

## זרקור: שלוש הערות על בג"ץ "קלפים פתוחים"

מאת

דורי ספיבק\*

### א. מבוא

בפברואר 2014 הודיע משרד החינוך על הכללת נושא הגאווה ודילמות הקהילה הגאה, ובהן דילמת היציאה מהארון, באפשרויות הבחירה במבחן הבגרות באזרחות.<sup>1</sup> החלטה זו, כמו רבות אחרות בשנים האחרונות, ממחישה את השינוי הרדיקלי שחל ביחסם של החברה והמשפט הישראליים לקהילה הגאה בכלל, ולבני נוער להט"ביים בפרט. זאת, בשני העשורים שחלפו מאז שהחליט שר החינוך לאסור את שידורה של תכנית הטלוויזיה "קלפים פתוחים", שבה התארחו צעירים הומואים, ביסקסואלים ולסביות שדנו בחייהם ובקשייהם. כוונתו של שר החינוך לאסור את שידור התכנית גררה התדיינות משפטית, שסופה היה בפסק דין של בית המשפט הגבוה לצדק, שפסל את ההחלטה.<sup>2</sup> כל הפרשה נראית כיום כפיסת היסטוריה רחוקה ומעט תמוהה, אשר הרלוונטיות שלה ל"דילמות הקהילה הגאה" שבה יעסקו תיכונסטים בבחינת הבגרות הקרובה מצומצמת למדי. ברשימה זו ברצוני לעיין מחדש בפרשה, ולבחון את השינויים שחלו במציאות הישראלית מאז שאירעה, כיצד נראה המאבק ההוא במבט עכשווי ומה אפשר להסיק מהצלחתו המסחררת (ומהצלחתם של מאבקים אחרים). לאחר שאתאר את גלגולי העתירה, אדון בשימוש בכלים מקצועיים חוץ-משפטיים להתמודדות המשפט עם להט"ביות, אגע ברטוריקה של פסק הדין ואסכם בהערה לעניין הצורך לעמוד על המשמר ולהמשיך להגן על חופש הביטוי, גם בימים שבהם ייתכן שנדמה שהמטרה בזירה זו הושגה, ותשומת לב של הקהילה מופנית למאבקים אחרים.

### ב. שנות התשעים: מאבק, פריצה ונסיגות

במהלך שנות התשעים הייתי חבר הנהלה ושימשתי גם כיועץ המשפטי של "האגודה לשמירת זכויות הפרט", שברבות השנים שינתה את שמה ל"אגודת ההומואים הלסביות, הבי והטרנס" ("האגודה").

\* שופט בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב. תודה לאהובי פרופ' ישי בלנק וכן לפרופ' מיכאל בירנהק, לפרופ' אייל גרוס ולעו"ד דן יקיר, כמו גם לחברי המערכת, שכולם קראו והעירו הערות חשובות.  
1 עמרי מניב "בגרות בגאווה: דילמות הקהילה הגאה נכנסות לבגרות באזרחות" *nana* 10 19.2.2014 [news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1039109](http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1039109)  
2 בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט – למען הומוסקסואלים, לסביות וביסקסואלים בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נא(5) 822 (1997).

בסוף שנת 1996, חודשים ספורים לאחר שקיבלתי את רישיון עריכת הדין שלי והתחלתי לעבוד בקליניקה לזכויות אדם בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, נקרתה בדרכי ההזדמנות הראשונה לעתור לבג"ץ כעורך דין בפרשייה שעניינה היה הקהילה הלהט"בית, בעקבות החלטה של שר החינוך דאז זבולון המר ז"ל, לאסור שידור פרק בתכנית הטלוויזיה הפופולרית "קלפים פתוחים". התכנית "קלפים פתוחים" שודרה במהלך שנות התשעים בערוץ 2, בשעות אחר הצהריים ועסקה בנושאים שנויים במחלוקת בקרב בני נוער. סביב שולחן עגול באולפן התכנית נפגשו מדי שבוע בני נוער מכל קצות החברה הישראלית, לדיון על נושאים המטרידים אותם. בנובמבר 1996, מספר ימים קודם לשידור שני פרקים בסדרה שעסקו בזהות מינית, שבהם התארחו ארבעה צעירים להט"בים שסיפרו את סיפור היציאה מהארון האישי שלהם, דרש ח"כ חנן פורת משר החינוך, חברו למפלגה (המפד"ל), למנוע את שידורה של התכנית. ח"כ פורת טען שיש בתכנית משום "מתן לגיטימציה ועידוד בני נוער להתנסויות מוזרות". כאחראי על הטלוויזיה החינוכית, נענה השר לבקשתו של פורת, והורה "לבטל את השידור לפי שעה משום שהתוכנית שנויה במחלוקת כל כך חריפה עוד לפני שידורה". ההחלטה עוררה זעם בקרב רבים בקהילה הלהט"בית, שאף התגייסו להוקיעה ולנסות לשנותה.<sup>3</sup> יש לציין שאותן השנים היו הרות גורל בארגון הפוליטי והחברתי של הקהילה ושל מאבקה לשחרור לאחר שנים של דיכוי והכפפה. במחצית השנייה של שנות התשעים אורגנו לראשונה מצעדי גאווה פומביים בתל-אביב, הוקרנו סדרות טלוויזיה וסרטים שעסקו בחיים של להט"בים בישראל, התקשורת עסקה בקהילה באופן הולך וגובר, וניתן לומר שהקהילה בכללותה חוותה תחושת מהפך בהתייחסות אליה בספרה הפומבית.<sup>4</sup> כחלק אינטגרלי מהמאבק הציבורי, הגשנו אני ושני עורכי דין נוספים עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק כחודשיים לאחר קבלת ההחלטה על ידי השר המר. עורכי הדין הנוספים, עו"ד עירא הדר ועו"ד דן יקיר, הפכו ברבות השנים לחברים טובים ולשותפים לדרך וביחד ייצגנו את שלושת העותרים הציבוריים: אגודת ההומואים והלסביות, קל"ף – קהילה לסבית פמיניסטית (ארגון שהיה פעיל מאוד באותה עת) והאגודה לזכויות האזרח בישראל.

