

פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?

מיטל פינטר*

בניגוד למערכות משפט אחרות בעולם המערבי, מערכת המשפט הישראלית מכירה בפגיעה ברגשות כעילה עצמאית המצדיקה הגבלת התנהגות או ביטוי. במאמר זה אצדד בדוקטרינה זו, אך אטען כי הבסיס המושגי-נורמטיבי שלה שגוי. במקרים רבים הפגיעה ברגשות מתווכת על ידי ערכים תרבותיים או דתיים המרכזיים לזהות הנפגע. במקרים אלו טענות על פגיעה ברגשות אינן מבקשות הגנה מפני גרימת רגשות כואבים ככאלה, אלא מבקשות להגן על שלמות זהותו התרבותית של אדם. לכן, כאשר בית המשפט שוקל טענות על פגיעה ברגשות במקרים אלו, עליו לבחון את עצמת הפגיעה בזהות התרבותית או הדתית של האדם הנפגע ולא את עצמת הפגיעה ברגשותיו. במאמר זה אציע את עקרון פגיעות הזהות התרבותית שלפיו ככל שהמעמד החברתי של זהות תרבותית נתונה הוא נמוך יותר, כך הטענה על פגיעה בשלמותה חזקה יותר. עקרון פגיעות הזהות התרבותית הוא עיקרון חשוב, אולם אינו מכריע. יש לאזן בינו ובין שיקולים אחרים.

א. מבוא. ב. על רגשות, על ערכים, על זהות אישית ועל זהות תרבותית. ג. עקרון פגיעות הזהות התרבותית. ד. ביטויים של עקרון פגיעות הזהות בפסיקה הישראלית. ה. על עקרון פגיעות הזהות וסובלנות. ו. התנגדויות אפשריות לעקרון פגיעות הזהות התרבותית. ז. יישומו של עקרון פגיעות הזהות התרבותית על שלושה סוגי מקרים; 1. מקרים מסוג רוב מול מיעוט; 2. מקרים מסוג מיעוט מול מיעוט; 3. מקרים מסוג מיעוט מול רוב. ח. סיכום ומסקנות.

* דוקטור למשפטים, חברת סגל בבית הספר למשפטים, המרכז האקדמי כרמל, חיפה. ברצוני להודות למירי גור-אריה ולרונית לויין-שנור על הערותיהן המועילות לטיוטות קודמות של מאמר זה. תודה גם למרכז מינרבה לזכויות אדם באוניברסיטה העברית בירושלים על מלגת המחקר שהעניק לי בזמן כתיבתו של מאמר זה. תודה גם למערכת "המשפט" על קריאה מעמיקה והערות יסודיות למאמר זה. תודות אחרונות לבעז מילר, בן זוגי, על שקרא את המאמר והאיר אותו בתובנות רבות.

א. מבוא

בניגוד למערכות משפט אחרות בעולם המערבי, מערכת המשפט הישראלית מכירה בפגיעה ברגשות כעילה עצמאית המצדיקה הגבלת התנהגות או ביטוי. בית המשפט העליון שקל טענות לפגיעה ברגשות במסגרת הצורך בשמירה על הסדר הציבורי והדגיש כי ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור היא ערך ראוי, גם אם השלכתה של הפגיעה אינה חורגת מגדר גרימת כאב, רוגז או רגשות מחאה בקרב פרט או בקרב חוגים בציבור. בעשור האחרון עלו טענות באקדמיה כי המושג פגיעה ברגשות הוא בעייתי וכי נעשה בו שימוש רב מדי ברטוריקה הציבורית בימינו¹. עוד הוצע לבטל או לשנות את העברה הפלילית של פגיעה ברגשות דתיים².

כמאמר זה אחלוק על עמדה זו ואטען כי הצעות כאלה אינן מביאות בחשבון את מכלול השיקולים המשפטיים והחברתיים העומדים בבסיס חלק גדול מהטענות על פגיעה ברגשות. אצדד בעמדה כי טענות על פגיעה ברגשות, כשלעצמן, מצדיקות הגבלת התנהגות או ביטוי, אך אטען כי הבסיס המושגי-נורמטיבי של דוקטרינה זו הוא שגוי. במקרים רבים הפגיעה ברגשות מתווכת על ידי ערכים תרבותיים או דתיים המרכזיים לזהותו של הנפגע. הצער, הכעס או העלבון שחשים הנפגעים הם רק תוצאת לוואי של פגיעה בערכים מרכזיים בזהותם, אשר לא מתקיימת בכל המקרים שבהן מועלות טענות לפגיעה ברגשות. לשיטתי, במקרים אלו טענות על פגיעה ברגשות אינן מבקשות הגנה מפני גרימת רגשות כואבים ככאלה, אלא מבקשות להגן על זכותו של אדם לשלמות זהותו התרבותית.

כאשר בית המשפט שוקל טענות על פגיעה ברגשות עליו לבחון את עצמת הפגיעה בזהותו התרבותית או הדתית של האדם הנפגע ולא את עצמת הפגיעה ברגשותיו. אציע את עקרון פגיעות הזהות התרבותית שלפיו ככל שהמעמד החברתי של זהות תרבותית נתונה הוא נמוך יותר, כך הטענה על פגיעה בשלמות זהותו התרבותית חזקה יותר. עקרון פגיעות הזהות התרבותית הוא עיקרון חשוב. יש להביאו בחשבון כאשר טענות על פגיעה בזהות תרבותית מועלות על ידי מיעוט תרבותי או כלפיו. אולם אין זה עיקרון מכריע. יש לאזן אותו אל מול שיקולים אחרים.

- 1 ראו דני סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 133 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, 1998).
- 2 לחקיקה העוסקת בפגיעה ברגשות ראו ס' 172, 173, ו-214א לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ס' 1(1) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, לרבות ההסדר שבס' 7א לחוק זה. להצעה לבטל או לשנות חקיקה זו ראו מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן שמיר רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי – הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים (נייר עמדה מס' 38, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ספטמבר 2003).

ב. על רגשות, על ערכים, על זהות אישית ועל זהות תרבותית

טענות על פגיעה ברגשות נפוצות בישראל ובעולם כולו. לעתים מלוות טענות אלה בגילויי כעס, עלבון, תסכול ואלומות. גילויים כאלה התעוררו בשנת 2006 בעקבות פרסום קריקטורות המציגות את דמותו של הנביא מוחמד באופן נלעג, וקושרות בין אסלאם לטרור. בעקבות פרסום הקריקטורות בדנמרק ובאתרי אינטרנט בעולם כולו, נשמעו קריאות מצד גורמים מוסלמיים לאסור את המשך פרסומן בטענה שהן פוגעות ברגשותיהם הדתיים של מוסלמים. בנוסף, החלו הפגנות אלימות ברחבי העולם ואיומי מוות על הכותבים ועל ציירי הקריקטורות, ושגרירויות דנמרק הוצתו³. עשרים שנה קודם לכן, ב-1988, עורר הספר "פסוקי השטן" של סלמאן רושדי תגובות קיצוניות יותר בשל הדרך שבה הוא מציג את דמותו של הנביא מוחמד. בפברואר 1989 נאסר הספר לפרסום ולהפצה בכל מדינה מוסלמית, ומנהיג איראן, האייתוללה חומייני, פרסם פתווה⁴ הקוראת לרצח רושדי. חנויות ספרים באוניברסיטת קליפורניה בברקלי, שהציעו את הספר למכירה, הוצתו. ב-24 בפברואר נורו למוות 12 אנשים בהפגנה מול השגרירות הבריטית בבומביי, וב-1991 נדקר למוות מתרגם הספר ליפנית⁵.

בישראל התבקש בית המשפט העליון לצנזר, לאסור או להגביל ביטויים הפוגעים ברגשות. בחלק זה של המאמר אדון בשלוש פרשות. הראשונה בעניין בכרי⁶ שבה החליטה המועצה לביקורת סרטים לאסור את הקרנת סרטו של הבמאי הערבי-ישראלי מוחמד בכרי, שעסק בקרב שניהל צה"ל ב-2002 במחנה הפליטים ג'נין במסגרת מבצע "חומת מגן". הסרט כולל עדויות של פלסטינים שבהן נטען שצה"ל ביצע במחנה פשעי מלחמה חמורים, ובהם הריגה מכוונת של אזרחים ושימוש בטנקים ובנגמ"שים לשם דריסת אזרחים פצועים. המועצה טענה כי הסרט פוגע ברגשות הציבור העלול לחשוב בטעות, כי חיילי צה"ל מבצעים בשיטתיות ובמכוון פשעי מלחמה. בתגובה הגיש בכרי עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק בדרישה לבטל את החלטת המועצה. בג"ץ החליט לקבל את העתירה, לבטל

3 אסף אוני "מתפורצים מכעס" הארץ Online 12.1.2006 www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=669461 (נבדק לאחרונה ב-9.5.2011).

4 פסק הלכה אסלאמי, אשר פסק מופתי (חכם דת מוסלמי) על פי החוק האסלאמי (השריעה). ראו דפנה זראי "פתווה" חוסן (2007) 16400 (2007) ictlib.cet.ac.il/pages/printitem.asp?item=16400 (נבדק לאחרונה ב-9.5.2011).

5 יורם ברונובסקי "סלמן רושדי, שנה אחרי" הארץ 23.2.1990; 5; ג'רלד מרוזרטי "סלמן רושדי לא מצליח להתרגל" הארץ 9.11.1990 מוסף 10-11, 13-14.

6 בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003).

את החלטת המועצה לביקורת סרטים, ולהתיר את הקרנתו של הסרט בבתי הקולנוע בישראל.

בפרשה השנייה בעניין **משי זהב**⁷ התבקש בג"ץ לאסור את קיומו של מצעד הגאווה בירושלים בטענה כי קיום המצעד נוגד את אופייה היהודי של ירושלים ופוגע ברגשותיהם הדתיים של רבים מתושבי העיר, באופן המצדיק את העתקת מקום המצעד לעיר אחרת. בית המשפט דחה את הבקשה, והמצעד התקיים בירושלים במתכונת המתוכננת⁸.

בפרשה השלישית, בעניין **שינוי**⁹, התבקש בג"ץ לבטל את החלטת ועדת הבחירות המרכזית לפסול את תשדיר תעמולת הבחירות של המפלגה. בתשדיר נראים חרדים הנצמדים לרגליו של אדם חילוני בדרכו אל הקלפי. כאשר מושיט החילוני בקלפי את ידו אל עבר פתק הצבעה של אחת המפלגות הגדולות, החרדי הדבוק לרגלו מחייך. אז מחליט החילוני להצביע עבור מפלגת שינוי. לאחר ההצבעה מתפוגגים החרדים בעשן שחור המלווה בקולות נפץ. על רצפת החדר נותרת לבסוף רק מגבעת שחורה, המתפוגגת גם היא בעשן. ועדת הבחירות החליטה לפסול את התשדיר בטענה כי הוא בעל אופי סטראוטיפי המעורר קנוטציות אנטישמיות, משפיל את הציבור החרדי ופוגע ברגשות הציבור. בית המשפט דחה את העתירה והשאיר את החלטת פסילת התשדיר על כנה.

