

דיבור שטנה וקהילת הלהט"ב

מאת

תמר גדרון* וחיים אברהם**

א. מבוא

ביטויי שנאה הם תולדה של מסרים תרבותיים. כל מה שאינו "מתיישר" על פי הנורמות החברתיות-תרבותיות הופך להיות "אחר",¹ שונה ולעתים גם נתפס כ"שלילי". האחרות השלילית מולידה ריחוק ודחייה, ומשם הדרך כבר קצרה להפליה מודעת, הסתה להפליה ואף לאלימות, שלעתים תוליד בסופו של דבר "פשע שנאה".²

ביטויי שנאה הם גם תולדה של עוצמת ההשתייכות הקבוצתית העצמית. בחברה המודרנית הפרט מגדיר את עצמו לא רק כאינדיבידואל אלא גם כמשויך לקבוצה – תרבותית, חברתית, לאומית – שיש לה קווי היכר משלה והיא ניתנת להגדרה ולבידול. ההשתייכות הקבוצתית מגדירה, מעצם טיבה וטבעה, את חברי הקבוצה, ומבדלת אותם מאחרים. הנטייה הטבעית של חברי הקבוצה היא, לכן, להאדיר את קבוצת ההשתייכות שלהם ולייחס לה מעמד עדיף וגבוה בהשוואה לקבוצות אחרות (heterocentrism ובהקשר המגדרי heterosexism). ככל שהקבוצה "נחשבת" יותר כך הערך העצמי של חבריה בעיני עצמם ובעיני אחרים גדל; לעתים המעמד הקבוצתי הזה מושג על ידי הנמכת האחר – בין היתר באמצעות שיח של הפליה ושנאה.³

- * פרופסור חבר, בית הספר למשפטים על שם חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל. SJD Candidate, University of Toronto; LL.M. University of Cambridge; LL.B. The Hebrew University of Jerusalem. שותף מייסד של הקבוצה הירושלמית לקידום זכויות להט"ב.
- 1 ראו בעיקר: MARTHA T. ZINO, SEX/GENDER OUTSIDERS, HATE SPEECH, AND FREEDOM OF EXPRESSION: CAN THEY SAY THAT ABOUT ME? (1998).
- 2 ARTICLE 19, RESPONDING TO HATE SPEECH AGAINST LGBTI PEOPLE 6 (2013), available at www.article19.org/data/files/medialibrary/37279/LGBT-Incitement-Paper-October-2013.pdf לדוגמאות מזעזעות של פשעי שנאה מהעת האחרונה בהקשר הלהט"בי ראו שחר סמוחה "ערכים סובייטים: מה עומד מאחורי ההומופוביה ברוסיה" גלובס 29.8.2013, ובעיקר סעיף 1 בכתבה שכותרתו: "הגדרה חדשה לפשע שנאה".
- 3 Michel Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, 24 MALENE CARDZO L. REV. 1523 (2003); The Danish Penal Code, Section 266b(i) (1930) FRESE JENSEN ET AL., THE PRINCIPAL DANISH CRIMINAL ACTS: THE DANISH CRIMINAL CODE, THE DANISH CORRECTIONS ACT, THE ADMINISTRATION OF JUSTICE ACT (EXCERPTS) 64 (3rd ed. 2006); Jeremy Waldron, *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*, 123 HARV. L. REV. 1596, 1597 (2010); James B. Jacobs & Kimberly A. Potter, *Hate Crimes: A Critical Perspective*, 22 CRIME &

תופעת ביטויי השנאה והשיח המפלה והמסית התגברה מאוד בשנים האחרונות ככל שהשימוש באינטרנט התפשט והפך להיות חלק חשוב מהפעילות החברתית-תרבותית בחברה המודרנית.¹² הפרסום ברשת חוצה גבולות. הוא מחבר בין קהילות, מגדיל את מספר חבריהן, מעצים את כוחן ונותן להן תחושת כוח ולגיטימציה. פרסומים ברשת נתפסים על ידי צרכנים מסוימים כמקורות מידע לגיטימיים, וחלק מהם, לעתים דווקא הקיצוניים שבהם, מגיעים למיקום מוביל בין תוצאות החיפושים בגוגל ובמנועי חיפוש אחרים. משכך, הם מוערכים הרבה מעבר לערך האמתי שלהם, מיוחסת להם חשיבות רבה יותר ומידת השכנוע שהם מייצרים גבוהה יותר. מספרם של אתרי השנאה (hate sites) מתרבה,¹³ וברוב המקרים החוק אינו מטיל על בעלי אתרים אחריות בגין פרסומים שהועלו לאתר ללא

12 ABRAHAM H. FOXMAN & CHRISTOPHER WOLF, VIRAL HATE: CONTAINING ITS SPREAD ON THE INTERNET (2013). הספר, שחובר על ידי בכיר הליגה נגד השמצה יהודית, הוא כתב אישום נוקב נגד השמצות ברשת בכלל ופרסומי שטנה קבוצתיים אנטישמיים בפרט; Alexander Tsesis, *Hate in Cyberspace: Regulating Hate Speech on the Internet*, 38 SAN DIEGO L.REV. 817 (2001) www.globes.co.il/ 21.7.2013 גלובס "פייסבוק הפך לכיכר העיר עם עמוד תלייה והרבה שנאה" גלובס [news/article.aspx?did=1000862833#fromelement=hp_firstarticle](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000862833#fromelement=hp_firstarticle). למלחמה בפרסומי השטנה התגייסה גם מועצת אירופה: Tarlach McGonagle, *The Council of Europe Against Online Hate Speech: Conundrums and Challenges* (2013) available at <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/belgrade2013/McGonagle%20-%20The%20Council%20of%20Europe%20against%20online%20hate%20speech.pdf>; Arun Kundnani, *Freedom to Hate?* (2003) available at www.irr.org.uk/2003/may/ak000012.html

13 Sandy Starr, *Understanding Hate Speech*, in THE MEDIA FREEDOM AND INTERNET COOKBOOK 125 (Christian Moller & Arnaud Amouroux eds., 2004). Callanan, *Best Practices for Internet Hotlines*, in THE MEDIA FREEDOM AND INTERNET COOKBOOK 150 (Christian Moller & Arnaud Amouroux eds., 2004). על מיפוי פרסומי שטנה באינטרנט שנעשה על ידי Humboldt State University וראו www.inach.net/news.php, ולבסוף www.huffingtonpost.com/sean-mcelwee/hate-speech-online_b_3620270.html וגם László Földi, *Mapping Study on Campaigns Against Hate-Speech Online in Starting Points for Combating Hate Speech Online* 55 (2011) available at https://www.coe.int/t/dg4/youth/Source/Resources/Publications/2014_Starting_Points_for_Combating_Hate_Speech_Online.pdf

13 FOXMAN, לעיל ה"ש 12, בעמ' 10-33; לרשימת 30 אתרי השנאה הגדולים ברשת ראו http://rationalwiki.org/wiki/Category:Internet_hate_sites; Laura Leets, *Responses to Internet Hate Sites: is Speech too Free in Cyberspace*, 6 COMM. L. & POL'Y 287 (2001) אלו ראו www.inhope.org/gns/internet-concerns/overview-of-the-problem/hate-speech.aspx וראו גם *Six Internet Hate Sites In Canada Pulled, Because Of Friends Of Simon Wiesenthal Center Alert*, SIMON WIESENTHAL CENTER, Feb. 14, 2004 available at www.wiesenthal.com/site/apps/nlnet/content2.aspx?c=lsKWLbPJLnF&b=4442249&ct=58527 *Hate Speech Growing in the Age of the Internet*, 8 NEWSNOW, Mar. 16, 2010, available at www.8newsnow.com/story/12147242/hate-speech-growing Steve Lohr, *Online Hate Sites Grow With Social Networks*, N.Y. TIMES, Mar. 16, 2010, available at bits.blogs.nytimes.com/2010/03/16/online-hate-sites-grow-with-social-networks/?_php=true&_type=blogs&_php=true&_type=blogs&_r=1 LARI SAMULI PELTONEN, HATE SPEECH AGAINST THE ROMA IN ROMANIA: DISCOURSE ANALYSIS ON THREE ROMANIAN NEWSPAPERS'

ידיעתם, כל עוד לא התבקשו להוריד את הפרסום. עובדה זו תורמת להיעדר רגישות ולחוסר הרתעה מספקים בנוגע להימצאותם של פרסומים פוגעניים גם באתרים "תמימים" לחלוטין.¹⁴ האנונימיות שהרשת מספקת,¹⁵ החשיפה הנרחבת, היכולת לשכפל ולהפיץ מחדש, הקושי לאתר את מקור הפרסום ואף להעלימו, כל אלו תורמים רבות להתפשטות פרסומי השנאה ולהקצנת תכנם. עובדה זו, לצד רגישות גוברת והולכת לזכויות אדם בכלל וזכויות מיעוטים בפרט, הביאו אפילו את חסידי חופש הביטוי בארצות הברית להרהר אחר ההעדפה המוחלטת שהשיטה האמריקנית מקנה לחופש הביטוי לעומת ערכים אחרים כמו השם הטוב, הביטחון האישי, הזכות לשוויון ועוד.¹⁶ על פי נתונים אמפיריים, ביטויי שטנה הם תופעה עולמית הולכת ומחמירה.¹⁷ אנו נציג את התופעה הכללית הזו בפתח דברינו במבט משווה, ננסה להגדירה ונעמוד בקצרה על חלק מהגורמים העיקריים

- INTERNET FORUMS (Master's Thesis, University of Helsinki – Faculty of Social Sciences, 2010) ככולם מודגש המספר הרב של אתרי השטנה שהאיחוד האירופי מנסה לפקח על תוכנם ולהילחם בהם. פשעים בפייסבוק ובטוויטר גדלו ב-780% בשנים האחרונות. ראו נעמי דרום "תבונה, רגישות ואיומים באונס" הארץ 4.8.2013, 4.8.2013, 2087421-1.premium-1.2087421, www.haaretz.co.il/news/world/europe/
- 14 על אחריות בעלי אתרים ראו הצעת חוק המסחר האלקטרוני, התשס"ח-2008, ה"ח 322. לסקירה כללית ראו Uri Volovelski & Roy Raynzilber, *The Liability of Website Owners for Defamation in Israel: A Challenge Yet to be Solved?*, 29 COMPUTER L. & SEC. REP. 590 (2013); טל זירסקי ומיכל לביא "שומרים על קשר: הצעה למודל חדש לאחריות מתווכים מקוונים" משפטים מג 631 (2013). ראו לאחרונה הוויכוח בארצות הברית בנוגע לאחריות בעלי אתרים בהתאם לחוק, ששאלת המפתח בו היא אם האתר תרם ליצירת הפרסום או רק היה פלטפורמה לפרסום של צד ג': John Dean, *Are Internet Providers, in Fact, at Risk for Defamation Liability?*, VERDICT, Sept. 20, 2013, available at http://verdict.justia.com/2013/09/20/are-internet-providers-in-fact-at-risk-for-defamation-liability?goback=%2Egde_1911771_member_275302351%#%21, בעמ' 87-125.
- 15 רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי. סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג (3) 664 (2010). מעניין במיוחד הביסוס התאורטי של הזכות לאנונימיות ברשת כפי שהוצג על ידי המשנה לנשיאה, השופט (בדימוס) ריבלין.
- 16 *Interview with Robert Post, in THE CONTENT AND CONTEXT OF HATE SPEECH*; 3; לעיל ה"ש 3; Waldron, RETHINKING REGULATION AND RESPONSES 11, 11-13 (Michael Herz & Peter Molnar eds., 2012). לדיון מרתק בין רונלד דוורקין לבין ג'רמי וולדרן, המצדיק הטלת מגבלות בחקיקה על פרסומי שטנה ברשת, ראו Andrew R. Klein, *Some Thoughts on Libel Tourism*, 38 PEPP. L. REV. 101 (2010) גם *speech/Allen Edward Shoenberger, Connecticut*. השו"ג גם *Yankee Speech in Europe's Court: An Alternative Vision of Constitutional Defamation Law to New York Times Co. v. Sullivan?*, 28 QUINNIPIAC L. REV. 431, 457-471 (2010), הסוקר את פסיקת בית הדין האירופי לזכויות האדם ומציע הגמשה בגישה הקיצונית האמריקנית.
- 17 יש לציין כי התגברות תופעה זו אינה ייחודית בהקשר הלהט"בי בלבד, אך פרק זה יתמקד בהגנה הקיימת לקהילה הגאה מפני דיבור שטנה. על התגברות התופעה של דיבור השטנה ראו: הדו"ח, לעיל ה"ש 13. על חדירה גדלה והולכת של פרסומי שטנה לאתרי דת בארצות הברית ראו www.youtube.com/watch?v=pYAs5z700ZU וכן www.youtube.com/watch?v=MhsLcd-KKeo ואתרים דתיים המתייחסים להומוסקסואליות כ-sinful, אבל מתעקשים שהם אינם "מפצים שנאה": Matt Slick, *Is Disapproving of Homosexuality and Homosexual Marriage Spreading Hate?* CARM ARTICLE 19; <http://carm.org/homosexuality-hate>; לעיל ה"ש 2.

שבגינם היא נוצרת ומתחזקת. בהמשך הפרק נעסוק בהגנה המשפטית מפני ביטויי שנאה, בהקשר הכללי, ונתמקד בעיקר באינטרסים השונים הנאבקים על הבכורה ואשר כל שיטת משפט עורכת את האיזון ביניהם הנכון לה מבחינה תרבותית ומוסרית. לאחר מכן נציג את האכסניה המשפטית שבמסגרתה ניתן להתמודד עם פרסומי שטנה נגד קהילת הלהט"ב בישראל ואת הקשיים בהתמודדות עם תופעה זו. כמו כן נשווה את ההסדרים שאומצו על ידי שיטות משפט אחרות עם דיבור שטנה כנגד קהילת הלהט"ב, ולקראת סיום נשרטט את הכיוונים הרצויים לפיתוח המשפט הישראלי בנושא זה הן במבט ערכי והן במבט יישומי, המבוסס על הצעות לתיקוני חקיקה ושינויי גישה במדיניות התביעה הכללית ובמדיניות הפסיקה.

ב. ביטוי שנאה ומאפייניו

הגדרתו של ביטוי שטנה (hate speech) משתנה בהתאם לזמן ולמקום, לתפיסות התרבותיות והחברתיות שמכתיבות את סולם הערכים בחברה נתונה ולרמת ההגנה המשפטית שהיא מוכנה להעניק להם. שילוב מקבץ ההגדרות התיאוריות המופיע בספרות המשפטית מייצר את התיאור העובדתי הבא של התופעה: פרסום ביטוי שטנה הוא העברת מסר שמתייחס באופן משפיל, פוגע או מאיים לקבוצות בעלות מאפיין משותף – גזע, צבע, דת, מוצא אתני והשתייכות לאומית, גיל, נטייה מינית ונכונות נפשיות ופיזיות – או ליחידים הנמנים על קבוצות אלו.¹⁸

הגדרה משפטית המקובלת על כלל הקהילה הבינלאומית אינה בנמצא, וזאת בשל שלוש סיבות עיקריות. הראשונה, מגוון הגישות לסוגיית פרסומי השטנה הקיימות בשיטות המשפט המודרניות והעובדה שתפיסות ערכיות שונות של אינטרסים ודירוגם מכתבות את הגדרתם של פרסומים כפרסומי שטנה ולהפך.¹⁹ השנייה, המורכבות האינהרנטית של ביטויי השנאה עצמם. ביטוי שנאה קלאסי מכונן בדרך כלל לקבוצה ומייחס לה סטריאוטיפים שליליים. בעטיים של אלה עלולים להיפגע, בסופו של דבר, לא רק שם הטוב, כבוד, ומעמד של הקבוצה ושל יחידה, אלא גם זכויות אחרות שלהם, כגון הזכות לשוויון ואי-הפליה, הזכות לשלמות הגוף, זכות הקניין, הזכות לתעסוקה ועוד. ואולם, יש גם מופעים אחרים של פרסומי שטנה, אשר אינם מופנים כלפי הקבוצה אלא מכוונים נגד הפרטים שבה או נגד הקבוצה ויחידה גם יחד. ברור שכל אחד מהפרסומים האלה הוא שונה באופיו, בהשלכותיו ובפגיעתו, ולפיכך הגדרתו המשפטית היא תלויה זמן, נסיבות, תרבות ומקום. השלישית, הקושי שבהיעדר חפיפה בין הגדרתו של פרסום כפרסום שטנה – יחידני או קבוצתי – לבין השאלה אם קיימת הגנה משפטית על הזכות שלא להיות חשוף לפרסום כזה בשיטת משפט נתונה אם לאו. הואיל וההגנה המשפטית מכתובה בין השאר גם את ההגדרה המשפטית של הערך המוגן, והואיל וההגנה המשפטית משתנה כאמור בהתאם לזמן, מקום, תרבות, חברה ופוליטיקה, יש קושי תמידי במציאת הגדרה משפטית מוסכמת על הכול.

18 Rosenfeld, לעיל ה"ש 3; Waldron, לעיל ה"ש 3; CORTESE, לעיל ה"ש 3.

19 קושי דומה נצפה גם בנוגע להגדרת הזכות לפרטיות. ראו סקירה מקיפה אצל מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה (2011) ואצל DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY (2008).

