על חסינות וחנינה – אנטומיה של מושגים נורמטיביים

יונתן יובל*

From pardon power unrestricted comes impunity to delinquency in all shapes.
(Jeremy Bentham)[1]

א. מבוא. ב. מושג החסינות. ג. מושג החנינה. ד. סיכום.

א. מבוא

עניינה של רשימה זו הוא ניתוח תורת־משפטי של צמד מושגים והיחס ביניהם: החסינות והחנינה. שם התואר "תורת־משפטי" נועד לכאורה לציין דיון תיאורטי, המנותק ככל האפשר (או ככל הרצוי) ממערכת־דינים מסוימת. אף־על־פי־כן הקשר הדברים הנוכחי מתייחס לפחות בחלקו לשאלת חנינת אנשים שלא הורשעו בדין (בין אם נאשמים ובין אם לא), אשר עלה מחדש על סדר היום הציבורי לקראת שנת החמישים למדינה, ואף העלה מחדש הרהורים בנושא "חנינת" אנשי השב"כ שנידונה בבג"צ ברזילי[2] אשר גם היא תידון להלן בקיצור נמרץ. הטיעון העיקרי הוא שהסמנטיקה של "חנינה" בבג"צ ברזילי (ובמקרים דומים לו, אם בפועל אם בכוח) מסתירה את המבנה הלוגי האמיתי של הפעולה המשפטית שנעשתה או, וכי נכון יותר להבין אותה במונחי חסינות רטרואקטיבית (אשר ספק – כפי שיידון להלן – אם כינונה בא בגדר סמכויות נשיא המדינה). אני סבור, שהצגת העניין במונחים אלה תתגלה כמדויקת יותר, כשם שתפתור כמה מהנקודות שנתפסו בזמנו כמביכות מבחינה תיאורטית, ובראש־ובראשונה הניסיון לנתק את הקשר שבין מושג החנינה לבין מערך שלם של תנאים מקדימים (כגון הרשעה בדין).

---

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודותי לאריאל בנדור, לעלי זלצברגר, לדן סיימון ולעמנואל גרוס על הערותיהם.

1. Jeremy Bentham, Collected Works (V.II., London, 1968), 530.

2. בג"צ 428/86 ואח', בשג"צ 320/86 ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ (3) 505 (להלן: בג"צ ברזילי). הרקע העובדתי לפרשה מתואר ביתר פירוט בפסק־דינו של השופט ברק בבג"צ 6177,6163/92 אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מז (2) 229 (להלן: בג"צ אייזנברג). מאז עוד התגלו בתקשורת עובדות נוספות, כגון ששני המחבלים לא נורו – כפי שסבר בית־המשפט – אלא הוכו למוות בידי איש השב"כ.

ב. מושג החסינות

הגדרה תורת־משפטית פורה למושג החסינות ומיקומו ביחס למושגי־יסוד נורמטיביים אחרים הוצעה על־ידי המלומד האמריקני וסלי הופלד,[3] שניתוחיו זוכים בשנים האחרונות להתעניינות מחודשת.[4] ייתכן שהמקור למשיכה זו היא בכך שיותר מאשר ניתוח, הופלד מציע שפה שמבחינה תחבירית היא אנליטית, אך הסמנטיקה שלה (הווה אומר: רכיבי המשמעות שבה) מקיימת רמת גמישות פרגמטית גבוהה – כגון שהיא נוחה ליישומים הקשריים – תוך קיום האינטרס העיקרי של הנהרה מושגית של יחסים נורמטיביים. כך, למשל, ההבחנה (הבעייתית מבחינה היסטורית) בין "זכות" ובין "חירות" אינה תלויה – על־פי הופלד – בשאלה, אילו מערכים נורמטיביים נתפסים או צריכים להיתפס כזכויות ואלו כחירויות (לדוגמא: "זכויות חברתיות"); או מהו סוג הטעמים הנדרשים להצדקת זכות וכדומה. יתרון נוסף של שפה זו הוא ניתוקה ממשמעויות תועלתניות או אחיות אחרות. כפי שיתברר להלן, אינהרנטית, אין כל דבר "טוב" (מבחינה אחית) או "רצוי" (מבחינה אינטרסנטית)[5] בהימצאות בעמדה של כוח או של חסינות, ו"רע" או "בלתי־רצוי" בעמדה של כפיפות. ההיפך, כפי שיודגם להלן, הוא נפוץ.

כוחה העיקרי של תורתו של הופלד נעוץ בענף ה"דינמי" שלה, כלומר זה הדן במבני השינוי של מערכים נורמטיביים. שם אנו מוזמים ארבעה ארכיטיפים של יחסים נורמטיביים: כוח, כפיפות, היעדר־כוח וחסינות. מושג־היסוד הוא הכוח: היכולת לפעול בחלל הנורמטיבי באופן שמשנה אותו, הייגו גורם לשינויי במערכים הנורמטיביים הקיימים, אם ברכיביהם ה"סטטיים" ואם ב"דינמיים". שימוש בכוח מביא לשינויים בחלל הנורמטיבי כמו שפעולות פיזיות מביאות לשינויים בעולם הפיזי, כלומר: הקשר הוא סיבתי – מערכי החובות, הזכויות, החירויות, הכוחות, החסינויות וכו', הכפופים לכוח מסוים, משתנים בגלל השימוש באותו כוח. במונחים פנימיים של המערכת (בניגוד, למשל, למונחי לגיטימציה פוליטית) השימוש בכוח נתפש כטעם לשינוי במערכים הנורמטיביים הכפופים לו. דוגמא מתבקשת היא המודל החוזי של כריתה על דרך של הצעה וקיבול ובתרגום יחסי in rem למערכת יחסי in personam.[6] אדם המציע לזולתו

---

3. Welsley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Juridical Reasoning* (Greenwood Press, Westport, 1978), 1919. ראו גם Max Radin, "A Restatement of Hohfeld", 51 *Harvard Law Review* (1938) 1141.

4. חלקם מזווית ביקורתית. לפחות אחד הטעמים להתעניינות זו הוא מערכת התרגום שהופלד מספק ממושגי in rem ליחסי in personam. בין השאר ראו Carol M. Rose, *Property and Persuasion – Essays on the History, Theory and Rhetoric of Ownership* (Westview Press, Boulder, 1994); Bruce A. Ackerman, *Private Property and the Constitution* (Yale University Press, New Haven and London, 1977).

5. הכוונה כאן לאותם טעמים הנקראים לעתים בספרות "prudential reasons".

6. כהערה שאינה קשורה ישירות לדבר: עמדתי היא שכל מערכת in personam היא אינטר־סובייקטיבית, הייגו: מערכת קומוניקטיבית שהמשמעויות הפרגמטיות של ההיגדים

הצעה חוזית, ceteris paribus, יוצא מנקודת הנחה שהניצע כפוף לכוחו של המציע להציע,[7] בהצעתו שינה המציע את המערך הנורמטיבי (מכלול הזכויות, החובות, החירויות, הכוחות, החסינויות וכד') שבינו ובין הניצע (וייתכן שגם בינו ובין צדדים נוספים), מכיוון שהניצע זכה עקב ההצעה בכוח חדש שלא היה לו לפניה, היינו כוח קיבול לגבי העסקה המוצעת. המציע כפף את עצמו בפעולתו לכוח הקיבול של הניצע. אם היתה הצעתו בלתי־חוזרת, הרי שנוצרה לניצע חסינות כלפי המציע לגבי כוחו של האחרון לחזור בו מהצעתו, ובכך לשלול מן הניצע את כוח הקיבול.[8] אם נדמה חלל נורמטיבי

(utterances) ומעשי־ההיגד (speech acts) שבה מתגבשות ונובעות מפעולה במישור החברתי, ואינן נתונות באופן מונולוגי על־ידי מצבים קוגניטיביים פרה-קומוניקטיביים (כבמודל האינטנציונלי, אשר נתון היטוד שהוא מתייחס אליו הוא הכוונה). העמדה האינטר־סובייקטיבית ניזונה מעמדותיו של ויטגנשטיין המאוחר לגבי טבעה החברתי של השפה, ועוד יותר מזה – מאלו של יורגן הברמס, הרואה אופי קומוניקטיבי בכל מצב קוגניטיבי. יש לציין, כי ה"שפה" של הופלד אינה מתבססת במפורש על עמדה אינטר-סובייקטיבית, אך זאת – לטענתי – בגלל אי־שלמותה: היא חסרה מנגנון ביצועי (performative), שיסביר כיצד מתבצעים מהלכים בין עמדותיה השונות. בניגוד לתיאוריית מעשי־ההיגד הסטנדרטית (speech act theory), כפי שהיא מבוטאת על־ידי הפילוסוף ג'ון סרל, עמדתי היא שרק מודל דיאלוגי ואינטר-סובייקטיבי של ביצועיות (performativity) מסוגל לכך.

7. זו אינה טענה פסיכולוגית (אנשים פועלים ממגוון של מניעים פסיכולוגיים), אלא פרסופוויציה (או "הנחה מוקדמת", במובן התמור של ההרמנויטיקה האידאליסטית של גאדאמר), ובמקרה זה קריטריון לרציונליות של פעולת ההצעה (באופן בלתי־תלוי בתוכנה).

8. קל לראות איך ניתן להרכיב על מודל זה תנאים נוספים, כך ש"פינג-פונג" הכוחות/כפיפויות הופך מורכב יותר. לדוגמא: הצעה המותנה בתנאי מפסיק או מתלה. כאן המקום להדגיש, כי מניתוח אנליטי זה לא מתחייב כי בכל מערכת־יחסים טרום־חוזית וחוזית אכן ניתן לזהות פעולות קומוניקטיביות בדירות (דיסקרטיות) התואמות את התיאור הלוגי, נהפוך הוא, במשאים ומתנים מורכבים "הצעה" או "קיבול" הם עצמם מערכים קומוניקטיביים מורכבים, רוויי קונבנציות. בתיאוריה של חווים העמדה ה"יחסותית" (relational) היא ספקנית לגבי האפשרות לבודד זה מזה "שלבי" כריתה, ביצוע/הפרה ומשא-ומתן במערכות חוזיות פשוטות ביחס, ובעיקר ככל שהדברים אמורים בחוזים שביצועם נמשך לאורך זמן וכוללים החלטות-משנה פורמטיביות גם בשלב הביצוע/הפרה, כחוזי הספקה. ראו Ian R. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations* (Yale University Press, New-Haven and London, 1980); Stewart Macaulay, "Non-contractual Relations in Business – A Preliminary Study", 28 *American Society Review* (1963) 55; Stewart Macavley, "Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract", 11 *Law and Society Review* (1977) 507; John P. Esser, "Institutionalizing Industry – The Changing Forms of Contract", 21 *Law and Social Inquiry* (1996) 593.

סטטי מכל בחינה אחרת,[9] הרי שכוחו של המציע לשנות את מצבו הנורמטיבי של כל אדם אתר במונחי דוגמא זו אינו מוגבל. הגבלת הכפיפות הזו תייתכן רק במונחים דינמיים, היינו באמצעות חסינות.[10]

וכאן מתחיל להתפרש לנו האופן שבו ראוי להבין את מושג החסינות. ראשית, מושג זה לאמיתו נטול קונוטציות אינטרסנטיות או ערכיות, ממש כמושג הכפיפות. כמו עמדות נורמטיביות אחרות, ממושג החסינות אינה מתחייבת היכולת לוותר עליה (waiver), ובאופן כזה לרכוש כפיפות לכוחותיו (ייתכן, המיסיבים) של אחר. נניח מערכת אלמנטרית של דיני קניין, שבמסגרתה כל אדם כפוף לכוחו של כל אדם להעניק מתנות לזולתו, עם כוח לבטל כפיפות זו או בלעדיו. עוד נניח, כי לקטיגוריה מסוימת של אנשים (נניח, עובדי־ציבור) אי־אפשר, מבחינה קניינית, להעניק מתנות. במצב זה עובדי־הציבור עומדים במצב של חסינות מפני כוחותיהם של אנשים אחרים להעניק להם מתנות, ממש כפי שייתכן שיש להם חסינויות מפני כוחות אחרים.[11] בשולי הדברים ייאמר, כי חשוב להבין שלא מדובר כאן על איסור, אשר אינו מתערב בתקפות יחסים קנייניים, אלא מסדיר ומכוון התנהגויות המנביעות אותם. לאדם שקיבל מתנה שאסור היה לו לקבל (בניגוד למתנה שהיה חסין מלקבל) יש – עד שייקבע אחרת – קניין במתנה, שאינו תלוי במערך האיסורים העונשיים הרלבנטיים.[12] קבלת מתנה אסורה ניתנת לביטול (voidable), אך קבלת מתנה בשעה שלאדם עומדת חסינות – במובן ההופלדי – מפני המתן בטלה מעיקרה (void). האנלוגיה המתבקשת היא כשירות משפטית לבצע פעולות מסוימות, "לשחק" על המטריצה ההופלדית. חוסר כשרות משפטית נתפס כרגיל כהיעדר־כוח לבצע פעולות, אך זו גם חסינות מפני כפיפות לכוחותיהם של אחרים.

ניתוח זה מספק בסיס פורמלי (הנפרד משאלת ההצדקה) לדילמה שבה עמד בית־המשפט בניו־יורק בפרשה המפורסמת של *Riggs*,[13] נושא הדיון היה אדם שרצח את סבו, ואשר הסתבר שנגנב בצוואת הסב כיורש. האינטרס הראשי של דיני הירושה בצוואות הוא

9. דהיינו: שמלבד הכוח להציע הצעות חוזיות ולקבלן, כל היחסים הנורמטיביים מוגדרים במושגי־הופלד סטטיים: זכויות, חובות, חירויות והיעדר־זכויות.

10. ראו לעניין זה A.M. Honoré, "Rights of Exclusion and Immunities Against Divesting" 34 *Tulane Law Review* (1959-1960), 453.

11. היעדר־כוח הוא היחס הקודלסיבי לחסינות, כלומר: בכל מערכת־יחסים שבין א ל־ב, כאשר כוחו של א ביחס ל־ב מוגבל על־ידי חסינותו של ב, הרי שמצבו של א הוא זה של היעדר־כוח. הדוגמא דלעיל מציגה מצב מורכב יותר, שבו חסינותו של ב מלווה גם בהיעדר־כוח מצדו לוותר על החסינות.

12. חוק שירות הציבור (מתנות), תש"ם-1979, משתמש בהבחנה זו בקובעו כי בנפרד מן המגבלות מכוח דיני העונשין, מתנה שניתנה לעובד ציבור ולא סורבה, "תקום המתנה לקניין המדינה" (שם, סעיף 2(א)). הביטוי "ניתנה לעובד הציבור" (שם) משמעו בהכרח במובן של החזקה ולא של העברת בעלות קניינית, כי נתינה לעובד במובן הקנייני אין כאן. נראה שעובד־הציבור המחזיק במתן הופך לנאמן קונסטרוקטיבי של המדינה לגבי המתן.

13. *Riggs v. Palmer* 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889) (להלן: *Riggs*).

קיום רצונו של המוריש.[14] ב"מצב הראשוני" של דינים אלה כולי עלמא כפופים אפוא לכוחות ההורשה האמורים.[15] פעולתו של הנכד באותו מקרה גרמה, במישור ה-personam in שבין המוריש ליורש, לכך שכפיפותו של היורש לכוחו של המוריש להוריש לו נתבטלה מכיוון שבמעשה הרצח כונן הנכד לעצמו חסינות מכוח זה (ליתר דיוק: בית־המשפט הוא שכונן את החסינות).[16] לענייננו, חשובה במיוחד הנקודה כי החסינות שכוננה במקרה *Riggs* כוננה למפרע: היא תלה באופן שהפקיע את הנכד מכפיפות לכוח ההורשה של סבו, אף שכוח זה הופעל בנקודה שקדמה בזמן לחסינות.

14. המגבלות הצורניות על אופן עריכת צוואה נועדו לקדם אינטרס זה ולא להגביל אותו. עם זאת, רצון המוריש אינו האינטרס היחיד המכתיב את דיני ההורשה בצוואה. כך, למשל, ייתכן כי אינטרסים של סחירות והכרה באינטרסים קנייניים של יורשים יגבילו את כוחו של מוריש להכתיב את שייעשה בנכסים, בעיקר ככל שהדבר נוגע להגבלת סחירות (ראו למשל סעיף 42 (ב) ו-42(ד) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה) (יורש אחר יורש)). יש הסבורים, כי סעיף 42 מעמיד לרשות המוריש אמצעי נוסף לעשות את רצונו, ולא היא: חופש ההורשה הכללי כשלעצמו מאפשר הוראת "יורש אחר יורש", וסעיף 42 מגביל כוח זה. חוק הירושה הישראלי קובע גם כי הוראת צוואה בלתי-חוקית, בלתי-מוסרית או בלתי-אפשרית, בטלות (סעיף 38(א) לחוק הירושה); אך משתדל לצמצם את הבטלות כך שרצון המוריש ככל שהוא מתממש בצוואה (וליתר דיוק כוונת המוריש ככל שהיא מבוטאת בצוואה) יתממש ככל האפשר. מערכות משפטיות מסוימות מגבילות את כוחו של מוריש שלא להוריש ולו נתח מינימלי לשארים ממשפחתו (כך, למשל, בגרמניה זכאי בן-זוג, צאצא, או הורה שאינו נקוב בצוואה כזוכה ל-Pflichtteil – מחצית החלק שהיה מקבל על-פי ברירת המחדל מן הדין – בהיעדר צוואה, ראו BGB, סעיף 2303).

15. אין פירושו בהכרח שלכפופים הללו בתורם אין כוח לחסן את עצמם מפני כוח ההורשה על-ידי סירוב לקבל את הירושה. החיסון הוא רטרואקטיבי ומפקיע את כוח ההורשה לגבי אדם שחוסן, אף שהשיטוש בכוח ההורשה קדם לו בזמן. ראו, לדוגמא, סעיף 6(ב) לחוק הירושה, שלפיו "מי שהסתלק מחלקו בעיזבון, רואים אותו במידה שהסתלק כאילו לא היה יורש מלכתחילה".

16. אופן אחד לפרש השתלשלות עניינים שכזו הוא, כי לא הנכד הוא שכונן את חסינותו מפני כוח ההורשה של סבו, מכיוון שכשלעצמו לא היה בעמדה של כוח לעשות זאת, בשל היעדר הסדר משפטי ספציפי ("כלל") שיחול על כך (כדוגמת סעיף 5(א)(1) לחוק הירושה). בית־המשפט הוא שראה במעשה טעם לכינון החסינות. לעומת זאת דבוריקין גורס, כי ההסדר המשפטי אכן קיים, אלא שהאופן שבו הוא מזוהה הוא באמצעות פרשנות קונסטרוקטיבית. לפיכך, העיקרון המשפטי שלפיו אין לאפשר למעוול להינות מפרות עוולתו הוא אינהרנטי לדין, אפילו כשמחזורו מתבצע באופן שונה מאשר על-פי הקריטריונים ההיסטוריים-קונבנציונליים של הפוזיטיביזם המשפטי. לדיון זה ב-*Riggs* (לעיל, הערה 12), ראו Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., and London, 1986), 15-20.

מסתבר אפוא, כי מושג החסינות הוא מבנה לוגי הישים גם למצבים שאינם משתמשים בו ברובד הסמנטי. יתר על כן: זהו מושג אקווטי פחות מכפי שניתן לסבור, והפעלתו למפרע אינה מעוררת כל קושי מושגי או לוגי (להבדיל, שוב, משאלות של לגיטימציה). המשפט מכיר במושג החסינות הרטרואקטיבית כי הוא משתמש בו ברובד המבני והלוגי, גם כאשר הוא מסתיר זאת ברובד הלשוני.

נעבור כעת לדיון קצר במושג החנינה, ונסיים ביישום ההבחנה בין שני המושגים בהקשר של "חנינת" אנשים שאינם נאשמים – כמוצע לעיל.

ג. מושג החנינה

סמכות החנינה, במונחים הופלדיאניים, היא כוח שהשימוש בו משנה את המערכים הנורמטיביים של הכפופים לו. אסיר שהיה בגדר מורשע משתחרר מכלאו והופך חנון, ובמונחי המערך הנורמטיבי שלו – ועוד יותר מכך, חוויית חייו – כמעט שאין מהפך רדיקלי משיגוי זה (לשני הכיוונים). נשאלת השאלה: הכוח לחנון (ובישראל, כוחו של נשיא המדינה לחנון) – מה טיבו? מהי, במושגים הופלדיאניים, פעולת החנינה? נראה, שהשפעות החנינה במובנה הפרדיגמטי (היינו חנינת אדם מורשע) הן בעיקר במישור הסטטי: היא משנה מערכי זכויות וחובות יותר מאשר מערכי כוחות וכפיפויות. לעומת זאת, פעולתה העיקרית של החסינות – כפי שנטען – היא במישור הדינמי: כינון חסינות משפיע בעיקר על מערך כפיפויותיו של נושאה, לאו דווקא על זכויותיו הסטטיות. לעומת זאת, חנינת אדם לפני שהורשע מפקיעה אותו מגדר כוחות בית־המשפט ככל שהדברים אמורים בעניין נשוא החנינה. זו אפוא פעולה שמשמעויותיה העיקריות הן במישור הדינמי, היינו: בתחומה של החסינות.

פסק־הדין בבג"צ ברזילי התמקד בשאלה, מי כפוף לכוח החנינה. כזכור, העניין שם סב על "חנינה" שהעניק נשיא המדינה דאז לקבוצת עוברים בכירים בשב"כ, ואשר חלה על כל פעולותיהם הקשורות ל"פרשת קו 300", ובראש־ובראשונה רצח של שני מחבלים פלשתינאים ומסכת של בידוי ראיות וקשירת קשר לשיבוש הליכים במהלך דיוני ועדת זורע אשר דנה בכך.[17] שתי עמדות עיקריות הובעו בעניין. העמדה האחת (מפי השופט

17. כדי להסיר כל ספק אני משתמש כאן בביטוי "רצח" במובן בלתי־פורמלי מבחינה משפטית: מכיוון שלא היתה העמדה לדין, הרי שלא היתה הוכחה לשביעות רצונו של בית־משפט מוסמך שהעבירה המצוינת בביטוי "רצח" אכן נעברה (להבדיל מן השאלה העובדתית). יש שיטענו, כי מבחינת הנורמות המוסכמות של בניית הנרטיב המשפטי, "רצח משפטי" לא אירע כאן כלל (והטרמינולוגיה המשותפת לבית־המשפט ולתצהירי בכירי השב"כ היא "הריגה"). בתי־משפט עושים שימוש במערכת ידיעה וציון ספציפית לצרכיהם, שאינה זהה למערכות ידיעה מהקשרים אחרים. ויודגש: אין כוונתי לטענת הגנה אפשרית (שאינה מבטלת את העבירה, אלא להיפך: מניחה אותה), אלא לפעילות הנרטיבית הסטנדרטית של הוכחת התקיימות של "רכיבי העבירה" על־פי הפרוצדורות הקבועות מראש (פחות או יותר) של הדיון הפלילי, הנוגעות בין השאר לשאלה, "מהו ידוע?"

ברק) קבעה, כי לא כולי עלמא כפופים לכוח החנינה וכי נדרש, כתנאי הכרחי, שאדם יורשע בדין כדי שיקנה לעצמו כפיפות לכוח החנינה. חנינה, לפחות על-פי ההסדר הישראלי, מתייחסת ל"עבריינים" ולא כל אדם הוא בגדר "עבריין", אלא רק מי שהורשע.[18] במלים אחרות: עמדה זו גורסת, כי תנאי מוקדם לכפיפות לכוח החנינה הוא שנעשה שימוש בכוח קודם – כותו של בית־המשפט להרשיע – אשר שינה את המערך הנורמטיבי של אותו אדם. לפי העמדה השנייה לעניין (מפי הנשיא שמגר) אין תנאי כזה, ואפשר לתת חנינה הן לפני הרשעה והן לאחריה. במישור התוקתי (להבדיל מן המישור התורת־משפטי) הנשיא שמגר מציין, כי עמדתו היתה ההלכה הרווחת בישראל עוד לפני חקיקת חוק־יסוד: נשיא המדינה,[19] ומגייס כתימוכין הלכות דומות מארצות־הברית ומאנגליה. השופט ברק גורס, כי מיום שנחקק חוק־יסוד: נשיא המדינה, שוב אין בעניין זה כפיפות להלכות שמקורן בדינים מנדטוריים, וכי מן הראוי לפעול לפי דוגמאות מתוקנות יותר, ביניהן ההסדרים המשפטיים שבצרפת, באיטליה ובגרמניה.

מהו מעמדם של אנשים שטרם הורשעו בדין ושאפילו אינם נאשמים במשפט פלילי? אנשים שהם נאשמים כפופים למערך נורמטיבי אחר מאנשים שאינם נאשמים. לדוגמא: יש להם חובות מסוימות כלפי בית־המשפט וזכויות מסוימות, כעיון בחומר החקירה, שאינן עומדות לאנשים בדרך־כלל. עצם ההעמדה לדין יש בה שינוי המערך הנורמטיבי החל על אדם, אף שזהו שינוי מתון ביחס לשינוי החל עם הרשעה. התפיסה האומרת כי חנינה אינה מותנה בשינוי זה או אחר במערך הנורמטיבי של אדם (המצב שבו נמצאו בכירי השב"כ האמורים בפרשת קו 300) מזהה כפועל כל אדם כמועמד לחנינה. לפי עמדה זו – המוקשת מעמדת הנשיא שמגר בבג"צ ברזילי – הרי שכות החנינה הוא כוח כללי כמו הכוח להציע הצעות חוזיות, כלומר כפופים לו כולי עלמא; שהרי האפשרות שאדם יועמד לדין במועד כלשהו בעתיד (הסיכון שבו עמדו בכירי השב"כ האמורים לפני התניגה) אינה שינוי במערכיהם הנורמטיביים, ובהכרח כך: סיכון כזה אינו נובע משימוש בכות הופלדי כלשהו. ואכן, כל אדם נמצא בו באופן פוטנציאלי – אם עבר עבירה או לא, אם הוא עתיד לעבור עבירה או לא. יתר על כן: אם החנינה אינה תלויה בשינוי הופלדי במערך הנורמטיבי, הרי שאין כל הגבלה על כך ש"חנינה" תינתן עוד טרם נעברה עבירה. אם נקבל עמדה זו, כל אחד מקוראי רשימה זו כפופים (או אולי "מועמדים") לכות החנינה של הנשיא, כי מעמדם מבחינה משפטית זהה לזה של בכירי השב"כ האמורים: מערכיהם הנורמטיביים לא שונו על־ידי כות מסוים שהם כפופים לו, וכפיפותם לכותות החנינה אינה מותנית בשינוי כזה.[20] מתן "חנינה מראש" שכזו הוא ביטול כפיפותו של האדם שקיבלה לכותות החלים על אנשים בדרך־כלל, כגון כוחה של התביעה הכללית להגיש

18. סעיף 11(ב) לחוק־יסוד: נשיא המדינה (ס"ח תשכ"ד 118).

19. ראו, למשל, בג"צ 177/50 ראובן נ' יו"ר והברי המועצה המשפטית, פ"ד ה 737; ד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430. להפניות נוספות ראו פסק־דינו של הנשיא שמגר בבג"צ ברזילי (לעיל, הערה 2).

20. אמירה זו יש לסייג בכך שחנונגי השב"כ הודו במעשיהם בתצהירים האמורים, אך על כך ראו להלן.

כתבי-אישום וכוחו של בית המשפט לשפוט. אך זוהי, ובמדויק, חסינות. הגינה אינה ניתנת "ליתר ביטחון", שהוא תחומה המובהק של החסינות.

מנקודת-מבט נרטיבית מתייחדת הפרשה ששנדונה בבג"צ ברזילי בשיא אירוני, הנוגע רווקא למה שנתפס כמייחד את בכירי השב"כ האמורים בכל-זאת מכולי עלמא: הודאותיהם בתצהירים בעבירות על חוקי המדינה – לא לשם העמדה לדין, אלא לצורך קבלת החסינות.[21] אירוניה זו אינה אינצידנטלית, ומעמדה הוא זה של תנאי מכונן: היא לב-לבו של העניין. כזכור, התצהירים לא רק שמפלילים בתוכנם, אלא שנאמר בהם במפורש כי ההסברים והנימוקים שפורטו בבקשת החנינה (בראש-ובראשונה הטענה, כי העבירות נעברו מאינטרסים של בטחון המדינה) אינן בגדר "טענת הגנה כל שהיא השוללת אותן עבירות",[22] מדוע נעשו תצהירים מפלילים טקסיים אלו? מה חלקם בסיפור? בהיעדר הליך פלילי של ממש שהחנינה נועדה למונעו, התקיימה מראית נלעגת של הליך משפטי: מבקשי הבקשה "הודו" בעבירות המיוחסות להם, ומרגע זה נתפסו כ"מורשעים" – לא בעיני בית-המשפט הפלילי, שהפרשה הופקעה מתחומו – אלא במסגרת "המערכת המשפטית זוטא" שיצרו אדריכלי, או מוטב לומר: תסריטאי, אותה "הנינה" אומללה. תפיסת ההליך הנאות (due process) עוותה, כך שנותרו ממנה רק אלמנטים טקסיים וסימבוליים. מכוח עקרון ההליך הנאות (בין השאר) המערכת המשפטית מקדישה חלק ניכר ממשאביה האינטלקטואליים, החומריים והאתיים – כלומר: המחירים שהיא משלמת באיזונים השונים שהיא מבצעת – ליצור ידע על-פי צרכיה ולעיצוב מערכת של ידיעה. גם המערכת המשפטית זוטא מבית-מדרשו של נשיא המדינה ויועציו בבג"צ ברזילי חפצה בידיעה-כביכול – ולאמיתו של דבר במראית של ידיעה – וזו סופקה בהודאות לשביעות-רצון הכול (מלבד השופט ברק, היחיד שניסה לעמוד בפרץ). הליך משפטי של ממש עושה שימושים מגוונים בדיסואלים, ואנו מורגלים ומצפים לתזות טקסית מסוימת, אך ב"הליך זוטא" שבעניננו היה הדיסואל חזות הכול. בתסריט זה ייצג נשיא המדינה טריבונל אקסטרא-משפטי אשר, לפני שיטה חסרו לאותם שעתרו אליו בבקשת החנינה, מקפיד על טקס ומראית של הליך, שבמסגרתו העותרים מודים על חטאיהם, ולפיכך זוכים מיד בחסד המבוקש,[23] על התוצא להתוודות על חטאיו ולהיטהר מהם בטקס קווזי-משפטי לפני שיהיה ראוי לחסד שמשמעותו, באופן אבסורדי, מניעת וידוי ו"היטהרות", כפי שמבינה אותם המערכת המשפטית (לטוב ולרע), היינו: הליך משפטי לכל דבר.[24]

---

21. ראו בג"צ אייזנברג (לעיל, הערה 2), 249-250; מרדכי קרמניצר, "חנינת השכ"ב – האם עמד בית-המשפט הגבוה לצדק במבחן?" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 595, עמ' 620.

22. שם, שם.

23. יתר על כן: בתצהירים האמורים – לפחות באותם שפורסמו – נאמר, כי "עברתי עברה או עברות על חוקי מדינת ישראל" (להלן: העברות – תצהירו של יוסף גינוסר, שם). דא עקא, שבמדינת ישראל רשאי רק בית-משפט (בחריגים מוגבלים) לקבוע אם אכן נעברו עבירות על חוקי מדינת ישראל, שהיא קביעה של שיפוט שבדין, להבדיל מקביעה עובדתית גרידא. תשובת נאשם לאישום, למשל, היא עובדתית במהותה. ראו סעיף 152(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.

ד. סיכום

חסינות בתחום הפלילי אינה מחייבת, קונספטואלית, קיום של התנהגות עבריינית. החסינות אדישה לחלוטין להתממשות של ההתנהגות העבריינית הפוטנציאלית שהיא חלה עליה. לפיכך היא יכולה לחול על כולי עלמא, כי לא נדרש שיתקיים תנאי מוקדם של שינוי במערך הנורמטיבי של מושא החסינות. כפיפות להסינות אינה תלויה בהיותו של מושאה "עבריין" – לא במובן המרחיב (זה העומד לכאורה בסתירה לחזקת החפות עד להרשעה), ולא במובן המצמצם (זה המחיל את הקטיגוריה אך ורק על מי שהורשע כדין).[25] חסינות פרואקטיבית מפקיעה את יחס הכפיפות של החסין לכוח מטוים של זולת, כבית־המשפט, באשר לפעולות עתידיות. לחסינות רטרואקטיבית אותה משמעות מושגית, אך היא חלה על התנהגויות שהתרחשו בעבר.

