

## על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על "רגשות"? על הגנה על רגשות במשפט הישראלי ומה שעומד מאחוריה

מושג ה"פגיעה ברגשות", כמו גם מושג ה"הגנה על רגשות" המקביל לו, הם מן החידתיים והמסקרנים ביותר במשפט הישראלי. מעבר לעמימות הרבה אשר אופפת מושגים אלה – שהרי לעיתים קרובות אין זה ברור מהו טיבה של הפגיעה המדוברת וברגשות של מי מדובר, העיסוק המשפטי ברגשות הוא חריג במובנים רבים. מבחינה רטורית, שיח על רגשות הוא ככלל "זר" למשפט, אשר דומה שאינו מרבה לדבר על רגשות או לעסוק בהם. מבחינה מהותית, גם כאשר המשפט עוסק ברגשות ניכרת זהירות ואף חשדנות ביחסו כלפיהם. כך, במשפט הפרטי ובפרט בדיני הנזיקין הייתה קיימת בעבר (ובמידה רבה גם כיום) רתיעה ממתן פיצוי בשל נזק שכל עניינו הוא פגיעה רגשית. גם במשפט הציבורי, על פי ההלכה הפסוקה, רק במקרים חריגים ויוצאי דופן האינטרס בהגנה על רגשות יצדיק הגבלה של זכות חוקתית. יתרה מכך, ככלל, מקובל לייחס חשיבות לכך שהמשפט יופעל בצורה אובייקטיבית וברורה, בעוד שרגשות נתפסים לעיתים קרובות כסובייקטיביים, עמומים ואף "בלתי-רציונליים". סוגיית ההגנה על רגשות הופכת למעניינת ומורכבת עוד יותר לאור העובדה שלמרות האמור, לשיח על רגשות, ובכלל זה למושג הפגיעה ברגשות, ישנו מקום חשוב וכולט במשפט הישראלי. כמה מפסקי הדין המרכזיים במשפט הפרטי והציבורי עוסקים בסוגיות הקשורות לפגיעה ברגשות. כמו כן, על אף הגישה הזהירה כלפי רגשות, בהקשרים מסוימים רגשות זכו בכל זאת להגנה משפטית בפסיקה ובחקיקה. במאמר זה אבקש להסיר את העמימות סביב סוגיית ההגנה על רגשות במשפט הישראלי, באמצעות התחקות אחר המשמעות, או המשמעויות השונות, של מושג הפגיעה ברגשות, בהקשרים השונים שבהם הוא נדון במשפט הישראלי. כמו

\* עורכת דין ותלמידה לתואר שני בחוג לפילוסופיה באוניברסיטת תל-אביב. מאמר זה נולד במסגרת "עת לכתוב – סדנת כתיבה על שם מישל הלפרין ז"ל" של הקתדרה לזכויות אדם על שם אמיל זולא. תודתי נתונה למופקדת הקתדרה פרופ' ארנה בן-נפתלי, למנחה הסדנה ד"ר אבינעם כהן וכן לד"ר נילי קרקו אייל על הערותיה למאמר. אבקש להודות לעורכי "משפט, חברה ותרבות" פרופ' אסף לחובסקי, פרופ' אורית רוזין ופרופ' יורם שחר וכן לעורך המשנה יונתן חסדאי ולחברי המערכת על הערותיהם המועילות ועל הסיוע בחידוד הטיעון במאמר. תודותי נתונות עוד לרועי ששון, יאנה רבינוביץ' ונריה כהן על הערותיהם המצוינות ועל תמיכתם. תודה מיוחדת לכב' שופט בית המשפט העליון בדימוס, פרופ' יורם דנציגר, שתתם מחכמתו ומגיסיונו למאמר.

כן אבקש לבחון באופן ביקורתי את השימוש שנעשה במושג זה בהקשרים הללו, תוך ניסיון לגלות מה עומד מאחורי הנכונות להגן על רגשות באותם ההקשרים. לשם כך, תיבחנה במסגרת המאמר שלוש שאלות מרכזיות: על מה המשפט "מדבר", הלכה למעשה, כשהוא מדבר על פגיעה ברגשות? האם המשפט הישראלי אכן מגן על רגשות ככאלה, או שמא על דבר מה אחר? ומה "עושה" השיח המשפטי המתמקד בפגיעה ברגשות דווקא?

## מבוא

המשפט הישראלי מגלה יחס אמביוולנטי כלפי רגשות. ככלל, דומה כי דיבור על רגשות הוא חריג יחסית בשיח המשפטי, אשר עוסק ככלל בזכויות ובחובות, בשיקולי מדיניות ובשיקולי צדק, ביישום "לוגי" של כללים ועקרונות על נסיבות פרטניות ובנימוקים של שכל ישר והיגיון בריא. גם בתוככי המשפט (הפוזיטיבי) עצמו אפשר לזהות רתיעה מסוימת מפני הגנה על רגשות, אם באמצעות הכרה בפגיעה ברגשות כנזק בריפיוני במסגרת המשפט הפרטי או אם באמצעות הכרה בהגנה מפני פגיעה ברגשות כאינטרס מוגן במסגרת המשפט הציבורי. לרתיעה זו יש שורשים עמוקים יותר. בהגות הליברלית הובע זה מכבר החשש שמא הגנה על רגשות תוביל להגבלה יתרה של חירויות הפרט. מעבר לכך, המשפט שואף ככלל לבהירות ולאובייקטיביות, ואילו רגשות נחשדים לעיתים קרובות כעמומים, סובייקטיביים ואפשר לומר "בלתי-רציונליים", באופן שאינו עולה בקנה אחד עם שאיפה זו.

אף על פי כן, בהקשרים מסוימים, רגשות בכל זאת זכו להכרה ולהגנה משפטית, הן בתחומי המשפט הפרטי והן בתחומי המשפט הציבורי, וזאת בין היתר במסגרת אבני דרך בפסיקת בית המשפט העליון. בגדר כך אפשר לזהות את השתרשותם של הביטויים "פגיעה ברגשות" או "הגנה על רגשות" כמושגים משפטיים לכל דבר ועניין. על רקע הרתיעה הכללית מפני עיסוק ברגשות במשפט הישראלי (ובכלל), הבחירה להכיר ברגשות ככאלה הראויים להגנה דווקא בהקשרים מסוימים (ולא באחרים) אומרת דרשני. הדברים אמורים ביתר שאת נוכח העמימות האופפת את השיח על רגשות במשפט הישראלי. לעיתים רבות אין זה ברור על אילו רגשות בדיוק מדובר, של מי הרגשות הללו ומהי טיבה של הפגיעה המדוברת. הספרות המשפטית שעסקה בסוגיית ההגנה על רגשות עד כה היא מעטה והתמקדה בעיקר בבחינה דוקטרינרית של סוגיית ההגנה על רגשות דתיים.<sup>1</sup> זוהי איננה מטרתו של מאמר זה.

1 ראו מיטל פינטו "פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?" המשפט טו 647 (2010); דני סטממן וגרדון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5 (2004); מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר "רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי – הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים" נייר עמדה מס' 38 – המכון הישראלי לדמוקרטיה (2003); רפאל כהן-אלמגור "טיעון הפגיעה ברגשות להגבלת חירות הביטוי: תאוריה ויישום" ספר שמגר כרך א 505 (2003); גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב 129, 147-157 (1999); דני סטממן "פגיעה ברגשות דתיים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 133 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1998).

במאמר זה אבקש, ראשית, לבאר את מושג הפגיעה ברגשות ולהסיר את העמימות סביבו, וזאת באמצעות התחקות אחר המשמעות, או המשמעויות השונות, של מושג זה בהקשרים השונים שבהם הוא נדון במשפט הישראלי (בדגש על המשפט הציבורי); שנית, אבקש לבחון באופן ביקורתי את השימוש שנעשה במושג הפגיעה ברגשות באותם ההקשרים.

לצורך כך, הדיון במאמר זה ייסוב סביב שלוש שאלות מרכזיות. השאלה הראשונה אשר תיבחן לאורך המאמר היא על מה המשפט "מדבר" כשהוא מדבר על פגיעה ברגשות? המענה לשאלה זו יינתן כאמור מתוך בחינת ההקשרים שבהם נעשה שימוש במושג הפגיעה ברגשות. כפי שנראה, מענה זה אינו חד־משמעי, ואולם אפשר לזהות ולאפיין מקרים טיפוסיים שבהם נעשה שימוש במושג הפגיעה ברגשות בפסיקה, ומתוך כך להתחקות אחר משמעותו של מושג זה.<sup>2</sup> השאלה השנייה שתיבחן לאורך המאמר היא האם ההגנה על רגשות במשפט הישראלי אומנם נועדה להגן על רגשות ככאלה (במובן היומיומי של מושג זה) או שמא ישנו דבר מה אחר העומד בבסיסה של הגנה זו? כפי שנראה, הן במשפט הפרטי והן במשפט הציבורי, ההגנה על רגשות קשורה להגנה על דבר מה אחר – ערכים או אינטרסים אחרים, כגון הזכות לאוטונומיה או לכבוד, או על היבטים שונים של הערך של זהות תרבותית, ובפרט זהות דתית או לאומית. לבסוף, בפרק הסיכום, אדון בשאלה השלישית והיא מה "עושה" השיח המשפטי על רגשות? שאלה זו תיבחן מפרספקטיבות שונות, תוך התייחסות, בין היתר, לאופן שבו השיח המשפטי על רגשות עשוי לא רק לייצג אלא גם לכונן מציאות חברתית ותודעה חברתית; ולקשר האפשרי בין פגיעה ברגשות לפגיעה בזכויות אדם.

מהלך הטיעון במאמר זה יהיה כדלקמן: בפרק א אתאר את הרבדים השונים שבהם אפשר לזהות רתיעה מפני עיסוק ברגשות ומפני הגנה על רגשות במשפט. בפרק ב אסקור במבט־על את הרקע ההיסטורי ואת הבסיס הנורמטיבי בחקיקה להכרה ברגשות כבני הגנה. בפרק ג אדון בשימוש שנעשה במושג הפגיעה ברגשות במשפט הפרטי, בדגש על דיני הנזיקין. פרק ד יוקדש לדיון בסוגיית ההגנה על רגשות במשפט הציבורי. במסגרת זו, פרק ד.1 יוקדש לדיון בסוגיית ההגבלה של חופש הביטוי בשל פגיעה ברגשות דתיים ואחרים של קבוצות מיעוט; פרק ד.2 יעסוק בסוגיית הפגיעה ברגשות דתיים בעניינים הקשורים ליחסי דת ומדינה בדגש על כאלה הקשורים לדמותו של המרחב הציבורי; פרק ד.3 יעסוק בשאלת ההגבלה של חופש הביטוי בשל פגיעה ברגשות בעלי אופי לאומי; בפרק ד.4 תידון שאלת ההגבלה של חופש הביטוי בהתייחס לביטויים בעלי אופי וולגרי או מיני, לרבות ביטויים פורנוגרפיים, מטעמים של פגיעה ברגשות. פרק הסיכום יוקדש לדיון במסקנות העולות מהמאמר ובהשלכותיהן התיאורטיות והמעשיות.

## א. על הרתיעה מפני רגשות במשפט

המשפט הוא אנושי. המשפט נוצר על ידי בני אדם, הוא מסדיר יחסים בין בני אדם, ובמיוחד סכסוכים, ובהם רגשות ממלאים חלק משמעותי ובלתי־נפרד. לאור האמור, אפשר היה לצפות כי יינתן לרגשות מקום משמעותי בגדרי המשפט. אך דומה כי כל אותו מטען רגשי

2 לצורך המאמר נבחנו בין היתר למעלה מ־300 פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון המופיעים בתוצאות של חיפוש מורפולוגי במאגר "נבו" של המונחים "פגיעה ברגשות" או "הגנה על רגשות".

מצוי מתחת לפני השטח, ברובד הפנימי או הסמוי של המשפט. כלפי חוץ, נראה כי המשפט ממעט לדבר על רגשות ולעסוק בהם, למצער בצורה ישירה ומפורשת. בפרק זה אעמוד על חמישה רבדים שאפשר לזהות בהם את היעדרם של הרגשות ואת ההימנעות מן העיסוק בהם במשפט הישראלי: החל מן הרובד ה"חיצוני" והגלוי ביותר של ה"שפה" המשפטית; דרך המשפט הפוזיטיבי – שבו ניתן לזהות רתיעה מפני הגנה על רגשות ומפני הסתמכות על רגשות בעת קבלת החלטות שיפוטיות; תוך העמקה לשורשיה האפשריים של רתיעה זו, בתיאוריה הליברלית וכן בתיאוריות מתחום תורת המשפט.

**הרובד הראשון** והחיצוני ביותר שבו אפשר לזהות את ההימנעות מעיסוק ברגשות נוגע לשיח על רגשות ב"שפה" המשפטית, וליתר דיוק להיעדרו של שיח כזה. דומה שניתן לומר בזהירות המתבקשת כי בשפה המשפטית – השפה שבה מלמדים משפטים בבתי ספר למשפטים, השפה שבה משתמשים עורכי דין כשהם טוענים בפני בית המשפט, השפה שבה משתמשים שופטים ושופטות בפסיקה והשפה שבה נכתבים חוקים ותקנות – שיח על רגשות הוא חריג יחסית.<sup>3</sup> אישה אשר תאזין לדיון אקראי בבית המשפט או להרצאה אקראית בבית ספר למשפטים, תשמע, כפי הנראה, רבות על זכויות ועל חובות, על שיקולי מדיניות ועל שיקולי צדק, אך ספק אם תשמע על רגשות. עורכות ועורכי דין הטוענים בבתי משפט עשויים לנסות לעורר רגשות (כמו אמפתיה כלפי מרשיהם או כעס על היריב) בקרב השופט/ת באמצעים רטוריים שונים, אך הם לא ידברו על הרגשות הללו. כך גם ספק אם בהרצאה בבית ספר למשפטים תישמע השאלה, מה פסק הדין גרם לכם להרגיש? האם היה מכעיס? האם היה מעורר?

חריג לכך הוא השיח המשפטי על "תחושות צדק" או על "רגשות מוסריים" וכיו"ב מושגים הקושרים בין רגשות לבין צדק ומוסר. בתי משפט משתמשים לעיתים במבחנים או בנימוקים המבוססים על "תחושות צדק" או על "רגשות מוסריים".<sup>4</sup> עם זאת, ניכרת

3 טענה זו אינה מבוססת על מחקר אמפירי אלא על ניסיוני האישי ואני מזמינה את הקוראים/ות לבחון אותה באופן ביקורתי בהתבסס על ניסיונם/ן. לדיון בדבר החזות האובייקטיבית וה"מדעית" של ה"שפה החוקתית" בישראל ראו מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" **מחקרי משפט** יט 591, 601-604 (2003); לדיון בדבר ה"ניתוק" מרגשות בחינוך המשפטי ראו ישי בלנק "הגישה הביקורתית למשפט והחינוך המשפטי: היררכיה, זעם ומה הלאה?" **מעשי משפט** ט 35, 52-54 (2017) (להלן: בלנק "החינוך המשפטי").

4 ראו למשל ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 370 (1996) (שם נקבע כי טענת ההגנה מן הצדק במשפט הפלילי תתקבל "במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסאלית נפגעת"); ע"פ 3439/04 בזק (בווגל) נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(4) 294, 302-303 (2005) (שם נקבע כי בית המשפט יימנע מהכרזה על פלוני ככרהסגרה בשל שיהוי העולה כדי פגיעה בתקנת הציבור, אם "בשל השיהוי נוצרו נסיבות יוצאות-דופן כך שהסגרתו של פלוני באותן נסיבות תהא שקולה כנגד פגיעה מהותית ברגשי הצדק והמוסר של הציבור בישראל"); ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221, 273 (1988) (להלן: עניין אדרס) (שם קבע השופט ברק כי יש להורות על השבה מקום ש"תחושת המצפון והיושר" מחייבת זאת, כאשר "אמת המבחן [...] היא תחושת הצדק וההגינות של הציבור הנאור בישראל", ולא "רגש הצדק של השופט האינדיבידואלי"); רע"א

בפסיקה אמביוולנטיות כלפי הסתמכות על תחושות ורגשות מסוג זה. גם כאשר בתי משפט משתמשים במבחנים מעין אלה הם מדגישים את אופיים החרגי ולעיתים מנסים לשוות להם אופי אובייקטיבי, תוך הבהרה כי אין מדובר בתחושת הצדק של "השופט האינדיבידואלי", אלא בתחושה "אוניברסלית" או זו "של הציבור הנאור בישראל".<sup>5</sup> בפסיקה אף מושמעות לא אחת אזהרות מפני מתן משקל יתר ל"תחושות צדק" בנימוק שאלה עלולות להיות סובייקטיביות.<sup>6</sup>

1684/96 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מפעלי נופש חמת גדר בע"מ, פ"ד נא(3) 832, 858 (1997) (שם הסביר השופט חשין כי אחת התכליות של החקיקה להגנת בעלי חיים מקורה ב"תחושת-הלב", החמלה ו"רגש המוסר", אשר מורים כי התעללות בבעלי חיים אינה מוסרית); דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 763, 721 (2000) (בעניין החוקיות של מעצר למטרת שימוש בעצורים כ"קלפי מיקוח" כמשא ומתן, שם הסביר השופט טירקל, בדעת מיעוט, כי שקילת השיקולים הרלוונטיים לצורך פרשנות החוק "אינה נעשית בתוך מעבדה משפטית, אלא בתוך כור היתוך של ערכים, גם לאומיים, ואף של רגשות חמלה אנושיים"). מושגים כמו "רגשות מוסריים" מצויים גם בחקיקה, ראו ס' 214א(ב)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), שיידון גם בפרק ב להלן. מושגים כאלה משמשים גם בספרות המשפטית, ראו למשל גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 49 (מהדורה רביעית, 2019); מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר 143 (2002).

יצוין כי בתחום המטא-אתיקה השאלה אם רגש הוא אכן מקור ל"ידע מוסרי" שנויה במחלוקת. אחד ההוגים המזוהים עם העמדה הגורסת כי רגש הוא אכן מקור כזה הוא דייוויד יום (David Hume). ראו דוד יום מחקר בדבר עקרוני המוסר 142-143 (יוסף אור מתרגם, 1982); דייוויד יום מסכת על טבע האדם – ניסיון להנהיג בענפי הרוח את שיטת הטיעון הניסיונית ספר שלישי – על המוסר (מרק שטיינר עורך, יפתח ברייל מתרגם, 2013); אלעזר וינריב בעיות בפילוסופיה של המוסר כרך א 75-79 (2008).

5 ראו למשל עניין יפת, לעיל ה"ש 4; עניין בזק (בוזגלו) לעיל ה"ש 4; עניין אדרס לעיל ה"ש 4.  
6 ראו למשל דנ"א 4693/05 בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול, פ"ד סד(1) 533, פס' 17 לפסק דינו של השופט גרוניס (2010) ("אין לכחד, שתחושת הצדק והאינטואיציה השיפוטית מכוונות, במידה מסוימת, את דרכו של כל שופט. עם זאת, בשל כך שגורמים אלה הינם בעלי מרכיב אישי מובהק, קיימת סכנה שיינתן להם משקל מופרז בהכרעות השיפוטיות"); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נד(4) 786, 661 (1996) (להלן: פרשת נחמני) (השופט זמיר: "לפני חמש מאות שנים לערך ביקש הלורד צ'נסלור של אנגליה להשתחרר מן הנוקשות של המשפט המקובל, שגרמה לא פעם לאי-צדק, ופנה לדרך חדשה: האקוויטי. הוא קיבל על עצמו לפסוק בכל מקרה לפי חוש הצדק. ומה אמרו עליו? שהצדק תלוי באורך כף רגלו של הלורד צ'נסלור. לזה אורך כזה ולזה אורך אחר. ומי מן השופטים מוכן להצהיר שכף רגלו היא, ורק היא, באורך הנכון? כמובן, אין פירוש הדבר כי משום כך בית המשפט רשאי להתעלם מן הצדק. להפך: בית המשפט חייב לשקול את הצדק בכל מקרה ומקרה. אך הוא חייב לשקול את הצדק, כביכול, במאזניים של משפט. רק כך ניתן לעשות משפט צדק"); בג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 20 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 14.6.2016) ("ארשה לעצמי להוסיף, בהקשר זה, מספר מילים לאור הטענה הנשמעת לעיתים כי שומה על שופטיו של בית משפט זה לפסוק בהתאם לצו מצפונם, בדונם בעתירות שעניינן הריסות בתים, ושלא לראות עצמם מחוייבים להלכות שנקבעו בבית המשפט [...] כאשר כל שופט מביע את דעתו ומכריע בניגוד להלכה הפסוקה, הופך בית המשפט ל'בית שופטים', שבו כל שופט פועל לעצמו, ואין

**רובד שני** שבו אפשר לזהות רתיעה מפני עיסוק ברגשות – והמצוי בתוככי המשפט (הפוזיטיבי) – נוגע לשאלת ההגנה על רגשות במשפט הפרטי והציבורי.<sup>7</sup> במשפט הפרטי, ניתן לזהות רתיעה זו בין היתר בגישה המסורתית המצמצמת של דיני הנזיקין, ביחס לפיצוי בגין נזקים נפשיים. גישה זו באה לידי ביטוי בהוראות פקודת הנזיקין הקובעות כי פיצוי בגין עוולות מסוימות יינתן רק בעד נזק ממוני.<sup>8</sup> היא באה לידי ביטוי גם בגישת הפסיקה בעבר שלפיה פיצוי בגין נזק נפשי יינתן רק אם הוא נלווה לנזק גוף או רכוש, ולא במקרה של נזק נפשי "טהור" (שאינו נובע מפגיעה פיזית בניזוק או ברכושו). גישה זו נומקה בקיומו של קושי להעריך ולכמת נזקים נפשיים, ובחשש מפני הרתעת יתר, תביעות סרק, "הצפה" של בתי המשפט וכיו"ב.<sup>9</sup> גם בדיני החוזים ניתן למצוא ביטוי לגישה מצמצמת זו.<sup>10</sup>

המשפט הציבורי אף הוא לרוב אינו עוסק בהגנה על רגשות (כשלעצמם), אלא בהגנה על זכויות הפרט. אף שפגיעה בזכויות הפרט עלולה לעורר רגשות כואבים בקרב הצד הנפגע, הדיון המשפטי בדרך-כלל אינו עוסק ברגשותיו של הנפגע אלא בזכויותיו ובראשן זכויות היסוד החוקתיות.<sup>11</sup> אומנם, לעיתים בית המשפט העליון מתייחס להיבטים רגשיים של פגיעה

- צריך לומר כי מדובר במצב בלתי רצוי"; עוד ראו דני סטמן "הצדק כ'שדה פרוץ': מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון" **מחקרי משפט** יט 569, 581-582 (2003). השיה על רגשות בולט גם בפסיקה על אודות סוגיות תקדימיות הקשורות להולדה מלאכותית שתוארו ככאלה המצויות ב"תחום הרגשי-מוסרי-חברתי-פילוסופי" כגון פרשת **נחמני**, שם; וכך, ראו למשל בג"ץ 4077/12 **פלונית נ' משרד הבריאות**, פ"ד סו(1) 274 (2013).
- 7 הדיון ברגשות בגדרי המשפט נוגע לרוב לשאלת ההגנה על רגשות, ואולם שאלה מסוג אחר שעשויה להתעורר נוגעת להטלת חובות רגשיות. ראו למשל יופי תירוש ואדם שנער "אמפתיה מתקנת" **עבודה, חברה ומשפט** טו 37, 44-46 (2018); ע"א 2034/98 **אמין נ' אמין**, פ"ד נג(5) 69, 79-80 (1999) (שבו בית המשפט העליון הבחין בין חובותיו המשפטיות של אב כלפי ילדיו לבין חובות ה"רגשית" לאהוב את ילדיו, שנקבע כי היא "מעבר ליכולת ההשגה של החוק, שידו גם כבדה וגם קצרה בתחום הנפש").
- 8 ראו את הוראות פקודת הנזיקין (נוסח חדש) בעניין הסגת גבול (ס' 29, 31), מיטרד לציבור (ס' 42-43), תרמית (ס' 56), שקר במפגיע (ס' 58) וגרם הפרת חוזה שלא כדין (ס' 62).
- 9 ראו למשל ישראל גלעד **דיני נזיקין – גבולות האחריות** כרך ב 927-930, 943-944 (2012) (כפי שמצייין גלעד, ההבחנה הדיכוטומית בין נזק גופני לנזק נפשי איננה טריוויאלית ומעוררת את שאלת היחס שבין גוף לנפש); יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" **משפט וממשל** ט 137, 142-144 (2005) (להלן: ביטון "כאבים באזור הכבוד"); ראו גם ע"א 4/57 **נדיר נ' כהנוביץ**, פ"ד יא 1464, 1468 (1957).
- 10 ס' 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק החוזים) קובע כי נפגע בשל הפרת חוזה "זכאי" לפיצוי בשל נזקים ממוניים שנגרמו לו כתוצאה מההפרה, ואולם בקשר לנזקים לא-ממוניים קובע ס' 11 לחוק החוזים כי בית המשפט "רשאי" לפסוק פיצויים "בשיעור שייראה לו כנסיבות הענין". ראו גם גבריאלה שלו ויהודה אדר **דיני חוזים – התרופות** – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 302-305 (2009) (הטוענים כי גם בתי המשפט נקטו גישה מצמצמת ופסקו פיצויים בהיקפים נמוכים יחסית בגין נזקים לא ממוניים).
- 11 כך לדוגמה יונתן דנילוביץ תיאר בהודמנויות שונות את הרגשות הכואבים שהוא חש נוכח אפלייתו על רקע נטייתו המינית. ראו למשל אייל גרוס "הסיפור של דנילוביץ: 'תנו לדייל להתרומם אל-על'" **מעשי משפט** י 13, 17-18, 31 (2019); אף על פי כן פסק הדין המפורסם

בזכויות. כך נהוג לומר כי הזכות לכבוד כוללת את ההגנה מפני ביזוי או השפלה, מושגים שאפשר להבינם כמבטאים מצב נפשי-רגשי.<sup>12</sup> אולם, הדיון בתחושות מסוג זה נעשה כחלק מן הדיון בזכות החוקתית ובמסגרתו, ולא כאינטרס העומד בפני עצמו שעניינו בהגנה על רגשות. יתרה מזאת, גם כאשר בית המשפט העליון הגן על רגשות במשפט הציבורי, ניתן להם מעמד נורמטיבי של אינטרס מוגן ולא של זכות של הפרט. סיבה אפשרית לכך היא שמושג הפגיעה ברגשות מתייחס לרוב לרגשות של ציבור כזה או אחר (ולא לפגיעה בפרט), אך ההבחנה בין פגיעה בפרט לפגיעה בציבור אינה תמיד כה ברורה.<sup>13</sup> כמו כן, גם באותם המקרים שבהם הפגיעה ברגשות התייחסה בבירור לפרטים מסוימים (ולא לציבור), עדיין ניתן לה מעמד נורמטיבי של אינטרס ציבורי מוגן.<sup>14</sup> בהתאם לכך, האיזון בין האינטרס בהגנה על רגשות לבין זכויות חוקתיות מתחרות נעשה בהתאם למבחן "אנכי" ומצמצם יחסית, שלפיו רק בהתקיים פגיעה "קשה, רצינית וחמורה" ברגשות, ורק "במקרים חריגים ומיוחדים, אשר באופיים מוזעזעים את אמות הספים של הסובלנות ההדרית", יגבר האינטרס

- בעניינו דן בשאלת האפליה והפגיעה בשוויון מבלי להידרש לפגיעה ברגשותיו. ראו בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).
- 12 ראו למשל בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002); וכן, ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 334 (2014); דני סטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541, 548-563 (2001).
- 13 לדיון המתייחס לטשטוש של ההבחנה בפסיקה בין פגיעה בזכות של הפרט לפגיעה באינטרס ציבורי ולקשיים שהבחנה זו מעוררת ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 59-61, 228-237 (2016); בירנהק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 594-600; אורן גול-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97 (2011). לדיון על אודות זכויות קבוצתיות במשפט הישראלי ראו בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002) (בנוגע לשאלת החובה של רשויות מקומיות להשתמש בשפה הערבית, לצד השפה העברית, בשילוט עירוני); וכן, ראו אילן סבן "הזכויות הקבוצתיות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241, 254 (2002) (הטוען כי השקפת העולם הליברלית שמה לנגד עיניה את האינדיווידואל ולכן נרתעת מהכרה בזכויות קבוצתיות); מיטל פינטו "בזכותן של זכויות שפה" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 639, 655-656 (2012) (המבחינה בין זכויות הנתונות בידי קבוצה כישות קולקטיבית לבין זכויות הניתנות לחברי קבוצה כיחידים החולקים יחד טוב השתתפותי). טענות לפגיעה באינטרס ציבורי נתקלו בעבר בקושי בכיסוס זכות עמידה לעותרים פרטניים, ראו למשל בג"ץ 331/80 התשבי נ' מפקד תחנת משטרת תל-אביב, פ"ד לד(4) 113 (1980) (שם נקבע כי "פגיעה באינטרס הנושא אופי ציבורי קולקטיבי [...] איננה מספיקה כדי לבסס עליה זכות עמידה בעתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק").
- 14 ראו למשל בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 275-276 (2001) (שבו נדחתה עתירה שהוגשה נגד שידור בשבת של ראיון שנערך עם העותרים, שומרי תורה ומצוות, ביום חול. בפסק דינו של הנשיא ברק, ברעת רוב, נקבע כי יש לערוך איזון בין חופש הביטוי של המשיבה, לפגיעה ב"רגשות הדת" של העותרים תוך שהוסבר כי "מניעתה של פגיעה זו היא אינטרס הציבור").

