עמדתה, כי יש לאמץ את שתי הגישות גם יחד, כמכלול של

הוא בוטל במסגרת ערעור לבית המשפט העליון (מטעמים שלא נגעו להכרעה ביחס להגדרת "קבוצה חברתית מסוימת")¹⁰⁴.

למיטב ידיעתי, עד היום ניתנו פסק דין אחד והחלטת ביניים אחת בלבד השוללים את תחולתה של האמנה בדבר מעמדם של פליטים על להט"בים הנרדפים על ידי גורמים לא מדינתיים, על ידי שופטות בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, מיכל רובינשטיין ושרה גדות, שניהם בפרשת Xie Guang¹⁰⁵. פסק הדין וההחלטה עסקו במבקשת מקלט מסין, שהגיעה לישראל בשנת 2004 באשרה ורישיון ישיבה לצורך עבודה בתחום הסיעוד, והחלה לנהל מערכת יחסים רומנטית עם אישה בישראל. לטענתה, בן זוגה הנמצא בסין, שלו נישאה בנישואין כפויים, וכן בני משפחה נוספים גילו כי היא מקיימת מערכת יחסים עם אישה, ומאז הם מאיימים עליה בטלפון. בקשתה למקלט התבססה על החשש שבעלה ובני משפחתה האחרים יפגעו בה אם תחזור לסין, וכי הרשויות בסין לא יגנו עליה מפניהם.

החלטת השופטת גדות, הדוחה את הבקשה לצו ביניים שימנע את גירושה של מבקשת המקלט עד להכרעה בעתירה, ופסק דינה של השופטת רובינשטיין, הדוחה את העתירה להעניק לעותרת מקלט בישראל, מיוסדים על נימוקים אחדים, כמו הגשת בקשת המקלט רק לאחר כמה שנות שהייה בישראל, אי-הרמת נטל ההוכחה ביחס לקיומה של זוגיות והיעדר הוכחה לכך שלא תזכה להגנת הרשויות בסין.¹⁰⁶ ואולם, שתי השופטות הוסיפו גם נימוק משפטי לדחייה. השופטת גדות ציינה בהחלטתה כי "העותרת, לטענתה, נרדפת מצד בעלה ואין היא נרדפת ע"י קבוצה או ארגון ומשום כך גם איננה עומדת בתנאים של הגדרת פליט"¹⁰⁷.

דדומה לכך, השופטת רובינשטיין ציינה בנימוקיה לפסק הדין:

"זאת ועוד, גם אם היתה העותרת עומדת בנטל ההוכחה המוטל עליה ומוכיחה כי היא מקיימת מערכת יחסים לסבית שבגינה היא נרדפת על ידי בעלה, הרי שהאמנה מכירה ברדיפות בארץ האזרחות על רקע גזע, דת, לאום, חברות בקבוצה חברתית או השקפה

דרכים לאפיין את ההשתייכות לקבוצה חברתית, וזו הגישה המקובלת כיום [...] הקושי שהתעורר בפסיקה ובכתיבה האקדמית ברחבי העולם התמקד ב'קצה הפתוח' של המונח 'קבוצה חברתית מסוימת', כלומר ביחס לציבורים הגדולים מאוד, ללא קשר פנימי ולכידות פנימית, כגון ציבור הנשים בפקיסטן או המשפחות לילד אחד בסין [...] אלא שבכל מקרה, ולפי כל הגישות, ולו גם המצמצמות ביותר – ההשתייכות למשפחה היא אחת הדוגמאות המובהקות להשתייכות לקבוצה חברתית מסוימת" (שם, פס' 42–41).

104 ע"מ 7126/11 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' הרנדז (פורסם בנבו, 6.6.2012).

105 ע"מ (מנהליים ת"א) 44168-12-11 Xie Guang נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 8.5.2012) (להלן: עניין Xie Guang מא"י), שניתן ע"י השופטת רובינשטיין, וע"מ (מנהליים ת"א) 44168-12-11 Xie Guang נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 21.2.2012) (להלן: עניין Xie Guang פברואר) (החלטת ביניים שניתנה על ידי השופטת גדות).

106 כל אחד מן הנימוקים הללו בעייתי בפני עצמו בהקשר שבו הובאו. כך, למשל, לטענת מבקשת המקלט היא החלה לנהל מערכת יחסים זוגית עם אישה רק בשנה שקדמה להגשת העתירה, ולכן לא נשקפה לה סכנה עד אז וממילא לא היה צורך בהגשת בקשה למקלט לפני כן, ולכן ספק אם הגשת הבקשה למקלט רק שנים מספר לאחר כניסתה לישראל יכולה לשמש הוכחה לחוסר אמינות במקרה זה. ואולם, נוכח הפירוט המועט בפסק הדין בדבר הנסיבות העובדתיות האחרות, אין ביכולתי להתייחס לכל אחד ואחד מהנימוקים, ואסתפק בהתייחסות לנימוק המשפטי שעמד ביסוד דחיית העתירה והבקשה לצו ביניים.

107 עניין Xie Guang פברואר, לעיל ה"ש 105, בפס' 10.

פוליטית. מטרת האמנה היא הענקת מקלט זמני לפליט עד לשוך הסכנה בגינה הוא נמלט מארצו.

בעניינינו העותרת, לטענתה, אינה נרדפת על ידי הרשויות או על ידי קבוצה או ארגון במדינתה כי אם על ידי בעלה, על ידו נרדפה כבר בעבר טרם הגיעה לישראל. רדיפה משפחתית שכזו אינה עילה למתן מקלט והעותרת אינה נכנסת בגדר מי שיש להכיר בו כפליט.¹⁰⁸

מתוך פסק הדין קשה להבין אם הקביעה שהמערכת העובדתית שהוצגה, גם אילו הוכחה, אינה עומדת בתנאי האמנה, מבוססת רק על כך שמבקשת המקלט "אינה נרדפת על ידי הרשויות או על ידי קבוצה או ארגון", או שמא מדובר גם בקביעה שקיום מערכת יחסים זוגית עם אישה אינו מביא את העותרת לגדר אחת מחמש עילות הרדיפה שבית המשפט מונה. כך או כך, מדובר בשתי קביעות שאינן מתיישבות עם דיני הפליטים, כפי שמפרשות אותם נציבות האו"ם לפליטים וכן מדינות אחרות. ראשית, כאמור, יש הכרה רחבה בכך שרדיפה על ידי גורם לא מדינתי מצדיקה הכרה באדם כפליט,¹⁰⁹ גם כאשר אין מדובר ברדיפה על ידי ארגון אלא על ידי בן משפחה,¹¹⁰ וכל זאת כשהרשויות במדינת המוצא אינן מוכנות להגן על מבקש המקלט מפני הגורם הרודף או אינן יכולות לעשות זאת. שנית, וכפי שכבר הוסבר, יש הכרה רחבה בכך שרדיפה על רקע נטייה מינית היא רדיפה על רקע "קבוצה חברתית מסוימת".¹¹¹

ההנחה שפסק הדין מבוסס עליה, שרדיפה על ידי גורם "פרטי" שאינו רשות מדינתית או ארגון אינה באה בגדר אמנת הפליטים, מבטאת את אותה גישה גברית, שעליה עמדתי מוקדם יותר, שנונחה כבר ברוב מדינות הצפון הגלובלי. הנחה זו דבקה בהבחנה שבין רדיפה ב"מרחב הפרטי" לרדיפה ב"מרחב הציבורי", מתעלמת מסוגי הפגיעות הטיפוסיות שחוות נשים ודורשת התאמה למודל גברי של רדיפה.

(א) אמינות טענות בדבר נטייה מינית

ג'ני מילבנק ציינה באחד ממאמריה שככל שהתרחבה באוסטרליה ובבריטניה ההכרה המשפטית בתחולתה של האמנה בדבר מעמדם של פליטים על להט"בים, כך גברו ניסיונות הרשויות שם לצמצם

108 עניין Xie Guang מאי, לעיל ה"ש 105.

109 ראי הפסיקה וההנחיות לעיל ה"ש 29.

110 ראי הפסיקה וההנחיות לעיל ה"ש 88.

111 ראי הפסיקה, הדירקטיבה וההנחיות לעיל ה"ש 38. עשויה להישאל השאלה אם בנסיבות שתוארו בפסק הדין אכן מדובר ברדיפה על רקע זהות מינית. השאלה קשורה בכמה שאלות עובדתיות שלא ניתן להן מענה בפסק הדין. כך, למשל, לא ברור אם האיומים שהופנו כלפי מבקשת המקלט מצד בן זוגה ומשפחתה נבעו מכך שהיא מנהלת מערכת יחסים זוגית עם אישה, או שמא היו מופנים כלפיה גם אילו קשרה קשר זוגי עם גבר מחוץ לנישואין. אותה שאלה עשויה להישאל בנוגע להגנה, שלטענתה לא הייתה מקבלת מידי הרשויות – האם הרשויות יסרבו להגן עליה מפני בעלה בכל מקרה, או שמא הסירוב נובע רק מקיום מערכת יחסים עם אישה אחרת. בכל אופן, אף אם הייתה בפנינו מערכת עובדתית מלאה שהייתה שוללת את הקשר הסיבתי בין זהותה המינית של מבקשת המקלט לבין הרדיפה, הרי שדי היה בטענה לאלימות מצד בעלה בצירוף היעדר הגנה מצד המדינה, כדי להביאה לגדר אמנת הפליטים.

