

מאמרים

הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת

מאת

איל בנבנשתי*

רצח ראש ממשלת ישראל יצחק רבין ז"ל הוא הבולט והקשה ביותר מבין האירועים שעוררו בשני העשורים האחרונים ספקות לגבי הגבולות הראויים לחירות הביטוי הפוליטי בישראל. המאמר דן בספקות אלה ומבקש להסיק מדיון זה מסקנות לעניין רציות ההסדרה המשפטית של הביטוי הפוליטי והדרכים הראויות להסדרה שכזו. לאחר סקירה קצרה של מעמד חופש הביטוי הפוליטי בישראל עובר לרצח, יידונו החלטות ופסקי-דין שהתקבלו בבתי-המשפט בארץ בשכנועות ובחודשים שלאחר הרצח. סקירה זו תראה שהספקות ביחס לחשיבות הביטוי החופשי מחד, וביחס לחופנה של החברה, או חלקים ממנה, להתמודד עם ביטוי אלים, מאידך, מקננים גם בלב השופטים ומכרסמים בהגנה על חירות הביטוי. המאמר מבקש לדחות ספקות אלה ולדבוק בהגנה הרחבה לביטוי הפוליטי שהיתה קיימת לפני רצח ראש הממשלה, דווקא נוכח היותה של החברה הישראלית בסוף המאה הנוכחית חברה מקוטבת מבחינה פוליטית וחברתית. בחברה כזו יש קושי בסיסי לגדור את גבולות הביטוי ויש חשש שהגבלת הביטוי חיתפס כנקיטת עמדה במחלוקת פוליטית. בחברה כזו הכלים המשפטיים להתמודדות עם ביטוי אלים או פוגע אינם יעילים במקרה הטוב, ומסוכנים במקרה הרע.

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לעמיחי כהן על עזרה מצוינת במחקר, על הערותיו המועילות לטייטות השונות ועל סיועו בהתקנת מאמר זה לפרסום. תודה גם לחברי מערכת משפטים על עבודתם היסודית והיעילה והערותיהם החשובות. לבסוף, תודה לקרן הלאומית למדע על המענק למחקר שסייע לכתיבת המאמר.

א. מבוא: חוסר הוודאות הכרוך בהסדרת הביטוי. ב. חופש הביטוי בישראל: תפיסות חברתיות בראי הפסיקה; 1. רקע כללי; 2. אתגרי שנות ה-80; 3. חופש הביטוי ו"תהליך אוסלו". ג. חופש הביטוי בעקבות רצח ראש הממשלה: השפעת ההנחה בדבר הקשר בין הרצח לחופש הביטוי; 1. הערכה מחדש של מערכת המשפט – שינוי במדיניותו של היועץ המשפטי לממשלה; 2. התגובה השיפוטית. ד. מבחן הוודאות הקרובה וחלופותיו; 1. המכנה החברתי והסדרת הביטוי: שווקים נפרדים של רעיונות; 2. כללים מול סטנדרטים: חסרונות ויתרונות; 3. שיקול דעת תוכני או שיקול דעת תוצאתי; 4. שיקול הדעת התוצאתי והאחריות בפלילים; 5. פיקוח שיפוטי מלא על שיקול דעתה של התביעה. ה. סיכום.

א. מבוא: חוסר הוודאות הכרוך בהסדרת הביטוי

רצח ראש ממשלת ישראל יצחק רבין ז"ל ביום 4 בנובמבר 1995, וכן האירועים שקדמו לרצח והתגובות לו, העלו לדיון ציבורי נוקב את שאלת הגבולות הראויים לחירות הביטוי במדינת ישראל. אין מקום להניח כי דיון זה יגיע לכלל הכרעה, וניכרים בו שני מחנות עיקריים: האחד, הרואה את הרצח כתוצאה מהסלמה של מחאה פוליטית בלתי מרוסנת, והאחר, הדוחה תזה זו, ואף מצביע על התגובות הנמהרות לאחר הרצח כהוכחה לסכנה הגלומה לדמוקרטיה בניסיון להגביל את הביטוי הפוליטי. מטרת המאמר היא לנתח דיון זה ולהסיק ממנו מסקנות לעניין רציות ההסדרה המשפטית של הביטוי הפוליטי והדרכים הראויות להסדרה שכזו.

הסדרת הביטוי היא למעשה שאלה של ניהול סיכונים, כאשר בנקודת המוצא קיימת מחויבות להתיר ביטוי מגוון ככל האפשר. מדובר בניתוח והערכה של כמה משתנים בתנאים של חוסר ודאות. אי ודאות אחת קשורה ליחס שבין ביטוי לאלימות: הביטוי יכול לקרוא לאלימות, ובכך אולי לגרום לאלימות, אך הוא גם יכול לשמש כמוצא קתרזיס ובלתי מזיק לאלים הפוטנציאלי. חוסר ודאות שני מתקשר לתוצאות החברתיות והפוליטיות של הסדרת הביטוי. פעמים אלימות פורצת דווקא בתגובה לניסיון של השלטון לכבוש את הביטוי. במקרים אחרים, רק תגובה נחושה של הממסד לביטוי פוגע או אלים, שפגע בקבוצה מסוימת בחברה, יכולה למנוע את התפרצות האלימות מקרב הקבוצה כלפי מעליבה².

1 המחנה השני מורכב בתורו משתי קבוצות אידיאולוגיות הפכיות, החלוקות ביניהן בשאלה האם יש לתלות את האשם באידיאולוגיה של הציבור הדתי-לאומי, ציבור שאליו השתייך הרוצח. על אידיאולוגיה זו ראו להלן, סמוך להערות 64-67.

2 L. Levy Blasphemy (New York, 1993) 4

הקשר בין ביטוי לבין אלימות מתקיים ככמה רמות. רמה אחת היא הרמה המילולית. ההיסטוריה מספקת לנו דוגמאות רבות של מגיפולציות מכוונות במלים ובדימויים, בעיקר כלפי בני מיעוטים וזרים, שהכשירו בתהליך מתמשך דעת קהל עוינת וליבו שנאה ואף דה-הומניזציה שלהם³. ברמה מיידית יותר, המסר הכלול בביטוי יכול להוביל לאלימות. קיימים ממצאים פסיכולוגיים המעידים בבירור כי קיים קשר סיבתי ישיר בין ביטוי אגרסיבי לבין פעולה אלימה: נטייתם של נבדקים לנקוט אלימות כלפי זולתם גברה לאחר שנחשפו לאמירות תוקפניות ביחס לקורבנות האלימות. ממצאים אלה מהווים משקל נגד משמעותי מול ההנחה הפרוידיאנית שביטוי אלים מהווה אפיק יעיל לשחרור יצרים אלימים⁴. הביטוי משפיע על המחשבה, המחשבה מיתרגמת למעשים, וכך הופך דיבורו של המסית למעשיו של המוסת⁵.

אולם, הממצאים בדבר קשר סיבתי בין ביטוי למעשה אינם מחייבים בהכרח את המסקנה, כי יש להגביל את הביטוי האלים או הפוגעני באותה קלות שבה יש להגביל פעילות אחרת בעלת פוטנציאל סיכון גבוה, כמו, למשל, נהיגה במכונית או הפעלת ציוד מכני כבד. הסדרת פעילות מהסוג האחרון אינה מחייבת הערכה סבוכה למדי של

3 ג'ורג' אורוול כתב כי "Language can corrupt thought...political language... is designed to make lies sound truthful and murder respectable...". G. Orwell "Politics and the English Language" *The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell* (London, S. H. Arendt Eichmann in גם Orwell & I. Angus Eds., vol. IV, 1968) 127, 137, 139. דאו גם *Jerusalem* (New York Rev. ed. 1965) 85-86. על "כללי השפה" שנהגו בקרב המנהיגים הנאצים לתיאור השיטות ל"פתרון הסופי" של "הבעיה היהודית", וסייעו ליצור חזן בין המעשים המחרזים להשקפתם בשפה. כן דאו N. Ben-Yehuda, *Political Assassination by Jews* (Albany, 1993) 390-392 (להלן: "בן יהודה") על האמצעים הרטוריים ששימשו להגברת הניכור בין הקבוצות השונות ביהדות.

4 על ממצאים מניסויים פסיכולוגיים בהשפעת ביטוי מילולי על הנטייה לאלימות דאו V.J. Derlega, B.A. Winstead & W.H. Jones *Personality: Contemporary Theory and Research* (University Park, 1991) (להלן: "V.B. Derlega, B.A. Winstead & W.H. Jones") (אני מודה לד"ר גבי הורנצ'יק על הפניות לממצאים אלה). לתיאור של ניסויים וממצאים על ההשפעה של חשיפה לביטויי אלימות בטלוויזיה על התנהגות אלימה דאו "Aggression and Television Violence" in *Aggression: Theoretical and Empirical Reviews* (New York, R.G. Green & E. I. Donnerstein Eds., vol II, 1983) 103-126. אך לביקורת על הממצאים הקושרים תוכנית טלוויזיה אלימות לאלימות בפועל דאו T.G. Krattenmaker & L.A. Powe Jr. "Televised violence: First Amendment Principles and Social Science Theory" 64 *Va.L.Rev.* (1978) 1123.

5 לניתוח התופעה דאו R. Ferguson "Group Defamation: From Language to Thought to Action" in: *Group Defamation and Freedom of Speech* (West Port, M.H. Freedman & E.M. Freedman Eds., 1995) 71.

הסתברות הסיכון. חשוב מכך: ההערכה אינה חשופה למניפולציה מצד גורמים כיתתיים במערכת הפוליטית, ואת ממצאיה ניתן לתרגם לכללי התנהגות פשוטים וברורים. לעומת זאת, קיימים קשיים רבים בהערכת סיכוני הביטוי ובקביעת כללי התנהגות. מדובר בקשיים מעשיים, מוסדיים ונורמטיביים. מבחינה מעשית, במקרים רבים יהיה הניסיון להגביל את חופש הביטוי בלתי יעיל, במקרה הטוב, ומזיק במקרה הרע. מתברר, כי הביטוי בעל ההשפעה החזקה ביותר על פעולתם של אנשים הוא דווקא זה הנאמר בדיונים בקבוצות קטנות, בהרצאות או בדרשות בתוך קהילות, בשיחות רעים וברכילות שכונתית. מחקר סוציולוגי שנערך בשנות השמונים בישראל תומך בהשקפה זו. המחקר, שבדק את היווצרותן של סטיות נורמטיביות בקרב המתיישבים היהודיים בשטחים, קובע כי היחס כלפי הנורמה של סטייה (במקרה זה – התנגדות למדיניות הממשלה ולהוראותיה, והנכונות להפר הוראות אלה) מושפע בעיקר מהחשיפה לסביבה המיידית (האווירה בה התנהלות בה התגוררו⁶). גם הפסיכולוגים, שחקרו את הקשר בין דיבור למעשה, חקרו רק את הקשר בין "דיבור פרטי" לאלימות⁷. אולם, דווקא סוג זה של דיבור הוא כמעט בלתי ניתן להסדרה, הן מכיוון שאפילו המשטרה היעילה ביותר לא תוכל לשלוט עליו, והן בשל הרתיעה מהתערבות מסיבית בפרטיותו של האדם. לפיכך, הגבלת הביטוי תהיה מקרית ובדרך כלל לא אפקטיבית. התערבות מזדמנת זו תיצור תחושת אפליה בקרב אלה שביטויים יוגבלו, מחד גיסא, ובקרב אלה שנפגעו מביטוי שלא זכה לתגובה ממסדית הולמת מאידך גיסא. נוסף על כך, הגבלת הביטוי יכולה לגרום אלימות בשל אובדן האפיק המילולי לשחרור תחושות כעס, וכן בשל העובדה שניסיון של הממסד להשתיק ביטויים הנתפסים בעיניו כאלימים או פוגעים, יכול ללכות את זעמן של קבוצות באוכלוסייה הרואות בביטויים אלה חלק חשוב של תרבותן או של דתן. במלים אחרות: עצם ההגבלה על הביטוי עלולה ליצור אלימות במקום למנוע אותה. בהינתן אי הוודאות הכפולה – בנוגע לתוחלת המעשית באפשרות הגבלת הביטוי מחד גיסא, ומאידך גיסא – הסיכון והבעייתיות שבהשתקתו, אין זה ברור כלל אם רצוי להסדיר את הביטוי בטרם ישפיע, או שמא עדיף להגיב רק בדיעבד, באותם מקרים שבהם הפוטנציאל האלים שבביטוי התממש, על-ידי מניעת המעשה האלים (בהגנת המשטרה על יעדי הביטוי האלים) או על ידי הטלת סנקציה על מבצעו, בתקווה שסנקציה מאוחרת זו תרתיע אלימים פוטנציאליים.

6 D. Weisburd *Jewish Settler Violence* (University Park, 1989) 91, 123 (להלן: "Weisburd"). התמיכה בפעילות נגד הממשלה השתנתה מהתנחלות אחת לאחרת, אבל בתוך כל התנחלות כשלעצמה עמדת היחיד עוצבה על-פי השקפת הסביבה (שם, עמ' 123). יודגש, כי ניתוח זה קיזז את האפשרות שאנשים בחרו את מקום מושבם מלכתחילה על-פי עמדות החושבים שכבר התגוררו בהתנחלות.

7 דרלגה ואח' (לעיל, הערה 4).

הממד המוסדי והממד הנורמטיבי של הנושא מוסיפים ספקות נוספים לממד המעשי. כל ביטוי הוא מעצם טיבו עמום ורב-משמעותי⁸. הבעיה המרכזית של הסדרת חופש הביטוי היא מיקום הקו המפריד בין הביטוי הנסבל לבין הדיבור המסוכן. השאלה המוסרית היא האם ניתן לסמוך על רשויות המדינה – הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת – כי יקבעו כללים אופטימליים ויישמו אותם כראוי, וכן מי מרשויות אלה ראוייה יותר לאמון. השאלה הנורמטיבית היא האם ניתן לנסח כללים "אופטימליים" להגבלת הביטוי באופן שיפחית לרמה נסבלת את הטעויות שבאכיפת החוק, וידאג לחלוקה שווה של סיכוני הטעות. ביסודן של שאלות אלה נמצאת, כמובן, הדאגה לחופש הביטוי כזכות יסוד המשרתת את החברה כולה, מבטאת את האוטונומיה של האדם ומבטיחה את חירותו. למעשה, כל הגבלה על חופש הביטוי, המבוססת על החשש שהביטוי ישפיע ויהפוך אדם לאלים, עומדת בסתירה לתפיסה הדמוקרטית בדבר האוטונומיה של הפרט, הרואה באדם יצור רציונלי ואוטונומי, האחראי למעשיו ומודע לתוצאותיהם⁹. כך, למשל, התייחסותו של ראש הממשלה דאז דוד בן-גוריון אל הציבור בישראל של 1948 כ"המונים מוסתים שדוכרי האופוזיציה יכולים לעוור את עיניהם"¹⁰ יוצאת מנקודת מוצא המנוגדת לתפיסת הפרט כיצור אוטונומי ואינה מתאימה עם עקרונות הדמוקרטיה. לכן, מעבר לספקות המעשיים שהועלו לעיל ביחס לאפשרות ההקטנה של פוטנציאל האלימות על-ידי הגבלת הביטוי, השיקולים הנורמטיביים והחששות המוסדיים מדגישים את הקשיים העצומים העומדים בפני הניסיון להגביל את הביטוי, ומצביעים על כך שכל ניסיון כזה צריך לעלות בקנה אחד עם החובה לכבד ולקדם את האוטונומיה של הפרט, להבטיח שוק פתוח של דעות, ולהציע דרך נאותה להתמודד ביעילות עם הבעיות המוסדיות.

השיקולים המעשיים, המוסדיים והנורמטיביים שהובאו לעיל בעייתיים במיוחד בהקשר של ביטוי אלים או פוגעני, המכוון כנגד רשויות השלטון ואנשי ציבור. שיקולים שונים מצביעים על כך, שההצדקה להסדרת הביטוי בשל קיומה של זיקה אפשרית בין

8 R. Abel *Speech and Respect* (1994) 81.

9 על הקשר בין האוטונומיה של הפרט לחופש הביטוי ראו T. Scanlon "A Theory of Freedom of Expression" 1 *Philo. & Pub. Aff.* (1972) 204. בהתאם לתפיסה זו, החוק הפלילי מתייחס לפרט כפועל רציונלי, ואינו מכיר בהסתה המילולית ככזו המסירה או מפתיתה את האשמה מהמוסת. ראו

G.P. Fletcher *Rethinking Criminal Law* (Boston, 1978) 244.

10 ראו דבריו בעת הדיונים במועצת המדינה הזמנית בעת חקיקת הפקודה למניעת טרור, פרוטוקול הישיבה מיום 23 בספטמבר, 1948, בעמ' 17: "ואם נניח פתח-פתוח בחוק [כלומר: אם לא נגביל את פעולות אצ"ל ולח"י באמצעים הררסטיים שהפקודה מנתה] ייווצר משטר בארץ שיאפשר לחברי חבורת רוצחים, הדוגלים כאילו בשם אידאות גשונות, לסנוור עיני ההמונים, לצרף אליהם אנשים שאינם יודעים להבדיל בין סיסמא כוזבת ודין אמת..."

