

גזענות, תקשורת ולשון הרע – האם מותר לומר על גזען שהוא "נאצי"?

יובל קרניאל*

- א. הקדמה
- ב. מבוא
- ג. גזענות וחופש ביטוי
- ד. גזענות ולשון הרע
 1. כללי
 2. בן גביר נ' דנקנר
 3. בן חורין נ' לוי
 4. פרשת סנטהאוז
 5. ההגנות הקיימות בדיני לשון הרע למפרסם גיווי
- ה. הגנות ה"ביקורת ההוגנת" ו"הגנת התגובה" במשפט המקובל
 1. הגנת ביקורת הוגנת בכריטיניה (*fair comment defense*)
 2. "הגנת התגובה ללשון הרע" (*qualified privilege of reply to defamatory publication*) בכריטיניה ובארצות־הברית
- ו. הצעה לפרשנות
 1. פרשנות חדשה להגנות חוק איסור לשון הרע
 2. גבולות ההגנה המוצעת
 3. הוצאות משפט מוגדלות
- ז. סיכום

א. הקדמה

באחרונה תהה סגן שר הביטחון ח"כ זאב בויס אם יש בערכים "פגם גנטי"

* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר בבית הספר לתקשורת ובבית הספר למשפטים המסלול האקדמי המכללה למינהל. תודה ליוסי נחושתן, לגיא אופיר ולמערכת המשפט על עזרתם, הערותיהם ותרומתם לגרסה הסופית של המאמר. האחריות לדברים היא כמוכן שלי בלבד.

שבגיננו הם מפעילים טרור¹. ח"כ יחיאל חזן מהליכוד הביע תמיכה בדברים והוסיף כי "אסור להאמין לערבים אפילו כשהם נמצאים 40 שנה בקבר, אצלם זה טבוע בדם"². הדברים עוררו הד מסוים וגינוי, בעיקר מצד יריבים פוליטיים. התקשורת התייחסה להערות באופן מינורי, מעט משועשע. כתב ערוך 2 שדיווח על הדברים כינה אותם "קביעות בעייתיות".

על כך הגיב בחריפות מבקר הטלוויזיה של עיתון "הארץ", שכתב כדלקמן: "חברת החדשות של ערוך 2 שידרה את דברי הבלע המטורפים האלה כדבר של מה בכך. היא לא מצאה לנכון להגיב, כגוף תקשורת. היא רק מדווחת, כן? זו בושה. זה מגעיל וזה מפחיד. איך אפשר לשתוק. מה, זו עיתונות אובייקטיבית? [...] הוא [רז] לא אמר שאלה שטריות. הוא לא אמר שזה קשקוש גזעני משולל כל יסוד מדעי [...] הוא מעל באמון צופיו"³.

ב. מבוא

ביטויים של גזענות ועל גזענות⁴ בכלי התקשורת בישראל הפכו להיות, לצערנו, חלק בלתי נפרד מהמציאות התקשורתית בשנים האחרונות. את הביטויים הקשורים לגזענות ניתן לחלק באופן כללי לשני סוגים נפרדים. האחד הוא ביטוי שיש לו עצמו משמעות גזענית, או שלפחות יש הרואים בו ביטוי גזעני או מסית לגזענות⁵. הסוג השני הוא הביטוי שעניינו גינויה של הגזענות, למשל אמירה הקובעת שדובר

1 "מה יש באיסלם בכלל? מה יש אצל הפלשתינאים בפרט? האם זה חסך תרבותי, פגם גנטי? משהו בלתי מוסבר ברצחנות הנמשכת הזו" – כך צוטטו הדברים בכתבתו של א' רוגל "ביום: האם הפלשתינאים רוצחים בגלל פגם גנטי? חזן: אסור להאמין לערבים גם בקבר" הארץ 25.2.04. הדברים לא הוכחו, אולם מאוחר יותר חזר בו סגן השר והתנצל על הדברים. שם, שם.

2 ר' אלפר "התאוריה של חזן" הארץ 25.2.04.

3 גזענות מוגדרת בס' 144 לחוק העונשין, תשל"ז–1977 (להלן: "חוק העונשין") כדלקמן: "רדיפה, השפלה, ביוזי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדינים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסיה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני".

4 מובן שאחת הבעיות המרכזיות היא היעדר הסכמה בציבור בשאלה מהו דיבור גזעני ומהי הסתה לגזענות. הגזענות מוגדרת כהשקפה שעמי העולם נחלקים לגזע מיוחס אחד ולגזעים אחרים שהם נחותים. א' אבן שושן המלון החדש (1990, כרך א) 326; אלכר ממי הגדיר גזענות – "הוא שמעצם במלוא כוחו את קיומם של הבדלים ביולוגיים בין בני האדם"; להגדרה רחבה יותר ולטיפול בגזענות ראה א' ממי הגזענות (חשני"ט) 99–160. לפרשנות המונח גזענות בפסיקה ראו ע"פ 2831/95 אלכר נ' מ"י, פ"ד (נ) 221 (להלן: פרשת אלכר); מובן שהשסע הפוליטי החריף במדינה מקשה על השימוש במושגים, כך למשל כינה באחרונה הרב דוד חיי-הכהן את ההתנתקות הצפויה מעזה כ"מעשה הנאצים בהסכם מינכן". המשנה ליועץ המשפטי לממשלה שבחן את הדברים בעקבות תלונה קבע כי הדברים: "אינם עולים כדי עבירה פלילית של הסתה לאלימות". [http://www.nfc.co.il/archive/001-D-56597-00. (last visited on 9.1.2007) .html?tag=8-11-26]

גזענות, תקשורת ולשון הרע — האם מותר לומר על גזען שהוא "נאצי"?

אחר הוא גזען או שביטוי מסוים של דובר אחר הוא גזעני. יש המוסיפים וקובעים כי הדברים הם "נאציים"⁶.

עד היום התמקד הדיון המשפטי, השואף לשרש את תופעת הגזענות, בשאלת הגדרתו ואכיפתו של איסור ההסתה לגזענות במשפט הפלילי⁷. אולם גם התומכים בהרחבתו של האיסור הפלילי⁸ ומאמינים כי הוא חיוני, חוזרים וטוענים כי המאבק המרכזי בגזענות הוא לאו דווקא בתחום המשפט הפלילי, אלא דווקא בתחום הוויכוח והדיון הציבורי⁹. בתחום זה אנו מצפים לראות גינוי חד-משמעי של גזענות, חשיפת השקר שבדברי גזענות וגינוי חריף של הדוברים המפיצים דברי הסתה לגזענות¹⁰.

אכן, דברי גזענות נתקלים בישראל, במקרים רבים, בגינויים חריפים. אנשים התומכים בעמדות גזעניות וזכים לא אחת למטר של גידופים וביקורות קשות. דברי הגזענות שיש בהם כדי לפגוע פגיעה קשה בכבודם, ברגשותיהם ובשמם הטוב של הקרובות מתקבלים בסערת רגשות ובמחאה רחבה. אולם המעניין הוא שהביקורת הקשה על דברי הגזענות לא מגיעה בדרך כלל לליכון משפטי בדרך

- 6 בריון בכנסת מיום 9.11.04, התנהלו חילופי הדברים הבאים: ח"כ אריה אלדד (בקשר למות ערפאת): "אם אכן היה אבי האומה הפלסטינית, הרי זכה ליצור אומה בצלמו וכדמותו. טרוריסט מושחת ורשקן". ח"כ עסאם מח'ול (בתגובה): "כמה מתאים לך לנאום בגרמניה. אתה גרמני נאצי, זה מה שאתה. פשיסט נאצי" (ההדגשות שלי — י.ק.). ראו "הצעות לסדר-היום מצבו הכריאטי של ערפאת וההשלכות על המצב באזור" הישיבה המאה-ושמונים של הכנסת השש-עשרה. ד"ר (התשס"ה) 16324. מובן שהדברים מוגנים מכוח ס' 1(13) לחוק איסור לשון הרע (פרסום המוגן לפי סעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951), אך הם יכולים לעורר דיון בשאלות שבהן אנו עוסקים: האם דבריו של אלדד הם גזעניים, האם הם לשון הרע על הציבור הפלסטיני, האם התגובה היא מח'ול היא הולמת? פרשת אלבה, לעיל הערה 5; מ' קרמניצר "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות משפטים ל (תשנ"ט) 105; ר' כהן-אלמגור גבולות הסובלנות והחרות (תשנ"ד).
- 8 ממש באחרונה הוסף ס' 144 לחוק העונשין הקובע כי עברות אשר נעשו מתוך מניע של גזענות או של עוינות כלפי ציבור דינם כפל העונש הקבוע לעברה או מאסר של עשר שנים (הקל מביניהם). כלומר גזענות מהווה נסיבה מחמירה לעברות אחרות. זוהי תרומה נוספת למאבק החברתי נגד גזענות ועדות נוספת לכוונת המחוקק להילחם מלחמת חרמה בתופעה. זוהי עמדתם של אנשי משפט רבים בהם יועצים משפטיים לממשלה. ראו למשל דבריו של היועץ המשפטי לממשלה הקודם, אליקים רובינשטיין: "ככלל, המשפט הפלילי אינו יכול לשמש ככלי העיקרי לחינוך הציבור להתבטאות מתונה, בלשון נקייה. זהו עניין ציבורי ראשון במעלה בחשיבותו: על הציבור לעמוד על זכותו כי אנשי הציבור יעלו את רמת הדיון הציבורי וירחקו ממנה הסתה ושיסוי". א' רובינשטיין "על חופש הביטוי ועל מדיניות התביעה בעבירות של הסתה לאללימות" הפרקליט מד (תשנ"ח) 5, 10. כמו כן ראו דבריו של היועץ המשפטי לממשלה לשעבר יצחק זמיר במאמרו "זמיר" חירות הביטוי כנגד לשון הרע ואללימות מילולית" ספר זוסמן (1984) 149.
- 10 רובינשטיין, לעיל הערה 9, בע' 6: "על אישי הציבור, התקשורת והציבור הרחב, להביא לידי מצב שבו מי שמשתמש בשפה גסה ובוטה, בביטויים שיש בהם שיסוי כנגד אדם, יוקע בציבור" (ההדגשה שלי — י.ק.). כמו כן עמדה דומה הובעה על ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (להלן: עניין כהנא).

של הגשת כתב אישום פלילי או בדרך המתונה יותר של תביעה משפטית על הפגיעה בכבוד ובשם הטוב, ולא מבשילה לתביעת לשון הרע נגד הדובר הגזעני¹¹. מנגד, הופיעה בשנים האחרונות תופעה מעניינת, והיא הנושא המרכזי של מאמר זה. הכוונה היא לתביעות לשון הרע המוגשות על ידי הדובר הגזעני נגד מבקרי תביעות אלה גוררות את מבקרי הגזענות להליך משפטי ארוך, מסובך, יקר ומטריד שעלול להסתיים בחיוב המבקר בפיצויים או בהתנצלות כלפי הדובר הגזעני. תביעות אלה עלולות להרתיע את אנשי הרוח והתקשורת המבקשים לגנות את הגזענות ולצנן את הביקורת החריפה שראוי שתישמע כתגובה לביטויים גזעניים. מטרת מאמר זה היא להצביע על התופעה ולהציע שינוי בדרך התמודדותם של השופטים עמה. זאת, על מנת שלא להכביד ולהקשות על הביקורת הציבורית החשובה על דברי הגזענות ולהרחיב את חופש הביטוי של המגיבים על דברי גזענות. בתחילה אציג, בקצרה, את המסגרת המשפטית הכללית לטיפול בתופעה של דברי גזענות והגינתי שלהם. מסגרת זו כוללת את החוק הפלילי האוסר הסתה לגזענות¹², את הקוד האתי של מועצת העיתונות המוסיף על כך ואת חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה–1965¹³.

לאחר מכן אבחן את המצב המשפטי ואת יישום הוראות חוק איסור לשון הרע על דברי הגזענות עצמם ועל ביטויי הגינוי והביקורת על דברי הגזענות. בפרק זה אבחן את גישתם של בתי המשפט לתופעה של תביעת לשון הרע נגד המבקרים את הגזען ונראה כי עדיין לא גובשה עמדה אחידה בנושא, כלומר ייתכן שמי שיזכה בסופו של היום לסעד ולפיצוי יהיה דווקא הדובר הגזעני.

לבסוף אציע הצעה לפרשנות חוק איסור לשון הרע במטרה להתמודד עם התופעה ולאפשר למבקרים של דברי הגזענות חופש של ממש והגנה מפני תביעות לשון הרע של הדובר הגזעני. הגנה זו תסייע לחברה הישראלית ולדובריה האמיצים להתמודד עם ביטויים של גזענות, ותאפשר להוקיע את הגזענות ולהרחיק אותה מהשיח הציבורי.

