

חופש הביטוי

## מול האיסור על פגיעה ברגשות דתיים

(רקע היסטורי, משפט מצוי ומשפט רצוי)

יהושע מנחם רוזנברג

ירושלים

אלול תשע"א ספטמבר 2011

## תקציר העבודה

העבודה עוסקת בערכים מתנגשים. היא בוחנת את הלגיטימיות של הגבלת חופש-הדיבור לצורך הגנה על רגשות-דתיים. נעשה בה ניסיון לברר מחדש את מעמדו של "חופש-הדיבור" במשפט הישראלי. מועלית השאלה: האם ראוי "חירות-הדיבור", זכות שהיא כולה יצירת הפסיקה, לכתרים שבהם הוכתרה ע"י שופטי ביהמ"ש העליון - "זכות-על"<sup>1</sup> "זכות בין זכויות היסוד החוקתיות"<sup>2</sup>, האומנם ראוי חופש הביטוי ל'מעמד-על' משפטי<sup>3</sup> במשפטנו?

רגשות הם מרכיב מרכזי בחיי בני האדם, רכיב יסודי בנפש האדם, וחלק מהותי בתודעתו. עולם הרגשות מהווה חלק חשוב מאוד באישיות האדם.

שאלות המחקר שאעלה: האם פגיעה ברגשות היא טעם מספיק להצדיק הגבלת חופש-הביטוי? האם פגיעה קשה, רחבה, ועמוקה ברגשות כשלעצמה, מבלי שנלווית לה סכנה ממשית לסדר הציבורי, עשויה להצדיק הגבלת חופש-הביטוי?

העבודה מנסה להתמודד עם ההצעות הקוראות לבטל את ההגנה על רגשות דתיים במשפט הפלילי, או להתנות את האיסור הפלילי רק למצבים שנועדו למנוע גזענות, אלימות, הפרת הסדר הציבורי או פגיעה במקומות פולחן, בשל הנזק שעבירה זו מסבה לעיקרון חופש-הביטוי.<sup>4</sup>

אני מציע שלא למחוק את הסעיפים העוסקים בפגיעה ברגשות-דתיים, אלא להשלימם ולכלול בהם איסור לפגוע ברגשות הזולת בכלל. מגמה כזו קיימת בחלק ממדינות המשפט הקונטיננטלי,<sup>5</sup> העוברות מהגנה המוענקת בדין הפלילי לדת בלבד, לעמדה כללית המגבילה ביטויים המבזים כל אמונה ותפיסה אידיאולוגית<sup>6</sup> מן הראוי לדחות את חופש הביטוי מפני הערך הנעלה של איסור הפגיעה ברגשות הזולת, שיש להקנות לו מעמד חוקתי. כמו כן מוצע להוסיף לעבירה את יסוד הכוונה. בעבודה מוצע להמיר את שיח הזכויות המשפטי, המתמקד בעקרונות אבסטרקטיים ובהכרעה היררכית במאבק בין זכויות של פרטים, בשיח החברתי שאפיין את החברה הישראלית בשנותיה הראשונות של המדינה. לצידו לאמץ את "שיח היחסים"<sup>7</sup>, המהווה שילוב רעיוני בין עקרונות ליברליים מרכזיים ובין קוויה המנחים של אתיקת הדאגה לזולת (ethic of care).<sup>8</sup> במקום הכרעה היררכית במאבק בין זכויות (תובע-נתבע / מנצח-מפסיד) מציע שיח-היחסים ראייה המתמקדת במאפייניו הייחודיים של כל פרט, או של כל קבוצה בחברה, ובמארג היחסים בינו ובין זולתו, ובינו לבין חברתו.

העבודה נכתבה במסגרת הסמינריון "דמוקרטיה וזכויות אדם: היבטים תיאורטיים ומעשיים", בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, והוגשה לד"ר יוסי נחשתן.

<sup>1</sup> השופט אגרטל בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871. (1953) (להלן בג"ץ קול-העם) 876, 878.  
<sup>2</sup> השופט שמגר בע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בש"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295.  
<sup>3</sup> שם, (ה"ש 2) "אופיו המתואר של חופש הביטוי כזכות בין זכויות היסוד החוקתיות מעניק לו מעמד על משפטי".  
<sup>4</sup> מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר, רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי: הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים, (אורי דרומי עורך), תשס"ד, 2003 (להלן: קרמניצר רגשות).  
<sup>5</sup> פרק 11 בסעיף 166 לקוד הפלילי הגרמני. סעיף 261 לקוד הפלילי השווייצרי.  
<sup>6</sup> ראו קרמניצר רגשות, ה"ש 4 לעיל, תיאור המצב המשפטי הנוהג בגרמניה ובשווייץ.  
<sup>7</sup> רות זפרן, "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה - מספר הערות על דאגה וצדק", משפט חברה ותרבות, 'נפלאו ממני' - משפטים על אהבה (חנה נווה, אורנה בן-נפתלי-עורכות, רמות, תשס"ה) 605, 643.  
<sup>8</sup> קרול גיליגן, בקול שונה - התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (נעמי בן חיים - מתרגמת) ספריית הפועלים, תשנ"ו.

## תוכן העניינים

תקציר העבודה	עמ' 2
תוכן העניינים	עמ' 3
מבוא	עמ' 4
פרק ראשון: - חופש-הביטוי ומעמדו במשפט הישראלי	עמ' 6
פרק שני: פגיעה ברגשות: תיאור המצב העובדתי בחוק הישראלי	עמ' 14
תולדותיו של הסעיף בחוק הפלילי	עמ' 15
ביקורת על החוק	עמ' 17
פרק שלישי: פגיעה ברגשות-דתיים בפסיקה הישראלית - תיאור מצב	עמ' 19
אכיפה סלקטיבית של החוק?	עמ' 23
שאלת האיזון	עמ' 23
מצעד הגאווה כמקרה בוחן	עמ' 25
פרק רביעי: הניסיון להגן בחוק על רגשות-דתיים דווקא	עמ' 28
פרק חמישי: ההצעות הקיימות לתיקון החוק	עמ' 29
הצעה אלטרנטיבית	עמ' 30
הנימוקים להצעה	עמ' 31
סיכום	עמ' 34
ביבליוגרפיה	עמ' 35

## מבוא

העבודה עוסקת בסולם הערכים של החברה הישראלית. היא מתמקדת בשני ערכים בלבד: חופש הביטוי, ופגיעה ברגשות דתיים. על כפות המאזניים עומדים שני אינטרסים מתנגשים: כיבוד רגשות דתיים וחופש הביטוי. כאשר שני ערכים מתנגשים זה בזה האם יש חובה להכריע איזה מהם גובר או שמא קיים פיתרון אחר?

**חופש-הביטוי** היא זכות בסיסית לפרט הבודד וערך חשוב לחברה בכללה.<sup>9</sup> אחת החירויות ההכרחיות בדמוקרטיה הליברלית, היא החירות לבטא באופן הנלהב ביותר, ביטוי חמור ביותר של אי-הסכמה.<sup>10</sup> מעמדו של חופש הביטוי כזכות יסוד יצירת הפסיקה, הלך והתחזק בפסקי הדין בישראל במשך השנים.<sup>11</sup>

על ביטוי שפגע פגיעה קשה בניצולי שואה אמר השופט ברק:

"חופש הביטוי אינו רק החופש לבטא או לשמוע דברים המקובלים על הכול. חופש הביטוי הוא

גם החופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוטות, אשר הציבור סולד מהן ושונא אותן"<sup>12</sup>

**רגשות** הם מרכיב מרכזי בחייהם של כל בני האדם, רכיב יסודי בנפש האדם, וחלק מהותי בתודעתו. עולם הרגשות מהווה מרכיב חשוב מאוד באישיותו של אדם.

על גבולותיו של חופש הביטוי אמר השופט לנדוי:

"אכן, זכות ההבעה החופשית של האזרח היא אחת מזכויות היסוד של האזרח, אבל גם היא

אינה יכולה להתקיים ללא כל הגבלה. חרות הופכת לאנרכיה, אם אין היא מלווה חוש מידה

וריסון עצמי של אזרח בן חורין".<sup>13</sup>

נשאלת השאלה: מה הם גבולותיו של חופש הביטוי? האם פגיעה קשה, רחבה, ועמוקה ברגשות כשלעצמה, ומבלי שנלווית לה סכנה ממשית לסדר הציבורי, עשויה להצדיק הגבלה של חופש הביטוי? מהי נוסחת האיזון בין חופש הביטוי לבין אינטרס מוגן כמו רגשות הזולת. יש הטוענים כי החיים בחברות הטרוגניות ורב-תרבותיות, כמו מדינת ישראל מזמנים אינספור מצבים המכילים פוטנציאל ממשי לפגיעה ברגשות מסוגים שונים. הגנה בחוק מפני פגיעות כאלו עלולה להגביל כמה חירויות אזרח. לא רק חופש הביטוי אלא גם חופש העיסוק וחופש התנועה.<sup>14</sup>

בשנים האחרונות נכתבו דברים הרבה בעניינה של חירות הביטוי,<sup>15</sup> ועדיין נותרה לי בקעה להתגדר בה.

<sup>9</sup> בג"צ 7144/01 גוש שלום עמותה רשומה נ' רשות השידור, בג"צ 153/83 אלן לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, בג"צ 316/03 מוחמד בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ועוד.

<sup>10</sup> Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)

<sup>11</sup> פ' להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים ז (תשל"ז) 375; בג"צ "קול העם" ה"ש 1 לעיל, עמ' 871; בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 280 255; בג"צ 680/88 מאיר שניצר, אלוף בן, עיתונאי, עיתונות מקומית בע"מ נ' הצנזור הצבאי הראשי, מר יצחק שני, שר הביטחון, פ"ד מ"ב(4) 617; בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1986); בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683 (1989); בג"צ 606/93 קידום נ' רשות השידור ואח', פ"ד מח (2) 1

<sup>12</sup> בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 280 255

<sup>13</sup> ד"ר 39/66 זאב אלטגר נ' מועצת עיריית רמת גן, פ"ד כא(1) 418

<sup>14</sup> קרמניצר רגשות, ה"ש 4 לעיל.

<sup>15</sup> בנושא זה נכתבה ספרות רחבה לצד מאות פסקי דין שעניינם היבטים שונים של חופש-הביטוי. ראה למשל: א' ברק, "המסורת של חופש-הביטוי בישראל ובעיותיה", משפטים כז (תשנ"ז), עמ' 223; "דברים אחדים", אביב 1997 (המאמר נמצא גם באתר "עושים תקשורת").

א' דיין-אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש-הביטוי", עיוני משפט כ (תשנ"ז), עמ' 377; ר' כהן-אלמגור, טיעון הפגיעה ברגשות להגבלת חירות הביטוי: תיאוריה וישום, ספר שמגר, תשס"ג-2003

בחרתי בנושא זה מתוך הרצון להתמודד עם ההצעות הקוראות לבטל את ההגנה על רגשות דתיים במשפט הפלילי, ובעיקר עם עמדתם של החוקרים, פרופ' מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר, המציעים להתנות את האיסור הפלילי רק למצבים שנועדו למנוע גזענות, אלימות, הפרת הסדר הציבורי או פגיעה במקומות פולחן, בשל הנזק שעבירה זו מסבה לעיקרון של חופש הביטוי.<sup>16</sup>

שאלות המחקר שאבדוק במהלך העבודה יהיו:

מה משמעותה של הזכות לחופש הביטוי ועל איזו קרקע צמחה. האומנם "חירות-הביטוי" היא ערך חוקתי או 'ערך-על' הגובר על ערכים אחרים? האם מוצדק להגביל את חופש-ביטוי כדי להגן על רגשות הציבור בכלל ועל רגשות-דתיים בפרט? האם יש להתיר פגיעה ברגשות כדי למנוע הגבלה על חופש הביטוי? האם יש מקום להבחין בין פגיעה מכוונת לבין פגיעה בלתי מכוונת, בין פגיעה ברגשות הרוב לבין פגיעה ברגשות המיעוט.

אתמקד בשאלה מדוע מגן החוק הישראלי דווקא על רגשות דתיים ונמנע מלהגן על רגשות אחרים. מהו הטעם ההיסטורי והאם קיים טעם מהותי לייחד את הפגיעה ברגשות דתיים ולתת לה מעמד של איסור פלילי מיוחד. האם יש הצדקה מתמשכת לייחוד של הפגיעה ברגשות דתיים על פני פגיעה ברגשות מסוגים אחרים.

במהלך העבודה אבחן את "חופש-הביטוי" בחקיקה, בפסיקה ובדעות הנשמעות במחקר. אבדוק את החקיקה הנוגעת לרגשות בכלל ולרגשות דתיים בפרט ואת תולדותיה, ואבחן את יחס הפסיקה להתחשבות ברגשות. בחרתי במצעד הגאווה בירושלים כמקרה בוחן לבדיקת עמדת בית המשפט בהתנגשות בין הערכים. אציג את הביקורות המושמעות כנגד החוק האוסר על פגיעה ברגשות דתיים, ואת ההצעות לביטולו ולבסוף אציע פיתרון אלטרנטיבי.

**מבנה העבודה:**

**בפרק הראשון** אדון בחופש-הביטוי ובמעמדו במשפט הישראלי. במסגרתו אדון בריסונה של חירות זו. **בפרק השני** אתאר את המצב בחוק הישראלי בנוגע לפגיעה ברגשות. במסגרתו אדון בתולדות הסעיף בחוק ובביקורת הנשמעת כלפיו.

**בפרק השלישי** אתאר את המצב בפסיקה הישראלית. אשתמש בפסיקה הנוגעת למצעד הגאווה בירושלים כמקרה-בוחן. במסגרתו אדון בשאלת האיזון-הפסיקתי.

**בפרק הרביעי** אעלה את בעיית ההגנה על רגשות-דתיים דווקא. במסגרתו אדון בשאלות:

האם ראויים בכלל רגשות להגנה ומדוע? האם ומתי מוצדק להגביל את החופש-הביטוי כדי להגן על רגשות? האם פגיעה קשה, רחבה, ועמוקה ברגשות כשלעצמה, ומבלי שנלווית לה סכנה ממשית לסדר הציבורי, עשויה להצדיק הגבלה של חופש-הביטוי? היש מקום בחברה דמוקרטית להעניק מקום מיוחד בחקיקה פלילית להגנה דווקא על רגשות של אנשים דתיים ועל אמונתם?

**בפרק החמישי** אציג את ההצעות לתיקון החוק ואעמיד למולן הצעה אלטרנטיבית הנובעת מעמדתי האישי.

---

א' כשר, פגיעה ברגשות וטובת הכלל: בעקבות בג"צ מיטראל, משפט וממשל, ב' (1): 289-302, 1994.  
ד' סטמן, פגיעה ברגשות-דתיים, בקובץ רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 1998.  
דורי ספיבק, קונדומים על אוטובוסים – על תהליך גיבוש של פשרה בתיק חופש הביטוי, באינטרנט.  
<http://www.tau.ac.il/law/clinics/files-for-clinikan/condoms.pdf>

ג' פסח, "הבסיס העיוני של עקרון חופש-הביטוי", משפטים לא (תשס"א), עמ' 895.  
ר' שגב, מ' קרמניצר, חופש הביטוי הצדקות וסייגים, 2008.

<sup>16</sup> קרמניצר רגשות הי"ש 4 לעיל.

## פרק ראשון - חופש-הביטוי ומעמדו במשפט הישראלי.

מקובל לטעון, שחופש-הביטוי, שהוא ערך חשוב במשטר-דמוקרטי,<sup>17</sup> הינו תנאי חיוני והכרחי לקיומו של משטר דמוקרטי וליציבות השלטון. בפסקי דין שונים מכנה בג"צ את חופש הביטוי: "זכות-על"<sup>18</sup> "זכות-עילאית" "זכות בין זכויות היסוד החוקתיות",<sup>19</sup> "זכות שיש לה מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם",<sup>20</sup> "לחופש הביטוי מוקנה בפסיקה 'מעמד-על' משפטי",<sup>21</sup> הוא מכונה "ציפור הנפש של הדמוקרטיה".<sup>22</sup> כאשר מדברים על חופש הביטוי מדובר למעשה בצרור של זכויות כגון: הזכות להפגין ולהתאסף, הזכות לפרסם, הזכות לכתוב, ליצור, חירותו של אדם להשמיע את דעתו ועוד. חופש הביטוי מתייחס למגוון רחב של תכנים, פוליטיים, ספרותיים, אומנותיים, של דעות מקובלות, חריגות או מעוררות סלידה.

חירות זו נחשבת בעולם החופשי לאחת מזכויות-היסוד של האדם:

"כל אדם זכאי לחירות הדעה והביטוי לרבות החירות להחזיק בדעות ללא כל הפרעה, ולבקש

ידיעות ודעות, ולקבלן ולמסרן בכל הדרכים וללא סייגי גבולות".<sup>23</sup>

בפסיקה ובכתביה המשפטית<sup>24</sup> מובאים נימוקים אחדים לחשיבותו של חופש הביטוי במישור האישי והחברתי. ההצדקות המרכזיות מופיעות ומנותחות בפסק הדין "קול העם"<sup>25</sup>. תמצית הנימוקים המובאים בספרות הם:<sup>26</sup>

1. התרומה של חופש הביטוי לרווחתם של בני האדם. הביטוי הוא אמצעי לתקשורת בין אנשים – להחלפת מידע ורעיונות – וכך הוא מאפשר לאנשים להכיר טענות עובדתיות ונורמטיביות, ותורם לגיבושן של החלטות מושכלות בנוגע להיבטים רבים של חייהם.
2. חופש הביטוי כאמצעי לגילוי האמת.<sup>27</sup> התזה פותחה על ידי מילטון, והפילוסוף והמדינאי ג'ון סטיוארט מיל (1806-1873),<sup>28</sup> מיל, מדגיש את חשיבות הדיון החופשי וחוסר ההגבלות כחלק הכרחי מתהליך גילוי האמת. הגבלות על חופש הביטוי פוגעות באפשרות של הפרט ושל החברה להשיג את כלל העובדות בדרך לגיבוש דעה אמיתית. אך החתירה לאמת מחייבת את יסוד חופש הביטוי לא רק כדי שאוכל לגלות עוד עובדות נסתרות שאינני יודע אותן. לדעתו, ניתן לגלות את האמת אך ורק תוך עימות ישיר של העמדה של פרט מסוים מול כל העמדות המתנגדות לה. על פי מיל, אין הצדקה להשתיק מראש את דבריו של מישהו, שכן השמעתה של כל דעה חשובה להשגת האמת, גם אם היא שקר מוחלט. עמדתו של זולת אחד יכולה להיות נכונה, או נכונה חלקית, ואולי להכיל אפילו רק חלק קטן מן האמת. פסילת העמדה המתנגדת לדעתי, פוגעת ביכולת שלי להגיע לאמת, שכן האמת מתגלית אך ורק בעימות של העמדה שלי

<sup>17</sup> בג"ץ 372/84 חנה קלופר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 238 (1984).

<sup>18</sup> השופט אגרנט בבג"צ "קול העם" ה"ש 1 לעיל.

<sup>19</sup> השופט שמגר בע"א "הוצאת עתון "הארץ" ה"ש 2 לעיל, 281, 295.

<sup>20</sup> השופט אגרנט בבג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393.

<sup>21</sup> השופט שמגר בע"א "הוצאת עתון "הארץ" ה"ש 2 לעיל, 281, 295, "אופיו המתואר של חופש הביטוי כזכות בין זכויות

היסוד החוקתיות מעניק לו מעמד על משפטי".

<sup>22</sup> ע"פ 255/68 מ"י נ' בן משה, פ"ד כב 427, 435.

<sup>23</sup> ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (Rights The Universal Declaration of Human) סעיף יט.

<sup>24</sup> בסעיף י"ח בהכרזה מעוגנות גם חירות "המחשבה, הרצון והדת".

<sup>25</sup> Frederick F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*

<sup>26</sup> בג"צ "קול העם" ה"ש 1 לעיל.

