

חירות, הומוסקסואליות וזכויות של מיעוטים מיניים

מאת

אלון הראל*

א. מבוא

הזכות לחירות מוכרת כאחת מזכויות היסוד החוקתיות בישראל ובמדינות רבות בעולם. סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". חירות גם כבוד ושוויון מתפקדת בשיטה המשפטית גם כערך המנביע זכויות וגם כזכות ספציפית אחת בתוך השיטה המשפטית.¹ בפרק זה אשתמש במילה חירות כערך המנביע או מצדיק זכויות פרטיקולריות. תכלית פרק זה היא לבחון את ההשלכות של ערך החירות והזכויות הנגזרות ממנו על ההסדרה המשפטית של זכויות של מיעוטים מיניים. פרק זה לא יעסוק בדוקטרינה משפטית או באופנים שבהם משתמשים בחירות בבתי המשפט כדי לקבוע את תוכן או את היקף הזכויות של מיעוטים מיניים, אלא יבחן באופן פילוסופי כיצד ניתן להשתמש בחירות לצורך הרחבת זכויות של מיעוטים מיניים או צמצומן (בשמן של זכויות מתנגשות: הזכות לחופש הביטוי, חופש ההתאגדות או חופש המצפון). בפרק זה אבחן הגדרות שונות של חירות ואברר מהן ההשלכות של הגדרות אלה על הזכויות של מיעוטים מיניים ועל האופנים שבהם יש לאזן זכויות אלה עם זכויות מתנגשות. מאבקים משפטיים רבים בנושא מיעוטים מיניים מדגימים היטב את המרכזיות של החירות במאבקים אלה. מאבקים בזכות ביטול האיסור הפלילי על הומוסקסואליות כמו גם מאבקים על הזכות להורות, הזכות לאמץ, הזכות לזוגיות ולנישואין, הזכות לשינוי מין או לעיצוב ההתנהגות המגדרית באופן שאיננו מותאם למין הביולוגי מבוססים לא אחת על ערך החירות.² בה בעת ערך החירות משמש לעתים קרובות דווקא כדי להגביל זכויות של מיעוטים מיניים. כך למשל בשמה של החירות של מארגני

* פרופסור, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית; חבר המרכז לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית.

1 בחוקה הדרום אפריקנית (S. Afr. Const., 1996) ההבחנה בין הערכים של חירות, שוויון וכבוד לבין הזכויות מנוסחת במפורש בחוקה. סעיף 1 עוסק בערכים של כבוד, שוויון וחירות ואילו פרק 2 עוסק בזכויות לכבוד, לשוויון ולחירות. ראוי אולי להוסיף כי אין זה הכרחי שהזכות לכבוד, לשוויון או לחירות תנבע מן הערך המקביל לה. ייתכן בהחלט, למשל, כי הערך של כבוד ינביע זכות לחירות.

2 מובן שיש ערכים נוספים העשויים להצדיק זכויות אלה כמו ערך הכבוד או השוויון.

מצעד סנט פאטריק אישר בית המשפט העליון האמריקני את ההחלטה להדיר ארגון הומוסקסואלי מהשתתפות בצעדה החגיגית השנתית של האירים.³ מאז מאמרו המפורסם של ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות"⁴ מבחינים הפילוסופים בין "חירות שלילית" לבין "חירות חיובית". חירות שלילית מציינת היעדרם של מכשולים, מעצורים או מגבלות על התנהגותו של אדם; ואילו חירות חיובית מציינת שליטה ויכולת של האדם לממש את המטרות האותנטיות שלו. חירות שלילית מגנה על מיעוטים מיניים מפני התערבות (של המדינה ולעתים גם של גופים אחרים). ההתערבות הנחשבת לפוגענית ביותר במונחי חירות שלילית היא הטלת איסורים פלייליים.⁵ מנגד, חירות חיובית מחייבת את המדינה (ולעתים גם גופים אחרים) לא רק להסיר מגבלות חיצוניות, אלא לפעול באופן אקטיבי כדי לקדם את המימוש העצמי של מיעוטים מיניים, לאפשר להם לשלוט על גורלם ולממש את הערכים שבהם בחרו. לפיכך הוויכוחים סביב הורות, אימוץ, פונדקאות, נישואין, הזכות של אדם לשנות את מינו, לעצב את הזהות המגדרית שלו כרצונו, להתלבש או להתנהג באופן שאיננו תואם את הקונבנציות המגדריות ועוד, התנהלו לעתים קרובות במונחי חירות חיובית – החירות של מיעוטים מיניים לעצב את חייהם על פי דרכם. עם זאת, חשוב גם לזכור כי בצד החירות מתקיים שיח ערני וחשוב בנוגע לזכויות של מיעוטים מיניים במונחים של ערכים אחרים כמו שוויון וכבוד. היחס בין ערכים שונים אלה והבחירה בשימוש באחד מהם היא נושא מרכזי בשיח המשפטי העכשווי.⁶

הפרק יחולק לשני חלקים מרכזיים. לאחר מבוא זה, החלק השני יעסוק בשימוש בערך החירות כדי להגן על מיעוטים מיניים ולהרחיב את זכויותיהם. בחלק זה אדגים את האופן שבו ניתן להשתמש בחירות שלילית וחיובית כדי להגן על זכויותיהם של מיעוטים מיניים ולהרחיבן. כמו כן אבחן את המגבלות של השימוש בחירות והביקורת שנמתחה על ערך החירות השלילית במונחי החירות החיובית

3 ראו *Irish Lesbian & Gay Org. v. Ancient Order of Hibernians*, 788 F.Supp. 172 (S.D.N.Y. 1992) לפרטים על פסק דין זה ראו דיון בפרק ג. ראו גם את המקרה הדומה *Curran v. Mount Diablo Council of the Boy Scouts*, 17 Cal. 4th 670 (1998).

4 ראו ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חירות 173 (1971). ההבחנה בין שני סוגי החירויות הייתה מוכרת קודם למאמרו המפורסם של ברלין, ואולם מאמרו של ברלין חידד את חשיבות ההבחנה וניסח אותה באופן שהיה נגיש לתאורטיקנים האנליטיים. בשנות השישים והשבעים נכתבו תגובות חשובות רבות על מסתו של ברלין. ראו למשל את המסה הביקורתית המפורסמת, Charles Taylor, *What's Wrong with Negative Liberty*, in *LAW AND MORALITY: READINGS IN LEGAL PHILOSOPHY* 280 (David Dyzenhaus & Arthur Ripstein eds., 2nd ed. 2001).

5 גם בישראל בלטו טיעוני חירות שלילית בשיח הפוליטי שהביא בסופו של יום לביטול האיסור הפליילי של יחסים הומוסקסואליים. לסקירה של ההיסטוריה של ביטול האיסור הפליילי ראו אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז 195 (2002) (להלן: הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה"). ראו גם יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948 – 1988" סוציולוגיה ישראלית א 257 (1999).

6 דוגמה בולטת היא פסק הדין *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), שעסק בחוקתיות של איסורים פלייליים על יחסי מין אנאליים בין גברים. שופטי הרוב נחלקו שם בשאלה מה הבסיס החוקתי לבטלות החוקים הללו. בית המשפט, מפיו של השופט קנדי, פסל את החוק על בסיס שיקולי חירות, ואילו השופטת אוקונור הצטרפה לדעת הרוב, אך נימקה את עמדתה על בסיס שיקולי שוויון. הבחנה זו איננה הבחנה תאורטית גרידא, יש לה השלכות מעשיות חשובות. למשל שיקולי שוויון יאפשרו איסור גורף של יחסי מין אנאליים שיחול גם על הטרוסקסואלים, ואילו שיקולי חירות לא יאפשרו איסור כזה.

ולחלק השלישי ידון בטיעוני חירות המיועדים להגביל את הזכויות של מיעוטים מיניים בשם ההגנה על חירותן של קבוצות שמרניות ודתיות אשר חפצות לקיים פרקטיקות אשר מדרות מיעוטים מיניים.⁷

ב. החירות כהבטחה: שימוש בערך החירות כדי להגן על זכויות של מיעוטים מיניים ולקדמן

1. חירות שלילית

חירות שלילית מציינת היעדרם של מכשולים חיצוניים ביכולת של אדם לממש את תכליותיו או בחירותיו. המגבלות שבהן עוסקים התאורטיקנים של חירות שלילית הן מגבלות הנובעות מהתערבות מכוונת של אדם אחר, כולל התערבות מכוונת של השלטון באמצעות חקיקה או באמצעים אחרים.⁸ תכלית ההגנה על החירות השלילית היא להבטיח תחום שבו אדם יוכל לפעול בהתאם לרצונותיו. ברלין תאר את השאלה המרכזית של החירות השלילית כשאלה: "What is the area within which the subject – a person or group of persons – is or should be left to do or be what he is able to do or be, without interference by other persons"⁹

המסורת הליברלית חשדנית במיוחד בנוגע לפגיעה בחירות השלילית.¹⁰ עמדה זו נובעת לעתים מן ההנחה כי פרטים הם בדרך כלל רציונליים, והבחירות שלהם מאפשרות להם לממש את עצמיותם ולקדם את האינטרסים שלהם. לעתים מלווה עמדה זו גם בחשדנות כלפי מוסדות פוליטיים ובהכרה כי מוסדות אלה מוגבלים ביכולת שלהם לקדם את טובת הפרטים. עם זאת, המסורת הליברלית מכירה כמובן בכך שהחירות השלילית היא מוגבלת בהיקפה. הרחבת החירות השלילית של פרט אחד עשויה לעתים לפגוע באינטרסים לגיטימיים של פרטים אחרים. השאיפה להבטיח חירות מצד אחד ולמנוע נזק מצד אחר הביאה את הפילוסוף הליברלי המפורסם ג'ון סטיוארט מיל לנסח את מה שמכונה עקרון הנזק – harm principle. בספרו המפורסם "על החירות" קבע מיל:

"The sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number is self-protection. That the only purpose for which power can rightfully be exercised over any member of a

7 לדיון תאורטי מקיף בחלק מן הקונפליקטים המועלים כאן ראו JEAN L. COHEN, REGULATING INTIMACY: A NEW LEGAL PARADIGM (2002).

8 למותר לציין שיש ויכוחים על היקף המגבלות שמהוות פגיעה בחירות השלילית ועל אופיין. לדיון מקיף על שאלות אלה ראו JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW, HARM TO OTHERS (1984). ראו גם ה.ל.א. הארט חוק, חירות ומוסר (אליה גילדין מתרגם, 2006).

9 ראו ISAIAH BERLIN, FOUR ESSAYS ON LIBERTY 118 (1969).

10 ראו FEINBERG, לעיל ה"ש 8.

civilised community against his will is to prevent harm to others. His own good, whether physical or moral, is not a sufficient warrant".¹¹

עקרון הנזק כפי שנוסח על ידי מיל קובע כי הטעם היחיד שבגיננו מותר לאדם או למדינה להשתמש בכוח נגד רצונו של אדם אחר הוא כדי למנוע נזק לזולת. עיקרון זה איננו קובע ישירות מתי מותר או אסור למדינה להתערב בחירותו של אדם. במילים אחרות, עקרון הנזק איננו מזהה באופן ישיר התנהגויות שאין להתערב בהן, אלא מזהה טעמים שאינם יכולים להצדיק התערבות. כך למשל עקרון הנזק איננו קובע ישירות שעל המדינה לא להתערב בחירות המינית של פרטים או בחירותם לעצב את ההתנהגות המגדרית שלהם. עקרון הנזק רק קובע כי מקצת מהטעמים המסורתיים המבקשים להצדיק התערבות כזו (למשל אי-המוסריות של התנהגות מינית כזו או אחרת) איננה טעם טוב המצדיק הגבלה. מכאן נובע שאם אין טעם אחר (המבוסס על נזק) שיכול להצדיק הגבלה, ההתערבות איננה מוצדקת.¹² על פי עיקרון זה, יש לפחות שני סוגי טעמים שהמדינה איננה רשאית להביא בחשבון כאשר היא מחליטה להסדיר את ההתנהגות של פרט: (1) התנהגות שאיננה גורמת נזק; (2) התנהגות אשר גורמת נזק אך ורק לאדם עצמו (התערבות פטרנליסטית).

