

קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 9:

בקשות למעמד של פליט המבוססות על נטייה מינית ו/או זהות מגדרית בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים

נציבות האו"ם לפליטים מפרסמת קווים מנחים אלה בהתאם לתחום האחריות שהוגדר לה, כפי שנקבע בחוקת נציבות האו"ם לפליטים בשילוב עם סימן ל"ה לאמנה משנת 1951 בדבר מעמדם של פליטים ועם סעיף 2 לפרוטוקול שלה משנת 1967. קווים מנחים אלה משלימים את מדריך נציבות האו"ם להליכים וקריטריונים לקביעת מעמד של פליט לפי האמנה משנת 1951 (הוצאה מחודשת, ז'נבה, 2011), ובייחוד יש לקרוא אותם לצד מסמכים אלה של נציבות האו"ם לפליטים: קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 1: רדיפה הקשורה במגדר בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים (מאי 2002), קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 2: "השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים" בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים (מאי 2002) וקווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 6: בקשות למעמד של פליט המבוססות על דת על-פי סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים (אפריל 2004). הם באים במקום ההערה המנחה בדבר בקשות למעמד של פליט הנוגעות לנטייה מינית ולזהות מגדרית (נובמבר 2008).

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

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

1. מבוא

1. באזורים רבים בעולם אנשים חווים הפרות קשות של זכויות האדם וצורות אחרות של רדיפה בגין נטייתם המינית ו/או זהותם המגדרית או אלה המיוחסות להם. רדיפה של לסביות, הומוסקסואלים, ביסקסואלים, טרנסג'נדרים ואינטרסקס (להלן: "להט"ב")¹ ושל אנשים הנתפסים כלהט"בים אינה תופעה חדשה.² אולם, כיום קיימת בארצות מקלט רבות מודעות רבה יותר לכך שאנשים הנמלטים מרדיפה בשל נטייתם המינית ו/או זהותם המגדרית עשויים להיות זכאים למעמד של פליט על-פי סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 בדבר מעמדם של פליטים ו/או הפרוטוקול שלה משנת 1967 (להלן "האמנה משנת 1951").³ עם זאת, החלתה של הגדרת הפליט בתחום זה לוקה עדיין בחוסר עקביות.

2. קיים תיעוד רב לכך שלהט"בים הם מטרה למעשי הרג, אלימות מינית ואלימות המבוססת על מגדר, תקיפות גופניות, עינויים, מעצר שרירותי, האשמות בהתנהגות לא מוסרית או סוטה, שלילת הזכויות לחופש ההתכנסות, הביטוי והמידע ואפליה בתעסוקה ובשירותי בריאות וחינוך בכל האזורים ברחבי העולם.⁴ במדינות רבות קיימים עדיין חוקים פליליים מחמירים בנוגע ליחסים בהסכמה בין בני אותו מין, וחלק מהחוקים הללו קובעים עונשי מאסר, מלקות ו/או מוות.⁵ בארצות אלה ואחרות ייתכן שהרשויות לא יהיה מוכנות או מסוגלות להגן על יחידים מפני

1. לדיון במונחים ראו פרק 3 להלן. לצורך קווים מנחים אלה, "זהות מגדרית" כוללת גם "אינטרסקס".
2. האמנה משנת 1951 בדבר מעמדם של פליטים נוסחה במידה רבה כתגובה למעשי הרדיפה במהלך מלחמת העולם השנייה, שבמסגרתה היעדר סובלנות ואלימות עלו בחייהם של אלפי אנשים בעלי רקע להט"ב. ראו:

UNHCR, "Summary Conclusions: Asylum-Seekers and Refugees Seeking Protection on Account of their Sexual Orientation and Gender Identity", November 2010, Expert Roundtable organized by UNHCR, Geneva, Switzerland, 30 September–1 October 2010 (hereafter "UNHCR, Summary Conclusions of Roundtable"), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cff99a42.html>, para. 3.

3. ראו העצרת הכללית של האו"ם, אמנה בדבר מעמדם של פליטים, 28 ביולי 1951; פרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים, 31 בינואר 1967.

4. ראו:

UN Human Rights Council, "Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence against Individuals based on their Sexual Orientation and Gender Identity", 17 November 2011 (hereafter "OHCHR, Report on Sexual Orientation and Gender Identity"), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ef092022.html>.

לסקירה של הפסיקה והדוקטרינה ראו גם:

International Commission of Jurists (hereafter "ICJ"), *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law, References to Jurisprudence and Doctrine of the United Nations Human Rights System*, 2010, fourth updated edition, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c627bd82.html>; ICJ, *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law, Jurisprudential, Legislative and Doctrinal References from the Council of Europe and the European Union*, October 2007, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a54bbb5d.html>; ICJ, *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law: References to Jurisprudence and Doctrine of the Inter-American System*, July 2007, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ad5b83a2.html>.

5. ראו:

International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, "State-sponsored Homophobia, A World Survey of Laws Prohibiting Same-Sex Activity between Consenting Adults", May 2012, available at: http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2012.pdf.

התעללות או רדיפה מצד גורמים שאינם המדינה, והדבר מוביל למתן פטור מעונש למבצעי ההפרות וליחס סובלני משתמע, ואפילו מפורש, כלפי התעללות ורדיפה כאלה.

3. גורמים מצטלבים העלולים לתרום להשפעות של האלימות והאפליה ולהגביר אותן כוללים מין, גיל, לאום, אתניות/גזע, מעמד חברתי או כלכלי והשאלה האם אדם הנו נשא HIV אם לאו. אפליה מרובדת כזו מובילה פעמים רבות לדחיקתם של להט"בים לשולי החברה ולבידודם מקהילותיהם וממשפחותיהם. בנוסף, תחושות של בושה והומופוביה שהופנמה אינן נדירות בקרב חלק מהלהט"בים. גורמים אלה ואחרים עשויים להניא להט"בים מיידוע הגורמים האמורים לפסוק בבקשות המקלט שלהם על כך שהפחד האמתי שלהם מפני רדיפה נוגע לנטייתם המינית ו/או לזהותם המגדרית.

4. חוויות חייהם של להט"בים שונים מגוונות מאוד ומושפעות במידה ניכרת מסביבתם התרבותית, הכלכלית, המשפחתית, הפוליטית, הדתית והחברתית. הרקע של מגיש הבקשה עשוי להשפיע על הדרך שבה הוא מבטא את נטייתו המינית ו/או את זהותו המגדרית, או להסביר את הסיבות שבגינן אינו חי בגלוי כלהט"ב. חשוב שהחלטות בנוגע לבקשות מקלט לא יתבססו על הבנה שטחית של חוויותיהם של להט"בים, או על הנחות שגויות, לא הולמות מבחינה תרבותית או סטריאוטיפיות. קווים מנחים אלה מספקים הנחיה מהותית ופרוצדורלית להכרעה בנוגע למעמד הפליט של יחידים על סמך נטייתם המינית ו/או זהותם המגדרית, מתוך כוונה להבטיח פרשנות נאותה ומוסכמת להגדרת הפליט באמנה משנת 1951.⁶

2. משפט זכויות האדם הבינלאומי

5. סעיף 1 להצהרה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם קובע כי "כל בני האדם נולדו בני חורין ושווים בערכם ובזכויותיהם" וסעיף 2 מצהיר כי "כל אדם זכאי לזכויות ולחירויות שנקבעו בהכרזה זו ללא אפליה כלשהי".⁷ כל בני האדם, לרבות להט"בים, זכאים ליהנות מההגנה שמשפט זכויות האדם הבינלאומי מעניק על בסיס של שוויון ואי-אפליה.⁸

6. אף שהאמנות הבינלאומיות המרכזיות לזכויות האדם אינן מכירות במפורש בזכות לשוויון בכל הנוגע לנטייה מינית ו/או זהות מגדרית,⁹ נקבע במשפט זכויות האדם כי אפליה מטעמים אלה היא אסורה.¹⁰ לדוגמה, הטעמים האסורים של "מין" ו"מעמד אחר" המופיעים בסעיפים הנוגעים

6. קווים מנחים אלה משלימים את המסמך "קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 1: רדיפה הקשורה במגדר בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים", 7 במאי 2002 (להלן "נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין רדיפה הקשורה במגדר"), זמין בכתובת: <http://www.refworld.org/docid/3d36f1c64.html>.

7. העצרת הכללית של האו"ם, ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, 10 בדצמבר 1948.

8. OHCHR, Report on Sexual Orientation and Gender Identity, para. 5.

9. אולם, מסמכים אזוריים מסוימים אוסרים במפורש על אפליה מטעמי נטייה מינית. ראו למשל את מגילת זכויות היסוד של האיחוד האירופי, סעיף 21, 18 בדצמבר 2000; ואת החלטת ארגון מדינות אמריקה, זכויות האדם, נטייה מינית וזהות מגדרית, AG/RES. 2721 (XLII-O/12), 4 ביוני 2012.

10. "יש להבין את המונח 'אפליה' כפי שהוא משמש באמנה [בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות] כמתייחס לכל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה המבוססות על כל טעם כגון גזע, צבע, מין, שפה, דת, דעה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, ייחוס או מעמד אחר שתוצאתן או מטרתן, פגיעה בהכרה בכל הזכויות והחירויות, בהנאה מהן ובשימוש בהן על בסיס שווה בידי כל האנשים".

לאי-אפליה במסמכים המרכזיים של זכויות האדם התקבלו ככוללים נטייה מינית וזהות מגדרית.¹¹ היות שכיבוד זכויות האדם והעיקרון של אי-אפליה הם היבטים מרכזיים של האמנה משנת 1951 ושל משפט הפליטים הבינלאומי,¹² יש לפרש וליישם את הגדרת הפליט תוך התייחסות ראויה לעקרונות אלה, לרבות האיסור על אפליה מטעמי נטייה מינית וזהות מגדרית.

7. עקרונות יוגיאקרטה בנוגע ליישום משפט זכויות האדם הבינלאומי ביחס לנטייה מינית ולזהות מגדרית אומצו בשנת 2007 על-ידי קבוצה של מומחים לזכויות האדם, ועל אף שאינם מחייבים, הם משקפים עקרונות מבוססים היטב של המשפט הבינלאומי.¹³ עקרונות אלה מתווים את מסגרת ההגנה על זכויות האדם שניתן להחילה בהקשר של נטייה מינית ו/או זהות מגדרית. עיקרון 23 מתווה את הזכות לבקש מקלט מרדיפה הקשורה לנטייה מינית ו/או זהות מגדרית וליהנות ממקלט כזה:

לכל אדם עומדת הזכות לבקש בארצות אחרות מקלט מפני רדיפה, לרבות רדיפה הקשורה לנטייה מינית או לזהות מגדרית, וליהנות ממקלט כזה. מדינה אינה רשאית להרחיק, לגרש או להסגיר אדם לכל מדינה שבה הוא עלול להתמודד עם פחד מבוסס מפני עינויים, רדיפה או כל צורה אחרת של יחס או עונש אכזריים, לא אנושיים או משפילים, המבוססים על נטייה מינית או זהות מגדרית.

3. מינוח

8. קווים מנחים אלה נועדו לכלול את מלוא מגוון בקשות המקלט הנוגעות לנטייה מינית ו/או זהות מגדרית ולהיות רלוונטיים לכולן. המושגים של נטייה מינית וזהות מגדרית מתוארים בעקרונות יוגיאקרטה, ומינוח זה משמש גם לצורכי קווים מנחים אלה. נטייה מינית מתייחסת ל"יכולתו של כל אדם לחוש משיכה רגשית, תחושות חיבה ומשיכה מינית עמוקות כלפי אנשים ממגדר אחר או מאותו מגדר או מיותר ממגדר אחד ולקיים עמם יחסים אינטימיים".¹⁴ זהות מגדרית פירושה "החוויה הפנימית והאישית של מגדר שכל אדם חש בתוך תוכו, ואשר עשויה להתאים או שלא להתאים למין שיוחס לו עם הולדתו, לרבות התחושה האישית של הגוף וביטויים אחרים של מגדר, כולל לבוש, דיבור וגינונים".¹⁵

ועדת האו"ם לזכויות האדם, הערה כללית מס' 18: אי-אפליה, 10 בנובמבר 1989, זמין בכתובת: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/453883fa.html>, פס' 7.

11. בשנת 1994 קבעה ועדת האו"ם לזכויות האדם בתיק *Toonen v. Australia*, קביעה שהפכה לציון דרך, כי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (שאומצה על-ידי העצרת הכללית של האו"ם ב-16 בדצמבר 1996) אוסרת על אפליה מטעמי נטייה מינית. ראו: CCPR/C/50/D/488/1992, 4 April 1994, (hereafter "*Toonen v. Australia*") available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48298b8d2.html>.

קביעה זו אושרה לאחר מכן על-ידי כמה גופים אחרים של אמנות האו"ם לזכויות האדם, לרבות הכרה בכך שזהות מגדרית גם היא בין הטעמים האסורים לאפליה. לדיון נוסף ראו: OHCHR, Report on Sexual Orientation and Gender Identity, para. 7.

12. האמנה משנת 1951, פסקה 1 למבוא וסעיף 3.

13. בית הדין הבינלאומי לצדק, עקרונות יוגיאקרטה – עקרונות בנוגע ליישום משפט זכויות האדם הבינלאומי ביחס לנטייה מינית וזהות מגדרית (להלן "עקרונות יוגיאקרטה"), מארס 2007, זמין בכתובת: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html>.

14. עקרונות יוגיאקרטה, מבוא.

15. שם.

9. נטייה מינית וזהות מגדרית הן מושגים רחבים היוצרים מרחב להגדרה עצמית. המחקר בעשורים האחרונים מראה כי נטייה מינית יכולה לנוע על פני רצף, לרבות משיכה בלעדית ולא בלעדית לבני אותו מין או לבני המין השני.¹⁶ זהות מגדרית וביטוייה עשויים גם הם ללוש צורות רבות, כשאנשים מסוימים אינם מגדירים את עצמם לא כגברים ולא כנשים, או שהם מזדהים כבני שני המינים. ללא קשר לשאלה מהם הגורמים הקובעים את נטייתו המינית של אדם – השפעות גנטיות, הורמונליות, התפתחותיות, חברתיות ו/או תרבותיות (או שילוב של כל אלה) – רוב האנשים חשים שאין להם חופש בחירה בנוגע לנטייתם המינית, או שחופש הבחירה שלהם בנושא מוגבל מאוד.¹⁷ אף שהנטייה המינית או הזהות המגדרית של רוב האנשים נקבעות בגיל צעיר, עבור אחרים הן עשויות להמשיך להתפתח לכל אורך חייהם. אנשים שונים מגלים בשלבים שונים בחייהם שהם להט"בים, והביטויים המיניים והמגדריים שלהם עשויים להשתנות עם הגיל, ובהתאם לגורמים אחרים, חברתיים ותרבותיים.¹⁸

10. בקשות למעמד של פליט המבוססות על נטייה מינית ו/או על זהות מגדרית באות לעתים קרובות מאנשים המשתייכים לתת-קבוצות ספציפיות, כלומר לסביות, הומוסקסואלים, ביסקסואלים טרנסג'נדרים, אינטרסקס וקוויר,¹⁹ ומונחים אלה מתוארים בדרך כלל באמצעות ראשי התיבות "LGBT" (להט"ב), "LGBTI" (להט"ב ואינטרסקס) או "LGBTIQ" (להט"ב, אינטרסקס וקוויר).²⁰ חוויותיהם של אנשים המשתייכים לקבוצות שונות אלה ייבדלו פעמים רבות אלה מאלה; הדבר נכון, כפי שצוין לעיל בפס' 4, גם לגבי אנשים המשתייכים לאותה קבוצה. לפיכך, חיוני שמקבלי החלטות יבינו הן את ההקשר של בקשת המקלט של כל פליט והן נרטיבים אישיים שאינם ניתנים למיפוי בקלות בהתאם לחוויות או לתוויות משותפות.²¹

לסביות

לסביות הן נשים שמשיכתן הגופנית, הרומנטית ו/או הרגשית המתמשכת היא לנשים אחרות. לסביות סובלות לעתים קרובות מאפליה מרובדת בגין המגדר שלהן, מעמדן החברתי ו/או הכלכלי, שהוא נחות פעמים רבות, בשילוב עם נטייתן המינית. לסביות חשופות לעתים קרובות לפגיעה מצד גורמים שאינם מדינה, לרבות מעשים כמו אונס

16. American Psychological Association, "Sexual Orientation and Homosexuality" (hereafter "APA, Sexual Orientation and Homosexuality"), available at: <http://www.apa.org/helpcenter/sexual-orientation.aspx>.

