

# עלייתה ונפילתה של

## המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית\*

אלון הראל\*\*

### מבוא

כל הבהזן את השינויים במעמדם המשפטי של ההומוסקסואלים והלסביות בישראל מאז שנת 1988 עומד נפעם לנוכח היקף השינוי. בשנת 1988 תיקנה הכנסת את חוק העונשין וביטלה את האיסור הפלילי על יחסי מין בין גברים<sup>1</sup>. בשנת 1992 תיקנה הכנסת את חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה ואסרה על הפליה בעבודה מטעמי מעמד אישי או נטייה מינית<sup>2</sup>. מיד אחר כך, הביא מאבק פוליטי של התנועה ההומוסקסואלית בישראל לשינוי היחס להומוסקסואלים בצבא. בקיץ 1993 תוקנו פקודות הצבא ונאסרה לפיהם הפליה המבוססת על נטייה מינית<sup>3</sup>. בשנת 1998, בוטלו גם הוראות אלה, וכיום אין לצה"ל כלל פקודות מיוחדות העוסקות בהומוסקסואלים<sup>4</sup>. בשנת 1994, לאחר דיונים ממושכים בבתי הדין לעבודה, קבע בית המשפט העליון כי הנוהג של חברת אל-על, להעניק כרטיסי טיסה חינם לבני זוג של עובדים (כולל בני זוג לא נשואים) רק כאשר בני הזוג הם בני מין שונה, הוא בלתי חוקי<sup>5</sup>. בפשרה שהושגה לאחר שלוש שנים של הליכים משפטיים ומשא ומתן, זכה אדיר

\* מאמר זה הוא גרסה משופרת ומעודכנת של מאמר אשר פורסם באנגלית. ראו: A. Harel "The Rise and Fall of the Israeli Gay Legal Revolution" 31 *Col. Hum. R. L. Rev.* (2000) 443

\*\* פרופסור למשפטים, מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה ליעקב בן-שמש, אייל בנבנישתי, תרזה הורקהולם, דוד אנוך, אייל גרוס, לסלי גרין, עמית קמה, טארין מרקל, מייקל אוטסוקה, משה סלוחובסקי, סיליה פסברג, אורית קמיר ואורן שריקי על הערותיהם. תודה מיוחדת לדן יקר, אשר קרא שתי גרסאות קודמות של המאמר והעיר הערות חשובות ומפורטות. כמו כן ברצוני להודות לחברת מערכת כתב העת **המשפט**, גב' לירז גיא, על עזרתה הנאמנה בהכנת המאמר לפרסום. גרסה קודמת של מאמר זה התפרסמה ב**המשפט** 12 (2001).

1 ראו, חוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988, ס"ח 62. לניתוח התיקון וחיבורו ראו: A. Harel *Gay Rights in Israel – A New Era?* 1 *Int'l J. Discrimination & L.* (1996) 261, 264  
י' יונאי "הדין בדבר נטייה חד-מינית – בין היסטוריה לטוציולוגיה" **משפט וממשל** ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 531, 549-550.

2 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון), תשנ"ב-1992, ס"ח 37. (להלן: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה).

3 הוראת קבע אכ"א ק"11-01-31 שירות ההומוסקסואלים בצה"ל (אוגוסט 1993).

4 לסקירה של המהלך שהביא לתיקון בשנת 1993, ראו יונאי, **לעיל** הערה 1, בע' 556. השינוי של פקודות הצבא חייב את הסכמתו של יצחק רבין, ראש הממשלה ושר הביטחון באותה עת. לסקירה מקיפה של הנושא ראו א' גרוס "מיניות, גבייות, צבא ואזרחות: שרות הומואים ולסביות בצה"ל במשקפיים השוואתיות" **פלילים** ט (תשס"א) 95.

5 ראו בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מה(5) 749 (להלן: עניין דנילוביץ).

שטיינר, בן זוגו של אל"מ דורון מייזל המנוח, בטובות הנאה כספיות שהוענקו קודם לכן רק לבני זוג בני מין שונה". בנוסף, הוענקו לו זכויות הנצחה כגון הזכות להיות מוזמן לטקסי הנצחה רשמיים של משרד הביטחון. בשנת 1997 ביטל בית המשפט העליון את החלטת שר החינוך למנוע שידור תכנית שהוקדשה לבני נוער הומוסקסואלים ולסביבות. באותה שנה יזמה חברת הכנסת יעל דיין שינוי בחוק איסור לשון הרע. החוק המתוקן אוסר השפלתו של אדם בגלל מינו או נטייתו המינית. בשנת 1997 הוציא בית המשפט לענייני משפחה בחיפה צו הרחקה, האוסר על אישה להיכנס לדירה, בה חיה שותפתה לחיים, על יסוד פרשנות מרחיבה של המונח "ידוע בציבור" בחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991 – פרשנות שעל פיה המושג "ידוע בציבור" בחוק זה כולל גם בן זוג בן אותו מין<sup>6</sup>. ביזמתה של ד"ר אורית קמיר, נחקק בשנת 1998 החוק למניעת הטרדה מינית, אשר הגדיר הטרדה מינית בסעיף 3(א)5 בין היתר כ"התייחסות מבוזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית"<sup>7</sup>. במאי 2000 הורה בג"צ למשרד הפנים לרשום את ניקול

- 6 אדיר שטיינר תבע פנסיה לפי חוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גמלאות) [נוסח משולב], תשמ"ה-1985 (להלן: חוק שירות הקבע בצה"ל), וכן פיצויים המוענקים לידוע בציבור לפי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תשי"ז-1950 (להלן: חוק משפחות חיילים שנספו במערכה). שני החוקים מעניקים הטבות כספיות לקרובי משפחה של חיילים שנפטרו במהלך שירותם הצבאי. חוק שירות הקבע בצה"ל, מקנה פנסיות לקרובים של חיילים. חוק משפחות חיילים שנספו במערכה, מקנה תשלומים מיוחדים למשפחות שבניהן נפטרו בזמן השירות הצבאי.
- אדיר שטיינר הגיש תביעות על בסיס שני חוקים אלה. תביעת הפיצויים שלו נדחתה. ראו ע"מ 8/94 **שטיינר נ' קצין התגמולים** (לא פורסם). (החלטה מיום 13/8/95, עותק שמור במערכת). לעומת זאת תביעת הגמלאות נתקבלה בע"ש 369/94 **שטיינר נ' צבא ההגנה לישראל** (לא פורסם). (החלטה מיום 5/12/96, עותק שמור במערכת). ערעורים הוגשו על שתי ההחלטות אך נמחקו לאחר פשרה בין הצדדים. לדיון מפורט ראו גם גרוס, **לעיל** הערה 4. לניתוח מפורט של מקרה זה וחשיבותו המשפטית ראו: A.M. Gross "Challenges to Compulsory Heterosexuality: Recognition and Non-Recognition of Same-Sex Couples in Israeli Law" *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law* (Oxford, R. Wintemute & M. Andenas eds., 2001) **מ' טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביבות" הפרקליט מה (תש"ס) 94, 108.**
- 7 שטיינר הגיש בג"צ בעניין זה. ראו בג"צ 5398/96 **שטיינר נ' שר הביטחון** (לא פורסם), תקדין עליון 197/244. העתירה נמחקה לאחר ששר הביטחון החליט כי העותר יהיה זכאי לזכויות הנצחה הניתנות לבן משפחה של חייל צה"ל שנפטר.
- 8 ראו בג"צ 273/97 **האגודה לשמירת זכויות הפרט – למען הומוסקסואלים, לסביות וביסקסואלים בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נא(5) 822 (להלן: עניין קלפים פתוחים). לניתוח וביקורת של פסק דין זה ראו א' הראל "בתי המשפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?" **משפט וממשל** ד (תשנ"ז) 785.
- 9 סעיף 4(1) לחוק איסור לשון הרע (תיקון מספר 5), תשנ"ז-1997.
- 10 תמ"ש (חי') 32520/97 **פלונית נ' אלמונית** (לא פורסם), תקדין משפחה (197) 53. לתיאור המקרה ראו: Gross, *supra* note 6.
- 11 סעיף 3(א)5 לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998 (להלן: החוק למניעת הטרדה מינית). לניתוח מקיף של חוק זה, שנכתב בידי יוזמת החוק ד"ר אורית קמיר, ראו א' קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" **משפטים** כט (תשנ"ח-תשנ"ט) 317; O. Kamir "Israel's 1998 Sexual Harassment Law: Prohibiting Sexual Harassment, Sexual Stalking, and Degradation Based on Sexual Orientation in the Workplace and in all Social Settings" *Comparative Sexual Harassment* (P. Tahmindhis ed., 2000) (עותק שמור במערכת).

עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית

ברנר־קדיש, ישראלית-אמריקאית שאימצה ילד בקליפורניה, כאמו השנייה של הילד, ולהוסיף את שמו של הילד, מתן, בתעודת זהות שלה. ניקול ברנר־קדיש היא שותפתה לחיים של רותי ברנר־קדיש, אמו הביולוגית של מתן.<sup>12</sup> ולבסוף, רק לאחרונה, בספטמבר 2000, פסל בג"צ את החלטת בית הדין הרבני הגדול לאסור על עותרת - אישה גרושה - להפגיש את בנותיה עם עותרת שנייה שאתה היא מקיימת קשר זוגי ויחסים אינטימיים.<sup>13</sup> דומה שרק השם "מהפכה משפטית הומוסקסואלית" יכול לתאר נכונה את השינויים המשפטיים הגורפים שעברה שיטת המשפט הישראלית בשנות התשעים.<sup>14</sup>

מהפכה זו מעלה שתי שאלות עיקריות. ראשית, יש להסביר מדוע חברה שמרנית כמו החברה הישראלית - חברה ששמה דגש כה רב על "ערכי המשפחה", פיתחה במהירות כזו מנגנונים המגנים על הומוסקסואלים מפני הפליה, מעניקים לבני זוג הומוסקסואלים הטבות כספיות ולעתים מעניקים אפילו ליחסים ההומוסקסואליים הכרה רשמית וחוקתית של לגיטימיות מוסדית. שנית, ראוי לבחון, האם ההגנה המשפטית שניתנה להומוסקסואלים וללסביות היא יציבה? האם יש לצפות להמשכה ואולי להשלמתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית? ההסבר המסורתי להצלחתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית מבוסס על תהליך הליברליזציה שעברה החברה הישראלית. מאמר זה מציג הסבר אלטרנטיבי, לפיו הצלחתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית מבוססת באופן אירוני דווקא על אופייה השמרני של החברה. האופי השמרני הזה תרם ליחס סובלני מצדם של הפוליטיקאים השמרניים כלפי הומוסקסואליות, משום שהומוסקסואליות לא נתפסה כאיום של ממש על ערכי המשפחה. את ההצלחה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית יש לייחס להיווצרות קואליציה של "תומכים נאורים" מן הצד האחד ושל "תומכים סובלניים" מן הצד השני. הראשונים סבורים שיחסים הומוסקסואליים אינם נחותים מיחסים הטרוסקסואליים. האחרונים אינם מקבלים עמדה זו וסבורים כי יחסים הומוסקסואליים הם בלתי מוסריים או פרברטיים. יחד עם זאת, הם סבורים שהפגם המוסרי או האופי הסוטה של הומוסקסואליות, אינם מצדיקים את האיסור

12 בג"צ 1779/99 ברנר־קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (להלן: עניין ברנר־קדיש). בעניין זה קיבל בית המשפט את בקשת המדינה לדין נוסף מיום 23/4/2001, ראה דג"צ 4252/2000 שר הפנים נ' קדיש (טרם פורסם).

13 בג"צ 293/00 פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מה (3) 318 (להלן: עניין פלוגית).

