

העותרות:

1. האגודה לשמירת זכויות הפרט - למען  
הומוסקסואלים לסביות וביסקסואלים בישראל

2. קל"ף - קהילה לסבית פמיניסטית

3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או עירא רדר ו/או דורי ספיבק  
שכתובתם לצורך מסירת כתבי בי-דין הינה:  
האגודה לזכויות האזרח בישראל  
ת"ד 35401, ירושלים  
טל: 02-6521218 פקס: 02-6521219

- נ ג ד -

המשיבים:

1. שר החינוך התרבות והספורט

2. הטלוויזיה החינוכית הישראלית

ע"י פרקליטות המדינה  
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

3. הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו

ע"י ב"כ עו"ד אפרים אברמזון ושות'  
מרח' המלך ג'ורג' 16ב' ירושלים, 94229

עיקרי טיעון מטעם העותרות

"מדביקים אצלנו תויות, ובתויות אלה משחרר הדובר את עצמו מן החובה להקשיב לאחר ולבחון את תוכן דבריו. תיוג של האחר, הוא פשטני ורדוד ומוביל לשנאה ואלימות, ועל מדרון חלקלק זה אנו עלולים להחליק ולהדרדר לתהום..."

נאחל לעצמנו, ערב שנת היובל למדינתנו, שנעפיל לאיחוי קרעים, חקשבה ותיקון בקבלת המיגוון שלנו כמציאות שנוציא ממנה עם חזק ומאוחד יותר - שנוכל לברך עליו: ברוך חכם הרזים."

דברים נכוחים אלה נאמרו ע"י לא אחר מאשר המשיב 1 (להלן: "השר"), במהלך טקס הענקת פרסי ישראל, תשנ"ז-1997 (הנוסח המלא של דברי השר מצ"ב). ולו רק היה השר מקיים את דבריו שלו עצמו - לא היתה באה עתירה זו לעולם.

העתירה מעלה מספר שאלות חוקתיות מהמעלה הראשונה, וביניהן, סמכותו של השר לצנזר תכני שידוריה של המשיבה 2, תוך פגיעה קשה בחופש הביטוי, אי סבירות החלטתו לפסול תכנית טלוויזיה רק משום שנושאה הינו, לדידו, שנוי במחלוקת, פגמים חמורים באופן קבלת החלטת השר, ואפליה פסולה כלפי ציבור ההומוסקסואלים והלסביות ותוך פגיעה בכבודם ובזכויותיהם בניגוד להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

להלן תפרסנה העותרות אחד לאחד את טיעוניהן כנגד החלטת השר לפסול את התוכנית בסידרה 'קלפים פתוחים' העוסקת בנוער הומו-לסבי, אשר אמורה היתה להיות משודרת במסגרת שידורי המשיבה 2 אצל המשיבה 3 (להלן: "התוכנית").

**טיעון ראשון: התערבותו של השר בתכני שידורים הינה פסולה**

1. חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, תש"ן-1990 מעניק זכיון למשיבה 2, ולה בלבד לשר שידורים חינוכיים במסגרת המשיבה 3 (סעיף 55(א) לחוק) תוך הכפפתה בעניין שידורים אלה, לפיקוחה של המשיבה 3 (סעיף 5 לחוק). משנמנע המחוקק מליתן לשר סמכויות עפ"י דין לעניין הזכיון ו/או השידורים לפיו, הרי הוא הביע בכך את דעתו שהמשיבה 2, היא ולא השר, תהא מוסמכת ליצוק תוכן בשידורים במסגרת הזכיון, ואילו לשר אין כל מעמד לעניין זה.
2. כאשר רצה המחוקק להסמיך את השר להתערב בתכני שידורים מסויימים, הדבר נעשה מפורשות. בסעיף 44 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965 הוסמך השר לאשר את תוכניות רשות השידור לבתי ספר. בחוק הרשות השנייה ו/או בכל חוק אחר אין הוראה דומה, המסמיכה את השר להתערב בתכני שידורי המשיבה 2, ומשתיקת המחוקק ניתן ללמוד, כי זכות כזו לא הוענקה לו.
3. העובדה שהמשיבה 2 הינה יחידת סמך במשרד החינוך, אינה מקנה לשר את הסמכות להתערב בתכני שידוריה ולצנזרם. המשיבה 2 היא רשות אוטונומית-מקצועית, שכפיפותה לשר מצומצמת אך ורק לעניינים מנהליים גרידא, כגון ניהול שוטף, תקציבים וסדרי עבודה, ולכל היותר לקביעת קווי מדיניות כלליים באשר לשידוריה. ואולם, הוא אינו רשאי להתערב בשיקוליה המקצועיים, לרבות **בתוכן** שידוריה, ומדבריו בסעיף 3 לתצהירו עולה, כי הוא מודע לכך היטב.
4. ואכן, למרות שהמשיבה 2 משדרת גם תוכניות שאינן "חינוכיות" במהותן, כגון 'ערב חדש' (סעיף 9(ב) תשובת השר לפרטים הנוספים שביקשו העותרות), אשר בה נדונים גם נושאים שנויים במחלוקת, ולא אחת אף הועלה בה הנושא ההומו-לסבי - הרי שהשר אינו מזדעק כנגד תכניה.
5. ולא בכדי לא העניק חוק הרשות השנייה לשר סמכות להתערב בשידורי המשיבה 2, שכן קיימת חשיבות רבה בשמירת האוטונומיה של גופים משדרים ובמניעת צנזורה על תכני שידור ע"י גורמים פוליטיים, כפי שאירע לגבי התוכנית נשוא עתירה זו. ההפרדה בין תפקיד הגוף המשדר-המקצועי לבין הגוף הממונה עליו מבחינה מנהלית, מבטיחה שלא ייפגע חופש הביטוי ולא יישקלו שיקולים זרים בהחלטות לגבי אופי המשדרים ותוכנם.
6. גם לפי הלכת עצמאות שיקול הדעת חייבת המשיבה 2 להפעיל את סמכותה עפ"י שיקול דעתה שלה, ואסור לה לפעול לפי הוראה מגבוה, לרבות אלה של השר הממונה עליה. וכך נקבע בבג"צ 70/50 **מיכלין נ' שר הבריאות**, פ"ד ד 319, 323:

"אם חוק מעניק כוח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שיקול דעתו, הרי על המוסד או על הפקיד לפעול בהתאם לזה, ועל כל פנים אינו מחוייב להישמע להוראותיו של מישהו אחר, כי הרי החוק מוסר לו, ולא לאחרים, את הכוח לפעול לפי שיקול הדעת."