<sup>27</sup> ראה בין השאר: ראם שגב, קרמניצר מודכי, חופש הביטוי: הצדקות וסייגים, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2008.

<sup>28</sup> בשפ 5934/05 ובש"פ 6238/05 שי מלכה נ' מדינת ישראל,

ג'ון סטיוארט מיל "על החירות" מאגנס, 1976 עמ' 90 = J.S. Mill On Liberty (1956) (להלן מיל על החירות).

עם העמדות האחרות. כדי להגיע לאמת הדמוקרטית צריכה ליצור שוק דעות חופשי, ורק מתוך שוק זה תנצח הדעה האמיתית ביותר. לדעת מיל, זאת משום שביסוד הדמוקרטיה עומדת התפיסה שאין לאף אחד בחברה ידיעה מוקדמת ומוחלטת לגבי האמת הוודאית. מיל לקח את עקרון חופש הביטוי כחלק מהחתימה לאמת עד המקום הקיצוני ביותר. לדעתו, גם אם כל בני המין האנושי פחות אדם אחד היו מחזיקים באותה דעה, הרי שההשתקה של הקול הספקני לא הייתה מוצדקת יותר מאשר השתקה של כולם על ידי אותו אדם, אילו היה יכול לעשות זאת. מיל הוסיף שהתועלת שבהשמעת השקפות שונות עולה תמיד על הנזק שעלול להיגרם בגללן, שכן העלאת הדעה החולקת מחייבת קיום של דיון והגנה על עמדתו שלי. השופט האמריקני הולמס נתן ביטוי לרעיון הזה באמרו: "המבחן הטוב ביותר של האמת הוא כוחה של המחשבה להתקבל בתחרות החופשית בשוק הרעיונות".

3. שיקול מרכזי נוסף בעד חופש הביטוי מבוסס על הקשר שבין חופש הביטוי והמשטר ראוי. חופש הביטוי הוא רכיב חשוב של כל משטר ראוי, הוא אמצעי חשוב לצמצום הסכנה של התפתחות משטר שאינו ראוי. הנוסח הסטנדרטי של הנימוק האמור מתמקד בקשר שבין חופש הביטוי לבין משטר דמוקרטי – שלפי תפיסה מקובלת הוא המשטר הראוי ביותר. חופש הביטוי משמש אמצעי להעמקת הדמוקרטיה כמשטר רצון העם. כדי לאפשר דמוקרטיה אמיתית יש צורך להציג לפני הבוחרים את מרב המידע הדרוש לשם קבלת החלטה מושכלת בבואם לבחור את נציגיהם. וכדברי השופט שמעון אגרנט: "מכיוון שהמושלים אינם אלא נציגים של העם שבוחר אותם באופן דמוקרטי, אשר על כן רשאי הוא בכל עת להעביר את מעשיהם המדיניים תחת שבטו, אם כדי לגרום לתיקון מעשיהם, ואם כדי להביא לפיטורים או להחלפתם".

4. חופש הביטוי כאמצעי ליציבות חברתית - חופש הביטוי מאפשר לעמדותיהם של קבוצות מיעוט להישמע במרחב הציבורי. בכך משתחרר הלחץ של אותן קבוצות המרגישות לעיתים מאוימות על ידי קבוצת הרוב. בניגוד למצב שבו המיעוטים מרגישים שדעותיהם אינן יכולות להישמע בציבור, ולא נותר להם אלא לפעול, ולעיתים אף לפעול באלימות, מאפשר חופש הביטוי בחברה דמוקרטית, סובלנות וקיום בשלום למרות מחלוקות חברתיות. חופש הביטוי מאפשר שינויים בדרך של שכנוע ולא בדרך של כוח, ולכן הוא מאפשר איזון בין יציבות לבין שינוי, מתוך הנחה שעדיף שדברים ייעשו בדרך של ניצחון רעיוני ולא בדרך הכוחנית. עדיף להגן על נפשה של הדמוקרטיה בתוך השוק החופשי של הרעיונות ולא בכפייה.

5. חופש הביטוי כאמצעי למיצוי עצמי. עקרון הגשמת ה"אני". ג'ון סטיוארט מיל בחיבורו "על החירות" טען, כי אישיות היחיד היא העיקר. מיל מנה ארבעה טעמים כדי להוכיח שאושרה הרוחני של האנושות מחייב חופש דעות והבעתן.<sup>29</sup>

נימוק זה נוגע לאינטרס של הפרט, וכדבריו של השופט אגרנט: "ואולם חשיבותו של העיקרון נעוץ גם בהגנה שהוא נותן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו לעניינו של כל אדם, באשר הוא אדם, לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות: לטפח ולפתח, עד הגבול האפשרי, את האני שבו; להביא את דעתו על כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו; בקיצור - להגיד את אשר בליבו, כדי שהחיים ייראו כדאיים בעיניו".<sup>30</sup> עפ"י נימוק זה חופש הביטוי הוא "החופש של היחיד להגשים את עצמו".<sup>31</sup> אמנם מדובר, כאמור, באינטרס פרטי, אבל גם אינטרס זה הוא

<sup>29</sup> מיל על החירות ה"ש 28 לעיל, עמ' 90.

<sup>30</sup> בג"צ "קול העם" ה"ש 1 לעיל עמ' 878.

<sup>31</sup> בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 272.

תנאי לקיומה של מדינה דמוקרטית וחופשית, שכן המטרה הסופית של מדינה כזאת היא לאפשר לבני אדם לפתח את סגולותיהם.

על טיעון ההגשמה העצמית מבסס פרופ' ברק את קביעתו שיש לכלול את חופש הביטוי כחלק מכבוד האדם וחירותו. לדבריו הזכות לחופש הביטוי נגזרת מהחופש של כל אדם "לפתח את אישיותו, להביע את עצמו ולגבש את השקפת עולמו. ... כבודו של אדם וחירותו נפגעים אם לא ניתן לו להביע את אשר על ליבו".<sup>32</sup>

מחלק הארי של הנימוקים עולה שחופש הביטוי הוא ערך אינסטרומנטלי בלבד, הבא לשרת ערכים אחרים, או להשיג מטרות שונות. השופט אגרנט מתייחס אל חופש הביטוי כתנאי מוקדם למימושן של חירויות אחרות, כלומר ככלי להשגת מטרות אחרות ולא כמטרה העומדת בפני עצמה: "זכות עילאית זו, ביחד עם בת זוגתה - הזכות לחופש המצפון - מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות".<sup>33</sup> השופט אגרנט מביא נימוקים לחיזוק מעמדה של חירות הביטוי: בירור האמת; חיזוק הדמוקרטיה; שחרור "קיסור", שבהיעדר חופש ביטוי עלול לפרוץ באפיקים אחרים, אלימים ובלתי רצויים בעליל; "מימוש עצמי" ועוד. גם מדברי החוקר מרדכי קרמניצר עולה שהוא סבור שחופש הביטוי הוא בעיקר אמצעי.<sup>34</sup>

ערך אמיתי אינו אמצעי להשגת מטרה, אלא קובע בעצמו מהי המטרה. לאור זאת האם חירות הביטוי היא ערך בפני עצמו?

בלא מעט פסקי דין<sup>35</sup> מדבר ביהמ"ש העליון על "להגשים את חופש הביטוי" כלומר, בית המשפט רואה את חופש הביטוי הן כאמצעי והן כמטרה. על ריבוי הנימוקים בעד חופש הביטוי כותב כב' השופט ברק:

"נראה, כי אין לו, לחופש הביטוי, הצדק אחד ויחיד, אלא יש לו, לחופש הביטוי, צידוקים רבים ומגוונים. תופעה זו - ברכה רבה טמונה בה. חופש הביטוי מהווה מערכת מורכבת של חירויות וזכויות, השזורות זו בזו. אך טבעי הוא, שאין להצדיק מערכת מורכבת זו בהסבר אחד ויחיד. נדרשים טיעונים שונים ומגוונים, המבטאים היבטים שונים, להצדקתו של חופש הביטוי רק בדרך זו ניתן לשקף את מלוא היקפו של חופש זה. אכן - הצידוק לחופש הביטוי הוא מורכב ומשולב".<sup>36</sup>

נראה לעניות דעתי, שמעצם ההגדרה של "ערך", ההפך הוא הנכון. העובדה שהוגים, משפטנים, שופטים, פוליטיקאים ופובליציסטים מוצאים לנכון להרבות בנימוקים לחיזוקה של הזכות לחופש הביטוי, לא די שאין ברכה רבה טמונה בה, אלא שהיא מעלה את הספק האומנם ערך לפנינו. לערך אין צורך, ואף לא ניתן, לעשות רציונליזציה, שכן אין נימוק יסודי יותר לחשיבותו. הערכים הם המקומות בהם נגמרת שרשרת ההסברים, ולא ניתן כבר להמשיך הלאה ולשאול 'למה' כי התשובה צריכה להיות

<sup>32</sup> אהרון ברק, פרשנות במשפט - כרך שלישי: פרשנות חוקתית (תשנ"ד) עמ' 427-428 (להלן ברק פרשנות).

<sup>33</sup> בג"צ "קול העם" הי"ש 1 לעיל 871, 878. וראה א' ברק, "הנשיא אגרנט: 'קול העם' - קולו של העם", גבורות לשמעון אגרנט (ירושלים תשמ"ז), 129. וראה גם דברי הנשיא שמגר, בע"א הוצאת עתון "הארץ" הי"ש 2 לעיל 294.

<sup>34</sup> מרדכי קרמניצר, "חופש הביטוי" זכויות האדם בישראל 1988 (1988), 48, "חופש הביטוי", בלי הבדל... זכויות האדם בישראל, האגודה לזכויות האזרח בישראל והוצאת עידנים, תל אביב, 1988, עמ' 56.

<sup>35</sup> בג"צ 10182/03 גוש שלום ח.ל. חינוך לשלום בע"מ נ' רשות השידור, ; בג"צ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, בג"צ 360/09 ליטל רכס נ' שר הפנים;

<sup>36</sup> אהרון ברק, חופש הביטוי ומיגבלותיו, הפרקליט מ, חוברת א, 5



ברורה<sup>37</sup>. הערכים הם למעשה האקסיומות המוסריות, ולכן לא ניתן לסייג ערכים, לא ניתן לאזן ביניהם ולא ניתן לומר על ערך שהוא נכנע בפני משהו אחר. "ערך" הוא עיקרון המכתיב העדפה. הוא קובע במה לבחור. פרופ' ישעיהו ליבוביץ הגדיר ערך: "הערך זה אותו דבר אשר דברים אחרים נדחים מפניו והוא איננו נידחה מפני דבר אחר. מאחר וכל ערך יכול לבוא לידי קונפליקט עם ערך אחר... אז ברור שבכל מקרה ומקרה כזה האדם מכריע מהו בשבילו הערך."<sup>38</sup>

במגילת-העצמאות של מדינת ישראל אין אזכור לזכות לחרות-הביטוי, וגם מחוקי-היסוד של מדינת-ישראל נעדר מקומו של חופש-הביטוי. בספר החוקים של מדינת ישראל אין חוק-יסוד מפורש לזכות זו. הרושם הוא שהמחוקק נמנע בכוונת מכוון מלהכניס את חופש הביטוי אל חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. הייתה קיימת, אמנם, הצעת-חוק יסוד:<sup>39</sup> "חופש הביטוי וההתאגדות" של ח"כ ניצן הורוביץ ואחרים אשר עברה בקריאה ראשונה בכנסת בתחילת 1996, אך הליך החקיקה לא הושלם, מכיוון שהממשלה התנגדה להצעה<sup>40</sup>. ייתכן שמעבר לפוליטיקה יש לפנינו גם חשיבה אחרת.

כידוע, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא חוק-יסוד חלקי, שסעיפיו התקבלו בתהליך של פשרה.<sup>41</sup> הפשרה ניכרת היטב בעיצובו ובתכניו. מחוק-היסוד הושמטו סעיפים שלגביהם לא הושגה הסכמה בין חברי-הכנסת. בולט למשל העדרן של זכויות בסיסיות כמו חופש הביטוי, חופש האסיפה וההתאגדות, השוויון, חופש הדת והמצפון, החופש מדת, ועוד. כאשר הביא את החוק לקריאה שנייה ושלישית בכנסת, אמר ח"כ אוריאל לין, יו"ר ועדת החוקה:

"החוק הזה הוכן בהבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית. היינו מודעים לכך שאין אנו יכולים להעביר חוק-יסוד, שמעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם לא נגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית... והיו פה ויתורים מפליגים לעומת כל חוקה שמקובלת בעולם, כי רצינו להגיע לאותה הסכמה כללית שאכן הגענו אליה."<sup>42</sup>

ההכרה בחופש-הביטוי, למן ראשית ימי המדינה, כזכות-על בשיטת המשפט הישראלית, היא תוצר של 'ההפיכה החוקתית'. במספר רב של אמרות בפסיקת ביהמ"ש העליון ובספרות המשפטית קיימת מגמה לפרש בהרחבה את חוק-יסוד: 'כבוד-האדם וחירותו'<sup>43</sup> ולהכניס אל תוכו זכויות רבות אשר לא באו זָכְרָן המפורש בחוק היסוד, ולתת להן מעמד על-חוקתי על כל המשתמע מכך<sup>44</sup>. כך למשל אומר בית המשפט על חופש הביטוי: "כיום ניתן להסיק את חופש הביטוי בהגנה הניתנת לכבוד האדם וחירותו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו"<sup>45</sup>.

מה מעמדה הנורמטיבי של הזכות לחופש הביטוי לנוכח העובדה שאינה נכללת בחוקי-היסוד? תחילה, במאמר מוסגר, משהו על חוקי היסוד עצמם. למדינת ישראל אין חוקה. חוקה היא מרכיב חשוב ביותר במשטר דמוקרטי, אבל היא איננה תנאי הכרחי. לאנגליה אין חוקה ונדמה שאין חולק על

<sup>37</sup> ישעיהו ליבוביץ, **בין מדע לפילוסופיה**, ירושלים תשמ"ז, עמוד 286 (על "המתת חסד")

<sup>38</sup> ישעיהו ליבוביץ, **ויכוחים על אמונה ופילוסופיה**, פרק 5

<sup>39</sup> הצעת חוק-יסוד: **חופש הביטוי וההתאגדות של ח"כ ניצן הורוביץ ואחרים** (1499פ) עברה בקריאה ראשונה בכנסת בתחילת 1996, אך הליך החקיקה לא הושלם.

<sup>40</sup> החלטה מס. חק/699 של ועדת השרים לענייני חקיקה מיום 10.01.2010 אשר צורפה לפרוטוקול החלטות הממשלה וקבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 28.01.2010 ומספרה הוא 1288 (חק/699).

<sup>41</sup> על כך בהרחבה במאמרה של יהודית קרפ, **"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" - ביוגרפיה של מאבקי כוח**, משפט וממשל א, תשנ"ב-תשנ"ג, 323, בעיקר בעמ' 326-328 333-344

<sup>42</sup> ד"כ תשנ"ב 3783-3782 (ח"כ אוריאל לין)

<sup>43</sup> [http://www.nevo.co.il/Law\\_Word/law01/184\\_001.doc](http://www.nevo.co.il/Law_Word/law01/184_001.doc)

<sup>44</sup> הלל סומר, **"הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית"**, משפטים כח תשנ"ז, 257, עמ' 261

<sup>45</sup> ע"א 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז(5) 189, עמ' 200

כך ששורר בה משטר דמוקרטי. לרוסיה, לפני התמוטטות משטר ה"קידמה" הקומוניסטי, הייתה חוקה שעל הניר הייתה מהמתקדמות ביותר בעולם, ואין צורך להרחיב את הדיבור על האופי הדמוקרטי של המשטר ששרר שם. במדינת ישראל, החליטו על חקיקה הדרגתית של מערכת חוקי יסוד, מעין חוקי-על, שכדי לבטלם או לשנותם יידרש "רוב מיוחס". התקווה הייתה שבמשך הזמן יתגבשו חוקי היסוד לחוקה. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נחקק בשלהי ימי הכנסת השנים עשרה, י"ב באדר ב' ה'תשנ"ב, 17 במרץ 1992. החוק לא זכה לכך שאפילו מחצית מחברי הכנסת יתכבדו להצביע עבורו. רק 54 מחברי הכנסת הואילו להתפנות מעיסוקיהם האחרים כדי לבוא לכנסת ולהצביע עבור "חוק יסוד", שהיה לימים מאבני היסוד של ה"מהפיכה החוקתית". בחוק תמכו 32 חברי כנסת מתוך הקואליציה, התנגדו 21 חברי כנסת מהאופוזיציה ונמנע אחד.<sup>46</sup>

לשאלת מעמדו של זכויות שלא נמנו בחוקי היסוד. הייתה התייחסות בפסק-הדיו חורב נ' שר התחבורה בעניין רחוב בר־אילו.<sup>47</sup> בדברי השופטים ברק וטל. הנשיא ברק גוזר מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכויות וחירויות נוספות.<sup>48</sup> לעומתו סבור השופט טל. שחופש התנועה נחשב אומנם לזכות-יסוד. אבל אין הוא נגזר. לדעתו. מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש זכויות חשובות שלא נמנו בחוק-היסוד. ולא בכדי. לדעתו יש לנהוג זהירות רבה ולא לקרוא לתוד חוק-היסוד מה שאין בו.<sup>49</sup> עמדות השופטים ברק וטל בפסק-הדיו מייצגות את שתי הגישות המנוגדות להתמודדות עם שאלת מעמדו הנורמטיבי של הזכויות הבלתי-מנויות. היינו אותן זכויות שלדעת שופט מסוים מן הראוי היה שייכללו בחוק-היסוד אך בשל אילוצים פוליטיים לא נכללו בו. גישתו של הנשיא ברק. שאותה הביע בהרחבה בספרו.<sup>50</sup> היא להכליל במסגרת המונח "כבוד האדם" לא רק את המשמעות הצרה של מניעת פגיעה בגוף ובנפש ומניעת השפלה והשמצה. לשיטתו. כבוד האדם משתרע גם על כל אותן זכויות אדם אשר בלעדיהן אין משמעות להגנה על כבוד האדם וחירותו. ואלה כוללות בין השאר את השוויון. את הכשרות המשפטית. האוטונומיה של הרצון הפרטי. חופש הביטוי. הדת. המצפון. המדע וההתאגדות ועוד.<sup>51</sup>

פרופ' אריאל רוזן-צבי טוען: "גם אם בית המשפט עשוי לנצל את ההסדר החוקתי הקיים כמנוף כללי להשלים חלק מן החללים בדרך של פרשנות חוקתית רחבה. כתחליף להמשך התנופה החקיקתית של חוקי היסוד מצד המחוקק. אין זה תחליף הולם. לא ניתן להנחיל ערכים חוקתיים ללא קונסנזוס".<sup>52</sup>

במאמרו, על מה שהוא מכנה 'הזכויות הבלתי מנויות', הביע הלל סומר<sup>53</sup> התנגדות נחרצת לעמדה, שניסח השופט ברק, הטוענת שכבוד האדם הוא "זכות מסגרת" אשר ניתן לגזור ממנה זכויות אחרות, מהן זכויות מסגרת, אף הן, כגון השוויון, ומהן זכויות פרטיקולאריות, כגון חופש הביטוי, ההפגנה והאסיפה וחופש המצפון והדת.<sup>54</sup> לדעתו של סומר זכויות שלא פורשו בחוק-היסוד, ובמיוחד אלו שהוצאו מהצעת חוק-היסוד, אין להחדיר חזרה לחוק באמצעות 'מושגי סל', כמו "כבוד האדם"

<sup>46</sup> בפסקה 65 לפסק דינו בעניין בנק מזרחי ציין השופט מ' חשין שרוב מוחלט של חברי הכנסת (66 חברים) נעדרו מן הדיון על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

<sup>47</sup> בג"צ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4)1

<sup>48</sup> פסק-דינו של הנשיא ברק, בעניין רחוב בר־אילו (ה"ש 48 לעיל) פסקה 74

<sup>49</sup> בפסקה 4 לפסק-דינו של השופט טל בבג"צ חורב (ה"ש 48 לעיל)

<sup>50</sup> ברק פרשנות, ה"ש 32 לעיל

<sup>51</sup> יפה זילברשץ, "על חופש התנועה הפנים-מדינתית - בעקבות בג"צ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח'", משפט וממשל ד תשנ"ח עמ' 821-973

<sup>52</sup> א' רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית" אבהות רוחנית, ניכור וסימיוזה – האפשר לרבע את המעגל", עיוני משפט יט תשנ"ה 479, עמ' 509.