ביטוי לבין מעשה אלים היא רופפת במיוחד בהקשר הפוליטי. ראשית, קשה להוכיח בפועל את קיומו של קשר ביחס לביטוי ספציפי: ביטוי זה יכול להיות חלק מפעילות פוליטית לגיטימית, ואף להיות מכון – או להיות מוכן כמכון – לעודד תגובה פוליטית בלתי אלימה. שנית, גם אם מדובר בביטוי בעל פוטנציאל אלימות גבוה, פעמים רבות ניתן, להקטין פוטנציאל זה באמצעות ביטוי נגדי. לדוברי השלטון ולאנשי הציבור יש נגישות טובה לאמצעי התקשורת וכן יכולת להגיב בצורה אפקטיבית, שתקטין את החשש לאלימות¹¹. שלישית, קשה להציב גבולות עקרוניים מוגדרים בין ביטוי אסור לבין ביקורת לגיטימית. רביעית, כבד במיוחד הוא החשש המוסדי מניסיון של השלטון להגביל את האופוזיציה ומיכולתן של הרשויות השונות ליישם את הכלל המשפטי באופן חסר פניות כלפי כל קבוצות האוכלוסייה. חמישית ואחרונה – אין לזלזל בתועלת חינוכית מסוימת שניתן להפיק מביטוי פוליטי חריג המרגיז את רוב הציבור, ומעלה לדיון ציבורי את חשיבותם של הסובלנות והפלורליזם.

המורכבות של הסדרת הביטוי הפוליטי בולטת במיוחד על רקע ההשוואה בין ביטוי זה לבין הביטוי הגזעני. ראשית, בבחינת הקשר בין הדיבור הגזעני לתוצאותיו לא מעורבת בהכרח הערכה הסתברותית. הנזק ליחיד החבר בקבוצה שנגדה כוון הביטוי הגזעני – בדרך כלל קבוצת מיעוט במדינה – נעשה בעצם האמירה, בלי קשר לתוצאותיה. באמירה יש משום פגיעה מיידית בכבודו ובמעמדו החברתי של מי שהדיבור הגזעני מכון 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 לתת־אנושי, והענקת לגיטימציה לפגיעה בו). שנית, קשה למצוא הצדקה לביטוי גזעני ולא נראה שהוא משרת מטרה חברתית או פוליטית חיובית כלשהי, מבחינת תרומתו לוויכוח הציבורי, מלבד ההזדמנות להוקעתו¹². נוסף על כך, אין חשש כי הממסד הפוליטי-משפטי, המצוי בידי הרוב, יחמיר יתר על המידה בשימוש באיסורים כדי להגביל את חופש הביטוי. למעשה, ההפך הוא הנכון: יש נטייה לריסון יתר בשימוש באיסורים על הביטוי הגזעני, בעיקר משום שהממסד הפוליטי-משפטי אינו רגיש מספיק (במקרה הטוב) או אדיש (במקרה

11 בנושא ההגנה על פוליטיקאים תמך בית־המשפט הישראלי בעמדה האמריקנית, הנותנת הגנה פחותה לפוליטיקאים. ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 863-864, בעקבות *Gertz v. Robert Welch Inc.* 418 U.S. 323, 344-5 (1974). מקובל לטעון גם שאנשי הציבור לקחו על עצמם את הסיכון שבחשיפה לתקשורת, אולם נימוק זה אינו ראוי: לחברה יש עניין לעודד פעילות ציבורית, והפחתת ההגנה על הפרטיות של פעילים בחיים הציבוריים מהווה תמריץ שלילי.

12 ראו A. Harel "Bigotry, Pornography, and the First Amendment" 65 *S. Cal. L. Rev.* (1992) 1887.

השכיח) לפגיעה הטמונה בכיטוי הגזעני כלפי החברים בקבוצת המיעוט¹³. שלישית ואחרונה, הדובר נענש בגין המעשה שהוא עצמו ביצע, ולא בגין מעשה שאחר גרם בהשפעתו, ולכן עונש זה מתיישב יותר עם תפיסת הפרט כאוטונומי. בגלל סיבות אלה בחרו חברות רבות, ביניהן ישראל, לאכוף בצורה קפדנית איסורים על ביטוי גזעני¹⁴.

כל חברה מתמודדת עם ניהול הסיכונים הכרוכים בהסדרת הביטוי. במסגרת זו כלול הניסיון לאזן בין ביטוי נסבל לבין ביטוי שאינו נסבל, ולחלק בצורה ראויה את הסיכון לטעות בהסדרה בין הדוברים לבין קורבנותיהם הפוטנציאליים. הרשויות הפוליטיות והמשפטיות בכל חברה דמוקרטית עוסקות חוזר ועסוק באיזון בין השיקולים, תוך שהן מתחשבות בתנאים המיוחדים של כל חברה וחברה¹⁵. מכיוון שלא תיתכן כאן הערכה מדעית מדויקת, ורק הערכה מוגבלת היא אפשרית, נוכח טיבן של הזיקה הבעייתית בין ביטוי למעשה ושל ההשלכות האפשריות של הסדרת הביטוי, כל חברה נוטה להיכנות מניסיון העבר שלה ולהסיק ממנו מסקנות לגבי העתיד – ממש כשם שצבא מתכונן לקרב הבא על-בסיס ההנחה שישירו בו תנאי הקרב הקודמים. גרמניה וארצות-הברית מספקות שתי דוגמאות מעניינות לתהליך הערכה דומה, שהוביל כל חברה ללמוד מעברה לקחים הפוכים לגבי העתיד. בגרמניה, למרות אזהרות שהושמעו לגבי לימוד לקח מתופעה היסטורית ייחודית, גם אם אימה¹⁶, הדיון בחופש הביטוי נוטה להדגיש את הניסיון המר של ויימאר – הדמוקרטיה שסובלנותה כלפי קבוצות ימין אנטי ליברליות וכלפי דיבור גזעני ערערה את הלגיטימיות שלה והביאה עליה את אובדנה. לעומת זאת, בארצות-הברית ה"חטא הקדמון" בהקשר זה הוא הפוך: הגבלת ביטוי חריפה, שזכתה לגיבוי בפסיקת בית-המשפט העליון במהלך שתי מלחמות העולם וכתקופה שמיד לאחר

13 Abel (לעיל, הערה 8), בעמ' 82-86.

14 על כך להלן, סמוך להערה 99.

15 מכאן חשיבותו של רעיון מתחם שיקול הדעת ה-"margin of appreciation" בפסיקתו של בית-המשפט האירופי לזכויות אדם בנוגע לחופש הביטוי. ראו Zana v. Turkey (10 April, 1996) section 52, וראו גם E. Brems "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights" 56 Zao.R.V. 240, 264-267; R. St. J. MacDonald "The Margin of Appreciation" in: *The European System for the Protection of Human Rights* C. C. השו" (The Hague, R. St. J. MacDonald, F. Matcher & H. Petzold Eds., 1993) 83 Morrison *The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention* System (The Hague, 1981).

16 ראו E. Friesenhahn "Zur Legitimation Und Zum Scheitern Der Weimarer Reichverfassung" 81, 82 In *Weimar-Selbstpreisgebe Einer Demokratie* (Duesseldorf, K.D. Erdmann & H. Schulze Eds., 1980) ("Friesenhahn" להלן).

סיומן, וכן בתחילת "המלחמה הקרה"¹⁷. עמדה נוקשה זו הראתה את הסיכון הטמון בנתינת כוח רב מדי בידי הממסד בהגבלתו של חופש הביטוי¹⁸. כתוצאה מניסיונות היסטוריים שונים אלה הגיעו שתי החברות לעמדות משפטיות הפוכות: גרמניה הפכה למדינה המודעת לסכנות הביטוי ומגבילה סוגים שונים של ביטויים, לא רק גזעניים, בקפדנות רבה¹⁹. לעומת זאת, הגישה בארצות-הברית היא כי אין אוסרים שום דיבור, למעט דיבור קיצוני ביותר²⁰. למותר לציין, כי לקחי העבר אינם בהכרח נכונים²¹, והשינויים החברתיים עשויים לבטל את תקפות הלקחים ביחס לעתיד. מכאן, שיש להיזהר מהסקת מסקנות מ"הוכחות" היסטוריות, כשם שצבא המכין את עצמו על כסיס ניסיון העבר בלבד צפוי לכישלון צורב.

המחשבה המשפטית הישראלית ניסתה ללמוד הן מהניסיון של ארצות-הברית והן מזה של גרמניה. אזכורים של תקדימים היסטוריים, חוקתיים ומשפטיים, משתי המדינות, ממלאים את דפי הפסיקה הישראלית בנוגע לחירויות הפוליטיות. למעשה, ניתן לזהות כעין "חלוקת עבודה" בין מה שניתן לכנות כ"סינדרום ויימאר" הגרמני, לבין מה שניתן לכנות כ"סינדרום Scenck-Dennis" האמריקני. "לקחי ויימאר" מודגשים בפסיקת בית-המשפט העליון הישראלי בפסקי-דין העוסקים בהגבלות על החירויות הפוליטיות של אזרחים ערביים שביקשו, בראשית שנות ה-60, לקדם את ההגדרה העצמית הערבית באמצעות הקמת ארגונים ומפלגות פוליטיות²². בכמה מקרים שבהם

17 *Schenck v. U.S.* 249 U.S. 47 (1919); *Frohwerk v. U.S.* 249 U.S. 204 (1919); *Abrams v. U.S.* 250 U.S. 616 (1919); *Dennis v. U.S.* 341 U.S. 494 (1951).

18 על הנטייה האמריקנית להגביל את זכויות האדם אל מול פני סכנה ביטחונית באופן שלא ייתכן בימי שלום ראו W.J. Brennan "The American Experience: Free Speech and National Security" in: *Free Speech and National Security* (Dordrecht, S. Shetreet Ed., 1991). לביקורת על גישתו של בית-המשפט העליון בארצות-הברית, שבאה לכיטוי בפסקי-דין אלה, ראו R. Cover "The Left, The Right and the First Amendment: 1918-1928" 40 *Med. L. Rev.* (1981) 349.

19 ההגבלה בגרמניה היא הן באמצעים מנהליים והן באמצעים פליליים. ראו G. Nolte "Beleidigungsschutz in der freiheitlichen Demokratie" (1992) 240-241; G. Nolte "'Soldaten sind Mörder' Europäisch Betrachtet" *Afp* 4/96 (1996) 313; P. Kretschmer *Strafrechtlicher Ehrenschatz und Meinungs- und Pressefreiheit im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika* (1994).

20 *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969). ראו

21 פריסנהאן (לעיל, הערה 16).

22 ראו בג"ץ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673 (שלילת זכותם של ערבים להתאגד לקידום מטרות פוליטיות), וכן ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד יט(3) 365 (מניעת רישום רשימה שתתמודד בבחירות לכנסת). על "לקחי ויימאר" בפסיקת בית-המשפט העליון גם בהקשרי חופש הביטוי ראו עלי ולצברגר ופניה עור-ולצברגר "המסורת הגרמנית של בית-המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 259.

אשר בית-המשפט פסילה של כתבי-עת או סרטים הדגישה ההנמקה את היותו של הביטוי שנפסל מכשיר במאבקם של דוכרי נגד קיום המדינה²³. לעומת זאת, בכל הקשר אחר של חופש הביטוי שואב בית-המשפט את השראתו ואת הנמקותיו מהמחשבה המשפטית האמריקנית בנושא, כאשר העיקרון הבולט ביותר הוא המבחן התוצאתי לאיזון בין חופש הביטוי לאינטרסים אחרים²⁴.

רצח ראש הממשלה רבין הוא הבולט מבין האירועים שהתרחשו בישראל בשנים האחרונות, המחייבים חשיבה מחודשת ביחס לגבולות הראויים של חופש הביטוי. כפי שאירע בעבר בגרמניה ובארצות-הברית, גם בישראל יש המנסים כיום ללמוד לקחים מההיסטוריה, המוכיחה, לדעתם, כי הגישה בישראל לא התחשבה כראוי בסיכונים הטמונים בביטוי אלים. נראה, שעדיין מוקדם מדי לומר האם רצח ראש הממשלה אכן יביא לשינוי בתפיסתו של בית-המשפט ביחס לחופש הביטוי, מה גם שהתערער האמון בחוסנה של החברה הישראלית למנוע ביטויים אלימים מלהפוך למעשים. מכל מקום, רצוי לבחון האם שינוי כלשהו בתפיסה מתחייב מהנסיבות החברתיות והפוליטיות. מטרת המאמר היא לבחון שאלה זו. לאחר סקירה קצרה של מעמד חופש הביטוי הפוליטי בישראל, עובר לרצח, יידונו החלטות ופסקי-דין שהתקבלו בבתי-המשפט בארץ בשבועות ובחודשים שלאחר הרצח. בחלקו האחרון של המאמר יוצג טיעון התומך בשמירת המצב המשפטי הקיים על אף הרצח והאירועים שקדמו לו או התרחשו לאחריו, דווקא נוכח היותה של החברה הישראלית בסוף המאה הנוכחית חברה מקוטבת מבחינה פוליטית וחברתית.

23 בג"ץ 39/64 אל-ארד נ' הממונה על מחוז הצפון, פ"ד יח(2) 340 (סירוב להתיר הוצאת שבועון מבלי ליתן כל טעם); בג"ץ 807/78 עין-גל נ' המרעצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לג(1) 274 (סירוב להתיר הקרנת סרט המאשים את התנועה הציונית בנישול הערבים מאדמותיהם); בג"ץ 322/81 מחייל נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לז(1) 789 (סירוב לתת היתר להוצאת עיתון מטעמי ביטחון); בג"ץ 541/83 עסלי נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לז(3) 837 (סירוב להתיר הוצאת דו-שבועון בגלל קשר עם ארגוני טרור).

24 שני פסקי-הדין המנחים נשענו על הפסיקה האמריקנית, למרות שלא אימצו את ההלכה האמריקנית על קרבה ועל כרעיה: בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871; וע"א 723/74 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד לא(2) 281 (המאמץ את הלכת *N.Y. Times v. Sullivan* (בנוגע ללשון הרע)); פסקי-הדין עצמו נהפך בדיון הנוסף (ראו ד"ר 9/77 חברת החשמל לישראל נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד לב(3) 337) אך הלכה למעשה נראה שגישת הפסיקה מאז גם בעניין לשון הרע יונקת את השראתה מהפסיקה בארצות-הברית: ראו ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840. בנושא זה ראו D. Kretzmer "The Influence of the First Amendment on Judicial Decision Making in Israel" in: *Constitutional Bases of Political and Social Change in the United States* (New York, S. Slonim Ed., 1990) 295.

ב. חופש הביטוי בישראל: תפישות חברתיות בראי הפסיקה

1. רקע כללי

במאמרה המקיף בנושא חופש הביטוי שהתפרסם לפני שני עשורים, תיארה פרופ' פנינה להב את חופש הביטוי הפוליטי כמצוי במעגל ההגנה המרכזי של בית-המשפט העליון²⁵. אין ספק, כי אבן הפינה לכל המבנה של חופש הביטוי הישראלי היא פסק-הדין בפרשת קול העם²⁶, לפיו ביטוי יכול להיות מוגבל מטעמים של ביטחון וסדר ציבורי רק כאשר קיימת "ודאות קרובה" לפגיעה ממשית באינטרסים אלה. מבחן הקרבה לוודאות, כפי שיושם במקרים מאוחרים, שיקף כמדומה תפיסה חברתית רחבה, לפיה מחויבותו הבסיסית של הציבור היהודי לערכי הדמוקרטיה היא חסם חזק דיו מפני הפיכתו של דיבור פומבי מסית למעשה אלים. החשש שגילתה מועצת המדינה הזמנית במהלך מלחמת השחרור ביחס לנאמנותם המוגבלת של ארגוני האצ"ל והלח"י – חשש שהביא לחקיקתה של הפקודה למניעת טרור באוקטובר, 1948 – התפוגג עם היטמעותם של הארגונים הללו במערכת הפוליטית הישראלית. מאז ועד לרצח ראש הממשלה רבין לא התרחש כל אירוע שזעזע את האמונה הבסיסית במחויבות של הציבור היהודי או של מוסדות המדינה לדמוקרטיה. שונה היתה התייחסותן של הרשויות כלפי האזרחים הערביים של ישראל. באותם מקרים מעטים שבהם הסכים בית-המשפט למניעה מוקדמת של חופש הביטוי, נעשה הדבר כלפי דוברים, בדרך כלל ערבים, שנטען כלפיהם כי הם עוסקים בתעמולה או בפעילות לאומנית מחתרתית נגד המדינה ומוסדותיה²⁷.

במקביל למבחן הקרבה לוודאות, שהופיע בפסיקת בית-המשפט העליון רק בנוגע להגבלה מוקדמת של חופש הביטוי על-ידי רשויות מנהליות, נמצאה בספר החוקים שורה של איסורים פליליים על ביטויי מחאה שונים, בעיקר כנגד מוסדות השלטון. איסורים אלה, כולם מורשת המנדט למעט הפקודה למניעת טרור, לא הגיעו לדיון משפטי. שיקול הדעת הנרחב של היועץ המשפטי לממשלה בנושא ההעמדה לדיון אפשר לו ליישם הלכה למעשה את המבחן של קרבה לוודאות גם במשפט הפלילי²⁸. וכך, ללא שינוי חקיקתי, הפכו ההגבלות הפליליות על חופש הביטוי למעשה לאות מתה, מבלי

25 פ' להב "חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון" משפטים ז (תשל"ז) 375, 408.

26 בג"ץ 73/53 "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

27 לעיל, הערות 22 ו-23.

28 ראו להלן, טקסט ליד הערות 30 ו-42.

ששאלת התחולה של מבחן הוודאות הקרובה על הגדרת העבירות תזכה להתייחסות משפטית מחייבת²⁹.

