

## עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן "אפשרות ההתממשות של נזק": חשיבה מחודשת

מאת

אלון הראל\*

המשפט הפלילי הישראלי מכיל שורה של סעיפים האוסרים ביטויים מסוגים שונים. בסדרה ארוכה של פסקי-דין פיתח בית-המשפט שני מבחנים עיקריים המסייעים בקביעה האם ביטוי נופל למסגרת סעיפים אלה. המבחן הראשון הוא מבחן הכוונה/משמעות – מבחן הנסמך על כוונת הדובר, או על משמעות הביטוי. המבחן השני הוא מבחן אפשרות ההתממשות של נזק – מבחן הנסמך על בדיקת השאלה האם הביטוי עלול היה להביא לנזק אותו התכוון המחוקק למנוע. המאמר מצביע על אי עקביות באופן בו בוחרים בתי-המשפט בין שני המבחנים האלה וכן מפתח מודל תאודטי לסייע לשופטים בבחירה זו. חלקו הראשון של המאמר טוען כי יש להסתפק במבחן הכוונה או המשמעות רק כאשר הכוונה או המשמעות מהוות אינדיקציה להתממשותו העתידית של נזק. חלק זה בוחן גם את הנסיבות בהן הכוונה או המשמעות יכולים או אינם יכולים לתפקד כפרוקסי להתממשותו העתידית האפשרית של נזק. חלקו השני של המאמר מפתח את הטענה כי מבחן מצטבר המבוסס הן על כוונה/משמעות והן על אפשרות ההתממשות של נזק מאפשר לשופטים לבטא את יחסם העוין לביטוי הפוגע בערכים חברתיים חשובים ועם זאת להימנע מלהטיל סנקציות פליליות על ביטויים כאלה. הפרדה כזו בין היחס המוסרי לביטוי לבין הסנקציות על הביטוי היא רצויה הן מסיבות פטיכולוגיות והן מסיבות מוסריות חברתיות.

א. מבוא. ב. מבחן אפשרות ההתממשות כפסיקה: רולטה שיפוטית? 1. הסתה לגזענות; 2. דברי שבח, עידוד או אהדה למעשי אלימות; 3. המרדה. ג. הלוגיקה הנגלית של הרולטה השיפוטית. 1. הטיעון הסמנטי; 2. שיקולי מדיניות; 3. הטיעון הערכי – תכלית החוק; 4. סיכום. ד. הלוגיקה הסמויה של הרולטה השיפוטית. 1. אופי הנזק. ה. "זיכוי תוך גינוי": הצידוק הנורמטיבי לזיכוי של הרשע. ו. סיכום.

\* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי נתונה לליאורה בילסקי, רותי גביוון, מירי גור-אריה, אייל גרוס, יואב דותן, גיא הלפטק, ורד וינצקי-סרוסי, יפה זילברשץ, דן יקיר, אילן סבן, אוריאל פרוקציה, דורון קליר, רות קנאי, יובל קרניאל ורון שפירא על הערותיהם. תודות מיוחדות לאיל בנבנישתי ולאריאל פורת על הערותיהם המפורטות.

## א. מבוא

רב ומורה הלכה בישראל – רבה של ישיבה שליד מערת המכפלה – מפרסם קביעה הלכתית לפיה איסור "לא תרצח" שבתורה איננו חל על יהודי ההורג גוי; עיתונאי ערבי מפרסם מאמר המשבח מעשי אלימות ובמיוחד השלכת אבנים ובקבוקי תבערה כנגד השלטון הישראלי בשטחים בזמן האינתיפדה; פעיל ימין קיצוני – חבר התנועה "כהנא חיי" – מדפיס, במסגרת מסע הבחירות של התנועה לכנסת, כרוזים הקוראים לממשלה: "על כל פיגוע בישראל – להפציץ כפר ערבי – קן רוצחים במדינת ישראל". כדי לא להתיר קריאה זו ברמה מופשטת מדי ממשך הכרוז וקורא להפציץ את "קן הצרעות אום אל פאחם" בתגובה למותם של חיילי צה"ל בלבנון.