עוד לעניין זה ר':

- בג"צ 678/88 **כפר ורדים נ' שר האוצר**, פ"ד מג(2) 501, 507 מול ג.  
בג"צ 72/62 **רופאיזן נ' שר הפנים**, פ"ד טז(4) 2428, 2451.  
א' רובינסטיין "המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל", הוצאת שוקן, מהדורה חמישית, 1996, כרך ב', 752.
7. הנה כי כן, הגורמים המקצועיים במשיבה 2 הם המוסמכים (בכפוף לפיקוח המשיבה 3), לאשר או לפסול תוכניות, ומשאלה אישרו לשידור את התוכנית נשוא עתירה זו (סעיף 10 לעתירה), לא היתה לשר כל סמכות להתערב בתכני שידור זה, והחלטתו לפסול את התוכנית נעשתה תוך חריגה מסמכותו, והינה משוללת כל תוקף חוקי.
8. לחלופין, אף אם היה השר מוסמך להתערב בשיקוליה המקצועיים של המשיבה 2 בדבר תכני שידוריה, הרי שכלל סמכות שלטונית גם סמכות זו הינה מוגבלת, והשר רשאי להפעילה אך ורק בהתאם לעקרונות חוקתיים המחייבים כל רשות שלטונית, ובראשם חופש הביטוי ועקרון השוויון, ובהתאם לנהלי קבלת החלטת ראויים. כפי שיפורט בהמשך, לא כך נהג השר, ולכן דין החלטתו להתבטל.

סיעון שני: על הפגמים החמורים שנפלו בדרך קבלת החלטת השר

9. השר מנסה לשכנענו, כי החלטתו נבעה משיקולים מקצועיים של אנשי משרדו (סעיפים 18 ו-42 לתצהירו). ואולם, למעשה, עומדת החלטת השר בסתירה גמורה לעמדת הגורמים המקצועיים הרלבנטיים, האמונים על השידורים לנוער והמוסמכים להכריע באשר למידת חינוכיותם והתאמתם לשידור בפני קהל זה, קרי: אנשי המקצוע של המשיבות 2-3 ושל השירות הפסיכולוגי הייעוצי במשרד החינוך (להלן: "שפ"י").
10. התוכנית נבדקה בתשומת לב מיוחדת ע"י הדרגים הבכירים ביותר במשיבה 2 (המנכ"לית, מנהלת חטיבת ערוצים, מנהלת המחלקה להפעלה חינוכית ועוד - ר' תשובת השר בסעיף 8(א) לפרטים הנוספים). הללו אף התייעצו עם אנשי שפ"י, ובעקבות הערותיהם - הושמטו מהתוכנית נתונים מדעיים בלתי בדוקים, וקטעים, שמידת התאמתם לתוכנית היתה שנויה במחלוקת בין הגורמים המקצועיים (תשובה 8(ג) לפרטים הנוספים).
- קביעתם, החד-משמעית, של גורמים מקצועיים אלה היתה, כי לא רק שהתוכנית ראויה ומתאימה לשידור בפני בני נוער (סעיף 10 לעתירה וסעיף 15 לתצהיר השר), אלא שאף קיימת חשיבות רבה בהצגת הנושא ההומו-לסבי בפני בני הנוער (דברי מנכ"לית המשיבה 2, הגב' אהובה פיינמסר, כפי שצוטטו בסעיף 8 לעתירה).
11. גם אנשי המקצוע במשיבה 3, אשר מתפקידם לבחון ולאשר את התוכניות המועברות אליהם לשידור ע"י המשיבה 2, הודיעו כי: "לוח המשדרים אושר על ידי מועצת הרשות השנייה, גם תוך הפעלת רגישות ושימת לב ציבורית לנושא המתוכנן - "זהות מינית", ולכן איננו רואים סיבה רלוונטית לשינוי בתכנון משדר זה." (סעיפים 16 ו-18 לתצהיר התשובה מטעם המשיבה 3).
12. עמדה זו אף אומצה משרד החינוך, וע"י סגן השר, מר משה פלד, הצהיר בפני מליאת הכנסת, כי התוכנית תשודר (סעיף 9 לעתירה). עוד יצויין, כי בין הפניות שהגיעו לשר בעניין התוכנית, היו גם רבות התומכות בשידורה, והשר לא ידע לומר האם הדעה השלטת בקרב הפונים אליו צידדה בשידור התוכנית או התנגדה לה (תשובה 3(ב) לפרטים הנוספים).
13. הנה כי כן, אין לקבל את טענת השר, כי התוכנית נפסלה על דעת הגורמים המקצועיים. מהלך העניינים מורה בבירור, כי ההחלטה נפלה למרות נבניגוד לעמדתם הנחרצת של הגורמים המקצועיים הרלבנטיים במשרד החינוך (אנשי שפ"י) ובמשיבות 2-3. יש לזכור כי ההחלטה נתקבלה יממה בלבד לפני מועד השידור המיועד, לאחר שהמועד כבר פורסם ברבים, וכי השר עצמו מודה, כי התערבותו בעניין זה נעשתה רק עקב פניות של גורמים פוליטיים (תשובה 1(א) לפרטים הנוספים וסעיף 11 לעתירה), וזמן רב לפני שצפה בתוכנית עצמה (תשובה 1(ב) לפרטים הנוספים, וכן דברי דובר השר, מר אפרים לפיד, כפי שאוזכרו בסעיף 18 לעתירה).
14. מנסיבות אלה, עולה, כי החלטת השר מונעת משיקולים זרים, וכי עמדתו גובשה מראש, תוך התעלמות מעמדת המומחים הרלבנטיים, מבלי לבדוק את מלוא הנתונים, ומבלי לצפות אפילו בתוכנית נשוא המחלוקת. דרך קבלת החלטות שכזו ע"י רשות מנהלית הינה פסולה מכל וכל.
- בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-425.  
בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, מא(2) 1, 49, 52.
15. זאת ועוד, במשך חודשים רבים התחמק השר מלקיים את הבדיקה החוזרת שלשם קיומה דחה את מועד השידור המתוכנן, ולמרות פניות חוזרות ונישנות של העותרות אליו (נספחים "ה", "ח" ו-"יא" לעתירה), השתהה השר באופן בלתי סביר בפרסום החלטתו, עד כי הוא עצמו מודה, שהתמהמה יתר על המידה בעריכת הבדיקה (סעיף 17 לתצהירו).
16. רק בתצהיר תשובתו, במסגרת עתירה זו, הודיע השר על החלטתו הסופית בעניין, לפיה הינו פוסל את התוכנית לשידור, תוך שגייס מיני טיעונים, שזכרם לא בא לפני כן, בדבר "פגמים" שכביכול נפלו בתוכנית. וכך נטען לפתע, כי התוכנית "אינה חינוכית", "אינה מאוזנת", כי בולט בה "העדרו" של איש מקצוע, וכי נפלו בה "אי דיוקים" בנוגע לסוגית מקורות ההומוסקסואליות.
- גם המשיבה 3 הצהירה, כי הנימוקים שהעלה השר לפסילת התוכנית כלל לא הוזכרו במסגרת התכתובת הענפה שהוחלפה בעניין זה בין הגורמים המעורבים (עמ' 8 ונספחים "ב"- "יט" לתצהיר המשיבה 3).

17. על טיעונים, המושמעים ע"י רשות מנהלית לראשונה במהלך דיון משפטי, אמר כב' השופט חשין בע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 678:

"בהליכי המינהל הציבורי נתקלים אנו, לעתים, בתופעה שאינה משובבת נפש זו, שבמגיעה עם האזרח אין הרשות מנמקת כיאות החלטת סירוב שהיא עושה, ואילו בבית משפט נמצאים לה לפתע ק"ן טעמים להסבר, לפירוש ולביאור... וכבר נפסק, ולא אחת, כי בית המשפט יבחן בחשדנות יתרה טעם שנוולד לראשונה בהליכים לפניו, ואין זה אלא לשון המעטה וכל מתחיל יבין."