בתוך כך, שני יסודות התופעה ("פרסום/ביטוי" ו"שנאה") מחייבים הסבר קצר נוסף. "פרסום/ביטוי" כולל כל צורה של העברת מסר. עם הגדרה זו נמנים ביטויים המפורסמים בפומבי כמו למשל: שריפת דגל; הצגת צלב קרס; מצעד או תהלוכה של ניאור-נאצים; הצגת מודעה שנאמר בה "הכניסה לשחורים אסורה"; פרסום שלט בכניסה לכנסייה בהארלם שבניו יורק, הקורא להומוסקסואלים ולסביות להזדהות "על מנת שיבואו על עונשם";²⁰ הפגנת מחאה והצגת שלטים בגנות הומוסקסואלים במהלך הלוויה של חייל הומוסקסואל.²¹

ואולם, בעוד רכיב ה"פרסום/ביטוי" מופיע גם בהוראות חוק אחרות המטילות אחריות משפטית בגלל ביטויים פוגעניים,²² את ביטויי השנאה בהם אנו עוסקים כאן מייחד, כמובן, רכיב ה"שנאה". יש להבחין בין "פשע שנאה" (hate crime) לבין "ביטוי שנאה" (hate speech). לעומת הראשון, המדובר בבירור על מעשה עבירה שנעשה מתוך מניע של שנאה, ולפיכך מצדיק ענישה חמורה יותר ומחייב הרתעה חריפה יותר,²³ השני הוא ביטוי גרידא. אלמנט השנאה אמנם מתמקד גם בכוונת המפרסם, אבל בעיקר בפוטנציאל הפגיעה הגלום בתוכן הביטוי, בהסתה שהוא מייצר ובסכנה הטמונה בחובו לשלום

James Michael Nichols, *Jeniffer Louise Lopez Asks Anti-Gay Harlem Church To Stone Her*, THE HUFFINGTON POST, Mar. 20, 2014, available at www.huffingtonpost.com/2014/03/20/lesbian-stoning-anti-gay-church_n_5000239.html

20 Snyder v. Phelps, 131 S. Ct. 1207, 562 U.S. 99, 179 L. Ed. 2d 1599; בעמ' 3, לעיל ה"ש 3, Waldron 21 172 (2011). במקרה זה התביעה הוגשה בעיקר בעילה של פגיעה מכוונת ברגשות, אולם לעניין הגדרת המעשה שהיה הבסיס לתביעה אין לכך נפקות.

22 למשל, פרסום שקר מפגיע בניגוד לס' 58 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנוזיקין), או פגיעה בשם הטוב תוך הפרת חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. כאמור, ביטויי שנאה ופרסומי שטנה מתייחסים בדרך כלל לקבוצות ולא לבודדים או לתאגידים. לאור ההגדרה הרחבה שס' 1 לחוק איסור לשון הרע קובע, מרבית הפרסומים הללו מהווים "לשון הרע". התוכן הכלול בהם נושא בחובו את פוטנציאל הפגיעה בשם הטוב – חברתי, תרבותי, כלכלי – של הקבוצה המושמצת. ראו *The Innocence of the Muslims* (מדובר בסרטון שהופץ באתר youtube ובו תוכן אנטי-אסלאמי, שגרם לקיומן של הפגנות ומחאות אלימות. לקריאה נוספת בנושא ראו Peter Bradshaw, *Innocence of Muslims: A Dark Demonstration of the Power of Film*, THE GUARDIAN, Sept. 17, 2012 available at www.theguardian.com/film/filmblog/2012/sep/17/innocence-of-muslims-demonstration-film); קישור נטיות הומוסקסואליות להפצת מחלת האיידס; הצגת בני קהילת הרומה בסלובקיה כפרזיטים (Mária Hušová, *Slovakian Supreme Court Legalizes Defamation of Roma*, ROMATRANSITIONS, May) 28, 2013 available at www.romatransitions.org/slovakia-defamation-roma; *ERRC Condemns Hitler Hate Speech Against Roma*, ERRC, July 24, 2013 available at www.errc.org/article/errc-condemns-hitler-hate-speech-against-roma/4173; והאשמת חיילי צה"ל שלחמו בג'ינ'ין בהתנהגות נפשעת בסרט "ג'ינ'ין-ג'ינ'ין" (ע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי (פורסם בנבו, 27.7.2011)). כל המקרים האלו הם בגדר דיבה קבוצתית. הגדרת פרסום שטנה כדיבה קבוצתית מעוררת מיד את השאלה אם הפרסום מתייחס באופן ספציפי, או מכללא, לכל אחד מחברי הקבוצה הניתנים לזיהוי, שאז יש לכל אחד עילת תביעה אישית על פי החוק, או שמא מדובר בהשמצת הקבוצה ככזו, שאז מתעוררת בעיה במימוש ההגנה המשפטית המוענקת לקבוצה.

23 ס' 144 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. אין ספק שהפגיעה הצפויה בשלום הציבור – המטרה של פשע השנאה – גם היא ממלאת תפקיד חשוב בשיקולי הענישה האלה. ראו גם ARTICLE 19, לעיל ה"ש 2, בעמ' 8.

הציבור.²⁴ פוטנציאל פגיעה זה ניתן לחישוב באמצעות הערכה של חומרת הביטוי, אופיו, המניע לו, הכוונה והשנאה המתלווים אליו ונסיבותיו האחרות. יש המציינים מודל ובו ארבע דרגות חומרה לביטויי שנאה: (א) הפליה/העלבה של מיעוטים שלא במכוון ושלא על מנת להשיג תוצאה שלילית, למשל כינוי עבודת קבלנות בנייה נחותה "עבודה ערבית" או אופן לבוש מסוים בכינוי "גי"; (ב) הפליה מודעת המכוונת להשפלת מיעוט, כגון אי-קבלת מועמדים לעבודה בשל היותם טרנסקסואלים²⁵; (ג) הסתה להפליה על בסיס שנאת האחר, לדוגמה פרסומים הקוראים לאי-השכרת דירות לחברי הקהילה הגאה; (ד) הסתה להפליה אלימה של מיעוט, למשל הקריאות למניעת מצעד הגאווה בירושלים בכל מחיר, ובכלל זאת להריגת חברי הקהילה המשתתפים בו.²⁶

לצד מודל ארבעת השלבים, שפותח בכתיבה האקדמית ומתמקד בתוכן וברכיב הרגשי, פותח לאחרונה (2012) במסגרת הפעילות של נציבות זכויות האדם של האו"ם, מודל ובו שישה קריטריונים לבחינת ביטוי שנאה. המודל, שאומץ בתכנית הפעולה למלחמה בהסתה לאומית, דתית וגזעית, מונה

24 Waldron, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1601; Rosenfeld, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1523, משתמש בהגדרה: "Speech [...] designated to promote hatred [...]". להלן נעמוד על הגישות השונות להטלת אחריות על המפרסם דיבור שטנה, אך נקדים ונחלק בצורה גסה את הגישות לשתיים: אלו המטילות אחריות רק מקום שבו קיימת סכנה מוחשית ומשמעותית לפגיעה בשלום הציבור, ואלו המטילות אחריות גם מקום שבו פגיעה כזו עשויה להיווצר.

25 בחלק מהמקרים ההפליה אינה מודעת. ראו: סקר של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה לפיו למעלה מ-40% מהמעסיקים בישראל לא יעסיקו ערבים ויותר מ-30% לא יעסיקו חרדים (בילי פרנקל "42% מהמעסיקים לא יבחרו בעובדים ערבים" *ynet* 30.3.2014 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4504827,00.html). ראו עוד סקר שנערך בנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה המעלה כי 80% מחברי קהילת הלהטי"ב מאמינים כי קיימת נגדם הפליה בתהליכי קבלה לעבודה. 39% מהטרנסג'נדרים נדרשו על ידי הממונים להתלבש בהתאם ל"מינם המקורי" (תום זיו "80% מהגאים: קיימת אפליה בראיונות עבודה" *ynet* 26.3.2014 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4503509,00.html). יש לציין כי אין הכרח שמניעי ההפליה יפורסמו ברבים, וניתן להסיק כוונה זו מההקשר שבו בוצעה ההפליה או מנתונים סטטיסטיים אחרים. וראו למשל בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006); דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000); בג"ץ 721/94 אל על על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994). ראו המאבק במדינת אריזונה בארצות הברית על ה"זכות" שלא לספק שירותים לחברי הקהילה הגאה בלי שהדבר ייחשב כהפרת החוק האוסר הפליה: *Arizona: Veto Anti-LGBT Law*, HUMAN RIGHTS WATCH, Feb. 26, 2014, available at <http://www.hrw.org/news/2014/02/26/arizona-veto-anti-lgbt-law> (להלן: *Arizona Veto*). המושלת סירבה, בעקבות לחץ ציבורי, לחתום על החוק.

26 CORTESE, לעיל ה"ש 3, בעמ' 7–9. גם פרסומים מהסוג הראשון יכולים להנביע אחריות משפטית, אבל הם אינם מוגדרים כפרסומי שטנה. יש לציין כי הוצעו מודלים נוספים לבחינת ביטוי שנאה, למשל תכנית ראבאט של נציבות זכויות האדם של האו"ם, שהציעה לבחון את ההקשר של הפרסום, זהות הדובר, כוונתו, תוכן הפרסום, היקף תפוצת הפרסום והסיכוי שיגרום לנזק (ראו OHCHR, RABAT PLAN OF ACTION ON THE PROHIBITION OF ADVOCACY OF NATIONAL, RACIAL OR RELIGIOUS HATRED THAT CONSTITUTES INCITEMENT TO DISCRIMINATION, HOSTILITY OR VIOLENCE (2012), available at www.ohchr.org/documents/issues/opinion/seminarrabat/rabat_draft_outcome.pdf). בביטוי הפליה אלימה (brutal discrimination) נעשה בשנים האחרונות שימוש במועצת האו"ם לזכויות האדם כדי לשקף אלימות פיזית המכוונת באופן ממוקד כלפי מיעוטים, לא רק אתניים, בעיקר בעולם השלישי (ראו דוגמה לדיון ברדיפות במיאנמר <http://www.youtube.com/watch?v=8xYO0rK4tEI>).

שישה תנאי סף שעל פיהם ייבחן ביטוי לשם קביעה אם הוא עונה להגדרה של הסתה לשנאה על פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, כדלקמן: הקשר הדברים, זהות הדובר, הכוונה, התוכן, היקף הפרסום המסית ופוטנציאל גרימת הנזק לקבוצה שנגדה כוון.²⁷

פרסום של ביטויי שטנה מייצר קשת סכנות רחבה. הוא פוגע בשלומו של כל אחד מחברי הקבוצה שנגדה מכוון הפרסום, באוטונומיה שלו ולעתים אף בשמו הטוב; הוא מקבע סטריאוטיפים ובכך פוגע בכלל חברי הקבוצה ולא רק בפרטים מסוימים; הוא חושף את הקבוצה וחבריה לדעות קדומות – בדרך כלל גזעניות, חשוכות ומשפילות – ולפגיעה בזכותם לשוויון.²⁸ לצד כל אלו עלולה להיפגע גם זכות הקניין של חברי הקבוצה ושל הקבוצה עצמה,²⁹ ובמקרים רבים עלולה להיפגע גם הזכות לחיים ולשלמות הגוף. האנטישמיות, גם זו בת זמננו, היא כמוכן הדוגמה הקיצונית ביותר לתוצאות הרות האסון שפרסום ביטויי שטנה יכול להנביע.³⁰ כך גם רדיפת ההומוסקסואלים על ידי השלטון הנאצי וחיובם בענידת תלאי ורוד,³¹ רצח העם ברואנדה,³² רדיפת קהילת הרומה באירופה³³ וההתעללות הפיזית הקשה בהומוסקסואלים ברוסיה בתקופה שלפני משחקי החורף האולימפיים של 2014.³⁴ לצד אלו מוכרים גם אירועי פגיעה בבודדים, יחידים הקבוצה הנרדפת. עם אלה נמנים רצח הפוליטיקאי האמריקני הארווי מילק, הומוסקסואל מוצהר ופעיל הקהילה הלהט"בית בסן פרנסיסקו בשנת 1978,³⁵ וגם רציחתן של זוג לסביות במרס 2014 בטקסס על ידי אביה של אחת מהן שלא הסכים עם נטייתה המינית של בתו.³⁶ גם מדיניות ה-"Don't ask – don't tell" של הצבא האמריקני (שבוטלה בשנת 2011),

- OHCHR, לעיל ה"ש 26. 27
- Waldron, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1601–1612. ראו גם נתוני הנציבות לשוויון בעבודה שפורסמו אצל זיו, לעיל ה"ש 25. 28
- ראו למשל קובי נחשוני "50 רבני ערים: לא להשכיר דירות לערבים" *ynet* 7.12.2010 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3995411,00.html; דני זאק "תיעוד מוקלט: בעל דירה בתל אביב מסרב להשכיר את הדירה לזוג הומואים" *mako* 3.2.2012 www.mako.co.il/pride-news/local/Article-40ba1438b01_3.2.2012_4531006.htm. 29
- FOXMAN, לעיל ה"ש 12. 30
- ראו את ההשוואה בין היטלר לפוטין בהקשר לרדיפת ההומוסקסואלים *Putin and the Inevitable Hitler Comparison*, THE HUFFINGTON POST, Mar. 4, 2014 available at http://www.huffingtonpost.co.uk/ian-middleton/putin-ukraine-russia_b_4896132.html?view=print. 31
- William A. Schabas, *Hate Speech in Rwanda: The Road to Genocide*, 46 MCGILL L.J. 141 (2000). 32
- 1 Crown Office Row, *Strategic Litigation: The Noble Pursuit of Litigation – Polly Botsford*, UK HUMAN RIGHTS BLOG, Apr. 15, 2014 available at <http://ukhumanrightsblog.com/2014/04/15/strategic-litigation-the-noble-pursuit-of-litigation-polly-botsford/>. 33
- Aaron Day, *The 25 Most Shocking Anti-Gay Stories from Russia so far*, PINK NEWS, Feb. 7, 2014 available at <http://www.pinknews.co.uk/2014/02/07/the-25-most-shocking-anti-gay-stories-from-russia-so-far/>. 34
- <http://gaylife.about.com/od/gaycelebrityprofiles/ig/Gay-Celebrity-Profiles/Harvey-Milk.-6aE.htm> 35
- Dad Charged in Connection with Daughter's Murder Allegedly did not Like her 'Being Gay'*, KHOU, Mar. 14, 2014 available at <http://www.khou.com/news/crime/Father-of-one-of-the-women-found-dead-in-Bolivar-250191891.html>. 36
- Victoria A. Brownworth, *Op-ed: Violence Against Lesbians on the Rise, but Prosecutions aren't*, SHE WIRED, Mar. 14, 2014, available at

אשר הביאה לסילוקם בבושת פנים מהצבא של חיילים שנטייתם המינית התגלתה, משקפת תוצאה מסוכנת, מפלה ומקפחת של דעות קדומות שמופצות באמצעות ביטויי שטנה ושנאה.³⁷ פיטורי להט"ב ממקום עבודתם, הדרתם מאירועים ציבוריים וסירוב לספק להם שירותים "משיקולי דת"³⁸ משקפים, גם אם במישור אחר, תוצאות חמורות ומדאיגות. אתר ה־"Gay Bullying Statistics"³⁹ מספק נתונים מזעזעים על רדיפות קהילת הלהט"ב וגם דיווחים על מקרי ההתאבדות, שמספרם הולך וגדל.⁴⁰ דוגמאות אלו ואחרות הן הבסיס לעמדה שלפיה עבירת ההסתה לגזענות שבחוק העונשין הישראלי אכן באה להגן על מקבץ רחב ביותר של אינטרסים אנושיים של חברי קבוצות מיעוטים (חיים, שלמות הגוף כבוד אנושי), שביטויי השטנה עלולים להעמידם בסכנה, ולא דווקא על שמה הטוב של הקבוצה, שאליו מצויה התייחסות בחוק איסור לשון הרע.⁴¹ מגוון הדוגמאות הללו של פגיעה אפשרית באינטרסים אנושיים בסיסיים של קהילות מיעוט ישמש אותנו גם בהמשך הפרק לתמיכה בעמדתנו, שלפיה יש לשקול בחיוב החמרה של החקיקה הפלילית כהרתעה ומניעה של פרסומי שטנה, שתוצאותיהם לעתים קרובות מחרידות בעוצמתן.

ג. פרסומי שטנה נגד קהילת הלהט"ב והכלים המשפטיים לריסונם

1. רקע

אמונה רווחת היא שפרסומי השטנה הנפוצים והנפוצים ביותר מכוונים לקבוצות בעלות מאפייני גזע, דת, לאום וצבע עור.⁴² ואולם, בשנים האחרונות מתרבים והולכים גם ביטויי שטנה כנגד קהילת הלהט"ב. פרסומים אלו, בכל סוגי המדיה, גורמים נזק רב לקהילה ולחבריה, הן בכך שהם משמרים ומשכללים הומופוביה והפליה והן בכך שהם עלולים להביא לידי פעולות אלימות כנגד חבריה.⁴³

<http://www.shewired.com/opinion/2014/03/14/op-ed-violence-against-lesbians-rise-prosecutions-aren%E2%80%99t>

עד היום הסוגיה הזו מעוררת בעיות משפטיות באלסקה *Alexandra Gutierrez, State Reps Reject Measure to Extend Military Perk to Same-Sex Partners*, AK, Mar. 17, 2014 available at <http://www.alaskapublic.org/2014/03/17/state-reps-reject-measure-to-extend-military-perk-to-same-sex-partners/>

מחלוקת החקיקה במדינת אריזונה (*Arizona Veto*, לעיל ה"ש 25).

www.bullyingstatistics.org/content/gay-bullying-statistics.html

Jennifer Welsh, *Homosexual Teen Suicide Rates Raised in Bad Environments*, LIVE SCIENCE, Apr. 18, 2011 available at www.livescience.com/13755-homosexual-lgb-teen-suicide-rates-environments.html ראו גם <http://gactupdate.wordpress.com/information/suicide/>

מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות" משפטים ל 105, 109–110, 126 (1999).

פרוטוקול ישיבה מס' 254 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 7–5, 16, 18–19 (5.7.2004).

ראו לדוגמה את ההתבטאות של הרב עובדיה יוסף ז"ל בגנות הקהילייה ההומוסקסבית, שבה כינה את ההומואים "רשעים, מתועבים [...] תועבות ארץ מצרים" (יאיר אטינגר "הרב עובדיה יוסף: הומואים הם רשעים מתועבים" הארץ 10.7.2006 www.haaretz.co.il/mobile/1.1119042?v=6728DC05E784).