שלושה אירועים אלה אינם אירועים דמיוניים, פרי יצירתו של מורה למשפט, המתכר אירוע למבחן כדיני חוקה של מדינת רורטיניה. שלושת האירועים הללו אירעו בישראל בשנים האחרונות, ושלושתם גררו אחריהם התדיינות פלילית שהגיעה בסופו של דבר לפתחו של בית-המשפט העליון. מקצתם גם עתידים להעסיק בית-משפט נכבד זה במסגרת דיון נוסף.

החוק הפלילי הישראלי מכיל שורה ארוכה של סעיפים פליליים המאפשרים – לפחות על-פי לשונם – להרשיע בגין התבטאויות מסוג זה<sup>1</sup>. אולם, קיומו של עוגן סטטוטורי איננו מספיק כדי להצדיק את הפללת המעשים. העוגן הסטטוטורי הקיים כיום בחוק הפלילי הוא רחב מדי, על-פי כל אמת מידה סבירה, ומלאכת הפרשנות צריכה לשמש את בית-המשפט כדי לצמצם את היקף הביטויים שיש להפילם<sup>2</sup>. לצורך זה פיתחו בתי-המשפט שני מבחנים עיקריים. המבחן הראשון (מבחן הכוונה/משמעות) מתמקד במצבו הנפשי של הדובר או בתוכן הביטוי. ביטוי שנאמר כדי להשיג תכליות פסולות וביטוי בעל תכנים פסולים יסווגו על-פי מבחן הכוונה/משמעות כביטוי אסור, ללא צורך בבחינה קונקרטית של השאלה האם הביטוי אכן עלול לפגוע באינטרסים הציבוריים הרלבנטיים. המבחן השני (מבחן אפשרות ההתממשות) תובע מבתי-המשפט לקבוע, בכל מקרה ומקרה, האם מתקיימת "ודאות קרובה", "אפשרות סבירה" או לכל

1 למשל: סעיף 133 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: "חוק העונשין") (איסור על המרדה), סעיף 144ב לחוק העונשין (איסור פרסום הסתה לגזענות), סעיף 166 לחוק העונשין (איסור הסתה לאיבה כלפי מדינה ייחודית), סעיף 173 לחוק העונשין (איסור על פגיעה ברגשי דת), סעיף 255 לחוק העונשין (איסור על מעשה המביא ליזילות בית-המשפט) ועוד עבירות רבות אחרות.

2 דוגמא ידועה היא, כמובן, עבירת ההמרדה לפי סעיף 133 לחוק העונשין. מקור העבירה הוא המשטר המנדטורי, ותכליתה העיקרית היא דיכוי הביקורת על המערכת השלטונית. ראו חיבורם של מ' קרמניצר וח' גנאים הסתה, לא המרדה (תשנ"ח).

הפחות "נטייה רעה" להתממשות התוצאות הבלתי רצויות שאותן חפץ המחוקק למנוע.<sup>3</sup> מבחנים אלה אינם מוציאים זה את זה, ולפיכך על השופטים לבחור בין שלוש אלטרנטיבות: אימוץ מבחן הכוונה/משמעות, אימוץ מבחן אפשרות ההתממשות, או אימוץ סימולטני של שני המבחנים. הבחירה בין אפשרויות אלה היא סוגיה המפלגת את השופטים בחלק גדול מפסקי-הדין העוסקים בהגבלות הפליליות על חופש הביטוי.

עיון בפסקי-הדין יגלה לקורא גיוון רב בהחלטות בתי-המשפט בסוגיה זו. במקצת מפסקי-הדין הסתפקו השופטים במבחן הכוונה/משמעות, שעה שבאחרים התעקשו השופטים לאמץ דווקא את מבחן אפשרות ההתממשות. לעתים בחירת שופטי הרוב דווקא במבחן זה או אחר אף נתקלה בהתנגדות נחרצת מצד שופטי המיעוט.<sup>4</sup> תכליתו של מאמר זה היא לבחון את הנחות היסוד האמפיריות והנורמטיביות המסתתרות מאחורי הבחירה בכל אחד ממבחנים אלה, ולפתח מודל שיטתי לבחירה ביניהם.