2. אתגרי שנות ה-80

שנות ה-80 העמידו שני אתגרים לאמונה הרווחת בחוזקם של המוסדות הדמוקרטיים ומחויבותה של החברה בישראל לערכי הדמוקרטיה וחירויות האדם. האתגר הראשון היה המאבק בין הימין לשמאל בנושא המלחמה בלבנון. בתקופה זו הטיל השמאל הפוליטי את האחריות למותם של חיילי צה"ל ולטבח במחנות הפליטים סברה ושתילה על שכמה של ממשלת הליכוד. בהפגנות השמאל באותה תקופה כונה שר הביטחון אריאל שרון "רוצח". מנגד התייחס הימין הפוליטי לקבוצות השמאל כאל כווגדים, המוכנים לוותר על החזון הציוני. דומה, כי שיאו של המאבק היה ברימון שנזרק בחורף 1983 אל תוך תהלוכה של מפגיני "שלום עכשיו" וגרם למותו של אמיל גרינצווייג ז"ל ולפציעתם של כמה מפגינים אחרים. כפי שהתברר, המניע של הרוצח, יונה אברושמי, היה אידאולוגי: שנאת "השמאלנים" בגין התקפותיהם את הממשלה. חשיפת המניע לרצח איששה בעיני רבים את אמרתו המפורסמת של נשיא המדינה דאז, מר יצחק נבון, כי "אלימות מילולית מובילה לאלימות פיזית". בפועל, זיקה לכאורה זו, שכמובן אינה נקייה מבעיות, לא הביאה לשינוי במדיניות המשפטית ביחס לגבולות הביטוי. היועץ המשפטי לממשלה דאז, פרופ' יצחק זמיר, דבק במדיניות הסובלנות כלפי הביטוי שנקטה עד אז על-ידי רשויות התביעה, והסביר זאת באמצעות החשש מהגבלות יתר של זכות בסיסית זו³⁰. זמיר דחה במפורש את הטענה כי קיים קשר סיבתי בין ההתקפות של ראשי התנועות הפוליטיות בימין על השמאל לבין הרצח, באמרו: "מי שקשר את דברי הביקורת שהושמעו נגד תנועת 'שלום עכשיו', שלא פעם היו קיצוניים וגסים ביותר, עם הרצח של אמיל גרינצווייג, אמר דברים בלתי-מבוססים, בלתי-אחראיים ומזיקים, ממש כמו הדברים אותם ביקש להוקיע³¹". לא נעשה כל ניסיון לערער על עמדתו של היועץ המשפטי או לשנות את המצב החוקי. ככל הנראה, גברה הנטייה

29 ראו את עבירות ההמדרה (סעיף 133 לחוק העונשין), העלבת עובד ציבור (סעיף 288 לחוק העונשין), וסעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור 1948 (האוסר, בין היתר, אמירת דברי שבח למעשה אלימות). בחוק העונשין הישראלי קיימות אף עבירות רחבות יותר שנעשה בהן שימוש לאחר רצח יצחק רבין. אלה שחילקו כרוזים שהראו את יצחק רבין במדי SS (ראו להלן, הערה 54), הורשעו בעבירה לפי סעיף 216(א) לחוק העונשין, המטיל סנקציה פלילית על ה"מתנהג כאופן פרוץ או מגונה במקום ציבורי". חשוב לציין כי מבין כל האיסורים הנ"ל, רק סעיף אחד, סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, מונע במפורש את החלתו של מבחן הוודאות הקרובה התוצאתי (ראו א' הראל, במאמרו בחוברת זו).

30 זמיר "חירות הביטוי כנגד לשון הרע ואלימות מילולית" ספר זוסמן (א' ברק עורך, תשמ"ד) 149.

31 שם, בעמ' 158.

לראות את אברושמי כדמות חריגה וייחודית שאין לגזור ממעשיה שינוי יסודי במדיניות המשפטית. רבים העדיפו להתייחס כך לרצח, ובכך להימנע מכפירה באמונה הבסיסית בדבר מחויבותה של החברה הישראלית לדמוקרטיה ולזכויות האדם.³²

לעומת ההקצנה הפוליטית, שכאמור לא הותירה את רישומה במישור המשפטי, האתגר שהציבה הגזענות הכהניסטית בראשית שנות ה-80 הביא לתגובה חקיקתית.³³ התערבות זו באה בתגובה לדברותו של בית-המשפט בעמדה הליברלית ביחס לחירויות הפוליטיות כל עוד אינן מכוונות לפגיעה בעצם קיומה של המדינה. בשל אותה עמדה, סירב בית-המשפט לפסול את רשימתו של כהנא מהתמודדות בבחירות לכנסת³⁴, ולאחר שנבחר – מנע פגיעה בזכותו של כהנא להופיע כאמצעי התקשורת האלקטרוניים³⁵ ולהגיש הצעות-חוק גזעניות³⁶. יצוין, שגם החקיקה המפורשת של הכנסת, שבעקבותיה אישר בית-המשפט את פסילת רשימתו של כהנא מהתמודדות נוספת בבחירות שלאחריה, לא הניעה את בית-המשפט לשנות את גישתו הבסיסית: פסק-הדין שאישר את פסילתה של הרשימה היה לקוני והתמקד במטרת החקיקה, מבלי לעגן אותה בתיאוריה רחבה שתצביע על הסכמתם של השופטים לחששות המחוקק מביטויים מסוכנים³⁷. יתר על כן: הפסיקה בנושא חופש הביטוי וההפגנה דבקה במבחן הודאות הקרובה ובמחויבות למעמדן הרם של חירויות אלה גם כשדובר בממשיכי דרכו של כהנא, שביקשו דרור לכיטויי הגזענות שלהם³⁸.

3. חופש הביטוי ו"תהליך אוסלו"

בראשית שנות ה-90 נדמה היה כי גישתו הכללית של בית-המשפט, למעט בנושאים שהוסדרו במפורש בחוק, תמשיך להיות ליברלית, על אף ההחרפה בשימוש בביטויים חריפים שהופנו כלפי הממשלה. ממשלתו של יצחק רבין, שניסתה לקדם תהליך של התפייסות עם אש"ף, נהנתה ברוב ימי כהונתה מרוב דחוק בלבד בכנסת, שנשען על

32 אין גם להתעלם מכך כי השמאל, שנפגע ממעשה האלימות, היה באופוזיציה בעת רצח גרינצוויג, ולא היה לו כל אינטרס להגביל את חופש הביטוי, שכן היה ברור כי הוא עלול להיות הנפגע העיקרי מהגבלה כזו.

33 סעיף 7א לחוק יסוד הכנסת, שנוסף בשנת 1985.

34 ע"ב 2,3/84 גיימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225.

35 בג"ץ 399/85 כהנא נ' רשות השידור, פ"ד מא(3) 255.

36 בג"ץ 73/85 סיעת כ"נ נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141.

37 ע"ב 1/88 גיימן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת חשתים-עשרה, פ"ד מב(4) 177.

38 ראו בג"ץ 6897/95 כהנא נ' תג"ץ דוד קרויזר, פ"ד מט(4) 853.

תמיכת חברי-כנסת ערביים³⁹. האופוזיציה מחתה נגד תהליך זה ואף כפרה בעצם הלגיטימיות של כהונת הממשלה, בין היתר בשל הישענותה על קולותיהם של חברי-הכנסת הערביים. למרות זאת לא נעשה כל מאמץ מוסדי להגביל את חופש הביטוי בתחום הפוליטי (להבדיל מנושא הביטוי הגזעני, שזכה לטיפול נחוש יותר בעקבות הטבח במתפללי מערת המכפלה המוסלמים בפורים 1994⁴⁰). באביב 1994 אישר בג"ץ את החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את הרב הראשי לשעבר שלמה גורן, שקרא בפומבי לחיילי צה"ל לסרב פקודה לפנות יישובים אם יקראו לעשות כן⁴¹. למרות שמבחינה פורמלית קריאה כזו מהווה "הסתה לא-יצוית" ו"המרדה", עבירות לפי סעיפים 110, 133, 134 ו-136 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, מצא היועץ המשפטי לממשלה כי אין מקום להעמיד את הרב גורן לדין מפאת "חוסר עניין לציבור". לדעתו של היועץ המשפטי, אמירתו של גורן לא נשאה עמה נזק פוטנציאלי, המייחד אותה מהתבטאויות קיצוניות אחרות, בימין או בשמאל, באופן שהופך אותה לבלתי נסבלת. יתר על כן: היועץ סבר כי העמדתו של גורן לדין תעמיק את המשבר והפער בחברה הישראלית⁴². בית-המשפט לא מצא כי עמדתו של היועץ המשפטי היתה בלתי סבירה ועל-כן סירב להתערב.

עמדה זו, המבוססת באופן מובהק על המבחן התוצאתי של קול העם, ביטאה את ההסכמה הציבורית הרחבה שהתקיימה אז, עד למחצית הראשונה של 1995. רצח ראש הממשלה יצחק רבין בנובמבר 1995, וההפגנות האלימות והקיצוניות שקדמו לו, העמידו בספק את ההסכמה הציבורית.

ג. חופש הביטוי בעקבות רצח ראש הממשלה: השפעת ההנחה בדבר הקשר בין הרצח לחופש הביטוי

ראש הממשלה יצחק רבין נרצח על-ידי יגאל עמיר, סטודנט יהודי למשפטים. עמיר נולד בפרבר תל-אביב, חונך במסגרות החינוך של הציונות הדתית⁴³, ולא היה חבר מוביל

39 למעשה, הממשלה היתה ממשלת מיעוט בלבד והמפלגות הערביות תמכו בה מבחוץ. ראו: ד' קורן וב' שפירא, קואליציות (תשנ"ז) 390.

40 ע"פ 2831/95 אלכח נ' מ"י, פ"ד (5) 221.

41 בג"ץ 588/94 שלנר נ' היוה"מ, פ"ד מח(3) 40 (להלן: "שלנר").

42 ראו מכתבו של עו"ד נויטל, עוזר בכיר ליוה"מ, למתלונן עו"ד שלנר, מיום 13 בינואר 1994 (עותק מצוי במערכת משפטים).

43 אחת הטענות המרכזיות של אנשי הציונות הדתית היתה כי עמיר לא היה ממש תוצר של החינוך הציוני-לאומי ה"קלסי", שכן התחנך בשיבות על גבול החרדיות – "היישוב החדש" בתל-אביב, ו- "כרם ביבנה". ראו: א' שפירא "למה לא מימד" מימד 9 (ספטמבר 1997).

בשום תנועת ימין קיצונית ידועה. לפני הרצח לא היה ניתן להגדירו כחריג או סוטה על-פי כל קנה-מידה. כמו רבים אחרים בימין הישראלי, סבר עמיר כי הסכמי אוסלו מאיימים על עצם קיומה של מדינת ישראל ומעכבים את תהליך הגאולה⁴⁴. בחודשים שקדמו לרצח נטל חלק, עם רבים אחרים, בהפגנות הענק נגד מדיניות הממשלה. לכן, ברגע שנודעה זהותו, מיד הוטלה האחריות למעשהו על הקבוצה החברתית שאליה השתייך – הציבור הדתי-לאומי, ומנהיגי הליכוד הואשמו בהסתתו לרצח. הטענה המקובלת היתה כי ההפגנות הבוטות שהתקיימו לפני הרצח היוו מקור השראה לרצח, בבחינת סיבה בלעדית אין.

אחת התגובות הראשונות לרצח היתה הטחת ביקורת ברשויות אכיפת החוק על כך שלא התייחסו ברצינות לאיומים המרומזים על חייו של רבין שהושמעו בחוגי האופוזיציה. המבקרים הניחו כי היתה שרשרת סיבתית מובהקת שחיברה את הפגנות האופוזיציה האלימות, ואת הביטויים הבוטים שהושמעו בהן, אל הדחלגה-לגיטימציה של ממשלת רבין, ומשם קצרה הדרך להחלטתו של עמיר לבצע את הרצח. אכן, בתקופה שלאחר חתימת הסכם אוסלו ניסו גורמים רבים לפגוע בלגיטימיות של הממשלה, ובמובנים מסוימים בעצם ההליך הדמוקרטי. הממשלה הואשמה בכך שאין לה מנדט לוותר, מכיוון שנשענה על קולותיהן של המפלגות הערביות⁴⁵; גורמים דתיים סברו כי אין למוסדות המדינה את הסמכות המוסרית לוותר על חלקים מארץ ישראל⁴⁶; דמויות בעלות סמכות דתית הוציאו פסקי הלכה שקראו לחיילים לסרב פקודה אם יורו להם לפנות יישובים⁴⁷; מתנחלים בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה טענו כי יש להם זכות למרי אזרחי נגד ניסיון לפנותם בכוח, והתנגדו לחיילים שניסו לפנותם מהתנחלויות סמליות שהקימו ללא אישור; ממשלת רבין הואשמה ללא הרף בנטישת הרעיון הציוני ומורשת ישראל, ומנהיגי האופוזיציה חזרו והדגישו בנאומיהם את הפער העמוק שנוצר בינה לבין רוב העם הדבק במורשת האבות⁴⁸; הכינויים "בוגד" ו"בגידה" הושמעו ללא הרף

44 לניתוח עמדותיהם של מנהיגי גוש אמונים ראו I. S. Lustick *For the Land and the Lord: Jewish Fundamentalism in Israel* (N.Y., 1988). לתיאור ראשיתה של ההתנחלות מפי אחד ממנהיגיה הראשונים, ראו ג' שפט גוש אמונים – מבט מאחורי הקלעים (תשנ"ה).

45 מאמר מערכת, ג'רוסלם פוסט 6.10.1995.

46 הארץ 31.7.95.

47 כמה מאמרים בנושא התפרסמו בנקודה (בטאון מתיישבי ישר"ע), בגיליונות של מרץ וספטמבר 1995. לניתוח התגובה המאורגנת של המתיישבים להסכמי אוסלו ראו א' שפרינצק אלימות פוליטית ערב תהליך השלום (1993) 108-130.

48 הארץ, 29.9.95: "ח"כ בגימין נתניהו: הקלות הבלתי נסבלת של הויתור הוא סימפטום של מפולת רוחנית עמוקה של אותו מיעוט נעדר זיקה למורשת ישראל"; ומיום 6.10.95: "נתניהו: הממשלה הזו מתייחסת לארץ האבות כאל נטל שצריך להיפטר ממנו".

בהפגנות⁴⁹ ואף הופיעו בדפוס⁵⁰. ברמה האישית, ראש הממשלה הואשם באחריות אישית למצב הביטחוני המתדרדר. רבין הואשם בשיתוף פעולה עם אויביה הגרועים ביותר של מדינת ישראל; הוא הושווה למרשל הצרפתי פטן וליודונראטים בתקופת השואה⁵¹; הובטח לו שיועמד לדין על בגידה במדינה לאחר שיווד מהשלטון. כאחת ההפגנות נגד מדיניות הממשלה, חודש כלכר לפני הרצח, חולקו עלונים שהראו את ראש הממשלה במדי ה-SS⁵². היו אף שהתפללו תפילה קבלית למותו⁵³.

ואומנם, כימים שמיד לאחר הרצח ננקטו פעולות רבות, מתוך תחושות נוחם או נקמה, נגד דוברים שונים. התגובה כללה את כל הקשת הציבורית – החל ביועץ המשפטי לממשלה, דרך רשויות שיפוט בצבא ובמשרה, וכלה באזרחים פרטיים. שני נערים שחילקו עלונים כשתמונתו של רבין במדי SS עליהם ואדם שהביע שמחה על הרצח נעצרו על-ידי המשטרה, ומעצרים הוארך בבית-המשפט⁵⁴. נעצרה גם חיילת שלא הופיעה לעצרת וזכרון לראש הממשלה⁵⁵. מורה פוטר מעבודתה מכיוון שכינתה את רוצחו של רבין "צדיק"⁵⁶, וסטודנט מאוניברסיטת בר-אילן סולק מהלימודים בשל הזדהותו עם הרוצח⁵⁷. עובד במפעל פרטי שהביע בשיחה פרטית שביעות רצון מהרצח, פוטר מעבודתו⁵⁸. היועץ המשפטי לממשלה שלח לכל עורכי העיתונים מכתב, בו הודיע להם כי יואשמו בעבירה פלילית אם יפרסמו ציטוטים מדברים של אנשים המסיתים אלימות⁵⁹. בית-משפט השלום, בהחלטה לעצור עד תום ההליכים את אחד מאלה שהביעו שמחה על מותו של ראש הממשלה, הסביר כי עמדה סובלנית של בתי-המשפט בעת כזו תפורש כתמיכה במעשים נוראים אלה⁶⁰. פוליטיקאים בשמאל קראו לחוקק

49 דיווחים על ההפגנות בהארץ 22.8.95, 6.10.95. חבר הכנסת רחבעם זאבי מ"מולדת" השתמש בביטויים אלה בתכיפות בהופעות פומביות. ראו דיווחים בהארץ 6.10.95, 25.7.95.

50 אליקים העזני "מרי אזרחי עכשיו" נקודה (ספטמבר 1994) 26; השבוע (שבועון חרדי) 21.9.95, 5.10.95.

51 השבוע 5.10.95 בעמ' 53.

52 גירוסלם פוסט 6.10.95.

53 הארץ 3.10.95.

54 שני הנערים הואשמו ב"העלבת עובד ציבור" והודו באשמה במסגרת עסקת טיעון. האחרון הואשם והורשע בדברי שבח למעשה אלימות לפי סעיף 4 לפקודה למניעת טרור.

55 ידיעות אחרונות 8.11.95.

56 הארץ 6.11.95.

57 ידיעות אחרונות 9.11.95.

58 גירוסלם פוסט 10.11.95.

59 הארץ 9.11.95.