18. בכדי ליתן נופך מקצועי להחלטתו ולהצדיק את דחיית עמדתם של המומחים הפסיכולוגים-יעוציים שבמשרדו (שפ"י) ושל אנשי המקצוע של המשיבות 2-3, פנה השר לתור אחר אנשים ממשרדו שיתמכו בעמדתו. נוכח הזמן הרב שעבר עד לפרסום החלטת השר, נוצר הרושם, כי לא קלה היתה מלאכתו באיתור תומכים שכאלה. מכל מקום לא רק שעמדת אנשי משרדו לא הוגשה לכב' בית המשפט כנדרש, על דרך של חוו"ד מומחים, הניתנות במקום עדות בבית המשפט, אלא שדבריהם נאמרו בלשון רפה.

19. כך, למשל, פרופ' עוזר שילד מודה, כי הוא כלל אינו בקיא בנושא הנטיה החד-מינית (פיסקה אחרונה למש/1), ובדבריו הוא מדגיש דווקא, כי "יש לחנך לסובלנות לזולת, גם כאשר הוא שונה". (עמ' 1 פסקה שניה במש/1), וכי "אין הצדקה לאפליה כלשהי בין אנשים בגלל נטייתם המינית". (עמ' 2 סוף פסקה ראשונה).

20. מר מיכאל גל כלל אינו פוסל את התוכנית לשידור, נהפוך הוא, לדעתו "נושא הנטיה המינית הוא נושא המטריד באופן מיוחד את בני הנוער בגיל ההתבגרות", אך הוא סבור כי יש להרחיב את היריעה ולהאיר נקודות מבט נוספות הקשורות בה (פיסקה אחרונה למש/3). על החשיבות הרבה שבקיום דיונים בנושא ההומו-לסבי, בהיותו נושא המעסיק רבות את המתבגרים, עמד גם פרופ' שמואל טיאנו, שדבריו צוטטו בסעיף 27 לתצהיר השר. מדבריו של פרופ' טיאנו ניתן גם ללמוד עד כמה ההומוסקסואליות הינה תופעה טבעית ונורמלית, הנחווית ע"י בני נוער רבים בשלב גיבוש זהותם המינית.

21. תמוהה במיוחד עמדתה של הגב' רוחמה קציר, אשר מוטרדת בעיקר מכך שבני הנוער ההומוסקסואלים והלסביות המופיעים בתוכנית "מפגינים בטחון עצמי בזהותם, הם אינסטיליגנטים ובעלי שכנוע פנימי... מתונים, נעימים בסבר פניהם" (בעמ' 1 למטה למש/2), וכן מהעובדה ששניים מהם הינם בעלי הופעה חיצונית פרובוקטיבית (סעיף 2 לסיכום למש/2), ומכך שלטעמה המרואיינים בתוכנית אינם מדגישים די את "המחיר" שהם נאלצים לשלם בשל נטייתם המינית (סעיף 3 לחלק השני).

דומה, כי הגב' קציר כלל לא היתה מתנגדת לשידור התוכנית, לו רק היו מתראיינים בה צעירים רפי דעת, מהוססים, רדופי רגשות אשם, אשר היו מבכים את מר גורלם. נתונייהם האישיים הגבוהים של המרואיינים בתוכנית אסור שתעמוד לה לרועץ, וודאי שאינם מצדיקים את פסילתה.

22. לא ניתן להתעלם מהערתה של הגב' קציר אודות "כדאיות עיסוקו" של אחד המרואיינים, שהגדיר עצמו כדו-מיני (סעיף 2 לחלק השני במש/2). לא ברור למה כווננו דבריה אלה של הגב' קציר ועל איזה "עיסוק" היא מדברת, אך עולה החשש כי לדידה זהותו המינית של הנער משליכה בהכרח על עיסוקים מפוקפקים. הערה מרושעת וחסרת בסיס זו מלמדת עד כמה אחוזה גב' קציר בדעות קדומות ועד כמה אין ליתן כל משקל למכתבה (מש/2).

23. בנוסף לכך, חלק גדול מקביעותיו של השר כלל אינו מוצא ביטוי במכתבים שצורפו לתצהירו. כך, למשל, לא נמצא תימוכין לטענת השר בדבר "חומרתה יוצאת הדופן של הפגיעה שהיתה עלולה לנבוע מן השידור" (סעיף 6 לתצהירו). הגם שאינם מצדדים בשידור התוכנית במתכונתה הנוכחית, הרי שאיש מאנשי משרדו לא הציג את התוכנית כמסוכנת לציבור ו/או ככזו שעלולה לגרום לפגיעה של ממש בצופים בה.

24. דומה כי התבטאותו האומללה ביותר של השר הינה, כי בתוכנית חסר ביטוי ל"גישה נורמטיבית-ערכית השוללת את ההתנהגות ההומוסקסואלית ורואה בה פגם מוסרי" (סעיף 28 לתצהירו). גם לדברים חמורים ומופרכים אלה אין כל חיזוק במכתבים שצורפו לתצהירו, ואין הם מבטאים אלא את דעתו של השר עצמו. פרופ' שילד ציין דווקא, כי:

"מבחינה חינוכית ערכית מעמידה התכנית יחסים הומוסקסואלים ויחסים הטרוסקסואלים במישור שווה וכשווי ערך. אין לי הסתייגות מכך ברמת הפרט, ואיני סובר שיש טעם או הצדקה של התערבות (או התעניינות...) ציבורית במעשיו האינטימיים של הזולת. על אחת כמה וכמה אין הצדקה לאפליה כלשהי בין אנשים בגלל נטייתם המינית." (עמ' 2 למעלה למש/1).

25. הנה כי כן, החלטתו של השר לא רק שעומדת בסתירה לדברי המומחים הרלבנטיים במשרדו ובמשיבות 2-3, אלא שהיא אף קיצונית וגורפת הרבה יותר מזו שהובעה במש/1-3, ומבטאת עמדות שפסו זה מכבר מן העולם החופשי והנאור.

26. נוכח הפגמים החמורים שנפלו בדרך קבלת החלטת השר לפסול את התוכנית, ומאחר שהחלטתו אינה מעוגנת כראוי בחו"ד מומחים התומכים במכלול דעותיו - יתבקש בית משפט נכבד זה לקבוע כי החלטת השר בטלה ומבוטלת.

### סיעון שלישי: התוכנית אינה בלתי חינוכית ו/או בלתי מאוזנת

27. משהציג השר את עמדתם של שלושה מאנשי משרדו לגבי מידת האיזון בתוכנית, השפעתה על בני נוער, הערכים שלדעתם יש (או אין) לקדם, מקורות ההומוסקסואליות והשלכתם על הסוגיה הנדונה - פנו העותרות למומחים בעלי שם מתחומי החינוך, העו"ס והפסיכולוגיה, המתמחים בסוגיות העולות בעתירה זו. חוות דעתם של מומחים אלה, המתבססות על מחקרים עדכניים ועל הגישה המדעית הרווחת כיום בעולם, מראות בעליל, כי עמדתם של אנשי המקצוע במשיבות 2-3 ובשפ"י, שצידדו בשידור התוכנית, היא היא העמדה המקצועית המבוססת בעולם החינוך והמדע, וכפי שיפורט בהמשך, גם בעולם המשפט, וכי לשר לא היתה כל סיבה להרהר אחריה.

