

## לשון הרע

מאת

הדי ויטרבו\*<sup>1</sup>

### א. מבוא

פרק זה ינתח היבטים מרכזיים של החקיקה והפסיקה הנוגעות לתיוגו של אדם כלהט"ב. חלק א של הפרק יעסוק בשאלת הגדרתו של תיוג זה כלשון הרע. במוקד הדיון תעמודנה כמה מהשלכותיהם הבעייתיות של פסקי דין שהגדירו כלשון הרע את התיוג כהומו, כלסבית, כ"קוקסינל" או כ"ליידי בוי". שני חלקיו הבאים של הפרק יבחנו את הכלים שדיני לשון הרע מעמידים כדי להימנע מתוצאות בעייתיות אלה, כמו גם הקשיים המשמעותיים הטמונים בכלים אלה. חלק ב ינתח את ההגנות שדיני לשון הרע מעמידים לרשותם של נתבעים, וחלק ג יעסוק בגובה הפיצויים שדינים אלה מאפשרים לפסוק בגין התבטאויות בנוגע לזהות מינית או מגדרית. גם בנוגע לכל אחת מסוגיות אלה, אדון בבעייתיות של הפסיקה הקיימת, בדרכי ההתמודדות החלופיות שקיימות במסגרת דיני לשון-הרע, ובמגבלותיהן.

לאור הקשיים והמגבלות המאפיינים את דיני לשון הרע, חלק ד יבחן את הזיקה בין דינים אלה לבין עילות חלופיות שניתן לפנות אליהן במקרים של אלימות מילולית כלפי מי שמזדהים או נתפסים כלהט"בים. במוקד הדיון תעמודנה עילות ההטרדה המינית, הפגיעה בפרטיות והרשלנות, ואדון בפוטנציאל ובמגבלות של פנייה לעילות חלופיות אלה. בסיכום אציג בקצרה את מסקנותיו העיקריות של הפרק בנוגע לסוגיות השונות.

### ב. הגדרת ביטוי כלשון הרע

#### 1. לשון החוק ופסיקת מפתח

כדי להכריע אם ביטוי מסוים עולה כדי לשון הרע, נוהגים בתי משפט לפנות לסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע"). לפי סעיף זה,

\* הדי ויטרבו הוא עמית מחקר ב-SOAS, אוניברסיטת לונדון. התודה נתונה לחיים אברהם, ליפעת ביטון, למיכאל בירנהק, לתמר גדרון ולאייל גרוס על הערותיהם המועילות.

“לשון הרע היא דבר שפרסומו<sup>1</sup> עלול –

- (1) להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם;
- (2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו;
- (3) לפגוע באדם במשרתו, אם משרה ציבורית ואם משרה אחרת, בעסקו, במשלח ידו או במקצועו;
- (4) לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, גילו, מינו, נטייתו המינית או מוגבלותו...”.

למעלה משלושים תביעות לשון הרע הוגשו בישראל בשני העשורים האחרונים בגין שימוש בביטויים שמאפיינים את התובע/ת, במפורש או במשתמע, כלהט"ב. פסק הדין שהיה הראשון בישראל לקבוע כי בתיוג אדם כהומו יש משום לשון הרע ניתן בפרשת חזון. באותה פרשה הוגשה בשנת 1991 תביעת לשון הרע נגד עמיתו לעבודה של התובע, שלפי כתב התביעה אמר לשלושה עובדים כי התובע הומו.<sup>2</sup> שופט בית משפט השלום בפתח-תקווה שלי טימן אמנם דחה את התביעה הספציפית בשל היעדר קשר סיבתי בין ההתבטאויות לבין הנזקים שנגרמו לכאורה לתובע, אך קבע:

“אין ספק שגם בחברה מתקדמת כשלנו [...] עדיין יש במילה: 'הומו', כדי לגרום לאנשים רגש של סלידה, או רתיעה, או גיחוך, או תמיהה, או בוז – כלפי מי שנקרא בשם הזה [...] וכיוון שכך – מתאימים הדברים שאמר הנתבע על התובע, לפי כתב התביעה, להגדרת לשון הרע [...] אין לי ספק ששמועות [...] בנוגע להרגלים מיניים שאינם כדרך הטבע – גורמות לעוגמת נפש, לבידוד חברתי, למתחים בבית ולנזקים נלווים נוספים”.<sup>3</sup>

ערעורו של התובע לבית המשפט המחוזי בתל-אביב התקבל על ידי השופטים יהושע גרוס, יהושע בן-שלמה ואפרים שלו. בפסק דינם ציינו השופטים כי בדיני לשון הרע התובע כלל אינו נדרש להוכיח קיום נזק בפועל (ומכאן שאין צורך להידרש לשאלת הקשר הסיבתי בין ההתבטאות לבין הנזק).<sup>4</sup> ראויה לאזכור גם פרשת אמסלם, בעיקר משום היותה הידועה מבין המקרים שבהם נקבע כי תיוג כלהט"ב הוא לשון הרע. בשנת 1994 פרסם המקומון התל-אביבי “העיר” כתבה על אודות המשחקים האולימפיים של ההומואים והלסביות (Gay Games), תחת הכותרת “אמסלם לא לבד”. בכותרת זו הייתה משום רמיזה לקריאות “אמסלם ההומו”, שאוהדי קבוצת הכדורסל מכבי תל-אביב נהגו לקרוא לעבר שחקן הקבוצה היריבה הפועל תל-אביב, שמעון אמסלם. תביעת לשון הרע שהגיש אמסלם נגד העיתון בעקבות פרסום הכתבה התקבלה, בשנת 1995, על ידי שופטת בית משפט השלום בתל-אביב שרה דותן. ערעורם של הנתבעים נדחה פה אחד על ידי שופטי בית המשפט המחוזי.<sup>5</sup>

1 ס' 2 (א) לחוק מברא: “פרסום, לענין לשון הרע – בין בעל פה ובין בכתב או בדפוס, לרבות ציור, דמות, תנועה, צליל וכל אמצעי אחר”.

2 פרוטוקול דיון בת”א (שלום פ”ת) 67/91 חזון נ’ שמחי, פס’ 32–34 (פורסם בנבו, 16.6.1992).

3 ת”א (שלום פ”ת) 67/91 חזון נ’ שמחי, פס’ 6, 16 (פורסם בנבו, 31.1.1994) (להלן: פרשת חזון בשלום).

4 ע”א (מחוזי ת”א) 420/94 חזון נ’ שמחי (פורסם בנבו, 22.10.1995) (להלן: פרשת חזון במחוזי).

5 ע”א (מחוזי ת”א) 1145/95 קליין ואח’ נ’ אמסלם, פ”מ כו(8) 357 (1997) (להלן: פרשת אמסלם במחוזי).

בפרשת פאר נקבע לראשונה כי גם בתיוג כלסכית יש משום לשון הרע. בגיליון שמגזין "טיים אאוט" הישראלי הקדיש לעיר לונדון בשנת 2004 הופיעה, במסגרת המדור "הכי גאים (וגאות) שיש", תמונתה של התובעת, ישראלית שלמדה באותה עת בלונדון. תביעת לשון הרע שהגישה התובעת נגד המוציאים לאור של המגזין התקבלה על ידי שופטת בית משפט השלום בתל-אביב אביגיל כהן.<sup>6</sup> שלושה פסקי דין שנתקבלו לאחרונה קבעו כי גם הכינויים "קוקסינל" ו"ליידי בוי" – שמזוהים עם טרנסג'נדרים או עם גברים המאופיינים כ"נשיים"<sup>7</sup> – עולים כדי לשון הרע. בפרשת שגיא, על רקע סכסוך אישי מתמשך ביניהם, התפרץ הנתבע לבית התובע וקרא לעברו ולעבר אורחיו "אתה והחברים הקוקסינלים שלך". תביעה שהוגשה בעקבות כך נדחתה בתחילה, בשנת 2011, על ידי שופטת בית משפט השלום בחיפה אבישי רובס, שקבע כי על רקע נסיבות האירוע אין לפרש את אמירה זו כפשוטה, והזהיר מפני הצפה של בתי המשפט בתביעות לשון הרע שעניינן גידופים מעין אלה.<sup>8</sup> אך בשנת 2012 השופט יצחק כהן, מבית המשפט המחוזי בחיפה, הפך את החלטה זו וקבע כי הביטוי "קוקסינל" נתפס בחברה הישראלית כעלבון. באשר לאזהרה מפני הצפה בתביעות דומות סבר השופט כהן כי אנשים אינם נוהגים לגדף זה את זה כעניין שבשגרה, וכי אם בכל זאת יסתבר שגידופים הם עניין שכתי, אזי על בית המשפט למגרם על ידי הכרה בהם כלשון הרע.<sup>9</sup> בפרשת פלונית הגישה גרושתו של הנתבע תביעת לשון הרע נגדו, בגין הודעות שפרסם על גבי ה"קיר" שלה ברשת החברתית המקוונת "פייסבוק", ובהן כינה אותה, בין השאר, "ליידי בוי". בשנת 2013 שופטת בית המשפט לענייני משפחה בבאר-שבע רותם קודלר עיאה קבעה כי אכן יש בביטוי זה משום לשון הרע.<sup>10</sup> בפרשת אוסדון הגיש יו"ר מועדון הכדורגל של הפועל תל-אביב תביעת לשון הרע נגד הבעלים של קבוצת הכדורגל הפועל אשקלון, לאחר שזה האחרון כינה אותו "קוקסינל". הנתבע חזר על כינוי זה מספר פעמים, תחילה במהלך ראיונות עמו ברדיו, ולאחר מכן במסגרת קליפ מוזיקלי פרודי שהעלה לאינטרנט, וכל זאת על רקע

- 6 ת"א (שלום ת"א) 12603/05 פאר נ' טיים אאוט מגזין (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 28.6.2007) (להלן: פרשת האחריות בפאר); ת"א (שלום ת"א) 12603/05 פאר נ' טיים אאוט מגזין (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 28.4.2008) (להלן: פרשת הנזק בפאר).
- 7 "קוקסינל", שם הבמה של אמנית צרפתייה טרנסקסואלית, השתרש בסלנג העברי ככינוי גנאי לטרנסג'נדרים, להומואים ולגברים שנתפסים כ"נשיים". השימוש בביטוי זה (במירכאות) בפרק זה נועד לשמר את אשכול המשמעויות שהוא נושא עמו. "ליידי בוי" הוא כינוי בשפה האנגלית לטרנסג'נדרים ולגברים בתאינדר שלבושם והתנהגותם נתפסים בעיני החברה כ"נשיים" (מכונים בתאית "קתואי").
- 8 ת"א (שלום חי) 3495-07-08 שגיא נ' ברקוביץ (פורסם בנבו, 30.6.2011) (להלן: פרשת שגיא בשלום).
- 9 ע"א (מחוזי חי) 49010-09-11 שגיא נ' ברקוביץ (פורסם בנבו, 27.2.2012) (להלן: פרשת שגיא במחוזי). נקודת מחלוקת נוספת בין הערכאות נגעה לשאלה אם הכינוי "קוקסינלים" התייחס רק לחבריו של התובע (כפי שסבר שופט בית משפט השלום) או גם לתובע עצמו (כפי שגרס שופט בית המשפט המחוזי). קדמה לפרשת שגיא תביעה אחרת בגין התיוג כ"קוקסינל", אך שם נקבע כי הפרסום אינו לשון הרע משום שהאדם הסביר לא יקשר בין הביטוי "קוקסינליות" שהופיע בו לבין התובעים. ראו ת"א (שלום ת"א) 14726/05 אדלמן נ' חברת רייטינג בע"מ (פורסם בנבו, 9.10.2007).
- 10 תמ"ש (משפחה ב"ש) 21757-10-11 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 11.8.2013). לדיון בהסדרתו של חופש הביטוי באינטרנט ראו קרין ברזילי-נהון וגד ברזילי "חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלונה והולדתה המחודשת של הצנזורה" שקט, מדברים!: התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 483 (מיכאל בירנהק עורך, 2006); יובל קרניאל "חופש הביטוי באינטרנט" עלי משפט א 163 (1999).

סכסוך בינו לבין התובע. בשנת 2014 נתקבלה התביעה על ידי השופטת ריבה ניב, מבית משפט השלום בתל-אביב.<sup>11</sup>

במהלך הפרק אבחן את מאפייניהן הכלליים של תביעות לשון הרע האחרות שהגיעו לבתי המשפט בעקבות ביטויים כגון אלה – ובכלל זה תביעות שבתי המשפט דחו מטעמים שונים – ואת אר פרושות נוספות בעלות חשיבות מיוחדת בנוגע לסוגיות הנדונות.<sup>12</sup>

- 11 ת"א (שלום ת"א) 31574-05-12 אוסדון נ' אזגי (פורסם בנבו, 4.3.2014). בנוסף, בשנת 2011, ועדת המשמעת של ההתאחדות לכדורגל הרשיעה את הנתבע בעברות של התנהגות בלתי-הולמת בנסיבות מחמירות וביזוי נושא תפקיד, קנסה אותו ב-3,000 ש"ח, והשעתה אותו מחברותו בהנהלת ההתאחדות למשך חצי שנה. שם, בפס" 13; ליאור אבני "פרוספר אזגי: 'מה אני אשם שאני אדם צבעוני'?" nrg – מעריב 22.12.2011. [www.nrg.co.il/online/54/ART2/318/867.html](http://www.nrg.co.il/online/54/ART2/318/867.html).
- 12 באשר למשפט הזר לגבי תביעות לשון הרע בגין התיוג כלהט"ב, הרי דיון בו חורג מגבולות הפרק. לסקירה השוואתית כללית של המשפט המקובל ראו ROY BAKER, DEFAMATION LAW AND SOCIAL ATTITUDES: ORDINARY UNREASONABLE PEOPLE 87–101 (2011) (דן במצב המשפטי באוסטרליה, באירלנד, בארצות-הברית, בבריטניה ובקנדה); Dean R. Knight, "I'm Not Gay – Not That There's Anything Wrong with That!": Are Unwanted Imputations of Gayness Defamatory?, 37 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. (2006) 249 (דן בכמה פסקי דין בולטים באוסטרליה, בארצות-הברית, בבריטניה, בניו-זילנד ובקנדה); Ethical Recognition, Moral Diversity, and 'The Right-thinking Person', in LAWRENCE McNAMARA, REPUTATION AND DEFAMATION 191 (2008) (דן במצב המשפטי באוסטרליה, בארצות-הברית ובבריטניה). לכתיבה נוספת בנוגע לאוסטרליה ראו לדוגמה, REPUTATION, CELEBRITY AND DEFAMATION LAW 127 (2008) Simon Donagh, "While I Have Nothing Against Homosexuals, I Don't Want to Be Called One BRUCE Either", 2 DUBLIN LEGAL REV. Q. 15 (2011) MACDOUGALL, QUEER JUDGMENTS: HOMOSEXUALITY, EXPRESSION AND THE COURTS IN CANADA (2000) 140, 143–145, 223–227 (הספרות בנוגע לארצות-הברית ענפה למדי – למאמרים מן העת האחרונה ראו Jay Barth, *Is False Imputation of Being Gay, Lesbian, or Bisexual Still Defamatory?* The Arkansas Case, 34 U. ARK. LITTLE ROCK L. REV. 527 (2012); Matthew D. Bunker et al., *Not That There's Anything Wrong with That: Imputations of Homosexuality and the Normative Structure of Defamation Law*, 21 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L. J. 581 (2011); Anthony Michael Kreis, *Lawrence Meets Libel: Squaring Constitutional Norms with Sexual-Orientation Defamation*, 122 YALE L. J. ONLINE 125 (2012), available at [www.yalelawjournal.org/forum/lawrence-meets-libel-squaring-constitutional-norms-with-sexual-orientation-defamation](http://www.yalelawjournal.org/forum/lawrence-meets-libel-squaring-constitutional-norms-with-sexual-orientation-defamation); Holly Miller, *Homosexuality as Defamation: A Proposal for the Use of the "Right-Thinking Minds" Approach in the Development of Modern Jurisprudence*, 18 COMMUNICATION L. & POL'Y 349 (2013); Laurie M. Phillips, *Libelous language Post Lawrence: Accusations of Homosexuality as Defamation*, 46 FREE SPEECH YEARBOOK 55 (2012); Abigail A. Rury, *He's So Gay... Not That There's Anything Wrong with That: Using a Community Standard to Homogenize the Measure of Reputational Damage in Homosexual Defamation Cases*, 17 CARDOZO J. L. & GENDER 655 (2011); Harvard Law Review, *Tort Law – Defamation – New York Appellate Division Holds that the Imputation of Homosexuality Is No Longer Defamatory Per Se. – Yonati v. Mincolla*, 945 N.Y.S.2d 774 (App. Div. 2012), 126 HARV. L. REV. 852 (2013); Haven Ward, "I'm Not Gay, M'Kay?": *Should Falsely Calling Someone a Homosexual Be Defamatory?*, 44 GA. L. REV. 739 (2010).

