

חלק שביעי

להט"ב והעולם

זכויותיהם של להט"בים במשפט הבינלאומי

מאת

דוד קרצמר* ויניב לושנסקי**

א. מבוא

1. רקע כללי

ההכרזה לכל באי-עולם בדבר זכויות אדם והאמנות העיקריות לזכויות האדם שאומצו בעקבותיה נתקבלו לפני שהיו בעולם המשפט מודעות ונכונות לצורך להגן על זכויותיהם של להט"בים. בתקופת ניסוח האמנות ואישורן עדיין הופיעו הוראות המפלילות יחסים הומוסקסואליים בספרי החוקים של מדינות דמוקרטיות רבות בעולם, לא כל שכן במדינות לא דמוקרטיות. כך, למשל, בשנת 1986, 20 שנה לאחר אימוץ שתי אמנות היסוד בדבר זכויות אדם בעצרת הכללית של האו"ם, קבע בית המשפט העליון בארצות הברית כי חוק המפליל יחסים בהסכמה בין גברים אינו נוגד את החוקה;¹ בגרמניה, האיסור הפלילי על יחסים הומוסקסואליים הושמט מספר החוקים רק בשנת 1994; בנובמבר 2011 עדיין היו 76 מדינות בעולם שבהן היו חוקים המפלילים יחסים הומוסקסואליים,² ובחמש ממדינות אלו העונש בשל קיום יחסי מין הומוסקסואליים בהסכמה הוא עונש מוות.³ בהכרזה האוניברסלית (1948), בשתי אמנות היסוד הבינלאומיות (1966) ובאמנה האירופית לזכויות אדם (1950) יש הוראות האוסרות הפליה ומונות את הטעמים הנחשבים לטעמים מפלים.⁴ אין זה מפתיע כי נטייה מינית אינה נמנית עמם.⁵

- * פרופסור אמריטוס, האוניברסיטה העברית בירושלים; פרופסור למשפטים, המכללה האקדמית ספיר.
** בוגר הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
- 1 ראו *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 106 S. Ct. 2841, 92 L. Ed. 2d 140 (1986). ההחלטה נתקבלה ברוב דעות של 4-5. החלטה זו בוטלה רק בפסק הדין בעניין *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 123 S. Ct. 2472, 156 L. Ed. 2d 508 (2003), שנתקבל ברוב של 3-6.
- 2 ראו LUCAS PAOLI ITABORAHY & JINGSHU ZHU, STATE-SPONSORED HOMOPHOBIA – A WORLD SURVEY OF LAWS: CRIMINALISATION, PROTECTION AND RECOGNITION OF SAME-SEX LOVE (8th ed. 2013), .available at http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2013.pdf
- 3 ראו U.N. High Commissioner for Human Rights, Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence against Individuals based on their Sexual Orientation and Gender Identity, para. 45, U.N. Doc. A/HRC/19/41, (Nov. 17, 2011) (להלן: High commissioner for Human Rights).
- 4 ראו למשל ס' 2 (א) ו-26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966); ס' 2 (2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966); Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

אמנות בינלאומיות משקפות את המציאות הפוליטית ואת ההסכמה שניתן להשיג בין המדינות המשתתפות בהליך הגיבוש של האמנה הספציפית. עם הזמן חל שינוי בעמדתן של חלק מן המדינות, והיה ניתן לצפות לכך ששינוי זה יקבל ביטוי באמנות חדשות. במישור הכלל-עולמי עדיין לא התגבשה ההסכמה הרחבה הדרושה כדי לאפשר התייחסות מפורשת לזכויותיהם של להט"בים באמנות חדשות.⁶ לעומת זאת, ביבשת אירופה החל השינוי בתפיסות הציבור ביחס ללהט"בים להשפיע על תפיסות במשפט הפנימי ועל גישתן של המדינות כבואן לנסח אמנות חדשות. השפעה זו באה לידי ביטוי במגילת זכויות היסוד של האיחוד האירופי שאימץ הפרלמנט האירופי בשנת 2000. זוהי האמנה הבינלאומית הראשונה שבה יש התייחסות מפורשת לאיסור ההפליה בשל נטייה מינית.⁷

2. הכרה הדרגתית בזכויות להט"בים

היעדר אזכור מפורש של נטייה מינית בסעיפים של האמנות השונות לא מנע ניסיונות לטעון כי פגיעה בזכויותיהם של להט"בים היא הפרה של הוראות אלו או אחרות באותן אמנות. הגופים המוסמכים לדון בניטור של עמידת המדינות בהתחייבויותיהן על פי האמנות,⁸ או לתת תרופה לאנשים הטוענים כי

American Convention ; (להלן: האמנה האירופית) Freedoms art. 14, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S 222
: (להלן) on Human Rights: "Pact of San Jose, Costa Rica" art. 1, Nov. 22, 1969, 1144 U.N.T.S 123
האמנה האמריקנית); African Charter on Human and Peoples' Rights art. 2, June 27, 1981, 1988 ;
U.N.T.S 217 (להלן: המגילה האפריקנית).

5 אך, כפי שנראה בהמשך, בכל האמנות המנויות בה"ש 4, מלבד באמנה האמריקנית, ההתייחסות היא
6 לטעמים כגון הטעמים המנויים במפורש בהוראה ומוזכר גם "מעמד אחר" כטעם שאין להפלות על בסיסו.
סימן להיעדר ההסכמה בעניין זה ניתן למצוא בהחלטה של המועצה לזכויות אדם משנת 2011 (High
Commissioner for Human Rights, לעיל ה"ש 3). בהחלטה זו, הראשונה של גוף של האו"ם בנושא,
הביעה המועצה דאגה מן האלימות במקומות שונים בעולם נגד אנשים בשל נטייתם המינית וביקשה מן
הנציבה לזכויות אדם להכין דוח על החוקים באזורים שונים של העולם המפלים אנשים בשל נטייתם
המינית. ההחלטה נתקבלה ברוב של 23 נגד 19 (3 מדינות נמנעו). כל מדינות אפריקה (מלבד מאוריציוס),
המדינות המוסלמיות ומדינות מזרח אירופה החברות במועצה – התנגדו או נמנעו. ארצות הברית,
מאוריציוס ומדינות אירופה, אסיה ואמריקה הלטינית תמכו בהחלטה. סין נמנעה. יש לציין כי הצעת
ההחלטה הוגשה על ידי דרום אפריקה, שלא הייתה חברה במועצה. בשנת 2014 קיבלה המועצה החלטה
דומה, שבה ביקשה מן הנציב לזכויות אדם לעדכן את הדוח שהכין על הפליה נגד להט"בים
בעולם. ההחלטה נתקבלה ברוב של 25 נגד 14 ו-7 מדינות נמנעו. ראו G.A. Res. Human Rights
council, twenty seven session, U.N. Doc. A/HRC/27/L.27/Rev.1 (Sept. 24, 2014) available at
http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/27/L.27/Rev.1
של חלק מן המדינות החברות במועצה להחלטה מתונה זו ראו J. Lester Feder, *LGBT Rights Resolution*
Passes United Nations Human Rights Council In Lopsided Vote, BUZZFEEDNEWS (Sept. 26, 2014)
http://www.buzzfeed.com/lesterfeder/lgbt-rights-resolution-passes-united-nations-human-rights-
.co?utm_term=1adwxgl#3swjg34

7 .Charter of Fundamental Rights of the European Union, art. 21, Dec. 14, 2007 O.J. (C 303/1)
המגילה קיבלה מעמד מחייב מכוח אמנת ליסבון, 2009.

8 מתוקף האמנות השונות לזכויות אדם הוקמו ועדות מומחים שתפקידן לנטר את ביצוע התחייבויותיהן של
המדינות שהצטרפו לאמנות. לענייננו, הוועדה המנטרת את ביצוע האמנה הבינלאומית בדבר זכויות
אזרחיות ומדיניות היא הוועדה לזכויות אדם. ועדות מקבילות מנטרות את ביצוע האמנות האחרות, וביניהן
האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, האמנה בדבר ביטול הפליה נגד נשים
לצורתיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979) והאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה

זכויותיהם על פי האמנות הופרו, נקראו להתמודד עם ניסיונות אלה. התפתחות התפיסות שהתגבשו בגופים אלה משקפת גם היא את השינוי שחל בעמדות החברתיות בשאלת זכויותיהם של להט"בים ב-30 השנים האחרונות.

בסקירת עמדותיהם וגישותיהם של הגופים השונים שטיפלו בתלונות על פגיעה בזכויותיהם של להט"בים יש להבחין בין הגופים הממונים על אמנות כלל-עולמיות לבין גופים הפועלים במסגרת אמנה אזורית. ביחס לגופים האזוריים, יש להבחין גם בין בית הדין האירופי לזכויות אדם לבין המוסדות הפועלים על פי האמנה הכלל-אמריקנית והאמנה האפריקנית (באסיה אין אמנה אזורית לזכויות אדם), שכן בית הדין האירופי לזכויות אדם מכיר בכך שהפרשנות לאמנה האירופית לזכויות אדם חייבת להיות דינמית ולהתאים את עצמה להתפתחויות במדינות שהן צד לאמנה. בתחום של זכויות להט"בים, נכונות זו להתאים את פרשנות האמנה לשינויים בחוקיהן של מדינות מקבלת ביטוי מובהק.⁹ יוצא, אפוא, כי הפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם היא המפותחת ביותר בתחום של זכויות להט"בים.

הגופים הפועלים על פי האמנה האירופית היו הראשונים להכיר בזכויותיהם של להט"בים. בפרשת *Dudgeon*¹⁰ דן בית הדין בתלונה של הומוסקסואל נגד חוק בצפון אירלנד שהפליל "פעילות מינית" בין גברים, שעה שבאזורים אחרים בבריטניה כבר בוטלו חוקים מסוג זה. בית הדין קבע כי החוק האמור פוגע בזכותו של העותר לחיים פרטיים, המוגנת בסעיף 8 לאמנה האירופית. הוא דחה את הטענות כי ההגבלה הייתה נחוצה מחמת "צורך חברתי חשוב" (a pressing social need), וכי החוק עומד בדרישת המידתיות לאור תפיסות הציבור בדבר המוסר הציבורי. בעניין אחרון זה אמר בית הדין:

On the issue of proportionality, the Court considers that such justifications as here are for retaining the law in force unamended are outweighed by the detrimental effects which the very existence of the legislative provisions in question can have on the life of a person of homosexual orientation like the applicant. Although members of the public who regard homosexuality as immoral may be shocked, offended or disturbed by the commission by others of private homosexual acts, this cannot on its own warrant the application of penal sanctions when it is consenting adults alone who are involved.¹¹

לחתימה ב-1989). לחוות הדעת של ועדות אלו אין תוקף משפטי מחייב, אך בית הדין הבינלאומי (ICJ) פסק כי יש לתת לפרשנות של הוועדות משקל ראוי, ואפילו משקל רב: Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Dem. Rep. Congo), Merits, 2010 I.C.J. REP. 639, 664, 666-667 (Nov. 30). (להלן: עניין *Diallo*).
 9 לסקירת הפסיקה של בית הדין בנושאים הקשורים לנטייה מינית ראו, European Court of Human Rights, Sexual orientation issues (July 2015), available at http://echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf

10 *Dudgeon v. UK*, App. No. 7525/76, 4 Eur. Ct. H.R. 149 (1981)

11 שם, פס' 60.

לאור החלטתו שהוכחה הפרה של סעיף 8 לאמנה האירופית המגן על הזכות לחיים פרטיים, נמנע בית הדין מלדון בשאלה אם הופרה גם הזכות לשוויון.¹² פסק־דינו של בית הדין האירופי בפרשת *Dudgeon* פרץ את הדרך לעתירות נוספות הדנות בזכויותיהם של להט"בים, ובראשן זכותם לשוויון. בהמשך הפרק נעמוד על הפסיקה הענפה של בית הדין הזה, שנשאר עד היום הגוף המוביל בעניין. בתחילת הדרך, תלונות של להט"בים שהגיעו לגופים בינלאומיים הדנים בהפרת אמנות כלל-עולמיות בדבר זכויות אדם לא זכו לאוזן הקשבת שלה זכו בבית הדין האירופי לזכויות אדם. כשנה לאחר מתן פסק הדין בעניין *Dudgeon* דנה הוועדה לזכויות אדם, המנטרת את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, בתלונה שהתייחסה לצנזורה שהוטלה ברדיו ובטלוויזיה בפינלנד על אזכור של הומוסקסואלים ושל ההפליה נגדם. הבסיס המשפטי לצנזורה זו היה חוק שאסר פגיעה במוסר הציבורי. הוועדה הכירה בכך שהטלת הצנזורה הגבילה את חופש הביטוי, אך קיבלה את טענתה של פינלנד שהגבלה זו הייתה מותרת מכוח פסקת ההגבלה בסעיף 19(3) לאמנה, המתירה הגבלות בחוק על חופש הביטוי הנחוצות להגן על מוסר ציבורי. ואלה דבריה של הוועדה:

10.3 [...] It has to be noted, first, that public morals differ widely. There is no universally applicable common standard. Consequently, in this respect, a certain margin of discretion must be accorded to the responsible national authorities.

10.4 The Committee finds that it cannot question the decision of the responsible organs of the Finnish Broadcasting Corporation that radio and TV are not the appropriate forums to discuss issues related to homosexuality, as far as a programme could be judged as encouraging homosexual behaviour. [...] As far as radio and TV programmes are concerned, the audience cannot be controlled. In particular, harmful effects on minors cannot be excluded.¹³

12 בעניין זה יש לציין כי ס' 14 לאמנה האירופית אוסר הפליה רק בזכויות המנויות באמנה ואיננו סעיף המכיר בזכות עצמאית לשוויון. פרוטוקול מס' 12 לאמנה (Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 2000, 2465 U.N.T.S 207) אוסר הפליה בכל זכות המוגנת בחוק, אך רוב רובן של מדינות אירופה המערבית לא הצטרפו לפרוטוקול זה, וחלקן אפילו לא חתמו עליו. לעומת האמנה האירופית, הוועדה לזכויות אדם פירשה את ס' 26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות כסעיף המכיר בזכות כללית לשוויון (ראו לדוגמה *Fabryova v. Czech*, Comm. No. 765/1997, para. 9.1–9.4, U.N. Doc. CCPR/C/73/D/765/1997 (2001)). ההבדל בין שתי התפיסות הוא משמעותי ביותר. הוועדה לזכויות אדם תדון בתלונה הנוגעת להפליה בזכויות שאינן מעוגנות באמנה (כגון זכויות חברתיות או כלכליות), בעוד בית הדין האירופי מצמיד תמיד את ההפרה של סעיף 14 לזכות מסוימת המעוגנת באמנה (כגון הזכות לחיים פרטיים ולחיי משפחה, המוגנת בסעיף 8).

13 *Hertzberg v. Fin.*, Comm. No. 61/1979, U.N. Doc. CCPR/C/15/D/61/1979 (1985). יש לציין כי בחוות דעת נפרדת ציינו שלושה מחברי הוועדה כי ההחלטה איננה פוגעת בזכותם של אנשים ל"אורח חיים שונה" או בזכות להביע דעות – חיוביות או שליליות – בעניין הומוסקסואליות.

תפיסה צרה זו של הוועדה לא החזיקה מעמד, והוועדה נטשה אותה בתחילת שנות התשעים, כאשר הגיעה אליה תלונה דומה לתלונה שנדונה במקרהו של *Dudgeon*. במקרה של טונן (*Toonen*)¹⁴ היה מדובר בחוק במדינת טזמניה, אוסטרליה, שאסר על יחסי מין בין גברים. חוקים מסוג זה בוטלו בכל המדינות האחרות באוסטרליה.¹⁵ הממשלה הפדרלית התנגדה להמשך תוקפו של החוק בטזמניה, אך לא הייתה לה סמכות לחייב את מדינת טזמניה לבטלו.¹⁶ אף על פי שהחוק לא נאכף, הוועדה לזכויות אדם הייתה בדעה כי בעצם קיומו בספר החוקים יש משום התערבות בפרטיותם של הומוסקסואלים, וזאת מכיוון שאינם יכולים להיות בטוחים כי לא ייאכף בעתיד.¹⁷ הוועדה סירבה לקבל את עמדתה של ממשלת טזמניה שהחוק מוצדק מטעמי בריאות (מניעת הפצה של נגיף האיידס)¹⁸ או מטעמים הקשורים למוסר הציבורי.¹⁹ בעניין האחרון הזכירה הוועדה שחוק דומה בוטל בכל המדינות האחרות באוסטרליה, שגם בטזמניה לא הייתה תמימות דעים בדבר נחיצותו ושהחוק לא נאכף זה עשור.²⁰ העותר טען כי נפגעה גם זכותו לשוויון. לאור עמדתה שהוכחה פגיעה בפרטיותו החליטה הוועדה להימנע מדיון בשאלה אם נפגעה גם הזכות לשוויון.²¹ עם זאת, היא ראתה לנכון לציין במפורש כי לדעתה ההתייחסות לטעם של "מין" בסעיף המפרט את טעמי ההפליה הפסולים כוללת בחובה גם נטייה מינית.²²

החלטת הוועדה לזכויות אדם בפרשת *Toonen* הייתה בבחינת קו פרשת מים ביחסן של הוועדה לזכויות אדם ושל ועדות אחרות הפועלות על פי אמנות כלל-עולמיות לזכויות אדם לזכויותיהם של להט"בים. מאז אותה החלטה נוקטת הוועדה לזכויות אדם עמדה הדוגלת בהגנה על כל זכויותיהם של להט"בים, ובראשן הזכות לשוויון. גם הוועדה המקבילה, הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, נוקטת קו דומה. לתפיסתן של שתי ועדות אלו חשיבות מיוחדת מכיוון שהן פועלות מכוח אמנות כלל-עולמיות שרוב מדינות העולם הן צד להן,²³ וביניהן מדינות רבות שעדיין מדכאות להט"בים, מפלות נגדם ונמנעות מהבטחת זכויותיהם הבסיסיות. החלטות הוועדות, במסגרת חוות דעתן בתלונות אישיות, הערות מסכמות בעקבות דיון בדוחות של מדינות והערות או המלצות כלליות,

.Toonen v. Austl., Comm. No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994) 14

שם, פס' 8.6 15

שם, פס' 8.5 16

שם, פס' 8.2 17

שם, פס' 8.5 18

שם, פס' 8.6 19

שם. 20

שם, פס' 11. 21

שם, פס' 8.7. בעניין השוויון נכתבה חוות דעת נפרדת של חבר הוועדה Bertil Wennergren, שסבר כי נפגעה גם הזכות לשוויון של העותר. נציין גם כי הוועדה טרם חזרה על העמדה שהפליה נגד הומוסקסואלים נופלת תחת יסוד "מין". עם זאת, בדעות יחיד ניתן לראות תמיכה בגישה זו, ובית המשפט הגבוה של דלהי בהודו גם נקט עמדה זו. הרציונל הוא שהפליה נגד הומוסקסואלים (וטרנסג'נדרים) מתבססת לרוב על כך שהם אינם משתלבים עם התפיסות המסורתיות של תפקידי המגדרים, ועל כן ההפליה נגדם נובעת ממינם. ראו Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi, A.I.R 160 (Del.) 277, para. 104, available at http://www.escri-net.org/sites/default/files/Court_decision.pdf.