חסינות מבטלת אפשרות של עבריינות. מבחינת היחסים ההופלדיאניים אדם החסין (מהותית) אינו יכול להיות עבריין בתחום הפעולות שהחסינות חלה עליהן, כפי שאדם החסין מפני רכישת כוח קיבול אינו יכול לכרות חוזים. לעומת זאת, חנינה מחייבת התנהגות עבריינית, כפי שהנרטיב הטקסי בבג"צ ברזילי מראה. במקרה של הרשעה, החנינה אינה מבטלת את סטטוס ההרשעה (אין לטעות ולסבור שהסטטוס זהה עם הרישום הפלילי), וכמובן אינה יכולה לבטל באופן רטרואקטיבי מציאויות שהן יצירות ההרשעה: עניישה שרוצתה, סבל, סטיגמה וכד'. אדם שקיבל חסינות רטרואקטיבית לא רכש מעולם, מבחינה משפטית, מעמד של עבריין; זהו פן של החסינות הרטרואקטיבית בפיקציה משפטית. ההיפך הוא כאשר אדם נחנן, שאז מעמדו כעבריין מתגבש לנצח.[26]

---

24. בדין הישראלי ישנה משמעות לאישום שהוכח אף בהיעדר הרשעה. כך, לדוגמא, סעיף 1 לפקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (דיני מדינת ישראל, נוסח חדש, מט 14, עמ' 312) (ע"ר 1900, תום' 1 מס' 1380, עמ' 128), מאפשר לבית־משפט לתת צו מבחן אף בהיעדר הרשעה, אם ראה בית־משפט ש"האישום הוכח". דרישה זו אינה דומה לתצהירי החנונים בבג"צ ברזילי, הואיל ולא הוכח לגביהם אישום כלשהו. מתן צו מבחן תלוי בהוכחת אישום באותה דרגת ודאות ועל־פי אותן פרוצדורות הדרושות להרשעה, אלא שסמכות זו מאפשרת להביא בחשבון נסיבות מיוחדות האמורות להצדיק היטנעות מן הסטיגמטיזציה ומהתוצאות האחרות שבהרשעה. הסדר דומה מצוי בסעיף 71א(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, שלפיו "מצא בית־המשפט שנאשם ביצע עבירה, רשאי הוא לתת צו שירות גם ללא הרשעה". את הרישא של סעיף זה יש לפרש על־פי אותם קני מידה שבית־משפט נדרש להם לעניין הרשעה.

25. עם זאת, סביר לגרוס שהטעם לחסינות הוא הכרה באפשרות של התנהגות עבריינית או הנתפסת כעבריינית, בכוח (והו טעם של רציונליזציה במובן הוובדי; אחרת, אין טעם בהענקת החסינות כלל), אך מובן שלא בפועל.

26. זהו הטעם שבשלו אנשים הנחושים בטענת חפותם עשויים שלא לבקש (ואפילו לא להיעתר) לחנינה (למשל: מן התקשורת ניתן היה להבין שזו עמדתו של עמוס בדנס).

את שתי העמדות שבבג"צ ברזילי ניתן אפוא לסכם כדלהלן. על־פי עמדת הרוב, כפופים כולי עלמא לכוח העקת חנינה, בין אם הורשעו או הועמדו לדין ובין אם לאו (במידת הצורך ניתן לספק באופן ריטואלי את דרישת תדמיות הידיעה, כך שיווצר נרטיב שמראיתו היא כזו כי אכן נוצר הכר הראוי להפעלת כוחות הופלדיאניים). על־פי עמדת המיעוט, יש היעדר־כוח לחנון כלפי כל אדם, אלא אם הורשע בדין, והחרשעה יוצרת יתס של כפיפות כלפי כוח העקת החנינה. על כך ניתן להוסיף, כי מצב של הפקעת כפיפותו של אדם מגדר כוחות המשטרה, התביעה ובית־המשפט לפני הרשעה בדין אינו חנינה, אלא יצירת חסינות רטרואקטיבית.

עקב אי־ביצוע הבחנה זו נמנע מעמנו הדיון החוקתי בשאלה, אם סמכות החנינה של הנשיא כוללת גם סמכות כינון חסינות, למפרע ובכלל. דומני שהניתוח דלעיל מצביע על די הבדלים בין שני המושגים כך שההבחנה ביניהם תיתפש כשרירה באופן שאינו כורך את האחד באחר, אך כאמור, אין רשימה זו עוסקת במישרין בשיקולים מכיוון המשפט החוקתי.[27] למצער, ניתוח זה מטפק טעם נוסף לעמדת המיעוט של השופט ברק. אם כך ואם כך, קריאת מוסד או פעולה משפטית בשם (כגון "חנינה") אינה מנביעה דבר ביחס להבנתנו את המהות או את הפונקציה של המוסד או הפעולה לאשורם, וייתכן – כפי שקרה בבג"צ ברזילי – שאף סמנטיקה המקובלת על הכול תערפל מהות או פונקציה אלה.

27. הניתוח המובא כאן הוא רק בסיס תורת־משפטי, ומובן שכשלעצמו הוא רק תחילתה של היענות לאתגר, כפי שביטאו השופט ברק בהקשר זה: "טרם פיתחנו לעצמנו תורת־משפט־אופרטיבית אשר מקרקע צמיחתה העיונית עולים ביטויים 'יוריספרודנטליים' כמו 'חנינה'..." (בג"צ ברזילי (לעיל, הערה 2, 590).

הדין בדבר נטייה חד־מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה

יובל יונאי*

מבוא. חלק א: היסטוריה משפטית של ההומואים והלסביות בישראל, 1997-1948: א. נסיונות ראשונים לביטול האיסור על מין "שלא כדרך הטבע", 1964-1978. ב. הקהילה ההומו־לסבית וביטול האיסור על "משכב שלא כדרך הטבע". ג. "עצמה" – התארגנות לפעולה פוליטית ותחילת הפעילות להענקת זכויות סוציאליות. *חלק ב: מודל כללי של חקיקה ויישומו לשינויים במעמדם המשפטי של לסביות והומואים:* א. הסברים קיימים והולשתם. ב. מודל חילופי – ניתוח שחקנים־רשתות (Actor-Network Analysis) וקביעת עובדות במדע. ג. חקיקה כיצירת "קופסאות שחורות" – יישום המודל למקרה של חקיקה בעניינים הומו־לסביים. ד. מחוק כתוב לחוק מפורש – הדיון המשפטי בחוק שוויון ההזדמנויות בבנ"צ דנילוביץ. נספח: רשימת הראיונות שנעשו לצורך מחקר זה.

מבוא

פסק־הדין של בית־המשפט העליון, המורה לשר־החינוך להסיר את התנגדותו לשידור התוכנית "קלפים פתוחים", שבה השתתפו הומואים[1] ולסביות בני־עשרה, הוא השני שבו בית־משפט זה נחלץ לעזרתם של הומואים ולסביות ומגן על זכויות האזרח וכבודם של

---

* מרצה לסוציולוגיה באוניברסיטת חיפה. המחבר מודה לאייל גרוס, לדן יקיר, ליורם מלמד, להדר נמיר, לדורי ספיבק ולעורך כתב־עת זה על הערותיהם. תודה גם לגיל נאדר ולאגודה לשמירת זכויות הפרט על האפשרות לעיין בתיקי האגודה, ולעמית קמה וליורם מלמד על האפשרות לעיין בחומר שהם אספו.

1. המונח "הומו" היה בעבר כינוי־גנאי, אך לאחרונה הוא אומץ על־ידי ההומואים עצמם מתוך התרסה על הקונוטציה השלילית שהודבקה למונח וה ובשל אי־הנחת מהמונח "הומוסקסואל" הנשמע קליני ומנוכר. בעבר ניסו פעילי הקהילה ההומו־לסבית להחדיר לשימוש את המונחים "עליז" ו"גאה" כתרגום למונח "gay" באנגלית, אך מונחים אלו לא היכו שורש בשיח המדובר (בשיח הכתוב ניתן עדיין למצוא אותם). לפיכך אף אני משתמש במונח זה ובנגזרותיו (הומואי, הומואיות וכו').

ההומואים. שלוש שנים קודם־לכן הוא הגן בפסק־דין תקדימי על זכויות בן־זוג של עובד "אל־על" ליהנות מאותן הטבות שניתנו לבני/בנות־זוג של עובדים הטרוסקסואלים.[2] עמדה זו היא שינוי בעמדת בית־המשפט, שבעבר הסתייג מהבעת עמדה לגבי פרטים בעלי גטיות מיניות חד־מיניות ואף גינה אותם. שינוי זה ביחסו של בית־המשפט לקהילה ההומו־לסבית בישראל בא לאחר כמה וכמה הישגים של קהילה זו בתחום החקיקה. במארס 1988 ביטלה הכנסת את סעיף 351 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, שאסר על "משכב שלא כדרך הטבע", לאחר שורה של נסיונות שנכשלו לבטל סעיף זה. פחות מארבע שנים לאחר־מכן תיקנה הכנסת את חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, והוסיפה איסור על הפליה בקבלה לעבודה, בתנאי עבודה, בקידום ובפיטורין על רקע של נטייה מינית.[3] ולאחרונה, בשנת 1997, הורחב חוק איסור לשון הרע כך שהוא אוסר ביזוי אדם לא רק בשל דתו, מוצאו ולאומיותו, אלא גם בשל מינו ונטייתו המינית.

למאמר זה שני הלקים: בחלק הראשון אסקור את ההיסטוריה המשפטית של הומואים ולסביות בישראל, תוך התמקדות במאמצים לשינויים בחקיקה ובעמדת בית־המשפט. חלק זה הוא סיכום־ביניים של מחקר מקיף על המאבק של הקהילה ההומו־לסבית להשיג שוויון וקבלה משפטית וחברתית. חלק זה נשען על עיון בדברי הכנסת ובהצעות חוק, ראיונות עם פעילים הומואים ולסביות ועם חברי־כנסת שהיו מעורבים בשינויים בחקיקה,[4] ועיון בעיתונות של הקהילה ההומו־לסבית ובעיתונות כללית. בחלק השני אטען, שמודלים מקובלים להסבר סוציולוגי של הקיקה מתקשים להסביר את השינוי במעמדם המשפטי של הומואים ולסביות, ואציע מודל חלופי העשוי לספק מסגרת תיאורטית להבנת שינויים אלו.

חלק א: היסטוריה משפטית של ההומואים והלסביות בישראל, 1948-1997

א. נסיונות ראשונים לביטול האיסור על מין "שלא כדרך הטבע", 1964-1978

הדין הישראלי לא אסר מעולם על הומוסקסואליות או לסביות, ולמעשה, החקיקה עד 1991 כלל אינה עוסקת בנטיות מיניות. הדין אסר בסעיף 152(2) של פקודת החוק הפלילי על פרקטיקות מיניות מסוימות ("משכב שלא כדרך הטבע") – איסור שחל על מגעים בין שני גברים באותה מידה שהוא חל על מגע מיני בין אשה לגבר. איסור זה פורש על־ידי

2. פסק־הדין בנושא "קלפים פתוחים" הוא בג"צ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט – למען הומוסקסואלים, לסביות וביסקסואלים בישראל ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט ואח' (טרם פורסם); פסק־הדין שהעניק זכויות לבן־זוג מאותו מין של עובד הוא בג"צ 721/94 אל־על נתיבי אויר בע"מ נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח (5) 749 (להלן: בג"צ דנילוביץ); בפסק־דין זה דחה בג"ץ את העתירה שהוגשה על־ידי אל־על נגד פסק־הדין של בית־הדין הארצי לעבודה – נג/160-3, אל־על נתיבי אוויר נ' דנילוביץ, פד"ע כו 339.

3. פירוט הצעות החוק שנכשלו וזו שהצליחה יבוא בהמשך עבודה זו.

4. תראיונות מפורטים בנספח.

הפסיקה תחילה כמתייחס ליחסי־מין אוראליים ואנאליים,[5] ואחרי־כן כמתייחס למגע אנאלי בלבד[6] – פרקטיקות מיניות המבוצעות על־פי מחקרים של התנהגות מינית גם על־ידי שיעור גבוה מאוד של הטרוסקסואלים. למרות זאת, במסגרת השיח הציבורי והמשפטי שהתפתח בישראל, התייחסו לסעיף זה כאל איסור על הומוסקסואליות.[7] תוק זה היה מורשת החקיקה המנדטורית, שהפכה לחקיקה ישראלית עם הקמת המדינה, על־פי פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. ב-1977, במסגרת החלפת פקודת החוק הפלילי המנדטורית בחוק העונשין הישראלי, הועבר הסעיף ככתבו וכלשונו לחוק החדש עם שינוי קוסמטי בלבד שנועד להבטיח את בהירותו.[8] התוק החדש, כמו הישן, קבע עד עשר שנות מאסר כעונש על הפרת החוק.

במשך כל ההיסטוריה הישראלית עד 1988, נתפסו הומואיות והומואים עצמם בעיני הציבור הרחב כאסורים, הגם שכאמור, החוק לא כלל סנקציות כנגד אנשים המודחים כהומואים או המקיימים מגע מיני שאינו כולל "משכב שלא כדרך הטבע". סטיגמה זו של אי־חוקיות הקרינה אף על לסביות, שנתפסו בעיני החברה כחלק מהסטייה ההומוסקסואלית,[9]

---

5. ע"פ 229/53 והבה נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 276 (להלן: פרשת והבה). השופט חשין קובע בפסק־דין זה כי התוק חל גם על שתי נשים המקיימות מגע מיני – קביעה מוזרה הסותרת את הפירוש שלו באותו פסק־דין, שלפיו החוק אוסר כל "מעשה שיש בו משום... התגרות אבר המין של הזכר לכל נקב מנקבי הגוף, חוץ מן המקום הטבעי", עמ' 279 (הדגשה שלי – י"י).
6. ע"פ 224/63 בן־עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח (3) 225 (להלן: פרשת בן־עמי).
7. יובל יונאי ודורי ספיבק, "בין גינוי לשתיקה – יחסו של בית־המשפט העליון להומוסקסואליות", כנס האגודה הסוציולוגית הישראלית. בית־ברל, פברואר 1996 (טרם פורסם). למעשה, המשפט אינו יכול לאסור על אדם להיות "הומו", כלומר: לאהוב ולחוש משיכה מינית לבני־מינו או לזהות עצמו כהומו. המשפט יכול לאסור רק פרקטיקות מסוימות הרלבנטיות במידה זו או אחרת לאנשים הנחשבים (בעיני עצמם או אחרים) הומואים, על הבחנה חשובה זו בין התנהגות לבין זהות ראו Janet E. Halley, "Reasoning About Sodomy – Act and Identity in and after *Bowers v. Hardwick*", 79 *Virginia Law Review* (1993) 1721. במקרים חריגים המדינה יכולה לרדוף הומואים בשל מהותם, מחשבותיהם ועצם תשוקותיהם – מצב שבו אין צורך להוכיח שהנאשם עבר עבירה כלשהי על חוקי המדינה. כמובן, במקרה זה אין כמעט גבול לגבי זהות הנרדפים. דוגמא לכך היא הרדיפה של הומואים ולסביות בגרמניה הנאצית. ראו Erwin J. Haeberle, "Swastika, Pink Triangle, and Yellow Star – The Destruction of Sexology and the Persecution of Homosexuals in Nazi Germany", *Hidden from History – Reclaiming the Gay & Lesbian Past* (Martin Duberman, Martha Vicinus & George Chauncey, Jr. (eds.), Merdian, New York, 1989) 365.
8. סעיף 351 לחוק־העונשין, תשל"ז-1977 (ס"ח 224).
9. ראיון מס' 7. בשיח העכשווי נהוג להפריד בין הומואים – gays (גברים) – לבין לסביות

הגם שהחוק עצמו כלל לא התייחס אליהן. המשטרה והתביעה הכללית נמנעו מאכיפת האיסור כנגד בוגרים שקיימו יחסי־מין בהסכמה, על־פי הנחיית היועץ המשפטי חיים כהן משנות החמישים.[10] הנחיה זו קיבלה תוקף רשמי רק עם הוספתה לקובץ הנחיות היועץ המשפטי למשלה ב־1972 על־ידי היועץ המשפטי דאז, מאיר שמגר.[11] ובכל־זאת, החוק היה כלי שהשתמשו בו. ספיבק ואני מצאנו בפסקי־הדין של בית־המשפט העליון שפורסמו החמישה מקרים שהתרחשו בין 1954 ל־1980 ובהם שימש סעיף זה כדי להרשיע נאשמים. בכל המקרים הללו היה מדובר בשימוש באלימות או ביחסים עם קטין, אבל עצם השימוש בחוק מלמד כי אין מדובר באות מתה.[12] מוסדות המשטרה, התביעה והשפיטה היו מודעים לקיום הסעיף והתייחסו להומואים כאל עבריינים הנהנים מחסר הממשל. הומואים רבים מספרים, כי המשטרה נהגה להטריד הומואים במקומות־המפגש שלהם, לרשום את מספרי תעודות־ההזהות שלהם, וכל זאת בכיסוי החוק.[13]

בתחילת 1964 ניסה משרד־המשפטים להביא לביטול האיסור על יחסי־מין "שלא כדרך הטבע". הדבר נעשה במסגרת הצעה לרביזיה כללית בכל החקיקה הקשורה לפגיעות בגוף האדם, תוך כדי ארגון כל החוקים בנושא בצורה תמציתית ושיטתית, כפי שכתוב בדברי ההסבר לחוק: "החוק המוצע הוא מועט המכיל את המרובה. בלשון קצרה ופשוטה הוא דן במכלול העבירות שעיקרן פגיעה באדם". כחלק משיטתיות זו שילב חוק זה גם את עבירות־המין הקשורות בפגיעה גופנית באדם ובחילול פרטיותו. משפטני המשרד תכננו לכלול בחוק המוצע גם את ביטול האיסור הפלילי על "יחסי־מין בלתי טבעיים", אך הממשלה סיכלה כוונה זו תוך כדי הסתמכות על הסטטוס־קוו.[14] הצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת לא כללה אפוא את ביטול סעיף 152(2), ולמרות זאת

(נשים), עד שנות השבעים בערך היה נהוג להשתמש במונח "הומוסקסואל" לכל בעלי הנטיות התד־מיניות – גברים ונשים כאחד.

10. לגבי מועד ההנחיה ישנה אי־בהירות. על־פי מעריב (9.5.1965), ההנחיה הוצאה ב־1955. טור ומילשטיין מציינים שההנחיה מוצאת בסוף שנות החמישים (מגעים, גיליון מס' 3 [דצמבר 1987] 12). ספיבק טוען, כי ב־1953 הנחה כהן את התביעה הכללית להימנע מהגשת כתבי־אישום, וב־1956 הוא העביר הנחיה דומה למשטרת ישראל. ראו דורי ספיבק, "הסטיגמה – הומוסקסואלים במשפט", חיבור במסגרת הסמינריון "מגמות בהיסטוריה של המשפט" בהדרכת ד"ר אלכסנדר (סנדי) קדר, אוניברסיטת חיפה, 1995. על־פי תשובתו של שר־המשפטים י"ש שפירא לשאילתה של ח"כ אורי אבנרי, ההוראה שלא להעמיד לדין מעוגנת בפקודת־קבע של המשטרה, שאושרה על־ידי היועץ המשפטי, מ־12 במארס 1956, אך גם לפני־כן נהגו ברוח הוראה זו. ראו ד"כ 62 (תשל"ב) 308; דות גביזון, שיקול־דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולהדשים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, 1991), 156, הערה 108.

11. הנחיות היועץ המשפטי למשלה, 50.049, יד בטבת תשל"ב (1.1.1972).

12. ראו לעיל, הערה 3.

13. ראיונות מס' 5 ו־7.

14. אמנון רובינשטיין, אכיפת מוסר בהברה מחירנית (שוקן, תשל"ה), 20.

דברי ההסבר הנלווים להצעה אמרו, כי "אין בחוק הוראות הקובעות עונשין בשל יחסי־מין בלתי טבעיים, בעיקר הומוסקסואליות ומשכבי בהמה". "יחסים חד־מיניים", הסבירה ההצעה – "לא יהיו אסורים כל עוד הם נעשים בהסכמה וכל עוד לא מעורב בהם קטין".[15] נראה כי מדובר בטעות שנבעה משינוי הצעת החוק על־פי הנחיות הממשלה לאחר שדברי ההסבר כבר היו מוכנים. בכל מקרה, הצעת החוק לא נידונה כלל בכנסת מסיבות בלתי־ברורות. הגם שהממשלה פסלה את הליגליזציה של יחסי־המין האסורים, עצם קיום ההצעה, שהגיעה לשלב די מתקדם במסלול הכנת החוק, מלמד על כך שבמשרד־המשפטים ישבו משפטנים אשר ראו משהו פסול בקיום האיסור על פרקטיקות מיניות שבוגרים מקיימים ביניהם.

הלך־רוח דומה בא לידי ביטוי באמרת־אגב של חיים כהן, הפעם בשבתו על כס השיפוט, בפרשת בן־עמי. השופט כהן קרא למתוקקים לשקול את ביטול סעיף 152(2), בטענה שאל־לה למדינה להתערב במה שבוגרים עושים בהסכמה בצנעת חדרי־המיטות שלהם. דבריו של השופט כהן, עם היוקרה והסמכות הנלווים לדברי שופט בית־המשפט העליון, סיפקו את התחמושת העיקרית לתומכי ביטול האיסור על מין "לא טבעי". הוא צוטט בהצעות של חברי־הכנסת אורי אבנרי ב־1971 ושולמית אלוני ואחרים ב־1978, בדרישות של פעילים הומואים ולסביות, ועוד. בהערת־האגב שלו נכללו הדברים הבאים:

> משכב־אשה־שלא־כדרכה, וכן משכב־זכר, כשהמעשה נעשה בצנעה ועל־ידי בני אדם בגירים מרצונם הטוב, אינם מעשים שיש בהם קלון, ואין הם מעידים על עושיהם שהם פושעים הראויים לעונש. עבירות הן אשר באו אלינו בירושה משיטות עתיקות ומדורות עברו, ואין מקומן בדיני העונשין של מדינה בת זמננו... "הטבע" בתור שכזה אינו עוד זקוק להגנת דיני העונשין; מה שזקוק ועל־כן זכאי להגנתם, הם כבודו וגופו וחירותו של אדם... מזכויות־היסוד של האזרח היא שהמדינה לא תתערב בחייו הפרטיים ובהתנהגותו בחדרי חדרים, כל עוד אינו פוגע בזכות הזולת שלא כדין...[16]

השופט כהן אינו אומר שיש לקבל מגע מיני כזה כמוסרי וכרצוי. "אדם המוחל על כבודו" – הוא מוסיף – "כבודו מחול; ואדם המוסר גופו להנאתו או להנאת זולתו (ובלבד שלא יסכן את חייו או את חיי הזולת) גופו מחול; אל להם לבתי המשפט לשים עצמם אפוטרופסים על הערִיות". כלומר: השופט מביע עמדה שלילית כלפי מִשגל אנאלי, אך סגור שאין זה מעניינו של הציבור להתערב ולהפניש פרטים המבצעים מִשגל כזה.

עמדותיו של כהן ושל משרד־המשפטים משקפות אולי את הגישה של "הקבוצה הגרמנית" בקהילה המשפטית הישראלית של ראשית המדינה. זלצברגר ועוז־זלצברגר

15. הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (פגיעות בגוף האדם), תשכ"ד־1964 (ה"ח 96).
16. פרשת בן־עמי (לעיל, הערה 6), 238.

עומדים על חשיבותה של קבוצת משפטנים שנולדו והתחנכו בגרמניה, שבה גם רכשו את השכלתם המשפטית לפני עליית הנאציזם.[17]

חלק ממשפטנים יהודים־גרמנים אלו עלו לארץ־ישראל המנדטורית והחלו לעסוק בפרקטיקה פרטית. אך עם קום המדינה מונו רבים מהם למשרות בכירות במערכת השיפוטית, במשרד־המשפטים ובמשרד־מבקר־המדינה, רבות בשל העובדה ששר־המשפטים עצמו, פנחס רוזן, נמנה עם קבוצה זו. חברי הקבוצה הזו גם איישו את תפקידי נשיא בית־המשפט העליון (משה זמורה), היועץ המשפטי לממשלה (חיים כהן) ומבקר־המדינה (זיגפריד מוזס); זלצברגר ועוז־זלצברגר עומדים על התערובת המיוחדת של ליברליות לאומית שמשפטנים אלו הביאו מגרמניה. המסורת הגרמנית – הם טוענים – הדגישה זכויות אזרחיות שלא התנגשו עם עליונות המדינה, וייתכן שתופש מיני שאינו מסכן את הסדר הציבורי נכלל בין זכויות אלו. מעבר למסורת המשפטית ייתכן ששופטים אלו הושפעו מהאווירה המתירנית של גרמניה הוויימארית, בניגוד לפוריטניזם שהשתלט על אנגליה הוויקטוריאנית והשאיר את חותמו לאורך המאה העשרים.[18] ילידי מזרח־אירופה וארץ־ישראל המסורתיים יותר היו כנראה פתוח פתוחים לתופש המיני ברשות הפרט מה"גרמנים".

"הקבוצה הגרמנית" היתה בעלת השפעה בזירה המשפטית, אך היא אוזנה על־ידי קבוצה של ילידי מזרח־אירופה וארץ־ישראל שהתחנכו ברוח המסורת הבריטית או האמריקנית. הבדלי העמדה ניכרים, למשל, בהסתייגותם של השופטים צבי ברנזון ואליהו מני – שניהם ילידי ארץ־ישראל וחניכי האסכולה הבריטית – מקריאתו של כהן ה"גרמני" בפרשת בן־עמי. שניהם ישבו בדין עם השופט כהן באותה פרשה והסכימו עם פסיקתו, אך טרחו להוסיף כי לדעתם, אין צורך להתייחס לשאלה האם יש מקום לאיסור הפלילי או לא; שכן דעתם – כפי שהשופט ברנזון מציין – "ממילא תהא רק בגדר דעה אישית בלתי מחייבת... [ה]עלולה אולי לעורר ויכוח ומחלוקת". המערכת הפוליטית שנשלטה על־ידי יוצאי מזרח־אירופה לא התייחסה אפוא ברציונות להצעתו של כהן. היחידים שהתייחסו להצעה היו ח"כים דתיים שתקפו אותה בזעם וקראו לפיטוריו. ח"כ יעקב כץ מפועלי אגודת־ישראל הגיש שאילתה לשר־המשפטים וטען, כי בהערת השופט כהן יש משום "חתירה ופגיעה בחוקים ובמושגים מקודשים הקיימים בעם ישראל ובאומות",[19] שבועיים לאחר־מכן דנה הכנסת בהצעה לסדר־היום בקשר להערה של שופט בית־המשפט העליון כהן, ח"כ שלמה לורנץ, שהעלה את ההצעה, הזהיר כי דבריו של כהן שמגע מיני

17. עלי זלצברגר ופניה עוז־זלצברגר, "מקורותיו הגרמניים של בית־המשפט העליון בישראל", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 259.

18. גרמניה של ראשית המאה העשרים הציגה תערובת מיוחדת של פתיחות למחקר בנושאי מיניות ותנועה חוקה לליגליזציה של הומוסקסואליות, מצד אחד, והומופוביה ארסית מלווה אנטישמיות ואנטי־נשיות, מצד אחר. ראו James D. Steakley, *The Homosexual Emancipation Movement in Germany* (Arno Press, New York, 1975); ראו גם האברל (לעיל, הערה 7).

19. ד"כ 40 (תשכ"ד), 2333.

אוראלי או אנאלי בהסכמה "אינם מעשים שיש בהם קלון", עשויים להיראות בעיני אנשים מסוימים כ"היתר וקריאת דרור ליצריהם השפלים". הוא גינה את כהן על ניצול "במת בית־המשפט, כדי לתת פרסום לדעותיו הפרטיות" המנוגדות לחוק הקיים, לעמדת הממשלה ו"למוסר האלמנטרי של עמנו ומוסר האומות המתוקנות".[20]

שר־המשפטים, דב יוסף, הגן בלהט על השופט כהן, וטען שדבריו סולפו וכי השופט כהן אינו "מבזה בהצעותיו... שם ישראל, תורתו ומוסרו". גם בתשובה לשאילתה של ח"כ כץ וגם בדיון בהצעה לסדר־היום הדגיש השר, כי ההצעה ש"יחסי־מין בלתי־סבעיים, ובעיקר הומוסקסואליות, לא יהוו עבירות פליליות" היא "בעיה עקרונית שנחלקו בה הדעות בכל החברות הנאורות של דורנו. יש מדינות ששם המעשים הנ"ל אינם מהווים עבירה ויש מדינות ששם עודם מהווים עבירה". השר יוסף הזכיר את המלצות ועדת וולפנדן באנגליה (The Wolfenden Report), שקבעה "לאחר חקירה מעמיקה שמעשים הומוסקסואליים בין מבוגרים מרצונם ובצנעה אינם צריכים להוות עבירה לפי החוק". השר מדגיש כי השופט לא בא "לעודד את המעשים הללו", כלומר: השר הסכים עם הפרשנות שלנו שגם הערת־האגב של השופט כהן תופסת את האקטים המיניים ה"לא־טבעיים" כדבר שלילי, וכל חידושה בטענה שאקטים אלו "אינם צריכים להיות עבירה פלילית".[21] דב יוסף גם העמיד מול השקפת לורנץ, ה"רואה במעשה כזה קלון ודבר בלתי־מוסרי באופן נורא", את ההשקפה של "רופאים גדולים בעולם החושבים את ההפך". ומהו ההיפך? ההיפך הוא שהם חושבים "שזו מחלה ולא יותר ממחלה, והאיש אינו יכול לשלוט בעצמו ואין להעניש על דבר כזה, אלא יש לרפאו". דברים אלו מראים לנו שהשתרור המשפטי המוצע להומואים נשען על דיכוי רפואי. הדוברים הליברלים הרשו לעצמם להגן על הומואים לא מתוך קבלה של הקשר ההומואי כנורמלי, אלא מתוך תפיסה שמדובר במחלה, שאין הנושאים אותה חייבים באחריות פלילית למעשיהם. נימוק זה שימש את מצדדי ביטול החוק גם בדיונים הבאים.

ב־21.12.1965 דנה הכנסת בהצעת חוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (תיקון מס' 29). התיקון המוצע לא התייחס ליחסים מיניים "נגד הסדר הטבעי", וח"כ אורי אבנרי, חבר הסיעה הרדיקלית השולית "העולם הזה – כוח חדש", לא הסתיר את אכזבתו מכך שהתיקון משאיר על כנו חוקים שאין להם – לדעתו – מקום בחברה הישראלית המודרנית. "האם לא הגיע הזמן" – שאל – "לבטל את הסעיף, האוסר יחסים הומו־סקסואליים בין מבוגרים המסכימים לכך"? אבנרי הסתמך במפורש על המלצת השופט כהן בפרשת בן־עמי ועל המצב באנגליה, שבו בית־הלורדים כבר ביטל חוק דומה, והצעה לביטולו הובאה לפני הפרלמנט.[22] שר־המשפטים, דב יוסף, חזר וגרס כי גם בישראל וגם בארצות אחרות "קיימות שתי דעות מנוגדות לחלוטין", ואין לולזל באילו הסוברים אחרת. החוק לתיקון פקודת החוק הפלילי היה חוק זמני שנועד לפתור בעיות דוחקות. כיוון שכבר עבדו אז על החלפת כל הפקודה בקודקס פלילי חדש, הבטיח השר שהנושא יובא לדיון בכנסת כאשר

20. שם, 2350.

21. דברי השר דב יוסף מופיעים שם, 2333-2334, 2351-2353.

22. ד"כ 44 (תשכ"ו), 140.

הרפורמה הגדולה יותר תתבצע. אבל הוא הוסיף, שמבחינתו האישית מדובר ב"בעיה רפואית של טיפול באנומליה פיזיולוגית, יותר מאשר עניין של עבירה פלילית". השר גם הבהיר, שהמתנגדים לביטול החוק האוסר הומוסקסואליות באו לא רק מהחוגים הדתיים, והדגיש, כי זה כלל אינו בטוח שיש רוב התומך בביטול החוק.[23] תגובותיהם של ח"כי המערך להצעות לבטל את ההגבלות על יחסים מיניים בהסכמה מראות שהוא אכן צדק: גם בקרב הסיעות החילוניות לא היתה סימפטיה גדולה לרעיון, כפי שנראה מיד.