- בהגנה על רגשות.<sup>15</sup> עמדה זו, המעניקה הגנה מצומצמת לרגשות, נומקה בין היתר בחשש מפני "מדרון חלקלק" שיוכל להגבלה יתרה של חירויות הפרט.<sup>16</sup>
- רובד שלישי** שבו אפשר לזהות רתיעה מפני הגנה על רגשות, ואשר עשוי להסביר במידת מה גם את הרתיעה מפני הגנה על רגשות במשפט הפוזיטיבי כפי שתוארה לעיל, הוא בהשקפת העולם הליברלית.<sup>17</sup> כפי שנראה כעת, הוגים ליברליים כמו ג'ון סטיוארט מיל (John Stuart Mill) ופרופ' הארט (H.L.A. Hart) הביעו הסתייגות מהגנה על "רגשות הציבור" שנועדה לאכוף נורמות שמרניות, דתיות או מוסריות, שהיו רווחות בקרב הציבור. יש לציין כי הליברליזם צמח כפילוסופיה וכתנועה פוליטית ב"עידן הנאורות", עידן שבו שלטה תפיסת העולם התרבותית שהעלתה על נס את התבונה, את המחשבה, ואת הרעיון של האדם האוטונומי המנווט את חייו בעזרת כשריו השכליים.<sup>18</sup> הליברליזם הושפע מן הרעיונות שאפיינו את תקופת הנאורות, וייתכן שגם בכך יש משום הסבר לרתיעה מרגשות בכתיבה המשפטית הליברלית.<sup>19</sup>
- מיל, מאבות הליברליזם, הן בשאלת ההגנה הראויה על רגשות הציבור בספרו "על החירות". בספר זה ניסח מיל את אחד העקרונות המרכזיים בחשיבה הליברלית, עיקרון הנזק, לפיו אין זה ראוי שהמדינה תגביל את חירות הפרט, אלא לשם המטרה של מניעת נזק מן הזולת.<sup>20</sup> מיל סבר כי חירות הפרט כוללת גם את חירות ההרגשה, מה שמלמד כי הוא הכיר בחשיבות ההגנה על רגשות. עם זאת, מיל התנגד לטענות שהושמעו כבר במאה התשע-עשרה שלפיהן יש להגביל את חירויות הפרט בשם ההגנה על רגשות הציבור, ובפרט לטענה שרגשות דתיים, כגון רגשות הגועל והטומאה שחשים מוסלמים נוכח אכילת חזיר,
- 15 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 50 (1997) (להלן: עניין חורב); עניין גור אריה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 276-278.
- 16 ראו למשל עניין חורב, לעיל ה"ש 15, בעמ' 45-46 (שם הסביר הנשיא ברק כי "אכן, מטבעה של זכות אדם שהיא עשויה לפגוע ברגשות הזולת. אם אומנם נכיר בכך כעילה להגבלה על זכות אדם, סופנו שנהיה מערערים את מערך זכויות האדם כולו. הגנה מקיפה על הרגשות ועל הנפש סופה פגיעה קשה מנשוא בזכויות האדם").
- 17 לאפיונה של השיטה המשפטית הישראלית כשיטה מערבית וליברלית ראו אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ 197 (1992).
- 18 ראו William Briston, *Enlightenment*, Stan. Encyclopedia Phil. (Aug. 20, 2010) <https://plato.stanford.edu/entries/enlightenment/#PolThe> (last modified Aug. 29, 2017).
- 19 בירנהק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 602-603; בלנק "החינוך המשפטי", לעיל ה"ש 3, בעמ' 54 ("הפנייה לרגשות (או ההפעלה שלהם), ובמיוחד לרגשות שליליים, זרה למרבית הכתיבה הליברלית, בוודאי זו המשפטית. באופן כמעט אינהרנטי, הליברליזם פונה לשכל ולתבונה, מתוך אמונה שידע, מחשבה רציונליות והרהור יובילו לקדמה ולשחרור מדעות קדומות ומרעיונות שגויים. בין לבין, זונחת הכתיבה הליברלית, בעיקרה, את העיסוק ברגשות ואת ההתמודדות עימם, והכתיבה המשפטית, ממילא שכלתנית, פועלת על השכל ותובעת את הפעלתו הבלעדית בניתוח המשפטי").
- 20 ג'ון סטיוארט מיל על החירות 20 (אריה סימון מתרגם, התשמ"ו) (כדברי מיל, "ההגנה העצמית היא המטרה היחידה שלשמה רשאים בני-אדם, כיחידים או כקבוצה, להפריע בעד חירות-הפעולה של כל יחיד ויחיד בקרבם; התכלית היחידה שבשבילה מותר להשתמש בכוח-הכפייה כלפי חבר אחד בציבור מתורבת, נגד רצונו של אותו איש, היא – למנוע הזיק מאחרים").



מצדיקים לכפות על אחרים לקיים את מצוותיהם.<sup>21</sup> אפשר להבין את עמדתו של מיל על רקע עקרון הנזק, שהרי ככל שמפרשים את עקרון הנזק באופן רחב יותר – שבו שגם פגיעה ברגשות הציבור תיחשב כ"נזק", כך נפתח פתח רחב יותר להגבלה של חירות הפרט, באופן העלול להגיע לכדי ריקונו מתוכן של עיקרון זה.<sup>22</sup> מיל חשש אפוא כי הגנה על רגשות הציבור תביא להגבלה יתרה של חירויות הפרט.

השאלה אם ראוי להגביל את חירות הפרט כדי להגן על רגשות הציבור נדונה גם במסגרת הוויכוח הידוע בין השופט והלורד פטריק דבלין (Patrick Devlin) לפרופ' הארט בנוגע לרוח "וולפנדן" בדבר עבירות ההומוסקסואליות והזנות (1957). הרוח, אשר כלל בין היתר המלצה לבטל את האיסור על יחסים הומוסקסואליים בהסכמה בין בגירים, עורר התנגדות בקרב חוגים שמרניים והצית ויכוח בשאלת תפקידה של המדינה, ושל הדין הפלילי בפרט, באכיפת ה"מוסר הנוהג" בחברה. דבלין צידד בעמדה שמרנית שלפיה על המדינה לאכוף נורמות מוסריות או דתיות שהינן מקובלות בחברה, שכן תנאי לקיומה של חברה הוא אחדות דעים וקיומו של מוסר קולקטיבי מקובל. בגדר כך טען דבלין שיש לאסור צורות התנהגות המעוררות תחושות של סלידה, רוגז וכד' בקרב הציבור בהתאם למבחן "האדם הסביר". לעומת זאת, נקט הארט בגישה ליברלית, שלפיה ההצדקה להגן על נורמות מוסריות נובעת מנכונותן, ולא מעצם היותן נורמות חברתיות מקובלות. הארט סבר כי אחדות הדעים הנדרשת בחברה מצומצמת לכמה ערכים אוניברסליים – חירות הפרט, קדושת החיים ועיקרון הנזק של מיל.<sup>23</sup> במילים אחרות, דבלין סבר שיש להגן על רגשות הציבור בהיותם משקפים את ערכי המוסר המקובל בחברה, ואילו הארט סבר שפגיעה ברגשות הציבור (או ב"מוסר הנוהג") כשלעצמה אינה מצדיקה הגבלה של חירות הפרט.<sup>24</sup>

רובד רביעי שבו אפשר לזהות רתיעה מסוימת מרגשות קשור לנכונות של בתי משפט לקבל הכרעות המבוססות על ה"שכל" או על ה"היגיון", להבדיל מרגשות. שופטים אינם מהססים לבסס את הכרעותיהם על טעמים שישודם ב"היגיון הבריא" או ב"שכל הישר", בהקשרים שונים – כגון בעת בחינת קיומו של קשר סיבתי בינינו הנזיקין,<sup>25</sup> בקביעת ממצאי מהימנות,<sup>26</sup>

21 שם, בעמ' 151-173.

22 עם זאת, כפי שנראה בהמשך, כתיבה ליברלית מאוחרת יותר הכירה בהצדקה להגן על "רגשות דתיים", מטעמים של הגנה על הזכות לתרבות או לזהות תרבותית של מיעוטים דתיים-תרבותיים. סוגיה זו תידון בפרק ד.1 להלן.

23 יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 32-37 (מהדורה שלישית, 2014); אמנון רובינשטיין אכיפת מוסר בחברה מתירנית 35-75 (1975).

24 מעניין לראות עוד כי הטענה להגנה על רגשות הציבור, עולה בעניינים הקשורים למשטור של מיניות, ובפרט מיניות של נשים ושל להט"בים. כפי שנראה, גם בפסיקה הישראלית סוגיית ההגנה על רגשות עולה בהקשרים דומים, של הגבלה של חופש הביטוי מפאת הפגיעה ברגשות של חוגים דתיים או שמרניים בקשר לביטויים בעלי אופי מיני (ראו פרק ד.4 להלן) ולקיומם של "מצעדי הגאווה" (ראו להלן ה"ש 132).

25 ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 597-604 (2012).

26 ראו למשל ע"פ 6289/94 דזנשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 157, 174 (1998).

במלאכת הפרשנות<sup>27</sup> ועוד.<sup>28</sup> לעומת זאת, פנייה לרגשות כבסיס להכרעה שיפוטית נתפסת כבעייתית יותר. אומנם בתי משפט נסמכים לעיתים על נימוקים שעניינם ב"רגשות מוסריים" או בתחושות צדק, אך כאמור ניכרת אמביוולנטיות גם ביחס אליהם ובכלל זה הובע חשש מהסתמכות על תחושות צדק שעלולות להיות סובייקטיביות.<sup>29</sup> לעיתים שופטים מביעים בצורה מפורשת אמפתיה כלפי המתדיינים לפנייהם, בה בעת שהם דוחים את טענותיהם, תוך יצירת חזן ברור בין נטיית ליבם לבין ההכרעה המשפטית.<sup>30</sup>

**רוברד חמישי** מצוי במישור תורת המשפט והוא כולל שני היבטים. היבט אחד מצוי בתפיסה הפורמליסטית המשקיפה על המשפט כמעין "מדע" המורכב מכללים ועקרונות אובייקטיביים שביניהם קשר לוגי, ועל המלאכה המשפטית כמלאכה לוגית ותבונית.<sup>31</sup> מקובל להתייחס לשתי "גרסאות" של התפיסה הפורמליסטית – האירופית והאמריקאית. את הפורמליזם האירופי מייצג הנס קלזן (Hans Kelsen) שפיתח "תיאוריה טהורה" של המשפט, ולפיה המשפט מורכב ממערכת של נורמות אובייקטיביות המסודרות במבנה היררכי ולוגי. התיאוריה "טהורה" במובן זה שהיא שואפת לתאר את המשפט מבלי להיוקק לאלמנטים של מוסר, פסיכולוגיה, סוציולוגיה וכיו"ב.<sup>32</sup> את הפורמליזם האמריקאי מייצג כריסטופר קולומבוס לנגדל (Christopher Columbus Langdell), שמונה לדיקן בית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד בשנת 1870. לנגדל השווה את המשפט למדע ואת הספרייה המשפטית למעין מעבדת מחקר. המשפט והשופט הוצגו כניטרליים ואובייקטיביים,

- 27 ראו למשל רע"א 5738/97 תעבורה מיכלי מלט בע"מ נ' הסנה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נג(4) 145, 158-169 (1999).
- 28 ראו למשל ע"א 8441/04 Unilever Plc נ' שגב, פס' 9-10 לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 23.8.2006) (מבחן ה"שכל הישר" לבחינת קיומו של דמיון של סימן לסימן מסחר רשום); בג"ץ 2534/97 חברת הכנסת יונה יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 15 (1997) (בעניין הסתמכות "על ניסיון החיים ועל השכל הישר" בעת הרשעה על בסיס ראיות נסיבותיות); דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 185 (1998) (יישום מבחן "השכל הישר" בעניין עבירה רבת פריטים); ראו גם מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 11, 24 (1998).
- 29 לעיל ה"ש 5-6. ראו גם דורון מנשה ויחיאל ש' קפלן "רחמים בשיפוט ובענישה" עיוני משפט לב 583, 613-617 (2011) (בעניין התייחסות למידת הרחמים כשיקול בגורי דין פליליים).
- 30 ראו למשל בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(3) 821, 840-841 (2012); בע"מ 7141/15 פלוגית נ' פלוגית, פס' 33 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 22.12.2016).
- 31 ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 507-512 (1993) (להלן: מאוטנר "עליית הערכים"); גיל עשת הטמעת תיקון 39 לחוק העונשין בפסיקה בישראל 1995-2005 288-297 (2011).
- 32 HANS Kelsen, PURE THEORY OF LAW (Max Knight trans., 2005) (יוער כי לשיטת קלזן, מקור התוקף של הנורמות במערכת המשפט הוא ב"נורמה הבסיסית" שהינה על-משפטית, ובהיבט זה אפשר לומר כי התיאוריה שלו אינה לחלוטין "טהורה"); ראו גם עומר שפירא תורת המשפט – פרקי מבוא 18, 99-135 (2007); מיכל אלברשטיין "מדרד הפורמליזם המשפטי: תרבויות ותבניות של פסיקה ישראלית" מחקרי משפט כז 349, 363-365 (2011); מאוטנר "עליית הערכים", לעיל ה"ש 31, בעמ' 513.

המלאכה המשפטית הוצגה כמלאכה של ניתוח לוגי והגיוני של החוק והפסיקה.<sup>33</sup> כנגד השקפה אחרונה זו, התעוררה תנועת הריאליזם המשפטי בארצות הברית, אשר ערערה על התפיסה של המשפט כדבר מה אובייקטיבי וניטרלי, והדגישה את תפקידיו החברתיים של המשפט בקידום ערכים ובחלוקת משאבים.<sup>34</sup>

כיום מעמדה של התפיסה הפורמליסטית כמודל המתאר את המשפט ואת העשייה המשפטית התערער (כדברי המימרה, "כיום כולנו ריאליסטים"),<sup>35</sup> אך התפיסה הפורמליסטית שרירה וקיימת בדמות אידיאל שיש לחתור אליו, ובכלל זה כאידיאל של הפעלת שיקול דעת שיפוטי ניטרלי ואובייקטיבי ככל הניתן.<sup>36</sup> שאיפה זו עשויה להסביר את האזהרות שנשמעו בפסיקה מפני מתן משקל יתר לרגשות ולנטיות לב בעת קבלת הכרעות שיפוטיות. אם מקבלים את ההנחה (שאינה נקיה מספקות) שהכרעות המבוססות על רגשות חשופות יותר להטיות סובייקטיביות מאשר הכרעות המבוססות על ה"שכל" כפי שנטען לעיתים בפסיקה, אזי אפשר להבין מדוע הכרעות מסוג זה נתפסות כבלתי־רצויות מנקודת מבט פורמליסטית.

היבט שני של הרובד התורת־משפטי שבו אפשר לזהות רתיעה מרגשות נוגע למושג שלטון החוק במובנו הפורמלי. לון פולר (Lon L. Fuller) טען כי ישנם כמה עקרונות או תנאים פרוצדורליים שעל מערכת המשפט לקיים על מנת שתהא בעלת ערך מוסרי "פנימי": כלליות, בהירות, קוהרנטיות, יציבות ועוד.<sup>37</sup> לפי פולר, בהתקיים תנאים אלה מתקיים שלטון החוק במובנו הפורמלי, זאת להבדיל משלטון החוק במובנו המהותי, קרי מערכת משפט המורכבת מנורמות שהתוכן שלהן הוא מוסרי והיא בעלת ערך מוסרי "חיצוני". האידיאל של שלטון החוק במובנו הפורמלי אף הוא עשוי להסביר את הרתיעה של שופטים מפני הסתמכות על רגשות והגנה עליהם. אם ההנחה היא שרגשות הם אינדיווידואליים, עמומים, לא קוהרנטיים, לא עקביים וכיו"ב – אזי הסתמכות על רגשות בעת הפעלת שיקול דעת שיפוטי או הגנה על רגשות, עלולה להביא להכרעות בעלות אופי אינדיווידואלי, עמום, לא עקבי וכיו"ב, וזאת בניגוד לאידיאל של שלטון החוק במובנו הפורמלי.

לסיכום פרק זה, את הרתיעה מפני עיסוק ברגשות במשפט הישראלי אפשר לזהות בכמה רבדים שביניהם קשרי גומלין. הרובד הראשון והחיצוני ביותר הוא בשיח המשפטי הישראלי, אשר דומה כי ככלל אינו נוטה לעסוק ברגשות. הרובד השני מצוי, כפי שראינו, בתוככי המשפט – הן במשפט הפרטי והן במשפט הציבורי, שבגדרו ניתנה באופן מסורתי הגנה מצומצמת לרגשות. הרובד השלישי שבו אפשר לזהות רתיעה מפני הגנה על רגשות הוא בהשקפת העולם הליברלית, הרואה בהגנה על רגשות הציבור ככזו שעלולה להביא להגבלה יתרה של חירות הפרט. הרובד הרביעי הוא היחס האמביוולנטי בפסיקה כלפי

33 שפירא, לעיל ה"ש 32, בעמ' 400-402; אלברשטיין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 368; מאוטנר "עליית הערכים", לעיל ה"ש 31, בעמ' 513-515.

34 שפירא, לעיל ה"ש 32, בעמ' 408-427. על "ירידת הפורמליזם" במשפט הישראלי, ראו מאוטנר "עליית הערכים", לעיל ה"ש 31, בעמ' 519-569; מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 145-166 (2008) (להלן: מאוטנר משפט ותרבות בישראל).

35 שפירא, לעיל ה"ש 32, בעמ' 424.

36 שם, בעמ' 402, 424; עשת, לעיל ה"ש 31, בעמ' 294-295.

37 Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 46-94 (1964); ראו גם שפירא, לעיל ה"ש 32, בעמ' 187-185.

קבלת החלטות המבוססות על רגשות, ובכלל זה תחושות "צדק", להבדיל מנימוקים שבשכל ובהיגיון. הרובד החמישי שבו אפשר לזהות את הרתיעה מפני הגנה על רגשות מצוי במישור תורת המשפט ועניינו בשאיפה לאובייקטיביות ולניטרליות של המשפט, העומדת בסתירה לסברה שהובעה בפסיקה בדבר האופי הסובייקטיבי והאינדיווידואלי של רגשות.

## ב. הגנה על רגשות במשפט הישראלי – רקע נורמטיבי והיסטורי

בפרק הקודם תיארתי את הרתיעה מפני עיסוק ברגשות במשפט, ובכלל זה את הרתיעה המסורתית מפני הגנה על רגשות בגדרי המשפט הישראלי. חרף האמור, וכפי שיפורט בפרקים ג-ד, ישנם הקשרים מסוימים שבהם המשפט הישראלי בכל זאת הכיר ברגשות ככאלה הראויים להגנה. בחלק זה אעמוד על הבסיס הנורמטיבי להגנה זו, המצוי בדברי חקיקה שונים אשר כוללים הגבלות פליליות ומינהליות על ביטויים שיש בהם משום פגיעה ברגשות. דברי חקיקה אלה שימשו בסיס לפסיקת בית המשפט העליון בעניין ההגנה על רגשות בגדרי המשפט הציבורי. בהמשך, פגיעה ברגשות הוכרה כנוק בר-פיצוי בהקשרים מסוימים גם בגדרי המשפט הפרטי.

**סוג אחד של דברי חקיקה אלה כולל את האיסורים הפליליים על חילול רגשות דת.** לאיסורים על פגיעה בדת ובסמליה (Blasphemy) שורשים היסטוריים במשפט האנגלי. בארץ, איסורים על ביטויים ומעשים הפוגעים ברגשות דתיים עוגנו בפקודת החוק הפלילי, 1936 ולימים אומצו על ידי המחוקק הישראלי לחוק העונשין, התשל"ז-1977.<sup>38</sup> סימן ז' שבפרק ח' לחוק העונשין כולל, תחת הכותרת "פגיעות ברגשי דת ומסורת", שורה של הוראות האוסרות על מעשים וביטויים הפוגעים ברגשות דתיים.<sup>39</sup> דברי חקיקה נוספים כוללים איסורים על פגיעה ברגשות כלפי מקומות קדושים, לצד איסורים על חילול מקומות קדושים. ההגנה על רגשות כלפי מקומות קדושים אף זכתה לגושפנקה חוקתית במסגרת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל.<sup>40</sup> יצוין כי בפסיקת בית המשפט העליון ובספרות המשפטית נמתחה ביקורת על האיסורים על פגיעה ברגשות דת, וזאת בין היתר בשל פגיעתם בחופש הביטוי החוקתי וכן בשל העמימות האופפת את מושג הפגיעה ברגשות, שאינה עולה בקנה אחד עם עיקרון החוקיות בפלילים.<sup>41</sup> ואומנם, פסקי הדין המרשיעים בעבירות אלה אינם רבים ונוגעים

38 לסקירה היסטורית של איסורים אלה ולדיון נרחב על אודותיהם ראו קרמניצר, גולדמן וטמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 23-46 וכן ראו בפרק ד.1 להלן. המחברים מציינים כי בארץ איסורים עוגנו לראשונה בפקודת הנאצה (1929). ראו שם, בעמ' 36-39.

39 ראו ס' 170-173 לחוק העונשין.

40 ראו חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967; תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981; וכן את ס' 3 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (הקובע כי "המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות").

41 ראו למשל קרמניצר, גולדמן וטמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 65-94; ראו גם ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289, 301 (1998) ("איסור פלילי רחב על פרסום אשר יש בו לפגוע ברגשות, לרבות רגשות דתיים, מצוי במסלול התנגשות חזיתית עם ערכיה היסודיים של מדינה דמוקרטית").

לנסיבות חמורות יחסית.<sup>42</sup>

סוג שני של דברי חקיקה שיש להזכירם בהקשר זה הם אלה האוסרים על פגיעה בדגל המדינה ובסמל המדינה, שאף שאינם עוסקים במפורש בפגיעה ברגשות הם פורשו בפסיקה ככאלה שתכליתם, בין היתר, להגן על רגשות הציבור.<sup>43</sup> איסורים אלה נכללו בפקודת החוק הפלילי (בהתייחס לדגל ולסמל של בריטניה),<sup>44</sup> ואומצו על ידי המחוקק הישראלי בחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, התש"ט-1949 (להלן: "חוק הדגל").<sup>45</sup> לאחרונה ניתן לדגל ולסמל המדינה מעמד חוקתי במסגרת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.<sup>46</sup> ברומה לאיסורים על פגיעה ברגשי דת, האיסורים שבחוק הדגל כרוכים אף הם בפגיעה בחופש הביטוי וככאלה חשופים לביקורת דומה. ואכן, הגשת כתב אישום בגין עבירות אלה טעונה אישור של היועץ המשפטי לממשלה<sup>47</sup> ופסקי הדין העוסקים בהן אינם רבים.<sup>48</sup>

- 42 שם, בעמ' 295-320 (בנוגע להכנת כרוזים שבהם מצוירת דמות חזיר העוטה כאפיה ועליה הכיתוב "מוחמד" אשר דורכת על ספר שעליו נכתב "קוראן"); ע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.12.2000); וכן ע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 65 (2001) (בנוגע להנחת ראש חזיר על קבר בבית קברות מוסלמי, תכנון להטיל ראש חזיר שבפיו ספר קוראן ברחבת הר הבית ועבירות נוספות); ע"פ 5234/10 עקראי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.6.2011) (הצתת בית כנסת ובין היתר שריפה של ספרי תורה); עוד ראו ת"פ (שלום י-ם) 1122/05 מדינת ישראל נ' בלומברג (פורסם בנבו, 24.4.2006); ת"פ (מחוזי חי') 6153/07 מדינת ישראל נ' בן סימון (פורסם בנבו, 26.11.2008); ת"פ (מחוזי ב"ש) 8118/01 מדינת ישראל נ' אנדי (פורסם בנבו, 30.12.2003); עפ"ג (מחוזי ב"ש) 11-01-27466 רודגין נ' מ.י. פרקליטות מחוז דרום-פלילי (פורסם בנבו, 6.7.2011); כן ראו ת"פ (שלום ת"א) 6650/93 מדינת ישראל נ' תומרקין, פ"מ התשנ"ה 415 (1996) (זיכוי מחמת הגנה מן הצדק).
- 43 ראו ע"פ (מחוזי י-ם) 15-05-31749 אסתרוביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.12.2015) (להלן: ע"פ אסתרוביץ); וכן רע"פ 797/16 אסתרוביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2016) (להלן: רע"פ אסתרוביץ); עוד ראו בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, 763 (2003) (להלן: עניין חרות); בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19, פס' 22-24 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 15.1.2013).
- 44 ס' 68(א) לפקודת החוק הפלילי, 1936 (להלן: פקודת החוק הפלילי) אסר על פגיעה בדגל ובסמל של "בריטניה הגדולה"; ס' 68(ב) לפקודת החוק הפלילי אסר על פגיעה בדגל ובסמל של מדינה ידירה בכוונה להראות כלפיה שנאה או בוז.
- 45 ס' 5 לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, התש"ט-1949; ראו גם תקנות הדגל והסמל (השימוש בדגל המדינה), התשי"ג-1953; ס' 4-5 לחוק הגנת סמלים, התשל"ה-1974; לצד זאת, ראו ס' 167 לחוק העונשין שבו נקבעה עבירה של "פגיעה בדגל או בסמל של מדינה ידידותית".
- 46 ס' 2 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.
- 47 ראו "אישור מוקדם להגשת כתב אישום" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1004, 1 (התשס"ח). על פי ההלכה הפסוקה, בהחלטות מסוג זה נתון ליועץ המשפטי לממשלה שיקול דעת רחב. ראו למשל בג"ץ 4/64 וגנאר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(1) 29 (1964); בג"ץ 8507/96 אורין נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 269 (1997).
- 48 ראו ע"פ אסתרוביץ, לעיל ה"ש 43; וכן רע"פ אסתרוביץ, לעיל ה"ש 43; ת"פ (שלום ת"א) 14-05-11125 מדינת ישראל נ' אמסיס (פורסם בנבו, 14.9.2016); ת"פ (שלום י-ם) 42062-

**סוג שלישי** של דברי חקיקה כולל את האיסורים הפליליים על פרסום והצגה של "תועבה", שפורשו אף הם ברוח ההגנה על רגשות בפסיקת בית המשפט העליון. איסור על פרסום דברי תועבה נכלל בפקודת החוק הפלילי,<sup>49</sup> ולימים הוא עוגן בחוק הישראלי במסגרת סעיף 214 לחוק העונשין. בפסיקת בית המשפט העליון נזכר איסור זה כחלק מן ההוראות שנועדו להגן על "שלום הציבור" במוכנו הרחב, לצד האיסורים שעניינם בהגנה על רגשות דתיים.<sup>50</sup> בשנת 1990 נוספה לחוק העונשין הוראת סעיף 214א האוסרת על "פרסום פוגע" בשלטי חוצות, אשר הוגדר, בין היתר, כתמונה של חשיפה של גוף "שיש בה פגיעה ברגשותיו המוסריים של הציבור או חלק ממנו [...]". עיון בהצעת החוק מלמד כי הנוסח המקורי דיבר על "פגיעה באמונתו או ברגשותיו הדתיים של הציבור או של חלק ממנו [...]".<sup>51</sup> באופן המלמד על האוריינטציה הדתית של איסור זה.

**סוג רביעי** של דברי חקיקה כולל הגבלות רגולטיביות (מינהליות) על חופש הביטוי שעניינן בהגנה על "רגשות הציבור". הבסיס להגבלות אלה מצוי בפקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת) ופקודת סרטי הראינוע, שתיהן משנת 1927, אשר קבעו חובת רישוי של מחזות וסרטים והפקידו את הסמכות ליתן רישוי כאמור בידי המועצה לביקורת סרטים ומחזות. הוראות מסוג זה אף הן היו נהוגות במשפט האנגלי והן הוחלו בארץ בתקופת המנדט הבריטי. בשנת 1991 בוטלה פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת),<sup>52</sup> ואולם פקודת סרטי הראינוע עומדת בתוקף גם כיום. אף שהפקודות עצמן אינן קובעות אמות מידה להפעלת שיקול הרעת של המועצה ובכלל זה אינן כוללות התייחסות לסוגיית הפגיעה ברגשות, ההלכה הפסוקה הכירה בפגיעה ברגשות כשיקול להצדיק שלא ליתן רישיון מכוחן.<sup>53</sup>

המחוקק הישראלי בתורו אימץ הגבלות מפורשות על חופש הביטוי שמטרתן להגן על רגשות הציבור. הגבלות אלה מעוגנות בדברי החקיקה המסדירים את שידורי הרדיו והטלוויזיה. כך למשל חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, והכללים שנקבעו מכוחו, כוללים הגבלות על שידורים שיש בהם פגיעה בכבוד האדם, ברגשות הציבור או

10-04 מדינת ישראל נ' חזן (פורסם בנבו, 17.5.2011); ת"פ (שלום פ"ת) 14-05-9220 מדינת ישראל נ' ברוך (פורסם בנבו, 8.2.2015); ת"פ (שלום עכו) 09-01-13240 מדינת ישראל נ' חוסרי (פורסם בנבו, 17.12.2009).