17. אין הסכמה כללית בקרב המדענים בנוגע לסיבות המדויקות לכך שאדם מפתח נטייה מינית ספציפית. ראו:

APA, Sexual Orientation and Homosexuality.

18. Application No. 76175, New Zealand Appeals Authority, 30 April 2008, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/482422f62.html>, para. 92.

19. קוויר הוא באופן מסורתי מונח מזלזל, אך חלק מהלהט"בים ניכסו אותו לעצמם.

20. נציבות האו"ם לפליטים בחרה להתייחס ל"LBGTI", במטרה לכלול קשת רחבה של אנשים המפחדים מפני רדיפה מטעמי נטייתם המינית ו/או זהותם המגדרית [בנוסח העברי לכל אורך מסמך זה נבחרו ראשי התיבות "להט"ב", ויש להבין ככוללות אינטרסקס]. ראו גם:

UNHCR, *Working with Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender & Intersex Persons in Forced Displacement*, 2011, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e6073972.html>.

למידע נוסף על מינוח ראו, למשל:

Gay & Lesbian Alliance Against Defamation, "Media Reference Guide: A Resource for Journalists", updated May 2010, available at: <http://www.glaad.org/reference>.

21. שיקולים הנוגעים לכל קבוצה וקבוצה משולבים גם הם במקום אחר בקווים מנחים אלה.

"מתקן", אלימות נקמנית מצד בני זוג או בעלים לשעבר, נישואים כפויים ופשעים המבוצעים "על רקע כבוד המשפחה". חלק מהלסביות המבקשות מעמד של פליטה לא חוו רדיפה כלשהי בעברן; למשל, אם היו להן רק קשרים לסביבים מעטים או שלא היו להן קשרים כאלה כלל. ייתכן שלסביות קיימו מערכות יחסים הטרסקסואליות; זאת, לעתים קרובות אך לא תמיד, בשל לחץ חברתי להינשא וללדת ילדים. ייתכן כי רק בשלב מאוחר יותר בחיים פיתחו מערכת יחסים לסבית או הגדירו עצמן כלסביות. כמו בכל בקשה למעמד של פליטה, חשוב לוודא כי ההערכה של הפחד של המבקשת מפני רדיפה צופה פני עתיד, וכי ההחלטות אינן מבוססות על רעיונות סטריאוטיפיים לגבי לסביות.

הומוסקסואלים

הומוסקסואלים הם גברים שמשיכתם הגופנית, הרומנטית ו/או הרגשית המתמשכת היא לגברים אחרים, אם כי המונח יכול להתייחס באופן כללי הן לגברים הומוסקסואלים והן לנשים הומוסקסואליות (לסביות). גברים הומוסקסואלים הם רוב בקרב מבקשי המקלט מטעמי נטייה מינית וזהות מגדרית, אך אין להתייחס לבקשותיהם כ"תבנית" בכל הנוגע למקרים אחרים של נטייה מינית ו/או זהות מגדרית. בחברות רבות, גברים הומוסקסואלים הם לעתים קרובות גלויים יותר לעין בחיים הציבוריים מאשר קבוצות להט"בים אחרות, והם עשויים להפוך למוקד של קמפיינים פוליטיים נגטיביים. עם זאת, חשוב שלא להניח כי כל הגברים הומוסקסואלים גלויים בציבור לגבי מיניותם או שכולם נשיים. כיוון שהם מאתגרים את זכויות היתר הגבריות בכך שהם מאמצים תפקידים ומאפיינים הנתפסים כ"נשיים", הומוסקסואלים עלולים להיתפס כ"בוגדים", בין אם הם נשיים ובין אם אינם כאלה. בבתי כלא, בצבא,²² ובסביבות אחרות ומקומות עבודה אחרים הנשלטים באופן מסורתי על ידי גברים עשויה להישקף להם סכנה מיוחדת של התעללות. ייתכן שגברים הומוסקסואלים קיימו מערכות יחסים הטרסקסואליות בשל לחצים חברתיים, לרבות הלחץ להינשא ו/או להביא ילדים לעולם.

ביסקסואלים

ביסקסואלים וביסקסואליות הם אנשים הנמשכים גופנית, רומנטית ו/או רגשית הן לגברים והן לנשים. קיימת נטייה לפרש את המונח ביסקסואליות ולהשתמש בו בצורה לא עקבית, לעתים באופן המייחס לו משמעות צרה מדי. ביסקסואליות אין משמעה בהכרח משיכה לשני המינים בעת ובעונה אחת, והיא אינה חייבת להיות כרוכה במשיכה שווה לשני המינים או במספר שווה של מערכות יחסים עם אנשים בני שני

²² ראו למשל:

RRT Case No. 060931294, [2006] RRTA 229, Australia, RRTA, 21 December 2006, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a707ebd.html>; MS (Risk - Homosexuality - Military Service) Macedonia v. SSHD, CG [2002] UKIAT 03308, UK Immigration and Asylum Tribunal, 30 July 2002, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46836aba0.html>.

במקרים אלה נקבע כי "תנאי מאסר מחרידים" במדינה הנדונה יהוו הפרה של זכויות המערער על-פי האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם ועל חירויות היסוד (ECHR), סעיף 3. לסביות עלולות גם הן להיות נתונות בסכנה בסביבות אלה. ראו:

Smith v. Minister of Citizenship and Immigration, 2009 FC 1194, Canada, Federal Court, 20 November 2009, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b3c7b8c2.html>.

המינים. ביסקסואליות היא זהות ייחודית שיש לבחון כשלעצמה. בארצות מסוימות רדיפה עשויה לקבל ביטוי ישיר הנוגע להתנהגות הומוסקסואלית או לסבית, אך להיות מכוונת למרות זאת גם כלפי מעשים של אנשים המזדהים כביסקסואלים. ביסקסואלים מתארים לעתים קרובות את נטייתם המינית כ"משתנה" או כ"גמישה" (לדיון נוסף ראו פס' 47 להלן).

טרנסג'נדר

טרנסג'נדרים וטרנסג'נדריות הם אנשים שזהותם המינית ו/או הביטוי המגדרי שלהם שונה מהמין הביולוגי שיוחס להם עם הולדתם.²³ טרנסג'נדר אינה נטייה מינית אלא זהות מגדרית, ואדם שהוא טרנסג'נדר עשוי להיות הטרנסקסואל, הומוסקסואל, לסבית או ביסקסואל.²⁴ טרנסג'נדרים מתלבשים או פועלים פעמים רבות בדרכים השונות מהציפייה הכללית של החברה מהם, המבוססת על המין שיוחס להם עם הולדתם. כמו כן, ייתכן שהופעתם או התנהגותם לא תשקף זאת בכל עת. למשל, אנשים עשויים לבחור לבטא את המגדר הנבחר שלהם רק בזמנים מסוימים, בסביבות שבהן הם מרגישים בטוחים. כיוון שאינם תואמים את התפיסות הבינאריות המקובלות שלפיהן אדם הוא זכר או נקבה, הם עשויים להיתפס כמאיימים על נורמות וערכים חברתיים. אי-ציות זה למסוכמות חושף אותם לסכנה של פגיעה. טרנסג'נדרים נדחקים פעמים רבות לשולי השוליים, ובקשות המקלט שלהם עשויות לחשוף חוויות של אלימות גופנית, פסיכולוגית ו/או מינית חמורה. כאשר ההגדרה העצמית של טרנסג'נדרים והופעתם הגופנית אינן תואמות את המין החוקי על-פי תעודות רשמיות ומסמכים מזהים, נשקפת להם סכנה מיוחדת.²⁵ תהליך המעבר של שינוי המין שבו אדם נולד אינו מסתכם בצעד אחד, והוא עשוי להיות כרוך במגוון התאמות אישיות, חוקיות,

23. המונח עשוי לכלול בין השאר טרנסקסואלים (מונח מן העבר שמקורו ברפואה ובפסיכולוגיה), קרוס־דרסר ואנשים נוספים בעלי מגוון מגדרי. ראו גם:

APA, "Answers to Your Questions about Transgender People, Gender Identity and Gender Expression", available at: <http://www.apa.org/topics/sexuality/transgender.aspx>.

24. ראו גם:

RRT Case No. 0903346, [2010] RRTA 41, Australia, Refugee Review Tribunal, 5 February 2010, (hereafter "RRT Case No. 0903346") available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b8e783f2.html>.

מקרה זה נגע למבקשת מקלט טרנסג'נדרית שפחדה מרדיפה בשל זהותה המגדרית.

25. בית המשפט האירופי לזכויות האדם קבע כי הרשויות חייבות להכיר חוקית במין ששונה. ראו:

Goodwin v. United Kingdom, Application no. 28957/95, European Court of Human Rights, 11 July 2002, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad9f762.html>.

בית המשפט קבע בתיק זה כי הימנעות ממתן הכרה כזאת היא הפרת זכותו של המבקש לפרטיות. בלשון הפסיקה, "בית המשפט סבור כי לא ניתן לראות את הלחץ והניכור הנגרמים על-ידי

אי-התאמה בין התפקיד שממלא בחברה טרנסקסואל שנותח לבין המעמד שנכפה עליו מכוח חוק, המסרב להכיר בשינוי המגדר, כאי-נוחות שולית הנובעת מנהלים רשמיים", פס' 77. עוד קבע בית המשפט כי "במיוחד על-פי סעיף 8 לאמנה, שבה רעיון האוטונומיה האישית הוא עיקרון חשוב המונח ביסודה של הפרשנות לערובות המעוגנות בו, ההגנה ניתנת למרחב האישי של כל אדם, לרבות הזכות לקבוע פרטים בזהותם כבני אדם אינדיבידואליים", פס' 90. ראו גם המלצה

CM/Rec (2010)5 של ועדת השרים של מועצת אירופה למדינות החברות בנוגע לצעדים למאבק באפליה מטעמי נטייה מינית או זהות מגדרית, המכירה בכך ש"על מדינות חברות לנקוט צעדים הולמים כדי להבטיח את ההכרה החוקית המלאה בשינוי המגדר של אדם בכל תחומי החיים, ובייחוד בכך שיאפשרו את שינוי השם והמגדר במסמכים רשמיים בדרך מהירה, שקופה ונגישה", פס' 21.

ורפואיות. לא כל הטרנסג'נדרים בוחרים בטיפול רפואי או בצעדים אחרים כדי לסייע להופעתם החיצונית להלום את זהותם הפנימית. לפיכך, חשוב שמקבלי החלטות יימנעו משימת דגש מופרז על ניתוח לשינוי מין.

אינטרסקס

המונח אינטרסקס או "הפרעות בהתפתחות המינית" (DSD)²⁶ מתייחס למצב שבו אדם נולד עם אברי רבייה או מין ו/או מבנים כרומוזומליים שנראה כי אינם הולמים תפיסות ביולוגיות טיפוסיות באשר להיות זכר או נקבה. מצבים אלה עשויים להיות גלויים לעין בעת הלידה, להופיע עם ההתבגרות המינית או להתגלות רק במהלך בדיקה רפואית. אנשים במצב כזה כונו בעבר "הרמפרודיטים", אך מונח זה נחשב למיושן ואין להשתמש בו אלא אם כן מבקש המקלט עצמו עושה כן.²⁷ אדם שהוא אינטרסקס עשוי להזדהות כזכר או נקבה, בעוד נטייתו המינית עשויה להיות לסבית, הומוסקסואלית, ביסקסואלית או הטרסקסואלית.²⁸ אנשים שהם אינטרסקס עלולים לסבול מרדיפה בדרכים הקשורות לאנטומיה הלא טיפוסית שלהם. הם עלולים להתמודד עם אפליה והתעללות בגין מגבלה גופנית או מצב רפואי, או בגין העובדה שהם חורגים מהציפיות בכל הנוגע להופעה הגופנית של זכרים ונקבות. חלק מהילדים שהם אינטרסקס אינם נרשמים עלידי הרשויות עם הולדתם, והדבר עלול להוביל למגוון סיכונים הנוגעים לכך ולשילת זכויות האדם שלהם. במדינות מסוימות, היותו של אדם אינטרסקס עלולה להיתפס כעניין המלמד על רוע או כחלק ממעשה כשפים ולהוביל לכך שהמשפחה כולה תהפוך ליעד להתעללות.²⁹ בדומה לטרנסג'נדרים, אנשים שהם אינטרסקס עלולים להיות נתונים בסכנה לאורך תהליך המעבר למין שבו בחרו. זאת, למשל כיוון שבמסמכי הזיהוי שלהם לא מצוין המגדר הנבחר. אנשים המגדירים עצמם כאינטרסקס עשויים להיתפס עלידי אחרים כטרנסג'נדרים, כיוון שניתן שבתרבות הנתונה אין שום הבנה לגבי מצבם של אינטרסקס.

11. לא כל מבקשי המקלט ישתמשו במינוח ובמושגים הלהט"ביים כפי שהם מוצגים לעיל כדי להגדיר את עצמם וייתכן שחלקם לא יהיו מודעים לתוויות אלה. ייתכן גם שמקצתם יוכלו להסתמך רק על מונחים (משפילים) המשמשים את הגורם הרודף. לפיכך, על מקבלי החלטות להישמר מהחלה לא גמישה של תוויות כאלה, כיוון שהדבר עלול להוביל להערכות מזיקות של מהימנות מגיש הבקשה או לכך שבקשה תקפה לא תזכה להכרה. ביסקסואלים למשל מסווגים פעמים רבות בתהליך ההכרעה בבקשות למעמד של פליט כהומוסקסואלים, לסביות או הטרסקסואלים; אנשים שהם אינטרסקס עשויים שלא להזדהות כלהט"בים כלל (ייתכן למשל

26. יש לשים לב לכך שאנשים מסוימים (ו/או מסמכיהם רפואיים) ישתמשו רק במונח המתאר את מצבם הספציפי, כגון "היפרפלזיה מולדת של האדרנל" או "תסמונת אי-רגישות לאנדרוגן", ולא במונחים "אינטרסקס" או "DSD".

27. US Citizenship and Immigration Services, "Guidance for Adjudicating Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Refugee and Asylum Claims", 27 December 2011 (hereafter "USCIS, Guidance for Adjudicating LGBTI Claims"), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f269cd72.html>, p. 13.

28. למידע נוסף ראו אתר אינטרנט זה:

Advocates for Informed Choice: <http://aiclegal.org/fag/#whatisintersex>.

29. Jill Schnoebelen, *Witchcraft Allegations, Refugee Protection and Human Rights: A Review of the Evidence*, UNHCR, New Issues in Refugee Research, Research Paper No. 169, January 2009, available at: <http://www.unhcr.org/4981ca712.pdf>.