"המקובל דוד בצרי: הומואים – תועבה שיש לסלק מכל עיר בארץ, גם מתל-אביב" גלובס 23.1.2002 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=556501 ; "הרב אבינר: תועבה חד מינית" חברותא 25.4.2008 havruta.org.il/archives/1672 ; "גם בלי התורה, כולנו מבינים שזו תועבה,

בעקבותיהם עלולים להתרחש גם מקרי התאבדות של חברי קהילה שאינם עומדים בלחץ החברתי, ולעתים גם הדתי, הכבד. חותמם של נגועי ההומופוביה המשתמשים במינוח שמאפיינ את התנועות השמרניות ברוסיה ובשלוחותיה, כאשר הם קוראים תיגר על "התעמולה ההומוסקסואלית" עדיין ניכר גם בחברות דמוקרטיות וליברליות במובהק.⁴⁴ "פניני לשון" של אנשי ציבור ישראלים יכולות אף הן לשמש מצע מאתגר לבחינת יישום הקריטריונים האמורים על דוגמאות "חיות מהשטח". עם התבטאויות אלה נמנות, בין השאר, התבטאותו של ראש עיריית בית שמש, שבירך על כי בית שמש היא "ברוך השם, עיר קדושה וטהורה" והסביר כי משרד הבריאות והמשטרה הם הגופים שצריכים לטפל בהומוסקסואלים, לסביות, ביסקסואלים וטרנסג'נדרים,⁴⁵ דבריו של ראש עיריית תל אביב רון חולדאי ש"שני הומואים מתנשקים מגעילים אותי כמו ג'וקים"⁴⁶ ואפילו דרישה "תמימה" של רשויות הצבא להסיר דגלוני גאוה ממגורי חיילים.⁴⁷

להלן נסקור בהרחבה ובמבט משווה את הזירה המשפטית שבה נערכת ההתמודדות של המשפט עם פרסומי שטנה. רקע זה יקל עלינו להתמקד בדיון בפרסומי שטנה ממוקדי הקשר להט"בי בחלק ג' להלן.

2. שיח הזכויות הרלוונטיות לפרסומי שטנה – תאוריה ומעשה במבט משווה

היקף הגנה על האינטרסים שפרסומי שטנה מאיימים בפגיעה בהם היא תלויה זמן, מקום, חברה, תרבות, היסטוריה, מצב כלכלי, אמונה דתית ועוד. באופן כללי, ניתן לשרטט כאן מאבק בין הצורך

ושהאדם מתחתן גם כדי שיהיו לו ילדים. העובדה שרבים עושים זאת זה אינה משנה את היות המעשה תועבה, ולא עוד, אלא זה מיעוט קטן שהיה קיים בכל הדורות, ותמיד נחשב תועבה, אף אם לפעמים רצו לסלק ממנו אות קלון נורא זה. לסכנה הממשית לשלום הציבור די לאזכר את ישי שליסל, אשר ניסה לרצוח את משתתפי מצעד הגאוה בשנת 2005 לאחר ביטויי השטנה הרבים שנפוצו ברחובות ירושלים כנגד חברי הקהילה. שנה לאחר מכן חולקו כרוזים בשכונת מאה שערים בירושלים, המבטיחים 20,000 ש"ח לכל מי שיגרום למותו של "אחד מאנשי סדום ועמורה" (דוד מרחב "לפתוח בחקירה בחשד להסתה לרצח" nrg 11.7.2006 www.nrg.co.il/online/40/ART1/447/582.html), ופרופ' הלל וייס אמר בריאיון לערוץ הראשון כי "כל אמצעי כשר לטאטוא מצעד התועבה מירושלים כולל מעשה פינחס" (יניב הלפרין "הומוסקסואליות – סכנה לאנושות" GoGay 14.8.2008, gogay.co.il/item.php?id=6484). תופעות אלו נפוצות בעולם כולו: ראו למשל את המערכה שמנהלת ממשלת רוסיה בתקופה האחרונה באמצעות חקיקה ממוקדת נגד ההומוסקסואלים ברוסיה (פולינה גרייב וגיל נווה "הסתה ברוסיה: הומואים מאמצים כדי לאנוס" ynet 25.9.2013 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4433295,00.html); פרשת Snyder, לעיל ה"ש 21, שם החזיקו מפגינים בשלטים שבהם נכתב שחיילים מתים בגלל הומואים; כרוזים שחילקו ארבעה בני אדם בתיכון בשבדיה בגנות "התנהגות בלתי מוסרית וסוטה של הומוסקסואלים באופן שמהווה פגיעה בחברה" (Vejdeland v. Sweden, App. No. 1813/07, Eur. Ct. H.R. (2012), available at [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109046#{"itemid":\["001-109046](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109046#{)); והרשימה עוד ארוכה.

44 מאור הוימן "לא רק רוסיה ואוגנדה: הומופוביה ברחבי העולם" onlife 1.4.2014 www.onlife.co.il/עבודה/חברה/73814/לא-רק-רוסיה-ואוגנדה-הומופוביה-ברחבי-העולם/.

45 נעם (דבול) דביר "ראש העיר בית שמש: גייז לטיפול משטרה" ynet 9.11.2013 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4451355,00.html.

46 רון חולדאי חזר בו לאחר מכן מהאמירה ההיא.

47 יואב זיתון "רס"ר הורה ללוחמים להסיר דגל גאוה מחדרם" ynet 27.3.2014 [www.ynet.co.il/articles/ 27.3.2014 ynet 0,7340,L-4503844,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4503844,00.html).

להגן על אינטרסים שפרסום ביטויי שטנה עלול לסכן אותם לבין חופש הביטוי וחופש הדת.⁴⁸ עם האינטרסים הללו נמנים כבוד, אוטונומיה, שלמות גוף ורכוש, שוויון, שכל אחד מהם משפיע גם על אינטרסים נוספים כמו הזכות לחינוך, לעבודה ולחיי משפחה. מנגד עומדות כאמור שתי הזכויות – חופש הביטוי וחופש הדת – שהן זכויות כבודות משקל, המאגדות את האינטרסים שבשמם מבקשים התומכים בצמצום האחריות בגין דיבור שטנה להימנע ממשפטיזציה "מיותרת" בתחום זה.

כל שיטות המשפט המודרניות ערות לצורך באיזונים כדי להסדיר את ההיררכיה המשפטית בין שני המקבצים המנוגדים (במקרה שלנו) האלה⁴⁹ ולשמור בד בבד עמם גם על הסדר הציבורי. אלא שהאיזון החקיקתי והפסיקטי ביניהם משקף העדפות שונות, כל שיטה על פי ערכי היסוד שלה ובהתאם לעוצמה שבה התבססה ההגנה עליהם במהלך ההיסטוריה שלה.⁵⁰ כך, עדיפותו המוחלטת של חופש הדיבור בארצות הברית, עדיפות שמשקפת את ההיסטוריה האמריקנית ואת אופי החברה האמריקנית, בולטת במיוחד על רקע הכללים המקובלים, לדוגמה, במשפט האנגלי והישראלי בכל הנוגע לאיזונים בין חופש הביטוי לזכויות מנוגדות בכלל ולאיזונים שמהם נובעת ההגנה מפני פרסומי שטנה, בפרט. חשיבות האינטרסים ומדרג ההגנה עליהם משתקפת גם בבחירה הערכית שעושה החברה בנוגע לבחירת מיקומו הענפי של האיזון בין האינטרסים המתנגשים: משפט חוקתי, פלילי או נזיקי. ההחלטה אם בכלל להילחם בפרסומי שטנה משקפת איזון ראשוני. ההחלטה אם לגייס למלחמה זו כלים פליליים או אחרים היא כבר איזון בדרג שני.

אין מחלוקת ש"מגילת הזכויות החוקתית" מצויה ברובד העליון של מערכת האיזונים המשפטית בכל שיטת משפט מודרנית.⁵¹ הבחירות שהיא משקפת משליכות גם על המשפט הפלילי וגם על המשפט האזרחי. בהקשר שלנו יתמקד הדיון קודם כול במשפט הפלילי, המשקף את האינטרס הציבורי

48 לצד האנטישמיות הגואה, שפרסומי שטנה הם לחם חוקה, בולטים בשנים האחרונות פרסומים נגד המאמינים המוסלמים, שמתבטאת בפרסומי סמי-אמנותיים כמו "פסוקי השטן" ו"תמימות המוסלמים". Tom Chivers, *International Blasphemy Day: from Danish cartoons to Jerry Springer – The Opera*, THE TELEGRAPH, Sept. 30, 2009, available at www.telegraph.co.uk/news/religion/6247329/International-blasphemy-day-from-Danish-cartoons-to-Jerry-Springer-The-Opera.html.

49 לדיון נרחב בנושא האיזונים בין חופש הביטוי ובין הזכות לכבוד מנקודת מבט השוואתית ראו תמר גדרון "מפת תירות הדיבה העולמית ודיני לשון הרע בישראל" המשפט טו 385, 393–408 (2010).

50 בהקשר זה מעניינת דווקא גישתו הבוטה של STANLEY FISH, THERE'S NO SUCH THING AS FREE SPEECH AND IT'S A GOOD THING TOO 102–120 (1994). היבט חשוב בהקשר זה מצוי בפסק דינו של בית המשפט העליון באנגליה בעניין HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department, [2010] U.K.S.C. 31 (Eng.), שסירב לאשר גירושם של הומוסקסואלים לארצות המוצא שלהם, מקום שבו ייחשפו לרדיפות קשות, וקבע שגירוש כזה מהווה פגיעה בזכויות האדם שלהם. לורד הופ (Hope) כתב בפסק דינו (שם, פס' 2) כי הדין האסלאמי הקיצוני הוא דוקטרינה דתית מוטעית אך נמרצת. בכך מכוון לורד הופ לקיומם של ערכים על-מדינתיים ועל-דתיים. בארצות הברית בוקרה ההחלטה קשות ונטען שהיא מתנשאת וחסרת בסיס מוסרי-משפטי, וכן מבוססת על פרשנות שגויה של התפיסה הערכית חוצת הגבולות של פסק הדין. ראו Adam Wagner, *Sexual Orientation, Religion and the Court's Increasingly Difficult Role*, UK HUMAN RIGHTS BLOG, July 14, 2010, available at <http://ukhumanrightsblog.com/2010/07/14/sexual-orientation-religion-and-the-courts/>.

51 בין שמדובר במשפט הישראלי נעדר החוקה הפורמלית, בין שמדובר באמנת זכויות האדם באירופה, המשליכה על אנגליה, שגם היא נעדרת חוקה, ובין שמדובר בארצות הברית וקנדה, המתנהלות על פי חוקה כתובה שלפחות בהקשר שלנו משרדת העדפות ערכיות לגמרי לא זהות.

שמכתיב את נקודת האיזון שבין שתי הזכויות היחסיות הללו ובענישה על הפגיעה בו. במשפט הפרטי ההגנה מפני פרסומי שטנה ממוקמת בדיני הנזיקין שהחוקה וחוקי היסוד משרדגים אותה. דיני הנזיקין מתמודדים הן עם מניעת פרסומי שטנה והן עם הפגיעה שפרסומים כאלה עלולים לגרום. התמודדות זו נעשית באמצעות חקיקה ממוקדת, שנעזרת בפסיקה המתאימה אותה לנסיבות החיים (ונסיבות הפרסום) ולערכי החברה המשתנים כולם בתדירות גדולה. בדין שלהלן נתמקד באכסניה הפלילית והנזיקית.

”ביטויי השנאה” (Hate Speech), שהגדרתם משתנה משיטה לשיטה, מוגדרים כעבירות פליליות כמעט בכל ספר חוקים מודרני. פרשנותם ואיזונם של סעיפי העונשין האלה משתנה משיטה לשיטה ובהתאמה, כאמור, לעצמת ההגנה על חופש הביטוי לה היא מחויבת.⁵² גרמניה, למשל, בולטת בשילוב המתוחכם בין חוקה לעונשין במלחמה בתופעות של הסתה, הפצת פרסומי שטנה ופגיעה בכבוד ופרטיות.⁵³ בצד השני של הסקאלה, בארצות הברית ההגנה הגורפת על חופש הביטוי שוללת ברוב המקרים את הפיכתו של ביטוי השנאה לעבירה פלילית,⁵⁴ ואילו בקנדה השמצה או הסתה של קבוצה מוגדרת היא הפרה מפורשת של חוק העונשין הקנדי.⁵⁵

- 52 ראו ההגנה על חופש הדת ומיעוטים דתיים, סובלנות דתית והשמצה: Pujja Kapai & Anne S Y Cheung, *Hanging in a Balance: Freedom of Expression and Religion*, 15 BUFF. HUM. RTS. L. REV. 41 (2009), מאמר המשווה את גישת המשפט הגרמני, המתמקד יותר בהיבט הפלילי, עם גישת בית הדין האירופי לזכויות אדם והשיטה האוסטרלית הממקמת את ההשמצה הגזענית במסגרת איסורי ההפליה. בארצות הברית הכלל הידוע שבעניין *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 45 S. Ct. 625, 69 L. Ed. 1138 (1925), קובע שחקיקה האוסרת את ביטוי השנאה סותרת את התיקון הראשון של החוקה. השו *Richard Delgado, Campus Antiracism Rules: Constitutional Narratives in Collision*, 85 NW. U. L. REV. 343 (1991); Charles R. Lawrence, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, 1990 DUKE L.J. 431 *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572, 62 S. Ct. 766, 86 L. Ed. 1031 (1942). ברוח זו ראו גם *R.A.V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377, 112 S. Ct. 2538, 120 L. Ed. 2d. 305 (1992), העוסק גם הוא בחוקיותו של חוק עזר שאסר שימוש בצלבי קרס ובסמלים נאציים אחרים. *German Criminal Code*, Nov. 13, 1988, *Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt]* 3322 (F.R.G.).
- 53 הכחשת השואה אסורה בס"ק (3) וסעיף 86a אוסר שימוש בצלב הקרס.
- 54 Waldron, לעיל ה"ש 3, מציע גישה מרוכבת וסובלנית יותר מהגישה האמריקנית. המאמר מבוסס על הרצאה לזכרו של אוליבר וונדל הולמס (Oliver Wendell Holmes) שבעצמו, כעדות המחבר, "at one time or another took both sides on most free speech issues". ראו STEVEN J. HEYMAN, *FREE SPEECH & HUMAN DIGNITY* (2008). השוו לדבריו של סטיב כהן, יו"ר ועדת הקונגרס האמריקני שעסקה בתופעת תיירות הדיבה, שהתייחס למקרהו של הבלוגר המצרי, עבדול כארים סולימן אמיר, שנדון לארבע שנות מאסר על דברי ביקורת על הנשיא מוברק ועל דת האסלאם ולמקרה הידוע יותר של הסופר מרק סטיין שהואשם על כך שבספרו *MARK STEYN, AMERICA ALONE: THE END OF THE WORLD AS WE KNOW IT* (2006), פגע ברגשות של מוסלמים קנדים: Judiciary Comitee, *Libel Tourism: Hearing Before the S. Comm. On Commercial and Administrative Law*, 111th Cong. 4 (2009), available at http://judiciary.house.gov/hearings/printers/111th/111-4_47316.PDF (להלן: הפרוטוקול). על תועבה, נאצה וביטוי השנאה מנקודת ראותו של בית הדין האירופי לזכויות אדם ראו HELEN FENWICK & GAVIN PHILLIPSON, *MEDIA FREEDOM UNDER THE HUMAN RIGHTS ACT* 386–656 (2006).
- 55 ס' 318–320 לקוד הפלילי הקנדי אוסרים תעמולת שנאה. Canada Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46. Canadian Charter of Rights and Freedoms, *Enacted by the* 2 ל-§§ 318–320. לצדם נעשה שימוש בס' 2 ל-Canada Act 1982, c.11 (U.K.); proclaimed in force Apr. 17, 1982. Amended by the Constitution

לצד ההסכמה הכמעט גורפת במרבית שיטות המשפט להפלת "ביטוי השנאה" על כל גווניו, חלק מהן מטילות אחריות פלילית גם מקום שמדובר ב"דיבה נטו", שאינה מלווה בהכרח באלמנט של שנאה.⁵⁶ זוהי בחירה ערכית, שאיננה מובנת מאליה כשמדובר בפרסום נטול סממני שנאה מובהקים. השיקול המכריע גם כאן הוא, כמובן, הרצון למקד את תשומת הלב בפגיעה באינטרס הציבורי ובחשיבות שהחברה מייחסת לצורך בשמירה על כבוד האדם ושמו הטוב.⁵⁷ הבחירה הערכית הזו מגובה בדרישות מחמירות כתנאי לגיבוש האחריות, בהשוואה לתנאי היווצרותה של האחריות האזרחית.⁵⁸ היישום של אחריות כזו פוחת והולך בשנים האחרונות, וההכרה בקיומה דורשת תנאים מיוחדים ונסיבות המשקפות איום על שלום הציבור או על קיומה של עבירה פלילית נוספת.⁵⁹ ההגנה

Amendment Proclamation, 1983, SI/84-102, effective June 21, 1984. Amended by the Constitution Amendment, 1993 (New Brunswick Act), SI/93-54, *Can. Gaz. Part II*, Apr. 7, 1993, effective Mar. 12, 1993.

56 על ההבחנה בין עבירות ההסתה לאלימות לבין ההסתה לגזענות, הפוגעות בשלום הציבור, ועל ההבדל בין לבין לשון הרע ראו חאלד גנאים, מרדכי קרמיצר וברעז שנור לשון הרע – הדין המצוי והרצוי 129 Michael J. Polelle, *Proposed Model Statute on Group Defamation*, 110 PENN. ST. L. REV. ; (2005) 717 (2006).

57 הנשיא ברק ברע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט"ד (6) 554 (2005).

58 חוק איסור לשון הרע דורש כוונה ופרסום לשני אנשים או יותר פרט לפגיע עצמו.