11 בנושא זה, של תביעות לשון הרע, לא השתנתה הגישה העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה והיא באה לידי ביטוי מובהק בהרצאה, מלפני עשרים שנה, של פרופ' יצחק זמיר. לעיל הערה 9. עם זאת, חשוב להזכיר כי בנושאים אחרים הנוגעים להגשת כתבי אישום על פרסום דברי הסתה והמרדה, כמו גם דברי גזענות, השתנו מדיניות התביעה ועמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, בעקבות רצח רבין ב-4 בנובמבר 1995, ומאז הוגשו לא מעט כתבי אישום בנושאים אלה. על כך ראו תזכיר "קשב" ליום השנה השישי לרצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל, י' באר וק' גיטיס "ההסתה מסוכנת לחיים: גם מלים יכולות להרוג – רואנדה ויוגוסלביה כמשל" (2001) <http://www.keshev.org.il/site/FullNews.asp?Category> ID=14] (last visited on 20.5.07)

12 ס' 144 לחוק העונשין, תשל"ז–1977 (להלן: "חוק העונשין").

13 חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה–1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע").

ג. גזענות וחופש ביטוי

גזענות היא תופעה מחרידה, מכוערת ומסוכנת. כמעט אין צורך להכביר מילים על משמעותה ועל סכנותיה. המאבק בגזענות ובביטויי גזענות בתקשורת, הוא אחד הנושאים החשובים בכל חברה חופשית ודמוקרטית. לצערנו, מאבק זה הוא נושא חשוב ורלוונטי גם בחברה הישראלית של המאה ה-21. על רקע זה קיימים ויכוחים ודעות שונות בשאלת היחס בין פרסום ביטויי הסתה לגזענות לבין חופש הביטוי בכלל¹⁴, ובשאלת היקפו של האיסור הפלילי על הסתה לגזענות בפרט.

מלומדים ומשפטנים רבים מחזיקים בדעה כי הביטוי הגזעני אינו נהנה כלל מהגנת הערך של חופש הביטוי בהיותו לכאורה ביטוי שקרי, פוגע ומסוכן, הסותר את הערכים הדמוקרטיים שעליהם מבוסס עקרון חופש הביטוי¹⁵. על פי גישה זו, כל שנותר לנו הוא לזהות את הביטוי הגזעני, להגדירו ולאסרו. אחרים סבורים שאף שמדובר בביטוי שקרי ומסוכן, גם הוא נכלל במסגרת הביטויים שעליהם חל הערך של חופש הביטוי¹⁶, ומה שמוטל עלינו, כחברה וכמשפטנים, הוא למצוא את האיזון הראוי בין האינטרסים המתנגשים, כלומר להגביל את הביטוי הגזעני המזיק או המסוכן ביותר, תוך פגיעה מינימלית בערך של חופש הביטוי. ס' 144ב(א) לחוק העונשין קובע איסור פלילי מפורש על פרסום דברי הסתה לגזענות, כדלקמן: "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו — מאסר חמש שנים".

על פרשנותו של סעיף זה נכתבו ונאמרו מילים רבות¹⁷, ודומה שניתן לסכם היום,

14 לניתוח מפורט של היחס בין חופש הביטוי לגזענות ולביטויים פוגעים אחרים ראו כהן-אלמגור, לעיל הערה 7, בע' 145–154.

15 D. Kretzmer "Freedom of Speech and Racism" 8 *Cardozo L. Rev.* (1987) 445–513; D. Kretzmer "Racial Incitement in Israel" *Group Defamation and Freedom of Speech* (M.H. Freedman & E.M. Freedman eds., 1995) 175; מ' נגבי "בזכות איסור משפטי על ביטויים גזעניים" זכויות האדם והאזרח בישראל (ר' גביון וח' שניידר עורכים, 1991, כרך ב) 184; רובינשטיין, לעיל הערה 9, בע' 6; א' בנדור "עבירה פלילית ומניעה מוקדמת" פלילים ג (תשנ"ג) 240–242, 244. כמו כן ראה גם סעיף 20 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR), המחייב איסור בחוק להסתה לגזענות ומלחמה, אמנה שבאותה נשימה גם מגנה על חופש הביטוי (סעיף 19). ראו אמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, מס' 31, ע' 279, 280 (להלן: "אמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות").

16 על הוויכוח הזה, תוך נקיטת עמדה ברורה שלפיה חופש הביטוי חל גם על ביטוי גזעני ראה בפסק דינו של השופט ברק בעניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 281. "תוצאה זו מתבקשת גם מהטיעון הדמוקרטי. בדרך של החלפת דעות והשקפות יוכל הציבור לגבש את עמדתו שלו באשר לדעה הגזענית, ולהביא לחיסולה או להחלשתה במאבק הפוליטי, המתבסס על סובלנות, המתנהל בחברה דמוקרטית. ממאבק פתוח זה נגד הגזענות תצא הדמוקרטיה כשהיא מחוזקת ואיתנה יותר. על-כן סבור אני, כי חופש הביטוי כולל בחובו, מבחינתו 'הפנימית', גם את החופש של הביטוי הגזעני"; ראו גם ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 857 (להלן: עניין אבנרי).

17 ראו גם א' הראל "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות ההתממשות של נזק': חשיבה מחודשת" משפטים ל (תשנ"ט) 69, 70; ר' ד' בדרנשטיין "ישום האמנה הבינלאומית

שגם הסעיף המפורש בחוק וגם פסיקה של הרכב מורחב של בית המשפט העליון בפרשת אלבה, לא הצליחו ליישב את המחלוקת העמוקה בין הסבורים שביטוי גזעני הוא אסור כשלעצמו¹⁸, לבין אלה הסבורים שלא ניתן להתעלם מהצורך בהערכה הסתברותית של נזק, וכי ראוי לאסור בפלילים רק ביטוי מזיק ומסוכן, על פי מבחן הסתברותי¹⁹. למרות המחלוקת החשובות הללו באשר לגבולות המשפט הפלילי, אין חולק על כך שהביטוי הגזעני הוא, לכל הפחות, ביטוי הראוי לגינוי חריף. הנזק החברתי הגלום בביטוי הגזעני מצוי בדרך כלל בעצם האמירה הגזענית שיש בה משום פגיעה חריפה בכבודו ובמעמדו של מי שהדיבור מופנה כלפיו. הביטוי הגזעני פוגע בראש ובראשונה ברגשותיו של אדם וברגשותיה של קהילה, זאת כמובן בלי קשר ובנוסף לסכנת האלימות המתלווה, כמעט תמיד, לביטוי גזעני, שהרי עיוות דמותו של האחר, הפיכתו ללא אנושי, או לתת-אנושי, מהווה ברוב הנסיבות עידוד או לפחות מתן לגיטימציה לפגיעה בו.

במאמר זה אין כוונתי להכריע או להביע את דעתי בכל המחלוקת העמוקה שהתגלעה בנושאים אלה. די אם אומר כי הן לפי גישתם של המחמירים בגישתם כלפי הביטוי הגזעני, המוכנים להסתפק במבחנים של משמעות הביטוי שפורסם והכוונה של הדובר והן לדעתם של אלה הרואים בביטוי הגזעני ביטוי מזיק ופוגע כשלעצמו, גם אם אין הוא מביא לשום תוצאה מזיקה נוספת או אחרת — לא קל ולא פשוט להרשיע אדם בעברה של הסתה לגזענות²⁰. עובדה היא כי עד היום הוגשו ונדונו בבית משפט כתבי אישום ספורים בנושא²¹, וגם הם הביאו יותר מחלוקות מאשר מסר משפטי, נורמטיבי וחינוכי חד וברור.

פסק הדין המקיף והחשוב ביותר שניתן בבית המשפט העליון בסוגיה זו, בפרשת אלבה, חשף את המחלוקת והדעות השונות בקרב שופטי בית המשפט העליון, לא רק בשאלות משפטיות הנוגעות לפרשנות החוק הפלילי, אלא גם בשאלות יסוד הנוגעות להכנה של עובדות והסכמה על ערכים²².

בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (2000) 252 (הוגש בשנת 1998 לוועדה לזכויות אדם של האומות המאוחדות); קרמיניצר, לעיל הערה 7, בע' 110; E. Lederman "Criminalization of Racial Incitement in Israel" 24 Stan. J. Int'l L. (1988) 55.
 18 ראו דבריה של השופטת דורנר בפרשת אלבה, לעיל הערה 5, בע' 317; וכן הסבירו של א' הראל על "ביטוי מזיק כשלעצמו" במאמרו. הראל, לעיל הערה 17, בע' 87.
 19 העמדה המובעת אצל א' נבבנישתי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" משפטים ל (תשנ"ט) 29, 66; עמדת שופטי המיעוט בפרשת אלבה, לעיל הערה 5.
 20 אחד מן הקשיים בהרשעה הנו שעברת ההסתה מחייבת הוכחת יסוד נפשי.
 21 כתבי אישום מוגשים בעיקר על קריאות מפורשות כמו "מוות לערבים" ו"איטבח אל יהוד". ראו למשל ת"פ (י"ם) 3360/02 מ"י נ' העברי (טרם פורסם), תקדין שלום 2004 (1) 7757; רע"פ 7215/98 דיין נ' מ"י (לא פורסם, ניתן ב-4.7.01), תקדין עליון 2001 (2) 733; ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י, פ"ד נב(1) 535; ע"פ 9175/96 אליאל נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1997 (3) 976; ת"פ (י"ם) 3709/02 מ"י נ' כהן יוסף (טרם פורסם), תקדין שלום 2004 (2) 7457.

22 על כך ראו בהרחבה אצל קרמיניצר, לעיל הערה 7, בע' 119. ראו גם אצל מ' קרמיניצר ול' לבנון-מורג "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות — על ערכים מוגנים ומבחיני

פרשת אלבה חשפה את הקושי הרב להרשיע בפלילים ולהעניש באופן אפקטיבי אדם המפרסם ביטויים גזעניים. יתרה מכך, קיים קושי רב, לדעתם של רוב המשפטים, לאסור בפלילים ולהרשיע על סמך פרסום ביטוי גזעני כשלעצמו, כאשר אין בו כדי להביא למעשה גזעני ולגרום פגיעה ונזק של ממש לאחר.²³ המשפט הפלילי מיועד מעצם טיבו וטבעו למקרים החמורים והחריפים המבטאים אנטי-חברתיות חריפה ושיש בהם נזק לאינטרסים חברתיים חיוניים.²⁴ עם כל החשיבות שיש לקיומו של איסור פלילי על הסתה לגזענות ברור לכול כי השיח הציבורי בישראל עדיין רווי ביטויים גזעניים וכי לא ניתן ואף לא רצוי לעשות שימוש אך ורק בכלים של המשפט הפלילי כדי להתמודד עם התופעה.

ההתמודדות עם הביטוי הגזעני מחייבת את החברה הדמוקרטית לקיים תהליכים ומנגנונים נוספים של גינוי הגזענות וזאת בנוסף לשימוש המוגבל במשפט הפלילי. תהליכים אלה הם בראש ובראשונה חינוך לדמוקרטיה ולכבוד האדם, וכן ליבון ציבורי של נושאים שונים הקשורים לביטויים הגזעניים. הליבון הציבורי של נושאים אלה מתנהל בעיקר באמצעי התקשורת. מכאן הצורך של כלי התקשורת להתלבט ולהכריע בשאלה איך הם מתמודדים עם ביטויים גזעניים. בעניין כהנא קבע בית המשפט העליון כי לא ניתן, בשידור הציבורי, להחרים באופן גורף דובר גזעני שהוא חבר כנסת, אך לא פתר בדעת הרוב את המתח בין האיסור הפלילי על פרסום דברי הסתה לגזענות לבין חובתו של כלי התקשורת לדווח לציבור ולשרת את זכות הציבור לדעת.²⁵

חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990 (להלן: "חוק הרשות השנייה"), מנסה להתמודד עם הסוגיה וכולל איסור מפורש על גזענות בשידורים, כדלקמן:

"46. [...] (א) בעל זכיון לא ישדר שידורים שיש בהם —

[...]

(2) הסתה לגזענות, לאפליה או לפגיעה ממשית באדם או בקבוצת בני-אדם, על רקע השתייכותם לדת, גזע, לאום, מין, עדה, אורח-חיים או מוצא;

הסתברות בעבירות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא" משפט וממשל ז' (תשס"ד) 305.