## 2. השלכותיו של אפיון התיוג כלהט"ב כלשון הרע

לקביעה המשפטית כי התיוג כלהט"ב הוא לשון הרע השלכות משמעותיות. כעת אציין כמה מהן בתמצית בלבד, שכן דנתי בהן (ובסוגיות אחרות) בהרחבה במקום אחר.<sup>13</sup> כאמור, הגדרת "לשון הרע" בחוק מתייחסת להשפלה, לבוז, ללעג, לביזוי ולפגיעה. מכאן שאפיון הביטויים שהוזכרו לעיל כלשון הרע קושר להט"בים, במישרין או בעקיפין, עם עלבון, בושה ופגיעה. בדיני לשון הרע בכלל, ובפסיקה שבמוקד דיוננו בפרט, נהוג לבדוק את משמעות הפרסום על פי מבחנים שמוגדרים אובייקטיביים, ובעיקר לפי מבחן "האדם הסביר".<sup>14</sup> למעשה, "האדם הסביר" הנוטה להיעלב והחרד מצל-צלה של סכנה ליציבות ההטרסקסואליות משקף במידה רבה את עולם הערכים של שופטות בתי המשפט ושופטיהם.<sup>15</sup> בהקשר זה, סובלנותם של בתי המשפט כלפי ההשקפה ההטרונורמטיבית<sup>16</sup> שלפיה אפיון אדם כלהט"ב מבזה ומשפיל אותו – עלולה להוביל לנורמליזציה של השקפה זו.<sup>17</sup> זאת ועוד, פרט לסוגיית הגדרתו של התיוג כלהט"ב כלשון הרע, רווחות לאורך הפסיקה שבה אנו עוסקים התבטאויות שיפוטיות הקושרות להט"בים עם בושה, ביזוי ועלבון. מוקדם יותר צוטטו דברי השופט טימן בפרשת חזון, שלפיהם התיוג כהומו גורם, בין השאר, לסלידה, לרתיעה ולעגמת נפש – ודברים אלה אינם אלא דוגמה אחת מני רבות לרטוריקה שיפוטית זו.

ניסיון להבין את המגמות הללו ואת השלכותיהן מחייב דיון בסוג ההתבטאויות שבגינן הוגשו התביעות הנוגעות לענייננו, כמו גם בזהותם של הצדדים להליך. על פי רוב, הביטוי נשוא התביעה היה אחד משניים: ניסיון (לפחות בעיני התובע/ת) לקלל או להקניט;<sup>18</sup> או פרסום בכלי תקשורת.<sup>19</sup> במרבית

- 13 הדי ויטרבו "משבר ההטרסקסואליות: הבניית זהויות מיניות בדיני לשון-הרע" עיוני משפט לג 5 (2010).
- 14 על אודות השימוש במבחן "האדם הסביר" בדיני לשון הרע ראו אורי שנהר דיני לשון הרע 122–124 (1997). בתי המשפט הסתמכו במפורש על מבחנים "אובייקטיביים" דוגמת "האדם הסביר" בפרשות הבאות: פרשת חזון בשלום, לעיל ה"ש 3, פס' 24; תמ"ש (משפחה ת"א) 314827/96 פלוני נ' פלונית, פס' 7, 14 (פורסם בנבו, 4.11.2002) (להלן: פרשת פלוני); ת"פ (שלום ק"ג) 220/01 מדינת ישראל נ' סבן, פס' 13 (פורסם בנבו, 1.9.2003) (להלן: פרשת גלרון הפלילית); תמ"ש (משפחה ת"א) 35326-12-10 א' נ' ת', פס' 3 (פורסם בנבו, 17.10.2012); ת"א (שלום חי) 33479-06-11 טנוס נ' רוזן, פס' 25 (פורסם בנבו, 19.4.2013).
- 15 על "האדם הסביר" כמשקף את ערכיהם של השופטות והשופטים בהקשרים אחרים ראו אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האישה: חום דמם של 'האדם הסביר' והישראלית המצויה" בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזולוס" פלילים ו 137, 156 (1997); רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7, 12 (1994).
- 16 המונח "הטרונורמטיביות" מציין את מכלול התפיסות, הפרקטיקות והמוסדות החברתיים שגורמים, במישרין או בעקיפין, ולא תמיד באופן קוהרנטי, לכך שהטרסקסואליות נחזית כזהות מינית נורמלית, יציבה ומוערפת. Michael Warner, *Fear of a Queer Planet*, 29 Soc. Text 3 (1991).
- 17 השוו: אייל גרוס "אמסלם לא לבד" – פרפורמנס קוירי בבית המשפט" (הרצאה שניתנה בכנס "סקס אחר 02 – הכנס השני ללימודים הומו-לסביים ותיאוריה קוירית בישראל", 3.6.2002) (גורס כי פסק דינה של השופטת דותן בפרשת אמסלם מתעלם מכך שהחלטתה מה ייחשב לשון הרע לא רק משקפת מה נחשב עלבון, אלא גם מכוננת זאת).
- 18 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 14; ת"א (שלום ת"א) 36839/03 בן-דורי נ' קורצברג (פורסם בנבו, 28.8.2003); ת"ק (שלום י-ם) 2272/05 מלכה נ' חברת אובספלד בע"מ (פורסם בנבו, 14.8.2005); ת"א (שלום ראשלי"צ) 134/06 רון נ' שלגי (פורסם בנבו, 10.4.2007); כתב התביעה בת"א (שלום ת"א) 38624/07 סאלמה נ' לביא (לא פורסם, 11.6.2007); ת"א (שלום ת"א) 48966-07 דמארי נ' טבריצה (פורסם בנבו,

התביעות שעניינן ביטוי מהסוג הראשון (קללה או הקנטה),<sup>20</sup> וגם בכמה תביעות שנסיונותיהן אחרות,<sup>21</sup> הצדדים היו מכרים, כדוגמת בני משפחה, שכנים או עמיתים לעבודה. לצד השלכותיו החברתיות הרחבות יותר, שיח משפטי המדגיש את כובדו של העלבון הנטען עלול לעודד את הצדדים להליך המשפטי להתחפר בעמדותיהם; תוצאה זו עלולה להיות כבדת משקל, בייחוד כשההליך נוגע לסכסוך בין מכרים,<sup>22</sup> כמו ברבות מהתביעות הנוגעות לענייננו. מאפיין נוסף הוא שמרבית התובעים הם, לשיטתם, גברים הטרוסקסואלים. רובן המכריע של התביעות עוסק בתיוג התובע כהומו, ורק במקרים ספורים מדובר בתיוגים אחרים: "קוקסינל", לסבית

- (29.11.2010); ת"א (שלום ת"א) 18566/08 לנוקס-הוכשטט נ' חברת AM-PM (תביעה תלויה ועומדת); ת"א (שלום ת"א) 16294/08 גולדרינג נ' תמרי (פורסם בנבו, 19.11.2009); ת"ק (שלום הר') 28235-09-10 חלימי נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 10.4.2011); פרשת שגיאה בשלום, לעיל ה"ש 8, ופרשת שגיאה במחוזי, לעיל ה"ש 9; ת"א (שלום חי') 7701-12-08 ניקיטין-ארנסון נ' לוי-סלים (פורסם בנבו, 10.6.2012); ת"ק (שלום ת"א) 49667-09-11 פרץ נ' חברת דן אוטובוסים (פורסם בנבו, 4.7.2012); פרשת א', לעיל ה"ש 14; פרשת טנוס, לעיל ה"ש 14; פרשת פלונית, לעיל ה"ש 10; פרשת אוסרון, לעיל ה"ש 11. לתיאור מקרים נוספים ראו שמעון איפרגן "תובע את חברת הוט: 'קראו לי הומו' nrg-מעריב – חדשות קרא לי הומו" ynet – חדשות 11.4.2012; [www.nrg.co.il/online/1/ART1/847/762.html](http://www.nrg.co.il/online/1/ART1/847/762.html) 1.2.2009; [www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4212612,00.html](http://www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4212612,00.html) 11.4.2012; [www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4296876,00.html](http://www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4296876,00.html) 29.10.2012 – חדשות ynet – מתחננל "תביעה: 'הבוס שלי קרא לי מתחננל'"; פרשת אמסלם במחוזי, לעיל ה"ש 5; ת"א (שלום הר') 3148/03 גולן נ' גולדשטיין ורפאלי (פורסם בנבו, 9.5.2007); פרשת האחריות בפאר, לעיל ה"ש 6; פרשת אדלמן, לעיל ה"ש 9; ת"א (שלום ת"א) 39231/06 עמותת ל.כ.ן. רמת השרון לקידום כדורסל בע"מ נ' רשת שוקן בע"מ (פורסם בנבו, 30.12.2007) (להלן: פרשת אנדה); ת"א (שלום י-ם) 6023/07 אפריאט נ' הוצאה לאור "ידיעות" בע"מ (פורסם בנבו, 15.10.2008); ת"א (שלום י-ם) 10383/07 וולפסון נ' נעים (לא פורסם, 17.3.2008); ת"א (שלום ת"א) 165592/09 רוט נ' טיים אאוט מגזין (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 16.1.2011); פרשת אוסרון, לעיל ה"ש 11. בהקשר זה, ס' 11–12 לחוק איסור לשון הרע קובעים אילו בעלי תפקידים יישאו באחריות אזרחית ופוליטית בגין פרסומים באמצעי תקשורת. עם זאת, ס' 15 (12) לחוק פוטר את מי שנושאים באחריות לפי ס' 11 לחוק במקרים בהם לשון הרע פורסמה בשידור חי ולא היה באפשרותם לחזות את הפרסום. הליכים שהצדדים להם היו בני-משפחה הם: פרשת פלוני, לעיל ה"ש 14; פרשת א', לעיל ה"ש 14; פרשת טנוס, לעיל ה"ש 14; פרשת פלונית, לעיל ה"ש 10. הליכים שהצדדים להם היו שכנים הם: פרשת גולדרינג, לעיל ה"ש 18; פרשת שגיאה בשלום, לעיל ה"ש 8, ופרשת שגיאה במחוזי, לעיל ה"ש 9; פרשת ניקיטין-ארנסון, לעיל ה"ש 18; פרשת דמארי, לעיל ה"ש 18. הליכים שהצדדים להם היו עמיתים לעבודה הם: פרשת רון, לעיל ה"ש 18; בלומנטל, לעיל ה"ש 18. הליך מהעת האחרונה שהצדדים לו היו מכרים הוא ת"א (שלום חי') ז' ה' ש' נ' א' ק' (פורסם בנבו, 8.11.2015). פרשת חזון בשלום, לעיל ה"ש 3, ופרשת חזון במחוזי, לעיל ה"ש 4 (שם הצדדים להליך היו עמיתים לעבודה); ת"א (שלום ב"ש) 9005/99 סופר נ' אברגיל (פורסם בנבו, 2.4.2001) (שם חלק מהצדדים להליך קיימו יחסי חברות טרם תיוג התובע כהומו); פרשת גלרון הפלילית, לעיל ה"ש 14, ות"א (שלום ראשל"צ) 552/05 גלרון נ' סבן (פורסם בנבו, 1.5.2006) (להלן: פרשת גלרון האזרחית) (שם הצדדים הכירו זה את זה על רקע מקצועי); ת"א (שלום ת"א) 69796/06 לן נ' שכטר (לא פורסם, 5.11.2007) (שם הצדדים היו עמיתים לעבודה); ת"א (שלום ת"א) 26170/05 בנבנישתי נ' רחמני (פורסם בנבו, 31.12.2008) (שם הצדדים היו קרובי משפחה). רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" משפטים על אהבה 605, 612–614 (חנה נוה וארנה בן-נפתלי עורכות, 2005).

או "ליידי בוי"<sup>23</sup>. בחברה הישראלית גבר שמאפשר לאחר לזלזל בו, לביישו או להשפילו – צפוי להיתפס כמי שאיבד מגבריותו.<sup>24</sup> המודל ההגמוני של גבריות כרוך, במידה רבה גם כיום, בהיבדלות מהומוסקסואליות ומנשיות.<sup>25</sup> לנוכח זאת, רוב התביעות שאנו דנים בהן מצטיירות כניסיונות להגן על גבריותם של התובעים על ידי מניעת "הרושם השגוי" שהם הומואים או נשיים. הזיהוי הרווח בין הומוסקסואליות לנשיות בא לידי ביטוי גם במשמעות המשתמעת מכינויים כגון "ליידי בוי" ו"קוקסינל" – כפי שמעידה, לדוגמה, קביעתה של השופטת ניב בפרשת אוסדון כי הכינוי "קוקסינל" פוגע "בתדמיתו של התובע באוני כלל הציבור ובהקשר בו נאמרו – העולם הגברי של אוהדי הכדורגל ומאזיני תכניות הספורט [...] נשמעות המילים אף פוגעות יותר".<sup>26</sup>

למעשה, ההגנה המשפטית על הגבריות באמצעות דיני לשון הרע חורגת מההקשר המסוים הנדון בפרק זה. דוגמה לכך מהעת האחרונה היא תביעת לשון הרע שהוגשה נגד חברת החדשות של ערוץ 2 בעקבות שידורו של קטע וידאו המתעד את תקיפת התובע על ידי שודדים. בשנת 2011 קיבלה שופטת בית משפט השלום בחיפה אילת דגן את התביעה, בין השאר, משום שלדבריה "במהלך הסרט רואים את התובע [...] מגונן בידיו על ראשו כשנזרק עליו סולם ובקטעים אחרים השודדים חובטים בו. [...] יש מי שיביט על התובע בעין ביקורתית כמי שספג השפלה, לא התגונן ובכך לא שמר על כבודו העצמי וגבריותו".<sup>27</sup>

תביעות כאלה – וקבלתן על ידי בתי המשפט – חושפות לא רק הטרונומטיביות, כאמור לעיל, כי אם הומופוביה של ממש. שכן, כדברי הסוציולוג מייקל קימל, הומופוביה אינה מסתכמת בפחד מהומואים או בפחד להיתפס כהומואים, אלא באה לידי ביטוי גם בחשש של גברים מהיווצרות הרושם שהם אינם גברים "אמתיים".<sup>28</sup> מצטרפות לכך, לאורך הפסיקה שבמוקד דיוננו, אמירות שיפוטיות שלפיהן תיוג כהומו הוא מבזה ופוגעני, בייחוד במקרים שבהם התובעים אינם "באמת" כאלה. במונחים אלה ואחרים, דיני לשון הרע מתפקדים – במתכוון או שלא במתכוון – כאתר חברתי להגנה על הגבריות ההטרסקסואלית הנורמטיבית, כפי שהיא נתפסת בעיני התובעים או לחלופין בעיני השופטות והשופטים. לשם כך, השיח המשפטי טרוד, בראש ובראשונה, בניסיון להבחין בין גברים הטרסקסואלים "אמתיים" למי שאינם "באמת" כאלה. בתוך כך בתי המשפט משתקים את הרעיון

23 תביעות שעניינן תיוג כלסבית הן: פרשת האחריות בפאר, לעיל ה"ש 6; פרשת אנדה, לעיל ה"ש 19; פרשת חלימי, לעיל ה"ש 18. בפרשת א', לעיל ה"ש 14, נדונו הן תיוג כהומו והן תיוג כלסבית. תביעות שעניינן תיוג כ"קוקסינל" הן: פרשת אדלמן, לעיל ה"ש 9; פרשת שגיא בשלום, לעיל ה"ש 8, ופרשת שגיא במחוזי, לעיל ה"ש 9; פרשת אוסדון, לעיל ה"ש 11. ראו גם אוהו משען "דורשים פיצוי מ'אטרף': לא חיפשנו מין קוקסינלי" *ynet* – *חדשות* 26.7.2010, [www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-3923714,00.html](http://www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-3923714,00.html). תביעה שעניינה תיוג כ"ליידי בוי" היא פרשת פלונית, לעיל ה"ש 10.