שאינם רואים במצבם חלק מזהותם); וגברים המקיימים יחסי מין עם גברים אחרים לא יגדירו את עצמם תמיד כהומוסקסואלים. חשוב גם לשמור על בהירות בכל הנוגע להבחנה בין נטייה מינית לבין זהות מגדרית. מדובר בשני מושגים נפרדים, וכפי שהוסבר בפס' 8 לעיל, הם מייצגים היבטים שונים של זהותו של כל אדם.

4. ניתוח מהותי

א. רקע

12. ניתוח ראוי של העובדות לצורך ההכרעה האם להט"ב שהגיש בקשת מקלט הוא פליט על-פי האמנה משנת 1951 חייב לצאת מנקודת ההנחה שמבקשי מקלט זכאים לחיות בחברה כמי שהם ולא להידרש להיאלץ להסתיר זאת.³⁰ נטייה מינית ו/או זהות מגדרית הן היבטי יסוד של הזהות האנושית, והם מולדים או בלתי ניתנים לשינוי או לחלופין כאלה שאין לדרוש מאדם לוותר עליהם או להסתירם, והדבר זכה לגושפנקה בעמדות שאומצו בכמה אזורי שיפוט.³¹ נטייתו המינית של אדם ו/או זהותו המגדרית עשויות להיחשף באמצעות התנהגות מינית או מעשים מיניים או באמצעות הופעה חיצונית או לבוש, אך קשת של גורמים אחרים עשויה גם היא להעיד עליהן, לרבות הדרך שבה מבקש המקלט חי בחברה או הדרך שבה הוא מבטא (או שואף לבטא) את זהותו.³²

-
30. UNHCR, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department – Case for the First Intervener (United Nations High Commissioner for Refugees)*, 19 April 2010, (hereafter “UNHCR, HJ and HT”), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bd1abc2.html>, para. 1.
להשוואה עם טעמים אחרים הקבועים באמנה, ראו פס' 29 למסמך. ראו גם:
HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department, UK, [2010] UKSC 31, Supreme Court, 7 July 2010 (hereafter “*HJ and HT*”), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c3456752.html>.
31. ראו למשל:
Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689, Canada, Supreme Court, 30 June 1993 (hereafter “*Canada v. Ward*”), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b673c.html>; *Geovanni Hernandez-Montiel v. Immigration and Naturalization Service*, US, 225 F.3d 1084, A72-994-275, (9th Cir. 2000), 24 August 2000, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ba9c1119.html>, later affirmed by *Morales v. Gonzales*, US, 478 F.3d 972, No. 05-70672, (9th Cir. 2007), 3 January 2007, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4829b1452.html>; *Appellants S395/2002 and S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2003] HCA 71, Australia, High Court, 9 December 2003 (hereafter “*S395/2002*”), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fd9eca84.html>; *Refugee Appeal No. 74665*, New Zealand, Refugee Status Appeals Authority, 7 July 2004 (hereafter “*Refugee Appeal No. 74665*”), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/42234ca54.html>; *HJ and HT*, above footnote 30, paras. 11, 14, 78.
32. עיקרון מס' 3 לעקרונות יוגיאקרטה קובע כי נטייתו המינית של כל אדם וזהותו המגדרית, כפי שהוא מגדיר אותן, הן חלק בלתי נפרד מאישיותו ואחד מההיבטים הבסיסיים ביותר של ההגדרה העצמית, הכבוד והחירות. ראו גם:
S395/2002, para. 81; *Matter of Toboso-Alfonso*, US Board of Immigration Appeals, 12 March 1990, hereafter “*Matter of Toboso-Alfonso*”), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6b84.html>; *Nasser Mustapha Karouni v. Alberto Gonzales, Attorney*

13. נטייתו המינית של מבקש מקלט ו/או זהותו המגדרית עשויות להיות רלוונטיות לבקשה למעמד של פליט כאשר הוא מפחד מפני פגיעה הנובעת מרדיפה בשל הנטייה המינית ו/או הזהות המגדרית שלו או אלה המיוחסות לו, שאינן תואמות את הנורמות הפוליטיות, התרבותיות או החברתיות המקובלות או שנראה כי אינן תואמות אותן. ההצטלבות של מגדר, נטייה מינית וזהות מגדרית היא חלק בלתי נפרד מההערכה של בקשות מקלט המעלות שאלות הנוגעות לנטייה מינית ו/או לזהות מגדרית. פגיעה עקב חריגה מתפקידים מגדריים מצופים היא לעתים קרובות יסוד מרכזי בבקשות כאלה. הקווים המנחים של הנציבות לרדיפה הקשורה במגדר קובעים כדלקמן:

בקשות למעמד של פליט המבוססות על נטייה מינית שונה טומנות בחובן יסוד מגדרי. מיניות המבקש או המבקשת והפרקטיקות המיניות שלהם עשויות להיות רלוונטיות לבקשת מעמד הפליט כאשר הם היו נתונים לפעולת רדיפה בגין מיניותם או הפרקטיקות המיניות שלהם. במקרים רבים כאלה, המבקש או המבקשת סירבו למלא את התפקידים שהוגדרו עלידי החברה או התרבות ומיוחסים למין המבקש או לעמוד בציפיות כאלה לגבי התנהגותם.³³

14. השפעתו של המגדר רלוונטית הן לבקשות למעמד של פליט המוגשות עלידי גברים להט"בים והן לכאלה המוגשות עלידי נשים להט"ביות.³⁴ על מקבלי ההחלטות להיות קשובים להבדלים המבוססים על מין/מגדר בחוויותיהם. לדוגמה, נורמות או מידע מארץ המוצא בנוגע להטרסקסואלים או לגברים הומוסקסואלים עשויים שלא להיות רלוונטיים לחוויותיהן של לסביות, שבהקשר נתון מעמדן עשוי להיות זהה לזה של נשים אחרות באותה חברה. יש להתחשב באופן מלא בזהויות המגוונות והמתפתחות ובביטוייהן, בנסיבותיו של האדם בפועל ובהקשר התרבותי, החוקי, הפוליטי והחברתי.³⁵

15. בדרך כלל, חברה שאינה רואה בעין יפה מגוון של זהויות מיניות וביטוייהן מבטאת בכך מורת רוח לא רק לגבי התנהגויות מיניות. לעתים קרובות הדבר מהווה תגובה לאי-ציות לנורמות וערכים תרבותיים, מגדריים ו/או חברתיים שמצופה מאדם לדבוק בהם. הנורמות החברתיות לגבי זהותם של גברים ונשים ולגבי הדרך שבה הם אמורים להתנהג מבוססות בדרך כלל על אמות מידה הטרנס-נורמטיביות. הן גברים והן נשים עלולים להיחשף למעשים אלימים שנועדו לאלצם להתאים עצמם לתפקידים המגדריים בחברה ו/או כאלה הנעשים למען יראו ויראו. פגיעה כזו עשויה להיות בעלת אופי מיני, כדרך להגביר את ההשפלה, ההחפצה או הענישה של הקרבן בגין נטייתו מינית ו/או זהותו המגדרית, אך היא עשויה ללוש גם צורות אחרות.³⁶

General, US, No. 02-72651, (9th Cir. 2005), 7 March 2005 (hereafter "*Karouni*") available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4721b5c32.html>, at III[6]; *Lawrence, et al. v. Texas*, US Supreme Court, 26 June 2003, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f21381d4.html>.

במקרה זה נקבע כי "כאשר מיניות באה לידי ביטוי בגלוי בהתנהגות אינטימית עם אדם אחר, התנהגות זו עשויה להיות רק מרכיב אחד בקשר אישי שהוא בעל אופי מתמשך יותר", עמ' 6.

33. נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין רדיפה הקשורה במגדר, פס' 16.

34. שם, פס' 3.

35. UNHCR, Summary Conclusions of Roundtable, para. 5.

36. שם, פס' 6 ו-16.

ב. פחד מבוסס להיות נרדף

16. אף שהמונח "רדיפה" אינו מוגדר במפורש באמנה משנת 1951, ניתן לראותו ככולל הפרות חמורות של זכויות האדם, לרבות איום על החיים או על החירות וצורות אחרות של פגיעה חמורה. בנוסף, צורות קשות פחות של פגיעה עשויות להוות רדיפה במצטבר. הקביעה מה עולה לכדי רדיפה תלויה בנסיבות המקרה, לרבות הגיל, המגדר, ההשקפה, התחושה והמבנה הפסיכולוגי של מגיש הבקשה.³⁷

17. אפליה היא יסוד משותף בחוויותיהם של להט"בים רבים. בדומה לבקשות אחרות למעמד של פליט, גם כאן אפליה עולה לכדי רדיפה כשצעדי אפליה מובילים, כל אחד בפני עצמו או במצטבר, להשלכות שהן פוגעניות באופן מהותי מטבען עבור האדם הנוגע בדבר.³⁸ ההערכה האם ההשפעה המצטברת של אפליה כזו עולה לדרגה של רדיפה צריכה להתבצע על סמך מידע מהימן, רלוונטי ומעודכן מארץ המוצא.³⁹

18. ייתכן שלא כל מבקשי המקלט הלהט"בים חוו רדיפה בעבר (ראו עוד בנושא זה בפס' 30-33 להלן על הסתרה כרדיפה ובפס' 57 על בקשות של פליטי *sur place*, שמעמדם ככאלה התגבש בארץ המקלט). רדיפה בעבר אינה תנאי מקדים למעמד של פליט, ולמעשה, הפחד מפני רדיפה צריך להיות מבוסס על ההערכה של מצוקה שהמבקש עלול להיקלע אליה אם ישוב לארץ המוצא.⁴⁰ מבקש המקלט אינו צריך להראות כי הרשויות ידעו על נטייתו המינית ו/או זהותו המגדרית לפני שעזב את ארץ המוצא.⁴¹

19. התנהגויות ופעילויות עשויות להיות קשורות לנטייתו או לזהותו של אדם בדרכים מורכבות. הנטייה והזהות עשויות גם לבוא לידי ביטוי או להיחשף בדרכים רבות, מרומזות או גלויות, באמצעות הופעה, דיבור, התנהגות, לבוש וגינונים; או שלא להיחשף כלל בדרכים אלה. אף שפעילות מסוימת המבטאת או חושפת את נטייתו המינית של אדם ו/או את זהותו המגדרית עשויה להיחשב לעתים לטריוויאלית, הסוגיה הרלוונטית היא ההשלכות שתגרוור התנהגות כזו. במילים אחרות, פעילות שמקשרים אותה לנטייה מינית עשויה רק לגלות או לחשוף את הזהות בעלת התיוג השלילי, אך אין היא גורמת לאפליה או מהווה בסיס לה. לפיכך, נציבות האו"ם

37. נציבות האו"ם לפליטים, מדריך וקווים מנחים להליכים וקריטריונים לקביעת מעמד של פליט לפי האמנה משנת 1951 והפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים, HCR/1P/4/ENG/REV. 3 (להלן "נציבות האו"ם לפליטים, מדריך"), פס' 51-53.

38. שם, פס' 54-55.

39. *Molnar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 98, Canada, Federal Court, 21 January 2005 (hereafter "*Molnar v. Canada*") available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fe81df72.html>.

40. ראו למשל: *Bromfield v. Mukasey*, US, 543 F.3d 1071, 1076-77 (9th Cir. 2008), 15 September 2008, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/498b08a12.html>, RRT Case No. 1102877, [2012] RRTA 101, Australia, Refugee Review Tribunal, 23 February 2012, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f8410a52.html>, para. 91.

41. נציבות האו"ם לפליטים, מדריך, פס' 83.

לפליטים גורסת כי ההבחנה בין צורות ביטוי הקשורות ל"תחום הליבה" של הנטייה המינית לבין כאלה שאינן קשורות אליו אינה רלוונטית לצורך הערכת קיומו של פחד מבוסס מפני רדיפה.⁴²

רדיפה

20. סכנות של התעללות קשה ואלימות חמורה נפוצות בבקשות מקלט של להט"בים. אלימות גופנית, פסיכולוגית ומינית, לרבות אונס,⁴³ תעמוד בדרך כלל בדרישות הסף להוכחת רדיפה. אונס זכה להכרה מיוחדת כצורה של עינויים, המותירה "צלקות פסיכולוגיות עמוקות בנפש הקרבן".⁴⁴ אונס זוהה כמשמש למטרות כמו "הפחדה, ביזוי, השפלה, אפליה, ענישה, שליטה או הרס של האדם. אונס, בדומה לעינויים, הוא חילול כבודו של אדם באשר הוא אדם".⁴⁵

42. *Bundesrepublik Deutschland v. Y (C-71/11), Z (C-99/11), C-71/11 and C-99/11*, CJEU, 5 September 2012, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/505ace862.html>, para. 62; *RT (Zimbabwe) and others v Secretary of State for the Home Department*, [2012] UKSC 38, UK Supreme Court, 25 July 2012, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/500fdacb2.html>, paras. 75–76 (Lord Kerr); *UNHCR Statement on Religious Persecution and the Interpretation of Article 9(1) of the EU Qualification Directive and UNHCR, Secretary of State for the Home Department (Appellant) v. RT (Zimbabwe), SM (Zimbabwe) and AM (Zimbabwe) (Respondents) and the United Nations High Commissioner for Refugees (Intervener) - Case for the Intervener*, 25 May 2012, Case No. 2011/0011, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fc369022.html>, para. 12(9).

43. בתי דין בינלאומיים פליליים הרחיבו בפסיקתם את היקף הפשעים של אלימות מינית שניתן להעמיד אדם לדין בגינם על אונס כך שיכללו מין אורלי וחדירה וגינית או אנלית באמצעות שימוש בחפצים או בכל חלק אחר של גוף העבריין. ראו למשל:

Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgment), IT-95-17/1-T, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), 10 December 1998, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/40276a8a4.html>, para. 185; *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Appeal Judgment)*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, ICTY, 12 June 2002, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3debaafe4.html>, para. 128.

ראו גם:

International Criminal Court, *Elements of Crimes*, 2011, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ff5dd7d2.html>, Articles 7 (1) (g)-1 and 8(2)(b)(xxii)-1.

לפסיקה בענייני פליטים ראו:

Ayala v. US Attorney General, US, No. 09-12113, (11th Cir. 2010), 7 May 2010 (hereafter "*Ayala v. US Attorney General*"), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c6c04942.html>.

בתיק זה נקבע כי אונס אורלי מהווה רדיפה.

44. *Aydin v. Turkey*, 57/1996/676/866, Council of Europe, European Court of Human Rights, 25 September 1997, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7228.html>, para. 83.

ראו גם:

HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran v. Secretary of State for the Home Department [2005] UKAIT 00120, UK Asylum and Immigration Tribunal (AIT), 4 August 2005, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdafe0.html>.

בהחלטה זו הוכרה התקיפה המינית של מבקש המקלט בעת שהוחזק במשמורת כעינויים, פס' 57 ו-134.

Arrêt n° 36 527, Belgium: Conseil du Contentieux des Etrangers, 22 December 2009, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad94692.html>.

במסמך זה מופיעה התייחסות לעינויים ולפגיעות חמורות בשלמות גופו של מבקש המקלט בעודו ככלא כמהווים רדיפה.

45. *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgment)*, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda, 2 September 1998, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/40278fbb4.html>, para. 687.