את מספר הזכאים למקלט על ידי הטלת ספק בנטייתם המינית הנטענת. הדבר נעשה באמצעות הצגת שאלות בראיונות מקלט על אודות פעילות מינית, היכרות עם מקומות בילוי להט"ביים וספרות להט"בית, היכרות עם סמלים להט"ביים, כמו דגל הגאווה, וכיוצא באלה.¹¹² בישראל, לעומת זאת, לא ניתן לזהות עד כה הכרה משפטית ברדיפת להט"בים כעילה למקלט, וייתכן שמטעם זה קיים, למיטב ידיעתי, פסק דין אחד בלבד שבו קבע בית המשפט מבחינה עובדתית כי מבקש מקלט לא הוכיח את זהותו המינית.

פסק דינה של שופטת בית המשפט המחוזי אסתר קובו בעניין Anyanwu עסק במבקש מקלט מניגריה, שטען כי הוא הומו וכי הותקף במדינתו לאחר שנתפס כשהוא מקיים יחסי מין עם גבר.¹¹³ בית המשפט מצא כי קיימות סתירות מהותיות במידע שמסר בראיון המקלט. לצורך הבהרת הסתירות הסתפק בית המשפט בציטוט פרוטוקול הריאיון שערך משרד הפנים למבקש המקלט ולא הוסיף פרשנות משלו. להלן חלק מן הציטוט המופיע בפסק הדין, שבו נכללו התשובות שהודגשו בקו תחתון על ידי בית המשפט כהוכחה לקיומן של סתירות בדבריו של מבקש המקלט:

"ספר לי על חיי הומוסקסואלים בניגריה, מקומות בילוי, אתרי אינטרנט?

זה עניין של הרגשה. אני לא יכול לספר על עצמי.

מה הקשר הרגשה? שאלתי מה עשית כחלק מהקהילה ההומוסקסואלית בניגריה?

אני לא מכיר כלום במחשבים. אני לא מומחה.

...

באתר שלך בפייסבוק בפרטיך האישיים רשום שאתה מאורס מה יש לך לומר על כך?

זאת אחרות.

אבל אמרת שאין לך אחים ואחיות?

אה...

מופיע כי אתה רושם הערה... כי האישה בתמונה היא 'האחת' כך לדברייך?

ככה אני מוכיח לאנשים שאני לא הומו.

מיד לאחר ציטוט זה קובע בית המשפט: "מכאן, נקל להיווכח כי היעדר העקביות והמהימנות של העותר היה בולט במיוחד ונגע לעניינים מהותיים שעמדו ביסוד בקשתו", ללא הוספת הסברים נוספים לגבי האופן שבו הסיק היעדר עקביות ואמינות מתוך הציטוט האמור.

קל להיווכח שבית המשפט אינו מפנים במקרה זה את מורכבויות הארון. העובדה שאדם מציג תמונה של אישה ברשת החברתית ומכנה אותה "האחת" ואף מציין שהוא מאורס רחוקה מלהיות ראיה קונקלוסיבית להיותו הטרוסקסואל. ההסבר "ככה אני מוכיח לאנשים שאני לא הומו" פורש, ככל הנראה, על ידי בית המשפט כהודאה של מבקש המקלט שאינו הומו. אולם האמירה "כך אני מוכיח שאני לא הומו" אינה שקולה לאמירה "איני הומו" ואינה עומדת בסתירה לאמירה "אני הומו". רצונו של אדם להוכיח כי אינו הומו באמצעות שימוש ב"סיפור כיסוי" במדינה שבה הומואים נרדפים, אינה מצביעה על העדר אמינות. רצונו של מבקש המקלט להראות שאינו הומו עשוי דווקא להצביע על חשש

112 Millbank, *From Discretion to Disbelief*, לעיל ה"ש 49.

113 עת"ם (מנהליים ת"א) 11-11-13210 Anyanwu נ' משרד הפנים (פורסם בנו, 5.3.2013).

שזהותו המינית תיודע, וכי יכול לע לו מטעם זה. ההתייחסות לאישה שבתמונה כאל "אחות" חרף הצהרתו שהוא בן יחיד גם היא חסרת משמעות נוכח מנהגם של אנשים רבים בניגריה להשתמש בכינויים "brother" או "sister" ביחס לאנשים הקרובים אליהם.

מקרה זה אף מדגים את טענתו של ספיג'קרבור, שהובאה למעלה, ביחס לאופן שבו מקבלי החלטות בעניין מבקשי מקלט להט"בים מחפשים יציבות וקוהרנטיות של זהויות מיניות מקום שזו אינה קיימת.¹¹⁴ אפילו בהנחה שניתן להגיע למסקנה הלוגית שמבקש המקלט אכן מאורס, וכי אירוסיו אינם "סיפור כיסוי", מקרה זה מדגים את חוסר היכולת של מקבלי החלטות בעניינם של מבקשי מקלט לקבל זהויות מיניות לא דומיננטיות, מורכבות או משתנות לאורך זמן, ואולי אף אילוצים חברתיים העשויים לגרום להומואים להתארגן לנשים.

הדגשת תשובתו של מבקש המקלט ביחס ל"חיי ההומוסקסואלים בניגריה, מקומות בילוי, אתרי אינטרנט", כמו גם לעשייתו כ"חלק מהקהילה ההומוסקסואלית בניגריה", גם מצביעות על מערך ציפיות להתנהגות להט"בית טיפוסית שהמראיין ובית המשפט מניחים. ההנחה הטמונה בשאלה זו ובהדגשתה על ידי בית המשפט היא שלא ייתכן שיהיו הומואים המעדיפים לבלות בביתם או עם חבריהם או אפילו לבדם ולא במקומות בילוי ללהט"בים. הם מניחים שהומו בהכרח יחוש צורך להכיר את אתרי האינטרנט של הקהילה הלהט"בית, וכי אדם שלא הוכיח כי הוא מכיר את כל אלה לא עמד בנטל להוכיח את זהותו המינית.¹¹⁵

סוגיה נוספת שמעורר פסק הדין היא יחסם של מקבלי החלטות לעיכובים בבקשות מקלט בכלל וכאלה של להט"בים בפרט. בית המשפט הוסיף כנימוק לדחיית בקשת המקלט כי:

"העותר הגיש את בקשתו כעשרה וחצי חודשים לאחר הגעתו לישראל. שיהוי כה רב מעורר תהייה לגבי אמינות הפניה, שכן ניתן להניח כי אדם הבורח ממדינתו בשל רדיפה וחשש לחייו יצהיר על כך בהזדמנות הראשונה כדי לקבל את ההגנה המירבית האפשרית. ככל שנוקף הזמן, נחלשת עוצמת הטענה לרדיפה."¹¹⁶

הנחת בית המשפט בדבר פנייה מידית של מי שחושש לחייו אם יוחזר למדינת מוצאו אינה מעוגנת במציאות. מבקשי מקלט המגיעים למדינה זרה אינם מודעים בהכרח לעצם קיומה של אפשרות להגיש בקשה למקלט ולאופן הגשתה ללא קבלת ייעוץ. רבים מהם הנם אנשים שנרדפו על ידי השלטונות

114 ראי SPIJKERBOER, לעיל ה"ש 56 והטקסט הנלווה לה. ההנחיות לטיפול במבקשי מקלט באנגליה, למשל, מבהירות שיחסים שקיים מבקש מקלט עם בנות או בני המין השני אינם מעידים בהכרח על היעדר אמינות: "The fact that an applicant has not had any same-sex relationship(s) in the country of origin or in the country of asylum does not necessarily mean that s/he is not lesbian, gay or bisexual – it may be that the individual was fearful of the implications of acting on his or her sexual orientation, and wary of doing so in the UK. Neither should (heterosexual) relationships or parenthood (both of which may need to be explored at interview) be automatically taken as evidence of a lack of credibility. Interviewing officers should be aware that lesbian and gay relationships in some countries may bear little resemblance to relationships in the UK." United Kingdom: Home Office, *Sexual Orientation Issues in the Asylum Claim*, 6 October 2011, available at <http://www.refworld.org/docid/4eb8f0982.html>

115 הנחיות נציבות האו"ם לפליטים 2012, לעיל ה"ש 38, פס' 63.viii.

116 עניין Anyanwu, לעיל ה"ש 113.

במדינתם או שהשלטונות במדינתם מושחתים, ולכן פנייה לרשויות מדינה אחרת בבקשה לקבלת עזרה אינה צעד הנראה להם טבעי בהכרח. עצם הפנייה בבקשת מקלט של מי שחוהו חוויות טראומטיות דורשת משאבים נפשיים רבים, היות שהליך המקלט מצריך שחזור חוזר ונשנה, לעתים לפרטי פרטים, של החוויות הטראומטיות.¹¹⁷

כאשר מדובר במבקשי מקלט להט"בים הקושי עשוי לגדול עוד יותר. חלקם באים ממדינות שבהן יחסי מין בין בני או בנות אותו מין הם עבירה פלילית, חלקם ממדינות שבהן להט"בים חווים התעללות מידי המשטרה או גורמים אחרים, וחלקם ממדינות שבהן הרשויות נמנעות מלסייע למי שחוהו פגיעה בשל זהותו המינית או המגדרית. קשה לומר שהדבר הטבעי ביותר עבור אדם כזה הוא פנייה מיידית לרשויות מדינה שאותה אינו מכיר. נוסף על כך, מבקשי מקלט להט"בים המגיעים למדינה זרה עשויים לחפש תמיכה ראשונית ותמיכה מתמשכת בקהילה המקומית של יוצאי מדינת מוצאם. בקרב קהילה זו הם עשויים לחיות בארון ובחשש שהגשת בקשת מקלט תעורר שאלות ותביא לחשיפתם.¹¹⁸ עניין אחרון הראוי להתייחסות בפסק דינה של השופטת קובו בעניין *Anyanwu* הוא קביעתה הבאה:

"יוער, כי העותר אמנם טען שה'עובדה' ששכב עם גבר נודעה 'בכל ניגריה', אך לא ידע לספר היכן הדבר פורסם ומכל מקום לא סביר שאירוע מהסוג האמור יעסיק מדינה שלמה, שאוכלוסייתה מונה עשרות מיליונים – וכאשר לא הוכח כי זהותו האישית נחשפה".¹¹⁹

גם אם אפשר להניח שפעילותו המינית של מבקש המקלט לא נחשפה בכל רחבי המדינה, ושם יחזור למדינתו לסביבה אחרת מזו שבה התגורר והותקף לא יהיו התושבים המקומיים מודעים מיד לזהותו המינית, ביסוס דחיית העתירה על נימוק זה דורש כמה הנחות נוספות. נימוק כזה דורש להניח שעם חזרתו למדינת מוצאו יימנע מבקש המקלט מפעילות מינית או חברתית שתחשוף את זהותו המינית ותעמיד אותו בסכנת רדיפה. נדרשת גם ההנחה שעם חזרתו למדינת המוצא יחיה ב"דיסקרטיות", בכל הנוגע למימוש זהותו המינית, ויקפיד להסתיר אותה כדי להימנע מרדיפה או שיסתכן בחשיפה, וכי לגיטימי לדרוש ממנו כי יסתיר את נטייתו המינית כדי להימנע מרדיפה. הנחות אלה אינן מתיישבות עם עקרונות היסוד של דיני הפליטים, כפי שיובהר בתת-הפרק הבא.

