



הפקולטה למשפטים

עבודה סמינריונית במסגרת הקורס
ההגנה על הכבוד, השם הטוב
והפרטיות בדיני הנזיקין - 62651

אאוטינג

מרצה: פרופ' תמר גידרון

שם: נתן שוורצמן

תאריך: 07.10.2015

תוכן עניינים

4	מבוא.....
5	אאוטינג
6	עוולה חוקתית
8	לשון הרע
8	הזכות לשם טוב
8	לשון הרע ונטייה מינית
8	הגנת "אמת דיברתי"
10	הזהות האמיתית לפי "האדם הסביר"
11	תיקון סעיף 1(4) לחוק איסור לשון-הרע
12	צורות נוספות של עיסוק בשאלת האמת
13	פגיעה בפרטיות
13	הזכות לפרטיות
14	אאוטינג כהפרת סודיות
15	הנטייה המינית כפרטית
16	אאוטינג כהפרת פרטיות
18	שימוש בפרטיות לרעת הקהילה
19	ביקורת בראי תיאוריות פמיניסטיות
21	הטרדה מינית
21	הטרדה מינית
22	שלושה מסלולים משפטיים
22	שישה סוגי ההתנהגות שמהווים הטרדה מינית אסורה
23	ביזוי או השפלה בנוגע למינו או למיניותו של אדם, לרבות לנטייתו המינית
	פרסום תצלום, סרט או הקלטה המתמקד במיניותו של אדם, בנסיבות שבהן הפרסום עלול
24	להשפיל את האדם או לבזותו, ולא ניתנה הסכמתו לפרסום
25	אאוטינג כהטרדה מינית.....
26	פגיעה באוטונומיה
26	אוטונומיה
26	פגיעה באוטונומיה

26.....	מובניה השונים של פגיעה באוטונומיה
27.....	אאוטינג ופגיעה באוטונומיה
27.....	שלילת כוח הבחירה
29.....	חופש הביטוי
29	חופש הביטוי.....
29.....	חופש הביטוי ולשון הרע
30	חופש הביטוי והגנת הפרטיות
31.....	חופש הביטוי והטרדה מינית
34	חופש הביטוי ופגיעה באוטונומיה
36.....	סיכום
37.....	ביבליוגרפיה

1. מבוא

אחד הנושאים החברתיים הבוערים של השנה האחרונה היה ניסיון האאוטינג (הוצאה בכוח מהארון) של איש התקשורת **גל אוחובסקי** כנגד חבר כנסת ממפלגת **העבודה**¹. הניסיון של אוחובסקי נתפס בקרב חלקים גדולים בציבור כבריונות שאין לה מקום וכזו שעשויה לפגוע בפרטיותו וכבודו של אדם. אקט האאוטינג יכול ללבוש הרבה צורות ולפגוע בכל שכבות האוכלוסייה, חברי כנסת ונערים בני 14, הומוסקסואלים והטרנסקסואלים, נשים וגברים. כמו כן, כיום, בעידן המדיה החדשה, ניתן לעשות אאוטינג באינטרנט - פעולה שבה נחשפת זהותו של אחד הכותבים, על ידי חשיפת פרטיו האישיים, שמו המלא ולעתים גם תמונתו. מאחר שרבים באינטרנט כותבים במעטה של אנונימיות, הם אינם מעוניינים שזהותם האמיתית תיודע לכולם, בשל מגוון סיבות: שמירה על הפרטיות, בושה, פיתוח אישיות אינטרנט השונה מהזהות האמיתית, רצון להימנע מהטרדות אישיות ועוד.

מבדיקה בפסיקה הקיימת בנושא אאוטינג מצאתי כי קיימות שתי עילות מרכזיות בנוגע לאאוטינג – לשון הרע והגנת הפרטיות, כאשר רוב רובן של התביעות בנושא הוא בעילה של לשון הרע. תביעות לשון הרע הן תביעות כאשר מדובר בתובע הטרנסקסואל אשר מתלונן כי הציגו לא נכונה את נטייתו המינית וכי הגנת אמת דיברתי לא חלה במקרה זה. מדובר כאן במקרה בעייתי, לדעתי לפחות, מבחינת שני מובנים: ההנחה בלשון הרע היא, והיא הנחה בעייתית בעיני, כי כאשר מגדירים פרט כהומוסקסואל (או לסבית) יש בכך כדי לבזות אותו. בנוסף, קיימת כאן הגנה על אוכלוסיית הטרנסקסואלים, כאשר ההתייחסות בחוק לנטייה מינית לא יועדה במקורה לטובת כלל התובעים הפוטנציאליים, אלא לטובת הומואים ולסביות, כלומר, לטובת מי שיתווגו כהומואים או כלסביות על רקע היותם "באמת" כאלה. גם עילת הגנת הפרטיות לא נקייה מביקורת, וכי יש שיטענו כי עצם הצורך להשאיר פרט כזה חבוי הינה בעייתית ורק מסייעת לחזק את ההטרונורמטיביות הכפויה. כמו כן, עצם הצורך להחביא את הנטייה ההומוסקסואלית מעלה תהיות לגבי הקבלה שלה בחברה והאם בעצם החבאתה אנו מסכימים אם כך שיש בה משהו פסול. בשל קשיים אלה, ניסיתי למצוא עילות אלטרנטיביות שיכולות לשמש תובעים בצורה טובה יותר אשר תייצג גם שיקולי מדיניות שמטיבים עם קהילת הלהט"ב.

בעבודתי אסקור את מושג האאוטינג, על שלל הגדרותיו, את מושג העוולות החוקתיות, את העילות הקיימות בפסיקה בצורה ביקורתית – לשון הרע והגנה הפרטיות, יחד עם העילות האלטרנטיביות אותן בחנתי – הטרדה מינית ופגיעה באוטונומיה. כמו כן, אבחן את הפגיעה בחופש הביטוי בעת השימוש בעילות אלה.

¹ כשהתחלתי לכתוב את הסמינריון חבר הכנסת עוד היה בארון. בעבר, כאשר כיהן כראש התאחדות הסטודנטים, העניק שמולי ריאיון לעיתון הסטודנטים הירושלמי "פי האתון" - ובו נכתב כי שמולי "מחפש חבר". עם היבחרותו לכנסת ב-2013 מטעם מפלגת העבודה הצניע שמולי את הנושא - וזכה לביקורת מצד פעילים בולטים בקהילה על הימצאותו בארון. אך כיום, חבר הכנסת איציק שמולי כבר יצא מהארון בעקבות אירוע הדקירה במצעד הגאווה ובעקבות תחושותיו כי סכין מונפת על הקהילה שלו. לקריאה נוספת, ראו עוד: חדשות 2 "ח"כ איציק שמולי יצא מהארון" (2015) - http://www.mako.co.il/news-military/politics-q3_2015.

2. אאוטינג

אאוטינג, או בעברית (אֶחְצוֹן) - הינו מונח המתייחס ל"הוצאה מהארון". בד"כ, "חשיפת זהות מינית, או נטייה מינית של אחר, ללא הסכמתו"². לפי הגדרה זו, בבחינת מקרי אאוטינג הנקרים בדרכי המשפט, יש לבחון התקיימותם של שני אלמנטים: א. חשיפת הזהות המינית, וב. העדר הסכמה של נשוא הדיון לחשוף את אותה זהות.

לפי בירנהק מי שעושה אאוטינג פוגע בפרטיות של אנשים אחרים בצורה עמוקה, הכי עמוקה שיש: ולמעשה מפקיע מהם את השליטה בזהות שלהם, והוא למעשה קובע בשבילם איך לנהל את חייהם³. הגדרה זו אף עולה בקנה אחד עם חוק הגנת הפרטיות⁴. אם נדבוק בגישה זו בפרשנותה הצרה, מתחייבת הסכמה מפורשת של נשוא הדיון. או אז, אאוטינג ללא הסכמת הפרט, לעולם יהיה אסור.

גישת פרטיות שונה מזו של בירנהק היא כזו הגוזרת את הזכות לפרטיות מן המשפט החוקתי, ודוגלת בחשיבות אוטונומיית הפרט⁵. לפי גישה זו, ניתן לפסוע צעד אחד נוסף ולשאול, האם דרושה הסכמה מפורשת לחשיפה. כלומר, האם נדרש ראיון וידוי פומבי של נשוא הדיון, או שמא מספיקה חשיפה חלקית משתמעת.

במאמרו פורץ הדרך של **וויליאם הנרי ה-3**, שהתפרסם במגזין טיים, הוא טוען כי הגדרת המונח צריכה לכלול אלמנטים שונים. לדידו, אאוטינג הינו "חשיפה מכוונת של נטייתה המינית של דמות ציבורית"⁶. הנרי עושה מהלך כפול: הוא משמיט את אלמנט ההסכמה ומוסיף את אלמנט הכוונה. הנרי מוסיף לתוך המשוואה את מיהות הדמות כגורם מכריע בדיון על אאוטינג. אם ניקח את הגדרתו צעד קדימה, הדיון בנושא האאוטינג אינו צריך לסוב סביב הסכמתו של הפרט, אלא סביב היותו של אדם דמות ציבורית.

לפי פרוסר, תכונותיהן וענייניהן של אותן דמויות הפכו הלכה למעשה למידע פומבי. מכאן נובע, שענייניהן אינם צריכים להיות מסווגים עוד כדבר פרטי. כבר כאן, ניתן לעלות את השאלה האם מדובר בחשיפה מוחלטת של כל פן אישי של אותם אנשים. הצדקה נוספת שמציע פרוסר לגבי אותן דמויות, היא בכך שלתקשורת יש זכות - ואולי אף חובה - כחלק מאותה תפיסת "כלב השמירה של הדמוקרטיה", לייצע את הציבור בנוגע לאותם אנשים⁷.

תמה מרכזית נוספת שעולה בשתי ההגדרות (הן של וויליאם והן של בייקר) היא שההגדרה עוסקת בנטייה מינית או זהות מינית, ולא בפעילות מינית. זהות מינית היא לא בהכרח ברורה. כותבים רבים טוענים כי הומוסקסואליות יכולה להתמקם על פני ספקטרום נבחר של פעילויות. אדם יכול לתמוך בהומוסקסואליות ולהתרועע עם הומוסקסואלים – אך לא להגדיר את עצמו הומוסקסואל. מצד שני, יכול להיות אדם שמעולם לא ביצע פעילות מינית עם בני מינו – ועדיין יגדיר את עצמו

² Susan J. Becker, The immorality of publicly outing of private people, Oregon Law.R 73, 160, 161 (1994)

³ מיכאל בירנהק "מי קובע מי אנחנו?" (2009) – b.walla.co.il

⁴ ס' 1 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות").

⁵ Stephen j. Schnably, beyond Griswold, Foucauldian and Republican Approaches to Privacy, 23 Conn L.Rev. 861, 868-71 (1991)

⁶ William A. Henry-3 *Ethics: forcing gays out of the closet*, Time magazine, Jan 29 1990

⁷ William. I. Prosser, Handbook of the law of torts, 4th ed (1971)

כהומוסקסואל. עם זאת, הלכה למעשה פעמים רבות אנחנו מגדירים אדם לפי המעשים שלו והגישה שלו.⁸ ולכן טוען מור⁹ כי פעילות מינית היא סוג של התנהגות וככזו היא אמורה להיות מוגנת בזכויות לפרטיות. זאת בעוד שנטייה מינית, שאינה ממומשת במעשים, קשה לסווג כמשהו פרטי.

3. עוולה חוקתית

בעת האחרונה ניכרת בדיני הנזיקין "התעוררות חוקתית", שעיקרה נכונות להכיר בפגיעות באינטרסים חוקתיים בלתי מוחשיים, כלומר כאלה שאינם נוגעים לגוף או לרכוש, כראויים להגנה נזיקית¹⁰. מערכת הפיצוי הנזיקית סובלת מחוסר אינהרנטי בהגדרה של נזק הנתפס כאופייני לפגיעה באינטרס חוקתי — הוא הנזק לרגשות. רשימה זו מנסה לתקן את העיוות הנזיקי העקיב האמור, ככל שהוא נוגע לנזקים שמקורם בפגיעה באישיותו של הפרט ובכבודו¹¹. קיים עניין רב בנזק הבלתי מוחשי שגורמות פגיעות אלה, החסר זיהוי שיטתי בדיני הנזיקין. נזק זה יכול לנבוע מפגיעה ישירה באינטרס החוקתי — כבמקרה של הפליה — ומפגיעה באינטרס חוקתי הנלווית לפגיעה באינטרס מוחשי, כמו הפגיעה בזכותה לאוטונומיה של מי שנאנסה¹². על אף עיסוקם היומיומי והאינסופי של בתי המשפט בשאלות של הערכת הפיצויים הראויים לנזקים השונים הנטענים לפניהם, ואף שמטרתם העיקרית של דיני הנזיקין היא לפצות, דינים אלה אינם מכילים, למרבה האבסורד, "תורת פיצויים" סטוטורית¹³. מרכז העניין האקדמי והפסיקתי בהם נסב על שאלות הנוגעות לעצם הטלת האחריות הנזיקית ואופייה, ואילו קביעת סוג הפיצוי, זיהוי אופי הנזק והערכת מידת הפיצוי הראויה מצויים בשולי העיסוק בדינים אלה¹⁴. עם זאת, המציאות מלמדת כי במרוצת השנים בוססה "תורת פיצויים" הלכתית בנוגע לפיצוי בגין פגיעה

⁸ Barbara Moretti "outing: justifiable or unwarranted invasion of privacy" 11 cardozo.l.j.857, 865 (1992)

⁹ Richard D. Mohr, *Gay Ideas: Outing and Other Controversies* 29 (1992)

¹⁰ האידאולוגיה שעליה נסמכת רשימה זו היא שמלבד העובדה שדיני הנזיקין עושים כן בפועל אף ראוי הוא, כעניין נורמטיבי, שהם ישמשו כמסגרת קונספטואלית להגנה שכזו. להצדקות לכך ראו, למשל: Tsachi Keren-Paz, "An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness", 16 *Can. Jour. L. & Jur.* (2003) 91, וכן צחי קרן-פז, "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנתענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי", **משפט וממשל** ז (תשס"ה) 541 (מצדד בקידום אידאולוגיה חלוקתית-שוויונית באמצעות דיני הנזיקין). עוד על השימוש בדיני הנזיקין לצורך הגנה על הזכות לשוויון ראו יפעת ביטון, **קריאה מחדש של דיני הנזיקין מזווית פמיניסטית-חברתית** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשס"ד), 197-293. לניתוח מקיף של חשיבות השימוש בדיני הנזיקין להגנה על אינטרסים חוקתיים ראו דפנה ברק-ארז, **עוולות חוקתיות** (בורסי, תשנ"ד), 147-171 (להלן: "ברק-ארז").

¹¹ נזקים אלה אופייניים למקרים של פגיעה במה שמכונה **זכויות מהותיות חיוביות** של הפרט — כגון הזכויות לשוויון ולפרטיות, הנמנות עם הזכויות האזרחיות הקלאסיות אשר אופיין מחייב התייחסות מיוחדת לפגיעה בהן. ברק-ארז מבחינה בין סוגי זכויות שונים שיש לפרט כלפי הרשות, המצדיקים התייחסות שונה אליהם בהסדר הפיצוי. לדיונה בסוג הזכויות האחרות העלולות להיפגע אצל הפרט במעשי הרשות, שאותן היא מכנה "מהותיות שליליות" ו"פרוצדורליות", ראו ברק-ארז (לעיל, ה"ש 10), בעמ' 273-275, 279-280.

¹² הזכויות החוקתיות העומדות לפרט הן המופרות במעשה עוולה. עם זאת השיח הנזיקי עוסק בהגנה על אינטרסים ולא על זכויות שמקורן במסגרות חיצוניות לדיני הנזיקין, ואף בהקשר החוקתי נקט בית המשפט שפה זו. ראו ע"א 2781/93 **דעקה נ' ביי"ח "כרמל"**, פ"ד נג(4) 526, בעמ' 575 (1999) (הזכות לאוטונומיה כאינטרס הראוי להגנה נזיקית), וכן ע"א 8483/02 **אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד**, פ"ד נח(4) 314, בעמ' 347 (2004) (הזכות לפרטיות כאינטרס הראוי להגנה נזיקית).

¹³ אהרן ברק, "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי", עיוני משפט ט (תשמ"ג) 243, בעמ' 246, 275. הצעתו של ברק היא לחוקק "חוק פיצויים" מוסדר.

¹⁴ Stanley Ingber, "Alternative Compensation Schemes and Tort Theory: Rethinking Intangible Injuries: A Focus on Remedy", 73 *Calif. L. Rev.* (1985) 772, pp. 773-774 809-810 (מציע מודל לפיצוי בגין נזק בלתי ממוני ובגין נזק אישי בשל הוצאת דיבה ופגיעה בפרטיות). להסבר ההיסטורי לכך ראו ג' טדסקי, **דיני הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית** (מגנס, תשל"ז), 567.

באינטרסים מוחשיים, בעוד ההגנה על אינטרסים בלתי מוחשיים "טהורים" הוזנחה¹⁵. חשוב להבהיר, כי למונח "עוולה חוקתית" אין משמעות טכנית פורמלית במשפט הישראלי ואין הכרח לדבוק בו. זאת, בשונה מן המשפט האמריקני שבו התחום של "עוולות חוקתיות" מהווה ענף משפטי העומד בפני עצמו, בעקבות התפתחותו בדין הפדרלי, במובחן מדיני הנזיקין המדינתיים¹⁶. הטיעון בזכות ההכרה באפשרות של תביעת פיצויים בגין הפרות של זכויות אדם¹⁷ מבוסס קודם כול על חשיפת הקשיים שהיו כרוכים בעמדתו המסורתית של המשפט הציבורי, לפיה ההגנה על זכויות המוכרות בו הייתה באמצעות סעד הציווי בלבד. הצמצום לסעד הציווי נחשב תמיד לבעייתי, מאחר שחייב הימנעות ממתן סעד במצבים שבהם נוצר "מעשה עשוי" אשר אינו ניתן לתיקון באמצעות ציווי¹⁸. ההכרה בקושי זה באה לידי ביטוי גם בפסקי דין מוקדמים, ועל כן העמדה המצדדת בהכרה באפשרות של פסיקת סעד כספי במקרה של הפרת זכויות על ידי רשויות אינה תלויה בהתפתחויות שחלו במשפט החוקתי במהלך שנות התשעים. יתרה מזו, אי-ההכרה בחלופה של סעד כספי במשפט הציבורי עוררה קשיים לא רק בהקשרים שבהם נפגעו זכויות אדם, אלא גם כאשר נפגעו זכות או אינטרס מוגן אחר, למשל כאשר ועדת מכרזים שללה את הזכייה במכרז ציבורי ממי שהיה צריך לזכות בו לפי תנאי המכרז. עם זאת, השארתן של פגיעות בלא מענה היא קשה במיוחד כאשר פעולתה הבלתי חוקית של הרשות מתבטאת בפגיעה בזכויות אדם, הנחשבות לזכויות החשובות ביותר. על כך ניתן להוסיף, כי הביקורת על עמדתו המסורתית של המשפט הציבורי קיבלה משנה חיזוק מאז חקיקתם של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם – חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהקשר זה, הטענה המרכזית היא ש"שדרוג" מעמדן של זכויות האדם במשפט הישראלי צריך לשמש כהצדקה נוספת להרחבת ההגנה עליהן, כך שתסתייע גם בסעד כספי, בנסיבות מתאימות. במלים אחרות, חיזוק ההגנה על זכויות האדם במשפט הישראלי צריך להתבטא גם בסעדים שניתן לקבל במקרה שבו הן מופרות. בזמן שחלף מאז התקבלו, חוקי היסוד כבר הותירו חותם של ממש במשפט הישראלי: הם סייעו לביסוס ההגנה על זכויות האדם, השפיעו על פרשנותם של דברי חקיקה ואף שימשו בסיס לביקורת שיפוטית עליהם. לאורם של שינויים חשובים אלה, שאף תוארו כמהפכניים, מעניין לחזור ולבחון באיזו מידה התחזקה ההגנה הכספית על זכויות האדם¹⁹.

¹⁵ הביטוי "טהורים" מכון לומר שאין עסקינן בנזקים בלתי מוחשיים טפיליים לנזקים מוחשיים, כמו הכאב והסבל הנלווים לנזקי הגוף.

¹⁶ ראשיתו של תחום העוולות החוקתיות בארצות הברית בחקיקה פדרלית שנועדה להקנות לאזרחים השחורים של מדינות הדרום זכויות תביעה נגד מדינותיהם, על רקע המשך הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות, גם לאחר שאלה הוכרו באופן פורמלי בעקבות מלחמת האזרחים. הכוונה ל- Civil Rights Act, 42 U.S.C. section 1983 (1871) הלכה למעשה, השימוש בחקיקה זו החל רק בשלב מאוחר יחסית. ראו: Monroe v. Pape 365 U. S. 167 (1961) בשלב מאוחר יותר פסק בית המשפט העליון האמריקני, כי יש מקום להכיר בתביעות פיצויים חוקתיות גם נגד הממשל הפדרלי עצמו. תביעות אלה מבוססות על תקדים שיפוטי בלבד Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics 403 U. S. 388 91 S. Ct. 1999 (1971).

¹⁷ ברק-ארז, לעיל ה"ש 10, עמ' 45-41.

¹⁸ למשל, כאשר חל שינוי במציאות הפיזית (כגון הריסת בית שלא כדין על ידי הרשות), במציאות המשפטית (כגון הענקת רישיון בלעדי שנשלל מאדם שלא כדין לצד שלישי תם לב) או בשל חלוף הזמן (כמו בנסיבות שבהן יש חשיבות לקיומה של הפגנה במועד מסוים דווקא).

¹⁹ דפנה ברק-ארז, "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103, 106 (תשס"ו).