59 כיום, אף על פי שבחלק גדול משיטות המשפט באירופה מוכרת אחריות פלילית בגין דיבה (למשל באיטליה, גרמניה, הולנד), פרט לצרפת, שבה השימוש בהליך הפלילי רחב יחסית (ראו דוגמה יוצאת דופן Kevin Jon Heller, *Criminal Libel for Publishing a Critical Book Review? Seriously?*, OPINION JURIS, Feb. 12, 2010, <http://opiniojuris.org/2010/02/12/criminal-libel-for-publishing-a-critical-book-review-seriously/>; Aisha Labi, *Saturday Morning is a Time of Cartoons and French Libel Law*, AROUND THE SPHERE, Feb. 27, 2010, <http://aroundthesphere.wordpress.com/2010/02/27/saturday-morning-is-a-time-of-cartoons-and-french-libel-law/>), רוב השיטות משקפות גישה מתונה בדומה לזו המשתקפת בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם. בבואו לבחון את ההליכים הפליליים שהתקיימו במדינה החתומה על האמנה האירופית לזכויות אדם שעל החלטתה קובלים בפניו, בודק בית הדין אם הם עמדו בערכים המקובלים בחברה דמוקרטית. במרבית פסיקותיו מוכן היה בית הדין לאשר קנסות שהוטלו במדינות המקור. עם זאת, בדרך כלל הוא מסתייג בבירור מעונשי מאסר או מפיצויים עונשיים, הפוגעים לעמדתו, באיזון שמכתיבה ההגנה המפורשת על חופש הביטוי שבסעיף 10 לאמנה (סקירה מקיפה השוואתית של פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם ראו אצל Shoenberger, לעיל ה"ש 16, בעמ' *European Court Finds Against Excessive Legal Fees in Libel and Privacy cases*, OPEN ; 471–457 SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, Jan. 24, 2011 <http://www.opensocietyfoundations.org/press-releases/european-court-finds-against-excessive-legal-fees-libel-and-privacy-cases>). בארצות הברית, לעומת זאת, בהיעדר חשש לאלימות, מלכתחילה היקף האחריות הפלילית בגין פרסומי דיבה מצומצם ביותר (בעיקר מאז ההחלטה בעניין *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195, 86 S. Ct. 1407, 16 L. Ed. 2d 469 (1966), שניתנה שנתיים לאחר פסק דין *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 84 S. Ct. 710, 11 L. Ed. 2d 686 (1964). עניין *Sullivan* העלה על נס את חופש הביטוי החוקתי וקבע שדיני הדיבה הפליליים הנהוגים בקנטאקי, שמקורם במשפט המקובל, עומדים בניגוד לתיקון הראשון לחוקה, חרף העובדה שלאחרונה ניכרת עלייה במספר ההליכים הפליליים במקרים שבהם מדובר על פרסומים באינטרנט – תופעה שעליה הכריזו כמה ממדינות ארצות הברית מלחמת חורמה (כיום קיימים חוקים מפורשים בנושא זה בקולורדו, בפלורידה, באיידהו, בקנזס, בלואיזיאנה, במישיגן, במינסוטה, במונטנה, בניו המפשייר, בניו מקסיקו, בצפון קרוליינה, בצפון דקוטה, באוקלהומה, ביוטה, בוויגיניא, בווינגטון ובוויסקונסין, וכן בפורטו ריקו ובאיי הבתולה (ארצות הברית)). בהזדמנות זו שהמשפט הפלילי חוזר לתמונה, יש הממליצים לערוך חשיבה מחודשת על פסילתו הגורפת במשפטי דיבה הקשורים לעיתונות,

על אינטרס ציבורי באמצעות המשפט הפלילי והדרישה לקיומם של תנאים מיוחדים ליישומה מחזירים אותנו לרציונל הבסיסי שעליו הושתתה במקור האחריות בגין פרסומי דיבה – לפחות באנגליה, אבל לא רק בה – שהוא הצורך להגן על המדינה, על המלוכה, על האצולה ועל הכמורה. לכן התערבות המשפט הפלילי נתפסת עד היום במרבית שיטות המשפט כדרושה להגנה על שלום הציבור⁶⁰ ועל כבודו.⁶¹

כך שתהיה התאמה ערכית בין המדיה החדשה למדיה ה"שמרנית" בנושא זה. ראו Shoenerger, שם, בעמ' 468). המצב דומה גם באוסטרליה, שתיקוני החקיקה שבוצעו בה ב-2006 הביאו לאחידות כמעט מלאה בחוקי הדיבה של מדינותיה, והיא משקפת יישום מינימליסטי של האחריות הפלילית, המופעלת תמיד על ידי הממונה על התביעה הכללית, גם כאשר הנפגע עצמו הוא שיוזם את פתיחת ההליכים (Defamation Act, 2005, s. 77 (Austl.)). בישראל ההסדר הבסיסי של ההגנה מפני פרסומי שטנה מצוי בחוק העונשין שאת הוראותיו נסקור בסעיף ג' לפרק זה מנקודת ראות להט"ב בית (ס' 144–144) לחוק העונשין; על ההגדרה המחודשת של ההסתה לגזענות בחוק העונשין ועל הצורך בחיקון ס' 4 לחוק איסור לשון הרע, ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 56, בעמ' 20, והאסמכתאות שם, בה"ש 27). תגבור ההגנה מצוי בחוק איסור לשון הרע, המטיל הן אחריות פלילית והן אחריות אזרחית (ס' 6 לחוק איסור לשון הרע קובע כי הפרתו מהווה עבירה פלילית. עבירה זו שונה ביסודותיה חלקית מהעוולה האזרחית). פסק הדין המקיף והממצה בעניין הרב עידו אלבה, מפייץ "הלכות הריגת גוי", מנתח לעומק את העבירה הפלילית של פרסום הסתה לגזענות והיחס בינה לבין חופש הביטוי ומשרטט את תמונת איוון הערכים הראויה להשקפתו של בית המשפט העליון (ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996)). הנאשם טען שם כי הרשעתו בדין פלילי מהווה הפרת זכותו לחופש הביטוי. טענה זו נענתה על ידי השופט (כתוארו אז) ברק בקביעה כי אף שאין ספק שהטלת אחריות פלילית בגין הסתה לגזענות פוגעת בחופש הביטוי, זוהי פגיעה מוצדקת, הואיל והיא נועדה לתכלית הראויה של מניעת הגזענות הפוגעת בכבוד האדם ובשוויון שבין בני האדם (שם, בעמ' 295). קביעה זו משקפת נטייה חזקה לתמיכה כמעט בלתי מסויגת בחופש הביטוי (השוו דניאל פרידמן הארנק והחרב, המהפכה המשפטית ושברה 276 (2013)). בתוך כך, חוק איסור לשון הרע קובע כי האחריות יכולה להיות אזרחית (ס' 7 לחוק) או פלילית (ס' 6 לחוק), וכפילות זו מעוררת מחלוקות תאורטיות באשר לשאלה אם שלום הציבור הוא בכלל ערך חברתי מוגן באמצעות העבירה הפלילית של לשון הרע (גנאים, קרמניצר ושנור, שם, בעמ' 50, עומדים על ההבדל שעושה הנשיא ברק במונח "שלום הציבור" בהשוואה למונח המקובל של מונח זה במשפט האמריקני), אם מבחינה ערכית באמת יש צורך ויש מקום להתערבות המשפט בענייני כבוד (שם, בעמ' 45). עם זאת, ממילא בפועל אומצה בישראל גישה מעשית הרואה הצדקה בהפעלת ההליך הפלילי על ידי רשויות התביעה הכללית רק במקרים מיוחדים (שם, בעמ' 70). ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב (1958) הוא אולי הבולט שבהם. ראו גם ע"פ 364/73 זיידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 620 (1974). השוו רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.8.2008), הדן בהפרת ס' 288 לחוק העונשין. האפשרות שמעניק החוק לנפגע לפתוח בקובלנה פלילית פרטית משלימה את ההסדרה הפלילית של הנושא (ס' 8 לחוק איסור לשון הרע). בפועל, הגישה השלטת כיום היא כי יש לצמצם את השימוש בהליך הפלילי, בעיקר הציבורי, למקרים חמורים במיוחד, וכי בכל מקרה יש להעדיף שימוש בהליך אזרחי על פני ההליך הפלילי, הן כדי לתקן את העוול שגרמה הדיבה שביסודו של ההליך והן כדי לפצות עליו (עניין ביטון, לעיל ה"ש 57; ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205 (1985). השוו רע"פ 10771/04 רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' אטינגר, פ"ד נט(3) 308 (2004), העוסק בסעדים על פגיעה בשם הטוב ומתייחס גם לפיצויים עונשיים. ראו גם רע"פ 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510 (2001)). אם כן, ניתן לסכם כי ברוב המקרים הדרישה היא לקיומו של פוטנציאל סכנה לציבור או פגיעה בסדר הציבורי, וזה קיים ברוב המקרים בעיקר כתביעות מסוג "ביטוי השנאה".

60 הוצאת שם רע על איש ציבור נחשבה בזמנו לחמורה יותר מאשר הוצאת שם רע על איש פרטי ראו המהפך ב-Reform Act, 1832, c. 45 (Eng.).

61 ראו דיון בשאלה אם שלום הציבור הוא ערך חברתי מוגן באמצעות חוק איסור לשון הרע אצל גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 56. המחברים מציינים כי "המשפט הקונטיננטלי העתיק, המשפט המקובל האנגלי וגישות מסוימות במשפט האנגלו אמריקני רואים בשלום הציבור את הערך החברתי המוגן על ידי

על רקע זה, של צמצום השימוש בהליך הפלילי, לפחות הציבורי, במרבית שיטות המשפט המערביות, ברור כי מקור ההגנה העיקרי על כבוד האדם וכלי הנשק המרכזי בפרסומים פוגעניים שאינם עוברים את סף הגדרתה של "הסתה לגזענות" מצוי במישור האזרחי, והוא ממקד בעיקר בדיני נזיקין. לצדם קיימות בדרך כלל הוראות חוקתיות שעוסקות הן בזכות לכבוד ולשם טוב והן בחופש הדיבור והעיתונות.

כך למשל, בארצות הברית חולש התיקון הראשון של החוקה, המבטיח חופש ביטוי כמעט בלתי מסויג,⁶² על כלל הביטויים ועל כלל אופני הפרסום (כמעט),⁶³ ועוצמתו מנביעה גישה קמצנית בהגנה על מכלול הזכויות הפרסונליות – כבוד, אוטונומיה, שם טוב – ועל מגוון הזכויות הנוספות הנובעות מהן.⁶⁴ מחויבות דומה לחופש הביטוי ניתן למצוא גם בקנדה, אף כי סעיף 1 לצ'רטר שלה מאפשר הטלת מגבלות בנסיבות מסוימות.⁶⁵ ההכרה הזו במגבלות אפשריות על חופש הביטוי מסבירה את ההבדל המהותי בין גישת היסוד האמריקנית הבלתי מתפשרת לזו הקנדית, הקיצונית פחות, כפי שנראה גם בסעיף ג' בהקשר לביטויי שנאה להט"בים.

איסור לשון הרע בעיקר בתחום הפלילי" (שם, בעמ' 45). דוגמאות לכך מהמשפט האמריקני ראו: שם, בעמ' 47 – והן מתייחסות בעיקר למקרים של ביטויי השנאה. המחברים חולקים על גישתו של הנשיא ברק וסבורים שבמשפט הישראלי הפלילי, שלום הציבור אינו ערך מוגן.

62 U.S. CONST. amend. I הקובע: "Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press"; ואולם ראו את הוויכוח הציבורי סביב פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705, 561 U.S. 1, 177 L. Ed. 2d 355 (2010). פסק הדין עוסק בנייתוח ה-The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act, 28 U.S.C. § 2254 (1996). מקרה זה עסק בבקשת הצהרה שלפיה התובעים זכאים להגיש סיוע – בעיקר בהוראה, בפיתוח ובקידום ידע (משפטי ואחר) והתמחות בדרכי יישוב סכסוכים – לשני ארגוני הטרור הידועים: Kurdistan Workers (the "PKK") and the Liberation Tigers of Tamil Eelam (the "LTTE") הבקשה. ביקורת קשה מלווה במשפט השוואתי – בינתיים רק ברמת העיתונות הלא מקצועית – לא אחרה להגיע: Dan Tench, *Opinion "US Supreme Court: Restraining Free Speech"*, INFORM'S BLOG, Mar. 7, 2010, <http://inform.wordpress.com/2010/07/03/opinion-us-supreme-court-restraining-free-speech-dan-tench/>. חוק ה-speech-dan-tench (1996) § 2244 (1996) 28 U.S.C § 2244 Antiterrorism and Effective Death Penalty Act, 28 U.S.C § 2244 (1996). ראו גם אסר מתן "material support or resources" ל-"certain proscribed terrorist organizations". ראו גם Adam Wagner, *Terror Advice Decision Causes Uproar in United States, But Could it Happen Here?*, UK HUMAN RIGHTS BLOG, June 22, 2010, <http://ukhumanrightsblog.com/2010/06/22/terror-advice-decision-causes-uproar-in-united-states-but-could-it-happen-here/>. ראו סקירה מקיפה על חזריגים שעליהם לא חל חופש הביטוי בארצות הברית אצל HENRY COHEN, *FREEDOM OF SPEECH AND PRESS: EXCEPTIONS TO THE FIRST AMENDMENT* (2nd ed., 2010). ראו את הנסיבות יוצאות הדופן בעניין *Reichle v. Howards*, 634 F. 3d 1131 (2012) (לשון הרע על סגן נשיא ארצות הברית). לעניין *Snyder* ראו לעיל ה"ש 21.

63 בכפוף, כמובן, לצמצומים ואיזונים מקובלים בנוגע לחופש הביטוי המסחרי.

64 ראו הבחנה בין תביעות דיבה המקנות למפרסם הגנה על פי התיקון הראשון לחוקה לבין תביעות בגין גרימה מכוונת של פגיעה נפשית (מקרי העלבה). ראו דיון בהבחנה זו אצל Jack B. McGee, *Karen Carpenter v. Westwood One and Tom Leykis: Free Speech, Defamation, and the Intentional Infliction of Emotional Distress – Does Logic Rescue Decency?*, 27 ALASKA L. REV. 49 (2010). Canadian Charter of Rights and Freedoms 65 לעומת ההוראה במגילת הזכויות האמריקנית, שהיא בלתי-מוגבלת, הוראת הסעיף הקנדי משאירה פתח לצמצום חקיקתי של חופש הביטוי למטרה מוצדקת ומתאימה למדינה חופשית ודמוקרטית.

לעומת זאת, המשפט הגרמני מקנה הגנה רחבה לזכויות האישיות ומשקף, בין השאר, את הניסיון ההיסטורי של גרמניה הנאצית בתקופת הרייך השלישי.⁶⁶ הסעיף הראשון בחוק היסוד הגרמני מציב את כבוד האדם כערך עליון מוחלט מוביל,⁶⁷ וכך הוא גם נתפס בפרשנות בית המשפט לחוקה. חופש הביטוי והעיתונות⁶⁸ מתפרש על ידי בית המשפט הגרמני לחוקה כערך שהשמירה עליו היא ערוכה לכל יתר הזכויות והחירויות, ועם זאת הוא כפוף למגבלות שמקורן בצורך לאזנו עם אינטרסים סוציאליים אחרים.⁶⁹ בגרמניה, פגיעה בכבוד היא גם בסיס לתביעה אזרחית לפי הקוד האזרחי הגרמני.⁷⁰ בשנת 1994 הוסף בו גם סעיף מפורש האוסר את הכחשת פשעי הנאצים.⁷¹

לא נוכל לחתום סקירה זו מבלי לציין כי בישראל קובע סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁷² את המחויבות לשמירה על חיינו, על גופו ועל כבודו של אדם "באשר הוא אדם".⁷³ אף כי מקובל לומר שלחוק-היסוד אין תחולה ישירה במשפט הפרטי,⁷⁴ אין מחלוקת על כך שהוא חולל שינוי מהותי במשפט הישראלי כולו, על כל ענפיו ותכניו. בהקשר שלנו הוסבר לא אחת כי החוק העלה לדרגה חוקתית את זכותו של הפרט לשם טוב, ומקובל לומר כי גם חופש הביטוי הפך, במסגרת התיבה "כבוד האדם", לערך חוקתי מוגן.⁷⁵ כך הפכו שתי הזכויות הללו, שבמוקד דיונונו, לשוות מעמד. עם זאת,

- Gregory J. Thwaite & Wolfgang Brehm, *German Privacy and Defamation Law: The Right to Publish in the Shadows of the Right to Human Dignity*, 8 EUR. INTEL. PROP. R. 336 (1994) 66
- : Basic Law for the Federal Republic of Germany, May 23, 1949, Federal Law Gazette 1949 67
- "(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority. (2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world"
- "Every person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing, and pictures and to inform himself without hindrance from generally accessible sources. Freedom of the press and freedom of reporting by means of broadcasts and films shall be guaranteed. There shall be no censorship". *Index 2009 of Reporters Without Borders*, http://en.rsf.org/spip.php?page=classement&id_rubrique=1001 68
- ראו בחינה השוואתית בין חופש הביטוי בארצות הברית לבין חופש הביטוי בקנדה, בגרמניה ובמדינות נוספות אצל: RONALD J. KROTOSZYNSKI, *THE FIRST AMENDMENT IN CROSS-CULTURAL PERSPECTIVE: A COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE FREEDOM OF SPEECH* (Richard Delgado & Jean Stefancic, 2006). לסקירה תמציתית של השונה והדומה ראו שם. 69
- .Bürgerlichen Gesetzbuches [BGB] [Civil Code], Jan. 2, 2002, Federal Law Gazette 2003 I p. 738 70
- ס' 823 מטיל אחריות כללית למעשה מכוון או רשלני הפוגע בזכות מוכרת. ס' 824 מרחיב את ההגנה על פרסומים רשלניים נוספים. לשון הרע מהווה עבירה פלילית לפי ס' 186 ל- German Criminal Code, Nov. 13, 1998, Federal Law Gazette p. 3322
- ס' 86a לחוק העונשין הגרמני. בצרפת ישנה הוראה דומה המסייגת את חופש הביטוי. ראו The Gayssot Act Law No. 90-615 of July 1990 71
- חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150. 72
- בכפוף לפסקת ההגבלה המנויה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. 73
- אך ראו אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" משפט וממשל 469 ז (2004). 74
- על מעמדו של חופש הביטוי לאחר חקיקת החוק ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 56, בעמ' 64-68, אשר משווים את המצב בארץ גם למצב באנגליה ובגרמניה (שם, בה"ש 127-130). 75

חופש הביטוי לא זכה, כידוע, לאזכור מפורש בחוק-היסוד, וספק אם בעתיד הקרוב נהיה עדים לשינוי במצב דברים זה. על רקע זה בולטת במיוחד ההעדפה של הפסיקה הישראלית בנוגע לתיקון הראשון של החוקה האמריקנית ולהיררכיית ערכי היסוד שאותה הוא מייצג.⁷⁶ הארכנו במכוון בסקירת ארגז הכלים העומד לרשותה של חברה בבואה להסדיר את מלחמתה בביטויי שנאה. עולה ממנה כי מדובר ברשת מורכבת של מערכות יחסים בין שיקולי מוסר, תרבות, חברה, דת ומשפט, שלאורן יש להחליט אם, עד כמה ובאיזה היקף ועומק יתערב המשפט, הפלילי והאזרחי, ויקנה הגנה מפני דיבור או פרסום שיש בהם ביטויי שטנה. ביטוי שטנה הוא כמעט תמיד גם לשון הרע. על המשפט להחליט לא רק אם להטיל אחריות בגינו, למונעו, להעניש עליו ולהכפיפו לשיקולי סדר ציבורי, אלא גם אם להילחם בו בכלים אחרים, רכים יותר. נוסף על כך עליו לשקול את מקומם וסיכויי הצלחתם של אמצעים אחרים, לבר-משפטיים. פרסומי שטנה נגד קהילת הלהט"ב הם חלק בלתי נפרד מפרסומי השטנה המתרחבים והולכים בשנים האחרונות. קהילה זו תופסת מקום חשוב בשיח הציבורי על זכויות אדם בכלל ועל כבוד ושוויון בפרט. בפרק הבא נציג בחינה פרטנית של הוראות החוק המסדירות את האחריות הפלילית והאזרחית לפרסומים אלו. לאחר מכן נחזור לסקירת הרקע הכללי שלעיל, לצורך ביקורת על תמונת המצב שמשקפת החקיקה הישראלית על המצב הקיים בשיטה הישראלית ולצורך ההצעות לחשיבה מחודשת, שבהן נחתום פרק זה.