28. ויודגש, אין מדובר במחלוקת מומחים בין אנשי הרשות השלטונית לבין המומחים מטעם העותרות, שכן המחלוקת הינה בראש ובראשונה בין הגורמים המקצועיים השונים בתוך משרד החינוך, ובין השר לבין חלק מהמומחים במשרדו.

29. טענתו המרכזית של השר כנגד שידור התוכנית הינה, כי היא "אינה חינוכית" ואינה מאוזנת מבחינה ערכית, שכן היא מתעלמת "מערכים חברתיים כגון ערך המשפחה המביאה ילדים, ומהוה חוליה בשרשרת הדורות, ואי מתן קדימות לערכים אלה." (סעיף 20(ג) לתצהיר), ומ"גישה נורמטיבית-ערכית השוללת את ההתנהגות ההומוסקסואלית ורואה בה פגם מוסרי" (סעיף 28 לתצהיר).

30. כאמור בסעיף 24 לעיל, התייחסותו של השר להתנהגות ההומוסקסואלית כאל "פגם מוסרי", לא רק שאינה נתמכת אפילו ע"י אנשי משרדו, אלא שהיא עומדת בניגוד גמור לתפיסה המקובלת בעולם הנאור, שלפיה ההומוסקסואליות אינה אלא אחת הצורות של הזהות המינית (חו"ד לוי' בעמ' 4 למטה). עמדתו החשוכה של השר נשללה מכל וכל ע"י אגודת הפסיכיאטרים האמריקאית, אשר קבעה (כפי שמצטט פרופ' סלומון בעמ' 3 לחו"ד), כי:

**"ההומוסקסואליות איננה מחלת נפש וגם אין היא סטיה מוסרית. זוהי דרך שבה מיעוט מסויים מקרב האוכלוסיה מבטא אהבה ומיניות."**

31. אין גם כל בסיס לטענת השר בדבר קיומה של "גישה נורמטיבית-ערכית השוללת את ההתנהגות ההומוסקסואלית". שהרי המחוקק עצמו הביע עמדתו בעניין זה, כאשר מחק מספר החוקים את האיסור על משכב זכר (שנת 1988), הוסיף לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 איסור על אפליה בגין נטיה מינית (1992), ולאחרונה אף קבע בחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, כי אין לבזות אדם על רקע נטייתו המינית (1997).

32. בית משפט נכבד זה עשה צעד נוסף להגנה על זכויותיהם של ההומוסקסואלים והלסביות, כאשר הכיר בזוגיות החד-מינית (בג"צ 721/94 אל על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 - לחלן: "בג"צ דנילוביץ"). בעקבות עתירות לבג"צ אף החליט שר הבטחון להתייחס לצורכי הנצחה, לבן זוגו של קצין צה"ל שנפטר כאל בן משפחה (בג"צ 5398/96 שטיינר נ' שר הבטחון), ומשרד הבריאות ביטל אפליה כנגד לסביות בקבלת תרומת זרע (בג"צ 998/96 ירוס-חקק נ' מנכ"ל משרד הבריאות).

עוד יש לציין בהקשר זה כי ועדת הערעורים לפי חוק שירות הקבע בצה"ל (גימלאות) שליד בית המשפט המחוזי בת"א הכירה בזכויותיו של בן זוגו של קצין צה"ל שנפטר כזכאי לזכויות פנסיה (ע"ש ת"א) 369/94 שטיינר נ' הממונה על תשלום הגימלאות בצה"ל). בימ"ש השלום בחיפה נענה לבקשת העותרת 1 והוציא צו מניעה זמני, שאסר לבטל חוזה שכירות שנחתם עימה משום שמדובר בעמותה העוסקת בקידום זכויות של ההומוסקסואלים ולסביות (המ' חי') 4583/96 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מצקינ).

33. מתוך הפסיקה שעסקה בנושא ההומו-לסבי בחרנו לצטט דווקא דברים, שנאמרו בבימ"ש השלום בת"א, כאשר נתבקש למנוע ביטול חוזה שכירות בנכס ע"י הבעלים לאחר שהתברר להם כי הנכס ישמש מקום מפגש להומוסקסואלים ולסביות:

"כאשר בודקים שיקולים לא רלבנטיים כמו במקרה זה, קטן מאוד המרחק בין הכנסת שיקולים, אשר יכולים להזכיר ימים אפלים מאוד בהסטוריה, כגון דתו של אדם, צבע עורו, השקפת עולמו וכל אותם שיקולים, אשר די בהם כדי לעורר חלחלה וזוועה בכל אדם אשר רוצה לקיים את העקרונות ההומניים שעליהם כולנו מצווים. רוצה אני לומר לא רק מעשיהם של המבקשים היו פסולים, אלא גם דרך חשיבתם, ואומר אני זאת כמובן לא רק במישור המוסרי אלא כפי שפרטתי, גם על פי עקרונות המשפט. " (ת"א (ת"א) 23319/90 פרויקט גן העיר נ' הורביץ, פס"ד שלום ב' 139).

34. הנה כי כן, אם חטא מאן דהוא בחוסר איזון ובסילוף המציאות, הרי זהו השר, אשר מנסה להסיג את ישראל שנות דור אחורה בהתעלמו מהמהפך שחל בשנים האחרונות ביחס של המחוקק, מערכת המשפט והחברה בכללותה להומוסקסואלים ולסביות (ר' גם חו"ד סלומון בעמ' 7 למעלה).

35. דומה כי הנתון שמטריד את השר יותר מכל ביחס לתוכנית הוא, כי ההומוסקסואלים והלסביות מוצגים בה כאחד האדם, בעלי רצונות, אהבות, חששות, שמחות ומצוקות. למרות שהשר מכיר בחשיבותו ובמרכזיותו של נושא זה בהוויתם של מתבגרים (ר' דבריהם של מר גל ופרופ' טיאנו בסעיף 20 לעיל), הרי שהדרך היחידה שבה הוא מוכן לדון בעניין, היא בהצגתו על דרך השליה והדיכוי. כל התייחסות אחרת לנושא, שעשויה לתרום לניפוץ הדעות הקדומות כנגדם הינה, לדידו, בלתי מאוזנת.

36. ביטאה זאת היטב פרופ' איריס לוין, ראש החוג להיבטים התפתחותיים בחינוך באוניברסיטת ת"א, המתמחה, בין היתר, בפסיכולוגיה של גיל ההתבגרות ובהתפתחות החשיבה המוסרית (עמ' 7 באמצע לחו"ד):

"המטר שהתוכנית מעבירה אינו מאוזן רק במובן זה שאינו כולל דברים המציגים את תופעת ההומוסקסואליות/לסביות כמעוררת פחד, כראויה לנידוי או כסטיה נפשית, חברתית או מינית..."