49 ס' 179 לפקודת החוק הפלילי.

50 ראו למשל בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989) (להלן: עניין יוניברסל); בג"ץ 351/72 קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד כו(2) 811 (1972); פסקי דין אלה יידונו בפרק ד.1 להלן.

51 חוק העונשין (תיקון מס' 31), התשנ"א-1990, ס"ח 34; הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 36), התשנ"א-1990, ה"ח 16.

52 ביטול הפקודה נעשה בין היתר על רקע הערות בית המשפט העליון בעתירה נגד החלטת המועצה לאסור את הצגת המחזה "אפרים חוזר לצבא", שהתקבלה בבית המשפט העליון. ראו בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987). בשלב ראשון, נחקק חוק להשעיית תוקפה של פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת), התשמ"ט-1989, ס"ח 42 ובהמשך בוטלה הפקודה מכוח חוק העונשין (תיקון מס' 35), התשנ"א-1991, ס"ח 208.

53 לדיון בפסיקה זו, ראו להלן פרקים ד.1, ד.3-ד.4.

בטעם הטוב;<sup>54</sup> הגבלות דומות נקבעו גם ביחס לפרסומות.<sup>55</sup> הגבלות מסוג זה מצויות בדברי חקיקה נוספים בנוגע לשידורי טלוויזיה, כבלים ולוויין.<sup>56</sup> במסגרת דברי חקיקה אלה מצויות גם הגבלות על הצגת "תועבה" כמשמעותה בחוק העונשין.<sup>57</sup> הגבלות דומות קיימות גם בחוקי עזר עירוניים המסמיכים את הרשות המקומית שלא ליתן רישיון לשילוט או לפרסום מודעות אם הן עלולות לפגוע ברגשות הציבור (ברומה לאיסור שבסעיף 214א לעיל).<sup>58</sup> סוג חמישי של דברי חקיקה כולל הגבלות על רישום שמות מטעמי הגנה על רגשות הציבור. חוק השמות, התש"ז-1956 מסמיך את שר הפנים לפסול שינוי של שם פרטי או

54 ס' 11א לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בשידורי טלוויזיה ורדיו), התשנ"ד-1994.

55 ס' 24(א)(2) לחוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 מסמיך את מועצת הרשות לקבוע כללים בעניין אתיקה בשידורי טלוויזיה ורדיו ובפרסומות; וכן ס' 288(2) קובע כי המועצה תקבע כללים לתשדירי פרסומת בין היתר בנושאים האסורים לשידור כתשדירי פרסומת "בשל היותם פוגעים בטעם הטוב או ברגשות הציבור"; הגבלות כאלה אכן נכללו בהוראות ס' 3 לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994 (שעניינן בפגיעה בכבוד האדם, בטעם הטוב או ברגשות הציבור); ס' 4(א) לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), התשנ"ט-1999 (שעניינן ב"פגיעה בטעם הטוב, בטובת הציבור או ברגשות הציבור, לרבות חלקים בציבור"); ס' 9 לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (שיבוץ פרסומות ואזכורים מסחריים בשידורי רדיו), התשנ"ט-1999 (שעניינן בפגיעה ב"רגשות הציבור"); ס' 25(א)(15) ו-25(ב) לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (שיבוץ תשדירי פרסומת בשידורי טלוויזיה), התשנ"ב-1992 (שעניינן בפגיעה ב"רגשות הציבור").

56 ראו ס' 6לד(ז)(5) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת) אשר מסמיך את המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין לקבוע כללים בעניין הגבלה על שידורי פרסומות אשר "פוגעים בטעם הטוב או ברגשות הציבור"; הגבלות כאלה אכן נקבעו. ראו ס' 12(א)(4), ו-31 לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשידורי ערוץ ייעודי), התשס"ד-2004; וכן, ראו ס' 53 לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רישיון לשידורים), התשמ"ח-1987; עוד ראו ס' 3(7) לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993 (האוסר על שידור פרסומת אשר פוגעת "ברת, בלאום, בעדה או במין, לרבות פגיעה ברגשות הדתיים של חלק זה או אחר מאוכלוסיית המדינה, או כוללת דברים העלולים לפגוע ברגשותיהם של מיעוטים היושבים בישראל"). כללים אלה הותקנו על ידי מועצת הרשות לפי חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965. בשנת 2014 בוטל חוק רשות השידור, ובמקומו נחקק חוק השידור הציבורי הישראלי, התשע"ד-2014. ס' 75 לחוק זה קובע כי מועצת תאגיד השידור הישראלי תקבע כללים בדבר איסורים ומגבלות על שידור הודעות חסות, תשדירי פרסומות ותשדירים לשירות הציבור "בשל היותם פוגעים בטעם הטוב, ברגשות הציבור או בשלום הציבור"; ראו גם ס' 25(ב) ו-26 לכללי שידורי טלוויזיה מהכנסת, התשס"ז-2006.

57 ראו למשל ס' 12 ו-14 לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994; ס' 6(כה) לחוק התקשורת; ס' 38(א) לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (שידורי תכניות טלוויזיה בידי בעל זיכיון), התש"ע-2009.

58 ראו למשל ס' 10(1) ו-12(א)(2) לחוק עזר לירושלים (שילוט), התש"ף-2019; ס' 2(ה) לחוק עזר לתל-אביב-יפו (שילוט), התשנ"ג-1992.

משפחה אם הוא סבור שהשם עלול "לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו".<sup>59</sup> בעניין כוכבי הכיר בית המשפט העליון בהגנה על רגשות הציבור, ובפרט בהגנה על רגשות דתיים, כאינטרס שעשוי להצדיק סירוב לרשום שם של חברה.<sup>60</sup> המחוקק הישראלי בתורו קבע מגבלות מפורשות על רישום שמות של תאגידים ושל מפלגות העלול לפגוע ברגשות הציבור.<sup>61</sup> בפסיקת בית המשפט העליון ההגנה על רגשות הוכרה לראשונה כאינטרס מוגן בפסק הדין הידוע בעניין קול העם.<sup>62</sup> פסק הדין עסק בסוגיית ההגבלה של חופש הביטוי בשל הפגיעה בשלום הציבור, ואולם בית המשפט העליון ציין, באוביטר, כי קיימים אינטרסים נוספים שעשויים להצדיק הגבלה כזו, ובהם האינטרס ב"מניעת חילול רגשות דת", תוך שהפנה לאיסור הפלילי בנושא. כעשרים שנים לאחר מכן, אפשרות זו יושמה בעניין קינן שבו דחה בית המשפט העליון עתירה נגד החלטת המועצה לביקורת סרטים ומחזות לפסול מחזה שכלל אמירות בוטות וניבולי פה כלפי האל, ישו ומרים.<sup>63</sup> הטענה לפגיעה ברגשות דתיים נשמעה במהלך השנים גם בעתירות בנוגע לשמירה על מקומות קדושים או על מקומות בעלי חשיבות דתית ולגישה אליהם הן מקרב הציבור היהודי<sup>64</sup> הן מקרב בני דתות אחרות.<sup>65</sup> דומה אפוא כי מושג ההגנה על רגשות דתיים "חלחל" מהדין הפלילי למשפט

- 59 ס' 16 לחוק השמות, התשט"ז-1956. סמכות זו חלה גם על בחירת שם בנסיבות מסוימות, למשל של מי שאין לו שם פרטי או משפחה או ששמותיו אינם ידועים.
- 60 בג"ץ 124/70 כוכבי שמש נ' רשם החברות, פ"ד כה(1) 505 (1971).
- 61 ס' 28 לחוק החברות, התשנ"ט-1999; ס' 4(א) לחוק העמותות, התש"ם-1980; ס' 8(א) לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992.
- 62 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 879 (1953). יצוין כי פסק דין מוקדם יותר שבו נדונה סוגיית ההגנה על רגשות הדתיים הינו ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה 481 (1951) (שם נדונה שאלת החוקיות של האיסור הפלילי על ביגמיה).
- 63 עניין קינן, לעיל ה"ש 50 (שיידון להלן בפרק ד.1).
- 64 ראו למשל בג"ץ 223/67 בן-רב נ' שר הדתות, פ"ד כב(1) 440 (1968) (בעניין סדרי הגישה להר הבית); בג"ץ 8666/99 תנועת נאמני הר-הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 199 (2000) (בעניין ביצוע עבודות על ידי הווקף המוסלמי בהר הבית); בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509, 524-525 (1997) (להלן: עניין נאמני הר הבית) (בעניין הפיכת מתחם אורוות שלמה שבהר הבית למסגד תפילה מוסלמי פעיל); בג"ץ 8119/10 פרידמן נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 13.1.2011) (עתירה נגד פעולות בנייה באתר שבו התגלו קברים עתיקים); בג"ץ 7710/05 בר חן נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 927 (2005) (בעניין ההנחיה להרוס את בתי הכנסת ביישובים שפוגו בחבל עזה במסגרת תוכנית ההתנתקות); בג"ץ 67/93 תנועת "כך" נ' השר לענייני דתות, פ"ד מז(2) 1 (1993) (בעניין הסדרי הכניסה להר הבית).
- 65 ראו למשל בג"ץ 4661/06 הועד לפיתוח חברון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.6.2006) (בעניין הצבת משטחים ממוגני ירי על חלונות "ציון קבר אברהם אבינו" שבמתחם מערכת המכפלה); בג"ץ 6685/05 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי הקדש המוסלמי בע"מ נ' חברת י.ג. ארכיאולוגיה חוזית בע"מ (פורסם בנבו, 18.1.2007) (בעניין ביצוע עבודות פיתוח בשטח שבו קברים עתיקים ששימשו לקבורת מוסלמים); בג"ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמוכארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל, פס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.10.2007)



הציבורי, שם הוא שימש בהקשרים דומים, בנוגע להגבלה של חופש הביטוי ולשמירה על מקומות קדושים או בעלי חשיבות דתית.

בד בבד, במהלך השנים התרחב השימוש במושג הפגיעה ברגשות בפסיקת בית המשפט העליון להקשרים נוספים. מן העבר האחד, סוגיית הפגיעה ברגשות דתיים נדונה גם בעניינים שאינם קשורים לחופש הביטוי או לשמירה על מקומות קדושים. שימוש נפוץ במושג זה נעשה בפסיקה בסוגיות של דת ומדינה הקשורות ליחסי דתיים-חילוניים<sup>66</sup> ולעיתים גם ליחסים שבין הזרם האורתודוקסי לזרמים אחרים ביהדות.<sup>67</sup> מן העבר האחר, גם הגנה על רגשות אחרים, לאו דווקא "דתיים", הוכרה כאינטרס שעשוי לגבור על חופש הביטוי. כך במקרה של ביטויים גזעניים הפוגעים ברגשות מיעוטים; כך במקרה של ביטויים הפוגעים ברגשות בעלי אופי לאומי וזאת בהסתמך על האיסורים בחוק הדגל; וכך במקרה של ביטויי "תועבה" ביחס לרגשות של ציבורים שמרניים או של נשים.<sup>68</sup> כל אלה התקזו למונח כללי ועמום של פגיעה ב"רגשות הציבור", שכאמור עוגן גם בחקיקה. לאחר ה"מהפכה החוקתית", מושג הפגיעה ברגשות חלחל גם לפסיקה בתחומי המשפט הפרטי, ובפרט לדיני הנזיקין, עת נקבע שיש לפסוק פיצויים בעד פגיעה שלא כדין בזכות החוקתית לאוטונומיה, בהתאם למידת הפגיעה ברגשותיו של הנפגע.

### ג. הגנה על רגשות במשפט הפרטי: כלי לפיצוי בשל פגיעה בזכויות חוקתיות

כנקודת מוצא לדיון במשמעותו של מושג הפגיעה ברגשות, יהא זה נוח להתחיל מנושא ההגנה על רגשות במשפט הפרטי, שם השאלות שהוצבו בפתח המאמר – על מה המשפט "מדבר" כשהוא מדבר על פגיעה ברגשות והאם המשפט אומנם מגן על רגשות ככאלה – זוכות למענה ברור יחסית. בפרק א עמדתי על הרתיעה מפני הגנה על רגשות במשפט הפרטי, ובכלל זה על הגישה שנהגה בעבר בדיני הנזיקין שלפיה אין לפסוק פיצויים בשל נזק

(בעניין ביצוע עבודות בשטח בית קברות מוסלמי); בג"ץ 516/08 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' מושב אחיהוד – אגודה חקלאית (פורסם בנבו, 18.6.2009) (בעניין ביצוע עבודות בנייה בשטח שבו קברים סמויים של מוסלמים ונוצרים); בג"ץ 7311/02 האגודה לסייע ולהגנה על זכויות הברואים בישראל נ' עיריית באר-שבע (פורסם בנבו, 22.6.2011) (עתירה נגד ההחלטה על הפיכתו של ה"מסגד הגדול" בבאר שבע למתחם מוזיאונים, שבה נתבקש לשפץ ולתחזק את המסגד ולהתיר את התפילה בו. נפסק שיש לשמור על ייעוד המבנה כמוזיאון, אך להקדישו לתרבות האסלאם ועמי המזרח) (להלן: עניין האגודה לזכויות הברואים).

66 היחסים בין חילונים דתיים וחרדים נדונים בפרק ד.2.

67 בג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב-ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר-שמריהו, פ"ד טו 2101 (1962); עע"ם 8840/09 באואר נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה ועדת המשנה לעררים (פורסם בנבו, 11.9.2014). הטענה לפגיעה ברגשות דתיים עלתה גם ביחס לסוגיית התפילה של נשים רפורמיות ברחבת הכותל. ראו למשל דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש-הממשלה נ' הופמן, פ"ד נז(3) 289, 297-298 (2003); במסגרת הגלגולים השונים של המאבק בעניין זה נוספה תק' 2(א1) לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981 האוסרת על "עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות הציבור כלפי המקום".

68 דיון בהקשרים אלה ייערך בפרקים ד.1, ד.3-ד.4 להלן.

נפשי "טהור" (שאינו נובע מפגיעה פיזית בניזוק או ברכושו). בפרק זה אתאר את השינויים שהתחוללו בפסיקה בהקשר זה.

נקודת המפנה בגישתו המסורתית של בית המשפט העליון בנוגע לפיצויים בגין נזק נפשי "טהור" התחוללה בעניין גורדון.<sup>69</sup> בעניין זה נפסקו פיצויים בשל נזק נפשי "טהור" שנגרם לתובע בעקבות הליכי אכיפה שננקטו נגדו בשל שגגה של הרשויות והגיעו עד כדי החזקתו במעצר שווא. אף שפסק הדין בעניין גורדון אינו מתייחס לכך במפורש, נקל לראות כי מדובר בדוגמה לעוולה בעלת היבט חוקתי מובהק: התביעה הוגשה נגד רשות שלטונית; בעניין המצוי בלב סמכויות המדינה – אכיפה פלילית; ושבו נפגעו זכויות חוקתיות בסיסיות, ובהן הזכות לחירות ולכבוד. ואכן, למקרא ההנמקה של השופט ברק (כתוארו אז) נראה כי אין זה מקרי שדווקא בנסיבות אלה נפסק פיצוי בגין נזק נפשי "טהור". השופט ברק הסביר כי "כבודו של אדם, שמו הטוב, נוחותו ושלמות נפשו חשובים לחיי חברה תקינים וצריכים לקבל הגנה ראויה כמו כל אינטרס רכושני".<sup>70</sup> הנמקה זו כורכת את ההגנה על הזכות החוקתית לכבוד ועל הזכות לשם טוב, יחד עם ההגנה על השלמות הנפשית של הפרט ועל נוחותו, באופן המרמז על קשר בין אלה לאלה.

לאחר פסק הדין בעניין גורדון, נפסקו בבית המשפט העליון פיצויים במקרים נוספים שגם הם בעלי מאפיינים "חוקתיים" כאלה או אחרים. בעניין כרמלי חייב בית המשפט העליון את המדינה בפיצוי בשל "נזק כללי" שנגרם עקב אשפוזה הכפוי של התובעת שלא כדין במוסד לחולי נפש.<sup>71</sup> דובר, שוב, בתביעה נגד רשות שלטונית ובנסיבות של פגיעה בזכויות חוקתיות, הזכות לחירות ולכבוד. בעניין מצראווה פסק בית המשפט העליון פיצויים בשל הסבל ו"הנזק הכללי" שנגרמו לאישה מוסלמית שבעלה גירש אותה על כורחה וללא פסק דין המתיר את הנישואין, דבר המהווה עבירה פלילית. אומנם בעניין זה דובר בפגיעה שנעשתה במערכת יחסים זוגית (ולא מצד המדינה), אך גם היא מגלמת פגיעה בזכויות יסוד.<sup>72</sup> כמו בעניין גורדון, גם במקרים הללו בית המשפט העליון לא נימק את מתן הפיצוי

69 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985); לדין בפסק הדין ראו גם גלעד, לעיל ה"ש 9, בעמ' 943-944; כן ראו ע"א 1678/01 פנחסי נ' וייס, פ"ד נח(5) 167 (2004) (שבו נפסק פיצוי בגין נזק לא ממוני בשל מחדלי רשויות האכיפה בטיפול במסכת התנכלויות נגד התובעים, שבעקבותיהן נאלצו התובעים לעזוב את בית מגוריהם).

70 עניין גורדון, לעיל ה"ש 69, בעמ' 142.

71 ע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757 (1987).

72 ע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה (פורסם בנבו, 29.3.1995); ס' 181 לחוק העונשין; ראו גם ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169 (1984) (שם הסביר בית המשפט העליון כי סעיף 181 לחוק העונשין נועד להגן על נשים, בעיקר לא-יהודיות, מפני אפליה). גירוש אישה בעל כורחה נעשה לעיתים רבות בניסיון לנשל את האישה מזכויותיה הרכושיות והוא עלול לגרום לה לבושה, להשפלה ולפגיעה בסיכויה להינשא בשנית, וכך לפגוע בזכות לקניין, לשוויון ולכבוד. פיצויים בגין נזק נפשי טהור נפסקו בערכאות דיוניות במקרים נוספים של פגיעה בנשים במערכות זוגיות, למשל במקרים של אלימות במשפחה או סרבנות גט. ראו ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 9, בעמ' 139, 144-146; דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103, 121-122 (2005) (להלן: ברק-ארז "עוולות חוקתיות"); גלעד, לעיל ה"ש 9, בעמ' 958-960; ראו גם יחיאל קפלן ורונן פרי "על אחריותם בניזוקין של

בפגיעה האפשרית בזכויות יסוד, אך ייתכן שהנכונות לפסוק באופן חריג פיצוי בגין נזק "כללי" דווקא בנסיבות שתוארו, איננה מקרית.

נקודת הציון הבאה בפסיקה מצויה בעניין דעקה, שבו נקבע לראשונה שיש לפסוק פיצוי בעד פגיעה שלא כדין בזכות לאוטונומיה, וזאת בהתאם למירת הפגיעה ברגשותיו של הנפגע.<sup>73</sup> באותו עניין דובר על מטופלת שסבלה מנכות פיזית לאחר שנותחה בכתפה ללא קבלת הסכמתה מדעת. בפסק הדין נקבע, בדעת רוב, כי אף שלא ניתנה הסכמה מדעת לניתוח כנדרש, אין קשר סיבתי בין היעדרה של ההסכמה לנזק (שכן המטופלת הייתה מסכימה לניתוח בכל מקרה). חרף האמור, נפסק כי המטופלת זכאית לפיצוי בשל הפגיעה בזכויותיה החוקתיות לכבוד ולאוטונומיה. בית המשפט העליון הסביר כי לצורך אומדן הפיצוי יש להכריע בין שתי שיטות: מתן פיצוי אחיד ואוניברסלי בשל עצם הפגיעה בזכות (פיצוי אובייקטיבי) או מתן פיצוי בהיקף אשר משתנה בהתאם לנסיבות המקרה (פיצוי סובייקטיבי). בפסק הדין נבחרה האפשרות השנייה, תוך שאומצה העמדה שהובעה אז בספרות המשפטית ביחס לעוולות חוקתיות,<sup>74</sup> שלפיה "הפיצוי יתבסס על הערכת מידתה של הפגיעה ברגשותיו של היחיד, על רקע נסיבות העניין".<sup>75</sup>

פסק הדין בעניין דעקה ניתן כארבע שנים לאחר פסק הדין בעניין מזרחי שסימן את תחילת ה"מהפכה החוקתית",<sup>76</sup> ואפשר לזהות בו את אותותיה, באשר הוא פתח צוהר לפסוק פיצויים בשל פגיעה שלא כדין בזכויות חוקתיות, שלא גרמה לנזק פיזי או רכוש. אומנם, בשנים שלאחר מכן הורחבה ההלכה מעבר לגבולותיה המקוריים.<sup>77</sup> בעניין בן-צבי נפסקו פיצויים לטובת בני משפחה של נפטר שנערכה בגופו נתיחה שלאחר המוות ללא הסכמתם מדעת בשל הפגיעה בכבוד המת וכן בכבוד ובאוטונומיה של המשפחה.<sup>78</sup> הרחבה נוספת נעשתה בפרשת תנובה שבה הוטל על תנובה תשלום פיצויים בסך של כ-38.5 מיליון ש"ח בגין פגיעה באוטונומיה של צרכניה, במסגרת תביעה ייצוגית, לאחר שהתגלה כי היא החדירה סיליקון לחלב עמיד ללא ידיעת הצרכנים ושעה שלא הוכח שנגרם להם נזק פיזי בעקבות כך.<sup>79</sup> בעקבות זאת, הפכה הטענה לפגיעה באוטונומיה לפופולרית במיוחד בתחום התובענות

- סרבני-גט" עיוני משפט כח 773, 868 (2005). למצבים אחרים שבהם הוטלה אחריות בגין נזק נפשי "טהור", ראו גלעד, לעיל ה"ש 9, בעמ' 960-962.
- 73 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999). השופטת ביניש, בדעת מיעוט, סברה כי אין לפסוק פיצוי בעד ראש נזק עצמאי של פגיעה באוטונומיה בנסיבות של היעדר הסכמה מדעת. שם, בעמ' 556-560.
- 74 רפנה ברק-ארו עוולות חוקתיות 275-280 (1993).
- 75 עניין דעקה, לעיל ה"ש 73, בעמ' 584.
- 76 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגרל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
- 77 ראו שיר ויסנברג "פניה המשתנות של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין" משפטים מה 833, 834-857 (2016).
- 78 ראו ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס (פורסם בנבו, 7.7.2011).
- 79 ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עובון המנוח תופיק ראבי ז"ל (פורסם בנבו, 4.12.2011) (להלן: פרשת תנובה); עוד ראו יאיר אלדן ויופי תירוש "איזה גועל: מבט אחר על פרשת תנובה נ' ראבי" לחם חוק: עיונים במשפט ואוכל – משפט חברה ותרבות 375, 375-409 (יופי תירוש ואייל גרוס עורכים, 2017) (לטענת המחברים, תחושות הגועל והשיפוט המוסרי

הייצוגיות, לרבות תובענות ייצוגיות צרכניות.<sup>80</sup> עם זאת, בפסיקה ובספרות המשפטית נמתחה ביקורת על גישה מרחיבה זו,<sup>81</sup> ואכן דומה שאפשר לזהות בפסיקה תנועה לקראת תחימתם של הפיצויים בעד פגיעה באוטונומיה לנסיבות של פגיעה ב"גרעין הקשה" של זכות זו (בדומה לעניין דעקה).<sup>82</sup>

פיצויים בגין נזק לא ממוני שנגרם בעקבות פגיעה בזכויות חוקתיות נפסקו גם מכוח דברי חקיקה שנועדו להגן על זכויות אלה במשפט הפרטי, כגון חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. כך למשל חויבה תחנת הרדיו החרדית "קול ברמה" בפיצויים בסך מיליון ש"ח בשל מדיניותה המפלה והמדירה כלפי נשים.<sup>83</sup>

המחמיר כלפי תנובה הושפעו מן המשמעות התרבותית המיוחסת למשקה החלב ולייחוסה התרבותי של תנובה כחלק מן הנרטיב הציוני-הישראלי של בניין האומה). לדיון בהגנה על רגשות בהתייחס לביטויים הפוגעים בנרטיבים לאומיים, ראו בפרק 3. ד. להלן. לדיון בקשר שבין תחושות גועל, תפיסות תרבותיות ושיפוטיות מוסריים, עוד ראו Jonathan Haidt, *The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment*, *MARTHA C. NUSSBAUM, HIDING FROM HUMANITY: 108 PSYCHOL. REV. 814 (2001)*; DISGUST, SHAME, AND THE LAW (2004).

80 אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב 5, 83 (2012).  
 81 עניין בן-צבי, לעיל ה"ש 78, פס' 20 לפסק דינו של השופט עמית; יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" ספר שטרסברג-כהן 465, 475-477 (2017); יעקב, לעיל ה"ש 80; גלעד, לעיל ה"ש 9, בעמ' 956-959; צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187, 217-218 (2007); ראו גם אסף יעקב ויוני לבני "הקפיצה הגדולה – על גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה" עיוני משפט לז 437 (2015). בפרט, נשמעה בספרות העמדה שלפיה יש לצמצם פיצויים אלה בהתחשב בין היתר בשיקולים שעניינם קיומם של יחסים מיוחדים בין המזיק לניזוק כגון היחסים שבין המדינה לאזרח וקיומה של פגיעה קשה בליבה של זכויות יסוד. ראו אצל גלעד, לעיל ה"ש 9, בעמ' 965-950.

82 ראו למשל ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פ"ד סז(1) 410, 458 (2014) (השופט מלצר הסביר כי "דומה כי הגישה הרווחת כיום בפסיקת בית משפט זה היא כי מקום שאין מדובר בו בפגיעה ב'גרעין הקשה' של האוטונומיה, ולא נגרם נזק תוצאתי של ממש [...] אין מקום להכיר ב'פגיעה באוטונומיה' שמקורה בשלילת כוח הבחירה של הצרכן כנוק בר-פיצוי"); ע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' איבי, פס' 15-17 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 3.9.2015); ויסנברג, לעיל ה"ש 78, בעמ' 846-849. ראו והשוו ע"א 4333/11 סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ (פורסם בנבו, 12.3.2014) (דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית בעניין הימצאות קדמיום בכמות אסורה במזון לתינוקות).

83 ת"צ (מחזוי י-ם) 23955-08-12 קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה בע"מ (פורסם בנבו, 20.9.2018); רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (פורסם בנבו, 9.12.2015) (להלן: רע"א קול ברמה); ראו גם רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פס' 39 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 16.11.2011).

דברי חקיקה מסוג זה מקנים עוד פיצויים ללא הוכחת נזק בשל הפרתם,<sup>84</sup> ויש הטוענים כי בכך מגולמת ההנחה שהפרתם גורמת בדרך כלל לנזק לא ממוני משמעותי.<sup>85</sup> מהניתוח עד כה עולה אם כן קשר בין פסיקת פיצויים בשל נזק לא ממוני, ובפרט בשל פגיעה ברגשות, לבין פגיעה בזכויות חוקתיות, קשר שעשוי לבטא את ההנחה כי פגיעה בזכויות אדם כרוכה מטיבה בנזק המצוי במישור הנפשי-רגשי. אומנם, הפסיקה בהקשר לא תמיד הייתה עקבית. כאמור, חלו תנודות בפסיקה בנוגע ליישומה של הלכת דעקה. כך גם במהלך השנים, הורחבה קשת המקרים שבהם בית המשפט העליון פסק פיצויים בעד נזק נפשי "טהור" ופיצויים כאלה נפסקו גם במקרים אשר, בשונה מעניין גורדון, לא נגעו לסמכויות שלטוניות או לפגיעה בליבת זכויות האדם.<sup>86</sup> אך עדיין, מדובר בקשר משמעותי שלא ניתן להתעלם ממנו. ואכן, בספרות המשפטית נשמעה קריאה לאמץ את מושג ה"פגיעה ברגשות" כמושג משפטי מובחן לתיאור הנזק הלא ממוני המאפיין פגיעה ב"אינטרסים חוקתיים", וכך גם להבחינו ממושגים כמו "כאב וסבל" ו"עגמת נפש" המתארים פגיעה רגשית בהקשרים אחרים.<sup>87</sup>

על רקע האמור, ניתן להשיב על השאלות שהוצבו בפתח המאמר. בכל הנוגע לשאלה על מה המשפט "מדבר" כשהוא מדבר על פגיעה ברגשות, התשובה היא שבדיני הנוזיקין, הכוונה, לעיתים קרובות, הינה לרגשות שליליים המאפיינים פגיעה שלא כדין בזכויות יסוד ובפרט בזכות לאוטונומיה ולכבוד. הדיון ברגשות אלה נעשה במסגרת רכיב הנזק ועל-למנת להעניק פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה ובכבוד.<sup>88</sup> אשר לשאלה אם אומנם המשפט מגן על

84 ראו למשל ס' 5(ב) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשיירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000; ס' 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1988; ס' 29 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; ס' 7 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

85 גלעד, לעיל ה"ש 9, בעמ' 962-963.