3. דיבור שטנה נגד קהילת הלהט"ב: יישום הבחירה הערכית בחקיקה

(א) החקיקה הישראלית – מקורות להגנת הקהילה הגאה מפני פרסומי שטנה

כהקדמה וכרקע לסקירת החקיקה הישראלית רצוי לזכור כי הכנסת נמנעה מלרכז את המלחמה בביטויי שטנה בדבר חקיקה אחד. תחת זאת היא בחרה לפזר את מקורות האחריות המשפטית בחיקוקים שונים, שכל אחד מהם בנפרד וכולם במצטבר מיועדים לספק הגנה מתאימה גם לקהילה הגאה. אלא שמתברר שההגנה הזו מצומצמת ביותר. אנו נעמוד על שלוש מסגרות נורמטיביות עיקריות: חוק העונשין, חוק איסור לשון הרע והחוק למניעת הטרדה מינית. במסגרת הדיון נעמוד גם על ההבדל בין ההגנה הקיימת בדין מפני שני סוגים של ביטוי שטנה להט"ב: האחד כולו דיבור, והוא אינו כולל הסתה לפעולות מוחשיות, אלא מכוון להפיץ רעיונות ותפיסות של חוסר סובלנות, שנאה ופחד "בלבד"; האחר הוא ביטוי שטנה הכולל הסתה לאלימות ממש כנגד חברי קהילת הלהט"ב.

76 אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית-המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" משפט חברה ותרבות: שקט, מדברים 185 (2006); דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ח 11 (2009); ישראל גלעד "דיני הנזיקין בפסיקתו של אהרן ברק" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 487 (איל זמיר, ברק מדינה סיליה פסברג, חיים זקס ולירון נעים עורכים, 2009); יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כז 119 (1996). ראו התייחסות מיוחדת לדיני נזיקין שם, בעמ' 214. עם זאת, יש לשים לב לשנות המחקר הואיל ויש להניח שחלק מהנתונים השתנו במהלך השנים ובעיקר בתחום עיסוקנו כאן. אהרן ברק "חופש הביטוי ומיגבלותיו" הפרקליט מ 5 (1991); אהרן ברק "חופש הביטוי כזכות חוקתית" דברים באזכרה לזכרו של יורם רונן ז"ל במכון ואן-ליר בירושלים (9.1.1997). ראו גם רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (פורסם בנבו, 12.11.2006) (להלן: עניין דנקנר בערעור השני); ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558 (2004) (להלן: עניין הרציקוביץ בערכאת הערעור); אורי שנהר דיני לשון הרע (1997).

(1) חוק העונשין

הטלת אחריות פלילית על פי חוק העונשין בגין פרסומי שטנה משקפת את המלחמה הציבורית בתופעות שלהשקפת המחוקק הישראלי הן פסולות, מסכנות את שלום הציבור ויש להילחם בהן ולהרתיע מהישנותן באמצעות המנגנון המשפטי הציבורי של המדינה. כך, כמובן, גם כשמדובר בפרסומי שטנה כלפי הקהילה הגאה. קבלת ההחלטות בנוגע להליך המשפטי, היוזמה לפתוח בו כמו גם ניהולו וביצועו מופקדים כולם בידי המדינה.

פרק ח' לחוק העונשין קובע אילו פעולות ייחשבו בגדר פגיעה בסדרי המשטר והחברה, והוא אוסר על ביצוען. בתוך פרק זה יש לעמוד על שני סעיפים החשובים במיוחד לדיוננו: הראשון הוא איסור פרסום הסתה לגזענות, המוסדר בסעיף 144ב לחוק. סעיף זה קובע כדלקמן:

א. המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים;

ב. לענין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא ואם היה בו אמת או לא.

לכאורה, פוטנציאל הפגיעה בחופש הביטוי הגלום בסעיף זה הוא רב, שכן כמעט ואין בו סייגים או מגבלות המבחינות בין פרסום מותר לפרסום אסור. ודוק, הסעיף אינו דורש שהפרסום יגרום בפועל לגזענות או שהסיכון לגזענות ישתכלל בוודאות קרובה למדי. הסעיף דווקא משקף נכונות לצמצם את חופש הביטוי ומדגים בחירה ערכית שכלל אינה מובנת מאליה. יתר על כן, וכתוספת למגמה ערכית זו, חשוב לזכור כי המונח "גזענות" עצמו עשוי גם הוא להתפרש בהרחבה ולכלול קבוצות רבות של ביטויי שטנה והסתה. וכפועל יוצא של אלה הוא גם עשוי להרחיב את היקף הביטויים האסורים,⁷⁷ כך שחופש הביטוי עלול להיפגע גם מהכיוון הזה באופן שאינו אופייני לשיח הזכויות האישיות החוקתיות בישראל.

בה בעת, ותוך שיקוף מגמה הפוכה בבירור, הצר המחוקק במידה רבה את האפשרות של הגשת כתבי אישום בגין הסתה לגזענות. הדבר מתבטא בשלושה מובנים, שכולם תורמים בסופו של דבר לצמצום האחריות בגין ביטויי שטנה ולהצרת היקף המגבלות על חופש הביטוי. הצמצום הראשון בא לידי ביטוי בהשמטת תכנים מסוימים והדרת קבוצות נפגעים מסוימות מגדרי החוק על ידי צמצום הגדרת המונח "גזענות" והגבלת התוכן המהווה "גזענות". כך, התייחסות לזהות המינית של אדם ולנטייתו המגדרית אינה "גזענות". החוק מגדיר גזענות כ"רדיפה, השפלה, ביוזי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני".⁷⁸ הצמצום השני הוא בכך שהגשת כתב אישום בגין עבירה זו מתאפשרת רק לאחר קבלת הסכמה מאת היועץ המשפטי לממשלה.⁷⁹ הצמצום השלישי מתבטא בדרישה להוכחת מטרתו של המפרסם: להסית לגזענות. בעניין אלבה הותר בית המשפט את רף הוכחת המטרה בצריך עיון, וכיום לא ברור לחלוטין אם מדובר ברף נמוך, שניתן לעמוד בו תוך שימוש בהלכת הצפיות, או

77 עניין אלבה, לעיל ה"ש 59, בעמ' 252, 256–257, 267.

78 ס' 144א לחוק העונשין.

79 ס' 144ה לחוק העונשין.

שמה הלכת הצפיות אינה חלה ומכאן שמדובר ברף גבוהה המקשה מאוד את אכיפת האיסור.⁸⁰ אף על פי כן, הדרישה להוכחת המטרה עלולה לשמש מכשיר לשיקולי מדיניות מגמתיים בהתאם להלך רוחן של רשויות אכיפת החוק למיניהן, ולכן היא בעייתית.

נראה כי המחוקק ביקש לצמצם את היקף העבירה הפלילית שבהסתה לגזענות באופן השולל מכול וכול את אפשרות ההעמדה לדין בגין עבירה זו כשמדובר בדיבור שטנה כנגד הקהילה הגאה.⁸¹ דומה שהפללה של דיבור כזה אכן עולה בקנה אחד עם המאבק הכללי בגזענות באשר היא, ולכן ייתכן שדווקא סביר היה להטיל אחריות בגינה, בעיקר כאשר הניסיון ההיסטורי בנוגע לתופעת הגזענות בהחלט מצדיק הפללה כזו.⁸² ואולם, כאמור, הבחירה של המחוקק הישראלי הותירה את פרסומי השטנה האלה מחוץ ליסודות העבירה הפלילית שבסעיף 144. יתר על כן, הבחירה להותיר את פרסומי השטנה נגד להטי"בים מחוץ לגדר האחריות הפלילית בולטת גם, ובעיקר, כשקוראים את דברי ההסבר להצעת חוק העונשין הנוגעים להוראות סעיפים 144 א ו-144 ב. כאן התייחס המחוקק במפורש לחשיבות כבוד האדם כערך מרכזי שעמד ביסודה של הטלת האחריות הפלילית הזו על הסתה לגזענות. המחוקק מדגיש כי התופעה הגזענית הפכה "לתופעה מטרידה, [ו]נוצר צורך חינוכי לתקן את החוק".⁸³ יחד עם זאת, וכפי שיבהירו דבריה של ד"ר אורית קמיר במקום אחר בספר זה, הבחירה הערכית של המחוקק הישראלי איננה להגן על כבוד של קהילת הלהטי"ב וכל אחד מחבריה באמצעות חוק העונשין בהקשר של עבירת ההסתה לגזענות.

עוד יש לציין כי בעבר דווקא הועלו כמה הצעות חוק שנועדו להרחיב את הגדרת המונח "גזענות" בחוק העונשין כך שיכלול בין היתר גם מין, נטייה מינית וזהות מגדרית.⁸⁴ רק אחת מבין הצעות החוק האלו עברה קריאה טרומית והועברה לדיון מוקדם בוועדת החוקה, חוק ומשפט; כל היתר לא צלחו אפילו את השלב המקדמי הזה. בעוד ההצעה המקורית נועדה מלכתחילה להרחיב את משמעות המונח "גזענות" שבסעיף 144 א לחוק העונשין, לכלול בו גם ביטוי שנאה נגד הקהילה הגאה ולהטיל אחריות

80 דיון בשאלת תחולתה של הלכת הצפיות חורג ממטרותיו של חיבור זה, אך ראו למשל קרמניצר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 125–140; דברי ח"כ יאיר צבן ודברי ח"כ מתתיהו פלד בפרוטוקול ישיבה מס' 235 של הכנסת ה-11 (5.8.1986); פרוטוקול ישיבה מס' 171 של הכנסת ה-13 (5.1.1994).

81 ואכן, נראה כי העמדה לדין בגין הסתה לגזענות בישראל רובה ככולה נוגעת להסתה לגזענות כנגד הציבור הערבי בישראל. ראו למשל ע"פ (מחוזי י-ם) 8612/04 העברי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.5.2005) (בקשת רשות ערעור נדחתה); ע"פ (מחוזי ת"א) 71624/05 בן עזרא פנירי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.8.2007); ע"פ (מחוזי י-ם) 2065/08 בן גביר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.9.2008) (בקשת רשות ערעור נדחתה); ת"פ (שלום י-ם) 3769/03 מדינת ישראל נ' טחן (פורסם בנבו, 31.3.2005); ת"פ (שלום י-ם) 4066/07 מדינת ישראל נ' אופן (פורסם בנבו, 18.2.2009).

82 והשוו לדברי קרמניצר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 110.

83 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 24), התשמ"ה-1985, ה"ח 195.

84 הצעת חוק העונשין (תיקון – הסתה לגזענות), התשע"ג-2013, פ/447/19; הצעת חוק העונשין (תיקון – הסתה לגזענות), התשע"ד-2010, פ/2305/18; הצעת חוק העונשין (תיקון – הסתה לגזענות), התשס"ד-2003, פ/1718; הצעת חוק העונשין (תיקון – הוספת זהות מגדרית כנסיבה מחמירה בעבירות שנאה), התשע"ה-2015, פ/1597/20; הצעת חוק העונשין (תיקון – הוספת זהות מגדרית כנסיבה מחמירה בעבירות שנאה), התשע"ה-2015, פ/1598/20.

משפטית בגינו, בסופו של דבר התקבל נוסח מצומצם בהרבה, המתמקד במניע לעבירה ובענישה עליה ולא בהרחבת האחריות עצמה. כך, סעיף 1144 לחוק העונשין קובע:⁸⁵

(א) העובר עבירה מתוך מניע של גזענות כהגדרתה בסימן א' או של עוינות כלפי ציבור מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטיה מינית או היותם עובדים זרים, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה או מאסר עשר שנים, הכל לפי העונש הקל יותר.

(ב) בסעיף זה, "עבירה" – עבירה נגד הגוף, החירות או הרכוש, עבירה של איומים או סחיטה; עבירות של בריונות ותקלות לציבור ושל מטרדים הכלולים בסימנים ט' ו"א" בפרק זה, ועבירה בשירות הציבור וכלפיו הכלולה בפרט ט' סימן ד', הכל למעט עבירה שהעונש שנקבע לה הוא מאסר עשר שנים ומעלה.

סעיף זה מרחיב את המונח "גזענות" אך ורק לצורך הכפלת העונש המוטל על מי שמבצע עבירות מסוימות מתוך מניע של גזענות (כאן, במובנה המורחב). הוא איננו מרחיב את האחריות בגין גזענות כשלעצמה. כך הוא משמר את צמצום היקף ההגנה על הקהילה הגאה מפני פרסומי שטנה ואינו משמש כלי יעיל במלחמה למניעתם ולהטלת אחריות בגינם. ההגנה שסעיף 1144 מעניק אינה מתייחסת לפרסום דבר העלול להסית לגזענות כנגד קהילת הלהט"ב. היא מיועדת אך ורק למקרים שבהם נעברה עבירה אחרת, מתוך רשימת המקרים המסוימת והמסויגת המוגדרת בסעיף 1144 לחוק, ממניע גזעני כהגדרתו – ותו לאו.

הסעיף השני הרלוונטי לדיוננו הוא סעיף 133 לחוק העונשין הקובע כי "העושה מעשה לשם המרדה, או מנסה, מכין עצמו או קושר קשר עם חברו לעשות מעשה כאמור, דינו – מאסר חמש שנים". המרדה מוגדרת בסעיף 136 כאחת מארבע חלופות:

(1) להביא לידי שנאה, בוז או אי-נאמנות למדינה או לרשויות השלטון או המשפט שלה שהוקמו כדין;

(2) להסית או לגרות את יושבי הארץ שינסו להשיג, בדרכים לא כשרות, שינויו של דבר שיסודו בדיון;

(3) לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ;

(4) לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין.

לכאורה, דיבור שטנה כלפי חברי הקהילה הגאה עשוי לגרור אחריות על פי סעיף קטן 4, שכן מטיבו וטבעו דיבור זה משמר ומשעתק רגשות של שנאה, פחד וכעס כלפי חברי הקהילה. ואולם, נראה כי פרשנות סעיף קטן זה בפסיקה משקפת מגמה מצמצמת, ולא סביר שיחול על ביטויי שנאה נגד הקהילה הגאה. ודוק, הן בדיון הנוסף הפלילי בעניין כהנא⁸⁶ והן בעניין פקוביץ⁸⁷ נקבע כי כדי להרשיע

85 פרוטוקול ישיבה מס' 264 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 2, 4-5 (19.7.2004); פרוטוקול ישיבה מס' 314 של ועדת החוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 2 (27.10.2004).

86 דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145, 165-168 (2000). במקרה זה הפיץ המשיב כרוז במהלך מסע בחירות לכנסת ה-13 ובו קריאה "להפציץ את אום אלפאחם", והועמד לדין באשמת המרדה.