23 בינואר 2014 היו 167 מדינות צד לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ו-161 מדינות היו צד לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.

סיפקו את הבסיס העיקרי לקביעה חד-משמעית בדוח של נציבת האו"ם לזכויות אדם משנת 2011, שהפליה נגד להט"בים עומדת בניגוד למשפט הבינלאומי.²⁴ ומה בנוגע לאזורים אחרים בעולם? במשך תקופה ארוכה לא טיפלו הנציבות האמריקנית לזכויות אדם (Inter-American Commission on Human Rights) או בית הדין הכלל-אמריקני לזכויות אדם בזכויותיהם של להט"בים. ואולם, בשנת 2008 קיבלה העצרת הכללית של מדינות אמריקה החלטה המביעה דאגה נוכח האלימות נגד אנשים בשל נטייתם המינית,²⁵ ובשנת 2011 היא קיבלה החלטה נוספת המגנה הפליה על בסיס נטייה מינית וקוראת למדינות החברות לנקוט אמצעים הדרושים לעקור הפליה מסוג זה.²⁶ החלטות אלו סללו את הדרך להחלטות של הנציבות ושל בית הדין. בשנת 2008 דנה הנציבות בתלונה של אישה שזכותה למשמורת על ילדיה נשללה ממנה בבתי המשפט בצ'ילה בשל נטייתה המינית. הנציבות חוותה את דעתה כי בכך הפרה צ'ילה את זכותה של האישה לשוויון על פי האמנה הכלל-אמריקנית לזכויות אדם²⁷ והביאה את המקרה לדיון בבית הדין הכלל-אמריקני לזכויות אדם. בפסק דין תקדימי אישר בית הדין את עמדתה של הנציבות וקבע כי הפליה על בסיס נטייה מינית פוגעת באמנה האמריקנית לזכויות אדם.²⁸

באפריקה, בשני שלישים מן המדינות עדיין קיימים חוקים המפלילים יחסים הומוסקסואליים.²⁹ אין זה מפתיע אפוא שהנכונות של המוסדות האפריקניים לזכויות אדם לנקוט עמדה חד-משמעית בנושא זכויותיהם של להט"בים עדיין מוגבלת. הנציבות האפריקנית לזכויות אדם, הדנה בדוחות של מדינות על מצב זכויות האדם אצלן, פנתה בכמה הזדמנויות אל המדינות בבקשה להגיב על טענות בדבר פגיעה בלהט"בים, העירה כי הפליה נגד להט"בים מנוגדת למגילה האפריקנית לזכויות אדם והביעה דאגה עקב חוסר הסובלנות כלפי אנשים בשל נטייתם המינית.³⁰ בית הדין האפריקני לזכויות אדם החל לפעול רק בשנת 2006. פסיקתו עדיין דלה ואין בה התייחסות לזכויות של להט"בים.

על אף ההתקדמות בנושא במישור הכלל-עולמי, עדיין יש פער בין העמדה של מוסדות לזכויות אדם באירופה לבין המוסדות הכלל-עולמיים, כגון הוועדה לזכויות אדם. פער זה בא לידי ביטוי ביחסם של הגופים השונים לנישואין חד-מיניים או לברית זוגיות בין הומוסקסואלים או לסביות. בעוד בית

- High Commissioner for Human Rights, לעיל ה"ש 3, פס' 84(e). 24
- Inter-Am. Comm'n H.R. Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity, AG/RES. 2435 25
(XXXVIII-O/08) (June 3, 2008).
- Inter-Am. Comm'n H.R. Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity, AG/RES. 2653 26
(XLI-O/11), para. 1 (June 7, 2011).
- Karen Atala and Daughters, Case 12.502, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 42/08, 27
(OEA/Ser.L/V/II.130 Doc. 22 (2008).
- Atala Riffo & Daughters v. Chile, Merits, Reparations and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 28
(Feb. 24, 2012).
- לאחרונה החמירה אחת ממדינות אלו, אוגנדה, את חוקיה בנושא, זאת בחוק הקובע מאסר עולם בגין קיום 29
יחסים הומוסקסואליים, מרחיב את האיסור לאזרחי אוגנדה החיים בחו"ל ומטיל סנקציות על גופים התומכים בזכויותיהם של להט"בים.
- Sibongile Ndashe, *Africa: The Battle for the Recognition of LGBTI Rights as Human Rights* (2010), 30
available at <http://www.gwi-boell.de/web/lgbt-lgbti-rights-human-rights-africa-2324.html>.

הדין האירופי התקדם לעבר ההכרה בחובת מדינות להנהיג הסדרים המכירים לפחות בברית זוגיות,³¹ נמנעה הוועדה לזכויות אדם ללכת בכיוון זה.³² ההבדל בין תפיסתו של בית הדין האירופי לבין זו של הוועדה לזכויות אדם איננו טמון בהבדל בין ההוראות באמנה הכללית-עולמית לבין האמנה האירופית, אלא בצורך של גופים אלה לשמור על לגיטימיות בעיני המדינות הכפופות לשיפוטם. כאשר חלק גדול ממדינות אירופה מכירות בנישואין חד-מיניים, או לפחות בברית זוגיות חד-מינית, יכול בית הדין האירופי לפסוק כי חובה על מדינה להכיר בהסדר מסוג זה מבלי לחשוש שיאבד את הלגיטימיות שלו בעיני המדינות הכפופות לשיפוטו. בפסיקתו נשען בית הדין האירופי לעתים קרובות על המצב המשפטי במדינות החברות באמנה כדי לקבוע סטנדרט אירופי של התנהגות ראויה.³³ המצב שונה כאשר חלק ניכר מן המדינות הכפופות לשיפוט של הוועדה לזכויות אדם עדיין מפלילות יחסים הומוסקסואליים. לא קשה לנחש מה היה קורה לגיטימיות של הוועדה לזכויות אדם בעיני אותן מדינות לו החליטה כי הן חייבות להכיר בנישואין חד-מיניים או בברית זוגיות בין להט"בים. אצל מדינות אפריקה, אסיה ומדינות מוסלמיות יש רגישות רבה למה שהן רואות כניסיון לכפות עליהן תפיסות אירופיות של זכויות אדם, שאיש לא חשב עליהן כאשר ניסחו את האמנות וכאשר מדינות אלו הצטרפו אליהן. יש חשש שפגיעה בלגיטימיות של הוועדה, בשל דרישה שכל מדינה תנהיג נישואין חד-מיניים, הייתה פוגעת ביכולתה של הוועדה לשכנע מדינות אלו לבטל דינים המפלילים יחסים חד-מיניים ולהבטיח את הזכויות הבסיסיות ביותר שלהם.

פרשנות בית הדין האירופי לזכויות אדם מתייחסת כמובן לאמנה האירופית לזכויות אדם בלבד. הגם שניתן להשליך ממנה לדרך שבה יש לפרש אמנות אחרות לזכויות אדם, אין אפשרות להסיק כי פסיקה של בית הדין האירופי בסוגיה זו או אחרת (כגון החובה של מדינה להכיר בברית זוגיות בין הומוסקסואלים או לסביות) משקפת את הגישה הכללית של המשפט הבינלאומי באותה סוגיה. עלול אפוא להיווצר פער בין זכויותיהם של להט"בים באירופה על-פי הדין הבינלאומי לבין זכויותיהם באזורים אחרים בעולם.

3. החלטות של מוסדות פוליטיים

ההתקדמות בהכרה בינלאומית בזכויותיהם של להט"בים איננה יכולה להימדד רק על פי החלטות של גופים שיפוטיים או מעין-שיפוטיים. יש חשיבות גם להחלטות של גופים פוליטיים ואפילו ליוזמות של ארגונים לא-ממשלתיים. הזכרנו לעיל את החלטת המועצה לזכויות אדם משנת 2011, שבה הביעה דאגה נוכח האלימות וההפליה כלפי אנשים בשל נטייתם המינית. לבקשת המועצה הכינה הנציבה

31 *Vallianatos v. Greece*, App. No. 29381/09 Eur. Ct. H.R. (2013); *Schalk & Kopf v. Austria*, App. No. 30141/04 Eur. Ct. H.R. (2010), שיידונו להלן.

32 *Joslin v. New Zealand*, Comm. No. 902/1999, 214, U.N. Doc. A/57/40 (2002).

33 *Goodwin v. UK*, App. No. 28957/95, 35 Eur. Ct. H.R. 18, para. 100 (2002); *L & V v. Austria*, App. No. 39392/98 Eur. Ct. H.R., para. 49 (2003); *Cruz Varas v. Sweden*, App. No. 15576/89, 14 Eur. Ct. H.R. 1, para. 100 (1991); *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, App. No. 15318/89, 20 Eur. Ct. H.R. 99, para. 73 (1995); Vienna Convention on the Law of Treaties art. 31(3)(b), May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

לזכויות אדם דוח על מצב זכויותיהם של להט"בים בעולם.³⁴ עד היום מונחת על שולחנה של העצרת הכללית של האו"ם הצעת החלטה בעניין זכויותיהם של להט"בים שהוגשה על ידי הולנד וצרפת ושנתמכה על ידי האיחוד האירופי.³⁵ 94 מדינות חתמו עד כה על הצעת ההחלטה, אך המדינות המוסלמיות הגישו הצעת החלטה נגדית ואף אחת משתי הצעות ההחלטה לא הובאה להצבעה. בשנת 2006 יזמו כמה גורמים – הארגון הלא-ממשלתי הוותיק, הוועדה הבינלאומית של משפטנים (International Commission of Jurists) וכן ארגונים נוספים ומומחים לזכויות אדם – פגישה בג'קרטה, שבה נוסחה הצהרת עקרונות הנוגעים לזכויותיהם של להט"בים. להצהרה זו – הידועה כ"הצהרת יוגיאקרטה" (Yogyakarta Principles)³⁶ ונחתמה על ידי אנשים בעלי שם בעולם המשפט, כמו נציבת זכויות האדם לשעבר מרי רובינסון – אמנם אין מעמד פורמלי או מחייב, אך היא משמשת מקור השראה לוועדות לזכויות אדם בבואן לפרש את האמנות שהן מנטרות.³⁷ ביסוד עקרונות יוגיאקרטה עומדת ההצהרה בסעיף 1 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם ש"כל בני אדם נולדו בני חורין ושווים בערכם ובזכויותיהם".³⁸ מכאן נגזרת המסקנה, הנראית מובנת מאליה, שבני אדם בעלי נטיות מיניות וזהויות מגדריות שונות זכאים גם הם להנאה מלאה מכל זכויות האדם, ובלשון הצהרת יוגיאקרטה:³⁹

Human beings of all sexual orientations and gender identities are entitled to the full enjoyment of all human rights.

ברור מכאן שזכותו של אדם לחיים, לכך שלא יהיה נתון לעינויים,⁴⁰ למשפט הוגן⁴¹ וכדומה עומדות לו ללא קשר לנטייתו המינית. בהצהרת יוגיאקרטה יש אמנם כמה חידושים חשובים, אך נראה כי עיקר נחיצותה היא לא בשל ספק במצב המשפטי, אלא מכיוון שבפועל זכויות להט"בים נרמסות במקומות רבים בעולם. מטרתנו בפרק זה איננה לדון במצבם של להט"בים במקומות שונים בעולם, אלא בזכויותיהם במשפט הבינלאומי. לא נדון אפוא בחובה לכבד את הזכויות ה"רגילות" של להט"בים,

- High Commissioner for Human Rights, לעיל ה"ש 3. 34
 Letter dated 18 December 2008 from the Permanent Representatives of Argentina, Brazil, Croatia, 35
 France, Gabon, Japan, the Netherlands and Norway to the United Nations addressed to the President
 of the General Assembly, U.N. Doc. A/63/635 (Dec. 22, 2008)
 THE YOGYAKARTA PRINCIPLES: PRINCIPLES ON THE APPLICATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS 36
 LAW IN RELATION TO SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY (2007), available at
 http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm (להלן: YOGYAKARTA PRINCIPLES).
 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 20: Non- 37
 discrimination, note 25, U.N. Doc. E/C.12/GC/20 (2 July 2009); (להלן: General Comment No. 20);
 Committee Against Torture, Finland Concluding Observations, para. 24, U.N. Doc. 38
 CAT/C/FIN/CO/5-6 (June 29, 2011).
 Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III) A, art. 1, U.N. Doc. A/RES/217(III) 39
 (Dec. 10, 1948).
 YOGYAKARTA PRINCIPLES, לעיל ה"ש 36, עיקרון 1. 40
 ס' 1 לאמנה נגד עינויים וצורות אחרות של יחס או ענישה אכזרית, בלתי אנושית ומשפילה, כ"א 31, 249
 (נפתחה לחתימה ב-1984). ראו גם YOGYAKARTA PRINCIPLES, לעיל ה"ש 36, עיקרון 10.
 ס' 14-16 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 4. ראו גם YOGYAKARTA 41
 PRINCIPLES, לעיל ה"ש 36, עיקרון 8.

אלא רק בתחומים שבהם התעוררו שאלות משפטיות בדבר המקום של נטייה מינית או זהות מינית בתחומים זכויות או בהגבלות עליהן: הזכות הכללית לשוויון; הפללת יחסי מין חד-מיניים; הזכות לנישואין ולחיי משפחה; מצעדי גאווה והזכות לזהות מינית; הזכות של להט"בים הנרדפים במדינתם למעמד של פליט במדינה אחרת; ורדיפת להט"בים כפשע נגד האנושות.

4. אמנות בינלאומיות והדין בישראל

לפני הדיון בשאלות המהותיות שהזכרנו, להלן מילים מספר על מידת חשיבותן של זכויות האדם לפי המשפט הבינלאומי בזירה הישראלית. אין בחוקי היסוד או בחקיקה של מדינת ישראל התייחסות למעמדן בדין המקומי של הוראות המשפט הבינלאומי בכלל ושל האמנות הבינלאומיות בפרט. התפיסה שגובשה בפסיקה (בעקבות גישתו של המשפט האנגלי) היא שנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי ייאכפו על ידי בתי המשפט כל עוד אינן מתנגשות חזיתית עם חקיקה ראשית, אך נורמות באמנות בינלאומיות המחייבות את מדינת ישראל לא ייאכפו כל עוד לא אומצו בחקיקה או הפכו לחלק מן המשפט המנהגי. עם זאת, מכוח "חזקת ההתאמה", חובה על בתי המשפט לפרש את הדין בישראל כדי למנוע התנגשות עם התחייבויותיה הבינלאומיות של המדינה.⁴² חובה זאת יכול שתהיה חשובה במקרים שבהם החוק הישראלי אינו ברור, ומשאיר מקום לפרשנויות שונות, או כאלה שבהם אין דין ישראלי המתייחס לסוגיה המגיעה לדיון בבית המשפט.

מדינת ישראל הצטרפה לאמנות הכלל-עולמיות העיקריות שיעניינו אותנו כאן: שתי אמנות היסוד משנת 1966,⁴³ האמנה בדבר ביטול הפליה נגד נשים לצורותיה⁴⁴ והאמנה בדבר זכויות הילד.⁴⁵ אמנות אלו לא אומצו בחקיקה של הכנסת ולכן הוראותיהן אינן נאכפות במישורן בבתי המשפט בישראל, אך על פי חזקת ההתאמה שהוזכרה לעיל על בתי המשפט לפרש את הדין המקומי כדי למנוע התנגשות אתן. זאת ועוד: בבואם לקבוע סטנדרטים של זכויות אדם, בתי המשפט בישראל נעזרים כדבר שבשגרה באמנות בינלאומיות – גם באלה כמו האמנה האירופית לזכויות אדם, שישראל איננה צד להן – ובהחלטות שנתקבלו בגופים בינלאומיים המפרשים אמנות אלו.⁴⁶ יש לזכור, עם זאת, כי כאשר יש הוראת חוק ישראלי ברורה, תינתן עדיפות להוראה זו על פני הוראה באמנה בינלאומית המחייבת את מדינת ישראל.

הגם שהאמנות שמדינת ישראל הצטרפה אליהן מחייבות אותה במישור הבינלאומי, יש לציין כי בתחום אחד עלול להיווצר פער בין הסטנדרטים באמנה או על פיה לבין התחייבויות המשפטיות של

42 ראו לדוגמה בג"ץ 2587/04 בוכריס נ' פקיד שומה חדרה, פס" 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 23.6.2005); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס" 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 11.6.2008). ראו גם David Kretzmer, *Israel, in THE ROLE OF DOMESTIC COURTS IN TREATY ENFORCEMENT: A COMPARATIVE STUDY* 273 (David Sloss ed., 2009).

43 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדינתיות, לעיל ה"ש 4; האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 4.

44 האמנה בדבר ביטול הפליה נגד נשים לצורותיה, לעיל ה"ש 8.

45 האמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 8.

46 ראו לדוגמה בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נז(2), 349, פס" 27 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1), 461, פס" 58 ו-66 לפסק דינה של השופטת ביניש (2006). ראו גם עניין *Diallo*, לעיל ה"ש 8, פס" 68.

המדינה. כאשר הצטרפה לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ולאמנה בדבר ביטול הפליה נגד נשים לצורותיה, הגישה ישראל הסתייגויות שלפיהן הדין החל בענייני מעמד אישי בישראל הוא הדין הדתי האישי, ושבמקרה של התנגשות בין התחייבויותיה על פי האמנות לבין דין זה שומרת המדינה לעצמה את הזכות לפעול על פי דין זה. נראה אפוא כי אם ביום מן הימים ייקבע כי מדינה שהנה צד לאחת מאמנות אלו חייבת להנהיג נישואין חד-מיניים, תוכל המדינה לטעון כי לאור הסתייגותה אין חובה זו חלה עליה.⁴⁷

ב. שוויון

שתי אמנות היסוד משנת 1966 ושלוש האמנות האזוריות לזכויות אדם מחייבות את המדינות לכבד ולהבטיח את הזכויות המנויות בהן ללא הפליה.⁴⁸ בכל האמנות הללו יש פירוט של טעמי הפליה הפסולים. כפי שראינו במבוא, "נטייה מינית" אינה נמנית עם טעמים אלה. עם זאת, בשלוש מהאמנות נאמר במפורש כי מדובר בטעמים כגון הטעמים המנויים, ובכולן יש התייחסות לטעם כללי, כגון "מעמד אחר".⁴⁹ על אף העובדה שנטייה מינית אינה מוזכרת בין הטעמים הפסולים, מקובל על כל הגופים הפועלים על פי אמנות אלו כי הפליה על בסיס נטייה מינית נכללת בהוראת האמנה האוסרת הפליה ביישום הזכויות המנויות בה. עמדה זו נומקה בדרכים שונות: כי המילה "מיין" כוללת נטייה מינית,⁵⁰ כי לאור המילה "כגון" יש לכלול גם נטייה מינית,⁵¹ וכי "מעמד אחר" כולל בחובו נטייה מינית.⁵² גם באמנה בדבר זכויות הילד יש סעיף האוסר על הפליה, וגם בו נטייה מינית אינה נכללת בין הטעמים הפסולים. עם זאת, הוועדה לזכויות הילד חיוותה את דעתה שהסעיף אוסר על הפליה מחמת נטייה מינית, מבלי שראתה צורך לבסס את עמדתה זו על לשון האמנה.⁵³

אין מחלוקת אפוא שבמישור העקרוני הפליה על בסיס נטייה מינית אסורה היום על פי האמנות הבינלאומיות לזכויות אדם. הן הוועדה לזכויות אדם והן הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות

47 הסמכות של מדינה להגיש הסתייגות אינה בלתי מוגבלת. הסתייגות שאינה מתיישבת עם תכליתה ומטרתה של האמנה איננה תקפה. לא נדון כאן בטענה שהסתייגותה של מדינת ישראל אינה מתיישבת עם תכליתן ומטרתן של האמנות.