## ג. העתירה

במרכז העתירה עמדה הטענה שהחלטת השר מהווה צנזורה אסורה הפוגעת שלא כדין בעקרונות היסוד של הדמוקרטיה ובראש ובראשונה בחופש הביטוי,<sup>5</sup> ובזכותה לשוויון של קהילת הלהט"ב. כל זאת,

3 לעניין זה ראו במיוחד את גיליונות העיתון "הזמן הוורוד", העיתון שהיה באותם ימי טרום-אינטרנט כלי התקשורת המרכזי של הקהילה, שפורסמו בסמוך לאחר מתן ההחלטה.

4 למען הדיוק ההיסטורי אציין שפרשת קלפים פתוחים התרחשה בשלב מוקדם יחסית של ה"מהפך" שחוותה הקהילה באותן השנים. כך ורק לדוגמה, סדרת הטלוויזיה "פלורנטיין" שודרה בשנת 1997, כמעט במקביל להליכים שאנו ניהלנו בבג"ץ בקשר להחלטה לצנזר את שידור קלפים פתוחים, וניצחונה של דנה אינטרנשיונל באירוויזיון כמו גם מצעד הגאווה רב-המשתתפים הגדול הראשון בתל-אביב התרחשו בשנת 1998, לאחר הפרשה.

5 לחשיבות איזון אינטרסים כלל-חברתיים, לרבות אינטרסים של קבוצות, באופן ספציפי במסגרת ביקורת שיפוטית על החלטות שנטען כנגדן שהן פוגעות בחופש הביטוי ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב, 735 פס' 20.9 (2010).

בהתבסס על דעות וסטראוטיפים המובילים לדה-לגיטימציה של בנות ובני הקהילה. עוד טענו שאסור שתחושת בני הנוער, כי השר המופקד על חינוכם רואה בבני נוער הומואים ולסביות קבוצה המוקצית מחמת מיאוס, תישאר ללא מענה ערכי ומעשי. למחרת הגשתה, הוציא השופט תיאודור אור צו על תנאי, שחייב את שר החינוך לנמק מדוע לא תבוטל החלטתו.

בתצהיר התשובה שהגיש לבית המשפט טען שר החינוך שהחלטה לאסור את השידור מבוססת על כך שהתכנית "מתעלמת מערכים קולקטיביים, כמו משפחה והמשכיות, הראויים להבלטה במסגרה של תכנית חינוכית".<sup>6</sup> תצהיר התשובה נתמך בשלוש חוות דעת מומחים, שכולן גרסו שהתכנית אינה מתאימה לשידור במסגרת חינוכית המיועדת לבני נוער. זאת, בעיקר מאחר שהמסרים של התכנית אינם "מאוזנים" מבחינה מדעית, פדגוגית ומקצועית כפי שמצופה משידור חינוכי. המומחים שתמכו בעמדת השר היו פרופ' עוזר שילד ז"ל, ששימש אז כיו"ר המזכירות הפדגוגית במשרד החינוך, גב' רוחמה קציר, מנהלת מחוז המרכז במשרד, ומר מיכאל גל, מנהל בית הספר "מנדל" למנהיגות חינוכית. חוות הדעת המקצועיות הכו אותנו, עורכי הדין שעסקו במלאכה, כמו גם את הפעילים הקהילתיים בהפתעה ובדרכוך לא מועטים. הופתענו לראות את העמדות השמרניות – שהיו אף נגועות במה שלדעתנו היה הומופוביה ברורה – שדמויות מרכזיות בעיצוב מדיניות החינוך והשיח החינוכי החזיקו בהן, והיה מדאיג מבחינתנו לראות שעמדות שכאלה מצאו דרכן לתצהירים רשמיים שהוגשו לבית המשפט. חששנו שבית המשפט ירתע מלפסול את עמדת השר, עכשיו כאשר היא מגובה בעמדות מקצועיות של דמויות מפתח כאלה. לפיכך, הבנו שעלינו לעשות כל שאפשר כדי להציב מומחים משלנו אל מול מומחי המשרד.

