

דני סטטמן

פגיעה בגישות דתיים

תדפיס מתוך:

רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית
ספר הזיכרון לאריאל רוזנצבי ז"ל

מנחם מאוטנר, אבי שניא, רונן שמיר – עורכים

הוצאת רמות – אוניברסיטת תל-אביב, תשנ"ח

פגיעה ברגשות דתיים

דני סטטמן

"לעלבון האלים ידאגו האלים עצמם." (ג'יס מיל)

"הצדיקים השוורים אינם קובלים על הישעה אלא מוסיפים צדק; אינם קובלים על הכפירה אלא מוסיפים אמונה; אינם קובלים על הבערות אלא מוסיפים חכמה." (הרב קוק)

- א. מהי פגיעה ברגשות
- ב. פגיעה ברגשות כסימן של חולשה
- ג. היש להטיל הגבלות כדי למנוע פגיעה ברגשות?
- ד. פגיעות מכוננות ברגשות
- ה. פגיעות אנביות ברגשות
- ו. פגיעה ברגשות וסובלנות
- ז. האסימטריה בתלונות על פגיעה ברגשות ובעיות אחרות
- ח. מפגיעה בדת לפגיעה ברגשות דתיים
- ט. המשפט הבריטי והפולמוס סביב עבירת הניאון (biasphemy)
- י. המשפט הישראלי: פגיעה ברגשות כעבירה פלילית
- יא. סיכום

תלונות על פגיעה ברגשות הן חזון נפרץ בחיים הציבוריים בעולם המודרני. קבוצות שונות שוענות שקבוצות אחרות, או אינדיבידואלים, מתנהגים באופן הפוגע ברגשותיהם, והן דורשות להגביל בשל כך את התנהגותם של הפוגעים. היש בסיס לדרישה זו? לשאלה זו יש פן מוסרי ופן משפטי. הפן המוסרי הוא: האם עצם העובדה שמעשה מסוים פוגע ברגשותיהם של אחרים היא טעם מוסרי להימנע ממנו? לשון אחר, האם מבחינה מוסרית אסור לעשות מעשים שיש בהם משום פגיעה ברגשותיהם של אחרים? והפן המשפטי הוא: היש מקום להשתמש בכוח החוק כדי למנוע או לצמצם פגיעות מעין אלה, על-ידי סנקציות פליליות, הגבלות מינהליות או חיוב נזיקי?

מסדרנו של מאמר זה הוא לברר שאלות אלה, תוך שימת דגש מיוחד בפגיעה ברגשות דתיים. הסעם לדגש זה נעוץ בתחושה שתלונות על פגיעה ברגשות אלה נפוצות יותר מתלונות על פגיעה ברגשות אחרים; ואף החוק מעניק להם לכאורה, כפי שנראה, הגנה מיוחדת.

התיוה שאציג כאן הינה ביקורתית בעיקרה: אסען שהמושג של פגיעה ברגשות הינו בעייתי, וכי נעשה בו שימוש רב מדי ברטוריקה הציבורית והמשפטית בת'זמננו. שימוש

והאיכפתיות? דומני שאם בכלל, הדיכוי הוא הנכון. בני-אדם דתיים נוטים להתחזק דווקא באמונתם וברגשותיהם הדתיות לנכח מה ששם תופסים כהתקפה וכפגיעה במקורש להם, ובני-אדם מוסריים מתחזקים ברגשות האיכפתיות שלהם כלפי בני-אדם לנכח התנהגות המבטאת פגיעה בבני-אדם או אידישות לסבלם. במובן זה, פגיעות מעצמות דווקא רגשות דתיים ומוסריים, ואינן מחלישות אותם.

הנשיא שמגר דן בדעיון של פגיעה ברגשות דתיים במסגרת העירור על פמילת הסרט

"הפתחי אתרון של ישר", והוא מסביר פגיעה זו כך:

אפשר אף לומר כי פגיעה תמורה ברגשות הדת היא אנטי-דתית של סובלנות. זו

האתונה נעדה לסיפוח ולקידומו של הניסוי העצמי האנושי, ולא לפגיעה ברגשות

ולייכויות.¹

דם, אם מה שספצתי לעיל נכון, יש משהו מסעה בעונה שפגיעה ברגשות דתיים כוללת את דיכויים של רגשות אלה. במקרה של פסד-הדין הנ"ל, התמרמרות של הציבור תוצרי על הפגיעה כישו בסרט הנידון אינה ניסוי לייכויות או להחזקתם של רגשותיהם הדתיים, אלא להיפך, היא כניסוי לאמונתם כישו ולרגשות האהבה והמסירות שהם חשים כלפיו. אם הקצנת הסרט הנ"ל מרכאת את רגשות הדתיים, הרי שמדובר בדיכוי עקיף דרבה יותר, באופן הבא: הקצנת הסרט תוביל לאווירה כללית של לעג ובוז לגזרות; אווירה זו תשפיע בתוך העולם הנוצרי ותכרסם בחיוביות ובנאמנות של הנוצרים לאמונתם; כרסום זה יהיה כרוך ממילא גם בחלשה וצמצום של רגשות הדתיים. אלא שקשה מאוד להניח שלפגיעה עקיפה ורחוקה מעין זו אנג מתכוונים (או המחזק מתכוון) בניסוי פגיעה ברגשות דתיים, בעיקר מן השטע פועל-הסדר שדיכוי כזה מתרחש כל הזמן בשל ההשפעה המכרעת של הזרבות החילוניות בעולם המערבי על הקבוצות הדתיות (הנוצריות והאתונות). מה שאכן גורם (באופן הקיף שלעיל) להחלשת האמונה ולייכויות הרגש הדתי אינו מעשים כמו הקצנת סרטים פוגעניים או תליית שלטי-הצוה מדוינים, אלא הדומיננטיות של הלכי הרוח המודרניים, המדע, והשכלה וכך הלאה, שגרמו לשבר דתי חמור הן ביהדות, הן בנצרות. ודאי איש לא יעלה על דעתו להתלונן נגד המדענים או הפילוסופים על שהם מחזקים בפעילותם את תהליך החילון, ולכן פוגעים (באופן עקיף) ברגשותיהם של הדתיים. בכל מקרה, הדין בנקודה זו מתחיל להעלות את החשש - שנבסדר לבררו בהמשך - כי מה שמסתתר מאחורי התלונה על פגיעה ברגשות דתיים הוא לאמיתו של דבר תלונה על פגיעה בדת, דהיינו, בייחוד, ועניין הרגשות ככה אינו מלא כאן תפקיד משמעותי.

אפשרות אחרת לפרש את הניסוי פגיעה ברגשות היא לומר שמדובר בפגיעה ביכולת ורגשות פירוש זה שומר על האנלוגיה לפגיעה הגופנית, כשזו מונבת כפגיעה ביכולת

1 נבצ' 806/88 City Studios Inc. המועצה לביקורת סרטים ומחזות. פ"ד (מגז) 30, 30 (להלן: עניין הפתחי אתרון של ישר). ברק מצטט דברים אלה מתוך הסכמה בכתב-ידיו בעניין כביש ב"א-אלן, ראו נבצ' 5016/96, 5025/96, 5090/96, 5434/96. לאור חרוב נ"ש התחבורה (סרט פורסט) (להלן: עניין כביש ב"א-אלן) בפסקה 56.

נפוץ זה אופייני, כך אסעו, לתקופה המודרנית, לפחות משתי בחינות: ראשית, בתקופה זו אין הסכמה על ערכים מקודשים, ולכן, במקום להתלונן על פגיעה בערכים כאלה, הנפגעים מתלוננים על פגיעה ברגשותיהם. שנית, בחברה החילונית המודרנית אין הכרה בעבירות נגד הדת, ולכן עבירות אלה זוכות בלבוס חדש, בדמות פגיעה ברגשות דתיים. למושג פגיעה ברגשות היבטים שונים: מושגים, פסיכולוגיים, מוסריים ומשפטיים. בסעיף א ארון בדיכויים המושגיים והפסיכולוגיים, ואבקש לברר מהי פגיעה ברגשות ומהם המקרים השיפוטיים של פגיעה מעין זו. בסעיף ב אבחן את השאלה אם פגיעה ברגשות מגונה מבחינה מוסרית, ואציע להבחין בין סוגים שונים של פגיעה כזאת. אתנגד לשני קצוות: לעמדה לפיה פגיעה ברגשות לעולם אינה סעם להתבלת ההתנהגות; ולעמדה לפיה פגיעה ברגשות היא כמעט תמיד סעם להתבלת ההתנהגות, אפילו במקרים של מה שאקרא פגיעה אנבית. בסעיף ג אצביע על אסימטריה בעייתית במושג פגיעה ברגשות, הנובעת מן הפירוש המוצע למושג הנידון בסעיף א. בסעיף ד אסקור את תהליך החילון של עבירות נגד הדת, מעבירות שמסרתן הגנה על הדת לעבירות שמסרתן הגנה על רגשות המאמינים, ואעמוד על הפולמוס במשפט הבריטי סביב עבירת הניאוף (blasphemy). בסעיף ה אפנה לחוק הישראלי ואראה שאף שהוא מעניק לכאורה לרגשות דתיים הגנה מופלגת מפני פגיעה, כאה הפסיקה וצמצמה מאוד הגנה זו, באופן שמרוקן אותה כמעט לחלוטין מתוכנה.

א. מהי פגיעה ברגשות

כיצד עלינו להבין את הסענה שראובן פוגע ברגשותיו של שמעון? דרך אחת הינה אנלוגית לדרך בה אנו מבינים את הסענה שראובן פגע בגופו של שמעון: היינו: פגיעה ברגשות גורמת קלקול כלשהו, מחלה, פגם ברגשות, כשם שפגיעה באחד מאיברי הגוף גורמת קלקול, מחלה או פגם בגוף. אך האנלוגיה נראית דחוקה, שכן לא ברור כמה בייחוד אנו פוגעים כאשר אנו פוגעים ברגשות. בפגיעה גופנית אנו גורמים נזק לאיבר או לאיברים כלשהם; אך רגשות אינם איברים מעין אלה, ובניגוד לסברה עתיקה-יומין, גם אינם ממוקמים באיבר ספציפי (כלב, למשל), בניסוי פגיעה ברגשות אנו משתמשים בדרך-כלל שימוש כולל, כלא להצביע על רגשות ספציפיים שנפגמים או ניוקיים. מהם

אפוא הרגשות שאנו פוגעים בהם, וכיצד אנו עושים זאת?

בתגובה ניתן אולי להציע שבדומה לפגיעה באיברי הגוף, פגיעה ברגשות היא אכן פגיעה ברגשות ספציפיים. באופן מיוחד היא פגיעה ברגשות מוסריים או דתיים, שהם בדרך-כלל הדוגמה העולה במחשבתנו כאשר מדובר בפגיעה ברגשות. לדעת פילוסופים מסימים, רגשות מיוחדים מאפיינים את המאמין הדתי; למשל, רגש תלות או רגש של ביטול עצמי והכנעה. כן יש רגשות הנתפסים כרגשות מוסריים מובהקים, כגון אהדה, חמלה, איכפתיות (caring) וכדומה. האם פגיעה ברגשות פירושה צמצום או החלשה של רגשות אלה? האם פגיעה ברגשות דתיים פירושה החלשה של רגש התלות של האדם באלוהיו, או האם פגיעה ברגשות מוסריים פירושה החלשה של רגשות האהדה

ביסוי של הגוף (על-ידי פגיעה באחד מאיבריו), אך מבקש להתחמק מן הקושי לקבוע כיצד ניתן לפגוע ברגש ספציפי, ואיזה רגש הוא שנפגע בכיכול. אלא שגם פירוש זה אינו מתקבל על הדעת. ברוב המקרים כיום משתמשים בביסוי פגיעה ברגשות אין מדובר בסוג התנהגות שיוצר נכות רגשית, מעין פגם ביכולת הרגשית של האדם. לפגיעה מעין זו, כאשר היא מתרחשת, יאה יותר הביסוי פגיעה נפשית או נזק פסיכולוגי; למשל כאשר בגלל מעשה של פלוגי נכנס אלמוני לשראומה, או נתקף דיכאון עמוק, או מנסה במשבר פסיכולוגי קשה. פגיעות כאלה אכן נגרמות לעיתים, אך יהיה זה מטעה ומבלבל להשתמש לגביהן בביסוי פגיעה ברגשות, משני סעמים: ראשית, הביסוי חלש מכדי לתאר את התופעה הנידונה. עשיית מעשה שיגרם לפלוגי משבר פסיכולוגי של ממש היא הרבה יותר מאשר פגיעה ברגשותיו. שנית, הוא מתאר באופן שגוי את מוקד הפגיעה, שאינו הרגשות כשלעצמם או היכולת הרגשית, אלא הנפש (והיא מובנה של ישות זו אשר יהיה.² אמ אם גורם סוג של מחלת-נפש אצל הוולח,³ בדמות טראומה קשה, תרדה עמוקה וכדומה, יהיו למחלה זו כמובן ביסויים בתחום הרגשי, אבל לא רק בתחום זה, אלא גם בתחום הקוגניטיבי, ההתנהגותי ואף הפיזיולוגי. מכחינה זו אין הבלד בין פגיעה נפשית לבין פגיעה גופנית; בשני המקרים יש לפגיעה השלכות גם (אך לא רק) בתחום הרגשי. דומה אפוא שהאנלוגיה לפגיעה גופנית אינה מסייעת להבנת הרעיון של פגיעה ברגשות. במובן המדויק של המלה, רגשות אינם מסוג השישם שניתן לפגוע (to hurt) בהם. בכל זאת ניתן לתת לביסוי הנידון פשר מתקבל על הדעת, שעשוי לסייע בהבנת הקשריו הנורמטיביים, פשר שאינו עולה יפה עם לשון הביסוי, אך תואם את השימוש בו: פגיעה ברגשותיו של אדם פירושה ליצור רגשות אצלו רגשות אינה החלשת היכולת הרגשית, עלבון, עוגמת-נפש ודומה. לפי פירוש זה, פגיעה ברגשות אינה החלשת היכולת הרגשית, וגם לא החלשתם או צמצומם של רגשות קיימים, אלא דווקא העצמה אינטנסיבית של רגשות מסוג מסוים, דהיינו, רגשות שליליים וכואבים.⁴ זה המובן שאשתמש בו בביסוי פגיעה ברגשות בהמשך הפרק. בהתאם לכך, פגיעה ברגשות דתים היא הסבת רגשות כואבים שמקורם באמונות הדתיות של הנפגע. אדם פוגע ברגשותיו הדתיים של פלוגי כאשר הוא גורם לו להתנהגותו כעס, תסכול, עלבון וכדומה, וכאשר רגשות אלה לא היו מתעוררים אצל הנפגע אלמלא היה בעל אמונה דתית.

פגיעה ברגשות אינה כוללת כל סוג של פגיעה בתחושות. אם אדם שלא התקלח שובעיים מתיישב לידו באוטובוס ומדפיץ סירחון המעדר כי בחילה, יש כאן בוודאי סוג של

- 2 על נזק נפשי כעילה לתביעת פיצויים בנויקין, ראו איילת בן-יער אחריות בנויקין לנרם נזק נפשי (עבודת מאה, אוניברסיטת תל-אביב, תש"ן). הנזק הנפשי הסוכה בעילה להביעה כזאת הינו פתולוגי הרבה יותר מאשר סתם פגיעה ברגשות. וראו גם לוחן הערות 124-125.
- 3 אני משתמש בביסוי מחלת-נפש לשם נוחות הוסבר כאן, אף-על-פי שכידוע, לא הכל יסכימו לשימוש בו.
- 4 השוו אסא כשר "פגיעה ברגשות וסובת הכללי-משפט וממשל ב (תשנ"ד) 288, 292: "הפוגע ברגשותיו של חולת סוכר לו הרגשה רעה, מעין עלבון, מעין כאב."

פגיעה, אך לא מה שהיינו מכנים פגיעה ברגשות. נזכר לדבר במקרה זה על פגיעה ברגשות רק אם הוא התיישב לידו מתוך כוונה להשפיל אותו או לבנות את אמונתו. ההבדל החשוב כאן הוא בין מעשים הפוגעים בתחושותיו באופן ישיר, דהיינו, בלא תיווך של ההכרה, לבין מעשים שפוגעים ברגשותיו בגלל הכרות ואמונות מסוימות שיש לנו. באופן סימפטי, פגיעה ברגשותיו של מישהו כרוכה בפגיעה בערכים שאותו אדם מאמין בהם, פגיעה שדווקא על-ידי משהא הפגיעה גורם לו רגשות כואבים, שיש להם לעיתים גם ביסוי פסי (כאבי ראש, נודודי שינה, אי-יכולת להתרכז בעבודה, וכדומה). האבא אינו ישיר, כמו במקרה של סירחון עז, אלא מתוך דרך משרב האמונות והערכים של הקורבן. אדם חש תסכול, כעס והשפלה כאשר (א) הוא מאמין בחשיבותם של ערכים מסוימים (י"ב) כאשר הוא סבור שפגעו בערכים אלה. מי שאינו מייחס ערך למפעל הציוני ואינו מדרתה עם ערכי מדינת-ישראל לא יחוש מושפל כשיראה (או יקרא על אודות) מחזה המשווה את חיילי צה"ל לקלגסים נאציים,⁵ ומי שאינו מאמין בשליחותו של ישו ובאלוהותו לא יחוש רגשות כואבים כשיצפה במרט השם אמונה זו ללעג.

ההבחנה שאני מציין כאן דומה לזו שהבחין פיינברג בין סתם פגיעה (mere offense), למשל, פגיעתו של השכן המסריח באוטובוס,⁶ לבין פגיעה מיוחדת (profound offense), כגון הפגיעה הנגרמת על-ידי שריפת הדיגל או על-ידי מצעד של ג'אונאצים בחוצות שכונת יהודית.⁷ המיוח בקטיגוריה של סתם פגיעה הוא:

In ordinary offensive nuisances the offending behavior is thought wrong (and hence resented, and hence an "offense" in the strict and narrow sense) because it produces unpleasant states in the captive witnesses, not the other way around. It does not produce unpleasant states because it is thought wrong on independent grounds.⁸

כיום, כיצד ניתן לפגוע בערכים של מאן-דהוא, וכך לפגוע ברגשותיו (= לעורר אצלו רגשות כואבים) לכאורה, הדרך הטבעית לעשות זאת היא לנהוג בניגוד למה שרבים אלה מחוייבים: לחלל שבת, ובכך לפגוע ביהודי הדתי; לדרת מהארץ, ובכך לפגוע בישראל הציוני; וכדומה. אבל מעשים אלה לא יהיו בדרך-כלל פגיעה של ממש (אם בכלל) ברגשותו כפי שתיווצר פגיעה מעין זו יש צורך שמעשהו של הפוגע יתפרש כמבטא בו, לעג, זלזול בערכיו של הנפגע, בדרך-כלל על-ידי חילול הסמלים המקודשים של (ערכי) הנפגע, כגון דגל או צלב, או על-ידי תיאור מבזה של דמויות מקודשות כישו או

- 5 ראו בג' 14/86 יצחק לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות. פ"ד מאו(1) 421.
- 6 ראו פיסור מס' 1 בע' 10 של: Joel Feinberg *Offense to Others* (Oxford, 1985).
- 7 זה כמובן המקרה של *Skokie v. The National Socialist Party of America* 373 N.E. 2d 21 (1978) ראו: 86-96, at pp. 86-96; Feinberg, *ibid.*, רפאל כהן-אלמגר גבולות הסובלנות הדתיות: האווירה ליברלית והמאבק כהתנאות (ירושלים, תשנ"ד) פרק שמיני: ולהלן ליד הערה 32.
- 8 Feinberg, *ibid.*, at p. 58.

- אנו פוגעים ברגשותיו של אדם (דהיינו: מסיבים לו רגשות כואבים),
 - בכך שאנו פוגעים בו (דהיינו, פוגעים בכבודו, מערערים את ההערכה העצמית שלו¹⁴),
 - על-ידי הבעת לעג לשכנים שהוא מאמין בהם,
 - באופן שיפוסי על-ידי חילול הסמלים המקודשים הקשורים לערכים אלה.
- לדוגמה, ניתן לפגוע ברגשותיו של נוצרי באופן הבא: אנו שורפים צלב מול הכנסייה, ובכך מבטאים זלזול ושאט-נפש מן הכנסייה ומסריה; הנוצרי שרואה זאת או שומע על כך מפרש את המעשה כפגיעה חמורה בו, בגלל הדהדתו העמוקה עם ישו; כתוצאה מכך מתעוררים אצלו רגשות כואבים.

ניתוח זה מתיישב יפה עם העובדה שלא כל מקרה של גרימת רגשות כואבים נתפס כפגיעה ברגשות שראויה, אפילו לכאורה, לביקורת מוסרית. אם אני נוהג לסטודנט את הציון נכשל, אני גורם לו גלי ספק לחוש רגשות כואבים, יאוש, תסכול ותחושת כישלון; ואם פלוגית נפרדת מן החבר האוהב אותה, היא גורמת לו רגשות דומים. למרות זאת, דומני שבמקרים מעין אלה הכאב הרגשי אינו כלל שיקול שיש להביאו בחשבון. כפי שהסברתי זה עתה, לפגיעה ברגשותיו של פלוני (= גרימת רגשות כואבים לו) יש כוח נורמטיבי רק כאשר היא תוצאה של פגיעה בו, דהיינו: בכבודו ובהערכה העצמית שלו. אולם אם כך, מסתבר שאת עיקר העבודה הנורמטיבית בסיעונים המבוטסים על פגיעה ברגשות עושה הפגיעה בכבוד (על-ידי הפגיעה בערכים יקרים שהאמונה שתי מסקנות: לחותו של הנפגע, ולא עצם הגרימה של הפגיעה הכואבים. מכאן נובעות שתי מסקנות: ראשית, ההגבלות המבוטסות על פגיעה ברגשות תמינה מוצדקות ככל שהפגיעה נגרמת בעשייה של התנהגות שמיועדת במתכוון לבזות ולהשפיל בלא צידוק, ולא כאשר היא תוצאת-אגב של התנהגות הפוגע. אפאתה עניין זה בסעיף ב. שנית, יש משוה מסעה במיקוד תשומת-הלב בכאב הדגשי, במקום במה שגורם לו, ולכך אחזור בסעיף ג.

פגיעה ברגשות כסימן של חולשה

אמתי שאדם חש רגשות כואבים כאשר הוא סבור שפגעו בערכים היקרים ללבו. אולם אם האמונה שלו בערכים אלה חזקה, מדוע יוסרד מן העובדה שאחרים לוענים להם? אם אני משוכנע בכל מאודי באמינותה של דתי, עלי לרחם על הכופרים והמלעיגים, ולא לכעוס עליהם, כשם שאם אני משוכנע בצדקתה של הציונות, איני אמור להתרגש ממתות המציגים אותה כגוענות. המקור לרגשות הכואבים שאנו רגיש בהם הוא איפוא מורכב יותר. הם נובעים מחשש שמה הפוגע צודק בכך שהוא מזלזל בערכו של הדבר מורכב יותר. אם שמה אכן יצליח, באמצעות פגיעתו, להפחית מערכו, הכעס, הסינה, תחושת חוסר-האונים קשורים לתחושת שאימות שיש לנפגע, תחושה שהיתה בלתי-אפשרית אילו היה לו ביטחון מוחלט בדברים שהוא מאמין בהם. רעיון זה פיתחה ג'ין המפסון, המוענת כי כשינה (resentment), הטריקט רוצה להאמין שהפוגע טעה בהנחתו הערכיות, אך בכל

14 על כך ראו עוד בסעיף הבא.

מוחמד⁹, הביטוי פגיעה בערכים הוא איפוא כבייתי, בדומה לפגיעה ברגשות, שכן בערכים לא ניתן לפגוע (to hurt) במובן המדויק של המלה. כאשר אשתמש בביטוי פגיעה בערכים, תהיה כוונתי להתנהגות המכוונת לשים אותם ללעג, לבזו להם, להציגם כאור מגוחך.

פגיעה ברגשות היא איפוא משנית לפגיעה בערכים, הנעשית באופן שיפוסי על-ידי פגיעה בסמלים מקודשים. אם דברים אלה נכונים, יש משוה מסעה ומבלבל בסענה שפגיעה ברגשות היא עצמה פגיעה בערכים, כפי שקובע, למשל, השופט ברק: "רגשות הציבור הינם ערכים"¹⁰. דוגמה לבלבול זה נוכל למצוא בדיון בעתירה נגד פסילת המחזה "חברים מספרים על ישו"¹¹. בית-המשפט פנה למרעצה לביקורת סרטים ומחזות (הצנזורה בבקשה להבדיל יאלו הם הערכים המקודשים בעיני חלק מן הציבור שמחזו של העותר פוגע בהם ומבה אותם)¹². תשובת המרעצה היתה שהמחזה פוגע -

ברגשות דת של אנשים בעלי תחושה או אמונה דתית בכלל, ובמיוחד לגבי רגשותיהם הדתיים של נוצרים. המחזה אף פוגע ברגשותיהם של רוב החילוניים (1) המכבדים את רגשות הדת של זולתם וסולדים מזלזול בהם. כל אלה הם ערכים מקודשים אצל התונים שפורשו לעיל.¹³

מדברים אלה עולה שהערכים המקודשים אצל הציבור הנוצרי שייפגעו מהקרת הסרט הם הרגשות שלו, ולא אלוהותו של ישו או הבשורה הנוצרית, סענה שהיא מוזה למדי. הערכים המקודשים בעיני הנוצרי הם במובן אלוהותו של ישו ושליחותו, ובשל הפגיעה בערכים אלה רגשותיו נפגעים.

הצעתו היא איפוא לא להתייחס לעצם הפגיעה ברגשות כאל סוג של פגיעה בערכים, אלא כתוצאה של פגיעה בערכים, או, באופן מפורט: אנו פוגעים ברגשותיו של אדם, הדינו, מסיבים לו רגשות כואבים בכך שאנו פוגעים בסמלים מקודשים לו, באופן המבטא בו, לעג וזלזול בערכים שהוא מאמין בהם. ברם, מדוע זלזול בערכים (והנתפסים ככ) מקודשים מעורר רגשות כואבים מן הסוג שתואר? מפני שערכים אלה מהווים יסוד מרכזי בזהותו האישית של הנפגע. יהודי הציוני נחמד עד עומק ליבו מבזוי סקס זיכרון לחללי צה"ל, כי מה שהטקס מסמל - המאבק לתקומת ישראל בארצו - הינו מרכיב מהותי בזהותו. באותו אופן, האדם הדתי מרגיש פגוע ומושפל כאשר מבזים את אלוהיו בשל המקום המרכזי של האמונה הדתית בזהות האישית שלו. לעג לערכיו של אדם הוא איפוא פגיעה באדם. התמונה השלמה של מה שמכונה פגיעה ברגשות כוללת ארבעה רבדים:

- 9 מכאן נובע אולי שלא ניתן לפגוע, לפחות במובן הרגיל של הביטוי, ברגשותיו של מי שאין לו סמלים מקודשים. ראו להלן הערה 101.
- 10 עניין הפיתוי האחרון של ישו, לעיל הערה 1, בע' 37.
- 11 בג"צ 351/72 עמוס קלין נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד כו(ג) 811 (להלן: עניין חברים מספרים על ישו).
- 12 שם, בע' 813-814. התרגשות שלי.
- 13 שם, שהם ההרגשות שלי.