4. לשון הרע

i. הזכות לשם טוב

בפרשת אבנרי נ' שפירא ציין השופט ברק, כי "כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לעתים לאדם כחיים עצמם, הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר"²⁰. השופט ברק אף הציע ללמוד בעניין זה מהמשפט העברי²¹, הקובע כי "טוב שם משמן טוב"²² וכי "כל המלבין פני חברו ברבים כאילו שופך דמים"²³. לפיכך אין כל פלא בכך שהמשפט הישראלי מכיר בזכותו של אדם לשמו הטוב לא רק בזכות ראויה להגנה, אלא אף כ"אחת מזכויות היסוד שבמשטרנו המשפטי"²⁴. זכות זו של אדם לשמו הטוב מהווה ערך מורכב ומקיף, ה"כולל בחובו בין השאר את האינטרס לכבוד אישי, לגאווה אישית ולהכרה אישית בין בני אדם. הוא משתרע על יחס הכבוד וההערכה כלפי האדם מן הסובבים אותו", יש לו היבטים אישיים ורכושיים גם יחד²⁵ וכל אלה ראויים להגנה.

ii. לשון הרע ונטייה מינית

במהלך שני העשורים האחרונים הוגשו בישראל לפחות עשרים תביעות שבמרכזן השאלה אם בייחוס נטיות הומוסקסואליות לאדם יש משום לשון-הרע. בשנת 1997 התייחסה הכנסת לסוגיית התיוג כהומוסקסואל או כלסבית, כאשר הוסיפה לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון-הרע), התייחסות מפורשת לנטייה מינית²⁶. בדיני לשון-הרע קיים עניין מיוחד בשאלת האמת: עיקרו של הליך משפטי לבירור תביעת לשון-הרע הוא טיהור שמו של התובע²⁷, ולשם כך בתי-המשפט מתפקדים כפורום ממוסד לבדיקה אם יש אמת כלשהי מאחורי העלבון²⁸. עניין זה בשאלת אמיתות הפרסום אף מעוגן בכמה מסעיפיו של חוק איסור לשון-הרע²⁹.

iii. הגנת "אמת דיברתי"

טענת ההגנה הקרויה "אמת דיברתי" היא אחד הנתיבים שדרכם נשאלת השאלה אם התובע "באמת" הומו (או אם התובעת "באמת" לסבית). הגנה זו תעמוד לרשות הנתבע (או הנאשם) אם יוכיח שהפרסום תואם את המציאות העובדתית, ואם נוסף על כך יקבע בית-המשפט כי יש

²⁰ ע"א 214/89 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד מג(3) 856, 840 (1989) (להלן: "אבנרי").

²¹ שם, 856-857.

²² ראה קוהלת, ז 1.

²³ בבא מציעא, נח [ב].

²⁴ אבנרי, לעיל ה"ש 20, עמ' 856.

²⁵ שם, שם.

²⁶ הדי ויטרבו "משבר ההטרסקסואליות: הבניית זהויות מיניות בדיני לשון הרע" עיוני משפט לג 5, 7 (תש"ע) (להלן: "משבר ההטרסקסואליות").

²⁷ חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוטז שנוור **לשון הרע: הדין הרצוי והמצוי** (2005), 396 (להלן: "גנאים, קרמניצר ושנוור"). לפי מחקרים שנערכו בארצות-הברית, רוב התובעים בתביעות לשון-הרע אכן מעוניינים בעיקר בטיהור שם, על-ידי פרסום תיקון או הכחשה של הפרסום על-אודותיהם. שם, בעמ' 386, 396.

²⁸ את צמיחתם של דיני לשון-הרע המודרניים ניתן להסביר, בין היתר, על רקע התחזקותו של שיח האמת המודרני במערכי הכוחות של תרבות המערב. ראו משבר ההטרסקסואליות, לעיל ה"ש 26, בעמ' 84-85.

²⁹ מבין הסעיפים הללו, בפרשות שבמוקד דיונו נעשה שימוש בס' 14 (הגנת "אמת דיברתי"), בס' 2 (19) (היות הנתבע משוכנע באמיתות הפרסום כשיקול להקלה עימו) ובס' 9 (א) (2) (סעד של פרסום תיקון, קרי, פרסום האמת). סעיף נוסף, אשר לא נעשה שימוש בו בפרשות שאנו דנים בהן, הוא ס' 16 (ב), שלפיו חזקה על הנתבע שפעל בחוסר תום-לב אם הפרסום לא היה אמת והנתבע לא בירר אם הוא אמת או לא האמין באמיתותו. סעיף זה מטיל על התובע את נטל ההוכחה של הנסיבות המפורטות בו. אורי שנהר **דיני לשון הרע** (2001) 266-267 (להלן: "שנהר"). לפיכך הסעיף מחייב את התובע לחשוף לפני בית-המשפט את זהותו ה-"אמיתית".

בפרסום עניין ציבורי³⁰. אחד המקרים שבהם הועלתה (ונדחתה) הגנת "אמת דיברתי" הוא פרשת פלוני — תביעת לשון-הרע שהגיש רופא נגד אשתו בשנת 1996, לאחר שכינתה אותו "הומו" ו"סוטה מין" במהלך ויכוח ביניהם בקליניקה שלו בשעות קבלת קהל. בשנת 2002 קבע השופט שוחט מבית-המשפט לענייני משפחה בתל-אביב כי בכינויים אלה יש משום לשון-הרע, והייב את הנתבעת לשלם לתובע פיצויים בגובה 75,000 ש"ח ללא הוכחת נזק. כי "אין שמץ [של אמת] — ה' ו] בטענותיה החמורות כלפי התובע"³¹. הגנת "אמת דיברתי" נטענה ונדחתה גם בפרשת אמסלם, שהינה ככל הנראה הידועה ביותר³² מבין הפרשות שדיונו עוסק בהן, ואשר התקבעה בתודעה המשפטית כהלכה מנחה ביחס לשאלה אם בתיוג כהומו/כלסבית יש משום לשון-הרע³³. שמעון אמסלם, אז שחקן כדורסל בקבוצת הפועל תל-אביב, נתקל במהלך המשחקים בהקנטות מצד אוהדי "מכבי" תל-אביב, אשר הרבו לקרוא לעברו "אמסלם ההומו, אמסלם ההומו, אמסלם הבן-זונה" (בלחן הפזמון של השיר "מעל פסגת הר הצופים"), משום שמירתו ההדוקה על שחקן "מכבי" קווין מגי במשחקי הדרבי³⁴. בשנת 1994 פורסמה במדור הספורט של המקומון התל-אביבי העיר כתבה על-אודות המשחקים האולימפיים של ההומואים והלסביות ("Gay Games") תחת הכותרת "אמסלם לא לבד"³⁵. בעקבות זאת הגיש אמסלם תביעת לשון-הרע נגד העיתון, ובשנת 1995 התקבלה תביעתו ונפסקו לו פיצויים בסך 150,000 ש"ח³⁶. שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב שדנה בעניינו, שרה דותן, דחתה את הגנת "אמת דיברתי" שנקטה על-ידי הנתבעים, וקבעה כי מדובר בטענה "מבישה... מיתממת במקרה הטוב ומטעה במקרה הגרוע"³⁷. השופטת דותן הוסיפה והכריזה כי "התובע... אינו הומוסקסואל ואין כל סיבה להכתירו בתואר לא לוי"³⁸. דברים אלה זכו בהד תקשורת נרחב. בין היתר פורסמה למחרת מתן פסק-הדין כתבה בעיתון מעריב שכותרתה — באותיות ענק — "אמסלם לא הומו", ואשר בכותרת-המשנה שלה נכתב: "קביעה זו עומדת ביסודה של החלטת שופטת בימ"ש השלום להרשיע את 'העיר' בהוצאת לשון הרע נגד הכדורסלן שמעון אמסלם"³⁹. ערעורם של הנתבעים לבית-המשפט המחוזי נדחה פה אחד

³⁰ ס' 14 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק לשון הרע").

³¹ תמ"ש (משפחה ת"א) 314827/96 פלוני נ' פלונית, תק-מש 2002(3) 190, פס' 8 (2002) (להלן: "עניין פלוני").

³² על-אודות העיסוק העיתונאי הרב בפרשת אמסלם ראו משבר ההטרסקסואליות, לעיל ה"ש 26, בעמ' 16. מבין המקרים שבהם אנו דנים, פרשת אמסלם היא היחידה שנידונה בספרות האקדמית. לאזכורי הפרשה ראו דניאל פרידמן "מהו עלבון ולמי מותר להיעלב?" **המשפט** ג 131 (1996); גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 27, בעמ' 261, 220; שנהר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 119, 140-139, 401, 403.

³³ ת"א (שלום ת"א) 20174/94 **אמסלם נ' קליין ואח'**, תק-של 2005(2) 602 (1995) (להלן: "שלום אמסלם") עברו במרוצת השנים קנוניזציה בשיח השיפוטי, בין היתר על-ידי אזכורם והסתמכות עליהם בפסקי-דין רבים, ביניהם שישה מפסקי-הדין שעסקו בשאלה אם תיוג אדם כהומו הינו לשון-הרע: ת"א (שלום ב"ש) 9005/99 **סופר נ' אברג'ל ופלד**, תק-של 2004(1) 2125, פס' 14 (2004) (להלן: "עניין סופר"); עניין פלוני, לעיל ה"ש 31, פס' 7; ת"ק (תביעות קטנות י-ס) 2272/05 **מלכה נ' אובספלד**, תק-של 2005(4) 3392, 39 (2005) (להלן: "עניין מלכה"); ת"א (שלום ת"א) 12603/05 **פאר נ' טיים אאוט מגזין (ישראל) בע"מ**, תק-של 2007(2) 28342, פס' 7 (2007) (להלן: "עניין פאר"); ת"א (שלום ת"א) 39231/06 **עמותת ל.כ.ן רמת השרון לקידום כדורסל בע"מ נ' רשת שוקן בע"מ**, תק-של 2007(4) 29342, פס' 53-54 (2007) (להלן: "עניין אנדה"); ת"א (ת"א) 26170/05 **בנבנישתי נ' רחמני**, תק-של 2008(4) 26885, פס' 11 (2008).

³⁴ משה גורלי "שמעון אמסלם יוצא למתפרצת" מעריב — סופשבוע 50, 3.3.1995; משה גורלי "שמעון אמסלם נגד 'העיר': היום פסק-הדין" מעריב — היום 10, 20.6.1995.

³⁵ רונן טל "אמסלם לא לבד" העיר 11.2.1994, 110.

³⁶ שלום אמסלם, לעיל ה"ש 33. הפיצויים שנפסקו באותה פרשה נחשבו אז (ונחשבים גם כיום) לגבוהים מאוד ביחס לפיצויים הנפסקים בתביעות לשון-הרע — עובדה היוצרת את הרושם שמדובר בפיצויים עונשיים. איתן להמן "לשון הרע" **העין שביעות** 1, 9 (1996).

³⁷ שם, בעמ' 9. קביעה זו צוטטה בע"א (מחוזי ת"א) 1145/95 **קליין ואח' נ' אמסלם**, תק-מח 97(1) 3188, פס' 8(ה) (1997) (להלן: "מחוזי אמסלם").

³⁸ שלום אמסלם, לעיל ה"ש 33, בעמ' 11.

³⁹ ארז רותם "אמסלם לא הומו" מעריב — ראשי 21.6.1995, 10 (להלן: "רותם").

על-ידי השופטים גרוס, בן-שלמה ורובינשטיין⁴⁰. בהמשך הגישו הנתבעים בקשת רשות ערעור לבית-המשפט העליון, אך חזרו בהם מהבקשה לאחר שנשיא בית-המשפט דאז, אהרן ברק, הבהיר להם כי לדעתו אין מקום לערעור⁴¹. אחיזתם של השופטות והשופטים בסמכות להכריע אם יש או אין אמת בדברים מעידה כי הם נתפסים בעיני עצמם, וכנראה גם בעיני הצדדים להליך, כאדוֹנֵי האמת של המיניוּת⁴² — כבעלי המונופולין על שיח האמת של המיניוּת, אשר אצלם בלבד המיניוּת האמיתית יכולה להתממש במלואה באמצעות פיענוח דברי התובע ופירושים⁴³.

iv. הזהות האמיתית לפי "האדם הסביר"

בדיני לשון-הרע מוסכם כי יש לבדוק את משמעות הפרסום על-פי מבחן "אובייקטיבי", קרי, על-פי מה שמוגדר כמובן ה"טבעי" וה"רגיל" של המילים בעיני "האדם הסביר"⁴⁴. בהתאם לכך, בבואם להכריע אם יש להבין פרסום מסוים ככזה שמתייג את התובע/ת כהומו/כלסבית, הסתמכו שופטות ושופטים לעיתים על "האדם הסביר". דוגמה אחת לכך ניתן למצוא בפרשת גולן: בשנת 2003 מתח איש הטלוויזיה מתי גולן ביקורת על התנהלותם התקשורתית של צמד הסטיריקנים שי גולדשטיין ודרור רפאל. באותו יום שידרו שי ודרור מערכון בתוכניתם שבו גילמו את דמויותיהן של צמד זקנות אשר משוחחות בפארק ומחליפות ביניהן דברים המתייחסים בכפיפה אחת למצעד הגאווה ולמתי גולן. כעבור חודשיים הגיש גולן תביעת לשון-הרע, ותביעתו התקבלה על-ידי שופט בית-משפט השלום בהרצליה צבי דותן, שפסק לו פיצויים בסך 60,000 ש"ח ללא הוכחת נזק⁴⁵. השופט דותן ציין כי "הנתבעים טוענים כי אין בדיאלוגים הסאטיריים... כל לשון הרע כלפי התובע... [אך] שום צופה סביר לא היה מבין כך את הדיאלוג הנ"ל... כל התובע לקהילת ההומוסקסואלים או לקשר שלו עם הקהילה הזאת"⁴⁶. צופה הרואה את התכנית בטלוויזיה היה מבין כי יש כאן רמיזה להשתייכותו (כביכול) של גולן לקהילת הלהט"ב. מעיון בדברים אלה, כמו-גם בהצהרות שיפוטיות דומות בפרשות אחרות⁴⁷, מתבהר ש"האדם הסביר" טרוד בשאלת הזהות המיניוּת ה"אמיתית" של התובע/ת. זאת ועוד, נראה שאדם סביר עשוי להטיל על-נקלה ספק בהטרוסקסואליות: די במערכון הומוריסטי הכולל דיבור על פלוני ועל מצעד הגאווה בכפיפה אחת להעמיד את ההטרוסקסואליות שלו בספק. כלומר, העיסוק בשאלת הזהות המיניוּת ה"אמיתית" בא לצד ספקות ביחס ליציבותה של אמת זו⁴⁸.

⁴⁰ מחוזי אמסלם, לעיל ה"ש 37, פס' 2.

⁴¹ משה ריינפלד "רשת שוקן חזרה בה מכוונה לערער על הקביעה כי הוציאה דיבה על שמעון אמסלם" **הארץ** 11.2.1997.

⁴² לפי מישל פוקו, שיח האמת המודרני מתאפיין בכך שהמאזין הוא אדון האמת. האמת של הדובר נוכחת אצלו רק בצורה חלקית ועיוורת לעצמה, ואינה יכולה להתממש במלואה אלא אצל המאזין שקולט אותה. מישל פוקו **תולדות המיניוּת – כרך ראשון: הרצון לדעת** 44, בעמ' 48 (1996).

⁴³ משבר ההטרוסקסואליות, לעיל ה"ש 26, עמ' 13.

⁴⁴ שנהר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 110.

⁴⁵ ת"א (שלום הרצליה) 3148/03 **גולן נ' גולדשטיין ורפאלי**, פס' 8, 24, 53 (לא פורסם, 9.5.2007) (להלן: "עניין גולן").

⁴⁶ שם, פס' 15, 24.

⁴⁷ אין זה המקרה היחיד שבו נפסק כי "האדם הסביר" יסיק מהפרסום שהתובע/ת אכן הומו/לסבית. ראו גם עניין פאר, לעיל ה"ש 33, פס' 11 ("הקורא הסביר... בהחלט מבצע קישור אסוציאטיבי בין התובעת ובין הקהילה ההומו-לסבית"); עניין אנדה, לעיל ה"ש 33, פס' 33 ("בכותרת הראשית ובכותרת המשנה ישנה אמירה המובנת ע"י האדם הסביר כי שחקניות הכדורסל בקבוצה הינן לסביות").

⁴⁸ משבר ההטרוסקסואליות, לעיל ה"ש 26, עמ' 15.

v. תיקון סעיף 1(4) לחוק איסור לשון-הרע

בשנת 1997 התקבל במליאת הכנסת תיקון לסעיף 1(4) לחוק איסור לשון-הרע. התיקון הוסיף לחוק, בין היתר, איסור מפורש של ביזוי בשל נטייה מינית. לאחר קבלת התיקון קבע הסעיף: "לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול... לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, מינו או נטייתו המינית"⁴⁹. ההתייחסות בחוק לנטייה מינית לא יועדה במקורה לטובת כלל התובעים הפוטנציאליים⁵⁰, אלא לטובת הומואים ולסביות⁵¹, כלומר, לטובת מי שיתויגו כהומואים או כלסביות על רקע היותם "באמת" כאלה. מעידים על כך דבריהם של כמה חברי-כנסת, וביניהם אמירתו של חבר-הכנסת אלי גולדשמידט שהצעת החוק מבטאת "תפיסה האומרת שאדם זכאי לכל הזכויות של אדם באשר הוא אדם, גם כאשר הוא הומוסקסואל"⁵². ההנחה שנמענו הישירים של התיקון הם הומואים ולסביות ("אמיתיים") הייתה ברורה מאליה עד כדי כך שהתפתח דיון בוועדה לקידום מעמד האישה בשאלה אם הומואים ולסביות יעזו לקום ולתבוע או שמא יש לאפשר לארגוני הומואים ולסביות להגיש תביעות בשם יחידים שחוששים לעשות זאת בעצמם⁵³. ראייה נוספת לכך שהתיקון לחוק נתפס ככזה שנועד לטובת הומואים ולסביות היא אי-אזכורו של פסק-הדין בעניין אמסלם (שאינו "באמת" הומו) במהלך הדיונים בכנסת⁵⁴. במבחן הזמן הייתה משמעותו העיקרית של תיקון החוק הצהרתית בעיקרה⁵⁵. ברובם הגדול של פסקי-הדין שדיונו נסב עליהם לא נעשה כל שימוש בסעיף 1(4)⁵⁶, חרף התייחסותו הברורה לנטייה מינית⁵⁷. אחד ההסברים האפשריים לכך הוא שהסעיף לא נתפס על-פי-רוב כרלוונטי לתובעים שאינם "באמת" הומואים. אכן, באחד משני המקרים היחידים שבהם נעשה שימוש בסעיף 1(4), "הצהיר" התובע על עצמו במפורש כהומו⁵⁸.

⁴⁹ חוק לשון הרע, לעיל ה"ש 30. בשנת 2007 הוספה לסי' 1(4) גם התייחסות למוגבלות פיזית, שכלית או נפשית. ⁵⁰ תובעים הטרוסקסואלים לא נזקקו כלל לתיקון לחוק, משום שפסקי-הדין בעניין חזון ובעניין אמסלם כבר הכירו אז בהומוסקסואליות כלשון-הרע.

⁵¹ זאת, להבדיל מהחוק למניעת הטרדה מינית, שנועד לאסור השפלה על רקע נטייה מינית, בין אם נטייה זו "אמיתית" ובין אם לאו.

⁵² ד"כ 160, 4099, 4100 (תשנ"ז). לניתוח התבטאויות דומות שנשמעו בדיונים במליאת הכנסת ובוועדה לקידום מעמד האישה ראו משבר הטרוסקסואליות, לעיל ה"ש 26, בעמ' 32-33.

⁵³ פרוטוקול ישיבה מס' 27 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-14, 12 (7.1.1997) (להלן: "פרוטוקול הוועדה לקידום מעמד האישה").

⁵⁴ וההתעלמות גם מפסק-הדין בעניין חזון, שקדם לפרשת אמסלם ואשר יידון בהמשך. ההתעלמות משני פסקי-הדין הללו בולטת במיוחד מכיוון שבדיונים נכחו משפטנים רבים ובקיאים בנושא: בדיון שנערך בוועדה לקידום מעמד האישה נכחו, בין היתר, דן יקיר (מהאגודה לזכויות האזרח), עירא הדר (מארגון קל"ף — קהילה לסבית פמיניסטית) ודורי ספיבק (מהאגודה לזכויות הפרט — כיום אגודת הלהט"ב). בדיון שנערך במליאת הכנסת נכח חבר-הכנסת יונה יהב, מומחה לדיני לשון-הרע. זאת, נוסף על משפטניות ומשפטנים אחרים שנכחו בדיוני הוועדה לקידום מעמד האישה. קשה להאמין שאף לא אחד מהם הכיר את פרשת אמסלם או את פרשת חזון.

⁵⁵ המחוקקים אכן חזו שמשמעות החוק תהיה הצהרתית בעיקרה. ראו פרוטוקול הוועדה לקידום מעמד האישה, לעיל ה"ש 53, בעמ' 5, 3; ד"כ 161, 4377, 4378-4377 (תשנ"ז). ההבנה שלחוק לא תהיה השפעה מעשית רבה, אלא בעיקר השפעה הצהרתית, היא אולי זו שאפשרה לו לעבור בכנסת בקלות. להסבר דומה, שלפיו העברת החוק בקלות קשורה לקושי ליישם חוקים מעין אלה כדי להגן על קבוצות מקופחות, ראו יובל יונאי "הדין בדבר נטייה חד-מינית — בין היסטוריה לסוציולוגיה" **משפט וממשל** ד 531, 557 (1998) (להלן: "יונאי").

⁵⁶ בועז שנוור מציע לבטל כליל את סי' 1(4), וכן את סי' 1(2) ו-1(3), משום שלטענתו סעיפים אלה רק מספקים דוגמות למקרים שנכנסים ממילא תחת הסעיף הכללי 1(1). יתר על כן, הוספת הדוגמות לחוק עלולה להפחית ממשקלן של פגיעות שאינן דומות לדוגמות הללו. גנאים, קרמניצר ושנוור, לעיל ה"ש 27, בעמ' 2.

⁵⁷ ההתעלמות מס' 1(4) בולטת במיוחד בפסק-הדין של מחוזי אמסלם, לעיל ה"ש 37, שניתן כחודש בלבד לאחר קבלת התיקון לחוק.