14 גרוס מכנה את שנות התשעים "העשור ההומוסקסואלי". ראו: Gross, *supra* note 6: השינויים המהירים בשנות התשעים נזכרו/תוארו גם אצל: A. Kama "From Terra Incognita to Terra Firma: The Logbook of the Voyage of Gay Men's Community into the Israeli Public Sphere" *J. Homosexuality* (2000) 133. המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית לוותה גם בעניין הולך וגובר בחיים התרבותיים והחברתיים של הומוסקסואלים ולסביות בישראל. ראו למשל: A.S. Fink & J. Press *Independence Park: The Lives of Gay Men in Israel* (Stanford, 2000); L. Walzer *Between Sodom and Eden: A Gay Journey Through Today's Changing Israel* (New-York, 2000) וד; קפלן דוד, יונתן וחיללים אחרים: גבריות ומיניות ביחידות הקרביות בצבא הישראלי (תשנ"ט). אינדיקציה נוספת למהפכה שקרתה בשנות התשעים ניתן למצוא במאמרה של מיכל טמיר (יצחקי) הסבורה כי יש לפרש את התקיקה הישראלית באופן שיכיר בזכות חוקתית לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות - וזאת אשר תחיל עיקרון זה בכל חלקי המשפט ללא קשר לקיומו של חוק ספציפי. ראו טמיר (יצחקי), לעיל הערה 6, בע' 112.

הפילי או הסדרים אחרים המצרים את זכויותיהם של הומוסקסואלים. המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית נתאפשרה בדיוק בשל האופי המעורפל של משמעותה החברתית, ובמיוחד משום שהתמיכה הפוליטית בה (או לפחות היעדרה של התנגדות פוליטית) לא הייתה מבוססת בהכרח על אהדה כלפי הומוסקסואלים, או הכרה בערכם של הקשרים האינטימיים ההומוסקסואליים. תנאי היסוד שאפשרו לפיכך את ההצלחה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית, הם אלו בדיוק אשר צמצמו את המשמעות החברתית שלה. פיתוח ההגנה על הומוסקסואלים והכרה חלקית בווטגיות ההומוסקסואלית היו אפשריים, מכיוון שהתמיכה הפוליטית במהפכה המשפטית לא חייבה שינוי עמוק באופי השמרני של החברה הישראלית או בגורמות ההטרסקסיטיות הדומיננטיות בחברה זו.

באופן אירוני, דווקא הצלחתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית בשנות התשעים פגעה בתנאים שאפשרו את המהפכה הזו מלכתחילה. הקואליציה הבלתי צפויה של פעילי תנועת השחרור ההומוסקסואלית והפוליטיקאים השמרניים הגיעה לקצה באמצע שנות התשעים. כיום, תמיכה פוליטית בהסדרים משפטיים המגנים על הומוסקסואלים ולסביות, נתפסת כמשקפת יחס חיובי אורח החיים ההומוסקסואלי. השיח הסובלני שהיה כה דומיננטי בתחילת שנות התשעים גווע והומר בשיח של נאורות.

**החלק הראשון** של מאמר זה בוחן את הניגוד הקיים בין סובלנות לנאורות ומעמת שני סוגים של סובלנות: סובלנות ביקורתית וסובלנות אגנוסטית. **החלק השני** סוקר את ההיסטוריה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית, ומראה כי הצלחתה יכולה להתבסס על קואליציה שבין "נאורים" לבין "סובלניים". סובלנות כלפי המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית הייתה אפשרית דווקא בשל אופייה השמרני של החברה והדומיננטיות של "ערכי המשפחה" (ההטרסקסואליים). דווקא ההצלחה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית להביא עניינים הנוגעים למיניות אל השיח הפוליטי בישראל, מאיימת על השלמתה של מהפכה משפטית זו.

### א. סובלנות מול נאורות

התמיכה בשינויים המשפטיים, המכונים "מהפכה המשפטית ההומוסקסואלית", הייתה מבוססת הן על סובלנות והן על נאורות. נאורות מניחה שאורח חיים הומוסקסואלי אינו נחות מאורח חיים הטרסקסואלי **ועל כן** אין להתייחס באופן המפלה לרעה יחסים הומוסקסואליים. סובלנות, לעומת זאת, נראית מושג מורכב יותר, המנתק את הזיקה בין היחס הערכי ההומוסקסואליות לבין ההסדרה המשפטית<sup>15</sup>. פרק זה בוחן את מושג הסובלנות ומציע הגדרה מרחיבה שלו. הגדרה מרחיבה זו משמשת בסיס לניתוח בפרק ב' של הצלחת המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית כמו גם של הטעמים לקשיים בהם נתקלה מהפכה זו לקראת סוף שנות התשעים.

יוסף רו סבור, כי סובלנות מחייבת פרטים לקבל רצונות, העדפות ואמונות, אשר בעיני אותם פרטים הן בלתי רצויות. על פי השקפתו, המקרה הטיפוסי של סובלנות הוא המקרה בו

15 לאסופת מאמרים הבוחנים את נושא הסובלנות ראו: D. Heyd (ed.) *Tolerance: An Elusive Virtue* (Princeton, 1996).

“restrains his indignation at the sight of injustice or some other moral evil, or אדם: rather at the sight of behavior which he takes to be of this character”<sup>16</sup>  
בעמדה דומה מחזיק גם ברנרד וויליאמס, אשר גורס כי:

“If there is to be question of toleration, it is necessary that there should be something to be tolerated; there has to be some belief or practice or way of life that one group thinks (however fanatically or unreasonably) wrong, mistaken, or undesirable... If we are asking people to be tolerant, we are asking them something more complicated... They will indeed have to lose something, their desire to suppress or drive out the rival belief; but they will also keep something, their commitment to their own beliefs, which is what gave them the desire in the first place”<sup>17</sup>.

ג'ון הורטון מסכם את העמדה המקובלת על פילוסופים רבים כך:

“It is widely agreed that the core of the concept of toleration is the refusal, where one has the power to do so, to prohibit or seriously interfere with conduct that one finds objectionable”<sup>18</sup>.

העמדה המסורתית, המשותפת לכותבים אלה (ואשר אותה אכנה “סובלנות ביקורתית” או “סובלנות עוינת”), נראית מצומצמת מדי. העמדה העולה מדבריהם של כותבים אלה מתעלמת מעמדות אשר לדעתי יש לסווגן גם כסובלניות. בעוד שההבנה המקובלת של מושג הסובלנות מניחה שהסובלן הוא ביקורתי או אפילו עויץ ביחס להתנהגות כלפיה הוא סובלני, הסובלן על פי האפיון המורחב אינו בהכרח מאמץ עמדה עוינת. סובלנות במובנה המורחב מתיישבת עם עמדה עוינת כלפי ההתנהגות הרלוונטית (סובלנות ביקורתית או עוינת), אדישות כלפי ערכה המוסרי, או אפילו תמיכה נלהבת בהתנהגות הרלוונטית. הדרישה היחידה הנדרשת מן הסובלן היא שההכרעה בשאלה כיצד יש לטפל בהתנהגות הנסבלת היא, לפחות באופן חלקי, בלתי תלויה בערך הנורמטיבי אותו מייחס הסובלן להתנהגות הנסבלת. כך למשל, הסובלן הביקורתי של ההומוסקסואליות עויץ את ההומוסקסואליות, אלא שהוא סבור שההסדרה המשפטית צריכה, לפחות באופן חלקי, להיות בלתי תלויה בשיפוט המוסרי השלילי שלו. הסובלן הנאור, האוהד את ההומוסקסואליות, תומך אף הוא בהסדרים משפטיים-ליברליים. יחד עם זאת, הוא סבור כי ההסדרים המשפטיים-ליברליים בהם הוא תומך, אינם נגזרים

J. Raz *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986) 402 16

.B. Williams “Toleration: An Impossible Virtue”, *supra* note 15, at p. 19 17

וויליאמס ממשך וקובע כי: “if I and others in the neighborhood said that we were tolerating the homosexual relations of the couple next door, our attitude would be thought to be less than liberal”. *Ibid.*, at p. 20

.S. Horton “Toleration as Virtue”, *supra* note 15, at p. 28 18

באופן בלעדי מן העובדה כי יחסים הומוסקסואליים אינם נחותים מיחסים הטרוסקסואליים. הסובלן מאמין לפיכך בנתק בין השיפוט המוסרי ביחס להומוסקסואליות לבין ההסדרה המשפטית הראויה.

ניתן להצדיק את אימוץ הגישה של סובלנות במובנה הרחב בכמה דרכים. ניתן לבסס אותה על ההכרה שאורח החיים הוא שנוי במחלוקת, ולכן על מנת למנוע קונפליקטים חברתיים מיותרים, הדרך הטובה ביותר היא הסדרה משפטית אשר איננה נשענת על עמדות שנויות במחלוקת. ניתן לבסס את גישת הסובלנות המרחיבה גם על עמדה ליברלית-ניטרלית – עמדה אשר לפיה אמורה המדינה להימנע משיפוטם ערכיים או משימוש בשיקולים ערכיים כאשר היא מחליטה החלטות בנוגע להסדרת התנהגות כלשהי<sup>19</sup>. כמו כן, ניתן לבסס עמדה זו על חוסר רצון לנקוט במחויבות ערכית כלשהי בשל התפקיד המוסדי בו מצוי אדם מסוים, למשל תפקיד שיפוטי.

הסובלן ביחס להומוסקסואלים מאמין לפיכך שיש לתמוך ברפורמות המשפטיות שמטרתן הגנה על הומוסקסואלים ועל לסביות ללא קשר לעמדותיו המוסריות ביחס להומוסקסואליות. אדם כזה אינו מחויב בהכרח להשקפה ספציפית ביחס לערך המוסרי או לאפיון הרפואי של הומוסקסואליות<sup>20</sup>. מן העבר השני, התומכים ה"נאורים" מאמינים שיש לתמוך ברפורמות משפטיות המגנות על הומוסקסואלים מן הטעם שהומוסקסואליות היא אורח חיים בעל ערך, אשר הוא שווה בערכו לאורח חיים הטרוסקסואלי, או לפחות כי מדובר בשני אורחות חיים שאינם ניתנים לדירוג הייררכי.

המציאות הפוליטית היא תמיד סבוכה יותר מדיונים פילוסופיים. ההבחנה בין סובלנות לנאורות היא לא פעם מעורפלת מכיוון שפוליטיקאים, כמו גם שופטים או עיתונאים, משתמשים לא פעם בטיעונים משני הסוגים מבלי להבחין היטב בהבדלים ביניהם. עמימות זו, כפי שהפרק הבא מדגים, שירתה היטב את המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית בשלביה הראשונים. הפרק הבא פותח בסקירה קצרה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית ומדגים את הדרכים בהן הן ה"סובלניים" והן ה"נאורים" פעלו יחדיו כדי לשנות את מערכת המשפט הישראלית. חלק זה מדגים את חשיבות הרטוריקה של סובלנות בהצלחת המהפכה ההומוסקסואלית בראשית שנות התשעים. כמו כן, הוא מדגים את הסיבות להיחלשות הרטוריקה של סובלנות לקראת סוף שנות התשעים ואת ההשלכות הפוליטיות האפשריות של תהליך זה.

19 על היחס בין ליברליזם לסובלנות ראו: Williams, *supra* note 17, at p. 23.

20 לעתים קרובות יכול אדם להיות נאור ביחס להתנהגויות הומוסקסואליות מסוימות וסובלן או בלתי סובלן כלפי אחרות. אפשר למשל להשתמש בטיעונים "נאורים" כדי לתמוך בביטול האיסור הפלילי על יחסים הומוסקסואלים. באותה עת ניתן להגן על הומוסקסואלים ולסביות מפני הפליה, למרות אמונה באופי הנחות של יחסים אינטימיים-הומוסקסואליים (סובלנות ביקורתית). בעת ובעונה אחת ניתן להתנגד לחקיקה אשר מאפשרת אימוץ של ילדים על ידי הומוסקסואלים בשל האמונה כי הומוסקסואלים אינם יכולים למלא את מחויבותיהם כהורים.

## ב. הטיפול המשפטי בהומוסקסואלים ובלסביות בישראל עד שנת 1988

סעיף 152(2) לפקודת החוק הפלילי, 1936 קבע:

“א” (השוכב עם אדם אחר שלא כדרך הטבע; או

ב.)...