וספקות המנקיים בלב. אם השערות אלה נכונות, יש בהן כדי לספק הסבר, חלקי לפחות, לעובדה שתלונות על פגיעה ברגשות דתיים הינן כה נפוצות בתקופה המודרנית. מה שמאפיין תקופה זו הוא תהליך החילוק של החברה המערבית, בו הדת מאבדת את המעמד המרכזי שהיה לה בחברה ושרייה באיום תרבותי מתמיד מצד החברה החילונית. איום זה חודר שלא מרצון לליבותיהם של אנשים דתיים, ומערעע באופן זה או אחר את בטחונם כאמיתות דתם. בהמשך למה שהסברתי לעיל, ערער זה מסביר את הפגיעות הבולטות של אנשים אלה מתנהגויות ומתבטאויות של בני החברה השלטה, החילונית.

ב. היש להטיל הגבלות כדי למנוע פגיעה ברגשות?

החל במיל, קיימת בהגות הליברלית מסורת ברורה של התנגדות להגבלות על חזירות המבוססות על פגיעה ברגשות. מיל מכיר בכך שהתנגדות מסוימת עלולה לעורר רגשות כואבים של סלידה ותועבה, למשל, הרגשות שאכילת בשר-חזיר על-ידי הנוצרים יוצרת אצל המוסלמים:

אין באמונתם או במוסרם של הנוצרים דבר המחריף את שאתם של המוסלמים עליהם יותר מאכלם בשר-חזיר. מעטים הם המעשים שהנוצריים מתייחסים אליהם בבחינה פשוטה וטבעית יותר מזו שבה מתייחסים המוסלמים לאכילה זו.²⁰

לדעת מיל, בחילה זו אינה מבוססת על עצם העובדה שאכילת חזיר פוגעת בדת, שרדי גם שתיתיי יין אסורה לפי האיסום, אך אין היא גוררת אותו רגש בחילה ותועבה כאכילת חזיר. הבחינה מאכילת חזיר "דומה למאיסה אינסטינקטיבית, מעין זו שרעיון הסומאה, לאוד שחוד פעם לתוך עומק ההרגשה, מעורר תמיד, כנראה, אפילו בבני אדם כאלה שאינם רגילים כלל להקפיד על הניקיון ואישי" (שם). מיל מודה שהמאיסה כנה, ושאכילת בשר-חזיר היא באמת תועבה למוסלמים (שם, בע' 156). מדוע איפוא לא נתייחס למוסלמים להשתמש בכוח הזרוע כדי למנוע את הנוצרים מאכילת חזיר, ובכך להגן על עצמם מן הבחינה והסלידה הבלתי-נעימות הנילו תשובתו של מיל היא:

כדי לפטול איסור זה יש רק יסוד אחד שאפשר ללמד עליו זכות: כלומר, שאין זה מעניינו של הקהל להתערב בטעמם האישי של החזירים ובדברים שבין האדם לבין עצמו. (שם)

חששו העיקרי של מיל בעמודים אלה - כמו גם בספר כולו - הוא מפני עריצות הרוב. אם נתייחס להגבלות על בסיס פגיעה ברגשות, נפתח בכך את השער לעריצות מן הסוג הגרוע ביותר, שהרי הרוב יוכל לסעון (לעיתים קרובות בכנות) כי התנגדות המיעוט פוגעת ברגשותיו, ומשום כך הוא מבקש לאסור אותה, לא (רק) מפני שהיא מנוגדת לערכים המוסריים או הדתיים שהוא מחזיק בהם. כך יוכלו המוסלמים (אם יהיו רוב במדינה) למנוע את הנוצרים מאכילת חזיר כי הדבר גורם להם בחילה, הקתולים

²⁰ ג'ים מיל על החירות (ירושלים, מאנגס, תשי"ט) 154.

"A fear that the insulter has acted permissibly in according you treatment that would be appropriate only for one who is low in rank and value"¹⁵ מי שנעלב יותר מדי מבטא בכך הערכה עצמית נמוכה וביטחון עצמי ירוד. הכבינות שלו מעוררת רחמים (pity) כלפי האיך-אונים שלו ותלותה דהבה של הערכתו העצמית בהערכת אחרים. אדם בעל עמוד-שרדה איננו לא יתרגש יותר מדי מיריבויות של אחרים וממעשיהם, ולא יראה בהם צלע לכעס ותסכול.

קיימוחשה זו עשוי להוביל למסקנה שלעולם אין מקום לכעס אצל איש-המעלה, שכן אחרים אינם מהווים כל איום על הערכתו העצמית ועל כבודו העצמי; במילים אחרות, רגשותיו של איש-המעלה אינם נפגעים לעולם. כפי שהדאיתי במקום אחר,¹⁶ דרמטיים אכן מאמץ עמדה כזאת, וסבור שכעס לעולם אינו בגדר תגובה הולמת, כי כבודו של איש-המעלה אינו תלוי כלל במה שיאמרו או יעשו אחרים. גם אצל ניששה נוכח למצוא דברים ברוח זו, במיוחד בחלק הראשון של לגניאולוגיה של המוסר. ברם, כפי שציין מרפי, רובנו נדחה גישה זאת, מפני שהיא our and human beings של רוב בני-האדם אינה "too demeaning of them".¹⁷ נוסף על כך, תחושת הערך העצמי של רוב בני-האדם אינה איתנה עד כדי היותה בלתי-תלויה לחלוטין בהערכותיהם ובמעשיהם של וולחם.¹⁸ הדברים אמורים במיוחד לגבי בני-אדם השייכים לקבוצות המיעוט או לקבוצות החלשות בחברה, שתחושת הערך העצמי שלהם שכירה יותר ופגיעה יותר בשל האיום (התרבותי, ולעיתים הממשי) של הקבוצות החזקות יותר. מכאן מובן כיצד ביטוי מסוים עשוי להוות פגיעה כואבת כאשר הוא מופנה לבן קבוצת המיעוט - לשומר בארצות-הברית, למשל - ואילו כאשר יופנה לבן קבוצת הרוב - ללבן בארצות-הברית, למשל - הוא לא יהווה פגיעה כלל.¹⁹

מכאן לרגשות דתיים. כעטו של המאמין על ההתנגדות הפוגעת גובת לפחות באופן חלקי מן החשש שהפוגע הצליח להפחית במעשיו מערכה של הדת (או של האל), או שהוא צודק ביחס השלילי שביטא כלפיה. היעלבות תכופה מדי וחזקה מדי של המאמין מלמדת במקרים רבים לא על עוצמת האמונה הדתית, אלא על תולשתה של אמונה זו, על חששות

Jean Hampton "Forgiveness, Resentment and Hatred" *Forgiveness and Mercy* 15 (J. Hampton and J. Murphy, Cambridge, 1988) 57.

¹⁶ דני סטפן "על כמה פתרונות למרוקס הענוה במקורות היהודיים" עיון מד (תשנ"ו) 370-355.

¹⁷ Jeffrie Murphy "Forgiveness and Resentment" *Forgiveness and Mercy* 17 (J. Hampton and J. Murphy, Cambridge, 1988) 19.

¹⁸ השוו דברי כהן במאמרו המקיף על חופש הביטוי: "Everyone is offended by something" (Joshua Cohen "Freedom of Expression" 22 *Philosophy and Public Affairs* (1993) 207, 234).

¹⁹ השוו כהן, שם, בע' 261: "Racist remarks addressed to black students may count as a form of discriminatory harassment; racist (depending on conditions) count as a form of discriminatory harassment; racist remarks to white students do not".

שעצם הידיעה שאחרים מקיימים יחסים הומוסקסואליים "עושה אותי חולה". לעומת זאת, לגבי התנהגות ברשות הרבים הפוגעת בדגשות, האדם מוכן לשקול את מניעתה, כל עוד מניעה מעין זאת "מותירה לפוגע את החירות לעשות אותו הדבר ברשות הפרט שלו, אם הדבר הוא ביכולתו" (שם). אבל גישה זו מתירה באופן עקרוני הגבלות רבות ובלתי-נסבלות על החירות, בדיוק מן הסוג שמקו חשש מיל. הגישה הנ"ל אוסרת אומנם על המוסלמים למנוע מתנזרים אכילת בשר בבתיהם, אך היא מתירה (או לפחות אינה שוללת על הסף) למנוע מהם אכילת חזיר ברשות הרבים; היא אוסרת על הפורטינסים למנוע שעשועים ברשות היחיד, אך מתירה מניעת שעשועים ברשות הרבים; ואם נמקרב אלינו, היא אוסרת אומנם על היהודים החתומים למנוע אכילת חמץ בפסח ברשות היחיד, אך אינה שוללת חוק שיאסור אכילת חמץ בפסח ברשות הרבים. אם אמת-המידה ללגיטימיות של ההתערבות היא אפשרותו של הפוגע "לעשות אותו הדבר ברשות הפרט שלי", פתחנו בכך פתח רחב ביותר להגבלות על החירות בשם הגנה מפני פגיעה בדגשות. במינוח של האדם עצמו הייתי אומר ששום סדר חברתי המעניק לחירות הפרט ערך כלשהו לא יוכל להעניק את הזכות להגנה מפני כאב שאלה הן נסיבותיו.

מה שהשערה אולי את האדם בקסם הנדון הוא הדוגמה של חילול הפצח או סקסים מקודשים, בה הוא משתמש כדי להדגים איסור לגיטימי המיועד להגנה מפני פגיעה בדגשות, מדוע איסור זה הוא לגיטימי ואנו מתחשבים בדגשות החתומים של הנפגעים? לדעת האדם, הסעם לכך הוא שהפוגע יכול לעשות אותו דבר ברשות הפרט שלו. אבל זה הסבר חלקי בלבד. הנקודה החשובה היא שהעובדה שהפוגע בחר לעשות מה שעשה ברשות הרבים, הגם שהיה יכול לעשותו ברשות היחיד, מוכיחה בהקשר הנדון שהיתה לו כוונה מפורשת לפגוע בדת וכמאמינה. בכך דוגמה זו שונה שוני גדול מן הדוגמה של נוצרי האוכל חזיר ברשות הרבים במדינה בעלת רוב מוסלמי: אכילה זו אינה מכוונת לפגוע במוסלמים, ויש לנוצרי סעמים סובים להתנהג כפי שהוא מתנהג בלא כל קשר למוסלמים. באופן דומה, העובדה שהפורטינסים מתנגדים להליכה לבתי-שעשועים אינה אחד השעמים המניעים בני-אדם לכלות בהם. לעומת זאת, הסעם היחיד שעשוי להניע אדם לשרוף צלב, למשל, מול כנסייה הוא לפגוע בנוצרים. אם יש בסיס להבחנה של האדם בין התנהגות ברשות היחיד הפוגעת בדגשות הוללת לבין התנהגות כזאת ברשות הרבים, הרי שהוא נעזר בכוונה המרושעת של הפגיעה ברשות הרבים (כאשר קיימת כוונה כזאת), ולא בעצם העובדה שיש לפוגע חירות לעשות אותו דבר ברשות הפרט שלו.²³

דומני שלהבחנה זו עשוי גם מיל להסכים, שכן בכל הדוגמות שלו אין הפגיעה

23 שאלה מעניינת, הוחרתה דיון עצמאי, היא המעמד המוסרי והמשפטי של חילול סמלים

מקודשים הנעשה ברשות-יחיד ובצנעה, מתוך רצון שדבר המעשה לא ייודע למחוקקים בערך הדלונטי. הדוגמה המובהקת לכך בישראל היא שריפת דגל המדינה במדורות ל"ג בעומר על-ידי קבוצה קטנה של חרדים מנסווי-קייטא. בניו חמור זה של הספל האומי המרכזי נעשה בתוככי השכונות החרדיות, באופן כזה שיהודים לא-חרדים לא היו אמורים לצפות בו או אין לדעת עליו, וחשיפת הפרשה בעיתונות, במאי 1997, היתה מלווה בצילומים "מחזרתיים" ממדורות אלה. בניסבות אלה שריפת הדגל אינה מיועדת לפגוע

בספר יוכלו למנוע את הפורטנסטים מלנהוג לפי מנהגיהם ותפילותיהם (שם, בע' 156-158), הפורטינסים יוכלו לאסור שעשועים וכידור (בע' 158-159) והסוציאליסטים יוכלו למנוע מבני-אדם החוקת רכוש מעל ערך מסוים אם הדבר מעורר את רוגמו של העם ופוגע בדגשותיו (בע' 160-161). קיצורו של דבר, אם נחיד הגבלות על בסיס פגיעה בדגשות, יבוא הקץ לרעיון הליברלי.²¹

סיעון דומה מנוסח אצל האדם בתשובתו הידועה ללורד דבלין, דומה שהאדם מתייחס פחות בדגשות מפיל לאפשרות שעצם הידיעה על התנהגות מסוימת עלולה "לעשות אותי חולה" ולגרם לי נזק. כרם, התנגדותו העיקרית לסיעון הדגשות אינה מבוססת על נדירותו או שחיתותו של נזק זה, אלא על סענה אחרת:

שום אדם היואה בחירות הפרט ערך, לא יוכל להכיר בכותך להגנה מפני הכאב שהוא בלתי נפרד מן המחשבה שמישהו אחר פועל בדרכים שלרעתך אינן נכונות... אם כאב הנלווה לאמונה כי אחרים נוהגים שלא מאלה הוא נזק, כן גם הכאב הנלווה לאמונה כי אחרים עושים את מה שאינך רוצה שיעשו... והחירות היחידה היכולה להתקיים יחד עם הדחקה זו של תחלת העיקרון התועלתני היא החירות לעשות אותם דברים שאיש אינו מתנגד להם בדגשות. חירות כזאת היא כמונח חסרת ערך. ההכרה בחירות הפרט כבערך כורכת עמה, בתור מינימום, קבלת העיקרון שהפרט יכול לעשות מה שהוא רוצה, אפילו אם לאחרים נגרם כאב משוער להם מה הוא עושה - אלא אם כן, כמובן, יש עצמים טובים אחרים לאסור זאת. שום סדר חברתי המעניק לחירות הפרט איזה ערך שהוא לא יוכל גם להעניק את הזכות להגנה מפני כאב שאלה הן נסיבותיו.²²

על-אף הדמיון בין דבריו של האדם לאלה של מיל, האדם מתון יותר בניסוח ההתנגדות האמורה, ומתיר בהמשך דבריו מקום רחב מדי להגבלות המיועדות להגן מפני פגיעה בדגשות. עיקר דבריו של האדם נוגעים במקרים בהם הפגיעה בדגשות נגרמת בשל עצם הידיעה שאחרים מתנהגים בביחס באופן הנחמס כחועבה בעיני הנפגע, למשל,

21 בימינו, והקשר של היזיון אינו בדרך-כלל עריצות הרוב כלפי המיעוט, אלא להיפך,

נסיין המיעוט להגביל את הרוב. כך במיוחד בהקשר של פגיעה בדגשות התיים, כאשר המיעוט הדתי במדינות ליברליות מבקש להגביל את התנהגותו של הרוב החילוני הפוגע בדגשותיו. לגבי משמעותו האפשרית של הגבלה זו, ראו להלן בהקשר ליד הערות 66-90.

22 הלי"א האדם חוק, חירות ומוסר (תל אביב, אדם, 1981) 60-61. השוו דברי השופט ברק בבג"צ 983/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 690: "אם כל פגיעה בדגשות האפשר הגבלת חופש הביטוי, כי לא יא קיום לחופש הביטוי. מטבעו של ביטוי שהוא פוגע בדגשות, ואם כל פגיעה בדגשות האפשר הגבלת חופש הביטוי, סופנו שלא נכיר בחופש הביטוי כלל." והשוו עניין המיתרי האחרון של ישו, לעיל הערה 1, בע' 37, וכן עניין מיטראל בבג"צ 3672/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר החתום, פ"ד מו(5) 485: "מדינה, אשר לצד חופש הדת והחילון קיים בה גם חופש המצפון, אינה יכולה למנוע מפלוגי לאכול לא כשר, רק משום שבעצם הידיעה על כך תגה פגיעה רגשית באלמוני, המעניין שתישמר הנשרות על-ידי כל יחודי."

לדעתן זה חשיבות רבה. טענתן של מיל היא שאין סימפריה בין רגשותיו של הקנאי הדתי, הנפגעים מעצם הידיעה על קיומו של פולחן דתי שהקנאי מתנגד לו, לבין רגשותיו של מי שמאמין בפולחן זה, והנפגעים מהגבלות על פולחןו הדתו. הואיל ואין כאן סימפריה, אין מקום לתת לרגשות המתחרים משקל שווה בהשוואה. באופן שהרגשות של הקנאי עלולים לגבור לעיתים. האנלוגיה לגנב ונגנב שמל משתמש בה מאלפת. הרי יהיה זה אכסרד להשוות את רצונו של הגנב בארנק עם רצונו שלי בארנק, ולהאשים אותי באי-התחשבות אם אחלם מרצונו של הגנב. לעובדה שסוכל רצונו של הגנב, שנגרמה לו עוגמת-נפש בשל סירובו לתת לו את ארנקי, אין שום משקל מוסרי, ואיני צריך להביא בחשבון כהחלטה מה לעשות בכספי. הואיל ולדעת מיל, כאמור לעיל, "טעמו של אדם הוא עניינו הפרטי" מה פחות מדעתו או צורך כספו²⁵, יחולו דברים אלה גם על טעם ורעה; דהיינו: העובדה שאני מחזיק ברעה מסיימת עשויה להיות לצנינים בעיני אחרים ולגרום להם עוגמת-נפש מרובה, אך אין בכך כדי לספק אפילו טעם קלוש להצדקת הגבלות על דעתו זו. דעתי וטעמי, בדיוק ככספי, הם ענייני הפרטי²⁶ ופירושו של דבר של-צדיותו ולרגשותיו של הוולט ביחס אליהם אין כל משקל.

מיל זקוק לסייען זה מבחינה שיטתית כדי להשלים את הסיוען הכללי שלו נגד הגבלות על פגיעה ברגשות. כפי שראינו לעיל, מיל, והארס אחריו, טוענים שאם נחשיב את הפגיעה ברגשות כפגיעה שעלינו להגן עליה ומצדק להגביל ביניה את החירות, יבוא בכך הקץ על הדיעון הליברלי. אבל סיוען זה אינו מספק לנו עדיין הסבר לאי-התחשבות ברגשות פגיעים; אם מדובר בנזק שראוי להגן מפניו, העובדה שהליברליזם אינו מוכן לעשות זאת משקפת פגם חמור שלו. במילים אחרות, הטענה שכדי "להציל" את הליברליזם יש לדחות את האפשרות של השלת הגבלות על בסיס פגיעה ברגשות אינה מספקת להצדקת דחייה זו. נחוץ סיוען נוסף, שיסביר מדוע פגיעה ברגשות שונה מפגיעות אחרות, ולפיכך אינה ראויה להגנה או במילים אחרות, מדוע פגיעה ברגשות אינה נופלת בגדר עקרון הנזק. סיוען זה מספקת האנלוגיה לגנב שהוזכרה לעיל, המבוהרה שפגיעה ברגשות הנגרמת מעצם הידיעה על התנהגות הוולט אינה מספקת שום בסיס לטענה כלפי הוולט. מכאן שהסירוב להכיר בפגיעות אלה גובע לא רק מרצון "להציל" את הליברליזם, אלא משיקלים לגופו של עניין ולגופו של פגיעות.

הסבר שונה להבדל בין פגיעה ברגשות לפגיעות רגילות מצוי אצל רונלד דוורקי, הוא קשור להבחנתו הידועה בין העדפות אישיות (personal preferences) לבין העדפות חיצוניות (external). אך שדוורקי מתקשה להסביר את ההבחנה באופן מדויק, משרתו

25 אם בכלל, דומה שדעתי וטעמי הם יותר ענייני הפרטי מאשר כספי: לקחת כספי, באמצעות מיסוי, היא פגיעה חמורה יותר מהבחנתו הנדחית מאשר הגבלות על דעתי וטעמי.

26 ראו: 234-238, R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (London, Duckworth, 1977); 275-277 M. Cohen (ed.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (London, Duckworth, 1984).

ברגשות מכוונת ואינה מהווה את הטעם לפעולת הפוגע. לעומת זאת, בהתנהגות שהטעם היחיד לה הוא השאיפה לפגוע בוולט, מיל עשוי להסכים שיש להגביל את הפוגע. הסכנה של עריצות הרוב שמיל כה חושש ממנה נראית בלתי-דלוורטית כאן: לא תהיה זו עריצות אם הרוב יאסור על המיעוט לעשות מעשים שמסרתם המפורשת היא פגיעה ברגשות הרוב. בכך לא אמרתי שאיסור מעין זה נכון בהכרח או נכון, אך עריצות בוודאי אין כאן, וגם אין סכנה שאם נרשח איסור כזה, נחייב להגבלות מרמיקות-לכת של החירות, שיעשו אותה חסרת ערך.

הנבה זו של עמדת מיל מקבלת חיזוק מן הדברים שהוא כותב כחחילת דיונו בנידון. מיל אומר²⁷ כי רבים - מתחייבים אל כל התנהגות שאינה מוצאת חן בעיניהם כפגיעה בעצמם (injuring an so themselves), ומתרעמים עליה כאילו היה בה משום מעשה נבלה הפוגע בנימי לבם. כך קרה לפעמים שקנאי דתי, כשטענו עליו שאינו שם לב לרגשותיהם הדתיים של אחרים, השיב שהאחרים אינם שמים לב לרגשותיו שלו, מאחר שהם חולקים ודברים כפולחנם או באמונתם המתועבים.

ההתנגדות של מיל אינה מכוונת כלפי מאמינים המוחים על פגיעה במתכוון בהם, אלא כלפי קנאים המוחים על עצם קיומה של התנהגות דתית שונה משלהם. הקנאים מבקשים לאסור פולחן אחר על בסיס הטענה שעצם קיומו של פולחן כזה פוגע ברגשותיהם.

מדוע, לפי מיל, אין זה ראוי להתחשב בפגיעה כוזב מדוע אין היא נופלת בגדר עקרון הנזק? תשובתו היא שלרגשותיו של הקנאי אין שום משקל כהגבלות על פעולותיו: אין שום שוויון בין הדגש שבו מתייחס אדם לדעתו שלו, ובין רגשו של השני שמוצא את עצמו נזעל מפני שהראשון אווזו בדעת זו; כמו שאין שום שוויון בין חפצו של הגנב לחפצו את צורך הכסף, ובין זה של בעל הצדור לשומריו. והנה טעמו של אדם הוא עניינו הפרטי לא פחות מדעתו או צורך כספו. ושם, שם)

בציננים או ברגשותיהם, אלא לבסא כלפי פנים, כלפי העדה החרדית המתבלת, את ניכרה תגמור ממדינת-ישראל. שריפת הדגל היא מעין סקס אשורר של הגישה האנטי-ציונית. האם יש מקום לאסור מעשה זה בשל פגיעתו ברגשות? הטיעונים של מיל הואם מובילים לכאורה למסקנה שלילית: שריפת דגל הרישות היחיד אינה שונה לכאורה מקללות וגידופים ברשות היחיד, שגמים ופוגעניים ככל שיהיו, אינם מצדיקים את הגבלתם בשל הפגיעה ברגשותיהם של המקללים. איני רוצה להכריע כאן בסוגיה זו, ויש כמובן נימוקים אחרים, חוץ מפגיעה ברגשות, שעשויים לחמוך באיסור על שריפת הדגל. מכל מקום, חשוב להבין את ההבדל בין שריפת דגל ישראל בגזעה, שאינה מכוונת, בתור שכואת, לפגיעה ברגשות, לבין, למשל, שריפת מכוניות הנוסעת הלוך ושוב בשכונה דתית בשבת, שמטרתה המפורשת היא פגיעה כואת. על ההבדלים בין פגיעות מכוונות ברגשות ופגיעות אחרות, ראו בהדומה להלן.

24 מיל על החירות, לעיל הערה 20, בע' 152. שינוי במקצת את התרגום המקביל.

העיקרית היא להבחין בין העדפות המבוססות על טעמים לגיטימיים לבין העדפות המבוססות על טעמים שאינם לגיטימיים, ושלפיכך אינם ראויים להתחשבות. למשל, אם אדם מציע שמצד הומוסקסואלים מסוים לא ייערך בשכונתו כי הוא סובל מן הרעש הכרוך במצעים כאלה, הרי זה שיקול לגיטימי. לעומת זאת, אם הוא מתנגד למצעד כי הוא שונא הומוסקסואלים וסבור שהתנהגותם היא נטענת, אין השיקול לגיטימי ואינו ראוי להתחשבות. המשוף העיקרי להעדפות לא-לגיטימיות, הדיינו, העדפות חיצוניות, הוא היעדר כבוד שווה לבני-אדם, כבוד שהוא אבן-היסוד בתפיסה הליברלית של שוויון. כבוד זה פירושו שהמדינה מתייחסת ביחס שווה לאופני חיים שונים ומשונים, ואינה פוסלת דעות או התנהגויות רק משום שאין הן מקובלות על דעת הירוב. לדעת דוורקי, להעדפות המבוססות על חוסר כבוד שווה, כגון העדפותיו של הגופץ, אין ליחס שום משקל בהכרעות הפוליטיות.

נלק לראות מדוע אין מקום להתחשב, לפי הכוונה זו, בפגיעה ברגשות כאשר הפגיעה נגרמת בשל עצם הידיעה על דעות או התנהגויות הנתפסות כמגונות. רגשות מעין אלה הם דוגמה מובהקת לגישה המבטאת היעדר כבוד שווה לבני-אדם, ולכן אין להתחשב בהם בדיוק כשם שאין להתחשב בהעדפות חיצוניות. העובדה שהתנהגותו של פלוני מכביסה אותי ומידרה שינה מעיני אינה מבטאת נימוק כלשהו להשלת איסור על התנהגות זו; היא ממחשה את הצורך לחנך אותי לסובלנות ולכבוד לאורח חיים שונה משלי. יש לבנים שרגשותיהם נפגעים באמת כאשר הם רואים שחור צועד ברחוב שלוב-ידיים עם לבנה; הם חשים שכבודם חולל, ושהו שידוך נתעב; אך תחושות אלה אינן מכוננות שום טעם למנוע התנהגות כזו.