⁵⁸ עניין מלכה, לעיל ה"ש 33, פסי' 1, 24, 31, 39, 49, 53. המקרה השני הוא עניין גולן, לעיל ה"ש 45, פסי' 24.

vi. צורות נוספות של עיסוק בשאלת האמת

הדיבור על שאלת הזהות המינית ה"אמיתית" משתרע אל מעבר לשלוש המסגרות שנסקרו לעיל — הגנת "אמת דיברתי", מבחן "האדם הסביר" והדיונים על התיקון לסעיף 41(4) לחוק. דוגמה אחת⁵⁹ לכך היא נסיונו של התובע בפרשת אמסלם להוכיח כי הוא אינו באמת הומו. תחילה פנה אמסלם לעיתון העיר בדרישה לפרסם התנצלות, ובעקבות זאת פורסמה בעיתון הבהרה בזו הלשון: "אף אחד בספורט 'העיר' לא חשב ולא חושב ששמעון אמסלם הוא הומוסקסואל... כולם... ברור שהיא נטולת אחיזה במציאות"⁶⁰. לאחר-מכן טען אמסלם בכתב התביעה (עוד בטרם נטענה טענת "אמת דיברתי" על-ידי הנתבעים) כי אין אמת בפרסום על-אודותיו⁶¹. מעבר לשיח המשפטי, התקיים עיסוק נרחב בזהותו המינית ה"אמיתית" של אמסלם גם בשיח העיתונאי⁶². אחד הניסוחים של שאלת הזהות המינית האמיתית היא השאלה לאיזו קבוצה התובע משתייך "באמת" — ל"קבוצה" (כביכול) ההומוסקסואלית או ל"קבוצה" (שוב כביכול) ההטרוסקסואלית. שאלת השיוך הקבוצתי זכתה בהתייחסות בפסיקה⁶³, בשיח העיתונאי⁶⁴ וגם ברשימה אקדמית שפרסם דניאל פרידמן בעקבות פסק-דינה של השופטת דותן בעניין אמסלם. לדברי פרידמן:

"מתן פיצוי לאמסלם אינו פוגע בהומוסקסואלים. השתייכותו של אדם לקבוצה חברתית, לאומית, מקצועית או מינית מהווה חלק מאישיותו. ישנן נסיבות שבהן שיוכו לקבוצה שבמסגרתה הוא מסרב להיכלל תהווה עלבון. זאת, מבלי שהדבר יהווה פגיעה כלשהי בקבוצה אליה הוא מסרב להשתייך. לדוגמא, מי שמתאר אישה כבעלת חזות של גבר מזוקן מטיח בה עלבון, מבלי שהדבר פוגע בגברים בכלל ובבעלי זקן בפרט. כך גם כינויו של רב יהודי כינוצרי או כימוסלמי מהווה עלבון חריף ופגיעה במעמדו. מי שיפסוק לו פיצוי נאות על כך אינו מבזה לא את העולם הנוצרי ואף לא את העולם המוסלמי"⁶⁵.

מעניין שמבין כל הדוגמות ההיפותטיות שהיה יכול להביא, בחר פרידמן דווקא שתיים שבהן השיוך הקבוצתי נתפס (לאו דווקא בצדק) כשגוי: שיוך אישה לקבוצת הגברים המזוקנים ושיוך

⁵⁹ דוגמה נוספת ניתן למצוא בפרשת סופר, שגם בה מילאה שאלת האמת תפקיד מרכזי: עניין סופר, לעיל ה"ש 33, פס' 14, 24-25.

⁶⁰ אביב לביא "הבהרה" העיר 118, 18.2.1994. השופטת דותן בחרה לא להתחשב בהתנצלותם של הנתבעים כשיקול להקלה עימם, מכוח ס' 41(4) לחוק איסור לשון-הרע, משום שלטענתה "עיקר הבהרה יוחדה לחוסר הפתיחות של החברה הישראלית". פסק-הדין של השלום בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 33.

⁶¹ כאן אני מסתמך על תיאור העובדות בפסקי-הדין: פסק-הדין של השלום בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 33, בעמ' 4 ("מאחר ולתובע אין כל נטיות הומוסקסואליות נטען כי העובדה המשתמעת מן הכותרת הנ"ל הינה שקר גס אשר יש בו כדי להשפיל את התובע ולעשותו למטרה לבוז וללעג"); פסק-הדין של המחוזי בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 37, פס' 7 ("תביעתו [של אמסלם] נשענה על כך שמכותרת הכתבה משתמע כי הינו הומוסקסואל שעה שאין לו כל נטיות מעין אלה ולכן מדובר בשקר גס שנועד לבזותו ולהשפילו").

⁶² אילן שיינפלד "לו הייתי אמסלם" **הארץ** — מוסף 23.6.1995, 8 ("השופטת קבעה שהעיתון הוציא לשון הרע על אמסלם, משום שמכותרת המאמר השתמע ייחוס הומוסקסואליות לו — למרות שנטייתו המינית אינה הומוסקסואלית"); רותם, לעיל ה"ש 39 ("אמסלם לא הומו"); אביב לביא "לכסף יש גם מחיר" **הארץ** — ספורט 3.5.2003, 3 ("כשאוהדי מכבי שרו 'אמסלם ההומו', הם ידעו שהוא לא באמת"). ראו גם להלן ה"ש 64.

⁶³ ראו, לדוגמה, עניין אנדה, לעיל ה"ש 33, פס' 54-53 ("הביטוי 'אחת על אחת' שכמוהו כתיאור התובעות כלסביות... כלפי מי שאינו נמנה על קהילה מינית מסויימת, בניגוד לרצונו, מהווה פגיעה בשמו הטוב המזכה בפיצוי"). קביעה דומה הופיעה בת"פ (שלום ק"ג) 220/01 **מדינת ישראל נ' סבן**, תק-של-12004 (1) 11830 (2004). טענות ברוח דומה הועלו גם מפני התובעים בפרשת פאר ובפרשת אדלמן: עניין פאר, לעיל ה"ש 33, פס' 6(ג); ת"א (שלום ת"א) 14726/05 **אדלמן וגוטהלפ' נ' חברת רייטינג בע"מ**, תק-של-2007 (4) 1379, פס' 9 (2007).

⁶⁴ בריאיון עיתונאי עימה אמרה אשת התובע בפרשת אמסלם כי "הבעיה היא ששייכו אותו לקבוצה שהוא לא שייך לה". אליעזר לחנה "אמסלם לא לבד. ישנה גם חגית" **מעריב** — סגנון 28.6.1995, 9.

⁶⁵ פרידמן, לעיל ה"ש 32, בעמ' 132.

רב יהודי לקבוצת הנוצרים או המוסלמים. מכאן עולה שכאשר פרידמן בוחן את סוגיית העלבון, ההיגיון שמנחה אותו נוגע בסוגיה אחרת – הזהות האמיתית. במובן זה, דבריו תומכים במהותנות ובהנגדה הדומיננטיות בשיח המשפטי על-אודות התיגו כהומו⁶⁶.

5. פגיעה בפרטיות

i. הזכות לפרטיות

ההגנה על הפרטיות מבוססת הן על הוראה מפורשת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁶⁷ והן על חוק הגנת הפרטיות⁶⁸. בכל אחד מדברי חקיקה אלו קיים, לצד הצהרה בדבר זכותו של כל אדם לפרטיות, תיאור מפורט של אופני הפגיעה בזכות (ואין חפיפה בפירוט הדוגמאות שמציגים שני החוקים), תוך הדגמת הרבגוניות העובדתית והמשפטית המאפיינת זכות מורכבת זו. עקב כך ההסדר הישראלי של הזכות – בהשוואה לשיטות משפט אחרות, שבהן ההסדר החוקי פחות "סגור" ומשאיר פתח גדול יותר לשיקול דעת – הוא מחד גיסא, נקי ומדויק יותר, אך מאידך גיסא, גמיש פחות ומאפשר פחות שינויים, הרחבות והתאמות, הן בנוגע להגדרתה של הזכות והיקפה והן בכל הנוגע להתאמת ההגנה עליה לתפיסות משתנות בדבר תפקידם של אמצעי התקשורת בחברה המודרנית⁶⁹. ההגנה החוקתית על הזכות לפרטיות ועל הזכות לשם טוב במשפט הישראלי, משמעותה ותחולתה של הגנה חוקתית זו על הזכויות הפרסונאליות המוגנות גם במשפט הפרטי; דיונים בדבר תחולה "ישירה" או "עקיפה" של חוקי היסוד – כל אלו זכו כבר לתלי-תלים של הלכות משפטיות ולאפני עמודים של ניתוח מלומד ומעמיק⁷⁰. בהיבט התיאורטי זכתה לאחרונה הזכות לפרטיות לניתוח משפטי-ישראלי מעמיק ורחב היקף, המציג אותה בסופו של דיון כזכות שתפיסתה הבסיסית היא של "הפרטיות כשליטה"⁷¹. עם זאת גם מחקר זה מסתיים בקביעה שלפיה "הזכות נותרת עדיין עמומה"⁷². אשר לאופן שבו יישמו בתי-המשפט בפועל את ההגנה על הזכות לפרטיות התמונה אינה ברורה לחלוטין. בעוד שבמשך שנים רבות ניתן היה לאתר בפסיקה הישראלית נטייה להעדפת ההגנה על חופש הביטוי על פני ההגנה על הזכות לשם טוב ולפרטיות (גם אם לעתים רק נטייה קלה ולא בהכרח חד משמעית)⁷³, נראה כי בתקופה האחרונה נפל דבר בבתי-המשפט בארץ. ביותר ויותר החלטות בעניינים עקרוניים ניכרת העדפה של הזכויות

⁶⁶ משבר ההטרסקסואליות, לעיל ה"ש 26, עמ' 17.

⁶⁷ סעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "כבוד האדם וחירותו").

⁶⁸ סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, לעיל ה"ש 4.

⁶⁹ תמר גדרון "פרסום מידע פרטי: בחינה יישומית של הזכות לפרטיות במבט השוואתי" **עלי משפט** ח 133, 177 (תש"ע) (להלן: "גדרון").

⁷⁰ א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א (תשנ"ב) 9; א' ברק "חופש הביטוי ומיגבלותיו" **הפרקליט** מ (תשנ"א) 5; א' ברק "העיתונות שולטת באוויר הדרוש לנשמת הדמוקרטיה" קטעים מהרצאה שנשא בתי-המשפט העליון בערב עיון לרגל הופעת ספרו של זאב סגל **חופש העיתונות: בין מיתוס למציאות** (1995), **הארץ** (14.5.96); ז' סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" **עיוני משפט** ט (תשמ"ג) 175; A Barak "Constitutional Human Rights and Private Law Justice" 3 *Rev. of Constitutional Studies* (1996) 1; א' ברק "חופש הביטוי כזכות חוקתית" (דברים באזכרה לזכרו של יורם רוזן ז"ל במכון ון-ליר, 9.11.97); ד' ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" **משפט וממשל** ה (תש"ס) 95; ד' ברק-ארז, "גלעד" "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" **קרית המשפט** ח (תשס"ט) 11.

⁷¹ מ' בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא 9, 71 (תשס"ח) (להלן: "בירנהק").

⁷² "בירנהק". השו" *12 Isr. L. Rev.* "Should We Have a General Right to Privacy in Israel?" R. Gavison (1977) 155.

⁷³ שם, עמ' 72.

⁷³ ת' גדרון "חופש הביטוי וחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 – נקודת איזון חדשה?" **המשפט** ה (תשס"א) 9. השו" עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך חוקתי, מושגי ורגולטורי" **קרית המשפט** ה 39 (תשס"ט) (להלן: "טנא").

האישיות של הפרט ולשם טוב ולפרטיות – המוכרת באופן מפורש, כזכור, כזכויות חוקתיות – על פני חופש הביטוי וחופש העיתונות⁷⁴. על מגמה זו ארחיב בהמשך בפרק חופש הביטוי והגנת הפרטיות.

ii. אוטינג כהפרת סודיות

אולי יותר מאשר מדובר במקרה של הפרת פרטיות, מדובר כאן במקרה של הפרת סודיות. ראשית, כיוון שמדובר בדברים שהיו ידועים בתוך הקהילה, ולכן בצורה כזו או אחרת "מופקעים" מהתחום הפרטי. ה-Restatement האמריקאי קובע כי "אין חבות בפרסום פרט שהשאייר התובע בעצמו פתוח לעין הציבור"⁷⁵. כלומר, אם אדם אינו טורח להסתיר דבר מה, אין סיבה שלא לדווח על כך. פס"ד סייפל⁷⁶ המפורסם מאשש אף הוא את אותה תפיסה, ולכן דוחים השופטים את ערעורו של סייפל, בהסתמך על כך שנטייתו המינית הייתה ידועה בקרב הקהילה. ודוק: ביהמ"ש מבחין בין דבר פרטי שנשמר בדי' אמותיו של האדם לבין ידיעה שהייתה ידועה אף במעגל מצומצם יחסית של סובבים. חיזוק לגישה הזו נקבע גם בפס"ד דיאז⁷⁷ - שעסק בחשיפת דבר קיומו של ניתוח לשינוי מין של אדם, וזהותו המינית. השופטים קבעו כי במקרה זה נעשתה פגיעה בפרטיותו של דיאז ונימקו זאת בכך שהומוסקסואליות יכולה להיות פרטית כאשר נוקט האדם מספיק צעדים לשמור על נטייתו המינית כפרטית. עם זאת, פסק הדין מחסיר פרט חשוב ומעניין: הוא אינו מגדיר אילו צעדים על האדם לנקוט כדי לשמור את נטייתו המינית כפרטית.

יש לציין כי ההבחנה בין הפרטי, הגלוי והסודי, אינה נקייה לחלוטין. הגבולות בין המושגים, לעיתים, מטושטשים. בתי המשפט האמריקאים נקלעו פעמים רבות לבלבול וערבוב תפיסתי בין הדבר הפרטי לדבר הסודי. הנטייה הבסיסית שלהם היא להתייחס אל שני המושגים כהיינו הך. כך למשל: בפס"ד ג'נרל מוטורס ביהמ"ש מדגיש, כי פגיעה בפרטיות נעוצה במהות המידע שנאסף ובשאלה אם מדובר במידע סודי או במידע גלוי⁷⁸. הבחנה זו, גם אם במקרים מסוימים, מתיישבת תחת המטרייה של דיני הפרטיות, אינה נכונה תמיד⁷⁹. **בירנהק** סבור, שלמעשה ליבת הזכות אינה המהות של הדברים שנחשפו, אלא איבוד השליטה של הפרט על אותו פריט מידע הנוגע לחייו האישיים⁸⁰.

תומאס קנדל טוען שבעוד הפרטיות היא זכות בסיסית של האדם, אשר מבקש לשמור מידע מסוים אודותיו מפני חשיפה ציבורית, הרי שהסודיות כשלעצמה אינה ראויה להגנה והיא זוכה לה רק בגלל גורם נוסף – החשש מהנזק שיגרם עת שיפורסם המידע. כלומר, הפגיעה בפרטיות היא הנזק עצמו והיא אינה תלויה בדבר, היא יכולה להתגבש גם ללא כל נזק לאדם⁸¹.

⁷⁴ גישה דומה, בהקשר אחר, ניתן לאתר גם בהחלטה בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פורסם בנבו (20.8.08). בעניין זה נדונה פסילה של מודעת בחירות תוך הסתמכות על כללי רשות השידור. בית-המשפט קבע כי על אף הפגיעה שפגעה הפסילה בחופש הביטוי הפוליטי, כללים אלו עומדים בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁷⁵ Restatement (second) of torts 652d cmt (1977)

⁷⁶ Sipple v. chronicle publishing co.201 cal. Rptr. 665(1984)

⁷⁷ Diaz v. Oakland tribune 188 cal. retr. 762 (cal. Ct. app. 1983)

⁷⁸ Nadar v. General motors Corp., 25 N.Y. 2d 560

⁷⁹ אלי הלם, **דיני הגנת הפרטיות**, 4 (2003) (להלן: "אלי הלם").

⁸⁰ בירנהק, לעיל ה"ש 71, עמ' 9.

⁸¹ Thomas Kendall, *Beyond the privacy principle*, Law Review 92, 1431 (1992) (להלן: "קנדל").

לפי קנדל, חשיפת נטייה מינית של להט"בים עלולה לגרום להם נזק רב כמו איבוד עבודה, ניתוק חברויות, פגיעה בשמם הטוב – וכל זאת בגלל שהחברה עדיין לא סובלנית דיה⁸². עם זאת, בעצם הפרסום אין כל פגיעה בפרטיות. לכן, על מנת להסביר מדוע נטייה מינית היא דבר פרטי, יש להסביר מדוע הדבר לא חל על מי שנימנה עם הרוב ההטרוסקסואלי. ברי, על מנת לראות בנטייה מינית דבר פרטי עלינו ליצור שוויון בין העדפה מינית הטרוסקסואלית לזו ההומוסקסואלית. פגיעה בפרטיות אמורה להיות דבר אוניברסלי, תלוי חברה, אך לא תלוי באדם האינדיבידואלי. עצם הפרסום ללא הסכמת האדם הוא שמהווה את הפגיעה, ולא תוכן הפרסום עצמו. חשוב לציין, שקנדל אינו סבור שלא צריכה להיות זכות מסוימת לפרטיות, אלא שלא צריכה להיות קטגוריה נפרדת, להטרוסקסואלים ולהומוסקסואלים, שאחת מהן מקובלת והשנייה לא.

.iii הנטייה המינית כפרטית

מהבחינה הרעיונית, הדיסקרטיות לגבי הנטייה המינית נתפסת במדינות רבות בעולם כיום מוגנות כחלק מתוך דיני הפרטיות. **וורן וברנדייס** ציינו לפני יותר ממאה שנה כי הן פעילות מינית והן נטייה מינית הם חלק מליבת הזכות לפרטיות⁸³. אולם, כיום נראה כי בית המשפט לפחות זה האמריקאי מזהה את החשיבות בשמירת האינפורמציה הזו פרטית, אך אינו מספק הגדרה חד משמעית לעניין מיקומה של הנטייה המינית תחת מטריית דיני הפרטיות. אמנם, ברור בבית המשפט כי הנטייה המינית מוגנת ע"י אוטונומיית הפרט, אך לא בטוח כי היא נכללת בתוך שיח הפרטיות⁸⁴, למשל: במקרים של אוטינג. כך נראה בארה"ב שאין כמעט פס"ד שמציינים שהנטייה המינית היא עניין פרטי, וזאת להבדיל ממה שמתקיים בארץ. פס"ד דיאז⁸⁵ הוא בין הבודדים הנוגעים לכך.

רוג'ר אינגהם טוען כי פרטיות יכולה להיות מובנת "רק בפרספקטיבה רחבה, של יחסים חברתיים, ומבנה חברתי, ואין לזו משמעות כאשר היא מבודדת מהקונטקסט"⁸⁶. כלומר מדובר ביציר החברה, ובמצבים משתנים. לפיכך, במקום הגדרה פוזיטיבית של פרטיות, שיטות משפט מגדירות את תחומי הזכות על דרך השלילה, קרי על ידי זיהוי מצבים שנחשבים פגיעה בפרטיות⁸⁷. גם דרכו של החוק הישראלי, באמצעות סעיף 2, היה ליצור את אותם מצבי שלילה של פגיעה בפרטיות. לכן, נהוג לסווג במשפט הישראלי את הנטייה המינית כדבר פרטי לפי ס' 2(11) לחוק הגנת הפרטיות⁸⁸: "פרסומו של עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או להתנהגותו ברשות היחיד".

⁸² בדומה לקנדל גם קאתי האריס טוענת כי כאשר בוחנים אם נפגעי האאוטינג רובם המוחלט של הנזקים השונים, נגרמים בשל התנהגותם המפלה של המעסיקים, החברה והמוסדות השונים. Cathy Harris, *Outing Privacy Litigation: Toward a Contextual Strategy for Lesbian and Gay Rights*, Washington Law Review 65: 248-261 (1996) (להלן: "האריס").

⁸³ Samuel Warren & Louis Brandies, "the right to privacy" 4 harv. L. rev. 193, 216 (1980)

⁸⁴ John p. Elwood "Outing, privacy and the first amendment" 102, yale l.j. 747, 757 (1992-1993)

⁸⁵ הערה 66.

⁸⁶ Kathleen Guzman "About Outing: Public Discourse, Private Lives", Washington University Law q. 73, 1550 (1995) (להלן: "גוזמן").

⁸⁷ בירנהק, לעיל ה"ש 71, עמ' 27.

⁸⁸ חוק הגנת הפרטיות, לעיל ה"ש 4.

עוד בדברי ההסבר להצעת החוק ובוועדת כהן⁸⁹, שהכינה את התשתית ליצירת החוק, נטען כי "החוק למעשה מבקש להגן, על תחומי הזכות המתפרשים לגבי אותם עניינים של הפרט אשר על פי מוסכמות חברתיות זכאי הפרט לשמורם לעצמו..."⁹⁰.

אם אכן הזכות לפרטיות נגזרת מהמוסכמה החברתית, והחברה עדיין מתייחסת לנטייה המינית כדבר משפיל ומבזה כפי **שטוען ויטרבו**, הרי שמדובר במעגל קסמים, שלעולם ישמור על הנטייה המינית כמוסכמה פרטית חברתית.

דווקא באותו סיווג של מצבי השליחה **בירנהק טוען**, כי אומנם הוא מסייע בארגון מצבי הפרטיות, ולכן תוחם את גבולותיה. אך בו בזמן הוא גם מקבע דפוסי חשיבה, ומקשה הכלה על מצבים חדשים. כאשר מדובר בתיחום קטגורי שכזה, "אנחנו למעשה מתרחקים מתכלית הזכות, ומההצדקות הנורמטיביות שלה"⁹¹.

iv. **אאוטינג כהפרת פרטיות**

האיסור המשפטי המוטל על תיוג כהומו/כלסבית נובע, בין היתר, מכך שתיוג זה קורא תיגר על סימון ההומוסקסואליות כסוד, ומחדיר את ההומוסקסואליות בבוטות לשיח הציבורי⁹². אקטים הומוסקסואליים ולסביים נתפסו לאורך העידן המודרני ככאלה שאין לדבר עליהם ואף אין לכנותם בשם⁹³. בישראל נתפסה הומוסקסואליות כעברה על החוק עד שנות השמונים המאוחרות⁹⁴, ותפיסה זו הגבילה את היכולת לקיים שיח ציבורי על-אודות הומוסקסואליות⁹⁵. הבניית ההומוסקסואליות כסוגיה שמסוכן ולעיתים אף אסור לדבר עליה הובילה, ועודנה מובילה, להבנייתה כסוד — כמידע שנהוג ואף ראוי להסתירו. דוגמה לתפיסת ההומוסקסואליות כסוד, הן מצד התובע והן מצד בית-המשפט, היא **פרשת אפריאט**⁹⁶. באותו מקרה הוגשה בשנת 2007 תביעת לשון-הרע נגד העיתון ידיעות אחרונות, לאחר שזה פרסם את תמונת התובע צועד במצעד הגאווה בירושלים, לבוש מדי צה"ל ואוחז בידיו את דגל הגאווה⁹⁷. בתביעתו טען התובע כי "דבר היותו הומוסקסואל נשמר בסוד בינו לבין אמו"⁹⁸, כי "השתתפותו במצעד הגאווה... לא

⁸⁹ ועדה בראשות נשיא ביהמ"ש העליון יצחק כהן: **משרד המשפטים דין וחשבון**, הועדה להגנה מפני פגיעה בצנעת הפרט (1976) בסוף עבודתה פרסמה הועדה דו"ח כללי הנוגע לזכות לפרטיות. עקרונות חוק הגנת הפרטיות מבוססים על הצעת החוק של הועדה.

⁹⁰ אלי הלם, לעיל ה"ש 79, עמ' 3.