37. הדברים עולים גם מחוות דעתו של פרופ' גבריאל סלומון, דיקן בית הספר לחינוך באוניברסיטת חיפה, המתמחה בזיקות הפסיכולוגיות-שכליות שבין אמצעי התקשורת, למידה והתפתחות שכלית, הקובע (בעמ' 4 באמצע לחו"ד), כי:

"תוכנית כזו עשויה לספק מידע-מה על חוויות ההומוסקסואליות למי שקשוב לקליטת מידע כזה, ואף לעזור לצופה לתפוס (ולאו דווקא לקבל!) הומוסקסואלים כבני אדם כמוהו, ואת התופעה - כשליטת מעט פחות ממה שמוצג ברחוב ובאמצעי התקשורת בדרך כלל."

38. אין בסיס גם לטענת השר כאילו התוכנית הינה חד-צדדית בדרך שבה מוצג אורח חייהם של המרואינים בה, שכן הללו מבטאים גם לבטים, חששות ומצוקות, מתארים את הקשיים שביציאה מהארון להורים ולחברה בכללה ואינם מתחמקים גם משאלות קשות כגון שאלת ההמשכיות (סעיף 6(ג-ו) לחו"ד לוין). גם בשאלת מקורות ההומוסקסואליות מרצג מגוון הדעות בסוגיה זו - הגנטי, הביולוגי והסביבתי (סעיף 6(ב) לחו"ד לוין). יחד עם זאת מביעים הצעירים את דבריהם מתוך שלמות פנימית עם זהותם המינית ומבלי להתנצל עליה, ודומה כי נקודה זו היא שחורה לשר יותר מכל.

39. גם מבחינה ערכית אין בתוכנית דבר המצריך איזון, שכן היא עצמה מהווה איזון, רלו חלקי ובלתי מספק, לדעות הקדומות הרווחות כנגד ההומוסקסואלים והלסביות בחברה, ומאפשרת לפתוח צוהר זעיר לחייהם ולשמוע את דברם בכדי לסייע בניפוץ הסטריאוטיפים כנגדם. עמד על כך פרופ' סלומון בעמ' 4-5 לחו"ד, ובין היתר, קבע:

"תוכנית כזו אינה זקוקה לאיזון במובן הצגת הפן השלילי של התופעה, שהרי התוכנית "מתאזנת" ממילא ע"י הסטריאוטיפים השליליים הרווחים ברחוב." (שם, בעמ' 5 למעלה).

ומוסיפה פרופ' לוין (בעמ' 7 באמצע לחו"ד):

"המטר של תוכנית זו מאזן במידה מועטה הצגה חד-צדדית רבת שנים שהיתה לא רק לא-מאוזנת כי אם כרוכה בגרימת עוול לאוכלוסייה רחבה."

40. התוכנית אף אינה פוגעת כהוא זה בשאיפתו של השר לתת קדימות לערכי המשפחה המסורתיים ולהמשכיות הדורות (סעיף 21 לתצהירו). שהרי על מנת לקדם דרך חיים אחת, אין צורך, מחד - להזכירה ולהללה בכל תוכנית ותוכנית, ומאידך - למחוק לחלוטין דרכי חיים אחרות. מכל מקום, הקדימות הניתנת למשפחה ההטרסקסואלית הינה ברורה ובלתי מעורערת, והיא מועברת ללא הרף באמצעות שלל תוכניות, סרטים, ספרים, ומסרים חברתיים ותרבותיים אחרים, המציגים אותה כדרך החיים האולטימטיבית (סעיף 3.3 לחו"ד סלומון). העובדה כי ערכים אלה אינם נזכרים בתוכנית מסויימת, המשודרת ע"י המשיבה 2, אינה פוגעת בהם כמלוא הנימה, אינה מפחיתה בהכרח ממידת חינוכיותה של תוכנית, המציגה גם חלופות קיימות אחרות.
41. עמדה על כך ד"ר עדיטל בן ארי, מרצה וחוקרת בביה"ס לעבודה סוציאלית באוני' חיפה, המתמחה בהיבטים אישיים ומשפחתיים של ההומוסקסואליות (סעיף 6 לחו"ד):
- "אינני סבורה שכל התוכניות החינוכיות צריכות לשאת אופי אחיד כפי שמשמע בחוות הדעת המצורפת לתצהירו של שר החינוך. לא כל תוכנית חינוכית העוסקת בנושא שיש בו מחלוקת ציבורית או אחרת חייבת לכלול דעות של אנשי מקצוע מוסמכים, או דעות מייצגות משני עברי המיתרס."**
42. חשוב לציין, כי התוכנית אינה מביעה עמדה ערכית ו/או מוסרית כלפי ההומוסקסואליות והלסביות, אלא רק מתארת דברים כהוויתם מפיחהם של צעירים שזוהי מציאות חיהם, תוך דיאלוג פתוח וחופשי בינם לבין נוער הטרסקסואלי. מעצם העובדה שמדובר בסיפורים אישיים של בני נוער, הרי שאין לראות בתוכנית משום במה להעברת מסרים אנטי חינוכיים או הטפה לאורח חיים זה או אחר, ומכאן שאף אין כל צורך לאזנה (סעיף 5.2 לחו"ד סלומון).
43. יודגש, כי בעוד שחשר מסתפק בקביעה כוללת וסתמית כי התוכנית "אינה חינוכית", הרי שהעותרות הציגו, בחו"ד של פרופ' סלומון, אמות מידה מדעיות לבחינת מידת חינוכיותה של תוכנית, שלאורן נבחנה התוכנית, ונקבע כי יש לה ערך חינוכי רב (חו"ד בפיסקה 5.1).
44. ואכן, התוכנית הינה בעלת מטרות חינוכיות ממדרגה ראשונה לגבי **כל** מגזרי האוכלוסייה; הן ההטרסקסואלים, אשר חשיפתם לתופעה תשחררם מדעות קדומות הנובעות מבורות ותלמדם לקבל ולהכיר את חבריהם ההומוסקסואלים והלסביות, הן אלה המתלבטים באשר לזהותם המינית וזקוקים למידע אמין לשם גיבוש עצמיותם (סעיף 10 לחו"ד בן ארי), והן ההומוסקסואלים והלסביות המבקשים חיזוק ותמיכה והזכאים ליחס שוויוני כלפיהם. עוד על ערכה החינוכי הרב של התוכנית ר' סע' 1 בעמ' 2 לחו"ד לויין.
45. תרומה מיוחדת תהא לתוכנית לגבי בני הנוער ההומו-לסבי, אשר רבים מהם מצויים במצוקה קשה (סעיף 23-24 לעתירה, פיסקה שניה לסעיף 7 לחו"ד בן ארי), אחוז המתאבדים בקירבם הינו גבוה יחסית (סעיפים 8-9 לחו"ד בן ארי וסעיף 6(ה) לחו"ד לויין), והם נאלצים להתמודד אל מול הסטריאוטיפים השליליים כנגדם (סעיף 3.3 לחו"ד סלומון). הצגת מידע אמין ואותנטי אודות הנושא עשוי להקל על צעירים הומוסקסואלים ולסביות ועל אלה המתלבטים באשר לזהותם המינית, ולמנוע מהם סבל ומצוקה, המביאים, לעיתים, לכלל אסון.
46. יש לזכור, כי השר משמש כשר חינוך גם של בני הנוער ההומוסקסואלים והלסביות, ואף אם נטייתם המינית אינה לרוחו, אין הוא יכול להתנער מחובתו לדאוג לצרכיהם ואל לו להפלותם ולקפחם. גישה זו הנחתה את משרד החינוך להוציא, בשנת 1995, חוברת העוסקת בנטייה החד-מינית, המיועדת ליועצים חינוכיים ולמורים, ועומדת לשימוש עד עצם היום הזה (סעיף 3 לחו"ד בן ארי שהינה ממחברי חוברת זו, וכן סעיף 25 ונספח "יג" לעתירה).
47. קיימת תמימות דעים בין כל המומחים, כי גישה חינוכית ראויה במדינה דמוקרטית חייבת לצדד בהצגת מגוון השקפות ודרכי חיים, ועליה לחנך לערכי פלורליזם, לפתיחות ולסובלנות כלפי מיעוטים ולקבלת השונה. על היות הסובלנות ערך יסודי בסיטתנו המשפטית עמד פרופ' ברק בספרו "פרשנות במשפט" חלק שלישי, הוצאת נבו, 1995, עמ' 241-243.
48. לסובלנות ולפלורליזם נודעת חשיבות מיוחדת במערכת החינוך, וכדברי ד"ר בן ארי:
- "אחת ממטרותיו של חינוך תקין הינה להקנות ערכים של סובלנות לשונה ולמושא עמדות סטריאוטיפיות וסטגימטיות."** (סעיף 4 לחו"ד בן ארי).

