

## חופש הביטוי בגוף ראשון קונדזמים על אוטובוסים - על תהליך גיבושה של פשרה בתיק חופש ביטוי

### הקדמת המערכת

בשנת 2003 הפיק הוועד למלחמה באיידס קמפיין שמטרתו עידוד השימוש בקונדזמים בקרב הומוסקסואלים. חברת "דן", שעל האוטובוסים שבבעלותה תוכננו להיתלות מודעות הקמפיין, חזרה בה מהסכמתה הקודמת לפרסום המודעות, בטענה כי תוכנן עלול לפגוע ברגשות הציבור. ברשימה זו יתאר עו"ד דורי ספיבק, סגן מנהלת התוכניות הקליניות בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב, אשר ייצג את הוועד, את סיפור המאבק המשפטי לפרסום הקמפיין, על השיקולים השונים והלבטים של מוביליו.

\* \* \*

### א. חופש הביטוי בחיי היומיום – אינספור משאים-ומתנים

אל הקליניקה לזכויות אדם של הפקולטה למשפטים, שבה אני מלמד, מגיעים סטודנטים כדי להתנסות וללמוד משפטים דרך השתתפות מעשית בייצוג לקוחות בתיקי זכויות אדם.<sup>1</sup> אחת התובנות המרכזיות שאנו מנסים להנחיל לתלמידים במהלך שנת לימודיהם בקליניקה היא שלצד עקרונות-היסוד החוקתיים המעגנים את זכויות האדם – עקרונות שעל חשיבותם למדו בשנותיהם הראשונות בפקולטה – בחיי היומיום ההגנה על זכויות האדם נפרטת לאינספור משאים-ומתנים, פשרות והסדרים מחוץ לכותלי בית-המשפט. אלה משאים-ומתנים המתנהלים, בהתאם למטבע-הלשון שטבע Mnookin, ב"צילו של המשפט".<sup>2</sup> את עקבותיהם של משאים-ומתנים אלה אי-אפשר למצוא בפסקי-

\* תודה לישי בלנק, למיכאל בירנהק ולחברי המערכת על הערותיהם החשובות, ולסטודנטים איסר בירגר, רועי דלה, רונן זיו ומאיה מארק, שעמלו לילות כימים בעבודה על התיק המתואר ברשימה זו.

1 על הקליניקות המשפטיות, שהחלו לפעול בכל הפקולטות למשפטים בשנים האחרונות, ראו סטיב וויזנר "הקליניקה המשפטית: חינוך משפטי בשם האינטרס הציבורי" עיוני משפט כה(2) (תשס"ב) 369; נטע זיו "חינוך משפטי ואחריות חברתית: על הזיקה בין הפקולטה למשפטים והקהילה שהיא מצויה בה" עיוני משפט כה(2) (תשס"ב) 385; יובל אלבשן "ריח הגלימה כריח השדה" – על יעדי החינוך המשפטי הקליני" משפטים לד(3) (תשס"ה) 455.

2 Robert H. Mnookin & Lewis A. Kornhauser "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce" 88 *Yale L. J.* (1979) 950

דין, בוודאי לא בפסקי־דין עקרוניים שניתנו על־ידי בית־המשפט העליון. כדי להבין את עוצמת ההגנה על זכות־יסוד דוגמת הזכות לחופש ביטוי, צריך אומנם לשנן את שורת ההלכות העקרוניות שנפסקו בנושא, אך בה־בעת יש לבחון את הדרך שבה הלכות אלה מתורגמות למציאות: מה מוביל צד בהליך, המשוכנע שעקרון חופש הביטוי לצידו, להתפשר עם המבקשים לצנזרו? כיצד יש להבין את תפקידו של עורך־דין הפועל בשירות הציבור, <sup>3</sup> שנטל על עצמו, במסגרת קליניקה משפטית, לנהל מאבק משפטי עקרוני על חופש הביטוי של קבוצה, ומוצא את עצמו במשא־ומתן שבסופו סביר שיתפשר, במידה זו או אחרת, על העיקרון שעליו יצא להגן? ומיהם המשתתפים בשרטוטם של "הקווים האדומים" לפשרה כזו, אם בכלל? במסגרת רשימה קצרה זו לא אוכל להשיב על שאלות אלה, אולם אנסה לפרוש אותן בצורה מנומקת יותר, ולהדגים כיצד הן באות לידי ביטוי בעולם המציאות, באמצעות תיאור הלבטים והמורכבות של משא־ומתן אחד כזה שאותו ניהלתי במשך חודשים ארוכים, מתוקף תפקידי בקליניקה לזכויות אדם, עד לסיומו בהסכם פשרה שנחתם בחודש ינואר 2005.