בדצמבר 1970 התקיים דיון בעוד תיקון לפקודת החוק הפלילי (תיקון מס' 31). מדובר בתיקון זעיר כדי לפתור מצבים שבהם נאשמים בבעילת קטינות מאמינים בכנות שהם קיימו יחסים עם בגירות. ח"כ אבנרי שוב ניצל את ההזדמנות כדי לקרוא לביטול האיסור על הומוסקסואליות. אמנם הוא לא ציפה שהצעתו תתקבל, בשל המצב הקואליציוני, אך הוא חזר והדגיש, כי "הרעת אינה סובלת שבמדינה מודרנית יופעלו חוקים כאלה, שירשנו מן המחוקק הבריטי ובוטלו אף בבריטניה עצמה... הוא בוטל באנגליה, בוטל בגרמניה, בוטל בחלק ממדינות ארצות־הברית, ובכל העולם המתקדם והנאור קיים תהליך של ביטול החוקים האלה". אבנרי ציטט מדבר את טענתו של המשפטן ד"ר עמוס שפירא, שלפיה "האיסור הפלילי של יחסים הומוסקסואליים לא יכירנו מקומו בתברה נאורה, פתוחה וסובלנית, הוא פרי תקופה שבה התייחסן הבריות באימה ובתיעוב להתנהגות מינית 'שלא כדרך הטבע'". לראשונה בהיסטוריה של הכנסת התייחס אבנרי לפגיעה בהומואים עצמם כאל מרכיב חשוב בדיון. אבל גם הוא נאלץ להסתמך על השית המדעי־רפואי כדי להגן על עמדתו, וכשהסביר למה אנו מתייחסים בצורה כל־כך שלילית להומואים, הוא אמר שהסיבה היא, "שהם סובלים מתופעה שהיא – כפי שמקובל כיום להניח – בגדר הפרעה נפשית... שאינה ניתנת לריפוי".[24] ח"כ מרדכי ביבי מהמערך בעס על כך שת"כ אבנרי פסה מהנושא החשוב שבו התיקון עוסק – זנות של נערות – ובמקום לתת את דעתו לתופעה זו "הרחיק לכת לתופעה של אנשים הלוקים בסטייה חולנית, והוא רוצה לתת להם הגנה על סטייה זו. יש לעזור לאנשים אלה להשתחרר מסטייה זו, אבל אין להתיר מעשיהם התולניים ולהציגם במעשים המתיישבים עם המוסר הציבורי והחברתי". תברו לסיעה, שר־המשפטים י"ש שפירא, נמנע מנקיטת עמדה נחרצת ואמר בזהירות, שהוא איננו "רואה כל סיבה מדוע לא תתקבל" הצעת החוק הפרטית לביטול האיסור, "עבירה פלילית" – הוא סבור – "איננה יכולה לחול על דברים שאנשים מבוגרים עושים ביגם לבין עצמם מרצון ובצנעה".[25]

ביוני 1971 הגיע סוף־סוף הדיון בהצעה לחוק לתיקון דיני העונשין (ביטול האיסור על יחסים הומוסקסואליים), תשל"א-1971, שהוגשה על־ידי ת"כ אבנרי.[26] הצעת החוק קובעת בפשטות את ביטול סעיף 152(2) של פקודת החוק הפלילי 1936. והי הפעם הראשונה שהצעה לביטול האיסור הובאה לכנסת. בדברי ההסבר המלווים את הצעת־החוק

23. שם, 212.
24. ד"כ 59 (תשל"א), 627-628.
25. דברי ח"כ ביבי, שם, 628; דברי השר שפירא, שם, 630.
26. ד"כ 60 (תשל"א), 2613-2614; הצעת החוק מצורפת כנספח ג, שם, 2620.

מצוטטים דברי השופט כהן ודברי שר־המשפטים, דב יוסף, שהוזכרו לעיל. דברי ההסבר מסתיימים בהפניה אל העולם ה"נאור" – מרכיב החוזר על עצמו הן בדברי ח"כ אבנרי והן בתגובות לדברים אלו. חשוב לציין, כי ח"כ אבנרי, אשר רצה להקל ככל האפשר על תומכים פוטנציאליים בהצעתו, הסכים שלא להכליל בהצעת החוק שלו את ביטול סעיף־קטן 152(2)(ב), האוסר קיום קשר מיני עם בעלי־חיים, ואת הצעתו לאפשר הפלות מלאכותיות חופשיות (שהתעתד להגיש בנפרד) – כדי שלא להכשיל הצעת חוק אחת באמצעות האחרת.[27] הדיון נפתח בנאום נרגש של ח"כ אבנרי שציטט צעיר אשר התאבד ביריית אקדח בגיל 23 שכתב במכתב שהופנה לאמו אשר גידלה אותו לבד ככן יחיד מאז מות אביו, בעודו ילד קטן:

> מאז גיל 16 ידעתי שאני שונה מכל הנערים בגילי. ניסיתי להסתיר זאת מכל העולם, וגם ממך, אמא. אבל חיי הפכו לגיהינום. בכל רגע פחדתי שיגלו את הסוד שלי, שיזרקו אותי מבית־הספר, שיגרמו בושה גם לי וגם לך. לכן ברחתי מהחברה, והייתי בודד. ניסיתי ללחום נגד הנטייה שלי. באמת ניסיתי. העמדתי פנים ויצאתי עם בנות, אבל זה היה עינוי בשבילי. בסוף התחילו להתלחש מאחורי גבי. האסון הכי גדול היה כשלא קיבלו אותי לצה"ל. זה היה כאילו הדביקו אות־קין למצחי. בכל מקום שאלו אותי מדוע אני לא חייל. הייתי צריך להמציא שקרים.... לא ידעתי מה זה אושר, עד שפגשתי את דויד. אהבתי אותו מהרגע הראשון, וזאת היתה אהבה אמיתית. אמרתי לך שאנו סתם חברים, אבל תיינו יחד. כשדויד עזב אותי, זה היה בשבילי מכה נוראה. התחלתי לחפש חברים ברחוב, על שפת הים ובמקומות כאלה. שלשום התנפלו עלי שם, היכו אותי וגנבו את הכסף שלי. מה יכולתי לעשות? לא הלכתי למשטרה, מפני שלפי החוק אני פושע. פחדתי ממה שיגלו בחקירה. נמאס לי הכל. אני לא יודע מה פשעתי, ולמה מגיע לי עונש. אף פעם לא עשיתי שום רע לאיש. אבל אני מרגיש כאילו אני פושע, שאני צריך כל הזמן לברוח ולהתחבא, אפילו ממך. אני לא מאשים אף אחד. אני פשוט לא יכול יותר. אמא, תסלחי לי.[28]

ח"כ אבנרי המשיך בנימוקים כבדי־משקל נוספים: "אין הם מזיקים לאיש. הומוסקסואליות אינה מידבקת. איש אינו מציע לעודד אותה, או לשחרר מעונש מי שמפתה קטין, או עושה מעשה בפומבי. אפילו הטענה שזהו פשע כלפי החברה בגלל

27. שם. עקב טעות, דברי ההסבר המצורפים להצעת החוק מנמקים גם את ההצעה להתיר הפלות מלאכותיות, אך הצעת החוק והדיון אינם מתייחסים לנושא זה כלל.

28. שם, 2614.

צמצום הילודה – איננה תופסת... אם כן, מדוע אנו מתקוממים נגד ההומוסקסואלים, מגדים אותם, מתעללים בהם, מקפחים אותם, מקיימים נגדם סעיף פלילי, המטיל עליהם עשר שנות מאסר?" ח"כ אבנרי גם טען, כי "המוסר של ימינו אינו יכול להשלים עם הענשת אדם בשל מעשים שאינו אשם בהם, שאינם פוגעים באיש, הנעשים בהסכמה הדדית בצנעת הפרט". כמו בדיון הקודם, הוא הסתמך על "האגושות המתקדמת" והזכיר את ביטול התוק האוסר יחסים הומוסקסואליים בבריטניה, בגרמניה (שבה – הוא טרח להזכיר – היה תוק נאצי נגד הומוסקסואלים), בבלגיה, בדנמרק, בצרפת, ביוון, באיטליה, בהולנד, בטפרד, בשבדיה, בשוויין "ובהרבה ארצות אחרות". "בשום מקום" – הבהיר לחברי־הכנסת – "לא הביא ביטול החוק להתגברות ההומוסקסואליות". ח"כ אבנרי גם נעזר בדיקנים של הפקולטות למשפטים באוניברסיטה העברית, פרופ' ראובן ירון; ובאוניברסיטת תל־אביב, פרופ' אמנון רובינשטיין. הוא גם הסביר מדוע נחוץ לבטל את החוק הגם שאינו מופעל. בין השאר הזכיר, ש"קיומו של הסעיף מאפשר מעשי־סחיטה ללא ספור", וכן ש"קיומו של הסעיף מחזק את הדעה הקדומה החברתית, מגביר את הנידוי החברתי, מוסיף על האומללות של אלפי בני אדם חפים מפשע, שהם גורמליים מכל הבחינות, אזרחים נאמנים למדינה ומועילים לחברה". נאום זה של אבנרי התמקד בעוול הנגרם להומואים ובסבל שהחברה גורמת להם. המכתב שהוא מצטט מעניק מימד אנושי מוחשי לשיח שהיה עד כה מרוחק וקר, ובסוף דבריו חזר והדגיש את העוול שהחברה גרמה לצעיר שהתאבד:

> מה היה לסלות לאותו נער חף מפשע – שכל אשמתו היתה שהתפתחה אצלו נטייה שאינה לפי הנורמה שלנו? אם מישהו זקוק כאן לסליחה ולמחילה – הרי זה אנחנו, הנורמליים כביכול, המקיימים נידוי חברתי וחוק פלילי נגד אנשים חפים מפשע אלו".[29]

דבריו הבוטים והנחרצים של אבנרי ומכתבו המרגש של אותו צעיר שהתאבד לא גרמו לאף ח"כ, לפחות לא לפי הפרוטוקול, להזיל דמעה או להכות על חטא. רק ח"כ אחד, מרדכי סורקיס מהמערך, נרשם לענות לאבנרי ולבקש את הסרת ההצעה מסדר־היום. הממשלה לא נקטה עמדה בנושא ולכן נציגה לא השיב להצעת התוק של ח"כ אבנרי. תשובתו של ח"כ מרדכי סורקיס מהמערך מאלפת בכך שהוא פטר את כל העניין כדבר טפל שחבל לבזבז עליו את הזמן. "אין לחברי הכנסת ראגות אחרות – רק לטפל בתוק הזה?" – הוא שואל בתמיהה. "יש לנו עניינים רציניים הרבה יותר" – הוסיף, והזכיר את ביקורו של נשיא ברית־המועצות פודגורני בקהיר. התאבדותו של בן יחיד לאמו ומכתבו הכואב והמרגש לא הניעו את ח"כ סורקיס להכיר בכך שמדובר בבעיה רצינית ובמקרה משוע של תוסר־צדק,[30] במקום זה הוא הביע את דאגתו לנוער בארץ: "האם הנוער לא

29. דברי ח"כ אבנרי מופיעים שם, 2614-2615.

30. מעניין, שגם כיום ישנם הרואים בזכויות של הומואים "זכויות פיקנטיות", "המעניינות רק

ינוצל? האם לא יפתו אותו אם לא יהיה חוק, אם לא יהיה צפוי עונש לאיש.... חברי־הכנסת אבנרי אומר: רק למבוגרים. אם מבטלים חוק לגבי מבוגרים איזו זכות יש אחר כך להגיד משהו לצעירים העושים זאת? מי יגן עליהם?" סורקיס הביע במיוחד את דאגתו ל"נוער שלנו וחיילנו [ה]שומרים על קיומנו, עתידנו־וביטחוננו". אם יבוטל החוק נגד הומואים, "למה לא לבטל את העונש על סמים?" – הוא שאל. "לא נחכה הרבה זמן", הוא הוסיף, "וח"כ אבנרי יביא הצעת־חוק גם בנוגע לסרסורי זונות". והחרת־החוק אחריו ח"כ מנחם ידיד מגח"ל: "עבירה גוררת עבירה". אם מצדדי החוק הסתמכו על הנעשה בעולם, השיב להם סורקיס כי "תופעות אלה זרות לנו", והוסיף ש"עלינו ללחום בזה באמצעות חינוך והסברה. עלינו לדאוג לכך שלא תהיה הפקרות בארץ". "בשם הקדמה וההתפתחות של מדינת ישראל" הוא קרא אפוא להסיר את הצעת החוק מסדר־היום.[31]

ח"כ אבנרי השיב לסורקיס, ודבריו לוו בקריאות ביניים שהצביעו עוינותם של חברי־הכנסת כלפי הומואים. כאשר משיב אבנרי שבעיות בטחוניות אינן עילה לדחיית הדיון בבעיה חברתית והוסיף כי חלק מהחיילים הם הומואים, הטיח לעומתו ח"כ מנחם ידיד (גח"ל): "זותי עלילה על הנוער"! כאשר הוא התייחס לטענה של סורקיס שנערים נופלים קורבן למעשי־סדום, הוא הדגיש ש"אין איש המציע... לבטל את האיסורים החלים על אינוס קטינים וקטינות", אבל ח"כ אסתר רזיאל־נאור (גח"ל) ונסים אליעד (סיעת ל"ע) ולזלו בנימוק זה, וגרסו שביטול התוק בהכרח יביא לפגיעה גם בקטינים, כנראה בשל האיום הטמון – לדעתם – בהומואים לשלום הציבור. אבנרי הכחיש שיש קשר בין הומוסקסואליות לשימוש בסמים, ונקטע על־ידי קריאות־הנאצה של ח"כים חרדים. אבנרי סיים בצורה נרגשת ופנה ללבבות חברי־הכנסת: "הלוואי והייתי מוכשר יותר בתורת הרטוריקה. אני מרגיש שנפלה עלי... אחריות כבדה לגורלם של רבים וטובים". בסופו של דבר הצביעו 15 ח"כים בעד העברת הצעת החוק לוועדה, ו-38 נגד העברתה.[32]

הניסיון הראשון לשנות את החוק נכשל אפוא. קשה ללמוד מתוצאות ההצבעה על מימדי התמיכה בביטול הסעיף. סביר להניח שמצדדי ההצעה התגייסו להצביע בעדה, ואילו הרוב ידע שאין סיכוי להצעה ולא התאמץ לבוא. גם לא כל מי שסבר שיש להעביר את הצעת החוק לדיון בוועדה היה בהכרח בעד ליגיליזציה של הומוסקסואליות ומין אנאלי,[33] בכל אופן ברור מתגובות ומההצבעה, שחברי־הכנסת התייחסו אל הבעיות של ההומואים כאל בעיות שוליות, מרוחקות וחסרות־עניין ציבורי. אם היה אפשר לתפוס את הוויכוח של הח"כים החרדים כץ ולורנץ עם שר־המשפטים, דב יוסף, סביב אמרת־האגב של השופט כהן כמאבק בין השקפה דתית לבין השקפה חילונית, הרי שתגובת הכנסת להצעת ח"כ אורי אבנרי ב-1971 מראה באיזו מידה ההתנגדות לקו שהוצע על־ידי השופט

את הציבור ה"אפי" בישראל". ראו, לטשל, אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 133, עמ' 141.

31. דברי ח"כ סורקיס מופיעים בד"כ 60 (תשל"א), 2615-2616.

32. תשובת אבנרי לסורקיס וההתפרצויות של חברי־הכנסת ראו שם, 2616-2618.

33. כאמור לעיל, בהערה 7, הומוסקסואליות לא היתה אסורה ולא ניתן לאסור אותה, אבל היא נתפסה כאסורה בשל האיסור על פרקטיקה מינית שווהתה עם ההומוסקסואליות.

כהן ושנתמכה, לפחות חלקית, על־ידי שרי־המשפטים יוסף ושפירא, משותפת גם למפלגות חילוניות. "זו אינה שאלה דתית בלבד" – העיר ח"כ יצחק גולן מל"ע, כאשר אבנרי התפלמס בעיקר עם ה"כים דתיים, ואדישותם של רוב הח"כים כלפי הנושא מוכיחה שהצדק אכן עמו.

באפריל 1978, שבע שנים לאחר־מכן וכשנה לאחר המהפך הפוליטי, הוגשה שוב הצעת חוק לביטול האיסור הפלילי. הפעם הוגשה ההצעה על־ידי חמישה ח"כים (שולמית אלוני מהתנועה לזכויות האזרח ולשלום (רצ), מרדכי וירשובסקי ועקיבא נוף מהתנועה הדמוקרטית לשינוי, יוסי שריד מהמערך ומאיר פעיל מ"מחנה שלי"), עובדה המראה שהמודעות לדיכוי של ההומואים התרחבה. גם הנימוקים נעשו פחות פטרנליסטיים: ההצדקה הרפואית־פסיכולוגית שהמשיכה את התיוג של הומואים כחריגים הופיעה פחות בדברי התומכים, והעוול והחסבל של ההומואים עצמם זכו להדגשה. ח"כ אלוני, שנימקה את ההצעה, טענה כי "אנשים מבוגרים [זכאים] לעשות להנאתם הם עצמם כטוב בעיניהם שעה שהדבר הזה נעשה בצנעה ומתוך רצון". היא הדגישה את דברי השופט כהן בפרשת בן־עמי ואת קיום הנחייתו של היועץ המשפטי שלא להפעיל סעיף זה. כמו־כן היא הזרה על כך שבכל שאר המדינות, למעט אולי דרום־אפריקה, אין איסור כזה.[34] שר־המשפטים, שמואל תמיר, אישר בתגובתו כי במדינות רבות בוטל האיסור על הומוסקסואליות, והזכיר כי גם בישראל אין החוק נאכף. הוא הודיע לכנסת כי הממשלה לא דנה בחוק וכי הצבעתו תהיה הצבעה אישית, אך מדבריו נראה שהוא עמד להצביע בעד ביטול החוק. ח"כ יהודה מאיר אברמוביץ (אגו"י) חזר על ההתנגדויות המקובלות של הסיעות החרדיות ולאחר סערה־זוטא בשל דחיית ההצבעה למחרת, על־פי בקשת סיעת המפד"ל, שהיתה עסוקה בבחירות פנימיות באותו יום, המשיך היו"ר את הדיונים בנושא הבא. למחרת הובאה הצעת החוק להצבעה בלבד, ונפלה ברוב של 28 נגד 18. בשיחה עם גב' אלוני היא סיפרה, שלפי זכרונה ביום הדיון היה כבר רוב של 35 בעד ביטול הסעיף, אך אז ראש־הממשלה, מנחם בגין, אמר בסרקסטיות: "הגברת רוצה לאפשר, דואגת למשכב עם בהמה" (סעיף 351 כלל גם איסור על משכב בהמה – י"י), והערה זו גרמה לשינוי בהצבעה המתוכננת של כמה ח"כים.[35]

ב. הקהילה ההומו־לסבית וביטול האיסור על "משכב שלא כדרך הטבע"

הנסיונות לבטל את האיסור על מגע מיני אנאלי מטעם משרד־המשפטים, השופט כהן וכמה ח"כים נעשו בלי מעורבותה של הקהילה ההומו־לסבית, שעדיין לא היתה מאורגנת בישראל. תיאו מינץ, חבר ותיק מאוד בקהילה ההומואית, זוכר כיצד בשנות השישים מילאו הכול פיהם שתוק כאשר אחד הרופאים שעמם עבד סיפר על קיומה של אגודה של הומואים בשווייץ. רק ב־1975 קמה "האגודה לשמירת זכויות הפרט" (להלן:

34. ד"כ 82 (תשל"ח), 2447-2448.

35. ראיון מס' 9.

האגודה) ועצם הקמתה – הוא מספר – עורר התלהבות עצומה.[36] שם האגודה נועד בין השאר לטשטש את מהותה, בשל חשש שרשם האגודות העותמניות ימנע התארגנות של "עבריינים". פעילות האגודה עדיין לא נחקרה מבחינה היסטורית, אבל ברור שמדובר בארגון קטן וחסר־משאבים, שהחזיק מעמד רק בזכות "השיגעון לדבר" של מספר מצומצם של פעילים שהקדישו לו את מרצם וומנם. בשיאו מנה הארגון 600 חברים, אך רוב הזמן מספר החברים נע בין 300 ל־400. בתחילה עסק הארגון בעיקר בפעילות תברתית, בארגון מסיבות בתגים ובסיוע אינדיבידואלי להומואים וללסביות בהתמודדות עם הקשיים המיוחדים של יציאה מהארון, השלמה עם נטיותיהם המיניות והפליה של מוסדות שונים. מיעוט הפעילים והחשש של רבים מחשיפה בשל פעילות ציבורית לא אִפשרו הקמתה של תנועה חברתית גדולה וקולנית.

ובכל־זאת, פעילי האגודה עסקו מלכתחילה בפעילויות פוליטיות שונות כדי לשפר את מצבם של הלסביות וההומואים, כולל קיום קשר עם מתוקקים ובעלי־תפקידים ציבוריים, כדי לפתור בעיות ספציפיות של הפליה והתעללות וכדי ליצור מודעות למען ביטול האיסור הפלילי. פניות למשטרה ופגישות עם מפקדי המשטרה כדי להתלונן על הטרדה של הומואים על־ידי שוטרים במקומות המוכרים כמקומות־מפגש של הומואים היוו עיסוק קבוע למדי של פעילי האגודה.[37] כפי שמסביר מרואיין מס' 11, "לא היו דברים ברמה הלאומית. רק ברמה המקומית". ובכל־זאת, משלחת של האגודה נפגשה עם היועץ המשפטי לממשלה ברק ב־1976. אחד הפעילים מספר על עצומה שארגן באוניברסיטה העברית ב־1981 בתביעה לביטול האיסור על משכב שלא כדרך הטבע.[38] אבל מדובר בנסיונות ספורדיים שלא הפכו למסע מאורגן ומסודר. ב־1983 פִּרסמה האגודה מסמך ראשון מסוגו בארץ, ובו־קריאה להפסקת ההפליה כנגד הומואים ולסביות. החוברת בת 16 עמודים (שכונתה "החוברת הכחולה", בשל צבע כריכתה) – מכילה הצהרת על זכותם של הומוסקסואלים לחיות בכבוד עצמי; סקירות של היבטים משפטיים, פסיכולוגיים, פוליטיים, סוציולוגיים, היסטוריים ודתיים; והשוואה לארצות אחרות. בחוברת גם נספחים שעניינם החלטות של האגודות האמריקניות של משפטנים, מורים ופסיכיאטרים – החלטות הקוראות לבטל חוקים נגד הומוסקסואלים ולהבטיח להם שוויון זכויות והגנה של החוק, השוואה עם מדינות אחרות הדגישה את ה"פיגור" של ישראל והבליטה את השינויים הליברליים במדינות שונות בעולם, כולל החלטת האגודה הפסיכיאטרית האמריקנית מ־1973, שהוציאה את ההומוסקסואליות מההגדרות של הפרעות נפשיות. החוברת נשלחה לכל 120 חברי־הכנסת ולעוד כמה מאות מתנכים, אנשי־דות ואישי־ציבור שונים, והפעילים חסרי־הניסיון הפוליטי האמינו כי הדברים "ידברו בעד עצמם".[39] לא נעשה מאמץ לדבר עם חברי־הכנסת ולשכנע אותם בחשיבות של הקיקה בנושא, ובדיעבד

36. ראיון מס' 13.
37. ראיונות מס' 1 ו־11.
38. ראיון מס' 2.
39. מרואיין מס' 11.

הסתבר לפעילי האגודה שטעויות־דפוס רבות ועריכה פגומה פגעו בהתייחסותם של הכרי־הכנסת לנושא. אף לא חבר־כנסת אחד לא יצר קשר ולא ביקש הבהרות או מידע נוסף.[40]

מאמץ זה היה יוצא־דופן בפעילות הקהילה. אין ספק כי פעילי האגודה תפסו את ביטול האיסור על מגע מיני אנאלי כאינטרס חיוני של הקהילה ההומו־לסבית. הגם שסעיף זה התייחס רק לאקט מיני מסוים – אקט שנעשה גם על־ידי הטרוסקסואלים רבים – הוא נתפס בעיני אנשי־ציבור, שוטרים, הציבור ההטרוסקסואלי ואפילו בעיני הציבור ההומו־לסבי עצמו כאיסור על "הומוסקסואליות" באופן כללי. הפעילים חשו אפוא את מה שמומחים למשפט התעלמו ממנו. האחרונים התגאו ב"ליברליות" של מדינת ישראל, שאמנם יש בה חוק "נגד הומוסקסואליות", אבל הוא אינו נאכף. הפעילים אכן ידעו שהחוק אינו נאכף, אך הרגישו את ההשלכות של עצם קיום חוק המגדיר אותם כעברייניים: "כל עוד קיים האיסור בחוק הפלילי, ההומוסקסואלים עברייניים הם, ואחת היא אם הם מובאים לדין על מעשיהם אם לאו... האם יפסוק בית־הדין לעבודה, למשל, לטובתו של עובד, שפוטר עקב נטיותיו ההומוסקסואליות, והאם יזכה אותו עובד להגנת האיגוד המקצועי שלו?"[41] יתר על כן: כפי שהדגיר נמיר – אחת מהפעילות הפעילות ביותר בתנועה ההומו־לסבית – מסבירה, כיוון שהציבור התייחס אל ההומואים ואל הלסביות כאל קהילה אחת, גם הלסביות נתפסה ככלתי־חוקית, הגם שלא היה שום חוק כנגדה.[42]

למרות השאיפה היוקדת להביא לביטול החוק, הקהילה לא היתה כמעט מעורבת בנסיונות להשיג שינוי זה. הסיבה לפסיביות זו היא מיעוט הפעילים וחשש מחשיפה אישית. כדי להבין מדוע היו כה מעט פעילים, צריך להבין את משמעות הסטיגמה על הומוסקסואליות ולסביות בחברה הישראלית באותן שנים. בניגוד למיעוטים ולקבוצות מדוכאות אחרות, שהחברות בהן שיובית (כלומר: בובעת מלידה) וגלויה לעין (בחלק מהמקרים), לסביות והומואים נולדים למשפחות "נורמליות", גדלים כהטרוסקסואלים ונאלצים להתמודד לבד עם ההכרה ההולכת וגוברת שהם שונים. כפרטים בחברה הטרוסקסואלית הם מודעים ללעג של בני־משפחה, חברים, מורים ומעסיקים כלפי לסביות והומואים, דבר הגורם פעמים רבות למשברים קשים כאשר הם מבינים שהם משתייכים לאותה קבוצה בזויה ודחויה בעיני החברה.[43] רבים אינם מסוגלים לעמוד בכך, מדחיקים את משיכתם הטבעית לבני־מינם או מקיימים אורח־חיים כפול הבנוי על אימון לכאורה של דפוסי ההתנהגות והמשפחה ההטרוסקסואליים והסתרת קשריהם עם העולם ההומו־לסבי. רבים גם מאבדים את שפיותם או את הרצון לחיות, ומתאבדים. שיעור בני־הנוער ההומו־לסבי המתאבדים או מנסים להתאבד גבוה פי כמה משיעור בני־הנוער

40. ראו ראיונות מס' 1, 2, 5, 6 ו־7. הערכת החוברת כסובלת מפגמים בעריכה הובעה על־ידי אחד הפעילים. להערכתי האישית, מדובר בחוברת ערוכה היטב ומשכנעת ביותר.

41. "החוברת הכחולה", 2.

42. ראיון מס' 5.

43. אייל גינזבורג ורונן מליק, "יחסם של צעירים בחברה הישראלית לגבי הומוסקסואלים והומוסקסואליות", סמינריון מחקרי מוגש לד"ר יובל יונאי, החוג לסוציולוגיה, אוניברסיטת חיפה, 11.1.1998.

אחרים, יש אומרים פי שישה;[44] קשיים אלו אופייניים להומואים וללסביות בחברות רבות, בישראל הקשיים היו עוד יותר חזקים בשל הדגש של הציונות על יצירת "יהדות חדשה", "יהדות של שרידים", כתגובה לזיהוי האנטישמי של יהדות עם נשיות. השקפת־העולם המיליטריסטית הדומיננטית שהתפתחה בתרבות הישראלית בעיקבות אפיון זה של הציונות ובשל המאבק עם הפלסטינאים תרם למצ'ואיזם ולסטיגמטיזציה לא רק של הומואים, אלא גם של לסביות שתרגו מהתפקיד המיועד להן של שירות הלוחמים.[45]

נשים אינן יכולות להסתיר את עובדת היותן נשים (להוציא מקרים חריגים ביותר), וכך גם בעלי צבע עור או תווי פנים של קבוצות אתניות מדוכאות. יהודים בחו"ל או ערבים פלשתינאים בישראל יכולים אולי להתחזות לחברי קבוצת־הרוב בעבודה, אבל אינם יכולים להעמיד פנים בבית. הומואים ולסביות נתפסים ברוב המקרים כהטרוסקסואלים גם על־ידי בני־משפחתם וידידיהם הקרובים ביותר עד שהם הושפים את עצמם או נחשפים על־ידי אחרים,[46] כל עוד הם נמצאים בארון, הם חיים בחשש מתמיד מחשיפה, ובחברה הישראלית הקטנה וההדוקה חשש זה מרתיע אנשים רבים ממעורבות חברתית בקהילה החומו־לסבית, שלא לדבר על פעילות פוליטית. פעילים רבים מסבירים, כי בניגוד לאמריקנים רבים העוברים לערים גדולות שם איש אינו מכירם, הלסבית או ההומו הישראלים העוברים לתל־אביב רבתי עלולים בהחלט לפגוש את הבן של השכן מהעיר הקטנה כאשר הם הולכים לפאב הומואי, או את הדודה שבאה לקניות כאשר הם מחתימים עצומה ברחוב.

---

44. על האופן שבו הומואים ולסביות מפתחים זהות הומוסקסואלית ולסבית ראו, למשל, Vivienne C. Cass, "Homosexual Identity Formation – Testing a Theoretical Model," 20 *Journal of Sex Research* (1984) 143; Kenneth Plummer, *Sexual Stigma – an Interactionist Account* (Routledge and Kegan, London and Boston, 1975); Richard R. Troiden, *Gay and Lesbian Identity – A Sociological Analysis* (General Hall, Dix Hills, N.Y., 1988). על המצב המיוחד של חיים בארון ראו Eve Kosofsky Sedgwick, *Epistemology of the Closet* (New York, 1991). על הקושי ביציאה מהארון, בעיקר להורים ולבני משפחה, ראו למשל Adital Ben-Ari, "The Discovery that an Offspring Is Gay – Parents', Gay Men's, and Lesbians' Perspectives," 30 *Journal of Homosexuality* (1995) 89. על נסיונות התאבדות של צעירים הומואים ראו שרון גיל, נסיון התאבדות כנקודת מפנה בחייהם של מתבגרים הומוסקסואלים, עבודת־גמר לתואר מוסמך, בית־הספר לעבודה סוציאלית, אוניברסיטת חיפה (1997); Paul Gibson, "Gay Male and Lesbian Youth Suicide," *Death by Denial* (Gart Remafedi (ed.), Alyson, London, 1994) 15.

45. על התפתחות תפיסת־העולם הכוחנית והמיליטריסטית בחברה הישראלית ראו אורי בן־אליעזר, דרך הכוונת – היווצרותו של המיליטריזם הישראלי, 1936-1956 (רביב, 1995).

46. Larry Gross, "Minorities, Majorities and the Media – Variations on a Scheme by Elihu Katz", *A Paper Presented in the International Conference in Honor of Elihu Katz*, Hebrew University, Jerusalem, 7-9 May, 1996.

