

בין ירושלים לאום אל פאחם: על מה שיש ועל מה שאין בפסיקת בג"ץ בעניין מצעדי הגאווה בירושלים¹ וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם²

צבי טריגר*

א. מבוא. ב. מה בין ירושלים לאום אל פאחם. ג. ירושלים: מצעד הגאווה והסובלנות; 1. היסטוריה קצרה של מצעדי הגאווה בעולם ובארץ; 2. ירושלים 2006; 3. ירושלים 2007; 4. ירושלים 2008; 5. ירושלים 2009. ד. אום אל פאחם 2009: תהלוכת דגלי ישראל. ה. בג"ץ בין ירושלים לאום אל פאחם; 1. ניקיון כפיים; 2. פגיעה ברגשות; 3. בג"ץ ככלי לפעילות פוליטית. ו. סיכום.

"ההגדרה העצמית היא מראש אחריות לכולם. פוליטיקה שהיא כבר לא-פוליטית. סיפור עלילה וייסורים. כוח פראי ופגיעות קיצונית"³.

- 1 בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 27.12.2006) (להלן: "בג"ץ גאווה 2006"); בג"ץ 5277/07 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 20.6.2007) (להלן: "בג"ץ גאווה 2007"); בג"ץ 5317/08 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 21.7.2008) (להלן: "בג"ץ גאווה 2008").
- 2 החלטה מיום 21.1.2009 בבג"ץ 6802/08 בן גביר נ' מפקד המחוז הצפוני (פורסם בנבו, 29.10.2008) (להלן: פרשת אום אל פאחם).
- * מרצה בכיר, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס המסלול האקדמי המכללה למינהל. אני מודה לקרן המחקר של המסלול האקדמי, המכללה למינהל, על סיועה במימון מחקר זה באמצעות פרס עידוד המחקר שהוענק לי בשנים תשס"ח-תשס"ט. תודה לעו"ד עודד יוסף על העזרה במחקר. תודה לגלעד ברנע, לאייל גרוס, לנועם זמיר, לרן יקר, למנחם מאוטנר ולדורי ספיבק על הערותיהם על טיוטה מוקדמת של מאמר זה. תודה לעו"ד מיכל צוק-שפיר על ששלחה לעיוני את תגובות המדינה בעתירות שנדונות במאמר זה. כל התרגומים מאנגלית הם שלי, אלא אם כן צוין אחרת.
- 3 עמנואל לוינס מעבר לפסוק 244 (ד"ר אליזבט גולדוין מתרגמת, 2007).

א. מבוא

רשימה זו לא עוסקת בחופש הביטוי, בחופש ההתאגדות ובזכויות חוקתיות אחרות הקשורות להפגנות. הכתיבה על חופש הביטוי במשפט החוקתי הישראלי מקיפה מאוד, והיא עוסקת, בין היתר, בדילמות הכרוכות בהגנה על ביטוי פוגעני ואנטי-דמוקרטי, וכן בביטוי הפוגע ברגשות⁴. אין בכוונתי לסקור את אמות המידה שהוכרו בפסיקה לאישור הפגנות ולנתח את ה"בעד" ואת ה"נגד", להציע את ה"מחד גיסא" ואת ה"מאידך גיסא". תחת זאת, אני מבקש להציע התבוננות בשאלות אלה ואחרות, המשיקות להן, מן הזווית הצרה הבאה: מה ניתן ללמוד על גישת בג"ץ ליחסי מיעוט מול רוב מפסקי הדין העוסקים בעתירות לביטול מצעדי הגאווה בירושלים ולאישור צעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם? כפי שאטען, הקריאה בעתירות הללו בצוותא מצביעה על חוסר עקביות מעניין בפסיקה של בג"ץ. חוסר עקביות זה מלמד על כך שבג"ץ זהיר יותר בהנמקותיו כלפי עותרי הימין והציבור היהודי-דתי מאשר כלפי הומואים, לסביות וערבים. במאמר זה אני מבקש להתמקד בהיבט צר זה בלבד, תוך מודעות למורכבות העקרונית הקשה שסוגיית חופש הביטוי אוצרת בחובה, הן מבחינה תאורטית והן מבחינה מעשית.

אמנם אין בכוונתי כאמור להתייחס בהרחבה לספרות העוסקת בחופש הביטוי, אולם אני סבור שהעמדה המקובלת על כותבים רבים, שלפיה אין להתערב בתוכן הביטוי ויש להגן על הביטוי באשר הוא ביטוי, היא עמדה שבסופו של דבר חותרת תחת חופש הביטוי עצמו מרוב ניטרליות ערכית. קשה ובעייתי להשוות בין מצעד הגאווה, שמטרתו השגת שוויון זכויות חברתי ומשפטי ולגיטימציה תרבותית, ובין הצעדה באום אל פאחם, שמטרתה חתירה תחת הדמוקרטיה עצמה וכפירה בכללי המשחק הדמוקרטיים⁵.

4 לסקירה היסטורית על מקומו של חופש הביטוי במשפט החוקתי של ישראל, ראו למשל: פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון" משפטים ז 375 (1977); דפנה ברק-ארז משפטי מפתח: ציוני דרך בבית המשפט העליון 65–72 (2003); רפאל כהן-אלמגור המלכוד הדמוקרטי: חופש הביטוי וסייגיו 176–242 (2007).

5 ראו גם שם, בעמ' 230. כהן-אלמגור משיב גם לטיעון המדרון החלקלק, שלפיו אם מתחילים להתערב בתוכני הביטוי ולהכריע אילו תכנים לגיטימיים ואילו אינם לגיטימיים, צריך יהיה לאסור כמעט כל ביטוי, מאחר שכמעט תמיד ימצא מי שרגשותיו ייפגעו. הוא מציע בדיקה אמפירית של טענת הפגיעה ברגשות, למשל על ידי הזמנת חוות דעת פסיכולוגיות, כדי לוודא שהפגיעה אמיתית ולא משמשת באופן ציני כדי להשתיק ביטוי שאינו מוצא חן בעיני העותר. שם, בעמ' 232. ניטרליות ערכית דומה משמשת בטיעונים בעד ונגד סרבנות מצפון: יש הטוענים שאם מתירים סרבנות מצפון מטעמים שמאלניים, שומטים את הקרקע מתחת להתנגדות לסרבנות מצפון מימין. לביטוי עיתונאי של עמדה זו, ראו למשל: זאב שיף "סרבן משמאל ומימין" הארץ 29.10.2004; ברוח זו פרסם משרד החינוך, מינהל חברה ונוער, תכנית שכותרתה "סכנה מימין ומשמאל: על תופעת הסרבנות בחברה דמוקרטית", וזאת "כחלק

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

בסיבות להשוואה זו עוסק חלק ב'. חלק ג' של רשימה זו עוסק בסקירת העתירות שהוגשו נגד קיום מצעד הגאווה בירושלים בשנים 2006–2008 והאירועים שהתרחשו על רקע המצעדים. חלק ד' עוסק בעתירת הימין הקיצוני לצעוד באום אל פאחם. בחלק ה' אני מציע נקודת מבט שונה על שלושה היבטים של העתירות: ניקיון הכפיים של העותרים, הטענה לפגיעה ברגשות הציבור והשימוש שעושים העותרים בבג"ץ לצורך קידום מטרותיהם הפוליטיות והאידאולוגיות.

ב. מה בין ירושלים לאום אל פאחם

שני גופי הפסיקה העוסקים במצעד הגאווה בירושלים ובמצעד הימין הקיצוני באום אל פאחם מספקים הזדמנות מרתקת לבחון את יחסו של בית המשפט ליחסי מיעוט מול רוב ולחיתוכים המעניינים בין רכיבי זהות כמו דת, נטייה מינית ומוצא, וזאת מכמה סיבות. ראשית, שניהם עוסקים במלחמה (תרבותית, חברתית, משפטית ואולי אף מלחמה של ממש) בקבוצה חברתית מוחלשת: הקהילה ההומוסבית ואזרחיות ואזרחי המדינה הערבים. כך, התמונה שמצטיירת מניתוח השוואתי של היחס שזכו לו שני המצעדים בפסיקת בית המשפט העליון יכולה להאיר את עינינו בנוגע ליחסו של בית המשפט לקבוצות שאינן נמנות עם ההגמוניה היהודית-הטרוסקואלית-גברית בישראל.

שנית, פסקי הדין הללו הם תמונת ראי האחד של האחר, מבחינת זהות העותרים ומטרות העתירות. במקרה של מצעד הגאווה, העותרים מתנגדים לאישור שניתן לצעדה. הצועדים והצועדות משתייכים לקבוצה המוחלשת, וכנגדם עותרות שתי קבוצות עיקריות: אנשי הימין הקיצוני ואנשי העדה החרדית. אמנם שתי קבוצות אלה נחשבות לקבוצות מיעוט בחברה הישראלית, אך שוליותן היא יחסית: ביחס לקהילה ההומוסבית שוליותן פחותה

מתהליך ההכנה לקראת יום הזיכרון לרצח יצחק רבין". ראו: <http://cms.education.gov.il/NR/rdonlyres/9CA6E6C7-0D89-4DAC-9229-06321F77898B/101224/obedience1.doc> (נברק לאחרונה ב-21.10.2010). אלא שסרבנות המצפון משמאל מתקיימת במסגרת כללי המשחק הדמוקרטיים, והטעמים שבבסיסה הם טעמים של קידום הדמוקרטיה ומחאה כנגד מעשים אנטי-דמוקרטיים בעיני המוחים. לעומת זאת, סרבנות מצפון מימין (שרצח רבין נקשר בה במסמך של משרד החינוך), ובעיקר זו הנעשית על פי ציווי רבני, מעצם טבעה חיצונית למשחק הדמוקרטי; הנורמה הבסיסית שמניעה אותה היא ההלכה (או פרשנותה המסוימת מאוד בידי רבנים), ולא הריבון הישראלי.

באופן משמעותי; מדובר באוכלוסיות שמשייכות את עצמן, כפי שעולה מעתירותיהן, לרוב ההטרסקסואלי היהודי⁶.

לעומת זאת, במקרה של צעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם, אותם אנשים שעתרו נגד קיום מצעד הגאווה, כלומר חברי הקבוצה ההגמונית היהודית, עותרים הפעם נגד החלטת המדינה שלא לאפשר להם עצמם לצעוד באום אל פאחם.

שלישית, שני המצעדים מגלמים בתוכם מאבקים בין קבוצות שוליות יחסית בחברה הישראלית (כאמור לעיל במידות שונות של החלשה), ואילו הרוב הדומם – היהודים החילונים מהמרכז הפוליטי – מתבונן מהצד⁷. החיתוך המרתק בין זהויות, המאפשר לאותה קבוצה להיות בר-זמנית מייצגת (אולי רק בעיני עצמה) של הזרם המרכזי בחברה, ובין קבוצת מיעוט אחרת, חלשה ממנה בעצמת ההשפעה והלגיטימיות בחברה, עולה בבירור מהדיון בעתירות. כך, אנשי ימין קיצוני הם מיעוט לעניין השקפתם הפוליטית אך שייכים לרוב, כנראה, מהרבה בחינות אחרות (יהודים, הטרסקסואלים וכו'). מי שתמיד יוותרו במיעוט הם הערבים וההומואים והלסביות (וכמובן – הנשים באשר הן, ראו התייחסות בהמשך).

רביעית, במקרה של מצעד הגאווה – מצעד שנועד לקדם סובלנות כלפי האחר וקבלה שלו – בג"ץ שקל ברצינות את האפשרות להיענות למאמצי העותרים לטרפד את המצעד, ונכתבו פסקי דין ארוכים ומלומדים השוקלים את ה"בעד" ואת ה"נגד", עם הטיה ברורה לטובת ה"בעד".

לעומת זאת, במקרה של צעדת הימין נמנע בית המשפט מדיון עקרוני במטרות המצעד – התרסה, הילוך אימים ופרובוקציה לשמה – וכתב פסק דין צנום ותמציתי שדן בתאריכים ובתיאומים בלבד, ומתעלם מהשאלות העקרוניות: האם צעדת הימין היא מפגן של חופש ביטוי או של משהו אחר?

משתמע אפוא מן הפסיקה הרזה בעניין אום אל פאחם, שבג"ץ קיבל את זכותם של אנשי הימין הקיצוני לצעוד שם כמוכנת מאליה (בניגוד לזכותם של חברות וחברי הקהילה

6 יצוין שגם הוותיקן והתנועה האסלאמית התנגדו באופן עקבי במשך השנים לקיום מצעד הגאווה בירושלים. יובל יועז, יהונתן ליס ויאיר אטינגר "הוותיקן קורא לא לקיים את מצעד הגאווה בירושלים" הארץ 8.11.2006 (www.haaretz.co.il/hasite/spages/785589.html?more=1), נבדק לאחרונה ב-12.10.2010; איתמר ענברי "המוסלמים יעלו לירושלים כדי לסכל את המצעד" nrg 31.10.2006 (www.nrg.co.il/online/1/ART1/499/106.html) נבדק לאחרונה ב-12.10.2010.

7 ולעתים אף מצדד דווקא בקבוצות האנטי-דמוקרטיות. במקרה של מצעד הגאווה התנגדו חילונים רבים לקיום המצעד "דווקא בירושלים" והסכימו שיש בכך פרובוקציה מיותרת שיש לוותר עליה. חגי אלעד "בירושלים, מהמסלול של מצעד הגאווה רואים חומות", בתוך: אי-כאן: שפה, זהות, מקום 292, 312–314 (ישראל כ"ץ, זאב דגני ותמר גרוס עורכים, 2008).

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

ההומוסבית הירושלמים לצעוד בעירם, שהוכפפה לדיון מלומד, מעמיק ועשיר בלבטים), ולא נזקק לאיזון בין זכותם לחופש הביטוי ובין הסכנה לפגיעה ברגשותיהם של ערביי העיר. המסקנה המתחייבת היא שבהליך האיזון שעורך בג"ץ, הוא נותן משקל משמעותי לרגשותיהם של היהודים הדתיים בירושלים, אולם הוא לא נותן משקל כלשהו לרגשותיהם של הומואים ולסביות ולרגשותיהם של ערביי אום אל פאחם, ולערביי ישראל בכלל (שהרי צעדת הימין מכוונת כלפי ערביי ישראל באשר הם).

ג. ירושלים: מצעד הגאווה והסובלנות

1. היסטוריה קצרה של מצעדי הגאווה בעולם ובארץ

מסורת מצעד הגאווה כפי שידועה ומוכרת כיום החלה בעקבות פשיטת משטרת ניו-יורק בלילה שבין ה-26 ל-27 ביוני 1969, על הבר הניו-יורקי סטונוול (Stonewall), שברחוב כריסטופר. במהלך הפשיטה עצרו השוטרים הומואים ששהו בבר, והדבר גרם להתקוממות עממית בשכונה. שנה לאחר מכן, ביוני 1970, התקיים מצעד הגאווה הראשון לציון יום השנה למהומות סטונוול. מאז, בכל יוני מתקיימים בארצות-הברית וברחבי העולם אירועי הגאווה. מטרתם לסמל את הפסקת ההסתרות וההכחשה, ולקרוא לשוויון זכויות מלא להומואים, לסביות, לביסקסואלים ולטרנסקסואלים.⁸

עם השנים ועם ההכרה החברתית והמשפטית הגוברת בקהילות ההומוסביות ברחבי העולם, הפכו מצעדי הגאווה לחגיגה שנתית שבה משתתפים גם סטרייטים רבים לאות הזדהות. כזה הוא המצב גם במצעדי הגאווה בירושלים.⁹

מצעד הגאווה הראשון בארץ התקיים בתל-אביב ב-1998. קדמו לו אירועי ה"עליזאדה" שהיו אירועי הגאווה הראשונים בישראל, והתקיימו מסוף שנות ה-70. ה"עליזאדה" הראשונה התקיימה בפארק הירקון ב-17 בספטמבר 1977, לציון שנה לייסוד האגודה

8 לסקירה מלאה יותר של ההיסטוריה של מצעדי הגאווה, ראו למשל: MARTIN DUBERMAN, STONEWALL (1994); GEORGE CHAUNCEY, GAY NEW YORK: GENDER, URBAN CULTURE, AND THE MAKINGS OF THE GAY MALE WORLD, 1890-1940 (1994) 2-3, 6, 11; DAVID CARTER, STONEWALL: THE RIOTS THAT SPARKED THE GAY REVOLUTION (2005).

9 ס' 19 לתשובת הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות בבג"ץ גאווה 2007, לעיל ה"ש 1.

לזכויות הפרט, בהשתתפות הזמרת דרורה חבקין¹⁰. בשנות ה-90 חזרו אירועי הגאווה ב-1993 (בגינת שינקין) וב-1996 (שיירת מכוניות נושאות דגלי גאווה נסעה מרדינג לגן מאיר). האירוע ב-1998 הסתיים בעימות עם המשטרה על רקע טענת המשטרה שהמשתתפים והמארגנים חרגו מתנאי הרישיון והאריכו את האירוע מעבר לשעות שנקבעו ברישיון. מארגני האירוע טענו שלא הייתה חריגה מתנאי הרישיון המשטרה, ובעקבות זאת התלקחו מהומות. חלק מהשוטרים שבאו לפזר את אירוע הגאווה תועדו כשהם עוטים כפפות גומי על ידיהם. מאז 1998 מתקיים מצעד הגאווה בתל-אביב באופן סדיר מדי שנה¹¹.

בירושלים צוין יום הגאווה לראשונה בשנת 1997, באירוע שארגן "העשירון האחר", תא הסטודנטים הלהטבי" באוניברסיטה העברית¹². האירוע כלל הרצאות אקדמיות והתקיים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית.