ג) המרשה לזכר לשכב עמו (או עמה) שלא כדרך הטבע, יאשם בפשע ויהא צפוי לעשר שנות מאסר”<sup>21</sup>.

כמו חוקים רבים אחרים שנחקקו באנגליה ובארצות-הברית, הביטוי “שלא כדרך הטבע” אינו מצטיין בבהירות ניסוחית<sup>22</sup>. המשמיה הקשה של פירוש איסור בלתי מוגדר זה הושארה באופן בלתי נמנע בידי בתי המשפט. אך בניגוד לשופטים אמריקאיים חסודים, אשר נרתעו מחקירה דקדקנית של האופי המדויק של האיסור הפלילי<sup>23</sup>, סיפקו השופטים הישראלים

- 21 עם החלפת פקודת החוק הפלילי, 1936 (להלן: פקודת החוק הפלילי), בחוק העונשין, תשל”ז-1977 (להלן: חוק העונשין), נהפך סעיף 152(2) לפקודת החוק הפלילי (להלן: סעיף 152(2)) לסעיף 351 לחוק העונשין. השינויים שנעשו במעבר מפקודת החוק הפלילי לחוק העונשין לא היו משמעותיים, לפחות בכל הנוגע לאיסור הנוגע ליחסי מין בין גברים. לסקירת שינויים אלה וחשיבותם התרבותית, ראו י’ יונאי וד’ ספיבק “בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948-1988” *סוציולוגיה ישראלית* א (תשנ”ט) 257, 262-268. בדיון שלהלן, אתיחס לסעיף 152(2) לפקודת החוק הפלילי, משום שכל פסקי הדין שיידונו ניתנו לפני חקיקת חוק העונשין.
- 22 לסקירה היסטורית מקיפה של התפתחות החוקים בנוגע למעשי סדום בבריטניה ראו: E. Cohen, “Legislating the Norm: From Sodomy to Gross Indecency” 88 *S. Atlantic Q.* (1989) 181 חוקים אמריקאיים היו עמומים באותה מידה. כותב אחד טען שהעמימות של החוקים הייתה מכוונת ומטרתה למנוע את התוצאה המביכה שבה החוק עצמו הופך להיות גם ומלא זימה. ראו: D.E.J. MacNamara, *E. Sagarin Sex, Crime and the Law* (New-York, 1977) 135 החוקים עוררה ספקות בנוגע לחוקיות חוקים אלה. אולם בית המשפט העליון דחה כל ניסיון לתקוף חוקים אלה מן הטעם של עמימות. ראו למשל: *Rose v. Locke*, 423 U.S. 48 (1975); *Wainwright v. Stone*, 414 U.S. 21 (1973). התעלמות מהמעמימות ומהמשמעות השונות של ביטויים כגון sodomy, buggery או carnal knowledge against the order of nature הייתה אחת הסיבות לכישלון הניסיונות לתקוף חוקיות הוראות אלו. בתי המשפט נטו להתייחס להיסטוריה הארוכה של סעיפי חוק אלה כהוכחה לשורשים העמוקים שלהם בתרבות המערבית ולהתעלם מהעובדה שהמשמעות של ביטויים אלה השתנתה באופן קיצוני במהלך הדורות. ההנחה שבבסיס פסק הדין בעניין *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), לפיה sodomy היא: “a self evident unit of thought” הנה שגויה מיסודה. ראו: J.E. Halley, “Bowers v. Hardwick in the Renaissance” *Queering the Renaissance* (Durham, J. Goldberg ed., 1994) 15-16
- 23 בשנת 1909 הרשיע בית משפט בטקסס אדם על יסוד עברה האוסרת על “הפשע הנאלץ והמתועב כנגד הטבע” (“the abominable and detestable crime against nature”). בית המשפט סירב לבחון את היקף העברה מן הטעם ש”האישום היה איום מכדי לחשוב עליו ודוחה מכדי לדון בו” (“the charge was too horrible to contemplate and too revolting to discuss”). ראו: *Harvey v. State*, 115 S.W. 1193 (1909); איסור בחוק הפלילי של מדינת מאריילנד על יחסי מין אוראליים ויכל נוהג לא טבעי וסוטה אחר” (“any other unnatural or perverted practice”) לא עורר את סקרנותם של השופטים, שקבעו בפשטות שלשון האיסור מבטאת “כוונה חקיקתית ברורה להקף את כל התחום של מעשים לא

הגדרות מדוקדקות של ההתנהגות האסורה. בשנת 1954 פירש השופט ש"ז חשין את הסעיף כאוסר על "מעשה שיש בו משום חדירה, או - ביתר דיוק - החדרת איבר המין של הזכר לכל נקב מנקבי הגוף, חוץ מן המקום הטבעי"<sup>24</sup>. בהגדרה זו נתכוון השופט חשין לכלול הן יחסי מין אוראליים והן יחסי מין אנאליים המתקיימים הן בין גברים והן בין גבר לאישה. אף שהשופט חשין בחר בהגדרה מרחיבה, הוא גילה לחרדתו, כי אפילו הגדרה מרחיבה זו איננה יכולה לכלול יחסי מין בין נשים. הוא הוסיף לפיכך ואמר שהעברה יכולה להתבצע גם על ידי שתי נשים, אלא שהוא לא הבהיר מהם האלמנטים הנדרשים לצורך ביצוע העברה במקרה כזה<sup>25</sup>.

עשר שנים מאוחר יותר, בפסק דין **בן-עמי נ' הי"מ**<sup>26</sup>, עסק השופט חיים כהן, בעברה זו. בן-עמי הועמד לדין לפי סעיף 152(2) על כך שקיים יחסי מין אנאליים עם אשתו (נגד רצונה). השופט כהן העלה שני נימוקים מרכזיים ביחס לפירוש הסעיף. ראשית, הוא כהן

טבעיים וסוטים". ראו: *Blake v. State*, 124 A.2d 273, 274 (1956). בית המשפט המשיך וקבע, כי "אין צורך לתאר בפירוט את המעשים, אשר הם בגדר ידיעת הכלל" (*ibid*, *ibid*). כך, בתי המשפט האמונים על ניסוחים משפטיים מפורטים סטו לא פעם מן הסטנדרטים הדקדקניים עליהם הם אמונים כאשר עסקו בפירוש האיסור על מעשי סדום. רוברט אוראנס טען כי: "[t]he disgusting nature of the activity was held to excuse this lesser standard". R.J. Evans "The Crimes against Nature" 16 *J. Pub.* ראו: *L.* (1967) 159, 163. לניסיון מעניין להסביר את הרתיעה של שופטים אמריקאיים מן הניסיון להגדיר את העברות הללו ראו: J.E. Halley "The Politics of the Closet: Towards Equal Protection for Gays, Lesbian and Bisexual Identity" *Reclaiming Sodom* (New-York, J. Goldberg ed., 1994) 145, 174. בתי משפט אחרים ביקרו בהריפות את הצניעות המופרות לטעמם וגרסו שעקרון שלטון החוק מחייב קביעה מדויקת של יסודות העברה של מעשה סדום. ההימנעות מהגדרה מדויקת של העברה אינה המצאה של הדרות האחרונים. אולי הדוגמה הידועה ביותר מצויה אצל בלקסטון שקבע:

"I will not act so disagreeable part, to my readers as well as myself, as to dwell any longer upon a subject, the very mention of which is a disgrace to human nature. It will be more eligible to imitate in this respect the delicacy of our English law, which treats it, in its very indictments, as a crime not fit to be named". W. Blackstone *Commentaries on the Law of England* (Oxford, vol. IV, 1769) 215-216. יחד עם זאת, הסירוב של בתי משפט אמריקאיים לדון בהיקף העברה בשל טבעה הנורא, נראה כתגובה מתונה בהשוואה לעמדתה של מערכת המשפט הצרפתית. רשומות בתי המשפט מסוף תקופת ימי הביניים ותחילת הזמן החדש בצרפת "אינן מלאות, מכיוון שלפחות באופן רשמי, מעשי סדום נחשבו כה נוראים, עד כי לא פעם שרפו את רשומות ההליך ביחד עם העברייני".

ראו: D.F. Greenberg *The Construction of Homosexuality* (Chicago, 1988).

24 ע"פ 229/53 והבה נ' הי"מ, פ"ד ח 276, 279 (להלן: עניין והבה).

25 עמדה זו, הגם שללא ספק היא סוטה מהעמדה המסורתית של המשפט המקובל, אינה יחודית לשופט חשין. כמה וכמה בתי משפט אמריקאיים הרחיבו אף הם את האיסור גם ליחסים לסביים. ראו: Evans, *supra* note 23, at p. 168. במדינות אחרות התייחסו ליחסים תדמיניים הומוסקסואליים ולסביים באופן שונה לחלוטין. ראו למשל: L. Flynn "The Irish Supreme Court and the Constitution of Male Homosexuality" *Legal Inversions: Lesbians Gay Men, and the Politics of Law* (Philadelphia, D. Herman & C. Stychin eds., 1995) 29, 33-34.

26 ע"פ 224/63 בן-עמי נ' הי"מ, פ"ד יח(3) 225 (להלן: עניין בן-עמי).



ומצא, כי העברה אינה מוגבלת לחדירה אנאלית אל גבר על ידי גבר אחר. בהסתמך על פסיקה אנגלית הראה השופט חיים כהן, כי העברה כוללת גם חדירה אנאלית אל אישה<sup>27</sup>. שנית, השופט כהן נסתמך על המשפט האנגלי וכן על העיקרון, לפיו יש לפרש איסורים פליליים בצמצום והגיע למסקנה כי הביטוי "carnal knowledge against the order of nature" מתייחס ליחסי מין אנאליים בלבד<sup>28</sup>.

בציבור הישראלי מוכר פסק הדין בעניין **בן-עמי** במיוחד, לא בשל הניתוח המשפטי המפורט של היקף האיסור על "יחסים כנגד הטבע", אלא דווקא בשל ביקורתו החריפה של השופט חיים כהן נגד קיומו של איסור פלילי זה. לדעתו של השופט האיסור הוא אנכרוניסטי, ועל המחוקק לבטלו<sup>29</sup>. דברים אלה גרמו לסערה שכזו בכנסת עד שכמה חברי כנסת טענו, כי יש לנקוט צעדים משמעותיים נגד השופט חיים כהן<sup>30</sup>. שנים רבות מאוחר יותר, הוזכר פסק

27 התפיסה הבריטית שונה בנושא זה מן התפיסה היהודית. בעוד שקיים יחסי מין הומוסקסואליים ויחסי מין עם חיות אסורים באיסור חמור במשפט העברי, יחסי מין אנאליים עם אישה אינם אסורים. חשוב לציין עוד, כי למרות האמונה המקובלת שהאמור בספר ויקרא, יח, כב, אוסר על כל צורה של יחסים אינטימיים הומוסקסואליים, מחקר מודרני גורס, כי ההוראה אוסרת רק על יחסי מין אנאליים בין גברים. ראו: D. Boyarin "Are There Any Jews in 'The History of Sexuality'" 5 *J. Hist. Sexuality* (1955) 333

28 לאותה מסקנה הגיעו גם כמה מבתי המשפט האמריקאיים שעסקו בהוראות חוק דומות. ראו: A.B. Goldstein "History, Homosexuality, and Political Values: Searching for the Hidden Determinants of *Bowers v. Hardwick*" 97 *Yale L. J.* (1988) 1073, 1084-1085 *ibid*, at pp. 1085-1086. ייתכן שההצדקה המעניינת ביותר להרחבה זו ניתנה על ידי בית המשפט העליון של מדינת ג'ורג'יה בפסק הדין *Herring v. State*, 46 S.E. 876, 882 (1904), בו קבע בית המשפט, כי:

"If the baser form of the abominable and disgusting crime against nature-i.e., by the mouth-had prevailed in the days of the early common law, the courts of England could well have held that that form of the offense was included in the current definition of the crime of sodomy".