הכרה בכך שלא כל הרגשות הפגיעים ראויים להגנה, וכי מנסים לעיתים להנהיג כפייה דתית או אחרת במסווה של טיעון בדבר פגיעה ברגשות, מצויה בפסק-הדין בעניין מיטראל, ²⁷ בו קבע בית-המשפט כי ההגבלות שהטילה הממשלה על יבוא בשר לא-בשר אינן חוקיות. אשר לסענה כי ההגבלות לגיטימיות מפני שמוטר וראוי להתחשב ברגשותיהם של הדתיים, טען בית-המשפט בצדק כי במקרה זה פירושה של ההתחשבות כפייה דתית ופגיעה בשוויון:

לבני הציבור הדתי ולכל המעוניין בשמירה על כשרות מוכסת המשך יבוא בשר כשר... דאגתם של אלה הטוענים כי הם נפגעים מיבוא בשר שאינו כשר אינה מפגיעה בלשהי בכותם ובאפשרות שלהם לייבא, שלא לומר לאכול, בשר כשר. הפגיעה שהם טוענים לה מתבטאת בכך שאחריהם, אשר אינם מקפידים על כשרות... יאכלו בשר שאינו כשר. הדוגלים בעמדה זו טוענים, בעצם, להצדקת כפייה של אמונתם הדתית על מי שאינו שותף לה... התחשבות ברגשות אלמוני [המעוניין שתשמר הכשרות על-ידי כל יחיד] על חשבון פלוני [הרוצה לאכול בשר לא-כשר] משמעותה היא אי-שוויון: אלמוני, שומר הכשרות, ימשך באורחות חייו, שהוא

מאמין בנכונותם, בעוד פלוני ייאלץ לחיות שלא על פי אמונתו, או אי-אמונתו, קרי לסבול כפייה דתית.²⁸

פגיעות מכוננות ברגשות

ראינו שהטיעון נגד הגבלות על פגיעה ברגשות מבוסס על שתי טענות: ראשית, השענה שרגשותיו של הוולת לגבי דעות ומעשי אינם בעלי משקל נורמטיבי (מפני שכבודם ברגשות הגנב לגבי ארנקי, או מפני שהם מבטאים העדפות חיצוניות); שנית, השענה שאם נכיר בפגיעה ברגשות כעילה להגבלות על החירות, יקץ הקץ על הרעיון הליברלי ועל תחום חירותו של הפרט. ברם כל זה נכון למקרים בהם הפגיעה ברגשות נגרמת מצדם הידיעה על דעותיהם או מעשיהם של אחרים, הפועלים בתום-לב ובלא כוונה לפגוע בי. לעומת זאת, כאשר הפגיעה מכוננת, כאשר הפוגע מתנהג בצורה מסוימת מתוך כוונה מפורשת לפגוע בי, המצב שונה. בהתייחס לדוגמה של מיל: דבר אחד הוא שהנוצרי אוכל בשר-חזיר בביתו לחיאבון, ודבר אחר לגמרי הוא שהנוצרי אוכל בשר-חזיר ליד מסגד כדי להדגיש את המוסלמים ולהתגרות בהם. במקרה של פגיעה מכוננת, כאילו חזיר ליד מסגד, שני הטיעונים שפיתחנו לעיל אינם תופסים: ראשית, ההעדפה של אדם שלא ילעגו לו ולא ישפילו אותו היא בהחלט העדפה אישית, ולא העדפה חיצונית, ואין חשיבות לעניין זה אם והשפלה נעשית על-ידי תנועה מגונה, קללה עסיסית או התנהגות המבטאת בזו ולעג לסרטים היקרים לו. רצונו של אדם שלא ישפילו אותו כאופנים אלה אינה שוללת מאחרים את הזכות לנהוג לפי אמונתיהם, ואינה מבטאת דעה קדומה או אי-סובלנות לעמדותיו של הוולת. הגבלות על פגיעות כאלה גם אינן מגוננות לעיקרן הכבוד השווה, אלא להיפך: מי שלועג לוולת ובו לאמונתו וערכיו הוא המבטא היעדר כבוד שווה, ולכן, מבחינת השיקול הנכון, ניתן לשקול השלת הגבלה על התנהגותו. בהתייחס לאנלוגיה של מיל נוכל לומר שקיים הבדל חשוב בין אדם שתומך לו את כפפי, ואשר לחמדנו זו אין כל במס מסרי, לבין אדם שרוצה להניח את ידו על כספי כדי להגביל את השימוש שאני עושה בכסף זה מתוך כוונה לחייק לו. באופן דומה, קיים הבדל בין מקרה בו רגשותיו של פלוני נפגעים בשל עצם הידיעה על התנהגות נפסדת בעיניו לבין מקרה בו רגשותיו נפגעים בשל התנהגות המיועדת במתכוון לפגוע בו.

שנית, הטיעון המוצדק של מיל והארס, לפיו, אם נמיר הגבלות על החירות כדי להגן מפני פגיעה ברגשות יבוא הקץ על הרעיון הליברלי, תופס רק בפגיעה הנגרמת מצדם הידיעה שאחרים נוהגים בצורה שאינה מקובלת על הנפגע, כמו הפגיעה הרגשית שנפגע מוסלמי מצדם הידיעה שהנוצרים בשכונתו אוכלים בשר-חזיר. הטיעון אינו תופס במקרים של פגיעה מכוננת, שכן גם אם נאסר פגיעות מעין אלה, לא יהיה בכך כדי לבטל את הרעיון הליברלי, רעיון זה מחייב להתייר לבני-אדם לחיות בהתאם לאמונתיהם ומסורותיהם גם אם אמונתם אלה נחשבות מגוננות ומתועבות בעיני אחרים. חברה, אין

²⁸ שם, בע' 500-501.

כחן-אלמגור בצדק בכיקורו על פסד-יהדין זה, 'צורות שונות של חירות הביטוי צריכות לעלות בקנה אחד עם מחויבותו לכבוד אנשי ולדאגה לזולת... אין ביכולתנו לסבול כל ביטוי כאשר הוא, שכן אז אנו מעניקים לחירות הביטוי ערך רב יותר מאשר אנו מעניקים לטריקים לא פחות חשובים דוגמת שוויון בדאגה ובכבוד'.³²

לסיים נקודה זו ברצוני להוסיף שתי הבהרות לחייה שהצעת, הנוגעות בפגיעות בסגנון סטייה ולפגיעות כתגובת מחאה. טענתי שפגיעה מכוונת ברגשות מגונה מוסרית לעיתים קרובות. האם מכאן נובע שסטייה השמה ללעג ולקלס את התנהגותם ורעותיהם של בני-אדם מסיימים אסוריה דומני ששיקול מכריע כאן הוא שיקול 'הקהל השנוי'. כסטייה הקהל אינו שנוי בדרך-כלל, ולכן האחריות לצפייה בה (ועל בימת התיאטרון או בסלוליוז) רובצת על כתפיו. מרחב הפגיעה המתרת גדול יותר מאשר בניסיונות אחרות, ובכל זאת אין הוא בלתי-מוגבל. גם בסטייה יש פגיעות שיתפסו בעינינו כלא-ליגיטימיות; אני מניח שאפילו בסטייה תיתפס שריפת דגל כהתנהגות לא-ליגיטימית.

האם מותר לפגוע בזולת על-ידי חילול סמליו המקורשים במעין תגובת-גומלין על התנהגותו הפוגעת של זולת זה? אף שאין לשלול זאת על הסף, הבעיה ברוב התגובות הללו היא שהן פוגעות בחפים, שהן מענישות ללא הבחנה. ביום היכרון לחללי צה"ל בשנת תשנ"ז השליכו כמה חרדים אנבים על שוטרים בעיצומה של צפירת היכרון. המעשה עורר גל של תגובות חריפות. הוא נתפס כחילול סמל לאומי מרכזי ובזיון כבוד הגופלים וחרם. כמובן שהשלכת האנבים לא פגעה רק בשוטרים, אלא בכל מי שיוס היכרון ומה שהוא מסמל יקיים בעיניו. האם יהיה זה ליגיטימי להגיב במעשה דומה של פגיעה ברגשות החרדים למשל, להשליך אנבים או להחזיז מים על מתפללים חרדים בעיצומה של תפילת עמידה?³³ התשובה שלי שלילית, בעיקר משום שמעשה כזה יפגע קשות במאות אלפי יהודים רחבי העולם, שרובם ככולם מתנגדים לכיזוי יום היכרון. מן העובדה שצד אחד בעימות נוהג בצורה לא-הגונה ופוגע באופן מוכרע ברגשותיו של ציבור שלם אין נובע שגם הצד האחר רשאי לנהוג בדרך זו. עם זאת, כאשר התגובה ממוקדת יותר ופוגעת בציבור התומך במעשים האסורים, אין לשלול על הסף את הלגיטימיות המוסרית שלה.

פגיעות אנביות ברגשות

הדין הוביל לתבונה נורמטיבית בין שני מקיים שרגשותינו נפגעים בהם: (א) מקרה בו הפוגע מתנהג בהתאם להערכות הנוגעות בעצמו, אבל עצם הידיעה על הערכות אלה ועל ההתנהגות הכרוכה בהן גורמת לי כעס ועלבון; (ב) מקרה בו הפוגע בוחר דרך פעולה מסיימת כדי לפגוע בי, וההכרה שלי בכך מכאיבה לי. בפגיעה מן הסוג הראשון טענתי שאין מקום להסיל הגבלות על החירות, ואילו בפגיעה מכוונת אין העיקרון

32 כחן-אלמגור, לעיל הערה 7, בע' 169-170.

33 לפי המשנה, מי שספזי בחפילת עמידה (תפילת שמונה-עשרה), אפילו המלך שואל בשלמו, לא ישיבנו, ואפילו נחש כרוך על עקביו, לא יפסיק (ברכות, פ"ה, משנה א).

הוא מחייב שנתיי לבני-אדם להתנהג באופן המיועד לשים ללעג את אמונותיהם של אחרים ולכזותן. העובדה ששני הפגיעים הללו נכשלים לגבי פגיעה מכוונת ברגשות פירושה שבמקרים רבים קיימת מבחינה מוסרית חובה לכאורה (*prima facie*) להימנע מפגיעה כזאת. כמובן, חובה זו עשויה להידחות מפני שיקולים מוסריים אחרים ולא להיחף לחובתו האקסטרואלית של הפועל; יג, למשל, כאשר הפגיעה נחוצה כדי לעורר מודעות לעולמ חברתי המחייב תיקון, או כדי להגיע אדם לשנות את דרך מחשבתו או אורח חייו הקולקליים. לעג לערכיו של אדם מוצדק באופן מיוחד כאשר הערכים הינם שליליים. בעיקרון כללי נוגד לומר שככל שהתפיסה שרגשות הולת נפגעים בגללה היא בלתי-מוסרית יותר, כן גדלה האפשרות להוציא את ההתייחסות אליה בבוז, וכך לפגוע ברגשות הולת, ואילו ככל שהתפיסה לגיטימית או רצויה יותר מבחינה מוסרית, כן קטנה האפשרות להצדיק

התייחסות כזו אליה. לחופש הביטוי, כאשר מבינים אותו כאידיאל מוסרי, יש תפקיד מכריע בקביעת המעמד המוסרי של פגיעות מכוונות בבני-אדם שתפיסותיהם אינן בלתי-מוסריות. חברה שקיים בה חופש ביטוי רחב, כולל חופש לפגוע בזולת, רצויה יותר, מבחינת המעמד של האוטונומיה האישית, מתכרה המגבילה את חופש הביטוי.³⁴ לצורך השיעור הנוכחי אני רוצה לנקוט עמדה בשאלת הביטוי של חופש הביטוי, או בשאלה מתי הניסיונות הספציפיים המצדיקות פגיעה ברגשות, אלא רק להבהיר שפגיעות מכוונות ברגשות עשויות להיות מצדיקות לעיתים, בהתחשב בכל מבחינה מוסרית.

אבל גם כאשר פגיעות אלה אינן מצדיקות מוסרית, אין נובע מכך שהחוק חייב לאסור אותן. כידוע, איי-מוסריותה של התנהגות אינה תנאי מספיק לכן שהחוק יגביל אותה או יעניש בגינה. במקרה דנן, הסלת הגבלות משפטיות על פגיעה ברגשות מן הסוג שנידון כאן תוביל להגשת מבול של תביעות לבתי-המשפט ולפגיעה חמורה בחופש הביטוי. לכן, ברמה המשפטית, ראוי לצמצם הגבלות אלה למקרים של פגיעה חמורה, והוצעת כאמור על-ידי כוונה מפורשת לפגוע, ואשר הנפגע חסר-אונים ביחס אליה (כפי שאסביר בהמשך). בהתקיים תנאים אלה, עשוי להיות צידוק להגביל את התנהגות הפוגעים גם כלא סכנה לסדר הציבורי או לשלומם של הנפגעים. יג, לפיכך אני סבור שבית-המשפט האמריקאי פעה בפרשת *Skokie* יג, כאשר התיר למקרים לקיים מצעד בחצות השכונה היהודית: אילו אסר על הנאצים לצעוד בתוך השכונה היהודית, הוא לא היה מוגע באופן משמעותי בחופש הביטוי שלהם והם יכלו לצעוד במקום אחר, והיה מבטא התחשבות נאותה בכבודם של היהודים תושבי השכונה (רבים מהם ניצולי-שוואה). כפי שטען

29 על התבונה בין המושגים חובה לכאורה וחובה אקסטרואלית, ראו דני סטנלן דילמות מוסרית (ירושלים, מאגנס פרץ 7, סעיף 4).

30 לכיסוס חופש הביטוי על רעיון האוטונומיה, ראו במיוחד: T. Scanlon "A Theory of Freedom of Expression" 1 *Philosophy & Public Affairs* (1972) 304.

31 זאת בניגוד לפסיקה המקובלת בבתי-המשפט בארץ, ראו להלן ליד הערת 115-117.

32 ראו לעיל הערה 7.

הליברלי שולל אפיוורי הסלת הגבלות מעין אלה. ברם, דומה שהבחנה זו חדה מדי ומתעלמת מקטיגוריה נוספת של מה שאקרא פגיעות אנכיות ברגשות. נחשוב על שלושת התרחישים הבאים:

אוכל חמץ לתיאבון בבית: נמרוד אינו רואה כל טעם (ותרת משמע)

באכילת מצות בפסח וביותר על הבגט הטרי החביב עליו. לכן הוא מצטייד לפני הפסח בעשרה בגטים שהוא מחזיק במקפוא, והוא אוכל אותם בתיאבון רב בימי הפסח.

אוכל חמץ לתיאבון ברחוב: נמרוד מאחר לעיתים קרובות לקום בבוקר ואינו מספיק לאכול ארוחת-בוקר בבית. הוא לוקח עימו כריך ואוכל אותו בדרך לאוטובוס, מרחק עשר דקות הליכה דרך השכונה הדתית הסמוכה.

כך הוא נוהג גם בימי הפסח.

אוכל חמץ להכעיס ברחוב: נמרוד שונא דתיים, ומרגיש שהם "משתלטים לו על החיים". הוא אינו יכול לסבול את הבגדים שלהם. את צורת הדיבור שלהם ואת אורח חייהם. מדי פעם הוא מתגרה בהם ולועג להם. בפסח הוא נוהג לארגן כמה חברים לעבור יחד בלב השכונה הדתית כשהם לועגים בגטים טריים מרוחים בחמאה.

התרחישים הראשון והשלישי נופלים בגדר שתי הקטיגוריות שהצגנו. אם מישוה נפגע מצעם הידיעה על כך שנמרוד אוכל חמץ בפסח, אין בכך כדי להצדיק שום תביעה נורמטיבית כלפי נמרוד שיחל מאכילה זו. אין איפוא להגביל את האוכל חמץ לתיאבון בבית. לעומת זאת, מבחינה מוסרית, יש צידוק להסיל הגבלה על אכילת חמץ להכעיס ברחוב, והכל תלוי במשקלם של השיקולים האחרים, במיוחד חופש הביטוי, כמוסטר לעיל.

השאלה המעניינת עולה לגבי מי שאוכל חמץ לתיאבון ברחוב. הבה ננתח מקרה זה. הואיל וברוגמה הנידונה נמרוד אוכל את כריכו בדרך לעבודה בכל ימות השנה, לאו דווקא בפסח, ברור שאין לפרש את התנהגותו כמכוונת לכוות את הציבור הדתי או לפגוע ברגשותיו, ולאכארה אין מקום להסיל עליה הגבלות. בכל זאת, דומה שקיים תבל בין מקרה זה לבין המקרה של האוכל לתיאבון בבית: אם נסיל הגבלות על אכילת חמץ אפילו ברשות היחיד, תהיה התוצאה איסור מוחלט על אכילת חמץ, וזו תהיה כמובן פגיעה חמורה ובלתי-נסבלת ברעיון החירות. לעומת זאת, אם נסיל הגבלות על אכילת חמץ בפריסה שכונה דתית, עדיין יוכל המעניין בכך לאכול חמץ בפסח במקומות אחרים ברשות הרבים, וכמובן בבית. ההגבלה על החירות תהיה מצומצמת למדי, והיא תקל על הציבור הדתי, שרגשותיו נפגעים למראה נמרוד הצועד לאוטובוס תוך שהוא נוגס בבגט שלו. האיזן זה נכון לומר שבקשתו של הציבור הדתי להתחשב ברגשותיו הינה לגיטימית?

כדי לבחון זאת, הבה נחשוב על תרחיש אחר, שכבר הוזכר לעיל, הדומה לזה של האוכל חמץ לתיאבון ברחוב, אך יש לנו אינפורמציות הפוכות.

הזוג המעורב: בוב הוא שחור ושנא לאשה את מרי, לבנה. הם אוהבים זה את זה, ונוהגים ללכת חבוקים ברחוב. בוב קיבל עבודה בעיירה בדרום ארצות-הברית, שגרים בה לבנים גזעניים רבים, והוא עבר עם מרי לגור בה.

בוב ומרי הולכים כדרכם מחובקים ברחוב, אך הדבר מפריע מאוד ללבנים המקומיים, שהמראה ממש מגעיל אותם.

ביור שבו ומרי אינם חייבים להתחבק דווקא ברחוב, או דווקא ברחובות שמצויים בהם לבנים רבים. האם הדישה שיימנעו מכך לגיטימית? האם ראוי שהם יתחשבו ברגשותיהם הפגיעים של הלבנים? התשובה החד-משמעית היא לא. לא רק שאין ללבנים הגזעניים זכות לכפות על הזוג המערב לשנות את התנהגותו, אלא שאפילו אין כל משקל לבקשתם. הגזען אינו יכול לבקש ממושי הגזענות שלו להתחשב ברגשותיו הנפגעים ולהגביל בשל כך את התנהגותם. לעובדה שבו ומרי פוגעים בהתנהגותם ברגשותיהם של אחרים לא צריך להיות כל משקל מוסרי בהערכתה של התנהגות זו.

לכאורה, ההשלכה של ניתוח זה על המקרה של אכילת חמץ ברחוב מלמדת גם כאן שרגשות הדתיים לא צריך להיות כל משקל. מה שמעורר רגשות אלה הוא אמונתם של הדתיים במשמעות תג הפסח ובאיסור על אכילת חמץ, אמונה שנמרוד אינו מחזיק בה כמובן. מבחינתו שלו, אמונה זו חסרת שחר ובלתי-דיצינולית, ולכן אין צורך להגביל את עצמו בשל רגשות שליליים שמתעוררים בעסיה. כפי שסען דודיק, לרגשות שיוסרם כאמונת אי-דיצינוליות לא צריך להיות משקל בחישובינו המעשיים. לכאורה, אמונת הדתיים שאסור לאכול חמץ בפסח היא כאמונת הלבנים שאסור לאשה לבנה להתחבר לגבר שחור. בשני המקרים מדובר בתפיסות אי-דיצינוליות, ולכן בשני המקרים הרגשות המתעוררים בגלל תפיסות אלה אינם זכאים לשום הגנה מוסרית או משפטית.

תרחיש הזוג המערב מבסס סיעון כבד-משקל נגד הגבלות שתכליתן להגן מפני פגיעה ברגשות, וכדאי לחזור ולהיזכר בו כל אמת שתביעות מועלות בשם פגיעות כאלה. עם זאת דומה שניתן להציע על הבדל משמעותי בין תרחיש זה לבין התרחיש של האוכל חמץ ברחוב. ההבדל הוא שבתרחיש הזוג המערב, התפיסה המצמיחה את הרגשות השליליים מגונה מבחינה מוסרית, הן בשל עצמה, הן בשל התוצאות השליליות שהיא נוטה להביא. לעומת זאת, בתרחיש ההתנגדות לאכילת חמץ בפסח אין מדובר בתפיסה מגונה מוסרית, אלא לכל היותר, מנקודת-מבטו של הלא-דתי, בתפיסה אי-דיצינולית, פרימיטיבית או מטופשת. משמעות הבדל היא שבתרחיש הזוג המערב יש טעם מוסרי חיובי לא להתחשב ברגשות הגזעניים, ואילו במקרה של אכילת חמץ אין טעם מעין זה, ואין משוה בלתי-מוסרי בהיענות לבקשתם של הדתיים.

הבחנה בין תרחישים אלה מבחינת מעמדה המוסרי של התפיסה שהרגשות נפגעים בגללה מקבילה להבחנה שעשינו בדיון על פגיעות מכוונות בין מקרים שהפגיעה מכוונת בהם לבני-אדם בשל תפיסותיהם הלא-מוסריות לבין מקרים שהפגיעה מכוונת בהם לבני-אדם שתפיסותיהם אינן בלתי-מוסריות. כאשר רגשותיו של אדם נפגעים מפני שהוא מחזיק בתפיסה בלתי-מוסרית, אין הוא יכול לדרוש את הגבלת הפוגע אפילו כאשר מדובר בפגיעה מכוונת, קל וחומר כאשר מדובר בפגיעה אנכית.

אם כך, בניגוד לבקשת הגזעניים מן הזוג המערב, בקשת הדתיים מנמרוד לא לאכול חמץ בשכונתם בפסח אינה ראויה להידחות על הסף. כמובן, העובדה שבקשה מסוימת עוברת את הסף עדיין אינה אומרת שמן הראוי שתתקדם הרבה מעבר לסף, ובמידות לא שתתקבל. ייתכן שסך כל השיקולים הנורמטיביים והמעשיים יראה שיש לדחותה. בכל

לעיתים קרובות בסיוע הקבוצה שאנו משתייכים אליה ובהשפעת הספות שונות. במקרים אלה איננו יכולים לבוא בסענות לאחרים על הפגיעה. הברים מתקשרים לאידיאל הסטוא שהוכרנו לעיל, לפיו אי-המעלה צריך להביא את עצמו למצב של אי-היעלבות כלל. לצורך הסיוע הנוכחי איננו חייבים להרחיק לכת עד כדי כך, ודי לנו בתנוה שיש לבני-אדם יכולת של שליטה מסוימת ברגשותיהם, בעיקר באמצעות מודעות עצמית.

תנאי האחריות עומד ביסוד הדיעוין של קהל שבו, שנתפס צומה מרדנו הטוב בסרט השם את להטלת הגבלות בשל פגיעה ברגשות.³⁶ אם הנפגע צומה מרדנו הטוב בסרט השם את דחו ללעג ולקלס, האחריות לרגשות הקשים שהסרט מעורר בו מוטלת עליו, ולכן לא נגביל את מקריני הסרט. לעומת זאת, אם תמונת עירום של דוגמנית נתלת בצדדי הכבישים, באוטובוסים, בתחנות דרכבת וכסודות תעופה, הקהל העובר במקומות אלה הינו שבו, ומבחינה זו פותח אדרא לפגיעה שעלולה להיגרם לו.

דרך מועילה לבחון אם הפגיעה ברגשות היא כזאת שהסובייקט אחראי לה ויכול לשלוט בה היא לבחון אם תלונתו על הפגיעה הקשה ברגשותיו נבסבות x תואמת את התנהגותו ותגובתו נבסבות y, שגם בן היה צריך להיפגע אילו היה עקבי. נניח שאדם דתי מתלונן על פגיעה קשה ברגשותיו הנגרמת בשל העובדה שמכונות נוספות בשבת ליד בית-הנסת שלו. האם רגשות אלה מתעוררים בעל כורחו של האדם הדתי, אופן שאין לו שליטה בכך? קשה במקצת לקבל זאת, בהתחשב בתגובתם הרגשית של יהודים דתיים רבים בארץ ובחך-לארץ למראה המכונות החלפות והתנויות הפתוחות ליד רבים מבתי-הכנסת.³⁷ באופן דומה קשה לקבל שפגיעתם של שלטי-חוצות לא-צנועים באנשים דתיים הינה קשה ובלתי-נמנעת אם מכיאים בחשבון את העובדה שאנשים דתיים רבים עוברים ליד שלטים מעין אלה מדי יום בצדדי הרחובות, בציפי הרכבת התחתית וברשות התעופה בלונדון, בניי-יורק ובערים אחרות בעולם. אילו היה מדובר בסבל קשה, מן הסתם לא היו חוזרים למקומות אלה מדי יום, ואם הם ככל זאת חוזרים לשם, התלונה על פגיעה ברגשות נשמעת לא-אמינה במקצת. נוסף על כך, הניתוחות היזומיות לשלטי פרסומת אלה מחלישה את הפגיעה. ככל שהרגשות לענייני צניעות נשחקת, כך תלונות על פגיעה ברגשות בהקשר זה נשמעות מעושות.⁴⁰

able to view it without being shocked." G. Robertson *Freedom, the Individual* and the Law (Harmondsworth, Penguin, 1993) 254.

36 ראו למשל עניין הפיתוי האחרון של ישו, לעיל הערה 1, בע' 36-40. העובדה שלגבי פגיעה מסוימת הקהל הוא שבו אינה תנאי מספיק להגבלת החירות, כפי שהערה השופטת דורני בצדק בבג"צ 606/93 קידום זימות ומרילוח בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מחנ"ג 16 (להלן: עניין לך הצטיין).

39 כדאי להזכיר שבשכונות דתיות שאסור למכונות לנסוע בן בשבת האיסור חל על כל המכונות, בלא קשר לחזות הדתית או הלאומית של הנגה. גם לבגדים ערביים אסור לנסוע בשבת בשכונות החרדיות בירושלים, ובמובן שהשכונות היהודיות בבוקליין הסגורות בשבת לרכב אינן סגורות לנסיעת יהודים בלבד.

40 תלונה אחרת עשויה להיות לא על הפגיעה בפועל ברגשות, אלא על כך שבגלל

זאת חשוב עד מאוד להבין בין בקשות שאינן לגיטימיות כלל, כבקשתו של הנגב להתחשב בצינו לקחת את כספי, או בקשתו של הגופץ לא לפגוע ברגשותיו הגוענים, לבין בקשות שכן לגיטימיות, אך בעייתיות, כבקשתו של הדתי שלא יאכלו חמץ לידו בפסח, או בקשתו של הצמחוני שלא יאכלו לידי סמיך. בעוד בקשות לא-לגיטימיות נדרשות על הסף, בקשות לגיטימיות תלויות בגורמים שונים, והם מידת הפגיעה, היקף ההגבלה המבוקשת על חירותו של הפוגע והמידת האחריות של הפוגע לצמצום הרגש הכואב. ככל שמידת הפגיעה גדולה יותר ומידת התגבלה על הפוגע קטנה יותר, כן מתחזק המסיס המוסרי לבקשת התחשבות. ככל שמידת הפגיעה קטנה והתגבלה המבוקשת גדלה, כן נחלש המסיס לבקשה כזאת. בדוגמה שלעיל: אם הפגיעה ברגשותיהם של הדתיים בראותם יהודי אוכל חמץ בפסח היא תמורה וקשה, ואם עקיפת השכונה הדתית תאריך לנמרוך את הדרך בדקה אחת, הבקשה שיעקוף את השכונה הינה סבירה. לעומת זאת, אם הפגיעה אינה תמורה, והמענות ממנה תאריך לנמרוך את הדרך בעשרים דקות נוספות, דין הבקשה להידחות.