<sup>53</sup> הלל סומר, "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח תשנ"ז, 257, עמ' 318-322. ראה גם: אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז, עמ' 916.

<sup>54</sup> ברק פרשנות, ה"ש 32 לעיל, עמ' 138.

ו"חירותו". תהליך כזה מנוגד לכוונת המחוקק, מחבל בעקרון הפשרה שהיה הבסיס לחקיקת החוק, עלול למנוע בעתיד חקיקת חוקי יסוד נוספים, עלול להוביל לביטול חוקי היסוד כריאקציה של הכנסת להתערבות בית-המשפט בתהליך כינון החוקה ועלול אף לפגוע במעמדו של ביהמ"ש העליון. סומר מצביע על מחלוקת הקיימת בבית המשפט העליון עצמו בנושא זה.

מתוך בחינה מעמיקה של הטעמים לחופש הביטוי, והצבתם אל מול עקרון כבוד האדם דוחה גם אלעד פלד<sup>55</sup> את עמדת הפסיקה הרווחת, וסבור שחופש הביטוי בצורתו המוכרת לנו, על מאפייניו הדומיננטיים ועל העוצמה המיוחסת לו, אינו מעוגן במלואו בחוק היסוד "כבוד האדם וחירותו". הסיבה לכך היא העובדה שחופש הביטוי מושתת, גם על-פי חלק מן הפסיקה, בראש ובראשונה על הצדקה תוצאתנית וכלל חברתית, בעוד שחוק היסוד נועד להגן על זכויות בעלות משמעות פנימית ואישית בעבור האדם. לטענתו אין אפשרות להסביר באמצעות רציונל האוטונומיה לבדו את ההגנה החזקה הפרוסה בישראל על חופש הביטוי, אשר לעתים מזומנות יש לו עדיפות על פני חירויות וזכויות אחרות ואפילו מתירה בשמו פגיעה חמורה בהן.

כאשר פסלה חוק עזר עירוני שאסר על פתיחת בתי קולנוע בשבת אמרה כב' השופטת איילה פרוקציה: "במשטר קונסטיטוציוני עקרון מוסד הוא כי הגבלות על חירות זו של האדם – הנוגעת לענייני דת ומצפון – תיעשינה על ידי המחוקק הראשי ורק במקרים נדירים על ידי מחוקק המשנה אם הוסמך לכך בדרך שאינה משתמעת לשתי פנים. שכן, בדרך זו יש כדי להבטיח, שמכלול האינטרסים של חלקי הציבור השונים יבואו לידי ביטוי, ומגוון הדעות ייחשף ויעבור בכור ההיתוך של הליך החקיקה הראשי, עד למציאת נקודת האיזון הראויה שתבטיח חיי שיתוף תקינים, אם גם תוך ויתורים הדדיים".

"... הפתרון השלם והכולל של מחלוקת אידיאולוגית עמוקה זו אינו מסתכם בהסדר חקיקתי כזה או אחר. הוא מחייב כיבוד הדדי של רגשות הזולת ברוח של קידמה וסובלנות הדדית, וצו זה חל באותה מידה על שני המחנות – החרדי והחילוני"<sup>56</sup>

לאחר בחינתם של הנימוקים, העומדים בבסיס הקביעה שחופש הביטוי הוא זכות יסוד וערך חברתי, באופן כללי, אנסה לבחון חלק מן הטענות, באופן פרטני.

א. הטיעון, שקיים קשר בין חופש ביטוי ובין ידיעת האמת, וכי דרך מתן ביטוי למגוון רחב של דעות והשקפות תיחשף האמת, מבוסס על כמה הנחות נורמטיביות ואמפיריות:

- על ההנחה שיש אמת אחת, כלומר שישנם סטנדרטים כלליים שלפיהם אפשר לבחון טיעונים ולקבוע אם הם נכונים או שגויים.
- גישה כזו מתאימה למחזיקים בעמדה מוניסטית אך אינה מתאימה לבעלי דעות ליברליות שהן פלורליסטיות מטבען. (נכון שיש הטוענים שחופש הביטוי לא נועד למציאת האמת היחידה אלא הוא כלי הכרחי לשם חיפוש אמת כלשהי, תהא אשר תהא, אך הטענה נראית על פניה, דחוקה).
- על ההנחה שיש חשיבות לידיעת האמת, ובייחוד לידיעה הכוללת את הבנת הבסיס העובדתי לאמת.
- על ההנחה שחופש הביטוי תורם לידיעת האמת.
- התנאי לכך שבשוק החופשי של הרעיונות תגבר הדעה הנכונה, הוא היותם של בני אדם רציונאליים ופתוחים.

<sup>55</sup> אלעד פלד, "האם 'ציפור נפשה של הדמוקרטיה' היא גם ציפור נפשו של האדם? מבט ביקורתי על עיגונו החוקתי של חופש הביטוי בפסיקה", "מחקרי משפט" כו' חוברת 1.

<sup>56</sup> ת"פ (י-ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' אמציה קפלן, תשמח(2) 26 (1987).

אמפירית לא הוכח מעולם שאדם משנה את דעותיו ועמדותיו כתוצאה משמיעת דברי החולקים עליו. המציאות מוכיחה שלא תמיד, ואפילו לא על פי רוב, הדעות הנכונות גוברות. ההיסטוריה מלמדת אותנו שדעות שגברו בעבר היו דעות שכיום אין כמעט מי שמוכן לקבלן.

ב. הטיעון הדמוקרטי: הזכות להשפיע באופן שוטף וקבוע על תהליך קבלת ההחלטות השלטוני. לצורך מימוש הזכות יש לקבל הן מידע, הן דעות. למעשה, ברוב המדינות הדמוקרטיות, ובודאי בישראל, הבוחר חסר יכולת להשפיע על ההחלטות. הוא בוחר את נבחריו ובכך תמה יכולתו להשפיע. דוד בן גוריון אמר פעם שלפני הבחירות הקירות מדברים אליך, (במודעות) ואחרי הבחירות אתה מדבר אל הקירות. כדי לקבל טענה ממין זה, יש לבחון אמפירית האומנם תורם חופש הביטוי לדמוקרטיה. המציאות מלמדת שהבוחרים בישראל הולכים ומאבדים את תחושת השותפות בשלטון. הם חשים שאין להם שליטה על נציגיהם המבטיחים במצע הבחירות דבר אחד ומבצעים בפועל מדיניות שונה ואף נוגדת, ויחסם לשלטון הופך להיות מנוכר, ביקורתי ומסתייג. האם הסיכוי של האזרחים להשפיע על נבחריהם אכן גדל ככל שניתן להם חופש רב יותר להתבטא?

ג. טיעון האוטונומיה של הפרט: חופש הביטוי כחלק מזכותו של הפרט להתפתחות ולהגשמה עצמית, ולהתפתחותו האינטלקטואלית הרוחנית והרגשית, וכחלק מזכותו לכבוד עצמי, מתעלם מהיותו של אדם יצור חברתי. היחיד הוא חלק מחברה. לעיתים הוא מוותר על אינטרסים פרטיים כדי לחיות בחברה. זאת ועוד, בתוך האוטונומיה של הפרט נכללות גם הזכות לשם טוב לפרטיות, הזכות להאמין באמונותיו. מה יתרון חופש הביטוי עליהן? אל הטיעון הרואה בחופש הביטוי חלק מזכותו של הפרט להתפתחות ולהגשמה עצמית, ולהתפתחותו האינטלקטואלית הרוחנית והרגשית, מתייחס השופט חשין באחד מפסקי-הדין המרכזיים בנושא חופש-הביטוי. וכך מתפייט כב' השופט חשין על חופש הביטוי<sup>57</sup>:

"...כל יצור חי מבטא את עצמו - ונדחף בידי צורך פנימי לבטא את עצמו - (בין השאר) בהשמעת קולות, כרצון יצור ויצור: בנביחה, בפעייה, בגעייה, ביללה, בזמזום. זה הצורך הפנימי של האדם לדבר ולנאום, לספר ולשורר, לצייר ולכיר, לבקר ולהפגין, לגעור ולזעוק, והוא בצד צרכיו האחרים של האדם, צרכים פיסיוולוגיים ונפשיים... הצורך הפנימי להתבטא, לדבר הנו חזק-מכל-חזק, ואם ינסו לסכור פיו של אדם, בכל-זאת ימצא את דרכו להתבטא. קרא לכך הגשמה עצמית, קרא לכך אוטונומיה של היחיד, קרא לכך חופש הפרט. קרא אשר תקרא; הצורך הנפשי והפיסיוולוגי הם אבות הצורך להתבטא, הם אבות חופש-הביטוי".

דומה עלי שכב' השופט חשין נמנע, אם מבלי משים ואם בכוונת מכוון, מלהתייחס לאחת מן הפונקציות החשובות של השפה, שהיא מותר האדם מן הפועים והמגעגעים, והיא התקשורת. הצורך של האדם, כחית עדר, להשתייך לקבוצה ולחיות בתוכה. מתוך כך, יש בידו יכולת ריסון עצמי כשהנסיבות דורשות זאת. יש לבני האדם יכולת לסכור את פיהם.

וכאן המקום לשאול: כאשר קיים עימות בין חופש הביטוי לבין זכויות ואינטרסים אחרים, כגון: שלום הציבור, הזכות לפרטיות, הזכות לשם טוב, ורגשות שונים מי מהם גובר? האם קיימות נורמות העשויות להצדיק, בתנאים מסוימים, את הגבלתו של חופש הביטוי? האם קיימת היררכיה בין הערכים המצויים בחוק? האם האיסור לפגיעה ברגשות דתיים נכנס לתחומה של פסקת ההגבלה, והוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל, נועד לתכלית ראויה ופוגע בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש?

<sup>57</sup> דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ ואח' נ' יוסף קראוס, תק-על 298(2), 1352, עמ' 1392. (1998)

השופט ברק, דוברת של הגישה הליברלית הקיצונית, ומייצגו של "הציבור הנאור", נוקט גישה מרחיבה להיקף תחולתו של עיקרון חופש הביטוי. לדעתו גם ביטוי שיש בו פגיעה ברגשות נכנס לתחומי הגנתו של חופש הביטוי. ועולה השאלה מה מקומה של 'חירות הביטוי' שנולדה בצידה הליברלי של המשפחה, בין אחיה שנולדו בצד היהודי של המשפחה, ערכים כמו הכלל הגדול בתורה: "מה דאת סני לגרמך לחברך לא תעביד". (מה שאתה שונא לעצמך, לא תעשה לחברך)<sup>58</sup> או כמו "שִׁמְר פִּי וּלְשׁוֹנוֹ שִׁמְר מִצְרוֹת נַפְשׁוֹ"<sup>59</sup>, "נִצֵּר לְשׁוֹנְךָ מִכָּע וּשְׂפָתֶיךָ מִדַּבֵּר מִרְמָה"<sup>60</sup>? מה הם באמת גבולותיו של חופש הביטוי? על מי מוטלת החובה להכריע בשאלות אלה?

על ניסיונות של פגיעה בחופש-הביטוי אמר ביהמ"ש:<sup>61</sup>

"כל פעולה שנעשתה שלא במסגרת החוק ואשר כוונה לפגוע בחופש-הביטוי של הזולת ... כמוה כפגיעה בציפור-נפשה של הדמוקרטיה ... ועל ציפור נפשה של הדמוקרטיה<sup>62</sup> יש להגן בכל האמצעים העומדים לרשות הדמוקרטיה".

השאלה שהעליתי אינה נוגעת לפעילות שנעשית מחוץ למסגרת החוק, אלא מהי מסגרתו של החוק. היכן ייעצר חופש הביטוי אל מול ערכים אחרים.

לדעתו, של השופט לנדוי<sup>63</sup> יש להבחין בין חופש להפקרות: זכותו של האדם להתבטא כרצונו אינה מפקירה את צנעת הפרט של זולתו. דברי השופט לנדוי נאמרו אמנם לפני חקיקת חוקי היסוד, אך הוא מתייחס במפורש לזכויות חוקתיות. כפרפראזה לאיסור לשון הרע, מביא השופט לנדוי את דבריו של Chafee<sup>64</sup> על אדם שהובא לפני שופט מפני שהניף את זרועותיו ופגע בחוטם חברו. על שאלתו אם אין לו זכות להניף זרועותיו כרצונו בארץ חופשית, השיב לו השופט: זכותך להניף את זרועותיך נגמרת בדיוק במקום שבו מתחיל חוטם חברך.

אדגים את הדילמה באמצעות אירוע שהתרחש בקיץ שעבר. ברובע היהודי שבעיר העתיקה בירושלים נערך "פסטיבל הטעמים", מילים "מכובסות" לאירוע שניתן לכנותו "חגיגת מזון טרף (לא כשר)". ועולה השאלה: האם עולה זכותם של אלה הבאים לבטא את עצמם באמצעות זלילת בשר פיגולים על רגשותיהם של אנשי הרובע היהודי בירושלים שרוב תושביו נמנים על שומרי המצוות והם למעשה 'קהל שבו' בסיטואציה המתוארת? האם יש מקום לאפשר חוסר התחשבות כזה ברגשות הזולת ולאפשר פגיעה מכוונת בהם, תחת הדגל של חופש הביטוי? מידי שנה ביום הזיכרון לחללי מערכות ישראל יוצאים צלמי הטלוויזיה אל רחובות שכונת "מאה שערים" כדי לצוד את החרדי התורן שאינו מתחשב ברגשות הציבור ולועג לצפירה ולזיכרון החללים. הטלוויזיה המשדרת את התמונות בריטואל קבוע, מתקוממת על הפגיעה הגסה ברגשות הציבור. האם רשאים הקנאים האלה, שאינם מתכבדים ויושבים בביתם, אלא יוצאים בכוונה לרחובה של עיר כדי להפר את הצפירה, לשאת את שם חירות הביטוי על שפתותיהם? לא שמעתי באמצעי התקשורת כל גינוי לפסטיבל הטרופות והנבלות. שמעתי, גם שמעתי, גינויים על אי כיבוד הצפירה ביום הזיכרון. (ואני מצטרף לגינוי) אך אני שואל האם דמו של מי מהצדדים אדום יותר? היכן נקודת האיזון?

<sup>58</sup> מסכתות קטנות מסכת אבות דרבי נתן נוסחא ב פרק כו.

<sup>59</sup> משלי כ"א כג.

<sup>60</sup> תהלים ל"ד יד.

<sup>61</sup> בג"ץ 153/83, לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2), 393, ע"י 402-403 (1984).

<sup>62</sup> ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968).

<sup>63</sup> בד"ץ 9/77 חברת החשמל בע"מ ואח' נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ ואח', פ"ד לב(3) 337. דעתו של השופט שמגר התקבלה כדעת הרוב בע"א 723/74, אולם בדיון נוסף נהפכה ההחלטה, ונפסק כדעת השופט לנדוי.

<sup>64</sup> Chafee, Free Speech in the United States, p. 31

## פרק השני - המצב בחוק הישראלי בנוגע לפגיעה ברגשות. תולדות הסעיף בחוק הפלילי והביקורת הנשמעת כלפיו.

### תיאור המצב העובדתי בחוק הישראלי

בספר החוקים הישראלי ישנם מספר חוקים המגבילים את חופש הביטוי מטעמי הגנה על רגשות הציבור: 1. פגיעה ברגשות דת. 2. פגיעה ברגשות מוסר (תועבה/פורנוגרפיה)

בסעיף 149 לפקודת החוק הפלילי- פגיעה ברגשות דת נקבע: "כל אדם: (א) המפרסם כל תמונה, ציור, כתב או דמות העשויים או שמגמתם לחלל את רגשות הדת או את האמונה של אנשים אחרים; (ב) המשמיע במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של פלוני מילה או קול שיש בהם כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים; ייאשם בעוון ויהיה צפוי למאסר שנה אחת".

קיימים חוקים המסדירים את מעמדו של חופש-הביטוי מול ערכים אחרים וזכויות אחרות, דוגמת חוק איסור לשון-הרע<sup>65</sup>, או סעיף 214 לחוק-העונשין, האוסר פרסומים הפוגעים ברגשות הציבור. לפי סעיף זה פועלת המועצה לביקורת סרטים. החוק קובע: (א) העושה אחת מאלה, דינו- מאסר שלוש שנים: (1) מפרסם פרסום תועבה או מכינו לצרכי פרסום. (2) מציג, מארגן או מפיק הצגת תועבה: (I) במקום ציבורי; (II) מקום שאינו ציבורי, אלא אם כן הוא מקום המשמש למגורים או משמש חבר בני אדם שהחברות בו היא למי שמלאו לו 18 שנים ולתקופה רצופה. (III) המשתמש בדמותו או בגופו של אדם שטרם מלאו לו 18 שנה בפרסום תועבה או בהצגת תועבה, דינו- מאסר חמש שנים.

סעיף 214א לחוק העונשין דן בפרסום פוגע: (א) המפרסם פרסום פוגע על שלטי חוצות, דינו- מאסר ששה חודשים: (ב) לעניין סעיף זה, "פרסום פוגע"- אחד מאלה: (1) תמונת עירום או תמונה של חלקי גוף אינטימיים של איש או אשה. (2) תמונה שיש בה קיום של יחסי מין או אלימות מינית או שיש בה ביזו או השפלה מיניים, או שהיא מציגה אדם כחפץ זמין לשימוש מיני. (3) תמונה של חשיפה חלקית של גוף של איש או אשה, שיש בה פגיעה ברגשותיו המוסריים של הציבור או חלק ממנו או השחתת המוסר הציבורי, או שיש בה פגיעה בקטינים או בחינוכם. "שלטי חוצות": שלטי פרסומת המוצבים לצדי דרכים, שלטי פרסומת בתוך אוטובוסים של התחבורה הציבורית או על דופןותיהם החיצוניים או בתחנות האיסוף של אוטובוסים כאמור וכן שלטי פרסומת על לוחות מודעות שבפיקוחה של רשות מקומית.

המועצה לביקורת סרטים פועלת מכוח פקודת הראינוע. המועצה בעלת הסמכות לאשר סרט או מחזה, או לפסול אותו או חלקו (מאז 1990 סמכות רק לסרטי קולנוע, לא למחזות). נתונה לביקורת בג"צ.

<sup>65</sup> חוק איסור לשון-הרע (תשכ"ה-1965).

(למשל: בשנת 1962 בפס"ד "אולפני הסרטה בע"מ": בטל ביהמ"ש את החלטת המועצה לפסול יומן המציג את מחאת תושביה המפונים של "ואדי סומייל" בתל אביב.) בהקשר זה ניתן לציין גם את חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, חוק איסור הכחשת השואה, התשמ"ו-1986 ועוד.

בחוק הישראלי קיימת נטייה להימנע משימוש במשפט ככלי להגבלת מעשים וביטויים, הגורמים לפגיעה באינטרסים בלתי-מוחשיים (כרגשות) הקיימים רק בתודעת האדם. אפשר להצביע על מגמה למעט בהשתתפות איסורים פליליים על ביטויים שאינם מלווים במעשה, ולטפל בהם באפיקים אחרים.