### ב. קמפיין מנסה לצאת לדרך, ונחסם

בחודשים הראשונים של שנת 2003, לקראת אירועי הגאווה, שבהם נערכת פעילות ציבורית רבה של הקהילה ההומו־לסבית, הוחלט בוועד למלחמה באיידס להפיק קמפיין מודעות לעידוד השימוש בקונדום בקרב הומואים. זאת, לאחר שהתברר שחלה ירידה משמעותית במודעות לחשיבות השימוש בקונדום בקרב צעירים הומואים.

הדוגמן חי בן שושן, שזכה בתחרות "גבר השנה 2003" שערך הזמן הוורוד (עיתון הקהילה ההומו־לסבית), נבחר להוביל את הקמפיין, שבמרכזו הועמד המסר "עם קונדום: לי זה לא יקרה". הכוונה הייתה להעביר את המסר באמצעות סיפורו האישי של הדוגמן, שחי במשך שנה וחצי עם בן־זוג נשא איידס, ולא נדבק בנגיף. הוגי הקמפיין עיצבו תחילה מודעות על גבול הפרובוקטיביות, שתכליתן הייתה למשוך את תשומת־ליבם של הומואים צעירים: הדוגמן יפה־התואר לבש לבוש תחתון מינימלי בלבד, כשפג גופו העליון חשוף, והניף אצבע משולשת שעליה חבש קונדום. לחלק מהמודעות הוסף גם הכיתוב: "אני יכול לשכב עם אלף נשאים". באמצעות חברות העוסקות בפרסום שלטי־חוצות, סוכם שהמודעות יפורסמו בזמנית בתחנות־אוטובוסים ועל־גבי אוטובוסים בתל־אביב. ברם, ימים מספר לפני עליית הקמפיין, הסתבר שחברת "דן" מסרבת לפרסם את המודעות על האוטובוסים שבבעלותה, למרות הסיכום המוקדם. "דן" הדגישה את זכותה לא לאשר העלאת קמפיין פרסומי שתוכנו, לדעתה, גם, מתגרה ופוגע ברגשות הציבור בכלל

<sup>3</sup> להבחנה שבין עורך־דין הפועל בשירות הציבור (Public Interest Lawyer) לבין עורך־דין פרטי ראו יואב דותן "עורך הדין, המטרה הציבורית והלקוח האינדיווידואלי" עיוני משפט כג(3) (תש"ס) 697, 698. לניסיון מעניין לסיווג עורכי־דין ציבוריים על־פי הכלים המשפטיים המשמשים אותם לקידום מטרות ציבוריות, ראו: Thomas M. Hilbink "You Know the Type...: Categories of Cause Lawyering" 29 *Law & Soc. Inquiry* 657 (2004).

וברגשות הציבור הדתי בפרט. חופש הביטוי, מתברר, הוא בעיקר של אלה שהבמות שעל-גביהן ניתן להתבטא שייכות להם. נטולי הבמה נאלצים להתאים את הביטוי שלהם לדרישות הבעלים.