הדילמות המיוחדות המאפיינות את חייהם של לסביות והומואים ממשיכות להטריד גם פעילים מרכזיים בקהילה ההומו־לסבית. פעילים אלו בדרך־כלל כבר יצאו מהארון מבחינת בני־משפחה, קרובים וידידים, אך מסיבות שונות הם אינם מרשים לעצמם להיחשף לגמרי בכלי־התקשורת ההמוניים. במקרים מסוימים הם הבטיחו להוריהם שלא להיחשף בציבור כדי שלא להביך את ההורים החולים (מה שמכונה בסלנג ההומו־לסבי "הורים בארון") או כדי למנוע צער מסבים ומסבות. במקרים אחרים הם עובדים בתפקידים "רגישים" – למשל: הוראה או רפואה – ותוששים מפיטורין. בישראל ממילא הציבור ממעט להשתתף בתנועות חברתיות, והחשש מהשיפה של הומואים ולסביות צמצם עוד יותר את היכולת לארגן תנועה המונית ולפעול באפקטיביות. בשל מיעוט הפעילים ובעיית החשיפה, החליטו הפעילים באמצע שנות השמונים להתמקד בבניית הארגון והסולידריות הקהילתית ובייצוג של הומואים ולסביות בפני רשויות־השלטון כאשר מתעוררות בעיות נקודתיות. גם כדי לספק מקומות־מפגש והזדמנויות להתגבשות קהילתית, וגם כדי לגייס כסף גם בשל דרישה מלמטה של חברי האגודה – החלה זו לארגן מסיבות, טיולים וכנסים. הצלחת המסיבות שאורגנו על־ידי האגודה גרמה ליזמים פרטיים להיכנס לתחום זה ולערוך מסיבות הרבה יותר גדולות וגרנדיוזיות, ובראשית שנות השמונים אנו עדים לשגשוג חסר־תקדים בחיי הלילה של הקהילה ההומו־לסבית בתל־אביב.[47]

הגם שמדובר באירועים בידוריים לגמרי, יש להבין את משמעותם הפוליטית של אירועים כאלה לגבי צעירים נפחדים ומלאי רגשות אשמה, הסבורים שהם "סוטים" יוצאי־דופן ומגלים לפתע שישנם אלפים כמותם. האגודה גם ארגנה קבוצות תמיכה וקו־תמיכה ("הקו הלבן", הפועל עד היום) במטרה לעזור לאנשים להתמודד עם הקשיים האישיים של ההכרה בזהותם המינית, היציאה מהארון וההסתגלות לעולם הזר והבלתי־מוכר של הקהילה ההומו־לסבית. שינויים חקיקתיים שיכידו בווגיות הומו־לסבית, בהגנה מפני הפליה בתעסוקה, בדיור, בשירות צבאי וכדומה עוד היו בגדר חלום באספמיה. אפילו לגבי האפשרות של ביטול החוק האוסר משכב שלא כדרך הטבע, שנתפס כחוק אנטי־הומואי, היו לפעילים ספקות לאחר הכשלונות ב־1971 וב־1978. החזון היה אפוא פעילות פנים־קהילתית שתביא יותר ויותר חברים ופעילים בפוטנציה לארגון. התקווה היתה שבארים, מועדונים ופעילות פנים־קהילתית אחרת יאפשרו, לאחר שדי אנשים יעברו "סוציאליזציה מתודשת", לצאת למאבק פוליטי, להופיע בכלי־התקשורת ולארגן הפגנות ועצומות.[48] שלומי פטיה, חבר ועד האגודה ב־1983-1984, טוען ששנות

47. בשיחות פרטיות שמעתי גם את הטענה שהפריהה הזו נעצרה עקב מגפת האיידס והפוחדים שליוו אותה. בשנים האחרונות ישנם דיבורים רבים על "ניכור" בין האגודה בעלת האמביציות הפוליטיות־ציבוריות לבין מבקרי המועדונים והבארים, המעוניינים בבידור, בהזדמנויות למפגש וב"חיים טובים". יודם מלמד, פעיל בתנועה ההומו־לסבית ותוקר של העבר ההומו־לסבי בישראל, טוען שזה היה המצב עוד מראשית שנות השמונים. גם אם זה נכון, ההווי ה"מועדוני" והפעילות של האגודה השלימו זה את זה ותרמו לגיבושה של קהילה הומו־לסבית הולכת וגדלה.

48. יודם מלמר, ראיון מס' 4, מפקפק באיזו מידה פעילי האגודה תכננו מראש את ההשפעות

השמונים אכן היו "שנות מעבר שכוננו שינוי; תפר בין ארוניות מוחלטת לבין איזה שחרור". בזכות הפעילות הלא־פוליטית של שנים אלו – הוא טוען – רוב הפעילים יותר משוחררים והפעילות יותר משוחררת ופחות מסתתרת.[49]

דיאנה לוצאטו, אנתרופולוגית שחקרה את ההתארגנות של ההומואים והלסביות ב־1983–1984 ואף הצטרפה תוך כדי כך לפעילות וגבתה כחברת־ועד למרות היותה הטרוסקסואלית, טוענת גם שאחת הסיבות למיעוט הפעילות הפוליטית היה, שחלק גדול מהפעילים באותן שנים לא היו מעוניינים בביטול סעיף 351.[50] לטענתה, מעמדם של פעילים אלו נשען על נכונותם במצב שבו רוב הקהילה נמצא בארון. לדעתה, ביטול החוק ו"נורמליזציה" של ההומוסקסואליות היה מסכן את מעמדם בקהילה בשל צמיחת פעילים יותר מיליטנטיים. הפעילות החברתית לא היתה בעיניהם אמצעי למטרה פוליטית, אלא מטרתם העיקרית, והלחץ המועט לשנות את התוק היה העמדת־פנים כדי לשכנע את התברים, שאכן היו מעוניינים מאוד בביטול הסעיף, שהם פועלים בכיוון זה. השקפה זו של לוצאטו נשענת בעיקר על האדישות שחברי הוועד שנבחרו עמה גילו, כאשר הסתבר שאלפי חתימות של אזרחים על עצומה הקוראת לביטול סעיף 351 – חתימות שנאספו תוך־כדי מאמצים רבים מעוברי־אורח ברחובות הערים הגדולות – נעלמו לפני שהגיעו לתעודתן. היא מספרת כי הכוונה היתה להעביר אותן לח"כ אלוני, כדי שישמשו נשק בניסיון נוסף לבטל את האיסור שתייג את ההומואים כעבריינים. איבשהו חתימות אלו נעלמו וכאשר ניסתה לגלות היכן הן, הרגיעו אותה חברי הוועד האחרים שוה לא כל־כך נורא שהן אבדו. לא ברור לי מה היו בדיוק פרטי המקרה ובאיזו מידה לוצאטו צודקת בפרשנותה. אין ספק, כי חלק מהפעילים אכן היה אדיש לפעילות בתחום החקיקה. השקפה הנשמעת גם כיום בין חלק מחברי האגודה ומפעיליה היא, שהליכוד והגיבוש הפנימי חשובים יותר משינויים "על הנייר" במשפט – שינויים מהם ייהנו רק קומץ פעילים מחוץ לארון. גם היאוש משינוי החוק הרתיע רבים מלפתח ציפיות רבות בנושא. בכל מקרה, הסיפור שלוצאטו מספרת מחזק את הטענה שלי כי האגודה היתה מוגבלת מאוד בפעילותה הפוליטית בשלב זה. גם אם תברי הוועד שהיא הכירה למעשה לא רצו שינוי בחקיקה, הרי שהיעדר חברים אחרים שיזמו שינוי חקיקה וידחפו אותם גובעת מהיעדר המשאבים ומהתשש הגדול מחשיפה – כפי שציינתי לעיל.

אבל בניגוד לכל הציפיות ולמרות אי־הפעולה הפוליטית הישירה של ההומואים והלסביות, החוק העקשן, שנותר כמעט ללא שינוי מ־1936 ואסר מגעים מיניים מסוימים, בוטל במרס 1988. ביטול החוק ב־1988 לא הושג, כאמור, על־ידי לחץ של הקהילה ההומו־לסבית. השינוי עבר באופן כמעט מתתרתי תוך כדי רפורמה בחקיקה העוסקת בפשעי־מין, בכלל, ובהתייחסות לאונס, בפרט. גלגוליו של תיקון זה לחוק העונשין

הפוליטיות של הפעילות החברתית, אבל דני לחמן ומרק טננבאום מדברים במפורש על כוונה כזו. ראו גם ראיון עם מרק טננבאום במגעים 3 (דצמבר 1987).

49. ראיון מס' 11.

50. ראו דיאנה לוצאטו, אופייה של התארגנות וולנטרית – הומוסקסואלים בישראל (עבודת מאסטר, אוניברסיטת תל־אביב, 1984); ראיון מס' 15.

ארוכים ומפותלים. תחילת הסיפור בהמלצות של ועדה מיוחדת משותפת לוועדת חוקה, חוק ומשפט לוועדת־הפנים של הכנסת, בראשות ח"כ שולמית אלוני, שהוגשו ב־14.6.1978. בעקבות המלצות אלו הניחה הממשלה את הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 14) על שולחן הכנסת ב־29.7.1980.[51] הצעה זו סיווגה את מקרי האונס, החמירה בעבירות מסוימות, הקלה על עבריינים־מין צעירים אם העבירות נעשו בהסכמה, אסרה על גבר נשוי לקיים מגע מיני עם אשתו שלא בהסכמתה, הגבילה את אפשרויות הפרסום של שמות הקורבנות והנאשמים, והגבילה את החקירה על עברו המיני של הנפגע. "בהבדל מהחוק הקיים" – פורט בהצעת־החוק – "אין ההצעה מסווגת את העבירות לפי מינו של הנפגע בעבירה. העבירה היא אחת, בין שהיא נעשית בגופה של אשה ובין שהיא נעשית בגופו של גבר, כשהיסוד השולט הוא אלימות בהיבטה המיני, או מעשים בעלי אופי מיני הנעשים בארם ללא הסכמה תקפה מצדו".

ההצעה כללה גם שינוי של סעיף 351 שאסר על משכב־זכר ועל משכב בין גבר לאשה "שלא כדרך הטבע". ועדת־השרים לענייני חקיקה אישרה קודם־לכן נוסח של החוק שמחק את סעיף 351 מספר התוקים לגמרי, אך בלחץ שר־הפנים, יוסף בורג, החליטה הוועדה להגיש הצעת חוק המוחקת את העבירה של יחסים "שלא כדרך הטבע" (בין אשה לגבר) ולהשאיר את האיסור על משכב־זכר, אם כי עם עונש מופחת מאוד של שנה אחת במקום עשר.[52] אומנם הפחתת העונש צמצמה את האיום שניתן לנפנף בו כנגד הוטואים בעת חקירות פליליות, אבל כיוון שכמעט שלא נעשה בחוק שימוש, ההפחתה המוצעת בעונש לא היתה הקלה של ממש. מנגד, עונש מופחת זה, העלול להיראות "סביר" בעיני אנשים רבים יותר מהעונש הדרקוני של עשר שנות מאסר והעובדה שהוצע להחיל את הסעיף רק על ההומואים המתויגים ממילא כ"סוטים", הגדילה את הסיכוי שייעשה בחוק שימוש. אם הקהילה ההומו־לסבית היתה מעורבת בתהליך החקיקה, ייתכן שהיא היתה מעדיפה להשאיר את המצב על כנו. אך בכל מקרה, הצעת התוק נגנזה, והכנסת כלל לא דנה בה. על־פי סיכום מוקדם, כאשר הגיע מועד הדיון בהצעה, שר־המשפטים, שמואל תמיר, ביקש שלא לקיים את הדיון, והכנסת הסכימה לכך.[53]

שש שנים לאחר־מכן הגישה הממשלה הצעת חוק דומה. הצעת החוק כללה חלק גדול מהתיקונים של הצעת החוק מ־1980, אבל השינויים באופן מיון העבירות ובמינוח היו הרבה פחות רדיקליים. הצעת החוק, כפי שפורסמה, אינה כוללת שום התייחסות לסעיף 351, ולפי ההצעה, קבלתה לא היתה אמורה לשנות במאומה את הדין במקרה של משכב שלא כדרך הטבע. הצעת החוק אושרה בקריאה ראשונה ב־11.9.1986 ברוב שאינו מצוין בדברי הכנסת, אבל נראה שבהסכמת כל הסיעות.[54] גם הח"כים אברהם ורדיגר (מורשה־

51. הצעות חוק העונשין (תיקון מס' 14), תש"ם־1980 (ה"ח 387).

52. ראו הארץ, 29.7.1980; ברוך ברכה, "הטבע אינו זקוק למחוקק", הארץ, 6.8.1980, 9.

53. ד"כ 89 (תש"ם), 4341. שולמית אלוני סברה שהחוק לא נדון בכנסת, כיוון ששר־המשפטים, משה נסים, שהחליף את שמואל תמיר, מסמס ועיכב את ההצעה בשל תפיסותיו השמרניות יותר. אך, כאמור, שמואל תמיר היה עדיין שר כאשר התוק הורד משולחן הכנסת.

54. ד"כ 105 (תשמ"ו), 4205-4211; הצעת החוק פורסמה בה"ח תש"ם 303.

פא"י) ומנחם פרוש (אגו"י) בירכו על ההצעה. "כולנו, דתיים ו... גם חילוניים" – אמר ח"כ פרוש – מתביישים על שהגענו למצב שאליו הגענו. אני חושב שאיש מאתנו אינו רוצה שנהיה לסדום ועמורה". סעיף 351 נזכר רק פעם אחת בעת הדיון, בדבריו של ח"כ וירשובסקי, שהתרעם על כך שהשינוי אינו כולל את ביטול סעיף 351. לאחר שהצעת החוק אושרה היא הועברה לוועדת חוקה, חוק ומשפט, שממנה חזרה לאישור בקריאה שנייה ושלישית ב-22.3.1988. שולמית אלוני סיפרה, כי "אין דמיון בין החוק כפי שהתקבל להצעת החוק הממשלתית מפני שאנחנו הרבה דברים הרחבנו".[55]

בין השינויים התשובים היה מחיקת סעיף 351 שאסר משכב שלא כדרך הטבע. בישיבת הכנסת לא נזכר כלל סעיף זה, והדיון המשיך לעסוק בטיפול באנסים. כיצד זה קרה? חברי אגודה מסוימים סברו כי נעשתה עסקה עם המפלגות הדתיות. הממסד הדתי התנגד בעבר לביטול החוק, הגם שלא נאכף (כמעט), כי הוא ראה בביטול הצהרתי של החוק מעין הכרה ותמיכה של המדינה ביחסים הומוסקסואליים. ביטול שקט בלי דיון, בתמורה להישג אחר ותוך כדי מגיעה של העלאת הנושא על סדר־היום, נראו בעיניהם אולי תוצאה לא בהכרת רעה. שולמית אלוני הכחישה שהיתה עסקה: "אני בנושא הזה הייתי שותפה מאז שהייתי בכנסת,... לפי מיטב ידיעתי בתתום הזה, בנקודה הזאת, בטיפול המסוים הזה של ההוק הזה לא היו 'דילים'". היא הסבירה, כי הח"כים הדתיים היו מאוד מעוניינים בהחמרה בענישה של אנסים והוסיפה גם כי ח"כ שאקי, שהיה מאוד פעיל בדרך־כלל בוועדה, היה מאוד טרוד בעניינים אחרים.[56] בכל מקרה, מדובר בתמרון פוליטי מוצלח שהובל על־ידי אותה קבוצה פרלמנטרית ששמה לעצמה כמטרה לבטל את ההגבלות על מגע מיני וניסתה להגשים זאת בשנים הקודמות. ג'ויס סאלא, שהיתה מאוד פעילה באגודה או, אומרת שנעשו נסיונות לבטל את החוק ב"מחטף" בעבר, אך ב-1988 ה"מחטף" הצליח.[57]

כאמור, האגודה לשטידת זכויות הפרט היתה מתוץ לתמונה. שולמית אלוני סיפרה, כי "הנושא של ההומוסקסואלים שאני הגעתי אליו, לא הגעתי דרך ארגון, אני הגעתי אליו דרך 'קייסים'", כלומר: דרך טיפול בבעיות של פרטים שפנו אליה והתלוננו על הטרדה, התעללות והפליה בשל נטיותיהם המיניות. התנועה הפמיניסטית – סיפרה אלוני – תרמה להעלאת המודעות לצרכים של הלסביות, ובבחירות של 1977 תנועת רצ כבר כללה את זכויות ההומואים והלסביות במצעה ובשידורי־התעמולה שלה. קבוצות של הומואים פנו לתנועה רק בבחירות של 1981, אבל אז הנושא כבר היה מעוגן היטב במצע של רצ ובפעילויותיה.[58] ייתכן כי היוזמות של רצ נבעו מאינטרסים פוליטיים, כלומר: מרצון לגייס תמיכה ומצביעים בקרב הקהילה ההומו־לסבית. בשל ההסתתרות של רוב חברי הקהילה אי־אפשר לבחון באיזו מידה ציפייה כזו, אם היתה, אכן התממשה. אחת הפעילות

55. ראיון מס' 9.

56. שם. שולמית אלוני הזכירה כי ח"כ [סגן־השר] שאקי הסתבך בהשמדות פליליים בפרשת הקרן המיוחדת, אך לא היתה בטוחה, האם השמדות אלו התעוררו באותה תקופה או לאחר־מכן.

57. ראיון מס' 12.

58. ראיון מס' 9.

טענה שסיעת רצ זלזלה יותר מאוחר בקהילה, כיוון שהיא הניחה כי תמיכתה נתונה לה ממילא. בשל יחס זה – אמרה אלוני – חלק מהפעילים באגודה ותבריה לא הצביעו עבור רצ למרות הישגיה.[59] בכל אופן סביר להניח שעבור סיעת רצ ביטול החוק השתלב בשאר פעילויותיה ותרם לדימויה כמפלגה הנלחמת למען זכויות אזרח. לכן, גם אם המוטיבציה של אלוני ושל ח"כים אחרים לא היתה לגייס את קולות ההומואים והלסביות עצמם, אין ספק שהיה להם אינטרס פוליטי להצביע על השגת זכויות לאחד המיעוטים בשל פעילותם.

אלוני סיפרה, כי היא קיימה קשר עם האגודה, אבל לא דרשה מחברית להתגייס לעזרה ולארגן הפגנות־תמיכה ועצרות־עם בעד ביטול סעיף 351. הגם שאלוני לא טענה כי היא בקשה במפורש מפעילי האגודה שלא לעודד רעש, היא הסבירה כי נאמר לפעילים, "שאנחנו מקווים שאפשר יהיה לבטל [את סעיף 351] ושאנחנו מבקשים שיתנו לנו לעבוד על החוק.... [ו] הם הבינו שאנחנו עושים כל מה שניתן כדי להתגבר על זה".[60] וכך האגודה לא היתה מעורבת באופן ישיר ביוזמה שהביאה לביטול החוק. הדר נמיר, פעילה מרכזית באותן שנים, מספרת כיצד הגיעה לבית האגודה באותו יום שבו אושר החוק, ואחד החברים סיפר לה על ביטול הסעיף. תגובתה האינסטינקטיבית היתה: "תפסיק לעבוד עלי".[61] ההפתעה היתה מוחלטת, דבר המראה שהאגודה כלל לא ציפתה להישג ולא היתה בסוד העניינים. ג'וים סאלא אמרה: "לא חלמנו שנגיע לזה; זה היה אחרית הימים; בפירוש לא היינו ערוכים לזה".[62] אבל ביטול האיסור הפלילי חישמל את קהילת הפעילים וגרם למהפכה בפעילותה הפוליטית של האגודה. האקסטזה של העברת החוק והציפיות שהסמיכות עם הבחירות יתן לנו כוח לובינג כמו בארה"ב – סיפרה סאלא – גרמו לכך שמספר רב־יחסית של אנשים התנדבו לפעולה והיו מוכנים להשקיע שעות רבות בהחתמות.[63] הסיפור של השינוי המשפטי השני שנועד להגן על הומואים מפני הפליה בעבודה שונה לגמרי מהמסתורין האופף את ביטול האיסור הפלילי, וזה יהיה הנושא שיידון בפרק הבא.

ג. "עצמה" – התארגנות לפעולה פוליטית ותחילת הפעילות להענקת זכויות סוציאליות

עם ביטול האיסור הפלילי על "משכב שלא כדרך הטבע" היו כאלה שסברו כי הבעיות של ההומואים והלסביות נפתרו, לפחות בכל הכרוך במעמדם המשפטי. כך סברו גם לסביות והומואים רבים וגם חברי־כנסת שהשתתפו בכנס שאורגן ב-10.3.1989 – מפגש ראשון מסוגו בין הקהילה ההומו־לסבית לבין הממסד הפוליטי. לא כך חשו רוב הפעילי האגודה, שהיו מודעים לקיפוח זכויותיהם של הלסביות וההומואים בשורה שלמה של חוקים

59. ראיון מס' 12.
60. ראיון מס' 9.
61. ראיון מס' 7.
62. ראיון מס' 12.
63. שם.

והנחיות ממשלתיות בכל הכרוך להסדרת ירושות, לביטוח רפואי, לקצבאות שאירים, למיסוי, לזכאות למשכנתאות ולשורה שלמה של נושאים יומיומיים כאלו. יתר על כן: ההומואים היו חשופים להפליה, לעתים ממוסדת, במוסדות שונים, כגון במינויים לתפקידים בעלי סיווג בטחוני, במקומות־עבודה, בשירות הצבאי, בהטרדות של המשטרה במקומות־מפגש של הומואים ובהתנכלויות אלימות – כולל של שוטרים – בגנים ששימשו מקומות־מפגש להומואים. חלקם הגיע למסקנה, שיש להתקדם בשלב הבא בתוכנית הפוליטית.

זמן קצר לאחר השינוי בחוק התארגנו שלושה פעילים מרכזיים – מרק טננבאום, הדד נמיר וג'וש סאלא – והחליטו לארגן את הקהילה למאבק פוליטי. הם הקימו את "עצמה" כזרוע הפוליטית של האגודה וריכזו סביבם קבוצה של כ־20 פעילים, בעיקר פעילות, שנרתמו לפעולה פוליטית.[64] קבוצה זו נטלה את מגילת זכויות האדם של האו"ם והשוותה אותה למצב הלסביות וההומואים בכל אחד מהתחומים הנזכרים במגילה, תוך הדגשת הזכויות שנשללו מלסביות ומהומואים. רשימה זו שימשה בסיס לרשימה נוספת של יעדים לפעולה חקיקתית ולשינוי מדיניות (בתחומי תעסוקה, חינוך, דיני משפחה ואימוץ, יחסים עם הצבא והמשטרת ועוד), ויעדים אלו סודרו לפי מידת הסיכוי להשיגם. התוצאה היתה מעין מניפסט של הקבוצה, ומניפסט זה נשלח ל־119 ח"כים.[65] הפעילים חיפשו נושאים שהם גם פחות שנויים במחלוקת גם אינם כרוכים בהוצאות כספיות כדי להתמקד בהם. כך הורד בשלב זה נושא האימוץ האמוציונלי (מתן זכות לאימוץ ילדים גם לזוגות מאותו מין) או נושא המשכנתאות, הכרוך בהוצאות כספיות. לאחר שקילת אפשרויות שונות הוחלט להתמקד בדרישה לתיקון חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, כך שהוא יאסור על הפליה על רקע של נטייה מינית. דרישה זו נראתה הכי פחות שנויה במחלוקת בציבור הרחב, והפעילים סברו שאפילו אנשים דתיים המתנגדים להכרה באורח־חיים הומו־לסבי עשויים להסכים שגם להומואים וללסביות זכות לפרנס את עצמם. מובן שסעיף זה גם אינו כרוך בהקצאת כספים ממשלתית.[66] עוד נקודת־זכות לטובת נושא זה היתה העובדה, שהוא שייך לתחום שבו מטפלת ועדת־העבודה־והרווחה של הכנסת בראשות ח"כ אורה נמיר, בניגוד לחוקים אחרים שנשקלו כיעד לשינוי, אך שייכים ל"תחום־השיפוט" של ועדת חוקה, חוק ומשפט, בראשות אחד ממתנגדי השינוי במעמד ההומואים והלסביות.[67]

בשלב זה פנו חברי "עצמה" לח"כ מרדכי וירשובסקי, שנעתר והסכים להתגייס למען העברת התוק. וירשובסקי הפנה את הפעילים לאגודה לזכויות האזרח בישראל, עמותה בעלת ותק וניסיון רבים בייצוגם של מיעוטים שונים או אזרחים הנפגעים על־

64. על הקמת הקבוצה ראו ראיונות 5, 7 ו־12; קול חיפה, 21.10.1988; דבר, 23.12.1988, 15.

65. קול חיפה, 21.10.1988; ראיון מס' 5 ו־7. ח"כ אחד – אולי ח"כ מאיר כהנא – הוציא מרשימת המקבלים.

66. ראיונות מס' 5, 7 ו־12; מרואיינת 12 מדגישה כי חיפשו נושאים שיקנו גם דיבידנד פוליטי למפלגות שיתמכו בו.

67. ראיון מס' 12.

ידי רשויות־השלטון. פנייתם השתלבה ביוזמה לשיתוף־פעולה ממוסד בין שני הארגונים מצדו של עו"ד מהאגודה לזכויות האזרח, דן יקיר, שעבד במסגרת לימודי התואר השני בפרוייקט לקידום זכויות של הומואים ולסביות של האגודה האמריקנית לזכויות אזרח (ACLU) בניו־יורק. יקיר חזר בספטמבר 1989 מארה"ב ו"נפל" ישר על ההתארגנות של "עצמה", שפעיליה קפצו על ההזדמנות. דן יקיר ניסח את התיקון לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, כאשר היה כבר מודע כבר לתביעה שהגישה האגודה לזכויות האורח בשמו של דייל חברת "אל על", יונתן דנילוביץ, נגד החברה. יקיר לא הסתפק בהכללת "נטייה מינית" בקבוצות המוגנות בחוק, אלא הוסיף איסור על הפליה על רקע של "מעמד אישי", כלומר: האם האדם נשוי, רווק, אלמן או גרוש. בנוסח המקורי של החוק מ־1988 נאסר על הפליה על רקע של נישואין, ויקיר החליף זאת בנוסח המתוקן שהוצע על־ידיו כשהוא חושב צעד אחד קדימה על הבטחת זכויותיהם של בני־הזוג של העובדים. יקיר סיפר גם שהוא כלל בנוסח שהוצע על־ידיו, ושימש בסיס לנוסח שאושר בסוף, הגדרה של "נטייה מינית" כמתייחסת לעובדת היותו של אדם הטרוסקסואל, הומוסקסואל או ביסקסואל. אבל עורכי־דין שונים באגודה לזכויות האזרח יעצו לו לנטוש הבהרה זו, שהיא גם מיותרת וגם עלולה ליצור אנטגוניזם מיותר בשל אזכור מפורש של מונחים שחלק מהמחוקקים אינם אוהבים לשמוע ולראות בספר החוקים הרשמי של מדינת היהודים.

למרות טקטיקה זו, לא ציפו פעילי האגודה להצלחה מיידית. סיפור הנסיונות הכושלים של ביטול האיסור הפלילי לימד אותם כמה קשה להילחם למען זכויות להומואים, ולפחות לכאורה נראה היה שהקרב הבא יהיה יותר קשה, כי הוא כבר קורא להגנה אקטיבית על ההומואים והלסביות ולא רק לביטול האיסור על יחסים מיניים. כפי שמספרים הפעילים, הם היו מודעים לסיכוי הגמוך להצליח, אך קיוו ליצור באמצעות המאבק מודעות לפגיעה בזכויותיהם בקרב הציבור הרחב וגיבוש של הקהילה ההומו־לסבית עצמה. בהתאם לכך הם ארגנו מסע יחסי־ציבור נמרץ – תופעה שלא היתה מוכרת קודם בהתארגנות של הומואים ולסביות.[69] דיווחים על הקמת הקבוצה הופיעו בעיתונים שונים, והדיווח על הכנס ב"צוותא", שבו השתתפו ח"כ חיים אורון (מפ"ם), אברהם פורז ("שינוי") וויאובן ריבלין ("הליכוד") זכה לסיקור נרחב־יחסית.[70] בעקבות סיקור פעילות האגודה ו"עצמה" בעיתונים יהודים אמריקניים, הגיעו גם תרומות של הומואים ולסביות מחו"ל. לקראת יום הגאווה ביוני 1989 קיימה "עצמה" מסיבת־עיתונאים ודיווחה על הצעת החוק לתיקון חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. בסופו של דבר דובר בהתלה מאוד צנועה – מבין חמישה־שישה הפעילים המרכזיים ב"עצמה" רק אחד התפרסם בשמו האמיתי. האחרים דיברו

68. ראיון מס' 10.

69. ראיונות מס' 5 ו־7.

70. אני מדגיש: יחסית. דיווחים קצרים על הכנס נכללו בתאריך 12.3.1989 בעמודי החדשות של מעריב, ידיעות אחרונות, עמ' 29, ועל המשמר, עמ' 3; כתבות גדולות יותר הופיעו בסוף השבוע (17.3.1989) בעל המשמר, עמ' 14, וב"דבר השבוע" מוסף ערב שבת של העתון דבר, עמ' 13.

בשמות בדויים וסירבו, למשל, להופיע בטלביזיה. מובן שמגבלות אלו הקשו מאוד על מסע הסברתי שנועד ליצור דעת־קהל חיובית וגיוס תברים חדשים. אבל עצם קיום מסיבת־עיתונאים לראשונה בתולדות הקהילה ההומו־לסבית בישראל סימן פריצת מחסום נוסף בדרך לשחרור הקהילה.

במקביל החלה פעולת השכנוע של הרשות המתוקקת. גם כאן היתה זו פעם ראשונה מאז אותו ניסיון כושל של "החוברת הכחולה" שהקהילה ההומו־לסבית עשתה פעולות שתדלנות בכנסת, והפעם היה מדובר במבצע הרבה יותר רציני. ח"כ וירשובסקי נרתם להוביל את המבצע בכנסת. על־פי הצעתו הושמט מניסוח החוק סעיף המבטיח דיון בדלתיים סגורות, למרות שחברי "עצמה" ועו"ד יקיר חשבו שיש צורך להבטיח שאנשים לא יחששו לפנות לבית־המשפט. אולם וירשובסקי חשש שסעיף זה יעורר יותר מדי התנגדויות בשל חשיבותו של עקרון פומביות הדיון. חברי "עצמה" החליטו שעצם העברת החוק וההדים שיתלוו לכך חשובים בפני עצמם, גם אם החוק לא יופעל לעתים קרובות בשל החשיפה הכרוכה בדיון משפטי. חברי "עצמה" נפגשו עם ח"כים רבים, כולל אלו שלא השתייכו ל"מועדון זכויות האדם". מאמציהם נשאו פרי. ב־5.5.1990, פחות משנתיים לאחר תחילת פעילותם, הונחה על שולחן הכנסת הצעת־החוק לתיקון חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה – תיקון שהוסיף איסור הפליה על רקע של נטייה מינית. היתה זו פעם ראשונה שהמונח "נטייה מינית" הופיע בהצעת חוק שהוגשה רשמית לכנסת ישראל, וזה בלבד היה בו הישג בפני עצמו. הישג נוסף היה בהצלחה לגייס קשת רחבה של ח"כים ממפלגות רבות (התנועה לזכויות האזרח ולשלום, שינוי – מפלגת המרכז, מפלגת הפועלים המאוחדת, העבודה והליכוד) שחתמו על הצעת החוק.

בקריאה טרומית ב־5.12.1990 עברה ההצעה ברוב של 22 מול 16. ח"כ וירשובסקי נימק את ההצעה והסביר שהחוק יאפשר "לאנשים לחיות לפי נטיותיהם המיניות, ולא לסבול בגלל כך ולא להיות מקופחים בגלל כך".[71] בין המתנגדים היו בעיקר חברי הסיעות התרדיות וח"כים רבים מהליכוד, אבל גם ח"כים ממפלגת העבודה. ברגע שחברי "עצמה" הבינו שיש סיכוי כי התיקון יעבור, הם החליטו לצמצם את היקף פעילותם בעניין. הם לא רצו שהצבעה תהפוך למלחמת הצהרות על אורח־החיים ההומו־לסבי והעדיפו לנטות ולגייס ח"כים מן השורה כדי לתמוך בחוק הומניטרי, שאין לו יומרות פוליטיות כביכול. הדר נמיר מספרת, למשל, על פגישה עם ח"כ שושנה ארבלי־אלמוזלינו, חברת ועדת־העבודה־והרווחה של הכנסת, שבמהלכה הסבירו לה את קשיי החיים של ההומואים והלסביות והצדק המגיע להם כמו לכל אזרח. ארבלי־אלמוזלינו לא נקטה עמדה נחרצת לכאן או לכאן, ובעקבות המאמץ השתדלני היא הצביעה בעד הצעת החוק בקריאה שנייה ושלישית. נמיר מספרת שהם גם ניסו לשכנע ח"כים דתיים, אם לא להצביע בעד, לפחות להיעדר מההצבעה.[72] בדברי השכנוע התמקדו הפעילים בזכותו של כל אדם לעבודה. הגם שהם כבר חשבו על הטבות של בני/בנות־זוג, הפעילים לא הדגישו צד זה, וגם

71. ד"כ 119 (תשנ"א), 1034-1035.

72. ראיון מס' 7.

