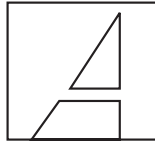




המכון הישראלי  
לדמוקרטיה



Konrad  
-Adenauer-  
Stiftung

**רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי**  
**הצעה לביטול האיסור הפלילי**  
**על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים**

פרופ' מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר

נייר עמדה 38

ירושלים, אלול התשס"ג, ספטמבר 2003

**המכון הישראלי לדמוקרטיה** הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות, באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

נוסף על כך, המכון הישראלי לדמוקרטיה מממש את שליחותו על-ידי הצגת מידע משווה בנושאי החקיקה ודרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על-ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי ביצוע ואנשי אקדמיה ועל-ידי פרסום מחקרו.

עורך ראשי: אורי דרומי  
ראש מינהל מחלקת פרסומים: עדנה גרניט  
עורכת הספרייה: יעל מושיוב  
עריכת לשון: תמי אילון-אורטל  
רכז הפקה: נדב שטכמן  
עיצוב גרפי: רון הרן  
סודר ונדפס בהתשס"ד בארט פלוס, ירושלים  
מס"ב 3-54-7091-965 ISBN

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה  
Copyright by The Israel Democracy Institute  
Printed in Israel 2003

**מרדכי קרמניצר** הוא פרופסור למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ועמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

**שחר גולדמן** הוא תלמיד לתואר שלישי במשפטים ועמית מחקר (לשעבר) במכון הישראלי לדמוקרטיה.

**ערן טמיר** הוא עוזר מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה ותלמיד לתואר שני באוניברסיטה העברית בירושלים.

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

ההוצאה לאור של הספר היא פרי שיתוף פעולה של המכון הישראלי לדמוקרטיה עם קרן קונרד אדנאואר בישראל

## **קרן קונרד אדנאואר**

קרן קונרד אדנאואר היא קרן פוליטית גרמנית הפועלת לחיזוק הקשרים בין גרמניה לישראל וכן בין ישראל לאיחוד האירופי. הקרן מביאה אל הציבור הישראלי מידע על גרמניה המודרנית והדמוקרטית, ובד בבד מציגה לפני גופים הקשורים עמה בגרמניה תמונת מצב מהימנה על ישראל ועל הקשיים הייחודיים שעמם היא מתמודדת.

חלק ניכר מהיזמות שקרן קונרד אדנאואר שותפה להן בישראל מכוונות לעידוד דו-קיום של מגוון מגזרים בחברה הישראלית שהיא חברת מהגרים, לגישור על הבדל במוצא ובאמונה הדתית ולחיזוק הדמוקרטיה בישראל – המדינה הדמוקרטית היחידה באזור.

כדי לקדם יעדים אלו הקרן פועלת עם שותפיה בישראל לפיתוח מודלים חוקתיים להגנה על קבוצות מיעוט ולאכיפה יעילה של החוק. כמו כן, קרן קונרד אדנאואר משקיעה מאמצים מיוחדים ביצירת דיאלוג לפתרון הסכסוך הישראלי-ערבי ובכינון שלום יציב מתוך שמירה על זכותה של ישראל לחיי שלוה וחירות.

ד"ר יוהנס גרסטר

נציג קרן קונרד אדנאואר בישראל

קרן קונרד אדנאואר

ת"ד 8348

רחוב לוי גיורגי 6

ירושלים 91082

טל' 02-5671830

פקס 02-5671831

[www.kas.de/israel](http://www.kas.de/israel)



# תוכן העניינים

7	<b>מבוא</b>
	פרק ראשון: <b>הגנה על רגשות במשפט הפלילי בישראל –</b>
11	<b>מבט כללי</b>
	פרק שני: <b>על האיסור לפגיעה ברגשות דתיים</b>
19	<b>באמצעות ביטויים</b>
19	א. מבוא
23	ב. ההגנה על רגשות דתיים מפני ביטויים בהקשר היסטורי
46	ג. האיסור הפלילי הנוכחי
56	ד. פסיקה מנהלית בעניין פגיעה ברגשות
65	פרק שלישי: <b>הערכה</b>
65	א. הגנה על רגשות כאינטרס מוגן על ידי דיני העונשין
71	ב. פגיעה בעקרון הוודאות ובעקרון הבהירות
75	ג. פגיעה בעקרון השוויון ובעקרון ההגינות
82	ד. פגיעה בעקרון חופש הביטוי
93	ה. אכיפת איסור שעניינו הגנה מפני פגיעה ברגשות דת
94	ו. ביטוי תחילה, ואחריתו – מי ישורנה?
94	ז. שיוריות הדין הפלילי ואפשרויות נוספות
	העומדות בפני החברה לצורך הגנה על רגשות דתיים
97	<b>סיכום</b>
98	<b>בשולי הדברים: תיקונים הדרושים בחקיקה הפלילית</b>
105	<b>רשימת מקורות</b>
120	<b>English Summary</b>



## מבוא

"תהיה כנסייה", אומר אלוהים לישו, בדיאלוג הספרותי המופלא שהניח בפיו זיוזה סאראמאגו ומכוון, כך נדמה, לדת באשר היא. "והכנסייה הזו תתפשט בעולם עד למקומות שאינם מוכרים עדיין... ולמרבה הצער לא ימנע הדבר מחלוקות ומריבות..." אומר האל וכבר ניתן להבחין בחיך סרקסטי קל המתפשט על דל שפתיו<sup>1</sup>. ואמנם, מאז ומעולם הובילו מערכות יחסים המשלבות דת ומדינה, מאמינים ומתנגדים, אל ספם של סכסוכים המערבבים טיעונים תאולוגיים, להט אמוני ותשוקה לכוח ולשלטון, מאבקי הגמוניה בין עדות דתיות ובינן לבין דת לאומית הנתמכת בממסד השלטוני. דתות וזרמים דתיים התפתחו, התמסדו ועברו מן העולם. סיפור רדיפתו של ישו על-ידי הממסד היהודי והשלטון הרומי התחלף ברדיפתם של היהודים על-ידי הקתוליות. ונדמה שמאבקים מן הסוג הזה אינם מרפים נוכח התפתחות הדורות וההיסטוריה. ביוני 2000 הוצת ונשרף בית כנסת של הזרם הקונסרבטיבי בירושלים<sup>2</sup> ואחר, זה של היהודים המשיחיים, חולל למחרת<sup>3</sup>. ואם אלה דוגמאות למאבקים המבטאים סכסוכים פנים-דתיים בין כיתות וזרמים שונים, הרי שחריפים לא פחות הם העימותים בין מי שתופסים את עצמם כדתיים מול מי שאינם מגדירים את עצמם כדתיים ואף מתנגדים לכל התנהגות המבטאת בעיניהם 'מעשה של השתלטות הדת על המדינה'. למרות חשיבותם וחריפותם של המאבקים שתוארו עד כה, נדמה שהם מתגמדים נוכח עצמת האלימות שעלולה להתפשט ואף מתפשטת, לעתים, כתוצאה מעימותים בין דתות שונות. החיבוק בין דת ומדינה רלוונטי גם כאן, אולם מטעמים אחרים. החיבור בין מאפיינים דתיים ומאפיינים לאומיים, ויותר מכך – זיהויים של סמלים דתיים ומקומות הנתפסים כמקודשים מבחינה דתית עם שפת הסמלים המייצגת את המרכיבים הלאומיים של עם, משמש אמצעי חשוב, ולעתים חיוני, להמרצת ההמונים להתגייס למאבק על הגנת האינטרסים הנתפסים כחיוניים מבחינה לאומית. נראה שאחד הסמלים המרכזיים לקשר בין דת, לאום ומדינה נעוץ בהכרה

1 ז' סאראמאגו, **הבשורה על פי ישו** (1993), עמ' 256-260. תרגמה מפרוטוגוית: מרים טבעון.

2 ב' קרא, "ברק גינה הצתת בית הכנסת הקונסרוטיבי בירושלים", **הארץ**, 26 ביוני 2000.

3 ב' קרא, "פגיעה נוספת בבית כנסת בירושלים", **הארץ**, 27 ביוני 2000.

הרחבה והקונסנזואלית לכאורה באשר לחשיבות ההגנה שעל המדינה להעניק לקשר שבין האדם לאמונתו הדתית. בתפיסת צרכיו הבסיסיים של האדם נשמר מקום חשוב ומרכזי לחופש להשתייך לדת מסוימת, לבחור בדת ואף להמיר דת אחת באחרת, להחזיק באמונות ובערכים דתיים כחלק מתפיסת עולם ולקיים פולחן טקסי ואורח חיים המזוהים כדתיים. התפיסה המקובלת היא שלצורך מימוש אלה, נזקק האדם הדתי למערכת מוסדית כוללת של ארגונים חברתיים שתפקידם לסייע בארגון החיים החברתיים הדתיים. כלומר, התארגנות מוסדית המוגבלת לתחום החיים הדתיים בלבד. ברור לעין כי האינטרס של אדם לקיים את אורח חייו כאדם דתי הוא אינטרס רחב ומורכב בעל מישורים ורבים שונים. ניתן לאתר במסגרת זו אינטרסים מוחשיים של ממש ואינטרסים לא מוחשיים בעליל.

אולם, למרות התפיסה החברתית העקרונית המכירה בחשיבות ההגנה על האינטרס ובחיוניותו לפרטים המגבשים את הקולקטיב החברתי, אין מנוס מבחינה ביקורתית של המגוון הכלול בו. הצעד הראשון בבחינה זו הוא איתור הדרישות כלפי החברה הנובעות מהיותו של אדם בעל זהות דתית, תוך ניתוח ביקורתי של דרישות אלה, במטרה לדרג את מידת חשיבותן וחיוניותן לקיומם של חיים חברתיים משותפים. לא כל אינטרס מקיים את אותה דרגה של חשיבות חברתית, ולא לכל דרישה אפשר להעניק את אותה דרגת אינטנסיביות של הגנה, בייחוד כאשר להגנה זו יש מחיר בדמות פגיעה באינטרסים או בזכויות של אחרים. יש להכיר במגבלותיה של המערכת החברתית להגן ביעילות על כל אינטרס הנתפס כחיוני בעיניו של האדם.

עניינו של חיבור זה בנגזרת מסוימת בלבד ממכלול 'האינטרסים הדתיים' של אדם. הדיון מתמקד בבדיקת ההצדקה לקיומו של איסור פלילי על החופש לבטא דברים הפוגעים, או שיש בהם משום פוטנציאל לפגיעה, ברגשותיו הדתיים של אדם ובאמונתו הדתית. כלומר, על פרסום "שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים" ועל ביטוי קולי ("...מילה או קול...") המושמע בפומבי ו"בתחום שמיעתו של פלוני" אשר יש בהם "כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים".<sup>4</sup>

4 סעיף 173 לחוק העונשין שכותרתו "פגיעה ברגשי דת ומסורת" קובע:  
"העושה אחת מאלה, דינו – מאסר שנה אחת:

- (1) מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים;
- (2) משמיע במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של פלוני מלה או קול שיש בהם כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים."



ככלל, החוק הפלילי ממעט לעסוק בתחומי הרגשות והתחושות, אם מן הצד של אכיפת הגבלות על חירותו של אדם, כלומר הטלת איסורים על מחשבה, תחושה או רגש, ואם מן הצד של מניעת סוגי התנהגות פיזית אשר כל השפעתם באה לביטוי במרחב הפרטי התודעתי של אדם – מחשבותיו, תחושותיו, רגשותיו.

חוסר הרצון לערב את המשפט הפלילי במרחבו הפרטי הפנימי של הפרט מתיישב עם עקרונות היסוד שבבסיסו של המשפט הפלילי. תפקידם של דיני העונשין במשטר דמוקרטי מתמצה ביצירת מצע לחיים משותפים של הפרטים, המדגיש את תפיסת חירותו של הפרט במסגרת החברתית. לפיכך, טעם הכרחי להצדקת הטלתו של איסור פלילי חייב להיות צורך להגביל התנהגות אשר מסכנת את בסיס הקיום החברתי המשותף, כלומר, לפחות כזו הפוגעת באינטרסים של אחר. מטבע הדברים, מחשבות ותחושות כשלעצמן מוגבלות לתחום לא מוחשי במרחב הפרטי המובהק ואינן מגלות כל ביטוי חיצוני, אין להן ממד של תופעה חברתית, ואין הן יוצרות סיכון ברמה שמסוגלת להצדיק את הגבלתן. חירות הפרט אינה מתיישבת עם מערכת אכיפה המבקשת להתערב במרחב הפרטי של אדם, לא כל שכן במובנו המובהק והאינטימי ביותר – עולמו התודעתי והרגשי. יתרה מזו, גישה כזו תתברר בנקל כבלתי יעילה בעליל.<sup>5</sup>

סוגיה שונה ומורכבת יותר היא זו שבוחנת האם יש מקום לערב את המשפט הפלילי בהגבלת התנהגויות אשר יש להן ביטוי מוחשי מובהק, פיזי או מילולי, אך **השפעתן** היא במרחב הפרטי האינטימי ביותר של אדם, בתוך תוככי תודעתו הרגשית. ובמילים פשוטות, האם עקרונותיו של המשפט הפלילי יכולים להצדיק הגבלת התנהגויות אשר האינטרסים הנפגעים בגינן אינם מוחשיים ולמעשה כל שנגרם בגינם מתבטא בהשפעה על נפש האדם פנימה – תחושות, רגשות, מחשבות שלו? כאן ראוי להבהיר כי עצם התעוררותה של פעילות רגשית חזקה כתוצאה מפגיעה באינטרס של אדם שהוכר על-ידי החברה כאינטרס חיוני שראוי להגנת הדין הפלילי, היא פעילות צפויה וטבעית וכמעט מתבקשת בנסיבות העניין. אך טבעי הוא להעלות על הדעת שאדם אשר נזק לרכושו, לא כל שכן לגופו ולחירותו, יחוה תחושה רגשית אינטנסיבית נוכח האירוע המזיק והשלכותיו. ענייננו כאן

5 ראו ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (התשמ"ז), כרך א, עמ' 31-34, פסקות 54-59; וכן מ' קרמניצר, ח' גנאים, **הסתה, לא המרדה – ההמרדה בדיני העונשין: הדין הרצוי והדין המצוי** (התשנ"ח), עמ' 9.

בשאלה האם ניתן להכיר בהתעוררות הרגשית כשלעצמה, כבערך חברתי חיוני במידה המצדיקה את היחלצותם של דיני העונשין להגנתה, כלומר להטלת איסור על ההתנהגות הגורמת לה. מובן שיש להעריך את האינטרס המנוגד אשר יש להגבילו כדי למנוע את הפגיעה ברגשות הדת. בהקשר לענייננו מדובר בצורך להגביל את הזכות היסודית של אדם לחופש הביטוי על הטעמים החזקים, בדרך כלל, התומכים בהתרתו. לפיכך, גם אם תוסק המסקנה שאינטרס רגשי הוא חיוני במידה כזו המצדיקה ככלל את הגנתו של המשפט הפלילי, יקום הצורך להעריך את מידת ההצדקה נוכח הטעמים המצדיקים במצב עניינים רגיל את קיומו של חופש ביטוי בלתי מוגבל ככל שאפשר.

# 1 הגנה על רגשות במשפט הפלילי בישראל – מבט כללי

עיון בתוכן האיסורים הפליליים הכלולים בחוק העונשין ובדברי חקיקה נוספים בישראל מגלה תפיסה חקיקתית מעניינת בכל הקשור להטלת הגבלות על התנהגויות הנתפסות כמשפיעות על רגשות הדת של אדם, בעיקר על רקע הגישה הכללית להסדרת התנהגויות המשפיעות על רגשות בכלל ולהסדרתו של הביטוי בתחום זה בפרט.

ככלל, ניתן לומר שהנטייה היא להימנע מעירובו של המשפט הפלילי כמכשיר להגבלת מעשים ובעיקר ביטויים, הגורמים להשפעה שלילית על אינטרסים לא מוחשיים בתחום תודעתו של אדם ובהם בלבד. במקרים מעטים בלבד נקבעו בחוק הפלילי איסורים המיועדים למנוע התנהגות הגורמת להתעוררות רגשית אצל אדם קונקרטי. כך, האיסור על "מהומה ועלבון במקום ציבורי", שבמסגרתו נאסר ביטוי המעליב אדם בציבור,<sup>6</sup> והאיסור על "העלבת עובד הציבור".<sup>7</sup> במקרים אחרים נאסרה התנהגות הגורמת להתעוררות רגשית של ציבור. כך, האיסור על פרסום "ידיעות כוזבות הגורמות פחד ובהלה"<sup>8</sup> והיבטים מסוימים של פרסומי "המרדה",<sup>9</sup> וזילות

6 ראו סעיף 194(ב) לחוק העונשין: "המעליב אדם במקום ציבורי באופן העלול לעורר אדם הנוכח אותה שעה להפר את השלום..."

7 סעיף 288 לחוק העונשין: "המעליב בתנועות, במלים או במעשים, עובד הציבור או דיין או פקיד של בית דין דתי או חבר ועדת חקירה... כשהם ממלאים את תפקידם או בנוגע למילוי תפקידם..." וראו ר' שגב, **חופש הביטוי נגד רשויות המדינה – הצעה לביטול האיסורים על ביטויים הפוגעים במעמדם של שופטים ועובדי ציבור** (2001). המחבר מעלה בהרחבה את הנימוקים לביטול עברה זו ועברות נוספות המגבילות ביטויים נגד המערכת השלטונית.

8 סעיף 159(א) לחוק העונשין: "המפרסם או משעתק אמרה, שמועה או ידיעה העלולות לעורר פחד ובהלה בציבור או להפריע את שלומו, והוא יודע או יש לו יסוד להניח, שהן כוזבות..."

9 ראו סעיפים 134 ו-136 לחוק העונשין. סעיף 136 מגדיר מהי המרדה וקובע, בין היתר, את המאפיינים הבאים: 1. "להביא לשנאה, בוז... למדינה, לרשויות השלטון או המשפט שלה..."; 3. "לעורר... מורת רוח בקרב יושבי הארץ"; 4. "לעורר... איבה בין חלקים שונים של האוכלוסייה". וראו לבחינה מקיפה של עברת ההמרדה והמלצה לביטול חלקים נכרים בעברה ושינוי מהותי באחרים: קרמניצר וגנאים, לעיל הערה 5; שגב, לעיל הערה 7; ש' גולדמן, א' לפידות, **עבירות נגד המשטר** (טרם פורסם).

בית המשפט.<sup>10</sup> מבלי להפליג בניתוח מאפייניהם, נקל לראות כי במרבית המקרים האיסור מיועד להגן מפני יצירת פוטנציאל לגרימת נזק לערך חברתי **נוסף** לנזק הטמון בפגיעה באינטרס הרגשי. על-פי רוב, הערך החברתי הנוסף (והעיקרי למעשה) הוא פגיעה בשלום הציבור או באמון הציבור במוסדות השלטון. בכל מקרה, קשה לאתר בין עברות אלה איסורים שעניינם הגנה על ערך המתמצה באינטרסים רגשיים לא מוחשיים כשלעצמם. יתר על כן, רוב האיסורים נוקטים גישה מצמצמת תוך נטייה לנקוב בשמו של הרגש המוגן באמצעות האיסור – יהא זה 'עלבון' או 'פחד'. הגם שאין מדובר בצמצום משמעותי, עדיין יש כאן צמצום ביחס לאיסור כללי על פגיעה כלשהי ב'רגשי' שטיבו אינו נהיר. אף בנושאים אחרים שהמשפט הפלילי מעורב בהם, כגון עברת הטרדה מינית<sup>11</sup> או פרסום פוגע על שלטי חוצות,<sup>12</sup> ישנם טעמים נוספים המצדיקים את התערבות המחוקק, מעבר לפגיעה רגשית גרדא. החוק למניעת הטרדה מינית, למשל, נוצר כדי לתת מענה לתופעה חברתית שכיחה, הפוגעת – לפי הנטען – **בכבוד האדם**, בחירותו, בפרטיותו ובזכותו לשוויון, מה גם שהיא חלק מתוך הקשר רחב יותר של אפליית נשים ואלומות כנגד נשים. הטענה העומדת ביסוד החוק היא כי מערכת היחסים בין גברים לנשים, בעיקר בתוך מקום העבודה, מסייעת להנצחת הדומיננטיות הגברית בהקשר חברתי-תרבותי רחב היקף.<sup>13</sup> הפיקוח על שלטי חוצות נתפס כנחוץ משום שהפגיעה ברגשות נעשית בריש גלי, והנפגעים הם בחזקת 'קהל שבוי'. לאור הנטייה הכללית הקיימת בחוק העונשין להימנע מאיסור על התנהגויות הגוררות פגיעה באינטרסים רגשיים גרדא, בולט בייחודו סימן ז' לפרק ח בחוק העונשין<sup>14</sup> (להלן הסימן). כאן ההזדקקות למונח 'רגשי' על הטיותיו השונות אינטנסיבית במידה משמעותית והשימוש נעשה בצמידות לאפיונים שונים הקשורים במידה זו או אחרת בדת. כך, ניתן לאתר את

10 ראו סעיף 255 לחוק העונשין: "...המפרסם דברי גידוף נגד שופט או דיין כדי... **לבזות** את דרכי השפיטה...". כאן מתגלה איסור מורכב – התנהגות מגדפת (כלומר, כזו שיש בה פוטנציאל לעורר רגשות אצל מושא ההתנהגות) איננה אסורה אלא אם יש בה כדי להביא לידי ביזוי.

11 חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח – 1988.

12 סעיף 214(א) לחוק העונשין.

13 יש לציין כי האיסור, כפי שהוא מנוסח כיום, שרוי במחלוקת. להרחבה ראו: מי קרמניצר, ל' לבנון, "האיסור הפלילי על הטרדה מינית – קידוש האמצעי ומחירו", **שערי משפט** 2 (התשס"א), עמ' 285; וכן את התגובה למאמר: א' קמיר, "בחזרה אל 'כשאת אומרת לא למה את מתכוונת?!", **שערי משפט** 2 (התשס"א), עמ' 307.

14 כותרת הפרק – "פגיעות בסדרי המשטר והחברה".

המינוחים, 'פגיעות ברגשי דת ומסורת';<sup>15</sup> 'פגיעה ברגשי דת';<sup>16</sup> 'פגיעה ברגשות דת';<sup>17</sup> 'עלבון דת' ו'ביזוי דת'.<sup>18</sup> יתר על כן, בניגוד למקובל ביתר חלקיו של החוק, כותרת הסימן עצמה מדגישה ומלמדת כי עניינו (וכנראה עניינן של העברות הכלולות בו) בהגבלת התנהגויות הגורמות 'פגיעות ברגשי דת ומסורת'. כלומר, אם ניתן לייחס משמעות לנוסח הכותרת, הרי שכאן מתגלה, לכאורה, משקל משמעותי יותר מן המקובל בחלקים אחרים בחוק העונשין, לאינטרסים בלתי מוחשיים בתחום התודעה הרגשית של אדם, הנקשרים באינטרסים מן הדת.<sup>19</sup> ההתרשמות המתבקשת היא כי המחוקק בחר לרכז בסימן זה מספר עברות שונות, כאשר מוקד האיסורים הכלולים זהה – הענקת הגנה לאינטרסים מן הדת. ואומנם, לא רק ריכוז של עברות יש כאן, גם פירוט של התנהגויות, חלקן בביטוי וחלקן בעשייה שאיננה ביטוי, אשר המאפיין המשותף להן, לפחות לאור כותרת הסימן – פגיעה ברגשות הדת.

אולם, למרות הייחוד הנגזר מכותרת הסימן, עיון בתוכן האיסורים הכלולים בו מלמד כי לא בכל המקרים אומנם שמור מקום מרכזי באיסור לאינטרס הרגשי דווקא. גם במקומות שבהם כלול אינטרס מסוג זה במסגרת האיסור, מתגלעת חוסר אחידות רבה בשילובו בין יסודות האיסור. למעשה, הבלבול, חוסר הבהירות, והערפול השורים על העברות הכלולות בסימן אינם מועילים למי שמתוך נקודת הנחה סבירה מבקש לבחון את המשמעות אשר יש לייחס למונח 'רגשות דתיים' לצורכי פירושו והבנתו. במצב זה, ניסיון להעריך את המשמעות הטבעית שיש להעניק למונח 'רגשות דתיים', מונח מורכב וייחודי גם בלא הקשיים שמציג בפנינו הסימן, קשה עוד יותר. ראשית, ולמרות המשמעות הלשונית הרגילה הנגזרת מכותרת הסימן, ניתן, כאמור, לאתר בין העברות הכלולות בו ערכים חברתיים אשר גם אם

15 כותרתו של סימן ז' לחוק העונשין (סעיפים 170-174(ב)). תפיסת הפגיעה ברגשות דת כחלק מן הפגיעה במשטר ובחברה, לצד איסורים כמו המרדה והתאגדויות אסורות מעניינת וקשורה, כך נראה, לתפיסה הקונספטואלית שניתן אולי ללמוד עליה מן ההיסטוריה החקיקתית יותר מאשר מטעמים ענייניים. על כך ראו להלן מעמ' 23 והלאה (ההגנה על רגשות דת בהקשר היסטורי).

16 כותרת סעיף 173 לחוק העונשין.

17 המינוח מופיע בסעיף 172 ו-173 לחוק העונשין.

18 כותרת סעיף 170 לחוק העונשין וחלק מן הסעיף בהתאמה.

19 חשוב להדגיש שזוהי הכותרת שניתנה על-ידי המחוקק הישראלי. כותרתו של פרק טז לפקודת החוק הפלילי המנדטורי "עבירות המתייחסות לדת ומצבות ציבוריות" מדויקת יותר מבחינה פונקציונלית ואיננה מדגישה את מרכיבי הרגשות מעבר למידה הדרושה. ראו ניתוח להלן מעמ' 36 ("התפתחות האיסור במשפט הארץ ישראלי והישראלי").

הפרתם גוררת התעוררות רגשית (כאמור, כנגזרת טבעית של תגובה אנושית בעקבות פגיעה באינטרס חשוב של הפרט), אין לעניין זה זכר בין יסודות העברה. כך למשל, בין האיסורים הכלולים בסעיף 171 כלולה תקיפת משתתף או בעל תפקיד באספה שהתכנסה לשם קיום פולחן דתי. מוקד האיסור כאן הוא כמובן תקיפתו הפיזית של אותו אדם והפגיעה בחופש הדת, במובן של הזכות לקיים ללא הפרעה פולחן דתי. האיסור הנוסף באותו סעיף אוסר על הפרעה לקיומו של פולחן דתי.<sup>20</sup> גם כאן ההשלכה האפשרית (ואף המסתברת) על רגשות המאמינים שמעשה פולחנם נפגע, איננה מהווה חלק מיסודות האיסור, ודי בהפרעה למימוש היכולת לקיים הליך פולחני לצורך התגבשות העברה.<sup>21</sup> מובן שלתקיפות ולהפרעות מעין אלה כמו גם – כפי שסביר להניח – לסוגי תקיפה והפרעה אחרים, נלווים רגשות עזים שיכולים לכלול בין היתר כאב, זעם ועלבון, הקשורים באמונתו הדתית של אדם. ייתכן אף שהמחוקק הניח את התקיימותה של התעוררות רגשית ברמה של ודאות המייתרת את הצורך בהוכחה שלה, אך ברי כי האינטרסים הדומיננטיים באיסורים אלה, על אף כותרת הסימן, אינם נובעים מהפגיעה ברגשות דתיים דווקא.<sup>22</sup>

האיסור הכלול בסעיף 174 (הבא להגן על בניין או מצבה שיוחדו לשימוש הציבור או לנוי) מרחיק לכת עוד יותר בהקשר זה שכן אין כל קשר בין האובייקט המוגן במסגרתו – הגנה על רכוש ציבורי או בשימוש הציבור – לבין עניינו של הסימן.<sup>23</sup> מטבע הדברים לא נכללו בין יסודות העברה פגיעה

20 סעיף 171: "המפריע במזיד אסיפת אנשים שנתאספו כדין לשם פולחן דתי או תוקף במזיד אדם הממלא תפקיד באסיפה כאמור או את אחד מבאיה, ואין בידו להוכיח צידוק או הצדק כדין, דינו – מאסר שלוש שנים."

21 מעניין לציין כי התנהגות המפריעה לקיום אספה, כוללת בהחלט שימוש בביטויים הגורמים להפרעה פיזית או אחרת. כלומר כאן ניתן לראות איסור הכולל הטלת מגבלה על חופש הביטוי שאינה קשורה דווקא לגרימת פגיעה לרגשות. על אפיונם של ביטויים המוגדרים כ-Speech acts ואבחנתם מביטויים אחרים הכלולים במרחב המושגי של הביטוי ראו:

K. Greenawalt, **Speech, Crime and the Uses of Language** (New York, 1989), pp. 56-57.

22 בהקשר זה עולה השאלה מה מייחד אספה לשם פולחן דתי מאספות אחרות בעלות גוון דתי שהפרעה להן עשויה להביא להתעוררות רגשית שלילית ומה מייחד אספות דתיות מאספות אחרות בעלות מטען רגשי וחשיבות רבה למשתתפי האספה. שאלת הייחוד תידון ביתר הרחבה בהמשך.

23 "ההורס, משמיד או מפיל בנין או מצבה שיוחדו לשימוש הציבור או לנוי או גורם להם נזק, דינו – מאסר שלוש שנים."

ברגשי הדת והמסורת של אדם, וכלל לא ברור אם ניתן להעלות על הדעת נסיבות אפשריות בהתגבשות העברה שבהן יש להתעוררותם של רגשות דת ומסורת רלוונטיות כלשהי.<sup>24</sup> כתוספת לחוסר הבהירות וכסיוע לתפיסה אפשרית שאינה מייחסת חשיבות למשמעות המילים המופיעות בכותרת הסימן ולכוונתן, ניתן לציין גם איסורים שהוספו לחוק העונשין לאחר חקיקתו ואשר מוקד האיסור הכלול בהם כולל מתן תמורה כספית עבור המרת דת או קבלתה. מעבר לשאלה המתבקשת אם יש בהתנהגויות אלה כדי פגיעה בערכים החברתיים החיוניים אשר מצדיקים את התערבות המשפט הפלילי,<sup>25</sup> הרי שבכל מקרה הקשר בין אלה לבין התעוררותם של רגשות דתיים בלתי רצויים הוא לכל היותר מעורפל.<sup>26</sup>

גם במקומות שבהם המרכיבים הרגשיים (המתייחסים לדת או לאנשים דתיים) אומנם מהווים חלק מהותי לצורך התגבשות העברה, לוקים אלה בקשיים ובחוסר בהירות. הנטייה שמגלה חוק העונשין בהקשר זה היא, בדרך כלל, לשייך את הפגיעה באינטרס הרגשי של הקרבן ליסוד הנפשי של העושה, ולא למסגרת היסוד העובדתי. למעט הסעיף המגביל ביטויים, כל יתר הסעיפים אשר נזקקים בצורה זו או אחרת למרכיבים רגשיים, עושים זאת כחלק מן היסוד הנפשי הנדרש. סעיף 170 למשל, אוסר על גרימת נזק למקום הנתפס כקדוש או למקום המשמש לפולחן ("ההורס, מזיק או מחלל מקום פולחן, או כל עצם אחר המוחזק מקודש לקהל אנשים..."). איסור זה, המלווה בכותרת השוליים "עלבון דת", כולל את היסוד הנפשי "בכוונה לבזות דת". כאמור, האיסור עושה שימוש ב"ביזוי" ו"עלבון" כחלק מן היסוד הנפשי אך נראה שכאן דווקא לצורך צמצום היקף האיסור. כך, מגן הסעיף מפני פגיעה באתר המשמש לקיום פולחן או פגיעה בחפץ מקודש. על-פי לשון הסעיף מוטל איסור על חילול, גרימת נזק, או הריסת מקום פולחן או עצם הנתפס כמקודש לקהילה. אולם לא כל מעשי הפגיעה במקומות פולחן כלולים באיסור זה, שכן רק פגיעה שנעשתה "בכוונה לבזות דת..." או

24 הדעת נותנת שגם אם קיימים אובייקטים הכלולים בעברה זו, אשר פגיעה בהם תגרום התעוררות של רגשות בלתי רצויים – למשל חילול מצבה שהוצבה במקום ציבורי – הפגיעה לא תהיה קשורה בהכרח לרגשות דתיים דווקא. בכל מקרה, התעוררות הרגשות אינה נדרשת כאן, למרות כותרת הסימן.

25 נראה שהעברה מגנה על חופש ההחלטה בעניין המרת דת מפני השפעה לא עניינית ולא הוגנת. לא ברור האם הנושא הוא בעל ייחוד המצדיק זאת, על רקע היעדר הגנה דומה על קבלת החלטות אישיות בתחומים אחרים.

26 ראו סעיפים 174(א) ו-174(ב) לחוק העונשין.

מתוך מודעות שחברי הקהילה עלולים לראות במעשה זה "עלבון לדתם", אסורה. סוגיית החינויות של היחס הרגשי כחלק מהותי ביסוד הנפשי הנדרש במסגרת העברה מתעוררת כאן במלוא חריפותה. שהרי יוצא שהתנהגות המתאימה ליסוד העובדתי הכלול באיסורים אלה ואשר אינה מלווה בחלופות היחס הנפשי המכוון לפגיעה ברגשות הדתיים, איננה נתפסת כשלילית דיה כדי לגבש עברה פלילית (ולו מופחתת) לפי סעיף 170. בהקשר זה מעניינת ההשוואה לסעיפים אחרים בחוק העונשין. מרבית האיסורים הנתפסים במסגרת סעיף 170 נתפסים גם במסגרת סעיף 452, אשר אף שנוקט בעונש זהה לזה שבסעיף 170, מסתפק בהתגבשות מחשבה פלילית ברמה של 'פזיזות' ואינו מחייב כתנאי להרשעה התקיימות היסוד הנפשי הקונקרטי של פגיעה ברגשות דת.<sup>27</sup> הגנה על בית תפילה מצוייה גם בסימן "פריצה והתפרצות".<sup>28</sup> יתרה מכך, השימוש המודגש והכפול ברגשות דתיים ("והכל בכוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו...") כחלק מן היסוד הנפשי הנלווה להתנהגות יוצר קושי פרשני. האם בשימוש בתיבה "לבזות דתם" מדובר ביצירת רגש של עלבון לדת המתפשט בקרב בני הדת, כפי שמתבקש אולי מכותרת הסימן, מכותרת השוליים ומהמשך הסעיף (החלופה של מודעות), או ב"ביזוי הדת" במובן המעשי של המונח – כלומר הפצת בוז כלפי בני הדת דווקא בקרב בני הציבור שאינו ממאמיני הדת? אפשרות נוספת היא כוונה לבטא או להביע (בדומה, לעניין זה, לסעיף 167 לחוק העונשין) בוז, בלי לדרוש שיהיו לכך תוצאות על אחרים. גם בהסדר הכלול בסעיף 172 שעניינו התנהגויות המבטאות חוסר כבוד למת (כל התנהגות המבטאת חוסר כבוד למת וכן כניסה שלא ברשות למקום פולחן, לבית קברות או לבית הלוויות או התנהגות הגורמת הפרעה לאנשים המתאספים לקראת הלוויה)<sup>29</sup>

27 ההורס ומזיק נתפסים כנראה באופן מלא בסעיף 452; חילול נתפס רק אם נעשה בדרך שהיא בבחינת גרימת נזק.

28 מעניינת ההשוואה לסעיף 406 בסימן "פריצה והתפרצות" האוסר על הימצאות במקום תפילה ועל כניסה או התפרצות לתוכו בכוונה לבצע גניבה או פשע – למשל הצתה. הסעיף קובע כך:

"(א) הנכנס למקום המשמש למגורי אדם או לתפילה, או הנמצא בהם, בכוונה לבצע גניבה או פשע, דינו – מאסר חמש שנים.

(ב) המתפרץ למקום כאמור בסעיף קטן (א) בכוונה לבצע גניבה או פשע, או המתפרץ מתוכו לאחר שביצע בו גניבה או פשע או נכנס אליו לשם כך, דינו – מאסר שבע שנים."

29 "הנכנס שלא ברשות למקום פולחן או קבורה או למקום שיוחד לצרכי לווית המת או לשמירת עצמותיו של מת, או נוהג במת שלא בכבוד, או גורם הפרעה לאנשים שנתקהלו ללוויית מת..."



נעזר הסעיף במונח "רגשות" לצורך צמצום היקף האיסור תוך שימוש ביסוד הנפשי.<sup>30</sup> בסעיף 172, כמו בסעיף 170, לא קיימת הבחנה בין שתי חלופות היחס הנפשי הכלולות בעברה – יסוד נפשי של מודעות ויסוד נפשי של מטרה; אף כי השנייה חמורה יותר מבחינת עצמת היחס השלילי כלפי היעד.<sup>31</sup> כאמור, לא כאן המקום לערוך דיון מעמיק בסוגיות המהות, התוכן והניסוח של ההגבלות על חירות המעשה הכלולות בסימן ז' ואשר עניינן הגנה על אינטרסים מן הדת. עם זאת, ראוי להעלות ספק ממשי בשאלת הנחיצות והתבונה שבשימוש במרכיבים רגשיים כחלק מהותי בהגנה על אינטרסים של הדת דווקא, ובעיקר קיום פולחן דתי ושמירה על מקומות הפולחן, עצמים פונקציונליים במסגרת הדת ונושאי תפקידים בהיררכיה של הארגון הדתי. אינטרסים אלה מוחשיים ומוגדרים דיים ברמה האובייקטיבית ומבטאים בבירור את האינטרס המוגן של קיום פולחן דתי ושמירה על מקומות הפולחן, מבלי שיהיה מקום להזדקק למרכיבים רגשיים. מרכיבים אלה מגבירים את הערפול וחוסר הוודאות, ובכך פוגמים בעקרונות החוקיות והבהירות הנדרשים על-ידי דיני העונשין. אם אין הם נחוצים, הרי שהם מצמצמים צמצום יתר את האיסור, ומביאים עקב כך להגנה בלתי מספקת או להרחבה בניגוד לדין על-ידי הפסיקה (בין אם על-ידי אקורבטיקה פרשנית, ובין אם על-ידי מניפולציה בעובדות).

התנהגות זו (על מאפייניה הייחודיים, ובמיוחד המטרה העבריינית), איננה מחייבת כתנאי להרשעה התקיימותה של מטרה קונקרטית לפגוע ברגשות דתיים או מודעות להשלכות הפגיעה על רגשות המאמינים בקדושתו של המקום.

30 היסוד הנפשי הנדרש בסעיף 172 הוא פגיעה ברגשותיו של **אדם** (שאינו בהכרח דתי), כאשר היסוד הנפשי של ביזוי דתו מופיע כחלופה בלבד. יש לציין כי בסעיף זה, דרישת יסוד נפשי של מטרה "לפגוע ברגשותיו של אדם" (ולאו דווקא רגשות **דתיים** או רגשות **דת** שאינם מוזכרים כלל) נתפסת כשונה מן המטרה "לבזות את דתו" החלופית. מטרת ביזוי דתו של אדם איננה נתפסת כחלק מפגיעה ברגשותיו, מה שעשוי לתמוך דווקא בחלופה הפרשנית השנייה למונח זה בסעיף 170 כביזוי הדת בעיני כלל הציבור.

31 אם נניח, לעומת זאת, כי בחלופת המודעות נדרשת מודעות לאפשרות הפגיעה ברמה של קרוב לוודאי, מתקיימת שקילות בין המודעות האמורה לבין המטרה, אלא שלשון הסעיף אינה תומכת בפרשנות זו. במקור בא בשימוש הביטוי – likely, ולמשמעות המושג, ראו: בג"ץ 73/75 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז' 882 (להלן: עניין קול העם); תימוכין להעדפת מבחן הוודאות הקרובה כאשר האינטרס המוגן הוא רגשות דת ניתן למצוא בפ"ד ע"פ 697/98 **טטיאנה סוסצקין נ' מ"י**, פ"ד נב' 289 (להלן: עניין סוסצקין) (אם כי פסק הדין עוסק בסעיף 173 – פגיעה ברגשי דת).



## על האיסור לפגיעה ברגשות דתיים באמצעות ביטויים

### א. מבוא

על רקע הבלבול וחוסר האחידות המאפיינים את סימן ז', נוקט הסעיף שעניינו הגבלת ביטויים, לעומת שאר האיסורים המגבילים את חופש הפעולה, דרך ייחודית. הפגיעה באינטרסים לא מוחשיים של אדם כלולה במסגרת היסוד העובדתי,<sup>32</sup> וזאת בניגוד לשאר האיסורים שבהם הפגיעה ממוקמת ביסוד הנפשי.