(ב) פרשת הבית הפתוח – על הומואים, אויבים ודרישת הדיסקרטיות

דווקא אמרת אגב במסגרת ערעור לבית המשפט העליון, שלא נגע להכרה בלהט"בים כפליטים, חושפת את הפער בין מדיניותה של ישראל כלפי פליטים בכלל ופליטים להט"בים בפרט לבין התפיסה העצמית הליברלית של בית המשפט העליון. בפסק הדין בעניין הבית הפתוח¹²⁰ העיר השופט עמית:

Jane Herlihy & Stuart W. Turner, *The Psychology of Seeking Protection*, 21 INT'L J. REFUGEE L. 117 (2009), 171, 174.

Victoria Neilson & Aaron Morris, *The Gay Bar: The Effect of the One-Year Filing Deadline on Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, and HIV-Positive Foreign Nationals Seeking Asylum or Withholding of Removal*, 8 N.Y. CITY L. REV. 233, 264 (2005).

עניין *Anyanwu*, לעיל ה"ש 113.

ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 14.9.2010).

"לא למותר לציין כי ההתייחסות לחברי הקהילה הגאה היא אחד המדדים להיותה של מדינת ישראל מדינה ליברלית-דמוקרטית, להבדיל מהמצב ברובן-ככולן של מדינות המזרח התיכון הקרובות והרחוקות, בהן נרדפים חברי הקהילה הגאה, הן על ידי השלטונות והן על ידי החברה (ונזכיר את דבריו הבלתי נשכחים של נשיא איראן אחמדנז'אד שטען שבאיראן אין כלל הומוסקסואלים, בעוד שבבית המשפט העליון של אנגליה תלויה ועומדת עתירה של הומוסקסואל איראני נגד הרשויות באנגליה המבקשות להשיבו לארצו, בגדרה הוא מבקש מקלט באנגליה מחשש לחייו אם ישוב לאיראן [...]".¹²¹

במועד שבו ניתן פסק הדין בעניין הבית הפתוח, כבר ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון הבריטי בתיק שאליו הפנה השופט עמית (פרשת HJ & HT).¹²² באותו פסק דין בריטי, שעניינו במבקשי מקלט מאיראן ומקמרון, קבע בית המשפט העליון כי יש להכיר בהומואים כפליטים גם כאשר מדובר במדינות שבהן הם נרדפים אך דבר זהותם המינית טרם נודע לרודף הפוטנציאלי, והם צפויים להימנע מרדיפה על ידי התנהגות "דיסקרטית". בית המשפט הבריטי קבע כי האמנה נועדה להגן על חירויות בסיסיות, וממש כשם שאין לדרוש מאדם שיסתיר את דתו או דעתו הפוליטית כדי להימנע מרדיפה, כך לא ניתן לשלול את מעמדו של אדם כפליט בהנחה שאם יוחזר למדינת מוצאו לא ייגרם לו נזק משום שיחיה "בדיסקרטיות".¹²³ כאמור, קביעה זו עומדת בניגוד להנחה המובלעת בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בישראל בפרשת Anyanwu, שלפיה די בכך שמבקש המקלט יכול להתגורר במדינת מוצאו במקום שבו איש אינו יודע על אודות זהותו המינית כדי לפטור את המדינה שבה הוא נמצא מן האיסור לגרשו.¹²⁴

כפי שכתב יובל לבנת, בית המשפט בפרשת הבית הפתוח לא יכול היה לבחור דוגמה גרועה מזו כדי להדגים את הטענה בדבר הליברליות של מדינת ישראל ביחסה ללהט"בים בהשוואה לשכנותיה, שכן הומו איראני אילו הגיע לישראל – בקשתו למקלט הייתה נדחית.¹²⁵ ראשית, משום שכאמור "עמדתה המסורתית" של הוועדה המייעצת לענייני פליטים היא שרדיפה על רקע זהות מינית אינה

121 שם, בפס' 55 לפסק דינו של השופט עמית.

122 עניין HJ & HT, לעיל ה"ש 38.

123 Hathaway & Pobjoy, לעיל ה"ש 11, מבקרים את הנמקת פסק הדין (אך לא את תוצאתו) וטוענים כי פסק הדין חרג מן הכלל הבסיסי בדני הפליטים, שלפיו רק כאשר קיים חשש מבוסס לגרימת נזק חמור לאדם (כלומר ל"רדיפה") אם יחזור למדינת מוצאו יש להכיר בו כפליט. לטענתם, לפי הנמקת פסק הדין אפילו אם ידוע, כעניין עובדתי, שאדם שיגורש יחיה "בדיסקרטיות" ולכן לא ייגרם לו נזק, לגישת בית המשפט, יש להכיר בו כפליט. הם מסכימים עם המסקנה הסופית, שלפיה במצבים אלה יש להכיר באדם כפליט, אולם סבורים כי ההנמקה הנכונה להכרה כזו היא תפיסה של חיים כפויים "בארון" כשלעצמם כ"נזק חמור" העולה לכדי רדיפה, ולא תפיסה שלפיה חיים כאלה הם הימנעות מרדיפה המקנה זכאות למעמד פליט. לביקורת על גישתם של הת'אווי ופובג'וי ראי Jenni Millbank, *The Right of Lesbians and Gay Men to Live Freely, Openly and on Equal Terms is not Bad Law: A Reply to Hathaway and Pobjoy*, 44 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 497 (2012).

124 ראי לעיל ה"ש 119 והטקסט הנלווה לה.

125 יובל לבנת "ליברליזם ישראלי ופליטים הומואים" לסה פסה 22.10.2010/ www.mehagrim.org/2010/22.10.2010/10/blog-post_22.html.

נחשבת רדיפה בשל השתייכות ל"קבוצה חברתית מסוימת" ולכן אינה משמשת בסיס להכרה בפליטים בישראל.¹²⁶ ושנית, משום שבהתאם לנוהל הטיפול במבקשי מקלט, מדינת ישראל נמנעת מהכרה בפליטים ממדינות הנחשבות "מדינות עוינות" או "מדינות אויב",¹²⁷ ובהן איראן, וזאת בניגוד להוראות האמנה בדבר מעמדם של פליטים.¹²⁸

ספק אם גישתו של בית המשפט העליון בישראל במקרים אחרים הייתה מובילה אותו לתוצאה דומה לזו שבית המשפט העליון הבריטי הגיע אליה. בית המשפט העליון בישראל אמנם לא דן בשאלת ההכרה בלהט"בים היכולים להימנע מרדיפה במדינתם באמצעות חיים "דיסקרטיים", אך מבלי משים דן בשאלת ה"דיסקרטיות" בהקשר אחר. בפסק הדין בעניין פלונית דחה בית המשפט העליון ערעור של מבקשת מקלט סינית, שטענה כי היא מתרגלת את שיטת ה"פאלון גונג", ולכן תהיה חשופה לרדיפה בסין.¹²⁹ בית המשפט דחה את טענתה העובדתית שתרגלה את השיטה עוד בסין ומטעם זה נרדפה בעבר והטיל ספק אם היא מתרגלת את השיטה בארץ.¹³⁰ ואולם, פרט לקביעות עובדתיות אלה הוסיף בית המשפט כי אין צורך לדון בשאלה אם הרשויות בסין מייחסות לה עמדה פוליטית כמתרגלת השיטה ומתנגדת המשטר, וזאת "בעיקר בשל חוסר המודעות של השלטונות בסין למעשיה הנטענים".¹³¹

הנמקת בית המשפט שמה במרכז הדיון את שאלת מודעותן של הרשויות בהווה לפעילות המסכנת את מבקשת המקלט, וזאת במנותק מן השאלה אם היא תמשיך בפעילות המסכנת אותה במדינת המוצא ואף מן השאלה אם קיים חשש שפעילותה העתידית תיוודע לרשויות ותעמיד אותה בסכנה. משמעה היא שמתרגלת "פאלון גונג" (כמו גם אנשים במצבים אחרים שהשלטונות טרם מודעים להם, למשל מתנגדים פוליטיים, אנשים המשתייכים לדת נרדפת וכו') שתוחזר למדינת מוצאה תוכל לבחור באחת משלוש אפשרויות – לקיים ב"דיסקרטיות" פעילות שאמורה להיות מוגנת על ידי דיני זכויות האדם, בחשש שתיפס ותירדף; להפסיק לחלוטין את אותה פעילות ולוותר על עניין שהיא חווה כמהותי לחייה; לקיים את אותה הפעילות בגלוי ולהיות נכונה לחוות רדיפה. האפשרות לדחות בקשת מקלט

126 לעיל ה"ש 74 והטקסט הנלווה לה.