אם כך, גוף מסוים חווה פגיעה: רצונו לעשות פעולה בעולם נתקל בהתנגדות נחרצת. אולם איך קוראים לעוול שהוא חש וכיצד מגדירים אותו מבחינה משפטית? האם זו אפליה על רקע נטייה מינית (נגד הומואים ולסביות)? האם מדובר בפגיעה בחופש הביטוי? האם זו הפרת חוזה? ומיהו הנפגע – הוועד למלחמה באיידס, יוצרי המודעה או שמה ציבור ההומואים והלסביות, שהקמפיין שהופנה אליו באופן ספציפי נחסם? לכאורה, זה המקום לערב עורכי-דין ולהתחיל את הסיפור המשפטי.

עם זאת, הוועד, שביקש בראש ובראשונה לקדם מסר חיוני להצלת חיי אדם, החליט לבסות להתפשר. עוד קודם להזעקת המשפטנים – אשר עתידים לתת שם משפטי לפגיעה, להפנות "אצבע" משפטית מאשימה כלפי "דן" ולהגיש נגדה תובענה לבית-המשפט<sup>4</sup> – הסכים הוועד לשלושה שינויים משמעותיים במודעה: הכיתוב "אני יכול לשכב עם אלף נשאים" הוסר מהמודעות שיועדו לתלייה על האוטובוסים; הדוגמן צולם שנית כשהוא אוחז בקונדום בידו (במקום לחובשו על האצבע המשולשת); וצילום הדוגמן נחתך, כך שרק כתפיו החשופות נראו (ולא כל גופו). הוועד אף הסכים שהמודעות ייתלו על אוטובוסים שעיקר מסלולם במרכז תל-אביב, שבו מתרכזת הקהילה ההומו-לסבית, וכי הם לא ייתלו על אוטובוסים במסלולים הנוסעים בעיר בני-ברק. אילו קיבלה "דן" את המודעה המדוללת, היה חופש הביטוי של הוועד (ואולי של הקהילה ההומו-לסבית) נפגע, ואיש לא היה יודע על כך, וגם האפקטיביות של מסע ההסברה הייתה אולי נפגעת, ואיש לא היה קובל על כך.

אולם הוויתורים המהותיים שלהם הסכים הוועד לא סיפקו את "דן", והיא עמדה בסירובה. נסיונות להפעיל לחץ ציבורי על חברת "דן" לשנות את עמדתה, בין היתר על-ידי כלי-התקשורת ובאמצעות חברי-כנסת בדיון שנערך בוועדת הכלכלה של הכנסת,<sup>5</sup> לא עלו יפה. הפשרה נכשלה, והוועד למלחמה באיידס פנה לעורכי-דין ציבוריים (בתחילה למרכז השופט חיים כהן, ובהמשך לקליניקה), שנטלו על עצמם לייצגו פרו-בונו ופנו בשמו לערכאות.<sup>6</sup> בין לבין, ולנוכח חשיבותו של התיק, החליטה אגודת ההומואים

4 זאת, כמוכן, בהתאם לתהליך המשולש שמתארים פלסטינר ואחרים: מתן שם, האשמה, תביעה. ראו: William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming..." 15 *L. & Soc. Rev.* (1980–1981) 631, 641

5 ראו את פרוטוקול הדיון שנערך בוועדת הכלכלה של הכנסת ביום 16.7.2003: <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/kalkala/2003-07-16-01.html> (להלן: פרוטוקול הדיון בוועדת הכלכלה של הכנסת).