60 ת"פ (י-ם) 3795/95 מדינת ישראל נ' בלחטן, החלטה מיום 17.11.95. בית-משפט השלום האריך את מעצרו של בלחטן עד תום ההליכים. בלחטן שוחרר אחרי ערעור לבית-המשפט המחוזי לאחר 21 יום.

חוקים המגבילים את חופש הביטוי. התקשורת הפרטית והציבורית נענתה מיד לרחשי לב הציבור, והגבילה את הכיסוי של הביטויים המסיתים. עיתונאים רבים חשו רגשי אשמה, חששו להביא לידי ביטוי את עמדותיהן של הקבוצות הקיצוניות או שסתם נכנעו ללחץ הציבורי.

הימין הפוליטי דחה, כמובן, את התיאוריה של "השרשרת הסיבתית" כהמצאה פוליטית של השמאל. מנהיגי הליכוד, לאחר ימי ההלם הראשוני, השוו את הביטויים שלהם נגד הממשלה לביטויי השמאל בימי מלחמת לבנון⁶¹. הם תיארו את הניסיונות להגביל את חופש הביטוי כפעילות הנקטת מטעמים פוליטיים. בנימין נתניהו כינה את המדיניות החדשה כ"משטרת מחשבות"⁶². יצחק, כי יגאל עמיר עצמו דחה את הניסיון לקשור את כל האירועים הללו לרצח. בעדותו בבית-המשפט טען כי ההחלטה לרצח את ראש הממשלה גמלה בלבו כבר בשנת 1993, מיד לאחר חתימת הסכם אוסלו. להחלטה לפעול באופן קונקרטי הגיע דווקא משום שסבר כי ההפגנות אינן אפקטיביות, ולא יכולות היו להביא לעצירת תהליך השלום⁶³.

כך הפכו ההגבלות החדשות על חופש הביטוי למרכזו של ויכוח פוליטי-חברתי. ויכוח זה אינו יכול להניב תוצאות חד-משמעיות מבחינתם של המשפטנים. בצד אלה התומכים בתיאוריית הקשר בין אלימות מילולית לאלימות פיזית, יהיו שידגישו את חוסר הקונקלוסיביות של תיאוריה זו מחד גיסא, ואת תגובת-היתר לאחר הרצח מאידך גיסא. ניסיון לניתוח מעמיק יותר של התהליכים החברתיים והפוליטיים במדינה יעמיד את הרצח, כמו גם את הביטויים האלימים שקדמו לו, כנובעים מאותו מקור – דהיינו: עמדה דתית-אידיאולוגית, הרואה כל ויתור על שטחים כבלתי לגיטימי. במחקרו משנת 1989 מצא פרופסור דוד וייסברוד כי בקרב המתנחלים יש "פוטנציאל לאלימות אנטי ממשלתית" כלפי כל ממשלה שתהיה מוכנה להתפשר על שטחים, ובכך, לשיטתם, לבגוד ברעיון הציוני ולפעול בניגוד לאיסור הדתי להעביר חלקים מארץ ישראל לשלטון זר⁶⁴. כמה שנראה במבט לאחור כנבואה מצמררת, מביא וייסברוד ציטוט של אחד

במעצר (ב"ש 526/95, בלחם נ' מ"י, החלטה מיום 28.11.95). שופט בית-המשפט המחוזי, מר עאוני חבש, התריע נגד כניעתו של בית-המשפט ל"נטייה הטבעית" כדבריו לנקום במי שהתבטא באופן גס ומקומם.

61 הארץ 7.11.95, ראיון עם הרב ולדמן.

62 הארץ 19.11.95, ציטוט מדברי בנימין נתניהו.

63 עדותו של עמיר מצוטטת פסק-הדין שבו הורשע: ת"פ 498/95 מ"י נ' יגאל עמיר, פ"מ תשנ"ו (2) 3, 20.

64 ראו וייסברוד (לעיל, הערה 6), בעמ' 134. האיסור נלמד בדרך כלל מהמלים "לא תחונם". על עצם האיסור לוותר על שטחים מארץ ישראל מתנהל ויכוח בין פוסקים שונים. אומנם רובם חושבים כי אין לוותר על שטחים אפילו כדי להשיג שלום, אך עמדה נוגדת הובעה על-ידי מנהיגו של הציבור הספרדי

המתנחלים באומרו: "יש בהתנחלויות מספיק משוגעים... לא הרבה אבל יש לנו אותם. יש מספיק אנשים בשומרון שמוכנים להרוג את פרס [ראש הממשלה דאז] אם הוא יציע פשרה טריטוריאלית"⁶⁵. פוטנציאל דומה לקיצוניות ולאלימות פוליטית זוהה על ידי פרופ' אביעזר רביצקי, שניתח את שורשי התופעה כנובעים מהמתח בין המדינה היהודית הריאלית לבין מדינה האידיאלית שבדמיונו של הציבור הדתי-לאומי ומה שציבור זה רואה כמצווה הדתית המרכזית של יישוב ארץ-ישראל⁶⁶. מחקרים אלה מעידים על הפערים האידיאולוגיים המעמיקים בחברה היהודית במדינת ישראל, על הפוטנציאל לנטישת כללי המשחק הדמוקרטיים ועל הסכנה לאלימות פוליטית שבתוכה, אך בוודאי שאינם מציירים כל מתחל כרוצח פוטנציאלי. מחקרו של וייסברוד, למשל, מדגיש את המחויבות של המתנחלים כוגרי ישיבות ההסדר לקשר בין כל חלקי עם ישראל, ועל מחויבותם להימנע משפיכת דם יהודי⁶⁷. על כל פנים, מחקרים אלה מראים כי יש שטחיות רבה בעמדה הרואה קשר סיבתי בין הביטויים האלימים בהפגנות של השנים 1994-1995 לבין הרצח. תהליך אוסלו חשף את הפוטנציאל לאלימות, ששורשיו נטועים עמוק במחלוקת הפוליטית והאידיאולוגית בישראל, וקודמים בהרבה להפגנות כנגד "תהליך אוסלו".

למעשה, ממחקר שהתפרסם לאחרונה ניתן ללמוד כי ייתכן שדווקא מדיניותו הסובלנית של היועץ המשפטי לממשלה פעלה להקטנת פוטנציאל האלימות. במחקר סוציולוגי על רציחות פוליטיות על-ידי יהודים בחן פרופ' נחמן בן-יהודה את התנאים החברתיים שהביאו לרציחות בתוך החברה היהודית (בעיקר בארץ ישראל המנדטורית). מסקנתו היתה, כי לרצח בתוך החברה היהודית קדם תהליך של ניכור בין קהילתו של הקורבן לקהילתו של הרוצח⁶⁸. העמדתם לדין של הרב גורן⁶⁹ ושל רבים אחרים היתה יכולה להעמיק את הפער בחברה היהודית, ובכך רק להעצים את תהליך הניכור הפנימי ולהגביר את פוטנציאל האלימות בתוכה. אין זה מן הנמנע, שבתגובה להעמדה לדין של אחדים היו רבים אחרים – לרבות מנהיגי מחאת הימין – מצטרפים לאמירות הפוגעות בהתרסה נגד "סתימת הפיות" או "משטרת המחשבות", ובכך היתה מגיעה המתחחות

בארץ, הרב עובדיה יוסף. לניתוח המחלוקת ראו מאמרו של י' אנגלרד "הבעיה ההלכתית של מסירת

שטחים מארץ-ישראל: משפט ואידיאולוגיה" הפרקליט מא (תשנ"ג) 13.

65 וייסברוד (לעיל, הערה 6), בעמ' 114-115 (תרגום שלי מהטקסט באנגלית).

66 א' רביצקי הקץ המגולה ומדינת היהודים (תשנ"ג) 193-195, 188-200. לדעת וייסברוד, הציווי הדתי

סיפק לצעירי הציונות הדתית מערך נורמטיבי שאפשר להם לראות את ממשלת ישראל כ"סוטה".

וייסברוד (לעיל, הערה 6), בעמ' 24.

67 וייסברוד (לעיל, הערה 6), בעמ' 125.

68 בן יהודה (לעיל, הערה 3), בעמ' 390.

69 עניין שלנגר (לעיל, הערה 41).

הבין-קבוצתית לנקודת שיא חדשה ומסוכנת מקודמותיה. אכן, טעות היא לסבור ששרה המערכה להתמודדות עם ביטויי המחאה נמצא בבית-המשפט. בית-המשפט הוא קו ההגנה האחרון, והרעוע מכולם, לחברה שכבר איבדה את מחויבותה לדמוקרטיה. אכן, זהו חלק האמיתי מימי ויימאר: המוסדות הדמוקרטיים לא ישרדו ללא תמיכה חברתית רחבה בהם, ואכיפת החוק איננה תחליף לכך⁷⁰.

1. הערכה מחדש של מערכת המשפט – שינוי במדיניותו של היועץ המשפטי לממשלה

מדיניותו של רשויות אכיפת החוק בתקופה שלאחר הרצח שיקפה את התחושה ששררה בציבור באותם חודשי הלם ומוסר כליות בדבר הסיכון המופרז שבביטויי מחאה חריפים. שלא כמו האירועים הבודדים בראשית שנות ה-80, שלא הותירו רישום עמוק על החשיבה המשפטית⁷¹, ניכר היה כי הפעם אין להתחמק מהערכה מחודשת בנושא. רבים חשו כי החברה הישראלית נמצאת בתקופת מצוקה, שבה אין מנוס משימוש בכלים החריפים של המשפט הפלילי כדי לנטרל את הסיכונים לדמוקרטיה. לא מעטים קיוו שההליכים המשפטיים והסנקציות שיבואו בעקבותיהם יתנו גושפנקא של "הוכחה" לתזה שמפלגות הימין אשמות ברצח.

כחודש לאחר הרצח, כאשר התגובות המיידיות שככו מעט, הסביר היועץ המשפטי לממשלה, מיכאל בן-יאיר, את מדיניותו החדשה בכל הנוגע להגבלת הביטוי הפוליטי⁷². היועץ אימץ למעשה את ההסבר שרווח בדבר הקשר הסיבתי:

לאחרונה, היינו עדים לפרסומים והתבטאויות השוללים את זכותה הלגיטימית של ממשלה נבחרת, הפועלת מכה אומן הכנסת, להתוות מדיניות ולבצע אותה. היינו עדים לפרסומים שקוראים להפרה שיטתית ומאורגנת של שלטון החוק והסדר הציבורי במדינת ישראל. לצערי, פרסומים והתבטאויות אלה הובילו למעשים.

היועץ נותר דבק במבחן הוודאות הקרובה כקו מנחה לשיקוליו בהעמדה לדין אך לדידו, דווקא יישום המבחן חייב את שינוי מדיניותו:

סבורני, שבעת הזאת, בה החברה הישראלית מצויה במצב של שבר

70 השוו מסקנתו של פרינסהאן (לעיל, הערה 16), בעמ' 108:

"[E]ine demokratische Republik ohne den Konsens einer ueberwaeltigenden Mehrheit von demokratisch gesonnenen Buergern konnte auf die Dauer keinen Bestand haben"

71 לעיל, טקסט ליד הערות 30-38.

72 במכתב מיום 10 בדצמבר 1995 לכותב המאמר, שהיה אז יו"ר האגודה לזכויות האזרח.

עמוק, מצב של העדר אמון ושל חשדנות כללית בין קבוצות שונות בעם, מצב שבו התנגחות מילולית הפכה למכשיר, בידי קבוצות קיצוניות, לקעקע את אושיות שלטון החוק והסדר הציבורי, ומצב בו אותן התבטאויות קיצוניות מביאות לביטוי אלימות פיזית – במצב זה ובשעה זו מתעוררת סכנה ממשית לקיומה של הדמוקרטיה.

ממשלת ישראל סברה כי נוכח השבר בעם אין שהות לנקוט פעולות הסברה וחינוך למתינות ולסובלנות, אלא יש לנקוט את הנשק החרף של המשפט הפלילי. שבועיים לאחר הרצח, ביום 19 בנובמבר 1995, החליטה הממשלה על "הקמת צוות לאכיפת החוק נגד עברייני הסתה והמרדה"⁷³. הצוות המשולב, שהורכב מנציגים בכירים של היועץ המשפטי לממשלה, הרמטכ"ל, מפכ"ל המשטרה וראש השב"כ, נקרא לאכוף את החוק הקיים "בצורה יעילה כלפי חשודים בהסתה ובהמרדה" (סעיף (ב)(3)). ההחלטה התיימרה להצר את שיקול הרעת של היועץ המשפטי לממשלה בהעמדה לדין של חשודים בביצוע עבירות אלה, בקבעה כי "הצוות ... יודא ... שכתב אישום יוגש, ותישקל האפשרות לבקש את מעצר החשוד עד גמר ההליכים" (סעיף (ב)(5)(ה)) (ההדגשה הוספה). החלטה זו לא דווחה לעיתונות, והמידע על קיום הצוות נודע לציבור חודשים מאוחר יותר⁷⁴.

הצוות המיוחד בחר למצות את הדין בעיקר עם אמירות שקדמו לרצח ראש הממשלה או התייחסו אליו⁷⁵. כמה כתבי אישום הוגשו גם בגין ביטויים נגד ראש הממשלה שמעון פרס⁷⁶. אולם, נוכח גל ביטויי האלימות שחזר ושטף את המדינה לקראת הבחירות בקיץ 1996 היה ברור כי הסנקציות הפליליות אינן כה מאיימות, ומכל מקום, אין הן מרתיעות דוברים רבים. במהלך מערכת הבחירות, ובעקבות פיגועי הטרור הכואבים בחודשים פברואר ומרץ 1996, חזרו ונשנו ביטויי מחאה חריפים, שדומה היה שכבר איבדו את הלגיטימיות החברתית שלהם. שלטים בהפגנות הימין נשאו את

73 החלטה מספר 6317 (מפורטת במזכרו של מזכיר הממשלה מיום 3 בדצמבר 1995; עוחק מצוי במערכת משפטים).

74 הארץ 18.8.96.

75 כתבי האישום התייחסו לקריאה של מנהיגי קבוצת האופוזיציה "זו ארצנו" למרי אזרחי ולהשתתפות בהפגנות, להן לא ביקשו – וממילא גם לא קיבלו – רישיון; לרישומי "גרפטי" עם סיסמאות של "רבין רוצח" ו"רבין כוגר"; להרפסת או הפצת עלונים ובהם תמונתו של רבין במדי SS; לעריכת תפילה קבלית למותו של רבין; להבעת שמחה על מותו.

76 כמה כתבי אישום הוגשו כנגד אנשים שרשמו גרפטי "פרס הבא בתור" או "פרס תלמידו של היטלר", או שהביעו תקווה למותם של פרס וערפאת.

הקריאה "פרס הבא בתור"⁷⁷, סטיקרים על פגושי מכוניות אמרו "שלום חבר 2" או "שלום חברים"⁷⁸, רומזים בבירור לאמירתו הפופולרית של נשיא ארצות-הברית "שלום חבר"; לאחר אחד מפגועי הטרור, באוטובוס בירושלים, התפרץ המון זועם לעבר ראש הממשלה שבא לבחון את מקום האירוע בקריאות "מוות לערבים, מוות לפרס"⁷⁹. הדיבור האלים לא היה נחלת הימין בלבד: ביום בו הושבעה ממשלתו החדשה של בנימין נתניהו התפרסמה בעמוד הראשון של עיתון "הארץ" מודעה, ובה קטע מסיפור כרם נבות היזרעאלי, שהסתיימה בשאלה הרטורית "הרצחת וגם ירשת?"⁸⁰. כלומר: האלימות המילולית לא נפסקה לאחר הרצח. ההפך הוא הנכון. היא התחדשה ביתר שאת, ואמירות בוטות ואלימות הפכו כמעט לבנליות. המערכת המשפטית הועמדה בפני אותו אתגר שבו כשלה רפובליקת ויימר: בהינתן מדיניות המתערבת בביטויי מחאה פוליטית, כיצד להכריע היכן להתערב והיכן להבליג מבלי לעורר חשד לאפליה על בסיס עמדה פוליטית?

2. התגובה השיפוטית

כתבי האישום שהגיש היועץ המשפטי לממשלה הציבו אתגר בפני בתי-המשפט. בפני הערכאות הראשונות לא היתה פרשנות מוסמכת של סעיפי החוק העוסקים בהסתה ובהמרדה מפי בית-המשפט העליון, פשוט מפני שבבעבר כמעט לא נעשה בהם שימוש. עד עתה שימש שיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה מחסום בפני הגבלות דרקוניות של ביטויי מחאה פוליטיים. לאחר הסרתו של מחסום זה, הוטלה האחריות הכבדה על בתי-המשפט, לקבוע אם הגבלות דרקוניות אלה מתוייכות הן, או שמא יש מקום לפרש אותן בצורה דווקנית, שתצמצם באופן משמעותי את תחולתן. מכיוון שהשיח המשפטי השגור התבסס מאז פרשת קול העם על מבחן הוודאות הקרובה, התמקד הדיון בשאלה האם הגדרת האיסורים הפליליים על ביטויי המחאה מותנית בהוכחה, בדרגת ודאות קרובה, של סכנה חמורה לסדר הציבורי או לביטחון הציבור⁸¹. עד שלב כתיבת המאמר, אף אחד מכתבי האישום הקשורים ברצח ראש הממשלה לא נדון בבית-המשפט העליון. עם זאת, בעקבות הגשת יותר כתבי אישום הקשורים בעבירות ביטוי, ניתנו בשנים האחרונות פסקי-דין וגם נאמרו אמירות פחות פורמליות מפי שופטים, וכל אלה יכולים להעיד על חשיבה מתודשת בנושא גם בקרב שופטי

77 הארץ 4.3.96.