24 אורית קמיר כבוד אדם וחיה: פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי 67 (2007).  
25 שם, בעמ' 47; Judith Butler, *Melancholy Gender – Refused Identification*, 5 *PSYCHOANALYTIC DIALOGUES* 181 (1995); MICHAEL S. KIMMEL, *THE GENDER OF DESIRE: ESSAYS ON MALE SEXUALITY* 37 (2005); GEORGE L. MOSSE, *THE IMAGE OF MAN: THE CREATION OF MODERN MASCULINITY* 6, 12, 66–68 (1996).

26 פרשת אוסדון, לעיל ה"ש 11, פס' 20 (ההדגשה הוספה – ה"ר).

27 ת"א (שלום חי) 6002-09-08 ש. ח. נ' חברת החדשות הישראלית (פורסם בנבו, 26.6.2011).

28 KIMMEL, לעיל ה"ש 25, בעמ' 33, 35–37.

המהותני שזהות מינית היא מבנה ממשי ויציב ושהגבולות בין זהויות מיניות הם ברורים וחד-משמעיים.<sup>29</sup>

מעניין להשוות בין התמודדותם של בתי המשפט עם תביעות לשון הרע שעניינן התיוג כלהט"ב לבין כוונותיהם של המחוקקים והמחוקקות, כפי שבאו לידי ביטוי בדיוני הכנסת לקראת הוספת ההתייחסות לנטייה מינית לסעיף 1(4) לחוק איסור לשון הרע, בשנת 1997. בדיונים לקראת תיקון החוק שררה הסכמה גורפת באשר לשני עניינים: ראשית, רצון להימנע מלעודד את הגשתן או קבלתן של תביעות לשון הרע בגין ביטויים הנוגעים לנטייה מינית; ושנית, רצון לרתום את חוק איסור לשון הרע לא לטובת כלל התובעים הפוטנציאליים, כי אם לטובת הומואים ולסביות. כך, לדוגמה, חברת הכנסת יעל דיין, מציעת התיקון לחוק, הציגה אותו כתיקון "דקלרטיבי וחינוכי ולא כאיזה יצירת תורים מופלגים בבית המשפט".<sup>30</sup> חבר הכנסת אלי גולדשמידט הוסיף שהתיקון לחוק איסור לשון הרע "מהווה נדבך נוסף וחשוב מאוד במסלול [...] שמבטא [...] תפיסה שלא מנסה להדביק סטיגמות גם למי שהוא שונה ממך, [...] תפיסה האומרת שאדם זכאי לכל הזכויות של אדם באשר הוא אדם, גם כאשר הוא הומוסקסואל".<sup>31</sup> חבר הכנסת אלכסנדר לובוצקי הצטרף ואמר: "בבואנו להרחיב היום את חוק לשון הרע איננו מתכוונים ליצור תורים וצפיפות בבתי המשפט ושנשים יובאו לדין על-פי חוק זה. המטרה היא הצהרתית, [...] לומר שבאופן מוסרי הכנסת שוללת הוצאת לשון הרע על אנשים [...] ובפרט על ציבורים שונים".<sup>32</sup> וחבר הכנסת חגי מירום העיר, ברוח דומה, כי "סוף סוף אנחנו מתבגרים משנים של ראיית אנשים ששאלת נטייתם המינית הופכת אותם לאנשים שהם מחוץ לחברה בישראל".<sup>33</sup> ואלה רק כמה מני דוגמאות רבות.<sup>34</sup> ניכר אפוא שבתי המשפט לא הפנימו את כוונותיהם

- 29 אשוב למהותנות שמאפינת את השיח המשפטי בהמשך, כשאדון בתפקיד שממלאת הגנת "אמת דיברתי" בנוגע לביטויים המתייחסים לזהות מינית או מגדרית. ראו להלן הטקסט שמעל ה"ש 66–70.
- 30 פרוטוקול ישיבה מס' 27 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-14, 3 (7.1.1997) (להלן: פרוטוקול הוועדה לקידום מעמד האישה).
- 31 דיון במליאת הכנסת לקראת קריאה ראשונה בהצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון 6) (לשון הרע – הרחבת המונח), התשנ"ז–1997, ד"כ 160, 4099, 4105–4106 (להלן: דיון במליאת הכנסת לקראת קריאה ראשונה).
- 32 דיון במליאת הכנסת לקראת קריאה שנייה וקריאה שלישית בהצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון 6) (לשון הרע – הרחבת המונח), התשנ"ז–1997, ד"כ 161, 4377, 4378 (להלן: דיון במליאת הכנסת לקראת קריאה שנייה וקריאה שלישית).
- 33 דיון במליאת הכנסת לקראת קריאה ראשונה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 4103.
- 34 להתבטאויות דומות בנוגע למטרתו ההצהרתית גרידא של התיקון לחוק ראו דבריה של חברת הכנסת נעמי חזן בפרוטוקול הוועדה לקידום מעמד האישה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 5; דבריה של חברת הכנסת יעל דיין בדיון במליאת הכנסת לקראת קריאה שנייה וקריאה שלישית, לעיל ה"ש 32, בעמ' 4377. להתבטאויות דומות בנוגע להגנה על הומואים ולסביות ראו דבריה של חברת הכנסת יעל דיין בדיון במליאת הכנסת לקראת קריאה שנייה וקריאה שלישית, לעיל ה"ש 32, בעמ' 4377; דבריה של חבר הכנסת ראובן ריבלין בפרוטוקול הוועדה לקידום מעמד האישה, שם, בעמ' 7–8; דבריה של חבר הכנסת ריבלין בדיון במליאת הכנסת לקראת קריאה ראשונה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 4100. ברוח דומה ראו גם את דבריה של נציגת משרד המשפטים בפרוטוקול הוועדה לקידום מעמד האישה, שם, בעמ' 4; דבריה של נציג האגודה לזכויות האזרח דן יקיר בפרוטוקול הוועדה לקידום מעמד האישה, שם, בעמ' 11. כה ברורה מאליה הייתה הכוונה להגן על הומואים ולסביות, עד שהתפתח דיון בוועדה לקידום מעמד האישה, בשאלה אם הומואים ולסביות יעזו לקום ולתבוע או שמא יש לאפשר לארגוני להט"בים להגיש תביעות בשמם. ראו: פרוטוקול הוועדה לקידום מעמד האישה, שם, בעמ' 12.



של המחוקקים והמחוקקות, הן מבחינת היקף הנכונות לקבל תביעות לשון הרע בגין התיוג כלהט"ב והן מבחינת העיסוק השיפוטי בהגנה על הטרוסקסואליות.

### 3. דחיית תביעות לשון הרע על בסיס משמעותו של התיוג כלהט"ב

בשלושה מהמקרים שעניינם תיוגים הנוגעים לזהות מינית או מגדרית, קבעו בתי המשפט כי תיוגים כאלה אינם עולים כדי לשון הרע. ובשלושת המקרים ביססו בתי המשפט את קביעתם זו על אותו נימוק ממש: שבנסיונות המסוימות של התביעה, "האדם הסביר" לא היה מפרש את הביטוי הנדון כלשון הרע. כך, בפרשת אדלמן שני גברים שנהגו להופיע כמלכות דראג, הגישו תביעה נגד המגזין "רייטינג", בשנת 2005, לאחר שפרסם את תמונותיהם במסגרת כתבה על "טרנסקסואליות", שבה ננקט גם המונח "קוקסינליות". כעבור שנתיים, השופטת חנה ינון, מבית משפט השלום בתל-אביב, דחתה את תביעתם וקבעה כי האדם הסביר לא היה מפרש את השימוש בתמונותיהם כלשון הרע. לדברי השופטת ינון, תמונותיהם של התובעים כמלכות דראג לא הוציאו את דיבתם רעה, בין השאר, מכיוון שהם אכן נהגו להופיע ככאלה, וכן משום שקורא סביר לא יכול היה לזהותם בתמונות עקב איפורם הכבד ולבושם.<sup>35</sup> בשני המקרים הנוספים התמקדו בתי המשפט בכך שהדברים נאמרו בעידנא דריתחא. על בסיס זה דחתה שופטת בית משפט השלום בראשון-לציון שלומית יעקובוביץ, בשנת 2007, את התביעה בפרשת רון, שנגעה לשימוש בביטוי "הומו" במהלך חילופי גידופים בין עמיתים לעבודה.<sup>36</sup> ובאופן דומה, השופטת ינון דחתה, בשנת 2009, את תביעת לשון הרע בפרשת גולדרינג, שנגעה לשימוש בביטוי זה במסגרת גידופים בין שכנים.<sup>37</sup> בהתחשב בכך ששיעור גדול מהתביעות הנוגעות לענייננו עוסק, כאמור, בגידופים בין מכרים – השיקול של "עידנא דריתחא" יכול היה, באופן עקרוני, לשמש בסיס לדחיית חלק גדול מהתביעות הללו.<sup>38</sup> יותר מכך, את ההיגיון שהחילו בתי המשפט בשני המקרים הללו על דברים שנאמרו בעידנא דריתחא יכולים היו להחיל גם על נסיבות אחרות, כגון ביטויים שפורסמו – במקרים כגון פרשת אמסלם – בבדיחות הדעת.<sup>39</sup>

ההיגיון המנחה המשותף להכרעותיהן של השופטות בשלושת המקרים הללו היה אפוא שהתיוג כלהט"ב אינו לשון הרע משום נסיבותיהן הייחודיות של התביעות (גידופים שנאמרו בעידנא בריתחא, או תמונות שהקורא הסביר לא יזהה את התובעים בהן). מהיגיון זה משתמע כי בנסיבות אחרות – ובעיקר כאלה שבהן "האדם הסביר" עשוי לחשוב שהתובע/ת "באמת" להט"ב – מוצדק להגדיר את התיוג כלהט"ב כלשון הרע.

אולם, יכולה להישמע ביקורת על הגדרה משפטית של תיוג זה כלשון הרע. ראשית, ניתן לטעון כי הגדרת תיוג זה כלשון הרע עלולה להתפרש כלגיטימציה להפליה חברתית כלפי להט"בים, מכיוון

35 פרשת אדלמן, לעיל ה"ש 9, פס' 26, 31, 38.

36 פרשת רון, לעיל ה"ש 18, פס' 9.

37 פרשת גולדרינג, לעיל ה"ש 18, פס' 49–51, 56–57.

38 על העמדות שהובעו בפסיקה בנוגע לשאלה אם יש להחשיב קללות וגידופים כלשון הרע ראו שנהר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 132–133.

39 כך נקבע בע"א 4534/02 רשת שוקן נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558 (2004). לצד פרשת אמסלם, ראוי להזכור כאן פרשת גולן, לעיל ה"ש 19, שבה איש תקשורת הגיש תביעה בעקבות מערכון סאטירי שהזכיר אותו.

שהיא כורכת, כאמור, בין להט"בים לבושה, לביזוי ולפגיעה.<sup>40</sup> עוד ניתן לטעון כי הגבלה משפטית גורפת של השימוש בתיוג כלהט"ב יש בה כדי לחזק, במידה כזו או אחרת, את תפיסתן של זהויות להט"ביות כמידע שראוי להדיר אותו מהשיח הציבורי. אין זה תרחיש היפותטי: כלי התקשורת כבר נוטים להימנע מלהתייחס לאנשים כאל להט"בים אם לא "הצהירו" על עצמם ככאלה,<sup>41</sup> ולעתים אף כשהם כן "הצהירו" על עצמם ככאלה.<sup>42</sup> שימור זהויות להט"ביות ככאלה שמקומן בספרה הפרטית בלבד עלול להקשות על תקשורת על אודותיהן, להחליש את "קהילת" הלהט"בים משום חוסר הנראות של חבריה, ולשמר סטראוטיפים הנובעים מבורות בנוגע ללהט"בים. תוצאה אפשרית נוספת – כך ניתן לטעון – היא קושי להשמיע קולות שחותרים לשינוי ייצוגים של להט"בים ולשיפור מעמדם החברתי.<sup>43</sup> טענה נוספת שיכולה להישמע היא שלתיוג כלהט"ב יש משמעויות שונות (חלקן חיוביות) בהקשרים שונים,<sup>44</sup> ויותר מכך, שניתן לפרוק את תיוג זה ממשמעויותיו השליליות – בדומה למהלך שעשתה התאוריה הקווירית ביחס למונח "קוויר", ששימש אף הוא במקורו כעלבון.<sup>45</sup> בשנת 2011, אולי בהשפעת ביקורות מעין אלה, העיר השופט אילן איטח מבית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב, אגב עיסוק בעניין אחר, שעל מערכת המשפט לחדול מלהגדיר את התיוג כהומו כלשון הרע:

"בתי המשפט התלבטו בשאלה אם התיוג כ'הומו' יכול לשמש עילה בתביעת לשון הרע. ענין זה נדון על ידי בית משפט השלום בת"א בעניין אמסלם שם נקבע כי... 'לצערנו, טרם הגענו למידה כזו של פתיחות וסובלנות ובמציאות כיום המלה 'הומו'

- Robert G. Bagnall et al., *Burdens on Gay Litigants and Bias in the Court System: Homosexual Panic, Child Custody, and Anonymous Parties*, 19 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 497, 501 (1984) 40
- לדיון ראו למשל אייל גרוס "פולמוס הפרטיות, הארון והאאוטינג: על ההומופוביה הליברלית" *המשתה* 41
- www.aeyalgross.com/blog/?p=59504 13.8.2009; יאיר קדר "הארון ושברו" *מילון אחר* 29 (מיכאל גלזמן וגיל נאדר עורכים, 1997); עמית קמה "הבור והמטוטלת: ייצוג הומואים ולסביות בתקשורת ההמונים" *הדרה ודימוי שלילי: אי-שוויון בתקשורת הישראלית* 36 (האגודה לזכויות האזרח בישראל, נעמה ישובי עורכת, 2002), (2003)111.doc, www.amalnet.k12.il/sites/commun/library/afalot/2003111.doc
- לדוגמה ראו אריאל כהן "הומופוביה – גם אחרי המוות" *GoGay* 8.8.2007 42
- www.gogay.co.il/content/articleColumn.asp?id=3296 ("לפני כחודש כתבתי טור בו סיפרתי על זוג לסביות מוצהר שאינו בין החיים עוד. ... היועץ המשפטי [של האתר] ... המליץ בצורה חד משמעית שלא להעלות את הטור, מאחר שנהיה חשופים לתביעות מצד המשפחות. הייתי המום משהבנתי ... [כי] לכתוב על גייז מוצהרים לאחר מותם עלול להיתפס כהוצאת דיבה...") (ההדגשה הוספה – ה"ו).
- Dean Pierce, *Language, Violence and Queer People: Social*; 497 בעמ' 40, Bagnall et al. 43
- and Cultural Change Strategies*, in FROM HATE CRIMES TO HUMAN RIGHTS: A TRIBUTE TO MATTHEW SHEPARD 47, 48, 51 (Mary E. Swigonski et al. eds., 2001); איב קוסופסקי סדג'וויק
- Rachel M. ; (2010) 285–284, 37 *תאוריה וביקורת* "האפיסטמולוגיה של הארון" *Gray Cloud Obscures the Rainbow: Why Homosexuality as Defamation Contradicts New Jersey Public Policy to Combat Homophobia and Promote Equal Protection*, 10 J. L. & POL'Y 635, 649–650 (2002)
- .GAIL MASON, *THE SPECTACLE OF VIOLENCE: HOMOPHOBIA, GENDER AND KNOWLEDGE* 97 (2002) 44
- ראו מירי רוזמרין "אלימות מילולית וקיום חברתי" *מטפורה: כתב עת לפילוסופיה* 6 193, 201–198 45
- .DEBORAH CAMERON & DON KULICK, *LANGUAGE AND SEXUALITY* 27–28 (2003); (2006)