48 אך ראו ה"ש 4-6 והטקסט שלצדן.

49 ראו ס' (1)2 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 4; ס' (2)2 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 4; ס' 14 לאמנה האירופית, לעיל ה"ש 4; ס' 2 למגילה האפריקנית, לעיל ה"ש 4. בס' (1)1 לאמנה האמריקנית, לעיל ה"ש 4, מנויים הטעמים הפסולים מבלי ציון המילה "כגון", אך נכלל הטעם של "כל מצב חברתי אחר".

50 הוועדה לזכויות אדם, עניין *Toonen*, לעיל ה"ש 14.

51 *Engel & Others v. Neth.*, App. No. 5100/71, 1 Eur. Ct. H.R. 647, para. 72 (1976); *Mouta v. Portugal*, App. No. 33290/96, 31 Eur. Ct. H.R. 47, para. 28 (1999).

52 General Comment No. 20, לעיל ה"ש 37.

53 Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 4: Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child, para. 6, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 (July 1, 2003). ראו גם Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 13, The Right of the Child to Freedom from all Forms of Violence, para. 60, 72(g), U.N. Doc. CRC/C/GC/13 (Apr. 18, 2011).

ותרבותיות חוזרות ומדגישות זאת בהערות המסכמות בדיון על דוחות של מדינות,⁵⁴ בחוות דעת, בתלונות אישיות⁵⁵ ובהערות כלליות.⁵⁶ בית הדין האירופי לזכויות אדם עמד על כך בפסיקתו, ולאחרונה צירף גם בית הדין הכלל-אמריקני לזכויות אדם את קולו בעניין. מתוך הערות של הנציבות לזכויות אדם האפריקנית בדונה בדוחות של מדינות אפשר להסיק שזאת גם עמדתה של הנציבות. אם כן, השאלה איננה אם במישור העקרוני מותר להפלות נגד אנשים בשל היותם להט"בים, אלא איך בא האיסור על הפליה לידי ביטוי? האם הוא איסור מוחלט, או שמא יש הקשרים שבהם התחשבות בנטייתם המינית של בני אדם תיחשב לגיטימית? שאלה זו מתעוררת מכיוון שהנורמה הבינלאומית שנקבעה, כאמור, על ידי מוסדות הפועלים על פי האמנות, ולא באמנות עצמן, איננה משקפת את הפרקטיקה המוצהרת של מדינות רבות. ציינו לעיל כי לאור מציאות פוליטית זו גילו מוסדות בינלאומיים לזכויות אדם זהירות בבואם לבחון אם מדיניות המתחשבת בנטייה מינית של אדם תיחשב כפסולה ipse facto.

איך מתייחסים הגופים השונים לטענה של מדינה שבהקשר זה או אחר יש רלוונטיות לנטייתו המינית של אדם, ועל כן התחשבות בה לא תיחשב להפליה פסולה? שאלה זו מתעוררת לעתים קרובות במסגרת דיון בניסיון של מדינה להצדיק התייחסות לנטייה מינית של אדם כשיקול ענייני בהגבלת זכות אחרת, כגון הזכות לפרטיות, חופש הביטוי, חופש ההתאספות והזכות להינשא. בכמה מקרים, שהגיעו להכרעה בבית הדין האירופי לזכויות אדם, התלוננו הומוסקסואלים ולסביות על פיטוריהם ממשרות בצבא הבריטי לאחר בירור חודרני בחייהם הפרטיים, שנועד לבחון את נטייתם המינית. בריטניה הודתה כי יש לה מדיניות השוללת שירות של הומוסקסואלים בצבא, אך טענה כי מדיניות זו איננה נובעת מדעות קדומות נגד הומוסקסואלים, אלא מעמדתה כי שירותם יפגע ביכולת הלחימה של יחידות צבאיות ומבעיות לוגיסטיות הקשורות למגורים משותפים. היא הוסיפה כי מדיניות זו הייתה ידועה לעותרים, ולכן לא הייתה בבדיקה שנעשתה משום הפרה של זכותם לחיים פרטיים. בית הדין סירב לקבל את עמדתה של בריטניה. ואולם, הוא לא נימק זאת בכך שמדיניות השוללת את שירותם של הומוסקסואלים ולסביות ביחידות צבא היא בהכרח פסולה, אלא בכך שבריטניה לא הצליחה לשכנע אותו כי השיקולים לפגיעה בחייהם הפרטיים של העותרים היו כבדי משקל במידה מספקת כדי להצדיק פגיעה זו. בית הדין פסק אפוא כי בחקירת חייהם האישיים ובשחרורם מן השירות בשל נטייתם המינית הופרה זכותם של העותרים לחיים פרטיים, המוגנת בסעיף 8 לאמנה האירופית.⁵⁷

54 ראו לדוגמה Human Rights Committee, United States of America Concluding Observations, para. 287, U.N. Doc. A/50/40 (Oct. 3, 1995); Human Rights Committee, Malawi Concluding Observations, para. 7, U.N. Doc. CCPR/C/MWI/CO/1 (June 18, 2012); Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Kyrgyzstan Concluding Observations, para. 17, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.49 (Sept. 1, 2000); Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Tanzania Tanzania Concluding Observations, para. 5, U.N. Doc. E/C.12/TZA/CO/1-3 (Dec. 13, 2012) (להלן: Concluding Observations).

55 Young v. Austl., Comm. No. 941/2000, para. 10.4, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003); X v. Colom., Comm. No. 1361/2005, para. 7.2, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007)

56 ראו לדוגמה General Comment No. 20, לעיל ה"ש 37, פס' 11; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 15, para. 13, U.N. Doc. E/C.12/2002/11 (Jan. 20, 2003)

57 Smith & Grady v. UK, paras 111–112, Eur. Ct. H.R. 493 (1999)

בית הדין השווה בין התיקונים שיצטרך לערוך הצבא בהקשר זה לבין התיקונים שהוכנסו כדי שנשים ומיעוטים יוכלו להשתלב בשירות צבאי.⁵⁸ הוא נמנע מהכרעה בשאלה אם הייתה הפרה גם של סעיף 14, האוסר על הפליה ביישום הזכויות המנויות באמנה.⁵⁹

אין ספק שמפסקי הדין בעניין השירות הצבאי משתמע כי השיקול של נטייה מינית הוא שיקול מפלה, אם כי נשאר מרווח מסוים למדינה להצדיק את ההיזקקות לשיקול בנסיבות מסוימות. בהמשך דבריו קבע בית הדין כי חובה על המדינה להתחשב בשינויים ובהתפתחויות בתוך החברה, וכי מרווח שיקול הדעת שלה בהתחשבות בנטייה מינית צר ביותר.⁶⁰ כך למשל פסק בית הדין כי סירוב להכיר בזכותו של בן זוג הומוסקסואל של חוכר שנפטר להמשיך לגור בדירה, כאשר זכות כזו ניתנה לבן זוג מן המין השני גם בהיעדר נישואין, הנו הפליה פסולה.⁶¹ במקרה אחר החליט בית הדין כי בהחזקת אסיר בבידוד, לאחר שקבל על התנכלות כלפיו מצד אסירים אחרים בשל נטייתו המינית, הפרה המדינה הן את זכותו לא להיות נתון לעונש לא-אנושי והן את זכותו שלא יופלה, שכן הסיבה העיקרית להחזקתו בבידוד הייתה נטייתו המינית ולא ההגנה עליו.⁶²

הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות חוזרת ומדגישה את האיסור להפלות על בסיס נטייה מינית ביישום זכויות כלכליות וחברתיות. כך, למשל, בהערות שלה על דוחות של מדינות היא מזכירה לא פעם את חובתה של המדינה להבטיח כי לא תהיה הפליה על בסיס זה בגישה לשירותי בריאות, חינוך, דיור, רווחה ותעסוקה.⁶³ היא גם מיידעת את המדינות שיש להזכיר נטייה מינית כטעם פסול בחקיקה האוסרת הפליה.⁶⁴ במקרים רבים גם הוועדה לזכויות אדם כוללת בהערות המסכמות שלה התייחסות להפליה פסולה על בסיס נטייה מינית, בהקשר כללי או בהקשר מסוים, כגון שירותי

- 58 שם, פס' 100.
- 59 עוד ראו בהקשר זה, *Lustig-Prean & Beckett v. UK*, Eur. Ct. H.R. 548 (1999); *Perkins & R. v. UK*, App. No. 43208/98 Eur. Ct. H.R. (2002); *Beck, Copp & Bazeley v. UK*, App. No. 48535/99 Eur. Ct. H.R. (2002).
- 60 *Kozak v. Poland*, App. No. 13102/02, para. 92 Eur. Ct. H.R. (2010).
- 61 שם. ראו גם *Karner v. Austria*, App. No. 40016/98, para. 41 Eur. Ct. H.R. (2003), שבו הגיע בית הדין למסקנה דומה.
- 62 *X v. Turkey*, App. No. 24626/09, para. 45 Eur. Ct. H.R. (2013).
- 63 ראו למשל הערות מסכמות בעניין הדוחות של אתיופיה, טנזניה ואורוגוואי: Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Ethiopia Concluding Observations, para. 8, U.N. Doc. E/C.12/ETH/CO/1-3 (May 31, 2012); Tanzania Concluding Observations; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Uruguay Concluding Observations, para. 7, U.N. Doc. E/C.12/URY/CO/3-4 (Dec. 1, 2010).
- 64 ראו למשל הערות מסכמות בעניין הדוחות של מולדובה, פרו, קוריאה הדרומית, סין וטרינידד וטובאגו: Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Moldova Concluding Observations, para. 7, U.N. Doc. E/C.12/MDA/CO/2 (July 12, 2012); Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Peru Concluding Observations, para. 5, U.N. Doc. E/C.12/PER/CO/2-4 (May 30, 2012); Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Republic of Korea Concluding Observations, para. 9, U.N. Doc. E/C.12/KOR/CO/3 (Dec. 17, 2009); Committee on Economic, Social and Cultural Rights, China Concluding Observations, para. 78(a), U.N. Doc. E/C.12/1/Add.107 (May 13, 2005); Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Trinidad and Tobago Concluding Observations, para. 14, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.80 (June 5, 2002). ראו גם General Comment No. 20 לעיל ה"ש 37, פס' 11.

בריאות, הגירה וגישה לבתי המשפט.⁶⁵ הוועדה עומדת על כך כי על המדינות לנקוט אמצעים כדי להיאבק בדעות קדומות נגד להט"בים, לחנך פקידי ציבור ובמיוחד אנשי משטרה בנושא ולפעול ביד תקיפה נגד גילויי אלימות כנגד אנשים בשל נטייתם המינית. כך, למשל, בהערות הוועדה בנוגע לאיראן, מדינה שבה רודפים להט"בים, כולאים אותם ולפעמים מוציאים אותם להורג, כתבה הוועדה את הדברים הבאים:

The State party should repeal or amend all legislation which provides for or could result in discrimination against, and prosecution and punishment of, people because of their sexual orientation or gender identity. It should ensure that anyone held solely on account of freely and mutually agreed sexual activities or sexual orientation should be released immediately and unconditionally. The State party should also take all necessary legislative, administrative and other measures to eliminate and prohibit discrimination on the basis of sexual orientation, including with respect to access to employment, housing, education and health care, and to ensure that individuals of different sexual orientation or gender identity are protected from violence and social exclusion within the community. The Committee reaffirms that all of these matters fall entirely within the purview of the rights contained in the Covenant, and therefore within the Committee's mandate. It urges the State party to include detailed information on the enjoyment of Covenant rights by members of the lesbian, gay, bisexual and transgender community in its next periodic report.⁶⁶

בוועדה נדונה גם תלונה אישית נגד רוסיה, שהוגשה על ידי עותרת לסבית שביקשה לעמוד ליד בית ספר עם שלטים שבהם הכריזה "הומוסקסואליות היא נורמלית" ו"אני גאה בהומוסקסואליות שלי". השוטרים מנעו ממנה לעמוד במקום, והוטל עליה קנס לפי חוק עזר שהטיל הגבלה על "מעשים בציבור המכוונים לתעמולה בין קטינים בדבר הומוסקסואליות (מעשה מיני בין גברים או לסביות)". הוועדה קבעה כי הייתה פגיעה בחופש הביטוי של העותרת. ההגבלה הוטלה רק על תעמולה בדבר הומוסקסואליות, בניגוד למיניות באופן כללי, והמדינה לא הוכיחה שהבחנה מפלה זאת נשענת על קריטריונים אובייקטיביים וסבירים.⁶⁷

65 ראו הערות מסכמות בעניין הדוחות של איראן, גואטמלה, פולין, צ'ילה וזימבבואה: Human Rights Committee, Iran Concluding Observations, para. 10, U.N. Doc. CCPR/C/IRN/CO/3 (Nov. 29, 2011) (להלן: Human Rights Committee, Guatemala Concluding Observations); Human Rights Committee, Poland Concluding Observations, paras 5, 8, U.N. Doc. CCPR/C/POL/CO/6 (Nov. 15, 2010); Human Rights Committee, Chile Concluding Observations, para. 16, U.N. Doc. CCPR/C/CHL/CO/5 (May 18, 2007); Human Rights Committee, Zimbabwe Concluding Observations, para. 24, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.89 (June 4, 1998).

66 Iran Concluding Observations, לעיל ה"ש 65, בפס' 10.

67 Fedotova v. Russ., Comm. No. 1932/2010, U.N. Doc. CCPR/C/106/D/1932/2010 (2012).

גם הוועדה הפועלת על פי האמנה לביטול הפליה נגד נשים לצורותיה מציינת בהערותיה המסכמות את חובת המדינות לפעול לביטול הפליה על בסיס נטייה מינית. בהמלצה הכללית של הוועדה בדבר חובות היסוד של מדינות על פי האמנה ובדבר מעמדן של נשים מבוגרות, הזכירה הוועדה נטייה מינית כאחד הגורמים העלולים להשפיע על ההפליה נגד נשים.⁶⁸ עוד ציינה הוועדה כי יש קשר הדוק בין הפליה על בסיס מין לבין הפליה על בסיס נטייה מינית, ולכן על המדינות החברות באמנה להכיר בתופעה זו ולאסור אותה.⁶⁹

לסיכום: ניתן לומר היום בצורה פסקנית כי גם אם נטייה מינית איננה מנויה באמנות לזכויות אדם כטעם מפלה פסול, הפליה על בסיס גורם זה תיחשב הפליה פסולה. אמנם תאורטית נשאר פתח למדינות להצדיק את ההיזקקות לטעם זה ועל ידי כך להזים את טענת ההפליה, אך מלבד חיי המשפחה, שיידונו בהמשך הפרק, קשה לחשוב על מקרה שבו יקבלו הגופים השונים טענה המתבססת על טעם זה. מאז המקרה של *Toonen* לא הייתה הוועדה לזכויות אדם מוכנה לקבל טענה של מדינה שההיזקקות לגורם של נטייה מינית הייתה קבילה.⁷⁰ גם אין מקרה, מחוץ לחיי המשפחה, שבו קיבל בית הדין האירופי עמדה של מדינה שבנסיבות שנדונו הייתה ההיזקקות לשיקול של נטייה מינית מוצדקת.

ג. הפללה של יחסי מין הומוסקסואליים

מדינות רבות בעולם מגדירות יחסי מין בין גברים או בין נשים המתקיימים בהסכמה בין בגירים כעבירה פלילית. כאמור, הפללת יחסי מין הומוסקסואליים איננה מתיישבת עם אמנות בינלאומיות לזכויות אדם. בחלק זה נבקש לבחון את התפתחות הגישה של המשפט הבינלאומי ביחס לסוגיה זו ואת ההצדקות לה.

1. האיסור על הפללה

הפללת יחסי מין הומוסקסואליים פוגעת בשתי זכויות יסוד המוכרות במשפט הבינלאומי של זכויות אדם: הזכות לפרטיות והזכות לשוויון. בחלק זה נבקש לבחון האם יש טעמים שבגינם ניתן להפלייל יחסי מין הומוסקסואליים, מה היו טענות המדינות שניסו להצדיק את ההפללה ובאילו מקרים הן נדחו או נתקבלו.

אין זה פלא שהשינוי בעמדתו של בית הדין האירופי ביחס ללהט"בים החל בפרשה שדנה בשאלת ההפללה. כפי שצינו לעיל, ב-1981, בפרשת *Dudgeon*, קבע בית הדין האירופי שהאיסור על יחסי מין

68 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 27 on Older Women and Protection of their Human Rights, para. 13, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/27 (Dec. 16, 2010).

69 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 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, para. 18, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/28 (Dec. 16, 2010).

70 ראו לדוגמה עניין *Fedotova*, לעיל ה"ש 67, פס' 10.6; עניין *X v. Colom*, לעיל ה"ש 55, פס' 7.2.

הומוסקסואליים סותר את זכותם של להט"בים לפרטיות, המעוגנת בסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם.⁷¹ הוועדה לזכויות אדם הצטרפה לעמדה זו ב־1994 בהחלטתה בעניין *Toonen*. טונן טען כי הקוד הפלילי הטסמני (אחת משש המדינות המרכיבות את אוסטרליה) מפליל צורות שונות של קשר מיני בין גברים, כולל קשר מיני בהסכמה בין גברים בגירים. הוועדה קבעה כי ההפללה אכן סותרת את זכותו לפרטיות, זכות המעוגנת בסעיף 17 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.⁷² הוועדה הדגישה כי עצם העובדה שלא נפתחו הליכים פליליים על פי סעיפים אלה אינה ערובה לכך שסעיפים אלה לא יופעלו בעתיד, ולכן הימצאות סעיפים אלה בחוק היא, כשלעצמה, עילה מספקת להחלטת הוועדה.⁷³ הוועדה אף דחתה את הטענות שלפיו האיסור על יחסי מין הומוסקסואליים נועד לשמש אמצעי למניעת התפשטות של נגיף האיידס. הוועדה קבעה כי אף על פי שמטרה זו לגיטימית ובאופן תאורטי ניתן לפגוע בגינה בזכות לפרטיות, במקרה דנן איסור גורף על יחסי מין הומוסקסואליים אינו עומד בדרישה שהפגיעה בזכות תהיה מידתית.⁷⁴ עם השנים ושינוי התפיסה הציבורית ביחס ללהט"בים, שהביאה לגיבוש ההבנה שהבחנה בלתי מוצדקת על רקע נטייה מינית הנה הפליה פסולה, קבעה הוועדה לזכויות אדם כי הפללה של יחסי מין הומוסקסואליים היא גם הפרה של הזכות לשוויון בפני החוק, המעוגנת בסעיף 26 לאמנה, ולא רק פגיעה בזכות לפרטיות.⁷⁵ אשר לעונשים הקבועים בחוקי המדינות האוסרות על קיום יחסי מין הומוסקסואליים, הוועדה לזכויות אדם התייחסה גם לכך שבעקבות הרשעה יכול הלהט"ב להיכלא, ובכך תופר זכותו שלא להיות

71 עניין *Dudgeon*, לעיל ה"ש 10. ראו גם *Modinos v. Cyprus*, App. No. 15070/89, 16 Eur. Ct. H.R. 485 (1988); *Norris v. Ir.*, App. No. 10581/83, 13 Eur. Ct. H.R. 186 (1988). סוגיה מעניינת בהקשר זה היא יחסו של בית הדין האירופי להיקפה של הזכות לפרטיות. אמנם בית הדין קבע בפסקי הדין דלעיל כי יחסי מין הומוסקסואליים הם חלק מהזכות לפרטיות, אך לא כל יחסי המין הומוסקסואליים נכללים בגדרה של הזכות לפרטיות. כך, לדוגמה, בפרשת *F. v. Switzerland* (App. No. 11680/85, 55 Eur. Comm'n H.R. (1988)), Doc. & Rep. 178, 180–181 (1988), קבעה הנציבות האירופית לזכויות אדם כי החוק אשר הפליל זנות שמתבססת על יחסי מין הומוסקסואליים – ולא הטרסקסואליים – אינו פוגע בזכות לפרטיות, משום שזנות נופלת מחוץ לגדרה של הזכות לפרטיות. בפרשת *Reiss v. Austria* (20 Eur. H.R. Rep. C.D. 90 (1995)) נדון איסור על הצגת סרט פורנוגרפי הומוסקסואלי בפאב. הנציבות קבעה כי הזכות לפרטיות אינה כוללת את הזכות להציג קלטות וידיאו פורנוגרפיות הומוסקסואליות בפאבים (יש לציין כי ככל הנראה הפנייה לזכות לפרטיות הייתה בעוכריהם של העותרים בפרשת *Reiss v. Switzerland*. בפרשת *Scherer v. Switzerland* (App. No. 17116/90 Eur. Ct. H.R., 284–287 (1994)) נדון מקרה דומה, ובו נטענה הפרה של ס' 10 לאמנה האירופית – המגן על חופש הביטוי. במקרה זה קיבל בית הדין את הטענה שלפיה הייתה בהגבלת ההקדנה פגיעה בחופש הביטוי).