בפלילים על סמך סעיף 136(4) נדרש שמעשה ההמרדה עלול להביא לשסע חברתי עמוק בין חלקי האוכלוסייה, המתבטא בפעולות אלימות ופגיעה בסדר הציבורי עד שיתערערו סדרי המשטר התקינים.⁸⁸ בהקשר זה יפים דברי המשנה לנשיאה ריבלין, אשר קבע:

”יש לזכור כי סף הסיבולת של חברה דמוקרטית כלפי ביטויים חריגים צריך להיות גבוה, שכן גם ביטויים קשים ופוגעניים זכאים להגנה (ראו: בג”ץ 14/86 לאור נ’ המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ”ד מא(1) 421 (1987)). לפיכך יש לפרש עבירות הפוגעות בחופש הביטוי באופן המצמצם את הפגיעה עד למינימום הנדרש לשם הגשמת הערך המוגן של העבירה. בכך יש כדי להגשים גם את המגבלות החוקתיות המוטלות על פגיעה בחופש הביטוי.”⁸⁹

רף זה שהוצב בפסיקה הוא כה גבוה עד כי הסבירות למנוע באמצעותו דיבור שטנה המכוון נגד קהילת הלהטי”ב או להגיב עליו נראית אפסית. ואכן, מספר המקרים שבהם הועמדו פרטים לדין בגין עבירת ההמרדה בהקשרים אחרים מאז ניתנו הלכות כהנא ופקוביץ נמוך עד מאוד, ומעולם לא הועמד אדם לדין בישראל בגין המרדה בהקשר הלהטי”בי.⁹⁰ ייתכן כי עמדת בתי המשפט נוכח עבירת ההמרדה משתקפת באופן הטוב ביותר בדברי השופט ברק בע”פ 6696/96 כהנא נ’ מדינת ישראל, פ”ד נב(1) 535, 585 (1998):

”מן הראוי הוא לשקול את ביטולה של עבירת ההמרדה שבחוק העונשין שלנו והחלפתה בעבירה התואמת את משטרנו. ניסוחה של העבירה עמום מדי וגבולותיה רחבים מדי. היא משקפת תפיסת עולם שאינה דמוקרטית. היא תואמת שלטון מנדטורי, שאינו שלטונו של העם, על-ידי העם, למען העם. היא אינה מעניקה משקל מספיק לחופש הביטוי.”⁹¹

87 ע”פ 3338/99 פקוביץ נ’ מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.12.2000). במקרה זה המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בירושלים בעבירות של כניסה ללא רשות למקום פולחן, קשירת קשר לחילול מקום קדוש, המרדה והצתה וכן קשירת קשר לביצוע עבירות אלה. הרקע היה מעשים שונים שעשה המערער, ובהם הנחת ראש חזיר על קבר בבית קברות מוסלמי ותכנון להטיל ראש חזיר שבפיו ספר קוראן ברחבת הר הבית.

88 שם, פס’ 32–33 לפסק דינה של השופטת ביניש; עניין כהנא, לעיל ה”ש 86, בעמ’ 165–168.

89 דנ”פ 7383/08 אונגרפלד נ’ מדינת ישראל, פס’ 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 11.7.2011).

90 ניתן למצוא חמישה מקרים בלבד שבהם מוצו ההליכים כנגד פרטים שהועמדו לדין בגין עבירת ההמרדה, מהם בשניים בלבד הורשעו הנאשמים ונגזר עליהם מאסר על תנאי למשך חצי שנה. ראו בג”ץ 11243/02 פייגלין נ’ יו”ר ועדת הבחירות, פ”ד נו(4) 145 (2003); ע”פ (מחוזי-י) 40649/07 מדינת ישראל נ’ מלכה (פורסם בנבו, 18.11.2008); ת”פ (שלום-י) 2834/05 מדינת ישראל נ’ בן יצחק מלכה (פורסם בנבו, 21.3.2010); ת”פ (שלום-י) 1831/06 מדינת ישראל נ’ פדרמן (פורסם בנבו, 23.4.2009); ע”פ (מחוזי-י) 4913/09 מדינת ישראל נ’ פדרמן (פורסם בנבו, 2.2.2010); ת”פ (שלום ח”י) 1232/06 מדינת ישראל נ’ פאוצי (פורסם בנבו, 6.10.2008); ת”פ (שלום-י) 1281/01 מדינת ישראל נגד טירן (פורסם בנבו, 19.4.2007).

91 ראו גם חלאד גנאים ומרדכי קרמניצר “הסתה, לא המרדה: ההמרדה בדיני העונשין” מחקר ומדיניות 7, 11–10 (1997); מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג “הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות – על

הכרעה בשאלת התאמתה של עבירת ההמרדה לישראל של ימינו וכן בשאלת היקפה וזהות הערך המוגן בה, חורגים מעניינו של חיבור זה. יחד עם זאת, חשוב לציין כי כל עוד עבירה זו מצויה בחוק העונשין, אין לפסול על הסף את תחולתה על דיבור שטנה שנעשה כלפי הקהילה הגאה ואין מקום לייחד אותה לפרסומים הנוגעים לסכסוכים בעלי אופי פוליטי בלבד, ויש בהחלט מקום לשקילה מחודשת של החלטה גם על פרסומים המתייחסים לנטייה מינית וזהות מגדרית.

(2) החוק למניעת הטרדה מינית

יש מקום להנחה שמרבית הקוראים ירימו גבה למראה הכללתו של החוק למניעת הטרדה מינית ברשימה זו, המונה חיקוקים שבאמצעותם ניתן למנוע פרסומי שטנה נגד הקהילה הגאה, לבוא חשבון עם המפרסמים פרסומים אלה ולהענישם בגינם. ולא בכדי. אכן, מעשה הטרדה מינית כתיאורו המקובל אינו תואם לכאורה את התמונה העובדתית שמציירת הגדרת "פרסומי שטנה". ואף על פי כן, לדעתנו, בהחלט יש מקום לשקול קריאה מחודשת של החוק למניעת הטרדה מינית באופן שיכיל גם את הסיטואציה שבה אנו עוסקים כאן.

מטרתו המוצהרת של החוק למניעת הטרדה מינית היא להגן על כבוד האדם, חירותו ופרטיותו, תוך קידום שוויון בין המינים.⁹² סעיף 1 לחוק, המצהיר על כוונה זו במפורש, נחקק לתכלית כפולה: האחת, לסייע לבתי המשפט בבואם לפרש את החוק; והאחרת, להיות גורם המסייע לחינוך התודעה הציבורית, מתוך הכרה שבכוחה של ההצהרה לבדה לתרום לשינוי ערכים והטמעתם.⁹³ את המטרה השנייה – ואולי במידת מה ובעקיפין גם את הראשונה – בחר המחוקק לעודד הן באמצעות הטלת אחריות פלילית⁹⁴ והן באמצעות הטלת אחריות אזרחית.⁹⁵

החוק מכוון לחול על מגוון רחב של פעולות. סעיף 3 לחוק מגדיר את היקף ההגנה שהוא מקנה כך:

3. (א) הטרדה מינית היא כל אחד ממעשים אלה:

...

(4) התייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה

למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות;

(5) התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות

נטייתו המינית;

...

פרסומי שטנה קלאסיים המתייחסים לקבוצה בעלת זהות מינית, הגדרה מינית או מאפיינים מיניים, כמו גם פרסומים שבאופן כללי מעבירים מסר בעל תוכן אנטי-להט"בי, אינם נתפסים כחלק מהגדרת הליבה של החוק למניעת הטרדה מינית. הסיבה העיקרית לכך היא שהטרדה מינית, מעצם טיבה וטבעה, היא

ערכים מוגנים ומבחני ההסתברות בעבירות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא" משפט וממשל ז' 305, 317–318 (2004).

92 ס' 1 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח–1998.

93 הצעת חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ז–1997, ה"ח 484; רע"א 9542/06 ליכטנשטיין נ' אי.א.ג.י. החזקות במשכנתאות בע"מ, פס' 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 14.1.2010).

94 ס' 5 לחוק למניעת הטרדה מינית.

95 ס' 6 לחוק למניעת הטרדה מינית.

התנהגות שאינה מתבצעת נגד קבוצה או נגד ציבור – מסוימים או בלתי מסוימים – אלא אך ורק כלפי פרטים יחידים. אף על פי כן, בנסיבות מסוימות, החוק יכול לשמש מקור להטלת אחריות בגין ביטוי שנאה המופנה כנגד הקהילה הגאה, לצד מקורות אחרות אחרים ונוסף עליהם. הדבר אפשרי כאשר פרסום השטנה המתייחס למאפיינים סטריאוטיפיים של הקהילה הלהט"בית נוגע לא רק לקבוצה אלא גם ליחיד בקבוצה או לכמה מפרטי הקבוצה כיחידים. כך, "התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית" יכולה להיעשות במישורין כלפי פרט מסוים ולהתייחס באופן אישי רק אליו, שאז זו הטרדה מינית מובהקת;⁹⁶ ואולם, היא יכולה להיעשות גם באמצעות שימוש במאפיינים קבוצתיים, שאז היא עונה על הגדרת "פרסום שטנה" ועל הגדרת "הטרדה מינית" גם יחד. ברור, עם זאת, שזכות התביעה בסיטואציות כאלה היא תמיד של הפרט המוטריד, עילת התביעה היא רק שלו ויכולת מימושה נתונה רק בידיו. משכך, מקור אחריות זה רחוק מלהיות אידאלי ולספק הגנה מספקת. הדברים מקבלים משנה תוקף במקום שבו התודעה הציבורית לאיסור הפלילי הקיים בחוק למניעת הטרדה מינית התעצבה כך שכיום החוק נתפס כבא להגן על יחידים, ובעיקר על נשים, מפני ניצול מיני, והשימוש הצפוי של חברי קהילת הלהט"ב בחוק יהיה כנראה מצומצם ביותר.⁹⁷

החוק למניעת הטרדה מינית עניינו, כאמור, רק זכותם לכבוד של פרטים מוטרידים מינית, ומשכך אינו מתייחס כלל לזכותן של קהילות להט"ביות לשמור על כבודן כפי שעושה למשל סעיף 4 בחוק איסור לשון הרע. עם זאת, הטלת האחריות הפלילית לצד האחריות האזרחית לטובת הפרט הנפגע, או בנפרד ממנה, מעידה על החשיבות הציבורית שהמחוקק ייחס להגנה על מי שנחשפו להטרדה מינית, שפגיעתם עונה על הגדרת החוק. בפנינו אפוא תמריץ נוסף להרחבת פרשנותו של סעיף 3 לחוק, באופן שמייצר עילת תביעה ליחיד הנפגע מהפרסום, הדיבור, הביטוי או ההטרדה במקרים שתוכנו של הפרסום הוא גם בעל נופך קבוצתי, ובתנאי שקיימת אפשרות להכניס את הפרסום כמכלול להגדרת סעיף 3 לחוק. מגמה פרשנית זו נתמכת במסקנה, המובנת מאליה, שהאחריות שתוטל מכוח החוק על המטריד (עושה פרסום השטנה) באופן אישי (ולו גם כחלק מקבוצה) הכוללת אחריות פלילית, אזרחית וכפולה תוכל לייצר הרתעה, ענישה וחינוך יעילים ולשמש מכשיר חשוב, גם ברמה הציבורית, במלחמתה של החברה בפרסומי שטנה קבוצתיים מסוכנים. יתר על כן, לדעתנו, ככל שהפרסום (העונה על הגדרת "הטרדה מינית והתנכלות" אישית) הוא מקיף יותר, סטריאוטיפי יותר ומתייחס יותר לתכנים קבוצתיים נעדרי תווי פנים ספציפיים, השיקול להעמיד את המפרסם לדין פלילי מתחזק. שהרי מדובר

96 השוו אורית קמיר "כבוד האדם של להט"ב בהקשר התרבותי הישראלי: הצעה פרשנית לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולאיסור הטרדה מינית" בספר זה.

97 השוו קמיר, שם; ת"א (שלום י-ם) 5901-09 יעקבוביץ' נ' בית הארחה וגן אירועים יד השמונה (פורסם בנבו, 3.9.2012). אולם, בערעור שהוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים (ע"א (מחוזי י-ם) 5116-11-12 בית הארחה וגן אירועים יד השמונה נ' יעקבוביץ' (פורסם בנבו, 17.6.2014)) הצדדים הסכימו כי החלטת בית המשפט קמא לעניין תחולתו של חוק למניעת הטרדה מינית נעשתה למעלה מן הצורך, ובית המשפט המחוזי נמנע ממתן קביעות נורמטיביות נוספות בנושא זה. ואולם, מעניין לראות כי הפסיקה הכירה בחשיבות של החוק למניעת הטרדה מינית ככלי שנועד להגן על חברי הקהילה הגאה. ראו למשל ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 14.9.2010); ע"מ (מחוזי ת"א) 10/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 10.5.2001); ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 2272/05 מלכה נ' חברת אובספלד בע"מ (פורסם בנבו, 9.10.2005).

במקרה שבו כל אחד מיחיד הקבוצה נעדר עילת תביעה אישית על פי חוק איסור לשון הרע, וכפי שנראה להלן, המגמה השלטת אצל קברניטי התביעה הפלילית בארץ משקפת הימנעות מהעמדה לדין פלילי בגין פגיעה בקבוצה שאינה תאגיד. בכך שונה, כאמור, גישת החוק למניעת הטרדה מינית מגישתו של חוק איסור לשון הרע. בראשון התביעה היא תמיד תביעה אישית המשקפת הטרדה ופגיעה אישית, גם כשהיא מאופיינת בסממנים סטריאוטיפיים, ואילו בשני המחוקק מכיר בקיומה של הפגיעה הקבוצתית ככזו ואוסר אותה, אלא שהוא משאיר את מימוש ההגנה המשפטית ליועץ המשפטי לממשלה בלבד.

(3) חוק איסור לשון הרע

פרסום אשר "עלול לבזות או להשפיל אדם בשל נטייתו המינית" עומד בדרישת הסף הראשונית של חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1968.⁹⁸ גם כאן, כמו בחוק לאיסור הטרדה מינית, האחריות היא כפולה: אחריות אזרחית, שתנאיה קבועים בסעיף 7 לחוק, ואחריות פלילית שלצורך התגבשותה המחוקק דורש אלמנטים נוספים על אלו הנדרשים להטלת אחריות אזרחית. כאן דרוש שהפרסום ייעשה לשני אנשים או יותר וזולת הנפגע ושהפרסום ייעשה בכוונה לפגוע.⁹⁹ מימוש האחריות האזרחית נעשה, כמובן, על ידי מי שנפגע מלשון הרע, ומימוש האחריות הפלילית מופקד הן בידי הנפגע והן, במקרים קיצוניים בעלי משמעות ציבורית, בידי היועץ המשפטי לממשלה.¹⁰⁰

בקשר לפרסומים המהווים לשון הרע על קבוצה הורה המחוקק במפורש, לאחר דיונים ארוכים וחילוקי דעות מהותיים,¹⁰¹ כי לשון הרע על קבוצה כמוה כלשון הרע על אדם או על תאגיד, ולכן היא אסורה. ואולם, מימוש ההגנה הזו על שמה הטוב של הקבוצה מופקד באופן בלעדי בידי היועץ המשפטי לממשלה, ולאיש מחברי הקבוצה המושמצת אין עילת תביעה אישית למימוש ההגנה על שמה הטוב של הקבוצה ככזו, בניגוד להגנה על שמו של הפרט, כפי שיובהר להלן.¹⁰²

שילוב שלושת הנתונים האלו – ראשית, הוראות סעיף 1 לחוק, המגדיר מהי לשון הרע וכולל התייחסות לנטייתו המינית של אדם; שנית, ההוראה המיוחדת שבסעיף 4, המייחדת את התביעה ליועץ המשפטי לממשלה בלבד כשמדובר בלשון הרע על קבוצה או על חבר אנשים בלתי מאוגד; ושלישית, האופי הקבוצתי במובהק של פרסומי שטנה – מביא לתוצאה הבאה: כשנעשה פרסום שטנה קבוצתי שעונה על הגדרת סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, במובן שיש בו סטריאוטיפים בעלי גוון מיני, או פרסום קבוצתי אחר המתייחס לקהילה הגאה, שאמנם מתייחס לקבוצה או לחבר בני אדם בלתי מוגדר אבל ניתן לזהות בתוכו נפגע יחיד או ניתן לזיהוי או כמה נפגעים יחידים ניתנים לזיהוי, יש ליחידים אלו עילה על פי סעיף 1 לחוק בגין פגיעה בשמם הטוב כפרטים. האלמנטים הקבוצתיים המשותפים, האופייניים לפרסומי שטנה, שכאמור מכוונים בדרך כלל לקבוצה, לציבור או לחבר בני אדם ולא לפרט

98 ס' 1(4) לחוק איסור לשון הרע. ראו בהקשר זה גם הדי ויטרבו "לשון הרע" בספר זה.

99 ס' 6 לחוק איסור לשון הרע קובע כי "המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע, לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע, דינו – מאסר שנה אחת". על הרציונל לאחריות הכפולה, על ההבדלים בין שני הסוגים ועל מתן עדיפות לאחריות הפלילית ראו השופט ברק בעניין ביטון, לעיל ה"ש 57, בעמ' 571.

100 עניין גרינוולד, לעיל ה"ש 59.

101 ראו באופן כללי משרד המשפטים דין וחשבון הועדה לבדיקת סעיפי חוק לשון הרע (1965); חוק לשון הרע, התשכ"ו-1966, ס"ח התשכ"ה 240.

102 ס' 4 לחוק איסור לשון הרע.

לדעתנו שינוי הפרקטיקה שנוהג היועץ המשפטי מחויבת המציאות לפחות עד שישונה החוק השולל מימוש סעד אזרחי מקבוצה ששמה הטוב נפגע.¹⁰⁶ בה בעת, יש מקום להכיר באכיפה אזרחית של סעיף זה לטובת חברי הקהילה הגאה באמצעות הכרה בדיבור שטנה כהפרת החובה החוקה הקבוצה בסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע. לא זו בלבד שלהכרה כזו לא יהיה אפקט שלילי, הואיל והיועץ המשפטי לממשלה ממילא אינו מפעיל את סמכויותיו, אלא שלדעתנו יהיה לה אפקט חיובי דווקא על רקע החשיבות הציבורית של העניין, כפי שכבר נאמר "כבודותה ואיטיותה של פעולת הרשויות מצדיקה לפתוח פתח ל'אכיפה אזרחית'".¹⁰⁷

בתוך כך יש לציין כי לאחרונה הועלתה על שולחן הכנסת הצעת חוק איסור פרסום גזעני, התשע"ד–2014, המכוונת להוסיף כלים למלחמה בפרסומים גזעניים,¹⁰⁸ וסעיף 3 להצעה קובע:

(א) לא יפרסם אדם פרסום שיש בו משום גילוי גזענות או משום הסתה לגזענות (בסעיף זה – פרסום גזעני).

(ב) לעניין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הגזעני הביא לגזענות או לא ואם היתה בו אמת או לא.