23 בלשונו של קרמניצר, "הנוק החברתי שהעבירה באה למנוע מרוחק מהביטוי הגזעני עצמו, ופניו אל המעשה הגזעני". שם, בע' 142; וראו גם בבכנישתי, לעיל הערה 19; הראל, לעיל הערה 17.

24 ש"ז פלר יסודות בידיני עונשין (תשמ"ד, כרך א) 1; על גבולות המשפט הפלילי ראו גם י' קרניאל הפרת אמונים בתאגיד (במשפט האזרחי והפלילי) (2001) 237.

25 עמדתו של השופט ברק היא כי האיסור הפלילי לא מונע את הדיווח: "נראה לי, כי אין לומר כלל ועיקר, כי הפליליות של הפרסום מטילה חובה על רשות השידור למנוע מראש את הפרסום. רשות השידור רשאית בוודאי לקבוע, כי הסנקציה על הפרסום תתבטא כלפי העברין במישור הפלילי, אם וכאשר זה יבוא, וכי אין צידוק, בנסיבות העניין, למנוע מראש את הפרסום". עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 298.

[...]

(ב) שידור נכון והוגן של מעשה שהינו בניגוד לאמור בסעיף קטן (א)(1) עד (4) לא יהווה הפרה של סעיף זה".

כפי שניתן לראות, סעיף קטן (ב) מאפשר לכלי התקשורת לדרוש לציבור על פרסומים, שנעשים על ידי אחרים, שיש בהם הסתה לגזענות. ההנחה היא שדברים אלה יוצגו כביטויים אסורים ומגונים, וכי כלי התקשורת ועיתונאים המועסקים על ידו יפרשו את הדברים ויסבירו לקהל הצופים והמאזינים כי מדובר בגזענות.

כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומות בטלוויזיה) תשנ"ד–1994 דנים אף הם באופן מפורש בנושא הגזענות כדלקמן:

5. [...] לא יסדר בעל זכיון תשדיר פרסומת שיש בו הסתה לגזענות, לאפליה או לפגיעה באדם או בקבוצת בני אדם".

כאן אין מקום לשידור נכון והוגן של מעשה (החריג שבסעיף 46(ב) לעיל), הואיל ומדובר בפרסומת יזומה. נוסף לאיסורים הקבועים בחוק, יש נורמה חשובה נוספת האוסרת את הביטוי הגזעני וחלה במישרין על אמצעי התקשורת. הכוונה לסעיף 14 לתקנון האתיקה של מועצת העיתונות²⁶. סעיף זה קובע כדלקמן:

14. [...] לא יפרסמו עיתון או עיתונאי דבר שיש בו משום הסתה או עידוד לגזענות או לאפליה פסולה על בסיס גזע, מוצא, צבע עור, עדה, לאומיות, דת, מין, עיסוק, נטייה מינית, מחלה או נכות גופנית או נפשית, אמונה או השקפה פוליטית ומעמד חברתי-כלכלי. לא יציגו עיתון ועיתונאי אפיונים אלה אלא אם הם נוגעים עניינית לנושא הפרסום".

כלל אתי חשוב זה חשף את שינוי כאשר הוביל, בעקיפין, לשלילת הענקתו של פרס ישראל לעיתונאי שמואל שניצר, אשר הורשע בבית דין משמעתי של מועצת העיתונות בעקבות מאמר גזעני שפרסם על העולים מאתיופיה²⁷.

על אף דוגמה זו חשוב לציין, כי תקנון האתיקה של מועצת העיתונות אינו מוסדר בחקיקה ראשית או משנית. משמעות הדבר, כי סמכותו מקבלת תוקף רק מכוח חברות במועצת העיתונות, המכפיפה את העיתונאים לתקנון. במצב הנוכחי

26 ס' 14 לתקנון האתיקה של מועצת העיתונות (עותק שמור במערכת); על תוקפה וכוחה של מועצת העיתונות ושל כללי האתיקה המקצועית ראו א' הורוביץ "תוקפה המעשי של האתיקה העיתונאית" דברים אחדים 2 (1997) 134; וכן י' לימור "מועצת העיתונות בישראל כמנגנון של גישור ופישור" נקודת מפגש א (2003) 117; מ' בירנהק "אתיקה עיתונאית ברשת: על הסדרה פרטית, חופש העיתונות, כוח ותחרות" פתוח 5 (2003) 173.

27 ראו בג"ץ 2205/97 מאסלה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נא(1) 233; וכן ד' פרידמן "שפיטות החלטות בעניין פרס ישראל בעקבות בג"ץ 2205/97 מאסלה נ' שר החינוך והתרבות" המשפט (תשס"א) 181–188.

שבו רבים גופי העיתונות שאינם חברים, עלתה כבר הצעה לחקיקה בנושא, על מנת לאפשר אכיפה מקיפה ואפקטיבית²⁸.

אין חולק היום על כוחה הרב של התקשורת ועל השפעתה על סדר היום הציבורי ועל אופיו של השיח הציבורי. אולם אין הסכמה כלל בשאלה איך על התקשורת לנהוג מול ביטויים של גזענות. היועץ המשפטי אליקים רובינשטיין קרא לתקשורת לנהוג באחריות בנושאים אלה²⁹, אבל סתם ולא פירש מה מחייבת אותה אחריות, האם לסתום את פיותיהם של הגזענים, האם לא לשדר את הדברים, או אולי להפך, לשדר ולהוקיע אותם כדברי שקר מגונים.

ד. גזענות ולשון הרע

1. כללי

כידוע, קיים קשר הדוק בין פרסום דברי הסתה גזעניים לבין פגיעה בשם הטוב של הקבוצה או המיעוט שאליהם מופנה הביטוי³⁰. לכאורה, כל פרסום של ביטוי גזעני יש בו גם פרסום שעלול לפגוע בשם הטוב של הקבוצה שאליה הוא מופנה³¹. האיסור על פרסום לשון הרע על ציבור, הקבוע בסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, קדם לאיסור הפלילי על פרסום הסתה לגזענות, אך ברור כי לא היה בו די כדי להיאבק בהתגברות הביטוי הגזעני וסכנותיו לחברה. מכל מקום, לא מוכרים לי מקרים כלשהם³² של הגשת כתבי אישום על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בגין תביעות לשון הרע על ציבור, והסיבות ברורות ומובנות. להבדיל מלשון הרע על אדם, שבו יש נפגע שניתן לזיהוי ומכאן אינטרס ברור לתבוע, לתקן את הנזק ולקבל פיצוי, במקרה של לשון הרע על הציבור, אין נפגע אחד שיש לו

28 מתוך דברי ההסבר להצעת חוק אתיקה בתקשורת, תשס"ג–2003, ה"ח 276 [http://knesset.gov.il/privatelaw/plaw_display.asp] (last visited on 9.1.07).

29 רובינשטיין, לעיל הערה 9, בע' 10: "חשוב להדגיש, כי נודע בעניין זה תפקיד חשוב לכלי התקשורת. אנו בעידן של "רייטינג" על כל המשתמע; התחרות על הכותרת וה"סקופ" מבליטה כל דבר שהוא קיצוני ומגרה רגשות. [...] עצמת התקשורת, בעיקר האלקטרונית, היא לאין שיעור. אם אין היא פועלת באחריות, התוצאה היא פעמים רבות עגומה ביותר מבחינת כבוד האדם".

30 השו"ל' (41) לחוק איסור לשון הרע; וראו השופט בן בפרשת אלבה, לעיל הערה 5, בע' 307; מ' קמניצר וח' גנאים הסתה, לא המרדה (תשנ"ח) 47; וכן: A.S. Goldstein "Group Libel and Criminal Law: Walking on the Slippery Slope" 22 Israel Y.B. Human Rights 95 (1992).

31 "פרסום שכזה יהווה במקרים רבים גם פרסום 'לשון הרע על הציבור', וניתן יהיה לנקוט בגינו הליכים גם לפי סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע", כך סבור א' שנהר דיני לשון הרע (תשנ"ז) 174.

32 עוד על סעיף זה ראו אצל שנהר, לעיל הערה 31, בע' 161–162; רובינשטיין אמר במפורש כי "בנסיבות מעין אלה מוגש כתב אישום רק במקרים קיצוניים". רובינשטיין, לעיל הערה 9, בע' 9. לנו לא ידוע ולו על מקרה אחד שבו נעשה שימוש בסעיף זה בקשר לביטוי גזעני או לפרסום אחר המבזה אדם על בסיס של גזע, מוצא, דת, מקום מגורים, מין או נטייה מינית.

אינטרס או תמריץ חזק דיו על מנת לתבוע את עלבונה של הקבוצה ולהוליד את ההליך הפלילי. ההליך הפלילי הוא יקר, מסורבל ותובעני³³, מה גם שצריך לשכנע את היועץ המשפטי לממשלה כי יש מקום להגשת כתב אישום בעניין. התוצאה היא, בדרך כלל, שניתן להשמיץ, או לפרסם לשון הרע על הציבור, והסיכון לקבל בתגובה כתב אישום בעברה לפי חוק איסור לשון הרע הוא קטן ולמעשה כמעט לא קיים³⁴.

חוק איסור לשון הרע, הקובע במקרים רבים את גבולות חופש הביטוי בכל הנוגע לפגיעות בכבוד האדם ובשמו הטוב³⁵, אינו אפקטיבי כלל ככל שהדבר נוגע לביטויים גזעניים כלפי קבוצה המאופיינת בלאום, בגזע, בצבע עור או בדת. לדעת רבים השימוש באיסור לשון הרע כדי להתמודד עם ביטויי גזענות הוא בעייתי ויכול אפילו להזיק. ראשית, דברי הגזענות יכולים להיחשב כהבעת דעה (להבדיל מקביעת עובדה), וכך לחסות, במקרים מסוימים תחת ההגנות הקבוצות בחוק. שנית, ההגנה במשפט אזרחי של לשון הרע (להבדיל ממקרה של משפט פלילי ששם קובע חוק העונשין במפורש כי אין משמעות לשאלה אם הביטוי המסית לגזענות הוא אמת או שקר³⁶) עלולה לנסות לבסס את הטיעון של "אמת דיברתי" לגבי תוכן הביטוי הגזעני תוך מתן במה לגזען להפיץ את תורתו ולהגביר את פגיעתו הרעה.

התוצאה היא אפוא כי דברי לשון הרע וגזענות כלפי ציבור אינם זוכים בדרך כלל לתגובה משפטית מהירה, חדה ומרתיעה, למרות קיומם של איסורים הן בחוק העונשין והן בחוק איסור לשון הרע. התגובה המקובלת יותר לביטויי הגזעני הוא, במקרה הטוב, ביטוי נגד, המוקיע את הדובר כגזען ובמקרים נדירים יותר אף כ"נאצי". הגינוי של דברי גזענות במקרים אלה יכול להיות לעתים חריף ובוטה. הגינוי החריף מופנה באופן ישיר לדובר, מטרתו היא להוקיע את הדובר כגזען, ויש בו, במקרים רבים, כדי להשפילו ולבזותו. לפיכך התפתחה בשנים האחרונות תופעה מעניינת של דוברים המפרסמים ביטוי גזעני, זוכים לתגובה

33 אחד מן הקשיים בהרשעה הנו שעברת פרסום לשון הרע מחייבת הוכחת "כוונה לפגוע" כיסוד נפשי. ראו ש"ז פלר "לשון הרע – עברה ומשמעות הדרישה 'כוונה לפגוע' – מחשבה שנייה (ע"פ 506/89) "משפטים כג (תשנ"ד) 515; ש"ז פלר "בכוונה לפגוע: כסימן ייחוד של העבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע תשכ"ה–1965 (גישה פרשנית – עד היכן ועל סמך מה? ע"פ 677/83) "משפטים יז (תשמ"ז) 439; ב' סנג'ור "ההפכו המטרוט למניעים? ומה צפוי להלכת הצפויים" משפטים יח (תשמ"ח) 337; י' קרניאל וע' ברקת "הפציות בדיני לשון הרע: השם והשמן" עלי משפט ב (תשס"ב) 205.

34 לביקורת על כך שהקבוצה הנפגעת לא יכולה לנקוט בעצמה הליך נגד המפרסם ראו: N. Lerner "Group Libel Revisited" 17 Israel Y.B. Human Rights (1987) 184, 191.

35 על תפקידו זה של חוק איסור לשון הרע ומשמעותיו ראו למשל ת' גדרון "חופש הביטוי וחוק איסור לשון הרע תשכ"ה–1965, נקודת איוון חדשה?" המשפט ה (תשס"א) 9; עניין אבנרי, לעיל הערה 16; א' בנדר "חופש לשון הרע" משפטים כ (תשנ"א) 561; א' צור "לשון הרע – עולות רשלנות?" – תגובה" המשפט ד (תשנ"ט) 239.