127 ס' 10 לנוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני, לעיל ה"ש 16.

128 קצרה היריעה מלהביא את המסגרת המשפטית המלאה לעניין אי-חוקיותה של מדיניות הדרת אזרחי "מדינות עוינות" ו"מדינות אויב" ממערכת המקלט בישראל, ואסתפק בהפניית הקוראת לס' 3 לאמנת הפליטים ולס' 44 לאמנת ז'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949). להסבר מלא בעניין הסתירה שבין מדיניות זו לבין הדין הבינלאומי ראו Michael Kagan, *Destructive Ambiguity: Enemy Nationals and the Legal Enabling of Ethnic Conflict in the Middle East*, 38 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 263, 308-309 (2007).

129 ע"ם 2244/12 פלונית נ' משרד הפנים (פורסם בנוב, 21.8.2012). הכותב ייצג את מוקד סיוע לעובדים זרים ועמותת א.ס.ף בבקשה להצטרף להליך זה במעמד "ידיד בית המשפט", שנדחתה על ידי ההרכב.

130 שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט סולברג.

131 שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט סולברג. קביעה זו מקבלת משמעות של ממש נוכח אמירתו של בית המשפט שלאור אי-מודעותן של הרשויות בסין בנוגע לפעילותה של מבקשת המקלט, דינה של בקשת המקלט להידחות גם מבלי להידרש לחוסר האמינות שיוחסה לה (שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט סולברג).

של אדם ולהציבו בפני אחת משלוש אפשרויות אלה נפסלה על ידי בתי משפט שונים ברחבי העולם בנוגע למתרגלי פאלון גונג,¹³² לפעילים פוליטיים¹³³ ולענייננו – ללהט"בים.¹³⁴ האם בעתיד יישם בית המשפט העליון את קביעותיו של השופט סולברג בפרשת פלונית, על להט"בים, כפי שעשה בית המשפט המחוזי בפרשת Anyanwu? האם ישאל בית המשפט את עצמו אם הרשויות או החברה במדינת מוצאם מודעות לנטייתו המינית של מבקש המקלט בלי לשאול אם הוא ייאלץ לבחור בין הסתרת נטייתו המינית במדינת מוצאו והימנעות מקיום פעילות מינית או חברתית מסוימת לבין חשיפה לרדיפה? אם כך יעשה, ספק אם בית המשפט יגיע לאותה תוצאה שאליה הגיע בית המשפט הבריטי בפרשת HJ, שאת עובדותיה הציג השופט עמית בעניין הבית הפתוח, כהוכחה לעליונותה המוסרית של מדינת ישראל על שכנותיה.¹³⁵

ה. ישראל – מבקשי מקלט להט"בים פלסטינים

בשנים האחרונות הגיע לישראל מספר לא ידוע של הומואים פלסטינים. חלקם טענו כי סבלו התעללות או עינויים מידי גורמים ברשות הפלסטינית או ארגונים אחרים הפועלים בשטחים הכבושים, וחלקם טענו כי חוו רדיפה על ידי בני משפחה או גורמים פרטיים אחרים וכי אין באפשרותם לקבל הגנה מידי הרשות הפלסטינית או כל גורם אחר בשטחים. חלק מן ההומואים הפלסטינים טענו כי שירות הביטחון הכללי הישראלי ניסה לסחוט אותם ואיים עליהם כי אם לא ישתפו פעולה וימסרו מידע שיסייע לגורמי

132 כך, למשל, בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז השביעי בארצות הברית דחה את טענת רשויות ההגירה שאין להעניק מקלט למתרגל פאלון גונג, שיכול לשוב לסין ולהימנע מרדיפה אם יימנע מתרגול השיטה: "The government's response is that it is incumbent on Qiu to prove the degree of harm he can expect when he returns to China. But all the evidence in the case shows that Qiu can never practice Falun Gong again if he goes back to China unless he's willing to be punished. ...Asylum exists to protect people from having to return to a country and conceal their beliefs. ...Putting Qiu to such a choice runs contrary to the language and purpose of our asylum laws" (Qiu v. Holder, 611 F.3d 403 (7th Cir. 2010)).

133 ראי למשל פסק דינו של בית המשפט העליון הבריטי, שבו נקבע כי אין מקום לדחות את בקשתו של אורח זימבבואה רק משום שהוא יכול להעמיד פנים כי הוא תומך במשטר במדינה זו כדי לחמוק מרדיפה (RT ((Zimbabwe) v. Sec'y of State for the Home Dep't, [2012] UKSC 38)).

134 גישה דומה לזו של בית המשפט העליון הבריטי אומצה ביחס ללהט"בים גם, למשל, על ידי בית המשפט העליון באוסטרליה (עניין Appellant S395/2002 & S396/2002, לעיל ה"ש 38), על ידי בית המשפט העליון בנורבגיה (A. v. The State (Immigration Appeals Board), HR-2012-00667-A (Case no.) (2011/1688), 29 Mar. 2012) (Case No.) C-199 to C-199 (2012), 13 Jan. 2012 (KHO:2012:1), ולאחרונה על ידי בית הדין של האיחוד האירופי (201/12, Minister voor Immigratie en Asiel v. X(C-199/12) and Y (C-200/12) and Z v. Minister voor Immigratie en Asiel (C-201/12) (7 Nov. 2013)).

135 אייל גרוס מקשר את אמירתו של השופט עמית לתופעה המכונה "פינקושינג" – שימוש בזכויות להט"בים בכלל וזכויות הומואים בפרט לצורך מיצובה של ישראל כלפי פנים וכלפי חוץ כדמוקרטיה ליברלית בהשוואה למדינות הסובבות אותה, וזאת חרף מאפיינים שאינם מתיישבים עם היסודות הבסיסיים של דמוקרטיה ליברלית. אייל גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב: בין (הומו) נורמטיביות (הומו) לאומיות לפוליטיקה קווירית" מעשי משפט ה' 101, 103, 106–109 (2013).

הביטחון, ידאג שירות הביטחון לכך שזהותם המינית תיוודע ברבים באופן שיעמיד אותם בסכנה. אחרים סיפרו כי היות שידוע ששירות הביטחון סוחט הומואים כדי לזכות בסיועם, הנחת הרשויות והארגונים הפועלים בשטחים הכבושים היא כי הומואים הם משתפי פעולה. הנחה זו מוסיפה ממד נוסף לחשש שיירדפו.¹³⁶

המידע הזמין ביחס לשטחים הכבושים אינו מתייחס, למרבה הצער, ללסביות, טרנסקסואלים וביסקסואלים, ולכן בפרק זה אשתמש, ברוב המקרים, בביטוי "הומואים".

כאמור, ההפרדה במאמר זה בין מבקשי מקלט פלסטינים לבין מבקשי מקלט אחרים נובעת מן הפרקטיקות המוסדיות השונות שמפעילה מדינת ישראל ביחס לשתי הקבוצות. משרד הפנים אינו בוחן בקשות מקלט של פלסטינים בהתאם לנוהל הטיפול במבקשי מקלט והמנגנון הפועל מכוחו, שתוארו למעלה.¹³⁷ תחת זאת, עמדת הרשויות בישראל היא כי האמנה בדבר מעמדם של פליטים כלל אינה חלה על פלסטינים באשר הם. בפרק זה אתייחס לכמה היבטים שמעלה עניינה של קבוצה זו.

1. תחולת אמנת הפליטים על הומואים פלסטינים

עמדת רשויות המדינה היא שפלסטינים, באשר הם, אינם מוגנים על ידי האמנה בדבר מעמדם של פליטים. הטיעון המשפטי שבו אוחזת מדינת ישראל נסמך על סעיף D.1 לאמנה,¹³⁸ הקובע, בתרגומו לעברית ב"כתבי אמנה":

"אמנה זו לא תחול על בני אדם המקבלים כיום הגנה או סיוע מאורגנים או ממוסדות של ארגון האומות המאוחדות, חוץ מהנציב העליון לענייני פליטים מטעם ארגון האומות המאוחדות.

פסקו ההגנה או הסיוע האמורים, מאיזו סיבה שהיא, ומצבם של בני אדם אלה לא בא על תיקונו השלם לפי ההחלטות המתאימות שנתקבלו בעצרת האומות המאוחדות, יהיו אנשים אלה זכאים ממילא ליהנות מאמנה זו".

136 לתיאור עדויותיהם של הומואים פלסטינים ביחס לתופעות אלה ראי Michael Kagan & Anat Ben Dor, Nowhere to Run: Gay Palestinian Asylum Seekers in Israel 7-19 (2008).

137 ראי לעיל ה"ש 68 והטקסט הנלווה לה.