פנינו בשם הארגונים העותרים למומחים מטעמנו, שנענו וכתבו חוות דעת מקצועיות נוגדות: פרופ' גבריאל סלומון, חתן פרס ישראל לחקר החינוך, ששימש אז כדקאן הפקולטה לחינוך באוניברסיטת חיפה, פרופ' איריס לוין ז"ל, ששימשה אז כראש החוג להיבטים התפתחותיים בחינוך של בית הספר לחינוך באוניברסיטת תל-אביב, ד"ר (כיום פרופ') עדיטל בן-ארי מבית הספר לעבודה סוציאלית של אוניברסיטת חיפה וגב' חנה לויטה, שניהלה אז את בית הספר התיכון שלייד האוניברסיטה בירושלים. הפינג-פונג של חוות דעת המומחים לא הסתכם בכך, שכן בעקבות חוות הדעת שלנו ביקשה הפרקליטות וקיבלה את הסכמתנו להגשת חוות דעת משלימה של פרופ' עוזר שילד שבה ניסה להתמודד עם חוות הדעת שהגשנו, והדגיש שעמדתו לא השתנתה אף לאחר שלמד אותן.

באופן כמעט פואטי (ואולי אף מתוכנן) הרכב השופטים שנקבע לדון בעתירה היה אותו ההרכב שנתן, שלוש שנים קודם לכן, את פסק הדין התקדימי בעניין דנילוביץ':<sup>7</sup> הנשיא אהרן ברק, השופט יעקב קדמי והשופטת דליה דורנר. ביוני 1997 התקיים סוף סוף הדיון בעתירה. במהלכו הציעו השופטים לשר החינוך להסכים לכך שהתכנית תשודר כמות שהיא, וכי בהמשך לה יתקיים דיון נפרד שבו "תוצגנה הדעות השונות בעניין זה". בכך התכוונו השופטים כמובן למתן אפשרות להוספת אותו האיוון שאליו התייחסו חוות דעת המומחים מטעם המדינה. שר החינוך ביקש שבועיים ימים לשקול

6 קריאה בתצהיר ממרחק השנים ממחישה היטב איזו דרך עברה הקהילה הגאה בשנים הללו. לכל מי שעסק אז בשאלת שידור התכנית – הן התומכים והן המתנגדים – היה ברור שרוב רובן של המשפחות הלהט"ביות אינן כוללות ילדים. היום, במיוחד במדינת ישראל, הבאת ילדים לעולם הפכה להיות לעניין נורמטיבי לחלוטין בקהילה.

7 בג"ץ אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).

את עמדתו, אולם בסופו של דבר הודיע, שאינו מקבל את ההצעה והוא נותר בעמדה שלפיה נדרשת פסילתה של התכנית באופן מוחלט.

בספטמבר 1997 ניתן פסק הדין, שבו התקבלה העתירה. למרבה הפתעה ובהמשך לפואטיקה של ההרכב, מי שכתב את פסק הדין היה דווקא השופט יעקב קדמי, שהיה שלוש שנים קודם לכן בדעת מיעוט בפרשת דנילוביץ', שבה הסתייג ממתן זכויות לבני זוג בני אותו המין. הפעם לא רק שלא כתב עמדת מיעוט, אלא שהיה זה שכתב את פסק הדין, שאליו הצטרפו בהסכמה שני השופטים האחרים. וכך כתב: "בעולם המתקדם לעבר שנות האלפיים, תופעת החד-מיניות כשלעצמה שוב אינה מהווה 'סטייה' שיש להוקיעה, לגנותה ולהילחם בה". מנחה התכנית נתיב רובינזון אמר בעקבות קבלת העתירה: "זה יום חג לחופש הביטוי ולמסר של סובלנות בחברה".<sup>8</sup>

התכנית עצמה שודרה כחודשיים מאוחר יותר, כשנה לאחר המועד המקורי שתוכנן לשידורה.<sup>9</sup>

#### ד. הערה ראשונה: על חשיבות השיח המקצועי-טיפולי בליטיגציה לקידום זכויות הקהילה

כשכתבנו את נימוקי העתירה היינו משוכנעים שאנו צועדים על קרקע משפטית בטוחה. לכאורה נדמתה החלטת השר כהחלטה שניתנה בחוסר סמכות מובהק, שכן אין לשר בממשלה הסמכות להתערב בתכנים המשודרים בערוצי הטלוויזיה השונים. יתרה מכך, מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, שהיא הגוף הרגולטורי המפקח על שידורי הטלוויזיה החינוכית בערוץ 2, הבהירה מיד לאחר החלטת השר, שלשיטתה יש לשדר את התכנית, ואף הודיעה לטלוויזיה החינוכית שאי-שידור התוכנית בשל דרישת השר מהווה הפרה חמורה של זיכיון השידור שקיבלה. פרט לנושא הסמכות, היינו משוכנעים שהחלטת השר דינה בטלות שכן היא בלתי-סבירה בצורה קיצונית, בהיותה צנזורה שפוגעת פגיעה אנושה ואסורה בחופש הביטוי. שורת הלכות ארוכה המגנות על חופש הביטוי ואשר מצדיקות התערבות בשיקול הדעת המנהלי בהקשר זה חיזקו את עמדתנו, והעובדה שבג"ץ אף נתן צו על תנאי הפיחה בנו אופטימיות רבה בנוגע לסיכויי הצלחתנו.<sup>10</sup>

כאמור לעיל, חוות הדעת המקצועיות, שתומכות בתפיסת עולם שמרנית, הפתיעו אותנו. הן אילצו אותנו לתמוך את עמדתנו לא רק בטענות זכויות מופשטות ולא רק בטענות לגבי התכנית המסוימת שנונה, אלא גם ב"עובדות חברתיות". כידוע, גם בישראל, בדומה לשיטת המשפט שבארצות-הברית,

8 ליטל לוי"ן "היום לפני 14 שנה: שר החינוך זבולון המר מצנזר תוכנית נוער על הומוסקסואליות" הארץ – חדשות 21.11.2010 [www.haaretz.co.il/news/education/1.1230976](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1230976)

9 למעוניינים לצפות בתכנית, נכון למועד כתיבת מאמר זה, היא זמינה לצפייה במלואה הן ב-YouTube והן באתר האינטרנט של הטלוויזיה החינוכית, וניתן לצפות בה באמצעות חיפוש המילים "קלפים פתוחים נוער גאה" בכל מנוע חיפוש.