זוהי העברה שכותרתה זהה לכותרת הסימן עצמו ובמסגרתה מוטל איסור בעל שתי חלופות: "...פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים וכן השמעה בפומבי... ובתחום שמיעתו של פלוני מלה או קול שיש בהם כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים".<sup>33</sup> כלומר על-פי ניסוחו אוסר הסעיף על ביטויים (במובן רחב) בעלי פוטנציאל לגרום לפגיעה 'גסה' באמונה או ברגשות הדתיים של אדם. סקירה השוואתית מלמדת כי במדינות רבות (הן ממסורת המשפט האנגלו-אמריקני והן המשפט הקונטיננטלי) קיימים הסדרים במשפט הפלילי הנוגעים להגנה על אינטרסים הקשורים בדת מפני מימוש חופש הביטוי המתנגש בהם. במדינות המשפט האנגלו-אמריקני דוגמת אנגליה,<sup>34</sup> סקוטלנד,<sup>35</sup> אירלנד,<sup>36</sup>

32 מובן שנדרש לגביה גם יסוד נפשי של מחשבה פלילית.

33 הנוסח המלא של סעיף 173 קובע: "העושה אחת מאלה, דינו – מאסר שנה אחת:

1. מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים;

2. משמיע במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של פלוני מלה או קול שיש בהם כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים".

J. C. Smith & B. Hogan, **Criminal Law** (London, 9<sup>th</sup> ed., 1999), pp. 714-716; P. Murphy (ed.), **Blackstone's Criminal Practice** (London, 1993), pp. 645-646.

J. Maher, "Blasphemy in Scots Law," **Scots L. Times** (1977), pp. 257, 260.

Irish Constitution, art. 40: "The publication or utterance of blasphemous, seditious or indecent matter is an offence which shall be punishable in accordance with law"; P. O'Higgins, "Blasphemy in Irish Law," 23 **Modern L. Rev.** (1960), pp. 151-166.

ארצות-הברית,<sup>37</sup> קנדה,<sup>38</sup> אוסטרליה<sup>39</sup> וניו זילנד,<sup>40</sup> קיימים איסורים על מה שמקובל לכנות שם עברות "Blasphemy".<sup>41</sup> ככלל, היקפו של האיסור במדינות אלה מוגבל וכולל הגנה על דת ספציפית בלבד – הנצרות. כך, מצד אחד במדינות הממלכה המאוחדת אנגליה<sup>42</sup> וסקוטלנד,<sup>43</sup> שבהן הנצרות האנגליקנית היא הדת הרשמית, ובאירלנד (המצייתת לנורמה בת המשפט המקובל שמקורותיה במשפט האנגלי), שבה הנצרות הקתולית היא הדת הדומיננטית.<sup>44</sup> גם בארצות-הברית דומה ההסדר המשפטי לאיסור הקיים במדינות האי הבריטי, על אף שארצות-הברית מקיימת הפרדה בין הממסד הדתי לבין המוסדות השלטוניים וסעיפי חופש הדת המנציחים עמדה עקרונית זו מופיעים הן בחוקה הפדרלית והן בחוקות של מדינות הברית. יתרה מזאת, אף-על-פי שהמשפט הפלילי בארצות-הברית אינו מבוסס במידה רבה על נורמות מן המשפט המקובל, הרי שדווקא האיסור על ביזוי סמלי הדת

37 לסקירה מקיפה על המצב המשפטי בארה"ב בכל הקשור לסוגיות של ביזוי הדת באמצעות ביטוי, ראו: 70 Col. L. R. (1970), p. 694 "Blasphemy," Criminal Code of Canada, 1985, sec. 296. 38

P. Coleman, **Obscenity, Blasphemy, Seditious: 100 Years of Censorship in Australia** (Sydney, 2<sup>nd</sup> ed., 1974), pp. 65-74; Australia. Law Reform Commission, **Multiculturalism and the Law** (report 57, 1992). 39

R. Mortensen, "Blasphemy in a Secular State – a Pardonable Sin?" 17 UNSW L. J. (1994), pp. 408, 417. 40

41 התרגום האפשרי לעברית: "ביזוי של סמלים מקודשים באמצעות ביטוי".

L. L. Levy, **Blasphem – Verbal Offense Against the Sacred from Moses to Salman Rushdie** (New York, 1993) "Blasphemy means speaking evil of sacred matters," p. 3. 41

42 עד 1967 היה תקף חוק סטטוטורי – Blasphemy Act (1697) – שקבע נורמה האוסרת את שלילת עקרונות היסוד של הנצרות כדת המדינה. מעולם לא שימש חוק זה כבסיס להרשעה בעוון ביזוי הדת באמצעות ביטוי. השימוש האפסי (אם בכלל) שנעשה בחוק זה במהלך השנים ובעיקר בעידן המודרני הביא לביטולו. ראו דוח הפרלמנט הבריטי בעניין זה:

Law Commission no. 3, **Proposals to Abolish Certain Ancient Criminal Offences** (1966).

החוק בוטל על-ידי ה- Criminal Law Act (1967), sec. 13. ביטול זה אינו נוגע לעברה בת המשפט המקובל אשר ממשיכה לחול גם כיום.

43 נוסח האיסור:

"Uttering of profanities against God or the Holy Scriptures in a scoffing manner".

ראו: Maher, *supra* note 35, pp. 257, 260.

44 עם זאת, הנורמה מחמירה יותר מן המקובל באנגליה בכך שהיא אוסרת לא רק על סגנון פוגע ומשמיץ אלא גם על תוכן ביקורתי.

הנוצרית קיים כעברה במסגרת המשפט הפלילי הפדרלי על-פי מסורת המשפט המקובל.<sup>45</sup> במספר מדינות בארצות-הברית קיים איסור פלילי על ביזוי הדת באמצעות ביטוי גם כעברה סטטוטורית.<sup>46</sup> גם בקנדה המקיימת הפרדה בין דת ומדינה קיים איסור פלילי, בעקבות המשפט המקובל האנגלי.<sup>47</sup> בניגוד לדינים הפדרליים בארצות-הברית, העברה בקנדה הפכה לסטטוטורית.<sup>48</sup>

“if committed under such circumstances as to constitute a public nuisance, 45 are indictable as a common law misdemeanors...” Clarke and Marshall, **A Treatise on the Law of Crimes** (7<sup>th</sup> ed., 1967), p. 96.

46 כך למשל, הקוד הפלילי במדינת פנסילבניה (Pa. Stat. tit 18 sec 4523(1963)) קובע:

“Whoever shall willfully, premeditatedly and despitefully blaspheme or speak loosely and profanely of Almighty God, Christ, Jesus, the Holy Spirit or the Scriptures of Truth, and is legally convicted thereof...”

הקוד הפלילי במסצ'וסטס מגדיר את העברה באופן הבא – Mass. Ann. Laws Ch. : 272 sec. 36 (1968)

“Whoever willfully blasphemes the holy name of God by denying, cursing or contumeliously reproaching God, His creation, government or final judging of the world or by cursing or contumeliously reproaching or exposing to contempt and ridicule, the holy word of God contained in the holy scriptures, shall be fined...or imprisoned.”

הסעיף המקביל בקוד הפלילי במדינת מיין זהה כמעט לנוסח זה מלבד השמטת יסוד המטרה – willfully – מן ההגדרה. ההשלכות מכאן על היקפו של האיסור הפלילי ברורות.

47 המקור לחקיקה הפלילית בקנדה הוא טיוטת החקיקה של הקוד הפלילי בבריטניה מ-1879.

48 סעיף 296 לקוד הפלילי הקנדי קובע:

1. Everyone who publishes a blasphemous libel is guilty of indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years;
2. It is a question of fact whether or not any matter that is published is blasphemous libel;
3. No person shall be convicted of an offence under this section for expressing in good faith and in decent language, or attempting to establish an argument used in good faith and conveyed in decent language, an opinion on religious subject.”

על-פי הקומנטר לחוק, ההגדרה המקובלת לביזוי הדת באמצעות ביטוי כוללת:

“Every publication... which contains matter relating to God, Jesus Christ, the Bible or the Book of Common Prayer, intended to **wound the feelings of mankind**, or to excite contempt and hatred against the church by law established, or to promote immorality...”

כלומר, אינדיקציה לפגיעה בדת ובסמליה הוא פרסום שמטרתו לפגוע ברגשות. וראו להלן הדין בהתפתחות הקישור בין האינטרס להגנה על הדת והאינטרס להגנה על הרגשות הדתיים.

איסור סטטוטורי שמקורו במשפט המקובל האנגלי קיים גם במדינות שונות באוסטרליה.<sup>49</sup>

איסור פלילי הנוגע להגבלת ביטויים שעניינם אינטרסים שונים הקשורים בדת קיים במדינות נוספות באירופה. כך למשל בגרמניה,<sup>50</sup> שווייץ<sup>51</sup> ואיטליה,<sup>52</sup> וכן בשוודיה,<sup>53</sup> נורבגיה<sup>54</sup> ופינלנד.<sup>55</sup> לעומת המדינות דוברות האנגלית, בחלק ממדינות המשפט הקונטיננטלי, ניתן להבחין במעבר מעניין מהגנה המוענקת לדת בלבד (הגם שלא דווקא לאמונה דתית מסוימת)<sup>56</sup> לעמדה כללית המגבילה באמצעות המשפט הפלילי ביטויים המבזים כל אמונה ותפיסה אידאולוגית.<sup>57</sup> בהקשר זה מעניין לציין את ההסדר הנוהג בצרפת, שם בוטלו מרבית העברות המגבילות את חופש הביטוי כבר בשלהי המאה ה-18. למרות זאת מתקיימת במדינה זו מערכת מורכבת של הסדרים חברתיים-תרבותיים הנתפסים כמחייבים למרות אי קיומה של סנקציה פלילית בצדם, ואשר מתווים גבולות לגיטימיות של ביטויים במרחב הציבורי.<sup>58</sup>

49 במדינות ניו סאות' וויילס וטסמניה למשל קיימות עברות שמקורן במשפט המקובל האנגלי ואשר נחקקו בקוד הפלילי המקומי. תחום העברה כולל התקפה על העקרונות המרכזיים של הכנסייה וזו בלבד. ראו Crimes Act 1900 (NSW), sec. 574; סעיף 119 לחוק הפלילי של טסמניה.

50 מעניין להדגיש כי בגרמניה חל שינוי משמעותי בניסוח האיסור הפלילי במסגרת העברה הכלולה בפרק 11 בסעיף 166 לקוד הפלילי הגרמני. על כך ראו להלן, עמ' 81.

51 סעיף 261 לקוד הפלילי השווייצרי.

52 פרק 1 בחלק IV לספר השני של הקוד הפלילי האיטלקי, סעיפים 402-405. מעניינת במיוחד התפיסה החקיקתית באיטליה, שכידוע היא מדינה שהדת נתפסת בה כבעלת חשיבות מרכזית. הקתוליות שהוכרזה כדת המדינה האיטלקית מקבלת הגנה רחבה במסגרת החקיקה הפלילית. דתות נוספות המוכרות באיטליה זוכות להגנה דומה אם כי סמלית, והעונש המוצמד לאותן עברות ביחס לדתות אחרות – פחות על-פי חוק.

53 סעיף 8 לקוד הפלילי השוודי.

54 סעיף 142 בפרק 10 לקוד הפלילי הנורבגי.

55 סעיפים 1-2 בפרק 10 לקוד הפלילי הפיני.

56 בהשוואה למדינות המשפט המקובל, איטליה למשל, שבה לנצרות הקתולית שמור מעמד הדת הרשמית, אינה מגבילה את ההגנה הפלילית לדת זו בלבד.

57 ראו להלן תיאור המצב המשפטי הנוהג בגרמניה (עמ' 81) ושווייץ (עמ' 48).

58 על ייחודו ויתרונותיו של הסדר המקובל בצרפת זו נרחיב מעט את הדיבור מאוחר יותר, ראו להלן עמ' 95-96.

## ב. ההגנה על רגשות דתיים מפני ביטויים בהקשר היסטורי

תיאור ההשתלשלות ההיסטורית של חקיקת האיסור על ביטוי שיש בו כדי לגרום פגיעה גסה ברגשות דתיים, יכול לזרוק אור על חוסר ההתאמה שבין העברות (לפחות במתכונתן הקיימת), ובין האיזון המתבקש בחברה הישראלית של זמננו, ביחוד לאור אופיו הדמוקרטי של המשטר. מקובל שאין בהצבעה על המקור ההיסטורי, מדויק ככל שיהיה, כדי להוות טעם להצדקת קיומו של איסור עונשי. עם זאת, ראוי למי שמבקש לפרש את חוק העונשין, לבחון את מקורותיו של החוק.<sup>59</sup> יתר על כן, האירועים שהיו תמריץ לחקיקת האיסור, המציאות הגיאו-פוליטית בשטחי הארץ והעקרונות המשטריים שנהגו בעת החקיקה המקורית, יכולים להצביע דווקא על מידת חוסר התאמתו של האיסור במתכונתו הנוכחית לצרכיה ולהשקפותיה של החברה הישראלית העכשווית.

מטבע הדברים, התפתחות העברה במשפט האנגלי מהווה יסוד חשוב בהבנת התפתחות ההסדרה הפלילית במדינות רבות אחרות, בעיקר מכיוון שמדינות רבות הושפעו, במישרין או בעקיפין, במשך תקופה ארוכה ומעצבת, מן ההתפתחויות שחלו באנגליה. בחינת התפתחותה של העברה הפלילית האנגלית (שהיא בת המשפט המקובל, כלומר יצירה שיפוטית ולא מעשה חקיקה סטטוטורי) מעניינת בעיקר נוכח תהליך התפתחות הפרשנות השיפוטית לעברה זו במשך יותר משלוש מאות שנה. ארצות-הברית, ששאבה את הנוסח האנגלי, יצקה לתוכו תכנים חדשים ואלו באו לביטוי מאוחר יותר גם במשפט האנגלי עצמו, כמו גם במקומות אחרים.

יש הטוענים – תוך הסתמכות על כותרת הסימן "פגיעה ברגשי דת ומסורת" – כי קיימת הבחנה עקרונית בין העברה בישראל לעברות מקבילות בקודים פליליים אחרים.<sup>60</sup> לדעתנו, ההבדל בין העברה הישראלית לבין

59 ראו יי שחר, "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936", *עיוני משפט* ז (1979), עמ' 113-112, 75. (המאמר מציג את השתלשלות ההתפתחות של פקודת החוק הפלילי ואת התיקונים שהוכנסו בה במעברה בין תחנות שונות במחוזות שבשליטת האימפריה הבריטית. מסקנתו של המחבר לאור סקירתו: מן ההכרח לנסח קוד פלילי מקורי לישראל המתאים לתנאים החברתיים והתרבותיים של מדינה זו. ראו גם: N. Abrams, "Interpreting the Criminal Code Ordinance, 1936 – the Untapped Well," 7 *Is. L. R.* (1972), pp. 25-64.

60 ראו ד' סטטמן, "פגיעה ברגשות דתיים", בתוך: *רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל* (התשנ"ח), עמ' 133-187. "ההבדל בין

עברות אחרות אינם גדולים כפי שניתן להתרשם מקריאת כותרות הסעיפים. בעיקר אמורים הדברים בשינוי דגשים במשפט האנגלו-אמריקני, שהשתמש ברטוריקה שיפוטית של מעבר מהצדקה של הגבלת ביטויים מטעמי הגנה על הדת בלבד, להצדקת ההגבלה מטעמים של הגנה על הסדר הציבורי והשלום. מעבר זה הדגיש את הפגיעה הרגשית כמאפיין המצביע על הסיכון ליציבות חברתית.

## 1. התפתחות האיסור בכלל ובמשפט האנגלו-אמריקני בפרט

**שלב א – מקור העברה: הגנה על הדת כחלק מן ההגנה על השלטון**  
מקורותיה של עברת 'ביזוי הדת באמצעות ביטוי קדומים בהרבה לזמן הופעתה במשפט המקובל באמצע המאה ה-17. למעשה, איסורים שעניינם הגבלת ביטויים המנוגדים לאתוס החברתי המקובל, לסמלים המאחדים ולמאפייני הזהות הקולקטיבית, מוכרים כבר אלפי שנים. דוגמאות מכוננות לאיסורים עונשיים ממש על השמעת ביטויים נגד הנתפס כמקודש ניתן למצוא כבר בתנ"ך,<sup>61</sup> בערש ההגות של הפילוסופיה המערבית ביוון העתיקה,<sup>62</sup> ובמחשבה התאולוגית הקלאסית של ימי הביניים<sup>63</sup> כמו גם בכתבים קנוניים נוספים.<sup>64</sup> כבר בתקופה זו ניתן להבחין במאמץ ליצור

המשפט הישראלי לקודים פליליים אחרים בולט כבר בכותרת הסימן: פגיעה ברגשי דת ומסורת. בשאר הקודים הכותרת מדברת על פגיעה בדת ולא על פגיעה ברגשות. שינוי זה בכותרת מבשר גם הבדל בתוכן של סעיפי החוק... " שם, עמ' 173.

61 "אלוהים לא תקלל ונשיא בעמך לא תאר" מורה האל את משה במסגרת סדרת הציוויים היסודיים הנדרשים מן העם הנבחר ובכך יוצר זיהוי מעניין בין סמליות דתית וסמליות פוליטית בחברה. ראו שמות כב, כ"ח; בספר ויקרא נקרת הזדמנות ראשונה להרשעתו ולהענשתו של אדם שנתפס מקלל את האלוהים. על-פי הוראות האל עצמו העונש על עברה זו הוא מוות בסקילה והוצאתו לפועל מוטלת על החברה כולה: "...איש איש כי יקלל אלוהיו ונשא חטאו; ונוקב שם ה' מות יומת רגום ירגמו בו כל העדה..." (ויקרא כג, י"ב-כ"ג, ט"ו). התיאור הגרפי והמפורט למדי מעורר קונוטציות לטקסי הקרבת קרבנות וכאן גם מודגש כי חומרת העברה גדולה אפילו מחומרתה של עברת הרצח ממש.

62 משפטו של סוקרטס, אשר בעקבותיו הורשע והוצא להורג, נסב בעיקר על הביטוי הפומבי שנתן הפילוסוף לספקנותו ביחס לאמונה באלוהות ובסמליה בחברה שהעמדה הרשמית בה לא קיבלה השגות בסוגיה זו. כל סטייה בתחום זה הוקעה כגורמת ל"השחתת מידותיו של הנוער" והוכרזה מנוגדת לחוק המדינה. ראו אפלטון, **כתבי אפלטון** (התש"ס, כרך א), עמ' 206-230, מתוך "אפולוגיה – נאום ראשון".

63 עבור תומס אקווינס נתפס ביזוי הדת באמצעות ביטוי כשמו: "to cast insult or abuse at the dignity of our Creator..." Thomas Aquinas, Summa Theologia, 2a2ae 13 i.

64 למחקר מקיף ומפורט הסוקר את ההתפתחות ההיסטורית של הגבלת חופש הביטוי



זהות בין סמלי הדת ובין סמלי המדינה לצורך הגדרת האיסור. ואומנם, עיון בכתיבה המחקרית של אנתרופולוגים וחוקרי תרבויות מלמד על ריטואל מוכר, שלפיו מתקיימת הוקעה פומבית נחרצת של הביטוי הנון-קונפורמיסטי, כשזה מתנכר לסמלים הנתפסים כקדושים בעיני הקולקטיב החברתי. עמדה חברתית השוללת ביטויים כלפי מה שנתפס כמקודש בעיני החברה, ומנשלת את הלגיטימציה החברתית של משמיע הביטוי, היוותה מוטיב מרכזי בזיהוי גבולות הקבוצה. למעשה, זהו אולי אחד הסימנים היסודיים והמכוננים להיותה של הקבוצה יחידה חברתית-תרבותית. זאת, בעיקר על-ידי סימונו השלילי של מי שאינו חלק ממנה והוצאתו אל מעבר לגבול הלגיטימיות החברתית.<sup>65</sup> מטבע הדברים, בעל ההגמוניה והכוח בקולקטיב החברתי הוא בעל השפעה מכרעת על יצירת כללי ההתנהגות המכוננים של הקבוצה. זהו, כנראה, הרקע להופעתן של מגוון עברות שמיסדו את עצמן בקודים פליליים בעלי מסורת ארוכה, כעברות המגבילות ביטויים המנוגדים לעמדה הדומיננטית (על-פי רוב עמדתו של השליט המדיני). מכאן שלהתחזקות הנצרות הקתולית ברחבי אירופה ולהשתתפות הדת בשלטון המדיני באירופה בתקופות זמן ארוכות, הייתה נגיעה ישירה לקיומו ולמקומו של האיסור הפלילי על ביזוי הדת. זאת באמצעות ביטוי בשיטות המשפט השונות ברחבי העולם המערבי, מאז התפשטותו של המשפט הקנוני הנוצרי בימי הביניים ועד ימינו ממש.

באמצעות המשפט מטעמים של הגנה על אינטרסים הקשורים בדת בעת העתיקה, עם התפתחותה של הנצרות הקתולית, באנגליה ובארה"ב, ראו: Levy, *supra note 41* 65 'הטאבו', אותו מונח המהווה מרכיב טקסי בשבטים הפוליניזיים המסמל את שאסור לחלוטין בעשייה, נועד ביסודו לסמן את ההתנהגות הנתפסת כמסכנת את יציבותה של הקהילה. היציאה נגד האלים היא אולי ההתנהגות המסוכנת ביותר בהקשר זה. המחקר האנתרופולוגי הקלאסי מצביע על קיומן של מסורות דומות בקהילות שונות ברחבי העולם המקיימות מסורת טקסית דומה אשר נועדה לסמן בפני חברי הקולקטיב החברתי את גבולות הלגיטימיות החברתית, לא רק פנימה (בין החברים לבין עצמם) והחוצה (בין הקהילה לבין קהילות אחרות), אלא גם כלפי מעלה – כלפי הסמלים המטה-חברתיים וכוחם הבלתי מוגבל בניתוח יציבותה החברתית של הקהילה וקיומה בכלל. מעניין לראות שבמרבית הקהילות שבהן נאסר ביטוי כלפי סמלים מקודשים ואלוהיים, נאסרו במקביל ביטויים המסיגים על שמם הטוב של מתים וכל התנהגות אחרת המבטאת פגיעה במת ובכבודו. הטעם לכך, בין היתר, הוא חוסר הרצון לפגוע במי שעזב זה מכבר את הישות הארצית והצטרף לישות האלוהית המקודשת. למחקר היסוד האנתרופולוגי במסורת של הטאבו בקהילות חברתיות ברחבי העולם, גם בעידן המודרני ראו: J.G. Frazer, *The Golden Bough – A Study in Magic and Religion* (New York, 1958), pp. 260-302.

מקובל לומר שהעברה מן המשפט המקובל שעניינה ביזוי הדת באמצעות ביטוי, נדונה לראשונה באנגליה בחלק השני של המאה ה-17.<sup>66</sup> עם זאת, טיפול שיפוטי אינטנסיבי התקיים גם קודם לכן, במסגרת סמכותם הייחודית של בתי דין לעניינים כנסייתיים (ecclesiastical courts).<sup>67</sup> הממסד הדתי הנוצרי, ששימש בפועל שותף לריבון המלוכני, היווה מוקד כוח מרכזי ופעיל בשלטון המדיני בתקופות זמן ארוכות. באמצעות מערכת שפיטה דתית אוטונומית וכללית, יצר לעצמו ממסד זה מוקד כוח לשמירה על ההגמוניה השלטונית הנתונה לו. הטעם העיקרי לקיומה של מערכת שפיטה מקבילה לענייני דת נעוץ כנראה בעובדה זו. מציאות שבה כלל הנתינים כפופים למערכות נורמטיביות מקבילות (אזרחית ודתית) ולמערכות שפיטה מקבילות מקלה להבחין בדמיון שבין עברת ה-Blasphemy שעניינה הדת וסמליה לבין עברת ה-Sedition (איסור הביטוי נגד הריבון המדיני) שעניינה הריבון והסמלים הממלכתיים. למעשה מדובר היה באותו עידן בעברות אחיות ומשלימות המהוות שני פנים של ערך אחד המוגן באמצעותן – הגבלת ביטויים לצורך ביצור והגנת השלטון. מכאן יוצא שעניינו של האיסור על הביטוי המבזה את הדת וסמליה לא כוון רק לשמירה על האינטרסים המיוחדים של הדת ככזו, אלא נועד להגנה על תפיסה שלטונית שבמסגרתה נטלה הדת חלק פעיל ולשמה נזקקה להגנה המקבילה לזו שהשלטון המדיני תבע לעצמו.

### שלב ב – הגנת המדינה על דת המדינה

בעקבות ההתפתחויות החברתיות והפוליטיות באנגליה במהלך המאה ה-17 איבדה הכנסייה, ויחד עמה בתי הדין הכנסייתיים, את ההגמוניה כשותפה בשלטון המדיני. עם זאת, עדיין נשמר מקום מרכזי לדת במרחב הציבורי ובין מוסדות היסוד של המדינה, בעיקר בתוקף המעמד הרשמי של הנצרות האנגליקנית, אשר הותיר את הממסד הדתי בעל סמכות וכוח רב

66 עניין 'Taylor' מ-1676 הוא הרישום הראשון לפסק דין בנושא זה. ראו: Nakes,

**A History of the Crime of Blasphemy** (1928), pp. 42-53.

67 במשך תקופה ארוכה שימשה מערכת בתי המשפט האקלסטיקליים כמערכת שפיטה מקבילה לזו האזרחית והייתה בעלת מערכת איסורים מיוחדת לעניינים דתיים שנשמר בה מקום מרכזי לעברות על ביטויים נגד הדת:

J. F. Stephan, **A History of The Criminal Law of England** (London, 1883, vol. II), pp. 464-468.

יחסית למוסדות שלטוניים אחרים.<sup>68</sup> במקביל, ולמרות היעלמותם של בתי הדין הכנסייתיים וסמכויותיהם המיוחדות, עברת 'ביזוי הדת באמצעות ביטוי לא נעלמה. יתרה מזו, ניתן אולי לראות חיזוק למשקלה של העברה בעובדה שבתקופה זו היא הפכה לחלק מן המשפט המקובל הנדון על-ידי בתי המשפט הרגילים (הכלליים). לצורך יצירת סמכות השפיטה, נפסק על-ידי בית המשפט שביזוי הדת באמצעות ביטוי אינה עברה על מצוות הדת בלבד. וזאת, מכיוון שעקרונות הנצרות הם למעשה חלק ממשפט המדינה, ועל-כן מוגנים באמצעות מערכת השפיטה הרגילה.<sup>69</sup> בהישענותה של מערכת השפיטה האנגלית על הדינים הנוצריים כחלק ממשפט המדינה הנוהג, נעוץ הטעם להתפתחותה של המסורת האנגלו-אמריקנית של הגבלת היקף העברה לנצרות בלבד גם בשנים שבאו לאחר מכן וגם במקומות אחרים. חשובה לא פחות היא העובדה שהמדינה, שהשתחררה לכאורה מכבלי הדת, מצאה לראוי להעניק מעמד מוגן לדת ולסמליה, ובכך נתנה ביטוי משמעותי למחויבות מסוג חדש של המדינה לדת.

עם זאת, כבר בשלב זה החל להיווצר מתח עקרוני בין הרטוריקה השיפוטית המצהירה על מחויבותה של המדינה לאמונה הדתית הרשמית שבאה לביטוי באמצעות הגבלת ביטויים הנתפסים כמבזים דת זו וסמליה, לבין תוכן ההגנה שהפכה מוגבלת יותר ביחס לעידן הקודם. כך בעיקר לעניין האבחנה לצורכי הגדרת הביזוי בין תוכנו של ביטוי לבין דרך הביטוי וסגנונו. ביטויים ספקניים כלפי הדת וקדושתם של סמליה (ביקורתיים ככל שיהיו) לא נחזו כמעוררים ביזוי כל עוד דרך הביטוי ואופיו שמרו על מידה נאותה של ענייניות ולא גלשו לנוסח או סגנון אשר נתפסו כמתלהמים על-פי מוסכמות הדיון הציבורי של אותה תקופה.<sup>70</sup> הטעם העיקרי לכך הוא שדיונים

68 למעשה, מאז גם כיום בריטניה ממשיכה לשמר את מעמדה הרשמי של הנצרות האנגליקנית כדת המדינה ולהלכה המונרך הבריטי עומד בראש הכנסייה האנגליקנית.

69 על-פי קביעת בית המשפט ב-1676 בעניין Taylor:

“...such kind of wicked blasphemous words were not only an offence to God and religion, but a crime against the laws, state and government and therefore punishable by this court... Christianity is a parcel of the laws of England.”

R. v. Ramsay and Foote (1883), 15 Cox C.C. 231, 235: ראו

70 תמיכה למגמה זו ניתן לאתר גם בכתיבה האקדמית ואצל הוגי הדעות של אותה תקופה. ראו למשל: Starkie, *Treatise on the Law of Slander and Libel* (2<sup>nd</sup> ed, 1830), p. 146: “...there can be no doubt as to the general right of inquiry and discussion even upon the most sacred subject, provided the

ענייניים במהותה של הנצרות ואמתותה לא נחשבו עוד כשליליים מבחינה חברתית, ועל כן לא נחשבו עוד כראויים לענישה פלילית. הערך המוגן 'המקוריי' באמצעות העברה, קרי הדת וסמליה, לא נתפס עוד כנפגע עקב השמעתו של ביטוי ביקורת<sup>71</sup>. הסגנון גבר בעידן זה על התוכן.<sup>72</sup> מבחנים מצמצמים נוספים שיצרה הפסיקה נגעו לסוגיות של היסוד הנפשי שהחלו להתפתח באותה תקופה ותרמו להגבלה נוספת של היקף הביטויים האסורים על-פי העברה. כלומר לא די שסגנון הביטוי לא נאות, יש לבחון האם מי שהשמיע את הביטוי או פרסמו היה בעל יסוד נפשי מתאים על מנת להקים את אחריותו הפלילית לכך.<sup>73</sup> התפיסה האקדמית של אותה תקופה דגלה בצורך לצמצם את הגבלת חופש הביטוי באמצעות החמרת היסוד הנפשי

license be exercised in the spirit of temperance, moderation and fairness, without any intention to injure or affront.”

71 ייתכן שהטעם לכך הוא בשינויים יסודיים שנוצקו למערכת השפיטה בסוף המאה ה-17 ובראשם הענקת סמכויות הכרעה רחבות יותר למושבעים שהביאו, מניה וביה, לשינויים בתחומי חלוקתן של עברות פליליות. המציאות באותה תקופה מלמדת על סלחנות רבה יותר דווקא מצדם של המושבעים אשר ששו פחות משופטים מקצועיים להרשיע בעברות השמצת הדת. ראו: E.G. Holt, *The Law of Libel* (1816), p. 70. ולהלכה תקפה גם כיום הגדרת העברה במשפט המקובל המגבילה את היקף האיסור ומחילה אותו על סגנון בוטה בלבד. ראו למשל:

J. F. Stephan, *Digest of the Criminal Law* (London, 9<sup>th</sup> ed. 1950), art. 214:

“Every publication is said to be blasphemous which contains any contemptuous, reviling, scurrilous or ludicrous matter relating to God, Jesus Christ or the Bible, of the formularies of the Church of England as by law established. It is **not** blasphemous to speak or publish opinions hostile to the Christian religion, or to deny the existence of god, **if the publication is couched in decent and temperate language**. The test to be applied is as to the **manner** in which the doctrines are advocated **and not as to the substance** of the doctrines themselves.”

73 כך, בפסק דין משנת 1841 בעניין שהתמקד באחריותו הפלילית של מוציא לאור (להבדיל ממחבר), הונחו המושבעים על-ידי בית המשפט –

**R. v. Hetherington** (1841), 4 St. Tr. N.S. 563, 593: “...is this in your opinion a blasphemous publication and has the defendant...issued it knowingly and willfully?”

על-פי המצב המשפטי באותה תקופה מוציא לאור חב באחריות מלאה כלפי כל דבר שפורסם אפילו לא היה מודע לתוכנו. ב-1843 שונה חוק הוצאת לשון הרע כך שאפשר לנאשם לסתור את חזקת האחריות הפלילית באמצעות ראיות:

“that such publication was made without his authority, consent or knowledge, and that the said publication did not arise from want of due care or caution on his part.”

הנדרש מן המפרסם.<sup>74</sup> ראוי לציין שרק בשלהי המאה ה-19 הפכה עמדה זו מקובלת גם בפסיקה. נראה שלעניין זה הייתה השפעה רבה על מקומה של הפגיעה הרגשית כמרכיב בפסיקת בתי המשפט באנגליה.<sup>75</sup> הפגיעה הרגשית לא היוותה ערך הטעון הגנה בפני עצמו. הנחיית המושבעים על-ידי בית המשפט – לבחון אם היה בביטוי (שלגביו נטענה טענת ביזוי הדת) כדי לפגוע ברגשותיו ובאמונות הדתיות העמוקות של ציבור המהווה רוב גדול בחברה – נועדה בשלב זה לסייע בקביעת היסוד הנפשי של האחראי לביטוי.<sup>76</sup> הזדקקותו של בית המשפט למבחן זה יכולה אולי ללמד על קשיים שבהם נתקל בהיעדר גבול ברור בין הלגיטימי לבין הלא לגיטימי, בתחום המעורפל של הביטוי האנטי-דתי לסוגיו השונים, ובמיוחד בקביעת התקיימות היסוד הנפשי הדרוש. ייתכן שהטעם לכך נעוץ בשיטת המושבעים, ובצורך לפשט את מלאכת ההסבר השיפוטי עבור חבר ההדיוטות הנדרשים לקבוע את עובדות המקרה ואת אשמת הנאשם. על כל פנים השימוש במבחן הפגיעה ברגשות כמבחן מהותי להתקיימות העברה רק החל לצבור תאוצה.

### שלב ג – אפיון האיסור על ביטוי הפוגע ברגשות דתיים כנגזר מן ההגנה על שלום הציבור והסדר הציבורי

סימנים ראשונים לרטוריקה שיפוטית אשר מעניקה עדיפות להגנה על הסדר הציבורי על פני ההגנה על הדת ככזו ניתן לאתר בראשית המאה ה-19 בפסיקתם של בתי המשפט בארצות-הברית. בהיעדר חקיקה פלילית מפורשת בתחום זה בארצות-הברית, בחן בית המשפט העליון של מדינת ניו יורק<sup>77</sup>

פ"ד Hetherington קובע באופן ברור שהתבטאות פוגעת בדת אם הטון שבו היא מושמעת ורוח הדברים הם בעלי נופך של "offence, and insult and ridicule"  
 74 "A willful intention to pervert, insult and mislead others, by means of licentious and contumelious abuse applied to sacred subjects, or willful misrepresentations or willful sophistry, calculated to mislead the ignorant and unwary, is a criterion and test of guilt. A malicious and mischievous intention...is the broad boundary between right and wrong", Starkie, *supra*, note 70, p. 146.

75 למעשה בהנחיות שופטים למושבעים צוטטו עמדותיו של Starkie לעניין היסוד הנפשי "as a correct statement of the law" ראו לעניין זה שני פסקי דין מ-1883:

*Supra* note 69 at p. 235; *R v. Bradlaugh* (1883) 15 Cox C.C. 217, 230.  
 76 **Ibid.** "[whether the indicted libels] are not calculated and intended to insult the feelings and the deepest religious convictions of the great majority of the persons amongst whom we live."

77 זהו פסק הדין המנחה הראשון בארה"ב אשר ניתן ב-1811, ראו: **People v. Ruggels** 8 Johns. 290 (N.Y. 1811).

את הקריאה בפומבי של אדם: “Jesus Christ was a bastard and his mother must be a whore” האנגלי ואל מול סעיף חופש המצפון בחוקת מדינה זו.<sup>78</sup> בית המשפט המקובל שלא הפגיעה בדת כשלעצמה, ובוודאי שלא הפגיעה בדת כחלק מן הסמלים הרשמיים של האומה האמריקנית הוא הטעם להחלת הכלל המשפטי על עובדות המקרה.<sup>79</sup> אולם, כך מצא בית המשפט, הקריאה האמורה נגד ישו מסכנת את הסדר הציבורי ואת הביטחון החברתי.<sup>80</sup> כלומר, למרות לשונה של הנורמה אך בהתאמה לעקרונות היסוד של השיטה האמריקנית, לא הדת טעונה הגנה באמצעות המשפט הפלילי אלא החשש לערעור היציבות החברתית כתוצאה מן התגובות האפשריות של שומעי הביטוי. מובן שאמונה דתית מהווה טעם הכרחי להגבלת הביטוי אולם טעם זה אינו מספיק עוד, ויש לצרף את החשש לסדר הציבורי ולשלום להצדקת הטלת הגבלות על ביטויים. טעם אפשרי למעבר התפיסתי מהגנה על הדת בלבד להגנה על היציבות החברתית, ניתן למצוא בצורך ליישב בין שני קטבים: מצד אחד, הרצון להשתמש בדין הפלילי כדי להגביל ביטויים שנתפסו כלא לגיטימיים בעיני רשויות ההעמדה לדין במדינה שמרבית אוכלוסייתה שמרנית מבחינה דתית; ומצד שני, המחויבות להפרדה בין דת ומדינה אשר הקשתה על אכיפה פלילית מטעמה של המדינה, בייחוד כאשר זו נתפסה כמגנה על הדת דווקא. מאחר שההגנה על הדת כשלעצמה נתפסה על-ידי בית המשפט כלא ראויה במדינה שאינה דתית, נמצאה לה חלופה, לפחות לצורך ההנמקה השיפוטית. ההגנה על הסדר הציבורי, כלומר הגנה מפני התגובה הספונטנית למשמע ביטוי המבזה סמלים מרכזיים באמונה הדתית – תגובה אשר עלולה לפגוע ביציבות החברתית – נראתה מתאימה יותר לשמש כערך הראוי להגנת המשפט הפלילי.

78 N.Y. Const. art. 38: “The liberty of conscience hereby secured shall not be construed as to excuse acts of licentiousness, or justify practices inconsistent with the peace or safety of this state.”

79 אף שנראה שעל-פי עובדות המקרה ועל-פי קביעותיו של בית המשפט עצמו היה ניתן להסתפק בכך.

Ruggels case, *supra*, note 77, p. 295: “The free, equal, and undisturbed enjoyment of religious opinion, whether it may be, and free and decent discussion on any religious subject, is granted and secured; but revile, with malicious and blasphemous contempt, the religion professed by almost the whole community, is an abuse of that right.”

*Ibid.* p. 296. 80

פסק דין זה היווה אבן ראשה להצדקת קיומה של עברה פלילית שעניינה ביזוי הדת, באמצעות הנמקה שיפוטית המדגישה את הסיכון לסדר הציבורי ולשלום הנגרמים על-ידי הפרת האיסור. בתי המשפט חזרו והדגישו שהגבלת הביטוי אינה מוצדקת בשל הגנה על סמלים דתיים בלבד אלא בעיקר לצורך הגנה על מטרות חברתיות – חילוניות במהותן:

The common law adapted itself to the religion of the country just so far as was necessary for the peace and safety of civil institutions; but it took cognizance of offences against God only when by their inevitable effects they became offences against man and his temporal security.<sup>81</sup>

אף כי עולה עמימות מפסק הדין ביחס למשמעות 'שלום הציבור' או 'סדר ציבורי', יש לו שתי השלכות חשובות. ראשית, דווקא מציאת צידוק חילוני לאיסור (הגנה על שלום הציבור והסדר הציבורי) הביאה להכשרתו ואף להרחבתו, שכן תחושת אי הלגיטימיות המביאה למאמצי מצדו וסיוג פגה או התרופפה. גם עמדות ביקורתיות מנומקות בסגנון מתון כלפי הדת וסמליה, הוכרזו על-ידי בתי המשפט כמסכנות את הסדר הציבורי, מכיוון שמסוכנותן אינה פחותה מביטויים הנאמרים בסגנון בוטה ומתלהם. בדרך זו שימש הסיכון לסדר הציבורי כטעם להרשעת מחברו של מאמר עיתונות ביקורתי ומנומק נגד התפיסה המושגית של הדת.<sup>82</sup> שנית, ככל שהודגש השיקול של פגיעה אפשרית בסדר הציבורי, הורחב במקביל השימוש ברגשות הציבור הפגועים על-ידי הביטוי, כמרכיב של האיסור וכטעם שלו. עניין זה בא לידי ביטוי למשל בבית המשפט הגבוה בפנסילבניה ב-1824 בדחיית ערעורו של חבר מועדון ויכוחים.<sup>83</sup> אותו אדם הורשע על כך שבמהלך דיון

81 באותו עניין הורשע אדם על שקרא בפומבי:

“The Virgin Mary was a whore and Jesus Christ was a bastard.”

ראו: **State v. Chandler**, 2 Del. 553, 557(1883).

82 אשר פורסם בעיתון רב תפוצה בבוסטון של 1838. ראו את פסיקת בית המשפט העליון של מדינת מסצ'וסטס בעניין זה:

**Commonwealth v. Kneeland** 37 Mass., (20 pick), p. 206. (1838).

ציטוט חלקים נבחרים מן המאמר מופיע שם, עמ' 207.

83 על-פי הסעיף הרלוונטי בקוד הפלילי בפנסילבניה:

“Whoever shall willfully, premeditatedly and despitefully blaspheme or speak loosely and profane of almighty God, Jesus, the Holy Spirit or the Scriptures of Truth, is legally convicted...”