מהווה עלבון לפחות בעיני חלק נכבד מן הציבור. תמהנו אם לא הגיעה העת לסטות מהלכה זו".<sup>46</sup>

ברוח דומה בשנת 2014 ציין שופט בית משפט השלום בתל-אביב שמאי בקר: "למותר לציין, כי הביטוי 'הומו', אשר הופיע בתכתובת בין המתלוננת בתיק לבן-זוגה הנאשם, 'נתפס בעיניהם כביטוי לגנאי, ולא בעיני בית המשפט'.<sup>47</sup> הגם שאין בדברים אלה התייחסות מפורשת ללשון הרע, אפשר שמשממע מהם ש"הומו" אינו לשון הרע. שכן, לצורך הוכחת עוולת לשון הרע אין חשיבות, מבחינה משפטית פורמלית, לאופן שבו התיוג נתפס בעיני הצדדים להליך.<sup>48</sup>

אכן, דיני לשון הרע מעמידים לרשות בתי המשפט לפחות שני אפיקים לקבוע שאין בתיוג כלהט"ב משום לשון הרע. האפיק הראשון הוא להסתייע בסעיף 4 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), התשכ"ח-1968, שלפיו אין לראות ב"מעשה של מה בכך" עוולה. מכיוון שסעיף זה חל על פרסום לשון הרע (מכוח סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע),<sup>49</sup> באפשרותם של בתי המשפט לקבוע שהתיוג כלהט"ב הוא מעשה קל ערך, אשר אין הצדקה להטיל חבות בגינו. ברוח דומה בשנת 2000 דחה בית משפט השלום בקריית גת תביעה בגין העלבת עובד ציבור באמצעות הביטוי "קוקסינלים", וקבע שמדובר ב"זוטי דברים".<sup>50</sup> תביעה נוספת בגין העלבת עובד ציבור, שעניינה כינויו של שוטר "הומו", נדחתה בשנת 2014 על ידי שופטת בית המשפט לנוער בנצרת, אילנית אימבר, שקבעה כי "אין [כינוי זה...] עולה כדי העלבת ציבור כמשמעותה בפסיקה".<sup>51</sup> אמנם העברה של "העלבת עובד ציבור" שונה מעוולת לשון הרע, אך אין בשוני זה כדי למנוע החלת היגיון דומה גם על תביעות לשון הרע.

אפיק משפטי חלופי שעשוי לעמוד לרשות בתי המשפט – אם כי אינו מעוגן בחוק – הוא הסתמכות על פסק דינו של שופט בית המשפט העליון המנוח דב לוין בעניין שאהה. באותו מקרה התובע היה אזרח ירדני תושב ירושלים, ותביעתו הוגשה בגין פרסום שייחס לו שיתוף פעולה עם ממשלת ישראל. בית המשפט העליון דחה את התביעה פה אחד, בין השאר משום ההשלכות הערכיות של הגדרת שיתוף פעולה כזה כלשון הרע, אך כל אחד משלושת השופטים נימק את החלטתו באופן אחר. לשיטתו של השופט לוין, במקרים מוגבלים מדיניות שיפוטית ערכית עשויה לחייב לדחות על הסף תביעות לשון הרע.<sup>52</sup> ברוח זו נקבע לאחרונה בפסיקה, לדוגמה, כי תמונתו של חייל צ'רקסי המחזיק ספר תנ"ך על

46 עב' (אזורי ת"א) 12875/08 סלינקו נ' קורפשטיין, פס' 18 (פורסם בנבו, 6.6.2011) (ההדגשה הוספה – ה"1). פסק דין זה עסק בתביעה בגין הטרה מינית של עובד כלפי מעסיקו. בהמשך פרק זה אדון בעילת ההטרדה המינית ובקשר בינה לבין עילת לשון הרע. לעומת פסק דין זה, לאחרונה העירה שופטת בית משפט השלום בחיפה מעין צור, בפרשת ז' ה' ש', לעיל ה"ש 20, פס' 23: "אומנם מאז שניתן [פסק הדין בעניין אמסלם...] חלפו להם שני עשורים, ואולם המציאות החברתית לא השתנתה. אציין כי גם בפסיקה מאוחרת יותר נקבע כי פרסום שאדם הוא הומוסקסואל כאשר אין זו נטייתו המינית מהווה פרסום לשון הרע".

47 ת"פ (שלום ת"א) 55326-03-11 מדינת ישראל נ' אהרונסון (פורסם בנבו, 13.3.2014).

48 שנהר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 122-123, 143-145.

49 לדיון ברחיית תביעות לשון הרע מחמת היותן "מעשה של מה בכך" ראו שם, בעמ' 338.

50 ת"פ (שלום ק"ג) 397/98 אוזיקו נ' קציר, פס' 16-17 (פורסם בנבו, 12.3.2000).

51 ת"פ 16150-10-11 (שלום נצ') מדינת ישראל נ' פלוני (קטיין) (פורסם בנבו, 22.1.2014).

52 ע"א 466/83 שאהה נ' דרדריאן, פ"ד לט(4) 734, פס' 7 לפסק דינו של השופט לוין (1986). לדיון בהלכת שאהה ובעמדות השונות של השופטים במותב ראו שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב "לשון הרע במבחן

רקע הכותל המערבי ועליו הכיתוב "נשבעתי להגן על ארץ ישראל ולא להחריבה" אינה מוציאה את דיבתו של אותו החייל רעה.<sup>53</sup> בהקשר הנוכחי, באפשרותם של בתי המשפט להסתייע בהנמקה דומה, ולקבוע שטעמי מדיניות ערכית מחייבים לדחות תביעות שעניינן התיוג כלהט"ב, משום שהגדרת תיוג זה כלשון הרע עלולה להיות פוגענית כלפי להט"בים.

מאידך גיסא, הטענה שאין להגדיר כלשון הרע ביטויים הנוגעים לנטייה מינית או מגדרית אינה חפה מקשיים. כדי לרדת לעומקם של קשיים אלה, יש לבחון את טענה זו בהקשר הרחב יותר של המאבק למען זכויות להט"בים. מאבק זה מזוהה כיום בעיקר עם ניסיון להסיר סטיגמות בנוגע ללהט"בים ולהכיר בהם כציבור נורמטיבי – בין השאר, על ידי פתיחת מוסדות חברתיים כגון הורות, נישואין וצבא ללהט"בים. המסר שבבסיס מאבק זה הוא שאין בושה בלהט"ביות, ומסר זה כרוך בשאיפה לנורמליזציה של להט"בים לאור מה שנתפס כסטנדרטים החברתיים הדומיננטיים. דוגמה למגמות אלה, מהעת האחרונה, היא התמיכה שכמה מנציגי קהילת הלהט"ב – כפי שכוננו בתקשורת – העניקו לעיריית תל-אביב, כאשר זו ניסתה למנוע מפגשי הומואים למטרות היכרות ומין מזדמן בגן העצמאות. התומכים במעשי העירייה טענו, בין היתר, כי "מה שהיה נכון לתקופה שהיינו קהילה רדופה לא נכון להיום. אין כיום מקום לסקס בגנים ציבוריים... אם מישהו מתלונן שפקח מנע ממנו להזדיין בשיחים – זה לא באג'נדה שלי כנציג הקהילה".<sup>54</sup>

לפוליטיקה להט"בית זו כמה היבטים בעייתיים. ראשית, התנערותה מבושה ומהשפלה לטובת כבוד ונורמליות פועלת כגורם מדיר ומבודד. זאת, משום שהביזוי והבושה נותרים נחלתם של מי שאינם מעוניינים, או אינם מסוגלים, להתיישר לפי סטנדרטים הטרונורמטיביים (או הומונורמטיביים<sup>55</sup>)

הבריות "משפט וממשל ב 235 (1994); שנהר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 138–142. לעמדה שונה ראו ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1 (1992) (שם עמדת הרוב הייתה כי פרסום שנחשב למבזה בקרב קהילתו המסוימת של התובע עשוי להיחשב לשון הרע אף אם אינו נתפס כמבזה בציבור הרחב). לעומת זאת, הסוגיה נותרה בצריך עיון בע"א 9258/04 ח'ורי נ' חברת כל אל-ערב בע"מ (פורסם בנבו, 21.6.2005). נוסף על הלכת שאהה, בועז שנור הציע דרך אחרת להשתמש בשיקולי מדיניות משפטית כבסיס לדחייתן של תביעות לשון הרע: באמצעות ס' 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973. סעיף זה פותח פתח להחלת דוקטרינת תקנת הציבור, שבס' 30 לחוק זה, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה, כגון פרסום לשון הרע בנסיבות מסוימות. ראו חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנור לשון הרע: הדין הרצוי והמצוי 225 (2005).

53 ת"א (שלום ת"א) 12041-10-09 חטוק נ' ידיעות אחרונות (פורסם בנבו, 29.2.2012). ראו גם ת"א (שלום י-ם) 11741/04 טהבוב נ' טמיש (פורסם בנבו, 17.8.2006) (שם נקבע כי אין משום לשון הרע בתיאור התובעת, פלסטינית אזרחית ישראל, כמי ש"גאה בדרכונה הישראלית").

54 עפרי אילני "מחלוקת בתל אביב: האם גן העצמאות סיים את יעודו כמקום מפגש להומואים" הארץ – חדשות 23.11.2009 [www.haaretz.co.il/news/education/1.1291426](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1291426). לדיון נוסף במאפייניו של גן העצמאות ובתפקידיו החברתיים ראו: דפנה הירש "גן העצמאות: טריטוריה הומוסקסואלית בחלל הציבורי הפתוח" אדריכלות ישראלית 36, 60 (1999).

55 המונח "הומונורמטיביות" מתאר פוליטיקה הומוסקסואלית שאינה מערערת על הנחות ומוסדות הטרונורמטיביים דומיננטיים, אלא דבקה בהם ומשמרת אותם. בין השאר, פוליטיקה כזו מקנה חשיבות לחיי משפחה ולצרכנות, וחותרת לדה-פוליטיזציה של התרבות והקהילה ההומוסקסואליות. Lisa Duggan, *The New Homonormativity: The Sexual Politics of Neoliberalism, in MATERIALIZING DEMOCRACY: TOWARD A REVITALIZED CULTURAL POLITICS* 175, 179 (Russ Castronovo & Dana D. Nelson eds., 2002). לדיון בהומונורמטיביות בהקשר הישראלי ראו אייל גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב: בין

לגבי מה נחשב מכובד, מהוגן וראוי. שנית, ההתמקדות בנורמליזציה תורמת לזניחתן של אפשרויות רדיקליות יותר של קיום חברתי, ואף של שינוי חברתי – אפשרויות הכרוכות בערעור על יסודות הסדר הקיים. ושלישית, הפוליטיקה הלהט"בית האמורה שותפה לאותו רעיון מהותני שבתי המשפט משעתקים, שלפיו זהויות מיניות או מגדריות הן עניין ממשי ויציב. שכן, פוליטיקה זו מניחה ומחייבת את קיומן של זהויות אחדות (הכלולות כיום תחת הקטגוריה "להט"ב"), תוך שהיא מצמצמת את זהויות אלה סביב תכנים מוגדרים (חשיפה להומופוביה ולדיכוי, או יציאה נגד הומופוביה ודיכוי אלה), והיו הם ראויים ככל שיהיו.<sup>56</sup>

בעיות אלה מאפיינות גם את ההתנגדות להגדרתו של התיוג כלהט"ב כלשון הרע – בפרט ככל שהמניע להתנגדות זו הוא שאיפה "לטהר" מיניות ומגדר מהביזוי, מהבושה ומההשפלה שמזוהות עמם. בתנאים מסוימים, דווקא ביזוי, בושה והשפלה, חרף היותם תוצר של דיכוי, עשויים לפתוח פתח לאפשרויות חדשות של קיום חברתי וקהילתי. ביכולתם לאפשר את קיומן של תת-תרבויות מיניות ומגדריות יצירתיות, כאלה שקוראות תיגר על מוסכמות חברתיות. כמו כן, ביזוי, בושה והשפלה עשויים לשמש בסיס ליצירת קהילות הטרוגניות ומכילות יותר, שכן, בניגוד לפוליטיקה הלהט"בית הדומיננטית, הם אינם מחייבים זהות (או הזדהות) אחידה ומוגדרת.<sup>57</sup>

קושי מסוג אחר עלול להתעורר בנסיבות שבהן הנתבע/ת ניצל/ה לרעה את הלהט"בופוביה הקיימת בחברה בניסיון ליצוק תוכן פוגעני לתוך התיוג כלהט"ב. במקרים כאלה, הקביעה שאין בתיוג כלהט"ב משום לשון הרע עלולה להתפרש כהתכחשות ללהט"בופוביה חברתית זו.<sup>58</sup> אמנם נראה שנסיונות כאלה אינם מאפיינות רבות מהתביעות שהגיעו לבתי המשפט. לדוגמה, במרבית ההליכים שעסקו בפרסום תקשורתי שהתייחס לתובע/ת בכפיפה אחת עם להט"בים – כדוגמת פרשות אמסלם ופאר שהוזכרו לעיל<sup>59</sup> – פרסום זה לא היה, ולא נועד להיות, הומופובי. אך ממילא, גם בהתקיים נסיבות כאלה, דיני לשון הרע מונעים התחשבות בהן, שכן מבחינה משפטית פורמלית, כאמור, כוונותיו של הנתבע או האופן שבו הבין את התיוג אינם רלוונטיים.<sup>60</sup>

(הומו) נורמטיביות (הומו) לאומיות לתיאוריה קווירית" מעשי משפט ה 101 (2013). על משמעות המונח "הטרונורמטיביות" ראו לעיל ה"ש 16.

56 יש שיצדיקו, אולי, את עמדה זו בטענה שהיא דוגמה למהותנות אסטרטגית – שימוש נקודתי, מקומי וזמני בזהויות כדי לקדם מטרות ראויות מבחינה חברתית. אך האמור לעיל מעיד הן על התקבעותה של מהותנות זו והן על השלכותיה החברתיות הבעייתיות. לדיון ביקורתי במהותנות אסטרטגית ראו לדוגמה Lisa Duggan, *Queering the State*, 39 SOC. TEXT 1, 6 (1994); Judy Rohrer, *Toward a Full-Inclusion Feminism: A Feminist Deployment of Disability Analysis*, 31 FEMINIST STUD. 34 (2005).