ההצעה מקנה לנפגעי פרסומים כאלה עילת תביעה אזרחית, מאפשרת קבלת פיצויים ללא הוכחת נזק ומכירה בחוק כבסיס להגשת תובענה ייצוגית. עם זאת, לאור העובדה שהצעת החוק מגדירה "גזענות" כהגדרתה בסעיף 144 לחוק העונשין, אין, לדעתנו, בהצעה משום פתיחת אופק חדש של הגנה על זכויות להט"ב בהקשר של ביטויי שטנה.

(ב) מבט השוואתי – הסדרים פרטניים המגנים על הקהילה הגאה בשיטות משפט זרות

שיטות משפט אחרות ערכו כאמור בחירות ערכיות שונות בעניין השקלול שבין חופש הביטוי לבין אינטרסים מנוגדים הרלוונטיים לנושא עיסוקנו כאן, אותן סקרנו לעיל במבט כללי. להלן נבחן את ההסדרים הפרטניים המיושמים בשיטות המשפט הללו במסגרת המלחמה בביטויי שנאה בכלל ובפרסומים נגד הקהילה הגאה בפרט.

רוב שיטות המשפט המודרניות המתהדרות בסובלנות ובמודעות לזכויות האדם אינן מפגינות מודעות מיוחדת לצורך בטיפול משפטי ממוקד בפרסומי שטנה נגד הקהילה הגאה. יש מי שיגדיר את הוואקום החקיקתי כהפגנת "סובלנות מודעת", יש הסבורים כי מדובר בהפגנה של אוזלת יד משועת ויש מי שיציג את הוואקום החקיקתי בחלק מהשיטות כניצחון רצוי של חופש הביטוי על זכויות ואינטרסים אחרים. לצד המינוחיות החקיקתיות הזו ניכרת ברוב החברות המודרניות הסכמה לפחות על הצורך בחשיבה מחודשת בדבר האופן שבו יש להגן על קבוצות מיעוטים מוחלשות ומושמצות ועל

106 והשוו תמר גדרון ואורי וולובלסקי "הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – לשון הרע על חיילי צה"ל), התשע"ג–2013: מיותרת, מזיקה ומחטיאה את המטרה" חוקים בקצרה 1 (2013).

107 רע"א 9615/05 שמש נ' פוקצ'טה בע"מ, פס' ד' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.7.2006).

108 הצעת חוק איסור פרסום גזעני, התשע"ד–2014, פ/2278/19.

חבריהן בכל הגזרות האפשריות.¹⁰⁹ בשל הקושי לקבוע מדרג מנחה של ערכים, מודעות זו מלווה בהתלבטות מתמשכת בנוגע לאופן מימושה של ההגנה, ויש ספקות באשר לאמצעים שיתאימו למטרה זו בעולם שתרבות השיח בו הולכת ומשתנה והכלים שהטכנולוגיה מספקת למימושה מתרבים והולכים.¹¹⁰ החשיבה המחודשת הזו מובילה למסקנה שחינוך נכון – לא כזה המשמר סטריאוטיפים שליליים ולא כזה המקבע תפיסות יסוד מفلות,¹¹¹ אלא כזה המקנה ערכי סובלנות, פתיחות, שוויון וקבלת האחר – הוא האמצעי הטוב ביותר להפחתת ביטויי שטנה. עם זאת אין ספק שהתפתחות הטכנולוגיה, השימוש ברשתות חברתיות, האנונימיות ותחושת הכוח המשכר שהיא גוררת – כולם מייצרים כוחות נגדיים לניסיונות החינוך שרוב הדמוקרטיה המערבית אכן מקפידות עליהם בעשורים האחרונים.¹¹² מכלול האמצעים והניסיונות הללו הם מחוץ לתחום דיוננו כאן, ולכן נתמקד בסקירה שלהלן רק במלחמה המשפטית נגד ביטויי שטנה ממוקדי להט"ב.

מבט כללי על האמצעים הממוקדים שמאמצות שיטות משפט שונות במלחמתן להגנת להט"ב מפני פרסומי שטנה מעלה תמונה לא הומוגנית, מתלבטת. היא משקפת תהליך סוציאלי-תרבותי-משפטי מורכב של גיבוש ערכי יסוד ושרטוט מחודש של גבולות הסובלנות, הפתיחות והליברליות בכלל חברה וחברה על פי העדפותיה, שאת חלקן פירטנו לעיל במהלך סקירת המלחמה בביטויי שטנה בכלל.¹¹³ את ההגנה הרחבה ביותר על חופש הביטוי, וכתוצאה מכך את ההגנה המצומצמת ביותר על זכויות מוגדרות, משקפת, כזכור, שיטת המשפט האמריקנית.¹¹⁴ עם זאת, אפילו בארצות הברית המחויבות לחופש הביטוי אינה הרמטית וההגנה על להט"ב מפני פרסומי שטנה אינה פרוצה לחלוטין; כשקיים חשש ממשי לפגיעה בסדר הציבורי תיתכן התערבות של המשפט הפלילי. בשנים האחרונות הוחמר גם המאבק בפרסומי שטנה במדיה וברשתות החברתיות – כל אלו בנוגע לפרסומי שטנה בכלל ולא דווקא ביחס ללהט"ב.

דוגמה טובה להתלבטות שמשקפת מסורת ההגנה על חופש הביטוי בארצות הברית היא ה"שערורייה התורנית" שמעסיקה לאחרונה את דעת הקהל בניו יורק. זו מתמקדת בסיפורה של כנסייה גדולה וידועה בהארלם, שבפתחה נתלה שלט ובו נכתב "Harlem Is a Homo Free Zone, Jesus Would Stone Homos [...] Obama Has Released the Homo Demons on the Black Man". השלט גם מזמין את אנשי הקהילה לבוא, להזדהות ו"להזדכך". בתגובה נפרצה גדר הכנסייה והשלט רוסס בצבע באותיות

109 לפחות 76 מדינות, רובן באפריקה, עדיין אינן מכירות בזכויות להט"ב. באתר Erasing 76 crimes ניתן לעמוד על המלחמה להכרה בזכויות הבסיסיות של הקהילה. ראו <http://76crimes.com/>.

110 Waldron, לעיל ה"ש 3; CORTESE, לעיל ה"ש 3; FOXMAN, לעיל ה"ש 12.

111 ראו לדוגמה, ביחס לישראל: אילן גור-זאב פילוסופיה, פוליטיקה וחינוך בישראל (1999); אייל נווה ואסתר יוגב היסטוריות – לקראת דיאלוג עם האתמול (2002); מיליטריזם בחינוך (חגיר גור עורכת, 2005).

112 CORTESE, לעיל ה"ש 3; FOXMAN, לעיל ה"ש 12.

113 למיפוי חקיקה באירופה ובאיחוד האירופי ראו Laszlo Foldi, Mapping Study on Campaigns Against Hate-Speech Online (Council of Europe, 2012), available at www.coe.int/t/dg4/youth/Source/Training/Training_courses/2012_Mapping_projects_against_Hate_Speech.pdf.

114 השיטה האמריקנית עברה שינויים לא מעטים בעשרות השנים האחרונות. רייכמן "כבוד האדם מלא עולם", לעיל ה"ש 74; Rosenfeld, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1528–1543; Amnon Reichman, *The passionate Expression of Hate: Constitutional Protections, Emotional Harm and Comparative Law*, 31 FORDHAM INT'L L.J. 76 (2007).

קידוש לבנה משני צדדיו בכתובת "God Is Gay". לצד הוויכוח על ההיבטים הבעייתיים של עמדות דתיות במלחמה נגד קהילת להט"ב מסכימים הכול כי תוכני השלט הכנסייתי מוגנים במסגרת חופש הביטוי, ואילו הכניסה למתחם הכנסייה וריסוס השלט הוא "hate crime"¹¹⁵. באנגליה, שבה המסורת של חופש הביטוי עתיקה פחות וההיסטוריה של ההגנה על זכויות אדם שונה, התמונה אחרת ומגוון החקיקה הרלוונטית גדול יותר. אנגליה, שאין לה חוקה כתובה, והיא כפופה לאמנות ולהסכמים בינלאומיים,¹¹⁶ אינה מחויבת לעליונות החוקתית של חופש הביטוי. לכן, כיום יש בה כמה חוקים פלייליים האוסרים פרסומים גזעניים, מטילים אחריות פלילית על הסתה לאלימות ומענישים על ביטויי שנאה המכוונים לקבוצות מוגדרות.¹¹⁷ כך, הם מספקים כלים יעילים יותר מאלו המצויים בחקיקה האמריקנית להתמודדות עם ביטויי שנאה.¹¹⁸ לצד חקיקה פלילית המתייחסת מפורשות לביטויים מסוג זה יש גם חקיקה נקודתית, המתייחסת לביטויי שנאה ממוקדי להט"ב, והרשויות – המשטרה, התביעה ובתי המשפט – אינן מהססות להפעיל אותה.¹¹⁹ גם בגרמניה המחויבות לחופש הביטוי גדולה, אבל ההיסטוריה שלה יצרה הגנה אבסולוטית על כבוד האדם,¹²⁰ וכפועל יוצא של כך, החקיקה הגרמנית מטילה אחריות אזרחית ופלילית על פרסומי שטנה, הסתה, העלבה, גזענות ואפילו הכחשת השואה.¹²¹ היקף ההגנה הרחב בקוד הפלילי הגרמני מתבטא בכך שהאיסור שהוא מטיל אינו רק על הסתה לשנאה כנגד חלקים מהאוכלוסייה, אלא אף על פגיעה אפשרית בכבוד האדם בדרך של העלבה ופרסום לשון הרע.¹²² הגנה גורפת זו מבטיחה כמוכן גם הגנה חזקה יותר על קהיליית הלהט"ב מפני פרסומי שטנה.

115 Michael J. Feeney, *Vandalism of Harlem Church Sign being Investigated as a Hate Crime*, DAILY NEWS, Mar. 24, 2014, available at www.nydailynews.com/new-york/vandalism-harlem-church-sign-investigated-hate-crime-article-1.1732450.

116 ה- Human Rights Act, 1998, c. 42 (Eng.) מייבא לאנגליה את האמנה האירופית לזכויות אדם. נוסף על כך, החלטות בית הדין האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג מכפיפות את הפסיקה האנגלית לאמנה וליישומה על ידי בית הדין.

117 Criminal Justice and Public Order Act, 1994, c. 33 (Eng.); Racial and Religious Hatred Act, 2006, Protection ; c. 1 (Eng.); Public Order Act, 1986, c. 64 (Eng.); Race Relations Act, 1965, c.71 (Eng.) from Harassment Act, 1997, c. 40 (Eng.)

118 לא ניתן להתעלם בהקשר זה מהאופי השונה של החברה האמריקנית והחברה האנגלית, אף על פי שבשנים האחרונות גם אנגליה הפכה לארץ הקולטת קבוצות אתניות חדשות ומפלט הלחץ והעוינות ביניהן עולה גם בה.

119 The Criminal Justice and Immigration Act 2008 amended Part 3A of the Public Order Act 1986 ראו לדוגמה Martin Evans, *Christian Preacher Arrested for Saying Gays were Sinful has Charges Dropped*, THE TELEGRAPH May 14, 2010, available at www.telegraph.co.uk/news/uknews/7725797/Christian-preacher-arrested-for-saying-gays-were-sinful-has-charges-dropped.html; *Street Preacher Convicted by Magistrates for Displaying a Sign Saying Homosexuality is Immoral*, THE CHRISTIAN INSTITUTE, July 7, 2006, www.christian.org.uk/reliberties/cases/harry_hammond.htm

120 Rosenfeld, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1548–1555. מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל? (2011).

121 §86a, 130, 185, 189, 194 Strafgesetzbuch, in the version promulgated on 13 November 1998, Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt]

122 §130 Strafgesetzbuch, (StGB)

הקוד הפלילי הקנדי קובע כי המסית לשנאה כנגד כל קבוצה מוגדרת במרחב הציבורי, כשהסתה זו עלולה להוביל לפגיעה בסדר הציבורי, עובר עבירה פלילית.¹²³ בניגוד לסעיף 1144 לחוק העונשין הישראלי, העבירה הפלילית של הסתה בקנדה אינה מוגבלת לקבוצות חברתיות מסוימות, ובניגוד לסעיף 136 לחוק העונשין, הטלת האחריות אינה מותנית בקיום אפשרות ליצירת שסע חברתי עמוק, אלא די בפגיעה אפשרית בסדר הציבורי. עם זאת, גם קנדה עוברת בתקופה האחרונה שלב של גיבוש מחדש של ערכי סבלנות וסובלנות, ומתקיים בה ויכוח לוחט דווקא בהקשר שלנו. ויכוח זה מערב מחד קנאות דתית קיצונית ומאידך תנועות ליברליות שקידום זכויות האדם בכלל וקהילת הלהטי"ב בפרט עומד במרכז עיסוקן. בית המשפט העליון של קנדה אישר לא מכבר (נובמבר 2013) כי התקפה מילולית על קבוצת אנשים מוגדרת כמוה כהתקפה פיזית, והחוק מאפשר להטיל בגינה אחריות פלילית. בית המשפט ציין את ההבדל בין הגישה שאימץ לבין גישת המשפט האמריקני. הוא הדגיש את מחויבותו להגנה על קבוצות מוחלשות ועל זכותן להגדרה מינית ולמימוש נטייה מינית גם כאשר ביטוי השטנה נובע מאמונה דתית, שהשמירה עליה ועל מימושה הם ערכים חשובים לא פחות.¹²⁴

דוגמה להגנה רחבה יותר במסגרת הדין הפלילי ניתן למצוא גם במשפט הפלילי השבדי. פסק הדין החשוב בעניין *Vejdeland v. Sweden*¹²⁵ מדגים את הגישה הכללית ויישומה על פרסומי שטנה ממוקדי להטי"ב. במקרה זה הועמדו ארבעה צעירים לדין בגין הפצת ביטויי שטנה כנגד קהילת הלהטי"ב בבית ספר תיכון בשבדיה. הקוד הפלילי השבדי קובע עבירה פלילית של פרסום איום או הבעת בוז כלפי קבוצה, ובכלל זאת על בסיס נטייה מינית, ובית המשפט העליון של שבדיה הרשיע את אותם צעירים בגין הסתה כנגד קבוצה אתנית או לאומית.¹²⁶ הנאשמים עתרו לבית הדין האירופי לזכויות אדם. בעתירתם טענו כי הרשעתם מנוגדת לחופש הביטוי כפי שזה מעוגן בסעיף 8 לאמנה האירופית בדבר ההגנה על זכויות אדם וזכויות יסוד.¹²⁷ בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע כי אמנם חופש הביטוי מגן גם על ביטויים פוגעים ומזעזעים, אך במקרה זה הביטויים היו גזעניים וחמורים במיוחד ולכן, אף על פי שפוטנציאל הגרימה לשסע חברתי או לאלומות אחרת לא יצא מהכוח אל הפועל, נותרה הרשעתם של הארבעה על כנה.¹²⁸

123 Criminal Code, R.S.C. 1985, c. 46, §319. וראו בהקשר זה את פסק דינו של בית המשפט העליון הקנדי, אשר אישר את חוקיותו של חוק במדינת ססקצ'ואן בעניין דיבור שטנה, ואת הרשעתו של אדם בהפרתו בגין פרסום עלונים שבהם הוצגה ההומוסקסואליות כחטא: Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott, 2013, S.C.C. 11.

124 Zack Ford, *Canadian Supreme Court Upholds Hate Speech Laws Against Anti-Gay Activist*, THINK PROGRESS, Feb. 27, 2013 <http://thinkprogress.org/lgbt/2013/02/27/1647321/canadian-supreme-court-upholds-hate-speech-laws-against-anti-gay-activist/>.

125 עניין *Vejdeland*, לעיל ה"ש 43.
126 Ch. 16, § 8 of the Penal Code (Svensk författningssamling Brottsbalken [SFS] 1962:700) (Swed.).
ראו גם עניין *Vejdeland*, לעיל ה"ש 43, בעמ' 18–19.

127 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950 (entered into force Sept. 3, 1953).

128 וראו עניין *Vejdeland*, לעיל ה"ש 43, בפס' 55: "[...] inciting to hatred does not necessarily entail a call for an act of violence, or other criminal acts. Attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population can be sufficient for the authorities to favour combating racist speech in the face of freedom of expression exercised in an

לצד ההסדרים המדינתיים,¹²⁹ הזירה הבינלאומית מספקת מקורות הגנה נוספים. אמנות והסכמים בינלאומיים, רובם תולדת מלחמת העולם השנייה, שמרבית המדינות הדמוקרטיות בעולם המערבי תומכות עליהם, משלימים את הניסיונות המדינתיים להילחם בפרסומי שטנה ובהשפעותיהם ההרסניות. הן עושות זאת על ידי הצבת סטנדרטים למדינות החברות, הדורשים שמירה על כבוד האדם ונקיטת צעדים אקטיביים למניעת הפליה.¹³⁰

לא ניתן לסיים סקירה זו בלי להזכיר את הרשימה השחורה, שלצערנו אינה קצרה, של המדינות שבהן פרסומי שטנה נגד הקהילה הגאה הם עניין של יומיום והמשפט רואה ואינו נוקף אצבע. רוסיה ומרבית מדינות אפריקה הן דוגמה ידועה לשמצה.¹³¹

ד. המלצות לחשיבה מחודשת

מהו אפוא האופן שבו יש לדעתנו להתמודד בפרסומי שטנה בהקשר הלהט"בי במשפט הישראלי? על רקע הסקירה המשווה של ה"יש" בחקיקה ובפסיקה בנושא פרסומי שטנה בכלל ופרסומי שטנה נגד הקהילה הגאה בפרט בשיטות המשפט השונות, ננסה להאיר להלן את ה"אין" ולבדוק האם ה"אין" הזה – בין שהוא תוצאה של בחירה ובין שהוא תוצר נסיבות חקיקתיות אחרות – מבוסס על אדנים ערכיים נכונים וראויים, או שמא יש מקום להמליץ על שינויו, ואם כן – איזה אופי יישא שינוי זה.