שהוקדש לסוגיות דת, דיון שהתקיים באולם סגור בפני קהל מוזמנים מצומצם, הוא נשא דברים בגנות הדת וביזכות החילוניות.<sup>84</sup> הטעם העיקרי בעיניו של בית המשפט להרשעה היה יצירת סיכון להפרת היציבות החברתית, (אף כי ניתן לפקפק בקיומו של סיכון ממשי כזה, וגם בכך שזה היה השיקול המכריע בעיני בית המשפט). להצדקת העמדה בדבר החשש מפני פגיעה בסדר הציבורי גייס בית המשפט את רגשותיו של הציבור שעלול שלא לשלוט ביצרו ולפיכך אינו מותיר בררה להתערבות השיפוטית:

If the state did not punish blasphemy, offended people would...general moral restraints would be weakened and anarchy would result.<sup>85</sup>

כפי שראינו, באנגליה של אותה תקופה קדמה ההזדקקות לסוגיית הפגיעה הרגשית בעקבות הביטוי הפומבי, להגנה על יציבותם של הסדר החברתי והשלום. בשלב ההתפתחות הראשונית די היה בפוטנציאל להתעוררותם של רגשות בלתי רצויים בקרב הציבור על מנת להצביע על מצבו הנפשי של המתבטא בקשר לשאיפתו או למודעותו לפגוע בדת ובסמליה. התפתחויות מאוחרות יותר אשר הביאו לשינויים בתפיסת הערך המוגן באמצעות העברה (על אף שלהלכה לא השתנה נוסח האיסור וההגנה על הדת וסמליה נותרה בעינה), חיזקו את מקומו של מרכיב ההתעוררות הרגשית הבלתי רצויה בפסיקת בתי המשפט. ניתן להבחין ברטוריקה שיפוטית שהמעייטה, לצורך הגבלת היקף האיסור, בערך ההגנה על הדת והדגישה את ערך ההגנה על הסדר הציבורי ושלום הציבור. בהתאמה, הלכה וצברה הפגיעה הרגשית מקום מרכזי בעברה הפלילית כמרכיב המעיד על הסיכון לסדר ולשלום.<sup>86</sup> לאחר מלחמת העולם הראשונה החל שימוש גובר והולך במרכיב הפגיעה הרגשית בציבור כאמצעי חשוב המצביע על הסיכון. תחילתו של

**Updegraph v. Commonwealth** [1824], pan. p. 394 84

על-פי העובדות המצוטטות בפקק הדין עצמו טען הנאשם:

“...that the Holy Scriptures were a mere fable; that they were a contradiction and that although they contained a number of good things, yet they contained a great many lies.”

**Ibid.** p. 405-406. 85

86 לעניין זה יפה הפתגם האיטלקי: *“Se vogliamo che tutto rimanga com’è, bisogna che tutto cambi”* שפירושו “אם רוצים שהכול יישאר כפי שהוא, יש לשנות הכול”, המתקשר למוסדות משפטיים שאבד טעם קיומם המקורי ואשר מוצאים טעם חדש ונשארים 'בחיים'.



השינוי, אגב אורחא ובעקיפין, תוך שרוב המרכיב החדש בפסק דין אזרחי דווקא שעסק בעקיפין ביסודות עברת ביזוי הדת באמצעות ביטוי:

To constitute blasphemy at common law there must be such an element of vilification, ridicule, or irreverence as would be likely to exasperate the feelings of others and so lead to a breach of the peace...<sup>87</sup>

the gist of the offence of Blasphemy is a supposed tendency in fact to shake the fabric of society generally. Its tendency to provoke an immediate breach of the peace is not the essential, but only an occasional feature.<sup>88</sup>

עמדתו של בית המשפט באותה פרשה נותרה מעורפלת בעיקר בשל המשמעויות השונות המיוחסות לשלום הציבורי באותו עניין. על-פי אפשרות אחת מדובר ב'שלום הציבור הקונקרטי' – כלומר לצורך הרשעה יש לאתר פוטנציאל לפגיעה קונקרטית ברגשותיהם של אנשים עד כדי חשש להפרת סדר ממשית. על-פי האפשרות האחרת – המסתברת יותר מלשון פסק הדין – משמעות הביטוי כללית ורחבה יותר, כלומר חשש עקרוני וכללי לפגיעה ביציבות החברתית, ולא דווקא חשש קונקרטי לפגיעה מיידית; ובכל מקרה החשש להפרת שלום מיידית איננו תנאי קונסטיטוטיבי להרשעה אלא אינדיקטיבי בלבד.<sup>89</sup> לעניין זה יש השלכה חשובה לצורך הבנת התיבה 'פגיעה ברגשות הציבורי' כמרכיב מהותי של העברה. מחד גיסא 'פגיעה ברגשותי' במובן קונקרטי ומידי – ביטוי שיש בו להוביל להתעוררות רגשית העלולה לגרום לאתגר להפרת הסדר הציבורי, ומאידך גיסא פגיעה ברגשות המתבטאת בזעזוע הנגרם לרקמה החברתית שאיננו מתבטא בסכנה מיידית להפרת השלום. משום שזעזוע לרקמה החברתית איננו מצב מוחשי וברור, קרובה מאוד הדרך לקביעה שלפיה הפגיעה ברגשות היא עצמה הפרת השלום, ואין דורשים דבר נוסף מלבד התבטאות פוגענית העלולה להסב פגיעה קשה (או לפחות משמעותית מאוד) ברגשות המאמינים.

**Bowman v. Secular Society Ltd.** [1917] A.C. 406, pp. 445-446 (Parker). 87

**Ibid.** pp. 459-460 (Sumner). 88

89 להבהרת ההבדלים במשפט הפלילי האנגלי בין המשמעות הקונקרטית-מצומצמת והכללית-רחבה לפגיעה בשלום הציבור, ראו:

G. Williams, "Arrest for Breach of the Peace", **The Crim. L. Rev.** (1954), p. 578.

בעקבות פסק דין זה גברה ההזדקקות ל'רגשות הציבור' כמרכיב מהותי לצורכי הרשעה פלילית בפסקי דין מאוחרים יותר; ועם זאת, מאומצת דווקא החלופה הראשונה של פגיעה בשלום הציבור במשמעות הקונקרטי של מעשה אלימות (ולא יזעזוע לרקמה החברתית). לאור הגישה השיפוטית שאומצה, ואשר משמשת גם כיום להצדקת האיסור, הפגיעה ברגשות הציבור מהווה מרכיב מהותי בבחינת פוטנציאל הסיכון ליציבות חברתית:

...whether these words...are...indecent and offensive attacks...calculated to outrage the feelings of the general body of the community and so lead, possibly – not inevitably, but so lead, a breach of the peace. [I]f a person of strong religious feelings had stopped to read this pamphlet whether his instinct might not have been to go up to the man which was selling it and give him a thrashing...<sup>90</sup>

פסק הדין האחרון שבו הועמדו לדין בגין העברה, היה פסק דין של בית הלורדים האנגלי שניתן ב-1979<sup>91</sup> ובו הורשעו אחד מעיתוני הקהילה ההומוסקסואלית ועורכו בעברת ביזוי הדת באמצעות ביטוי. האישום הוגש עקב פרסום פואמה אשר ייחסה לגיבור היצירה – ישו הנוצרי – נטייה מינית הומוסקסואלית וכללה תיאור אינטנסיבי של מערכות יחסים מיניות בין הגיבור לבין גברים אחרים ובהם חלק מן השליחים האפוסטוליים.<sup>92</sup> בית המשפט קיבל את הגדרת העברה ולפיה:

If there is published any writing concerning God or Christ, the Christian religion, the Bible, or some sacred subject, using words which are scurrilous, abusive or offensive and which tend to vilify the Christian religion and therefore have the tendency to lead to a breach of the peace.<sup>93</sup>

**R. v. Gott** [1922], 16 Cr. App. R. pp. 87, 88. 90

**R. v. Lemon, R v. Gay news**, [1978], 3 WLR 404 (CA). 91

92 נראה שתיאור שנכלל ביצירה ובו פירוט מעשה סדום ומעשים מיניים נוספים שנעשו בגופו של הגיבור מיד לאחר מותו ולאחר שהורד מן הצלב, הוא שהביא להגשת קובלנה פלילית פרטית שהביאה להרשעה.

Judge King-Hamilton Q.C. in **R. v. Lemon, R. v. Gay news ltd.** Central 93 Criminal Court, p. 9.

לכאורה יוצא מניסוח זה כי בעצם ההזדקקות לדברים פוגעניים שיש בהם ביזוי הדת יש משום אפשרות של הנעה להפרת השלום. הדגש הוא, אפוא, על תוכנם של הדברים כשלעצמו ולא על השפעתם בפועל על רגשות, ואף לא על יצירת סיכון קונקרטי – כיסוד העומד בפני עצמו – לשלום הציבור.<sup>94</sup>

גם בקנדה הפכה סוגיית הפגיעה ברגשות והשלכתה על יציבות הסדר החברתי לשאלת המפתח. בפסק הדין האחרון בנושא, שניתן במדינה זו ב-1936, הורשע כומר אנגליקני בהשמצת הדת הקתולית בדרך של פרסום דברים על לוח המודעות בכנסייה שבה כיהן. בית המשפט קבע שהפרסום:

...**intended** to insult the feelings and the deepest religious convictions of the great majority of the persons amongst whom we live... [its content was] offensive and injurious to the Roman Catholics and of such a nature that they may lead to a disturbance of the public peace.<sup>95</sup>

לסיכום המבט המשווה במשפט האנגלו-אמריקני, ניתן לראות שבראשיתה, הגבלת הביטוי האנטי-דתי נומקה בשיקולים של הגנה על הדת וסמליה, כחלק מן השלטון או כבעלת מעמד מיוחד בין מוסדות המדינה. בשלבים מאוחרים יותר ובמקומות שונים, חל צמצום משמעותי בהנמקה המייחסת חשיבות לשיקולים אלה דווקא, ונרשמה הנמקה המייחסת חשיבות להגנה הנדרשת לשלום הציבור. כלומר, מעבר מהגנה על הדת להגנה על בני אדם מפני אלימות. ארצות-הברית, אנגליה וקנדה, חולקות את התפיסה שלפיה לדת ככזו אין עוד מעמד המצדיק את הגנת המשפט הפלילי ככל שמדובר בהגבלת ביטויים. עם זאת, למאמיני הדת יש אינטרס ברור שלא להיפגע כתוצאה מביטויים שאינם מתיישבים עם תפיסות היסוד והאמונה, ככל שאלה קשורים בדת, ולכלל הציבור יש אינטרס מובהק במניעת מעשי אלימות עקב התפרצות רגשית (האינטרס בשלום הציבור). ההקשר הרחב סביב יצירת האיסור הפלילי במשפט הישראלי יכול להעיד שגם כאן היה לשיקול של שלום הציבור מקום מרכזי, ובהתאם נגזר מקומה של הפגיעה ברגשות כמרכיב מהותי של האיסור.

The Law Commission (working paper no.79), **Offences against Religion and Public Worship** (London, 1981), pp. 30-38.

**R. v. Rahard** [1936], 3 DLR 230, pp. 237-238. <sup>95</sup>

## 2. התפתחות האיסור במשפט הארץ ישראלי והישראלי

(א) 'האב הקדמון' של האיסור הפלילי על פגיעה ברגשות דתיים בארץ ישראל – פקודת הנאצה (1929)

בדומה למרבית העברות בקוד הפלילי של ישראל, את מקורותיו של סעיף 173 לחוק העונשין יש לאתר בחקיקה הפלילית המנדטורית. בהקשר זה ראוי להתעכב מעט על הנסיבות ההיסטוריות של קביעת העברה הפלילית הזו. על רקע החולשות הכלליות הטבועות בחקיקה שהתקבלה בתקופת המנדט ולאור מאפייניו של השלטון המנדטורי, ניתן לאתר לענייננו היבטים ייחודיים שיש להם רלוונטיות להיווצרות האיסור.

עיון בהשתלשלות ההיסטורית מלמד שמקורו של האיסור הפלילי על ביטוי הפוגע ברגשות דתיים נמצא בשנת 1929 (כלומר לפני שנחקקה פקודת החוק הפלילי המנדטורית ב-1936) בפקודה שהתקבלה במהירות הבזק, ונכנסה לתוקף מידי תוך שימוש בסמכויות מיוחדות של הנציב העליון.<sup>96</sup> הטעם הישיר לקביעת הפקודה ולבהילת שאפיינה את קביעתה הוא, כנראה, תגובה שלטונית מאוחרת לפרוץ מהומות תרפ"ט שהחלו זמן מה קודם לכן. מקובל היה לראות את הגורם הראשוני להתלקחותם בחיכוכים בין-דתיים בין מוסלמים ויהודים על שליטה ברחבת הכותל המערבי, חיכוכים שהתפשטו תוך זמן לאזורים רחבים נוספים.<sup>97</sup> למעשה, נראה שבמהומות תרפ"ט נעשה לראשונה שימוש ביסוד הדתי כמרכיב בסכסוך הלאומי בין ערבים ליהודים. שילובו של המוטיב הדתי כחלק מן הקונפליקט סייע ליצירת הידרדרות מהירה שהובילה לסדרה של מהומות דמים – הן במקומות הנתפסים

96 לנציב העליון הוענקה סמכות מיוחדת לוותר על דרישת הפרסום המוקדם כתנאי הכרחי לתקפות הנורמה הפלילית אם צורך זה נראה לנציב נחוץ מטעמי טובת הציבור. קביעת פקודת הנאצה היא המקרה היחיד שבו השתמש הנציב העליון בסמכותו זו. ראו ח' פ' שלח, **חירות המצפון והדת במשפט הישראלי – חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים** (התשל"ח), עמ' 212-213.

97 התקרית הראשונה שהובילה לפרוץ המהומות אירעה ביום הכיפורים של שנת התרפ"ט, עקב התנגדות ערבית להקמת מחיצות בין גברים לנשים ברחבת הכותל לצורכי התפילה. הערבים ראו בכך הפרה של הסטטוס קוו הדתי בין יהודים ומוסלמים בשטח הר הבית. בעקבות זאת החלו הפרעות הולכות וגוברות מצדם של ערבים לתפילת יהודים בירושלים, שנמשכו לאורך כל חודש החגים של אותה שנה ואשר בשיאן כללו הפגנת המונים מוסלמית ברחבת הכותל, הקמת מבנים ברחבה, ופריצת שער המוגרבים סמוך לכותל למעבר אנשים ובהמות. בעקבות סדרת המהומות הזאת פורסם כידוע 'ספר לבן' ב-17 בדצמבר 1928, אשר בו נקבעה זכות הפולחן של היהודים בשטח הכותל בצד זכות הקניין של הערבים.

כמקודשים מבחינה דתית ליהודים ולמוסלמים (ירושלים וחברון), והן במקומות נוספים ברחבי א"י, בעיקר ביישובים שאוכלוסייתם מעורבת.<sup>98</sup> טעם אפשרי נוסף להידרדרות הסכסוך לכדי מהומות אלימות ובלתי נשלטות נעוץ בהוראת הנציב העליון (שניתנה זמן מה לפני תחילת המהומות) על הקטנתו של חיל המצב הבריטי וכוחות השיטור בשטחי המנדט. מצב זה הקשה מאוד על כוח המשטרה למלא את חובתו ולהקפיד על שמירת שלום הציבור. הנטייה לקבל טעם זה כבעל משקל ממשי בהקשר למהומות תרפ"ט מתחזקת נוכח העובדה שהמהומות שככו זמן קצר לאחר שכוחות שיטור בריטיים שהוזעקו ממצרים הוצבו במקומות המחלוקת והמתרחקות.

ברור כי נוכח אירועי הדמים ולאור הוראות כתב המנדט ודבר המלך במועצה נדרשה תגובה שלטונית נמרצת להבטחת מחויבות מעצמת המנדט לשולחיה ולנתיני הארץ לשמירת הסדר הציבורי והשלום. ייתכן גם שעובדת שהותו של הנציב העליון מחוץ לשטחי הארץ בעת פרוץ המהומות פגמה בתגובת הממשל המנדטורי להתפרצויות האלימות, ואפשר שהייתה לכך השפעה על צעדי התגובה שנקטו עם חזרתו. "**...חובותי הראשונות הינן להשיב את הסדר בארץ ולהטיל עונש חמור על כל אלה שיימצאו אשמים במעשי אלימות...**" קבע הנציב צ'נסלור מיד עם שובו לארץ.<sup>99</sup> זמן קצר לאחר מכן נקבעה פקודת הנאצה (גידוף דת) (מס' 43 לשנת 1929) ונכנסה לתוקף מידי.<sup>100</sup> לאור סמיכות הזמנים והקרבה העניינית בין תוכנה של הפקודה לבין השתלשלות העניינים ההיסטורית, סביר להניח שעניינה העיקרי של הנורמה האוסרת שנקבעה בה היה שאיפה לאסור התנהגויות מן הסוג שנתפס כזה שגרם להידרדרות האלימה. לא פחות מכך יכולה הייתה קביעת האיסור לסייע לממשל המנדט לאותת לאוכלוסייה המסוכסכת על מידת רצינות כוונותיו להחזיר את השקט והשלום ולתת בידיו כלים נוספים כדי לצמצם את הסיכון להידרדרות חברתית. ייתכן שכאן טמון ההסבר לכך שיסודות האיסור, כפי שנקבעו, הרחיבו את האחריות הפלילית במידה גדולה בהרבה מן הנדרש גם לאור התוצאות הקטלניות של מהומות הדמים.

98 במהלך המהומות נרצחו 133 יהודים ונפצעו כ-340. לסקירת השתלשלות המהומות ברחבי הארץ והתמודדותם של שלטונות המנדט ראו למשל: ב' דינור (עורך), **ספר תולדות ההגנה** (כרך ב, התשי"ד), עמ' 302-362; ד' בן-גוריון, **זיכרונות - 1929** (התש"א-התשמ"ז), עמ' 341-362.

99 מנשר נציב עליון ומפקד עליון, ג' ר' צ'נסלור, 1 בספטמבר 1929.

100 הפקודה התקבלה ב-14 בדצמבר 1929 וחתומה חתימת קיום בידי של הנציב העליון צ'נסלור.

הפקודה קצרה וקובעת: **"כל אדם המפליט כל מילה או קול ברבים או לאוזניו של כל אדם אחר העלולים או מכוונים לפגוע ברגשותיו הדתיים או באמונתו של אותו אדם, יהא צפוי בצאתו חייב בדינו לעונש מאסר לשנה אחת"**. אם אומנם שימש האיסור כאמצעי מניעה, על יסוד הפקת לקחים של השלטון המנדטורי לנסיבות פרוץ מהומות תרפ"ט, הרי שמדובר בהטלת איסור פונקציונלי. עם זאת, האיסור כפי שנוסח, רחב היקף במידה קיצונית המטילה ספק רב ביעילותו, הן במישור הכוונת ההתנהגות והעברת המסר האוסר לציבור והן במישור הטלת אחריות בגין הפרת האיסור בידי בתי המשפט. שהרי האיסור שהוטל נגע לכל צורת ביטוי מילולית, בין אם במרחב הציבורי ובין אם במרחבו הפרטי של השומע בלבד, אשר יש בה כדי לפגוע ברגשות דתיים של אדם או באמונתו, או מתוך מטרה לגרום לפגיעה מסוג זה. במישור היסוד העובדתי עיקר ההרחבה מצוי ביסוד ההתנהגות האסורה כאשר העושה פועל מתוך המטרה האסורה – "כל מילה או קול" (כלומר ביטויים בעל פה בלבד,<sup>101</sup> אך מכל סוג שהוא). ובמישור הנסיבות מבחינת מקום הביצוע: "ברבים או לאוזניו של כל אדם". במישור היסוד הנפשי נקבע שאין חשיבות לצורכי הרשעה אם ההתנהגות לוותה במטרה לפגוע ברגשות או באמונה או מתוך **מודעות** לכך בלבד. בהקשר זה נראית הבחירה המודעת במונח הלשוני המעורפל 'רגשות דתיים' כגולת הכותרת של הרחבת האיסור הפלילי המנדטורי וכיסוד המסמל את מידת עמימותו. על אף שברור, בעיקר לנוכח ההקשר ההיסטורי, כי הערך העיקרי שעליו נדרשה הגנה הוא שלום הציבור וביטחונו, ולמעשה – חיי אדם, הרי שלכך אין אזכור בין יסודות העברה. בדומה, כפי שמצביע המבט ההשוואתי ההיסטורי באותה תקופה בעולם המשפט האנגלו-אמריקני, השימוש בפגיעה ברגשות אומנם התרחב – בפרשנות השיפוטית ולא בנוסח האיסור עצמו – אך זאת לא כערך עצמאי ונפרד אלא כמצביע על סיכון לפגיעה בערכים חברתיים יסודיים וחיוניים בהרבה, ובראשם שלום הציבור.

עמימותו של האיסור והיקפו הרחב לאור נוסחו מחייבים בחינה של הרקע ההיסטורי שעמד בבסיס קביעתו. הנסיבות ההיסטוריות והחברתיות במועד קביעת הפקודה ביטאו חוסר יציבות חברתית קיצונית, פעולות אלימות ושפיכות דמים. לפיכך, נראה שמתקיים קשר ישיר בין ההגבלות על הביטוי שנקבעו לבין החובות השלטוניות להגנה על החיים ממש ולפחות על

101 עובדה העשויה לחזק את הרושם שהצגת העברה נועדה להתמודד עם סיטואציה היסטורית קונקרטית ועמה בלבד.

שלום הציבור (מפני מעשי אלימות). הערכים העיקריים החבויים למעשה מאחורי האיסור על ביטויים שיש בהם כדי לפגוע ברגשות הם החיים והשלום. בהיעדר נקודת מבט היסטורית ומכיוון שהאיסור הפלילי עצמו אינו כולל התייחסות לערכים אלה, עלולה להתרחש – אם מפרשים אותו כפשוטו – הרחבה משמעותית ולא מוצדקת של היקף האיסור.

### (ב) פקודת החוק הפלילי, 1936

פקודת הנאצה המקורית עברה שינוי והרחבה משמעותיים עם קביעת פקודת החוק הפלילי ב-1936.<sup>102</sup> הנוסח המקורי של 'עברת הנאצה' עבר עיבוד והתאמה לצורכי הארץ כפי שנקבעו על-ידי הממשל המנדטורי ותוך התייחסות לעברות דומות בקודים פליליים אחרים ברחבי האימפריה הבריטית.<sup>103</sup> בנוסף לאיסור על ביטוי בעל פה, נתוספה שורה של סוגי התנהגות וביטוי אשר נתפסו כמסוכנים במידה המצדיקה לאוסרם.<sup>104</sup> למעשה זהו המקור למכלול העברות הנוגעות לדת הקיימות גם כיום בחוק העונשין הישראלי והמעניין הוא שהעברה המגבילה ביטויים קדמה בו לעברות המגבילות התנהגויות אחרות.

בנוסח החדש הוסף איסור נוסף על האיסור שכבר נקבע קודם לכן. כך, בנוסף לאיסור להביע "במקום ציבורי או באזני אדם אחר כל מלה או הגה העשויים או המכוונים לחלל את רגשות הדת או את האמונה" של אנשים אחרים, הוטלה הגבלה על פרסום: "כל תמונה, ציור או כתב, או דמות העשויים או המכוונים לחלל את רגשות הדת או את האמונה של אנשים אחרים". כלומר, הוסר הספק (אם היה כזה) באשר להיקף העברה ומאפייני

102 מקורה של פקודת החוק הפלילי הוא בטייטה שהוכנה עבור המושבה הבריטית בקוויזלנד באפריקה. טייטה זו אומצה לאחר מכן על-ידי משרד המושבות הבריטי כבסיס לקוד הפלילי המתאים למושבות תחת שליטת המשרד. בפועל הועבר הקוד מתחום שליטה אחד למשנהו, בכל מקום הוכנסו השינויים שנדרשו על-ידי פקידי הביורוקרטיה באותו מקום. לאחר זמן מה עבר הקוד כולל השינויים שהוכנסו בו למקום חדש ואל שינויים חדשים. התחנות שעבר הקוד הפלילי – 1936 לפני שהותקן בא"י היו: צפון ניגריה ב-1904; 1916 בכל ניגריה; 1925 המושבות המזרח אפריקניות; 1928 – קפריסין; ומשם לא"י ב-1936. ב-1928 החלה העבודה על החוק והוספו לו חלקים שמקורם בין היתר בהודו, אנגליה וסודן. ראו שחר, לעיל הערה 59, עמ' 75.

103 השופט אגרנט הצביע על כך שמקורותיו של פרק טז לפקודת החוק הפלילי הם הקודים הפליליים של קפריסין והודו ולמעשה פרק זה זהה בתוכנו לחקיקה בהודו. ראו ע"פ 176/71 הרב שמואל ברוך ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2), עמ' 672, 667.

104 נוסח דומה של איסורים, אם כי מצומצם בהיקפו, מופיע בקוד הפלילי ההודי, פרק 15 – עברות הקשורות בדת, סעיפים 295-298.

הביטוי הורחבו במידה ניכרת. היסוד העובדתי נקבע והוחל על "כל תמונה, ציור או כתב, או דמות". מנגד, לא הוגבל היסוד הנפשי. מעניין לציין שהעונש הקבוע לעברה הושאר בעינו – שנת מאסר – כשהוא חמור יותר מן העונשים שנקבעו לעברות האחרות שהוספו בפרק זה וקיימות גם כיום. נוסח דומה אשר נקבע על-ידי השלטון הבריטי בקוד הפלילי של הודו ונועד להתמודד עם מאפיינים דומים של עוינות בין קבוצות לאומיות המזוהות גם באמונה דתית שונה,<sup>105</sup> כולל גם הגנה על 'רגשות דתיים' כאינטרס המצדיק הגבלת ביטויים.<sup>106</sup> עם זאת, האיסורים הפליליים בהודו מצומצמים בהיקפם במידה משמעותית ביחס לסעיפים שנקבעו על-ידי שלטונות המנדט הארץ ישראליים, בין היתר באמצעות הוספה של דרישת המטרה לפגוע ברגשות כיסוד הכרחי. יתרה מזו, יש הטוענים שבאמצעות צמצום היקף היסוד הנפשי בדרך זו הושגה מטרת הסעיף שנועד למעשה להגן על שלום הציבור אף-על-פי שאינטרס זה נעדר מנוסח האיסור עצמו.<sup>107</sup> כזכור, יסוד המטרה כיסוד חיוני אינו מופיע בנוסח המקורי בפקודת הקוד הפלילי המנדטורי וגם המחוקק הישראלי נמנע מלהוסיפו בשלבים מאוחרים יותר.

105 להינדים, המהווים רוב בתת היבשת ההודית, ולמוסלמים יש כידוע עבר עשיר של מאבקי כוח, אלימות ושפיכות דמים על רקע דתי ולאומי. בשיאם של המאבקים נחלקה תת היבשת לשלוש מדינות – הודו, פקיסטן ובנגלדש, אך גם כיום קיימים חיכוכים בין המדינות ובתוכן, בין היתר מטעמים של מחלוקות בין דתות גם על החזקה במקומות משותפים הנתפסים כמקודשים לשתי הדתות בו זמנית.

106 סעיף A295 לקוד הפלילי ההודי קובע:

"Whoever with deliberate and malicious intention of outraging the religious feelings of any class of citizens of India, by words, either spoken or written or by visible representation, insults or attempts to insult the religion or the religious beliefs of that class, shall be punished with imprisonment..."

"Whoever, with the deliberate intention of wounding the religious feelings of any person, utters any word or makes any sound in the hearing of that person or makes any gesture in the sight of that person or places any object in the sight of that person, shall be punished with imprisonment..."

H. Singh Gour, **The Penal Law of India – Being Analytic, Critical, and Expository Commentary on the India Penal Code (Act XLV of 1860 as Emended up to Date)** (Allahabad, 7<sup>th</sup> ed. by S. K. Verma & E. S. Subrahmanyam, 1961), pp. 1316-1342, 1324: "...the section is intended to safeguard against such deliberate and maliciously intentional outrage on the religious feelings of the people as is likely to endanger the public peace."



בפרשת 'חוגים לאומיים' הציע הנשיא אגרנט עמדה אפשרית לעניין היקפם של האיסורים הפליליים על סוגי התנהגות הפוגעים באינטרסים מן הדת והנובעים מן הפקודה המנדטורית, כחלק מדיונו בשאלת זכות התפילה של יהודים על הר הבית.<sup>108</sup> עמדתו של הנשיא מתבססת על סקירת התפתחות הדינים והנהגים שהסדירו את מערכת היחסים העדינה והמורכבת בין השלטון המנדטורי והאוכלוסייה במקומות הנתפסים כמקודשים לאסלאם וליהדות קודם להכרזת העצמאות של ישראל. באשר לאחריות ממשל המנדט כלפי הנתונים הוזכרה החובה השלטונית "לקיים בכל המקומות הקדושים והאתרים הדתיים האחרים את דרישות הסדר הציבורי והנימוס", הנגזרת מתוך כתב המנדט אשר הטיל אחריות מיוחדת על השלטון לנהוג משנה זהירות במקומות הנתפסים כמקודשים לעדות הדתיות השונות.<sup>109</sup> הנשיא מפרש כי משמעותה של דרישת השמירה על הסדר הציבורי והנימוס במקומות אלה נועדה "...למנוע את חילול המקומות הללו ואת הפגיעה ברגשות של בני הדתות בגינם" (ההדגשה לא במקור).<sup>110</sup> בית המשפט מתייחס כאן לאינטרס במניעת התנהגות המעוררת רגשות בלתי רצויים באנשים בעלי הכרה דתית כחלק מן ההגנה על הסדר הציבורי תוך הצבת גבולותיו. הנשיא,

108 בג"ץ 222/68, **חוגים לאומיים אגודה רשומה נ"ש המשטרה**, פ"ד כד(2) 141 (להלן: עניין החוגים הלאומיים).

109 החובה השלטונית להגן על האינטרסים מן הדת של העדות השונות תוך הגנה על הסדר הציבורי מופיעה בסעיף 13 לכתב המנדט על ארץ ישראל שהתקבל על-ידי חבר הלאומים ואשר שימש מסמך היסוד של השלטון המנדטורי בשטחי ארץ ישראל. המסמך חייב את מעצמת המנדט לשמור על חופש הגישה לאתרים הנתפסים כמקודשים מבחינה דתית ועל חופש הפולחן הדתי, תוך הבטחת הסדר הציבורי **בהם**. להדגשת חובות הממשל ככל שנוגעים למקומות הקדושים ולמקומות הפולחן, מובא סעיף 13 לכתב המנדט במלואו:

"All responsibility in connection With the Holy Places and religious buildings or sites in Palestine, including that of preserving existing rights and of securing free access to the Holy Places, religious buildings and sites and the free exercise of worship, while ensuring the requirements of public order and decorum, is assumed by the Mandatory, who shall be responsible solely to the League of Nations in all matters connected therewith, provided that nothing in this article shall prevent the Mandatory from entering into such arrangements as he may deem reasonable with the Administration for the purpose of carrying the provisions of this article into effect, and provided also that nothing in this mandate shall be construed as conferring upon the Mandatory authority to interfere with the fabric or the management of purely Moslem sacred shrines, the immunities of which are guaranteed."

110 עניין **החוגים הלאומיים**, לעיל הערה 108, עמ' 198.

המפרש את הוראת כתב המנדט, יוצר קשר בין הצדקת ההגנה על רגשות דתיים ובין הגנה על מימוש חופש הגישה והפולחן במקומות הנתפסים כמקודשים. **במקומות אלה** מחייבים כללי ההתנהגות הנימוסית נקיטת התחשבות מיוחדת מצדם של כל הנוכחים כלפי המאמינים. על-פי הנשיא אגרנט (אשר עמדתו מתיישבת בנקודה זו עם ההתפתחות ההיסטורית שהוצגה ועם הרציונלים שכנראה הנחו את שלטונות המנדט), הטעם העיקרי להפוך כלל נימוס לכלל התנהגות מחייב שבצדו סנקציה פלילית נבע מצפיפות גדולה של מקומות הנתפסים כמקודשים למספר דתות, ולעתים מריכוז של אמונות דת שונות ביחס לאותם מקומות ממש. מציאות של סכסוך קשה בין קבוצות לאומיות, ששורבבו לתוכה מרכיבים של אמונה דתית, אילצה את השלטון המנדטורי לנקוט צעדים להגנת שלום הציבור במקומות אלה. מדיניות זו כללה, בין היתר, ריסון סוגי התנהגות שיכלו לעורר רגשות בלתי רצויים בקרב מאמיני הדתות השונות. בהקשר זה מאזכר הנשיא את פרק האיסורים הפליליים על חופש הפעולה והביטוי המנוגדים לאינטרסים מן הדת: "...כן יש להצביע על האמצעי התחיקתי של קביעת העברות הכלולות בפרק ט"ז לפקודת החוק הפלילי, 1936... המתפשטות על מעשים מזיקים ומחללים במקומות פולחן, עלבון לדת, הפרעות לעבודת האלוהים, **פגיעות ברגשות דת** וכו'." (ההדגשות לא במקור).<sup>111</sup> הנשיא מדגיש כי "...העובדה שהם הותקנו, עולה בקנה אחד עם חובת שלטון המנדט לקיים את דרישות הסדר הציבורי והנימוס **במקומות הקדושים ובאתרים הדתיים האחרים**, כאמור בסעיף 13 לכתב-המנדט" (ההדגשות לא במקור).<sup>112</sup> כלומר, לדידו של הנשיא אגרנט, ההצדקה להגבלת התנהגות, ובתוכה הגבלת חופש הביטוי, באמצעות המשפט הפלילי היא לצורך הגנה על האינטרסים של בני הדתות השונות **במקומות המיועדים לכך**. כלומר, לא כל פגיעה ברגשות דתיים היא פגיעה בסדר הציבורי המצדיקה את הפעלת האיסור הפלילי, אלא רק הפגיעות המתרחשות בדלת אמותיו של מקום הנתפס כקדוש או המשמש לפולחן. ההקשר המקומי של חילול הקודש מהווה לעניין זה תנאי הכרחי, והוא שמצדיק את הפללת ההתנהגות הפוגעת ברגשות. המסקנה צריכה להיות שהמרכיב המקומי ביסודות העברה הפלילית הוא מרכיב מהותי, אשר בהיעדרו נוצר קושי רב להצדקת הפללתו של ביטוי, וזאת – ללא תלות במידת הפגיעה ובהיקפה. יתרה מזו, קישור העברה למימוש חופש

111 שם, עמ' 141, 204.

112 שם, שם.

הפולחן הדתי במקומות המיועדים לכך קובע מסגרת נורמטיבית מוגבלת לעניין סוגי הביטויים הגורמים לפגיעה רגשית. רוצה לומר, רק ביטויים הפוגעים ברגשות המאמינים על-ידי כך שהם מסכנים את מימוש חופש הפולחן במקומות הקדושים ובאתרים דתיים, תקפים לצורכי האיסור הפלילי. ביטויים 'אנטי-דתיים' באופן כללי אינם נכנסים לגדר האיסור.

לעמדתו של הנשיא אגרנט, שיש להבינה על רקע הסוגיה שנדונה על ידו, אין חיזוק בנוסח העברה הפלילית הספציפית, לא המנדטורית ואף לא זו שעברה את מסננת החקיקה הישראלית. כפי שראינו, פקודת הנאצה נוסחה בלשון רחבה, אשר איננה מוגבלת מבחינת מקום עשיית ההתנהגות ואף לא מבחינת מטרות הדובר, תוכן הביטוי או צורתו. יתרה מזו, ניסוח העברה בפועל מביא למסקנה ההפוכה – ששאיפתו של המחוקק המנדטורי הייתה להרחיב ככל שניתן את היקפו של האיסור ולאפשר חופש פעולה רחב לשלטון בפעולות לריסון ביטויים. יהיו אשר יהיו הטעמים לשינויים שהוספו לפקודת הנאצה – 1929 ולקביעת הקוד הפלילי המנדטורי כולו, ספק רב אם איסור זה מתיישב עם עקרונות החקיקה במדינה דמוקרטית. האיסור מנוסח בלשון רחבה ביותר ומעורפלת. זאת, בניגוד לעקרונות היסוד של הזדקקות לדין העונשי רק למניעת פגיעות חמורות באינטרסים חברתיים חיוניים ושל מטרותו הראשונה של הדין העונשי – לכוון התנהגות באופן ברור ובהיר. יתר על כן, כלל לא ברור שבנסיבות המתח הבין-דתי בין שתי קבוצות לאומיות, יכולות היו 'פקודת הנאצה' והחקיקה המנדטורית שהחליפה אותה לסייע בהרתעה יעילה. עובדה היא שבמהלך כל שנות המנדט שבאו לאחר מכן, ובכללן שנים ארוכות של מאבקי דמים בין-דתיים, היה מספר מקרי ההעמדה לדין מצומצם ביותר.<sup>113</sup> יש המסיקים מכך שהתייחסותם של בתי המשפט של המנדט לעברה זו התאפיינה בזהירות רבה מחשש שיוצרכו לבחון הלכות דתיות (ואולי אף ערכים ואמונות דת) לצורך הכרעה לגבי טיב הפגיעה ברגשות.<sup>114</sup> ייתכן שטעם נוסף (ואולי הוא דווקא העיקרי) נעוץ בתפיסה השלטונית המנדטורית שנקבעה כבר בראשית המנדט, ואשר הדגישה את מגבלות הטיפול המשפטי והשיפוטי בכל האמור בהתמודדות עם סכסוכים ומחלוקות שהתעוררו על רקע דתי.<sup>115</sup> הנשיא אגרנט, אשר נדרש לעניין זה, תיאר את

113 למעשה עיון בקובצי הפסיקה המנדטוריים מעלה פסק דין בודד – ע"פ 82/41 פינו נ' **היועץ המשפטי** משנת 1941.

114 זו עמדתו של ד"ר שלח, ראו שלח, לעיל הערה 96, עמ' 383.

115 דבר המלך במועצה (מקומות קדושים), 1924 מעתיק לתוך המשפט הפנימי את תשומת הלב הבין-לאומית לייחוד הנדרש מן הטיפול בסכסוכים על רקע דתי, כפי שבא לביטוי

מדיניות שלטון המנדט להימנעות מהפעלת אמצעים משפטיים כדרך התמודדות יעילה: "בדרך כלל השתדל השלטון ליישב את הסכסוכים... בדרכי שלום, על ידי הבאת הכיתות הרבות לידי הסכמה הדדית שהן ינהגו בעתיד על פי ההסדר שהוצע על ידי [השלטון]"<sup>116</sup>. ובמקרים שבהם הרג הסכסוך מעבר לגבולותיו וגרר תופעות של הפרת היציבות במובנה הגרפי ביותר – כלומר מהומות – השתמש השלטון "באמצעים משטרתיים, כאשר הסכסוך שפרץ... היה מלווה באלימות או לבש צורה של הפרת השלום וסיכון הביטחון האישי"<sup>117</sup>. אפילו שלטון המנדט – אשר קבע מלכתחילה את האיסור הפלילי וביכר להרחיבו גם כשנקרתה הזדמנות לביטולו (במועד קביעת פקודת החוק הפלילי) – הכיר במגבלותיו של המשפט להוות כלי יעיל להתמודדות עם סכסוכים שהרקע להם נטוע באמונות הדת. ברור כי מגוון האמצעים העומד לרשותו של השלטון המדיני להתמודדות עם סכסוכים על רקע דתי רחב לאין שיעור מזה העומד בידיו של המשפט. מטבעו של המשפט שהכלים הנתונים בידיו לטיפול בסכסוך מובילים להכרעה חותכת, חד משמעית וחריפה. מטבעה, אין הכרעה מסוג זה מתאימה להתמודדות עם מאפייני הבעיות שמציג סכסוך המשלב ביטוי מצד אחד ורגשות דתיים פגועים מן הצד האחר. למרות טעמים אלה התומכים בהסרתו של האיסור כמות שהוא, או לפחות בצמצומו במידה משמעותית, בחר המחוקק הישראלי להותיר על כנם את נורמות ההתנהגות המנדטוריות בלא שינויים מהותיים.

פרשת 'וגנאר' היא אולי מקרה המבחן הראשון שבו בית המשפט הישראלי נדרש לחוות דעה בקשר להיקפה של העברה הפלילית מיסודו של המחוקק המנדטורי. בעתירה זו דחה בית המשפט עתירה נגד החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתב אישום נגד השופט חיים כהן לפי הסעיף

בסעיף 14 לכתב המנדט. ליבת הייחוד הנדרש מופיעה בסימן 2 שבו נקבע: "למרות כל הוראה בדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) 1922 או בכל פקודה אחרת או בכל חוק אחר... האומרת את ההפך, לא יישמע ולא יוכרע על ידי שום בית משפט בפלשתינה (א"י) כל משפט או עניין הקשורים... בזכויות או בתביעות הנוגעות לעדות הדתיות השונות בפלשתינה (א"י)..." וסימן 3 קובע את סמכותה של הרשות המבצעת תחת כובעו של הנציב העליון להכריע בסכסוכים שכאלה. כלומר יוצא שהמשפט עצמו מכיר במגבלותיו הוא לשמש פורום מתאים לפתרון סכסוכים על רקע, מניעים או מטרות דתיים. המשפט מורה כי הכלל צריך להיות שהתמודדות עם סכסוכים מטעמים דתיים צריכה להיות מוטלת על הרשות המבצעת על מנגנוניה השונים.