21. על־פי התפיסה הרווחת עדיין בחברות רבות, התנהגות הומוסקסואלית, ביסקסואלית ו/או טרנסג'נדרית או אנשים המשתייכים לקבוצות אלה משקפים בין היתר חולי, מחלת נפש או לחלופין כשל מוסרי, ולפיכך חברות אלה עלולות להשתמש באמצעים שונים כדי לנסות לשנות או להחליף את נטייתו המינית של אדם ו/או את זהותו המגדרית. ניסיונות לשנות בכוח או בכפייה את נטייתו המינית של אדם או את זהותו המגדרית עלולים לעלות לכדי עינויים, או יחס בלתי אנושי או משפיל, ולגרור הפרות חמורות אחרות של זכויות האדם, לרבות הזכות לחירות והזכות לביטחון אישי. דוגמאות קיצוניות העומדות לכאורה בתנאי הסף של רדיפה כוללת אשפוז כפוי של אנשים במוסדות, ניתוחים כפויים לשינוי מין, טיפול כפוי בהלם חשמלי והזרקה של תרופות או טיפול הורמונלי בכפייה.⁴⁶ ניסויים רפואיים ומדעיים המבוצעים ללא הסכמה מוגדרים גם הם במפורש כצורה של עינויים או יחס בלתי אנושי או משפיל על־פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.⁴⁷ על אנשים מסוימים שהם אינטרסקס עלולים להיפגש ניתוחים שנועדו להפכם ל"נורמליים", וכאשר הדבר נעשה ללא הסכמתם, סביר שהוא יעלה לכדי רדיפה. במקרים כאלה חשוב גם להבחין בין ניתוח הנחוץ להצלת חיים או לשמירה על הבריאות לבין ניתוח למטרות קוסמטיות או לצורך התאמה לנורמות החברתיות. ההערכה צריכה להתמקד בשאלות האם האדם נותח או טופל מרצונו והאם הניתוח או הטיפול בוצעו בהסכמה מדעת של האדם הנוגע בדבר.⁴⁸

22. החזקה במשמורת, לרבות במוסדות פסיכולוגיים או רפואיים, המתבססת אך ורק על נטייה מינית ו/או זהות מגדרית, נחשבת להפרה של האיסור הבינלאומי על שלילה שרירותית של החירות, ובדרך כלל היא עולה לכדי רדיפה.⁴⁹ זאת ועוד, כפי שציין דווח האו"ם המיוחד לעינויים

46. עיקרון 18 לעקרונות יוגיאקרטה: "חרף כל סיווג המנוגד לכך, נטייתו המינית של אדם וזהותו המגדרית אינן כשלעצמן מצבים רפואיים, ואין מקום לטפל בהן, לרפאן או לדכאן". ראו גם: *Alla Konstantinova Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service, US, 95-70887*, (9th Cir. 1997), 24 June 1997 (hereafter "*Pitcherskaia v. INS*"), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4152e0fb26.html>.

47. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, סעיף 7, "...בפרט, לא יועמד אדם בלא הסכמתו החופשית, בפני ניסוי רפואי או מדעי". איסור זה חל, כפי שאישרו למשל ועדת האו"ם נגד עינויים ודווח האו"ם המיוחד לעינויים יחס או עונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים אחרים, על אילוצם של גברים הנחשדים בהתנהגות הומוסקסואלית לעבור בדיקות אנליות ללא הסכמתם, כדי להוכיח את היותם הומוסקסואלים. ראו גם: OHCHR, Report on Sexual Orientation and Gender Identity, para. 37.

48. ראו: UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), Communication No. 4/2004, 29 August 2006, CEDAW/C/36/D/4/2004, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fdb288e2.html>.

במסמך זה קבעה ועדת האו"ם לביעור כל האפליה נגד נשים כי עיקור ללא הסכמה הוא הפרת זכותן של נשים להסכמה מדעת ולכבוד. פס' 11.3. ביחס לניתוח לאחר הלידה, טובת הילד צריכה להיות שיקול ראשון במעלה, ויש להביא בחשבון את זכויותיהם וחובותיהם של הורי היילוד, האפוסטרופוסים שלו או אנשים אחרים האחראים לו משפטית (האמנה בדבר זכויות הילד, סעיף 3). אם ניתוח לשינוי מין או לשחזור אברי מין נשקל רק בשלב מאוחר יותר בילדות, "מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד" (האמנה בדבר זכויות הילד, סעיף 11(1)).

49. ראו: UN Working Group on Arbitrary Detention, Opinions No. 22/2006 on Cameroon and No. 42/2008 on Egypt; A/HRC/16/47, annex, para. 8(e).

ויחס או עונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים אחרים, במתקני כליאה קיים בדרך כלל מדרג נוקשה, ואנשים הנמצאים בתחתית הסולם, כמו עצירים להט"בים, סובלים מאפליה מרובדת. לאסירות טנרסג'נדריות (זכר-לנקבה) נשקפת סכנה מיוחדת של התעללות גופנית ומינית אם יוחזקו ביחד עם האוכלוסייה הגברית הכללית בכלא.⁵⁰ גם הפרדה מנהלית או כליאה בבידוד, הנובעות רק מהיותו של אדם להט"ב, עלולות להסב נזק פסיכולוגי חמור.⁵¹

23. נורמות וערכים חברתיים, לרבות מה שמכונה "כבוד המשפחה", קשורים בדרך כלל קשר הדוק לבקשות של להט"בים למעמד של פליט. בעוד מורת רוח "בלבד" מצד המשפחה או הקהילה אינה עולה לכדי רדיפה, היא עשויה להיות מרכיב חשוב בהקשר הכולל של הבקשה. כאשר מורת הרוח של המשפחה או הקהילה באה לידי ביטוי למשל באיומים באלימות גופנית קשה או אפילו באיום של רצח "על רקע כבוד המשפחה" או בידי בני הקהילה הרחבה יותר, הדבר יסווג בבירור כרדיפה.⁵² צורות אחרות של רדיפה כוללות נישואין בכפייה או מתחת לגיל המותר, הריון כפוי ו/או אונס בין בני זוג (על אונס, ראו פס' 20 לעיל). בהקשר של מקרים הנוגעים לנטייה מינית ו/או לזהות מגדרית, צורות כאלה של רדיפה משמשות פעמים רבות כאמצעי להכחשה של החרגה מהנורמות או ל"תיקון" שלה. לנשים לסביות וביסקסואליות ולטרנסג'נדרים משני המינים נשקפת סכנה מיוחדת של פגיעה כזו בשל האי-שוויון המגדרי הרווח המגביל אותן בקבלה עצמאית של החלטות בכל הנוגע למיניות, רבייה וחיי משפחה.⁵³

24. ייתכן גם כי להט"בים לא יוכלו ליהנות באופן מלא מזכויות האדם שלהם בכל מה שקשור למשפט הפרטי ולדיני המשפחה, לרבות ירושה, משמורת, זכויות ביקור אצל ילדים וזכויות פנסיה.⁵⁴ זכותם לחופש הביטוי, ההתאגדות וההתכנסות עלולה להיות מוגבלת.⁵⁵ כמו כן, עלולה להישלל מהם קשת שלמה של זכויות כלכליות וחברתיות, לרבות בהקשר של דיו, חינוך⁵⁶ ושירותי בריאות.⁵⁷ מבני נוער להט"בים עשויה להימנע האפשרות ללמוד בבית הספר והם עשויים להיחשף להטרדה ולמעשי בריונות ו/או להרחקה מבית הספר. נידוי מצד הקהילה עלול להזיק לבריאותם הנפשית של המנוודים, בייחוד אם נידוי כזה אורך תקופה ממושכת וכאשר הוא מתרחש

ראו גם: נציבות האו"ם לפליטים, "קווים מנחים למשמורת: הנחיות בדבר קריטריונים וסטנדרטים בני יישום הקשורים למשמורת של מבקשי מקלט ולחלופות משמורת", 2012 (להלן: "נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים למשמורת"), זמין בכתובת: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

50. OHCHR, Report on Sexual Orientation and Gender Identity, para. 34.

51. כפי שצוין בקווים המנחים של הנציבות למשמורת, "כליאה בבידוד אינה דרך ראויה לקיים או להבטיח את ההגנה על אנשים אלה", פס' 65.

52. ועדת האו"ם לזכויות האדם והמועצה האינטר-אמריקאית לזכויות האדם הגיעו למסקנה שאי-פעולה מצד המדינה ביחס לאיומי מוות מהווה הפרה של הזכות לחיים. ראו גם: *RRT Case No. 0902671*, [2009] RRTA 1053, Australia, Refugee Review Tribunal, 19 November 2009, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b57016f2.html>. במקרה זה נקבע כי "הסיכוי שלמבקש המקלט צפויה פגיעה חמורה, וייתכן שאף מוות מטעמי כבוד, אם ישוב ל[ארץ המוצא] כעת או בעתיד הסביר הנראה לעין, הוא ממשי ועולה לכדי פגיעה חמורה... בכך שהיא מחושבת או מכוונת וכרוכה ברדיפה מטעם הקבוע באמנה". ראו גם: *Muckette v. Minister of Citizenship and Immigration*, 2008 FC 1388, Canada, Federal Court, 17 December 2008, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4989a27e2.html>. התיק הוחזר לבחינה מחודשת כיוון שהערכאה הנמוכה "לא התייחסה לשאלה האם היה ממש, במידה כלשהי, באיומי המוות, ולמעשה התעלמה מהם כיוון שאיש לא ניסה להרוג את מבקש המקלט".

53. OHCHR, Report on Sexual Orientation and Gender Identity, para. 66.

54. שם, פס' 68-70.

55. שם, פס' 62-65.

56. שם, פס' 58-61.

57. שם, פס' 54-57.

בלי שהדבר זוכה להתייחסות ובלי שאיש יידרש לתת על כך את הדין. במקרה נתון, ההשפעה המצטברת של הגבלות כאלה על מימוש זכויות האדם עלולה לעלות לכדי רדיפה.

25. להט"בים עלולים לחוות גם אפליה בגישה לתעסוקה ובשמירה על מקום העבודה.⁵⁸ נטייתם המינית ו/או זהותם המגדרית עלולות להיחשף במקום העבודה ועקב כך הם עלולים לסבול מהטרדה, הורדה בדרגה או פיטורין. שלילת תעסוקה מטרנסג'נדרים, המשולבת לעתים קרובות עם היעדר דיור ותמיכה משפחתית, עשויה פעמים רבות לאלץ אותם באופן מיוחד לעסוק במין לפרנסתם, דבר החושף אותם למגוון סכנות גופניות וסיכוני בריאות. אף שפיטורין מעבודה אינם נחשבים ככלל לרדיפה, ואפילו היו הפיטורין מפלים או בלתי הוגנים, במקרה של אדם היכול להוכיח כי בשל זהותו כלהט"ב אין זה סביר כלל כי יוכל ליהנות מצורה כלשהי של עבודה לשם רווח בארץ המוצא, ייתכן שהדבר יהווה רדיפה.⁵⁹

חוקים המגדירים יחסי מין בין בני אותו מין כפשע

26. מוצאם של לסביות, הומוסקסואלים וביסקסואלים רבים המגישים בקשות למקלט בארצות שיחסי מין בין בני אותו מין מוגדרים בהן כפשע. הוכח בבירור כי חוקים פליליים כאלה הם מפלים, ומפרים נורמות בינלאומיות של זכויות האדם.⁶⁰ כאשר נשקפת לאנשים סכנה של רדיפה או של ענישה, כמו עונש מוות, עונשי מאסר או ענישה גופנית חמורה, לרבות הלקאה, ברור באופן מיוחד שחוקים אלה, מעצם אופיים, משקפים רדיפה.⁶¹

58. שם, פס' 51-53.

59. USCIS, Guidance for Adjudicating LGBTI Claims, p. 23.

ראו גם:

Kadri v. Mukasey, US, Nos. 06-2599 & 07-1754, (1st Cir. 2008), 30 September 2008, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/498b0a212.html>.

התיק הוחזר לבחינה מחדש של אמות המידה לרדיפה כלכלית, תוך הפנייה למקור זה:

T-Z-, 24 I & N. Dec. 163 (US Board of Immigration Appeals, 2007).

במקרה זה נקבע כי "פגיעה או סבל [לא גופניים]... כגון כפייה מכוונת של קיפוח כלכלי חמור או שלילת חירות, מזון, דיור, תעסוקה או צרכים אחרים החיוניים לחיים, עלולה לעלות לכדי רדיפה".

60. ראו למשל, *Toonen v. Australia*, הערת שוליים 11 לעיל. במקרה זה נקבע כי החוק הנוגע למעשי דום בשטח הנדון מפר את הזכות לפרטיות ואת הזכות לשוויון בפני החוק.

61. European Union, European Parliament, 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 protection granted (recast), (hereafter "EU Qualification Directive"), Article 9; COC and Vrije Universiteit Amsterdam, *Fleeing Homophobia, Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, September 2011 (hereafter "Fleeing Homophobia Report") available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ebba7852.html>, pp. 22–24.

ראו גם:

Arrêt n° 50 966, Belgium, Conseil du Contentieux des Etrangers, 9 November 2010, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad967f2.html>.

במקרה זה, הנוגע לאישה לסבית, נמצא כי עונש מאסר של 5-1 שנים בגין התנהגות הומוסקסואלית וקנסות הנעים בין 100 אלף למיליון וחצי פרנק CFA, והעובדה שהחברה הומופובית, די בהם כדי לבסס רדיפה בניסיונות המקרה. פס' 5.7.1. קביעה דומה נרשמה במקרה של גבר הומוסקסואל:

Arrêt n° 50 967, Belgium, Conseil du Contentieux des Etrangers, 9 November 2010, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad97d92.html>.

27. חוקים פליליים האוסרים על קיום יחסי מין בין בני אותו מין, אפילו כאשר אינם נאכפים באורח סדיר או כאשר הם נאכפים לעתים נדירות או אינם נאכפים כלל, עלולים להוביל למצוקה בלתי נסבלת, העולה לדרגת רדיפה, עבור לסביות, הומוסקסואלים וביסקסואלים. הגדרתם של יחסי מין בין בני אותו מין כעברה פלילית עלולה, בכפוף להקשר של הארץ הנדונה, ליצור אווירה של דיכוי ושל חוסר סובלנות או לתרום לאווירה כזו ולהוביל לאיום ברדיפה על מי שמקיים יחסים כאלה. קיומם של חוקים כאלה עלול לשמש לצורך סחיטה מצד הרשויות או מצד גורמים שאינם מדינה. חוקים כאלה יכולים לקדם רטוריקה פוליטית העלולה לחשוף לסביות, הומוסקסואלים וביסקסואלים לסכנה של פגיעה הנושאת אופי של רדיפה. הם עלולים גם להניא לסביות, הומוסקסואלים וביסקסואלים מחתירה לקבלת הגנה מהמדינה או למנוע את קבלתה בפועל.

28. הערכת ה"פחד המבוסס להיות נרדף" במקרים כאלה צריכה להסתמך על ראיות, ולהתמקד הן בפרט והן בהקשר הנסיבתי של המקרה. יש לבחון את המערכת המשפטית בארץ הנדונה, לרבות כל חקיקה רלוונטית, פרשנותה, החלטה והשפעתה בפועל על מבקש המקלט.⁶² יסוד ה"פחד" מתייחס לא רק לאנשים שחוקים כאלה כבר הוחלו עליהם, אלא גם לאנשים השואפים להימנע מהסכנה שיוחלו עליהם. כשאין במידע מארץ המוצא כדי לבסס תשובה לשאלה האם חוקים אלה נאכפים בפועל, או באיזו מידה הם נאכפים, ניתן לראות באקלים הומופובי רווח וכללי בארץ המוצא ראיה המלמדת על-כך שלהט"בים אכן נרדפים.

29. אפילו במקומות שבהם יחסים בהסכמה בין בני אותו מין אינם מוגדרים כעברה בהוראות חוק ספציפיות, חוקים שתחולתם כללית, למשל חוקים הנוגעים למוסר הציבורי או לסדר הציבורי (לדוגמה ביחס לשוטטות) עלולים להיות מוחלים באופן בררני ולהיאכף באורח מפלה על להט"בים, וכך להפוך את חייהם של מבקשי המקלט לבלתי נסבלים, וכפועל יוצא לעלות לכדי רדיפה.⁶³

הסתרת הנטייה המינית ו/או הזהות המגדרית

30. לעתים קרובות, להט"בים שומרים בסוד היבטים מסוימים בחייהם, לא פעם חלקים גדולים מהם. רבים מהם לא היו חיים בגלוי כלהט"בים בארץ מוצאם וחלקם לא היו מקיימים מערכות יחסים אינטימיות כלשהן. רבים מדכאים את נטייתם המינית ו/או את זהותם המגדרית כדי להימנע מההשלכות החמורות שנודעו לחשיפתן, לרבות הסכנה שימיטו על עצמם ענישה פלילית קשה, פשיטות שרירותיות על ביתם, אפליה, מורת רוח חברתית או הדרה ממשפחתם.