72 עניין *Toonen*, לעיל ה"ש 14, פס' 2.2–2.3.

73 שם, פס' 8.2: "In this context, it notes that the policy of the Department of Public Prosecutions not to initiate criminal proceedings in respect of private homosexual conduct does not amount to a guarantee that no actions will be brought against homosexuals in the future, particularly in the light of undisputed statements of the Director of Public Prosecutions of Tasmania in 1988 and those of members of the Tasmanian Parliament. The continued existence of the challenged provisions therefore continuously and directly 'interferes' with the author's privacy"

74 שם, פס' 8.5.

75 *Ethiopia Concluding Observations*, לעיל ה"ש 63.

נתון במעצר שרירותי.⁷⁶ הוועדה התייחסה בחומרה יתרה לכך שלעתים מוטל עונש מוות על המורשעים בעבירה זאת. היא קבעה כי בהטלת עונש מוות בגין יחסים להט"ביים מדינה מפרה את סעיף 6(2) לאמנה, הקובע כי במדינות שבהן קיים עונש מוות ניתן להטילו רק בגין העבירות החמורות ביותר ובהתאם לסעיפי האמנה האחרים. כך, בדוח התקופתי בנוגע לסודן קבעה הוועדה כי:

The imposition in the State party of the death penalty for [...] practices which should not be criminalised such as committing a third homosexual act and illicit sex, is incompatible with article 6 of the Covenant (arts. 6 and 7 of the Covenant).⁷⁷

כאשר מדובר ביחסי מין לסביים, האיסור עליהם יכול להוות גם הפליית נשים. כך, בביקורת התקופתית על מאלואי התייחסה הוועדה לזכויות אדם לתיקון לחוק הפלילי של המדינה הקובע כי יחסי מין בהסכמה בין נשים הם עבירה פלילית. הוועדה קבעה כי לא זו בלבד שאיסור זה מפר את הזכות לפרטיות והנה הפליה פסולה, אלא יש בו גם הפרה של סעיף 3 לאמנה, האוסר על הפליית נשים.⁷⁸ קביעותיה של הוועדה לזכויות אדם ביחס להפללת יחסי מין הומוסקסואליים זכו לתמיכה מצד הוועדות המקבילות, המנטרות את האמנות האחרות לזכויות אדם. כך, הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קבעה כי הפללה כזו היא הפרה של האיסור על הפליה, הקבוע בסעיף 2 לאמנה זו.⁷⁹ הוועדה בדבר ביטול הפליה נגד נשים לצורותיה קראה אף היא לביטול הצורות השונות של הפללת יחסי מין הומוסקסואליים המתקיימים בהסכמה,⁸⁰ וקבעה כי הפללה זו הנה הפליה פסולה ומנוגדת לאמנה.⁸¹

76 ס' 9(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 4; Human Rights Committee, Iran ; Togo Concluding Observations, para. 14, U.N. Doc. CCPR/C/TGO/CO/4 (Apr. 18, 2011) Concluding Observations, לעיל ה"ש 65, פס' 10. לעניין זה ראו גם את דוח קבוצת העבודה ביחס למעצרים שרירותיים: U.N Human Rights Council, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, U.N. Doc. A/HRC/22/4 (Dec. 24, 2012). הדוח קובע כי מניעת חירות על רקע נטייה מינית הנה שלילת חירות "שרירותית" וכזואת מהווה הפרה של משפט בינלאומי מנהגי (שם, בפס' 38). לעניין זה ראו גם El Hadji Malick Sow, Opinions Adopted by the Working Group on Arbitrary Detention, paras 55–56, U.N. Doc. A/HRC/10/21/Add.3 p. 16–20, U.N. Doc. A/HRC/16/47/Add.1 (Mar. 2 2011); UN Human Rights Council, Working Group on Arbitrary Detention, Mission to Colombia, paras 55–56, U.N. Doc. A/HRC/10/21/Add.3 (Feb. 16, 2009).

77 Human Rights Committee, Sudan Concluding Observations, para. 19, U.N. Doc. CCPR/C/SDN/CO/3 (Aug. 29, 2007) Human Rights Committee, Yemen Concluding Observations, para. 13, U.N. Doc. CCPR/C/YEM/CO/5 (Apr. 23, 2013).

78 Malawi Concluding Observations, para. 7, U.N. Doc. CCPR/C/MWI/CO/1 (June 18, 2012).
79 Tanzania Concluding Observations, לעיל ה"ש 54, פס' 6; Ethiopia Concluding Observations, לעיל ה"ש 63, פס' 8.

80 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Guyana Concluding Observations, para. 27, U.N. Doc. CEDAW/C/GUY/CO/7-8 (July 27, 2012).

81 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Sri Lanka Concluding Observations, paras 24–25, U.N. Doc. CEDAW/C/LKA/CO/7 (Apr. 5, 2011) Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Uganda Concluding Observations, paras 43–44, U.N. Doc. CEDAW/C/LKA/CO/7 (Nov. 5, 2010).

מכל האמור ניתן לראות כי הפללת יחסי מין הומוסקסואליים סותרת את הוראות המשפט הבינלאומי, ובפרט את הזכות לפרטיות ואת הזכות השוויון. דעה זו התקבלה גם על ידי משפטנים מובילים ועוגנה בעיקרון 7 להצהרת יוגיאקרטה.⁸²

2. סוגיות נוספות: יחסי מין הומוסקסואליים מרובי משתתפים וגיל ההסכמה ליחסי מין

שאלת ההפללה של יחסי מין הומוסקסואליים אינה מתמצה בבחינה אם החוק במדינה פלונית מתיר יחסי מין הומוסקסואליים או אוסר עליהם. יש שני היבטים מעניינים נוספים ביחס לשאלת ההפללה: קיום של יחסי מין הומוסקסואליים בין יותר משני אנשים וגיל ההסכמה לקיום יחסי מין. נציג כל היבט בתורו.

(א) יחסי מין מרובי משתתפים

ב-1997 דן בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת *Laskey, Jaggard and Brown v. UK*. בפרשה זו נדונה חוקיותם של יחסי מין הומוסקסואליים רבי משתתפים (כ-40 משתתפים). הראיות למעשה היו קלטות וידיאו שמצאה המשטרה במהלך חקירה שגרתית ובהן נראו הגברים מקיימים יחסי מין הומוסקסואליים סאדו-מזוכיסטיים. הם הורשעו בגרימת נזק גופני לפי ה-*Offences against the Person Act* הבריטי מ-1861. בית הדין האירופי קבע שהרשעה זו אינה הפליה פסולה. בית המשפט נימק את קביעתו בכך שגם הטרוסקסואלים שיבצעו מעשים דומים יזכו ליחס דומה מצד החוק.⁸³ בשנת 2000 נדונה פרשת *A.D.T. v. UK*⁸⁴ אזרח בריטי עתר לבית הדין, לאחר שהורשע בעבירת *gross indecency*⁸⁵, משום שקיים יחסי מין בהסכמה עם ארבעה גברים בגירים. גם במקרה זה ההוכחות היו בקלטות וידיאו שנמצאו בביתו. ממשלת בריטניה טענה בפני בית הדין שיש להבחין בין מגע מיני אינטימי המתקיים בין שני אנשים הומוסקסואלים, שהוא לגיטימי, לבין מגע מיני הומוסקסואלי רב משתתפים, שאינו לגיטימי.⁸⁶ בית הדין הזכיר את קביעתו בפרשת *Dudgeon* שאיסור על הפללת יחסים הומוסקסואליים סותר את הזכות לפרטיות וקבע כי גם אם ייתכנו מקרים שבהם יחסי מין עם יותר משני משתתפים יהיו נתונים לרגולציה מצד המדינה, המקרה הנדון אינו אחד מהם. הסיבה לכך היא שבמקרה זה יחסי המין התקיימו בפרטיות ואין טעמים אחרים (למשל, הגנה על המוסר הציבורי או

82 YOGYAKARTA PRINCIPLES, לעיל ה"ש 36, עיקרון 7.

83 *Laskey, Jaggard & Brown v. UK*, 24 Eur. Ct. H.R. 39, para. 50 (1997).

84 *A.D.T. v. UK*, App. No. 35765/97 Eur. Ct. H.R. (2000).

85 העבירה כלולה ב-*Sexual Offences Act, Regnal 4 & 5 Eliz.2, c.69, §15 (1956), c. 69 (U.K)*: ולפיה: "It is an offence for a man to commit an act of gross indecency with another man, whether in public or private, or to be a party to the commission by a man of an act of gross indecency with another man, or to procure the commission by a man of an act of gross indecency with another man". בית הדין העיר כי *gross indecency* לא הוגדר בחוק אלא בפסיקה של בתי המשפט: "'Gross indecency' is not defined by statute. It appears, however, to cover any act involving sexual indecency between two male persons. If two male persons acting in concert behave in an indecent manner the offence is committed even though there has been no actual physical contact (R. v. Hunt 34 Cr App R 135)".

86 עניין *A.D.T.*, לעיל ה"ש 84, פס' 27.

בריאות הציבור) שמצדיקים את הגבלתם.⁸⁷ על כן קבע בית הדין שהזכות לפרטיות של העותר הופרה ושהמדינה ביצעה הפליה פסולה.⁸⁸ ההבדל בין הפסיקות נעוץ כמובן בשאלה אם מעשים אלו היו מופללים אילו דובר באותם היחסים – רק הטרוסקסואליים. בפסק הדין הראשון הסיבה להפללה היא העובדה שגם אילו היו אלה יחסים הטרוסקסואליים, המשתתפים היו מורשעים. לעומת זאת, בפסק הדין השני לא היה בית הדין מרשיע משתתפים הטרוסקסואלים, ולכן נקבע כי אין מקום להרשיע משתתפים הומוסקסואלים.

(ב) גיל ההסכמה ליחסי מין

לפי הדוח של מועצת זכויות האדם של האו"ם, ב-14 מדינות לפחות קיים גיל ההסכמה שונה ליחסי מין הומוסקסואליים (בדרך כלל, יחסי מין בין גברים) לעומת זה של יחסי מין הטרוסקסואליים.⁸⁹ להלן נבקש לבחון אם מדיניות זו עולה בקנה אחד עם מחויבויות המדינות על פי המשפט הבינלאומי. עד 2003 דחו הנציבות האירופית לזכויות אדם ובית הדין האירופי לזכויות אדם עתירות שעניינן השוני בין גיל ההסכמה ביחסי מין הומוסקסואליים לבין גיל ההסכמה ביחסי מין הטרוסקסואליים. הם קבעו כי אין קונצנזוס בין מדינות אירופה ביחס לשאלה זו ולכן לא ניתן להוכיח כי קיימת הפליה פסולה.⁹⁰ מעניין ראות כי אפילו בפרשת *Dudgeon*, שבה קבע בית הדין האירופי כי הפללת יחסים הומוסקסואליים מנוגדת לאמנה האירופית, הוא עדיין ציין כי:

The Court has already acknowledged the legitimate necessity in a democratic society for some degree of control over homosexual conduct notably in order to provide safeguards against the exploitation and corruption of those who are specially vulnerable by reason, for example, of their youth (see paragraph 49 above). However, it falls in the first instance to the national authorities to decide on the appropriate safeguards of this kind required for the defence of morals in their society and, in particular, to fix the age under which young people should have the protection of the criminal law (see paragraph 52 above).⁹¹

גישה זו של הערכאות האירופיות החלה להשתנות בפרשת *Sutherland* שנדונה בפני הנציבות האירופית. בפרשה זו נדון עניינם של שני נערים אנגלים בני 16 שקיימו יחסי מין הומוסקסואליים. באותה עת, גיל ההסכמה ליחסי מין הומוסקסואליים היה 18 ואילו גיל ההסכמה ליחסי מין הטרוסקסואליים היה 16. הנציבות קבעה שככלל קיומו של גיל ההסכמה הוא רצוי, שכן נערים ונערות בגילים צעירים יכולים להיות חשופים להתקפות מיניות. ואולם, הוועדה קבעה שפרשנות של הזכות

87 שם, פס' 37.

88 שם, פס' 41.

89 High Commissioner for Human Rights, לעיל ה"ש 3, פס' 44.

90 ראו, למשל, X v. Fed. Rep. Ger., App. No. 5935/72, 3 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 46 (1976).

ראו גם Laurence R. Helfer, *Finding Consensus on Equality: The Homosexual Age of Consent and the European Convention on Human Rights*, 64 N.Y.U. L. REV. 1044, 1045 (1990), וההפניות שם.

91 עניין *Dudgeon*, לעיל ה"ש 10, פס' 62.

לפרטיות בראי הזכות לשוויון מביאה למסקנה שעל גיל ההסכמה ליחסים הומוסקסואליים והטרנסקסואליים להיות זהה (בין שיהיה 14, 16 או 18).⁹² בית הדין האירופי אימץ את עמדתה של הנציבות ב-2003, בפרשות *L. & V. v. Austria* ו-*S.L. v. Austria*. בפרשות אלו נדון הקוד הפלילי האוסטרי שקבע כי גיל ההסכמה ליחסי מין הומוסקסואליים הוא 18, בעוד גיל ההסכמה ליחסי מין הטרנסקסואליים הוא 14. הממשלה טענה כי השוני בגיל ההסכמה נועד להגן על ההתפתחות המינית של נערים ונערות. בית הדין קבע כי מטרה זו אמנם ראויה, אך בהינתן הקונצנזוס ההולך וגובר בין מדינות אירופה ביחס לגיל הסכמה שווה,⁹³ הרי שהיא אינה מצדיקה הבחנה בין גילי ההסכמה של יחסים להט"ביים והטרנסקסואליים.⁹⁴ הסוגיה של גיל ההסכמה נדונה גם בוועדות לזכויות אדם של האו"ם. הוועדה לזכויות אדם קבעה בהערותיה המסכמות על אוסטריה כי גיל הסכמה שונה ליחסים הומוסקסואליים הנו הפליה פסולה על רקע מין ונטייה מינית.⁹⁵ הוועדה לזכויות הילד דנה גם היא בסוגיה. האמנה בדבר זכויות הילד מעגנת, בדומה לאמנות האחרות לזכויות אדם, את הזכות לשוויון.⁹⁶ בהערותיה המסכמות על צ'ילה ציינה הוועדה כי הפללה של יחסי מין הומוסקסואליים הנה הפליה פסולה, גם כאשר היא נעשית בנוגע לילדים מתחת לגיל 18.⁹⁷ באופן דומה, בהערותיה ביחס לאי מאן (*Isle of Man*) ציינה הוועדה לחיוב את הורדת גיל ההסכמה ליחסים הומוסקסואליים מ-21 ל-18, אך קראה למדינה להשוות גיל זה לגיל ההסכמה ליחסים הטרנסקסואליים – 16 – כדי למנוע הפליה על רקע נטייה מינית.⁹⁸ מכל האמור לעיל, מסקנתנו היא שגיל הסכמה שונה ליחסי מין הומוסקסואליים והטרנסקסואליים סותר את הזכות לפרטיות ואת הזכות לשוויון המעוגנות במשפט הבינלאומי.

3. סיכום

האיסור על הפללה של יחסי מין הומוסקסואליים הוא נורמה ברורה ומוסכמת במשפט זכויות האדם הבינלאומי, אף על פי שמדינות רבות החתומות על אמנות זכויות האדם עדיין מפירות אותו. נדבך נוסף

- 92 בית הדין לא נדרש להכריע בפרשה זו, משום שב-2001 בריטניה השוותה את גיל ההסכמה על ידי שינוי חקיקה פנימי.
- 93 בית הדין אזכר גם דוח פרלמנטרי שקובע כי מבחינה מדעית, גיל הסכמה שונה אינו מגן על התפתחות מינית של נערים ונערות, וראו *L. & V. v. Austria*, App. No. 39392/98, para. 51 Eur. Ct. H.R. (2003).
- 94 שם, פס' 50. לעניין זה ראו גם *Woditschka & Wilfling v. Austria*, App. No. 69756/01, 41 Eur. Ct. H.R. (2004); *B.B. v. UK*, App. No. 53760/00, Eur. Ct. H.R. (2004); *Wolfmeyer v. Austria*, App. No. 5263/03, 42 Eur. Ct. H.R. 3 (2005); *R. H. v. Austria*, App. No. 7336/03, Eur. Ct. H.R. (2006); *H.G. & G.B. v. Austria*, App. No. 11084/02, Eur. Ct. H.R. (2005).
- 95 Human Rights Committee, *Austria Concluding Observations*, para. 13, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.103 (Nov. 19, 1998).
- 96 ס' 2 לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 8.
- 97 Committee on the Rights of the Child, *Chile Concluding Observations*, para. 29, U.N. Doc. CRC/C/CHL/CO/3 (Apr. 23, 2007).
- 98 Committee on the Rights of the Child, *Isle of Man Concluding Observations*, paras 22–23, U.N. Doc. CRC/C/15/Add.134 (Oct. 16, 2000). לעניין זה ראו גם *UK Overseas Territories Concluding Observations*, para. 25, U.N. Doc. CRC/C/15/Add.135 (Oct. 16, 2000).