בוועדת־העבודה־והרווחה לא הועלה הנושא. יקיר מספר שזו לא היתה "קונספירציה" מתוכננת, אבל באופן טבעי הן הפעילים והן חברי־הכנסת חשבו בעיקר על העובדים עצמם. ברור לו – הוא מספר – שאם ח"כים דתיים היו מבינים משמעות זו של התיקון המוצע, הם היו מתנגדים לו בצורה הרבה יותר חריפה.[73]

חשוב אולי להזכיר כי עצם המבצע שימש זרז להתארגנות תגובתית. הגם שלא כל הפעילים התמידו והשתתפו בפעילות לכל אורכה, קיום מטרה ברורה וסיכוי סביר להגשמתה הניע מתגרבים רבים להמשיך במאבק. דוגמא נוספת: הדר נמיר, דוברת "עצמה" והאגודה, החליטה לקראת יום הגאווה 1989, שעם המעבר להילוך גבוה במאבק לתיקון החוק היא חייבת להופיע בשמה האמיתי בטלביזיה ובכלי־התקשורת האחרים. הדיונים על התיקון בחוק בוועדת־העבודה־והרווחה של הכנסת גם הביאו להזמנה רשמית של נציגי "עצמה" לכנסת. הכרה רשמית זו היתה אירוע חסר־תקדים ובעל משמעות סמלית חשובה ביותר מעבר לתוק עצמו. עם העברתו של החוק בקריאה טרומית וכן להפנייתו לדיון בוועדת־העבודה־והרווחה, התעייפו חלק מהמתברים ב"עצמה", איבדו עניין וצמצמו את פעילותם. בינתיים גם פרצה מלחמת המפרץ ושיתקה את הפעילות כמעט לגמרי, כאשר רק הגרעין הקשה של חמשת הפעילים העיקריים ב"עצמה" המשיכו בעבודתם מול ועדת־העבודה־והרווחה. אבל בינתיים רשמה הקהילה הישג נוסף, כאשר פעיליה הצליחו להשיג מתורם אלמוני מתו"ל תרומה של $180,000 לרכישת מרכז קהילתי במרכז תל־אביב. רכישת בית זה ושיפוצו איפשרו לאגודה להרחיב את פעילויותיה ולעודד את הגיבוש החברתי של חבריה.[74]

הטיפול בוועדה התעכב, אך תחת לחץ של חברי "עצמה", תוך כדי שימוש בקשרים משפחתיים (ראש הוועדה, ח"כ נמיר, היא דודתה של הדר נמיר), הסתיים הדיון בוועדה, והחוק הגיע לקריאה ראשונה בכנסת ב-18 בנובמבר 1991. וירשובסקי סיפר על אנשים רבים שלא התקבלו לעבודה או פוטרו בתירוצים שונים לאחר שנתגלה שהם הומואים. החוק המוצע – אמר – "איננו חוק דקלרטיבי בלבד. אלא יש לו משמעות גדולה מאוד ומעשית בשביל אנשים רבים מאוד... אנו לא רוצים להתעמר באנשים בגלל נטייתם המינית". ח"כ חיים אורון (מפ"ם), ממגישי ההצעה, עמד על כך שיש לה "תפקיד חינוכי מרכזי: לשנות ולשבור סטריאוטיפים שקיימים בחברה". תחקיקה – אמר – "היא רק קטע, אולי אפילו לא מרכזי בתוך מכלול מאבק תרבותי, חינוכי והסברתי מתמשך". ההתלהבות בהגנה ובתמיכה להומואים וללסביות – תמיכה שאין לה תקדים בכנסת – המשיכה גם בדבריהם של הח"כים אברהם פורז (ממגישי ההצעה) ואמנון רובינשטיין משיניו, ח"כ גוו'נסקי מהחזית הדמוקרטית לשלום ולשוויון וחח"כים שבח וייס ועדנה סולודר מהעבודה. דבריו של ח"כ וייס מעניינים במיוחד, כיוון שהוא מצביע על־כך שגם בין הח"כים הלא־דתיים, הליברלים־כביכול, יש כאלו המסתכלים בלגלוג ובזלזול על הומואים ולסביות. ח"כ וייס גם העלה טיעון דגשי נוסף, שכבר ח"כ אבנרי הזכיר ב-1971, וזו העובדה שהנאצים התנכלו גם להומואים ושלחו אותם למחנות־השמדה. "כל קבוצה של

73. ראיון מס' 10.

74. ראיונות מס' 5 ו-7; מגעים (ינואר 1992).

אנשים שהנאציזם יצא נגדם עד תורמה" – אמר – "אני באופן מוצהר אצא בעדם, בעד התנהגותם". סוללת התומכים הארוכה מסתיימת עם דבריו של ח"כ ראובן ריבלין מהליכוד, הנמנה עם החותמים על הצעת החוק. ריבלין הבהיר כי "אין הוא מאושר עם נטיות [הומואיות ולסביות] כאלה", אבל "זכותו של אדם להתפרנס היא זכות שאין להתפשר עליה". כיוון שישנם אנשים בעלי נטיות כאלו ומכיוון שלא ניתן לשנותן, "אין לנו ברירה אלא לאפשר לעשות כל דבר שירצו, ובלבד שלא יכפו עצמם על אחרים. וכך אין לנו כל זכות לבוא ולומר לאותם אזרחים שומרי חוק, לאותם אורחים מועילים, שיכולים הם להיות מופלים לרעה בעבודה זו או אחרת בגלל נטייה זו או אחרת". ח"כ חנן פורת מהמפד"ל התנגד לחוק וטען, כי נטייה מינית אינה דק "עניין של דפקט, של פגם, של מום", אלא גם דבר הנובע "במידה רבה מהשפעה, ממתירנות תברתית ומרצון להתנסות בדברים". לכן הוא "מודיע בצורה התגיגית ביותר, [ש]בשום פנים ואופן לא הייתי מוכן שמורה שמחנך את ילדי, שידעו ילדי שהוא חי חיים הומוסקסואליים". ח"כ משה זאב פלדמן מאגו"י סיים את הדיון, והחוק אושר בקריאה ראשונה ברוב של 11 נגד 74[74] – פער המעיד על התרחבות התמיכה באינטרסים של ההומואים, אבל גם על כך שהנושא לא עמד במרכז סדר־היום. ייתכן ש"תרדמת" זו היתה טקטיקה מכוונת של יוזמי החוק. אבל כחודש לאחר־מכן, ב־24.12.1991, הנוכחות היה יותר מסיבית והפער נשאר בעינו. החוק התקבל ברוב של 34 נגד 65[75] ופורסם בספר החוקים של מדינת ישראל ב־2.1.1992.

ביוני 1992 נבחרה הכנסת ה־13, ולראשונה מאז 1977 הוקמה ממשלה בראשות מפלגת העבודה, כשמפלגת מרצ המורכבת משינוי, ממפ"ם ומרצ שימשה בה מרכיב מרכזי. למפלגות ה"שמאל" היה "רוב תומס" של 61 ח"כים, דבר שהקטין את כוח הלחץ של המפלגות הדתיות. מצב זה רומם את מצב־הרוח של הקהילה ההומו־לסבית ועורר ציפיות להמשך המהפכה החוקית במעמדם המשפטי. מבחינות מסוימות מעמד ההומואים והלסביות אכן המשיך להשתפר. לראשונה בתולדות הכנסת קמה ועדת־משנה מיוחדת של הוועדה לקידום מעמד האשה לטיפול מיוחד בצרכים של הקהילה ההומו־לסבית. בראשות הוועדה עמדה ח"כ יעל דיין מסיעת העבודה, שניצלה במה זו כדי להשיג תהודה הולכת וגדלה למצבם של הלסביות וההומואים ולדרישותיהם. הקמתה של ועדה זו היא יוזמתה של ח"כ דיין ולא תוצאה של דרישה של קהילת ההומואים והלסביות, שספק אם האמינו ביכולת להקים ועדה כזו. ח"כ דיין מספרת, שהיא ניצלה את ההודמנות של הקמת הוועדה לקידום מעמד האשה בראשותה כדי להקים – בהתייעצות עם השרה שולמית אלוני – ועדת־משנה מיוחדת לקידום הזכויות של הומואים ולסביות. ח"כ דיין טוענת, כי יוזמתה אינה נובעת מלחץ של מישהו ספציפי או אירוע שהסעיר אותה, אלא מהכרה שמדובר בקבוצה שקיפוחה זועק לשמים ושאין לה כמעט מי שייצג אותה.[77] חברי האגודה גילו בהתחלה

75. ד"כ 123-124 (תשנ"ב), 793-798.

76. שם, 1533-1535.

77. ראיון מס' 14. הדד נמיר טוענת בהערותיה לטיוטה של מאמר זה, כי הרעיון של ועדת־המשנה נרקח בפגישה של יעל דיין עם ועד האגודה לאחר הבחירות של יוני 1992.

חשדנות כלפי מניעיה, אבל שמחו על בעל־הברית האסטרטגי שנמצא להם בכנסת. לאחר־מכן – מספרת ג'וס סאלא – הם גם התרשמו מכך שח"כ דיין אכן מסורה לנושא.[78]

כמה פעמים במרוצת כהונתה של הכנסת ה-13 התקיימו כינוסים מיוחדים של ועדת־המשנה לדגל יום־הגאווה – הכרה חסרת־תקדים בקהילה לא רק בישראל, אלא גם בקנה־מידה בינלאומי. הכנס הראשון, שהתקיים דווקא בפברואר 1993, תולל סערת־רוחות, וח"כים רתיים איימו לחסום בגופם את הכניסה לחדר הוועדה. פרופ' עוזי אבן התפרסם במפגש זה בכנסת, כאשר חשף את ההפליה שסבל ממנה בצבא, כאשר התברר כי הוא הומו. בעקבות חשיפה זו, התביעות של ההומואים והגיבוי של ועדת־המשנה בראשות ח"כ דיין, נעתר ראש־הממשלה ושר־הביטחון דאז, יצחק רבין ז"ל, לתביעתם של ההומואים והלסביות ושינה את ההוראות האוסרות על הומואים ולסביות לשרת בתפקידים רגישים וחשאיים. הוועדה טיפלה בנושאים רבים שהטרידו את הקהילה תוך שיתוף־פעולה הדוק עם האגודה, שבשלב מסוים התקשתה להדביק את הקצב. כך, למשל, משרד־החינוך, על־פי הוראת שר־החינוך, אמנון רובינשטיין, הפיק חוברת הדרכה על נטייה חד־מינית ליועצים חינוכיים ולמתנכים – חוברת משוחררת מעמדות הומופוביות וסטריאוטיפיות. מבחינה ציבורית הקהילה ההומו־לסבית זכתה לסיקור הרבה יותר רחב מאשר אי־פעם, ויותר ויותר הומואים יצאו מהארון והתגייסו לפעילות קהילתית ופוליטית.

כמו במסע של "עצמה" להשגת התיקון לחוק שוויון ההזדמנויות, גם הפעם סימנו לעצמם הפעילים המרכזיים בתנועה יעד תקיקתי מוגבל, אך בר־השגה: שינוי חוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תש"ל-1970. חוק זה מציין במפורש, שהקצבאות תינתנה "למי שהיתה בת־זוגו, לרבות מי שהיתה ידועה בציבור כבת־זוגו וגרה עמו אותה שעה" (וכן לגבי בני־זוג של עובדות־מדינה). התיקון המוצע תייב את הענקת הגמלאות גם ל"מי שהיה ידוע בציבור כבן־זוגו" של עובד־מדינה (או "מי שהיתה ידועה בציבור כבת־זוגה" של עובדת מדינה").[81] הגם שהחוק האמור עניינו רק בשאירים של עובדי־מדינה, תיקונו היה יכול לשמש תקדים לחוקים אחרים העוסקים בזכויות סוציאליות של בני־זוג, הגם שלמפלגות השמאל היה רוב בין חברי הבית, השגת התיקון לא היתה פשוטה.

78. ראיון מס' 12.

79. בעקבות השינוי רשאים הומואים ולסביות לשרת בתפקידים כאלו, אך הם מופלים בכך שעל מפקדים מופלת עדיין החובה לדווח בדיסקרטיות על חיילים בעלי נטייה חד־מינית. חיילים אלו נדרשים לעבור תחקיר מיוחד כדי להמשיך ולשרת בתפקידים הרגישים, אך ורק בשל נסיותיהם המיניות. על־פי ראיון מס' 7, מי שכפועל ניסח את ההנחייה החדשה בהתייעצות עם האגודה, היה מנהל לשכת ראש־הממשלה, מר איתן הבר.

80. תוה ברנע ודליה לורנץ, נטייה חד־מינית (הומוסכסואליות ולסביות) (משרד החינוך התרבות והספורט/המינהל הפדגוגי/השירות הפסיכולוגי־הייעוצי/היחידה לחינוך מיני וחינוך לחיי משפחה, ירושלים, תשנ"ו). הדר נמיר מבקרת חוברת זו על כך, שהלסביות נזכרת בה רק פעם אחת מלבד הכותרת.

81. הצעת החוק מופיעה בד"כ 139 (תשנ"ד), 10231-10232.

מפלגת העבודה ניסתה להשיג רוב רחב ככל האפשר שיאפשר לה מרווח תמרון פוליטי, התאמצה לשמור את סיעת "ש"ס" בקואליציה, ואף "קרצה" לסיעת "יהדות התורה" שמחוץ לקואליציה. מפלגת העבודה גם חששה לשרוף גשרים עם הסיעות הדתיות, ולכן מנהיגי התנועה לא התלחבו לעזור בהשגת התיקון. מנגד, ניתן היה לקוות לתמיכה של חברי סיעות לא־קואליציוניות, בעיקר בליכוד ובצומת שמנתה שמונה ח"כים. פעילי התנועה פתחו שוב בשתדלנות מאורגנת ומסיבית בכנסת שבת השתתף גם כותב שורות אלו. כמו בשתדלנות הקודמת, גם כאן הוחלט להוריד פרופיל כדי לא למשוך יותר מדי אש מהסיעות הדתיות. החוק עבר בקריאה טרומית ב-27.7.1994 ברוב צר של 13 תומכים מול 12 מתנגדים[82] ותחת לחץ די נמרץ גם בוועדת־העבודה־והרווחה. החוק הובא לאישור בקריאה ראשונה לקראת הבחירות לכנסת ה-14, לאחר שנעשה מאמץ להשיג את תמיכתם של חברי־כנסת גם מסיעות האופוזיציה, או לפחות את הסכמתם לא להצביע נגד. הגם שמגישי ההצעה סברו שיש להם רוב להצעה, הצליחו מתנגדיו לבצע תמרון פרלמנטרי שהכשיל את העברת החוק. רגע לפני ההצבעה איימה סיעת ש"ס להכריז על ההצבעה על החוק כהצבעת אי־אמון בממשלה, דבר שחייב את דחיית ההצבעה בשבוע. מגישי ההצעה הסכימו לדחייה. בינתיים חזר ראש־הממשלה פרס מביקור בתו"ל ונרתם להילחם בחוק כדי לא להרגיז את סיעת ש"ס זמן קצר לפני הבחירות האישיות הראשונות לראשות־הממשלה.[83] בסופו של דבר לא הוגש החוק לקריאה ראשונה עד לסוף כהונתה של הכנסת ה-13, ולפי תקנון הכנסת יהיה צורך להתחיל בכל תהליך החקיקה מחדש אם ירצו להעביר תיקון זה בעתיד.

למרות הכישלון, הצליחה ח"כ יעל דיין להעביר תיקון לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965. ברישא של חוק זה הוגדרה לשון־הרע בין השאר כ"דבר שפרסומו עלול... לבזות אדם בשל גזעו, דתו ומקום מגוריו". התיקון הוסיף לחוק את האיסור על ביזוי בשל "מינו או נטייתו המינית" של האדם.[84] לטענת ח"כ דיין, ההצעה לתיקון זה עוררה התנגדות מעטה ועברה גם כמעט ללא שתדלנות של האגודה לזכויות האזרח. בעבודתי זו לא חקרתי כיצד חוק זה עבר כה בקלות, אבל נראה שהצלחה זו קשורה לקושי להפעיל ולממש חוקים מעין אלו כדי להגן על קבוצות מקופחות. הכנסת ה-13 גם הוסיפה את האפשרות למשפט בדלתיים סגורות במקרה של תביעה על רקע של הפליה בעבודה – שינוי שוירשובסקי העדיף להוציא בגרסה הראשונה.

82. ד"כ 139 (תשנ"ד), 10084-10089, 10131-10132.

83. על־פי שמועות שנפוצו בקהילה ההומו־לסבית, שר־הכלכלה, יוסי ביילין, היה זה שהעלה את הרעיון להכריז על ההצבעה כעל הצבעת אי־אמון.

84. ס"ח תשנ"ז 70. החוק התקבל בקריאה שלישית בכנסת ה-14 ב-18.2.1997.

חלק ב: מודל כללי של הקיקה ויישומו לשיגויים במעמדם המשפטי של לסביות והומואים

א. הסברים קיימים וחולשתם

מה ההסבר הסוציולוגי לשינויים אלו בהקיקה ובפסיקה? תיאוריות סוציולוגיות נחלקות בשאלה, מה גורם לשינויים במשפט? אציג כאן בקיצור נמרץ וסכימטי מאוד כמה טיפוסים של תיאוריות ואסביר מדוע אינן מתאימות כל־כך למקרה שלנו. כללית, ניתן להבחין בשתי משפחות של תיאוריות: שתי המשפחות רואות במשפט כלי להשגת יעדים חברתיים, אך בעוד משפחה אחת של תיאוריות רואה במשפט מכשיר של סדר ופשרה בין קבוצות חברתיות, המשפחה השנייה תופסת את המשפט כתוצאה של קונפליקטים חברתיים וכמכשיר של קבוצות מסוימות כדי לממש את האינטרסים שלהן ולשלוט בקבוצות אחרות. המשפחה הראשונה מקבילה פחות או יותר למה שמארק קלמן מכנה "mainstream" בתיאוריה המשפטית. היא תופסת את המשפט כגוף העומד מחוץ למבנה החברתי ומשרת אותו.[85] המשפחה השנייה קרובה ברוחה ל־Critical Legal Studies של התיאוריה המשפטית, אך בעוד שבין המשפטנים מדובר בגישה חדשה שהחלה בשנות השבעים כזרם קטן וכמעט מחתרתי של ביקורת על הזרם המרכזי,[86] בסוציולוגיה מדובר בגישה המתחרה משחר הדיסציפלינה על הבכורה בתחום.

כפי שמארק קלמן מסביר, התיאוריות מהמשפחה הראשונה שונות בצורה שבה הן רואות את הקשר בין המשפט לחברה.[87] הגישות הפונקציונליסטיות הן המוכרות ביותר. גישות אלו רואות בשינוי משפטי תגובה של המערכת החברתית לבעיה כלשהי שצצה ומאיימת על שלמות המערכת ויעילות תפקודה: "לחברות ככלל יש צרכים, המתפתחים ככל שהחברה מתקדמת, והמשפט מסתגל, פחות או יותר במהירות, לצרכים משתנים אלו".[88] השפל הגדול, למשל, איים לפוצץ את החברה האמריקנית בשל האבטלה ההמונית, ולכן המערכת הפוליטית נחלצה לשנות את חוקי הרווחה והעבודה ואת הארגון הכלכלי כדי לתלץ את החברה מהמשבר. בית־המשפט העליון ביקש בתחילה לעקב את התהליך, אבל אילוצי המערכת חייבו אותו בסופו של דבר להסכין לשינויים.[89] הקיפוח הממוסד של השחורים בארה"ב מנע מהמערכת לעבוד ביעילות ואיים על הסולידריות החברתית, והחלטת בית־המשפט העליון ב־*Brown v. Board of Education* הוכיחה את

85. Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., and London, 1987), 242; דוגמא לגישה זו ראו Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, New Haven, rev. ed., 1970).

86. קלמן, שם, 1.

87. שם, 242.

88. שם, שם.

89. Peter H. Irons, *The New Deal Lawyers* (Princeton University Press, Princeton, 1982).

כוונת המערכת להילחם בסגרגציה.[90] באופן כללי הגישה רואה במשפט מכשיר לוויסות תברתי ולהקצאת משאבים בצורה שתבטיח שלמות חברתית וסדירות של היחסים החברתיים.[91] בגישה הפונקציונליסטית לא ברור, האם המשפט תמיד משמש מכשיר לוויסות קונפליקטים או שמדובר רק בחברות דמוקרטיות ליברליות. כמו־כן לא ברור האם מדובר במצב סטטי או שיש מנגנון חברתי מסוים המבטית שאפילו במדינות הדמוקרטיות ביותר המנגנונים הפוליטיים והחוקתיים ימשיכו להתפתח כדי לאפשר לחברה לפעול בצורה יותר "חלקה" וצודקת. נראה שלפחות במשתמע, תיאורטיקנים הבאים מפרדיגמה זו שותפים לאמונה בקדמה האופיינית לעידן הנאורות, שלפיה האנושות צועדת בהתמדה בכיוון של הרחבת זכויות והזדמנויות לכל הקבוצות והגדלת השוויון בין כל הפרטים.

כללית, גישה זו מניחה שיש אידיאל משפטי אוניברסלי שהעולם צועד לקראתו, אם דרך התארגנויות של תנועות חברתיות ולחץ פוליטי, אם תוך כדי פעולה של מתוקקים גאורים, אם דרך הפסיקה המשפטית הפועלת על־פי האידיאל האפלטוני. לפי תפיסה זו ניתן אפוא לראות בהרחבת הזכויות של ההומואים והלסביות חלק מהתהליך הדמוקרטי־ליברלי של התרחבות הדרגתית במעגל הנהנים להלכה ולמעשה מזכויות אורחיות. הבעיה של הסבר זה היא בכך, שהוא אינו מסביר את התהליך ואת מגוון ההסדרים שבסופו של דבר מתקבלים אפילו במדינות דטוקרטיות ליברליות מהטיפוס המערבי.[92] למה התנועה הפמיניסטית התארגנה ולחצה לרפורמות משפטיות רק בשנות השישים? למה ההומואים והלסביות בישראל "חיכו" עד שנות השמונים? למה דווקא במדינות סקנדינביה הזכויות של הלסביות וההומואים הן השוויוניות ביותר? ולמה ישנן זכויות שעדיין אינן מוענקות להומואים אפילו בסקנדינביה, אבל מוענקות למיעוטים אחרים, כגון הזכות להינשא? לפי השקפה זו, גם יש אידיאל אחד ויחיד של צדק, אבל ניסיון של מאות שנים להגדיר אידיאל זה לא צלחו. היחס להומואים וללסביות מספק דוגמא לסכנה שבאידיאל מעין זה. הליברלים עשויים לראות בהרחבת הזכויות ללסביות ולהומואים דוגמא למימוש האידיאל, אבל ישנה סכנה מוחשית שבמקום ובזמן אחרים בעתיד תפיסת הצדק תראה בתומוסקטואליות ובלסביות תופעה חריגת ותצדיק את קיפוחם והפלייתם, כפי שהיה בעבר.

הסברים אחרים באותה משפחה מפרשים שינויים במשפט כתוצאה של לחצים של קבוצות חברתיות מאורגנות הפועלות ליישום האינטרסים הספציפיים שלהם. בגרסה של

---

90. Jeannie Oakes, *Keeping Track – How Schools Structure Inequality* (Yale University Press, New Haven and London, 1985), 172.

91. על יישומה של הגישה הפונקציונליסטית בישראל, ראו דן הורוביץ ומשה ליסק, מישוב למדינה – יהודי ארץ־ישראל בתקופת המנדט הבריטי כקהילה פוליטית (עם עובד, 1977). פרקים 8-9 עוסקים הרבה בתקיקה בתקופת המדינה ובאופן שבו הסדרים חוקיים אפשרו לווסת קונפליקטים שונים.

92. השוו קלמן (לעיל, הערה 85), 245.

בזירה ציבורית, גישה זו די דומה לגישה הפונקציונליסטית. ההבחנה היא שפרטים הם רציונליים, ובמשטרים דמוקרטיים הם יתארגנו בצורה שתבטיח את מקסום האינטרסים שלהם.[93] הגישה הזו אינה אומרת שכל הקבוצות מצליחות במידה שווה, אך משתמע ממנה שקבוצות גדולות תמיד תצלחנה להשיג את האינטרסים החיוניים ביותר שלהן בתהליך ההתמקחות האופייני לפוליטיקה.[94] הרבה ביקורות הוטחו כנגד גישה זו המניחה שהאינטרסים של כל פרט ברורים, והפרטים מודעים להם ויכולים לפעול להגשמתם. במקרה של לסביות והומואים גישה זו עוד פחות הגיונית. הלסביות וההומואים החיים בחרדה שיגלו את נטיותיהם המיניות בוודאי אינם יכולים להתארגן כמו קבוצות־לחץ אחרות. אין זה מפתיע אפוא, שההומואים בארץ לא הצליחו אפילו להביא לביטול הסטיגמה המשפטית שהפכה את כולם לחשודים בכוח במשך 40 שנה, וכשההישג הושג, היה זה לא בזכות כוח המיקוח שלהם. אפשר אולי לטעון שהציבור נעשה פחות אנטי־הומו־לסבי ולכן החקיקה ביטאה שינוי בעמדות של הציבור. אבל טענה כזו היא גם מפוקפקת אמפירית וגם לא מתאימה לתחכום הפרלמנטרי שהיה נחוץ כדי להשיג את השינויים בחקיקה.

גרסה פחות כוללנית של גישה זו היא זו השלטת כיום במחקר של תנועות חברתיות. גישה זו מסכימה, שהמשפט יכול לשמש מבשיר לשליטה של קבוצות חזקות בחלשות, אך מוסיפה כי קבוצות המצליחות להתארגן ופועלות במיומנות יכולות להשיג הישגים פוליטיים וחקיקתיים.[95] ההישגים של אפרו־אמריקנים, כולל *Brown v. Board of Education*, לא היו מושגים בלי ההתארגנות והפעולה של התנועה לזכויות האזרח (Civil Rights Movement). כך גם לגבי ההישגים של נשים בשנות השבעים בארה"ב ובישראל לאחר־מכן,[96] לפי גישה זו, גם הומואים ולסביות החלו לקבל זכויות בשל ההתארגנות והפעולה שלהם.[97] הבעיה עם הסבר זה היא, שהוא אינו מבהיר את ההצלחה הגדולה הראשונה של ביטול הסעיף שאסר משכב "שלא כדרך הטבע". גם את השינוי

93. James M. Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (Univeristy of Michigan Press, Michigan, 1962); Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy* (Harper and Row, New York, 1957).

94. ראו קלמן (לעיל, הערה 85), 242-243.

95. דוגמא טובה לצורת הסתכלות זו היא Robert A. Dahl, *Who Governs? Democracy and Power in an American City* (Yale Unviersity Press, New Haven, 1961).

96. על תנועת השחורים האמריקנים ראו Aldon D. Morris, *The Origins of the Civil Rights Movement – Black Communities Organizing for Change* (The Free Press, New York, 1984). על המאבק של הנשים בארה"ב ראו Myra Marx Ferree and Beth B. Hess, *Controversy and Coalition – The New Feminist Movement* (Twayne, Boston, 1985); על ההישגים בארץ ראו פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן־קובי (עורכות), מעמד האשה בחברה ובמשפט (שוקן, 1995).

97. Barry D. Adam, *The Rise of a Gay and Lesbian Movement* (Twayne, Boston, 1987); Margaret Cruikshank, *The Gay and Lesbian Liberation Movement* (Routledge, New York, 1992).

החשוב השני – התיקון לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה – קשה להסביר בתוצאה של התארגנות ציבורית המונית ולחץ של הציבור הרחב של הומואים ולסביות, למרות המעורבות הגדולה של "עצמה". מנגד, דווקא ב-1994, כאשר היו הרבה יותר פעילים הומואים ולסביות והפעילים היו הרבה יותר גלויים, הצעת החוק לתיקון חוק שירות המדינה (גמלאות) נפלה.

מגוון הגישות והטענות התיאורטיות במשפחה השנייה של גישות למשפט הוא אף רב יותר מאשר במשפחה הראשונה. בסוציולוגיה מדובר בתיאוריות מעמדיות, ובריאניות, פמיניסטיות, פוקויאניות ועוד. בתורת־המשפט מדובר על Critical Legal studies, אבל – כפי שריצ'רד באומן אומר – כותרת זו מסתירה מאחוריה אוסף של עמדות וטענות המקושרות על־ידי ההשקפה הביקורתית על הגישה המקובלת בתחום.[98] ההסברים המוכרים ביותר במשפחה זו הם ההסברים המרקסיסטיים המעמדיים, הרואים במשפט זרוע של המעמד השולט – מעמד בעלי־ההון בחברה הקפיטליסטית. המחוקקים והשופטים באים ברובם ממעמד זה, ואם לא, הם עוברים קואופטציה לשורותיו. הן בשל השפעה ישירה (תרומות למערכת בחירות, שוחד) והן בשל השפעות עקיפות, המחוקקים נאלצים לחוקק חוקים המאפשרים לבעלי־ההון לצבור רווחים. הדמוקרטיה המבטאת לכאורה את רצון העם היא פארסה; בעלי־ההון שולטים באמצעות תרומותיהם ושליטתם הפיננסית במנגנונים האידיאולוגיים וגם במבנה העל־הפוליטי, ומבטיחים שהוא ישתמש בחקיקה כדי לקדם את האינטרס המעמדי שלהם. גם כאשר נדמה שהציבור מתארגן בתנועות עממיות רחבות המאיימות על מרכזי־הכוח של בעלי־ההון, הצרכים המבניים של חברה קפיטליסטית – קרי: תלותה בהמשך יצירת רווחים כדי להבטיח את הפעלת המכונות והספקת תעסוקה – מחייבים את המערכת הפוליטית־משפטית להימנע מפגיעה בהצבר ההון על־ידי הקפיטליסטים. המשפט הוא אפוא: (1) כלי המאפשר למדינה לארגן את תהליך הצבר ההון בצורה יעילה יותר; (2) מכשיר לשליטה בפועלים; (3) כלי ליצירת אשליה שהעם שולט.[99]

הסברים מעמדיים, שאולי מתאימים לתקיקה בנושאים של כלכלה פוליטית, נראים לגמרי בלתי־רלבנטיים בתחום הזה והם יתקשו להסביר את השינוי המהיר שחל תוך כמה שנים, כמו גם את ההבדלים הגדולים בין מדינות דומות מבחינה כלכלית. חוקרים מסוימים הצביעו על זיקה מסוימת בין המבנה הקפיטליסטי למבנה המשפחה המודרנית וטוענים שיש (או היה) אינטרס קפיטליסטי בביסוס מעמדה של המשפחה הגרעינית הבורגנית בסוף המאה התשע־עשרה ובמשך המאה העשרים. חוקרים אלו מדברים על

98. Richard W. Bauman, *Critical Legal Studies – A Guide to the Literature* (Westview Press, Boulder, 1996), 3.

99. לניסוח תמציתי ביותר של השקפה מרקסיסטית מודרנית תוך כדי התייחסות למערכת המשפט ראו Ralph Miliband, *The State in Capitalist Society* (Basic Books, London, 1969). לפירוש מרקסיסטי ברוחו של המשפט, אבל חורג מהתיאוריה המרקסיסטית המקובלת ראו Charles A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (The Free Press, New york, 1986); Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977).

לידתה של הרומנטיקה המודרנית עקב התפתחות זו, ותיאורטיקנים קווירים[100] מדברים על ההשלכות שהיו להתפתחות זו על הנדה'לגיטימציה של יחסים מיניים בין בני אותו מין. אבל הסברים כאלו נראים מאולצים לגבי שינויים חקיקתיים מהסוג שמדובר כאן וניתן להקשות, האם זוגיות הומואית או לסבית לא היו יכולה להתאים לאינטרס הקפיטליסטי במידה דומה?[101]

הסברים אליטיסטיים יוצאים מהנחה שכל חברה נשלטת על־ידי קבוצה קטנה ומגובשת של פוליטיקאים חוקים, המונעים על־ידי הזון משותף ו/או באמצעות הרצון להמשיך לשלוט. החקיקה מנוצלת על־ידם כדי להשיג את המטרה העליונה או באמצעי לשלוט באחרים, לרסנם ולהשקיטם על־ידי היעתרות למקצת מתביעותיהם.[102] האליטה של מפא"י, ששלטה ביישוב היהודי בתקופת "היישוב" ובעשורים הראשונים של המדינה, השתמשה במשפט גם כדי להקים חברה לפי חזונה ורוחה, תוך־כדי סיפוק דרישות מסוימות של קבוצות חברתיות שונות (לדוגמא: זרם ממלכתי־דתי וזרם "עצמאי" בחינוך; כשרות במטבחי צה"ל).[103] מהפרספקטיבה של הגישה האליטיסטית לא נראה שההומואים והלסביות עניינו את האליטות הפוליטיות. אם הן נקטו עמדה ופעלו בכיוון זה או אחר בקשר לחקיקה הרלבנטית לקהילה ההומו־לסבית, הדבר נבע מהרצון שלהן להמשיך ולשלוט. כך, ב-1996, בכירי מפלגת העבודה הכשילו ברגע האחרון הצעה לתיקון חוק שירות המדינה (גמלאות), שנדחפה בעיקר על־ידי ח"כ מסיעת העבודה, מתוך חשש שהדבר יפגע בסיכויי הבחירה של שמעון פרס לראשות־הממשלה. לעומת זאת, ממשלת הליכוד לא חששה שתיקון חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה ירגיז את שותפותיה

---

100. תיאוריה קווירית (queer theory) היא גישה שהתפתחה בסוף שנות השמונים ותחילת שנות התשעים, הנשענת על התפתחויות בתיאוריה הפמיניסטית ובלימודי הומואים ולסביות (Gay and Lesbian Studies). גישה זו מנסה ללמוד מהיחס החברתי למיניות ולבעלי נטיות מיניות בלתי־מקובלות על אופי החברה והתרבות. ראו Michael Warner (ed.), *Fear of a Queer Planet – Queer Politics and Social Theory* (Minneapolis, 1993); יובל יונאי, "'Queer Theory': צעד נוסף 166 12 בתיאוריה הפמיניסטית?", הרצאה במסגרת סימפוזיון של הסקציה ללימודי נשים באגודה הסוציולוגית הישראלית, אוניברסיטת תל־אביב, מאי 1997.