⁹¹ בירנהק, לעיל ה"ש 71, עמ' 27.

⁹² חוק הגנת הפרטיות, לעיל ה"ש 4.

⁹³ Bruce MacDougall, *Queer Judgments: Homosexuality, Expression, And the Courts in Canada* 2 (2000).

⁹⁴ על כך ראו, לדוגמה, שם, בעמ' 18-20.

⁹⁵ לדיון בהבניית ההומוסקסואליות בשיח המשפטי הישראלי עד ביטול האיסור המשפטי של משכב זכר, בשנת 1988, ראו יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948-1988" **סוציולוגיה ישראלית** א(2) 257, 258-257 (1999). כאמור, ההומוסקסואליות "רק" נתפסה כעברה, משום שהחוק למעשה לא התייחס כלל להומוסקסואליות. שם, בעמ' 262-268.

⁹⁶ יונאי, לעיל ה"ש 55, 542-547.

⁹⁷ ת"א (שלום-י-ם) 6023/07 **אפריאט נ' הוצאה לאור "ידיעות" בע"מ** (לא פורסם, 5.10.2008) (להלן: "עניין אפריאט").

⁹⁸ התמונה צולמה בשנת 2004, פורסמה לראשונה באותה שנה, ומאוחר יותר הופיעה פעמיים נוספות בכתבות על-אודות הומואים וצה"ל, חרף פנייתו של התובע לעיתון בדרישה שלא ישתמש בה.

⁹⁹ עניין אפריאט, לעיל ה"ש 96, פס' 5.

נועדה לתת פומבי בפני עם ישראל כולו לגבי נטיותיו⁹⁹, וכי "תמונות מן הסוג הזה יש בהן מידה של רגישות"¹⁰⁰. עוד הוסיף התובע וטען וכי חשיפת נטיותיו המיניות בציבור הסבה לו נזקים כלכליים ומשפחתיים. בשנת 2008 קיבל את התביעה שופט בית המשפט השלום בירושלים ארנון דראל, ופסק לתובע פיצויים בסך 50,000 ש"ח, אף שלא הוכח כי נגרם לו נזק¹⁰¹. אולם לא רק הרצון בסודיות מאפיין את פרשת אפריאט, אלא גם התשוקה לחשוף את ההומוסקסואליות, שכן יחד עם הדרישה לא לתייגו כהומו, השתתף התובע במצעדי הגאווה המתקשרים בתל-אביב ובירושלים, כשהוא אוחז בדגל הגאווה, כאמור¹⁰². יתר על כן, התובע אף פרסם טורים פרי-עטו על-אודות חייו כהומו דתי באתר האינטרנט הגדול ביותר הפונה להומואים בישראל — GoGay — בלויית תמונתו ושמו המלא¹⁰³. דברים אלה ממחישים את הדיאלקטיקה הקיימת לא רק בין ריבוי הדיבור להגבלתו, כי אם גם בין הימצאות בתוך ה"ארון" לבין הימצאות מחוץ לו¹⁰⁴. ברבים מהמקרים הנוספים שאנו עוסקים בהם מצאו השופטים והשופטות צורך לאשרר את סימון ההומוסקסואליות כסוד שאין לדבר על-אודותיו¹⁰⁵. שתי דוגמות לכך ניתן למצוא בפרשת בן-דורי ובפרשת גולן. **בפרשת בן-דורי** הציעה השופטת שבח את הצעת הפשרה הבאה (שהתקבלה על-ידי הצדדים): "הנתבע יצהיר כי האמירות החמורות המיוחסות לו כלל לא נאמרו על ידו... [ו]כי הוא מצטער על מה שאמר שכאמור אינו זהה למה שאמרו בכתב התביעה"¹⁰⁶. **בפרשת גולן** הכריז השופט דותן כי "גילו או נטייתו המינית של התובע אינם דברים העומדים או שראוי שיעמדו על סדר היום הציבורי, אין בהם כדי לעורר דיון ציבורי או ענין ציבורי, ואין הם מעניינים איש"¹⁰⁷. אך שוב, כמו בפרשת אפריאט שנידונה לעיל, גם דבריו של השופט דותן בפרשת גולן ממחישים את השניות שבין הגבלת הדיבור על ההומוסקסואליות לבין עידוד דיבור זה. בשעה שהשופט דותן מכריז כי נטייתו המינית של התובע אינה מעוררת אף שביב של עניין, הוא עצמו מתעניין מאוד בה ובעניין שהיא אינה מעוררת כביכול. אחד ההסברים האפשריים לשניות זו הוא שדווקא ראיית ההומוסקסואליות כסוד היא אחד הגורמים לתפיסתה כאמת שחיוני להתחקות אחריה. ייתכן שהרצון המשפטי לדבר על הסוד ההומוסקסואלי, כמו-גם החיפוש הכפייתי אחר האמת של ההומוסקסואליות, נובעים מתפיסת ההומוסקסואליות כתופעה נסתרת עד כדי כך שהיא

⁹⁹ שם, פסי' 14. בהתאם לכך התבססה תביעתו של אפריאט בעיקר על עילת הפגיעה בפרטיות. גם בפרשות פלוני, מלכה ופאר טענו התובעים כי נפגעה פרטיותם. מפאת קוצר היריעה, לא יעסוק המאמר בשאלת הפרטיות. לביקורת מקיפה על שיח משפטי של פרטיות לגבי אקטים הומוסקסואליים ראו: קנדל, לעיל ה"ש 81, עמ' 1431. להבחנה בין פרטיות לסודיות ביחס להומוסקסואליות ראו:

Richard D. Mohr, *Gay Ideas: Outing and Other Controversies* 12–17 (1992)

¹⁰⁰ עניין אפריאט, לעיל ה"ש 96, פסי' 24.

¹⁰¹ שם, פסי' 64, 72.

¹⁰² שם, פסי' 1, 8.

¹⁰³ לרשימת הטורים הללו ראו ישראל אפריאט "כפיפה ורודה — כתומה" **GoGay** 15.4.2008 — www.gogay.co.il/columns/ColumnLobby.asp?id=146 20.8.2008

¹⁰⁴ לדיון בדיאלקטיקה זו של ה"ארון" ראו, לדוגמה, Gail Mason, *The Spectacle of Violence: Homophobia*, ; Alan R. Petersen, *Unmasking the Masculine: 'Men' and Gender and Knowledge* 82–83 (2002)

; 'Identity' in a Sceptical Age 105 (1998). על-אודות מרכזיותו של מושג ה"ארון" במסגרת ההומוסקסואליות ראו

Eve Kosofsky Sedgwick, *Epistemology of the Closet* 35, 71–72 (1990)

¹⁰⁵ נוסף על הדוגמות המובאות בגוף המאמר, תפיסת ההומוסקסואליות (או הלסביות) כסוד באה לידי ביטוי בחמש פרשות: ת"א (שלום פ"ת) 67/91 **חזון נ' שמחי**, פסי' 1 (לא פורסם, 31.1.1994); תמ"ש (משפחה ת"א) 314827/96 **פלוני נ' פלונית**, תק-מש 2002 (3) 190, פסי' 10 (ה) 2002; ת"א (שלום ב"ש) 9005/99 **סופר נ' אברג'ל ופלד**, תק-של 2004 (1) 2125, פסי' 25 (2004); ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 2272/05 **מלכה נ' אובספלד**, תק-של 2005 (4) 3392, פסי' 62 (2005); ת"א (שלום ת"א) 12603/05 **פאר נ' טיים אאוט מגזין (ישראל) בע"מ**, תק-של 2008 (2) 5277, פסי' 9–12 (2008).

¹⁰⁶ ת"א (שלום ת"א) 36839/03 **בן-דורי נ' קורצנברג**, תק-של 2003 (3) 5168 (2003).

¹⁰⁷ עניין גולן, לעיל ה"ש 45, פסי' 34. ראו גם שם, פסי' 37.

מוסתררת אף מפני הסובייקט האנושי עצמו, בין שיגדיר את עצמו כהטרסקסואל ובין שיגדיר את עצמו כהומוסקסואל¹⁰⁸.

v. שימוש בפרטיות לרעת הקהילה

במקום לחבק את ההגנה על הפרטיות, התנועה הלהט"בית סבורה שהיא מחבלת במאמציה ליצור נורמליזציה בין הומוסקסואלים להטרסקסואלים. היעדר הגדרה ברורה של הזכות מביא לכך שנהוגה זהירות מופרזת, שנובעת מהבנה בלתי כתובה. אם בעבר ניסו לשים את הנטייה המינית מחוץ לגדר מתוך רצון מודע להוציא אותה מהנורמה החברתית, היום ממדרים את הנטייה המינית באופן בלתי מודע לעצמו. בעבר, המטרה הושגה באמצעות חוקים האוסרים על משכב זכר, וכלה בהוצאה כפויה מהארון, הרי שהיום השיח הציבורי והתקשורת ההטרסקסואלית משתמשים בדיני הפרטיות על מנת לדחוק את הנטייה המינית לארון באמצעים ליברליים לכאורה, תוך מצג של דאגה לזכויות הפרט – ולא כאמצעי הדרה¹⁰⁹.

כך, לדוגמה בפס"ד בוורס¹¹⁰ המפורסם בחרו השופטים, כשומרי הסף של הנורמות החברתיות, לא לאפשר לדיני הפרטיות להגן על הקהילה ההומו-לסבית. בכך הם אפשרו לצייר את חברי הקהילה כקרימינלים לכל דבר. באותו פסק דין בית המשפט קבע כי "הטענה כי זכותם של הומוסקסואלים לקיים יחסי מין מוגנת על ידי ההיסטוריה והמסורת של ארצות הברית או נובעת ממהותה של החירות היא טענה שקרית" וכי לא קיימת זכות שכזו.

לעומת זאת, בפס"ד המכונן לורנס¹¹¹, שניתן ב-2003 על ידי בית המשפט העליון, בית המשפט קבע כי כל חוק שאוסר על קיום יחסי מין הומוסקסואלים בין שני בוגרים בביתם סותר את חוקת ארצות הברית בשל הפגיעה בפרטיות. ההבדל בין שני פסקי הדין מדגים את הבעייתיות בכך שאין הגדרה מדויקת לדיני הפרטיות, ושמדובר בפרשנות למוסכמות חברתיות המשתנות על פי רוח המקום והתקופה.

האריס¹¹² טוענת, שכיום "עורכי דין שישתמשו בזכות לפרטיות כדי להגן על לקוחות להט"בים עלולים להימצא במלכוד 22 ולפגוע בעשותם כן בקידום המאבק הלהט"בי לשוויון הזדמנויות ובדרישה לביטוי חופשי למיניות להט"בית בציבור". זאת, משום שכאשר הם יבקשו "לשלב בין עילת הזכות לפרטיות לבין עילות אחרות אשר מטבען דורשות הכרה בגילויים פומביים של הנטייה המינית, הם יתקלו בקושי תיאורטי שיוביל גם לקושי משפטי"¹¹³. זאת בנוסף להנצחת שיח הפרטיות והארון, כשיח הבושה. כדוגמה לכך, מצביעה האריס על האופן שבו מדיניות ה-"Don't ask, don't tell" של הצבא האמריקאי אמנם מאמצת את הגנת הזכות לפרטיות על

¹⁰⁸ מישל פוקו כינה זאת "עקרון הנחבאות המהותית של המין", שמשמעותו תפיסת המין כתופעה חשאית המתחמקת מן העין ומתרחשת באפלה. מישל פוקו **תולדות המיניות – כרך ראשון: הרצון לדעת** 44, 48 (1996).

¹⁰⁹ עמוס נווה "להוציא את הפרטיות מהארון" **אמירות** (2011) amirof.blogspot.co.il (להלן: "נווה").

¹¹⁰ Bowers v. Hardwick 478 u.s. 186 (1986)

¹¹¹ Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)

¹¹² האריס, לעיל ה"ש 82.

¹¹³ נווה, לעיל ה"ש 109.

להט"בים, אך ברגע שהם חורגים מן התחום הפרטי ומביעים את מיניותם בפומבי הם עלולים להיות חשופים לאפליה שהזכות לפרטיות לא מגינה מפניה¹¹⁴.

כמו כן, לא מיותר לציין כי התמקדות בשיח הפרטיות מחמיצה פעמים רבות את השיח הציבורי של האפליה העמוקה ממנה סובלת הקבוצה ההומוסקסואלית, הן מידי החברה והן מידי המדינה (נישואין, פונדקאות, ירושה וכו'). כך ניתן לראות הן בוורס והן בלורנס שני צדדים לאותו מטבע. באחד, בית המשפט חושף את פרצופו האמיתי, ואילו בשני בית המשפט מתהדר בכסות ליברלית אך למעשה נמנע מלדבר על הנטייה המינית כמשהו ציבורי ועל ההומוסקסואלים כמופלים חדשות לבקרים בספירה הציבורית¹¹⁵.

vi. ביקורת בראי תיאוריות פמיניסטיות

פמיניסטיות, וביניהן **קתרין מקינון**, מציגות תיאוריה שבראשית הייתה השתררותם של הגברים על הנשים¹¹⁶. זאת במסגרת החברה הפטריארכאלית, שהקימו הגברים כדי לשרת את צרכיהם ולהבטיח את זכויות היתר שנטלו לעצמם, ועל מנת להנציח את המערכת המגדרית הפטריארכאלית, המכפיפה נשים לגברים. אותן כותבות מנסות לשבור את דיכוטומיית הספרות הנפרדות, אשר מבחינה דיסקרפטיבית ישנה הבחנה בין הבית לחוץ/לחברה, ומבחינה נורמטיבית בספירה הציבורית שולטים ערכים של עולמיות, שוויון, זכויות אזרח ועוד. אילו, בספירה הפרטית שולטים הערכים של טבעיות, חופש, בחירה וכו'¹¹⁷. אותה חלוקה, כותבות מלומדות רבות, הינה מובנית חברתית, והנשים נתפסות כשייכות לספירה הפרטית, בעוד הגברים משויכים לספירה הציבורית. חשיבה זו, טוענות, הינה מעוותת תפיסתית ודיני הפרטיות מהווים מכשול לשינוי התפיסה ולעזור לנשים על מנת להגיע לשוויון מלא. לפי אותן כותבות, הפרטיות אינה נגלית על ידי החוק, כי אם נוצרת על ידו¹¹⁸, ומאחר והחוק נוצר ע"י הגברים, הוא גם מוטה לטובתם ומגן עליהם. כפועל יוצא נוסף, הפרטיות נועלת את הנשים בתחום המשפחה, ו"מאפשרת" את ה"התעללות" והכפפת הגברים על נשותיהם בעזרת דיני הפרטיות.

גם כאשר מדובר בהומוסקסואליות, לדידה של מקינון העליונות הגברית נשמרת. לדוגמה: החברה רואה בגברים בעלי דפוסי התנהגות נשיים דבר יותר פסול. כאשר הומוסקסואלים "בוחרים" להתנהג בצורה "גברית" הם למעשה מאשרים מחדש את משמעות הגבריות. ברי, החברה בהוקעתה מאפיינים "נשיים" מאשררת את העליונות הגברית, ומציבה בפני ההומוסקסואלים, בחירה כפולה¹¹⁹: בין מאפיינים נשיים נחותים, ובין אסימילציה גברית שלטת.

גם לגבי נשים לסביות, **מתארת ריץ'**¹²⁰ את המציאות החברתית הפטריארכאלית שאינה מאפשרת קיום של קשר אינטימי בין נשים. מציאות זו, טוענת ריץ' גוזרת על נשים הטרוסקסואליות כפויה,

¹¹⁴ האריס, לעיל ה"ש 82, עמ' 250.

¹¹⁵ שם, עמ' 272.

¹¹⁶ Catherine A. Mackinnon, *Sexuality, pornography and methos-pleasure under patriarchy*, cass r.

sunstein, ed. Chicago, university of Chicago press (1990) (להלן: "מקינן").

¹¹⁷ Jodi Dean, *from sphere to boundary*, Harv.cr.-c.I L. Rev. 57, 61 (1995)

¹¹⁸ האריס, לעיל ה"ש 82, עמ' 257.

¹¹⁹ מקינון, לעיל ה"ש 116, עמ' 379.

¹²⁰ ריץ' אדריאן, "הטרוסקסואלית כפויה והקיום הלסבי" בתוך: **ללמוד לפמיניזם**: מקראה, הצאת הקיבוץ המאוחד, עמ' 165-189 (1980).

והיא עושה זאת באמצעות מנגנונים של סוציאליזציה. נשים מחונכות מגיל צעיר לסגוד לרומנטיקה, לרגש ולאהבה כלפי גברים, מה שגורם לכך שהטרוסקסואליות היא ברירת המחדל.

כפועל יוצא של שני אלו, שימוש בזכות לפרטיות מאפשר את המשך ההכפפה הפטריארכאלית. ודוק: משרתת את עליונות הגברים הטרוסקסואלים. לכן, הפרטיות היא אינה אמיתית במקום שיש בו קונפורמיזם וציפייה מהתנהגות.

מקדוגאל טוען כי אירוני לומר שאקט האאוטינג הוא פגיעה בפרטיות מאחר ובמרוצת השנים ועד היום, החברה היא זו שפלשה לתוך החיים ההומוסקסואליים, אסרה אותם, וציפתה מהומוסקסואל להעמיד פני הטרוסקסואל. כל החוקים בעבר, שגינו את ההתנהגות ההומוסקסואלית, מושתתים הרי על תפיסה כי הזהות המינית אינה פרטית, והיא נשלטת על ידי המדינה¹²¹.

אף היום, במונחים של תפיסת משפחה כמו: חזקת ילדים, אימוץ, נישואים, החברה מנטרת על ידי החוק והמשפט את המיניות לכיוון הטרוסקסואלי. אפילו השאלות במסמכיה השונים של החברה, טוען מקדוגאל בהם שואלים האם אתה רווק, נשוי ופרוד, מניחים כי אין זוגיות אחרת שהיא לא הטרוסקסואלית. יותר מכך, כל אורח החיים הנהוג בבתי הספר, בצבא ובתקשורת הוא זה הנורמטיבי – הטרוסקסואלי¹²².

גם המבנה המשפטי, מנציח את העדר השוויון בין הטרוסקסואלים לבין הומוסקסואלים. גוזמן טוענת שהרי אם מדובר בחשיפת נטייה מינית שאינה נטייתו האמיתית, כלומר מדובר באדם הטרוסקסואלי שהוצמדה אליו תגית של הומוסקסואל, יהיה זה מוגן בדיני לשון הרע¹²³. אולם אם עסקינן באאוטינג אמיתי, לנתבע תעמוד הגנת אמת דיברתי. גם דיני הפרטיות לא יועילו לפרט ההומוסקסואלי. ראשית, הנפגע ייאלץ לטעון כי הנטייה המינית שלו נחשפה, ובכך להצהיר את מה שביקש להסתיר. שנית, האיזון בין הזכות לפרטיות לבין ההגנות הקיימות בחוק, נתונות לפרשנות בית המשפט. אין לדעת כיצד יתייחס בית המשפט למקרים אלו, אולם יש להניח כי במרבית המקרים בהם יהיה מדובר באדם מפורסם. או אז, בית המשפט יחיל את הגנות הפרטיות, וכך לא תהיה הגנה לאותו אדם¹²⁴.

זה למעשה השקר הגדול של הפרטיות, שנחשף על ידי החוק, **כותב ויק**¹²⁵. ולמעשה מציב את חברי הקהילה מול שתי רעות חולות, שבמצב הנתון בחברה כיום מעדיפים רבים וטובים לבחור בדרך ההסתגרות וההסתרה.

6. הטרדה מינית

¹²¹ Bruce MacDougall, *outing: the speech about homosexuality*, 21 Queen's L.J. 82 (1995-1996)

¹²² שם, עמ' 100.

¹²³ גוזמן, לעיל ה"ש 86, עמ' 1538.

¹²⁴ נווה, לעיל ה"ש 109.

¹²⁵ Ronald f. Wick, *out of the closet into the headlines: outing and the private facts tort*, Geo. L.J. 413, 418 (1991)

i. הטרדה מינית

החוק למניעת הטרדה מינית¹²⁶ מבטא תפיסת עולם תיאורטית ייחודית בנוגע להטרדה מינית ולטיפול המשפטי בה. סעיף 1 לחוק למניעת הטרדה מינית קובע שהטרדה מינית אסורה כאשר היא פוגעת באנשים ובערכים חברתיים חשובים: בכבוד האדם, חירותו, פרטיותו, ובקידום שוויון בין המינים.

הגדרת ההטרדה המינית כהתנהגות הפוגעת בראש ובראשונה בכבוד האדם הייתה ייחודית לזמנה. בארצות-הברית ובמדינות אחרות שהלכו בעקבותיה, בתי המשפט הגדירו את ההטרדה המינית כפוגעת בזכות האישה לשוויון הזדמנויות בעבודה.

החוק למניעת הטרדה מינית מונה כיום שישה סוגים של הטרדות מיניות אסורות. כל התנהגות השייכת לאחד הסוגים הללו, אם היא פוגעת באחד מערכיו המוגנים של החוק, היא הטרדה מינית אסורה. התנהגות כזו אסורה תמיד, בכל מקום, בכל מצב ובכל הקשר. האיסור חל ומגן על גברים ונשים כאחד, לרבות בבית ובמשפחה (גם בין בני זוג נשואים), ברחוב, בטבע, במקום לימודים, בצבא, במסגרת יחסי עבודה ובבילוי מכל סוג¹²⁷.

הקביעה שהטרדה מינית אסורה בכל הקשר, בין כל שני אנשים, ייחודית לחוק הישראלי, אשר אימץ את התפיסה התיאורטית שהוצגה בהצעת החוק האמור, שעל פיה התנהגות היא בבחינת הטרדה מינית גם אם לא התרחשה במסגרת יחסי מרות במקום עבודה או במוסד להשכלה. בארצות-הברית, התנהגות מציקה המתרחשת ברחוב, במקום בילוי או במשפחה אינה נתפסת כהטרדה מינית. גם ההגנה על כל אדם ללא הבדל מין ייחודית לחוק הישראלי ולתפיסת העולם שהוא אימץ. בארצות-הברית, התנהגות מוגדרת כהטרדה מינית כאשר היא מפלה אישה לרעה בשל מינה¹²⁸. זאת ועוד: גם הגדרה בחוק של שישה סוגי התנהגות המהווים הטרדה מינית אסורה ייחודית לחוק הישראלי. החוק האמריקני אינו עוסק מפורשות להטרדה מינית ואינו מגדיר מהי הטיפול המשפטי בסוגיה זו התפתח שם באופן בלעדי בפסיקה, והגדרת ההתנהגות האסורה משתנה מפסק דין אחד למשנהו, על פי נסיבות המקרים העומדים לדין והפורומים השיפטיים. הגישה שאומצה בחוק הישראלי היא שכדי להבטיח ודאות, צפיות, יציבות ושוויון, על המחוקק להגדיר בחוק את ההטרדות המיניות האסורות. הניסוחים הספציפיים של שש ההתנהגויות האסורות כולם ייחודיים. כך למשל ההבחנה בין סוגי הטרדה המחייבים פניות מילוליות חוזרות ונשנות (הצעות מיניות והתייחסויות מיניות) ובין סוגי הטרדה שמושלמים גם בהתנהגות חד-פעמית (סחיטה מינית באיומים, "מעשה מגונה" אסור, ביזוי או השפלה מיניים)¹²⁹.

i. שלושה מסלולים משפטיים¹³⁰

¹²⁶ חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998.