6 ה"פ (ת"א) 1140/03 הוועד למלחמה באיידס נ' דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ ומקסימדיה פרסום חוצות בע"מ, הוגשה לבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו ביום 22.9.2003. המבקשות יוצגו בראשית הדרך על-ידי מרכז השופט חיים כהן להגנה משפטית על זכויות האדם (הידוע גם כמשרד עורכי-דין "אדם"), המעניק ייצוג פרו-בונו בתיקים עקרוניים שעניינם פגיעה בזכויות אדם. הקליניקה לזכויות אדם קיבלה על עצמה את

והלסביות לבקש להצטרף לתובענה כמבקשת נוספת. חרף התנגדותה של "דן", אושרה בקשה זו, בהחלטה שיפוטית מנומקת שניתנה על-ידי השופטת הילה גרסטל.<sup>7</sup>

### ג. "תיק חשוב" או "תיק לפשרה"

הסכסוך הומשג על-ידי פרקליטי שני הארגונים באופן הבא: נטען ש"דן" היא גוף בעל מאפיינים ציבוריים מובהקים (בין היתר לנוכח מעמדה המונופוליסטי בתחום התחבורה הציבורית באיזור גוש דן והסבסוד הגבוה שהיא נהנית ממנו), שאסור לו לפגוע בחופש הביטוי. במיוחד נטען שאסור לגוף כאמור לפגוע בחופש הביטוי של מיעוט. פסילת ביטוי רק בשל היותו "הומואי", על אחת כמה וכמה לאחר אישורו של ביטוי זהה כמעט, שלא כלל מרכיב "הומואי", מהווה אפליה אסורה הן לפי עקרונות כלליים והן לפי הסדרים ספציפיים שונים.<sup>8</sup> המשגה זו הייתה אמורה להוביל את בית-המשפט להכרעה עקרונית בסוגיות שביקשו הארגונים לעורר אשר תתאם את סדר-היום הפוליטי-המשפטי שלהם: הרחבת תחולתן של ההלכות הפרוגרסיביות ביחס ללסביות ולהומואים מתחום המשפט הציבורי אל תחום המשפט הפרטי, ועל-כן החלתן גם על גופים דו-מהותיים, קרי, גופים פרטיים המסוגלים מבחינה משפטית כגופים שיש להם גם מאפיינים ציבוריים.<sup>9</sup> כרגיל במקרים כאלה, הפנייה לערוץ המשפטי הניבה תקוות וחששות גם-יחד: מחד גיסא, פשרה מהירה הייתה מספקת את המטרה הנקודתית, קרי, את הרצון לצאת עם מסע

7 הייצוג חודשים מאוחר יותר, לאחר שעו"ד שירי רפאלי ממשרד "אדם" נאלצה לפרוש מייצוגן של המבקשות בתיק עקב מינויה לכהונת שופטת.

8 בש"א (ת"א) 7626/04 האגודה לשמירת זכויות הפרט (אגודת ההומוסקסואלים, לסביות, טרנסג'נדרס וביסקסואלים בישראל) נגד דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ, דינים מחוזי לד(5) 673 (החלטה מיום 1.8.2004).

9 למשל, נטען כי לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2001, ס"ח 1765, 58, החובה לא להפלות חלה גם על גופים העוסקים במכירת שירותי פרסום. ראו לעניין זה את עמדתו של שופט בית-המשפט המחוזי בירושלים בועז אוקון בע"א 3060/02 (י"ם) שטרן נ' פלסטין פוסט בע"מ, דינים מחוזי לד(1) 731 (ניתן ביום 18.11.2003). המבקשות טענו ש"דן" הסכימה שנתיים קודם לכן לפרסום מודעה דומה שהופנתה לקהל הטרוסקסואלי, ומכאן שסירובה לפרסם את המודעה הנוכחית הינו הפליה ברורה מחמת נטייה מינית.

9 בתגובתה, טענה חברת "דן" כי היא חברה פרטית שאינה מחויבת בשמירה על חופש הביטוי על-גבי המודעות הנתלות על האוטובוסים שלה. דן הסבירה שהיא מונחת על-ידי שיקולים עסקיים בלבד, וכי פרסום המודעה יסב לה נזק כלכלי. החברה הישראלית, טענה "דן", טרם הגיעה לדרגת סובלנות גבוהה כלפי הומואים, ובעיני חלק גדול מן הציבור, מדובר עדיין בעניין הראוי לגנאי. כאשר להתייחסות במודעה לבן-זוגו של הדוגמן, ציטטה "דן" מדעת המיעוט של השופט קדמי בעניין דנילוביץ (בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 768), שלפיה הווג החד-מיני הינו זוג חריג, שאינו בא בגדר "זוג" בלשוננו ואינו מוכר כאחד מתאי-הגרעין של חברתנו. עוד חיזקה "דן" את עמדתה בציטוט חבר-הכנסת רביץ, מטעם אגודת ישראל, שלפיו "לא מוציאים כל דבר לחוצות" (פרוטוקול הדיון בוועדת הכלכלה של הכנסת, לעיל הערה 6).

