

עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות

חשיבה מחדש

האם עבירות ההסתה בישראל מנוסחות ונאכפות באופן המיטבי האפשרי? מהן ההצדקות לעבירות ההסתה? מתי ראוי, במדינה דמוקרטית, לפגוע בחופש הביטוי כדי להגן מפני הסתה לאלימות ולגזענות?

איתי ווּשְׁלֶר־בָּאָר | עמיר פוקס | מרדכי קרמניצ'ר

מחקר
מדיניות
132





עבירות ההסטה לגזענות ולאלימות

חשיבה מחדש

איתי וושלר-באר | עמיר פוקס | מרדכי קרמניצר

מחקר מדיניות 132

דצמבר 2019

The Crimes of Incitement to Racism and Violence: A Rethinking
Itai Weschler-Be'er, Amir Fuchs, Mordechai Kremnitzer

עריכת הטקסט: דפנה לביא, נועה שליטין
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר ברדיין
ביצוע גרפי: רונית גלעד, ירושלים
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב: 7-279-519-965-978

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2019
נדפס בישראל, תש"ף/9/2019

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602
טל': 02-5300888
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: www.idi.org.il/books
דוא"ל: orders@idi.org.il
טל': 02-5300800 ; פקס: 02-5300867

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי אי־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

המחקר התאפשר הודות לתרומתה הנדיבה של קרן אלן סליפקה.

הדברים המובאים במחקר מדיניות זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

7	תקציר
13	מבוא
17	פרק 1. הדין בישראל
17	1.1 הדין הקיים – הלכה למעשה
17	1.2 הסתה לגזענות
30	1.3 עבירת ההסתה לאלימות
36	1.4 על יישום איסורי ההסתה בערכאות הדיוניות: בחינה ביקורתית
41	1.5 הדין הקיים: מדיניות התביעה
49	פרק 2. משפט משווה
49	2.1 בריטניה
57	2.2 קנדה
65	2.3 ארצות הברית
68	2.4 האיסור על הסתה לגזענות בצרפת
71	2.5 הדין הבינלאומי
76	2.6 סיכום
78	פרק 3. על החופש לביטוי מסית
79	3.1 על הערכים המוגנים בעבירות ההסתה
83	3.2 האינטרסים הרלוונטיים שחופש הביטוי מגן עליהם
93	3.3 על פרשת "תורת המלך" כמקרה מבחן לדין הקיים ולמדיניות התביעה

101	פרק 4. המלצות
101	4.1 על הצורך בשינוי ודיון כללי בהמלצות
103	4.2 על מניעת הסתה והדין הפלילי
104	4.3 דיון והמלצות
iii	Abstract

ת ק צ י ר

עבירות הסתה הן עבירות העוסקות בתופעה של קריאה למעשי אלימות או הפצה של תוכן גזעני בנסיבות מסוימות. במחקר זה ביקשנו לסקור את המשפט הישראלי בתחום של עבירות ההסתה ואת מדיניות האכיפה בפועל של התביעה בשילוב ניתוח ביקורתי ומשפט משווה.

בעבירות ההסתה במשפט הקיים בישראל יש בעיות אחדות: ניסוח העבירות אינו מיטבי – ההגדרות של עבירה של הסתה לאלימות וגם של הסתה לגזענות עמומות ומשאירות טווח רחב של שיקול דעת לתביעה. עבירת ההסתה לאלימות נשענת כמבחן בלעדי על שאלת "האפשרות הממשית" לכך שיתבצע מעשה אלימות. היישום שלה בידי התביעה ובתי המשפט חוטא לעקרון החוקיות, ועלולות להיות לו תוצאות בעייתיות, ובהן אכיפת יתר.

עבירת ההסתה לגזענות סובלת מאיודאות משפטית חריפה באשר לערכים המוגנים בה ובאשר ליסודותיה המהותיים; ושורה של תקדימים בבית המשפט העליון לא פתרו בעיה זו. קיים פגם קשה במשפט המצוי, הטמון במדיניות התביעה, ב"סייג הדת", המאפשר פטור מוחלט כמעט מהסתה לגזענות

בפרסומים שהם במהותם פרסומי דת – פרשנות שאינה מתחייבת מלשון החוק הקיים; ובית המשפט מסרב להתערב במדיניות זו.

העובדה שהתביעה לא פרסמה הנחיות מחייבות (אף שקיימות הנחיות פנימיות) יוצרת גם היא חוסר ודאות באשר למדיניות האכיפה בנושא. אי־פרסום של מדיניות התביעה בקשר להסתה ברשתות החברתיות יוצר אי־ודאות באשר לשאלת הדין הקיים ולהדרכת הציבור באשר למה מותר ומה אסור, ומה שלא פחות חשוב – מתי יש להתלונן.

במחקר משווה נסקרות עבירות ההסתה בבריטניה, בצרפת, בארצות הברית ובקנדה וכן במשפט הבינלאומי. ניתן לראות בכל המדינות שההתלבטות בין הרצון לשמר את חופש הביטוי ובין הצורך להילחם בתופעת ההסתה כדי להגן על הערכים המוגנים בעבירות ההסתה מאפיינת את המחוקקים; וטרם נמצא שביל זהב מובחן וברור לאיזון בין הערכים האלה.

ישנה עמדה אוניברסלית כמעט (למעט בארצות הברית) שההסתה לגזענות במופעים משמעותיים שלה ראויה לענישה פלילית. עם זאת, קיים מגוון באפיון האיסור ובהיקפו. בניגוד לישראל, במדינות שנסקרו ניתן ביטוי ברור לערכים המוגנים – למניעה של מעשי אלימות ושל אפליה ולמניעה של פגיעה בכבוד האדם ושל שנאה גזענית. לטעמנו הביטוי הסטטוטורי המיטבי של ההגדרה הכפולה הזאת מופיע בחוק הקנדי, אשר מגדיר שני סעיפים נפרדים: האחד עוסק בביטויים הגורמים שנאה, ואין צורך בהוכחת פעולה גזענית כלשהי כתוצאה מכך, והאחר במניעת ביטויים גזעניים שעלולים להניע לפעולה. יש לציין שהסעיף העוסק בגרימת פעולה המבוססת על שנאה גזענית אינו דורש כוונה. גם בבריטניה בוטל ברבות השנים אלמנט הכוונה לקידום שנאה גזענית, ומסתפקים במודעות וביסוד הסתברותי.

בקנדה ובבריטניה בהגדרת ה"ציבורים" שאסור להסית נגדם נכללת גם "נטייה מינית". לטעמנו, תופעת ההסתה בישראל נגד קהילת הלהט"ב מחייבת לשקול הוספה של נטייה זו גם לחוק הישראלי. בכל החוקים שנסקרו (כולל בהמלצות הצוות הבינלאומי ברבאט) נכללה גם הדת כמושא להסתה גזענית, ומוצע לאמץ זאת גם אצלנו.

בחוק הקנדי וגם בחוק הבריטי ערך חברתי פודה שיש לביטוי עשוי להוות פטור מאחריות פלילית. לדעתנו, יש לשקול ערך זה במסגרת שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתב האישום ולא במסגרת הגנות סטטוטוריות. עוד מצאנו כי למרות התגברות ההסתה ברשתות החברתיות, ברמת החקיקה לא נמצא ביטוי ספציפי להסתה מקוונת; וההתמודדות עימה היא במסגרת החקיקה הכללית באשר להסתה.

המלצות

חקיקה

הסתה לאלימות

ראשית, אנו סבורים, בדומה לתיקון שהתקבל לאחרונה בחוק המאבק בטרור, כי יש מקום להפריד בין קריאה ישירה לעשיית מעשה אלימות – שבאשר אליה אין לדרוש היווצרות סיכון קונקרטי המתבטא במבחן הסתברותי – לבין פרסום של דברי שבח, לגיטימציה ועידוד למעשה אלימות. לדעתנו, חלק ניכר מהמקרים הקלסיים של הסתה לאלימות יהיו מכוסים על ידי הסעיף הראשון; ובכך יתייתר הצורך בעיסוק במבחן ההסתברותי.

הסעיף השני שאנו מציעים יכלול את המקרים שבהם מתפרסמים דברי שבח, לגיטימציה, אהדה או עידוד, תמיכה והזדהות עם מעשה אלימות. במקרים אלה אנו סבורים שיש לצמצם את האיסור למצב שבו מתקיים המבחן ההסתברותי התוצאתי (בדומה לדין הקיים) אך גם מתקיים יסוד נפשי של מטרה או לכל הפחות הלכת הצפיות. כמו כן, כדי להסיר ספקות ולשם קיום עקרון החוקיות, הדורש הגדרה ברורה במשפט פלילי, ראוי להגדיר במפורט את היסוד "בפומבי".

ה ס ת ה ל ג ז ע נ ו ת

אנו גם מציעים להגדיר מחדש בחוק את האיסור על הסתה לגזענות כך שהוא יקיף שני סוגים של פרסומים:

144.ב. (א) המפרסם תוכן גזעני מתוך מטרה להסית לגזענות – דינו מאסר חמש שנים;

(ב) המפרסם דבר שעל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם יש אפשרות ממשית שהוא יעורר מעשים המונעים משנאה גזעית – דינו מאסר חמש שנים;

(ג) לעניין ס"ק (א) צפיית התרחשות התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמה.

על ידי חלוקת העבירה לשתי קטגוריות ניתן ביטוי הולם לשני הערכים המוגנים: כבוד האדם של מי שמשתייכים לציבור שההתבטאות המסיתה לגזענות מכוונת נגדו, ומניעת מעשים המונעים משנאה גזעית, כמו אלימות או אפליה. מוצע גם להחיל בחוק הכתוב את הלכת הצפיות על סעיף קטן (א) (הכולל יסוד נפשי של מטרה).

ח ר י ג ה ד ת

עוד אנו מציעים למחוק את ההוראה הקיימת של חריג הדת ולהחליפה בהנחיית מדיניות מתאימה. החריג מתפרש באופן רחב מדי על ידי רשויות התביעה. כך נוצר מצב דברים מעוות, שבו יש כמעט "רישיון להסית לגזענות" באמצעות פרסומים דתיים.

באשר למדיניות שיש לגבש בשים לב לזכות החוקתית לחופש דת, הפתרון המידי הוא הטלת חובה על המפרסם לנטרל כמיטב יכולתו סכנה בפרסום. נטרול כזה יתקיים, ככלל, כאשר הפרסום במהותו הוא בעליל מחקר גרידא, ומובהר בו בהבלטה ראויה שהדברים המובאים בו הם לעיון בלבד, תוך כדי הסתייגות חד-משמעית מפרשנות שלפיה בפרסום כרוכה השלכה התנהגותית בדמותם של מעשים שיש להם מניע גזעני.

תיקון הגדרת ה"גזענות" מבחינת היקף

הקבוצות המוגנות

ההגדרה הקיימת ל"גזענות" בדין הקיים היא: "רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני". מוצע להוסיף את "או שואה" לאחר "מדנים" לשם פישוט לשון הסעיף, בכדי להבהירו, ולנוכח המגמה הרווחת במשפט המשווה. אנו מציעים גם להוסיף בהגדרת החוק לציבורים או לחלקי האוכלוסייה המנויים בסעיף את הקבוצה המתאפיינת בנטייה מינית. זאת בעיקר משום שמדובר בציבור שסבל שנים ארוכות מרדיפה קשה, אם על ידי האוכלוסייה ואם על ידי הממסד, וכפעולה מתקנת נדרש להגנה מיוחדת של החוק הפלילי. עובדה היא שבפועל נעשים מעשי אלימות קשים כלפי קבוצת הלהט"ב וכדי להגן עליה יש להרחיב את איסור ההסתה כך שיחול גם עליה. מומלץ להסיר את הספק ולהוסיף "דת" בהגדרת הגזענות. זהו אפיון בסיסי וכמעט קלטי של גזענות, והתוספת תשחרר את בית המשפט מן הצורך להגן על קבוצה דתית מתוך הסתמכות על אופייה הלאומי-אתני. מוצע גם לעקוב אחר המתרחש בחברה כדי לבחון אם יידרש להוסיף קבוצות נוספות.

המלצות מדיניות

(1) גיבוש ופרסום הנחיה מאת היועץ המשפטי בנוגע לעבירות ההסתה בכלל ובנוגע למרחב הווירטואלי בפרט

היעדר הנחיה ברורה ומפורטת של היועץ המשפטי לממשלה בעניין מדיניות האכיפה בעבירות ההסתה מעצים את חוסר הוודאות המשפטי האופף את הנושא. לטענתנו יש לפרסם הנחיה מפורטת וברורה של היועץ המשפטי אשר תגדיר בין השאר את הערכים המוגנים בעבירות, תנתח ותסביר את האופן של הפעלת שיקול הדעת בעת החלטה על פתיחה בחקירה והעמדה לדין ותפרט דוגמאות ומקרים מייצגים. פרסום כזה יאפשר לציבור הרחב להכיר ולהבין את גדרי העבירות הפליליות הללו. יש לפרט גם את ההנחיות המדריכות את שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתבי אישום לגבי הסתה ברשתות החברתיות ולחדד את הנסיבות וההקשר של הביטוי המסית. כשאין מדובר במקרים של

כוונה להסית לגזענות או לאלימות, לדעתנו צריך שההנחיות יקבעו כי על התובע לשקול במסגרת שיקולי ההעמדה לדין אם יש בפרסום ערך חברתי פודה. בחרנו שלא להכניס (בדומה, למשל, לחוק הקנדי) רשימת פרסומים "מוגנים", שכן לא ניתן ליצור רשימה סגורה כזו; ולטעמנו ראוי להשאיר נקודה זו לשיקול התביעה. לא בכדי כל החלטה על הגשת כתב אישום דורשת אישור היועץ המשפטי לממשלה.

(2) פעילות אקטיבית ומבצעי אכיפה מטעם רשויות האכיפה והתביעה

הליכי ההעמדה לדין והפתיחה בחקירה בעבירות ההסתה דומים כיום להליכים המקובלים בכלל העבירות הפליליות, וברוב הפעמים חקירה נפתחת רק עם הגשת תלונה. במציאות הייחודית במרחב הווירטואלי בכל הנוגע להיקף הביטויים המסיתים והקלות הרבה שבה ניתן לפרסמם, אנו סבורים כי יש לשקול שינוי מדיניות בכל הקשור בהליכי ההעמדה לדין בעבירות אלו ולהפוך אותה לאכיפה יזומה, שאינה מותנית כלל בהגשת תלונה.

(3) חיזוק הפן האקספרסיבי־חינוכי: פרסום מסיבי בתקשורת וברשתות של מעשים פליליים, כתבי אישום וענישה

בעבר רשויות האכיפה נקטו אמצעים מיוחדים לצורך קידום המודעות לתחומי עבריינות מסוימים. דוגמה מוצלחת למאמץ כזה היא האיסור על הפצת תמונות בעלות אופי מיני בוואטסאפ. סרטוני מידע מטעם משרד המשפטים הופצו, מאות אלפים צפו בהם, והקמפיין זכה לחשיפה אדירה. בדומה לקמפיין זה, גם עבירות ההסתה הן תחום שלהערכתנו חלקים ניכרים של הציבור אינם מודעים לפליליות הטמונה בו. חשוב, לכן, לעשות קמפיינים חינוכיים דומים גם בתחום זה. יש לזכור שהמשפט הפלילי הוא שיורי, המוצא האחרון בהתמודדות עם ביטויים; ויעילות ההתמודדות תגדל ככל שהיא תשתלב במאמצים חינוכיים והסברתיים.

הרקע למחקר

בקיץ 2014, במהלך מבצע צוק איתן ובתקופה של אירוע רציחת שלושת הנערים הישראליים, גילעד שער, יעקב פרנקל ואיל יפרח, והרצח של הילד הפלסטיני מוחמד אבו ח'דיר לאחר מכן, נחשפו מגמות מדאיגות למדי בציבור הישראלי. מגמות אלה, שהחלו עוד קודם לכן, הגיעו לשיאן עם גילויי גזענות וקריאות בוטות לאלימות, בהיקפים גדולים וללא הסתתרות תחת מעטה של אנונימיות. בעבר, בתחילת שנות ה-2000 דובר על כך שה"טוקבקיסט" מתלהם בשל האנונימיות שמעניקה לו הרשת, ואילו בעשור השני של שנות ה-2000 התברר שדווקא תחת שמות אמיתיים ותמונה אמיתית (למשל ברשת פייסבוק) ההתלהמות בשיאה. הגזענות, בעיקר ברשתות החברתיות, הגיעה לרמה שלא ניתן עוד להתעלם ממנה. בעיקר תפס את העין קמפיין ברשת שכותרתו "לשנא ערבים זה לא גזענות, זה ערכים".

בשנים האחרונות מתפרסם דוח השנאה על ידי קרן ברל כצנלסון, ובו תוצאות ניטור של גלי השנאה ברשתות החברתיות (הניטור מתבצע לגבי מסרים בשפה העברית בלבד). בשנת 2017, למשל, המספר הממוצע של מה שהוגדר "שיחות גזעניות" (בהגדרה רחבה מאוד, כולל שנאה עדתית או על רקע דתי) היה יותר מ-400,000 בחודש אחד. לפי המדד של קרן ברל כצנלסון כמעט 3% מהשיחות האלה כללו קריאה ישירה לאלימות. השנאה העיקרית מובעת כלפי ערבים (כ-38%), כ-12% כלפי חרדים וכלפי שמאלנים, 10% כלפי מזרחים, 8% כלפי להט"בים, 6% כלפי מבקשי מקלט וכן כלפי ימנים, אתיופים, אשכנזים וכו'.¹ יש להדגיש – לא מדובר במקרים שעונים בהכרח על ההגדרות של עבירות ההסתה אלא בתוצאות של ניטור אוטומטי של מילים המבטאות שנאה כלפי ציבורים ספציפיים. מחקר זה יבחן היבט ממוקד אחד של הכלים להתמודדות

עם התופעה בהקשרים של הסתה לאלימות והסתה לגזענות – המשפט הפלילי. נדון בהגדרות הקיימות של עבירות ההסתה ובהתאמתן להתמודדות עם מקרי הקיצון של תופעה חברתית זו.

מהן עבירות הסתה?

עבירות הסתה הן עבירות ספציפיות העוסקות בתופעות של קריאה למעשי אלימות או של הפצת תוכן גזעני בנסיבות מסוימות. יש לציין שבניגוד לשידול לא מדובר בקריאה לאחר לעבור עבירה ספציפית כלפי אדם מסוים, אלא מדובר באמירה כללית שאינה מובנית לאדם מסוים. בישראל עבירות ההסתה כוללות הסתה לגזענות, הסתה לאלימות והסתה לטרור.

מטרת המחקר

במחקר זה ביקשנו לסקור את המשפט הישראלי בתחום עבירות ההסתה ואת מדיניות האכיפה בפועל של התביעה. לאחר ניתוח משפט משווה וניתוח תאורטי של הרציונלים השונים של העבירות הרלוונטיות הגענו להמלצות באשר לחקיקה ולמדיניות התביעה ולבתי משפט. המחקר מתייחס גם להיבט המיוחד של הסתה ברשתות החברתיות ולשאלת הרלוונטיות של הדינים הקיימים להתמודדות הפלילית עם תופעה זו.

ממצאי המחקר

על פי ממצאינו והסקירה של המשפט המצוי בישראל, ישנם כמה קשיים במשפט הקיים. בראש וראשונה, הכלים החקיקתיים בידי התביעה אינם מיטביים. גם העבירה של הסתה לאלימות וגם זו של הסתה לגזענות לוקות בהגדרות אמורפיות מדי, שמשאירות טווח רחב של שיקול דעת לתביעה. מצד אחד, עבירת ההסתה לאלימות נשענת באופן בלעדי על שאלת "האפשרות הממשית". עובדה זו והיישום שלה בידי התביעה ובתי המשפט חוטאים לעקרון החוקיות ועלולים לגרום לתוצאות בעייתיות, ולעיתים לאכיפת יתר. מצד שני, עבירת ההסתה לגזענות לוקה באיודאות משפטית חריפה, באשר לערכים המוגנים באמצעותה ובאשר ליסודותיה המהותיים. בית המשפט העליון לא הבהיר את הסוגיה למרות שורה של פסקי דין עקרוניים שניתנו בנושא, כולל פסק הדין

שניתן בעקבות פרסום הספר "תורת המלך"². נוסף על כך דומה כי קיים פגם קשה במשפט המצוי, הטמון במדיניות התביעה ובמידה מסוימת בכך שבית המשפט סירב להתערב בה, באשר ל"חריג הדת". סייג זה מאפשר הלכה למעשה פטור כמעט מוחלט מהסתה לגזענות בפרסומים שהם במהותם פרסומי דת – פרשנות שאינה מתחייבת מלשון החוק הקיים.

מעבר לכך, העובדה שלא פורסמו הנחיות מחייבות על ידי התביעה (אף שקיימות הנחיות פנימיות כאלה) יוצרת גם היא חוסר ודאות באשר למדיניות האכיפה בנושא. אי-פרסום של מדיניות התביעה בקשר להסתה ברשתות החברתיות יוצר אי-ודאות קשה לגבי שאלת הדין הקיים והדרכת הציבור למה מותר ומה אסור, וחשוב לא פחות – מתי יש להתלונן.

המחקר סוקר מדינות אחדות במשפט המשווה – בריטניה, קנדה, ארצות הברית וצרפת – ומתייחס להוראות המשפט הבינלאומי בתחום. בין שאר התובנות שעלו במחקר המשווה ניתן למנות את דבר קיומן של הגדרות ברורות יותר באשר לערכים המוגנים בהסתה לגזענות (מן המשפט הקנדי) ואת התועלת שבפרסום מדיניות התביעה בקשר לעבירות ברשתות החברתיות (בבריטניה).

הפרק השלישי עוסק בשאלת חופש הביטוי, בערכים המוגנים באמצעות איסורי ההסתה המתנגשים עימו ובאיזון בין שני אלה. נדגיש כי חופש הביטוי הוא עקרון יסוד בדמוקרטיה, ובבסיס מחקר זה עמדה ההנחה שיש להגן עליו ולשמור ככל האפשר על האינטרסים והרציונלים שעומדים מאחוריו. עם זאת, חופש הביטוי איננו בלתי מוגבל, ובפרק זה הבאנו דיון המבליט את המקרים שבהם הרציונלים לחופש הביטוי נסוגים מפני הערכים המוגנים על ידי איסורי ההסתה. דיון זה משמש בסיס למסקנות ולהמלצות. כמו כן כמקרה מבחן ניתחנו את פרשת "תורת המלך" ואת החלטתה של פרקליטות המדינה שלא להגיש כתב אישום על הסתה לגזענות או הסתה לאלימות במקרה זה.

2 יצחק שפירא ויוסף אליצור **תורת המלך** (2009). הספר עוסק ב"הלכות הריגת גוי". בעקבות פרסומו התקיימה חקירה פלילית ובסופה החיק נסגר ללא כתבי אישום, גם לאחר עתירה לבג"ץ כנגד פרקליטות המדינה (בג"ץ 2684/12 **התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, 9.2.2014; פורסם בנבו) (להלן: פרשת "הורח המלך").

פרק ההמלצות כולל הנמקות והמלצות ספציפיות לתיקון החקיקה הקיימת ולשינויים במדיניות התביעה. אנו ממליצים על תיקון עבירת ההסתה לאלימות כך שבמקרה של קריאה ישירה לאלימות לא תידרש הוכחת יסוד הסתברותי. במקרים אחרים, שנדרש בהם יסוד של "אפשרות ממשית" להתקיימות התוצאה, אנו ממליצים להוסיף יסוד של כוונה. באשר לעבירת ההסתה לגזענות, אנו ממליצים על פיצולה לשתי עבירות: האחת שתתמקד בהגנה על כבוד האדם של האוכלוסייה שמסיתים כנגדה ושלא תכלול יסוד הסתברותי כלשהו אלא רק יסוד של כוונה (הכוללת הלכת צפיות), והשנייה המבוססת על הגנה על שלום הציבור מפני אלימות ועל השוויון מפני אפליה גזענית – עבירה של הסתה לגזענות, ללא יסוד של כוונה להסית לגזענות, המותנית באפשרות ממשית שתגרום פעולה המונעת משנאה גזענית. כמו כן אנו ממליצים על ביטול "חריג הדת", למעט מקרים מוגדרים שיופיעו בהנחיות. נוסף על כך אנו ממליצים להוסיף "נטייה מינית" ו"דת" להגדרת אוכלוסיות המטרה שיש להגן עליהן כחלק מהמאבק בגזענות.

בפרק ההמלצות נכללות המלצות מדיניות, בעיקר באשר לניטור השיח ברשתות החברתיות וחינוך הציבור למודעות לקיומן של עבירות ההסתה, להצדקתן ולאכיפתן. לטעמנו יש חשיבות בפרסום ההנחיות המתייחסות להפעלת שיקול הדעת של התביעה, ובפרט באשר לרשתות החברתיות.

אנו תקווה שהכנסת ורשויות התביעה יאמצו את המלצותינו ושתהיה בכך משום תרומה להורדת מפלס השנאה וההקצנה בשיח בישראל.

ה די ן ב י ש ר א ל

במחקר זה נעסוק אך ורק בהתמודדות של המשפט הפלילי עם תופעות ההסתה לגזענות ולאלימות. הניסיון להתמודד עם הסתה בכלל, ובפרט ברשתות החברתיות, כולל מאמצים אחרים שאינם נדונים כאן, לרבות ניסיונות לאסדרה מול הרשתות (למשל הצעת "חוק פייסבוק"³) ומהלכים מינהליים להסרת תכנים מסיתים או פוגעניים ללא קשר להתמודדות עם המסית עצמו. במחקר זה נתמודד כאמור אך ורק עם שאלת האכיפה הפלילית מול המסיתים.

1.1

ה די ן ה ק י י ם - ה ל כ ה ל מ ע ש ה

בתת־פרק זה נבקש להציג את המצב המשפטי הקיים בישראל בנוגע לעבירות ההסתה לגזענות וההסתה לאלימות, המהוות יחד את סימן א' לחוק העונשין. במסגרת סקירה זו נבקש לבחון את ההלכות המנחות באשר לשתי העבירות כמו גם את יישומן בפועל במסגרת תיקים שנוהלו בערכאות הדינויות. תחילה נדון בעבירה של הסתה לגזענות, ובהמשך בעבירת ההסתה לאלימות.

1.2

ה ס ת ה ל ג ז ע נ ו ת

ראשיתו של סימן א' לחוק העונשין היא במסגרת תיקון מס' 24 לחוק העונשין תשמ"ה-1985, אשר כלל את עבירת ההסתה לגזענות בלבד. בטרם האיסור על ההסתה לגזענות היו שני חוקים שניתן היה להשתמש בהם לצורך ענישה על

3 ראו הצעת חוק להסרת תוכן שפרסומו מהווה עבירה מרשע האינטרנט, תשע"ז-2016; תהילה שורץ אלטשולר ורחל ארידור הרשקוביץ "חוות דעת לקראת דיון בוועדה המשותפת לוועדת החוקה וועדת המדע והטכנולוגיה ב'חוק הפייסבוק' " אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 8.5.2018.

התבטאויות גזעניות. הראשון, איסור מעשי המרדה ופרסומי המרדה שבחוק העונשין, ובו בהגדרת המונח "להמריד" כלול גם "לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין".⁴ השני, חוק איסור לשון הרע תשכ"ה-1965, ובו בהגדרות "לשון הרע" נזכר בסעיף 1(4) לחוק כי מדובר בתוכן שפרסומו עלול "לזכות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, גילו, מינו, נטייתו המינית או מוגבלותו".⁵ סעיף 4 לחוק מאפשר העמדה לדין בשל לשון הרע על ציבור בתנאים מסוימים.⁶ תיקון מס' 24 נחקק בשל המציאות הסוערת באמצע שנות ה־80 של המאה הקודמת, ובמיוחד היבחרו לכנסת של מאיר כהנא, ראש תנועת כך. התיקון נועד להתמודד עם ריבוי "תופעות של התבטאויות פומביות, בכתב ובעל־פה, של דברים הקוראים לרדיפה, השפלה, ביזוי, איבה ומעשי עוינות ואלימות כלפי ציבור מתושבי המדינה, או הגורמים מדנים בין חלקים של האוכלוסיה, בשל השתייכות לגזע, ללאום או לדת".⁶

1.2.1. עבירת ההסתה לגזענות

סעיפים 144א-144ד, הדנים באיסור על פרסום הסתה לגזענות, קובעים:

הגדרות (תיקון מס' 20)	144א. בסימן זה – "גזענות" – רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסיה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי־אתני;
(תיקון מס' 52)	"פרסם" – (נמחקה).

4 סעיף 136 לחוק העונשין תשל"ז-1977. יש לציין כי בפועל מעולם לא נעשה שימוש בסעיף.

5 חוק איסור לשון הרע תשכ"ה-1965, סעיף 4.

6 השתייכות דחית הופיעה בהצעת החוק בהגדרת הגזענות שבסעיף 144א אך הושמטה מנוסחתו הסופית של החוק. ראו על כך מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות" משפטים 105, 137 תשנ"ט; David Kretzmer, *Racial Incitement in Israel*, 22 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 243, 249 (1992)

איסור פרסום הסתה 144.ב. (א) המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, לגזענות (תיקון מס' 20) דינו – מאסר חמש שנים

(ב) לענין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא ואם היה בו אמת או לא.

פרסום מותר 144.ג. (א) פרסום דין וחשבון נכון והוגן על מעשה כאמור בסעיף 144,ב, לא יראוהו כעבירה על אותו סעיף, (תיקון מס' 20)

ובלבד שלא נעשה מתוך מטרה להביא לגזענות. (ב) פרסום ציטוט מתוך כתבי דת וספרי תפילה, או שמירה על פולחן של דת, לא יראו אותם כעבירה לפי סעיף 144,ב, ובלבד שלא נעשה מתוך מטרה להסית לגזענות.

החזקת פרסום גזעני 144.ד. המחזיק לשם הפצה פרסום האסור לפי סעיף 144,ב כדי להביא לגזענות, דינו – מאסר שנה, והפרסום יחולט. (תיקון מס' 20)

בשולי הדברים נבקש לציין כי ישנה גם עבירה ייחודית בדין הישראלי בכל הקשור להתבטאויות גזעניות במהלך אירוע ספורט. הרקע לחקיקת החוק לאיסור אלימות בספורט תשס"ח-2008 היה מקרים חוזרים ונשנים של ביטויי אלימות וגזענות במגרשי הספורט, וניסיון ליישם המלצות של ועדת חקירה פרלמנטרית בנושא האלימות בספורט.⁷ סעיף 15 לחוק:

איסור התבטאות גזענית 15. המתבטא התבטאות גזענית במהלך אירוע ספורט, דינו – מאסר שנתיים; בחוק זה, "התבטאות גזענית" –

קריאה של מילים, צלילים או נהמות, וכן התבטאות חזותית, על ידי אדם, לבדו, יחד עם אחר או במקהלה, שיש בהם משום איום, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות, אלימות או גרימת מדנים כלפי אדם, ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע, לדת או למוצא לאומי-אתני.

7 הצעת חוק איסור אלימות בספורט תשס"ח-2008 ה"ח הכנסת, 224, 267. יש לציין כי סעיף 15 לא הופיע בהצעת החוק המקורית.

נדגיש כי סעיף זה אינו דורש יסוד נפשי ייחודי כלשהו אלא קובע איסור גורף על התבטאויות גזעניות באופן רחב בהרבה מזה הקבוע בסעיף 144א–144ד לחוק העונשין. יש לציין כי אין אכיפה גורפת של הסעיף, ועד היום הוא יושם במקרים מעטים במצבים שבהם ההתבטאות לא התלוותה לאלימות פיזית.

1.2.2. פרשנות בית המשפט באשר לעבירת ההסתה לגזענות

1.2.2.1. שאלת הערך המוגן

שאלת הערך המוגן בעבירת ההסתה לגזענות בישראל היא שאלה פתוחה שטרם הוכרעה. ניתן היה לראות בה עבירה המגינה מפני הסכנה שאמירות יובילו למעשים ולאלימות גזעית, וניתן לראות בה עבירה המגינה מפני עצם הפרסום של הסתה גזענית – בשל ההגנה על ערך כבוד האדם. דיון נרחב בנוגע להגדרת יסודותיה של עבירת ההסתה לגזענות התקיים בבית המשפט העליון בפרשת אלבה.⁸ באותה פרשה נדונה הפצתו של המאמר "בירור הלכות הריגת גוי" בידי הרב עידו אלבה בקרב תלמידיו. במאמר מתקיים דיון הלכתי על היתר להרוג גויים, ובכתב האישום נטען כי המאמר פורסם "מתוך כוונה להסית לגזענות ולשכנע כי פגיעה בערבים הינה מותרת ומוצדקת".⁹ עיקר הדיון בפרשה נע סביב "המסקנות ההלכתיות" כפי שסוכמו בידי אלבה בפרק האחרון של מאמרו, המסתמך על שורה של הלכות שמדגימות מדוע המצווה "לא תרצח" אינה חלה על גויים; ולעיתים אף מצווה להורגם.¹⁰

בשל פרסום המאמר הורשע אלבה בבית המשפט המחוזי בהסתה לגזענות לפי סעיף 144ב לחוק (נוסף על הרשעתו בין השאר בניסיון לייצר נשק ובניסיון להחזיק נשק עם משתיק קול). בית המשפט העליון דן בערעור על הרשעתו בהרכב מורחב של שבעה שופטים. הערעור נדחה ברוב של חמישה שופטים כנגד

8 ע"פ 2831/95 הרב אלבה נ' מדינת ישראל פ"ד נ(5) 221 (1996) (להלן: פרשת אלבה).