למותר לציין שכדי שעקרון הנזק יגביל באופן אפקטיבי התערבות של המדינה, יש לאפיין באופן זהיר ומצמצם את המושג "נזק", שאם לא כן, כמעט כל התנהגות שנויה במחלוקת תזוהה ככזאת שגורמת נזק. כך למשל עגמת הנפש הנגרמת למאמינים בשל העובדה שהכופרים מקיימים יחסי מין הומוסקסואליים איננה מאופיינת על ידי הליברלים כ"נזק", ועל כן איננה יכולה להצדיק הגבלה על התנהגות הומוסקסואלית. באופן מסורתי המושג "נזק" פורש באופן אשר מוציא מתחולתו את השאלה אם ההתנהגות היא מוסרית או לא. אי-המוסריות של התנהגות איננה "נזק" כמשמעותו על פי עקרון הנזק הליברלי, ועל כן אי-המוסריות של התנהגות (למשל יחסים הומוסקסואליים) איננה מצדיקה התערבות של המדינה.

עקרון הנזק זכה לפופולריות רבה בחוגים ליברליים בשנות השישים והשבעים. ואולם כפי שברנארד הרקורט ציין, דווקא הפופולריות הרבה של עקרון הנזק פגעה בכוחו של העיקרון הזה. הסיבה היא שהעיקרון אומץ גם על ידי חוגים שמרניים אשר הרחיבו את המושג "נזק" הרבה מעבר למשמעות שיוחסה לו על ידי חוגים ליברליים. כך למשל הראה הרקורט כי תומכי החקיקה הפדרלית אשר מגדירה נישואין כקשר בין גבר לאישה (Defense of Marriage Act) הצדיקו את עמדתם השמרנית על בסיס עקרון הנזק.¹³ הרקורט סבור לפיכך כי האטרקטיביות של עקרון הנזק וכוחו הרטורי הביאו לשימוש מופרז בעקרון הנזק והפכו אותו בסופו של דבר לחסר משמעות אופרטיבית.

11 ראו JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 9 (Alburey Castell ed., 1947).

12 ראו לעניין זה את הדיון אצל Kenneth L. Karst, *The Freedom of Intimate Association*, 89 YALE L.J. 624, 627 (1980).

13 ראו Bernard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle Redux: On Same-Sex Marriage, The Supreme Court's Opinion in United States v. Windsor*, JOHN STUART MILL'S ESSAY ON LIBERTY (1859), and H.L.A. Hart's, *Modern Harm Principle*, 437 CHI. LAW SCH. PUB. LAW & LEGAL THEORY WORKING PAPERS (2013), available at http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1421&context=public_law_and_legal_theory

עקרון הנזק שימש בסיס להמלצות של דו"ח ועדת וולפנדן שבאנגליה לבחינת האפשרות של רפורמה בהסדרה המשפטית של זנות והומוסקסואליות משנת 1957.¹⁴ אחת ההמלצות החשובות בדו"ח הייתה לבטל את האיסור הפלילי על יחסים הומוסקסואליים כל עוד אלו נעשים בין בגירים בהסכמה וברשות הפרט. הבסיס להמלצה הייתה טענה שנתבססה על עקרון הנזק.

המלצה זו עוררה התנגדות עזה בקרב חוגים שמרניים. בשנת 1959 נשא לורד דבלין נאום מפורסם שבו תקף את מסקנות ועדת וולפנדן. לדעתו של דבלין, אין כל הצדקה להגביל את תחום התערבותה הלגיטימי של החברה באופן שהוצע על ידי הוועדה. לחברה – הוא טוען – יש זכות מלאה לאסור כל התנהגות העלולה להזיק לה. התנהגות בלתי-מוסרית שאיננה מלווה בתגובה מתאימה עלולה להזיק לחברה מאחר שהיא פוגעת בקונצנזוס המוסרי שנחוץ לקיומה של חברה. מכאן הסיק דבלין כי למדינה יש זכות להתערב גם במקרים שבהם הטעם היחיד להתערבות זו הוא שהתנהגות מסוימת נחשבת "חפירה" (abominable).¹⁵ תגובתו של דבלין זכתה לביקורת מצדו של הפילוסוף הנודע ה.ל.א. הארט. הארט טען כי אין הוכחה אמפירית לכך שאי-הטלת סנקציה פלילית במקרים כאלה מזיקה לחברה. קונצנזוס מוסרי איננו תנאי לקיומה של החברה, ושינוי של מוסר נוהג איננו כשלעצמו בגדר פגיעה בחברה. זאת ועוד, הארט טען כי אף אם נניח כי הלך הרוחות בחברה אמנם ישתנה בעקבות ביטול הפליליות של סוגי התנהגות כאלה, מניין לנו שהדבר יביא להתפרקות החברה, ולא פשוט לשינוי – ואולי שינוי לטובה – של המוסר הנוהג של אותה חברה?¹⁶

במידה רבה טענות ליברליות אלה שימשו בסיס לתהליך הליברליזציה של החקיקה הפלילית המסדירה את עברות המין במדינות האנגלוסקסיות וכן במדינת ישראל.¹⁷ הנחת היסוד מאחורי עמדה זו היא כי לפרטים יש זכות לחירות (הנגזרת מערך החירות). הזכות לחירות היא זכות שהמדינה לא תטיל הגבלות על התנהגותם של הפרטים, אלא אם כן הגבלות אלה נחוצות לצורך מניעת נזק לזולת. באופן רחב יותר חסידי עמדה זו גרסו כי המדינה איננה צריכה להכריע בשאלת המוסריות או אי-המוסריות של התנהגות אנושית. הכרעות מסוג זה הן הכרעות אישיות, חברתיות או קהילתיות – אין הן עניינה של המדינה.¹⁸

14 לדיון במסקנות של ועדה זו ולוויכוחים שהמסקנות הללו עוררו ראו רות גביון "אכיפת המוסר ומעמדו של עקרון החירות" עיון כז 274 (התשל"ו-התשל"ז). ראו גם אמנון רובינשטיין אכיפת מוסר בחברה מתירנית (1975).

15 "Every moral judgment, unless it claims a divine source, is simply a feeling כך למשל דבלין גורס that no right-minded man could behave in any other way without admitting that he was doing wrong. It is the power of a common sense and not the power of reason that is behind the judgments of society. But before a society can put a practice beyond the limits of tolerance there must be a deliberate judgment that the practice is injurious to society. There is, for example, a general abhorrence of homosexuality. We should ask ourselves in the first instance whether, looking at it calmly and dispassionately, we regard it as a vice so abominable that its mere presence is an offence. If that is the genuine feeling of the society in which we live, I do not see how society can be denied the right to eradicate it" PATRICK DEVLIN, THE ENFORCEMENT OF MORALS 17-18 ראו (1965).

16 ראו הארט, לעיל ה"ש 8.

17 ראו הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה", לעיל ה"ש 5.

18 עמדה זו נגזרת גם מעקרון הניטרליות בו אדון להלן. ראו להלן בעמ' 239.

הרפורמות החקיקתיות בישראל בשנות השמונים והתשעים ובייחוד ההגנה מפני הפליה של מיעוטים מיניים נתבססה במידה רבה על עקרון הנזק. כך למשל בתיקון חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 ביקש ח"כ ריבלין, מיוזמי החקיקה, לכלול גם איסור על הפליה בשל נטייה מינית, וקבע כי: "אין לי כל שמחה בלב למחילת כבודו של אדם כלשהוא. ואני יודע שרבים מאלה שנטייתם אינה לרוחי וחוק זה בא להגן עליהם [...] וודאי שלא ישמחו על דבריי". חבר הכנסת ריבלין המשיך ואמר כי בחקיקה המוצעת "אין [...] משום מתן היתר או יצירת תרבות שבה אנשים נוהים אחרי אותה נטייה. אין אני מאושר עם נטיות כאלה, אינני חושב שהדבר צריך להיות נר לרגלי ילדינו בנינו ובנותינו; עם זאת הדבר קיים".¹⁹ חבר הכנסת ריבלין מבטא הסתייגות מפרקטיקות הומוסקסואליות, ועם זאת הוא סבור כי אין הצדקה להתערבות של המדינה בפרקטיקות אלה. בעבר טענתי כי ייתכן שהרפורמות החקיקתיות המרכזיות של שנות השמונים ובייחוד ביטול האיסור הפלילי על יחסים הומוסקסואליים התאפשרו בדיוק מכיוון שהם נסמכו על תפיסה ליברלית מסוג זה אשר איננה מחייבת הכרה במוסריות או ברצינות של יחסים הומוסקסואליים, אלא מסתפקת בקביעה כי המוסריות או הרצינות של יחסים הומוסקסואליים איננה מעניינה של המדינה.²⁰ גם אנשים שסלדו מאקטים מיניים הומוסקסואליים וסברו כי התנהגות הומוסקסואלית היא בלתי-מוסרית, יכלו להזדהות עם העמדה שלפיה התנהגות זו איננה מעניינה של המדינה.

לתפיסה בדבר מגבלות ההסדרה המדינתית יש ביטויים רבים בדוקטרינה המשפטית. דוקטרינה משפטית המבטאת יותר מכול תפיסה מצמצמת בנוגע להתערבות מדינתית – תפיסה המדגישה את חשיבותה של החירות השלילית – היא הזכות לפרטיות.²¹ אחת ההצדקות המרכזיות לזכות לפרטיות מבוססת על חשיבות האפשרות המוענקה לכל אדם לנהל את אורחות חייו ללא התערבות חיצונית. הזכות לפרטיות נשענת על הדיכוטומיה הליברלית בין "ספרה פרטית" מוגנת ל"ספרה ציבורית". בהקשר של הדיון על מיעוטים מיניים, העמדה המזהה את הזכות לפרטיות עם אוטונומיה באה לידי ביטוי בולט בפסק הדין האמריקני *Lawrence v. Texas* שבו פסל בית המשפט האמריקני חקיקה פלילית

19 ראו ד"כ 123, 796 (התשנ"ב).

20 לשינוי בשיח הציבורי והמעבר מסובלנות לנאורות ראו הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה", לעיל ה"ש 5.

21 הערכים העומדים בבסיס הזכות לפרטיות שנויים במחלוקת, ויש המבססים את הזכות לפרטיות על ערכים אחרים. הפילוסוף האמריקני מייקל סנדל טען כי הזיהוי של הזכות לפרטיות עם אוטונומיה הוא זיהוי מאוחר, והוא איננו משקף את ההבנה המקורית של הזכות לפרטיות, אשר לדעתו מתבססת על ערכים אחרים. לדעתו של סנדל: "Where the contemporary right of privacy is the right to engage in certain conduct without government restraint the traditional version is the right to keep certain personal facts from public view. The new privacy protects a person's 'independence in making certain kinds of important decisions', whereas the old privacy protects a person's interest 'in avoiding disclosure of personal matters'". ראו Michael J. Sandel, *Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion*. of personal matters" (1989) 77 CAL. L. REV. 521, 524. לתמיכה בטענה כי הזכות לפרטיות מבוססת על אוטונומיה, ראו למשל David A.J. Richards, *Sexual Autonomy and the Constitutional Right to Privacy: A Case Study in Human Rights and the Unwritten Constitution*, 30 HASTINGS L.J. 957 (1979) וכן, את הדיון הביקורתי של תומאס קנדל Thomas Kendell, *Beyond the Privacy Principle*, 92 COLUM. L. REV. 1431, 1446 (1992).