הפרסום החיוני. מאידך גיסא, משהגיע ההודמנות לקבל פסק־דין "תקדימי", ראו בכך הארגונים ופרקליטיהם יתרון, שכן לא בכל יום מזדמן לארגונים תיק שבו מתעוררות שאלות משפטיות עקרוניות, שהכרעה בהן לטובת המבקשות עשויה להוות תקדים חשוב בהגנה על זכויות האדם. אכן, על פניו התאים התיק מאוד להתדיינות ולפסק־דין. הכל היה ערוך ומוכן להכרעה שיפוטית עקרונית: מה היקף תחולתו של חופש הביטוי על גופים דו־מהותיים? מהי דרך יישומו של עקרון איסור ההפליה מחמת נטייה מינית במקרה של התנגשות בינו לבין פגיעה נטענת ברגשות הציבור כתוצאה ממודעה שתוכנה מתייחס באופן חיובי לזוגיות יציבה בין בני אותו המין? וכיצד יפרש בית־המשפט את הוראות חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2001, שנחקק זה לא כבר, ואשר יש הטוענים כי חולל מהפך בכל הקשור לדיני איסור הפליה בספרה הפרטית?<sup>10</sup>

כל זה היה טוב ויפה עד שהגיעו הצדדים לאולם הדיונים. באותו רגע נתקלה השאיפה להכרעה ערכית־עקרונית במשוכה גבוהה עד־מאוד. כידוע, בית־המשפט, הכורע תחת עומס התיקים, עושה תמיד את מירב המאמצים להימנע מהתדיינות ממושכת ומהצורך לכתוב פסק־דין מורכבים. לעולם יעדיף בית־המשפט שהצדדים יגיעו לפשרה. וכך, לא במפתיע, נהג גם בית־המשפט המחוזי בתל־אביב, שנדרש לדון בתובענה. השופטת הילה גרסטל, שלפניה נקבע התיק לראשונה, הודיעה מייד עם תחילת הדיון כי התיק מתאים לפשרה, ואף הפנתה את הצדדים להליך גישור, שנמשך חודשים ארוכים.<sup>11</sup> אף השופט שמואל ברוך, שאליו הועבר התיק לאחר שנסיונות הגישור לא צלחו, הודיע מייד עם תחילת הישיבה הראשונה כי הוא אינו מבין מדוע הצדדים אינם מתפשרים.<sup>12</sup> האם נסיונות לפשרה מתאימים לכל תיק, ואפילו לתיקים שנדרשת בהם הכרעה עקרונית כמו בתיק זה? העובדה שהלחצים להתפשר מכשירים לכאורה כשלעצמם פגיעה בחופש הביטוי (בהנחה שבית־המשפט אכן היה מקבל את הטענה שמדובר בפגיעה בחופש הביטוי), מצננים ביטויים עתידיים, ומרתיעים אפילו את הצדדים המעטים שמצליחים להתגבר על הקשיים שבפתיחה בהליך שיפוטי – לא הטרידה את בית־המשפט. לא הטרידה את בית־המשפט גם העובדה, שעליה הצביע פִּיס,<sup>13</sup> שמוסד הפשרה נעדר באופן מוחלט מנגנונים שיוכלו להבטיח שההסכמה לפשרה, שתינתן על־ידי עורך־הדין המייצג, אכן תייצג באופן הולם את הרצון והאינטרסים של הקבוצה המושפעת מההליך – ובמקרה זה ההומואים והלסביות.<sup>14</sup> ונקודה מטרידה אחרונה, שאף עליה הצביע פִּיס: בית־המשפט לא הוטרד מן העובדה שפערי הכוחות והמשאבים שבין הצדדים משפיעים על המגעים לפשרה באופן