29 בית המשפט סבור לפיכך כי פרקטיקות מיניות אוראליות הן חידוש של המאות האחרונות! עניין **בן-עמי**, לעיל הערה 26, בע' 238. השופט חיים כהן ניסח את דבריו בוז הלשון: "משכב אישה שלא כדרכה, וכן משכב זכר, כשהמעשה נעשה בצנעה ועל ידי בני אדם בגירים מרצונם הטוב, אינם מעשים שיש בהם קלון, ואין הם מעידים על עושיהם שהם פושעים הראויים לעונש. עבירות הן אשר באו אלינו בירושה משיטות עתיקות ומדורות עברו, ואין מקומן בדיני העונשין של מדינה בת זמננו. הן נוצרו כדי להגן על 'הטבע'... 'הטבע' בתור שכזה איננו זקוק להגנת דיני העונשין; מה שזקוק ועל כן זכאי להגנתם, הם כבודו וגופו וחירותו של אדם, שלא ייפגעו שלא בהסכמתו. מזכויות היסוד של האזרח היא שהמדינה לא תתערב בחייו הפרטיים ובהתנהגותו בהדרי חדרים... ואין פגיעה בזכות הולדת כשהלה מסכים להיפגע. אדם המוחל על כבודו, כבודו מחול; ואדם המוסר גופו להנאתו או להנאת זולתו... גופו מחול; אין להם לבתי המשפט לשים עצמם אפוטרופסים על העריות". שני השופטים האחרים בהרכב, השופט ברנזון והשופט מני, הסכימו לתוצאת פסק הדין, אך ציינו מפורשות שאין הם מחוויים דעה בנוגע לנחיצותו של האיסור הפלילי. ראו **שם**, בע' 239. יש לציין כי עמדתו ה"ליברלית" של השופט חיים כהן, הניחה שחדירה אנאלית היא חוויה משפילה, אלא שאם היא נעשית בהסכמה, אין לאסור אותה בחוק.

דין זה בכנסת במסגרת הדיון ביזמות חקיקה חדשות האוסרות על הפליה בעבודה נגד הומוסקסואלים.<sup>31</sup>

למרות העובדה שסעיף 152(2) אסר על קיום יחסי מין אנאליים הן בין זוגות גברים והן בין גבר אישה, האיסור שבסעיף הובן על ידי הציבור כאוסר על יחסי מין בין גברים.<sup>32</sup> היו אף שטענו, כי למרות העובדה שיחסים לסביים אינם כלולים בסעיף, הציבור הבין את האיסור כמתייחס גם ליחסים לסביים.<sup>33</sup> אלא שהאיסור הפלילי לא היווה איום ממשי על הקהילייה ההומוסקסואלית, בשל ההחלטות של היועצים המשפטיים לממשלה שלא לחקור או להעמיד לדין על הפרת הוראות אלו כאשר מדובר בשני בגירים המקיימים יחסי מין בהסכמה ובצנעה. ההנחיה שלא לחקור בנסיבות אלה, הוצאה על ידי השופט חיים כהן בהיותו עדיין היועץ המשפט לממשלה.<sup>34</sup> בשנת 1972 פרסם היועץ המשפטי לממשלה, מאיר שמגר, הנחיה שלא להעמיד לדין על הפרת סעיף 152(2) כאשר העברה בוצעה בנסיבות אלה.<sup>35</sup> הוראות אלה ככלל כוודו על ידי המשטרה והפרקליטות.

האמונה המקובלת בין חברים בכירים בקהילייה המשפטית הישראלית היא שמעולם לא הועמד אדם לדין בעברה לפי סעיף 152(2).<sup>36</sup> אלא שעניין **בן-עמי** ועניין **והבה** מוכיחים שאמונה זו אינה נכונה.<sup>37</sup> ההנחיות שפורסמו על ידי היועצים המשפטיים לממשלה לא טיפלו במצבים בהם דובר ביחסים שהתקיימו שלא בהסכמה או כאשר היה מדובר ביחסים עם קטינים. קשיי הוכחה שכנעו לעתים את התביעה להשתמש בסעיף 152(2) במקום להשתמש בהוראות חוק אחרות.<sup>38</sup>

הנחיות היועצים המשפטיים מתפרשות לא פעם כהנחיות, המבטאות עמדה ליברלית של הקהילייה המשפטית הישראלית. אלא שניתן לפרש הנחיות אלה באופן אחר. הנחיות אלה

30 ראו ד"כ 40 (1964) 2333.

31 ראו ד"כ 123 (1991) 796.

32 ראו יונאי, **לעיל** הערה 1, בע' 533.

33 שם, בע' 544.

34 ראו שם, בע' 534; ר' גביוון **שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם** (תשנ"א) 156, הערת שוליים 108.

35 ראו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 50.049 (1.1.1972).

36 כך למשל, השופט דורנר, בניסיונה להוכיח כי החברה הישראלית אינה עוינת להומוסקסואליות ציינה בביתחוק, כי האיסור מעולם לא נאכף. ראו עניין **דנילוביץ**, **לעיל** הערה 5, בע' 781. אותה טעות ניתן למצוא גם אצל א' רובינשטיין וב' מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך א) 327.

37 בקודה זו תועדה לראשונה על ידי יונאי וספיקב, **לעיל** הערה 21, בע' 268-277. בנוסף לשני פסקי דין אלה, ישנם פסקי דין נוספים המרשיעים בגין סעיף זה. ראו למשל, ע"פ 94/56 **כראדי נ' הי"ם**, פ"ד י 1193, בו קובע השופט חשין בפתת פסק הדין באורה חוד"משמעי כי: "העברה שבה הורשע המערער - משכב וכו' - היא חמורה ביותר". ראו גם, ע"פ 416/71 **עודד נ' מ"י**, פ"ד כו(1) 775; ע"פ 261/83 **לוי נ' מ"י**, פ"ד לח(1) 570.

38 תופעה דומה תועדה גם בארצות-הברית. מחקרים הראו, כי מרבית כתבי האישום בגין יחסים הומוסקסואליים עסקו למעשה במעשי שידול או מעשים שנעשו במקומות ציבוריים או ציבוריים למחצה. כך, עברה כוונתה הייתה לאסור על פרקטיקות מיניות הומוסקסואליות שימשה למעשה למנוע פעילות מינית הומוסקסואלית במקומות ציבוריים. ראו: MacNamara & Sagarin, *supra* note 22, at p. 131.

הועילו בעיקר לכוחות השמרניים בישראל, משום שהן עזרו להחליש את היווצרותם של לחצים פוליטיים לביטול העברה<sup>39</sup>. מספר חברי כנסת טענו בשנת 1971, שאין כל סיבה שהכנסת העמוסה מדי תבזבז את זמנה היקר כדי לעסוק בביטול עברה שממילא אינה נאכפת<sup>40</sup>. מספר ניסיונות לבטל לחלוטין את האיסור על יחסי מין "שלא כדרך הטבע", או לפחות להפחית את העונש, נכשלו בגלל לחץ כבד שהופעל על ידי המפלגות הדתיות<sup>41</sup>. הסעיף בוטל בסופו של דבר בשנת 1988. במסגרת תיקון מקיף של הפרק על עברות המין בחוק העונשין בוטל הסעיף האוסר על קיום יחסי מין "שלא כדרך הטבע", אולם לא הייתה בחוק המתקן כל התייחסות מפורשת לביטול<sup>42</sup>. ביטול הסעיף נעשה בדיסקרטיות. יש רבים הסבורים, כי דיסקרטיות זו היא האחראית לניצחון החקיקתי הראשון של הקהילה ההומוסקסואלית בישראל<sup>43</sup>.

הקלות היחסית שבה בוטל הסעיף אחרי מספר ניסיונות כושלים הפתיעה רבים<sup>44</sup>. היו מספר ניסיונות להסביר את ההצלחה הבלתי צפויה הזו<sup>45</sup>. העובדה שביטול האיסור היה חלק מרפורמה מקיפה בחוק העונשין, רפורמה שכללה את החמרת העונשים על אונס ושינויים אחרים שהיו מקובלים על חברי הסיעות הדתיות, תרמה ללא ספק להצלחת המהלך<sup>46</sup>. באופן דומה, העובדה שביטול הסעיף לא נזכר במפורש בהצעת החוק או בדיון בכנסת, תרמה אף

39 ראו: Harel, *supra* note 1, at p. 264. השו"ג: R. Yaron "Laws Disregarded" 6 *Isr. L. Rev.* (1971) 188, 196 ("the excessive tolerance, patience and reasonableness of both courts and prosecution which make it possible for dead laws to survive")

40 ראו ד"כ 60 (1971) 2615.

41 ראו יונאי, **לעיל** הערה 1, בע' 532-542.

42 במקום לציין כי סעיף 351 לחוק העונשין בטל, בחר המחוקק לחוקק מחדש את כל הפרק הנוגע לעברות מין והפרק החדש לא הכיל את האיסור נגד מעשה סדום. ראוי אולי להוסיף כי הצעת החוק של הממשלה לא כללה את ביטול האיסור. רק במהלך הדיונים בוועדות הכנסת נמחק האיסור מן ההצעה. ראו יונאי, **לעיל** הערה 1, בע' 549.

43 ראו **שם**, בע' 573-575.

44 בריאיון שנערך עם אחת הפעילות בתנועה לשחרור ההומוסקסואלים והלסביות היא אמרה, כי כאשר שמעה על ביטול הסעיף, היא לא האמינה בהתחלה. פעילה אחרת אמרה: "לא חלמנו שנגיע לזה; זה היה אחרית הימים". יונאי, **שם**, בע' 550.

45 היו שטענו שנחתם הסכם עם המפלגות הדתיות. ראו **שם**, בע' 549. אחרים טענו שישראל עברה תהליך של ליברליזציה בשנות השמונים. לבסוף היו שטענו שחברי הכנסת מן המפלגות הדתיות פשוט לא הבחינו שהפרק החדש המוצע לא מכיל את האיסור! ראו י' שחר "משפט פלילי ותרבות" **פלילים** ז (1998) 110-111. אף לא אחד מן ההסברים הללו משכנע. בריאיון עם חברת הכנסת שולמית אלוני שהייתה מעורבת בתהליך החקיקה, ציינה חברת הכנסת אלוני, כי למיטב ידיעתה לא נחתם כל הסכם עם המפלגות הדתיות. ראו יונאי, **לעיל** הערה 1, בע' 549. הליברליזציה של החברה הישראלית יכולה להסביר כיצד בסופו של דבר הצליח המהלך החקיקתי, אולם היא אינה יכולה להסביר כיצד לא נשמעו קולות נגד ביטול האיסור. אשר לאפשרות השלישית, אני מתקשה להאמין שאף לא אחד מחברי הסיעות הדתיות הבחין כי בפרק החדש העוסק בעברות מין בוטל הסעיף האוסר על יחסים "שלא כדרך הטבע".

46 הרפורמה כללה את הרחבת ההגדרה של אונס כדי לכלול החדרת כל איבר או חפץ לאיבר המין של האישה. לניתוח התיקון וחשיבותו ראו צ' האופטמן "אונס - יסוד ההסכמה ודיני ראיות" **מעמד האישה במשפט ובחברה** (פ' רדאי עורכת, תשנ"ה) 189, 191-200; 'ל לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אישה (על יסוד אי-ההסכמה בעבירת האונס)" **פלילים** ו (תשנ"ח) 187, 194-199.