138 עמדה זו הובעה על ידי משרד הפנים לאורך השנים, והוא חזר עליה במכתב מיום 29.9.2013 ששלח מנהל יחידת הטיפול במבקשי מקלט, חיים אפרים, אל עו"ד אלעד כהנא במענה לבקשתו לאפשר להומו פלסטיני שהוא מייצג להגיש בקשה למקלט. במכתבו של מנהל היחידה נכתב: "הריני להשיבך כי בהתאם לסעיף 1D לאמנה, הוראות האמנה אינן חלות על פלסטינים מאחר ואלה מטופלים על ידי סוכנות אונרו"א ובשל כך אין באפשרותנו לבחון את הבקשה. באפשרותך לפנות לגורמים המוסמכים לבחינת הבקשה קרי סוכנות אונרו"א במזרח ירושלים" (העתק המכתב מצוי בידי הכותב). מכתב בנוסח זה נשלח בסמוך לסיום עריכת פרק זה גם אל עו"ד חגי קלעי במענה לבקשת מקלט שהגיש בשם אחד ממרשיו (מכתבה של גב' רות טופול, משרד הפנים, 25.8.2015, העתק המכתב מצוי בידי הכותב). כפי שאסביר בפרק זה, המכתב רצוף טעויות משפטיות. ראשית, המנדט של סוכנות אונרו"א חל רק על פליטי 1948 ו-1967 וצאצאיהם ולא על כלל הפלסטינים; שנית, סוכנות אונרו"א אינה בוחנת בקשות למקלט אלא עוסקת בסיוע בענייני רווחה ותעסוקה, ואין באפשרותה להגן על מי שנשקפת לו סכנה פיזית בשטחים הכבושים; שלישית, סעיף D.1, שאליו מפנה משרד הפנים, אינו מדיר מגדר תחולתה של אמנת הפליטים את מי שעזבו את השטח שבו פועלת אונרו"א ואינם יכולים לחזור לשטח זה מבלי לחשוף את עצמם לסכנה.

סעיף זה, כך לפי עמדת מדינת ישראל, מחריג מתחולת האמנה את כלל הפלסטינים. עמדתה של מדינת ישראל מתבססת על הסיוע שמעניקה סוכנות אונרוו"א (UNRWA) לחלק מן הפלסטינים. ואולם, מדובר בטיעון שאין לו בסיס, לפחות ביחס לרוב הפלסטינים בשטחים הכבושים.

אונרוו"א, המעניקה סיוע בתחומי הרווחה והתעסוקה ושהוקמה בהחלטת העצרת הכללית של האו"ם בשנת 1949,¹³⁹ היא בעלת מנדט מוגבל לסייע למי שמכונים בהחלטה זו "פליטי פלסטין". מונח זה אינו מוגדר במנדט אונרוו"א, אך הופיע קודם לכן בהחלטת העצרת הכללית משנת 1948, שהתייחסה למי שעזבו את בתייהם בעקבות המלחמה בין מדינת ישראל למדינות הערביות באותה שנה.¹⁴⁰ בשנת 1967 הרחיבה העצרת הכללית את סמכותה של אונרוו"א כך שתחול גם על פלסטינים שהפכו לפליטים בעקבות המלחמה שפרצה באותה שנה.¹⁴¹ לפי הגדרות אלה, כ-30% מתושבי הגדה המערבית וכ-92% מתושבי רצועת עזה נחשבים "פליטי פלסטין" לצורך המנדט של סוכנות אונרוו"א.¹⁴² מנדט הסוכנות אינו חל על יתר תושביהם של אזורים אלה, ולכן סעיף D.1 לאמנת הפליטים אינו מוציא אותם מגדר תחולת האמנה. ביחס לקבוצה זו (כלומר כ-70% מתושבי הגדה המערבית וכ-8% מתושבי רצועת עזה), מלכתחילה לא יכולה לקום טענה בדבר "פטור" מהחלת האמנה עליהם לפי סעיף D.1. אם כן, בכל הנוגע להמואים המבקשים מקלט, שאינם צאצאי פליטי 1948 או פליטי 1967, כלל לא אמורה לעלות שאלה באשר לחובתה של ישראל לבחון את בקשותיהם למקלט.

ואולם, אף אם מבקש מקלט הומו שייך לקבוצת הזכאים לקבל סיוע מאונרוו"א, אין משמעות הדבר שאמנת הפליטים לא תחול עליו, אם עזב את שטחי הרשות הפלסטינית ובפיו טענה בדבר רדיפה בשל נטייתו המינית או זהותו המגדרית. בהתאם לפסקה השנייה של סעיף D.1 שצוטטה למעלה, במקרים

139 G.A. Res. 302(IV), U.N. Doc. A/RES/302 (Dec. 8, 1949)

140 G.A. Res. 194 (III), U.N. Doc. A/RES/194 (Dec. 11, 1948)

141 G.A. Res. 2252 (ES-V), U.N. Doc. A/2252/ESV (July 4, 1967)

142 KAGAN & BEN DOR, לעיל ה"ש 136, בעמ' 35. נתון זה מבוסס על התייחסות גם למי שנולדו לאחר שנת 1951 כמי שזוכים לסיוע מאונרוו"א ועשויים להיות מודרים מאמנת הפליטים לאור סעיף D.1. יש לציין כי גם לסוגיה זו יש שתי פרשנויות אפשריות. כאמור, סעיף D.1 לפי לשונו עוסק במי ש"מקבלים כיום [at present] הגנה או סיוע". לפי פרשנות אחת, סעיף D.1 מדיר מתחולת האמנה רק את מי שקיבל סיוע בשנת 1951, שנת לידתה של אמנת הפליטים. לפי פרשנות זו, יש להניח שרוב אלה שהסעיף חל עליהם באותו מועד אינם עוד בין החיים, והוא חל על מספר קטן של אנשים. פרשנות זו אומצה על ידי בית המשפט בבריטניה (El-Ali v. The Sec'y of State for the Home Dep't, [2002] EWCA (Civ) 1103, para. 28–43, (Eng.) (57–67)). לתמיכה בפרשנות זו ראי גם HATHAWAY & FOSTER, לעיל ה"ש 38, 513–515. לעומת זאת פרשנות אחרת גורסת כי סעיף D.1 מדיר מתחולת האמנה גם אנשים שנולדו לאחר שנת 1951 וזכאים להירשם אצל אונרוו"א ולקבל ממנה סיוע (כלומר גם צאצאיהם של פליטי 1948 ו-1967). פרשנות זו אומצה על ידי נציבות האו"ם לפליטים (UNHCR Revised Note on the Applicability of Article 1D of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees to Palestinian Refugees, para 4, Oct. 2009, available at <http://www.refworld.org/docid/4add77d42.html>) ועל ידי בית הדין לצדק של האיחוד האירופי (CJEU Case C-31/09 Bolbol v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, 2010 E.C.J.). לצורך הדין, נניח כי גישת נציבות האו"ם לפליטים ובית הדין של האיחוד האירופי היא הגישה הפרשנית הנכונה, ולפיכך יש גם היום אנשים המודרים מתחולת האמנה כל עוד הם מקבלים סיוע מאונרוו"א. עם זאת, כפי שאסביר להלן, גם בהתאם לגישה זו, אמנת הפליטים תחול על הומואים פלסטינים שהם צאצאים של פליטי 1948 ו-1967 ונרדפים בשטחי הרשות הפלסטינית.

שבהם פסקו ההגנה או הסיוע של אונרוו"א, "יהיו אנשים אלה זכאים ממילא ליהנות מאמנה זו".¹⁴³ אנשים שעזבו את אזור פעילותה של אונרוו"א נחשבים למי שההגנה או הסיוע שניתנים להם פסקו. במקרים שבהם ניתן להחזירם בשלום לשטח שבו יקבלו סיוע מאונרוו"א, אין מניעה לעשות זאת. ואולם, במקרים שבהם פלסטיני שזכה לסיוע כזה נאלץ לעזוב בשל סכנה הנשקפת לשלומו והיעדר אפשרות לזכות להגנה מפניה במקום שאותו עזב, מתקיים הסייג שבפסקה השנייה לסעיף D.1, והוא נחשב למי שהסיוע או ההגנה שניתנו לו פסקו.¹⁴⁴

מדיניות ישראל, שלפיה היא אינה בוחנת בקשות מקלט של להט"בים פלסטינים, אינה יכולה אפוא להתבסס על סעיף D.1 לאמנת הפליטים מכמה סיבות. ראשית, חלק ניכר מן הפלסטינים כלל אינם פליטי 1948 ו-1967 או צאצאיהם, ולכן ממילא אינם תחת המנדט של אונרוו"א, לא נחשבים למי שמקבלים סיוע או הגנה מארגון אחר, ומלכתחילה אינם באים בגדר הפסקה הראשונה של סעיף D.1. כמו כן, לא ניתן להדיר ממערכת המקלט גם את אותם להט"בים פלסטינים שנמנים עם קבוצת הזכאים לסיוע לפי מנדט אונרוו"א ולפיכך באים בגדר הפסקה הראשונה של סעיף D.1; אם נשקפת להם סכנה בגין נטייתם המינית (סכנה שאונרוו"א כלל אינה מסוגלת להגן עליהם מפניה בהיותה סוכנות המסייעת בענייני רווחה ותעסוקה) והם עזבו את השטח שבו פועלת אונרוו"א, הם נחשבים למי שאינם מקבלים ממנה סיוע והגנה, ולכן הם "זכאים ממילא ליהנות מאמנה זו", כלשון הפסקה השנייה של סעיף D.1. מרגע שמבקשי מקלט להט"בים פלסטינים אינם מוחרגים מכוח סעיף D.1, חל איסור על החרגתם ממערכת המקלט של ישראל בשל עצם היותם פלסטינים, וזאת בהתאם לסעיף 3 לאמנה האוסר על הפליית פליטים ביישום הוראות האמנה "מטעמי גזע, דת או ארץ מוצא".