המאמר כולל ארבעה פרקים. בפרק הראשון נתאר את היחס של הפסיקה לשלושה סעיפי חוק המגבילים את חופש הביטוי, ונצביע על חוסר עקביות, לכאורה, באופן שבו התייחסו בתי-המשפט לסעיפי חוק אלה. במקרה אחד שנתאר להלן אימצה הפסיקה בהתלהבות את מבחן אפשרות ההתממשות, בשני היא דחתה אותו ובשלישי עורר מבחן אפשרות ההתממשות ויכוח נוקב.

בפרק השני נבחן את הטעמים שמציעים בתי-המשפט לדחיית מבחן אפשרות ההתממשות. תכליתו של חלק זה היא להצביע על כך שדחיית מבחן אפשרות ההתממשות מבוססת על אי הבנת טבעו של מבחן זה ושל האפשרויות הגלומות בו.

בפרק השלישי נבחן בפרוטרוט את אופיו של מבחן אפשרות ההתממשות, ונפתח מודל העשוי להסביר את יחסה הדיפרנציאלי של הפסיקה למבחן זה. טענתי המרכזית היא כי יש להפעיל את מבחן אפשרות ההתממשות כאשר התממשות הנזק שאותו חפצים למנוע אינה תוצאה בלתי נמנעת של תוכן הביטוי או של כוונת הדובר, אלא כאשר היא תלויה בנסיבות, באופי הציבור שאליו מכוון הביטוי וכו'. ככל שהתממשות הנזק שאותו חפצים למנוע תלויה יותר בנסיבות הקונקרטיות שבהן נאמר הביטוי, כך סביר יותר לאמץ את מבחן אפשרות ההתממשות; זאת, משום שגורמים נסיבתיים

3 במאמר זה לא אעסוק בשאלה איזה מן המבחנים ההסתברותיים השונים יש לאמץ. מבחן אפשרות ההתממשות יכול שיסתמך על ודאות קרובה, על אפשרות סבירה או על מבחן הסתברותי אחר. לדיון בנושא זה ראו מאמרו של אבנר ברק "מבחן הודאות הקרובה במשפט החוקתי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 371.

4 דעות מיעוט הן חריג בבית-המשפט העליון. לפיכך, קיומן הוא אינדיקציה לחשיבות המיוחדת שמייחסים השופטים לנושא זה. לגיתוח סטטיסטי המצביע על נדירותן של דעות המיעוט ראו י' שחר, מ' גרוס ור' חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 749.

שונים, המשתנים ממקרה למקרה, הופכים לחשובים יותר בקביעה האם הביטוי מזיק אם לאו. לעומת זאת, כאשר הנוק שאותו חפץ המחוקק למנוע נובע באופן בלתי נמנע מביטוי בעל תוכן מסוים, או מביטוי שנאמר מתוך מניעים מסוימים – או אז ניתן לוותר על מבחן אפשרות ההתממשות.