היא להצלחת החקיקה. אלא שלדעתי, היעדר ההתנגדות של המפלגות הדתיות לתיקון אינה צריכה להתפרש כמחדל מצדן. נהפוך הוא, היעדר התנגדות מבטא דווקא שיתוף פעולה שקט מצדן, המבוסס על האמונה כי ביטול האיסור משרת דווקא את תכליותיהן השמרניות. לפי פרשנות זו, חברי הכנסת השמרניים לא רק שלא התנגדו לביטולו של האיסור, אלא למעשה תמכו בו. הדיון הציבורי באיסור הפלילי על יחסים הומוסקסואליים היה בשנות השמונים אחת הדרכים הבלעדיות לשוחח על הומוסקסואליות ובכך להחדיר את הסוגיה לשיח הפוליטי הישראלי. באמצעות ביטול האיסור על יחסי מין אנאליים, קיוו אולי חברי הכנסת הדתיים למנוע את התקיימותו של דיון ציבורי בהומוסקסואליות, ובכך למנוע גם את ההתגבשות הפוליטית של לובי הומוסקסואלי. הטקטיקה הדיסקרטית, בה השתמשו תומכי החוק, הייתה לכן חיונית להצלחת היוזמה החקיקתית, מכיוון שנראה היה כי הדיסקרטיות הזו משרתת בדיוק את המטרה שרצו להשיג חברי הכנסת השמרניים, דהיינו היעלמותה של ההומוסקסואליות מן השיח הפוליטי הישראלי<sup>47</sup>. אם אכן היפותזה זו נכונה, הרי שההיסטוריה של שנות התשעים שתיסקר להלן לא איששה את ההנחה שעמדה בבסיס תקווה זו – ההנחה

47 ייתכן שחברי הכנסת השמרניים קיוו באופן תת־מודע להשיג מטרה שאפתנית אף יותר. כותבים שונים ציינו, כי האיסור הפלילי על יחסים בין גברים היה חיוני לגיבוש הזה הומוסקסואלית ומאוחר יותר סייע להכרה בקיומה של קהילייה הומוסקסואלית. באותה עת, האדישות של החוק הפלילי ביחס ליחסי מין בין גשים עיכבה את התפתחותה של קהילייה לסבית. אפשר שהתמיכה השקטה של חברי הכנסת הדתיים בביטול האיסור משקפת את ההבנה התת־מודעת שלהם כי האיסור הפלילי יוצר את הבסיס ליצירתה של זהות הומוסקסואלית. לניתוח תפקידו של המשפט הפלילי בהבניית מה שכונה "היצירה של ההומוסקסואל כסובייקט משפטי", ראו: L.J. Moran *The Homosexuality of Law* (London, 1996) 13. עמדתו של מוראן אינה אלא יישום של העמדה של פוקו לפיה אמצעי פיקוח חברתיים על "סטיות" אפשרו היווצרות "שיח הפוך" ("Reverse Discourse"), דהיינו הומוסקסואליות המדברת בשם עצמה ותובעת הכרה בלגיטימיות שלה עצמה. ראו מ' פוקו *תולדות המיניות – היצון לדעת* (תרגם ג' אש, 1996). ההבנה כי קיום האיסור הפלילי יכול למעשה לתרום לגיבוש וחיווק ההומוסקסואליות היא עתיקה בהרבה. היסטוריון הידוע של המשפט הפלילי האנגלי, סטפן, מייחס עמדה כזו לאנסלם. סטפן קובע כי אנסלם קבע איסור על הומוסקסואליות, אלא ששוכנע לא לפרסם או להזכיר את האיסור, מן הטעם שאיסור זה ימשוך תשומת לב לנושא, ויגרום לנזק גדול יותר מן התועלת שיביא. ראו: J.F. Stephen *History of the Criminal Law of England* (London, 1883) 430. הקשיים אשר עמדו בפני הכנסייה בעיצוב הפרקטיקה של הווידיה הם דוגמה נוספת לקשיים בפניהם עמדו רשויות הדת בבואם להתחיל כיצד לטפל ביחסים הומוסקסואליים. בחיבורים על הווידיה, הכומר היה צריך להיות "דיסקרטי וזהיר", שאלות ישירות בנוגע ליחסי סדום עלולות לגרום למתודה להרהר בחטאים אשר אחרת לא היו חולמים עליהם כלל. יתרה מזו, כותבים שעסקו בנושא ציינו שאזכור מפורש מדי של החטא יכול לשמש כחיווק לחטא על ידי הודאה עקיפה בנפירתו. לבסוף חששו הרשויות כי אזכור מפורש מדי של החטא עלול להביא את המתודה להודאה עם אחרים שביצעו אותו חטא. ראו: M.D. Jordan *The Invention of Sodomy in Christian Theology* (1997) 93-112. ג'ורדן תיאר באופן נפלא את הדילמה אשר בפניה עמדו הכמרים המודרניים:

"If the sin against nature is only to be spoken with caution, elliptically or not at all, how are the faithful to be instructed about it? How are they to learn about the importance of avoiding it?... We have here the paradox of a deadly sin that must be condemned without being mentioned. There is no sin like this in the confessional practice-or Christian theology". *Ibid.*, at p. 111.

שעם ביטול האיסור, תחזור ההומוסקסואליות למקום מוצנע בארון. אינני טוען כמובן שלא חל כל שינוי חברתי בישראל אשר מסביר באופן חלקי את היוזמה לבטל את האיסור. כמו כן איני טוען, כי היה קשר מצדן של המפלגות הדתיות או שחברי הסייעות הדתיות החליטו באופן מפורש וחד-משמעי לא להתנגד לתיקון מהסיבות האמורות. ואולם, אני סבור, כי האמונה שהומוסקסואליות תידחק לשולי השיח הפוליטי אם יבוטל האיסור, מסבירה מדוע ביטול האיסור לא נראה מאיים בעיני חברי הכנסת מן הסייעות הדתיות. ביטול האיסור הפלילי על יחסי מין בין גברים נתפס באותה עת כתרומה לדחיקת ההומוסקסואליות מן השיח הציבורי, בעוד שהתנגדות ציבורית הייתה ללא כל ספק תורמת להחייאת העניין הציבורי בהומוסקסואליות<sup>48</sup>.

### ג. הטיפול המשפטי בהומוסקסואלים ובלסביות מאז שנת 1988

יש הגורסים, כי המאבק הפוליטי להבטחת זכויות ההומוסקסואלים והלסביות נכנס לשלב חדש בשנת 1988. במיוחד מצביעים על כך כי המהלכים הפוליטיים של פעילי המאבק הזה, שהוצנעו לפני 1988, נחשפו והובאו לידיעת הציבור. אולם המעבר לעידן החדש היה הדרגתי. זיכרון ההצלחה של המאבק לביטול האיסור הפלילי, מאבק שהצליח אך ורק בשל השקט התקשורתי סביבו, המשיך להשפיע על הטקטיקה של מאבק ההומוסקסואלים גם אחרי 1988. אפשר שהדוגמה הטובה ביותר היא ההיסטוריה החקיקתית של התיקון משנת 1992 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988<sup>49</sup> – תיקון שאסר על הפליה בתעסוקה המבוססת על נטייה מינית. מעניין לציין כי בשלבים הראשונים של ניסוח הצעת החוק המקורי, הוסיף דן יקיר, עורך דין באגודה לזכויות האזרח בישראל, הגדרה של הביטוי "נטייה מינית". ההגדרה כללה את הביטויים הומוסקסואל וביסקסואל. פעילים אחרים סברו שהגדרה כזו היא בוטה מדי ולכן אין לחוק המכיל הגדרה שכזו סיכוי של ממש להצליח. ההגדרה הוסרה מן ההצעה, והחוק נתקבל בלעדיה<sup>50</sup>.

48 ייתכן שתמיכה מסוימת לטענה שבטקסט ניתן למצוא בבחינת השינויים בחקיקה דומה בבריטניה. בשנת 1954 מינתה הממשלה הבריטית את ג'ון וולפנדן לעמוד בראש ועדה שתבחן, בין היתר, את האיסור על יחסים הומוסקסואליים. דו"ח הוועדה נחשב בדרך כלל לדו"ח ליברלי מכיוון שתמך בביטול רבים מן האיסורים הפליליים. בחינה מעמיקה יותר של הדו"ח מביאה למסקנה ש:

"[W]hat appears to be a more liberal approach towards homosexual could be adopted because of the essentially 'private' and 'invisible' nature of the behaviour, whereas a seemingly more punitive line was adopted in relation to soliciting because of its 'public' and 'visible' character". T. Newburn *Permission and Regulation: Law and Morals in Post-War Britain* (London, 1992) 64.

49 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה); **לעיל** הערה 2. 50 ראו יונאי, **לעיל** הערה 1, בע' 552. דינמיקה הפוכה קרתה בחקיקת חוק ההטרדה המינית שנחקק בשנת 1998. בהצעה שהוגשה על ידי ד"ר אורית קמיר נכתב כי הטרדה כוללת: "התייחסות מבוה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו". יוזמת החוק סברה שהמושג "מיניותו" יכול לכולל ממילא גם נטייה מינית וכי הכללה מפורשת מדי תביא להכשלת החוק. בדיון בוועדה הוחלט להוסיף במפורש לאחר הנוסח המקורי את המילים "לרבות נטייתו המינית". ראו סעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית.

התיקון קבע שהפליה ביחסי עבודה על בסיס של מעמד אישי ונטייה מינית היא אסורה. שלא כמו התיקון לחוק העונשין משנת 1988, תיקון זה היה תוצאה של מאמץ מודע ומכוון מצד הארגון הישראלי ההומוסקסואלי. פעילים של האגודה לשמירת זכויות הפרט בחנו בוהירות את סיכוייהן של הצעות חוק שונות ושיתפו פעולה עם פוליטיקאים ממפלגות שונות<sup>51</sup>. האיסור על הפליה בתעסוקה נתפס על ידי פעילים של הקהילה ההומו-לסבית כתיקון, שיעורר מחלוקת מועטה ביותר ולא יחייב הוצאה כספית מצדה של המדינה<sup>52</sup>. בחינה מדוקדקת של הדיון בכנסת מדגים את החשיבות של הקואליציה של "נאורים" מצד אחד ו"סובלניים" מצד שני בהצלחת המהלך.

הבולט ביותר בין האחרונים היה חבר הכנסת ראובן ריבלין, חבר סיעת הליכוד, שהיה אחד מיוזמי תיקון חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. תמיכתו הפעילה הייתה משמעותית במיוחד לאור השתייכותו הפוליטית<sup>53</sup>. נאומו בכנסת הדגים באופן מושלם עמדה סובלנית. לאחר שדיבר בשבח החוק הוסיף חבר הכנסת ריבלין: "אין לי כל שמחה בלב, אדוני. למחילת כבודו של אדם כלשהוא. ואני יודע שרבים מאותם אלה שנטייתם אינה לרוחי וחוק זה בא להגן עליהם... וודאי שלא ישמחו על דברי". חבר הכנסת ממשיך וקובע כי "אין בכך משום מתן היתר או יצירת תרבות שבה אנשים הולכים ונוהים אחרי אותה נטייה... אין אני מאושר עם נטיות כאלה, אינני חושב שצריך הדבר להיות נר לרגלי ילדינו, בנינו ובנותינו; עם זאת, הדבר קיים"<sup>54</sup>.

דבריו של חבר הכנסת ריבלין מצביעים על התפקיד המרכזי שהיה לסובלנות הביקורתית או לסובלנות העוינת בשלבים הראשונים של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית הישראלית. כחבר בסיעת ימין, היה ריבלין מתקשה לתמוך בתיקון לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, אם לא היה מסתמך על ההבנה הציבורית לפיה תמיכתו בתיקון אינה מחייבת תמיכה באורח חיים הומוסקסואלי. גישה כזו אפשרה לא רק תמיכה של חלק מחברי הכנסת בהצעת החוק, אלא סייעה גם לפסיביות היחסית של חברי כנסת רבים שאחרת היו חשים צורך להתנגד לחקיקה, המבטאת תמיכה בלתי מסויגת באורח חיים הומוסקסואלי<sup>55</sup>.

51 האגודה לשמירת זכויות הפרט הייתה אותה זמן הארגון היחיד להגנה על זכויות ההומוסקסואלים בישראל. שמה, שבכוונה הסתיר את האופי האמיתי של הזכויות עליהן הגנה האגודה, שונה מאוחר יותר, וכיום האגודה ידועה כאגודת הלסביות, ההומוסקסואלים הביסקסואלים והטרנסגנדרים. לתיאור קצר של האגודה, ראו יונאי, **לעיל** הערה 1, בע' 542-543.

52 שם, בע' 551.

53 עובדה זו אף צוינה בדיון בכנסת על ידי חבר הכנסת שבה וייס, ראו ד"כ 123 (1991) 796.

54 שם, שם.