בארצות הברית ובאירופה התמקד הדיון בעניין הקריקטורות על הנביא מוחמד בחופש הביטוי ובגבולותיו. העמדה המשפטית השלטת בארצות הברית היא שפגיעה ברגשות כשלעצמה אינה מהווה עילה מספקת להגבלה של ביטוי. היטיב לתאר זאת המלומד רונלד דבורקין שבתגובה לטענה על פגיעה ברגשות מוסלמים דתיים בעקבות הקריקטורות על הנביא מוחמד, גרס כי בדמוקרטיה אין לשום אדם זכות כנגד פגיעה ברגשות¹⁰. מלומדים אמריקנים אחרים כמו קס סנסטיין (Cass Sunstein) טוענים כי אין להגביל ביטוי רק מאחר שהתוכן שלו מעליב או פוגע ברגשות של אנשים מסוימים. ניתן להגביל ביטוי רק כאשר מדובר בביטוי שנאה כלפי קבוצה אתנית, דתית או גזעית אשר עלול להוביל בסבירות

- 7 בג"ץ 8988/06 **משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים** (פורסם בנבו, 27.12.2006).
- 8 שתי עתירות דומות בנוגע למצעד הגאווה הובאו בפני בג"ץ גם בשנת 2007 וגם בשנת 2008. שתי העתירות נדחו, ושני מצעדי הגאווה התקיימו כמתוכנן. ראו בג"ץ 5467/07 **שטרנברג נ' מפקד מחוז ירושלים** (פורסם בנבו, 21.6.2007); בג"ץ 5317/08 **מרזל נ' מפקד מחוז ירושלים** (פורסם בנבו, 21.7.2008); צבי טריגר "בין ירושלים לאום אל פאחם: על מה שיש ועל מה שאין בפסיקת בג"ץ בעניין מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם" **המשפט** 27, 61, 64–66 (2009).
- 9 בג"ץ 2194/06 **מפלגת שינוי נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית** (פורסם בנבו, 28.06.2006).
- 10 Ronald Dworkin, *The Right to Ridicule*, N.Y. REV. BOOKS 44 (Mar. 23, 2006).

פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?

גבוהה לאלמות או להדרה של אותה קבוצה¹¹. עמדה זו קיבלה ביטוי בפסקי דין אמריקנים רבים¹². כך, למשל, החליט בית המשפט העליון בארצות הברית לאסור ביטויים רק כאשר הם כוללים מילים המעודדות אלימות (fighting words) או פרקטיקות כמו שרפת צלבי קרס אשר מרתיעות ומדירות מיעוטים גזעיים¹³.

הדוקטרינה בעניין פגיעה ברגשות בישראל שונה. בית המשפט העליון הכריז כי פגיעה ברגשות היא עילה מספקת להגבלה של ביטוי גם כאשר היא אינה מלווה בנזק נוסף של אלימות או פחד. אולם, על פי המבחן המשפטי המקובל, רק ביטויים חריגים ויוצאי דופן "אשר באופיים מזעזעים את אמות הספים של הסובלנות ההדדית"¹⁴ ושיש בהם סכנה קרובה לוודאי לפגיעה עמוקה, רצינית וקשה ברגשות הציבור יצדיקו את הגבלתו של חופש הביטוי.

השאלה היא מהו הבסיס הנורמטיבי לדוקטרינת ההגנה מפני פגיעה ברגשות? בביטוי "פגיעה ברגשות" מונח כי מושא ההגנה הוא רגשות בפני עצמם ומטרת ההגנה היא מניעת רגשות לא רצויים כמו עצב, כעס ועלבון¹⁵. אולם פגיעה ברגשות נבדלת מסוגי פגיעות אחרים. פגיעה ברגשות מתווכת, ברוב המקרים, על ידי ערכים. ג'ואל פיינברג משווה בין פגיעה ברגשות לבין מה שהוא מכנה "פגיעות בחושים" כגון חוש הריח או חוש השמיעה. כאשר מדובר בפגיעה בחושים עקב ריח לא נעים או רעש חזק, הפגיעה בדרך כלל אינה מתווכת על ידי ערכים שאתם מזדהה האדם הנפגע¹⁶. רוב כמעט מוחלט של אנשים יסכים כי ריח ביוב וקול מנסרות פוגעים באנשים המצויים בסביבתם. קונצנזוס זה אינו מבטא הסכמה או פשרה על ערכים שנויים במחלוקת. לעומת זאת, פגיעה ברגשות מתווכת לרוב

- CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH 155–158, 184–186 11
(1993).
- Skokie v. National Socialist Party, 373 N.E.2d 21 (Ill. 1978); National Socialist Party v. Skokie, 432 U.S. 43 (1977) 12
ראו למשל: National Socialist Party v. Skokie, 432 U.S. 43 (1977).
- Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 572 (1942); Street v. New York, 394 U.S. 13
576 (1969); Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971); R.A.V. v. City of St. Paul, 505
U.S. 377 (1992).
- בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 50 (1997). 14
- אסא כשר "פגיעה ברגשות וטובת הכלל" משפט וממשל ב 289, 292 (1994); סטטמן, לעיל 15
ה"ש 1, בעמ' 136.
- 2 JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: OFFENSE TO OTHERS 14–16 16
(1985); Anthony Ellis, *Offense and the Liberal Conception of the Law*, 13 PHIL. & PUB.
AFF. 3, 8 (1984).

על ידי ערכים (בדרך כלל על ידי ערכים שנויים במחלוקת). ערכים אלה מהווים חלק מזהותו של האדם הנפגע¹⁷.

בשלוש הפרשות המשפטיות שהזכרתי הערכים הנפגעים מהווים חלק מזהותו התרבותית של האדם שרגשותיו נפגעו. בעניין בכרי נטען כי הסרט "ג'נין, ג'נין" פגע בערכים של חיילי צה"ל אשר השתתפו במבצע "חומת מגן", של משפחותיהם ובמידה רבה גם בערכיהם של אנשים רבים המייחסים חשיבות עליונה לצה"ל ורואים בו צבא מוסרי שאינו פוגע באוכלוסייה אזרחית חפה מפשע. ערכים אלה מהווים חלק מזהותם התרבותית של הנפגעים בישראלים. בעניין משי זהב טענה הקהילה החרדית בירושלים (וקהילות דתיות אחרות) כי קיום מצעד גאוה בירושלים פוגע בערכים הדתיים שבהם היא מאמינה. גם במקרה זה ערכים אלה הם חלק מזהותם התרבותית של האנשים שרגשותיהם נפגעו. גם בפרשת שינוי הערכים הנפגעים היו חלק מזהותם התרבותית של חרדים המתוארים בתשדיר כטפילים ונצלנים. בגלל הקונוטציות האנטישמיות שהתשדיר עורר, ניתן אף לטעון שהוא פגע בערכים המהווים חלק מזהותם התרבותית היהודית.

זה המקום לעמוד על ההבחנה בין זהות אישית לזהות תרבותית. על פי ההגדרות שאני מאמצת, זהות אישית היא סך כל התכונות שיש לאדם אשר הופך אותו למי שהוא או למי שהיא. הכוונה היא למערך תכונות וערכים המרכיבים את הדרך שבה אדם תופס או מגדיר את עצמו¹⁸. זהות תרבותית, להבדיל, היא תת-מערכת בזהותו האישית של אדם. היא כוללת את מערך הערכים והתכונות של אדם שמקורם בקהילה התרבות שאליה הוא משתייך¹⁹. קהילה תרבותית מורכבת מאנשים אשר על אף מחלוקות שונות ביניהם, רואים עצמם מאוחדים תחת היסטוריה ותרבות משותפת ומקיימים דיאלוג או מאבק עם קהילות תרבותיות אחרות²⁰.

17 סטטמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 138–139. יש לציין כי לא בכל המקרים מתווכת פגיעה ברגשות על ידי ערכים. כך, למשל, רגשותיו של אדם הסופג עלבונות על רקע תכונות אישיות שלו כגון משקל או חזות חיצונית עלולים להיפגע (או ליתר דיוק – אדם כזה עשוי לסבול מתחושות רגשיות שליליות) מבלי שערך כלשהו משמש מתווך, לפחות לא באופן משמעותי ומובהק. MARYA SCHECHTMAN, THE CONSTITUTION OF SELVES 74 (1996); ERIC T. OLSON, *Personal Identity*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY § 1 (Edward N. Zalta ed., Winter 2008 ed.), plato.stanford.edu/archives/win2008/entries/identity-personal/ (לאחרונה ב-9.5.2011).

18 הגדרה זו מושפעת מכתובתו של צ'רלס טיילור על הקשר שבין זהות לתרבות: CHARLES TAYLOR, THE ETHICS OF AUTHENTICITY 34–37 (1991); CHARLES TAYLOR, SOURCES OF THE SELF: THE MAKING OF THE MODERN IDENTITY 28 (1989).

19 John Horton, *Liberalism, Multiculturalism and Toleration*, in LIBERALISM, MULTICULTURALISM AND TOLERATION 1, 2–3 (John Horton ed., 1993).

ביסוד המושג "זהות תרבותית" מונח מכנה משותף מסוים לקבוצה של אנשים המזוהה כקהילה תרבותית, אך ההנחה אינה שכל חברי הקבוצה מחזיקים מערך זהה של תכונות וערכים המרכיבים את זהותם התרבותית. אנשים המשתייכים לקהילה תרבותית חווים לעתים חוויות שונות של השתייכות לקהילה, וחלקם עשוי להתנגד לערכים הדומיננטיים באותה קהילה. יתרה מזאת, אדם יכול להשתייך לכמה קבוצות תרבותיות. קחו לדוגמה אישה שחורה, מוסלמית ולסבית. אישה כזו יכולה לתפוס את עצמה כבעלת ארבע זהויות תרבותיות שונות. במאמר זה, כשאשתמש בביטוי "זהות תרבותית" בנוגע לאדם או לקבוצת אנשים אתייחס רק לזהות התרבותית המוצגת על ידי הצד הטוען שרגשותיו נפגעו. כך, למשל, בפרשת **משי זהב** אתייחס לזהות תרבותית חרדית בהכללה, המניחה כי כל האנשים התופסים עצמם כבעלי זהות חרדית רואים ביחסים הומוסקסואליים ולסביים מנוגדים לערכי הדת היהודית²¹. כל זאת, אף שהקהילה התרבותית החרדית בירושלים ובישראל כולה כוללת תת־קהילות רבות של ציונים, לא ציונים, ספרדים, אשכנזים וכו'. אינני מתייחסת לחלוקה פנימית זו, מכיוון שאין לה ביטוי במסגרת הטענה הספציפית שהועלתה בפרשת **משי זהב** בנוגע לפגיעה ברגשות הנגרמת ליהודים חרדים בעקבות מצעד הגאווה.

מתיאור הפרשות המשפטיות שהזכרתי לעיל ומדבריהם של המלומדים ג'ון סטיוארט מיל וה.א. הארט בנוגע לפגיעה ברגשות ניתן להסיק שפעמים רבות המשפט לא מגן מפני פגיעה ברגשות כשלעצמה, אלא הוא מגן על ערכים המרכזיים לזהותו התרבותית של אדם. אף שגם מיל וגם הארט הסתייגו מהכרה בפגיעה ברגשות כעילה להתערבות המשפט וצמצמו את תחולתה, מדברי שניהם ניתן לשער שבמקרים שבהם יש הגנה מפני פגיעה ברגשות, מושא ההגנה הוא זהות תרבותית ולא רגשות בפני עצמם. כך, למשל, טען מיל שסלידתם של המוסלמים מנוצרים שאוכלים חזיר אינה נובעת מפגיעה בדת המוסלמית, מכיוון שמוסלמים אינם סולדים באותו אופן מנוצרים השותים יין. הוא סבר שרגש הסלידה מאכילת חזיר טבוע עמוק בנפשם של מוסלמים אשר הפנימו את רעיון הטומאה והערך השלילי שבו²². במילים אחרות, איסור אכילת החזיר יותר מרכזי בזהותם הדתית של מוסלמים מאשר איסור שתיית היין. הארט הסביר שהאיסור על ביגמיה באנגליה מכוון להגן על רגשותיהם הדתיים של האזרחים באנגליה מפני פגיעה בערכו של מוסד הנישואים

21 בצדק נטען בעניין מצעד הגאווה, כי הקבוצות החרדיות שהתנגדו לו לא ביקשו רק להגן על רגשותיהם הדתיים או על ערכים המרכזיים לזהותם התרבותית, אלא ביקשו גם להשתמש בעתירה לבג"ץ ככלי להשגת מטרות פוליטיות שונות. ראו טריגר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 76. אולם העובדה שחלק מהחרדים אכן השתמשו בטענה על פגיעה ברגשות ככלי פוליטי אינה מייתרת, לגופו של עניין, את הדיון בטענה המשפטית שהעלו בפני בג"ץ.