¹²⁷ אורית קמיר, רונית הריס, יעל ברנדווים, שני פגודה ושירלי ויטנר "החוק למניעת הטרדה מינית במערכות המשפט והמשמעת: נתונים מן העשור הראשון", "המשפט" ברשת: זכויות אדם ב 13, 19 (2014) (להלן: "נתוני הטרדה").

¹²⁸ הפסיקה האמריקנית הכירה במקרים חריגים כי גבר הוטרד מינית כאשר הוא סבל מיחס מיני שאישה במצבו לא הייתה חווה. להשוואה בין החוק הישראלי להסדר המשפטי האמריקאי ראו אורית קמיר זה מטריד אותי: לחיות עם החוק למניעת הטרדה מינית, פרק 11 (2009) (להלן: "אורית קמיר").

¹²⁹ נתוני הטרדה, לעיל ה"ש 127, 19.

¹³⁰ שם, עמ' 20.

1. המסלול הפלילי: הנפגעת יכולה להתלונן על הטרדה מינית אסורה או על התנכלות אסורה במשטרה ולהתחיל בכך הליך פלילי (הליך פלילי מנוהל על ידי המשטרה והפרקליטות, והוא מסתיים בזיכוי או בהרשעה של הנאשם, ובמקרה של הרשעה – בהטלת עונש של קנס ו/או מאסר). העונש המרבי על הטרדה מינית אסורה הוא שנתיים מאסר¹³¹; על התנכלות – שלוש שנות מאסר; על הטרדה מינית אסורה והתנכלות גם יחד – ארבע שנות מאסר. תקופת התיישנות: ניתן לפתוח בהליך פלילי בגין הטרדה מינית במהלך תקופה של חמש עד עשר שנים מיום התרחשותה, לפי סוג ההטרדה (על עברות שונות חלה תקופת התיישנות שונה). מסלול זה מתאים למקרים חמורים. לא ניתן לפתוח בהליך פלילי במקרה "קל ערך".

2. המסלול הנזיקי: ההטרדה המינית וההתנכלות האסורות על פי חוק מוגדרות כעוולות הגורמות נזק, שהניזוק יכול לתבוע בגינו פיצויים בהליך אזרחי של דיני נזיקין (כדי לנהל הליך כזה על התובע לשכור עורך דין ולהגיש תביעה בבית המשפט). בתביעת פיצויים בגין הטרדה מינית או התנכלות אפשר לתבוע ולקבל עד 120,000 ש"ח ללא הוכחת נזק "מוחשי" כלשהו, ובנוסף – אפשר לתבוע פיצוי בגין כל נזק שניתן להוכיח (כמו הפסד ימי עבודה או טיפול במחלה שנגרמה עקב ההטרדה). תקופת ההתיישנות על עוולה אזרחית של הטרדה מינית היא שבע שנים¹³².

3. מסלול הקשור במקום עבודה: אם ההטרדה המינית או ההתנכלות האסורות התרחשו "במסגרת יחסי עבודה", ניתן להתלונן עליהן במקום העבודה, אצל האחראית על החוק מטעם המעביד (זאת בין שהמוטרדת עובדת אצל המעביד ובין אם לאו). אם המוטרדת והמטריד עובדים שניהם אצל אותו מעביד – המוטרדת יכולה לתבוע את המטריד בבית הדין לעבודה. אם לא, עליה לפנות לבית משפט אזרחי רגיל. אם המעביד לא עמד בחובותיו על פי החוק – היא יכולה לתבוע גם אותו (בבית הדין לעבודה אם היא עובדת שלו, ואם אינה עובדת שלו – בבית משפט רגיל, במסגרת תביעה נזיקית). תקופת ההתיישנות היא שבע שנים.

ii. שישה סוגי ההתנהגות שמהווים הטרדה מינית אסורה¹³³

1. סחיטה מינית באיומים (למשל: "אם לא תשכבי אתי – תינזקי").
2. "מעשה מגונה" אסור (מעשה של גירוי, סיפוק או ביזוי מיני שאדם עושה בזולתו או בנוכחות זולתו ללא הסכמתו. למשל: התחככות מינית באדם שאינו מסכים לכך, או "נשיקה" מינית כפויה).
3. הצעות מיניות חוזרות לאדם לאחר שזה הראה באופן סביר שהוא אינו מעוניין בהן. כאשר ההצעות מוצעות תוך ניצול יחסי כוח (בלימודים, בעבודה, בטיפול רפואי או נפשי) או לאדם צעיר מגיל 15, זו הטרדה מינית אסורה גם אם האדם לא הראה שאינו מעוניין.
4. התייחסויות חוזרות המתמקדות במיניותו של אדם, לאחר שזה הראה באופן סביר שאינו מעוניין בהן. כאשר התייחסויות נעשות תוך ניצול יחסי כוח (בלימודים, בעבודה, בטיפול רפואי או נפשי) או לאדם צעיר מגיל 15, זו הטרדה מינית אסורה גם אם האדם לא הראה שאינו מעוניין.

¹³¹ העונש על הטרדות מיניות מסוג של סחיטה מינית באיומים או מעשה מגונה חמור יותר, והוא קבוע בס' 348, 428 ו-349 (בהתאמה) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

¹³² במקור הייתה תקופת ההתיישנות שלוש שנים בלבד. היא תוקנה בתיקון מס' 7, התשע"ב-2012.

¹³³ נתוני הטרדה, לעיל ה"ש 127, 20.

5. ביזוי או השפלה בנוגע למינו או למיניותו של אדם, לרבות לנטייתו המינית (למשל "את זונה טיפשה כמו כל הנשים"; "את חיה מיוחמת"; "אתה פדופיל סוטה כמו כל ההומואים"). התנהגות מבזה או משפילה עקב מינו, מיניותו או נטייתו המינית של אדם היא הטרדה מינית אסורה גם אם הייתה חד-פעמית, והאדם המבזה לא הראה שאינו מעוניין בה¹³⁴.

6. פרסום תצלום, סרט או הקלטה המתמקד במיניותו של אדם, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, ולא ניתנה הסכמתו לפרסום¹³⁵.

iii. ביזוי או השפלה בנוגע למינו או למיניותו של אדם, לרבות לנטייתו המינית

קמיר מסבירה שהתנהגות זו נוצרת כאשר פלוני מתייחס למינו של אדם, למיניותו או לנטייתו המינית אפילו פעם אחת בלבד באופן שהוא מבזה או משפיל, בין שמושא ההתייחסות הגיב לה ובין שלא - זוהי הטרדה מינית אסורה על פי חוק¹³⁶.

כל ביזוי או השפלה מיניים אסורים תמיד: סעיף ההגדרות של החוק (סעיף 2) מבהיר "התייחסות" מבזה או משפילה יכולה להתבטא במילים בעל פה או בכתב, בהתנהגות, בהודעות ויזואליות או ווקליות, בסרטונים, באמצעים אלקטרוניים או בכל דרך אחרת. היא יכולה להיות מופנית למושאה או לאדם אחר, ובלבד שמושאה שומע או רואה אותה¹³⁷.

ביזוי והשפלה הם מעשים בוטים וחמורים: הביטויים "ביזוי" ו"השפלה" הם חמורים, וכוונתם להתבטאויות או להתנהגויות קשות במיוחד. התייחסות מבזה או משפילה של אדם לזולתו היא פוגענית במידה חריפה. זו התנהגות שאדם נורמטיבי בחברה יודע שזולתו ייפגע ויסבול ממנה. זו התנהגות שאין לבקש מקרבנה להבהיר שהוא אינו מעוניין בה. יתרה מכך: זו התנהגות שגם אם קרבנה ימחל עליה - החברה לא תסבול ולא תאפשר אותה. הצעות והתייחסויות מיניות עשויות בנסיבות נכונות להיות לגיטימיות, רצויות ואף נכספות ונחשקות, הן למושאן והן בעיני החברה. לכן, גם בנסיבות שמן הראוי היה שאדם ידע שהצעותיו או התייחסויותיו המיניות לזולתו אינן הולמות ואינן רצויות, נכון שמושאן יבהיר לו זאת כדי למנוע אי הבנות. ואולם ביזוי והשפלה מיניים לעולם אינם לגיטימיים, רצויים, נכספים או נחשקים בשום נסיבות. ואף אם מושאיהם מוכנים לספוג אותם (לרוב משום עמדת חולשה ביחס לאדם המשפיל) - החוק למניעת הטרדה מינית קובע שהם אינם נסבלים בעיני החברה. ביזוי והשפלה, כשלעצמם, פוגעים מניה וביה בכבוד האדם: בוודאי בכבוד מחייתו, ולעתים קרובות אף בכבודו הסגולי. הם מבזים ומשפילים את האנושי ואת ערכו. לכן, בהגדרה, הם פוגעים בערכו המוגנים של החוק¹³⁸.

מינו, מיניותו, נטייתו המינית: רק ביזוי או השפלה מיניים הם הטרדה מינית אסורה. ליתר דיוק, עליהם להתייחס למינו של אדם, למיניותו, או לנטייתו המינית. שלוש הקטגוריות הללו נבדלות ומובחנות זו מזו על ידי מילות החוק, ולכן יש לשוות להן תכנים שונים. "מינו" של אדם הוא היותו גבר או אישה, במובן הביולוגי או במובן החברתי. לכן התייחסות מבזה או משפילה של

¹³⁴ להצגה מלאה של חמישה מששת סוגי ההטרדה האסורים הללו ראו אורית קמיר, לעיל ה"ש 128, עמ' 26.

¹³⁵ התנהגות אסורה זו נוספה לחוק למניעת הטרדה מינית לאחר כתיבתו של מאמר זה, בתיקון מספר 10 לחוק שנכנס לתוקפו בינואר 2014.

¹³⁶ אורית קמיר, לעיל ה"ש 128, עמ' 59.

¹³⁷ כך נפסק בעש"מ 5771/01 פודלובסקי נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נ"ו(1), 463 (2001).

¹³⁸ אורית קמיר, לעיל ה"ש 128, עמ' 60.

אדם בהתייחס למינו היא התייחסות מבזה או משפילה ביחס להיותו גבר או אישה בכל מובן שהוא. "מיניותו" של אדם היא התנהגותו המינית, אורח חייו והרגליו המיניים, הפנטזיות המיניות שלו וכל הקשור באיברי מינו. "נטייתו המינית" של אדם היא העדפותיו המיניות, משיכתו לנשים ו/או לגברים, לחברי קבוצה אתנית מסוימת, לסוגי פעילות מינית כלשהם. ביזוי או השפלה של אישה על רקע מינה ועל רקע מיניותה כרוכים פעמים רבות זה בזה; בעולם הפטריארכלי מקובל להשפיל ולבזות נשים, בתור נשים, על ידי התייחסות פוגענית למיניותן וזיהוי של המיניות עם מינן/מגדרן. ביזוי או השפלה מיניים יכולים להיות ביטוי או מחווה חמורים כל כך שהם עולים כדי ביזוי או השפלה תמיד, בכל הקשר, בין כל שני בני אדם. ביטויים או מחוות אחרים יכולים להפוך לביזוי או להשפלה מיניים בנסיבות מסוימות, אף אם אינם בהכרח כאלה בנסיבות אחרות¹³⁹.

iv. פרסום תצלום, סרט או הקלטה המתמקד במיניותו של אדם, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, ולא ניתנה הסכמתו לפרסום

בשנים האחרונות, עם ההתפתחות הטכנולוגית, הולכת ומתפשטת תופעה של פרסום תצלומים, סרטים או הקלטות בעלי אופי מיני, שלא בהסכמת המצולמים. מקרים אלה נתפסים, על פי רוב, כפגיעה בפרטיות בלבד, אולם, ככלל, מן הראוי להתייחס למעשים אלה גם כאל פגיעה מינית. עם זאת, כדי למנוע פגיעה בלתי מידתית בחופש הביטוי, נקבעה הגנה לעניין פרסום אמיתי שיש בו עניין ציבורי המצדיק אותו בנסיבות העניין, או פרסום באקראי או בתום לב, בדומה להגנות הקבועות בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן – חוק הגנת הפרטיות), בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ובסימן י' בפרק ח' בחוק העונשין, התשל"ז-1977. קביעת ההתנהגות האמורה כהטרדה מינית נועדה להבהיר כי מדובר בעבירה מתחום עבירות המין, וכי הפגיעה שהיא גורמת חמורה ביותר ובעלת מאפיינים של פגיעה מינית, ולהחיל עליה את הכלים המשפטיים הקבועים בחוק, קרי פסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק לפי סעיף 6 בהליכים אזרחיים, הוראות בתחום הפלילי המגינות על נפגעי עבירות מין בכלל והטרדה מינית בפרט, והגנה מפני הטרדה מינית במקומות עבודה ובמוסדות להשכלה לבוגרים, ופעילות למניעתה. צוין כי כיום, במרבית המקרים, ההתנהגות שמוצע לקבוע כהטרדה מינית היא עבירה פלילית של פגיעה בפרטיות, שעונשה המרבי חמש שנות מאסר (סעיף 2(4) או (11) לחוק הגנת הפרטיות). התיקון שהתקבל מאפשר לכלול בכתב אישום, במקרים שבהם קיימת פגיעה מינית נוסף על הפגיעה בפרטיות, גם עבירה של הטרדה מינית¹⁴⁰.

v. אוטינג כהטרדה מינית

נדיר כי תובעים אשר חוו הוצאה מהארון או קריאות מבזות או משפילות בוחרים לתבוע דווקא בנתיב הטרדה מינית. **בפרשת סלינקו**¹⁴¹ נדחתה התביעה לפיצוי בגין הטרדה מינית. בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב קבע: "מהראיות עולה תמונה של מסכת ילדותית של התגררות והקנטות סרות טעם והדדיות בין הצדדים, שאין ביניהן לבין החוק למניעת הטרדה מינית דבר

¹³⁹ שם, עמ' 61.

¹⁴⁰ הצעת חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 9) (פרסום תצלום, סרט או הקלטה המתמקד במיניותו של אדם), התשע"ג-2013.

¹⁴¹ עב' (ת"א) 12875/08 ולדימיר סלינקו נ' טל קורפסטיין (לא פורסם, 06.06.2011).

וחצי דבר. אשר לשימוש בביטוי 'הומו' או 'הומוסקסואל' ככזה המתפרש בהטרדה מינית, עלינו להעיר כאמרת אגב, כי ספק בעינינו אם בנסיבות שבפנינו, כפי שתוארו לעיל, יכולים הדברים לעלות כדי הטרדה כאמור. **בעניין אמסלם** קבע בית משפט השלום בתל אביב כי 'לצערנו, טרם הגענו למידה כזו של פתיחות וסובלנות, ובמציאות כיום המילה הומו מהווה עלבון לפחות בעיני חלק נכבד מן הציבור'. תמהנו אם לא הגיעה העת לסטות מהלכה זו. יפים הדברים לעילת לשון הרע ויפים הדברים עוד יותר לעילה המחמירה של הטרדה מינית, במיוחד כאשר עסקינן בניסיון להקניט ותו לא¹⁴². בית המשפט מוסיף כי אין בפניו תביעה בשל עילה אחרת, ומציין: "לא מן הנמנע כי הדברים יכלו להעלות כדי ביצוע עוולה אחרת או, לכל הפחות, כדי הפרה של חובות הצדדים ליחסי העבודה - שהרי מצופה מיחסי העבודה שלא יגיעו לכדי מה שהגיעו וכי מעביד ידאג לסביבת עבודה מוגנת מסגנון כזה"¹⁴³.

לעומת זאת, **בפרשת עמית**¹⁴⁴ התביעה נדחתה לעניין הסלקציה באין ראיות לכך שהתובע לא הוכנס למועדון, אך התקבלה לעניין התנהגותו המשפילה של השומר – בית המשפט קבע כי על הנתבעים לפצות את התובע בשל כך שהשומר במועדון השתמש כלפיו בביטויים פוגעניים, משפילים ומעליבים. נפסק כי הבסיס המשפטי לחיוב הנתבעים בפיצוי מעוגן בסעיף 3(5) לחוק למניעת הטרדה מינית (שעניינו הטרדה מינית כהתייחסות מבזה למינו או למיניותו של אדם, לרבות נטייתו המינית), ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁴⁵.

7. פגיעה באוטונומיה

i. אוטונומיה

כבוד האדם באשר הוא אדם נגזר מבריאתו בצלם¹⁴⁶. מכבוד האדם נגזרות הזכות לאוטונומיה¹⁴⁷. כבוד האדם, כאחד מערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מוגן בחוק-היסוד¹⁴⁸. זכות האדם לכבוד היא חלק מן המשפט הפוזיטיבי בישראל ועומדת על רגליה-היא¹⁴⁹. קיומה לא

¹⁴² שם, 6.

¹⁴³ שם, 7.

¹⁴⁴ ת"ק (ת"א) 43769-10-12 צח עמית נ' הנביאים אחד שתיים בע"מ (לא פורסם, 08.05.2013).

¹⁴⁵ שם, 3.

¹⁴⁶ בראשית א 27.

¹⁴⁷ מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט 21, 21 (1991); בג"ץ 7052/03 עדאלה — המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).

¹⁴⁸ ס' 2 ו-4 לכבוד האדם וחירותו, לעיל ה"ש 67. ראו עוד ס' 1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998.

¹⁴⁹ אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית כרך א 137 (נבו, 2004). ראו עוד ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 841, 837 (1994).

היה מותנה בחקיקת חוק-היסוד. חוק-היסוד אינו יוצר את הזכות מעיקרה, אלא מגבש אותה בהוראה סטטוטורית, וקובע את ההסדרים המיועדים להגן עליה: איסור הפגיעה בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם¹⁵⁰, והגנה על חייו, על גופו ועל כבודו של כל אדם¹⁵¹. עם זאת, בהיות הזכות לכבוד זכות יחסית, ניתן לפגוע בה ולהגבילה ב-"חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"¹⁵². כתב הנשיא ברק: "ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, וחופש הפעולה של האדם. כבוד האדם היא החירות של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו. ביסוד כבוד האדם מונחת ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים... 'כבוד האדם' מתמקד ביחיד ובחופש הרצון שלו"¹⁵³.

ii. פגיעה באוטונומיה

ההקשר העיקרי שבו התעוררה הזכות לפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה הוא שלילת מידע רלוונטי מחולה לצורך בחירה אם להסכים לעבור טיפול רפואי. **בפרשת דעקה**¹⁵⁴, הכיר בית המשפט העליון בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. עם זאת, שאלת הזכאות לפיצוי עקב שלילת כוח הבחירה של התובע, יכול שתתעורר בהקשרים אחרים של שלילת מידע רלוונטי מהתובע, כמו גם במקרים שבהם נשללו מהתובע שלא כדין דרכי פעולה חלופיות, אף שלא נגרם לתובע נזק אחר פרט לעצם שלילת כוח הבחירה שלו¹⁵⁵.

iii. מובניה השונים של פגיעה באוטונומיה

בפתח הדברים יש להבחין בין שלושה סוגי פגיעה באוטונומיה, שיוצגו מהחמור אל הקל. האחד, פגיעה באוטונומיה במובן זה שפעולת הנתבע גרמה לתובע להימצא במצב נחות מהמצב שבו היה עובר להתערבות, וזאת על פי מבחן אובייקטיבי. בסוג הפגיעות השני, פעולת הנתבעת הביאה לתוצאה הנחשבת בשיפור לעומת המצב הקיים על פי מבחן אובייקטיבי, אך נחותה ממנו על פי הערכתו הסובייקטיבית של התובע. המשותף לשתי קטגוריות אלו הוא שהנזק שנגרם מהפגיעה באוטונומיה הוא תוצאתי ("נזק תוצאתי"). טרוניית התובע היא שפעולת הנתבע הביאה אותו למצב הנחשב בעיניו כנחות לעומת המצב הקיים עובר להתערבות. ההבדל בין שתי הקטגוריות הראשונות הוא בקנה המידה להערכת הפגיעה. הפער בין הערכה אובייקטיבית לסובייקטיבית בקטגוריה השנייה יכול להתפרש כנזק תוצאתי מסוג מיוחד — שלילת זכות התובע ליהנות מהערך העודף שלהערכתו הסובייקטיבית של הזכאות שבידיו לעומת ערכה האובייקטיבית. לעומת שני סוגי הפגיעות הראשונים, בסוג הפגיעות השלישי פעולת הנתבע הביאה את התובע למצב שהוא מעריך סובייקטיבית כעדיף על פני מצבו עובר להתערבות או, למצער, כשווה ערך לו. טרונייתו מוגבלת לכך שהוא לא התבקש לתת את הסכמתו לפעולת הנתבע. לשון אחר, פעולת

¹⁵⁰ ס' 2 לכבוד האדם וחירותו, לעיל ה"ש 67.

¹⁵¹ שם, ס' 4.

¹⁵² שם, ס' 8.

¹⁵³ אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 277 (1994).

¹⁵⁴ ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).

¹⁵⁵ צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187, 189 (תשס"ז).