55 ייתכן כי קידום יזמת הצעת החוק באה גם בעקבות שינויים מבניים במערכת הפוליטית הישראלית. הבחירות בשנת 1992 היו הבחירות הראשונות בהן נבחרו חברי כנסת באופן ישיר בבחירות מקדימות (פריימריז). עד אותה עת נדרשו המועמדים להציג נאמנות בלתי מסויגת למנהיגי המפלגה כדי להיבחר. אחרי השינוי, נדרשו חברי הכנסת למשוך את תשומת הלב של הציבור ובמיוחד ציבור חברי המפלגה. שינוי זה דרש מחברי הכנסת להוכיח את עצמאותם ממנהיגי המפלגות ולהצביע על יזמות חקיקה עצמאיות. לכן נתאפיינה שנת 1992 בסדרה של יזמות חקיקה חשובות, ובראשן חוקי היסוד החדשים, אשר שינו את השיטה המשפטית הישראלית. ראו א' בנבנישתי "בלמים ואיוונים בחסות בית המשפט" **משפטים** לא (תשס"א) 797. עם זאת חשוב לציין כי הצעת החוק הוגשה לכנסת עוד בשנת 1990. לכן יכולים השינויים המבניים להסביר אולי מדוע עברה יזמת החקיקה בהצלחה כה מרובה אך לא את עצם הגשתה.

אלא שההרמוניה בין ה"סובלניים" השמרניים ל"נאורים" הליברליים לא נמשכה זמן רב. בשנת 1994 נתקלה הרמוניה זו לראשונה במכשול קשה ובלתי צפוי. התביעה הראשונה הנוגעת לתיקון בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה עסקה לא במקרה רגיל של הפליה בעבודה, אלא במקרה של הפליה, הנוגעת לזכויות של בן זוגו של עובד<sup>56</sup>. השימוש בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה כאמצעי להבטיח הטבות לבני זוג של עובדים בני אותו המין נתפסה כהכרה רשמית, בכך שזוגיות הומוסקסואלית היא שוות ערך לזוגיות הטרוסקסואלית. עמדה כזו חידדה לפיכך את המחלוקת בין "סובלניים" ל"נאורים"<sup>57</sup>.

המעסיקה, חברת אל-על, העניקה כרטיסי טיסה חינם לבני זוג הטרוסקסואליים של עובדיה. נאמנה לנוהגי ההפליה המסורתיים שלה<sup>58</sup>, סירבה חברת אל-על להעניק את ההטבה ליונתן דנילוביץ', דייל אל-על, שחי עם בן זוגו מאז שנת 1979. בית הדין האזורי ובית הדין הארצי לעבודה, שהסתמכו על הוראת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, פסקו לטובת דנילוביץ'. קביעה זו אושרה גם על ידי בית המשפט העליון, שפסק דינו כלל דעת מיעוט מפי השופט קדמי<sup>59</sup>.

פסק הדין נתן קול לשלוש גישות משפטיות שונות לסוגיה. פסק הדין העיקרי, מפי המשנה לנשיא ברק (כתוארו דאז), הוא פסק דין ליברלי טיפוסי, הרווי בפאתוס חוקתי, ומתמקד במרכזיות עקרון השוויון בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. גישתה של השופטת דורנר, משקפת אמפתיה ואהדה כלפי הומוסקסואלים – אהדה המובלטת באמצעות תיאור רגשני של הרדיפות והסבל, אותם עברו הומוסקסואלים<sup>60</sup>. עמדתו הפורמליסטית של השופט קדמי,

56 עניין דנילוביץ', לעיל הערה 5.

57 חבר הכנסת אברהם רביץ הביע את התנגדותו להחלטת בית המשפט. הוא טען שהחוק האוסר על הפליה בעבודה אוסר רק על הפליה בקבלה לעבודה או בתשלום, אולם אינו כולל גם הטבות המוענקות לבני זוג של עובדים חד-מיניים. ראו ד"כ 149 (1994) 3240.

58 כמה מהתקדימים הידועים ביותר בנוגע להפליה בעבודה קשורים לחברת אל-על. ראו למשל, דב"ע לג/ 3\*25 ועד אנשי צוות דיילי אוויר – חזין, פד"ע ד 365 (הפליית מין); דב"ע תשנ/108-3 ליכט – וורמן, פד"ע כב 201 (הפליית מין); בג"צ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289 (הפליית גיל).

59 לבחינה מקיפה של החשיבות המשפטית של פסק הדין בעניין דנילוביץ' ראו: Gross, *supra* note 6. גרוס סבור שאת עניין דנילוביץ' ניתן לפרש הן באופן מצר והן באופן רחב. על פי הפרשנות הצרה, הפרשה מבוססת כולה על פרשנות של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ולכן היא מוגבלת לתחום של יחסי עבודה. על פי הפרשנות הרחבה, פסק הדין מייצג אופן חדשני של הבנה של מושג המשפחה. יחד עם זאת, באופן אירוני, בכמה מובנים עמדתה של השופטת דורנר היא שמרנית מאוד ואפילו מסוכנת. בביקורת על עמדתה נאמר, כי השופטת דורנר מאמינה:

"that the legal rights of gay men and lesbians should be acknowledged only because of the more tolerant societal attitudes towards them. It therefore follows from her reasoning that the right to equality need not be recognized by courts unless the society develops tolerant attitudes towards the relevant discriminated group. Under this position, courts generally should follow social norms rather than initiate changes in these norms". Harel, *supra* note 1, at p. 266.

גישתה של השופטת דורנר מביאה לפיכך למסקנה כי ככל שהקבוצה מופלית יותר לרעה, כך פחות סביר שהיא תהיה מוגנת באמצעות עקרון השוויון.

מבוססת על ניתוח אטימולוגי של עברית מקראית תוך בחינה מדוקדקת של המושג "זוג", בו נעשה שימוש בחוזה שבין אל-על לבין עובדיה<sup>61</sup>. בעוד שעמדתה של השופטת דורנר מסווגת ללא ספק על פי החלוקה המוצעת לעיל כעמדה "נאורה", עמדותיהם של המשנה לנשיא ברק, כתוארו דאז, ושל השופט קדמי משתמשות ברטוריקה של סובלנות. השופט קדמי מאמץ את העמדה של סובלנות ביקורתית, בעוד שהמשנה לנשיא ברק, אשר דומה שכשלעצמו הוא נוטה לעבר עמדה נאורה, נוהר שלא לבסס את החלטתו על שיקולי נאורות. כך למשל, כותב המשנה לנשיא ברק:

"יטען הטוען: חיי שיתוף ואחווה בין בני מינים שונים (בין כבעל ואישה ובין כידועים בצייבור) הם כה שונים במהותם מחיי שיתוף ואחווה בין בני אותו מין, עד כי כל משטר משפטי המעניק טובת הנאה ליחס הראשון, אין בו הפליה כלפי היחס השני. אף שטענה זו נראית לי קשה, מוכן אני להשאיר בצריך עיון, שכן השאלה שעלינו לשאול אינה אם היחס האחד (חיי שיתוף ואחווה בין בני מינים נוגדים) שונה הוא על-פי אמות מידה כלשהן מהיחס האחר (חיי שיתוף ואחווה בין בני אותו מין). כאמור, מוכן אני להניח כי בהקשרים חברתיים שונים אכן קיים שוני זה. השאלה שעלינו לשאול הינה אם השוני ביחס הוא רלוואנטי לעניין הנדון. 'העניין הנדון' הוא התא החברתי, חיי השיתוף והאחווה, המצדיקים, לדעת אל-על, הענקת טובת הנאה לעובד (הקבוצ) בדמות כרטיס טיסה שיאפשר לו ליטול עמו את זה שעמו הוא חי חיים משותפים. לעניין זה, השוני בין חיי שיתוף בין בני מינים שונים וחיי שיתוף בין בני אותו מין הוא הפליה ברורה ובוטה"<sup>62</sup>.

למרות ניסיונו המודע של המשנה לנשיא ברק להרחיק עצמו מהחלטתו ממחויבות נורמטיבית לעמדה שזוגיות הומוסקסואלית איננה נחותה מבחינה ערכית מהטרנסקסואלית, הובנה החלטתו בצייבור הישראלי כמבוססת על תמיכה וקבלה של הווגיות ההומוסקסואלית<sup>63</sup>. את האינדיקציה הטובה ביותר לקריאה זו של פסק הדין, ניתן למצוא הן בתגובותיהם של חברי הכנסת השמרניים, אשר התנגדו להחלטה, והן בתגובותיהם של חברי הכנסת הליברליים, אשר תמכו בה. בדיון סוער, שהתנהל בכנסת בעקבות פסק הדין, אמר חבר הכנסת אברהם רביץ:

61 למרות זאת, בחינתו של השופט קדמי מעוררת קושי בהחשב שהשופט קדמי מבסס את עמדתו על ציטוטים מן התנ"ך, אלא שהמושג "זוג" – המושג אותו מבקש השופט קדמי לפרש – אינו מופיע בתנ"ך כלל וכלל. ראו: Harel, *Ibid*, at p. 268. ההשקפה שבני זוג הומוסקסואלים אינם מהווים "זוג" במובן הרלוונטי של המילה אינה ייחודית רק לשופט קדמי. ראו למשל: *Case C-249/96 Grant v. South-West Trains, Ltd.* [1998] E.C.R. I-621, I-648 (להלן: עניין *Grant* או *Grant case*).

62 עניין **דנילוביץ**, לעיל הערה 5, בע' 762.

63 ראו למשל את מאמר המערכת בעיתון הארץ "שוויון להומוסקסואלים" הארץ 1.12.1994: "בית המשפט העליון, בעקבות המחוקק פסק ברוח ליברלית ראויה וביתר החלטיות, למנוע הפליה בלתי מוצדקת ומנוגדת לעקרון השוויון האמור בהכרזת העצמאות ונכלל ביכבוד האדם' שהיה אצלנו לזכות יסוד מוגנת". לתגובות נלהבות נוספות לאחר פסק הדין ראו: Kama, *supra* note 14.



”שוב נחת עלינו פסק דין של בג”צ הבא לשנות אורחות חיים ולקבוע נורמות בניגוד למקובל בחברה האנושית... בית המשפט... חידש הלכה בסוגיית הזוגיות, הגדרה שהיא מן המקובלות בחברה האנושית מאז ברא אלוקים את האדם, כנאמר ‘זכר ונקבה בראם’”<sup>64</sup>.

חברת הכנסת הליברלית, יעל דיין, אימצה בשמחה את פרשנותו של רביץ לפסק הדין, לפיה פסק דין זה מביע קבלה בלתי מסויגת של אורח החיים ההומוסקסואלי מצדו של בית המשפט העליון וציינה: “הבג”צ הכיר בזוגיות לצורך זכויות בן זוג, שותף לחיים מאתו מין... הידוע בציבור של גבר, כמו הידועה בציבור שלו – הכיר במשק בית משותף, בזוגיות המקנה זכויות לבן הזוג הידוע בציבור”<sup>65</sup>.

הבנה זו של חבר הכנסת רביץ מצד אחד ושל חברת הכנסת דיין מן הצד השני, מבוססת על חוסר רגישות לניואנסים של פסק הדין. יחד עם זאת, אני סבור שחוסר הרגישות לניואנסים של פסק הדין מבוסס במקרה זה על האינטרסים המשותפים לפוליטיקאים ליברליים ושמרניים. הראשונים מבקשים להציג את בית המשפט העליון כבעל ברית נאמן במאבקם לשוויון. האחרונים מצויים מזה שנים במאבק מר נגד כוחו הגובר של בית המשפט העליון, והם משתמשים בהבנה פשטנית זו של פסק הדין כחלק מניסיונם להבאיש את ריחו של בית המשפט ולהגביל את כוחו”<sup>66</sup>. לניסוחים הוזהרים של המשנה לנשיא ברק – ניסוחים שבהם הדגיש שפסק דינו אינו מניח שזוגיות הומוסקסואלית היא בעלת ערך מקביל לזוגיות הטרוסקסואלית, לא היה כל הד בשיח הציבורי בנוגע לפסק הדין. התומכים הליברליים של ההומוסקסואלים היללו את פסק הדין כניצחון חשוב לשחרור ההומוסקסואלים, בעוד שחברי כנסת שמרניים תיארו את פסק הדין כהוכחה נוספת לכך, שבית המשפט מקדם אידאולוגיה ליברלית-חילונית עטויה ציפוי דק ונוצץ של ניסוחים משפטיים.