לאור הנטייה להימנע מאיסור התנהגויות הגוררות פגיעה באינטרסים רגשיים גרידא, בולט בייחודו סעיף 173 לסימן ז לחוק הפלילי<sup>66</sup> הקובע שנת מאסר למי ש"מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע בפגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים", או ש"משמיע במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של פלוני מלה או קול שיש בהם כדי לפגוע בפגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים".<sup>67</sup>

בסימן האמור נעשה שימוש רב בשורש 'רגש' על הטיותיו השונות בצמידות לאפיונים שונים הקשורים בדת. כך, נמצאים המינוחים, 'פגיעות ברגשי-דת ומסורת'<sup>68</sup>; 'פגיעה ברגשי-דת'<sup>69</sup>; 'פגיעה ברגשות-דת'<sup>70</sup>; 'עלבון-דת' ו'ביזוי-דת'. בניגוד למקובל ביתר חלקי החוק, מדגישה כותרת הסימן עצמה, ומלמדת שעניינו בהגבלת התנהגויות הגורמות 'פגיעות ברגשי-דת ומסורת'. קשה שלא להתרשם מכך שהמחוקק בחר לתת משקל משמעותי, יותר מן המקובל בחלקים אחרים של חוק-העונשין, לאינטרסים רגשיים, הנקשרים לדת. המחוקק ריכז בסימן זה עברות שונות, פירוט של התנהגויות, חלקן בביטוי וחלקן בעשייה שאיננה ביטוי, שהמאפיין המשותף להן - לאור כותרת הסימן - הענקת הגנה לאינטרסים מן הדת. לעומת הכותרת בחוק-העונשין הישראלי, לא הדגישה כותרת פרק טז לפקודת החוק-הפלילי המנדטורי את מרכיבי הרגשות.<sup>71</sup>

## תולדותיו של החוק<sup>72</sup>

מקורו ההיסטורי של האיסור הישראלי לפגוע ברגשות דתיים הוא במאורעות תרפ"ט<sup>73</sup>. הנציב העליון הבריטי, שחשב שלמהומות היה רקע דתי, הזדרז לחוקק את "פקודת-הנאצה (גידוף-דת) מס' 43 לשנת 1929" שנוסחה: "כל אדם המפליט כל מלה או קול ברבים או לאוזניו של כל אדם אחר העלולים או מכוונים לפגוע ברגשותיו הדתיים או באמונתו של אותו אדם, יהא צפוי בצאתו חייב-בדינו לעונש מאסר לשנה אחת". בחינת מכלול העבירות הנוגעות לדת הקיימות כיום בחוק העונשין הישראלי מצביעה בבירור כי הפקודה הפלילית המנדטורית משנת 1936 היא המקור להן. הדבר כמעט ואינו טעון הוכחה שכן לא נעשו שינויים משמעותיים בפקודה הפלילית המנדטורית כאשר הוכנסה לחוק העונשין הישראלי. המחוקק הישראלי המשיך את קו המחשבה המנדטורי בבחורו להעניק לאינטרס ההגנה על רגשותיו הדתיים של אדם משקל כבד אל מול הזכות הנגדית למימוש חירות הביטוי. לנוכח ההקשר

<sup>66</sup> סימן ז' לחוק בפרק ח בחוק העונשין סימן ז' ס' 173.

<sup>67</sup> <http://www.humanrights.org.il/articles/12law1.doc>

<sup>68</sup> כותרתו של סימן ז' לחוק העונשין (סעיפים 170-174(ב)).

<sup>69</sup> המינוח מופיע בסעיף 172 ו-173 לחוק העונשין.

<sup>70</sup> כותרת סעיף 170 לחוק העונשין וחלק מן הסעיף.

<sup>71</sup> את הכותרת נתן המחוקק הישראלי. כותרתו של פרק טז לפקודת החוק הפלילי המנדטורי היא:

"עבירות המתייחסות לדת ומצבות ציבוריות".

<sup>72</sup> סקירה רחבה ראה בקרמניצר רגשות ה"ש 4 לעיל.

<sup>73</sup> <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=333796&contrassID=2&subContrassID=2&sbSubContrassID=0>

ההיסטורי, נראה שהערך העיקרי שעליו באה הפקודה להגן היה שלום הציבור וביטחוננו - ולמעשה, חיי אדם - אך אין לכך כל אזכור בין יסודות העבירה.

המשפט המקובל החל לפתח את העבירות הנוגדות את הדת וסמליה בסביבות המאה ה-17. עבירות אלו נוצרו מתוך הרצון להגן על הדת, מאחר וזו נחשבה לבעלת מעמד מיוחד במדינה. בשלבים המוקדמים, נומקה, הגבלת הביטוי האנטי-דתי בשיקולים של הגנה על הדת וסמליה, כחלק מן השלטון או כבעלת מעמד מיוחד בין מוסדות המדינה. כוחה של הכנסייה החל לדעוך במאות הבאות, אולם עבירה זו נשארה בעינה. ככל שגברה תופעת החילון, שינה המשפט האנגלי את יחסו לעברה זו. במאה הי"ט אף הותר להכחיש את אמיתת הנצרות, אם הדבר נעשה באופן תרבותי ומתון. האיסור בכללו נתפס כאיסור הבא להגן על רגשות המאמינים ולא על הדת עצמה או החברה. החל במאה ה-19, נקבע כי הפגיעה ברגשות שלעצמה היא הפרת השלום, ואין צורך בדרישה לדבר נוסף מלבד התבטאויות פוגעניות העלולות להסב נזק לרגשותיהם של מאמינים בחברה.<sup>74</sup> כלומר, מעבר מהגנה על הדת להגנה על בני אדם מפני אלימות. כלומר, הצידוק לעבירה הפך מהגנה על הדת להגנה על בני האדם. עבירת הניאוף - Blasphemous Libel, המתייחסת לביטויים שבעל-פה, ועבירת ה'דיבה המנואצת' - Blasphemous Libel, המתייחסת לביטויים המפורסמים בכתב, זכו להתפתח תחת החוק האנגלי.<sup>75</sup> העבירה דורשת פגיעה חזקה ברגשות האמונה הנוצרית עד כדי סיכון החברה כולה, ולכן אין הרבה משפטים המתנהלים בשל עבירה זו והדבר גם מביא להורדה ניכרת של ההסתברות להרשעה.<sup>76</sup> לפיכך פסקי-דין בנושא אינם מרובים, ובחמישים השנים האחרונות כמעט ולא נעשה בהם שימוש בכלל. עד 1967 היה תקף באנגליה חוק שקבע נורמה האוסרת את שלילת עקרונות היסוד של הנצרות כדת המדינה.<sup>77</sup> ואולם ביהמ"ש נמנע מלהשתמש בחוק על-מנת להרשיע בעוון ביטוי.<sup>78</sup> חוסר השימוש בחוק הביא לביטולו.<sup>79</sup> המקרה האחרון שבו הועמדו לדין בגין עבירת הניאוף היה בשנת 1979,<sup>80</sup> ובו הורשעו אחד מעיתוני הקהילה ההומוסקסואלית ועורך העיתון בעבירת ביזוי-הדת באמצעות ביטוי. במקרה זה, בית הלורדים הפיח חיים בעבירה שנחשבה ל'אות מתה' באנגליה, וביסס את קיומה.<sup>81</sup> במקרה של Lemon, פורסמה בעיתון Gay News, פואמה בוטה אשר ייחסה לישו הנוצרי נטייה מינית הומוסקסואלית וכללה תיאור של מערכות יחסים מיניות בין הגיבור לבין גברים אחרים, ובהם חלק מן השליחים,<sup>82</sup> ואף צורף ציור המרמז על נטיותיו. הפרסום נחשב להוצאת דיבה, הפוגעת ברגשות מאמינים נוצרים.<sup>83</sup> המוציא לאור של העיתון ניסה לטעון כי מטרת הפרסום בעיתון, אשר מרבית קוראיו נמנים או תומכים בקהילה ההומוסקסואלית, הייתה לעורר את התחושה בקרב הומוסקסואליים כי הדת רלוונטית עבורם כפי שהיא רלוונטית לזוגות הטרוסקסואלים ולקרבים אליה. אולם טיעון זה לא השפיע על דעת השופטים שטענו שלא משנה עד כמה טהורים היו מניעיו, אם הדבר משמיץ את הדוגמה הנוצרית, אזי מדובר

<sup>74</sup> שם, עמ' 33.

<sup>75</sup> John Rubinstein, *Art and Taste*, 146 NLJ 1610 (1996).

<sup>76</sup> Neil Parpworth, *Hell and Damnation*, 158 NLJ 197 (2008).

<sup>77</sup> Blasphemous Libel Act (1697).

<sup>78</sup> Law Commission no. 3, *Proposals to Abolish Certain Ancient Criminal Offences* (1966).

<sup>79</sup> Criminal Law Act (1967), sec. 13 - ה'על-ידי'.

<sup>80</sup> R. v. Lemon, R. v. Gay News, (1978) 3 WLR 404 (Eng. C.A.).

<sup>81</sup> Lord Scarman in *Lemon* (1979) 1 All ER 898 at 925a, (Eng. H.L.).

<sup>82</sup> R. v. Lemon, R. v. Gay news, (1978), 3 WLR 404 (CA).

<sup>83</sup> עניין R. v. Lemon, R. v. Gay News.



בניאוף לכל דבר, ולכן הרשיעו אותו.<sup>84</sup> כלומר, הדגש הוא על תוכן הדברים, ולא השפעתם בפועל על רגשות הציבור.

לצד זה, נשמעו טענות שגישתה של הממלכה המאוחדת לגבי הנושא נגועה בצביעות. ב-1991 נדחה באנגליה ערר על ההחלטה שלא להגיש כתב אישום נגד הסופר סלאמן רושדי על פגיעה ברגשות-דתיים מוסלמיים בעקבות פרסום ספרו "פסוקי השטן". הסיבה לדחייה הייתה שעבירת ביזוי-הדת אינה חלה על סמלי-דת שאינם נוצריים. ניתוח מפורט של פסקי הדין באנגליה מראה שרק השמצה של הדת הנוצרית תגרוור להענשה. אדם שיכפיש את האיסלאם, כמו סלאמן רושדי בספרו "פסוקי השטן", שפגע במאמינים מוסלמים רבים, הוא דוגמא לכך.<sup>85</sup> דווקא פגיעת המוסלמים ברושדי, שגזרו עליו עונשו על פי הפתווה, שהוא פסק הלכה מוסלמי, נתפסה כפגיעה מקוממת על-ידי מוסלמים קיצוניים וכהפרעה משמעותית לחופש הביטוי. הדבר מעלה תמיהה משום שאין ספק כי רושדי פגע ברגשותיהם של מאמינים רבים, אולם הוא עדיין הצליח להתחמק מהסנקציה הפלילית במשפט האנגלי, ואף זכה להגנה מלאה של החוק, משום שעבירת הניאוף אינה חלה על האיסלאם.<sup>86</sup> מדבריה של ועדה אנגלית שעסקה בעבירה של פרסום דברים העלולים לפגוע ברגשותיהם של דתיים נדרש שהמטרה העיקרית של המפרסם תהיה לפגוע ברגשות-דתיים.<sup>87</sup> בשנת 1985, המליצה ועדה באנגליה, ה- Law Commission<sup>88</sup> שעבירת הניאוף ועבירות הוצאת הדיבה כנגד הדת יבוטלו, ולא יחוקק להם תחליף. נקבע שלא תהייה עבירה של פרסום דברים הפוגעים ברגשות הדתיים. היותן של העבירות אנכרוניסטיות, מפלות את הדתות האחרות, מלבד הנצרות, לרעה והעובדה שקיימת חלופה פלילית המגבילה ביטויים שמטרתם לעורר עוינות כלפי קבוצה מטעמים של צבע, גזע, לאום ומוצא לאומי ואתני, הביאה לביטול החוק.<sup>89</sup> בנוסף, בהיתן הקושי להרשיע בעבירות אלו במאה ה-21 בהתחשב בפלורליזם החברתי הרווח במדינה, ההבחנה שעשה הלורד דנינג בשנת 1949 באומרו שעבירת הניאוף היא "אות מתה", היא ללא ספק הבחנה שהקדימה את זמנו, ונכונותה מוכחת כיום.<sup>90</sup> למרות ביטולו בחוק האנגלי, שממנו נולד, נותר איסור זה, לאחר שעבר מספר גלגולים, עד היום בספר החוקים הישראלי.<sup>91</sup> לענייננו חשוב להדגיש את ההבדל בין הרקע ההיסטורי של האיסור, שאפיין מדינה דתית שבאה להגן על המסורת שלה, לבין ההקשר הנוכחי, המציאות הישראלית, שבה הדת והדתיים הם המיעוט.

## ביקורת על החוק:

יש המותחים ביקורת על כמה מהיבטיו של החוק. כלליותו של החוק: ניתוח סעיף 173 לחוק העונשין מלמד כי כדי להרשיע בעברה, די שיתקיים היסוד העובדתי. כלומר די בעצם ה"פרסום" שיש בו פוטנציאל של פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם

<sup>84</sup> John Rubinstein, *Art and Taste*

<sup>85</sup> R. v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate, (1991) 1QB 429 (U.K.)

cgw 1610 J 1610 (1996) 146, john rubinstein, art and taste

<sup>87</sup> The Law Commission, Working Paper No. 79 *Offences Against Religion and Public*

*Worship* pp. 114-115 (1981)

The Law Commission, (Low Com No. 145), Criminal Law, *Offences Against Religion and Public Worship* pp. 28-29

(1985)

The Law Commission (Law Com. no. 145), Criminal law – Offences against Religion and Public Worship

(London, 1985) pp. 28-29

<sup>90</sup> Neil Parpworth, *Hell and Damnation*

<sup>91</sup> קרמניצר רגשות ה"ש 4 לעיל עמ' 36-46

הדתיים של אחרים, ואין צורך ביסוד נפשי מיוחד, כגון **כוונה** או **צפיית-התוצאה**.<sup>92</sup> הטעון הוא שניתן להצדיק איסור לפגוע ברגשות-דתיים כאשר מדובר על פגיעה הנעשית ברה"ר **מתוך כוונה** לפגוע ברגשות. אולם כאשר מדובר בפגיעה שנעשית שלא במתכוון, באופן אגבי, (למשל תוך מימוש הזכות לחופש-הביטוי) קשה להצדיקו. טווח הנושאים העלולים לגרום לפגיעה ברגשות המאמינים באחת מן הדתות והזרמים הקיימים במדינה כה רחב, עד כדי כך שנוצרת סכנת פגיעה מוגזמת בחופש-הביטוי.<sup>93</sup> השופט תיאודור אור<sup>94</sup> שבחן את יסודות העבירה קבע:

"עמדה לפיה כל ביטוי אשר יש בו פוטנציאל לפגיעה ברגשות הדת ייפול לגדרה של עבירה זו, חותרת תחת הזכות היסודית לחירות-הביטוי".

טענה נוספת כנגד החוק היא עמימותו והגדרותיו הכוללניות. החוק אינו מגדיר, למשל, מהם: 'דת', 'אמונה-דתית' 'פרסום-תועבה', 'רגשות-דתיים' פגיעה-גסה'. האם כל קומץ אנשים שמחזיקים באמונה דתית רשאים להתלונן במשטרה על פגיעה ברגשותיהם? זאת ועוד: הסייג שלפיו כדי להצדיק את הגבלת חירות-הביטוי צריך להראות שהפגיעה ברגשות הייתה קשה וחמורה, קשה ליישום: מדידת עוצמתה של פגיעה ברגשות היא עניין סובייקטיבי הנתון להערכתו של הנפגע. לדעת החוקרים, מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר, הרחבת האיסור-הפלילי להגנה על רגשי-דת הייתה מיותרת.<sup>95</sup> בשנת 2009 ביקש ח"כ צרצור להרחיב את תכולת הסעיף בחוק שעניינו פגיעה ברגשות-דת, כך שיאסור פגיעה כוללת ברגשות-דת ולא רק "פגיעה גסה", כפי שקובע החוק הקיים.<sup>96</sup> בדברי ההסבר להצעתו אמר ח"כ צרצור שהגיע הזמן לשים קץ לתופעות שמטרתן לקעקע את יסודות הדת השונות, ושצריך לשמור על יחסי-כבוד בין דתות, תרבויות ואמונות שונות. שר המשפטים דאז, יעקב נאמן, הודיע במליאה שהממשלה מתנגדת להצעת החוק. הוא הסביר שהנוסח הקיים בחוק-העונשין עונה על כל הדרישות ואין צורך להרחיב את החוק. נאמן אמר שמדובר ב"פגיעה בלתי מוצדקת בחופש-הביטוי". בסופו של דבר דחתה המליאה את הצעת החוק ברוב של 36 מתנגדים מול שלושה תומכים בלבד.

<sup>92</sup> ראה ניתוחו של י" קוגלר, כוונה והלכת הצפיות בדיני העונשין, עמ' 291-309 (תשנ"ז-1997)

<sup>93</sup> The Law Commission, Working Paper No. 79 *Offences Against Religion and Public Worship* (London 1981) pp. 114-115; 121-122

<sup>94</sup> ע"פ 697/98 - טטיאנה סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד (נב3), 289. (1998) (להלן טטיאנה סוסצקין)

<sup>95</sup> קרמניצר רגשות ה"ש 4 לעיל

<sup>96</sup> אברהים צרצור ואחרים הצעת תיקון לחוק העונשין (תיקון - פגיעה ברגשי-דת), התשס"ט 2009 - (1024פ)

## פרק שלישי - המצב בפסיקה הישראלית. שאלת האיזון-הפסיקתי. הפסיקה הנוגעת למצעד הגאווה בירושלים כמקרה-בוחר.

### פרשנות החוק בפסיקה - מהי המגמה בפסיקה?

נושא הפגיעה ברגשות העסיק רק מעט את בתי המשפט בתחום הפלילי. לעומת זאת, נדון הנושא בהרחבה בעתירות מנהליות שונות בנושאי צנזורה, פתיחת חנויות מין, פרסומות ותחבורה בשכונות דתיות. חשוב לציין כי פסיקותיו המנהליות של בית המשפט הגבוה לצדק שעסקו בנושא, לא תמיד נסמכו על האיסור הפלילי בחוק, לעומת הפסיקות בדיונים הפליליים, שלא פעם נתמכו מתוך הנעשה בעתירות מנהליות.<sup>97</sup>

בעשורים הראשונים של פסיקות בית המשפט העליון נראה כי כאשר נתבקש לאזן בין חופש הפעולה של הפרט לבין פגיעה ברגשות דתיים, הוא מיעט בחשיבות האינטרס שנועד להגן על פגיעה ברגשות דתיים וביכר את חופש הביטוי.<sup>98</sup>

לראשונה נדרש בית המשפט העליון לאיסור על פגיעה ברגשות דתיים כשדחה ב-1964 עתירה נגד החלטת היועץ המשפטי, שלא להגיש כתב אישום נגד השופט חיים כהן. העותר, אריה וגנאר, שמע את השופט כהן אומר, בכנס על יחסים בין דתיים לחילונים, כי "עקרונות גזעניים-נאציים הפכו בגלל כלל תלמודי עתיק לחוק מדינת ישראל". הוא טען שרגשותיו הדתיים נפגעו ולכן יש להעמיד את השופט כהן לדין. השופט זוסמן סבר שאין כאן עניין ציבורי וקבע: "כלל גדול הוא בשיטת המשפט שלנו שאין מענישים אדם בשום פנים ואופן על דעה שהוא מחזיק בה ואף לא על הבעתה".