הנתבע אמנם לא גרמה לתובע להימצא במצב לא רצוי מבחינתו, אולם היא שללה ממנו את זכות הבחירה או כוח הבחירה להגיע לתוצאה שפעולת הנתבע הביאה את התובע אליו ושבה, לגופו של עניין, התובע מעוניין ("שלילת כוח הבחירה")¹⁵⁶.

iv. **אאוטינג ופגיעה באוטונומיה**

המבקרים את האאוטינג מונים מספר נזקים עיקריים הנובעים מפרסום הנטייה המינית: נזק פסיכולוגי, פגיעה בהתקדמות המקצועית, דחיה של ביטוח רפואי עקב הפליה הקשורה במגפת האיידס, נידוי מארגונים חברתיים ודחיה מצד המשפחה¹⁵⁷. אולם, כפי שטוענת האריס, בעת שבוחנים את הנזקים האלה ואת מקורם ניתן להבחין שרובם המוחלט הם נזקים הנגרמים עקב ההתנהגות המפלה של מעסיקים ומוסדות שונים¹⁵⁸. אלו הם, בעצם הנזקים התוצאתיים של האאוטינג. אליהם מצטרפת העילה של שלילת כוח הבחירה.

v. **שלילת כוח הבחירה**

שלילת כוח הבחירה היא נזק עצמאי גם בנסיבות שבהן גרמה הפגיעה באוטונומיה גם לנזק תוצאתי. מי שמצא עצמו בסיטואציה לא רצויה בניגוד לרצונו, סובל הן מהתוצאה והן מכך שנשלל כוח הבחירה שלו אם לנקוט את הפעולה שהביאה לתוצאה הלא רצויה אם לאו. עיון בפסיקת בתי משפט השלום והמחוזי בשנים שחלפו מאז נפסקה הלכת דעקה, מגלה כי השפעת ההלכה על פרקטיקת התביעות בגין הפרת החובה להשיג את הסכמתם המודעת של המטופלים לטיפול אינה רבה. השפעתה המצומצמת של הלכת דעקה נלמדת הן ממספר המקרים שבהם נפסק פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה והן מגובה הסכום הנפסק כפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה. במקרים בודדים בלבד נפסק פיצוי עבור שלילת כוח הבחירה (להבדיל מנזק תוצאתי)¹⁵⁹ כראש נזק נפרד הבא בנוסף או במקום פיצוי עבור הנזק המוחשי, ובמקרים אלו הסכום שנפסק אינו עולה על 35,000 ש"ח¹⁶⁰. לאחרונה נפרך מחסום זה שלוש פעמים¹⁶¹.

¹⁵⁶ שם, 190.

¹⁵⁷ David H. Pollack, Forced Out of the Closet: Sexual Orientation and the Legal Dilemma of "Outing", 46 U. Miami L. Rev. 711, 721-22 (1991)

¹⁵⁸ האריס, לעיל ה"ש 82, עמ' 265.

¹⁵⁹ בתמ"ש (ים) 19270/03 נ"כ.פ. (טרם פורסם), תקדין משפחה 353 (4)2004 (2004) (להלן: פרשת כ.ש. נ"כ.פ.) נפסקו 425,000 ש"ח עבור נזק לא ממוני ופיצויים מוגברים משום שבמשך כ-20 חודשים סירב הבעל לתת גט לאשתו החרדית, וזאת לאחר שבית הדין הרבני חיבבו לתת גט. פסק הדין לא פירט איזה חלק מסכום זה אפשר לייחס לפגיעה באוטונומיה לכשלעצמה. בתמ"ש (ים) 18551/00 נ"כ.מ. (טרם פורסם), תקדין משפחה (2)2004 (2) 279 (2004), נפסקו 70,000 ש"ח כפיצוי עבור נזק לא ממוני לאישה שבעלה ומשפחתו התעללו בה והתייחסו אליה כשפחה במשך כמה שנים. השוו ע"א (חי') 2279/01 ביטון נ' בנק דיסקונט (טרם פורסם), תקדין מחוזי (1)2002 (1) 8638 (2002) (פיצוי כסך 25,000 ש"ח בשל נקיטה רשלנית של הליכי הוצאה לפועל, לרבות הוצאת פקודת מאסר).

¹⁶⁰ ראו ת"א (ים) 17040/00 פלוני נ' בנט (טרם פורסם), תקדין שלום (1)2005 (1) 4338 (2005) (פסיקת 30,000 ש"ח עבור פגיעה באוטונומיה מתוך סך פיצוי של 471,000 ש"ח עבור נזקי ניתוח להארכת ועיבוי פין בנסיבות של רשלנות בהשגת הסכמתו מדעת של התובע); ת"א (חי') 6467/97 חרבאוי נ' חרבאוי (טרם פורסם), תקדין שלום (1)2004 (1) 8667 (2004)

(פסיקת 35,000 ש"ח לתובעת עבור פגיעה באוטונומיה בהיעדר קשר סיבתי בין הפרת החובה להשיג הסכמה מדעת לבין הנזק הממשי בנייתו שעברה. סעד זה לא התבקש בכתב התביעה); ת"א (ת"א) 1180/97 עזבון בויום נ' מור (טרם פורסם), תקדין מחוזי (3)2003 (3) 169 (2003) (פיצוי כסך 25,000 ש"ח עבור פגיעה באוטונומיה בהיעדר קשר סיבתי לנזק מוחשי; ת"א (ת"א) 56831/01 שיינברום נ' כירורגיה אסתטיקה ולייזר (טרם פורסם), תקדין שלום (2)2003 (2) 797 (2003) (30,000 ש"ח כפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה מתוך פיצוי של כ-80,000 ש"ח סך הכול); ת"א (ת"א) 52686/94 (2003)

שמיע נ' חייט (טרם פורסם) תקדין שלום (3)2000 (3) 884 (2000) (פסיקת 35,000 ש"ח עבור פגיעה באוטונומיה כנזק יחיד בטיפול רפואי, בהיעדר קשר סיבתי ובהיעדר טיעון של שני הצדדים לגבי ראש נזק זה. בית המשפט קבע ישיבת קדם משפט מיוחדת לדון בראש נזק זה); ת"א (ים) 7126/95 בן שימול נ' שנקר (טרם פורסם), דינים שלום יח 143 (2001) (פסיקת 15,000 ש"ח כפיצוי יחיד עבור פגיעה באוטונומיה בנסיבות של היעדר קשר סיבתי וכאשר ההסתברות

8. חופש הביטוי

i. חופש הביטוי

חירות הביטוי הוכרה "כאחת מחירויות היסוד של האדם בישראל"¹⁶², ונאמר עליה כי היא באה לאפשר ליחיד להגשים את עצמו, נועדה לסייע בחשיפת האמת ובאה להבטיח את קיומן של חילופי דעות, החיוניים למשטר דמוקרטי¹⁶³. חופש הביטוי עלול להתנגש בערכים אחרים, כמו האינטרס שבהבטחת דיון הוגן בבתי-המשפט, מניעת פגיעה ברגשות דתיים, מניעת פרסומי

להתממשות הסיכון נמוכה; ת"א (חי) 23042/00 **שוורץ נ' קליניקה אריאל בע"מ** (טרם פורסם), פדאור (7)04 248 (2004) (פיצוי בסך 28,000 ש"ח כאשר לא ברור אם בית המשפט סבר שיש קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק ותוך שבית המשפט מציין שפגיעה באוטונומיה היא ראש נזק נפרד). השוו ת"א (חי) 8364/03 **לנקרי נ' ביי"ח רמב"ם** (טרם פורסם), תקדין שלום (1)2005 3486 (דחיית תביעה בשל פגיעה באוטונומיה של חולה הפטיסיס C שלא ידע במשך תקופה ארוכה על מחלתו. נדחתה טענת התובע שלפיה אפשר לפצות בגין פגיעה באוטונומיה, בשל איגילוי מידע רפואי, במנותק מביצוע פעולה רפואית כגופו של אדם ללא הסכמתו); ת"א (ת"א) 83435/00 **רשו נ' תנובה** (טרם פורסם), תקדין שלום (1)2005 1964 (2005) (דחיית טענת התובע, שמצא גוש פחם במוצר "רויון" של תנובה, לפגיעה באוטונומיה שלו, תוך הסתמכות על גישת השופטת נאור בע"א 1338/97 **תנובה נ' ראבי, פ"ד** (4) 673 (1999) (פסיקת 2,000 ש"ח כפיצוי על נזק לא ממוני); ת"א (ת"א) 122825/00 **רבני נ' הירש** (טרם פורסם), תקדין שלום (4)2004 4298 (2004) (דחיית תביעה נגד רופא שיניים שהתבססה בין היתר על רשלנות כשל הפרת החובה להשיג הסכמה מדעת. בנסיבות שבהן הרופא השיב למטופל את התשלום תוך כפירה בחבות, נקבע שבהיעדר קשר סיבתי, הרי גם לו הייתה התרשלות, סכום הפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה לא יוכל לעלות על הסכום שהושב. הסכום הממודד היה 7,500 ש"ח ובית המשפט הביא בחשבון את העובדה שהטענה לא נטענה תוך השוואה בין הטיפול כנסיבות אלה לבין שני מקרים אחרים שבהם נפסק פיצוי עבור ראש נזק זה); ת"א (כ"ס) 5604/98 **זוליאט נ' ביי"ח שיבא** (טרם פורסם) תקדין שלום (3)2002 1001 (2002) (דחיית תביעה, לרבות פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה בנסיבות של היעדר התרשלות כאשר הניתוח שבוצע אינו שונה מהותית ממה שהיה אמור להתבצע; ע"א (חי) 4614/99 **ואפי נ' המועצה המקומית מע'אר** (טרם פורסם), תקדין מחוזי (2)2002 2024 (2002) (דחיית תביעה לפיצוי כנגד המועצה המקומית בשל רשלנות בהעברת מידע להורים לגבי היכולת לבטח ילדים כנגד סיכונים מחוץ לכותלי בית הספר. בית המשפט קבע שהייתה התרשלות, אך אין קשר סיבתי, וזאת בשל ממצא שלפיו ההורים ידעו בכל זאת על האפשרות לבטח אך החליטו שלא לעשות כן. בהערת אגב נקבע שלו היה נקבע שההורים אכן לא קיבלו את החוזה, אולי היה מקום לחייב את המועצה בפיצויים להורה על פי הדוקטרינה של פגיעה באוטונומיה של ההורים לבחור אם לבטח או לא לבטח שנגרמה בשל אי-העברת המידע). במקרים רבים נפסקים פיצויים עבור הפרת החובה להשיג הסכמה מדעת של החולה ללא אזכור של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.

¹⁶¹ בת"א (ראשלי"צ) 4630/02 **הלוני נ' פלוני** (טרם פורסם), תקדין שלום (2)2005 13459 (2005) נפסקו 50,000 ש"ח. בת"א (ת"א) 28900/01 **רואס נ' מ"י** (טרם פורסם), דינים שלום נ 900 (2005), נפסקו 45,000 ש"ח. בע"א 9817/02 **וינשטיין נ' ברגמן** (טרם פורסם), תקדין עליון (2)2005 4450 (2005), פסק בית המשפט העליון 150,000 ש"ח, אם כי הוא עשה כן בנסיבות שבהן ניתן ליחס להפרת החובה גם נזק תוצאתי מסוים. שם, בפסקה 18. בפרשה זו התובע, שעבר ניתוח לייזר בעיניו ולאחר מכן ראייתו הדרדרה, תבע את הרופא בטענה שלא קיבל הסבר באשר לטיפול בעיניו, לרבות הסיכונים הכרוכים בטיפול. בית המשפט קבע שאין קשר סיבתי בין הפרת החובה הנתענת לנזק העיקרי שנגרם לתובע — ניוון הרשתית. עוד נקבע "שלא הוכח במשפט קשר סיבתי בין מצב עיניו של המערער לבין הניתוח" אך "עדין צריך היה להתרות בו על חשש לעבירות בקרנית (המהווה חלק קטן מהנזק), ועל כך שמדובר בניתוח חדשני יחסית בארץ. לשאלה "מה היתה ההשפעה של אזהרות כאלה אילו ניתנו למערער?", ענה ביה המשפט: "בנסיבות אלה מתאים יהיה לדעתי לנקוט בדרך בה נקט בית המשפט בפרשת דעקא ולקבוע סכום מסויים בגין הפגיעה באוטונומיה ואי מתן הסבר בעניין העכירות". קריאתי את פסק הדין היא שהפיצוי נפסק הן על הפגיעה באוטונומיה והן על הסיכוי (או האפשרות המסתברת — נקודה זו אינה ברורה) שהתובע היה מסרב לעבור את הניתוח לו הובהר לו הסיכון.

במקרה כזה היה נמנע ממנו נזק של עכירות בעץ, שהוא חלק קטן מהנזק הכולל שנגרם לו.
¹⁶² אבנרי, לעיל ה"ש 20, עמ' 857.

¹⁶³ שם, שם. וראה גם בג"צ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים; עיתון "אל אתיחאד" נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871, 878-876 (1953) (להלן: "קול העם"); ב"ש 298/86 **ציטרין ואח' נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי-הדין במחוז תל**

אביב ואח', פ"ד מא(2) 337, 356 (1987). לניתוח שיטתי של הצדקת ההגנה על חירות הביטוי ראה פנינה להב, "על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון" **משפטים** ז (תשל"ו) 374, 377-379; מ' קרמניצר, "חופש הביטוי" **זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח** (1988) 48, 51-56.

תועבה, פגיעה בבטחון המדינה ועוד¹⁶⁴. אינטרסים חשובים אלה ראויים גם הם להגנה, ולמענם רצוי לצמצם במקרים מסוימים את חופש הביטוי¹⁶⁵.

אחד מהערכים החשובים שבו עלול חופש הביטוי להתנגש הוא האינטרס שבהגנה על השם הטוב. **בפרשת אבנרי** העלה השופט ברק את השאלה: "האם משתרע חופש הביטוי על ביטוי שיש בו לשון הרע?"¹⁶⁶. השופט ברק הסביר, כי התשובה לשאלה זו אינה בהכרח חיובית ובאמצעות-הברית, למשל, קבעה הפסיקה עד שנות השישים, כי פגיעה בשמו הטוב של אדם אינה מוגנת על ידי התיקון הראשון לחוקה, המגן, בין היתר, על חופש הביטוי¹⁶⁷. לעומת זאת, בפסיקה הישראלית מצויות אמירות שמהן ניתן ללמוד, כי חופש הביטוי חל גם על פרסומי לשון הרע. בהסתמך על אותן אמירות פסק השופט ברק, כי פרסום שיש בו לשון הרע הוא פרסום הכלול בחירותו של אדם בישראל לחופש ביטוי¹⁶⁸.

ii. חופש הביטוי ולשון הרע

במקרים של פרסום לשון הרע מתעוררת התנגשות בין ערכים שונים ובעיקר בין הערך שבחופש הביטוי לבין הערך שבהגנה על השם הטוב. ההכרעה המשפטית בבעיות הנוגעות לפרסומי לשון הרע נעשית לפיכך באמצעות מציאת האיזון הראוי בין הערכים המתנגשים השונים¹⁶⁹. מציאת נקודת האיזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב נעשית בראש ובראשונה בדבר החקיקה המסדיר את סוגיית לשון הרע, היינו: בחוק איסור לשון הרע¹⁷⁰. השופט ברק עמד על עניין זה **בפרשת אבנרי**, בציינו כי "חוק איסור לשון הרע איזן בין זכות היסוד ההלכתית בדבר שם טוב לבין זכות היסוד ההלכתית בדבר חופש הביטוי, תוך שהוא קבע, כי כל אחת מהן תיסוג מפני רעותה בתחומים מסוימים"¹⁷¹. על עיצוב החוק לאור איזון הזכויות ניתן ללמוד לא רק מהחוק עצמו, אלא גם מדברי הכנסת המעידים כי הצורך באיזון עמד לעיני המחוקקים בעת חקיקת החוק¹⁷².

האיזון החקיקתי בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב נעשה ללא העדפה מוחלטת של אחת מהזכויות. "המחוקק לא הכיר בזכות מוחלטת לשם טוב, תהיינה נסיבות הפרסום אשר תהיינה. בדומה, הוא לא הכיר בזכות מוחלטת לחופש הביטוי, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה. המחוקק

¹⁶⁴ קול העם, לעיל ה"ש 163, 879.

¹⁶⁵ שם, וראה גם סעיף 11(ב) להצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, תשל"ג-1973 ה"ח 1085 בעמ' 448 הקובע, כי ניתן להגביל את הזכות לחופש הביטוי "על פי חוק הבא להבטיח את קיום המשטר הדמוקרטי, לשמור על בטחון המדינה ושלום הציבור, לשמור על ערכי המוסר או למנוע חילול דת, לשמור על זכויות הזולת או להבטיח הליכי משפט תקינים"; כן ראה א' ויתקון, "הרהורים וכמה זכרונות נעורים על חופש העיתונות" **זכויות אזרח בישראל – קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן** (תשמ"ב) 153, 156-157.

¹⁶⁶ אבנרי, לעיל ה"ש 20, עמ' 857.

¹⁶⁷ שם, 658.

¹⁶⁸ שם, 857-858, והאזכורים המובאים שם. לביקורת על קביעתו של השופט ברק, כי חופש הביטוי משתרע גם על פרסומי לשון הרע, ראה א' בנדור, "חופש לשון הרע" **משפטים** כ (תשנ"א) 561, 571-574.

¹⁶⁹ שנהר, לעיל ה"ש 29, עמ' 21.

¹⁷⁰ ע"א 670/79 הוצאת עיתון הארץ בע"מ ואח' נ' מזרחי וערעור שכנגד, פ"ד מא(2) 169, 199 (1987) (להלן: "עניין הארץ"); ראה גם קול העם, לעיל ה"ש 163, עמ' 879-880, והשווה לדברי השופט אגרנט בפרשת **קול העם** לעניין יצירת איזון בחוק בין האינטרס שבחופש הביטוי לבין האינטרס של בטחון המדינה (שם, 881).

¹⁷¹ אבנרי, לעיל ה"ש 20, עמ' 861.

¹⁷² ראה דברי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, משה אונא, בעת הבאת החוק לקריאה שנייה ושלישית, **ד"כ** 43 (תשכ"ה) 2680, ודברי חבר הכנסת חיים צדוק **בד"כ** 37 (תשכ"ג) 2454 המוזכרים בעניין הארץ, לעיל ה"ש 170, עמ' 199.

איזון בין החופשים, תוך שקבע זכויות יחסיות, בהן מוותרת הזכות האחת לרעותה, תוך יצירת איזון עדין בין ערכי היסוד המתנגשים¹⁷³. האיזון העדין מתבטא בקביעת כלליו המפורשים של החוק, בהגדרת העוולה והעבירה של פרסום לשון הרע וביצירת ההגנות הפוטרות מפרסם מאחריות¹⁷⁴. חופש הביטוי והזכות לשם טוב אינם הערכים היחידים שבהם התחשב המחוקק בעיצוב הוראות החוק. שני ערכים מרכזיים אלה אמנם באים לידי ביטוי בכל מקרה של פרסום לשון הרע, אולם תחמת גבולות האסור והמותר בפרסומי לשון הרע נעשתה תוך התחשבות באינטרסים חברתיים חשובים נוספים¹⁷⁵. האינטרסים הנהנים מהגנה מיוחדת בחוק איסור לשון הרע כוללים, בין היתר, את הערך של התבטאות חופשית של ממלאי תפקיד ברשויות הממשל השונות¹⁷⁶, את זכות הציבור לדעת דברים הנוגעים לפעולות של רשויות הממשל¹⁷⁷ ולעניינים שבהם יש עניין ציבורי¹⁷⁸, את הזכות למתוח ביקורת על בעלי תפקידים ציבוריים¹⁷⁹ ואת האינטרס של גופים ורשויות שונים בקבלת תלונות¹⁸⁰.

iii. חופש הביטוי והגנת הפרטיות

התחלתי לדבר לעיל על כך שביותר ויותר החלטות של בית-המשפט בעניינים עקרוניים ניכרת העדפה של הזכויות האישיות של הפרט ולשם טוב ולפרטיות – המוכרת באופן מפורש, כזכור, כזכויות חוקתיות – על פני חופש הביטוי וחופש העיתונות. אין מדובר על הצהרה של העדפה ערכית המבוססת על הטיעון לפיו הזכות לחופש הביטוי אינה מוזכרת באופן מפורש על-ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן חשיבותה פחותה מזו של הזכות לפרטיות ולשם טוב, המוזכרות מפורשות בחוק היסוד. מדובר בתמונה פסיקתית שמקורה, כך נדמה, בתזווה מסויימת שחלה באיתורה ובמיקומה של נקודת האיזון בין שתי הזכויות המתחרות כאן על הבכורה¹⁸¹. כך, בעוד **שבעניין ועקנין**¹⁸² וגם ואחריו מצטיירת תמונה של חשש מפני הרחבת יתר של הזכות לפרטיות והדגשת הצורך בשמירתה כברירת מחדל למקרים שאינם מוגנים בחקיקה אחרת, ניתן לאתר לאחרונה בפסיקה הישראלית – ודווקא בזו שעדיין לא עשתה דרכה לבית-המשפט העליון – נכונות לפתח את ההגנה על הפרטיות וליישמה בנסיבות מתרחבות והולכות גם כשהעובדות מתאימות לא פחות לעילה שבחוק איסור לשון הרע. הרחבה זו של ההגנה על הפרטיות נעשית, כמובן, תוך צמצומו, צעד אחד צעד, של חופש הביטוי. בנפרד ובמקביל – ובנסיבות החורגות מתחום הדוגמאות שבהן עוסקת רשימה זו – ניכרים ניצני נטייה של בית-המשפט העליון להרחיב גם את גבולותיה של ההגנה על השם הטוב¹⁸³, גם אם מדובר בנטייה בלתי עקבית, כפי שהוכיחו

¹⁷³ אבנרי, לעיל הי"ש 20, עמ' 861; ראה גם ע"א 466/83 **שאהה נ' דודריאן**, פ"ד לט(4) 734, 749 (1986), שם נאמר "שההגנה לפי חוק איסור לשון הרע אינה בגדר מטריה, הסוככת על כל מי שנפגע מדברי כזב".

¹⁷⁴ אבנרי, לעיל הי"ש 20, עמ' 861.

¹⁷⁵ ע"א 90/49 **בנטוב ואח' נ' קוטיק**, פ"ד ה 593, 597 (1951); ע"פ 24/50 **גורלי נ' היועץ המשפט**, פ"ד ה 1145, 1160 (1951); וראה גם עניין הארץ, לעיל הי"ש 170, עמ' 199.

¹⁷⁶ ראה סעיפים 13(1)-13(6) לחוק לשון הרע, לעיל הי"ש 30.

¹⁷⁷ שם, סעיף 13(11).

¹⁷⁸ שם, סעיף 14.

¹⁷⁹ שם, סעיף 15(4).

¹⁸⁰ שם, סעיף 15(8).

¹⁸¹ על התזווה בהגנה על הפרטיות בעקבות תזווה בתפיסת היסוד שלה ראו טנא, לעיל הי"ש 73. השוו בירנהק, לעיל הי"ש 71, הערה 4 במאמרו, החולקת עליו.

¹⁸² ע"א 145/80 **שלמה ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש**, פ"ד לז(1) 113 (1982). פסד-דין זה ידוע כאחד מפסקי-הדין הראשונים שבהם התמודדה הפסיקה עם פרשנותו של חוק הגנת הפרטיות.

¹⁸³ גדרון, לעיל הי"ש 69, עמ' 179.