86 ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193, 203-205 (2005) (שבו נפסק פיצוי בגין נזק לא ממוני שנגרם לתאגיד, בשל סירוב של הרשויות להעניק לו רישיון ייבוא שנומק בנימוק שגוי תוך פגיעה בזכות הטיעון של התאגיד); ע"א 153/04 רובינוביץ נ' רונזבוים, פס' 14 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 6.2.2006) (שם חויב עו"ד בפיצוי בגין נזק לא ממוני שגרם לתובעת בגין מצג שווא רשלני בנוגע לחבותה במס שבח); ע"א 7731/11 צוריאל אגודה שיתופית להתיישבות חקלאית בע"מ נ' אביטן (פורסם בנבו, 15.8.2013) (שם הביע השופט עמית את עמדתו שאין לפסוק פיצויים בשל פגיעה באוטונומיה בדיני החוזים, שם פס' 20, ואילו השופטת ברק-ארז חלקה על עמדה זו, שם פס' 3-4 לפסק דינה).

87 ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 9, בעמ' 139, 144-146 (ביטון מסבירה כי הצורך במינוח נפרד נדרש בשל היעדרו של שיה משפטי בנוגע לזיהוי ולהערכה של הנזק שנגרם עקב פגיעה באינטרסים חוקתיים, נזק שאותו מכנה ביטון "אישיותי-דיגיטרי").

88 לשאלת סיווגה של הפגיעה באוטונומיה כראש נזק או כעוולה ראו עמית, לעיל ה"ש 81, בעמ' 470-474, 484-489; עניין בן-צבי, לעיל ה"ש 78; ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 5.3.2012). ההתייחסות לרגשות שליליים ככאלו שנגרמו כתוצאה מפגיעה באוטונומיה, מניחה קדימות אונטולוגית של אוטונומיה שהפגיעה בה היא שגורמת לרגשות שליליים, ואולם הנחה זו אינה נקיה מספקות. האומנם ישנו תחום "אוטונומי" ברור ומוגדר, שהפגיעה בו גורמת לרגשות שליליים? או שמא עצם הרגשות השליליים שאדם חווה, למשל

רגשות ככאלה, או שמא ישנו דבר מה אחר העומד בבסיסה של הגנה זו; מהאמור עולה עוד כי הפיצוי שניתן במשפט הפרטי בגין פגיעה ברגשות אכן לא נועד להגן על רגשות ככאלה, אלא מדובר בנדבך נוסף של ההגנה על זכויות אדם במשפט הפרטי.<sup>89</sup> דומה כי הגנה זו היא חלק ממגמה רחבה יותר של הגנה על זכויות אדם בשנות התשעים של המאה הקודמת, ובפרט לאחר ה"מהפכה החוקתית".

לסיכום חלק זה, במשפט הפרטי מושג הפגיעה ברגשות מתאר רגשות שליליים (עלבון, כעס וכיו"ב) המתעוררים באופן טיפוסי בנסיבות של פגיעה שלא כדין בזכויות חוקתיות כגון הזכות לאוטונומיה ולכבוד. על אף הרתיעה שהייתה קיימת בעבר מפני פסיקת פיצויים בגין נזק נפשי "טהור", פסיקה מאוחרת יותר העניקה פיצוי בעד פגיעה ברגשות בנסיבות אלו. אפשר להבין הכרה זו על רקע מגמה כללית יותר של הרחבת ההגנה על זכויות אדם בכלל, ובגדר המשפט הפרטי בפרט, בשנות התשעים של המאה הקודמת. לאור האמור, נראה שהפיצוי שניתן בגין פגיעה ברגשות בדיני הנזיקין לא נועד כדי להגן על רגשות ככאלה, אלא תכליתו להגן על זכויות חוקתיות, ובפרט על הזכות לאוטונומיה, גם בגדר המשפט הפרטי.

#### ד. הגנה על רגשות במשפט הציבורי

אם במשפט הפרטי ישנה עמימות סביב סוגיית הפגיעה ברגשות, במשפט הציבורי העמימות רבה אף יותר. בשונה מתביעות נזיקיות, שבהן הטענה לפגיעה ברגשות מתייחסת בדרך כלל לפגיעה ברגשות של תובע מסוים או של תובעים מסוימים, ובתובענות ייצוגיות – של קבוצת תובעים מסוימת, במשפט הציבורי הטענה לפגיעה ברגשות מתייחסת לעיתים לציבור רחב ובלתי-מסוים (כך למשל במקרה של פגיעה ב"רגשות דתיים"). ייחוס של רגשות לקבוצה של בני אדם כרוך בקושי בפני עצמו,<sup>90</sup> ובמיוחד כשמדובר בקבוצה לא מסוימת של בני אדם שאז אין זה ברור ברגשות של מי בדיוק מדובר. ייתכן שניתן היה להתגבר על קושי זה

במקרה של ביצוע פרוצדורה רפואית בגופו ללא הסכמה מדעת, הם אלה שבאמצעותם אנו מגדירים את ה"אוטונומיה" ותוחמים את גבולותיה?

89 המסקנה לעיל מתחזקת גם לנוכח האופן שבו בית המשפט העליון פסק בפועל פיצויים בשל פגיעה באוטונומיה. כבר בעניין דעקה הסביר בית המשפט העליון כי אף שפגיעה ברגשות היא נזק בעל "היבט סובייקטיבי דומיננטי", ניתן להעריכו בדרך של אומדנה ובהסתמך על "ניסיון החיים" אף בהיעדר ראיות לנזק ממשי. ראו עניין דעקה, לעיל ה"ש 73, בעמ' 583-584. בספרות המשפטית נטען כי בפועל פיצוי זה נפסק בדרך של אומדנה ובסכומים "עגולים" ואחידים ("מעין fixed price בגין פגיעה באוטונומיה"), באופן שמשווה לפיצוי אופי אובייקטיבי. ראו יסנברג, לעיל ה"ש 77, בעמ' 869-870; עניין ברזילי, לעיל ה"ש 82, בעמ' 452-453 (השופט מלצר קבע שיש לאמץ חזקה עובדתית שלפיה פגיעה באוטונומיה גורמת גם לפגיעה ברגשות).

90 בהקשר זה עולה שאלה כיצד אפשר לייחס רגש לקבוצה של בני אדם. ראו אסא כשר "רגשות קולקטיביים, אבל לאומי וטרור" בריאות הנפש בצל הטרור 479, 479-484 (2005) (אסא כשר מציע שלוש אפשרויות פרשניות לייחוס רגש לקולקטיב: הכללתית, סביבתית ופורמלית. כך, למשפט "העם נעשה עצוב" אפשר לייחס כמה משמעויות: לפי המשמעות ההכללתית, כל אחד מחברי העם או רוב חבריו נעשו עצובים; לפי המשמעות הסביבתית, בסביבה של כל אחד מחברי העם היה אדם שנעשה עצוב; לפי המשמעות הפורמלית, חל מועד פורמלי כגון יום אבל לאומי שבעטיו אפשר לייחס את הרגש לכלל העם).

באמצעות ראיות מתאימות, כגון סקרים או חוות דעת מומחה (כפי שנעשה למשל בעניין **תנוכה**), אך כבג"ץ לא נהוג לעשות כן.<sup>91</sup> יתרה מזאת, אף שלעיתים הקביעה בדבר פגיעה ברגשות מוכחת באמצעות תצהירים,<sup>92</sup> אין זה תמיד כך. לעיתים קביעה זו נסמכת על "השכל הישר וניסיון החיים",<sup>93</sup> ולעיתים כבג"ץ מוכן להניח את קיומה.<sup>94</sup> כל אלה תורמים לעמימות סביב מושג הפגיעה ברגשות.

על מה אפוא המשפט הציבורי "מדבר" כשהוא מדבר על פגיעה ברגשות? והאם, בדומה למשפט הפרטי, מושג זה מתאר את הרגשות השליליים המתעוררים אגב פגיעה בערך אחר? בפרק זה אבחן את השאלות הללו באמצעות דיון בכמה הקשרים בולטים שבהם נעשה שימוש במושג הפגיעה ברגשות במשפט הציבורי. בפרק 1. ד אדון בפסיקה בנוגע להגבלה של חופש הביטוי מפאת ההגנה על רגשות "דתיים" ואחרים של קבוצות מיעוט; בפרק 2. ד אדון בפסיקה בנוגע להגנה על רגשות "דתיים" בעניינים הקשורים ליחסי דת ומדינה בקרב הציבור היהודי; ובפרקים 3. ד ו-4. בהתאמה אדון בפסיקה בנוגע להגבלה של חופש הביטוי בהקשר של ביטויים הפוגעים ברגשות בעלי אופי לאומי ושל ביטויים בעלי אופי וולגרי או מיני.

## 1. חופש הביטוי ופגיעה ברגשות "דתיים" ואחרים של קבוצות מיעוט

מאז הוכרה לראשונה האפשרות להגביל את חופש הביטוי מפאת ההגנה על רגשות דתיים בעניין **קול העם**, יושמה אפשרות זו בפועל פעמים מספר, וזאת, כפי שנראה, לשם ההגנה על רגשות של קבוצות מיעוט דתיות, ובהמשך גם של קבוצות מיעוט אחרות.<sup>95</sup>

91 עומר דקל "חקירה נגדית כבג"ץ ובכית-המשפט לעניינים מנהליים" עיוני משפט לה 151 (2012). עוד ראו עניין **סוסצ'קין**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 307-309 (שם נדונה ונדחתה העמדה שלפיה במשפט הפלילי סוגיית הפגיעה ברגשות היא עניין שבמומחיות); השווה כהן-אלמגור, לעיל ה"ש 1 (הטוען כי יש לבחון את סוגיית הפגיעה ברגשות באמצעות חוות דעת מומחים).  
92 עניין **חורב**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 64 (הנשיא ברק ציין כי הפגיעה ברגשות "הוכחה בתצהירים הרבים שהוגשו").

93 עניין **נאמני הר הבית**, לעיל ה"ש 64, שם.

94 כבג"ץ 5432/03 ש.י.ן – **לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין**, פ"ד נח(3) 65, 84 (2004) (להלן: עניין ש.י.ן).

95 ראו דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 508-512. סוג נוסף של עתירות שיש להזכירן בהקשר זה נוגעות למינויים של מועמדים לתפקידים ציבוריים אשר התבטאו בעבר באופן פוגעני כלפי אוכלוסיות שונות. ראו למשל כבג"ץ 4646/08 **לביא נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 12.10.2008) (להלן: עניין **לביא**) (בעניין פסילת מועמדותו של העותר לתפקיד מנהל מקרקעין ישראל בשל התבטאויות גזעניות נגד הציבור הערבי); כבג"ץ 6547/06 **לפריץ נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 17.9.2007) (עתירה נגד מינויו של יוסף לפיד לתפקיד יו"ר מועצת יד ושם בשל התבטאויותיו נגד חרדים); עוד ראו כבג"ץ 5562/07 **שוסיים נ' השר לביטחון פנים** (פורסם בנבו, 23.7.2007). להגנה על רגשות דתיים של מיעוט מוסלמי בהקשר אחר, ראו עניין **האגודה לזכויות הבדואים**, לעיל ה"ש 65; וכן, השווה כבג"ץ 175/71 **פסטיבל למוסיקה אברגוש קרית-יערים**, אגודה רשומה נ' **שר החינוך והתרבות**, פ"ד כה(2) 821

במקרים אחדים נדונו בפסיקת בית המשפט העליון ביטויים שהציגו באופן פוגעני את מושאי האמונה של הציבור הנוצרי והמוסלמי, שאז תוארה הפגיעה כפגיעה ב"רגשות דתיים". בעניין קינן נדחתה, כאמור, עתירה נגד ההחלטה לפסול את הצגת המחזה "חברים מספרים על יו", שכלל אמירות בוטות וניבולי פה כלפי האל, ישו ומרים. בית המשפט העליון סמך את הכרעתו על האיסורים הפליליים על חילול רגשי דת ועל הצגת "תועבה".<sup>96</sup> למעלה מ-15 שנים לאחר מכן, נדונה בעניין יוניברסל עתירה דומה נגד החלטת המועצה לפסול את הקרנת הסרט "הפיתוי האחרון של ישו", שכלל סצנות ארוטיות. הפעם, בית המשפט העליון קיבל את העתירה והתיר את הקרנת הסרט.<sup>97</sup> סוגיית ההגנה על רגשות דתיים נדונה בעקיפין בעניין מפלגת ישראל ביתנו, שבו נקבע כי יו"ר ועדת הבחירות המרכזית אינו מוסמך למנוע מהמפלגה להפיץ בחינם עותקים מגיליון של המגזין הצרפתי Charlie Hebdo שעל גביו קריקטורה של נביא האסלאם מוחמד, אך בשל הפגיעה ברגשות דתיים מוסלמיים.<sup>98</sup> סוגיה זו התעוררה שוב לאחרונה סביב שאלת הצגתה של היצירה "מק'ישו" במוזיאון חיפה, אשר נכון למועד כתיבת שורות אלה תלויה ועומדת לפני בית המשפט העליון.<sup>99</sup>

במקרים אחרים, נדונו ביטויים שהתייחסו באופן פוגעני לחברי קבוצות המיעוט, שאז נדונה לא רק הפגיעה ברגשותיהם אלא גם הפגיעה בכבודם. דוגמה למקרה כזה הוא עניין כהנא בנוגע להחלטת רשות השידור להגביל שידורים של ראיונות עם חבר הכנסת דאז מאיר כהנא (שעמד בראש רשימת "כך") על מנת שלא ליתן במה לדברי הסתה נגד הציבור הערבי.<sup>100</sup> השופט ברק דן בשאלת ההגבלה של ה"ביטוי החריג" והסביר כי הגבלתו תהיה מוצדקת בהתקיים ודאות קרובה לפגיעה בסדר החברתי ובשלום הציבור. תחת מונחים אלה

- (1971) (שם נדונה סוגיית הפגיעה ברגשות בעניין סירובו של משרד החינוך והתרכות לבקשת העותרת לקבלת תמיכה כספית משום היא מבצעת "מוסיקה כנסייתית").
- 96 עניין קינן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 815-816. יצוין כי נימוקים נוספים של המועצה לפסילת המחזה נגעו לפגיעה ברגשות של הורים שכולים, לפגיעה בערכי מוסר נוכח ניבולי הפה וגילויי הערווה במחזה וכן בזכר השואה, ואולם נקבע כי לצורך פסילת המחזה, די בנימוק של פגיעה ברגשות דתיים. שם, בעמ' 815-817; לדיון בפגיעה ברגשות של משפחות שכולות וניצולי שואה, ראו להלן בפרק ד.3, לדיון בפגיעה ברגשות נוכח ביטויים וולגריים או בעלי אופי מיני, ראו להלן בפרק ד.4; עוד ראו והשוו בג"ץ 383/73 אבירן נ' יושב-ראש המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד כח(2) 766, 771 (1974) (דחיית עתירה נגד פסילתו של הסרט "מין" בין היתר בשל פגיעתו בדת, ללא דיון בפגיעה ב"רגשות דתיים").
- 97 עניין יוניברסל, לעיל ה"ש 50.
- 98 דנג"ץ 1525/15 טיבי נ' מפלגת ישראל ביתנו (פורסם בנבו, 23.8.2017); ראו גם דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 510.
- 99 ביצירה שהוצגה במסגרת התערוכה "סחורה מקודשת" נראתה דמותו של הליצן רונלד מקדונלד, סמל מסחרי של רשת המזון המהיר "מקדונלדס", כשהוא צלוב על צלב עץ. בעקבות התערבותה של ראשת העיר, הוסרה היצירה. עתירה שהוגשה נגד התערבותה של ראשת העיר נדחתה על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים, ראו עת"ם (מחוזי חי') 67938-01-19 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ראש עיריית חיפה (פורסם בנבו, 10.2.2019) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח); ערעור על פסק הדין תלוי ועומד לפני בית המשפט העליון, ראו ע"ם 2211/19 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ראש עיריית חיפה.
- 100 בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 286-288 (1987).



כלל השופט ברק את השמירה על רגשות הציבור – "בין רגשות דתיים ומוסריים, בין רגשות ערתיים ובין רגשות אחרים", כמו גם את השמירה על כבוד האדם, הדמוקרטיה וביטחון הציבור.<sup>101</sup> אפשר לראות כיצד השימוש במושג הפגיעה ברגשות הורחב כך שיחול לא רק על פגיעה ברגשות "דתיים", שהרי אין מדובר בכיטוי שמופנה נגד מושאי אמונה של הציבור הערבי הנוצרי והמוסלמי אלא כלפי ציבור זה עצמו.<sup>102</sup>

מקרה נוסף שבו הביטוי הנדון הופנה נגד חברי קבוצת מיעוט הוא עניין מפלגת שינוי שבו נדונה החלטת יו"ר ועדת הבחירות לפסול תשדיר בחירות של המפלגה, נוכח פגיעתו בציבור החרדי.<sup>103</sup> בתשדיר הוצג אדם הצועד לעבר הקלפי כאשר חרדים נצמדים לרגליו וזוחלים על הרצפה, ועם ההצבעה בקלפי, נעלמים בעשן. בפסק הדין של הנשיא ברק נקבע כי מדובר באחד המקרים החריגים שבהם הפרסום "מזעזע את אמות הסיפים של הסובלנות ההדרית" וזאת נוכח דמיונו לתעמולה אנטישמית ובשל ההצגה של היהודי החרדי כ"לא אדם"; וכי הפגיעה ברגשות עולה כדי ביזוי, השפלה ופגיעה בכבוד האדם. השופט ריבלין הוסיף כי הפגיעה בכבוד נעשתה על רקע השתייכותו הקבוצתית של הציבור החרדי שתואר כ"קבוצת מיעוט מוחלשת". השופט ריבלין התייחס עוד לפגיעה ברגשות של ניצולי השואה, באופן שמרמז על פגיעה בעם היהודי כמיעוט דתי מבחינה גלובלית, פגיעה שמהדהדת גם בהנמקה של הנשיא ברק.<sup>104</sup>

על מה אפוא בית המשפט העליון "מדבר" כשהוא מדבר על פגיעה ברגשות במקרים הללו? בפסיקת בית המשפט העליון קשה למצוא מענה ברור לשאלה זו, שכן בית המשפט התייחס לפגיעה ברגשות בכלליות ומבלי להבהיר מהו טיבם של הרגשות המדוברים.<sup>105</sup> עם זאת, מהקשר הדברים, ניתן להבין כי במקרים שבהם מוצגים באורח פוגעני מושאי האמונה של ציבור דתי, כמו עניין קינן ועניין יוניברסל, הכוונה היא לרגשות של כעס, עלבון וכיו"ב המתעוררים נוכח מה שנתפס כחילול קודש וזלזול או ביזוי של ערכים מקודשים. זוהי גם הפרשנות שאומצה בעניין סוסצקין, בנוגע לאיסור הפלילי על "פרסום שיש בו לפגוע בפגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים". בית המשפט העליון הסביר כי: "פגיעה ברגשות דתיים היא הסבת רגשות כואבים שמקורם באמונות הדתיות של הנפגע. אדם פוגע

101 שם, בעמ' 296. מנגד, השופט בך סבר כי דברי שנהא גזעניים אינם מוגנים תחת חופש הביטוי וכי הם בהכרח פוגעים ברגשות הציבור, ולפחות ברגשות הציבור שנגדם ההסתה מכוונת, ב"ודאות קרובה" ואף למעלה מכך. שם, בעמ' 313-314.

102 ראו גם עניין לביא, לעיל ה"ש 95, בפס' 25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (שבו הוסבר כי אמירות גזעניות "[...] פוגעות בכבודם של בני המגזר הערבי, נוכח התייחסות כוללנית מבזה על רקע השתייכותם הקבוצתית-לאומית. הן טומנות בחובן פגיעה ברגשות הציבור בכלל, וברגשותיו של הציבור הערבי בפרט [...]").

103 בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (פורסם בנבו, 28.6.2006) (עניין מפלגת שינוי).

104 ראו גם פינטו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 660.

105 ראו למשל עניין יוניברסל, לעיל ה"ש 50, בעמ' 39 (שם הסביר בית המשפט העליון, כי "השקפה דתית נוגדת אינה רק עמדה אינטלקטואלית שאין מסכימים עמה. היא עשויה גם להוות פגיעה רגשית").

ברגשותיו הדתיים של פלוני כאשר הוא גורם לו בהתנהגותו כעס, תסכול, עלבון וכדומה, וכאשר רגשות אלה לא היו מתעוררים אצל הנפגע אלמלא היה בעל אמונה דתית".<sup>106</sup> ואולם במקרים שבהם הביטוי מופנה נגד קבוצת המיעוט עצמה, כמו בעניין כהנא ובעניין מפלגת שינוי, מדובר בפגיעה מסוג שונה. בשני המקרים התייחס בית המשפט העליון לפגיעה בכבוד של חברי הציבור שאליו כוון הביטוי הנדון. לאור האמור, נראה כי הפגיעה הנדונה ברגשות היא כזו הקרובה יותר במהותה לתחושות הביזוי וההשפלה המאפיינות פגיעה בכבוד האדם. בספרות המשפטית פגיעה זו הוסברה כפגיעה בהערכה העצמית של האדם, נוכח הדרתו החברתית. הדרה זו יוצרת תחושה כי האדם אינו שייך או אינו ראוי להיות שייך לקבוצה שההשתייכות אליה חשובה בהערכה העצמית שלו, ואף לקבוצת האנושות כולה. לרגשות אלה עשויה להתלוות גם תחושה של חוסר אונים.<sup>107</sup> יש לציין כי אף שכבוד האדם הוא בעל מעמד נורמטיבי של זכות חוקתית, בשני המקרים התייחס בית המשפט העליון לפגיעה כחלק מהאינטרס הציבורי בשמירה על הסדר החברתי ועל שלום הציבור. כפי שנראה בהמשך, בית המשפט העליון נקט דרך זו גם ביחס לביטויים אחרים שנטען כי הם פוגעים בזכות לכבוד.<sup>108</sup> דומה כי הסיבה לגישה זו נעוצה בכך שהפגיעה המדוברת נוגעת לציבור בלתי-מסוים של אנשים ולא לפרט.<sup>109</sup>

האומנם במקרים שנדונו לעיל בית המשפט העליון הגן על רגשות ככאלה, או שמא ישנו ערך אחר שעמד בבסיס הגנה זו? המענה לשאלה זו אף הוא אינו פשוט. אומנם בית המשפט העליון הסביר לעיתים כי ההגנה על רגשות הציבור נובעת מערך הסובלנות. ואולם, ערך הסובלנות עשוי לשמש בסיס הן להגבלה של ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים הן להתרתם. כך בעניין קינן שבו נפסל הביטוי הנדון, הסביר בית המשפט העליון כי "החובה שלא לפגוע בפגיעה גסה ברגשותיו הדתיים של הזולת [...] נובעת במישורן מחובת הסובלנות ההדדית [...] שבלעדיה לא תיתכן שום חברה דמוקרטית מגוונת כשלנו".<sup>110</sup> לעומת זאת, בעניין יוניברסל הגיע בית המשפט העליון לתוצאה הפוכה, תוך שהתייחס ל"צידו השני" של ערך הסובלנות, שעל פיו "חברה, המבוססת על פלוראליזם חברתי, חייבת לאפשר החלפת דעות, גם אם יש בכך כדי לפגוע ברגשות המתנגדים לאותן דעות".<sup>111</sup> לעיתים אם כן נדרש הרוב להיות סובלני כלפי רגישות של המיעוט, ולעיתים דווקא המיעוט נדרש להיות סובלני כלפי דעותיו של הרוב.

על תכלית ההגנה על רגשות אפשר ללמוד גם באמצעות התחקות אחר שורשיה ההיסטוריים. כזכור, הבסיס הנורמטיבי להגנה על רגשות דתיים מצוי באיסורים הפליליים על חילול רגשי דת, שמקורם במשפט האנגלי. קרמניצר, גולדמן וטמיר עומדים על שלושה שלבים

106 עניין סוסצקין, לעיל ה"ש 41, בעמ' 305.

107 סטטמן, "שני מושגים של כבוד", לעיל ה"ש 12, 559-560.

108 ראו בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999). שידון להלן בפרק 4. (שם טענו בני משפחה של חנה סנש כי קטע במחזה פוגע בכבודה ובשמה הטוב. הנשיא ברק הסביר כי במשפט הציבורי "כבוד האדם כזכות הופכת לערך המהווה חלק מהאינטרס הציבורי").

109 להבחנה בין פגיעה בזכות של הפרט לפגיעה באינטרס ציבורי ראו לעיל ה"ש 13 (ובפרט ראו דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 13, שם).

110 עניין קינן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 815.

111 עניין יוניברסל, לעיל ה"ש 50, בעמ' 38.

בהתפתחות ההיסטורית של איסורים אלה. בשלב הראשון, איסורים על ביטויים הפוגעים בדת וסמליה (Blasphemy) שימשו באנגליה ככלי להגנה על הנצרות בעת שבה היא הייתה הדת הרשמית במדינה וזאת לצד האיסורים על פגיעה בריבון המדיני (Sedition). בשלב השני, ולאחר שהכנסייה איבדה את ההגמוניה כשותפה בשלטון המדיני (במהלך המאה השבע-עשרה), שימשו איסורים אלה ככלי להגנה על הנצרות כדת הדומיננטית במדינה. כדי לסייע בקביעת היסוד הנפשי של מבצעי העבירות על אותם איסורים, בתי משפט הנחו מושבעים לבחון אם היה כביטוי הנדון משום פגיעה ברגשות וכאמונות דתיות של הציבור (כלומר, רגשות דתיים לא היו ערך מוגן בפני עצמו). בשלב השלישי, איסורים אלה זכו לפרשנות "חילונית" מודרנית בדמות רטוריקה שיפוטית שלפיה מטרתם היא להגן על "שלום הציבור" במובנו הרחב (לא רק כחשש לאלימות).<sup>112</sup> כעולה מהתיאור לעיל, רטוריקה כזו אפיינה גם את הפסיקה הישראלית בעניין האיסורים הפליליים על פגיעה ברגשות דתיים (עניין סוסצקין) וכן במשפט הציבורי.<sup>113</sup>

כתיבה ליברלית מאוחרת יותר גורסת כי הגנה על רגשות עשויה להיות מוצדקת מטעם אחר, של הגנה על הזהות התרבותית של קבוצות מיעוט. ההצדקה הליברלית להגן על הזהות התרבותית של קבוצות מיעוט דווקא מושתתת על ההנחה שקבוצות אלה חשופות במידה רבה יותר לפגיעה בתרבותן מאשר קבוצת הרוב. כך למשל פינטו במאמרה "פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?" גורסת כי במקרים דוגמת אלה שנדונו לעיל בנוגע לביטויים הפוגעים במושאי האמונה הדתית של קבוצות מיעוט, הטענות לפגיעה ברגשות דתיים אינן מבקשות להגן על רגשות ככאלה, אלא על שלמות זהות התרבותית-דתית של האדם. בהתאם, פינטו מציעה לאמץ את עקרון הפגיעות התרבותית, שלפיו ככל שהמעמד החברתי של זהות תרבותית נתונה הוא נמוך יותר, כך הטענה על פגיעה בזהות התרבותית חזקה יותר.<sup>114</sup> פינטו נסמכת על כתיבתה של גלאוטי (Anna Elisabetta Galeotti), הטוענת שיש לאסור או להגביל "ביטויי שנאה" נגד מיעוטים תרבותיים, ואולם פינטו הולכת צעד נוסף, וטוענת כי עשויה להיות הצדקה להגביל גם ביטויים המופנים כנגד מושאי האמונה של מיעוטים דתיים.<sup>115</sup>

אם כך, בהתאם לגישות ליברליות הדוגלות ברב-תרבותיות כאמור, הטענה לפגיעה ברגשות לא נועדה להגן על רגשות ככאלה, אלא בבסיסה של הגנה זו ניצב ערך אחר – הזהות התרבותית של המיעוט הנדון. מאחר שההצדקה הליברלית להגן על הערך של הזהות התרבותית נעוצה בחשיבותה של התרבות עבור הפרט ובערך האוטונומיה,<sup>116</sup> עולה

112 קרמניצר, גולדמן וטמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 24-35. יצוין כי איסורי ה-Blasphemy באנגליה ובווילס בוטלו בשנת 2008, ראו Paul Kearns, *The End of Blasphemy Law*, 76 AMICUS CURIAE 25 (2008).

113 עניין סוסצקין, לעיל ה"ש 41, בעמ' 307; עניין כהנא, לעיל ה"ש 100, בעמ' 286-287.

114 פינטו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 664-665 (במסגרת זו פינטו מציעה לבחון פרמטרים כגון מידת ההשתלבות של חברי הקבוצה התרבותית בחברה ובכלכלה, אחוזי התעסוקה שלה, הייצוג התקשורתי של הזהות התרבותית ומידת האלימות כלפי חבריה).

115 שם.