הערעור הראשון לשליטה המובהקת של חופש הביטוי על פני אינטרס השמירה על רגשות דתיים ניכר בשנת 1972 בפרשת קינן,<sup>99</sup> שבה נסוג חופש-הביטוי מפני רגשות-דתיים. המועצה לביקורת סרטים ומחזות לא התירה את העלאת המחזה משום שלדעתם, תוכנו פוגע ומבזה רגשות דת של פרטים בחברה, ובייחוד את רגשותיהם הדתיים של הנוצרים.<sup>100</sup> העותר עמוס קינן קבל על החלטת המועצה לביקורת סרטים ומחזות שלא להתיר את הצגת מחזהו "חברים מספרים על ישו". ביהמ"ש העליון אישר את פסילת מחזהו של עמוס קינן. ביהמ"ש קבע שמדובר ב"תערובת דוחה של חילול האמונה הנוצרית" והוסיף שהאיסור הפלילי מתיר אמנם "לסופר או למחזאי להצליף כאוות נפשו בשוט הביקורת או הסאטירה בכוהני-דת שחטאו... אך הצגת האל עצמו על הבמה באופן המבזה את רגשות המאמינים היא מעבר לגבול המותר אצלנו על פי דין". לדעת ביהמ"ש מחזאי מנוע מלפגוע בפגיעה גסה ברגשותיו הדתיים של הציבור, וכי לא גישתו הסובייקטיבית היא הקובעת, אלא הרושם המתקבל אצל האדם הדתי.<sup>101</sup> ביהמ"ש קבע שהזכות לחופש-הביטוי היא זכות יחסית. כאשר יקום אינטרס אחר או זכות אחרת מולה, יש לאזן ביניהם, ויתכן שהזכות לחופש-הביטוי תוגבל.

נפסק שההגנה מפני פגיעה ברגשות-דתיים מצויה במדרג-נורמטיבי נמוך מאשר זכויות היסוד ולכן פגיעה ברגשות-דת תשמש עילה להגבלת חופש-הביטוי רק היכן שקיימת וודאות קרובה לכך שהפגיעה

<sup>97</sup> קרמניצר רגשות הי"ש 4, בעמ' 56.

<sup>98</sup> שם, עמ' 57.

<sup>99</sup> בג"צ 351/72 עמוס קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד כו(2) 811 (1972).

<sup>100</sup> שם, עמ' 811-812.

<sup>101</sup> שם.

ברגשות תהיה קשה רצינית וחמורה ותעלה על "רמת הסיבולת" הנדרשת בחברה דמוקרטית.

לאחר פסק דין זה, השתנתה תפיסת בית המשפט והיא ייחסה לאינטרס ההגנה על רגשות משקל ערכי המצדיק את הגבלת חופש הביטוי בנסיבות מתאימות.<sup>102</sup>

בג"צ "אימפריית החושים"<sup>103</sup>, שעסק בפגיעה במוסר הציבורי, נחשב כתקדים חשוב בתחום חופש הביטוי בישראל. המועצה לביקורת סרטים פסלה להקרנה בבתי קולנוע ציבוריים את הסרט "אימפריית החושים", בטענה שמדובר בסרט פורנוגרפי. על פי שיקול דעתה של המועצה, ערכו האמנותי של הסרט הוא מינימאלי, וברובו נחשב כתועבה. הסרט דן באהבה ותשוקה בין נערה בשם סאדא ומאהבה-אדונה קיצי-סאן. היחסים שביניהם סובבים סביב יחסי מין המקוימים באינטנסיביות גדלה והולכת. חיפושם אחר אתגרי סיפוק התאוה סופו שמסתיים במוות- חניקה אגב משקל וכריתת אבר מינו של האדון. בדעת רוב, ביטל בג"צ את הפסילה, וטען שחופש הביטוי רלוונטי גם בתחום האמנות והיצירה, ומכיוון שהסרט צריך להיתפס כמכלול אמנותי (ולא רק הקטעים הבעייתיים), הרי שניתן להקרין אותו תוך הגבלה לגילאי 18 ומעלה. בג"ץ קבע שפגיעה ברגשות באמצעות ביטוי פורנוגרפי יכולה להצדיק הגבלה של חופש הביטוי אם היא מעל לסטנדרט הסובלנות החברתית ואם יש בה כדי לזעזע את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית. יש להביט "ביצירה בכללותה", ואם הקטע הפורנוגרפי בא לשרת אמירה אמנותית- אין לפסול את הקטע הפורנוגרפי ניתן להגביל את הביטוי הפורנוגרפי רק אם קיימת ודאות קרובה שהביטוי הפורנוגרפי פוגע פגיעה קשה, רצינית וחמורה בשלום הציבור.

ונשאלת השאלה: האם בית משפט הוא הגוף הצריך לקבוע איזו יצירה ראויה להצגה ואיזו פסולה? מה מעמדה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות? האם חופש הביטוי האמנותי עולה על הפגיעה ברגשות הציבור?

פסק-דין חשוב, שניתן מאוחר יותר, היה בפרשת *Universal City Studios*.<sup>104</sup> בשנת 1988 יצא לאקרנים הסרט "הפיתוי האחרון של ישו", יצירתו של הבמאי מרטין סקורסזה. הסרט הפרובוקטיבי מתאר את התלבטויותיו של ישו בין השליחות שהוא נושא לבין פיתוייו הגשמיים והמיניים בעולם. נוצרים בכל רחבי העולם והכנסייה הנוצרית החרימו את הסרט. כאשר הגיע הסרט לישראל, פסלה אותו המועצה לביקורת סרטים בטענה של פגיעה ברגשות הציבור הנוצרי בארץ, (= פגיעה ברגשות דתיים) וכן מחשש לסדר הציבורי ולפגיעה בדימויה של ישראל בעולם. לדבריהם של חברי המועצה, דווקא ישראל כמדינה יהודית צריכה להתחשב יותר בפגיעה ברגשותיהם של בני דתות המיעוטים החיים בה.

חברת ההפקה של הסרט עתרה לבג"צ, ושלושת השופטים שישבו בדין דחו פה אחד את הפסילה של המועצה. השופט שמגר קבע כי אין ודאות-קרובה לפגיעה בסדר הציבורי שכן הסרט מוקרן ברוב מדינות אירופה הנוצריות, ואין סיבה שדווקא ישראל תחמיר. השופט ברק סבר שהאיזון בין חופש הביטוי להגבלתו סובב סביב שני צירים: חומרת הפגיעה ברגשות וההסתברות להתרחשות פגיעה זו. לדעתו במקרה שלנו הפגיעה ברגשות הנוצרים לא חמורה מספיק, ולכן אינה מצדיקה פסילת הסרט.

השופט מאיר שמגר התייחס לזכות לפרסום יצירת אמנות כחלק מהזכות העליונה לחופש ביטוי:

"התשתית המונחת ביסוד בדיקתנו היא הכלל הגדול של חופש הביטוי, ממנו צומחת, בין היתר,

חירות היצירה האמנותית בתחום הספרותי ובתחום החזותי לצורותיו. לעניין זה אין הבדל אם

היצירה לובשת לבוש של ניתוח עיוני-פילוסופי כתוב או של המחזה או של המחשה בדרך אחרת

<sup>102</sup> קרמניצר רגשות הי"ש 4 לעיל, עמ' 60-61.

<sup>103</sup> בג"ץ 4804/94, *חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות* (1994)

<sup>104</sup> בג"צ 806/88 *Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות*, פ"ד מג(2) 22 (1988)

של מערכת נסיבות תיאורית, המשמשת רקע חזותי להבעת הדברים. פשוט, ברור ומקובל עלינו הוא, כי אדם רשאי להביע ברבים את רעיונותיו ומחשבותיו, ובתוך אלו את פרשנויותיו לאירועים שבעבר, בהווה או בעתיד, מבלי שיגבילוהו בכך. זהו המאפיין המרכזי לחירות המחשבה האנושית וליכולתו של אדם להגיע לידי ביטוי עצמי."

בפסק הדין הוחלט על אימוץ מבחן הוודאות הקרובה, שלפיו פגיעה ברגשות דת תשמש עילה להגבלת חופש הביטוי רק היכן שקיימת וודאות קרובה, כי הביטוי הפוגע ברגשות פגיעה קשה רצינית וחמורה העולה על "רמת הסיבולת" בחברה דמוקרטית, יביא לפגיעה בסדר הציבורי.<sup>105</sup> רק פגיעה "קיצונית, קשה ועמוקה" תצדיק את הגבלת חופש הביטוי, וזאת בתנאי שהוודאות לפגיעה בסדר הציבורי גדולה.<sup>106</sup> נקבע כי חופש הביטוי הנו זכות "עילאית" ובעלת מעמד על-משפטי.

כעשור לאחר פרשה זו, עלתה לדיון **פרשת סוסצקין**, שבה הורשעה הנאשמת בבית המשפט בניסיון לפגיעה ברגשי דת ועל-כך ערעה.<sup>107</sup> אולם גם כאן, למרות שמדובר במקרה הדין באיסור הפלילי, האיזון שבית המשפט הציע הוא זהה לזה המיושם בעתירות המנהליות.<sup>108</sup> בהמשך אודון בפרשה זו מזוית אחרת.

ב**פרשת גור אריה** דן בית המשפט בבקשה למנוע שידור תכנית טלוויזיה בשבת שבה מרואיינים יהודים דתיים. נקבע כי השידור בשבת פוגע ברגשות המצולמים ולא בחופש הדת שלהם וכי באיזון האנכי בין רגשות הדת לחופש הביטוי יגבר האחרון כיוון שהפגיעה ברגשות, אינה עולה על "רמת הסיבולת" הנדרשת בחברה דמוקרטית ופלורליסטית.<sup>109</sup> הוחלט, ברוב דעות, שהתוכנית תשודר בשבת. נראה שבית המשפט אינו בוחן את הפגיעה ביחס לסובייקט הנפגע אלא ביחס להקשר החברתי המקובל כפי שמשקף בעיני בית המשפט.<sup>110</sup>

במקרה אחר פסל בית המשפט חוק עזר עירוני האוסר הפעלת בתי קולנוע בשבת. נקבע, כי הגבלות על חירויות יסוד חייבות להיעשות מכוח חוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק, שלא ניתנה במקרה דנן, וכי הפגיעה ברגשות הדתיים לא אוזנה כראוי למול הפגיעה בחירויות הפרט של הציבור החילוני.<sup>111</sup>

מן הדוגמאות שהבאנו עולה שהמגמה הברורה שנקבעה בפסיקה בשנים האחרונות היא שאין לשקול שיקולים הבאים למנוע פגיעה ברגשות דתיים, זולת אם הפגיעה ברגשות אלו ברורה ומוכחת, ולא צפוי נזק משמעותי לחלק החילוני של הציבור בעקבות הצעד שנועד למנוע את הפגיעה בחלק הדתי שלו.<sup>112</sup> התרת הפגיעה ברגשות דת בשם חופש הביטוי שהוא עקרון ליברלי, מעוררת את שאלת היחס בין מדינה ליברלית לקבוצות מיעוט לא ליברליות, לאור העובדה שהדתיים שרגשותיהם נפגעים הם המיעוט הדתי הלוא ליברלי, שעליהם בא האיסור להגן.

<sup>105</sup> בגצ 88 / 806 UNIVERSAL CITY SUTDIOS INC נ' המועצה, מג (2) 22.

<sup>106</sup> עמ' 30-32.

<sup>107</sup> ע"פ 697/98 **טטיאנה סוסצקין נ' מ"י**, פ"ד נב(3) 289 (1998).

<sup>108</sup> קרמניצר רגשות הי"ש 4 לעיל, בעמ' 56.

<sup>109</sup> בגיצ 1514/01 יעקוב גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, נה(4), 267.

<sup>110</sup> קרמניצר רגשות הי"ש 4 לעיל, בעמ' 62.

<sup>111</sup> תיפ(ים) 3471/87 מ"י נ' קפלן, פימ תשמ"ח(ב), 265.

<sup>112</sup> אסא כשר "פגיעה ברגשות וטובת הכללי" **משפט וממשל** ב 289 (2004).

## פגיעה ברגשות – סוף דבר

כך מסכם השופט ברק את שאלת הפגיעה בחופש הביטוי מול פגיעה ברגשותיו של הציבור:

"הפגיעה הקשה, הרצינית והחמורה [בחופש הביטוי] כוללת גם פגיעה ברגשותיו של הציבור. אמת, חברה המבוססת על פלורליזם חברתי, חייבת לאפשר החלפת דעות, גם אם יש בכך כדי לפגוע ברגשות של המתנגדים לאותן דעות. אכן, מעצם מהותו של המשטר כמשטר דמוקרטי מתבקשת הכרה ברמה מסוימת של חשיפה לפגיעה ברגשות בני הציבור. פגיעה 'קשה', רצינית וחמורה' המצדיקה הגבלה של חופש הביטוי, היא אותה פגיעה העולה על 'רמת הסיבולת' בחברה דמוקרטית. אכן, עצם הבעתה של דעה בסוגיה השנויה במחלוקת ציבורית (היסטורית, דתית, חברתית או אחרת) מותרת היא. יהיו אלה, אפוא, מקרים חריגים ונדירים, בהם תוכנו של הביטוי יהא בו כדי להוות פגיעה 'קשה', רצינית וחמורה', ברגשותיו של הציבור. יהיו אלה מקרים המזעזעים את אמות הספים של הסובלנות ההדדית"<sup>113</sup>.

בית המשפט אינו מציין בפסקי הדין האמורים באיזה "מד-רגש" או "מד-פגיעה" הוא נעזר לקביעת עוצמת הפגיעה ברגשות, ואיזו דרגת פגיעה (ובאיזה סולם) תזעזע את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית.

בבג"ץ בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים,<sup>114</sup> ביטל בית המשפט למעשה התחשבות כלשהי ברגשות, יהיו אשר יהו, כשהם עומדים מול חופש הביטוי הפוליטי והאמנותי. המשיבים ביקשו להסתמך על עניין עין גל<sup>115</sup> שבו אישר בית-המשפט העליון את החלטת המועצה לביקורת סרטים ומחזות לפסול להקרנה סרט תיעודי, שבו נטען כי ערביי ארץ-ישראל גורשו מאדמתם בידי מתיישבים יהודים, בנימוק כי מדובר בסרט שקרי ובלתי מאוזן, המבזה את מדינת ישראל, מחליש את מעמדה בעולם ועלול להסית לאלימות. בית המשפט קבע:

"מאז ניתן פסק-דין זה בשנת 1979 **השתנו העתים והשתנה הדין**. נוכח הפסיקה שניתנה מאז אין עוד ההלכה שנקבעה שם יכולה לעמוד. על-כל-פנים, סבורה אני כי החברה הישראלית מסוגלת כיום להתמודד עם ביטויים מעין אלה. כאבן של המשפחות השכולות ותחושותיהם הקשות של הלוחמים מובנים, ואין באי-פסילת הסרט משום התעלמות מכך או משום הפחתה מן ההערכה וההוקרה על תרומתם לביטחון המדינה. אף אין משמעות הדבר מתן גושפנקא לאמור בסרט. אלא שראוי הוא, כי אף המשיבים ימקדו מאמציהם – כפי שאכן עשו, ובמידה לא-מבוטלת של הצלחה – בהתמודדות עם הפגיעה הנטענת, במגרש של חופש הביטוי. אין מנוס אפוא מן המסקנה, כי ההחלטה שלא להתיר את הקרנת הסרט פוגעת שלא-כדין בחופש הביטוי של העותרים."

עם כל הכבוד, אני סבור שכבוד השופטת שגתה בפסיקתה. כאשר פוגעים בקניינו של אדם בית המשפט ייזעק ויטען שמדובר בזכות חוקתית. למעשה נחשב הקניין כהארכה דמיונית של ידי האדם. הקניין נחשב לחלק מגופו של האדם ואסור לפגוע בו. לעומת זאת מתיר בית המשפט לפגוע באדם עצמו, ברגשותיו שהם חלק ממהותו. מותר להציגו עירום, ללגלג עליו בתכניות סטיריות למיניהן, הכול בשם חופש הביטוי ובשם חופש האמנות. ואני שואל האם יש לאמן זכות יתר על פני אזרח אחר רק מפני שהוא יודע להתבטא בדרך מסוימת, ובגלל העובדה שיש כאלה הסבורים שדברי הבלע שלו והפגיעה בזולת הם סטירה (satira)? לעיתים אוכל הדיבור כאש להבה, פוגע כארס נחש, דוקר כמדקרות חרב

<sup>113</sup> אהרן ברק, **חופש הביטוי ומיגבלותיו**, הפרקליט מ, חוברת א, 5 עמ' 18.

<sup>114</sup> בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) עמ' 278, (2003).

<sup>115</sup> בג"ץ 807/78 עין גל נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לג(1) 274.

וכחץ מורעל: "שִׁפְתָיו מְלֹאוּ זַעַם וּלְשׁוֹנוֹ כָּאֵשׁ אֲכָלֶת" <sup>116</sup>, ומשורר תהלים אומר: "אֲשֶׁר שָׁנְנוּ כְחֶרֶב לְשׁוֹנָם דְּרָכוֹ חֶצֶם דָּבָר מָר" <sup>117</sup>, "שָׁנְנוּ לְשׁוֹנָם כְּמוֹ נֶחֶשׁ חֲמַת עֲכָשׁוּב תַּחַת שְׁפָתֵינוּ סֵלָה" <sup>118</sup>. בניגוד לכב' השופטת אני סבור שחברה אינה יכולה לשאת פגיעות בפרטים, שהם הרכיבים של אותה חברה. אל לו לבית המשפט להיגרר אחר שינוי העיתים ולשנות את הדין. למשפט יש השפעה על החיים. המשפט אינו צריך להיות מונחה ע"י החיים, אלא להנחות את החיים. בית המשפט באמצעות הדין חייב לכוון את החברה. זהו תפקידה החברתי של מערכת המשפט.

### אכיפה סלקטיבית של החוק?

המציאות מלמדת כי כעקרון נמנעת הפרקליטות מלהעמיד לדין פלילי על העבירה של פגיעה ברגשות דתיים. אם בכל זאת ישנה העמדה לדין במקרים נדירים, לרוב היא על רגשות דתיים של לא יהודים. כאמור לעיל, בשנת 1997 הורשעה טטיאנה סוסקין על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים בניסיון לפגיעה ברגשות דתיים ונגזר עליה עונש מאסר של שנתיים בפועל ושנה על תנאי. סוסקין נתפסה בחברון כשברשותה כרוזים ובהם ציור של חזיר עוטה כאפייה שדורך על ספר פתוח. על דמות החזיר נכתב "מוחמד" ועל הספר "קוראן". <sup>119</sup> בערעור צמצם השופט אור את תחולת הסעיף האוסר על פגיעה ברגשי-דת. הוא קבע שלא כל פגיעה קשה תיחשב לאסורה אלא רק זו הגורמת נזק ל"אינטרס של בני אותה דת בכללותם להבדיל מפגיעה ברגשות דת של פרט זה או אחר". <sup>120</sup> על-פי דבריו חופש-הביטוי עולה על הפגיעה ברגשותיו הדתיים של הפרט, ורק אינטרס הכלל מוכר כזכאי להגנת החוק. בפסה"ד, שדן בהרשעה פלילית בעבירות של פגיעה ברגשי-דת, נפסק שביטוי הפוגע ברגשות דת ייחשב כעבירה פלילית רק היכן שיגרום לפגיעה קשה ובלתי נסבלת ברגשות הדת של רוב או חלק ניכר מהציבור. השאלה האם נדרשת ודאות קרובה לפגיעה ברגשות או שמספיק פוטנציאל ממשי לכך על מנת להרשיע נותרה בצריך עיון. לפנינו אפוא צמצום כפול, חופש הביטוי נקבע כעולה על פגיעה ברגשות ורק אינטרס הכלל – להבדיל מפגיעה בפרט – הוכר כזכאי להגנת החוק.

### שאלת האיזון

ביובל השנים האחרונות פיתח בית המשפט אמות מידה הקובעות את מידת ההגנה על חופש הביטוי, על פי החשיבות החברתית היחסית של הערכים והעקרונות אשר חופש הביטוי מתנגש איתן. <sup>121</sup> ביהמ"ש שפירש חקיקה לאור חופש-הביטוי, כלל את הזכות לחירות-הביטוי בין עקרונות-היסוד של השיטה. אשר למעמד הזכות, חלוקות הדעות בביהמ"ש העליון בדבר עצם עיגונה החוקתי של הזכות במסגרת "כבוד האדם" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ביהמ"ש קבע שהזכות לחופש-הביטוי היא זכות יחסית. כאשר יקום אינטרס אחר או זכות אחרת מולה, יש לאזן ביניהם, ויתכן שהזכות לחופש-הביטוי תוגבל.