36 ס' 144ב(ב) לחוק העונשין.

גזענות, תקשורת ולשון הרע — האם מותר לומר על גזען שהוא "נאצי"?

חריפה, וכתגובה מגישים תביעה לבית משפט על פרסום לשון הרע כנגדם. תופעה זו מאיימת לצנן ולהקפיא את הביטוי המגנה את הפרסום הגזעני, וכך, בעקיפין, לעורר ולחזק את השפעתו וחלחולו של הביטוי הגזעני בחברה. כדי להמחיש ולהדגים את גודל הבעיה אציין מספר פרשיות מן התקופה האחרונה:

2. בן גביר נ' דנקנר³⁷
הדוגמה הבולטת ביותר לאחרונה לתופעה הנדונה היא תביעתו של פעיל הימין הקיצוני, איתמר בן גביר, נגד העיתונאי אמנון דנקנר. איתמר בן גביר שהיה חבר פעיל בתנועת "כך" ותומך נלהב של הרב כהנא ותורתו הגיש תביעת לשון הרע נגד דנקנר בגין התבטאותו בתכנית "פופוליטיקה" בערוץ הראשון. ההתבטאות הייתה במסגרת דיון שנערך בתכנית לאחר ההפגנה הסוערת נגד הסכמי אוסלו שבה הונפה תמונתו של ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל כשהוא לבוש בבגדי קצין נאצי. דנקנר אמר באותה תכנית "מותר להתגונן מול איתמר הנאצי הקטן הזה" והוסיף "סתום את הפה נאצי מלוכלך".

בית משפט השלום הגיע למסקנה כי הביטוי "נאצי" מהווה לשון הרע וכי לא עומדות לדנקנר ההגנות של אמת דיברתי ותום הלב הקבועות בחוק. בית המשפט קבע כי נאצי הוא "רוצח בדם קר, אונס נשים והורג תינוקות, מרעיב המונים במחנות ריכוז, מבצע ניסיונות זוועה בגוף אנשים חפים מכל פשע ומשמיד המונים בתאי גזים, המבקש למחות עם שלם מעל פני האדמה"³⁸. למרות הקביעה המשפטית שיש בדברים לשון הרע חייב בית המשפט את דנקנר לשלם פיצוי בסכום של שקל אחד בלבד, וזאת לאור "הקירבה הרעיונית בין התורה שהתובע דוגל בה ומוכר בציבור ככזה — לבין התורה הנאצית"³⁹.

בבית המשפט המחוזי, שאליו ערערו שני הצדדים, נפסק כי למושג "נאצי" יש כמה משמעויות נפוצות מלבד המשמעות ההיסטורית המדויקת של חבר במפלגה הנאצית בגרמניה. בין המשמעויות גם כינוי גנאי למי שמייחסים לו דעות גזעניות קיצוניות. בית המשפט ראה בתגובתו של דנקנר הבעת דעה על התנהגותו של בן גביר בעניין ציבורי וקבע כי: "נראה לנו שיש טעם להרחיב את מתחם הסבירות כדי לא לחסום את פי המתפלמסים, למען יוכל כל אדם להביע את דעתו בנושאים העומדים על סדר היום ללא מורא"⁴⁰.

אף שבית המשפט המחוזי דחה את תביעתו של בן גביר, לא ניתן בעניין צו להוצאות, ועוד נחזור לעניין זה בהמשך.

37 בערכאה ראשונה: ת"א (י"ם) 8771/98 בן גביר נ' דנקנר (לא פורסם, ניתן ב־19.3.02), תקדין שלום 2002(1) 571 (להלן: עניין בן גביר). בערכאת הערעור: ע"א (י"ם) 3242/02 בן גביר נ' דנקנר (לא פורסם, ניתן ב־21.9.03), תקדין מחוזי 2003(3) 3626 (להלן: ע"א בן גביר).

38 עניין בן גביר, לעיל הערה 37, בפסקה 11 לפסק הדין.

39 שם, בפסקה 12 לפסק הדין.

40 עניין בן גביר, לעיל הערה 37, בפסקה 20 לפסק הדין.

לכאורה, זוהי דוגמה להתנהלות טבעית ומקצועית של בתי המשפט בתביעת לשון הרע. הניתוח המשפטי הוא סביר בשתי הערכאות, למרות התוצאות השונות, וגם התוצאה הסופית היא סבירה ואפילו רצויה: דחיית תביעה של מי אשר התבטא באופן גזעני. אולם מחשבה נוספת על הפרשה מגלה את הבעיה, במיוחד כשמצטרפים אליה מקרים נוספים דומים, של תביעות לשון הרע של דוברים גזעניים. תביעת לשון הרע מהווה כשלעצמה הרתעה מפני ביטוי. לניהולה של תביעה יש עלות כבדה, לא רק בכסף הרב שמשלמים לעורך הדין, אלא גם, ואולי בעיקר, במשאבים של זמן, תשומת לב, עגמת נפש וחרדה. איום בתביעת לשון הרע, שלא לדבר על תביעות לשון הרע בפועל, יש בהן כדי להרתיע את הדוברים ולמנוע את הגינוי הציבורי החריף והברור של פרסומים ודעות גזעניות. בפרשה זו נגרר העיתונאי דנקר בשתי ערכאות, במשך שנים, וגם אם קיבל כסופו של יום גיבוי מבית המשפט המחוזי, הדבר נעשה מעט מדי ומאוחר מדי, ואין בפסק הדין כדי לפצות אותו על הוצאותיו ועל נזקיו, ובוודאי אין בו כדי להרתיע את אלו אשר מתבטאים באופן גזעני מלתבוע תביעת לשון הרע את העיתונאים ואנשי הציבור המגנים אותם בחריפות. ואכן, מסתבר כי אלו מרבים לתבוע בעילה של לשון הרע ולקבל, בחלק מהמקרים, תמיכה מבתי המשפט.

3. בן חורין נ' לוי

לעניין בן גביר ולע"א בן גביר קדמה תביעה מפורסמת אחרת של דובר ביטוי גזענות לפיצויים בלשון הרע. לא יהיה זה מרחיק לכת לשער כי אחת הסיבות לתביעות של בן גביר נגד דנקר הייתה הצלחתו של בן חורין בתביעה נגד המקומון הירושלמי "כל העיר". זאת אף שמיכאל בן חורין הורשע מאוחר יותר ונשלח למאסר⁴¹ על העברה של הסתה לגזענות בגין העריכה של הספר המפורסם "ברוך הגבר" לזכרו של הרוצח ברוך גולדשטיין. כתביעה זו נגד עיתונאים ב"כל העיר" זכה בן חורין בפיצוי בסך 50,000 ש"ח, וזאת בשל פרסום כתבה ב"כל העיר" בשם "מעשה מגונה" שכללה פוטומונטז' שהתפרסם בעבר במגזין "מוניטין". בפוטומונטז' האמור מופיע בן חורין כשהוא בועל אריה דרך אחוריו וסימן X גדול מכסה את מבושיו. בית משפט השלום⁴² דחה את התביעה של בן חורין וקיבל את הגנת "אמת דיברתי" של רשת שוקן הנתבעת, אולם בבית המשפט המחוזי⁴³ התהפכה התוצאה. שופטי בית המשפט המחוזי לא הזכירו כלל את העובדה שבן חורין הסית לגזענות תוך ניצול מעמדו כאיש ציבור שמעשיו משפיעים על החברה

41 ע"פ (י"ם) 1517/98 לרנר נ' מ"י (לא פורסם), תקדין מחוזי 1998(3) 431 (להלן: פרשת לרנר), וראו גם את ההרשעה בבית משפט השלום ת"פ (י"ם) 4456/96 מ"י נ' בן חורין (לא פורסם, ניתן ב-26.11.07) (עותק שמור במערכת) (כאן הדגיש השופט כי בן חורין "הינו הרוח החיה מאחורי הספר ("ברוך הגבר" — ספר זכרון לקדוש ברוך גולדשטיין הי"ד"). בן חורין הורשע בהסתה לגזענות וכן בעידוד לאלימות.

42 ת"א (י"ם) 18694/93 בן חורין נ' לוי (לא פורסם), כפי שאוזכר בעניין לוי, להלן הערה 46.

43 ע"א (י"ם) 1003/96 בן חורין נ' לוי, פ"מ תשנ"ז(1) 424.

גזענות, תקשורת ולשון הרע — האם מותר לומר על גזען שהוא "נאצי"?

הישראלית וראוי כי יעמדו לביקורת חריפה וחופשית. השופטים דחו, כמעט על פניהן, את טענות רשת שוקן בדבר הגנת תום הלב. לדברי השופטים "אין לדבר בענייננו על פרסום שלא חרג מתחום הסביר באותן נסיבות"⁴⁴. יתרה מזו, השופטת איילה פרוקצ'יה, כיום שופטת בית המשפט העליון, קבעה כי:

"מראית פני הכתבות בענייננו מלמדת על שימוש בתמונות ובמלל בדרך שאינה סבירה, ומשתמעת ממנה, על פניה, כוונה לפגוע במידה גדולה מזו שהייתה סבירה להגנת הערכים שהגנות תום הלב נועדו להגשים"⁴⁵.

בית המשפט המחוזי החזיר את הדיון לבית משפט השלום, ושם, בניגוד לעמדתו המקורית, נאלץ בית המשפט לפסוק פיצוי לטובת התובע. כאמור, נפסק סך של 50,000 ש"ח — סכום שאושר כערעור בהרכב אחר של בית המשפט המחוזי⁴⁶. בית המשפט טרח בשלב זה להדגיש כי אופיו של התובע ומעשיו אשר התבטאו בגזענות אינם חשובים כאן⁴⁷, כלשונו, "לעברו, לאופיו ולמעשיו של המשיב אין לייחס משקל רב בעימותם אל מול הפרסום נשוא ערעור זה ואין לשקלם יתר על המידה בין שאר השיקולים לעניין גובה הפיצוי"⁴⁸.

הלקח הוא: אל תגנה את הגזען, ואם אתה מגנה אותו, עשה זאת בביטויים עדינים ומתונים ולא באופן בוטה ומעליב. המעניין הוא שחיטוט עמוק יותר בהיסטוריה של תביעות לשון הרע מעלה שבן חורין כבר זכה לקבל פיצוי נאה על פגיעה כביכול בשמו הטוב בנסיבות דומות⁴⁹.

4. פרשת סנטהאוז

בפרשה זו, שתחילתה בשנת 1994, תבע בן חורין את עמוס סנטהאוז, על כתבה שפרסם בעיתון "הד הקרירות" כזעקת תגובה לדברי השבח וההלל שהרעיף בן חורין

44 שם, בע' 445.

45 שם, בע' 446.

46 ע"א (י"ם) 6169/99 לוי נ' בן חורין (לא פורסם), תקדין מחוזי 1999(3) 29058 (להלן: עניין לוי).

47 פסק הדין הזה כערעור על גובה הפיצוי ניתן כשנה לאחר פסק הדין שבו הורשע אותו אדם, מיכאל בן חורין, בעברה של הסתה לגזענות. ראו פרשת לרין, לעיל הערה 41. השופטים יצאו מגדרם כדי להסביר מדוע העובדה שמדובר בגזען, תומך "כך", שערך את הספר "ברוך הגבר" והורשע בפלילים בעברה של הסתה לגזענות אינה חשובה: "ואטעים, אין מקום להפחית מהפיצוי, בשל הראיות הנוגעות לפעילות שנקשרה בשמו של המשיב בעבר, זאת בהתחשב בסוג ההשפלה המיוחד שבפרסום, המרמז על גנם מוסרי מיני, שלגביו העבר האמור אינו רלוונטי. גם אדם בעל דעות פוליטיות קיצוניות זכאי להגנה מרבית מהשפלה מסוג זה. יש אפוא לדחות מכל וכל את טענת המערערים לפיה לכל היותר יש לפסוק למשיב פיצוי זעום". עניין לוי, לעיל הערה 46, בפסק דינה של השופטת מזרחי.

48 עניין לוי, לעיל הערה 46, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט סגל.

49 ח"א (נצרת) 18845/94 בן חורין נ' סנטהאוז (לא פורסם), תקדין מחוזי 1998(2) 3051 (להלן: פרשת סנטהאוז).