9 שם, פס' 6 ו-7 לפסק דינו של השופט מצא.

10 שם, בעמ' 239.

שניים. עם זאת, גם שופטי הרוב נחלקו בדעותיהם ביחס לפרשנותה של עבירת ההסתה לגזענות. מגוון העמדות שהובעו בפסק הדין והבעייתיות בחילוץ הלכה ברורה בנוגע לסוגיות הרבות העולות מקשה על הצגה ברורה של הדין כיום.¹¹ עם זאת, ננסה להציג בקווי מתאר כלליים את מאפייני החוק ופרשנותם כפי שנתפרשו ויושמו בפרשת אלבה.

מהגדרת "גזענות" בסעיף 144א לא ניתן להבין באופן ברור אם מטרת העבירה צרה וכוללת הגנה מפני ביטויים שיש בהם פוטנציאל להביא לעשייה גזענית, לדוגמה אלימות כלפי מיעוטים אתניים, או רחבה וכוללת הגנה מעצם גיבושן של עמדות גזעניות, גם אם אין בהן בהכרח משום פוטנציאל לפגיעה אלימה באחר. קרמניצר עמד על כך שמהגדרת הגזענות בסעיף 144א ושימושה בדוגמאות של גילויי עוינות מעשיים ניתן להבין כי תכלית העבירה, בניסוחה הנוכחי, היא להגן מפני עשייה גזענית ולא דווקא מפני הסתה להרגשה או לגיבוש עמדה גזענית.¹² עם זאת, בדברי השופטים בפרשת אלבה ניתן לזהות תמיכה בשתי התכליות האפשריות, וההלכה בקשר לתכלית החוק אינה ברורה.¹³ כך, לדוגמה, השופט מצא מתאר את החוק כמבקש למנוע "אפשרות שהציבור שיקבל את הפירסום יוסת בעטיו לגזענות".¹⁴ על עמדה דומה ניתן ללמוד גם מהדוגמה שהציג השופט בך שלפיה הרצון "לגרום לביזוי אותה עדה בעיני הציבור" מספיק לצורך קיום יסודות העבירה.¹⁵ באופן דומה אפשר להבין גם את דבריה של השופטת דורנר, שלפיהם –

11 בהצגתנו כאן נסתמך בהרחבה על מאמרו של קרמניצר "פרשת אלבה", לעיל ה"ש 6. קרמניצר מנתח בהרחבה את ההלכות העולות מהפסיקה בפרשה. עם זאת, המורכבות של פסק הדין מותירה עמימות רבה ביישום הדין, כפי שנפרט בהמשך.

12 שם, בעמ' 125-126.

13 ראו שם, בעמ' 124-126; אלון הראל "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות ההתממשות של הנזק': חשיבה מחודשת" משפטים ל (1) (תשנ"ט) 1969, 69, 81 ואילך.

14 פרשת אלבה, לעיל ה"ש 8, פסי' 17 לפסק דינו של השופט מצא. וראו קרמניצר "פרשת אלבה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 125.

15 פרשת אלבה, לעיל ה"ש 8, סעיף 4 לפסק דינו של השופט בך.

מטרתו החקיקתית של סעיף 144ב איננה רק למנוע סכנה עתידית של גזענות. תכלית האיסור היא, בראש ובראשונה, למנוע את הדיבור הגזעני גופו. [...] המחוקק הישראלי ראה את הסכנה שמפניה יש להגן באמצעות הטלת איסור בפלילי – גם בדיבור גזעני שבנסיבות המקרה אין בכוחו להביא לגזענות.¹⁶

עמדה זו מרחיקה לכת, ואוסרת על עצם ההתבטאות, אף אם היא לא תוביל לגזענות. השופטים ברק, טל וטירקל נטו להגדיר את הערך המוגן כהגנה מוחשית יותר מפני אלימות גזענית, אם כי הדבר אינו נאמר בפירוש בדבריהם. ניתן להבין כי זו כוונתם לאור ההתייחסות החוזרת לערך המוגן בעבירה כ"שלום הציבור", על ידי השופטים ברק וטירקל,¹⁷ והתייחסותו של השופט טל לצורך להוכיח שהפרסום יביא ל"גילויי גזענות".¹⁸ היעדר הגדרה ברורה של הערך המוגן בעבירה יוצר קושי גם בניתוח הצורך במבחן הסתברותי להתממשות הנזק, וודאי שביישום בפועל של מבחן הסתברותי כלשהו. מבחן הסתברותי צריך לתאר את הסיכון לפגיעה במה שמוגן על ידי האיסור, דבר שלא ניתן לתיאור בהיעדר ערך מוגן ברור. בסיכומו של דבר, הדיון בקושי העולה מניסיון לנסח מבחן הסתברותי נמנע, שכן ניתן לזהות בפרשת אלבה רוב לדרישה שלפיה לא מתחייב מבחן הסתברותי כלשהו.¹⁹ לנקודה זו עוד נשוב בהמשך.

1.2.2.2. היסוד העובדתי

העבירה היא עבירת התנהגות שאינה דורשת תוצאה כלשהי. באשר לתוכן הפרסום, יש להדגיש כי הגדרת הקבוצות המוגנות על ידי האיסור המופיעה בסעיף היא צרה יחסית ואינה כוללת קבוצות הנפגעות בגין הסתה על רקע דת,

16 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת דורנר. וראו קרמניצר "פרשת אלבה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 116.

17 פרשת אלבה, לעיל ה"ש 8, פס' 5 לפסק דינו של השופט ברק, ופס' 3 לפסק דינו של השופט טירקל.

18 שם, פסק דינו של השופט טל. ההדגשות בציטוטים הן שלנו, אלא אם כן צוין אחרת.

19 השופטים מצא, בר, גולדברג ודורנר. ראו קרמניצר "פרשת אלבה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 109 ואילך.

נטייה מינית, מגדר או מוגבלויות.²⁰ עם זאת, היסוד העובדתי של העבירה רחב ביותר – "המפרסם דבר" – ואינו מציג אפיון כלשהו של הדבר המפורסם או הגדרה של מהו פרסום לצורך ביצוע העבירה.

1.2.2.3. היסוד ההסתברותי

יסוד ההסתברותי הוא יסוד בעבירה שקובע את רמת ההסתברות לכך שיתממש סיכון מסוים (כמו שקיים, למשל, בעבירת ההסתה לאלימות).

כאמור לעיל, בפרשת אלבה רוב השופטים הכריעו כי לא נדרש יסוד ההסתברותי כלשהו בעבירה. בבג"ץ שדן בעתירה נגד אי-העמדתם לדין של מחברי הספר "תורת המלך" מתייחס בין השאר השופט ג'ובראן, שנותר בדעת מיעוט, להיעדר הצורך במבחן ההסתברותי בעבירת ההסתה.²¹ "תורת המלך" הוא ספר שחיברו שני רבנים משיבת עוד יוסף חי שביישוב יצהר ובו הם דנים ב"דיני נפשות בין ישראל לעמים", כך לפי כותרתו. גם כאן, בדומה לפרשת אלבה, עיקר הדיון נסב על פרק ה"מסקנות בקצרה" המופיע בספר. הפרק, המצוטט במלואו בפסק הדין, עוסק בהלכות איסור ומותר בהריגת גויים, ושם מצוין למשל:

פרק חמישי – הריגת גויים במלחמה

א. גויים שתומכים או מעודדים מעשי רציחה של מלוכתם וכדומה – חייבים מיתה כדין רודף, ומצוה להורגם כדי להציל מנזקם.

ב. גם אלו שאינם מעודדים רצח – מותר להורגם כדי שיהודים לא יפגעו, מהטעמים הבאים:

[...]

2. במקרה בו רוצח תופס בן ערובה ומסתתר מאחוריו כדי לאיים על גוי (אפילו שלא בשעת מלחמה) – מותר

20 הגדרת hate speech רחבה יותר. למשל, בקנדה מדובר על צבע, גזע, דת, לאום או מוצא אתני, גיל, מגדר, נטייה מינית ומגבלה פיזית או מנטלית. גם בצרפת הורחבה הרשימה המקורית כך שהיא כוללת גם מגדר ונטייה מינית.

21 פרשת "תורת המלך", לעיל ה"ש 2.

למאויס להרוג גם את בן הערובה בכדי להינצל. וכן בשעת מלחמה, נוכחותם של החפים מפשע עוזרת לרוצחים, ולכן מותר להרגם כדי להינצל. וכיון שבמקרים אלו מותר לגויים לנהוג כך זה עם זה, לכן גם ליהודים מותר לנהוג כך כלפי הגויים.

על פי הטעמים הנ"ל מותר להרוג גם חפים מפשע גמורים, כמו תינוקות, כשזה נצרך כדי להציל נפשות ישראל.

ג. מצאנו בהלכה שהגויים חשודים באופן כללי על שפיכת דם ישראל, ובמלחמה החשד הזה מתחזק מאד.

ד. רשעותם של הנלחמים בנו היא חלק מזה שהם עוברים באופן כללי על שבע מצוות בני נח, ולכן יש לנו ענין לדון ולהרוג אותם על עבירותיהם.

[...]

ו. גם תינוקות שאינם עוברים על שבע מצוות – יש שיקול להרגם בגלל הסכנה העתידית שתיגרם אם הם מוחזקים לגדול להיות רשעים כמו הוריהם (כמו שמצאנו בדברי הנביא על בני בבל), אפילו כשאינם מהוים מחסה לרשעים או שהספק היכן הם נמצאים עלול למנוע מאיתנו לפגוע ברשעים.

טענת העותרים בפרשה הייתה כי יש לבטל את החלטת היועץ המשפטי שלא להגיש כתב אישום בתיק בשל היעדר ראיות ולהורות ליועץ המשפטי להעמיד לדין את כותבי הספר, כמו גם את הרבנים שנתנו את הסכמתם לו. לטענת העותרים הדיון התורני הקיים בספר עולה כדי הסתה לאלימות והסתה לגזענות.²² השופט ג'ובראן עומד בהחלטתו על כך שעבירת ההסתה לגזענות אינה עבירה הדורשת מבחן הסתברותי כלשהו, וכך גם הוכרע, לשיטתו, בפרשת אלבה.²³ יתרה מזו,

22 שם, פסקה ז לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

23 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

ג'ובראן מבקר את עמדת היועץ המשפטי, שקרא דרישה "מעין תוצאתית" לתוך דרישות הסעיף למרות שזו אינה נדרשת,²⁴ ובאופן דומה הוא מתייחס גם לפסק דינו של השופט רובינשטיין, שכתב את דעת הרוב בפרשה.²⁵

1.2.2.4. היסוד הנפשי

כאמור, העבירה היא עבירה התנהגותית, ולשון סעיף 144ב(ב) דורשת יסוד נפשי של "מטרה להסית לגזענות". לאור דרישה זו התקיים דיון מקיף בפרשת אלבה בנוגע להחלת הלכת הצפיות בעבירה זו (הלכת הצפיות – שלפיה צפיית אפשרות התוצאה כמוה ככוונה אליה – אינה חלה אוטומטית בעבירות מטרה ובית המשפט מחיל אותה באופן סלקטיבי). כפי שנראה מייד, לא ברור כי ניתן לחלץ מדיון זה הלכה מפורשת.²⁶ משמעותה הפרקטית של עמימות זו פחותה ממה שניתן היה לצפות, בשל כמות המקרים שבהם בתי המשפט מסיקים מתוכן הפרסום את קיומה של המטרה (כפי שנעשה גם בפרשת אלבה עצמה), ובכך נמנע הצורך להכריע בעניין הדין החל באשר להלכת הצפיות. כך ניתן לראות, לדוגמה, בדבריה של השופטת מאק'קלמנוביץ:

10. באשר ליסוד הנפשי המיוחד של מטרה להסית לגזענות: התביעה מבקשת לקבוע כי הנאשם פעל מתוך מטרה להסית לגזענות, וההגנה טוענת כי לא הייתה לו מטרה כזו. בנוסף נחלקו הצדדים באשר להלכה שנפסקה בע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת אלבה [1]), ואם ניתן בהיעדר הוכחה מפורשת של כוונה, להחיל לגבי עבירת ההסחה לגזענות את הלכת הצפיות.

11. אכן, מדובר בשאלה נכבדה, אשר נדונה ארוכות עליידי שבעת השופטים שישבו לדין באותו מקרה. נוכח ריבוי הדעות לא קל

24 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

25 שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט ג'ובראן, המפנה לפסקה מ"ו בפסק דינו של השופט רובינשטיין, שאותה הוא מפרש ככזו המייחסת משמעות רבה מדי להשפעה האפשרית של ההסחה.

26 ראו את ניתוחו הנרחב של קרמניצר בעניין זה, "פרשת אלבה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 126 ואילך.

לקבוע מהי ההלכה שנפסקה, אם כי נראה כי מרבית השופטים אכן נוטים לקבוע כי הילכת הצפיות חלה על העבירה של הסתה לגזענות (ראו גם ניתוח פסק־הדין אצל מ' קרמניצר "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות" [4], בעמ' 126 ואילך). מכל מקום, נראה לי כי בענייננו אין צורך להיזקק להילכת הצפיות, שכן בנסיבות העניין מתקיימת דרישת המטרה עצמה, ללא צורך בתחליפים, כפי שאפרט.²⁷

כפי שנראה בהמשך, אין מדובר במקרה יחיד שבו בית המשפט נמנע מהזדקקות להלכת הצפיות לאור הכרעה שניתן להסיק מטרה בפועל מתוכן הפרסום, גם כשהכרעה זו אינה מובנת מאליה.

בפרשת "תורת המלך" ביקש השופט ג'ובראן, שכתב את דעת המיעוט בפסק הדין, לקבוע במסגרת העתירה כי יש מקום להחיל את הלכת הצפיות על עבירת ההסתה לגזענות. אליבא דג'ובראן יש להחיל את הלכת הצפיות, בין היתר, על מנת להתמודד עם המציאות הנוכחית.

בשנים האחרונות, הפכו הרשתות החברתיות לקרקע פורייה לפרסום דברי בלע, ולהסתה לגזענות ולאלימות מצד בעלי דעות קיצוניות. באופן פרדוכסלי, האינטרנט והרשתות החברתיות – המאפשרים נגישות בלתי מוגבלת למידע, והמהווים פלטפורמה נגישה לכל אדם החפץ במימוש חופש הביטוי שלו – דווקא הם אלו אשר מסייעים בהפצה מהירה והמונית של דעות ואמירות המסיתות לגזענות ואלימות. סבורני, כי במציאות זו שבה דברי הסתה הנכתבים בעט מושחזת גוררים אחריהם לא אחת שימוש קטלני בסכין מושחזת, מוטלת עלינו החובה לשקול ביתר שאת מקרים מהסוג שלפנינו, לרבות העמדה לדין והרשעה במקרים המתאימים.²⁸

27 ת"פ 3769/03 מדינת ישראל נ' טחן פסקה 10-11 לפסק דינה של השופטת מאק-קלמנוביץ (31.3.05) פורסם בנבו (להלן: פרשת טחן).

28 פרשת "תורת המלך", לעיל ה"ש 2, פס' 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. דעת הרוב לא קבעה עמדה לעניין הלכת הצפיות.

לטענת ג'ובראן המציאות הנוכחית, שטרם הוכרע בה אם הלכת הצפויות חלה על עבירת ההסתנה לגזענות או לא, יוצרת מצב עמום לגבי יסודות עבירת ההסתנה ובכך פוגעת בעקרונות יסוד בדין הפלילי.²⁹

מתקיימת שקילות מוסרית בין מי ששם נגד עניו מטרה להסית לבין מי שצפה כי דבריו יסיתו ברמה של ודאות קרובה. כמו כן, המסוכנות החברתית העולה ממי שמפרסם דבר תוך שהוא צופה כאפשרות קרובה לוודאי כי דבריו יסיתו לגזענות איננה נופלת ממסוכנותו של מפרסם אשר הציב לעצמו מטרה להסית לגזענות.³⁰

כמו כן ג'ובראן עומד על כך שבחינת ההיסטוריה החקיקתית של סעיף ההסתנה מעלה כי הוספת הדרישה ליסוד נפשי של מטרה נועדה להגן על חופש הדת ולא על חופש הביטוי, ובהתאם לכך החלת הלכת הצפויות "איננה מהווה הפרה של האיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין כבוד האדם ותקנת הציבור".³¹

1.2.2.5. שאלת חריג הדת

כאמור, לפי החוק, "פרסום ציטוט מתוך כתבי דת וספרי תפילה, או שמירה על פולחן של דת, לא יראו אותם כעבירה לפי סעיף 144ב, ובלבד שלא נעשה מתוך מטרה להסית לגזענות".

אלא שגם פרשנות סעיף זה נותרה עמומה בהכרעת השופטים בפרשת אלבה. שלושה שופטים בלבד התייחסו למשמעותו של סעיף 144ג(ב), החלופה הרלוונטית לעניין הנדון בפרשה (באשר לפרסום של ציטוטי פסקי הלכה). השופטים בך ודורנר טענו כי מסעיף זה ניתן ללמוד, ביתר ביסוס, כי לא נדרש שה"דבר" המפורסם יהיה בעל תוכן גזעני, אלא מרכז העבירה הוא ביסוד הנפשי של המבצע ומטרתו. לדעתנו, הסברם מותיר, כך נראה, את סעיף 144ג מיותר כשלעצמו – שכן כל מה שאפשר ללמוד ממנו קשור בפירוש הנכון של יסודות

29 שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

30 שם, פס' 27 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

31 שם, פס' 31 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

העבירה המוגדרת בסעיף 144ב, ואילו חוסר הבהירות באשר למשמעות סעיף 144ג עצמו עומד בעינו. התייחסות נרחבת למשמעותו של סעיף 144ג(ב) הייתה בדברי השופט טל:

פירסום מתוך כתבי דת

אחת השאלות שעלתה הן בפסק הדין בבית המשפט קמא והן בערעור, היא פרשנותו של סעיף 144ג(ב) של חוק העונשין, הנותן הגנה לפירסום מתוך כתבי דת.

[...]

לכאורה, סעיף זה מיותר לחלוטין. שהרי ממה נפשך: אם הפירסום נעשה שלא מתוך מטרה גזענית, אין הוא מהווה עבירה. ואם נעשה מתוך מטרה כזו, אין "הדתיות" שבפירסום עוקרת את העבירה. ואכן, ישנה דעה בין מלומדים, שאין בסעיף ההגנה שום משמעות [...].

אין דעתי כן. מקובלנו שעד כמה שאפשר יש לפרש חוק באופן שלא יעשה את סעיפיו למין סרח עודף וריק.

במקרה דנן, יש לפרש שהחוק יוצר מעין חזקה, הניתנת לסתירה, שכאשר אדם מצטט מתוך כתבי דת, לכאורה, אין כוונתו להסית לגזענות, אלא להפיץ את הדת, ועל התביעה מוטל אפוא נטל כבד יותר מאשר בסתם פירסום. העדים המומחים שהופיעו אישרו שאכן המקורות המצוטטים במאמר הם ציטוטים מתוך כתבי דת. קמה למערער מעין חזקה סטטוטורית בדבר מטרנו בהפצת המאמר, וחזקה זו לא נסתרה על-ידי התביעה.³²

דברים אלה ניתן לבקר: המטרה של הפצת דת אינה שוללת קיום, בה בעת, של מטרה להסית לגזענות. ברור שעצם הציטוט מתוך כתבי דת אינו מקים שום חזקה כנגד המפרסם, אך אם הציטוט הוא של תוכן גזעני, מדוע להסיק את ההפך לטובת המפרסם? דברי השופט טל בפרשת אלבה לא זכו להתייחסות של שום שופט משופטי ההרכב. עם זאת, כפי שנראה בהמשך, נראה שתיאורו

32 פרשת אלבה, לעיל ה"ש 8, פס' ד לפסק דינו של השופט טל.

של השופט טל מתאר באופן ברור את ההבנה של הדין על ידי גורמים שונים במערכת המשפט, בין היתר על ידי פרקליטות המדינה (ראו דיון על עמדת המדינה בפרשת "תורת המלך" להלן). יש לציין כי בדבריו של השופט רובינשטיין בפרשת "תורת המלך" ישנה התייחסות לעניין חריג הדת שבסעיף 144ג(ב), ורובינשטיין מדגיש כי "לחיבורים הלכתיים־פרשניים אין חסינות קטגורית מפני הסתה לגזענות"³³. עם זאת, גם רובינשטיין אינו עומד באופן פוזיטיבי על משמעו של הסעיף ועל גדריו הראויים.

התייחסות להסתה לגזענות בהקשר סעיף לא לחוק יסוד הכנסת

נציין כי בפסק דין שניתן ביולי 2019 החליט בית המשפט העליון לקבל ערעור על החלטת ועדת הבחירות המרכזית שלא לפסול את המועמד מיכאל בן ארי, לפי סעיף לא לחוק יסוד הכנסת בשל עילת ההסתה לגזענות.³⁴ אף שאין מדובר בהליך פלילי, בית המשפט העלה בפסק דינו אמירות נחרצות כנגד תופעת הגזענות ועל הצורך לבער אותה מהחברה בישראל. הנשיאה חיות ציינה בפסק דינה כי "מדינת ישראל הדמוקרטית הוקמה כמדינתנו של העם היהודי, אשר ידע מאז ומעולם רדיפות וסבל על רקע גזעני שאין להם אח ורע באומות העולם. הגזענות מנוגדת לחלוטין לערכי היסוד שעליהם הוקמה המדינה ועלינו כיהודים מוטלת חובה מיוחדת להיאבק בה ללא פשרות"³⁵. השופט מזוז הוסיף: "הסתה לגזענות ומעשי גזענות פסולים באשר הם (per se) בהיותם מנוגדים לערכים הבסיסיים ביותר של חברה דמוקרטית, שבבסיסה רעיון השוויון בין בני אדם"³⁶.

33 פרשת "תורת המלך", לעיל ה"ש 2, פס' סא לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

34 א"ב 1866/19 פריגי' נ' מיכאל בן ארי (18.7.2019).

35 שם, סעיף 25 לפסק דינה של השופטת חיות.

36 שם, סעיף 2 לפסק דינו של השופט מזוז.

1.3 עבירת ההסתה לאלימות

עבירת ההסתה לאלימות נוספה לסימן א'1 רק בשנת 2002 עם תיקון מס' 66 לחוק העונשין, כ"הסתה לאלימות ולטרור"³⁷. מדובר היה בהצעת חוק ממשלתית שלפי דברי ההסבר נועדה להעניק כלים להתמודדות עם הסתה לאלימות ולטרור ש"פשטו בחברה בישראל". בעוד שהאיסור בפקודה למניעת טרור עסק רק בתמיכה ב"ארגון טרוריסטי", האיסור החדש נועד ללכוד גם הסתה לטרור ולאלימות שאינה ממוקדת בארגון כזה.³⁸ יש לציין כי הגשת כתב אישום לפי סעיפים אלה טעונה אישור של היועץ המשפטי לממשלה.

עבירת ההסתה לאלימות החליפה את סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, מתוך ניסיון להסדיר מחדש את עבירות ההסתה. התיקון התקבל בעקבות פסיקת בית המשפט העליון בפרשת ג'בארין,³⁹ שבה הגביל בית המשפט את השימוש בסעיף 4(א) הנ"ל להסתה לביצוע מעשי אלימות על ידי ארגון טרוריסטי בלבד. האיסור כפי שהוא מופיע כיום בחוק העונשין נחקק מתוך השקפה שעבירת ההסתה לאלימות אמורה להיות רחבה יותר ולכלול הסתה לכל מעשה של אלימות, של יחידים וארגונים כאחד.⁴⁰

עבירת ההסתה לאלימות לפי סעיף 2ד144 היא בעלת יסודות ברורים יותר, הן במישור העובדתי והן במישור הנפשי. סעיף 2ד144 קובע:

37 חוק העונשין (תיקון מס' 66) תשס"ב-2002.

38 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 66) (איסור הסתה לאלימות או לטרור) תשס"ב-2002 ה"ח 3082, בעמ' 286.

39 דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל פ"ד נד (5) 193 (2000) (להלן: פרשת ג'בארין).

40 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 66) (איסור הסתה לאלימות או לטרור) תשס"ב-2002, ה"ח 3082, 286.

- 2D144. (א) המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות, תמיכה בו או הזדהות עמו (בסעיף זה – פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות, דינו – מאסר חמש שנים.
- (ב) בסעיף זה, "מעשה אלימות" – עבירה הפוגעת בגופו של אדם או המעמידה אדם בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה.
- (ג) פרסום דין וחשבון נכון והוגן על פרסום האסור על פי הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב), אינו עבירה לפי סעיף זה.
- 3D144. המחזיק, לשם הפצה, פרסום האסור לפי סעיף 2D144, דינו – מאסר שנה, והפרסום יחולט.
- הזקת פרסום המסית לאלימות (תיקון מס' 66 תשס"ב-2002)
- הזקת פרסום המסית לאלימות (תיקון מס' 66)

1.3.1. עבירת ההסתה לטרור

בשנת 2016 הופרדה העבירה של הסתה לטרור (שהייתה כלולה בעבירת ההסתה לאלימות בסעיף 144 לחוק העונשין), לכדי עבירה בפני עצמה בחוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016. בעבירה זו הוכנס סעיף של "קריאה ישירה" לטרור, שאין בה שום אלמנט הסתברותי, בצד עבירה של "פרסום דברי שבח אהדה או עידוד", שנותרה דומה לנוסח המקורי של העבירה בחוק העונשין. כמו כן התווסף סעיף 24(א), שעניינו מעשה של הזדהות עם ארגון טרור.⁴¹ לפי פרסומים בתקשורת, בשנים האחרונות מדיניות התביעה באשר לפרסומים באינטרנט העשויים להיחשב הסתה לטרור הפכה להרבה יותר "קלה" על ההדק מאשר בעבר.⁴² השיקולים בכל הנוגע להיקף האיסור והאכיפה במקרים של עבירות טרור (גם

41 סעיף 24 לחוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016.

42 אור הירשאווג והגר שיזף "סיכול ממוקד: השיטה החדשה להתמודדות עם טרור היחידים נחשפת" הארץ 26.5.2017.

עבירות ביטוי וגם עבירות טרור בכלל) שונים מהשיקולים הרגילים, והם נובעים בין השאר מהחומרה היתרה של הסכנה הגלומה בטרור. שיקולים אלה גרמו למדינות רבות בעולם לחוקק חוקים ייחודיים לטיפול בתופעה זו. על כן במסגרת מחקר זה לא נקטנו בחינה ביקורתית של עבירות ההסתה לטרור אלא החלטנו להתמקד בעבירות שבדין הכללי של הסתה לאלימות וגזענות. בחינה כזו ניתן למצוא בפרסום באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה באשר להצעת חוק המאבק בטרור.⁴³

1.3.2 פרשנות בית המשפט

1.3.2.1 הערך המוגן בהסתה לאלימות

הערך המוגן בעבירה זו ברור הרבה יותר: הגנה מפני מעשים אלימים. בית המשפט עמד על תכליתה של עבירת ההסתה לאלימות ועל יסודותיה בפרשת **בן חורין**, המשמשת ההלכה המנחה בדבר עבירת ההסתה לאלימות.⁴⁴ בפרשה נדונו במאוחד שתי בקשות רשות ערעור שונות (רע"פ 3066/10 **בן ישי נ' מדינת ישראל** ורע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' בן חורין**). שתי הפרשות עסקו בפרסומי אהדה לטבח שביצע ברוך גולדשטיין, ובפרשת **בן חורין** אף בדברי אהדה לרצח ראש הממשלה יצחק רבין. בית המשפט העליון קיבל את בקשות רשות הערעור במישור המהותי ודן בסוגיה העקרונית בקשר ליסודותיה של עבירת ההסתה לאלימות. הוא לא קיבל את בקשות הערעור בעניינם של בן ישי ובן חורין ונמנע מליישם את ההלכה על אותם המקרים הקונקרטיים, בעיקר בשל חלוקי הזמן

43 מרדכי קרמניצר, יובל שני ועמיר פוקס "חוות דעת בנוגע להצעת חוק המאבק בטרור התשע"א-2011" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 17.2.2014 (בעמ' 17-18).

44 רע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' בן חורין** (פורסם בנבו, 26.12.2011) (להלן: **פרשת בן חורין**). מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים העלו בעבר הצעה שלפיה יש לראות את הערך המוגן בעבירת ההסתה לאלימות באופן שונה מעט מההכרעה בפרשת **בן חורין**. קרמניצר וגנאים מציעים לראות בערך המוגן הדומיננטי שבעבירת ההסתה לאלימות את "אמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי, ושלום הציבור הפנימי, ואילו הערך החברתי המוגן על ידי העבירה-מושא ההדחה [= מניעת אלימות במקרה שלנו] הנו משני" (מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים "הסתה, לא המרדה - ההמרדה בדיני העונשין: הדין המצוי והדין הרצוי" נובמבר 1997 (נייר עמדה 7, המכון הישראלי לדמוקרטיה, בעמ' 22).

ונסיבותיהם הפרטניות של תיקים אלו.⁴⁵ בפרשת **בן חורין** קבע בית המשפט כי תכלית העבירה, כפי שניתן ללמוד מלשון ס"ק (א) ו(ב), היא למנוע מעשה אלימות או טרור.

הסתה לאלימות או טרור, המחייבת בדיקה של ההסתברות לתוצאה: אפשרות ממשית לגרימה למעשה אלימות או טרור. אינה דומה עבירת הפגיעה ברגשי הדת לפי סעיף 173 לחוק שנועדה למנוע את האפשרות שאדם ירגיש הרגשה מסוימת, לעבירה הנידונה, שנועדה למנוע פעולה פיזית של אלימות או טרור.⁴⁶

1.3.2.2. היסוד העובדתי

ההתנהגות

הדרישה ההתנהגותית היא של "פרסום", ותוכן הפרסום מוגדר בצורה יחסית רחבה – נדרשת קריאה לעשיית מעשה אלימות, או **דברי שבח, אהדה, עידוד, תמיכה או הזדהות על מעשה כזה**.

המבחן ההסתברותי

נקודה חשובה שבה עבירת ההסתה לאלימות שונה מעבירת ההסתה לגזענות היא הדרישה החד־משמעית למבחן הסתברותי להתממשות הנזק. הסעיף דורש כי "על פי תוכנו של הפרסום המסווג והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור". כפי שציין בית המשפט בפרשת **בן חורין**, אמת המידה של "אפשרות ממשית" מצויה בין "ודאות קרובה" לבין "אפשרות סבירה" ו"חשש לאפשרות".⁴⁷ המבחן ההסתברותי מותיר שיקול דעת נרחב ביותר בידי בית המשפט, שספק אם יש בידי הכלים להעריך נכון את ההסתברות למימוש הסכנה הגלומה בפרסום זה או אחר.

45 פרשת **בן חורין**, לעיל ה"ש 44, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל.

46 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

47 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

קרמניצר ולבנון מורג כבר עמדו בהרחבה על הקשיים הרבים ביישום מבחן ההסתברות, במיוחד בהקשר הפלילי. לטענתם מבחן ההסתברות מותיר עמימות רבה בנוגע לטיב הביטוי האסור, כמו גם באשר לטיבו של מבחן ההסתברות עצמו ולאופיו, ומשום כך מצוי במתח אל מול עקרון החוקיות במשפט הפלילי, המחייב אזהרה ברורה כדי להצדיק ענישה פלילית. הם מסכמים את דבריהם בזו הלשון:

במשפט הפלילי ישנה חשיבות מיוחדת להבהרה מראש אילו התבטאויות צפויות לסנקציה פלילית. כאשר השופטים נחלקים בעמדותיהם לגבי מסוכנותה של התנהגות ברי, כי האזרח אינו יכול לדעת מראש האם התנהגותו מסוכנת ולכן – אסורה. במקרים מסוימים התוצאה תהיה ענישה בלא אזהרה ראויה מראש, ובמקרים אחרים – הימנעות של אזרחים מביטויים המצויים בשולי האיסור העשויים להיות ביטויים בעלי ערך רב מבחינת המשטר הדמוקרטי.⁴⁸

בפרשת **בן חורין** מציין השופט הנדל דוגמאות לנסיבות שצפויות להשפיע על הערכת ההסתברות, אך לבסוף מדגיש כי "מתפקידו של בית המשפט להתייחס למקרה שלפניו על מכלול מאפייניו כיחידה אחת המורכבת מתתי יחידות שונות. משקלה היחסי של נסיבה מסוימת עשוי להשתנות בראייה הכוללת של הדברים במקרה הקונקרטי".⁴⁹ בהמשך נראה כי יישומו של מבחן ההסתברות בערכאות הדיוניות הוא, לא אחת, כללי ואמורפי, והדבר יוצר תחושה של הכרעה נורמטיבית שאינה תלויה, באופן אמיתי וקונקרטי, בהסתברות לאלימות או טרור עקב מעשה ההסתה. כפי שכבר ציין בנבנישתי במאמרו,⁵⁰ בהיעדר חלופה מוצלחת אחרת בנמצא, מבחן ההסתברות הוא

48 ראו מרדכי קרמניצר וליאט לבנון מורג "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות – על ערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעבירות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות בעקבות פרשת כהנא" **משפט וממשל** ז 305, 347 (תשס"ד-תשס"ה), וראו עוד הרחבה שם, בעמ' 344 ואילך.