22 ג'ון סטיוארט מיל **על החירות** 154–155 (התש"ם). בדומה למוסלמים, רגש הסלידה מאכילת חזיר מתקיים גם אצל היהודים. ראו: DAPHNE BARAK-EREZ, OUTLAWED PIGS 15–41 (2007).

המונוגמי היקר להם²³. נראה אפוא שגם הארט הניח שמושא ההגנה הוא ערכים, ושערכים אלה מרכזיים בזהותם של אנשים. פיינברג מסביר שיש נוצרים שנפגעים כשהם רואים אנשים לובשים חולצות ועליהן איור של ישו תלוי על צלב המלווה בכתובת "החזק מעמד מותק" ("hang in there baby!"). זאת, לא משום שהם רואים אובייקט מעץ בצורת צלב, אלא בגלל הערך הדתי שיש לצלב ולישו בעיניהם²⁴. הצלב וישו מסמלים ערכים היקרים לנוצרים ומהווים חלק מזהותם התרבותית.

מאחר שטענות רבות על פגיעה ברגשות המגיעות לבתי המשפט הן למעשה בעיקר טענות על פגיעה בערכים תרבותיים, אציע לזנוח את הביטוי "טענות על פגיעה ברגשות" ולהחליפו בביטוי "טענות על פגיעה בזהות תרבותית". השאלה היא – האם פגיעה בזהות תרבותית מצדיקה את התערבות המשפט? על פי פיינברג, פגיעה היא תחושה לא נעימה. היא מצדיקה את התערבות המשפט כאשר היא נגרמת עקב הפרת זכות כלשהי של האדם הטוען לפגיעה²⁵. כך, למשל, מוזיקה רועשת במיוחד ששומע אדם אחד מפרה את זכותו של אדם אחר להתרכז בכתיבה או בקריאה. מהי הזכות הנפגעת במקרה של פגיעה בזהות תרבותית? הניתוח שהצגתי עד כה מוביל למסקנה כי הזכות הנפגעת היא זכותו של אדם לשלמות זהותו התרבותית. כידוע, זכויות אינן מוחלטות. כאשר זכותו של אדם לשלמות זהותו התרבותית נפגעת ומועלית טענה לפגיעה בזהות תרבותית, מתבקש בית המשפט לאזן בינה ובין זכויות או אינטרסים אחרים המועלים על ידי הצד הפוגע. לשם כך על בית המשפט להצטייד בכלים המאפשרים לו להעריך את עצמתן של טענות לפגיעה בזהות תרבותית.

אם מושא ההגנה הוא זהות תרבותית ולא רגשות, אין טעם לדבוק בעקרונות רגולטיביים השוקלים הגבלה של ביטויים פוגעים כשאלה גורמים להפרת הסדר הציבורי או "שלום הציבור". מבחן הסדר הציבורי, המקובל בבתי המשפט בישראל, הוא שגוי משלושה טעמים עיקריים. ראשית, הוא מניח שבמוקד הדיון נמצאים רגשות פגועים המביאים את הנפגעים לכעס ולאלימות. זאת, אף על פי שמושא ההגנה האמיתי הוא זהותם התרבותית של הנפגעים²⁶. שנית, שקילת טענות על פגיעה בזהות תרבותית במסגרת האינטרס על שמירת הסדר הציבורי או "שלום הציבור" מניחה שהציבור כולו נפגע מביטוי או מפעולה

23 ה.א. הארט חוק, חירות ומוסר 76 (אליה גילדין מתרגמת, מהדורה חדשה 2006).

24 פיינברג, לעיל ה"ש 16, בעמ' 16.

25 שם, בעמ' 2.

26 מאחר שרגשות ככאלה אינן מושא ההגנה, אין גם טעם להעריך את מידת הפגיעה ברגשות על ידי פסיכולוגים מומחים. להצעה כזו ראו: RAPHAEL COHEN-ALMAGOR, THE SCOPE OF TOLERANCE: STUDIES ON THE COST OF FREE EXPRESSION AND FREEDOM OF THE PRESS 77 (2006).

פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?

מסוימים²⁷, אולם לאמיתו של דבר, מדובר רק בקבוצה מסוימת של אנשים שהערכים הנפגעים מהווים חלק מזהותם התרבותית. שלישית, נראה שמבחן שמירת הסדר הציבורי מביא לתוצאות לא רצויות, מאחר שהוא מעודד את הצד הפגוע לנקוט אלימות והפרות סדר כדי שטענתו תישמע בבית המשפט²⁸.

מהו אפוא העיקרון הרגולטיבי הרצוי להערכת עצמתן של טענות לפגיעה בזהות תרבותית? האם על בית המשפט להכריע בין תפיסות העולם לבין הערכים המנוגדים של הצדדים למחלוקת? לדעתי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה. בתי המשפט יכולים להימנע מהכרעה בין תפיסות עולם לבין ערכים מנוגדים אם יאמצו את עקרון פגיעות הזהות התרבותית שאציע בפרק הבא.

ג. עקרון פגיעות הזהות התרבותית

על פי עקרון פגיעות הזהות, ככל שהמעמד החברתי של זהות תרבותית נתונה הוא נמוך יותר, כך הטענה על פגיעה בזהות התרבותית חזקה יותר. עקרון פגיעות הזהות הוא עיקרון השואף לאובייקטיביות. השאלה היא לא עד כמה חש האדם פגיעה בזהותו התרבותית, או אם הערכים המהווים חלק מזהותו התרבותית עדיפים מוסרית על ערכיו של האדם הפוגע. השאלה היא מהו המעמד החברתי של הזהות החברתית של האדם הנפגע. זהות תרבותית פגיעה היא זהות מודרת שהמזדהים אתה והמשתייכים לה סובלים מכך שערכיהם התרבותיים אינם מוכלים בחברה הרחבה יותר, ובשל כך הם בעלי מעמד אזרחי נמוך יותר. כלומר, ככל שהערכים המהווים חלק מזהותו התרבותית הם מקור ללעג ולבוז, וככל שאנשים המזדהים עם תרבות זו נתונים ליחס מפלה ומשפיל בחברה ככלל, כך הופכת הזהות התרבותית לפגיעה יותר. מעמד זה מקנה לה עדיפות בהגנה מפני פגיעה על פני זהויות תרבותיות אשר להן מעמד חברתי חזק יותר²⁹.

27 לפירוש כזה של מונח הסדר הציבורי ראו: George H. Dession & Harold D. Lasswell, *Public Order under Law: The Role of the Advisor-Draftsman in the Formation of Code or Constitution*, 65 YALE L.J. 174, 185–188 (1955).

28 כך, למשל, איימו העותרים בעניין **משי זהב**, לעיל ה"ש 7, כי מצעד גאוה בירושלים עלול לגרום מעשי אלימות ופגיעות בנפש, ולכן יש לאסרו. ראו טריגר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 63.

29 להרחבה בעניין הקשר שבין מעמדה החברתי של זהות תרבותית להכלה ומעמד אזרחי ראו: Meital Pinto, *What Are Offences to Feelings Really about? A New Regulative Principle for the Multicultural Era*, 30 OJLS 695, 704–707 (2010).

עקרון פגיעות הזהות התרבותית שומר על ניטרליות המדינה והמשפט, מאחר שהוא אינו תלוי בתפיסה מסוימת של החיים הטובים³⁰. הוא גם נמנע מבעיות אחרות שעלולות להיווצר בעקבות רגולציה של פגיעה ברגשות כגון אכיפת מוסר ועריצות הרוב³¹. כך, למשל, סובר מיל שבמדינה שיש בה רוב מוסלמי לא ניתן לאסור על נוצרים לאכול חזיר, מאחר שמדובר בהתערבות של מוסלמים בטעמים האישי של נוצרים, שאינו עניינם של מוסלמים. מיל מעלה את הדוגמה של אכילת חזיר במדינה שיש בה רוב מוסלמי כדי להמחיש את החשש המרכזי שלו מפני עריצות הרוב. רגולציה של פגיעה ברגשות עלולה לאפשר לקבוצת הרוב לטעון כי התנהגות המיעוט פוגעת ברגשותיה ועל ידי כך להגביל או לאסור אותה כך שתתאים לערכיה³².

עקרון פגיעות הזהות התרבותית שומר על עקרון הניטרליות ונמנע ממוסרנות משפטית, מאחר שאינו עושה שימוש בכלים משפטיים כדי לאסור או להגביל התנהגות של אינדיבידואלים רק משום שהם לא מוסריים בעיני אינדיבידואלים אחרים³³. כאשר המשפט מתערב בשל פגיעה בזהות התרבותית של אדם, הוא אינו מכריז על ערכים תרבותיים מסוימים כערכים חיוביים ועל ערכים תרבותיים אחרים כערכים שליליים. עקרון פגיעות הזהות אינו דורש מבתי המשפט להתעמק בערכים המהווים את תוכן הזהות התרבותית הנפגעת אל מול הערכים המהווים את תוכן הזהות התרבותית הפוגעת, להשוות ביניהם ולתעדף אותם. הערכים המהווים את תוכן הזהות התרבותית אינם מושא הדין המשפטי. זה מתרכז במעמד החברתי האובייקטיבי של זהות תרבותית בחברה ככלל ולא בתוכנם של ערכים. עקרון פגיעות הזהות אינו כופה ערכים, פרט לערך אחד המורה לנו לשמור על שלמות זהותם התרבותית של אנשים, בייחוד אם זהותם התרבותית פגיעה יותר מבחינה חברתית.

באופן מסורתי, זהויות תרבותיות פגיעות הן זהויות של תרבויות מיעוט. הערכים המהווים חלק מזהויות אלה בדרך כלל שנויים במחלוקת ומהווים מקור להתנגדות או ללעג ולבוז מצד חברי הרוב. אלה רואים בערכים המהווים חלק מזהותם התרבותית נורמה שלטת ובערכים המהווים חלק מתרבויות המיעוט יוצאי דופן ושנויים במחלוקת. קונפליקטים כאלה נוצרים בדרך כלל כאשר חברי המיעוט דבקים בערכיהם השנויים במחלוקת ומביאים אותם לידי ביטוי בספרה הציבורית. קונפליקטים אלו הופכים את הזהות התרבותית של חברי מיעוט לפגיעה יותר. מאחר שזהותם שנויה במחלוקת ומעוררת קונפליקטים, חברי

30. RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 353–354 (1985)

31. מיל, לעיל ה"ש 22, בעמ' 154–156.

32. שם, בעמ' 154–161; ראו גם סטטמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 141–142.

33. 4 JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARMLESS WRONGDOING 124–175 (1990).

פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?

מיעוט עלולים לאמץ את הזהות התרבותית של קבוצת הרוב בניגוד לרצונם, רק כדי להימנע מקונפליקטים ומהדרה. לעומת זאת, זהותם התרבותית של חברי תרבות הרוב חזקה ויציבה יותר. חברי הרוב אינם נאלצים להמיר את זהותם התרבותית בשביל למנוע קונפליקטים. זהותם התרבותית נהנית מהכרה ומקונצנזוס רחב.

סוציולוגים ופסיכולוגים הוכיחו התאמה בין המעמד החברתי של זהות תרבותית מסוימת לבין ההערכה העצמית של המזדהים אתה. נמצא כי ככל שזהות תרבותית שנויה במחלוקת ונתונה לביקורת, ללעג ולבוז, כך פוחתת ההערכה העצמית של החברים המזדהים אתה³⁴. נתונים אלה משכנעים בעיניי, אולם אין צורך לאמץ אותם כדי לבסס את עקרון פגיעות הזהות. המונח "זהות פגיעה" אינו מתייחס למצב נפשי או רגשי או להערכה העצמית של בני אדם כלפי זהותם התרבותית. הוא מתאר מצב חברתי או בייקטיבי נתון: מידת הקונצנזוס וההכלה של זהות תרבותית מסוימת בחברה ככלל. זהות תרבותית מסוימת היא פגיעה גם אם סובייקטיבית, חברים המזדהים אתה הם בעלי הערכה עצמית גבוהה מאוד ואינם מושפעים מהצורה שבה החברה ככלל תופסת את זהותם.