בשנת 2002 התקיים מצעד הגאווה הראשון בירושלים. מהמצעד הראשון והלאה התקיימו כל המצעדים בעיר על רקע התנגדות קולנית מצד מנהיגים דתיים. בדבריו בגנות המצעד הראשון, אמר מי שהיה אז סגן ראש עיריית ירושלים, שמואל שקדי מהמפד"ל, את הדברים הבאים:

"המצעד הזה לא יתקיים בירושלים. אנחנו לא ניתן לכל חולי וסטייה להתממש בעיר. כל קיומם של האנשים האלה הוא פרובוקציה. כל קיומם הוא לא תרבותי, ודווקא כמחזיק תיק החינוך אני אומר: נגד כל המחלות צריך להילחם בצורה ברורה, כדי שכולם יבינו מה חולה ומה נורמלי בחברה. את הדבר הזה צריך רק להוקיע"¹³.

ראש עיריית ירושלים בשנה זו, אהוד אולמרט, סבר שאין למנוע את קיום המצעד בירושלים, ואמר:

- 10 הידיעה על ה"עליוזאדה" הראשונה הופיעה בגיליון ה-13 של ריש גלי, בטאון האגודה לשמירת זכויות הפרט, מחודש ספטמבר 1977, בעמ' 9. לקריאת הגיליון: www.gayisrael.org.il/contentItems.php?sectionID=1122&itemID=875 (נבדק לאחרונה ב-21.10.2010).
- 11 על מצעדי הגאווה באתר עיריית תל-אביב: www.tel-aviv.gov.il/Hebrew/General/Projects/2008-Pride/Index.asp (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010). ראו גם: יאיר קדר "החיים בוורוד" הארץ 30.5.2008. www.haaretz.co.il/hasite/spages/987968.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010); עורד אברהם "מצעדים ראשונים" GoGay 28.6.2002. www.gogay.co.il/content/article.asp?id=894 (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).
- 12 אלעד, לעיל ה"ש 7, בעמ' 294.
- 13 מצוטט שם, בעמ' 298.

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

”גם אם היו מבקשים חברי העמותה לארגן מצעד תמיכה בברגותי, או לתת פרס הומניטרי ליאסר ערפאת, אני אחשוב שהם דפוקים בראש, אבל אאפשר להם לקיים גם מצעד כזה”¹⁴.

המצעד הרביעי, בשנת 2005, עלה לכותרות משלוש סיבות: ראשית, הוא תוכנן להיות מצעד בין-לאומי, במסגרת אירועי ה-Worldpride¹⁵. שנית, התבטאויותיהם של מנהיגי הציבור החרדי (שאליהן הצטרפו ראש עיריית ירושלים אז ומנהיגים מוסלמים ונוצרים)¹⁶ לפני קיום המצעד ב-2005 היו חסרות תקדים בחריפותן¹⁷. שלישיית, במהלך המצעד ישי שליסל, בחור חרדי שבא, לדבריו, ”לרצוח בשליחות השם”¹⁸, דקר שלושה ממשתתפי המצעד¹⁹. גם קיומו של המצעד בשנת 2005 התאפשר רק לאחר עתירה שהוגשה על ידי ”הבית הפתוח” לבית המשפט המחוזי בירושלים בשכתו כבית משפט לעניינים מנהליים²⁰.

- 14 שם, בעמ' 298–299.
- 15 ביצוע תכנית ההתנתקות באותו הקיץ גרם לדחיית המצעד הבין-לאומי לשנת 2006. בשל מלחמת לבנון השנייה בקיץ 2006, אירוע ה-Worldpride בירושלים התקיים במתכונת מצומצמת, ומצעד הגאווה נדחה לחודש נובמבר 2006. שם, בעמ' 305–306.
- 16 שם, בעמ' 305.
- 17 עמירם ברקת ”עיריית י-ם מתנגדת לקיום מצעד הגאווה בעיר בסוף השבוע” הארץ 26.6.2005 www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=592230&contrassID=2&subContrassID=0 (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).
- 18 מצוטט אצל אלעד, לעיל ה"ש 7, בעמ' 294.
- 19 שליסל הועמד לדין, הורשע ונדון ל-12 שנות מאסר בפועל ולתשלום פיצוי כספי בסכום כולל של 280,000 ₪. ראו פ"ח (י-ם) 843/05 מדינת ישראל נ' שליסל (פורסם בנבו, 8.2.2006). ערעורו לבית המשפט העליון נדחה ברובו, ועונש המאסר בפועל הופחת ל-10 שנים. ע"פ 2625/06 שליסל נ' מ"י (פורסם בנבו, 17.12.2007).
- 20 עת"מ (י-ם) 526/05 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 26.6.2005, ארבעה ימים בלבד לפני מועד המצעד המתוכנן, 30.6.2005). משטרת ישראל אישרה עקרונית את קיום המצעד, ואף קיימה פגישת תיאום עם חברי ”הבית הפתוח”. נציגי עיריית ירושלים לא הגיעו לפגישה. בתשובתה לעתירה טענה העירייה שהיא מתנגדת לקיום המצעד, וזאת בשל אופיו המיני והפרובוקטיבי ובשל הפגיעה ברגשות הציבור שהוא עלול לגרום. בהודעה לבית המשפט טען ראש העיר ש”מצעדי הגאווה הפכו זה מכבר לתהלוכות בוטות ומיניות נעדרות סממנים תרבותיים” וציין שנציגי שלושת הדתות המרכזיות בעיר הזהירו מפני שפיכות דמים אם המצעד יתקיים. השופטת מוסיה ארד, סגנית נשיא בית המשפט המחוזי דחתה את העתירה בנימוק ש”אין העירייה רשאית להפלות לרעה ציבור זה או אחר בשל אי הסכמה של מי מאנשיה לדעותיו או לנטייתו המינית של אותו ציבור. כך, אין די בפגיעה ברגשותיו של חוג זה או אחר כדי למנוע מאחרים לממש את זכותם לשוויון, לכבוד ולחופש ביטוי”. לפיכך הורתה השופטת לעירייה לנקוט את כל הפעולות הנדרשות כדי לקיים את המצעד במועדו, לרבות תליית דגלי גאווה לאורך מסלול המצעד והימנעות מהפרעה

לנוכח ההתדרדרות ביחסם של החרדים למצעד הגאווה והאלימות הקשה שנקטו בתגובה למצעדים, עמד המצעד של שנת 2006 למבחן.

2. ירושלים 2006

בשנת 2006 הוגשו לבג"ץ שלוש עתירות כנגד קיום מצעד הגאווה בירושלים: עתירתו של אפרים הולצברג, עתירתו של יהודה משיי-זהב ועתירתם של ברוך מרזל ואיתמר בן-גביר²¹. טענות העותרים כנגד קיום המצעד נסבו על אירועי המחאה האלימים שהתרחשו בעיר לקראת המצעד ועלולים אף להחמיר בזמן המצעד. העותרים התריעו מפני "הסכנה הרבה לפגיעה בסדר הציבורי, למעשי אלימות ופגיעות בנפש, העלולים להתרחש אם יתקיימו המצעד וה'הפנינג'²²."

למצעד ולעצרת שנועדה להתקיים בסופו. בנוסף הטיל בית המשפט הוצאות בסך 60,000 ₪ על העירייה ועל ראש העיר אז, אורי לופוליאנסקי. שם. בג"ץ גאווה 2006, לעיל ה"ש 1. 21

ס' 5 לעתירת הולצברג אפרים הולצברג (להלן: "עתירת הולצברג"). אותו הולצברג הופיע בוועדת הפנים של הכנסת, כעשרה ימים לפני הדיון בעתירתו בבג"ץ, ואמר את הדברים הבאים: 22

אפרים הולצברג: אני פועל בנושא הזה מטעם רבנים וגם מטעם רבני העדה החרדית. לראשונה נבנתה קואליציה של כל הרבנים היהודים האורתודוקסים להציל את ירושלים. בראש הקואליציה הזאת עומד פוסק הדור הרב יוסף שלום אלישיב, אחריו גדול הפוסקים הרב עובדיה יוסף, אחריו הראשון לציון הרב מרדכי אליהו ועוד רבים אחרים, ונועלים את הרשימה הרבנים של העדה החרדית – הרב טוביה וייס והרב שטרנבוך. כל הרבנים הללו הורו לאנשים שלהם להפגין ולעצור בגופם את המצעד בכל מחיר.

קריאה: זה לא הסתה?

אפרים הולצברג: רציתי להגיד לכם מדוע הם עושים את זה. ירושלים היא עיר הקודש, העיר הקדושה ביותר בעולם. כתוב בתורה וגם בספר צפניה בפרק השלישי, שהמצעד הזה מסכן את הקיום של ירושלים, של ארץ ישראל ושל כל העולם. במצעד הראשון שהיה בירושלים כל צוותי הטלוויזיה ומשרדי התיירות בעולם ראו אמריקאית לסבית צועדת עירומה עטופה בטלית. במצעד האחרון צעדו בראש 3 הומואים: ההומו האמצעי לבוש בשמלת כלה לבנה, מגולח למשעי, ואילו משני צדדיו שני הומואים עם תחתונים, וכל זה בחוצות ירושלים. לכן אני פונה לידידי חבר הכנסת רן כהן, אם זה לא פרובוקציה אני צנצנת.

ראו פרוטוקול מס' 47 משיבת ועדת הפנים ואיכות הסביבה (30 באוקטובר, 2006), www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2006-10-30.html (נבדק לאחרונה ב-21.10.2010). לפי הדיווחים בעיתונות, השר אלי ישי, או סגן ראש הממשלה ושר התמ"ת, הצטרף לעתירתו של הולצברג. ראו: אבירם זינו ואפרת וייס "ישי עתר לבג"ץ: מצעד הגאווה – חגורת נפץ" *ynet* 7.11.2006 www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3324921,00.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

ואכן, בתקופה שקדמה למצעד קיימו מאות חרדים הפגנות אלימות במחאה על אישור המצעד. ההפגנות כללו יידויי אבנים בכוחות המשטרה, הבערת מיכלי אשפה וזריקת בקבוק תבערה²³.

טענה נוספת שהועלתה בעתירות הייתה "פגיעה קשה ברגשותיהם הדתיים והמוסריים ובכבודם של רבים-רבים מבני הציבור בירושלים ומחוצה לה"²⁴. המצעד תואר בעתירה "כפרובוקציה בוטה ומעליבה כנגד אמונתם הדתית של רבים-רבים מבני ציבור [כך] (יהודים כמוסלמים)"²⁵.

כפי שציינה נשיאת בית המשפט העליון, השופטת דורית ביניש, אלה היו עתירות יוצאות דופן. כל העתירות לבג"ץ שקדמו להן, ושעסקו בחופש ההפגנה, כווננו כנגד החלטת המשטרה שלא לתת רישיון לקיום הפגנה, והעותרים היו מי שביקשו לארגן הפגנות. כעת, לראשונה, העתירות כווננו כנגד רישיון שנתנה המשטרה להפגנה, ולא כנגד החלטתה שלא לתת רישיון²⁶.

המצעד עצמו בוטל בשל האירועים ברצועת עזה והתרעות על כוונה לבצע פיגועים ברחבי הארץ. בנסיבות שנוצרו, טענה המשטרה, היא אינה יכולה לאבטח מצעד. במקום המצעד התקיים אירוע גאווה – התכנסות ללא מצעד שנערך באצטדיון גבעת רם, המרוחק משכונות חרדיות ומאזורים הומי אדם בירושלים.

בפסק דין שניתן לאחר אירוע הגאווה, דחה בית המשפט העליון את העתירות בדבר החשש מהתלקחות אלימה בעקבות קיום המצעד. חשש זה, כתבה נשיאת בית המשפט העליון, השופטת דורית ביניש, בפסק דינה, אינו מהצוודים, אלא מהמתנגדים למצעד, והעותרים הם דוברים מרכזיים של הציבור שמפני אלימותו הם מתריעים²⁷. היא אף ציינה, ששניים מן העותרים, ברוך מרזל ואיתמר בן-גביר, "פועלים ומתבטאים באמצעי התקשורת באופן המלבה את אש האלימות"²⁸. בא כוח המדינה ביקש בשל כך לדחות את עתירתם של מרזל ובן-גביר על הסף, בשל היעדר ניקיון כפיים²⁹. העתירה אמנם לא נדחתה על הסף, אולם הנשיאה לא התעלמה מטיעון זה של בא כוח המדינה, וכתבה כי טענת העותרים בדבר

23 אפרת וייס ואבירם זינו "עימותים קשים בי-ם לקראת הכרעת בג"ץ" ynet 6.11.2006. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3324175,00.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

24 ס' 11 לעתירת הולצברג, לעיל ה"ש 22, וכן בג"ץ גאווה 2006, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

25 ס' 20 לעתירת הולצברג, לעיל ה"ש 22. ההדגשה במקור. ראו גם בג"ץ גאווה 2006, לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

26 שם, פס' 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

27 שם, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם לעיל ה"ש 22.

28 בג"ץ גאווה 2006, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

29 שם.

החשש מאלימות "מותירה רושם קשה ואינה ראויה להישמע מפי מי שמבקש ללבות את האלימות במקום לתרום להרגעת הרוחות, ועל כך ניתן להצטער"³⁰.

נשיאת בית המשפט העליון חזרה והדגישה בפסק דינה, את התחייבותם של מארגני המצעד לקיים מצעד בעל "אופי צנוע אשר אינו מתאפיין במיניות מוחצנת וללא התנהגות מתריסה"³¹. עוד היא דנה במה שהגדירה כדילמת הפגיעה ברגשות ובשאלת האיזון בין הזכות לחופש ביטוי ובין החשש מפגיעה ברגשות הציבור, תוך אזכור ההלכות המרכזיות בתחום³².

בסופו של דבר לא נערך איזון, וזאת, עקב ביטול המצעד וקיום ההתכנסות באתר מתוחם ומרוחק ממרכז העיר. אלה צמצמו, לדעת בית המשפט, את סכנת הפגיעה ברגשות למינימום³³.

3. ירושלים 2007

מספר העתירות שהוגשו כנגד אישור מצעד הגאווה בירושלים בשנת 2007 היה גבוה יותר, והעותרים היו מגוונים ברקעם ובטענותיהם. בבג"ץ 546/07 שטרנברג נ' מפקד מחוז ירושלים טענו העותרים, יעקב שטרנברג ואיתמר בן-גביר, שאין לקיים את המצעד בשל סכנה לביטחון הציבור על רקע עיצומי הכבאים³⁴. גם אלי ישי, אז סגן ראש הממשלה ושר התמ"ת, עתר כנגד המצעד³⁵. בני הזוג ברדנשטיין עתרו כנגד המצעד משום שמסלולו עבר באזור אולם השמחות שבו עתידה הייתה להתקיים חגיגת בת המצווה של בתם³⁶.

30 שם, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

31 שם, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. המילים "אופי צנוע ובלתי מתריס" מופיעות בפסק הדין בגרסאות שונות חמש פעמים. לטענת בא כוח "הבית הפתוח", התחייבות שכזו לא ניתנה (מתוך התכתבות פרטית, העתק מצוי בידי המחבר). דרישת הצניעות וההתנהגות הלא מתריסה שחזרה ונשנתה בפסיקת בג"ץ, כמו טענת העותרים נגד המצעדים שמדובר במצעדים פרובוקטיביים ובעלי אופי מיני ניזונות שתיהן מסטראוטיפ מוכר של ה"הומו כסנסציה". ראו, לעניין זה, למשל: עמית קמה, העיתון והארון: דפוסי תקשורת של הומואים 36–46 (2003).

32 בג"ץ גאווה 2006, לעיל ה"ש 1, פס' 13 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

33 שם, פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

34 בג"ץ 5467/07 שטרנברג נ' מפקד מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 21.6.2007). העתירה נדחתה, תוך שהשופט רובינשטיין מצייין "כי תכלית העתירה, מבלי לפגוע, אינה דאגתם של העותרים לעניין כובי האש והבטיחות אלא ניסיונם, לגיטימי ככל שיהא, למצוא דרך למנוע את אירועי המצעד הגאווה לאחר שנדחו עתירות קודמות" שם, פס' ד' לפסק דינו.

35 בג"ץ 5425/07 ישי נ' מפקד מחוז ירושלים (פורסם בנבו, ניתן ביום 21.6.2007). העתירה נדחתה ללא דיון, והוחלו עליה נימוקי העתירה העיקרית בבג"ץ גאווה 2007.

36 בג"ץ 5346/07 ברדנשטיין נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, ניתן ביום 19.6.2007). העתירה נדחתה על הסף.

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

העתירה העיקרית עסקה בסוגיות זהות לאלה של העתירות משנת 2006: הגנה על ביטחון הציבור ועל רגשותיו. גם חלק מהעותרים היו זהים: ברוך מרזל ואיתמר בן-גביר, אליהם הצטרפה הפעם עמותת "כוכב אחד"³⁷.

בפתח הדבר לעתירת מרזל ובן-גביר הואשמו הצועדים במצעד הגאווה בכך ש"יגרמו להפרת הסדר הציבורי ויובילו ברמה של ודאות קרובה, לפרוץ מהומות רחבות היקף שכמוהן לא נראו ולא נשמעו בעיר ירושלים"³⁸. העותרים האשימו את הצועדים בכך שכל חפצם הוא ביצירת פרובוקציה, "ונדמה כי הם נהנים ביותר מתשומת הלב והחשיפה להם זוכים ללא קשר לקידום זכויות של קהילה כזאת או אחרת"³⁹.

טענה נוספת כנגד אישור מצעד הגאווה בשנת 2007 הייתה טענת הפליה: לטענת מרזל ובן-גביר, המשטרה לא אישרה להם לקיים צעדות ומשמרות מחאה באום אל פאחם ובסכנין, וכן "ביקורת על הבניה הבלתי חוקית בשאר הערים במגזר הערבי", בנימוק של שמירה על שלום הציבור. אישור מצעד הגאווה מצביע לפיכך על הפליה לרעה של העותרים⁴⁰.

הרכב השופטים שדן בעתירה היה זהה להרכב בשנת 2006: עם הנשיאה ביניש ישבו בדין גם ב-2007 המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין והשופטת אילה פרוקצ'יה. כמו קודמתה, גם עתירה זו נדחתה מטעמים דומים. הפעם התקיים מצעד ולא התכנסות, אולם מסלול המצעד היה קצר – כ-500 מטרים בסך הכול – ועבר באזור מסחרי בעיקרו, מרוחק משכונות חרדיות, ולא באזור מגורים⁴¹.