49 פרשת **בן חורין**, לעיל ה"ש 44, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

50 איל בנבנישתי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" **משפטים** ל (1) 29, 54-65 (תשנ"ט).

כנראה עדיין בבחינת "החלופה הפחות גרועה"⁵¹. אך דווקא בשל כך יש מקום לניתוח נרחב הבוחן באופן מדויק וברור את התקיימותו בנסיבות הקונקרטיות שבכל מקרה.

1.3.2.3. היסוד הנפשי

בפרשת בן חורין הבהיר בית המשפט את אופיו השונה של היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הסתה לאלימות, השונה מהותית מהיסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההסתה לגזענות: "אינה דומה העבירה של איסור פרסום הסתה לגזענות, לפי סעיף 144ב לחוק, הדורשת פרסום 'מתוך מטרה להסית לגזענות' לבין העבירה השכנה הנידונה, שאיננה עבירת מטרה הדורשת כוונה מיוחדת"⁵².

בניגוד לעבירת ההסתה לגזענות, הדורשת מטרה להסית לגזענות, עבירת ההסתה לאלימות מסתפקת במודעות ליסודות העבירה, ובהם ליסוד ההסתברותי (ומכאן שגם אין שום עיסוק בהלכת הצפיות, שהיא תחליף לכוונה). לאור דברים אלו יש לציין שוב כי בניגוד לתיאורנו לעיל בנוגע לעמימות בהכרעה על הערך המוגן בעבירת ההסתה לגזענות, הערך המוגן בעבירת ההסתה לאלימות מוכרע בבירור כ"מניעת אלימות"⁵³.

51 שם, בעמ' 64.

52 פרשת בן חורין, לעיל ה"ש 44, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

53 שם.

1.4 על יישום איסורי ההסתה בערכאות הדיוניות: בחינה ביקורתית

1.4.1. הסתה לגזענות

מבחינה של הכרעות וגזרי דין של ערכאות דיוניות ניתן לראות מאפיינים חוזרים לגבי יישום הדין בעבירות ההסתה שבסימן א'1 לחוק העונשין. בכל הנוגע לדרישה ליסוד נפשי של מטרה בעבירת ההסתה לגזענות, ניתן לראות כי בתי משפט נוטים להגיע בקלות יחסית למסקנה שהתקיימה מטרה סובייקטיבית, ונוטים להכריע על כוונה משתמעת מתוכן הדברים, גם כשאין הדברים הכרחיים.

כך, לדוגמה, בפרשת טחן קבע בית המשפט כי אוהד שקרא קריאות "מוות לערבים" במסגרת משחק כדורגל היה בעל "כוונה להסית את הקהל למעשי גזענות כהגדרתם בחוק", מאחר "שהנאשם קרא בקול את הקריאות, באופן שאינו יכול להתפרש אחרת אלא כרצון לסחוף עמו את יתר האוהדים, והעובדה שהאוהדים אכן נענו והמשיכו בקריאות". ויש לשאול "לסחוף" למה? האם די במטרה שאחרים יקראו קריאות דומות לייחס לו כוונה להסית לגזענות? בכך דחתה השופטת את טענתו של האוהד עצמו ש"הוא נסחף אחר קריאות אלו בלי לשים לב לתוכן הדברים, וגם אילו היו קוראים קריאות אחרות היה מצטרף אליהם, ללא תלות בתוכן הדברים"⁵⁴. נבקש להזכיר כי בניגוד לניתוח הנחרץ של בית המשפט מספיק שגרסתו של נאשם תעורר ספק סביר באשר למטרה, כדי שהאישום לא יקיים את הדרישה למטרה סובייקטיבית לפי לשון החוק, ספק שלטענתנו לא נבחן באופן מספק בהכרעת הדין הזאת.⁵⁵

54 פרשת טחן, לעיל ה"ש 27, פס' 12 לפסק דינה של השופטת מאק-קלמנוביץ. ראו דוגמה דומה גם בה"פ (שלום י-ם) 3709/02 מדינת ישראל נ' כהן, פס' 9 (פורסם בנבו, 10.1.2006).

55 יש לציין כי החוק שאוסר ביטויים גזעניים במגרשי ספורט "פותר" את הבעיה

בתיק אחר נדונה הפצת כרוזים המצדדים במשנתו של כהנא והפצת הסיסמאות "ערבים החוצה" בידי איתמר בן גביר, פעיל ימין קיצוני ודובר תנועת כך. במקרה זה הסתפק בית המשפט בקביעת חזקה החלה בפועל על כל החזקה של חומר שתוכנו מוגדר כגזעני.

המטרה להסית לגזענות נלמדת מהנסיבות העובדתיות החיצוניות של המעשה, דהיינו: נוסחו של פרסום שנקבע כי הוא גזעני, ודרך הפצתו בפועל, או זו הצפויה (כגון: הפצה עתידית של כרוזים), מהווים ראיה לכאורה לכך שבמפרסם התקיים גם היסוד הנפשי הנדרש להשלמת העבירה. תוכן הפרסום הוא המשמש בסיס "להנחת הכוונה" (או "הנחת המטרה" בהיות המדובר בעבירת מטרה) על פיה מתכוון האדם המפרסם לתוצאות הטבעיות הנובעות ממעשהו וחפץ בהן, אלא אם יהא בידו לסתור הנחה זאת.⁵⁶

איננו חולקים על המסקנה בדבר הכוונה העומדת מאחורי הסיסמה "ערבים החוצה" במקרה שהוזכר, אלא על האופן שנומק בו הממצא בדבר התקיימותה. לא ברור שיש מקום לחזקה זו באיסור כזה, שאיננו תוצאתי גם לשיטת מי שדוגלים בהכנסת יסוד הסתברותי של סיכון (במקרה שהאנלוגיה היא לחזקה שאדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו). זאת ועוד, חזקה כזו יכולה לעיתים להטעות. אם המטרה איננה רק "הסתה לגזענות" אלא האיסור דורש הנעה לפעולה (ואין ודאות בכך, כאמור לעיל בקשר לערך המוגן) – וברור שלא כל פרסום שתוכנו גזעני בא מתוך מטרה להניע לפעולה – לחזקה המופעלת כאן אין אחיזה טובה מספיק במציאות, היא מרחיקת לכת מדי ועלולה להביא להפללת יתר.

סיכום הנקודה כאן הוא שנראה כי בתי המשפט ממהרים להסיק את היסוד הנפשי באמצעות חזקות עובדתיות, מבלי להיכנס מספיק לעומק השאלה של

בכך שאין בו דרישת מטרה כלל. עם זאת מדובר בעבירה קלה הרבה יותר, שכאמור כמעט שאינה נאכפת באופן פרטני כשלבטיזיים לא מתלווים גם מעשים.

56 ת"פ (שלום י-ם) 2225/03 מדינת ישראל נ' בן גביר, פס' 4 (פורסם בנבו, 25.6.2007).

התקיימות היסוד הנפשי הסובייקטיבי בפועל, כולל שקילת חלופות. גם ללשון החוק העמומה יש חלק בכך.

1.4.2. הסתה לאלימות

אפשר לראות כי גם הדרישה ל"הסתברות ממשית" ליצירת אלימות בעבירת ההסתה לאלימות קשה ליישום. בשל היעדרם של כלים קונקרטיים בידי בית המשפט להחלטה מושכלת בנוגע למבחן ההסתברות, נותרת הכרעה אינטואיטיבית וכללית שאינה יכולה ליצור הבחנה משמעותית בין דרגות ההסתברות.⁵⁷ לדוגמה, כך מתאר בית המשפט את ההכרעה במבחן ההסתברות בפסק דין **מדינת ישראל נ' בן ישי**,⁵⁸ בעניין דבריו של הנאשם בריאיון לחדשות 10 שבהם הביע תמיכה בברוך גולדשטיין ויגאל עמיר:

לעניינינו, נראה בעליל כי בימינו אנו, אין חשיפה גדולה יותר ואין פרסום רחב יותר מאשר באמצעות התקשורת האלקטרונית בטלוויזיה. פרסום מעין זה מגיע לרבבות בתי אב, כאלו המזדהים עם דברי הנאשם וכאלו שלא. כאלו שסעדו סעודת פורים באותה שעה וכאלו שלא. הפוטנציאל ההרסני של דברי הסתה במקרה שכזה הוא עצום, ואין כמעט ספק שבנסיבות הפרסום בטלוויזיה יש אפשרות ממשית שדברי הסתה כאלו יביאו לעשיית מעשה של אלימות או טרור. ואכן, לו ניתן היה להביא ממצאים אמפיריים אודות ההשפעה שהייתה לדברי הנאשם על ציבור הצופים בכתבה, העניין היה פשוט יותר. ברם, דברים אלו כמעט ואינם ניתנים להוכחה, ולכן די במבחן ההסתברותי. ובמאמר מוסגר יצויין כי לעניין זה אין זה משנה מי יזם את הכתבה, המראיין או המרואיין. השאלה שנותרת היא האם היה בתוכנם של דברי השבח והאהדה של הנאשם כלפי

57 חריג לעניין זה הוא ת"פ (שלום כ"ס) 11-01-40507 מדינת ישראל נ' ברעם (פורסם בנבו 31.5.15). במקרה זה המדינה הביאה מטעמה עדות מומחה של אשת שב"כ ובה התייחסות לסכנה הגלומה בפרסומי הנאשם והשפעתה על עבריינים פוטנציאליים.

58 ת"פ (שלום י-ם) 06/3525 מדינת ישראל נ' בן ישי (פורסם בנבו, 2.10.2008).

ברוך גולדשטיין ויגאל עמיר אפשרות ממשית להביא לעשיית אלימות או טרור.⁵⁹

יש מקום לתהות אם אומנם כל פרסום בטלוויזיה שיש בו תמיכה במעשי רצח מחולל אפשרות ממשית שהוא יביא למעשה אלימות – יהא מעמדו של המתבטא אשר יהא – או שמא נדרש שהפרסום יהיה של אדם שיש לו תומכים ותהודה.

התבטאויות דומות אפשר למצוא באמרות אגב בכמה החלטות מעצר שניתנו בשנים האחרונות בסוגיית הסתה לאלימות באמצעות הרשת החברתית פייסבוק. בכמה כתבי אישום שהוגשו בתקופה האחרונה הורה בית המשפט על מעצר עד תום ההליכים של מסיתים ברשת פייסבוק.⁶⁰ בהחלטות אלו קובע בית המשפט כי מהתבטאויות המסיתות לאלימות נשקפת סכנה ממשית לאלימות אף על פי שמדובר בתיאורים כלליים בנוגע לאופי הפרסום ומאפייני התקופה, בדומה לדוגמה שלעיל. כך לדוגמה בפרשת עסילה, שם נדון מעצר עד תום ההליכים של אדם שנחשד כי ניהל דף פייסבוק וערוץ יוטיוב שבמסגרתם העלה פרסומים מסיתים בהזדמנויות רבות. בין היתר העלה החשוד סרטון בתגובה לסרטון של מוחמד זועבי, ילד ערבי ישראלי שקרא לשחרור שלושת הנערים הישראלים שנחטפו. במסגרת סרטון התגובה ציין החשוד כי "המוות של הקטין [=מוחמד זועבי] יהיה כמו 'כלב גישוש' ובהלווייתו ישתתפו חמישה אנשים". בדיון במעצרו עד תום ההליכים קבעה השופטת פרידמן-פלדמן:

לאחר עיון במסמכים שהוגשו ושמיעת טיעוני ב"כ הצדדים, דעתי שונה מדעתו של בית המשפט קמא [שהחליט כי אפשר להסתפק בחלופת מעצר שתאיין את הסכנה ממנו בלא צורך במעצר מאחורי סורג ובריח].

59 שם, פס' 33.

60 ראו, לדוגמה, עמ"ת (מחוזי י-ם) 18389-12-14 מדינת ישראל נ' עסילה (פורסם בנבו, 16.12.2014) (להלן: פרשת עסילה); מ"ח (שלום י-ם) 44985-12-14 מדינת ישראל נ' עבאדין (פורסם בנבו, 28.12.2014); עמ"ח (מחוזי י-ם) 58290-02-15 מדינת ישראל נ' עבאדין (פורסם בנבו, 26.2.2015); מ"ח (שלום י-ם) 44852-12-14 מדינת ישראל נ' הדמי (פורסם בנבו, 28.12.2014); החלטת השופט מזוז בבית המשפט העליון במסגרת דחיית בקשת רשות הערעור בבש"פ 2229/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.3.2015).

ראשית, הפרסומים שפרסם המשיב, אופיים ותוכנם, מעידים על מסוכנות רבה הנשקפת מן המשיב. אמנם אין ראיות ואף לא נטען לחשש שהמשיב ינהג באלימות פיזית בעצמו, אך לעיתים הסתה לאלימות חמורה מסוכנת לא פחות ממעשי אלימות פיזית. מדובר בפרסומים שצפו בהם אלפי אנשים, חלקם אף פרסמו בתגובה פרסומי הסתה, ודי בכך שחלק קטן מאותם צופים/משתתפים יבצע את המעשים להם הסתה המשיב, כדי שתוצאת ההסתה תעלה בחיי אדם.

שנית, מתוכן הפרסומים עולה כי מדובר בעבירות על רקע אידאולוגי, המגביר את מסוכנותו של המשיב. [...] שלישית, הפרסומים נעשו בתקופות קשות – תקופת מבצע "צוק איתן", תקופה שלאחר מכן, בה התרחשו פיגועים רבים, הפגנות אלימות, יידוי בקבוקי תבערה, עימותים עם שוטרים, פגיעה ביהודים בשל היותם יהודים. הפרסומים שפרסם המשיב מעודדים התנהגות אלימה זו, דווקא כלפי יהודים באשר הם יהודים, ובתומכיהם.

נטען כי מדובר בבקשה תקדימית וכי אחרים שנחשדו או הואשמו בהסתה לא נעצרו. אולם גם אם כך הם פני הדברים, ככל שבעניינו של המשיב נדרש מעצר, העובדה שעד עתה לא נעצרו מסיתים איננה מצדיקה שחרורו של המשיב באופן שימשיך לסכן את הציבור.

יצוין גם כי ישנו הבדל בין עניינו של המשיב לבין חלק מהמקרים אליהם הפנה ב"כ המשיב. הבדל זה נעוץ ברקע למעשי ההסתה – בתקופה הסוערת, בכך שרבו בתקופה זו ההתקפות והפיגועים דווקא כלפי יהודים, ולפיכך גם מסוכנותם של המסיתים רבה יותר ותוצאות ההסתה עלולות להיות חמורות יותר.⁶¹

אלה אכן שיקולים רלוונטיים, ויש לציין שאין ספק שכל עוד החוק דורש את הדרישה ההסתברותית, אין לבתי המשפט ברירה אלא לנסות ולהעריך כמיטב

61 פרשת עסילה, לעיל ה"ש 60, סעיף 7 לפסק הדין.

יכולתם את "ההסתברות הממשית" בהתאם למידת החשיפה ונסיבות הפרסום. עם זאת, נראה כי מלבד הקריטריון החשוב של מידת החשיפה לפרסום ואופי התקופה שבה הופיע יש לשקול בהקשר זה, כמו גם בכל המקרים הדומים, קריטריונים נוספים: למשל מעמדו של הדובר והיותו סמכות מוסרית; עד כמה הפרסום מתוחכם ומשכנע מבחינת האפשרות של השפעתו על קהל שומעיו. על כך יפורט גם בחלק ההמלצות.

1.5 הדין הקיים: מדיניות התביעה

לאחר שסקרנו את יסודות העבירות, את ההלכות המנחות ואת אופן יישומן בפועל בבתי המשפט, נבקש לסקור בקצרה את מדיניותה של פרקליטות המדינה בכל הנוגע לעבירות ההסתה. נתבסס בסקירתנו על תגובת המדינה לעתירה שהוגשה באשר לאי־הגשת כתב אישום בעקבות ספר "תורת המלך"⁶², על החלטות וכתבי אישום שהתקבלו והוגשו על ידי הפרקליטות ועל שיחות שלנו עם גורמים בפרקליטות המדינה. ברצוננו להדגיש כי אין כיום הנחיה רלוונטית שפורסמה מטעם היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה לגבי מדיניות הפרקליטות במקרים של עבירות ההסתה לפי סימן א' לחוק העונשין. בהיעדר הנחיה כתובה ומפורסמת יש להניח שמדיניות התביעה תלויה במידה ניכרת במדיניותו של המשנה לפרקליט המדינה לעניינים מיוחדים, האמון מטעם פרקליט המדינה על קבלת ההחלטות בדבר עבירות אלו. פרסום של הנחיה ברורה מטעם היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה יועיל להתנהלות עקבית של הפרקליטות, במיוחד בין תקופות שבהן מכהנים בתפקיד אנשים שונים.

נבקש לעמוד בהרחבה על שתי נקודות בנוגע למדיניות הפרקליטות. הראשונה, הפרקליטות אימצה פרשנות רחבה לסעיף 144ג(ב), בהתבסס על דברי השופט

62 פרשת "תורת המלך", לעיל ה"ש 2.

טל בפרשת אלבה,⁶³ המעניקה בפועל חסינות מקיפה להתבטאויות דתיות גזעניות לכאורה. השנייה, לאחר בחינה של מקרים שונים ניתן לתהות אם ישנה מדיניות עקבית של פרקליטות המדינה באשר ליסודותיהן של עבירות ההסתה.

1.5.1. "חריג הדת" בקשר להסתה לגזענות

בתשובת המדינה לבג"ץ על אי-הגשת כתב אישום בעניין "תורת המלך"⁶⁴ מתוארת בהרחבה מדיניות הפרקליטות כלפי העמדה לדין בעבירות הסתה במסגרת התבטאויות בעלות אופי דתי:

51. אם כן, נקודת המוצא העקרונית העולה מן האמור הינה זהירות מיוחדת טרם נקיטה בהליך פלילי הנוגע להגבלה של חופש הביטוי – כך ככלל. אולם לא זו בלבד, הזהירות המתחייבת בהגשת כתבי אישום בעבירות ביטוי, מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בפרסומים של מקורות דתיים, פסקי הלכה, וזאת בשל הרגישות וההתחשבות בשל עקרון חופש הדת – כך בפרט, ובענייננו.

למדיניות זו ניתן ביטוי בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 19 להחלטה), כדלקמן:

"עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהובעה על ידו בעבר [...] שכאשר מדובר בפרסום פסק הלכה או בפרסומים של ספרי הלכה או מקורות דתיים, ומתוך התחשבות בעקרון 'חופש הדת' יש להימנע במידת האפשר מהליכים פליליים. זאת למעט במקרים בהם ישנן נסיבות מחמירות מיוחדות, כגון כאשר מדובר בפרסום הקורא לאור ההלכה לפגיעה פיזית בציבור מסוים על רקע גזעני" (סעיף 19 להחלטת היועץ).

52. מדיניות זו של רשויות התביעה, נגזרת בראש ובראשונה מלשון החוק, הקובע בסעיף 144ג(ב) לחוק העונשין,

63 ראו לעיל בעמ' 28.

64 כתב תשובה מטעם המדינה בעניין תורת המלך, הוגש ביום 26.5.2014.

התשל"ז-1977, תחת הכותרת "פרסום מותר" כי: "פרסום ציטוט מתוך כתבי דת וספרי תפילה, או שמירה על פולחן של דת, לא יראו אותם כעבירה לפי סעיף 144ב, ובלבד שלא נעשה מתוך מטרה להסית לגזענות".

[...]

54. עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה הינה, כי כאשר המדובר בפרסום פסק הלכה או בפרסומים של ספרי הלכה או מקורות דתיים, יש מקום לריסון ואיפוק [ההדגשה במקור] בכל הנוגע לשימוש בהליך הפלילי, בין היתר, בשל עקרון "חופש הדת", ובשים לב להוראות סעיף 144ג(ב) לחוק העונשין, כמצוטט לעיל. בגישה זו לא נפל כל פגם. נהפוך הוא – לעמדת היועץ המשפטי לממשלה המדובר בגישה ראויה המתחייבת מלשון החוק, כמו גם מעקרונות היסוד של השיטה, ובפרט הזכויות לחופש ביטוי, וחופש דת. בצד זאת, ברי כי אין במדיניות זו כדי להעניק חסינות כלשהיא למאן שהוא, אלא שכל מקרה יבחן בהתאם לנסיבותיו לנוכח המדיניות המצמצמת, כאמור.

[...]

56. כאן המקום לציין, כי בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בפרשת אלבה [ההדגשה במקור] התגלעה מחלוקת ביחס לפרשנות סעיף 144ג(ב) לחוק העונשין. כבוד השופט מצא (כתוארו דאז) קבע כי הוראה זו "לא באה להוסיף דבר שבלעדיה לא היה גלוי וידוע". לעומת זאת, כבוד השופט טל קבע כי "יש לפרש שהחוק יוצר מעין חזקה, הניתנת לסתירה, שכאשר אדם מצטט מתוך כתבי דת, לכאורה, אין כוונתו להסית לגזענות, אלא להפיץ את הדת, ועל התביעה מוטל איפוא נטל כבד יותר מאשר בסתם פרסום". בסוגיה זו לא היתה הכרעה ברורה בפרשת אלבה. מכל מקום, גם מבלי להידרש למחלוקת זו, ברי כי היועץ המשפטי רשאי, אם לא מחויב על רקע הכלל האמור, לנקוט

במדיניות מרוסנת בעבירות הנוגעות לפגיעה בחופש הביטוי ככלל, וכשהמדובר בטקסט המבוסס על ציטוטים מתוך כתבי דת, תוך עריכתם וסידורם במסגרת מארגנת אחת בפרט.⁶⁵

פרשנות זו הייתה גם אחת הסיבות להחלטת המשנה לעניינים מיוחדים שלא לחקור את כותבי "מכתב הרבנים". מכתב זה, המשמש למעשה פסק הלכה, נכתב בידי הרב שמואל אליהו, רב העיר צפת, עם עוד כ־50 רבנים אחרים, ולפיו אין למכור או להשכיר דירות למי שאיננו יהודי. בהחלטה זו מציין המשנה לעניינים מיוחדים כי "מבחינת הדברים עולה כי ההגנה שמעניק החוק, לגבי 'פרסום ציטוט מתוך כתבי דת וספרי תפילה, או שמירה על פולחן של דת' (סעיף 144ג(ב) לחוק העונשין), עשויה לעמוד לרבנים בהקשר של פרסום פסק ההלכה".⁶⁶

לטענתנו פרשנות זו של סעיף 144ג(ב) מרחיבה את הסעיף יתר על המידה ומעניקה הגנה נרחבת מדי לחופש הדת גם כאשר הוא עומד בסתירה אל מול עקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית כדוגמת שוויון וכבוד האדם.⁶⁷

יתר על כן, יש במדיניות היועץ המשפטי לממשלה התעלמות מהסיפא של ההוראה, שלפיה כאשר יש מטרה להסית – העובדה שמדובר בציטוט אינה רלוונטית. בפועל, היועץ המשפטי לממשלה מתווה כאן מסלול להסתה לגזענות בחסות החוק. יתרה מזו, ככל שההסתה מתוחכמת יותר, כך היא חסינה יותר. מדובר בדברים שכוח ההשפעה שלהם עלול להיות עז יותר מדברי הסתה אחרים – הן בשל המקור הטרוסצנדנטי המחייב מבחינתם של אנשים דתיים והן בשל הגושפנקה הניתנת להם בידי מי שמדברים בשם הדת ויש להם מעמד של רבנים או קאדים, מורי הלכה מבחינת קהילותיהם ותלמידיהם. הענקת חסינות דווקא לדברים אלה, שפוטנציאל ההשפעה שלהם גדול במיוחד, מחלישה מאוד את האיסור. היא יוצרת קושי שאין להתגבר עליו ביחס לשוויון לפני החוק בכל הנוגע למקרי הסתה שפוטנציאל ההשפעה שלהם נמוך בהרבה,

65 תצהיר החשובה של המדינה לבג"ץ בפרשת "חורת המלך", לעיל ה"ש 2.

66 חוות הדעת של פרקליט המדינה 8.12.2011, בעניין מכתב הרבנים.

67 בהקשר זה ראו גם מרדכי קרמניצר ושרי קרבס "לרבנים מותר – הסתה לגזענות בחסות ההלכה והרשאה מטעם היועץ המשפטי לממשלה" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 3.12.2011.

שאינם חוסים תחת כנפי הדת, מה גם ש"מכתב הרבנים" כלל קריאה ספציפית לפעולה.

ניתן לראות פער גם בין מדיניות התגובה למטרה להסית לגזענות כפי שמוצגת בתצהיר התשובה לבין ניתוח מטרה זו בתיקים אחרים. המדינה, בהחלטתה על סגירת התיק בעניין "תורת המלך", מפרטת את הקושי הרב בהוכחת היסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההסתה לגזענות:

הפרסום האמור אמנם כולל תכנים קשים שיש בהם לכאורה כדי לענות על הגדרת "גזענות" שבחוק. ואולם, אין להתעלם מהעובדה כי מדובר בציטוט ובדיון במקורות הלכתיים במתכונת של "בירור הלכתי". לכך יש משקל בלתי מבוטל לעניין ההכרעה בשאלה אם הוכחה ה"מטרה להסית". אין דומה פרסום בעל תוכן גזעני, המעיד על עצמו ללא קושי כי מטרת מפיצו הייתה להסית לגזענות, לפרסום ספר, בן 230 עמודים, המאגד בתוכו מקורות הלכתיים מגוונים והמקיים דיון הלכתי בסוגיות שונות, אשר קשה בעניינו להגיע למסקנה חד משמעית כי מטרת מפרסמו הייתה להסית לגזענות דווקא. [...] כדי למלא אחר מצוותו של המחוקק יש להבחין אפוא בין פרסומים שמהם עולה באופן חד משמעי "מטרת ההסתה" לבין פרסומים אחרים, ובמיוחד יש לנקוט זהירות בכל הנוגע להעמדתו של אדם לדין בגין ציטוט מתוך כתבי דת.⁶⁸

כפי שהראינו לעיל, נראה שבמקרים אחדים הסיקה הפרקליטות מתוכן הפרסום מסקנה מרחיקת לכת על מטרה להסית לגזענות, ובית המשפט אף קיבל זאת. נזכיר, לדוגמה, כי הפרקליטות בחרה להגיש כתב אישום על קריאת "מוות לערבים" במסגרת משחק כדורגל – האם עולה מאמירה זו "באופן חד משמעי" מטרת ההסתה? "לטענתנו קשה לטעון שבמקרה זה באופן חד-משמעי כן ואילו ב"תורת המלך" לא.⁶⁹

68 פס' 65 לתצהיר התשובה בפרשת "תורת המלך", לעיל ה"ש 2.

69 טענה דומה אפשר להעלות גם במקרים דומים. ראו לדוגמה ת"פ (י-ם) 4437/06

1.5.2. ההסתברות הממשית בעבירת ההסתה לאלימות

יש להדגיש ש"חריג הדת" אינו חל בעבירת ההסתה לאלימות אלא רק בהסתה לגזענות. עם זאת דומה כי כתבי דת זוכים להגנה גם בקשר לעבירה זו. בהמשכה של תגובת המדינה לעתירה בפרשת "תורת המלך" ישנה גם התייחסות לקושי בהוכחות "הסתברות ממשית" באשר לעבירת ההסתה לאלימות בעקבות פרסום הספר:

71. כפי שפורט לעיל בהרחבה, הספר "תורת המלך" כתוב בלשון כללית ולא קונקרטי ואין בו קריאה ברורה, ודאי לא קריאה מפורשת, למעשה אלימות. מדובר בניתוח הלכתי של סיטואציות, שוודאי נבחרו בקפידה על ידי המחברים, אך אין בהן התייחסות קונקרטית למצבים עכשוויים, אלא התייחסות כללית לסיטואציות ברמה כללית ומופשטת. על יסוד עצם ניתוח המצבים והגעה למסקנות, אך שמדובר במסקנות קשות ובעייתיות, יקשה להעמיד לדין בגינו, שכן אין בספר חיבור ברור ומפורש בין הניתוח ההלכתי למעשה אלימות או לפעולה מסוימת שיש לבצע הלכה למעשה [ההדגשות במקור].⁷⁰

מול דברים אלה יש לציין כי בספר ישנו ניתוח נורמטיבי של מה שמותר ומה שחייבים לעשות במצבים נתונים, המאופיינים שם. ספק רב בעינינו אם יש מי שקורא את הדברים ככללים נורמטיביים ושואל את עצמו אם יש להם תחולה על כאן ועכשיו לאור האפיונים המצויים היום, אשר יוכל להשיב על כך בשלילה.

באשר לשאלה של הפעלת מדיניות עקבית אנו נבקש גם לתהות כיצד עולה בקנה אחד הדרישה ל"קריאה ברורה" (בפרשת "תורת המלך") עם הגשת כתב האישום בשני התיקים שנדונו בפרשת בן חורין. למה עשויה להיות השפעה גדולה ועמוקה יותר – לקריאת תמיכה במעשה אלימות שכבר בוצע או להנמקה מפורטת על יסוד כתבי קודש להתרת דם של ציבור שלם? נזכיר כי בתיקים

מדינת ישראל נ' אלישבע פדרמן וה"פ (שלום י-ם) (פורסם בנבו, 17.6.2008); 1831/06 מדינת ישראל נ' נועם פדרמן (שלום י-ם) (פורסם בנבו, 15.9.2009).

70 פס' 71 לתצהיר החשובה בפרשת "תורת המלך", לעיל ה"ש 2.

בפרשת **בן חורין** דובר על דברי אהדה למעשים שבוצעו בעבר ותחזיות כלליות על הישנותם של מקרים דומים בעתיד.⁷¹ טענה דומה אפשר לטעון בעניין כתב אישום נגד גלעד קליינר, שהוגש על ידי פרקליטות מחוז דרום. בין היתר קליינר מואשם בהסתה לאלמות בגין פרסום פייסבוק שבו כתב:

ישי שליטל אם כבר החלטת לדקור בפעם השניה ועוד זמן קצר אחרי שהשתחררת מעשר שנות מאסר לא יכלת לעשות הפעם עבודה קצת יותר יעילה????? לצערי אתה עכשיו לא הולך להשתחרר כל כך מהר, אז לפחות היית מצליח להרוג כמה מהסוטים הארורים האלה!!! חבל!!! צריך לקוות שלפחות אחד משני הפצועים קשה ימות. למרות שממה שאמרו בחדשות זה לא נראה ככה.

קשה עד מאוד להסביר כיצד פרסום זה עולה בקנה אחד עם הדרישה ל"קריאה ברורה [...] למעשה אלימות". יש לציין כי בסופו של דבר התוצאה בתיק לא הייתה אופטימלית מבחינת הפרקליטות. בינואר 2018, לאחר הליך ארוך שבו דרשו סנגוריו, בשל טענת אכיפה בררנית, פירוט של כל המקרים שבהם נסגרו תיקים דומים לטענתם, הגיעו הצדדים לעסקת טיעון. בעסקה נמחקו אישומים מסוימים (ובהם הסתה לגזענות), והוא הורשע באישום של הסתה לאלמות מתוך הסכמה שהמדינה תדרוש עונש כספי ושירות לתועלת הציבור. בסופו של דבר ב־14 ביוני 2018 גזר עליו שופט בית משפט השלום באשקלון קנס של 180 ש"ח בלבד.⁷²

מעבר לכך, אין הוכחה לסברה שבקריאה ישירה בעלמא יש סכנה גדולה יותר ופוטנציאל גדול יותר לאלמות מאשר בניתוח יסודי ומעמיק של מקורות מחייבים, המעניק הצדקה מוסרית לאלמות. הניסיון לחפש את "הקריאה הישירה" בפרסום כגון "תורת המלך" סותר את יסוד המסוכנות ההסתברותית בעבירה, משום שלטעמנו השכל גורס כי ניסיון לשכנוע בהצגת טיעונים רציונליים לעבירה מסוכן מקריאה ישירה לעבור עבירה.

71 פרשת **בן חורין**, לעיל ה"ש 44, פס' 2 ו־3 לפסק הדין.

72 אלמוג בן זכרי "גזר דינו של מפרסם הודעת תמיכה ברצח שירה בנקי - קנס בסך 180 ש"ח" הארץ - חדשות 14.6.2018.

יש לציין בהקשר זה מקרה שבו נעצר צעיר פלסטיני ישראלי אשר פרסם פוסט "ציני" שביקש להגחיק את התומכים בהצתת יערות בישראל (בתקשורת הישראלית נטען כי חלק גדול מהשרפות בסתיו 2017 נגרמו עקב הצתות מכוונות, מה שכונה "טרור ההצתות").⁷³ אותו צעיר שוחרר לבסוף, לא לפני שמעצרו הוארך בידי שופט. מקרה זה מעלה את הבעייתיות של החוק הקיים באשר להסתה לאלימות, שאינו מתייחס כלל לכוונתו הסובייקטיבית של הכותב אלא מתמקד בסכנה האובייקטיבית שדבריו יוצרים (מתוך הסתפקות במודעות כלפיה). כמו כן מובן כי המקרה מדגים יד קלה על ההדק וניסיון "להראות עשייה" כאשר ישנה היסטריה ציבורית. עוד מתברר מהדוגמה שיש לנהוג משנה זהירות באשר לעבירות ביטוי כאשר לגוף החוקר אין הבנה מלאה של השפה והתרבות של מפרסם הביטוי.