במילים אחרות, זהות פגיעה היא זהות תרבותית אשר לה מעמד חברתי נמוך מבחינת אזרחות ושייכות לחברה. בדרך כלל זהויות תרבותיות של קבוצות מיעוט יותר מודרות ושנויות במחלוקת. חלקן אף נתפסות באופן שלילי. מצב זה גורם לחברים בתרבויות מיעוט להיות פחות שייכים לחברה האזרחית שבה הם חיים, המזוהה עם הערכים הדומיננטיים של חברי קבוצת הרוב³⁵.

Erik Homburger Erikson, *The Problem of Ego Identity*, 4 J. AM. PSYCHOANALYTIC ASS'N 56 (1956); J.R. Porter & R.E. Washington, *Minority Identity and Self-Esteem*, 19 ANNU. REV. SOCIOLOG. 139 (1993); Jean S. Phinney, Gabriel Horenczyk, Karmela Liebkind & Paul Vedder, *Ethnic Identity, Immigration, and Well-Being: An International Perspective*, 57 J. SOC. ISSUES 493 (2001).
התאמה זו כשהם טוענים ששמירה על תרבויות מיעוט מחזקת את זהותם האישית של החברים בתרבויות אלה (Avishai Margalit & Joseph Raz, *National Self-Determination*, 87 J. PHIL. 439, 447, 449 (1990); Neil MacCormick, *Is Nationalism Philosophically Credible?*, in ISSUES OF SELF-DETERMINATION 8, 17 (William Twining ed., 1991); CHARLES TAYLOR, *PHILOSOPHICAL ARGUMENTS* 225, 226 (1995); JAMES TULLY, *STRANGE MULTIPLICITY: CONSTITUTIONALISM IN AN AGE OF DIVERSITY* 197-198 (1995).
מטבע הדברים, יש החולקים על קיומה של התאמה בין המעמד החברתי של זהות תרבותית לבין ההערכה העצמית של המזדהים אתה. Jeff Spinner-Halev & Elizabeth Theiss-Morse, *National Identity and Self-Esteem*, 1 PERSP. ON POL. 515 (2003).

Ayelet Shachar, *Whose Republic?: על אזרחות ושייכות בהקשר של קבוצות מיעוט ראו*: 13 GEO. IMMIGR. L.J. 233 (1999); BHIKHU PAREKH, *RETHINKING MULTICULTURALISM: CULTURAL DIVERSITY AND POLITICAL*

הכלל שעל פיו לחברים בקבוצות מיעוט תרבותיות יש זהות תרבותית פגיעה יותר אינו נכון בכל המקרים. ישנן קבוצות מיעוט תרבותיות שהזהות התרבותית שלהן פחות פגיעה או אינה פגיעה כלל. מידת הפגיעות של זהות תרבותית מסוימת משתנה בהתאם לפרמטרים חברתיים-כלכליים, שמטבע הדברים הם דינמיים ומשתנים מעת לעת. הפרמטר הראשון שיש לבחון הוא מידת ההשתלבות של חברי קבוצה תרבותית מסוימת בחיים הפוליטיים והכלכליים של החברה ככלל. ככל שלחברים בתרבות מסוימת יש יותר ייצוג בחיים הפוליטיים והכלכליים, כך זהותם התרבותית פגיעה פחות. הפרמטר השני שיש להביא בחשבון הוא אחוזי התעסוקה והאבטלה של החברים המזוהים עם קבוצת המיעוט, נוסף על מידת הצלחתם בחינוך. הפרמטר השלישי הוא אופן הייצוג שמקבלת הזהות התרבותית בתקשורת ומידת האלימות כלפי המזדהים עמה. ייצוג שלילי ואלימות תכופה הם בדרך כלל אינדיקציה לפגיעות. פרמטרים אלו אינם מהווים רשימה סגורה, אלא הם רק דוגמה לסוג הגורמים שיש להביא בחשבון כאשר מנסים לאמוד את מידת הפגיעות של קבוצה מסוימת.

הפרמטרים שמנתי מצביעים על מידת הפגיעות החברתית של חברי קבוצת מיעוט, מכיוון שהם מעידים על המעמד האזרחי של זהות תרבותית מסוימת ועל מידת השייכות של חברי המיעוט המזדהים אתה לחברה – היינו, על מידת ההכלה או ההדרה של זהות תרבותית מסוימת בחברה. כל פרמטר אחר שבודק את מידת השייכות של חברי המיעוט לחברה יכול להימנות עם פרמטרים אלו. כך, למשל, ניתן להיעזר בסקרים המודדים את רגשות חברי קבוצת הרוב כלפי חברי קבוצת המיעוט: האם חברי קבוצת הרוב רואים בחברי קבוצת המיעוט אזרחים שווי מעמד? האם היו רוצים למצוא אותם בחברתם הקרובה? לגור בשכונת אליהם וכולי.

תשומת לב מיוחדת צריכה להינתן בהקשר זה לקבוצות מיעוט בתוך המיעוט – היינו, לחברי קבוצת מיעוט הנמצאים במצב פגיע יותר מרוב חברי המיעוט כגון נשים, הומואים ולסביות, המבקשים לשנות את תרבות המיעוט שלהם מבפנים או את הזכות לצאת מתרבותם לצמיתות³⁶. המעמד האזרחי של חברי קבוצות מיעוט בתוך המיעוט הוא בדרך

THEORY 196, 224, 237 (2nd ed. 2006); GERSHON SHAFIR & YOAV PELED, BEING ISRAELI: THE DYNAMICS OF MULTIPLE CITIZENSHIP 22–23, 125–135 (2002); Leti Volpp, *Divesting Citizenship: On Asian American History and the Loss of Citizenship Through Marriage*, 53 UCLA L. REV. 405, 480–481 (2005); Linda Bosniak, *Varieties of Citizenship*, 75 FORDHAM L. REV. 2449 (2007).

36 על זיהוי חברי מיעוטים חלשים כקבוצות מיעוט בתוך מיעוט ראו: Leslie Green, *Internal Minorities and their Rights*, in THE RIGHTS OF MINORITY CULTURES 256 (Will Kymlicka ed., 1995); Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev, *Introduction*, in MINORITIES WITHIN

פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?

כלל נמוך מאוד. זאת, מאחר שזהותם התרבותית מודרת במידה רבה גם מתוך החברה הכללית וגם מתוך קבוצת המיעוט שאליה הם משתייכים. על כן, על פי עקרון פגיעות הזהות התרבותית, יש לתת לקבוצות מיעוט בתוך מיעוט את העדיפות הגבוהה ביותר בהגנה מפני פגיעה.

ד. ביטויים של עקרון פגיעות הזהות בפסיקה הישראלית

עקרון פגיעות הזהות מהדהד בטענות על פגיעה ברגשות שעלו בפסקי דין שונים. בעניין נטו³⁷ ביקשה העותרת, חברה המשווקת מוצרי מזון, לבטל את החלטת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו להפסיק את שידורי הפרסומת שלה למוצר "מג'יק נודלס": "בפרסומת נראה [...] השחקן צחי נוי, כשהוא מנסה להניח ידו על כתפה של אישה תאילנדית. האישה אינה נענית לו ומכה אותו אפיים ארצה. הגבר שואל [...]: 'מה עשיתי?' אז נשמע קול קריינית, האומרת: 'תירגע, נוד'לה, לא כל תאילנדית חמה ומוכנה בתוך ארבע דקות, אבל מג'יק נודלס כן'³⁸. הרשות החליטה להפסיק את התשדיר מכיוון שלטענתה, האמירות הכלולות בפרסומות מבזות נשים תאילנדיות ומשפילות אותן על רקע שיוכן הקבוצתי, ומכיוון שהפרסומת פוגעת ברגשות הציבור, מגלה הפליה, אלימות ורמיזות מיניות בולטות. הרשות הדגישה כי הפרסומת משרתת מסר פוגע בקבוצת הנשים התאילנדיות, שהיא קבוצת מיעוט חלשה מקרב ציבור העובדות הזרות בארץ³⁹.

הנשיא ברק דחה את טענות הרשות וקיבל את העתירה. הוא קבע כי קשה לראות בפרסומת פגיעה חמורה ומשמעותית ברגשות הציבור. עם זאת, אף שהנשיא ברק דוחה את הטענות על פגיעה ברגשות, הוא אינו דוחה את האפשרות להעלות טענה בדבר ציבור מוחלש שפגיעה בו הופכת לקשה יותר. הוא רק מציין שבמקרה זה "מדובר בפרסומת היתולית, שהקשר ההומוריסטי שלה ניכר לכל אורכה" ולכן החשש "מפני הסתה להפליה או להטרדה מינית נגד נשים תאילנדיות" נראה מרחיק לכת⁴⁰. יכול להיות שבמקרה של פרסומת בוטה יותר ופחות הומוריסטית, היה נותן בית המשפט משקל רב יותר לטענה על ציבור מוחלש.

MINORITIES: EQUALITY, RIGHTS AND DIVERSITY 1 (Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev eds., 2005).

37 בג"ץ 226/04 נטו מ.ע. סחר מזון בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נט(1) 519 (2004).

38 שם, בעמ' 522.

39 שם, בעמ' 523–524.

40 שם, בעמ' 527–528.

דוגמה שנייה למקרה מיעוט מול רוב הוא פרשת שינוי, שבה התבקש בג"ץ לבטל את החלטת ועדת הבחירות המרכזית לפסול את תשדיר תעמולת הבחירות של המפלגה. ועדת הבחירות החליטה לפסול את התשדיר מאחר שמצאה כי אופיו הסטראוטיפי והמבזה כלפי הציבור החרדי בישראל פוגע ברגשות הציבור. בג"ץ כאמור דחה את העתירה והשאיר את ההחלטה לפסול את התשדיר על כנה. הנשיא ברק נימק את דחיית העתירה בכך שהתשדיר מתאר את היהודי החרדי באופן מבזה ומשפיל, הפוגע בכבודם של יהודים חרדים. לדעת הנשיא ברק, תיאור פוגעני זה עובר את רמת הסיבולת הדרושה בחברה דמוקרטית⁴¹. פסק דינו של הנשיא מתמקד אפוא בתוכן הביטוי ובקיצוניות שלו. יש לשער כי היה מקבל את העתירה במקרה של ביטוי פחות קיצוני נגד הציבור החרדי שאין בו רמיזות אנטישמיות קשות.

השופט ריבלין מסכים עם פסק דינו של הנשיא, אך נימוקיו שונים. הם מתמקדים יותר באופיו של הציבור החרדי שרגשותיו נפגעו, ופחות באופיו של תוכן הביטוי הפוגע. ריבלין מסב את תשומת לבנו לכך שהתשדיר מכוון לפגוע בבני קבוצה מסוימת על רקע השתייכותם הקבוצתית – הציבור החרדי, שאותו הוא מכנה "קבוצת מיעוט מוחלשת"⁴². הנזק מביטוי פוגע מועצם כאשר הביטוי פוגע בקבוצת מיעוט מוחלשת. השופט ריבלין מציין את העמדה שלפיה ביטוי מכליל ומשפיל המופנה כלפי קבוצת מיעוט מוחלשת פוגע בערך השוויון, מאחר שהוא תורם להשרשת ההיררכיה הקיימת בחברה ולחזוקה. ביטויים אלה מעלים את הצורך ב"העדפה מתקנת" בגרדי חופש הביטוי, המגבילה ביטויי משטמה שבכוחם לשרש סטראוטיפים ולפגוע בשוויון⁴³. השופט ריבלין מביע הזדהות עם עמדה זו ומסכם כי הנזק שהתשדיר גורם אינו מתמצה בנזק לרגשותיהם של יהודים חרדים. יש להביא בחשבון גם את הנזק של ביזוי יהודים חרדים והשפלתם על רקע השתייכותם הקבוצתית⁴⁴.