ואישה להינשא, וקבעה כי לאור לשון הסעיף הזכות להינשא באמנה מוגבלת לזכות לנישואין בין גבר לאישה.¹⁰¹

ברור כי גם אם הפרשנות של בית הדין האירופי והוועדה לזכויות אדם לסעיפים בשתי האמנות המתייחסים לזכותם של גבר ואישה להינשא היא פרשנות אפשרית, אין היא הפרשנות האפשרית היחידה, וניתן היה לפרש את שתי האמנות בדרך אחרת.¹⁰² היה אפוא מקום לצפות כי עם השינויים בתפיסות החברתיות הנוגעות לנישואין חד-מיניים, ישקלו בית הדין האירופי והוועדה לזכויות אדם אימוץ של פרשנות אחרת.

בפרשת *Goodwin* נדון עניינה של אישה טרנסג'נדרית שעברה ניתוח לשינוי מין (male to female). בריטניה סירבה לרשום אותה כאישה, והיא מצדה טענה שיש בכך פגיעה בחייה הפרטיים. היא הוסיפה וטענה כי מכיוון שהיא עדיין רשומה כגבר, נמנעת ממנה הזכות להינשא לגבר אחר. בית הדין עשה תפנית משמעותית, הן בהכירו בכך שהופרה זכותה של העותרת לחיים פרטיים הן בקביעתו כי הופרה זכותה להינשא. בעניין הנישואין הכיר בית הדין בכך שמאז החלטותיו במקרים שהוזכרו לעיל חלו התפתחויות בחברה שיש להתחשב בהן בפרשנות האמנה בכלל, ובפרשנות הסעיף הנוגע לזכות להינשא בפרט. ואלה דבריו של בית הדין:

It is true that the first sentence (of article 12 DK) refers in express terms to the right of a man and woman to marry. The Court is not persuaded that at the date of this case it can still be assumed that these terms must refer to a determination of gender by purely biological criteria [...] There have been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention as well as dramatic changes brought about by developments in medicine and science in the field of transsexuality.¹⁰³

לאור שינויים אלה קבע בית הדין כי בסירובה של בריטניה לאפשר לעותרת להינשא לגבר היא הפרה את הזכות שלה להינשא. בפסק דינו לא סטה בית הדין מן התפיסה שהזכות להינשא מוגבלת לנישואין בין גבר לבין אישה, אך גילה גמישות בפרשנות הסעיף והכיר בכך שבעניין הזכות להינשא יש להתחשב הן בשינויים החברתיים במוסד הנישואין הן בשינויים ברפואה ובמדע. בית המשפט הדגיש כי הזכות להינשא איננה תלויה ביכולת להביא ילדים לעולם.

ההכרה בשינויים הללו עמדה במרכז דיונו של בית הדין בפרשת *Schalk and Kopf*.¹⁰⁴ במקרה זה נדונה עתירה של זוג הומוסקסואלים שבקשתם להינשא נדחתה על ידי הרשויות באוסטריה מכיוון שהזכות להינשא הוגבלה לנישואין בין גבר לאישה. הם עתרו לבית הדין ובפיהם הטענה שאוסטריה

101 Joslin v. New Zealand, Comm. No. 902/1999, 214, U.N. Doc. A/57/40 (2002) ; ס' 23 (2) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 4, קובע: "The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized"

102 ראו Emmanuelle Bribosia et al., *Same-Sex Marriage – Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the U.S. Experience*, 32 BERKELEY J. INT'L L. (2013)

103 עניין *Goodwin*, לעיל ה"ש 33, פס' 100.

104 עניין *Schalk & Kopf*, לעיל ה"ש 31.

הפרה את זכותם להינשא. לאחר הגשת העתירה, ולפני מתן פסק הדין בעניין, נתקבל באוסטריה חוק המאפשר לזוגות חד-מיניים להירשם בברית זוגיות המעניקה להם מעמד דומה לזה של זוגות נשואים. בעניין הזכות להינשא הסתמכו העותרים על האמירה בפרשת *Goodwin* בדבר השינויים שחלו במוסד הנישואין, ועל כך שבמגילת זכויות היסוד של האיחוד האירופי שנכנסה לתוקף בדצמבר 2009 אין התייחסות ל"גבר ואישה" בסעיף 9 המכיר בזכות לנישואין.¹⁰⁵ לאור התפיסה העקבית של בית הדין שיש לפרש את האמנה באופן דינמי, הם טענו כי על בית הדין לסטות מן העמדה שהזכות להינשא מוגבלת לנישואין של גבר ואישה. בפסק דינו בעניין הזכיר בית הדין את העובדה שיש הכרה בנישואין חד-מיניים רק בשש מתוך 47 מדינות החברות במועצת אירופה, ואין לדבר על קונצנזוס אירופי בעניין. המגילה האירופית פותחת פתח לנישואין חד-מיניים, אך איננה מחייבת את המדינות להכיר בהם. בתנאים אלה לא היה בית הדין מוכן לסטות מעמדתו הקודמת, שהחובה של מדינות להכיר בנישואין מוגבלת לנישואין בין אישה לגבר. עם זאת, בפסקה שמצביעה על כיוונים עתידיים של בית הדין הוא אמר:

Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State.¹⁰⁶

הרמז כאן ברור: ברגע שמספר המדינות באירופה שבהן יש הכרה בנישואין חד-מיניים יעבור את המאסה הקריטית, יש להניח כי בית הדין יהיה מוכן לשנות את גישתו לפרשנות סעיף 12.¹⁰⁷ העותרים במקרה של *Schalk and Kopf* גם טענו כי מכיוון שהחוק האוסטרי לא נתן להם אלטרנטיבה להירשם בברית זוגיות, הם הופלו בזכותם לחיי משפחה. בית הדין היה בדעה כי לאור הקביעה שאין חובה לאפשר לזוג חד-מיני להינשא אין להגיע לאותה תוצאה במסגרת סעיפים אחרים באמנה. זאת ועוד: היות שבזמן מתן פסק הדין כבר היה בתוקף חוק המאפשר רישום של ברית זוגיות, לא ראה בית הדין לנכון לדון בשאלה אם הופרה זכותם של העותרים לפני שחוק זה נכנס לתוקף. הוא הזכיר את ההתפתחויות הדינמיות בעניין מתן מעמד משפטי פורמלי לזוגות חד-מיניים ואת הצורך לאפשר מרחב תמרון למדינות בקביעת העיתוי לשינוי חקיקה בעניין.

הקשר בין המצב המשפטי הפנימי במדינה לבין חובתה להכיר בברית זוגיות בין להט"בים עלה גם בפרשת *Vallianatos*. במקרה זה הבהיר בית המשפט כי אם המדינה מכירה בברית זוגיות של זוגות הטרוסקסואליים, תהיה בכך משום הפליה בחיים הפרטיים אם לא תכיר בברית זוגיות גם של זוגות חד-מיניים. כפי שנראה בהמשך הפרק, גישה זו באה לידי ביטוי גם בסוגיות של הפליה בחיי המשפחה.

¹⁰⁵ Charter of Fundamental Rights of the European Union, לעיל ה"ש 7, בס' 9 קובע: "The right to marry and the right to found a family shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercise of these rights"

¹⁰⁶ עניין *Schalk & Kopf*, לעיל ה"ש 31, פס' 61.

¹⁰⁷ לניסיון לטעון שעל בית הדין לשנות את עמדתו כבר עכשיו ראו *Bribosia et al.*, לעיל ה"ש 102.

לסיכום: לפי המשפט הבינלאומי עדיין אין חובה על מדינה להנהיג נישואין חד-מיניים או אפילו ברית זוגיות רשומה לזוגות חד-מיניים. עם זאת, לפחות לפי הפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם, אם מדינה בוחרת להכיר בברית זוגיות של זוגות שאינם נשואים, אין היא רשאית להגביל ברית זו לזוגות הטרוסקסואליים. יש להניח כי כאשר יגדל מספר המדינות באירופה שיכירו בנישואין או בברית זוגיות כאלה, יהיה בית הדין האירופי מוכן לשנות את עמדתו בעניין ולהטיל חובה על המדינות להכיר בנישואין או בברית זוגיות של זוגות חד-מיניים. מסקנה דומה חלה כמובן על גופים אחרים לזכויות אדם, אך הסיכוי שיחול שינוי ממשי בעניין זה ברוב המדינות בעולם, במיוחד במדינות אפריקה ובמדינות המוסלמיות, הוא קטן. אין אפוא לצפות לשינויים בעניין מחוץ ליבשת אירופה בעתיד הנראה לעין.

2. חיי משפחה

סירובם של הגופים השונים להכיר בחובת המדינה להנהיג נישואין או ברית זוגיות חד-מיניים מעמיד אותם בפני דילמה: מה תהיה הגישה בעניין הפליה על בסיס נטייה מינית כלפי זוגות de facto? אם המדינה מעניקה זכויות מסוימות לזוגות de facto, האם יקבעו שיש לה סמכות להגביל זכויות אלה לזוגות הטרוסקסואליים? התשובה לשאלה זו מורכבת. ניתן לומר כי הגופים השונים – בית הדין האירופי לזכויות אדם והוועדות הפועלות על פי האמנות הכלל-עולמיות השונות – מהלכים בין הטיפות. דוגמה לכך נוכל למצוא בהמלצה הכללית האחרונה של הוועדה בעניין הפליה נגד נשים, העוסקת בתוצאות הכלכליות של נישואין, חיי משפחה ופירוקם.¹⁰⁸ בסעיף 24 להמלצה זו אומרת הוועדה את הדברים הבאים:

Certain forms of relationships (i.e. same sex relationships) are not legally, socially or culturally accepted in a considerable number of States parties. However, where they are recognized, whether as a de facto union, registered partnership or marriage, the State party should ensure protection of economic rights of the women in these relationships.

תפיסה זאת, שלפיה השאלה אם נפגעות הזכויות של אנשים בשל נטייתם המינית תלויה במידה רבה במציאות המשפטית במדינה, באה לידי ביטוי בהחלטות של גופים שונים, בהם בית הדין האירופי לזכויות אדם והוועדה לזכויות אדם. מצד אחד, הגופים הללו מכירים בזכותה של מדינה להגביל זכויות מסוימות לזוגות נשואים בלבד ואינם רואים הפליה בכך שזוגות חד-מיניים שאינם יכולים להינשא אינם נהנים מזכויות אלו; מצד אחר, יש נטייה הולכת וגוברת לקבוע כי אם המדינה מעניקה זכויות גם לזוגות שאינם נשואים, אין היא רשאית להפלות בין זוגות הטרוסקסואליים לבין זוגות חד-מיניים. כך, למשל, בפרשה שהגיעה לאחרונה לבית הדין האירופי לזכויות אדם קבע בית הדין כי אוסטריה, בסרבה לתת לאישה לאמץ את בנה של בת זוגה הקבועה, הפלתה אותה בחייה המשפחתיים, שכן זכות כזו

Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 29 108 on Article 16: Economic Consequence of Marriage, Family Relations and their Dissolution, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/29 (Feb. 26, 2013)

ניתנה לבני זוג הטרוסקסואליים לא נשואים.¹⁰⁹ בית הדין הלך באותו קו כאשר פסק כי מכיוון שהחוק הצרפתי מכיר בזכותם של רווקים ורווקות לאמץ ילדים, הסירוב לאפשר לאישה לסבית לאמץ ילד נגוע בהפליה.¹¹⁰ עם זאת, מכיוון שהחוק הצרפתי איננו מאפשר אימוץ כהורה שני לזוגות הטרוסקסואליים לא נשואים, לא ראה בית הדין הפליה בכך שלא אפשרו לאישה לסבית לאמץ את ילדה של בת זוגה.¹¹¹ בית הדין האירופי פסק שהגבלות על הקשר של אב גרוש עם בתו מחמת נטייתו המינית הן בבחינת הפליה בזכותו לחיי משפחה.¹¹² במקרה אחר נכנסה אישה גרושה לקשר זוגי עם אישה אחרת. בקביעת דמי המזונות שנאלצה לשלם לבעלה לשעבר עבור ילדיהם לא הובא הקשר הזוגי שלה בחשבון, בעוד קשר כזה היה מובא בחשבון לו הייתה בקשר עם גבר. גם כאן מצא בית הדין הפליה בזכות האישה לחיי משפחה ובזכות הקניין שלה.¹¹³

אותה זיקה למשטר המשפטי הנוהג במדינה הספציפית באה לידי ביטוי בשני מקרים הנוגעים לתשלומים סוציאליים לבני זוג להט"בים. המקרה הראשון נגע לעתירה נגד ספרד בגין הפליה בקצבאות שארים בין זוגות נשואים לבין זוגות חד-מיניים (שלפי החוק בספרד לא יכלו להינשא). בית הדין קבע שבתחום זה, שבו יש מגוון גישות במדינות אירופה, יש למדינה מרחב רחב של שיקול דעת; הוא דחה את העתירה על הסף בנימוק שמאחורי החקיקה הספרדית עמדה תכלית ראויה של הגנה על מוסד הנישואין.¹¹⁴ כתשע שנים אחרי ההחלטה הנ"ל הכיר בית הדין בכך שבשנים שעברו מאז ניתנה גברה נטייתן של מדינות אירופה להכיר בזוגות חד-מיניים. אי לכך פסק בית הדין כי יש לשנות את התפיסה שהייתה מקובלת בעבר ולקבוע כי בני זוג חד-מיניים הנמצאים בקשר זוגי יציב וארוך טווח נהנים אף הם מחיי משפחה וזכאים להגנה על פי סעיף 8 לאמנה. באותו מקרה נדון סירובה של אוסטריה להחיל על הומוסקסואל את ביטוח הבריאות של בן זוגו, זאת בעוד בן זוג הטרוסקסואל לא נשוי היה זכאי ליהנות מביטוח הבריאות של בת זוגו. מכיוון שהמדינה לא ניסתה להציג נימוקים להצדקת ההפליה בין זוגות הטרוסקסואליים לבין זוגות חד-מיניים, קבע בית הדין כי אוסטריה אחראית בגין הפליה בהגנה על חיי המשפחה.¹¹⁵

הזכרנו לעיל שתי החלטות של הוועדה לזכויות אדם בתלונות אישיות שהוגשו על פי הפרוטוקול האופציונלי לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.¹¹⁶ בשני מקרים נוספים דנה הוועדה בתלונות של שני אנשים שהיו בקשר זוגי חד-מיני ארוך טווח, אך לא זכו לקצבת שארים עם מותם של בני זוגם. בשני המקרים הכיר החוק בזכות לקצבת שארים גם כאשר בני הזוג לא היו נשואים, אך הגביל זכות זו

109 X & Others v. Austria, App. No. 19010/07 Eur. Ct. H.R. (2013)

110 E.B. v. Fr., App. No. 43546/02 Eur. Ct. H.R. (2008)

111 Gas & Dubois v. Fr., App. No. 25951/07 Eur. Ct. H.R. (2012)

112 עניין *Mouta*, לעיל ה"ש 51.

113 J. M. v. UK, App. No. 37060/06 Eur. Ct. H.R. (2010)

114 Estevez v. Spain, App. No. 56501/00 Eur. Ct. H.R. (2001). בית הדין לא התרשם מכך שלפני שנכנסו

דיני הגירושין לתוקף, גם זוגות הטרוסקסואליים שלא יכלו להינשא מחמת היעדר האפשרות להתגרש זכו בקצבאות שארים.

115 יש לציין כי כאשר הגיע העניין לבית הדין, היה בתוקף חוק שהשווה את מצבם של זוגות חד-מיניים למצבם של זוגות הטרוסקסואליים. הדיון נסב על ההפליה שקדמה לקבלת חוק זה. ואולם, יש להניח כי העובדה שבמדינה נתבעת כבר נתקבל חוק בעניין הקלה על בית הדין לפסוק כי הייתה הפליה במצב שקדם לחוק.

116 עניין *Toonen*, לעיל ה"ש 14; עניין *Fedotova*, לעיל ה"ש 67.

למקרים של זוגות הטרוסקסואליים. בעבר הכירה הוועדה בכך שמדינה איננה חייבת לתת קצבאות הניתנות לזוגות נשואים גם לזוגות שבחרו לא להינשא. ואולם, בשני המקרים הללו קבעה הוועדה כי משהכירה המדינה בזכותם של זוגות לא נשואים לקצבה, שלילתה מזוגות חד-מיניים היא בבחינת הפליה. הוועדה חזרה על עמדתה שהפליה על בסיס נטייה מינית היא הפליה אסורה על פי סעיף 26 לאמנה, סעיף כללי האוסר הפליה ושפורש על ידי הוועדה כסעיף המכיר בזכות כללית לשוויון (לא רק ביישום הזכויות המנויות באמנה).¹¹⁷ יש לציין, עם זאת, כי בדומה לפסיקה של בית הדין האירופי בנושא השירות הצבאי, שנדונה לעיל, גם כאן הוועדה לא קבעה כי התחשבות בנטייה מינית היא בהכרח פסולה בכל הנסיבות. העמדה של הוועדה היא כי הבחנה איננה בבחינת הפליה פסולה אם היא נשענת על קריטריונים אובייקטיביים וסבירים. במקרים שנדונו לפני הוועדה לא הצליחה המדינה להוכיח כי הבחנה על בסיס נטייה מינית עומדת בדרישה זו.¹¹⁸

בהערות המסכמות שלה על דוחות של מדינות ניתן להבחין בקו ברור בגישתה של הוועדה לזכויות אדם. כאשר מדובר במדינה שבה עדיין יש חוקים המפלילים יחסים הומוסקסואליים, אלימות נגד להט"בים והפליה נגדם במערכות שונות, מעירה הוועדה על חובתה של המדינה לשנות את החוק ולעקור את התופעות הללו.¹¹⁹ גם כאשר בפועל יש נכונות מסוימת בתוך החברה לקבל זוגות חד-מיניים, מעירה הוועדה על הפליה כלפי זוגות אלה. כך, למשל, בהערות המסכמות שלה בנוגע ליפן משנת 2008 ולהונג קונג מחודש אפריל 2013, קבעה הוועדה כי על המדינה להבטיח כי אותן הטבות הניתנות לזוגות הטרוסקסואליים לא נשואים יינתנו גם לזוגות חד-מיניים.¹²⁰

לסיכום: נראה כי התפיסה המקובלת היום בבית הדין האירופי לזכויות אדם ובוועדה לזכויות האדם גם יחד היא שמדינה המגבילה זכויות סוציאליות לזוגות נשואים אינה חייבת להעניק זכויות אלה לזוגות חד-מיניים שאינם יכולים להינשא. עם זאת, אם המדינה מכירה גם בזכותם של זוגות לא נשואים

117 עניין *Young*, לעיל ה"ש 55; עניין *X v. Colom*, לעיל ה"ש 55. במקרה השני הסתייגו שני חברי ועדה מעמדתה של הוועדה בעניין "נטייה מינית" כטעם מפלה בסעיף 26. הם הודו שבנסיבות מסוימות עלולה התחשבות בנטייתו המינית של אדם להיות פסולה (כגון במקרה שחודרים לתחום הפרט כדי לבחון אם הוא מקיים יחסים הומוסקסואליים), אך דחו את העמדה שנטייה מינית נכללת בין הטעמים להפליה פסולה המנויים בסעיף 26. דעתם הייתה שגם אם ייתכן שהשיקול של נטייה מינית לא יהיה טעם ענייני כדי להצדיק פגיעה בזכות זו או אחרת, אין פירוש הדבר שמדינה חייבת לתת גושפנקא ומעמד לזוגות חד-מיניים. בעניין זה יש לציין כי הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות הגיעה למסקנה דומה ביחס לקצבת שארים, אבל היא התבססה על איסור הפליה הכללי המעוגן באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. ראו General Comment No. 20, לעיל ה"ש 37, פס' 32.