116 בהקשר זה מקובל להתייחס לשתי גישות מרכזיות. על פי גישה אחת המזוהה עם ויל קימליקה ויוסף רוז, ההצדקה להגנה על התרבות נובעת מן הערך של האוטונומיה של הפרט, במובנו

השאלה אם ובאיזו מידה הערך של זהות תרבותית, או היבטים מסוימים שלו, מעוגנים בזכות החוקתית לאוטונומיה. שאלה זו נדונה בהקשרים שונים בפסיקת בית המשפט העליון, אך טרם הוכרעה.<sup>117</sup> מכל מקום, לא ברור האם או כיצד יש בעיגון כדי להשפיע על האיזון

כיכולתו של הפרט לעצב את חייו על פי בחירתו. בהתאם לתפיסה זו, קיומן של מגוון של תרבויות מאפשר לאדם מגוון של אלטרנטיבות בנוגע לאופן שבו יוכל לחיות את חייו, מתוכן יוכל הפרט לבחור את הדרך הרצויה לו. גישה אחרת מנסחים אבישי מרגלית ומשה הלברטל, ולפיה התרבות מכוננת את הזהות האישיותית של הפרט (personality identity) וטבועה בה, וכך יוצקת משמעות לחייו. תפיסה זו אינה רואה את האדם כמי שבוחר בהכרח את זהותו התרבותית אלא כמי שזהותו התרבותית טבועה באישיותו ומכוננת אותה. ראו מאוטר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 34, בעמ' 370-371 והאסמכתאות שם; עוד ראו גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל" עיוני משפט כז 23 (2003); סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 15-16; אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 93 (מנחם מאוטר, אבי שגיא ורוגן שמיר עורכים, 1998); פינטו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 667-672. יצוין כי ההצדקה להגן על זכויות תרבותיות עשויה להיות מבוססת גם על גישה קומוניטריאנית המדגישה את ההיבט הקבוצתי של הזכות לתרבות, ראו יובל לבנת "פרט וקהילה – ביקורת קומוניטריאנית על בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון" משפטים לא 219 (2000).

117 סוגיית המעמד של הזכות לתרבות או לזהות תרבותית נדונה בקשר לציבור החרדי בהתייחס להטבות בדיוור, ראו בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נדר (2) 503, 508-509 (2000) (שם בית המשפט העליון התייחס ל"זכות היחיד לחיים בקהילה תרבותית", אך הותיר את השאלות בנוגע לטיבה, מקורה והיקפה ב"צריך עיון"). שאלה זו נדונה גם בהתייחס לסוגיות הקשורות לחינוך במגזר החרדי, שאז בית המשפט העליון התייחס לאוטונומיה החינוכית של הציבור החרדי או לזכות לחינוך מגורי. ראו בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פס' 55, 58, 75 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 27.7.2008); בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג (2) 398, פס' 14-15, 19-20, 26 לפסק דינו של השופט לוי, וכן ראו פסק דינה של השופטת ארבל, ופס' 6 לפסק דינו של השופט מלצר (2009); בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד סד (1) 820, פס' 31 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, וכן פסק דינו של השופט מלצר (2010); בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פס' 58-65, 81-82 לפסק דינה של השופטת ארבל (שנתורה בדעת מיעוט), פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות, פס' 6-8, 24 לפסק דינו של השופט עמית, פס' ג' לפסק דינו של השופט רובינשטיין, ופס' 31 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 17.9.2014); בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת, פס' 9-10 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 12.9.2017); וכן ראו בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד (1) 142, פס' 49 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, ופס' 1-7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2010); עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 83, פסק דינו של השופט ג'ובראן; השו"ע עניין עדאלה, לעיל ה"ש 13 (בעניין חובת הצבת שילוט בשפה הערבית על ידי רשויות מקומיות); בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח (5) 199 (1994) (שבו נדחתה עתירה בעניין סירובו של בית ספר שבבעלות העדה היוונית-קתולית להתיר לנערה דתית מוסלמית לחבוש כיסוי ראש ולהשתתף בפעילויות נלוות, כגון ספורט ושחייה, בלבוש מיוחד ותוך הפרדה בין בנים לבנות).

החוקתי במקרים של "התנגשות" עם חופש הביטוי.<sup>118</sup> נראה עוד כי הפגיעה הרגשית שתיאוריות ליברליות כאמור מבקשות להגן מפניה, שונה מהפגיעה שבית המשפט העליון התייחס אליה במקרים כגון עניין קינן ועניין יוניברסל. לא מדובר (רק) ברגשות עלבון וכעס או "טומאה" שמקורם באמונות דתיות. כזכור, מיל, מאבות הליברליזם, הסתייג מהגבלה של חירות הפרט בשם ההגנה על רגשות מסוג זה.<sup>119</sup> אלא הפגיעה שפינטו עוסקת בה קשורה להרגשת השייכות של חברי המיעוט לחברה האזרחית. פינטו מזכירה בין היתר מחקרים הגורסים כי ככל שזהות תרבותית היא שנויה במחלוקת ונתונה לביקורת, ללעג ולבוז, כך פוחתת ההערכה העצמית של חבריה.<sup>120</sup> פגיעה זו קרובה יותר במהותה לזו שנדונה בעניין כהנא ובעניין מפלגת שינוי וקשורה לרגשות הביזוי וההשפלה המאפיינים פגיעה בכבוד. במילים אחרות, כשמדובר בביטויים פוגעניים המופנים נגד קבוצות מיעוט, הפגיעה ברגשות נושאת עימה נדבך נוסף – בדמות פגיעה אפשרית בהערכתם העצמית או בתחושת השייכות שלהם לחברה, באופן שמקנה לה חומרה יתרה. באופן מעניין, אף שהפסיקה בנוגע לביטויים הפוגעים ברגשות דתיים התייחסה, הלכה למעשה, לביטויים הפוגעים בקבוצות מיעוט, בית המשפט העליון כמעט לא נתן דעתו למאפיין

118 הדיון בסוגיה זו חורג מגדריו של מאמר זה. ההגנה על רגשות זוכה למעמד נורמטיבי של אינטרס מוגן שהאיזון בינו לבין חופש הביטוי נעשה לפי מבחן איזון "אנכי". לכאורה, אם יש פגיעה בזכות החוקתית לאוטונומיה, יש להחיל במקום זאת מבחן איזון "אופקי", ואלם, כאמור בפרק א פגיעה ברגשות (או בזהות התרבותית) מתייחסת לרוב לציבור ולא לפרט, ולפיכך מוחל בכל זאת מבחן איזון "אנכי" (וכך גם בעניין כהנא, לעיל ה"ש 100, ובעניין מפלגת שינוי, לעיל ה"ש 103 הוחל מבחן "אנכי" חרף קיומה של פגיעה בכבוד). לדיון בהבחנה בין הפגיעה בזכות של הפרט לפגיעה באינטרס ציבורי ראו לעיל ה"ש 13. לדיון במבחני האיזון החוקתיים ראו דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 223-250; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 215-221 (2010); גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006).

119 פינטו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 653 (פינטו טוענת כי מדבריהם של מיל ושל הארט עולה כי הם היו ערים לכך שרגשות דתיים הם אינם "סתם" רגשות שליליים אלא נובעים מהתפיסות הערכיות של הציבור הדתי. כך למשל הסביר מיל כי רגש הסלידה מאכילת חזיר טבוע בנפשם של מוסלמים שהפנימו את רעיון הטומאה של החזיר והערך השלילי שבו. בדומה לכך, גם הארט הסביר כי איסור הביגמיה באנגליה מכוון להגן על רגשותיהם הדתיים של האזרחים באנגליה, בשל פגיעה בערכו של מוסד הנישואין היקר בעיניהם); ראו גם אצל מיל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 153-154. באופן מעניין, כדי להמחיש מדוע אין להגן על פגיעה ברגשות מסוג זה, משתמש מיל בדוגמה היפותטית של מדינה שקיים בה רוב מוסלמי אשר נוהג בה איסור על אכילת חזיר. אך כאמור, בהתאם לתיאוריות ליברליות מאוחרות יותר, ישנה הצדקה מיוחדת להגן על התרבות של בני דתות מיעוט.

120 פינטו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 656-657 (פינטו מסבירה כי זהויות תרבותיות של קבוצות מיעוט הן בדרך כלל מודרות ושנויות במחלוקת, ולעיתים אף נתפסות באופן שלילי בקרב הרוב, מצב הגורם לחברים בתרבות המיעוט "להיות פחות שייכים" לחברה האזרחית שבה הם חיים); עוד ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 34, בעמ' 236-237; השוו סטמנן וספיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17 ("כאשר אדם אנוס לוותר על אורח החיים או הסמלים המכוננים את זהותו האישית, הוא חש ניכור-עצמי ואיום על זהותו [...])."

זה ולא ראה בו כבסיס להכרעותיו (למעט דבריו של השופט ריבלין בעניין מפלגת שינוי כאמור).<sup>121</sup> אדרבא, בעניין כהנא הבהיר השופט ברק כי ההגנה על רגשות הציבור נתונה הן לרוב והן למיעוט.<sup>122</sup> בעניין יוניברסל קבע הנשיא שמגר שיש להתיר את הקרנת הסרט הנדון לאור העובדה שהוא מוצג ברחבי העולם וככלל זה ב"ארצות תבל הנוצריות".<sup>123</sup> ואולם, אם ההגנה על רגשות מוקנית למיעוטים, אזי גם אם ביטוי כלשהו מותר להצגה במדינה שבה רוב נוצרי, אין משתמע מכך בהכרח שיש להתירו במדינה שבה מדובר במיעוט. יצוין כי העובדה שבפסיקת בית המשפט העליון כמעט אין דיון בביטויים המכוונים כנגד הרוב,<sup>124</sup> עולה בקנה אחד עם ההנחה, שעומדת בבסיס ההצדקות הליברליות שתוארו לעיל, ולפיה קבוצות מיעוט דתיות חשופות יותר לפגיעה בתרבותן מאשר קבוצת הרוב.

לסיכום פרק זה, אחד האתרים הבולטים שבהם נדונה סוגיית ההגנה על רגשות במשפט הישראלי נוגע לביטויים הפוגעים בקבוצות מיעוט. לעיתים, מדובר בביטויים המציגים בצורה פוגענית את מושאי האמונה של מיעוטים דתיים. לעיתים אחרות, מדובר בביטויים המופנים כנגד חברי המיעוט עצמם, שאז הפגיעה ברגשות עשויה להיות קשורה לפגיעה בכבוד של חברי הקבוצה. אף שהפסיקה בהקשר זה עסקה בביטויים שהופנו כלפי מיעוטים, מאפיין זה לא זכה לדיון מפורש בפסיקה. בספרות המשפטית לעומת זאת, נטען כי במקרים מסוג זה ההגנה על רגשות עשויה להיות מוצדקת מפאת ערך אחר, של הגנה על הזהות התרבותית של מיעוטים. אם כך, אז בדומה למשפט הפרטי, גם בהקשר הנוכחי, ייתכן כי בבסיס ההגנה על רגשות מצוי ערך אחר, הערך של הגנה על הזהות התרבותית של מיעוטים.

## 2. יחסי דת ומדינה, המרחב הציבורי ופגיעה ברגשות "דתיים"

הקשר מרכזי נוסף שבו נדונה הטענה לפגיעה ברגשות דתיים, ושל יוקדש הדיון בפרק זה, נוגע לסוגיות של דת ומדינה, ובפרט כאלה הנוגעות לדמותו של המרחב הציבורי, ובתוך כך ליחסים שבין חילונים, דתיים, חרדים ומה שביניהם. הטענה לפגיעה ברגשות

121 השוו לדיונים בפסיקה בנוגע למידת ההגנה שיש ליתן לרגשות של מיעוטים שמרניים בקשר לביטויים בעלי אופי וולגרי או מיני, שתידון להלן בפרק ד.4 וכן להלן בה"ש 175-176; כן השוו לעניין האגודה לזכויות הברואים, לעיל ה"ש 65.

122 עניין כהנא, לעיל ה"ש 100, בעמ' 296; ראו גם עניין קינן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 818 (בית המשפט העליון הסביר כי לעניין הפגיעה בחופש הביטוי לא די בפגיעה ברגשות של אנשים הנמנים עם מיעוט דתי קיצוני, אלא נדרשת פגיעה ברוב או בחלק ניכר מהציבור הרלוונטי).

123 עניין יוניברסל, לעיל ה"ש 50, בעמ' 32.

124 השוו ע"א 8717/12 ארז נ' שידורי קשת בע"מ (פורסם בנבו, 16.6.2014) (בעניין דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה בשידור קטע בתוכנית הטלוויזיה "האה הגדול" שבו נצפו משתתפי התוכנית מתווכחים על כוונת אחת המשתתפות להכניס את ספר התנ"ך לחדר השירותים על מנת לקרוא בו). יצוין כי בפסיקה נדונו ביטויים בעלי אופי מיני, שלגביהם נטען כי הם פוגעים ברגשות של ציבורים שמרניים, כאשר אפשר להניח שהכוונה, בין היתר, לרגשות של הציבור החרדי, ראו להלן בפרק ד.4. כמו כן, ישנו דיון בפסיקה בנוגע לפגיעה בסמלים לאומיים בעלי סממנים דתיים, כמו דגל המדינה, שאז נטען לפגיעה ברגשות לאומיים או דתיים, ראו להלן בפרק ד.3. ואולם, בשונה מהמקרים שנדונו לעיל, לא מדובר בביטויים המופנים במישרין נגד מושאי האמונה היהודית.

נדונה בהקשר זה ביחס להסדרים בנוגע לשמירת כשרות,<sup>125</sup> ובכלל זה להגבלות על גידול חזירים ומכירה של בשרם;<sup>126</sup> להסדרים בנוגע לשמירת שבת,<sup>127</sup> ובכלל זה הסוגיה של סגירת כבישים לתנועה בימי שבת;<sup>128</sup> לכיתוב על מצבות בבתי קברות<sup>129</sup> ועוד.<sup>130</sup> סוגיית ההגנה על רגשות דתיים התעוררה גם בקשר לפרקטיקות של הפרדה מגדרית והדרת נשים מן המרחב הציבורי<sup>131</sup> וכן בעתירות בנוגע לקיום "אירועי הגאווה".<sup>132</sup> טענה מקבילה לפגיעה ברגשות "חילוניים" נדונה בעניין סולודוך, בעתירה של תושבי שכונה בעיר רחובות נגד הקמת בית

- 125 ראו למשל בג"ץ 357/61 טטלים נ' ראש העיר הרצליה, פ"ד טז 902 (1962); בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 486 (1993).
- 126 ראו בג"ץ 105/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40, 52 (1956); ד"נ 13/58 עירית תל-אביב-יפו נ' לובין, פ"ד יג 118 (1959); בג"ץ 129/57 מנשי נ' שר הפנים, פ"ד יב 209, 223 (1958); בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004); ראו דפנה ברק-ארוז "גלגולו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי?" משפטים לג 403 (2003); עוד ראו דפנה ברק-ארוז חוקים וחיות אחרות – דת, מדינה ותרבות בראי חוקי החזיר (2015).
- 127 ראו למשל בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1) 337, 348–356, 363–364 (1970); בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 59 (2005) (שבו צויין כי התכלית הדתית-לאומית של חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 "מתחשבת ברגשותיו של הציבור הרתי בישראל"); בג"ץ 5073/91 תאטרות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מז(3) 192, 205, 208 (1993); עוד ראו עניין גור אריה, לעיל ה"ש 14.
- 128 בג"ץ 531/77 ברוך נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל-אביב, פ"ד לב(2) 160 (1978) (להלן: עניין ברוך); בג"ץ 237/88 מועצה מקומית גבעת שמואל נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מב(4) 841 (1989) (להלן: עניין גבעת שמואל); עניין חורב, לעיל ה"ש 15; השוו בג"ץ 174/62 הליגה למניעת כפיה דתית נ' מועצת עירית ירושלים, פ"ד טז 2665 (1962).
- 129 ע"א 280/71 גרעון נ' חברה קדישא גחש"א, פ"ד כז(1) 10 (1972); ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מז(2) 464 (1992); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600 (1999).
- 130 בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225, 257 (1963) (בעניין סוגיית רישום נישואין אזרחיים); בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 41 (1983) (בעניין סירובו של שר הפנים להנהיג "שעון קיץ"); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 526 (1998) (בעניין דחיית גיוס של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם").
- 131 בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011) שיידון להלן בהרחבה; ע"פ 5338/17 ראש עיריית בית שמש נ' פיליפ, פס' 34–36 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (פורסם בנבו, 1.11.2018) (בעניין צו להסרת שלטים המכילים דרישות, בקשות וכיתובים פוגעניים כלפי נשים בעיר בית שמש וכחלק מהתופעה הכללית של הדרת נשים מן המרחב הציבורי); ראו גם רע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 83.
- 132 בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 27.12.2006); בג"ץ 5277/07 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 20.6.2007); בג"ץ 5317/08 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 21.7.2008); ראו גם פינטו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 670–671; לשאלת היותה של הקהילה הגאה קבוצת יסוד תרבותית, ראו גם אצל מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 34, בעמ' 285–286; וכן, ראו ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(1) 2 (2010).

מדרש בשכונתם.<sup>133</sup> בית המשפט העליון דחה את העתירה מבלי שנדרש לטענה לפגיעה ברגשות חילוניים, ומההנמקה עולה כי לא היה בכך כדי לשנות את התוצאה, שכן הקמת בית המדרש לא עמדה בניגוד של ממש לאופי השכונה.

מהו אפוא טיבה של הפגיעה ברגשות בהקשר הנדון? האם, בדומה לאמור בפרק הקודם, גם בהקשר הנוכחי הטענה לפגיעה ברגשות דתיים לא נועדה להגן על רגשות ככאלה, אלא על דבר מה אחר, ובפרט על הזהות התרבותית של הציבור הרלוונטי?

על אף השימוש הרווח בטרמינולוגיה של פגיעה ברגשות בסוגיות הקשורות ביחסי דת ומדינה ולדמותו של המרחב הציבורי, קשה למצוא בפסיקה הסבר על אודות טיבה ומהותה של פגיעה זו. דוגמה חריגה יחסית לדיון כזה מצויה בפסק הדין בעניין חורב שעסק בהחלטת שר התחבורה להורות על סגירת כביש בראילן בירושלים בשעות התפילה בימי שבת.<sup>134</sup> הנשיא ברק קבע בדעת רוב<sup>135</sup> שיש לאזן בין האינטרס בהגנה על רגשות דתיים לבין חופש התנועה, וכן שחופש התנועה ייסוג כאשר הפגיעה ברגשות היא "קשה, חמורה ורצינית". הנשיא ברק קבע כי פגיעה כזו אכן מתקיימת, והסביר זאת כך:

אכן, [...] היהודי הדתי רואה בשבת מסגרת נורמטיבית, שנועדה ליצור אווירה מסוימת. חז"ל ביטאו אווירה מיוחדת זו באותה נשמה יתרה שניתנת לאדם עם כניסת השבת, וניטלת ממנו ביציאתה (ביצה, טז, א א) [...] זאת ועוד: השבת איננה עניין רק לאיש הפרטי ולמשפחתו. היא עניין לקהילה כולה. ציפייתה של קהילה דתית היא, כי מנוחת השבת לא תצטמצם לרשות היחיד של חבריה, אלא תעטוף גם את רשות הרבים ותשרה בה. באה שבת – באה מנוחה, לא רק בחצרו הפרטית של אדם, כי אם גם ברחובה של שכונה. ההמולה והשאון המאפיינים את ששת ימי השבוע, יפנו את מקומם לתפילות חגיגיות, לטוילי משפחה רגליים וכדומה. רחוב העובר בלב לבה של השכונה, נפח תנועה משמעותי, קולות צופרים ושאון מנועים מהווים, ללא ספק, ניגוד חריף לאווירת רחוב בשבת, כפי שנתפסת בעיני רוחו של תושב השכונה. אכן, תנועה של מכוניות שבה נפגש אדם בהליכתו לבית הכנסת או לבית המדרש, פוגעת בפגיעה קשה, חמורה ורצינית ברגשותיו של היהודי הדתי, ובאופן שבו הוא היה מצפה לחוות את השבת.<sup>136</sup>

כפי שניתן לראות, ישנו פער מסוים בין הערך הנפגע שבו דן הנשיא ברק בפסקה זו לבין המסקנה בדבר קיומה של פגיעה ברגשות. לאורך הפסקה, הנשיא ברק דן בפגיעה בציפייה או בשאיפה של האדם הדתי ושל הקהילה הדתית לחיות במרחב ציבורי ששורה עליו

133 בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פ"ד סד(1) 331 (2010).

134 עניין חורב, לעיל ה"ש 15.

135 שם. אותו עניין נדון בהרכב של שבעה שופטים. השופטים אור, חשין ודורנר סברו שיש ליתן צו מוחלט המורה לבטל את החלטת שר התחבורה ולפתוח את כביש בראילן בימי שבת. הנשיא ברק, המשנה לנשיא ש' לוין והשופט מצא סברו שיש להחזיר את הנושא להחלטה מחודשת של שר התחבורה שיוכל להורות על סגירת הכביש בתנאים מסוימים ותוך התחשבות בפגיעה בתושבי השכונה החילוניים. השופט טל סבר שיש להתערב בהחלטת שר התחבורה ולהורות על סגירת הכביש למשך כל השבת (שם, בעמ' 183-185), אך מטעמים פרגמטיים הצטרף לתוצאה של הנשיא ברק וכך הוכרעה התוצאה האופרטיבית של פסק הדין.

136 שם, בעמ' 64.



אווירת השבת. הנשיא ברק מתאר הלך רוח מסוים ששורה על המרחב הציבורי בשכונה הדתית, הלך רוח שהוא אינו רק סך המנהגים, הטקסים והאמונות המתקיימים במרחב הזה. זו תחושה כללית, אווירה ("feel"), שהיא בעלת אופי דתי.<sup>137</sup> ואולם, בסיום הפסקה קובע הנשיא ברק כי תנועת המכוניות בשכונה דתית כשבת פוגעת ב"רגשותיו של היהודי הדתי", וכך "מתרגם" את הפגיעה בציפייה לקיים אווירה דתית במרחב הציבורי, למושג של פגיעה ב"רגשות דתיים".<sup>138</sup>

מעניין חורב עולה, אם כן, כי מושג הפגיעה ב"רגשות דתיים" מתייחס לרגשות שליליים המתעוררים נוכח הפגיעה בציפייה של ציבור דתי לחיות במרחב בעל אופי דתי. ואכן, דומה שזוהי המשמעות של מושג זה גם במקרים אחרים שנזכרו לעיל העוסקים בפגיעה ברגשות דתיים בהתייחס למרחבים ציבוריים, כך למשל בנוגע להצגה של בשר שאינו כשר, לסגירת עסקים בימי שבת, לכיתוב על מצבות וכיו"ב עניינים שהינם בעלי היבט משמעותי של נראות חיצונית. כך גם בעניין סולודוך הטענה לפגיעה ברגשות של תושבי השכונה החילונית התייחסה לפגיעה בציפייה שלהם לחיות במרחב ציבורי בעל אופי "חילוני", הנטול סממנים דתיים.

בספרות המשפטית נטען כי במקרים מהסוג הנדון, ובפרט בעניין חורב, הטענה לפגיעה ברגשות דתיים מתארת למעשה פגיעה בערך אחר – הזכות לתרבות.<sup>139</sup> סטטמן וספיר מסבירים במאמרם "חופש הדת, חופש מדת ופגיעה ברגשות דתיים" כי מושג הפגיעה ברגשות דתיים

137 ראו גם יוסף שלהב ומנחם פרידמן התפשטות תוך הסתגרות – הקהילה החרדית בירושלים (מכון ירושלים לחקר ישראל, 1985) (המחברים מסבירים כי הרתיבות החרדית באה לידי ביטוי במישור האישי-אינדיבידואלי בהיותה "דתיות מקפידה", ובמישור הקהילתי-חברתי בטיפוח "תרבות של קדושה" שיוצרת אינטגרציה בין הקהילה למרחב המחיה שלה. תרבות זו מתארים המחברים, בדומה לתיאור של הנשיא ברק, כ"אותה אווירה המוקרנת מן הסביבה על ידי בתי המדרש, בתי הכנסת, הישיבות, 'קול התורה והתפילה' הבוקע מהם וכן גם מן הנוכחות הפיסית של החיצוניות היהודית במרחב, כפי שהיא נתפסת על ידי הקהילה החרדית". בין שני המישורים הללו קיימת זיקה הדוקה, שכן התפיסה הינה שחשיפה ל"סביבה רעה" פוגמת בשלמות אמונתו של היהודי החרדי ובעלת השפעות לטווח הארוך); ראו גם שלומית פלינט "בין הפרט לקהילה: דפוסי מגורים של אוכלוסייה חרדית בירושלים" כתב עת לחקר החברה החרדית 1, 66, 75-76 (2014).

138 המסקנה כי פגיעה בציפייה לחיות באווירה "דתית" עשויה להיות כרוכה ברגשות שליליים עשויה להיראות מתבקשת, אך ההתייחסות לפגיעה בציפייה האמורה כפגיעה ב"רגשות" דווקא, ולא, למשל, כאינטרס מוגן בפני עצמו או כפגיעה בערך אחר, איננה מובנת מאליה.

139 לא ברור אם ומהו ההבדל בין הערך של הגנה על ה"זהות התרבותית" של הפרט שאליו מתייחסת פינטו (פינטו, לעיל ה"ש 1) לבין הזכות ל"תרבות" שבה דנים סטטמן וספיר (סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 1). ניתן להבין את הזכות ל"תרבות" כזו שמתמקדת בתרבות כפרקטיקה, וזאת לעומת הערך של "זהות תרבותית" העוסק בתרבות כחלק מהותי מזהות האדם, וזאת על פי תפיסה מהותנית. אם זהו המצב, יתכן שהזכות לתרבות היא, מחד, צרה יותר בהיבט זה שהיא מצומצמת להגנה על פרקטיקות תרבותיות (כגון הפרקטיקה של שמירת שבת) בעוד שהזכות לזהות תרבותית אינה מצומצמת לכך ועשויה כאמור להצדיק גם הגבלה של חופש הביטוי. מאידך, הזכות לתרבות עשויה להיות רחבה יותר במובן זה שהיא אינה מוגבלת לתרבויות המהוות חלק מהותי מזהות הפרט כמו הדת.

עשוי להתייחס לפגיעה באחד משני מוכנים של חופש דת: האחד, במובנו כחופש מצפון, והשני, במובנו כזכות לתרבות. לשיטתם, מרכז הכובד של חופש הדת כחופש מצפון מצוי באינדיווידואל, זוהי פגיעה ביושרה של הפרט כלפי עצמו, בנפש פנימה, ולכן המבחן לפגיעה בה הוא סובייקטיבי. פגיעה בחופש הדת מתקיימת ככלל במקרה שבו כופים על אדם לנהוג בניגוד למצוות דתו, או במקרים של פגיעה ביכולת של אדם לקיים את מצוות דתו. לעומת זאת, הדגש בזכות לתרבות הוא על הפגיעה בקבוצה, בקהילה הדתית הרלוונטית, לכן המבחן לפגיעה בה מצריך התכוננות על המציאות החברתית בקהילה.<sup>140</sup>

ואכן, בפסיקה מאוחרת יותר שבה דן בית המשפט העליון בסוגיות של יחסי דת ומדינה הנוגעות לדמותו של המרחב הציבורי, התייחס בית המשפט לפגיעה באינטרסים תרבותיים של הציבור הנדון בנוסף לפגיעה ברגשות דתיים.<sup>141</sup> כך למשל, בעניין רגן, שבו נדונה הפרקטיקה של הפעלת "קווי מהדרין" בתחבורה ציבורית שבהם נהוגה הפרדה מגדרית, תוארה הסוגיה ככזו המצריכה איזון בין זכותו של הציבור החרדי לחופש דת ולהגנה על רגשותיו הדתיים, לבין זכותו של נשים שאינן מעוניינות בהפרדה – לכבוד, לשוויון ולחופש מדת. אומנם לא נזכרה בגדר כך הזכות לתרבות, אך במסגרת ההנמקה התייחס בית המשפט העליון גם לתיאוריות ליברליות בנוגע לרב־תרבותיות הדוגלות בהגנה על פרקטיקות תרבותיות של קבוצות מיעוט.<sup>142</sup> עם זאת השופט רובינשטיין הבהיר כי השאלה שנדונה באותו מקרה היא איננה אם "יש לאפשר לקבוצה תרבותית מסוימת לנהוג בינה לבין עצמה פרקטיקה מפלה" אלא "ענייננו בשאלת כפייתה של פרקטיקה תרבותית מסוימת [...] על קבוצות ופרטים שאינם מעוניינים בה בפרט, ועל המרחב הציבורי הישראלי בכלל".<sup>143</sup>

כדומה לאמור בפרק ד.1, גם בהקשר הנוכחי עשויה לעלות השאלה האם ועד כמה הזכות לתרבות או לזהות תרבותית מעוגנת בזכות החוקתית לאוטונומיה, שכאמור טרם הוכרעה בפסיקה ולא ברור אם וכיצד יש בה כדי להשפיע על ההכרעה.<sup>144</sup> ואולם בהקשר הנוכחי שאלה זו מעוררת מורכבות מיוחדת. הסיבה לכך היא שההצדקות הליברליות להגנה על התרבות נוגעות להגנה על מיעוטים תרבותיים (וזאת כאמור בהתאם להנחה שמיעוטים חשופים יותר לפגיעה בתרבותם), ואולם בארץ סוגיות של יחסי דת ומדינה אינן מתעוררות בהכרח ביחסים של רוב מול מיעוט, אלא עשויות לגעת ברבדים שונים של החברה הישראלית.<sup>145</sup>

140 סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 1.

141 ראו לעיל ה"ש 131.

142 עניין רגן, לעיל ה"ש 131, פס' ג, ט, כו, כט לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

143 שם, בפס' ל' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

144 ראו לעיל ה"ש 117.