לסיכום, נראה שהגנת יתר לחופש הדת והיעדר מדיניות כתובה וברורה יצרו במבחן התוצאה הפעלת חוק בלתי שוויונית, כלומר הפרה של העיקרון בדבר השוויון לפני החוק: מחברי פרסומים מסיתים שאינם מתבססים על דת מואשמים בעוד שמחברי פרסומים מסיתים המתבססים על דת חסינים מאישים. זו מציאות שקשה עד מאוד להצדיקה.

73 ראו יניר יגנה "נסגר מחוסר אשמה החיק נגד הבדואי שכתב פוסט סאטירי על גל השריפות" ואללה! NEWS 4.12.2016.

משפט משווה

בפרק זה נבקש לבחון את הדין בנוגע לעבירות הסתה לאלימות ולגזענות בכמה מדינות דמוקרטיות מערביות. במהלך הפרק נתייחס בהרחבה לדין בשלוש מדינות: בריטניה, קנדה וארצות הברית. קנדה ובריטניה הן שתי דוגמאות למדינות במציאות משפטית דומה לזו הישראלית, ולאור הדמיון נבקש לעמוד גם על נקודות השוני ועל ההבדלים ביניהן. ארצות הברית היא דוגמה ייחודית להתמודדות עם עבירות ההסתה הנובעת מתפיסה שונה. תפיסה זו מעדיפה בבירור את חופש הביטוי על פני הסכנות שבהסתה גזעית, ומתירה פגיעה בחופש הביטוי רק במקרים מצומצמים יחסית שישנה בהם סכנה מוחשית לאלימות, ונדלזים וכד'. מלבד שלוש המדינות הללו נסקור גם את החוק בצרפת, כדוגמה לשיטת משפט קונטיננטלית, ולבסוף ניגע בכמה אמנות והנחיות בינלאומיות המתייחסות להסתה ולחופש הביטוי.

בדומה למצב המשפטי בישראל, גם במדינות שיוצגו כאן אין בנמצא פתרון ברור או מדיניות ברורה לגבי עבירות הסתה המתבצעות במרחב הווירטואלי בכלל וברשתות החברתיות בפרט. עם זאת החקיקה הקיימת באשר לעבירות הסתה במדיה המסורתית משמשת, בדומה לישראל, גם להעמדה לדין בעקבות פרסומים דיגיטליים.

2.1

בריטניה

2.1.1. הסתה לאלימות בדין הבריטי

בחוק הבריטי אין מקבילה לעבירת ההסתה לאלימות הקיימת בדין הישראלי.⁷⁴ עם זאת בהתאם לסעיפים 44–46 ב־ Serious Crime Act, 2007 ישנה נורמה כללית

74 נציין כי קיימת בבריטניה עבירה בדבר עידוד טרור (encouragement of terrorism). עם זאת, מדובר בעבירה שנחקקה במסגרת Terrorist Act, 2006, והיא שונה מהותית מעבירת ההסתה לאלימות ולטרור שבחוק הישראלי, ולמעשה דומה

המאפשרת העמדה לדין בשל הסתה לביצוע עבירה כלשהי, ללא תלות באופי העבירה.⁷⁵ דהיינו, בשונה מהחוק בישראל, החוק הבריטי אינו מבחין בין הסתה לאלימות לבין הסתה לעבירה אחרת כלשהי ואינו מפריד בין השפעה על אדם מסוים או אנשים מסוימים ובין השפעה המופעלת על הציבור הרחב. כמו כן החוק הבריטי מדגיש את היסוד הנפשי של המסית, בניגוד להסתברות ביצוע העבירה המודגשת בחוק הישראלי בעניין הסתה לאלימות. אומנם בחוק הישראלי קיימת דוקטרינה של שידול לביצוע עבירה לפי סעיף 30 לחוק העונשין, אך עבירה זו דורשת הבאה של "אחר" מסוים לידי עשיית מעשה עבירה, ואינה חלה, בדומה לעבירה שבחוק הבריטי, על הסתה כללית לביצוע עבירה, גם בהיעדר "אחר" משודל.⁷⁶ לפי החוק הבריטי עבירת ההסתה מתקיימת אם המסית מתכוון להסית לעבירה (סעיף 44) או מאמין שהעבירה שהוא מסית לה תבוצע והוא מודע לכך שמעשהו מסית לביצועה (סעיף 45), גם אם אינו מתכוון להסית לביצוע העבירה. נוסף על כך סעיף 46 ל-Serious Crime Act, 2007 מאפשר העמדה לדין בגין הסתה לעבירות אחדות, גם במקרה שהמדינה אינה יודעת להצביע על עבירה ספציפית שהנאשם התכוון להסית לה מתוך כמה עבירות אפשריות.⁷⁷ בכל אחת מהאפשרויות הללו העונש של המסית יהיה זהה לעונש

באופייה יותר לסעיף 4(ב) לפקודת מניעת טרור שבחוק הישראלי. עבירת עידוד הטרור שבדין הבריטי, בדומה לסעיף 4(ב) לפקודת מניעת טרור, נוגעת לאיסור מעשים בעלי אופי ייחודי של פעילות טרור, בניגוד לאיסור על הסתה לאלימות ולטרור, שאינו מוגבל למעשי טרור מובהקים. ראו: (Eng.) Terrorism Act, 2006, c. 11, § 1, 20 (Eng.)

Serious Crime Act, 2007, c. 27, §§ 44-46 75

76 הדין הישראלי דומה בעניין זה לסעיף 22(1) ל-Criminal Code הקנדי, הדורש אחר מסוים:

22. (1) Where a person counsels another person to be a party to an offence and that other person is afterwards a party to that offence, the person who counselled is a party to that offence, notwithstanding that the offence was committed in a way different from that which was counselled.

77 ניתן להבין באופן דומה גם את עבירת ההסתה לאלימות בדין הישראלי, שאינה דורשת בהכרח הסתה לעבירה מסוימת, ומסתפקת בכל "עבירה הפוגעת בגופו של אדם או המעמידה אדם בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה". ראו סעיף 2144 לחוק העונשין.

על העבירה שאליה הסית, או במקרה של סעיף 46, לעונש על העבירה שבה רף הענישה הוא הגבוה מבין העבירות.⁷⁸

בעבר ה־CPS (Crown Prosecution Service) העמיד לדין שני משתמשי פייסבוק, בהתאם לסעיפי החוק ה"ל, באשמת הסתה להשתתפות בהפרות סדר במחוז צ'שייר. השניים הואשמו כי השתמשו בפייסבוק לשם ארגון ועידוד הפרות סדר במחוז בזמן שהפרות סדר התרחשו ברחבי בריטניה. אחד הנאשמים יצר אירוע (event) בפייסבוק שקרא לו "smash down in northwich town", ובו הוא ציין מקום וזמן למפגש שתיאר כמיועד לקהל היעד של "mob hill massive northwrich lootin". הנאשם השני פתח דף בפייסבוק בשם Warrington Riots, ובמסגרתו הוזמנו אנשים להשתתף בפרעות במועד מסוים. יש לציין כי הפרסומים לא גרמו הפרות סדר בפועל. שני הנאשמים הודו בביצוע העבירה ונגזרו עליהם ארבע שנות מאסר.⁷⁹

2.1.2. הסתה לגזענות בדין הבריטי

הגישה הבריטית להסתה לגזענות מתמקדת ב"גרימת שנאה". החוק בבריטניה מבחין בין שלושה מקרים שונים בדבר איסורים הנוגעים לשנאה גזענית (racial hatred). הראשון, איסור הסתה על רקע גזעני המוגדר כ"צבע, גזע, לאום (כולל אזרחות) או מוצא אתני או לאומי", בהתאם ל־Public Order Act, 1986, Part III. השני, איסור הסתה על רקע "אמונה דתית או היעדר אמונה דתית", והשלישי איסור על הסתה על רקע "נטייה מינית" – השניים האחרונים בהתאם ל־Part IIIA של Public Order Act, 1986. כמו כן החוק הבריטי מתייחס באופן נפרד וייחודי לביטויים גזעניים במגרשי כדורגל, בהתאם ל־Football Offences Act, 1991, Section 3.

Public Order Act, 1986, Part III, Section 18 אוסר על שימוש במילים, התנהגות או הצגת תכנים שהם מאיימים, פוגעניים או מעליבים ("threatening, abusive")

78 Serious Crime Act 2007, c. 27, §§ 44-46

79 Rosa Silverman Man, *Given Four Years for Facebook Incitement*

INDEPENDENT 16.11.2011

”(or insulting), בכפוף לכך שהאדם מתכוון ללבות (”to stir up”) שנאה גזעית, בהתאם להגדרתה בחוק,⁸⁰ או שבהתחשב במכלול הנסיבות תכנים עלול ללבות שנאה שכזו.⁸¹ עם זאת, סעיף (5) מבהיר שאדם לא יואשם אם לא התכוון ללבות שנאה או שלא היה מודע לפוטנציאל ליבוי השנאה שבפרסום. יש לציין בהקשר זה כי במקור החוק הבריטי כלל יסוד נפשי של כוונה ושונה לאחר מכן כך שיכלול גם את החלופה של ”עלול ללבות שנאה”, בעקבות ביקורת על החוק, משום שכמעט שאי־אפשר להוכיח את הכוונה.⁸²

הפסיקה בבריטניה קבעה כי לביטויים ”מאיימים, פוגעניים, או מעליבים” יש לתת את המשמעות הרגילה שלהם (ordinary meaning). ה־High Court הבריטי התייחס לכך שלמרות העמימות הגלומה בביטויים אלה, ניסיון לקביעת יסוד התנהגותי ברור יותר יהיה בלתי נבון לאור המגוון הרחב של נסיבות שונות שבהן חוקים אלו יצטרכו לחול. לגישתו כל מה שבית המשפט יכול לעשות הוא להציב גבולות לפרשנות באופן שיפקח על הרחבת יתר של פירוש העבירה. כגבולות מסוג זה קבעו בתי המשפט בבריטניה כי אין לראות התנהגות כמאיימת, פוגענית ומעליבה רק מפני שמההתנהגות עולה סיכון לחשש מאלימות או לעידודה. כך גם התנהגות אינה נחשבת מאיימת, פוגענית ומעליבה רק בגלל היותה מטרידה, מכעיסה, מגעילה או גורמת מצוקה או משום שהיא חסרת טעם או חסרת נימוס.⁸³ ניתן לראות דמיון מסוים מבחינות עמימות האיסור בין הדין הישראלי לבין הדין הבריטי. ואולם בדין הבריטי קיים אפיון הן של היסוד העובדתי (מהות ה”דבר” המפורסם) והן של היסוד הנפשי (כוונה ללבות שנאה גזעית או מודעות לכך), ואילו בדין הקיים בישראל ישנו רק היסוד האחרון. מכאן שהן בדין הבריטי והן בדין הישראלי קיימת עמימות סביב גדריה של העבירה וישנו קושי לדעת מראש מה ייחשב בדיעבד כהסתה גזענית ומה לא, אולם העמימות בדין הבריטי פחותה.

80 "17. Meaning of 'racial hatred': In this Part 'racial hatred' means hatred against a group of persons [...] defined by reference to colour, race, nationality (including citizenship) or ethnic or national origins"

81 Public Order Act, 1986, c. 64, § 18(1)(a)

82 Kretzmer, לעיל ה"ש 6, בעמ' 501.

83 26 Halsbury's Laws of England, §§ 427–792, p. 6, n. 2

סעיף 19 לחוק מציג איסור דומה על הפצת חומר כתוב, בכפוף לאותן הדרישות של סעיף 18, בהתאמות הנדרשות. בדומה לחוק הישראלי, סעיף 23 אוסר על החזקת חומרים שמיועדים לשמש לעבירה בהתאם לאיסורי החוק; וסעיף 25 דן באפשרות לחילוט החומר על ידי בית המשפט. כמו כן, בדומה לחוק הישראלי, סעיף 27 לחוק הבריטי דורש אישור התובע הכללי (attorney general) לצורך ביצוע הליכים לפי Part III. סעיף 27 קובע עונש מרבי של 7 שנות מאסר, קנס או שניהם יחד.

האיסורים על הסתה על רקע דתי וגרימת שנאה על רקע נטייה מינית חוקקו בחלק נפרד של החוק וכוללים יסודות שונים במקצת מעבירת ההסתה על רקע גזעני. "שנאה דתית" (religious hatred) מוגדרת בחוק כ"שנאה נגד קבוצה של בני אדם המוגדרת על ידי התייחסות לאמונה דתית או היעדר אמונה דתית".⁸⁴ "שנאה על רקע של נטייה מינית" מוגדרת כ"שנאה נגד קבוצת אנשים המוגדרת על ידי התייחסות לנטייה מינית (בין כלפי אנשים מאותו המין, בין כלפי אנשים מהמין השני ובין כלפי שניהם)".⁸⁵ החוק אוסר על שימוש במילים או על התנהגות מאיימת (threatening words or behavior) או על הצגת חומר כתוב מאיים כאשר המפרסם מתכוון ללבות (stir up) שנאה על רקע דתי או על רקע של נטייה מינית. יש להדגיש כי בניגוד לעבירת ההסתה על רקע גזעני, החוק הבריטי דורש כאן יסוד מאיים, ואינו מסתפק בדבר מה פוגעני או מעליב. גם בנוגע לעבירות אלו החוק קובע כי העבירה יכולה להיות מבוצעת בציבור או במקום פרטי, אך מחריג לעניין זה בית מגורים כל זמן שהדברים לא נשמעו מחוצה לו. ראוי להדגיש כי בהגדרת הגזענות בדין הישראלי אין התייחסות להסתה על רקע דת או על רקע נטייה מינית, ועבירת ההסתה לגזענות לא תחול על התבטאויות משני הסוגים הללו.⁸⁶

84 "hatred against a group of persons defined by reference to religious belief or lack of religious belief" (Public order Act 1986, c. 64, § 29A)

85 "hatred against a group of persons defined by reference to sexual orientation (whether toward persons of the same sex, the opposite sex (שם, סעיף 29AB) or both)"

86 ראוי לציין כי קיים איסור בחוק העונשין על פגיעה ברגשי דת לפי סעיף 173 לחוק העונשין הקובע: "העושה אחת מאלה, דינו – מאסר שנה אחת; (1) מפרסם פרסום שיש בו

הגדרתה של ההסתה על רקע דתי מצומצמת יותר גם בכל הנוגע ליסוד הנפשי המלווה את פרסום החומרים. החוק דורש כוונה בפועל של המפיץ לעודד שנאה על רקע דתי או שנאה על רקע של נטייה מינית, ואין בו החלופה שמדובר בה על אפשרות סבירה לעידוד שנאה שהעושה מודע לה, בהתחשב בניסיונות. כמו כן החוק מפרט דינים ספציפיים באשר לאיסור על החזקת תכנים המסיתים בשל דת או נטייה מינית וקובע דינים ייחודיים בקשר לכניסה וחיפוש וחילוט התכנים.

בעניין עבירת ההסתה על רקע אמונה דתית והסתה על רקע נטייה מינית החוק מציין במיוחד את הצורך בשמירה על חופש הביטוי בד בבד עם איסורים אלו. זאת ועוד, החוק מדגיש במפורש כי דיון ביקורתי בדתות ובנטייה מינית מותר גם אם הוא פוגעני או מעליב.⁸⁷

גם בעבירות ההסתה הללו נדרשת הסכמת התובע הכללי לצורך פתיחה בהליכים. העונש המרבי על העבירות הוא שבע שנות מאסר, קנס, או שניהם יחד.

כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים; (2) משמיע במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של פלוני מלה או קול שיש בהם כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים". ייתכן שישנם מעשים מסוימים שנוכל לראותם כנופלים תחת לשון סעיף 173 למרות שבמהותם הם הסתה על רקע דתי, אך בפועל הם גם פוגעים ברגשות דתיים ולכן נופלים תחת גדר הסעיף.

29J. Protection of freedom of expression 29

87

Nothing in this Part shall be read or given effect in a way which prohibits or restricts discussion, criticism or expressions of antipathy, dislike, ridicule, insult or abuse of particular religions or the beliefs or practices of their adherents, or of any other belief system or the beliefs or practices of its adherents, or proselytizing or urging adherents of a different religion or belief system to cease practicing their religion or belief system.

29JA. Protection of freedom of expression (sexual orientation)

- (1) In this Part, for the avoidance of doubt, the discussion or criticism of sexual conduct or practices or the urging of persons to refrain from or modify such conduct or practices shall not be taken of itself to be threatening or intended to stir up hatred.
- (2) In this Part, for the avoidance of doubt, any discussion or criticism of marriage which concerns the sex of the parties to marriage shall not be taken of itself to be threatening or intended to stir up hatred. (Public Order Act, 1986, c. 64, § 29J)

בדומה לדין הישראלי,⁸⁸ הדין הבריטי קובע עבירה ייחודית על התבטאויות גזעניות במהלך משחק כדורגל. הדין הבריטי אוסר על כל התבטאות חוזרת של מילים או צלילים בעלי אופי גזעני.⁸⁹

בניגוד למדיניות הבלתי כתובה של הפרקליטות בישראל, ל־CPS ישנה מדיניות כתובה נרחבת ומפורטת בנוגע לעבירות על רקע גזענות ודת. הנחיות נפרדות נכתבו לצורך פנייה והסבר לציבור הרחב⁹⁰ ולצורך הנחיית שיקול הדעת של תובעי ה־CPS.⁹¹ כמו כן ה־CPS מפרסם בכל שנה דוח על פשעי שנאה ופשעים נגד קשישים. הדוח האחרון שפורסם כולל את השנים 2016–2017.⁹² עם זאת חשוב להדגיש כי נראה שאין ל־CPS מדיניות ייחודית בכל הקשור לעבירות הסתה המבוצעות ברשתות החברתיות דווקא. במסגרת הנחיה העוסקת בעבירות הנעברות ברשתות חברתיות ישנה התייחסות אגבית בלבד לכך שייתכן שגם עבירות הסתה יבוצעו באופן זה, אך ההנחיה אינה כוללת קווים מנחים ייחודיים להתמודדות עם מציאות זו.⁹³

הנחיות לתובעי ה־CPS בנוגע לפשעים על רקע דתי או גזעי מכילות כמה הערות רלוונטיות לענייננו. ההנחיות פותחות בכך שהאיסור על הסתה לגזענות אינו מפר את הזכות לחופש הביטוי כפי שהיא מובטחת על ידי האמנה האירופית לזכויות אדם (European Convention on Human Rights – ECHR) ושהאיסור מבטא איזון בין חופש הביטוי ובין ההגנה על שלום הציבור. ההנחיות מפנות את התובעים לשני פסקי דין שונים של בית המשפט האירופי לזכויות אדם (European Court of Human Rights) המצדיקים את הגבלת חופש הביטוי, באופן

88 ראו לעיל בעמ' 19–20.

89 Football (Offences) Act, 1991, § 3

90 "Hate Crime Matters," CPS SITE

91 "Racist and Religious Hate Crime: Prosecution Guidance," CPS SITE, August 15, 2018

92 "Hate Crime Report 2016–2017," CPS SITE, October 17, 2017

93 ראו סעיף 53 להנחיות ה־CPS: *Social Media – Guidelines on prosecuting cases involving communications sent via social media*, August 21, 2018

שבו חופש הביטוי מוגבל על ידי החקיקה הבריטית.⁹⁴ כמו כן ההנחיות מדגישות כי האיסור על עידוד גזענות ב־Public Order Act, 1986 אינו תלוי בסכנה לביצועה של עבירה פלילית אחרת עקב השנאה הגזעית. בהנחיות משנת 2015 הודגש כי "לכל שנאה יש אפקט מזיק הן על החברה והן על הקורבנות וזהו גורם רלוונטי שיש להביא בחשבון כאשר שוקלים להגיש כתב אישום".⁹⁵

לנוכח הרגישות הגבוהה לחופש הביטוי בהקשר זה ולצורך הבטחת מדיניות עקבית בתחום זה, ההחלטה על פתיחת ההליכים וניהולם נקבעת על ידי מחלקה ארצית ל"פשעים מיוחדים ומאבק בטרור" (Special Crime and Counter Terrorism Division – SCCTD). יישום של מדיניות תביעה זו אפשר לראות במקרה המבחן שבחר לציין ה־CPS בדוח השנתי שלו בנוגע לעבירות שנאה. במקרה ההוא דובר על פעיל ימין קיצוני שפרסם סרטי וידאו שלו מאירועי ימין קיצוני ברשתות החברתיות. בסרטי הווידאו נראה הפעיל לבוש במדי הקו קלוקס קלאן תולה בובה בגודל אמיתי בעלת מאפיינים גזעיים מובהקים. התובע מטעם ה־SCCTD תיאר את מעשיו כ"בעלי הקשרים גזעניים ברורים" ועמד על כך ש"הפצת התמונות ברשתות החברתיות הוכיחה כוונה ברורה לעודד שנאה גזענית".⁹⁶ התובע סיכם בקביעה:

בעוד אנשים זכאים להחזיק בדעות קיצוניות שאנשים אחרים
עלולים למצוא כבלתי נעימות או דוחות, הם אינם זכאים להפיץ
את אותן דעות באופן מאיים המכוון לעידוד לשנאה. התנהגות

94 המקרים המוזכרים הם *Glimmerveen and Hagenbeek v. Netherlands* 18 DR (1987); *Kuhnen v. Germany* 56 DR (1988). לסקירה נרחבת יותר של דרכי ההתמודדות השונות של ה־ECHR עם הגבלות על חופש הביטוי במסגרת עבירות הסתה ראו *Hate Speech*, EUROPEAN COURT ON HUMAN RIGHTS SITE, June 2018

95 "But all hatred has a detrimental effect on both individual victims and society, and this is a relevant factor to take into account when considering whether a prosecution is appropriate" (CPS SITE, December 2016)

96 "Hate Crimes and Crimes against Older People Report ראו 2013–2014," CPS SITE, October 2014, p. 37

שמעודדת צרות אופקים ושנאה חותרת תחת החופש של אזרחים שומרי חוק, והחברה שלנו לא תסבול אותה.⁹⁷

2.2 קנדה

ברמה הפדרלית בקנדה לא נמצא איסור כללי על הסתה לאלימות. לעומת זאת החוק הפלילי הפדרלי בקנדה מכיל שני איסורים הנוגעים להסתה לגזענות. האיסור הראשון, לפי סעיף 319(1), מדגיש את התוצאה המסוכנת – הפוטנציאל להפרת השלום (breach of the peace). האיסור השני, המוגדר בסעיף 319(2), מדגיש את היסוד הנפשי של המסית, שהוא יסוד של מטרה (או תחליף של הלכת הצפיות, כפי שיפורט בהמשך). סעיף 319(1) לחוק דן באיסור על הסתה לשנאה (incitement of hatred) וקובע:

- 319 (1) Every one who, by communicating statements in any public place, incites hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace is guilty of
- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or
 - (b) an offence punishable on summary conviction.

97 "While people are entitled to hold extreme opinions which others may find unpleasant and obnoxious, they are not entitled to distribute those opinions in a threatening manner intending to stir up hatred. Behaviour that incites bigotry and hatred undermines the freedom of law-abiding individuals and it will not be tolerated in our society" (שם).

הגדרת identifiable group מופיעה בסעיף 318 וקובעת:

In this section, "identifiable group" means any section of the public distinguished by colour, race, religion, national or ethnic origin, age, sex, sexual orientation, or mental or physical disability.

נציין כי הגדרת identifiable group היא הגדרה רחבה הכוללת הסתה לשנאה גם כלפי קבוצות שהחוק בישראל אינו מתייחס אליהן כלל, קבוצות מובחנות על פי גיל, מין, נטייה מינית ומוגבלויות נפשיות וגופניות.

סעיף 319(2) לחוק דן באיסור על קידום מרצון של שנאה (wilful promotion of hatred) וקובע:

- (2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of
- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or
 - (b) an offence punishable on summary conviction.

לאיסור לפי סעיף 319(2) קבועות הגנות בסעיף 319(3):

- (3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)
- (a) if he establishes that the statements communicated were true;
 - (b) if, in good faith, the person expressed or attempted to establish by an argument an opinion on a religious subject or an opinion based on a belief in a religious text;

- (c) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or
- (d) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

גם סעיף 319(2) דומה במידה רבה לנוסח החוק בישראל – הן בחוק הקנדי והן בחוק הישראלי נוסח העבירה שם את עיקר הדגש על כוונתו של המסית (שפורשה בקנדה ככוללת גם מצב של צפייה ברמה הקרובה לוודאי בפרשת **קיגסטרה**, שתנוחת להלן). סעיף 320 מאפשר, בכפוף להליך משפטי המוסדר בחוק, להחרים חומרים מסיתים המצויים ברשותו של אדם. סעיף 320.1 מאפשר, במסגרת הליך דומה להליך הקבוע בסעיף 320, לצוות על מנהל רשת מחשבים המצויה בשטח השיפוט של קנדה להעביר לבית המשפט חומרים החשודים כמסיתים, למנוע גישה אליהם ולאחר את מפרסם החומר.⁹⁸ כמו כן בית המשפט יכול להורות למנהל הרשת, בתום ההליך, למחוק את החומרים.⁹⁹

אין הנחיה כתובה להפעלת שיקול הדעת באשר להעמדה לדין בגין עבירות הסתה שבוצעו דווקא באינטרנט. ממחקר שהוגש למשרד המשפטים הקנדי בשנת 2007 בנוגע למדיניות המאבק בהסתה גזענית באינטרנט נראה כי מדיניות זו מתמקדת בהקצאת משאבים ובהקמת גופים ייחודיים לצורך מאבק זה. אך במישור המשפטי שיקול הדעת, כמו גם החקיקה הרלוונטית, זהים לשיקול הדעת ולחקיקה במקרי הסתה שאינם באינטרנט.¹⁰⁰

98 סעיף 320.1(1).

99 סעיף 320.1(5).

100 Andrea Slane, "Combating Hate on the Internet: Current Canadian Efforts and the Recommendations of Non-Governmental Organizations to Improve upon Them," submitted to the Department of Justice, Canada (2007), pp. 4-7

חוקתיותו של סעיף 319(2) ופרשנותו נדונו בהרחבה במשפט של ג'יימס קיגסטרה.¹⁰¹ קיגסטרה היה מורה בתיכון, ובמסגרת שיעוריו הפיץ את תפיסותיו האנטישמיות כלפי יהודים. קיגסטרה הועמד לדין, ובמסגרת הגנתו ביקש לתקוף את חוקתיותו של האיסור הפלילי לאור ה־Charter הקנדי. בית המשפט העליון הקנדי ברוב של ארבעה שופטים מול שלושה אישר את חוקתיותו של האיסור הפלילי לפי סעיף 319(2). הוא פסק כי האיסור הפלילי אומנם פוגע בחופש הביטוי, המוגן על ידי ה־Charter, אך פגיעה זו עומדת בפסקת ההגבלה שבסעיף 1 ל־Charter, הקובע:

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

במסגרת הדיון בפרשת קיגסטרה קבע בית המשפט קביעות אחדות הראויות לציון. ראשית, בית המשפט ביקש להבחין בין התפיסה החוקתית הקנדית לבין התפיסה האמריקאית, מתוך הדגשת הצורך הקנדי לשמירה בלתי מתפשרת על רב־תרבותיות ומאבק בהסתה גזעית:

The international commitment to eradicate hate propaganda and, most importantly, the special role given equality and multiculturalism in the Canadian Constitution necessitate a departure from the view, reasonably prevalent in America at present, that the suppression of hate propaganda is incompatible with the guarantee of free expression.¹⁰²

שנית, בית המשפט מבקש, במסגרת יישום מבחני פסקת ההגבלה, לזהות את הערכים המוגנים על ידי האיסור הפלילי. כפי שהראינו,¹⁰³ מפסיקת בית המשפט העליון בישראל קשה להבין באופן ברור מהם הערכים המוגנים בעבירת ההסתה

101 R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697 (להלן: פרשת קיגסטרה).

102 שם, בעמ' 733.

103 ראו לעיל בעמ' 20-22.

לגזנות בישראל. בניגוד לכך בית המשפט הקנדי ציין בפירושו שני ערכים מוגנים העומדים בבסיס האיטור הפלילי:

Essentially there are two sorts of injury caused by hate propaganda. First, there is harm done to members of the target group. It is indisputable that the emotional damage caused by words may be of grave psychological and social consequence [...]. A second harmful effect of hate propaganda which is of pressing and substantial concern is its influence upon society at large [...]. The threat to the self-dignity of target group members is thus matched by the possibility that prejudiced messages will gain some credence, with the attendant result of discrimination, and perhaps even violence, against minority groups in Canadian society.¹⁰⁴

נציין בהקשר זה כי לשיטתנו העיסוק ברגשות הנפגעים "מפספס" את ליבת הערך המוגן של פגיעה בכבוד האדם. מבחינה זו, החתירה תחת המעמד של בני הקבוצה הנפגעת כבני אדם שווים פוגעת בערך המוגן ללא קשר וללא תלות בפגיעה ברגשותיהם של אנשי הקבוצה.

שלישית, בהקשר לטענת שוק הרעיונות החופשי, בית המשפט העליון הקנדי קבע כי אין מקום להגזים באמונה התמימה שבני האדם הם יצורים רציונליים ושדיון חופשי יביא בהכרח לחשיפת הכזב שבדעות הקדומות. בית המשפט התייחס מפורשות לערך הנחות של התבטאויות שמכוונות לגרום שנאה כלפי קבוצה ספציפית מבחינת תרומתן לאמת ולקידום החברה:

Indeed, expression can be used to the detriment of our search for truth; the state should not be the sole arbiter of truth, but neither should we overplay the view that rationality will overcome all falsehoods in the unregulated marketplace of ideas. There is very little chance that statements intended

to promote hatred against an identifiable group are true, or that their vision of society will lead to a better world. To portray such statements as crucial to truth and the betterment of the political and social milieu is therefore misguided.¹⁰⁵

רביעית, בית המשפט הקנדי קובע כי יש להבין את דרישת ה-willfully שבסעיף 319(2) כמצריכה מטרה בפועל או מודעות לאפשרות קרובה לוודאית להתממשות ההסתה ("where an accused subjectively desires the promotion of hatred or foresees such a consequence as certain or substantially certain (to result from an act done in order to achieve some other purpose)"¹⁰⁶ דהיינו, בניגוד להלכה בישראל, שנותרה עמומה בעניין זה,¹⁰⁷ ההלכה הקנדית מסתפקת בצפיית אפשרות להתרחשות התוצאה של קידום שנאה בדרגת הסתברות גבוהה.¹⁰⁸

לבסוף, נבקש להוסיף כמה מילים על היחס של בית המשפט הקנדי לחריג הדת שבסעיף 319(3)(b), הקובע:

If, in good faith, the person expressed or attempted to establish by an argument an opinion on a religious subject or an opinion based on a belief in a religious text.

בפרשת קיגסטרה לא התקיים דיון מקיף על שאלת חריג הדת. עם זאת בית המשפט התייחס לסעיף החריגים באופן כללי וקבע כי רק לעיתים נדירות אדם המתכוון לעודד שנאה יעשה כן בתום לב או מתוך אמונה כנה. החריגים מחזקים ומדגישים את דרישת היסוד הנפשי של מטרה ואת היקפה ונועדו לאפשר חופש ביטוי במקרי גבול.

105 שם, בעמ' 763.

106 שם, בעמ' 774-775.

107 ראו לעיל בעמ' 25.

108 פרשת קיגסטרה, לעיל ה"ש 101, בעמ' 774-775.

Thus the three defences which include elements of good faith or honest belief – namely, s. 319(3)(b), (c) and (d) – would seem to operate to negate directly the mens rea in the offence, for only rarely will one who intends to promote hatred be acting in good faith or upon honest belief. These defences are hence intended to aid in making the scope of the wilful promotion of hatred more explicit; individuals engaging in the type of expression described are thus given a strong signal that their activity will not be swept into the ambit of the offence. [...] It reflects a commitment to the idea that an individual's freedom of expression will not be curtailed in borderline cases.¹⁰⁹

אם כן, בדומה לדעות מסוימות שהובעו בנוגע לחריג הדת בדין הישראלי,¹¹⁰ גם בית המשפט העליון הקנדי רואה בסעיף הפטור מטעמי דת סעיף צר יחסית וסמלי במהותו. לכן קשה למצוא מקרים שבהם הוא ייושם, שכן המטרה לעודד שנאה סותרת את "תום הלב" כמעט בכל מקרה. ראוי להזכיר שלשון החוק באשר לחריג הדת אצלנו מוציאה, מפורשות, את המקרה של פרסום במטרה להסית לגזענות מגדר החריג. עם זאת גם בקנדה החריג אינו מוחלט, וקיימת המסננת של דרישת "תום הלב". בסופו של דבר בית המשפט הבהיר כי קשה ליישב את דבר קיומו של תום הלב עם הכוונה לעודד שנאה גזעית.