מדינתית האוסרת מעשה סדום ביחסים בין גברים. שופטי הרוב ביססו את עמדתם על הזכות לפרטיות.²² כך למשל השופט סטיבנס קבע בפסק דין זה:

“The present case does not involve minors. It does not involve persons who may be injured or coerced or who may be situated in relationships where consent might not easily be refused. It does not involve public conduct or prostitution... The case does involve two adults who, with full and mutual consent from each other, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government”.²³

פסקה זו מדגישה את כל המרכיבים המאפיינים את העמדה הליברלית הקלאסית. היא מדגישה את היעדרו של נזק הנגזר מן היחסים ההומוסקסואליים, את התקיימותה של הסכמה וכן את העובדה שהאקט ההומוסקסואלי נעשה במסגרת חייהם הפרטיים של הנאשמים. לבסוף מדגישה השופט את חשיבות ההגנה על חירות הפרטים, המחייבת להימנע מהטלת הגבלות על יחסי מין הומוסקסואליים שהם חלק מאורח החיים ההומוסקסואלי.²⁴ גם בישראל הייתה פסיקה ענפה העוסקת בזכות השלילית של מיעוטים מיניים (למשל בהקשר של הזכות להורות), אלא שזו לא סווגה כחלק מן הזכות לפרטיות, אלא כמימוש של זכויות עצמאיות.²⁵

פילוסופים פוליטיים עכשוויים פיתחו עיקרון אשר מבטא את הגישה הליברלית הקלאסית המדגישה את חשיבות החירות השלילית, והיא – דרישת הניטרליות.²⁶ ג'ון רולס למשל סבר כי

22 השופטת אוקונור הצטרפה לעמדה שלפיה יש לפסול את החוק, ואולם היא סברה כי הבסיס המשפטי הוא עיקרון השוויון, משום שהחוק שנדון בפסק הדין הבחין בין מעשה סדום הטרנסקסואלי ובין מעשה סדום הומוסקסואלי. הבחנה זו איננה מתיישבת לדעתה של השופטת עם עקרונות החוקה האמריקנית, משום שהיא פוגעת בזכות לשוויון. השופט סקליה, לעומת זאת, כתב דעת מיעוט שנונה ועוקצנית שבה ביקר בחריפות את פסילת החוק, ראו עניין *Lawrence*, לעיל ה"ש 6.

23 שם, בעמ' 578.

24 שורה ארוכה של פסקי דין אמריקניים הגנו על פרקטיקות מיניות ועל פרקטיקות אחרות בשם הזכות לפרטיות ופסלו חקיקה פלילית, אשר הטילה איסורים פליליים שונים: שימוש באמצעי מניעה, הפלות או יחסי מין הומוסקסואליים. עם זאת, מבחינה תאורטית, לא ברור כלל למה נזקק בית המשפט האמריקני בהקשר זה לזכות לפרטיות ולא השתמש באופן ישיר בזכות לחירות. לדיון בשאלה זו ראו את הפרק של מיכאל בירנהק "מעגלים של פרטיות" בספר זה.

25 בג"ץ 2078/96 ויץ נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 11.2.1997) – ביטול (בהסכמת המדינה) של הוראות חוק שחייבו נשים רווקות (ולסביות) לעבור בדיקה פסיכיאטרית לפני קבלת תרומת זרע ופונדקאות; בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419 (2002). במקרה זה העתירה נדחתה; בג"ץ 1087/10 פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 28.6.2010). פרשת פנקס נמחקה בהסכמת הצדדים לאחר שהוסכם שתוקם ועדה שתבחן את השאלה.

26 ראו Bruce A. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State* (1980); Ronald Dworkin, *Liberalism, in Public and Private Morality* 113 (Stuart Hampshire ed., 1978); John Rawls, *Political Liberalism* 190–195 (1993).

המדינה הליברלית חייבת להיות "ניטרלית" בין תפיסות טוב שונות. כשם שהמדינה איננה שופטת איוו דת היא הדת הנכונה, או אילו ספרים עליי לקרוא או באילו סרטים עליי לצפות, כך המדינה איננה זכאית לקבוע עם מי עליי לקיים יחסי מין. הניטרליות בין תפיסות טוב שונות איננה מבוססת על תפיסה רלטיביסטית, שלפיה אין דת אמתית או שאין סטנדרט אובייקטיבי אילו סרטים או ספרים הם בעלי ערך. טענתו של רולס היא כי אף שיש סטנדרטים אובייקטיביים כאלה, אין זה מתפקידה של המדינה להתערב בשאלות אלה משום שהתערבות כזו פוגעת בחירותם של הפרטים לעצב את תפיסות הטוב שלהם באופן עצמאי, לבחור את הערכים שעל פיהם הם חיים ולאמץ את אורחות החיים המשקפים את אמונתם.²⁷ גם בישראל ניתן ביטוי לעמדה ניטרליסטית בפסיקה. כך למשל בפרשת "קלפים פתוחים" קבע השופט קדמי כי המוסריות או אי-המוסריות של יחסים הומוסקסואליים איננה שאלה שצריכה להכריע את היחס המשפטי לשידור תכנית בנושא בני נוער הומוסקסואלים. לאמתו של דבר, פסק הדין גילה מידה של הסתייגות מפרקטיקות הומוסקסואליות, ועם זאת הגן על הזכות לשדר את התכנית.²⁸ כפי שניתן היה לצפות, דווקא במחנה הרדיקלי היו רבים אשר התנגדו לשימוש בזכות לפרטיות או בחירות שלילית כמכשיר חוקתי לפסילת איסורים פליליים על יחסים הומוסקסואליים או להגנות אחרות על מיעוטים מיניים. מחנה זה סבור כי למדינה יש תפקיד מרכזי בעיצוב חיי הפרטים ובקידום הרווחה החברתית, וחירות שלילית נועדה להגביל את כוחה של המדינה. רבים מאלו המשתייכים למחנה זה עוינים את ההבחנה המסורתית הליברלית בין הפרטי לציבורי וקוראים למעורבות רחבה ומקיפה יותר של המדינה כדי להבטיח מימוש של ערכי שוויון וחירות. ניתן להבחין בין שני סוגי התנגדויות שבהם השתמשו תאורטיקנים כדי לתקוף את המסורת הליברלית שתוארה לעיל: התנגדויות עקרוניות והתנגדויות פרגמטיות.²⁹

התנגדות עקרונית ראשונה קוראת תיגר על ההבחנה בין פרטי לציבורי, כפי שהתאורטיקן האמריקני דנקן קנדי סבר: "The history of legal thought since the turn of the [20th] century is the history of the decline of a particular set of distinctions—those that, taken together, constitute the liberal way of thinking about the social world".³⁰ טענת היסוד היא כי באופן אפקטיבי הגבולות בין פרטי לציבורי אינם טבעיים, אלא מיועדים לממש תכליות ציבוריות. מוריס כהן והוגים ראלסטים אחרים תקפו את ההבחנה בהקשר של המשפט הפרטי וטענו כי הספרה הפרטית בהקשר זה איננה אלא האצלה של

27 לביקורת חריפה על עקרון הניטרליות דווקא מצדו של תאורטיקן ליברל, ראו גם JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1979). עמדתו של יוסף רז היא כי הליברליזם איננו מושתת על ניטרליות, אלא להפך. המדינה הליברלית מבוססת על התפיסה, שלפיה חיים אוטונומיים הם חיים טובים וראויים, ומכאן שאי-ההתערבות של המדינה מושתתת דווקא על שיפוט נורמטיבי בנוגע לערך של חיים אוטונומיים.

28 לדיון מפורט בהיבט זה של פסק הדין ראו אלון הראל "בתי-המשפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות? – הערות על בג"צ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט ואח' (טרם פורסם)" משפט וממשל ד' 785 (1998) (להלן: הראל "כבוד או סובלנות?").

29 לדיון ביקורתי לשימוש בטיעונים ליברליים אלה לצורך הגנה על חירות של מיעוטים מיניים ראו Chai R. Feldblum, *Gay is Good: The Moral Case for Marriage Equality and More*, 17 YALE J.L. & FEMINISM 139 (2005). פלדבלום בוחנת באופן יסודי את הטענות הליברליות, דוחה אותן ומפתחת את הטענה שלפיה הגנה על זכויות הומוסקסואלים צריכה להתבסס על שיפוט מוסרי ולא על שיקולים של ניטרליות או סובלנות.

30 Duncan Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1349 (1982).

סמכות על ידי המדינה לצד אחד לקשר על חשבון צד אחר.³¹ הוגים של תנועת ה-CLS (התנועה הביקורתית של המשפט – תנועה אשר מזוהה עם חוגי שמאל אמריקניים) סברו כי בבסיס ההבחנה יש שיקולים אידאולוגיים פוליטיים.³²

התנגדות עקרונית שנייה מבוססת על העובדה כי הגנה המבוססת על הזכות לפרטיות מותירה את המדינה אגנוסטית בנוגע לשאלה אם יחסים הומוסקסואליים הם מוסריים, ראויים, שווי מעמד או נחותים ביחס ליחסים הטרוסקסואליים. הן עקרון הנזק והן דוקטרינת הפרטיות מותירים את שאלת הערך של יחסים הומוסקסואליים לשיפוט הפרטי של כל אדם ואדם. לפיכך ההגנה המבוססת על פרטיות או על עקרון הנזק או על עקרון החירות השלילית איננה מבטאת הכרה פוזיטיבית בערך של אורח החיים ההומוסקסואלי או בחשיבות הזוגיות ההומוסקסואלית, שכן אי-ההתערבות איננה נשענת על הערך הפוזיטיבי של אורח חיים זה. לכך יש גם השלכות על רווחתם של הומוסקסואלים באשר המדינה מבטאת ניטרליות גם בנוגע לעמדות חברתיות העוונות את הפרקטיקות ההומוסקסואליות במקום להיאבק בהם. זאת ועוד, ההתנגדות העקרונית מבוססת גם על החשש שהזכות לפרטיות היא דכאנית מעצם ברייתה. על פי עמדה זו, השימוש בזכות לפרטיות מעצים את ההסתרה של הומוסקסואליות ואת דחיקתה למחתרת. הויהוי של הומוסקסואליות כפרקטיקה פרטית והנגדתה לאופי הציבורי או הפומבי של ההטרוסקסואליות הייתה רכיב מרכזי בזרם הכתיבה המכונה כתיבה קווירית.³³ התנגדות עקרונית שלישית הייתה מבוססת על הסתייגות מן ההתמקדות בחירות השלילית ובעקרון הנזק. המתנגדים לשימוש בעקרון החירות השלילית או בעקרון הנזק סבורים כי חירות היא מושג עשיר בהרבה וכי אי-התערבות איננה מבטיחה חירות. בהקשר שלפנינו תקפה המשפטנית הפמיניסטית קאתרין פרנקי את תפיסת החירות שבאה לידי ביטוי בפסק הדין *Lawrence v. Texas*. לדעתה של פרנקי, דעת הרוב בפסק הדין אפיינה את החירות באופן צר המדגיש יתר על המידה את המיקום הגאוגרפי של האקט (בית המגורים). פרנקי סבורה כי פסק הדין "מפריט" את החירות, תוחם אותה באופן גאוגרפי ומגן על מה שהיא מכנה חירות מבויתת – domesticated liberty. במילותיה של פרנקי עצמה:

“Although Justice Kennedy states up front in *Lawrence* that '[t]he instant case involves liberty of the person both in its spatial and more transcendent dimensions,' his reasoning depicts a more confined conception of liberty than this opening line suggests.

31 Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*, XLVI HARV. L. REV. 553 (1933); Morris R. Cohen, ראו

Property and Sovereignty, in LAW AND SOCIAL ORDER (Arcourt, Brace and Co. eds., 1933b)

32 Duncan Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction* 130 U. PA. L. ראו

REV. 1349 (1982); Karl Klare, *The Public-Private Distinction in Labor Law*, 130 U. PA. L. REV.

(1982) 1358. לדיון מקיף בשאלה זו ראו לדיון מקיף בהבחנה בביקורת זו ראו

Alon Harel, *Public and Private Law*, in OXFORD HANDBOOK OF CRIMINAL LAW 1040 (Markus Dubber & Tatjana Hörnle

eds., 2013), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2320031.

33 EVE KOSOFKY SEDGWICK, EPISTEMOLOGY OF THE CLOSET של ספרה המפורסם

(1990). ראו גם את הדיון של עמליה זיו ואייל גרוס "אמנות הקריאה הקווירית של איב קוסופסקי

סדג'וויק" תיאוריה וביקורת 37, 275 (2010). לניתוח דומה ראו גם את הדיון של Kendell, לעיל ה"ש 21,

בעמ' 1510.