בית המשפט חזר על קביעתו ש"אין ליתן פרס לאלומות ואין להיכנע לאלומות מצד קהל עוין אלא כאמצעי אחרון שאין בלתו"⁴². עוד הוסיפה הנשיאה, כי דין העתירה היה להתקבל, אילו "היה אמור מצעד הגאווה להיערך בלב השכונות החרדיות בעיר. ברי כי מעשה כזה היה מנוגד באופן קיצוני לסובלנות ההדדית המחייבת את בני החברה כולה, והיה יוצר פגיעה אנושה ברגשות הציבור החרדי-דתי"⁴³.

מעניין לציין שבית המשפט התעלם בפסק דינו מכך שחלק מהעותרים שביקשו הגנה על רגשותיהם הפגועים היו בין מארגני "מצעד הבהמות" ב-2006, מצעד מחאה נגד מצעד הגאווה. המטרה המוצהרת של "מצעד הבהמות" הייתה לפגוע ברגשותיהם של בנות ובני

37 בג"ץ גאווה 2007, לעיל ה"ש 1.

38 מתוך פתח הדבר לעתירת מרזל בכג"ץ גאווה 2007.

39 שם, בפס' 9.

40 שם, בפס' 29.

41 בג"ץ גאווה 2007, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

42 שם.

43 שם, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

הקהילה ההומולסבית ולהשפילם (הומופובים נדרשים תדירות להשוואה בין משכב זכר ובין משכב בהמה), וכעת אותם מארגנים מוחים על הפגיעה ברגשותיהם שלהם⁴⁴. לעומת זאת, המשנה לנשיאה סבר שבכל הנוגע לפגיעה ברגשות, אין לשלול את חופש הביטוי של קבוצה בציבור "מקום בו עצם התקבצותם של בני קבוצה מסוימת מעוררת התנגדות בשל שהווייתם שונה"⁴⁵. כלומר המשנה לנשיאה חשף את מה שעומד בבסיסה של ההתנגדות למצעד הגאווה ומאחורי מסך ה"פגיעה ברגשות" – התנגדות לעצם קיומם של הומואים ולסביות.

גם ב-2007 הדגישה הנשיאה בפסק דינה את התחייבותו כביכול של "הבית הפתוח", שהמצעד יהיה בעל "אופי צנוע ולא מתריס". ביטוי זה חזר שלוש פעמים בפסק הדין⁴⁶. כ-2,500 צועדים השתתפו במצעד ב-2007, והוא עבר כמעט ללא הפרעות. המשטרה עצרה גבר שנשא פצצה תוצרת בית במטרה להטמינה לאורך תוואי המצעד⁴⁷. על רקע המצעד בשנה זו התרחשו האירועים הבאים: קבוצת פעילי ימין, בראשות איתמר בן-גביר, הגיעה ל"בית הפתוח" כשחבריה עוטים כפפות על ידיהם⁴⁸; ארבעה חברי כנסת הגישו בתחילת יוני 2007 שתי הצעות חוק פרטיות לתיקון חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל⁴⁹. ההצעות נועדו לאסור לקיים את מצעד הגאווה בירושלים. שתי ההצעות עברו במליאת הכנסת בקריאה טרומית. בסופו של דבר החוק לא תוקן.

44 הטיעון הועלה בעל פה בדיון בבג"ץ גאווה 2007, אולם לא בא לידי ביטוי בפסק הדין הסופי. מתוך התכתבות פרטית, לעיל ה"ש 31. עתירת "תנו לחיות לחיות" נגד קיום מצעד הבהמות ב-2006 נדחתה. בג"ץ 9178/06 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מפקד מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 20.11.2006).

45 בג"ץ גאווה 2007, לעיל ה"ש 1, פסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

46 כמו ב-2006, גם ב-2007 לא ניתנה התחייבות כזו. לעיל ה"ש 31.

47 Steven Erlanger, *Israel: Gay Parade Draws 2,500*, N.Y. TIMES, 22.07.2007 <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9806E4D6103FF931A15755C0A9619C8B63&n=Top/Reference/Times%20Topics/People/E/Erlanger,%20Steven&scp=1&sq=Israel:%20Gay%20Parade%20Draws> (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

48 ראו דיווח באתר הבית הפתוח: www.joh.org.il/index.php?id=1439 (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010); טל וולבוויץ "הפרובוקציה: כפפות נגד גאווה", nrg, 15.6.2007; www.nrg.co.il/online/1/ART1/595/657.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010). הדבר מזכיר את כפפות הגומי שעטו שוטרי משטרת תל-אביב ב-1998. ראו לעיל ה"ש 11 והטקסט הנלווה לה.

49 הצעת חוק פרטית של ח"כ אליהו גבאי פ/17/1833 והצעת חוק פרטית של ח"כ יצחק וקנין, ח"כ נסים זאב וח"כ אמנון כהן, פ/17/1715.

4. ירושלים 2008

לקראת מצעד הגאווה בירושלים ביוני 2008 (שיועד להתקיים תחת הכותרת "אהבת חינם") שבו ועתרו לבג"ץ ברוך מרזל, איתמר בן-גביר, אפרים הולצברג ואחרים נגד קיום המצעד בכלל, או נגד קיום צעדה בלב העיר, תוך קריאה לקיום התכנסות באצטדיון בגבעת רם, במתכונת ההתכנסות מ-2006⁵⁰. הנימוק לעתירות התמקד הפעם בפגיעה ברגשות הציבור הדתי (עקרונות דתיים) והחילוני (מוסר). לטענת העותרים, "כל המצעדים של השנים האחרונות נשאו אופי מתריס, מקומם, פרובוקטיבי [כך] שיש בו משום התגרות"⁵¹; "המצעד השנה יעבור סמוך לריכוזי אוכלוסיה חרדית ודתית בירושלים!"⁵²; וכן כי "לא הושקעה מחשבה אמיתית באינטרסים האחרים פרט ל'זכויות' הקהילה עליהם נמנים אנשי המשיבה"⁵³. כפי שעולה מפסק הדין, נימוק החשש להפרעת הסדר הציבורי ולהתפרצות של אלימות נזנח הפעם⁵⁴. טיעון נוסף שהועלה בעתירה נגד המצעד – פגיעה בזכות לחופש התנועה של תושבי ירושלים ובאורח החיים השוטף בעיר⁵⁵, לא נדון כלל בפסק הדין. "הבית הפתוח" ציין בתשובתו לעתירה שבניגוד לשנים קודמות, ב-2008 הציבור החרדי נמנע ממחאות אלימות כנגד המצעד, וכי תיאום המצעד עם עיריית ירושלים נעשה ברוח טובה. משום כך, לדעתו, העתירות כנגד המצעד בשנה זו היו תמוהות במיוחד והצביעו על מניעים נוספים על הרצון למנוע את קיומו של המצעד⁵⁶. זאת במיוחד על רקע העובדה שהעותרים הם תושבי חברון, ותושבי ירושלים עצמם לא מחו כנגד קיום המצעד, וההכנות למצעד, עד רגע העתירה, "עברו על מי מנוחות"⁵⁷. עוד ציין "הבית הפתוח", שבניגוד לעותרים, חבריו הם תושבי ירושלים, ושהם מעוניינים לצעוד בעיר מגוריהם⁵⁸. גם הפעם העתירה נדחתה, וקיום המצעד אושר על ידי בג"ץ. לפי פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, "הודיעו המשיבים כי הקהילה ההומו-לסבית מתכוונת לקיים את האירוע בסגנון מאופק ומתון"⁵⁹.

50 בג"ץ גאווה 2008, לעיל ה"ש 1.
51 מצוטט בפס' 1 לתשובת הבית הפתוח לעתירה בבג"ץ גאווה 2008, שם (להלן: "תשובת הבית הפתוח").
52 מצוטט בפס' 11 לתשובת הבית הפתוח, לעיל ה"ש 51.
53 שם.
54 בג"ץ גאווה 2008, לעיל ה"ש 1, פס' 9 לפסק הדין.
55 כפי שעולה מפס' 32 לתשובת הבית הפתוח לעתירה, לעיל ה"ש 51. כפי שצוין שם, העותרים כלל אינם תושבי ירושלים, ולכן המצעד לא אמור להפריע את חופש התנועה שלהם. לנקודה זו ראו עוד להלן, ה"ש 58 והטקסט הנלווה לה.
56 תשובת הבית הפתוח, לעיל ה"ש 51, פס' 7-8, 10.
57 שם, בפס' 26.
58 שם.
59 בג"ץ גאווה 2008, לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק הדין. אמירה זו חוזרת על עצמה בפס' 8 לפסק הדין.

5. ירושלים 2009

ביום חמישי ה-25 ביוני 2009 התקיים מצעד הגאווה בירושלים. המצעד עבר ברחובות ירושלים ללא הפרעות מיוחדות⁶⁰ והוקדש לציון יום השנה ה-40 למהומות סטנוול⁶¹. כעשרה מאנשי הימין הקיצוני ארגנו הפגנת מחאה קטנה בכיכר פריז, סמוך למסלול המצעד, ואחד המפגינים זרק ביצה על הצועדים. כיכר השבת נסגרה לצורך הפגנה של תושבי העיר החרדים, אולם רק כמה עשרות של מפגינים הגיעו⁶². לא התקיימה הפגנת חרדים ענקית כמו בשנים קודמות, ולא היו גילויי אלימות ברחבי העיר בימים שקדמו למצעד, וזאת למרות החשש שבעקבות המחלוקת על פתיחת חניון ספרא בשבת יבקשו החרדים להלהיט את הרוחות בכל זאת⁶³. מספר השוטרים שאבטחו את המצעד היה 1,600, לעומת 7,000 ב-2007 ו-12,000 בשנת 2006 (אז כזכור לא נערך מצעד, אלא אירוע במתחם סגור)⁶⁴. השנה לא הוגשו עתירות הדורשות את ביטול המצעד. לפי הפרסומים בעיתונות, פעילים בעדה החרדית הסתפקו בהפצת מודעות גינוי, בנימוק שההפגנות האלימות נגד המצעד גורמות לעדה החרדית יותר נזק מאשר תועלת⁶⁵. לפי הדיווחים בעיתונות, חלק

60 דווקא אירועי הגאווה שהתקיימו מחוץ לירושלים משכו השנה תשומת לב ציבורית מיוחדת: באילת נתקלו חלק מהצועדים באלימות פיזית ומילולית קשה, ובעל מכולת מקומי אף תלה שלט "אין כניסה להומואים" בכניסה לחנותו. ראו: אהובה מאמוס "מצעד הגאווה באילת: גידופים, ביצים ו'אין כניסה'" *ynet* 16.5.2009 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3716515,00.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010). ב-10 ביוני 2009, יומיים לפני מועד מצעד הגאווה בתל אביב, שלחו שר הפנים אלי ישי, ח"כ אורי אריאל והרבנים הראשיים לישראל מכתב לראש עיריית תל-אביב, לראש הממשלה, ליועץ המשפטי לממשלה, למבקר המדינה, למפכ"ל המשטרה ולאחרים, בדרישה לבטל את המצעד, ולחלופין לקיימו במתחם סגור ומרוחק, לפקח על תכניו ולאסור כניסת משתתפים מתחת לגיל 18. המכתב, שנשלח על ידי עו"ד דורון שמואלי, העלה שורה של נימוקים נגד קיום המצעד: חשיפת קטינים לחומרי תועבה, פגיעה ברגשות הציבור הכללי והדת, פגיעה בכבוד האדם, האישה והקטין וכדומה (העתק המכתב נמצא בידי המחבר). ראו גם: אמנון מרנדה ואלי סניור "ישי והרבנים: לבטל את מצעד הגאווה בתל-אביב" *ynet* 10.6.2009 www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3729362,00.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

61 ראו לעיל ה"ש 8 והטקסט הנלווה לה.

62 יהונתן ליס ויאיר אטינגר "מצעד הגאווה בירושלים התנהל ללא עימותים חריגים" הארץ www.haaretz.com/hasite/spages/1095658.html 25.6.2009 (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

63 רונן מדזיני ואפרת וייס "אלפים צעדו בגאווה: י-ם לא חשוכה כמו טהרן" *ynet* 25.6.2009 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3737151,00.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

64 ליס ואטינגר, לעיל ה"ש 62.

65 קובי נחשוני "דילמה חרדית: למחות נגד מצעד הגאווה?" *ynet* 18.6.2009 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3733628,00.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

מהפסקוילים נתלו ביזמת אנשי הימין הקיצוני, בהם איתמר בן-גביר וברוך מרזל⁶⁶. חבר הכנסת מיכאל בן-ארי ("האיחוד הלאומי") הצטרף אל השניים בהצהירו שבכוונת הימין הקיצוני לארגן צעדות מחאה ביישובים ערביים בתגובה לקיום מצעד הגאווה בירושלים⁶⁷.

ד. אום אל פאחם 2009: תהלוכת דגלי ישראל

לקראת יום העצמאות ה-60 של מדינת ישראל, ביקשו איתמר בן-גביר וברוך מרזל להקים דוכן לממכר דגלי ישראל בעיר אום אל פאחם. עיריית אום אל פאחם, שאליה פנו, התעלמה מפנייתם. משטרת ישראל הפנתה אותם בחזרה אל העירייה⁶⁸. העותרים ציינו שמכיוון שלא מדובר בהפגנה ואין צורך ברישיון משטרה להקמת הדוכן, פנייתם למשטרה הייתה "למעלה מן הנדרש"⁶⁹.

בשל התעלמות עיריית אום אל פאחם, החליטו העותרים לקיים צעדת דגלים בעיר ופנו למשטרה בבקשה לאישורה⁷⁰. מטרת התהלוכה, כפי שכתבו העותרים, הייתה "ביטוי לנאמנות למדינה – ששים לישראל", ו"לומר לא! למי שמבקש לסתום פיות, לפגוע בחופש התנועה, להצר צעדיו של חופש הביטוי ואולי בעיקר: למי שסובר שיש באום אל פאחם אזרחים שהם מעל החוק, שאינם מחויבים לשלטון החוק, ולערכיה של המדינה בהם חיים"⁷¹. בבקשתם לאישור המצעד ציינו, שהמצעד יעבור במרכז אום אל פאחם, וישתתפו בו כמאה צועדים⁷².

משטרת ישראל לא אישרה את הבקשה, והציעה תוואי צעידה חלופי, העובר מחוץ לעיר⁷³. על פי המידע שהיה בידי המשטרה, כך נטען בתגובת המדינה, "קיומה של תהלוכה על ידי העותרים בעיר אום אל פאחם, עלול להביא, בדרגה של קרבה לוודאות, להתלהטות יצרים ואלימות, עד כדי חשש ממשי לפגיעה בשלום הציבור וביטחונם"⁷⁴.

שם, 66

ראו להלן ה"ש 125 והטקסט הצמוד לה. 67

פס' 5 לתשובת המדינה (להלן: "תשובת המדינה בעניין אום אל פאחם"). 68

פס' 15 לעתירה בעניין אום אל פאחם (להלן: "עתירת אום אל פאחם"). 69

שם, פס' 18. 70

שם, פס' 5. 71

תשובת המדינה בעניין אום אל פאחם, לעיל ה"ש 68, פס' 7. 72

שם, פס' 8. 73

שם, פס' 9. 74

בשל כך הוגשה העתירה לבג"ץ: "הזכות לקיים סיור דגלים באום אל פאחם היא זכות יסוד שאיננה ניתנת ולויכוח [כך]", נכתב בעתירתם⁷⁵. העותרים הזכירו בעתירתם את פסיקת בית המשפט העליון בעניין מצעדי הגאווה בשנים 2006 ו-2007⁷⁶, תוך הצנעת העובדה שהם היו אלה שעתרו כנגד קיום מצעדי הגאווה בשנים אלה, וגם בשנת 2008. עוד נטען שהחלטת המשטרה שלא לאשר את מסלול המצעד המבוקש באום אל פאחם נותנת "ווטו לאספסוף ופרס לאלימות"⁷⁷, ושהעותרים מופלים לרעה, משום ש"במקביל לסירוב המשטרה לאפשר לעותרים לצעוד בעיר מאפשרים המשיבים לתושבי אום אל פאחם ולאנשים המזוהים עימם פוליטית להסתובב ברחובות העיר, לקיים עצרות המוניות ותהלוכות שונות"⁷⁸.

בתגובתה, טענה המדינה ש"קיום התהלוכה יוביל, בדרגה של ודאות קרובה, לפגיעה בשלום הציבור ובסדר הציבורי"⁷⁹. בעקבות הפסיקה הרלוונטית⁸⁰, טענה המדינה כי באיזון הראוי שבין שלום הציבור ובין חופש הביטוי של העותרים, מן הראוי ששלום הציבור יגבר⁸¹. העותרים ויוזמי התהלוכה, טענה המדינה, הם פעילי ימין קיצוני. נוסף על כך, הם היו מעורבים בהפרות סדר על רקע לאומני בעבר, וכן הורשעו בפלילים בקשר לפעילותם⁸². עוד טענה המדינה, שכאשר עורכים את האיזון בין חופש הביטוי ובין שמירה על הסדר הציבורי יש לעשות זאת באופן שלוקח בחשבון את ההקשר: "הפגנה אינה נעשית במנותק מן המציאות. היא קשורה למקום ולזמן"⁸³.

עם זאת, המדינה לא טענה שיש לאסור את קיום הצעדה לחלוטין, אלא הציעה תואי חלופי שמקיים לדעתה את שני האינטרסים – שלום הציבור וחופש הביטוי של העותרים⁸⁴.

75 פס' 45 לעתירה בעניין אום אל פאחם, לעיל ה"ש 69.

76 שם, פס' 61–64.

77 שם, פס' 76.

78 שם, פס' 75.

79 תשובת המדינה בעניין אום אל פאחם, לעיל ה"ש 68, פס' 2.