כאשר סוקרים את הגישות השונות למכלול כלי העבודה שבהם ניתן להשתמש במלחמה נגד פרסומי שטנה נגד הקהילה הגאה נתקלים, כפי שראינו, במגוון פרקטיקות מעניין. מחד גיסא, חברות רבות לא זו בלבד שמתנערות מהצורך להכיר בקהילת הלהט"ב כזכאית לשוויון הזכויות המלא המקובל בחברה מודרנית, אלא גם אינן עושות דבר למניעת פרסומי שטנה נגד הקהילה, ובכך אינן מונעות פשעי שנאה מתרבים והולכים נגד חבריה. מאידך גיסא, חברות רבות בקהיליית המדינות "המתקדמות"

irresponsible manner [...] In this regard, the Court stresses that discrimination based on sexual orientation is as serious as discrimination based on race, origin or color"

129 לסקירה נוספת ראו את הנספח לדרו"ח ARTICLE 19, לעיל ה"ש 2.

130 Universal Declaration of Human Rights, Dec. 10, 1948; U.N. Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966 (entered into force Mar. 23, 1976); European Convention of Human Rights, 1950 (entered into force Sept. 3, 1953); International Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination, Dec. 21, 1965 (entered into force Jan. 4, 1969) Recommendation CM/Rec (2010) 5 "on measures to combat discrimination on the grounds of sexual orientation or gender identity" (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1606669>).

131 לדיווחים על הנעשה ברוסיה ראו Shaun Walker, 'Gay Propaganda' Becomes Illegal in Russia, THE INDEPENDENT, June 30, 2013, available at www.independent.co.uk/news/world/europe/gay-propaganda-becomes-illegal-in-russia-8680574.html; Miriam Elder, Russia Passes Law Banning Gay 'Propaganda', THE GUARDIAN, June 11, 2013, available at www.theguardian.com/world/2013/jun/11/russia-law-banning-gay-propaganda; Peter Fabricius, Just How Serious is South Africa about Gay Rights?, POLITICSWEB, Feb. 27, 2014 <http://www.politicsweb.co.za/politicsweb/view/politicsweb/en/page71656/page71619?oid=554526&sn=Detail&pid=71616>

מקדשות את חופש הביטוי ונמנעות מלהטיל מגבלות משפטיות על ביטויי שטנה בכלל ועל ביטויי שטנה נגד הקהילה הגאה בפרט. אלו ואלו, כמו גם שלל גישות נוספות הנוקטות דרך ביניים, סבורים שיש צורך לפחות בחשיבה מחדשת על האיזון הנכון בין הזכויות המנוגדות הנלחמות על הבכורה בנושא רגיש זה.

על רקע זה אנו עדים להתלבטות מתמשכת של בתי המשפט והגופים המחוקקים ברוב הדמוקרטיות המתקדמות בדבר אופן מימושה של ההגנה על קהילת הלהט"ב מפני ביטויי שטנה. אלה מביעים ספקות רבים בנוגע לאמצעים שיתאימו למטרה זו בעולם שתרבות השיח בו הולכת ומשתנה והכלים שהטכנולוגיה מספקת למימושה מתרבים והולכים.¹³² במסגרת החשיבה המחדשת הזו ברור שחינוך נכון¹³³ הוא האמצעי הטוב ביותר להפחתת ביטויי שטנה בכלל וביטויי שטנה נגד קהילת הלהט"ב בפרט.¹³⁴ חינוך כזה יכול לכלול גם אימוץ תקנוני אתיקה מחייבים במוסדות לימוד, לרבות אקדמיים, שיפחיתו את תופעות הבריונות (bullying) המתרבות, שחלקן הגדול נעשה באמצעות פרסומי שטנה. אמצעי חשוב לא פחות הוא כמובן המלחמה בפרסומי השטנה "מבית". יש לעודד את הניסיונות הכנים של גורמים ציבוריים ופרטיים להילחם בבריונות, ולייצר תמריצים לבעלי הפלטפורמות הציבוריות (רשתות חברתיות, בעלי כלי התקשורת, וכדומה) עצמם למלחמה כזו, שכאשר היא נושאת פרי, היא גם תורמת לאמון צרכני הרשת בה ובתכניה.

במישור המשפטי, מציאת פתרון הולם לתופעת פרסומי השטנה המתעצמת והולכת מחייבת חשיבה יסודית שתביא בחשבון את כל הגורמים הרלוונטיים ואת האינטרסים המנוגדים המחייבים ייצוג הן בתהליך החשיבה והן בגיבוש מסקנותיה. כפי שראינו לעיל, האינטרסים האלה רבים ומגוונים: מחד גיסא חופש הביטוי על מגוון היבטיו, במובנו הרחב ובמכלול פרשנויותיו, וחופש הדת, ומאידך גיסא הזכות לכבוד, לחיים, לשלמות הגוף, לשוויון ולאי-הפליה. מנעד הדעות הרגיש והטעון בעד ההסדרה המשפטית של הנושא ונגדה ובקשר להיקפה הראוי של הסדרה כזו משקף את מורכבות הפתרונות האפשריים ואת הקושי לאתר את הטוב והמתאים ביניהם. אולי דווקא ההתנגדות הנחרצת, ההולכת וגוברת, נגד הטלת אחריות פלילית על מפרסמי ביטויי שטנה בהקשר הלהט"ב היא שמחייבת ביקורת על המצב המשפטי הקיים ותהליך חשיבה מחדש. להלן נמקד את הדיון בסיכום תמונת המצב במשפט הישראלי ונעלה כמה הצעות לשינוי האיזונים הקיימים בו ולהידוק הרשת שבתוכה תמוקד המלחמה בפרסומי שטנה נגד הקהילה הגאה בישראל.

ראינו כי ההגנה מפני פרסומי שטנה הקיימת בספר החוקים הישראלי, בפרקטיקה הנהוגה על ידי רשויות הציבור ובפסיקה הישראלית ביחס לקהילה הגאה היא דלה יחסית לעוצמת התופעה. בישראל, כאמור, כוח התביעה וההרתעה מופקד בידי המדינה, וזו נוקטת מדיניות מפורשת של הימנעות מפעולה, בית המחוקקים מהסס בגיבוש הצעות חקיקה ובתי המשפט בוחרים לפרש השמצות קבוצתיות כמתייחסות לציבור ולחבר בני אדם ולא כפגיעה בכל אחד מיחידיו. לאור כל אלה, אין ספק שמדובר בתת-אכיפה של האמצעים הקיימים. האם מצב זה משקף גם תת-הערכה של חומרת התופעה,

132 Waldron, לעיל ה"ש 3; Cortese, לעיל ה"ש 3; Foxman, לעיל ה"ש 12.
 133 ראו לדוגמה, ביחס לישראל: גור-זאב, לעיל ה"ש 111; יוגב ונווה, לעיל ה"ש 111.
 134 Cortese, לעיל ה"ש 3; Foxman, לעיל ה"ש 12.

תת-הרתעה ותת-התמודדות עם תופעות חברתיות חמורות ומסוכנות מתרבות והולכות? זוהי שאלה ערכית מורכבת, שנדון בה להלן.

המשפט הישראלי הגדיר לא אחת את חופש הביטוי כ"ציפור נפשה של הדמוקרטיה"¹³⁵ ולימים נקבע כי מדובר בזכות חוקתית על-חוקית המוגנת בחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו.¹³⁶ כמו במקרים אחרים, גם כאן מדובר בקביעת הגבולות: עד כמה צריך או ניתן להגביל את חופש הביטוי, ואולי גם את חופש הדת, על מנת לשמור על שמה הטוב של הקהילה הגאה וחבריה, על כבודם ומעמדם החברתי, התרבותי והכלכלי, על זכותם לאוטונומיה, לשוויון, ובמקרי קיצון אף על זכות הקניין שלהם וזכותם לחיים ולשלמות הגוף.

הצגנו לעיל את האינטרסים השונים שביניהם יש לאזן כדי לתעל את חופש הביטוי באופן שפגיעתו באוכלוסיות חלשות בכלל ובקהילה הגאה בפרט תעלה בקנה אחד עם סולם הערכים של החברה הישראלית. על רקע זה, אין ספק שמלחמת חורמה בביטויי שטנה אינה ישימה, אינה ראויה ואולי גם אינה מועילה, כפי שעולה מהוויכוח הער בנושא זה בדבר התאמת החוק ואפקטיביות הענישה הפלילית בתחום זה.¹³⁷ נוסף על כך, כפי שראינו לעיל, לא די להחליט אם המלחמה הזו היא מלחמה ראויה, אלא יש לקבוע באילו כלים להילחם בה ובאילו תנאים להפעילם. הכלים האפשריים הם: המשפט הפלילי, שמטרת הפעלתו בהקשר שלנו היא לשמור על הסדר הציבורי ולמנוע אלימות צפויה, והמשפט אזרחי, ובתוכו דיני הנזיקין, שמטרתם למנוע את העוול, להטיל אחריות בגינו וכן להצהיר או לצוות על תיקונו. האלמנט ההצהרתי שבהפעלת המשפט הפלילי משקף אמירה חשובה מבחינה חברתית, ציבורית וערכית, ולצדה, המגבלה שנוצרת לחופש הביטוי מהותית יותר. דיני הנזיקין עשויים לאפשר אכיפה "רכה" יותר, שבאמצעותה ניתן להיאבק במפרסמי ביטויי שטנה גם באמצעות פיצויים עונשיים, שהשפעתם על כיסי המעוולים מהותית לא פחות. יש לזכור שהמאבק בביטויי שטנה נגד הקהילה הגאה הוא כמובן חלק ממאבק נגד ביטויי שטנה בכלל, והחרפתו עשויה לגרור דרישה להגנה זהה מצד קבוצות מוחלשות אחרות. דרישה כזו, כך יטענו ודאי המתנגדים, עלולה להוביל לפגיעה חמורה אף יותר בחופש הביטוי ולמדרון חלקלק תלול ביותר. התופעה של הקצנת העמדות – דתיות, חברתיות, תרבותיות ואחרות – שמביאה להחרפת התכנים של ביטויי שטנה, ובעיקר ברשת, עשויה להיות טיעון נגד בעל משקל לא מבוטל כלפי התנגדות זו.

לצד כל אלו יש לשים לב גם ליחסי הכוחות בין מפרסמי ביטויי השטנה – בדרך כלל אוכלוסיות חזקות, לעתים מונעות על ידי פנאטיות דתית, שמשקפות את הפופוליזם וה"מיינסטרים" – לבין

135 ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 434 (1968).

136 בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997).

137 Jonathan Rauch, *A New Argument for Hate-Speech Laws? Um ... no*, THE WASHINGTON POST, Feb 4, 2014, available at www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/02/04/a-new-argument-for-hate-speech-laws-um-no; Sean McElwee, *The Case for Censoring Hate Speech*, THE HUFFINGTON POST, July 24, 2013, available at www.huffingtonpost.com/sean-mcelwee/hate-speech-online_b_3620270.html; James Kirchick, *If You Want To Combat Hate, Don't Outlaw Hate Speech – Counter It With Better Ideas*, TABLET, Feb. 12, 2014 www.tabletmag.com/jewish-news-and-politics/162657/free-hate-speech; Michael Bronski, Ann Pellegrini & Michael Amico, *Hate Crime Laws Don't Prevent Violence Against LGBT People*, THE NATION, Oct. 2, 2013 www.thenation.com/article/176437/hate-crime-laws-dont-prevent-violence-against-lgbt-people

הסובייקטים של הפרסומים האלה, שבדרך כלל הכוח המצוי בידם וכושר ההתמודדות, גם המשפטית, שלהם, מצומצם. לפיכך ברור שאם מיקוד האחריות בגין פרסומי שטנה נגד הקהילה יהיה דווקא במשפט האזרחי, ייצור הדבר קשיים לא מבוטלים. הקושי העיקרי בהיעדרם של מקורות אחריות ממשיים מחוץ לחוקי העונשין נעוץ בכך שפרסומי שטנה מעצם טיבם וטבעם מכוונים כלפי אוכלוסיות מוחלשות, אוכלוסיות שהן נעדרות אישיות משפטית וכושר לתבוע ולהיתבע, ולכן אין להן נגישות למערכת המשפטית.¹³⁸ מכאן שגם אם נקנה ליחיד הקבוצה עילת תביעה אזרחית באופן אישי, הבעיה תיותר בעינה. לעניין זה, אפילו מתן זכות תביעה אישית ליחידה של הקבוצה במסגרת תובענה ייצוגית לפי חוק תובענות ייצוגיות אין בו כדי לספק תשובה הולמת.¹³⁹

לאור כל האמור לעיל, אנו סבורים שיש להתאים את ההסדרים המשפטיים באופן שיעלה בקנה אחד עם סיווגם של ביטויי שטנה על פי דרגות החומרה שאותן פירטנו בחלק ב' לעיל ותוך הפעלת מכלול האמצעים המשפטיים בכל המישורים: שינוי חקיקה פלילית, שינוי פסיקה המתייחסת לסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע בנוסחו הנוכחי, שינוי נוסח סעיף 4 והנגשתו לפרטי קבוצה נפגעת, והכרה בסעיף 63 לפקודת הנוזיקין כמקור אחריות נוסף.

להלן פירוט השינויים המוצעים:

פרסומים מסווגים בדרגת החומרה הנמוכה ביותר, דהיינו הפליה או העלבה של קהילת הלהטי"ב שלא במכוון ושלא על מנת להשיג תוצאה שלילית, אינם מצדיקים הגבלה רחבה של חופש הביטוי או שימוש בענישה פלילית. במקרים כגון אלה, נקיטת הליכים אזרחיים ומנהליים לצד פעילויות חינוכיות לבר-משפטיות,¹⁴⁰ יהיו מענה הולם. בהקשר זה, על משרד הכלכלה ונציבות שוויון הזדמנויות בעבודה להבהיר למעסיקים כי במסגרת הפעולות שעליהם לנקוט להבטחת מניעתה של הטרדה מינית ויידוע העובדים בדבר זכויותיהם,¹⁴¹ עליהם להתייחס גם להתנהגות מבזה ומשפילה מחמת נטייה מינית כאל הטרדה מינית.

פרסומים מדרגות החומרה הגבוהות יותר¹⁴² מצדיקים גם נקיטת אמצעים פליליים. לשם כך יש לשנות את החקיקה ולהכניס עדכונים והתאמות לחוק העונשין, בעיקר על ידי הרחבת ההגדרה של

138 יש הטוענים כי להטי"בים רבים בישראל אינם אוכלוסייה מוחלשת, במיוחד אלה מביניהם שהנם גברים, יהודים, אשכנזים ובגירים המרוויחים מעל השכר החציוני. ואולם, בחברה שבה המערכת המשפטית עדיין נגועה בהפליה כלפי חברי הקהילה הגאה (נוסף על האמור בפרק זה ראו לדוגמה ויטרבו, לעיל ה"ש 98; קמיר, לעיל ה"ש 96), קשה לקבל את הטענה שהקהילה הגאה – כקהילה, ולא כפרטים – אינה קבוצה מוחלשת. דבר זה נכון במיוחד מקום שלקהילה הגאה אין גוף אחד הפועל בשמה ולמענה, ומכאן שיכולתה של הקבוצה לקדם את האינטרסים של כלל חבריה לוקה בחסר, אף אם לכל אחד מחבריה עומדת זכות תביעה אישית לצד זכות התביעה המשותפת.

139 גדרון ווולובלסקי, לעיל ה"ש 106.

140 ראו למשל את פעילותיהם של ארגון חוש"ן – www.hoshen.org, וארגון GLAAD – www.glaad.org.

141 ס' 3(א)(5), 7–9 לחוק למניעת הטרדה מינית.

142 הפליה מודעת מכוונת להשפלת הקהילה הגאה; הסתה להפליה על בסיס שנאת האחר; הסתה להפליה אלימה.

המונח "גזענות" ברוח הצעות החוק שהוצגו לעיל.¹⁴³ כמו כן, יש לשנות את סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע,¹⁴⁴ כך שדיבור שטנה יהווה הן עילה לתובענה אזרחית והן עילה לקובלנה פלילית ליחידה של הקבוצה הנפגעת, ובתביעה אזרחית גם לנציגיה.

נוסף על כך ובנפרד, יש לשנות את הפרשנות המצמצמת של בתי המשפט בכל הנוגע לסיווג הפרסומים שבנוגע אליהם נטענת תחולה של סעיף 4, ולהכריע בשאלה אם הם פרסומים קבוצתיים או שמא הם פרסומים המתייחסים ליחידה הקבוצה ולכן מאפשרים לכל אחד מהם להגן על כבודה בנפרד. לדעתנו, כל השינויים המוצעים הללו עולים בקנה אחד עם רוח הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. קבוצות, כבודדים, זכאיות להגנה על כבודן, על האוטונומיה שלהן, על שלמות גופם של חבריהן, על זכות חבריהן לשוויון בכל המישורים ועל כל יתר הזכויות המוענקות לפרטים בחברה, ולעתים גם לתאגידים. כבודם של חברי הקבוצה נגזר מכבוד הקבוצה, ופרסום דברי שטנה עליה הוא פוגעני לא רק כלפי הקבוצה אלא גם כלפי כל אחד מחבריה. חובת המדינה להגן על הקבוצה בעצמה וכן לספק לה כלים להגנה מפני מפרסמי דיבור השטנה, על ידי נציגיה וכל אחד מחבריה. חובת החברה, המדינה והמשפט לאפשר לקבוצה וליחידה לשמור על כבודם ולשמרו ולהילחם על תדמיתם הציבורית נסוגה רק בפני שיקולים משכנעים; לא מצאנו שיקולים כאלה שיצדיקו את המצאי החסר של אמצעי הגנה מפני פרסומי שטנה המצוי כיום במשפט הישראלי, ועל כן ראוי להביא את השינוי האמור ויפה שעה אחת קודם.

143 הצעת חוק העונשין (תיקון – הסתה לגזענות), התשע"ג–2013, פ/447/19; הצעת חוק העונשין (תיקון – הסתה לגזענות), התש"ע–2010, פ/2305/18; הצעת חוק העונשין (תיקון – הסתה לגזענות), התשס"ד–2003, פ/1718.

144 שם; Waldron, לעיל ה"ש 3, 1615–1617, 1654–1657.