10 משה כהן־אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג(1) (תשס"ג) 15; ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" עלי משפט ג(1) (תשס"ג) 37.  
11 ישיבת קדם־משפט שהתקיימה ביום 16.12.2003.  
12 ישיבת קדם־משפט שהתקיימה ביום 30.11.2004.  
13 Owen M. Fiss "Against Settlement" 93 *Yale L. J.* (1984) 1073, 1075.  
14 השוו נטע זיו "עריכת דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אחרות בייצוג משפטי של קבוצות מיעוט בישראל" משפט וממשל ו(1) (תשס"א) 129.

שמקנה יתרון לא־הוגן לצד החזק בהליך.<sup>15</sup> כך, בתיק זה, העובדה שלארגונים שפנו לבית־המשפט היו משאבים מוגבלים יחסית לצורך ניהול הליך משפטי, שהיה עלול להימשך עוד שנים ארוכות, ושפער הכוח והמשאבים בינם לבין חברת "דן" היה מובהק, היוותה שיקול משמעותי מצד הארגונים התובעים לנסות ללכת כברת־דרך ארוכה – אולי ארוכה מדי – בכיוון של פשרה. פעם אחר פעם נשאלתי על־ידי ראשי הארגונים שאותם ייצגתי, במהלך המשא־ומתן שאתאר מייד, אם אני משוכנע בכך שנצצה בסופו של ההליך, ואם לאו, אם אני משוכנע בכך שלכל־הפחות לא יחויבו הארגונים התובעים לשאת בהוצאות המשפט. על־אף בטחוני ביכולת להגיע להישג משפטי, לא יכולתי לשלול לחלוטין את האפשרות שבסופו של המאבק הארוך (אשר סביר להניח שהיה מגיע אף לבית־המשפט העליון, ביושבו כבית־משפט לערעורים אזרחיים) תהא ידינו על התחלונה. לא יכולתי גם, כמובן, לשלול את האפשרות לחיוב בהוצאות, על־אף הסיכוי הנמוך לכך.

#### ד. התלבטויות בדרך לפשרה

על מה נסבה למעשה המחלוקת בין הצדדים?



הכיתוב הקטן, הבלתי־נראה כמעט, שבתחתית המודעה (המתוקנת) הוא שעמד במוקד המחלוקת. "דן" דרשה למחוק כליל כל כיתוב המייחס לדוגמן המצולם את העובדה שהוא הומו שחי עם גבר אחר. "דן" חזרה וטענה כי היא אינה מבינה מדוע אי־אפשר לערוך את המודעה כך שתופנה לכלל הציבור, כפי שנהג הוועד למלחמה באיידס במקרים קודמים. באופן ספציפי, הסכמתה של "דן" לפרסום הותנתה בכך שמן המודעה יימחק הכיתוב "חי עם בן זוג נשא שנה וחצי ולא נדבק". העובדה ש"דן" שמה את הדגש בדרישה להימנע מאזכור זוגיות בין גברים, וניסתה להסוות את עמדתה ההומופובית בטענה שמדובר בסך־הכל בעמדה המגלה רגישות לציבורים בישראל המתנגדים לזוגיות הומואית, הובילה את השופט שמואל ברוך להציע לצדדים לשקול הצעת פשרה, שלפיה במקום הכיתוב

15 Fiss, *supra* note 13, at p. 1076. אך ראו גם את הערתה של מנקל־מדו, שלפיה פיס מגזים ביחסו לבית־המשפט, להבדיל ממוסד הפשרה, יכולת טובה לגשר על פערי הכוחות בין הצדדים: Carrie Menkel-Meadow "For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference" 33 *UCLA L. Rev.* (1985) 485, 501.