ניסיון אחרון לחדש את הברית בין סובלניים לנאורים נעשה דווקא על ידי חבר הכנסת רביץ. במהלך הדיון הציג חבר הכנסת רביץ, להרחיב את ההטבות המוענקות כיום לבני זוג באופן שבו “כל הטבה הניתנת לאדם אחר בגין עבודתו של עובד, יוכל העובד לקבוע את הנהנה והנהנה יוכל להיות כל אדם”<sup>67</sup>. שעה שההצעה הייתה מאפשרת לבני זוג של עובדים הומוסקסואלים ליהנות מן ההטבות, הייתה ההצעה נמנעת מן ההכרה המפורשת בזוגיות הומוסקסואלית. חסידי הנאורות היו צריכים, לטעמי, לשקול ברצינות תמיכה בהצעה מעניינת זו”<sup>68</sup>. הצעה זו פותרת, לפחות לכאורה, הפליה בין אלו אשר בחרו באורח חיים זוגי (בין הומוסקסואלי ובין הטרוסקסואלי) אשר זכאים על פי ההסדר הקיים ליהנות מן ההטבות, לבין

64 ד”כ 149 (1994) 3240.

65 ד”כ 149 (1994) 3242.

66 לתאור הקונפליקטים בין בית המשפט העליון למפלגות הדתיות, ראו: A. Harel “The Rule of Law and Judicial Review: Reflections on the Israeli Constitutional Revolution” *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* (Oxford, D. Dyzenhaus, ed., 1999) 143, 147-148.

67 ד”כ 149 (1994) 3240.

68 ואכן חברת הכנסת דיין התייחסה בחיוב לרעיון. ראו, שם, בע’ 3242. למרבה הצער מן היזמה הברוכה הזו לא יצא דבר.

אלו שבחרו שלא לקשור את גורלם עם בן זוג. יתר על כן, הצעה זו מהווה אולי שלב ראשון בהתרחקותם של המדינה והמעבידים מן התמיכה המוסדית שהם מעניקים למוסד הזוגיות – תמיכה אשר באורח בלתי נמנע מחייבת את המדינה להכריע בשאלות נורמטיביות כמו מיהו "זוג" ומהי "משפחה". בעת ובעונה אחת עשויה הצעה מעין זו לזכות גם בתמיכה של חברי כנסת שמרניים, משום שהיא נמנעת מהכרה מפורשת בזוגיות ההומוסקסואלית. אלא שחברי הכנסת הליברליים בחרו לדחות את ידו המושטת של חבר הכנסת רביץ. בהחלטה זו סתמו חברי הכנסת הליברליים את הגולל על הקואליציה בין חסידי הסובלנות לבין חסידי הנאורות שנתגבשה לקראת סוף שנות השמונים.

הלוגיקה הפנימית של הצעתו של חבר הכנסת רביץ משקפת, על פי הבנתי, את התפיסה הרחבה בין חברי הכנסת הדתיים והחרדיים. על פי עמדה זו, אין התנגדות לחקיקה אשר תקדם בפועל את זכויותיהם של הומוסקסואלים ולסביות, כל עוד ההכרה הזו איננה הכרה מפורשת ואיננה מבטאת הכרה בזכויות הומוסקסואלים ככאלה. כשם שביטול האיסור, אשר נעשה כדרך אגב דרך החלפת פרק העונשין הרלוונטי וולא בדרך תיקון שתכליתו העיקרית היא ביטול האיסור הפלילי, לא עורר את רוגזן של המפלגות הדתיות, כך תיקון אשר ירחיב את ההטבות הכספיות באופן שאיננו מבטא הכרה מפורשת בהומוסקסואליות, הוא תיקון קביל על חברי הכנסת הדתיים. אין לפיכך התנגדות עקרונית להומוסקסואלים ולזכויותיהם, אלא להומוסקסואליות כקטגוריה מוכרת בשיח הפוליטי-חברתי.

הפער שבין הרטוריקה של בית המשפט לבין ההבנה הציבורית של ההחלטה, מודגש עוד יותר בפסק דין מאוחר יותר של בית המשפט העליון. בפרשה שנודעה לימים בשם **קלפים פתוחים**, הורה שר החינוך לטלוויזיה החינוכית שלא לשדר תכנית טלוויזיה בסדרה "קלפים פתוחים" – תכנית שהוקדשה לבני נוער הומוסקסואלים ולסביות<sup>69</sup>. השר טען שהתכנית אינה מאוזנת, משום שלא הובאה בה העמדה של אלו הסבורים שהומוסקסואליות היא בלתי מוסרית או שהנה התנהגות סוטה. שלושה ארגוני זכויות אדם עתרו כנגד החלטתו של שר החינוך. בהחלטה קצרה, קיבל השופט קדמי (שכוכור כתב את דעת המיעוט בעניין **דנילוביץ**) את העתירה, והורה לשר החינוך לשדר את התכנית. הנשיא ברק והשופט דורנר הצטרפו להחלטתו של השופט קדמי.

קריאה זהירה של פסק הדין מדגימה מתח בעמדתו של השופט קדמי, בין סובלנות ביקורתית או עוינת לבין סובלנות אגנוסטית המושתתת על חוסר נכונות לבצע שיפוטים ערכיים ביחס להומוסקסואליות. קריאה שטחית של פסק דינו של השופט קדמי, עשויה להביא למסקנה כי השופט קדמי הוא סובלן אגנוסטי, אלא שהן טון דבריו של השופט והן אוצר המילים בו הוא משתמש, מצביעים על יחס שלילי מובהק כלפי הומוסקסואליות:

"העידן שבו אנו חיים מטפח את זכויות הפרט ונושא את דגל ההבנה, הסבלנות והסובלנות כלפי מיעוטים ותריגים; והנמנים על הקהילייה החד-מינית גם לשיטתם שלהם – **משתייכים לאזרחנים**. ברם, **כחריגים אחרים**, גם הם מהווים חלק אינטגרלי מהמסגרת החברתית שלנו, וכל עוד לא ניתן להצביע על

69 עניין **קלפים פתוחים**, לעיל הערה 8.

סיבה מיוחדת המצדיקה את הצרת צעדיהם וצמצום זכותם... אין לשלול זאת מהם<sup>70</sup> (ההדגשות שלי - א.ה.).

עמדתו של השופט קדמי בעניין **קלפים פתוחים** הייתה עוינת הרבה יותר להומוסקסואלים מעמדתו בעניין **דנילוביץ**<sup>71</sup>. ולמרות זאת, התגובה הציבורית לפסק הדין שיקפה אותה הבנה שאפיינה את התגובה הציבורית בעקבות פסק הדין בעניין **דנילוביץ**. פעילים ליברליים שיבתו את ההחלטה כניצחון גדול המייצג הכרה מוחלטת ומלאה של מערכת המשפט הישראלית בהומוסקסואלים ובלסביות<sup>72</sup>.

השמרנים ביקרו את פסק הדין, וראו בו הוכחה נוספת לכך שבית המשפט הישראלי הוא אנטי־דתי<sup>73</sup>.

לסובלנות של השופט ברק בעניין **דנילוביץ** ולסובלנות העוינת של השופט קדמי בעניין **קלפים פתוחים** לא היה כל הד בשיח הפוליטי. התגובות לפסקי הדין הללו היוו דוגמאות מצוינות לתהליך שבו החלטות שיפוטיות, אשר הותירו במכוון בצריך עיון את השיפוטים הנורמטיביים ביחס לערכה של זוגיות הומוסקסואלית, הובנו בציבור כהחלטות נאורות, המבוססות על עמדות ליברליות. השתקת הקול הסובלני או ליתר דיוק הסילוף המכוון של הקול הסובלני, ניתץ את הקואליציה בין הסובלנים לבין הנאורים - קואליציה, אשר הביאה בעקבותיה את ההצלחות הגדולות של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית בסוף שנות השמונים ובראשית שנות התשעים. ההחלטה בעניין **קלפים פתוחים** והתגובות הציבוריות על החלטה זו, הוכיחו שקולות הסובלנות של השופט קדמי לא הובנו בציבור. העמימות בין סובלנות ונאורות אשר אפיינה את השיח הפוליטי נעלמה. קולות הסובלנות הושקו, פשוט מכיוון שהם נתפרשו בטעות בציבוריות הישראלית כביטויים של נאורות.

תיאור זה של ההתפתחות ההיסטורית מותיר מספר שאלות בלתי פתורות: מדוע זכתה הרטוריקה של סובלנות להצלחות כה רבות בסוף שנות השמונים ובתחילת שנות התשעים? מדוע הייתה הסובלנות כלי פוליטי כה יעיל אשר הוביל להגנה כה מקיפה - הגנה שהיא

70 **שם**, בע' 826. לניתוח הרטוריקה של השופט קדמי בעניין **קלפים פתוחים**, ראו הראל, **לעיל** הערה 8. זאת, אף שגם בעניין **דנילוביץ** עמדתו של השופט קדמי הייתה שיחסיים אינטימיים בין הומוסקסואלים אינם יכולים להיות בעלי אותה משמעות רגשית כמו יחסים בין בני זוג הטרנסקסואלים. ראו עניין **דנילוביץ**, **לעיל** הערה 5, בע' 775.

72 ראו למשל, ש' מאירי וא' בר קימא "שריד: ההומוסקסואלים והלסביות הם בני אדם כמו חברי המפד"ל" **הארץ** 22.9.1997. (מיכל עדן מהקהילה הלסבית פמיניסטית קובעת כי: "הסתיים העידן שבו ניסו לדחוק את ההומוסקסואלים והלסביות חזרה אל הארון"). מאמר המערכת של **הארץ** מיום 23.9.1997 הילל את ההחלטה כניצחון לערכים הליברליים. ראו "קלפים פתוחים" **הארץ** 23.9.1997. כותבים מעטים מאוד עמדו על חוסר הנחת העולה מפסק דינו של השופט קדמי כלפי הומוסקסואלים. ראו ש' גולדמן "כמעט מהפכה" **הארץ** 24.9.1997.

73 ראו מ' ריינפלד וש' מאירי "השופט קדמי: חד מיניות כבר אינה מבטאת סטייה שיש להילחם בה" **הארץ** 22.9.1997 (בכתבה זו מצוטט חבר הכנסת שלמה בניזרי משי"ם הקובע בלשונו הציורית: "מבחינת, השלב הבא של נאורות בג"צ הוא למנות הומו מוצהר לבית המשפט העליון ושאחד מהם, אם יש כזה, יצהיר על עצמו ויציא את עצמו מהגלוסקמא או מהגלימה שהוא עוטה עליו. אין מה להתבייש, כבר הותרה הרצועה, הותרה הסטייה. מזל שאין לי טלוויזיה לראות את הכיעור ואת מייצגיו").

מרהיקת לכת גם בהשוואה לרבות ממדינות אירופה?<sup>74</sup> יתר על כן, חשוב להבין מדוע גוועה הרטוריקה הסובלנית בחלק השני של שנות התשעים?

הסבר אפשרי אחד לשינוי בגישת הציבור הוא פשוט ההבדל בנושא הוויכוח הציבורי. בשנות השמונים הדרישה המרכזית של ההומוסקסואלים והלסביות הייתה שהחוק לא יתערב בחיי המין שלהם. הדרישות שהועלו בשנות התשעים היו רדיקליות הרבה יותר וכללו הכרה בזוגיות ההומוסקסואלית כזוגיות שוות ערך לזוגיות ההטרוסקסואלית. לכאורה קשה יותר לבסס דרישות מסוג זה על סובלנות גרידא.