בפרק הרביעי והאחרון נבחן את השאלה האם מבחן אפשרות ההתממשות צריך לתפקד כמבחן יחיד או כמבחן מצטבר למבחן הכוונה/משמעות. מסקנתי – בזכות אימוץ מבחן אפשרות ההתממשות כמבחן מצטבר למבחן הכוונה/משמעות – תתבסס על הטענה כי לכל אחד משני המבחנים תפקיד ברור משלו. מבחן הכוונה/משמעות משמש את בתי-המשפט כדי לגנות את הביטוי, ובכך לחזק את הסנקציות החברתיות כנגד ביטויי שטנה או ביטויים המסיתים לאלימות. תפקיד זה מתממש כמלואו גם אם הדובר יוצא זכאי משום שלא מתקיים מבחן אפשרות ההתממשות. יתר על כן: טענתי היא כי התפקיד החברתי של בתי-המשפט בחיזוק הסנקציות החברתיות נגד הביטוי תוך כדי זיכוי של הדובר – התפקיד שיכונה להלן גינוי תוך זיכוי – הוא תפקיד מרכזי של בתי-המשפט בפסיקה העוסקת בהגבלות על ביטוי. מסקנה מפתיעה זו מאירה באור חדש את תפקידו של המשפט הפלילי. הן המשפטן והן ההדיוט נוטים לראות את תפקידו של בית-המשפט במשפטים פלילים כתפקיד של הטלת סנקציה בגין התנהגות עבריינית. העמדתו לדין של נאשם, שבסופו של ההליך הפלילי נמצא זכאי, נתפסת כפגם או כטעות (גם אם בלתי נמנעת) של המנגנון הפלילי – טעות שטוב היה לו ניתן היה למנוע. התפיסה האלטרנטיבית אשר תוצע במאמר זה היא כי תפקיד מרכזי של בית-המשפט הוא דווקא לחזק ולתת גיבוי מוסדי לסנקציות החוץ-משפטיות על ביטויים מסוג זה, היינו: לבטא את הסלידה המוסדית מביטויים, גם אם אינם מהווים עבירה פלילית. לסיכום, ראוי להזהיר את הקורא המחפש, מטבע הדברים, תשובה לשאלה "האם יש או אין מקום להטלת הגבלה על ביטויים מסוג זה או אחר", כי מאמר זה לא משיב על שאלה זו. יתרה מזאת: מאמר זה איננו עוסק אפילו בשאלה מהם הנוקים שאותם נועדו ההגבלות על הביטוי למנוע, או מהו משקלו היחסי של חופש הביטוי ביחס לערכים מתנגשים. במקום זאת בחרתי לעסוק בשאלה טכנוקרטית ולא ערכית: בהינתן שיש להגבלות על חופש הביטוי תכליות מוגדרות כלשהן, מהם האמצעים שאותם היה בורר המהנדס החברתי כדי לממש תכליות אלה? האם מבחן אפשרות ההתממשות של נוק הוא מבחן ראוי כדי למנוע את התממשותו של נוק, או שמא ראוי להעדיף מבחנים אחרים?

### ב. מבחן אפשרות ההתממשות בפסיקה: רולטה שיפוטית?

הגבלות רבות מוטלות על ביטויים הפוגעים כאינטרסים חברתיים חשובים<sup>5</sup>. מאמר זה יתמקד בשלושה סעיפי חוק בלבד: סעיף 144ב לחוק העונשין, האוסר על פרסום הסתה לגזענות, סעיף 4(א) לפקודת מגיעת טרור, תש"ח-1948, האוסר על דברי שבח, אהדה ועידוד למעשי אלימות, וסעיפים 133-134 לחוק העונשין, האוסרים על המרדה. העיסוק הבלעדי בסעיפים אלה דווקא, למרות קיומן של הגבלות רבות אחרות, תובע הסבר. שלושת הסעיפים שנמנו לעיל מגבילים בעיקר ביטוי פוליטי – ביטוי הנהגה מהגנה מיוחדת במשטר הקונסטיטוציוני שלנו, כמו גם במערכות משפטיות אחרות<sup>6</sup>. ביטויים טיפוסיים הנופלים לגדר סעיפים אלה הם ביטויים פוליטיים קיצוניים הקוראים לאלימות, לשנאת מיעוטים או להתקוממות כנגד השלטון. כל אחד מסעיפים אלה זכה לדיון מפורט בבית-המשפט, שכלל, בין היתר, דיון מפורש בנחיצותו של מבחן אפשרות ההתממשות. אלא, שתוצאת העיסוק השיפוטי בשלושה סעיפים אלה עלולה להותיר את המשפטנית אובדת עצות. למשל, מי שנשתכנעה על-ידי השופט מצא בפסק-הדין אלבה כי לצורך סעיף 144ב(א) לחוק העונשין (הסתה לגזענות) די במבחן הכוונה, עלולה לנוע בחוסר נחת כאשר תקרא את פסק-הדין בעניין כהנא, העוסק בסעיפים 133-134 לחוק העונשין. לעומת זאת, אם תשתכנע קוראת פסק-דינו של הנשיא ברק כי יש מקום לשקול ברצינות את אימוץ מבחן אפשרות ההתממשות ביחס לסעיף 144ב, היא עשויה להרים גבה כאשר תקרא את החלטתו של הנשיא ברק עצמו באותו פסק-דין ביחס לסעיף 4(א) לפקודת מגיעת טרור. עיון בשלושה סעיפים אלה יכול לשמש כסיס נאות לדיון ברצינות השימוש במבחן אפשרות ההתממשות<sup>7</sup>.