ההשוואה בין בקשת הצמחוני לבקשת הדתי להתחשב ברגשותיהם מאלפת, משום שמנקודת-מבט של כל אחד מהם מדובר במעשים תמורים: הצמחוני (האידיאולוגי)³⁸ רואה בשחיסות בעלי-חיים פשע מוסרי, והדתי רואה באכילת חמץ בפסח על-ידי יהודים מרד באל וחילול קדושת התנ. הואיל וכך, אם עלינו להתחשב ברגשות הדתי ולאסור אכילת חמץ בפסח ברשות הרבים, עלינו להתחשב גם ברגשות הצמחוני ולאסור הצגת בשר למכירה. אבל איננו סבורים בדרך-כלל שחובה להתחשב באופן זה בצמחוני, ועל-פי

אותה שורת היגיון, גם הדתיים לא יוכלו לדרוש התחשבות.³⁹ הפגיעה אומה, תנאי נוסף הוא תנאי האחריות, כפי שסען חיים גנו בצדק.⁴⁰ הפגיעה שאתחשב ברגשות הולדת מתחזקת ככל שמדובר ברגשות שהולדת חסר-אונים למנוע את התעוררותם. לעומת זאת, ככל שניתן לייחס לולדת אחיות לרגשות אלה, כן נחלשת הדרשה הנורמטיבית שאביא אותם בחשבון בשיקולי המעשיים. תנאי זה מבוסס על התנהגו שיש לבני-אדם שליטה ברגשותיהם, והשאלה אם ייפגעו, וממה ייפגעו, תלויה לא רק בגורמים אוביקטיביים, אלא גם בהם. במקרים רבים, הכעס והתסכול הם רגשות שאינם נכפים עלינו על-ידי נסיבות חיצוניות, אלא רגשות שאנו מסתמים בעצמנו,⁴¹

34 להבדיל, כמובן, ממי שנמנע מאכילת בשר משיקלים של בריאות או דיאטה.

35 אין זה אומר שהדתיים לא יוכלו לתמוך באיסור כזה על-סמך שיקלים אחרים, בראש ובראשונה על-סמך השיקול של היות מדינת-ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. יהיה תוקפו של שיקול זה אשר יהיה, אין הוא מבוסס על הדיעוין של פגיעה ברגשות, ולכן נוגל להתעלם ממנו כאן.

36 חיים גנו "מי מפהד מריכאריד ואנג'ר עיין לב (תשמ"ג) 107-108.

37 השו דבריו של רוברטסון, האומר בדברי ביקורתו על החלטת הצנורה הבריטית בעניין "The Purpose of the [British Board of Film Classification]": *Gibson and Wingrove* ban was to protect a few narrow-minded Christians, not from the view itself, but from self-induced discomfort at the thought that some other adult would be

שוכ, ההשוואה למקרים של הצמחוני יכולה לסייע לראות עד כמה רבה יכולתנו לשלוש ברגשותינו ובפגיעות שאנו נפגעים. רוב הצמחונים אינם מדיירים רגליהם מאיזורים שמכורים בהם בשר, ואינם נמנעים מלאכול ליד שולחן אחד עם חבריהם ואוכלים בשר. עמדתם המוסרית החמורה נגד שחיטת בעלי-חיים אינה מולידה רגשות כאובים בלתי-נשלטים, אף-על-פי שהיה סביר לצפות שתעשה זאת. ניתן אפוא לשר שגם בעלי אמונות אחרות, כגנשים דתיים, יכולים לשלוש באופן זה ברגשות הקשורים לאמונותיהם. אחת הדרכים לשפור שליטה זו היא לשים-לב לסיבוב המיוחד של הקשר בין רגשות לאמונות, ובעיקר לעובדה שהמשקל שיש למעשים מסוימים בתחושה הדתית אינו תואם את המעמד ההלכתי הפורמלי שלהם. אכילת חזיר היא דוגמה מובהקת לכך: מבחינה הלכתית, מעשה זה הוא בגדר עבירה על מצוות לא-תעשה רגילה (שאין עליה עונש מוות או כרת), והוא חמור פחות מאכילת שקצים, שהיא עבירה על כמה מצוות לא-תעשה. בכל זאת קשה להפריץ במיאור הרתיעה הרגשית הקשה של יהודי דתי מאכילת חזיר ואפילו מגידולו.⁴¹ דוגמה אחרת נוגעת בשמירת השבת: בתחושה הדתית, נטייה ברכב בשבת נתפסת כדבר חמור ביותר, אפילו כשהנוסע אינו הנהג, אף-על-פי שמבחינה הלכתית מדובר באיסור קל יחסית. לעומת זאת, לאויים מפורשים הנוגעים ביחסים שבין אדם לחברו, כאיסור רכילות, נתפסים בתחושה הדתית כקלים עד מאוד. חוסר התאמה זה בין החומרה ההלכתית של מעשים מסוימים לבין הרגשות הדתיים הרלוונטיים מלמד שרגשות דתיים פגועים אינם תמיד רציונליים; נדמה לאדם הדתי ואף ליוזמו שהדעם שמתעורר בו למראה הילול שבת גובע באופן הגיוני מעצם הכרה בכך שה הילול שבת, או מעמדה איריאולוגית כללית לפיה "כל ישראל ערביין זה בזה", אבל במחשבה נוספת נקל לראות שחילולי שבת אחרים, כמו גם עבירות חמורות לא-פחות, אינם מעוררים תגובה דומה, ועוצמת התגובה אינה תלויה באיכות ה"אוברקייביטי" של המעשה הנדון. הדגש הדתי, או בלשוננו של יעקב כ"ץ, "האינסטינקט הדיסואלי", אינו תואם תמיד את המעמד ההלכתי.⁴² מודעות למופע זה עשויה להביא את האדם הדתי לידי ביקורת על תגובותיו הרגשיות ושליטה טובה יותר בהן.

שכיחותן של הפרסומות הלא-צנועות איבד היותי הדתי את הרגשות לצניעות, ולכן יש לאסור פרסומות כאלה. יאז אשר יאז חוקפה של סענה זו, המעלה אותה אינו מתבסס על פגיעה ברגשותיו, שהוא מודה שאינה קיימת.

41 כך גם לגבי מוסלמים, כפי שציין מיל, לעיל הערה 20, בראש סעיף ג.

42 בספרו גוי של שבת וירושלים, מרכז ולמן שריר, תשמ"ד תראה כ"ץ באופן מאלף כיצד לפרות ההגבלות התלמודיות ההד-משפיעות על שימוש בשירותיו של גוי בשבת, נהגו יהודים להקל בכך מאוד, ובעלי הלכה נגדרי אחייהם לנסות למצוא פתח היתר. ההסבר נעוץ במה שני"ץ מציע לכנות "האינסטינקט הדיסואלי". אינסטינקט זה "יורתיע את היותי האמון על שמירת שבת מלעשות דבר הדומה למלאכה - הוא לא יחלול את פרתו, לא יסיק את תנורו... וכל כיוצא בזה. אולם אותו אינסטינקט עצמו לא התקדם נגד עשיית מלאכות אלו על-ידי גוי, בייחוד שהיהודי לא היה צריך לחרות לו בשבת מה יעשה, והגוי היה לומד לעשותו ביוזמתו שלי" (שם, כ"ץ 176).

רק במקרים יוצאים מן הכלל של פגיעה אגבית מקבלת הדרישה להתחשב ברגשות מעמד של מזבז; מקרים בהם תפגע אינו אחראי לפגיעה, שהפגיעה בו קשה וההגבלה על הפוגע קטנה. ברוב המקרים, המעמד של הפגיעה להתחשבות ברגשות אינו יותר מאשר בקשה. לנפגע אין סענת זכות כלפי הפוגע, וההאמון אינו חייב לו מאומה. ההתחשבות ברגשות היא בגדר מחוץ ובכאשר מדובר בהגבלה משמעותית על הפוגע. הפונה אינו יכול לאוכפה מסייפה לפגיעה וכאשר מדובר בהגבלה משמעותית על הפוגע. הפונה אינו יכול לאוכפה בכוח הדורש או בכוח החוק, ועליו להודות לזולתו על שניאות להתחשב בעקרונותיה. לחדון של מחוות, אין להפריץ בהן יתר על המידה, וחיבת להיות נבונות עקרונותיה להדדיות. אי-אפשר לבקש מחוות בלא נבונות לעשותן, ובאותו אופן אי-אפשר לבקש שאחרים יתחשבו ברגשותיהם כלא שתהיה אף אחת מוכן להתחשב במידת הצורך ברגשותיהם של אחרים. לעיתים, אי-הנבונות להתחשב ברגשות הדתיים נובעת מן התחשבה שמקפת הדתיים רואים בהתחשבות בהם חובה, ולא חסד, ואינם מוכנים בכנות להודות בהתחשבות. כפי שגראה, היעדר הדדיות מלאה בין התחשבות ברגשות דתיים להתחשבות ברגשות שאינם דתיים מוצא כיוסי גם בחוק, המקנה לכאורה מעמד מיוחד לרגשות הדתיים.

הדרישה לגלות התחשבות ברגשות חולת נובעת מן הדיון המובן והמוצק למנוע כאב - פיסו או רגשי - מבני-אדם. כאשר מקור הכאב (הרגשי) הוא בתפיסה בלתי-מוסרית, כמו אצל הנוזק, אין בהסתבת הכאב שום דבר רע. בשאר המקרים, לעובדה שמעשה מסוים גורם כאב יש משקל נורמטיבי מסוים, אך עלינו להביא בחשבון גורמים נוספים כדי לקבוע את משקלו הנורמטיבי הכולל, כפי שהוטבר. באי-נבונות להתחשב ברגשות חולת גם כאשר מדובר בפגיעה חמורה ברגשות ובהגבלה קלה על הפוגע יש לעיתים כיוסר לאופי מוסרי גרוע, לאי-איכפתיות כלפי חולתו.⁴³ כשם שרצון להגביל בכל מחיר את ההנהגותיו של חולת בשם הפגיעה ברגשות מבטא היעדר כבוד, כך ההתעקשות לא להתחשב כלל ברגשותיו של חולת בשם הפגיעה ברגשות מבטא היעדר כבוד, כך ההתעקשות לחוסר נבונות להגבלה עצמית כדי למנוע רגשות מכאיבים אצל אחרים עלולות להיות גם השלכות לא-רצויות מבחינה חברתית הדמוגרפית. אם החיים בעיר שרובה נוצרים יניעו את המוסלמי לחוש פגיעה תכופה ברגשותיו, הוא יקום לעצמו שכונה

43 אני מצטרף לביקורתו של כהן, לעיל הערה 16, בע' 216-220, על ההצדקה להגבלת תופש הביטוי שהוא מבנה "מינימליזם". לפי עמדה זו (באחת מגרסאותיה), להגבלות אלה אין כל מחיר ("no-cost minimalism"), משני שביטויים כשלעצמם לעולם אינם בגדר פגיעה.

44 ראו דבריו הפיסי של השופט חשין בעניין לך הצטיין, לעיל הערה 36, בע' 33, שכשם שעלינו להרחיב עצמנו "מעיצות של כוח", כך "ניצטר לבפשותינו פן ניפול לעיצות של תופש הדיבור". אין צריך לומר ש"התחשבו ברגשות חלק מהצבור, גם אם חלק זה הוא מייעוט ואין דעת הרוב כדעתו, איננה בבחינת כניעה ל"אלימות" (דברי השופט " כהן כבג"צ 512/81 המכון לארכיוולוגיה של האוניברסיטה העברית נ' שר החינוך והתרבות פ"ד לה"פ 453, 546).

2. אם הדגשות הפגיעים אינם נובעים מתפיסה בלתי-מוסרית, או הפגיעה היא במקרים רבים, מגונה מבחינה מוסרית,⁴⁶ ואין פגיעה שייקסו צדדים משפטיים שונים להגבלתה.⁴⁷

פגיעה בדגשות וסובלנות

במסגרת דיונים על פגיעה בדגשות מוכר לא-פעם רעיון הסובלנות, אף כי לא תמיד ברור לאיזו מסקנה הוא מוליך, דהיינו: מי אמור להיות סובלן כלפי מי, ובמה אמורה להתבטא סובלנות זו? נישול את התרחיש שלנו בו לעיל, על נמרוד האוכל חמץ לתיאבון ברחוב, האם נמרוד מבטא חוסר סובלנות בהתנהגותו זו, או שמא היתיים מבטאים חוסר סובלנות בכך שהם מבקשים למנוע אותו מלהתנהג כך? לא ניתן לענות על כך בלי להניח הבנה מסוימת של מושג הסובלנות, שהוא מושג מסובך ושנוי במחלוקת.⁴⁸ אשתמש כאן בהבנה של ר' למושג זה כדי להאיר אפשרות מעניינת הנוגעת ביחס שבין סובלנות לבין פגיעה בדגשות. לדעת רז:

Toleration is a distinctive moral virtue only if it curbs desires, inclinations and conviction which are thought by the tolerant person to be in themselves desirable. Typically a person is tolerant if and only if he suppresses a desire to cause to another a harm which he thinks the other deserves.⁴⁹

סובלנות מתקיימת אפוא כאשר אדם נמנע מתגובה פוגעת בוולת אף שמבחינת השוברים היא נראית לו מזדקת ומתאימה. המקרה המובהק לכך, במשך רז ומסביר, הוא

46 אחזר ואוגיש: מגונה לכאורה (prima facie).

47 בצדדים אלה אין כוונתי רק לאישומים פליליים, אלא גם לצדדים קלים יותר. למשל, ייתכן שמי שפוגע במכוון בדגשות הולדת על-ידי הנעת כוז ולעג לערכיו יאבד את ההגנה שהחוק מקנה לו במקרה שיוחזק על-ידי הנפגע. כלומר, פגיעה גסה בדגשות עשויה להחשב "התנהגות פסולה" לענין סעיף 34 לחוק העונשין, ועשויה לשלול מן הפוגע את הסייג לאחירות פלילית כאשר יקום להגן על עצמו בכוח מפני התקפותיהם של הנפגעים. כפי שהסבירו אהרן אנקף ורוח קנאי ("הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מס' 37 לחוק העונשין" פלילים ג (1992) 116, 5); "דמוחקק נקט בלשון 'התנהגות פסולה', ולא 'התנהגות בלתי תוקית', כדי שהסייג יכלול גם מעשים שהינם תוקיים אך מקנטרים, אשר יוצרים חשש של אלימות, כדי לשלול הגנה במקרים אלה". ברם גם אם היחשב פגיעה מכוונת בדגשות ל"התנהגות פסולה" לענין האמור, לא סביר שהדברים יחולו גם על פגיעה אגבית.

48 ראו לאחריה הקיבוץ, Princeton University Press, (ed.) Toleration David Heyd (1996).

49 401-402 Joseph Raz *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986).

נפרדת, בה יהיה חסין מפגיעות אלה, ויוכל להיות עליפי דרכו. כך יעשו גם מעושים אתניים, גזעיים ואחרים, והתוצאה תהיה שרעיו האינטגרציה החברתית, ציית ניכור וזרות בין חלקי החברה השונים. בהקשר הישראלי, אי-נכונות בולטת להתחשב בדגשות הדתיות עלולה להניע את הציבור הדתי להמשיך את מגמת ההסתגרות בשכונות או ביישובים דתיים, הסתגרות שעלולות להיות לה השלכות חברתיות ותרבותיות מרחיקות-לכת.⁴⁵

ברם כל האמור תופס רק בתחום החברתי והמוסרי, גם כאשר ראי מבחינה מוסרית להתחשב בדגשות, ואפילו כאשר התחשבות זו היא בגדר תובה מוסרית, אין נובע מכך שראוי לספק לדגשות הנפגעים הגנה משפטית בדרך של איסור פלילי או בדרכים אחרות. אנו עוסקים כאן בפגיעות לא-מכוונות בדגשות, וכל עוד בני-אדם אינם פועלים במכוון כדי לפגוע בוולת, קיים אינטרס חזק לאפשר להם להיות את חייהם בלא הפרעה. לכן אין למנוע את נמרוד, בכוח החוק, מלשנות את מנהגו ולהימנע מלעבור בשכונה הדתית בפסח כשהוא אוכל כריך, וגדיד שיהיה צידוק לנקיטת צדדים משפטיים נגד פגיעה אגבית בדגשות.

מלבד הרצון לצמצם את הפגיעה בחירות, קיים טעם נוסף להימנע ככל שניתן מלאסור פגיעות אגביות בדגשות. במקרים רבים, פגיעות מעין אלה הן חלק הכרחי מתהליך של שינוי חברתי-תרבותי, ואילו אסורו אותן, לא היה השינוי יכול להתרחש. והואיל ותהליכים כאלה מרעננים ורצויים לעיתים, עלינו להימנע מנקיטת מדיניות שמרנית שתחסום אותם.

הבה נסכם דיון זה:

- א. כאשר הפגיעה בדגשות נגרמת מעצם הידיעה על התנהגות ברשות הפרט, אין לה שום משקל נורמטיבי.
- ב. כאשר הפגיעה בדגשות נגרמת מהתנהגות ברשות הרבים אינה מכוונת לפגיעה אף -

1. אם הדגשות הפגיעים נובעים מתפיסה בלתי-מוסרית, אין להם כל משקל.
2. אם לדגשות הפגיעים אין משקל מוסרי, אוי יש להם משקל נורמטיבי מסוים, חלש יחסית לטעמים מוסריים אחרים, וכמעט תמיד לא-מספיק ליצירת בסיס להביעה משפטית.

ג. כאשר הפגיעה בדגשות נגרמת בשל התנהגות שמסרתה המפורשת היא פגיעה כזאת,

- אוי -
- 1. אם הדגשות הפגיעים נובעים מתפיסה בלתי-מוסרית, משקלם הנורמטיבי קטן.

45 האוכלוסייה היהודית היא ברובה מסתגרת ומתבלבל כבר שנים רבות (ראו למשל יוסף שלוב עיירה בכרך: גיאוגרפיה של התבללות והשלמה (ירושלים, 1991), החידוש בעשרים השנים האחרונות הוא שגם הציבור הדתי המודרני החל להתסגר, תהליך שקיבל חיזוק רציני כשנפתחה האופציה של התנהגויות כיש"ע. תחושת חוסר ההתחשבות לא יצרה תהליך זה, אך עלולה להחריף אותו.

סבל, דוגמה מאלפת לעניין זה היא המחלוקת בעניין סגירת כביש בריאן בירושלים בשבתות. הנוסעים החילוניים ככביש זה אינם מתנגדים לשמירת השבת של החרדים, אינם סובלים בגינה ואינם מבקשים להגבילה כשל סבל מעין זה לעומת זאת, התושבים החרדים סובלים מרה מנסיעת החילונים בשכונתם, ומבקשים להגביל אותם כשל כך. בלא קשר לשיקולים אחרים שהינם רלוונטיים לפרישה זו, השיקול של סובלנות נשמע היבט יותר טבעי בהקשר הגידון כדרישה כלפי הציבור החרדי מאשר כדרישה כלפי הציבור החילוני.⁵¹

51 הגישה ברק מודע להבנה זו של מושג הסובלנות, ומסביר כי "עיקרון הסובלנות... מוביל, הוא עצמו, לדרשה כי אדם שרגשותיו נפגעו יזא סובלן כלפי זה שזכותו נפגעה" (עניין כביש בריאן, לעיל הערה 1, פסקה 76). ומכאן שדרישת הסובלנות מופנית לחרדים, אלא שלדעתו, השיקולים המוסקריים מובילים גם למושג אחר והפוך של סובלנות, המבוסס דרישה על בסיס אידיאל זה דווקא לחילונים כלפי החרדים (שם, פסקה 56, בעקבות דברי שמר, לעיל ליד הערה 1). הקישור המוצע בין סובלנות לבין הימנעות מתנהגות פוגעת (באופן אנכי) ברגשות הוא זה: סובלנות מתייבט לאפשר ולעודד פלורליזם; פלורליזם כולל ריבוי של רגשות וביסויים, כשם שהוא כולל ריבוי של דעות ואורחות חיים; מכאן שסובלנות הדרשה התחשבת ברגשות, שכן "החברה [פלורליסטית] קיימת כדי לתת ביסוי לרגשות אלה" (עניין כביש בריאן, שם). לעניות דעתי, קישור זה בין סובלנות לפגיעה ברגשות הינו מאולץ, וניתן לראות זאת בפרשת כביש בריאן: הרגשות החרדיים שחשים החרדים כלפי השבת אינם נחלשים בגוף השקט בעניין א, בשבת בקיבתם, אלא, אם ככלל, מתחזקים (השוו להם שכתבתי ב"לחיי כייסי" לרגשותיו, כדברי בניון בדברי שמר). אם סובלנות הדרשה לאפשר לזולת "לחיי כייסי" לרגשותיו, כדברי ברק, ואם מדובר ברגשות כיוון לשבת, הרי הנסיעה תגיל בוודאי אינה מפריעה לחרדים לחיי כייסי לרגשות אלה על-ידי שמירת מנהגים והלכות של שבת המלכה. ברק עובר מבלי משים מושג ההגנה על רגשות למושג ההגנה על ביסוי של רגשות, והואיל וסובלנות רלוונטית לכאורה לאחרון, אנו מולכים למסקנה שהיא רלוונטית גם לראשון. אך כמובן, אלה מושגים שונים. הגנה על ביסוי של רגשות אין מובנה אלא הגנה על דרכי התנהגות מסוימות, כלומר, לא להגביל, וזו אכן דרישה סובלנית סיפוסית. אלא שבעניין כביש בריאן אין החילונים מבקשים להטיל הגבלות על התנהגות החרדים, ולכן דרישת הסובלנות אינה רלוונטית כאן. ואילו הגנה על רגשות חזיים - בהקשר ההתנהגות החילונית בוודאי אינה עושה זאת. ברק מנסה גם קייטיון אחר לביסוס הקשר בין סובלנות לבין הימנעות מפגיעה ברגשות, המבוסס על אנלוגיה בין "פגיעה בנפש" לבין פגיעה בגוף, תבדה דמוקרטית וסובלנית "המגנה על החיים, הגוף והרכוש, צריכה להגן גם על הדרגות והנפש" (סוף פסקה 56). אבל בוודאי איננו דוקים במושג סובלנות כדי לבסס את האיסור לפגוע בגופו של הזולת, ואם פגיעה "בהרגשות ונפש" היא אנלוגיה לפגיעה בגוף, הרי ההסתמכות על מושג הסובלנות מיותרת ומסעה גם לגביה (וראו סעיף א על היחס בין פגיעה ברגשות לפגיעה בנפש). כמובן שאין

כאשר אדם סבור שהתנהגותו של הזולת היא בלתי-מוסרית, וכלל זאת מתאפק מלאסור אותה או לפגוע בזולת. אם מאמצים הבנה זו, קשה לראות איך התנהגותו של נגמור בדוגמה האמורה עשויה להיות מקרה של חוסר סובלנות. הואיל והתנהגותו אינה מכוונת לפגוע ברגשות החרדים, ברור שאין היא מונעת על-ידי המחשבה שהעמדה הדתית מוסרית או מוסרית (מכובד), הוא עובר בשכונתו זו גם לא בפסחו, ומיילא אין זה נכון לומר שבהתנהגותו הוא מתאפק מלהגיב כפי שהוא מאמין שמוצדק להגיב. מבחינת הפוגע ברגשות, הסובלנות עשויה להתעורר רק כשמדובר בפגיעה מכוונת (אוכל חמץ להכביס ברחוב), במובן הבא: הפוגע מאמין שהחזיים ראוים לפגיעה (למשל, בשל אופיים הנרוע, השפעתם החברתית המזיקה או האמונות הקיומות שהם מפיצים), ולמרות זאת הוא נמצא מלפגוע בהם (למשל, כי הוא מכבד את האוטונומיה שלהם).

מה לגבי סובלנותם של אלה שרגשותיהם נפגעים? כשכני-אדם פוגעים בערכים שפולני תופס כיקרים ומקורשים, הוא רואה את הפוגעים כראויים לסוג של סנקציה נגדם. בדוגמה שלעיל: לדעת החרדים, העובדה שנמרוד אוכל חמץ (לתיאבון) בפסח היא חסא דתי חמור, והוא לתגובה הולמת. אם יתאפק ולא ינקטו בתגובה כזו, יהיה בכך ביסוי לסובלנות, שהמקור לה עשוי להיות כבוד לאוטונומיה של הזולת. לעומת זאת, אם מדובר בהתנהגות שמטרתה לפגוע בדתיים ולבוותם (אוכל חמץ להכביס), מושג הסובלנות מתאים פחות. אם מישוה מלגלג על צבע העור של אנשים מסוימים והם אינם מגיבים על כך, אין זה נובע בדרך-כלל מתוך כבוד למצג, אלא משיקולים פרקטיים, וכך גם לגבי מל שמבזה סמלים מקודשים כבוונה לפגוע.⁵⁰ כשמטרתה היחידה של התנהגות מסוימת היא לשים אותי ללעז ולכבו, אין זה סביר לצפות ממני שאסבול אותה מתוך כבוד למבזים.

המסקנה המעניינת מניחות זה היא שרעיון הסובלנות כאדיאל נרמטיבי חל בצורה שונה על הפוגעים ועל הנפגעים: לגבי הפוגעים, סובלנות עולה כשיקול להימנע מהתנהגות מסוימת כאשר מדובר בפגיעה מכוונת וולדעתם מוצדקת) בנפגעים, אך אינה עולה כשיקול לאסור התנהגות בה הפגיעה היא אנבית. לעומת זאת, לגבי הנפגעים, סובלנות כשיקול להימנע מהדרישה להגבלת הזולת מתעוררת דווקא כאשר מדובר בפגיעה אנבית, ואילו כאשר מדובר בפגיעה מכוונת, היא פחות רלוונטית. מסקנה זו תואמת את השימוש הסיפוס של דרישות לסובלנות. באופן סיפוס, אנו מפנים דרישת סובלנות לאדם א כשהוא מבקש להגביל את התנהגותו הבלתי-נסבלת-בעיניו של אדם ב. אנו דורשים מ-א להיות סובלן, דהיינו, לא להגביל את התנהגותו של ב, למרות הסבל הנגרם ל-א בשל התנהגות זו. לפיכך, ברוב המקרים של פגיעה אנבית, דרישת הסובלנות רלוונטית לגבי הנפגעים, ולא לגבי הפוגע; הנפגעים הם אלה שמבקשים להטיל הגבלות על התנהגות הזולת בשל מה שנתפס בעיניהם כהתנהגות הנרממת סבל וכאן, והם אלה שאדיאל הסובלנות תובע מהם לסבול ולהימנע מהגבלת הזולת. לעומת זאת, הפוגע האנבי אינו מתנגד להתנהגות הנפגעים, אינו מבקש להגבילה ואין היא גורמת לו

50 ייתכן לעיתים שימתחת לכבודי להעיר, מה שקשור לעמדת הרמב"ם שזיינה לעיל. אבל כפי שהסברתי שם, רוב בני-אדם חשופים לפגיעה וכבודם העצמי אינו מוצדק עד כדי היותו בלתי-חלוי לחלוטין בהתנהגותם של אחרים.