78 ידיעות אחרונות 26.2.96.

79 הארץ 26.2.96.

80 הארץ 18.6.96. הציטוט הוא ממלכים א' כא: 19.

81 כאמור לעיל (בהערה 29), רק סעיף אחד – סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור – מונע במפורש את החלתו של מבחן הוודאות הקרובה התוצאתי.

בית-המשפט העליון.

ימים מועטים לאחר רצח ראש הממשלה נקרתה לבית-המשפט העליון ההודמנות הראשונה לעיין מחדש בנוסחת קול העם⁸²: תנועת "כהנא חי" ביקשה לערוך אזכרה ליום השנה לרצח מאיר כהנא, אולם לראשונה מזה חמש שנים אסרה המשטרה על קיום האזכרה, שלמעשה היתה אמורה להיות הפגנה. המשטרה לא ביססה את האיסור על מבחן "הוודאות הקרובה" אלא על הכרזתה של תנועת "כהנא חי" כארגון טרור⁸³, וממילא כארגון שזכויותיו נשללות ממנו לפי הפקודה למניעת טרור. למרות זאת, בהחלטתו נפנה השופט זמיר להתייחס למבחן הוודאות הקרובה, באומרו:

"הנסיבות עשויות להשתנות משנה לשנה, ועמן עשויה להשתנות גם מידת הסכנה או, ליתר דיוק, מידת הוודאות בקיום הסכנה לשלום הציבור. ... מבחן הוודאות הקרובה... הוא מבחן חי ורגיש, המגיב לפי הנסיבות וההתפתחויות. ... מה שהיה מותר אתמול, אפשר כי יהיה אסור, לפי אותו מבחן, מחר. ולהיפך"⁸⁴.

כחודשיים לאחר הרצח התבטא נשיא בית-המשפט העליון, השופט אהרן ברק, בטקס לרגל מינוי השופטים, בנוגע למדיניות הראויה כלפי ביטויי המחאה. הוא ציין כי "האירועים הקשים שעברו עלינו לאחרונה צריכים להגביר את רגישותנו למרכיביו של האיוון. מה שבעבר לא נתפס כיוצר סיכון שהוא קרוב לוודאי לגרימתו של נזק ממשי, עשוי להיתפס בהווה כיוצר סיכון כזה, וזאת בשל שינוי בנסיבות החיים"⁸⁵. במה שיכול להראות כביקורת על עמדת הפרקליטות והחלטות הביניים של הערכאות הראשונות שתוארו לעיל⁸⁶, הוסיף הנשיא ואמר כי "שינוי הנסיבות אינו צריך לקעקע את נוסחת האיוון עצמה... [האיוון] צריך להיות חסין מפני זעזועים קשים הנגרמים על-ידי אירועים יוצאי דופן. עצמאותנו ואי-תלותנו השיפוטית מעניקים לנו את הכוח והסמכות לבטא ערכי יסוד אלה ואיוון עקרוני ראוי זה, גם אם הם אינם פופולריים"⁸⁷.

בהמשך נקרו בפני בית-המשפט העליון שלוש הודמנויות, שאינן קשורות לרצח ראש הממשלה, לפרש סעיפים עונשיים המגבילים את חופש הביטוי: המקרה הראשון

82 כהנא נ' קרויזר (לעיל, הערה 38). פסק-הדין מיום 12.12.1996.

83 ביום 13.9.1994 הכריזה ממשלת ישראל על כל הפלגים של התנועה הכהניסטית כ"ארגוני טרור" כהגדרתם בפקודה למניעת טרור – תש"ח 1948, על כל ההשלכות הנובעות מכך (ראו עניין כהנא נ' קרויזר, לעיל, הערה 38).

84 עניין כהנא נ' קרויזר (שם), בפסקה 4.

85 נאום בטקס מינוי שופטים לבית-המשפט העליון. הרשות השופטת כ"ג (תשנ"ו) 5 (מצוטט בפסק-דינו של השופט טירקל בעניין אלבה, לעיל, הערה 40).

86 ראו עניין בלחסן (לעיל, הערה 60).

87 לעיל, הערה 85, שם.

עסק בחוכרת שהופצה על-ידי הרב עידו אלבה בין תלמידיו, ובית-המשפט המחוזי מצא כי היא מהווה ביטוי גזעני, המכוון כלפי תושבי חברון המוסלמים⁸⁸; השני עסק בשני מאמרים שפרסם מוחמד יוסף ג'בארין בעיתון ערבי הנדפס בנצרת, ובית-המשפט המחוזי מצא כי הם תומכים באינתיפאדה⁸⁹; והמקרה השלישי עסק בהפצת כרוזים על-ידי בנימין כהנא, שקראו להפצין כפרים של ערבים בישראל כתגובה על פיגועים, וכינו כפרים אלה "קני רוצחים"⁹⁰. בית-המשפט אישר את הרשעתם של שני הנאשמים הראשונים, וזיכה את הנאשם השלישי. בשלושת המקרים מצא בית-המשפט לנכון להסתייג מהחלטתו של מכתן הוודאות הקרובה על ההרשעה בפלילים. כאמור, המקרים אינם קשורים ישירות לרצח רבין, אך פסקי-הדין נכתבו בתקופות שונות לאחר הרצח. לא יהיה זה מרחיק לכת להניח שהעמדה הספקנית בציבור כלפי חופש הביטוי הדהדה גם בין כתליו של בית-המשפט העליון. השופט מצא, ברעת מיעוט כעניין כהנא, כיטא עמדה זו בהתייחסו לרצח במפורש כאירוע סימפטומטי המחייב שינוי במדיניות השיפוטית כלפי ביטויי מחאה ומרדן, שינוי שתרגומו לשפת המשפט הוא החלשת דרישת היסוד התוצאתי כנסיבה המגבשת את האחריות הפלילית. לדבריו:

לדמוקרטיה הישראלית קמו אויבים מרים מבית. אחד מאלה טבח עשרות מתפללים מוסלמים בעת תפילה. אחר רצח את ראש ממשלת ישראל. [...] האיסורים הפלילים על המרדה, כמו האיסורים הפליליים על גזענות, נועדו להגן על הדמוקרטיה שלנו מפני מהרסים ומחריבים מבית; ואינני רואה כל יסוד לחשוש שהפעלתם ככתבם – כל עוד תיעשה בשיקול-דעת נאות ובמינון שאינו עולה על הנדרש – עלולה להשיג תכלית הפוכה ולפגוע בחופש הביטוי⁹¹.

אלא, שתרגום התחושה הציבורית לשפה משפטית היא מלאכה לא קלה, ואומנם בית-המשפט נמנע מלעצב עמדה מנחה, שוות מעמד לזו של קול העם, שתנמק ותגדיר את גבולות האחריות הפלילית לביטוי. ההימנעות מקביעה עקרונית בולטת במיוחד בפרשנותו של בית-המשפט לסעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור (בפסקי-הדין בענייני אלבה וג'בארין). פרשנות זו קבעה שאכן לא נדרש יסוד הסתברותי להתגבשותה של העבירה, אך בית-המשפט נמנע מלעצב עיקרון אלטרנטיבי שיתחום גבולות לניסוח הרחב והכוללני בדבר "פרסום דברי שבח אהדה או עידוד למעשי אלימות", שלהלכה יכול להפוך לפלילי גם ביטוי המביע תמיכה בניסיון התנקשות בראשי ארגוני הטרור או

88 עניין אלבה (לעיל, הערה 40).

89 ע"פ 4147/95 ג'בארין נ' מ"י (טרם פורסם). ניתן ביום 20 באוקטובר, 1996.

90 ע"פ 6696/96 כהנא בנימין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם). ניתן ביום 2 במרץ 1998.

91 פסקה 21 לפסק-דינו (לעיל, הערה 90).

בהמן האגני. היתה הזדמנות – ולאור הנסיבות שתוארו לעיל, אף הצורך – לפתח גישה שיפוטית עקרונית, שתכלול "מנגנוני ביטחון" פרשניים כמו בחינה תוכנית מדוקדקת של הביטוי או בחינת השפעתו של הביטוי על השומע, מנגנונים שימנעו הגבלת יתר של חופש הביטוי. בית-המשפט לא עשה כן. בפרשות אלבה וג'בארין, בניגוד לנקודת המוצא השגורה של בית-המשפט לפיה פרשנות כל חוק חייבת להיגזר מעקרונות היסוד של השיטה, בית-המשפט נכנס לדיון צר בפרשנות טקסטואלית של סעיפי החוק, בלא התייחסות לעקרונות היסוד של השיטה, המגינים על חירות האדם מחד גיסא ועל הדמוקרטיה מאידך גיסא. בעניין השלישי, עניינו של בנימין כהנא, בו נדרשו השופטים לשאלת מרכיביה של עבירת ההמרדה, הביע כל שופט עמדה משלו. בעוד שהשופט מצא הציע, בדעת מיעוט, הגבלות נרחבות על חופש הביטוי בשם ההגנה על הדמוקרטיה⁹², העדיף הנשיא ברק את מבחן האפשרות הסבירה (או הממשית) על-פני מבחן הוודאות הקרובה במקרה של סיכון לפגיעה ביציבות המשטר⁹³, ואילו השופט גולדברג תמך במבחן "הסכנה הממשית למבנה המשטר הדמוקרטי"⁹⁴. למרות הדמיון הלשוני בין שני מבחנים אלה, ספק אם קיימת בין השופטים תמימות דעים לגבי תוכנו של המבחן: בעוד שהשופט גולדברג מציב מבחן מתמיר לביטויי "המרדה" דווקא, בשל "רמת הסיבולת הגבוהה של האינטרס הציבורי ביציבות המשטר, [ה]מחייבת העלאת ה'רף' במידתו של הפוטנציאל להמרדה"⁹⁵, מדגיש הנשיא ברק את האינטרס בדבר יציבות המשטר כאינטרס "כה חשוב ונכבד, עד כי יש הצדקה לפגוע בחופש הביטוי אם קיימת אפשרות סבירה [להבדיל מודאות קרובה] לפגיעה באינטרס זה"⁹⁶.

לאור האמור לעיל, דומה כי המחלוקת בציבור ביחס לפוטנציאל ההרסני של ביטויי מחאה או ביטויי מדון וגזענות מהדהדת כיום גם בבית-המשפט העליון. כבר בכך יש כרסום משמעותי בבסיס ההסכמה הרחב, שעליו הושתת מבחן הוודאות הקרובה מאז פרשת קול העם ושעל-פיו יושם.

92 שם.

93 בנימין כהנא (לעיל, הערה 90), בפסקה 11. אם כי נראה שהנשיא ברק מעדיף את מבחן האפשרות הסבירה ללא התוספת בסוגריים בחלקים אחרים של פסק-דינו (ראו שם, פסקה 13).

94 שם, בפסקאות 22, 23.

95 שם, בפסקה 22.

96 שם, בפסקה 11. בע"פ 697/98 סרצקין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) קבע בית-המשפט (מפי השופט אור) כי האינטרס של הגנה על רגשות דת "אינו מצוי במדרגה העליונה של הערכים המוגנים בשיטת המשפט שלנו" (להבדיל, למשל מהאינטרס של הגנה על מבנה המשטר) ולכן ראוי להרשיע בגין ביטוי רק כאשר הסיכון לפגיעה שהוא יוצר מצוי ברמה של "ודאות קרובה" (פסקה 22 לפסק-הדין). על השימוש במבחנים השונים ראו לעיל, הערה 112.

ד. מבחן הוודאות הקרובה וחלופותיו

כאמור לעיל, בהינתן השאיפה העקרונית להתיר ביטוי מגוון ככל האפשר, הסדרת הביטוי היא שאלה של ניהול סיכונים. מהם המבחנים המתאימים להתמודדות עם סיכונים אלה? האם מבחן הוודאות הקרובה, על-פיו ביטוי ייאסר רק אם הוא עלול – בדרגת הסתברות גבוהה – לגרום פגיעה ממשית וקשה באינטרס פרטי או ציבורי, הוא מבחן ראוי להגבלת הביטוי? האם ראוי הוא רק ככל שמדובר במניעה מוקדמת להבריל מסנקציה מאוחרת, על בסיס המשפט הפלילי, או שמא ישנן חלופות ראויות הימנו? בפרק זה ייבחנו שאלות אלה תוך בדיקת חלופות למבחן הוודאות הקרובה. במסגרת בחינת החלופות השונות יש לתת את הדעת לכמה שיקולים. ראשית, יש להתחשב באופיין של מערכות אכיפת החוק: מהם האילוצים והיכולות של הגופים השונים – המחוקק, הרשות המבצעת ובתי המשפט – בהקשר של הגדרת גבולות הביטוי ויישומם, ומהו מרווח שיקול הדעת שראוי להותיר בידי היועץ המשפטי לממשלה (בהחלטה לגבי העמדה לדין) ובידי השופטים בהערכת פוטנציאל הסיכון של הביטוי. שנית, מכיוון שעסקינן בדיני העונשין, יש להתחשב בעיקרון הוודאות או הבהירות – עיקרון המחייב רמה מתקבלת על הדעת של צפיות מצד האדם העלול להיות מורשע בשל אמרותיו. לבסוף, יש להתחשב באופי החברה הנדונה, האם היא הומוגנית או שמא שסועה, שמתקיימות בה מסגרות שיח נפרדות רבות.

קיים, כמובן, יחס הפוך בין מידת הוודאות של מבחני הביטוי האסור לבין שיקול הדעת המנהלי או השיפוטי לגבי התרתו של ביטוי ספציפי. ככל שהאיסור מוגדר ברור יותר על-ידי נורמה כללית, כך קטן שיקול הדעת של רשויות האכיפה והבקרה השיפוטית. לפיכך, יש צורך להעריך מהי מידת שיקול הדעת שראוי להותיר בידי אנשי המנהל והשופטים, וכן איזה סוג של שיקול דעת מגן יותר טוב מפני טעויות בהערכת הסיכון שבביטוי: המבחן התוצאתי, המחייב הערכה של הסכנות המסתברות מהביטוי, המבחן התוכני, הבוחן את משמעות הביטוי, או מבחן המשלב גם התייחסות ליסוד הנפשי של הדובר. התזה שתוצג להלן תטען, שפתרון המתח הטבוע בין האינטרס בדבר ודאות ההגבלות על הביטוי מחד גיסא, לבין שיקול הדעת המנהלי והשיפוטי (וטיבו של אותו שיקול דעת) מאידך גיסא, תלוי באופיה של החברה ובמוסדותיה. בחברה רב-תרבותית ומקוטבת פוליטית כבישראל, הכף נוטה לטובת הרחבת שיקול הדעת תחת המבחן של הוודאות הקרובה, אף תוך נגיסה מסוימת בעיקרון הוודאות בפלילים. באופן יותר קונקרטי, תזה זו תומכת בהחזרת עטרת מבחן הוודאות הקרובה ליושנה, ומבקשת להזהיר מפני תגובות יתר משפטיות לטראומה של רצח ראש הממשלה יצחק רבין.

1. המבנה החברתי והסדרת הביטוי: שווקים נפרדים של רעיונות

את סיכוני הביטוי המיוחדים לה חייבת כל מדינה לנהל באופן התואם את צרכיה ומבנה החברתי המיוחד: חברה הומוגנית עומדת בפני אתגרים שונים מאלה העומדים בפני חברה הטרוגנית, שבה מתקיימות זה בצד זה מסגרות שיח שונות שאינן מתקשרות זו עם זו. כדי לאשש טענה זו, אתייחס בקצרה למאפייני השיח הציבורי בישראל.

על אף ניסיונות העבר ליצור בישראל "כור היתוך" נותרה החברה הישראלית חברה רב תרבותית⁹⁷. קהילות חברתיות שונות משתמשות בשפות שונות: ערבית, רוסית, יידיש, אמהרית ורבות אחרות. תרבות שיחה שונה מבחינה בין הציבור החילוני לציבור הדתי ובין הגוונים השונים של הציבור הדתי. בתוך הציבור הערבי ישנן רמות שונות של שפה, כאשר הערבית הספרותית אינה נגישה לרוב האוכלוסייה. לכל קהילה יש עולם דימויים, סמלים והקשרים ייחודי. לכל קהילה יש גם דרך המיוחדת לה להביע את רעיונותיה. הקבוצות השונות אף פיתחו לעצמן דרכי תקשורת שונות, כמו עיתונים, ערוצי רדיו חוקיים או פיראטיים, ואף ערוצי טלוויזיה המיוחדים לכל אחת. לפיכך, אין "שוק רעיונות" אחד אלא שורה של שווקים, שלכל אחד ההילך החוקי שלו. שווקים אלה אינם מקיימים ביניהם קשרי גומלין, ומלאכת העברת המסר מקהילה לקהילה נצרכת לפעולת תרגום בידי הבודדים המצויים במערכת הסמלים והקונטציות של הקהילות השונות. ללא פעולת תרגום כאמור, המסר מעוות. לכן, כדי לפענח מסר מסוים ולהעריך את כוונת דוברו ואת פוטנציאל הפגיעה הטמון בו, יש לבחון – נוסף על תוכנו המילולי של המסר – גם משתנים כגון זהותו של הדובר, זהות נמעני הדיבור (על-פי הדרך שבה הועבר המסר), הרגישויות המיוחדות ומערכת הקונטציות של ציבור זה. מלאכת הפענוח היא קשה. כאשר השופט נדרש אליה בהליך פלילי, מדובר בפעולה רבת אחריות שסיכוני הטעות בה אינם מבוטלים. כשמדובר בטקסט דתי, הקושי רב אף יותר: הביטוי הדתי יכול שיהיה טעון וסבוך עד שאין לצפות כלל כי אדם שאינו מצוי בנבכי הדת יוכל לשער את כוונתו האמיתית.