5 ראו לעיל, הערה 1.

6 על חשיבותו המיוחדת של ביטוי פוליטי וההגנה המיוחדת הניתנת לו, ראו מאמרי Alon Harel "Bigotry, Pornography, and the First Amendment: A Theory of Unprotected Speech" 65 *South. Calif. L. Rev.* (1992) 1887, 1890-1898.

7 סעיף נוסף אשר עורר דיון דומה הוא האסור על פגיעה בריגשי דת בסעיף 173 לחוק העונשין. לאחרונה נתן ביהמ"ש את דעתו על סעיף זה. ראה ע"פ 697/98 טטיאנה סוצקין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם). מערכת השיקולים אשר תפורט להלן חלה גם על ארוע זה. עם זאת לא אעסוק במפורש בסעיף זה.

**1. הסתה לגזענות**

סעיף 144ב(א) לחוק העונשין קובע כדלהלן: "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו מאסר חמש שנים". הרב אלבה הפיץ בקרב תלמידיו תדפיס של מאמר בנושא: "בירור הלכות הריגת גוי". המאמר הכיל את מסקנותיו ההלכתיות של הרב אלבה, שחלקן מתירות הריגת גויים בנסיבות מסוימות. מסקנות אלה של הרב אלבה כללו קביעות כגון "האיסורים של 'לא תרצח' ו'שופך דם האדם' אינם שייכים ביהודי שהורג מי שאינו יהודי", וכן "מלחמת תקיפה, על מנת להרוג גויים שיש חשש שברכות הימים יתקפו יהודים, היא מלחמת רשות שמצווה לעשותה על פי תנאי מלחמת רשות"<sup>8</sup>. במהלך שיעורי ההלכה שנתן הרב אלבה הוא חזר על דברים אלה בעל-פה בכמה הזדמנויות. הרב אלבה הורשע בבית-המשפט המחוזי בעבירה על סעיף 144ב(א) לחוק העונשין (הסתה לגזענות), והרשעתו אושרה גם בערעור לבית-המשפט העליון. שתי מחלוקות עיקריות פילגו את השופטים בערעורו של הרב אלבה.

המחלוקת הראשונה התמקדה בשאלה האם די שלדובר היתה כוונה להסית לגזענות, או שמא יש צורך גם שהביטוי יהיה בעל תכנים גזעניים. על-פי עמדה אחת, שמייצגה המובהק הוא השופט מצא, המבחן הבלעדי לתחולת הסעיף הוא המבחן של כוונת המפרסם<sup>9</sup>. לדעתו של השופט מצא, תוכן הפרסום איננו רלבנטי אלא כראיה לכוונת המפרסם<sup>10</sup>. עמדה קיצונית זו נדחתה במפורש על-ידי מרבית השופטים האחרים, אשר נוסף על הכוונה תבעו גם כחינה של תוכן הביטוי<sup>11</sup>. לוויכוח זה חשיבות מעשית מעטה, שכן הדרך היחידה, כמעט, להוכיח כי הייתה כוונה להסית לגזענות היא באמצעות הסתמכות על משמעות הביטוי<sup>12</sup>. מסיבות אלה מאמר זה כלל לא יעסוק בוויכוח בין חסידי מבחן הכוונה לבין חסידי מבחן המשמעות, וכדי לא להכריע בוויכוח זה – ולו במרומז – בחרתי להעניק שם אחד לשני המבחנים: מבחן הכוונה/משמעות.