על ברוך גולדשטיין ועל הטבח שביצע במערת המכפלה. במאמר שפרסם סנטהאוז נמתחת ביקורת חריפה על כך שאין תגובה הולמת לדברי הגזענות האיומים של בן חורין. אלה, בין היתר, הדברים הכלולים בכתבה והיוו עילה לתביעה: "האיש הכוחני-פרוע הזה למד על בשרו שאפשר לטבוח ערבים ולצאת מזה בסך הכל גיבור גדול"; וכן: "בראשם היודונאצי הזה בן חורין".

העיתונאים טענו כי ככל שאיש הציבור קיצוני יותר, כך חייבת הביקורת להיות קשה ותקיפה יותר, אולם בית המשפט דחה את טענות ההגנה וקבע, מפי השופטת נאווה אפל-דנון, כי הפרסום חורג מתחום הסביר, ולכן אינו זכאי להגנת תום הלב, וזאת אף שהשופטת מציינת כי בן חורין לא הסתייג ממעשה הרצח של ברוך גולדשטיין, וכי הוא מהלל ומשבח אותו ובכך מעודד אלימות כלפי אותו ציבור.⁵⁰ בית המשפט קבע פיצוי של 35,000 ש"ח בתוספת 7,500 ש"ח כשכר טרחת עורך הדין, לטובת התובע, בן חורין.⁵¹

מבלי להיכנס לשאלה אם פסק דין זה עומד בקנה אחד עם ההלכה שנפסקה בעניין אבנרי,⁵² המאפשרת גמישות רבה יותר בצורת הביקורת המוטחת באיש הציבור, עצם קיום האפשרות שיינתן פסק דין שכזה, מאיימת כחרב מעל צווארם של מגני הגזענות.

נוסף לפרשות אלה מלאים בתי המשפט בתביעות לשון הרע בגין ייחוס תכונות נאציות לתובעים. דומה כי נושא זה, של קישור ישיר או עקיף לשואה ולנאצים מצליח להוציא את הישראלי מכליו ומריץ אותו אל בית המשפט. בשורה של פסקי דין⁵³ קבעו בתי המשפט כי ייחוס תכונות נאציות מהווה, ככלל, לשון הרע.⁵⁴ בדרך כלל לא נעשה ניסיון ללבן את השאלה אם דעותיו של התובע הן אכן גזעניות באופן שיכול להצדיק את הבעת הביקורת החריפה המשווה אותו לנאצי. באחרונה ניתן פסק דין מעניין בבית המשפט המחוזי בירושלים.⁵⁵ בפסק דין זה

50 שם, בפסקה 9 לפסק דינה של השופטת אפל-דנון.
51 יש לציין כי פסק דין זה ניתן ביום 19.7.98, כלומר למעלה מחצי שנה לאחר הרשעתו של בן חורין בעברה של הסתה לגזענות על פרסום הספר ברוך הגבר (ת"פ (י"ם) 4456/96 מ"י נ' בן חורין (לא פורסם), תקדין שלום 1997 (3) 1707.
52 עניין אבנרי, לעיל הערה 16.

53 ע"א 740/86 תומרקין נ' העצני, פ"ד מג"ד (2) 333; ת"א (י"ם) 552/84 העצני נ' תומרקין, פ"מ תשמ"ו(2) 347; ת"פ 5116/89 מולדת נ' זמר, פ"מ תשנ"ב(4) 45; ת"א (י"ם) 24277/98 ברדוגו נ' א. ת. כל קשר בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 31.8.01) (עותק שמור במערכת); ע"א (י"ם) 2398/01 ברדוגו נ' א.ת. כל קשר בע"מ (לא פורסם), תקדין מחוזי 2002 (2) 841.

54 ע"א (י"ם) 3143/02 ספירו נ' קצובר (לא פורסם, ניתן ביום 02.9.12) (עותק שמור במערכת); וראו פסק הדין בשלום: ת"א 21671/96 קצובר נ' ספירו (לא פורסם, פברואר 2002) (עותק שמור במערכת). נפסק כי העיתונאי גדעון ספירו הוציא לשון הרע על ראש עיריית קריית ארבע כשכתב מאמר ביקורת על התנהלותו, ובו הוא השווה אותו לראש עיריית מיסיסיפי בתקופת הפרעות בשחורים בשנות השישים.

55 ע"א (י"ם) 3524/02 פריג' נ' "כל הזמן" (לא פורסם, ניתן ביום 09.10.03) (עותק שמור במערכת) (להלן: עניין פריג'). בפרשה מעניינת זו התגובה של גדעון ספירו (אשר פורסמה במקומון "כל הזמן") הייתה לדברים של רפאל פריג' אשר פורסמו גם הם בעיתון. הדברים

נדחתה תביעת לשון הרע של רפאל פריג' נגד גזען ספירו בגין השוואה שערך ספירו בין פריג' לבין "משפטנים" [...] מרפובליקת ויימר [...] שהתקרנפו לתוך משטר הדיכוי של הרייך השלישי". במקרה זה נפסק כי עומדת לספירו ההגנה של הבעת דעה בתום לב לפי סעיף 15(4) לחוק איסור לשון הרע, כמו גם ההגנה של הבעת דעה ביקורתית על מעשה פומבי של פריג' לפי סעיף 15(6) לחוק. אם נסכם פרשיות אלו, אזי נראה כי ביטויים הנאמרים בגנות המתבטאים באופן גזעני, גוררים סנקציה בדמות תביעה אזרחית על הוצאת לשון הרע. תביעה זו כרוכה בעינוי דין ממושך, אשר גם אם מסתיים בפסק דין לטובת מגנה הגזענות, עצם התקיימותו מהווה עונש מרתיע.

השלכות הדבר הנן שביטויים גזעניים פסולים שיש לגנותם ולהוקיעם בתוקף לא יזכו לתגובה ההולמת בשל חשש מתביעה בלשון הרע.

5. ההגנות הקיימות בדיני לשון הרע למפרסם גינוי סעיף 15 לחוק איסור לשון הרע, הקובע את הגנות תום הלב, כולל לפחות שתי הגנות מרכזיות הרלוונטיות לנושא שלנו ויכולות להעניק, בפרשנות ראויה ותכליתית, הגנה רחבה למפרסם דברי גינוי וביקורת על הגזען.

הגנות אלה באות, כמובן, נוסף להגנה המרכזית הקבועה בסעיף 15(4), ועניינה החופש להבעת דעה. הצורך בהגנות נוספות נובע מכך שלא תמיד קל לסווג את הגינוי כהבעת דעה. לעתים ניתן לסווג את הדברים כטענות של עובדה. במקרים אחרים, כפי שראינו מתיאור הפסיקה, דורשים בתי המשפט לפרט את העובדות שעליהן מתבססת הבעת הדעה. גם פירוט זה לא תמיד מופיע, ולא תמיד יש לראות בו מרכיב חיוני על מנת לספק הגנה לדובר.

ההלכה הקיימת בבית המשפט העליון מעניקה למפרסם דברי ביקורת וגינוי של הגזענות הגנה חלקית בלבד נגד תביעות לשון הרע מצדו של הדובר הגזען. על מנת לבסס את ההגנה המרכזית של הבעת דעה בתום לב, ההלכה הקיימת דורשת כי הבעת הדעה תהיה מבוססת על עובדות, שיפורטו בפרסום עצמו, ואוסרת על פרסום דברים המייחסים לאדם דעות קיצוניות מעבר לדעות שהוא מציג בפומבי. פסק הדין העיקרי בנושא זה הוא ע"א 259/89 הוצאת מודיעין בע"מ נ' ספירו, שבו עיגן בית המשפט את ההלכה כי "זכאי גם אדם בעל דעות קיצוניות כי עתון לא יציג את דעותיו כקיצוניות יותר משהן באמת"⁵⁶.

של פריג' היו בתלונה אשר הגיש למשטרה נגד העיתונאית סילבי קשת מידעיות אחרונות. סילבי קשת כתבה על יחידת דובדבן לאחר תאונה שבה נהרגו לוחמיה מאש חבריהם: "יחידה בלתי אנושית של נערים שאולפו קודם לירות ואחר כך לשאול שאלות, סופם שהם טובחים בחבריהם". שם, בפסקה 3 לפסק הדין; פריג' כתב בתלונה שהגיש כי דבריה הם המרדה וכי "בדברים שלה יש משום הצדקה למותם של חיילי דובדבן, פגיעה במשפחות ובצה"ל". שם, בפסקה 4 לפסק הדין.

56 ע"א 259/89 הוצאת מודיעין בע"מ נ' ספירו, פ"ד מו(3) 48, 53 (להלן: עניין הוצאת מודיעין).

הלכה זו מקשה על הגינוי הגורף והבוטה של דוברים גזעניים, בעיקר כאלה המשתמשים בלשון כפולה, ברמיזה ובניסוחים מתחכמים.

ההגנות המתאימות למקרים שבהם אנו עוסקים הן אלה הקבועות בסעיפים 15(2) ו-15(10) לחוק. אולם בתי המשפט עדיין לא נתנו לסעיפים אלה פרשנות תכליתית שתאפשר ליצוק בהם תוכן של ממש על מנת לאפשר למגני הגזענות את חופש הפעולה הראוי. כך למשל לא הוכרה "חובה חוקית, מוסרית או חברתית" כקבוע בסעיף 15(2) החלה על אדם ומחייבת אותו לפרסם מענה תקיף לדברים של גזענות. למעשה, להגנה חשובה זו ניתן במשך שנים פירוש צר ומצמצם; בית המשפט מכיר בקיום החובה לפרסם מענה לגזענות רק במקרים שבהם הפרסום היה נחוץ לשם אזרה מפני פגיעה בחיי אדם, בבריאותו של אדם וברכושו⁵⁷ וגם זאת רק בהיקף מצומצם⁵⁸.

כך גם פורשה בצמצום ההגנה הקבועה בסעיף 15(10) שעניינה פרסום שנעשה כדי לגנות או להכחיש לשון הרע. דומה כי גישת הפסיקה בעבר הייתה, כלשונו של בית המשפט בע"א 809/89 משעור נ' חביבי:

"תרופתו של הנפגע מלשון הרע איננה על דרך פירסום נגדי, מצדו, של לשון הרע על המפרסם"⁵⁹.

במקרה אחר, בבית משפט מחוזי, נאמרו אף דברים מפורשים מאלה כדלקמן: "יתרה מזו — נניח שכפרסום הכתבות של התובעים היינו מוצאים לשון הרע נגד הנתבעים... גם אז לא היה הדבר מזכה את הנתבעים לכתוב את הכתבות שכתבו, אלא לכל היותר לתבוע את התובעים בגין לשון הרע"⁶⁰. אכן, גם הגנה זו מחייבת פרשנות חדשה לחלוטין, במיוחד במקרה שלנו שבו אין לנפגעים (שהם הציבור כולו) אפשרות לתבוע בגין לשון הרע את הדובר הגזען.

מצב זה שבו ניתנת פרשנות צרה להגנות חוק איסור לשון הרע, אינו ראוי, אינו תואם את תכליתו של חוק איסור לשון הרע ואף סותר את אינטרס הציבור לעודד הוקעה וגינוי לביטויים אלו.

לפני שאציג את גישתי, נבחן מהם הפתרונות שהדין האנגלו-אמריקני מציע לסוגיה זו.

ה. הגנות ה"ביקורת ההוגנת" ו"הגנת התגובה" במשפט המקובל

כדומה להגנות תום הלב במשפט הישראלי גם במשפט המקובל ישנן הגנות

57 ע"א 213/69 חברת החשמל נ' עתון הארץ, פ"ד כג(2) 87, 94.

58 ראו בהרחבה אצל שנהר, לעיל הערה 31, בע' 282–293.

59 ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1, 9; וראו גם אצל שנהר, שם, בע' 298–300.

60 ת"א (י"ם) 1999/86 אלוני נ' שבועון "המחנה החרדי" (לא פורסם), תקדין מחוזי 1990(3) 524, 529 (בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת אור).

גזענות, תקשורת ולשון הרע — האם מותר לומר על גזען שהוא "נאצי"?

מקבילות למפרסם לשון הרע. פרשת *Telnikoff*⁶¹ בבריטניה, מהווה המחשה יפה לבעיית ההגנה לגינוי הגזענות, אשר גם המשפט המקובל מתמודד עמה. בפרשה זו דן בית הלורדים בבריטניה דן בטענת הגנה של נתבע בתביעת לשון הרע על פרסום גינוי למאמר גזעני ואנטישמי⁶².

התובע, טלניקוף, מהגר מרוסיה, אשר הועסק אצל המחלקה הרוסית של הבי.בי.סי. בתקופת המלחמה הקרה, כתב מאמר גזעני על חשיבות ההבחנה בין רוסיה לקומוניזם. במאמרו ביקר התובע את המחלקה הרוסית בבי.בי.סי. על גיוס יותר מדי עובדים מ"קבוצות מיעוט אתניות" ולא מספיק מהאנשים, אשר מזהים עצמם אתנית, רוחנית או דתית עם העם הרוסי.