<sup>116</sup> ישעיהו ל' כז.

<sup>117</sup> תהלים פרק ס"ד ד.

<sup>118</sup> תהלים ק"מ ד.

<sup>119</sup> <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=109467>

<sup>120</sup> טטיאנה סוסקין ה"ש 31

<sup>121</sup> אהרון ברק בהרצאה באוניברסיטת תל אביב ביום העיון להופעת ספרו של פרופ' זאב סגל חופש העיתונות בין מיתוס למציאות ב-13 במאי 1996.

נפסק שההגנה מפני פגיעה ברגשות-דתיים מצויה במדרג-נורמטיבי נמוך מאשר זכויות היסוד ולכן פגיעה ברגשות-דת תשמש עילה להגבלת חופש-הביטוי רק היכן שקיימת וודאות קרובה לכך שהפגיעה ברגשות תהיה קשה רצינית וחמורה ותעלה על "רמת הסיבולת" הנדרשת בחברה דמוקרטית.<sup>122</sup>

בעתירה כנגד החלטת ועדת הבחירות לפסול תשדיר של מפלגת שינוי שבו נראים חרדים הנתלים על רגלי חילוני הגורר אותם, נקבע כי זהו מקרה חריג, בו באיזון האנכי בין זכות היסוד לחופש-הביטוי, לאינטרס הציבורי של הגנה על רגשות הציבור ייסוג חופש-הביטוי, שכן הפגיעה ברגשות כה חמורה שהיא עוברת את רמת הסיבולת הדרושה בחברה דמוקרטית.<sup>123</sup>

על שאלת האיזון בין חופש-הביטוי וההפגנה לבין ההגנה על רגשות-דתיים כתבה הנשיאה בייניש<sup>124</sup> שגם אם מקובל על ביהמ"ש שמנקודת השקפתם של חוגים חרדים ודתיים עלול קיום המצעד לפגוע פגיעה כנה ואמיתית ברגשותיהם הדתיים, אין בכך טעם מספיק לשלילת הזכות להפגין. לדעתה עצם קיומה של פגיעה ברגשות אינה מצדיקה פגיעה בחופש-הביטוי וההפגנה בדמוקרטיה המבוססת על פלורליזם חברתי, וזאת על-מנת שחופש-הביטוי לא יאבד את תוכנו. השופטת מזכירה שחופש-הביטוי אינו רק החופש לבטא דברים נעימים-לאוזן המצויים בלב הקונצנזוס החברתי. ההגנה על חופש-הביטוי וההפגנה נועדה, בין היתר, ליתן במה לדעות המעוררות מחלוקת וכן לאפשר הזדמנות ביטוי לקבוצות מיעוט המבקשות להעלות את עניינן לסדר היום הציבורי אף כאשר הרוב מתנגד לדעותיהן. ההגנה על חופש-הביטוי מגנה בראש ובראשונה על המיעוט מפני הרוב.

בפסק הדין שדן בסגירת כביש בר אילן בשבתות. נקבע כי פגיעה ברגשות דתיים הינה שיקול לגיטימי שיאוזן באיזון אנכי למול הפגיעה בזכויות יסוד. על מנת להצדיק הגבלת זכות יסוד על הפגיעה ברגשות להיות קשה וחמורה ולהתרחש בהסתברות קרובה לודאי, ובתנאי שהגבלת הזכות מדתית.<sup>125</sup> למרות הרטוריקה המדברת על איזון, כביכול, הרי בכל המקרים מדובר בהכרעה, ובהכרעה לכיוון מסוים דווקא. את המיעוט הדתי היהודי כוללים בתוך הרוב ולפיכך אין כל מניעה לפגוע ברגשות דתיים יהודיים.

### **שאלה אמפירית: האם אכן הגבלת חופש הביטוי מונעת פגיעה ברגשות?**

יעקב בן שמש טוען,<sup>126</sup> שלעתים עצם הגבלתו של חופש הביטוי, בגלל פגיעה ברגשות דתיים, עלול ליצור אפקט בומרנג ולהעצים את הפגיעה ברגשות, פגיעה שיתכן שהייתה נמנעת אם חופש הביטוי לא היה מוגבל על מנת להגן על הרגשות דתיים מפניה. לעתים ההכרה בפגיעה ברגשות כנימוק להגבלת חופש הביטוי יוצרת קונפליקטים וסערות ציבוריות שלא היו נוצרים לולא ניסינו להגביל את הביטוי על מנת להגן, על רגשות דתיים מפני פגיעה. כך למשל במקרה הקריקטורות הפוגעות בנביא מוחמד. הקריקטורות התפרסמו בעיתון בדנמרק בחודש ספטמבר 2005. פרסומן לא זכה להד רב. הסערה הציבורית התחוללה רק מספר חודשים לאחר מכן, בחודש פברואר 2006, לאחר שקבוצות מוסלמיות שונות דרשו התנצלות רשמית הן מאת העיתון, והן מהממשלה ובכך שבו והפנו את תשומת הלב הציבורית לקריקטורות שפורסמו. התוצאה המיידית של הקמפיין לצנזורה על הקריקטורות הייתה פרסום חסר תקדים של

<sup>122</sup> בג"צ 88 / 806 UNIVERSAL CITY SUTDIOS INC נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1988)

<sup>123</sup> בג"צ 2194/06 מפלגת שינוי-מפלגת המרכז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, תק-על 2006(2), 4500 (2006).

<sup>124</sup> בג"צ מרזל הי"ש 42.

<sup>125</sup> בג"צ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4)1.

<sup>126</sup> [http://www.hofesh.org.il/articles/maavak/hurting\\_feelings.html](http://www.hofesh.org.il/articles/maavak/hurting_feelings.html)



הקריקטורות הפוגעות בכל רחבי אירופה, למעשה בכל רחבי העולם. כך למשל, בעקבות התגובה העוינת לפרסום הקריקטורות, והדרישות לצנזרן, פרסמו עוד עשרות עיתונים בכל רחבי אירופה את הקריקטורות הפוגעות, כביטוי של סולידריות עם העיתון הדני, ומחאה כנגד ניסיונות ההשתקה. במקביל, עשרות כלי תקשורת אחרים ברחבי העולם דיווחו על המהומה שהתפתחה, והביאו את הקריקטורות לידיעתם של מיליונים רבים אחרים, מוסלמים ושאנים מוסלמים, תוך שהם מכפילים ומעצימים הן את הפגיעה באיסלם והן את הפגיעה ברגשותיהם של מאמינים מוסלמים בכל רחבי העולם.

ניתן לטעון כי התפתחות דומה התקיימה בפרשת מצעד הגאווה בירושלים, שהוא מקרה הבוחן בעבודה זו. (ראה להלן). המצעד התקיים בשנים 2002, 2003, ו-2004, תוך התעלמות בולטת של המגזר הדתי והחרדי מקיומו. כתוצאה מכך הייתה ההשתתפות במצעד מועטת ביותר וההד התקשורתי היה קטן. לעומת זאת כאשר התנגדו החרדים לקיומו של המצעד, גררה ההתנגדות מצד החרדים התגייסות מצד תומכי המצעד, אך גם מצד אנשים נוספים שמלכתחילה לא נטו לתמוך בקיומו של המצעד, אך ראו עצמם חובה להגן על חופש הביטוי. הקונפליקט שהתפתח זכה לסיקור תקשורתי רב. בסופו של דבר, נוצר פוטנציאל רב ביותר לפגיעה ברגשות דתיים. לעצרת שהתקיימה במקום המצעד שבוטל בסופו של דבר הגיעו לטענת המארגנים והתקשורת כעשרת אלפים איש.

מהדוגמאות שהבאנו עולה החשש שעירובו של המשפט כדי להגן על רגשות דתיים עלול להביא לתוצאה ההפוכה הפצת הביטוי הפוגע בהיקפים רחבים יותר, העצמת הקונפליקט ופגיעה חמורה ונרחבת ברגשות מעבר לזו שהייתה נגרמת לולא הניסיון להשתיק את הביטוי מפני שהוא פוגע ברגשות.

### מצעד הגאווה כמקרה בוחן

בשנת 2002 החלה הקהילה ההומו-לסבית לקיים מצעד-גאווה בירושלים. בשנים הראשונות עברו המצעדים מבלי לעורר תשומת-לב מיוחדת. בשנת 2005 התנגדו גורמים דתיים וחרדיים למצעד. למרות ההתנגדות לא בוטל המצעד. במהלך המצעד דקר אדם חרדי שלושה ממשתתפי המצעד. גם המצעד של שנת 2006 נתקל בהתנגדות שכללה איומים מצד גורמים דתיים וחרדיים. בשל חשש לשלוםם של הצועדים ולסדר-הציבורי סירבה משטרת ישראל לאפשר את קיומו של המצעד. בעקבות עתירה שהגיש הבית-הפתוח לבג"ץ, התחייבה המשטרה לאפשר את קיומו של המצעד, במגבלות מסוימות שנגעו בעיקר למסלול המצעד.<sup>127</sup> עם מתן הרישיון למצעד הוגשו כנגד משטרת ישראל עתירות מצד מתנגדי המצעד, בטענה שיש לבטלו בשל חשש לשלום-הציבור וכן בשל פגיעה ברגשותיהם של תושבי העיר.<sup>128</sup> בתום הדיון נדחו העתירות ללא נימוקים. נימוקי ההחלטה פורסמו בחודש דצמבר אותה שנה. למרות דחיית העתירות, בוטל המצעד באותה שנה, מסיבות שונות, ובמקומו נערכה עצרת בגבעת-רם. על פי עדות אדם שנכח בביהמ"ש בעת הדיון בעתירות כנגד קיום המצעד, אמרה השופטת פרוקצ'יה לב"כ העותרים שאילו היו טוענים כנגד פגיעה קשה ברגשותיהם, במקום לאיים על שלום הציבור, היה ביהמ"ש מקשיב.

בג"צ, שדחה את העתירות שהוגשו כנגד ההחלטה לאשר את קיומו של מצעד הגאווה בירושלים, דן בהרחבה בהתנגשות שבין עיקרון חופש-הביטוי והזכות להתכנס ולהפגין, לבין שמירה על האינטרס של בטחון-הציבור, והפגיעה ברגשות-הציבור ובעיקר רגשות הציבור הדתי.

<sup>127</sup> בג"ץ 7348/06 הבית הפתוח נ' משטרת ישראל. (2007).

<sup>128</sup> בג"ץ 8988/06 יהודה משי-זהב נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים, תק-על 2006(4), 4663. (2006), (להלן משי-זהב), בג"ץ 9076/06 אפרים הולצברג נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים; (טרם פורסם) (2007), בג"ץ 9089/06 ברוך מרזל ואיתמר בן-גביר נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים, (טרם פורסם) (2007), (להלן מרזל), בג"ץ 9174/06 הרב שמחה הכהן קוק נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים. (2007).

בכ"ב במרחשוון התשס"ז (13.11.06) הוגשה לכנסת, ע"י חבר הכנסת אליהו גבאי, הצעה לתיקון<sup>129</sup> 'חוק יסוד: ירושלים'<sup>130</sup> ובה נאמר שאחרי סעיף 3 בחוק היסוד יבוא:

"מועצת עיריית ירושלים מוסמכת לאסור על קיומם של מצעדים ותהלוכות בתחום ירושלים מטעמים של פגיעה בסדר הציבורי, ברגשות הצבור או מטעמי דת."<sup>131</sup>

בדברי-ההסבר לחוק נאמר:

"בקץ הקרוב אמור להיערך מצעד-הגאווה העולמי בירושלים בירת ישראל. ירושלים מהווה עיר ייחודית בעולם, הקדושה לשלוש הדתות. קיום מצעד-הגאווה העולמי דווקא בירושלים, פוגע ברגשות המאמינים מכל הדתות בכל רחבי העולם, יהודים נוצרים ומוסלמים כאחד. חוק זה בא להסמיך את מועצת העיר לאסור על מצעד או תהלוכה העלול לפגוע ברגשות מיליוני מאמינים ובתושבי העיר עצמה".

בתאריך 06/06/2007 התפרסמה ב- ynet הידיעה שחוק נגד מצעד הגאווה התקבל בקריאה טרומית בכנסת. הצעות החוק, שיזמו ח"כ אליהו גבאי (האיחוד הלאומי מפד"ל) וחברי כנסת מש"ס, נועדו לאפשר לעיריית ירושלים ולכל מועצה מקומית אחרת למנוע מצעדי גאווה מטעמים של "פגיעה בסדר הציבורי ברגשות הציבור או מטעמי דת", עברו בקריאה טרומית בכנסת ברוב של 40 תומכים מול 23 מתנגדים. ראש הממשלה, אהוד אולמרט אמר שאינו סבור שירושלים היא המקום הטבעי לקיום מצעד הגאווה בשל הרגישות המיוחדת של העיר, אך סבור שלא היה מקום להגביל את הנושאים הללו בחוק. ח"כ זהבה גלאון טענה: "הממשלה התגלתה במלוא עליבותה בכך שאפשרה חופש הצבעה ומנעה מחברי הקהילה ההומו-לסבית את הזכות לחופש הביטוי על-ידי קיום מצעד הגאווה בירושלים. החרב שהופנתה כלפי הקהילה היא חרב פיפיות. כנסת ישראל שהעבירה את החוק הנ"ל היא כנסת מטורפת עם ממשלה מוטרפת שבה עריצות הרוב גוברת על הגנה על זכויות אדם". חבר הכנסת אבשלום וילן (מרצ) הצטרף לדעתה: "זה רגע של ביזיון לכנסת ישראל. מדובר בהצעת חוק אנטי חוקתית, יש לעשות כל מאמץ כדי למנוע את המשך תהליך החקיקה". ח"כ חיים אורון (מרצ): "הכנסת מחוקקת בחוסר אחריות חוקים הפוגעים בזכויות יסוד. הבעיה היא לא עם מציעי החוק, שממילא לא מבינים את כללי הדמוקרטיה, אלא עם ממשלת ישראל ומרכיבים בקואליציה שנותנים יד להעברת חוק שלא היה מאושר באף מדינה דמוקרטית אחרת". נועה סתת, מנכ"ל הבית הפתוח אמרה ל-ynet כי "החוק מאוד מסוכן. בהיקף רחב יותר ממצעד הגאווה בירושלים הוא יוצר תקדים בו ירושלים תהיה העיר היחידה שבה חופש הביטוי כפוף לרצונו של ראש העירייה. זו שלילת חופש הביטוי. אני מרגישה שמתנכלים לנו ולדמוקרטיה בכלל, ואנחנו בכל מקרה נמשיך במאבק ונהיה בועדות הכנסת".

לעומת זאת הגיב ח"כ אלי ישי, מש"ס: "החוק הוא מחויב המציאות. לא יעלה על הדעת שקבוצות קטנות והזוויות, במהלכים יח"צניים, ישפיעו השפעות מזיקות על ערים שונות ובעיקר ראוי להוקיע את הטומאה שיש מן המבקש, לטמא את ירושלים".

ח"כ גבאי עצמו אמר בדיון:

"חופש ביטוי אינו חופש שיסוי, הוא אינו הזמנה לפרובוקציה, ואינו היתר להתגרות לשמה. מי שרוצה להתיר מצעד שכזה בירושלים מבלבל בין חופש להפקרות. לירושלים יש מעמד מיוחד כעיר הבירה, וכעיר בינלאומית שלה חשיבות לשלושת הדתות. ישנם אנשים, בין אם הם תושבי

<sup>129</sup> פ/1714.

<sup>130</sup> ס"ח התש"ס, עמ' 186.

<sup>131</sup> <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3409676,00.html>

המקום ובין אם הם מבחוץ, שרוצים לערער את היחסים בין הקהילות ולא להביא לידי בניית חיים משותפים והרמוניים בעיר". החוק נועד למנוע מצב של שפיכות דמים ומלחמת אחים, ובעד שקט תעשייתי לטובת התיירות וכלכלת העיר, אשר ניזוקה עד כה בצורה חמורה. העימותים שהתנהלו סביב המצעד עד כה ביזו את העיר ירושלים - בירתנו, ופגעו במעמדה בארץ בעולם".

בשנת 2007 פסק ביהמ"ש<sup>132</sup> בהקשר זה, שעל המשטרה לאזן, בבואה להחליט בבקשה לקיים הפגנה, בין חופש-הביטוי של המבקשים להפגין לבין הפגיעה ברגשותיהם של המתנגדים לקיומה של ההפגנה. מן הפסיקות עולה שביהמ"ש מנסה לאזן, באופן ראוי ומידתי, לדעתו, בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים.<sup>133</sup>

בג"צ דחה את העתירות שהוגשו כנגד החלטתו של מפקד מחוז ירושלים לאשר את קיומו של מצעד הגאווה בירושלים בטענה שקיומו יפגע בביטחון הציבור וברגשות הדת שלו. בג"צ דן בהרחבה בהתנגשות שבין עיקרון חופש הביטוי והזכות להתכנס ולהפגין, לבין שמירה על האינטרס של בטחון הציבור, ופגיעה ברגשות הציבור ובעיקר רגשות הציבור הדתי. העתירה נדחתה שכן הזכות לביטוי עצמי של הקהילה ההומוסבית גוברת על אינטרס הרגשות הדתיים, בהתחשב ברמת הסיבולת הנדרשת בחברה דמוקרטית, ועל הסכנה הנטענת לביטחון הציבור.<sup>134</sup> לטענת בג"ץ נעשה ניסיון לאזן באופן ראוי ומידתי בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים.<sup>135</sup>

ואולם שפע הפסיקות במקרה הבוחן מלמד, שבאופן עקבי, דחה בית המשפט את הטענות של פגיעה ברגשות דתיים והעדיף על פניו את האינטרסים של הקהילה ההומו לסבית ואת זכות ההפגנה שלהם. למרות שבית המשפט משתמש בשפת האיזונים, שמשמעה התחשבות בטיעוני שני הצדדים, הענקת כוח השפעה שווה או חשיבות שווה לשני הצדדים, אין מדובר כאן באיזון אלא בהכרעה ברורה לכיוון העדפת חופש הביטוי על פני ערכים אחרים.

<sup>132</sup> <http://elyon1.court.gov.il/Files/07/770/052/n03/07052770.n03.HTM>

<sup>133</sup> משי-זהב הי"ש 42.

<sup>134</sup> בג"ץ 5277/07, 5380, ברוך מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים, (טרם פורסם)

<sup>135</sup> בג"צ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז י-ם: ד (2006)

## פרק הרביעי - בעיית ההגנה על רגשות-דתיים דווקא.

האם ראויים בכלל רגשות להגנה ומדוע? האם ומתי מוצדק להגביל את החופש-הביטוי כדי להגן על רגשות? האם פגיעה קשה, רחבה, ועמוקה ברגשות כשלעצמה, ומבלי שנלווית לה סכנה ממשית לסדר הציבורי, עשויה להצדיק הגבלה של חופש-הביטוי? היש מקום בחברה דמוקרטית להעניק מקום מיוחד בחקיקה פלילית להגנה דווקא על רגשות של אנשים דתיים ועל אמונתם?

### האם רגשות ראויים בכלל להגנה ומדוע?

החיים בחברה הטרוגנית ורב-תרבותיות, כמו מדינת-ישראל, מזמנים אינספור מצבים המכילים פוטנציאל ממשי לפגיעה ברגשות מסוגים שונים.<sup>136</sup> הגנה בחוק מפני פגיעות כאלו עלולה להגביל חירויות אזרח, כגון: חופש הביטוי, חופש העיסוק וחופש התנועה. השופט ברק אמר על ביטוי שפגע פגיעה קשה בניצולי שואה: "חופש הביטוי אינו רק החופש לבטא או לשמוע דברים המקובלים על הכול. חופש הביטוי הוא גם החופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוטות, אשר הציבור סולד מהן ושונא אותן".<sup>137</sup>

נשאלת השאלה: האם ומתי מוצדק להגביל את החופש-הביטוי על מנת להגן על רגשות הציבור? הגנה בחוק מפני פגיעה ברגשות עלולה להגביל את חופש-הביטוי בצורה קשה. האם פגיעה קשה, רחבה, ועמוקה ברגשות כשלעצמה, ומבלי שנלווית לה סכנה ממשית לסדר-הציבורי, עשויה להצדיק הגבלה של חופש-הביטוי?