116 עניין החוגים הלאומיים, לעיל הערה 108, עמ' 141, 184.

117 שם, עמ' 141, 183.

הפלילי של פגיעה ברגשי דת. העותר, משתתף בכנס שעניינו שיח בין דת וחילוניות, טען כי דברים של השופט בכינוס, אשר ייחסו תפיסה של אפליה גזענית לכללי התנהגות מחייבים על-פי ההלכה היהודית, נכנסים לגדרה של העברה הפלילית.<sup>118</sup> בהחלטה קצרה דחו השופטים את העתירה וקיבלו את עמדת היועץ ש"אין עניין ציבורי בהגשת כתב אישום". לעניין הפגיעה הרגשית עצמה, בית המשפט היה מוכן להניח את קיומה בלא לבחון את יסודותיה בנסיבות העניין או את מהותו של האינטרס של הגנה על רגשות דתיים ומשקלו כערך חברתי. על אף שמבחינה עובדתית בית המשפט היה מוכן להניח כי התקיימו יסודות העברה, נשללה ההצדקה להגשת כתב אישום ולהפלת הביטוי מטעמים אחרים, ובראשם שיקולי מדיניות. השופט זוסמן ציטט בהסכמה את עמדת היועץ, ולפיה "כלל גדול הוא בשיטת המשפט שלנו שאין מענישים אדם בשום פנים ואופן על דעה שהוא מחזיק בה ואף לא על הבעתה". לגישתו של היועץ שאותה מצטט בית המשפט, הסעיף הפלילי האוסר על פגיעה ברגשות דתיים "... מתייחס לא לדעה עצמה אלא לצורת הבעתה... הדברים שייכים לתחום הויכוח הציבורי ולא בדרך הדיון הפלילי יוכלו להגיע לידי הכרעה זו או אחרת". השופט זוסמן הוסיף משלו שאין זכות לאדם לצפות שדברים שיושמעו בכנס מדעי ינעמו תמיד. ודבר שנמסר בכנס מסוג זה אפילו הוא סר טעם "אינו מחייב בהכרח הגשת כתב אישום". בית המשפט רומז (אך אינו קובע) כי לא התקיים בנסיבות העניין היסוד הנפשי הנדרש להרשעה. לדידו של השופט ויתקון, השאלה היחידה שיש לשקול בהגשת כתב אישום לפי הסעיף הפלילי היא "אם הדברים שנאמרו עשויים לחלל רגשות דתיים גם כשמתחשבים בזכותו של אדם, המובטחת לו במשטר דמוקרטי, להביע דעתו בנושא קונטרוברסלי בעל חשיבות ציבורית". עמדתו של בית המשפט באותו עניין ושיקולי המדיניות ששקל, מלמדים על העדפה מושגית עקרונית של חופש הביטוי ומימוש, ככל שמדובר בהבעת דעות בנושאים מעוררי מחלוקת ועניין ציבורי, על פני האינטרס של הגנה על רגשות דתיים מפני פגיעה. לעניין אבחון החופש להביע דעות, בית המשפט קיבל מבחינה עקרונית את האבחנה המסורתית בין תוכן וצורה (מבלי שבירר לעומקה את צורת הבעת הדעה בנסיבות הקונקרטריות), ובכך פטר מראש תחום רחב של סוגי ביטוי מאפשרות של

118 הציטוט מדבריו של השופט כהן הוא כי "עקרונות גזעניים-נאציים הפכו, בגלל כלל תלמודי עתיק לחוק מדינת ישראל". ראו בג"ץ 4/64 אריה וגנאר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח 29-32.

הגבלה והפללה בשל פגיעה ברגשות, גם אם זו מתקיימת בפועל. עם זאת, שאלת מהותה של הפגיעה ברגשות הדתיים ומידת הצדקתה כערך חברתי הראוי להגנה נותרת פתוחה.

## ג. האיסור הפלילי הנוכחי

### 1. מבט משווה

מידת נחיצותו של הערך החברתי שעליו מתבקשת הגנת האיסור הפלילי לעצם קיום החברה ולהתפתחותה נקבעת, במידה רבה, בהתאם למידת קיומה של תודעה חברתית-משפטית מתאימה בחברות דומות מבחינת תפיסת הממשל, החברה והתרבות בהן. נתוני המשפט ההשוואתי עשויים אפוא, לתמוך בהכרה בדבר חיוניותו של ערך חברתי מסוים או להחלישה. יש בהם גם כדי לסייע באיתור שינויים בתפיסה החברתית האוניברסלית ביחס למרכזיותם של ערכים וחיוניותם לחברה. בחינה משווה צריכה להתייחס לא רק לעצם קיומו של איסור ולתוכנו אלא גם למידת אכיפתו ולהתייחסות המקצועית והחברתית כלפיו.

מבט אל שיטות משפט זרות מגלה כי המשפט הישראלי אינו ניצב לבדו בהגנה על רגשותיהם של מאמינים דתיים באמצעות המשפט הפלילי. באשר למתכונת האיסור הפלילי הקיימת כיום במשפט האנגלו-אמריקני, הרי שלמעט פרק האיסורים בקוד הפלילי ההודי הדומה במהותו למקובל בישראל, ההסדר מוגבל לכאורה להגנה על הדת הנוצרית בלבד. עם זאת, כבר הודגשה ההתפתחות ההיסטורית שבמסגרתה התחזק מעמדו של האינטרס להגנה על רגשות דתיים כערך הנגזר למעשה מן האינטרס בהגנה על שלום הציבור.<sup>119</sup> חשוב לציין כי ככלל, מאז ראשית המאה ה-20 נרשמו בעולם האנגלו-אמריקני מקרים בודדים בלבד של הגשת כתבי אישום פליליים, רובם ככולם בשני העשורים הראשונים.<sup>120</sup> נתון זה כשלעצמו אינו תומך בהכרח בהצדקת

119 ראו לעיל הדיון בהתפתחות המשפט האנגלו-אמריקני, עמ' 24.

120 באוסטרליה נרשם מקרה ההעמדה לדין האחרון ב-1917:

P. Coleman, **Obscenity, Blasphemy, Seditious: 100 Years of Censorship**  
**R. v. Glover** – 1922; בניו זילנד ב-1922; **in Australia** (2<sup>nd</sup> ed., Sydney, 1974).  
**State v. Mockus** 120 Me. 84, 113 – 1921; בארה"ב ב-1921; [1922] GLR (125)  
**R. v. St. Martin** 41R. de Jur. 40 [1933], – בקנדה ב-1933; A. 39 (1921)  
 411, באירלנד ב-1855 – **R. v. Petcherine** Cox. C.C. 79 (1855) – (ב-1909)

הסרתו של האיסור הפלילי, אולם מצטרף אליו נתון נוסף. במרבית מדינות המשפט האנגלו-אמריקני שנבחנו התגלתה אחידות בהמלצה להסיר מן הקודקס הפלילי את העברות העוסקות בביטוי המשמיץ את הדת וסמליה, בעיקר נוכח קיומם של איסורים פליליים חלופיים ממוקדים ומוגבלים בהיקפם. כך, באנגליה הוצע להסיר את העברה, בין היתר בשל קיומה של חלופה פלילית המגבילה ביטויים שמטרתם לעורר עוינות כלפי קבוצה מטעמים של צבע, גזע, לאום ומוצא לאומי ואתני;<sup>121</sup> באירלנד הוצע לבטל את העברה לאור קיומה של עברה שעניינה הסתה לשנאה. העברה אוסרת על ביטויים שמטרתם לגרום לשנאה כלפי קבוצות המזוהות, בין היתר, על-פי דת;<sup>122</sup> בקנדה הוגשה המלצה לביטול האיסור הפלילי, בעיקר בשל קיומו של סעיף פלילי אחר המטיל איסור על הסתה פומבית ועל עידוד ביודעין של שנאה נגד קבוצה, אשר הגדרתה כוללת גם קבוצות המזוהות ומאופיינות על-פי אמונתם הדתית של החברים;<sup>123</sup> המלצות לביטול האיסור הפלילי באוסטרליה הוגשו הן במישור הפדרלי והן במדינות הפדרציה שבהן עדיין קיים האיסור, והן כוללות המלצה לביטול כל ההתייחסויות להשמצת דת בחקיקה הפדרלית.<sup>124</sup> חשוב לציין שגם במדינות המשמרות את האיסור הפלילי, האיסור כולל התייחסות מסוימת באשר לסוג הביטוי האסור וסוג הרגש הנפגע, התורמת

וב-1957 נידונו עררים נגד החלטות שלא להעמיד לדין; באנגליה לא נרשמו בין 1922 ל-1977 מקרים של העמדה לדין בגין העברה, עת נדון עניין Lemon אשר הוגש כקובלנה פלילית פרטית. ב-1991 נדון ערר על החלטה שלא להגיש כתב אישום נגד הסופר סלמאן רושדי בעוון פגיעה ברגשות הדתיים המוסלמיים עקב פרסום ספרו 'פסוקי השטן'. הערר נדחה כיוון שכידוע עברת ביזוי הדת באמצעות ביטוי אינה חלה על חילול סמלי דת שאינם נוצריים ופגיעה ברגשותיהם של מוסלמים.

The Law Commission (Law Com. no. 145), **Criminal law – Offences against Religion and Public Worship** (London, 1985), pp. 28-29. 121

בין יתר נימוקיה, קבעה הוועדה הציבורית את עמדתה כי: 122

“there is no place for the offence of blasphemous libel in a society which respects freedom of speech.” Ireland, Law Reform Commission, **The Crime of Libel** (Consultation Paper, 1991).

Canada, Law reform Commission **Recodifying Criminal Law** (report 31, 1987). 123

יתרה מכך, הוועדה הפדרלית פסלה את החלופה של הרחבת איסור השמצת דת כך שיכלול הגנה על דתות אחרות בנוסף לנצרות מתוך ייחוס קושי מושגי ומעשי להעניק הגדרה מספקת למושג 'דת', וכן בשל חוסר ההצדקה שבהגבלת חופש הביטוי בהקשר זה. ראו: 124

Australia, Law Reform Commission, **Multiculturalism and the Law** (report 57), 1992, 7.59.

ליתר בהירות בתוכן האיסור לשם צמצום היקפו האפשרי – הן ביסוד העובדתי והן ביסוד הנפשי. כך, באיטליה (מדינה קתולית במוצהר אשר מדגישה ומבליטה את קרבתה לכס הקדוש) מוטל איסור פלילי על העלבת אדם המקיים פולחן דתי, תוך יצירת נסיבה מחמירה כאשר מדובר בהעלבתו של נושא תפקיד רשמי בממסד הדתי. בשווייץ, סעיף בחוק הפלילי שכותרתו הגנה על חופש האמונה והפולחן, מטיל איסור על זלזול קשה ומבזה באמונתו הדתית של אדם כחלק מהגנות נוספות על מימוש חופש הפולחן שלו.<sup>125</sup> לעומת זאת, החוק הפלילי בנורבגיה אינו מגן על רגשותיו של הפרט הדתי אלא על רגשות הקבוצה, וכחלק מן ההגנה על חופש הפולחן של עדות דתיות אוסר על פעולה או ביטוי מעליבים או פוגעים כלפי אמונה דתית או קבוצה דתית.<sup>126</sup> ולבסוף בפינלנד, החוק הפלילי מטיל איסור על ביזוי או העלבה של מה שנתפס קדוש בעיני קהילה דתית מוכרת.<sup>127</sup>

## 2. פרשנות האיסור הפלילי הנוכחי במשפט הישראלי

תהליך מעבר העברה מן הפקודה הפלילית המנדטורית לחוק העונשין הישראלי, מלמד כי שינויים ממשיים לא נעשו בה.<sup>128</sup> למעשה, השינוי היחיד

125 ראו סעיף 261 לחוק הפלילי השווייצרי:

“Whoever shall, publicly in a vile or despicable manner, offend, flout or scoff at the religious beliefs or creed of another person, in particular with the respect to belief on God... shall be subject to punishment by imprisonment for a maximum period of six months, or by fine.”

126 ראו סעיף 142 לחוק הפלילי הנורווגי:

“Anyone who, by word or deed, publicly insults or in an offensive or injurious way shows disdain for a religious creed permitted in this country, or for the dogma or worship of any religious community lawfully existed here, or is accessory thereto, shall be punished by fines, jailing or imprisonment up to six months.”

127 סעיף 2 בפרק 10 לקוד הפלילי קובע:

“Whoever publicly abuses or shames what is otherwise considered sacred by a religious community functioning in Finland shall be sentenced for breaching the sanctity of religion to a fine or to imprisonment for at most one year.”

128 סעיף 149 לפקודת החוק הפלילי (1936) קובע:

“כל אדם

א. המפרסם כל תמונה, ציור או כתב או דמות העשויים או מכוונים לחלל את רגשות

הדת או את האמונה של אנשים

ב. המביע במקום ציבורי או באזני אדם אחר כל מילה או הגה העשויים או המכוונים

לחלל את רגשות הדת או האמונה של אותם האנשים האחרים –



ביחס להתנהגות הנוגעת לרגשות הדתיים הוא החלפתו של הביטוי (היפה כשלעצמו) "לחלל"<sup>129</sup> המופיע בפקודה המנדטורית, בביטוי "לפגוע פגיעה גסה"<sup>130</sup> לפיכך, העברה אוסרת על פרסום ביטויים הפוגעים או מסוגלים לפגוע במידה 'גסה' ברגשותיהם הדתיים של אחרים או באמונתם, ואוסר על השמעת ביטויים במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של אדם אשר יש בהם לפגוע פגיעה גסה ברגשותיו הדתיים או באמונתו. האיסור אינו כולל הגדרה ברורה של היסודות 'רגשות דתיים', 'אמונה דתית' ו'פגיעה גסה', הייחודיים לאיסור זה. חוסר האבחנה בין המונחים 'אמונה' ו'רגש' יוצר לכאורה בלבול נוסף המחייב לא רק להגדיר את היסודות אלא גם לברר את ההבחנה ביניהם. ועם זאת נראה שלמעשה אין הבחנה עניינית ומהותית בין היסוד 'אמונה דתית' לבין היסוד 'רגש דתי' ולשם פישוט הדברים אפשר להתייחס ליסוד 'רגש' בלבד.<sup>131</sup> בהקשר זה מתעורר חוסר בהירות נוסף שעניינו זיהוי האובייקט המוגן באמצעות העברה, שהרי בחלופה השנייה, שעניינה ביטויים בעל פה, מוגנים רגשותיו של אדם דתי קונקרטי – זה שבתחום שמיעתו הובע הביטוי, ואילו בחלופה הראשונה, העוסקת בהגנה על 'אחרים', ייתכן שמדובר ברגשותיה של הקבוצה הדתית כולה או של אחדים ממנה. ראשית, לא ברור שיש מקום להבחין לעניין זה בין ביטוי בעל פה לבין פרסום אחר.<sup>132</sup> שנית, אם אין מדובר בצירוף כמותי של פגיעה רגשית במספר אנשים אלא

יואשם בעוון ויהיה צפוי למאסר שנה אחת."

סעיף 173 לחוק העונשין קובע:

"העושה אחת מאלה, דינו – מאסר שנה אחת:

(1) מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים;

(2) משמיע במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של פלוני מלה או קול שיש בהם כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים."

129 לביטוי זה יש גם קשר ברור יותר לפגיעה בחופש הפולחן הדתי.

130 שינוי נוסף הוא החלפת התיבה 'עשויים או מכוונים' או 'עשויים או שמגמתם' (כפי שתוקן מאוחר יותר) בתיבה 'שיש בו כדי' בעל הנופך האובייקטיבי יותר. וראו להלן השימוש שעושה השופט אור ביסוד זה לצורך הניתוח המשפטי שהוא עורך בעניין **סוסצקין**, לעיל הערה 31, עמ' 303-304.

131 למעשה, לא נראה שישנם ביטויים הפוגעים ביסוד הראשון מבלי שיפגעו ביסוד האחרון. ראו גם עמדתו של סטטמן, שלפיה אין זה סביר שכוונתו של האיסור הוא ביטויים שעניינם פגיעה באמונה במובן של הפרכת עיקרי הדת, ועל כן לא נראה שמתקיימת הבחנה ממשית בין שני היסודות. סטטמן, לעיל הערה 60, עמ' 176.

132 לא ברור מדוע נדרשת דווקא החמרה בפרסום כתוב אשר אינו נתפס לכשעצמו חמור יותר מפרסומים בעל פה. ייתכן שהסיבה לכך היא שבביטוי בעל פה יש סכנה גדולה יותר להביא להתפרצות אלימה.

בהחמרה איכותית לכאורה של הגנה על הקבוצה ולא על היחיד, מתעורר קושי עקרוני כיוון שכלל לא ברור אם ניתן לייחס את הפגיעה הרגשית, שמטבע הדברים היא בעלת היבט אישי ואינטימי מכוח הגדרתה, לקבוצת בני אדם.

על-פי פשוטו של האינטרס, האינטרס המוגן באמצעות האינטרס הוא רגשותיו הדתיים או אמונתו הדתית של האדם שאליו הופנה הביטוי.<sup>133</sup> ואומנם המחקר מתיישב עם ניסיון החיים המלמד שהנטייה לחוש תחושות לא נעימות נוכח ביטויים היא נטייה אנושית רווחת,<sup>134</sup> בעיקר בקרב קבוצות ופרטים המשתייכים לחלקים החלשים יותר בחברה מבחינת קרבתם למוקדי הכוח הקולקטיבי.<sup>135</sup>

המחוקק הישראלי, בהמשך לתפיסה המנדטורית, בחר להעניק לאינטרס ההגנה על רגשותיו הדתיים של אדם משקל כבד אל מול הזכות הנגדית למימוש חירות הביטוי. ואם לא די בכך, הרי שהמחוקק דאג להבליט את הגבלתו של חופש הביטוי בכך שיצא מעבר להגדרה הרגילה של 'פרסום'.<sup>136</sup> יתר על כן ובאופן חריג, המחוקק כלל בין סוגי הביטוי האסורים גם ביטוי שאינו בעל משמעות מילולית כלל ('יקולי' להבדיל מ'מילה'). זאת ועוד, על-פי הוראות הסעיף די בכך שהביטוי הגיע לאוזניו של הנפגע בלבד על מנת להצדיק

133 ראו להעיר בהקשר זה כי "פעמים רבות, פעולות לגיטימיות לחלוטין המצויות בגרעין הקשה של חירות [הביטוי] עלולות לפגוע ברגשות הדת של אחר..." עניין **סוסצקין**, לעיל הערה 31, פסקה 14 בפסק דינו של השופט אור.

134 J. Cohen, "Freedom of Expression," **Philosophy and Public Affairs** 22 (1993), p. 207.

135 השוו סטטמן, לעיל הערה 60, עמ' 140.

136 לצורך כך די לעיין בסעיף ההגדרות בחוק העונשין על מנת להתרשם מהיקף הגבלת חופש הביטוי ומן החפיפה הקיימת בין שני חלקי סעיף 173 לעניין ביטוי בעל פה. ראו סעיף 34 כד לחוק העונשין: "פרסום"

"(1) בדברים שבעל פה – להשמיע מלים בפה או באמצעים אחרים, בהתקלות ציבורית או במקום ציבורי או באופן שאנשים הנמצאים במקום ציבורי יכולים לשמוע אותם, או להשמיען בשידורי רדיו או טלוויזיה הניתנים לציבור או להפיצן באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציען לציבור באמצעות מחשב;

(2) בפרסום שאינו דברים שבעל פה – להפיצו בקרב אנשים או להציגו באופן שאנשים במקום ציבורי יכולים לראותו, או למכרו או להציעו למכירה בכל מקום שהוא, או להפיצו בשידורי טלוויזיה הניתנים לציבור או להפיצו לציבור באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציעו לציבור באמצעות מחשב."

"פרסום" – כתב, דבר דפוס, חומר מחשב או כל מוצג חזותי אחר וכן כל אמצעי שמיעתי העשויים להעלות מלים או רעיונות, בין לבדם ובין בעזרת אמצעי כלשהו."

את הרשעתו של הדובר.<sup>137</sup> גישה חקיקתית זו מותירה בין גבולותיו של האיסור הפלילי, היקף רחב של סוגי ביטויים הנחשבים אסורים על-פי הוראותיו, שפרסומם מכתים את הדובר בסטיגמה פלילית. על-פי לשון הסעיף כפשוטה – כל פרסום ובכללו מידע עובדתי הכולל פרטי אמת, דעה המובעת בתום לב ובדרך נאותה, צילום אומנותי וכיו"ב – אסורים אם הם נושאים בחובם מטען הנתפס כשלילי והגורר עמו התעוררות רגשית עזה בקרבם של אנשים דתיים. על-פי הכללים המקובלים, בהיעדר הוראה אחרת, היסוד הנפשי הנדרש הוא של מודעות מצדו של המפרסם לטיב המעשה הכלול ביסוד העובדתי ולהתקיימות הנסיבות.<sup>138</sup> כלומר, לצורכי הרשעה די בכך שהמפרסם מודע לרכיבי היסוד העובדתי, ובכלל זה למשמעות הדברים כפגיעה אפשרית ברגשות דתיים, ואפילו אין הוא רוצה בהתממשות תוצאה זו.

לאחרונה נדרש בית המשפט העליון בפעם הראשונה לבחינה ישירה של יסודות האיסור הפלילי על ביטוי הפוגע ברגשות דתיים.<sup>139</sup> באותו עניין, הואשמה המערערת בכך שנתפסה מהלכת ברחובות העיר חברון – בחלק הנתון לשליטת הרשות הפלשתינית – ובאמתחתה כרוזים שהכינה מראש. בכרוזים אלה מופיע ציור של חזיר עוטה כפייה ודורך על ספר פתוח, כשהוא אוחז עיפרון באמצעות אחת מרגליו ורושם בספר. על דמות החזיר נכתב השם "מוחמד" ועל הספר היה כתוב "קוראן" בערבית ובאנגלית. על-פי קביעותיו של בית המשפט המחוזי המערערת הודתה בכך שביקשה להדביק את הכרוזים על כותלי חנויות בחברון כדי לפגוע ברגשות המוסלמים בני המקום.<sup>140</sup> עם זאת, מאחר שלא הוכחה השלמת היסוד העובדתי הנדרש לעברה, המערערת הורשעה על-ידי בית המשפט המחוזי, בין היתר, בניסיון לביצוע עברה של פגיעה ברגשות דתיים על-פי סעיף 173 לחוק העונשין.<sup>141</sup> נוכח היקפו של האיסור הפלילי ולאור הפרשנות המרחיבה שהוענקה בשנים

137 לשם השוואה, הרשעה בעברה הפלילית על-פי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע מחייבת שהפרסום ייועד לשני בני אדם נוסף על הנפגע. על-פי הוראות סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות נדרש שהדבר יגיע לידיעתו של אדם זולת זה שאליו כוון כתנאי להגדרתו פרסום בעל פה.

138 סעיף 20 לחוק העונשין.

139 עניין **סוסצקין**, לעיל הערה 31, עמ' 1.

140 ת"פ (ירושלים) 436/97 מ"י נ' **טטיאנה סוסצקין**, ת"ק-מח, כרד (4)97, התשנ"ז-התשנ"ח – 1082, 1997.

141 הסעיפים האחרים שהואשמה והורשעה בהם: עברות של מעשה גזענות על-פי סעיף 144ד1(א) לחוק העונשין בצירוף השחתת פני מקרקעין לפי סעיף 196 לחוק העונשין ועברה של תמיכה בארגון טרוריסטי לפי סעיף 4(ז) לפקודה למניעת טרור.

האחרונות להגנה על רגשות דתיים – בית המשפט הזכיר את הפסיקה הרואה ברגשות הדת חלק מן הסדר הציבורי<sup>142</sup> – נאלץ בית המשפט לנקוט יצירתיות שיפוטית לא מבוטלת על מנת לצמצם את גבולות העברה לממדים סבירים, אולם ספק רב אם הדבר עלה בידיו. התוצאה היא שבמידה רבה נותרה בעינה עמימותו של האיסור הפלילי; ומכאן – פגיעה קשה בעקרון הוודאות ובעקרון הבהירות הנגזר ממנו, והענקת תפקיד מרכזי יתר על המידה לשופט ולרשויות האכיפה במדיניות אכיפת האיסור.

השופט אור עמד על הבעייתיות הרבה הכרוכה בקיומו של איסור פלילי הנוגע להגבלת חופש הביטוי מטעמים של פגיעה ברגשות דתיים. הוא רמז על חוסר הנחת השיפוטית מן העברה: "...איסור פלילי רחב על פרסום אשר יש בו לפגוע ברגשות, לרבות רגשות דתיים, מצוי במסלול התנגשות חזיתי עם ערכיה היסודיים של מדינה דמוקרטית... הטלת מגבלה על התנהגותו של אחד, בשל העובדה שעצם התנהגותו זו סותרת את ערכיו של האחר, ולכן פוגעת ברגשותיו של האחר, אינה מתיישבת עם תפיסות היסוד של מדינה דמוקרטית... עמדה לפיה כל ביטוי אשר יש בו פוטנציאל לפגיעה ברגשות הדת ייפול לגדרה של עברה זו, חותרת תחת הזכות היסודית לחירות הביטוי". למרות זאת, וייתכן שלנוכח נסיבות המקרה הנדון, מצדיק בית המשפט את קיומה של העברה 'בנסיבות מסוימות'. לאור קביעתו ניגש בית המשפט למלאכת הפרשנות היצירתית שבמהלכה נשתלים יסודות חדשים אל בין מילות האיסור על מנת לצמצמו. בדרך זו קובע השופט אור כי מטרת האיסור היא מניעת פגיעות קשות 'ובלתי מוצדקות' ברגשות הדת. בנוסף, נקבע כי משמעות מילת התואר 'גסה' היא מאפיין מידתי המאפשר לשופט לאבחן בין רמות שונות של פגיעה רגשית ולקבוע שלא כל פגיעה ברגשות הדתיים מצדיקה הרשעה, אלא רק פגיעה 'בעלת עצמה ניכרת'. אם בית המשפט בעידן המוקדם של הפסיקה הישראלית הכיר במורכבות ובעדינות הסוגיה הרגשית והריסון העצמי הנדרש מבית המשפט מלהתערב בה, והבחין בין קטגוריות שונות של ביטוי, הרי שכאן נאלץ בית המשפט לייחס לעצמו יכולת להעריך את מידת עצמתה של הפגיעה הרגשית ולאורה את פליליות הביטוי. בניסיונו להבחין בין רמות שונות של חריפות הרגשות הבלתי רצויים המתעוררים עקב סוגים שונים של ביטויים,<sup>143</sup> מדגיש בית המשפט וקובע

142 ראו הדיון בהתפתחות הפסיקה המנהלית ומעמדו המיוחד של האינטרס להגנת הרגשות הדתיים, להלן עמ' 56.

143 ובית המשפט אף מצייין כי "אין עבירה פלילית בכל פגיעה ברגשות הדת, אלא רק מקום בו מדובר בפגיעה בעלת עצמה ניכרת".

שפגיעה רגשית העלולה להתרחש עקב מחלוקות ציבוריות המערבות סוגיות הקשורות בדת, שייכת לקטגוריה של 'פגיעה אשר יש להשלים עמה'. הרעיון של 'ערך חברתי פודה' כסייג לאיסור הוא אפשרי, אך לא כאמת מידה לחומרת הפגיעה ברגשות. אין (ולא יכולה להיות) כל ראייה רצינית לכך שפגיעה רגשית כתוצאה מוויכוח ענייני בסוגיות שבענייני דיומא או מפרסום עובדתי ומדויק גוררים בהכרח פגיעה רגשית שמידתה פחותה דווקא. לא ברור מהו הקשר שקושר השופט אור בין מידת ענייניות הדיון או חשיבות הנושא לבין חומרת הפגיעה הרגשית הנגרמת בגינו.

יתרה מזו, בניגוד למילות הסעיף, אך בהתאם לרוח הפרשנות המצמצמת, קובע בית המשפט כי לא כל פגיעה קשה תיחשב לאסורה אלא רק זו הגורמת נזק ל"אינטרס של בני אותה דת בכללותם להבדיל מפגיעה ברגשות דת של פרט זה או אחר". לעניין זה לומד בית המשפט שיעור מהחלטות קודמות של בית המשפט המשתייכות כולן לתחומו של המשפט המנהלי ונוגעות לסוגיה של מניעה מראש (באמצעות צנזורה) של ביטויים בשל פגיעה ברגשות, השונה מזו של האיסור הפלילי שהיה מושא הדיון המשפטי. יתרה מזו, למרות מטבע הפגיעה הרגשית – שהיא אישית ואינטימית – בית המשפט בוחר שלא להבהיר את הדרך שבאמצעותה ניתן ללמוד על פגיעה רגשית בקבוצה שלמה, מה גם שאין מדובר כאן ברגשותיהם של מרבית בני הקבוצה (אם אומנם ניתן למדוד עניין זה) אלא בהצמדת הרגש לקבוצה עצמה.

בדומה, בית המשפט יוצק לתוך האיסור הפלילי מבחן הסתברותי לבחינת פוטנציאל התממשות הנזק. זאת, תוך שהשופט אור (כדרכו באחדים מפסקי הדין)<sup>144</sup> מחווה נטייתו לעבר מבחן הוודאות הקרובה בלא להכריע בדבר 'בשל נסיבות העניין'.

עניינו של המבחן ההסתברותי הוא בבחינת מידת סיכויי ההשפעה של הביטוי על שומעיו. המבחן ההסתברותי מתרחק "...מהתבוננות בלעדית בעולמו הפרטי של הדובר או בתכנים המופשטים של הטקסטים, ובמקום זאת בורח את האופנים בהם משפיע הביטוי על עולם האמונות והדעות של קהל השומעים..."<sup>145</sup>, ובלשונו של השופט אור בעניין סוסצקין, "הפגיעה הפוטנציאלית הנדרשת ברגשות דת..." התכונה המהותית החשובה של המבחן

144 ראו למשל את פסק דינו בדנ"פ 1789/98 **מדינת ישראל נ' כהנא**, פ"ד נ"ד (5) 145, (149).

145 א' הראל, "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות ההתממשות של הנזק'", **משפטים** ל (התשנ"ט), עמ' 69, 83.

היא בחינת מידת הסיכוי שהביטוי יגרום לנזק בקרב הציבור שאליו הוא מכוון.

עקרונות היסוד של המשפט הפלילי מחייבים התקיימות נזק (פגיעה בערך חברתי מוגן) על מנת להצדיק את כינונו של איסור עונשי. השאלה היא, לכן, מהו הנזק שאותו מיועד האיסור הפלילי למנוע ולהעניש. לעתים הנזק שבגינו מוטל האיסור "...הוא נזק הנגזר באורח בלתי נמנע מקיומה של כוונה פסולה"<sup>146</sup> או מקיומו של טקסט בעל תכנים פסולים. לעומת זאת, לעתים הנזק שהחוק מבקש למנוע אינו מאפשר להניח הנחות כלליות בדבר הזיקה בין הביטוי לבין הנזק, ועל כן מתחייבת בחינה קונקרטיה של הנסיבות שבהן נאמר הביטוי.<sup>147</sup> בדיקת תוכן הביטוי במצורף לתודעתו של הדובר מתאימה יותר לבחינת סוג הנזק הראשון. ככל שקיומו של הנזק או של פוטנציאל הנזק הוא תוצאה טבעית או הכרחית של הביטוי, ראוי לוותר על המבחן ההסתברותי ולהסתמך על מבחני תוכן ותודעה המתיישבים עם עקרונות היסוד של המשפט הפלילי ועם תפיסת הניתוח הקלאסי של העברה הפלילית. אם הדבר אינו אפשרי, אין מנוס מהתניית האיסור בהתרחשות של תוצאה מזיקה (בפועל או בכוח), במקרה זה הפגיעה הממשית ברגשות או סיכון קונקרטי שפגיעה כזו תתרחש.

השופט אור שואב לתוך האיסור הפלילי על פגיעה ברגשות דתיים מבחן הסתברותי, בלא להתעכב על מאפייניו של זה, ובעיקר בלא לבחון את מידת הצורך וההצדקה במבחן מסוג זה לצרכיו של הסעיף. השופט מבחין בין דברים אשר טמון בהם "פוטנציאל נמוך לפגיעה ברגשי דת... או שפוטנציאל הפגיעה הוא גבוה אך הפגיעה הצפויה אינה קשה..." וכל ההבחנות הללו מונחות לפתחו של בית המשפט, שכן לפי השופט אור אין מדובר בעניין של מומחיות מקצועית. נוכח תפיסה זו, המתיימרת לקבוע רמות שונות של פגיעה רגשית ומעמד לבית המשפט בהכרעה בקשר למידת החומרה של הפגיעה הרגשית 'המוצדקת בנסיבות העניין' – כאשר הכול בתחום הפוטנציאלי ולא הממשות – עומד המתבונן משתאה. האם ההבחנות הדקות הללו, המתייחסות לעולמו הפנימי של הנפגע (ועוד יותר – לעולמה הפנימי של הקבוצה הנפגעת, תהא משמעותו של מינוח זה אשר תהא), ניתנות ליישום ומי יוכל לקחת על עצמו את האחריות בדבר קביעה שכזו?! האם ההבחנות

146 ליתר דיוק – פרסום המלווה בכוונה פסולה, ולא כוונה פסולה כשלעצמה.

147 הראל, לעיל הערה 145, עמ' 84.

הללו מאפשרות למי שעומד להתבטא לשוות לנגד עיניו את התחום האסור?! נוכח קביעתם של חלק משופטי בית המשפט בעניין אחר כי יש לשלול את עצם קיומו של מרכיב הסתברותי אובייקטיבי בעברת ההסתה לגזענות, קשה להבין מדוע מסר גזעני אינו צריך להימדד בהתאם לפוטנציאל הסיכון הטמון בו בעוד שמסר אנטי-דתי מחייב תוספת של מבחן הסתברותי.<sup>148</sup> נוכח הוספת המבחן ההסתברותי ליסודות העברה הפלילית גוברת ההשתוממות נוכח עמדתו של השופט גולדברג המסכים עם חוות הדעת של השופט אור מבלי להוסיף דבר. שהרי היה זה השופט גולדברג שהעיר, בפסק דין מנהלי שהפגיש בין סוגיות של חופש הביטוי ופגיעה ברגשות דתיים, כי "מבחן הסתברותה של סכנת הפגיעה הנו מחוץ לגדר דיוננו במקרה זה... כשניתן לנו לקבוע בדרך בלתי אמצעית... אין אנו נזקקים להערכת הסתברותה של הפגיעה. עיננו רואות ואוזנינו שומעות אם פגיעה כזו קיימת או שאינה קיימת".<sup>149</sup> כך גם בפסק הדין בעניין **כהנא** ציין השופט גולדברג כי "כיוון שההליך הפלילי מתנהל בדיעבד, והפרסום מצוי לנגד עיניו של בית המשפט, אין הוא נזקק למבחני הסתברות חיצוניים, ובידו לקבוע אם הפוטנציאל האמור קיים בפרסום אם לאו, על פי הערכתו הוא".<sup>150</sup>

נראה כי בית המשפט כמעט נאנס ליצור שסתום נוסף, מוקשה ובעייתי, כדי לצמצם במידת מה את היקפו העצום של האיסור הפלילי במתכונתו הקיימת. אלא שאימוצו של השסתום האמור אינו מסייע לקידום עקרון הוודאות והבהירות של המשפט הפלילי. לאור קשיותו הרבה של האיסור, היה מיטיב בית המשפט לעשות אם היה מדגיש את הצורך הדחוף בהתערבות של המחוקק, אולי אף במקום לנסות לתקן בדרך ההלכה הפסוקה את מה שאיננו ניתן לתיקון מוצלח בדרך זו.

148 ראו מ' קרמניצר, "פרשת אלבה: יבירור הלכות הסתה לגזענות", **משפטים** ל (התשנ"ט), עמ' 93, 97.

149 בג"ץ 806/88 **יוניברסל סיטי סטודיו אינק נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות** פ"ד מג(2) 22 (להלן עניין יוניברסל). ניתן להצטער על כך שהשופט אור אשר שילב ציטטה זו בחוות דעתו קיצץ את ראשה. בדרך זו ניטל העוקץ מן העמדה וניתן לחשוב כי יש בה משום הסכמה לעמדתו התומכת בקיומו של מבחן הסתברותי והענקת מלוא שיקול הדעת לשופט בהכרעת המבחן.

150 ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, עמ' 559.

## ד. פסיקה מנהלית בעניין פגיעה ברגשות

חשוב להדגיש כי עד לאחרונה, ניתנו כל פסיקותיו של בית המשפט שדנו בסוגיית התעוררותם של רגשות בלתי רצויים<sup>151</sup> בפסקי דין מנהליים של בית המשפט הגבוה לצדק, תוך שלעתים הובעה התייחסות שיפוטית מפורשת ליסודות העברה הפלילית, ולעתים אחרות נלמד היחס השיפוטי לפגיעה נטענת ברגשות ללא הזדקקות לעברה הפלילית. יתרה מזו, פרשנות הסעיף הפלילי אשר ניתנה בפס"ד **סוסצקין** נסמכת בנקודות חשובות על אבחנות שיפוטיות שנקבעו ביחס לנומרות מן המשפט המנהלי. בית המשפט בעניין סוסצקין נסמך על פרשנויות שעלו בג"ץ בנוגע לאיסור הפלילי ומשמעותו. כמו כן, האיזון שבית המשפט מציע בעניין סוסצקין מתייחס לקביעות בג"ץ בנוגע לאיזון שהוצע בתחומים מנהליים.<sup>152</sup> לדעתנו, כדי ליצור תמונה מלאה בסוגיית ההגנה על רגשות דתיים, אין לפסוח על פסיקת בג"ץ בנושא, אף אם היא אינה עוסקת במישרין באיסור העונשי.

סוגיית היחס בין המשפט המנהלי לבין המשפט הפלילי ולהפך, חורגת מנושא הדיון שלנו. עם זאת, ועל אף הקשר הקיים בין פסיקה זו לבין האיסור העונשי, יש להדגיש את ההבדלים המושגיים בין המשפט המנהלי למשפט הפלילי הנובעים, בין היתר, ממטרות ההליך המשפטי, מן הצדדים להליך, מהאינטרסים שלהם ומטרותיהם ומן התפקיד שממלא בית המשפט. הבדלים אלה צריכים להציב תמרור אזהרה לפני פרשנות המשפט הפלילי אשר נסמכת על הדין המנהלי, ולחייב את השופט הפרשן בהצדקה מיוחדת לעניין זה.

עיון בפסיקה המנהלית המוקדמת של בית המשפט מצביע על נטייה לריסון בקבלת טענות בדבר פגיעה ברגשות כטיעון בעל תוקף ומשקל להגבלת חופש הפעולה. בית המשפט העליון של ראשית שנות ה-60 דחה בדרך זו עתירה למניעת מתן רשיון עסק בשל פגיעה נטענת ברגשות משום ש"**ההקפדה על הטעם הטוב וההתחשבות ברגשותיו של הזולת, הם מן העניינים המסוריים לרוח התבונה והסובלנות ההדדית של חלקי האוכלוסייה השונים ואין הם בתחום השיקולים המשפטיים החייבים להדריך את מועצת העירייה בהחלטותיה...**"<sup>153</sup> באותו אופן ביטל בית המשפט החלטה של

151 רגשות בכלל ורגשות דתיים בפרט.

152 לדוגמה עניין **סוסצקין**, לעיל הערה 31, עמ' 305-306.

153 בג"ץ 357/61 **טטליס נ' ראש העיר הרצליה**, פ"ד טז(2) 902, 904, עמדת השופט לנדוי.