חשוב לציין כי אף אם היה יסוד לקבל את הטענה, שלפיה מכוח סעיף D.1 לאמנת הפליטים הוראות האמנה אינן חלות על הומואים פלסטינים (או על חלק מהם), לא היה בכך כדי להתיר את גירושם של הומואים פלסטינים למקום שבו צפויה להם סכנה; גם בהיעדר תחולה לאמנת הפליטים, חל איסור לגרשם מכוח עקרון ה-*non-refoulement*, החורג מגדרי אמנת הפליטים והמעוגן בדין הבינלאומי המינהגי, באמנה נגד עינויים ובאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.¹⁴⁵

143 בנוסח המחייב של האמנה באנגלית – "these persons shall *ipso facto* be entitled to the benefits of this Convention". נוסח זה העלה שאלה פרשנית נוספת: האם משמעותו היא כי מי שזכה לסיוע או הגנה שנפסקו יהיה זכאי להכרה "אוטומטית" כפליט לפי האמנה ללא צורך להוכיח דבר נוסף, או שמא יהיה עליו להוכיח את תנאי סעיף A.1(2), כלומר שקיים חשש מבוסס לרדיפה במדינת אזרחותו או אזור מגוריו הקבוע על רקע אחת מחמש העילות שבסעיף זה? הפסיקה הבריטית אימצה את הגישה הראשונה, שלפיה מי שחדלו לקבל סיוע או הגנה לא יצטרכו להוכיח דבר כדי להיות זכאים להכרה בהם כפליטים (עניין *Ali*, לעיל ה"ש 142, פס' 49–50, 73–75). גישה זו אומצה גם על ידי בית הדין לצדק של האיחוד האירופי, שפסיקתו מחייבת את כלל מדינות האיחוד האירופי (*Állampolgársági Hivatal*, 2012 E.C.J ועל ידי נציבות האו"ם לפליטים (UNHCR Revised Note), לעיל ה"ש 142, פס' 8–9).

144 עניין *El Karem El Kott*, לעיל ה"ש 143, בפס' 45–65; UNHCR Revised Note, לעיל ה"ש 142, בפס' 8–9. למקרים שבהם פלסטינים שהיו רשומים כמקבלי סיוע מסוכנות אונרוו"א אך נאלצו לעזוב את אזור הפעולה של הסוכנות הוכרו כפליטים לפי האמנה ראי למשל RRTA [2010] RRT Case No. 1001150, הפעולה של הסוכנות הוכרו כפליטים לפי האמנה ראי למשל RRT Case No. 1001150, [2010] RRTA, 404: Refugee Review Tribunal, 19 May 2010. (אוסטרליה).

145 ראי לעיל ה"ש 31–33 והטקסט הנלווה להן.

2. אופן (אי-) הטיפול בפועל במבקשי מקלט הומואים פלסטינים

מבחינת הדין החל, מדינת ישראל מתכחשת, כאמור, לתחולתה של אמנת הפליטים על פלסטינים באשר הם. מבחינה מוסדית, הרשויות מתכחשות לחובה לבחון את עניינם של הומואים פלסטינים. ככלל, עניינם של פלסטינים הטוענים כי נשקפת להם סכנה בשטחי הרשות הפלסטינית נבחן על ידי ועדה של משרד הביטחון המכונה "ועדת המאוימים"¹⁴⁶. ככלל, עניינם של הטוענים לרדיפה על רקע זהותם המינית נבחן על ידי יחידת הטיפול במבקשי מקלט במשרד הפנים. ואולם, ענייניו של מי שמצוי בהצטלבות בין שתי קבוצות אלה – פלסטינים הטוענים כי הם נרדפים בשטחי הרשות הפלסטינית בגין זהותם המינית – אינו נבחן על ידי אף לא אחד משני הגופים.

זה שנים מספר תלויות ועומדות כמה עתירות בבית המשפט הגבוה לצדק בעניינם של הומואים פלסטיניים. בית המשפט כבר הביע במסגרת הדיונים בחלק מן העתירות את מורת רוחו מכך שאין גוף שאליו ניתן לפנות במקרים אלה. במסגרת אחד ההליכים נדרשה המדינה לעדכן בדבר עבודת מטה שהיא מבצעת כדי לקבל החלטה מי יהיה הגורם שאליו יוכלו לפנות הומואים פלסטינים הטוענים כי נשקפת להם סכנה. במשך כמה שנים מאז נדרשה המדינה לקבל החלטה בעניין זה, הרשויות התמהמהו בקבלתה.¹⁴⁷ בעניינם של הומואים פלסטינים נוספים, שהגישו עתירות הממתינות לסיום עבודת המטה, ניתנו צווי ביניים האוסרים את גירושם.¹⁴⁸ ואולם, אין אפשרות לדעת כמה הומואים פלסטינים, הטוענים כי נשקפת להם סכנה בשטחי הרשות, נמצאים בישראל ללא אפשרות לפנות לגורם כלשהו, כשהם נתונים בסכנת גירוש מתמדת. גם אלה שניתנו בעניינם צווי ביניים נאלצים לחיות בישראל ללא מעמד, ללא זכויות בסיסיות כלשהן וללא זכות לעבוד באופן חוקי.

לאחר כתיבתו של פרק זה ובסמוך למועד פרסומו, הודיעו רשויות המדינה לבית המשפט העליון אודות אופן הטיפול בבקשות של הומואים פלסטיניים הטוענים כי נשקפת להם סכנת בשטחי הרשות הפלסטינית.¹⁴⁹ להודעה צורף מסמך שכותרתו "סיכום עבודת הצוות הבינמשרדי בעניין פלסטינים הטוענים למאוימות שלא בשל חשד לשיתוף פעולה עם ישראל", ובו חזרה המדינה פעם נוספת על עמדתה (השגויה), שלפיה נוכח סעיף D.1 לאמנת הפליטים, האמנה כלל אינה חלה על פלסטינים. באשר לאופן הטיפול בהומואים פלסטינים הטוענים כי נשקפת להם סכנה בשטחי הרשות, צוין בהודעה שהטיפול ייעשה על ידי מתאמת הרווחה של מתאם פעולות הממשלה בשטחים (מתפ"ש), וכי הוא יתמקד במציאת פתרונות בשטחים הכבושים עצמם (האזור שבו נטען כי נשקפת להם סכנה):

"הצוות מצא כי אין כל הצדקה להקמת מנגנון חדש וממליץ כי במקרים שהם בבחינת מקרי קיצון מעטים ובודדים בהם נטענת טענת מאוימות על רקע פגיעה בכבוד המשפחה ונסיבות משפחתיות ואישיות אחרות – בין אם הטענה נטענת על ידי מי שמבקש להיכנס לישראל מאיו"ש (ובמקרה זה מגיע לכתחילה למתאמת הרווחה

146 ראי למשל בג"ץ 6544/11 פלוני נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 5.10.2011).

147 ראי בג"ץ 5200/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.6.2012); בג"ץ 5200/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.2.2013); בג"ץ 4487/09 פלוני נ' שר הפנים (לא פורסם, 22.10.2013) (פרוטוקול הדיון מצוי בידי הכותב).

148 ראי למשל בג"ץ 6348/13 פלוני נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 9.12.2013).

149 בג"ץ 5200/09 פלוני נ' מדינת ישראל, הודעה מטעם המשיבה (9.12.2014).

במתפ"ש) ובין אם הטענה מועלית על ידי מי שכבר שוהה בישראל שלא כדין (על פי רוב כאשר נתפס בגין שהייה שלא כדין) – יופנה הפרט להמשך טיפולה הפרקטי של מתאמת הרווחה במתפ"ש. מתאמת הרווחה תפעל מול הגורמים ברשות הפלסטינית, גורמים בינ"ל הפועלים בשטחי הרשות וגורמים פרטיים אחרים, בכדי לסייע כמיטב יכולתה, באמצעות מכלול הכלים העומדים לרשותה, לכך שאותו פרט יקבל סיוע רווחתי וזאת, ככלל, מחוץ לתחומי מדינת ישראל".¹⁵⁰

יש להוסיף שמשורר הפנים כבר הביע את עמדתו, במסגרת הליך שהתנהל בבית המשפט העליון, שרדיפת הומואים ברשות הפלסטינית היא "בעיה חברתית-תרבותית", שאל לה לישראל להתערב בה. מוטב לתת לדברים שהוגשו לבית המשפט העליון מטעם המדינה בשנת 2009 לדבר בעד עצמם:

"ישנן חברות פתוחות יותר בנושא זה מהחברה הפלסטינית – ולשמחתנו הרבה החברה הישראלית, ככלל, היא חברה כזו – וישנן חברות שמרניות יותר מהחברה הפלסטינית בסוגיה זו. ניתן לקבל את ההנחה [...] כי שמרנותה של החברה הפלסטינית לא הפכה את חייו של העותר לקלים או נעימים יותר. אלא שזה מצבם של הומוסקסואלים רבים החיים ברשות הפלסטינית ובחברות שמרניות אחרות.

עובדה זו אינה מקימה חובה משפטית על ישראל לקבל לתחומה כל אדם זר, שהחברה שבה הוא חי אינה סובלנית כלפי אורח חייו.

[...]

למרבה הצער, בחלקים מהחברה הפלסטינית גם נטייה מינית הומוסקסואלית עלולה להיחשב כ'מוסר ירוד' בקרב גורמים מסוימים.

[...]

לסיכום נקודה זו, נראה כי העותרים מנסים לחייב את בית המשפט הנכבד לתת פתרון משפטי לבעייה שעיקרה סוציולוגי ותרבותי. אין, ולא יכולה להיות מוטלת על ישראל חובה משפטית לאפשר שהייתו של העותר בתחומה אך בשל היחס הכללי להומוסקסואלים בחרה הפלסטינית, משום שפירוש הדבר הטלת חובה על המדינה להתיר כניסתו של כל פלסטיני המבקש להתיישב בישראל על רקע זה או על רקע 'חברתית-תרבותי' אחר, מהסוגים שנמנו לעיל, לתחומה".¹⁵¹

יש לשים לב שטיעוני המדינה אינם מבוססים על הדין בישראל או על הדין הבינלאומי. בתגובת המדינה לא מופיעה טענה שלפיה להט"בים אינם "קבוצה חברתית מסוימת" כהגדרתה באמנת הפליטים, ואף לא מופיעה הטענה המשפטית (השגויה) שלפיה האמנה אינה חלה על פלסטינים באשר הם מכוח סעיף D.1.