The cabining of *Lawrence*'s liberty is accomplished through its geographization. Recall that while "[f]reedom extends beyond spatial bounds," the liberty interest at stake is one that is tethered to the domestic private. Repeatedly, Justice Kennedy territorializes the right at stake as a liberty to engage in certain conduct in private: "We conclude the case should be resolved by determining whether the petitioners were free as adults to engage in the private conduct in the exercise of their liberty under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment..."³⁴

שלא כחסידי החירות השלילית, פרנקי איננה רוצה להרחיק את המדינה מאחריותה בנוגע לבחירות של הפרט. היא מאמינה שיש לעצב ולהבנות את השיטה המשפטית באופן אשר יבטיח הכרעות אוטונומיות. כדי להדגים את עמדתה היא מצטטת בהסכמה את פסק הדין *Planned Parenthood v. Casey*³⁵ שעסק בחוקתיותן של הגבלות שהטילה מדינת פנסילבניה על ביצוע הפלות, ובו נקבע כי "החירות היא הזכות להגדיר את הקיום האנושי, את המשמעות של היקום ואת המסתורין של החיים האנושיים"³⁶.

הביקורת הנוקבת ביותר על העמדה המצדיקה את ההגנה על הומוסקסואליות במונחים של חירות שלילית, עקרון הנזק ובייחוד הזכות לפרטיות באה מצדו של הפילוסוף הקהילתני מייקל סנדל. מייקל סנדל סבר כי ההגנה על אורחות החיים ההומוסקסואליים חייבת להישען על הכרה פוזיטיבית (בניגוד לניטרליות) כלפי הערך או החשיבות של אורחות החיים ההומוסקסואליים. לדעתו של סנדל:

"A right to be free of governmental interference in matters of marriage, for example, can be defended not only in the name of individual choice, but also in the name of the intrinsic value or social importance of the practice it protects. As the Court has acknowledged 'certain kinds of personal bonds have played a critical role in the culture and traditions of the Nation by cultivating and transmitting shared ideals and beliefs; they thereby foster diversity and act as critical buffers between the individual and the power of the state'"³⁷.

לדעתו של סנדל, הזכות להיות חופשי מהתערבות בענייני נישואין למשל צריכה להיות מבוססת לא על החשיבות של בחירה אישית, אלא על הערך או החשיבות החברתית של הפרקטיקה של נישואין חד-מיניים. לקשר זוגי חד-מיני יש ערך באשר הוא תורם לפלורליזם החברתי ומאפשר לקיים אורחות חיים מגוונים המשרתים אנשים בעלי העדפות שונות זו מזו וכן מכירים גם באופני החיים האחרים כאופני חיים בעלי ערך.

34 ראו Katherine M. Franke, *The Domesticated Liberty of Lawrence v. Texas*, 104 COLUM. L. REV. 1399, 1402–1403 (2004).

35 *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

36 ראו Franke, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1402. אודה כי אני מתקשה להתפעל מן הרטוריקה המליצית של פסק דין זה. מסתוריות החיים היא עניין לפילוסופים או למשוררים אבל איננה יכולה לבסס הכרעה שיפוטית.

37 Sandel, לעיל ה"ש 21, בעמ' 524–525.

קודם שאעלה כמה הרהורים ביקורתיים על תפיסה זו הרשו לי להעלות התנגדות נוספת פרגמטית לשימוש בחירות שלילית – התנגדות המבוססת על ההשלכות הפרקטיות הנגזרות מעמדה זו. אם אכן אין להתערב בבחירותיהם של הומוסקסואלים מן הטעם שזה איננו עניינה של המדינה (ללא קשר למוסריות או לאי-המוסריות של היחסים ההומוסקסואליים או לתרומה של אורח החיים ההומוסקסואלי לחייהם של הפרטים), אין מקום גם להתערבות בפרקטיקות הפוגעות בהומוסקסואלים. כשם שעל המדינה להגן על חירותם (השלילית) של הומוסקסואלים, כך עליה להגן גם על חירותם (השלילית) של פרטים או קבוצות שמרניות או דתיות להתנכר להומוסקסואלים, להדיר אותם מהשתתפות פעילה בקהילות ולשלול מהם את היכולת לעצב את חייהם במסגרת הקהילות. ניטרליות בין תפיסות הטוב ועיוורון למוסריות או לאי-המוסריות של ההחלטות של הפרט מחייבים את המדינה לפעול באופן דומה הן בהקשרים שבהם אי-ההתערבות מגנה על זכויות של מיעוטים מיניים והן בהקשרים שבהם אי-ההתערבות פוגעת במיעוטים אלה.³⁸ מובן שהשאלה אם זו באמת תוצאה בלתי-רצויה שיש להימנע ממנה שנויה במחלוקת ותלויה בשאלה (שבה אדון בפרק ג) אם יש מקום להגן על פרקטיקות הפוגעות בזכויותיהם של מיעוטים מיניים, ואם כן – עד כמה.

סנדל מנסה לבסס את הזכויות המשפטיות של מיעוטים מיניים על שיפוט ערכי חיובי של אורחות החיים ההומוסקסואליים. לכאורה עמדתו מחזקת ומעצימה את המיעוטים המיניים באשר היא מבוססת על הכרה פומבית "בערך הפנימי או בחשיבות החברתית" של אורחות חיים אלה. ואולם במחשבה שנייה ההשלכות של העמדה של סנדל ושל פרנקי עלולות להיות מסוכנות לקהילות המיעוטים המיניים. לאמתו של דבר אני סבור כי דווקא לעיקרון של החירות השלילית הליברלית יש פוטנציאל רדיקלי ומשחרר.

ההגנה על מיעוטים מיניים המבוססת על חירות חיובית מותנית בשיפוט כי אורחות חיים הומוסקסואליים הם אורחות חיים ראויים. אין זה מפתיע כי מייקל סנדל למשל מדגיש במאמרו מרכיבים הנתפסים חיוביים בזוגיות ההומוסקסואלית כמו הערך של יחסי זוגיות ארוכי טווח (אשר

38 ואכן, זו בדיוק הייתה עמדתו של בית המשפט האמריקני בעתירה שנגעה לארגון הומוסקסואלי שביקש לצעוד במסגרת צעדת סנט פאטריק ואשר בקשתו נדחתה על ידי מארגני הצעדה. בית המשפט דחה את הדרישה של הארגון ההומוסקסואלי בטענה כי יש סימטריה בין הדרישה שלהם לצעוד, המבוססת על האינטרס שלהם בכיטי ובהתארגנות, לבין הדרישה של מארגני המצעד למנוע מהם לצעוד. בית המשפט קבע: "The problem is that a grant of a preliminary injunction would cause harm of similar order to the defendants. They contend that their right of free expression and association entitles them to conduct a parade that vindicates their loyalty, respect and deference to the beliefs taught by the Roman Catholic Church. They contend a serious symbolic offense would be caused to them were the Court to require the inclusion of an affiliate whose banner and message challenge and offend the teachings of the Roman Catholic Church. They contend they would be further harmed by the court's frustration of their lawful objective to keep their parade free of confrontation and political agenda. I conclude that while denial of an injunction inflicts harm on plaintiff, the grant of an injunction would inflict harm of similar proportions on defendants. Plaintiff thus cannot satisfy the aspect of the second branch of the Jackson Dairy test that requires a showing of a balance of hardships 'decidedly' in favor of the party seeking that injunction" (עניין *Irish Lesbian & Gay Org.*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 179).

באופן אירוני לדעתם של רבים משכפלים את הערכים של הזוגיות ההטרוסקסואלית).³⁹ הערכים שעליהם מדברים באופן טיפוסי חסידי החירות החיובית הם נאמנות, דאגה הדדית, אינטימיות וכו'.⁴⁰ קשה יותר יהיה להגן בדרך זו על פרקטיקות מתירניות או אפילו על פרקטיקות של מופקרות מינית המאפיינות חלק מן הקהילה ההומוסקסואלית, משום שקשה להצדיקן במונחים של הערך הפנימי שלהם.

מובן שניתן להתגבר על התנגדות זו ולטעון כי פרקטיקות מתירניות גם הן משקפות ערכים חשובים כמו הרפתקנות, סקרנות, מרידה נגד קונבנציות ואולי סתם ערכים הדוניסטיים. ניתן לטעון כי דווקא חברה המקדשת עושר אנושי ותרבותי צריכה לעודד מגוון רחב של פרקטיקות – גם כאלו של מתירנות מינית. עם זאת, אני בספק אם טענות אלה תהיינה אפקטיביות כטקטיקה פוליטית ואני בספק גם באשר לעצם נכונותה של הטענה – האם מתירנות מינית היא אכן בעלת ערך חיובי והאם עמדה זו איננה אלא רומנטיזציה של תאוות בשרים נטולת רסן.

לעומת זאת, דווקא העמדה הליברלית הנמנעת משיפוטים ערכיים עשויה לאפשר הגנה רחבה גם לפרקטיקות מתירניות, באשר עמדה זו אינה נשענת על שיפוט של הערך החברתי של פרקטיקות אלה. מכאן שבאופן אירוני סנדל אינו יכול להצדיק באופן משכנע את התנגדותו הנחרצת לפסק הדין שהוא תוקף – פסק הדין *Bowers* (אשר קבע שחקיקה האוסרת יחסי מין שלא כדרך הטבע היא חוקתית), משום שיחסי המין בפסק דין זה היו מזדמנים ולא חלק מקשר זוגי מתמשך. לפיכך ייתכן שדווקא הסובלנות הליברלית המסורתית המבוססת על חירות שלילית – אשר זוכה כבר שנים רבות להתנגדות עזה מצדם של רבים מפעילי הקהילה ההומוסקסואלית, הלסבית ופעילים של מיעוטים מיניים אחרים (טרנסג'נדרים למשל) – יכולה בטווח הארוך להגן על מיעוטים מיניים טוב יותר מאשר העמדה הנשענת על שיפוטם ערכיים בדבר הערך הפנימי של אורחות החיים של מיעוטים מיניים או בדבר חשיבותם החברתית.⁴¹

זאת ועוד, יש יתרון מוסדי חשוב בנכונות הלא-מתפשרת של חסידי החירות השלילית להגן על אורחות חייהם של מיעוטים מיניים ללא בחינת הערך של אורחות חיים אלה. זאת, משום שלעתים קשה מאוד למוסדות פוליטיים ומשפטיים לזהות את הערך של אורחות חיים של קבוצות בלתי-אהודות ומרוחקות ממרכזי הכוח. לטיעון הליברלי הנסמך על חירות שלילית ועל עקרון הנזק (והנתפס כיום

39 ראו למשל Janet Halley, *Recognition, Rights, Regulation, Normalization: Rhetorics of Justification in the Same-Sex Marriage Debate*, in *LEGAL RECOGNITION OF SAME-SEX PARTNERSHIPS: A STUDY OF NATIONAL, EUROPEAN, AND INTERNATIONAL LAW* 97 (Mads Andenaes & Robert Wintemute eds., 2001).

40 דוגמה טובה להלך רוח זה הוא מאמרו של Karst, לעיל ה"ש 12. קרסט מזהה את הערכים העומדים בבסיס ההכרה בזכות לפרטיות. הערכים שעליהם מגנה לדעתו שיטת המשפט, הם ערכים הכוללים אינטימיות, קשר בין-אישי, ערכים של דאגה ומחויבות הדדית, גיבוש זהות עצמית והגדרה עצמית ועוד. ראו שם, בעמ' 624–637. נראה כי מעמדה זו נובע כי רק אורחות חיים התואמים את האידיאלים הללו זכאים להגנה משפטית. אגב, נימוקים דומים עלו לאחרונה בבית המשפט העליון האמריקאי בדיון בנושא נישואין חד-מיניים ראו *Obergefell v. Hodges*, No. 14-556 (U.S. Apr. 3, 2015).

41 לסקירה על שקיעת השימוש בערך של סובלנות בשיח הישראלי בנושא של נטייה מינית ראו הראל "כבוד או סובלנות?", לעיל ה"ש 28, בעמ' 788–791. אינני אומר כי עמדתו של סנדל אינה יכולה להסביר את ההגנה על יחסים מזדמנים, אלא רק כי היא מקשה על ההגנה על יחסים אלה.