רשם החברות שלא להתיר רישום חברה בשם "סרטי הכותל בע"מ". רשם החברות נימק את החלטתו מהטעם שיהיה בכך זלזול בערכים הדתיים הלאומיים של עם ישראל ותיגרם פגיעה ברגשות. החלטת הרשם נפסלה תוך שבית המשפט מדגיש את הבעייתיות הטבועה בבחינת פגיעה נטענת ברגשות כחלק ממבחן משפטי: **"המושג רגשות הציבור הוא בעל משמעות רחבה והנושא עצמו רגיש ביותר. לא קל לקבוע מה כן ומה לא יפגע ברגשות הציבור והדבר תלוי בנסיבות המקרה ובהקשר העניינים שבהם השאלה מתעוררת..."**<sup>154</sup> על ידי בית המשפט הוכר בשלב זה כתחום מורכב ועדין, אשר דומה במשהו להתנהלות פיל בחנות חרסינה, ועל כן יש לנהוג בו משנה זהירות. זאת ועוד, כשבית המשפט נדרש לאזן בין חופש פעולה לבין פגיעה ברגשות דתיים, הוא מיעט בחשיבותו של האינטרס שנועד להגן על הרגשות. כך, בית המשפט פסל החלטה של עיריית ירושלים שלא להעניק רשיון עסק לממכר אביזרי מין משום חששה לפגיעה קיצונית ברגשותיו של הציבור הדתי עד כדי סיכון שלום הציבור מצד הנפגעים ברגשותיהם.<sup>155</sup> בהקשר זה קבע בית המשפט כי פגיעה ברגשות הדתיים אינה מעוררת כשלעצמה פגיעה בשלום הציבור. לכל היותר עלולה להיגרם פגיעה מסוג זה עקב תגובה אלימה של מי שנחשפו לפגיעה הרגשית.<sup>156</sup> המסר החברתי אשר יכול להילמד מעמדתו של בית המשפט הוא שפגיעה ברגשות שאין בצדה חשש להפרת השלום אינה חמורה דיה להצדקת התערבות שיפוטית להגבלת ההתנהגות.<sup>157</sup>

ערעור על תפיסת ההעדפה העקרונית של חופש הביטוי (בהקשרים מסוימים לפחות) על פני האינטרס הטמון בהגנה על רגשות דתיים נעשה ביפרשת קינן. בעניין זה נפסל מחזה להצגה פומבית דווקא בשל קבלת הטענה כי טמונה בו פגיעה ברגשות דתיים, הגם שהוכרה החשיבות הציבורית של הביטוי האמנותי (בדומה לחשיבותם של סוגי ביטוי אחרים).<sup>158</sup> בית

154 בג"ץ 124/70 **כוכבי שמש נ' רשם החברות**, פ"ד כה(1) 505, 515, עמדת השופט עציוני.

155 בג"ץ 230/73 **ש.צ.מ. נ' ראש עיריית ירושלים**, פ"ד כח(2) 113.

156 ראו דברי השופט י' כהן: "נותר הנימוק של "מניעת סכנות לשלום הציבור". ברור שבמילים אלה לא התכוון המחוקק לשמירה על ערכי המוסר... אלא התכוון לענייני בטחון הציבור פשוטו כמשמעו..." על-פי הדוגמה, החלטה המגבילה את חופש הפעולה של אדם שעלולה לגרום פגיעה ברגשות דתיים היא סבירה כאשר יש חשש ממשי שכתוצאה מכך יקום הציבור הנפגע ויגרום להפרות סדר אלימות. **שם**, עמ' 122.

157 לעניין הקושי להגביל את חופש הביטוי מטעמים של חשש לאלימות – ראו עמ' 54.

158 בג"ץ 351/72 **עמוס קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד כו(2) 811.

המשפט, מפיו של השופט לנדוי, הכיר בחשיבותו של חופש היצירה האמנותית ובמטרותיו הציבוריות המתבטאות ב"מתיחת ביקורת על תופעות חברתיות שליליות". עם זאת, קבע בית המשפט שיש לאזן זכות זו מול חובתו של האמן "שלא לפגוע פגיעה גסה ברגשותיו הדתיים של הזולת". חובה זו, שנלמדה על-ידי בית המשפט מן החוק הפלילי, נתפסה על-ידי כחובה משפטית לכל דבר. היא נגזרת מחובת הסובלנות ההדדית בין אזרחים חופשיים בעלי אמונות שונות, "שבלעדיה לא תיתכן שום חברה דמוקרטית מגוונת". עקרונות הדמוקרטיה שבעניין 'וגנאר' שימשו, כזכור, טעם להעדפת חופש הביטוי על פני רגשות הדת הפגועים, שימשו כאן להעדפת הרגשות על הביטוי. יתר על כן, בית המשפט בחר לבחון את נוסח המחזה "חברים מספרים על ישר" לאור יסודות האיסור הפלילי על פגיעה ברגשות דתיים. לצורך כך נקט בית המשפט במבחן תוצאתי רחב לאור לשון האיסור ואשר מתבסס על משמעות תוכנו של הביטוי באופן אובייקטיבי תוך התעלמות מהמניע הסובייקטיבי. לפי מבחן זה, "הרושם שהדברים אשר פורסמו עשויים לעורר בלבו של בעל האמונה הדתית" הוא שיוצר את ההצדקה להגבלת הביטוי.<sup>159</sup> ההקשר האומנותי של הביטוי והמרכיבים הנובעים מכך והמשוויים עומק ומורכבות המרחיקים את הטקסט מן המשמעות המידית של השפה, נדחו על-ידי בית המשפט, שהעדיף לבחון את הדברים על-פי "שכלם הפשוט" של הצופים, כלשונו. המסקנה השיפוטית נוכח קריאת המחזה מנקודת מבט זו היא שמדובר ב"...תערובת דוחה של חילול האמונה הנוצרית עם ניבול פה..." על-פי בית המשפט האיסור הפלילי מתיר אמנם, "...לסופר או למחזאי להצליף כאוות נפשו בשוט הביקורת או הסאטירה בכהני דת שחטאו...אך הצגת האל עצמו על הבמה באופן המבזה את רגשות המאמינים היא מעבר לגבול המותר אצלנו על פי דין".<sup>160</sup> השופטים קובעים כי אין להתערב במקרה זה בשיקוליה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות כאשר היא סוברת כי המחזה מהווה "הפרה ברורה של הוראת עונשין מפורשת בחוק החרות".<sup>161</sup> לזכותו של בית המשפט יש לומר שקביעתו ניצבת על בסיס קריאת יסודות העברה הפלילית כפשוטם. אולם, לאור בחירתו במבחן משמעות הביטוי

159 שם, עמ' 817.

160 שם, עמ' 814.

161 ראו עמדת השופט לנדוי, שם, עמ' 814 וראו עמדת השופט עציוני, שם, עמ' 816, אשר מסכימים כי הצגת המחזה בפומבי תהווה הפרה של העברה הפלילית האוסרת על פגיעה ברגשי דת.

ונקיטת פרשנות טקסטואלית פשטנית מזכירה התוצאה את תפיסת בתו המשפט של אנגליה במאה ה-17. בית המשפט הצדיק הענקת הגנה על סמלי הדת ככאלה ובראשם האל, תוך הגבלתו של חופש הביטוי ללא קשר לסוג הביטוי או למטרות הפרסום. מסקנת השופטים, שניתן להבינה כרומזת על פליליות הביטוי בנסיבות אותו מקרה, מסייעת בהצגת הבעייתיות הקשה הטמונה בהותרת העברה הפלילית כפי שהיא.<sup>162</sup>

בפסק דין **לאור** נבחנה שוב סמכות המועצה לביקורת סרטים ומחזות לפסול הצגתו של מחזה.<sup>163</sup> השופט ברק קבע כי סמכויות המועצה כוללות את הסמכות לפסילת ביטוי אומנותי הפוגע באינטרס החברתי של שמירת הסדר הציבורי שהוא "מעקרונות היסוד של משטרנו". בעיניו של השופט ברק, מה שקובע הוא מבחן לאיזון בין חופש הביטוי והפגיעה בסדר הציבורי, שלפיו נדרשת ודאות קרובה כי המחזה יביא לפגיעה קשה וחמורה בסדר הציבורי על מנת להשיג את חופש הביטוי מפניו.<sup>164</sup> השופט ברק בוחן לאור מבחן זה גם את האיזון בין הפגיעה ברגשות שתיגרם בשל הצגת המחזה מול חופש הביטוי. לפיכך, השופט ברק תופס את הפגיעה ברגשות כחלק מהסדר הציבורי. השופט ברק חוזר על היות ההגנה מפני פגיעה ברגשות דתיים חלק מהיאני מאמין של מערכת המשפט הישראלית וחלק מההגנה על היסוד הציבורי, אף בהזדמנויות אחרות. השופט ברק לומד זאת, בין היתר, מהוראות סעיף 173, לדוגמה: **"...המשפט הישראלי אינו מגן רק על חופש הביטוי. הוא מגן על מערכת נוספת של ערכים, היקרים ללבנו, והמשקפים את "היאני מאמין" שלנו: על כן מגן המשפט הישראלי על... רגשות הציבור. אנו למדים על כך מעצם מהותו כמדינה דמוקרטית... מסקנה זו מתחזקת מהוראות שונות בחקיקה שלנו. כך, למשל... פגיעה ברגשות הדת (סעיף 173 לחוק העונשין)..."**<sup>165</sup> השופט ברק, כמו הנשיא אגרנט, גורס אפוא, שרגשות הדת הם חלק מן הסדר הציבורי. אך בעוד

162 לעניין זה חשובים דבריו של השופט עציוני המסכים לחוות דעתו של השופט לנדוי, שדי בכך שהמחזה פוגע ברגשות הדתיים של הנוצרים, על מנת שהצגתו תהווה הפרה של הסעיף הפלילי של פגיעה ברגשות דתיים. השופט מוסיף "...תהא דעתנו מה שתהא על הצורך בצנזורה ספרותית, לא בידינו ההכרעה בענין זה אלא בידי המחוקק". ראו **שם**, עמ' 817.

163 המחזה "אפרים חוזר לצבא" שעניינו השליטה והשימוש בכוח כפי שבאים לביטוי במישורים שונים ביחסים בין-אנושיים.

164 בג"ץ 86/14 **לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא(1) 421, 438.

165 בג"ץ 399/85 **ח"כ מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא(3) 255, 287.

שתפיסתו של הנשיא אגרנט להצדקת ההגנה על רגשות דתיים כחלק מן ההגנה על הסדר הציבורי נוגעת ישירות לסוגיית מימוש חופש הדת והפולחן במקומות המיועדים לכך, היסדר הציבורי של השופט ברק בהקשר של סמכויות הגבלת הביטוי הנתונות למועצה לביקורת סרטים ומחזות הופך לימושג סלי רחב היקף הכולל בחובו אינטרסים שונים. הצבת האינטרסים באותו מישור ותחת קורת גג מושגית אחת אינה מסייעת, ועלולה אף להזיק, לדעתנו, באומדן חומרת הפגיעה בערך חברתי הנגזרת מהפרתם. סיווגה של פגיעה תחת הכותרת 'פגיעה בסדר הציבורי' עלולה להקנות לה מראית של חומרה אשר אינה מצויה בה בהכרח. התוצאה תהא איזונים פגומים בין אינטרסים, יצירת זהות בין פגיעות שאינן זהות והסגת זכויות ואינטרסים כאשר אין מקום לעשות כן. בית המשפט חזר וקיבל את העמדה שלפיה הסדר הציבורי הוא "מושג הכולל גם פגיעה ברגשות הדת", בעתירה נגד פסילת הסרט "הפיתוי האחרון של ישו" להקרנה פומבית (הפסילה נומקה בכך שהצגת הסרט "...תפגע קשה ברגשות הדתיים ובאמונתו של הציבור הנוצרי").<sup>166</sup> באותו עניין חזר השופט ברק והבהיר כי רגשות, ובהם רגשות דתיים, הם ערכים חברתיים שפגיעה בהם יכולה להצדיק את הגבלת חופש הביטוי באמצעות המשפט:<sup>167</sup> **"ברשימה ארוכה של פסקי דין הכיר בית משפט זה בפגיעה ברגשות (דת, שכול ואחרים) כפגיעה בערכים המצדיקים עקרונית שימוש בסמכות המועצה לביקורת שנועדה להגביל את חופש הביטוי... רגשות הציבור הינם ערכים, אשר המועצה לביקורת סרטים, הפועלת במסגרת צנזורה על סרטים, צריכה להתחשב בהם, ופגיעה ברגשות עשויה להצדיק הגבלה של חופש הביטוי".**<sup>168</sup>

תפיסתו זו של בית המשפט, המייחסת לאינטרס ההגנה על רגשות משקל ערכי יסודי המצדיק את הגבלת חופש הביטוי וחופש הפעולה בנסיבות מתאימות (ואשר נשענת על קיומה של העברה הפלילית), זכתה להכרה במספר

166 עניין יוניברסל, לעיל הערה 149, עמ' 55. הנשיא שמגר חזר על העמדה וגזר את החובה המשפטית להגן על רגשות דתיים מפגיעה משום ש"סובלנות דדית בין אנשים בעלי השקפות, דעות ואמונות שונות, היא תנאי יסוד לקיומה של חברה דמוקרטית חופשית ופגיעה חמורה ברגשות איננה מתיישבת עמה..."

167 אולם ראו ביקורתו של סטטמן המתקן כי האינטרס הנפגע אינו הרגשות עצמם אלא הסמלים, האמונות והערכים הדתיים שבהם עוסק הביטוי הפוגע. הפגיעה הרגשית היא תוצר הפגיעה באמונות היסוד של האדם הדתי ואינה מהווה ערך כשלעצמה. סטטמן, לעיל הערה 60, עמ' 138.

168 שם, עמ' 137.

רב של פסקי דין. במרבית המקרים, הסתפק בית המשפט במבחני האיזון בין אינטרס זה לבין אינטרסים נוגדים בלא שנבדק לעומק תוכנו של האינטרס החברתי להגנה מפני התעוררות רגשות בלתי רצויים. כמו כן, לא נבדקה מידת הצדקת ההגנה על אינטרס זה באמצעות המשפט, ובעיקר לא נבדק ההיקף הראוי של ההגנה. ייתכן שהטעם לכך נעוץ בעובדה שבכל אותם עניינים שהתבררו במסגרת המשפט המנהלי ניגפו הטענות בדבר פגיעה באינטרס הרגשי מפני האינטרסים הנוגעים למימוש חופש הפעולה וחופש הביטוי.<sup>169</sup> עם זאת, חשוב לציין בהקשר זה שינוי המסתמן בפסיקת בית המשפט העליון שהכריע לאחרונה בעד הגבלת חופש התנועה של אדם – במקרה זה השימוש ברכב בשבת באחת הדרכים הראשיות בירושלים – על מנת להגן על רגשותיו הדתיים של הציבור המתגורר בסמוך.<sup>170</sup> באותו עניין חזר וקיבל בית המשפט את עמדת הנשיא ברק, שלפיה רגשות דתיים נכללים בתוך ערך הסדר הציבורי, אשר מדינה דמוקרטית רשאית ואף חייבת בנסיבות אותו מקרה להעדיף על פני אינטרסים אחרים המתנגשים בו.<sup>171</sup> חשוב לציין בהקשר שלנו כי בג"ץ הכיר באינטרס של האוכלוסייה החרדית ברחוב בר-אילן ללא התעמקות באפיון הרגשות האלו.<sup>172</sup> בג"ץ מקבל כי ישנה פגיעה באינטרס לגיטימי בנסיעה ברחוב בר-אילן אך אינו מבהיר מדוע נסיעה ברחוב זה, מבחינת הרגש הדתי, פוגעת יותר מאשר נסיעה בכביש שכן. נדמה לנו כי לא ניתן להתייחס לרגשות דתיים בלא להכיר במהותם הייחודית ולהתחשב במאפייניהם כאשר שוקלים אותם באיזון כלשהו, בהנחה שניתן או נכון לערוך איזון כגון זה. הנשיא ברק הדגיש כי אין לבלבל בין האינטרס להגנה על הרגשות הדתיים לבין האינטרס הנפרד ממנו של הגנה על חופש

169 ברשימת פסקי הדין הללו נכללים, בין היתר בג"ץ 953/89 **מאיר אינדור נ' טדי קולק ואח'**, פ"ד מה(4) 683 (הסרת שלטי מחאה פוליטית בשל פגיעה ברגשות); בג"ץ 93/606 **קידום יזמות ומו"לות נ' רשות השידור ואח'**, פ"ד מח(2) 1 (פסילת פרסומת בעלת רמיזות לשפה בוטה בשל פגיעה ברגשות); בג"ץ 4804/94 חברת **סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח'**, פ"ד נ(5) 661 (פסילת סרט הכולל סצינות מין ואלימות בוטים בשל פגיעה ברגשות); ולאחרונה בג"ץ 4644/00 **יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו ואח'**, פ"ד נד(4) 178 (פסילת פרסומת הכוללת רמיזות מיניות בשל פגיעה ברגשות).

170 ראו בג"ץ 5016/96 **ליאור חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח'**, ת"ק על, כרך 2(197), התשנ"ז-התשנ"ח – 1977, 611.

171 "הנה כי כן, בחברה שערכיה דמוקרטיים, ניתן לפגוע בזכויות אדם כדי להגן על רגשות האדם – לרבות רגשות דתיים ואורח חיים דתי – ובלבד שהפגיעה ברגשות היא מעבר לירמת הסיבולת, הנתפסת כראויה באותה חברה." **שם**, עמ' 634.

172 **שם**, עמ' 640.

הדת והפולחן.<sup>173</sup> תפיסה זו הולכת ומתרחקת מן הרציונל שציין הנשיא אגרנט. כזכור, על-פי הבנתו של הנשיא אגרנט, העברה נתפסה כנגזרת ישירה מחופש הדת והפולחן, ונועדה בראש ובראשונה לאפשר את מימוש חופש הפולחן והדת במקומות המיועדים לכך, ולפחות להגן על קדושתם הדתית של המקומות בעיני מאמיני הדת מפני חילול.

בפסק דין **גור אריה** דן בגי"ץ בעתירה של ארבעה תושבי צור כרמים שהצטלמו לתכנית "תיבת תעודה" המוקרנת בשבת.<sup>174</sup> לטענתם הם לא ידעו כי התכנית תשודר בשבת ועתרו כדי למנוע את השידור בערוץ השני. דעת הרוב אומנם קבעה כי רגשות הדת של העותרים נפגעים כתוצאה משידור זה, אך אין זו פגיעה המצדיקה פגיעה בחופש הביטוי של המשיבים. לשיטתם, פגיעה זו אינה "מעבר לסף הסיבולת של החברה הישראלית" ולכן אינה פגיעה ממשית וקשה. ניתן לראות, אם כן, כי בית המשפט אינו בוחן את הפגיעה ביחס לסובייקט הנפגע אלא בודק אותה לפי ההקשר החברתי המקובל כפי שרואה אותו בית המשפט. זאת על אף שדובר בעתירה של פרטים על הפגיעה האישית בהם. דומה כי סף הסיבולת של הנפגעים הוא אמת מידה הרבה יותר רלוונטית לעניין פגיעה ברגשותיהם, מאשר סף הסיבולת של החברה הישראלית.

השופטת דורנר בדעת מיעוט מסכימה עם הנשיא ברק בנוגע לנושא הפגיעה ברגשות הדת, אך לדעתה במקרה זה מופרת זכותם של העותרים לחופש הדת, וזאת משום שהנפגעים עצמם מופיעים בתכנית ולכן הם הופכים למחללי שבת. לעומתה, הנשיא ברק סובר כי "רק פגיעה שאינה מאפשרת לפרט לקיים את מצוות הדת והאמונה שלו, או לנהל את חייו כדתי, תיחשב לפגיעה בחופש הדת", ולדעתו אין הדבר מתקיים במקרה הנדון.

שאלת מהותו וגבולותיו של חופש הדת חורגת מנושא חיבורנו. נראה לנו כי ניתן היה להגיע למסקנת השופטת שבמיעוט גם תוך ראיית התנגשות האינטרסים ככזו שבין רגשות לבין חופש הביטוי. רגשות – רגשותיהם של הנפגעים שתפסו את הופעתם בשבת כסותרת את אורח חייהם ואת השקפתם הדתית, וחופש הביטוי – כאשר גם חופש הביטוי שלהם נפגע עקב

173 "יודגש: אינני סבור כי נסיעה בשבת ברחוב בר-אילן פוגעת בזכות החוקתית של כל אחד מבני השכונה לחופש דת. חופשיים בני השכונה לקיים את מצוות הדת. תנועת המכונות בשבת אינה שוללת מהם חופש זה, ואינה פוגעת בו. עם זאת, תנועת המכונות בשבת פוגעת ברגשות הדתיים של בני השכונה ובאורח חייהם הדתי". שם, פסקה 73 לחוות דעתו של הנשיא.

174 בגי"ץ 1514/01 **יעקב גור אריה ואח'** נ' **הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו ואח'**.

ההתעלמות מהתנגדותם לשדר את דבריהם בשבת, ואילו חופש הביטוי של המשיבים יכול היה למצוא את תקנתו בשידור התכנית שלא בשבת.

## א. הגנה על רגשות כאינטרס מוגן על ידי דיני העונשין

ראוי להזכיר את שאין לשכוח; מטרתו היסודית של המשפט הפלילי היא להציג את התפיסה החברתית המוסכמת הכוללת את תוכנם והיקפם של הערכים החברתיים החיוניים ואת אמצעי ההגנה עליהם.<sup>175</sup> המסמך החקיקתי הכולל את מגילת הערכים החברתיים המוגנים באמצעות המשפט הפלילי מסמל, לפיכך, את מאבקה של החברה לשמירה על ערכיה ואת מידת מחויבותה ונחרצותה להגן על ערכיה היסודיים מפגיעה.<sup>176</sup> תכליתו של הערך החברתי המוגן באמצעות המשפט הפלילי, היא להבטיח את התנאים הדרושים לקיומה ולהתפתחותה של החברה תוך מתן משקל מרכזי למקומו של הפרט, המהווה מרכיב מכוון ויסודי של החברה. ולפיכך, מטרת החברה והמדינה באמצעות המשפט הפלילי היא להבטיח שותפות חיים בין אנשים חופשיים, תוך הבטחת חירות אישית ויכולת מרבית למימוש עצמי לכול.

כידוע, ההוראה החוקתית קובעת את כלל היסוד שעל-פיו אין מגבילים את חירותו של אדם – בכל דרך.<sup>177</sup> ניתן לחרוג מכלל זה אך ורק בחוק ההולם את הערכים היסודיים, שנועד לתכלית ראויה ושאינו חורג לרעה מן המידה המתאימה.<sup>178</sup> בהתאם לתפיסת יסוד זו, ולאור עקרונות היסוד של המשפט הפלילי בצירוף חסרונותיו וחולשותיו הטבעיים, יש לחתור לריסון מרבי בהכללת התנהגויות במסגרת קודקס האיסורים הפליליים. זאת, משום שמדובר בנורמות המשפטיות החמורות והחריפות ביותר מבחינת הסנקציה המוטלת בגין הפרת איסור והסטיגמה שבעצם ההרשעה. הטלת איסור עונשי מוצדקת רק בהתקיים הכרח להגן מפני פגיעה חמורה באינטרסים החברתיים החשובים ביותר והחיוניים לקיום החברתי. זאת, הן כדי לא להביא לפגיעה לא חיונית או מופרזת בחירות, והן כדי שלא לשחוק את יתרונותיו של האיסור הפלילי ואת מהותו החמורה.

175 פלר, לעיל הערה 5, עמ' 1.

176 י' קרפ, "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם – קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", **הפרקליט** מב (התשמ"ה), עמ' 64, 67.

177 ראו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 5.

178 שם, סעיף 8.



מכאן הצורך בבחינה מדוקדקת של מהותו של האינטרס בהגנה על רגשות דתיים מפני פגיעה מילולית; ומידת התאמתו של האינטרס לשיקולים העקרוניים המנחים את החקיקה הפלילית. ראשית יש לבחון את מהותו של האינטרס המוגן עצמו – רגשות דתיים.

רגשותיו של אדם כמרכיב יסודי בנפש האנושית הם חלק מכוון ומהותי בתודעתו. אריסטו זיהה את חשיבותם הבסיסית של הרגשות לאדם, וקבע שהרגשות האנושיים הם מאפיין מהותי של האדם ככזה.<sup>179</sup> התפיסה הרווחת קושרת קשר הדוק וקרוב בין רגשותיו של אדם לבין מצבו הפיזי. בין אם הנפש והגוף חד הם ובין אם קיימת הפרדה ברמות שונות,<sup>180</sup> ברור שלרגשותיו של אדם יש השפעה מכרעת על מכלול חייו והתנהלותו בעולם, על מחשבותיו ועל פעילותו.<sup>181</sup> רגשות קשים משפיעים לרעה על מידת היכולת האישית לממש את הפוטנציאל האישי ולהגשים שאיפות ומאווים, כמו גם על ההסתכלות הפנימית ועל רמת הביקורת שמפעיל אדם כלפי עצמו. רגשות טובים, לעומתם, מחזקים את הביטחון העצמי ותורמים במידה ממשית ליכולת מיצוי הפוטנציאל. מכאן הנטייה הרווחת בקרב בני האדם להעדיף מצב רגשי חיובי ורצוי על פני מצב רגשי הנתפס כשלילי. המחקר מצביע על כך שהסבת רגשות בלתי רצויים עלולה, בהקשרים מסוימים, לגרום להשפעה שלילית בתחומים נוספים הקשורים בתודעתו של אדם, כגון פיחות בתפיסת הערך העצמי, פגיעה בביטחון העצמי ובמקרים חמורים אף ביכולתו הפיזית.<sup>182</sup> עדיין, ספק אם ביטוי יחיד יכול לגרום פגיעות ארוכות טווח ומשמעותיות, מלבד התחושה הרגשית השלילית. מובן שפגיעה רגשית עלולה להוביל לתגובה מצדו של האדם שנפגע, אם בדרך של ביטוי או של התנהגות

179 כתיבתו של אריסטו על הרגשות מהווה במידה רבה עד היום, בסיס ראשוני למחקר הפסיכולוגי ולמחקר בפילוסופיה של הנפש. דבריו של אריסטו בהקשרים אלה מופיעים בחלקים שונים של הגותו, בין היתר ב"אתיקה – מהדורת ניקומכוס", ב"פואטיקה" ובעיקר בחיבורו "על הנפש".

180 וההיפותזות לקשרים מורכבים בין הגוף והנפש רבים ומגוונים – אפינומנליזם, אינטראקציוניזם, אידאליזם, פאראליזם, אוקאזיונליזם, תאוריית האספקט הכפול או הרמוניה קבועה מראש וראו לעניין זה:

G. McCulloch, *The Mind and its World* (London, 1995); G. Re, *Contemporary Philosophy of Mind* (Oxford, 1997); R. Taylor, *Metaphysics* (Englenwood Cliffs, N. J., 3<sup>rd</sup> ed., 1983).

M. Stocker and E. Hegeman, *Valuing Emotions* (Cambridge, 1996), 181 pp. 243-264.

J. Cohen, "Freedom of Expression", *Philosophy and Public Affairs* 22 182 (1993), p. 207.

המבטאים את עצמת הפגיעה נוכח הביטוי הפוגע. חומרתן האפשרית של תגובות אלה יכולה להצביע על מידת הפגיעה הרגשית מנקודת מבטו של הנפגע. למרות חומרתן האפשרית של תגובות אלה, אין הן, ככלל, פועל יוצא הכרחי מן הפגיעה הרגשית, ובכל מקרה, מדובר בתופעה נפרדת (שידובר בה בהמשך), חיצונית להתעוררות הרגשית הבלתי רצויה – שהיא כאמור אירוע תודעתי מנטלי בלבד.

אסא כשר מסב את תשומת הלב להבחנה שבין פגיעה ברגשותיו של אדם לבין פגיעה באינטרסים אחרים – מוחשיים – שלו.<sup>183</sup> ההבחנה העקרונית בין פגיעה באינטרסים מוחשיים לפגיעה באינטרס הרגשי נוגעת לכך שפגיעה באינטרס מן הסוג הראשון גוררת את הקטנת מידתו של הנכס המוגן מן המצב שלפני הפגיעה למצב שאחריה. גרימת נזק לאינטרס של אדם בחירותו כרוכה בהקטנת השפעת רצונו על מעשיו ומצמצמת את הביטוי המעשי של חירותו; פגיעה בשלמות גופו של הזולת כרוכה ב'הקטנת' בריאותו ובהגדלת הסיכוי לפגיעה או למחלה, ופגיעה ברכושו של אדם גוררת הקטנת ערכו או מידתו של הרכוש. בכל אחת מן הדוגמאות, התמונה המצטיירת היא גרימת נזק לדבר הקיים ברשותו של אדם או לאדם עצמו. לעומת פגיעות באינטרס מוחשי, הפגיעה ברגשות היא פגיעה בעלת טיב שונה. ראשית, 'הפגיעה ברגשות' היא אירוע תודעתי מנטלי בלבד המתבטא בהרגשה רעה, מעין עלבון, מעין כאב – לעתים תעוקה ממש – לאדם. בעצם אין מדובר **בפגיעה** אלא **ביצירת** רגשות לא נעימים בקרבו של האדם המרגיש. פגיעה ברגשות אינה מסבה נזק לרגשותיו של אדם במובן שאינה מקטינה אותם ואינה פוגעת בערכם, "היא אף עשויה להעמיק אותם".<sup>184</sup> היא מרחיבה את הביטוי של הרגשות ולא מקטינה אותו. כלומר, פגיעה המתבטאת בהתעוררות רגשית בלתי רצויה אינה פוגעת במובן המקובל של האפיון. היא אף עשויה להגדיל את ערכם של הנכסים הכלולים באינטרס הלא מוחשי בעיניו של הנפגע. דניאל סטטמן נוקט גישה החלטית אף יותר בהקשר לרגשות דתיים: "בני אדם דתיים נוטים להתחזק דווקא באמונתם וברגשותיהם הדתיים לנוכח מה שהם תופסים כהתקפה וכפגיעה במקודש להם. במובן זה פגיעות מעצימות דווקא רגשות דתיים ומוסריים ואינן מחלישות אותם".<sup>185</sup> שנית,

183 אסא כשר, "פגיעה ברגשות וטובת הכללי", **משפט וממשל** ב (התשנ"ד), עמ' 289, 292.

184 **שם**, שם.

185 סטטמן, לעיל הערה 60, עמ' 135. אפשר שהדברים נכונים גם ביחס לרגשות הקשורים בלאומיות, מוצא אתני, השתייכות תרבותית וכד'.

קיים שוני באפיון המדויק של האינטרס הפגוע. מאפיין מרכזי לפגיעה באינטרסים מוחשיים של אדם הוא קיומם של מקומות קונקרטיים הניתנים לזיהוי שבהם מתרחשת הפגיעה. מכאן גם נגזרת היכולת לבחון באופן גרפי וברור למדי את התקיימות הפגיעה באינטרס ואת מידת הפגיעה והיקפה. לא כך ברגשות. באלה, אין בדרך כלל הצבעה על סוג הפגיעה או מיקומה המדויק. על התקיימותה של פגיעה אין לדעת, על-פי רוב, אלא מהנפגע. המשקיף יכול רק לשער האם הייתה פגיעה ומהי מידתה, ללא ידיעה אישית מכל סוג שהוא לגביה.

חשוב להדגיש הבחנה נוספת בין פגיעה באינטרס מוחשי ופגיעה באינטרס לא מוחשי. ככלל, עצם קיומה של פגיעה מן הסוג הראשון ניתן לזיהוי בדרך המנוטרלת מן ההקשר המיוחד והאישי של בעל האינטרס. פגיעה בחייו, בחירותו, בשלמות גופו או בקניינו של אדם אינה תלויה (או תלויה רק במעט) במאפייניו של האדם הקונקרטי הניצב בפנינו. יתרה מזו, ככלל, כל אדם עת ייקלע לאירוע הנבדק, יחווה פגיעה באותו אינטרס ממש. התנהגות דומה תגרום לפגיעה דומה באינטרס המוחשי. לעומת זאת, בדיקת מאפייני הפגיעה באינטרס הלא מוחשי הרגשי כלומר גרימת הרגשה לא נעימה, לא רצויה, מעין כאב נפשי או מועקה, תלויה במידה מכרעת במאפיינים אישיים ואישיותיים המשתנים בין אדם לאדם. כך, עצם התקיימות ההתעוררות הרגשית תלויה בקיומו של רקע ייחודי של האדם – דתיותו, לאומיותו, השקפת עולמו – המתאים למאפיינים הפוגעניים בהתנהגות הפוגעת. אדם שאינו דתי לא ייפגע מהתנהגות הפוגעת באדם דתי באותה דרך (אם בכלל).<sup>186</sup> גם אם עצם הפגיעה קשורה בהיבטים אובייקטיביים (היותו של אדם בן לדת מסוימת או לאום מסוים) הרי שבחינת מידת הפגיעה והיקפה מחזירה אותה לממדים סובייקטיביים, כגון מידת החשיבות שהאדם מייחס למרכיבים אישיותיים אלה. זו תלויה במידה רבה ביותר בו עצמו ובמרכיבי אישיותו הייחודיים,<sup>187</sup> יחסו והתייחסותו למשמיע או למפרסם ועוד. על מנת שתיגרם התעוררות רגשית שמידתה גבוהה והיקפה רחב צריך המאפיין הייחודי להיתפס על-ידי האדם כמכריע במכלול חייו. דהיינו, אלמלא היה מי שהוא ואלמלא מילא יסוד מרכזי זה תפקיד מכונן בהווייתו, לא היה חש

186 אם באדם הדתי יתעוררו רגשות קשים אישיים וישירים באותו הקשר, עלול האדם הלא דתי לחוש תחושה לא נעימה הנגזרת מאותו מעמד, אולם אין ספק שהרגשות אשר יתעוררו בו אינם זהים באפיונם ולבטח לא בעצמתם.

J. Feinberg, **Offense to Others – The Moral Limits of the Criminal Law** (New York, 1984), pp. 27-35.

ברגשות בלתי נעימים במידה רבה ובהיקף רחב בהתרחש אותן הנסיבות.<sup>188</sup> מאפייני הפגיעה הייחודית תלויים, אפוא, באופן שבו תופס הנפגע את הנושא שהביטוי מתייחס אליו, ולעתים קרובות גם במידת החשיבות שהנפגע מקנה לפוגע ובמידת הרגישות שיש לנפגע מהשפעות חיצוניות. החיים מזמנים מצבים רבים ומגוונים, ובפרט כשהמדובר ברגש דתי. גם אורח חיים שגרתי שמנוגד לאורח חיים דתי יכול להוות פגיעה. נראה שניסיון להדביק מבחן אובייקטיבי כאן פוגע בעצם טיבו של האינטרס ומחטיא כל יכולת ממשית להעריך בפועל את מידת הפגיעה הקונקרטית והיקפה. בעיה זו מתעצמת נוכח העובדה כי המתבטא עשוי שלא להעריך נכונה את אישיות הנפגע ודרישה כזו ממנו היא על כן בעייתית.

כאמור, התנהגות המתאימה להיכלל במסגרת האיסור הפלילי היא זו ורק זו הפוגעת (או מסכנת) באופן משמעותי ערך הנתפס כחשוב וחיוני לתפקודה התקין של החברה ולהתפתחותה.<sup>189</sup> יודגש כי החוק הפלילי הקיים (באיסור לשון הרע) כולל בחובו הגנה על אינטרס של אדם שלא יפורסם אודותיו ביטוי שעלול לפגוע בשמו הטוב בעיני אחרים ולבזות אותו בשל זעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, מינו או נטייתו המינית, אם זו מטרתו של המפרסם. ההגנה **מפני פגיעה ברגשות**, המכוונת פנימה, מרחיקה לכת עוד יותר. החשיבות שמייחס אדם למצבו הרגשי, לאור האמור לעיל, מובנת וטבעית ועל רקע זה מובנת התפיסה שלפיה אנחנו מעדיפים שלא יתעוררו בנו רגשות שאינם רצויים לנו. אולם מן הצד השני, יש להדגיש שמדובר באינטרס למנוע התקיימות של אירוע מנטלי גרדא, כאשר ההגנה עליו מצריכה הגבלה ניכרת – בהיקף ובעצמה – על מימושו של חופש הביטוי, כפי שנראה בהמשך. לאור עקרונות דיני העונשין וצרכיה של חברה דמוקרטית, נראה שמוקד האיסור המבקש להגן על רגשות ככאלה מפני ביטוי, הוא רחב יתר על המידה. עמדה זו אינה כופרת בעצם חשיבותו של האינטרס הרגשי. עם זאת, אין מדובר באינטרס קיומי (בהשוואה לאינטרסים מוגנים אחרים). חשוב מזה: אין בפגיעה ברגשות (ובכלל זה פגיעה הנתפסת כחמורה במיוחד על-ידי הנפגע) את מידת החומרה מנקודת מבט חברתית, המתאימה להסדרה באמצעות המשפט הפלילי, בייחוד כשמדובר בפגיעה חד פעמית הנגרמת

188 הכותבים ערים לעובדה שהתעוררות רגשית בלתי רצויה כתוצאה מהתנהגות פוגעת ובה גם ביטוי, יכולה להיגרם שלא על רקע מאפייני אישיות אלה. עניין זה מעורר אמנם קשיים רציניים בהבחנה בין הצדקת ההגנה על אינטרסים לא מוחשיים אלה לבין הגנה על אינטרס לא מוחשי "סתם".

189 קרמניצר וגנאים, לעיל הערה 5, עמ' 10.

על-ידי אדם שאיננו נתפס על-ידי הנפגע כמשמעותי במיוחד. אין לסווג את השלווה הרגשית כאינטרס שפגיעה בו (כמתואר לעיל) פוגעת או מסכנת את תפקודה התקין של החברה ואת התפתחותה. למעשה, בספרות היסוד של המשפט הפלילי מקובל לקבוע כי התעוררות רגשות בלתי רצויים הוא מצב שככלל אינו מגיע כדי גרימת נזק לצורכי המשפט הפלילי ורק במקרים קיצוניים ניתן להצדיק הסדרה של פגיעה רגשית באמצעות דיני העונשין.<sup>190</sup> החיים מזמנים אין ספור סיטואציות המכילות פוטנציאל ממשי לפגיעה ברגשות מסוגים שונים, בייחוד בחברות הטרוגניות ורב תרבותיות. ניסיון להביא להגנה בחוק העונשין מפני פגיעות כאלו יביא בהכרח להגבלה עצומה של החירות.

לפיכך, אין מקום לאסור על פגיעה רגשית גרדא שאין בצדה נזק נוסף לאינטרס חברתי חשוב וחיוני הנלווה לה. עמדה זו אינה משתנה גם במקום שבו הפגיעה נעשית במטרה לפגוע ברגשותיו של אחר, בעיקר, משום שגם בהקשר זה, קיימת אפשרות להתקיימות ערך חברתי פודה. יש להיזהר מהגבלת יתר של ביטוי, אשר עלולה לפגוע במכלול האינטרסים החברתיים יותר מאשר להועיל.<sup>191</sup>

גם כאשר רואים ברגשות דתיים רגשות מכווננים שהפגיעה בהם קשה במיוחד, יש להביא בחשבון שגם הדברים הפוגעים עשויים לנבוע מהשקפת עולם מכווננת (אפיקורסית-כופרת, מרקסיסטית או פמיניסטית), והאיסור על השמעתם מהווה פגיעה קשה לא פחות.

בהקשר זה חשוב לעמוד על היחס בין האינטרס של אדם ברגשותיו והאינטרס שלו להגנה על כבודו כאדם. קיימת הבחנה בין שני האינטרסים.<sup>192</sup> למרות דמיון אפשרי בין האינטרס בהגנה על הכבוד והאינטרס בהגנה על רגשות, אין לבלבל בין שני אינטרסים אלה, ובעיקר לא במידת החיוניות החברתית של כל אחד מהם. חשוב להדגיש שעל אף שניתן להניח שביטוי הפוגע בכבודו של אדם יגרור פגיעה ברגשותיו, קשה הרבה יותר לקבוע כי פגיעה ברגשותיו של אדם גוררת, תמיד או בכלל, פגיעה בכבודו. הנחת היסוד בבסיס תפיסת הכבוד האנושי מניחה קיומו של מטען פנימי יסודי המשותף לכל בני האדם באשר הם, הוא המטען המעניק לאדם את ייחודו כבן אנוש.

Feinberg, *supra*, note 187, p. 2. 190

*Ibid.* p. 37-44. 191

192 לעניין זה ראו ח' גנאים, מ' קרמניצר, י' גלעד, ב' שנור, **לשון הרע – עבירה פלילית ועוולה אזרחית, הדין המצוי והדין הרצוי** (טרם פורסם), הכולל מחקר מקיף והצעות קונקרטיות לתיקון החקיקה הפלילית והאזרחית הקיימת.

מדובר אפוא בהכרה בקיומו של ערך אנושי בכל אחד מבני האדם, ובקיומו של **אותו** ערך אנושי אצל כל אחד מבני האדם. מכאן נובעת מחויבות עמוקה לרעיון השוויון בין בני האדם על אף שונותם – שוויון מבחינת הערך האנושי שלהם. מכאן גם האיסור החמור, לדעת אחדים אף המוחלט, על כל פגיעה בערך האדם. כידוע, עניין זה זכה לביטוי בולט בחקיקת היסוד בישראל במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הכבוד האנושי חיוני לעצם קיומו של הפרט ולהתפתחותו. הכבוד מאפשר לפרט להגשים את עצמו כשווה בין שווים בתוך המסגרת החברתית, כאשר הקולקטיב חייב לכבד את ערך האדם של כל אחד מחבריו. שמירת כבודו האנושי של אדם מהווה, אפוא, ערך חברתי יסודי וחיוני המצדיק את הגנת המשפט.<sup>193</sup>

## **ב. פגיעה בעקרון הוודאות ובעקרון הבהירות**

החלתו הנוכחית של האיסור הפלילי על ביטויים שיש בהם לגרום פגיעה גסה ברגשות דתיים לוקה במידה קשה של עמימות וטשטוש. העברה היא רחבת היקף על-פי היסוד העובדתי שלה, והיסוד הנפשי הנדרש אינו מביא לצמצום משמעותי שלה. לשונו הפשוטה של האיסור מקיפה מגוון רחב של ביטויים, ובכלל זה ביטויים בעלי ערך חברתי פודה ובעיקר כאלה הנושאים מטען עובדתי נכון. ביטויים לגיטימיים לכל הדעות, ואף רצויים על-פי טיבם, עלולים להיבלם עקב הטלתו של איסור עמום ורחב יתר על המידה המעניק הגנת יתר לאינטרס.