31. האפשרות שמגיש בקשה יוכל להימנע מרדיפה באמצעות הסתרת נטייתו המינית או זהותו המגדרית או באמצעות שמירה על "דיסקרטיות" בעניין זה והאפשרות שכך נהג בעבר אינן בגדר טעמים תקפים לשלילת מעמד של פליט. כפי שאושר בהחלטות רבות שהתקבלו בתחומי שיפוט רבים, לא ניתן לשלול מאדם את מעמדו כפליט על סמך דרישה שישנה או יסתיר את זהותו,

62. נציבות האו"ם לפליטים, **מדריך**, פס' 45.

63. *RRT Case No. 1102877*, [2012] RRTA 101, Australia, Refugee Review Tribunal, 23 February 2012, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f8410a52.html>, paras. 89, 96; *RRT Case No. 071862642*, [2008] RRTA 40, Australia: Refugee Review Tribunal, 19 February 2008, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4811a7192.html>.

דעותיו או מאפייניו כדי להימנע מרדיפה.⁶⁴ להט"בים זכאים לחופש הביטוי ולחופש ההתאגדות כפי שאנשים אחרים זכאים להם.⁶⁵

32. כשמביאים בחשבון את העיקרון הכללי הזה, השאלה שיש לשקול היא באיזה מצב קשה ייתקל מגיש הבקשה אם יוחזר לארץ מוצאו. הדבר מצריך בחינה עובדתית של העלול להתרחש אם מגיש הבקשה יחזור לארץ אזרחותו או לארץ מגוריו הקבועה ושל האפשרות שהדבר עולה לכדי רדיפה. השאלה אינה האם מגיש הבקשה יכול באמצעות שמירה על דיסקרטיות לחיות בארץ היא בלי להמיט על עצמו השלכות קשות. חשוב לציין שגם אם מגישי בקשות הצליחו עד כה להימנע מכך שיפגעו בהם באמצעות הסתרה, ייתכן שנסיבות חייהם ישתנו לאורך הזמן וייתכן שהשמירה על החשאיות לא תתאפשר לכל אורך תקופת חייהם. כמו כן, ייתכן שהסכנה שסודם יתגלה אינה תלויה בהתנהלותם שלהם בלבד. כמעט תמיד יש אפשרות שהסוד יתגלה בניגוד לרצון האדם המחזיק בו, למשל במקרה או באמצעות שמועות או חשד מתגבר.⁶⁶ כמו כן, חשוב להכיר בכך שגם אם להט"בים מסתירים את נטייתם המינית או את זהותם המגדרית עדיין עלולה להישקף להם סכנה של חשיפה ושל נזק הקשור בה בגין אי-ציות לנורמות החברתיות המצופות מהם (למשל להינשא ולהביא ילדים לעולם). היעדרן של פעילויות והתנהגויות מסוימות המצופות מהם מציין הבדל בינם לבין אנשים אחרים ועלול לסכן אותם.⁶⁷

33. הכורח להסתיר את הנטייה המינית ו/או את הזהות המגדרית עלול גם להסב נזק פסיכולוגי משמעותי ופגיעות אחרות. גישות, נורמות וערכים מפלים וכאלה המגלמים מורת רוח עלולים

64. למשל *HJ and HT*, הערת שוליים 30 לעיל; UNHCR, *HJ and HT*, הערת שוליים 30 לעיל, פס' 33-26; *S395/2002*, הערת שוליים 31 לעיל; *Refugee Appeal No. 74665*, הערת שוליים 31 לעיל; *Karouni*, הערת שוליים 32 לעיל; וכן:

KHO:2012:1, Finland, Supreme Administrative Court, 13 January 2012, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f3cdf7e2.html>.

ראו גם: נציבות האו"ם לפליטים, "קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 2: 'השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים' בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים", 7 במאי 2002, HCR/GIP/02/02 (להלן "נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין קיבוץ חברתי"), זמין בכתובת: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f23f4.html>, פס' 6, 12; נציבות האו"ם לפליטים, "קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 6: בקשות למעמד של פליט המבוססות על דת על-פי סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים", 28 באפריל 2004, HCR/GIP/04/06 (להלן "נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין דת"), פס' 13; וכן:

UNHCR, *Secretary of State for the Home Department (Appellant) v. RT (Zimbabwe), SM (Zimbabwe) and AM (Zimbabwe) (Respondents) and the United Nations High Commissioner for Refugees (Intervener) - Case for the Intervener*, 25 May 2012, 2011/0011, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fc369022.html>, para. 9.

65. כפי שציין בית המשפט העליון של בריטניה בתיק *HJ and HT*, הערת שוליים 30 לעיל: "ההיגיון המנחה מאחורי האמנה הוא ... שאנשים צריכים להיות מסוגלים לחיות בחופשיות, בלי לפחד שהם עלולים לסבול מפגיעה באינטנסיביות או במשך הדרושים משום שהנם למשל שחורים או צאצאים של רודן כלשהו מהעבר או הומוסקסואלים. בהיעדר כל אינדיקציה לכך שההפך הוא הנכון, פירושו של דבר שהם חייבים להיות חופשיים לחיות בגלוי בדרך זו ללא פחד מפני רדיפה. כשהמדינה הקולטת מאפשרת להם לחיות בגלוי ללא פחד זה, היא בעצם מעניקה להם הגנה המהווה תחליף להגנה שארץ מולדתם הייתה אמורה להעניק להם", פס' 53.

66. *S395/2002*, הערת שוליים 31 לעיל, פס' 58-56.

67. *SW (lesbians - HJ and HT applied) Jamaica v. Secretary of State for the Home Department, UK, CG [2011] UKUT 00251(IAC), Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber)*, 24 June 2011, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e0c3fae2.html>.

לפגוע פגיעה ניכרת בבריאות הנפש והגוף של להט"בים⁶⁸ ובמקרים מסוימים הדבר עלול להוביל למצבים קשים ובלתי נסבלים העולים לכדי רדיפה.⁶⁹ תחושות של דיכוי עצמי, חרדה, בושה, בידוד ואפילו שנאה עצמית, העלולות להתעורר באדם בתגובה לחוסר יכולתו להיות גלוי לגבי מיניותו או זהותו המגדרית, הן גורמים שיש להביא בחשבון, גם כשמדובר בטווח הארוך.

סוכני רדיפה

34. הגדרת הפליט רחבה דיה להכיר הן ברדיפה שמקורה בגורמים מטעם המדינה והן ברדיפה שמקורה בגורמים שאינם המדינה. רדיפה מטעם המדינה יכולה להתבצע למשל באמצעות הוצאה מחוץ לחוק של יחסי מין בהסכמה בין בני אותו מין ואכיפת החוקים הקשורים בכך, או כתוצאה של פגיעות שהסבו גורמים רשמיים מטעם המדינה או כאלה הנתונים לפיקוחה, כמו המשטרה והצבא. גם מעשים בודדים של אנשי רשויות "ססרחו" יכולים להיחשב לרדיפה מטעם המדינה, בייחוד במקרים שבהם מדובר באיש משטרה או סוכנות אחרת המתימרת להגן על אנשים.⁷⁰

35. במצבים שבהם סכנת הפגיעה נשקפת מגורמים שאינם המדינה, מוכחת רדיפה אם המדינה אינה יכולה או אינה מוכנה לספק הגנה מפני פגיעה כאמור. גורמים שאינם המדינה, לרבות בני משפחה, שכנים וכלל הקהילה, עלולים להיות מעורבים במעשי רדיפה, בין במישרין ובין בעקיפין, לרבות איום, הטרדה, אלימות בתוך המשפחה וצורות אחרות של אלימות גופנית, פסיכולוגית או מינית. יש ארצות שבהן ארגונים חמושים או אלימים, כגון ארגונים צבאיים למחצה וקבוצות מורדים, וכן כנופיות פשע וקבוצות הנוטלות את החוק לידיים, עלולים לפגוע במכוון ובאופן ספציפי בלהט"בים.⁷¹

36. בתרחישים שמעורבים בהם סוכני רדיפה שאינם מטעם המדינה, הגנת המדינה מפני מושא הפחד, עלפי הנטען, צריכה להיות זמינה ויעילה.⁷² בדרך כלל, הגנת המדינה לא תיחשב זמינה ואף

68. אפליית להט"בים לרעה נתפסת כקשורה לבעיות בתחום בריאות הנפש. מחקרים מראים שגישות שליליות כלפי אי-הטרנססואליות שהופנמו על-ידי לסביות, הומוסקסואלים וביסקסואלים היו קשורות לקשיים בהערכה העצמית, דיכאון, מצוקה פסיכו-סוציאלית ופסיכולוגית, בריאות הגוף, אינטימיות, תמיכה חברתית, איכות מערכות היחסים והתפתחות הקריירה. לדיון נוסף ראו:

APA, "Practice Guidelines for LGB Clients, Guidelines for Psychological Practice with Lesbian, Gay, and Bisexual Clients" (hereafter "APA, Practice Guidelines for LGB Clients"), available at: <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/guidelines.aspx?item=3>.

69. *Pathmakanthan v. Holder*, US, 612 F.3d 618, 623 (7th Cir. 2010), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d249efa2.html>.

70. ראו *Ayala v. US Attorney General*, הערת שוליים 42 לעיל. היחס שניתן על-ידי קבוצה של שוטרים (שוד ותקיפה מינית) עלה לכדי רדיפה ונקבע שהוא ניתן על סמך נטייתו המינית של מגיש הבקשה.

71. *P.S., a/k/a S.J.P., v. Holder, Attorney General*, US, No. 09-3291, Agency No. A99-473-409, (3rd Cir. 2010), 22 June 2010, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fbf263f2.html>.

מקרה זה נוגע לגבר הומוסקסואל שהותקף על-ידי ארגון חמוש שאינו מדינה. ראו גם: *RRT Case No. N98/22948*, [2000] RRTA 1055, Australia, Refugee Review Tribunal, 2 November 2000, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b7a97fd2.html>.

במקרה זה נקבע שנשקפה למגיש הבקשה סכנת רדיפה מידי קבוצות הנוטלות את החוק לידיים. תפיסתם של גברים הומוסקסואלים עניים כאנשים חסרי ערך מעמידה אותם בסכנה ליפול קרבן למבצעי "טיהור חברתי".

72. נציבות האו"ם לפליטים, **מדריך**, פס' 101-97; וכן:

UN Human Rights Committee, General Comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/478b26ae2.html>, paras. 8,

לא יעילה במקרים שבהם, למשל, המשטרה אינה נותנת מענה לבקשות הגנה או הרשויות מסרבות למלא כראוי את תפקידן בחקירה, העמדה לדין או ענישה של גורמים (שאינם מדינה) הנוהגים באלימות כלפי להט"בים.⁷³ בהתאם למצב בארץ המוצא, חוקים הקובעים כי יחסים בין בני אותו המין אינם חוקיים הם בדרך כלל סימן לכך שההגנה על לסביות, הומוסקסואלים וביסקסואלים אינה זמינה. במקרים שבהם ארץ המוצא מותירה חוקים כאלה על כנם לא יהיה זה סביר לצפות שמגיש הבקשה יבקש תחילה את הגנת המדינה מפני פגיעות המבוססות על מה שמוגדר בראי החוק כמעשה פלילי. במצבים כאלה יש להניח כי בהיעדר ראיות המצביעות על כך שההפך הוא הנכון, המדינה הנוגעת בדבר אינה יכולה או אינה מוכנה להגן על מגיש הבקשה.⁷⁴ בדומה לבקשות מסוגים אחרים, גם כאן מגיש הבקשה לא נדרש להוכיח שלפני מנוסתו הוא פנה לרשויות בבקשה לקבל הגנה. מה שעליו להוכיח הוא שאם יחזור ההגנה לא תהיה או לא סביר שתהיה זמינה או יעילה.

37. במקרים שבהם המצב המשפטי והחברתי-כלכלי של להט"בים בארץ המוצא משתפר, יש להעריך בזהירות את זמינות הגנת המדינה ויעילותה על סמך מידע מהימן ומעודכן מארץ המוצא. הרפורמות לא יכולות להיות רק לתקופת מעבר. במקומות שבוטלו בהם חוקים המגדירים יחסי מין בין בני אותו מין כפשע או ננקטו צעדים אחרים בכיוון הנכון, ייתכן שלרפורמות כאלה לא תהיה השפעה בעתיד המידי או הנראה לעין על האופן שבו החברה מתייחסת באופן כללי לאנשים עם נטייה מינית או זהות מגדרית שונות.⁷⁵ קיומם של יסודות מסוימים, כמו חוקים נגד אפליה או נוכחות של ארגוני להט"בים ואירועי להט"בים, אין בו בהכרח כדי לערער את הקביעה שהפחד של מגיש הבקשה מבוסס.⁷⁶ הגישות של החברה עשויות שלא לעלות בקנה אחד עם החוק, וייתכן שהדעות הקדומות מושרשות בקרבה, כך שבמקומות שבהם הרשויות אינן אוכפות חוקי הגנה הסכנה נמשכת.⁷⁷ נדרש שינוי בפועל, ולא רק להלכה, וחיוני לנתח את הנסיבות בכל מקרה ומקרה.

15–16; CEDAW, General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 19 October 2010, CEDAW/C/2010/47/GC.2, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d467ea72.html>, para. 36.

73. ראו למשל:

UK Home Office, "Sexual Orientation Issues in the Asylum Claim", 6 October 2011, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4eb8f0982.html>, p. 6.

74. UNHCR, Summary Conclusions of Roundtable, para. 8.

75. RRT Case No. 0905785, [2010] RRTA 150, Australia, Refugee Review Tribunal, 7 March 2010, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c220be62.html>, para. 88.

במקרה זה נקבע כי לא סביר שהפיכת מעשים הומוסקסואליים לחוקיים בארץ המסוימת תשפיע באופן מידי על האופן שבו אנשים תופסים הומוסקסואליות.

76. USCIS, Guidance for Adjudicating LGBTI Claims, p. 25.

ראו גם:

Guerrero v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2011 FC 860,

Canada, Federal Court, 8 July 2011, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fa952572.html>.

במקרה זה נקבע כי נוכחותם של ארגונים לא ממשלתיים רבים הנאבקים באפליה המבוססת על נטייה מינית היא כשלעצמה גורם משמעותי במסגרת בחינת התנאים בארץ.

77. ראו:

Judgment No. 616907, K, France, Cour nationale du droit d'asile, 6 April 2009.

תקציר הפסיקה זמין בתוך:

ג. הקשר הסיבתי ("מטעמי")

38. בדומה לסוגים אחרים של בקשות למעמד של פליט, הפחד המבוסס מפני רדיפה חייב להיות קשור באחד או יותר מחמשת הטעמים שנקבעו בהגדרת הפליט שבסימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951. הטעם שנקבע באמנה צריך להיות גורם התורם לפחד המבוסס מפני רדיפה אף כי אין צורך להוכיח כי הוא הטעם היחיד ואפילו לא הדומיננטי שבטעמים.