80 ראו, למשל: בג"ץ 1928/96 מועצת יש"ע נ' ניצב אריה עמית – מפקד מחוז ירושלים, פ"ד נ(1) 541 (1996); בג"ץ 6658/93 עם כלביא נ' מפקד תחנת ירושלים, פ"ד מח(4) 793 (1994); בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (1984); בג"ץ 2979/05 מועצת יש"ע נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 27.3.2005); בג"ץ 5647/90 כהן נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד מה(1) 306 (1990); בג"ץ 7101/93 נוביק נ' מפקד מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 28.12.1993); בג"ץ 411/89 תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד מג(2) 17 (1989).

81 תשובת המדינה בעניין אום אל פאחם, לעיל ה"ש 68, פס' 18–21.

82 שם, פס' 18.

83 שם, פס' 20.

84 שם, פס' 22–24.

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

הפעם, בניגוד לעתירות נגד מצעדי הגאווה בשנים 2006–2008, בג"ץ, בהרכב בראשות השופט אדמונד לוי, לא נתן פסק דין שעסק בטענות המהותיות של העותרים או של המדינה, המשיכה בעתירה⁸⁵. תחת זאת, כפי שעולה מהכתובים, הוא עסק בהשגת הסכמה בין הצדדים על מועד קיום המצעד ומסלולו. כל פסק הדין כולו – שאורכו כעמוד וחצי – עוסק בענייני תיאום ולא בסוגיות משפטיות.

צעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם התקיימה ב-24.3.2009. היא ארכה פחות משלושים דקות, ולוותה במהומות ובמחאות של תושבי אום אל פאחם. המהומות נמשכו למעלה משעתיים, הרבה לאחר שהצעדה הסתיימה. סגן מפכ"ל המשטרה, ח"כ אילן גילאון, כתב של הטלוויזיה הרוסית, חמישה-עשר שוטרים ושלושה-עשר אזרחים נפצעו קל מיידוי אבנים של מפגינים ערבים. עשרה מפגינים ערבים (לפי ynet: "פורעים"⁸⁶) נעצרו⁸⁷. לפי הדיווחים בעיתונות, במהלך ההפגנה שוטרים סמויים מיחידת המסתערבים של מג"ב הסתובבו בין המפגינים הערבים ו"לאחר שהרוחות התלהטו, שלפו השוטרים כובעי משטרה ועצרו כמה מהמפגינים שהתפרעו ויידו אבנים"⁸⁸. המשטרה גם השתמשה ב"אמצעים לפיזור הפגנות", לרבות גז מדמיע, רימוני הלם וזרנוקי מים⁸⁹.

איתמר בן-גביר צוטט כמי שאמר "אנחנו לא באים לעורר פרובוקציות. אנו באים להניף דגלי ישראל ולהראות שמדינת ישראל היא בעלת הבית בכל ארץ ישראל"⁹⁰. ברוך מרזל אמר ש"זה שלב ראשון בניצחון הדגול שלנו, הוכח שכשישראל רוצה היא יכולה. הפעם נכנסו [כך] לקצה העיר, בפעם הבאה נכנס למרכז"⁹¹. מפכ"ל המשטרה אמר לכתבי "הארץ"

85 פרשת אום אל פאחם, לעיל ה"ש 2.

86 "המפכ"ל: הוכחנו שאפשר להפגין בכל מקום" ynet 24.3.2009 (ללא ציון שם מחבר).
www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3691413,00.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

87 אחיקם משה-דוד ורועי שרון "במשטרה מרוצים מתפקוד השוטרים באום אל פאחם" nrg, 24.3.2007
www.nrg.co.il/online/1/ART1/870/481.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010);
יואב שטרן, אלי אשכנזי ויובל גורן, "שביעות רצון במשטרה: צעדת הימין באום אל-פחם הסתיימה, בעימותים בין תושבי העיר לשוטרים נפצעו 28 אנשים", הארץ 24.3.2009.
www.haaretz.com/hasite/spages/1073519.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

88 משה-דוד ושרון, לעיל ה"ש 87.

89 שם. אין ספק שעל המשטרה להגיב על התפרעויות ועל גילויי אלימות. אולם מהדיווחים בעיתונות על התפרעויות הציבור החרדי בירושלים לקראת מצעדי הגאווה לא עולה שהמשטרה השתמשה באמצעים דומים כדי להגיב על אלימותם. אם אכן נעשה שימוש בשוטרים סמויים, בזרנוקי מים או באמצעים אחרים בהפגנות הציבור החרדי בירושלים, המשטרה לא דיווחה על כך בגאווה כפי שעשתה לאחר הצעדה באום אל פאחם.

90 משה-דוד ושרון, שם.

91 שטרן, אשכנזי וגורן, לעיל ה"ש 87.

ש"אתמול בערב אישרתי את תכנית הפעולה האחרונה לקראת הצעדה היום. הבוקר נכנסו 2,500 שוטרים להבטיח את קיומו של הליך דמוקרטי במדינת ישראל"⁹².

ה. בג"ץ בין ירושלים לאום אל פאחם

בחלק זה אדון בשלוש סוגיות שעולות מפרשות מצעדי הגאווה והצעדה באום אל פאחם: סוגיית ניקיון הכפיים, סוגיית הפגיעה ברגשות וסוגיית השימוש שעושים העותרים בבג"ץ כחלק מפעילותם החברתית והפוליטית. שלוש סוגיות אלה קשורות זו לזו ומשליכות זו על זו.

1. ניקיון כפיים

בג"ץ דוחה לעתים עתירות מן הטעם שהעותר נהג בחוסר ניקיון כפיים⁹³. הוא עושה כן על סמך הקביעה בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, שלפיו הוא מוסמך לתת סעד מן הצדק: "כלל מנחה וחשוב הוא, כי הפונה לשעריו של בית-משפט זה, בבקשה למתן סעד מן הצדק, יפנה הוא בניקיון כפיים"⁹⁴. כיוון שבג"ץ מעניק סעד למען הצדק, "הושטת סעד למי שרמס

92 ש.ם.

93 ראו, למשל: בג"ץ 2631/09 ימין נ' נציבות שירות המדינה י-ם (פורסם בנבו, 21.4.2009) (דחיית עתירה על הסף, בין היתר בשל אי-גילוי כל הפרטים הרלוונטיים); בג"ץ 384/09 הקרי (יטאח) נ' משטרת ישראל, תחנת השכונות (פורסם בנבו, 2.2.2009) (די באי-גילוי מלוא התמונה העובדתית כדי לדחות את העתירה); בג"ץ 1439/08 ניצולת הקרטל בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים (פורסם בנבו, 20.11.2008) (דחיית עתירה על הסף בשל אי-גילוי עובדות וקיומם של הליכים דומים באותו עניין בעבר); בג"ץ 5548/00 אברהם (כהן) נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 29.5.2001) (דחיית עתירה לביטול הסכם גירושין בשל כפייה ועושה בשל הצהרה שקרית כביכול על הסכמה לחתימה על הסכם גירושין בפני בית הדין הרבני); בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 402, 393 (1986). כמו כן ראו למשל: אריאל בנדור, "שיקול-הדעת של בית-המשפט הגבוה לצדק – מה הדין?" משפטים כא 161 (1991). אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי, כרך שני: עילות סף 129–157 (2008). חוסר ניקיון כפיים הוכר כטעם לדחיית בקשות רשות ערעור וערעורים גם במשפט האזרחי. ראו, למשל: רע"א 199/09 סרי נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 5.2.2009). במשפט האזרחי ניקיון הכפיים נקשר הן לדוקטרינת תום הלב והן לדוקטרינת ההשתק. ראו, למשל, עניין אברהם (כהן) לעיל; רע"א 7724/04 גולקו נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 4.11.2004).

94 השופט ג'ובראן בבג"ץ 11407/04 פלונית נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 21.6.2005).

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

את הדין בין כותלי בית המשפט או מחוצה לו, בקשר ישיר או עקיף עם ההליך, אינה עולה בקנה אחד עם תחושה בסיסית של צדק⁹⁵. עקרון ניקיון הכפיים נקבע במשפט העברי⁹⁶ ובדיני היושר האנגליים⁹⁷. מטרתו היא לקדם את הציות לחוק⁹⁸, לקדם את יעילות ההליך המנהלי והמשפטי על ידי מסירת מידע מלא לבית המשפט על ידי הצדדים⁹⁹, וכן לקדם את חקר האמת¹⁰⁰. במסגרת כלל ניקיון הכפיים ישנם כמה כללי משנה: גילוי מלא של העובדות והמסמכים¹⁰¹, גילוי של הליכים קודמים הנוגעים לעניין¹⁰², הימנעות מהצגה מטעה של עובדות¹⁰³, הימנעות מהצגת גרסאות סותרות¹⁰⁴ וכן הימנעות מעשיית דין עצמית¹⁰⁵. ישנן מידות שונות של חומרה של היעדר ניקיון כפיים. אי-ניקיון כפיים זדוני ומכוון, הנוגע למשל להסתרת עובדה מהותית מבג"ץ, עלול להביא לדחייה על הסף של העתירה¹⁰⁶. לאור גישתו המצמצמת של בג"ץ לדחייה על הסף בשל היעדר ניקיון כפיים, הדבר נעשה לעתים נדירות יחסית. היעדר ניקיון כפיים חמור פחות, כמו למשל הסתרת פרט שולי מבית המשפט, לא מצדיק את דחיית העתירה מן הטעם הזה בלבד¹⁰⁷. עם זאת, גם

- 95 שרגא ושחר, לעיל ה"ש 93, בעמ' 132.
- 96 ראו תהלים כד, 3-4: "מִי יַעֲלֶה בְּהַר יְהוָה וְיִמִּי יִקוּם בְּמִקוֹם קָדְשׁוֹ. נְקִי כַפַּיִם וְכֵר לֵבָב אֲשֶׁר לֹא נִשְׂא לְשׂוֹא נִפְשֵׁי וְלֹא נִשְׂבַּע לְמַרְמָה".
- 97 "He who comes into equity must come with clean hands"; P. V. BAKER & P. ST. J., SNELL'S EQUITY 31-32 (29th ed. 1990). ראו גם שרגא ושחר, לעיל ה"ש 93, בעמ' 130.
- 98 בג"ץ 3483/05 די.בי.אס. שירותי לווין (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת, פס" 13 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 9.9.2007).
- 99 בג"ץ 579/89 ניביט מערכות בע"מ נ' משרד המסחר והתעשייה (פורסם בנבו, 11.12.1989).
- 100 בג"ץ 495/86 בלס נ' פרקליט מחוז תל-אביב (פורסם בנבו, 10.9.1986); בג"ץ 594/84 עוזיאלי נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מ(2) 262, 263-264 (1986).
- 101 בג"ץ 421/86 אשכנזי נ' שר התחבורה, פ"ד מא(1) 409, 410 (1987); בג"ץ 430/87 אהרוני נ' ניצב משנה יהודה וילק (פורסם בנבו, 10.8.1987).
- 102 בג"ץ 1778/05 יאסין נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 3.3.2005).
- 103 עניין עוזיאלי, לעיל ה"ש 100; עניין אשכנזי, לעיל ה"ש 101.
- 104 בג"ץ 3975/05 כהן נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 25.4.2005).
- 105 שרגא ושחר, לעיל ה"ש 93, בעמ' 132-133, 147-152. וכן ראו: 609/75 ישראל נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד ל(2) 304, 306 (1976).
- 106 שרגא ושחר, לעיל ה"ש 93, בעמ' 133. וכן ראו: בג"ץ 561/85 קוקו נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 7.4.1986).
- 107 בג"ץ 134/79 שיכון עובדים בע"מ נ' המועצה המקומית נוה מונוסון, פ"ד לג(3) 169, 170-171 (1979); בג"ץ 5445/93 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד נ(1) 397, 404 (1994).

במקרים שבהם העתירה לא תידחה על הסף, חוסר ניקיון כפיים יהיה שיקול בפסיקת הוצאות לחובת הצד שנהג כך¹⁰⁸.

במשך השנים גבולות ניקיון הכפיים הנדרש מעותר לבג"ץ שנויים במחלוקת. כך, למשל, סבר הנשיא לנדוי שיש אנשים שאינם ראויים לשום סעד מבג"ץ, בשל פעילותם הפוליטית¹⁰⁹. בקוטב השני ניצבה עמדתו של השופט ח' כהן, שלפיה ניקיון הכפיים נדרש אך ורק לעניינים הכרוכים בעתירה באופן ישיר¹¹⁰. את עמדת הביניים הציג השופט י' כהן, והיא זו שהתקבלה בפסיקה המאוחרת יותר: ניקיון הכפיים חובק אך ורק את העניינים הקשורים לעתירה, אולם יש לפרש באופן מרחיב את קשת העניינים הקשורים לעתירה¹¹¹. בין החריגים לעקרון ניקיון הכפיים, נפסק שכאשר פעולת הרשות נגועה בחוסר ניקיון כפיים, לא יעמוד בית המשפט באופן דווקני על ניקיון כפיו של העותר נגד הרשות¹¹². נקיטת סחבת על ידי הרשות או יצירת מצג שלפיו בקשת הפונה תאושר והסתמכות של הפונה על מצג זה יכולות להוות אי-ניקיון כפיים של הרשות המצדיק חריגה מעמידה על ניקיון כפיו של העותר¹¹³. כמו כן בידי בית המשפט שיקול הדעת לדון בעתירה למרות אי-ניקיון כפיו של העותר גם כאשר לא מתקיים אחד החריגים שהוכרו בפסיקה, כמו למשל כאשר קיימת אי-בהירות משפטית בסוגיה מסוימת בשל פסיקות סותרות של ערכאות נמוכות, או כאשר העתירה עוסקת בסוגיה בעלת חשיבות עקרונית ומעוררת עניין רב¹¹⁴. אמנם בית המשפט אזכר בקצרה את סוגיית ניקיון הכפיים בהערת אגב בבג"ץ גאוזה 2006, ונוף בעותרים על אזהרותיהם מפני התפרצות אלימות¹¹⁵. עם זאת, הוא התעלם

108 ראו, למשל, בר"ם 9771/05 אביגל שירותי כוח אדם ועבודה בע"מ נ' גרמן (פורסם בנבו, 23.10.2005). בית המשפט העליון סירב להתערב בפסיקת הוצאות גבוהות במיוחד על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים; כפי שעולה מבקשת רשות הערעור ומהחלטת השופטת (כתוארה אז) דורית ביניש, אף שבית המשפט לעניינים מינהליים דחה את העתירה המנהלית לגופה ולא בשל חוסר ניקיון כפיים של העותרת, הוא לקח את חוסר ניקיון הכפיים של העותרת בחשבון בפסיקת ההוצאות.

109 בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה (3) 113, 122 (1980).

110 שם, בעמ' 130.

111 שם, בעמ' 136. גישה זו אומצה, למשל, על ידי השופט ד' לוי בעניין כהנא, לעיל ה"ש 93, בעמ' 405.

112 בג"ץ 10/80 זילכה נ' ראש עיריית חולון, פ"ד לד (4) 651 (1980).

113 שם. מרזל ובן-גביר העלו טענה מסוג זה בעתירתם נגד החלטת המשטרה שלא לאפשר את המצעד באום אל פאחם. בעתירתם נטען לסחבת מצד המשטרה. פס' 2 ו-17-50 לעתירה בעניין אום אל פאחם, לעיל ה"ש 69. עם זאת, כאמור, בית המשפט לא דן כלל בטענות המהותיות, לא של העותרים ולא של המשיבים.

114 בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג (4) 356, 361-362 (1989); בג"ץ 1618/97 סצי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נב (2) 542, 574 (1998).

115 לעיל ה"ש 27-30 והטקסט הנלווה להן.

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

מטענות המשיבים לעתירות השונות בדבר חוסר ניקיון כפיהם של העותרים נגד מצעד הגאווה כמצדיקות דחייה על הסף של עתירותיהם. אני סבור שאמנם לא היה מקום לדחיית העתירות על הסף בשל חוסר ניקיון כפיים, לאור מגמת הצמצום החיובית של נימוק זה בפסיקת בג"ץ. עם זאת, היה מקום בהחלט לדיון מפורט יותר בשאלת ניקיון כפיהם של העותרים, כנימוק בין הנימוקים לדחיית עתירותיהם נגד מצעדי הגאווה¹¹⁶.

בניגוד לדברי התוכחה שהשמיע בג"ץ ב-2006 בעניין האלימות שעלולה הייתה להתפרץ בתגובה למצעד הגאווה, בג"ץ גאווה 2008 התעלם לחלוטין מהסטנדרט הכפול שהפגינו העותרים לעניין תחולתו של חופש הביטוי והיקפו, בכך שביקשו להשתיק את הצועדים במצעד הגאווה במקביל לכך שעתרו נגד השתקתם שלהם באום אל פאחם. זאת, אף שבתשובת "הבית הפתוח" לעתירה נגד קיום מצעד הגאווה ב-2008, נכתב:

"על אף ניסיונם של העותרים להיתלות בפגיעה ברגשות, הרי שפגיעה ברגשות כערך אינה מטרידה את העותרים במיוחד, והם עושים שימוש בערך זה רק אל מול מצעד הגאווה, אשר לו הם מתנגדים באופן אידיאולוגי. כך למשל מציינים העותרים בפסקה 42 לעתירתם, כי בימים אלה הם מבקשים אישור ממשטרת ישראל לקיים צעדה באום אל פאחם. העותרים, ממובילי זרם הימין הקיצוני, הדוגלים בעמדות קיצוניות כלפי הציבור הערבי בישראל, אינם מוטרדים כלל מהפגיעה המתחייבת ברגשות תושבי אום אל פאחם. משמע, פגיעה ברגשות אינו ערך אמיתי בעיני העותרים, והם עושים בו שימוש ציני בהקשרה של עתירה זאת"¹¹⁷.