בחוגים רדיקליים כשמרני דווקא) יש פוטנציאל רדיקלי להגן על אורחות חיים לא-פופולריים ובכך לאפשר בסופו של יום את התקבלותם החברתית. עם זאת, אין להכחיש כי גם בשימוש בחירות שלילית יש קשיים לא מעטים. חירות שלילית יכולה כמובן להנביע הגנה על החלטות בנוגע לפרקטיקות מיניות, התנהגות מגדרית וכו'. עם זאת, בהינתן הדגש שמעניקה חירות שלילית לאי-התערבות של המדינה, מתעורר קושי (א) להשתמש בחירות חיובית כדי להצדיק מעורבות של המדינה לצורך הגנה מיוחדת על מיעוטים מיניים; (ב) לתת אפשרות למיעוטים מיניים ליהנות מפריבילגיות כדי לאפשר להם לגדל ילדים; (ג) להיאבק בהפליה במגזר הפרטי או להגן באופן אקטיבי על אורחות החיים שלהם. קשיים אלה מתעוררים בייחוד כאשר התנאים החברתיים אינם שוויוניים מלכתחילה ולכן מונעים שוויון מהותי. במקרים אלה יש תחושה שעל המדינה להתאמץ להבטיח שוויון מהותי, והבטחת שוויון מהותי מחייבת התערבות של המדינה שאיננה מתיישבת עם הגנה דווקנית על חירות שלילית. בפרק הבא נבחן את האופן שבו עשויה לשרת החירות החיובית את ההגנה על הזכויות של מיעוטים מיניים.

2. חירות חיובית

חירות חיובית דוחה את העמדה המזהה חירות עם אי-התערבות חיצונית. חירות חיובית מחייבת את המדינה (ואולי גופים אחרים) להתערב על מנת להבטיח את המימוש החופשי של האינדיבידואל; היא מכוונת לאפשר לפרט לשלוט בגורלו ולתת ביטוי מלא למרכיבים מרכזיים של אישיותו. בניגוד לחירות השלילית, חירות חיובית בוחנת את האותנטיות של ההחלטות שהפרט ביצע ואת המידה שבה החלטות אלה נובעות מעצמיותו של האדם, משקפות את מיהותו ומקדמות את האינטרס שלו בהגדרה עצמית. הזיהוי של חירות חיובית וההבחנה בינה לבין חירות שלילית אינם תמיד חדים וברורים, וגם חסידי החירות החיובית נחלקים לחסידים מתונים ורדיקליים.

דוגמה פשוטה ואולי אפילו פשטנית עשויה להדגים את ההבדל בין חירות חיובית לחירות שלילית.⁴² אדם ה"בוחר" בסיגריה עשוי להיחשב אדם חופשי במונחי חירות שלילית, ומכאן שאין מקום להתערב בבחירתו זו. ואולם במונחי חירות חיובית הוא איננו חופשי אם הוא מכור לסיגריות ולפיכך איננו יכול להימנע מלעשן. ה"בחירה" בסיגריות במקרה זה היא בחירה כפויה; היא תוצר של התמכרות ואיננה משקפת לפיכך רצון אותנטי.

לעתים קרובות שימוש בטיעוני חירות שלילית וחירות חיובית מנביע מסקנות דומות, משום שכאשר ההחלטה של הפרט היא אותנטית ומשקפת את עצמיותו, הן טיעוני חירות שלילית והן טיעוני חירות חיובית מחייבים אי-התערבות בהחלטותיו. זאת ועוד, גם חסיד חירות חיובית עשוי לכבד את הבחירות של הפרטים משיקולים מוסדיים. כך למשל ניתן לטעון כי רוב ההחלטות של בני האדם מעוגנות ברצונות האותנטיים שלהם והמוסדות הפוליטיים אינם יכולים (ואולי לעתים אינם רוצים) לזהות נכונה מתי הרצון הוא אותנטי והבחירה היא בעלת ערך. ואולם מקצת מחסידי החירות החיובית הצדיקו התערבות ואפילו כפייה כדי להבטיח מימוש של הרצון האמתי של הפרט. ביטוי מפורסם

42 דוגמה זו לקוחה מן הערך על חירות שלילית וחיובית ב- Ian Carter, *Positive and Negative Liberty*, in STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2012), available at <http://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative>.

לעמדה זו ניתן על ידי רוסו באמירה המפורסמת שלפיה יש להכריח את מי שמסרב לציית לרצון הכללי להיות חופשי. לשיטתו, האקט שבו אוכפת המדינה בכוח את הרצון הכללי איננו פגיעה בחירות, אלא דווקא מימושה. רוסו חשש מן המצב שבו מה שנחזה להיות רצון איננו אלא התנהגות אוטומטית שהיא תוצר של הרגל או שטיפת מוח או אפילו מה שרוסו כינה בבוז "אמנות ההתחנכות" (the art of pleasing). בגאונות האלגנטית האופיינית רק לו כתב רוסו:

"In our day, now that more subtle study and a more refined taste have reduced the art of pleasing to a system, there prevails in modern manners a servile and deceptive conformity; so that one would think every mind had been cast in the same mould. Politeness requires this thing; decorum that; ceremony has its form, and fashion its laws, and these we must always follow, never the promptings of our own nature".⁴³

מעמדה זו ברור מדוע רוסו סבור כי דווקא התערבות "כופה" מבחון עשויה להבטיח חירות.⁴⁴ ואולם גם בלי לקבל עמדה קיצונית ואולי אפילו מקוממת כשל רוסו קל לראות ביטויים לעמדה שלפיה מקצת מן הזכויות של הומוסקסואלים מבוססות על תפיסות של חירות חיובית. חסידים מתונים של שימוש בחירות חיובית אינם חפצים לכפות על אדם להתנהג באופנים מסוימים כדי לקדם את חירותו, ואולם הם מתנים את אי-התערבות של המדינה בכך שהחלטה היא ביטוי אותנטי של רצון – ביטוי אשר הוא בעל משמעות.⁴⁵ דוגמה בולטת היא פסק הדין האמריקני *Lawrence v. Texas* אשר קבע את בטלות האיסור הפלילי על יחסי מין הומוסקסואליים והצדיק את מסקנתו במילים הבאות:

"These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State".⁴⁶

פסקה זו משקפת באופן מובהק ערכים של חירות חיובית. בית המשפט מדגיש כי ההכרעה לקיים אורחות חיים הומוסקסואליים היא הכרעה חשובה ומרכזית אשר מאפשרת לאדם "להגדיר את התפישה האישית שלו של קיום, של משמעות, של היקום ושל המסתוריות של הקיום האנושי". גם אם נראה

43 JEAN-JACQUES ROUSSEAU, THE SOCIAL CONTRACT AND DISCOURSES [1761] 132 (G.D.H. Cole, ed., 1923).

44 Steven G. Affeldt, *The Force of Freedom: Rousseau on* חירות, המקדמת חירות, ראו *Forcing to be Free*, 27 POL. THEORY 299 (1999).

45 עמדה מתונה זו ניתנת אולי לסיווג תחת הקטגוריה של חירות שלילית באשר היא תומכת באי-התערבות. הגבולות המדויקים בין חירות חיובית ובין חירות שלילית אינם תמיד ברורים. אני מסווג עמדה זו כאן כחירות חיובית באשר היא מתנה את אי-התערבות של המדינה בכך שהבחירה היא ביטוי אותנטי של רצון, אשר תורם למימוש העצמי של הפרט.

46 ראו עניין *Lawrence*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 574, שמצטט את עניין *Planned Parenthood of Southeastern Pa.*, לעיל ה"ש 35, בעמ' 851.

שהאפיונים הללו לוקים במליציות יתר, המסר העולה מן הפסקה הזו הוא שההכרעה לחיות אורח חיים הומוסקסואלי או טרנסג'נדררי או לחיות אורח חיים לסבי או לעצב באופן לא-קונבנציונלי את ההתנהגות המגדרית היא הכרעה אישית שההגנה עליה ראוייה, משום שהיא נחוצה לצורך גיבוש האישיות ומימוש העצמיות של הפרט הבוחר את אורחות החיים הללו. לפיכך הרצון ראוי להכרה לא משום שמדובר ברצון או בבחירה שהמדינה איננה רשאית להתערב בה (יהא תוכנה אשר יהא), אלא משום שאי-ההתערבות במקרים אלה מאפשרת לאדם לחיות חיים טובים יותר. הרצון או הבחירה שעליהם אנו מגנים ראויים להגנה משום שהם ביטוי אותנטי לאישיותו של האדם ומשום שהם משקפים מרכיבים בסיסיים של זהותו ועצמיותו.

התבטאויות ברוח זו של בתי המשפט אינן נדירות גם בישראל. כך למשל בע"מ פלונית ופלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה נדונה בקשתן של זוג לסביות שכל אחת מהן ביקשה לאמץ את ילדיה של בת הזוג. השופטת רוטלוי, בדעת מיעוט, סברה שיש לאפשר את האימוץ.⁴⁷ לתמיכה בעמדתה היא ציטטה בהסכמה פסק דין קודם שבו נקבע כי:

”אף הוריו וילדיו של אדם הם חלק מאישיותו, חלק מ'האני' האישי, המשפחתי והחברתי שלו, אולי יותר משמו. אמנם זהות הורים אינה דבר הניתן לבחירתו ולקביעתו של אדם, אולם התייחסותו של אדם לזולתו כאל בנו-בתו, או התייחסות הבן הבת לאדם כאל הורהו, מבטאת את אישיותו, את רגשותיו ואת חובותיו במישור האתי-מוסרי; בנסיבות מתאימות יהיה זה מוצדק לתת ביטוי ליחס זה גם בהיבט המשפטי. במקרים המיוחדים שבהם נסיבות חייו של אדם יצרו בינו לבין זולתו קשר שכמוהו כקשר הורי, והוא קשר אמיתי וכן – ראוי כי תישמר ותכובד חירותו למסד קשר כזה כחלק מכבוד האדם שלו הוא זכאי...” (ע”א 7155/96 הנ”ל [4], בעמ’ 176–177; ההדגשה שלי – ס’ ר”).

חירות חיובית הנשענת על החשיבות של הבחירה באורח חיים מסוים היא מכשיר נוח לבסס עליו הגנה על זכויות הקשורות לזוגיות, להורות ולנישואין. כל אלו מערבים הגנה על אורחות חיים הנתפסים מהותיים לחיים האנושיים. הבחירה להינשא לבן זוג מאותו המין, הבחירה לגדל ילדים למרות הקשיים שזוגיות חד-מינית מנביעה, הבחירה לחיות חיי זוגיות שלמה עם בן זוג מאותו המין – כל אלה נתפסות באופן טבעי בחירות הראויות להגנה, משום שהן מבטאות רצון אותנטי שהוא חלק בלתי-נפרד מן החיים של אדם. ואכן, בהקשר החוקתי האמריקני, ההגנה על שורה ארוכה של זכויות הנוגעות לשימוש באמצעי מניעה, הגנה על זוגיות, הבטחת זכויות הורות ועוד נשענו על התפיסה כי החלטות אלה הן מרכזיות לגיבוש הזהות ולהגדרה העצמית של הפרט.⁴⁸ גם החובה של המדינה לתמוך בארגונים

47 ראו ע”מ (משפחה ת”א) 10/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ”מ התש”ס(1) 831 (2001). בערעור לעליון נתקבלה דעת המיעוט של השופטת רוטלוי. ראו ע”א 10280/01 פלונית נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד נט(5) 64 (2005).

48 כך, למשל, קרסט מתאר את הרציונל מאחורי פסקי הדין האמריקניים שהגנו על הזכויות הללו: “It is the choice to form and maintain an intimate association that permits full realization of the associational values we cherish most. The connection between the choice principle and these values is delicate but vital. It is possible, of course, to realize some measure of the values of self-identification,

הומוסקסואליים כדי לאפשר להומוסקסואלים לממש את עצמיותם הוצדקה תוך שימוש במונחי חירות חיובית.⁴⁹

עם זאת, שימוש בטענות של חירות חיובית כדי להרחיב את היקף הזכויות של מיעוטים מיניים מעורר לפחות שני קשיים מרכזיים. הקושי הראשון הוא העובדה כי הערך הנורמטיבי של הבחירה באורחות חיים הומוסקסואליים שנוי במחלוקת. החולקים על הערך של אורחות חיים (למשל מטעמים דתיים או מוסריים) עשויים להשתמש בטיעוני חירות חיובית כדי להגביל את הזכויות של מיעוטים מיניים. הקושי השני הוא הסכנה שהזכרה כבר קודם כי טיעוני חירות חיובית עשויים להצדיק אולי הגנה על בחירה בזוגיות והורות הומוסקסואלית, אבל הם עשויים להקשות דווקא על ההגנה על אורחות חיים ובחירות שאינם בעלי ערך.