118 בהחלטה בעניין *Young*, לעיל ה"ש 55, צירפו שני חברי הוועדה חוות דעת נפרדת, שבה הדגישו כי אוסטרליה לא ניסתה להצדיק את ההבחנה אלא השעינה את הגנתה על טענות אחרות, שאינן נוגעות להבחנה על בסיס נטייה מינית. לדעתם, ברור כי בנסיבות אלו עדיין יהיה מקום בעתיד לשקול טענות הנוגעות להצדקות להבחנה בין זוגות הטרוסקסואליים לבין זוגות חד-מיניים.

119 ראו לדוגמה Human Rights Committee, Ethiopia Concluding Observations, para. 12, U.N. Doc. CCPR/C/ETH/CO/1 (Aug. 19, 2011); Human Rights Committee, Uzbekistan Concluding Observations, para. 22, U.N. Doc. CCPR/C/UZB/CO/3 (Apr. 7, 2010).

120 Human Rights Committee, Concluding Observations on the Third Periodic Report of Hong Kong, China, para. 23, U.N. Doc. CCPR/C/CHN-HKG/CO/3 (Mar. 11, 2013); Human Rights Committee, Japan Concluding Observations, para. 29, U.N. Doc. CCPR/C/JPN/CO/5 (Oct. 30, 2008).

לקבל הטבות סוציאליות, אין היא רשאית להפלות בין זוגות הטרוסקסואליים לא נשואים לבין זוגות חד-מיניים.

ה. מצעדי גאווה

מצעד גאווה הוא מצעד שעורכים חברי הקהילה הגאה ומטרתו לקדם את מאבק הקהילה לשוויון, לחגוג את שנותיה וייחודה ולגייס תמיכה ציבורית והכרה ציבורית לפעולותיה ולדרישותיה. מצעדי גאווה נחגגים במקומות רבים בעולם ונתפסים כיום, במידה רבה, כלגיטימיים ברוב המדינות הדמוקרטיות. עם זאת, מדינות רבות עדיין אוסרות או מגבילות מצעדים מסוג זה.¹²¹ המשפט הבינלאומי מתיר את קיומם של מצעדי גאווה מתוך אגד זכויות: חופש הביטוי, חופש ההתאגדות וחופש האסיפה. שלוש זכויות אלה מעוגנות בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם ובאמנות היסוד של זכויות האדם. איסורים או הגבלות על מצעדי הגאווה נדונו על ידי גורמים אחדים. הגורם הראשון שדן בנושא היה בית הדין האירופי לזכויות אדם. אחריו התייחסו לסוגיה גם הוועדה לזכויות אדם ודווחים מיוחדים של האו"ם הפועלים על פי מנדט ממועצת זכויות האדם. נציג את הדברים לפי סדר זה.

בית הדין האירופי הכיר זה מכבר בחשיבות חופש האסיפה והביטוי לקיומה של דמוקרטיה; בית הדין הדגיש את העובדה שמצעדים ועצרות עלולים לאתגר את דעות הרוב, אך למשתתפים נתונה החירות לצעוד ללא חשש שיופגעו נגדם אלימות או צנזורה.¹²² כך, נקבע כי על המדינה חובה פוזיטיבית להגן על הצועדים, על זכותם להביע את דעותיהם בחופשיות ועל שלומם.¹²³ ככלל, עקב הדמיון בין הסעיפים באמנה האירופית לסעיפים באמנות הכלל-עולמיות לזכויות אדם שעניינם זכויות הקשורות בקיומם של מצעדי גאווה, ניתן ללמוד על חשיבות הזכויות ועל כך שההגבלות עליהן צריכות להיעשות במשורה. באופן קונקרטי, בית הדין האירופי דן בשלוש עתירות שבמרכזן הגבלות על מצעדי גאווה: פרשת *Baczowski* (2007), פרשת *Alekseyev* (2010) ופרשת *Genderdoc-M* (2012).

121 ראו למשל Steve Clemons, *Not The Onion: Moscow Bans Gay Pride for Next 100 Years*, THE ATLANTIC (June 8, 2012) available at www.theatlantic.com/international/archive/2012/06/not-the-onion-moscow-bans-gay-pride-for-next-100-years/258296/.
 122 Kristen L. Thomas, *We're Here, We're Queer, Get Used to it: Freedom of Assembly and Gay Pride in Alekseyev v. Russia*, 14 OREGON REV. INT'L L. 473 (2012).
 123 Article 4(16) Republic Of Lithuania Law On The Protection Of Minors Against The Detrimental Effect Of Public Information, No XI-594 (2002); Eric Engle, *Gay Rights in Russia? Russia's Ban on Gay Pride Parades and the General Principle of Proportionality*, 6 J. EURASIAN L. 22, 37 (2013).
 122 Stankov & the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, App. No. 29221/95, para. 97 (Eur. Ct. H.R. (2001)); Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria, 13 Eur. Ct. H.R. 204 (1988).
 123 United Macedonian Organisation Ilinden & Ivanov v. Bulgaria, App. No. 44079/98, para. 115 Eur. Ct. H.R. (2005).

בפרשת *Bączkowski* נדונה עתירה של קבוצת אנשים שביקשה לערוך שבעה מצעדים בוורשה במטרה ליצור מודעות לשאלת הפלייתם של מיעוטים על רקע שונה: מיני, דתי ואתני.¹²⁴ העותרים הודיעו לראש עיריית ורשה על המצעדים המתוכננים והוא, בתגובה, החליט למנוע את קיומם של אותם מצעדים אשר אורגנו על ידי פעילים בארגונים להט"ביים.¹²⁵ ראש העיר אף התראיין לעיתונות והסביר כי הוא מוכן להתיר לפעילים להפגין "כאזרחים – אך לא כהומוסקסואלים".¹²⁶ הפעילים קיימו את ההפגנות למרות האיסור, אך עתרו לבית הדין האירופי בטענה שהחלטתו של ראש העיר לאסור על ההפגנות מפרה את חופש האסיפה ומהווה הפליה פסולה.¹²⁷ ביחס לחופש האסיפה קבע בית הדין כי אימתן אישור לאסיפה יכול ליצור אפקט מצנן ולמנוע מאנשים להשתתף בהפגנה,¹²⁸ ולכן האיסור על קיום המצעד פוגע בחופש האסיפה.¹²⁹ ביחס לזכות לשוויון, הוא קבע כי הצהרותיו של ראש העיר, שיש למנוע את קיום האסיפה מכיוון שהיא מאורגנת על ידי הומוסקסואלים, מוכיחות שפעולתה של העירייה הייתה נגועה בהפליה פסולה.¹³⁰

בפרשת *Alekseyev* נדונו האיסורים החוזרים ונשנים במוסקבה בשנים 2006–2008 לקיים מצעדי גאווה. רוסיה לא הכחישה שחופש האסיפה של העותרים נפגע, אך טענה שפגיעה זו עולה בקנה אחד עם דרישות האמנה.¹³¹ בית הדין דחה את טענתה של רוסיה וקבע שהאיסור על קיום מצעדי הגאווה אינו עומד בדרישת "הנחיצות בחברה דמוקרטית", ועל כן הוא פוגע בחופש האסיפה והנו הפליה פסולה.¹³² בית הדין דחה גם את טענת רוסיה שגורמים רבים במדינה ביקשו ממנה לבטל את המצעדים מחשש של פגיעה בהם:

[F]reedom of assembly as enshrined in Article 11 of the Convention protects a demonstration that may annoy or cause offence to persons opposed to the ideas or claims that it is seeking to promote.¹³³

בית הדין ציין כי אמנם היו אינדיקציות לכך שהצועדים עלולים להיות חשופים לאלימות, אך קבע כי החלטת הרשויות בעניין זה הייתה שרירותית וכי הן לא חקרו לעומק את הסיכון לצועדים.¹³⁴

בפרשת *Genderdoc-M* נדון איסור על מצעד גאווה בבירת מולדובה וניתן ללמוד ממנה שני דברים מעניינים: הראשון – גם בפרשה זו נדחתה הטענה של ראש העיר שעל פיה הסיבה לאיסור שהוטל על קיומו של מצעד הגאווה היא התנגדות של מולדובים רבים להומוסקסואליות;¹³⁵ השני – בשונה משתי

Bączkowski v. Poland, 48 Eur. Ct. H.R. 475 (2007) 124

שם, פס' 12–13. 125

שם, פס' 27. 126

שם, פס' 55, 67. 127

שם, פס' 68. 128

שם, פס' 69. 129

שם, פס' 100. 130

Alekseyev v. Russia, App. No. 4916/07, para. 69, Eur. Ct. H.R. (2010) 131

שם. 132

שם, פס' 73. 133

שם, פס' 77. 134

Genderdoc-M v. Moldova, App. No. 9106/06, para. 53, Eur. Ct. H.R. (2012) 135

הפרשות הקודמות, בפרשה זו קבע בית הדין שהאיסור על מצעד הגאווה אינו מפר רק את חופש האסיפה והזכות לשוויון, אלא גם את חופש הביטוי.¹³⁶

לסיכום: בית הדין האירופי נוקט עמדה ברורה שלפיה הגבלות על מצעדי גאווה משום אופיים כארוע להט"בי אינן לגיטימיות.¹³⁷ הוא דחה טענות דוגמת פגיעה במוסר הציבורי, התנגדות ציבורית וכדומה והגדין כהפליה פסולה. בית הדין התיר כמוכחן הגבלות על מצעדים כאלה אם מובאות הוכחות לסכנת אלימות לצועדים, אך דרש כי הוכחות אלו יהיו מבוססות, ובכל מקרה הדגיש את חובת המדינה להגן על הצועדים, המממשים את זכויותיהם הבסיסיות.

הדווחים המיוחדים של האו"ם עסקו גם הם בחוקיותן של הגבלות על מצעדי גאווה. הדווח המיוחד לענייני מגני זכויות אדם, לדוגמה, קבע כי מחופש האסיפה נובעת הזכות להפגין, זכות שביחס למגני זכויות אדם של הקהילה הגאה כוללת את הבטחת שלומם של המשתתפים במצעדי גאווה – לפני המצעד ואחרי – ומניעת הפגנות נגד אלימות כלפי משתתפי מצעדים אלה.¹³⁸ הדווח לחופש הביטוי דן באיסור על מצעד גאווה בבירת מולדובה וקבע כי התנגדות של גורמים דתיים או מוסדות דת לקיומם של מצעדי גאווה אינה סיבה מספקת לביטולם.¹³⁹ קביעה זו של הדווח משתלבת עם פסיקתו של בית הדין האירופי בפרשות *Alekseyev* ו-*Genderdoc-M* ומחזקת את המסקנה שאין לאסור הפגנה שאינה אלימה אשר נועדה לקדם את זכויות הקהילה הגאה ללא טעם מיוחד.

136 למותר לציין שלא תמיד הייתה זו הגישה של בית הדין האירופי ביחס לחופש הביטוי בהקשריו הלהט"ביים. ראו למשל עניין *Handyside v. UK*, App. No. 5493/72, 1 Eur. Ct. H.R. 737 (1976), שבו אישר בית הדין צנזורה על ספר שדן בהומוסקסואליות מחשש שהוא עלול להשחית את הנוער ועניין *Hertzberg v. Fin.*, לעיל ה"ש 13, שבמסגרתו אושרה צנזורה על תכניות טלוויזיה הדנות בהומוסקסואליות משום חשש לפגיעה במוסר הציבורי. בית הדין הפך דה-פקטו את הגישה בפרשת *Hertzberg* בפסק דינו בעניין *Fedotova* (לעיל ה"ש 67), שם קבע כי חוק האוסר על "תעמולה הומוסקסואלית המכוונת לקטינים" אינו עולה בקנה אחד עם סעיפים 19 ו-26 לאמנה האירופית. ראו לעניין זה גם את החלטתה של הוועדה לזכויות אדם בעניין *Fedotova*, שבחנה את אותן עובדות על פי האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות וקבעה כי הגבלה של חופש הביטוי צריכה להיעשות בצורה שוויונית, ולכן הגבלה על תעמולה הומוסקסואלית או לסבית בלבד היא הפליה פסולה ופוגעת בחופש הביטוי.

137 בעקבות פסיקות אלה של האיחוד האירופי, התקבלה החלטה של הקונגרס של רשויות מקומיות באיחוד האירופי המאשרת את חופש האסיפה והתנועה של להט"בים. ראו Res. 211, Eur. Cons. Ass., Freedom of Assembly and Expression for Lesbians, Gays, Bisexuals and Transgendered Persons (Mar. 28, 2007), available at <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1461535&SecMode=1&DocId=1225888&Usage=2>.

138 זה ראו גם התייחסות של הדוח להגבלות על מצעד גאווה בבולגריה: Margaret Sekaggya, Summary of Cases Transmitted to Governments and Replies Received, paras 342–343, U.N. Doc. A/HRC/10/12/Add.1 (Mar. 4, 2009). הדווח המיוחד למגני זכויות אדם התייחס גם להגבלות על מצעד הגאווה בירושלים: Hina Jilani, Summary of Cases Transmitted to Governments and Replies Received, paras 1248–1249, U.N. Doc. A/HRC/7/28/Add.1 (Mar. 5, 2008). Representative of the Secretary-General on the situation of human rights defenders. Addendum: Summary of cases transmitted to Governments and replies received, para. 374, U.N. Doc. A/HRC/4/37/Add.1 (Mar. 27, 2007).

139 יש לציין כי חלק מהאירועים שהיו נשוא הדוח במולדובה נדונו גם בפסיקת בית הדין האירופי בפרשת *Genderdoc-M*, לעיל ה"ש 135; Hina Jilani, Summary of Cases Transmitted to Governments and Replies Received, para. 347, U.N. Doc. A/HRC/4/37/Add.1 (Mar. 27, 2007).

מכל האמור לעיל ניתן לראות שהמשפט הבינלאומי מגן על זכותם של להט"בים, כמו גם של ארגונים שעוסקים בהגנה על זכויות להט"בים ובקידומן, לארגון מצעדי גאווה ולפעול באמצעותם לקידום זכויות להט"בים, כחלק ממימוש חופש ההתאגדות, האסיפה והביטוי. כל הגבלה על מצעדי גאווה חייבת לעמוד בדרישות של פסקת ההגבלה הרלוונטית באמנה. הגבלה בשל פגיעה ברגשות הציבור או בשל המוסר הציבורי לא תעמוד בדרישות אלו.

ו. טרנסג'נדרים

גיבוש זהות מינית ומגדרית הוא עניין מורכב שדורש לא רק זמן ובשלות גופנית ונפשית, אלא גם תמיכה ומסגרת: משפחתיות, קהילתיות ומדינתיות. עבור חלק מהאנשים דורש התהליך מרחב אישי ופרטי, שבו יוכלו ללמוד ולהתפתח. מרחב זה נדרש להיות סובלני, פתוח ולא שיפוטי. במרחב קהילתי הכוונה, למשל, לבית הספר או למוסד חינוכי אחר שנדרשים להיות לא רק ניטרליים (ובכך לא להעדיף נטייה מינית או מגדרית אחת מאחרת), אלא אף להיות פתוחים לעזור ולאפשר לכל אדם הבא בשעריהם לממש את רצונותיו. הפן המרכזי שנבקש לדון בו בחלק זה הוא דווקא זה המדינתי. בחלק זה נשאל אפוא מהו תפקידה של המדינה בגיבוש זהות מינית של להט"בים. בכך נתייחס לשני היבטים: הנגטיבי, קרי האופנים שבהם על המדינה להימנע מלנהוג כדי לאפשר גיבוש זהות מגדרית, והפוזיטיבי – הדברים שעל המדינה לעשות כדי לאפשר פיתוח זהות מינית.

בחלק זה נדון בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם ובהחלטות ודוחות של גופי האו"ם לזכויות אדם ביחס לטרנסג'נדרים. נתחיל מבית הדין האירופי לזכויות אדם שהוא, כפי שהצגנו לעיל, מתקדם יותר בפסיקתו. לאחר מכן נבחן אילו מהנורמות שהציג בית הדין זכו לתמיכה של גופי האו"ם לזכויות אדם ואילו נורמות נוספות ואחרות זכו להתייחסות של גופים אלה.¹⁴⁰

1. בית הדין האירופי לזכויות אדם

הסוגיה הראשונה שנדונה בפני בית הדין האירופי היא זכותו של טרנסג'נדר להחזיק במסמכי זיהוי רשמיים המשקפים את שמו ומינו. בפרשת *Rees* (1986) נדחתה הטענה שהימנעות מרישום של זכר טרנסג'נדר ככזה – ולא כנקבה, כפי שנולד – מפרה את הזכות לפרטיות על פי האמנה האירופית לזכויות אדם. בית הדין האירופי הזכיר כי בריטניה מימנה את עלויות ההליך עבור ריס ואפשרה לו לשנות את המינוח. Mrs. (גברת) ל-Mr. (מר) בדרכון שלו (וכמובן גם את תמונתו).¹⁴¹ בית הדין קבע שפעולת בריטניה לגיטימית מן הטעם שהניהול של מערכת התייעוד המדינתית הוא ברשות המדינה, נתון לשיקול דעתה ואין סיבה להגבילו, גם בגלל הרצון לשמור על מערכת אמינה ומדויקת.¹⁴² בית הדין חזר על

140 לדיון מרחיב בשאלות הנוגעות לזכויות טרנסג'נדרים בישראל ראו עידו קטרי "על צומת דרכים: מפגשה של הקהילה הטרנסית עם מערכת המשפט" בספר זה.

141 מובן שאין בכך כדי להפחית מחשיבות בקשתו של ריס. כיוון שבבריטניה אין תעודת זהות, לעתים נדרשת הנפקת תעודת לידה מהרשם הרלוונטי. ראו עניין *Rees*, לעיל ה"ש 100, פס' 39–41.

142 שם, פס' 42.

גישתו בפרשת *Cossey*.¹⁴³ הוא נימק את עמדתו, בין היתר, בכך ששינוי מין כולל אינו אפשרי, ולכן שינוי המרשם מזכר לנקבה ולהפך עלול להוביל להכללה של פרט מידע שגוי.¹⁴⁴ בית הדין אף הדגיש שאין קונצנזוס בין מדינות אירופה ביחס לשאלת הטרנסג'נדרים ולכן מרחב הפעולה של מדינה בעניין זה גדול.¹⁴⁵

בית הדין האירופי חיזק את גישתו ב-1992 בפרשת *B. v. France*. גם במוקד פרשה זו עמד רצונה של טרנסג'נדרית להחזיק במסמכי זיהוי רשמיים המשקפים את מינה. ממשלת צרפת סירבה, והעותרת טענה בתגובה כי הסירוב פוגע בזכותה לפרטיות. בית הדין קבע כי טענותיה של העותרת בגין שינויים מדעיים, חוקיים וחברתיים ביחס לטרנסג'נדריות אמנם נכונות, אך אין בהתקדמות המדעית או בשינוי החברתי כדי לגבור על העובדה שעדיין אין קונצנזוס בקרב מדינות אירופה בשאלה זו, ולכן אין זה נכון לקבוע כי צרפת הפרה את זכותה לפרטיות מטעמים אלה.¹⁴⁶ עם זאת, בית הדין קיבל את טענת העותרת שהמקרה שלה שונה מפרשות *Rees* ו-*Cossey*. בית הדין סבר כי החוקים הצרפתיים והבריטיים בנוגע לשינוי שם במסמכים רשמיים שונים זה מזה וכי שוני זה – בעיקרו, העובדה שהחוק הצרפתי נוקשה יותר כלפי טרנסג'נדרים – פוגע בפרטיותה של העותרת.¹⁴⁷ בית הדין קבע כי מכיוון שהרישום הצרפתי האזרחי, בניגוד לזה הבריטי, נועד להשתנות במשך חייו של אדם, על צרפת לשנות את מינה של העותרת בהתאם לרצונה.¹⁴⁸

גישתו של בית הדין האירופי השתנתה בפרשת *Goodwin*. בית הדין האירופי קבע כי חל שינוי בתפיסה הבינלאומית ביחס להכרה בזכויותיהם של טרנסג'נדרים ובמיוחד באשר לזכותם, לאחר הליכים לשינוי מין, להחזיק במסמכי זיהוי רשמיים המשקפים את מינם ושםם. על כן קבע בית הדין:

[T]he respondent Government can no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation, save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention. Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender re-assignment, it reaches the conclusion that the fair balance that is inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant.¹⁴⁹

143 עניין *Cossey*, לעיל ה"ש 100.