39. הגורמים הרודפים עשויים לנסות להצדיק את האלימות שבה הם נוהגים כלפי להט"בים בכוונה "לתקן" את האדם, "לרפא" אותו או "לטפל" בו.⁷⁸ הכוונה או המניע של הגורם הרודף יכולה להיות יסוד רלוונטי בקביעת "הקשר הסיבתי" אך אין זה בגדר תנאי מוקדם.⁷⁹ אין כל צורך להראות שלגורם הרודף יש כוונה להעניש במעשיו את האדם הנרדף כדי לבסס את הקשר הסיבתי.⁸⁰ במוקד העניין נמצאים הטעמים למצב הקשה שממנו פוחד מגיש הבקשה בתוך ההקשר הכללי של המקרה, והאופן שבו הוא יחווה את הפגיעה, ולא הלך המחשבה של הגורם הרודף. אף על פי כן, במקרים שבהם ניתן להראות שהרודף מייחס למגיש הבקשה טעם מהטעמים שנקבעו באמנה או טופל עליו טעם כזה, די בכך כדי לענות על התנאי של קשר סיבתי.⁸¹ במקרים שבהם נשקפת סכנת רדיפה מצד גורם לא ממשלתי, אפשר שהקשר הסיבתי יוכח אם סביר שהגורם שאינו מדינה יפגע בלהט"ב בשל אחד הטעמים שנקבעו באמנה או אם לא סביר שהמדינה תגן עליו מאחד הטעמים שנקבעו באמנה.⁸²

ד. הטעמים שנקבעו באמנה

40. חמשת הטעמים שנקבעו באמנה, כלומר גזע, דת, אזרחות (לאום), השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים והשקפה מדינית (פוליטית) אינם מוציאים זה את זה, ועשויה להיות ביניהם חפיפה. ייתכן שבמקרה נתון, יותר מטעם אחד מהטעמים שנקבעו באמנה יהיה רלוונטי. בקשות למעמד של פליט המבוססות על נטייה מינית ו/או על זהות מגדרית מוכרות לרוב במסגרת הטעם "השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים". עם זאת, גם טעמים אחרים עשויים להיות רלוונטיים, בכפוף להקשר הפוליטי, הדתי והתרבותי של הבקשה. למשל, לפעילים להט"בים וללהט"בים שהם מגני זכויות האדם (או לאנשים הנתפסים כפעילים או מגני זכויות האדם) עשויות להיות טענות המבוססות על השקפה מדינית (פוליטית), על דת או על שתיהן גם יחד אם למשל פעילותם הציבורית נתפסת כחותרת תחת ההשקפות ו/או הפרקטיקות הפוליטיות או הדתיות הדומיננטיות.

Contentieux des réfugiés: Jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour nationale du droit d'asile - Année 2009, 26 October 2010, available at:

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad9db02.html>, pp. 61–62.

בפסיקה זו גבר הומוסקסואל משטח מסוים הוכר כפליט על סמך העובדה שאף על פי שחוק משנת 2004 אסר על כל אפליה על סמך נטייה מינית, אנשים שהפגינו בפומבי את נטייתם ההומוסקסואלית סבלו דרך קבע מהטרדה ואפליה לרעה מבלי שיוכלו להזיק עצמם להגנת הרשויות.

78. עיקרון מס' 18 לעקרונות יוגיאקרטה.

79. נציבות האו"ם לפליטים, **מדריך**, פס' 66.

80. בתיק *Pitcherskaia v. INS*, הערת שוליים 46 לעיל, נמצא כי אין הצדקה לדרישה שמגיש הבקשה יוכיח שכוונת הרודף להענישו.

81. UNHCR, "Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees", April 2001, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b20a3914.html>, para. 19.

82. נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין קיבוץ חברתי, פס' 23.

41. אנשים עלולים לסבול מרדיפה בשל נטייתם המינית או זהותם המגדרית כפי שהן באמת או כפי שהן נתפסות. ייתכן שההשקפה, האמונה או ההשתייכות ייוחסו למגיש הבקשה בידי המדינה או סוכן רדיפה שאינו מדינה, גם אם לאמתו של דבר אינו להט"ב, ועקב כך, ייתכן שהאדם יסבול מרדיפה על סמך תפיסה זו. למשל, ייתכן שנשים וגברים שאינם תואמים לסטריאוטיפים בהופעתם החיצונית ובתפקידים שהם ממלאים ייתפסו כלהט"בים. אין צורך שהם יהיו באמת להט"בים.⁸³ לעתים קרובות, טרנסג'נדרים חווים פגיעה על סמך נטייה מינית שטפלו עליהם. ייתכן שבני זוג של טרנסג'נדרים ייתפסו כהומוסקסואלים או לסביות או פשוט כמי שאינם מציינים כלכלי המגדר המקובלים ולהתנהגות המקובלת או כיוון שקשרו עצמם עם טרנסג'נדרים.

דת

42. במקרים שבהם בשל נטייתו המינית של אדם או זהותו המגדרית הוא נתפס כמי שאינו מציינת לדוקטרינה של דת מסוימת וכפועל יוצא פוגעים בו פגיעה קשה או מענישים אותו בחומרה, ייתכן שיש לו פחד מבוסס מפני רדיפה מטעמי דת.⁸⁴ התפיסות העולות מהדוקטרינות של הדתות הגדולות בעולם לגבי נטייה מינית ו/או זהות מגדרית שונות זו מזו, ומקצתן אף השתנו לאורך הזמן או בהקשרים ספציפיים. הן נעות מגינוי מוחלט, לרבות תפיסה של הומוסקסואליות כ"תועבה", "חטא", "הפרעה" או כפירה, ועד קבלה מוחלטת של מגוון נטיות מיניות וזהויות מגדריות. ייתכן שגם אנשים שאינם להט"בים יסבלו מרדיפה מטעמי דת, למשל במקרים שבהם הם נתפסים (לשווא) כלהט"בים או במקרים שבהם הם תומכים או נראה שהם תומכים בהם או בזכויותיהם.

43. גישות שליליות של קבוצות וקהילות דתיות כלפי להט"בים יכולות לבוא לידי ביטוי במגוון דרכים, החל בעידוד אנשים מקרב חסידי האמונה שלא לעסוק בפעילות חדמינית או בהתנהגות טרנסג'נדרית או לבטא זהות טרנסג'נדרית וכלה בהתנגדות פעילה, לרבות מחאות, הכאה, חשיפת שמות והלבנת פנים ו"נידוי" או אפילו הוצאה להורג. טעמי הדת וההשקפה המדינית עשויים לחפוף במקומות שאין בהם הפרדה ברורה בין המוסדות הדתיים לבין מוסדות המדינה.⁸⁵ ארגונים דתיים עלולים לטפול על להט"בים התנגדות לדוקטרינה שלהם או למרותם, בין שאכן כך הדבר ובין אם לאו. ייתכן שמגישי בקשות להט"בים ימשיכו להצהיר על דבקותם בדת שבמסגרתה הם נפגעו או נשקפה להם סכנת פגיעה.

83. נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין רדיפה הקשורה במגדר, פס' 32. וכן: UNHCR, *Advisory Opinion by UNHCR to the Tokyo Bar Association Regarding Refugee Claims Based on Sexual Orientation*, 3 September 2004, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4551c0d04.html>, para. 5.

ראו גם:

Kwasi Amanfi v. John Ashcroft, Attorney General, US, Nos. 01-4477 and 02-1541, (3rd Cir. 2003), 16 May 2003, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47dfb2c1a.html>.

תיק זה נוגע למגיש בקשה שטען לרדיפה על סמך הומוסקסואליות שטפלו עליו.

84. נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין רדיפה הקשורה במגדר, פס' 25. על דרך האנלוגיה, ראו:

In Re S-A, Interim Decision No. 3433, US Board of Immigration Appeals, 27 June 2000, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6f224.html>.

85. נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין רדיפה הקשורה במגדר, פס' 26.

השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים

44. האמנה משנת 1951 אינה כוללת רשימה ספציפית כלשהי של קיבוצים חברתיים מסוימים. בהתאם לכך, "יש לקרוא את המונח השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים באופן מתפתח, פתוח לטבע המגוון והמשתנה של קבוצות בחברות שונות ולנורמות הבינלאומיות המתפתחות בתחום זכויות האדם".⁸⁶ נציבות האו"ם לפליטים מגדירה קיבוץ חברתי מסוים כך:

קבוצת בני אדם החולקים ביניהם מאפיין משותף, מלבד הסכנה כי יירדפו, או בני אדם הנתפסים כקבוצה על-ידי החברה. לעתים קרובות, המאפיין יהיה מולד, בלתי ניתן לשינוי או כזה המהותי באופן אחר לזהות, למצפון או למימוש זכויות האדם של הפרט.⁸⁷

45. גישת "התפיסה החברתית" וגישת "המאפיינים המוגנים" לזיהויו של קיבוץ חברתי מסוים, המשתקפות בהגדרה זו, הן גישות חלופיות זו לזו ולא מבחנים מצטברים. גישת "המאפיינים המוגנים" בוחנת אם החברים בקבוצה חולקים ביניהם אחד מהשניים: או מאפיין שהוא מולד או בלתי ניתן לשינוי, או מאפיין כה מהותי לכבוד האדם עד שאסור להכריח איש לוותר עליו. מנגד, גישת "התפיסה החברתית", בוחנת אם החברים בקיבוץ חברתי מסוים חולקים ביניהם מאפיין משותף המזהה אותם כקבוצה או מבחין אותם מכלל החברה אם לאו.

46. בין אם מחילים את גישת "המאפיינים המוגנים" ובין אם מחילים את גישת "התפיסה החברתית", יש הכרה נרחבת בכך שכאשר מחילים נכון כל אחת משתי הגישות, לסביות,⁸⁸ גברים הומוסקסואלים,⁸⁹ בייסקסואלים⁹⁰ וטרנסג'נדרים⁹¹ הם חברים ב"קיבוצים חברתיים מסוימים" כמשמעותם בהגדרת הפליט.⁹² באופן יחסי, מספר קטן יותר של טענות כאלה נשמעו מפי מגישי בקשות אינטרסקס, אך גם אנשים אלה בעיקרון יענו על דרישות ההגדרה בכל אחת מהגישות.

86. נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין קיבוץ חברתי, פס' 3.

87. שם, פס' 11. ההדגשה הוספה.

88. ראו למשל:

Pitcherskaia v. INS, above footnote 45; *Decisions VA0-01624 and VA0-01625 (In Camera)*, Canada, Immigration and Refugee Board, 14 May 2001, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48246f092.html>; *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department*; *R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*, UK House of Lords (Judicial Committee), 25 March 1999, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dec8abe4.html>, pp. 8–10.

89. ראו למשל:

Matter of Toboso-Alfonso, above footnote 32; *Refugee Appeal No. 1312/93, Re GJ*, New Zealand, Refugee Status Appeals Authority, 30 August 1995, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6938.html>.

90. ראו למשל:

VRAW v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, [2004] FCA 1133, Australia, Federal Court, 3 September 2004, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dada05c2.html>; *Decision T98-04159*, Immigration and Refugee Board of Canada, 13 March 2000, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dada1672.html>.

91. ראו למשל:

RRT Case No. 0903346, above footnote 24; *CE, SSR, 23 juin 1997, 171858, Ourbih*, 171858, France, Conseil d'Etat, 23 June 1997, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b67c14.html>.

92. נטייה מינית ו/או זהות מגדרית נכללו במפורש בהגדרת הפליט בכמה דברי חקיקה אזוריים ובחקיקתן של מדינות מסוימות. למשל, האיחוד האירופי אימץ הגדרה של קיבוץ חברתי מסוים המכירה בכך ש"בהתאם לנסיבות בארץ המוצא, [המונח] קיבוץ חברתי מסוים עשוי לכלול קבוצה על סמך מאפיין משותף של נטייה מינית". EU Qualification Directive, Article 10.

47. נטייה מינית ו/או זהות מגדרית נחשבות למאפיינים מולדים ובלתי ניתנים לשינוי או כמאפיינים כה מהותיים לכבוד האדם עד שאסור להכריח איש לוותר עליהם. במקרים שבהם זהותו של מגיש הבקשה עדיין בשלבי התפתחות, פתוחה בפניו האפשרות לטעון שנטייתו המינית ו/או זהותו המגדרית משתנה או לבטא בלבול או איודאות באשר למיניותו ו/או לזהותו. בשני המצבים, יש להחשיב מאפיינים אלה בכל מקרה למהותיים לזהותו המתפתחת וכנופלים בצדק בגדר טעם הקיבוץ החברתי.

48. הגדרת הפליט אינה מחייבת שהחברים בקיבוץ החברתי המסוים יבואו זה עם זה במגע או שיהיו נראים מבחינה חברתית. אין בגישת "התפיסה החברתית" כדי לרמוז על אווירת קהילה או על הזדהות קבוצתית כפי שקיים בקרב חברים בארגון או אגודה. לפיכך, ייתכן שאפילו החברים בקיבוץ החברתי המסוים לא יזהו זה את זה.⁹³

49. מקבלי החלטות צריכים להימנע מהסתמכות על סטריאוטיפים או על הנחות מוקדמות, לרבות סממנים חזותיים או היעדר סממנים כאלה. הדבר עלול להטעות את המבקשים לקבוע אם מגיש בקשה משתייך לקיבוץ חברתי מסוים. לא כל הלהט"בים נראים או מתנהגים לפי התפיסות הסטריאוטיפיות. בנוסף, אף כי תכונה או מאפיין הבא לידי ביטוי חזותי עשוי לחזק קביעה ולפיה מגיש הבקשה משתייך לקיבוץ חברתי להט"בי, אין זה תנאי מקדים להכרה בקבוצה.⁹⁴ למעשה, ייתכן שקבוצת בני אדם תחתור להימנע מהחצנת מאפייניה בחברה דווקא כדי להימנע מרדיפה (ראו פס' 30-33 לעיל).⁹⁵ גישת "התפיסה החברתית" אינה מחייבת שהתכונה המשותפת תהיה גלויה לעין פשוטו כמשמעו ואף לא שהתכונה תהיה ניתנת לזיהוי קל על-ידי כלל הציבור.⁹⁶ יתר על כן, לא צריך שחברים מסוימים בקבוצה או המאפיינים המשותפים שלהם יהיו מוכרים באופן פומבי בחברה. הקביעה נשענת בפשטות על השאלה האם הקיבוץ "ניתן לזיהוי" או "מובחן מהחברה" במובן המופשט והכללי יותר.

השקפה מדינית

50. יש לפרש את המונח השקפה מדינית (פוליטית) באופן רחב כך שהוא יכלול כל דעה על כל עניין שבו עשויים להיות מעורבים מנגנוני המדינה, החברה או המדיניות.⁹⁷ ניתן לכלול בו דעה על התפקידים המגדריים המצופים במשפחה או בנוגע לחינוך, לעבודה או להיבטים אחרים של החיים.⁹⁸ בנסיבות מסוימות ניתן לראות בביטוי של נטייה מינית או זהות מגדרית שונה עניין

93. נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין קיבוץ חברתי, פס' 15-16.

94. *Judgment No. 634565/08015025, C, France, Cour nationale du droit d'asile, 7 July 2009*, summary available at *Contentieux des réfugiés: Jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour nationale du droit d'asile - Année 2009*, 26 October 2010, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad9db02.html>, pp. 58-59.

פסיקה זו הכירה בגבר הומוסקסואל כפליט אף על פי שלא הצהיר בגלוי שהוא הומוסקסואל ואף לא הפגין זאת.

95. UNHCR, HJ and HT, above footnote 30, para. 26.

96. ראו למשל:

UNHCR, *Valdiviezo-Galdamez v. Holder, Attorney General. Brief of the United Nations High Commissioner for Refugees as Amicus Curiae in Support of the Petitioner*, 14 April 2009, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49ef25102.html>; *Gatimi et al. v. Holder, Attorney General*, No. 08-3197, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 20 August 2009, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4aba40332.html>.