הנתבע גם הוא מהגר מרוסיה, שכמו התובע סבל מרדיפה לפני הגעתו לבריטניה, התקומם מהמאמר שכלל עמדות גזעניות וכתב מכתב תגובה, שפורסם באותו עיתון, שבו הוא ציין כי מאמר התובע הוא גזעני ואנטישמי וכי התובע למעשה מציע, שבעת גיוס עובדים יחליף הבי.בי.סי. את מבדקיו מבדיקות מקצועיות לבדיקות דם, ובאשר לעובדים מקבוצות מיעוט אשר כבר הועסקו — יש לפטרם.

טלניקוף, המפרסם הראשון, הגיש תביעה על לשון הרע, בטענה כי דברים אלו לא נאמרו על ידו (אם כי ניתן היה להסיק אותם ממאמרו). הנתבע טען לתחולת הגנת "הביקורת ההוגנת" (*fair comment defense*), הגנה מוכרת בדיני לשון הרע הדומה להגנת תום הלב אצלנו.

שופטי בית הלורדים היו במחלוקת בשאלה אם התבטאותו של הנתבע הנה בגדר עובדה או דעה ואם טענה הערכאה הנמוכה כאשר הניחה שמדובר בדעה ולא התירה למושבעים להכריע בסוגיה זו. כאשר הוחזר הדיון למושבעים קבעו המושבעים כי על הנתבע לשלם פיצויים. המעניין הוא שבתי המשפט בארצות-הברית, מקום מגוריו הנוכחי של הנתבע, מסרבים, באופן חריג ביותר, לאכוף את פסיקת בית המשפט הבריטי, בטענה כי פסק הדין הבריטי נוגד את התיקון הראשון לחוקה האמריקנית, כלומר את עקרון חופש הביטוי⁶³. הנה כי כן, פרשה זו מצביעה על הקושי של בתי המשפט, גם בבריטניה, להתמודד עם גזען התובע את המגנה אותו בלשון הרע.

1. הגנת ביקורת הוגנת בבריטניה (*fair comment defense*)⁶⁴

הגנת ביקורת הוגנת זו ניתנת למפרסם לשון הרע, כאשר הוא, כאשר הפרסום הוא "ביקורת הוגנת" בנושא בעל אינטרס ציבורי. ההגנה מכירה בזכות הפרט להביע

61 *Telnikoff v. Matusevitch* [1991] 4 All E.R. 817 (להלן: פרשת *Telnikoff* או *Telnikoff case*).

62 P. Hutchesson "Telnikoff v Matusevitch" 141(6529) NLJ (1991) 1590.

63 G. Bindman "A Tale of Two Russian" 148 (6829) NLJ (1998) 307; *Matusevitch v. Telnikoff*

63 U.S. App. LEXIS 10628 (1998) (להלן: פרשת *Matusevitch* או *Matusevich case*).

64 A. Grubb *The Law of Tort* (2002) 1087; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 All E.R. 609, 615.

את דעתו בנושאים ציבוריים ללא חשש, והיא תוצר של איזון בין כבוד האדם מחד גיסא לבין חופש הביטוי מאידך גיסא. הגנה זו כפופה לחובת תום הלב ובית המשפט ימעט בהחלטה ולעתים אף ידחה אותה, כאשר הטוען להגנה זו פעל ממניעים פסולים⁶⁵. ההגדרה של נושא בעל אינטרס ציבורי אינה פשוטה. אין מדובר ברשימה סגורה של נושאים ואף לא בהגדרה מדויקת. עם זאת במשך השנים נאמר במשפט האנגלי שעניין ציבורי הוא:

“Whenever a matter is such as to affect people at large, so that they may be legitimately interested in, or concerned at, what is going on; or what may happen to them or to others”⁶⁶.

פרט לשאלה אם גינוי פרסום גזעני נחשב עניין ציבורי, השוכן תחת כנפי הגנת הביקורת ההוגנת (וההנחה שלי היא שהתשובה לכך היא חיובית), הקושי העיקרי שכרוך בהפעלת הגנה זו טמון בנטלי ההוכחה הכבדים המוטלים על הנתבע⁶⁷ כדלקמן: ההתבטאות הנה דעה ולא עובדה; הדעה מבוססת על עובדה נכונה; וכי אדם סביר היה מגבש דעה זו לאור העובדות האמיתיות. לאור קשיים אלו, הדומים לקושי במשפט הישראלי, ספק אם הגנה זו מתאימה כדי לשרת את אינטרס הציבור בגינוי הגזענים, שכן היא יוצרת נטל הוכחה מחמיר עבור הנתבע. כך למשל בפרשת *Telnikoff*, עבר ההליך המשפטי ערכאות רבות, ובעקבות זאת יש להניח כי לנתבע היו הוצאות משפט משמעותיות. הגנה זו אינה מספקת את הוודאות הדרושה לדובר המגנה את הגזענות, ולכן אין בה כדי לתמוך ולהגן באופן מלא, ודאי לא לעודד את הגינוי החריף של דברי גזענות.

2. “הגנת התגובה ללשון הרע” (*qualified privilege of reply to defamatory publication*)⁶⁸ בכריטיניה ובארצות הברית

אדם אשר דמותו או התנהגותו הותקפו על ידי אחר, זכאי להגיב על התקפה זו ותגובה, שכוון, תהא מוגנת על ידי “הגנת התגובה לפרסום לשון הרע”.

Grubb, *supra* note 64, at p. 1095; *Hunt v. Star Newspaper Co. Ltd.* (1908) 2 K.B. 309, 320; *Campbell v. Spottiswoode* (1863) 3 B & S 769.

London artists Ltd. v. Littler [1969] 2 Q.B. 375, 391; Grubb, *supra* note 64, at p. 1097.

Grubb, *supra* note 64, at p. 1088; *Control Risks Ltd. v. New English Library Ltd.* [1989] 3 All E.R. 577; *Telnikoff case*, *supra* note 61.

J.A. Bryant “Libel and Slander: Qualified Privilege of Reply to Defamatory Publication” 68 *Shenkman v. O’Malley* (1956) 157 N.Y.S.2d 290 (להלן: פרשת *Foretich v. Capital Cities/ABC*, 37 F.3d (4th Cir. 1994); (*Shenkman case* אר *Shenkman* 1541, 1559; Grubb, *supra* note 64, at p. 1135–1136; *Turner v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures, Ltd.* [1950] 1 All E.R. 449.

התנאי למימוש הגנה זו הנו, כי התגובה נעשתה בתום לב ואינה כוללת דברים משמיצים, אשר לחלוטין אינם רלוונטיים לשם התגובה.

הגנה זו הנה נגזרת דומה של עקרון "ההגנה עצמית" מהמשפט הפלילי⁶⁹. משמעות הדבר כי הנפגע המגיב, אינו מוגבל בתגובתו להתקפה, שבוצעה נגדו, אלא רשאי להגיב באופן שונה על ידי מילים ומעשים ובלבד שהדבר משרת את האינטרס הנפגע. בתי המשפט יתירו גמישות לנפגע בתגובתו למעט אם חרג ממתחם הסבירות⁷⁰.

מתחם הסבירות הנו הן כאשר לחריפות התגובה והן כאשר להיקף פרסומה, כך למשל אין זה סביר להגיב בפרסום המוני על השמצה שבוצעה ברשות הפרט או בהשמצה חריפה ביותר להשמצה ראשונית הפחותה לאין שיעור⁷¹.

יש להוסיף כי על אף המחלוקת הקיימת בנושא בדין האמריקני, הגישה המקובלת הנה, כי ההגנה חלה גם על הפלטפורמה שבוצעה דרכה התגובה, היינו המגיב הזכאי להגנה, מקרין אותה גם אל המדיה שדרכה הוא מבצע את הפרסום. כך למשל עיתון אמריקני זכה ל"הגנת התגובה" בעבור פרסום, שנכתב ונחתם על ידי צד שלישי שהיה זכאי להגנה זו⁷².

דיני לשון הרע בארצות-הברית הנשענים על המשפט המקובל מכירים בהגנת התגובה בהתקיים התנאים להלן: הפרסום הראשוני היה בגדר לשון הרע⁷³; התגובה רלוונטית לפרסום הראשוני⁷⁴; התגובה נעשתה בעיקרה בתום לב⁷⁵; התגובה סבירה ואינה חורגת מפרופורציה בחריפותה ובהיקף פרסומה⁷⁶.

עיקרון נוסף המחויב במימוש ההגנה הנו, כי המגיב יהיה בעל זיקה מספקת לאינטרס הנפגע מהפרסום הראשוני⁷⁷. לענייננו השאלה העולה נוכח עיקרון זה היא, מהו היקף התפרסותה של ההגנה: הנפגע הספציפי בלבד, בני משפחתו, מקורביו, בני לאומו, בני עמו? כלומר האם יכול אדם, שההשמצה הראשונית לא הופנתה נגדו להגיב בשם הנפגע הספציפי ולזכות בהגנה בשל זיקה כלשהי לנפגע? אם ננסח את השאלה בהתאם לנושא הנדון במאמר, נשאל אם בהתאם לעקרון הזיקה, רשאי כל אדם מהציבור להגיב נגד מפרסם הביטוי הגזעני ולזכות להגנה?

69 על ההגנה העצמית במשפט הפלילי ראו ב' סנגירו הגנה עצמית במשפט הפלילי (תש"ס).
70 Bryant, *supra* note 68, at p. 1083; Shenkman case, *supra* note 68; Grubb, *supra* note 64, at pp. 1135–1136.

71 Bryant, *supra* note 68, at p. 1083; Grubb, *supra* note 64, at pp. 1135–1136; *Watts v. Times Newspapers Ltd.* (1997) Q.B. 650.

72 *Preston v. Hobbs* (1914) 146 N.Y.S 914; Bryant, *supra* note 68, at pp. 1103–1105.

73 Bryant, *supra* note 68, at p. 1083; Shenkman case, *supra* note 68, at pp. 297–299; Grubb, *supra* note 64, at pp. 1135–1136.

74 Bryant, *supra* note 68, at p. 1091; *Krutech v. Schimmel* (1966) 50 Misc. 2d 1052 (להלן: פרשת *Krutech* או *Krutech case*); Grubb, *supra* note 64, at pp. 1135–1136.

75 Bryant, *supra* note 68, at p. 1099.

76 *Ibid.*, at p. 1096.

77 Bryant, *supra* note 68, at p. 1102; Grubb, *supra* note 64, at pp. 1135–1136.

מניטוח הפסיקה והדין האמריקני מתקבל הרושם, כי התשובה לשאלה זו שלילית. בתי משפט בארצות-הברית קבעו במספר מקרים, כי אין "המתנדב" בעל רישיון לתקוף בלשון הרע את המפרסם הראשוני בשל הוצאת לשון הרע קודמת לאחר⁷⁸. על המגיב להיות בעל זיקה ישירה לאינטרס הנפגע, על מנת להיכנס בשערי ההגנה. כך למשל דחה בית המשפט את הגנתו של נתבע בלשון הרע, מאחר שההתקפה, שגורה את תגובתו הייתה נגד אביו ולא נגדו⁷⁹. לסיכום, ניתן לומר כי גם במשפט האנגלו-אמריקני לא נוצרה עדיין הגנה מיוחדת לנסיבות שבהן עוסק מאמר זה. ההגנות הקיימות יכולות במקרים אחדים לספק הגנה אפקטיבית לדובר שנתבע, אך ודאי אין בהן כדי להגן באופן מלא או כדי לעודד פרסום של דברי גינוי חריפים נגד דוברים גזעניים ונגד דברי גזענות.

ו. הצעה לפרשנות

חוק איסור לשון הרע הוא כלי משפטי מרכזי בעיצוב גבולותיו של חופש הביטוי בכלל וחופש הביטוי בכלי התקשורת בפרט. ראינו כי נעשה בו שימוש על מנת להרתיע ולצנן את הביקורת והגינוי של פרסום דברי גזענות והסתה לגזענות. להלן אני מבקש להציע פרשנות להוראות חוק איסור לשון הרע שתעניק הגנה מיוחדת למפרסם דברי גינוי, לרבות גינוי חריף וקיצוני, על דוברים גזענים ועל פרסומים גזעניים שהם מפרסמים. יתרה מכך, אני מציע כי בתי המשפט ישתמשו בסמכותם לפסוק הוצאות, לרבות הוצאות מוגדלות הכוללות מרכיב עונשי, על מנת להרתיע את הדוברים הגזעניים מלפנות לבתי המשפט ולמנוע את התופעה של שימוש לרעה בבתי המשפט ובחוק איסור לשון הרע על מנת למנוע ביקורת ולהרתיע את המגנים החריפים של דברי הגזענות. מטרתה של ההגנה המוצעת היא בראש ובראשונה לעודד את אנשי הרוח והעיתונאים שלנו לגנות באופן חריף פרסומים ומעשים שיש בהם גזענות וכך לתרום תרומה חשובה למאבק בגזענות, החיוני כל כך לדמוקרטיה הישראלית.