המתנגדים להכרה באורחות החיים הומוסקסואליים ובייחוד להענקת זכות לנישואין או לאימוץ, מבססים את התנגדותם להכרה במשפחות חד-מיניות על הטענה כי יחסים חד-מיניים אינם מממשים את הטוב האנושי שבזוגיות הנישואין ההטרוסקסואליים והם אינם מבטאים או מממשים את האינטימיות והאחוה האנושית המאפיינות יחסי נישואים הטרוסקסואליים. כך למשל הפילוסוף הקתולי הנודע ג'ון פיניס קובע כי:

“Genital intercourse between spouses enables them to actualize and experience (and in that sense express) their marriage itself, as a single reality with two blessings (children and mutual affection). Non-marital intercourse, especially *but not only* homosexual, has no such point and therefore is unacceptable”.⁵⁰

פיניס ממשיך וקובע:

“Reality is known in judgment, not in emotion. In reality, whatever the generous hopes and dreams and thoughts of *giving* with which some same-sex partners may surround their ‘sexual’ acts, those acts cannot express or do more than is expressed or done if two strangers engage in such activity to give each other pleasure, or a prostitute pleasures a client to give him pleasure in return for money, or say, a man masturbates to give himself pleasure and a fantasy of more human relationships after a gruelling day on the assembly line” (HRCG 341).⁵¹

intimacy, and caring and commitment through an intimate association one has not chosen. In general, however, freedom of associational choice enhances the values of intimate association to a degree that would not be attainable if choice were absent” ראו Karst, לעיל ה"ש 12, בעמ' 637. ראו

גם פרשת *Obergefell*, לעיל ה"ש 40.

ראו למשל חגי קלעי "אלעד רוט לא הומו התיאוריה הקווירית בפרקטיקה המשפטית" מעשי משפט כרך 49, 167, 177-178 (2011).

ראו John M. Finnis, *Law, Morality, and Sexual Orientation*, 69 NOTRE DAME L. REV. 1049, 1064 (1994).

שם, בעמ' 1067.

פיניס אמנם איננו מתייחס במפורש לחירות משום שאין הוא רואה בבחירה את המרכיב המקנה לזוגיות במסגרת נישואין את ערכה. יש להניח שהטובין שעליהם מדבר פיניס (ילדים ואחווה הדדית) יכולים להתממש גם בנישואין כפויים. עם זאת, אף שהוא איננו מדגיש את הבחירה כתנאי להתממשות הערך, הוא מבטא בעמדתו תפיסה מגובשת בנוגע לשאלה מהם אורחות החיים הטובים והראויים. בדומה לחסידי החירות החיובית, בעיניו הטוב האנושי הראוי להגנה משפטית איננו מבוסס על הבחירות האקטואליות של הפרט, אלא רק על הבחירות אשר הן בעלות ערך. לדברי פיניס, "תקוותיו, חלומותיו או מחשבותיו [של האדם] אינם מבטיחים מימוש של הטוב האנושי". לדעתו, העובדה שזוגות הומוסקסואליים עשויים להאמין בכנות שהם מממשים את הטוב האנושי הגלום בזוגיות, איננה מבטיחה מימוש של טוב זה, משום שהטוב האנושי ומימושו אינם תלויים באמונות הסובייקטיביות של הפרט, אלא בעובדות אובייקטיביות הנוגעות לטבע האנושי.

חסידי ההגנה על החירות השלילית לא יושפעו ממסקנה זו של פיניס, באשר לדעתם ההגנה על אורחות חיים של מיעוטים מיניים איננה תלויה בשאלה אם אורחות חיים אלה הם בעלי ערך. לעומת זאת, אם ישתכנע חסיד ההגנה על חירות חיובית כי אורחות החיים של מיעוטים אינם בעלי ערך, הוא מחויב להסיר את ההגנה על אורחות חיים אלה. שימוש בשיקולי חירות שלילית, בעקרון הנזק או בדוקטרינת הניטרליות איננו מחייב הישענות על שיפוטיות נורמטיביות בנוגע לערך של אורחות חיים הומוסקסואליים, ואילו שימוש בחירות חיובית כדי לקדם את הזכויות של הומוסקסואלים מחייב הישענות על שיפוטיות ערכיים שנויים במחלוקת בנוגע למהותו של הטוב האנושי, לערכה של זוגיות הומוסקסואלית או של הורות הומוסקסואלית וכו'. להישענות כזו על שיפוטיות שנויים במחלוקת יש מחיר כבד, והיא מקשה לכל הפחות במובן טקטי על ההגנה על זכויות של מיעוטים מיניים.

חירות חיובית היא מכשיר בעייתי מסיבה נוספת הדומה לזו שהוזכרה בפרק הקודם. ההגנה המוענקה על בסיס שיקולי חירות חיובית דורשת כתנאי להגנה שהבחירה באורח החיים הרלוונטי תהיה בעלת ערך. כפי שצינתי לעיל, לפיכך קל להשתמש בחירות חיובית כדי להגן על זוגיות הומוסקסואלית, על נישואין הומוסקסואליים או על הבחירה להיות (או לא להיות) הורה. קשה יותר להשתמש בכלים של חירות חיובית כדי להגן על מתירנות מינית המאפיינת חלק מהקהילה ההומוסקסואלית. ייתכן אולי שהסובלנות היחסית כלפי זוגיות לסבית בהשוואה לזוגיות הומוסקסואלית נובעת בדיוק מן האמונה כי הזוגיות הלסבית היא פחות מתירנית, דומה יותר למונוגמיה ההטרסקסואלית ועל כן היא בעלת ערך. כדי להגן על אורחות החיים המתירניים יש לומר (כפי שמקצת התאורטיקנים גרסו) כי המתירנות המינית ההומוסקסואלית היא בעלת ערך משום שהיא משקפת מרד נגד מסגרות חיים קונבנציונליות, ספונטניות ואולי גם הסתייגות ראויה ממוסדות פטריארכליים כמו נישואין.⁵²

52 לעמדה זו ראו למשל דן יקיר ויונתן ברמן "נישואין בין בני אותו המין: האומנם הכרחי? האומנם רצוי?" מעשי משפט א' 169, 170–171 (2008). חסיד החירות החיובית יכול אולי לאמץ את המסקנה, כי אם חלק מאורחות החיים ההומוסקסואליים (כמו מתירנות מינית) אינם בעלי ערך, אין הצדקה להגן עליהם. עם זאת, חסיד החירות החיובית עשוי גם לומר ששיקולים מוסדיים מחייבים להגן על החלטות אלה לא משום שהם ראויים להגנה, אלא משום שהסמכה של גופים שלטוניים לבצע הכרעות ערכיות מן הסוג הנדרש היא מסוכנת ופוחתת פתח לדיכוי ולהדרה. עמדה פרגמטית זו נראית לי ראויה לבחינה נוספת, ואולם היא מטשטשת את ההבדל הפוליטי בין טיעוני חירות חיובית לטיעוני חירות שלילית. זאת, משום שטיעון זה יביא גם את חסיד החירות החיובית להתנגד למעורבות של המדינה בהחלטות של הפרט – לא משום שהוא תומך בהגנה על חירות שלילית, אלא משום שהוא איננו מאמין שהמדינה תתערב באופן נכון או ראוי.

בפרק זה בחנתי את יתרונותיו וחסרונותיו של השימוש בחירות שלילית ובחירות חיובית כבסיס להגנה על זכויות של מיעוטים מיניים. טענתי גם כי בניגוד לעמדה המקובלת בקרב תאורטיקנים העוסקים בזכויות הומוסקסואלים, דווקא לגישה הליברלית הקלאסית המבוססת על חירות שלילית יש פוטנציאל רדיקלי להגן על אורחות חיים לא קונבנציונאליות של מיעוטים מיניים. אני סבור כי הניטרליות הערכית הנגזרת מן המסורת הליברלית היא בעלת ערך בשחררה את הפרטים מן הצורך להצדיק בפני המדינה את הכרעותיהם ובחירותיהם, להצביע על ערכם או לזהות את תרומתם לחיים טובים. טיעוני חירות חיובית הם על פי גישה זו דכאניים מעצם ברייתם באשר הם מותנים ביכולת ובכוננות של הפרט להצדיק את הבחירה בפני המדינה ולהצביע על ערכה וחיובותה החברתית. עם זאת, קודם שאני מסיים פרק זה חשוב להדגיש שעקרון הנזק וכן ההבחנה בין חירות שלילית לחיובית הם מסגרות תאורטיות גמישות, ושימוש בלתי־זהיר או מתיירני מדי בהם מאיין את משמעותם המעשית. לעקרון הנזק משמעות רק אם מושג הנזק מוגדר היטב. הרחבה של מושג הנזק כך שיכלול בתוכו גם "נזקי כבוד" או פגיעה ברגשות עשוי לטשטש את המשמעות המעשית של עקרון הנזק, באשר הרחבה כזאת תאפשר הסדרה רחבה ובלתי־מוגבלת של איסורים פלילים ואחרים.⁵³ אם מושג הנזק רחב ובלתי־מוגדר, כל הסדרה יכולה להיות מוצדקת במונחי "חירות שלילית", באשר ההתנהגות הבלתי־מוסדרת גורמת "נזק". מכאן נובעת גם המסקנה כי ניסוח טענות במונחים של עקרון הנזק או של חירות שלילית איננו בהכרח מביא למסקנות שונות מניסוח טענות במונחי חירות חיובית ולהפך. המושגים עקרון הנזק, חירות שלילית וחירות חיובית הם מושגים אשר בעבר שיקפו אוריינטציה פוליטית־אינטלקטואלית. ואולם דווקא הפופולריות הפוליטית שלהם הביאה לשחיקה של המשמעות המעשית שלהם באשר תאורטיקנים פוליטיים משתמשים בהם באופנים שאינם מתיישרים עם הסנטימנטים הליברליים שהניעו את אלו שפיתחו מושגים אלה בראשית דרכם. לפיכך חשוב לבחון לא רק אם הטיעון מנוסח במונחי עקרון הנזק או חירות שלילית, אלא גם אם השימוש במושגים אלה מטיל הגבלות אפקטיביות על היכולת של המדינה להסדיר או להפליל התנהגויות שונות.

ג. חירות כאיום: שימוש בערכי החירות כדי להדיר מיעוטים מיניים

בפרק זה אבחן את השימוש בערכי החירות של קהילות שמרניות לקדם פרקטיקות המדירות מיעוטים מיניים, למנוע ממיעוטים מיניים השתתפות פעילה בעיצוב החיים הקהילתיים או לקיים פרקטיקות מפלות הנסמכות על הזכות של חברי הקהילה לקיים את אורחות חייהם. אבחן אם ערכי החירות (בין חיובית ובין שלילית) יכולים לשמש את חברי הקהילות כצידוק לפרקטיקות המדירות או המפלות מיעוטים מיניים, ואם כן – באילו נסיבות.

שאלות דומות מתעוררות לא רק בהקשר קבוצתי או קהילתי, אלא גם בהקשר אינדיבידואלי. החירות של פרט להפלות בין פרטים בעסקאות מסחריות או בהקשרים אחרים מעוררת קונפליקט בין החירות של הפרט במסגרת הספרה הפרטית לנהל את חייו כרצונו ולהימנע למשל מלקיים עסקה עם לסבית או טרנסג'נדר לבין הזכות לשוויון של מיעוטים מיניים. לדיון מפורט זכה קונפליקט זה בפרק

53 דוגמה להרחבה של מושג הנזק ניתן למצוא במאמרה של מיטל פינטו "פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?" המשפט טו 647 (2010).