97. *Canada v. Ward*, above footnote 31.

98. נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין רדיפה הקשורה במגדר, פס' 32.

פוליטי, בייחוד בארצות שבהן חריגה כזו מהמוסכמות נתפסת כקוראת תיגר על מדיניות הממשלה או במקומות שבהם היא נתפסת כמאיימת על הנורמות והערכים הדומיננטיים בחברה. הצהרות נגד להט"בים יכולות להיות חלק מהרטוריקה הרשמית של המדינה, למשל הכחשת קיומה של הומוסקסואליות בארץ או טענה שגברים הומוסקסואלים ונשים לסביות אינם נחשבים חלק מהזהות הלאומית.

ה. חלופת המנוסה הפנימית או העתקת המגורים

51. הרעיון של חלופת מנוסה פנימית או העתקת מגורים נוגע לשאלה האם אדם יכול להעתיק את מגוריו לאזור מסוים באותה ארץ, שבו סכנת הרדיפה שהוא פוחד ממנה לא תהיה מבוססת ושבסו סביר יהיה לצפות, בהינתן הנסיבות המסוימות של המקרה, כי יוכל להשתקע ולחיות חיים רגילים.⁹⁹ ההגנה צריכה להיות זמינה בדרך אמתית ומשמעותית. סוכנויות האו"ם, ארגונים לא ממשלתיים, החברה האזרחית וגורמים אחרים שאינם מדינה אינם תחליף להגנה מטעם המדינה.

52. בהקשר של ההערכה ההוליסטית של בקשה למעמד של פליט, הערכת השאלה האם ישנה חלופה של מנוסה פנימית או העתקת מגורים אם לאו מחייבת ניתוח של שני היבטים עיקריים: (i) ניתוח הרלוונטיות;¹⁰⁰ (ii) ניתוח הסבירות.¹⁰¹ בעת ששוקלים את הרלוונטיות ואת הסבירות של אתר מוצע למנוסה פנימית או להעקת מגורים חובה להביא בחשבון שיקולים מגדריים.

53. בנוגע לניתוח הרלוונטיות, אם בארץ שבה מדובר, יחסים חדמיניים מוגדרים כמעשה פלילי והחקיקה הנוגעת לעניין זה נאכפת, מקובל בדרך כלל להניח שחוקים כאלה חלים בכל השטח. במקומות שבהם הפחד מפני רדיפה קשור בחוקים אלה לא יהיה זה רלוונטי לשקול חלופת מנוסה פנימית או העתקת מגורים. חוקים שאינם מתירים לטרנסג'נדרים או לאינטרסקס לגשת לטיפול רפואי או לקבלו אם הם מעוניינים בכך או לשנות את סממני המגדר שלהם בתעודותיהם, חלים גם הם בדרך כלל בכל רחבי הארץ ויש להביאם בחשבון בשעה שבוחנים את המקום המוצע להעקת המגורים.

54. יתר על כן, חוסר סובלנות כלפי להט"בים נוטה, במצבים רבים, להתקיים בכל שטח המדינה ולכן לעתים קרובות חלופת המנוסה הפנימית לא תהיה זמינה. העתקת מגורים אינה חלופה רלוונטית אם היא תחשוף את מגיש הבקשה לצורות הרדיפה המקוריות או לכל צורת רדיפה שהיא. אין להסתמך על חלופת המנוסה הפנימית או העתקת המגורים במקרים שבהם הדבר יהיה כרוך בהסתרה (או בחזרה להסתרה) של נטייתו המינית ו/או זהותו המגדרית של אדם כדי לאפשר לו לחיות בביטחון (ראו פס' 30-33).¹⁰²

99. ראו נציבות האו"ם לפליטים, "קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 4: 'חלופת המנוסה הפנימית או העתקת המגורים' בהקשר של סימן א' (א) (2) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים", 23 ביולי 2003, HCR/GIP/03/04 (להלן "נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים לחלופת המנוסה הפנימית"), פס' 6.

100. ואלה הם היסודות שיש לבחון במסגרת ניתוח זה: האם האזור שאליו תבוצע העתקת המגורים נגיש לאדם באופן מעשי, בטוח וחוקי? האם המדינה היא סוכנת הרדיפה או שמא זהו סוכן רדיפה שאינו המדינה? האם מגיש הבקשה יהיה חשוף לסכנת רדיפה או פגיעה קשה אחרת עם העתקת המגורים?

101. הקריטריון שיש לבחון במסגרת ניתוח זה הוא: האם מגיש הבקשה יכול לחיות חיים רגילים באופן יחסי בלי להיקלע למצוקה מופרזת?

102. ראו למשל:

55. בארצות מסוימות נרשמה התקדמות חברתית ופוליטית הממוקדת לפעמים באזורים עירוניים, ובנסיבות מסוימות ייתכן שאזורים אלה יהיו חלופת העתקת מגורים. בהקשר זה, חשוב להזכיר שנטל ההוכחה כי ניתוח של חלופת העתקת המגורים הוא רלוונטי במקרה המסוים מונח על כתפי מקבל ההחלטות, לרבות איתור המקום המוצע להעתקת מגורים ואיסוף מידע מארץ המוצא על מקום זה (לדיון נוסף ראו פס' 66 להלן).¹⁰³

56. בבואו להכריע אם מנוסה פנימית היא אפשרות סבירה, על מקבל ההחלטות להעריך אם חזרה למקום המוצע להעתקת מגורים תגרום למצוקה מופרזת, בין השאר באמצעות בחינת הנסיבות האישיות של מגיש הבקשה;¹⁰⁴ קיומה של רדיפה בעבר; ביטחון והגנה; כיבוד זכויות האדם; והאפשרות להישרדות כלכלית.¹⁰⁵ מגיש הבקשה צריך להיות מסוגל לממש זכויות פוליטיות, אזרחיות וחברתיות-כלכליות ברמה מינימלית. ייתכן שלנשים יהיו הזדמנויות פחותות בתחום הכלכלי בהשוואה לגברים ואף ייתכן שנשים לא יוכלו לחיות בנפרד מבני משפחה ממין זכר, ויש להעריך עניינים אלה במסגרת ההקשר הכללי של המקרה.¹⁰⁶

1. בקשות SUR PLACE

57. פתח לבקשת sur place עשוי להיפתח לאחר ההגעה לארץ המקלט, בין בשל פעולות מגיש הבקשה בארץ המקלט ובין בשל אירועים שהתרחשו או שעדיין מתרחשים בארץ המוצא של מגיש הבקשה מאז שעזב אותה.¹⁰⁷ פתח לבקשות sur place יכול להיפתח גם בעקבות שינויים בזהות האישית או בביטוי המגדרי של מגיש הבקשה לאחר הגיעו לארץ המקלט. יצוין כי עשויים להיות מגישי בקשות להטב"ים שלא הגדירו עצמם ככאלה לפני הגיעם לארץ המקלט או שהחליטו במודע שלא לפעול לפי נטייתם המינית או זהותם המגדרית בארץ מוצאם. לפיכך, ייתכן שהפחד שלהם מפני רדיפה יתעורר או יבוא לידי ביטוי בשעה שהם שוהים בארץ המקלט כך שיהיה מקום לבקשה למעמד של פליט sur place. הפתח לבקשות רבות ממין זה נפתח כשלהט"ב עוסק בפעילות פוליטית או בעבודת תקשורת או כאשר נטייתו המינית נחשפת עלידי אדם אחר.

Okoli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2009 FC 332, Canada, Federal Court, 31 March 2009, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a5b4bfa2.html>.

במקרה זה נקבע שהדרישה להסתיר מאפיין בלתי ניתן לשינוי, כלומר את נטייתו המינית של מגיש הבקשה, הייתה "דרישה שאין להרשותה" לצורך הערכת חלופת המנוסה הפנימית או העתקת המגורים, פס' 36-37, 39; *HJ and HT*, הערת שוליים 30 לעיל, פס' 21.

103. נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים לחלופת המנוסה הפנימית, פס' 33-34.

104. *Boer-Sedano v. Gonzales*, US, 418 F.3d 1082, (9th Cir. 2005), 12 August 2005, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4821a2ba2.html>.

במקרה זה נקבע כי מצבו הבריאותי [HIV חיובי] יהפוך את העתקת המגורים לאפשרות לא סבירה.

105. נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים לחלופת המנוסה הפנימית, פס' 22-30.

106. נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין רדיפה הקשורה במגדר.

107. נציבות האו"ם לפליטים, *מדריך*, פס' 94, 96.

5. סוגיות פרוצדורליות

הסבר כללי

58. להט"בים זקוקים לסביבה תומכת לכל משך הליך קביעת מעמד הפליט, לרבות בשלב הסינון הראשוני, כדי שיוכלו לשטוח את טענותיהם באופן מלא וללא מורא. סביבה בטוחה חשובה בה במידה במהלך ההתייעצויות עם נציגים משפטיים.

59. לאפליה, שנאה ואלמות על כל צורותיהן עלולה להיות השפעה מזיקה על יכולתו של מגיש הבקשה לשטוח את טענתו. יש שיושפעו מאוד מרגשות אשם, הומופוביה שהופנמה וטראומה, וייתכן שיכולתם להציג את עניינם תפחת במידה רבה בשל כך. במקרים שבהם מגיש הבקשה נמצא בתהליך של השלמה עם זהותו או שהוא מפחד לבטא בגלוי את נטייתו המינית או את זהותו המגדרית, ייתכן שהוא יהסס לעמוד על ההיקף האמתי של הרדיפה שממנה הוא סובל או מפחד.¹⁰⁸ ככלל אין לפסוק לרעתו של אדם משום שלא הצהיר על נטייתו המינית או על זהותו המגדרית בשלב הסינון או בשלבים הראשונים של הראיון. בקשות המבוססות על נטייה מינית ו/או זהות מגדרית הן לעתים קרובות בקשות מורכבות מטבען, ולכן אין הן מתאימות בדרך כלל לטיפול מזורז או להחלת תפיסות לגבי "מדינות מוצא בטוחות".¹⁰⁹

60. כדי לוודא שבקשות למעמד של פליט הנוגעות לנטייה מינית ו/או זהות מגדרית נשקלות כראוי בתהליך קביעת מעמד הפליט יש להביא בחשבון את הצעדים שלהלן:

i. לעתים קרובות, סביבה פתוחה ומרגיעה היא חיונית כדי לבסס אמון בין המראיין לבין מגיש הבקשה והיא תתרום למסירתו של מידע אישי רגיש. המראיין צריך להבטיח למרואיין בתחילת הראיון שכל ההיבטים של בקשתו יטופלו בחשאיות.¹¹⁰ מתורגמנים מחויבים אף הם בחשאיות.

ii. מראיינים ומקבלי החלטות צריכים להקפיד על גישה אובייקטיבית כך שלא יסיקו מסקנות על סמך תפיסות סטריאוטיפיות, לא מדויקות או לא ראויות על להט"בים. אין להסתמך על הימצאן של התנהגויות או הופעות סטריאוטיפיות מסוימות או על היעדרן כדי להחליט שיש למגיש הבקשה נטייה מינית או זהות מגדרית מסוימות.¹¹¹ אין סממנים או תכונות אוניברסליים המאפיינים להט"בים יותר מאשר הטרוסקסואלים. יכול להיות הבדל גדול בניסיון החיים שלהם ואפילו באו מאותה ארץ.

108. מגישי בקשות להט"בים מסוימים עשויים למשל לשנות את טענותיהם תוך כדי התהליך כך שבתחילתו יטענו שנטייתם המינית יוחסה להם או יגישו בקשה מטעם שאינו קשור לנטייתם המינית או לזהותם המגדרית, ומאוחר יותר יאמרו שהם להט"בים.

109. UNHCR, "Statement on the right to an effective remedy in relation to accelerated asylum procedures", 21 May 2010, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bf67fa12.html>, paras. 11–12.

110. נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין רדיפה הקשורה במגדר, פס' 35 ו-36 (iv).

111. נושא זה נידון בכמה מבתי המשפט בארה"ב:

Shahinaj v. Gonzales, 481 F.3d 1027, (8th Cir. 2007), 2 April 2007, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4821bd462.html>; *Razkane v. Holder*, Attorney General, No. 08-9519, (10th Cir. 2009), 21 April 2009, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a5c97042.html>; *Todorovic v. US Attorney General*, No. 09-11652, (11th Cir. 2010), 27 September 2010, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cd968902.html>.

.iii המראיין והמתורגמן חייבים להימנע מכל התייחסות שיפוטית לנטייה המינית, לזהות המגדרית, להתנהגות המינית או לדפוסי הקשרים של מגיש הבקשה, בין בעלפה ובין בשפת הגוף שלהם. מראיינים ומתורגמנים שאינם מרגישים בנוח עם מגוון נטיות מיניות וזהויות מגדריות עלולים להביע בהיסח הדעת ריחוק או להשתמש בשפת גוף מבהה בלי שהתכוונו לכך. לפיכך, מודעות עצמית והכשרה ייעודית (ראו iv) הן היבטים חיוניים לקביעה הוגנת של מעמד פליט.

.iv חיוני לקיים הכשרה ייעודית למקבלי החלטות, מראיינים, מתורגמנים, פרקליטים ונציגים משפטיים על היבטים מסוימים של בקשות להט"בים למעמד של פליט.

.v חיוני להשתמש באוצר מילים שאינו פוגעני ואשר משדר גישה חיובית כלפי מגוון נטיות מיניות וזהויות מגדריות, בייחוד בשפתו של מגיש הבקשה.¹¹² שימוש במינוח לא ראוי עלול להניא מגישי בקשות מהצגת טבעו האמתי של הפחד שלהם. השימוש במונחים פוגעניים עלול להיות חלק מהרדיפה, למשל במעשי הצקה או הטרדה. גם למונחים הנשמעים לכאורה ניטרליים או למונחים מדעיים יכולה להיות השפעה זהה לזו של מונחים מזלזלים. למשל, אף כי המונח "הומוסקסואל" נמצא בשימוש נרחב, יש ארצות שבהן הוא נחשב גם למונח מבהה.

.vi אם מגישי בקשות מביעים רצון מיוחד לגבי המגדר של המראיין או המראינת או של המתורגמן או המתורגמנית, יש לשקול זאת בחיוב. הדבר עשוי לסייע בידי מגיש הבקשה להעיד בפתיחות רבה ככל שניתן על סוגיות רגישות. אם המתורגמן הוא מאותה ארץ, מאותה דת או מאותו רקע תרבותי, עניין זה עשוי להגביר את תחושת האשמה של מגיש הבקשה ולהניא אותו מהצגה מלאה של כל ההיבטים הנוגעים לבקשתו.

.vii תשאול בנוגע לתקריות של אלימות מינית צריך להתנהל ברגישות הנדרשת כמו במקרה של כל קרבן אחר של תקיפה מינית, יהיה אשר יהיה מין הקרבן.¹¹³ שמירה על כבוד האדם של מבקש המקלט צריכה להיות עיקרון מנחה בכל עת שהיא.¹¹⁴

.viii בעניין בקשות המבוססות על נטייה מינית ו/או זהות מגדרית המוגשות על-ידי נשים, אמצעי הגנה נוספים מפורטים בקווים המנחים של נציבות האו"ם לפליטים בעניין רדיפה המבוססת על מגדר.¹¹⁵ למשל, יש לראיין מבקשות מקלט בנפרד, שלא בנוכחות בני משפחה ממין זכר, כדי להבטיח שתהיה להן הזדמנות לשטוח את טענותיהן.

.112 להצעות בעניין מינוח הולם, ראו פס' 9-12 לעיל.

.113 נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין רדיפה הקשורה במגדר, פס' 36 (viii) ו-36 (xi).