10 לניתוח אופן הפעלת אמות מידה חוקתיות בבחינת חוקיות שיקול הדעת המנהלי, ולאסמכתאות, ראו: ברק-ארז, לעיל ה"ש 5, בעמ' 625. לעניין חופש הביטוי ראו אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז 223 (1996); לניתוח ואסמכתאות ראו עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "מסורת חופש הביטוי בישראל" שקט מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 27 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

מצופה מצדדים, ובראש ובראשונה מהצד שעליו נטל ההוכחה, להגיש במקרים המתאימים מעין "Brandeis Brief", "על שם מחברו של המסמך השיטתי והמדעי הראשון שהוצג בפני בית המשפט, ושהסתמך על כלים מחקרניים של מדעי החברה".<sup>11</sup> לפיכך, החלטנו שחוות הדעת שנגיש יעסקו לא רק בערכה החינוכי הספציפי של התכנית שנפסלה לשידור, אלא יתארו את מצבם המוחלש של הומואים ולסביות בישראל באופן כללי, כמו גם את המחקרים האחרונים בתחום, ויבהירו את החשיבות החינוכית המיוחדת של התכנית, לאורך של "עובדות חברתיות" אלה. בהקשר זה היה נטל ההוכחה מוטל ממילא על כתפנו, לאור חזקת תקינות המנהל, והוא אף התעצם לאור העובדה שהשר ביסס את עמדתו על חוות דעת של גורמים מקצועיים.<sup>12</sup>

איתור אנשי מקצוע בעלי שם ממדעי החברה שיסכימו להגיש חוות דעת התומכת בעתירה לא היה פשוט. הימים היו ימים אחרים, ירודותיים פחות לקהילה. אחדים, ולא מעטים, כלל לא השיבו לפניויותיי. אחרים השיבו בנימוס שהם דווקא תומכים בעמדת השר. ואם לא די בכל האמור, הרי שהיו אנשי חינוך שהיו מנועים מלהגיש חוות דעת נגדית בשל העובדה שהועסקו אותה העת על ידי משרד החינוך. כך, למשל, ד"ר אליעזר מרכוס שקדם לפרופ' שילד בתפקיד יו"ר המזכירות הפדגוגית, הסכים לחוות את דעתו, אך לנוכח הוראות התקש"ר<sup>13</sup> ומעמדו כעובד מדינה היה צורך לקבל אישור להגשתה בתיק, אישור שלא ניתן.<sup>14</sup> פרופ' איריס לוי ז"ל, ראש החוג להיבטים התפתחותיים בחינוך באוניברסיטת תל-אביב, שכאמור הייתה אחת מהארבעה שהסכימו בסופו של דבר לחוות דעתם בזכות שידור התכנית, סיפרה לי לאחר שנים, שלא מעט מהקולגות שלה ניסו להניאה מלכתוב את חוות הדעת. לעומת זאת, עבור ד"ר עדיטל בן ארי מבית הספר לעבודה סוציאלית, שהייתה כבר אז אחת מחלוצות החוקרות של הקהילה באקדמיה הישראלית, מתן חוות הדעת נראה מובן מאליו, והיא כתבה בין היתר בחוות דעתה

11 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), פס' 98 לפסק דינו של השופט שמגר. ראו גם יהונתן גינת "ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי – לאן נעלמה התשתית העובדתית" מחקרי משפט יד 209 (1997). עם זאת, חוות דעת מומחים מתחום מדעי החברה הוגשו לבתי משפט מאז קום המדינה ולאורך כל השנים, אם כי לרוב היו אלה מוגשות לצורך הכרעה בסוגיות ספציפיות, להבדיל מהכרעה בשאלות מדיניות כללית שהן בעלות השלכה חברתית רחבה יותר. לדיון ראו דן שניט "יחסי הגומלין בין מומחים במדעי ההתנהגות לבין מערכת המשפט" הפרקליט לב 365 (1979).

12 "בית המשפט אינו שם את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת [...] במיוחד במקום שהחלטה מבוססת על חוות דעת של גורמים מקצועיים [...] נקודת המוצא הינה כי למשיב, כרשות מנהלית, עומדת חזקת התקינות, קרי שפעולתו נעשתה כדין. על המערער מוטל הנטל כי הרשות פעלה בחוסר תקינות". ראו ע"מ 8111/12 חרד נ' משרד החינוך והתרבות (פורסם בנבו, 6.1.2014). כן ראו בג"ץ 2887/04 אבו מדינגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57, פס' 24 לפסק הדין והאסמכתאות שם (2007).