כאמור, בית המשפט התעלם מהסתירה בין עמדות העותרים לעניין הפגיעה ברגשות, הן בבג"ץ גאווה 2008, והן בעניין צעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם. כיצד ניתן להבין זאת? האם התעלמות זו קשורה לירידה הכללית בחשיבותו של עקרון ניקיון הכפיים במשפט הישראלי כנימוק המצדיק דחיית עתירות (על הסף או לגופן)? האם הסיבה להיעדר הדיון ברגשותיהם של ערביי אום אל פאחם נעוצה בכך שלא מדובר ברגשות דתיים, הזוכים, בדרך כלל, להגנה נרחבת יותר מאשר רגשות אחרים¹¹⁸? מהשוואה בין מצעדי הגאווה לפרשת אום אל פאחם, נדמה שלמרות תחושת הניכור שמבטאים העותרים, יהודים דתיים מתנחלים, כלפי המדינה בכלל ובית המשפט העליון בפרט, בסופו של דבר בית המשפט

116 ראו לעיל ה"ש 107 ו-108 והטקסט הנלווה להן.

117 תשובת הבית הפתוח, לעיל ה"ש 51, בפס' 38.

118 ראו להלן ה"ש 130 והטקסט הנלווה לה.

העליון משקיע מאמצים גדולים יותר כדי להסביר להם את פסיקתו, מאשר לערביי ישראל או להומואים ולסביות.

בעניין האלימות, ניתן היה לטפל באי-ניקיון הכפיים של העותרים דרך הכלל האוסר עשיית דין עצמית: כל עוד העותרים, ממנהיגי הציבור המתפרע ומדובריו, אינם מונעים את האלימות שמטרתה להביא לביטול מצעדי הגאווה, ניתן לראות בהם כמי שעושים דין לעצמם. מטרתה של עשיית דין עצמית זו היא להביא לביטול המצעדים בדרכים אלימות ולא חוקיות, וזאת למקרה שהעותרות נגדם תדחינה, והם לא יבוטלו באופן חוקי¹¹⁹. במיוחד היה מקום להחיל את עקרון ניקיון הכפיים על עתירותיו של אפרים הולצברג נגד מצעד הגאווה, בהתחשב בדבריו בוועדת הפנים של הכנסת¹²⁰.

באשר לסטנדרט הכפול בנוגע לתחולת עקרון חופש הביטוי, ניתן לראות בכך משום הצגת גרסאות סותרות של טענות העותרים בהליכים שונים בפני בית המשפט ובפני המשטרה¹²¹. הגרסאות הסותרות במקרה זה הן באשר לתפיסת האינטרסים של העותרים שנפגעים בעקבות החלטות המשטרה בעניין מצעדי הגאווה מחד גיסא, ובעניין הצעדה באום אל פאחם מאידך גיסא: במקרה הראשון, הם טוענים שחופש הביטוי יפגע ברגשותיהם שלהם ושל הציבור שהם מייצגים; במקרה השני, כאשר חופש הביטוי שלהם עתיד לפגוע ברגשותיו של ציבור אחר, הם מוחים על הפגיעה בו.

ובכל מקרה, גישת הפרשנות של ניקיון הכפיים, כפי שהשתרשה בפסיקה בעקבות פסק דינו של השופט י' כהן בעניין קוואסמה¹²², חייבה לפחות קיום בחינה רחבה יותר של הקשר הדברים בכל הנוגע לניקיון כפיהם של העותרים, הן בעניין מצעדי הגאווה והן בעניין הצעדה באום אל פאחם, במיוחד לאור העובדה שהעותרים המרכזיים בכל הפרשות היו זהים.

כך, למשל, ניתן היה לעמוד על הכוונה שמאחורי עתירותיהם של מרזל ובן-גביר: התנגדות לעצם קיומם של ההומואים והלסביות¹²³, ושאיפה לגרש את הערבים משטחי מדינת ישראל בעניין הצעדה באום אל פאחם. לפי פסיקת בית המשפט העליון, המצב הנפשי של העותר שאינו נקי כפיים רלוונטי לעניין שקילת היעדר ניקיון הכפיים¹²⁴. לעניין

119 ראו עניין ישראלי, לעיל הערה 105, בעמ' 306, וכן ד"נ 19/68 עירית פתח תקוה נ' שר החקלאות, פ"ד כג(1) 253, 255 (1969).

120 לעיל ה"ש 22.

121 ראו עניין כהן, לעיל ה"ש 104 והטקסט הנלווה לה.

122 לעיל ה"ש 111 והטקסט הנלווה לה.

123 כפי שציין השופט ריבלין בבג"ץ גאווה 2007, לעיל ה"ש 1.

124 בג"ץ 5/48 ליון נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 58, 62 (1948); בג"ץ 37/49 גולדשטיין נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, יפו, פ"ד ב 716, 729 (1949).

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

זה, שאלת השימוש במוסדות המשטר על ידי מי שמתנגד לו, במטרה לשנותו, מתעוררת כאן במלוא עצמתה: האם יש לאפשר למי שכופרים בהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית להשתמש במערכת בתי המשפט שלה כדי לקדם את סדר היום שלהם: הפיכת המדינה למדינה לא דמוקרטית? זוהי דילמה ידועה ומוכרת, וייתכן שהיה מקום לחשוב על העתירות הללו לאורה.

ביוני 2009 ניתן בדיעבד אישור לתפיסה ההקשרית של המצעדים, עם פרסום הידיעות על תכניתם של פעילי הימין הקיצוני לארגן כ-15 צעדות ביישובים ערביים במחאה על אישור המשטרה לקיים את מצעד הגאווה בירושלים (המצעד התקיים ב-25.6.2009).¹²⁵ עם מארגני צעדות המחאה של הימין הקיצוני נמנים ברוך מרזל ואיתמר בן-גביר, העותרים נגד מצעד הגאווה בשנים הקודמות ומארגני הצעדה באום אל פאחם ב-2009.¹²⁶

2. פגיעה ברגשות

הפסיקה בעניין המתח בין חופש הביטוי ובין הסכנה לפגיעה ברגשות הציבור ענפה¹²⁷, והיא נסקרת בהרחבה בפסקי הדין בעניין מצעד הגאווה. הכלל שהשתרש בפסיקה הוא שחופש הביטוי ייסוג מפני השמירה על רגשות הציבור רק במקרים נדירים "אשר באופיים מזעזעים את אמות הספים של הסובלנות ההדדית"¹²⁸. במסגרת רגשות הציבור המוגנים כלולים "רגשות דתיים ומוסריים, בין רגשות עדתיים ובין רגשות אחרים"¹²⁹.

125 נדב שרגאי "בתגובה למצעד הגאווה, פעילי הימין מתכננים לצעוד ביישובים ערביים" הארץ 22.6.2009 www.haaretz.com/hasite/spages/1094764.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010); רונן מדויני "מצעד הגאווה בים: מרזל יצעד ביישובים ערביים" ynet 22.6.2009 www.ynet.co.il/Ext/Comp/ArticleLayout/CdaArticlePrintPreview/1,2506,L-3734968,00.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

126 שם.

127 ראו, למשל: דנג"ץ 10480/03 בוסידין נ' בכרי, פ"ד נט(1) 625 (2004); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003); בג"ץ 2410/90 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 (1994); בג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש-הממשלה, פ"ד נד(2) 345 (2000); דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש-הממשלה נ' הופמן, פ"ד נו(3) 289 (2003) (להלן: דנג"ץ נשות הכותל); בג"ץ 4185/90 נאמני הר-הבית – עמותה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 221 (1993); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999); בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997). לדיון אקדמי בפסיקה, ראו למשל כהן-אלמגור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 180–224.

128 עניין חורב לעיל ה"ש 127, בעמ' 50.

129 בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 286 (1987).

בפועל, במרבית המקרים שבהם נטענת פגיעה ברגשות מדובר ברגשות דתיים¹³⁰. ולכן, שלא במפתיע, במקרים הנדירים שבהם הסיג בג"ץ את חופש הביטוי מפני הערך של פגיעה ברגשות הציבור, אלה היו רגשות דתיים, בין של יהודים ובין של מוסלמים. ככלל, "ניטרל בית-המשפט כמעט לחלוטין את כוחם של טיעונים המבוססים על פגיעה ברגשות"¹³¹ (ואולם, כידוע, עובדה זו לא מונעת מעותרים להמשיך ולהעלות טיעון זה שוב ושוב בעתירות לבג"ץ).

שאלת הלגיטימיות של שימוש בפגיעה ברגשות – דתיים ואחרים – כעילת תביעה וכעילה להגבלת החירות, זכתה לדיון נרחב בהגות הליברלית¹³². כפי שמציין דני סטטמן, הזרם המרכזי בהגות זו מתנגד להטלת מגבלות על החירות בשל פגיעה ברגשות¹³³, ואף סטטמן וספיר עצמם סבורים "שאינן לקבל את טענות הדתיים בלא בחינה ביקורתית"¹³⁴. הדיון שלהלן ידגים את הבעייתיות התשתיתית שברעיון הפגיעה ברגשות כנימוק להצרת חופש הביטוי. לצורך הדיון עליו להיכנס בכל זאת לתחום המהותי של חופש הביטוי ולבחון אם באמת אין התערבות בתוכנו של הביטוי כאשר מכבדים "רגשות" באשר הם. זאת, משום ש"רגשות" ו"פגיעה" אינם מונחים ניטרליים, אף שהם נתפסים ככאלה. כך, למשל, כפי שאטען, אותם "רגשות דתיים" (שאוילי לגיטימי להגן עליהם) יכולים להיות מוגדרים מחדש כ"רגשות פטריארכליים" (שלא לגיטימי להגן עליהם). בדונו בשאלת הפגיעה ברגשות¹³⁵, בהכירו ברגש הדתי כרגש שיש אפילו לשקול הגנה עליו (אפילו שברוב המקרים הגנה כזו לא מוענקה), בג"ץ מבצע הכרעה פרשנית אידאולוגית, שמעדיפה את הרגש הדתי על פני כל רגש אחר; אבל הוא גם מסכים עם עצם ההגדרה של הרגש כרגש דתי, הגדרה שאינה מחויבת המציאות, כפי שאסביר להלן.

130 דני סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים", בתוך: רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 133, 133–134 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998).

131 שם, בעמ' 182–184.

132 ראו, למשל, ג'ון סטיוארט מיל על החירות 165–166 (עפר קובר מתרגם, 2006). לביקורת על המעמד המוחלט והבלתי מסויג של חופש הביטוי במשפט החוקתי האמריקני, ראו: RICHARD DELGADO & JEAN STEFANCIC, MUST WE DEFEND NAZIS? HATE SPEECH, PORNOGRAPHY, AND THE NEW FIRST AMENDMENT 149–162 (1997). המחברים מבקרים את מה שהם מכנים "המשיכה הרומנטית למוחלטות של התיקון הראשון לחוקה", וסבורים שיש לבחון באופן ביקורתי אם הגנה על חופש הביטוי של הנאו-נאצים אכן תקדם את חופש הביטוי. שם.

133 סטטמן, לעיל ה"ש 130, בעמ' 141.

134 דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5, 54 (2004).

135 ראו להלן דיון בסעיף ד(2)(ב).

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

אבל גם לנוכח היקפו הצר של חריג הפגיעה ברגשות, יש מקום לבחון היכן בית המשפט שוקל אותו, והיכן הוא מתעלם ממנו כליל, והאם הבדלים אלה מקריים. כפי שצינתי לעיל, מכיוון שפסק הדין בעניין הצעדה באום אל פאחם נטול כל דיון עקרוני משפטי, ממילא שאלת הפגיעה ברגשות הציבור הערבי באום אל פאחם לא נדונה בו, וזאת בשונה מההתלבטות בנוגע לרגשותיהם של היהודים הדתיים בירושלים, התלבטות שחוזרת על עצמה בפסקי הדין בעניין מצעדי הגאווה.

להלן אציע שתי נקודות מבט אפשריות לניתוח סוגיית הפגיעה ברגשות: האחת משתמעת מפסק דינה של הנשיאה בעניין גאווה 2007 ונוגעת למיקום ההפגנה, והאחרת עוסקת כאמור בהגדרה מחודשת של רגשות דתיים כרגשות פטריארכליים.

(א) פגיעה ברגשות הציבור כשאלה של גאוגרפיה

בפסק דינה בעתירה בעניין בג"ץ גאווה 2007, ציינה נשיאת בית המשפט העליון שדין העתירה היה להתקבל – כלומר מצעד הגאווה היה מבוטל – אילו "היה אמור מצעד הגאווה להיערך בלב השכונות החרדיות בעיר. ברי כי מעשה כזה היה מנוגד באופן קיצוני לסובלנות ההדדית המחייבת את בני החברה כולה, והיה יוצר פגיעה אנושה ברגשות הציבור החרדי-דתי"¹³⁶. האם זה לא בדיוק מה שביקשו לעשות פעילי הימין הקיצוני באום אל פאחם? מדוע במקרה שלהם התעלם בג"ץ מאמירתה הנחרצת של הנשיאה בעניין בג"ץ גאווה 2007¹³⁷?

צעדת מחאה באזור עוין לצועדים נדונה בעבר בבית המשפט העליון, בין היתר בעניין סיעת מר"צ, אשר ביקשה לקיים צעדה ברחוב בר-אילן בירושלים בשבת אחר הצהריים¹³⁸, ובעניין תנועת נאמני הר הבית, אשר ביקשה לקיים ביום ירושלים תהלוכה שתעבור במזרח ירושלים ותסתיים בהר הבית¹³⁹.

עתירת סיעת מר"צ התקבלה. התהלוכה לאורך בר-אילן נועדה למחות על האלימות שמפגין הציבור החרדי לאורך ציר התחבורה המרכזי, במטרה להביא לסגירתו בשבת. בג"ץ קבע שהתהלוכה תתקיים, וזאת לאור חשיבותו של עקרון חופש הביטוי והרצון שלא לתת זכות וטו לקהל עוין ואלים¹⁴⁰.

136 לעיל ה"ש 43 והטקסט הנלווה לה.

137 נקודה זו קשורה גם לסוגיית ניקיון הכפיים שנדונה לעיל.

138 בג"ץ 4712/96 סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד (נ) 822 (1996).

139 בג"ץ 411/89 תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד מג(2) 17 (1989).

140 עניין סיעת מרצ, לעיל ה"ש 138, בעמ' 830.

לעומת זאת, עתירתם של נאמני הר הבית נדחתה "עקב חשש ממשי בדרגה של ודאות קרובה להפרת השלום והסדר הציבורי"¹⁴¹. בג"ץ ציין שככלל על המשטרה להיערך למנוע את הפרת השלום והסדר הציבורי, אולם כיוון שהצעדה תוכננה להתקיים ביום ירושלים, וכיוון שהמשטרה נדרשה להקצות כוחות לשמירה על הסדר הציבורי בכל אירועי אותו היום, החלטת המשטרה שלא לאשר את התהלכה אל עבר הר הבית הייתה סבירה¹⁴². בשני המקרים, כמו במקרים נוספים שלא מאוזכרים כאן, וכמו באמרת האגב של הנשיאה בפסק דינה בעניין גאוה 2007, בג"ץ לא התעלם מהזמן ומהמקום (שבת/יום ירושלים, שכונה חרדית/אזור מוסלמי, רגשות בני הגנה/רגשות שאינם בני הגנה), ושקל את הנתונים הללו בבצעו את האיזון בין חופש הביטוי ובין ההגנה על רגשות הציבור. שאלה זו התעוררה לא אחת גם בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני, וגם שם סירבו בתי המשפט להגביל את חופש הביטוי בשל פגיעה ברגשות¹⁴³. אחד המקרים המפורסמים ביותר הוא צעדת התנועה הנאצית האמריקנית בעיירה סקוקי, פרבר של שיקגו, שבמדינת אילינוי. באוקטובר 1976 ביקשה התנועה הנאצית האמריקנית רישיון הפגנה מאת הממונה על הפארקים בעיריית סקוקי לצורך קיום צעדה בעיר. הבחירה בסקוקי לא הייתה מקרית: רוב אוכלוסייתה הייתה יהודית (40,000 מתוך 70,000 תושביה), ורבים מתושביה היהודים בעת ההיא היו ניצולי שואה. במסגרת הצעדה ביקשו חברי התנועה הנאצית להניף את סמל צלב הקרס, ולחלק עלונים הקוראים לרצח יהודים ומכחישים את השואה. מטרתה המוצהרת של הצעדה הייתה להלך אימים על תושבי סקוקי ולפגוע ברגשותיהם¹⁴⁴. לאחר שהוענק למבקשים רישיון ההפגנה, עתרה העירייה לביטולו בראשית 1977, והעתירה התקבלה. במקביל, העבירה מועצת העיר שלושה חוקי עזר שנועדו למנוע מתן רישיון הפגנה לתנועה הנאצית האמריקנית בעתיד. בקשה נוספת של התנועה הנאצית לקבל רישיון הפגנה ליום העצמאות האמריקני, ה-4 ביולי 1977, סורבה, בנימוק שיהיה בכך כדי להפר את חוקי העזר החדשים. בעקבות זאת, האגודה האמריקנית לזכויות האזרח (ה-ACLU) עתרה בשם התנועה הנאצית לבית משפט פדרלי, בטענה שחוקי העזר לא חוקתיים, בהיותם פוגעים בחופש הביטוי המעוגן בתיקון הראשון לחוקה¹⁴⁵.

141 עניין תנועת נאמני הר הבית, לעיל ה"ש 139, בעמ' 21.

142 שם.

143 סטטמן, לעיל ה"ש 130, בעמ' 182–183.

144 Lee C. Bollinger, *The Tolerant Society* 13 (1986). אגב, כפי שבולינגר מציין, אביו

של פרנק קולין, מנהיג התנועה הנאצית, היה יהודי ניצול דכאו. שם, בעמ' 26–27.

145 שם, בעמ' 25. בהקשר זה מעניין לציין שהאגודה לזכויות האזרח הישראלית בירכה על פסיקת

בג"ץ בעניין צעדת אום אל פאחם. "האגודה לזכויות האזרח: אין למנוע מצעד פעילי ימין

מחשש מאלימות" *nrg* 29.10.2008 www.nrg.co.il/online/1/ART1/804/305.html (נבדק

לאחרונה ב-15.7.2009).