דיון נרחב יותר בחריג הדת התקיים במשפטו של ווטקוט (Whatcott).¹¹¹ בפרשה זו הפיץ הנאשם (ווטקוט) הפיץ מנשרים בגנותם של הומוסקסואלים בהתבססו באופן מובהק על אמונותיו הנוצריות כמניע לפעולותיו. ווטקוט הועמד לדין לפי חוק פלילי של מדינת ססקצ'ואן (Saskatchewan), שכולל עבירת הסתה לגזענות שבה אין חריג דת כלל. ווטקוט טען בבית המשפט, בין היתר, כי האיסור

109 שם, בעמ' 779.

110 ראו לעיל בעמ' 27.

111 Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott, SCC 11 [2013] 1 S.C.R. 467

פוגע באמונותיו הדתיות בכך שאינו מאפשר לו להביע את עמדותיו הדתיות, הדורשות התנגדות חריפה להומוסקסואליות. בית המשפט העליון הקנדי קבע כי גם במקרה כזה, שבו החוק הפלילי פוגע ביכולת להביע, באופן מסוים, אמונות דתיות, יש מקום להגבלת חופש הדת, משום האינטרסים הגלומים במניעת התבטאויות גזעניות. במיוחד ראוי להגביל את חופש הדת בהינתן האפשרות לנסח באופן שונה את אותן העמדות כך שהפרסום לא יעמוד בסתירה לאיסור ההסתה.

For the purposes of the application of s. 14(1)(b) of the *Code*, it does not matter whether the expression at issue is religiously motivated or not. If, viewed objectively, the publication involves representations that expose or are likely to expose the vulnerable group to detestation and vilification, then the religious expression is captured by the legislative prohibition. In other words, Mr. Whatcott and others are free to preach against same-sex activities, to urge its censorship from the public school curriculum and to seek to convert others to their point of view. Their freedom to express those views is unlimited, except by the narrow requirement that they not be conveyed through hate speech.¹¹²

אם כן, אפשר לראות כי בעוד הדין הפדרלי בקנדה יוצר הגנה סטטוטורית לעבירת ההסתה לגזענות המבוססת על אמונה דתית, בית המשפט העליון הקנדי לא פסל, מבחינה חוקתית, חקיקה מדינתית המגבילה באופן ניכר התבטאויות גזעניות המבוססות על אמונה דתית. בית המשפט סבר כך משום שגם אם מותר לנסות להפיץ אמונות דתיות בלתי סובלניות, אסור לעשות זאת באמצעות שיח של הפצת שנאה.

2.3 ארצות הברית

ארצות הברית היא מקרה חריג בקרב המדינות הדמוקרטיות במערב, ובכללן ישראל, בכך שהיא מעניקה הגנה יוצאת דופן לחופש הביטוי גם כאשר הוא מתנגש עם ערכים דמוקרטיים אחרים, כמו הזכות לכבוד או שוויון. אחד המקרים המפורסמים, המייצגים את הנחרצות בהגנה על חופש הביטוי במערכת המשפט האמריקאית, הוא פרשת סקוקי (1977). במקרה הזה קבוצה ניאונאצית הכריזה על כוונתה לצעוד בסקוקי שבמדינת אילנוי, עיירה שהיה בה ריכוז גבוה של אוכלוסייה יהודית שכללה, בין היתר, כמה אלפי ניצולי שואה. בית המשפט הפדרלי התיר את הצעדה ומנע מהעיירה לחוקק חוק מקומי שימנע אותה.¹¹³ ההלכה השלטת כיום בבית המשפט העליון האמריקאי בכל הקשור לאפשרות לאסור התבטאויות גזעניות היא שאיסורים המבוססים על תוכן ההתבטאות הם בלתי חוקתיים בשל היותם פוגעים בחופש הביטוי, המוגן על ידי התיקון הראשון לחוק.¹¹⁴ התפיסה העומדת מאחורי הלכה זו היא שעל המדינה לשמור על ניטרליות בכל הקשור ליחס לאמונות אלו או אחרות. עקב תפיסת הניטרליות פסל בית המשפט העליון האמריקאי בעבר חוקים שקבעו איסורים על הסתה לגזענות, אם מהותם הייתה לאסור על התבטאות גזענית בשל תוכנה. בית המשפט העליון האמריקאי מצא כחוקתיים איסורים ששוללים התבטאות גזענית לא בשל תוכן ההתבטאות עצמה אלא בשל התוצאות הבלתי חוקיות הנובעות ממנה, כמו לדוגמה הפחדה, גרימת אלימות, ונדליזם וכד'. כך לדוגמה, בפסק דין Virginia v. Black (01-1107) 538 U.S. 343 (2003) שעסק בחוק האוסר

Steven J. Heyman, *Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment*, *EXTREME SPEECH AND DEMOCRACY* 158 (2009) 113

ERIK BLEICH, *THE FREEDOM TO BE RACIST? HOW THE UNITED STATES AND EUROPE STRUGGLE TO PRESERVE FREEDOM AND COMBAT RACISM* 77-78 (2011) 114
זו, המבוססת על פרשנות מרחיבה מאוד לתיקון הראשון בחוקה, רווחת בפסקי הדין האחרונים שיצאו מבית המשפט העליון האמריקאי. יש מקום להעיר כי לא תמיד כך היה המצב בבית המשפט העליון בארצות הברית. בעבר ראה בית המשפט העליון כחוקתיים גם חוקים הפוגעים פגיעה קשה בהרבה בחופש הביטוי. לסקירה השינויים לאורך הזמן בפסיקה בית המשפט העליון בארצות הברית ראו שם, בעמ' 62-75.

על שרפת צלבים, קבע בית המשפט העליון בהתאם לשורה של הלכות קודמות (למשל באשר לעבירת האימים), כי ניתן לאסור התבטאויות אם הן מהוות "איום ממשי" המוגדר כ־"Statements where the speaker means to communicate a serious expression of an intent to commit an act of unlawful violence to a particular individual or group of individuals"¹¹⁵. אם כן, המיקוד בכלל זה אינו בגזענות (שכן לא מדובר בקבוצה ספציפית) אלא באיום באלימות. מבחן זה הוא סטייה מסוימת מההלכה הקודמת של בית המשפט העליון האמריקאי, כפי שנקבעה בפרשת Brandenburg,¹¹⁶ אשר בה בוטלה העמדתו לדין של מנהיג קו קלוקס קלאן מאוהיו בעבירת "סינדיקליזם"¹¹⁷. הכלל שנקבע בפרשת ברנדנבורג אפשר העמדה לדין רק במקרים שהתקיים בהם: "except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action". לעומת זאת הכלל המאוחר, כפי שהוצג לעיל, מאפשר העמדה לדין גם בהיעדר "imminent prospect of violence"¹¹⁸. כמו כן בית המשפט העליון האמריקאי קבע כחוקתיים חוקים שאוסרים על התבטאויות גזעניות במקום עבודה שנתפסות כפגיעה בשל הטרדה במקום העבודה.¹¹⁹ דיון נרחב מתעורר בשנים האחרונות בבתי המשפט הפדרליים בארצות הברית בנוגע לחוקיותם של תקנוני אוניברסיטאות בארצות הברית שאסרו או עדיין אוסרים על הסתה לגזענות.¹²⁰ לסיכום, אף שהכיוון הוא להתיר חקיקת איסורים הפוגעים בחופש הביטוי בהקשרים מסוימים, שיש בהם אפשרות ממשית לגרימה של אלימות, הפחדה או הטרדה (שרפת צלבים, הטרדה במקום העבודה), ההלכה בארצות הברית עדיין מחזיקה בתיקון הראשון כמתיר, בעיקרון, ביטויים גזעניים כשלעצמם.

115 שם, בעמ' 78.

116 Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444, 447 (1969) (להלן: פרשת ברנדנבורג).

117 עבירה הדומה מעט לעבירת המרדה וכוללת קריאה לשימוש באלימות ובפעולות בלתי חוקיות לשם השגת מהפכה מעמדית פוליטית או כלכלית.

118 פרשת ברנדנבורג, לעיל ה"ש 116, בעמ' 447. BLEICH, לעיל ה"ש 114, בעמ' 78 ה"ש 96.

119 שם, בעמ' 78.

120 שם, בעמ' 79.

בשנים האחרונות התעורר ויכוח נרחב, שאופיו פילוסופי, בקרב מלומדים באמריקה בכל הנוגע להצדקה של הפירוש הנרחב שזוכה לו התיקון הראשון לחוקה בבתי המשפט בארצות הברית. ג'רמי ולדרון (Waldron); שהוא ניו זילנדי במוצאו, אולם מלמד שנים רבות בארצות הברית) הוא אחד הדוברים הבולטים התומכים בחשיבה מחדש על חקיקת איסור הסתה לגזענות מתוך הגבלת חופש הביטוי בארצות הברית. ולדרון, בהסתמכו בין השאר על כך שכמעט בכל דמוקרטיה ליברלית ישנם איסורים על הסתה לגזענות, מבקש לטעון כי בהתבטאויות גזעניות מסוימות יש משום פגיעה יסודית בכבוד האדם (dignity) של מושא ההתבטאות הגזענית – בזכותו להתקיים בחברה בביטחון וללא אפליה ותחושת איום. פגיעה זו חמורה מספיק כדי להצדיק הגבלה של חופש הביטוי לצורך מניעתה.¹²¹ ולדרון גם מבקש לערער על תפיסות מקובלות של מלומדים בנוגע לערך שיש לחופש הביטוי; ובהקשר של הסתה לגזענות מציע לדחות טענות מקובלות בעד חופש הביטוי, בהן גילוי האמת על ידי שוק רעיונות חופשי.¹²²

דובר בולט בעד חופש ביטוי מוחלט ופרשנות רחבה של התיקון הראשון לחוקה הוא רונלד דבורקין (Dworkin). הוא טוען כי לחופש הביטוי כזכות רחבה מאוד יש תפקיד מהותי בלגיטימציה המוענקת להחלטות שמתקבלות במשטר דמוקרטי. לדברי דבורקין יש להעניק לאדם, במסגרת היותו חלק מהחברה הדמוקרטית, אפשרות להשתתף בשיח הציבורי באופן שהוא מבקש להביע את עצמו. לטענתו, לרוב אין זכות לכפות את רצונו על מישהו שאינו יכול להשתתף בשיח המביא ליצירת החוק הכופה.¹²³ חשוב להדגיש כי דבורקין, בדומה לוולדרון, מתנגד לטענה שהוא מייחס לג'ון סטיוארט מיל בנוגע לחופש הביטוי ככלי לקידום האמת בחברה. דבורקין מתנגד לטענתו של מיל מאחר שאינו מקבל את רעיון "שוק הדעות" ואת ההנחה שדיון חופשי יביא לגילוי האמת. כמו כן דבורקין

JEREMY WALDRON, THE HARM IN HATE SPEECH, 105-143 (2012) 121

שם, בעמ' 144-203 ובעיקר 155-157.

Ronald Dworkin, *Foreword*, in *EXTREME SPEECH AND DEMOCRACY* vii (Ivan Hare and James Weinstein eds., 2009) 123

דוגל בתפיסה רחבה של חופש הביטוי כזכות יסוד, ולדעתו אין היא אפשרית אם מקבלים את טענתו של מיל.¹²⁴

לסיכום, מלומדים מנהלים בשנים האחרונות שיח ער בנוגע לשינוי אפשרי של התפיסה הרחבה ביותר המוענקת לחופש הביטוי בפירוש החוקה האמריקאית. ואולם המציאות המשפטית הנוכחית מעניקה הגנה רחבה ביותר לחופש הביטוי, גם במקרים שבהם להתבטאויות המוגנות יש אופי גזעני מובהק – כל עוד אין בהתבטאויות איום באלמות או במעשים בלתי חוקיים.

2.4 האיסור על הסתה לגזענות בצרפת

בצרפת הוכנסו בשנת 1972 תיקונים בחוק חופש העיתונות (מ'1881) הקובעים איסורים פליליים בתחומים אחדים הנוגעים להתבטאויות מסיתות. החוק אוסר להסית לשנאה או לאלימות כלפי אדם או קבוצה בהתבסס על השתייכותם או איי-השתייכותם לקבוצה אתנית, לאומית, לגזע או לדת (סעיף 8, פסקה 24).¹²⁵ החוק בצרפת מאפשר גם את הגשת האישום על ידי ארגון רשום המייצג את המיעוט הנפגע מן הביטוי.¹²⁶ החוק קובע כי לתובע הציבורי ישנו שיקול דעת;¹²⁷ ולעיתים מצב זה גורם לכך שהתובע משאיר את ייזום התביעה לידי הארגון המייצג את הקבוצה הנפגעת. עם זאת, ההנחיות של משרד המשפטים הצרפתי

124 ש.ס. ולדרון מתייחס בספרו בהרחבה לטיעוניו של דבורקין. ראו WALDRON, לעיל ה"ש 121, בעמ' 173-203.

125 ESTHAR JANSSEN, *Limits to Expression on Religion in France*, V 125 JOURNAL OF EUROPEAN STUDIES 22 (2009), ליד ה"ש 20.

126 HARE AND WEINSTEIN, לעיל ה"ש 123, בעמ' 230.

127 JANSSEN, לעיל ה"ש 125, ליד ה"ש 26.

מעודדות את התובעים להגיש כתבי אישום בגלל התגברות של הפצת שנאה וגזענות.¹²⁸

לפי סטטיסטיקות שפורסמו, עד כה מוגשים מאות תיקים בעבירות אלו. בשנת 2011, למשל, הורשעו 359 אנשים בעבירות שנאה, רובם בשל התבטאות גזענית כלפי אדם ספציפי (כגון "יהודי מלוכלך") ומיעוטם על הסתה כללית יותר. יש לשים לב שרוב העושים קלים וכוללים קנסות בלבד. ראוי לציין עוד כי בתי המשפט פירשו את האיסורים בעיקר כמגינים על בני אדם אמיתיים או קבוצות ספציפיות, ולא על רעיונות מופשטים. לכן פגיעה בסמלים ובדת כשלעצמה (כגון הקריקטורות של "שארלי הבדו") לא נחשבה לא־חוקית, למרות תביעות רבות שהוגשו בנושא על ידי קבוצות קתוליות ומוסלמיות.¹²⁹

אפשר לראות דוגמה למדיניות התביעה ולגישה של בתי המשפט בצרפת ביחס לעבירות ביטוי בהעמדתה לדין של בריז'יט בארדו. בארדו הורשעה בערכאת הערעור, לאחר זיכוייה בערכאה הדיונית, על התבטאויות שנמצאו בבית המשפט כמציגות את המוסלמים בצרפת כאיום.¹³⁰ גם כאן הודגש כי לא מדובר בביקורת על האסלאם אלא בפגיעה במוסלמים. העמדתה לדין והרשעתה היו בגין דבריה הללו, שפורסמו בעיתון בצרפת, בחג מוסלמי בשנת 1996:

(1) And my country, France, my homeland, my land, is again being invaded, with the benediction of our successive governments, by a foreign overpopulation, especially Muslim, to which we pay allegiance! To whose law we bend in submission.

(2) From year to year we see mosques flourish across France while our church bells fall silent because of lack of priests. From year to year ritual slaughters, very often clandestine,

ש.ס. 128

Erich Bleich, *French Hate Speech Laws are Less Simplistic than You Think*, WASHINGTON POST, January 1, 2015

130 BLEICH, לעיל ה"ש 114, בעמ' 31.

without prior stunning, transform slaughter-houses into sites of terror where animals, our animals, are subjected to agonies and torture worthy of the most atrocious pagan sacrifices.

(3) Tens of thousands of poor beasts have their throats cut with blades that are more or less sharp, by clumsy sacrificers who have to make several attempts, while kids, splashed with gore, bathe in this terrifying magma of blood spurting from badly slit jugulars.

(4) Could I be forced in the near future to flee my country, which has turned into a bloody and violent land, to turn expatriate and, by becoming an immigrant myself, to try to find elsewhere the respect and esteem which we are, alas, refused daily?¹³¹

בארדו המשיכה ופרסמה התבטאויות דומות ואף חריפות יותר, אך התיקים הפיליליים, שבהם הוטלו עליה קנסות בלבד, לא הצליחו להניא אותה מלהתבטא באותו האופן.¹³² היא התבטאה למשל כך:¹³³

They slit the throats of women, children, our monks, our administrators, our tourists and our sheep, they will slit our throats one day and we will have earned it.

בשנת 1990 הורחבו הקבוצות הנפגעות גם לנפגעים בשל מוגבלויות, מינם ונטייתם המינית, כך שההסתה איננה רק לגזענות אלא לקבוצות רחבות יותר, בדומה לקנדה.

131 שם, בעמ' 30.

132 שם, שם.

133 שם, שם.

2.5 הדין הבינלאומי

במסגרת המשפט הבינלאומי ישנן שתי אמנות שישראל חתמה עליהן ואשררה אותן, והן מטילות עליה חובות בעניין המאבק בגזענות. הראשונה, אמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית (Convention of the Elimination of All Forms of Racial Discrimination – CERD), והשנייה, אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR).

תיאור מפורט של הנורמה, אגב התייחסות לאופי האיסור הפילי הנדרש, נקבע בסעיף 4 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית:

המדינות בעלות האמנה מגנות כל תעמולה וכל ארגונים המבוססים על רעיונות או תיאוריות שבעליונותם של גזע או קבוצת אנשים מבעלי צבע מסוים או מוצא אתני מסוים, או המנסים להצדיק או לקדם שנאה גזעית ואפליה גזעית בכל צורה שהיא, ומתחייבות לאמץ אמצעים מידיים וחייביים המיועדים לעקור מן השורש כל הסתה לאפליה כאמור, או מעשי אפליה כאמור, ולמטרה זו, בשימת לב ראויה לעקרונות הכלולים בהצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם ולזכויות הקבועות במפורש בסעיף 5 לאמנה זו,¹³⁴ הן מתחייבות, בין השאר:

134 סעיף 5 לאמנה קובע: "במילוי חובותיהן היסודיות שנקבעו בסעיף 2, מתחייבות המדינות בעלות האמנה לאסור ולבער אפליה גזעית בכל צורותיה, לערוב לזכותו של כל אדם, בלא הבחנה באשר לגזע, צבע או מוצא לאומי או אתני, לשוויון בפני החוק, בעיקר בהנאה מן הזכויות דלקמן:

(א) הזכות ליחס שווה בפני בתי המשפט וכל שאר גופים שלהם סמכויות שיפוט;

(ב) הזכות לבטחון האדם ולהגנה על ידי המדינה נגד אלימות או נזק גופני, בין בידי פקידי ממשלה או בידי כל יחיד, קבוצה או מוסד;

(ג) זכויות מדיניות, במיוחד הזכות להשתתף בבחירות – להצביע ולעמוד לבחירה – על בסיס של הצבעה אוניברסלית ושווה, ליטול חלק בממשל

(א) להכריז כעבירה ענישה בחוק כל הפצה של רעיונות המבוססים על עליונות גזעית¹³⁵ או שנאה גזעית, הסתה לאפליה גזעית, וכן כל מעשי אלימות או הסתה למעשים כאמור, נגד כל גזע או קבוצת בני אדם בעלי צבע או מוצא אתני אחר, וכמו כן אספקות כל סיוע לפעילויות גזעיות, לרבות מימון;

וכן בהנהלת עניני הציבור, בכל דרג שהוא, ולהתקבל בתנאי שוויון אל השירות הציבורי;

(ד) זכויות אזרחיות אחרות, במיוחד:

- (1) הזכות לחופש התנועה והמגורים בחוך גבול המדינה;
- (2) הזכות לעזוב כל ארץ, לרבות ארצו שלו, ולחזור לארצו שלו;
- (3) הזכות לאזרחות;
- (4) הזכות לנישואין ובחירת בן זוג;
- (5) זכותו של כל אדם, הן ביחידות והן בשותפות, לרכוש;
- (6) הזכות לרשת;
- (7) הזכות לחופש המחשבה, המצפון והדת;
- (8) הזכות לחופש הדעה והביטוי;
- (9) הזכות לחופש התכנסות והתאגדות שקטות;

(ה) זכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות, במיוחד:

- (1) הזכויות לעבודה, לחופש הבחירה של עבודה, לתנאי עבודה צודקים ומניחים את הדעת, להגנה בפני אבטלה, להשלום שווה בעד עבודה שווה, לשכר צודק ומניח את הדעת;
- (2) הזכות לייסד איגודים מקצועיים ולהצטרף אליהם;
- (3) הזכות לשיכון;
- (4) הזכות לחברואה ציבורית, לטיפול רפואי ולבטחון סוציאלי ולשירותים סוציאליים;
- (5) הזכות לחינוך ולהכשרה;
- (6) הזכות להשתתפות שווה בפעולות חרבות.

(ו) הזכות לגישה לכל מקום או שירות המיועדים לשימוש על ידי הציבור הרחב, כגון תחבורה, מלונות, מסעדות, בתי קפה, תיאטרונים וגנים ציבוריים".

135 בעניין זה יש מקום להעיר כי לא מצאנו במשפט המשווה, או בדין הישראלי, עבירה המקיימת את הוראת האמנה בנוגע לאיסור פלילי על הפצת כל רעיון המבוסס על "עליונות גזעית". נראה שבפועל מדינות הסתפקו בקביעת איסור פלילי רק על ביטויים חמורים יותר.

(ב) להכריז כבלתי חוקיים ולאסור ארגונים, וכן פעילויות תעמולה מאורגנות, וכל פעילויות תעמולה אחרות, המעודדים ומעוררים אפליה גזעית, ולהכיר השתתפות בארגונים ובפעילויות כאמור כעבירה ענישה בחוק;

(ג) לא להתיר לרשויות הציבוריות או למוסדות ציבור, לאומיים או מקומיים, לעודד או לעורר אפליה גזעית.¹³⁶

כמו כן במסגרת סעיף 20 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות נקבע: "2. כל הטפה לשנאה לאומית, גזעית או דתית, המהווה הסתה להפליה, לפעולת איבה או לאלימות תאסר עלידי החוק".¹³⁷

2.5.1. הנחיה פרשנית 34 של ועדת האו"ם לזכויות אדם

הנחיה זו, שהתפרסמה ביולי 2011, עסקה בסעיף 19 ל-ICCPR, שעניינו שמירה על חופש הביטוי. ההנחיה מדגישה את חופש הביטוי ואת חשיבותו הקריטית להבטחת כל שאר זכויות האדם. היא מתווה, בקווים כלליים, את אופן ההגבלה המותרת של חופש הביטוי ומונה באופן כללי את הערכים המצדיקים זאת: זכויות אדם של אחרים, מוניטין של אחרים, ביטחון המדינה וסדר ציבורי¹³⁸ – אך אין בכך כדי לאפשר את **איונה** של הזכות אלא רק הגבלתה. מעבר לערכים המצדיקים פגיעה בחופש הביטוי, הגבלתו חייבת להיות **לפי חוק** ואך ורק בהתאם לצורך ובמידתיות.¹³⁹ ההנחיה מדגישה בעיקר את הצורך שלא ליצור איסורים רחבים מדי ושעקרון המידתיות צריך להיות מקוים לא רק בחוק אלא גם על ידי הדרג המינהלי והשיפוטי.¹⁴⁰ ההנחיה גם מדגישה כי אין לאסור הבעת חוסר כבוד וביקורת על דת או על אנשי דת בשם ההיתר להגביל ביטויי שנאה

136 סעיף 4 לאמנה.

137 אמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, סעיף 20.

138 הנחיה 34, סעיף 21, בהתאם לסעיף 19.3(a) ל-ICCPR.

139 שם.

140 שם, סעיף 34.

גזעית או דתית, הקיים בסעיף 20 כאמור לעיל.¹⁴¹ עוד ההנחיה מדגישה כי אין סתירה בין סעיף 19 לסעיף 20 וכי הם משלימים זה את זה, שכן המעשים המוגדרים בסעיף 20 עומדים בתנאי החריג לחופש הביטוי שבסעיף 19. החשיבות של סעיף 20 היא שלגבי הסתה כאמור **נדרשת ומתחייבת** חקיקה מצד המדינה ולא רק **מותרת** כמו במקרים אחרים שיכולים להיכנס לחריגי סעיף 19.¹⁴²

פסק הדין המנחה בעניין זה של הוועדה לזכויות אדם של האו"ם הוא *Rabbae v. Netherlands*,¹⁴³ שעסק בעתירה של מוסלמים מהולנד עקב זיכוי של וילדרס מעבירות של הסתה גזענית בשל היעדר ראיות מספיקות. העותרים עתרו על סמך ההגנה מפני גזענות בסעיף 20, בצירוף המחויבות של המדינה לאכוף את ההגנה על זכויות אלה. לטענתם אף שהחוק ההולנדי מגן לכאורה מפני הסתה, אכיפתו בפועל, כפי שהודגם בתיק של וילדרס, לקתה בחסר. הוועדה דחתה את העתירה ברוב דעות, וציינה כי סעיף 20 מנוסח בזהירות כך שלא תופר הזכות לחופש ביטוי והפנתה להנחיה 34 (לעיל), שלפיה ביקורת על דת אינה אמורה להיות אסורה כל עוד אין בה הסתה בהתאם לסעיף 20. לפי פסק הדין, אין חובה על המדינה לחוקק חקיקה פלילית דווקא, וניתן להסתפק בסנקציות אחרות. באוקטובר 2012 קבוצת מומחים שמונתה על ידי משרד הנציב העליון של האו"ם לזכויות האדם (United Nations High Commissioner for Human Rights – OHCHR) פרסמה את המלצותיה. הקבוצה התכנסה בעיר רבאט שבמרקו ודנה במאפייני האיסור על "תמיכה בשנאה לאומית, גזעית או דתית שמהווה הסתה לאפליה, עוינות או אלימות". את המלצותיה היא פרסמה כתוכנית הפעולה של רבאט (Rabat Plan of Action).¹⁴⁴ במסגרת המלצות אלו ישנן כמה נקודות הראויות לציון.

141 שם, סעיף 48.

142 שם, סעיפים 51-52.

Rabbae et al. v. Netherlands, Communication No. 2124/2011, 143 Hum. Rts. Comm., U.N. Doc. CCPR/C/117/D/2124/2011, 9.5 (November 18, 2016)

"Rabat Plan of Action on the Prohibition of Advocacy of 144 National, Racial or Religious Hatred that Constitutes Incitement to Discrimination, Hostility or Violence," OHCHR SITE (להלן: תוכנית רבאט).

תוכנית רבאט הדגישה את הצורך בהגדרות ברורות בחוק לאיסורים על ביטויים מסיתים, בשל המתח הגלום בין חופש הביטוי לאיסור הפלילי. בהקשר זה מפנות המסקנות לעקרונות המוצעים בעקרונות קמֶדן לחופש ביטוי ושוויון (Camden Principles on Freedom of Expression and Equality)¹⁴⁵, המבקשים להגדיר באופן ברור כל אחד מהמושגים המשמשים לצורך חקיקת איסורים על עבירות שגאה.¹⁴⁶

כמו כן התוכנית מפנה את המדינות להנחיות ועדת האו"ם לזכויות אדם, ובעיקר להנחיה 34 ולהמלצה כללית 15, וכן לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית, וגם לדוחות של מומחים מטעם הוועדה לזכויות אדם (Special Procedures mandate holders of the Human Rights Council).¹⁴⁷

תוכנית רבאט מתייחסת במסגרת המלצותיה גם לצורך במבחן הסתברותי בעבירות ההסתה. לפי המלצותיה אומנם אין צורך בקשר סיבתי בין ההסתה לבין פעולה מסוימת שתבוצע, אך יש צורך לזהות רמה מסוימת של סיכון לנזק. כלומר, בתי המשפט יצטרכו להכריע שישנה הסתברות סבירה (reasonable probability) שתוכן הדברים יצליח להסית באופן ישיר לפעולה ממשית כנגד בני הקבוצה המוגנת.¹⁴⁸ הגדרות העבירה המומלצות כוללות דרישה של כוונה לקידום שגאה ומתייחסות, מבחינת הקבוצות המוגנות, להסתה על רקע לאום, דת או גזע.¹⁴⁹

145 עקרונות קמֶדן הם עקרונות בנוגע לחופש ביטוי שנוסחו במסגרת דיונים של קבוצת נציגים בכירים מהאו"ם, נציג החברה האזרחית והאקדמיה. הדיונים אורגנו על ידי ארגון Article 19, ארגון בריטי הפועל למען קידום בינלאומי של חופש הביטוי.

146 תוכנית רבאט, לעיל ה"ש 144, בעמ' 4. ניסוח העקרונות מופיע בסעיף 12 לעקרונות קמֶדן, והם זמינים ב- *The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*, ARTICLE 19 SITE, April 2009

147 תוכנית רבאט, לעיל ה"ש 144, בעמ' 5.

148 שם, בעמ' 6.

149 שם, בעמ' 10.

לבסוף, תוכנית רבאט מדגישה כי סנקציות פליליות צריכות להיות המוצא האחרון בכל הנוגע לדברי הסתה, וכי סנקציות אזרחיות או נזיקיות צריכות להישקל כחלופות אפשריות להתמודדות עם דברי הסתה.¹⁵⁰

2.6 סיכום

בפרק זה ראינו דוגמאות אחדות להתמודדויות משפטיות של מדינות דמוקרטיות מערביות ושל המשפט הבינלאומי עם תופעת ההסתה.

בקווים כלליים ניתן לראות התלבטות שמאפיינת את המחקקים – מחד גיסא הרצון לשמר את חופש הביטוי ומאידך גיסא הצורך להילחם בתופעת ההסתה כדי להגן על הערכים המוגנים בעבירות ההסתה. אולם עדיין לא נמצא "שביל זהב" מובחן וברור באשר לאיזון בין הערכים האלה.

לגבי עבירות ההסתה לגזענות, ניתן לומר שישנה עמדה אוניברסלית כמעט (למעט החריג של ארצות הברית) שלפיה תופעה זו, במופעים משמעותיים שלה, ראויה לענישה פלילית. עם זאת, קיים מגוון באפיון האיסור והיקפו. חשובה בעינינו העובדה שהמדינות שנסקרו, בניגוד לדין הישראלי הקיים, נתנו ביטוי ברור לערכים המוגנים – גם של מניעת מעשי אלימות ואפליה וגם של מניעת הפגיעה בכבוד האדם ומניעת שנאה גזענית. לטעמנו הביטוי הסטטוטורי המיטבי של ההגדרה הכפולה הזו מופיע בחוק הקנדי, אשר מגדיר שני סעיפים נפרדים – האחד עוסק במניעת ביטויים גזעניים שעלולים (במובן של מבחן הסתברותי) "להניע לפעולה"; והאחר בביטויים הגורמים שנאה, כאשר אין צורך בהסתברות לפעולה גזענית כתוצאה מכך. יש לציין שהסעיף העוסק בגרימת פעולה המבוססת על שנאה גזעית אינו דורש כוונה. גם בבריטניה בוטל ברבות השנים אלמנט הכוונה לקידום שנאה גזעית, ומתקיים היסוד ההסתברותי.

כמו כן ראינו כי החוקים בקנדה ובבריטניה כוללים בהגדרת ה"ציבורים" שמגינים עליהם מפני הסתה גם "נטייה מינית". תופעת ההסתה בישראל כלפי קהילת

הלהט"ב מצדיקה הוספה של נסיבה זו לחוק הישראלי וכך גם לגבי הדת. בכל החוקים שנסקרו (כולל בהמלצות הצוות הבינלאומי ברבאט) נכללה גם הדת כמושא להסתה גזענית.

בחוק הקנדי וגם בחוק הבריטי ערך חברתי פודה שיש לביטוי עשוי לגרור פטור מאחריות פלילית. לטעמנו יש לשקול ערך זה במסגרת שיקול הדעת של רשויות התביעה בהגשת כתב האישום ולא במסגרת הגנות סטטוטוריות, ונתייחס לכך בפרק ההמלצות להלן.

מצאנו כי למרות התגברות התופעה של הסתה ברשתות החברתיות, ברמת החקיקה שבחנו לא נמצא ביטוי ספציפי להסתה מקוונת, וההתמודדות עימה נעשית באמצעות החקיקה הכללית באשר להסתה.

על החופש לביטוי מסית

עבירות ההסתה עומדות במתח ברור למול הזכות לחופש ביטוי, זכות יסוד המקובלת בכל משטר דמוקרטי. בפרק זה נבקש להציג את ההצדקות לחופש הביטוי במדינה דמוקרטית הקיימות בפסיקה ובספרות. לאחר הצגת כל הצדקה נבחן אם, באיזה אופן ובאיזו מידה האיסורים שבעבירות ההסתה פוגעים באינטרסים שחופש הביטוי מגן עליהם. בחינה זו תיעשה על יסוד ההנחה שהיקף ההגנה על חופש הביטוי ומידתה תלויים בהתקיימות הרציונלים שביסוד זכות זו.

הנחת המוצא לדיון זה היא שבמדינה דמוקרטית אין מקום לפגיעה בחירותו של אדם בהיעדר צורך המצדיק פגיעה זו. כך באופן כללי וכך גם באופן ספציפי באשר לחירות הביטוי. כפי שהראינו לעיל וכפי שנציג ביתר פירוט להלן, הן עבירת ההסתה לאלמוניות והן עבירת ההסתה לגזענות נוצרו בשל הצורך להגן על ערכים מפני פגיעה בהם. לצורך בחינת ההצדקה לפגיעה בחופש הביטוי על ידי עבירות ההסתה נבקש לבדוק את תחולתם של האינטרסים השונים בחופש הביטוי על ביטויים שונים, ובהמשך את עוצמת השיקולים בנוגע לביטויים אלה.¹⁵¹ במילים אחרות – נבקש לבדוק אם, ובאיזו עוצמה, האיסורים על עבירות ההסתה יפגעו בכל אחד מהאינטרסים הגלומים בחופש הביטוי, על מנת לאפשר איזון מושכל בין הפגיעה בחופש הביטוי לבין הפגיעה באותם ערכים מוגנים.