13 לפירוט ודיון בהוראת התקש"ר שבה מדובר ראו בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(1) 352 (2008). בפסק דין זה, שניתן למעלה מעשר שנים לאחר פסק הדין שבו עוסק מאמר זה, ביטל בג"ץ את הוראת התקש"ר שאסרה באופן גורף על רופאים עובדי מדינה ליתן חוות דעת שעשויה לשמש כראיה בהליך שהמדינה היא צד לו. ראו במיוחד את הדיון בעניין מידת הפגיעה של תקנה זו בזכות הגישה לערכאות.

14 לפירוט נוסף על תהליך הפנייה למומחים לצורך הגשת חוות הדעת הנגדיות ראו דורי ספיבק "24 ספטמבר, 1997 הוא יום הנצחון" הזמן הוורוד – עיתון להומואים ולסביות 13, 2 (אוקטובר 1997).

את הדברים הבאים, שהייתה להם כמובן משמעות שונה לחלוטין כשהם באו כאמירה של מומחית שתמכה את חוות דעתה במחקרים אקדמיים, לעומת טיעון משפטי גרידא:

”בתחומים שונים במדעי החברה, הרוח והמקצועות המסייעים מתחזקת הגישה הרואה בסיפורי חיים (גישות נרטיביות) מקור לידע, הבנה ותובנה.

מבחינה זו מהווה התכנית הנדונה מקור שכזה. אין בהקרנתה משום סתירה להקרנתה של תכנית נוספת שתשלב דעותיהם של אנשי מקצוע. תכנית שכזו יכול להוסיף ידע לענין, אך אין בכך כבדי לשלול את הצדקת הקרנתה של התכנית הנדונה, שמביאה בצורה אותנטית חוויות חיים של צעירים הומוסקסואלים.

לפי הספרות המחקרית העוסקת בנושא, אין חשיפתם של בני נוער הומוסקסואלים יכולה לגרום למישהו להפוך להומוסקסואל או ללסבית. מאידך, חשוב ביותר שבני נוער המתחבטים בשאלת זהותם המינית יראו ש'הם לא לבד'. מחקרים רבים מראים על כך שרבים מבני הנוער ההומוסקסואלים חווים בדידות עמוקה בתהליך גיבוש זהותם. תחושת הבדידות היא מקור למצוקה קשה, שאף היא ידועה לנו מן הספרות, ושלעתיים תובעת מחירים הרסניים.

שיעור ההתאבדויות בקרב בני נוער הומוסקסואלי גבוה בצורה משמעותית, משיעור ההתאבדויות בקרב בני נוער הטרוסקסואלי (שיעור הגבוה פי שניים או שלושה). התכנית 'קלפים פתוחים' בהחלט יכולה לחזק ולספק תמיכה למי שנמצא במצוקה בנושא הזה“.

המאבק להכרה ולזכויות של הקהילה הלהט"בית נתקל כאן בקושי המוכר מספרות משפטיות אחרות, כאשר בית המשפט נדרש להכריע בין חוות דעת מקצועיות שונות, התומכות בכל אחד מהצדדים ובעמדותיהם. הדבר מוכר במיוחד מתחומי המשפט הפלילי והאזרחי, ובמקרה הנוכחי נוסף לו עוד רובד, שכן חוות הדעת המקצועיות אינן תומכות בעמדה של צד לזיכוח בין פרטים, אלא ניתן למצוא בהן ביטוי לשתי אידאולוגיות מנוגדות. בית המשפט נאלץ כעת להכריע בין שתי אמיתות עובדתיות ומשפטיות, המגובות בחוות דעת מקצועיות ובניתוח משפטי חזק, וכל הכרעה שתניתן תאשרר אידאולוגיה שונה. מתח זה, המוכר לעורכי הדין הנאבקים למתן זכויות לפלסטינים<sup>15</sup> ומתמודדים עם חוות דעת מקצועיות מתחומי הביטחון, הגיע גם לספרה של חופש הביטוי ושל זכויות קהילת הלהט"ב. אף שפסק הדין התייחס באופן מינימלי לחוות הדעת המקצועיות, אני משוכנע שרק קיומן של חוות דעת חינוכיות נגדיות, שאיזנו את טענות משרד החינוך, אפשר לשופטי בג"ץ לפסול את עמדת השר. פסק הדין הוא אפוא דוגמה מצוינת לשינוי שעבר לאורך השנים הדין המשפטי סביב פגיעות נטענות

15 ראו והשוו את "קרב הנרטיבים" שנוצר בין המומחים משני צדי המתרגם בתיק זה לקרב הנרטיבים של מומחי ההיסטוריה, כפי שמתואר אצל אורן יפתחאל, סנדי קדר ואחמד אמארה "עיון מחודש בהלכת 'הנגב המת': זכויות קניין במרחב הבדווי" משפט וממשל יד 7 (2012). המאמר עוסק בהתדיינות שבה העידו פרופסורים להיסטוריה בפני בית המשפט באופן שיצר עימות בין שני נרטיבים מנוגדים הנוגעים לזכויות הקניין של הבדווים בקרקעות בנגב.