עניין אטינגר¹⁸⁴ ו**עניין חיר**¹⁸⁵. נטייה זו באה לידי ביטוי למשל בהגדלת סכומי הפיצוי, כמו **בעניין שרנסקי**¹⁸⁶ שזכה לפיצוי של 500 אלף ש"ח בצירוף הוצאות. עוד התבטאה נטייה זו בשימוש במקורות אחרים, כגון העבירה הפלילית של "העלבת עובד ציבור", כמו **בעניין אונגרפלד**¹⁸⁷. בעניין זה בחר בית-המשפט העליון להעדיף את האינטרס הציבורי מכוחו מוגן שמם הטוב של עובדי ציבור על-ידי העבירה של "העלבת עובד ציבור" על פני חופש הביטוי, בהכריעו כי ההגנות והאיזונים שבחוק איסור לשון הרע אינם חלים על עבירה זו ולכן ניתן להטיל אחריות על-פי חוק העונשין גם מקום שאילו הוגשה תביעה על-פי חוק איסור לשון הרע ייתכן שהייתה עומדת לנתבע הגנה מפניה¹⁸⁸.

iv. חופש הביטוי והטרדה מינית

החוק למניעת הטרדה מינית אינו נגזר מ-"פמיניזם אימהות עובדות", אלא מבטא סוג אחר של פמיניזם ישראלי: פמיניזם הכבוד הסגולי וכבוד המחיה. זהו פמיניזם א-ציוני שאינו מחויב להדרת-הכבוד הציונית או מוגבל למסגרתה. הוא תובע הגנה על כבודה הסגולי ועל כבוד מחייתה של האישה בישראל, כל אישה, בכל הקשר, בלא התחשבות בעולם הדימויים הציוני – על הדרת-הכבוד הלאומית והגברית שלו ועל ההבחנה הנגזרת ממנו בין קבוצות שונות של נשים. זהו פמיניזם שאינו מהסס לחשוף שלא כל הנשים הישראליות (ואפילו לא כל הנשים העבריות) הן "אחלה גבר", שרבות מהן סובלות מן הקיפוח המגדרי הנפוץ בהקשרים רבים, שישנם גברים ישראלים המנצלים את כוחם כדי להטריד נשים מינית ושנשים רבות זקוקות בהחלט להתערבות המחוקק, החוק ורשויות האכיפה כדי להיאבק על זכויותיהן לא להיות מוטרדות, ליחס מכבד ולשוויון הזדמנויות¹⁸⁹.

מתוך תפיסת העולם של הדרת-הכבוד הציונית, הקולקטיב הישראלי כמוהו כמשפחה, ועל בניה ובנותיה להגן אלה על אלה מפני עינו הפקוחה והבוחנת של העולם החיצוני על ידי שתיקה שאינה "מוציאה כביסה מלוכלכת החוצה" והיא מגוננת ומחפה מפני ביוש והשפלה של כל פרט ושל הקולקטיב. שבירה של קשר השתיקה היא לא פחות מהלשנה ובגידה (וכמעט "מסירה" לידי "עולם", שהוא "כולו נגדנו"). מנקודת מבט זו, החוק למניעת הטרדה מינית שובר את קשר השתיקה ומסית נשים ישראליות לעשות זאת בהמוניהן¹⁹⁰.

היחס הליברלי החיובי למין ולמיניות עולה בקנה אחד עם המשגתם במסגרת ערכי הכבוד הסגולי וכבוד המחיה, ובמובן זה הוא חולק מכנה משותף איתן עם החוק למניעת הטרדה מינית. ואולם

¹⁸⁴ רע"א 10771/04 **רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' אטינגר**, פ"ד נט(3) 308 (2004), שם חזר בית-המשפט העליון על המבחנים הנוקשים שרק בהתקיימם יוציא צו למניעת פרסום שיש בו כדי לפגוע בשמו הטוב של מבקש הצו.

¹⁸⁵ רע"א 1104/07 **עו"ד חיר נ' עו"ד גיל**, פורסם בנבו (19.08.09) שבו קבע בית המשפט העליון כי ההגנה שמקורה בסעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע היא הגנה מוחלטת.

¹⁸⁶ בבית-המשפט המחוזי הסכום היה אף גבוה יותר, ראו ע"א 89/04 **נודלמן נ' שרנסקי**, פורסם בנבו (4.8.08); בג"ץ 4218/09 **נודלמן נ' כב' שופטי בית-המשפט העליון פרוקצ'ה, נאור וארבל**, פורסם בנבו (24.5.09).

¹⁸⁷ רע"פ 2660/05 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פורסם בנבו (13.8.08) הפועל היוצא מהחלטה זו הוא שגם דברי אמת, שיש אינטרס ציבורי באמירתם או בהבאתם לידיעת הציבור, כאמור בהגנה שבסעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, לא יהיו הגנה למי שהועמד לדין בגין עבירה של העלבת עובד ציבור.

¹⁸⁸ גדרון, לעיל ה"ש 69, עמ' 180.

¹⁸⁹ אורית קמיר **כבוד אדם וחיה פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי** 325 (2008) (להלן: "אדם וחיה").

¹⁹⁰ פרשיות משה קצב וחיים רמון במהלך השנים 2006 ו 2007 חשפו גישה זו היטב. האישומים בהטרדות מיניות – ובעקבותיהן גם בעבירות מין חמורות יותר כמו אינוס – התפרסמו בעולם כולו, וגרמו בושה קולקטיבית לציבור הישראלי.

מתוך הגישה הליברלית מחייבת המין והמיניות, האיסור ואף הפיקוח על הטרדה מינית יכולים להיראות כהגבלת גילויי מיניות, פגיעה בחופש הביטוי והמימוש העצמי המיניים והתערבות המדינה בתחום שבו זכאי כל אדם לאוטונומיה ופרטיות מלאות. במסגרת גישה זו, החוק למניעת הטרדה מינית יכול להתפרש כמשליט פוריטניות מינית, מדכא גילויים של מיניות, וכופה קודים שמרניים¹⁹¹.

מתוך גישה ליברלית הרואה בכל מעשה מיני ביטוי עצמי לגיטימי ושוללת לחלוטין שיפוט מוסרי או ערכי של התנהגויות מיניות, ניתן לטעון שאין לבחון אם התנהגות מינית כלשהי היא "לגיטימית" או "מטרידה", אלא להימנע מכל התערבות ציבורית לגביה. במסגרת גישה כזו ניתן לטעון עוד שכל פרט, בין שהוא גבר ובין שהוא אישה, יכול וצריך למצוא את הדרך לדחות מגעים מיניים אם אינם רצויים לו, וכי הגנה ממלכתית, משפטית, מפני פניות מיניות היא פטרנליסטית ופוגעת בדימוי האדם (ובמיוחד בדימוי האישה) כיצור המסוגל לבחור אלו הצעות ופניות מיניות רצויות לו ואלו לא, ולממש את בחירותיו. גם נשים המאמצות את הגישה הליברלית ומגדירות את מיניותן ופעילותן המינית כקשורות בכבודן הסגולי ובכבוד מחייתן יכולות לראות בחוק למניעת הטרדה מינית ניסיון להצר את צעדיהן וצעדיהם של מי שמבקשים ומבקשות לחוות חוויות מיניות ולהתנסות בהן כראות עיניהם¹⁹².

המציאות החברתית בישראל מאז חקיקת החוק מראה שכל אחת מנקודות החיכוך בין החוק למניעת הטרדה מינית והמוסכמות החברתיות שהוצגו אכן באה לידי ביטוי בשיח הציבורי. בקרב החוגים המרכזיים המכונים "אליטות" חזקים במיוחד הקולות המוחים בשם הנאורות הליברלית על הפגיעה שהחוק פוגע בחופש הביטוי העצמי המיני, על מוסרנותו האנטי-מינית ועל הפטרנליזם שהוא מפגין כלפי נשים. טענות אלה מושמעות פעמים רבות מפי גברים ישראלים שעיצבו את דימויים העצמי לאור המודל הצברי של עידן השחרור המיני של דן בן-אמוץ ואורי זוהר. לעתים קשה להשתחרר מן הרושם שביחד עם הדאגה לחופש המיני כמבטא את כבודו הסגולי של האדם ומבטיח את כבוד מחייתו, גברים ישראלים אלה מבטאים – אולי בלא מודע – גם דאגה לזכויותיהם החברתיות להמשיך בכיבושים מיניים בלתי מוגבלים בתחרות על הדרת-הכבוד הישראלית הגברית¹⁹³.

הטיפול בהטרדה מינית במסגרת המשפט הוא כיום קונצנזוס, גם אם קיימים חילוקי דעות בדבר היישום הנכון של דיני ההטרדה המינית במקרים מסוימים. ההכרה במקרים של אונס בין מכרים ושל אונס ואלים במשפחה כמצדיקים התערבות בתחום "הפרטי" של דיני המשפחה הפכה אף היא לקונצנזוס. העמדתם לדין של פושעי מלחמה בגין מעשי אונס מאורגנים היא היום הקו הרשמי של המשפט הבינלאומי, גם אם יש ויכוחים באשר לרוחב הגדרתן של עברות מין בתקופת מלחמה. הפיכתה של מקינון לחלק מן הקונצנזוס, בטובתה ושלא בטובתה, היא מחייבת. ראשית, היא מחייבת לאחריות ביישום הצעותיה. מי שנמצא באופוזיציה יכול להמעיט בחשיבותו של חופש הביטוי בשם המאבק המוצדק נגד הפקרתן של נשים בתעשיית הפורנוגרפיה. בדומה לכך, מי שנמצא באופוזיציה יכול לקרוא לאכיפה נוקשה נגד עברייני מין. לעומת זאת, מי שהופך להיות

¹⁹¹ אדם וחיה, לעיל ה"ש 189, עמ' 326.

¹⁹² העיסוק הציבורי הרב בהליך המשפטי בעניין חיים רמון חשף עמדות אלה. כך, למשל, אמנון רובינשטיין וגם שולמית אלוני, המוכרים כליברלים מסורים, לקחו על עצמם להיות שופרה של הגישה הליברלית המתוארת בשיח הציבורי.

¹⁹³ אדם וחיה, לעיל ה"ש 189, עמ' 329.

חלק מן הממסד המשפטי — חייב להציע פתרונות שיביאו בחשבון גם ערכים נוגדים, כמו חופש הביטוי (במקרה של פורנוגרפיה) או זכויות חשודים (בהקשר של עברות מין). אכן, מקינון עצמה אינה מכהנת בתפקידים רשמיים, אך מי שמסתמכים על כתיבתה במילוי תפקידים אלה צריכים לזכור שרעיונותיה הם אופוזיציוניים ברוחם. יישומם בשלב קבלת ההחלטות מחייב התאמה ואיזונים¹⁹⁴.

לא ברור באיזו מידה המתודה של איזונים מקובלת על מקינון, אך היא חשובה לפחות מבחינת מי שמבקשים ללמוד ממנה ולהפיק ממנה הסדרים משפטיים אופרטיביים. שנית, התקרבותה של מקינון אל הקונצנזוס המשפטי מעוררת סקרנות באשר לפוטנציאל התרומה שלה מעבר לתחומים המסורתיים שבהם עסקה — הקשורים כולם במין, באלימות ובעברות מין כלפי נשים. גם בהנחה שהדיכווי החברתי של נשים בלי להתייחס אליו — חייהן של נשים מתנהלים בינתיים גם במחוזות אחרים. הן ממשיכות לצאת לעולם העבודה ולהיחשף בו לא רק להטרדות מיניות אלא גם לאי-שוויון הזדמנויות ולמדיניות שכר מפלה. הן ממשיכות לסבול מתת-ייצוג בתפקידים בכירים, ובכלל זה בעולם הפוליטי. הן מוסיפות להיתקל בגישה לא-שוויונית של דיני המשפחה. כתיבתה של מקינון לא עסקה כלל בנושאים אלה — הן מאחר שטופלו בהרחבה על ידי הפמיניזם שקדם לה והן משום שלא ראתה בהם את לב הבעיה. אולם בעיות אלה ממשיכות להיות חלק מחייהן של נשים, ולא ניתן להשהות את העיסוק בהן עד אשר יסתיים המאבק העיקרי נגד דיכווי של נשים¹⁹⁵.

v. חופש הביטוי ופגיעה באוטונומיה

לשאלת מעמדן, של זכויות שלא נמנו בחוקי היסוד, הייתה התייחסות **בפרשת חורב** בעניין רחוב בר-אילן¹⁹⁶, בדברי השופטים ברק וטל. הנשיא ברק גוזר מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכויות וחירויות נוספות¹⁹⁷. לעומתו סבור השופט טל, שחופש התנועה נחשב אומנם לזכות-יסוד, אבל אין הוא נגזר, לדעתו, מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש זכויות חשובות שלא נמנו בחוק-היסוד, ולא בכדי, לדעתו יש לנהוג זהירות רבה ולא לקרוא לתוך חוק-היסוד מה שאין בו¹⁹⁸. עמדות השופטים ברק וטל בפסק-הדין מייצגות את שתי הגישות המנוגדות להתמודדות עם שאלת מעמדן הנורמטיבי של הזכויות הבלתי-מנויות, היינו אותן זכויות שלדעת שופט מסוים מן הראוי היה שייכללו בחוק-היסוד אך בשל אילוצים פוליטיים לא נכללו בו. גישתו של הנשיא ברק, שאותה הביע בהרחבה בספרו¹⁹⁹ היא להכליל במסגרת המונח "כבוד האדם" לא רק את המשמעות הצרה של מניעת פגיעה בגוף ובנפש ומניעת השפלה והשמצה. לשיטתו, כבוד האדם משתרע גם על כל

¹⁹⁴ ג'נט היילי (Halley) השתמשה בהקשר זה במונח *governance feminism*, היינו פמיניזם שולט. בהמשך לכך היא הציגה ביקורת חריפה על העוול שלדעתה נגרם לגברים ולאיינטרסים חברתיים אחרים בשל יישום הגישה

הפמיניסטית הרדיקלית. ראו: Janet Halley, "Take a Break from Feminism?", Karen Knop (ed.), *Gender and Human Rights* 57, 65-66 (2004). גם בלי לקבל ביקורת זו של היילי ניתן לשאוב ממנה את התובנה הבסיסית באשר לאחריות הנוספת המתחייבת עם המעבר מעמדה אופוזיציונית לעמדה של שליטה והשפעה.

¹⁹⁵ צעד חשוב של מקינון בכיוון זה הוא הוצאת ספר לימוד בנושא של שוויון בין נשים לגברים, שמקיף מכלול רחב של נושאים, ולא רק את התחומים שבהם התמקדה הכתיבה התיאורטית שלה. מדובר בספר במתכונת של *casebook*, כלומר באסופה של חומרים משפטיים לצורך לימוד שיטתי בקורס במסגרת בית ספר למשפטים, בצירוף הערות, פרשנויות ושאלות לדוגמה. ראו: Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality* (2001). הוצאת הספר מדגימה פעם נוספת את קבלתה של מקינון על ידי הממסד המשפטי והאקדמי.

¹⁹⁶ בג"צ 5016/96 **ליאור חורב נ' שר התחבורה ואח'**, פ"ד נא(4) 1 (1997).

¹⁹⁷ שם, בפסק-דינו של הנשיא ברק, פסקה 74.

¹⁹⁸ שם, בפסק-דינו של השופט טל, פסקה 4.

¹⁹⁹ אהרון ברק, **פרשנות במשפט** – כרך שלישי: פרשנות חוקתית (תשנ"ד) עמ' 427-428 (להלן: "פרשנות במשפט").

אותן זכויות אדם אשר בלעדיהן אין משמעות להגנה על כבוד האדם וחירותו, ואלה כוללות בין השאר את השוויון, את הכשרות המשפטית, האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הביטוי, הדת, המצפון, המדע וההתאגדות ועוד²⁰⁰.

פרופ' אריאל רוזן-צבי טוען: "גם אם בית המשפט עשוי לנצל את ההסדר החוקתי הקיים כמנוף כללי להשלים חלק מן החללים בדרך של פרשנות חוקתית רחבה, כתחליף להמשך התנופה החקיקתית של חוקי היסוד מצד המחוקק, אין זה תחליף הולם. לא ניתן להנחיל ערכים חוקתיים ללא קונצנזוס"²⁰¹.

במאמרו, על מה שהוא מכנה 'הזכויות הבלתי מנויות', **הביע הלל סומר**²⁰² התנגדות נחרצת לעמדה, שניסח השופט ברק, הטוענת שכבוד האדם הוא "זכות מסגרת" אשר ניתן לגזור ממנה זכויות אחרות, מהן זכויות מסגרת, אף הן, כגון השוויון, ומהן זכויות פרטיקולאריות, כגון חופש הביטוי, ההפגנה והאסיפה וחופש המצפון והדת²⁰³. לדעתו של סומר זכויות שלא פורשו בחוק-היסוד, ובמיוחד אלו שהוצאו מהצעת חוק-היסוד, אין להחדיר חזרה לחוק באמצעות 'מושגי סל', כמו "כבוד האדם" ו-"חירותו". תהליך כזה מנוגד לכוונת המחוקק, מחבל בעקרון הפרשה שהיה הבסיס לחקיקת החוק, עלול למנוע בעתיד חקיקת חוקי יסוד נוספים, עלול להוביל לביטול חוקי היסוד כריאקציה של הכנסת להתערבות בית-המשפט בתהליך כינון החוקה ועלול אף לפגוע במעמדו של בית המשפט העליון. סומר מצביע על מחלוקת הקיימת בבית המשפט העליון עצמו בנושא זה. מתוך בחינה מעמיקה של הטעמים לחופש הביטוי, והצבתם אל מול עקרון כבוד האדם דוחה גם **אלעד פלד**²⁰⁴ את עמדת הפסיקה הרווחת, וסבור שחופש הביטוי בצורתו המוכרת לנו, על מאפייניו הדומיננטיים ועל העוצמה המיוחדת לו, אינו מעוגן במלואו בחוק היסוד "כבוד האדם וחירותו". הסיבה לכך היא העובדה שחופש הביטוי מושתת, גם על-פי חלק מן הפסיקה, בראש ובראשונה על הצדקה תוצאתנית וכלל חברתית, בעוד שחוק היסוד נועד להגן על זכויות בעלות משמעות פנימית ואישית בעבור האדם. לטענתו אין אפשרות להסביר באמצעות רציונל האוטונומיה לבדו את ההגנה החזקה הפרוסה בישראל על חופש הביטוי, אשר לעתים מזומנות יש לו עדיפות על פני חירויות וזכויות אחרות ואפילו מתירה בשמו פגיעה חמורה בהן.

וכאן המקום לשאול: כאשר קיים עימות בין חופש הביטוי לבין זכויות ואינטרסים אחרים, כגון: שלום הציבור, הזכות לפרטיות, הזכות לשם טוב, ורגשות שונים מי מהם גובר? האם קיימות נורמות העשויות להצדיק, בתנאים מסוימים, את הגבלתו של חופש הביטוי? האם קיימת היררכיה בין הערכים המצויים בחוק? האם האיסור לפגיעה ברגשות דתיים נכנס לתחומה של פסקת ההגבלה, והוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל, נועד לתכלית ראויה ופוגע בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש?

²⁰⁰ יפה זילברשץ, "על חופש התנועה הפנים-מדינתית - בעקבות בג"צ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח'", **משפט וממשל** ד' תשנ"ח עמ' 821-973.

²⁰¹ א' רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטיה" אבהות רוחנית, ניכור וסימיוזה – האפשר לרבע את המעגל", **עיוני משפט** יט תשנ"ה 479, עמ' 509.

²⁰² הלל סומר, "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית", **משפטים** כח תשנ"ז, 257, עמ' 53, 322-318. ראה גם: אמנון רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, **שוקן**, תשנ"ז, עמ' 916.

²⁰³ פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 199, עמ' 138.

²⁰⁴ אלעד פלד, "האם 'ציפור נפשה של הדמוקרטיה' היא גם ציפור נפשו של האדם? מבט ביקורתי על עיגונו החוקתי של חופש הביטוי בפסיקה", "מחקרי משפט" כ"ו חוברת 1.

השופט ברק, דוברת של הגישה הליברלית הקיצונית, ומייצגו של "הציבור הנאור", נוקט גישה מרחיבה להיקף תחולתו של עיקרון חופש הביטוי. לדעתו גם ביטוי שיש בו פגיעה ברגשות נכנס לתחומי הגנתו של חופש הביטוי. על ניסיונות של פגיעה בחופש-הביטוי אמר בית המשפט: "כל פעולה שנעשתה שלא במסגרת החוק ואשר כוונה לפגוע בחופש-הביטוי של הזולת ... כמוה כפגיעה בציפור-נפשה של הדמוקרטיה (...). ועל ציפור נפשה של הדמוקרטיה יש להגן בכל האמצעים העומדים לרשות הדמוקרטיה"²⁰⁵. לדעתו, של **השופט לנדוי**²⁰⁶ יש להבחין בין חופש להפקרות: זכותו של האדם להתבטא כרצונו אינה מפקירה את צנעת הפרט של זולתו. דברי השופט לנדוי נאמרו אמנם לפני חקיקת חוקי היסוד, אך הוא מתייחס במפורש לזכויות חוקתיות. כפרפראזה לאיסור לשון הרע, מביא השופט לנדוי את דבריו של Chafee²⁰⁷ על אדם שהובא לפני שופט מפני שהניף את זרועותיו ופגע בחוטם חברו. על שאלתו אם אין לו זכות להניף זרועותיו כרצונו בארץ חופשית, השיב לו השופט: זכותך להניף את זרועותיך נגמרת בדיוק במקום שבו מתחיל חוטם חברך.

9. סיכום

עבודה זו ביקשה לחקור את אקט האאוטינג בראי העילות בגינת פרט, אשר התבצע נגדוה אקט של אאוטינג, יכולה לתבוע. בעבודתי סקרתי את מושג האאוטינג, על שלל הגדרותיו, את מושג העוולות החוקתיות, את העילות הקיימות בפסיקה בצורה ביקורתית – לשון הרע והגנה הפרטיות, יחד עם העילות האלטרנטיביות אותן בחנתי – הטרידה מינית ופגיעה באוטונומיה. כמו כן, בחנתי את הפגיעה בחופש הביטוי בעת השימוש בעילות אלה.

הראיתי כי בעילת לשון הרע קיימות שתי בעיות עיקריות - ההנחה בלשון הרע היא, והיא הנחה בעייתית בעיני, כי כאשר מגדירים פרט כהומוסקסואל (או לסבית) יש בכך כדי לבזות אותו. בנוסף, קיימת כאן הגנה על אוכלוסיית ההטרסקסואלים, כאשר ההתייחסות בחוק לנטייה מינית לא יועדה במקורה לטובת כלל התובעים הפוטנציאליים, אלא לטובת הומואים ולסביות, כלומר, לטובת מי שיתויגו כהומואים או כלסביות על רקע היותם "באמת" כאלה.