144 עניין *Rees*, לעיל ה"ש 100, פס' 39. ראו גם פס' 40: "[I]t remains the case – as was not contested by the applicant – that gender reassignment surgery does not result in the acquisition of all the biological characteristics of the other sex"

145 שם.

146 *B. v. Fr.*, 16 Eur. Ct. H.R. 1, para. 48 (1992).

147 שם, פס' 63.

148 שם, פס' 59. עם זאת, גישתו העקרונית של בית הדין ביחס לשאלה זו נשארה זהה ולפיה לא חלה על המדינה חובה אבסולוטית לשנות את רישום מינו של אדם לאחר הליכים לשינוי מין בהתאם לבקשתו. ראו גם עניין *Sheffield & Horsham*, לעיל ה"ש 100.

149 עניין *Goodwin*, לעיל ה"ש 33, פס' 93. ראו באופן דומה *I. v. UK*, App. No. 25680/94 Eur. Ct. H.R. (2002); *Grant v. UK*, App. No. 32570/03 Eur. Ct. H.R. (2006). עתירה נוספת ביחס לפורטוגל נמחקה

מכל האמור לעיל נראה כי עמדתו של בית הדין האירופי היא שיש לאפשר לטרנסג'נדר שינוי שם ומין, לפחות בחלק מן הרשומות הממשלתיות, ככל שהדבר אינו דורש שינויים משמעותיים מצד המדינה ביחס לאופן אחסון הנתונים והפקתם, על מנת שיוכל לממש את זכותו לפרטיות.

הסוגיה השנייה ביחס לטרנסג'נדרים שבה דן בית הדין האירופי היא המימון המדינתי להליכים לשינוי מין. בפרשת *Van Kuck* עתרה טרנסג'נדרית גרמנייה לבית הדין האירופי לאחר שבית משפט גרמני דחה את תביעתה נגד חברת הביטוח שלה לשיפוי על הוצאות ההליכים לשינוי מין. בית המשפט הגרמני דחה את התביעה מן הטעם שאין בהליכים אלה "נחיצות רפואית" (דרישה הקיימת בדין הגרמני לעניין זה). בית הדין האירופי דחה קביעה זו¹⁵⁰ והוסיף כי היכולת של אדם לעבור הליכים לשינוי מין וכך לקבוע את מינו היא ביטוי בסיסי של ההגדרה העצמית שלו.¹⁵¹

הסוגיה השלישית הנוגעת לטרנסג'נדרים שבה נדרש בית הדין האירופי להכריע היא שאלת האימוץ של ילד על ידי טרנסג'נדר או טרנסג'נדרית. בית הדין הביע לראשונה את דעתו בשאלה זו בפרשת *X, Y and Z v. UK* (1997). בפרשה זו נדון עניינה של משפחה שכללה טרנסג'נדר ובת זוגו ושני ילדים שהיו ילדיה הביולוגיים של בת הזוג. העותרים, שני ההורים ואחד הילדים, טענו כי אי-ההכרה של בריטניה בכך שבן הזוג הטרנסג'נדר הוא אבי הילדים פוגעת בזכות לפרטיות. בית הדין קבע כי אין קונצנזוס בין המדינות החברות באמנה באשר להגדרת אופי היחסים בין טרנסג'נדר לילד לא ביולוגי, ועל כן אין ביכולתו לקבוע כי בריטניה הפרה את הזכות לפרטיות של העותרים.¹⁵² בית הדין פסק באופן דומה בפרשת *P.V. v. Spain*¹⁵³ וקבע כי הגבלה על זכותה של אישה טרנסג'נדרית לראות את ילדיה, לאחר שעברה הליכים לשינוי מין לנקבה, אינה סותרת את זכותה לפרטיות ואינה הפליה פסולה.

הנה כי כן, ניתן לראות כי בית הדין האירופי נכון להכיר בזכויות טרנסג'נדרים במסגרת זכותם לפרטיות ככל שאלה נוגעות לספירה האישית שלהם. כך, הוא מוכן להכיר בחובת המדינה לסייע במימון של הליכים לשינוי מין ולאחר מכן לשנות את מינם במסמכים רשמיים כנכללת בזכות לפרטיות. עם זאת, בית הדין נמנע עד כה מתקדימים הנוגעים להגדרת יחסיהם של טרנסג'נדרים עם ילדיהם. בכך

משום שפורטוגל שינתה את מדיניותה ביחס להכרה בשינוי מין במסמכים רשמיים לאחר הליכים לשינוי מין. ראו *P. v. Portugal*, App. No. 56027/09 (Eur. Ct. H.R. 2011).
 150 *Van Kuck v. Germany*, 37 Eur. Ct. H.R. 51, paras 53–57 (2003). בית הדין אמנם קבע כי טענה זו אפשרית, אך כי נדרש להביא רופא המומחה בטרנסג'נדריות כדי שיגיע לקביעה זו וכי לא כל מומחה רפואי הוא בר-סמכא בנושא זה.

151 שם, פס' 73. כדאי להדגיש שבית הדין האירופי לא הכיר בכך שהזכות לפרטיות כוללת זכות להגדרה עצמית אישית. ראו גם *L. v. Lithuania*, App. No. 27527/03 Eur. Ct. H.R. (2007), שם קבע בית הדין כי הדין הליטאי אמנם התיר הליכים לשינוי מין, אך שיקולים תקציביים מנעו הליכים אלו מאנשים, והעותרת ביניהם, לתקופה של יותר מארבע שנים. בית הדין קבע כי לאור מספרם המועט של טרנסג'נדרים המבקשים לעבור הליכים לשינוי מין, השיקולים התקציביים במקרה דנן אינם צריכים לגבור על זכותם לעבור הליכים כאלה. על כן קבע בית הדין שמדיניותה של ליטא הפרה את זכותה של העותרת לפרטיות.
 152 *X, Y & Z v. UK*, 24 Eur. Ct. H.R. 143, para. 52 (1997). בית הדין גם התמודד עם הטענה שלפסקתו עלולה להיות השלכות בעייתיות על התפתחות הילד. הוא קבע כי ההשלכות השליליות השונות שהציגו העותרים על התפתחות הילד בגלל היעדר הכרה משפטית בקשר בינו לבין אביו הטרנסג'נדר אינן מוכחות וכי בכל מקרה, לא ברור מהי טובת הילד במקרה זה. ראו שם, פס' 45–52.

153 *P.V. v. Spain*, App. No. 35159/09 Eur. Ct. H.R. (2010).

עדיין פועל בית הדין מתוך חשש של השפעת טרנסג'נדרים על יציבותם הנפשית ושלומו של ילדים ולטעמנו, גישה זו היא מוטעית.

2. ועדות האו"ם לזכויות אדם

שתיים משלוש הסוגיות שהצגנו לעיל זכו להתייחסות של גופי האו"ם לזכויות אדם. הראשונה: הזכות לשנות את המין במסמכים רשמיים לאחר השלמת הליכים לשינוי מין; השנייה: השאלה של השתתפות המדינה במימון הליכים לשינוי מין. ואולם, נבקש לפתוח בגישתה של הוועדה לזכויות הילד בנוגע לחובת המדינה לספק מידע ותמיכה לצעירים כדי שיוכלו לחיות את חייהם בהתאם לזהותם המינית:

State obligation to realize the right to survival, life and development also highlights the need to give careful attention to sexuality as well as to the behaviors and life style of children, even if they do not conform to the society's determination of what is acceptable under prevailing cultural norms for a particular age group.¹⁵⁴

גישה זו משקפת את הרצון לאפשר לכל פרט לפתח את מיניותו מתוך מודעות ופתיחות חברתית לקבלת האחר והשונה.¹⁵⁵ למותר לציין כי גישה זו עומדת בניגוד לעמדות הקיימות בחלק ממדינות העולם הרואות בטרנסג'נדרים ובטרנסג'נדריות חולי נפש. עמדות אלה זכו לגינוי מצד הוועדות השונות.¹⁵⁶

154 Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 3 (2003): HIV/AIDS and the Rights of the Child, para. 9, U.N. Doc. CRC/GC/2003/1 (Mar. 17, 2003). ראו גם Committee on the Rights of the Child, UK Concluding Observations, paras 16, 2, 55, פס' 43-44, U.N. Doc. CRC/C/15/Add.188 (Oct. 9, 2002).

155 Mindy Jane Roseman & Alice M. Miller, *Normalizing Sex and its Discontents: Establishing Sexual Rights in International Law*, 34 HARV. J.L. & GENDER 313 (2011). הוועדה לזכויות כלכליות וחברתיות קבעה גם היא כי על מדינות להימנע מלספק מידע מטעה לגבי מיניות: Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Benin Concluding observations, para. 42, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.78 (June 5, 2002); Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Bolivia Concluding Observations, para. 43, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.60 (May 21, 2001); Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Ukraine Concluding Observations, para. 31, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.65 (Sept. 24, 2001); Committee on Economic, Social and Cultural Rights, China ; Jamaica Concluding Observations, para. 30, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.75 (Dec. 6, 2001) Concluding Observations, לעיל ה"ש 64, פס' 88, 100.

156 ראו למשל קביעתה של הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בהערוותיה בקשר לגרמניה: Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Germany Concluding Observations, para. 26, U.N. Doc. E/C.12/DEU/CO/5 (May 20, 2011): "The Committee notes with concern that transsexual and inter-sexed persons are often considered to be persons with mental illness and that the State party's policies, legislative or otherwise, have led to discrimination against these persons as well as to violations of their sexual and reproductive health rights. (art. 12, 2.2) The Committee urges the State party to step up measures, legislative or otherwise, on the identity and the health of transsexual and inter-sex persons with a view to ensuring that they are no longer discriminated against and that their personal integrity and sexual and reproductive health rights are respected. The Committee calls on the State party to fully consult transsexual and inter-sexed persons for this purpose"

בנוגע לזכות לשנות את המין במסמכים רשמיים לאחר הליכים לשינוי מין, ביקרה הוועדה לזכויות אדם את אירלנד על מדיניותה שאינה מאפשרת הנפקת תעודת לידה חדשה לאחר הליכים לשינוי מין. מדיניות זו, קבעה הוועדה, מפרה את הזכויות הבאות המנויות באמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות: פרטיות (ס' 17), נישואין וחיי משפחה (ס' 23), שוויון בפני החוק (ס' 26), וכן יש בה משום הפליה פסולה (ס' 2).¹⁵⁷ אשר להליכים לשינוי מין קבעה הוועדה למניעת הפליה נגד נשים כי דרישת המדינה מהמנותחת לעבור עיקור כדי לקבל הכרה במין החדש שלה מפרה את זכותה לבריאות וכן כי חובה על ביטוח הבריאות לשלם עבור כלל ההליכים לשינוי מין.¹⁵⁸

גם המוסדות הפוליטיים של האו"ם הכירו בזכותו של אדם לבחור את מינו. כך, נציבת האו"ם לזכויות אדם המליצה במסקנותיה בדר"ח בעניין זכויות להט"בים כי על מדינות לאפשר הכרה משפטית במין המועדף של טרנסג'נדר, וכן לאפשר שינויים במסמכי הזיהוי הרלוונטיים שישקפו את בחירתם.¹⁵⁹ חשוב לציין כי גם ביחס לסוגיה זו נראה כי מספר המדינות שהכירו בפועל בזכותם של טרנסג'נדרים לשנות את מינם ושמם במסמכים רשמיים אינו רב, והוא כולל מדינות כמו קנדה, ישראל, יפן, מלזיה, ניו זילנד, צפון קוריאה, הפיליפינים, סינגפור, דרום אפריקה, דרום קוריאה, אוסטרליה וחלקים מארצות הברית וסין.¹⁶⁰

בנוגע לשאלת השתתפותה של המדינה בהליכים לשינוי מין ראינו התייחסות אחת של הוועדה למניעת הפליה נגד נשים:

The Committee strongly supports the intention of the Netherlands to conduct in-depth research on the health situation of transgender women and to revise the law making sterilization compulsory for transgender women. The Committee also invites

- Human Rights Committee, Ireland Concluding Observations, para. 8, U.N. Doc. CCPR/C/IRL/ 157
Rashida Manjoo, Mission to Kyrgyzstan, para. 92, U.N. Doc. CO/3 (Jul. 30, 2008)
A/HRC/14/22/Add.2 (May 28, 2010): "Take measures to [...] simplify procedures for changing the
sexual identity of transgender persons in their identity cards"
יוגיאקרטה שבה דנו לעיל (YOGYAKARTA PRINCIPLES), לעיל ה"ש 36, עיקרון 3).
- Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Netherlands Concluding 158
Netherlands Observations, paras 46–47, U.N. Doc. CEDAW/C/NLD/CO/5 (Feb. 5, 2010)
(להלן: Concluding Observations). הוועדה למניעת הפליה נגד נשים תמכה גם בגישתה של הוועדה לזכויות אדם
ביחס לצורך להקל על הליכים לשינוי מין. ראו
Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Costa Rica Concluding Observations, para. 40, U.N. Doc. CEDAW/C/CRI/CO/5-
Juan E. Méndez, Report of : 6 (July 29, 2011) ; ראו גם דעתה של הוועדה נגד עינויים ביחס לסוגיה זו :
the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or
Punishment, para. 78, U.N. Doc. A/HRC/22/53 (Feb. 1, 2013)
- High Commissioner for Human Rights, לעיל ה"ש 3, פס' 84(h). 159
- Aaron Xavier Fellmeth, *Choice of* ראו שונים. ראו
Gender Identity in International Human Rights Law, in LOOKING TO THE FUTURE: ESSAYS ON
INTERNATIONAL LAW IN HONOR OF W. MICHAEL REISMAN 499, 508 (Mahnoush Arsanjani et al. eds.,
.2011) 160

the Netherlands to reconsider its position to not reimburse transgender women for breast implants.¹⁶¹

לסיכום: נראה כי המשותף לבית הדין האירופי ולוועדות האו"ם לזכויות אדם הוא ההכרה בחובת המדינה לאפשר לטרנסג'נדרים להחזיק במסמכי זיהוי רשמיים המשקפים את מינם ושמם, לאחר שביצעו הליכים לשינוי מין. בכל הנוגע למימון הליכים לשינוי מין, בית הדין האירופי אמנם אינו מציב דרישה מחייבת למדינות למימון, אך שעה שחקיקה פנימית במדינה מקנה מימון, נראה כי בית הדין דוחה ניסיונות להצר אופציה זו. הוועדות לזכויות אדם של האו"ם מצידן אינן דורשות מהמדינות לממן ניתוחים אלה.

ז. פליטים ומבקשי מקלט

אמנת הפליטים משנת 1951 מגדירה פליט כאדם שנמצא מחוץ לארצו והוא אינו יכול, או אינו רוצה, לחזור אליה בגלל פחד מבוסס להיות נרדף בה מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה. אסור למדינה שבה נמצא פליט לגרשו או להחזירו לגבולות מדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו. האם להט"בים המופלים בארצם זכאים לקבל מעמד של פליט במדינה אחרת שבה הם נמצאים? במתן תשובה לשאלה זו יש להבחין בין שתי סוגיות:

1. באמנת הפליטים יש רשימה סגורה של הטעמים שיכולים להצדיק קבלת מעמד של פליט. האם להט"בים נכללים במסגרת אחד מטעמים אלה?
 2. המעמד של פליט ניתן לאדם שבנוגע אליו יש פחד מבוסס שיהיה נרדף מאחד מהטעמים המפורטים באמנה. מה משמעות ביטוי זה בהקשר של להט"בים? האם הפליה נגד להט"בים במדינה מסוימת או הפללת יחסים הומוסקסואליים, די בהן כדי ליצור פחד מבוסס שהומוסקסואל או לסבית ספציפיים יירדפו באותה מדינה?
- שאלות אלה נדונו בפסקי דין שניתנו בכמה מדינות, בספרות המקצועית ובמסמכים שפורסמו על ידי הנציבות של הקהילה האירופית והנציב העליון של האו"ם לענייני פליטים.¹⁶²

1. להט"בים כחברי "קיבוץ חברתי מסוים"

כאמור לעיל, אדם ייחשב כפליט על פי אמנת הפליטים רק אם החשש לרדיפה הוא בשל אחד מן הטעמים המנויים באמנה. יש פסיקה התומכת בתפיסה שלפיה יש לראות בלהט"בים חברי "קיבוץ חברתי מסוים". בפסק הדין מנחה של בית המשפט העליון באנגליה (2010) נדון ערעורם של שני הומוסקסואלים, אחד מאיראן והשני מקמרון, שביקשו מקלט באנגליה בשל החשש שיירדפו בארצותיהם. רשויות השלטון לא חלקו על כך שיש לראות בהומוסקסואלים ולסביות חברי קיבוץ מסוים, ועמדה זו שימשה בסיס לניתוחו של בית המשפט. עמד על כך לורד הופ באומרו:

161 Netherlands Concluding Observations, לעיל ה"ש 158, פס' 47.

162 בסוגיה זו ראו יונתן ברמן "פליטים להט"בים בישראל" בספר זה.