עקרון החוקיות, אשר נגזר ישירות מעקרון חירותו של האדם, מחייב את המחוקק העושה במלאכת ניסוח האיסור הפלילי – להוציא תחת ידיו נורמת התנהגות ברורה ומפורטת. עקרון החוקיות "מטיל חובה לנסח את העבירות בלשון ברורה ופשוטה כך שאדם בעל תפיסה ממוצעת לא יוכל שלא להבין מהי ההתנהגות האסורה בכל עבירה – על כל פרטיה".<sup>194</sup> כאשר איסור פלילי מנוסח באופן רחב ועמום מתקיימת פגיעה קשה ביכולתו של האיסור להשיג את מטרתו – הכוונת התנהגות בהתאם לנורמה שהחברה קיבלה על עצמה, הרתעה מפני הפרת הנורמות וענישה במידה ההולמת את

193 שם.

194 מ' קרמניצר, עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות, חיבור לשם קבלת הדוקטורט במשפטים, האוניברסיטה העברית (התש"ס) 44.

מידת ההפרה של הנורמה.<sup>195</sup> יתרה מזו, ניסוח ברור וקפדני מסייע להגביל את שיקול הדעת הנתון לרשויות האכיפה, ועל-ידי כך תורם לצמצום הסיכון להפעלה שרירותית של הסמכות השלטונית. בהיעדר מימוש קפדני של הטעמים הטמונים בעקרון החוקיות לא ניתן להגשים חירות ואוטונומיה של ממש. לא ניתן לנקוט פעולה על יסוד ודאות מלאה וביטחון אמתי ולתכנן פעילות עתידית בהיעדר אזהרה ברורה ובהירה מראש. עקרון הבהירות, הנגזר מעקרון החוקיות, קובע כי מה שלא ניתן להגדיר בבהירות באופן שדימוי ברור של ההתנהגות החברתית האסורה יוטבע בתודעתו של הפרט, הוא ככלל לא מתאים לשמש כאיסור פלילי. בהיעדר יכולת ממשית לכך, יש לשקול העדפת מערכות אלטרנטיביות שמראש ערך האזהרה בהן אינו כה מרכזי. עצם קביעתו של איסור שגבולותיו אינם ברורים מטיל קושי לא מוצדק על הפרט המבקש לכוון את התנהגותו הלכה למעשה על סמך הנורמה המשפטית. איסור בעל היקף רחב מדי קולע את הפרט למתח בין כיבוד החוק במובנו הפורמלי לבין היעדר כבוד לחוק מבחינה עניינית ומהותית. הדבר נכון במיוחד כשמדובר בהגבלת ביטויים. מצב עניינים מעין זה אף מפחית את יחס הכבוד לחוק בכללותו ואת הנכונות הכללית לציות לנורמות אחרות.

מכאן הצורך בקביעת קו גבול ברור וחד משמעי בין התנהגות מותרת לבין התנהגות אסורה. כאמור, בהקשר זה נדרשת התחשבות מיוחדת באינטרס החיוני בחברה דמוקרטית למימוש נרחב של חופש הביטוי. נוסח סעיף 173 לחוק העונשין הוא דוגמה לשימוש במונחים מעורפלים ורחבים. הרחבה זו של האיסור כוללת התנהגויות לגיטימיות ורצויות על-פי טיבן. קשייו הבולטים של בית המשפט בעניין 'סוסצקין', בניסיונו לצמצם את גבולות האיסור תוך חיווי דעתו שהעברה כפי שהיא אינה מתיישבת עם עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי, ממחישים את הבעייתיות שבאיסור במתכונתו הקיימת, ומציבים סימן שאלה על עצם קיומו.

זאת ועוד, המשמעות של הותרת האיסור במתכונתו הנוכחית היא העברת עיקר שיקול הדעת לעניין קביעת קו הגבול בין התנהגות מותרת לאסורה, מן המחוקק אל רשויות אכיפת החוק. לכך יש השלכות קשות על רעיון שלטון החוק בחברה דמוקרטית.<sup>196</sup> לאור המציאות המלמדת על נטייה ברורה

M. Kremnitzer, "Interpretation in Criminal Law," *Isr. L. R.* 3-4 (1986), 195 pp. 358, 365.

196 קרמיצר, לעיל הערה 148, עמ' 101.

שלא להגיש כתבי אישום בעוון השמעת ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים, ניתן להתרשם שהמדיניות הנקוטה על-ידי רשויות התביעה הפלילית היא מדיניות של ריסון עצמי רב. עם זאת, קשה לקבוע שהענקת משקל משמעותי כה רב לשיקול דעת מנהלי בתחום הגשת כתבי אישום הוא מצב רצוי. "האזרחים אינם צריכים להיות חשופים לאיסורים שתחום השתרעותם רב מדי, כשנחמתם בתביעה מאופקת או כשהם צריכים להשליך יהבם עליה. זהו בדיוק המבחין בין שלטון החוק לבין שלטון בני האדם".<sup>197</sup> אומנם ברור כי כשם שלכל רשות מנהלית נתונות סמכויות שבשיקול דעת, כך וביתר שאת באשר לרשויות התביעה. עם זאת, כל מידה של שיקול דעת היא בהכרח מידה מוגבלת, ויש להקפיד גם כאן שלא לחרוג מעבר לרמה נאותה.<sup>198</sup> הותרת הסמכות להתווית קו הגבול בידי רשויות התביעה ולא בידי המחוקק, מחריפה את הפגיעה הצפויה במטרותיו היסודיות של האיסור הפלילי. כך, לעניין הפגיעה בהכוונת ההתנהגות ולקביעת ההיקף הרצוי של חירות הביטוי. כך, לעניין הסיכון להגבלת יתר עצמית של חירות הביטוי בשל חוסר הוודאות בקשר לקו הגבול הברור בין מותר ואסור וויתור על פרסום של ביטוי שעלול להתפרש כלא לגיטימי. העובדה שהאיסורים על פגיעה ברגשות דת לא הופעלו כמעט מעולם, אינה מסייעת כאן משום שכאמור, לעצם קיומו של האיסור כחלק מחוק העונשין, יש משקל מרתיע כשלעצמו ולפחות מצהיר. דווקא במצב שבו הפרת האיסור אינה נדירה – כך ניתן להניח – והאכיפה אפסית, גובר החשש מפני שיקול דעת לא ענייני או מוטעה.<sup>199</sup>

איסור פלילי שמטרתו לאסור ביטוי הפוגע ברגשות דת, מועד לאי ודאות ועמימות בשל מאפייניו המיוחדים. איסור כזה מכיל שני רכיבים שאינם מאפשרים ודאות ובהירות והם: ערכים ורגשות. שני מושגים אלו קשים לאבחנה, והם סובייקטיביים במידה רבה.<sup>200</sup> הם תולדת השקפת עולמו של היחיד, אישיותו, סביבתו, ותוצר של נסיבות אקראיות, כגון מצב רוחו. השימוש במושגים כגון 'פגיעה גסה' עדיין אינו פוטר את כל הנוגע באכיפת

197 שם.

198 ר' גביוון, שיקול דעת מנהלי באכיפת החוק – הסמכות לענב הליכים פליליים

ולחדשם (תשנ"א), עמ' 54-57.

A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (Oxford, 3<sup>rd</sup> ed., 1999), pp. 199-37-41.

200 השופט אנגלרד בפס"ד שב"ט: "תחימת תחומי הרגישות "הסבירים" מושתתת במידה מכרעת על השקפה סובייקטיבית..." וכן "אמרתי כי הכרעה שיפוטית אינה יכולה, אף אינה צריכה להתיימר, להכריע במחלוקת השקפתית". ע"א 6024/97 שב"ט נ' חברה קדישא, פ"ד נג(3) 600.



האיסור – **רשויות התביעה ובית המשפט** – מהצורך לשקול שיקולים שעיקרם איזון בין ערכים והערכת רגישויות. רצוי למנוע מבית המשפט את התפקיד הזה בהקשר של גבולותיו של איסור עונשי ומכל מקום, זהו תפקידו של המחוקק. יש לזכור שכמעט לעולם לא ניתן יהיה ליצור גישה אחידה לאיזון הנכון. בנוסף, מוטל עול כבד מדי על בני האדם היות שהם נדרשים לצפות את הרגישות הסבירה שאין לפגוע בה, ואת איזון הערכים הראוי בכל מצב מזדמן. מבחן המבוסס על תחושה אישית של הקרבן פוגע בעקרון הבהירות, שהוא עקרון חוקתי. לפי עקרון הבהירות, המחוקק חייב להגדיר את ההתנהגות הפלילית הפוגעת בערך החברתי המוגן והנפלת בגדר האיסור הפלילי, בצורה מפורשת ובהירה. כאשר קביעת הפגיעה בערך החברתי המוגן והאנטי-חברתיות של העברה תלויות באישיות הנפגע, כלומר, קיום היסוד העובדתי של העברה תלוי באישיות הנפגע, אין הפרט יכול לדעת, בעת הפרסום, אם הפרסום נופל בגדר הפלילי והוא אסור, ואם לאו. עולמם הפנימי של אנשים דתיים אינו מוכר, בדרך כלל, לאנשים חילוניים; ובכך טמון קושי ניכר בהערכת משמעות האיסור והיקפו. מצד אחד, מצב זה עלול לגרום לכך שהפרט יימנע מפרסום מותר (שלאמתו של דבר, אין בו כדי לפגוע ברגשותיו של הקרבן), בשל החשש שמא הפרסום אסור. הרתעת יתר זו עלולה להביא לכך שהפרטים יימנעו ממימוש חופש הביטוי – אחת הזכויות החשובות, אשר חשובה גם בתחום הפרטי, להתפתחות אישיותם של הפרטים. מצד שני, אדם עלול – כמצב רגיל ולא נדיר – לפרסם פרסום הפוגע ברגשותיו של הזולת בסוברו בטעות שאין בו משום פגיעה לקרבן, מבלי שאפשר יהיה לייחס לפוגע אחריות בגינה. איסור ראוי נבחן, בין השאר, בזיקה המתקיימת בו בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי של מחשבה פלילית. זיקה זו מתבטאת בכך שלרוב מי שמקיים את היסוד העובדתי מתקיים בו גם היסוד הנפשי של מודעות בפועל לרכיבי היסוד העובדתי. במצב כזה, הזיכוי מחמת אי התקיימות היסוד הנפשי הוא מצב חריג. בשל אופייה הנסתר והלא ברור של הפגיעה ברגשות, האיסור על פגיעה ברגשות אינו מקיים מתכונת זו; והזיכוי עקב היעדרה של מודעות בפועל איננו בגדר חריג. במקום אזהרה ברורה מראש, הפרט הנפגע הוא שקובע את גבולות העברה, ומאפיין, לאחר התנהגותו של העושה, את ההתנהגות כפלילית או מותרת. אין דרך מעשית לאמת או לשלול את טענת הנפגע בדבר הפגיעה הקשה ברגשותיו. לא ניתן גם לשלול שימוש לרעה, בעיקר משיקולים פוליטיים, בכוח הניתן – באמצעות איסור כזה – לקרבן. לפיכך, גם אם רגשות דת הם ערך המצדיק הגנה פלילית, יש, לדעתנו, להגדירו במערכת

נסיבות עובדתית ברורה המעידה על תחום הרגישות הקריטי. ככל שמערכת נסיבות זו תתייחס לתופעות ידועות, כגון חילול מקומות קדושים או רגישים במיוחד (בתי קברות, אנדרטאות), כך האיסור יהא בהיר יותר ויעמוד בדרישות עקרון החוקיות.

איסור עונשי צריך להיות בנוי על מתאם בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי שבו. המתאם יתבטא בכך (בניסוח כוללני ופשטני מעט) שהתקיימות היסוד העובדתי היא אינדיקציה משמעותית להתקיימות היסוד הנפשי. לא כך בעברה הנידונה. בגלל האופי האישי והסובייקטיבי המובהק של הפגיעה ברגשות דתיים, אפשר מאוד שתתקיים בפועל פגיעה כזו, אף כי המפרסם (בייחוד המפרסם החילוני) אינו מעלה זאת על דעתו. לא טוב הדבר ששכיחים הם המצבים שיש בהם קרבן ואין עושה.

אלמנט נוסף בעברה שיש לציין בהקשר זה הוא המושג 'דת'. למעשה קיים קושי של ממש להגדיר מהי דת ומתי מערכת של אמונות היא דת. ככל שהחברה מתפתחת והופכת להיות מגוונת יותר, מתרבות התפיסות של דת וסוגי האמונות. לדוגמה, בישראל כיום ישנה קהילה גדולה של עובדים זרים שיש להם מערכות שונות של אמונות (כגון בודהיזם). חלק מהאמונות הללו שונות מהותית מן הדתות המונותאיסטיות המוכרות לנו. דוגמה אחרת היא הסיינטולוגיה ועדת מאמיניה. עקב כך נוצרים מספר קשיים: הקושי לקבוע מנקודת ראות ניטרלית מהי 'דת', שאם רק אפשר ראוי להימנע ממנו (מעצם הצורך), והקושי לקיים את הציווי שבאיסור עקב אי היכרות עם הדתות השונות וטיב הרגשות של המאמינים בהן. חשש נוסף הוא מפני פגיעה בעקרון השוויון ובעקרון ההגינות, ביחס לדתות הישוליות. פערים תרבותיים עלולים להוות מכשול לפני פעילות אכיפה הוגנת ושוויונית של האיסור. הרוב, על תרבותו ודתו המקוריים, יתקשה להכיר (הן במשמעות של 'היכרות' והן במשמעות של 'הכרה בחשיבות') בצרכים וברגישויות של מיעוטים בעלי גישה שונה לדת ולאמונה.

## ג. פגיעה בעקרון השוויון ובעקרון ההגינות

עקרון השוויון – אולי אחד מעקרונות היסוד הבודדים של התפיסה הדמוקרטית אשר אינו שנוי במחלוקת<sup>201</sup> – בא לביטוי בולט במשפט הפלילי;

201 על הגדרות 'רזות' ו'עשירות' של תפיסת המשטר הדמוקרטי ראו ר' גביון, ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים (התשנ"ט), עמ' 32-35.

בצד היישום – תפיסת שוויון הכול בפני החוק, קרי אכיפה שוויונית של הנורמה הכללית על כלל הפרטים, ובצד הפיתוח – התווית נורמות התנהגות בדרך שתבטיח הגנה שווה לאינטרסים שווים של הפרטים המרכיבים את הקולקטיב החברתי. בצדו של עקרון השוויון ניצב עקרון ההגיונות, אחד מנגזרות היסוד של עקרון הצדק המדריך את החקיקה הפלילית, המחייב את הרשות שלא לנהוג בחוסר הגיונות כאשר מתרחשים מצבים דומים המחייבים לכאורה לנהוג ביחס דומה.

לכאורה הן עקרון השוויון והן עקרון ההגיונות נפגעים עקב הענקת משקל מיוחד להגנה על רגשות דתיים דווקא: "בתחום הזכויות הבסיסיות של האזרחים לא יכול להיות הבדל בין מה שנעוץ בהשקפת עולם אחת לבין מה שנעוץ בהשקפת עולם אחרת, בין מה שמתבקש או מתחייב על פי אורח החיים של אורתודוקסיה דתית לבין מה שמתבקש או מתחייב על פי אורח החיים של הומניזם חילוני, בין רגשות של מעין כאב נפשי על רקע דתי לבין רגשות של מעין כאב נפשי על רקע צמחוני או אחר".<sup>202</sup> ולדוגמאות אלה, ניתן להוסיף גם רגשות לאומיים, רגשות של קרבנות לעוול, ורגשות של בעלי אידאולוגיה מרקסיסטית.<sup>203</sup> הצדקת הטלת איסור פלילי לשם הגנה על רגשות דתיים בלבד מחייבת הנמקה המניחה את הדעת לעניין ההבחנה בין סוגי הרגשות אשר מייחסת למרכיב הדתי את מידת החומרה והחיוניות הנדרשת לצורך הטלת איסור ושוללת אותה מסוגי רגשות אחרים. יש הסוברים שהגנה המוגבלת לרגשות דתיים בלבד מוצדקת עקב הייחוד המאפיין את הדת בהקשר המקומי – קרי היותו של הציבור הדתי מיעוט בישראל.<sup>204</sup> חשוב מכך ההקשר הרחב יותר, המצדיק את ההגנה המיוחדת הודות לחשיבות היסודית והמשמעות העמוקה שמייחס האדם לדתו, עקב תחושה מפותחת של כפיפות לעקרונות הדת ומחויבות למילוי ציווייה, ובעיקר

202 כשר, לעיל הערה 183, עמ' 293.

203 ואומנם בהקשר אחר, במסגרת הנורמה הפלילית המגנה על האינטרס בשמו הטוב של אדם, אין נעשית הבחנה ואין מתן העדפה או ייחוד לאינטרסים של אנשים דתיים דווקא. כך מוגדרת הוצאת לשון הרע, בין היתר, כ"דבר שפרסומו עלול...לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, מינו או נטייתו המינית". ראו סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה – 1965.

204 הגם שחלק מן הציבורי הדתי בישראל חש עצמו כמיעוט נרדף, אין מצבו דומה למצבם של מיעוטים דתיים אחרים בעולם החוששים שגילוי עוינות יובילו לפגיעות פיזיות ולשנאה. עובדת היותה של קבוצה מיעוט אינה מובילה בהכרח למסקנה בדבר הצורך להגן על רגשותיה באיסור כגון דא.

בשל היחס החמור של כבוד עמוק שהאדם המאמין מייחס לדתו ולסמליה, יחס הנגזר מתפיסה טרנסצנדנטית של מקורות הדת.

על-פי הסוברים כך, טעם ראשון נעוץ בעובדה שאמונתו הדתית של אדם וזהותו כאדם דתי אינם פרי בחירה חופשית והם כפויים על האדם מיום לידתו, שהרי המציאות מלמדת כי בני אדם נולדים לתוך דתם,<sup>205</sup> גדלים ומתחנכים במסגרת קהילה דתית מוגדרת (יהא אופייה אשר יהא) באופן שדתו של אדם ניתנת להיתפס למעשה כנתון ביולוגי שרירותי לגמרי.<sup>206</sup> אפילו הכוח הנתון לאדם להמיר את דתו בדת אחרת, אינו מפריד טיעון זה שכן המרת דת אינה משקפת רק תהליך מושכל והכרתי של בחירה רציונלית ועל כן אין כאן בחירה חופשית המתקיימת במעבר בין תפיסה או אמונה אידאולוגית אחת לרעותה.<sup>207 208</sup> שנית, הדת מקיפה מכלול שלם של ערכים

205 שהרי על-פי ההלכה היהודית למשל אדם הוא יהודי אם אמו היא יהודיה ולפי האסלאם – אדם הוא מוסלמי אם אביו מוסלמי. העובדה שעל-פי הנצרות אדם הופך חבר בקהילה הדתית רק לאחר הטבלתו, אינה משנה מבחינה מהותית עניין זה, אם כי חשוב לציין שבדתות חשובות אחרות, ההשתייכות לדת אינה נתפסת ככפויה אלא כוולונטרית – כך למשל בבודהיזם, דת גדולה אלפי מונים מן הדת היהודית. הקשיים המתעוררים נוכח אדם שאמו יהודיה ואביו מוסלמי מלמדים על קשיים מהותיים אשר מצד אחד מצביעים על משקלה הגבוה של תפיסת יהדת כנתון ביולוגי אך מצד שני מצביעים על ההכרח החברתי למצוא פתרונות מעשיים שיפתרו את הקשיים לרווחתם ולטובת איכות חייהם של החשים על בשרם בבעיה מסוג זה. לעניין זה ראו ע"א 63186 **חסן אל צפדי נ' ברוך בנימין**, פ"ד יז(3) 1422. בעיקר מומלץ לעיין בפסיקתם של שופטי בית המשפט העליון ח' כהן וזילברג המציעים, בעקבות אמנות בין-לאומיות בעניין זה, את "מבחן הדת האפקטיבית" להכרעה בין הדתות המתחרות. אפשרות קיומו של מבחן מעין זה עשויה להצביע על כך שתפיסה ביולוגית של לידה לתוך דת, אינה כה משכנעת כפי שנדמה בקריאה ראשונה.

206 ראו למשל א' וינריב, **דת ומדינה – היבטים פילוסופיים** (התש"ס), עמ' 23-30.  
207 P. Jones, "Bearing the Consequences of Belief," in R.E Goodin and P. Petit (eds.), **Contemporary Political Philosophy** (Oxford, 1997), pp. 551-564.

208 לצרכיו של נייר עמדה זה בחרנו, בסופו של דבר, שלא להתעמת עם מידת נכונותם ומשקלם של הטיעונים בדבר ההבחנה שיש להעמיד בין אמונה וערכים דתיים לבין אמונות וערכים אידאולוגיים, על אף שיש דברים לומר בהקשר זה. למרות זאת, חשוב לציין את קיומה של תפיסת עולם פלורליסטית אשר לפיה הדת כמו השקפות אחרות היא פרי בחירה, המאפשרת דרך חיים אחת מני רבות, שאדם יכול לבחור במסגרת פלורליסטית חברתית. גישה כזו מדגישה את חירות האדם לבחור את דתו, לדבוק בה ולטפחה, אך גם להמירה באחרת (ואומנם, התופעה של המרת דת ואף חזרה לדת המקורית הפכה רווחת בשנים האחרונות וידועה בכל רחבי העולם). עניין בחירת הדת והמרתה כמו המרת ערכים אחרים יכול שיהיה מבוסס על שיקול דעת מנומק או דבקות לא רציונלית ולא מוצדקת. והאבחנה העקרונית טמונה בתדמית שיצרו ממסדי הדתות השונים ברבות הדורות, על מנת לשמר הגמוניה וכוח מול ממסדים פוליטיים

וציווי התנהגות הממלאים למעשה את כל חייו של האדם המאמין והמתיימרים להעמיד כללים, הנחיות ותשובות בכל סוגיה. ככזו מעניקה הדת למאמיניה השקפת עולם ומתווה בפניהם דרך חיים מלאה וכוללת העוטפת את מכלול חייו של אדם בתוכן רלוונטי בכל אחד מתחומי החיים שלו. עבור האדם הדתי הדת מהווה מערכת מלאה של אמונות וערכים הדורשת לעצמה "עליונות או ראשוניות מוחלטת... מעורבות ומחויבות אישית מלאות".<sup>209</sup> יתרה מזו, מערכת כללי ההתנהגות שמכתיבה הדת גוברת בעיניו של האדם הדתי (להלכה אם לא למעשה) על הכללים של כל מערכת אחרת של אמונות וערכים, ובכלל זה כללי המוסר החברתי הנוהג וכללי ההתנהגות המוכתבים על-ידי המדינה.<sup>210</sup> שלישית, ערכי הדת, האמונות והטקסים הדתיים קושרים את האדם הדתי עם ישות או אידאל חוץ-אנושי, אשר מעניק ממד הכרתי מיוחד לאמונה הדתית ותחושת מחויבות מוחלטת למימושם. הטרנסצנדנטיות המאפיינת את המקורות הנורמטיביים של הדת בעיני המאמינים מבהירה מצד אחד את תפיסת העצמה שמייחס האדם המאמין לדתו, ומן הצד השני ממקמת אותו במצב של חולשה טבעית וטבועה ביחס לחשיבותם של הסמלים הדתיים.<sup>211</sup> יתרה מכך, בעיניו של האדם הדתי שמור מעמד הכרתי מיוחד במינו לערכי הדת, עד כדי כך שבקרב אנשים דתיים מקובל לטעון כי לשם ירידה לעומק המשמעות שהם מגלמים עבור האדם הדתי, יש להאמין בהם. מי שאינו מקבל את הגדרות היסוד של הדת ואת קדושתם של הטקסטים הדתיים, אינו יכול לרדת לעומק משמעות הערכים הדתיים עבור המאמינים. כאן טמון הסבר אפשרי להיבט נוסף המיוחס לדת והוא מרכיב הקדושה אשר מייחסים המאמינים למכלול מרכיבי הדת. עבור האדם הדתי המקור הטרנסצנדנטי מהווה טעם מצדיק, הכרחי ומספיק, לשריון ערכיו ומאפייני זהותו. כאן טמון אולי הסבר למקומו המרכזי

ואידאולוגיים אחרים. לאור זאת, אם דתו של אדם היא פרי בחירתו ממש כמו כל תפיסה אידאולוגית אחרת, הרי ראשית, אין מקום להפלות לרעה את המחזיקים באמונות אידאולוגיות שאינן דתיות ושנית, ייתכן שכשם שהבחירה בתפיסה אידאולוגית פוליטית למשל אינה נתפסת כמצדיקה את הגנת המשפט על רגשותיו של המחזיק בה, כך גם באשר לרגשותיו של המאמין הדתי.

209 וינריב, לעיל הערה 208, עמ' 25.

J. Witte, "Religious Dimensions of Law – Human Rights and Democracy," 210 **Israel Yearbook on Human Rights** 26 (1996), pp. 87-117, 90.

R. M. Cover, "Obligation: A Jewish Jurisprudence of Social Order" 211 **J. of L. and Religion** 5 (1987), pp. 65-71.

של המרכיב התחושתי הרגשי הבולט בין האדם המאמין לבין מושאי אמונתו אשר בא לביטוי, בין היתר, בטקסי הדת.<sup>212</sup>

שילוב כל האפיונים הללו – שרירותיות, טרנסצנדנטיות והוליוזם – מתבטא בתפיסתו של האדם המאמין שלערכי הדת ולציווייה יש כוח ומעמד מיוחדים עבורו. מכאן נגזרת תפיסת חיוניותו של האינטרס בהגנה על היבטים שונים של הדת עבור האדם הדתי. מעמדה ההיסטורי המיוחד של הדת במסגרת החברתית ובמערכת השלטונית מסייע לחיזוק תפיסת החיוניות של האינטרס במסגרת הראייה החברתית הכוללת. באלה נעוצה הצדקת ההגנות המיוחדות שהמשפט העניק, באופן מסורתי, לדת, ובראשן ההכרה בחופש דת ומצפון וגם ההגנה מפני פגיעה ברגשותיו של המאמין הדתי. הטענה היא כי החשיבות המובהקת והייחודית שהדת ממלאת בחיי המאמין, מחייבת התחשבות מיוחדת בדת ובצרכים המיוחדים של מאמיניה מצדם של כלל הפרטים בחברה. לא זו אף זו, במצב עניינים שבו הקבוצה בעלת המאפיינים הייחודיים של דת היא מיעוט, נדרשת הקשבה כפולה ומכופלת מצדה של החברה לצרכיה של הקבוצה ושל חבריה ורגישות והיענות גדולים יותר להגנה על האינטרסים החיוניים לה.

אולם, אף אם עמדה זו ביחס לדת נכונה, אין זו הצדקה חזקה מספיק לבדוד את ההגנה על הרגשות הדתיים מן ההגנה על רגשותיהם של בני קבוצות אחרות שמאפיינים ייחודיים שלהם אינם שונים מבחינה מהותית מן המאפיינים המייחדים את מאמיני הדת ואשר ייחודיותם מעמידה אותם במצב של רגישות מיוחדת (אם כי שונה בהתאם לשינויים מחויבים) מול שאר חברי הקולקטיב. חברה פלורליסטית והטרוגנית מכילה בחובה מגוון קבוצות בעלות מאפיינים ייחודיים. לדוגמה, קבוצות המאובחנות זו מזו על-פי שונות המוצא הלאומי, המוצא האתני, הגזע והתרבות. לכל קבוצה מאפיינים ייחודיים וכפויים מראש, המשפיעים על חייו של חבר הקבוצה המגלה תחושת מחויבות לנורמות ההתנהגות, למסורות ולטקסים האופייניים לקבוצה. כל מאפיין ייחודי עשוי להיות נתון יסודי בחייו של אדם הגם שלכל אחת מן הקבוצות יכולים להיות מאפיינים שונים, נתונים מכוונים אחרים ונקודות חולשה ייחודיות. מידת השפעה ניכרת ולעתים מכרעת כשל השפעת הדת על האדם הדתי, קיימת גם ביחס למוצא התרבותי על בן הקבוצה האתנית, ולשיוך הלאומי – על בן הלאום, המקיימים מחויבות

C. Libman, "Religion and Democracy in Israel", **Israeli Democracy 212 under Stress** (London, 1993).

ערנית וחברות פעילה בקבוצת ההתייחסות החברתית שלהם. גם אם יש מי שיטען כי אין להדביק את המונח 'קדושה' ו'טרנסצדנטליות' למסורות, לערכים ולטקסים המאפיינים קבוצות לאומיות, אתניות, תרבותיות וגזעיות, אין להפחית במידת החשיבות שמייחסים בני הקבוצות למאפיינים המכוננים והמייחדים שלהם, ובעיקר אין להתעלם מן התחושה הרגשית המשמעותית אשר ביטויים מסוגים שונים עלולים לעורר בקרב בני קבוצות אלה. זהויות קבוצתיות אלו נתפסות על-ידי חלק ניכר מהמחזיקים בהן כזהויות מכוננות המקנות טעם לחיים או כבעלות חשיבות מיוחדת ומועדפת על פני שאר היבטי חייהם, לפחות בעת התקיימותן של נסיבות כגון מאבק לאומי, או בזמן תקופות מיוחדות כגון ימי זיכרון. המציאות מלמדת שדוגמאות לביטויים הגורמים לפגיעות רגשיות קשות אפשר למצוא לרוב גם נגד פרטים המשתייכים לקבוצות אתניות, קבוצות לאומיות, גזעיות ותרבותיות.

לערכים המכוננים משמעות נוספת. הם מרכז הכובד, הגרעין, של קבוצת מאמינים בעלי זהות משותפת, המבחין אותם מאחרים ובו בזמן מאגד אותם לקבוצה תרבותית אחת. לעתים קרובות, הדת שזורה במציאות של קהילה והמרכיב השיתופי מרכזי באופייה. במובן זה הדת דומה לקבוצות אחרות כגון קבוצות לאומיות, תרבותיות, אתניות וכד'. אפשר לומר, שבדומה לקבוצות או לקהילות תרבותיות אחרות, הזהות של האינדיבידואל נגזרת משייכותו לקבוצה. לפיכך, התפקיד שהדת ממלאת בחייו של האדם הדתי, אנלוגי לתפקיד שממלאים הערכים הקבוצתיים-תרבותיים של בן אותה הקבוצה. אומנם, אין מדובר בדמיון מוחלט בין הקבוצות, אולם מידת הדמיון הקיימת מעלה שאלה – האם איסור מן הסוג הנדון אינו מעניק לקבוצה הדתית יתרון לא שוויוני ולא הוגן על פני הקבוצות האחרות? ביטוי חריף ליתרון כזה מתבטא בכך שלקבוצות דתיות ניתנת רשות לפגוע 'בלי חשבון' ברגשות של המשתייכים לקבוצות אחרות, כאשר אוסרים על האחרים לנהוג באופן דומה, ולו גם כתגובה. לא ברור גם עד כמה, לפי תפיסה דמוקרטית סובלנית, יש להתחשב לעניין זה בכל מאפייניה של האמונה הדתית, לרבות מאפייניה הלא סובלניים והלא ביקורתיים. מכל מקום, ראוי להימנע ממתן יתרון לא הוגן לתפיסה דתית על פני יריבתה, התפיסה החילונית.

יתרה מזו, גם אם אמונתו הדתית של אדם מכוננת את זהותו, הן מטעמים אישיים והן מטעמים קבוצתיים, יש לזכור כי גם למי שמוחזק כפוגע ברגשות דת ישנה זהות מכוננת. לעתים, התבטאות של מי ששייך לקבוצות מסוימות ראוי שתהא מכובדת בשל כיבוד זהותו וערכיו המכוננים. לדוגמה, יהודים רפורמים עשויים לומר דברים קשים לאוזניהם של יהודים אורתודוקסים.

כך לגבי התבטאויות מסוימות של פמיניסטיות שעשויות להתקבל כפוגעות באוזני מאמינים מסוימים. עם זאת, אין למנוע זאת דווקא בשל כיבוד הזהות של המתבטא. אדרבה, ניתן לומר כי זהויות מתכוננות פעמים רבות על-ידי יחס ניגודי לאחר, יחס שיכול להיות ביקורתי, ולעתים שלילי. הצורך לאפשר ביטויים כאלו נחוץ כמעט לכל קבוצות המאמינים שעה שהן מתייחסות לקבוצות אחרות. לדוגמה, התבטאויות קשות של אורתודוקסים על רפורמים ולהפך. קונפליקט בין זהויות שונות וערכים מכוונים נוגדים אינו צריך להיות מוכרע על-ידי מתן עדיפות לסוג אחד שלהם.

נוסף על הקבוצות הללו, ישנן קבוצות מיעוט חברתיות נוספות או קבוצות חברתיות חלשות אחרות, שפגיעה ברגשות החברים בהן עלולה להיות קשה וחמורה. כך, למשל, נכים מלידה שייכים לקבוצה סובלת ופגיעה, מאפייניה הייחודיים כפויים מראש ומשפיעים על חלק משמעותי מתחומי החיים והפעילות של האדם. מידת הפגיעה הרגשית בחברי קבוצה זו עקב ביטויים פוגעניים עלולה להיות חריפה. משיקולים של עקרון השוויון ועקרון ההגינות יש להכיר בכך שהאינטרס של בני הקבוצה הדתית להגנה על רגשותיהם מפגיעה קיים במידה זהה או לפחות דומה, בשינויים מחויבים, אך לא מהותיים, גם בבני קבוצות חברתיות אחרות. ואומנם, כשם שיש מדינות שבהן מוגבל האיסור הפלילי לביטויים הפוגעים באינטרסים של מאמיני הדת, ישנן מדינות שאין בהן הבחנה (לעניין תוכנו של האיסור הפלילי) בין הגנה על אינטרסים של מאמינים דתיים לבין בעלי אינטרסים אנלוגיים להם. כך, החוק הפלילי בשוודיה אינו מייחד את ההגנה מפני ביטוי מבהה לרקע דתי, ומחיל את האיסור על קבוצה המיוחדת על-פי גזע, צבע עור, לאום, מוצא אתני או אמונה דתית.<sup>213</sup> בגרמניה, לעומת זאת, ההגנה הפלילית ניתנת לאדם מפני עלבון או ביזוי של אמונותיו – יהיו אלה אמונות דתיות, אידאולוגיות או השקפת עולם, ובלבד שבאופן הפרסום יש כדי להפריע את שלום הציבור.<sup>214</sup> עם זאת, עברה פלילית נוספת שקיימת בגרמניה, כנראה

213 על-פי סעיף 8 לחוק הפלילי בשוודיה:

“If a person publicly or otherwise in a statement or other communication which is spread among the public threatens or expresses contempt for a group of a certain race, skin color, national or ethnic origin or religious creed, he shall be sentenced for agitation against ethnic group to imprisonment for at most two years or...to pay a fine.”

214 סעיף 166(1) לקוד הפלילי הגרמני שכתרתו - “Insults and Affronts to Beliefs, Religious Societies and Organizationsthat Embrace a Particular World View or Ideology”: “Whosoever shall, either publicly or through the



כתזכורת להסדרה קודמת, מיוחדת ומוגבלת לאיסור על הבעת ביטויים מעליבים ופוגעים כלפי מתקנים או מוסדות של ארגונים דתיים כאשר יש באופן הפרסום כדי להפריע לשלום הציבור.<sup>215</sup>

## ד. פגיעה בעקרון חופש הביטוי

### 1. חשיבותו המיוחדת של האינטרס בחופש הביטוי בחברה דמוקרטית

סוגיית ההגנה על רגשות במסגרת המשפט הפלילי מחייבת להסב מבט אל סוג ההתנהגות אשר יש להגביל לצורך מימוש ההגנה. האיסור על פגיעה ברגשות מאיים באופן מידי על העיקרון של חופש הביטוי. חופש הביטוי הוא ערך ראשוני ומייסד בחברה דמוקרטית. ללא הכרה מלאה במעמדו ובחשיבותו, בכפוף לשוני האפשרי בפרשנות וביישום העיקרון, השיטה הדמוקרטית היא בלתי אפשרית. משום שמדובר בהגבלת מימוש האינטרס לביטוי באמצעות המשפט הפלילי, אין זה מופרז לשוב ולהזכיר מספר מושגים יסודיים בשיטה משפטית דמוקרטית. מסגרת החיים החברתיים בחברה חופשית מציבה אתגר מתמיד עקב מתח עקרוני הטבוע בין זכויות וערכים – ביניהם ובין עצמם. מימושה של זכות אחת עלול לגרום להתנגשות בינה לבין זכויות וערכים אחרים בעצמות משתנות ובהקשרים מתחלפים, וגם חופש הביטוי אינו חסין בפניהם. לפיכך, נציג את הטעמים הניצבים ביסודו של חופש הביטוי על מנת לבחון לאורם את גבולותיו. ככלל, נחלקות ההצדקות לארבע: לקיום הדמוקרטיה, לאפשרות לחולל שינויים בדרכי שלום, לברור האמת וחיוניותה ולאוטונומיה של הפרט. עצמתן של ארבע ההצדקות קובעת את חשיבותו של חופש הביטוי.

circulation of written materials, insult or affront the religious beliefs, ideology or worldview of another person in a manner that is apt to disturb the public peace, is liable to punishment by up to three years' imprisonment or a fine."

215 ראו סעיף 166(2):

"The same punishment shall be applicable, furthermore, to whomsoever shall, either publicly or through the circulation of written materials (§ 11 Paragraph 3), insult or affront the facilities or institutions of a locally-existent church or other religious society or organization in a manner that is apt to disturb the public peace."

מקובל לראות בקיומו של חופש ביטוי מלא וחופשי ככל שאפשר את אחת הנגזרות היסודיות הנובעות מתפיסה משטרית דמוקרטית. לעניין זה מספיקה גם הגדרה 'רזה' של דמוקרטיה, המבססת את הלגיטימציה של השלטון על הסכמתם של הפרטים המרכיבים את הקולקטיב החברתי.<sup>216</sup> על-פי כל תאוריה של ממשל דמוקרטי, מקור הכוח הריבוני הוא בפרטים עצמם והם 'בעלי המניות' ובעלי הזכות לקבל החלטות או למצער לבחור את נציגיהם לקבל החלטות בשמם.<sup>217</sup> הבחירה לא תוכל להיות משמעותית בהיעדר חופש ביטוי. בהקשר זה הביטוי אינו משמש רק אבן יסוד למימוש עצמי אלא גם אמצעי בסיסי ליצירת קשר בין-אישי: דרך להעברת מידע ולא פחות מכך להחלפת מסרים. על מנת ליטול חלק פעיל ויעיל בשלטון ולהפעיל פיקוח נאות על פעילותן של רשויותיו, חייבת להתקיים מערכת חופשית של העברת מידע, דיון וביקורת. בלעדיה, לא יתאפשר הליך נאות של בחינת חלופות, העדפה ובחירה. זהו עקרון ההשתתפות של האדם בחברה המבוססת על פרטים נוספים כמותו. 'השתתפות' פירושה, זו המושכלת, המבוססת על התמודדות ביקורתית עם מידע ודעות.<sup>218</sup> עיקר חשיבותו של חופש הביטוי במשטר דמוקרטי הוא אפוא, להבטיח שכל המידע, הן מבחינת העובדות והן מבחינת העמדות השונות על שלל נימוקיהן, יהא זמין לציבור לצורך מימוש יכולתו לערוך בחירה מושכלת בין חלופות. חופש הביטוי מבטיח גם תהליך העברת מסרים בין הציבור לבין נציגיו המכהנים במנגנונים השלטוניים של קבלת ההחלטות.<sup>219</sup> על-פי עקרונות אלה, חשיבותו של הביטוי לתהליך הדמוקרטי נגזרת מהאינטרס החברתי הקולקטיבי בקיומו של משטר יעיל לרווחתם של הפרטים. בנוסף לכך, חופש הביטוי יוצר מראית עין פרוצדורלית שחשיבותה אינה פחותה מן התוצאות שהיא מיועדת להשיא. הליך הבחירה החופשי מטביע על תהליכי ההכרעה צביון של הגינות, הוא מגביר את הסיכוי של ציות לחוק ואת התביעה הנורמטיבית לציות כזה.<sup>220</sup>

216 גביזון, לעיל הערה 202, עמ' 29.

A. Meiklejohn, **Political Freedom – The Constitutional Powers of People** (New York, 1965), pp. 12-13.

T. I. Emerson, **The System of Freedom of Expression** (New York, 1970), p. 7.

F. Schauer, **Free Speech – A Philosophical Enquiry** (Cambridge, 1982), pp. 35-46.

220 ראו לעניין זה את עמדתו הנחרצת של שאואר, המעדיף מערכת המאפשרת ביטוי חופשי שעלול להוביל ומוביל בפועל לקבלת החלטות מוטעות, ובלבד שמובטח קיומו של מנגנון ביטוי חופשי הטבוע בקונספציה של המשטר ואשר מטיל עליו בעקבות כך מחויבויות כלפי האלקטורט: Schauer, *supra*, note 221, p. 37.