שבמחלוקת תירשם המילה "הומוסקסואל" או כל הגדרה מקובלת אחרת לנטייתו המינית של המצולם במודעה. דהיינו, שיהיה ביטוי לכך שהמצולם הומו, מצד אחד, אך שלא יהיה ביטוי לכך שלמצולם היה בן-זוג נשא במשך תקופה ארוכה, מן הצד האחר. ל"דן" היה רעיון אחר. בהמשך המשא-ומתן היא הציעה שיירשם בחלקו השני של המשפט כי הדוגמן "גר" עם נשא, תוך השמטת התיבה "בן זוג", ובכך ייווצר הרושם שהשניים היו שותפים לדירה, ולא דווקא בני-זוג.

"תהיה רציני", אמרו לי חברים משפטנים. "האם תנהל תיק משפט שלם רק בגלל התעקשות על הביטוי 'חי עם בן זוג נשא' במקום 'גר עם נשא'? זו עמדה קטנונית ומגוחכת. בית-המשפט לא יקבל דחיית פשרה מסיבה כזו." כנגד זה אמרו לי הסטודנטים העובדים על התיק: "האם ניתן לגיימיציה לצנוור כל התייחסות לזוגיות הומו-לסבית על-גבי מודעות, רק משום שגורמים דתיים לוחצים על 'דן' להוריד מילים כגון אלה מן המודעה?<sup>16</sup> ומה בדבר הרצון שלנו להשיג ניצחון משפטי שיכלול דיון מהותי בשורת הסוגיות העקרוניות שבמחלוקת? האם פשרה לא תכשיר התנהגות הומופובית דומה בעתיד? האם הרעיון הגדול של חופש הביטוי אינו מצדיק מאבק משפטי חסר פשרות, דווקא כאשר כל מה שהצד האחר רוצה הוא לשנות 'רק כמה מילים' במסר שבעל הביטוי מבקש להעביר?"

כפי שמצאו Sarat & Felstiner,<sup>17</sup> חלוקת האחריות והכוח בין עורכי-דין ולקוחותיהם הינה עניין מורכב וסבוך גם כאשר מדובר בייצוגו של לקוח יחיד, על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בייצוג קבוצה. במאמר שפורסם לפני שנים אחדות, הציע Rubenstein<sup>18</sup> לחייב מבחינה אתית עורכי-דין המצויים בסיטואציה של ייצוג במאבק זכויות אדם, שיש לו השלכות-רוחב על קבוצה גדולה, להסתפק אך ורק בקבלת ההחלטות "המקצועיות" ובייעוץ משפטי-מקצועי, ולהותיר את האחריות המלאה לניהול ההליך בידי חברי הקהילה הרלוונטית, שאמורים להכריע, באופן דמוקרטי ככל האפשר, בדבר דרך ניהולו של המאבק. למשל, ניתן לדמיין פרסום מודעות בכלי-התקשורת המזמינות את חברי הקבוצה הרלוונטית לאספה גדולה, שבה ייערך דיון ביתרונותיו ובחסרונותיו של הסדר פשרה. אפשר אולי לחשוב גם על קיום סקר גדול בקרב חברי הקבוצה הרלוונטית, שעשויה להיות מושפעת מהסדר הפשרה, שייתן מושג מסודר יותר לגבי עמדותיהם של חברי הקבוצה בסוגיה, או אולי לקיים דיון בפורומים באינטרנט. אולם מה משמעותם המעשית של רעיונות תיאורטיים אלה? אני למדתי לגלות כי משמעותם אפסית. ללקוחותיי (או לי עצמי) לא היו הידע, הזמן, המשאבים והאנרגיות לנסות ליישם. שני הארגונים שייצגתי הודיעו לי באופן קטגורי כמעט: "אנחנו סומכים עליך ועל עצתך; אחרי הכל, אתה מנהל

16 לפרספקטיבה היסטורית ראו יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948-1988" סוציולוגיה ישראלית א(2) (תשנ"ט) 257.