דבריו של השופט ריבלין בנוגע לקבוצות מיעוט מוחלשות מזכירים את עקרון פגיעות הזהות התרבותית שעליו עמדתו בהרחבה במאמר זה. דבריו מצביעים על הנזק המועצם בביטויים הפוגעים בקבוצות מיעוט מוחלשות. השופט ריבלין אינו מתכוון לקבוצות מוחלשות מבחינה רגשית, כי אם לקבוצות שמעמדן החברתי חלש יותר ממעמדן של קבוצות אחרות; קבוצות שהערכים המהווים את זהותן התרבותית שנויים מאוד במחלוקת, ועל כן מודרים במידה מסוימת מן הספירה הציבורית. הדרתם נגרמת, בין היתר, על ידי

41 עניין שינוי, לעיל ה"ש 9, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק.

42 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט ריבלין.

43 שם.

44 שם, פס' 6 ו-8 לפסק דינו של השופט ריבלין.

פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?

ביטויים משפיליים ופוגעים מצד חברי קבוצות שונות. לכן, פגיעה בזהות התרבותית שלהן היא חזקה יותר, גורם המחזק את טענתן על פגיעה בזהותן התרבותית. במקרים כאלה, טענות על פגיעה בזהות תרבותית מצד המיעוט עלולות לגבור על טענות לחופש הביטוי של הרוב. זה היה המקרה בעניין שינוי, כפי שהדגיש זאת השופט ריבלין.

עמדת השופט ריבלין בנוגע לקבוצות מיעוט מוחלשות, כמו גם עקרון פגיעות הזהות שאני מציעה, עומדים בסתירה לנימוקים מסוימים שנתן בעבר בית המשפט העליון בנוגע ליחס שבין קבוצות מיעוט לרוב במקרים של טענות על פגיעה ברגשות. בעניין Universal City Studios⁴⁵ ביקשו העותרים לבטל את החלטת המועצה לביקורת סרטים ומחזות לאסור את הקרנת הסרט "הפיתוי האחרון של ישו" בישראל מאחר שהוא פוגע ברגשות הציבור הנוצרי. הסרט, המתאר את חייו של ישו, משלב יסודות של האנשת דמותו של ישו השונים מהתפיסה המקובלת בעיני המאמינים בתורת הנצרות. בקטע ארוטי אחד, אשר עליו הצביעו שוללי הקרנת הסרט באופן מיוחד, מובא תיאורם של ניסיונות פיתוי של ישו על ידי השטן, והוא גם זה שהעניק לסרט את שמו. הנשיא שמגר החליט לקבל את העתירה. בין השאר, ציין הנשיא שמגר כי אין זה הגיוני לאסור את הקרנתו של סרט מאחר שהוא כביכול פוגע בציבור הנוצרי בישראל כאשר הוא מוצג ללא שום מגבלה בארצות נוצריות כגון איטליה, ספרד, גרמניה וצרפת⁴⁶.

היחסים בין המיעוט הנוצרי לרוב היהודי בישראל ועקרון פגיעות הזהות התרבותית אמנם פחות רלוונטיים במקרה זה, שכן המסר של הסרט לא היה מסר חברתי שלילי כמו במקרה של הקריקטורות על הנביא מוחמד, או תשדיר השירות של שינוי, שתיארו קבוצת מיעוט תרבותית שלמה במונחים שליליים. אולם לא ניתן לדעתי, לקבוע בנחרצות כזאת כי בית המשפט לעולם יתיר את הצגתו של כל סרט הפוגע בקבוצה תרבותית מסוימת כאשר הוא מוצג לראווה במדינות אחרות בעולם שבו יש רוב לאותה קבוצה תרבותית.

באותו אופן לא שקל בית המשפט את מערכת היחסים בין רוב למיעוט בפסק הדין בעניין סולודקין⁴⁷. בעניין זה ביקשו העותרים לבטל את חוקי העזר של עיריית בית שמש, כרמיאל וטבריה, האוסרים מכירת חזיר בתחומן, מאחר שהם פוגעים בחופש העיסוק של העוסקים במכירת בשר חזיר בתחומי אותן עיריות, וכן בחופש המצפון והדת של מי שצורכים מוצרים אלו. אחת מהתכליות שלשמן חוקקו את התקנות הייתה הרצון להגן על רגשותיהם הדתיים והלאומיים של יהודים הרואים בחזיר סמל של טומאה, רדיפת יהודים

45 בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989).

46 שם, בעמ' 32. ראו גם את דברי השופט ברק, שם, בעמ' 39.

47 בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004).

ושנאת ישראל⁴⁸. לטענת העותרים, ניתן להסתפק באיסור מכירת בשר חזיר באזורי מגורים דתיים וחרדיים, שם עלול הדבר לגרום לפגיעה ברגשות הציבור הדתי. בית המשפט החליט לקבל את העתירה. הנשיא ברק המחיש את נימוקיו על ידי הדוגמה הבאה. הנשיא ברק מבקש שנעמיד לנגד עינינו דוגמה היפותטית של מועצה מקומית, אשר בתחומה שלושה כפרים. כפר א' מורכב מתושבים שרגשותיהם הדתיים והלאומיים ייפגעו אם יהיה ניתן למכור בכפרם בשר חזיר ומוצריו. מצויים בכפר זה כמה תושבים שלא ייפגעו מכך, אך מספרם מזערי. כפר ב' מורכב מתושבים שכל כולם – למעט מספר מזערי של תושבים מתנגדים – מבקשים לרכוש בשר חזיר ומוצריו או אינם מתנגדים לכך. כפר ג' מורכב מתושבים משני הסוגים בלא אפשרות של הפרדה טריטוריאלית ביניהם⁴⁹. לגבי כפר א' מציין הנשיא ברק שמאחר שהוא מורכב כולו (פרט למיעוט מזערי) מתושבים המתנגדים מטעמים דתיים ולאומיים למכירת בשר חזיר ומוצריו, ניתן לאסור מכירתו של בשר חזיר ומוצריו⁵⁰. לגבי כפר ב' קובע הנשיא ברק כי לאור מספרם הזניח של תושבים המבקשים לאסור מכירת בשר חזיר, אין זה מוצדק לפגוע בזכויותיהם של הרוב המכריע בשל התחשבות ברגשותיהם של חברי מיעוט זניח⁵¹.

יישום עקרון פגיעות הזהות התרבותית שאני מציעה היה אולי מוביל לתוצאה אחרת, הנותנת משקל רב יותר לטענה על פגיעה בזהותו התרבותית של המיעוט הדתי שבכפר ב'. פסק דינו של הנשיא ברק מתחשב בפגיעה בזהותם התרבותית של יהודים דתיים רק כאשר הם מהווים רוב באזור מסוים, כמו בדוגמה של כפר א'. אולם בכפר כגון כפר א', שבו הרוב המוחלט של התושבים הם יהודים דתיים הנמנעים מאכילת חזיר, לא עולה הצורך ברגולציה של מכירת חזיר. הסבירות היא שבכפר כזה לא יהיו צרכנים שיקנו חזיר ועל כן לא יוקמו שם חנויות לממכר חזיר מלכתחילה בשל אי-כדאיות כלכלית⁵². בנוסף, ראוי לציין שפסק הדין בעניין **סולודקין**, הנותן עדיפות לפגיעה בזהותם התרבותית של חברי הרוב יעודד הפרדה בין יהודים דתיים ובין יהודים חילוניים, שיעדיפו לגור באזורים שבו הם מהווים את רוב תושבי המקום כדי להבטיח הגנה על זהותם התרבותית⁵³.

ה. על עקרון פגיעות הזהות וסובלנות

48 שם, בעמ' 608–609.

49 שם, בעמ' 613.

50 שם, בעמ' 615.

51 שם, בעמ' 615–616.

52 ברק-ארז, לעיל ה"ש 22, בעמ' 100.

53 שם, בעמ' 114.

פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?

עד כה הצגתי את עקרון פגיעות הזהות, וטענתי כי זהו העיקרון הרגולטיבי שרצוי שישימש בהתמודדות עם טענות על פגיעה בזהות תרבותית. כעת אטען כי ההצדקה לעקרון פגיעות הזהות נעוצה בערך הסובלנות⁵⁴. סובלנות מניחה שיש התנגדות, חילוקי דעות או סלידה של הסובל מביטוייו, ממעשיו או מערכיו של הנסבל⁵⁵. סובלנות בדרך כלל מובנת כחירותו של אדם לפעול ולהתבטא אף על פי שאחרים מתנגדים לאותה התנהגות או לאותו ביטוי, חולקים עליהם או סולדים מהם⁵⁶.

הליברליזם הניטרלי, שבו אני מצדדת, מסביר סובלנות במונחים של שוויון בין תפיסות שונות של החיים הטובים בחברה. הוא מניח שאנשים דבקים בערכים שונים ומחזיקים בתפיסות עולם שונות או מנוגדות, שעלולות לגרום לקונפליקטים. על פי הליברליזם הניטרלי, מדינה צודקת היא מדינה ניטרלית שלא מפלה בין ערכים ובין תפיסות שונות. ניטרליות זו מתבטאת בכך שהמדינה אינה תומכת בערכים מסוימים או באורח חיים מסוים ואינה מתנגדת להם. כך מובטחת לכל האנשים הזדמנות שווה לדבוק בערכים ובאורח החיים שהם מזדהים אתם⁵⁷. ליברליזם ניטרלי נתפס כמנוגד לליברליזם שלמותני (מקיף) או פרפקציוניסטי. יוסף רוז, התומך בליברליזם פרפקציוניסטי טוען שמוסדות פוליטיים לא צריכים להיות מחויבים לניטרליות. עליהם לקדם את תפיסת העולם הליברלית. על פי רוז, הערך החשוב ביותר שמוסדות פוליטיים צריכים לתמוך בו ולקדם הוא אוטונומיה⁵⁸. תפיסת הסובלנות של הליברליזם הניטרלי מתחלקת לתפיסה הדוגלת בשוויון הזדמנויות של כל האנשים להחזיק בערכים ובתפיסות עולם שונות ומנוגדות, לבין תפיסה הדוגלת בשוויון בתוצאות, המבקשת לנקוט אמצעים כדי להבטיח ייצוג שוויוני לתפיסות עולם שונות בחברה. תפיסת הסובלנות כשוויון בתוצאות התפתחה כביקורת על תפיסת הסובלנות

- 54 הטיעון המבסס את עקרון פגיעות הזהות התרבותית על ערך הסובלנות מובא כאן בקצרה. להרחבה בעניין זה ראו Pinto, לעיל ה"ש 29, בעמ' 713–717.
- 55 אבי שגיא "הדת היהודית: סובלנות ואפשרות הפלורליזם" עיון מד 175, 176–177 (1995); ירמיהו יובל "סובלנות כחסד וכזכות" עיון מה 482, 485–486 (1996).
- 56 Horton, לעיל ה"ש 20, בעמ' 3; Martha Minow, *Tolerance in an Age of Terror*, 16 S. CAL. INTERDISC. L.J. 453, 456 (2007).
- 57 על הליברליזם הניטרלי ראו: DWORKIN, לעיל ה"ש 30, בעמ' 191; JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* 212 (1971); BRUCE A. ACKERMAN, *SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE* 10–12 (1980); MARTHA C. NUSSBAUM, *LIBERTY OF CONSCIENCE: IN DEFENSE OF AMERICA'S TRADITION OF RELIGIOUS EQUALITY* 11–13, 22–25 (2008); ראו גם יובל לבנת "פרט וקהילה: ביקורת קומוניטריאנית על בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון" *משפטים* לא 219, 227–225 (2000).
- 58 JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 407–417 (1986); ראו גם משה כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בכת"י-הספר החרדיים" *משפט וממשל* יא 367, 382–380 (2008).