ומוסיף פרופ' סלומון:

"מערכת חינוך ראויה חייבת לספק לחניכיה נקודות ראות שונות, המקובלות בחברה, גם אם הן סותרות את האידיאולוגיה החינוכית-פוליטית המנחה את המערכת בתקופה מסוימת, שאם לא כן יהפך תהליך החינוך לתהליך של אינדוקטרינציה." (חו"ד סלומון בעמ' 8).

עמדה על כך גם גב' חנה לויטה, מנהלת בית הספר התיכון שליד האוניברסיטה העברית בירושלים:

"התוכנית גם עולה בקנה אחד עם ההנחה כי בתהליך החינוכי יש להתייחס למציאות על כל גווניה ובעיותיה, לחדד שאלות קשות, לתת מקום לעמדות ודעות שונות ולעזור לכל נער ונערה לגבש את עמדותיהם, דעותיהם, השקפת עולמם, זהותם ונטייתיהם... התעלמות מן המציאות אינה ערך חינוכי." (חו"ד לויטה בעמ' 2 למעלה).

49. עניין שמטריד את השר במיוחד הוא חששו, כי התוכנית תעודד בני נוער הטרוסקסואלים להתנסות בהתנהגות הומוסקסואלית ו/או תגרום להם להפוך להומוסקסואלים ולסביות (סעיף 29 לתצהירו). גם חששו זה של השר אין לו על מה שיסמוך. הן הוא עצמו מצטט מדבריו של פרופ' טיאנו, לפיהם התנסויות בחוויות מיניות הומו-לסביות "נובעות מסקרנות מינית כחלק מן ההתפתחות התקינה". כך שאין כל בסיס לסברה כי דווקא הצפייה בתוכנית תגביר תופעה זו ו/או תגרום לבני נוער הטרוסקסואלים לדבוק באורח חיים זה. לגישה זו ישנם חיזוקים מדעיים, וזאת בשני מישורים:

א. צפייה בתוכנית טלוויזיה בודדת אינה יכולה להשפיע על נטייתו המינית של אדם (סעיף 3.1.1 לחו"ד פרופ' סלומון, סעיף 13 לחו"ד לויין וסעיף 7 לחו"ד בן ארי). בהקשר זה יש לתמוה על הזלזול שמפגינה הגב' קציר ביכולת הצפייה הביקורתית של בני הנוער (סעיף 1 לפרק הסיכום במש/2). גישה זו נסתרה ע"י פרופ' סלומון (סעיף 3.3.2 לחו"ד) וד"ר בן ארי (סעיף 12 לחו"ד).

ב. המחקרים העדכניים בנושא ההומוסקסואליות קובעים, כי הנטייה המינית נקבעת בשנים הראשונות לחיי האדם, ויתכן שהיא אף מולדת-גנטית, כך שצפייה של הטרוסקסואל בגיל ההתבגרות בתוכנית זו או אחרת לא תגרום לו להפוך את עורו (סעיף 3.1 לחו"ד פרופ' סלומון, סעיף 8 לחו"ד לויין).

50. עוד בהקשר למקורות ההומוסקסואליות יש לתמוה על החשיבות המופרזת שמייחס השר למחלוקת המדעית בסוגיה זו, עד כי לדידו, "די בקיומה כדי להצדיק את הדרישה להצגה מאוזנת" (סעיף 26 לתצהירו). ראשית, אין בסיס לטענת השר, כי המידע שמציגים המרואיינים בעניין זה אינו מלא (עמ' 8 לתצהיר השר). לא רק שהללו מציגים את מגוון הדעות בסוגיה זו (ר' סעיף 38 לעיל), אלא שאיש מהם לא התיימר לשמש כבר-סמכא בעניין.

שנית, גם לו לא דייק מי מהמרואיינים בנקודה זו, הרי שלא ייגרם לקהל הצופים נזק כה חמור עד כי הדבר מהווה עילה לפסילת התוכנית לשידור. גם בתשובתו לעניין זה במסגרת הפרטים הנוספים (סעיף 6), לא הצליח השר לשכנע, כי קיים קשר בין המחלוקת המדעית בשאלה זו לבין המסר הדוגל ב"ערכי המשפחה". וכי באם ההומוסקסואליות הינה מולדת יסבור השר לפתע, כי היא עולה בקנה אחד עם ערכי המשפחה שבהם הוא דוגל?

51. לסיום פרק זה הולמים דבריה של פרופ' לויין:

"כפסיכולוגית חינוכית אני מייחסת חשיבות רבה מבחינה חינוכית, נפשית וערכית להקרנת התוכנית לבני נוער ולמבוגרים. התוכנית יכולה לתרום לתפיסה הומנית של ההומוסקסואל/לסבית בפרט, ולקבלת השונה בכלל. היא חשובה לחינוך הערכי של הנוער ההטרוסקסואלי. היא יכולה להקל על ההתמודדות הנפשית של בני נוער ומבוגרים המתלבטים לגבי זהותם המינית או המתמודדים עם עצמם כבעלי זהות הומוסקסואלים/לסבית. היא יכולה להקל על הורים שילדיהם בעלי זהות מינית כזו. התוצאות הצפויות מחשיפתה לציבור הן הפחתת סבל מיותר בקרב אוכלוסייה רחבה, וקירוב לבבות בין בני אדם." (חו"ד לויין בעמ' 8).