145 מורכבות נוספת נוגעת להגדרה של "מיעוט", וכך אף שהציבור החרדי הוכר כמיעוט תרבותי בפסיקה בהקשרים מסוימים (ראו למשל עניין מפלגת שינוי, לעיל ה"ש 103), בספרות המשפטית נטען שאין לראותו ככזה בהקשרים אחרים. ראו למשל אמנון רובינשטיין ואביב גאון "המיעוט החילוני" משפט ועסקים כב 197, 227-245 (2019); סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 37, 72; ראו בכלליות ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילונים בישראל" דין ודברים ו 1 (2011) (להלן: בלנק "איים של פלורליזם"); עידו פורת "זכויות קבוצתיות בישראל – שלושה מבחנים מנחים" מחקרי משפט ל 387, 397-399 (2016); עוד ראו גילה שטופלר "המיעוט הערבי, המיעוט החרדי והתאוריה הרב־תרבותית במדינה יהודית דמוקרטית"

יתרה מכך, בשונה מהמודל הליברלי הדוגל במדיניות של "עיוורון" וניטרליות של המדינה כלפי תפיסת הטוב המשותף, מדינת ישראל מתאפיינת במחויבות חוקתית לאופי היהודי של המדינה, לצד מחויבותה לעקרונות הדמוקרטיה.

אחד הפתרונות המעשיים שאומצו בפסיקה למחלוקות בנוגע ליחסי דת ומדינה במרחב הציבורי הוא מודל ה"ביזור", אשר מעביר את ההכרעה בסוגיות אלה לידיהן של הרשויות המקומיות על מנת שיאמצו הסדרים ההולמים את אופיו של כל יישוב או כל שכונה. מודל זה אומץ בפרשת סולודקין, שבה נדונה שאלת החוקתיות של חוקי עזר עירוניים שאסרו על מכירת חזיר ומוצריו. בית המשפט העליון הסביר כי בהתאם למודל זה, האיזון בין הערכים המתנגשים שעל הפרק ייעשה באמצעות המוסדות הדמוקרטיים המקומיים ובאופן שמשקף את אופיו וצביונו של כל יישוב ויישוב.<sup>146</sup> מודל זה יושם לאחרונה גם בדיון הנוסף בסוגיית הפתיחה של מרכולים בשבתות בעיר תל-אביב.<sup>147</sup> מודל ה"ביזור" מעמיד בפני הפרט בחירה – אם לגור ביישוב שבו רוב הומוגני של תושבים בעלי זהות תרבותית כשלו, שאז יוכל ליהנות מהסדרים מקומיים מתאימים, או לגור ביישוב בעל צביון שונה או מעורב, שאז ידרש לקבל על עצמו את ההסדרים הקיימים או לנסות להשפיע עליהם באופן דמוקרטי במישור המקומי.<sup>148</sup>

על רקע האמור נשוב לשאלה על מה המשפט "מדבר" כשהוא מדבר על פגיעה ברגשות דתיים בהקשר הנדון, וננסה לחדד אותה. ראינו כי לעיתים קרובות הכוונה היא לרגשות שליליים המתעוררים נוכח הפגיעה בצפייה לחיות במרחב ציבורי שאופיו תואם את הזהות התרבותית-דתית (או החילונית) של תושביו. בדומה לאמור בפרק הקודם, נראה כי גם בהקשר הנוכחי הפגיעה ברגשות קשורה להרגשת השייכות של הפרט ולהערכה העצמית שלו, אלא שבהקשר הנוכחי הדגש הוא על הרגשת השייכות למרחב הציבורי. כשאנו מצויים במקום מסוים, אנו עשויים להרגיש יחס נפשי כלפיו, בדמות הרגשה של שייכות או של ניכור. בהיבט הרגשי, כשאנו מרגישים "שייכים" אנו מרגישים מקובלים, אהובים, קשורים בקשר נפשי למקום שבו אנו חיים. מנגד, כשאנו מרגישים "לא שייכים", ההרגשה היא של ניכור, זרות או בדידות. כך המושג "בית" מתאר מרחב פיזי אך הוא נושא עימו גם קונוטציות רגשיות, שעניינן בהרגשת שייכות מעין זו. בשפה האנגלית, המילה home מבטאת קונוטציות אלה, בניגוד למילה house שמתארת את הבית כמובנו הפיזי.

המרחב שאליו אנו מרגישים "שייכים", מרגישים ב"בית", הוא המרחב שבו אנו יכולים לבטא ולממש את זהותנו, בין את זהותנו כיחידים ובין כחלק מקבוצה. ככלל, זהות זקוקה למרחב שבו תוכל להתקיים ולבוא לכדי ביטוי מוחשי. המרחב הפיזי הבסיסי שבו כל אדם מבטא ומממש את זהותו הוא הגוף. המרחב שבו הקבוצה מבטאת את זהותה – בין שמדובר במשפחה, בקהילה או בעם – הוא הבית, השכונה או היישוב והארץ. הקשר בין הזהות של

משפט, חברה ותרבות – משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 11 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, 2017).  
146 עניין סולודקין, לעיל ה"ש 126, בעמ' 613-619.

147 דנג"ן 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 26.10.2017).

148 לדיון ביתרונותיו וחסרונותיו של מודל זה, ראו בלנק "איים של פלורליזם", לעיל ה"ש 145, בעמ' 112-114; רובינשטיין וגאון, לעיל ה"ש 145, בעמ' 246-249; על יישומו של עיקרון הביזור, ראו בהרחבה גם מאוטרנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 34, בעמ' 320-332.

הפרט או הקבוצה למרחב הציבורי הוא דו-כיווני: המרחב הציבורי עשוי, מחד גיסא, לשקף את זהות של הפרטים המאכלסים אותו, כיחידים או כקהילה, ומאידך גיסא, להיות בעל השפעה מכוננת על זהות זו. כך למשל, בשכונה שבה חיה קהילה דתית, המרחב הציבורי ישקף את זהות התרבות הדתית של הקהילה ושל יחידיה. בה בעת, אדם אשר נולד וגדל בשכונה כזו, "יספוג" את האווירה והתרבות הזו, אשר בתורה עשויה לתרום לעיצוב ולכינון הזהות שלו כאדם דתי, ולתרבותה של הקהילה כולה כקהילה דתית. כך גם בעיר שמאופיינת במגוון אנושי תרבותי, המרחב הציבורי משקף את הזהות של פרטיה כמו גם את זהותם התרבותית המשותפת כחברה פלורליסטית ומגוונת, ובה בעת הוא עשוי לתרום לכינון זהות תרבותית הדוגלת בערכים של סובלנות.

לאור האמור, דומה שאפשר להבין טוב יותר את הרגישות המאפיינת סוגיות הקשורות לדמותו של המרחב הציבורי במדינת ישראל. כאשר מתעוררת מחלוקת בין קבוצות שונות החולקות מרחב משותף בנוגע לאופיו של מרחב זה, הגנה על הרגשת השייכות של קבוצה אחת, עשויה לגרום להרגשת ניכור ואף לאיום של ממש על הקבוצה האחרת. לא מדובר בהרגשה "סתם", אלא כזו העשויה לרדת לשורש הזהות של חברי הקבוצה. במקרים הללו, המאבק בין קבוצות חברתיות עשוי ללכוש אופי של מאבק טריטוריאלי על מרחב שבו כל קבוצה תוכל להיות באופן ההולם את זהותה. הרגישות מתחדדת ככל שמדובר בסוגיה שמיוחסת לה משמעות סמלית, כזו שמבטאת את אופייה של המדינה כולה, שאז שאלת דמותו של המרחב הציבורי הופכת לשאלה של זהות לאומית, הנוגעת לכל מי שרוצה להרגיש שייך, להרגיש "בית", במדינת ישראל.<sup>149</sup>

לסיכום פרק זה, בעניינים הקשורים להחלה של פרקטיקות דתיות במרחב הציבורי, מושג הפגיעה ברגשות משמש כדי לתאר רגשות שליליים העשויים להתעורר נוכח פגיעה בציפייה לחיות במרחב בעל אופי "דתי" (או "חילוני", כפי שנטען בעניין סולודון). בספרות המשפטית נטען כי במקרים אלה עשויה להיות פגיעה לא רק ברגשות אלא בערך אחר, של הזכות לתרבות. ואכן, באופן עמוק יותר, נראה כי במקרים הללו הפגיעה הנדונה היא בהרגשת השייכות למרחב הנדון ובשאיפה לחיות במרחב הנותן ביטוי לזהות התרבותית של תושביו.

### 3. חופש הביטוי ופגיעה ברגשות "לאומיים"

כזכור, בית המשפט העליון הרחיב את ההגנה על רגשות וכך גם רגשות שאינם "דתיים" הוכרו ככאלה שעשויים להצדיק הגבלה של חופש הביטוי, לדוגמה, רגשות בעלי אופי לאומי. אזכורים של פגיעה ברגשות "לאומיים" אפשר למצוא כבר בפסיקה משנות החמישים בנוגע להגבלות על גידול חזירים וממכר בשר חזיר, שבגדרה בית המשפט העליון התייחס ככפיפה אחת לפגיעה ברגשות דתיים ולאומיים של הציבור היהודי.<sup>150</sup> בית המשפט העליון

149 ראו למשל עניין חורב, לעיל ה"ש 15, בעמ' 105 ("בהכרעות בסוגיות אלה מקופלות לא אחת הכרעות בדבר זהותו של מקום, זהותה של עיר, ולעתים אף זהותה של המדינה כולה. במקרה שבפנינו, יש בהחלטה כדי להשליך על דמותה של ירושלים, עיר הבירה של ישראל, אשר דמותה וזהותה חשובות לכל אזרח ואזרח במדינה").

150 בג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד יב 1041, 1071 (1958); וכן, עניין מנשי, לעיל ה"ש 126; וכן, ראו למשל עניין לזרוביץ, לעיל ה"ש 126; ראו גם עניין סולודקין, לעיל

עמד לא אחת על חשיבותה של הרגשת השייכות הסובייקטיבית של אדם ללאום היהודי גם במסגרת הפסיקה בשאלה מי ייחשב כ"יהודי" לצורכי רישום ה"לאום" שלו בתעודת הזהות (אשר בוטל בתחילת שנות האלפיים) ובמרשם האוכלוסין.<sup>151</sup>

בית המשפט העליון הכיר באפשרות להגביל את חופש הביטוי בשל פגיעה ברגשות – "בין שאלה רגשות דת ובין שאלה רגשות לאומיים או אחרים" – בעתירות בנוגע לתשדירי בחירות שעשו שימוש פוגעני בדגל המדינה או בהמנון המדינה.<sup>152</sup> שאלת ההגבלה של חופש הביטוי נדונה גם בהתייחס לביטויים שנטען כי הם פוגעים ברגשות של ניצולי שואה<sup>153</sup> או של משפחות שכולות.<sup>154</sup> הנכונות להגן על הרגשות של קבוצות אלה מובנת על רקע הכאב

ה"ש 126. להתייחסות כזו בהקשרים אחרים של יחסי דת ומדינה, ראו עניין נאמני הר הבית, לעיל ה"ש 64, בעמ' 520, 528 (בנוגע לרגשות הדתיים והלאומיים בקרב הציבור היהודי כלפי הר הבית); בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 828 (1993) (שבו הסביר השופט מלץ כי בית קברות צבאי ומצבה צבאית "מהווים ביטוי לתחושה לאומית, והם משקפים לא רק את האינטרס הפרטי, אלא גם את האינטרס הציבורי"); עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 129, בעמ' 498-504 (המשנה לנשיא אלון, בדעת מיעוט, עמד על החשיבות התרבותית-לאומית של השימוש בשפה העברית על גבי מצבות).

151 ראו בג"ץ 72/62 רופאיון נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428 (1962); בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג 477 (1970). לסקירת הפסיקה והחקיקה בהקשר זה ודיון בסוגיה, ראו גם אמנון רובינשטיין וגל קלנר "לאום לוט בערפל" משפט ועסקים כה (צפוי להתפרסם ב-2020).

152 עניין חרות, לעיל ה"ש 43; עניין עוצמה לישראל, לעיל ה"ש 43.

153 ראו עניין סנש, לעיל ה"ש 108; עניין לאור, לעיל ה"ש 52 (בית המשפט העליון קיבל עתירה נגד החלטת המועצה לסרטים ומחזות לאסור את הצגת המחזה "אפרים חוזר לצבא", שהציג את הממשל הצבאי בשטחים תוך השוואתו לממשל הנאצי); עניין מפלגת שינוי, לעיל ה"ש 103, פס' 1 ו-4 לפסק דינו של השופט ריבלין; בג"ץ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לבקורת סרטי קולנוע, פ"ד (1) 757 (1976) (להלן: עניין סרטי נח) (בית המשפט העליון קיבל עתירה נגד החלטה לפסול את הצגת הסרט "שוער הלילה", סרט עלילה המתרחש בחלקו על רקע השואה ומכיל סצנות ארוטיות, שנטען כי הוא פוגע ברגשות של ניצולי שואה ושל הציבור היהודי בארץ); השוו בג"ץ 260/60 פורום פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד טו 611 (1961) (בית המשפט העליון דחה עתירה נגד החלטת המועצה להתנות את שידור הסרט "גן עדן במדבר" שלווה בדברי פרשנות בעברית ובגרמנית בכך שיוסרו דברי הפרשנות בגרמנית, ללא דיון בפגיעה ברגשות). סוגיית ההגנה על רגשות של ניצולי שואה עלתה גם במסגרת דיני לשון הרע, ראו רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (פורסם בנבו, 12.11.2006); השוו רע"א 2572/04 פריג' נ' "כל הזמן" (פורסם בנבו, 16.6.2008).

154 ראו בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2004); עניין לאור, לעיל ה"ש 52; ראו גם עע"מ 4058/16 עיריית גבעת שמואל נ' מכון אריק לפיוס סובלנות ושלום ע"ש אריה צבי פרנקנטל הי"ד, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 26.6.2017) (שבו נדונה, למעלה מהצורך, סוגיית הפגיעה ברגשות בהתייחס לשלטי חוצות המביעים ביקורת על צה"ל); בג"ץ 9447/96 ארגון אלמנות ויתומי צה"ל נ' המועצה לשידורי כבלים (פורסם בתקדין, 26.12.1996) (עתירה למתן צו ביניים האוסר על הקרנת הסרט "סקס, שקרים וארוחת ערב" בשל הפגיעה ברגשות של אלמנות צה"ל נדחתה); בג"ץ 243/81 חברת יקי יושע בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לה(3) 421 (1981) (להלן: עניין יקי

הרגשי העצום שהוא מנת חלקן, כאב שלעיתים קרובות נוגע באופן אישי לרבים בחברה הישראלית.<sup>155</sup> ואולם, שלא כמו אוכלוסיות אחרות שאף הן סבלו כאב רגשי רב (כגון קורבנות של עבירות פליליות ומשפחותיהם), מדובר בקבוצות שהסיפור האישי שלהן שזור בסיפורה של המדינה. ואכן, לא אחת לצד הפגיעה ברגשות של ניצולי השואה או המשפחות השכולות, בית המשפט העליון התייחס לפגיעה ברגשות של הציבור הרחב אשר מזדהה עימם, וזאת בפרט כאשר הביטויים הנדונים ניסו לערער על נרטיבים בעלי משמעות לאומית.

מהו טיבם של רגשות "לאומיים" מן הסוג האמור? האומנם בית המשפט העליון מגן על רגשות "לאומיים" ככאלה, או שמא ישנו אינטרס או ערך אחר העומד בבסיס הגנה זו? ואם כן, האם, בדומה למשפט הפרטי, מדובר בפגיעה הקשורה לפגיעה בכבוד או באוטונומיה? או אולי, בדומה לאמור בפרקים ד.1 ו-ד.2 ביחס לפגיעה ברגשות דתיים, מדובר בערך של זהות תרבותית? אשיב על שאלות אלה באמצעות דיון בשני פסקי דין מרכזיים שבהם נדונה שאלת ההגבלה של חופש הביטוי מפאת ההגנה על רגשות הציבור, וזאת בהתייחס לביטויים שניסו לערער על אתוסים לאומיים – עניין **סנש** ועניין **בכרי**. כפי שנראה, אף שבפסקי הדין הללו בית המשפט העליון לא הגדיר במפורש את הרגשות הנפגעים כ"רגשות לאומיים", הפגיעה המדוברת ברגשות הייתה קשורה לזהות הלאומית של הציבור הנדון.

פסק הדין הידוע בעניין **סנש** עסק בשידורו הטלוויזיוני של מחזה שנכתב בהשראת משפט קסטנר וכלל סצנה בדיונית, שבה נרמז כי חנה סנש נשברה בחקירה והסגירה את חבריה לנשק למשטרה ההונגרית.<sup>156</sup> בפסק הדין נדונו שתי עתירות שהוגשו במטרה להורות על השמטת הסצנה הנדונה, הראשונה מטעם משפחתה של סנש (אחיה של סנש ושני בניו

**יושע**) (עתירה נגד החלטת המועצה להשמיט חלקים מן הסרט "העיט", שכלל ביקורת קשה על מסחור ההנצחה של חללי מערכות ישראל, בשל פגיעתו ברגשות הציבור וברגשותיהן של משפחות שכולות נדחתה). סוגיית ההגנה על רגשות של משפחות שכולות נדונה גם בעתירות בנוגע למתן אישורי כניסה לפלסטינים לצורך השתתפות בטקסי הזיכרון המשותפים ליהודים ולפלסטינים. ראו למשל בג"ץ 2964/18 חוג ההורים **פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 17.4.2018); בג"ץ 3052/19 **לוחמים לשלום בע"מ נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 6.5.2019). סוגיה זו נדונה גם בעתירות בדבר כיתוב על מצבות בבית עלמין צבאי, ראו למשל בג"ץ 1438/91 **גנוסר נ' שר הביטחון**, פ"ד מה(2) 807 (1991); עניין **ויכסלבאום**, לעיל ה"ש 150.

155 ולעיתים גם לשופטי בית המשפט העליון באופן אישי. ראו למשל עניין **לאור**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 441 (שבו ציין השופט ברק: "אני עצמי, ילד הייתי בשואה, וחציתי גדרות וגבולות שנשמרו על ידי הצבא הגרמני, כאשר על גופי דברים שהעברתם אסורה").

156 עניין **סנש**, לעיל ה"ש 108. משפט קסטנר עסק בכתב אישום שהוגש נגד מלכיאל גרינוולד בשל הוצאת דיבה על ד"ר ישראל קסטנר, מראשי יהדות הונגריה, לאחר שהלה האשים אותו בין היתר בשיתוף פעולה עם הנאצים והכשרת הקרקע לרצח של יהדות הונגריה. בית המשפט המחוזי זיכה את גרינוולד ביחס למרבית הטענות נגדו, אך התוצאה השתנתה בערעור לבית המשפט העליון. ראו ע"פ 232/55 **היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד**, פ"ד יב 2017 (1958); ת"פ (מחוזי י-ם) 124/53 **היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' גרינוולד**, פ"מ מד 3 (1955). הניתוח להלן של עניין **סנש** המתמקד במימד הנרטיבי של הפגיעה ברגשות, וההתייחסות להלן בפרק ד.4 להגנה על חופש הביטוי בעידן המדיה החדשה, נעשו בין היתר בהשראת הרצאותיה המאלפות ומעוררות המחשבה של ד"ר אילנה דיין בקורס "חופש הביטוי

שאליהם הצטרף גם יו"ר "יד ושם" שהיה גם חבר בקבוצת הצנחנים של סנש) והשנייה מטעם עותרות ציבוריות. בעתירות נטען כי הצגת הסצנה תביא לפגיעה בכבודה ובשמה הטוב של חנה סנש וכן ברגשות של ציבור ניצולי השואה והציבור בכללותו, שכן סיפור גבורתה של סנש מהווה מיתוס לאומי השזור בהיסטוריה של עם ישראל. בפסק הדין נקבע כי הערכים המתנגשים כוללים, מחד גיסא את חופש הביטוי של יוצר המחזה, ומאידך גיסא את זכותה ה"פרטית" של סנש לשם טוב ולכבוד וכן את אינטרס הציבור, הכולל את ההגנה על רגשות ניצולי השואה, רגשות הציבור וערכים לאומיים. דעת הרוב, מפי הנשיא ברק, קבעה שיש לדרות את העתירה, בעוד השופט חשין סבר, בדעת מיעוט, שיש לקבלה.<sup>157</sup>

אפשר להבחין בין שני סוגים של פגיעה ברגשות שנדונו בעניין בעניין סנש: הפגיעה ברגשות משפחתה של חנה סנש והפגיעה ברגשות של ציבור ניצולי השואה והציבור הרחב. הפגיעה הראשונה, ברגשות המשפחה, נדונה בדעת המיעוט של השופט חשין. השופט חשין הסביר כי אמירתו של אחיה של סנש בתצהירו, שלפיה "מאז נודע לי על ההקרנה הצפויה אני מרגיש כאילו עולמי חרב עלי ואני עומד חסר אונים [...]", הינה אמירה מפיו של אדם הכואב את הפגיעה בכבודה של אחותו,<sup>158</sup> וכך קשר בין הפגיעה בכבודה של סנש לפגיעה ברגשות של משפחתה.<sup>159</sup> לעומת זאת, הפגיעה ברגשות של ניצולי השואה ושל הציבור הרחב היא בעלת אופי שונה. כאמור בטענות העותרים היא קשורה לפגיעה בסיפור גבורתה של סנש כמיתוס לאומי. גם הנשיא ברק הסביר כי פגיעה זו נובעת מן "הפגיעה במיתוס של חנה סנש".<sup>160</sup> לפיכך, הרי שבדומה לאמור בפרקים ד.1-ד.2 ביחס לפגיעה ברגשות דתיים,

בדמוקרטיה ליברלית, בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, שבו שימשתי כעוזרת הוראה. דעות השופטים נחלקו בשאלת האיזון בין חופש הביטוי והזכות לשם הטוב. הנשיא ברק, בדעת רוב, הסביר כי אף שהזכות לשם טוב נובעת מן הזכות החוקתית לכבוד, באופן שמצריך לכאורה איזון אופקי בינה לחופש הביטוי, איזון זה נעשה בגדרי דיני לשון הרע שבמשפט הפרטי, בעוד שבמשפט הציבורי "כבוד האדם כזכות הופכת לערך המהווה חלק מהאינטרס הציבורי". עניין סנש, לעיל ה"ש 108, בעמ' 837-839. לעומת זאת, השופט חשין, בדעת מיעוט, הבחין בין העתירה הציבורית – שלגביה הזכות לשם טוב אכן נכנסת בגדר אינטרס הציבור, לבין העתירה ה"פרטית" של משפחתה של סנש – שלגביה נקבע שיש לראות בפגיעה בשמה הטוב של סנש כשוות מעמד לחופש הביטוי. שם, בעמ' 860-871.

שם, בעמ' 861. 158

פגיעה זו ברגשות המשפחה מזכירה את הפגיעה שנדונה בעניין בן-צבי בתחום המשפט הפרטי ברגשותיה של משפחתו של נפטר שבוצעה בגופו נתיחה ללא קבלת הסכמתם מדעת. כשם שבעניין בן-צבי הפגיעה ברגשות המשפחה תוארה כפועל יוצא של חילול כבוד המת ושל הפגיעה באוטונומיה של המשפחה, גם כאן הפגיעה ברגשות אחיה של סנש תוארה כפועל יוצא של הפגיעה בשמה הטוב ובכבודה ושל השימוש בדמותה בניגוד לעמדה של משפחתה. ראו עניין בן-צבי, לעיל ה"ש 78, פס' 27-34 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

עניין סנש, לעיל ה"ש 108, בעמ' 835 ("אינטרס הציבור בפרשה שלפנינו הוא מורכב. הוא כולל [...] את אינטרס הכלל בשמירה על האמת ההיסטורית ובכיבוד ערכים לאומיים; הוא משתרע על אינטרס הציבור במניעת פגיעה ברגשות הציבור בכלל, וברגשות ניצולי השואה בפרט, אשר נפגעו בשל הפגיעה במיתוס של חנה סנש").

גם בהקשר הנוכחי אפשר לראות בפגיעה ברגשות כביטוי לפגיעה בזהות תרבותית, אך בפן אחר שלה, כזהות תרבותית לאומית.

אחד האמצעים אשר מסייעים לאגד מספר רב של אינדיווידואלים שונים לכדי קולקטיב אחד החולק זהות משותפת, ובפרט לכדי קולקטיב לאומי אחד, הוא סיפורים, נרטיבים.<sup>161</sup> נרטיבים לאומיים בולטים במדינת ישראל כוללים את סיפור הישרדותו של העם היהודי חרף הניסיונות להשמידו, וכן את סיפור ההישרדות והמאבק הקיומי המתמיד של מדינת ישראל כמדינה קטנה המוקפת אויבים.<sup>162</sup> קורבנות וניצולי השואה והחללים שקיפחו את חייהם במאבק להגן על המדינה הם ה"גיבורים" של סיפורים אלה. סיפוריהם האישיים זוכים למקום של כבוד בתרבות הישראלית. הם משמשים כאתוסים המבטאים ערכים משותפים של הקרבה עצמית, אומץ וגבורה וכמיתוסים בעלי חשיבות היסטורית ולאומית. כזה הוא סיפור גבורתה של חנה סנש. לאור האמור, אפשר להבין מדוע הניסיון להציג את סנש כמי שבגדה בחבריה לנשק, פוגע בזהות התרבותית-לאומית של הציבור המזדהה עם סיפור זה. פסק דין מרכזי נוסף שבו נדונה הפגיעה ברגשות בעלי אופי לאומי הוא העתירה בעניין בכרי נגד ההחלטה לפסול להקרנה מסחרית את הסרט "ג'נין, ג'נין", שעסק בהתנהלות של צה"ל במחנה הפליטים ג'נין במהלך מבצע "חומת מגן".<sup>163</sup> הסרט, אשר במוצהר לא התיימר לשקף תמונה מאוזנת של המציאות, אלא את נקודת המבט של הצד הפלסטיני, הציג את כוחות צה"ל כמי שביצעו פשעי מלחמה קשים בג'נין. המועצה לביקורת סרטים פסלה את הסרט להקרנה מסחרית, בין היתר בשל אופיו השקרי ופגיעתו ברגשות הציבור. בפסק

161 על נרטיבים לאומיים ותפקידם בגיבוש זהות קולקטיבית ראו בנדיקט אנדרסון קהילות מדומיינות 240-243 (1999); מרדכי בר-און "יחסי ישראל ערב: נרטיבים של סכסוך" עיונים בתקומת ישראל 21, 141 (2011); ליאת פרידגוט נצר "על כן אנו מבקשים להיות לו לפה: הנרטיב המשפטי והאתוס הלאומי: עיון מחודש בפסק דין יגאל עמיר" עלי משפט יד 101, 107-104 (2018).

162 שם, בעמ' 106-115; בר-און, לעיל ה"ש 161; רפי נץ-צנגוט ודניאל בר-טל "ציונים אבל פחות: נרטיבים מתחרים בזיכרון הפופולרי הישראלי-יהודי של הסכסוך – ממצאים של סקר דעת קהל" גילוי דעת 9, 45 (2016); יעקב ידגר הסיפור שלנו – הנרטיב הלאומי בעיתונות הישראלית 79-54 (2004); דוד אוחנה ורוברט ס' ויסטריך "מבוא: נוכחות המיתוסים ביהדות, בציונות ובישראליות" מיתוס וזיכרון: גלגוליה של התודעה הישראלית 11, 40-11 (דוד אוחנה ורוברט ס' ויסטריך עורכים, 1996). לשם השוואה והמחשה, נרטיב בולט בתרבות האמריקאית הוא ה"חלום האמריקאי". השאלה מהו בדיוק תוכנו של מושג ה"חלום האמריקאי" זכתה לדיונים אקדמיים ובין היתר נטען כי לא מדובר בנרטיב אחד אלא במושג האוצר בתוכו משמעויות ורבים שונים. ראו Michael Schudson, *American Dreams*, 16 Am. LITERARY HIST. 566 (2004); Jim Cullen, *The American Dream: A Short History of an Idea That Shaped the Nation* (2004); James Truslow Adams (James Truslow Adams) בספרו *Epic of America* משנת 1931 תיאר נרטיב זה כסיפור על ארץ שמקופלת בה הבטחה לחיים טובים יותר, חיי עושר ורווחה, וזאת הודות לסדר חברתי המאפשר לכל אחד ואחד להצליח ולהגיע לכדי הגשמה עצמית והכרה, על-פי מידת יכולותיהם והישיגיהם וללא תלות בנקודת המוצא החברתית-כלכלית שלהם. ראו James Truslow Adams, *The Epic of America* (1950).

163 עניין בכרי, לעיל ה"ש 154; ראו גם דנג"ץ 10480/03 בוסידין נ' בכרי, פ"ד נט" 625 (2004) (שבו נדחתה בקשה לדיון נוסף בפסק הדין).