101. על התפתחות הרומנטיקה המודרנית ראו Eva Illouz, *Consuming the Romantic Utopia – Love and the Cultural Contradictions of Capitalism* (University of California Press, Berkeley, 1997); ראו John D'Emilio, "Capitalism and Gay Identity," *The Lesbian and Gay Studies Reader* (Henry Abelove, Michèle Aina Barale, and David M. Halperin (eds.), Routledge, New York and London, 1993), 467. כמובן איני מבקר חיבורים אלו, המציעים פרספקטיבה היסטורית מאוד מעניינת ומשכנעת, אלא על האפשרות להשתמש בתהליכים מאקרו־תרבותיים כדי להסביר שינויים היסטוריים ספציפיים במשפט.

102. Gaetano Mosca, *The Ruling Class* (McGraw-Hill, New York, 1939).

103. יונתן שפירא, הדמוקרטיה בישראל (מסדה, 1977).

הקואליציוניות הן משום שהללו לא היו ערות דיין לשינויי ולהשלכותיו, והן משום שכוח הסחיטה שלהן באותו מצב היה קטן. אבל הסבר זה מתייחס אל האליטה כאל חלק מהנסיבות. הוא חשוב כמובן להשלמת התמונה, אך הוא לא אומר למה מכל הדברים שהאליטה אדישה כלפיהם, רק דברים מסוימים מקודמים; ומדוע התפתחויות דומות נתפסות כמאיימות בנסיבות אלו, אבל לא באחרות. הסבר כזה גם מתעלם מהחשיבות של התמרונים הפוליטיים וממאמצי השידול בהשגת רוב בין המחוקקים.

אפשר למצוא ואריאנטים שונים של למשפחת התיאוריות הרואה בדין הנוהג מכשיר שליטה בהתאם לשאלה בידי מי העוצמה ומיהו המנוצל. שאלה השמים את הדגש על מאבק לאומי, רואה, למשל, בדין מכשיר בידי קבוצה אתנית דומיננטית לשלוט בקבוצה הנחותה, לנתב אותה לפי האינטרסים של הקבוצה הדומיננטית, למשל: שימוש במשפט על־ידי "המדינה היהודית" כדי לנתב שליטה במשאבים לטובת המגזר היהודי,[104] אלה העוסקים ביחסים אתניים, יראו את המשפט כמכשיר ביד הקבוצה האתנית החוקה – לבנים בארה"ב, אשכנזים בישראל וכדומה,[105] הסברים אלו אינם מתייחסים לחוקים הקשורים בהומואים ובלסביות, הגם שמיעוטים אתניים ולאומיים יכולים לראות בעיסוק בזכויות של מיעוטים מיניים "הסחת־דעת" המעסיקה את המערכת הפוליטית והמשפטית ב"פיקנטריה" במקום לעסוק בקיפוח "רציני יותר" – לדעתם. לא זה המקום להתווכח עם גישה זו, המנסה למדוד "מי סובל יותר" ומתעלמת מהממדים הטרגיים של דיכוי הומואים ולסביות. אפשר רק להצביע כאן על הקושי המיוחד של מי שהוא חלק גם ממיעוט אתני וגם ממיעוט מיני, וסובל מדעות קדומות, מהתנכרות מקבוצתו האתנית ומהתנשאות ומבוז גם מצד הדומים לו בנטיותיהם המיניות.[106]

הסברים פמיניסטיים דומים להסברים הקודמים, אך מדברים על המשפט ככלי בידי הגברים השולטים הן במוסדות המחוקקים הן בזרוע השיפוטית. גם אם זו לא המטרה, העובדה שהגברים תופסים את העולם מפרספקטיבה מסוימת גורמת לכך שהם יתעלמו מצרכים חיוניים של נשים או ימעיטו בערכם. הם יסכימו, למשל, לסבול פגיעה בחופש

---

104. Ian Lustick, *Arabs in the Jewish State: Israel's Control of a National Minority* (University of Texas Press, Austin, 1980). דוגמא מצוינת לשימוש בחוק למטרות לאומיות היא חוקים המסדירים את השליטה בקרקע. ראו אלכסנדר (סנדי) קדר, "זמן של רוב, זמן של מיעוט – קרקע, לאום, ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל", עיוני משפט כא (תשנ"ח) (טרם פורסם). לשילוב של גישה מעמדית תוך עמידה על היבטיה האתניים־לאומיים ראו Shulamit Carmi and Henry Rosenfeld, "Israel's Political Economy and the Widening Class Gap between Its Two National Groups", 26 *Asian and African Studies* (1992) 15.

105. Critical race theory רואה במשפט במדינות המתועשות מכשיר גזעני בבסיסו. ראו סקירה ביבליוגרפית אצל באומן (לעיל, הערה 97), 183-202.

106. Keith Boykin, *One More River to Cross – Black and Gay in America* (Anchor Books/Doubleday, New York, 1996); Vivien Ng, "Race Matters", *Lesbian and Gay Studies – A Critical Introduction* (Andy Medhurst and Sally R. Munt (eds.), Casell, London, 1997) 215.

הביטוי כדי להגן על הסדר הציבורי, אבל לא כדי למנוע פורנוגרפיה המעודדת שימוש באלימות כלפי נשים.[107] גישה זו רלבנטית יותר לענייננו, שכן ניתן לראות בדיכוי של הומואים ולסביות תוצאה של האופן שבו הנשיות הובנתה כניגוד בינארי של גבריות – ניגוד שלא הותיר מקום לגברים "נשיים" ולנשים "גבריות" כביכול.[108] קיום אפשרויות אלטרנטיביות למשפחה המסורתית עלול לערער את השליטה של הגברים במבנים המסורתיים, ולכן המשטר הגברי דיכא התארגנויות חד־מיניות.[109] פרספקטיבה זו יכולה להסביר את ההתנגדות להכרה בלסביות ובהומואים, ואת הסירוב להעניק להם זכויות אזרחיות שיאפשרו להם לנהל אורח־חיים הומואי או לסבי שווה־ערך לאורח־החיים המסורתי. אדריאן ריץ' טוענת אפוא, שהתנכרותה של התנועה הפמיניסטית ללסביות סירסה את כוחה ומהותה של תנועה זו. תנועה פמיניסטית עם כושר חיות חייבת להעלות על נס את הלסביות ולא להסתירה מתוך בושה ורצון לקבלה חברתית.[110] הבעיה עם הסברים פמיניסטיים היא, שהם אינם מספיקים לנו כלים להבין את השינויים במעמדם של מיעוטים אתניים. הם מספקים לנו תובנה למה לסביות והומואים מקופחים ומדוכאים בחקיקה, אך הם פסימיסטיים במהותם – הדיכוי הוא מרכיב בסיסי לחברה וכך זה יישאר – או שמייחסים שינויים להתארגנות של הקבוצות המדוכאות (נשים, לסביות, הומואים), הסבר זהה להסברים של תנועות חברתיות שהוזכר לעיל.

ב. מודל חלופי – ניתוח שחקנים־רשתות (Actor-Network Analysis) וקביעת עובדות במדע

ההסברים השונים של המשפט מתקשים להסביר את ההיסטוריה המיוחדת של הדין הקשור להומואים וללסביות. הם לא בהכרח בלתי־נכונים ואולי הם מאירים היבטים שונים של הבעיה, אבל כולם מתקשים להסביר הן את הדיכוי החוקי הממושך של לסביות והומואים והן את השינוי המהיר במצב זה. בחלק זה של המאמר אני מציע מודל כללי של קביעת מדיניות, בכלל, וקביעת דין, בפרט, הנגזר על מודל של שינוי במדע. אתחיל מהסבר המודל ולאחר־מכן אדגים איך אפשר להשתמש בו להסבר השינויים במשפט הישראלי.

איך מדענים קובעים מהי עובדה, וכיצד קורה ש"עובדה מדעית מוצקת" מאבדת פתאום את תקפותה ומוחלפת בעובדה אחרת? המודל המדעי המסורתי מצייר את תהליך הצטברות הידע המדעי כתהליך פשוט ולא־בעייתי. ישנה מתודה מדעית ברורה ובטוחה – כללי היסק לוגיים,

107. Catharine A MacKinnon, *Feminism Unmodified – Discourses on Life and Law* (Cambridge, 1987); H. Lorraine Radtke and Henderikus J. Stam (eds.); *Power/Gender – Social Relations in Theory and Practice* (Sage, London, 1994). לסקירה של ספרות פמיניסטית על המשפט והמתח ביגה לבין CLS ראו באומן (לעיל, הערה 97), 151-162.

108. עמליה זיו, "בסימן הורות – פמיניזם וגיי סטאריו", משא (המוסף הספרותי של דבר), 25, 2.7.1993.

109. Adrienne Rich, "Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence", 5 *Signs* (1980) 631; Richard Collier, *Masculinity, Law and the Family* (Routledge, London, 1996).

110. ריץ', שם.

ניסויים מבוקרים, תצפיות מדעיות, נוסחאות לחישוב מובהקות סטטיסטית וכיו"ב. למדענים הפועלים על־פי הכללים בסבלנות ובהתמדה צוברים ידע ומרחיבים את יכולתנו להבין את הטבע (כולל טבע האדם והחברה). החיבור המפורסם של תומס קון מ־1962 חולל מהפכה בתפיסת המדע. המדע אינו מתפתח בקו ישר – טען קון – אלא בתהליך דיאלקטי של "מדע נורמלי" ומהפכות. בכל תקופה שהיא המדע נשלט על־ידי אקסיומות והנחות מסוימות הגורמות לפירוש הממצאים האמפיריים בכיוון מסוים ולנקודות עוורות לגבי דברים אחרים ("מדע נורמלי"). ידע הולך ונצבר, אך במקביל מצטברות גם תופעות שאי־אפשר להסבירן באמצעות הפרדיגמה השלטת, המטרידות את המדענים בתחום הנדון. בסופו של דבר מתרחשת מהפכה, כלומר: צומחת פרדיגמה חדשה עם אקסיומות והנחות אחרות. עובדות מקבלות פירוש חדש, ומסקנות ישנות מוחלפות במסקנות חדשות.[111]

קון חולל מהפכה בתפיסת המדע, אך התמונה של התפתחות המדע שהוא צייר זכתה לביקורות נוקבות. אחת הביקורות העיקריות עניינה תפיסת כל דיסציפלינה מדעית כמערכת מונוליטית, כאילו כל המדענים מניחים אותן הנחות ומבינים אותם דברים. קון גם לא הסביר איך נקבע איזו פרדיגמה מחליפה את הישנה. הוא רק רמז, שהבחירה אינה נובעת רק מהיגיון ומהוכחות, אלא גם, ובעיקר, מאינטואיציה ומאמונה בכוח של הסבר תיאורטי מסוים.[112] ב־15 השנה האחרונות התפתחה בסוציולוגיה גישה המנסה להסביר איך מדענים בונים ידע על־ידי מעקב צמוד אחר העבודה של מדענים במעבדה, בכינוסים מדעיים, בכתיבת מאמרים וכו'. הגם שגם כאן יש מגוון עמדות ופרשנויות, הגישה שוכתה לתהודה הגדולה ביותר היא זו הנקראת "ניתוח שחקנים־רשתות (Actor-Network Analysis, או ANA, בקיצור) של ברונו לאטור ומישל קאלון. גישה זו גורסת, שנכונותה של תיאוריה מסוימת או מופרכותה אינן יכולות לשמש הסבר היסטורי־סוציולוגי להתקבלותה או דחייתה, כיוון שהנכונות של התיאוריה היא מסקנה הנובעת מהתקבלותה על־ידי הקהילה המדעית ולא ההסבר של הקבלה, דבר המוכת משינוי העמדה של הקהילה המדעית באותו נושא. השאלה היא, למה דברים מסוימים נחשבים כנכונים? לאטור וקאלון אינם אומרים שאין אמת אחת אובייקטיבית ומוחלטת, אלא שלמדענים אין דרך לדעת מהי אמת זו, אלא באמצעות רמזים הזוקקים לעיבוד ולפרשנות. כיוון שתמיד ישנן פרשנויות שונות, השאלה היא איך מדענית מסוימת (או קבוצה) מצליחה לשכנע את עמיתיה/יריביה שהפירוש שלה צודק?[113]

---

111. תומאס ס' קון, המבנה של מהפכות מדעיות (המכון הישראלי לפואטיקה ולסמיוטיקה, 1977).

112. לביקורות על קון ראו Imre Lakatos and Alan Musgrave (eds.), *Criticism and the Growth of Knowledge* (Cambridge University Press, Cambridge, 1970). דיון ביקורתי בגישתו של קון ובשאלות הנובעות ממנה ראו אצל Larry Laudan, *Science and Values* (University of California Press, Berkeley, 1984).

113. Bruno Latour, *Science in Action* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987); Michel Callon and Bruno Latour, "Don't Throw the Baby Out with the Bath School!", *Science as Practice and Culture* (Andrew Pickering (ed.), University of Chicago Press, Chicago, 1992) 343. הגישה הזו דומה לגישת הרטוריקה של המדע. ראו למשל: John S. Nelson, Allan

ANA מציירת אפוא תמונה, שלפיה כל מדענית משתדלת תמיד לצבור תמיכה בגילויים המדעיים שלה ובפרשנויות שלה לגבי הממצאים (כלומר: לקבע גם עובדות וגם תיאוריות). כדי לעשות זאת היא צריכה להצליח ב"מבחני־כוח" (trials of strength), כלומר: עליה להצליח להדוף טענות המערערות על תרומותיה. היא עושה זאת בעזרת "בעלי־ברית" (allies), אשר בצורה זו או אחרת נותנים תוקף לקביעותיה. המושג של "בעלי־ברית" הוא קריטי להבנת תפיסה זו. אין הכוונה רק למדענים אחרים המגויסים כדי לתמוך במדענית, אלא לכל גימוק שאפשר להעלות כדי לשכנע בנכונות התרומה, כולל גימוקים פילוסופיים, אנלוגיות ממדעים אחרים, אוטוריטה של מדענים מפורסמים שכבר נאספו אל אבותיהם, גימוקים תיאורטיים ופילוסופיים ועוד. גם "עובדות" (כלומר: טענות שכבר התקבלו כעובדות), ניסויים וממצאים מחקריים הם בעלי־ברית, ואולי אפילו בעלי־ברית חיוניים במדע. אך הם לא בעלי־הברית היחידים, ומשמעותם אינה נתונה באופן אובייקטיבי. על המדענית לנמק כיצד הממצאים האמפיריים תומכים בדעתה, ומשימה זו דורשת גיוס בעלי־ברית נוספים. אם המדענית מצליחה לאסוף די בעלי־ברית, היא עשויה לשכנע את עמיתיה שהטענה שלה נכונה ורק אז טענה זו הופכת להיות חלק מהידע בתחום. לאטור מכנה זאת "קופסה שחורה", כלומר: אלמנט של ידע שמעתה ואילך ניתן להשתמש בו מבלי להיזקק להוכחה.

לפני שנפנה למקרה שלנו יש להבין עוד נקודה קריטית במודל זה. הקשר בין בעלי־ברית לטענה שהמדענית רוצה לקדם וכוחו של בעל־הברית להשפיע ולשכנע אינם נתונים. המדענית צריכה להשתמש בכישוריה כדי לגייס בעלי־ברית וכדי להראות את הרלבנטיות שלה. בין השאר עליה להכיר את הקהל שלה. הקהל, גם במדע, אינו מונוליטי. באסכולות שונות ישנם כללי שיח שונים, וטענה היכולה להיראות מאוד משכנעת בקהילה של פיזיקאים יכולה להיראות מאוד בלתי־משכנעת בקהילה של מיקרוביולוגים.[114] המשמעות של בעלי־ברית ויכולתם לעוור בשכנוע עמיתים תלויות במה שסטנלי פיש, המובר יותר למשפטנים, קורא "קהילה פרשנית", כלומר: קבוצה השותפה בכלים המושגיים ובאופן ההסתכלות.[115] לאטור וקאלון מדברים על "רשת" (network), כי ההנחה היא שלא כל טיעון ולא כל בעל־ברית עומדים למבחן בנפרד. כאשר המדענית מעלה טענה חדשה, היא מנסה לקשר אותה כבר למבנה יציב של קופסאות שחורות שכבר נבנה ויוצב על־ידי חברי קהילה מסוימת. היא יכולה לבחור לאיזה רשת או לאיזה קהילה פרשנית היא רוצה להתחבר, והדבר תלוי כמובן באינטרסים שלה ובמשאביה. הדברים שהיא נדרשת לעשות כדי "להוכיח" את טענתה יהיו שונים בהתאם לקהל שהיא פונה אליו.

Megill, and Donald N. McCloskey (eds.), *The Rhetoric of the Human Sciences* (The University of Wisconsin Press, Madison, 1987). גישה זו דומה לניתוח רטוריקה של משפט ושל שיח ציבורי. ראו למשל: James Boyd White, *Heracles' Bow – Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law* (University of Wisconsin Press, Madison, 1985).

114. Karin Knorr-Cetina, "Epistemic Cultures – Forms of Reason in Science", 23 *History of Political Economy* (1991) 105.

115. Stanley Fish, *Is there a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980).

ביישום למשפט הרבה יותר ברור איך הצעה של שחקן מסוים הופכת לקופסה שחורה. כדי שהצעה תהפוך לחוק של המדינה היא חייבת להיות מונחת על שולחן הכנסת על־ידי חבר־כנסת אחד לפחות או על־ידי הממשלה, לעבור בקריאה טרומית ובקריאה ראשונה, לעבור ועדה כלשהי של הכנסת ולעבור בקריאה שנייה ושלישית. ארגון אקס־פרלמנטרי הרוצה להעביר חוק מסוים, חייב למצוא "ספונסר" בתוך הכנסת ולשכנע חברי־כנסת רבים ככל האפשר להצביע. אין צורך לגייס רוב של חברי־הכנסת; אלא די להבטיח שברגע ההצבעה רוב הנוכחים יהיו בעד. "דעת־הקהל" אינה שחקן חיוני בסיפור זה. הרבה חוקים מתקבלים בלי שרוב הציבור – ולעתים אפילו רוב הח"כים – בכלל מודע להם. כמובן, "דעת־הקהל" (או דעת־קהל מסוימת) יכולה להיות "בעל־ברית" חשוב אם אני יכול לשכנע חברי־כנסת שהיא לצדי. המודל של לאטור וקאלון אמור להיות שימושי, כי הוא מספק מערכת מושגית לדון במיסודם של שינויים חברתיים שונים. כמובן, תהליך המיסוד של ידע מדעי שונה מתהליך המיסודם של דינים, אבל אני סבור כי המודל מטבעו בנוי ליישום בשדות שונים. הסוציולוגיה של המדע העכשווית מדגישה, כי גם המדע רחוק מהמונוליטיות שיוחסה לו על־ידי פילוסופים מסורתיים של מדע.[116] גישת ה־ANA גם מנסה להסביר שינויים טכנולוגיים ושינויים בתוכניות ממשלתיות שונות, כגון פיתוח אמצעי־תחבורה חדשים, פתרונות לבעיית האנרגיה ותוכניות אקולוגיות לטיניהן.[117] לכן אני סבור, שניתן ליישם את המודל גם לשאלות של חקיקה ופרשנות משפטית.

המודל המוצע אינו שולל את ההסברים הקודמים. אדרבה: הוא מכיר בקיומם של כוחות חברתיים שונים שאינם שווים בעצמתם, והוא בהחלט מודע לשימוש הבלתי־שוויוני במשפט כדי לקדם אינטרסים של קבוצות חזקות. אבל המודל אינו מתאים לגישה הסבורה שכל שינוי פוליטי ניתן להסבר על־ידי אותו גורם מסביר. כן, לתעשייגים בחברות קפיטליסטיות כוח רב. אבל לא בכל נושא יש להם עמדה ברורה, וגיבוש האינטרס שלהם, כפי שהם תופסים אותו, תלוי בין השאר בפעולה של אנשי־רוח ומדענים היוצרים מושגים, תיאוריות ואידיאולוגיות.[118] בכל תחום צריך לברר את הרשתות הקשורות אליו ולראות איך שחקנים שונים משפיעים על עיצוב התוצאה הסופית. מבחינה זו המודל דומה לתיאוריה של בורדייה, אלא שהלה מדגיש יותר את הפעילות האינטרסנטית של שחקנים מודעים, בעוד שה־ANA מדגיש לצד הפעילות המכוונת גם את צירופי הנסיבות, התוצאות הבלתי־מכוונות וההשפעה של כוחות לא־אנושיים.[119] הניתוח הלאטוריאני גם

---

116. ראו לאטור (לעיל, הערה 113); קנור־סטינה (לעיל, הערה 114).

117. Michel Callon, "The State and Technological Innovation – A Case Study of the Electrical Vehicle in France", 9 *Research Policy* (1980) 358; Michel Callon, "Techno-Economic Networks and Irreversibility", *A Sociology of Monsters, Essays on Power, Technology and Domination* (John Law (ed.), Routledge & Kegan Paul, London and New York, 1991) 132.

118. השוו לאטור (לעיל, הערה 113), 143-144, 173-176.

119. על תפיסתו של בורדייה ראו ספרו Pierre Bourdieu, *Distinction – A Social Critique of the Judgement of Taste* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1984). תיאורטיקנים של ANA מעדיפים לדבר על "actants" במקום על "actors" כדי להדגיש כי הרשתות כוללות

מזכיר מאוד במהותו את התפיסה הפוקואנית, בכך שהידע נתפס כתוצר של יחסי־גומלין בין גורמים רבים, ולא כתוצאה מכוונת של סוכנים בעלי־עוצמה (שהם חלק קריטי במשחק, אך לא כל־יכולים). שתי התפיסות גם מדגישות את הקשר בין פרקטיקות והיערכות פיזית לבין תוצרי ידע. ההבדל בין התפיסות הוא בעיקר בשאלות המחקר: פוקו ותלמידיו התעניינו, ומתעניינים, בעיקר בדימויי ידע עם תפוצה חברתית נרחבת, בעוד שלאטור, קאלון וחבריהם התעניינו יותר (אך לא רק) בתוצרים מקומיים של ידע במעבדות מסוימות ובקרב קהילות קטנות של חוקרים ומהנדסים.[120]

מבקריו של לאטור מלגלגים על גישתו וגורסים שהוא הופך את המדע למשחק פוליטי, כאילו ויכוחים מדעיים מוכרעים בהצבעה או על־ידי רובים. לאטור אינו נבהל מטיעון מעין זה. אכן, ויכוחים על ידע מדעי הם קרבות פוליטיים בין מתנות שונים, אבל "כלי־הנשק" היכולים להכריע קרב מדעי – בעלי־הברית שצריך לגייס – שונים מכלי־הנשק בפוליטיקה של המדינה. במדע טיעונים לוגיים חשובים מאוד (אבל לא מכריעים), ואילו תמיכת כלי־התקשורת כמעט שאינה חשובה. בקרבות על קביעת הדין, הלוגיקה יכולה לעזור פה־ושם, אבל היא הרבה פחות חשובה מתמיכת כתבים רבי־השפעה בטלביזיה. אבל עקרונית, כדי לגייס בעלי־ברית ברגע המכריע, התומכים צריכים עבודת־הכנה ממושכת. כמו מדענים המכינים ניסוי קריטי, הם צריכים לבחור את העיתוי והניסוח, לבדוק מה אפשר להפוך ל"קופסה שחורה" ואילו אמצעים דרושים לכך, ומה דורש אולי יותר מדי משאבים ואיננו אפשרי כרגע.

גם ויכוח רעיוני הוא ניסיון לגייס "בעלי־ברית" מסוג מסוים, והגישה של לאטור וקאלון אינה שוללת את מרכזיותם, לא במדע ולא בפוליטיקה או במשפט. המונח "בעל־ברית" קצת מטעה, כיוון שהוא מרמז כביכול לבני־אדם בעלי אינטרסים ומטרות פוליטיות. אבל לאטור וקאלון בכוונה מטשטשים את ההבחנה בין בני־אדם לעצמים, לטענות, למושגים וכדומה. כל מה שאפשר לגייס כדי לשכנע קולגות, כולל נימוקים רעיוניים, יכול לשמש בעל־ברית במובן זה. אלא שנימוקים רעיוניים אינם משכנעים את כולם בצורה דומה. בניגוד למדע המאופיין בהומוגניות יחסית בתוך כל שטח־התמחות (קריטריונים לפרסום, למשל, הם די אחידים בתחום, אבל שונים מאוד מתחום לתחום, אפילו באותה דיסיפלינה), הכנסת מורכבת מעצם טבעה מנציגים של ציבורים שונים לחלוטין. ברור שהנימוקים העשויים לשכנע חבר ביהדות התורה שונים לגמרי מאלו הדרושים לשכנוע נציגי מר"צ או הרשימה המתקדמת לשלום. אבל היום הפוליטי, כמו היום המדעי, צריך להשתמש בתחבולות שונות אם הוא רוצה לעבור בהצלחה את "מבחן הכוח" ולהפוך את היוזמה שלו ל"קופסה שחורה".

הרבה מאוד אלמנטים לא־אנושיים המגבילים את מה שסוכנים אנושיים יכולים לעשות. ראו Michel Callon and John Law, "Agency and the Hybrid Collectif." 94 *The South Atlantic Quarterly* 481-507.

120. על פוקו ראו Allan Megil, *Prophets of Extermity* (University of California Press, Berkeley, 1985); ראו גם Michel Foucault, *Power/Knowledge – Selected Interviews and Other Writings 1972-1977* (Harvester, Brighton, 1980).

המודל המוצע כאן אינו שולל מודלים אחרים. הוא קרוב ברוחו יותר למשפחה השנייה הרואה במשפט כלי בידי החוקים יותר, אך הוא אינו מניח שהמשפט תמיד מעוצב על־פי האינטרסים שלהם. המשפט מעוצב תוך כדי פעולה של גופים שונים, בעלי אינטרסים ישירים או עקיפים (קבוצות־אינטרס, ארגונים כלכליים, אליטות פוליטיות), אך האמונות התרבותיות משפיעות על יכולת הפעולה של קבוצות אלו ועל הצורה שבה הן תופסות את האינטרסים שלהן. גם למשפטנים עצמם עצומה מסוימת הנובעת מבעלותם המונופוליסטית על הידע המשפטי החיוני לתהליכי שליטה בחברה. כוחם נשען לא־פעם על הכוח של בעלי העוצמה החברתית והכלכלית, אך הצורך של בעלי־העוצמה בשירותיהם מאפשר להם גמישות בלשהי ויכולת להשפיע על תהליכי הקיקה ושפיטה.[121] בכל מקרה ומקרה יש לבחון מיהם השחקנים המעורבים, מהם המשאבים שבידיהם ולאן הם חותרים. התוצאות אינן ידועות מראש. הדין הסופי ייקבע על־פי יכולת התמרון של שחקנים שונים, משאביהם ואירועים שונים שאינם בשליטתם. המודל אינו בא אפוא להכחיש את חשיבותם של הסברים אחרים, אך הוא מכחיש את הבלעדיות שחסידי הסברים אלו מבקשים לייחס להסבריהם. מודל זה עלול להיתפס כחלש יותר מהסברים אחרים ביכולת הניבוי שלו, וכפחות "חסכוני" (parsimonious) ממודלים אחרים. אם היה מודל אחר שאכן היה מצליח לנבא היטב אילו מאבקים חקיקתיים יסתיימו בהצלחה, המודל המוצע כאן היה אכן מיותר. אבל בהינתן שאין מודל כזה – ולדעתי, מהותית גם אין סיכוי שיימצא מודל שכזה – אני סבור שהמודל ששרטטתי כאן הוא שימושי ובעל־ערך. אני מודה שזו אינה תיאוריה אשר אפשר לגזור ממנה ניבויים, אבל היא מספקת מסגרת מושגית המאפשרת לנתח כל מקרה בצורה השלמה ביותר, כפי שאנסה לעשות כעת לגבי מקרה המאבק לשינוי במעמדם המשפטי של הומואים ולסביות.

ג. חקיקה כיצירת "קופסאות שחורות" – יישום המודל למקרה של חקיקה בעניינים הומו־לסביים

עד 1965 לא היה אף יזם פרלמנטרי שלקח על עצמו לבטל את האיסור על יחסים אנאליים. העניין נתפס כרלבנטי רק לקבוצה קטנה של סוטים, והפוליטיקאים לא מצאו בכך עניין. מי שהתחיל לקדם את העניין היו משפטנים במשרד־המשפטים שיזמו את ביטול האיסור במסגרת שינוי מקיף בחוקים הקשורים לפגיעות בגוף האדם, אך לא הצליחו לעבור אפילו את המשוכה הראשונה, והשינוי הושמט מהצעת החוק על־ידי הממשלה. כמה חודשים לאחר־מכן הביע השופט חיים כהן את דעתו שיש צורך לשנות את החוק – צעד די נדיר מצד בית־המשפט, שאינו שותף להכרעה הרשמית על "הקופסה השתורה", אך דעתו יכולה לשמש בעל־ברית חשוב בשל מעמדו וסמכותו. אבל במקרה זה השופט כהן "נגנף" על־ידי שני שותפיו להרכב, שלא מצאו הצדקה לחריגה שלו מהניטרליות המשפטית. גם בבגסת דבריו לא היו משכנעים. ח"כים מהסיעות הדתיות זעמו עליו, ולפי הפרוטוקול,

121. השוו לטענה דומה אצל קלמן (לעיל, הערה 85), 251-253; Pierre Bourdieu, *Homo Academicus* (Cambridge and Oxford, 1988).

איש לא קם להגן עליו זולת שר־המשפטים שהגן עליו בתוקף תפקידו, בכל־זאת, המלצתו של השופט כהן הפכה לבעל־ברית למחוקקים ולפעילים ההומואים והלסביות עד לביטול האיסור ב־1988.

גם הטיעון של השופט כהן, שאל לה למדינה להתערב במה שבני־אדם בוגרים עושים בצנעה ובהסכמה, שימש ומשמש בעל־ברית חשוב בכל הדיונים שבאו לאחר־מכן. ח"כ אבנרי, למשל, טען בעת הדיון בהצעתו ב־1971, כי "המוסר של ימינו אינו יכול להשלים עם הענשת אדם בשל מעשים... שאינם פוגעים באיש, הנעשים בהסכמה חדדית בצנעת הפרט".

חבר־הכנסת סורקיס ניסה לשכנע שביטול האיסור כן "ישפיע לרעה, להרס ולהפקרות הנוער", וטען כי אם ירשו למבוגרים, לא יהיה אפשר למנוע מצעירים לעשות זאת. לדעתו, התוק דרוש כדי להגן על הצעירים ולשמור על העליונות המוסרית של הנוער הישראלי מול הנוער המנוון במערב. כאשר ניסה ח"כ אבנרי להסביר מחדש שגם לפי התיקון שלו, אסור יהיה לקיים יחסי־מין עם קטינים, נראה שהח"כים לא שוכנעו בכך. "מבחן הכוח" נכשל.[122] גם שולמית אלוני חזרה ב־1978 על הנימוק תוך אזכור מדומו של דברי השופט כהן: "יבית המשפט כבר אמר שוכאים אנשים מבוגרים לעשות להנאתם... כטוב בעיניהם שעה שהדבר הזה נעשה בצנעה ומתוך רצון". ושוב העלו המתנגדים טיעון הפוך, הגורס ש"בכל מקום שהיו מצויות התועבות הללו, שאותן רוצים בעלי הצעת החוק להתיר בקהל ישראל, בארצנו, פג התוסן הפנימי של העם"...[123]

גם סבלם של ההומואים הוא בעל־ברית שאפשר לגייסו כדי לבקש את הסרת האיסור הנתפס כאיסור על הומוסקסואליות. תומכי ביטול האיסור צריכים גם לשכנע שההומואים סובלים הגם שהחוק "אינו נאכף". הוראת היועץ המשפטי לממשלה חיים כהן, למרות הליברליות שלה, שימשה נשק בידי מצדדי הסטטוס־קוו ששאלו, למה להטריד את הכנסת "כדי לדון על חוק שאין מבצעים אותו"?[124] טיעון זה נשמע לרוב, ולכן גם אבנרי גם אלוני ניסו להמתיש לח"כים את ההשלכות החמורות של הסעיף, הגם שלא נאכף. אמר אבנרי בעת דיון ב־1970:

> מצויים בתוכנו אלפי בני־אדם, שחייהם היום־יומיים הם בגדר עבירה חמורה על התוק הכתוב. ולכן הם קרבנות בלתי־פוסקים לסחטנות ולאלימות. באשר יש מעשה אלימות על רקע הומוסקסואלי... הקרבן אינו פונה למשטרה. הוא אינו יכול לבוא למשטרה ולומר: בזמן שעשיתי מעשה שאינו חוקי קרת לי כך וכך.