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

בית המשפט העליון של מדינת אילינוי אמנם הביע את הזדהותו עם תושבי סקוקי, אולם פסק שצעדת הנאו־נאצים והנפת דגלים הנושאים את סמל צלב הקרס לא יכולות להיאסר¹⁴⁶. בית המשפט העליון של ארצות-הברית סירב להתערב, ובכך אישר את הפסיקה¹⁴⁷. המצעד, שתוכנן ליום ראשון ה-25 ביוני 1978, בוטל על ידי אנשי המפלגה הנאצית. פרנק קולין, מנהיג התנועה, טען שהדרישה לקיום המצעד הייתה בסך הכול ניסיון התססה שמטרתו "לשקם את חופש הביטוי"¹⁴⁸.

האם "הבית הפתוח" היה, למשל, מעלה על דעתו לתבוע לקיים את מצעד הגאווה במאה שערים או בחברון? פעילי הימין הקיצוני דווקא בחרו בדיוק בנתיב הזה: קיום צעדה לאומנית, שמטרתה הפחדה ואיום, בלב עיר ערבית בישראל. למעט הזות נתיב הצעדה אל שולי העיר, אותו בג"ץ שציין שהיה אוסר מצעד גאווה שעובר בשכונה חרדית, עמד לצדם של אנשי הימין הקיצוני, ללא כל הנמקה¹⁴⁹.

הבדל חשוב, אגב, בין פסיקת בג"ץ בעניין אום אל פאחם ובין פסיקת בתי המשפט האמריקניים בפרשת סקוקי, הוא שבניגוד לתכליתיות של בג"ץ, כל שופטי הערכאות השונות שדנו בפרשה ושקיבלו את עמדת התנועה הנאצית הביעו את סלידתם האישית מהאידאולוגיה שביקשה התנועה לקדם. כפי שבולינג'ר מציין, זה נעשה בלי יוצא מן הכלל באופן חד־משמעי בכל הדיונים המשפטיים¹⁵⁰. נראה שהשופטים האמריקנים סברו שליהודי סקוקי מגיעה אמירה חד־משמעית ומסתייגת מתוכני הביטוי, בצד הפסיקה שמגנה עליו. לא כך נהגו שופטי ההרכב הישראלי בפרשת אום אל פאחם כלפי ערביי העיר וערביי ישראל בכלל.

השוואה בין סקוקי ואום אל פאחם רק מחזקת את התחושה שיש משהו מטריד בהיעדרה המוחלט של התייחסות כלשהי למטרות הצעדה באום אל פאחם ולאידאולוגיה האנטי־דמוקרטית והגזענית של מארגני הצעדה מפסק דינו הקצרצר של בג"ץ, אפילו רק כדי

146 העובדות המפורטות לעיל נסמכות על המתואר בפסק דינו של בית המשפט העליון של מדינת אילינוי, וכן אצל בולינג'ר, לעיל ה"ש 144, בעמ' 25–26. National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977). להליך בבית המשפט לערעורים של מדינת אילינוי ראו: Village of Skokie v. National Socialist Party of America, 51 Ill. App. 3d 279 (1985). ראו גם: Donald A. Downs, *Skokie Revisited: Hate Group Speech and the First Amendment*, 60 NOTRE DAME L. REV. 629 (1985).

147 Smith v. Collin, 439 U.S. 916 (1978).

148 Douglas E. Kneeland, *Nazis Call Off March in Skokie*, N.Y. TIMES, 23.6.1978; A *Peaceful Day in Skokie*, N.Y. TIMES, 25.6.1978.

149 אמנם הייתה בפרשת אום אל פאחם התחשבות בזמן ובמקום, אולם היא הייתה מצד המשטרה והפרקליטות, שתמכו בקיום הצעדה לא במרכז העיר אלא בפאתיה.

150 בולינג'ר, לעיל ה"ש 144, בעמ' 28.

לספק הסבר לערבים מדוע הצעדה מתאפשרת למרות זאת, כפי שעשו בתי המשפט האמריקניים בפרשת סקוקי.

אם מוסיפים לכך את העובדה שהדיון בחופש הביטוי של הומואים ולסביות במסגרת מצעד הגאווה עטוף בציטוטים מהפסיקה בנוסח "דווקא אותן אמירות המעוררות תחושות קשות של סלידה, כעס וכאב [...] זקוקות יותר מכל למעטה ההגנה של הזכות הבסיסית"¹⁵¹, מתקבל הרושם שבג"ץ עושה כמיטב יכולתו להרחיק עצמו מתוכני מצעדי הגאווה ולהבהיר שפסיקתו לא בהכרח מבטאת הסכמה עם תכנים אלה. היעדרה של רטוריקה כזו מבג"ץ אום אל פאחם, כאמור לעיל, יוצר את הרושם ההפוך¹⁵².

זאת ועוד, ההתעלמות של בג"ץ מההקשר הפוליטי של צעדת הימין, וההתייחסות הטכנית והצרה לזכות להפגין, כאילו אין משמעות כלל להקשר שבתוכו מתנהלת ההפגנה, מעידה על יצירת סימטריה ערכית בין מי שנאבקים למען חופש הביטוי ושוויון זכויות, ובין מי שמתנגדים לערכים דמוקרטיים בסיסיים אלה. כפי שכתב אייל גרוס:

"השוואות שנעשו אגב הדיון במצעד הגאווה לאירועים שעשויים להוביל אלימות, כגון למצעד של מטיפים לטרנספר ביישוב ערבי, יוצרות סימטריה מעוותת בין אירוע שהמסר שלו הוא שוויון זכויות ובין אירוע שבא במסר של שנאה ואפליה, ועל כן עצם המסר שלו עשוי לעודד אלימות וכן לשדר מסר של נחיתות ואפליה לאוכלוסייה הערבית. שיח הזכויות, בשל אופיו האבסטרקטי, עשוי להזמין סימטריה מזויפת זו, אך יש לדחות אותה מכל וכל"¹⁵³.

בארצות-הברית הצביע מקרה סקוקי על עמדה דומה של בית המשפט: אין זה משנה אם הביטוי השנוי במחלוקת מכוון להביא להפלת המשטר הדמוקרטי; זכותם של הנוקטים אותו להשתמש בחופש הביטוי בכל מקרה, גם כאשר מטרתם היא לחסל את חופש הביטוי¹⁵⁴.

151 מתוך דבריו של השופט ריבלין בבג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, פס' 4 לפסק דינו (פורסם בנבו, 28.6.2006), צוטט בבג"ץ גאווה 2006, לעיל ה"ש 1, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

152 עוד הבדל מעניין בין הפסיקות בעניין מצעדי הגאווה וצעדת אום אל פאחם הוא קיומה של דרישת התנהגות בעלת "אופי צנוע ולא מתריס" בעניין מצעדי הגאווה (ראו, למשל, בג"ץ גאווה 2006, לעיל ה"ש 1, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש), והיעדרה המוחלט של דרישת אי-ההתרסה בפרשת אום אל פאחם.

153 אייל גרוס "חופש הביטוי ושלום הציבור" המשתה 22.11.2006. www.notes.co.il/gross/25548.asp (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010). גרסה מקוצרת של מאמר זה התפרסמה בהפרקליטים 12, נובמבר 2006, עמ' 6.

154 בולינג'ר, לעיל ה"ש 144, בעמ' 15.

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

גאוותה של משטרת ישראל על כך שהצעדה באום אל פאחם התקיימה ועברה בשלום יחסית מעידה על כך שסימטריה בעייתית זו היא נחלתן של רשויות אכיפת החוק באשר הן¹⁵⁵. בהקשר זה ראוי לציין את הצעתו של סטטמן להבחין בין פגיעה מכוונת ברגשות, כלומר כזו המיועדת להכעיס ולהשפיל את הנפגע, ובין פגיעה אגבית ברגשות, כלומר שלא מתוך כוונה להשפיל את הנפגע. ייתכן שהפגיעה המכוונת תצדיק בנסיבות מסוימות את הגבלת חירותו של הפוגע, אולם הפגיעה האגבית לא יכולה להצדיק הגבלה כזו¹⁵⁶. צעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם, לשיטתם של הצועדים עצמם, מהווה פגיעה מכוונת ברגשות. זוהי מטרתה העיקרית של הצעדה. לעומת זאת, מצעדי הגאווה, ככל שהם גורמים לפגיעה ברגשות הציבור, פגיעתם אגבית; מטרתם היא העלאת מודעות לקיומה של הפליה כנגד לסביות, הומואים, טרנסקסואלים, ביסקסואלים ומיעוטים מיניים אחרים, וקריאה לביעור הפליה על בסיס נטייה מינית והשתייכות מגדרית. כפי שאטען בסעיף הבא, אם מטרת אלה פוגעות ברגשותיו של מישהו, הרי רגשות אלה אינם בני הגנה, ממש כשם שרגשותיו של הגזען אינם בני הגנה.

(ב) פגיעה ברגשות הציבור כשאלה של פטריארכיה

לא בכדי בית המשפט הגביל את חופש הביטוי בשל פגיעה ברגשות רק במקרים ספורים. שאלת הפגיעה ברגשות בעייתית כבר משלב הנחות המוצא: איזה סוג של רגשות הוא בר הגנה? מי קובע מהם הרגשות שנמצאים בסכנת פגיעה? כיצד עושים זאת? בסעיף זה אני מבקש להדגים את הבעייתיות של הכרה בפגיעה ברגשות באמצעות פירוש טענות העותרים כנגד מצעד הגאווה כרגשות פטריארכליים, ולא כרגשות דתיים או מוסריים. כפי שאראה בהמשך, בית המשפט והמחוקק לא היססו בעבר לפגוע ברגשות פטריארכליים, אף שהם לא כינו אותם כך¹⁵⁷. האם הדיון בסוגיית הפגיעה ברגשות ישתנה, אם נאמר שמצעד הגאווה פוגע לא ברגשות דתיים, אלא ברגשות פטריארכליים? מדוע כשצובעים רגשות אלה בדת, הפגיעה הופכת ללא לגיטימית?

155 מעניין שבדומה למפגיני הימין הקיצוני באום אל פאחם, אשר ביקשו לטענתם "לבדוק האם בישראל יש שוויון בפני החוק" (ראו להלן הערה 207 והטקסט הצמוד לה), גם אנשי התנועה הנאו-נאצית שהתכוונו לצעוד בסקוקי רצו למחות בכך על מה שהם ראו כשלילת חופש הביטוי שלהם. בולינגר, לעיל ה"ש 144, בעמ' 27. בשני המקרים, קבוצות הפועלות להכחדת מיעוטים לא רצויים בעיניהן, הן אלה שמרגישות נרדפות ומאוימות.

156 סטטמן, לעיל ה"ש 130, בעמ' 147-157; דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 585, 541 (2001).

157 ראו דיון להלן בחלק זה.

אדגים את טענתי באמצעות דיון קצר בפרשת נשות הכותל¹⁵⁸. בפרשה זו קיבל בג"ץ את עמדת המדינה, שזכותן של נשות הכותל להתפלל לפי דרכן ברחבת הכותל – כלומר לקרוא בספר תורה ולעטות טליתות – תיסוג מפני הפגיעה ברגשות דתיים ומפני החשש לסדר הציבורי. למעשה, המדינה ייצגה בטיעוניה את אותן הטענות שהשמיעו העותרים בעתירות נגד מצעדי הגאווה, ואשר נדחו על ידי בג"ץ כטענות שיש בהן לפגוע בחופש הביטוי של אנשי "הבית הפתוח". וכך פסק השופט חשין בפרשת נשות הכותל (בדעת הרוב):

"זכותן של נשות הכותל זכות היא העומדת להן להתפלל ליד הכותל כדרכן. כך הוחלט בפסק-הדין הראשון. כך נשנה בפסק-הדין השני, ואני לא נמצא לי הצדק לעקור הלכה זו ממקומה, ואולם זכותן של העותרות להתפלל כדרכן ליד הכותל, ככל זכות במשפט, אין היא זכות ללא-גבולות. זכות היא הנדרשת – ככל זכות אחרת במשפט – כי נמוד אותה ונשקלנה כנגד זכויות אחרות הראויות להגנה אף-הן. אכן, עלינו לעשות כיכולתנו למזער את הפגיעה ששומרי מצוות אחרים חשים בשל אורח תפילתן של נשות הכותל, ועל דרך זו אף למנוע אירועים חמורים בהתנגשות שבין המחנות הניצים"¹⁵⁹.

לפיכך נפסק שהנשים תוכלנה להתפלל באתר "קשת רובינסון" הנמצא ליד הכותל המערבי. בכך נתן בג"ץ גושפנקא לאלימות הקשה שננקטה נגד נשות הכותל והעניק עליונות לרגשות דתיים-יהודיים-אורתודוקסיים בגרסתם הישראלית¹⁶⁰.

158 ראו את שלושת פסקי הדין בפרשה זו, לעיל ה"ש 127.
 159 דנג"ץ נשות הכותל, לעיל ה"ש 127, בעמ' 318. השתלשלות האירועים לאחר מתן ההחלטה בדנג"ץ תוארה בסרטה של יעל קציר "קול באישה תפילה" (2007).
 160 חשוב לציין שזרמים יהודיים-אורתודוקסיים אמריקניים מסוימים אינם מתנגדים לקריאת נשים בתורה וללבישת טלית על ידי נשים. גם בארץ, בקרב היהדות האורתודוקסית, קיימת חשיבה אחרת על קריאת נשים בתורה, אולם היא לא באה לידי ביטוי, לא בפסיקת בית המשפט העליון ולא בשיח הציבורי, שם התפיסה המקובלת של הממסד הרבני הישראלי נהנית ממונופול מוחלט. לחשיבה אלטרנטיבית מתוך ההלכה האורתודוקסית ראו: דניאל שפרבר דרכה של הלכה – קריאת נשים בתורה: פרקים במדיניות פסיקה 17–50 (2007) (הרב פרופ' דניאל שפרבר הוא חתן פרס ישראל ומשמש כנשיא המכון הגבוה לתורה באוניברסיטת בר-אילן).
 לתיאור המאבק המשפטי ולניתוח האלימות שננקטה נגד נשות הכותל, ראו: Frances Raday, *The Fight against Being Silenced, in WOMEN OF THE WALL: CLAIMING SACRED GROUND* AT JUDAISM'S HOLY SITE 115 (Phyllis Chesler & Rivka Haut eds. 2003).

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

אני סבור שאילו הפגיעה ברגשות שנדונה הן בענייני מצעד הגאווה והן בפרשת נשות הכותל הייתה מוכרת כפגיעה ברגשות פטריארכליים, אזי התלבטותו של בית המשפט העליון הייתה נחשבת¹⁶¹.

הפטריארכיה היא הייררכיה המבוססת על שלטון הגברים בנשים בנות כל הגילאים ובגברים צעירים (בבנים), כלומר הייררכיה על בסיס מגדר וגיל¹⁶². הפטריוארכלי מכפיף נשים לגברים, ובמסגרתו נאסר על נשים ללמוד, לעבוד ולהיות עצמאיות מבחינה מינית. בנוסף, במסגרת הסדר הפטריארכלי נאסר על גברים לקיים יחסים אינטימיים עם גברים. גברים שחורגים מהציווי ההטרנסקסואלי נענשים הן על ידי החוק והן על ידי החברה (לעג, האשמה ב"נשיות"). נשים שחורגות ממה שמקודד כ"נשי" (למשל, בחרות שלא ללדת, הופכות ל"נשות קריירה", מניחות תפילין, עוטות טלית או חובשות כיפה) נענשות באופן דומה¹⁶³. רבים מהאיסורים הפטריארכליים מעוגנים בדתות העולם.

בעבר מוכן היה בית המשפט העליון להכיר – אמנם בעקיפין – בהיעדר הלגיטימיות של "הרגשות הפטריארכליים", גם כאשר הם עוגנו בדת; שהרי כל הפסיקה העוסקת בשוויון מגדרי ובמלחמה בהפליית נשים בשל היותן נשים מהווה פגיעה ברגשות פטריארכליים¹⁶⁴. כך גם ביטלה החקיקה הישראלית הסדרים פטריארכליים רבים שעשויים לפגוע ברגשות אלה: החל בביטול התלות הכלכלית של נשים נשואות בגברים באמצעות מוסד נכסי המלוג והצאן ברזל בסעיף 2 לחוק שיווי זכויות האישה, וכלה בהוראות המבטיחות את זכות האישה על גופה בסעיף 6 לאותו החוק, בחוק למניעת הטרדה מינית ובחוקים נוספים. הפטריארכיה, כלומר הכפפת נשים (וגברים מסוימים) לשלטון הגברים, היא השקפת עולם ותאוריה פוליטית שנוגדת את הדמוקרטיה¹⁶⁵, ממש כמו טוטליטריזם. לפי קו חשיבה

161 זוהי גם עמדתו של רפאל כהן-אלמגור: "הפגיעה ברגשותיהם של הגזען והשוביניסט נעדרת כוח נורמטיבי משום שהמקור לה פסול מבחינה מוסרית". כהן-אלמגור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 178.

162 קרול גיליגן הולדת העונג 19 (דריה שועלי מתרגמת, 2006).

163 עוד על הקשר בין פטריארכיה, עליונות מה שמקודד בתרבות כ"גברי" על פני מה שמקודד כ"נשי", והציווי ההטרנסקסואלי ראו אצל אדריאן ריצ' "הטרנסקסואליות כפויה והקיום הלסבי" מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית 73 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003) (להלן: "מעבר למיניות"). ראו גם: דניאל בוירין "פרויד ופליס: הומופוביה, אנטישמיות והמצאת אדיפוס" מעבר למיניות 272. על הקשר בין הומופוביה לשנאת נשים במשפט ובתרבות, ראו למשל: DAVID A. J. RICHARDS, THE CASE FOR GAY RIGHTS: FROM BOWERS TO LAWRENCE AND BEYOND 113–116 (2005).