העוסק בשוויון. במסגרת פרק זה אני אתמקד רק בקונפליקט של בני מיעוטים מיניים עם קהילות דתיות או שמרניות. עם זאת, מערכות השיקולים שהעליתי רלוונטיות גם להקשר האינדיבידואלי. הקונפליקט בין פרקטיקות קהילתיות לבין זכויות של קבוצות מוחלשות מוכר היטב בתאוריה הפמיניסטית כמו גם בתאוריות העוסקות במיעוטים אתניים. תאורטיקנים קהילתניים וחסידים רב-תרבותיות נוטים לעתים קרובות להעניק שיקול דעת רחב לקהילות לאמץ פרקטיקות מדירות או מפלות בשמו של עקרון החירות. לעומתם, תאורטיקנים ליברלים ורדיקלים סבורים כי בשם עקרונות שוויון וחירות יש להתערב בשיקול הדעת של הקהילות כדי להגן על קבוצות מיעוט כולל מיעוטים מיניים מפני הפליה והדרה.⁵⁴ יש גם תאורטיקנים הסבורים כי דווקא זכויות אינדיבידואליות מחייבות הגנה על פרקטיקות קהילתניות מפלות ומדירות משום שלמדינה הליברלית אין זכות להתערב בפרקטיקות כאלה.⁵⁵

שאלת היסוד התאורטית שסוגיות אלה מעלות היא שאלת הגבולות הראויים בין הספרה הפרטית לציבורית. חסידי ההתערבות רוצים להרחיב את תחולתן של נורמות המאפיינות את הספרה הציבורית (בייחוד ערכי השוויון) על חשבון הספרה הפרטית, ואילו מתנגדי ההתערבות סבורים שיש להגן על החירות בספרה הפרטית על חשבון ערכים המאפיינים את הספרה הציבורית כגון שוויון.⁵⁶ לעתים מצדיקים הראשונים את טענתם באמירה כי הספרה הפרטית היא מכשיר לשמר אי-שוויון והדרה.⁵⁷ בכל שיטה משפטית מוצא ויכוח זה ביטוי דוקטרינרי אחר. בישראל הוויכוח מתנהל במידה רבה סביב חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ומקומות ציבוריים, התשס"א – 2000 אשר מטיל הגבלות על הזכות של בעלי עסקים או נותני שירותים להפלות בין אנשים על בסיס שיקולים זרים כמו גזע, דת, מין ונטייה מינית.⁵⁸ החוק מיועד להגן על הזכות לשוויון של פרטים השייכים למיעוטים מיניים, אך להגנה זו יש מחיר במונחי החירות של קהילות אחרות. סעיף 3(א) לחוק מחדיר ערכים של הספרה הציבורית (איסור הפליה למגזר הפרטי), ואילו סעיף 3(ד) מייצר חריג המגן על הספרה הפרטית. סעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים קובע כי:

“(א) מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות.

(ב) ...

54 לסקירה של הוויכוחים הללו ראו Sarah Song, *Multiculturalism*, in STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, available at <http://plato.stanford.edu/entries/multiculturalism>.

55 התאורטיקן הבולט המזוהה עם עמדה זו הוא קוקטס. ראו Chandran Kukathas, *Are There any Cultural Rights?*, 20 POL. THEORY 105 (1992). אלא שעמדה זו מתנית בכך שלפרטים יש יכולת אפקטיבית לצאת מן הקהילה (right of exit).

56 לדיון כללי בשאלה זו ראו Harel, *Private and Public Law*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1040.

57 ראו שם.

58 לדיון מפורט בחוק זה והשפעתו על זכויות מיעוטים חד-מיניים ראו משה כהן-אליה "פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים" בספר זה.

... (ג)

... (1ג)

(ד) אין רואים הפליה לפי סעיף זה –

(1) כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי;

(2) כאשר הדבר נעשה על ידי ארגון או מועדון, שאינו למטרת רווח, ונעשה לשם קידום צרכים מיוחדים של הקבוצה שאליה משתייכים החברים במועדון או בארגון, ובלבד שצרכים מיוחדים כאמור אינם נוגדים את מטרת החוק;

(3) בקיומן של מסגרות נפרדות לגברים או לנשים, כאשר אי הפרדה תמנע מחלק מן הציבור את הספקת המוצר או השירות הציבורי, את הכניסה למקום הציבורי, או את מתן השירות במקום הציבורי, ובלבד שההפרדה היא מוצדקת, בהתחשב, בין השאר, באופיו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי, במידת החיוניות שלו, בקיומה של חלופה סבירה לו, ובצורכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה.

(ה) "...”

לפיכך שאלת היחס בין סעיף 3(א) לבין החריג המעוגן בסעיף 3(ד) היא שאלה מרכזית מאוד הן לחברי הקהילה המוגנת בסעיף 3(ד), החפצים מטבע הדברים להרחיב את היקפו של החריג, והן לקבוצות המיעוט שהן מושא ההגנה של החוק, החפצות לצמצם את היקפו של החריג כדי להנות מההגנה המוענקת על ידי סעיף 3(א).⁵⁹

בארצות-הברית המבנה החוקי המסדיר את האיזון בין חירות הקהילה לדבוק באמונותיה המפלגות או המדירות ולפעול על פיהן לבין הזכות לשוויון (או זכויות אחרות של מיעוטים מיניים) מוצא ביטוי משפטי שונה. החירות של פרטים או קהילות לאמץ פרקטיקות מדירות נתפס בארצות-הברית כחלק מחופש הביטוי, ולפיכך הוא מוגן בתיקון הראשון לחוקה. לעומת זאת, האינטרס של קהילות המיעוט בכלל ומיעוטים מיניים בפרט מוגן בדרך כלל בחוקים המדינתיים המכונים public accommodation laws אשר אוסרים הפליה במקומות ציבוריים.⁶⁰ במילים אחרות, התיקון הראשון לחוקה האמריקנית ממלא בארצות-הברית את התפקיד שממלא סעיף 3(ד) לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, ואילו

59 עם זאת, יש כמובן מקרים שבהם דווקא חברי מיעוטים מיניים ירצו להרחיב את היקף החריג, למשל, כדי לאפשר להומוסקסואלים וללסביות לקיים אירועים מהם יודרו הטרנסקסואלים. היינו שעה שבאופן טיפוסי החריג לסעיף פוגע בזכויות מיעוטים מיניים הוא עשוי לעתים להגן עליהם.

60 ראו למשל את החוק במדינת קליפורניה. California Fair Employment and Housing Act (FEHA), Gov. Code, § 12900-12996 (1959), שאוסר הפליה בדיוור ובתעסוקה, בין היתר, על רקע מין, מגדר, זהות מגדרית, ביטוי מגדרי או נטייה מינית.

סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים שווה ערך לחוקי ה-public accommodation המדינתיים.⁶¹

ואולם, כפי שצינתי, בבסיס השאלות הדוקטרינריות המורכבות שחוקים אלה מעלים עומדת שאלת סוד תאורטית חשובה: מהו הגבול הראוי בין הפרטי לציבורי. סעיף 3(א) לחוק הישראלי כמו גם הסעיפים בחוקי ה-public accommodation האמריקניים מרחיבים את תחום ההתנהגויות הכפופות לנורמות של הספירה הציבורית. מנגד, החריג שבסעיף 3(ד) והתיקון הראשון של החוקה האמריקנית מגנים על הספרה הפרטית. רקע תאורטי ומשפטי זה יאפשר לנו לתאר ארבעה אירועים, שניים מהארץ ושניים מארצות-הברית, המדגימים את הקונפליקט ואת האופן שבו בחרו בתי המשפט להסדיר קונפליקט זה. בחרתי באירועים אלה בשל העובדה שהם הפכו לתקדימים מפורסמים. יש כמובן אירועים רבים אחרים המעלים דילמות דומות.

ארגון חיילים משוחררים הוסמך על ידי עיריית בוסטון לקיים מצעד לכבוד יום סנט פטריק, שהוא חג אירי מסורתי הנחגג בכל רחבי ארצות-הברית. ארגון הומוסקסואלי אירי פנה למארגני המצעד בבקשה לצעוד במסגרת הצעדה המסורתית. לאחר שבקשתם סורבה פנה הארגון לבית המשפט וטען כי הסירוב בלתי-חוקי משום שהחוק במדינת מסצ'וסטס אוסר הפליה על בסיס נטייה מינית במקומות ציבוריים. בית המשפט המדינתי קבע כי האירוע היה אירוע ללא נטייה אידאולוגית, ולמארגני המצעד לא הייתה הזכות לשלול מחברי הארגון את הזכות לצעוד, משום שהחלטתם התנגשה בחוקים המדינתיים האוסרים הפליה על רקע של נטייה מינית. בית המשפט העליון האמריקני הפך את ההחלטה של בית המשפט המדינתי על בסיס התיקון הראשון לחוקה. לדעתו של בית המשפט, הטלת חובה על מארגני הצעדה לאפשר לארגון לצעוד היא בגדר פגיעה בחופש הביטוי של מארגני המצעד המעוגן בתיקון הראשון לחוקה, וכן פגיעה בזכות לקהילה אינטימית (intimate association) שהיא זכות הנגזרת מחופש הביטוי. לפי קביעת בית המשפט העליון, מארגני המצעד זכאים לעצב את אופיו של המצעד בהתאם לערכיהם.⁶²

אירוע דומה מאוד התרחש במסגרת ארגון הצופים האמריקני.⁶³ נער שהיה חבר בארגון הצופים הפך לפעיל הומוסקסואלי, ובעקבות זאת החליט ארגון הצופים האמריקני למנוע ממנו להיות בעל תפקיד של מנהיגות בתוך הארגון. הנער עתר נגד ההחלטה בהתבסס על החוקים המדינתיים האוסרים הפליה על רקע של נטייה מינית. ארגון הצופים טען כי לאלץ ארגון פרטי לקבל מדריך אשר בהתנהגותו פוגע בערכי הארגון היא פגיעה בתיקון הראשון המבטיח את חופש הביטוי. לטענתם, הסירוב לקבל הומוסקסואלים מבוסס על הערכים שבהם מצדד הארגון, והמדינה אינה רשאית בשם שיקולי שוויון או ערכים אחרים לפגוע בזכותו של הארגון לפעול על פי אמונותיו ולהדיר משורותיו חברים אשר אינם

61 לדיון על ההשפעה של חוקים אלה על זכויותיהם של מיעוטים מיניים ראו Chai R. Feldblum, *Rectifying the Tilt: Equality Lessons from Religion, Disability, Sexual Orientation, and Transgender*, 54 ME. L. REV. 159, 172–181 (2002).

62 ראו עניין *Irish Lesbian & Gay Org.*, לעיל ה"ש 3.

63 ראו *Curran v. Mount Diablo Council of the Boy Scouts*, 17 Cal. 4th 670 (1998).

חיים באופן המתיישב עם ערכי הארגון.⁶⁴ בית המשפט העליון האמריקני קיבל עמדה זו וקבע כי אין לחייב את ארגון הצופים לקבל מדריכים שהתנהגותם או אורחות חייהם אינם מתיישבים עם מטרות הארגון. בית המשפט ביסס עמדה זו הן על הזכות החוקתית להתאגדות "אקספרסיבית" והן על הקביעה כי האיסור על הפליה לא חל על ארגון הצופים.⁶⁵ יש לציין כי במקרים אחרים הכריע בית המשפט האמריקני באופן הפוך. כך למשל ארגון "רוטרי" חפץ להדיח סניפים אשר אפשרו לנשים להתקבל כחברות. הסניפים הללו עתרו נגד ההחלטה, ובית המשפט האמריקני פסק כי אסור לארגון "רוטרי" להדיחם.⁶⁶

כאמור, בישראל מוסדר העניין באמצעות חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. בפסק דין יעקבוביץ' ביקשו התובעות, טל יעקבוביץ' ויעל בירן, לערוך טקס נישואין בגן האירועים במושב השיתופי יד השמונה.⁶⁷ אולם האירועים הופעל על ידי חברי היישוב שהם יהודים משיחיים המתנגדים להומוסקסואליות ורואים בה פרקטיקה בלתי-מוסרית. חברי היישוב סירבו לאפשר לזוג לקיים את האירוע בטענה כי אמונתם הדתית אוסרת יחסי מין הומוסקסואליים. לעומת זאת, התובעות ביקשו להשתמש בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים האוסר הפליה על בסיס נטייה מינית וכן בחוק לאיסור הטרדה מינית בטענה שהסירוב של גן האירועים הוא בגדר התנהגות מבזה ומשפילה. בית המשפט פסק לטובת התובעות וחייב את הנתבעים לשלם פיצוי כספי לתובעות. ערעור על החלטה זו נדחה.⁶⁸

ולבסוף, העיתון "מקור ראשון" – עיתון דתי לאומי – סירב לפרסם מודעה של האגודה לשמירת זכויות הפרט המקיימת קו סיוע לחברי הקהילה ההומוסקסואלית-לסבית.⁶⁹ האגודה תבעה את אכיפת החוזה שנחתם לדעתה בינה לבין העיתון. העיתון גרס כי הוא עיתון בעל אופי דתי וכי פרסום המודעה מתנגש עם הערכים שהוא מייצג. חירויות יסוד כמו חופש הביטוי וחופש דת מחייבות לאפשר לעיתון לסרב לפרסם את המודעה. לעומת זאת, האגודה לשמירת זכויות הפרט נסמכה על החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים. לאחר שהתביעה נדחתה בבית משפט השלום הוגש ערעור, ובית המשפט המחוזי צידד בעמדתה של האגודה לשמירת זכויות הפרט וחייב את "מקור ראשון" לשלם פיצויים לאגודה לשמירת זכויות הפרט.⁷⁰ בבסיס ההחלטה עמדה גם הקביעה כי המודעה איננה מודעה המצדדת בהגנה על מיעוטים מיניים או המיועדת לקדם את האינטרסים של הומוסקסואלים, אלא מודעה אשר הפנתה את תשומת לב קוראי העיתון לקיומו של קו סיוע להומוסקסואלים. לדעת בית המשפט לא הייתה

64 מטבע הדברים הדיון בפסק הדין נסב, בין היתר, על השאלה אם ההתנגדות להומוסקסואליות היא אכן חלק מן הערכים של תנועת הצופים, או שמא מדובר בערכים של מנהלי הארגון ואשר אינם משקפים את ערכי הארגון ככזה. שם, בעמ' 681–682.