דוגמה חזקה לסיכונים הנובעים מקשיי התרגום של השיח התוך-קהילתי על-ידי המצויים מחוצה לו ניתנה בעניין אלכה. הרב אלכה, מורה בכולל שבמערת המכפלה, כתב מאמר שכותרתו "בירור הלכות הריגת גוי". המאמר חולק באפריל 1994 בין תלמידיו בכולל. כותרת משנה מודגשת של המאמר קראה: "אין כאן פסיקת הלכה, אלא העלאת הדברים לעיון והעמקה בלבד לפני תלמידי חכמים". נושא של המאמר היה

97 ראו לאחרונה רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר, עורכים, תשנ"ח), וכיחוד מאמרם "הרהורים על רב-תרבותיות בישראל" שם, בעמ' 67.

התנאים בהלכה להתרת הריגתו של הגוי, ואלה סוכמו תחת הכותרת "המסקנות ההלכתיות לעיון ולא למעשה"⁹⁸. מובן, כי קשה לנתק את המאמר מההקשר ההיסטורי: פחות מחודש לפני פרסומו טבח ברוך גולדשטיין, יהודי תושב קרית ארבע, במחפלים מוסלמים במערת המכפלה. ברוב של 5 נגד 2 הכריע בית-המשפט העליון כי אלבה אשם בהסתה לגזענות⁹⁹. דעות השופטים נחלקו בפרשנותם את כותרת המשנה. שופטי הרוב החילוניים הבינו את כותרת המשנה כניסיון מגושם להתחמק מאחריות פלילית. לעומת זאת, עבור השופטים הדתיים, שהשיח של אלבה קרוב אליהם, כותרת המשנה העידה כי אין במאמר כוונה להסית ושכך גם נמעני המאמר המאמר יבינו אותו¹⁰⁰. על רקע הגיוון הרב, ההבדלים הגדולים והניתוק בין קהילות השיח השונות במדינת ישראל, נבחן את התאמתן של הדרכים השונות להסדרה מנהלית ופלילית של הביטוי הפוגע.

2. כללים מול סטנדרטים: חסרונות ויתרונות

קיימות שתי דרכים עיקריות להתמודד עם הסיכון שבביטוי. החברה יכולה לבחור גישה המטילה מראש הגבלות על חופש הביטוי בדרך של כללים (rules) המנוסחים בקפידה ובפירוט, למשל: חוקים האוסרים את הביטוי הגזעני, את הפגיעה בדגל ובסמל המדינה או את הכחשת השואה. מטבעם, חוקים כאלה מתייחסים ונותנים פתרונות למצבים ספציפיים, וממילא הם מגבילים מאוד את שיקול הדעת של המחליט. בחברה דמוקרטית הגבלות כאלה משקפות את עמדת החברה, כי צורות ביטוי מסוימות מסוכנות בפני

98 בין מסקנותיו של אלבה היו המסקנות הבאות: יש ציווי דתי להרוג מוסלמי המאמין בג'יהאד; יש חובה להרוג גויים המאיימים על אינטרסים יהודיים; וכאשר החברה אינה מקיימת את הציוויים, חובה על היחיד לפעול.

99 סעיף 144ב לחוק העונשין (תיקון משנת 1986) אוסר כל הפצה או הדפסה של חומר הכולל הסתה לגזענות. על האיסורים והרקע לחקיקתם ראו D. Kretzmer *Racial Incitement in Israel in Group Defamation* (לעיל, הערה 5). כן ראו: A. Shapira "Confronting Racism by Law in Israel: Promises and Pitfalls" 8 *Cardozo L. Rev.* (1987) 595.

100 השופט טל מעיד על הבנתו האישית במאמר. הוא קרא את כל המאמר והוא "משוכנע, שאין במאמר כוונה, וגם לא בסיכומו, כל היתר להריגת גוי (חוץ מאשר במלחמה או כאשר הלה מסכן את חיי ההורג). להפך – כתוב בו שאסור להרוג גוי..." (עמ' 126 המודפס, ההדגשה במקור). השופט טל גם מדיגש את ההבדל החשוב בכתיבה ההלכתית בין דיון תיאורטי לבין פסיקה למעשה (עמ' 131-132). השופט טירקל הצטרף לפרשנות זו בקבעו, כי "כאשר כתב המערער בראש דבריו 'לעיון ולא למעשה' גיטל מדבריו פוטנציאל ההסתה שהיה בהם, אפילו היה בהם פוטנציאל כזה מלכתחילה" (פסקה 8 לפסק-דינו). לדיון של השופט טירקל, מאמרו של אלבה היה בגדר מאמר אקדמי בלבד, המוגן לא רק על-ידי חופש הביטוי אלא גם על ידי החופש האקדמי (פסקאות 10-11 לפסק-דינו).

עצמן, פוגעניות ומזיקות ללא קשר לתוצאה מסתברת כלשהי, ולפיכך החברה לא תסבול אותן בשום מקרה, מבלי צורך להפעיל שיקול דעת ספציפי. מאידך גיסא, החברה יכולה לתמוך בסטנדרטים (standards), האוצלים שיקול דעת נרחב ומתווים מדיניות בידי הרשות המבצעת והרשות השופטת, ובמסגרתם יכול בית-המשפט לבחון כל מקרה ומקרה לגופו. הגישה השנייה מעידה על כך שהחברה אינה יכולה, או אינה רוצה, להגדיר מראש את הנזק שיגררו סוגי ביטוי מסוימים או הגבלתם, ולכן היא חייבת לאפשר לרשות המנהלית ולבית-המשפט החלטה על בסיס אינדיבידואלי¹⁰¹. תיתכן, כמובן, גישה שלישית, המשלבת את שתי הגישות: בתחומי ביטוי מסוימים יהיו כללים חד-משמעיים הנוגעים להגבלות על חופש הביטוי, ובאחרים יוותר שיקול דעת רחב בידי בית-המשפט.

שתי הגישות אינן כה רחוקות זו מזו כפי שנדמה במבט ראשון. כאשר הן מיושמות במשטר דמוקרטי-ליברלי, שתי הגישות מנסות לאזן בין חופש הביטוי לבין אינטרסים חברתיים חשובים אחרים. שתי הגישות אינן חסינות בפני הפעלה לא תקינה של השיטה על-ידי רשות מבצעת או רשות שופטת שאינה ערה דיה לחשיבות הביטוי, או שמייחסת לו חשיבות רבה מדי. עם זאת, אין להמעיט בערכו של ההבדל. ישנן משמעותיות חברתיות ומוסדיות גדולות לבחירה באחת מהדרכים. עדיפות לגישת הכללים תינתן בחברה שבה נהנה המחוקק מאמון רב של הציבור כמוסד המתאים להתוויית מדיניות ביחס להסדרת הביטוי. לעומת זאת, בחברה שבה בית-המשפט זוכה לאמון רב יותר, ניתן יהיה לצפות להעדפה לגישת הסטנדרטים. ואכן, בארצות-הברית, בה רבים ומגוונים הגופים המחוקקים, יש חוסר אמון בסיסי ברשות המחוקקת כרשות המתאימה להסדיר את חופש הביטוי. הסדרת הביטוי בדרך של סטנדרטים מעניקה את השליטה בנושא לבית-המשפט. לעומת זאת, בגרמניה, בה עדיין זכורה טראומת ויימאר, שם נכשלו

101 למעשה מדובר בשתי אסטרטגיות להכריע בשתי שאלות: (1) איזו פעולה או ביטוי מגבילים? ו-(2) לאיזה מוסד ניתנת האפשרות להכריע בשאלה הראשונה? אין קשר הכרחי בין שתי השאלות. ההנחה היא כי בדרך כלל אצילת ההכרעה לרשות השופטת – בדרך של קביעת סטנדרטים – גוררת עלויות חקיקה נמוכות אך עלויות אכיפה שיפוטית גבוהות, בעוד שהכרעה במוסד המחוקק – על-ידי קביעת כללים – מטילה את עיקר העלויות על המחוקק.

על הדיכוטומיה בין שיטת הכללים לשיטת הסטנדרטים ראו F. Shauer *Playing by the Rules* and M. Dan-Cohen "Decision Rules and Conduct Rules" 97 *Harv.L.Rev.* (Oxford, 1991) 625; I. Ehrlich & R.A. Posner "An Economic Analysis of Legal Rule Making" 3 *J. Legal Stu.* (1974) 257; G. K. Hadfield "Weighing the Value of Vagueness" 82 *Cal.L.Rev.* 541 (1994); R. Carswell & J.E. Calfee "Deterrence and Uncertain Legal Standards" 2 *J.L.Econ. & Organ.* (1986) 279; L. Kaplow "Rules Versus Standards: An Economic Analysis" 42 *Duke L. Rev.* (1992) 557; D. Kennedy "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 *Harv.L.Rev.* (1976) 1685.

בתי-המשפט בבלימת הביטוי הגזעני, יש נכונות רבה יותר לקבל את מעורבותו של המחוקק בקביעת כללים להגבלת הביטוי¹⁰². סיבה אפשרית נוספת להבדלים בנכונות להסדרת הביטוי באמצעות חקיקה בארצות-הברית ובגרמניה היא ההבדל בלכידות החברתית של שתי החברות. ואומנם, בחברות יותר הומוגניות ניתן לצפות שהחוק יסקף הסכמה חברתית רחבה. בהעדר קבוצות מיעוט ה"שכריות" על-ידי הרוב, שגם חרד מהן ומביטוייהן, הכרעת הרוב בבית המחוקקים תסקף הכרעה חברתית בדבר חלוקת הסיכונים הראויה לאותה חברה¹⁰³. בחברות הטרוגניות, לעומת זאת, חברי הגוף המחוקק ייצגו קהילות שונות באוכלוסייה, והצבעתם תייצג אינטרסים כיתתיים יותר מאשר את ההסכמה החברתית הכללית. בנסיבות כאלה, מיעוטים שאינם מיוצגים כראוי ייטו לחשווד באיסורים מבוססי תוכן של הביטוי, ככאלה שאינם רגישים דיים לצרכיהם, וחשד זה יהיה ברוב המקרים מבוסס, שכן הרוב ייטה להטיל עליהן את סיכוני הטעות והגבלת היתר על ביטוייהן¹⁰⁴. בשל הקושי היחסי לשקף קונצנזוס במליאת הגוף המחוקק, קיימת העדפה להכרעה שיפוטית שייתכן כי תצליח לנטרל במידה משמעותית את פערי הכוחות הפוליטיים¹⁰⁵, ותהיה קשובה יותר לרגישויות ייחודיות של קהילות שונות. אומנם, שופטים מתמנים בדרך כלל מאותה קבוצת אוכלוסייה של נבחרי הציבור – ואולי אף מקבוצה חברתית מצומצמת יותר, באופן שהשכלתם ותמונת עולמם תואמים במידה רבה את זו של הנבחרים; אך עם זאת, הייחוד בהליך השיפוט הוא בהזדמנות שהוא נותן לדובר בן קבוצת המיעוט להשמיע את עמדתו ולהסביר את כוונותיו ואת רגישויותיו. הזדמנות זו חשובה במיוחד כאשר מדובר במיעוט הסובל מתת-ייצוג בגוף המחוקק¹⁰⁶.

הגישה הישראלית לחופש הביטוי, המדגישה את מבחן הודאות קרובה, היא דוגמא קלאסית לגישה המבוססת על סטנדרטים. המחוקק עומד מן הצד, בעוד שהסמכות

102 Nolte (לעיל, הערה 19, שם).

103 להשלכת ההומוגניות החברתית על פסיקת בית-המשפט ראו להלן, בסמוך להערות 113-118.

104 M.J. Matsuda et. al., "Introduction" in *Words that Wound* (Boulder, M.J. Matsuda et. al. 104 Eds., 1993) אומנם, עורכי הספר טוענים כי החברה האמריקנית זקוקה להגבלות על חופש הביטוי

הגזעני, ולהוצאתו מתחום ההגנה של התיקון הראשון לחוקה, וראו להלן הדיון בנושא זה.

105 ראו J.H. Ely, *Democracy and Distrust* (Cambridge, 1980). להגנת בית-המשפט על מיעוטים E. Benvenisti "National Courts and the International Law on Minority Rights" 2

Austrian Rev. of Int'l and European Law (1997) 1

106 האישיות של מקבלי ההחלטות, שופטים או אנשי מנהל, הופכת לגורם חשוב בתוצאה של ההליך. בשיטה האנגלו-אמריקנית חבר המושבעים יכול לייצג עמדות חברתיות שונות, ולפיכך עיקר המשקל עובר לתהליך הבחירה. לכן יש הטוענים כי חבר מושבעים, בו יש קול לבני ובנות קהילות שונות, הוא פתרון טוב להכרעות בחברה פלורליסטית 161 *A. Sofer Law and the Company We Keep* (1995).

מואצלת לשופטים ולפקידים האמורים לבחון ולאזן בין שורה של גורמים, ולהסיק האם צורה מסוימת של ביטוי היא בגדר הנסבל. בלא ספק, גישה כזו היא בעייתית ואף מסוכנת. היא בעייתית במובן הנורמטיבי, כאשר היא מיושמת במסגרת המשפט הפלילי, שכן היא נוגסת בעיקרון הוודאות והבהירות. עיקרון זה דורש שנורמה משפטית הפוגעת בזכות יסוד, במיוחד אם היא כוללת סנקציות פליליות, תהיה מנוסחת היטב ותאפשר לאזרח להסדיר מראש את התנהגותו לפיה¹⁰⁷. בשל שיקול הדעת ביחס לחוקיות הביטוי, האזרח הישראלי אינו יכול להעריך באופן ודאי את היקף חופש הביטוי שלו רק על-ידי בחינה של החוק. נוסף על כך (ואולי במקום זאת) הוא חייב להיות ער למדיניותם של התביעה ושל בתי-המשפט. גישה זו היא גם מסוכנת, מכיוון שהיא נשענת על שיקול דעת מנהלי. הסכנה נחשפה בעקבות רצח ראש הממשלה. מחד גיסא נטען כנגד היועץ המשפטי לממשלה, כי טעה כשולל בפוטנציאל הסכנה שנבעה מביטויי ההתנגדות למדיניות הממשלה. מאידך גיסא, העמדה שנקט היועץ המשפטי לממשלה מיד לאחר הרצח – כמו הגישה שנקט בית-המשפט האמריקני בשנות מלחמות העולם ואחריהן – חושפת את הפוטנציאל לשימוש נמהר הטמון במבחן התוצאתי. אכן, מבחן הוודאות הקרובה יכול להיות עלה תאנה לפחדיה של ממשלה חלשה או היסטורית. גרוע מכך: המבחן יכול להיות כלי בידי הממשלה להשתיק את האופוזיציה. אומנם, שיקול הדעת המנהלי נתון לביקורת של בית-המשפט, אך בתי-המשפט נוטים לקבל את הערכות רשויות הביצוע בדבר התקיימותה של שעת חירום לאומית¹⁰⁸. התוצאה היא כי ההגנה של בית-המשפט על חופש הביטוי במסגרת המבחן התוצאתי עלולה להיחלש דווקא בשעה שבה היא נדרשת להראות את מלוא כוחה¹⁰⁹.

אולם, על אף בעייתיותה, הגישה המבוססת על סטנדרטים מצליחה להימנע מכמה חסרונות המאפיינים את הגישה המבוססת על כללים מוגדרים היטב. הבעיה המרכזית של הגישה האחרונה היא הסכנה של הגבלות רחבות מדי או צרות מדי. לעתים המחוקק יכול להגדיר מראש את הביטוי הפוגעני, כגון במקרה של הכחשת השואה או הסתה לגזענות, אך במקרים רבים אחרים הכללות כאלה אינן אפשריות. ראשית, המחוקק יכול להיכשל במלאכת חקיקת ההגבלות בשל חוסר ערנות לסיכון או חוסר הסכמה לגבי הגדרתו. שנית, ככל שהביטוי האסור מוגדר יותר בקפידה, כך גדלה יכולתו של הדובר הפרובוקטור לסגן את ביטוי הפוגעני באופן שייכנס למסגרת המותרת תוך העברת המסר

¹⁰⁷ "...formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct" *Sunday Times v. U.K.* [1979] 2 E.H.R.R. 245, 271. על עיקרון הבהירות ראו מ' קרמיצר וד'

גנאים הסתה, לא המרדה (תשנ"ח) 11.

¹⁰⁸ ראו מאמרי "Judicial Misgivings regarding the Application of International Norms: An Analysis of Attitudes of National Courts" 4 E. J. Int. L. (1993) 159.

¹⁰⁹ Ely (לעיל, הערה 105), בעמ' 107-108.

האסור. אין כמעט סוף ליכולתו של דובר מתוכם להסוות או לרמוז מסר שפל ופוגע, תוך הסוואתו הפורמלית למקרה של העמדה לדין¹¹⁰. היכולת האין-סופית לתמרון מילולי מצריכה לתת בידי השופט אפשרות לשקול כל ביטוי באופן פרטני, כדי להכריע אם החברה צריכה להתירו או לא.