164 לסקירה של רבים מפסקי הדין המרכזיים שביטלו הפליית נשים, לרבות כזו המעוגנת בציוויים דתיים, ראו: פרנסס רדאי "תאוריה משפטית, חקיקה והתדיינות פמיניסטיות בישראל: טרנספקטיבה" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 19, 28–30, 35–40 (דפנה ברק-ארז, שלומית ניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

זה, פגיעה ברגשות פטריארכליים לא אמורה להיות בעייתית, משום שרגשות אנטי-דמוקרטיים אינם בני הגנה ככאלה. לפיכך לא נדרש כלל לערוך איזון בין היקף חופש הביטוי ה"פוגעני" (כלומר זה שפוגע ברגש הפטריארכלי, למשל כי הוא בעד קידום שוויון מגדרי), ובין רגשותיו של השוביניסט. האינטרס של השוביניסט או הגזען לקדם את האידאולוגיות שלהם אינו אינטרס מוגן¹⁶⁶.

אין זה מקרי, לפיכך, שהעותרים בעניין מצעד הגאווה מציגים עצמם כאנשים דתיים¹⁶⁷. "הדת", כותבים דני סטטמן וגדעון ספיר, "אינה עוד תרבות-מיעוט בין רבות אחרות, אלא בעלת מעמד מיוחד"¹⁶⁸. לכן, כאשר פועלים בשם "הדת"¹⁶⁹, יש סיכוי שהטיעונים יישקלו לגופם, אף שמדובר בעצם בטיעונים פטריארכליים-הומופוביים, הכופרים בזכות קיומם של הומואים ולסביות ככאלה.

גם אין זה מקרי שמנהיגי הדתות המרכזיות בירושלים התאחדו סביב התנגדותם למצעד הגאווה, שכן כל הדתות הללו הן פטריארכליות במובהק. וכך, לקראת אירועי ה-Worldpride שאמורים היו להתקיים בירושלים ב-2005, קיימו שני הרבנים הראשיים לישראל, הפטריארך הלטיני, מזכ"ל הכנסייה היוונית אורתודוקסית, דובר הכנסייה הארמנית, סגן המופתי של ירושלים ומנהיגים דתיים אחרים מסיבת עיתונאים שבמהלכה הם קראו לביטולי אירועי הגאווה¹⁷⁰. הראשון לציון הרב עמאר הכריז: "המצעד עשה דבר אחד טוב, בכך שאסף את כולנו כאן – ואני מברך על כך"¹⁷¹.

נקל לשער מה היה יחס בית המשפט אילו היו העותרים מציגים עצמם, במקום כגברים דתיים, כגברים פטריארכליים החרדים לפגיעה בסדר החברתי הפטריארכלי שבו הנשים כפופות למרות הגברים, ולשני המינים אסור לחצות את הקווים ולחיות בניגוד לקודים החברתיים המקובלים של "גבריות" ו"נשיות".

- 165 גיליגן, לעיל ה"ש 162, בעמ' 18–19.
- 166 כהן-אלמגור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 178–179; סטטמן, לעיל ה"ש 130, בעמ' 151: "הגזען אינו יכול לבקש ממושאי הגזענות שלו להתחשב ברגשותיו הנפסדים ולהגביל בשל כך את התנהגותם".
- 167 ראו למשל פס' 1 (א) לעתירת הולצברג בעניין גאווה 2006, לעיל ה"ש 22.
- 168 סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 134, בעמ' 5.
- 169 קוצר היריעה לא מאפשר לי לדון לעומק בשאלת "הדת", והמונופול של הזרם האורתודוקסי בגרסתו הישראלית על "היהדות", אולם אציין כאן שהיחס ל"רגשות הדתיים" ולפגיעה בהם קשור גם לכוחות הפוליטיים הפנים-דתיים. ישנם זרמים אורתודוקסים וזרמים לא אורתודוקסים ביהדות שיחסם להומוסקסואליות שונה מאוד מזה הנטען בשם היהודים הדתיים בעתירות לבג"ץ. כאמור, שאלת המהותנות שלוקה בה הדיון בשאלת יחסה של "הדת" למצעד הגאווה היא שאלה מרתקת החורגת ממסגרתו של דיון מצומצם זה.
- 170 אלעד, לעיל ה"ש 7, בעמ' 305.
- 171 מצוטט אצל אלעד, שם.

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

זאת ועוד: הפטריארכיה משרטטת את גבולות המותר והאסור לא רק לאורך קווים של מגדר ונטייה מינית, אלא גם לאורך קווים של השתייכות אתנית וגזע¹⁷². לכן, כפי שטענו גיליגן וריצ'רדס, גזענות ופטריארכיה שלובות זו בזו¹⁷³. הראשונה מקדמת הפרדה בין גזעים (ולעתים אף חיסול הגזע הנתפס כנחות); השנייה מעוניינת בהכפפת נשים לשליטת גברים. בנשים, לפי החשש הפטריארכלי, טמונה הסכנה להפרת "טוהר הגזע". וכך, השליטה במיניותן של נשים לבנות בתקופת העבדות בארצות-הברית (וגם, במידה רבה, אחריה) כללה גם איסור חמור לקיים יחסים עם גברים שחורים או להינשא להם¹⁷⁴. יחס החברה והמשפט לא היה סימטרי, וגברים לבנים שקיימו יחסים עם נשים שחורות לא זכו כמעט לתשומת לב ציבורית או שיפוטית, וממילא לא סבלו מאותן סנקציות שמהן סבלו נשים לבנות שחרגו וקיימו יחסים עם גברים שחורים¹⁷⁵.

בהקשר הישראלי, הצבעתי בעבר על הקשר בין הפיקוח על מיניותן של נשים יהודיות ובין האיסור של נישואין בין יהודים לערבים במשפט הישראלי. טענתי שההפרדה בין יהודים לערבים במדינת ישראל והשיקולים הדמוגרפיים שעמדו לנגד עיניו של המחוקק הישראלי נקשרו שלא במקרה בסוגיית שוויון הזכויות המגדרי, ושנטל המשכיות העם היהודי הוטל על כתפיהן של נשים באמצעות הגבלה משמעותית של שוויון הזכויות המגדרי¹⁷⁶.

יוצא שהשליטה במיניותן של הנשים "שלנו" וה"הגנה" עליהן מפני הגברים "שלהם" הן שני נדבכים חשובים באידאולוגיה הפטריארכלית (ולא רק בישראל), הכורכים זה בזה את הכפפת הנשים ואת ה"טוהר" הגזעי או האתני¹⁷⁷. מכאן שפטריארכיה היא לא רק הכפפת

172 גיליגן, לעיל ה"ש 162, בעמ' 28–29.

173 CAROL GILLIGAN & DAVID A.J. RICHARDS, THE DEEPENING DARKNESS: PATRIARCHY, RESISTANCE & DEMOCRACY'S FUTURE 231–232 (2009).

174 שם.

175 שם, בעמ' 231. גם הגברים שחורים שהסיגו את גבולם של הגברים הלבנים נתקלו בתגובה קשה ואכזרית: הוצאות פומביות להורג, לרוב בלא משפט או לאחר משפט שדה מהיר ופיקטיבי. ראו: צבי טריגר "אהבה ודעה קדומה: על הפרדוקסליות של תופעת הנישואין הבין-דתיים בישראל" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 733, 764–263 (דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

176 שם, בעמ' 740–743, 753–772. ראו גם: צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת-ישראל" משפטים על אהבה 173, 196–212 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוח עורכות, 2005); Zvi Triger, *The Gendered Racial Formation: Foreign Men, "Our" Women, and the Law*, 30 WOMEN'S RIGHTS L. REP. 479 (2009).

177 טריגר, לעיל ה"ש 175. הדיווחים על הולדת בנה השמיני של חברת הכנסת אנסטסיה מיכאלי ממפלגת ישראל ביתנו מהווים דוגמה מרתקת לקשר בין גזענות לפטריארכיה. אחד העיקרים במצעה של מפלגת "ישראל ביתנו" הוא מלחמה באמצעים שונים בציבור הערבי הישראלי, רק

נשים וגברים צעירים לגברים שבשלטון, אלא גם פגיעה בזכויותיהם של מיעוטים גזעיים, אתניים ומיניים, וזאת כדי להבטיח הן את המשך השליטה בנשים והן את "טוהר הגזע" (שנקרא, מטעמים של תקינות פוליטית, "המשך קיומו של העם"). לפיכך גם צעדת המחאה המבוקשת על ידי אותם עותרים באום אל פאחם היא פעולה שמתיישבת לחלוטין עם עולם הערכים הפטריארכלי ומיועדת לשמרם.

בדומה להצגה העצמית של העותרים כגברים דתיים בעניין מצעדי הגאווה, גם בעניין אום אל פאחם הם הציגו עצמם באופן דומה. עותר אחד מוצג כ"פעיל ציבור, תושב העיר חברון, דובר תנועת חזית יהודית לאומית [...] סטודנט המסיים את לימודי המשפטים שלו [...] חרד למדיניות האפליה, שעורכים אנשי המשיבה 3 [משטרת ישראל] בינו לבין אנשי שמאל"¹⁷⁸, והעותר האחר כ"איש ציבור, תושב העיר חברון מזה כ-29 שנים, ראש תנועת חזית יהודית לאומית ושותף ליזומות [כך] חסד רבות, לניהול תלמוד תורה, למפעל גדול של הכנסת אורחים ולפעילות למען עם ישראל וארץ ישראל"¹⁷⁹. הם לא מציגים את עצמם כפעילים מרכזיים בתנועה שהוכרזה ב-1994 כתנועה טרוריסטית¹⁸⁰.

משום שהם ערבים. ח"כ מיכאלי צוטטה בעיתונות כאומרת "אנחנו צריכים הרבה ילדים ועם ישראל צריך להתרחב" ראו: טל רבינובסקי "אנסטסיה מיכאלי אחרי הלידה: היד עוד נטויה" www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3741737,00.html 5.7.2009 (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010). היא טרחה להדגיש שבנה נולד ביום הולדתו של מנהיג המפלגה, אביגדור ליברמן, אמירה שמזכירה פולחן אישיות של מנהיג מפלגה פשיסטית: "התינוק שלי נולד בחמישה ביולי, שהוא יום הולדתו של אביגדור ליברמן. באחת מישיבות הסיעה האחרונות התבדחנו על מועד הלידה הצפוי. איווט שאל אותי אם אני יכולה להמתין עד החמישה ביולי, שהוא יום הולדתו. הלידה הייתה צפויה לפני כן, אבל כנראה שהתינוק שלי הוא תינוק ממושמע, כמו כל אנשי ישראל ביתנו והוא אכן נולד ביום הולדתו של ליברמן". אריק בנדר "היסטוריה בכנסת: ח"כ מיכאלי ילדה בן" www.nrg.co.il/online/1/5.7.2009_nrg ART1/912/115.html?hp=1&loc=101&tmp=3853 (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010). ראו גם: אמנון מרנדה "פרלמנטר נולד: ח"כ אנסטסיה מיכאלי ילדה בן" www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3741338,00.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010); כמה שבועות לפני הלידה אמרה מיכאלי לכתב "מוסף הארץ": "אין שום דבר רע בלשבת בבית לגדל ילדים, זו המשימה העיקרית של המדינה. האמהות מגדלות את החיילים שלנו, האוצר האנושי". דורון חלוץ "חברת הכנסת הטרייה אנסטסיה מיכאלי מתמרנת בין ישיבות המליאה לחוגים של הילדים" www.haaretz.com/hasite/pages/27.5.2009 1088596.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

178 פס' 7 לעתירה בעניין אום אל פאחם, לעיל ה"ש 69.

179 שם, בפס' 8.

180 ראו דיון להלן בחלק ד(3). זה כמובן רלוונטי גם לשאלת ניקיון הכפיים שנדונה לעיל.

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

בעקבות גיליגן וריצ'רדס, שמבינים את הפטריארכיה כפרדיגמה פוליטית-דתית (a) "politico-religious paradigm"¹⁸¹, ניתן לומר שאופן ההצגה מיועד לסמן את העותרים כחלק מהקולקטיב שאת ערכיו הם חולקים עם השופטים (יהודים דתיים, אנשי ציבור וכו'), ואת ערביי אום אל פאחם כמי שנמצאים מחוץ לו. דתיות יהודית היא רכיב בזהות שהשופטים יכולים להזדהות עמו או לפחות לחוש כלפיו אמפתיה, ואילו פטריארכליות אינה רכיב כזה, ולכן ההיאחזות בדת אינה מקרית.

תפקיד הדת הוא מרכזי וחשוב, משום שעקרון חופש הדת הליברלי מצמצם מאוד את היכולת להתווכח עם מי שטוענים לפעולה בשם הדת, וכך ניתן להיעזר באצטלה הדתית כדי להכשיר פעולות שלו חילוני היה נוקט, הן לא היו מתאפשרות¹⁸².

חיזוק נוסף לשימוש בדת כדי לשוות לטענות המועלות בעתירות יתר תוקף מהווה העובדה שהעתירות עוסקות בפעילות של העותרים שמכוונת לאיין את האוכלוסיות שהם מתנגדים להן. למעשה, אם מסירים את מסך המשפטיות שמאחורי העתירות, מדובר בכלי נוסף במאבקם של העותרים כנגד עצם קיומם של ערביי ישראל, הומואים, לסביות, ביסקסואלים וטרנסקסואלים¹⁸³. אילו היו מטרות העתירות מנוסחות באופן גלוי וישיר, ממילא לא היה להן סיכוי. לכן הן תורגמו למונחים מקובלים יותר שמעוגנים בנימוקים דתיים וברגשות של אנשים דתיים ומטרותיהן הוסתרו מאחורי מסך של משפטיות.

זהו מאבק פטריארכלי במובהק, שבו הלאומנות, ההומופוביה והסקסיזם קשורים זה בזה בקשר בל ינותק. מטרת המאבק הזה – שבג"ץ משמש בידי העותרים, כנראה שלא במודע, כמכשיר נוסף לקידומו – היא להשפיל קבוצות באוכלוסייה שלא מחזיקות בתכונות המקובלות על העותרים, ולהלך אימים עליהן.

למעט אנשי "הבית הפתוח", המשיבים בעתירות נגד מצעדי הגאווה, איש לא דיבר על הפגיעה ברגשותיהם של לסביות והומואים בעקבות האלימות הקשה, הפיזית והמילולית, שעודדו העותרים ואחרים במחאה על המצעדים. בעניין אום אל פאחם הסוגיה כלל לא עלתה, כאמור לעיל.

181 גיליגן וריצ'רדס, לעיל ה"ש 173, בעמ' 225–246.

182 ראו, למשל: Frances Raday, *Culture, Religion, and Gender*, 1 I.CON. 663 (2003). גם גילה שטופלר כתבה על כך בהקשר של הפליית נשים: Gila Stopler, "A Rank Usurpation of Power" – *The Role of Patriarchal Religion and Culture in the Subordination of Women*, 15 DUKE J. GENDER L. & POLICY 365 (2008); Gila Stopler, *The Liberal Bind: The Conflict Between Women's Rights and Patriarchal Religion in the Liberal State*, 31 SOCIAL THEORY AND PRACTICE 191 (2005); Gila Stopler, *Countenancing the Oppression of Women: How Liberals Tolerate Religious and Cultural Practices that Discriminate Against Women*, 12 COLUM. J. GENDER & L. 154 (2003).

183 על כך להלן בחלק ד(3).

ההתעלמות הזו מעניינת במיוחד על רקע דיון בסוגיה זו ממש שמתקיים בתוך היהדות האורתודוקסית: בהקשר של פגיעה ברגשות הציבור בשל קריאת נשים בתורה (שהתעוררה בפרשת נשות הכותל), הציע הרב פרופ' דניאל שפרבר לשקול גם את רגשותיהם של חברי הקבוצה השנויה במחלוקת, ובמקרה זה, את רגשותיהן של הנשים המבקשות לקרוא בתורה. שפרבר סבר, שכאשר כבוד הציבור (רגשות הציבור בפסיקת בית המשפט) מתנגש בכבוד הבריות (כלומר צערן של הנשים והפגיעה האפשרית בכבודן), הכלל הוא "גדול כבוד הבריות", כלומר רגשותיהן של הנשים גוברים¹⁸⁴.

שפרבר מציין שעקרון "כבוד הציבור" הוא תלוי הקשר ואינו בעל משמעות קבועה¹⁸⁵. הרקע לקביעת הכלל בדבר איסור קריאת נשים בתורה בימי התלמוד היה האחוז הגבוה של גברים שלא ידעו לקרוא וכתוב. מטרתו הייתה למנוע מצב "בו אין גברים שיודעים לקרוא, והיחידה שיכולה לקרוא בתורה היא אשה, ואזי אין זה לכבוד הציבור שתקרא, שכן תהיה זו פגיעה בציבור הגברים אם רק אשה היא שתוכל לקרוא"¹⁸⁶. תוכן זה של הכלל אינו תקף בימינו, טוען שפרבר: "אחרי הכל, בישראל אשה יכולה לשמש כמבקרת המדינה, שופטת בבית המשפט העליון, שר בממשלה או אפילו ראש ממשלה"¹⁸⁷. לפיכך, כאמור, יש בפגיעה ברגשותיהן של נשים בעקבות האיסור עליהן לקרוא בתורה כדי לגבור על הפגיעה ברגשותיהם של מי שסבורים שאל להן לקרוא בתורה.

את קו החשיבה הזה ניתן היה להחיל גם במקרים דוגמת מצעדי הגאווה והצעדה באום אל פאחם, ולנסות לבדוק את הפגיעה ברגשות של קבוצת המיעוט. אלא שנראה שדוקטרינת האיוון בין חופש הביטוי ובין הפגיעה ברגשות הציבור לא מסוגלת להביא בחשבון, בגלל האופן שבו עוצבה על ידי בית המשפט העליון, סוג כזה של פגיעה¹⁸⁸.

184 שפרבר, לעיל ה"ש 160, בעמ' 34–43.

185 שם, בעמ' 25.

186 שם, בעמ' 26.

187 שם, בעמ' 39.