גם עילת ההגנה על הפרטיות במקרה של אאוטינג לא נקיה מביקורת. קודם כל, רבים יטענו כי כאשר אנו מדברים על נטייה מינית, היא מתאימה יותר לממד הסודיות. כלומר, אם אדם אינו טורח להסתיר דבר מה, אין סיבה שלא לדווח על כך. שנית, יטענו רבים כי תביעה בעילה של אאוטינג היא חרב פפיות – ברגע שפרט תובע בעילה של הגנת פרטיות הוא מודה כי אכן הפרטים

²⁰⁵ ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968).

²⁰⁶ בד"נ 9/77 חברת החשמל בע"מ ואח' נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ ואח', פ"ד לב(3) 337 (1978). דעתו של השופט שמגר התקבלה כדעת הרוב בע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, לא(2) 281 (1977) אולם בדיון נוסף נהפכה ההחלטה, ונפסק כדעת השופט לנדוי.

²⁰⁷ Zechariah Chafee, Free Speech in the United States, p. 31 (1942)

שנחשפו נכונים והם פוגעים בפרטיותו וכך גם התביעה עצמה מסבה תשומת לב לתובע ולענייניו האישיים. כמו כן, כאשר אנו שומרים על פרטיותה של הנטייה המינית – אנו מקעקעים את ההטרונורמטיביות ומקשים על פיתוח שיח של קבלת השונה ונורמליזציה של הנטייה המינית ההומוסקסואלית. לבסוף, נמתחה ביקורת פמיניסטית רבה על כך שזוהי הגנה שבעצם מנציחה את הפטריארכיה וההגמוניה הגברית בכך שמשאירה את האישי, הפרטי הביתי – בתוך הבית וכך לא נותנת מקום לשיח ציבורי בנושא.

בחוק למניעת הטרדה מינית קיימות התנהגויות שונות ומגוונות אשר יכולות להיחשב כהטרדה מינית וכך גם אפיקים שונים לטיפול בתופעה, אך בשביל להוכיח כי אאוטינג אכן נחשב הטרדה מינית עליו לבזות או להשפיל את הפרט אשר סבל מאקט האאוטינג. בדרך זו התובע בעצם מקעקע את הנטייה המינית כמאפיין שהוא שלילי.

בעילת הפגיעה באוטונומיה אין צורך להוכיח כי נטייה מינית מבזה או משפילה ובכך בעצם נפתרות הבעיות שהצגתי בעילות הקודמות. השאלה העיקרית בעילה זו היא האם נשלל כוח הבחירה של התובע, נשלל מידע רלוונטי מהתובע, כמו גם במקרים שבהם נשללו מהתובע שלא כדין דרכי פעולה חלופיות, אף שלא נגרם לתובע נזק אחר פרט לעצם שלילת כוח הבחירה שלו. אך עם זאת, תובעים לעולם לא תבעו בעילה זו במקרה של אאוטינג ולכן אין לדעת איך בית המשפט יגיב כאשר תביעה בגין אאוטינג בעילת פגיעה באוטונומיה תבוא לפתחו.

לבסוף, בדקתי את הפגיעה בחופש הביטוי למול כל אחת מהעילות שבחנתי. ניתן לראות כי לאאוטינג אין ערך, הוא לא תורם לחברה ובמידה ויש עניין לציבור – לאו דווקא נרצה לעודד אותו. למרות שבהרבה מקרים חופש הביטוי יגבר במקרים אחרים, במקרה של אאוטינג, ללא תום לב, קשה מאוד להצדיק את מבצע האקט ואת הפעולה עצמה.

10. ביבליוגרפיה

i. מקורות ישראלים

i. חקיקה ותקנות

1. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 1391.
2. חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 464.
3. חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864.
4. חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 1011.
5. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998, ס"ח 1658.
6. חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998, ס"ח 1661.

ii. פסיקה

1. תביעות קטנות

- a. ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 2272/05 מלכה נ' אובספלד, תק-של 2005(4) 3392 (2005).
- b. ת"ק (ת"א) 43769-10-12 צח עמית נ' הנביאים אחד שתיים בע"מ (לא פורסם, 08.05.2013).

2. משפחה

- a. תמ"ש (משפחה ת"א) 314827/96 פלוני נ' פלונית, תק-מש 2002(3) 190 (2002).
- b. תמ"ש (ים) 19270/03 כ.ש. נ' כ.פ. (טרם פורסם), תקדין משפחה 353 (4)2004 (2004).
- c. תמ"ש (ים) 18551/00 ק.ס. נ' ק.מ. (טרם פורסם), תקדין משפחה 279 (2)2004 (2004).

3. עבודה

- a. עב' (ת"א) 12875/08 ולדימיר סלינקו נ' טל קורפשטיין (לא פורסם, 06.06.2011).

4. שלום

- a. ת"א (שלום פי"ת) 67/91 חזון נ' שמחי (לא פורסם, 31.1.1994).
- b. ת"א (שלום ת"א) 20174/94 אמסלם נ' קליין ואח', תק-של 95(2) 602 (1995).
- c. ת"א (ת"א) 52686/94 שמייע נ' חייט (טרם פורסם) תקדין שלום 884 (3)2000 (2000).
- d. ת"א (ים) 7126/95 בן שימול נ' שנקר (טרם פורסם), דינים שלום יח 143 (2001).
- e. ת"א (כ"ס) 5604/98 זוליאט נ' בי"ח שיבא (טרם פורסם) תקדין שלום 1001 (3)2002 (2002).
- f. ת"א (שלום ת"א) 36839/03 בן-דורי נ' קורצנברג, תק-של 2003(3) 5168 (2003).
- g. ת"א (ת"א) 56831/01 שיינברום נ' כירורגיה אסתטיקה ולייזר (טרם פורסם), תקדין שלום 797 (2)2003 (2003).
- h. ת"א (חי) 23042/00 שוורץ נ' קליניקה אריאל בע"מ (טרם פורסם), פדאור 704 (2004) 248.
- i. ת"א (שלום ב"ש) 9005/99 סופר נ' אברג'ל ופלד, תק-של 2004(1) 2125 (2004).
- j. ת"פ (שלום ק"ג) 220/01 מדינת ישראל נ' סבן, תק-של 2004(1) 11830 (2004).
- k. ת"א (חי) 6467/97 חרבאוי נ' חרבאוי (טרם פורסם), תקדין שלום 8667 (1)2004 (2004).
- l. ת"א (ת"א) 122825/00 רבני נ' הירש (טרם פורסם), תקדין שלום 4298 (4)2004 (2004).
- m. ת"א (ים) 17040/00 פלוני נ' בנט (טרם פורסם), תקדין שלום 4338 (1)2005 (2005).
- n. ת"א (חי) 8364/03 לנקרי נ' בי"ח רמב"ם (טרם פורסם), תקדין שלום 3486 (1)2005 (2005).
- o. בת"א (ראשלי"צ) 4630/02 הלוני נ' פלוני (טרם פורסם), תקדין שלום 13459 (2)2005 (2005).
- p. ת"א (ת"א) 28900/01 רואס נ' מ"י (טרם פורסם), דינים שלום נ 900 (2005).
- q. ת"א (ת"א) 83435/00 רשו נ' תנובה (טרם פורסם), תקדין שלום 1964 (1)2005 (2005).

- r. ת"א (שלום ת"א) 39231/06 עמותת ל.כ.ן רמת השרון לקידום כדורסל בע"מ נ' רשת שוקן בע"מ, תק-של 29342 (4)2007 (2007).
- s. ת"א (שלום ת"א) 14726/05 אדלמן וגוטהלץ נ' חברת רייטינג בע"מ, תק-של 1379 (4)2007 (2007).
- t. ת"א (שלום הרצליה) 3148/03 גולן נ' גולדשטיין ורפאלי (לא פורסם, 9.5.2007).
- u. ת"א (שלום ת"א) 12603/05 פאר נ' טיים אאוט מגזין (ישראל) בע"מ, תק-של 5277 (2)2008 (2008).
- v. ת"א (שלום ת"א) 26170/05 בנבנישתי נ' רחמני, תק-של 26885 (4)2008 (2008).
- w. ת"א (שלום-י-ם) 6023/07 אפריאט נ' הוצאה לאור "ידיעות" בע"מ (לא פורסם, 5.10.2008).

5. מחוזי

- a. ע"א (מחוזי ת"א) 1145/95 קליין ואח' נ' אמסלם, תק-מח 3188 (1)97 (1997).
- b. ע"א (חיי) 2279/01 ביטון נ' בנק דיסקונט (טרם פורסם), תקדין מחוזי 8638 (1)2002 (2002).
- c. ע"א (חיי) 4614/99 ואפי נ' המועצה המקומית מע'אר (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2024 (2)2002 (2002).
- d. ת"א (ת"א) 1180/97 עזבון ביום נ' מור (טרם פורסם), תקדין מחוזי 169 (3)2003 (2003).

6. עליון

- a. ע"א 90/49 בנטוב ואח' נ' קוטיק, פ"ד ה 593 (1951).
- b. ע"פ 24/50 גורלי נ' היועץ המשפט, פ"ד ה 1145, 1160 (1951).
- c. בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים; עיתון "אל אתיחאד" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 876-878 (1953).
- d. ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427 (1968).
- e. ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, לא(2) 281 (1977).
- f. ד"נ 9/77 חברת החשמל בע"מ ואח' נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ ואח', פ"ד לב(3) 337 (1978).
- g. ע"א 145/80 שלמה ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982).
- h. ע"א 466/83 שאהה נ' דרדריאן, פ"ד לט(4) 734, 749 (1986).
- i. ב"ש 298/86 ציטרין ואח' נ' בית-הדין המשמעתי של לשכת עורכי-הדין במחוז תל אביב ואח', פ"ד מא(2) 337 (1987).
- j. ע"א 670/79 הוצאת עיתון הארץ בע"מ ואח' נ' מזרחי וערעור שכנגד, פ"ד מא(2) 169 (1987).
- k. ע"א 214/89 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד מג(3) 840 (1989).

- .l ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837 (1994).
- .m בג"צ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נא(4) 1 (1997).
- .n ע"א 2781/93 דעקה נ' ב"ח "כרמל", פ"ד נג(4) 526 (1999).
- .o ע"א 1338/97 תנובה נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673 (1999).
- .p עש"מ 5771/01 פודלובסקי נ' נציב שירות המדינה, פ"ד ניו(1), 463 (2001).
- .q ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314 (2004).
- .r רע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' אטינגר, פ"ד נט(3) 308 (2004).
- .s ע"א 9817/02 וינשטיין נ' ברגמן (טרם פורסם), תקדין עליון 2005(2) 4450 (2005).
- .t בג"ץ 7052/03 עדאלה — המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).
- .u ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פורסם בנבו (4.8.08).
- .v רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו (13.8.08).
- .w בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פורסם בנבו (20.8.08).
- .x בג"ץ 4218/09 נודלמן נ' כב' שופטי בית-המשפט העליון פרוקצ'ה, נאור וארבל, פורסם בנבו (24.5.09).
- .y רע"א 1104/07 עו"ד חיר נ' עו"ד גיל, פורסם בנבו (19.08.09).

iii. ספרים

- 1. אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית כרך א (נבו, 2004).
- 2. אהרון ברק, פרשנות במשפט – כרך שלישי: פרשנות חוקתית (תשנ"ד).
- 3. דפנה ברק-ארז, עוולות חוקתיות (בורסי, תשנ"ד).
- 4. חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנור לשון הרע: הדין הרצוי והמצוי (2005).
- 5. אלי הלם, דיני הגנת הפרטיות (2003).
- 6. גד טדסקי, דיני הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית (מגנס, תשל"ז).
- 7. מישל פוקו תולדות המיניות – כרך ראשון: הרצון לדעת (1996).
- 8. אורית קמיר זה מטריד אותי: לחיות עם החוק למניעת הטרדה מינית, פרק 11 (2009).
- 9. אורית קמיר כבוד אדם וחווה פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי 325 (2008).
- 10. אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז.
- 11. אורי שנהר דיני לשון הרע (2001).

iv. מאמרים

- 1. ריץ' אדריאן, "הטרורסקסואלית כפויה והקיום הלסבי" בתוך: ללמוד לפמיניזם: מקראה, הצאת הקיבוץ המאוחד (1980).

2. מ' בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא 9 (תשס"ח).
3. א' בנדור, "חופש לשון הרע" **משפטים** כ 561 (תשנ"א).
4. א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א (תשנ"ב).
5. א' ברק "חופש הביטוי ומיגבלותיו" **הפרקליט** מ (תשנ"א).
6. אהרן ברק, "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי", **עיוני משפט** ט (תשמ"ג) 243.
7. אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271 (1994).
8. ד' ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" **משפט וממשל** ה (תש"ס).
9. דפנה ברק-ארז, "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל** ט 103, 106 (תשס"ו).
10. ד' ברק-ארז, יי גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" **קרית המשפט** ח (תשס"ט).
11. תמר גדרון "פרסום מידע פרטי: בחינה יישומית של הזכות לפרטיות במבט השוואתי" **עלי משפט** ח 133 (תש"ע).
12. ת' גדרון "חופש הביטוי וחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 – נקודת איזון חדשה?" **המשפט** ה (תשס"א).
13. הדי ויטרבו "משבר ההטרסקסואליות: הבניית זהויות מיניות בדיני לשון הרע" **עיוני משפט** לג 5 (תש"ע).
14. א' ויתקון, "הרהורים וכמה זכרונות נעורים על חופש העיתונות" **זכויות אזרח בישראל** – **קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן** 153 (תשמ"ב).
15. יפה זילברשץ, "על חופש התנועה הפנים-מדינתית - בעקבות בג"צ 5016/96 חורב ואח"י נ' שר התחבורה ואח"י", **משפט וממשל** ד תשנ"ח עמ' 973-821.
16. עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך חוקתי, מושגי ורגולטורי" **קרית המשפט** ה 39 (תשס"ט).
17. יובל יונאי "הדין בדבר נטייה חד-מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה" **משפט וממשל** ד 531 (1998).
18. יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948-1988" **סוציולוגיה ישראלית** א(2) 257 (1999).
19. פנינה להב, "על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון" **משפטים** ז 374 (תשל"ו).
20. איתן להמן "לשון הרע" **העין שביעית** 1 (1996).
21. ז' סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" **עיוני משפט** ט (תשמ"ג).
22. הלל סומר, "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית", **משפטים** כח תשנ"ז, 257.

23. אלעד פלד, "האם 'ציפור נפשה של הדמוקרטיה' היא גם ציפור נפשו של האדם? מבט ביקורתי על עיגונו החוקתי של חופש הביטוי בפסיקה", **מחקרי משפט** כו' חוברת 1.
24. דניאל פרידמן "מהו עלבון ולמי מותר להיעלב?" **המשפט** ג 131 (1996).
25. אורית קמיר, רונית הריס, יעל ברנדווין, שני פגודה ויטנר "החוק למניעת הטרדה מינית במערכות המשפט והמשמעת: נתונים מן העשור הראשון", **"המשפט ברשת: זכויות אדם** ב 13 (2014).
26. מ' קרמניצר, "חופש הביטוי" **זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של חמנ שלח** 48 (1988).
27. צחי קרן-פז, "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי", **משפט וממשל** ז (תשס"ה) 541.
28. צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" **המשפט** יא 187 (תשס"ז).
29. א' רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטיה: אבהות רוחנית, ניכור וסימיוזה – האפשר לרבע את המעגל", **עיוני משפט** יט תשנ"ה 479.
30. מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" **הפרקליט** לט 21 (1991).
- v. שונות**
1. ישראל אפריאט "כיפה ורודה — כתומה" **GoGay** – 15.4.2008
www.gogay.co.il/columns/ColumnLobby.asp?id=146 20.8.2008
2. יפעת ביטון, **קריאה מחדש של דיני הנזיקין מזווית פמיניסטית-חברתית** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשס"ד), 197-293.
3. מיכאל בירנהק "מי קובע מי אנחנו?" (2009) – b.walla.co.il
4. א' ברק "העיתונות שולטת באוויר הדרוש לנשמת הדמוקרטיה" קטעים מהרצאה שנשא נשיא בית-המשפט העליון בערב עיון לרגל הופעת ספרו של זאב סגל **חופש העיתונות: בין מיתוס למציאות** (1995), **הארץ** (14.5.96).
5. א' ברק "חופש הביטוי כזכות חוקתית" (דברים באזכרה לזכרו של יורם רוני ז"ל במכון ון-ליר, 9.11.97).
6. משה גורלי "שמעון אמסלם יוצא למתפרצת" מעריב — סופשבוע 50, 3.3.1995.
7. משה גורלי "שמעון אמסלם נגד 'העיר': היום פסק-הדין" מעריב — היום 10, 20.6.1995.
8. חדשות 2 "ח"כ איציק שמולי יצא מהארון" (2015) -
http://www.mako.co.il/news-military/politics-q3_2015
9. רוני טל "אמסלם לא לבד" העיר 11.2.1994, 110.
10. ועדה בראשות נשיא ביהמ"ש העליון יצחק כהן: **משרד המשפטים דין וחשבון**, הועדה להגנה מפני פגיעה בצנעת הפרט (1976).
11. אביב לביא "הבהרה" העיר 118, 18.2.1994.

12. אביב לביא "לכּיף יש גם מחיר" **הארץ** — ספורט 5.1.2003, 3.
13. אליעזר לחנה "אמסלם לא לבד. ישנה גם חגית" **מעריב** — סגנון 28.6.1995, 9.
14. עמוס נווה "להוציא את הפרטיות מהארון" **אמירות** (2011) amirot.blogspot.co.il.
15. ארז רותם "אמסלם לא הומו" **מעריב** — ראשי 21.6.1995, 10.
16. משה ריינפלד "רשת שוקן חזרה בה מכוונה לערער על הקביעה כי הוציאה דיבה על שמעון אמסלם" **הארץ** 2.12.1997, 11.
17. אילן שיינפלד "לו הייתי אמסלם" **הארץ** — מוסף 23.6.1995, 8.
18. הצעת חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 9) (פרסום תצלום, סרט או הקלטה המתמקד במיניותו של אדם), התשע"ג–2013.
19. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, תשל"ג–1973 ה"ח 1085.
20. פרוטוקול ישיבה מס' 27 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-14 (7.1.1997).
21. ד"כ 37 2454 (תשכ"ג).
22. ד"כ 43 2680 (תשכ"ה).
23. ד"כ 160, 4099 (תשנ"ז).
24. ד"כ 161, 4377 (תשנ"ז).
25. בראשית א 27.
26. קוהלת, ז 1.
27. בבא מציעא, נח [ב].

.ii מקורות לועזיים:

i. חקיקה ותקנות

1. Civil Rights Act, 42 U.S.C. section 1983 (1871)
2. Restatement (second) of torts 652d cmt (1977)

ii. פסיקה

1. Monroe v. Pape 365 U. S. 167 (1961)
2. Nadar v. General motors Corp., 25 N.Y. 2d 560 (1970)
3. Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics 403 U. S. 388 91 S. Ct. 1999 (1971)
4. Diaz v. Oakland tribune 188 cal. retr. 762 (1983)
5. Sipple v. chronicle publishing co. 201 cal. Rptr. 665 (1984)
6. Bowers v. Hardwick 478 u.s. 186 (1986)
7. Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)

iii. ספרים

1. Zechariah Chafee, Free Speech in the United States (1942)

- Bruce MacDougall, *Queer Judgments: Homosexuality, Expression, And the Courts in Canada* (2000) .2
- Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality* (2001) .3
- Gail Mason, *The Spectacle of Violence: Homophobia, Gender and Knowledge* (2002) .4
- Richard D. Mohr, *Gay Ideas: Outing and Other Controversies* (1992) .5
- Alan R. Petersen, *Unmasking the Masculine: 'Men' and 'Identity' in a Sceptical Age* (1998) .6
- William. I. Prosser, *Handbook of the law of torts*, 4th ed (1971) .7
- Eve Kosofsky Sedgwick, *Epistemology of the Closet* (1990) .8
- מאמרים .iv**
- A Barak "Constitutional Human Rights and Private Law Justice" 3 *Rev. of Constitutional Studies* 175 (1996) .1
- Susan J. Becker , *The immorality of publicly outing of private people*, *Oregon Law.R* 73 ,160 (1994) .2
- Jodi Dean, *from sphere to boundary*, *Harv.cr.-c.l L. Rev.* 57 (1995) .3
- John p. Elwood "*Outing, privacy and the first amendment*" 102, *yale l.j.* (1992-1993) .4
- R. Gavison "Should We Have a General Right to Privacy in Israel?" 12 *Isr. L. Rev.* (1977) .5
- Kathleen Guzman "*About Outing: Public Discourse, Private Lives*", *Washington University Law q.* 73 (1995) .6
- Janet Halley, "Take a Break from Feminism?", Karen Knop (ed.), *Gender and Human Rights* 57 (2004) .7
- Cathy Harris, *Outing Privacy Litigation: Toward a Contextual Strategy for Lesbian and Gay Rights*, *Washington Law Review* 65 (1996) .8
- Stanley Ingber, "Alternative Compensation Schemes and Tort Theory: Rethinking .7 ,Intangible Injuries: A Focus on Remedy", 73 *Calif. L. Rev.* 772 (1985) .9
- Thomas Kendall, *Beyond the privacy principle*, *Law Review* 92 (1992) .10
- Tsachi Keren-Paz, "An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness", 16 *Can. Jour. L & Jur.* 91 (2003). .11

- Bruce MacDougall, *outing: the speech about homosexuality*, 21 Queen's L.J. (1995-1996) **.12**
- Catherine A. Mackinnon, *Sexuality, pornography and method-pleasure under patriarchy*, Cass R. Sunstein, ed. Chicago, University of Chicago Press (1990) **.13**
- Barbara Moretti "outing: justifiable or unwarranted invasion of privacy" 11 *Cardozo L.J.* 857 (1992) **.14**
- David H. Pollack, Forced Out of the Closet: Sexual Orientation and the Legal Dilemma of "Outing", 46 *U. Miami L. Rev.* 711 (1991) **.15**
- Stephen J. Schnably, beyond Griswold, Foucauldian and republican approaches to privacy, 23 *Conn L.Rev.* 861 (1991) **.16**
- Samuel Warren & Louis Brandies, "the right to privacy" 4 *Harv. L. Rev.* 193 (1980) **.17**
- Ronald F. Wick, out of the closet into the headlines: outing and the private facts tort, *Geo. L.J.* 413 (1991) **.18**
- .v שונות**
- William A. Henry-3 *Ethics: forcing gays out of the closet*, Time magazine, Jan 29 1990 **.1**