המסקנה היא, אפוא, שלמעט חריגים ברורים ומוסכמים על הכל (כגון הכחשת השואה או ביטוי גזעני), אין מנוס מקביעת סטנדרטים להגבלת הביטוי, סטנדרטים שיעניקו לתביעה ולבתי-המשפט שיקול דעת רחב בבואם לבחון ביטויים ודוברים קונקרטיים. השאלה תהיה, אפוא, מהו הסטנדרט הראוי לתחום את גבולות שיקול הדעת. למסקנה זו משנה תוקף בחברות רבות-תרבותיות. כאשר מדובר בחברה שבה מתקיימות קהילות-שיח שונות, בהן גם כאלה החסרות כוח פוליטי ושאינן יכולות להיכנות מהליך החקיקה שיאסור ביטוי הפוגע בהן, קטנה ההסכמה החברתית הרחבה לכללים מוגדרים היטב, ומצומצמת עד מאוד האפשרות לנסח כללים כאלה. הרוב יהיה ער בעיקר לביטוי המקומם אותו, ויפעל להגבלתו בחקיקה; אולם הוא לא ייתן אותו משקל לביטוי הפוגע בקהילות המיעוט, ובכך יעורר אצל המיעוט טענות של הפליה, חוסר רגישות וחוסר התחשבות¹¹¹. מאידך גיסא, קיים סיכוי שרגישויותיהם של המיעוטים יובהרו טוב יותר, ויזכו לתגובה הולמת יותר, בשיח ישיר בינם לבין רשויות התביעה או השופטים ביחס לביטויים קונקרטיים.

3. שיקול דעת תוכני או שיקול דעת תוצאתי

בצד המבחן התוצאתי – כגון מבחן הוודאות הקרובה¹¹², המקנה שיקול דעת לרשויות אכיפת החוק – ניצבת האפשרות לנקוט מבחן תכני שגם בו טמון כר נרחב לשיקול דעת

110 Abel (לעיל, הערה 8), בעמ' 102-97.

111 ראו Abel (לעיל, הערה 8), בעמ' 29-22. בולטת היא העבירה הפלילית על חילול השם בבריטניה, המקיפה רק פגיעה בנצרות. הגדרה חלקית זו היוותה בסיס לתחושת נחיתות מעמד בקרב המיעוט המוסלמי לאור העדר תגובה שלטונית לפרסום ספרו של סלמן רושדי פסוקי השטן, בו ראו מוסלמים רבים בבריטניה חילול הקודש. על כך ראו Abel (שם), בעמ' 11-22, וביתר פירוט – B. Parekh, "The Rushdie Affair: Research Agenda for Political Philosophy" in: *The Rights of Minority Cultures* (Oxford, W. Kymlicka ed., 1995) 303, 312-314.

112 בהמשך אתייחס למבחן הוודאות הקרובה כדוגמה לפרדיגמה של המבחן התוצאתי. יש לזכור שמאז קול העם ועד לאחרונה, בעניין סוצקין (לעיל, הערה 96), בית-המשפט התייחס בכובד ראש להבחנות בין מבחנים תוצאתיים שונים כגון "האפשרות הממשית", "האפשרות הסבירה", "הנטייה הרעה" או "הסכנה הברורה והממשית", ואף מציב מבחנים שונים בצמתים שונים של תחרות בין אינטרסים נוגדים. הדבר מעלה שאלה נוקבת בדבר הרציונלים המשמשים את בית-המשפט בקביעת ההיררכיה בין האינטרסים השונים (למשל, ההגנה על מבנה המשטר לעומת ההגנה על רגשות הדת). אך מעבר

ביישומו. מבחן זה יבדוק את תוכנו של הביטוי. כך למשל, יוטל איסור פלילי על ביטוי שיש בתוכנו משום "העלבה" של עובד ציבור או של מוסד ציבורי, פגיעה בשמו הטוב של אדם או פגיעה בערך חברתי כגון שוויון בין המינים או בין הדתות. שני המבחנים, התוצאתי והתכני, מחייבים את מקבלי ההחלטות לערוך סוגים שונים של הערכות. בעוד שהמבחן התוצאתי מתמקד בפוטנציאל ההתממשות של מעשה האלימות, מבוסס המבחן התכני על ההנחה שלביטוי ישנה משמעות "אובייקטיבית" שניתנת לגילוי על-ידי רשויות האכיפה והשפיטה תוך היזקקות למבחן האדם הסביר. זו אכן הנחתו של המשפט הגרמני, המבסס את הסדרת הביטוי על המבחן התכני. על-פי הפסיקה הגרמנית, השופט יקבע את חוקיות הביטוי הרלבנטי על-פי הבנתו של "הקורא בעל הרגישות הממוצעת", של "האזרת בעל התכונה הנורמלית" או של "הציבור הנכון חסר הדעות הקדומות"¹¹³.

אלא, שבחברה שבה קיימות קהילות שיח שונות, אין כל משמעות למבחנים אובייקטיביים אלה. אין אפשרות שלביטוי כלשהו תהיה פרשנות "אובייקטיבית". עוד יותר קשה לראות כיצד אנשי הפרקליטות או השופטים, שאינם מייצגים את כל הפלגים בחברה, יבררו את הסוגיה "מהו הביטוי המסית המהווה ביקורת מקובלת במשטר דמוקרטי", מבחן הקורא לכאורה גם לחיפוש השוואתי בשדות זרים¹¹⁴. יתר על כן: יש

לכך, קשה להשתחרר מהתחושה שתוכנם האמיתי של המבחנים השונים הוא לא בניסוחם התיאורטי כי אם ביישומם על עובדות המקרה. שופט שמקנת בלבו תחושה של סכנה מסתברת מביטוי מסוים יתייחס אליו כאסור בין אם הוא ישתמש במבחן אחד או במשנהו. פרשות *Schenk* ובנותיה (לעיל), הערה 17) יוכיחו: למרות עוצמתו המילולית של מבחן ה"סכנה הברורה והממשית" הורשעו אנשים שלא היה בין דבריהם לבין "הסכנה הממשית" ולא כלום. יודגש, כי על אף היומרה של המבחן התוצאתי להיות נקי משיקולים ערכיים, הוא איננו כזה. הוא איננו מוכן להכיר בהגבלה על הביטוי רק מפני שציבור השומעים פגיע. לכן נמנע בית-המשפט מלהחיל את מבחן הקרבה לוודאות ביחס לאפשרות של פגיעה ברגשות. ראו בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421. באותה מידה גם לא הגיוני להגביל ביטוי מפני שהשומע הוא אלים. אנו מצפים מקהל שומעים להיות בעל סובלנות מסוימת, ואיננו מוכנים להגביל ביטוי פשוט מפני שהנפגע אלים. גישה אחרת תביא לכך שדווקא הדיבור של הקבוצה החלשה יוגבל, בגלל חשש מתגובה אלימה של הקבוצה החזקה.

113 ראו הדין במשפט הגרמני: "Soldaten sind" (BVerfG, Beschl. v. 10.10.95, NJW 95, 3303 ("Soldaten sind Moerder"); OLG Braunschweig NJW 1978, 2044 (2045) (the "Buback-Nachruf" case); Fritz Ossenbuehl JZ 1995, 633 (640); W. Schmitt Glaeser, NJW 873 (1996); 114 כך על-פי הצעתם של פרופ' מרדכי קרמיצר וחאלד גנאים בנייר העמדה שלהם (לעיל, הערה 107), בעמ' 74. על-פי הצעה זו, ביקורת כזו, על אף היותה באופן פורמלי הסתה אסורה, לא תיראה כעבירה. כהסבר, בעמ' 37, "בכל מקרה [יהיה] חייב הפרשן לבדוק לגופו של עניין, אם ההתבטאות נופלת

ספק כבד אם אנשי המנהל או השופטים מסוגלים להכין לאשורו את המסר הטמון בביטוי, כאשר מדובר בדוברים או בקהל יעד המשתייכים לקהילה אחרת. בהעדר משמעות אובייקטיבית לביטוי, הם יבינו את הדברים על-פי קהילת השיח שאליה הם משתייכים, תוך שהם מייחסים לדובר משמעות שאינה בהכרח תואמת את המשמעות שהוא ביקש לייחס לה ושהובנה על-ידי נמעניה¹¹⁵.

בהעדר פירוש אובייקטיבי אחד, ניתן לכאורה ללמוד על המשמעות של המסר תוך התחקות אחר זהותו של הדובר¹¹⁶, ציבור נמעני הביטוי¹¹⁷ והדרך שבה בחר הדובר להעביר את המסר¹¹⁸. כל אלה יסייעו להגדיר את קהילת השיח הרלבנטית, ולפיכך גם למצוא את המשמעות האובייקטיבית הפנים-קבוצתית של המסר, כפי שהוא יובן על-ידי "בן-קהילה סביר". לפי גישה זו, טעו שופטי הרוב בעניין אלבה כשלא שעו לעצת שופטי המיעוט, שקראו לבחון את מאמרו של אלבה על-פי מבחן "תלמיד הכולל הסביר"¹¹⁹, וגם השופטים בעניין ג'בארין טעו משלא שמעו את טענתו בדבר משמעותה של בחירתו לכתוב בשפה ספרותית גבוהה.

אולם, גישה רליטיביסטית אלטרנטיבית זו אף היא בעייתית, מכמה טעמים. ראשית, החסינות שהיא מקנה לדובר, הנוקט ביטוי תמים מבחינת קהילת השיח שלו, אינה מתחשבת כראוי ברגישותם של אחרים, בני קהילות שיח אחרות, שנחשפו במכוון או במקרה לביטוי שמבחינתם הוא פוגעני או אלים. שנית, ההתמקדות במשמעות

לגדר האיסור, לפי לשונו ולפי מטרתו, ואם ההתבטאות מקובלת במשטר דמוקרטי וראויה להיות מוגנת".

115 ייתכן כי שיתוף הציבור בהליך, כחבר מושבעים למשל, יכול שיעזור בהעברת קולה של קבוצת השיח הרלבנטית לשאר מקבלי ההחלטה. וראו בהקשר זה את ספרו של סופר (לעיל, הערה 106), שם.

116 מסר סמלי, כמו למשל שריפת דגל או תמונה, ישתנה על-פי השתייכותו של בעל הביטוי. אם הוא ערבי, ייתכן שיראו בביטוי עידוד למעשה אלימות; אם הוא חרדי יראו בזה הצהרה להתנגדותו למדינה החילונית; אם הוא צעיר חילוני, הביטוי יכול להיות מובן כהתנגדות למלחמה או לגיוס לצבא.

117 יש ציבור הפגיע יותר לביקורת, במיוחד על דברים מסוימים. הטענה כי דוד המלך נאף יכולה להיחשב סבירה אם תושמע בפורום אקדמי, ויכולה להיחשב כהתגרות אם תאמר במהלך עצרת החזרה בתשובה בבני ברק.

118 לעיתים הבחירה באמצעי להעביר את המסר היא כשלעצמה חלק מהמסר, ויכולה להעניק למסר משמעות משלו. כאשר הדובר משתמש באמצעי תקשורת המוגבל רק לקבוצה שלו (כמו זה ששימש את עידו אלבה) יש לכך משמעות אחרת מאשר אותו מסר העובר באמצעי התקשורת המיועדים להגיע גם לאוזני השומעים.

119 כפי שאומר השופט טל, "טכסט הלכתי יש לקרוא – כפי שקהל היעד שלו קורא. וקהל היעד – על פי הראיות שלפנינו – היה דווקא קהל תלמידי חכמים" (עניין אלבה, לעיל, הערה 40, בעמ' 132 לפסק-הדין המודפס); השופט טירקל מתייחס לפוטנציאל ההסתה כ"נבחן ביחס לציבור שעליו עשויים הדברים להשפיע" (פסקאות 7-8 לפסק-דינו).

הפנים-קהילתית של הביטוי מקנה למעשה לקהילת-השיח הספציפית מעמד בכורה בהגדרת נסבלותו של הביטוי, והחברה בכללותה נמצאת מוותרת על כוחה לקבוע נורמות כלליות של ביטויים אסורים, ועל יומרתה להנחיל ערכי יסוד שהיא רואה כבעלי תקפות אוניברסלית באמצעות המשפט. כשם שאין אפשרות לתת לרגישותה המיוחדת של קהילת שיח אחת להכתיב הגבלות על ביטוי של מי שאינו משתייך אליה (כמו, למשל, במקרה שקהילה דתית מסוימת מבקשת להגן על ביטוי הפוגע לדעתה באמונותיה¹²⁰), כך אין מקום להתחשב התחשבות מוחלטת בחוסר הרגישות הנוהג בקהילה מסוימת ביחס לביטוי מסוים.

לעומת זאת, המבחן התוצאתי אינו מחייב כניסה למורכבות המסר התוך-קהילתי או הבין-קהילתי. המוקד עובר מהצורך להבין את המסר להערכת הפוטנציאל של תרומת הביטוי להגברת האלימות. לפיכך, המבחן התוצאתי קורא להתייחס לכל קהילות השיח הרלבנטיות ולבחון על-פי רגישותה של כל אחת מהן אם הביטוי יכול לעורר תגובות אלימות כלפי הדובר או קהילתו, כלפי בני קהילות אחרות או כלפי מוסדות השלטון. המבחן התוצאתי אינו מרכין את ראשו בפני רגישותה המיוחדת של קהילת שיח זו או אחרת: הוא בודק אם פוטנציאל האלימות יכול שינוטרל על-ידי אמצעים אחרים מאשר הגבלת הביטוי, כגון הצבת שוטרים או נקיטת סנקציות אחרות¹²¹, והוא מפחית מחשיבותן של רגישויות זניחות שאינן ראויות, על-פי הבנתו של השופט, להתחשבות בדרך של הגבלת הביטוי¹²².

ניתוח זה מוביל למסקנה, שהגישה התוכנית, המניחה את האפשרות למציאת משמעות אוניברסלית או "מקובלת" למסר (או לפחות משמעות משותפת לדובר ולשומע), אינה מתאימה בדרך כלל לחברה בה יש קהילות שיח שונות וממורדות. לעומת זאת, המבחן התוצאתי, שאינו מניח כל הנחה מקדימה על טיבו של הביטוי שראוי להגבילו, מתאים יותר לחברות שבהן אין בנמצא "משמעות מקובלת" או "אוניברסלית" של ביטוי. אומנם, כנראה אין זה מקרה שחברות מהגרים כמו ארצות-הברית וישראל העדיפו דווקא את המבחן התוצאתי על-פני המבחן התוכני המקובל במדינות הומוגניות יחסית, לפחות מבחינת השיח, כמו גרמניה.

120 ראו J. Waldron *Liberal Rights* (Cambridge, 1993) 134-142, וראו בפסקתנו את עניין לאור (לעיל, הערה 112).

121 ראו, למשל, בג"ץ 152/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי, פ"ד לח(2) 393.

122 עניין לאור (לעיל, הערה 112); בג"ץ 806/88 *Universal City Studios* נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22.

4. שיקול הדעת התוצאתי והאחריות בפלילים

המבחן התוצאתי משתלב היטב עם מגיעה מוקדמת של ביטוי: ביטוי שעלול להגביר אלימות ראוי לו שיימנע. אכן, במשפטנו אומץ המבחן התוצאתי – מבחן הוודאות הקרובה – בקשר למניעה מוקדמת בפרשת קול העם. אולם, מבחן זה איננו זר גם לדיני העונשין. למעשה, הורתו של המבחן בפסקי-הדין האמריקניים שהרשיעו דוברים על התבטאויות אסורות¹²³. עם זאת, החלת המבחן התוצאתי במישור העונשי מחייבת התמודדות עם שתי טענות עיקריות. הראשונה מתייחסת ליחס בין מבחן זה לבין היסוד הנפשי של הדובר, והשנייה מתייחסת לרציותו של שיקול דעת שיפוטי רחב בניגוד לעיקרון הוודאות בפלילים.

מכיוון שבהקשר זה מדובר בהטלת אחריות פלילית, יש מקום לשקול מדוע לא להטיל אחריות בגין ביטוי, תוך שימוש בלעדי או עיקרי במבחן המתמקד ביסוד הנפשי של הדובר. הבסיס הנורמטיבי לדרישה זו מצוי ברעיון בדבר הרציונליות של הפרט, שנדרש לעיל¹²⁴: על הדובר להיות אחראי למה שהתכוון לעשות או, לכל היותר, למה שהיה מודע לו בעת עשייתו, ולא לפוטנציאל לאלימות אפשרית מטעם אחרים – סובייקטים אוטונומיים לא פחות – בעקבות דבריו, פוטנציאל אליו לא היה מודע¹²⁵. אולם, מבחן היסוד הנפשי הוא בעייתי. כמבחן בלעדי הוא בעייתי, באשר הוא נוגד את העיקרון שאין עונשין על דברים שבלב¹²⁶. כמבחן מצטבר למבחן התוצאתי יש בו הערמת מגבלה משמעותית נוספת על הענישה בדיעבד של הכיטוי לעומת מניעתו המוקדמת, מכיוון שהמניעה המוקדמת כלל איננה נצרכת ליסוד הנפשי של הדובר¹²⁷. החמרה בדרישה לגבי היסוד הנפשי, בעוד שהיא מגינה על הדוברים, יש בה כדי לצמצם

123 ראו פסקי-הדין לעיל, בהערה 17.

124 לעיל, בטקסט ליד הערות 9 ו-10.

125 זהו הבסיס לתיאוריה הכללית של השידול. ראו Fletcher (לעיל, הערה 9), בעמ' 654-655, 681.

126 ראו דעת רוב השופטים בפרשת אלבה (לעיל, הערה 40), שקבעו כי ה"דבר" שפרסומו אסור כהסתה גזעית אינו יכול להיות תמים, אלא חייב לבטא הסתה לגזענות, שאחרת יהא בכך משום ענישה על דברים שבלב.