122. ד"כ 60 (תשל"א), 2616.

123. דברי ח"כ יהודה מאיר אברמוביץ מאגודת ישראל, ד"כ 82 (תשל"ח), 2449.

124. דברי ח"כ סורקיס, ד"כ 60 (תשל"א), 2615. על התפקיד שהוראת היועץ המשפטי לממשלה מילאה בהכשלת הצעות לביטול האיסור, ראו Alon Harel, "Gay Rights in Israel – A New Era?", 1 *International Journal of Discrimination and the Law* (1996) 261.

> אנו, המחוקק הישראלי, מפקירים אלפי בני־אדם... לשרירות יום־יומית, ומסירים מהם את הגנת החוק.[125]

ואילו ח"כ אלוני סיפרה על חייל שהעיד ביוזמתו מתוך תחושת מחויבות על כך ששהה עם חשוד במעשה רצח בזמן הרצח, וכך עזר לטהר את שמו ולהביא לתפיסת הרוצח. אותו חייל נאלץ להיתשף, דבר שגרם לשורה של התעללויות בו במקום שירותו. היא סיפרה, כי המתעללים התגוננו בטענה שאותו חייל עבר על החוק ולכן אינו זכאי להגנה.

הצורה שבה הסבל מגויס כבעל־ברית בלשה מאוד בפתיחה של ח"כ אבנרי לדיון בהצעה הפרטית שלו ב-1971. אבנרי גייס את הצעיר בן ה-23 שהתאבד ואת המכתב הנוגע ללב שהשאיר כדי להרעיד נימה כלשהי בלבם של הח"כים. אבל סבלם של ההומואים היה כנראה בעל־ברית חלש בכנסת של אז. הוא אולי עזר לרתימת כמה "יפי־נפש" בכנסת ומחוצה לה שהצטרפו למאבק של ההומואים, אבל לח"כ סורקיס היו "עניינים רציניים הרבה יותר",[126] כאשר שלחה האגודה לשמירת זכויות הפרט את "החוברת הכחולה" שלה, היא היתה בטוחה שהח"כים יזדעזעו ויירתמו לטיפול בעוול הנורא. אבל בפוליטיקה אין די לפנות לרגש. הח"כים רגילים לפניות רבות ושקועים בהבטחת מעמדם וקידומם. אפשר להשתמש בסבל כדי ליצור דעת־קהל אוהדת, ואולי כדי לשנות קמצא את דעתם של כמה חברי־כנסת מתנדנדים, כפי ש"עצמה" עשתה על־ידי גיוס כמה סיפורים על עובדים שפוטרו אך ורק מפני שההומואיות או הלסביות שלהם נחשפה. אבל ספק אם סיפורים אלו הם שהביאו לשינוי המיוחל, ואילו האיסור על מין "שלא כדרך הטבע" התבטל בסוף מבלי שהוא והצוול שהוא גרם בכלל הוזכרו בכנסת. הסיפור הטרגי של הצעיר שהתאבד לא השיג מה שהשיג כושר ה"תחמון" הפרלמנטרי.

בעל־ברית נוסף שגויס על־ידי אבנרי היה חוסר האפשרות של הומואים לשנות את נטייתם: "זוהי הפרצה נפשית שאינה ניתנת לריפוי.... דהיינו, יש אלפי אזרחים במדינה שהחוק גוזר עליהם לחיות חיים בלתי־חוקיים".[127] שנה לאחר־מכן הוא חזר שוב על הנימוק: "מה אשמתם? אין להם שליטה על נטייה זו – אסון שקרה להם בגיל רך ביותר, לרוב בגלל רקע משפחתי מופרע – אם חזקה מדי, אב חלש מדי, או חוסר אב בכלל".[128] ח"כ אבנרי ביקש אפוא להחליף את הגינוי המוסרי בדיאגנוזה רפואית, כפי שתקהילה הפסיכולוגית סברה אז. מאז השתנה יחסה של קהילה זו, וב-1973 החליטה האגודה הפסיכיאטרית האמריקנית להפסיק להגדיר נטייה חד־מינית כמחלה,[129] שולמית אלוני לא חזרה אפוא על נימוק זה בעת הדיון ב-1978 ומובן שגם הפעילים ההומו־לסביים לא הציגו זאת כמחלה. עם זאת, הנימוק שמדובר במשהו שאינו בשליטת האדם עדיין משמש הומואים ולסביות רבים

125. ד"כ 59 (תשל"א), 628.
126. ד"כ 60 (תשל"א), 2615.
127. ד"כ 59 (תשל"א), 628.
128. ד"כ 60 (תשל"א), 2614.
129. Ronald Bayer, *Homosexuality and American Psychiatry – The Politics of Diagnosis* (Princeton University Press, Princeton, 1987).

ואת תומכיהם כדי לדחות את הגינוי המוסרי שלהם וכדי להרגיע הטרוסקסואלים רבים שמא קבלת ההומואיות והלסביות כלגיטימיות תגרום לצעירים רבים לבחור בדרך זו.[130]

אחד מבעלי־הברית החשובים של מצדדי ביטול האיסור על יחסי־מין "לא־טבעיים" הוא הליגליזציה של יחסים כאלו בשאר מדינות העולם. נימוק זה הועלה שוב־ושוב על־ידי מצדדי ביטול האיסור. שר־המשפטים, דב יוסף, העלה אותו לראשונה בהגנתו על השופט כהן. הוא הסביר לח"כ יעקב כץ ממפא"י, שמדובר ב"שאלה נכבדה שדנים בה בחברות הנאורות של דורנו ויש מדינות בהן המעשים הנ"ל ... אינם מהווים עבירה". ת"כ אבנרי הזכיר כבר ב-1965 שבריטניה עומדת לבטל את האיסור על סדומיות (sodomy), הזר על נימוק זה בדיון ב-1970, והציג רשימה ארוכה של מדינות שביטלו איסור דומה בעת הנימוק של הצעת החוק הפרטית שלו ב-1971: "חוק זה בוטל... בבריטניה עצמה, ביוזמת בית הלורדים השמרני. לאחר מכן בוטל בגרמניה, שם היה קיים חוק נאצי נגד ההומוסקסואליות. עכשיו עובר תהליך זה על ארצות־הברית. עוד לפני כן בוטלו חוקים אלה בבלגיה, דנמרק, צרפת, יוון, איטליה, הולנד, ספרד, שבדיה, שוויץ, והרבה ארצות אחרות". הרשימה הארוכה נועדה לשכנע שההתנגדות בישראל היא אנכרוניסטית ושאפילו גורם שמרני כמו בית־הלורדים הבריטי הבין שאין מקום לאיסור כזה. על־אחת־כמה־וכמה ישראל, אם היא רוצה להיות מדינה "נאורה ומודרנית". האזכור של גרמניה הנאצית נועד כמובן לחזק את הרושם שהאיסור מתאים להשקפות־עולם מסוכנות, בעוד שביטול החוק הולך בד־בבד עם קדמה וצדק.

בדיון בהצעת חוק דומה ב-1978 אמרה גם ח"כ שולמית אלוני, כי "כדאי שחברי־הכנסת ידעו שלמעשה ברוב המדינות, פרט אולי לדרום־אפריקה, הסעיף אמנם בוטל". ושר־המשפטים, שמואל תמיר, הסתמך על המצב המשפטי באנגליה, בשבדיה, בקנדה, בגרמניה ובצרפת, בהסבירו מדוע הוא אישית תמך בהצעת אלוני וחבריה. גם הפעילים ההומואים והלסביות גייסו נימוק זה כדי לגייס תמיכה למעמדם. הן ב"חוברת הכחולה" של 1983 והן במניפסט שניסחו חברי "עצמה" ב-1988, ההשוואה למדינות הנחפסות בציבור הישראלי כנאורות וכמתקדמות היא כלי ריטורי בולט בניסיון לשכנע שגם בארץ צריך להגן על זכויותיהם של הומואים גם לאחר שהאיסור על "סדומיות" בוטל. אבל ברור שבעל־ברית זה הוא בעל יכולת השפעה רק על קהל מסוים הרואה במדינות אחרות (בעיקר "דמוקרטיות מערביות ליברליות") מודל של חיקוי. לגבי הציבור הדתי ונציגיו בכנסת בעל־ברית זה הוא חסר כוח בכלל, אם לא בעל השפעה שלילית. אבל בישראל של עד לפני 30 שנה, גם "השמאל החלוצי" לא התרשם מבעל־ברית זה. ח"כ סורקיס ענה לשית האוניברסליסטי של אבנרי כי אנחנו לא רוצים להידמות לעולם הגדול:

> הרבה דברים לומדים מאתנו.... אנחנו גאים על העובדה שבאים ללמוד מאתנו על הנעשה בהתיישבות העובדת. זה פאר היצירה של

130. שימוש בנימוק זה מעורר הרבה בעיות פילוסופיות ועלול לשמש חרב־פיפיות. ראו Janet E. Halley, "Sexual Orientation and the Politics of Biology – A Critique of the Argument from Immutability", 46 *Stanford Law Review* (1994) 503.

> העם היהודי... הורים שולחים את בניהם ובנותיהם על־מנת להצילם מן הסמים וכדי שיכירו את היצירה של ההתיישבות העובדת... לא באים לכאן כדי ללמוד איך להשתמש בסמים ולא באים לכאן ללמוד על יחסים הומוסקסואליים.[131]

ייתכן שב־1988 ההנמקה הזאת כבר לא השפיעה על חלק גדול מהציבור החילוני, שיותר ויותר שאב השראה ממדינות אחרות.

בהקשר זה חשוב לציין גם, שהשפעותיהן של מדינות מערביות אחרות אינן מועברות רק מצפייה וממעקב אחר מדינות אלו. תפקיד חשוב בהתארגנות של הקהילה ההומו־לסבית בישראל יש להומואים וללסביות שהגיעו מארה"ב, מצרפת, מאוסטרליה, מדרום־אפריקה ומאנגליה. גם מהגרים הטרוסקסואלים מארצות אלו, שרכשו עמדות־השפעה בתור מעצבי דעת־קהל באקדמיה ובתקשורת, תרמו לתחילתו של שינוי בעמדות הציבור. במונחים של ANA אפשר לומר, שהלגיטימציה של ההומואיות נעשתה על־ידי קישורה לרשת עולמית שבה לגיטימציה זו כבר היתה מעוגנת. דוגמא טובה לכך היא האפשרות של אחד הפעילים, שלומי פטיה, לעסוק בענייני הועד למלחמה באיידס ממשרדו בחברת IBM.[132] חברה רב־לאומית זו מעניקה סביבה תומכת ללסביות ולהומואים כבר שנים רבות. פעילותה העסקית בארץ מאפשרת אפוא להומואים למצוא מקומות־עבודה שאינם מחייבים הסתתרות בארון ואף מאפשרים פעולה ציבורית לקידום הקהילה ההומו־לסבית ממקום העבודה. מנגד, הסתמכות בלבדית על הרשת הבינלאומית עלולה גם לעכב את ההצלחה לקבע קופסאות שחורות בארץ. יורם מלמד טוען, כי חיקוי מודלים של פעילות הומו־לסבית מחו"ל עיכב את התפתחות התנועה ההומו־לסבית בארץ, מכיוון שמודלים אלו לא התאימו למציאות החברתית והפוליטית בארץ, כלומר: לרשת של קופסאות שחורות (כולל פרקטיקות, תפקידים, אמונות) שהתקבעה כאן. למענתו, הישגי הקהילה האחרונים נובעים מהתאמת האסטרטגיה לנציאות זו: במקום להסתמך על מצעדים, הפגנות ופעילויות המוניות, הפעילים מנסים להפעיל רשתות אישיות וקשרים כדי להשיג הישגים נקודתיים.[133]

הנימוקים הרעיוניים השובים, ואפילו חיוניים, כדי לגבש קבוצה שתתמוך ביוזמת חקיקה, גם אם ח"כים יצטרפו ליוזמה מסיבות אינטרסנטיות שונות, מראית־עין ענייניות חשובה להם. נימוקים ענייניים יכולים גם למשוך מתוקקים שאין להם עמדה ברורה, כפי שהשדולה של "עצמה" עשתה כדי לגייס תמיכה בתיקון לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. אבל הנימוקים הרעיוניים הם בעלי יכולת מוגבלת, כאשר ישנם מתנגדים אשר בשל השקפת־העולם שלהם או של הציבור העומד מאחוריהם ברור שהם לא ישתכנעו. במקרים כאלו צריך להיעזר בתכסיסים שונים ובהתמקחות עם המתנגדים. אפשרות אחת היא לזכות

131. ד"כ 60 (תשל"א), 2616.

132. ראיון מס' 11.

133. יורם מלמד, האגודה לשמירת זכויות הפרט כתנועת מחאה פוליטית חוץ־פרלמנטרית, עבודה פרו־סמינריונית בקורס "תנועת מחאה פוליטית", אוניברסיטת תל־אביב, החוג למדע המדינה, 1989.

בתמיכתם תמורת עזרה בהשגת יעד שהיריב מעוניין בו, במדע, בריתות פוליטיות כאלו פתוח מקובלות – או, למצער, לפחות נראות[133] – ובפוליטיקה הם כמובן לחם־חוק, אם כי במקרים שאנו עוסקים בהם כאן אין לנו הוכחה לקיום עסקה כזו, והח"כים לשעבר אלוני ווירשובסקי הכחישו בתוקף שהיו עסקאות כאלו לצורך ביטול סעיף 351 והשגת תיקון לחוק שוויון ההזדמנויות.[134] מכל מקום, ההצלחה בשני המקרים מעידה על טקטיקה נבונה וכושר תמרון פרלמנטרי. גם אלוני וגם וירשובסקי הרבו לדבר על תזמונם של צעדים שונים, על ניסוחים וחירים כדי למנוע התנגדות, על הסתרה של חלק מההשלכות של השינויים, על קביעת ההצבעה למועד שבו המתנגדים אינם קשובים, וכדומה.

אופן הפעולה של "עצמה" בקשר לתיקון חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה ממחיש טיעון זה. כאמור, תחילתו של תיקון זה בתכנון אסטרטגי של "עצמה", שהביא לבחירת יעד נוח. בחירת יעדים אפשריים היא מרכיב חשוב בהצלחה הן במדע והן בפוליטיקה.[135] מרדכי וירשובסקי מבטא זאת היטב כאשר הוא טוען כי הדרך להשיג דברים היא דרך תיקונים נקודתיים. "מגילת זכויות האדם" – הוא מוסיף – "הייתה נופלת בקריאה טרומית".[136] למה הדבר משול? למדענית שיש לה תיאוריה ספקולטיבית, שהיא בטוחה למדי בנכונותה, אבל אין בידיה אמצעים לשכנע די עמיתים. מהפכה מדעית או פוליטית דורשת משאבים רבים; הוספת נדבך למדע או לחקיקה קיימת דורשים מאמץ אפשרי יותר. בשלב ראשוני התכנון של "עצמה" היה לטווח הרבה יותר רחוק. הם לא האמינו שהם יצליחו לקבע את החוק בקופסה שחורה, אבל השתמשו במאבק כאמצעי לגיוס משאבים/בעלי־ברית (מודעות של גופים העשויים להיות ידידותיים, גיבוש קהילתי, תמיכה כספית של תורמים). רק לאחר שהסתבר להם כי ה"ניסוי" עומד להצליח מעל למשוער, הם שינו את היעדים, ובהתאם לכך שינו את "מערך הכוחות". הפרופיל התקשורתי ירד ובמקום לגייס בעלי־ברית עממיים לטווח רחוק, הם החלו לגייס בעלי־ברית בכנסת עצמה.

בשתי ההצלחות מסתבר כי השקט היה בעל־ברית חשוב ביותר. תומכי ההצעות ידעו, כי ישנה התנגדות חזקה ללגיטימיזציה של הומואיות ולסביות, ושהמפלגות הגדולות אינן מוכנות להסתכן כדי לקדם את הזכויות של הומואים ולסביות. בשל כך הטקטיקה היתה להוריד פרופיל. במקרה של ביטול האיסור על יחסי־מין אנאליים הדבר היה פשוט: יזמי החוק התמקדו בשינויים הרבים שהיו כלולים בו לגבי הגדרות של אונס והענשת אנסים.

134. בספרי על תולדות הכלכלה האמריקנית אני עומד על ברית בין שתי קבוצות – אקונומטריקנים אמפיריים מאוד וכלכלנים מתימטיים דדוקטיביים מאוד – שהדחיקו את ניגודי ההשקפות ביניהם ויצרו ברית כנגד הגישה המוסדית והגישה הניאו־קלסית הלא (או האנטי־) מתימטית. ראו Yuval Yonay, *The Struggle Over the Soul of Economics* (Princeton University Press, Princeton, 1998), chap. 9.

135. ראיונות 8 ו־9.

136. על הגדרת משימות אפשריות במדע, ראו Joan H. Fujimura, "Constructing 'Do-able' Problems in Cancer Research – Articulating Alignment", 17 *Social Studies of Science* 257 (1987).

137. ראיון 8.

במקרה השני וירשובסקי וחבריו ניסו לשכנע את המתלבטים שמדובר בשינוי צנוע, שאינו קשור ללגיטימיות של הומוסקסואליות ולסביות. הם ידעו שאם זה ייהפך ל"מלחמה", הם יפסידו, ולכן הם השתדלו "לא לעשות כותרות". גם הוויתור המכוון על הדרישה לדיון בדלתיים סגורות בתביעות על הפליה בעבודה על רקע של נטייה מינית סילק מכשול שאולי היה מפריע ליעד המרכזי. הפעילים ידעו כי בלי סעיף זה, מעטים בלבד יעזו לתבוע את מעבידיהם, אבל היה חשוב להם להגיע להישג, ולו הצהרתי, ובלבד שהתיקון יעבור. הם גם קיוו כמובן, שלאחר־מכן אפשר יהיה להוסיף תיקון לתיקון שיבטיח דיון בדלתיים סגורות, דבר שאכן קרה בכנסת ה־13. עו"ד דן יקיר, מהאגודה לזכויות האזרח, ניסה למנוע ויתור זה הן בשלב שלפני הגשת ההצעה והן בעת הדיונים בוועדה. ייתכן שהיוזמה היתה מצליחה גם בלי הוויתור. אבל מה שחשוב לענייננו היא לא השאלה מי צדק, אלא עצם העובדה שיוזמי החוק שקלו האם לצמצם במעט את ההישג כדי להגדיל את סבירות השגתו.

חשיבות התמרון עולה גם מדברים שאמרו שולמית אלוני ומרדכי וירשובסקי לגבי התזמון של העלאת הנושא לדיון. ב־1988 וגם ב־1991 נעשה ניסיון להעלות את התיקונים המוצעים לחוק כאשר היתה נוכחות מעטה של חברי־כנסת. בדיון לפני הבאת התיקון לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה לקריאה ראשונה היה וירשובסקי יו"ר הישיבה, והוא ניצל את סמכותו כדי להעלות את ההצעה בשעה נוחה, כמובן הכול בכפיפות לתקנות ולסדר־היום הרשום. אפשרויות התמרון כאן מוגבלות, אך יחד עם תכסיסי ההסוואה ניתן לנצל מרחב זה כדי לזכות ביתרון נוסף. נושא התזמון גם עלה בעת הדיון בהצעה לבטל את סעיף 351 ב־1978. לאחר הדיון ביקש ח"כ דוד גלס (חזית דתית לאומית) לדחות את ההצבעה בשל בחירות פנימיות שהתקיימו באותה עת במפד"ל. היו"ר של הישיבה, ח"כ משה מרון, אישר את הבקשה, וטען שנשיאות הכנסת הסכימה לכך כבר יום קודם־לכן, אך מגישי ההצעה ועמו על כך וטענו כי ברגע שהנושא כבר עלה לדיון, רק המליאת יכולה להחליט על דחיית הדיון. יו"ר הישיבה מרון השתמש בסמכותו, ודחה למחרת את הדיון בהצעה. ח"כ שולמית אלוני הגיבה: "הסדר שלכם הופך את הכנסת למיותרת. היתה פה קליקה".[138] ייתכן כי לתומכי החוק היה רוב באותה שעה, וועמם הביע את התסכול על ה"טרף" שנגזל מפיהם. למחרת נדחתה הצעת החוק ברוב של 28 נגד 18. כשלון התיקון לחוק שירות המדינה (גמלאות) ב־1996 דומה למה שקרה ב־1978. שוב אנו רואים תוכנית מאורגנת איך לגייס תמיכה, תוכנית שקצרה הצלחה יחסית והביאה את תומכי התיקון אל מעבר לקריאה טרומית לוועדת הכנסת הרלבנטית. אבל כמו שבמדע ישנם ניסויים שנכשלים, כך גם כאן, התיקון לא הפך ל"קופסה שחורה", כי הקבוצה היריבה הצליחה ברגע האחרון לדחות את ההצבעה על־ידי שימוש בכלי הפרלמנטרי של הכרות הצבעה כהצבעת אי־אמון.

במדע קשה לנו לקבל את המודל הלאטוריאני, משום שנובע ממנו כי האמת היא תוצאה של פוליטיקה. במשפט קשה לקבל את המודל, משום שנובע ממנו שהצדק, או "רצון העם", הם תוצאה של פוליטיקה. אבל זה אכן המצב. הגם שכולנו תומכים ב"אמת" וב"צדק", אין לנו גישה לאידיאלים אפלטוניים אלו. כאשר מדענים מתווכחים, אנו,

138. ד"כ 82 (תשל"ח), 2451.

הצופים מהצד, איננו יורעים לצד מי "האמת" נמצאת. האם אינשטיין צדק כאשר טען כי "אלוהים אינו משחק בקוביה", או האם חסידי מכניקת הקוואנטים צדקו בהציגם נוסחאות המצליחות לנבא היטב התנהגות של הלקיקים אלמנטריים? אנו, ההיסטוריונים והסוציולוגים הצופים מבחוץ, צריכים להניח שכל מדענית מאמינה שהצדק לצדה. ישנם אולי מדענים שלמעשה יודעים כי הם טועים, אך מסיבות של יוקרה, עוצמה ורצון להשיג משאבים חומריים ממשיכים להילחם למען הטענות שלהם. אם מדענית יריבה מצליחה להוכיח שחיתות כזו, הרי שהוכחה כזו היא בעלת־ברית אולטימטיבית המכריעה את הקרב לטובתה. אבל כל עוד לא הוכיחה זאת, אין לנו אפשרות לדעת מי צודק ועלינו לראות מי מגייס יותר בעלי־ברית. כך גם בפוליטיקה: ייתכן שישנם מחוקקים אשר אינם מאמינים בצדק של תוכניותיהם, ואם אפשר להוכיח זאת, זה ימוק חשוב שהציבור מושפע ממנו. אבל זה המקרה הפחות מעניין. אין לנו מד־צדק כדי לבדוק האם הצדק של המפלגות הדתיות קטן או גדול יותר מהצדק של תומכי ההקיקה הפרו־הומו־לסבית. אני מאמין שהתקיקה הפרו־הומואית היא ביטוי לצדק, בידי "הוכחות" המשכנעות אותי, אבל קהלים שונים משתכנעים מ"בעלי־ברית" שונים. בניגוד למדע, מעטים המקרים שבהם כמעט כל "המושבעים" מסכימים ומקבלים עובדה מסוימת כנתונה. לכן, בקרבות הקיקתיים בדרך־כלל אנו מסתפקים ברוב יחסי של "המושבעים".

אחת ההמחשות לכוחו של המודל המוצע כאן היא אי־הפיכותן של הקיקות מסוימות. אם המודל של בחירה ציבורית, למשל, היה נכון, התמרונים הפרלמנטריים לא היו צריכים לשחק כל תפקיד. אם רוב הציבור אינו מעונין בדקרימינליזציה של הומוסקסואליות, וביטול האיסור הושג רק בזכות "תחמון" פוליטי – היינו מצפים שמתנגדי הביטול יעבירו את הקיקתו המחודשת. אבל המציאות מורכבת יותר. הגם שהאיסור על קיום יחסי־מין אנאליים בוטל תוך־כדי הסוואה והטעיה, ונראה היה שלמתנגדי הסעיף עוצמה רבה, מסתבר שברגע שהסעיף בוטל, הקיקתו מחדש קשה ביותר. לסיעות הדתיות ברור שהן לא תצלחנה להשיג לכך רוב, או אולי הדבר אפשרי אך דורש יותר מדי משאבים הנחוצים ל"מבחני עצמה" חשובים יותר, כגון הסדרת גיור אורתודוקסי, הקצבה לישיבות ועוד. משבוטל האיסור, לא נעשה שום ניסיון להחיותו, כפי שלא נעשה ניסיון לבטל את התיקון לחוק שווין ההזדמנויות בעבודה. כאן אפשר אולי לעמוד על ההבדל בין התווך של חוק מדינה לבין פרקטיקה מינהלית שאין לה תוקף של חוק. לאטור עומד על כך שמדענים ומהנדסים מצליחים לבסס את רעיונותיהם אם הם קושרים אותם לרשת של קופסאות שחורות חזקות; כאלו שצריך להצטייד בהרבה אנרגיה כדי לפותחן. לחוק כתוב ישנה איתנות כזו. שינויו דורש תהליך ארוך ומייגע, לעומת הוראה של היועץ המשפטי לממשלה, למשל, שאפשר לשנות במחי הוראה חדשה. כך, למשל, פורסם בראשית 1965 שהיועץ המשפטי דאז, משה בן־זאב, הודיע למשטרה כי "הוא אינו מזוהה עם הנחיות אלו [של היועץ המשפטי חיים כהן], ועל כן הן מתבטלות".[139] בעקבות הדיון על הוראה חדשה זו, העלה ח"כ יעקב גרוס (אגו"י) על סדר־היום של הכנסת את השאלה, כיצד בכלל בוצר מצב שבו איש הרשות המבצעת הורה להתעלם מעבירות על חוקים של הרשות המחוקקת.

139. מעריב, 9.5.1965, 10.

דברים אלו ותשובתו המתחמקת של שר־המשפטים דב יוסף, ממחישים את השבריריות של ההסדר שהגן כביכול על ההומואים. לכאורה, בשל הנחייתו של כהן, לא היה צורך בשינוי החוק, אבל החלטה אדמיניסטרטיבית פשוטה יכולה להפוך מצב זה על־פיו. רק ב־1972 נכללה ההנחיה של כהן בקובץ הוראות היועץ המשפטי לממשלה על־פי החלטה של היועץ המשפטי דאז, פעולה שביססה את תוקפה של "קופסה שחורה" זו, אך לא הקנתה לה את התוקף של חוק ממש.

ד. מחוק כתוב לחוק מפורש – הדיון המשפטי בחוק שוויון ההזדמנויות בבג"צ דנילוביץ

העובדה שהקהילה המדעית סמכה את ידיה על טענה מסוימת לאחר ששוכנעה בנכונותה עדיין אין בה כדי שנוכל להגיד כי הטענה אכן נוספה לידע המצטבר בתחום. כדי שהטענה אכן תהיה חלק מהידע, יש להשתמש בה באופן שוטף בעבודות שמדענים אחרים מבצעים.[140] אות־מתה בספר החוקים אינה חלק מהחוק המעשי, אלא שבניגוד למדע, שבו מאמר יכול באמת להישכח עד שכל חידושיו מאבדים את משמעותם, חוק המופיע בספר החוקים יכול תמיד להיות מופעל על־ידי שחקנים חברתיים הסבורים שהוא יכול לקדם את ענייניהם. חוק גם אינו חייב להיות מופעל בבית־המשפט: שני צדדים החותמים על חוזה מפרשים את החוק הקיים על־פי הבנתם, ומשתמשים בו עוד לפני שהם חותמים על החוזה; וגם שוטרים המטרידים הומואים בגן המשמש מקום־מפגש, בטענה שמדובר בפעילות בלתי־תוקית (עד 1988), משתמשים בחוק (מן הסתם באופן המנוגד לפרשנות של עורכי־דין ושופטים). כך, למשל, רפ"ק ב' גבריאלי, קצין תלונות הציבור במשטרת ישראל, הצדיק את מעצרו של הומו ששוטט בגן העצמאות בתל־אביב, מקום־מפגש מוכר של הומואים מזה עשרות שנים, בטענה שלשוטרים היתה סיבה סבירה לחשוד כי האדם שנעצר עמד לעבור על סעיף 351 ולכן מעצרו היה מוצדק לפי סעיף 216(א)(5) לחוק העונשין.[141]

ברגע שידע מסוים הופך לקופסה שחורה, המשמעות שלו תלויה במי שעושה בו שימוש.[142] גם המשמעות של החוק תלויה בשימוש שנעשה בו. ברגע שישנה אי־הסכמה על המשמעות בין משתמשים שונים, ההכרעה מועברת לשחקנים מיוחדים שכל תפקידם קביעת המשמעות של החוק – השופטים. כפי שמשפטנים יודעים היטב, תהליך החקיקה נמשך למעשה בבתי־המשפט, כאשר השופטים מפרשים את החוק ונותנים לו תוכן. כאמור, שלב זה תלוי בנכונותם של אנשים להיזקק לחוק ולפנות לבית־המשפט על־סמך החוק. הספרות על השימוש בבתי־משפט כדי לקדם מדיניות חברתית־כלכלית או כדי להשיג זכויות חברתיות עוסקת בין השאר בהכנה של "קייס" טוב כדי לפנות עמו לבית־

140. לאטור (לעיל, הערה 113).

141. מגעים 14 (יולי־אוגוסט 1983).

142. אחת הקלסיקות בספרות הסוציולוגית המתארת עובדה זו היא G. Nigel Gilbert and Michael Mulkay, *Opening Pandora's Box – A Sociological Analysis of Scientists' Discourse* (Cambridge University Press, Cambridge, 1984).

המשפט. כך, למשל, הממשל של רוזוולט בחר מקרים נוחים של יצרנים וסוחרים שהפרו את חוקי הגיו־דיל, כאשר הוא ידע שחוקתיותם של התוקים הללו תעמוד למבחן.[142] מציאת מקרים שיכניסו תוכן לחקיקה בנושאי הומואים ולסביות אינה קלה במדינה שבה הסטיגמה השלילית של אנשים בעלי נטיות חד־מיניות רק מתחילה להיחלש. אבל פעילים בעלי מודעות פעמים רבות פורצים דרך שבה הולכים אתרי־כן רבים. במקרה של הומואים ולסביות אין ספק שה"גיבור" הוא יונתן דנילוביץ, דייל בכיר באל־על, שביקש לקבל עבור בן־זוגו כרטיסי־טיסה על־חשבון החברה כפי שבני/בנות־הזוג של כל העובדים ההטרוסקסואלים מקבלים.[144] דנילוביץ היה פעיל ותיק באגודה לשמירת זכויות הפרט,

---

143. איירונס (לעיל, הערה 89).