הספרות, כמו גם הפסיקה, העוסקת בהצדקות לחופש הביטוי רחבה ביותר. יתרה מזו, ההצדקות עצמן מורכבות, ובמקרים קונקרטיים אפשר לראות דקויות שונות העולות בקשר לכל אחת מההצדקות. לא נוכל להציג בהרחבה ובפירוט את מלוא היריעה. נציג את מה שנחוץ להגשמת מטרתנו. עם זאת, המטרה בסקירה זו היא לספק תשתית רעיונית לבחינה קונקרטית של האינטרסים העומדים על הפרק בכל מקרה ומקרה. ניתוח כזה אמור ליצור בסיס לאיזון בין הרציונלים מאחורי חופש הביטוי לבין הערכים המוגנים בסוגי העבירות שלפנינו.

151 בכך נבקש ללכת בעקבות המהלך שמציע ראם שגב לניתוח אנליטי ראוי של חופש הביטוי, מהלך השונה מהמהלך המקובל בפסיקה בישראל. ראו ראם שגב **חופש הביטוי: הצדקות וסייגים** 45, 49–79 (2008).

3.1 על הערכים המוגנים בעבירות ההסתה

3.1.1. הערך המוגן בעבירת ההסתה לאלילות

בניגוד לעבירת ההסתה לגזענות, תכליתה של עבירת ההסתה לאלילות (וכך גם עבירת ההסתה לטרור) ברורה למדי, ובהתאם לכך גם הערך המוגן – מניעת אלילות. במילים אחרות, הגנה על חייו של האדם ושלמות גופו, כפי שציינו לעיל, וכפי שנקבע באופן מפורש בפסיקת בית המשפט בפרשת **בן חורין**.¹⁵² ראוי להדגיש כי העובדה שהערך המוגן בעבירת ההסתה לאלילות הוא מניעת אלילות אינה קובעת בהכרח כי עבירת ההסתה לאלילות צריכה להיות עבירה המותנית בהסתברות כלשהי לביצוע מעשה אלים. המחוקק יכול לקבוע חזקה בנוגע לביטויים ותוכנים מסוימים שלפיה הם עלולים להביא לאלילות, ולכן לאסור את אמירתם גם בהיעדר בחינה הסתברותית קונקרטיית, במיוחד כאשר אין לביטוי זה ערך חברתי פודה.¹⁵³

3.1.2. הערך המוגן בעבירת ההסתה לגזענות

כפי שציינו לעיל, מהכרעותיו של בית המשפט העליון עד כה לא ניתן להכריע בנוגע להלכה ביחס לערך המוגן בעבירת ההסתה לגזענות בדין הישראלי דהיום. טענותנו, ראוי לראות בעבירת ההסתה לגזענות כמיועדת להגנה על שני הערכים המוגנים שהועלו כאפשריים על ידי השופטים בפרשת **אלבה**. **האחד**, הגנה מפני ביטויים גזעניים בחברה בשל השפעותיהם האפשריות על התנהגות פוגענית עתידית, דהיינו מניעת התבטאויות גזעניות מתוך הנחה שבהתבטאויות אלה

152 פס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל בפסק דין בפרשת **בן חורין**, לעיל ה"ש 44. וראו לעיל בעמ' 32.

153 קרמניצר ולבנון מורג, לעיל ה"ש 48, בעמ' 334. דוגמה לניסוח והסבר מסוג זה לעבירת ההסתה לאלילות ניתן לראות בדברי קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 44, בעמ' 23-24, 73.

טמון פוטנציאל להתנהגות אלימה או מפלה לרעה. השני, הגנה על כבוד האדם (dignity) של הציבור שכלפיו מופנות ההתבטאויות הגזעניות. דהיינו, מניעת האפשרות להתבטא באופן ששולל את תכונתם האנושית של חברי ציבור מסוים ושמתייחס אליהם כאל בני אדם נחותים או מייחס להם תכונות שליליות רק בשל שייכותם לציבור מסוים. הערך הזה נפגע גם, ואולי בעיקר, כאשר ההסתה יוצרת או מחזקת עמדות גזעניות, וגם כאשר הקבוצה שהיא מושא להסתה לא נפגעה, ואף אם לא הייתה מודעת לה כלל.¹⁵⁴ לדעתנו, זו הדרך הסבירה להבין, במישור המצוי, את הצורך בעבירת הסתה לגזענות, הנוספת על עבירת ההסתה לאלימות; שכן הגדרה צרה יותר של הערך המוגן תביא לחפיפה בין תכליתן של שתי העבירות.¹⁵⁵ יתרה מזו, במישור הרצוי הצורך בהגנה על זכותו של אדם להיות חבר לגיטימי בחברה אנושית, שערך האדם שלו שווה לערך האדם של כל אדם אחר, ללא כל תלות במוצאו האתני והתרבותי, הוא צורך יסוד בקיומה של חברה מודרנית דמוקרטית, ולמעשה בכל חברה, גם שאינה דמוקרטית. מדובר בפגיעה בכבוד האנושי – בערך יסוד של כל חברה אנושית ושל הקהילה הבינלאומית – שניצב עם הזכות לחיים בראש הסולם של זכויות האדם. למרבה הצער, רב הפיתוי להעלות את ערכה של הקבוצה שפלוגי משתייך אליה באמצעי הפשוט של הפחתת ערכה של קבוצה אחרת. משום כך מדובר בתופעה שאיננה שולית או זניחה. גם כאשר המפרסם פרסום גזעני אינו מעוניין להביא לפגיעות נוספות בקבוצות מושא הפרסום ואף אינו מודע לאפשרות של פגיעה כזו, פרסומים גזעניים יוצרים את האקלים ומכשירים את הקרקע לפגיעות בבני אותה קבוצה. גם אם הכלי הפלילי אינו יכול להיות הכלי הבלעדי, וייתכן שאף לא העיקרי, בהגשמת צורך זה, יש להפעילו במקרים הפוגעים פגיעה ברורה ומשמעותית בזכות זו.

לבסוף, כפי שניתן לראות בסקירתנו את המשפט המשווה, גישתנו משקפת את הגישה הקיימת כמעט בכל הדמוקרטיות המערביות. דוגמה לכך, כפי שצינו לעיל, ניתן למצוא בקביעתו של בית המשפט העליון הקנדי בפרשת קינגסטר. בית המשפט פסק שם כי הנזק הנגרם ל"קבוצת המטרה" של ההסתה לגזענות

154 ראו את הדיון בנוגע לערך המוגן בעבירת ההסתה לגזענות לעיל בעמ' 20.

155 הגדרה היוצרת חפיפה מעין זו ניתן לראות בעמדתם של מקצת מהשופטים בפרשת אלבה, ראו לעיל בעמ' 22, וכן אצל בנבנישתי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 34.

הוא פגיעה בשורש כבוד האדם שלהם, וכן פגיעה בחברה בכללותה ובתפיסותיה את אותו מיעוט. נוסף על כך קיימת הסכנה שההסתה לגזענות תוביל לאפליה ואולי אף לאלימות.

כך עולה גם מהנחיות ה-CPS הבריטי:

Although it will often be present, the risk of commission of a criminal act of this nature is not essential to prove the commission of an offence of stirring up hatred on the grounds of race.

When people hate others because of race, such hatred may become manifest in the commission of crimes motivated by hate, or in abuse, discrimination or prejudice. Such reactions will vary from person to person, but all hatred has a detrimental effect on both individual victims and society, and this is a relevant factor to take into account when considering whether a prosecution is appropriate.¹⁵⁶

תפיסה דומה מוצגת על ידי ולדרון במסגרת הוויכוח על אודות עבירות ההסתה בארצות הברית. בספרו ולדרון מבקש להציג את עבירת ההסתה לגזענות כעבירה הבאה להגן כבודו (dignity) של האדם. במילותיו שלו:

A person's basic entitlement to be regarded as a member of society in good standing, as someone whose membership of a minority group does not disqualify him or her from ordinary social interaction. That is what hate speech attacks, and that is what laws suppressing hate speech aim to protect.¹⁵⁷

תמיכה דומה בעמדתנו ניתן לראות גם במאמרו של בנבנישתי, היוצר הבחנה ברורה בין הערך המוגן בעבירת ההסתה לאלימות לבין ההסתה לגזענות:

156 "Racist and Religious Hate Crime", לעיל ה"ש 91.

157 WALDRON, לעיל ה"ש 121, בעמ' 105.

הנזק ליחיד החבר בקבוצה שנגדה כוון הביטוי הגזעני – בדרך כלל קבוצת מיעוט במדינה – נעשה בעצם האמירה, בלי קשר לתוצאותיה. באמירה יש משום פגיעה מידית בכבודו ובמעמדו החברתי של מי שהדיבור הגזעני מכוון נגדו, ובמעמד הקהילה אליה הוא משתייך (מובן שמתלווה לכך גם חשש לאלימות, שהרי ההסתברות לפעולה אלימה עולה משמעותית בעקבות ביטוי גזעני המבוסס על עיוות דמותו של האחר, הפיכתו לתנאי אנושי, והענקת לגיטימציה לפגיעה בו).¹⁵⁸

גם קרצמר, במאמרו העוסק בהצדקות לעבירות ההסתה לגזענות, מציין את **מניעת הגזענות** משום השלכותיה וסכנותיה המוחשיות לחברה, כפי שהוכח בהיסטוריה, את השמירה על שלום הציבור וכן את הפגיעה בכבוד האדם של האוכלוסייה שכנגדה מופצת הגזענות.¹⁵⁹ קרצמר מוסיף גם ערך סמלי, שאינו מתמצה במניעת אלימות או במניעת אפליה וגם לא בשמירה על כבוד האדם של קבוצת המיעוט, אלא בעצם הפעולה כנגד גזענות – הצורך של החברה שלא "לעמוד מנגד" ולהוכיח את מחויבותה לשוויון ולסולידריות.¹⁶⁰

בעינינו חשוב מאוד למנוע את הנזק של התפשטות תפיסות גזעניות בחברה – תפיסות הפוגעות בכבוד האדם ובשוויון ערך האדם, כלומר חותרות תחת עצם אנושיותם של חברים בקבוצה נתונה או תחת מעמדם הבסיסי כשוויים בין שווים, ובמובן זה הן שומטות את הקרקע מתחת רגליהם. משום שפרסומים הנובעים מתפיסות כאלה ומעניקים להן לגיטימציה חותרים תחת ערכיה החשובים והבסיסיים ביותר של החברה, יש צורך לאשר ולתקף את הערכים הללו על ידי גינוי והוקעה פלילית של פרסומים כאלה. זאת ועוד, הפגיעה בתחושת הערך העצמי של בני הקבוצה מושא הפרסום הגזעני, על כל ההשלכות שיש לפגיעה כזו, היא נרחבת ויש לה השפעה מכרעת בקבוצות מסוימות. המרחב הציבורי של הקבוצה שנגדה מסיתים מצטמצם, וכך גם המרחב הפתוח לקשרים בין אישיים חוצי קבוצות. חברה יסבלו מתחושות נרדפות, פחד וחרדה. מאחר שהסתה

158 בנבנישחי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 34.

159 Kretzmer, לעיל ה"ש 6, בעמ' 456.

160 ש.ם.

לגזענות מכוונת בדרך כלל כנגד מיעוטים מוחלשים, הנזק שלה חמור במיוחד, והצורך לנהוג באמפתיה וסולידריות כלפי המיעוט חזק במיוחד.¹⁶¹

3.2 האינטרסים הרלוונטיים שחופש הביטוי מגן עליהם

3.2.1. הגשתו העצמית של האדם

חופש הביטוי של הפרט מאפשר לו להביע את עצמו, להנכיח את אישיותו בעולם, והוא חלק מתהליך גיבוש תפיסת עולמו, כדברי השופט אהרן ברק בפרשת כהנא:

בלא לאפשר חופש להשמיע או לשמוע, לכתוב או לקרוא, להתבטא או – לשתוק, נפגמת אישיותו של האדם, אשר התפתחותו הרוחנית והאינטלקטואלית מבוססת על יכולתו לגבש באופן חופשי את השקפת עולמו. [...] חופש הביטוי הוא מרכיב חיוני להגשמה זו.¹⁶²

יתרה מזו, חופש הביטוי מאפשר לשיח זהות להתקיים בחברה, שיח שנתרמים ממנו לא רק הדובר המביע את עצמו אלא גם החברה בכללותה במסגרת היכולת לבחון, לגבש ולהעשיר את אישיותם של חבריה, אורחות חייהם וזהותם.¹⁶³

161 ולדרון מסביר בספרו כי אחת ההצדקות החזקות להפלת הסתה לגזענות היא תחושת השייכות שמרגישים מיעוטים פגיעים, כאלה שבעבר הקרוב היו נתונים לרדיפות על ידי החברה. העובדה שההסתה כלפיהם אסורה מעניקה להם את התחושה שהם חברים ראויים בחברה. ולדרון מדגיש כי החשיבות של איסורי ההסתה לגזענות רבה במיוחד עבורם, לעומת קבוצת הרוב. WALDRON, לעיל ה"ש 121, בעמ' 5.

162 בג"ץ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(255) 3, פס' 15 לדברי השופט ברק (להלן: פרשת כהנא).

163 ראו ניתוח נרחב בעניין זה אצל שגב, לעיל ה"ש 151, בעמ' 117-121.

באיזו מידה ניתן לצפות להתנגשות בין אינטרס זה לבין האיסורים על ההסתה? שיח הזהות והביטוי העצמי רחב ביותר וכמעט שאי-אפשר לתחום מראש, באופן אובייקטיבי, את הביטויים שיידרשו לחברה במסגרת שיח זה. לנוכח כך נראה כי קיים פוטנציאל רב להתנגשות בין אינטרס זה לבין איסורי ההסתה. עם זאת, יש להדגיש כי לא כל התנגשות תהיה בהכרח באותה העוצמה. ניתן לתהות באיזו מידה התבטאות מסוימת נדרשת על מנת להגשים את מחשבתו של האדם וכוונותיו. אפשר להעלות על הדעת מצבים מסוימים שבהם אומנם הביטוי המיטבי שהיה בוחר ראובן להשתמש בו לצורך הבעת זהותו הגזענית נשלל, אך עדיין ביכולתו להביע את זהותו בביטויים שאינם כלולים באיסור. לדוגמה – ייתכן שלשיטתו של פלוני הדרך המדויקת ביותר להביע את אמונתו העמוקה בעליונותם המוחלטת של בני שבט האינקה תהיה בביטוי המסית להרג של כל שאר השבטים או בהתבטאות שלפיה אין ערך לחייהם של אנשים שאינם חברים בשבט האינקה. עם זאת, גם ביטויים עדינים יותר, שלא ייפלו בקטגוריית האיסור על הסתה לגזענות או לאלימות, יאפשרו לראובן להביע את זהותו – לדוגמה, ביטויים שלפיהם בני שבט האינקה הם בעלי חשיבות עליונה, נבחרי האל, וכד'.¹⁶⁴ יתר על כן, זהה העיקר, אפשר להצדיק בהקשר זה פגיעה בחופש הביטוי המסית לגזענות, שכן הגשמת ביטוי העצמי של אחד אינה מצדיקה שלילת ביטוי העצמי של האחר. מאחר שביטוי המסית לגזענות פוגע בלגיטימיות של אותה קבוצה וביכולת שלה להגשים את עצמה, ההסתה לגזענות במקרים המובהקים, כאלה שמכוסים בהגדרות שאנו מציעים להלן, אינה מבטאת אינטרס לגיטימי ואין מקום להתחשב באינטרס של המסית לביטוי עצמי.¹⁶⁵

164 ראו לעניין זה את ניתוחו של ולדרון במאמרו *Jeremy Waldron, Hate Speech and Political Legitimacy*, in *THE CONTENT AND CONTEXT OF HATE SPEECH – RETHINKING REGULATION AND RESPONSES*, 329, 334–336 (Michael Herz and Peter Molnar eds., 2012)

165 מובן שיש משהו מקומם גם בהתבטאויות העדינות יותר שמבטאות השקפת עולם גזענית, אך מבחינת עקרון החירות והתפקיד של דיני העונשין – מה שאינו נופל בגדר של איסור פלילי, נופל בגדר החירות הכללית.

3.2.2. השאיפה לחשיפת האמת

ההנחה היסודית העומדת בבסיס התפיסה שחופש הביטוי מגלם את האינטרס של גילוי האמת ותורם לו היא ששיח חופשי ופתוח חיוני לגילוי האמת ואף תורם לו. כפי שתיאר זאת השופט שמעון אגרנט בפרשת **קול העם**:

לשם בירור אמת זו משמש העקרון של הזכות לחופש הביטוי אמצעי ומכשיר, הואיל ורק בדרך של ליבון "כל" ההשקפות והחלפה חפשית של "כל" הדעות עשויה אותה "אמת" להתבהר. בפסק־דין המפורסם במשפט *Abrams v. U.S.*; (1919), 40 S. Ct. Rep. 17, 22, (12) אמר השופט הולמס:

כאשר בני אדם יבינו כי הזמן הביא להשמטת הקרקע מתחת לאמונות לוחמות רבות, אזי גם יאמינו כי המטרה הטובה, אליה הם שואפים סופית, תושג בדרך יעילה יותר ע"י הסחר החפשי בדעות – כי המבחן הטוב ביותר לאמת הוא כוחה של המחשבה להתקבל בהתחרות שבשוק, וכי האמת מהווה את היסוד היחיד להגשמת שאיפותיהם בדרך בטוחה.

רעיון דומה הביע השופט האמריקני הנד, כאשר ציין כי חופש הביטוי יסודו בהנחה, "שמסקנות נכונות עשויות לעלות יותר מתוך בליל של לשונות מאשר דרך בחירה אוטוריטטית מאיזה מין שהוא" (מדברי *L. Hand v. U.S.* במשפט *U.S. v. Associated Press* (52 F. Supp. 362, 372) (13):

אפילו תיראה ההשקפה האחרונה קיצונית מדי, לפחות נכון הדבר, כי התהליך של "ליבון חפשי" עשוי לשמש יותר כ"בן בריתה של האמת משל הכזב" (ראה את המאמר, "חופש הביטוי" וכו', *Harv. L. R.* כרך 65, עמ' 1, 2) וגישה זו היא חשובה ורבת ערך לא רק לשם בירורן של השאלות המתעוררות בשטח הפוליטי [...] אלא גם של הבעיות התובעות פתרון בכל

שטח אחר של החיים, בו קיים הצורך בבחירה חפשית בין דעות מנוגדות ושונות.¹⁶⁶

אנחנו נבקש לעדן מעט תפיסה נחרצת זו. התפיסה שלפיה חופש הביטוי מקדם את גילוי האמת באופן בלתי מסויג אינה כה חד־משמעית כפי שהיא מוצגת בדברי השופט אגרט. בבסיס התפיסה של חופש הביטוי ככלי לגילוי האמת עומדות כמה הנחות: הראשונה, ההנחה שיש אמת, כלומר שישנם סטנדרטים כלליים שלפיהם אפשר לבחון טיעונים ולקבוע אם הם נכונים או שגויים. השנייה, ההנחה שחופש הביטוי תורם לגילוי האמת.¹⁶⁷

ההנחה שיש אמת אובייקטיבית כוללת שתי סברות אפשריות: האחת, שישנה אמת אובייקטיבית בנוגע לטענות עובדתיות, והשנייה, שישנה אמת אובייקטיבית לגבי טענות נורמטיביות. בעוד שההנחה בדבר קיומם של סטנדרטים אובייקטיביים לגילוי האמת בכל הקשור לטענות עובדתיות מוסכמת למדי, יש מקום לבחון אם הנחה דומה תהיה מקובלת גם בקשר לטענות נורמטיביות. כל עוד אין אמות מידה אובייקטיביות לבחינת טענות מסוג זה או אחר, אין מקום לדבר על התבטאויות כמקדמות את גילוי האמת.

בעינינו, בהקשר זה ישנה אמת נורמטיבית שביסודה שיקולים חזקים מאוד – שוויון ערך האדם. אף על פי כן, גם אם אין מקבלים זאת, ניתן להעריך באופן שונה את תרומתן של טענות נורמטיביות לגילוי האמת, ודאי אם הן מבוססות על טענות עובדתיות שנראות כפחות נכונות. לשם המחשה – יש מקום להניח שהסובר נורמטיבית שבני האינקה עליונים על כל השבטים האחרים בשל היותם יצירי האש, בניגוד לשאר בני אדם שנוצרו מהאדמה, טועה ככל הנראה בטענתו, משום שהוא מתבסס על טענה עובדתית שאינה נכונה (או שלכל הפחות מאוד לא סביר שהיא נכונה). להבחנה זו נודעת חשיבות לצורך ההבחנה בין אינטרסים המצדיקים הגנה על סוגים שונים של ביטוי. יש מקום לתהות בנוגע למידת

166 בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, בעמ' 877ד (להלן: פרשת קול העם).

167 שגב, לעיל ה"ש 151, בעמ' 90. שגב מציין גם הנחה אחרת, שלפיה "יש חשיבות לידיעת האמת ובייחוד לידיעה הכוללת הבנה של הבסיס לאמת". לשם פישוט הדיון בחרנו שלא להתייחס להנחה זו. להרחבה ודיון בעניין הנחה זו ראו שם, בעמ' 96–99.

ההגנה שיש להעניק לטענה בדבר עליונות בני האניקה על יסוד תרומתה לגילוי האמת, מאחר שהטענה הנורמטיבית מבוססת על עובדה שככל הנראה אינה נכונה.

גם ההנחה שחופש הביטוי תורם לגילוי האמת אינה חפה מביקורת. נדמה כי מאחורי הטענה של סיוע בגילוי האמת עומדת ההנחה שמבחינה אמפירית שוק חופשי של רעיונות יביא אנשים לרעיונות נכונים יותר. ההנחה האמפירית בדבר ניצחונה הוודאי של האמת על פני השקר נראית מפקפקת למדי בלשון המעטה. כפי שציינו לעיל,¹⁶⁸ בית המשפט העליון הקנדי כבר עמד על כך שלפחות בכל הקשור לביטויים המסיתים לגזענות, ישנה סכנה ששוק הרעיונות החופשי יביא לאימוץ טענות עובדתיות גזעניות, שהן באופן מובהק אינן נכונות, ודברים דומים נטענו גם מפי דבורקין.¹⁶⁹ אנחנו סבורים שגם במציאות הישראלית בהחלט ניתן לכל הפחות לחשוש ששימושים מסוימים בחופש הביטוי יביאו להתפשטות של תפיסות מציאות שגויות. בדרך כלל דברי הסתה גזעניים מדברים לרגש, ולא לשכל. יש בהם יסוד של חנופה לקהל היעד בדבר עליונותו על אחרים. הצירוף של הנעה רגשית עם יסוד מחמיא הופך תעמולה גזענית לאפקטיבית.

בעיה אחרת בתפיסת שוק הרעיונות החופשי היא שמצב שניתן בו חופש ביטוי מעניק יתרון מובהק לבעלי האמצעים והיכולות להשתמש בחופש זה, וחסרון מובהק לאנשים שאינם בעלי אמצעים ויכולות אלו. במצב זה עלולות להתקבל ולהשתרש טענות עובדתיות שקריות לחלוטין אם למקדמיהן יש האמצעים והיכולות הנדרשים לצורך כך.¹⁷⁰ לא תמיד מתקיים שוק רעיונות חופשי שבו מתרחשת תחרות חופשית בין רעיונות שונים. ההסתה הגזענית מסוכנת במיוחד כאשר היא מתקיימת במעגלים תקשורתיים סגורים – סימן מובהק של העידן העכשווי, שבו המשתתפים נתונים להשפעה מגמתית וחד-כיוונית וכמעט שאינם נחשפים לדעות שונות או נוגדות.

168 ראו לעיל בעמ' 61.

169 ראו לעיל בעמ' 67.

170 שגב, לעיל ה"ש 151, בעמ' 189-194.

בהתחשב בשתי ההסתייגויות שהוצגו לעיל אפשר לטעון טענה מתונה יותר בדבר תרומתו של חופש הביטוי לגילוי האמת, וכך תיאר אותה ראם שגב:

חופש ביטוי משפר את הסיכוי להכיר את האמת באמצעות מתן האפשרות להכיר ולבחון מגוון של השקפות. לעומת זאת המשמעות של החלופה האחרת עלולה להיות צמצום רציני, עם השלכות שליליות מרחיקות לכת, של האופק האינטלקטואלי של אנשים בשל הוצאת דרכי מחשבה מסוימות מחוץ למסגרת הדיון.¹⁷¹

טענה מתונה זו אף מתחזקת לנוכח העובדה שבפועל חופש הביטוי יוגבל על ידי נושאי משרות ברשויות המדינה, שאף החלטותיהם אינן חפות מהאפשרות לטעות, בין היתר בזיהוי טענה עובדתית נכונה.¹⁷²

האינטרס של גילוי האמת, במיוחד בנוסח המתון שהצענו לאמץ, אינו צפוי להתנגש בהכרח עם כל איסור על ביטויים מסיתים. בהקשר זה ניתן לחשוב לפחות על שני סוגים של ביטויים שיש להם פוטנציאל להיחשב למסיתים. הסוג הראשון הוא ביטוי המתבסס על טענות עובדתיות שאינן נכונות כלל. לדוגמה, ביטוי המסית נגד פלג מסוים באוכלוסייה בשל הטענה "העובדתית" שילדיו נולדים רעים. מאחר שהביטוי מתבסס על טענה "עובדתית", שהיא באופן מובהק למדי שגויה,¹⁷³ אפשר לומר בביטחון לא מבוטל כי הביטוי אינו תורם לגילוי האמת, בייחוד בשל הסכנה שאנשים יאמצו את הטענה השגויה מבלי יכולת לבקרה. הסוג השני של ביטויים שיש להם פוטנציאל להסתה הם ביטויים הקוראים לביצוע מעשה שפוגע בערכים המוגנים של החברה הדמוקרטית. לדוגמה, התבטאות הקוראת לפגיעה בחייהם של ילדים בשל צבע עורם או מעודדת פגיעה כזאת. טענתנו היא שבכל הנוגע לערכי יסוד מסוימים בתפיסה הדמוקרטית, לדוגמה הזכות לחיים ושוויון ערך האדם, יש לראות תפיסות

171 שם, בעמ' 106.

172 שם, בעמ' 107.

173 מובן שהנחתנו היא שהטיעון אינו נושא עימו נימוק רציונלי כלשהו לביסוס טענה זו. גם אם יש נימוק כזה, אפילו לטענה שעל פניה נראית אבסורדית למדי, נראה שהביטוי שייך לסוג הביטויים השלישי - הביטויים המעורבים.

נורמטיביות אלה כטענות נורמטיביות אמיתיות, דהיינו נכונות, כך שאין לייחס ערך של אמת לטענות הסותרות אותן.

בהקשר זה של קידום ערך האמת, יש לזכור כי נצבר די ניסיון בהיסטוריה האנושית לתוצאות האפשריות ההרסניות של הסתה לגזענות במופעה השונים. כמו כן, ניתוח רציונלי של ביטויים גזעניים כטיעונים החותרים לאמת כלשהי עלול להחטיא את הכוח החזק ביותר שלהם, שהוא ברמה הרגשית, הבלתי רציונלית. מכאן ניתן לבסס טענה שלפיה אף שיכול להיות, כאפשרות קלושה, קידום של "אמת" כלשהי בטענות גזעניות, החלק הדומיננטי ביותר בטענות אלה סותר אמת נורמטיבית בדבר שוויון ערך האדם, והנזק החמור שביטויים כאלה עלולים לעולל מצדיק את האיסור שלהם במקרים המובהקים.

3.2.3. חופש הביטוי כחינוכי למשטר הדמוקרטי

הנימוק בעניין חיוניותו של חופש הביטוי במשטר הדמוקרטי הוא שילוב של שני האינטרסים לעיל – חשיפת האמת והגשמתו העצמית של האדם, גם אם בדרך כלל הם מוצגים בנפרד. באופן כללי נימוק זה כולל שני פנים משלימים: ראשית, חופש הביטוי נדרש למשטר ראוי; שנית, חופש הביטוי הוא אמצעי חשוב לצמצום הסכנה להיווצרותו של משטר שאינו ראוי.¹⁷⁴ עיקרון זה תואר בהרחבה בדברי השופט אגרונט בפרשת קול העם:

העקרון של חופש הביטוי הוא עקרון הקשור קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי. [...] במדינה של משטר דמוקרטי – הוא משטר "רצון העם" – רואים את "המושלים" כמורשים וכנציגים של העם שבחרם, אשר על כן רשאי הוא [=העם] בכל עת להעביר את מעשיהם המדיניים תחת שבטו, אם כדי לגרום לתיקונם של מעשים אלה ולעשיית סידורים חדשים במדינה, ואם כדי להביא לפיטורם המידי של "המושלים" או להחלפתם באחרים בבוא מועד הבחירות.

[...]

174 שגב, לעיל ה"ש 151, בעמ' 124.

הדמוקרטיה מהווה בראש וראשונה משטר של הסכמה – היפוכו של משטר המתקיים בכוח האגרוף; והתהליך הדמוקרטי הוא, איפוא, תהליך של בחירת המטרות המשותפות של העם ודרכי הגשמתן, בדרך הברור והשקלא והטריא המלולית, הווה אומר, על-ידי ליבון גלוי של הבעיות העומדות על סדר יומה של המדינה והחלפת דעות עליהן בצורה חפשית (ראה את הספר, Reflections on Government מאת E. Baker, 'ע' 36). בבירור זה, המתקיים באמצעות מוסדותיה הפוליטיים של המדינה – כגון המפלגות, הבחירות הכלליות והדיונים בבית המחוקקים – ממלאה "דעת הקהל" תפקיד חיוני והיא ממלאה תפקיד זה לא רק בשעה שהאזרח הולך לקלפי כי אם בכל הזמנים ובכל העתים. למדינאי הנבון ברור הדבר, מסביר המלומד Lindsay (עיי' בספרו The Modern Democratic State, כרך 1, 'ע' 270), כי עליו להתחשב בדעת הקהל מדי יום ביומו, הואיל והאזרח הפשוט הוא המרגיש כאשר החוקים אינם מותאמים לצרכיו [...] אכן, מתקיים לא רק תהליך מתמיד של הבהרת דעת הקהל אלא גם של עיצובה. לאותה שיטה של בירור בפרהסיה ושקליא וטריא ברבים יש ערך חינוכי רב בשביל האזרח הפשוט. למשל, בעקבו, אם בהרחבה ואם בצמצום, בעתונות, אחרי הדיבורים והוויכוחים המתנהלים בבית המחוקקים, הוא לומד מה שנחוץ לו ונעזר על-ידיכך בקביעת עמדתו (רות, שם, 'ע' 39).¹⁷⁵

כפי שניתן לראות גם בדבריו של אגרנט לעיל, הנימוק בעניין חיוניותו של חופש הביטוי במשטר דמוקרטי מורכב למדי, וקשור קשר הדוק לרבים מהמאפיינים היסודיים של משטר דמוקרטי ראוי. במסגרת אינטרס זה אפשר לדבר על היכולת לפיתוח שיח ציבורי על אודות הנכון והראוי; על חופש הביטוי כמאפשר השתתפות חפשית בבחירות וכמקדם את עקרון הכרעת הרוב; על חופש הביטוי כאמצעי לפיקוח על תפקודם של נושאי משרות ציבוריות;

על חופש הביטוי כהכרחי לצורך לגיטימציה של תהליך קבלת ההחלטות הדמוקרטי.¹⁷⁶

אינטרס זה, בדומה לאינטרס של הגשמתו העצמית של האזרח, נרחב ביותר, וכמעט כל ביטוי אפשר לראות כמגשים, לפחות במידת מה, אינטרס זה. מבחינה זו ניתן לראות כמעט כל איסור על ביטויים מסיתים כפוגע באינטרס זה. מנגד, יש לזכור כי לא מעט מהביטויים המסיתים פוגעים כשלעצמם ביכולתם של מיעוטים מסוימים בחברה להשתתף באופן חופשי בהליך הדמוקרטי. לדוגמה, ביטוי שלפיו יש לחשוש מהשתתפותם של בני מיעוט אתני מסוים בבחירות הוא אומנם חלק מהאינטרס של המתבטא לקחת חלק בהליך הדמוקרטי ולקדם את מטרותיו ואפשרות היבחרותו, אך בה בעת ביטוי זה פוגע ביכולת או בלגיטימציה של בני המיעוט הללו להיות שחקנים לגיטימיים בהליך הדמוקרטי ובחברה הדמוקרטית בכלל. לפיכך ביטוי זה אינו מבטא אינטרס לגיטימי של המתבטא.