There is no doubt that gay men and women may be considered to be a particular social group.¹⁶³

גישה זו, שלפיה הומוסקסואלים ולסביות יכולים להיחשב, לצורך אמנת הפליטים, כחברי קיבוץ חברתי מסוים אומצה בבית הדין של הקהילה האירופית,¹⁶⁴ בהנחיה של האיחוד האירופי¹⁶⁵ ובפסקי דין במדינות אחדות, כגון אוסטרליה, ניו זילנד, קנדה וארצות הברית.¹⁶⁶ בהנחיות שהוציאה נציבות האו"ם לפליטים בדבר בקשות להכיר במעמד של פליט בשל זהות מינית סיכמה הנציבות את המצב במילים אלה:

Claims relating to sexual orientation have most often been considered within the 'membership of a particular social group' ground. Many jurisdictions have recognized that homosexuals (gays and lesbians) may constitute a particular social group. While claims relating to bisexuals and transgender people have been less common, such groups may also constitute a particular social group.¹⁶⁷

לפי תפיסתה של הנציבות לפליטים של האו"ם, מה שמאפיין "קיבוץ חברתי מסוים" הוא המכנה המשותף שיש לכל חבריו מלבד החשש שיירדפו, או העובדה שהם נתפסים כקיבוץ חברתי מיוחד בחברה שבה הם חיים. המכנה המשותף יהיה בדרך כלל מאפיין טבוע, שאינו ניתן לשינוי, או מאפיין הקשור קשר הדוק לזהותו של האדם, מצפוננו או מימוש זכויות היסוד שלו. הנציבות סבורה כי בין שמאמצים את התפיסה של המכנה המשותף או את התפיסה החברתית, יש הכרה רחבה בכך שלצורך

HJ and HT v. Secretary of State for the Home Department, [2010] UKSC 31, para. 10 of Judgment 163
of Lord Hope

Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 7 November 2013 (request for a preliminary ruling 164
from the Raad van State – Netherlands) – Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel v X (C-199/12), Y (C-200/12), Z v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (C-201/12), Infocuria, available at [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d54474eec32fff49c2bc69cf16bff0162e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNc3v0?text=&docid=145582&page](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d54474eec32fff49c2bc69cf16bff0162e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNc3v0?text=&docid=145582&page.Index=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=243149)

Recast Qualification Directive, Directive 2011/95/EU, of 13 December 2011, Article 10, available 165
at <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/en-recast-qualification-directive-directive-201195.eu-13-december-2011>

James C. Hathaway & Jason Pobjoy, *Queer Cases Make Bad Law*, 44 N.Y.U. J. OF INT'L L. & POL. 166
.315 (2011–2012)

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims 167
Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, 21 Nov. 2008, available at <http://www.refworld.org/docid/48abd5660.html>
Guidelines on - בשנת 2012 הוחלף המסמך הזה ב- <http://www.refworld.org/docid/48abd5660.html>
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, HCR/GIP/12/09 (Oct. 23, 2012) available at <http://www.unhcr.org/509136ca9.pdf>
(להלן: Guidelines on International Protection).

אמנת הפליטים, להט"בים יכולים להיכלל בקטגוריה של "קיבוץ חברתי מסוים".¹⁶⁸ גישה זו אומצה על ידי הנציבות של הקהילה האירופית.¹⁶⁹

2. רדיפה

כאמור, לא די בכך שאדם יוכיח כי הוא הומוסקסואל ושבמדינתו יש הפליה נגד להט"בים, או שיש בספר החוקים חוק המפליל יחסים הומוסקסואליים, כדי שיוכר במדינה אחרת בפליט על פי אמנת הפליטים. עליו להראות שיש לו פחד מבוסס מכך שבארצו יירדף בשל השתייכותו לקיבוץ החברתי של להט"בים. המונח "נרדף" איננו מוגדר באמנה, אך הפסיקה במדינות שונות ונציבות האו"ם לפליטים קבעו קווים שונים שיש בהם כדי להנחות מקבלי החלטות בכואם לקבוע אם הפחד מפני רדיפה מבוסס. בהנחיות של האיחוד האירופי בדבר הזכאות למעמד של פליט הוסבר שכדי שמעשים ייחשבו כרדיפה עליהם להיות:

(a) be sufficiently serious by their nature or repetition as to constitute a severe violation of basic human rights [...] or (b) be an accumulation of various measures, including violations of human rights which is sufficiently severe as to affect an individual in a similar manner as mentioned in (a).¹⁷⁰

מכאן ברור כי השאלה אם הפליה או יחס שלילי אחר כלפי להט"בים מגיעים לכדי רדיפה תלויה בהיקפם, בחומרתם ובהשפעתם על מבקש המקלט. בפרשת *Toonen* קבעה הוועדה לזכויות אדם כי נפגעה זכותו לפרטיות של הומוסקסואל מאחר שהייתה בספר החוקים של טזמניה הוראה המפלילה יחסי מין בהסכמה בין גברים, הגם שהוראה זו לא נאכפה. נראה כי גם אם די היה בחששו של טונן כדי ליצור פגיעה בזכותו לפרטיות, הרי כל עוד לא נאכף החוק, או למצער היה סיכון של ממש שהוא ייאכף, קשה לומר שהומוסקסואלים נרדפו בטזמניה. הדין היה שונה אילו דובר במדינה כמו איראן, שבה אוכפים את החוק המפליל יחסים הומוסקסואליים, והומוסקסואלים אפילו נדונו בה למוות בשל הפרתו.

הפחד מפני רדיפה, הדרוש כדי שאדם יוכר כפליט, מכיל בחובו שני אלמנטים: אלמנט אובייקטיבי (הטמון בדרישה שהפחד יהיה מבוסס) ואלמנט סובייקטיבי (הטמון בדרישה לפחד (fear) להבדיל, למשל, מסכנה). רק אם מתקיימים שני אלמנטים אלה ניתן לדבר על פחד "מבוסס". לאור האלמנט הסובייקטיבי הנדרש נקבע במקרים אחדים כי אם אדם יכול למנוע פגיעה בו על ידי הצנעת נטייתו המינית, אין הוא יכול לקבול על רדיפתו.¹⁷¹ הרציונל היה כי הצנעת נטייתו המינית יוצרת מצב שניתן לצפות מן האדם הסביר שיסבול אותו. בפסק דין משנת 2010 דחה בית המשפט העליון באנגליה את הגישה הזאת. בית המשפט פסק כי אין להטיל על אדם חובה לכפור בזכותו ולהסתיר את נטייתו

168 שם, פס' 44–46.

169 Council Directive 2011/95/EU, art. 10, 2011 O.J. (L 337) 9 (EC), available at <http://www.refworld.org/pdfid/4f197df02.pdf>: "Depending on the circumstances in the country of origin, a particular social group might include a group based on a common characteristic of sexual orientation"

170 שם, ס' 9.

171 המקרים מתוארים בפסק הדין של בית המשפט העליון באנגליה בפרשת *HJ and HT*, לעיל ה"ש 163.

המינית כדי לזכות במעמד של פליט. ואולם, בית המשפט לא התמודד עם שאלה אחרת: מה בדבר אדם שאיננו מעוניין לחשוף את זהותו המינית ועקב כך לא ייחשף לפגיעות שהן מנת חלקם של להט"בים היוצאים מן הארון?¹⁷² האם גם אדם כזה יכול לטעון כי נרדף במדינתו עקב נטייתו המינית? הובעה הדעה כי אדם מסוג זה עדיין יסבול מן הנזק הפסיכולוגי הנובע מכך שהוא מסתיר את נטייתו המינית, ושגרירת נזק כזה יכול שתיחשב כרדיפה.¹⁷³ לפי תפיסתה של הנציבות לפליטים של האו"ם, הנחת היסוד בדיון בכל בקשה חייבת להיות שאדם זכאי לחיות בחברה שבה אין צורך להסתיר את נטייתו המינית.¹⁷⁴

האלמנט הקובע למעמד של פליט הוא כי אין לאדם הגנה במדינתו כנגד רדיפה. ברור כי כאשר מעשי הפגיעה הקשים בזכויותיו של מבקש המקלט הם מטעם רשויות השלטון עצמן – כגון מקרים שבהם אוכפים חוק פלילי האוסר יחסים הומוסקסואליים – יתקיים האלמנט של רדיפה. ואולם, גם אם הפגיעה הקשה היא מצד גורמים פרטיים, תתקיים רדיפה כאשר המדינה איננה יכולה או איננה מוכנה להושיט לו הגנה שתהיה גם זמינה וגם יעילה.¹⁷⁵

3. סיכום

להט"בים הסובלים בשל נטייתם המינית מפגיעה קשה בזכויותיהם במדינתם עשויים לזכות במעמד של פליטים במדינה שלישית. לשם כך עליהם להראות כי יש להם פחד מבוסס שיירדפו בשל נטייתם המינית אם יחזרו לארצם. רדיפה, לצורך עניין זה, תישען על כך כי במדינתם "יש הפרה מתמשכת או שיטתית של זכויות אדם יסודיות המצביעה על כשל בהגנת המדינה על זכויותיהם".¹⁷⁶

ח. רדיפת להט"בים כפשע נגד האנושות

מה הקשר בין נטייה מינית למשפט בינלאומי פלילי? למיטב ידיעתנו, עד כה לא הוצא צו מעצר, לא הועמדו אנשים לדין וכמובן לא הורשעו בבית דין בינלאומי פלילי על כך שפגעו באחרים או רדפו אותם על רקע נטייתם המינית. עם זאת, ייתכן שבנסיונות מסוימות ניתן יהיה להטיל אחריות פלילית בינלאומית על אנשים בשל רדיפת להט"בים.

חוקת רומא, שמכוחה הוקם בית הדין הבינלאומי הפלילי (ICC), מכירה בארבע קטגוריות של עבירות שבהן יש לבית הדין סמכות שיפוט: השמדת עם, פשעים נגד האנושות, פשעי מלחמה ותוקפנות. פשעים נגד האנושות כוללים רשימה של מעשים המתבצעים כחלק מהתקפה שיטתית או רחבת היקף נגד אוכלוסייה אזרחית. עם המעשים הללו נמנית רדיפה כנגד קבוצה המזוהה על בסיס של

172 ראו Hathaway & Pobjoy, לעיל ה"ש 166.

173 שם.

174 Guidelines on International Protection No. 9, לעיל ה"ש 167, פס' 12.

175 שם, פס' 35–36.

176 ראו Refugee Appeal No. 74665/03, [2005] 1 NZLR 68, המצוטט ב-Hathaway & Pobjoy, לעיל ה"ש 166.

מאפיינים שונים, וביניהם מגדר (gender).¹⁷⁷ כפי שהצגנו לעיל, באמנות זכויות האדם מקובל כיום לכלול במסגרת המונח "מין" (sex) גם נטייה מינית. השאלה היא אם גם מגדר יכול שיקלול נטייה מינית. כבר בדיונים המקדימים לניסוח חוקת רומא העלה הנציג האזרבייג'ני את השאלה אם gender עלול לכלול גם רדיפה של הומוסקסואלים ולא רק של נשים.¹⁷⁸ כדי להתמודד עם חששות של מדינות מסוימות בעניין זה, נקבע בס' 7(3) לחוקת רומא כי:

For the purpose of this Statute, it is understood that the term 'gender' refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term gender does not indicate any meaning different from the above.

סעיף זה מייצג פשרה בין שתי קבוצות מדינות – הקבוצה האחת התנגדה להכללה כלשהי של רדיפת להט"בים בסמכות השיפוט של בית הדין, והאחרת ביקשה להשאיר פתח שיאפשר הכללה כזו. דרך המלך נמצאה בביטוי "within the context of society". המדינות שהתנגדו להכללה מצאו את מבוקשן בכך שראשית כל, נטייה מינית לא נכללה כטעם מפורש לרדיפה, וכן בהתייחסות ל-"two sexes, male and female" מודגשת העובדה שלהט"בים אינם נכללים בהגדרה. מנגד, המדינות שתמכו בהכללה מצאו בביטוי זה אפשרות להכליל רדיפת להט"בים לכל הפחות במדינות אשר תמכו בפרשנות של המונח gender – בחקיקה שלהן או בהסכמה לנורמות בינלאומיות אחרות – ככולל להט"בים. טיעונים נוספים התומכים בהכללת להט"בים הם שימוש בס' 21(3) לחוקת רומא, אשר קובע כי החוקה תפורש באופן התואם זכויות אדם המוכרות במשפט הבינלאומי, וללא הפליה. כך, נטען כי פרשנות של חוקת רומא באופן מפלה מנוגדת לרוח אמנות זכויות האדם הבינלאומיות ואמנת האו"ם וכן למטרתה של חוקת רומא.¹⁷⁹

177 ס' 7 לחוקת רומא. יש לציין כי הריגה שיטתית של הומוסקסואלים בשל נטייתם המינית איננה יכולה להיחשב השמדת עם, וזאת בשל ההגדרה הצרה של השמדת עם באמנת האו"ם בדבר מניעת רצח עם (The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide). לפי הגדרה זו, השמדת עם מוגבלת למעשים נגד קבוצה המתאפיינת בלאום, אתניות, גזע או דת. אמנת רומא מאמצת הגדרה זו. לדין בנושא זה ראו WILLIAM A. SCHABAS, GENOCIDE IN INTERNATIONAL LAW: THE CRIMES OF CRIMES 466–467 (2009).

178 הנציג האזרבייג'ני שאל אם ייתכן שקביעה שלפיה ניתן לבצע רדיפה על רקע מגדרי תוכל ליצור מצב שבו: "a conviction by a national court for homosexual acts might be regarded as persecution and thus fall within the jurisdiction of the Court as a crime against humanity" (United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court. Rome, 15 June – 17 July 1998. Official Records Volume II, p. 272, para. 61) לעניין זה ראו Valerie Oosterveld, *Gender, Persecution, and the International Criminal Court: Refugee Law's Relevance to the Crime against Humanity of Gender-Based Persecution*, 17 DUKE J. COMP. & INT'L L. 47, 58 (2006).

179 "In considering crimes against humanity, 'sexual orientation' could possibly be considered as a protected category through the phrase 'or any other grounds that are universally recognized as impermissible under international law' contained in the definition of crimes against humanity. However, it would be difficult to overcome the threshold of universal recognition because even though international law is beginning to consider sexual orientation, it has not yet universally recognized it as a prohibited

מלומדים דנו רבות בשאלה אם פרשנות חוקת רומא תומכת בהכללת להט"בים במינוח gender אם לאו.¹⁸⁰ מדיונים אלו לא עלתה מסקנה חד-משמעית. גם משרד התובעת של ה-ICC התייחס לסוגיה ב- בנושא. משרד התובעת פרסם טיוטה לדוח זה בפברואר 2014, שזכתה לביקורת על כך שהביטוי "נטייה מינית" הוזכר בה רק פעם אחת, בהערת שוליים.¹⁸¹ בדוח הסופי, שפורסם ביוני 2014, ביטוי זה כבר נכלל, אך גם בגרסה זו אין קביעה חד-משמעית בדבר הכללתם של להט"בים במונח gender.¹⁸² דוגמה שיכולה להבהיר כי רדיפה על רקע נטייה מינית אכן נכללת ברדיפה על רקע מגדרי היא הלחצים הרבים שהופעלו על בית הדין הבינלאומי הפלילי לפתוח בחקירה כנגד ההנהגה האוגנדי, בעקבות עינויים ורדיפה של הומוסקסואלים באוגנדה. בתשובתו לתלונה שהגיעה אליו מאזרח אוגנדי הסביר משרד התובעת כי הם "בודקים את המצב" (analysing the situation), ו"בוחנים את חומרת הפשעים שבוצעו". בתשובה לא נאמר כי לבית הדין אין סמכות לדון בתלונה מסוג זה.¹⁸³ ניתן אפוא לומר שכיום השאלה אם להט"בים נכללים בהגדרת המונח gender היא עדיין שאלה פתוחה.

ט. סיכום

האמנות הבינלאומיות העיקריות לזכויות אדם אומצו בטרם עלתה לשיח הציבורי השאלה של זכויות הלהט"בים, והן אינן מתייחסות להפליה על רקע נטייה מינית או לצורך להגן על זכויות אחרות של להט"בים. עם זאת, הוועדות לזכויות אדם של האו"ם וטריבונלים אזוריים לזכויות אדם, כגון בית הדין האירופי לזכויות אדם ובית הדין הכללי-אמריקני לזכויות אדם, הכירו בכך שיש לפרש את האיסור על הפליה באמנות ככולל הפליה על רקע נטייה מינית. הם גם עמדו על הזכות לפרטיות של להט"בים, אשר מכוחה נקבע לראשונה כי האיסור על הפללה של יחסי מין הומוסקסואליים מנוגד למשפט הבינלאומי. ביחס לנישואין חד-מיניים, כיום המשפט הבינלאומי אינו מחייב מדינות להנהיג אותם. להערכתנו, כאשר יגדל מספר המדינות החברות במועצת אירופה אשר מכירות בנישואין חד-מיניים,

"ground of discrimination". להרחבה בעניין זה ראו, LGBT and the International Criminal Court, AMICC, available at <http://www.amicc.org/docs/LGBTandICC.pdf>; Rosemary Grey, *Hate Crime Against Humanity? Persecution on the Grounds of Sexual Orientation Under the Rome Statue* (Feb. 21 2014) available at http://beyondthehague.com/2014/02/21/hate-crime-against-humanity-persecution-on-the-grounds-of-sexual-orientation-under-the-rome-statute/#_ednref7.

180 לסקירת דעות מלומדים בנושא ראו שם.

181 לטיוטת הדוח של משרד התובעת ראו, Draft Policy Paper on Sexual and Gender Based Crimes, International Criminal Court (Feb. 2014), available at <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-draft-policy-paper-february2014-eng.pdf>. לביקורת ראו Grey, לעיל ה"ש 179.

182 לדוח הסופי של משרד התובעת ראו, Policy Paper on Sexual and Gender Based Crimes, International Criminal Court (June 2014), available at <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes--June-2014.pdf>.

183 בעניין זה ראו למשל Joe Morgan, *Global Court to Arresting the Author of Uganda's 'Kill the Gays' Bill*, GAYSTARNEWS (Sept. 13, 2013) available at <http://www.gaystarnews.com/article/global-court-consider-arresting-author-uganda%E2%80%99s-%E2%80%98kill-gays%E2%80%99-bill130913>.

ייתכן שינוי בעניין זה בבית הדין האירופי לזכויות אדם. אך מחוץ לאירופה, בעולם רבגוני שבו עדיין יש צורך להיאבק על הגנה על הזכויות הבסיסיות ביותר של להט"בים, קשה לצפות לשינוי בעמדה זו בשנים הקרובות. כל עוד מדובר בנישואין, יכולים הגופים המפרשים את האמנות להצדיק סירוב להכיר בחובה להנהיג נישואין חד-מיניים מכוח הוראה ספציפית באמנות המתייחסת לזכותם של גבר ואישה להינשא. ואולם, כאשר פורצים את המסגרת הפורמלית של נישואין, המגמה המסתמנת היום היא לקבוע כי בהכרה בברית זוגיות או במתן זכויות כלכליות או חברתיות לזוגות לא נשואים אין המדינה רשאית להפלות בין זוגות דו-מיניים לבין זוגות להט"בים. בנוגע למצעדי גאווה, הגבלות עליהם הנובעות מאופיים או מטבעם כאירועים להט"ביים אינן עולות בקנה אחד עם הוראות של אמנות בינלאומיות לזכויות אדם. כאשר לשאלות של זהות מגדרית, נראה כי מדינות חייבות לאפשר ביטוי במסמכים רשמיים לשינוי מין ולהסיק את המסקנות הנובעות משינוי זה, כגון הזכות של אדם להינשא לגבר או אישה.

דומה אפוא כי הכרה הולכת וגוברת בזכויותיהם של להט"בים משקפת את השינויים החלים עם הזמן בנורמות החברתיות הפנימיות של מדינות, המשתקפים בסופו של דבר גם בנורמות משפטיות בינלאומיות. ואולם, השוני הרב בנורמות החברתיות והמשפטיות הפנימיות של מדינות בסוגיה זו, והצורך של גופים בינלאומיים לשמור על הלגיטימיות שלהם כלפי כל המדינות שהן צד לאמנות שהם מנטרים, גורמים לכך שההתקדמות במישור הכלל-עולמי תהיה אטית מזו שבמישור האירופי.