כשוויון בהזדמנויות. אנה גלאוטי, המצדדת בתפיסת הסובלנות כשוויון בתוצאות, טוענת שסובלנות ליברלית-ניטרלית של שוויון הזדמנויות אינה מצליחה להתגבר על בעיות אי-השוויון האמיתיות הקיימות בחברה. גלאוטי מצביעה על כך שמעשית, קבוצות הרוב הרבה יותר דומיננטיות בספרה הציבורית. לכן, קבוצות מיעוט תרבותיות רבות אינן מצליחות להתחרות בקבוצות הרוב וכמעט שאינן זוכות לייצוג בספרה הציבורית.⁵⁹

גלאוטי טוענת שכדי לתקן עוול זה עלינו להבין את המושג סובלנות לא רק כערך המאפשר את חירותם השלילית של אנשים לתת ביטוי לזהותם התרבותית השונה, אלא גם כערך המחייב פעולות חיוביות מצד המדינה להכרה חיובית בזהויות תרבותיות השונות מתרבות הרוב.⁶⁰ לדעת גלאוטי, תביעות לסובלנות הן פעמים רבות בעצם תביעות להכרה ולהכלה, כלומר – תביעות להכרה סמלית ולהכלה של תרבויות מיעוטים במרחב הציבורי, שממנו הן בדרך כלל מודרות. לכן סובלנות צריכה להביא ליותר ייצוג והכלה של תרבויות מיעוט אם אנו רוצים לשאוף לשוויון ואף לגרום לשינוי של ממש ברוח זו.⁶¹ תפיסת הסובלנות של גלאוטי נובעת מתפיסה רחבה של מושג האזרחות ושייכות בחברה. הרעיון הוא שאם המדינה תנקוט פעולות חיוביות של הכרה בתרבויות מיעוט, שיעודדו את הנוכחות שלהן בספרה הציבורית, המעמד האזרחי של זהויות מיעוט תרבותיות יעלה יחד עם מידת השייכות של החברים בקבוצות מיעוט לחברה ככלל.

גלאוטי טוענת שהפגנת סובלנות כלפי חברי מיעוט תרבותי והכרה בהם אינה מתמצה בקבלה פומבית ועידוד הנוכחות של זהותם התרבותית בספרה הציבורית. סובלנות כוללת גם איסור או הגבלה של ביטויי שנאה נגד חברי מיעוט אשר גורמים להדרה ומרחיקים את זהותם התרבותית מהספרה הציבורית.⁶² גלאוטי מתייחסת לביטויי נאצה ושנאה כלפי מיעוטים גזעיים וטוענת שהם גורמים להדרת זהויות תרבותיות של מיעוטים גזעיים, ולכן ההצדקה להגבלה משפטית של ביטויים כאלה נעוצה בסובלנות ובהכרה.⁶³ גלאוטי מציינת שהדוגמה של ביטויי שנאה גזעניים ממחישה את הצורך להגביל ביטויים כחלק מתפיסה של סובלנות כהכרה בזולת, מאחר שרוב מכריע של אנשים בעולם המערבי משוכנע שגזענות היא תופעה שלילית מבחינה מוסרית.⁶⁴ עמדתה של גלאוטי בנוגע לאיסור או הגבלה של ביטויים הפוגעים במיעוטים אך אינם מהווים ביטויי שנאה גזעניים, אינה ברורה. היא לא מציעה הבחנה בין ביטויים פוגעים הראויים לרגולציה לבין כאלה שאינם ראויים

.ANNA ELISABETTA GALEOTTI, TOLERATION AS RECOGNITION 59 (2002) 59

שם, בעמ' 66–67. 60

שם, בעמ' 114. 61

שם, בעמ' 109, 110–112, 116, 137–138. 62

שם, בעמ' 155–160. 63

שם, בעמ' 139. 64

פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?

לה. לשיטתי, מאחר שלא רק ביטויי שנאה גזעניים פוגעים באנשים בעלי זהויות תרבותיות פגיעות וגורמים להדרתם מהספרה הציבורית, ניתן להצדיק גם הגבלה של ביטויים מסוג אחר על ידי אותו רציונל של סובלנות והכרה⁶⁵. לכן סובלנות מצדיקה את עקרון פגיעות הזהות המאפשר רגולציה של ביטויים פוגעים במקרים שבהם הנפגעים הם בעלי זהות תרבותית פגיעה.

כעת אציג שני סייגים לרגולציה של ביטויים הפוגעים בזהות תרבותית. לא כל טענה לפגיעה בזהות תרבותית ראויה להישקל או להילקח בחשבון. ישנם ביטויים אשר הפוטנציאל שלהם לפגיעה הוא מזערי ועל כן הצידוק להגבלתם אינו משכנע. זהותם התרבותית של אנשים צפויה להיפגע מביטויים מסוימים רק כאשר יש להם השפעה על המעמד החברתי של זהויות תרבותיות מסוימות. השפעה כזו מושגת רק כאשר לביטויים הפוגעים יש קהל וחד. כך, למשל, לדעתי, אין טעם לשקול הגבלת ביטויים אשר מוגבלים לספרה הפרטית ואינם משפיעים על הספרה הציבורית.

ו. התנגדויות אפשריות לעקרון פגיעות הזהות התרבותית

לאחר שהצגתי את עקרון פגיעות הזהות ואת ערך הסובלנות המצדיק אותו, אדון בהתנגדויות אפשריות לעיקרון זה. טיעון שעלול לעלות כנגד עקרון פגיעות הזהות התרבותית הוא שהוא פוגע בעקרון השוויון. דבורקין המחיש טיעון זה כשהבחין בין העדפות פנימיות של אנשים, הנוגעות ישירות לאורח חייהם, לבין העדפות חיצוניות, הנוגעות לאורח חייהם של אנשים אחרים. הומוסקסואל שמבקש להתיר משכב זכר מביע את העדפתו הפנימית. לעומת זאת, הטרנסקסואל שמבקש לאסור משכב זכר מביע את העדפתו החיצונית, שכן מגע מיני בין הומוסקסואלים אינו נוגע ישירות לחייו. דבורקין טוען שאין להתחשב בהעדפות חיצוניות של אנשים שכן אלה מפרות את עקרון השוויון. אם מדיניות של איסור מגע מיני בין גברים מתבססת על העדפותיהם החיצוניות של הטרנסקסואלים הרואים באקטים הומוסקסואליים התנהגות לא מוסרית, הרי שהיא מתבססת על עמדה שלפיה הומוסקסואלים נחותים מבחינה מוסרית. על כן, כך טוען

65 גם בית המשפט העליון ציין לא אחת כי פגיעה ברגשות היא אנטי-זהו של סובלנות, המצדיקה במקרים מסוימים הגבלה או איסור של ביטויים פוגעים. ראו, למשל, דברי השופט לנדוי בבג"ץ 351/72 קינן נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד כו(2) 811, 814 (1972); הנשיא שמגר בעניין Universal City Studios Inc, לעיל ה"ש 45, בעמ' 30; ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289, 307-308 (1998).

דבורקין, מדיניות כזו מתייחסת להומוסקסואלים כשווים פחות מהטרנסקסואלים⁶⁶. על פי ההבחנה של דבורקין, עקרון פגיעות הזהות התרבותית שוקל את העדפויות החיצוניות של אנשים, ומעריך את הפגיעה הנגרמת לזהותו התרבותית של אדם אחד על ידי ביטוי או מעשה של אדם אחר אשר אינם נוגעים ישירות לחייו של הנפגע.

אאמץ את תשובתו של הארט לדבורקין כדי לסתור את הטענה שעקרון פגיעות הזהות מביא בחשבון העדפות חיצוניות ובכך סותר את עקרון השוויון. הארט טוען שהבעיה היא לא בהעדפות חיצוניות כשלעצמן, אלא בעובדה שהומוסקסואלים מהווים מיעוט, ועל כן מדיניות אשר מבוססת על שקילת העדפויות של כל האזרחים כמעט תמיד תהיה לטובת הרוב ההטרנסקסואלי. כך, למשל, אילו העדפתם החיצונית של הטרנסקסואלים הייתה בעד מגע מיני בין גברים, לא היה ניתן לטעון ששקילתה מפרה את עקרון השוויון. כלומר, הבעיה היא לא בהעדפות חיצוניות כשלעצמן, אלא בנטייה לאמץ מדיניות מסוימת משיקולים שרירותיים המבוססים רק על היתרון המספרי של חברי הרוב לעומת החיסרון המספרי של חברי המיעוט⁶⁷. הגם שעקרון פגיעות הזהות מביא בחשבון העדפות חיצוניות, הוא אינו עיקרון תועלתני, ולכן הוא אינו מאפשר תוצאות שרירותיות המפרות את עקרון השוויון. על פי עקרון הזהות התרבותית הפגיעה, טענות לפגיעה ברגשות של חברי הרוב אינן מקבלות משקל רב יותר מטענותיהם של בני המיעוט. נהפוך הוא, טענות לפגיעה ברגשות מצד חברי הרוב מקבלות משקל נמוך יחסית, בגלל החוזק היחסי של זהותם התרבותית. זאת, בניגוד לטענות לפגיעה ברגשות מצד חברי המיעוט, המקבלות משקל גבוה יחסית בגלל הפגיעות היחסית של זהותם התרבותית. מכיוון שעקרון הזהות התרבותית אינו נותן עדיפות להעדפות של חברי קבוצת הרוב, הוא מאפשר לבתי המשפט להימנע מהתוצאה שממנה פחד מיל – אכיפת הערכים המוסריים של קבוצת הרוב על קבוצות מיעוט, המביאה לעריצות הרוב על המיעוט. על כן עקרון פגיעות הזהות מנוגד לתאוריות של מוסרנות משפטית המבקשות לאכוף את ערכי המוסר של הרוב באמצעות המשפט⁶⁸. התנגדות נוספת נוגעת לגבולות תפיסת הסובלנות הליברלית-ניטרלית שעליה נשען עקרון פגיעות הזהות התרבותית. הטיעון הנפוץ בהקשר זה הוא כי יש גבולות לסובלנות הליברלית-ניטרלית וכי אין לסבול כל תפיסת עולם ואורח חיים. לא כל הערכים שווי ערך. כך למשל מזהיר פיינברג מפני הכרה בטענות על פגיעה ברגשות הנגרמת מפגיעה בערכים בלתי-מוסריים. פיינברג מציג כדוגמה טענות על פגיעה ברגשות מצד גזענים הטוענים שרגשותיהם נפגעים כשהם רואים זוג אוהבים מעורב (שאינו שייך לאותו גזע) ברחוב.

66. RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 275–276 (1977).

67. H.L.A. Hart, *Between Utility and Rights*, 79 COLUM. L. REV. 828, 843 (1979).

68. PATRICK DEVLIN, THE ENFORCEMENT OF MORALS (1965): לתאוריה מסוג זה ראו:

פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?

פיינברג מציין שלא רצוי להכיר בטענות על פגיעה ברגשות מסוג זה כטענות לגיטימיות המצדיקות התערבות משפטית⁶⁹. בדומה לפיינברג טוען דניאל סטטמן שאדם שרגשותיו נפגעים מפני שהוא מחזיק בתפיסה גזענית ובלתי-מוסרית לא יכול לדרוש את הגבלת התנהגותו של הפוגע⁷⁰.

אני חולקת על טיעון זה. לדעתי, על התחייבות אמיתית לליברליזם ניטרלי לכלול הגנה על זהויות תרבותיות שנויות במחלוקת. זאת, בייחוד לאור העובדה שרוב הזהויות התרבותיות הפגיעות מורכבות מערכים שרוב האנשים במדינות דמוקרטיות תופסים כקיצוניים או לא מוסריים. הבחנה בין ערכים תרבותיים מוסריים לבין ערכים תרבותיים שאינם מוסריים תחטא לרעיון הניטרליות. משנבקש להבחין בין זהות תרבותית מוסרית לזהות תרבותית שאינה מוסרית לא נוכל להימלט ממוסריות משפטית ומאכיפת ערכים המקובלים על קבוצת אחת (בדרך כלל קבוצת הרוב) על קבוצה אחרת (בדרך כלל קבוצת מיעוט).