57 לדיון נוסף ראו לדוגמה MICHAEL GAY SHAME (David M. Halperin & Valerie Traub eds., 2009); WARNER, *THE TROUBLE WITH NORMAL: SEX, POLITICS, AND THE ETHICS OF QUEER LIFE* (1999). לסקירה תמציתית של הכתיבה הקווירית על אודות הערך הפוטנציאלי שטמון באימוץ הבושה והביזוי ראו מירב אמיר "לא רק גאווה: הבושה בשיח הקווירי" תיאוריה וביקורת 32, 243 (2008).

58 לטיעון דומה ראו Eric K.M. Yatar, *Defamation, Privacy, and the Changing Social Status of Homosexuality: Re-Thinking Supreme Court Gay Rights Jurisprudence*, 12 L. & SEXUALITY 119, 153, 156 (2003).

59 לעיל ה"ש 5–6 והטקסט שמעליהן.

60 לעיל ה"ש 48 והטקסט שמעליה.

אם כן, דיני לשון הרע נראים מחייבים בחירה בין שתי רעות. האחת: להגדיר את התיוג כלהט"ב כלשון הרע, במחיר של שעתוק ההומופוביה, של שימור סטראוטיפים כלפי להט"בים ושל הדרת זהויות להט"ביות מהשיח הציבורי. האפשרות הרעה השנייה: לקבוע שאין בתיוג כלהט"ב משום לשון הרע, במחיר של הכפפה אפשרית לתפיסה מוגבלת, מדירה ושמרנית של מה שלגיטימי ותקני ביחס למיניות ולמגדר, וכמו כן, בנסיבות מסוימות, במחיר של התכחשות ללהט"בופוביה הקיימת בחברה. הבחירה בין שתי החלופות אינה נתונה בידי מי שעלולים להיפגע ממנה באופן המשמעותי ביותר, אלא בידי בתי המשפט, שעל תפיסותיהם הבעייתיות עומד פרק זה לכל אורכו. לאור מלכוד זה, ייתכן שהמדיניות המשפטית הראויה להתמודדות עם תביעות כאלה אינה לקבוע שהתיוג כלהט"ב אינו לשון הרע. תחת זאת, פרשנות יצירתית ומרחיבה של הלכת שאהה עשויה לבסס תשתית אחרת לדחיית תביעות לשון הרע: ההבנה שהמדיניות המשפטית הרצויה היא הימנעות מלהכריע בשאלה אם התיוג כלהט"ב הוא לשון הרע כהגדרתו בחוק.

### ג. הגנות

חוק איסור לשון הרע מקנה שתי הגנות אפשריות לנתבעים או לנאשמים בפרסום לשון הרע: הגנת תום הלב והגנת אמת הפרסום (הידועה גם כהגנת "אמת דיברתי").<sup>61</sup> ראשית, בנסיבות מסוימות, המפורטות בסעיף 15 לחוק, עשויה לקום הגנה למי שעשה את הפרסום בתום לב.<sup>62</sup> ואכן, באחד המקרים הנוגעים לענייננו – פרשת מלכה – קבע בית המשפט שהגנה זו עומדת לזכות הנתבע. לפי כתב התביעה באותה פרשה, התובע ביקר עם חבריו בסניף של רשת בתי הקפה "ארומה" ב-2005, ולאחר שהזמין ושב למקומו קרא עובד בית הקפה בשמו הפרטי "עמית" כדי שייקח את הזמנתו, ומיד אחר כך קרא בשמו של לקוח אחר, "רונון". צירוף השמות, "עמית" – "רונון", נשמע כמו הכינוי "המתרומם", ולכן הוביל לגיחוכים בבית הקפה. התובע טען כי הוא הומו וכי הסתיר את נטייתו ההומוסקסואלית הן מידידתו ששהתה עמו בבית הקפה והן מהוריו. השופט ארנון דראל, מבית המשפט לתביעות קטנות בירושלים, קבע כי אמנם הביטוי "מתרומם" הוא לשון הרע אך הנתבעת נהנית מהגנת תום הלב, שכן עובד בית הקפה לא ידע על נטייתו המינית של התובע בעת אמירת הדברים.<sup>63</sup> ההגנה השנייה המעוגנת בחוק היא, כאמור, הגנת "אמת דיברתי". לפי סעיף 14 לחוק, "תהא זאת הגנה טובה שהדבר שפורסם היה

61 לדיון ראו שנהר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 187–335. בנוסף, בבואו לקבוע את גובה הפיצויים או לגזור את הדין, מוסמן בית המשפט להקל עם נתבע או נאשם שהתנהגותו או הלך רוחו תאמו את אלה שמתוארים בס' 19 לחוק: חזרה על לשון הרע שכבר נאמרה; שכנוע באמיתות הדברים; היעדר כוונה לקשור את הדברים לנפגע; פרסום התנצלות, תיקון, הכחשה; או ניסיון להפסיק את הפצת הפרסום.

62 נסיבות אלה כוללות, בין היתר: הבעת דעה על אנשים מסוימים (נושאי תפקידים ציבוריים, משתתפים בהליכים מסוימים); הבעת דעה על אדם בנסיבות מסוימות (כשתכליתה ביקורת על יצירה שפרסם או פעולה שעשה בפומבי, או כשמביע הדעה הוא מי שממונה על אותו אדם); או ניסיון להכחיש או לגנות לשון הרע שפורסמה קודם לכן. ס' 16–17 לחוק מפרטים סוגי פרסומים ונסיבות שלגביהן לא יכולה לעמוד הגנת תום הלב.

63 פרשת מלכה, לעיל ה"ש 18, פס' 39, 40, 46, 55, 57, 64. לניתוח ביקורתי של התמודדותו של בית המשפט עם עילות התביעה נוספות בפרשת מלכה ראו להלן הטקסט שמעל ה"ש 107–108.

אמת והיה בפרסום ענין ציבורי".<sup>64</sup> עד כה, בפרשות שעניינן תיוג כלהט"ב, נדחתה טענת "אמת דיברתי" כל אימת שנתבעים ניסו להיעזר בה<sup>65</sup> (כך שלמעשה, פרשת מלכה היא היחידה מבין אלה שבהן אנו דנים שבה התקבלה טענת הגנה כלשהי).

כיצד ניתן להסביר את שתי התופעות הללו – מצד אחד, דחייתה העקבית של הגנת "אמת דיברתי", ומצד שני, קבלת הגנת תום הלב דווקא בפרשת מלכה? פרט להבדלים בנסיבותיהן של הפרשות השונות, מענה אפשרי לשאלה זו הוא ששופטות ושופטים עשויים להניח שכל אדם הוא הטרוסקסואל אלא אם כן "הצהיר" על עצמו מפורשות כהומו או כלסבית. לפי תפיסה שיפוטית זו, להט"בים הם מיעוט מובחן, וזהותם היא סוד שגילוי מוחייב "הצהרה" מפורשת.<sup>66</sup> בהיעדר "הצהרה" כזו, בתי המשפט עשויים לסווג תיוגים שמטילים ספק בהטרוסקסואליות של התובע כשקר (ולכן ידחו טענות "אמת דיברתי"). לעומת זאת, סיכוייהם של תובעים התופסים את עצמם כהומואים או כלסביות לזכות בתביעות לשון הרע עלולים להיות פחותים, שכן ההנחה היא שאין לצפות מהנתבע לדעת שהם אכן מזדהים ככאלה. באופן זה, בתי המשפט חותרים לסמן הטרוסקסואליות והומוסקסואליות כזהויות יציבות, שהגבולות ביניהן איתנים. הסבר זה עולה בקנה אחד עם מחויבותם של בתי המשפט – שדנתי בה מוקדם יותר – להגן על הגבריות ההטרוסקסואלית על ידי מניעת הרושם השגוי שתובעים הם הומואים או נשיים.

נוסף על כך, לפי ההנחה שניתן לסווג כאמת או כשקר התבטאות בנוגע לזהות מינית או מגדרית – הנחה ששותפים לה הן הנתבעים שטוענים "אמת דיברתי" והן בתי המשפט שמסווגים את דברי הנתבעים כשקר חד וחלק – זהויות מיניות או מגדריות הן מצב דו-קוטבי. הנחה זו מתעלמת הן ממצבי ביניים בין הטרוסקסואליות להומוסקסואליות, או בין גבריות לנשיות, והן מהאפשרות לארגן זהויות מיניות ומגדריות סביב הבחנות שאינן הטרו-הומו או גבר-אישה.<sup>67</sup> כמו כן, היא מתעלמת מכך שזהויות מיניות או מגדריות אינן "טבעיות" או ברורות מאליהן, אלא נזילות, מורכבות ובלתי-יציבות.<sup>68</sup> הגישה השיפוטית שתוארה לעיל, שלפיה כל אדם הוא הטרוסקסואל אלא אם הוכחה הומוסקסואליותו, נועדה, אולי, להפחית חרדות מפני נזילותן של זהויות מיניות; שכן, היא מציגה את יציבותה של ההטרוסקסואליות ככלל ואת הערעור עליה כחריג מקומי, נקודתי ומובחן-כביכול, שבו ההומוסקסואליות "מוצהרת" מפורשות. בהקשר זה ראויים לציטוט דבריו הנכוחים של שופט בית המשפט העליון סלים ג'ובראן:

64 עוד מבהיר הסעיף כי "הגנה זו לא תישלל בשל כך בלבד שלא הוכחה אמיתותו של פרט לוואי שאין בו פגיעה של ממש".

65 ת"א (שלום ת"א) 20174/94 אמסלם נ' קליין, בעמ' 6 (פורסם בנבו, 20.6.1995) (להלן: פרשת אמסלם בשלום); פרשת אמסלם במחוזי, לעיל ה"ש 5, פס' 8(ה); פרשת פלוני, לעיל ה"ש 14, פס' 8; פרשת אנדה, לעיל ה"ש 19, פס' 52; פרשת ניקיטיץ-ארנסון, לעיל ה"ש 18, פס' 31; פרשת א', לעיל ה"ש 14, פס' 5. לדיון נוסף ראו ויטרבו, לעיל ה"ש 13, בעמ' 19–21.

66 שלוש דוגמאות לארגונים דו-קוטביים חלופיים של מיניות או מגדר הן: סיסג'נדריות (תחושת הלימה בין המין המולד לזהות המגדרית) לעומת טרנסג'נדריות (תחושת אי-הלימה בין שני אלה); מונוסקסואליות (משיכה לבני מין אחד) לעומת ביסקסואליות (משיכה הן לנשים והן לגברים) או פאנסקסואליות (משיכה ללא הבחנה על בסיס מין או מגדר); ומיניות לעומת א-מיניות.

67 על האופן שבו אי-יציבותן של זהויות מיניות או מגדריות באה לידי ביטוי בהליכי לשון הרע ראו ויטרבו, לעיל ה"ש 13, בעמ' 10, 21–26, 36, 38–39, 49. השוו: חגי קלעי "אלעד רוט לא הומו: התיאוריה הקווירית בפרקטיקה המשפטית" מעשי משפט ד 167, 173 (2011).

"עצם החלוקה לקטגוריות משקפת הנחת מוצא מפלה. [...] פירוק הנחת המוצא כי הקטגוריות הן 'טבעיות' מאפשר לחשוף את השאלה המהותית של אופן עיצוב הקטגוריות. כך, חוקרות פמיניסטיות הצביעו על היות המדע 'האובייקטיבי' הפועל לזהות הברלים ביולוגים בין גברים לנשים מדע מוטה המניח את המבוקש. [...] בדומה, ביקורות דומות עלו סביב אפיון קבוצתי על רקע נטייה מינית. [...] אי טבעיותה ההכרחית של קטגוריה כזו או אחרת [...] משמעותה [...] שהאופן בו זהות מגדרית נתפסת הינו יצירה מלאכותית. משכך, עלינו להיות ערים לאופן שבו אנחנו מכוונים זהויות ותפישות חברתיות".<sup>69</sup>

אכן, כאשר שופטות ושופטים מתייחסים לזהויות מיניות או מגדריות כמצב דו־קוטבי, כאמור, הם עצמם שותפים לכינון הזהויות הללו וההשקפות החברתיות בנוגע אליהן. הם מצטרפים למכלול המנגנונים והכוחות החברתיים המעודדים את היחידים שבאים בשערי בית המשפט להכפיף את עצמם לתפיסה מצמצמת זו. במובן זה, התמודדותם של בתי המשפט עם תביעות לשון הרע בגין תיוג כלהט"ב לא זאת בלבד שהיא פוגעת במי שמשייכים את עצמם לקטגוריה שמערערת על חלוקות דו־קוטביות דומיננטיות, כגון ביסקסואליות או ג'נדרקוויריות;<sup>70</sup> ולא זאת בלבד שהיא פוגעת במי שכלל אינם מעוניינים להשתייך לקטגוריות מוכרות של זהות מינית או מגדרית; אלא היא אף פועלת לתחום ולצמצם את עולם התפיסות, החוויות והמושגים המיניים והמגדריים של הציבור כולו.

#### ד. גובה הפיצויים

סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע מסמיך את בית המשפט לפסוק לתובע עד 50,000 ש"ח ללא הוכחת נזק, ואם לשון הרע פורסמה בכוונה לפגוע, אף עד 100,000 ש"ח ללא הוכחת נזק.<sup>71</sup> בפועל, לאורך מרבית השנים האחרונות, חציון הפיצויים שנפסקו בתביעות לשון הרע (מעבר להקשר המסוים שנדון

69 רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' לילה טוב הפקות, פסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 16.11.2011).

70 לדיון נוסף בנוגע לביסקסואליות ראו Ruth Colker, *A Bisexual Jurisprudence*, 3 L. & SEXUALITY 127 (1993); Kenji Yoshino, *The Epistemic Contract of Bisexual Erasure*, 52 STAN. L. REV. 353 (2000). לדיון נוסף בנוגע לג'נדרקוויריות ראו GENDERQUEER: VOICES FROM BEYOND THE SEXUAL BINARY (Riki Anne Wilchins et al. eds., 2002).

71 סכומים נקובים (נומינליים) אלה צמודים למדר החל מספטמבר 1998, ולפיכך גובהם הממשי (הראלי) כעת הוא כ-70,000 וכ-140,000 ש"ח, בהתאמה. פסקי הדין בפרשות שמחי ואמסלם, שהוזכרו לעיל, ניתנו לפני חקיקת ס' 7 לחוק איסור לשון הרע. בשני המקרים, שופטי בית המשפט המחוזי ביססו את עמדתם על ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555 (1992), וכן על הגדרת לשון הרע בחוק כדבר שפרסומו "עלול" לגרום נזק – להבדיל מפרסום שגורם נזק בפועל.