17 Austin Sarat & William L.F. Felstiner "Enactments of Power: Negotiating Reality and Responsibility in Lawyer-Client Interactions" 77 *Cornell L. Rev.* (1992) 1447.

18 William B. Rubenstein "Divided We Litigate: Addressing Disputes Among Group Members and Lawyers in Civil Rights Campaigns" 106 *Yale L. J.* (1997) 1623.

את התיק; אתה יודע להעריך את הסיכויים והסיכונים בצורה הטובה ביותר; תחליט מה שתחליט." העובדה שאני עצמי חבשתי בתיק זה כובע כפול, של עורך־דין ציבורי "מקצועי" ושל פעיל בקהילה ההומואית, לא הקלה עליי בקבלת ההחלטה שהתבקשתי לקבל.<sup>19</sup>

לאחר התלבטות לא־פשוטה, שבה נטלו חלק פעיל סטודנטים בקליניקה, עם דעות לכאן ולכאן, החלטנו ללכת לפשרה, שבמסגרתה הסכמנו לנוסח "חי עם נשא", תוך ויתור על התיבה בעלת החשיבות הסימבולית "בן זוג", ואילו "דן" נסוגה מדרישתה ל"גר עם". הטקסט שעליו חתמנו בסופו של דבר היה זהה כמעט לזה המופיע במודעה שלעיל. הביטוי היחיד שנשמט, כאמור, הוא "בן זוג".<sup>20</sup>

### ה. ברכות וביקורות

הטלפונים הרבים והפתקים על זרי הפרחים ברכו אותי על ההישג. בתום שנה וחצי של עימות משפטי, חתמתי, כבא־כוח של הוועד למלחמה באיידס ואגודת ההומואים והלסביות, על הסכם הפשרה עם חברת "דן". בית־המשפט המחוזי נתן להסכם תוקף של פסק־דין. קמפיין המודעות על אוטובוסים, לעידוד השימוש בקונדומים בקרב צעירים הומואים, עמד לצאת סוף־סוף לדרך. כמה שעות מאוחר יותר הועבה שמחתי. גלשתי באינטרנט אל הפורומים הפוליטיים של הקהילה, כדי לעקוב אחר תגובות נוספות על הסכם הפשרה. "הכנסתם את כולנו לארון", "תבוסה משפילה מול הממסד", "לא ברור מה ההישג כאן" "יצאו עם הונב בין הרגליים" ו"החמצה גדולה" – אלה רק דוגמאות מייצגות של הביקורות הנוקבות שהופיעו שם. לפתע נתקפתי ספקות. האם המבקרים צודקים? האם לא שילמנו מחיר גדול מדי בהחלטה לוותר בהסכמה – בשם ההכרה בחשיבותו של מוסד הפשרה ומתוך רצון לצאת לאלתר במסע הפרסום החיוני למאבק במחלת האיידס – על התייחסות לזוגיות בין גברים במודעה המתפרסמת על־גבי אוטובוס ציבורי?

19 לתיאור מרתק של הדילמות הכרוכות בייצוג קבוצה שעורך־הדין המייצג נמנה עימה, ראו: Nancy D. Polikoff "Am I My Client? The Role Confusion of a Lawyer-Activist" 31 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* (1996) 443

20 במסגרת הסכם הפשרה, שנחתם ואושר על־ידי בית־המשפט המחוזי ביום 16.1.2005, שונה עניין מהותי נוסף במודעה המקורית, שאליו לא אוכל להתייחס במסגרת רשימה קצרה זו – הוסכם כי הדוגמן ילבש עליו גופייה, ובתמורה תממן "דן" את קמפיין הפרסום, וזאת לנוכח קשייהן הכלכליים של המבקשות.