ניתן לטעון כי סובלנות כלפי זהויות תרבותיות לא מוסריות ואנטי-דמוקרטיות אינה מאפשרת לדמוקרטיה להגן על עצמה מפני המבקשים להחריבה ואולי אף מסייעת להם לעשות זאת. תשובתי היא שעקרון פגיעות הזהות התרבותית מעניק יתרון רק לזהויות תרבותיות פגיעות. ברגע שהן הופכות להיות חזקות דיין בשביל לאיים על הדמוקרטיה, הן אינן נחשבות זהויות תרבותיות פגיעות ואין להן מעמד עדיף על פני זהויות תרבותיות אחרות.

לאחר שהצגתי את עקרון פגיעות הזהות התרבותית ואת ההצדקה שעליה הוא מבוסס, ולאחר שהתייחסתי להתנגדויות אפשריות, אתאר בפרק הבא שלושה מקרים טיפוסיים של פגיעה בזהות תרבותית (או פגיעה ברגשות, כפי שהם מכונים בפסיקה ובספרות). שלושת המקרים הללו ימחישו את יישומו של עקרון פגיעות הזהות התרבותית ואת יתרונותיו הרגולטיביים.

ז. יישומו של עקרון פגיעות הזהות התרבותית על שלושה סוגי מקרים

1. מקרים מסוג רוב מול מיעוט

הכוונה היא למקרים שבהם חברי קבוצת הרוב, המזדהים עם הזהות התרבותית הדומיננטית במדינה מסוימת, מבקשים להגביל או לאסור פרקטיקה או ביטוי של חברי קבוצת מיעוט

69 פיינברג, לעיל ה"ש 16, בעמ' 25–27.

70 סטטמן, לעיל ה"ש ה"ש 1, בעמ' 150–152.

תרבותי מסוים מכיוון שהם פוגעים בזהותם התרבותית של חברי הרוב. דוגמה טובה למקרה כזה הוא פרשת הרעלה, העולה בצורות שונות בבתי משפט באירופה. השאלה המשפטית היא אם יש להגביל נשים מוסלמיות או לאסור עליהן לעטות רעלה על ראשן במקומות ציבוריים כגון בתי ספר ומקומות עבודה. דו"ח שהוגש על ידי המרכז האירופי לפיקוח על הפליה וגזענות נגד מוסלמים באירופה הצביע על שתי טענות רווחות המבקשות לאסור את עטיית הרעלה או להגבילה בקרב נשים מוסלמיות. שתי הטענות מועלות בדרך כלל על ידי חברי קבוצת הרוב באירופה שאינם נמנים עם המיעוט המוסלמי. על פי הטענה הראשונה, יש לאסור על נשים מוסלמיות לעטות רעלה, שכן זו משמשת כלי בידי גברים מוסלמים לדיכוי נשים ולהנצחת מעמדן הנחות בחברה המוסלמית. איסור זה מתיימר אפוא להציל את הנשים המוסלמיות מפני דיכוי על ידי גברים מוסלמים שמכריחים אותן לעטות רעלה כדי לדכא אותן⁷¹.

הטענה השנייה כנגד הרעלה מכוונת כלפי אותן נשים שעוטות את הרעלה מרצונן ולא בשל לחץ וכפייה מצד גברים בחברה המוסלמית. הדו"ח מציין כי אף על פי שנכפה על נשים מוסלמיות רבות לעטות רעלה בניגוד לרצונן, חלק ניכר מהן עוטות את הרעלה מרצונן. נשים אלה מתגאות ברעלה ורואות בה כלי לביטוי זהותן התרבותית ושייכותן לקהילה המוסלמית. חלק אחר מהנשים המוסלמיות עוטות רעלה כי הן מחשיבות אותה לקיום מצווה דתית⁷². הטענה כנגד נשים אלה היא שהרעלה היא סמל לדיכוי והפליה של

71 EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR RACISM AND XENOPHOBIA, MUSLIMS IN THE EUROPEAN UNION: DISCRIMINATION AND ISLAMOPHOBIA 40 (2006), www.euro-islam.info/wp-content/uploads/pdfs/discrimination_and_islamophobia.pdf (נבדק לאחרונה ב-9.5.2011) (להלן: MUSLIMS IN THE EUROPEAN UNION).

72 שם, בעמ' 40. על תפקידה של הרעלה ככלי לביטוי זהות תרבותית ודתית בקרב נשים מוסלמיות ראו מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 378 (2008); גילה שטופלר "מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כיסוי-ראש לנשים במדינות ליברליות" **משפט וממשל** יב 191, 216–218 (2009); Ayelet Shachar, *Religion, State, and the Problem of Gender: New Modes of Citizenship and Governance in Diverse Societies*, 50 MCGILL L.J. 49, 51 (2005); Ian Ward, *Headscarf Stories*, 29 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 315, 316 (2006). טענה נוספת היא שהרעלה מבטאת מחאה של נשים מוסלמיות (והקהילה המוסלמית ככלל) נגד משטרים מערביים קולוניאליסטיים המדכאים את זהותם התרבותית של מיעוטים. Norma Claire Moruzzi, *A Problem with Headscarves: Contemporary Complexities of Political and Social Identity*, 22 POL. THEORY 653, 663 (1994).

פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?

נשים, אף אם הן עוטות אותה מרצונן⁷³. במילים אחרות, הרעלה מסמלת דיכוי, משום שהיא פוגעת בערכים של חירות ושוויון המרכזיים לתרבות הרוב הליברלית באירופה⁷⁴. הטענה כי רעלה היא סמל לדיכוי והפליה, גם כאשר נשים עוטות אותה מרצון, תפסה מקום מרכזי בטיעוני המשיבים ובנימוקי בית המשפט האירופי לזכויות אדם בעניין **דהלאב**⁷⁵. העותרת בעניין **דהלאב** הייתה מורה בבית ספר יסודי בג'נבה שהתאסלמה והחלה לעטות רעלה בזמן עבודתה בבית הספר. המשיבים ראו בכך הפרה של חוק החינוך הציבורי בג'נבה שלפיו על בתי הספר הציבוריים לכבד את הדעות והאמונות הפוליטיות והדתיות של כל התלמידים והוריהם. העותרת לא קיימה את החלטת המשיבים שאסרה עליה לעטות רעלה בשטחי בית הספר ולא הצליחה לבטל החלטה זו בבתי המשפט בשווייץ. בית המשפט האירופי לזכויות אדם סירב לשקול את ההחלטה במסגרת הקטגוריה של הפרת חופש הדת של העותרת. לטענת בית המשפט האירופי, הרעלה היא סממן חיצוני להפליה ולדיכוי ואינה מתיישבת עם ערכים כמו שוויון וחירות⁷⁶.

לדעתי, הטענה המועלית נגד נשים העוטות רעלה מרצון היא טענה על פגיעה בזהותו התרבותית של הרוב הליברלי. אין מחלוקת שחופש הביטוי וחופש הדת כוללים את החופש של נשים לעטות רעלה מרצונן. לכן עיקרה של הטענה היא פגיעה סמלית בערכים של שוויון וחופש, כפי שהם מתפרשים על ידי חברי הרוב הליברלי. ליברלים רבים מסרבים להכיר בטענות על פגיעה בזהות תרבותית, מכיוון שלדעתם מערכת המשפט מכירה רק בטענות על פגיעה או הפרה של "זכויות אמיתיות" כמו שוויון וחירות. לכן הטענה על פגיעה בזהות תרבותית אינה מועלית בשמה האמיתי, אלא לרוב מוסווית כטענה על פגיעה בזכות לשוויון ובזכות לחירות. זאת, על אף היותה של הטענה על פגיעה בזהות תרבותית יותר רלוונטית למקרים משפטיים העוסקים ברעלה, בעיקר כאשר נשים מוסלמיות עוטות אותה מרצון.

בהנחה שטענות על פגיעה בזהות תרבותית המועלות על ידי קבוצת הרוב מזוהות ככאלה, האם יש בכוחן להגביל את חופש הביטוי או חופש הדת של נשים מוסלמיות

73 Ward, שם, בעמ' 318–334; שטופלר, שם, בעמ' 220–221. ברוח זו טענו המשיבים בעניין *SB* לפני בית המשפט לערעורים של אנגליה כי הרעלה מהווה איום על תלמידים רבים, משום שהם רואים בה איום וסמל לאורח חיים ולדעות קיצוניים. *The Queen on the Application of SB v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* [2005] EWCA Civ. 199 (Eng.), available at www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/199.html (ב-9.5.2011).

74 גלאוטי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 85–87.

75 *Dahlab v. Switzerland*, App. No. 42393/98 (Eur. Ct. H.R. Feb. 15, 2001) (להלן: עניין **דהלאב**).

76 שטופלר, לעיל ה"ש 72, בעמ' 207–208.

למשל? לדעתי, טענות לפגיעה בזהות תרבותית המועלות על ידי אדם או על ידי אנשים המזדהים עם הקבוצה התרבותית השלטת במדינה ומופנות כלפי קבוצת מיעוט תרבותי כלשהי הן בעלות משקל נמוך. ברוב המקרים הסבירות שהן יגברו על טענותיהם הנוגדות של חברי מיעוט תרבותי היא נמוכה. מסקנה זו תתקבל אם ניישם את עקרון פגיעות הזהות התרבותית, שלפיו הזהות התרבותית של אנשים המשתייכים לקבוצת הרוב התרבותי בחברה או במדינה מסוימת היא חזקה ביחס לזהותם התרבותית של אנשים המשתייכים לקבוצת מיעוט. התרבות שלהם והערכים המרכזיים בה נהנים מתמיכה רבה של אנשים המזכה אותה במעמד חברתי גבוה ויציב. כך, למשל, הטענה שלפיה הרעלה מנוגדת לערכי השוויון והחופש נהנית מהסכמה רחבה בקרב חברי הרוב הליברלי באירופה. היא נחשבת לנורמה.

מאחר שזהותם התרבותית של אנשים השייכים לקבוצת הרוב חזקה באופן יחסי, קשה יותר לפגוע בה או לערער אותה. מכאן משקלה הנמוך של טענתם לפגיעה בזהותם התרבותית. אף שזהותם התרבותית נפגעת כשנשים מוסלמיות עוטות רעלות (גם אם הן עושות זאת מרצונן), הרי זהותם התרבותית של חברי הרוב חזקה ויציבה דייה. בכוחה לספוג את הפגיעה הנגרמת על ידי הרעלה אשר אינה מהווה איום אמיתי על זהותם התרבותית של חברי הרוב.

דברים אלו נכונים גם כלפי טענות של חברי קבוצת הרוב בנוגע לפעולות אחרות של חברי קבוצת מיעוט – קיצוניות אף יותר מעטיית הרעלה. ככל שהן מתבצעות על ידי מי מחברי קבוצת המיעוט ברצון מלא, כל טענה כי הן פוגעות בערכים ליברליים כגון חירות ושוויון תהיה חלשה יחסית. דוגמה טובה לכך היא ההפרדה בין נשים לגברים בתחבורה הציבורית במגזר החרדי בישראל. בית המשפט אמנם לא נדרש לקבוע אם ההפרדה לגיטימית או לא, אולם כפי שציין השופט רובינשטיין בעניין רגן⁷⁷, כאשר ההפרדה נעשית על ידי קבוצת אנשים באופן וולונטרי אמיתי ורוצים בה כל חברי הקבוצה, "לא רק שאין מניעה מבחינה משפטית לאפשר לה לנהוג כך, יתכן אף שיש לנסות לסייע בידה – שכן ההתחשבות באמונותיו ובצרכיו הדתיים של כל אדם היא מעקרונות היסוד של המשפט הישראלי"⁷⁸.