בזכויות אדם בכלל, ופגיעות נטענות בזכויות קהילת הלהט"ב בפרט. אם בעבר ניתן היה להצדיק מדיניות מפלה אך ורק בטענות משפטיות, שהתבססו על פרשנות חוקים ועל שיקול דעת מנהלי, הרי מאז עניין קלפים פתוחים, ולמעשה עד היום, העיסוק בנושא עבר גם פרופסיונליזציה. המדינה ורשויות השלטון נדרשות להצדיק החלטות בנושא, ודאי החלטות הנוגעות לבני נוער ולילדים, גם בנימוקים מקצועיים. כוחם של אנשי המקצועות הטיפוליים למיניהם – הפסיכולוגיה, העבודה הסוציאלית, הרפואה וגם החינוך כמו במקרה שלפנינו – הוא רב מתמיד. מרגע שחוות דעת שכאלה מוגשות לבית משפט, ודאי כשמדובר במומחים בעלי שם או בבעלי תפקידים בכירים בשירות הציבורי, וקל וחומר במקרים שבהם חוות דעת שכאלה מובאות בשם טובת הילד, בית המשפט אינו יכול ואינו רשאי להתעלם מהן.<sup>16</sup> מכאן שהצד שכנגד, ובמקרה הזה משפטנים הפועלים לקידום זכויות קהילת הלהט"ב, חייבים לתת לעמדות אלה "מענה הולם" לא רק באמצעות טיעון משפטי. עליהם לפעול להבאתן של "עובדות חברתיות" המנוגדות לאלה שהוצגו על ידי הרשות, עובדות שימשו בידי השופטים כאחד מכלי ההכרעה במחלוקת, כפי שעשינו אנו בהתדיינות זו.

יתרה מזאת, פסק הדין לא רק נעזר ונתמך בעמדות המקצועיות של מומחים מהפרופסיות הטיפוליות השונות, אלא שלהבנתו הוא אף השפיע על המאבק העז שהתנהל באותן השנים בתוך אותן הפרופסיות עצמן, בין הגורמים השמרניים שראו בהומוסקסואליות מחלה, סטייה ואיום על הסדר החברתי, לבין גורמים ליברליים שביקשו לעקר תפיסות אלה מן היסוד. פסק הדין חיזק את הגורמים הליברליים בתוך הפרופסיות ונתן לעמדה שלהם לגיטימיות. לדוגמה, כאשר אנשי אקדמיה בתחום חינוך עוסקים היום בנושא, פסק הדין בעניין קלפים פתוחים מהווה עבורם נקודת ציון היסטורית חשובה, שממנה והלאה קשה הרבה יותר לחשוב על מערכת חינוך המתעלמת לחלוטין מהנושא.<sup>17</sup>

### ה. הערה שנייה: סובלנות או כבוד? הרטוריקה של פסק הדין במבחן הזמן

בסמוך לאחר שניתן פסק הדין פרסם פרופ' אלון הראל מאמר ביקורתי ביותר על האופן שבו נוסח פסק הדין.<sup>18</sup> מאמרו של הראל דן ברטוריקה של בתי המשפט בנוגע לזכויות להט"ב ובפרט להבדל שבין סובלנות לכבוד. הראל מסיק, בין היתר, מקריאת פסק הדין בעניין קלפים פתוחים, כי כבוד – במובן של כבוד האדם – לא ניתן למצוא בפסק הדין, וגם הסובלנות שבו מסויגת בלבד. לשיטתו של הראל, קיים "פעור בלתי ניתן לגישור בין התפיסה הציבורית של בג"ץ קלפים פתוחים, הרואה בו ניצחון חשוב

16 דוגמה מובהקת לכך היא השימוש שעושים לאחרונה בארצות-הברית המתנגדים לנישואים בין בני אותו המין, במהלך התדיינות משפטיות, במחקרים שלשיטתם מראים שעדיף לילד לגדול במשפחה שבה הורים ממין שונה ראו Eric Eckholm, *Opponents of Same-Sex Marriage Take Bad-For-Children Argument to Court*, N.Y. TIMES, Feb. 22, 2014.

17 בדבר האופן שבו הפך פסק הדין לנקודת ציון חשובה בקשר לכך, ראו: נטע ידיד, יעל רימון ושוש צימרמן "מדיניות משרד החינוך בנושא הלהט"ב: בין 'קלפים פתוחים' לבין חוזר מנכ"ל כנגד ההומופוביה" *מפגש לעבודה חינוכית-סוציאלית* 33, 211 (2011).

18 אלון הראל "בתי-המשפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות? – הערות על בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט ואח' (טרם פורסם) "משפט וממשל ד 785 (1998).

של הקהילה ההומוסקסואלית, לבין תפיסות העולם המבצבצות משורות פסק הדין גרופו". עוד מוסיף הראל, שההחלטה בעניין קלפים פתוחים היא "בגדר כישלון משפטי צורב לקהילה ההומוסקסואלית, וכי רק מערכת משומנת של יחסי ציבור, הנסמכת על בורות הציבור לגבי נימוקי ההחלטה, הצליחה להפוך כישלון משפטי זה לניצחון ציבורי". זאת, טוען הראל, מפני שלהט"בים לא דורשים סובלנות או ניטרליות ערכית, אלא הכרה חברתית מלאה באורח חייהם האלטרנטיבי. פסק הדין, לעומת זאת, משדר את המסר כי אורח החיים ההומוסקסואלי הוא "אורח חיים מפקפק אשר ראוי שיעורר תהיות וויכוחים ערכיים, ולא אורח חיים שווה מעמד לאורח החיים ההטרוסקסואלי". כמה שנים מאוחר יותר פרסם הראל מאמר שבו הכריז על "נפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית",<sup>19</sup> בין היתר בהסתמך על הרטוריקה של בית המשפט העליון בפסק דין זה, שאותה הגדיר כ"סובלנות עוינת".