בפרק זה) נע בין 20,000 לכ-27,500 ש"ח.<sup>72</sup> בתביעות פליליות בגין עברת לשון הרע העונש המרבי הוא שנת מאסר, אם כי ההליך הפלילי היחיד מבין הפרשות שבמוקד דיונו הסתיים בזיכוי.<sup>73</sup> כאשר לביטויים הנוגעים לזהות מינית או מגדרית, טווח הפיצויים שנפסקו רחב ביותר, ונע בין 1,000 ל-150,000 ש"ח לתובע/ת.<sup>74</sup> פרשת אמסלם, נוסף על היותה הידועה מבין הפרשות הנוגעות בענייננו, היא גם זו שבה נפסקו הפיצויים הגבוהים ביותר (150,000 ש"ח). עקב גובהם החריג של פיצויים אלה, היה מי שתיאר אותם כפיצויים עונשיים.<sup>75</sup>

הסברתי לעיל כיצד השופטים מקשרים בין להט"בים ובין השפלה ופגיעה, תוך שהם מדגישים את העלבון הכרוך, לכאורה, בתיוג כלהט"ב. האפשרות לפסוק פיצויים גבוהים בגין שימוש בביטויים כאלה ואחרים – אף בהיעדר ראיות לנזק כלשהו זולת הבושה והעלבון הנטענים, ואף אם הביטוי הנדון לא הכיל התייחסות מפורשת ללהט"ב ונעשה בבדיחות הדעת (כמו בפרשת אמסלם) – מעצים את הקישור האמור בין להט"בים להשפלה. זאת ועוד, הקביעה כי תיוג כלהט"ב הוא לשון הרע המזכה בפיצויים משמעותיים ללא הוכחת נזק עשויה לפעול כתמריץ להגשת תביעות בגין תיוג זה. ואכן, במבחן המציאות, חכיפות הגעתן לבתי המשפט של תביעות לשון הרע שעניינן תיוג כלהט"ב עלתה במידה משמעותית במהלך השנים האחרונות.<sup>76</sup>

- 72 ליתר דיוק, בין השנים 2004 ו-2011, חציון הפיצויים שנפסקו בתביעות לשון הרע נע בין 20,000 ל-27,491 ש"ח, להוציא שנת 2006, שבה חציון הפיצויים היה 34,792 ש"ח. תמר גדרון, רועי אילוז ורועי ריינוזלבר "הפיצויים בלשון הרע – תמונת מצב אמפירית" משפטים מג 483-486 (2013).
- 73 פרשת גלרון הפלילית, לעיל ה"ש 14. תביעתו האזרחית של אותו התובע דווקא התקבלה: פרשת גלרון האזרחית, לעיל ה"ש 21. לפי ס' 6-7 לחוק, פרסום לשון הרע יהיה עוולה אזרחית אם נחשף אליו אדם אחד לפחות זולת הנפגע, ויעלה כדי עברה פלילית אם נחשפו אליו לפחות שניים זולתו ואם הוא פורסם בכוונה לפגוע.
- 74 להלן הפיצויים שנפסקו (כאשר נפסקו) בכל מקרה, מהנמוך לגבוה: פרשת חלימי, לעיל ה"ש 18 (פיצויים בסך 1,000 ש"ח); פרשת שגיא במחוזי, לעיל ה"ש 9 (3,000 ש"ח); פרשת בן-דורי, לעיל ה"ש 18 (5,000 ש"ח); פרשת דמארי, לעיל ה"ש 18 (5,000 ש"ח לכל אחד משלושת התובעים); פרשת פרץ, לעיל ה"ש 18 (8,000 ש"ח לכל אחד משני התובעים); פרשת חזון במחוזי, לעיל ה"ש 4 (10,000 ש"ח); פרשת סופר, לעיל ה"ש 21 (10,000 ש"ח); פרשת רוט, לעיל ה"ש 19 (שלושה תובעים, ששניים מתוכם זכו בפיצויים בסך 10,000 ש"ח כל אחד והשלישי ב-25,000 ש"ח); פרשת א', לעיל ה"ש 14 (כ-13,333 ש"ח לכל אחד משלושת התובעים); פרשת הנזק בפאר, לעיל ה"ש 6 (20,000 ש"ח); פרשת ניקיטין-ארנסון, לעיל ה"ש 18 (25,000 ש"ח); פרשת טנוס, לעיל ה"ש 14 (25,000 ש"ח); פרשת פלונית, לעיל ה"ש 10 (25,000 ש"ח); פרשת בנבנישתי, לעיל ה"ש 21 (30,000 ש"ח); פרשת גלרון האזרחית, לעיל ה"ש 21 (35,000 ש"ח); פרשת אנדה, לעיל ה"ש 19 (50,000 ש"ח לכל אחת משש התובעות); פרשת אפריאט, לעיל ה"ש 19 (50,000 ש"ח); פרשת גולן, לעיל ה"ש 19 (פיצויים בסך 60,000 ש"ח); פרשת אוסדון, לעיל ה"ש 11 (60,000 ש"ח); פרשת פלוני, לעיל ה"ש 14 (75,000 ש"ח); פרשת אמסלם בשלום, לעיל ה"ש 65 (150,000 ש"ח). בפרשת ז' ה' ש', לעיל ה"ש 20, בית המשפט שם את הנזק בגין פרסום לשון הרע בכפיפה אחת עם הנזק בגין כאב וסבל, ופסק עבור שניהם יחדיו 25,000 ש"ח.
- 75 איתן להמן "לשון הרע" העין השביעית 1, 9 (1996). ראו גם יובל קרניאל ועמירם ברקת "הפיצויים בדיני לשון הרע: השם והשמך" עלי משפט ב 205, 206, 216 (2002) (טוענים שהפיצויים הגבוהים שנפסקו בפרשת אמסלם קראו תיגר על מדיניות הפיצוי הנהוגה בבתי המשפט).
- 76 עד 2003 הגיעו התביעות במרווחים של שנתיים-שלוש בין תביעה לתביעה, ואילו משנת 2003 הגיעו קרוב לשלוש תביעות מדי שנה בממוצע (לא כולל ערעורים ומעבר מהליך פלילי להליך אזרחי).

כדי להימנע מתמריץ כזה, יכולים בתי משפט לפסוק פיצויים סמליים. בדרך זו, אפילו לא יידחו תביעות לשון הרע על הסף, יוכלו בתי המשפט להופכן לבלתי-כדאיות. דוגמה לכך, בהקשר אחר, היא פסיקת בית המשפט העליון בעניין בן-גביר. שם נקבע שיש בכינוי התובע "נאצי" במהלך תכנית טלוויזיה משום לשון הרע, אך נפסקו פיצויים בסך שקל אחד בלבד.<sup>77</sup> עם זאת, פסיקת פיצויים סמליים עדיין תותר על כנו את הזיהוי בין להט"בים לבושה, לביזוי ולפגיעה, המשתמע מהקביעה כי תיוג אדם כלהט"ב מוציא את דיבתו רעה.

זיהוין של זהויות מיניות ומגדריות עם ביזוי והשפלה הוא, כאמור, עניין מורכב. בנסיבות מסוימות, זיהוין זה עשוי לאפשר תצורות חברתיות שלא מתאפשרות במסגרת המאבק לזכויות להט"ב. אך כאמור, מורכבות זו אינה מצדיקה את הגדרתו של התיוג כלהט"ב כלשון הרע.<sup>78</sup> האם אכן ניתן לחלץ מדיני לשון הרע פתרון לכך? או שמא הפתרון נמצא במסגרות משפטיות אחרות? אפנה כעת לבחינת שאלות אלה.

### ה. הזיקה בין לשון הרע ובין עילות תביעה חלופיות

ניתן לראות בהליכי לשון הרע שעניינם התבטאויות כגון "מתרומם", "לסבית" או "קוקסינל", כמשקפים תופעות משפטיות וחברתיות רחבות יותר בנוגע למיניות ולמגדר. כך, בין השאר, הצורך להתחקות על האמת של המיניות ושל המגדר בא לידי ביטוי בהקשרים משפטיים וחברתיים נוספים, ואינו ייחודי להליכי לשון הרע.<sup>79</sup> כמו כן, הקישור בין להט"בים ובין בושה והשפלה רווח, גם כיום,

77 רע"א 10520/03 בן-גביר נ' דנקנר (פורסם בנבו, 12.11.2006). מקרה נוסף, מהעת האחרונה, שבו נפסקו פיצויים בסך שקל אחד בגין פרסום לשון הרע הוא ת"א (מחוזי ת"א) 2560/07 יהונתן נ' חממי (פורסם בנבו, 25.8.2013) (עריעור על פסק דין זה תלוי ועומד בפני בית המשפט העליון).

78 לעיל הטקסט שמעל ה"ש 54-58 והטקסט שאחרי ה"ש 60.

79 על העיסוק ב"אמת" של המיניות בהקשרים משפטיים שונים ראו דוגמה, DEREK MCGHEE, HOMOSEXUALITY, LAW AND RESISTANCE 61-87 (2001) (על אודות הליכים להסדרת מעמדם המשפטי של פליטים); עת"מ (מחוזי חי"י) 30605-04-14 סקואשוילי נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 13.5.2014) (שם נקבע כי לגיטימי שמשרד הפנים יפקפק בנטייתיה המיניות של העותרת, ידועה בציבור של אזרחית ישראל, משום שבעבר קיימה קשר עם גבר); ניר קיפניס "מה באמת מעניין את הציבור" גלובס 26.1.2009 (על אודות מרכזיותה של שאלת הזהות המינית האמתית בהליך פלילי שנוגע ביחסים מיניים בין גברים מבוגרים לבין קטין); ת"א (שלום הר') 4097/00 פלוני נ' עיריית תל-אביב יפו (פורסם בנבו, 28.8.2005) (דוגמה למרכזיותה של שאלת האמת של המיניות בתביעה נזיקית). על העיסוק ב"אמת" של המגדר בהקשרים משפטיים שונים ראו לדוגמה אייל גרוס "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" משפטים על אהבה 365 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2006) (על העמדה לדין של טרנסג'נדרים בעברות של "התחזות כאדם אחר" ושל אונס תוך "מירמה לגבי מיהות העושה"); Franklin H. Romeo, *Beyond a Medical Model: Advocating a New Conception of Gender Identity in the Law*, 36 COLUM. HUM. RTS. L. REV. (2005) 713 (על הסוגיה באופן כללי); Alex Sharpe, *Transgender Marriage and the Legal Obligation* (על חיובם של טרנסג'נדרים לגלות לבני זוגם, טרם נישואיהם, את עברם המגדרי); חזקי עזרא "הגבר נחשף", הנישואין בוטלו" ערוץ 7 25.6.2015 (דיווח על החלטת הרבנות לבטל את נישואיו של גבר משנתגלה כי עבר ניתוח לשינוי מין).

במעגלים חברתיים לא מבוטלים.<sup>80</sup> עם זאת, רבות מהבעיות ומהמורכבויות שנדונו עד כה אינן ייחודיות להקשר המסוים של התיוג כלהט"ב, אלא משקפות בעייתיות כללית של דיני לשון הרע. בין השאר, בדיני לשון הרע קיים עניין מיוחד בשאלת האמת: עיקרו של הליך משפטי לבירור תביעת לשון הרע הוא "טיהור" שמו של התובע,<sup>81</sup> ולשם כך בתי המשפט מתפקדים כפורום ממוסד לבדיקה אם יש אמת כלשהי מאחורי העלבון. עניין זה בשאלת אמתות הפרסום אף מעוגן בכמה מסעיפיו של חוק איסור לשון הרע, שבחלקם כבר דנתי.<sup>82</sup> נוסף על מרכזיותה של שאלת האמת, דיני לשון הרע מגויסים להגנה מפני בוושה והשפלה. סיבה עיקרית לכך היא שהערך המרכזי שהם מגנים עליו הוא הכבוד כפי שהוא נתפס על ידי הבריות ושלפיו נקבעת מידת הערכתו של הציבור כלפי האדם.<sup>83</sup> ממחישות זאת היטב הגדרת "לשון הרע" בחוק, בין היתר, כ"דבר שפרסומו עלול [...] להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם",<sup>84</sup> וכן הקביעה בחוק כי פרסום לא ייחשב עוולה או עברה אם לא נחשפו לו אחרים זולת המפרסם והנפגע.<sup>85</sup> ראייה נוספת למחויבותם של דיני לשון הרע להגן על הכבוד כפי שהוא נתפס על ידי הזולת היא האפשרות לפסוק פיצויים גבוהים בגין השפלה, אף בהיעדר נזק אחר (כגון נזק כלכלי או גופני), כפי שהסברתי לעיל.

אם כן, לאור הבעייתיות שמאפיינת את דינים אלה, נדרשת חשיבה על הזיקה האפשרית בין עילת לשון הרע ובין עילות תביעה חלופיות. נושא ספר זה מזמן עיסוק בסוגיה זו בפרט בנוגע לאלימות מילולית כלפי יחידים המזדהים או נתפסים כלהט"בים.<sup>86</sup> מבין עילות התביעה החלופיות שתובענים

- 80 ראו לדוגמה אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה ההומוסקסואלית" המשפט ז 195, 214–216 (2002); MASON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 100–104; Yatar, לעיל ה"ש 58, בעמ' 153.
- 81 גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 52, בעמ' 396. לפי מחקרים שנערכו בארצות-הברית, רוב התובעים בתביעות לשון הרע אכן מעוניינים בעיקר בטיהור שמם, על ידי פרסום תיקון או הכחשה של הפרסום על-אודותיהם. שם, בעמ' 386, 396.
- 82 ס' 14 לחוק איסור לשון הרע (הגנת "אמת דיברתי"); שם, בס' 16 (ב) (חזקה על הנתבע שפעל בחוסר תום לב אם הפרסום לא היה אמת והנתבע לא בירר אם הוא אמת או לא האמין באמתותו); שם, בס' 19 (2) (היות הנתבע משוכנע באמתות הפרסום כשיקול להקלה עמו) ושם, בס' 9 (א) (2) (סעד של פרסום תיקון, קרי, פרסום האמת).
- 83 גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 52, בעמ' 187; Van Vechten Veeder, *The History and Theory of the*; 187; אורית קמיר **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** 29–31 (2004). כמו כן ראו אורית קמיר "כבוד האדם של להט"ב בהקשר התרבותי הישראלי: הצעה פרשנית לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וליסור הטרדה מינית" בספר זה (להלן: קמיר "כבוד אדם של להט"ב"), שם קמיר מזכירה את ההבחנה בין סוגים שונים של כבוד שאותה פיתחה בכתיבתה האקדמית. מבין סוגי הכבוד שסוקרת קמיר, הדרת-כבוד (המקבילה העברית ל-honor) היא הערך המרכזי המוגן על ידי דיני לשון הרע, כפי שהסברתי במקום אחר. ראו ויטרבו, לעיל ה"ש 13, בעמ' 27–29.
- 84 ס' 1 לחוק איסור לשון הרע (ההדגשות הוספו – ה"ר).
- 85 גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 52, בעמ' 117–118, 121–122, 186–187; שנהר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 246–247.
- 86 דוגמה לאלימות מילולית (וגופנית) הומופובית שכזו מן העת האחרונה מתוארת אצל מריה זערור "תביעה: תלמידים התעללו בי בגלל נטייתי המינית" *ynet* – **חדשות** 15.7.2013 [www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4403324,00.html](http://www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4403324,00.html)

כאלה יכולים לפנות אליהן, ארון בקצרה (ובאופן בלתי-ממצה) בשלוש מרכזיות – הטרדה מינית, פגיעה בפרטיות ורשלנות – וכן בעילות נוספות מהדין הפלילי.<sup>87</sup> אמנם עד כה אלימות מילולית כלפי מי שמזדהים או נתפסים כלהט"בים לא הייתה המקרה הטיפוסי לתביעות לשון הרע שעניינן התיוג כלהט"ב; כאמור, מרבית התביעות הללו הוגשו על ידי תובעים שהזדהו, או נתפסו, כהטרסקסואלים. בכך נבדלים הליכים אלה מהליכי לשון הרע שעניינם ביטויים המתייחסים למאפייני זהות אחרים. לדוגמה, במהלך השנים האחרונות הוגשו כמה תביעות לשון הרע בגין כינויים כגון "כושי" או "שחור", אך התובעים היו ממוצא אתיופי או מזרחי. בניגוד למחויבות השיפוטית להגן על גברים הטרסקסואלים מפני התיוג כהומו, התופעה שכנגדה יצאו בתי המשפט במקרים אלה לא הייתה תיוג אדם כשחור, כי אם השימוש באלימות מילולית גזענית כלפי אנשים ממוצא אתיופי או מזרחי.<sup>88</sup>

ההתמודדות עם אלימות מילולית כלפי תובעים המזדהים כלהט"בים במסגרת דיני לשון הרע עלולה לעורר, לצד הבעיות שבהן דנתי עד כה, קושי ספציפי: מכיוון שהתובעים עצמם מצהירים

87 על אודות הזיקה בין לשון הרע לבין עילות תביעה אלה ואחרות ראו: שנהר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 165 – 184. ראו גם תמר גדרון "פרסום מידע פרטי: בחינה יישומית של הזכות לפרטיות במבט השוואתי" עלי משפט ח 133, 137, 188, 190, 197, 199, 209, 211, 212 (2010); גדרון, אילוז ורייזילבר, לעיל ה"ש 72, בעמ' 468, 510. לדיון כללי בפוטנציאל השימוש בדיני נזיקין לשם הגנה על קבוצות מוחלשות בחברה, השוו: יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני נזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" משפטים לח 1 (2008). חלק קטן מהפרשות הנוגעות לענייננו התבססו על עילות תביעה שונות מאלה שארון בהן להלן. ראו לדוגמה: פרשת אפריאט, לעיל ה"ש 19, פס' 27 (שהתבססה, נוסף על עילות לשון הרע והפגיעה בפרטיות, גם על העילות של פגיעה בקניין ועשיית עושר שלא במשפט).