שאלה נוספת היא השאלה מדוע רגשות דת מוגנות באופן מיוחד? מדוע מגן החוק על רגשות דתיים דווקא ונמנע מלהגן על רגשות אחרים?

את השאלה אפשר להציג מנקודות מבט שונות:

מצד אחד אפשר לראותה כטענה על הפליה-לטובה של מאמינים דתיים על פני אלה המאמינים באמונות שאינן דתיות. המחזה "מלכת-האמבטיה", למשל, ירד בגלל מחאה-ציבורית של משפחות שכולות שרגשותיהן נפגעו. מדוע, אם כן, מגן החוק רק על רגשי-דת ואילו רגשותיהם של משפחות שכולות או ניצולי שואה אינם זכאים להגנת החוק הפלילי? לפי נקודת מבט זו מן הראוי להוסיף לחקיקה הגנה גם מפני פגיעה ברגשות אחרים.

מצד שני אפשר לטעון כי כפי שאין לנו מגנים על רגשותיהם של בעלי ערכים כללים, שאינם נוגעים לדת, כך אין מקום להעניק הגנה משפטית מפני פגיעה ברגשות-דתיים. לפי גישה זו יש לדחות כליל את טענת הפגיעה ברגשות כנימוק להגבלת חופש-הביטוי, ויש למחוק מן החוק את כל הסעיפים הנוגעים לפגיעה ברגשות.

אחת התשובות האפשריות לשאלה מדוע מגן החוק דווקא על רגשות דתיים היא שהדבר נובע מסיבות היסטוריות. רבים מהאיסורים הנוהגים כיום מוסברים בהתפתחות היסטורית. אך השאלה החשובה יותר היא האם יש הצדקה מתמשכת לייחד בחוק פגיעה ברגשות דתיים, על פני פגיעה ברגשות מסוגים אחרים. ד" סטטמן: במאמרו "פגיעה ברגשות דתיים" מנסה להגדיר את המונח העמום "רגשי דת ומסורת" ובהצדקה אפשרית לקביעת עברה דווקא בפגיעה ברגשי דת לעומת פגיעה ברגשות אחרים, כגון רגשות מיעוטים או משפחות חללי צה"ל או ניצולי שואה.<sup>138</sup> לשאלות אלה אתייחס בפרק הבא.

<sup>136</sup> א' בנבנשתי, "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת", משפטים ל (התשנ"ט), 29.

<sup>137</sup> בג"צ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 280.

<sup>138</sup> ד' סטטמן, "פגיעה ברגשות דתיים", בתוך רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי, בעריכת מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר, עמ' 133 ואילך; א' כשר, "פגיעה ברגשות וטובת הכלל", משפט וממשל ב (תשנ"ד),

## פרק חמישי - ההצעות לתיקון החוק ולמולן הצעה אלטרנטיבית (הנובעת מעמדתי האישית).

בהגיבה לפרשת הקריקטורות נגד מוחמד, טענה גב' Maryam Namazie, המכנה את עצמה "פעילת זכויות אדם":<sup>139</sup>

I'd like the offended Islamists - from the Islamic Republic of Iran to Islamic Jihad to the Saudi government... - to apologise; not for their backward and medieval superstitions and religious mumbo jumbo but for their imposition of these beliefs in the form of states, Islamic laws and the political Islamic movement. If any of them want to apologise for the mass murder of countless human beings in Iran and the Middle East, and more recently in Europe, for veiling and sexual apartheid, for stoning, amputations, decapitations, Islamic terrorism and for the recent brutal attack on Tehran bus workers and so on and so forth, just email me direct.

יעקב בן-שמש אינו רוצה לקרוא טענה זו כטענת "הפליה", הפליה לטובה של מאמינים דתיים על פני אלה האוחזים במערכת אמונות שאיננה דתית. הוא מציע לקרוא אותה באופן הפוך:

"לפי קריאה זו, כפי שאין אנו מגנים על רגשותיהם של בעלי ערכים "סתם", כך אין מקום להעניק הגנה משפטית מפני פגיעה ברגשות דתיים. לתפיסה זו, פגיעה ברגשות הנגרמת בשל פגיעה בערכים החשובים לאדם היא חלק ממציאיות החיים בחברה המודרנית, הפלורליסטית, הרב תרבותית. חברה זו מורכבת מקבוצות רבות ומגוונות של אנשים, המחזיקים בדעות, בערכים ובאמונות שונות וסותרות. במציאות זו, אדם צריך לצפות לפגיעה ברגשותיו, שכן אין זו אלא תוצאה הכרחית מהאינטראקציות הבלתי נמנעות שלו עם אחרים השונים ממנו בערכיהם ובאמונותיהם. כשם שאדם אינו יכול לנהל קשרים משמעותיים עם אחרים ללא הסיכון שמדי פעם ייפגע, ייעלב או יצטער, כך אדם איננו יכול לצפות, בחברה פלורליסטית, שרגשותיו לא ייפגעו. פגיעה ברגשות היא אם כן חלק בלתי נפרד של החיים בחברה פלורליסטית, והיא תוצאה בלתי נמנעת, ואף רצויה פעמים רבות, של היחשפות לעולם ערכים ומנהגים שונה".<sup>140</sup>

לטענתו במצב כזה, בו פגיעה בערכים היא תופעה בלתי נמנעת ורווחת עד מאד, הנכונות להכיר בפגיעה ברגשות כנימוק להגבלת ביטוי תוביל באופן בלתי נמנע להפליה ולהגבלת חופש הביטוי של החלשים וחסרי הכוח הפוליטי. מכיוון שאין להעלות על הדעת שיוגבל חופש הביטוי כל אימת שישנה פגיעה ברגשות (כיוון שאז תוגבל, למשל, חירות הביטוי של אנשי דת המתבטאים באופן מעליב ופוגע כנגד נשים, הומוסקסואלים, ערבים, וכיוצא באלה), התוצאה תהיה שהשימוש בטיעון הפגיעה ברגשות יהיה שמור לבעלי הכוח הפוליטי בלבד. גם משיקול זה יש לדחות לדעתו כליל את טענת הפגיעה ברגשות כנימוק להגבלת חופש ביטוי.

עמ' 289-302; א' הכהן, 'התחייה העצמות האלה?' - חופש המדע הארכיאולוגי, חופש הדת וכבוד האדם", מאזני משפט ד, ספר שאקי, נתניה תשס"ה, עמ' 219-260.

<sup>139</sup> <http://maryamnamazie.blogspot.com/2006/02/apologise-for-what-on-caricatures-of.html>  
<sup>140</sup> [http://www.hofesh.org.il/articles/maavak/hurting\\_feelings.html?print#footnote\\_18](http://www.hofesh.org.il/articles/maavak/hurting_feelings.html?print#footnote_18)

## הצעת פרופ' מ. קרמניצר וחבריו לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים<sup>141</sup>

לדעת החוקרים, פרופ' מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר, אין מקום בחוק העונשין לעברה שעניינה הגנה כללית על רגשות הדת ואמונת האדם הדתי.

הצעתם של קרמניצר וחבריו נשענת על הטיעונים הבאים:

א. הגנה מפני פגיעה ברגשות בכלל, ומפני פגיעה ברגשות דת בפרט אינה ערך שווה לערך החברתי של הגנה מפני פגיעה באינטרס קיומי של אדם, כגון גופו או חירותו. הערך החברתי אינו כה חיוני, לדעתם, ואפיונו אינם תואמים את יסודות החוק הפלילי.

ב. איסור המיוחד לרגשות דת ולאמונה דתית, פוגע, לדעתם, בעקרון השוויון ובעקרון ההגינות. אין להצדיק הבדלה בין רגשות דתיים לרגשות מקבילים כגון רגשות לאומיים, אתניים, אידיאולוגיים וכו'.

ג. העבירה בעייתית מבחינת עקרון החוקיות משום שעבירה האוסרת באופן כללי על פגיעה ברגשות דת, לוקה באי בהירות ובחוסר ודאות. היא מחייבת התחשבות במושגים נסתרים מן העין וקשים להערכה כגון רגשות, דת ומידת ההיפגעות האינדיבידואלית של הפרט.

ד. האיסור מעלה קשיים רבים הקשורים לאפשרות אכיפת האיסור. קשיים אלה מטילים בספק את התועלת שביצירת האיסור מול העלויות הכרוכות בו.

ה. השיקול המרכזי שבעטיו הם מתנגדים להכללת העברה בחוק הפלילי הוא הנזק שעבירה זו מסבה לעיקרון של חופש הביטוי שהוא לטענתם, ערך יסוד בחברה דמוקרטית. לדעתם חופש הביטוי דוחה איסור פלילי המגן מפני פגיעה ברגשות ברוח האיסור הקיים כיום בסעיף 173 לחוק העונשין.

קרמניצר וחבריו החוקרים מציעים להתנות את האיסור רק למצבים שנועדו למנוע גזענות, אלימות, הפרת הסדר הציבורי או פגיעה במקומות פולחן. בעיני קרמניצר וחבריו, הרחבת האיסור הפלילי בתקופת המנדט להגנה על רגשי דת היא מיותרת. לדבריו, "בהקשר זה נראית הבחירה המודעת במונח הלשוני המעורפל 'רגשות דתיים', כגולת הכותרת של הרחבת האיסור הפלילי המנדטורי וכיסוד המסמל את מידת עמימותו. על אף שברור, בעיקר לנוכח ההקשר ההיסטורי, כי הערך העיקרי שעליו נדרשה הגנה הוא שלום הציבור וביטחונו – ולמעשה, חיי אדם – הרי שלכך אין אזכור בין יסודות העבירה".

## הצעה אלטרנטיבית לתיקון החוק

בניגוד לקרמניצר וחבריו המנסים ליצור שוויון דרך levelung down אני מצדד ביצירת השוויון בדרך של - leveling up.

בניגוד להצעתם, לבטל את האיסור בחוק הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות-דתיים, אני מציע שלא למחוק את הסעיפים העוסקים בפגיעה ברגשות-דתיים, אלא לשנותם ולהרחיבם. יש להוסיף לעבירה את יסוד הכוונה. הסעיפים בחוק צריכים לכלול איסור לפגוע ברגשות הזולת בכלל: ברגשות של ניצולי השואה, של המשפחות השכולות, של נכים, של עניים, של עשירים, של עולים חדשים, של הרוב ושל המיעוט. מגמה כזאת קיימת בחלק ממדינות המשפט הקונטיננטלי,<sup>142</sup> העוברות מהגנה המוענקת בדין הפלילי לדת בלבד, לעמדה כללית המגבילה ביטויים המבזים כל אמונה ותפיסה אידיאולוגית.<sup>143</sup>

<sup>141</sup> קרמניצר רגשות הי"ש 4 לעיל

<sup>142</sup> פרק 11 בסעיף 166 לקוד הפלילי הגרמני. סעיף 261 לקוד הפלילי השווייצרי.

<sup>143</sup> ראו קרמניצר רגשות הי"ש 4 לעיל תיאור המצב המשפטי הנוהג בגרמניה ושווייץ

## הנימוקים להצעה:

ה"הפיכה החוקתית" המיטה על החברה הישראלית את 'שיח הזכויות', המאפיין במידה רבה את שיטות המשפט המערביות. הפיכה זו הייתה שמן לגלגלי המעבר של החברה הישראלית מקולקטיביזם לאינדבידואליזם, היא חלק מן האמריקניזציה שעוברת על החברה הישראלית. "שיח-הזכויות" ההולך ותופס מקום מרכזי בחברתנו, דחק את רגליו של "השיח החברתי", הגביר אנוכיות, הפיג את החמלה ופורר את הערבות-ההדדית בחברתנו.

'ציפור-הנפש' היפה, 'חירות-הביטוי', שעל זמרתה נהגנו להתענג, הפכה לעוף-דורס, המטיל את פְּרָשׁוֹ על ראשו. שיח הזכויות נשען על אידיאולוגיה אזרחית-ליברלית-אינדבידואליסטית-קפיטליסטית קיצונית, שאינה מכירה בישויות כמו קהילה, חברה, קולקטיב, אלא רק בזכויות האזרח האינדבידואל. שיח הזכויות המשפטי מתמקד בעקרונות אבסטרקטיים ובהכרעה היררכית במאבק בין זכויות. במרכז העניינים ניצב, כאמור, הפרט. שיח הזכויות הליברלי שחדר אל החברה הישראלית הולך ופורס את מרקם היחסים העדין שהיה קיים בין חלקיה השונים של החברה הישראלית, לנוכח השפעותיו המבדלות והזרות שהוא מפיץ. הסולידריות החברתית מתמוססת, והקריאה: "אִישׁ לְאֶהְלִיךָ? שְׂרָאֵל"<sup>144</sup> מהדהדת בחללה של החברה הישראלית.

נראה שהגיע השעה לשוב אל השיח החברתי שאפיין את החברה הישראלית בשנותיה הראשונות של המדינה. הגיע הזמן לשוב אל הכלל הגדול: "וְאֶהְבֶּתְּ לְרֵעֶךָ כְּמוֹךָ"<sup>145</sup>.

מן הראוי לאמץ לצד השיח החברתי את "שיח היחסים"<sup>146</sup>, המהווה שילוב רעיוני בין עקרונות ליברליים מרכזיים ובין קוויה המנחים של אתיקת הדאגה לזולת (ethic of care)<sup>147</sup>, המשקפת קול מוסרי נוסף לצד קול הצדק והזכויות, ומתרכזת במשמעותו של הקשר עם הזולת והשמירה עליו. בבסיסה של אתיקת הדאגה לזולת הדגשת התגובה כלפי האחר על בסיס הבנת המציאות של האחר והזדהות עם תחושותיו, דאגה ואחריות כלפיו. במקום הכרעה היררכית במאבק בין זכויות (תובע-נתבע / מנצח מפסיד) מציע שיח היחסים ראייה המתמקדת במאפייניו הייחודיים של כל פרט ובמארג היחסים בינו ובין זולתו, ובינו לבין חברתו. ראייה זו מחייבת הכללת נקודות המבט של שלל הגורמים בחברה ולשימור היחסים ביניהם. להבדיל מן העימות הדיכוטומי-היררכי המאפיין את שיח הזכויות, יאופיין שיח היחסים בקשב ובפתיחות לזולת, בהתגברות על הניכור ובדיון א-היררכי, תוך צמצום התוצאה הבינארית. מגמת שיח משפטי זה היא למצוא את הדרך להסכמה, שתבטא את האינטרסים והזכויות של הצדדים. מטרת שיח זה אינה להביא לידי ניצחון על האחר, אלא להגן על כל הצדדים באמצעות עיצוב פתרון שיתחשב בעמדות הצדדים ויצמצם את הפגיעה בהם למינימום, על פי שיטה קשובה, המבקשת להתחשב בעמדות כל הצדדים ואינה מחויבת להכרעה בינארית, הפתרונות שיופקו יהיו בהכרח גמישים יותר ותפורים למידותיהם של הצדדים ולמאפייני המחלוקת. השיח מחייב לא רק את שקילת מגוון הנסיבות והפרטים האופפים את הצדדים, אלא גם את בדיקת הרקע התרבותי של הדברים, ובחינת יחסי הכוחות והשיקולים הסמויים העומדים ביסוד ההסדרים והטיעונים הפורמאליים.<sup>148</sup>

<sup>144</sup> דברי הימים ב' י"ט.

<sup>145</sup> ויקרא י"ט, יח.

<sup>146</sup> רות זפרן, "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה—מספר הערות על דאגה וצדק", **משפט חברה ותרבות**, 'נפלאו ממני'—משפטים על אהבה (חנה נווה, אורנה בן־נפתלי—עורכות, רמות, תשס"ה) 605,643.

<sup>147</sup> קרול גיליגן, בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (נעמי בן חיים – מתרגמת) ספריית הפועלים, תשנ"ו

<sup>148</sup> רות זפרן, **המשפחה בעידן הגנטי - הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן**, דין ודברים ב תשס"ו, עמ' 238-241.

שיח היחסים המוצע, אינו מבקש לבטל את מושג הזכות, ואינו מתעלם מחשיבותם של עקרונות כמו חירות, אוטונומיה ושוויון. עיבודם בשיח היחסים עשוי לעצב את תכנם של המושגים הלקוחים משיח הזכויות באופן שונה ולהביא לידי הכרעות אחרות מאלו שהיו מתקבלות עקב החלת שיח הזכויות בטהרתו.<sup>149</sup>

כבר הוזכרו לעיל דבריה של כב' השופטת איילה פרוקציה שנאמרו בהקשר אחר אך הם יפים לענייננו: "… הפתרון השלם והכולל של מחלוקת אידיאולוגית עמוקה זו אינו מסתכם בהסדר חקיקתי כזה או אחר. הוא מחייב כיבוד הדדי של רגשות הזולת ברוח של קידמה וסובלנות הדדית, וצו זה חל באותה מידה על שני המחנות - החרדי והחילוני"<sup>150</sup>

גם כיום נפרטת ההגנה על זכויות האדם לאינספור משאים-ומתנים, פשרות והסדרים מחוץ לכותלי בית המשפט. משאים ומתנים אלה מתנהלים, בהתאם למטבע הלשון שטבע Mnookin<sup>151</sup>, ב"צילו של המשפט". את עקבותיהם של משאים ומתנים אלה אי-אפשר למצוא בפסקי דין, בוודאי לא בפסקי דין עקרוניים שניתנו על ידי בית המשפט העליון.<sup>152</sup>

כדי לאפשר פשרות, מן הסוג המתואר במאמרו של דורי ספיבק, (דורי ספיבק מתאר במאמרו את סיפור המאבק המשפטי לפרסום הקמפיין שהפיק בשנת 2003 הוועד למלחמה באיידס, קמפיין שמטרתו הייתה עידוד השימוש בקונדומים בקרב הומוסקסואלים. חברת "דן" שעל האוטובוסים שבבעלותה תוכננו להיתלות מודעות הקמפיין, חזרה בה מהסכמתה הקודמת לפרסום המודעות, בטענה כי תוכנן עלול לפגוע ברגשות הציבור. ספיבק דן במערכת השיקולים והלבטים של מוביליו ומה הביא אותם בסופו של דבר לפשרה שנחתמה בינואר 2005), יש לכלול את האיסורים הרלוונטיים בספר החוקים.

בעיתון האינטרנטי "מחלקה ראשונה news 1"<sup>153</sup>, מדווח עידן יוסף, שבשנת 2009 הגיעו נציגי הבית הפתוח בירושלים, (מקום המפגש הרשמי של הקהילה ההומו-לסבית בירושלים), להסכמה שקטה עם גורמים בציבור החרדי ובציבור הדתי בירושלים באשר לאופי מצעד הגאווה. הנציגים הגיעו להבנות שקטות שהמצעד לא יהיה בוטה ופוגעני. בעוד שבפעמים קודמות נדחקו הצועדים לשולי העיר וצעדתם התקיימה לכיוון גן הפעמון שם התפזר המצעד. הפעם כוללת התוכנית התכנסות בגן הפעמון, וממנו יציאה דרך רחובותיה הראשיים של ירושלים אל גן העצמאות שם צפויה עצרת, שתכלול בימת מופעים ויריד הכולל דוכנים. הרב טוביה וייס, ראש העדה החרדית, הפלג שארגן את הפגנת האלפים נגד פתיחת חניון ספרא בשבתות, אסר על קהל מרעיתו להפגין נגד מצעד הגאווה, שאמור להתקיים בירושלים בשבוע הבא, והורה להתעלם מהמצעד מחשש כי חינוך הילדים עלול להיפגע. כרזות הקוראות לצאת ולמחות נגד קיומו של המצעד נתלו ברחובות ירושלים, ובעדה החרדית אמרו כי אפשר שהעומדים מאחוריהן הם גורמי ימין קיצוניים. המצעד בירושלים בא אחרי מצעדים דומים בתל אביב ובחיפה.