הדין התקבלה העתירה נגד החלטת המועצה, תוך דיון נרחב בסוגיית הפגיעה ברגשות. השופטת דורנר קבעה כי הגם שהסרט פוגע ברגשות של רבים בציבור הישראלי, לרבות ברגשות של החיילים שהשתתפו במבצע "חומת מגן", בני משפחותיהם ומשפחות שכולות, הפגיעה אינה עולה על רף הסיכולת בחברה דמוקרטית.<sup>164</sup> השופטת פרוקצ'יה הבחינה בין שלושה "מעגלים" של פגיעה ברגשות בקרב הציבור: המעגל הקרוב של החיילים שהשתתפו במבצע וחוו את הסבל והטרגיות שבאובדן חבריהם; מעגל המשפחות השכולות שאיבדו את יקיריהן; וחוגים רחבים בציבור אשר מזדהים עם תחושות הצד הישראלי והכאב על אובדן חיי חיילים. ואולם, גם השופטת פרוקצ'יה סברה שהפגיעה אינה חוצה את רף הסיכולת באופן שמצדיק את פסילת הסרט.<sup>165</sup>

כפי שאפשר לראות, קיימים קווי דמיון רבים בין פסק הדין בעניין סנש לפסק הדין בעניין בכרי. בשני המקרים דובר על ביטויים בעלי יומרה דוקומנטרית כזו או אחרת שנטען כי הם שקריים. ואולם בשני המקרים לא דובר בסתם ביטויים, אלא בכאלה שעומדים בסתירה לאתוסים ולמיתוסים שבבסיס הזהות הלאומית הישראלית. הביטוי שנדון בעניין סנש ביקש להציב סימן שאלה ביחס לדימוי של סנש כגיבורה לאומית, המהווה חלק מהנרטיב של שואה ותקומה ומסיפור הישרדותו של העם היהודי. הביטוי שנדון בעניין בכרי ביקש לערער על הדימוי של צה"ל כצבא ערכי ומוסרי, שתכליתו הגנה על ישראל, הקשור לנרטיב של מדינת ישראל כמדינה הנאבקת על קיומה.<sup>166</sup>

ברומה עוד לעניין סנש, גם בעניין בכרי, אפשר להבחין בין שני סוגים של פגיעה ברגשות: הסוג האחד – עניינו בפגיעה ברגשות הלוחמים שהשתתפו בפעילות בג'נין ושל המשפחות ששכלו את יקיריהן (המעגל ה"ראשון" וה"שני" שאליהם התייחסה השופטת פרוקצ'יה), והסוג השני – עניינו ברגשות הציבור הרחב המזדהה עם רגשותיהם (המעגל ה"שלישי"). נראה כי הפגיעה מהסוג הראשון דומה לפגיעה ברגשות משפחתה של סנש במובן זה שהיא נבעה ממה שנתפס על-ידי הלוחמים בג'נין והמשפחות השכולות כפגיעה בכבוד ובשם הטוב של הנופלים.<sup>167</sup> לעומת זאת הפגיעה מהסוג השני, נוגעת לאתוס שבבסיס הזהות התרבותית-לאומית של הציבור הנפגע, וגם זאת ברומה לפגיעה בציבור הרחב שנדונה בעניין סנש.

164 עניין בכרי, לעיל ה"ש 154, בעמ' 256-271.

165 שם, בעמ' 274, 284-285.

166 שם, בעמ' 274-275 (ניתן לראות זאת בדבריה של השופטת פרוקצ'יה, לפיהם "שלושה מעגלים אלה של הציבור בישראל חשים עצמם מחויבים לאמות מידה בסיסיות של אנושיות וכבוד לחיי אדם גם במלחמה עם האויב. שוררים בקרבם התודעה והביטחון כי לוחמת צה"ל בג'נין התאפיינה בהקפדה על אמות מידה הומניטריות ואף למעלה מכך [...] תחושת הציבור היא כי אובדן חיים מבין חיילנו נגרם במידה לא מעטה משיטות לוחמה מוגבלות במכוון בהיקף פגיעתן, אשר תבעו מחיר חיים יקר לצד הישראלי. על רקע זה יהיוס פשעי מלחמה לחיילי צה"ל שלחמו בג'נין הוא מעשה פוגעני בצורה ממשית, ופגיעתו מקיפה רבדים שונים של הציבור בישראל").

167 שאלת הפגיעה בשם הטוב של הלוחמים נדונה בעמ' 8345/08 בן נתן נ' בכרי, פ"ד סה(1) 567, פס" 36-51 לפסק דינו של השופט דנציגר (2011) (להלן: עניין בן נתן) (שם נדונה תביעת לשון הרע שהגישו לוחמים שהוצגו בסרט נגד יוצר הסרט. בית המשפט העליון קבע, בפסק דינו של השופט דנציגר, כי לא עומדת לתובעים עילת תביעה כיחידים, בהיעדר יכולת לזהותם

בשונה מהפגיעה בשם הטוב, שעניינה בהערכה החברתית שלה האדם זוכה מן הסביבה,<sup>168</sup> הפגיעה בזהות התרבותית קשורה לאופן שבו חבריה של קבוצה תרבותית תופסים ומעריכים את עצמם. זו פגיעה באמת הסובייקטיבית, הפנימית, של חברי הקבוצה, זו שמגדירה את זהותם (כחברים בקבוצה). דומה שהפגיעה ברגשות הציבור שנדונה בעניין **סנש** ובעניין **בכרי** נבעה לא רק מכך שהביטויים שנדונו באותם מקרים עמדו בסתירה לאמת האובייקטיבית (שהרי לא מדובר ב"סתם" ביטוי שקרי), ואף לא בשל החשש מפגיעה בהערכה של הקהילה הבין-לאומית כלפי ישראל או כלפי הציבור הישראלי, אלא גם (ואולי בעיקר) בשל כך שהם עסקו בנושאים היוורדים לשורש הזהות הלאומית של הציבור הנפגע.

ואכן, מן ההנמקה של השופטת פרוקצ'יה בעניין **בכרי** ניתן למצוא רמזים לכך שערך זה, של פגיעה בתפיסת הזהות התרבותית-לאומית, הוא שעמד בבסיס הנכונות להכיר ברגשות הציבור כאינטרס מוגן. כך לדבריה, "ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור היא צורך טבעי של האדם [...] היא נועדה להגן על נכסיו הרוחניים, על ערכי התרבותיים והמוסריים ועל האמת הפנימית שלו מפני פגיעה. היא נועדה לסוכך עליו מפני ביזוי היקר לו ומפני הטלת כתם על ערכי חייו המקודשים ביותר".<sup>169</sup> השופטת פרוקצ'יה מדגישה אפוא את הפגיעה בערכים תרבותיים ומוסריים ובאמת הפנימית של האדם. על כן, נראה כי גם בעניין **בכרי** הטענה לפגיעה ברגשות לא נועדה להגן על רגשות ככאלה, אלא על הזהות התרבותית-לאומית של הציבור הנפגע.

במישור התוצאה, פסקי הדין בעניין **סנש** ובעניין **בכרי** משקפים תפיסה עקרונית שלפיה הדרך "להילחם" בביטויים שקריים – ובכלל זה כאלה המערערים על נרטיבים לאומיים – היא אינה באמצעות השתקתם אלא באמצעות קיומו של שיח ציבורי פורה ומגוון. כך למשל הסביר ברק בעניין **סנש** כי "המיתוס חייב לנבוע מאותה החלפה חופשית של דעות והשקפות. אסור לו שיהיה פרי הגבלות שלטוניות על חופש הביטוי וחופש היצירה".<sup>170</sup> במונחים של פגיעה בזהות תרבותית, אפשר לומר כי האמת הפנימית – הסיפור שבבסיס הזהות של אדם בינו לבין עצמו, ובוודאי הסיפור שעומד בבסיס הזהות של קבוצה חברתית בינה לבין עצמה – היא אינה דבר סטטי וחד-ממדי, אלא זו אמת דינמית, מתפתחת, פרי של קונפליקטים, ביקורת והטלת ספק. במובן הזה, אפשר לראות ב"התנגשות" בין חופש הביטוי לזהות התרבותית כהתנגשות מדומה, שכן ההנחה היא כי שיח ציבורי חופשי וביקורתי נדרש לשם כינונה של זהות תרבותית-לאומית אמיתית ואותנטית, ולא זהות המוכתבת בכפייה על ידי המדינה.

לסיכום פרק זה, סוג נוסף של רגשות שבית המשפט העליון הכיר בהם ככאלה המוגנים במסגרת האינטרס הציבורי ואשר עשויים להצדיק הגבלה של חופש הביטוי הם רגשות "לאומיים". מן ההקשרים שבהם נדונה הגנה זו, עולה כי מדובר ברגשות שליליים המתעוררים באופן טיפוסי נוכח פגיעה בסמלים לאומיים וכן בביטויים המבקשים לערער על נרטיבים

באופן פרטני בסרט, ולא עומדת להם עילת תביעה כקבוצה, שכן ס' 4 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, שעניינו לשון הרע על ציבור אינו מקנה עילת תביעה אזרחית).

168 "לשון הרע" מוגדר בהוראות ס' 1-2 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, כדבר שה"פרסום" שלו עלול להשפיל או לבזות אדם או לפגוע בעיסוקו. ראו גם עניין **בן נתן**, שם.

169 עניין **בכרי**, לעיל ה"ש 154, בעמ' 278 (ההדגשה אינה במקור).

170 עניין **סנש**, לעיל ה"ש 108, בעמ' 841-842.

שמשמשים כאתוסים או כמיתוסים לאומיים. בדומה לאמור ביחס לפגיעה ברגשות דתיים, גם בהקשר זה נראה כי בית המשפט העליון אינו מגן על רגשות ככאלה, אלא הפגיעה ברגשות היא ביטוי לפגיעה בערך אחר – של זהות תרבותית, כאשר הפעם מדובר בזהות תרבותית-לאומית.

#### 4. חופש הביטוי ורגשות של ציבורים "שמרניים" ושל נשים

סוג נוסף של מקרים שבהם רגשות הוכרו כאינטרס ברהגנה שעשוי לגבור על חופש הביטוי, כולל עתירות להגבלה של ביטויים בעלי אופי וולגרי או מיני. חלק מן המקרים הללו כבר נזכרו לאורך מאמר זה, ובפרט בהתייחס לביטויים הפוגעים ברגשות דתיים. כזכור, בעניין קינן ובעניין יוניברסל נדונה סוגיית הפגיעה ברגשות בקשר לביטויים וולגריים ומיניים, בין היתר בהסתמך על האיסורים הפליליים על פרסום והצגת תועבה.<sup>171</sup> כאמור עוד, גם המחוקק הישראלי אסר בשנת 1990 על ביטויים מיניים בשלטי חוצות הפוגעים ב"רגשותיו המוסריים של הציבור או חלק ממנו", במסגרת סעיף 214א לחוק העונשין.<sup>172</sup> בפרק זה אתמקד בפסיקת בית המשפט העליון בנוגע לפגיעה ברגשות שמקורה בביטויים פרובוקטיביים מעין אלו. כפי שנראה, במהלך שנות התשעים של המאה הקודמת ותחילת שנות האלפיים, נדונה סוגיית הפגיעה ברגשות בפסיקה בכמה הזדמנויות וזאת בהתייחס לביטויים, מסחריים לרוב, בעלי אופי וולגרי או מיני,<sup>173</sup> ובכלל זה ביטויים פורנוגרפיים.<sup>174</sup> במקרים הללו בית המשפט העליון התייחס לפגיעה ב"רגשות הציבור" באופן כללי ועמום. על רקע האמור, עולה גם בהקשר הנוכחי השאלה על מה בית המשפט העליון מדבר כשהוא מדבר על "פגיעה ברגשות"?

171 עניין קינן, לעיל ה"ש 50; עניין יוניברסל, לעיל ה"ש 50. ראו גם עניין סרטי נח, לעיל ה"ש 153 (בעניין פגיעה ברגשות ניצולי השואה); עניין ארגון אלמנות ויתומי צה"ל, לעיל ה"ש 154 (בעניין פגיעה ברגשות של אלמנות צה"ל); עוד ראו והשוו לפסיקה בעניין אירועי הגאווה, שנזכרה לעיל בה"ש 132.

172 ראו לעיל ה"ש 51.

173 ראו בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994) (להלן: עניין קידום); בג"ץ 5118/95 מאיו סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט(5) 756, 751 (1996) (להלן: עניין מאיו סימון); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178, 183 (2000) (להלן: בעניין יפאורה תבורי); עניין ש.י.ן, לעיל ה"ש 94; בג"ץ 226/04 נטו מ.ע. סחר מזון בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נט(1) 519 (2004) (להלן: עניין נטו); עוד ראו והשוו בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי, פ"ד טז 2407 (1962) (בית המשפט העליון קיבל, בדעת רוב, עתירה נגד ההחלטה לפסול קטע חדשותי המתאר את הוצאתו לפועל של צו פינוי נגד דיירי שכונת סומייל בתל-אביב, שבו הוצגו שוטרים כשהם גוררים אישה תוך כדי ששמלתה מופשלת ורגליה חשופות עד למתניה).

174 עניין ש.י.ן, לעיל ה"ש 94; בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997); וכן ראו והשוו רע"ב 5493/06 פלד נ' שרות בתי הסוהר (פורסם כנבו, 12.10.2010) (בעניין חוקתיות הפקודה האוסרת על הכנסת חומרים פורנוגרפיים לבתי הסוהר, שנטען כי היא נועדה בין היתר למנוע פגיעה ברגשות של אסירים וסוהרים); עניין אבידן, לעיל ה"ש 96.

והאם גם בהקשר הנוכחי בבסיסה של הטענה לפגיעה ברגשות מצויה פגיעה בערך אחר? כפי שנראה כעת, עיון בפסיקת בית המשפט העליון בהקשר זה מלמד כי הטענה לפגיעה ברגשות הועלתה במשמעויות שונות שכל אחת מהן נגעה לציבור נפגע אחר, אלא שניכר בלבול ועירוב ביניהן.

לעיתים, הטענה לפגיעה ברגשות התייחסה לרגשות של ציבורים או מיעוטים "שמרניים". דוגמה לכך היא העתירה בעניין קידום נגד ההחלטה לפסול תשרי פרסומת לרדיו, שכלל את המילים "לך תצטיין". בית המשפט העליון קיבל את העתירה. השופט דורנר, בדעת רוב, הסבירה כי את הטענה לפגיעה ברגשות יש לבחון לאור הקונצנזוס "הרחב המקובל בחברה הנאורה בישראל" וכי אין "להשתמש באמת מידה המקובלת בחברה שמרנית וסגורה" ו-"אין להביא בחשבון רגשות של מיעוט, בין של אניני טעם ובין של בעלי השקפות פורטיטניות קיצוניות". היא הוסיפה כי שימוש בקונטרסציות מיניות או באוצר מילים "מיני" מפורש אומנם נשמע "באוזניים שמרניות" כחומר "תועבה", אך הוא לגיטימי בחברה פתוחה וליברלית.<sup>175</sup> השופט בך, שהצטרף לתוצאה, הביע עמדה אחרת, לפיה יש להתחשב ברגשות המיעוט "אם הפירסום עלול לגרום לפגיעה חמורה ברגשות המיעוט, ואילו ההימנעות מהפירסום של התבטאות מסוימת כרוכה בפגיעה מינימאלית בלבד במפרסם", שדומה שהיא שהשתרשה בפסיקה.<sup>176</sup>

אף שהדבר לא נאמר מפורשות, מן ההתייחסות ל"רגשות של מיעוט" ולחברות שמרניות סגורות בעניין קידום, עולה שהפגיעה המדוברת נגעה לציבורים דתיים ובפרט לציבור החרדי. פגיעה זו מזכירה את הפגיעה ברגשות הציבור הנוצרי שנדונה בעניין קינן ובעניין יוניברסל, אלא שבשונה מעניין קידום באותם המקרים הביטוי הנדון התייחס למושאי האמונה הדתית של ציבור זה ולכן היא הוגדרה במפורש כפגיעה ברגשות "דתיים". הטענה לפגיעה ברגשות של ציבורים "שמרניים" מזכירה עוד את הגישה העקרונית של דבלין, אשר נזכרה בפרק א לעיל, ולפיה יש הצדקה להגביל התנהגויות אשר מנוגדות ל"מוסר הנוהג" בקרב הציבור. כך גם השופט דורנר קבעה שאת הפגיעה ברגשות יש לבחון לאור הקונצנזוס הרחב והמקובל בחברה, אלא שהיא סברה כי בהתאם למבחן זה יש להתיר את הביטוי הנדון.

בעניין קידום, הבסיס לפסילת הביטוי הנדון היה נעוץ באופי הוולגרי שלו, ואולם במקרים אחרים שבהם נטען לפגיעה ברגשות ואשר יידונו להלן, דובר על ביטויים שנטען כי הם מציגים נשים בצורה מבזה ומשפילה, שאז נטען לא רק לפגיעה ברגשות אלא גם לפגיעה בכבוד. במקרים אלה, דומה כי הפגיעה הנטענת ברגשות היא שונה וקשורה להרגשת הביזוי וההשפלה המאפיינת לעיתים פגיעה בכבוד, וזאת בדומה למשמעות של מושג זה בעניין כהנא ובעניין מפלגת שינוי שנדונו בפרק ד.1. אלא שבעוד שבאותם מקרים נקבע כי אכן הפגיעה בכבוד וברגשות גוברת על חופש הביטוי, בהקשר הנוכחי סוגיית הפגיעה ברגשות האפילה, לא אחת, על הטענה לפגיעה בכבוד והוכילה לתוצאה הפוכה. למעשה, ככלל המקרים שבהם נטען לפגיעה ברגשות בהקשר הנוכחי, קבע בית המשפט העליון שיש

175 עניין קידום, לעיל ה"ש 173, בעמ' 14-15.

176 שם, בעמ' 40; בעניין יפאורה תבורי, לעיל ה"ש 173, בעמ' 183 ציטטה השופט דורנר את עמדתו של השופט בך; מחלוקת זו נזכרה גם בעניין מאיו סימון, לעיל ה"ש 173, בעמ' 756.

להתיר את הביטוי הנדון (לעיתים תוך הגבלות או השמטות מסוימות), תוך שנמנע מלדון ולהכריע בסוגיית הפגיעה בכבוד לגופה.

כן, בעניין יפאורה תבורי נדונה עתירה נגד ההחלטה לפסול פרסומת טלוויזיה למשקה "תפוזינה" שנקבע כי כלל "רימוז מיני".<sup>177</sup> הפעם, הסבירה השופטת דורנר כי "שימוש במין לצורך פרסום מוצרים [...] עשוי לפגוע לא רק ברגשות מיעוט שמרני, אלא גם בציבורים אחרים בחברה פתוחה, הסבורים כי שימוש במסגרת פרסומת במיניות האדם בכלל, ובמיניות נשים במיוחד, הוא משפיל, ובעיקר פוגע בכבוד האישה ובמעמדה השוויוני בחברה".<sup>178</sup> מדובר בניסוח לא ברור, אשר במקום להתייחס לגוף הטענה לפגיעה בכבוד של נשים באשר הן, מתייחס לפגיעה בציבור שסבור שישנה פגיעה כזו. כמו כן, על אף האזכור של הפגיעה הפוטנציאלית בזכות לכבוד, השאלה אם אכן התשדיר הנדון פוגע בזכות לכבוד לא נדונה לגופה (כנראה משום שבית המשפט סבר שאין פגיעה כזו) וכל שנקבע הוא כי התשדיר אינו פוגע ברגשות הציבור בעוצמה המצדיקה את פסילתו.

סוגיית הפגיעה ברגשות נדונה גם בפסק־הדין בעניין ש.י.ן, שעסק בהחלטה להתיר לשידור תכנים ארוטיים הכוללים עירום נשי בלבד בערוץ "פלייבוי". נגד ההחלטה הוגשו שתי עתירות, האחת על ידי ארגונים פמיניסטיים וחברתיים והשנייה על ידי 53 חברי וחברות כנסת, לרבות ממפלגות דתיות וחרדיות.<sup>179</sup> בעתירות נטען כי ההחלטה להתיר את שידורי הערוץ פוגעת בזכויות של נשים בכלל, ובפרט של הנשים המופיעות בערוץ, לכבוד ולהגנה על רגשותיהן, לשלמות הגוף, לחופש ביטוי "פעיל" ולחירות חיובית (כך על פי האמור בפסק־הדין).<sup>180</sup> בפסק הדין נקבע כי האיזון החוקתי הנדרש הוא בין חופש הביטוי והעיסוק, לבין הפגיעה ברגשות ובזכות לכבוד. בהתייחס לפגיעה בכבוד, ציינה השופטת דורנר כי אף שמדובר בשאלה לא פשוטה, היא מוכנה להניח שקיימת פגיעה כזו. ואולם נפסק כי ההחלטה להתיר את שידורי הערוץ עומדת במבחני האיזון החוקתיים, האנכי והאופקי.<sup>181</sup>

177 עניין יפאורה תבורי, לעיל ה"ש 173, בעמ' 181, 184 ("התשדיר מתאר שוטרים הרודפים אחרי צעירה בלבוש מינימלי בחיפוש אחר בקבוק תפוזינה שממנו שתתה ללא רשות במהלך עבודתה. הצעירה הבורחת מכניסה את הבקבוק לתוך מכנסיו של צעיר שנקרה בדרכה ומנשקת אותו על־פיו. שוטר העורך חיפוש על גוף הבחור נתקל ב'בליטה' שיוצר הבקבוק, מחייך לבחור, ולאחר מכן עוזב את המקום. או אז מוציאה הצעירה את הבקבוק ממכנסיה הבחור, משקה אותו והולכת לדרכה". העתירה התקבלה בכפוף להשמטת סצנת ה"חיפוש", שנעשתה בהסכמת העותרת).

178 שם, בעמ' 180.

179 לרשימת העותרים ראו אורית קמיר "על פרונוגרפיה ('הזניה מתועדת') וכבוד האדם: פסק־הדין שלא נכתב (בעניין הארגונים החברתיים וחברי־הכנסת נגד שידורי פלייבוי ואח)" משפט, חברה ותרבות – שקט, מדברים! 247, 250, ה"ש 6 (מיכאל בירנהק עורך, 2006) (להלן: קמיר "על פרונוגרפיה").

180 עניין ש.י.ן, לעיל ה"ש 94, בעמ' 76. קמיר מותחת ביקורת במאמרה על אופן ההצגה של טענות העותרים, קמיר "על פרונוגרפיה", לעיל ה"ש 179, בעמ' 248.

181 עניין ש.י.ן, לעיל ה"ש 94, בעמ' 88. הדיון המשפטי בפסק הדין נסב סביב שאלת פרשנותה ויישומה של הוראת ס' 6(2) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 המגבילה בעל רישיון מלשדר שידורים שיש בהם חומר תועבה כמשמעותו בחוק העונשין. בפרט, נדונה

הדין בטענה לפגיעה ברגשות בפסק הדין בעניין ש.י.ן נעשה באופן כוללני ומבלי להבהיר מהו טיבה של פגיעה זו ולאיזה ציבור היא מתייחסת. לא מדובר אך בעניין סמנטי, אלא כזה העשוי להשפיע על ההנמקה והתוצאה. השופטת דורנר הסבירה כי במקרה הנדון הפגיעה ברגשות אינה חוצה את "רמת הסכולת" בחברה דמוקרטית וזאת מאחר שהנחשפים לתוכנית הם אינם "קהל שבוי"<sup>182</sup>. נימוק אחרון זה אומנם רלוונטי לשאלת הפגיעה ברגשות של צופי הערוץ, ואולם הוא אינו רלוונטי לפגיעה ברגשות של הנשים המופיעות בערוץ ושל נשים בכלל, שלה טענו העותרות. השופט טירקל, שהצטרף לתוצאה, העיר כי בשידורי הערוץ יש משום "פגיעה ברגשות של רבות ושל רבים מבנות הציבור ומבניו וכן בכבודן של נשים ואף בכבודם של גברים, והדבר עולה מן העתירות ומן האישויות של העומדות ושל העומדים מאחוריהן", ואף זאת תוך התעלמות מן הפגיעה המיוחדת בנשים שלה טענו העותרות.<sup>183</sup> דוגמה נוספת ובולטת לאופן שבו סוגיית הפגיעה ברגשות עלולה להאפיל על הטענה לפגיעה בכבוד מצויה בעניין נטו. באותו עניין דובר על תשדיר פרסומת טלוויזיה לאטריות להכנה מהירה, שבו הופיעה אישה תאילנדית ונשמע קול קריינית האומרת "[...] לא כל תאילנדית חמה ומוכנה בתוך ארבע דקות, אבל מג'יק נודלס כן".<sup>184</sup> הפרסומת נפסלה לשידור בהתאם לכללי האתיקה של הרשות השנייה, המגבילים הצגה של תשדיר פרסומת "שיש בו משום פגיעה בטעם הטוב, בכבודו של אדם או ברגשות הציבור". בהחלטת הפסילה נקבע כי דברי הקריינות בפרסומת "פוגעים בנשים התאילנדיות, מבזים אותן ומשפילים אותן על רקע שיוכן הקבוצתי ומציגים את האישה כ'אובייקט מיני' ואת הגבר כמי שנוהג ב'וולגריה קיצונית'".<sup>185</sup> מדברים אלה עולה כי הטעם המרכזי לפסילת הפרסומת היה נעוץ בפגיעה בכבודן של נשים בכלל ושל נשים תאילנדיות בפרט. כך גם בטיעוני המשיבים בעתירה הוסבר כי המסר בפרסומת הוא מסר "מפלה, מבזה, משפיל ומטריד, הפוגע בנשים כולן, ובייחוד בקבוצת הנשים התאילנדיות, שהיא קבוצת מיעוט חלשה מקרב ציבור העובדות הזרות בארץ".<sup>186</sup>

חרף האמור, פסק הדין מאת הנשיא ברק בעתירה שהוגשה נגד החלטת הפסילה, התמקד כל כולו בסוגיית הפגיעה ברגשות, בעוד הטענה לפגיעה בזכות החוקתית לכבוד במובנה כמניעת ביזוי והשפלה, לא זכתה להתייחסות. בפתח פסק הדין הנשיא ברק אומנם הסביר כי ישנה הצדקה מיוחדת להגביל ביטויים מסחריים. אך בהמשך נקבע כי במקרה הנדון הפגיעה ברגשות הציבור וב"טעם הטוב" אינה מצדיקה את הפסילה, תוך שהוסבר כי טרם פסילתה

השאלה אם תוכני הערוץ נכנסים להגדרת "תועבה" הכוללת בין היתר "הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני".

182 שם, בעמ' 84.

183 שם, בעמ' 95.

184 עניין נטו, לעיל ה"ש 173, בעמ' 522 ("בפרסומת נראה גבר, המגולם בידי השחקן צחי נוי, כשהוא מנסה להניח ידו על כתפה של אישה תאילנדית. להפתעתו, האישה אינה נענית לו ומכה אותו אפיים ארצה. הגבר שואל באנגלית שבורה: 'מה עשיתי?'. אז נשמע קול קריינית, האומרת: 'תירגע, נודל'ה, לא כל תאילנדית חמה ומוכנה בתוך ארבע דקות, אבל מג'יק נודלס כן'").

185 שם, בעמ' 523.

186 שם, בעמ' 524.

שודרה הפרסומת למעלה מחמישים פעמים מבלי שנשמע קול מחאה, כי מדובר בפרסומת היתולית והומוריסטית וכי תשדירי הפרסום בימינו רוויים דימויים מיניים ואלים. נימוקים אלה היו רלוונטיים אילו הטעם לפסילת הפרסומת היה נעוץ אך ורק באופייה הוולגרי וברצון להגן על רגשות של ציבורים "שמרניים", כמו בעניין קידום, אך הם אינם רלוונטיים לשאלת הפגיעה בכבודן או ברגשותיהן של נשים שאליה התייחסה העתירה.

לא ניתן לסיים את הדברים מבלי להתייחס לאופי הארכאי של הפסיקה שנדונה בפרק זה. עתירות מהסוג הנדון כמעט ואינן עוד בנמצא בעידן הנוכחי, שבו ירדה קרנם של אמצעי תקשורת כמו הרדיו והטלוויזיה, לטובת אמצעי ה"מדיה חדשה" שמציעה רשת האינטרנט. המרחב הווירטואלי, מחד גיסא, מאפשר הפצה של תכנים מיניים ואחרים שהיו עשויים להיפסל באמצעי תקשורת אחרים; מאידך גיסא, המרחב הווירטואלי הוא גם זה שאפשר את צמיחת תנועת #MeToo, שתרמה לחשיפת תופעות של הטרדה ואלים מינית, להתמודדות עימן ולהעצמת נשים באופן כללי. לאור האמור, נראה כי שאלות מהסוג הנדון בנוגע להיקף ההגנה על חופש הביטוי אינן בהכרח צפויות להיעלם, אלא הן עשויות להשתנות ובכלל זה לעבור לזירה של המשפט הפרטי.<sup>187</sup> דומה עוד כי בעידן הנוכחי יקשה על בתי משפט לפטור בלא כלום את הטענות לפגיעה בכבודן של נשים, ולכל הפחות כך יש לקוות.

לסיכום חלק זה, בפסיקה העוסקת בסוגיית ההגבלה של חופש הביטוי בקשר לביטויים בעלי אופי מיני או פרובוקטיבי, מושג הפגיעה ברגשות משמש בשתי משמעויות שונות. לעיתים מדובר בפגיעה ברגשות של ציבורים "שמרניים" ולעיתים מדובר בתחושות ביזוי והשפלה הקשורות לפגיעה בכבודן של נשים בשל הצגתן כאובייקט מיני. בין שתי המשמעויות הללו ניכר עירוב ובלבול כאשר במקרים מהסוג האחרון, לא אחת הטענה לפגיעה ברגשות מטשטשת את הטענה לפגיעה בכבוד ומאפילה עליה. כך או כך, עמדתו העקבית של בית המשפט העליון היא שחופש הביטוי, ובכלל זה חופש הביטוי המסחרי, גובר על הפגיעה ברגשות או על הפגיעה בזכות לכבוד, וזאת בכל הנוגע לביטויים בעלי אופי וולגרי או מיני.