אני מאמין, שהסבר זה איננו ממצה. הרטוריקה של סובלנות יכולה להצדיק לא רק את ביטול האיסור הפלילי אלא גם שינויים רדיקליים יותר. אין כל סיבה אפריורית אשר בגללה רטוריקה של סובלנות לא יכולה להצדיק גם נישואין חד-מיניים. אפשר לטעון כי זוגיות הומוסקסואלית היא נחותה בהשוואה לזוגיות הטרוסקסואלית ועם זאת להסכים כי זוגות הומוסקסואליים וזכאים ליהנות מחיי שיתוף יציבים ומן היתרונות הכלכליים והאחרים, המוענקים לזוגות הטרוסקסואלים. ההבדל בין השיח הציבורי בסוף שנות השמונים ותחילת שנות התשעים לבין השיח הציבורי בסוף שנות התשעים, איננו נעוץ בסוג הדרישות אשר מועלות על ידי תומכי החקיקה הפרוגרסיבית, אלא בסטטוס השונה של "ערכי המשפחה" ובמיוחד בהיחלשות הדומיננטיות של ערכי הזוגיות ההטרוסקסואלית.

היה זה דווקא האופי השמרני של החברה הישראלית אשר סייע להצלחתה של החקיקה הפרוגרסיבית. בשנות השמונים לא עמדו ערכי המשפחה המסורתיים במבחן אמיתי בחברה הישראלית. האינטימיות והגודל הקטן של החברה הישראלית אפשרו פיקוח אפקטיבי על הנהגים המוסריים של אנשים ללא קשר לקיומה של חקיקה פרוגרסיבית. השקיפות או הבלתי נראות הפוליטית של ההומוסקסואלים והלסביות בישראל – שקיפות, אשר החלה להישחק רק בתחילת שנות התשעים – הביאה לביטחון ביציבות ובדומיננטיות של התרבות ההטרוסקסיסטית. אחת האינדיקציות לשקיפותה של הקהילייה ההומוסקסואלית, היא נדירותה היחסית של הומופוביה ופשעי שנאה, אשר מאפיינים חברות מערביות אחרות. הדומיננטיות הבלתי מעורעת של ההטרוסקסיוזם בחברה הישראלית הייתה זו האחראית להיעדרה של הומופוביה<sup>75</sup>. השינויים בשנות השמונים היו אפשריים בעיקר בשל ההבנה הרחבה שההומוסקסואליות היא תופעה שולית, ולכן ניתן לפטור אותה בביטול כמוזרות אקזוטית

74 כמה שנים לאחר פסק הדין בעניין **דנילוביץ**, דן בית המשפט האירופי לצדק במקרה שהוא זהה לו כמעט לחלוטין. ראו: *Grant case, supra* note 61, at p. I-621. עובדת לסבית של חברת רכבות טענה שאי מתן הנחות בנסיעות לבת זוגה מהווה הפליה אסורה על פי האמנה האירופית. למרות עמדתה האוהדת של ה-Advocate General דחה בית המשפט האירופי לצדק את תביעתה של העובדת. לתיאור פסק הדין ראו: S. Terrett "A Bridge Too Far? Non Discrimination and Homosexuality in European Community Law" 487 *Eur. Pub. L.* (1998). פסקי דין זרים אחרים אימצו דווקא את דעת הרוב בעניין **דנילוביץ** ואפילו השתמשו בפסק דין זה כדי לחזק את פרשנותם הליברלית. ראו למשל: *Fitzpatrick (A.P.) v. Sterling Housing Ass'n* [<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991>] (Last visited on 9/5/2001); *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs* [<http://www.concourt.gov.za/cases/1999/natcoalsum.shtml>] (Last visited on 9/5/2001).

הראויה לסובלנות. אלא שהתחושה כי הומוסקסואליות היא אכן מזוורת אקזוטית ובלתי מאיימת נחלשה מאוד במהלך שנות התשעים – שנים בהן זכתה הקהילה ההומוסקסואלית לחשיפה ציבורית רבה.

הייתה זו הצלחתה של החקיקה הפרוגרסיבית בשנות התשעים, אשר שינתה את הגישה כלפי הומוסקסואלים ולסביות והפכה לראשונה את השיח על מיניות למרכיב קבוע של השיח הפוליטי הישראלי. מהפך זה העמיד במבחן לראשונה את הדומיננטיות של הנורמות ההטרודוקסיסטיות בישראל. באופן אירוני, דווקא ההצלחה של המהפכה ההומוסקסואלית הישראלית והשינוי של העמדות כלפי הומוסקסואליות, כרסמה בנסיבות אשר אפשרו את הצלחתה של מהפכה זו. היחלשות השימוש ברטוריקת הסובלנות היא תוצאת לוואי בלתי נמנעת של תהליך זה. היעלמותה של רטוריקת הסובלנות פוגעת בקואליציה בין נאורות לסובלנות ובכך מאיימת על המשך השלמתה של המהפכה ההומוסקסואלית הישראלית, מכיוון שהיא מקשה על שמרנים לתמוך, או למצער לא להתנגד, לתהליך זה של ליברליזציה. שינויים אלה יכולים להסביר מדוע נכשלו מספר יזמות להשלים את תהליך הליברליזציה.<sup>76</sup> ייתכן גם כי ניתוח זה מסביר את השינויים הדרמטיים בין הרטוריקה של פסקי הדין המוקדמים בעניין **דנילוביץ** ובעניין **קלפיים פתוחים** מצד אחד, לבין פסקי הדין שניתנו בשנה האחרונה בעניין **ברנר־קדיש** ובעניין **פלונית**. שעה שבפסקי הדין המוקדמים ניכרה נטייה בולטת לבטא שיפוטים נורמטיביים ביחס להומוסקסואליות, בין שאלו רלוונטיים ובין שלא, פסקי הדין המאוחרים הם פורמליסטיים ונמנעים מכל דיון העלול להתפרש כתומך או כמתנגד לפרקטיקות הומוסקסואליות. היובש הצונן הנושב מן הניתוח של היקף סמכויות פקיד הרישום בעניין של כנות הזוג ברנר־קדיש או מן הניתוח של סמכויות בית הדין הרבני העליון בעניינה של **פלונית**, עשוי, כך מקווים השופטים, להדוף את אלו החפצים להשתמש בפסקי הדין ככלי לניהול מלחמות פוליטיות, ליברליות או שמרניות.

אולם הקשיים בעקבות היחלשות השיח הסובלני אינם רק טקטיים – החשש מאבדן התמיכה של ציבור רחב סובלני ברפורמות ליברליות, ובנוסף, היחלשות הרטוריקה של סובלנות מעוררת קושי מוסרי. יש בוודאי רבים במחנה הליברלי שיעדיפו את הרטוריקה של נאורות על פני הרטוריקה של סובלנות. ואולם התהליך הפוליטי שתואר לעיל מעורר שאלה אחרת לחלוטין.<sup>77</sup> התהליך שנותח בפרק זה, אינו תהליך שבו יחידים או מוסדות משפטיים או פוליטיים מחליטים באופן מודע לזנוח את הרטוריקה של סובלנות ולאמץ במקומה את הרטוריקה של נאורות. התהליך שתואר, הוא תהליך בו רטוריקת סובלנות בה משתמשים

76 הדוגמה הבולטת ביותר, ככל הנראה, היא הניסיון הכושל להרחיב את תחולת היקף ההטבות הכספיות המוענקות לבני זוג בני אותו המין לפי חוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], תשל"ו-1970. ראו יונאי, **לעיל** הערה 1, בע' 556-557. כמו כן, בהצעה המהפכנית של יוסי ביילין לנהל רישום של בני זוג נאמר במפורש כי רישום הווגיות מיועד לווגות הטרודוקסואלים בלבד. ראו ש' אילן "ביילין מציע, רישום זוגי, במקום נישואים" **הארץ** 21.8.00.

77 הערכה של הרציות/הטעם ברטוריקה של סובלנות והרטוריקה של קבלה יכולה להיעשות הן מנקודת המבט של הפעיל הפוליטי (הפרוגרסיבי) והן מנקודת המבט של הפילוסוף הפוליטי. מנקודת המבט של הפעיל הפוליטי, לעמידות יש גם יתרונות וגם חסרונות. מצד אחד, העמידות – כפי שהשלים המוקדמים של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית בישראל מוכיחים – תורמת להצלחתם של שינויים בחוק ובפסיקה,

פרטים או מוסדות פוליטיים או משפטיים, מסולפת ומתורגמת בציבור לרטוריקה של נאורות. פסק דינו של השופט קדמי העביר באופן ברור וחד-משמעי מסר של סובלנות (ביקורתית). למרות הלשון הברורה של סובלנות, בה השתמש השופט קדמי בעניין **קלפים פתוחים**, הציבור וחברי הכנסת הבינו את המסר כמסר של נאורות. תומכי הסובלנות לא נטשו את הרטוריקה של סובלנות; הם פשוט הושתקו, ובכך נמנעה מהם האפשרות להשתמש ברטוריקה של סובלנות בשיח הציבורי. השפה של השיח הפוליטי הידלדלה לפיכך, ותומכי הסובלנות נדחקו בלית ברירה אל מחוץ לשיח הפוליטי.

גם המאמינים באמונה שלמה שנאורות ולא סובלנות צריכה להיות הבסיס לרפורמה משפטית, חייבים להאמין כי השימוש ברטוריקה של נאורות צריך להיעשות מתוך בחירה חופשית ולא מכיוון שהרטוריקה הזו נכפית עקב הידלדלותו של השיח הפוליטי. טרוביני המרכזית, אם כן, אינה על כך שהמחוקקים והשופטים בחרו בנאורות ולא בסובלנות, אלא שנמנעה מהמשתתפים בשיח הפוליטי בנוגע להומוסקסואליות האפשרות לבחור בין רטוריקה של נאורות לזו של סובלנות.

#### ד. סיכום

ההסבר המסורתי להצלחתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית הישראלית, הוא שמדינת ישראל הפכה לחברה ליברלית, ולכן באופן הדרגתי כוחות האור הליברליים גברו על הכוחות האנכרוניסטיים אשר תומכים בדחיקתם של מיעוטים מיניים. מאמר זה אינו חולק על הטענה שהחברה הישראלית הפכה לליברלית יותר במהלך שנות התשעים, אלא הוא טוען, שלא תהליך הליברליזציה הוא שאחראי לשינויים המשפטיים של שנות התשעים. לאמיתו של דבר דווקא אופייה השמרני של החברה הישראלית, הוא זה שבו נעשה שימוש כדי לשנות את מערכת המשפט הישראלית ברוח ליברלית.

באופן אירוני, דווקא תהליך הליברליזציה יקשה על המשך השינויים המשפטיים. פעילי זכויות אדם בנושא זה, עשויים לגלות, שהאופוזיציה לעמדותיהם היא חריפה הרבה יותר ממה שסברו, וכי הכוחות השמרניים בישראל מבינים, כי הדומיננטיות של ערכי המשפחה בישראל אינה עוד בגדר אקסיומה בלתי מעורערת. המיניות עברה תהליך של פוליטיזציה, ותהווה לכן בעתיד חלק משדה הקרב הפוליטי בין ליברלים לשמרנים.

ואולם הערך החברתי של השינויים המשפטיים המבוססים על סובלנות הוא מוגבל. שינויים המבוססים על נאורות תורמים לתחושת הכבוד העצמי של הקהילייה ההומוסקסואלית שעה שאלו המבוססים על סובלנות עלולים דווקא לפגוע בתחושה זו. ההתנגדות לשינויים משפטיים המבוססים על סובלנות יכולה לבוא לא רק מן הפעיל הפוליטי, אלא גם מפיו של הפילוסוף הפוליטי, שסבור שסובלנות אינה מספקת מכיוון שהיא פוגעת בכבודו של ההומוסקסואל. ראו למשל: M. Sandel "Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality" 77 Cal. L. Rev. (1989) 521, 537. אלא שביקורת זו מבוססת לא פעם על הבנה צרה של מושג הסובלנות. סובלנות ביקורתית מהווה ניצחון מוגבל מאוד עבור הקהילייה ההומוסקסואלית. בנסיבות מסוימות היא יכולה להיות בעלת ערך, אם היא מצליחה להסיר מכשלות משפטיות מסוימות מחייהם של ההומוסקסואלים ולסביות; אך המשמעות הסמלית שלה פוגעת יותר מהישגים הפרקטיים להם היא יכולה להביא. לסובלנות במובן הרחב לעומת זאת, יש משמעות חברתית שונה.