כגון: "איני מבקש רחמים ולא סובות, או שתתנו לי כך וכך בדיון, מתוך הכרה שמגיע לך, או שלא תתנו לי מאומה, אל נא תתנו לי רק מפני שהבני שלי מעורר בכם רחמים."⁵⁵

האסימטריה הנידונה מבטאת איפוא לכאורה משהו מנכר ומשפיל. נזכר לבטא קושי זה גם מזווית אחרת. לפי מה שאמרנו לעיל, כל סענה על פגיעה ברגשות כורכת בחובה באופן הכרחי סענה קודמת על פגיעה בנפשו. בדרך-כלל על-ידי פגיעה בערכים שהנפגע מאמין בהם. לשון אחר, אי-אפשר לפגוע ברגשותיו של מישו כלל לפגוע בו, אבל אם כך, תמוה שהקורבן מתמקד בתוצאת הפגיעה בתחום הרגשי, ולא בפגיעה עצמה. אם הפגיעה ראויה לגינוי מוסרי, ואולי אף לבקשת צדדים משפטיים נגדה, הקורבן צריך להתלונן עליה, ולא על הפגיעה ברגשות שהיא מסיבה, ואם אין הפגיעה ראויה לגינוי כזה, קשה לראות איך תהיה התוצאה הרגשית של הפגיעה ראויה לגינוי רציני. קשה להניח שעצם העובדה שאני מתרגז או נעלב מהתנהגותו של פלוני תוכל לשמש בסיס להגבלת התנהגות זו, אלא אם אוכל להוכיח שהרגו והעלבון מוצדקים, והיינו, שהתנהגותו של פלוני מגונה מסעמים בלתי-תלויים ברגשות הכואבים שהיא מעוררת אצלי.

את ועוד, העברת המיקוד לכאב הרגשי מרדדת את הוויכוח הציבורי בשאלות מהותיות. במקום לדון בנושאים כאוטונומיה אישית וערכה, סובלנות כלפי עמדות מתודות, זכויות, צדק וכדומה, היינו מתמקד ברגשות הכואבים של הצד התובע.⁵⁶ במקום לדון בשאלה אם הרגשות הכואבים מוצדקים דיים, היינו מתמקד בשאלה אם הם כואבים דיים. ההתמקדות בעוצמת הכאב והניתוק בין עובדת הכאב הרגשי לבין הסעמים שמצדיקים אותו מובילים מאלוהים לכן שהשאלה המרכזית בדיונים ציבוריים מסוימים היא למי כואב יותר. אבל ביוז של ראי לאותה מידה של התחשבות, שלא לדבר על כך שמבוחינה ראויה, ולא כל כאב ראי לאותה מידה של התחשבות, שלא לדבר על כך שמבוחינה מעשית, השוואה בין העוצמות של הרגשות השליליים העומדים על הפרק הינה מסובכת למדי.

זכויות לתביעות המבוססות על מסכנות: לשון אחר, מ'אתיקה של אודיות לאתיקה של רחמים' (שם, בע' 287).

55 כפי שתסבירו הכותבים על נושא זה, השעם לכן שאיננו רוצים רחמים (pity) הוא שרחמים מבטאים עליונות של המרחם על מושא הרחמים, ומשקפים את האמונה שמושא הרחמים חסר-אונים להושיע את עצמו ממצב-הכיש שחוו מצוי בו. תכונות אלה אינן מצויות בחמלה (compassion), ולכן קשה למצוא מישוה שיבקש שלא יחמלו עליה. על המעמד המוסרי של pity ועל הביקורת של פילוסופים כניטשה וספינוזה עליה, ראו: Eamonn Callon "The Moral Status of Pity" 18 *Canadian Journal of Philosophy* 1-18 (1988). ראו גם מאמרי: "Doing Without Mercy" 32 *The Southern Journal of Philosophy* 331-354 (1994).

56 השוו דברי סאוב (על-על הערה 54) על המעבר כשיח המוסרי בין-זמנני מאתיקה של זכויות לאתיקה של רחמים.

ג. האסימטריה בתלונות על פגיעה ברגשות ובעיות אחרות

המסקנות שהגענו אליהן בנוגע לפגיעות אגביות מקשות עלינו להבין את הפופולריות הרבה של טיעונים על פגיעה ברגשות בוויכוחים ציבוריים, ואת העובדה שמתחייבים אליהם כבובר-דראי כה רב. אם דברינו נכונים, מדובר בטיעונים חלשים למדי, המבססים בדרך-כלל, לכל יוחר, טעמים להתחשבות, אך לא תובה כזאת.

השימוש בטיעונים מסוג זה בעייתי גם מבחינה גוספת, כפי שרמזנו בסוף סעיף א. עלינו להבחין בין שני סוגי טעמים המעורבים בתלונות על פגיעה ברגשות: טעמים המצדיקים את הפגיעה הרגשית בעיני הקורבן (והיינו, רגשות התסכול והעלבון שלו), וטעמים המצדיקים הנבלה או הענישה של הפוגע. הקורבן אינו כופע או כואב מפני שפגעו ברגשותיו, והיינו, מפני שגרמו לו כעס או כאב; הוא כופע מפני שהוא סבור שפגעו בו על-ידי פגיעה בערכים היקרים לו.⁵⁷ לעומת זאת, כאשר הקורבן מבקש להגביל את הפוגע או להעניש אותו, הוא מבסס תביעה זו על הפגיעה ברגשותיו, ולא על הפגיעה בו או בערכיו.

אסימטריה זו בין הטעמים שמצדיקים רגשות מסוימים בעיני הקורבן⁵⁸ לבין הטעמים שאמורים לבסס דרישה מן הוולת לא להצמיח רגשות אלה הינה בעייתית ואנומלית. מדוע לא יוכל הקורבן לבסס את תביעתו מן הפוגע על עצם הפגיעה - שהיא, בסופו של דבר, המקור למצוקתו של הקורבן - ותחת זאת עליו לבסס את תביעתו בעקיפין על הכאב הרגשי שנגרם לו? אסימטריה זו לא רק מעוותת את הבעיה האמיתית של הקורבן, שהיא הפגיעה בו (על-ידי הפגיעה בערכיו, כפי שהוסבר לעיל), ולא הפגיעה ברגשות, אלא כורכת בחובה סוג של השפלה עצמית. הוא נדמה כילד בכיין, שבמקום לקבל על הוולת התגינות של ההתנהגות כלפיו, או על הרשעות שבהכאתו, מתלונן על כך שכואב לו. מי שמבסס את תביעותיו המוסריות על כך שכואב לו חלש הרבה יותר ממי שמבסס את תביעותיו על סענות צדק או זכות. ההתמקדות בכאב והפיס' או הרגשי' במקום בהפרת הזכויות יש בה משהו מעורר רחמים, מה שמסביר מדוע אנשים אומרים לעתים דברים

ככל האמור כדי להכחיש את קיומם של שיקולים אחרים שניתן להעלות לסובת העמדה החדית במקרה זה"ל.

52 על כעס כתגובה תכונה על פגיעה, ראו למשל אריסטו *אתיקה הניקומאכית* ספר 7, פרק 7.

53 רומני שלונח הספרות והרבה בעשור האחרון על הצינוניות של רגשות, אין צורך לחזור ולהזכיר את השימוש בבישוי הצדקה לגבי רגשות. ראו למשל: Ronald de Sousa (1987) *The Rationality of Emotions* (MIT Press, 1987).

54 כפי שדראה ג'ד סאוב בספרו המאלף המרד השפוף (תל-אביב, הקיבוץ המאוחד, 1997), בקרב דרמים מסוימים המושפעים מהגות הנתר-מודרנית ניתן למצוא "פולחן מסכנות" (בע' 196), ובמקביל הדרישה ל"היפר-דראגה" לרגשותיו של הוולת (שם, בע' 196). לרשת סאוב, אנו עדים לשינוי הרדגתי של דמוסי הטיעון המוסרי, מתביעות המבוססות על

החדרים שלא יסעו בשכונתם בשבתות הוא האחרון. הסכנה להולכי-רגל נגרמת בשל ההנחה השגויה במחלוקת שכביש ברי-אילן הוא חלק מהשכונות החרדיות, ולכן ניתן לסייל בו בשבת. ממילא ברור שאי-אפשר להעלות עניין זה בנימוק לסגירת הכביש. ואילו ההפרעה למתפללים בוודאי פחותה מההפרעה בימות החול, בהם התנועה רבה הרבה יותר. מה שהורדים מבקשים הוא ליצור אווירה מסוימת ברשות הרבים שלהם, אותה אווירה שמבקשים ליצור מושבים וקיצוצים חתיים ששעריהם סגורים בשבת לכניסת כל-יורד. כפי שהזכיר השופט של, הורדים אינם מונחים כאן על-ידי שיקול הלכתי, ואדרבה, "אם סגירה, ולו גם חלקית, של הרחוב בשבת, כרוכה בהארכת הדרך ולכן גם בריבוי חילול השבת, מטופקני אם הולכה רואה זאת בעין יפה".⁶¹ על הפרק וכותה של קהילת החרדים לעצב את חיי הקהילה שלהם ואת סביבת מגוריהם בהתאם לערכים שהם מאמינים בהם.⁶²

הנהגה זו של טענת החרדים מאפשרת לראות טוב יותר את התפקיד שממלאים בריון האזכור של "מדינה יהודית דמוקרטית" והטענה שממירת השבת "היא ערך מרכזי ביהדות... מקפלת בחובה את תמצית צביונה של היהדות".⁶³ הטענה שהשבת היא ערך יהודי חשוב אינה נחוצה לביסוס רגשותיהם של החרדים, אלא לחיזוק טענת הזכות שלהם לעיצוב חיי הקהילה של שכונתם בהתאם לערך זה. אילו היו הערכים שהם מבקשים להשליט בשכונתם מוגדרים לאידיאל של מדינה יהודית דמוקרטית, או ודים לו, היתה טענתם חלשה יותר.

פרשנות זו של העמדה החרדית, הנובעת מהשיקולים המיאורטיים שהעליתי בראש

61 שם, פסקה 2 להחלטתו.
62 להצגה זו של העמדה החרדית ראו גם אייל גבנישתי "דיאלוג של זכויות" האריך 6.7.97, ע' 72.

63 עניין כביש ברי-אילן, לעיל ערה 1, בהחלטתו של ברק, פסקה 55.
64 דומה ששני החרדים הפרינו לעיתים בסענותיהם: כך, למשל, השופט של, בדבריו אין הפגיעה "האנושה" באורח החיים הדתי (פסקה 5 בהחלטתו) מאי-סגירת הכביש. כאילו אין רבבות יהודים שומרי-שבת כרוכי העולם שגויים באיזורים שנוסעים בהם בשבתות; והשופט אור, בדבריו על ההופס מרת שייפגע אם הכביש ייסגר (פסקה 16 בהחלטתו), כאילו כפייה לנסוע בדרכים עוקפות יש בה משום כפייה לדת וההשוו ביקורתו של השופט חשין בפסקה 23 להחלטתו.

נוכל להודים גקרות אלה בפרשת הסגירה של כביש ברי-אילן בשבתות.⁹⁷ לדעתי, ניתן להבין את הדילמה ולהציגה באופן מועיל והוגן בלא להסתמך כלל על הדגשות החרתיים הפגועים. בניגוד למה שעולה מפסקי-דין של ברק, כמו גם מהחלטותיהם של השופטים האחרים בהרכב, עניין הדגשות צריך למלא, לכל היותר, תפקיד שולי בעניין זה, ואילו את עיקר העבודה הנורמטיבית עושים כאן שיקולים אחרים. המנגודים לסגירת הכביש אינם צריכים לבסס את עמדתם על הפגיעה ברגשותיהם (= על הכנס, עוגמת-הנפש, תחושת ההשפלה) שתיגרם בשל הסגירה, אלא על ההפרעה הממשית שתיגרם לנהגים החלונים המבקשים לעבור בכביש, כמו גם לתושבים החלונים הגרים בקבת הכביש, שייאלצו ללכת מרחק רב בשבת למכוניותיהם. מה לגבי התומכים בסגירתה גם הם, ברצוני לטעון, אינם צריכים לבסס את טענתם על הפגיעה ברגשותיהם. הרי אין הם מבקשים לסגור את הכביש רק (או בעיקר) בגלל העובדה שנסיעת מכוניות בשבת מכעיסה אותם, אלא בגלל שיקולים לגופו של עניין, שיקולים שנית-המשפט מוכרי במפורש: ראשית, הואיל והאיור הוא חרדי ברובו המכריע, והואיל והרחובות הפנימיים בשכונות הסמוכות לכביש סגורים לתנועה, קיימת תנועה רבה של הולכי-רגל בכביש ברי-אילן וסמוך לו, ותנועת כל-יורד בכביש מפריעה למנוחת השבת של התושבים החרדים. ממשי,⁹⁸ שנית, נסיעת כל-יורד ובתי-כנסת רבים, ותנועת כל-יורד מפריעה לתפילות שלישית, באיור יש ושיבות ובתי-כנסת רבים, ותנועת כל-יורד מפריעה לתפילות ולשיעורי התורה. שיקול זה הוא שעמד בבסיס ההחלטה לסגור קטע כביש ליד בית-הכנסת "ישורון" בירושלים כשעות התפילה בשבתות ובמועדים, ולא הרצון להגן על הרתיים מפני פגיעה ברגשותיהם. בית-המשפט סבר כי "תנועת המכוניות... מפריעה להתרחקות המתפללים בבית הכנסת "ישורון" ומונעת בעצם להתפלל בנחת".⁹⁹ רביעית, תנועת מכוניות בשבת פוגעת באווירה הכללית שיהודים חרדים מבקשים לתת לשבת בקהילתם. כפי שחשבי "פה ברק -

ציפיהה של קהילה דתית היא, כי מנותת השבת לא תצמצם לרשות היחיד של חבריה, אלא תעסוף ותשרה גם ברשות חרדים. באה שבת - באה מנוחה, לא רק בחצרו הפרטית של אדם, כי אם גם בחובתה של שכונה ההולכה והשאון המאפיינים את ששת ימי השבוע יפנו את מקומם לתפילות תגייות, סיולי משפחה רגליים וכדומה. רחוב העובר בלב ליבה של שכונה, נפת תנועה משמעותי, קלות צופרים ושאון מנועים, מהווים בלא ספק ניגוד חריף לאווירת רחוב בשבת כפי שנתפסת בעיני רוחו של תושב השכונה."⁶⁰

מבין הנימוקים השונים האלה, דומני שהנימוק העיקרי העומד ביסוד רצונם של בעיני רוחו של תושב השכונה.

57 לעיל ערה 1.
58 שם, פסקה 25.
59 בג"צ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית כי מועצת עיריית ירושלים והמופקח על התעבורה, פ"ד סז(4) 2668.
60 עניין כביש ברי-אילן, לעיל ערה 1, פסקה 79.

ההבחנות שפיתחנו בספר הקודם מאפשרות לראות שתביעות להגבלת החילונים במקרה הנדון על בסיס הפגיעה ברגשות החרדים חלשות למדי בכל מקרה. היהודים החילוניים הנוספים בכביש ברי-אילן בשבתות, כמו גם הנהגים הלא-יהודיים (ערים, למשל, בורדא אינם עושים זאת מתוך כוונה ללעוג ללבן שבת, וכך לפגוע בחרדים הגרים בסביבות הכביש. הם בוחרים לנסוע בכביש זה מן הסעם הפשוט שזו הדרך הקצרה והנוחה להגיע ליעדם. נסיעה בשבת בכביש ברי-אילן היא איפוא דוגמה למה שקראתי פגיעה אגבית ברגשות. המבטסת בדרך-כלל סענה חלשה למדי כלפי הפוגע. הקטיגוריה של חלק מהטיעונים קרובים ברוחם המחשבה על התנהגותו הסוטה של הוולת. כוונה, לפי כאב רגשי הנגזר בשל עצם המחשבה על התנהגותו המוסרית של האיש התנהגות זו דווקא, העדפותי ביחס להתנהגות הוולת ראויות להתשובות רק כאשר התנהגות זו מפריעה לי באופן אישי וישיד, ולא כאשר הן גובעות מחוסר כבוד לחרדים, הכאב הדגש עולם שונות משלי. במקרה שלנו יש בסיס למחשבה שליבני חלק מן החרדים, הכאב הדגש נגרם, או מוצעם, בשל התנגדותם העזה לאורח החיים החילוני, ודוגל נסיעה בשבת. אבל אם זה יסוד הכאב, יכולתו לבסס עילה להתשובות ולהגבלת החירות נחלשת עוד יותר.⁶⁴ מה לגבי רגשותיהם הפגועים של החילונים? הן הנשיא ברק⁶⁵ והן השופט דורנר⁶⁶ מכירים את הפגיעה ברגשותיו של הציבור החילוני. איני רואה כל סיבה להכחיש את קיומה של פגיעה מעין זאת. אין ספק שהירישה לסגור את הכביש, והמאבק הציבורי המשפטי בעניין, עוררו רגשות חוקים של כעס, עוינות, תסכול ואימויות בקרב חלק מן הציבור החילוני. בית-המשפט הדגיש שאין הוא מולול ביכנות,⁶⁷ ואף לא ב"עומק ובאותנטיות",⁶⁸ של רגשות החרדים בעניין; באותו אופן אין כמובן לולול בכנות וברגשותיהם של רגשות החילונים. מבחינת הקטיגוריות שפיתחנו לעיל, דומה שדווקא רגשות החילונים ראוים להגנה חזקה יותר מאשר רגשות החרדים. האיל וכאמור, לפחות אצל חלק מן החרדים, הרצון לסגור את הכביש לתנועה בשבת כרוך בהתנגדות אידיאולוגית לנסיעה (של יהודים) בשבת בכל מקום, הרי שתחושת החילונים שהחרדים מבטאים חוסר כבוד לאורח חייהם אינה תלושה לגמרי מן המציאות. מסר זה של חוסר כבוד, והרגשות השליליים שהוא מעורר, תמורים יותר מהמקרה של פגיעות אגביות ברגשות, ומצוי במקום כלשהו בין פגיעות אגביות לפגיעות מכוונות. התחשת העלבון של החילונים אינה נטולת בסיס, אף כי אין זה נכון שחוסר כבוד לחילונים הוא הבסיס היחיד או העיקרי להביעה החרדית לסגור את כביש ברי-אילן.

אלא שלפי ההצעה שלי, איננו נדרשים להכריע בשאלה רגשותיו של מי כואבים יותר או "אותנטיים" יותר, אלא בשאלה כיצד עלינו לאזן בין האינטרסים והערכים המשמשים בסיס לרגשות אלה. כך ניחם את המשקל הראוי לשיקולים ואמיתיים דילוגיים לנציון הנידון, נתחמק מן הצורך להשוות בין כאביהם והגשיהם של ציבורים שונים ונאפשר

65 שם, פסקה 74.
 66 שם, פסקה 7.
 67 שם, בהחלטתו של ברק, פסקה 23.
 68 שם, בהחלטתו של חשין, פסקה 15.

לבעלי-הדין להציג באופן מוכרז את האינטרסים והזכויות שנפגעים, לדעתם, במקום לעמוד לילול כילדים על הכאב הרגשי שנגרם להם בגלל התנהגותו של הוולת.⁶⁹ לנוכח הקשיים בטיעונים המבוססים על הרעיון של פגיעה ברגשות, נשאלת השאלה כיצד צמח רעיון זה וגעשה רווח כל-כך? מהו ההסבר להעברת המיקוד מן הפגיעה בערכים לפגיעה ברגשות? דומני שהעברת המיקוד קשורה לעובדה שלא ניתן בדרך-כלל לקבוע אם הפגיעה עצמה (בלא קשר לתוצאה הרגשית) מוגנה או לא, בלא לניקוט עמדה לגבי הערכים שעל הפרק. אי-אפשר לקבוע שהקדנת הסרט "הפיתוי האחרון של ישר" מוגנה כשלעצמה (דהיינו, בלא קשר להשפעת ההקדנה על רגשות הנוצרים) בלא לנהיג שיטת אבן אלוהי, וכי פגיעה בו היא חסא חמור; כשם שאי-אפשר לקבוע ששירת הדגל מוגנה כשלעצמה בלא להניח שהדגל הוא סמל לערכים חשובים שראוי להגן עליהם. אמור איפוא: לתלוות על פגיעה בערכים אלה, כאשר הסכמה מעין זו נעדרת, כאשר הולול של הוולת פחות או יותר לגבי ערכים אלה. כאשר הסכמה מעין זו נעדרת, כאשר הולול של הוולת כמה שאני תופס כקודש אינו נתמס ככפירה בגישה מקובלת ומחייבת, לא יהיה לחלונתי נגוד כל סעם במישור זה. לכן, כל שנותר לי הוא להתלונן על פגיעה ברגשות, פגיעה שנתפסת כמגונה בכל מקרה. לשון אחר, המושג של פגיעה ברגשות רווח דווקא מפני שהוא נתמס כניסודלי מבחינה ערכית, ומכאן המשיכה שבאנלוגיה לפגיעה גופנית: כשם שפגיעה בגופו של אדם מגונה בלא תלות בדעותיו או ערכיו של הנפגע, כך פגיעה ברגשות נתפסת כמגונה בלא תלות מעין זאת.⁷⁰

69 חוסר הבחנה בין שאלת הרגשות הפגועים לבין שאלת הזכויות, האינטרסים, והערכים הפגועים מצוי בדברי על השופטים בדיון. דוגמה בולטת היא דבריו של השופט של על החשיבות הרבה של רגשות הדת. לדעתו, האומה הישראלית הוכיחה "שהיא מוכנה להקריב את זכויותיה היסודיות ביותר - את חייה - על מבח רגש הקדושה של השבת המצוות. זהו לך יוצא ליסקל... על ששומרת את השבת" [ויקרא רבה, לב, א] (פסקה 5 בהחלטתו. ההדגשות שלי - ד"ר). יהודים אכן מסרו את נפשם על שמירת השבת, כדברי המדרש המצוטט, והיינו, מסרו את נפשם כדי שלא יאלצו לחלל את השבת; אבל הם לא מסרו את נפשם, ואין ספק שהיה אסור להם למסור את נפשם, על מובח "רגש הקדושה של השבת". במקרה הנדון, לא רק שהחרדים אינם נאלצים לעבור על ההלכה ולחלל את השבת, אלא אדרבה, כדברי של עצמו (שם, פסקה 2), ההלכה אולי דורשת לא לסגור את הכביש בשבת, כדי לא להרבות חילול שבת.

70 כשאני אומר שהאיסור לפגוע בגוף או ברגשות נתמס כניסודלי מבחינה ערכית, כוונתי שהוא נתמס כתקף בלא תלות בעמדה שינקוט מאן שהוא בשאלות מוסריות-פוליטיות אחרות שנויות במחלוקת. לפי פירוש פופולרי של עקרון הנק המיליאני, המדינה אינה מקדמת ערכים מסוימים או תמיכה מסוימת של השבת, אלא רק דואגת לכך שאזרחי המדינה לא ייזעזעו זה לזה, ובמובן זה המדינה היא ניטרלית. ניתן כמובן לטעון שההגנה על הגוף אינה ניטרלית, כי היא מניחה שיש ערך לשלמות הגופנית, אך לא יהיה בכך כדי לפגוע בטיעון המוצע, שכן בכל מקרה, הערך של השלמות הגופנית אמור להיות בלתי-תלוי בשאלות מרכזיות של מוסריות פוליטית.

לפי הסבר זה, ההתמקדות בפגיעה ברגשות הקרוב, במקום בפגיעה בו או בערכיו, קשורה לאובדן הקונסנוס החברתי לגבי אמונות וערכים. במובן זה, היא תוצאה של משבר. אם כן, נוכל להמשיך ולשער שפגיעה ברגשות, כשיקול נורמטיבי עצמאי, היא במובהק כישוי מודרני. בתקופה המודרנית אין עוד הסכמה על ערכים מקודשים, ורבים תופסים את תחום הערכים כעניין שהמדינה אינה צריכה להתערב בו, בין מפני שערכים הם עניין אישי, סובייקטיבי וכולי ובין כשל שיקולים אחרים, כגון חשיבות האוטונומיה האישית. יז באקלים תרבותי זה נשמט לכאורה הכסיס לתלונות על מה שהקרוב תופס כפגיעה בערכים מקודשים. כל שנותר הוא הסיכון של פגיעה ברגשות, שלובש את הצורה הבאה: "אינך מסכים אומנם לתפיסת-עולמי ואינך מכבד את הערכים שאני מוקיר, אך למרות זאת, מבהינה מוסרית, אסור לגרום לוולת כאב, בין שמדובר בכאב גופני ובין שמדובר בכאב רגשי. לכן, עליך להימנע מהתנגותך, שכן התנגות זו פוגעת ברגשותי" (גורמת לי תחושת השפלה, עלבון, זעם וכו'...).

תזה זו על האופי המודרני של המושג פגיעה ברגשות עשויה לספק הסבר נוסף לזה שהזכרתי בסוף סעיף א, לריבוי התלונות על פגיעה ברגשות דתיים. מה שמאפיין את התקופה המודרנית הוא אובדן ההסכמה על אמיתות דתיות וירידה דרסטית של ההשפעה הדתית. בותאם לתזה שהצעתי, ניתן לצפות שאובדן הסכמה זה יגרום העברת הדגש מפגיעה בדת לפגיעה ברגשות דתיים. אפנה עתה להצביע על התפתחות זו, ועל המעמד המיוחד - והבעייתי - שזכו בו הרגשות הדתיים כתוצאה ממנה.

ד. מפגיעה בדת לפגיעה ברגשות דתיים

פגיעה באלוהים נתפסת ככל הוותק כמעשה חמור, נגוד תגובה דתית, בין על-ידי האל עצמו ובין על-ידי המאמינים. הפגיעה עשויה ללוש צורות שונות: ערעור על מרכזיותו או יחידותו של האל על-ידי סגידה לאלים אחרים (עבודה זרה, או במינוח האיטלקי, שיתוף), או השמעת דברים מפורשים שיש בהם משום חידוף לאלוהים וביחוי שמו. מנקודת-מבט דתית, הצידוק להענשת המנאצים והמחללים את שם האל נעוץ בצעם העוברת שהם פוגעים באל, ואין צורך להניח פגיעה כלשהי בחברה או במוסדותיה. אם האל הוא מלך כל הארץ, אין לסבול פגיעות בכבודו.

בהיסטוריה היהודית איננו מוצאים מקרים רבים של ענישת כופרים ומגדרים, מן הסיבה הפשוטה שברוב ימיה של היסטוריה זו, לא היה קיים שלטון יהודי עצמאי. לעומת זאת, במסורת הנוצרית ניתן למצוא היסטוריה ארוכה ומורכבת של חוקים ותקנות נגד

71 איני שופע שאין כלל ערכים המקובלים באופן אוניוורסלי (כמעט, כלומר, לסוג של רלטיביזם אנתרופולוגי או תרבותי. הנקודה היא שאותם ערכים שקיימת לגביהם הסכמה - צדק בסיסי, ערך חיי אדם וכדומה - אינם אלה שחילולם פוגע בדרך-כלל ברגשות.