יתר על כן, ביטוי גזעני במופעיו המובהקים הוא ביטוי החותר גם תחת הדמוקרטיה המהותית עצמה בהיותו נוגד את העיקרון הבסיסי של שוויון ערך האדם. לא בכדי קיים מושג הדמוקרטיה "המתגוננת", שמונע למשל ממפלגה המסיתה לגזענות לרוץ לכנסת – על אף הפגיעה הקשה בזכות לבחור ולהיבחר, שכן אם תצליח מפלגה שהערך הדומיננטי בהשקפתה הוא המסר הגזעני לקדם את ערכיה לא תהיה דמוקרטיה. באופן דומה, על אף הערך החשוב של חופש הביטוי במשטר דמוקרטי, מוצדק לאסור ביטויים גזעניים מסוימים.

3.2.4. חופש הביטוי כחופש להבעת רגשות וכתחליף לאלימות ושיקולים תוצאתיים נוספים מסדר שני

אפשר להעלות על הדעת כמה שיקולים תוצאתיים התומכים בצורך הציבורי להכיר בחופש ביטוי – לא בשל חשיבותו גופו אלא בשל התוצאות השליליות הנגרמות מפגיעה בו. כך, לדוגמה, אפשר לטעון כי מנקודת המבט של המדינה עדיף שהלכי הרוח בציבור יהיו גלויים ונוכל להתמודד איתם משהללו יהיו סמויים מן העין. ואפשר לטעון כי בעצם המאבק שהמדינה מנהלת נגד עבירות

176 לדין מפורט בהיבטים שונים אלו ראו שגב, לעיל ה"ש 151, בעמ' 124-148.

ביטוי יש משום פרסומם של הביטויים המסיתים והעצמתם, כמו גם חיזוק של הטענות המסיתות על ידי הפיכת הטוען ל"קדוש מעונה".

בפסיקת בית המשפט העליון עלתה הטענה התוצאתית בנוגע לחופש הביטוי כמונע אלימות. לפי טיעון זה ישנו טעם ציבורי במתן חופש ביטוי נרחב, מאחר שחופש הביטוי משמש דרך לפורקן של רגשות שליליים, כמו תסכול, ולכן הוא גם דרך למניעת פעולות אלימות או מעשים שליליים אחרים העלולים להיות תוצאה של רגשות כאלה.¹⁷⁷ ביטוי לאינטרס זה ניתן למצוא בדבריו של השופט ברק בפרשת כהנא:

היבט אחר של הטיעון הדמוקרטי עניינו התרומה החשובה של חופש הביטוי ליציבות החברתית, ומכאן גם למשטר הדמוקרטי [...] בזכותו של חופש הביטוי מוצא הלחץ החברתי את ביטויו במשא, ולא במעש. הקיטור החברתי מוצא ביטויו במסלול השקט של הביטוי, ולא במסלול האלים של המעשים. החברה, שלעתים שוקטת היא על השמרים ואינה צופה את פני הרעה המתפרצת מהמסתור, מכינה עצמה לקראת הבאות, בהיותה מודעת לסכנות שחופש הביטוי חושפן בגלוי.¹⁷⁸

שיקולים תוצאתיים בנוגע לחופש הביטוי יכולים לחול על טווח רחב ביותר של ביטויים ואפשר להעלותם כמעט לגבי כל ביטוי שהוא. עם זאת, חשוב לזכור שחופש ביטוי עשוי לתרום גם לתופעות הפוכות, לדוגמה להביא להתפתחות ולהקצנה של רגשות שליליים עד כדי התפרצות של אלימות. ייתכן שמאבק בהסתה יביא לצמצומה או להפחתת השפעתה, בוודאי כאשר מדובר בקריאות לפעולה באלימות. כמו כן ישנם מסיתים קרי רוח שאינם פועלים מתוך התפרצות של רגשות. להפך, הם מומחים במניפולציה ברגשותיהם של אחרים. אין להניח מראש מיהו המסית הטיפוסי. בסופו של דבר מדובר בשאלה אמפירית באשר להשפעתם של ביטויים אלו ואחרים על החברה, והתשובה לשאלה זו עשויה

177 שם, בעמ' 149.

178 פרשת כהנא, לעיל ה"ש 162, בעמ' 276.

להשתנות במקומות ובמצבים שונים.¹⁷⁹ לאור זאת אין לעצב מדיניות מתוך התייחסות כללית בלבד לשיקולים אלה. ודאי שככל שהדבר אפשרי, יש מקום למחקרים אמפיריים תומכי מדיניות שיסייעו לקבל החלטות קונקרטיות באשר למקרים מסוימים, וגם החלטות עקרוניות יותר בקשר לתופעות כלליות. גם בהיעדר מחקרים אמפיריים ברורים יש מקום לשקול, בעת ההחלטה על העמדה לדין, את השערותיו של הגורם המקצועי וציפיותיו בנוגע להשפעות החברתיות של הכרעתו. עם זאת, שיקול זה ייוותר שיקול קונקרטי ונקודתי, ואינו ניתן להכללה גורפת לכיוון זה או אחר.

כאמירה כללית, להשקפתנו, כל עוד לא הצטברו נתונים ברורים, אם מישראל ואם מניסיון מצטבר של מדינות העולם, שלפיהם המלחמה בהסתה לגזענות גורמת נזק מובהק באופן ענייני, ולמעשה מלבה גזענות, טענה זו אינה יכולה להצדיק את התרת ההסתה לגזענות. העובדה שברוב מדינות העולם (למעט ארצות הברית כאמור) ישנם איסורים, בהיקפים כאלה ואחרים, על ביטוי גזעני היא אינדיקציה לכך שחברות שונות לא מצאו את האיסורים האלה ואכיפתם כמזיקים באופן אמפירי.

3.3

על פרשת "תורת המלך" כמקרה מבחן לדין הקיים ולמדיניות התביעה

לאור הדיון התאורטי שהצגנו בערכים המוגנים על ידי עבירות ההסתה והאינטרסים המוגנים בבסיסו של חופש הביטוי במדינה דמוקרטית נבקש לבחון את האיסור הקיים והביקורת עליו על רקע פרשת "תורת המלך". כפי שציינו לעיל, הדיון בנוגע להתגבשותן של עבירות הסתה בפרסום "תורת המלך" נדון בהרחבה על ידי בית המשפט העליון בפרשה זו.¹⁸⁰ במסגרת הדיון כאן נבקש

179 שגב, לעיל ה"ש 151, בעמ' 149-150.

180 ראו לעיל בעמ' 23 ו-27.

להתייחס להתבטאויות הכלולות בספר "תורת המלך" ולבחון בהקשר זה את הצדקות האיטוריים ואת הפגמים שבהצדקות אלה. כמו כן נבדוק את מובהקות הפגיעה בערכים המוגנים שבאיטור ואת עוצמתה, ונבקר את החלטתה של פרקליטות המדינה שלא להגיש כתב אישום בתיק זה ואת המסר שהיא נושאת. כפי שנעשה בפסק הדין גם אנחנו נתמקד בפרק המסקנות שבספר.¹⁸¹

3.3.1. מובהקות הפגיעה בערכים המוגנים בעבירות ההסתה ועוצמתה

מבחינת החשש לפגיעה בערכים מוגנים, אפשר לראות את הספר כיוצר סיכון לפגיעה מובהקת וקשה בערכים המוגנים – הן בעבירת ההסתה לאליומות והן בעבירת ההסתה לגזענות. באשר לפוטנציאל הסכנה לאליומות, ניתן לראות בתוכן הספר, שנכתב בידי רבנים בעלי השפעה בקרב צאן מרעיתם, כבעל פוטנציאל רב לעידוד של מעשי אלימות. לטענתנו, כך לדוגמה יש לראות את סעיף ו בפרק המסקנות, הקובע:

גם תינוקות שאינם עוברים על שבע מצוות – יש שיקול להרגם בגלל הסכנה העתידית שתיגרם אם הם מוחזקים לגדול להיות רשעים כמו הוריהם (כמו שמצאנו בדברי הנביא על בני בבל), אפילו כשאינם מהיום מחסה לרשעים או שהספק היכן הם נמצאים עלול למנוע מאיתנו לפגוע ברשעים.

גם מבלי להכריע אם המצב ההלכתי בהווה הוא מצב מלחמה או לא, דיון שהתקיים באופן נרחב ביותר בפסק הדין,¹⁸² אפשר לראות בתיאור זה הצדקה עקרונית לפגיעה בחייהם של חפים מפשע על לא עוול בכפם. בהחלט אפשר לשער כיצד התבטאות כזו, המגיעה מפי כותבי הספר, יכולה להביא את תלמידיהם לביצוע מעשים אלימים מתוך אימוץ התפיסה שבאופן עקרוני פגיעה בגויים חפים מפשע היא פגיעה לגיטימית, וודאי שאינה דומה לפגיעה בחיי יהודים. דוק, אין בספר שום "הבהרה" שמדובר בפלפול הלכתי תאורטי גרידא שאינו חל על המציאות הנוכחית. הבהרה שכזו, לו הייתה נעשית בהבלטה

181 ראו לעיל בעמ' 23.

182 ראו פסקה סז לפסק דינו של השופט רובינשטיין בפרשת "תורת המלך", לעיל ה"ש 2.

המתבקשת ונראית על פניה כנה ומשכנעת, הייתה עשויה לצמצם את החשש מהנעה לפעולה של הקוראים.

הפגיעה בערכים המוגנים על ידי עבירת ההסתה לגזענות מובהקת אף היא מלבד האפשרות לביצוע פשעי שנאה, כפי שהצגנו לעיל באשר לערך המוגן בעבירת ההסתה לאלימות, אפשר לראות, באופן מובהק עוד יותר, את הספר כמבקש לפגוע בכבוד האנושי או בערך האדם באשר הוא אדם של בני אוכלוסיות שאינן יהודיות בחברה בישראל. בפרק הסיכום ובמקומות אחרים בספר מופיעה הטענה שישנה הבחנה קטגורית בין יהודים לשאינם יהודים בערך חייהם ובדין החל עליהם. אין לראות בתפיסה זו אלא טענה הבאה להוקיע את הגויים מהחברה ולמנוע מהם להיות חברים לגיטימיים במסגרתה. זהו מאפיין מובהק של פגיעה בערך המוגן: שלילה של תכונתם האנושית של חברי ציבור מסוים, יחס אליהם כאל בני אדם נחותים או ייחוס תכונות שליליות לבני אדם רק בשל שייכותם לציבור מסוים.

3.3.2. עבירת ההסתה לאלימות

כאמור, הפגיעה בערך המוגן בעבירת ההסתה לאלימות מובהקת לחלוטין בעינינו, ולכן לטעמנו החלטת היועץ המשפטי לממשלה בקשר לעבירת ההסתה לאלימות אינה משכנעת כלל. בהקשר זה נכתב בחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה על סגירת התיק:

22. הספר כתוב בצורה כללית [כך במקור], מופשטת ולא קונקרטי, ואין בו קריאה לביצוע מעשה אלימות. עיקר הסיטואציות הקונקרטיות המופיעות בספר, מופיעות בהקשרים הנוגעים למלחמה, וכלל אין בו קישור לציבור ספציפי או קריאה לפגוע בציבור ספציפי. קיים קושי לקבוע כי בעצם הצגת עמדת ההלכה (לדעת המחברים), ביחס לסיטואציות המופיעות בספר, יש משום קריאה לביצוע מעשה אלימות או טרור.

23. קיים גם קושי לשלול את הטענה, כי מדובר בספר העוסק בבירור הלכתי ולא בספר הפוסק הלכה (גם אם הספר מציין את עמדת ההלכה לשיטת כותביו). יתרה מכך, מעבר לקושי

בקביעה כי הספר נועד ליישום "הלכה למעשה", קיים קושי גם לקבוע כי הספר מתיר פעולה ע"י היחיד. עצם הצגת עמדת ההלכה, ללא קריאה – גם אם משתמעת – לפעולה של היחיד, מקשה על קביעה כי הספר מסית לאלימות.¹⁸³

לדעתנו קשה לראות כיצד ניתן לטעון כי הדברים הכתובים בספר, לנוכח מעמדם של כותביהם, אכן אינם עולים כדי "אפשרות ממשית" לעשיית מעשה אלימות. הדיון המוזכר בחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה אינו נדרש לצורך הוכחת יסודות העבירה, שהרי החוק אינו דורש "קריאה לביצוע מעשה אלימות" או "קריאה לפגוע בציבור ספציפי", כפי שנכתב בחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה (אף שמדובר בהיתממות וברור לחלוטין באיזה ציבור מדובר). כך גם ההבחנה בין "ספר העוסק בבירור הלכתי" לבין "ספר הפוסק הלכה" אינה נדרשת כלל. המבחן הוא מבחן "האפשרות הממשית", וכפי שצינו לעיל, קשה ביותר להבין מדוע דברי הבלע שנכתבו ב"תורת המלך" בידי רבנים המציגים את ההלכה, והובאו בהרחבה לעיל, אינם עומדים במבחן זה, בעוד קריאות דומות ואולי אף מתונות מאלה עומדות במבחן זה (שם לא נדרשה "קריאה ישירה").¹⁸⁴

3.3.3. שאלת היסוד הנפשי בהסתה לגזענות

עיקר הדיון בפסק הדין נסב על האפשרות להוכיח את מטרתם הסובייקטיבית של מחברי הספר להסית לגזענות. תיק החקירה בפרשה נסגר בעילה של היעדר ראיות מספיקות. אין חולק על הצורך בהתקיימות ראיות לכאורה להוכחת היסוד הנפשי הנדרש באיסור. ועדיין נשאלת השאלה מדוע להסיק לטובת המחברים את היעדרה של הכוונה להסית לגזענות, אף שהדברים הגזעניים בהחלט עלולים להקים חזקת כוונה שכזאת (שראינו כי מתקיימת בתיקים אחרים). מעבר לכך, גם אם נקבל גישה שרואה ספק מסוים באשר לכוונה הסובייקטיבית להסית, היועץ המשפטי לממשלה היה יכול לדרוש את החלת הלכת הצפיות במקרה

183 סעיפים 22–23 לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בפרשת "תורת המלך", לעיל ה"ש 2.

184 ראו דיון בנוגע למדיניות היועץ המשפטי לממשלה ביישום עבירת ההסתה לאלימות, לעיל בעמ' 46–48.

זה, כפי שהציע השופט ג'ובראן בדעת המיעוט בפרשה,¹⁸⁵ וכך היה יכול להיווצר תקדים לקביעה נורמטיבית על החלטה באופן קבוע על העבירה.

3.3.4. באשר לשיקול הדעת של התביעה

משראינו כי הספר טומן בחובו פוטנציאל לפגיעה ניכרת בערכים המוגנים על ידי עבירות ההסתה, ושהיה אפשר להגיש כתב אישום מבחינת התקיימות יסודות העבירה, נבקש לבחון אם קיים בפרסום שיקול מיוחד יוצא דופן, או ערך חברתי פודה המצדיק אי־העמדה לדין. לטעמנו במצב זה, של פגיעה מובהקת כל כך בערכים המוגנים בעבירות, לא התקיים שיקול מיוחד כזה. את האיזון הבסיסי בין שיקולי חופש הביטוי ובין הערכים המוגנים קבע המחוקק בהגדרת העבירה. מכאן שאין מקום להיזקק לכל השיקולים האלה בכל תיק ספציפי, ועיקר תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה הוא לבחון מחד גיסא את מידת הפגיעה בערכים המוגנים ועוצמתה, ומאידך גיסא אם קיים שיקול יוצא דופן שיש בו כדי להטות את כפות המאזניים לכף זכות – מה שלא היה במקרה שלפנינו.¹⁸⁶

3.3.5. תורת המלך" כמקרה מבחן לאיזון האינטרסים בקביעת איסורי ההסתה

בקטע זה נבקש להדגים את הצדקתם של איסורי ההסתה מתוך הצגת הרציונלים של חופש הביטוי, והפרסום של ספר "תורת המלך" ישמש מקרה מבחן. אומנם אפשר לומר כי כתיבת הספר בכללותו הייתה פעולת ביטוי הבאה להגשים את זהותם הדתית של המחברים על ידי הגשמת הצורך שלהם בלימוד תורה ובפרסום דבריהם.¹⁸⁷ כפי שציינו לעיל, אינטרס זה רחב ביותר ויהיה כלול כמעט בכל התבטאות שהיא. עם זאת, יש להדגיש שלא כל ביטוי וביטוי בספר הכרחי בכדי להגשים את הצורך בביטוי עצמי. כך, לדוגמה, גם אם היה נאסר על המחברים לציין כי ההלכה מתירה רצח תינוקות חפים מפשע במלחמה או

185 פרשת "תורת המלך", לעיל ה"ש 2, דעת המיעוט של ג'ובראן.

186 באשר להחלת "חריג הדת" ראו לעיל בעמ' 42-45.

187 ראו דברי המבוא לספר – שפירא ואליצור, לעיל ה"ש 2.

כי ישנן דעות בהלכה המתירות פגיעה ללא הבחנה בבני "מלכות" אויבת, נראה כי הספר עדיין היה נותן ביטוי למחשבות ההלכתיות והזהותיות הגלומות בו, אף אם באופן ממצה מעט פחות. כלומר, הכותבים היו יכולים להביא לידי ביטוי הרבה יותר מ"חצי תאוותם" אילו נמנעו מהחלקים הגזעניים הבוטים. אולם העובדה שרוב הספר אינו גזעני אינה באמת מקילה, שכן טענה כזאת תצדיק תמיד את העמדה שיש לשלול את אשמתם של מי שעוטפים מסרים גזעניים בוטים בדברים אחרים.

גם בנוגע לאינטרס בדבר גילוי האמת אפשר לראות כיצד אינו מתקיים, ברובו, במקרה של "תורת המלך". בהתאם לשיקולים שהצגנו לעיל, אפשר לראות כי לפחות חלקיו הבעייתיים של "תורת המלך" אינם מוגנים באופן ממשי על ידי אינטרס זה. נזכיר שוב את טענת המחברים באשר לפגיעה בתינוקות גויים בזמן מלחמה, שבה הם קבעו:

יש שיקול להרגם בגלל הסכנה העתידית שתיגרם אם הם מוחזקים לגדול להיות רשעים כמו הוריהם (כמו שמצאנו בדברי הנביא על בני בבל), אפילו כשאנים מהוים מחסה לרשעים או שהספק היכן הם נמצאים עלול למנוע מאיתנו לפגוע ברשעים.

ראשית, אין מדובר בטענה עובדתית אלא בטענה נורמטיבית, כך ניתן ללמוד מניסוח הדברים: "יש שיקול להרגם". כך גם עולה מהסברם של המחברים על ביטוי דומה בספר, המובא בחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה: "יש להוסיף שיקול זה כאשר הוא מצטרף לשיקולים אחרים, ורק כאשר, ממילא נאלצים לפגוע בילדים"¹⁸⁸. מהסברים אלה עולה כי לפחות בכל הנוגע לטענה בדבר פגיעה בתינוקות גויים, יש כאן טענה נורמטיבית העומדת בסתירה מוחלטת לערכי יסוד במשטר דמוקרטי, שלפיהם אין לפגוע באדם רק בשל מוצאו, דתו וכד'. מבחינה זו ניתן להגיד כי לפחות טיעונים מסוג זה המצויים בספר אינם תורמים כלל לגילוי האמת, כפי שהצענו לעיל. בהקשר לרציונל של שוק הרעיונות החופשי, ראוי לציין כי ישנה סכנה מוחשית מאימוץ תוכן הדברים

188 סעיף 8 לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בפרשת "תורת המלך", לעיל ה"ש 2.

שבספר. כאמור לעיל,¹⁸⁹ בתי משפט ומלומדים עמדו על הקושי הרב הגלום בטענת שוק הרעיונות החופשי ככלי לגילוי האמת. ספר "תורת המלך" נראה כמקרה נוסף שבו טיעונים דוגמטיים ומסוכנים עלולים להתקבל בציבור נרחב לא רק כשאלה "מה אומרת ההלכה" מתוך עניין היסטורי, אלא "מה נכון" ואף "מה מתחייב"; ובכך יש בו כדי לקדם תפיסה גזענית כ"אמת".

אשר לאינטרס בחופש הביטוי כחיוני למשטר דמוקרטי ניתן לומר דברים דומים. כמו גם בעניין המימוש העצמי – גם כאן ברור שכל איסור המגביל ביטוי הוא פגיעה באינטרס זה, ובכלל זה איסור על פרסום "תורת המלך" או חלקים ממנו. עם זאת, נראה כי איסור על פרסום חלקים מסוימים מהספר הוא פגיעה מועטה ביותר בהקשר זה של החיוניות למשטר הדמוקרטי. יתרה מזו, לגבי אותם חלקים שיש בהם הסתה אי-אפשר לטעון כי הם חיוניים למשטר הדמוקרטי – בדיוק להפך. כפי שציינו לעיל, טענות בדבר הבחנה בין דם לדם על רקע דתי, לאומי וכד' הן פגיעה בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי.

לבסוף, יש מקום להתייחס בקצרה לשאלת התממשותם של אינטרסים תועלתניים בנוגע לחופש הביטוי. כפי שציינו לעיל, השאלות העיקריות לגבי אינטרסים אלה הן שאלות אמפיריות בקשר לתוצאותיה של הכרעה זו או הכרעות בעניין קונקרטי זה או אחר. ניתן להעלות על הדעת אינטרסים תוצאתיים רבים הרלוונטיים להכרעה בדבר "תורת המלך" – לדוגמה, ייתכן שישנה סכנה להתפרצות אלימה דווקא בעקבות ההעמדה לדין, וייתכן שישנן השלכות רוחב בקשר ליחסי דת ומדינה. הואיל ושאלות אלה נוגעות בעניינים שבהערכה עובדתית ואין לגביהן מידע אמין להסתמך עליו, איננו נוקטים בהן עמדה כלשהי. עם זאת, נדגיש כי בחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה ובדיון בבית המשפט לא עלו כל טיעונים מסוג זה לצורך הצדקת אי-העמדה לדין. אם אינטרסים מסוג זה עמדו מאחורי ההחלטה, היה מקום, לדעתנו, לצייןם במפורש ולאפשר ביקורת גם בנוגע להכרעות עובדתיות אלה. יש לציין גם כי הסתמכות על שיקולים אלה, כעניין תאורטי ולא מבוסס, עלולה להביא למצב שהסתה שיש בה פוטנציאל פוגעני והשפעה של ממש תהיה חסינה מהעמדה לדין.

לסיכום, לטעמנו "תורת המלך" הוא פרסום שמדגים באופן מובהק את ההצדקה לקיומם של האיסורים על הסתה, גם כשמביאים בחשבון את האינטרסים שביסוד חופש הביטוי – וזאת משום שהאינטרסים האלה מתקיימים בעצימות נמוכה, אם בכלל, במקרים מובהקים של הסתה לאלימות ולגזענות. העובדה שמקרה כזה הסתיים ללא העמדה לדין מדגימה את הבעייתיות בדין הקיים – בין השאר בדרישה לכוונה סובייקטיבית בעבירת ההסתה לגזענות, וגם בכך שאין מדיניות ברורה ומפורסמת של התביעה הכללית. על הצורך בתיקוני חקיקה ובשינוי מדיניות של התביעה נרחיב בפרק הבא.

המלצות

פרק 4

4.1

על הצורך בשינוי ודיון כללי בהמלצות

כפי שסקרנו בהרחבה בפרקים הקודמים אפשר לזהות כמה מאפיינים בעייתיים של הדין הקיים, והם מעלים צורך בתיקון.

ראשית, ראינו כי ניתן לזהות פגיעה בעקרון החוקיות כאשר בוחנים את יישום עבירות ההסתה בערכאות הדיוניות. הדרישות והיישום של מבחן "האפשרות הממשית" כמבחן בלעדי למעשה אלימות בעבירת ההסתה לאלימות יוצרים קושי רב לצפות את גבולות הגזרה של העבירה ומשאירים טווח איודאות רחב מדי. כך גם הדרישה למטרה להסית לגזענות בעבירת ההסתה לגזענות, כאשר ישנה עמימות משפטית בעניין התחולה של הלכת הצפיות על העבירה והיעדר אפיון של היסוד העובדתי. כפי שראינו לעיל,¹⁹⁰ ניתן לראות בפסיקה דוגמאות אחדות שבהן הניתוח המשפטי אינו מספק את הצורך בבחינה אמיתית של היסוד הנפשי בעבירת הגזענות או של "האפשרות הממשית" בעבירת ההסתה לאלימות. לפגיעה בעקרון החוקיות ישנו משנה תוקף כשאנו עוסקים בעבירות הפוגעות בחופש הביטוי. מחד גיסא, עמימות משפטית בקשר לעבירות אלה עלולה ליצור שיקול דעת רחב מדי, ועל כן העמדה לדין ופתיחה בחקירה במקרים רבים מדי. מאידך גיסא, עמימות זו עלולה לגרום לאפקט מצנן ולהימנעות בלתי רצויה משימוש בחופש הביטוי בשל החשש מביצוע עבירה פלילית, גם במקומות שבהם ההתבטאויות לגיטימיות ואולי אף רצויות.

שנית, הבחנו כי בכל הנוגע לעבירת ההסתה לגזענות העמימות אף נרחבת יותר, מאחר שפסק הדין בפרשת אלבה, שהוא ההלכה המנחה בעניין עבירה זו, אינו מגדיר במפורש את הערך המוגן שהחוק אמור להגן עליו. כפי שהצענו לעיל,¹⁹¹ יש מקום להגדיר באופן ברור וחד יותר את הערכים המוגנים על ידי העבירה, ובכך לצמצם, לפחות במידת מה, את הפגיעה בעקרון החוקיות. נבקש להדגיש כי עמימות משפטית עלולה לשמש כר פורה לא־שוויון באכיפה, ולו רק בשל הטיות בלתי מודעות מצד המערכת לאכיפת החוק.

שלישית, נוכחנו לדעת כי "חריג הדת" לעבירת ההסתה לגזענות, המופיע בסעיף 144ג(ב) לחוק העונשין, לא פורש באופן ברור בפסיקה. מצב עמום זה הוא נדבך נוסף לעמימות הכללית ומותיר אפשרויות מגוונות לשימוש בסעיף חריג הדת. למשל, התביעה הכללית פירשה את הסעיף באופן מרחיב לצורך הגנה ייחודית על התבטאויות דתיות, הגנה שהיקפה אינו מוצדק.

רביעית, וכגורם נוסף התורם לחוסר הוודאות המשפטית, התייחסנו לכך שאין כל הנחיה פומבית ומפורסמת של היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע ליישום איסורי ההסתה. גם אם נניח שפעילותם של היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו בקשר להפעלת שיקול הדעת לגבי עבירות ההסתה קבועה ומוגדרת ואינה לוקה בשרירותיות כלל, בהיעדר פרסום של הנחיה מפורטת ופומבית נותר קושי רב ביכולת לכוון התנהגות עבור הציבור הרחב. לשם השוואה נפנה לפרסומי ה-CPS בבריטניה, שם מתפרסמים, עבור התביעה ועבור הציבור, שיקולי התביעה, דוגמאות והפניות לחוק ולנורמות החולשות עליו במשפט האירופי.¹⁹² נדגיש כי במציאות של המרחב הווירטואלי ישנם גורמים רבים שאינם מפרסמים מקצועיים בשום דרך או צורה, אלא אנשים הכותבים "פוסטים" ברשתות חברתיות אשר עלולים למצוא את עצמם לעיתים מפרסמים בהיעדר מודעות לכך שהם מסיתים. במציאות זו נראה כי היעדר הנחיות ברורות הפונות אל הציבור הרחב מהווה קושי ניכר.

191 ראו לעיל בעמ' 79.

192 ראו לעיל בעמ' 55.

4.2 על מניעת הסתה והדין הפלילי

כפי שניתחנו בפרק 3, שימוש בדין הפלילי בנוגע לחופש הביטוי אינו מובן מאליו. הערך החשוב של חופש הביטוי מכתוב זהירות מופלגת בעיצוב האיסורים ובשמירה על חופש הביטוי ככל האפשר. עם זאת, על יסוד ניתוח האינטרסים המתנגשים אנו סבורים כי יש הצדקה משכנעת לקיומן של העבירות. ברור כי למעט החרג הבולט של ארצות הברית ישנה תודעה אוניברסלית בעולם בדבר קיום הצדקה לאיסורי הסתה לגזענות וגרימת שנאה גזענית. ניתוח האינטרסים של חופש הביטוי לעומת הערכים המוגנים בעבירות מביא גם הוא להצדקה מובהקת של קביעת עבירות של הסתה לאלימות ולגזענות. מובן שהדין הפלילי אינו כלי המאבק העיקרי במציאות חברתית שבה התבסס ופרח שיח גזעני ואלים. בבסיס המאבק לשיפור השיח בחברה עומדות סוגיות חינוכיות, ולא פליליות. יש לראות את הדין הפלילי ככלי השיורי להתמודדות עם המקרים המובהקים והקשים של השיח המסיתי; עם זאת, זהו כלי קיים חשוב ומוצדק. בהתאם לשיקולים שניתחנו לעיל בפרק 3, רק במקרים של פגיעה חמורה בערכים המוגנים על ידי האיסור מחד גיסא ושל פגיעה מידתית בחופש הביטוי מאידך גיסא, יש מקום להפעיל את הדין הפלילי; ולכך גם מכוונות המלצותינו לתיקונים בעיצוב האיסורים הפליליים.

4.3 דיון והמלצות

4.3.1. תיקוני חקיקה

4.3.1.1. הסתה לאלימות: קריאה ישירה לאלימות ללא יסוד הסתברותי מוצע להוסיף את ההוראה הבאה:

21144 (ב) המפרסם בפומבי קריאה, בין שהיא מפורשת ובין שהיא משתמעת, לעשיית מעשה אלימות – דינו מאסר חמש שנים.

יש מקום לחזור על רוח ההמלצה שהוצגה על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה עוד בטרם תיקון החוק שהוסיף את עבירת ההסתה לאלימות.¹⁹³ בדומה לתיקון שהתקבל לאחרונה בחוק המאבק בטרור,¹⁹⁴ כי יש מקום להפריד בין קריאה ישירה לעשיית מעשה אלימות – שבאשר אליה אין לדרוש היווצרות סיכון קונקרטי המתבטא במבחן הסתברותי – לבין פרסום של דברי שבת, לגיטימציה ועידוד למעשה אלימות. חלק ניכר מהמקרים ה"קלסיים" של הסתה לאלימות יהיה מכוסה על ידי סעיף זה; ובכך יתייתר הצורך בעיסוק במבחן ההסתברותי.

כפי שציינו קרמניצר וגנאים בהצעתם המקורית בטרם תיקון החוק: "סכנתם העיקרית של מעשים אלו נעוצה ביצירת אווירה נוחה לביצוע מעשים פליליים ובקריאת תגר נגד הסדר החברתי-משפטי".¹⁹⁵

193 קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 44.

194 ראו לעיל בעמ' 31.

195 קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 44, בעמ' 55.

סכנה זו מקורה באפקט המצטבר של פרסומים כאלה, כלומר ביצירת אווירה המכשירה את הקרקע למעשי אלימות. משום שמדובר באפקט מצטבר, לא יהיה נכון לבחון את הסכנה הקונקרטית שבפרסום יחיד כזה לעשיית מעשה אלימות. ההשפעה נגרמת על ידי ריבוי הקולות, ולא על ידי פרסום יחיד כשלעצמו. כמו כן הצעתנו מציגה ניסוח מובהק וברור, המותיר מקום מועט יותר לאי־ודאות משפטית ומבהיר את פליליותם של ביטויים בעלי אופי מסית מובהק. למותר להוסיף כי התבטאות מסיתה מסוג זה היא התבטאות שבאופן כללי ניתנת פחות להצדקה, אם נבחן אותה בהתאם לאינטרסים השונים לחופש הביטוי, שהתייחסנו אליהם בפרק 3. אין אנו טוענים שכל קריאה כזו צריכה להיות מושא להליכים פליליים. הנסיבות הקונקרטיות שהיא מושמעת בהן – מבחינת מיעוט המשתתפים ואופיים, היעדר סמכות ומעמד כלשהם של הקורא, האווירה הכללית באותה עת וכיוצא באלה – עשויות לשלול אפקט מן הקריאה ולאין את משקלה כך שגם בהסתכלות צוברת אין בקריאה אנטי־חברתיות מספקת המצדיקה טיפול פלילי. הנחיות היועץ צריכות ליתן לכך ביטוי.

יש לציין שגם קריאה משתמעת, משמע קריאה שהמסר בה יכול להיות חבוי למתבונן מהצד אך ברור לקהל מסוים, חייבת להיכלל באיסור – למשל הקריאה "לעשות מה שנקבע בחוק העונשין באשר לבוגדים" המופנית לאדם או לקבוצת אנשים.