65 שם, בעמ' 673.

66 Board of directors, Rotary International v. Rotary club of Duarte, 481 U.S. 537 (1987).

67 ת"א (שלום י-ם) 5901/09 יעקבוביץ' נ' בית הארחה וגן אירועים יד השמונה (פורסם בנבו, 3.9.2012).

68 ע"א (מחוזי י-ם) 5116-11-12 בית הארחה וגן אירועים יד השמונה נ' יעקבוביץ' (פורסם בנבו, 17.6.2014).

69 ראו תא"מ (שלום ת"א) 44551-11-10 האגודה לשמירת הפרט נ' מקור ראשון המאוחד בע"מ (פורסם בנבו, 28.12.2011).

70 ראו ע"א (מחוזי ת"א) 35563-02-12 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ (פורסם בנבו, 12.1.2014).

במודעה מסוג זה משום פרובוקציה או התנגשות כלשהי עם הערכים של העיתון. בקשת רשות ערעור שהוגשה על פסק הדין נמחקה לבקשת העיתון.

כל אחד מן המקרים הללו מערב התנגשות בין הזכות לחירות של קהילה שמרנית החפצה לשמור על ייחודה התרבותי או הדתי ולהדיר הומוסקסואלים עם ערכי השוויון ואיסור האפליה המאפיינים את הספרה הציבורית.⁷¹ ההגנה על החירות של חברי הקהילות האתניות או הדתיות פוגעת לפיכך בקהילה הלהט"בית, מונעת מחבריה להשתתף באופן מלא בחיים הקהילתיים, מעצימה את הסטיגמה נגדה וגורמת נזקים כלכליים וחברתיים לחברי הקהילה. השאלה היא באילו נסיבות גוברת הזכות לחירות של חברי הקהילה האתנית או הדתית על הזכות לשוויון של חברי הקבוצה המודרת. מקרים אלה אינם מהווים מדגם מייצג, ואינני מתיימר ברשימה זו לנתח באופן ממצה את המצב המשפטי. עם זאת, דוגמאות אלה מאפשרות לנתח באופן תאורטי את ההשלכות של הניתוח הפילוסופי של מושג החירות על קונפליקטים מסוג זה.

ככלל, חסידי החירות השלילית ייטו בדרך כלל להעדיף את חברי הקהילה המדירה על פני האינטרסים של הקבוצה המודרת. זו איננה תוצאה הכרחית, משום שכפי שצוין לעיל, פרשנות מרחיבה של עקרון הנזק תאפשר לטעון כי הקהילה המודרת ניזוקה.⁷² ואולם תחת פרשנות מסורתית צרה של מושג הנזק, הבחירה של חברי הקהילה המדירה ראויה להגנה ללא קשר לשאלה אם היא מוסרית או ראויה.⁷³ לעומת זאת, חסידי החירות החיובית יכולים לטעון כי בחירותיהם של חברי הקהילה המדירה אינן בעלות ערך, אינן מבטאות באופן מלא ואותנטי את הערכים של חברי הקהילה או שאינן מקדמות את הטוב החברתי. ואכן, טיעון נפוץ בהקשר זה הוא הטיעון כי העמדה המדירה מיעוטים מיניים או קבוצות אחרות מן הקהילה איננה עמדה של הקהילה ככזו, אלא של מנהיגי הקהילה, וכי ההדרה איננה הדרה של הקהילה, אלא של מנהיגי הנוכחיים. למותר לציין כי נכונותה או אי-נכונותה של עמדה זו תלויות בהקשר ובשאלות עובדתיות שאי-אפשר לדון בהן באופן מופשט.

עם זאת, לדעתי גם חסידי החירות החיובית מחויבים לשקול ברצינות את האפשרות של פרקטיקות קהילתיות יש ערך אפילו אם הן מדירות. פרקטיקה מדירה היא בדרך כלל מרכיב אחד באורח חיים המשקף ערכים מסוימים. כך למשל הדרת הומוסקסואלים יכולה להיות מבוססת על ייחוס מרכזיות לחיי משפחה הרמוניים ולגידול ילדים. גם אם ההדרה איננה מוצדקת ופוגעת פגיעה קשה במיעוטים המיניים, יש ערך להקפדה של המדינה שלא להתערב במידת האפשר באף מרכיב של אורח החיים הקהילתי בשל הקשר ההדוק בין המרכיבים השונים המאפיינים את החיים הקהילתיים. יש להבדיל בין

71 ההבדל בין ההחלטות של בית המשפט האמריקני באירועים שתוארו לעיל לבין ההחלטות של בית המשפט הישראלי יכול להיות מוסבר במונחים אלה. ישראל היא מדינה שנבנתה בעוינות לספרה הפרטית. הנכונות של בית המשפט להתערב בהחלטות של מקור ראשון ושל מפעילי אולם האירועים ביד השמונה היא ביטוי לחשדנות המסורתית כלפי הספרה הפרטית. לעומת זאת, ההגנה שלה זוכה הספרה הפרטית בארצות-הברית, באה גם לידי ביטוי בהגנה החוקתית על החירות של קהילות לקיים פרקטיקות ולקדם ערכים המתנגשים עם ערכי השוויון של הספרה הציבורית.

72 ראו פינטו, לעיל ה"ש 53.

73 נראה שהמייצג המובהק של עמדה זו הוא Kukathas, לעיל ה"ש 55.

הדרה שהיא תוצר של גחמה לבין הדרה שהיא חלק מאורח חיים מקיף הכולל ערכים ופרקטיקות התומכים זה בזה.⁷⁴

במבט שטחי נראה כי ללא קשר לשאלה מהו האיזון הרצוי בין ההגנה על ערכים אתניים ודתיים לבין ההגנה על מיעוטים מיניים, התערבות משפטית בפרקטיקות מדירות מן הסוג שהדגמנו לעיל עשויה להועיל לחברי הקהילה המודרת. ואולם הבנה של הדינמיקה הפנימית של קהילות וההשלכות ארוכות הטווח של ההתערבות מעוררת ספק בנוגע למסקנה זו. כפי שצינו, על פי רוב, הקהילה המדירה היא קהילה הטרוגנית, ויש בקהילה המדירה קבוצות המתנגדות להדרה. לעתים התערבות משפטית עלולה להחליש את הקבוצות המתנגדות להדרה באשר קבוצות אלה נתפסות כמשתפות פעולה עם ה"אויב" (בתי המשפט והמדינה). זאת ועוד, פוטנציאל ההתערבות החיצונית מצד המדינה עלול להקטין את התמריצים להיאבק באופן פנימי בתוך הקהילה למען שינוי. תומכי השינוי עשויים להיחפז ולבחור את הדרך המשפטית הקלה והמהירה על פני הדרך הקשה יותר אך היעילה יותר לטווח ארוך, דהיינו מאבק בתוך הקהילה עצמה. למאבק פנימי בתוך הקהילה יש ערך נוסף באשר הוא עשוי להביא לשינוי ערכי הקהילה ויחסה של הקהילה למיעוטים מיניים. כמו כן לעתים קרובות ההתערבות מצד המדינה עלולה להיות בלתי-יעילה, בייחוד כאשר התרופה הנדרשת מחייבת אינטראקציה הדוקה בין חבר קבוצת המיעוט לבין חברי הקהילה. ניתן להניח (אף כי לא ניתן להוכיח זאת) כי לו היה בית המשפט מחייב את הצופים לקבל את הנער כמדריך, היה הנער מתקשה להשתלב כחבר פעיל בקהילת הצופים. לבסוף, יש לציין כי הנכונות להתערב בפרקטיקות מדירות עלולה להשפיע גם לרעה על זכויות מיעוטים מיניים, משום שיש הקשרים שבהם פרקטיקות כאלה מתקיימות גם בקהילות חד-מיניות. כך למשל יש ברים הומוסקסואלים המדירים נשים או מועדוני לסביות המדירים גברים. גם מקום שבו יש הצדקה חלקית לפרקטיקות מדירות כאלה, בתי המשפט עלולים להשתמש באותם הכלים ממש כדי להתערב בפרקטיקות של הדרה בקהילה החד-מינית.⁷⁵

ד. סיכום

בפרק זה סקרתי את תפקידו של ערך החירות בשיח המשפטי הנוגע לזכויות מיעוטים מיניים. ערך החירות משרת הן את הרחבת הזכויות של מיעוטים מיניים (בשם החירות של מיעוטים מיניים) והן את צמצומן בשמן של חירויות מתנגשות. כמו כן ניסיתי להגן על העמדה (הלא-פופולרית כיום בחוגים רבים) שלפיה עקרון החירות השלילית הוא עיקרון בעל ערך העשוי בנסיבות מסוימות להיות עדיף על עקרונות של חירות חיובית. זאת, משום שחירות שלילית איננה דורשת שיפוט מוסרי בנוגע לערך של אורח החיים של המיעוטים המיניים. לצורך הגנה על חירות שלילית אין צורך לקבוע כי הומוסקסואליות היא אורח חיים ראוי או בלתי-ראוי. לבסוף, טענתי כי יש הצדקה מסוימת להגן על חירות של קבוצות

74 להגנה על טענה זו ראו Alon Harel, *Hate Speech and Comprehensive Forms of Life*, in THE CONTENT AND CONTEXT OF HATE SPEECH: RETHINKING REGULATION AND RESPONSES 306 (Michael Herz & Peter Molnar eds., 2012).

75 לדיון כאוב בפרקטיקות מדירות אלה ראו Jillian T. Weiss, *GL vs. BT: The Archaeology of Biphobia and Transphobia Within the U.S. Gay and Lesbian Community*, 3 J. BISEXUALITY 25 (2004).

שמרניות ודתיות גם כאשר חירות זו מתנגשת עם האינטרסים של מיעוטים מיניים. זאת, הן בשל חשיבותה של החירות של בני הקבוצה השמרנית-דתית והן משום שהגנה כזו עשויה בטווח הארוך לתרום לרווחתם של מיעוטים מיניים אלה.

הבנה מקיפה של חשיבות ערך החירות ויכולתו לקדם אינטרסים פוליטיים וחברתיים מחייבת גם הבנה של האינטראקציה בינו לבין ערכים אחרים. כדי לקבל תמונה מלאה ומקיפה יש לעיין גם בדיונים על ערכים אחרים ובייחוד ערך הכבוד וערך השוויון. ללא היכרות עם הערכים האחרים העומדים בבסיס הזכויות של מיעוטים מיניים לא ניתן יהיה להבין באופן מלא גם את תרומתו של ערך החירות לזכויות אלה.