ההתפתחויות בשנים שחלפו מאז 1997, המתועדות רובן ככולן בספר זה, מעידות לדעתי שהראל לא צדק בכל הקשור בהערכת המשמעות המשפטית הצפויה של הרטוריקה המסויגת ושל העמדה המשפטית הזוהירה בעניין קלפים פתוחים. זאת, אף שאכן היה בה פן מאכזב מנקודת מבטנו כפרקליטי הארגונים העותרים ומנקודת המבט של פעילים להט"בים רבים, שהחזיקו בפוליטיקה רדיקלית ומקסימליסטית יותר. הראל, כך נדמה לי כיום, לא הבין שדווקא אותם ניסוחים שיפוטיים זהירים, שמצד אחד קיבלו את העתירה אך מצד שני נזהרו בכבוד הצד שכנגד, הם שאפשרו פתיחת דיון משפטי אוהד בהמשך הדרך, גם מצד משפטנים שמלכתחילה הביעו עמדות שנתפסו כעוינות יותר לדרישות קהילת הלהט"ב לשוויון, ודאי בכל הנוגע ל"משפחה החדשה".<sup>20</sup> גם בפסקי דין מאוחרים יותר שבהם זכו נציגי הקהילה, הייתה הרטוריקה השיפוטית זוהירה, ונאמרו אמירות שאפשר לכל היותר להתייחס אליהן כאל אמירות סובלניות, ולא כאל אמירות של מתן כבוד והכרה מלאים לבני הקהילה ולאורח חייהם האלטרנטיבי. כך לדוגמה, הנשיא ברק בפרשת ירוס-חקק הדגיש בחוות דעתו, שקיבלה את ערעורן של בנות זוג בעניין אימוץ הדדי של ילדיהן המשותפים, כי "אין מקום להביע דעה ערכית באשר למעמדן של זוגות חד-מיניים".<sup>21</sup> דוגמה נוספת ניתן למצוא בפסק הדין שבו נדחו העתירות נגד מצעד הגאווה בירושלים, אף שפסק הדין עורך דיון מפורט ב"בעד" וב"נגד" של מתן היתר למצעד. גם במקרה זה ביקרו כותבים שונים את העמדה הניטרלית של בית המשפט כמאפשרת ואף מקדמת (מבלי משים) את העמדות ההומופוביות, שכן, כפי שטען פרופ' צבי טריגר, בית המשפט אינו מתנגד באופן מובהק לעמדה של העותרים, אשר חולקים על עצם הלגיטימיות של מסריו של מצעד הגאווה.<sup>22</sup> לדעתי, עם כל החשיבות שבהנמקה שיפוטית אוהדת יותר או פחות, ואף שאין ספק של"תפיסת עולם" שיפוטית כזו או אחרת, כפי שבאה לידי ביטוי בניסוחם של דברים, יש חשיבות והשפעה על מאבקים לשינוי חברתי, הרי בסופו של דבר עולם המשפט הוא עולם (גם) של "שורות תחתונות". פעמים רבות "השורה התחתונה" היא זו המתקבעת ברבות השנים בתודעה הציבורית, והיא שמחוללת

19 אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז 195 (2002).  
 20 לדוגמה בולטת, לרבות התייחסות ספציפית בסוף המאמר לרטוריקה של בית המשפט בפסק דין קלפים פתוחים, ראו חנן גולדשמידט "תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי" – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" המשפט ז 217 (2002).  
 21 ע"א 10280/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005).  
 22 צבי טריגר "בין ירושלים לאום אל פאחם: על מה שיש ועל מה שאין בפסיקת בג"ץ בעניין מצעדי הגאווה בירושלים וצעת הימין הקיצוני באום אל פאחם" המשפט יד 339 (2010).



את השינוי ארוך הטווח. במקרה שלפנינו, השורה התחתונה הייתה שהחלטת השר בוטלה והתכנית שודרה. על כן, לדעתי, ובניגוד חד לטענתו של הראל, פרשת קלפים פתוחים לא הייתה "כישלון צורב" שרק "מערכת משומנת של יחסי ציבור" הפכה אותו לניצחון ציבורי. פרשת קלפים פתוחים הייתה ונותרה הצלחה גדולה, עוד צעד בדרך להכרה חברתית ומשפטית בקהילת הלהט"ב כשווה לכל שאר הקהילות המרכיבות את החברה הישראלית.

## ו. הערה שלישית ומסכמת: על חופש הביטוי ועל "היציאה מהארון" – אז והיום

בשנת 1894 פרסם המשורר האנגלי אלפרד דאגלס, הידוע כיום גם כמאהבו של אוסקר ווילד, את שירו "שתי אהבות" על "האהבה שלא מעזה לומר את שמה" (The love that dare not speak its name). לאורך עשרות שנים נעשה שימוש במשפט הזה כדי להתייחס לאהבה בין גברים, או נשים, מבלי לומר את שמה. בכותבי שורות אלה, אני נזכר באותן השנים שבהן לא העזתי אני "לצאת מהארון". נזכר, ורוצה מיד להזכיר כמה קשה, מסובך ובעיקר בודד היה שם. המאבק על שידורה של "קלפים פתוחים" היה עבורי ניסיון לעשות משהו כדי שצעירים ממני לא יחוו את אותה חוויה, או שלפחות יחוו אותה בעוצמה פחותה.