150 שם, בעמ' 2–3.

151 ס' 9–11 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים בבג"ץ 4487/09 פלוני נ' שר הפנים (13.7.2009).

בשלב מוקדם יותר התייחסתי לתחולת האמנה במקרים של רדיפה על רקע נטייה מינית או זהות מגדר,¹⁵² ואף התייחסתי לכך שהאמנה אינה מוציאה מגדרה קבוצות רק בשל גודלן.¹⁵³ הסוגיה המעניינת יותר היא סיווג רדיפתם של הומואים כעניין "חברתי-תרבותי", שאין מקום להתערב בו. כאן ניתן לראות פעם נוספת את ההפרדה בין "המרחב הציבורי" לבין "המרחב הפרטי", שהועלתה במסגרת הדיון בביטוייה של התפיסה הגברית העלולה להנחות את פרשנות דיני הפליטים. כאן ההבחנה בין מרחבים אלה באה לידי ביטוי בדיכוטומיה בין ה"פוליטי" ובין ה"חברתי-תרבותי". רדיפה של אדם בשל פעילותו הפוליטית האופוזיציונית או בשל דתו, שייכותו הלאומית או גזעו, מוכנת כ"פוליטית". רדיפה כזו תתפס כמצדיקה מתן הגנה לנרדף, ולא תיחשב התערבות תרבותית בלתי ראויה. לעומת זאת, רדיפה על רקע מה שנתפס כ"שמרנות חברתית" או "תפיסה מוסרית" מוכנת בשיח המשפטי כעניין "חברתי-תרבותי". ההבניה שלה באופן זה מאפשרת למקם אותה ב"מרחב הפרטי" ולסווגה כעניין שאין מקום להתערבות בו.

בהתאם להיגיון המוצג בטיעוני משרד הפנים אפשר להניח שיחד עם רדיפה על רקע נטייה מינית יסווגו גם אלימות כלפי נשים או השחתת אברי מין ("מילת נשים") כפעולות שמקורן הוא "חברתי-חברתי". אלא שהבנייתם של סוגי רדיפה מסוימים כפוליטיים ושל אחרים כחברתיים-תרבותיים היא מלאכותית. רצח אנשים בגלל שייכותם הלאומית, ריכוזם וכליאתם במחנות בגלל גזעם או עינויים במטרה להביא להמרת דתם עשויים להיות תולדה של עוינות "חברתי-תרבותית", ועדיין יזכו לתווית ה"פוליטית" הדרושה, לגישתו של משרד הפנים, כדי להיחשב אינטרסים מוגנים המצדיקים מתן מקלט. לצד זאת, רדיפת להט"בים (כמו גם פרקטיקות אלימות כלפי נשים) עשויה להיות תולדה של תפיסות "פוליטיות" לא פחות מסוגים אחרים של רדיפה. כך, למשל, עדויותיהם של חלק מן ההומואים הפלסטינים הצביעו על כך שהומואים נתפסים כחוליה חולה בחברה הפוגעת במאבק הפלסטיני לעצמאות, וזהו אחד הטעמים לרדיפתם.¹⁵⁴ דיכוי של להט"בים, כמו גם של נשים, עשוי להיות במקרים רבים אמצעי לשמירה על חלוקה מסוימת של משאבים חומריים או סמליים, על היררכיות חברתיות מסוימות או על גבולות פוליטיים.¹⁵⁵ הוא גם עשוי להיות תגובת נגד למה שנתפס כקולוניאליזם תרבותי.¹⁵⁶ אם כן, הניסיון לסווג את סוגי הרדיפה השונים לפי מפתח של "פוליטי" לעומת "חברתי-תרבותי" ולמתוח קו ברור ביניהם, גם הוא תורם לשעתוק קונסטרוקציות המשרתות אינטרסים דומיננטיים מסוימים.

3. העמדת מבקשי מקלט הומואים פלסטינים לדין פלילי

לבסוף, אתייחס בקצרה להעמדתם לדין פלילי של להט"בים פלסטינים בגין כניסה או שהייה שלא כדין. אכיפת העבירה של שהייה שלא כדין היא שרירותית במובן מסוים. יש מקרים בהם המשטרה

152 לעיל ה"ש 38.

153 לעיל ה"ש 89.

154 ראי KAGAN & BEN DOR, לעיל ה"ש 136, בעמ' 9-18.

155 ראי לעיל ה"ש 40-42 והטקסט הנלווה להן.

156 ראי MASSAD, לעיל ה"ש 65.

עוצרת פלסטינים השוהים בישראל ללא היתר, וללא הליך שיפוטי כלשהו מובילה אותם לאחד המחסומים שבגדה המערבית על מנת שישוּבו לשטחי הרשות.¹⁵⁷ במקרים אחרים הם מועמדים לדין. בכמה מקרים טענו סנגוריהם של הומואים פלסטינים כי עומדת להם הגנת הצורך¹⁵⁸ ולכן יש לזכותם. במסגרת הכרעת הדין בעניין ג'ומעה אשרף משנת 2002, שבה הורשע פלסטיני בעבירה של שהייה שלא כדין בישראל, דחתה שופטת בית משפט השלום נאווה בכור טענה שהתבססה על הגנת הצורך ונומקה בסכנה שנשקפה לנאשם בשטחי הרשות הפלסטינית בשל נטייתו המינית:

“בנוסף, טוען בא כוח הנאשם, כי בשל נטיותיו המיניות של הנאשם (היותו הומוסקסואל) ושתוף הפעולה עם רשויות המדינה השונות – מצילה שהייתו בארץ את חייו.

[...]

בנוגע להיותו של הנאשם הומוסקסואל – הרי שלא טען זאת בפניו במפורש אלא במרומז – וגם אם כך הדבר, הרי שאין לקבל פרשנות לסעיף 34 י”א, לפיה אדם הנחשד במעשה חריג בתחום הנורמה המוסרית או הדתית – יכול לחסות בצילה של ההגנה אם יחליט לעבור לישראל.”¹⁵⁹

בהמשך דבריה מצטטת השופטת בכור פסק דין של בית המשפט המחוזי, שבו נקבע כי “נושא גירושו של אדם הנתון בסכנה כזו או אחרת במקום ממנו בא, או בדבר העברתו חזרה או הסגרתו – מוסדרת בהסכמים בינלאומיים ובדברי חקיקה אחרים שאינם נוגעים כלל לשאלה שלפנינו, ואין להם השלכה על פרשנותו של סעיף 34 י”א האמור.”¹⁶⁰

כדומה, בפסק הדין בעניין מוחמד בדחה¹⁶¹ הורשע בשנת 2012 תושב השטחים בעבירה פלילית של כניסה לישראל שלא כדין, למרות טענתו שנשקפת לו סכנה בגדה המערבית נוכח זהותו המינית. שופטת בית משפט השלום הדסה נאור דחתה את הטענה בדבר קיומה של הגנת הכורח, וציינה שסנגורו חזר בו בסיכומיו מטענתו בדבר הגנת הצורך.¹⁶²

“כך או כך, גם אם אצא מנקודת הנחה כי הנאשם נמלט מידי דורשי רעתו, על רקע נטיותיו המיניות, מתוך תחושתו הסובייקטיבית כי קיים סיכון מוחשי לפגיעה חמורה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, אם ימשיך לשהות בשטחי הרשות הפלסטינית, אין בכל אלה כדי למלא אחרי התנאי הראשון לתחולתו של סייג הכורח.

[...]

157 ראי למשל KAGAN & BEN DOR, לעיל ה”ש 136, בעמ’ 21.

158 ס’ 34א לחוק העונשין, התשל”ז–1977.

159 ת”פ (שלום י-ם) 2309/01 מדינת ישראל נ’ גומעה (פורסם בנבו, 13.3.2002).

160 שם.

161 ת”פ (שלום ת”א) 6517/08 מדינת ישראל נ’ בדחה (פורסם בנבו, 19.11.2012).

162 שם, פס’ 3 להכרעת הדין.

אין ראייה והנאשם לא טען כי מי מרודפיו – עליהם ועל זהותם, כאמור, לא הצביע – כפה עליו או ציווה עליו, תוך איום של פגיעה מוחשית וחמורה בחייו, לבצע עבירה של שהיה בלתי חוקית בשטחי מדינת ישראל.

אין טענה כי הנאשם ביצע את עבירת השהייה הבלתי חוקית בישראל, מתוך ציות – מ'אונס' האיום – להוראה שניתנה לו על ידי מאן דהו לבצעה, קרי: לשהות באופן לא חוקי בתחומי מדינת ישראל.

הנאשם, למעשה, על פי טענתו, בחר להיכנס לתחומי מדינת ישראל, כי ראה בכך דרך כדי למלט עצמו מפני אלה שדעתם לא הייתה נוחה מנטייתו המיניות ואיימו, לדבריו, לפגוע בו.¹⁶³

השופטת נאור הוסיפה כי המזור לחששותיו של הנאשם אינו יכול להיות סייג לאחריות פלילית, וכי היה עליו למצוא דרך חלופית להתמודד עם מצוקתו. היא הציעה שתי דרכים שהיה יכול לנקוט, לדעתה – עתירה לבג"ץ נגד גירושו או מציאת מדינה שלישית, בסיוע ארגונים בישראל, שתסכים לקלוט אותו.¹⁶⁴

אלא ששתי הדרכים החלופיות שהציעה השופטת נאור לא יכלו, בכל מקרה, להחליף את אקט הכניסה שלא כדין לישראל כדי למנוע את הסכנה שנשקפה לבדחה לפי טענתו. הצעתה הראשונה – עתירה נגד גירוש – מניחה כי מבקש המקלט כבר נכנס לישראל, והצעתה השנייה – ניסיון להיקלט במדינה שלישית בסיוע ארגונים הממוקמים בישראל – גם היא מניחה שאקט הכניסה שלא כדין כבר בוצע.