סיעון רביעי: על הפגיעה בחופש הביטוי

52. חופש הביטוי, שהינו מאבני היסוד של הדמוקרטיה ושל שיטתנו המשפטית, טומן בחובו גם את החופש לביטוי עצמי ולאוטונומיה מחשבתית של כל אדם. בבטיסו עומדת ההכרה באדם כיצור חופשי, בעל חופש הבחירה לפתח ולעצב את אישיותו כרצונו, להגשים את עצמו ולגבש את השקפת העולם ואורח החיים הנראים לו. וכדברי כב' השופט אגרנט בפרשת קול העם (בג"צ 73/53, פ"ד ז 871):

"חשיבותו של העקרון נעוצה גם בהגנה שהוא נותן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו, לענייניו של כל אדם, באשר הוא אדם, לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות; לטפח ולפתח, עד גבול אפשרי, את האני שבו; להביע את דעתו על כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו; בקיצור - להגיד את אשר בליבו, כדי שהחיים ייראו כדאיים בעיניו." (שם, בעמ' 878).

53. נוכח הקשר ההדוק שבין חופש הביטוי לפיתוח העצמיות והכבוד של האדם, הוכר חופש הביטוי כזכות על חוקתית, הכלולה בהגנה שמעניק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים נ' עירית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 201.  
רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 265.  
בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 468.  
עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם).

54. במסגרת זכותו של אדם להגשים את עצמו וליתן ביטוי למלוא תכונותיו לא ניתן שלא לכלול גם את הנטיה המינית, שהינה תכונה, המאפיינת את האדם ומהווה חלק מרכזי מהאני שלו. לפיכך יש ליתן לכל אדם את החירות והחופש לבטא את נטייתו המינית כרצונו על מנת שלא יחוש כאזרח סוג ב', הנמצא על כורחו בשולי החברה.

55. אף אם מחזיק השר בדעה, כי אורח החיים ההומו-לסבי אינו רצוי בעיניו, עליו לזכור כי חופש הביטוי משתרע גם על עמדות ודעות שאינן בקונסנזוס הציבורי, וכדברי כב' השופט ברק (כתוארו אז) בבג"צ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255:

"חופש הביטוי אינו רק החופש לבטא או לשמוע דברים המקובלים על הכל, חופש הביטוי הוא גם החופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוּסות, אשר הציבור סולד מהן ושונא אותן." (שם, בעמ' 279 מול ב' ואילך).

56. חופש הביטוי כולל לא רק את הזכות להשמיע, אלא גם את הזכות לשמוע ולקבל מידע. פסילת התוכנית פוגעת בזכותו של הציבור הרחב ללמוד על חוויותיהם וחיהם של בני הנוער ההומוסקסואלים והלסביות, ולהיווכח כי מדובר בצעירים כמותם, שהינם חלק מן המגוון הקיים באוכלוסיה, ואשר אין כל סיבה להתייחס אליהם באופן שונה.

57. על החשיבות שבזכות הגישה לאמצעי התקשורת כפן המעשי של חופש הביטוי - מפנות העותרות לסעיפים 52-53 לעתירה.

58. למרות שהשר מודע לחשיבותו של חופש הביטוי, הוא סבור, משום מה, כי התוכנית נשוא עתירה זו נופלת לגדר המקרים הבודדים בהם התערבותו מוצדקת משום "חומרתה יוצאת הדופן, לדעתי, של הפגיעה שהיתה עלולה לנבוע מן השידור" (סעיף 6 לתצהירו).

59. ואולם, בכדי לשכנע את בית המשפט כי על חופש הביטוי לסגת במקרה זה, אין די בטענתו הסתמית של השר בדבר "פגיעה חמורה שתנבע מהשידור". עליו להראות, כי מתקיימים לגבי התוכנית הכללים הברורים והנוקשים שנקבעו בפרשת קול העם, ולאחריה בפסקי דין רבים, לפיהם חופש הביטוי יסוג בפני אינטרסים ציבוריים אחרים אך ורק כאשר קיימת ודאות קרובה, כי השמעת הביטוי תסכן את הסדר הציבורי, וכאשר הפגיעה שעלולה להיגרם עקב השמעת הביטוי הינה קשה, רצינית וחמורה, ואין דרך אחרת למונעה, אלא באמצעות שלילת זכותו של הפרט להתבטא.

בג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) גע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1.  
בג"צ 242/82 זכרוני נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לז(1) 757.  
בג"צ 14/80 לאור נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421.  
בג"צ 806/88 UNIVERSAL נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22.

60. כאמור בסעיף 23 לעיל, אפילו במכתבי אנשי משרד החינוך, שצורפו לתצהיר השר, לא נאמר כי התוכנית עלולה לפגוע במאן שהוא באופן קשה וחמור. לעומת זאת המומחים מטעם העותרות קבעו חד משמעית, כי אין בתוכנית כל פוטנציאל לנזק חינוכי או אחר (חו"ד סלומון בסעיף 7). הנה כי כן, לא רק שמיידור התוכנית לא נשקפת כל סכנה לפגיעה קשה, רצינית וחמורה, שהיא ורק היא, תצדיק פגיעה בזכות ההומוסקסואלים והלסביות להתבטא, אלא שכפי שפורט בסעיפים 44-45 לעיל, שידורה הינו חיוני וחשוב.

61. השר לא הצביע על שום אינטרס ציבורי המצדיק לסתום את פיותיהם של בני הנוער ההומו-לסבי, ולמנוע מהם לספר על חוויותיהם האישיות בתוכנית טלוויזיה. רצון השר ליתן קדימות לערכי המשפחה המסורתית, אף אם היה נחשב כאינטרס ציבורי (דבר שעליו חולקות העותרות - ולעניין זה ר' סעיף 11 לחו"ד בן ארי), אינו מחייב לחשתיק אנשים מלהציג אורחות חיים אחרות. שהרי הרצון שלא ליתן לגיטימציה למיעוט כלשהו, מתוך כוונה לדכאו ולהעלימו מעין הציבור - אינו יכול להיות אינטרס ציבורי ראוי, ובודאי שאינו מכריע את עקרון העל של חופש הביטוי.

62. אין לקבל גם את טענת השר בדבר פגיעה שעלולה להיגרם לרגשותיו של ציבור המסתייג מאורח החיים ההומוסקסואלי (סעיף 36 לתצהיר השר). ראשית, עומדת בפני ציבור זה האפשרות שלא לצפות בתוכנית, ושנית, לפי קו מחשבה זה יש לפסול לשידור נושאים רבים אחרים השנויים במחלוקת, העלולים לפגוע ברגשותיהם של קהלים מסויימים, כגון הצטרפות בני נוער לכתות, חזרה בתשובה וכו'. והנה, כאשר נושאים אלה נדונו בתוכניות 'קלפים פתוחים' בעבר לא נזדעק השר להגן על רגשות הציבור שעלולים היו להיפגע מהם. עוד לעניין זה ר' את דברי פרופ' סלומון בסעיף 6.1 לחו"ד.

63. מכל מקום, יש לזכור כי התוכנית מכוונת לשידור בפני בני נוער, היא מציגה בני נוער הפונים לצעירים כמותם בגובה העיניים, ובכך יתרונה (סעיף 3.2 לחו"ד סלומון). משבצת השידור המתאימה לה היא אם כן, זו המיועדת לקהל יעד זה. מכאן שאין לקבל את דרישת השר להסתירה דווקא מקהל זה (סעיף 36 לתצהירו).