כפירה, כישוף, חילול שם האל וביחוי דת, ושורה ארוכה של תקדימים בהם יושמו חוקים אלה בפועל מימי-ביניים ועד המאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה.⁷² במסורת הפילוסופית של ימי-הביניים אנו מוצאים ניסיון להסביר לפחות חלק מן העונשים החמורים המוטלים על הפוגעים באל כמבוססים על שיקולים חברתיים פוליטיים. כך, למשל, הרמב"ם שופע שאמונותיהם ומעשיהם של עובדי עבודה זרה מסוכנים ומזיקים לחברה, ולכן אין מנוס לעיתים מלהילחם בהם ולהורגם: "ואלה הם אשר דרכי זולתם". במקצת ההפנים להריגתם ומחייית עקבות השקפותיהם, כדי שלא יתעו דרכי זולתם." (מורה נבוכים, ג, נא). לפי הסבר זה, הריגת עובדי עבודה זרה אינה מיועדת להגן על כבודו של האל, שכן האל אינו חסר מאומה בשל מה שבני-אדם אומרים או עושים, אלא להגן על החברה מפני השפעתם המזיקה של הכופרים.

סוג הסבר זה נעשה דומיננטי בתקופת ההשכלה, עם התפשטות הרעיונות של סובלנות וחירות. במסגרת הלכי הרוח הליברליים שהלכו וקמו שניתה בעולם המערבי, הצידוק היחיד לענישה היה פגיעה בחברה או בסדר הציבורי, ורוב הוגי ההשכלה האמינו ששיקול זה מצדיק הענשת הכופרים. מעניין שאפילו לוק, שהגיש כל-כך את חשיבות הסובלנות, סבר שסובלנות זו אינה חלה על היחס לכופרים. הנמקה החברתית-המוסרית שלו אופיינית לתקופתו:

שהיי מי שמכחיש את קיום האל, אינו מקובלות עליו, לא ההבטחות, לא האמנות, ולא הבריות, שהם הקשרים היוצרים את החברה האנושית, ואין כל קדושה נודעת להם בעיניו; הרי הרחקת האל מכל הקשרים הללו, ואפילו זו הרחקה הנעשית במחשבה בלבד, מנסלת אותם כליל.⁷³

כאופן דומה בהביר מנדלסון, בספרו "ירושלים", שהצידוק לשימוש בכוח פוליטי נגד אנשים הפוגעים בכבודו של אלוהים אינו נעוץ בשיקולים דתיים, אלא בשיקולים חברתיים-פוליטיים:

כל פגיעה בכבוד אלוהים, מחוקקה של האומה, ויתיה כפשיעה במלכות, ובכן אפוא חסאת מדינה. מי שניאץ את שם אלוהים, היה כמקלל מלך; מי שחילל את השבת במידד היה, במידה שהדבר תלוי בו, כמבטל חוק יסודי של החברה האזרחית, שכן על קדושת היום הזה עמד חלק חשוב של החוקה... על עבירות אלה היה ראוי אפוא, וגם הכרחי, להטיל עונש אדיר; לא על הדעה המוסעית ועל העדר האמונה שעמן,

72 תאודר מרתק (ומדכא למדי) של היסטוריה זו באנגליה מצוי בכרך השני של ספרו של סטפן על תולדות החוק הפילי בארץ זו. ראו: Sir James Fitzjames Stephen A History of England (Vol. II, London, 1983).

73 ג'ון לוק איגרות על הסובלנות (תרגום יי ברנובסקי, ירושלים, מאגנס, תש"ז). לדיון בתפיסה המבוטאת בקטע זה לגבי היחס בין דת למוסר, ראו דני סטטמן ואבי שניא דת ומסר (ירושלים, מוסר ביאליק, תשנ"ב) 146.

Convert Sunday into a wordly day by law, and what becomes of Christianity? How would we reconcile the idea of our understanding, that a people professing Christianity would make a fundamental law by which they would convert Sunday into a wordly day? It would have been an act of deadly hostility to the religion they professed, exposing it to the danger of being reduced to the condition in which it was before the Roman world was governed by Christian princes.⁷⁷

ועידור זה של יסודות הנצרות יוביל בהכרח לערעור בלתי-נסבל של המוסריות, כפי שקבע בית-המשפט בקדילינה הדרומית כתשובתו לעתירה בנושא הנידון של ייחודי ששמו בנג'מין:

What constitutes the standard of good morals? Is it not Christianity? There certainly is none other. Say *that* cannot be appealed to, and I dont know what would be good morals. The day of moral virtue in which we live, would in an instant, if that standard were abolished, lapse into the dark and murky night of pagan immorality.⁷⁸

אם תפרת האופי הדתי של יום המנוחה מניבה חוצאות כה חמורות, קל וחומר דיבורים או פרסומים שהם בגדו ניאוך וחילול של הנצרות. מן הכרח לאסור אותם כדי להגן על התורה מפני ערעור יסודותיה.⁷⁹

המשפט הבריטי והפולמוס סביב עבירת הניאוך (blasphemy)

תיאור זה תואם גם את המצב במשפט הבריטי עד אמצע המאה התשע-עשרה בערך. בתקופה זו התקבלה הדעה שמוטר להכחיש את אמיתות הנצרות כל עוד הדבר נעשה בצורה תרבותית ומתונה,⁸⁰ דעה שונה מזו של לוק, שציטטתי לעיל, לפיה עצם ההכחשה של קיום האל מסוכנת. נקל לשער כי שינוי זה הוליד את ההכרה שהחילון אינו מוביל בהכרח להריסת המוסריות. ההבחנה בין ניאוך תרבותי ומכובד לבין ניאוך פוגעני בישרה את הרציונל החדש של עבירת הניאוך, והיינו: לא פגיעה בדת, ואף לא פגיעה בסדר הציבורי, אלא פגיעה ברגשותיהם של הנוצרים. כפי שניסח זאת מורטנסן:

The law no longer protects either religion or society. It still sets the sphere

⁷⁷ *Missouri v. Amsb* 20 Mo. 214, 219

⁷⁸ *City of Charleston v. Benjamin* 1 L.R., N.S. 7, 10

⁷⁹ ראו: *supra*, 206, 221 (1937) *Commonwealth v. Kneeland* 37 mass.

⁸⁰ note 76, at pp. 513-515

Reid Mortensen "Blasphemy in a Secular State: A Pardonable Sin?"

¹⁷ *University of New South Wales Law Journal* (1994) 412, notes 25-26

אלא מהיותן מעשים רעים, פשעים מדיניים, המכוונים לחלל את כבוד המזוקק או להקל בו, ולקצקע כוח את בירת המדינה עצמה.⁷⁴

קץ חשיבה זה, לפיו עבירות נגד דת וזכות בניכוי ובאכיפה משפטיים רק מפני שהן בה בעת גם עבירות כלפי החברה, הולך ומעצב את הפרשנות של העבירות הללו בעת החדשה. ביטוי לכך ניתן למצוא בפסיקה האמריקאית במאה התשע-עשרה לגבי שאלות שונות הנוגעות ביחס בין דת למדינה. בניגוד לדעה רווחת, החלטה על disestablishment לא גררה הפרדה בין דת למדינה כמוכן שהתפתח מאוחר יותר, ומבחינתם של בתי-המשפט במאה התשע-עשרה לא הייתה הפרדה כזאת עולה על הדעת.

כפי שניסח זאת בית-המשפט בפנסילונייה בשנת 1824:⁷⁵
 Christianity, general Christianity is and always has been a part of the common law; not Christianity founded on any particular religious tenets; not Christianity with an established Church, and tithes, and spiritual courts, but Christianity with liberty of conscience to all men.⁷⁵

הסענה שהנצרות היא חלק מן המשפט האמריקאי וכי פגיעה בנצרות מהווה פגיעה חמורה בחוק ובחברה מילאה תפקיד מרכזי בשורה של פניות לבתי-המשפט לגבי נהגים דתיים במדינה ובמוסדותיה, כחוקים נגד עבודה בימי ראשון, תפילות בבתי-הספר ועוד.⁷⁶ ניסול, למשל, את הדוגמה של חוקים נגד עבודה בימי ראשון, שהיו מקובלים בכל המדינות במאה השמונה-עשרה ובראשות המאה התשע-עשרה. יום ראשון נתפס כיום קדוש, המיועד ללימוד, להפילה ולפעילות קהילתית, וכך היה בוודאי אופיו בראשית ההתיישבות הפורטיטנית בניו-אינגלנד. כדם, מסיבות כלכליות וחברתיות שונות, היה קשה להמשיך לשמור על אופי מיוחד זה של ימי ראשון. בין השאר גרמו לכך גלי הגירה חדשים של אנשים שלא חשבו כי הדרך לחוג את ימי ראשון היא זו של הפורטיטנים, ובין העובדה שכלל שהתפתחו הקהילות לקטנות לערים מתועשות גדולות, כן היה קשה יותר להשביחן יום בשבוע. בתי-המשפט נאלצו להתמודד עם עתירות של אזרחים שונים, נוצרים ויהודים, שטענו כי החוקים הנילו מוגזמים לחוקה, ויש לפוסלם. הדרך להשיב על עתירות אלה הייתה לטעון, ראשית, שפגיעה באופי המקדש של יום המנוחה תהיה פגיעה אנושה בנצרות, ושנית, שפגיעה בנצרות תערער את המוסריות של החברה כולה. בהחלטה של בית-המשפט במיזורי נקבע כך:

⁷⁴ *Updegraph v. Commonwealth* 11 Seg. amd Rawle 394 (1824)

⁷⁵ H. Frank Way "The Death of the Christian Nation: The Judiciary and Church-State Relations" 29 *Journal of*

Church and State (1987) 509-529

⁷⁶ *Columbia Law Review* (1970) 694

שהמתנגדים לחוק הניאון אינם אדישים לסבל שעלול להיגרם לאנשים דתיים בשל פגיעה גסה ומעליבה בדגשותיהם; אלא שלדעתם, ראוי לכלול עניין זה בהתנגדותו הכללית לביטויים מעוררי שנאה ופוגעניים על בסיס גזע, מין, לאומיות וכדומה. הצעה ברוח זו פיתח פולטר,⁸⁶ הסבור שיש לחוסך לסעיפים המגיינים מפני שנאה גזעית.⁸⁷ התייחסות מפורשת לשנאה וביזוי על רקע דתי, הסעיף העיקרי המוצע מנוסח כך:

18(1) A Person who uses threatening, abusive, or insulting words or behaviour or displays any written material which is threatening, abusive or insulting, is guilty of an offence if –

(a) he intends thereby to stir up racial or religious hatred with the purpose of inciting discrimination, hostility or violence against a racial or religious group, or

(b) having regard to all the circumstances racial or religious hatred is likely to be stirred up thereby with the result that discrimination, hostility or violence against a racial or religious group is incited, or

(c) he intends to outrage the feelings of a significant number of the members of any racial or religious group.⁸⁸

הצעה זו מבטאת היטב את המרחק שעברה עבירת הניאון מאנגליה הדתית של ימי הביניים לאנגליה החילונית והליברלית של סוף המאה העשרים. ראשית, אין מדובר עוד בעבירה נגד דת או נגד אלוהים, אלא נגד המאמינים. שנית, הדת איבדה את המעמד המיוחס שלה, ובני הקהילה הדתית זכאים לאותה הגנה כמו בני קהילות מפני שנאות – לאומיות, גזעיות ואחרות. שלישית, מטרת החוק המוצע אינה להגן על החברה מפני דברי כפירה או חילול שם האל, שעלולים לפגוע את הבסיס המוסרי שלה, אלא להגן על הקבוצות החלשות בחברה – נשים, וכן מיעוטים דתיים, גזעיים ולאומיים – מפני פגיעה בהן. כשמיל כתב את על החירות במחצית הראשונה של המאה התשע-עשרה, הוא חשש שדרוב ינצל את כוחו ויגביל את המיעוט בשם ההגנה על רגשותיו (של הרוב). כעבור מאה שנה, הדת היא נחלת המיעוט, הפונה לעזרת החוק בשם אותה הגנה ממש, אך הפעם כרי שהרוב יאפשר לו לקיים חיים דתיים סבירים, בלא תחושת מצוקה ואיום. לפגיעות של המיעוט יש סיבות פסיכולוגיות מובנות, שעמדנו עליון בראשית הדיון.⁸⁹ רביעות, ובהמשך לכך, דומני שבהקשר של החוק המוצע, לא רק שהתנגדות מאבדת את הזעמד המוצף שלה, אלא שמעמדה נעשה נחות מזה של דתות אחרות מבחינת ההגנה שהיא (והיינו, מאמיניה) זכאית לה. הסעף לכך הוא שמטרת החוק האמור היא להגן על קבוצות הסובלות מאפליה או מהתנגלות בתקופה בה הגזענות באירופה מרימה ראש ומאימת על

⁸⁶ לעיל הערה 84, בע' 377 ואילך.

⁸⁷ מורב בסעיפים 17–18 בחלק השלישי של ה-Public Order Act 1986.

⁸⁸ שם, בע' 378.

⁸⁹ ראו הדיון בסעף א לעיל על "פגיעה בדגשות כסימן של חולשה".

of orthodox expression recognised by the law, but this is now ultimately defined by reference to the susceptibilities of the practising Christian community.⁸¹

ברם, אם מטרת החוק נגד ניאון אינה הגנה על הדת הנוצרית, אלא הגנה על רגשותיהם של המאמינים, אין צידוק לצמצום החוק דווקא לרגשותיהם של הנוצרים. השאלה אם החוק הנגיל מגן גם על בני דתות אחרות עלתה בדיון המשפטי והציבורי סביב פורשת הספר פסקי השטן של סלמן רושדי.⁸² בתגובה על טענה שהפפת הספר מהווה עבירה של איסור הניאון, קבע בית-המשפט הכריטי במפורש שעבירה זו חלה רק על פגיעה בנוצרים:

No offence is committed if the religious beliefs which are attacked are not those of the Church of England... [A]s the law now stands, [the protection of the blasphemy law] does not extend to religions other than Christianity.⁸³

הפליה לטובה זו של הנוצרים הצמיחה ביקורת רבה,⁸⁴ ובדק, ברם, יש למשך את הביקורת צעד נוסף: לא רק שאין צידוק למתן זכות-ייתר לנצרות על פני דתות אחרות מבחינת הפגיעה ברגשות, אין גם צידוק להענקת זכות-ייתר לרגשות דתיים באופן כללי על פני רגשותיהם של מי שאיננו דתי. שיקולים ביקורתיים אלה, שהתחדדו בעקבות פרשת רושדי, הובילו לשתל תגובות שונות: יש שטענו כי ראוי לתקן את חוק הניאון כדי שיהול גם על בני דתות אחרות, ויש שטענו שאבד עליו כלח, וכי יש לבטל, מתוקף זו באה לידי ביטוי גם בוועדה המשפטית לכוונת הנשוא, בשנת 1985.⁸⁵ דעת הרוב היתה שיש לבטל את חוק הניאון, ואילו דעת המיעוט היתה שיש לשנותו, חשוב להבהיר

⁸¹ Mortensen, *ibid.*, at p. 416.

⁸² R. v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate, *ex p. Choudhury* [1990] 3

M.M. Slaughter "The Salman Rushdie: ראו: ליתוח מפורס של פרשה זו, ראו: W.L.R. 986

Affair: Apostasy, Honor, and Freedom of Speech" 79 *Virginia Law Review* (1993)

153–204. לדעת המחבר, פרשת רושדי מייצגת קונפליקט שאינו ניתן ליישוב בין שתי

אדיאולוגיות חברתיות שונות: הליברלית, שלמושג הכבוד (honour) אין בה מקום,

והמוסלמית, שמושג הכבוד הינו מרכזי בה.

⁸³ Choudhury, *ibid.*, at pp. 998–999.

⁸⁴ Sebastian Poulter "Towards Legislative Reform of the Blasphemy and J.C. Smith

Racial Hatred Laws" (1991) *Public Law* 371, 372; Linda Knapman and J.C. Smith

"Offence Confined to Christianity" (1990) *Criminal Law Review* 711, 713–714;

Robert McCorquodale "Blasphemous Verses" 50 *Cambridge Law Journal* (1991)

22–24; Mortensen, *supra* note 80, at pp. 424–425

Law Commission Report No. 145: Offences Against Religion and Public

Worship, 1985.

לתיאובן ואוכל חמץ להכעיס. כוכור, סענתי שרק במקרה האחרון יש מקום לשקול צעדים משפטיים להגנת הנפגע.⁹⁴ הצעה זו של פולטר מתיישבת כאמור עם דעת הרוב בוועדה המשפטית לבחינת העבירות נגד הדת בבריטניה, ותואמת את דעתם של מבקרים רבים הסבורים שאבד כלל על עבירות אלה.⁹⁵ לאור התפתחויות אלה במשפט הבריטי, מעניין עתה לסקור את המצב בחוק הישראלי.

ה. המשפט הישראלי: פגיעה בדגשות כעבירה פלילית

סעיפים 170 עד 174 בחוק העונשין עוסקים בעבירות נגד הדת, וכולם לקוחים מפקודת החוק הפלילי 1936. ההבדל בין המשפט הישראלי לקודים פליליים אחרים בולט כבר בכותרת הסיום: "פגיעה ברגשי דת ומסורת". בשאר הקודים הכותרת מדברת על פגיעה בדת,⁹⁶ ולא על פגיעה ברגשות. שינוי זה בכותרת מבשר גם הבל בתוכן של סעיפי החוק: ראשית, עבירת הניאוף כלפי האל נעדרת לגמרי מן המשפט הישראלי. למעשה, המלה אלוהים אינה מופיעה כלל בסעיפים הנידונים, בניגוד למצב בקודים

94 השוו סיעונו של: Fali Nariman "Freedom of Speech and Blasphemy: The Laws in India and UK" 42 *International Commission of Jurists* (1989) 53 לדעתו, סעיף 295A לחוק הפלילים החדר הוא דוגמה טובה לאיזון הנכון בין חופש הביטוי לבין הרצון למנוע פגיעה ברגשות דתיים. סעיף זה קובע:

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

ראו למשל: J.C. Smith and B. Hogan *Criminal Law* (London, 1992) 725-726; McCorkquodale, *supra* note 84, at pp. 23-24: "These decisions [re. *The Satanic Verses*] indicate the anachronistic nature and unjust application of the present law of blasphemy and highlight the urgent need for law reform in this area. Abolition, not extension, of the law of blasphemy is required... together with appropriate means to prevent incitement to religious hatred"

96 בבריטניה מדובר על "Offences Against Religion and Public Worship"; בפולנד "Misdemeanors by 'Offences Against the Sanctity of Religion'" ב"Relating to Religion" (Trans. by Maui Joutsen, 1987) 41; *The German Penal Code of 1871* (Trans. by G.O.W. Mueller and Thomas Buergeth, London, Sweet & Maxwell Limited, 1961) 98

המיעוטים. השאיפה להגביל פרסומים המעוררים שאה גועית נובעת מחשש רציני שפרסומים אלה ילבו אש ממשית בבתי המיעוטים, והניסיון של התורכים בגרמניה מלמד שהחששות הללו אינם מנותקים לגמרי מהמציאות. דאגה זו למיעוטים אינה מוגבלת רק לקבוצות המוגדרות בהתאם לגזע או לצבע העור, אלא גם לקבוצות המוגדרות בהתאם לדת. אחד המניעים לתגובה החריפה של הקהילה המוסלמית בבריטניה על הספר פוקי השמן היה חשש שאנו עדים באירופה לגל של שנאה ובזו באירופה כלפי המוסלמים. מוסלמים רבים חוששים שהשנאה שרחשו הנוצרים בעבר ליהודים מופנית עכשיו למוסלמים,⁹⁷ ואם לא יינקטו צעדים ממשיים נגדה, היא עלולה להחמיר ולהוביל לפגיעות ולהגבלות. אם זה הצינורל לעבירה הנידונה, הרי אין היא חלה (או חלה במידה פחותה בלבד) על הדת השלטת במדינה, דהיינו, הנצרות האנגליקנית.

רק כאשר יש כוונה מפורשת לפגוע ברגשות של קבוצה מסוימת ודתי או גזעית, בניגוד למצב בעבירה של עידוד שנאה, שחלה גם בהיעדר כוונה כזאת (סעיף 181b). הכנסת הכוונה כיסוד מהותי בעבירה של פגיעה ברגשות היא בגודל חידוש במשפט הבריטי בהתחשב בפסקת בתי-המשפט בעניין התביעה נגד העיתון להומוסקסואלים, *Gay News*. בשנת 1976 פרסם עיתון זה שיר המתאר פנטסיות אידיוטיות של הקצין הרומאי ביחס לגופו של ישו מייד לאחר מותו. הטקסט מלווה באיור של דומאי מגפף את גופו העלוב של ישו. העיתון ועורכו, Denis Lemon, נתבעו על-ידי *Mary Whitehouse* כתביעה ארוחת של דיבה מנאצת (*blasphemous libel*). הם הורשעו, והחלטה אושרה על-ידי בית-המשפט לערעורים, וכן על-ידי בית-הלורדים ברוב של שלושה נגד שניים.⁹⁸ לורד סקרמן (*Scarman*), ליברל ידוע, תמך בחלטה של בית-המשפט קמא, והסביר כי לדעתו, בחברה פלורליסטית כזו של בריטניה המודרנית, הכרחי לא רק לכבד אמונות דתיות שונות, אלא גם להגן עליהן מפני השמזה, לעו וביזוי.⁹⁹ השאלה המשפטית העיקרית בפרשה זו הייתה מהי הכוונה הנדרשת כדי שאדם יבצע את העבירה, והחלטה הייתה שדי בכוונה לפרסם את החומר הרלוונטי, ואין צורך בכוונה לנאץ (*to blaspheme*) או לפגוע בנוצרים. משמעות הדברים הייתה שעיבת הניאוף היא מעין עבירה של אחריות מוחלטת (*strict liability*), מה שעורר ביקורת,¹⁰⁰ ועומד ביסוד השינוי המוצע בסעיף הנידון. סעיף זה גם עולה יפה עם הניתוח שעשינו לעיל ועם ההבחנה בין אוכל חמץ

ראו: 377 p. 84, *supra*, Poulter, והתפנית הנכרות שם, בהערות 35-36.

97 *Lemon v. Lemon* [1979] AC 617 (Lemon); *R. v. Lemon* [1979] 1 QB 10; *Whitehouse v. Lemon* [1979] AC 617, 665.

98 עמדתו של לורד סקרמן התקבלה גם על דעת בית-הזרין האירופי לזכויות האזרחיות (*The European Commission of Human Rights v. Gay News Ltd & Lemon v. United Kingdom*), ראו: 123 EHRR 5 (1982). לגבי השינויים בעמדתו של לורד סקרמן ראו: Clive Unsworth "Blasphemy, Cultural, *Gay News* Review" (1995) 658, 673-674. *Divergence and Legal Relativism* 58 *Modern Law Review* (1995) 658, 673-674.

99 Unsworth, *ibid.*, at p. 665

- (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.

ההבדל העיקרי בין שני הסעיפים הללו נעוץ ביסוד הנפש של העבירה: בסעיף 172 מדובר על מי שנכנס למקום פולחן דתי, כנסייה למשל, ומתנהג שם בצורה המכוונת לבזות את הנצרות או לפגוע ברגשות הנוצרים (יזהל כבוונה לפגוע), או לפחות "שהוא יודע" כי התנהגותו פוגעת כאמור. ואילו בסעיף 173 אין נדרשת "כוונה לפגוע" באמונה או ברגשות, ואפילו אין איזכור שהעברין "יודע שהדבר עשוי לפגוע". תהא אשר תהא עמדתו לגבי סבבו של היסוד הנפשי הנדרש לצורך עבירה על סעיף 173, לשון הסעיפים אינה מותירה ספק לגבי המסקנה שישור זה קל יותר מזה הנדרש לפי סעיף 172.⁹⁶

הביטוי "ביזוי דתי", המופיע בסעיף 172, מופיע גם בסעיף 170, העוסק בחילול מקום פולחן המוחק מקדש לקהל אנשים "כבוונה לבזות דתם, או ביודעין שהם עשויים לראות כמעשה זה עלבון לדתם". לעומת זאת נערך באופן בולט מסעיף 173, שאינו מוזכר לא את ביזוי הדת ולא את עלבונה, אלא רק את הפגיעה באמונתם או ברגשותיהם של הדתיים.

סעיף 173 כולל ביטוי נוסף שאינו מופיע בסעיפים האחרים של סימן זה, וגם לא במקבילות של הסימן בקודים פליליים אחרים, והוא "פגיעה באמונה". לכאורה, הדרך היחידה לפגוע באמונה כלשהי היא להעלות שיעונים שיפריכו אותה ויגראו שאין לה בסיס. אבל בוודאי לא לכך מתכוון המחוקק. כלומר, שיהיה אסור להעלות שיעונים מדעיים או פילוסופיים המפריכים (או גראים כמפריכים) את האמונות הדתיות. על-אף העובדה שסיעונים מעין אלה עלולים להיות הדסניים לאמונה הדתית ועלולים להקשות על קהל המאמינים להמשיך להאמין בתכנים המסורתיים, איש לא יעלה על הדעת לאסור את השמעתם או את פרסומם. לפיכך ברור שבביטוי "פוגע" בהקשר זה אין הכוונה לחלשה, ערעור או הפרכה, אלא ללעג וביזוי; כלומר, פגיעה באמונה הדתית פירושה

⁹⁶ אמת הדבר שלאור התיקונים האחרונים בחוק העונשין, תיקון מס' 39 לסעיף 20 ותיקון מס' 43 לסעיף 90א(3), ההבדל בין שתי עבירות אלה מבחינת היסוד הנפשי הנדרש מימששש. כפי שהסבירה רות קנאי (האמנם המיד דין אחד לחוש ולירוע" מחקרי משפט יב (השני"ו) 433, 440), התיקונים אלה מוליכים למסקנה שאין הבדל בין סעיף שבו המחוקק דרש שהעושה ידע על קיום המסיבה, ונקט את המונח "ביודעין", ובין סעיף שבו המחוקק הסתפק בכך שהיה לאדם יסוד להניח שהנסיבה קיימת". אין לי אלא להצטרף לביקורתה של קנאי על תוצאה זו, ולסענתה כי אין היא "נותנת משמעות ראויה לחקיקה קודמת". במקרה שלנו, אם המחוקק דרש לגבי עבירה מסוימת שהעברין יפעל "כבוונה לפגוע..." או לפחות שהוא יודע שהדבר עשוי לפגוע", ומייד לאחר-מכן, בעביירה דומה, אינו מוזכר כוונה ואף לא ידיעה, פשיטא שהיסוד הנפשי הנדרש בעבירה השנייה קל יותר מזה הנדרש בראשונה.

אחרים.⁹⁷ שנית, הסעיפים העוסקים בפגיעה בדת (להבדיל מפגיעה באלוהים) מייחסים מקום מרכזי למושג של פגיעה ברגשות. הנה נתבונן בסעיפים 172 (כניסה ללא רשות למקום פולחן או קבורה) ובסעיף 173 (פגיעה ברגש הדתי):

172. הנכנס שלא ברשות למקום פולחן או קבורה או למקום שיועד לצרכי לווית המת או לשמירת עצמותיו של המת, או נוהג בדת שלא בכבוד, או גורם הפרעה לאנשים שנתקבלו ללווית המת, והכל כבוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, או כשהוא יודע שהדבר עשוי לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, דינו מאסר שלוש שנים.