בעבר כתבתי, יחד עם ד"ר יובל יונאי, מאמר שהכתיר את עמדת המשפט הישראלי כלפי הומואים ולסביות בארבעים שנותיה הראשונות של המדינה כיחס של "בין שתיקה לגינוי".<sup>23</sup> בשנה שבה אני כותב שורות אלה, הקושי שבו נתקלים צעירים בדרכם אל מחוץ לארון פחות בהרבה מהקושי שהיה מנת חלקי בשנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת. אבל הומופוביה רווחת מאוד בחברה הישראלית, והליך היציאה מהארון הוא תהליך ארוך, מיוסר וקשה עבור רבים, גם כיום. בחלקים גדולים של החברה הישראלית היחס העוין כלפי בנות ובני הקהילה, וחוסר הסובלנות ואפילו העוינות כלפי מי שרק יעז לחשוב על יציאה מהארון, עודם קיימים. יהיו מי שיטענו שכל מה שכתבתי פה עד כה, גם אם הוא נכון סוציולוגית, אינו רלוונטי עוד בכל הקשור לדיון המשפטי בסוגיות שעל הפרק, שהרי המצב המשפטי הוא טוב לאין ערוך מהמצב שהיה בשנת 1998. איני סבור שכך. גם בשנת 2014, ועל אף השינויים הגדולים שחלו במדיניות משרד החינוך (וגופי ממשלה אחרים) בקשר לעיסוק בנושא, קיימים לא מעט בתי ספר בישראל שבהם עצם הדיון על זהות מינית ונטייה מינית הוא בגדר טאבו. אף אם חלה התקדמות של ממש במדיניות הפדגוגית בנושא בבתי הספר הממלכתיים-חילוניים של הציבור היהודי, לא ברור עד כמה, אם בכלל, השינויים האלה חלים בבתי הספר במגזר הערבי, בחינוך הממלכתי-דתי ובחינוך העצמאי-חרדי.<sup>24</sup>

23 יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948–1988" סוציולוגיה ישראלית א 257 (1999).

24 עם זאת, ראוי להזכיר שלצד החינוך הפורמלי, קיים כיום היצע של תכניות לימוד בלתי-פורמליות הנגיש לבתי ספר המעוניינים לעסוק בנושא. מתוכן, ראוי לציין במיוחד את הפעילות בבתי ספר של ארגון חושן, הזוכה לתמיכת משרד החינוך, וכן את "תוכנית ניר – שמים קץ להומופוביה בבתי ספר" שמופעלת מאז שנת 2011 על ידי איגי – ארגון נוער גאה.

אחד מכתבי התביעה האחרונים שהגשתי, קודם שהתמניתי לשופט, עסק בהחלטת העיתון "מקור ראשון" לאסור את פרסומה של מודעה ל"קו קשב מידע ותמיכה" לקהילה הגאה. התביעה נדחתה. השופטת לימור רייך מבית המשפט השלום בתל-אביב קיבלה את טענת העיתון, המיועד לקהל קוראים דתי-לאומי בעיקרו, שלפיה, בסירובו לפרסם את המודעה פעל העיתון "מתוך מניע של שמירה ואחריות כלפי קהל לקוחותיו" ולא מתוך הפליה אסורה.<sup>25</sup> בינואר 2014, במהלך כתיבת רשימה זו, קיבלה השופטת רות לבהר-שרון מבית המשפט המחוזי בתל-אביב, את הערעור שהוגש על פסק הדין.<sup>26</sup> בית המשפט פסק שאי-פרסום המודעה על ידי "מקור ראשון" מהווה הפליה אסורה מחמת נטייה מינית, ועל כן האגודה זכאית לפיצוי בסך 50,000 ש"ח.<sup>27</sup> ומה אני למד מכך? אף בשנת 2014, השנה שבה נכתבים דברים אלה, נדרש מאבק משפטי על מנת להבטיח את חופש הביטוי של קהילת הלהט"ב, ובאופן ספציפי את עצם היכולת שלה להגיע עם מסרים תומכים אל מי שנמצאים גם בימים אלה בארון. זאת, ממש כפי שנדרשנו אז, בשנת 1996. לכל מי שסבור שתם עידן המאבקים על חירויות הפרט, וניתן לנוח על זרי הדפנה ולהתמקד בימים אלה רק במאבקים סביב התאמת דיני המשפחה לעידן "המשפחה החדשה", נדמה לי שניתן לראות גם בפסק הדין בעניין "מקור ראשון" מעין תמרור אזהרה. על אף ההישגים הרבים שהיו, אין זה מן הנמנע שגם בעתיד יהיה צורך במאבקים חברתיים ומשפטיים כדי להבטיח את חירויות היסוד של הפרט והקהילה.

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

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

27 העיתון אמנם הגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, אך לאחר שלא הפקיד ערובה נמחקה הבקשה, ובכך הפך פסק הדין לחלוט: רע"א 1490/14 מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ נ' האגודה לשמירת זכויות הפרט, החלטת הרשם גיא שני (פורסם בנבו, 1.5.2014).