88 תביעות לשון הרע של תובעים ממוצא אתיופי שהתקבלו הן: ת"א (שלום י-ם) 7878/05 צגאי נ' אבשלום (פורסם בנבו, 11.1.2007) (תביעה בגין הכינוי "כושי"; נפסקו פיצויים בסך 15,000); ע"א (מחוזי י-ם) 9082/07 צגאי נ' אבשלום (פורסם בנבו, 2.3.2008) (הגדלת סכום הפיצויים ל-30,000 ש"ח); תא"מ (שלום י-ם) 7047/09 אסנקה נ' אגודת שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 31.5.2010) (תביעה בגין אמירה שנאמרה למאבטח, "אתה צריך לשתות חלב ואז תהיה לבן כמוני ותוכל לבדוק אותי"; נפסקו פיצויים בסך 10,000 ש"ח); תא"מ (שלום ת"א) 6833-10-12 טפרה נ' יוסף (פורסם בנבו, 26.12.2013) (תביעה בגין הכינוי "אתיופי מסריח"; נפסקו פיצויים בסך 35,000 ש"ח). תביעת לשון הרע של תובעת ממוצא מזרחי שהתקבלה היא ת"א (שלום ת"א-יפו) 11138/05 שלו נ' שפע (פורסם בנבו, 6.11.2006) (תביעה בגין הביטויים "את כתם שחור", "את אשה שחורה ונחותה" ו"אני לבן ואת שחורה, אני אזיין אותך"). לתיאור תביעה שהסתיימה בפשרה ראו אלי סניור "טען 'הנהגה קרא לי כושי מסריח' – אגד תפצה" ynet – חדשות 2.2.2009 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3665564,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3665564,00.html) (הסכם גישור שלפיו חברת אוטובוס תפצה נוסע ממוצא אתיופי ב-10,000 ש"ח לאחר שנהג כינה אותו "כושי מסריח"). לתביעה שנדחתה ראו ת"ק (שלום ת"א) 2136-05-10 קנדה נ' יונתן (פורסם בנבו, 21.10.2010) ורת"ק (מחוזי ת"א) 11291-11-10 קנדה נ' יונתן (פורסם בנבו, 8.11.2010) (נקבע כי כינויו של מאבטח אתיופי "כושי" הוא בבחינת "זוטי דברים", מכיוון שנאמר בעידנא דריתחא). להליכים רלוונטיים שעסקו בתיוג כ"כושי" שלא במסגרת דיני לשון הרע ראו בג"ץ 6466/10 ימר נ' הרמטכ"ל, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 30.6.2011) (קביעה שהכינוי "כושי" כלפי חייל ממוצא אתיופי הוא "התבטאות חמורה, שמקומה לא יכרנה בחברה הישראלית... חמורה בשל אופייה הפוגע והגזעני"); ס"ע (אזורי ת"א) 563-06-10 אווקה נ' בן עמי שאול גינן והשקיה בע"מ (פורסם בנבו, 18.12.2012) (קביעה שעובד ממוצא אתיופי שמעסיקו כינה אותו "כושי" זכאי להתפטר בדין מפורטר); תע"א (אזורי י-ם) 1102/10 פרנוס נ' אל-בן בע"מ (פורסם בנבו, 23.3.2011) (דחיית טענותיה של עובדת ממוצא אתיופית שמעסיקה כינתה אותה "כושית", בשל היעדר תשתית ראיתית).

שתיגום כלהט"בים תואם את זהותם ה"אמתית", עשויים הנתבעים לטעון, בנסיבות מסוימות, טענת "אמת דיברתי" הבעייתית.

## 1. הטרדה מינית

זכור, הגדרת המונח "לשון הרע" בחוק כוללת השפלה או ביזוי, בין השאר על רקע מין או נטייה מינית. בדומה לכך, הטרדה מינית מוגדרת על פי חוק ככוללת, בין היתר, "התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית".<sup>89</sup> בשנת 2012 אף קבעה השופטת דורית פיינשטיין, מבית משפט השלום בירושלים, שהפליה מחמת נטייה מינית היא הטרדה מינית כהגדרתה בחוק<sup>90</sup> – ופסיקה זו מבהירה שדיני הטרדה המינית יכולים להעניק למי שמזדהים כלהט"בים הגנה משפטית רחבה הרבה יותר מזו שדיני לשון הרע יכולים להעניק להם. כמו לשון הרע, הטרדה מינית יכולה לזכות בפיצויים ללא הוכחת נזק, אם כי בשונה מדיני לשון הרע (שם הפיצוי המרבי ללא הוכחת נזק הוא 100,000 ש"ח), כאן הפיצוי המרבי הוא 50,000 ש"ח.<sup>91</sup> פרשת פרץ ממחישה את הקשר בין שתי עילות התביעה הללו בנסיבות של אלימות מילולית כלפי מי שמזדהים או נתפסים כלהט"בים. באותו מקרה הגישו בני זוג הומואים תביעת לשון הרע והטרדה מינית נגד חברת התחבורה הציבורית "דן" ונגד אחד מנהגיה, בעקבות התבטאויות הומופוביות של הנהג כלפיהם במהלך נסיעתם עמו. במהלך המשפט הציגו התובעים הקלטה של חלק מדברי הנהג, שממנה עולה כי אמר להם: "הומואים זו מחלה" ו"אתה מסכן, אני באמת מרחם עליכם. זו מחלה מה שאתה עושה, זה מחלה". בשנת 2012, השופט אדי לכנר, מבית המשפט לתביעות קטנות בתל-אביב, קיבל את תביעתם וקבע כי "התנהגות הנהג [...] עולה כדי ביזוי והשפלה על רקע נטייה מינית".<sup>92</sup> אם כן, להבדיל מרובן המכריע של תביעות לשון הרע הנוגעות לענייננו, תביעה זו נסבה לא על עצם תיגום של התובעים כהומואים, כי אם על האלימות המילולית שהופנתה כלפיהם מרגע שנתפסו ככאלה. בהתאם לכך, בפסק הדין, העלבון וההשפלה נקשרו לא להומוסקסואליות, אלא להומופוביה כלפי מי שמגדירים את עצמם כהומואים. עוד בשונה ממרבית פסקי הדין שבמוקד דיוננו, פסק דין זה כולו נסב על החוק למניעת הטרדה מינית ועל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מסיבות עלומות, עובדת היותה של לשון הרע אחת מעילות התביעה אינה מוזכרת בפסק הדין אלא בחטף. כך, במקרה זה, נמנעים לא רק הקישור בין הומוסקסואליות לבושה, אלא גם מאפיינים אחרים של דיני לשון הרע, כגון העיסוק בשאלת זהותם המינית או המגדרית ה"אמתית" של התובעים במסגרת טענת "אמת דיברתי".

89 ס' 3(א) (5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. החוק מבהיר שם, בס' 2: "התייחסות" – בכתב, בעל פה, באמצעות מוצג חזותי או שמיעתי, לרבות באמצעות מחשב או חומר מחשב, או בהתנהגות". לדיון נוסף בחוק זה ראו גם קמיר "כבוד אדם של להט"ב", לעיל ה"ש 83; תמר גדרון וחיים אברהם "דיבור שטנה וקהילת הלהט"ב" בספר זה.

90 ת"א (שלום-ים) 5901-09 יעקובוביץ' נ' בית הארחה וגן אירועים יד השמונה (פורסם בנבו, 3.9.2012). התביעה הוגשה בהתאם לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, כנגד בעליו של אולם אירועים שסירב לערוך את מסיבת החתונה של התובעות בשל היותן לסביות. ערעור על פסק הדין נדחה: ע"א (מחוזי-ים) 5116-11-12 בית הארחה וגן אירועים יד השמונה נ' יעקובוביץ' (פורסם בנבו, 17.6.2014).

91 ס' 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית.

92 פרשת פרץ, לעיל ה"ש 18.

בניגוד לכך, לו היה בית המשפט קובע שעצם התיוג כהומו הוא הטרדה מינית, היה בכך כדי לשעתק את הזיהוי בין הומוסקסואליות להשפלה, לבושה ולפגיעה, בדומה למתרחש בדיני לשון הרע. פסקי דין מן העת האחרונה חושפים חוסר עקביות שיפוטית בנוגע לסוגיה זו. לפי פסק דין משנת 2011 (שהוזכר מוקדם יותר) של השופט אילן איטת, מבית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב, ניסיון להקניט אדם באמצעות הביטוי "הומו" אינו הטרדה מינית.<sup>93</sup> אך לפי פסק דין משנת 2013 של השופט אדי לכנר, מבית המשפט לתביעות קטנות בתל-אביב, כינויו של אדם "הומו" הוא הטרדה מינית.<sup>94</sup> אי-עקביות זו מצביעה על היעדר הבחנה בין הומופוביה פוגענית, שאותה אכן יש לגנות גינוי גורף, לבין תיוגו של אדם כלהט"ב, שכשלעצמו אינו מצדיק התערבות משפטית.

## 2. פגיעה בפרטיות

מבין מכלול תביעות לשון הרע שעניינן התיוג כלהט"ב, מרבית התביעות שהוגשו על ידי מי שהזדהה (או שעשוי היה להיתפס) כהומו התבססו גם על עילת הפגיעה בפרטיות.<sup>95</sup> בניגוד לכך, רק מיעוט מהתובעים שהזדהו כהטרסקסואלים כרכו בין שתי העילות הללו.<sup>96</sup> במילים אחרות, עד כה, כשהתובע הזדהה או נתפס כהומו, היה סיכוי גדול יותר שתביעתו תכרוך את שתי העילות. ניסיון העבר מלמד שזהותם המינית של התובעים בתביעות כאלה השפיעה גם על האופן שבו הוגדרה, במסגרת ההליכים המשפטיים, הפגיעה הנטענת בפרטיותם.<sup>97</sup> סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות"), מפרט כמה קטגוריות של "פגיעה בפרטיות", וביניהן "פרסום תצלום של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו" (סעיף 2(4) לחוק) ו"פרסום של עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, [...] או להתנהגות ברשות היחיד" (סעיף 2(11) לחוק).<sup>98</sup> בהליכים הנוגעים לענייננו, תובעים שהזדהו כהטרסקסואלים נטו לשייך את הפגיעה הנטענת בפרטיותם לקטגוריה הראשונה (פרסום תצלום בנסיבות שעלולות להשפיל);<sup>99</sup> לעומת זאת, תובעים שהזדהו כהומואים שייכו את הפגיעה בהם לקטגוריה השנייה (פרסום עניין הנוגע לצנעת הפרט), אף כאשר הפרסום הנדון היה תצלום.<sup>100</sup>

93 פרשת סלינקו, לעיל ה"ש 46, פס' 18.

94 ת"ק (ת"ק ת"א) 43769-10-12 עמית נ' הנביאים אחד שתיים בע"מ (פורסם בנבו, 8.5.2013).

95 פרשת מלכה, לעיל ה"ש 18, פס' 27, 44-46; פרשת אפריאט, לעיל ה"ש 19, פס' 7, 27-28, 35-60, 66-

67 (בפסק דין זה, לאחר שקיבל השופט את טענת הפגיעה בפרטיות, הוסיף שהדבר מיתר דיון בעילות התביעה האחרות, ובכללן עילת לשון הרע). ראו גם פרשת אדלמן, לעיל ה"ש 9, פס' 29-37 (שם ייתכן שבית המשפט הניח שהתובעים להט"בים, עקב היותם "מלכות דראג").

96 פרשת האחריות בפאר, לעיל ה"ש 6, פס' 6, 9-10; פרשת ז' ה' ש', לעיל ה"ש 20, פס' 25; פרשת פלוני, לעיל ה"ש 14, פס' 1, 4; פרשת רוט, לעיל ה"ש 19, פס' 1, 3-4, 9, 12.

97 זאת, כל עוד פסק הדין הבהיר לאיזו קטגוריה של פגיעה בפרטיות, כהגדרתה בחוק, שויכו נסיבותיהם. שני מקרים שבהם לא הובהרה סוגיה זו (ושבשניהם נדחתה עילת התביעה של פגיעה בפרטיות) הם: פרשת פלוני, לעיל ה"ש 14, פס' 4; פרשת אדלמן, לעיל ה"ש 9, פס' 29-30.

98 עוד עשוי להיות רלוונטי לדיון הנוכחי ס' 2(3) לחוק להגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 המתייחס ל"צילום אדם כשהוא ברשות היחיד". יש לציין כי בדומה ללשון הרע, פגיעה בפרטיות יכולה לזכות בפיצויים ללא הוכחת נזק עד סכום של 50,000 ש"ח, או 100,000 ש"ח בהתקיימה של כוונה לפגוע. שם, בס' 29א.

99 פרשת האחריות בפאר, לעיל ה"ש 6, פס' 9; פרשת רוט, לעיל ה"ש 19, פס' 9. בפרשת ז' ה' ש', לעיל ה"ש 20, פס' 25, דחה בית המשפט את הסתמכותו של התובע, אשר הזדהה כהטרסקסואל, על הקטגוריה

בשני מקרים, סמכו בתי המשפט את ידיהם על הבחנה זו בקול צלול וברור. הראשון מביניהם הוא פרשת אפריאט. באותו מקרה, בשנת 2004, פרסם העיתון "ידיעות אחרונות" את תמונתו של התובע, המופיע כשהוא לבוש מדי צבא ואוחז בידו את דגל הגאווה במצעד הגאווה בירושלים. לאחר פרסום התמונה ביקש התובע מהעיתון שלא ישתמש בה שוב, אך חרף זאת, הופיעה התמונה פעמיים נוספות בכתבות על אודות הומואים וצה"ל. בתביעתו, לא הלין אפריאט על הפרסום הראשון, אך טען שהפרסומים השני והשלישי חשפו את נטייתו ההומוסקסואלית, ושמסוּם כך יש בהם משום לשון הרע ופגיעה בפרטיותו. בשנת 2008, שופט בית משפט השלום בירושלים ארנון דראל קיבל את התביעה ביחס לפגיעה בפרטיות, וקבע שהדבר מייתר את הדיון בעילת לשון הרע. בפסק דינו ציין השופט דראל כי "אין תחולה במקרה זה לסעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות", הנוגע, כזכור, לפרסום תצלום ברבים בנסיבות משפילות. מנגד, הבהיר כי "מסקנה זו אינה מביאה לכך שתישלל קיומה של פגיעה בפרטיות, שכן [...] חשיפת נטיותיו המיניות של התובע [...] מהווה פגיעה בפרטיות ובאנונימיות מכוח [...] סעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות", הנוגע, כאמור, לפרסום עניין הנוגע לצנעת הפרט. בהתאם לכך, אמנם נקבע שפרסום התמונה בניגוד להתנגדותו של התובע גרם לו "עוגמת נפש לא מבוטלת", אך עגמת נפש זו לא הומשגה במונחים של עלבון או השפלה.<sup>101</sup> אם כן, אף שבפרסום הנדון הופיעה תמונה שצולמה ברבים, בית המשפט התנגד לשימוש בסעיף החוק הנוגע לפרסום תצלום ברבים, ועקב כך תיוגו כהומו של תובע שאכן הזדהה כהומו לא הוצג כמשפיל או מבזה.