127 תוצאה זו תהא מנוגדת לעמדה המקובלת המצדדת במבחן מקל לעניין מניעה מוקדמת, ומבחן מחמיר יותר בשלב הסנקציה בדיעבד. ראו עניין אבגרי נ' שפירא (לעיל, הערה 11), ודברי הנשיא ברק בעניין בנימין כהנא (לעיל, הערה 90). בהינתן "אפקט הצינון", בו איסורים פליליים מרתיעים את האזרח מפני שימוש בזכותו האזרחית, הגיונה של הבחנה זו מוטל בספק. ראו *Smith v. Daily Mail Publishing Co.* 443 U.S. 97 (1979) 101-102.

את הגנת החוק על קורבנותיו הפוטנציאליים של דיבור פוגע¹²⁸. אכן, צירופו של יסוד הכוונה לעבירה, כפי שנעשה בפסק-הדין בעניין *Brandenburg*¹²⁹ ובחקיקה הישראלית הנוגעת להסתה לגזענות¹³⁰, יכול להביא לכך שרבים מהאנשים שבאמת אחראים לפריצתה של אלימות לא יואשמו. הבסיס הרעיוני למבחן המבוסס על היסוד הנפשי של הדובר – רעיון הרציונליות של הפרט – גם הוא לא נקי מבעיות. לרעיון הרציונליות של הפרט יש מגבלות. כאשר אדם מתווק בעמדה של סמכות והנהגה כלפי אחרים, הוא אינו יכול להסתתר מאחורי מסך הרציונליות של אלה הנשמעים למרותו. הוא אינו יכול לטעון כי מטרתו לא היתה לגרום למעשה אלימות, וכי רק היה פזיז ביחס לתוצאה מעין זו¹³¹. בשל הספקות העקרוניים והמעשיים, וכן בשל קשיי ההוכחה של היסוד הנפשי, נטיית בית-המשפט תהיה להתבסס על מבחנים אובייקטיביים תחליפיים למבחן המחשבה הפלילית. ואכן, בפעם היחידה בה נתקלו בתי-המשפט בישראל בצורך להתמודד עם שאלת המטרה בביטוי הגזעני – בעניין אלבה – הם נאלצו לקבוע את המטרה על-פי מבחן "הלכת הצפיות", מבלי להוכיח את כוונתו האמיתית של אלבה¹³². בחברה רבת-תרבותית בה אין ערכי דיבור משותפים לכלל האוכלוסייה, הקושי להוכיח מחשבה פלילית באמצעות מבחנים אובייקטיביים תחליפיים הוא רב, והסיכון לטעות אינו מבוטל.

אולם, גם האלטרנטיבה – החלת המבחן התוצאתי בהליך הפלילי – אינה נקיה מבעיות. ההרשעה תלויה בהפעלת שיקול דעת שיפוטי לגבי פוטנציאל ההתממשות של הנזק, פוטנציאל שצריך לתמוך בראיות כנדרש בהליך פלילי¹³³. בשיקול דעת זה יש גם

128 אומנם, ניתן להתגבר לכאורה על קושי זה על-ידי אימוץ מבחן הסתברותי "חלש" יותר לצורך ההרשעה בפלילים, כמו מבחן ה"אפשרות הסבירה" (ואכן, ראו לעניין זה את פסק-דינו של הנשיא ברק בעניין בנימין כהנא, לעיל, הערה 90, המאמץ מבחן זה). אולם, כאמור לעיל (הערה 112), לא ברור עד כמה ההבדלים התאורטיים בין מבחני ההסתברות השונים מניבים תוצאות משפטיות שונות כאשר הם מיושמים בפועל.

129 לעיל, הערה 20. בפסק-הדין, שביטל הרשעה של מנהיג קו-קלוקס-קלאן בגין ביטויים גזעניים כלפי שחורים ויהודים, נקבע פה אחד כי מדינות בארצות-הברית אינן רשאיות לקבוע איסור פלילי על ביטוי, למעט ביטוי המכוון להסית או לגרום לפעולה בלתי חוקית כאשר הביטוי אכן עלול לגרום לתוצאה כזו.

130 לעיל, הערה 99.

131 Fletcher (לעיל, הערה 9), בעמ' 658-659.

132 עניין אלבה (לעיל, הערה 40). על הלכת הצפיות ראו גם סעיף 20(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

133 בפסק-הדין שניתן לאחרונה מפי השופט אור בעניין סוצקין (לעיל, הערה 96), בה הורשעה סוצקין בין היתר בעבירה של פגיעה ברגשי דת (לפי סעיף 173 לחוק העונשין, תשל"ז-1977), התעוררה לראשונה השאלה בדבר הראיות הדרושות להרשעה בפלילים בגין הסיכון שיצר ביטוי, במקרה זה ביטוי "שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים". טענת ההגנה,

כדי לפגוע בעיקרון הוודאות, הדורש שנורמה משפטית שפוגעת בזכות יסוד, במיוחד אם היא כוללת סנקציות פליליות, תהיה מנוסחת היטב ותאפשר לאזרח לכוון מראש את התנהגותו לפיה¹³⁴. יכולה לעלות גם הטענה כי מתן שיקול דעת בידי רשויות התביעה הכללית ובית-המשפט, באמצעות סטנדרטים בדמות מבחן תוצאתי כגון מבחן הוודאות הקרובה, תיצור הגבלת יתר של חופש הביטוי: דוברים החוששים מסיכונים מיותרים יימנעו מהבעת דעתם מעבר לנחוץ, כדי לא להיקלע לסיכון של עבירה פלילית.

אך בשקלול כולל, ובהעדר פתרון אידיאלי, נראה כי החלת המבחן התוצאתי גם בהליך פלילי היא בגדר החלופה הפחות גרועה. למרות חוסר הדיוק, העמימות היחסית של הסטנדרט היא הכרחית כדי להבטיח הגנה ראויה על חופש הביטוי בחברות רב-תרבותיות כישראל. אם נזכור כי עיקרון הוודאות של החוק העונשי נובע מהעקרונות החוקתיים של חירות ואוטונומיה של הפרט, נוכל לקבל את הטענה שלעתים עדיפה הגבלה "שיקול דעתית" של חירות הפרט, שאולי היא פחות צפויה, אך יש בה כדי להגשים טוב יותר ערכים אלה¹³⁵. זהו בבירור המקרה שבו אכיפת החוק העמום מגבילה את חופש הביטוי באופן שמגן יותר על חירות האדם, כבודו והאוטונומיה שלו, לעומת הגנת הכללים הקפדניים המנוסחים בבהירות¹³⁶. גם החשש מהרתעת יתר הוא מוגזם: ממילא רוב הדוברים ייטו להסתמך לא על מילות החוק כפשוטן אלא על המוסכמות החברתיות ועל מדיניות אכיפת החוק בידי הפרקליטות ובית-המשפט, מדיניות שזוכה לחשיפה תקשורתית גבוהה¹³⁷. קווים מנחים אלה, הנגישים בקלות, יספקו לדוברים

בדבר הצורך להוכיח את פוטנציאל הפגיעה שבפרסום באמצעות מומחים, נדחתה בנימוק ש"במקרים רבים שאלת הפגיעה ברגשות דת אינה עניין של מומחיות" (סעיף 23 לפסק-הדין), והמקרה הנדון – הפצת כרוזים בחברון המתארים את הנביא מוחמד כחזיר – הוא אחד מהם (סעיף 24). במקרים שאינם ברורים על פניהם, ניתן יהיה להוכיח את הפגיעה הגלומה בפרסום בעדות מומחה (סעיף 24). במלים אחרות: ברוב המקרים הנטל מוטל על הנאשם להוכיח בעדויות מומחים את העדר הסיכון שבביטוי. בית-המשפט הקיש מפסק-דין שעסקו במניעה מוקדמת של ביטוי על-ידי רשויות מנהליות, אך היקש זה אינו במקום, שכן במסגרת המנהלית ההודמנות לכר עובדות מוגבלת, וחזקת התקינות מיטיבה עם הרשות; בהליך הפלילי, לעומת זאת, חזקת החפות אמורה להגן על הנאשם.

134 ראו Sunday Times v. U.K. (לעיל, הערה 107), שם. ראו גם, *Canada v. Pharmaceutical Society* (1992) N.R. 241, 280 (Nova Scotia); א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשנ"ה), חלק ג' 506.

135 בהקשר זה ראו את מאמרו של מאיר דן-כהן בקשר ליתרונות והחסרונות שבהגדרות עמומות בעבירות פליליות, ובמיוחד בהקשר של הגנת הכוונה *M. Dan-Cohen "Decision Rules and Conduct"* 97 *Harv. L. Rev.* (1984) 625, 667-673.

136 שם, בעמ' 671.

137 Ehrlich & Posner (לעיל, הערה 101), בעמ' 262-263; Hadfield (לעיל, הערה 101), בעמ' 544-545.

שונאי הסיכונים וודאות סבירה לגבי האפשרות שיועמדו לדין¹³⁸. יש גם לזכור כי בעוד שחוקים ברורים וחד-משמעיים מקילים על הדוברים שונאי הסיכון, הם גם מקילים על הדובר הגזעני, היכול לתכנן את אמירותיו הגזעניות ולהסוותן בביטויים מתחכמים ומתוחכמים שיעקפו את החוק¹³⁹.

5. פיקוח שיפוטי מלא על שיקול דעתה של התביעה

החקיקה בישראל, ולאחרונה גם הפסיקה בישראל בנושא הסנקציות הפליליות בגין ביטוי אלים או פוגעני, יצרה מצב כמעט סכיופוני. מצד אחד, קיימים חוקים פליליים רחבי היקף ועמומי ניסוח, האוסרים על כל צורה של ביטוי התומך בביטוי אלים. איסורים אלה אינם מצטיינים במידה רבה של מחויבות לחופש הביטוי. גם פסקי-הדין שניתנו בשנים האחרונות לא הסירו את ערפילי העמימות. מצד שני, אכיפתם של איסורים אלה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה נעשתה במשורה, תוך שהוא כופף את שיקול הדעת הרחב שניתן לו במסגרת מבחן האינטרס הציבורי בהעמדה לדין למבחן הוודאות הקרובה. כפי שניסח זאת לאחרונה היועץ המשפטי הנוכחי אליקים רובינשטיין: "ככלל, המשפט הפלילי אינו יכול לשמש ככלי העיקרי לחינוך הציבור להתבטאות מתונה, בלשון נקייה"¹⁴⁰. כך נוצר פער משמעותי בין שיקול הדעת השיפוטי לזה המנהלי, כאשר דווקא האחרון מהווה את הכלם האפקטיבי נגד שימוש רחב מדי בסעיפי החוק רחבי ההיקף. בידי היועץ המשפטי "אקדח טעון": בהחליטו לפתוח בהליכים הוא למעשה חורץ את דין הדובר, שכן לבית-המשפט מרווח שיקול דעת יותר צר משל היועץ. פער זה בין שיקול הדעת המנהלי לשיקול הדעת השיפוטי צפוי להתרחב, אם תתבסס המגמה בפסיקה שתשלול את תחולת מבחן הוודאות הקרובה במשפט הפלילי.

פער זה איננו רצוי, משום שהוא מותיר כוח שלטוני ללא ביקורת בנושא חשוב למדי. בהעדר ביקורת שיפוטית, עלול להסתמן סימן שאלה סביב הלגיטימיות והנכונות של שיקול הדעת המנהלי. יש לצמצם פער זה, וניתן לעשות זאת באמצעות פיתוח ההגנה

138 פורמלית, עיקרון הוודאות נשמר אם ניתן להסתמך על פסקי-דין במקום על חוקים. אם תאמר אחרת, פסלת את כל המשפט המקובל כנוגד עיקרון זה. השווה *The Sunday Times Case* (לעיל, הערה 107), בעמ' 270.

139 Abel (לעיל, הערה 8), בעמ' 86-93.

140 "על חופש הביטוי ועל מדיניות התביעה בעבירות של הסתה לאלימות" (דברי היועץ המשפטי לממשלה בוועדת החוקה חוק, ומשפט של הכנסת, 29 ביולי 1997; עותק נמצא במערכת משפטים).

של "זוטי דברים" הכלולה בחלק הכללי של חוק העונשין¹⁴¹. על-ידי היוקקות להגנה זו, ניתן יהיה לבחון בחינה שיפוטית את נכונות שיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בהחלטתו על העמדה לדין. כאשר יסבור בית-המשפט הדן בכתב האישום כי הגשתו יסודה בהפעלת שיקול דעת לקוי, יוכל לדחותה בהסתמך על ההגנה ומבלי להיכנס לבחינת התקיימותם של יסודות העבירה. הפסיקה צריכה לגבות את מדיניותו הראויה של היועץ המשפטי לממשלה ולעגן את שיקול דעתו לקראת אתגרי העתיד, באמצעות פרשנות שתקרא לתוך הוראות האיסורים הפליליים על הביטוי את מבחן הודאות הקרובה כאחת הנסיבות של העבירה או, למצער, כאשר החוק אינו סובל פירוש כזה – על-ידי פיתוח ההגנה בדבר "זוטי דברים".

ה. סיכום

במובן מסוים, רצח יצחק רבין ותגובותיהן של הרשויות שבאו לאחריו מהווים חיוק לטענות של התומכים בהגבלת חופש הביטוי ולאלה של המתנגדים לכך כאחת. התומכים בהגבלות חופש הביטוי יפנו אל הקשר ה"מוכח" בין דיבור, מחשבה ומעשה. המתנגדים להגבלה יטילו ספק בקישור זה, וידגישו דווקא את פעילות היתר של רשויות התביעה והערכאות הראשונות מיד לאחר הרצח, תוך שהם מזהירים מפני אפשרות של שימוש לרעה בכוח השלטון להגביל את חופש הביטוי. במידה רבה, שני הצדדים צודקים: יש קשר מסוים בין דיבור למעשה, ומצד שני יש חשש כי מוסדות פוליטיים ישתמשו לרעה בכוח שיינתן להם.

השאלה, אם כן, היא שאלה של ניהול סיכונים חברתי. כל חברה צריכה להתמודד עם הסיכונים השונים ולהתאים לעצמה את הגישה המתאימה לה, כאשר הנחת המוצא היא כי יש להתיר ביטוי מגוון ככל האפשר. כל חברה צריכה להתמודד עם שתי שאלות מרכזיות: הראשונה, עד כמה היא מוכנה להתיר סוגי ביטוי שיש בהם פוטנציאל לאלימות כדי לשמור על חופש הביטוי. השנייה, מי המוסד המתאים ביותר בחברה הנתונה כדי להתמודד עם שאלות אלו. מסקנת המאמר היא כי בחברה רב-תרבותית כמו בישראל, ההכרעה צריכה להינתן לרשויות התביעה ולשופטים על פי סטנדרט רחב של מבחן תוצאתי. גישה כזו תתמודד טוב יותר מאחרות עם הסיכונים בחברה הישראלית.

141 סעיף 34 ז' ("לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך"). על הזיקה בין שיקול הדעת של היועץ המשפטי בהעמדה לדין לבין הגנה זו ראו א' מגן "זוטי דברים" – אך לאו מילתא זוטרותא" הפרקליט מג (תשנ"ז) 38, 46 (הוראה זו "הינה צעד בכיוון של ההגנה על כבוד האזרח כדי שיקבל בזכות מה שבעבר קיבל כחסד").

אם נסתכל לאחור, אל שנת 1996, נראה כי המוסדות הדמוקרטיים בישראל עמדו ככלל בפני הרחף הראשוני להגביל את חופש הביטוי. מגמה זו נכלמה במחיר של כמה כתבי אישום נמהרים וצווי מעצר מיותרים. עם זאת, בטווח הארוך יותר ניכר שביטחון השופטים בחוסנה של החברה הישראלית מפני פרצי אלימות פוליטית התערער. גם אם ידבוק בית-המשפט במבחן הוודאות הקרובה – מגמה שמאמר זה מבקש לחזק – הרי אין זה מן הנמנע שחוסר הוודאות השיפוטי ייתן את אותותיו, שהרי מעולם לא נתפס מבחן הוודאות הקרובה כדורש הוכחה מעבר לסביר לגבי האפשרות של גרימת נזק חמור. למרות שהיועץ המשפטי לממשלה נשאר נאמן למבחן זה אף יותר מבית-המשפט, הרי עצם ההכרה בפוטנציאל האלים של הביטוי הניבה שינוי בתוצאה. כפי שניתן היה כבר להבחין בפסקי-הדין בהם יישם השופט הולמס את המבחן שניסח, מבחן ה"סכנה הברורה והמיידית", יישומו של כל מבחן להגבלת הביטוי יכול להניב תוצאות שונות בהינתן עמדה ערכית שונה של השופט ביחס לחירות הביטוי וביטחונו בחוסנה של החברה.

מלות סיכום אלה נכתבות ערב יום השנה השלישי לרצח ראש הממשלה יצחק רבין. לפני שלוש שנים נדמה היה שהפשע הנורא יזעזע את אמות הספים של החברה הישראלית ויביא אותה לערוך חשבון נפש נוקב; אך מאז יש המבקשים לטשטש את חומרתו ולהקהות את משמעותו. השיח המשפטי בסוגיית חופש הביטוי הפוליטי הוא אולי המסגרת הציבורית היחידה שמבטיחה לשמר את הרצח כתודעה הקולקטיבית. מבחינה זאת, מאמר זה, המצדד בהמשך מדיניות ההבלגה שקדמה לרצח, עלול להתפרש, או ניתן לעשות בו שימוש, כתרומה למאמצי הטשטוש וההדחקה. על כן מוצא אני לנכון להדגיש כי המאמר נועד להדגיש מסר אחר: מערכת אכיפת החוק הפלילי מוגבלת מטבעה ביכולתה לטפל במחלוקות עמוקות בחברה מקוטבת, שאיבדה את מחויבותה לדמוקרטיה.