114. UNHCR, "Summary Report, Informal Meeting of Experts on Refugee Claims relating to Sexual Orientation and Gender Identity", 10 September 2011 (hereafter "UNHCR, Summary Report of Informal Meeting of Experts"), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fa910f92.html>, para. 34.

.115 נציבות האו"ם לפליטים, קווים מנחים בעניין רדיפה הקשורה במגדר, פס' 35-37.

ix. אמצעי הגנה ספציפיים חלים במקרה של מגישי בקשות שהם ילדים, לרבות מתן עדיפות לטיפול בבקשה ומינוי אפוטרופוס מוסמך כמרגם נציג משפטי.¹¹⁶

61. במקרים שבהם אדם מבקש מקלט בארץ שבה יחסים בין בני אותו מין מוגדרים כמעשה פלילי, חוקים אלה עלולים למנוע ממנו גישה להליכי מקלט או להרתיע אותו מאזכור נטייתו המינית או זהותו המגדרית בראיונות לקביעת מעמד של פליט. במצבים כאלה ייתכן שיהיה צורך במעורבות ישירה של נציבות האו"ם לפליטים במקרה, בין השאר באמצעות ביצוע הליך קביעת מעמד של פליט על-פי תחום האחריות שהוגדר לה.¹¹⁷

מהימנות וקביעת הנטייה המינית ו/או הזהות המגדרית של מגיש הבקשה

62. אימות הרקע הלהט"בי של מגיש הבקשה הוא במהותו עניין של מהימנות. יש לבצע את הערכת המהימנות במקרים כאלה בדרך פרטנית ורגישה. סביר כי בחינת היסודות שעליהם מושתתים התפיסות, הרגשות והחוויות האישיים של מגיש הבקשה בכל הנוגע לשונות, סטיגמה ואשמה תהיה כלי שיסייע למקבל ההחלטות לאמת את הנטייה המינית או הזהות המגדרית של מגיש הבקשה יותר מאשר ההתמקדות בפרקטיקות המיניות.¹¹⁸

63. הן שאלות פתוחות והן שאלות ספציפיות המנוסחות באופן לא שיפוטי עשויות לאפשר למגיש הבקשה להסביר את בקשתו שלא על דרך העימות. ניסוח רשימה של שאלות בעת הכנת הראיון עשוי לעזור, אך חשוב להביא בחשבון שאין כל נוסחת פלאים של שאלות שראוי לשאול או מערך של תשובות "נכונות". תחומים שמועיל לשאול עליהם עשויים לכלול את אלה:

i. הגדרה עצמית: יש להתייחס להגדרה של אדם את עצמו כלהט"ב כדבר המעיד על נטייתו המינית ו/או זהותו המגדרית. הרקע החברתי והתרבותי של מגיש הבקשה עשוי להשפיע על האופן שבו אדם מגדיר את עצמו. יש למשל להט"בים העשויים לנצור בלבם רגש אשמה ו/או הומופוביה שהופנמה, והדבר עלול להוביל אותם להכחיש את הנטייה המינית שלהם ו/או לאמץ התנהגויות מילוליות וגופניות המתיישרות עם הנורמות והתפקידים ההטרוסקסואליים. מגישי בקשות מארצות המתאפיינות בחוסר סבלנות קיצוני עשויים למשל שלא לשוב להזדהות כלהט"בים. עניין זה לבדו לא אמור לשלול את האפשרות שתהיה למגיש הבקשה טענה המבוססת על נטייה מינית או על זהות מגדרית אם יש בנמצא סימנים אחרים המצביעים על כך.

116. נציבות האו"ם לפליטים, "קווים מנחים להגנה בינלאומית מס' 8: בקשות מקלט של ילדים לפי סימן א' (א) (2) וסימן א' (i) לאמנה משנת 1951 ו/או הפרוטוקול משנת 1967 בדבר מעמדם של פליטים", 22 בדצמבר 2009, HCR/GIP/09/08, זמין בכתובת: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b2f4f6d.html>, פס' 77-65.

117. בדרך כלל, אפשר שנציבות האו"ם לפליטים תיקרא לבצע הליכים פרטניים לקביעת מעמד של פליט ולהכיר בפליטים על-פי תחום האחריות שהוגדר לה רק במקרים שבהם המדינה טרם הצטרפה כצד למסמכים בינלאומיים בענייני פליטים או במקרים שבהם המדינה הצטרפה אך טרם הכניסה לשימוש הליכים מטעמה או במקרים שבהם הליכים אלה אינם פועלים באופן מלא. לפיכך, הנציבות יכולה למלא תפקיד זה הן במדינה שחתמה על המסמכים הבינלאומיים בענייני פליטים והן במדינה שלא חתמה עליהם. במצבים אלה נציבות האו"ם לפליטים מבצעת הליך קביעת מעמד של פליט למטרות הגנה (למשל כדי להגן על פליטים מפני החזרה ומעצר) ו/או כדי להביא לפתרון יציב. ראו למשל: UNHCR, *MM (Iran) v. Secretary of State for the Home Department - Written Submission on Behalf of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 3 August 2010, C5/2009/2479, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c6aa7db2.html>, para. 11.

118. UNHCR, Summary Report of Informal Meeting of Experts, para. 32.

ii. תקופת הילדות: במקרים מסוימים, לפני שלהט"בם מבינים את זהותם שלהם במלואה, הם עשויים להרגיש "שונים" כילדים. כשהדבר רלוונטי, בדיקת חוויה זו של "שונות" עשויה להועיל להוכחת זהותו של מגיש הבקשה. ליבת המשיכה שבבסיס הנטייה המינית של אדם בוגר עשויה להופיע בין אמצע תקופת הילדות לתחילת גיל ההתבגרות,¹¹⁹ בעוד אנשים אחרים עשויים שלא לחוש משיכה לבני אותו מין עד שלב מאוחר יותר בחייהם. בדומה לכך, ייתכן שאנשים לא יהיו מודעים לזהותם המגדרית במלואה עד גיל ההתבגרות, תחילת בגרותם או שלב מאוחר יותר בחיים, משום שהקודים המגדריים בחברות רבות עשויים להיות פחות מוגדרים או נוקשים בתקופת הילדות בהשוואה לתקופת הבגרות (המוקדמת).

iii. מימוש עצמי: לביטוי "לצאת מהארון" יש שני מובנים: השלמה של להט"ב עם זהותו הלהט"בית ו/או חשיפה עצמית של זהותו לאחרים. שאלות על שני תהליכים אלה של "יציאה מהארון" ומימוש עצמי יכולים להיות דרך יעילה לגרום למגיש הבקשה לדבר על זהותו, ובכלל זה בארץ המוצא וכן בארץ המקלט. יש למשל אנשים היודעים שהם להט"בים זמן רב לפני שהם מקיימים באופן ממשי קשרים עם אנשים אחרים ו/או נותנים ביטוי גלוי לזהותם. אחרים עשויים להיות פעילים מינית (עם פרטנרים מאותו מין או מהמין השני) לפני שהם מתייגים את נטייתם המינית באופן ברור. דעות קדומות ואפליה עלולות להקשות על אנשים להשלים עם הנטייה המינית ו/או הזהות המגדרית שלהם, ולפיכך זה יכול להיות תהליך איטי.¹²⁰

iv. זהות מגדרית: אין לראות בכך שמגיש בקשה טרנסג'נדר לא עבר כל טיפול רפואי או הליכים אחרים שיסייעו לו להתאים את המראה החיצוני לזהות המועדפת עליו ראייה לכך שלא מדובר בטרנסג'נדר. יש טרנסג'נדרים המזדהים עם הזהות שבחרו ללא מעורבות של טיפול רפואי בשינוי שלהם, ויש אחרים שאין להם גישה לטיפול כאמור. ייתכן שיהיה זה ראוי לשאול שאלות על צעדים כלשהם שמגיש בקשה טרנסג'נדר נקט בתהליך השינוי שלו.

v. חריגה מהמוסכמות: ייתכן שמגיש בקשות להט"בים גדלו בתרבויות שבהן המיניות ו/או הזהות המגדרית שלהם נחשבת למבישה או לטאבו. בשל כך, ייתכן שהם ייאבקו בנטייתם המינית או בזהות המגדרית שלהם בשלב כזה או אחר בחייהם. דבר זה עשוי להרחיקם מהמשפחה, החברים, הקהילה והחברה בכלל או להציב אותם בעמדה של התנגדות לגורמים אלה. חוויות של גינוי ושל היותם "שונים" או "אחרים" עלולות לעורר רגשות של בושה, קלון או בידוד.

vi. קשרים משפחתיים: ייתכן שמגיש הבקשה חשף בפני בני משפחתו הקרובים את נטייתו המינית ו/או את זהותו המגדרית וייתכן שלא עשה זאת. חשיפה כזאת עשויה להיות כרוכה בקושי ועלולה להוביל בני משפחה להגיב באופן אלים ופוגעני. כפי שצוין לעיל, ייתכן שמגיש הבקשה נשוי או גרוש ו/או הורה לילדים. גורמים אלה בפני עצמם אין פירושם שמגיש הבקשה אינו להט"ב. אם עולים חשדות לגבי מהימנותו של מגיש בקשה נשוי, ייתכן שיהיה זה הולם לשאול אותו כמה שאלות בנוגע לסיבות העומדות בבסיס

119. APA, Sexual Orientation and Homosexuality.

נישואיו. אם יש בידי מגיש הבקשה לספק הסבר עקבי וסביר מדוע התחתן ו/או מדוע יש לו ילדים, יש לראות אותו קטע בעדותו כמהימן.¹²¹

vii. קשרים רומנטיים ומיניים: קשריו של מגיש הבקשה ומשיכתו לפרטנרים או תקוותו לקיים קשרים בעתיד יהיו בדרך כלל חלק מהנרטיב שלו כלהט"ב. אולם, לא כל הלהט"בים, ובייחוד לא כל הלהט"בים הצעירים, קיימו קשרים רומנטיים או מיניים. העובדה שלמגיש בקשה לא היה קשר או לא היו קשרים כאלה בארץ המוצא אין פירושה בהכרח שהוא אינו להט"ב. ייתכן שהדבר מצביע דווקא על כך שהוא חתר להישמר מפגיעה. אם מקבלי החלטות מניחים שמגיש הבקשה קיים קשר עם בן מינו, עליהם להפגין רגישות בעת שהם שואלים אותו על קשרים מהעבר ומהווה משום שהדבר נוגע למידע אישי שיתכן שמגיש הבקשה יהסס לשוחח עליו במסגרת של ראיון. יש להימנע משאלות מפורטות על חיי המין של מגיש הבקשה. אין זו דרך יעילה לוודא אם הפחד של מגיש הבקשה מפני רדיפה בשל הנטייה המינית ו/או הזהות המגדרית שלו מבוסס. מראיינים ומקבלי החלטות צריכים לזכור שנטייה מינית וזהות מגדרית נוגעות לזהותו של אדם, בין אם זהות זו באה לידי ביטוי בפעילות מינית ובין אם לאו.

viii. קשרים קהילתיים: ייתכן שיהיה זה מועיל לשאול על ההיכרות של מגיש הבקשה עם אנשי קשר, קבוצות ופעילויות להט"ביים בארץ המוצא ובארץ המקלט. אולם, חשוב לציין כי ייתכן שלמגיש בקשות שלא היו גלויים לגבי הנטייה המינית או הזהות המגדרית שלהם בארץ המוצא לא יהיה מידע על מקומות התכנסות להט"ביים או על תרבות להט"בית. למשל, היעדר ידע על מקומות מוכרים ועל פעילויות מוכרות של קבוצות להט"בים אינו מצביע בהכרח על חוסר מהימנותו של מגיש הבקשה. היעדר קשר עם חברים אחרים בקהילה הלהט"בית בארץ המקלט או איהצטרפות לקבוצות להט"ביות בארץ המקלט הם עניינים שניתן להסבירם בגורמים כלכליים, במיקום הגיאוגרפי, בשפה ו/או בחסמים תרבותיים, בהיעדר הזדמנויות כאלה, בבחירות אישיות או בפחד מפני חשיפה.¹²²

ix. דת: במקרים שבהם זהותו האישית של מגיש הבקשה קשורה באמונתו ו/או בדתו, יהיה זה מועיל לבחון זאת כנרטיב נוסף על הנטייה המינית או הזהות המגדרית. השפעת הדת על חיי להט"בים יכולה להיות מורכבת, דינמית ומקור לאמביוולנטיות.¹²³

ענייני ראיות

64. עדותו של מגיש הבקשה עצמו היא המקור הראייתי העיקרי ולעתים היחיד, בייחוד במקרים שבהם הרדיפה מבוצעת על-ידי בני משפחה או הקהילה. במקרים שבהם חסר מידע מארץ המוצא, מקבל החלטות צריך להסתמך על הצהרות מגיש הבקשה לבדן. בדרך כלל, די בראיון כדי לשפוך

121. USCIS, Guidance for Adjudicating LGBTI Claims, pp. 39–40.

122. *Essa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1493, Canada, Federal Court, 20 December 2011, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f901c392.html>, paras. 30–31.

בתיק זה נקבע כי התעקשות מועצת ההגירה והפליטים של קנדה על כך שמגיש הבקשה יפקוד אתרים של הומוסקסואלים בארץ המקלט או שיהיה לו ידע עליהם כדי להראות שהוא הומוסקסואל אינה סבירה.

123. APA, Practice Guidelines for LGB Clients.

אור על סיפורו של מגיש הבקשה.¹²⁴ לעולם אין לצפות או לדרוש ממגישי בקשות להציג מסמכים או תצלומים כראייה למעשים אינטימיים. כמו כן, לא ראוי לצפות מבני זוג לבטא במחוות גופם בעת הראיון את הקשר ביניהם כדרך לקבוע את נטייתם המינית.

65. "בדיקה" רפואית של הנטייה המינית של מגיש הבקשה היא הפרה של זכויות אדם יסודיות ואין לערוך בדיקות כאלה.¹²⁵ מצד שני, ראיות רפואיות המצביעות על ניתוחים הקשורים בהליך של שינוי, טיפול הורמונלי או מאפיינים ביולוגיים (במקרה של אינטרסקס) עשויות לחזק את הנרטיב האישי שלהם.

66. לעתים קרובות חסר מידע רלוונטי וספציפי מארץ המוצא על מצבם של להט"בים ועל היחס אליהם. אסור שהדבר יוביל באופן אוטומטי למסקנה שטענת מגיש הבקשה אינה מבוססת או שאין רדיפה של להט"בים בארץ זו.¹²⁶ בארצות רבות יכולתם של ארגונים בינלאומיים וקבוצות אחרות לנטר ולתעד פגיעה בלהט"בים עודנה מוגבלת. פעילות מוגברת הביאה לא פעם להתקפות על מגני זכויות האדם, באופן שפגע ביכולתם לתעד הפרות. הסטיגמות שדבקו בעניינים הנוגעים לנטייה מינית ו/או זהות מגדרית תורמות גם הן לכך שלא ידווח על תקריות. המידע עלול להיות דל במיוחד בנוגע לקבוצות מסוימות, בייחוד ביסקסואלים, לסביות, טרנסג'נדרים ואינטרסקס. חיוני להימנע מהסקה אוטומטית של מסקנות על סמך מידע על קבוצה זו או אחרת; אך מידע זה עשוי לשמש כאינדיקציה למצבו של מגיש הבקשה בנסיבות מסוימות.

124. נציבות האו"ם לפליטים, **מדריך**, פס' 203-204.

125. לדין נוסף ראו:

"UNHCR's Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims based on Persecution due to Sexual Orientation", April 2011, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4daeb07b2.html>.

126. ראו למשל: *Molnar v. Canada*, הערת שוליים 39 לעיל.