ואולם, הכשל הלוגי בהצעותיה של השופטת נאור מעניין פחות מהגישה ששני פסקי הדין מבטאים בנוגע ליחס שבין דיני הפליטים לבין המשפט הפלילי. שניהם מייצגים גישה שיפוטית של ניתוק בין מחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל כלפי פליטים לבין הגנות במשפט הפלילי. אלא שניתוק כזה אינו מתיישב עם עקרונות המשפט הישראלי, עקרונות המשפט הבינלאומי ועקרונות דיני הפליטים. השופטת בכור ציינה, כאמור, שעניינם של אלה שנשקפת להם סכנה במקום שממנו באו מוסדר בהסכמים בינלאומיים, שאינם משפיעים על פרשנות סעיף 34א לחוק העונשין, שבו קבועה ההוראה בדבר הגנת הצורך. השופטת נאור, לעומתה, כלל לא התייחסה לחובותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, והסתפקה באמירה שלפיה המזור לפחדיו של הנאשם אינו מצוי בהוראה כלשהי בדין הפלילי. אלא שכאמור בחלקו הראשון של פרק זה, על כלל דברי החקיקה הישראלית משתרעת "חזקת ההתאמה", שלפיה בהיעדר חקיקה סותרת מפורשת, יש לפרש את הדין הישראלי לאור הדין הבינלאומי.¹⁶⁵ בניגוד להנחה המובלעת בשני פסקי הדין, חזקת ההתאמה אינה חלה רק במשפט המינהלי, ויש לפרש בהתאם לה כל חוק ישראלי,¹⁶⁶ לרבות חקיקה פלילית. אמנת הפליטים קובעת הוראה מפורשת בדבר האיסור להעמיד לדין פלילי פליט בגין כניסה או שהייה שלא כדין. סעיף 31(1) לאמנה קובע:

163 שם, פס' 10 להכרעת הדין.

164 שם, פס' 11 להכרעת הדין.

165 ראי האסמכתאות לעיל ה"ש 5 והטקסט הנלווה להערה זו.

166 ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ביניש (2008).

“המדינות בעלות האמנה לא יטילו עונשים על פליטים, שבדרכם ישר מן הארץ שבה רחפה סכנה על חייהם או על חירותם, במשמעות סימן א’, נכנסו לשטח ארצן או נמצאים בו בלא הרשאה, בתנאי שעליהם להתייצב בלא דיחוי לפני הרשויות ולתת נימוק מספיק לכניסתם או לשהייתם הבלתי חוקית.”¹⁶⁷

בתי המשפט במדינות שונות עוסקים בפרשנותו של סעיף זה במסגרת הליכים פליליים הנוגעים לכניסה שלא כדין, כניסה במרמה או שהייה שלא כדין של מבקשי מקלט, בשעה שהם דנים בקיומן של הגנות במשפט הפלילי.¹⁶⁸ ההנחה העומדת ביסוד סעיף 31 לאמנת הפליטים היא שמי שנשקפת לו סכנה לא בהכרח יוכל להבטיח יציאה כדין מן המדינה שבה הוא נמצא וכניסה כדין למדינה אחרת. נוכח חזקת ההתאמה, קשה לקבל את התעלמותם של בתי המשפט מהוראה זו בשעה שהם מפרשים את הסייגים לאחריית פלילית.

פסק דינה של השופטת בכור בעניין ג'ומעה לא רק מסרב לבחון את הגנת הצורך דרך משקפי מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי אמנת הפליטים, אלא גם מציין שהגנת הצורך לא נועדה לחול על “אדם הנחשד במעשה חריג בתחום הנורמה המוסרית או הדתית”. באמירה זו מהדהדת אותה התפיסה שבאה לידי ביטוי בתגובת המדינה לבית המשפט העליון בבג”ץ 4487/09, שהוזכר בחלק הקודם.¹⁶⁹ גם כאן ניכרת אותה הבניה של הפרדה בין “המרחב הציבורי” או הפוליטי לבין “המרחב הפרטי”, שעניינו נורמות מוסריות, דתיות או תרבותיות, שנתפסות כתחום שיש להשאיר מחוץ להתערבותם של המדינה ושל המשפט. הימלטותו של אדם על חייו ממרחב מסוים נוכח סכנה שמקורה ב“חשד” ל“מעשה חריג”, בלשון בית המשפט, אינה צריכה למצוא מזור, לפי תפיסה זו, במסגרת הדינים שנועדו ליצור חלל מוגן, בין במסגרת הדין הבינלאומי ובין במסגרת הדין הפלילי, למי שלא נותרה לו בררה אלא להימלט על חייו.

167 במסגרת זו אין באפשרותי לעמוד על הסוגיות הפרשניות הרבות שמעלה סעיף זה. אציין רק בקצרה כי המונח “פליט” שבו אינו מתייחס רק למי שהוכר על ידי המדינה כפליט, אלא גם למי שמקיים את התנאים שבסעיף 1.A.2 (לאמנה, והשאלה אם הוא עומד בתנאי האמנה טרם נבחנה, וזאת משני טעמים: ראשית, יציאת פליט ממדינתו וכניסה למדינה אחרת תמיד תהיה קודם להכרה בו כפליט, הן משום שללא עזיבת מדינתו הוא אינו יכול לפנות לרשויותיה של מדינה אחרת בבקשה להכיר בו כפליט, והן משום שבהתאם להגדרה בסעיף 1.A.2 פליט הוא מי שנמצא מחוץ למדינת מוצאו, ולכן רק לאחר שהוא חוצה את הגבול בצורה בלתי חוקית הוא הופך לפליט; שנית, ההכרה באדם כפליט היא דקלרטיבית ולא קונסטיטטיבית. במילים אחרות, אדם הוא פליט מרגע שמתקיימים בו התנאים שבהגדרת מונח זה גם אם עוד לא התקיים או עוד לא הסתיים הליך בחינת בקשתו למקלט. לאופייה הדקלרטיבי של הגדרת המונח “פליט” ראי ספר העזר של נציבות האו”ם לפליטים, לעיל ה”ש 27, פס’ 28. כן ראי עניין גונזלס, לעיל ה”ש 28, פס’ 10. לעניין פרשנות המונחים האחרים בס’ 31 לאמנת הפליטים ראי Gregor Noll, *Article 31 1951 Convention, in THE 1951 CONVENTION RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES AND ITS 1967 PROTOCOL: A COMMENTARY* 1243 (Andreas Zimmerman ed., 2011); Guy S. Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection, in REFUGEE PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW: UNHCR’S GLOBAL CONSULTATIONS; ON INTERNATIONAL PROTECTION* 185 (Erika Feller, Volker Turk & Frances Nicholson eds., 2003) ברמן “מעצר פליטים”, לעיל ה”ש 15.

168 ראי למשל פסק דינו של בית הלורדים הבריטי 31 UKHL [2008] R. v. Asfaw, בו על יסוד פרשנות ס’ 31 לאמנת הפליטים בוטלה הרשעתה של מבקשת מקלט אתיופית, שהציגה דרכון מזויף בכניסה למדינה.

169 ראי לעיל ה”ש 151 והטקסט הנלווה לה.

1. סיכום

משרד החוץ הישראלי נוהג להציג את ישראל כגן עדן להומואים ולהזמין לא-ישראלים לבוא וליהנות מאותו גן עדן.¹⁷⁰ אלא ששעריו של גן העדן פתוחים רק בפני לא-ישראלים הבאים כתיירים-צרכנים. בפני מי שמבקשים להימלט מגיהנום בארצם ניצבים בשער רשויות המדינה ובתי המשפט וחוסמים כל ניסיון לחמוק פנימה. "גן העדן שלנו צפוף מכדי להכניס אתכם", מודיעים השוערים, "גן העדן שלנו לא מיועד ללהט"בים המבקשים להיכנס אליו כדי למלט את נפשם, אלא ללהט"בים היכולים להעשיר את כלכלתנו".

בפתח המאמר עמדתי על כך שהיחס שמבקשי מקלט להט"בים זוכים לו אינו נובע מהומופוביה בטוהרתה. הוא חלק מתופעה רחבה יותר של יחס לזרים בישראל בכלל ולמבקשי מקלט בפרט. הוא רק ביטוי נוסף לאופן שבו לצד ההצהרות בדבר מחויבותה המוסרית והמשפטית של ישראל כלפי פליטים, רשויות המדינה הופכות את קבוצת הפליטים, שלה הן מחויבות, לקבוצה ריקה שאיש אינו נכלל בה. הגבולות המדומיינים הרבים שהוזכרו במאמר זה – בין הציבורי לפרטי, בין הפוליטי לחברתי-תרבותי, בין "גבריות" ל"נשיות" – נועדו, בסופו של דבר, לשמר את הגבול המדומיין אך המכונן בין ה"אנחנו" ל"הם". הנכונות להתכחש לחובה כלפי פליטים להט"בים אינה אלא אחד מתוצרי הלוואי של פעולות התחזוק של גבול זה.

170 ראי למשל באתר משרד החוץ באנגלית: Israel Ministry of foreign Affairs, *Tel Aviv's Gay Pride Parade* (June 4, 2013) <http://mfa.gov.il/MFA/IsraelExperience/Lifestyle/Pages/Tel-Aviv-Gay-Pride-Parade.aspx>