64. לגבי חובותיהן של המשיבות 2-3 כגופים סטטוטוריים, הפועלים מכח חוק הרשות השניה ומכח כללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בשידורי הטלוויזיה והרדיו), תשנ"ד-1994, והמשפיעים על אופן הפעלתו הלכה למעשה של חופש הביטוי בישראל - ר' סעיפים 40-47 לעתירה, וכן סעיף 40 לתצהיר השר, בדבר חובת האיזון בשידורים. חובה זו מחזקת דווקא את הצורך לשדר את התוכנית על מנת לאזן במקצת את הדעות הקדומות הרווחות בחלקים נרחבים בציבור. נוכח הקיפוח המתמשך, ממנו סובלים ההומוסקסואלים והלסביות מאז ומעולם, אף חיוני לעסוק בו באופן מוגבר, על מנת לעקור מן השורש את הבורות הקיימת ביחס אליו.

65. מאחר שעניין לנו בחופש הביטוי של בני נוער, יש ליתן משקל גם להוראות האמנה בדבר זכויות הילד (כ"א, כרך 31 עמ' 221), שנכנסה לתוקף בישראל ביום 2.11.91. באמנה זו קיבלו הילדים מעמד מיוחד בכל הנוגע לחופש הביטוי ולזכות הגישה לאמצעי התקשורת. לענין זה ר' סעיפים 48-51 לעתירה.

66. לסיום פרק זה יפים דבריו של פרופ' יוסף רז, במאמרו 'חופש הביטוי והזיהוי העצמי' (פורסם ב'זמנים', רבעון להסטוריה, הוצאת אוני' ת"א, זמורה ביתן מודן, גליון 50-51, חורף 1995, עמ' 52 - העתק המאמר מצ"ב):

"בזמננו, יותר מאי פעם, בני האדם תלויים בתקשורת הציבורית כדי לקבל את התחושה של לגיטימיות עצמית וכדי להרגיש שהבעיות והחוויות שלהם אינן סטיות מוזרות. תיאורם וביטויים הציבורי של דעות, הגיונות, חוויות והרגלים, שכולם יחד יוצרים סגנון חיים או אורח חיים נבדל ומוגדר, נותנים הכשר לאותן צורות חיים. אם מצנזרים את ביטויין, יש בכך גינוי סמכותי לא רק להשקפות או לדעות המצונזרות, אלא לכל סגנון החיים שהן חלק ממנו. בחברה פלורליסטית, המייחסת חשיבות רבה להכרה בקיומן ובערכן של דרכי חיים שונות, והמעוניינת בשימור התרבות ובהתחדשותה, חופש הביטוי הוא טובת הציבור, ולפיכך גם הזכות לחופש הביטוי היא טובת הציבור."

סיעון חמישי: החלטת השר לוקה באפליה פסולה

67. עקרון על יסודי נוסף שהושם לאל ע"י השר בהחלטתו לפסול לשידור את התוכנית הינו עקרון השוויון, אשר בדומה לחופש הביטוי זכה אף הוא להכרה וחשיבות עליונים בשיטתנו המשפטית, ועם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אף הועלה לדרגת עקרון על חוקתי.

בג"צ דנילוביץ בעמ' 760 מול ד'.  
בג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353, 362-363.  
בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 130-133.

68. ההחלטה לצנזר את התוכנית, העוסקת בזהות מינית, ועצם התפיסה שיש להתייחס באופן מיוחד ושונה להומוסקסואלים וללסביות, מצביעה על אפליה פסולה כלפיהם. אין להתייחס לתוכנית, שעניינה הנטייה החד-מינית בדרך שונה מזו לה זוכה כל תוכנית אחרת. עקרון השוויון מחייב להתייחס באופן שווה לכל תופעה חברתית/ביולוגית, המאפיינת חלק נכבד מהציבור, אשר אינה טבעית פחות מכל תופעה אחרת שיצורי אנוש ניחנו בה, ואשר מהווה חלק מהמגוון האנושי הקיים.

69. השר מנסה לרכז את עמדתו, כאשר הוא טוען כי אינו מתנגד לשידור התוכנית בכל מסגרת אחרת, ובלבד שלא תוקרן במסגרת שידורי המשיבה 2, הוא סבור כי באם תשודר התוכנית במשבצת שידור אחרת ישמר חופש הביטוי (סעיף 33 לתצהירו). ולא היא. עצם ההתייחסות לתוכנית העוסקת בנושא ההומו-לסבי ככזו שאינה ראויה לשידור במסגרת מסוימת בהיותה "בעייתית" במיוחד - מפלה את ההומוסקסואלים והלסביות באופן בוטה ומציגה אותם באור שלילי.

70. לא ניתן לדבר על עקרון השוויון בהקשר להומוסקסואלים ולסביות מבלי להזכיר שוב את בג"צ דנילוביץ, שבו הלך בית משפט נכבד זה צעד חשוב לקראת השוואת מעמדו של ציבור זה לא כפרטים, אלא גם במסגרת הזוגית החד-מינית. עוד לעניין זה ר' את פסקי הדין הנזכרים בסעיפים 32-33לעיל.

71. על ההשפעה הקשה של אפליה כנגד קבוצת אנשים בשל תכונה המאפיינת אותם עמד כב' השופט ברק (כתוארו אז) בבג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב יפו, פ"ד מב(2) 309, 332:

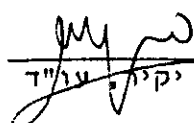
"אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם".

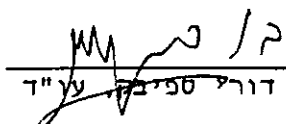
סיעון ששי: החלטת השר מנוגדת להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

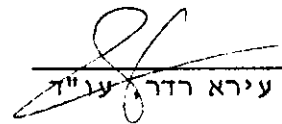
72. התייחסותו של השר כלפי ההומוסקסואלים והלסביות, ובמיוחד קביעתו, כי הם לוקים ב"פגם מוסרי" (סעיף 28 לתצהירו) מהווה פגיעה קשה בכבודם. הטבעת אות קין שכזה על מיצחה של אוכלוסיה שלמה, ועוד ע"י השר הממונה על החינוך - מהווה את אחת הפגיעות הקשות ביותר שניתן להעלות על הדעת בכבודו של אדם. פגיעה זו אינה מתיישבת עם הוראות סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיו: "אין פוגעים בכבודו של אדם באשר הוא אדם".

73. משזכו כבודו של אדם, כמו גם חופש הביטוי ועקרון השוויון (ר' סעיפים 53 ו-67 לעיל), למעמד של עקרונות על חוקתיים, המוגנים ע"י חוק היסוד, הרי שפגיעה בהם תוכל לעמוד במבחנו של בית המשפט הנכבד, רק אם תעמוד בפיסקת ההגבלה לפי סעיף 8 לחוק היסוד. החלטת השר אינה עומדת במבחן זה.

74. תחושת בני הנוער ההומוסקסואלים והלסביות, כי השר האחראי על חינוכם רואה בהם קבוצה מוקצה מחמת מיאוס עד כי שידור תוכנית טלוויזיה בעניינם מהווה חשש לפגיעה בציבור - הינה מהתחושות המשפילות והמבזות ביותר שניתן להעלות על הדעת, אשר פוגעת קשות בזהותם העצמית של צעירים אלה.

  
דן יקונין עו"ד

  
דורית ספינקא עו"ד

  
עירא רדר עו"ד