לעומת זאת, מדינה שחופש הביטוי בה מוגבל אינה מאפשרת את מילוי הפונקציה היסודית הזו, וממילא נשמט בה הבסיס החיוני למשטר דמוקרטי.<sup>221</sup>

דיון ציבורי ערני וחופשי, כחלק מיסודות המשטר הדמוקרטי מתקיים, בראש ובראשונה, בנושאים העומדים על סדר יומו של הקולקטיב החברתי. מטבע מהותה של חברה מגוונת, פלורליסטית והטרונגנית, לכל גורם המעוניין בכך יש זכות מלאה להעלות נושאים לדיון ולחוות דעה בנושאים שעל סדר היום הציבורי. ככלל, אין מקום ליד מכוונת העורכת את סדר היום. ככל שהנושאים קשים, עדינים ומורכבים, יש מקום לקיים דיון ציבורי בהם אם יש בהם 'עניין ציבורי'. את השאלה האם יש עניין ציבורי בנושא מסוים אין להפקיד בידי צנזור כלשהו. ראשית, השאלה מהו עניין ציבורי עשויה להיות שנויה במחלוקת ויש בה ממד סובייקטיבי. שנית, קיימת סכנה, שאלו המופקדים על ההכרעה יבואו מהקבוצות בעלות ההשפעה והכוח בחברה ותיווצר צנזורה מפלה, ואז נושאים ציבוריים חשובים יוצאו מתחומו של השיח הציבורי.<sup>222</sup> לפיכך, איסור עונשי כללי, שאינו מצמצם לסיטואציות מובהקות, עלול להביא לחסימת ביטויים שיש בהם עניין ציבורי.

בנוסף, הנושאים והתכנים המובאים לסדר היום עשויים להעלות אל סף התודעה הציבורית לא רק עמדות המקובלות על הקבוצות החברתיות החזקות והמבוססות, הקרובות מטבע הדברים למרכזי קבלת ההחלטות וההשפעה עליהם.<sup>223</sup> חשיבות חופש הביטוי נודעת דווקא לעמדות חברתיות המייצגות את הנתפס כשולי, לא מקובל, דחוי או נקלה לא פחות מאשר

Meiklejohn, *supra*, note 219, p. 27. 221

222 בעניין זה ניתן לצטט את האמרה "עוד טרם נולד עלי אדמות פקיד שהוא חכם או רחב לב עד כדי שישכיל או ירצה, להפריד בין רעיונות טובים לגרועים, בין אמונות טובות ורעות" (ראו Chafee, **Free Speech in the United States** המצוטט בעניין **קול העם**, לעיל הערה 31, עמ' 885).

223 O. M. Fiss, **Liberalism Divided – Freedom of Speech and the Many Uses of State Power** (Bolder Co, 1996); O. M. Fiss, **The Irony of Free Speech** (Cambridge, Mass., 1996); W. Kymlicka, **Multicultural Citizenship – A Liberal Theory of Minority Rights** (Oxford, 1995).

אין הכוונה להתמודד כאן עם טיעונים מבית מדרשם של קומוניסטים. הדבר אינו נדרש לצורכי נייר עמדה זה. עם זאת חשוב ללוות את הפניית המבט שלהם אל עבר הקבוצה ולהבין את האינטרסים הכלולים בהקשבה הנדרשת לאינטרסים המיוחדים של המיעוט. אכן יש בכך קושי, בעיקר כאשר חיזוק חופש הביטוי הפריפריאלי, עלול לעורר בקבוצות אחרות רגשות בלתי רצויים. הדיון על ההתנגשות בין האינטרס לחופש הביטוי לבין האינטרס הטמון במניעת ביטוי המעורר רגשות בלתי רצויים, להלן.

לדעות מוכרות ומקובלות. עמדות אלה עשויות להביא לאורור עמדות מושרשות, להצבעה על מצוקות ועוולות ולטלטול המרחב הציבורי על מנת לעורר חשיבה מחודשת ושיקול דעת נוסף מעבר למקובל ולשגור. הריחוק מן המרכז הקונסנזואלי והממסדי מחייב לעתים 'להגביר את הקול' כדי למשוך את תשומת לבו של המרכז לתוכנם של הדברים. 'הגברת קולי' כאמור מגדילה את הסיכוי למסר המעורר רגשות חזקים ובלתי רצויים אצל קולטי המסר, בעיקר אם מטרת הדברים להביא לשינוי ולשיפור על-ידי גרימת זעזוע. העובדה שהדברים עלולים לפגוע ברגשות אינה מלמדת על חוסר הערך שלהם.

הביטוי, האישי או הקיבוצי, אף מהווה מקור מרכזי לניקוזם של רגשות ולתיעולם אל החוץ. זהו אמצעי לפורקן מתחים, תסכול וכעסים, הבעת מחאה ושליחת מסר ביקורתי שעשוי להיות חריף ובוטה. לשיח מסוג זה יש לעתים נטייה חזקה לכלול אמצעי ביטוי לא מקובלים וקשים כגון: גידופים, קללות ונאצות.<sup>224</sup> בהיעדר אפיק לגיטימי לפורקן אישי, גדל הסיכון להתקיימותה של התנהגות חריפה יותר, לא נורמטיבית ואף אלימה.<sup>225</sup> ההצדקה לחופש ביטוי על בסיס טיעון 'האמת' קושרת את חופש הביטוי עם החתירה האנושית לגילוי אמת או החתירה האנושית להתרחקות ממה שאינו אמת או אינו נכון. הצורך ב'אמת' קיים מתוכו ולצרכיו, אך האמת נתפסת גם כאמצעי התורם לקידומה של החברה ולהתפתחותה. האמת, על-פי רוב, היא נדבך משמעותי בהליכים דמוקרטיים, במימוש עצמי של הפרט, בבירורים אידאולוגיים, פילוסופיים, מדעיים, היסטוריים וכיוצא ב. אך מהי אותה אמת שבשמה מצדיקים את חופש הביטוי?! בתפיסה דמוקרטית, בדרך כלל, העיקר הוא החתירה אל האמת, ולא דווקא לכידתה

224 מובן שהביטוי המחאתי כולל לא רק הזדמנויות ספונטניות. במקרים רבים הביטוי הכלול בשיח הביקורתי, ובעיקר המחאתי, כולל ניסוח סדור ומתוכנן ועם זאת בוטה וחרף שעניינו ביקורת לעומתית.

225 ועם זאת חשוב להדגיש שלא כל ביטוי הכולל מילות נאצה, קללות וגידופים הוא בהכרח ביטוי הכלול בשיח הביקורת והמחאה הלגיטימיים. ביטוי ביקורתי המובע תוך שימוש בשפה ובטון קשים עלול בהקשרים מסוימים דווקא להגביר את הסיכון להתרחשות מעשי אלימות כתוצאה מן הביטוי, אם על-ידי קהל שומעים אוהד לדובר אשר מבקש ליישם את המתבקש מדבריו על-פי הבנתו, או קהל זועם ומסויג מן הדברים המעוניין לעשות שפטים בדובר ובתומכיו. כמו כן, ביטויים שסגנונם פוגעני ואגרסיבי ואשר אינם מיועדים בעיקר לבטא מחאה או לפרוק כעסים, אינם נהנים ממשקל עודף. בנסיבות מסוימות (בהתאם לרמת הסיכון הכרוכה בהם), מוצדק יהיה לאוסרם.

כאמת מוחלטת. חתירה זו מאופיינת ביסודות של רציונליות או יומרה לביסוס רציונלי או מראית רציונלית, המגבים אותה. לפיכך עליה להיות מלווה בדפוסי הרציונליות כדוגמת שיטתיות ועקביות. המושג אמת בהקשר זה יכול להתייחס לא רק לעניינים עובדתיים, אלא גם לנושאים אידאולוגיים, ערכיים או אחרים.<sup>226</sup> הצדקה זו עשויה אף להיות רלוונטית לאמת של אדם בינו ובין עצמו, כלומר לברור ולקידום עמדותיו האישיות והסובייקטיביות. לפיכך נהירה החשיבות שיש להצדקה זו גם באשר לאוטונומיה של היחיד. ההצדקה המבוססת על האמת קושרת בין קיומו של ביטוי חופשי לבין הגדלת הסיכוי לאיתור ולגילוי טעויות ומשגים, העשרת הידע בחברה והתקרבות למציאת תפיסות קוהרנטיות או מבוססות יותר. על-פי פשטותם של דברים, ככל שגדלה מידת החופש להעביר מידע, להחליף רעיונות, לחקור ולגלות, לקיים תהליך פתוח של הצגת שאלות ספקניות, ולערוך מהלך של ביקורת ותהייה, כך גדלים הסיכויים לרדת לשורשיה של האמת או לפחות להפריך את המוטעה ולקדם את הידע הקולקטיבי של הציבור.<sup>227</sup> גם ביטוי שיסודו בטעות עשוי, באתגר שהוא מציב, להועיל בהבהרת עמדות קיימות ומיקודן, ולפיכך – גם בקידומן. בנוסף, מניעת פרסום של ביטויים עשויה לגרום לתחושה בקרב הציבור כי האמת מוסתרת מפניו ועלולה להוות תמריץ שלילי ביחס לחקר האמת.<sup>228</sup>

כלפי טיעון האמת הועלו ביקורות שונות. נטען כי אין זה ברור שבהתמודדות חופשית בין דעות 'בשוק החופשי של הרעיונות' יגברו דווקא הרעיונות שיסוד של אמת טמון בהם. טיעון עדיפותה של האמת במאבק על ההגמוניה בין הרעיונות מניח נטייה חזקה לשיקול דעת המבוסס על טעמים רציונליים. נראה שהעידן העכשווי מזמין ספקנות ביחס להנחה זו.<sup>229</sup> ניתן להעריך כי אנשים מושפעים במידה רבה על-ידי מוסכמות ומקובלות, ונוטים להישען על איקונוט עכשוויים (אופנתיים), מעצבי דעת קהל ודמויות כריזמטיות. קושי נוסף בהקשר זה כרוך במרחב השיח הציבורי הנשלט יותר

226 בהקשר זה ראוי לזכור שהן ג'ון יום והן השופט הולמס התייחסו לעניינים פוליטיים וחברתיים בהידרשם להצדקה זו.

227 השופט הולמס טבע את המושג 'שוק הרעיונות' שמבהיר את האנלוגיה בין הצדקה זו להיגיון העומד מאחורי התחרות החופשית והיד הנעלמה מתחום חיי הכלכלה. ראו

**Abrams v. United States**, 250 U. S. 616, 630 (1919)

228 ר' כהן-אלמגור, **גבולות הסובלנות והחירות – תאוריה ליברלית והמאבק בכהנאות** (התשנ"ד), עמ' 110.

**Ibid.** p. 15; Schauer, *supra*, note 221, pp. 26-30. 229

ויותר בידי קבוצות מצומצמות של בעלי כוח (פיננסי, פוליטי, תקשורתי) למרות שיקולים אלה, אין לפקפק בחשיבותה של ההצדקה המבוססת על האמת. הביקורות שהועלו נגד טיעון זה, אף אם יש בהן מן האמת, אינן סותרות את מושכלי היסוד שבבסיס הטיעון. הן עשויות ללמד כי שוק הדעות אינו תנאי מספק לקידום חקר האמת, אך אין הן מלמדות על תחליף לחופש הביטוי ולריבוי הדעות כתנאי נחוץ לשם תיקון טעויות, הגדלת הידע, העמקה וגיוון החשיבה בחברה.

ההצדקה לביטוי חופשי בשל חיוניותו לאוטונומיה של הפרט מעבירה את מוקד הדיון מן החברה אל הפרט. בהקשר זה חופש ביטוי רחב היקף הוא דרישה חברתית לא בשל טעמים תוצאתיים שמחוץ לביטוי אלא מטעמים דיאונטולוגיים. במובן זה, הביטוי טוב כשלעצמו מכיוון שהוא מאפשר לדובר לממש את עצמו, ולהגשים את אישיותו באמצעות ניצול זכותו לבטא את עצמו ואת מאווי. <sup>230</sup> התהליך המתמשך של מימוש וגיבוש המחשבה בדרך של ביטוי פרטי או פומבי והתמודדות עם התגובה האנושית המתקבלת נוכח הביטוי הראשוני הוא תנאי של אישיות חושבת. התפתחות אישית – המבוססת על פיתוח יכולת המחשבה והניתוח הביקורתי בדרך של שיח עם אחרים – היא כלי לצבירתו של מטען אינטלקטואלי, לאימוץ דרך חיים והשקפת עולם, ולכישורי חיים נוספים של האדם. <sup>231</sup> הדגש כאן אינו על תוכנו של הביטוי, וודאי שלא על צורתו ודרך הגשתו אלא על עצם זכותו של אדם לממש את עצמו בדרך של ביטוי עצמי, עצמאי וייחודי לו. לתוכנם של הדברים ולצורתם אין משקל ככל שמדובר בטיעון המימוש העצמי. בהקשר זה חשוב להעניק תשומת לב מיוחדת לעובדה זו: ביטוי עצמי אינו תמיד רוט, מאורגן ומבוסס על טעמים רציונליים המוגשים בדרך נאותה, שקטה ומיושבת. למעשה, דווקא הדרך הראשונית, האותנטית ממש לביטוי 'האני' עשויה להתממש בדברים המובעים באופן ספונטני ואינטואיטיבי ובהדגשת הפן האמוציונלי של הדובר. <sup>232</sup>

בנוסף להצדקות הישירות לחופש הביטוי ישנם אף שלושה שיקולים מסדר שני צריכים להוביל לזיהירות רבה בנקיטת צעדים מוסדיים להגבלת

230 ראו לעניין זה: Emerson, *supra*, note 220, p. 6.

Schauer, *supra*, note 221, pp. 54-58. 231

*Ibid.* pp. 50-52; 232

מ' קרמניצר, "חופש הביטוי" בתוך: זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של ד"ר חנוך פ' שלח (התשנ"ח), עמ' 48, 55.

חופש הביטוי גם אם יש ממש בהצדקה להגביל את הביטוי. הראשון מתמקד בהתווית המסגרת הנורמטיבית הראויה. נוכח המורכבות והעדינות הנדרשת לאפיון קווי הגבול בין ביטוי לגיטימי וראוי לבין ביטוי מסוכן ופוגעני, מתעוררת הסוגיה העקרונית והמעשית בדבר המסוגלות לגבש דבר חקיקה ראוי. האם ניתן לנסח כלל סביר להגבלת הביטוי באופן שיפחית למינימום נסבל הן את הסיכון לפגיעה באינטרסים חברתיים כתוצאה מן הביטוי<sup>233</sup> והן את הסיכון להחנקת יתר של הביטוי? (בין השאר בשל אופן עיצוב הנורמה ואופני אכיפתה)<sup>234</sup> בסוגיות של חופש הביטוי, הסיכוי לטעות באפיון הסכנה ובאמצעי הגבלתה, בניסוח הנורמה ובאכיפתה, גדל עקב מורכבות הסוגיה ועקב העמימות האינהרנטית של מושא ההסדרה – הביטוי. במיוחד משמעותי החשש מפני הסדרת יתר שעלולה להגביל סוגי ביטויים שאין מקום להגבלתם ויש הצדקות חזקות דווקא בהבעתם. גם מקום שמתקיימת בו פעולה מוסדית בתום לב, יש חשש שנקודת המבט החברתית והפרספקטיבה של מי שנוטל חלק בהסדרה ובאכיפה תהא מושפעת מהשקפת העולם המסוימת שלו, ועקב כך יוענק משקל לא מספיק להשקפות אחרות או שלא תהא רגישות מספקת כלפיהן. קיים גם חשש שהפסיקה תחשב כמוטה או כפוליטית (גם כשאינה כזו), ומכאן ייגרם נזק למערכת אכיפת החוק.

השיקול השני הוא במאזן התועלת שבאיסור. יש לזכור כי לעתים הוצאת ביטוי מחוץ לגדר הלגיטימיות עשויה דווקא להגביר את תהודתו ולהקנות לו חשיבות ומשקל מעבר לרצוי לחברה; וזאת, אף אם אין כל ערך פודה המצדיק את הביטוי. הוצאה כזו יוצרת התנגדות מיידית לאיסור ופיתוי לאימוץ המסר הפסול, בבחינת 'מים גנובים ימתקו'.

השיקול השלישי – קיים חשש (וככל שהאיסור רחב יותר ועמום יותר, חשש זה גדל) לאכיפה לא שוויונית שעלולה לגרום לתחושת קיפוח מצדם של אלה שביטויים הוגבל ביחס לאחרים. היא עלולה להעניק יתרון לקבוצות חברתיות אחרות ולפגוע בהגינות הדיון הציבורי ולהטות את תוצאותיו. ככל שקיים פער משמעותי יותר בין הנורמה הכתובה לבין אכיפתה (ופער כזה מאפיין את רוב האיסורים על ביטוי) מוחרפת הבעייתיות מבחינת השוויון בפני החוק והכבוד לחוק. גם כאשר יש טעמים טובים לאופן שבו

Schauer, *supra*, note 221, pp. 83-85. 233

234 א' נבנשתי, "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת", **משפטים** ל (התשנ"ט), עמ' 33, 29.

האכיפה מקוימת, לא תמיד ניתן 'להעביר' אותם באופן משכנע לציבור. רושם ציבורי שהאכיפה איננה שוויונית ואף מפלה עלול להישאר.

## 2. חופש הביטוי והגנה מפני פגיעה ברגשות דתיים

מאמיני הדת, כמו קבוצות חברתיות אחרות או אנשים בודדים, אינם רשאים לדרוש לעצמם חסינות מיוחדת. במיוחד אין מקום לחסינות כזו בחברות שבהן הדת המאורגנת והממסד הדתי הם חלק מן המרחב הציבורי, ואף נוטלים חלק פעיל בחיים הציבוריים והפוליטיים, בעיקר באמצעות המפלגות הדתיות ומנגנוני השלטון, ונעזרים בהם על מנת לקדם את האמתות והערכים של הקהילה.

לשני מרכיבים בכל ביטוי יש יכולת להשפיע על גישתנו באשר לדילמה שלפנינו: התוכן, כלומר הערך החברתי הפודה שבביטוי; והצורה, כלומר סגנון בוטה ופוגעני ללא קשר לשאלה האם יש ערך לביטוי. כאשר לביטוי יש ערך חברתי פודה הוא יכול להיות מוצדק בכל ההצדקות שצוינו לעיל, ולכן הוא חלק מהתשתית החיונית לחברה דמוקרטית. כאשר הביטוי הוא אמת לאמתה, הוא מוגן בעצמה מרבית. אולם, העניין הציבורי עשוי להצדיק גם ביטויים נוספים, בין אם ביטויים של דעה ובין אם ביטויים עובדתיים שלא ניתן לקבוע את מידת אמתותם. בציבוריות הפוליטית בישראל, למשל, לא ניתן להכחיש את הרלוונטיות של הדת בסוגיות חברתיות, פוליטיות, תרבותיות ואחרות שהן חלק ממרחב השיח הדמוקרטי בארץ. התייחסות לסוגיות דתיות, כגון מצוות הקשורות ביישוב הארץ (מקור תוקפן, משמעותן, היחס ביניהן לבין מצוות וערכים אחרים), סוגיית הכפייה הדתית או באופן כללי יותר – מעמדה של הדת בשיטת המשפט והמשטר בישראל, דעות של אישים דתיים מהעבר ומההווה ומעמדם של אותם אישים, מיתוסים דתיים וכדומה, הם חלק בלתי נפרד מהדיון הציבורי והפוליטי בישראל.

ראוי להדגשה בענייננו גם מקומם של חופש היצירה, האומנות, המדע והמחקר. בשל אופייה המיוחד והחובק כול של הדת, ובשל התפקיד החשוב שהיא ממלאת בחברה ובפוליטיקה הישראלית, אך טבעי הוא כי היצירה, האומנות, המדע והמחקר יעסקו בה במישרין ובעקיפין. יתרה מזו, גם אם אין בכוונת מי מהחוקרים או היוצרים לעסוק בה, הרי עדיין ייתכן מפגש בין היצירה והמחקר לרגשות דת. מפגשים אלו עשויים להיות שנויים במחלוקת. היצירה והמחקר הם תחומים שבמהותם באים לבחון, לערער, לבקר ולבדוק תופעות מנקודות מבט חדשניות וביקורתיות. יש לזכור כי



לרגשות הדת נודעת חשיבות מיוחדת עקב התפקיד הציבורי שהן ממלאות, ולכן הן נתפסות כאזורי הגנה מיוחדת ומיוחדת בתוך התחום המוגן על-ידי חופש הביטוי. בשל תפיסה זו הגנה על רגשות דת עלולה להביא לפגיעה של ממש בתחומי היצירה והמחקר, פגיעה שאין לה מקום.

הערך החברתי של ביטויים הנוגעים לסוגיות דתיות אינו נמוג גם כאשר הדברים המתפרסמים לוקים בסגנון בוטה ומעליב או מחוספס, ויש בהם משום פגיעה ברגשות דת. בעיה מרכזית היא שהמעבר מדיון ביקורתי בנושאי דת ואמונה להתבטאויות הנתפסות כפוגעות על-ידי אנשים מאמינים הוא כהרף עין. סוגיות כגון קיום האל, אמתות כתבי הקודש (למשל מועד ואופן בריאת העולם, תופעת הנס), נסיבות בואו של ישו לעולם (ביחס לנוצרים), מוסריותם של ציוויים דתיים, התנהגותן של דמויות מרכזיות בעולם הדתי ואולי אף של האל עצמו, הן כה טעונות שלא ברור שניתן לקיים בהם דיון חופשי מבלי להסתכן בפגיעה ברגשות דתיים. הבעיה מוחרפת בשל היחס הישר בין מידת ביסוסו של הפרסום לבין עצמת פגיעתו המשוערת. דווקא ההתבטאויות היותר מבוססות מצד האמת שבהן (למשל אלה שיש להן בסיס מדעי מוצק), עלולות להיות יותר פוגעות בהשוואה לאמירות חסרות יסוד או שקריות (שאז קל יותר 'להתגונן' מפניהן על-ידי הדיפתן כנטולות משמעות). אין להתכחש לעובדה שהשיח הביקורתי עלול לגרום להתערורות רגשית חזקה, בין אם הדברים הכלולים בביטוי נכונים ובין אם לאו. למעשה, דווקא התערורות רגשית יכולה להעיד על אפקטיביות גבוהה של הטיעון ועל עניינותו. על הנוטלים חלק בדיון הציבורי לבחון את נכונותם של הטיעונים ולפיקד, ברור שאין לאפשר הוצאה של תחומים שלמים מן הדיון הציבורי רק מן הטעם שעיסוק בתחומים אלה עלול לעורר בפרטים כלשהם רגשות בלתי רצויים, ובכלל זה רגשות דתיים כאלה. סירוסו של הדיון משימוש בטיעונים העלולים לעורר רגשות בלתי רצויים, פוגע בראש ובראשונה ביכולת לנהל דיון ענייני ומשמעותי.

השמת רסן על ביטויים ביקורתיים לשם הענקת הטבה לחלק ממשתתפי השיח או לקהל השומעים (שלא יתעוררו בקרבם רגשות חזקים ובלתי רצויים), עלולה למנוע או לפחות לפגוע בתכלית של שיח חברתי בשורה ארוכה מאוד של נושאים. צורתו של הביטוי ודרך פרסומו משניים ביחס לערך החברתי שבדיון פתוח, גם אם הוא נוקב, חריף וקשה, בסוגיות פוליטיות, היסטוריות, מדעיות ותרבותיות. יתרה מכך, לעתים סגנון בוטה משרת אינטרס אחר כדוגמת רצון לזעזע ולהביא לשינוי או צורך של המפרסם לבטא את נהמת לבו, ועל כן יש בו ערך בפני עצמו. לכן אין הצורה מאפילה, ככלל, על התוכן.

אין זה תפקידו של הדין העונשי לשמש מדריך לתרבות הדיבור והדיון. מכאן עשויה להשתמע עמדה שונה ביחס לביטוי הפוגע ברגשות דתיים שאינו נתמך בערך חברתי פודה, וזאת משום שאין בו כל תרומה חברתית או שתרומה זו זניחה ביחס לפגיעה ברגשות שנגרמת לציבור גדול. לשיטתנו, אף במצבים כאלה אין מקום ליצור הגבלה עונשית כללית על חופש הביטוי, ואין נפקא מינה מהי כוונת המתבטא או טיב סגנונו. ראשית, קיים קושי בעמידה על ערך הביטוי, בעיקר בטווח הזמן המידי שבו המערכת העונשית אמורה לפעול. יש לזכור כי הערכה זו סובייקטיבית ותלויה ערכים ועל כן לא ניתן לקבוע באופן מניח את הדעת האם בטוי הוא בעל ערך. שנית, קיים קושי הטמון בטיבם האנושי של הגוף או האישיות המחליטים בדבר אכיפת האיסור. לשם משל, ניתן לתהות האם גופי האכיפה בישראל (התביעה ובתי המשפט) רגישים באותה מידה לרגישויות של הציבור הדתי היהודי ושל הציבור הדתי המוסלמי. האם ההכרעות לא תהיינה בזיקה הדוקה מדי לחילוניותו או לדתיותו של המחליט? יש להביא בחשבון, בהקשר זה, את הנזקים למערכת אכיפת החוק הכרוכים ביישום. שלישית, אף אם לא מתקיים ערך חברתי פודה, סביר כי עדיין תעמוד ההצדקה שעניינה האוטונומיה של הפרט. יש לזכור כי במסגרת האוטונומיה של הפרט, התייחסות חופשית לסוגיות של דת ואמונה היא בעלת חשיבות רבה הן במסגרת גיבוש תפיסה עצמית בתחום זה והן בתחום של מיצוב עצמו מול אמונותיהם של אחרים. רביעית, יש לזכור כי לעתים טוב לחברה שתאפשר לציבור או לפרטים לבוא לידי ביטוי אף אם יש בביטוי זה מרכיב גס ומתלהם. הדבר רצוי הן בשל היות הביטוי מעין אמצעי להרפיית מתחים פנים-חברתיים, והן משום שהוא יכול לאפשר גם לגורמי שוליים להשתתף בהליכים הדמוקרטיים והחברתיים. חמישית, בחברה דמוקרטית, פלורליסטית, שיש בה מספר גדול של קבוצות שונות ונוגדות, יש מקום לכל הקבוצות להפנים את עקרון הסובלנות. טעם אחד לכך הוא ערך הסובלנות כעומד בפני עצמו. אך גם ללא טעם זה, אין אפשרות לקיים חברה הטרוגנית ללא סובלנות. על מנת לקיים את הרציונלים החשובים של חופש הביטוי, האוטונומיה של הפרט, ברור האמת, קיום הדמוקרטיה ושינויים חברתיים בדרכי שלום – על חברי הקבוצות השונות לספוג את עלויות עלבון לשם קיום המערכת. מנקודת הראות של סובלנות, מצופה המאמין להיות נכון להעמדת אמונתו במבחן הטלת הספק, הביקורת, ואף השלילה וההכחשה.<sup>235</sup> יש לזכור כי

235 למעלה מן הדרוש, לדעתנו, גם מנקודת הראות של המאמינים יש להטיל ספק בתבונתו

חלק מהמחלוקות הקשות, והמסעירות רגשית מתרחשות בין קבוצות דתיות שונות ובין זרמים באותה דת, בינן ובין עצמן, וודאי שבינן ובין קהלים חילוניים. האיסור, כפי שהוא מנוסח כיום, מעביר (או לפחות יכול להתפרש כך) מסר חינוכי אנטי-סובלני הסותר את הצורך החיוני בפלורליזם וסובלנות בין קבוצתית בחברה דמוקרטית (רב תרבותית). שישית, מהלך של ברור עמדות ואמתות הוא בין השאר תוצר של מאבק, סמוי או גלוי, בין השקפות אידאולוגיות שנערך בדמוקרטיה בדרך של דיון חופשי. איסור המגן באופן נפרד וייחודי על רגשות דתיים עלול ליצור יתרון לא מוצדק לאחת ההשקפות המתחרות בשוק הדעות. טענה רווחת של דתיים לעליונות מוסרית לא תיענה בטענות דומות או בדיון ביקורתי על אמונות ופולחנים דתיים כגון היחס לאישה, היחס לאחר, ברית המילה, סקילת הנואפת וכו'. נימוק זה מתחזק נוכח הקשר ההדוק בין דת לפוליטיקה בישראל. שביעית, עצם האיסור, ואולי אף יותר מכך – אכיפתו, עלולים לגרום לניכור ולעוינות כלפי הקבוצה הזוכה להגנת החוק. שמינית, יש להביא בחשבון את הפגיעה שעלולה להיגרם בהקשר של השיקולים מסדר שני שפורטו למעלה.

ברור כי שיקולים אלה מפחיתים משמעותית – מתוך בחינה מקפת וכוללת – את מידת האנטי-חברתיות שבפרסום הפוגע ברגשי דת. עקב הפיחות האמור, אין מדובר בפגיעה קשה באינטרס חברתי חיוני, ואין מקום לאיסור עונשי.

לפיכך, במידה שיש מקום להגן על פגיעה ברגשות, יש לוודא כי לא מדובר באיסור המסכל ביטוי שיש בו ערך חברתי פודה של ממש; שהביטוי האסור חוצה את סף הסובלנות הנדרשת לקיום חברה דמוקרטית השואפת להתקדמות; שהוא מנוטרל מזליגה לתוך התחום המסויג על-ידי השיקולים מהסדר השני; שהנזק הנגרם עולה על הערך של זכותו של האדם לביטוי הנובעת מזכותו לחירות ולמימוש עצמי. לטעמנו, איסור כזה ראוי שיהא מצומצם ביסודות עובדתיים הנוגעים לסיטואציות ספציפיות מוכרות ואופייניות שבהן שיקול הדעת הערכי של הרשויות מוגבל. לדוגמה: הפרעה לכינוס או לאירוע פולחני או חילול של מקום קדוש או בעל ערך סמלי מהותי.

וביעילותו של האיסור שתכליתו להגן על רגשותיהם. ראשית, האיסור מאותת על חולשה וחוסר ביטחון. שנית, טובת האמונה היא שתיצרך ככור הביקורת, אחרת עלולים עיקריה להפוך לדוגמות חסרות חיוניות. שלישית, כאמור גם האמונה הדתית זקוקה לרענון ולחינוך, והשגתם כרוכה בדיון ביקורתי חופשי וחריף.

## ה. אכיפת איסור שעניינו הגנה מפני פגיעה ברגשות דת

בשל אופיו הרחב של האיסור קיים חשש לתופעה של הפרת האיסור ללא תגובה. למעשה, כיום אין אכיפה של ממש לאיסור זה ובעובדה זו כשלעצמה יש כדי להטיל ספק בחיוניותו. העובדה כי האיסור אינו נאכף עלולה להביא לזילות הדין הפלילי בעיני הציבור. יתרה מזו, כאשר ברור שלא ניתן לאכוף את האיסור ביעילות או שניתן לאכוף אותו באקראי בלבד, אין להטיל את האיסור, אפילו אם הוא מוצדק. פער גדול בין הנורמה לבין המציאות מערער את אמון הציבור במערכת המשפטית.

קושי אחר נגרם עקב אופיו הסובייקטיבי של האיסור – קושי כפול. ראשית, קושי מעשי ביהיו הפגיעה הקונקרטית באינטרס. זיהוי זה מחייב בהכרח לבחון את הדברים מנקודת מבטו האישית של הנפגע. עצם הפגיעה, מידתה והיקפה יכולים להתבטא באופן שונה אצל אנשים שונים, ולמעשה אישיותו של הנפגע מגדירה ויוצרת את הפגיעה. חסרה, לכן, אמת מידה אובייקטיבית וגלויה להערכת האפקט של הביטוי. המשמעות היא שלא ניתן לבחון מבחוץ את גרסת הנפגע המעיד על עצם הפגיעה ומידתה ברגשותיו. הקושי השני, כרוך בקושי הראשון, בהיעדר אמת מידה אובייקטיבית להערכת הפגיעה הצפויה, כיצד אמור המפרסם להעריך את אפשרות הפגיעה ומידתה? וכיצד אפשר יהיה להוכיח בשלב המשפט את מודעותו בפועל בעת הפרסום לאפשרות הזו?

יש לזכור כי מקרים של פגיעות רגשיות שכיחים בחברה הטרוגנית בעלת סכסוכים פנימיים כחברה הישראלית. כאמור, קיים חשש מפני אכיפה סלקטיבית מצד רשויות האכיפה. רשויות האכיפה אף עלולות להיות מוטות בשל העמדות האידאולוגיות של מקבלי ההחלטות. כל אלו עלולים להביא לפגיעה קשה בעקרונות השוויון וההגינות, ולפליחות במעמדן של הרשויות ושל החוק. מכיוון אחר, היות שמדובר בעברה הקשה להוכחה, ייתכן שאדם יזכה, על אף שהתנהג באופן חריג ובלתי רצוי. המסר שעלול להתקבל בציבור מזיכוי מעין זה הוא שהתנהגות בוטה היא לגיטימית וראויה. לכך ייתכנו שתי תוצאות: האחת, מסר חינוכי שלילי באשר לסוג ההתנהגות הרצוי בחברה דמוקרטית וסובלנית; השנייה, בשל הקושי שבתחום ברור של סוג הביטויים המותרים מול סוג הביטויים האסורים, יעזו יותר אנשים להתבטא או לפרסם ביטויים פוגעניים ואף לחרוג מהתחום המותר לפי החוק.

## 1. ביטוי תחילה, ואחריתו – מי ישורנה?

אם פגיעה ברגשות דתיים מצדיקה איסור על ביטוי, עלול להתפתח אפקט של מדרון תלול של איסורים פליליים על מעשים שהם חלק מחיי היום יום של אלו שאינם מאמינים. במקרים כאלו, רבים המעשים שאינם לרוחם של מקיימי המצוות והפוגעים ברגשותיהם. לדוגמה, אם תוגבל נסיעה בשבת, ייפגע חופש התנועה. הופעה בלבוש לא צנוע ברשות הרבים נתפסת כפוגענית, ומצד שני הגבלה על הופעה כזו כך עלולה לפגוע בחירות הפעולה של האדם. הימצאות של חנות לאביזרי מין או אטליז לא כשר באזור שמתגוררים בו גם דתיים, יכולה לפגוע ברגשות דתיים. איסור על קיומם של אלה יפגע בחופש העיסוק. מהותית, כל אחד מהמעשים הללו אינו שונה, מבחינת הפגיעה ברגש הדתי, מכל צורה של ביטוי. ייתכן אף שרגשות המאמינים נפגעים יותר ממעשים מאשר מהתבטאויות. בכך מטילים על האוכלוסייה נטל כבד במיוחד בכל הקשור באפשרות של מגע בין מאמינים בדת מסוימת לאלו שאינם מאמינים במצוותיה. קשה לקבוע מסמרות לגבי מידת הפגיעה ברגשות של מעשים כאלה כשלעצמה ובהשוואה לביטויים פוגעניים. קשה גם לסתור את עדותם של מתלוננים על עצמת הפגיעה ברגשותיהם. בהנחה שיש דמיון במידת הפגיעה ברגשות, אם מוצדק האיסור על ביטוי, אז האיסור על עשייה שאיננה ביטוי – לא כל שכן. ההגבלות על זכויות האדם שצפויות להתפתח כתוצאה מכך עלולות להיות מרחיקות לכת.

## 2. שיוריות הדין הפלילי ואפשרויות נוספות העומדות בפני החברה לצורך הגנה על רגשות דתיים

לאור מאפייניו של המשפט הפלילי, יש להראות שהאינטרס שעליו מתבקשת הגנה עומד בקריטריון של ערך חברתי חשוב וחיוני, שאין דרך להגן על אינטרס זה אלא באמצעות המשפט הפלילי, ושהאיסור הפלילי אינו פוגע בו מעבר לנדרש, כלומר האיסור הולם ואינו מופרז. שמירה קפדנית על תפיסת השיוריות של המשפט הפלילי חשובה גם לצורך שמירה על תדמיתם של דיני העונשין בעיני הציבור, כך שיובטח הגינוי החברתי הנלווה להטלת הסטיגמה הפלילית רק במקרים המצדיקים זאת בחומרתם.<sup>236</sup> ספק רב אם

Ashworth, *supra*, note 199, p.41; M. Kremnitzer, "Interpretation in 236 Criminal Law" *Is. L.R* 21 (1986), pp. 358, 364.

המשפט (וודאי המשפט הפלילי), שאינו מאופיין בגמישות, בעדינות ובמורכבות הנדרשים לכך, הוא מכשיר נאות לטיפול בסוגיות שעניינן הגנה על רגשות מפניהם של ביטויים, בפרט לאור הקשיים והמאפיינים המיוחדים לנושא ההגנה על רגשות, כפי שפורטו לעיל.

אין בכך כדי לגרוע ממחויבותה של החברה לקיים מאמץ ממשי וקבוע שרמת השיח הבין-אישי לא תיפול מתחת לסף של מידה נאותה של התחשבות באחר ורגישות לרגשותיו. בהקשר זה לא למותר להזכיר את ההתפתחות שחלה בסוגיה זו בצרפת. בצרפת קיימת מערכת ענפה ומפורטת של כללי התנהגות המיועדים לשמר מתכונת של יחסים אזרחיים תוך הימנעות מפני הבעת ביטויים העולבים בזולת. מרביתם המכריע של הכללים הללו אינם כללים משפטיים.<sup>237</sup> בצרפת האריסטוקרטית והמלוכנית של המאות ה-17 וה-18, התקיים קוד פלילי מפורט מאוד של איסורים על העלבה. בקוד נפוליאון משנת 1810, שונה מעמדן המשפטי של מרבית העברות בתחום זה, ואלה הפכו לעברות מנהליות הנתונות לאכיפה משטרתית בלבד, שעונשן קנס. בהתאמה, שונתה התווית הפלילית של עברות אלה מ'עברה' ל'הפרה'.<sup>238</sup> השינויים במעמד המשפטי של האיסורים על העלבה לא פגעו כלל במעמד המרכזי של תחום זה בתרבות הצרפתית. האיסור על העלבה הוגדר לא כסוגיה של משפט וזכויות אלא כסוגיה מתחום האתיקה החברתית והנימוס המחייב. יתר על כן, הסדרת כללי ההתנהגות האדיבה הפכה מפורטת ובעלת בולטות חברתית גבוהה, אך מחוץ לגדרה של ההסדרה המשפטית. התפיסה המושגית, ואפילו הטרימינולוגיה הכמו-משפטית, נותרו על מכונם אלא שמערכת החינוך היא שהפכה אחראית ראשונה להנחלת הכללים ולפיתוח תחושת המחויבות לאכיפתם. בפועל חלה התקה של הכללים מתוך המרחב המשפטי תוך ויתור על חולשותיו – נוקשות וחוסר יעילות הרתעתית – ושמירה על יתרונותיו – בעיקר ניסוח כללים ורטוריקה – אל מערכת רכה, אלגנטית ויעילה בהרבה להשגת המטרות החברתיות. מערכת החינוך,

J. Q. Whitman, "Enforcing Civility and Respect", *Yale L. Rev* 109 ראו: 237 (2000), pp. 1279-1398.

מטרתו של מחבר המאמר היא הצגת נורמות משפטיות במשפט הגרמני והצרפתי שמטרתן כיבוד הזולת ואדיבות כלפיו, בעיקר כנגד החלל הקיים בתחום זה במשפט האמריקני. וזאת על מנת לבחון באופן ביקורתי את מידת הצדקתה של התפיסה המושגית מבית המדרש של החשיבה היוריספודנטית בארה"ב התומכת בקיומו של חלל זה, בעיקר משיקולים עקרוניים של ביסוס חופש הביטוי.

*Ibid.* pp.1345-1346. 238

האחראית במסגרת החוק לחינוך כלל האזרחים, קיבלה על עצמה את המשימה להנחיל את הערכים החברתיים של נימוס וכיבוד הזולת במסגרת תכנית לימודים מפורטת המיוחדת לעניין זה. כללים אלה נלמדים במסגרת מערכת החינוך בצרפת כשם שנלמדים, למשל, כללי הציות לתמרורים. הגם שכללי ההתנהגות בתחום זה נעדרים סנקציה ומערכת אכיפה פורמלית, תחושת המחויבות לכלל איננה פחותה.

אכן, למרות הקשיים, עדיפות צריכה להינתן לנורמות חברתיות על פני אכיפה מוסדית. יש לחזק ערכים חברתיים על-ידי שימוש בחינוך ומתן חיזוק ועידוד חיוביים. זו דרך הטמעה נאותה ויעילה, גם אם היא תובעת תהליכים ממושכים. אם דרך זו לא תעלה יפה או שיוחלט מלכתחילה שלא ניתן להסתפק בה, יש לבחון דרך אחרת, לא פלילית (אזרחית או מנהלית), להתמודדות עם התופעה. איסורים פליליים הם בבחינת מוצא אחרון, וגם כמוצא אחרון אין להשתמש בהם כאשר הדבר נוגד, כמו במקרה שלנו, את עקרונות היסוד של דיני העונשין.