הסעיף השני המוצע יכלול את המקרים שבהם מתפרסמים דברי שבח, לגיטימציה אהדה או עידוד, תמיכה והזדהות עם מעשה אלימות. במקרים אלה מתבקשת ראייה זהירה, המכבדת את חופש הביטוי ומביאה בחשבון את העובדה שלחלק מפרסומים אלה יכול להיות ערך חברתי פודה (הנשען על הרציונלים לחופש הביטוי, כגון גילוי האמת וקיום הדמוקרטיה, ההופך את הסיכון שהפרסום יוצר לסיכון מוצדק שעל החברה ליטול על עצמה). לאור המשקל שראוי לייחס לחופש הביטוי אנו סבורים שיש לצמצם את האיסור למצב שבו מתקיים המבחן ההסתברותי התוצאתי (בדומה למבחן הקיים) אך גם מתקיים יסוד נפשי של מטרה או לכל הפחות הלכת הצפיות.¹⁹⁶ בכך לדעתנו יימנעו מצבים אבסורדיים המכוסים לכאורה על ידי החוק הקיים (כגון פרסומים "ציניים" שעלולים להתפרש

לא נכון על ידי הקורא, ועקב פרשנות כזו בזמן של היסטוריה ציבורית נוצרת גם הערכה שמתקיים היסוד של "אפשרות ממשית" לעשיית מעשה אלימות). בפרסומים מהסוג שלעיל, שבעקבות החרפת היסוד הנפשי המוצעת כאן ייתפסו כחמורים יותר ממה שנאסר היום, התביעה תהיה חייבת להפגין מדיניות תקיפה, אחרי שווידאה כהלכה את התקיימותן של ראיות לכאורה ליסודות העבירה. לפי הצעתנו, לא נעלמת הבעייתיות הכרוכה במבחן ההסתברותי. ואולם הצורך להוכיח את התקיימותו של יסוד נפשי חמור יחייב הקפדה גם על הוכחת היסוד ההסתברותי שמשמש לרוב בסיס להסקת התקיימות היסוד הנפשי כחזקה עובדתית. נוסף על כך יוצע בהמשך כי התביעה הכללית תבהיר את מדיניות היישום שלה גם לגבי מבחן זה. בעניינו אמירה "לגיטימטורית" המכשירה פעולה אלימה מבחינה מוסרית כאשר היא באה מבר סמכא עלולה להיות מסוכנת מאוד, לעיתים אף יותר מקריאה ישירה. עם זאת, כאמור, ההגבלה על חופש הביטוי תהיה קשה מדי אם האיסור יכלול גם מצבים שאין בהם כוונה כלל (או שאין לפחות התקיימות של הלכת הצפיות). זאת משום שאמירות ביקורתיות (מקוממות לעיתים, אך לגיטימיות בשיח הדמוקרטי) עלולות לקיים את יסודות העבירה. דוגמה אפשרית לכך היא התבטאותו של ראש הממשלה לשעבר, אהוד ברק, שאילו היה פלסטיני ובגיל המתאים ייתכן שהיה מצטרף לארגון טרור.¹⁹⁷ ניתן בהחלט לראות בה אמירה שמעניקה לגיטימציה מסוימת לטרור ואלימות, אולם לא התלוותה אליה מטרה להביא למעשה אלימות. לאמירה כזו יש מקום בשיח הדמוקרטי, ויש להבטיח שאינה כלולה באיסור פלילי, גם אם מבחינה אובייקטיבית היא עלולה לתרום למעשה אלימות.

כמו כן ראוי להגדיר במפורט יותר את האלמנט "בפומבי" כדי להסיר ספקות ולשם קיום עקרון החוקיות הדורש הגדרה ברורה במשפט פלילי. מכאן ההמלצה להוסיף לסעיף 2ד144 (ב) הקיים את ההגדרה המוצעת לעיל:

העבירה על ידי תוספת של יסוד נפשי של כוונה לגבי ביטויים שיש בהם ערך חברתי פודה (כגון עידוד, הזדהות וכד').

197 יוסי ורטור "ברק ב-1998: לו הייתי צעיר פלסטיני - ייתכן שהייתי מצטרף לארגון טרור" הארץ 16.11.2011.

"בפומבי' – בצורה שהפרסום עלול להיקלט על ידי כל אדם או קבוצה בלתי מסוימת ובלתי מוגדרת, לרבות באמצעי התקשורת האלקטרונית או הכתובה".

4.3.1.2. הסתה לגזענות

מוצע שהאיסור על הסתה לגזענות יקיף שני סוגים של פרסומים וינוסח כך:

144ב. (א) המפרסם תוכן גזעני מתוך מטרה להסית לגזענות –

דינו מאסר חמש שנים.

(ב) המפרסם דבר שעל פי תוכנו של הפרסום המסית

והנסיבות שבהן פורסם יש אפשרות ממשית שהוא

יעורר מעשים המונועים משנאה גזעית – דינו מאסר

חמש שנים.

(ג) לעניין ס"ק (א) צפיית התרחשות התוצאה כאפשרות

קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגורמה.

מומלצת הגדרה מפורטת וברורה יותר לעבירת ההסתה לגזענות, המבוססת על הבחנה בין הערכים המוגנים על ידי האיסור. מוצע לעשות זאת על ידי חלוקה של האיסור לשתי קטגוריות, על מנת לתת ביטוי הולם לכל אחד מן הערכים המוגנים העיקריים על ידי האיסור. ראשית, כבוד האדם של מי שמשתייכים לציבור שמופנית כלפיו התבטאות המסיתה לגזענות. שנית, מניעת מעשים המונועים משנאה גזעית, כמו אלימות או אפליה.

הקטגוריה הראשונה תדגיש את היסוד הנפשי של מטרה ותכלול באופן מפורש בחוק גם את החלת הלכת הצפיות. עם זאת, יש לוודא גם בקטגוריה זו שהיסוד העובדתי של האיסור נגוע גם הוא באנטי־חברתיות, כמתחייב מעקרונות דיני העונשין ועל מנת למנוע פרישת יתר של האיסור וחוסר ודאות לגבי היקפו. הקטגוריה השנייה תתבסס על אנטי־חברתיות עובדתית מובהקת של גרימת שנאה גזעית וסכנה לעשיית מעשים המונועים משנאה זו, כגון אלימות ואפליה. לא מצאנו לנכון לדרוש בסעיף זה הוכחה של כוונה (בדומה לסעיף המוצע באשר להסתה לאלימות), משום שעסקינן במקרה של פגיעה בשני הערכים המוגנים גם יחד: הפרסום הוא גזעני כשלעצמו והוא גם עלול לגרום מעשים המונועים משנאה גזעית (והעושה מודע לשני ההיבטים האלה). פרסום כזה חמור

יותר מאמירה שיש בה סיכון שתביא לאלימות (אמירה שאינה קריאה ישירה לאלימות), ולא מתעוררת לגבי אפשרות ממשית של ערך חברתי פודה. לכן אין מקום לצמצם את האיסור למקרים שמתקיים בהם יסוד נפשי חמור במיוחד.

הצעתנו מתבססת על המודל הקנדי, הכולל שתי אפשרויות להסחה גזענית.

מוצע, כאמור, להחיל בחוק הכתוב את הלכת הצפיות על סעיף עבירת ההסחה לגזענות, הכולל יסוד נפשי של מטרה.

ניתן להעלות את השאלה אם לאסור באופן גורף כל ביטוי גזעני לפי תוכנו – גם כזה שאין בציוד מטרה להסית לגזענות (לגרום שנאה, מדנים, אלימות גזעית וכו') או אפשרות ממשית שהוא יעורר מעשים המונעים משנאה גזעית. לטעמנו, איסור כזה יהיה רחב מדי. בצד מתן הגנה נרחבת יותר על הערך המוגן של כבוד האדם, כרוכה בו פגיעה קשה מדי בחופש הביטוי. זאת בעיקר משום שביטויים שיכולים להיחשב גזעניים יכולים להיות גם בעלי ערך חברתי פודה, כמו ביטוי ביקורת, סאטירה, אומנות וכו'. הפגיעה הבלתי מידתית בחופש הביטוי עלולה גם לגרוע מהלגיטימיות הציבורית של האיסור, ובכך לפגוע במאבק בהסחה לגזענות. כמו כן לא מצאנו במשפט המשווה איסור על עצם התוכן, כל עוד אין מתלווים אליו המטרה או היסוד האובייקטיבי המסוכן של ביטויים גזעניים או אלימות. להערכתנו במקרים החמורים של הסחה לגזענות תתקיים לרוב צפייה בדרגת הסתברות גבוהה, שלפי ההצעה ניתן להסתפק בה כתחליף לכוונה, או שתתקיים החלופה השנייה – כך שיימצא להם מענה במסגרת ההצעה.

4.3.1.3. חריג הדת

מוצע למחוק את ההוראה הקיימת של "חריג הדת" ולהחליפה בהנחיית מדיניות מתאימה. המצב הקיים של הדין אינו צריך להימשך. מחד גיסא, ההוראה מתפרשת כסתומה ומיותרת; ומאידך גיסא, היא מתפרשת באופן רחב מדי על ידי רשויות התביעה.¹⁹⁸ עקב כך נוצר מצב עניינים מעוות שבו יש כמעט "רישיון להסית לגזענות" באמצעות פרסומים דתיים. לעניין המדיניות המוצעת בנושא

זה מתבקשת הבחנה בין שתי הקטגוריות של הסתה לגזענות. האחת, במקרה של פרסום מתוך כוונה להסית או בהתקיים תחליף לכוונה (הלכת הצפיות) – מדובר בשימוש נלוז ומסוכן בכתבי דת למטרה נפשעת, ומתבקשים הליכים פליליים. השנייה, גם בהיעדר יסוד נפשי כזה, אם בפרסום מבחינת תוכנו ונסיבות פרסומו יש הסתה לגזענות, מדובר בהסתה מסוכנת במיוחד – דווקא משום שהיא באה ממקור דתי שסמכותו מחייבת. המפרסם פרסום כזה יוצר מצב מסוכן שככלל מוצדק לאוסרו, אולם בשים לב לזכות החוקתית לחופש דת, איסור כזה עלול להיות פגיעה בלתי מידתית בחופש הדת וייתכן שגם בחופש המחקר. הפתרון המידיתי הוא הטלת חובה על המפרסם לעשות כמיטב יכולתו כדי לנטרל את הסכנה שבפרסום. נטרול כזה יתקיים, באופן כללי, כאשר הפרסום במהותו הוא בעליל מחקר גרידא, ומובהר בו בהבלטה ראויה שהדברים המובאים בו הם עיון בלבד. כמו כן תצוין בו הסתייגות חד־משמעית מפרשנות שלפיה מהפרסום נובעת השלכה התנהגותית בדמותם של מעשים שיש להם מניע גזעני או שהיא כרוכה בו.

4.3.1.4. תיקון הגדרת הגזענות מבחינת היקף הקבוצות המוגנות

ההגדרה הקיימת לגזענות בדין הקיים היא:

”גזענות” – רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסיה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי־אתני.

ראשית, קיים חוסר בהירות מסוים בכך שבהגדרה משמשים המונחים ”גילוי איבה, עוינות [...] גרימת מדנים”, ולא הביטוי שזוכה לשימוש רב יותר במשפט המשווה: ”גרימת שנאה”. אף שככל הנראה הכוונה היא לכך גם בביטויים הקיימים, מוצע להוסיף את הביטוי ”או שנאה” לאחר ”מדנים” לשם פישוט לשון הסעיף.

ישנן מדינות¹⁹⁹ שבחרו להרחיב את עבירות ההסתה להגדרה שאינה קשורה רק לגזענות – כלפי צבע, גזע או לאום – אלא לעיונות כלפי ציבור רחב יותר, כדוגמת נטייה מינית ומגדר (וראו גם הגדרה בסעיף 1144 לחוק העונשין, שלפיה נסיבה מחמירה של "עיונות כלפי ציבור" כוללת "קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטייה מינית או היותם עובדים זרים"). בהקשר זה עולה חשש כי פתיחת פתח רחב לקבוצות נוספות מעבר להקשר המקובל עלולה להוביל למדרון חלקלק של הכללת קבוצות רבות, ועקב כך תאבד החומרה המיוחדת של ההגנה מפני הפצת **גזענות** דווקא, להבדיל מגילויי שנאה אחרים. כאמת מידה להכרעה בסוגיה זו אנו מציעים מבחן כפול מצטבר: עד כמה מדובר בקבוצה הדומה מבחינת מאפייניה הרלוונטיים לקבוצות הנכללות בהגדרה, מבחינת ההיסטוריה של יחס חברתי שלילי כלפיה וגילויים מעשיים שלו? האם קיימת תופעה חברתית ממשית של הסתה כלפי אותה קבוצה והאם יש גילויים של אלימות ואפליה כלפיה? בהסתמך על המבחנים האלה מוצע להרחיב את הסעיף הקיים ולכלול בו גם את הנטייה המינית. זאת בעיקר משום שמדובר בציבור שאכן סבל שנים ארוכות מרדיפה קשה, בין על ידי האוכלוסייה ובין על ידי הממסד, וכ**פעולה מתקנת** נדרש להגנה מיוחדת של החוק הפלילי. מעבר לכך, עובדה היא שבפועל נעשים מעשי אלימות קשים כלפי קבוצת הלהט"ב, ולכן יש מקום להרחיב את איסור ההסתה כך שיכסה גם איסור על הסתה לשנאה כלפיהם. באשר לקבוצות אחרות, אנו מציעים לקיים מעקב ולבחון בזהירות את האפשרות של הוספתן בעתיד.

כמו כן מוצע להסיר את הספק ולהוסיף גם "דת" להגדרת הגזענות. זהו אפיון בסיסי וכמעט קלטי של גזענות, שישחרר את בית המשפט מן הצורך להגן על קבוצה דתית מתוך הסתמכות על אופייה הלאומי-אתני. אין הצדקה להיעדרה של קבוצה זו כשהיא לעצמה (וכך עולה בבירור גם מסקירת המשפט המשווה), ויש לכתוב זאת במפורש.

4.3.2. גיבוש הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לעבירות ההסתה בכלל ולמרחב הווירטואלי בפרט ופרסומה

כפי שתואר לעיל, היעדר הנחיה ברורה ומפורטת של היועץ המשפטי לממשלה בעניין מדיניות האכיפה בעבירות ההסתה מעצים באופן ניכר את חוסר הוודאות המשפטי האופף את הנושא. לטענתנו יש מקום לפרסם הנחיה מפורטת וברורה של היועץ המשפטי לממשלה אשר תגדיר, בין השאר, את הערכים המוגנים בעבירות, תנתח ותסביר את אופן הפעלת שיקול הדעת בהחלטה על פתיחה בחקירה והעמדה לדין ותפרט דוגמאות ומקרים מייצגים אשר יאפשרו לציבור הרחב להכיר ולהבין את גדרי העבירות הפליליות הללו. בהקשר זה נבקש להפנות להנחיות ה-CPS. בדומה להנחיות ה-CPS, לדעתנו יש מקום גם לפרסום הנחיות הנגישות לציבור הרחב ומציגות בשפה פשוטה וברורה את מטרותיהן של עבירות ההסתה כפי שנקבעו בחוק ואת גדרי האסור והמותר בתחום זה. פרסום שכזה יכול לשמש כלי גם במסגרת פעילות ההסברה, ועליה נפרט להלן.

בין השאר יש לפרט את ההנחיות המדריכות את שיקול הדעת של התביעה באשר להגשת כתבי אישום על הסתה ברשתות החברתיות. יש לחדד את הנסיבות וההקשר של הביטוי, המובאים בחשבון ממילא במדיניות התביעה גם היום: היקף החשיפה שהדף זוכה לה, כמות ההפצה וה"לייקים" שהפרסום קיבל, אם מדובר בפרסום בודד או סדרתי, וכו'. יש לבחון במסגרת שיקולי מדיניות אלה אם ומדוע התביעה נמנעת מחקירה ואישומים כאשר מדובר ב"תגובות" ולא ב"פוסטים". אם מדובר בתגובות על דפים פופולריים, אשר זוכות לחשיפה אדירה ולא לפי "לייקים" – מדוע הן נחשבות פחות מפרסום עצמאי הזוכה לחשיפה קטנה הרבה יותר?

באופן כללי – בין בהסתה ברשתות ובין בהסתה בכל מדיה אחרת – באשר לאפשרות שיתבצע מעשה אלימות ראוי שההנחיות יבהירו את השאלות האלה: האם הפרסום נבחן כשהוא עומד לעצמו או שהשפעתו נבחנת עם פרסומים אחרים באותה העת? באשר לפרסומים המגיעים לקהל רחב – האם מביאים בחשבון את השפעתם על האדם הרגיל הממוצע או גם על אנשים קיצוניים ולא נורמטיביים?

כמו כן על ההנחיות לקבוע כי כאשר אין מדובר במקרים של כוונה להסית לגזענות או לאלימות, על התובע לשקול במסגרת שיקולי ההעמדה לדין אם בפרסום קיים ערך חברתי פודה. בחרנו שלא להכניס (בדומה, למשל, לחוק הקנדי) רשימת פרסומים "מוגנים", שכן איי אפשר באמת ליצור רשימה סגורה כזו, ולטעמנו ראוי להשאיר נקודה זו לשיקול התביעה. לא בכדי כל החלטה על הגשת כתב אישום דורשת אישור של היועץ המשפטי לממשלה.

בשורה התחתונה, אנו ממליצים על פרסום ההנחיות הן משום שבכך תהיה הדרכת התנהגות טובה יותר, והן כדי לאפשר ביקורת על יישום ההנחיות. פרסום כזה ישרת גם "מראית עין" של צדק ושל היעדר שרירותיות או אפליה.

4.3.3 פעילות אקטיבית ומבצעי אכיפה מטעם רשויות האכיפה והתביעה

הליכי ההעמדה לדין והפתיחה בחקירה בעבירות ההסתה דומים כיום להליכים המקובלים בכלל העבירות הפליליות – וברוב הפעמים חקירה נפתחת רק עם הגשת תלונה.²⁰⁰ במציאות הייחודית הנוצרת על ידי המרחב הווירטואלי בכל הנוגע להיקף הביטויים המסיתים ולקלות הרבה שבה ניתן לפרסם, יש מקום לשקול שינוי מדיניות כלפי הליכי ההעמדה לדין בעבירות אלו ולהפוך אותה לאכיפה יזומה, שאינה מותנית כלל בהגשת תלונה. רשויות האכיפה והתביעה יכולות לבצע מהלכים יזומים פשוטים יחסית שאינם מותנים בהגשת תלונה ושיכולים להביא להרתעה משמעותית ולהפחתה ניכרת בכמות הביטויים המסיתים במרחב הווירטואלי ובמרחב שאינו וירטואלי. לעצם המודעות שתיווצר לכך שהאכיפה כשיטה אינה מתבססת על הגשת תלונות אלא על יוזמה משטרתית עשוי להיות אפקט מרתיע ומונע. אפשר, למשל, לקיים מבצעי אכיפה מרוכזים שיוודעו עליהם מראש באמצעי התקשורת למיניהם, ובמסגרתם יפעלו במרוכז למניעת תופעות של הסתה במרחבים מוגדרים – רשתות חברתיות, טוקבקים בכתבות עיתונאיות, וכד'. התרעה מראש על מבצע אכיפה ממוקד יכולה

200 למרות שהחוק אינו מחייב מצב זה. סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 קובע: "נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה", דהיינו המשטרה מוסמכת לפתוח בחקירה גם מבלי שהוגשה תלונה כלל.

כשלעצמה להביא לירידה ניכרת בהיקף הפעילות המסיתנה במרחב המוגדר, אף מבלי שיהיה צורך בפועל בשימוש כלשהו בכלי הפלילי. יתרה מזו, גם פרסום מבצעי אכיפה, בדומה לפרסום ההנחיות של היועץ המשפטי לממשלה, יכול לתרום לקידום הפן האקספרסיבי-חינוכי, כפי שיפורט להלן.

4.3.4. חיזוק הפן האקספרסיבי-חינוכי: פרסום מסיבי בתקשורת וברשתות של פליליות המעשים, כתבי האישום והענישה

רשויות האכיפה נקטו בעבר מאמצים מרוכזים מיוחדים לצורך קידום המודעות לתחומי עבירה מסוימים. דוגמה מוצלחת היא קמפיין שעסק באיסור על הפצת תמונות בעלות אופי מיני בווטסאפ.²⁰¹ קמפיין זה זכה לחשיפה אדירת היקף, וסרטוני המידע שהכין משרד המשפטים נצפו על ידי מאות אלפי אנשים. בדומה לקמפיין זה, גם תחום עבירות ההסתה הוא תחום שלהערכתנו חלקים ניכרים של הציבור אינם מודעים לפליליות הטמונה בו. בהתאם לכך, יש מקום ליצירת קמפיינים חינוכיים דומים, המסבירים את ההיגיון שביסוד האיסורים ואת ההצדקה לקיומם והמבהירים את תחומי האסור והמותר לציבור הרחב, מתוך הפנייתו להנחיות היועץ המשפטי לממשלה ולמבצעי האכיפה, שאליהם התייחסו לעיל. אנו צופים שקמפיינים כאלה יהיו כלי חשוב לצמצום התפשטותן של עבירות ההסתה. אכיפה פלילית יזומה שתבוא אחריהם, כלפי מי שהוזהרו ובחרו "לצפצף" על החוק, תיתפס כהוגנת וצודקת. כאמור, ייתכן שהשימוש באמצעים לבר-פליליים יהיה אפקטיבי יותר מאכיפה פלילית, במיוחד אכיפה המנותקת ומבודדת ממאמצים חינוכיים. אם הניסיון יאשר הערכה זו, מהלך זה עדיף גם מבחינת הדרישה למידתיות בכל הנוגע לפגיעה בזכויות האדם, ובחופש הביטוי במיוחד. אם נדרשים לאכיפה פלילית, סביר שיעילותה גדולה ככל שהיא משולבת במאמצים חינוכיים והסברתיים.

201 ראו "מונעים עבריינות נוער ברשת" אחר משרד המשפטים.



Policy Paper 132

THE CRIMES OF INCITEMENT TO RACISM AND VIOLENCE

A Rethinking

Itai Weschler-Be'er | Amir Fuchs | Mordechai Kremnitzer

December 2019

Text Editors [Hebrew]: Dafna Lavi, Noa Shalitin
Series and Cover Design: Studio Tamar Bar-Dayan
Typesetting: Ronit Gilad, Jerusalem
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-279-7

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2019 by the Israel Democracy Institute (RA)
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute
4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602
Tel: (972)-2-5300-888
Website: en.idi.org.il

To order books:

Online Book Store: en.idi.org.il/publications
E-mail: orders@idi.org.il
Tel: (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

This publication was made possible through the generous support of The Alan B. Slifka Foundation

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

The views expressed in this policy paper do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

ABSTRACT

The crimes of incitement are offenses that are committed by calling for violence or distributing racist content, in certain circumstances. In this study, we review Israeli law on such crimes and the State Prosecutor's enforcement policy regarding them, and provide a critical analysis and comparative legal review.

Current Israeli law suffers from several problems. The phrasing is less than optimal; the definitions of incitement to violence and of incitement to racism are vague and leave the State Prosecutor with broad discretion about whether or not to press charges. The only test for whether incitement to violence is in fact criminal is the "real possibility" that a violent act will ensue. Its application by the State Prosecutor and the courts violates the principle of legality and may have problematic consequences, including over-enforcement.

The crime of incitement to racism suffers from legal uncertainty regarding the values it protects and its core elements; the series of precedent-setting rulings by the Supreme Court has not resolved this problem. There is also a major flaw in the current law, anchored in the Prosecutor Office's policy:

the “religious exemption,” which wholly exempts religious publications from the category of incitement to racism. This interpretation does not necessarily follow from the language of the current law, but the court has refused to intervene in this policy.

The fact that the Prosecutor’s Office has not published binding guidelines (although there are internal guidelines) creates additional uncertainty about its enforcement policy. We believe that the failure to publish its policy regarding incitement on social media creates uncertainty about the current law. It does not provide the public with guidance about what is permitted and what is prohibited, and, no less important – when the public may submit a complaint.

In the comparative research section, we review the crimes of incitement in Great Britain, France, the United States, Canada, and international law. It is clear that all systems struggle with the desire to protect freedom of expression against the need to defend the values protected against incitement. A golden mean between these two poles has not been found.

It is almost universally agreed (with the exception of the United States) that the most extreme forms of incitement to racism should be punished as criminal acts. However, the nature and scope of the prohibition vary. In contrast to Israel, the foreign countries reviewed are explicit about the two protected values, about the prevention of violent acts and discrimination, and about the prevention of racial hatred and violation of human dignity. We believe that the optimum statutory formulation of this dual definition is found in Canadian law, which has two separate sections: the first refers to expressions that lead to hate and does not require proof that some racist act resulted; the second addresses the prevention of racist expressions that are liable to motivate action. Note that the section that deals with causing action based on racial hatred does not require proof of intent. In Britain, too, the requirement of an intention to promote racial

hatred was eventually eliminated, leaving only knowledge and likelihood of such a result as the trigger for criminalization.

In Canada and in Britain, the definition of the groups protected against incitement includes “sexual orientation.” In our opinion, the scale of the incitement against the LGBT community in Israel requires that consideration be given to adding this category to Israeli law. All the laws that were reviewed (including the recommendations of the international team in Rabat) also include religion as a category protected against racist incitement.

In Canadian and British law, an expression that is found to have redeeming social value can be exempted from criminal liability. We believe that this point should be an element left to the State Prosecutor’s discretion about whether to file an indictment, rather than being granted statutory protection. We also found that despite the increase in incitement on social media, no legislation to date refers explicitly to online incitement, which continues to be covered only by the general laws against incitement.

Recommendations

Legislation

Incitement to Violence

First, we believe that, as in the case of the recent amendment to the antiterrorism law, a distinction should be drawn between direct calls to commit violence—for which the likelihood of producing a concrete risk should not be required—and the publication of statements that praise, justify, or encourage acts of violence. In our opinion, many of the classic cases of incitement to violence will be covered by the first category, obviating the need for the likelihood test.

The second section we propose covers the case of statements that praise, justify, approve of, or encourage acts of violence. Here the prohibition should be limited to incidents that pass the test of probable results (as in the current law) and in addition, the mental element of purpose or the almost certain expectation that the result will occur. In order to eliminate uncertainty and satisfy the principle of legality, which requires a clear definition in criminal law, the term “in public” should be defined more clearly.

Incitement to Racism

We propose redefining the statutory offense of incitement to racism so that it covers two types of publications, as follows:

114b.

- (a) Anyone who publishes racist content with the intent of inciting to racism is subject to five years’ imprisonment.
- (b) Anyone who publishes an item that, on the basis of its content and the circumstances in which it is published, shapes a real possibility of sparking actions based on racial hatred is subject to five years’ imprisonment.
- (c) With regard to subsection (a), the almost certain expectation that the result will occur is equivalent to the purpose of causing it.

We propose redefining the crime of incitement to racism and splitting it into two categories, in order to give appropriate expression to the two values that must be protected: the human dignity of the members of the group targeted by the expression inciting racism; and the prevention of acts motivated by racial hatred, such as violence or discrimination. We also propose that the text of the law apply the element of almost certain expectation as an equivalent to purpose, when purpose is required.

The Religious Exemption

We also propose abolishing the “religious exemption” and replacing it with a suitable policy guideline. The Prosecutor’s Office tends to interpret this exemption too broadly, which creates a problematic situation in which there is almost a “license to incite to racism” in religious publications.

When it comes to the policy that should be followed on the constitutional right to freedom of religion, the proportional solution would be to impose on the publisher the obligation to do its utmost to neutralize the associated risks. This obligation will generally be satisfied when the publication is by its essence obviously a research. The publisher should make clear that the contents are meant for study only, and express strong and unambiguous reservations about any interpretation that the publication has implications for conduct, in the form of action with a racist motivation.

Amending the Definition of “Racism” with regard to the Scope of the Protected Groups

The definition of “racism” in the existing law is: “persecuting, humiliating, debasing, expressing hatred, hostility, or violence, or causing a confrontation with a group or sector of the population, on account of its color, racial affiliation, or national-ethnic origin.” We propose to add the words “or hatred” after “a confrontation,” in order to simplify the language of the section and make it clearer, and in light of the widespread tendency in comparative law. We also propose expanding the law’s definition of “causing hatred” against a group or sector of the population to include sexual orientation. This is mainly because LGBTs have long been the victim of severe persecution both by the public at large and by the establishment, so that providing this sector with special protection in criminal law is an appropriate reparative measure. Given the fact that LGBTs are the targets of serious violence, the prohibition of

incitement against them should be expanded in order to protect them. We also propose carefully tracking the situation and weighing whether other groups should be added in the future, and, in order to eliminate all doubt, to add “religion” to the definition of the targets of racism. Hatred on the basis of religion is a basic and almost classic case of racism; the addition will release the court from the current need to protect a religious group on the basis of its national-ethnic character.

Policy Proposals

(1) The Attorney General should formulate and publish guidelines about the crimes of incitement in general and about the online sphere in particular.

The lack of clear and detailed guidelines by the Attorney General about the policy for enforcing the law against incitement increases the legal uncertainty related to the topic. We assert that it is incumbent on the Attorney General to publish a detailed and clear directive that defines, inter alia, the values that are protected, that analyzes and explains the Prosecution’s discretion in launching investigations and filing indictments, and that offers examples and representative cases. Publication of such guidelines will make it possible for the public at large to know and understand the boundaries of the criminal prohibitions. There is also a need to publish the guidelines about the Prosecution’s discretion in filing indictments for incitement on social media and to more clearly define the circumstances and context of the inciting expression. In cases where there is no intent to incite to racism or violence, we believe that the guidelines should state that when the Prosecutor’s Office weighs the filing of an indictment it should take account of the possibility of redeeming social value. We chose not to insert (unlike the Canadian law) a list of “protected” publications, because it is not really possible to create such a closed list, and in any case we believe that this point should be

left to the Prosecutor's discretion. There is good reason why every decision regarding an indictment for incitement must be approved by the Attorney General.

(2) Law-enforcement agencies and the State Prosecutor's Office should engage in proactive measures and enforcement campaigns.

Today the procedures for launching investigations and filing indictments related to crimes of incitement are similar to those for all criminal offenses. In general, an investigation is opened only in response to a complaint. In the unique circumstances of the online sphere, with regard to the scale of incitement and the great ease with which it is possible to publish such expressions, we recommend a change in policy about the procedure for pressing charges, to the format of proactive enforcement that does not wait for a complaint to be submitted.

(3) The expressive and educational aspect should be reinforced, with massive publication on traditional and social media about criminal actions, indictments, convictions, and sentences

In the past, the law-enforcement authorities have made special efforts to promote awareness of certain types of crimes. A good example is the ban on the dissemination of sexually explicit photos on WhatsApp. The Justice Ministry produced and distributed informational videos on this topic, which were viewed by hundreds of thousands of people; the campaign had very broad exposure. We believe that much of the public is unaware of the criminal aspect of incitement; hence it is important to create similar educational campaigns about it. It should be remembered that criminal law is residual, the last resort for dealing with expressions; its effectiveness increases to the extent that it is integrated with educational and informational campaigns.

האם עבירות ההסתה בישראל מנוסחות ונאכפות באופן המיטבי האפשרי? החוק בישראל, כמו בכל מדינה כמעט, כולל עבירות פליליות שמטרתן לאסור ולמנוע את המקרים הקשים של תופעת ההסתה לאלימות ולגזענות. ואולם בשנים האחרונות, בעיקר בשל השימוש הגובר ברשתות החברתיות, התופעה מתחזקת. באמצעות התבוננות ביקורתית בלשון החוק, בפסיקות בית המשפט ובמדיניות האכיפה מחקר זה מנתח את הטיפול של המשפט הפלילי בישראל בתופעות של הסתה לאלימות ולגזענות. מסקנותיו מתבססות, בין היתר, גם על מחקר משווה של עבירות ההסתה בארבע מדינות אחרות: בריטניה, קנדה, צרפת וארצות הברית. מתברר שהתמונה בישראל בעייתית: עבירות ההסתה לאלימות ולגזענות אינן מוגדרות בחוק היטב. הערך המוגן בהן אינו ברור, וההגדרות העמומות משאירות לתביעה טווח רחב מדי של שיקול דעת. גם בית המשפט, בשורה של הלכות, אינו מספק פרשנות מניחה את הדעת להיקף האיסורים. זאת ועוד, פרשנות התביעה ל"חריג הדת" בחוק נותנת פטור כמעט מוחלט להסתה לגזענות המבוססת על פרסומים שהם במהותם פרסומי דת. כך קרה, למשל, בתיק "תורת המלך", שבו החליטה התביעה שלא להגיש כתב אישום נגד מחברי הספר. מהן אפוא ההצדקות לעבירות ההסתה? מתי ראוי, במדינה דמוקרטית, לפגוע בחופש הביטוי כדי להגן מפני הסתה לאלימות ולגזענות? שתי ההמלצות העיקריות של מחקר מדיניות זה הן – האחת, לערוך תיקוני חקיקה בעבירות ההסתה כך שהמעשה יוגדר באופן מדויק יותר וצודק יותר; והשנייה, לפרסם ברבים את הנחיות התביעה ולקדם את חינוך הציבור הישראלי בכל מה שקשור לאיסור הפלילי על הסתה לאלימות ולגזענות.

עו"ד איתי ושלר-באר היה, בעת עריכת המחקר, חבר בצוות המחקר של התוכנית להגנה על ערכים דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה. היום הוא מנהל מוצר במגזר העסקי.

ד"ר עמיר פוקס הוא חוקר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה. תחומי המומחיות שלו הם ערכים דמוקרטיים וחקיקה אנטי-דמוקרטית, משפט פלילי, הגות ליברלית, תהליכי חקיקה.

פרופ' מרדכי קרמניצר הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופסור (אמריטוס) בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. תחומי המומחיות שלו הם זכויות אדם ומשפט ציבורי, פלילי וצבאי.



0 4500001235 6
דאנאקוד 450-1235