1. פרשנות חדשה להגנות חוק איסור לשון הרע
אני מבקש להציע להלן פרשנות חדשה ותכליתית לשתי הגנות הקיימות היום לפי סעיף 15 לחוק איסור לשון הרע היכולות לפי לשונן וצריכות לפי תכליתן לשמש הגנה ואף עידוד לאדם המפרסם דברי גינוי חריפים לדברי גזענות.
סעיף 15(2) קובע כך:

"במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה אם הנאשם או הנתבע עשה את הפרסום בתום לב כאחת הנסיבות האלו:

⁷⁸ *Krutech case*, *supra* note 74; *Bryant*, *supra* note 68, at pp. 1102–1103

⁷⁹ *Ritschy v. Garrels* (1916) 195 Mo. App. 670

[...]

(2) היחסים שבינו לבין האדם שאליו הופנה הפרסום הטילו עליו חובה חוקית, מוסרית או חברתית לעשות אותו פרסום.

סעיף זה נועד לתת הגנה לאותם מקרים שבהם פרסום הדברים נועד להתריע ולהזהיר מפני סכנה לפגיעה באדם, ומכאן שיש חובה על האדם לפרסם את הדברים גם כשיש בהם משום לשון הרע.

לדעתי מוטלת על כל אדם בחברה דמוקרטית חובה מוסרית וחברתית, גם אם אינה קבועה במפורש בחוק⁸⁰, לעשות פרסום המגנה בכל תוקף דברי גזענות ומזהיר מפניהם. חובה זו נעוצה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע את המסגרת החוקתית המגנה על כבוד האדם, וכן מעקרונות היסוד ומערכי היסוד של המדינה והחברה הישראלים. באחרונה, בעניין פריג' שניתן בבית המשפט המחוזי בירושלים, נדחתה טענת הגנה זו באופן מפורש (אם כי בנסיבות מעט שונות). בית המשפט קבע כי בגדרו של הסעיף לא ניתן להכניס מקרים שבהם הסכנה היא למדינה או לציבור כולו⁸¹. לדעתי זוהי טעות ופרשנות כושלת לחוק הקיים. אין מקום ואין הצדקה, לא בלשון החוק ולא בתכליתו, להגביל את ההגנה אך ורק להתרעה מפני סכנה אישית לאדם אחד. אולם, גם אם נקבל את הגישה הזו, הרי בענייננו הסכנה הגלומה בגזענות אינה רק סכנה כללית למדינה, לדמוקרטיה או לציבור כולו. המדובר בסכנה של ממש, ואולי אפילו בהתממשות הסכנה לפגיעה בציבור מסוים של אנשים. הפגיעה אינה רק בשם הטוב של הקבוצה הנפגעת מדברי הגזענות, אלא גם, כאמור לעיל, בכבוד האדם ובשורה ארוכה נוספת של ערכים ואינטרסים הקשורים לביטחון האיש, לסדר הציבורי, לתחושת השייכות של האדם לקהילה ולמדינה, ולערכים של שוויון וחירות. הואיל והחובה "המוסרית" או "החברתית" היא ערטילאית ועמומה יש מקום לפסיקה מפורשת ולאמירה ברורה של בית המשפט העליון כי חובה זו כוללת במיוחד את החובה לגנות גזענות⁸². סעיף קטן (10) קובע כדלקמן: "הפרסום לא נעשה אלא כדי לגנות או להכחיש לשון הרע שפורסמה קודם לכן".

גם הגנה זו ראוי שתשמש אותנו כבואנו לאפשר לדוברים לגנות בחריפות דברי

80 אם כי ייתכן לראות בחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח–1998, בסיס חוקי לגישה המוסרית והחברתית המטילה חובה לסייע לזולת. כך גם ניתן להקיש וללמוד מהחובה הקבועה בס' 262 לחוק העונשין למנוע עברה מסוג פשע: "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו — מאסר שנתיים".

81 עניין פריג', לעיל הערה 55, בפסקה 17 לפסק הדין.

82 עם זאת, כדאי לציין כי אין מדובר בחובה הפוגעת בחופש הביטוי של אדם הכולל גם את זכותו לשחק ולא להגיב. לא ניתן לצפות מכל בני האדם שנחשפו לדברי הגזענות להגיב בגינאי על דבר גזענות ואף לא רצוי לחייבם. החובה היא כאמור בעלת אופי מוסרי וחברתי ולא חוקי-משפטי. החובה הכללית מתממשת על ידי אותם מעטים שבחרים להגיב, ועליהם יש להגן.

גזענות. אמנם עד היום הגישה השולטת בפסיקה הייתה שאין להרחיב את גדר ההגנה ואין לאפשר לאדם לעשות לעצמו דין עצמי, אולם בנסיבות המיוחדות שלנו, כאשר אין למעשה מי שיתבע את הגזען לדין, אין בידינו ברירה אלא לפתח את הכלי החריג הזה של דין עצמי, ולאפשר לכל אדם להגיב בגינוי חריף על דברי גזענות.

באחרונה פסק השופט סולברג מבית משפט השלום בירושלים ברוח דומה וקבע כי פרסום תגובה על דברי לשון הרע עשוי להיות במקרים רבים הדרך המהירה והיעילה ביותר לתיקון הנזק שגרם פרסום לשמו הטוב של אדם⁸³.

השופט סולברג דן מפורשות גם בתגובה לפרסום לשון הרע על הציבור והביע את דעתו שלפיה ההגנה של סעיף 15(10) חלה גם על מי שמפרסם לשון הרע בכוונה לגנות או להכחיש לשון הרע שפורסמה על הציבור, ואפילו במצבים שבהם אין כל זיקה בין המגיב לבין הפרסום הראשוני⁸⁴.

פרסום גזעני מהווה, כאמור לעיל, פרסום לשון הרע על הציבור. מהות זו מצמיחה את ההגנה המגולמת כאן המכירה בכך שזכותו של אדם, כל אדם, לגנות את לשון הרע שפורסמה ואת המפרסם אותה. כמובן שגם הגנה זו, ממש כמו ההגנה הקבוצה בסעיף קטן (2) נדרשת דווקא באותם מצבים שבהם הגינוי או ההכחשה של לשון הרע מהווים כשלעצמם, לכאורה, פרסום לשון הרע נגד המפרסם הגזען, ואולי אפילו חורגים מהבעת דעה בתום לב, המותרת לפי סעיף 15(4). באחרונה, בע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ⁸⁵, נתן גם בית המשפט העליון תמיכה של ממש לגישה זו הרואה קשר ישיר בין דברים שפורסמו קודם לכן על ידי התובע לבין זכותו של הנתבע לחופש ביטוי בהיקף רחב במיוחד. בפסק דין זה שניתן על ידי הנשיא ברק הולך בית המשפט העליון במסלול אותו אני מתווה כאן ושם את הדגש על חופש הביטוי ועל ההקשר הרחב של הפרסומים שהיו תגובה לפרסום קודם של התובע. בית המשפט מזכיר כי:

"המשקל שיש להעניק לזכות לשם טוב נחלש גם כאשר מדובר בדמות ציבורית, אשר לה נגישות רבה לכלי התקשורת, ואשר נמצאת במרכזו של פולמוס ציבורי"⁸⁶.

אכן, דברים כדרכנות המתאימים במיוחד למקרים שבהם אנו עוסקים. במקרים אלה מדובר בדרך כלל בדמות ציבורית שיש לה נגישות לתקשורת ויוצרת פולמוס

83 שנהר, לעיל הערה 31, בע' 298; ת"א 8515/03 בריזון נ' גינת (טרם פורסם), תקדין שלום 42004 (4) 5770, בפסקה 7 לפסק הדין.

84 שם, בפסקאות 12-13 לפסק הדין. וראו גם שנהר, לעיל הערה 31, בע' 300.

85 ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ (פורסם), פד נח(3) 558, בפסקה 16 לפסק דינו של השופט ברק (להלן: עניין הרציקוביץ): "לאחר שהרציקוביץ טבע בעצמו את מוטיב 'העכבר', מוטיב קשה וחמור לכל הדעות, לא יוכל להלין על השימוש במוטיב".

86 שם, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט ברק.

ציבורי באמצעות ביטויים גזעניים. עניין הרציקוביץ' הולך כברת דרך של ממש לקראת הכרה בזכות של אדם להגיב לדברים כאלה, אם כי הדבר לא נעשה באמצעות סעיפים 15(2) ו-15(10) כפי שאני מציע אלא בשלב המוקדם יותר של השאלה אם מדובר בביטוי שיש בו לשון הרע, כלומר ביטוי הגורם להשפלת אדם בעיני האדם הסביר. פסק הדין קובע כי לומר על אדם שהוא "עכבר" אינו מהווה לשון הרע, כי אף אחד לא חושב שהוא באמת עכבר. הלכה זו יכולה לחול גם על אמירה על אדם שהוא "נאצי".

עם זאת, עניין הרציקוביץ' אינו ניתן ליישום מדויק במקרים שלנו ולא תמיד פותר את הבעיה הואיל וישנם מקרים שבהם התגובה לפרסום הגזעני היא בביטויים מפורשים (ולא סתם "נאצי") שיש בהם לגרום להשפלתו של הדובר הגזעני. יתרה מזו, לפעמים זוהי בדיוק המטרה (הלגיטימית, לטעמי) של המפרסם דברי גינוי חריפים.

אני טוען כי גם במקרים אלה יש מקום להגנות מיוחדות של דיני לשון הרע. הגנות אלה בפרשנות המוצעת יאפשרו לבתי המשפט לבטא גם בדיני לשון הרע את המדיניות הראויה של מאבק ציבורי בגזענות, ולעודד את אלה הסולדים מביטויי הגזענות לצאת בגלוי נגד הדברים, מבלי לחשוש מתביעה בגין הוצאת לשון הרע. מדיניות זו משקפת להערכתי את חוקי היסוד ואת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

2. גבולות ההגנה המוצעת

על מנת שלא לחרוג מהאזון הראוי שקובע חוק איסור לשון הרע בין חופש הביטוי לבין שמו הטוב של האדם, יש צורך לסרטט בזהירות את גבולותיהן של ההגנות המוצעות. תכליתה של ההצעה שאני פורש במאמר זה אינה לשנות את האזון הכללי בין עקרון חופש הביטוי לזכות לשם טוב⁸⁷, אלא לחזק את ההגנה הראויה, במסגרת האזון הקיים, למפרסמים של דברי גינוי כנגד דוברים גזעניים. גינוי של ביטויים גזעניים, אפילו באמצעות התקפה על הדובר הגזעני, אינו מצריך שינוי האזון בין חופש הביטוי לבין כבוד האדם, שהרי במקרים אלה לכבוד האדם הגזען ולשמו הטוב יש ערך נמוך ולכן גם הגנה חלשה מאוד, ולמפרסם דבר גינוי יש הגנה מלאה של חופש הביטוי בעניינים בעלי חשיבות ציבורית עליונה.

87 על האזון הרגיש הזה, הנוטה באחרונה, בבית המשפט העליון לכיוון הרצוי, לדעתי, של חופש הביטוי ראו בהרחבה בעניין הרציקוביץ', לעיל הערה 85. פסק דין חשוב זה עשוי לעורר מהפכה של ממש בדיני לשון הרע שלנו, אך דיון מעמיק בו חורג מהיקפו של מאמר זה. לפי פסיקת בית המשפט ביטויים שאינם עובדתיים אלא הם הבעת דעה או ביקורת בלבד (כמו הביטוי "עכבר") אינם נחשבים, בנסיבות מסוימות, ללשון הרע. הואיל ובדין הציבורי הישראלי הביטוי "נאצי" הוא ביטוי גנאי שמבטא ביקורת והבעת דעה ולא ניסיון לייחס לאדם חברות במפלגה הנאצית בגרמניה בשנות ה-30, ייתכן שאין הוא נכנס כלל בגדר "לשון הרע".