144. נוסף לדנילוביץ היו עוד כמה מקרים שבהם פנו הומואים לערכאות משפטיות. עוד לפני פרסום בג"צ דנילוביץ (לעיל, הערה 2), עתר פרופ' עוזי אבן כנגד אוניברסיטת תל־אביב, שלא העניקה לבן־זוגו אותן הטבות הניתנות לבני־זוג של עובדי האוניברסיטה. העתירה הסתיימה, בעקבות בג"צ דנילוביץ הנ"ל, בהסכם בין הצדדים, שקיבל תוקף משפטי. בע"ז (ת"א) 3441/90 ראט נ' בראון נאלין מר אליעזר ראט לחשוף את מערכת־יחסיו עם בן־זוגו המנוח סטפן בראון, בשל התנגדותו של אחי המנוח לקיום צוואתו. הנכונות של מר ראט לחשוף את עצמו ואת חייו עם המנוח סטפן בראון נתנו הדמנות לשופט בית־המשפט המחוזי בתל־אביב להצהיר על חוסר־הרלבנטיות של ההומוסקסואליות לסיב שיפוטו של המנוח. השופט חיים אילת מבית־משפט השלום בתל־אביב קבע, כי מותר להימנע מלהשכיר נכס לאדם בשל נטייתו המינית; אך משנחתם הסכם־שכירות, אין בעל־הנכס יכול לבטלו משום שנודע לו כי השוכרים הם בעלי נטיות מיניות אלו או אחרות. ראו ת"א (ת"א) 319/90 פרוייקט גן העיר נ' הורביץ, פ"ד השלום ב (תשנ"א) 139; אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז), 327-328. במקרה אחר עתרה האגודה לשמירת זכויות הפרט כנגד בעלי־בית שהפרו הסכמה להשכיר דירה לסניף האגודה בחיפה. פרשה זו הסתיימה בעקבות הסכמה בין הצדדים, לאחר שבתי־ק המרצה 4583/96 קבעה שופטת בית־משפט השלום בחיפה, שושנה שטמר, כי מותר לאדם פרטי לא להשכיר נכס לאגודה הפועלת למען מטרה כלשהי, וחובת האגודה לגלות לו את מטרותיה, אבל אדם פרטי אינו חייב בגילוי נאות כזה. לגבי השאלה האם מותר להפלות אדם פרטי בשל נטייה מינית או סיבה אחרת, השופטת גורסת שזה עדיין נושא פתוח בחוק הישראלי. בעקבות בג"ץ שהוגש על־ידי ד"ר ירוס־חקק, הסכימה המדינה לבטל הפליה של לסביות המבקשות לעבור הפריה מלאכותית. שני דיונים משפטיים חשובים מתנהלים כעת על־ידי אדיר שטיינר, בן־זוגו של אל"מ ד"ר דורון מייזל ז"ל, התובע מצה"ל וממשרד־הביטחון פיצויים וקצבת פנסיה כמי שהיה בן־זוגו של אל"מ מייזל במשך שנים רבות. שתי ועדות־ערר החליטו בעניין, האחת לטובתו של שטיינר והאחרת לטובת משרד־הביטחון, ועל שתי ההחלטות הוגשו ערעורים. אדיר שטיינר גם תבע בעזרת האגודה לזכויות האזרח לקבל זכויות הנצחה. שר־הביטחון נעתר לדרישה לאחר שהוגשה עתירה לבג"ץ, עוד ניצחון חשוב במאבק להכרה בזוגיות לסבית והומוסקסואלית. לפי דן יקיר (ראיון מס' 10), האגודה נמצאת עכשיו בדיון

וביתו שימש זמן רב מרכז האגודה בימים שבהם לא היה לה משרד קבוע. מדובר אפוא באדם בעל מודעות הומואית פוליטית שאינו חרד כי ייחשף כהומו, אבל מאבקו המשפטי בא לאחר פרישתו מפעילותו השוחקת והממושכת. זה לא היה מהלך מתוכנן של האגודה. דנילוביץ החל את מאבקו באל־על ב־1988. בפסח 1987 הוצב דנילוביץ לטיסה לארה"ב, ועקב כך נאלץ לבלות את החג שם. המדיניות של אל־על היא לאפשר לבני־משפחות לחוג את החג ביחד, ובאופן חד־פעמי הסכימה הנהלת החברה לראשונה לתת כרטיס לבן־זוגו. אבל כאשר ביקש לאחר־מכן כרטיס עבור אמו (זכות המוענקת לרווקים) בענה שאינו זכאי לכך, מכיוון שכבר קיבל כרטיס עבור "בן־זוג", והוא כבר רשום כ"לא רווק". מנגד, מלכוד 22 האל־עלי לא אִפשר לו לקבל כרטיס עבור בן־זוג, שכן ההסכם הקיבוצי מעניק זכות זו רק עבור "בן/בת זוג (בעל/אשה)". בשלב זה פקעה סבלנותו, ובסיועה של עו"ד שירה דונביץ, או מהאגודה לזכויות האזרח, הוא עתר לבית־הדין לעבודה בתביעה שבן־זוגו יקבל הטבות כמו בני־זוג אחרים.

הפנייה לאל־על היתה בראשית 1988, לפני שהחל המסע לתיקון חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ועוד אפילו לפני ביטול האיסור על משכב שלא כדרך הטבע. דנילוביץ ונציגיו המשפטיים סברו שישנה אפשרות כי הוא יקבל סעד משפטי גם במצב המשפטי ששרר אז. אבל מקרה משפטי זה כבר היה בראשו של עו"ד דן יקיר כאשר ניסח את הצעת החוק לתיקון חוק שוויון ההזדמנויות. בכוונה להבטיח שדנילוביץ, או לפחות עותרים לאחר תיקון החוק, יוכלו לזכות בהטבות עבור בני־זוגם מאותו מין, הוא לא הסתפק בהוספת "נטייה מינית" לרשימת הגורמים שאסור להפלות בעטיים, אלא החליף את היותו של אדם נשוי כעילה אסורה להפליה במונח "מעמד אישי", כך שלא יוכלו להפלות עובד החי עם בן/בת־זוג מאותו מין לעומת עובד נשוי.[145] תכנון זה מראה שוב את חשיבותן של מיומנויות משפטיות בתהליך המביא לקביעת עקרונות משפטיים כ"קופסאות שתורות". הגם שיקיר ופעילים של "עצמה" חשבו על משמעות זו של החוק, אין זה מקרה שהשלכה זו לא הודגשה במסע השכנוע הפרלמנטרי. כמו בהסוואה של ביטול האיסור על מין אנאלי, כך גם כאן ההסוואה של השינוי המבוקש היא לפעמים חלק חשוב בהפיכתו לעובדה קיימת. תכנון זה מראה שהצלחה ב"ייצור" של קופסה שחורה מחייב את היוום גם להשוב על מה שיקרה לאחר שהטענה המדעית, או החוק, יהפכו ל"עובדה".[146]

בפברואר 1988 הגיעה תביעתו של דנילוביץ לבית־הדין האזורי לעבודה, ובכך התחיל המאבק על פירוש החוק, בשלב שבו החוק הוא רק רעיון היולי במותם של קומץ פעילים הומואים, לסביות ומשפטנים באגודה לזכויות האזרח. אין זה המקום לתיכנס לניתוח המאבק המשפטי, אבל אני רוצה לטעון בקצרה כי המודל שהוצע במאמר זה מתאים גם

עם הנהלת המכס בקשר להכרה בזכויות של ידוע בציבור של עולה חדש. המכס פנה ליועץ המשפטי לממשלה כדי לקבל הנחיות, ועו"ד יקיר מאמין שהם יסכימו לדרישה. כל התביעות והדיונים הללו תורמים לקיבוע הלכות משפטיות חדשות המכירות בזוגיות הומוסקסואלית כדפוס לגיטימי, המזכה בהתייחסות דומה לזו הניתנת לזוגיות הטרוסקסואלית.

145. ראיון מס' 10.

146. לאסור ולעיל, הערה 113).

לזירה השיפוטית. למעשה, התאמתו לזירה השיפוטית מתבקשת יותר מאשר לזירה הפוליטית־פרלמנטרית, כפי שטענו פוקס ווארד במאמר שהופיע לפני כמה שנים:[147]

> Both science and law are concerned with establishing strong networks that close controversies and create facts. Court trials are competitive and controversial attempts to make and defend a "case". They proceed within the adversarial system of prosecution and defense. Each side tries to make their own case strong, while **uno acto** weakening, or even destroying, the case of their opponents.[148]

בניגוד להצלחה בחקיקת חוק, המחייבת הרכבת רשתות מאוד מורכבות של שחקנים משתקנים שונים (פעילים בקהילה, עיתונאים, פוליטיקאים, קרנות־מימון ועוד), הכרעה משפטית מצריכה את המתדיינים לבנות רשת של טיעונים לוגיים בעזרת החוקים הקיימים, תקדימים, פסיקות בארצות אחרות וגימוקים משפטיים אחרים. הגם שגם בקרב השופטים אין אחידות במשקל של כל בעל־ברית, הפרופסיונליות המשפטית גורמת לכך שסוג הגימוקים ומשקלם בעיני השופטים דומים יחסית. כמובן, עורכת־דין מיומנת יודעת להבחין בניואנסים אצל שופטים שונים, ולהתאים את בניית ה"מקרה" למי שיושבת על כס־השיפוט.

כאשר החלה פרשת דנילוביץ להתגלגל בבתי־המשפט, קשה מאוד היה לדעת כיצד יגיבו השופטים. הפסיקה בנושאים הקשורים ללסביות ולהומואים מושפעת מאוד מעמדותיהם הערכיות של השופטים. עד לתביעתו של יונתן דנילוביץ, הגיעו הומואים לבית־המשפט רק כנאשמים פליליים שהואשמו בעבירות־מין או בתקיפה על רקע מיני, ולא תמיד אפשר היה לדעת כלל האם מדובר ב"הומו" (אדם בעל זהות מינית הומואית) או באדם שניצל הזדמנות כדי לספק יצר מיני על־ידי תקיפה וניצול של אובייקט מאותו מין,[149] במחקר על מקרים הכרוכים בעבירות על סעיפים 350 ו־351 בחוק העונשין הפלילי (או סעיף 152 לפקודת התוק הפלילי) שהגיעו לדיון בבית־המשפט העליון, דודי ספיבק ואני מצאנו רק קומץ מקרים שבהם ניתן לשער כי הנאשמים היו בעלי נטייה מינית הומואית.[150] ברוב המקרים עמדת השופטים היתה הומופובית. כך, למשל, בפרשת בראדי, שבה נאשם אדם במשכב־

147. Stephan Fuchs and Steven Ward, "What is Deconstruction and Where and When Does It Take Place? Making Facts in Science, Building Cases in Law", 59 *American Sociological Review* (1994) 481.

148. שם, 487.

149. כמובן, הומואים הגיעו לבית־המשפט בהזדמנויות ובתפקידים רבים, אך לא כ"הומואים". רובם ככולם היו בארון. לסביות לא הגיעו כלל לבית־המשפט כ"לסביות". אדם ממאדים שינסה להכיר את החברה הישראלית מקריאה של פסקי־דין לא ייחקל כלל בתופעה של קשר מיני או רומנטי בין נשים.

150. ראו לעיל, הערה 7.

זכר עם קטין,[151] במקרה זה לא ידועה זהותו המינית של הנאשם, שהוגדר בחוות־דעת פסיכיאטרית כאדם "מופרע הסובל מחוסר ויסאליות במעשיו". לא ברור גם מדוע הוא הואשם בעבירה לפי "הסעיף ההומוסקסואלי" (152(2)) ולא לפי הסעיף האוסר מעשה־סדום בקטינים (152(1)(ג)). בכל מקרה, השופט חשין כותב ש"העבירה שבה הורשע המערער – משכבר זכור, היא חמורה ביותר". "חמורה היא בייחוד" – הוא מוסיף – "כשהיא נעשית כאשר היה כאן... בגופו של קטין". בפרשת שווילי מדובר בניסיון לבצע מעשה־סדום בכפייה ובתקיפה.[152] מתיאור השתלשלות העניינים מסתבר, שמדובר במערכת־יחסים ממושכת בין הנאשם למתלונן, שגר בדירת הנאשם ללא תשלום ונעזר בו רבות. אבל מאופן תיאור המקרה ברור, שהשופט וילברג ייחס כוונות־יזדון לנאשם תוך התעלמות מעזרתו הרבה למתלונן ומהעובדה שהמתלונן המשיך לשהות בבית הנאשם גם לאחר שהנאשם ניסה לבצע בו מעשה־אונס כביכול. אין ספק שהתייחסות השופט מלמדת על עמדה קדומה נגד הנאשם ההומו. בית־המשפט מתייחס שוב להומואים בפרשת וייס ב־1979. בפרשה זו מדובר בשני אנשים שהזמינו קטינים לביתם וביצעו בהם מעשי־סדום ומעשים מגונים. השופט שמגר מגנה אותם, בצדק כמובן, על ניצול קטינים למטרות מיניות, אך לשונו – "לא יכול להיות ספק כי שני המערערים גרמו נזק נפשי חמור לקטינים, אותם סיבכו בסטיותיהם ואשר בהם מצאו פורקן לנטיותיהם המיניות" – מעידה על יחס הומופובי.[153]

לעומת השופט שמגר, השופט ברק כותב בפסק־דין זה, כי יש "ויכוח תריף" בין אלו הסבורים שהחברה צריכה לאכוף את המוסר שלה על הפרטים לבין אלו הסבורים "כי יחסי מין הומוסקסואליים הם עניינו של היחיד, וכל עוד הם מתקיימים בצנעה ומתוך הסכמה, אין לחברה זכות להתערב בהם". ברק אינו נוקט עמדה, אך מעצם הצגת הוויכוח ניתן לראות שהוא אינו שולל את הלגיטימיות של ההומואיות מכול־וכול. דיון זה של ברק, אשר לפי הודאתו אינו נחוץ להכרעה, מעיד אולי על שינוי בקהל השופטים. ברק מייצג דור צעיר יותר שנחשף לקבלה של הלסביות וההומואים באקדמיה האמריקנית שבה הוא לימד. עמדתו דומה, במרומז בלבד, לעמדתו של חיים כהן 15 שנה קודם־לכן. אך בעוד שכהן ייצג זרם ייחודי שהלך ונעלם במשפט הישראלי, מה שכיניתי בעקבות ולצברגר ועוז־זלצברגר, "הקבוצה הגרמנית", ברק מייצג דור חדש בעל ערכים "מודרניים" יותר בבית־המשפט הישראלי.

---

151. ע"פ 94/56 כראדי נ' היועץ המשפטי, פ"ד י 1193.

152. ע"פ 128/52 שווילי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 438.

153. ע"פ 308,439/79 וייס ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (2) 378. חלק מאלה שקראו טיוטה קודמת של מאמר זה טוענים, שהשופט שמגר ידוע דווקא בליברליות שלו, ולכן מפרשים את הציטוטים הללו כמתייחסים לניצול של קטינים, ולא להומואים בכלל. בכל אופן אני מוצא בהתבטאות זו נימה הומופובית די ברורה וגם לא מאוד מפתיעה. עד לאחרונה חלק גדול מהציבור הישראלי, כולל הציבור המשכיל והליברלי בדרך־כלל, תפס את ההומואיות כסטייה מינית של מעטים שבהתנהגותם ובמעשיהם, ולא רק במיטה, חורגים מאוד מהנורמות הציבוריות.

זהו הרקע למאבק המשפטי של יונתן דנילוביץ. הגם שפנייתו לבית־המשפט נעשתה לפני התיקון לתוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, דיונים מקדמיים שונים ועיכובים אחרים עקב כך שהתיק עבר פעמיים משופטת לשופטת הביאו לכך שהדיון נעשה לאחר שהתיקון כבר התקבל בכנסת. הכרעת השופט לובצקי ושני השופטים שישבו עמו בדין נשענת במידה רבה על תיקון זה. השופט לובצקי כותב בין השאר ש"עמדת היהדות ידועה אבל זה דבר המחוקק". אל־על התעקשה לערער לבית־הדין הארצי לעבודה, וגם שם הגיע נשיא בית־הדין, השופט גולדברג, וארבעה שופטים נוספים, למסקנה, כי הסירוב של אל־על הוא הפליה בשל התיקון מינואר 1992. אל־על ערערה שוב, וכך הגיע המקרה לבג"ץ. טעז יצא מתוק, ובית־המשפט סיפק פסק־דין המעגן ברוחו את זכויותיהם של הלסביות וההומואים. בג"צ דנילוביץ כולל שלוש חוות־דעת של המשנה־לנשיא בית־המשפט העליון (כתארו אז), אהרן ברק, ושל השופטים יעקב קדמי ודליה דורנר.

המשנה־לנשיא, אהרן ברק, לאחר שהוא פורש את העובדות וההיסטוריה המשפטית של המקרה, פותח בהצהרות תקיפות לגבי חשיבותו של עקרון השוויון ומימושו בחקיקה הישראלית. לאחר־מכן הוא מסביר, ש"עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים" בתנאי שהדין המובחן של אנשים מסוימים מוצדק "על־פי טיב העניין ומהותו",[154] הפליה – הוא מסביר – היא מצב שבו "שני בני אדם, השונים זה מזה... מטופלים על־ידי הדין באופן שונה, מבלי שהשוני העובדתי שביניהם יש בו כדי להצדיק טיפול שונה בנסיבות העניין". במקרה של אל־על, ההסכם הקיבוצי מעניק כרטיסי־טיסה בהנחה או ללא תשלום לבני/בנות־זוג ולידועים בציבור. מכאן מסיק ברק, שהמטרה היא לא חיזוק מוסד הנישואין. הבסיס להטבה הוא "חיים משותפים לתקופה מסוימת המעידה על תא חברתי הדוק".[155] תנאי זה מקוים במקרה של דנילוביץ ובן־זוגו, ולכן "הטעם היחיד לשלילת טובת הנאה זו מחבר לחיי שיתוף מאותו מין הוא בנטייה המינית". "שוני זה" – ממשיך ברק – "אינו רלבנטי כלל לעניין הנדון",[156] ולכן הוא תומך בפסק־הדין של בתי־הדין לעבודה שחייבו את חברת אל־על לתת לבן־זוגו של דנילוביץ אותן הטבות שכל בני־הזוג זכאים לקבל. השופט ברק אינו נוקט עמדה כלפי יחסים הומואיים בפני עצמם. להיפך: הוא מדגיש כי העמדה הערכית כלפי יחסים כאלו אינה רלבנטית. גם אם "יתכן שטישהו באל־על סבור כי חיים משותפים כאלו [בין בני אותו מין] אינם ראויים לעידוד", "אין בכך כדי להוות צידוק אשר ישלול את קיומה של ההפליה".[157] מנגד, ההיגיון החזדר של ברק מוביל אותו לשאלה המתבקשת: "וכי הפרידה מבן־זוג מאותו מין קלה יותר מפרידה מבן־זוג מהמין השונה?"[158] במשפט זה אנו רואים כי הגם שברק נזהר מלנצל את מעמדו לקביעת עמדות ערכיות בנושאים השנויים במחלוקת, הוא מתבטא בצורה המעידה על השקפת־עולם מסוימת. אנשים בעלי עמדות קדומות הומופוביות אינם מבינים כלל כי

154. בג"צ דנילוביץ (לעיל, הערה 2), 761.
155. שם, 762.
156. שם, שם.
157. שם, 764.
158. שם, 762.

ישנן מערכות־יחסים זוגיות בין שני הומואים, ועצם ההתבטאות הזו של השופט ברק מראה שהזוגיות ההומואית כבר הפכה ל"קופסה שחורה" – לפחות בקהילת השיח המסוימת שברק נמנה עמה – שהחליפה את ה"קופסה השחורה" שהנחתה את השופט זילברג, למשל, בפרשת שווילי.

יעקב קדמי, שופט המיעוט, מבסס את טיעונו על גיתוח קפדני עד כדי אובססיה של ההסכם הקיבוצי באל־על:

> המושג הלשוני בן/בת־זוג... מבטא, במישור החברתי, צירוף של שני פרטים משני המינים ל"זוג"; ש"זוג", בהקשר זה, מציג משחר האנושות ועד היום הזה – חבירה של שני פרטים משני המינים. כך אצלנו וכך בכל מקום בעולם, וספר הספרים מספק לכך הוכחה חותכת: "ויברא אלוהים את האדם בצלמו בצלם אלוהים ברא אותו זכר ונקבה ברא אותם" (בראשית, א, כז).[159]

בהמשך קובע קדמי, כי זוג כרוך במסגרת־חיים משותפת, ו"'משותפת' בהקשר זה מבטאת... חיי אישות שתכליתם הבראשיתית... להביא צאצאים לעולם" ולכן גם המלה "זוג" נגזרה מאותו שורש כמו "הזדווגות", "שה'זוג' וה'הזדווגות' חד הם, ורק במקום שאלת קיימים – ניתן לדבר ב'משפחה'".[160] אנו רואים, כי לשופט קדמי תפיסה פילוסופית כללית על טבע האדם ותפקידו ביקום – תפיסה שממנה הוא גוזר את "התכלית הבראשיתית" של יחסי־אישות. בקהילת־השיח של קדמי, לציטטות תנ"כיות ולתפיסה מסורתית של משפחה משקל כבד יותר מאשר הצרכים הפסיכולוגיים של המעורבים בדבר. הנימוק שלו גם אינו נובע ממחקר אנתרופולוגי על מבני המשפחה בחברות שונות. סוציולוגים ואנתרופולוגים של המשפחה מתקשים להגדיר מהי משפחה, כי הישויות הדומות למשפחה בחברה שלנו או הממלאות פונקציות דומות לפונקציות שממלאת משפחה הן כה רבגוניות ושונות זו מזו, כך שקשה מאוד להגדיר מהי "משפחה".[161] אבל הדיון של קדמי אינו יוצא מהשיח המדעי, אלא משיח חברתי נוכחי של משפחה – שיח המבליע בתוכו בהכרת תפיסות מאוד מסוימות על מהות המשפחה. קדמי גם עורך ניתוח פילולוגי. הוא מבחין בין "זוג" (הטרוסקסואלי, לצורך רבייה) לבין "צמד" אנשים שחברו לחיים משותפים. "'זוג' חד־מיני – אינו 'זוג' במשמעות הלשונית הבסיסית, ולגבי דידי יש לכנותו, לשונית, 'צמד'; והטענה כי הופלה לרעה לעומת 'זוגות' אחרים – הינה נטולת בסיס".[162] השופט קדמי מגיע למסקנה זו על־סמך ניתוח לשוני של קונבנציות לשוניות, אך על השפה של מי הוא מתבסס? לא רק הומואים, אלא גם רבים

159. שם, 768.

160. שם, שם.

161. למשל: Bronislaw Malinowski, *Sex and Repression in Savage Society* (Meridian Books, New York, 1955), 18-19.

162. בג"צ דנילוביץ (לעיל, הערה 2), 771-772.

אחרים בחברה מתייחסים אל הומואים ולסביות החיים יחד ומנהלים משק־בית משותף כאל בני־זוג. אף אחד אינו מתייחס אל חברו הקבוע כאל "בן הצמד שלי" או "שותפי לצמד", וגם הסובבים אותם – הומואים, לסביות והטרוסקסואלים – והספרות המחקרית בפסיכולוגיה ובעבודה סוציאלית מדברים על ה"זוגיות" של השותפים ל"צמד".[163]

פסק־הדין של השופטת דורנר מציג יחס אחר של יחסים בין המשפט לחברה. בעוד שהשופט ברק ביסס את החלטתו על חוק ספציפי של הכנסת, שאסר הפלית במקום העבודה על רקע של נטייה מינית, השופטת דורנר גורסת כי אפשר להגיע לאותה תוצאה מכוח עיקרון כללי יותר. כלומר, גם ללא חקיקה של הכנסת, בית־המשפט היה יכול להתערב ולפרש את הנורמה הכללית של שוויון כך שהיא תגן גם על זכויותיהם של בעלי נטיות מיניות חד־מיניות. "החוק המתקן לא שינה את הדין הקיים בדבר שוויון זכויות ההומוסקסואלים, אלא אך נתן לו ביטוי. על־כן, אילו המשיב היה עומד על תביעתו המקורית לקבלת טובת הנאה בעבור בן־הזוג מאז 1989, דהיינו בטרם חקיקת התיקון, הייתי נעתרת לו".[164] אך היא מוסיפה ומצהירה במפורש, שהגנה כוו על זכויותיהם של ההומואים נשענת על "התפתחות הנורמות ההברתיות בישראל, שכבר אינן שוללות באופן נחרץ יחסים הומוסקסואליים".[165] דבריה של השופטת דורנר מוכיחים את הטענה לגבי הפסיקות של השופטים ברק וקדמי. למרות הזהירות של הראשון והדקדקנות של השני, השורה התחתונה בפסיקותיהם מושפעת מתפיסתם את היחסים הלסביים או ההומואים, כפי שהשופטת דורנר אומרת במפורש. ומכאן עולה המסקנה, שהזכויות המשפטיות של הלסביות וההומואים לא היו הופכות ל"קופסה שחורה" לולא נאבקו הפעילות הלסביות ושותפיהן ההומואים, יחד עם הטרוסקסואלים המאמינים בשוויון, לשנות את הלכי־הרוח, אם לא של הציבור כולו, לפחות של אותו ציבור הנתפס בעיני השופטים כ"נאור".[166] מבחינה זו כל הופעה של הומו או לסבית בטלביזיה, כל לסבית או הומו שיצאו מהארון למשפחתם ולידידיהם ואולי גם לעמיתיהם בעבודה, כל פעולה התנדבותית כדי לעזור להומואים וללסביות צעירות לקבל את עצמם – כל הפעולות הללו הם חלק מהתהליך המשפטי של הכרה והגנה על זכויותיהם של ההומואים ושל הלסביות.

שלוש שנים אחר בג"צ דנילוביץ ישב אותו הרכב בפרשה אחרת הקשורה לתוכנית של הטלביזיה ההינוכית "קלפים פתוחים".[167] מדובר בתוכנית העוסקת בבעיות חברתיות של

163. לדוגמא: R. W. Jones and J. E. Bates, "Satisfaction in Male Homosexual Couples", 3 *Journal of Homosexuality* (1978) 217; Richard B. Smith and Robert A. Brown, "The Impact of Social Support on Gay Male Couples," 33 *Journal of Homosexuality* (1997) 39.

164. בג"צ דנילוביץ (לעיל, הערה 2), 779.

165. שם, שם.

166. עמיתי רונן שמיר עמד על הבעייתיות של מונח זה ועל הסכנה העלולה לנבוע ממנו לזכויותיהן של קבוצות מסוימות. ובכל־זאת אין להכחיש – לענות דעתי – כי במקרים רבים בית־המשפט מנצל את השררה שבידיו כדי להגן על קבוצות מדוכאות. ראו רונן שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות – שיקול־דעת ככות שיפוטי", תיאוריה ובקורת 5 (1994) 7.

167. לעיל, הערה 2.

בני־נוער, ובין הנושאים שהוצגו בה בעבר היו בעיות של שימוש בסמים לא־חוקיים, קיום יחסי־מין בין בני־נוער, אלימות במשפחה ועוד. שתי תוכניות שהופקו במסגרת סדרה זו עסקו בבני־נוער הומואים ולסביות, תוך כדי שיחות עמם על קשייהם המיוחדים, חוויותיהם, והשיפור במצבם בעקבות היציאה מהארון וקבלת ההומואיות כתופעה נורמלית. התוכנית יועדה לשידור בסתיו 1996, אך שר־החינוך המנוח, זבולון המר, עיכב את השידור, בתחילה בתירוץ שנושא רגיש זה ראוי לעיון מדוקדק של מומחים (דבר שלא נעשה לפני שידור תוכניות "רגישות" אחרות), ואחר־כך בטענה שמדובר בנושא רגיש מדי, הגם שה"מומחים" טענו שאין פסול בתוכנית. הפעם עתרו שני ארגונים של הומואים ולסביות (עמותת קל"ף – קהילה לסבית פמיניסטית, והאגודה לשמירת זכויות הפרט) לצד האגודה לזכויות האזרח בישראל.

בניגוד לפסק־הדין בבג"צ דנילוביץ, המנומק בפירוט רב, פסק־דין "קלפים פתוחים" דק במיוחד. הוא מכיל רק עמודים ספורים, ובהם תוות־דעת של השופט קדמי, הפוסק עתה לטובת העותרים. כמו ובבג"צ דנילוביץ, קדמי אינו נשען על מושגים חוקיים, אלא על הקבלה התברתית של הלסביות וההומואים. הדיון נסוב סביב הסבירות של ההחלטה של שר־החינוך למנוע את השידור, מכיוון שמדובר בנושא רגיש היכול לגרום לגזק לצופים הצעירים. קדמי דוחה טענה זו באומרו, שחינוך כולל קבלת אינפורמציה על נושאים שונים, כולל נושאים בעייתיים או שנויים במחלוקת. אלון הראל כותב בגיליון זה, כי "הבסיס להחלטתו של השופט קדמי אינו... הכבוד שאנו רוחשים כלפי אורחות־חיים הומוסקסואליים... אלא דווקא סובלנות – סובלנות אותה אנו צריכים במיוחד לבטא כאשר אנו נתקלים באורחות חיים פסולים וראויים לגינוי" (ההדגשה במקור – י"י),[168] הראל צודק אולי בטענתו שפסק־דינו של השופט קדמי אינו מבטא קבלת מלאה ושוות־ערך של אורח־החיים ההומוסקסואלי והלסבי, אך גם הסובלנות היא הישג ממשי של קהילה אשר בעבר לא גילו כלפיה כל סובלנות. הסובלנות הפטרנליסטית של קדמי לא היתה מתקבלת על הדעת לפני 1988, כאשר התוק הכתוב אסר (או ליתר דיוק: נתפס כאוסר) על מגע מיני הומוסקסואלי. גם לאחר ביטול התוק, קבלת הלסביות וההומואים על־ידי השופטים כאורח־חיים שצריך להתייחס אליו בהבנה ובסובלנות לא היתה ודאית. העובדה שהשופט קדמי, שהיה במיעוט בבג"צ דנילוביץ, כותב בפסק־דין "קלפים פתוחים" שהחריגה ההומו־לסבית היא "חלק אינטגרלי מהמסגרת החברתית שלנו" – מסמלת אולי יותר מכול את צמיחתו של עידן חדש במאבקם של הומואים ולסביות.[169]

168. אלון הראל, "בתי־המשפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 785.

169. אבל ראו דברי האזהרה של הראל, שם.

נספח: רשימת הראיונות שנעשו לצורך מחקר זה

רוב הראיונות נעשו בטלפון ונמשכו בין רבע־שעה לשעתיים־וחצי. התשובות נרשמו תוך כדי השיחה בקיצור ונערכו מיד עם תום הראיון. הראיון עם גב' שולמית אלוני נעשה במשרדה, הוקלט ותומלל. ראיונות אלו הם רק ראשיתו של מחקר היסטורי מקיף הרבה יותר על ההיסטוריה של הקהילה ההומו־לסבית והתארגנותה הפוליטית.

1. דני לחמן, פעיל שנים רבות באגודה לשמירת זכויות הפרט, יו"ר שלה וממקימי קו הסיוע הטלפוני, "הקו הלבן", 14.12.97.
2. דני ריטר, פעיל ותיק באגודה לשמירת זכויות הפרט, 14.12.97.
3. יונתן דנילוביץ, מהפעילים הראשונים באגודה לשמירת זכויות הפרט ויו"ר שנים רבות. מגיש התביעה נגד אל־על, נתיבי אוויר בישראל, שהובילה לבג"צ דנילוביץ, 12.12.97.
4. יורם מלמד, פעיל בסניף החיפאי של האגודה לשמירת זכויות הפרט, חוקר ההיסטוריה של הקהילה ההומו־לסבית ועורך בזמן הורוד, 12.12.1997, 22.1.1998.
5. מרק טננבאום, ממייסדי "עצמה" ופעיל ותיק באגודה לשמירת זכויות הפרט, 12.12.97.
6. עמית קמה, לשעבר פעיל באגודה לשמירת זכויות הפרט ומנכ"ל האגודה, 12.12.97.
7. הדר נמיר, ממייסדות "עצמה" ופעילה במשך שנים רבות, 13.12.97 (טלפונית).
8. מרדכי וירשובסקי, ח"כ לשעבר וראש מנהלת תרבות ואמנויות בעיריית תל־אביב, 15.12.97.
9. שולמית אלוני, לשעבר ח"כ ושרת־החינוך־והתקשורת, 17.12.1997.
10. דן יקיר, עו"ד והיועץ המשפטי באגודה לזכויות האזרח בישראל, 20.12.97.
11. שלומי פטיה, פעיל באגודה לשמירת זכויות הפרט ועורך נתיב נוסף, 1983-1984, 10.1.98.
12. ג'ויס סאלא, ממיסדות "עצמה" ופעילה בשנים 1987-1991, 18.1.1998.
13. תיאו מינץ, מראשוני החברים באגודה לשמירת זכויות הפרט, 18.1.1998.
14. יעל דיין, סופרת וח"כ בכנסת ה־13 וה־14. ראש ועדת־המשנה לקידום ההומוסקסואלים והלסביות של הכנסת, 20.1.1998.
15. דיאנה לוצאטו, אנתרופולוגית שחקרה את האגודה לשמירת זכויות הפרט, פעילה באגודה וחברת־ועד, 22.1.1998.