המקרה השני הוא פרשת רוט, שבה הוגשה תביעה נגד המגזין "טיים אאוט" לאחר שזה פרסם, במסגרת מדור בנושא אירועי תרבות המיועדים ל"קהילת" הלהט"בים, תמונה ובה מופיעים שלושת התובעים במהלך מסיבה "רגילה" (כהגדרתה בפסק הדין). בכתב התביעה נטען כי "התובעים אינם חלק מהקהילה המוזכרת בכתבה", וכי הפרסום גרם ל"חשיפתם של התובעים לאלפי קוראים [...] כמי שקשורים למערך ולסצנת המסיבות של הקהילה ההומו-לסבית".<sup>102</sup> בשנת 2011 נתקבלה התביעה על ידי שופטת בית משפט השלום בתל-אביב אביגיל כהן, הן בנוגע לעילת לשון הרע והן בנוגע לפגיעה בפרטיות. בפסק דינה שייכה השופטת כהן את הפגיעה הנתענת בפרטיות לסעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות, והוסיפה כי "פרסום תמונה [של התובעים...] בכתבה בנושא שאין להם כל קשר אליו [...] עשוי לבזותם או להשפילם".<sup>103</sup> אם כן, בעוד שבפרשת רוט המשיג בית המשפט את פרסום תצלומם

השנייה (פרסום עניין הנוגע לצנעת הפרט), וקבע: "סעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות מגן על צנעת הפרט של אדם בכל הנוגע לנטיותיו המיניות [...] ואולם מדובר בפרסום לגבי נטיותיו המיניות האמיתיות [...] ולא בפרסום שקרי בדבר נטיות אלה".

100 פרשת מלכה, לעיל ה"ש 18, פס' 44; פרשת אפריאט, לעיל ה"ש 19, פס' 37-38.

101 פרשת אפריאט, לעיל ה"ש 19.

102 עמ' 2 לכתב התביעה בת"א (שלום ת"א) 165592/09 רוט נ' טיים אאוט (מגזין) ישראל (לא פורסם, 2009).

103 פרשת רוט, לעיל ה"ש 19, פס' 9(ג). לדיון ביקורתי בפסק דין זה ראו הדי ויטרבו "לשון הרע והומואים אמיתיים" העוקץ 24.1.2011 www.haokets.org/2011/01/24/%D7%9C%D7%A9%D7%95%D7%9F-24.1.2011%D7%94%D7%A8%D7%A2-%D7%95%D7%94%D7%95%D7%9E%D7%95%D7%90%D7%94%D7%90%D7%9E%D7%99%D7%AA%D7%99%D7%99%D7%9D/קלעי, לעיל ה"ש 68.

של תובעים שהזדהו כהטרסקסואלים במושגים של ביזוי והשפלה, בפרשת אפריאט סירב בית המשפט לאפיין כך את פרסום תצלומי של תובע שהזדהה כהומו.

דנתי לעיל בניסיון המשפטי להבחין בין הטרסקסואלים לבין מי שאינם "באמת" כאלה. הסברתי כי תיוגם של הראשונים כלהט"בים מאופיין כמשפיל ומבזה, בין השאר, מכיוון שתיוג זה "אינו נכון". הדוגמאות שלעיל מצביעות על כך שמגמה זו מאפיינת גם את ההתמודדות עם התיוג כלהט"ב במסגרת דיני הגנת הפרטיות, אף אם באופן פחות גלוי ובוולט מאשר בנוגע ללשון הרע. כאשר התובע מזדהה כהטרסקסואל, הפגיעה בפרטיותו מזהה עם העלבון והבושה שתיוג "כוזב" זה גרם לו, לכאורה. ואילו כשתובעים מזדהים כלהט"בים, מובן מאליו, לכאורה, כי יש אמת בתיוג, ולכן הדגש עובר למקום אחר: צנעת הפרט.

בפרק העוסק בפרטיות בספר זה, טוען מיכאל בירנהק כי מבחינה פורמלית, הנגדה – ובמשתמע, הייררכיה – בין הטרסקסואלים למי שאינם הטרסקסואלים אינן הכרחיות לצורך ביסוס טענות של פגיעה בפרטיות, או לצורך הכרעה בטענות אלה.<sup>104</sup> התייחסות מקיפה לכך חורגת מגבולות פרק זה, ואף מחייבת דיון רחב יותר במהותו של המשפט ובאופני פעולתו. עם זאת, יחסם השונה של בתי המשפט לתובעים בהתאם לנטייתם המינית המוצהרת, כפי שתואר לעיל, מעיד על ההטרונורמטיביות והמהותנות שמאפיינות, במבחן התוצאה, את העיסוק בתיוג כלהט"ב באמצעות דיני הפרטיות.

### 3. רשלנות

לצד הטרדה מינית ופגיעה בפרטיות, עוולת מסגרת שעשויה לעמוד לרשות מי שהזדהו או נתפסו כלהט"בים היא עוולת הרשלנות.<sup>105</sup> ואולם זכאות לפיצוי בגין נזקים בעקבות רשלנות, ובכללם נזקים לא-ממוניים, מותנית בכך שבית המשפט יקבע שהייתה על הנתבע/ת חובה לצפות את התרחשותם של נזקים כאלה עקב ההתנהגות הרשלנית.<sup>106</sup> ייתכן שהדבר יקשה על מי שמזדהים כלהט"בים ומגישים תביעות בגין התבטאויות מסוימות, שכן הם עלולים להידרש להוכיח שהיה על הנתבע/ת לדעת על זהותם המינית או המגדרית ה"אמתית".

ממחישה זאת פרשת מלכה. שם, כזכור, הוגשה תביעת לשון הרע נגד בית קפה שאחד מעובדיו קרא בשני שמות שצירופם נשמע כמו הכינוי "המתרומם". שופט בית המשפט לתביעות קטנות בירושלים ארנון דראל דחה את התביעה, וקבע כי אף שיש בביטוי "מתרומם" משום לשון הרע, עובדי בית הקפה לא יכולים היו לדעת על נטייתו ההומוסקסואלית של התובע. כאמור, פסק דין זה מייצג ניסיון שיפוטי לבצר את ההבחנה בין הטרסקסואליות, שמוצגת כברירת המחדל, לבין הומוסקסואליות, שמזוהה עם מיעוט מובחן ומתוארת כמידע סודי המחייב "הצהרה" מפורשת. תביעה זו התבססה גם על שלוש העילות שבהן דנתי לעיל – רשלנות, הטרדה מינית ופגיעה בפרטיות – וגם עילות אלה נדחו על

104 מיכאל בירנהק "מעגלים של פרטיות" בספר זה; השווה גדרון, לעיל ה"ש 87, בעמ' 208 (הטוענת כי "שימוש בחוק הגנת הפרטיות" מאפשר "להימנע ממיקוד הדיון בשאלת האמת בפרסום", ומוסיפה שחוק זה הוא "אכסניה נאותה ובטוחה יותר כשהעדפות הציבור במקרה רלוונטי אינן צפויות מראש והקביעה שהפרסום ייחשב כהוצאת שם רע אינה ודאית", "למשל כמו במקרים המדברים על נטיות מיניות").

105 עוולה זו מוגדרת בס' 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968. לדיון בזיקה בין עוולת לשון הרע לעוולת הרשלנות ראו תמר גדרון "לשון הרע – עוולת רשלנות?" המשפט ד 219 (1998).

106 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גוררון, פ"ד לט(1) 113, 142 (1985).



בסיס אותו היגיון בעייתי. כך, באשר לעילת הרשלנות, קבע השופט דראל כי "הנתבעת לא הייתה יכולה ולא הייתה צריכה לצפות, כי צירוף אקראי כזה או אחר של שני שמות שנקראים ברצף עלול ליצור ביטוי שיכול לפגוע באחד הנוכחים בבית הקפה". באשר להטרדה המינית הנטענת, גרס השופט דראל כי "לא ניתן לראות [...] בהשמעת הביטוי 'מתרומם' כלפי אדם, שבאותו שלב אף אחד אינו בהכרח ער לכך שהוא בעל נטיות הומוסקסואליות, [...] כיוצרת פגיעה ממשית ברגשותיו". ואילו לגבי הפגיעה הנטענת בפרטיות קבע: "ספק בעיני האם מדובר היה בפרסום עניין הנוגע לחייו האישיים של התובע שכן המפרסם כלל לא ידע על כך שהתובע הוא בעל נטיות הומוסקסואליות", והוסיף כי בכל מקרה קמה הגנת תום הלב, שכן "הפוגע לא ידע ולא היה עליו לדעת על אפשרות הפגיעה בפרטיות".<sup>107</sup> זוהי דוגמה נוספת לכך שפנייתם של מי שמזדהים כלהט"בים לאפיקים משפטיים זולת לשון הרע לא תמנע בהכרח קשיים דומים לאלה שצצים במסגרת הליכי לשון הרע (אם כי אין בכך כדי לטעון שעל בית המשפט היה לקבל את התביעה).

מוקדם יותר הוסבר כי כאשר תובעים מזדהים בפני בית המשפט כלהט"בים, הדבר עשוי להוביל לקבלתה של טענת ההגנה "אמת דיברתי" (אם טענה זו נטענה על ידי הנתבעים). כעת נראה כי במקרים כאלה גם טענת ההגנה השנייה הקבועה בחוק איסור לשון הרע – טענת תום הלב – עשויה להתקבל. הדבר עשוי להשליך, בנסיבות מסוימות, על עצם האפשרות להשתמש ברשלנות כעילת תביעה חלופית. שכן, בפסיקה נקבע כי כאשר על ההתבטאות הנדונה חלה אחת מההגנות שבחוק איסור לשון הרע, בית המשפט ייטה לסרב להסתמכות התובע/ת על עוולת מסגרת (כגון עוולת הרשלנות), וזאת כדי למנוע עקיפה של ההגנות הללו.<sup>108</sup>

#### 4. עילות חלופיות במישור הפלילי

עד כה, רק אחד מהליכי לשון הרע בגין התיוג כלהט"ב היה הליך פלילי, והוא הסתיים בזיכוי.<sup>109</sup> עם זאת, מבחינה עקרונית, שתי עילות חלופיות שעשויות להוות בסיס להעמדה לדין בגין אלימות מילולית כלפי מי שמזדהים או נתפסים כלהט"בים הן עברה ממניע של עוינות כלפי ציבור והסתה לאלימות.<sup>110</sup> בנוסף, במקרים של אלימות מילולית להט"בופובית חוזרת ונשנית כלפי אדם, יכולים בתי המשפט להוציא צו מניעת הטרדה מאיימת, שיוורה למי שנוקט אלימות זו כלפי אותו אדם להימנע מכך – וזאת מכוח חוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב–2001. חוק זה מגדיר "הטרדה מאיימת", בין היתר, כהטרדה "בנסיבות הנותנות בסיס סביר להניח כי המטרד [...] עלול לשוב ולפגוע בשלוות חייו [...] של האדם", ומוסיף כי "הטרדה מאיימת כלפי אדם יכול שתהא [...] בפגיעה [...] בשמו הטוב".<sup>111</sup> התייחסות זו לפגיעה בשם הטוב מבטאת מפורשות את הזיקה האפשרית בין הטרדה מאיימת ללשון הרע. גם כאן, מכיוון שפגיעה בשם הטוב נתפסת במשפט כעניין של השפלה ובושה, לשון החוק עלולה לזמן קישור משפטי בין עצם התיוג כלהט"ב ובין השפלה ובושה.

107 פרשת מלכה, לעיל ה"ש 18, פס' 45–46, 51–52, 58.

108 שנהר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 174. דוגמאות מהעת האחרונה לפסקי דין שפסעו בנתיב זה ניתן למצוא בת"א (מחוזי מר') 20528-01-12 הרפז נ' מרחב (מ.ג.פ.), פס' 15–16 (פורסם בנבו, 27.4.2012).

109 לעיל ה"ש 73 והטקסט שמעליה.

110 ס' 1144, 2144 לחוק העונשין, התשל"ז–1977. לדיון בעילות אלו ראו גדרון ואברהם, לעיל ה"ש 89.

111 ס' 2 לחוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב–2001.

## 1. סיכום

סוגיית התיוג כלהט"ב נתונה לעיסוק משפטי נרחב מזה למעלה משני עשורים. בין השאר קבעו בתי המשפט כי התיוג כהומו, כלסבית, כ"קוקסינל" או כ"ליידי בוי" עולה כדי לשון הרע. פרק זה בחן את החקיקה והפסיקה שמשמשות, או יכולות לשמש, להתמודדות עם ביטויים מעין אלה. התמודדותו של המשפט עם התיוג כלהט"ב מתאפיינת בבעייתיות מטרידה. בין היתר, הליכים לבירור תביעות לשון הרע בגין תיוג זה משעתקים, בכמה אופנים, את הקישור בין להט"בים לבין בושה, השפלה וביזוי. קישור משפטי זה עלול להתפרש כמתן לגיטימציה להשקפות ולפרקטיקות הטרונורמטיביות ואף להט"בופוביות. כמו כן, בהליכים אלה נחשפת מחויבות מהותנית עזה, מצד בתי המשפט, להגן מפני "סכנת" זיהויים של הטרוסקסואלים (בעיקר גברים הטרוסקסואלים) כהומואים (או כנשיים).

על רקע בעייתיות זו, נבדקו בפרק זה אדנים שונים, מדיני לשון הרע, שעל בסיסם ניתן לדחות תביעות בגין התיוג כלהט"ב: פרשנותו של "האדם הסביר" לאור נסיבות המקרה, היותו של התיוג "מעשה של מה בכך", שיקולי מדיניות שיפוטית, וכן הגנות שקמות לנתבע/ת (הגנת תום הלב או הגנת "אמת דיברתי"). עם זאת, השימוש בכלים משפטיים אלה אינו חף מקשיים – בין מכיוון שדווקא ביזוי, בושה והשפלה עשויים לפתוח פתח לאפשרויות חברתיות ותרבותיות אלטרנטיביות, ולעתים רדיקליות, של מיניות ושל מגדר; בין משום שבנסיבות מסוימות, דחיית התביעה עלולה להתפרש כהתכחשות ללהט"בופוביה שקיימת בחברה; ובין מפאת בעיות הנוגעות להגנות שעומדות לרשות הנתבע. לחלופין, אף אם בית המשפט מקבל תביעת לשון הרע בגין התיוג כלהט"ב, באפשרותו לפסוק פיצויים סמליים בלבד. אך גם זו אפשרות בעייתית, שכן היא משמרת את הגדרת התיוג הזה כלשון הרע. נוכח מלכוד זה – הנובע במידה רבה מבעייתיות רחבה יותר של דיני לשון הרע – הפרק דן בזיקה בין לשון הרע לבין כמה עילות תביעה חלופיות, בפרט במקרי אלימות מילולית כלפי מי שמזדהים או נתפסים כלהט"בים. מצד אחד נטען כי העילה החלופית של הטרדה מינית עשויה להעניק לתובעים כאלה הגנה משפטית רחבה יותר מאשר דיני לשון הרע. מצד שני הוסבר בהרחבה שעילה זו, וכמותה גם עילות הפגיעה בפרטיות והרשלנות, אינן חסינות מפני קשיים דומים לאלה שמתעוררים במסגרת דיני לשון הרע.