### סיכום ומסקנות: מה המשפט "עושה" כשהוא מדבר על פגיעה ברגשות?

במסגרת מאמר זה ביקשתי לבחון שלוש שאלות מרכזיות: על מה בית המשפט העליון "מדבר" כשהוא מדבר על פגיעה ברגשות? האומנם המשפט מגן על רגשות ככאלה, או שמא על דבר מה אחר? ומה "עושה" השימוש במושג הפגיעה ברגשות בשיח המשפטי?

בכל הנוגע לשאלה הראשונה, מהניתוח עד כה עולה כי על אף הרתיעה הכללית הקיימת במשפט הישראלי (ואפשר שבמשפט בכלל) מפני עיסוק ברגשות והגנה עליהם, ישנם כמה הקשרים מרכזיים שבהם רגשות זכו בכל זאת להגנה משפטית. במשפט הפרטי, הפסיקה היתה נכונה להעניק פיצויים בעד רגשות שליליים המאפיינים פגיעה שלא כדין בזכות החוקתית לאוטונומיה או לכבוד. במשפט הציבורי, כמה סוגים בולטים של רגשות הוכרו ככאלה שיש להגן מפני פגיעה בהם: האחד, רגשות "דתיים" ואחרים של מיעוטים, המתעוררים נוכח

187 ניבה אלקין-קורן "המתוכים החדשים 'בכיכר השוק' הווירטואלית" משפט וממשל ו 381 (2003); ראו למשל ת"צ (מחוזי מרכז) 44112-03-15 ששון נ' טמפו משקאות בע"מ (פורסם בנבו, 6.9.2017).

ביטויים שמציגים באופן שלילי או פוגעני את מושאי אמונתם או את חברי המיעוט עצמם (פרק ד.1). השני, רגשות "דתיים" המתעוררים בקרב הציבור הדתי או החרדי נוכח הפגיעה בציפייה לחיות במרחב ציבורי בעל אופי "דתי" (כשבהקשר זה עלתה שאלה ביחס לרגשות "חילוניים" מקבילים) (פרק ד.2). השלישי, רגשות "לאומיים", המתעוררים נוכח ביטויים הפוגעים בסמלים לאומיים או מערערים על נרטיבים לאומיים (פרק ד.3). הסוגים הרביעי והחמישי כוללים, בהתאמה, רגשות של ציבורים "שמרניים" המתעוררים נוכח הצגה של ביטויים בעלי אופי וולגרי או מיני, וכן רגשות המתעוררים נוכח החפצה של נשים והצגתן כאובייקטים מיניים באופן משפיל (פרק ד.4).

אשר לשאלה השנייה, דומה שישנו מכנה משותף המקשר בין המקרים שבהם רגשות הוכרו ככאלה הראויים להגנה משפטית – ברובד עמוק יותר, ככולם אפשר לזהות פגיעה בדבר מה אחר. במשפט הפרטי פיצויים בשל פגיעה ברגשות נפסקו במקרים של פגיעה שלא כדין בזכות החוקתית לאוטונומיה או לכבוד. גם במשפט הציבורי, ההכרה בהגנה על רגשות של ציבורים מסוימים כאינטרס מוגן נעשתה לעיתים כאשר נלוותה לכך פגיעה בכבודם. כך נעשה בפסיקה בנוגע לביטויים שנטען כי הם פוגעים בכבודם של מיעוטים דתיים ואחרים, כגון אלה שנדונו בעניין מפלגת שינוי ובעניין כהנא (בפרק ד.1 לעיל). ואכן, על אף ההגנה הרחבה שניתנת בדרך כלל לחופש הביטוי, במקרים אלה נפסק כי הפגיעה ברגשות עולה על "רף הסיכולת" בחברה דמוקרטית באופן שמצדיק להגבילו. גם בפסיקה בנוגע לביטויים שמחפיצים נשים, כמו עניין ש.י.ן ועניין נטו (פרק ד.4 לעיל), הטענה לפגיעה ברגשות הועלתה בד בבד עם טענה לפגיעה בכבוד. אך באותם המקרים בית המשפט העליון קבע כי הפגיעה ברגשות אינה מצדיקה להגביל את חופש הביטוי ונמנע מדלון ולהכריע בטענה לפגיעה בכבוד לגופה.

במקרים אחרים שבהם בית המשפט העליון דן בפגיעה ברגשות הציבור, אפשר לזהות פגיעה בהיבטים שונים של זהות הפרט הקשורה להשתייכותו הקבוצתית: הזהות התרבותית-דתית והזהות הלאומית. פגיעה בזהות התרבותית-דתית אפשר לזהות במקרים שבהם נדונו ביטויים שמציגים באורח שלילי את מושאי האמונה של מיעוטים דתיים (כמו בעניין קינן ובעניין יוניברסל) וכן בפסיקה בנוגע לסוגיות של יחסי דת ומדינה ובפרט במרחב הציבורי (כמו עניין חורב). פגיעה בזהות הלאומית אפשר לזהות במקרים שבהם נדונו ביטויים שפגעו בסמלים של המדינה או שהציגו באופן מסולף אירועים בעלי חשיבות לאומית (כמו בעניין שנש ובעניין בכרי).

בהכללה גסה אפשר לומר אפוא כי כאשר המשפט הישראלי מדבר על פגיעה ברגשות הוא מדבר על אחת משתיים: על פגיעה בזכויות חוקתיות, ובפרט בזכות לכבוד ולאוטונומיה; או על פגיעה בזהות תרבותית דתית או לאומית.

ואולם, בהקשר זה יש לעמוד על ההבדל שבין השימוש במושג הפגיעה ברגשות במשפט הפרטי לבין השימוש שנעשה בו במשפט הציבורי. במשפט הפרטי הדיון בסוגיית הפגיעה ברגשות נעשה במסגרת רכיב הנזק ולצורך אומדן הפיצוי בגין פגיעה שלא כדין בזכות החוקתית לאוטונומיה או לכבוד. במילים אחרות, הפגיעה ברגשות שעל אודותיה מדובר (קרי, הרגשות השליליים שנחוו על ידי הניזוק) נתפסת כ"נזק" שנגרם עקב הפגיעה באוטונומיה או בכבוד או כביטוי מוחשי שלה. לעומת זאת, במשפט הציבורי, ההגנה על רגשות נתפסת



כאינטרס מוגן שיש לשקול אותו למול ערכים אחרים במסגרת מלאכת האיזון החוקתי.<sup>188</sup> ואולם, אם, ברומה למשפט הפרטי, גם במשפט הציבורי הפגיעה הנדונה ברגשות היא אינה אלא ביטוי מוחשי לפגיעה בערך מוגן אחר, אזי, על פניו, נראה שהדין בפגיעה ברגשות הוא מיותר מבחינה אנליטית ויש לדון בפגיעה בערך הנדון. דברים אלה יפים במיוחד למקרים שבהם הטענה לפגיעה ברגשות מועלית בד בבד עם טענה לפגיעה בזכות החוקתית לכבוד וקשורה לפגיעה זו, שאז כאמור סוגיית הפגיעה ברגשות עלולה לטשטש את הפגיעה בכבוד. מכאן לשאלה השלישית: בהינתן שרגשות הוכרו כאלה הראויים להגנה בהקשרים מסוימים כמפורט לעיל, ובהינתן שבאותם ההקשרים ניתן לזהות פגיעה אפשרית בערך אחר, מה "עושה" השימוש במושג הפגיעה ברגשות? שאלה זו אפשר לבחון במישורים שונים ומפרספקטיבות שונות. להלן אציג כמה כיווני מחשבה בעניין זה.

### האומנם "הגנה" על רגשות?

השאלה הראשונה העולה מן המסקנה לעיל, היא האם ועד כמה רגשות אכן זוכים להגנה במשפט הישראלי? בהקשר זה יש להבחין בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי. במשפט הפרטי, מושג הפגיעה ברגשות משמש כאמור לצורך פסיקת פיצויים בגין פגיעה שלא כדין בזכות לאוטונומיה או לכבוד. פיצויים כאלה מעניקים לניזוקים תרופה לפגיעה בזכויותיהם וכך גם יוצרים הרתעה מפני פגיעה כזו. מדובר לפיכך באמצעי לעיבוי ההגנה על זכויות חוקתיות. ניתן להשקיף על הפסיקה בעניין זה כחלק ממגמה רחבה יותר של חיזוק מעמדן של זכויות האדם החוקתיות, על רקע ה"מהפכה החוקתית". במילים אחרות, במשפט הפרטי, רגשות אינם זוכים להגנה כשלעצמם, אלא ככל שהם קשורים לפגיעה שלא כדין בזכות החוקתית לאוטונומיה ולכבוד.

לעומת זאת, במשפט הציבורי, לא ברור עד כמה ההכרה ברגשות כאינטרסים מוגנים אכן מובילה להגנה עליהם. כזכור, על פי מבחן האיזון שהשתרש בפסיקה, יהא זה מוצדק לפגוע בזכויות חוקתיות כדוגמת חופש הביטוי רק בהתקיים פגיעה "קשה, רצינית וחמורה" ברגשות הציבור, ורק "במקרים חריגים ומיוחדים, אשר באופיים מזעזעים את אמות הספים של הסובלנות ההדדית".<sup>189</sup> מבחן זה מעניק הגנה מצומצמת לרגשות. ואכן, מבין פסקי הדין שנדונו במאמר זה, רק במקרים מעטים יחסית האינטרס בהגנה על רגשות גבר על הערך

188 יוער כי ישנם מקרים שבהם להיבט הרגשי של הפגיעה בזכות החוקתית עשויה להיות נפקות שונה בגדרי המשפט הציבורי. ראו למשל ע"מ 1369/06 הלביץ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה חדרה, פ"ד (סב) 634, פס' 81 לפסק דינו של השופט דנציגר (2008) (שבו הורה בית המשפט העליון על ביטול הפקעת מקרקעין בשל שהיו של הרשות הציבורית במימוש מטרת ההפקעה. בפסק דינו של השופט דנציגר, הוסבר בין היתר כי: "פגיעה בזכות הקניין נחלקת לשניים – הפגיעה הכלכלית והפגיעה הרגשית. טענה כי השיהוי במימוש מטרת ההפקעה לא גרם נזק כלשהו לבעלים המקוריים של המקרקעין מתעלמת משני פנים אלה של פגיעה בזכות הקניין, ובייחוד מן הפגיעה הרגשית"); וכן, ראו בג"ץ 4522/10 מנסור נ' ממשלת ישראל, פס' ל"ה-ל"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 24.8.2011) (בעניין מתן פיצוי בגין הנחת צינור תת-קרקעי להולכת גז טבעי העובר באדמות של בני העדה הדרוזית).

189 עניין חורב, לעיל ה"ש 15.

המתחרה (כפרט בעשור האחרון).<sup>190</sup> יתרה מזאת, בחלק מהמקרים שבהם האינטרס הוא בהגנה על רגשות גבר, הפגיעה ברגשות הייתה קשורה לערך חוקתי אחר. כך, במקרים כמו עניין כהנא ועניין מפלגת שינוי הפגיעה ברגשות הייתה קשורה לפגיעה בכבוד במוכנו הגרעיני, כמניעת ביזוי והשפלה, באופן שעשוי להסביר תוצאה זו. כלומר, אף שפגיעה ברגשות הוכרה כאינטרס מוגן בהקשרים מסוימים במשפט הציבורי, היא אינה בהכרח בעלת נפקות מעשית במבחן התוצאה.

### פגיעה ברגשות וסוגיות השנויות במחלוקת חברתית וציבורית

"כאשר אנו מדברים על רגשות הציבור, אנו עולים על שדה מוקשים", ציין השופט עצינוי באחד המקרים.<sup>191</sup> ואכן, מסקירת הפסיקה העוסקת בפגיעה ברגשות במשפט הציבורי עולה כי שימוש בולט במושג זה נעשה בסוגיות רגישות ונפיצות, ובכלל זה כאלה הנוגעות לשורש הזהות הישראלית והזהויות של קבוצות שונות החיות במדינת ישראל. לא ניתן לפיכך להבין את היחס של המשפט הישראלי כלפי רגשות ואת הנכונות להכיר ברגשות הציבור כאינטרס מוגן, במיוחד במשפט הציבורי, במנותק מן המציאות החברתית שעומדת ברקע לדיון בסוגיות אלה.

מדוע השימוש במושג הפגיעה ברגשות נעשה במקרים מסוג זה? תיתכנה לכך סיבות שונות. ראשית, הטרימינולוגיה העוסקת בפגיעה ברגשות אינה מחייבת להביע עמדה מפורשת ומוצהרת בנוגע לסוגיה הערכית שכלב המחלוקת. כך, כאשר בית המשפט "מדבר" על פגיעה ברגשות הציבור, הוא כאילו אומר: אינני מביע עמדה בשאלה אם עמדתך היא נכונה או מוצדקת, אך די לי בעצם העובדה שציבור משמעותי אוחד בה, כדי להכיר בה כאינטרס הראוי להגנה, וזאת בדומה לעמדתו של דבלין שנזכרה בפרק א. בהיבט זה, ניתן להשקיף

190 מקרים אלה כוללים את עניין קינן, לעיל ה"ש 50; עניין כהנא, לעיל ה"ש 100; עניין לביא, לעיל ה"ש 95; עניין מפלגת שינוי, לעיל ה"ש 103; עניין ברנך, לעיל ה"ש 128; עניין גבעת שמואל, לעיל ה"ש 128; עניין ברגר, לעיל ה"ש 130; עניין יקי יושע, לעיל ה"ש 154; עניין גנוסר, לעיל ה"ש 154; עניין פלד, לעיל ה"ש 174 (כפרט בפסק דינו של השופט רובינשטיין). בהיבט זה הכרעת בית המשפט לעניינים מינהליים בעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 99, חריגה יחסית; עוד ראו והשוו עניין חורב, לעיל ה"ש 15, שם (שבו נקבע בפסק דינו של הנשיא ברק כי הפגיעה ברגשות דתיים בשל תנועת רכבים בכביש בר־אילן בשבתות אכן חוצה את "רף הסיבולת", אולם ההחלטה על סגירת הכביש לא התבססה על תשתית עובדתית מתאימה). בחלק מהמקרים בית המשפט הגיע לפתרונות "ביניים", ראו עניין סולודקין, לעיל ה"ש 126; עניין האגודה לזכויות הברודאים, לעיל ה"ש 65; עניין בר חן, לעיל ה"ש 64. כאשר למצעדי הגאווה, הותר לקיימם במגבלות, לעיל ה"ש 132. במקרים אחרים ציין בית המשפט כי האינטרס בהגנה על רגשות מצוי משני עברי המתרס. כך, בעניין שביט ובעניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 129 (בנוגע לכיתוב על מצבות בבתי עלמין. בשני עניינים אלה התייחסה דעת הרוב לפגיעה ברגשות קרובי הנפטר, העומדת למול הפגיעה הנטענת ברגשות דתיים); כך גם בעתירות בקשר לטקסי הזיכרון המשותפים (ראו לעיל ה"ש 154) בית המשפט העליון התייחס לצורך להגן על רגשות המשפחות המבקשות להשתתף בטקס, העומדת למול ההגנה על רגשות המתגדים לטקס.

191 בג"ץ 230/73 ש.צ.מ. בע"מ נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד כח 113, 119 (1974).

על מושג הפגיעה ברגשות כמעין "מושג שסתום" המאפשר לבית המשפט להעניק משקל בתפיסות המקובלות בקרב הציבור או חלקו, במנותק משאלת נכונותן ומבלי להביע עמדה מפורשת בשאלה זו. שנית, סוגיות שנויות במחלוקת חברתית הן לעיתים תקדימיות או מורכבות גם מבחינה משפטית. מושג הפגיעה ברגשות הוא כלי "נוח" להתמודדות עימן כמובן זה שהוא כבר מצוי ב"ארגז הכלים" המשפטי והוא גמיש ורחב דיו כדי להחילו על מגוון של מקרים. לבסוף, ההכרה ברגשות כאינטרס ברהגנה בנסיבות מסוימות עשויה להעניק לגיטימציה לעמדה של הצד הנפגע ברובד ההצהרתי, ומשתמעת ממנו נימה של אמפתיה כלפיו, אף אם במבחן התוצאה עמדתו נדחית. עם זאת, השימוש במושג הפגיעה ברגשות בסוגיות שנויות במחלוקת עשוי לעורר ביקורת משני כיוונים מנוגדים: מחד גיסא, אפשר לטעון כי בסוגיות מהסוג האמור על בית המשפט לדון ולהכריע במפורש בשאלות שעל הפרק, תוך נקיטת אמירה נורמטיבית ברורה ומפורשת; ומאידך גיסא, אפשר לטעון כי אין זה ראוי שבית המשפט ידון כלל בסוגיות שנויות במחלוקת ציבורית וכי יש להותיר את ההכרעה לרשות המחוקקת או המבצעת (לפי העניין).

העובדה שדווקא בסוגיות רגישות ושנויות במחלוקת השיח המשפטי הרגיל מתחלף בשיח על רגשות, עשויה ללמדנו דבר מה גם בקשר ליכולתו של בית המשפט להניע שינוי חברתי. רוזנברג (Gerald N. Rosenberg) בספרו "The Hollow Hope", מתאר את המאפיינים המוסדיים שמגבילים את יכולתם של בתי משפט להניע שינוי כזה. בין היתר, מתייחס רוזנברג לטיבן המוגבל של זכויות ומציין כי לא כל התביעות לשינוי חברתי יכולות לזכות להגנה במסגרת זכויות קיימות, ולעיתים קרובות הן מצריכות לכל הפחות פיתוח או הרחבה של זכות קיימת.<sup>192</sup> בהיבט זה, מושג הפגיעה ברגשות עשוי להיראות ככלי "נוח" גם עבור עותרים, העשויים לסבור כי יקל על בית המשפט לקבל את עמדתם באמצעות ניסוחה כטענה לפגיעה ברגשות. אך כפי שראינו, בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה, אין מדובר בטענה קלה לצליחה, והיא אף עלולה להאפיל על הדיון בפגיעה בזכויות אחרות.

### שיח הרגשות – בין ייצוג לכינון של זהויות

השימוש במושג פגיעה ברגשות בפסיקה בהקשרים מסוימים מגלם את ההנחה כי בהקשרים הללו אכן מתעוררים בקרב הציבור הרלוונטי רגשות שליליים. במילים אחרות, מושג הפגיעה ברגשות, על פניו, משמש לייצוג של פגיעה רגשית המתרחשת במציאות. אך האומנם מדובר (רק) בייצוג? רעיון מרכזי בתחום הפילוסופיה של השפה גורס כי השפה אינה משמשת אך ככלי לייצוג ניטרלי של המציאות, אלא מכוננת את האופן שבו אנו תופסים ומבינים את המציאות, את הידע שלנו על אודות המציאות, וכן את המציאות החברתית עצמה (מה שמכונה "משבר הייצוג" של השפה).<sup>193</sup> בהקשר זה אפשר לחשוב על תפקידו של השיח המשפטי, או על המשפט כשרה של שיח, בייצוג ובכינון של המציאות החברתית. השיח על

GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? 192  
10-12 (2d ed., 2008)

193 יריעה זו קצרה מלתאר רעיון זה ולדון בו באופן ממצה. לעיון נוסף ראו אביחי דורפמן "חופש הביטוי: בין ייצוג לאיבוד" משפט, חברה ותרבות – שקט, מדברים! 433, 451-457 (2006) והאסמכתאות המובאות שם.

פגיעה ברגשות במשפט הישראלי לא רק מייצג ומשקף מציאות חברתית, הוא גם מסייע לכוונן אותה, בהיבטים שונים שיידונו להלן.

**הגנה על רגשות של מיעוטים ושל נשים בראי ה"פוליטיקה של הזהויות".** כפי שראינו, אף שבית המשפט העליון לעיתים קרובות אינו מתייחס לכך במפורש,<sup>194</sup> שיח הרגשות נפוץ במיוחד בהתייחס לרגשות של קבוצות מיעוט – הציבור החרדי והציבור הערבי, וכן בהתייחס לרגשות של נשים. מן הפרספקטיבה של הפוליטיקה של הזהות,<sup>195</sup> ניתן לראות בשיח על רגשות בהקשרים הללו, כשיח שמסייע לכוונן ולשמר קטגוריות והיררכיה חברתית. בעצם ה"מיסגור" (framing) של טענות של ציבורים מסוימים כטענות לפגיעה ברגשות דווקא ולא כאינטרסים או כזכויות המוגנים בפני עצמם, יש משום הפחתה מן הלגיטימציה של טענותיהם. יתרה מזו, כפי שראינו, לעיתים הטענה לפגיעה ברגשות מועלית בד בבד עם טענה לפגיעה בכבוד (כמו בעניין מפלגת שינוי, כהנא, ש.י. ונטו). במקרים הללו, ככל שהטענה לפגיעה ברגשות קשורה לפגיעה בכבוד ונובעת ממנה, הרי שעל פניו ההתייחסות לפגיעה ברגשות היא תוספת מיותרת, אשר דומה כי דווקא מפחיתה מן המשקל הנורמטיבי של טענותיהם. לא זו בלבד, אלא שכפי שראינו לעיתים השיח על פגיעה ברגשות נעשה במקום שיח על פגיעה בזכויות חוקתיות כמו הזכות לכבוד (כמו בעניין נטו), באופן שמפחית אף יותר ממשקל זה.

**ההגנה על רגשות ותפקיד המשפט בכינון זהות לאומית.** בספרו "הפוליטיקה" דן אריסטו בשאלה מהי המדינה, ועומד על כך שמדינה איננה רק שותפות שמקורה בזהות אינטרסים, אלא היא דורשת חיבור רגשי – רגש של אחווה המחבר בין אזרחיה ומסייע להתגבר על ניגודי האינטרסים ביניהם.<sup>196</sup> רגשות לאומיים אינם מתעוררים אך באופן ספונטני, אלא למדינה יש תפקיד בשימור, בטיפוח ובכינון רגשות לאומיים, וזאת בין היתר באמצעות המשפט. במשפט הישראלי הדבר נעשה, למשל, באמצעות החקיקה המגנה על סמלים לאומיים,<sup>197</sup> המעניקים ביטוי מוחשי לרגשות של גאווה לאומית. כאלה הם גם דברי החקיקה המעגנים את יום העצמאות וימי הזיכרון הלאומיים.<sup>198</sup> פרקטיות תרבותיות מסוג זה הופכות חוויות רגשיות אישיות של שכול ואבל וסיפורים אישיים, לחוויה קולקטיבית לאומית ולחלק מנרטיב משותף, באופן המסייע לכינון של זהות לאומית.

194 ראו לעיל בפרקים ד.1 ו-ד.4 (כך גם בפסקה שנדונה במאמר זה בעניין קידום (לעיל ה"ש 173), ההתייחסות לרגשות של "מיעוט" נעשתה באופן עמום ומבלי להבהיר באיזה מיעוט מדובר). מאוטנר טוען כי קבוצת הנשים היא אומנם קבוצת זהות אך בשונה מהקבוצה הדתית (ובמיוחד זו היהודית-דתית) ומהקבוצה הלאומית, אין מדובר בקבוצת יסוד תרבותית. ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 34, בעמ' 284-286.

195 על הפוליטיקה של הזהות ראו שם, בעמ' 233-236.

196 אריסטו פוליטיקה (נורית קרשון מתרגמת, 2009).

197 לעיל ה"ש 45.

198 חוק יום הזיכרון לשואה ולגבורה, השתי"ט-1959; חוק יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל, התשכ"ג-1963; חוק יום העצמאות, התש"ט-1949; השוו חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011, ס"ח 686 שזכה לכינוי "חוק הנכבה", וקובע כי שר האוצר יהיה רשאי להפחית העברות כספים מתקציב המדינה לגופים מסוימים, בשל "ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל".

לאור האמור, דומה שאין זה מקרי שהרגשות אשר הוכרו במשפט הציבורי כאינטרסים הראויים להגנה הם רגשות "דתיים" ו"לאומיים" של הציבור היהודי, ונראה שהכרה זו קשורה לתפקידו של בית המשפט בשמירה על אותו "דבק רגשי" ההופך יחידים ללאום מלוכד ולכינונה של זהות לאומית משותפת. כאשר בית המשפט העליון מכיר ברגשות מסוג זה כאינטרסים הראויים להגנה משפטית, יש לכך משמעות הצהרתית. הכרה כזו מבטאת את הלגיטימציה והחשיבות של רגשות אלה בקרב הציבור, ובה בעת מעניקה להם לגיטימציה, וכך ממלאת תפקיד בשימור ובכינון של הזהות הלאומית הישראלית (זאת, אף אם במבחן ההגנה על רגשות אינה בהכרח גוברת). לכאורה, מסקנה זו עומדת בסתירה לטענה הקודמת ולפיה ה"מסגור" של טענות של מיעוטים ושל נשים כפגיעה ברגשות (ולא בזכויות) עשויה להפחית מהלגיטימציה של טענותיהם. ואולם, בעוד שבמקרה של מיעוטים ושל נשים – הפגיעה ב"רגשות" קשורה לעיתים לפגיעה בערך אחר שעשויה להיות הצדקה ליברלית להגן עליו (הזכות לתרבות/לזהות תרבותית או הזכות לכבוד), כאשר הטענה לפגיעה ב"רגשות" נוגעת לזהות התרבותית של הרוב, הצדקה ליברלית מעין זו אינה קיימת (כמפורט בהרחבה בפרקים 1. ד ו-4). לכן, בעוד שבמקרה הראשון השימוש במושג הפגיעה ברגשות מפחית מהלגיטימציה של הטענות של הציבור הנפגע, במקרה האחרון הוא דווקא מעניק להן לגיטימציה.

### הקשר בין זכויות אדם לפגיעה ברגשות – השלכות מעשיות ותיאורטיות

לאורך המאמר שב ונחשף הקשר שבין פגיעה ברגשות לבין פגיעה בערכים ובזכויות אדם. קשר זה עשוי להיות בעל משמעויות מעשיות ותיאורטיות רחבות יותר. ראשית, במישור המעשי. אחת המלאכות החשובות של עורכי ועורכות דין היא מלאכת ה"תרגום" של טענות לפגיעות שונות ל"שפה" משפטית. כך למשל, טענה בדבר הרגשת ההשפלה המתעוררת בנסיבות של אפליה על רקע השתייכות קבוצתית, "תתורגם" לפגיעה בשוויון ובכבוד. תהליך זה נדון במאמר של פלסטניר, אייבל וסאראט (Felstiner, Able & Sarat) שבו מצביעים המחברים על שלושה שלבים יסודיים בהתפתחות של מאבק חברתי ומשפטי: זיהוי ומתן שם לעוול (naming); ייחוס אשמה לגורם המתאים (blaming) ותביעה לסעד המתאים בגין העוול (claiming).<sup>199</sup> כפי שמציינים המחברים, על מנת לצלוח את שלושת השלבים הללו נדרשים משאבים, באופן שמהווה מכשול בפני אוכלוסיות מוחלשות. כאשר מועלות טענות לפגיעה ברגשות לפני בית המשפט, הדבר עשוי לנבוע מקושי בשלב מתן השם (naming), שבעטיו הפגיעה מזוהה ומתוארת כפגיעה ברגשות ולא כפגיעה בזכויות שעשויה להיות בעלת משקל נורמטיבי רב יותר. לכן יש להיות ערים לטענות לפגיעה ברגשות כשהן מועלות על ידי אוכלוסיות מוחלשות ולבחון שמא טענות אלה נוגעות במהותן לפגיעה בזכויות חוקתיות, שאז יהיה מקום "לתרגם" אותן לכאלה.

William L.F. Felstiner, Richard L. Able & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 LAW & SOC'Y REV. 631 (1980-1981) וכן, ראו דפנה ברק-ארז "מזיהוי עוול לסעד משפטי: בעקבות Naming, Blaming, Claiming" (2010).

שנית, במישור הפילוסופיה הפוליטית ותורת המשפט. בפרק א עמדתי על הרתיעה במשפט מפני עיסוק ברגשות והגנה עליהם והעליתי את ההשערה שמא רתיעה זו קשורה לנטייה לראות ברגשות כסובייקטיביים, עמומים, בלתי־עקביים – ואפשר לומר "בלתי־רציונליים". כפי שהוסבר, לאור ההנחה שזהו אומנם אופיים של רגשות, אזי הגנה על רגשות או הסתמכות עליהם עלולה לחטוא לעקרון שלטון החוק במובנו הפרוצדורלי, הגורס כי על מערכת המשפט לעמוד בקריטריונים של כלליות, קוהרנטיות, בהירות וכיו"ב. התייחסתי עוד לרתיעה במסורת הליברלית מפני הגנה על רגשות הציבור, שייתכן שהושפעה מתפיסת ה"נאורות" אשר העלתה על נס את התבונה. ואולם, בהנחה שאכן ישנם רגשות שליליים האופייניים לפגיעה בזכויות אדם או בערכי יסוד אחרים (כמו תחושת הביזוי וההשפלה שנהוג לאפיין באמצעותה את כבוד האדם במובנו ה"גרעיני") – אז ייתכן שרגשות הם אינם כה סובייקטיביים, עמומים, בלתי־עקביים – ו"בלתי־רציונליים" – כפי שנהוג לסבור; ואם כך, אז ייתכן כי יש מקום לחשיבה מחודשת על הרתיעה מפני הגנה על רגשות במשפט ומפני ההסתמכות עליהם במסגרת המלאכה המשפטית.