## סיכום

לדעתנו, אין מקום בחוק העונשין לעברה שעניינה הגנה כללית על רגשות הדת ואמונת האדם הדתי.

א. יש להכיר בערך חברתי שעניינו הגנה מפני פגיעה ברגשות בכלל, ומפני פגיעה ברגשות דת בפרט. לכל אדם יש אינטרס מובהק ברגשותיו האישיים. האדם חפץ ליהנות מרגשות חיוביים ולהימנע מרגשות רעים, ובייחוד כאשר התעוררות רגשית רעה נובעת או מקושרת לאמונתו ולערכיו הדתיים. עם זאת, יש לזכור כי אין זה ערך שווה לערך החברתי של הגנה מפני פגיעה באינטרס קיומי של אדם, כגון גופו או חירותו. לעתים, פגיעה ברגשות תורמת דווקא לקידומו של האדם ולפיתוח אמונתו; ובכל מקרה במציאות האנושית קשה להימנע מפגיעות כאלו כמעשה שגרה יום יומי. בני אדם חיים על-פי אורחות חיים שונים ולעתים סותרים ויש להם עמדות ודעות שונות ומנוגדות. מה שנראה מקודש לאחדים, עשוי להראות טמא, מגוחך או חסר משמעות בעיני אחרים. האינטרס המיוחד לרגשות מאופיין בסובייקטיביות. ההכרעה מהי פגיעה ומתי אדם נפגע תלויה, במידה רבה, במשתנים אינדיבידואליים. לפיכך הערך החברתי – מושא העבודה – אינו כה חיוני ואפיוני אינם תואמים את יסודות החוק הפלילי.

ב. איסור המיוחד לרגשות דת ולאמונה דתית פוגע, לדעתנו, בעקרון השוויון ובעקרון ההגינות. על אף המאפיינים המובהקים של רגשות דת, אין בהם כדי להצדיק היבדלות של רגשות דת מרגשות מקבילים כגון רגשות לאומיים, אתניים, אידאולוגיים וכו'. המרכיבים המהותיים והחמורים שברגשות דת, קיימים במידה דומה של חשיבות גם ברגשות אחרים.

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

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

ה. השיקול המרכזי שבעטיו אנו מתנגדים לעברה הוא הנזק שעברה זו מסבה לעיקרון של חופש הביטוי. חופש הביטוי הוא ערך יסודי בחברה



דמוקרטית. הוא אחד מעמודי השדרה החיוניים לקיום חברה דמוקרטית ומתקדמת. איסור על פגיעה ברגשות נוטה לפגוע בלב חופש הביטוי, בהצדקות הראשוניות שלו ובעיקרי החירות הבסיסית שלשמה מתקיימת החברה הדמוקרטית. ההגבלות שעלולות לנבוע מההגנה על רגשי דת מסכלות סיכוי אמיתי לשיח מלא, כן ומפנה. חשיבותו של חופש הביטוי ברורה – אף אם הוא מחייב לשאת במחירים מסוימים מצד קבוצות – והוא חיוני במיוחד בחברה פלורליסטית, שבה קבוצות מנוגדות, מתחרות ולעתים עוינות, נתבעות לחיים משותפים. אשר על כן, חופש הביטוי דוחה איסור פלילי המגן מפני פגיעה ברגשות ברוח האיסור הקיים כיום בסעיף 173 לחוק העונשין.

## בשולי הדברים: תיקונים הדרושים בחקיקה הפלילית

לאור המסקנה התומכת בביטולה של העברה הפלילית נדרש להקפיד שלא תיגרם עקב הביטול פגיעה באינטרסים חיוניים אחרים, שחלקם מכוסים כיום באמצעות עברה זו.

### א. חופש הדת והפולחן או הזכות לתרבות כנגזרת של עקרון הסובלנות

דומה כי ניתן לעצב איסורים שיענו על האינטרס של הגנה מפני פגיעה ברגשות מכוננים דתיים ויעמדו באיזון עם הערכים המתנגשים ובראשם חופש הביטוי, יהיו מוגדרים דיים ויבטאו בבירור את האינטרס המוגן. מרכיב חשוב בעיצוב איסור כזה, הוא הדרישה להתנהגות בעלת חומרה יתרה שאינה משרתת כל ערך פודה. ראוי שיהא ניכר מהתנהגות זו, שהעושה שם לו למטרה לפגוע באחר. מאפיין רצוי נוסף הנובע בדרך כלל מדרישת המטרה הוא שהנפגע או הנפגעים יהיו בחזקת 'קהל שבוי'. במקרים אלה, לא תתעוררנה בעיות הכרוכות באכיפת האיסור. אין מדובר בהעלבות גרדא או בהתבטאויות פוגעניות שהן שכיחות למדי, כאלה המותרות שיקול דעת רחב מדי בידי רשויות התביעה, אלא במקרים מוגדרים ומתוחמים היטב, שהם ברורים ומעטים, כך שאכיפת האיסור תהיה גם אפשרית וסבירה ביחס לכמות הפרות של האיסור. זוהי אומנם התייחסות מצומצמת לנושא הפגיעה ברגשות דתיים, אך היא משמעותית ומידתית. התייחסות זו מנוסחת

לעתים כהגנה על חופש הפולחן או הדת<sup>239</sup> או כנגזרת של הזכות לתרבות.<sup>240</sup> יש בה ביטוי לעקרונן הסובלנות שהוא ערך חשוב בחברה פלורליסטית, ובלעדיו אין תקומה לערכים ראשוניים כמו חירות וחופש הביטוי. בהקשר זה, יש לומר כי דווקא היפגעות מבטאת לעתים חוסר סובלנות כלפי האחר והיעדר מוכנות לקבלו,<sup>241</sup> ואילו התייחסות הממעטה בחשיבות הדברים ובהענקת לגיטימציה להם משתלבת עם דרישותיה של חברה רב תרבותית ופלורליסטית. אולם, תהא זו פגיעה חמורה בערך הסובלנות, כזו שאין לצפות ליחס סובלני כלפיה, אם אדם יבוא בתחומי מקום מקודש או מקום פולחן ויחלל את המקום ה'מקודש' או יפגע בפולחן הדתי. אשר על כן, נדמה כי עברה שעניינה חילול מקומות וחפצים מקודשים (סעיף 170 לחוק העונשין) או עברה שעניינה הפרעה מכוונת לפולחן או לאקט דתי אחר (סעיף 171 לחוק העונשין) הן עברות שיש מקום לשמרן בשינויי התאמה ועדכון. מכיוון שערכים מכווננים מצויים אף אצל קבוצות שייכות אחרות, ייתכן שיחילולי אתרים משמעותיים, או הפרעה מכוונת בטקסים ובאירועים של בני קבוצה שאינה בעלת זהות דתית,<sup>242</sup> צריכים להיכלל גם הם באיסור.<sup>243</sup> הגנה על דגלים וסמלים קיימת כבר כיום, במסגרת חוק הגנת סמלים.<sup>244</sup>

## ב. גזענות

בעקבות ההצעה לבטל את סעיף הפגיעה ברגשות דתיים, מוצע לתקן את הגדרת 'הגזענות' בחוק העונשין. זאת, על מנת לבטא מחויבות של חוק העונשין להיאבק בגילויים החריפים ביותר של התופעה החברתית השלילית של פרסום ביטויים המסיתים לגזענות, ובהם גם פגיעות באנשים בשל

239 גרעין האיסור הפלילי של פקודת הנאצה לפי הנשיא אגרנט בפרשת **החוגים הלאומיים**.

240 א' מרגלית, מ' הלברטל, "ליברליזם והזכות לתרבות" בתוך: **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל** (התשנ"ח), עמ' 93-105.

241 J. Raz, **The Morality of Freedom** (Oxford, 1986), pp. 401-402.

242 למשל, השחתת קברו של חוזה המדינה, או התפרעות מכוונת בטקס יום השואה או יום העצמאות וכך הלאה.

243 קדושה בהקשר חילוני – בדרך כלל כאשר נכנס שכול לתמונה, למשל, יום השנה לרצח רבין, טקס יום השואה או יום הזיכרון, וכן ראו ל' ברשק "בית המשפט והדת האזרחית", **המשפט** ה', עמ' 35-65.

244 סעיף 6 לחוק הגנת סמלים, התשל"ה-1974 קובע: "לא ישתמש אדם בכל שם או בכל סמל או דגל... למטרות מסחר, פרסומת או הסברה, בדרך... שיש בה כדי לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו".

אמונתם הדתית. כיום כוללת הגדרת המונח 'גזענות' רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכל **בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני** (ההדגשה לא במקור). לענייננו רלוונטי האיסור על פרסום הסתה לגזענות<sup>245</sup> הכלול בסימן זה. אפיון הערך המוגן באמצעות העברה טרם זכה לפרשנות שיפוטית מוסמכת וברורה אם כי נראה שהאינטרס המוגן באמצעותו הוא הגנה מפני ביטויים שמטרת הדובר היא שיגרמו לשומעים לפעול באופן גזעני.<sup>246</sup> אם כך, הערך המוגן אינו מתמצה, כנראה, בהגנה על כבוד האדם. הנזק החברתי חורג מעצם הביטוי הגזעני ופונה לעבר המעשה הגזעני.<sup>247</sup> הסדרת המאבק בגזענות במסגרת חקיקת העונשין בישראל כיום אינה נקייה מקשיים והדעת נותנת כי נדרש עיון מחודש במתכונת הקיימת. אין אנו דנים כאן אלא בהקשר הרלוונטי לענייננו. כאמור, נדרש להוסיף ליסודות העברה (לפחות) את הרקע הדתי של אדם כיסוד נוסף במסגרת הגדרת הגזענות. שהרי גילויי חוסר סובלנות מבוססי דת ורדיפות מטעמים של מוצאו הדתי של אדם ידועים מאז ומעולם ומיליוני בני אדם איבדו את חייהם על רקע רדיפות דת. גם כיום יש לרקע הדתי של אדם חלק משמעותי בגורמים לגילויי חוסר סובלנות, שנאה ורדיפות.<sup>248</sup> צירוף הרקע הדתי כיסוד נוסף לעברה של הסתה לגזענות יעתיק את מרכז הכובד מהגנה מפני פגיעה רגשית גרדא לפגיעה בכבוד האדם, שפניה לעבר עשייה גזענית. בכך יש משום התקרבות לרציונל של הגנה על שלום הציבור.

למעשה, כלל לא ברור מדוע אין מופיע יסוד הרקע הדתי בהגדרת הגזענות בישראל. כידוע הצעד המעשי הראשון למאבק בגזענות במישור המשפט הבין-לאומי נעשה כבר ב-1960 עם קבלת החלטה בעצרת הכללית של האו"ם שעניינה:

245 סעיף 144ב(א) בחוק העונשין קובע: "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים".

246 בע"פ 2831/95 **עידו אלבה נ' מדינת ישראל**, כ"ד נ(5), 221 נדונו יסודות עברת ההסתה לגזענות. שופטי ההרכב הציגו עמדות שונות לעניין אפיון היסוד העובדתי והיסוד הנפשי. המעיין בפסק הדין נותר לבסוף בלא תשובה ברורה ואחידה לגבי הערך המוגן באמצעות העברה. ראו קרמניצר, לעיל הערה 148, עמ' 114.

247 **שם**, עמ' 142.

248 ראו מחקר שנערך ביוזמת האו"ם הכולל נתונים שהתקבלו ממדינות, סוכנויות וארגונים לא ממשלתיים על תופעות של חוסר סובלנות ורדיפות על רקע דת:

Angelo d'Almeida Ribeiro, "Implementation of the Declaration on Elimination of all forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief," **UN Doc. E/CN.4/1987/35**, 3.

“Condemning all manifestations and practices of racial, religious and national hatred in the political, economic, social, educational and cultural spheres ...”

בעקבות החלטה זו ובעקבות פעילות בין-לאומית נמרצת קיבלה העצרת הכללית שתי החלטות נוספות לכינון ועדות ניסוח לאמנה בין-לאומית לטיפול בעניין זה.<sup>249</sup> מטרת האמנה כפי שנוסחה בשתי ההחלטות הייתה:

“...to put into effect the principle of the equality of all men and all peoples without distinction as to race, color or religion ...”

ההחלטה להפריד בין מרכיבי המוצא הדתי ומרכיבי המוצא הגזעי, הלאומי והאתני נעשתה בשלב מאוחר יותר של הפעילות המעשית לכינון האמנה. הטעם העיקרי להפרדה זו היה הצורך בפשרה שנועדה להגביר את ההסכמה סביב נוסח מוסכם שיזכה באישור אוניברסלי.<sup>250</sup> עם זאת האמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות אשר נכנסה לתוקף ב-1976 קובעת בסעיף 20(2) כי פרסום כל דבר עידוד לשנאה מטעמים של לאום, גזע או דת היוצר הסתה לעוינות או אלימות ייאסר על-פי חוק. על אמנה זו חתומות כיום 144 מדינות<sup>251</sup> (ההדגשות אינן במקור).

עיון בהליכי החקיקה של סעיפי הגזענות בישראל מלמד שבמקורה כללה ההצעה להגדרה המשפטית של המונח 'גזענות' גם מרכיבים של פגיעה

249 ראו נוסח החלטות האו"ם:

General Assembly Resolution 1780 (XVII), General Assembly Resolution 1781 (XVII).

250 נראה שההתנגדות העיקרית לשילובו של המוצא הדתי של אדם כבסיס נאות להגנתה של האמנה נגד התנהגות לא שוויונית, באה מצדן של מדינות קומוניסטיות שהתנגדו עקרונית להענקת מעמד שווה לדת באשר היא ולהיבטים האחרים המכוננים את אדם – גזעי, לאומי ואתני. התנגדות נמרצת אחרת באה מצדן של מדינות ערב שלעמדתן היהדות אינה אלא דת ולא לאום ועל כן הסדרת הטיפול הבין-לאומי בגילויי שנאה כלפי יהודים צריכה להיכלל באמנה שתיוחד לסוגיות של דת ולא של לאום. ראו:

E. Schwelb, "The International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination," **Intl and Comparative L. Q.** 15 (1966), pp. 996-1059; N. Lerner, **The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination** – Netherlands and USA (1980), pp. 2-3).

Office of The United Nations High Commissioner for Human Rights, 251 **Status of Ratification of the Principal International Human Rights Treaties** May 2000, 8.

הנובעים מטעמים של אמונה דתית.<sup>252</sup> אולם ועדת החוקה של הכנסת בחרה לוותר על מרכיב הדת בעברה.<sup>253</sup> יתר על כן, בדיוניה החליטה הוועדה להוסיף סעיף הגנה אשר קובע כי פרסום ציטוט מתוך כתבי דת וספרי תפילה, או שמירה על פולחן של דת, לא ייחשבו כעברה ובלבד שלא נעשו מתוך מטרה להסית לגזענות.<sup>254</sup>

לאור עמדת המשפט הבין-לאומי, המצב במדינות אחרות, ולאור ההנמקה שהוצגה לעיל שלפיה אין מקום להבחנה עקרונית בין רקע דתי לאפיונים אחרים של האדם, מוצע להוסיף את יסוד הדת כמרכיב השתייכות נוסף בהגדרת הגזענות.

מן הראוי לציין כי האיסור על פרסום הסתה לגזענות בנוסחו כיום, טומן בחובו לפחות חלק מהקשיים המתוארים בחיבור זה. ההגדרה 'גזענות' כוללת בין היתר גם 'ביזוי ו'השפלה' (תחושות שהן בעיקרן רגשיות). על כן, איסור פרסום דבר הסתה שעלול להביא לביזוי והשפלה של אדם בשל אמונתו הדתית, מותיר חלק מהמכשולים שהם נחלת סעיף 173. יש צורך, כאמור, בבדיקה מחדש של האיסור כך שיביא להגנה מרבית על שלום הציבור מפני גילויים של גזענות, תוך שמירה על חופש הביטוי.

## ג. שלום הציבור והחשש מפני אלימות

ההיסטוריה החקיקתית, האיסור הקיים במשפט הגרמני והפרקטיקה של המשפט המקובל האנגלו-אמריקני יכולים לרמוז על הכללתו בפועל של 'שלום הציבור' כאינטרס חברתי נוסף המוגן על-ידי האיסור. ייתכן שניתן ללמוד מן ההיסטוריה החקיקתית ומפסק דין 'סוסצקין' כי למעשה זהו האינטרס העיקרי להגנה באמצעות האיסור מגביל הביטוי. עם זאת בפסיקת בית המשפט העליון לא פותחה ההגנה על שלום הציבור; וככלל, הפסיקה נמנעה מלהתייחס להקשר זה. חשוב להבהיר כי 'שלום הציבור' מהווה אינטרס נפרד ומנותק מן האינטרס להגנה על רגשות ואין לטשטש את ההבדלים היסודיים ביניהם. בעוד שהאינטרס בהגנה על רגשות מתמקד בנוק הטמון בביטוי עצמו או, למצער, קרוב אליו בהקשר נסיבתי צמוד וישיר או תוצאתי-

252 "גזענות – רדיפה, השפלה, ביזוי או איבה כלפי ציבור, או גרימת מדנים בין חלקים של האוכלוסייה, וכן מעשה עוינות או אלימות והכל בשל השתייכות לגזע, לאום או לדת". הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 24), התשמ"ה-1985, 195.

253 ראו נימוקי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט בהביאו את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית, ד"כ עמ' 1056, 1056-2875, 4314-3997.

254 סעיף 144 ג(ב) לחוק העונשין.

פוטנציאלי (שאינו מותנה בעשייה נוספת), שלום הציבור מתמקד בנוק פוטנציאלי, מרוחק יותר מהביטוי עצמו והתרחשותו תלויה בהתנהגות נוספת. והעיקר, אין מדובר בהגנה על רגשות, אלא בהגנה על החיים ועל שלמות הגוף. לאור המסקנה בדבר ביטול ההגנה העונשית על רגשות דתיים, נדרש לבחון אם אין מקום להטיל איסור שיתמקד בהגבלת ביטויים פוגעניים המסכנים את שלום הציבור. אין להיחפז לקבוע איסור כזה. נדרשת הצדקה משכנעת במיוחד כדי להביא להגבלת מימוש חופש הביטוי בשל הסכנה שבכך יומרץ אדם לבצע מעשה אלימות או מעשה לא חוקי אחר. זאת, גם בשים לב לכך שמיוש חופש הביטוי עצמו הוא דרך להפגת מתחים, ואם יוגבל – יגבר החשש לנקיטת צעדי אלימות. בהקשר זה המשפט הפלילי אינו צריך לשמש תחליף לרשויות אכיפת סדר יעילות וחזקות שמתפקידן לאפשר לכל אחד למצות את זכויותיו בחברה הדמוקרטית מבלי להביא להפרת שלום הציבור.<sup>255</sup>

## ד. איסור על פרובוקציה לאלימות

מדובר באיסור שנגזר משלום הציבור. בעיקרון מוצדק לאסור את הביטוי המסית, כאשר מטרת הדובר היא להביא לעשיית מעשי אלימות או מעשים לא חוקיים על-ידי קהל (למשל מצד גזענים כלפי הקבוצה שנגדה הסית המסית).<sup>256</sup> אם כך, לא רחוקה הדרך להצדקת איסור על ביטוי מתגרה ופוגעני, המושמע מתוך מטרה זהה. אלא שהפעם האלימות אמורה ומיועדת לבוא **מבני הקבוצה** שבה מתגרים ולא מאחרים. יש אפוא, לשקול קביעת איסור שיתייחס לביטויים מתגרים (כנגד דת, לאום, גזע וכד'), העלולים לגרום למעשי אלימות שמקורם בהמון מקונטר שרגשותיו נפגעו, כמתואר בפסק דין 'סוסצקיין'. עברה כזו צריכה להיות מוגדרת היטב ומותנית הן בסכנה מוחשית ומיידית של התפרצות אלימה והן במטרה להביא למעשי אלימות.<sup>257</sup> בנוסף לקשיים הדומים לקשיים שפורטו מעלה ביחס לאיסור

255 א' רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (התשנ"ז, כרך ב'), עמ' 1102.

256 ראו גם הצעתם של גנאים וקרמניצר שלפיה אחת החלופות בהצעה לחקיקת עברת ההסתה עניינה "המפרסם בפומבי דברים העלולים, בנסיבות העניין, להביא לעשיית מעשה פשע או אלימות, במטרה שתעבר עברה כאמור". ראו קרמניצר וגנאים, לעיל הערה 5, עמ' 26-27.

257 עברה מסוג זה קיימת בחוק האנגלי ודינה שישה חודשי מאסר: Public Order Act, 1986 sec. 4

של פגיעה ברגשי דת, ניתן לראות קושי ייחודי באיסור זה משום שיש בו מעין הישג או אף תמריץ לאלימות ולאנשים אלימים. ככל שהציבור סובלני פחות ונוטה יותר להתפרצות אלימה, כך מוגבל חופש הביטוי של המתייחס לציבור זה. ומכאן ש'כדאי' לציבור לגלות קיצוניות ונכונות לאלימות. כך יוכל להגן על עצמו טוב יותר מפני מתגרים פוטנציאליים, שיפלו בגדר האיסור.

מנגד, מזווית ראייה של בחינת המפרסם – קשה למצוא קו זכות משכנע למי שמתוך מטרה להביא לאלימות מתגרה באחרים על-ידי פגיעה בהם ויוצר סכנה מוחשית ומידית להתפרצות אלימה. קיים דמיון מהותי בינו לבין המסית לאלימות והמשדל לאלימות. ספק רב אם איסור מעין זה ישפיע לרעה על מידת הקיצוניות, חוסר הסובלנות והנטייה לאלימות של ציבורים רלוונטיים. בסברה ההפוכה יש משום ייחוס יתר השפעה וחשיבות לנורמות משפטיות. ואם מדובר בציבור הידוע ממילא בנטייה לאלימות, אין זה נטל מופרז על המפרסם שיביא זאת בחשבון.

הניסוח הוא: "A person is guilty of an offence if he- (a) uses towards another person threatening, abusive or insulting words or behavior or (b) distributes or displays to another person any writing, sign or other visible representation which is threatening, abusive or insulting, with intent... to provoke the immediate use of unlawful violence by that person or another, or whereby that person is likely to believe that such violence will be used or it is likely that such violence will be provoked".

## רשימת מקורות

### פסיקה ישראלית

- בג"ץ 953/89 מאיר אינדור נ' טדי קולק ואח', פ"ד מה (4) 683.
- בע"פ 2831/95 עידו אלבה נ' מדינת ישראל, ת"ק על 96(3).
- בג"ץ 4/64 אריה וגנאר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח (1) 29.
- בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד נ (5) 661.
- בג"ץ 73/75 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז (2) 882.
- בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד (2) 141.
- ע"א 63/86 חסן אל צפדי נ' ברוך בנימין, פ"ד יז (3) 1422.
- בג"ץ 357/61 טטליס נ' ראש העיר הרצליה, פ"ד טז 902.
- בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיו אינק נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג (2) 22.
- בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו ואח' (טרם פורסם).
- בג"ץ 5016/96 ליאור חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח', ת"ק על, כרך 97 (2), התשנ"ז-התשנ"ח — 1977, 611.
- בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421.
- בג"ץ 399/85 ח"כ מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255.
- בג"ץ 124/70 כוכבי שמש נ' רשם החברות, פ"ד כה (1) 505.
- ע"פ 697/98 טטיאנה סוסצקין נ' מ"י, פ"ד נב (3) 289.
- בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות נ' רשות השידור ואח' פ"ד מח (2) 1.
- בג"ץ 351/72 עמוס קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד כו (2) 811.
- ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא, פ"ד נג (3) 600.
- בג"ץ 230/73 ש.צ.מ. נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד כח (2) 113.



**חיבורים בעברית**

- א' בנבנשתי, "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" **משפטים** ל (התשנ"ט), 29.
- ר' ל' ברשק, "בית המשפט והדת האזרחית" **המשפט** 5 (2000) 35.
- ר' גביוון, **ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים**, הקיבוץ המאוחד (תל אביב, התשנ"ט).
- ר' גביוון, **שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק – הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית (ירושלים, התשנ"א).
- א' הראל, "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות ההתממשות של הנזק'", **משפטים** ל (התשנ"ט), 69.
- א' וינריב, **דת ומדינה – היבטים פילוסופיים**, (תל אביב, התש"ס).
- ג' יום, **מסכת טבע האדם**, מאגנס (ירושלים, התש"ב).
- ר' כהן-אלמגור, **גבולות הסובלנות והחירות – תיאוריה ליברלית והמאבק בכהנאות**, נבו (ירושלים, התשנ"ד).
- א' כשר, "פגיעה ברגשות וטובת הכלל", **משפט וממשל** ב (1) (התשנ"ד), 289.
- ג' ס' מיל, **על החירות**, מאגנס (ירושלים, התש"ו).
- א' מרגלית, מ' הלברטל, "ליברליזם והזכות לתרבות", **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל**, רמות-אוניברסיטת תל אביב (תל אביב, התשנ"ח), 93.
- ד' סטטמן, "פגיעה ברגשות דתיים", **שם**, 133.
- מ' קרמניצר, "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות", **משפטים** ל (התשנ"ט), 93, 97.
- מ' קרמניצר, ח' גנאים, **הסתה, לא המרדה – ההמרדה בדיני העונשין: הדין הרצוי והדין המצוי**, המכון הישראלי לדמוקרטיה (ירושלים, התשנ"ח).
- מ' קרמניצר, "חופש הביטוי", **זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של ד"ר חמן פ. שלח**, עידנים-ידיעות אחרונות (תל אביב, התשנ"ח), 48.
- י' קרפ, "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם – קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", **הפרקליט** מב (התשמ"ה), 64, 67.

- ר' שגב, חופש הביטוי נגד רשויות המדינה – הצעה לביטול האיסורים על ביטויים הפוגעים במעמדם של שופטים ועובדי ציבור, המכון הישראלי לדמוקרטיה (ירושלים, 2001).

#### פסיקה זרה

- **Abrams v. United States** 250 U. S.616, 630 (1919).
- **Bowman v. Secular Society Ltd.** [1917] A.C. 406.
- **Commonwealth v. Kneeland** 37 Mass. (20 pick) 206 (1838).
- **People v. Ruggels** 8 Johns. 290 (N.Y. 1811).
- **R. v. Bradlaugh** (1883) 15 Cox C.C. 217.
- **R. v. Gott** [1922] 16 Cr. App. R. 87, 88.
- **R. v. Hetherington** (1841) 4 St. Tr. N.S. 563.
- **R. v. Lemon, R v. Gay news**, [1979] 1 All ER.
- **R. v. Rahard** [1936] 3 D. L. R. 230.
- **R. v. Ramsay and Foote** (1883) 15 Cox C.C. 231.
- **State v. Chandler** 2 Del. 553 (1883).
- **Taylor Case** (1676) 1 Vent 293; 86 ER 189.

#### פרסומים באנגלית

- Australia Law Reform Commission, **Multiculturalism and the Law** (report 57, 1992).
- Ashworth, **Principles of Criminal Law**, Oxford University Press (3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 1999).
- C.E. Baker, **Human Liberty and Freedom of Speech**, Oxford University Press (New York, 1989).
- J. Cohen, "Freedom of Expression", 22 **Philosophy and Public Affairs** (1993).
- P. Coleman, **Obscenity, Blasphemy, Seditious: 100 Years of Censorship in Australia**, Angus & Robertson (2<sup>nd</sup> ed., Sydney, 1974).
- R. M. Cover, "Obligation: A Jewish Jurisprudence of Social Order", 5 **J. of L. and Religion** (1987).
- T. I. Emerson, **The System of Freedom of Expression**, Vintage Books (New York, 1970).

- J. Feinberg, **Offense to Others – The Moral Limits of the Criminal Law**, Oxford University Press (New York, 1985).
- O. M. Fiss, **The Irony of Free Speech**, Harvard University Press (Cambridge, Mass., 1996).
- O. M. Fiss, **Liberalism Divided – Freedom of Speech and the Many Uses of State Power**, Westview Press (Bolder CO, 1996).
- K. Greenawalt, **Speech, Crime and the Uses of Language**, Oxford University Press (New York and Oxford, 1989).
- P. Jones, “Bearing the Consequences of belief” in R.E Goodin and P. Petit (eds.), **Contemporary Political Philosophy**, Blackwell Publishers (Oxford, 1997).
- W. Kymlicka, **Multicultural Citizenship – A Liberal Theory of Minority Rights**, Clarendon Press (Oxford, 1995).
- W. kymlicka and I. Shapiro (eds.), **Ethnicity and Group Rights**, New York University Press (New York, 1997).
- The Law Commission (working paper no.79), **Offences Against Religion and Public Worship** (London, 1981).
- The Law Commission (Law Com. No. 145), **Criminal Law – Offences Against Religion and Public Worship** (London, 1985) 28-29.
- L. L. Levy, **Blasphemy – Verbal Offense Against the Sacred from Moses to Salman Rushdie**, A.A. Knopf (New York, 1993).
- C. Libman, “Religion and Democracy in Israel”, **Israeli Democracy Under Stress**, Lynne Rienner Publishers (London, 1993).
- J. Maher, “Blasphemy in Scots Law”, **Scots L. Times** (1977).
- R. Mortensen, “Blasphemy in a Secular State – a Pardonable Sin?” 17 **UNSW L. J.** (1994) 408.
- P. O’Higgins, “Blasphemy in Irish Law” 23 **Modern L. Rev.** (1960).
- J. Raz, **The Morality of Freedom**, Clarendon Press (Oxford, 1986).

- F. Schauer, **Free Speech – A Philosophical Enquiry**, Cambridge University Press (Cambridge, 1982).
- M. Stocker and E. Hegeman, **Valuing Emotions**, Cambridge University Press (Cambridge, 1996).
- J. Q. Whitman, “Enforcing Civility and Respect”, 109 **Yale L. Rev** (2000).
- G. Williams, “Arrest for Breach of the Peace”, **The Crimi. L. Rev.**(1954) 578.

## ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה

- **רפורמה בשידור הציבורי**  
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר עמרי בן-שחר וגב' רחל לאל
- **עקרונות לניהול ולתקצוב על-פי תפוקות במגזר הציבורי**  
פרופ' דוד נחמיאס ואלונה נורי
- **הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה**  
אריאל צימרמן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר
- **זתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות?**  
פרופ' אביעזר רביצקי
- **לקראת רפורמה מבנית במגזר הציבורי בישראל**  
פרופ' דוד נחמיאס, מרל דנון-קרמזין ואלון יראוני
- **היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות**  
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס
- **הסתה, לא המרדה**  
פרופ' מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים
- **בנק ישראל: סמכות ואחריות**  
פרופ' דוד נחמיאס וד"ר גד ברזילי
- **השתלבות קבוצות "פריפריה" בחברה ובפוליטיקה**  
בעידן שלום: א. החרדים בישראל  
פרופ' מיכאל קרן וד"ר גד ברזילי
- **מבקר המדינה: סמכות ואחריות**  
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס
- **חופש העיסוק**  
פרופ' מרדכי קרמניצר, ד"ר עמרי בן-שחר ושחר גולדמן
- **הפריימריס המפלגתיים של 1996 ותוצאותיהם הפוליטיות**  
גדעון רהט ונטע שר-הדר

- **השסע היהודי-ערבי בישראל: מאפיינים ואתגרים**  
פרופ' רות גביזון ועסאם אבו-ריא (הופיע גם בערבית)
- **100 הימים הראשונים**  
פרופ' דוד נחמיאס וצוות המכון הישראלי לדמוקרטיה
- **הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט**  
שחר גולדמן בהנחיית פרופ' רות גביזון ופרופ' מרדכי קרמניצר
- **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**  
מיכל צור בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר
- **חוק ההסדרים: בין כלכלה ופוליטיקה**  
פרופ' דוד נחמיאס וערן קליין
- **פסיקת הלכה בשאלות מדיניות**  
פרופ' ידידיה צ' שטרן
- **הרבנות הממלכתית: בחירה, הפרדה וחופש ביטוי**  
איל ינון ויוסי דוד
- **משאל-עם: מיתוס ומציאות**  
דנה בלאנדר וגדעון רהט
- **השסע החברתי-כלכלי בישראל**  
איריס גרבי וגל לוי בהנחיית פרופ' רות גביזון
- **מדינה משפט והלכה – א. מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית**  
פרופ' ידידיה צ' שטרן
- **מעברי שלטון בישראל: השפעות על מבנה הממשל ותפקודו**  
פרופ' אשר אריאן, פרופ' דוד נחמיאס ודורון נבות
- **העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה**  
הילי מודריק-אבן-חן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' דוד נחמיאס
- **הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל: ההיבט הציבורי**  
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר זוהר גושן וגב' חני קומנשטר

- **דגמים של שיתוף אזרחים**  
אפרת וקסמן ודנה בלאנדר בהנחיית פרופ' אשר אריאן
- **הכנס הכלכלי התשיעי – יוני 2001**  
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
- **אסטרטגיה לצמיחה כלכלית בישראל**
- **אי-שוויון בישראל: חצי הכוס הריקה וחצי הכוס המלאה**
- **הרפורמה במערכת הבריאות: עבר ועתיד**
- **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2001 – 2002**
- **מדינה, משפט והלכה – ב. עושר שמור לבעליו לרעתו: מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית.**  
פרופ' ידידיה צ' שטרן
- **חקיקה פרטית**  
דנה בלאנדר וערן קליין בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס
- **הכנס הכלכלי העשירי – יולי 2002**  
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
- **איום ביטחוני ומשבר כלכלי**
- **הגלובליזציה**
- **מדיניות הפנסיה**
- **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2002-2003**
- **רגולציה – הרשות המפקחת**  
אורי ארבל-גנץ בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס ופרופ' ידידיה צ' שטרן
- **רגשות דתיים: חופש הביטוי והמשפט הפלילי**  
**הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים**  
פרופ' מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר

- **الصدع العربي اليهودي في إسرائيل: مميزات وتحديات**  
الاستاذ عصام ابو ريا البروفيسورة روت جيبزون

English Publications of The Israel Democracy Institute

- **Religious and Secular Jews in Israel: A Kulturkampf?**  
By Prof. Aviezer Ravitzky
- **State, Law, and Halakha: Part One – Civil Leadership as Halakhic Authority**  
By Prof. Yedidia Z. Stern
- **Incitement, Not Sedition**  
By Prof. Mordechai Kremnitzer and Khalid Ghanayim
- **State, Law and Halakha: Part Two – Facing Painful Choices**  
By Prof. Yedidia Z. Stern

**אפשר לרכוש את ניירות העמדה  
במכון הישראלי לדמוקרטיה**  
ת"ד 4482, ירושלים 91044  
טלפון: 02-5392888, 1-800-202222  
פקס: 02-5631122





In light of the conclusion that supports revoking the criminal offense, it should be made certain that harm is not caused to other vital interests, some of which are currently covered by this prohibition. For example, sometimes there is a need to grant protection, in certain clearly defined cases, to freedom of religion and worship, or to exercising the right to culture. It also appears that room exists for amending the definition of “racism” in the penal code, such that incitement against a religious affiliation would be considered incitement to racism. In addition, we believe that consideration should be given to whether there is room for imposing a prohibition that would focus on limiting harmful expressions that endanger the public welfare. In this connection, it should be recalled that a convincing justification is required in order to impose a limitation on freedom of expression, due to the danger that by doing so a person would be encouraged to commit an act of violence or another illegal act. Further to the interest regarding public welfare, there is room to discuss a prohibition on provoking violence, which would relate to provocative expressions that are liable to cause acts of violence emanating from an angry mob whose feelings have been harmed.

- B. In our view, the special prohibition on religious feelings and religious belief harms the principle of equality and the principle of fairness. Despite the clear characteristics of religious feelings, they are not enough to justify isolating religious feelings from parallel feelings such as national, ethnic or ideological feelings, among others. The most substantive and serious elements of religious feelings exist, to a similar extent, in other feelings as well.
- C. The general prohibition against harming religious feelings lacks clarity and is ambiguous. It requires considering concepts that are hidden from sight and difficult to assess, such as feelings, religion, and the degree to which an individual suffers specific injury. As a result, such an offense is problematic from the standpoint of the principle of legality.
- D. A prohibition on harming feelings raises enforcement difficulties.
- E. Our main opposition regarding this prohibition is its damage to the principle of freedom of expression. Freedom of expression is a fundamental value in democratic society. It is one of the essential pillars supporting the existence of a democratic and progressive society. Prohibiting injury to feelings harms the core of freedom of expression, its primary justifications and the essence of the basic liberty for which democratic society exists. The limitations that are liable to stem from protecting religious feelings undermine a genuine chance for full, honest and fertile dialogue. The importance of freedom of expression is clear – even if certain groups must pay a price – and it is especially vital in a pluralistic society, in which opposing, competing and occasionally hostile groups must live together. Therefore, freedom of expression rejects a criminal prohibition against harming feelings in the spirit of the current ban that exists in paragraph 173 of the penal code.

reasons that support permitting it. Therefore, even if the conclusion is reached that an emotional interest is essential to an extent that justifies being protected by criminal law as a rule, the need will arise to assess the degree of the justification, in light of the reasons that, in the normal state of affairs, justify the existence of as great a degree of unlimited freedom of expression as possible.

## Conclusions

In our opinion, there is no room in penal law for an offense that deals with a general protection of a person's religious feelings and belief.

- A. The protection against harming feelings in general, and particularly against harming religious feelings, should be recognized as a social value. Every person has a clear interest in his personal emotions. A person seeks to enjoy positive emotions and to avoid negative emotions, especially when a bad emotional arousal stems or is connected to his religious faith and values. At the same time, it should be recalled that this value is not on a par with the social value of protecting against harming a person's existential interest, such as her person or her freedom. Occasionally, harming someone's feelings actually contributes to their advancement and to a deepening of their faith; in any case, it is difficult to avoid such harm, which is a daily occurrence. People live according to different, and occasionally contradictory, lifestyles and opinions. What seems sacred to some may appear profane, ridiculous or insignificant to others. The special interest to feelings is characterized by subjectivity. Recognizing what harm is and when a person is harmed depends, to a great extent, on individual variables. Therefore, the social value addressed in this paper is not so vital, and its characteristics are not on the same level as the foundations of criminal law.

private in nature; they do not assume any external form, they have no social dimension, and they pose no risk at a level that would justify their limitation. Individual freedom is not compatible with a system of enforcement that seeks to interfere in a person's private space, especially not in the clearest and most intimate sense – the world of his consciousness and emotion. Moreover, such an approach will easily be shown to be clearly ineffective.

A different and more complex issue concerns whether there is room to involve criminal law in limiting behavior that has a clearly tangible expression, physical or verbal, but whose **influence** is in a person's most private, intimate space, deep within their emotional consciousness. Simply put, can the principles of criminal law justify limiting behavior in which the interests harmed by them are intangible and, in effect, all that is caused as a result of them is expressed in influencing a person's inner soul – their feelings, sensitivities, thoughts? It is worth clarifying here that the very act of arousing strong, emotional activity as a result of harming a person's interest that society has recognized as an essential value worthy of protection by criminal law is an expected and natural activity, and one that is practically understandable under the circumstances. However, it is natural to consider that a person who has suffered damage to his property, not to mention to his person and to his freedom, will experience an intense, emotional sensation in light of the damaging incident and its implications. What concerns us here is whether it is possible to recognize the emotional arousal in and of itself, as being an essential social value to an extent that justifies harnessing the penal law to its defense – e.g. to impose a prohibition against the behavior that causes it. Of course, an assessment needs to be done of the opposing interest that must be limited in order to prevent the harm to religious feelings. Regarding our matter, this refers to limiting a person's fundamental right to freedom of expression for the usually strong

## Summary

# Religious Feelings, Freedom of Expression and Criminal Law

Professor Mordechai Kremnitzer, Shahar Goldman  
and Eran Tamir

## Introduction

This essay deals with a specific aspect of a person's "religious interests": the justification for a criminal prohibition against the freedom to express words that harm, or that have the potential to harm, a person's religious feelings and religious belief. In other words, a prohibition that deals with publishing statements "that have the ability to cause crude injury to the religious belief or feelings of others" and on vocal expression ("... word or voice ...") in public and "within earshot of a person" that "can inflict crude injury to his religious faith or feelings." In general, criminal law has little to do with sensitivities and feelings, whether by enforcing limitations on a person's freedom, e.g. imposing prohibitions on thought, feeling or sensitivity, or by preventing forms of physical behavior, all of whose influence is expressed in the realm of a person's private consciousness – thoughts, feelings and sensitivities.

The lack of desire to involve criminal law in the individual's private, inner space is in keeping with the fundamental principles underlying criminal law. As is known, the role of penal law in a democratic regime centers on creating a platform for individuals to live together that emphasizes the individual's liberty within the social context. Thus, a necessary reason for justifying the imposition of a criminal prohibition must be a need to limit behavior that endangers the basis of common societal existence, e.g. at least that which harms the interests of another. By their nature, thoughts and feelings are intangible and are clearly