לשם כך ועל מנת לשמור על סבירות ומידתיות יש להגביל את ההגנות, ובעיקר את זו המוצעת לפי סעיף 15 (2), לנסיבות כדלקמן:

1. הפרסום או המעשה הראשוני, שבעקבותיו באו התגובה והגינתי היה גזעני וככזה פוגע באופן קשה וודאי בכבוד האדם וברגשותיהם של אחרים.
2. הפרסום המגנה היה תגובה לפרסום הראשוני והוא רלוונטי ופרופורציונלי לפרסום הראשון.

זהו מבחן אובייקטיבי שמפעיל בית המשפט. לכן נדרש בית המשפט לדון בשאלה אם הפרסום של הנתבע נעשה כתגובה למעשה גזעני או לביטוי גזעני, וכן להכריע בשאלה המקדמית והמורכבת אם המעשה או הביטוי שהוא תוקף, הם אכן גזעניים. מובן שהמבחן הראוי בשאלה זו אינו מבחן העברה הפלילית של הסתה לגזענות. אין צורך להוכיח כי הדברים שמגנה המפרסם מהווים עברה פלילית. די להראות כי הם מהווים ביטוי של עמדה גזענית⁸⁸, וכן שיש בהם לשון הרע על הציבור לפי סעיף 1(4) בצירוף סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע. בנסיבות אלה צריכה לעמוד למפרסם ההגנה לפי סעיפים 15(2) ו-15(10) לחוק איסור לשון הרע. חשוב להדגיש כי המידתיות והפרופורציה הנדרשים כאן אינן מחייבות איפוק בתגובה דווקא, שהרי עצמת הביטוי הגזעני מחייבת תגובה הולמת, כלומר חריפה ובוטה.

גם בנושא היחס בין הפרסום הראשוני לתגובה ניתן ללמוד מעניין הרציקוביץ'. בפסק דין זה הכיר בית המשפט העליון בכך שהתגובה הייתה חריפה הרבה יותר מהפרסום הראשוני וכן הכיר בכך שכל מטרתה הייתה "להשיב לו (להרציקוביץ') כנגמולו", ובכל זאת קבע כי הפולמוס כולו "חוסה בצלו של חופש הבעת הדעה"⁸⁹. להגנות אלה ניתן וראוי כמובן לצרף את החזקה הקבועה בסעיף 16 לחוק שלפיה פרסום סביר בנסיבות העניין יוצר חזקה של תום לב. כאן גם המקום להכיר בעצמתן של הנסיבות הנוגעות לגינתי של גזענות. בשל החשיבות שיש בחברה הישראלית הדמוקרטית, ובמשפט הבינלאומי⁹⁰ לכבוד האדם והואיל ופרסום דברים גזעניים מהווה תועבה מוסרית, עולה אזרחית ובנסיבות מסוימות גם עברה פלילית⁹¹, יש

88 אמנם יש מחלוקת, פוליטית בעיקרה, בכל הנוגע להגדרת הגזענות ולתיאור של מעשים או ביטויים מסוימים כגזעניים, אולם המבחן שאני מציע אינו מבחן סובייקטיבי אלא מבחן אובייקטיבי המבוסס על החוק הקיים האוסר הסתה לגזענות.

89 עניין הרציקוביץ', לעיל הערה 85, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט ריבלין.

90 ראו ס' 20 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות המחייב איסור בחוק להסתה לגזענות. הוועדה לזכויות אדם באו"ם קבעה כי הסעיף מצריך לאסור בחוק הסתה לגזענות וכן לקיים סנקציה הולמת נגד המפר, לפירוט והרחבה ראו: International Human Rights Instruments Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies Nineteenth session (1983) General Comment no. 11, art. 20, U.N. Doc. HRIGEN1Rev. [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/ca12c3a4ea8d6c53c1256d5000556e56f?Opendocument] (last visited on 8.1.05).

91 כאן גם המקום להזכיר את העיקרון שלפיו אין חוטא נשכר, כלומר לא ראוי לאפשר לאדם הפועל באופן לא מוסרי, לא חוקי, הנוגד את תקנת הציבור, להפיק זכות או רווח ממעשיו

להרחיב את גבולות וגדרות הסביר והראוי. כאן יש לקבוע כי הגנת הערכים של כבוד האדם וגינתי הגזענות מצדיקים ואף דורשים התבטאויות קשות וחריפות. הרחבת תחום הסביר בנושא זה תרחיב ממילא גם את היקף ההגנה לפי סעיף 15(4) לחוק איסור לשון הרע בכל אותם מקרים שבהם מדובר בהבעת דעה.

3. הוצאות משפט מוגדלות

בניגוד לעמדתנו בנושא זה⁹², הליכים משפטיים בגין פרסום לשון הרע נסבים במידה רבה על גובה הפיצוי הכספי. גובה הפיצוי הכספי, כמו גם עלותו הכבדה של ניהול המשפט, יוצרים את ההכבדה וההרתעה על כלי התקשורת ועל המפרסמים הקבועים של ביטויים שיש בהם חשש ללשון הרע⁹³. על מנת לאפשר לכלי התקשורת ולאנשי ציבור המתבטאים בהם באופן קבוע לגנות באופן עקבי וחריף את הביטוי הגזעני יש להבטיח לא רק את ההגנה מפני פסיקת פיצויים בגין הפרסום, אלא גם החזר של הוצאות ההליך. יתרה מזו, על מנת שלא לעודד את הגזענים להמשיך ולתבוע את המגנים אותם בעוולת לשון הרע, יש לנקוט אמצעי חריג שיעביר מסר ברור. הואיל והשימוש בעוולת לשון הרע על ידי הגזען מהווה ניצול לרעה של ההליך המשפטי, והואיל וקיים אינטרס חברתי חשוב לקיים בנושא זה את חופש הביטוי המקסימלי (מרבי) אצל המגנים והמבקרים את הביטוי הגזעני, יש לפסוק לטובת כלי התקשורת ולטובת מי שמפרסם דברי גינוי על הגזענות הוצאות משפט מוגדלות, הכוללות מרכיב עונשי נגד התובע⁹⁴. כלי זה מתאים במיוחד בתחום לשון הרע שבו הוכר כבר בעבר כי הפיצויים אינם משמשים אך ורק למטרת השבת המצב לקדמותו, אלא משמשים אף למטרות חינוכיות וערכיות⁹⁵. החלת הוצאות מוגדלות על התובע, במקרים אלה, יכול שתיעשה לפי סעיף 512(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 המאפשרות לבית המשפט להתחשב בדרך שבה ניהלו בעלי הדין את הדיון לפניו. כלי זה יכול להרתיע את הדובר הגזען מלפנות לבית משפט, ולמנוע ממנו ניצול לרעה של דיני לשון הרע.

הפסולים (ניתן לטעון שיש בכך שימוש לרעה כהליכי משפט, ואין בית המשפט צריך לתת ידו ולאשר ניסיונות כאלה), והשוו ס' 3 להצעת חוק דיני ממונות [http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex/Codex2/partA/chapA.htm#s3] (last visited on 12.12.04).

92 על עמדת, שלפיה העיקר הוא בתיקון הטעויות ובהתנצלות ולא בפיצוי כספי, ראו קרינאל וברקת, לעיל הערה 33, בע' 246.

93 ראו רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510.

94 מפתא קוצר היריעה לא ניתן להרחיב כאן בנושא זה. להרחבה בנושא של הפיצוי העונשי ראו ג' טרסקי דיני הנוזיקין תורת הנוזיקין הכללית (מהדורה שנייה, תשל"ז) 579–584; C.J. Martin; "Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield: Judicial Redistribution of Punitive Damage Awards" 40 San Diego L. Rev. 1649.

כמו כן, יש לבחון אם תביעת לשון הרע שלא לצדק, שבה ישנו סיכוי למאסר הנתבע, יכולה להיות עוולת נגישה (ס' 60 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]).

95 עניין הוצאת מודיעין, לעיל הערה 56, בע' 57; וכן שנהר, לעיל הערה 31, בע' 369–370.

ז. סיכום

לצערנו הרב, הפכה הגזענות להיות חלק מהשיח הציבורי במדינת ישראל. ביטויי גזענות נשמעים לא רק כקללות ברחוב או מפי דוברים קיצוניים משולי החברה, אלא על ידי אנשי ציבור ופוליטיקאים הנחשבים חלק מהזרם המרכזי בחברה הישראלית. המאבק בגזענות לא יכול להיעשות אך ורק במגרשו של המשפט הפלילי, וזאת למרות החקיקה הפלילית הנוגעת לאיסור הסתה לגזענות. מטבע הדברים, ועקב אופיו של המשפט הפלילי, האיסור הפלילי מיועד למקרים הקשים, החריפים והחמורים שיש בהם פגיעה של ממש בקרבות הגזענות או סכנה ממשית לאלימות. המחלוקת הנמשכת על פרשנות הסעיף הפלילי של הסתה לגזענות מקשה עוד יותר על השימוש האפקטיבי בכלי זה כאמצעי לשנות את השיח הציבורי ולשרש את הביטויים הגזעניים. התוצאה היא שאת עיקר המאבק בגזענות יש לנהל ולקיים באמצעי התקשורת ובשיח הציבורי. הכלי המרכזי של החברה האזרחית ושל הציבור הדמוקרטי הוא התגובה החריפה הברורה והבלתי מתפשרת נגד ביטויים גזעניים ונגד דוברים גזעניים. כאן בדיוק מתגלה תופעה שיכולה להפוך לבעיה של ממש. כפי שהוצג במאמר, מתברר, כי הדובר הגזעני לא מהסס לתבוע בעוולה של לשון הרע, את המבקר החריף המטיח בו דברים קשים כדי לגנות ולבקר את הגזענות ואת הגזען. בתי משפט ומשפטינים עדיין לא זיהו את התופעה, ואין לה אזכור מיוחד או מפורש בחקיקה, בפסיקה או במאמרים. נוכח תופעה זו, אני מציע פרשנות חדשה, תכליתית ומתבקשת לכמה מהוראותיו של חוק איסור לשון הרע. הפרשנות המוצעת להגנות הקבוצות בסעיף 15 לחוק איסור לשון הרע מעניקה הגנה רחבה למפרסם דברי גינוי וביקורת חריפים על גזען או על ביטויי גזענות. בנוסף להגנת תום הלב שיש ליישם בנסיבות אלה בהרחבה, אני מציע לקבוע הלכה, בדרך של פרשנות לסעיף 15(2) לחוק איסור לשון הרע כי מוטלת על כל אדם חובה מוסרית וחברתית לפרסם דברי גינוי חריפים לגזענות, וזאת על מנת להתריע מפני התגברות כוחה של הגזענות הפוגעת בכבוד האדם ומסכנת את חייהם של קרבתיה. כמו כן, אני מבקש להדגיש כי פרסום דברי גזענות הוא גם פרסום לשון הרע על ציבור, זאת לפי סעיף 1(4) לחוק לשון הרע בצירוף סעיף 4, לפיכך גינוי וביקורת של הגזענות מהווה גינוי והכחשה של דברי לשון הרע. דברים אלה מוגנים לפי סעיף 15(10) לחוק איסור לשון הרע. הגנות אלה חלות בהתאם לסייגים שפירטתי במאמר, כלומר הן חלות רק במקרה של תגובה על דברים ומעשים של גזענות, ורק כאשר התגובה היא סבירה ומידתית ביחס לפרסום הראשון. יתרה מכך, אני מציע שבתי משפט יקבעו במקרים אלה פיצוי עונשי בדרך של פסיקת הוצאות משפט גבוהות על התובע בעילה של לשון הרע, כאשר מדובר בתובע שפרסם בעצמו דברי גזענות, והפרסום שבגיניו הוא תובע נועד לגנות או להכחיש את דברי הגזענות שפרסם או להתריע על היותם

גזענות, תקשורת ולשון הרע — האם מותר לומר על גזען שהוא "נאצי"?

דברי גזענות מגונים ופסולים. על מנת ליישם את ההגנות בפועל חייב בית המשפט להתמודד עם השאלה הקשה של הגדרת ביטוי גזעני וקביעה מפורשת כי הדברים שמגנה ותוקף המפרסם הם אכן דברים שיש בהם גזענות וכן לשון הרע על הציבור לפי סעיף 1(4) לחוק איסור לשון הרע.

אימוץ של הצעות אלה יאפשר חופש ביטוי מרכזי למבקרים ולמגנים של ביטויי הגזענות ויכול לתרום תרומה של ממש, לא רק לחופש הביטוי ולזכות הציבור לדעת, אלא גם, ובעיקר, למאבק הציבורי והחברתי, של דמוקרטיה מתגוננת כנגד דוברים וביטויים שיש בהם משום גזענות, גם אם אינם נופלים בגדר האיסור הפלילי על הסתה לגזענות.