<sup>149</sup> Jennifer Nedelsky, "Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities", *Law and the Community: The End of Individualism?* (Allen C. Hutchinson and Lesille J. M. Green-eds., 1989) 219; Jennifer Nedelsky, "Reconceiving Rights as Relationship", 1 *Rev. Const. Stud.* (1993)1; *Relational Autonomy: Feminist Perspective on Autonomy, Agency, and the Social Self* (Catriona Mackenzie and Natalie Stoljar-eds., 2000); Selma Sevenhuijsen, *Citizenship and the Ethic of Care: Feminist Consideration on Justice, Morality and Politics* (1998) 62-68; Linda K. Thomas "Child Custody, Community and Autonomy: The Ties that Bind?", 6 *S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.*(1997) 645

<sup>150</sup> ת"פ (י-ם) 3471/87 **מדינת ישראל נ' אמציה קפלן**, תשמ"ח (2) 26 (1987).

<sup>151</sup> Robert H. Mnookin and Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the law: The Case of Divorce*, 88(5) *Yale L. J.* 950 (1979)

<sup>152</sup> דורי ספיבק, **קונדומים על אוטובוסים - על תהליך גיבושה של פשרה בתיק חופש ביטוי**, בתוך שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

<sup>153</sup> <http://www.news1.co.il/Archive/001-D-204308-00.html>



ביום עיון שעסק בהגנה על חופש הביטוי במשטר דמוקרטי אמר כב' השופט גבריאלי קלינג:<sup>154</sup> "אני סבור בהחלט שראוי שתהיה חקיקה כי אני מאמין שתפקידה העיקרי של החקיקה הוא התפקיד החינוכי, היינו קביעת נורמות התנהגות". הפן הבעייתי לדעתו הוא האכיפה. כשיש חוק יש מי שתובע את אכיפתו. אכיפה בעניינים אלה היא בעייתית.

לדעתי אין כל פגם בכך שבספר החוקים הישראלי ובדין הפלילי בתוכו יהיו ערכים חברתיים שלא יהיה אפשר לאכוף אותם. למרות שתוספת כזו של ערכים תכביד על ספר החוקים ותוסיף לו סעיפים הם חייבים להיות כלולים בו. עצם הכנסתם של הערכים לחוק יעלה אותם למודעות בציבור. גם כיום קיימות בספר-החוקים הישראלי נורמות רבות שאינן נאכפות, ומן הראוי להשאירן שם, שכן הנורמות משקפות את ערכיה של החברה ואת ההתנהגות שהיא מצפה מקבוצות ומיחידים. באמצעות המחוקק מבהירה החברה לחבריה מה מצופה מהם במצבים שונים. היא מצהירה אילו דרכי חיים לגיטימיים בעיניה ומה הם הערכים שהיא רוצה או מוכנה להגן עליהם, גם אם אנו סבורים שהם מקוממים או ראויים לגינוי. באמצעות החוק קובעת החברה אילו ערכים ודרכי חיים אינם לגיטימיים, וכאלה אינם ראויים להגנה משפטית רחבה. המשפט הוא חלק מתרבותו של העם ומשקף אותה.<sup>155</sup>

רגשותיו של הזולת ראויים, לענ"ד, להגנה משפטית רחבה, ויש להקנות להגנה זו מעמד חוקתי. וכך כותבת כב' השופטת א' פרוקצ'יה על ההגנה מפני פגיעה ברגשות:

"ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור היא צורך טבעי של האדם לא פחות מהצורך בהגנה מפני פגיעה בגופו וברכשו, ופעמים אף מעבר לכך. היא נועדה להגן על נכסיו הרוחניים, ועל ערכיו התרבותיים והמוסריים ועל האמת הפנימית שלו מפני פגיעה. היא נועדה לסוכך עליו מפני ביזוי היקר לו ומפני הטלת כתם על ערכי חייו המקודשים ביותר"<sup>156</sup>

לפיכך מן הראוי לעדכן את החוק, כפי שהצעתי, ולא למחוק אותו מספר החוקים של מדינת ישראל.

<sup>154</sup> "הגנה על על חופש הביטוי במשטר דמוקרטי" דברי יום עיון יג-יד באייר התשס"ב 25-26 באפריל 2002, המכון הישראלי לדמוקרטיה, עמ' 170

<sup>155</sup> <http://www.biupress.co.il/files/201185.pdf>

<sup>156</sup> דברי השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) עמ' 278, (2003) <http://elyon1.court.gov.il/files/03/160/003/L15/03003160.115.htm>

ראו גם דנג"ץ 10480/03 בוסידין נ' בכרי, פ"ד נט(1) 625. (2004) <http://elyon1.court.gov.il/files/03/800/104/F16/03104800.f16.htm>

חירות הביטוי היא ערך חשוב בחברה. היא זכות יסוד פרי הפסיקה, יצירת בית המשפט העליון, "זכות בין זכויות היסוד החוקתיות"<sup>157</sup>, אך, לענין, אין להקנות לה מעמד של "זכות על"<sup>158</sup> כפי שמעניקה לה הפסיקה. הטענה ש"חופש הביטוי" אינו ראוי למעמד-על משפטי<sup>159</sup> עולה גם מדעתם של חלק משופטי בית המשפט העליון. אכן, כפי שקובע השופט ברק, "עלינו לפרש את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על פי תכליתו". תכלית זו הייתה, אליבא דהשופט ברק, "להגן על זכויות האדם הקבועות בו"<sup>160</sup>, אך, כפי שקבע הלל סומר<sup>161</sup>, גם צידו השני של המטבע נכון: תכליתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, **לא הייתה** להגן על זכויות האדם שאינן קבועות בו. הפסיקה הרחיבה את תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הרבה מעבר לכוונת הכנסת. מן הראוי שהחקיקה תתנהל במקומה הטבעי, בכנסת. אל מול הערך 'חופש הביטוי' ניצבים ערכים חברתיים אחרים, שעל חופש הביטוי לסגת מפניהם. על המחוקק לחוקק חוק יסוד שיסדיר את הזכות ויקבע במפורש את גבולותיה. הכנסת יכולה, בקלות רבה לחוקק חוק המבטל את חוקי היסוד ברוב "מיוחס" של 61 חברי כנסת שממילא קיימים בכל הרכב קואליציוני, ובכך לבטל את המהפכה החוקתית. נראה לי שהכנסת לא עשתה זאת עד כה, כי היה לה נוח שבית המשפט יוציא עבודה את הערמונים מן האש. אך אם תמתח הפסיקה את החבל מעל לרצוי, תהליך כמו זה שהזכרתי עלול להתרחש.

כדי להגן על הערך "רגשותיו של הזולת", אני מציע, שלא למחוק את הסעיפים העוסקים בפגיעה ברגשות-דתיים, אלא להרחיבם לאיסור לפגוע ברגשות הזולת בכלל: ברגשות של ניצולי השואה, של המשפחות השכולות, של נכים, של עניים, של עשירים, של עולים חדשים, של הרוב ושל המיעוט, ולהוסיף לעבירה את יסוד הכוונה. כך ייצג ספר החוקים של מדינת ישראל באופן נאמן יותר את הערכים שעליהם צריכה החברה הישראלית להיות מושתתת.

<sup>157</sup> השופט שמגר בע"א הוצאת עתון "הארץ" ה"ש 2 לעיל 281, 295

<sup>158</sup> השופט אגרנט בבג"צ "קול העם" בע"מ ה"ש 1 לעיל 878 876

<sup>159</sup> שם, (ה"ש 2) "אופיו המתואר של חופש הביטוי כזכות בין זכויות היסוד החוקתיות מעניק לו מעמד על משפטי".

<sup>160</sup> ברק פרשנות, ה"ש 32 לעיל, עמ' 273

<sup>161</sup> הלל סומר, "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית", (ה"ש 45 לעיל) עמ' 340

## ביבליוגרפיה

### ספרים

- קרול גיליגן, בקול שונה - התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (נעמי בן חיים - מתרגמת) ספריית הפועלים, תשנ"ו.
  - ישעיהו ליבוביץ, בין מדע לפילוסופיה, ירושלים תשמ"ז, עמוד 286 (על "המתת חסד") ויכוחים על אמונה ופילוסופיה, פרק 5
  - ג'ון סטיוארט מיל "על החירות" מאגנס, 1976 עמ' 90 = **J.S. Mill On Liberty (1956)**
  - יצחק קוגלר, "כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין", תשנ"ז 1997, עמ' 325-327
  - מ' קרמניצר, ש' גולדמן וע' טמיר, "רגשות-דתיים, חופש-הביטוי והמשפט הפלילי: הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות-דתיים", תשס"ד, 2003 "חופש הביטוי" בלי הבדל- זכויות האדם בישראל", (קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח ז"ל) 48, 57 (אן סוורסקי עורכת, 1988)
  - ר' שגב, מ' קרמניצר, "חופש הביטוי הצדקות וסייגים", 2008 עמ' 159-80
- T.I. Emerson, *The System of Freedom of Expression* (New-York 1970) 6
- The Low Commission, Working Paper No. 79 *Offences Against Religion and Public Worship*, pp. 89-115 (1981)
- *The Low Commission, (Low Com No. 145), Criminal Law, Offences Against Religion and Public Worship pp. 28-29 (1985)*

### מאמרים

- א' בנבנשתי, "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת", משפטים ל (התשנ"ט), 29.
- י' בן-שמש, "חופש הביטוי ופגיעה ברגשות דתיים", [טיוטה] באתר האינטרנט "חופש"
- א' ברק, "המסורת של חופש-הביטוי בישראל ובעיותיה", משפטים כז (תשנ"ז), עמ' 223. "דברים אחדים" 1, אביב 1997 (המאמר נמצא גם באתר "עושים תקשורת").
- "הנשיא אגרנט: 'קול העם' - קולו של העם", גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז), 129. "חופש-הביטוי ומגבלותיו", קשר, 8, 184-190, (1990).
- "החוקה האמריקאית והמשפט הישראלי", זמנים 26, 14 (תשמ"ז).
- א' דיין-אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש-הביטוי", עיוני משפט כ (תשנ"ז), עמ' 377.
- א' הכהן, "התחינה העצמות האלה? - חופש המדע הארכיאולוגי, חופש הדת וכבוד האדם", מאזני משפט ד, ספר שאקי, נתניה תשס"ה, עמ' 260-219.
- "המשפט העברי וחירות הביטוי - על עקרונות חופש-הביטוי ומגבלותיו במשפט העברי", פרשת השבוע, שלח, גיליון מס' 205 תשס"ה
- א' הראל, "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחר אפשרות ההתממשות של הנזק", משפטים ל 69 (התשנ"ט).
- יפה זילברשץ, "על חופש התנועה הפנים-מדינתית - בעקבות בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה", משפט וממשל ד תשנ"ח עמ' 821-973.
- רות זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי - הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן", דין ודברים ב תשס"ו, 223, עמ' 238-241.
- "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה - מספר הערות על דאגה וצדק", משפט חברה ותרבות, 'נפלאו ממני' - משפטים על אהבה (חנה נווה, אורנה בן-נפתלי- עורכות, רמות, תשס"ה) 605, 643.
- ר' כהן-אלמגור, "טיעון הפגיעה ברגשות להגבלת חירות הביטוי: תיאוריה וישום",

ספר שמגר, תשס"ג-2003.

- א' כשר, "פגיעה ברגשות וטובת הכלל: בעקבות בג"צ מיטראל", משפט וממשל, ב' (1) עמ' 289-302, 1994.
- פ' להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים ז (תשל"ז) 375
- הלל סומר, "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח תשנ"ז, 257, עמ' 261, עמ' 318-322.
- ד' סטמון, "פגיעה ברגשות דתיים", בתוך רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי, בעריכת מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר, עמ' 133 ואילך. "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים", מחקרי משפט, 21(1): 5-87, 2004/5.
- דורי ספיבק, קונדומים על אוטובוסים - על תהליך גיבושה של פשרה בתיק חופש ביטוי, בתוך שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל, (מיכאל בירנהק עורך, 2006).
- אלעד פלד, "האם 'ציפור נפשה של הדמוקרטיה' היא גם ציפור נפשו של האדם? מבט ביקורתי על עיגונו החוקתי של חופש הביטוי בפסיקה", "מחקרי משפט" כו' חוברת 1.
- ג' פסח, "הבסיס העיוני של עקרון חופש-הביטוי", משפטים לא (תשס"א), עמ' 895.
- יהודית קרפ, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" - ביוגרפיה של מאבקי כוח", משפט וממשל א, תשנ"ב-תשנ"ג עמ' 323, בעיקר בעמ' 326-333-344.
- אמנון רובינשטיין וברק מדינה, "המשפט החוקתי של מדינת ישראל", כרך א: עקרונות יסוד 341 (מהדורה שישית, 2005).
- א' רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימיוזה - האפשר לרבע את המעגל", עיוני משפט יט תשנ"ה 479, עמ' 509.
- ר' שגב, מ' קרמניצר, "חופש הביטוי הצדקות וסייגים", 2008.

Chafee, Free Speech in the United States, p. 31

Jennifer Nedelsky, "Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities", *Law and the Community: The End of Individualism?* Allen C. Hutchinson and Lesille J. M. Green—eds. (1989) 219

Jennifer Nedelsky, "Reconceiving Rights as Relationship", 1 *Rev. Const. Stud.* (1993)1; *Relational Autonomy: Feminist Perspective on Autonomy, Agency, and the Social Self* (Catriona Mackenzie and Natalie Stoljar—eds., 2000);

Selma Sevenhuijsen, *Citizenship and the Ethic of Care: Feminist Consideration on Justice, Morality and Politics* (1998) 62-68

Linda K. Thomas "Child Custody, Community and Autonomy: The Ties that Bind?", 6 *S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.* (1997) 645

Robert H. Mnookin and Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the law: The Case of Divorce*, 88(5) *Yale L. J.* 950 (1979)

Frederick F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*,

## חקיקה

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב.

חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226. סימן ז' ס' 173

סעיף 214 לחוק העונשין

חוק איסור לשון-הרע (תשכ"ה-1965)

חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981

חוק איסור הכחשת השואה, התשמ"ו-1986

ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (Rights The Universal Declaration of Human) סעיף

יט. בסעיף י"ח בהכרזה מעוגנת גם חירות "המחשבה, הרצון והדת".

## חקיקה אנגלית

Blasphemy Act (1697)

החוק בוטל על-ידי ה- Criminal Law Act (1967), sec. 13

## הצעות חוק

א' צרצור ואח', הצעת תיקון לחוק העונשין (תיקון- פגיעה ברגשי-דת), התשס"ט-2009 פ/1024  
הצעת חוק-יסוד : חופש הביטוי וההתאגדות של חה"כ ניצן הורוביץ ואחרים (פ/1499)

## פסיקה

בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 878 (1953)  
ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא (2) 294 (1977)  
ד"נ 39/66 זאב אלתגר נ' מועצת עיריית רמת גן, פ"ד כא (1) 418 (1967)  
בג"צ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 280 (1985)  
ע"פ 697/98 - טטיאנה סוסצקין נ' מדינת ישראל . פ"ד נב(3), 289 (1998)  
בג"צ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז י-ם, (טרם פורסם) (2006)  
בג"ץ 9089/06 ברוך מרזל ואיתמר בן גביר נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (2007)  
בג"צ 5277/07 - ברוך מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים אילן פרנקו תק-על 2007(2), 4529 (2007)  
בג"צ 531/77 מרדכי ברוך ואח' נ' המפקח על התעבורה במחוז תל אביב והמרכז פ"ד לב(2) 160. (1978)  
בג"צ 174/62 - הליגה למניעת כפיה דתית נ' מועצת עיריית . פ"ד טז(4), 2665.  
בג"צ 2194/06 מפלגת שינוי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, תק-על 2006(2), 4500 (2006)  
בג"צ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1.  
בג"צ 351/72 עמוס קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד כו(2) 811. (1972)  
בג"צ 1514/01 יעקוב גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, נה(4), 267.  
תיפ(ים) 3471/87 מ"י נ' קפלן, פי"מ תשמ"ח(ב), 265. בג"צ 351/72  
בג"ץ 7348/06 הבית הפתוח נ' משטרת ישראל. (2007)  
בג"ץ 9076/06 אפרים הולצברג נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים ; (טרם פורסם) (2007)  
בג"ץ 9089/06 ברוך מרזל ואיתמר בן-גביר נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים, (טרם פורסם) (2007)  
תי"פ (ירושלים) 1122/05 מ"י נ' בלומברג זאב אלחנן ואח', תק-של 2006(2), 4507. בעיקר סי' 19-20  
בג"ץ 9174/06 הרב שמחה הכהן קוק נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים  
בג"צ 243/62 אולפני הסרטה נגד לוי גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד טז 2427 (1962)  
בג"צ 806 /88 UNIVERSAL CITY SUTDIOS INC נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1988)  
בג"צ 243/62 אולפני הסרטה נגד לוי גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד טז (1962)  
בג"ץ 9174/06 הרב שמחה הכהן קוק נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (2006)  
בג"ץ 153/83 אלן לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2), 393, ע' 402-403 (1984)  
ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435. (1968)  
בג"צ 4/64, וגנאר נגד היועץ המשפטי, פ"ד יח (1) 29. (1964)  
בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 11 (1994)  
בג"ץ 86/14 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות פ"ד מא (1) 421, 438 (1987)  
דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ ואח' נ' יוסף קראוס, תק-על 98(2), 1352, עמ' 1392. (1998)

בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) עמ' 278, (2003)  
דנג"ץ 10480/03 בוסידן נ' בכרי, פ"ד נט(1) 625. (2004)  
ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד לט(2) 225; (1984)  
רע"א 31/88 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מב(4) 20, (1989)  
בג"ץ 372/84 חנה קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 238 (1984)  
ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, עמ' 200  
בג"צ 7144/01 גוש שלום עמותה רשומה נ' רשות השידור,  
בג"צ 680/88, מאיר שניצר, אלוף בן, עיתונאי, עיתונות מקומית בע"מ נ' הצנזור הצבאי הראשי, מר  
יצחק שני, שר הביטחון, פ"ד מ"ב(4) 617  
בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683 (1989)  
בג"ץ 807/78 עין גל נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לג(1) 274.  
בגץ 360/09 ליטל רכס נ' שר הפנים

### פסיקה אנגלית

R. v. Lemon, R v. Gay news, 3 WLR 404 (CA) [1978]

### פסיקה אמריקאית

Virginia v. Black, 123 S. Ct. 1536 (2003)  
Archbishop of Melbourne v. The Trustees of the National Gallery of Victoria 96 A CRIM R 575 (1997)  
Brandenburg V. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)

### קישורים לאינטרנט

<http://www.knesset.gov.il/MMM/data/docs/m01409.doc>  
<http://www.tau.ac.il/law/clinics/files-for-clinikan/condoms.pdf>  
<http://courses.aviv.org.il/rights/bitui/lexicon.htm>  
<http://haifacom.tripod.com/files/diney-tik/shiur3.doc>  
<http://www.acri.org.il/pdf/tmunat2009speech.pdf>  
<http://www.haaretz.com/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=1014913&contrassID=2&subContrassID=3&sbSubContrassID=0>  
[http://easylaw.co.il/smf\\_hebrew/index.php?topic=4.0](http://easylaw.co.il/smf_hebrew/index.php?topic=4.0)  
<http://www.acri.org.il/Story.aspx?id=161#ref11>  
<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3409676,00.html>  
<http://www.humanrights.org.il/main.asp?MainCategoryID=15&CategoryLevel02ID=194>  
<http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=333796&contrassID=2&subContrassID=2&sbSubContrassID=0>  
[http://www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Documents/PP\\_38.pdf](http://www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Documents/PP_38.pdf)  
<http://www.biupress.co.il/files/201185.pdf>