173. העושה אחת מאלה, דינו מאסר שנה אחת:

97 בפרק 10 של הקוד הפלילי הפני, סעיפים 1-2, נאמר כך:

"1. Whosoever publicly blasphemes God shall be sentenced for breaching the sanctity of God to a fine or to imprisonment for at most two years.

2. Whosoever publicly abuses or shames what is otherwise 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."

בפרק 7 של הקוד הפלילי היווני: N.B. Lolis. London, Sweet & Maxwell Limited, 1973) 113-114 ניאוך אלוהים לבין ניאוך כנסייה או דת ספציפיים. לגבי ניאוך אלוהים נאמר בסעיף 198, שכותרתו "Malicious Blasphemy":

"1. One who publicly and maliciously and by any means blasphemes God shall be punished by imprisonment for not more than two years.

2. Except for cases under paragraph 1, one who by blasphemy publicly manifests a lack of respect for the divinity shall be punished by imprisonment for not more than three months."

ואילו בסעיף 199, שכותרתו "Blasphemy Concerning Religion", אנו קוראים: "One who publicly and maliciously and by any means blasphemes the Greek Orthodox Church or any other religion permitted in Greece shall be punished by imprisonment for not more than two years."

בפרק 11 של הקוד הפלילי הגרמני, בסעיף 166, שכותרתו "blasphemy", נקבע כך: "Anybody who in public by disparaging remarks blasphemes God and thereby provokes an annoyance, or who publicly insults a Christian church or some other religious society recognized by public law, or one of its institutions or traditions... shall be punished by imprisonment for a term not to exceed three years."

ככל הקודים הללו קיים איסור על ניאוך האל (בפומבי), וכאן לא אחד מקודים אלה מופיע המושג של פגיעה ברגשות כמוקד או כדיונול של העבירות הנדונות.

לשים אמונה זו ללעג. בדם, אם בכיור וחת עסקינו, מדוע שינה המחוקק מלשנו בסעיפים 170 ו-172, ובמקום לדבר על כיוון הדת, כחר לדבר על פגיעה באמונה? קשה להשיב על שאלה זו, וככל שידוע לי, בתי-המשפט לא דנו בה ולא קבעו איזה תוכן עלינו לצקת אל תוך הביטוי הנידון. לעניות דעתי, הביטוי פגיעה באמונה בהקשר של הסעיף הנידון אינו מוסף דבר-מה משמעותי לכיטוי פגיעה ברגשות, ולפיכך ניתן לוותר עליו בלא להפסיד מאומה.

כאמור, סעיף 173 יוצא-דופן בהשוואה לסעיפים המקבילים בקודים האירופיים מבחינת המעמד שהוא נותן לרגשות דתיים, והוא דוגמה טובה לקשיים הגורמניים שעמדנו עליהם בחלקים הקודמים של הפרק. סעיף 173 פוגע הן ברעיון החירות והן ברעיון השוויון: ראשית, עצם העובדה שמעשה מסוים פוגע ברגשותיו של פלוני (= מכעיס אותו, מעורר בו הרגשה רעה) אינה מספיקה לאיסור המעשה באיסור פלילי, במיוחד כשהפגיעה אינה מכוונת. הרי זה כמעט כמו לומר שעצם שההגישו המבקרים של עבירת להתנהגותי מספיקה כדי לאסור אותה.⁹⁹ שנית, כפי שההגישו המבקרים של עבירת הניאוף הבריטית, אין מקום להבחין בין סוג הרגשות הנפגעים (= סוג הערכים שמצמיחים את הכאב והגשט, דהיינו, אין צידוק להעניק הגנה רק לרגשות דתיים (= רגשות המתעוררים בגלל אמונות דתיות), ולא לרגשות שמקורם באמונות ובערכים אחרים.¹⁰⁰ אם המחוקק סבור שיש לחוק את ההגנה מפני פגיעה ברגשות, ראוי שיקבע כי כל פרסום שיש בו כדי לפגוע ברגשותיה של קבוצת אודחים (או "קהל אנשים", בביטוי היפה של סעיף 170) יהיה אסור,¹⁰¹ ברוח ההצעה של Poulter לעיל.

99 השוו דברי השופט ש' לוינ בבג"צ 257/89 הופמן נ' הממונה על החול המערבי, פ"ד מח(2) 265, 337 (להלן: עניין הופמן); "הפועל היוצא מן האמור לעיל הוא שאין להציב איסור מוטאלי על קיום סכסי הפילה באתר הכותל, אך כשל כך שקיימים חוגים המתנגדים לקיומם".

100 חישוב, למשל, על אנשים שמאמינים בכל מאורס ברעיון הציוני, ונפגעים מאורס מפרסומים המציגים את החלוצים הראשונים כקולוניאליסטים מנשלים, או את חיילי צה"ל כקלגסים נאציים (ראו לעיל הערה 45). מדוע לא יעניק החוק הגנה לרגשותיהם הפגיעים של ציונים אלה כפי שהוא מעניק הגנה לרגשותיהם הפגיעים של דתיים?

101 השאלה אם ניתן לפגוע ברגשותיה של קבוצת אנשים, וכיצד ניתן לפגוע, הלוייה, בין השאר, בתוכן של ערכי הקבוצה כפי שהסברתי בסעיף א, הדרך הסטנדרטית לפגוע ברגשות, וזו שנידונה בדרך-כלל בתי-משפט, היא חילול סמלים מקודשים; שריפת דגל, שילוב תפילין בציור אירועי, הצגת דמויות נערצות בצורה מבזה ולמשל, את הנביא מוחמד כמרבח ביחסי-ימין לאל הבתה (119-123) The Solanic Verses (1988). אף סמלים מעין אלה אינם מקודשים לכל בני-האדם. למשל, קשה לחשוב על סמל שניתן לחללו ובכך לפגוע ברגשותיו של אדם שעניינו העיקרי בחיים הוא מימוש עצמי, לפי המובן הפופולרי של מושג זה במערב בשלהי המאה התשעים, אדם שאין לו כל מחויבות לדת, ללאום או לאידאולוגיות נשגבות, כקומוניסטים. נזכר כמובן לפגוע פיזית באדם כזה, להעליב אותו או להגביל את חירותו, אך לא נזכר לעשות משהו

רוח שוויונית יותר נושבת במקום אחר בחוק בו מוקנית הגנה לרגשות דתיים: בחוק רשות השירות, תשנ"ג-1993, בחלק העוסק בתשדירי פרסומת ומודעות ברדיו. זו לשון החוק ביחס לפרסומת אסורה:
7. פרסומת אסורה לשידור אם, לרעת המגבל הכללי, היא כוללת אחד מאלה:

- ... (1)
- ... (2)
- (3) פגיעה בדת, בלאום, בעדה או במין, לרבות פגיעה ברגשותיהם הדתיים של חלק זה או אחד מאוכלוסיית המדינה, או כוללת דברים העלולים לפגוע ברגשותיהם של מייעוטים הוושבים בישראל.

בסעיף-קטן זה אין לרגשות הדתיים מעמד מיוחד, והם זוכים בהגנה שווה לזו שזוכים בה לרגשותיהם של בני מייעוטים. אפשר שההגנה המוקנית כאן למיעוטים אף רבה יותר: לגבי רגשות דתיים, פרסום אסור רק אם הוא פוגע בהם בפועל ("לרבות פגיעה"), ואילו לגבי רגשותיהם של מייעוטים ניתן לאסור פרסום אפילו אם הוא רק עלול לפגוע בהם ("דברים העלולים לפגוע"). המצב שונה כאמור בסעיף 173 לחוק העונשין, המקנה הגנה באיסור פלילי לרגשות דתיים בלבד, ואפילו כאשר אין כוונה לפגוע.

רעיון שפיתחתי בסעיף הקודם עשוי לסייע לראות מדוע בהקשר הישראלי, רגשותיהם של מייעוטים אכן זקוקים להגנה יותר מאשר רגשות דתיים, ככל שמדובר ברגשות של בני הדת היהודית. מעטני שמיעוטים דתיים, כמו המוסלמים בבריטניה, חוששים שביטויי שנאה נגדם יעוררו ויחזקו את העוינות כלפיהם בציבור ויובילו לפגיעה בהם. מטרידה אותם לא הפגיעה גרידא ברגשות, אלא ההקשר התרבותי-הפוליטי בו הפגיעה מתבצעת ומוזוה איום על שלוםם וחכויותיהם. חששות אלה אינם קיימים, כך סענתי, לגבי הרוב השליט, שמעמדו איתן, ולכן ביטויי שנאה כלפיו אינם מהווים בדרך-כלל סיכון של ממש. בהקשר הישראלי, דומה שעל-אף השנאה שחלק מהציבור החילוני רוחש לציבור הדתי ולאמונתו,¹⁰² אין חשש ממשי ששנאה זו תתבטא בהתקפות פיזיות, כהתקפותיהם של הגויעים בצרפת או בגרמניה, או בפגיעה בזכויות אדם.

התבוננות בהתפתחויות במשפט הבריטי לגבי עבירת הניאוף, ובדרישה הגוברת לפרסמה בעבריה זו על-ידי ביטולה או הרחבתה, מעלה מאלה את השאלה מדוע אין אנו חודים התפתחות מקבילה במשפט הישראלי. הרי הקשיים שהועלו לגבי עבירת הניאוף

שפגע ברגשותיו באותו עומק ובאותה עוצמה שהחילו סמלים מקודשים מן הסוג שצוינו פוגע ברגשותיהם של המקדשים אותם. הואיל וסמלים מקודשים קשורים תמיד למסורת היסטורית ולקהילה מקדשת, היער סמלים כאלה בעולמו של האדם הנידון הוא ביטוי לשאיפתו להתרכז בעצמו ולראות את זהותו כבלתי-תלויה בהיסטוריה מסוימת או בקהילה כלשהי. ניתן איפוא להשיג חסינות מסוימת מפני פגיעה ברגשות במחיר של ניתוק מדיקה ללאום, לדת, לקהילה היסטורית ולאידאולוגיות. לחסינות זו יש כמובן מחיר, אך לא זה המקום לדון בכך.

102 על ביטויים ברורים של שנאה זו בתיאסרון הישראלי, ראו דן אוריין "שנאת-עצמו בתיאסרון הישראלי" שנאה (אבינעם כריזאב עורך, הוצאת מורה-ביתן, 1997).

את אחד מערכי העיתונים ודוגמת המקרה של Gay News באנגליה, תעורר ביקורת משפטיות וציבורית חריפה נגד החוק הנידון.
 שנית, אחד המניעים החוקים לקריאה לרפורמה באנגליה היה קביעת בית-המשפט בעניין פסקי השטן שעבדתי הניאץ אינה חלה כלפי מוסלמים. קביעה זו - שתאמה בלי ספק תאמה את ההבנה המסורתית של העבירה הנידונה ואת מקורותיה - עוררה במלוא חומרתה את בעיית חוסר השוויון בעבירה זו ואת הדישה לרפורמה. מניע זה אינו רלוונטי לגבי החוק הישראלי. הביטוי דת בסעיפים הנידונים בחוק העונשין, כמו גם בסעיפי חוק אחרים העוסקים בהגנה מפני פגיעה בדת או ברגשות דתיים, אינו מיוחד דווקא ליהדות.¹⁰⁴ המחוקק הישראלי מנן לא פחות על רגשותיהם הדתיים של נוצרים¹⁰⁵ ומוסלמים.¹⁰⁶

שלישית, אין לשכוח שהחוק הישראלי הינו בכל מקרה יוצא-דופן בקרב המדינות הליברליות מבהינת המעמד שהוא נותן לדת, במיוחד בכל הנוגע בדיני אישות. לליברלים הדוכפים שינויים בחוק בתחום של יחסי דת ומדינה יש סעיפי חוק מסוימים דבבה יותר מסעיף 173 הנ"ל, שכאמור, בלאו הכי אינו מיושם הלכה למעשה.

רביעית, אף שהסעיף הנידון לא בוסל או תוקן ברוח ההצעות בבריטניה, הפרשנות שנתן בית-המשפט העליון למושג של פגיעה ברגשות דתיים צמצמה מאוד את תחולתם

104 משום כך תמוה בעיני נסינו של ברק להשתתף הנבלת זכויות בשם התחשבות ברגשות דתיים על ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ועניין בבנין בריאלי, לעיל הערה 1. מסקה 68. תוצאה לתחושב ברגשות דתיים בודאי חלה ביחס לכל הדתות, לאו דווקא ביחס ליהודים. יתרה מזאת, כפי שהוסבר לעיל, רגשותיהם של דתיים לא-יהודיים ראויים אולי להגנת-יחוד בקושר הישראלי, בשל היותם מיעוט. ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית כוללים מעמד מיוחד לשבת, כפי שמסדיר ברק שם ואומר, "שמירת השבת היא ערך מרכזי ביהדות", אבל הערך הוא השבת, ולא הרגשות הכאובים המהפכניים למראה חילולה. במילים אחרות, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 1א, אינו גורר הבדל בין היהדות לבין הנצרות מבחינת ההגנה על רגשותיהם הדתיים הפגיעים של הנפגעים, אבל הוא גורר הבדל מבחינת ההגנה על הקידום של ערכי החתות הללו. בענין ערכים יהודיים, כגון השבת, עשויים להצדיק בנסיבות מסוימות הנבלה על זכויות, ערכים נוצריים, כקדושת הג'המלה, אינם עשויים להצדיק הנבלת כאלה. ייתכן שאחד הגורמים לעמדתו של ברק בעניין זה הוא דעתו הכללית ש"רגשות הציבור הם ערכים", דעה שהתנגדת לה לעיל, ליד הערה 10.

105 ראו עניין הפיתוי האחרון של ישו, לעיל הערה 1, ועניין חברים מספרים על ישו, לעיל הערה 11.

106 בשם מסירת תאמור לרופס תרשעה בבית-המשפט המחוז בירושלים, על הפרת סעיף 173 לחוק העונשין, מפעם "כרוז החזיר", כרוז פוגע ומעליב כלפי המוסלמים (חיק פלילי 436/97). זו כנראה הורשעה הראשונה בפלילים על פגיעה ברגשות דתיים. התאשמת הורשעה אומנם בעבירות נוספות, אך לדברי השופט צבי סגל, הפגיעה ברגשות דת היא "הנשאה המשעיר ביותר לענייננו".

ברטיטניה חלים גם לגבי סעיף 173 הנ"ל, ועליהם נוספים הקשיים במושג פגיעה ברגשות, המיוחד כאמור לחוק הישראלי. מדוע איפוא איננו שומעים בישראל דרישה מצד שופטים, חברי-בית-משפט או אנשי אקדמיה לבטל את הסעיף הנ"ל או לשנותו דומני שיש לכך כמה סיבות: ראשית, בית-המשפט הישראלי אינו נאלץ להתמודד עם מקרים דרמטיים מן הסוג של פסקי השטן, שהסעירו את הציבור בבריטניה והבליטו את הצורך ברפורמה. ככל שעולה בידי לבדוק, בתי-המשפט בארץ לא הרשיעו אדם בפלילים אפילו פעם אחת על בסיס הסעיף הנידון. בנסיבות כאלה, סעיף 173 נתפס כאות מתה, ושבוע שאין הוא מושך אליו ביקורת ציבורית.¹⁰³ סכיר שאם יופעל הסעיף כדי להרשיע בפלילים

103 בפרשת עניין הפיתוי האחרון של ישו (לעיל הערה 1) הודתה באי-כוח המשיכה במפורש כי הצגת הסרט לא תזווה לדעתה עבירה לפי סעיף 173 לחוק העונשין. ראו שם, בע' 39. לפי השופט ברק שם, בע' 137, אפילו אם פרסום מסים הוא בגדר הפרה והיא של סעיף 173, אין די בכך לאלץ את בית-המשפט לאסור אותו ולהגביל את תופש הביטוי, בהתאם לעמדתו הכללית שהפלילות של ביטוי אינה מצדיקה כשלעצמה את הנבלתו.

אחד המקרים הנודעים (המקרה היחיד) שהוגשו בהם כתבי-אישום על הפרת סעיף 173 היה התביעה בבית-משפט השלום בתל-אביב נגד יגאל תומרקין ואילנה שקדי-שוכל, ת"פ 6650/93 מתאריך 8/1/98 (להלן: תומרקין). התביעה נסבה על כתבה של תומרקין במוסף "תל-אביב" של העיתון ידיעות אחרונות, 4/11/88, תחת הכותרת "שוטרו של דוסיס". בין השאר הופיעו בכתבה זו משפטים כגון: "כשרואים אותם מבנים מדוע היהו השואה, מדוע לא אותהם יהודים, איך הפרימיטיביזם תולד ותופס את מקומם... ברצונו שראים את השחורים האלה משריצים ילדים על ימין ועל שמאל... זו רק שאלה של זמן שגם תל-אביב תהפוך לישיבה גדולה...". קצת קשה לחשוב על מקרה מובהק יותר של פגיעה ברגשות דתיים. בכל זאת החליט היועץ המשפטי חריש שאין מקום להגשת כתבי-אישום. כי יספיק אם הביטויים, ככל שהם בוסים ומקוממים, עולים כדי עבירה" (עניין תומרקין, שם, בע' 10, פסקה 7). בהחלטה נוספת (בעקבות ערר נוסף) שניתנה עקבר שנתיים (וארבע שנים לאחר פרסום הכתבה), חוד היועץ המשפטי ביתר שאת על עמדתו שרק במקרים "חריגים ויוצאי דופן" ראוי לנקוט הליך פלילי שתוצאתו פגיעה בחופש הביטוי, ואילו הפרסום שלפנינו אינו נופל בגדר קטיגוריה זו. עקבור כתבי שנה, בתגובה על ערר נוסף, החליט היועץ המשפטי להגות להעמיד את תומרקין לדין, ובתאריך 31.10.93 התקבל כתבי-אישום במוכריות בית-המשפט. השופט ר' רוזן החליט לדחות את התביעה בשל הסתבת ועינו הדין של הנאשמים (פסק-דין ניתן יותר משבע שנים לאחר המעשה), ובלא להתייחס ישירות לשאלת התחולה של סעיף 173.

עם זאת, הוא לא נמנע מההעיר על הבעייתיות בהגשת אישום על בסיס סעיף זה. סעיף שהוא "חזון בלתי נפרץ בבתי המשפט", ואשר לפיכך "גדרותיו פרוצות לכל פרץ של באי-כוח הצדדים" (שם, בע' 114), אילו היה מדובר בפגיעה חמורה ומפסידת, היה אולי מקום לדון בכתבי-אישום למרות הזמן הרב שעבר ממועד ביצוע העבירה המיוחסת, אבל טוען השופט רוזן, העבירה שבסעיף 173 "אינו עניינה להגן על קרבן מסוים, ולא עוסקת בפגיעה בזיכרם, בגוף וברכוש, או בפריטיות החולת".

השופט שמגר, בעקבות פסיקה קודמת של ברק, כי יש להבין את המושג של פגיעה ברגשות במסגרת הרעיון של פגיעה בסדר הציבורי,¹¹⁵ והואיל והפגיעה הצפויה בסדר הציבורי מוקדמת הסרס היא מינימלית, אין בפגיעה ברגשות כשלעצמה כדי להצדיק את הפגיעה בחופש הביטוי.¹¹⁶ פרשנות זו למושג פגיעה ברגשות מרחיקה לכת למדי בהתחשב בכך שהמתקלק מבחין במפורש בין קטיגוריה זו לבין הקטיגוריה של פגיעה בסדר הציבורי,¹¹⁷ דהיינו, המחקק מתייחס לפגיעות אלה, כאמור, כאל פגיעות נבדלות זו מזו. סביר להניח שפרשנות זו הולידה אי-יחזת מן הקטיגוריה של פגיעה ברגשות

¹¹⁵ עניין הפיתוי האחרון של ישו, שם, בע' 29.

¹¹⁶ כך גם לגבי פגיעה בחירויות אחרות, כחופש העיסוק. ראו דברי השופט י' כהן בעמירה לגד הסירוב להעניק רישיון-עסק לחנות מין בירושלים: "יש בהוראה זו [לפיה ניתן לשרב להעניק רישיון לעסק לשם 'מניעת סכנות לשלום הציבור'] כדי להצדיק מניעת רישיון מעסק, אשר מעצם סיבו פוגע קשות ברגשות הציבור בסביבה בה מתכוונים לפתוח את העסק, וכתוצאה מכך יש חשש ממש לפגיעה בשלום הציבור." (עניין ש.צ.מ. בעמ' נ' ראש עו"רת ירושלים, לעיל הערה 112, בע' 121.) הרישא של הדברים מעורר את הרושם שפגיעה קשה ברגשות עשויה כשלעצמה להצדיק הגבלות על החירות, אך הסיפא מבהיר מייד שהפגיעה ברגשות מובאת בחשבון רק אם כתוצאה ממנה יסוכן שלום הגבור. בהתאם למה שסעתי קודם, ראוי, לעניית דעתי, לשקול במקרים מסוימים הגבלות על החירות גם כאשר אין נשקפת סכנה לשלום הציבור, למשל, בהתייחס לדוגמות שהשופט כהן מביא מייד בהמשך דבריו: פתיחת מועדון-לילה בלב מאה שערים, או בית-מרמז בשכונה מוסלמית התיי. בניגוד לדעת כהן, נראה לי כי תושבי מאה שערים וכן תושבי השכונה המוסלמית עשויים להיות ראויים להגנה מפני צידים כאלה גם אם קיימת ודאות גמורה שלא יולידו סכנה לסדר ולביטחון. הייתי מרחיק לכת ואומר שבמקרים מסוימים, דווקא העובדה שהצד הפוגע אינו עתיד לפגוע בשלום הציבור עשויה להיות ראייה מסוימת לכך שיש למונעו, מן השעם הבא: במקרים אלה, הקבוצה הנפגעת היא כנראה כה חלשה ביחס לקבוצה הדומיננטית בחברה, עד שאין ביכולתה לפנות, בדרך של הפגנות ומהומות, נגד הצד הפוגע. כפי שהסברתי כמה פעמים לעיל, הקבוצות החברתיות החלשות פגיעות במיוחד, ורגשותיהן ראויים להגנה מיוחדת. אחרת ואיגיש שהשאלה אם אכן ראוי לתת סעד משפטי במקרים של פגיעות ברגשות שאינן מובילות לפגיעה בשלום הציבור תלויה בתנאים השונים שהוכרתי לעיל, וביניהם עוצמת הפגיעה, עוצמת ההגבלה המבוקשת וכו'.

¹¹⁷ לגבי הסדר הציבורי בקטיגוריה נפרדת, ראו למשל חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, הקובע בסעיף 14(א)14(ב) שמסדר שירות לא יכול לכל דבר שיש בו משום פגיעה בטעם הטוב או הוגד את הסדר הציבורי או המציק לציבור, ובאופן דומה חוק פרסומת שיש תשנ"ג-1993, הקובע בסעיף 4 שהמנהל הכללי "רשאי לא לאשר שידור פרסומת שיש בה, לדעתו, טעם לפגם מבחינה מוסרית או ציבורית, פגיעה בטעם הטוב, או בסדר הציבורי, או שהיא מיקה לציבור". רשות זו נוספת לתנאים לפסילה המפורשים בסעיף 7, וביניהם, בסעיף-קטן (3), פגיעה ברגשות התיים.

של סעיפים אלה, באופן שהם עשויים להתחמק מרוב הקשים שהעלינו ולהתיישב היטב עם ציפיותיהם של הליברלים. פרשנות זו כמה דרכים לה:

א. במקרים מסוימים נקט בית המשפט בגישה ספקנית כלפי עצם העובדה של פגיעה ברגשות. דוגמה לכך היא הדיון בסירובו של רשם החברות לרשום את "סרטי כותל בעימ" על בסיס הסענה שהיענות לרישום החברה בשם זה תפגע ברגשות הציבור.¹⁰⁷ השופט ציוני קבע בפסק-דינו שאין בסיס להתלפת הרשם כי השם המוצע יפגע ברגשות הציבור, בין השאר מפני שהמלה כותל אינה מיוחדת לכותל המערבי: "המלה 'כותל' כשלעצמה מופיעה בדרך-כלל [] בלא כל קשר לכותל המערבי והיא אחרי ככלות הכל, הכותל המערבי אינו הכותל היחיד שעומד על תלו."¹⁰⁸ זאת ועוד, לא רק שהשימוש במלה הכותל אינו מכונן לפגוע ברגשות, אלא אדרבה, הוא בא "להדגיש את חשיבות האתר ואת הקשר של הציבור אליו."¹⁰⁹ סעמים אלה נראים לי קלושים למדי,¹¹⁰ ובורר למדי כי מה שעומד מאחוריהם הוא רצון כללי לצמצם את החולתן של סענות על פגיעה ברגשות.

ב. באותה החלטה קבע השופט ציוני שכאשר מדובר בפגיעה ברגשות, עלינו לבחון את רגשות הרוב, ולא את רגשותיו של המיעוט: "כשמדובר, למשל, בפגיעה ברגשות ציבור דתי על-ידי שימוש במלה שיש לה אסוציאציה דתית, יתא המבחן המתאים דעו ורגשותו של רוב או חלק ניכר מאותו ציבור ולא דעותיהם הקטניות של אנשים הנמנים על מיעוט קיצוני בהשקפותיו."¹¹¹ עמדה זו התקבלה גם בפסק-דין מאוחרים יותר. כך, למשל, לגבי הפרסומת "לך תציטוי", קבעה השופטת זורני כי בבואנו להכריע בשאלת סוב המעם של ביטויים, "אין להביא בחשבון רגשות של מיעוט, בין של אנשי סעם נגד של בעלי השקפות פורטיניות קיצוניות."¹¹² השופט כך הביע אומנם את דעתו שם נגד שלילה מוסלית של התחשבות במיעוט, וספן ש"משטר דמוקרטי עומד, בין היתר, במבחן במידת ההתחשבות אף בדעת המיעוט וברגשותיו,"¹¹³ אך דומה שדעתו זו לא התקבלה.

אני פונה עכשיו לשתי הדרכים הבלולות לצמצום התחולה של רעיון הפגיעה ברגשות.

ג. יצירת זיקה בין הפגיעה ברגשות לפגיעה בסדר. בפסילת הקדגנה של הסרט "הפיתוי האחרון של ישו", סענה המוצעה לביקורת סרטים ומחזות כי התקדגנה תפגע קשות "ברגשות הדתיים ובאמונתו של הציבור הנוצרי."¹¹⁴ בנימוקיו נגד החלטה זו קבע

107 בג"צ 124/70 כוכבי שמש ומאיר בקל נ' רשם החברות, פ"ד (כהנ) 505, 508.

108 שם, בע' 516.

109 שם, שם.

110 השור דעת המיעוט של השופט י' כהן, בע' 517-519.

111 שם, בע' 516.

112 עניין לך תציטוי, לעיל הערה 38, בע' 14. השור גם בג"צ 280/70 ש.צ.מ. בעמ' נ' ראש

עו"רת ירושלים, פ"ד (כהנ) 113, וע"א 294/91 חברת קדישא גוש"א "קדילת

ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד (מנ) 464, 522.