2. מקרים מסוג מיעוט מול מיעוט

הכוונה היא למקרים שבהם חברים המזדהים עם קבוצת מיעוט אחת טוענים כי חברים המזדהים עם קבוצת מיעוט אחרת פגעו בזהותם התרבותית. דוגמה טובה לטענות מסוג זה

77 בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.2011).

78 שם, פס' ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?

הן הקריאות לביטול או להגבלת מצעד הגאווה בירושלים בשל פגיעתו במה שמכונה "רגשותיהם הדתיים" של הקהילות הדתיות בעיר. טענות אלה באו לידי ביטוי, כפי שציינתי לעיל, בפרשת **משי זהב** שנידונה בשנת 2006 בפני בית המשפט העליון. טענת הקהילות הדתיות הייתה כי מצעד הגאווה שתוכנן לעבור ברחובותיה הראשיים של ירושלים פוגע ברגשותיהם של חברי הקהילות הדתיות בעיר, המזהים את ירושלים כעיר הקודש. מן הצד השני טענו חברי הקהילה ההומו־לסבית כי נתינת ביטוי לנטייתם המינית בפומבי חשובה ומרכזית לזהותם התרבותית וכי העובדה שחברי הקהילות הדתיות בירושלים נפגעים מביטוי זה פוגעת ברגשות שלהם.

כפי שטענתי לעיל, הטענות המועלות בעניין זה הן טענות על פגיעה בזהות תרבותית ולא טענות על פגיעה ברגשות ככאלה. שתי הקבוצות, הקהילות הדתיות והקהילה ההומו־לסבית, מהוות קבוצות מיעוט תרבותיות. אם ניישם את עקרון פגיעות הזהות במקרה זה, נגיע למסקנה שלשתי הקבוצות יש טענות כבדות משקל, שכן הערכים המהווים חלק מזהותם התרבותית הם ערכים שנויים במחלוקת. עקרון פגיעות הזהות אפוא אינו מכריע מי מהטענות לפגיעה בזהות תרבותית חזקה יותר. לטענתי, במקרים של מיעוט מול מיעוט יש לפנות לעקרונות משפטיים אחרים. כך, למשל, ניתן ליישם את עקרון הקהל השבוי, שעל פיו טענתם של אנשים על פגיעה בזהותם התרבותית (או על פגיעה ברגשות, כפי שהיא קרויה בפסיקה) חזקה יותר כאשר הביטוי שממנו נפגעו נכפה עליהם כצופים או כמאזינים, ואין בידיהם לבחור אם להיחשף לו אם לאו. טענה על פגיעה בזהות תרבותית תהיה חלשה יותר כאשר הביטוי הפוגע מוגבל למקום מסוים שממנו יכולים להימנע הנפגעים. בית המשפט העליון יישם את מבחן הקהל השבוי בעניין **משי זהב** ודחה את העתירות המבקשות לאסור את מצעד הגאווה ואשר את קיומו בירושלים⁷⁹. הנשיאה ביניש ציינה כי מאחר שהמשטרה הגבילה את המצעד למתכונת מצומצמת באזור מסוים, מצטמצמת גם הפגיעה הנטענת ברגשות הדתיים⁸⁰.

3. מקרים מסוג מיעוט מול רוב

79 גם בשנת 2007 לא שינה בית המשפט את גישתו ודחה עתירה דומה נגד קיומו של מצעד הגאווה בירושלים. בג"ץ 5277/07 **מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים** (פורסם בנבו, 20.6.07).

80 עניין **משי זהב**, לעיל ה"ש 7, פס' 11. מבחן הקהל השבוי אינו מוזכר במפורש בפסק הדין בעניין **משי זהב**, אולם הוא מוזכר במפורש בפסקי דין אחרים. ראו, למשל, בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 464, 456 (1994); בג"ץ 606/93 **קידום יזמות ומו"לות נ' רשות השידור**, פ"ד מח(2) 1, 15–16 (1994); עניין **חורב**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 49–50, 97; בג"ץ 5432/03 **ש.י.ן. לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולוויין**, פ"ד נח(3) 65, 67, 84 (2004).

דוגמה טובה למקרה מיעוט מול רוב הוא פרשת הקריקטורות שפורסמו בדנמרק על הנביא מוחמד. כפי שציינתי במבוא, הקריקטורות הציגו את דמותו של הנביא מוחמד באופן נלעג, והצביעו על קשר ישיר בין אסלאם ומוסלמים לבין טרור. כוונת הקריקטורות הייתה להמחיש את ערכו וחשיבותו של חופש הביטוי בדמוקרטיה מודרנית וחילונית, גם כאשר הוא מגן על ביטויים שפוגעים ברגשות דתיים. בלשון הטקסט שליווה את הקריקטורות:

מוסלמים מסוימים מתנגדים לחברה המודרנית החילונית. הם תובעים התחשבות מיוחדת ברגשותיהם הדתיים. תביעה שכזו אינה עולה בקנה אחד עם דמוקרטיה חילונית ועם חופש הביטוי המורים לכל אחד להיות מוכן לספוג בוז, לעג וצחוק⁸¹.

בעקבות פרסום הקריקטורות בדנמרק ובאתרי אינטרנט בעולם כולו, נשמעו קריאות מצד גורמים מוסלמיים לאסור את המשך פרסומן בטענה שהן פוגעות ברגשותיהם הדתיים של מוסלמים. במקרה זה אפוא העלתה הקהילה המוסלמית בדנמרק ובעולם כולו טענה על פגיעה בזהותם התרבותית-דתית, ואילו העיתון שפרסם את הקריקטורה ותומכים רבים אחרים העלו מנגד טענה בנוגע לזכותם לחופש הביטוי. הקריקטורות פורסמו בעיתון מרכזי בדנמרק, ולאחר מכן פורסמו באינטרנט בעולם כולו. כלומר, הייתה לקריקטורות השפעה חזקה על הספרה הציבורית ועל מעמדה החברתי של הזהות המוסלמית באירופה ובעולם כולו. קריקטורות אשר עסקו בקשר שבין אסלאם לטרור, למשל, פגעו במעמדה החברתי של הזהות המוסלמית, מכיוון שהם יצרו וחיזקו סטיגמה שלילית שלפיה טרור מהווה חלק מרכזי בזהות האסלאמית.

אם ניישם את עקרון פגיעות הזהות התרבותית שהצעתי, נגיע למסקנה שהפגיעה במעמדה החברתי של הזהות האסלאמית חמורה בגלל המעמד הנמוך שהיה לה באירופה ובשאר הדמוקרטיה המערביות מלכתחילה. מוסלמים בדנמרק ובאירופה כולה סובלים מהפליה בתעסוקה. גם כשהם מתקבלים לעבודה, הם בדרך כלל מאיישים משרות בעלות מעמד חברתי נמוך יחסית, אף שבמקרים רבים כישוריהם מתאימים לאיוש משרות בעלות מעמד חברתי גבוה יותר⁸². בנוסף, סביבת העבודה שלהם לעתים עוינת ולא סובלנית כלפי מנהגיהם הדתיים. בתחום החינוך מגיעים תלמידים מוסלמים להישגים נמוכים יחסית, ואחוזי הנשירה שלהם ממוסדות לימוד גבוהים. מוסלמים רבים באירופה מוגדרים כחסרי

81 הטקסט הופיע במקור באנגלית ותורגם לעברית על ידי מחברת המאמר.

82 Muslims in the European Union, לעיל ה"ש 71, בעמ' 44-46.

פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?

קורת גג או כחיים בתנאי מגורים ירודים⁸³. קיימים גם מקרים רבים של הפליה לרעה של מוסלמים בהשכרה ומכירה של בתי מגורים⁸⁴. נתונים אלה מצביעים על כך שזהותם התרבותית של מוסלמים באירופה פגיעה במיוחד. לכן הטענה על פגיעה בזהות תרבותית מצד המוסלמים היא טענה חזקה. ראוי שתוכר כטענה משפטית עצמאית ושתובא בחשבון באיזון אל מול הפגיעה בחופש הביטוי של העיתון.

ח. סיכום ומסקנות

דמוקרטיה ליברלית בעידן הרב-תרבותיות מתמודדת עם קשיים רבים ועם תביעות שונות מצד מיעוטים תרבותיים. חלק גדול מתביעות אלה מגיע לפתחם של בתי המשפט, והם לעתים נותרים חסרי כלים רגולטיביים מתאימים לפתרון קונפליקטים בין חברי קבוצת הרוב לחברי קבוצת מיעוט תרבותיות שונות. ישראל אינה שונה בעניין זה. טענות על פגיעה בזהות תרבותית, או פגיעה ברגשות, כפי שהן מכוונות בפסיקה, עולות במשפט הציבורי, הפלילי⁸⁵ ואף במשפט הפרטי⁸⁶. היינו, בתי המשפט בישראל נדרשים להתמודד עם טענות על פגיעה בזהות תרבותית לעתים קרובות.

במאמר זה טענתי כי המלצות על ביטול חקיקה בעניין פגיעה ברגשות או על ביטול המעמד המשפטי העצמאי של טענות כאלה אינן שוקלות כראוי את הבסיס לחלק גדול

83 שם, בעמ' 54.

84 שם, בעמ' 56.

85 ראו למשל את פסקי הדין בעניין הנחת ראשי חזיר או ציורים של חזיר על קברי מוסלמים: עניין **סוסצקין**, לעיל ה"ש 65; ע"פ 8469/99 **אסקין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 65 (2001); ע"פ 3338/99 **פקוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 667 (2000), את פסקי הדין בעניין המרדה והסתה לגזענות (ד"נ 1789/98 **מדינת ישראל נ' כהנא**, פ"ד נד(5) 145 (2000)); ובעניין הריסת מצבה: ע"פ 176/71 **ברוך נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(2) 667 (1972); ראו גם קרמניצר, גולדמן וטמיר, לעיל ה"ש 2.

86 ראו, למשל, ע"א 6024/97 **שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ**, פ"ד נג(3) 600 (1999); ע"א (מחוזי י-ם) 3060/02 **שטרן נ' פלסטין פוסט בע"מ** (פורסם בנבו, 18.11.2003) (בעניין השאלה אם יכול עיתון להימנע מפרסום הודעה בתשלום מהטעם של מניעת פגיעה ברגשות קוראיו); ת"א (שלום י-ם) 21307/98 **חב' "הגל הרוסי" בע"מ נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 3.6.2001) (בעניין השתחררות מחוזה לשכירת אולם עבור מופע קרקס ביום של פיגוע בשל חשש שרגשות הציבור נפגעים מכך שביום שבו מבכות משפחות הנפגעים בפיגוע את יקיריהן, יתקיים מופע קרקס); ת"ק (שלום כ"ס) 33679-07-10 **קויטני נ' מגיק 1 יש תירות** (פורסם בנבו, 31.8.2010) (בעניין תביעה לפיצוי כספי עקב הטעיה ועוגמת נפש מאחר שהתובע לקח חלק בהפלגה המיועדת לקהילה הגאה מבלי שידעו אותו על כך מראש).

מטענות אלה. עוד טענתי כי טענות מסוימות על פגיעה ברגשות אינן מבקשות הגנה מגרימת רגשות כואבים ככאלה, אלא מבקשות להגן על זכותו של אדם לשלמות זהותו התרבותית. כאשר בית המשפט שוקל טענות על פגיעה ברגשות, עליו לבחון את עצמת הפגיעה בזהות התרבותית של האדם הנפגע ולא את עצמת הפגיעה ברגשותיו. הצעתי את עקרון פגיעות הזהות התרבותית כעיקרון רגולטיבי שמטרתו לסייע לבתי משפט להעריך את משקלן של טענות על פגיעה בזהות תרבותית ולאזן אותן אל מול טענות נוגדות. על פי עיקרון זה, ככל שהמעמד החברתי של זהות תרבותית נתונה הוא נמוך יותר, כך הטענה על פגיעה בשלמות זהותו התרבותית חזקה יותר.