188 הכוונה לא לפגיעה ברגשות המיעוט באשר הוא מיעוט, אלא לפגיעה ברגשות שנוצרת בעקבות טענה של פגיעה ברגשות: למשל, פגיעה ברגשות נשים עקב הכרה של בית המשפט בטענה של פגיעה ברגשות הציבור בשל תפילת נשים בפומבי, או הפגיעה ברגשות הומואים ולסביות מאחר שבית המשפט מכיר בכך שעצם קיומם פוגע ברגשות הציבור הדתי. בעיה נוספת שמעורר קו חשיבה זה היא יצירת התחרות "למי כואב יותר?", ומי קובע למי כואב יותר. על הבעייתיות של בדיקת עצמות הפגיעה ראו, למשל, אצל סטטמן, לעיל ה"ש 130, בעמ' 187–188. כך או כך, עמדתו של שפרבר מבהירה שבניגוד ליחס של העותרים נגד מצעדי הגאווה ושל בית המשפט לסוגיית הפגיעה ברגשות, יש אינספור דרכים לבחון את רגשותיהם של הנוגעים בדבר, וייתכן שיש בכך כדי לחזק את העמדה שאין לתת משקל כלשהו לפגיעה ברגשות כשמתלבטים אם לאפשר ביטוי מסוים או לא.

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

זאת ועוד: מה שעולה מן הקריאה בפסקי הדין של בג"ץ הוא שבית המשפט מעניק משקל רב יותר לרגשותיהם של היהודים הדתיים תושבי ירושלים מאשר לרגשותיהם של ערביי אום אל פאחם, ולו בשל העובדה שבעתירות בעניין מצעדי הגאווה הוא טורח לנמק, לאזן ולהסביר מדוע החליט כפי שהחליט, ואילו בעתירה בעניין צעדת אום אל פאחם אין כלל התייחסות לפגיעה הצפויה בערביי העיר¹⁸⁹.

אמנם ייתכן שיש סיבות פרוזאיות יותר להבדל – הכמותי והאיכותי – בין פסקי הדין; אולי פסק הדין בעניין אום אל פאחם אינו פסק דין מהותי בשל עומס וקוצר זמן. אולם בית המשפט מסוגל היה להתמודד עם דחיפות עתירות ועם עומס בעבר; כך, למשל, במקרה של מצעד הגאווה ב-2008, ניתנה החלטה באופן מידי, ונימוקיה המפורטים פורסמו במועד מאוחר יותר¹⁹⁰.

כך או כך, במאגרי המידע נמצאים פסקי הדין הללו, השונים מאוד זה מזה בגישתם לאותו הנושא, והמסר נותר בעינו: בית המשפט לא רואה עצמו מחויב להסביר לערבים מדוע הוא מאשר את הצעדה באום אל פאחם, אך הוא בהחלט טורח לספק הסברים שכאלה לציבור היהודי דתי בירושלים.

3. בג"ץ ככלי לפעילות פוליטית

פרופ' מנחם מאוטנר תיאר בספרו "משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת"¹⁹¹ כיצד אנשי השמאל הישראלי – "ההגמונים לשעבר", בלשונו – פנו אל בית המשפט העליון לאחר עליית הליכוד בבחירות 1977, והחלו להשתמש בבית המשפט ככלי להשגת מטרתיהם הפוליטיות¹⁹².

מאוטנר מצביע על כך שתפיסתו העצמית של בית המשפט העליון השתנתה בעקבות אבדן ההגמוניה של מפלגת העבודה ב-1977: "ממוסד מקצועני, שעיקר תפקידו הוא להכריע בסכסוכים, למוסד הממלא תפקיד פוליטי לצד הכנסת"¹⁹³. מי שהגישו את מספר העתירות הגדול ביותר לבג"ץ בין השנים 1977–2005, משתייכים לקבוצת ההגמונים לשעבר¹⁹⁴.

189 תודה למנחם מאוטנר על שהביא נקודה זו לתשומת לבי.

190 פסק הדין שבו נדחתה העתירה ניתן, ללא נימוקים, ביום 23.6.2008, שלושה ימים לפני המועד המתוכנן של מצעד הגאווה בירושלים בשנה זו; נימוקי השופטים ניתנו ביום 21.7.2008. ראו בג"ץ גאווה 2008, לעיל ה"ש 1.

191 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (2008).

192 שם, בעמ' 207–208.

193 שם, בעמ' 206.

194 שם, בעמ' 207–208.

ממצא חשוב נוסף שעולה ממחקרו של מאוטנר, הוא שהרוב המכריע של העתירות שהוגשו על ידי חברי כנסת המשתייכים לקבוצת ההגמונים לשעבר עוסק בעניינים שלא נגעו להם באופן אישי. לעומת זאת, כאשר עתרו לבג"ץ חברי כנסת המשתייכים להגמוניה החדשה, כמו למשל חברי כנסת מש"ס, עתירותיהם היו נגד החלטות שהשפיעו עליהם באופן אישי (כמו למשל הסרת חסינות)¹⁹⁵.

פתיחת שעריו של בית המשפט העליון לעתירות מסוג העתירות שהגישו ההגמונים לשעבר התאפשרה באמצעות הרחבת זכות העמידה והשפיטות¹⁹⁶. תהליכים אלה כונו בספרות המשפטית "אקטיביזם שיפוטי", ושיאו של האקטיביזם היה בפסיקה שפסלה ארבעה חוקים של הכנסת¹⁹⁷.

בעקבות מאוטנר אני מבקש לטעון שגם העותרים בפרשות מצעדי הגאווה ואום אל פאחם, כמו ההגמונים לשעבר, עושים שימוש בבג"ץ למטרות חוץ-משפטיות, כהמשך לפעילותם הציבורית והפוליטית. כך, במסגרת פעילותו הפוליטית ביצע בן-גביר את מסירת המסמכים המתוקשרת לאנשי "הבית הפתוח" כשהוא וחבר מרעיו עוטים כפפות גומי לידיהם¹⁹⁸; ומרזל ביקש להיות יושב ראש ועדת קלפי באום אל פאחם בבחירות הכלליות שהתקיימו בפברואר 2009¹⁹⁹. העתירות לבג"ץ הן חלק מן הפעילויות הללו.

דותן והופנונג מצאו שפוליטיקאים פונים לערכאות כדי לקדם את משנתם הפוליטית בלא קשר לסיכויי הצלחת עתירותיהם²⁰⁰. הם עושים זאת, לטענת המחברים, יותר כדי לזכות בסיקור תקשורתי רחב מאשר כדי שעתירותיהם תתקבלנה, וזאת במטרה לבסס את מעמדם בשיח הציבורי²⁰¹.

נוסף על החשיפה הציבורית, ייתכן שההסבר להיזקקותם של אנשי הימין הקיצוני לבג"ץ נעוץ גם בהבנתם העמוקה את דוקטרינת חופש הביטוי במדינה ליברלית, ואת יכולתם

195 שם, בעמ' 208.

196 שם, בעמ' 203–204; ראו גם: דפנה ברק-ארז "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" הפרקליט נ 3, 4–3 (2008).

197 בניגוד לתדמיתו של בית המשפט העליון כפוסל סדרתי של חוקים, רק ארבע הוראות חוק נפסלו מאז הינתן הלכת בנק המזרחי בנובמבר 1995 (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995)). ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 191, בעמ' 141.

198 לעיל ה"ש 48.

199 אפרת וייס "מי יהיה יו"ר קלפי באום אל-פחם? ברוך מרזל" *ynet* 2.2.2009. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3665247,00.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

200 Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Legal Defeats – Political Wins: Why Do Elected Representatives Go to Court?* 38 *COMPARATIVE POLITICAL STUDIES* 75, 94–95 (2005).

201 שם, בעמ' 96–99.

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

לרתום אותה לצורכיהם, גם אם יפסידו בהליך המשפטי. לי בולינג'ר הצביע על הפער שבין נכונותם של ליברלים להשתמש בסנקציות חברתיות כנגד מי שחורגים מן המקובל, ובין נכונותם להשתמש בסנקציות משפטיות. אמנם ליברלים ומאמינים גדולים בחופש הביטוי לא יהססו לעתים להחרים ולנדות גזענים או שוביניסטים, למשל, אך הם יסתייגו מאוד מהפעלת סנקציות משפטיות כנגד גזענים או שוביניסטים, כמו הגבלת חופש הביטוי שלהם²⁰².

האם זו ההבנה של מגבלותיה של דוקטרינת חופש הביטוי הליברלית שמשכה את אנשי הימין הקיצוני אל בית המשפט? מבחינת מטרותיהם – "להוכיח" שהמדינה רודפת אותם ומוותרת על ערכיה היהודיים – הרי זה היה הימור בטוח: לאור סירובו העקבי של בג"ץ לפגוע בחופש הביטוי כאשר זה פוגע ברגשות, ברור היה שיפסידו בעתירות נגד מצעד הגאווה וינצחו בעתירה למען קיום הצעדה שלהם עצמם באום אל פאחם. שתי התוצאות, גם ההפסד וגם הניצחון, פועלות היטב בשירותם: קהל היעד שלהם מקבל "הוכחה" לפשיטת הרגל המוסרית כביכול של ישראל (קיום מצעד גאווה בירושלים, ועוד באישור בג"ץ), והם יכולים להמשיך ולהתנכל לערבים ולהסית את הציבור היהודי נגדם (ושוב, באישור בג"ץ). כך או כך, יש הבדל חשוב בין חברי כנסת – הגמונים לשעבר והגמונים בהווה – העושים שימוש בבית המשפט העליון כשלוחה של פעילותם הפרלמנטרית, ובין העותרים בפרשות מצעדי הגאווה ואום אל פאחם, והוא נעוץ בזכותם של הפונים. בשנת 1994 הכריזה ממשלת ישראל, מכוח סמכותה לפי סעיף 8 לפקודה למניעת טרור, התש"ח-1948, על תנועות "כך", "כהנא חי" ועל כל פלגיהן וצירופיהן כעל ארגונים טרוריסטיים²⁰³. על פי ההכרזה, ברוך מרזל, נועם פדרמן וטירן פולק הם הפעילים המרכזיים בתנועת "כך", נכון ליום ההכרזה. עוד קבעה ההכרזה, שתחולתה היא לא רק על הארגונים המנויים בה, אלא גם "על כל חברי בני-אדם שיפעל להשגת מטרות מאותו סוג, אשר הארגונים הנזכרים לעיל פעלו להשגתן, באמצעים דומים לאמצעים שהארגונים הנזכרים לעיל השתמשו בהם, אף אם יתקרא בשמות או בכינויים אחרים – אם דרך קבע ואם מעת לעת"²⁰⁴.

זה שנים רבות שארגוני טרור פועלים לא רק באמצעים האלימים המסורתיים. כמו ארגונים חוקיים, וכמו המדינה עצמה, משקיעים גם ארגוני הטרור מאמץ רב בפעילות

202 בולינג'ר, לעיל ה"ש 144, בעמ' 12–13.

203 הכרזה לפי פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948, י"פ, חוברת 4202, עמ' 2786 (תשנ"ד).

204 שם. בשנת 2006 נדרש בג"ץ לתוקפה של ההכרזה, ופסק שההכרזה עומדת בתוקפה, ושלא "חלו שינויים בנסיבות המדיניות או הפוליטיות החיצוניות לתנועות אלה, באופן המחייב שקילתה מחדש של ההכרזה, שנתקבלה בזמנו כדין". בג"ץ 951/06 שטיין נ' קראדי, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 30.4.2006).

תקשורתית. מנקודת מבט זו, השימוש שעושים מי שהוכרזו כפעילים מרכזיים בתנועת "כך" הן בבית המשפט העליון והן באמצעי התקשורת, מגייס את בית המשפט ואת העיתונות לקידום מטרותיהם. זאת, משום שמה שחשוב לעותרים הוא עצם העתירה והשימוש בה להשגת תשומת לב תקשורתית, לא פחות מהשאלה אם העתירה תתקבל או לא²⁰⁵. כך, למשל, בימים אלה תלויה ועומדת עתירה בבג"ץ כנגד החלטת משטרת ישראל לאסור הנפת דגלי כהנא במסגרת צעדה במרכז ירושלים, בנימוק שהנפת דגליו של ארגון שהוכרז ארגון טרור אינה מוגנת על ידי חופש הביטוי, ומכוח סמכותה של משטרת ישראל למנוע ביצוע עברות²⁰⁶. מטרת בקשת האישור לתהלכה, לפי העותרים, היא "לבדוק האם יש בישראל שוויון בפני החוק"²⁰⁷. במילים אחרות, התהלכה כשלעצמה והעברת המסרים אינן חלק ממטרות האישור, אלא דווקא השימוש בבקשה לצרכים תקשורתיים ולהוכחת תזת ההפליה נגד הימין. שהרי העותרים ידעו מראש שבקשתם להניף דגל של ארגון שהוכרז ארגון טרור תסורב בשל המצב החוקי²⁰⁸. זו אינה עתירה נוספת כנגד עצם ההכרזה. בכל הנוגע למצעד הגאווה בירושלים השנה, 2009, השימוש בבג"ץ כבר פורסם עוד בטרם הוא נעשה. תכניתם של פעילי הימין הקיצוני לפנות למשטרה בבקשה לאשר חמש-עשרה צעדות ביישובים ערביים במחאה על קיום מצעד הגאווה כבר מביאה בחשבון עתירה עתידית לבג"ץ:

"על פי התוכנית, המארגנים יחלו להגיש בקשות לקיום המצעדים חודש לאחר המצעד בירושלים, בהסתמך על כך שהמשטרה אישרה את קיומו.

205 אפשר ללמוד על כך, למשל, מן העובדה שהעותרים נגד קיום מצעדי הגאווה אינם כלל תושבי ירושלים, כפי שצוין לעיל; בנוסף, הבקשה לקיום צעדה באום אל פאחם, כפי שהם מתארים בעתירתם, הייתה תגובה להתעלמות העירייה מבקשתם להקים דוכן למכירת דגלי ישראל בעיר, והצעדות המתוכננות ביישובים הערביים בקיץ 2009 הן בתגובה למצעד הגאווה בירושלים ב-27.6.2009.

206 בג"ץ 333/09 בן גביר נ' מפקד מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 18.4.2010) (להלן: "עניין בן גביר"). העתירה והצעדה המבוקשת בה הן בתגובה להפגנת אנשי שמאל שהונפו בה דגלי אש"ף. הפגנת השמאל נדונה בבג"ץ 48/09 מטר נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 2.1.2009). בעניין מטר ניתן פסק דין בהסכמה, שלפיו מפקד מחוז תל אביב במשטרת ישראל ויתר על "התנאי שנקבע ברשיון לעניין התחיבות המארגנים שלא יונפו בהפגנה שנקבעה למוצאי שבת דגלי הרשות הפלסטינית". בנוסף, נאמר בפסק הדין שמשטרת ישראל שומרת על זכותה לעשות שימוש בסמכותה על פי ס' 82(ג) לפקודת המשטרה, התשל"א-1971 ולהסיר דגלי אש"ף (שהם גם דגלי הרשות הפלסטינית), אם יונפו. שם.

207 מצוטט בס' 9 לתשובת המדינה בעניין בן גביר, לעיל ה"ש 206.

208 אחד העותרים, איתמר בן גביר, אף הורשע בעבר בעברות לפי הפקודה למניעת טרור. רע"פ 3344/06 בן גביר נגד מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.11.2006); ע"פ (מחוזי-י) 9050/05 בן גביר נגד מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.3.2006); רע"פ 9066/08 בן גביר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.12.2008).

על מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם

המצעדים אמורים להיערך בין היתר בסכנין, טייבה, כפר לקייה, נצרת, אבו רוקיק, אבו עיסא, ערערה, בקה אל ערביה ומושרייפה.

במקביל למצעדים, בכוונת הפעילים לערוך משמרות מחאה מול הבית הפתוח בעיר, לכנס מאות פעילים ביום המצעד למחאה ולנקוט בפעולות הסברה בבתי ספר בעיר.

המארגנים הבהירו כי אם המשטרה תחליט לדחות את בקשתם, יגישו עתירה לבית המשפט העליון. 'דין אחד לכולם, חופש הביטוי וזכות הצעדה הם לא רק לאנשי הבית הפתוח ולאנשי שמאל קיצוני. וזכותנו לצעוד לבחון את הבניה הבלתי חוקית בערים ובכפרים וכמובן לקיים צעדות עם דגלי ישראל', טען בן ארי²⁰⁹.

ו. סיכום

רפאל כהן-אלמגור טוען שעל הדמוקרטיה "להוקיע את האדם המפלה ולפקוח את עיניו כי לאמתו של דבר אין לו בעיה עם מקומם של ההומוסקסואלים (או יהודים, או ערבים, או מיעוטים אחרים, או נשים, או כחולי העיניים) בחברה, אלא יש לאותו אדם בעיה עם התפיסה הדמוקרטית בכללותה. אין הדמוקרטיה מחויבת לסייע לגזען לבסס את גזענותו"²¹⁰.

ברשימה זו ביקשתי להאיר את הירתמותו הלא מודעת של בית המשפט העליון לקידום מטרותיהם של העותרים בפרשות מצעד הגאווה (למרות התוצאה, בגלל הנימוקים) ואום אל פאחם (בגלל התוצאה והנימוקים – או היעדרם).

היחסיות המוסרית המובנית הן בפרשנות של חופש הביטוי כפי שבאה לידי ביטוי בעתירות והן ביישומה, חברה ליחסיות המוסרית של העותרים. אלה, מצדן, השכילו לנצל זאת לקידום מטרותיהם הפוליטיות, ולא מתוך דאגה לחופש הביטוי של קבוצות מופלות (אף שלטענתם הם שייכים לקבוצה כזו).

מה שנמצא בפסיקת בג"ץ בפרשות אלה ומה שנעדר ממנה מצביע הן על מגבלותיה של דוקטרינת חופש הביטוי והן על יישום בעייתי של הדוקטרינה על ידי בג"ץ, וזאת במיוחד לאור בחינת סוגיות ניקיון הכפיים, הפגיעה ברגשות והשימוש שנעשה בו כחלק ממסע נרחב לקידום אידאולוגיה אנטי-דמוקרטית.

209 מדויני, לעיל ה"ש 125.

210 כהן-אלמגור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 178-179.