113 עניין לך תציטוי, שם, בע' 39.

114 לעיל הערה 1, בע' 27.

המשפט האמריקאי בסוגיה של תביעות נזיקין על בסיס פגיעה ברגשות. אף-על-פי שהמשפט האמריקאי מכיר בנזק רגשי (emotional distress) כעילה לתביעת נזיקין, הבהירו בתי-המשפט בשרוה של תקדימים כי נזק זה אינו כולל מקרים רגילים של פגיעה ברגשות. כדי לבסס מענה בדבר גרימה מכוונת של נזק רגשי, צריך התובע להוכיח: "(1) intentional or reckless conduct by the defendant; (2) of an outrageous and intolerable nature; (3) which caused; (4) severe emotional distress to the plaintiff"¹²⁴ כדי לזכות בפצוי במקרים כאלה, הנובע צריך להוכיח את "more than mere hurt feelings or bad manners"¹²⁵.

פגיעה ברגשות למושג פגיעה בסדר הציבורי וצמצום הסעיפים הרלוונטיים לפגיעה חמורה במיוחד - אין זה מפתיע שכמעט כל התביעות והעתירות שהוגשו לבתי-המשפט על בסיס המושג הנידון נדחו.¹²⁶ אף-על-פי שהמושג פגיעה ברגשות מופיע בכמה וכמה מקומות בחוק,¹²⁷ עיקרו אותו בתי-המשפט הלכה למעשה כשיקול נורמטיבי עצמאי, כך שבסופו

Debra L. Dixon v. Denny's Inc. Action No. 2:95cv901, U.S. District Ct. for the 124 Eastern District of Virginia, Norfolk Division, 113, 115

Santana v. Registrars of Voters 398 Mass. 862, 867, 502 N.E. 2d 132, 135 125 (1986).

126 יוצא מכלל זה לכאורה הוא פסק-הדין בעניין הופמן (לעיל הערה 99), בו הוביל השיקול של פגיעה ברגשות לכאורה את בתי-המשפט לקבוע הגבלה על הזירות. בבניג זה הוגבל חופש הפולחן של העותרות שביקשו לקיים תפילה ליד הכולת שקח נשואות ספרי תורה ועטופות בסלית, והביטוס לכך היה הסעיף בתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשמ"א - 1981, סעיף 10א(א), האוסר לערוך במקומות קדושים "סכס דתי שלא על פי מנהג המקום הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום" (ההזדושות שלי - ד' ס'), ברם, ראשית, גם השופט אלוך, שהשתמש בשיקול זה, חזר ותצמד אליו את הושש מ"אלימות ססופה שפיתח דמים" (בע' 349), "מחלוקת קשה ואלמה" (בע' 350), ודאות קרובה למהומות, מריבות ופצצות גז" (בע' 353), דומני שכלא חששות אלה, לא היה אלוך מגביל את חופש הפולחן רק בשל הפגיעה בהגבלה הנ"ל. אם כן, גם לפי אלה הם כה רציניים שהיה בהם די לשלצצמס להצדקת ההגבלה הנ"ל. אם כן, גם לפי אלוך לא ברור שנתר משקל משמעותי לפגיעה ברגשות כשיקול עצמאי. שנית, השופטים האחרים בדיון, הנשיא שמגר והשופט לוין, הסכימו אומנם לפסק-דינו של אלוך, אבל לא קיבלו את כל נימוקיו, במיוחד לא את אלה הנוגעים בתגנה מפני פגיעה ברגשות. שמגר הניגש את הוכרח שהסובלנות תהיה הדדית, לְךָ לְךָ שהתפללים האורתודוקסיים צריכים לכבד גם את חופש הפולחן והרגשות של העותרות, ולוין הבהיר שהפגיעה ברגשות שהחוק מגן עליה היא רק כזאת "שמבוצעת שלא בתום-לב ואך לשם הלאמת הציצים או יצירת פרובוקציה" (בע' 357), מה שלא התקיים, לדעתו, במקרה הנידון.

127 ראו, נוסף למקורות שכבר ציינו: חוק העונשין, תשל"ס - 1979, סעיף 214(ב)3; חוק

כקסיגוריה משפטית עצמאית, אי-נחת הנובעת מהשיקולים השונים שהעלינו לעיל. ברם, נקל לראות שאם מבינים כך את המושג של פגיעה ברגשות, הוא מאבד את כוחו כמושג נורמטיבי עצמאי, כי השיקול המכריע הוא הפגיעה בסדר הציבורי, ולפגיעה ברגשות כשלצצמא אין עוד משקל של מש"ס.¹¹⁸ אילו היה לה משקל כזה, היתה אמת-המידה לפגיעה המצדיקה הגבלות צריכה להיות קשורה בעוצמת הפגיעה ברגשות, ולא בעוצמת הפגיעה בסדר הציבורי. בהתאם לכך, מבחן הוודאות שהיה צריך להיות רלוונטי הוא ודאות קרובה לפגיעה ברגשות, ולא ודאות קרובה לפגיעה בכחון הציבור, ואילו בתי-המשפט קבע שגם כאשר יש "ודאות גמורה" בפגיעה ברגשות, אין בכך די להגבלת הזירות,¹¹⁹ ושאלת הוודאות שנוקק לה בתי-המשפט בתקדים אלה היא הוודאות הקרובה לפגיעה בסדר ובציבור.¹²⁰

ד. בית-המשפט העליון קבע בשרוה של תקדימים כי רק פגיעה חמורה ביותר ברגשות (ותיים או אחרים) תוכל לבסס עילה להגבלה משפטית: "רק פגיעה קיצונית, גסה ועמוקה עשויה להצדיק את הגבלתו של חופש הביטוי."¹²¹

יש להדגיש: איני סוּען שבתי-המשפט הכהיש אי-פעם כי פגיעה ברגשות היא שיקול לגיטימי. אדרבה, בכל המקרים בהם התעורר השיקול של פגיעה ברגשות, הקדים בית-המשפט והסביר את הערך שיש להגנה על רגשות.¹²² אלא שכמעט בכל המקרים הללו המשיך בית-המשפט וטען, באמצעות הדרכים שהזכרתי, כי הערך מוכרע מחמת שיקולים אחרים. זאת אומרת, הלכה למעשה, גיטרל בית-המשפט כמעט לחלוטין את כוחם של סיעונים המבוססים על פגיעה ברגשות.

הסירוב של בית-המשפט להגביל את הזירות בשל עצם הפגיעה ברגשות קרוב לגישת המשפט האמריקאי, לפיה יש להעדיף את חופש הביטוי גם אם הוא פוגע ברגשות: "The mere fact that expressive activity causes hurt feelings, offense, or resentment does not render the expression unprotected"¹²³ גישה זו עומדת גם ביסוד עצמת

118 באופן דומה אין החוק מעניק הגנה לאדם באמצעות הדין הפלילי מפני עלבון שמפליב אותו וזלתי, אלא אם העלבון הוא במקום ציבורי ויבאופן העלול לעורר אדם הנוכח אותה שעה להפר את השלום". ראו סעיף 194(ב) לחוק העונשין, תשל"ס - 1979.

119 ראו את קביעת בית-המשפט בעניין אינדרו (לעיל הערה 62), לפיה גם כאשר יש ודאות גמורה של פגיעה ברגשות, אין די בכך להגביל את חופש הביטוי, אלא אם מדובר בפגיעה "קשה רצינית וחמורה" (שם, בע' 688-690).

120 ראו למשל בעניין הופמן, לעיל הערה 99, בע' 342.

121 עניין הפיתוי האחרון של ישו, לעיל הערה 1, בע' 30, 38. השוו עניין לך הצטיין, לעיל הערה 38, בע' 41; עניין הופמן, לעיל הערה 99, בע' 688-690.

122 כך עשה גם הנשיא ברק בעניין כביש ברא-אלן, לעיל הערה 1, מסקה 48. כדי להראות שבתי-המשפט התחשב לעיתים "בשיקולים בעלי אופי דתי ופגיעה ברגשות דתי", ציסט ברק משורה של פסק-דין שמסקנה זו עולה מהם לכאורה דא עכ"א, ברוב פסק-הדין הללו נפסק בסופו של דבר נגד ההגנה על רגשות דתיים במקרים הנ"ל.

123 *R.A.V. v. St. Paul* U.S. 112 S. Ct. 2538, 2567 (1992)

ובאוצרות־הברית, לפיה עבירות נגד הדת מובילות בהכרח לעבירות נגד המוסר ולהשחתת המידות. כפי שהראה Unsworth בהרחבה, הוויכוח שנסב על עבירת הניאון משקף מחלוקות עמוקות בחברה הבריטית בין ליברלים לשמרנים, בין פלורליסטים למבקשים להחיות קהילה בעלת זהות תרבותית ומוסרית ברורה ומרששת במסורת. על־כן סביר להניח כי: the most decisive indicators of the future cultural direction of the British state.¹³¹ דומני שהגנה מעין זו על עבירות נגד הדת אינה צפויה בישראל, בעיקר בשל היעדר תנועה שמרנית, שאינה מזוהה עם הממסד הדתי או המפלגות הדתיות, המקבילה לתנועות השמרניות הנוכחיות בבריטניה ובאוצרות־הברית.

1. סיכום

הצבעתי על בעיות שונות הכרוכות בדרישה להגביל התנהגות הפוגעת ברגשות: ראשית, רגשות מסוימים אינם ראויים כלל להגנה מוסרית, דהיינו, רגשות שמקורם באמונות או בערכים בלתי־מוסריים. שנית, רגשות הראויים להגנה הם אלה המתעוררים בשל פגיעה בכבודו של האדם, ובנסיבות אלה לא ברור שלפגיעה ברגשות כשלעצמה יש משקל נורמטיבי של ממש. שלישית, גם אם נגזר שרגשות ראויים להגנה מסוימת, אין הם מייסדים בדרך־כלל תביעה להגנה, אלא לכל היותר בקשה, שכוחה הנורמטיבי תלוי במידת הפגיעה, מידת ההגבלה הנדרשת על החירות ומידת אחריותו של הנפגע. דרישות המיוסדות על פגיעה ברגשות נוסות לתוך בהגבלות לא־מוצדקות על החירות. רביעית, דרישות אלה נוסות לפגיע בשוויון, שכן הן נוסות להצעים את הפגיעה בצד אחד (הצד המתלונן) ולהתעלם או להפחית מחשיבות הפגיעה בצדדים אחרים. אם רגשות ראויים להגנה, דהיינו, אם ראוי לנקוט צעדים כדי שבני־אדם לא יתושו רגשות כעס, תסכול, השפלה ותוסר־אונים, הדבר חל על רגשות כולם ולמעט, כאמור, רגשות שמקורם בערכים לא־מוסריים). המישיה, התמקדות בפגיעה ברגשות הקורבן פירושה התעלמות ממה שבאמת מסר־יך אותו, דהיינו, הפגיעה בערכים היקרים לו. תלונות על פגיעה ברגשות מבטאות אטימטריות בין סעמיו של הקורבן לתחושת הכעס והעלבון במיטאופייה שהוא נתון בה לבין הסעמים שהוא מסתמך עליהם כדי לדרוש הגבלה על הפוגע. שיקולים שונים אלה מובילים לביקורת על המצב הקיים בחוק הישראלי, לפיו (א) פגיעה ברגשות מבוססת על תביעה פלילית גם כאשר אין מדובר בכוונה מרושעת לבז או ללעוג לוולת; (ב) הרגשות הוויכוחים כנגדה מופלגת זו הם רק רגשות דתיים.¹³²

¹³¹ Unsworth, *ibid.*, at p. 677.

¹³² יוצא מכלל מעניין כאן הוא סעיף 172 לחוק העונשין (סעיף 146 לפקודת החוק הפלילי [מח"ס] 1936), אותו פירש בית־המשפט כמגן על רגשות לא הווקא בהקשר דתי. בע"פ 176/71 הרב שמואל ברנך נ' מדינת ישראל, פ"ד כ(2) 667, נידון עיוור על הרשעה על־סמך סעיף 146 לפח"ס בגין הדיסת מצבה שנבנתה בניגוד לעמדת החברה קדישא.

של דבר, הפגיעה ברגשות כשלעצמה, דהיינו, עצם הגירסה של כאב רגשי אצל הוללת כמעט לעולם אינה מבוססת עילה להגבלה על חופש הביטוי,¹³³ ואינה מבוססת עילה לתביעה פלילית נגד הפוגע.¹³⁴

בשולי הדברים נרצוני להעיר שבצד הגישה הליברלית בבריטניה המתנגדת נדרשות לעבירות נגד הדת, אנו עדים לגישה שמרנית (המוזרה לעיתים עם "הימין החדש" [The New Right]), הסבורה שיש לשמר עבירות אלה ולהשתמש בהן כאמצעי למלחמה כמה שנתפס בעיני השמרנים כהידרדרות מוסרית. השמרנים רואים בדאגה את צמצום ההגבלות על חופש הביטוי, במיוחד בכל הנוגע לפרסומים פורנוגרפיים, ואחת הדרכים בה הם חושבים להילחם נגדם היא באמצעות עבירת הניאון.¹³⁵ דרך זו עשויה להיות יעילה אם מביאים בחשבון את האופי האירופי או הפורנוגרפי של עבירת הניאון; כמעט כל הפרסומים שנידונו בבתי־המשפט בגין עבירה זו כוללים התייחסות לאקטים מיניים או תיאורים פורנוגרפיים.¹³⁶ גישה זו לעבירת הניאון ככלי־נשק במלחמה לשמורה המוסרית של החברה היא גרסה חדשה של הגישה שרווחה עד אמצע המאה התשע־עשרה בבריטניה

בזק, תשפ"ז-1986, סעיף 132; חוק הרשות השנייה למלווייה ורד"י, תשנ"ב-1992, סעיף 128 (15)25; ועוד.

128 אחד המקרים היחידים בהם נדחה חופש הביטוי מפני פגיעה ברגשות הוא עניין חברים מספרים על ישר, לעיל הערה 11. בפסק־דין זה קיבל בית־המשפט את עמדת המועצה לביקורת סרטים ומחזות, לפיה המחזה "חברים מספרים על ישר" פוגע ברגשות גביעה מפורה, ולכן אין להתיר את הצגתו. בעניין כביש בריאלי (לעיל הערה 1) ייחס אומנם בית־המשפט משקל נכבד לרגשות הפגיעים של החרדים, אך כפי שהראיתי לעיל בסעיף ג, שיקולים אחרים עשו את רוב העבודה הנורמטיבית, בעיקר העיון בדבר זכותה של הקהילה החרדית לצבצ את רשות הדינים של איזור מגוריה בהתאם לערכיה.

128 ליוצא מכלל זה, ראו לעיל הערה 106. אבל נקל לראות שההרשעה והעונש הממוריס שהוסלו על מפעית "כרוז החזיר" לא נבעו מהפגיעה ברגשות כשלעצמה, אלא מהחשש לפגיעה בסדר הציבורי.

129 ראו: 670 p. 92, at p. 670, *Unsworth*, ופסקי־דין הנזכרים שם. והשוו גם "Blasphemy" (לעיל הערה 176, המראה איך עיני חלק מן התומכים בעבירת הניאון - "the line between blasphemy and obscenity was it times thin" (p. 701).

130 ראו עניין הפיתוי האחרון של ישר, לעיל הערה 1, וכן עניין חברים מספרים על ישר, לעיל הערה 11. בחולשת המועצה נגד הצגת המחזה "חברים מספרים על ישר", היא קבעה שהמחזה פוגע לא רק ברגשות דתיים, אלא שהוא "פוגע בערכי מוסר חברתי מקובלים בדרך ניבול פה של גילוי עיוות" (בע' 813). היקף בין ניאון לבין התנגדות מינית (שנתפסת כ-) לא הולמת (וכן בין עבירת הניאון לעבירת פרסום חומר תועבה [obscenity]) היא מאלפת, ולא אוכל להיכנס לבן כאן. אסתפק ביציבות שמביא "When", *Unsworth, ibid.*, מדברי שופט בריטי במאה השבע־עשרה: "When orthodoxy sees libertinism, it sees both blasphemy and sexual deviance. Sexual deviance as well as sexual excess is therefore a signifier of blasphemy".

ומשיבתקו ממגרת זו, נהפכו המושגים (במיוחד המושג חובה) ל"דייקים",¹⁵⁵ והניסיונות לבסס ביסוס לא דתי נידונו לכישלון. באופן דומה ניסיתי לטעון שהמושג של עבירות נגד הדת היה מובן בהקשרו הטבעי, דהיינו, בהקשר של חברה דתית בה פגיעות כאלו הן חילול הקודש, והן מאיימות על הסדר הציבורי. בהקשר של חברה חילונית ליברלית, מושג זה נעשה בעייתי, והפתרון היה להשעין אותו על הרעיון של פגיעה ברגשות. אם הניתוח שלי נכון, מדובר במשענת רופפת וחלשה.

ביסוי למקור הדתי של העבירות נגד פגיעה ברגשות דתיים מצוי בשימוש במסבעות- לשון דתיות, בעיקר במושג הקדושה ביחס לרגשות אלה (ורגשות בכלל). כפי שראינו, התייחסו בתי-המשפט לפגיעה ברגשות אלה כאל פגיעה ב"ערכים מקודשים",¹⁵⁶ והשופט ברק קבע ש"רגשות הציבור הם ערכים".¹⁵⁷ מאלפת העובדה שבמסעי 149 (א) לפקודת החוק הפלילי, גילגלו המוקדם של סעיף 173 לחוק העונשין, מדובר על "חילול רגשות דת", העתקה גלויה של מושג מהקשרו הדתי (חילול הקודש, חילול השם) להקשר חילוני (חילול רגשות).

סעתי שהעברת המיקוד לכאב הרגשי, במקום לערכים שהפגיעה בהם היא הבסיס לכאב זה, משקפת היעדר קונסנוס חברתי בתחום הערכי. זאת ועוד, היא גורמת לייחוד היוכוח הציבורי בשאלות מהותיות. במקום לרדן בשאלות כמותיות האוטונומיה האישית וערכה, סובלנות כלפי עמדות מתחרות, מעמדם של סענות דתיות במשך דמוקרטי- ליברלי, וזכויות, צדק וכדומה, הדיון עובר לעוסק בשאלה "למי כואב יותר?". סיעונים לטובת "התחשבות ברגשות" מועלים כמעט באופן אוטומטי, בלי לשים-לב שלעיתים קרובות הם לכל היותר סיעונים שוליים בדיון. הדגמתי זאת בעניין הוויכוח על סגירת כביש בראילן בשבתות. דוגמה אחרת ואחרונה היא הוויכוח אפריקה ישראלי. בעלת הקניון, נרכשה על-ידי אדם דתי, שהחליט לא לפתוח את הקניון בשבתות ובתגים ולא לאפשר מכירת מין לא-כשר. החלטה זו עוררה גל תגובות חריף ופתחה ויכוח ציבורי בנושא. כצפוי, אחד הסיעונים שנשמעו היה שיש להתחשב ברגשות של כל הנוגעים בדבר, גם החילונים וגם הדתיים. אבל סענה זו מסיסה את תשומת-הלב מן השאלות המרתקות שפרשה זו מעוררת לגבי מעמד הציבורי של חברות, לגבי זכותם של בעלי עסקים להפעיל את עסקיהם בהתאם לאמונתם, וכמוכן לגבי היחס בין דת למדינה באופן כללי. הרעיון שחייבים לפתוח את הקניון בשבתות כדי למנוע מן מהחילונים¹⁵⁸ את תחושת הכעס על שאין פותחים אותו הוא אנסורדי, בדומה לרעיון שחייבים לא לפתוח אותו בשבת בגלל הכעס של הדתיים על שפותחים אותו. ושוב, הצדדים הנוגעים בדבר בוודאי

155 ראו למשל: 82-84, at pp. Taylor, *ibid.*

156 ראו לעיל הערה 12.

157 ראו לעיל הערה 10.

158 אני מדבר על "חילונים" ודתיים רק כדי לפגוש את דברי. כמוכן שלא כל החילונים מתנגדים לסגירת הקניון בשבתות או רואים בסגירה פגיעה בוכויותיהם, ולא כל הדתיים תומכים בסגירה או רואים בפתחה פגיעה בדתם, כאמונתם או בכויותיהם.

קשיים אלה העלו את השאלה: איך הגענו למצב זה? דהיינו, איך הגענו למצב בו סענות על פגיעה ברגשות הינן כה נפוצות בוויכוחים ציבוריים, ואיך הגענו למצב בו החוק אוסר סוגי התנגדות "שיש בהם כדי לפגוע בפגיעה גסה" ברגשות דתיים, אך אינו אוסר פגיעה דומה ברגשות אחרים? רעיון הפגיעה ברגשות נולד כדי לנסות להגן על איסור ההיסטורית של הרעיון הנידון: רעיון הפגיעה ברגשות נולד כדי לנסות להגן על איסור פלילי שניתק מן ההקשר שהעניק לו פשר וצידוק, דהיינו, ההקשר של חברה דתית. במקום להכיר בכך שהאיסור חסר תוקף בנסיבות החדשות שנוצרו, נעשה ניסיון לעצן את האיסור ברעיון אחר, דהיינו, ברעיון של פגיעה ברגשות.

כמוכן שהתיזה ההיסטורית כשלעצמה אינה מוכיחה שהרעיון הנידון אינו רעיון מוצלח. היא מצטרפת לסיעונים עצמאיים החומכים במסקנה זו, שהוכרתי זה עתה, והתפקיד המדויק שלה כסיעון הכולל שלי הוא לספק תיאוריה של סעות (error theory). דהיינו: להסביר היאך ייתכן שלמרות הכיעות השונות שלעיל במושג פגיעה ברגשות, הוא בכל זאת כה רווח ויש לו אף ביסוי משמשי. המתודה שלי בעניין זה דומה לזו של פילוסופים שונים, כאנסקומב¹⁵⁹ וסילור,¹⁶⁰ שטענו כי המושגים הבסיסיים של האתיקה המודרנית ריקים ובלתי-קוהרנטיים. הדרך שלהם להוכיח זאת כוללת שני חלקים: ראשית, סיעונים פילוסופיים שאמורים להראות מדוע לא ניתן להגן על מושגים אלה, ושנית, סיעון היסטורי שאמור להסביר כיצד הגיעו מושגים בעייתיים אלה אל החשיבה המוסרית שלנו. גם מבחינה מהותית יש קרבה בין הסיעון שפיתחתי כאן לבין התיזה המרכזית של הוגים אלה, לפיה מקור ה"תקלה" קשור בהשפעה של המסורת הדתית על התחיבה המוסרית. לרעתם, למושגים מסוימים היה שחר רק במסגרת תפיסה דתית,

הדיון התמקד בשאלה אם הכוונה הנדרשת בסעיף (והכל ככוונה לפגיעה) כולל רק כוונה לפגוע ברגשות, או גם כוונה "לכנות הדת", שהרי ברור כי התורם, איש חבראי קדישא, התכוון לפגוע ברגשות של מקימי המצבה, אך לא לכנות את הדת. בית-המשפט קבע שהסעיף מנוסח באופן דיסיונקטיבי, דהיינו: די בכוונה לפגוע ברגשות או בכוונה לכנות דת, ואין צורך בכוונה כפולה. זה אחד המקרים הבודדים במשפט הישראלי של דרשה בפלילים על-סמך פגיעה ברגשות. אבל יש לשים-לב שהפגיעה מכוונת במקרה הנ"ל לאדם (או משפחה ספציפי, בעוד הפגיעה הסטנדרטית ברגשות היא עשית מעשה סמלי שיפגע בקבוצה גדולה של בני-אדם (אלה האמאנים בערכים המחללים). כמו-כן, למרות אחוזי הניתוח לפסיקת בית-המשפט בעניין זה, דומה שאין להסיל ספק בהקשר הדתי המיוחד של סעיף 172 לחוק העונשין, הבא לידי ביסוי הן במיקומו בין עבירות העוסקות בפגיעה ברגשי דת ומסורת¹⁶¹ והן בתנאי של "כיעוד דת" המופיע בו. אילו היה ענייניו של הסעיף הגנתם של רגשות באופן כללי, בלא דקדק מיוחדת לדת, לא היה

הרעיון לכלול בו תנאי זה.

Elizabeth Anscombe "Modern Moral Philosophy" 33 *Philosophy* (1958) 1-19, 133. Reprinted in her *Ethics, Religion and Politics* (Oxford, Blackwell, 1981)

Richard Taylor *Ethics, Faith and Reason* (Englewood-Cliffs, NJ, Prentice Hall, 1985).

אינם סבורים שיש לקבל את דעתם רק מפני שאחת הם יבעטו (= ייגדם להם כאב רגשי, אלא בגלל שיקולים לגופו של עניין: הדתיים סבורים שיש לקבל את עמדת הבעלים, בין השאר כי הקניין הוא בעלותו, וכותו להחליט מתי לפנותו, ומפני שמדובר במדינה יהודית; והחילונים סבורים שזכות זו אינה נתונה, בין השאר מפני שמדובר בחברה שמתרת בבורסה, ומפני שצער מעין זה יערער את הסטטוס-קוו. בין שאלה צודקים ובין שאלה, שאלת הרגשות הפגיעים אינה ממלאת תפקיד של ממש בדיון.

לסיום ברצוני להעיר כי ההסטה המויקה של הוויכוח הציבורי משאלות מהותיות לשאלה "למי הוא יותר?", דהיינו, שאלת הרגשות הפגיעים, תואמת עמדה מויקה אחרת, לפיה הוויכוח הציבורי-הפוליטי במדינה הליברלית צריך להיות ניטרלי מערכים,¹³⁹ לעמדה זו יש נטייה מובנת להעדיף טיעונים המבוססים על פגיעה גופנית או רגשית, מתוך מחשבה שניתן לעקוף בכך שאלות ערכיות ומוסריות מהותיות. אם הטיעון שפיתחתי כאן נכון, הוא עשוי לנסס שעם נוסף נגד ניסרליזם זה,¹⁴⁰ ובעד העלאה מודעת ומפורשת של הערכים הרלוונטיים בדיונים של מוסר פוליטי.¹⁴¹

139 השוו לעיל, סוף סעיף ב.

140 לטיעון מקיף נגד רעיון הניטרליזט, ראו 49 *supra* note. Raz, לדעת רי, מטרת החוק היא מוסרית: להגדיל את האוטונומיה של האזרחים, ומטרה זו – ולא עקרון הנזק המיליאני בפירוש המקובל שלו – היא אמתי-מדידה למה שיותר או אסור לחוק להורות. בהתאם לכך הוא קובע שבמקרים קיצוניים מותר למנוע פגיעה ברגשות כאשר מדובר בפגיעה ש: a normal person's ability to lead an autonomous life is diminished by the interference (ibid., at p. 421). להגן מפניה אינה הטיכון הנשקף לסדר הציבורי, אלא הטיכון הנשקף לאוטונומיה של הנפגע.

141 אני מודה לאליעזר גולדמן, חיים גנן, יפה וילברשץ, שאול סמילנסקי, איציק עמית ורות קנאי על הערות מאלפות לטיעוטי קודמות. אני גם מודה לליה לוי מהספרייה למשפטים של אוניברסיטת בריאן ולעוזר המחקר מתן גולדבלס על עזרתם.