הוויכוח השני מתמקד בדרישה מצטברת נוספת, והיא הדרישה לפיה יהיה בפרסום פוטנציאל ממשי להסתה לגזענות. זוהי דרישה לקיומו של קשר בין הביטוי לבין אפשרות התממשותן של תוצאות מזיקות (הסתה). השופטים בפסק-דין אלבה נחלקו

8 ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מ"י, פ"ד נ(5) 221, 247 (להלן: "פסק-דין אלבה").

9 שם, בעמ' 264-265.

10 שם, בעמ' 270-271. לעמדה זו הצטרף השופט בך; ראו שם, בעמ' 305-306.

11 שם, בעמ' 294 (הנשיא ברק), בעמ' 309-311 (השופט גולדברג), בעמ' 321 (השופט טל) ובעמ' 333 (השופט טירקל).

12 שם, בעמ' 305. השופט בך מעלה אומנם את האפשרות כי הוכחת הכוונה יכולה להסתמך על הודאתו של הנאשם עצמו, אולם אף הוא מודה כי מקרים אלה הם נדירים. ראו גם ניתוחו של השופט מצא שם, בעמ' 274-275.

בנוגע לנחיצותו של מבחן זה. השופט מצא דחה נחרצות את מבחן אפשרות ההתממשות בהקשר של סעיף זה<sup>13</sup>, ולעמדתו הצטרפו השופטים כן<sup>14</sup>, גולדברג<sup>15</sup> ודורנר<sup>16</sup>. השופט טירקל נטה לאמץ את המבחן<sup>17</sup>, בעוד הנשיא ברק במפורש שאיר את השאלה בצריך עיון<sup>18</sup>. לפיכך, ניתן לזהות בפסק-הדין אלבה שלושה מבחנים שונים אשר שימשו בפרשנות סעיף 144ב: מבחן הכוונה, מבחן המשמעות ומבחן אפשרות ההתממשות. מבחן הכוונה מסתמך באופן בלעדי על כוונת הדובר (הכוונה להסית לגזענות), מבחן המשמעות מסתמך על משמעות הדברים, ומבחן אפשרות ההתממשות מתמקד בפוטנציאל של הביטוי לחזק את הנטיות הגזעניות בחברה.

## 2. דברי שבת, עידוד או אהדה למעשי אלימות

סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור קובע כי: "המפרסם בכתב או בעל פה, דברי שבת, אהדה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיזמים במעשי אלימות כאלה...". סעיף זה זכה לראשונה לפרשנות במסגרת פסק-דין אלבה, שאת עובדותיו תיארו לעיל. לאחר מכן דן בית-המשפט בסעיף זה במסגרת פסק-הדין בעניין ג'בארין<sup>19</sup>. במקרה זה פרסם הנאשם מוחמד ג'בארין שלושה מאמרים בכמה עיתונים היוצאים לאור בשפה הערבית. במסגרת מאמרים אלה שיבח הנאשם מעשי אלימות הנעשים בשטחים המוחזקים נגד השלטון הישראלי, ובכללם זריקת אבנים ובקבוקי תבערה. ניתן היה לצפות כי המחלוקות בפרשנות סעיף 144ב(א) (הסתה לגזענות) במסגרת פסק-הדין אלבה יבואו לידי ביטוי גם במסגרת פרשנות סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור. אלא, שבמקומן של מחלוקות עורר הסעיף דווקא הסכמות. גם הנשיא ברק – שבעניין אלבה הותיר בצריך עיון את השימוש במבחן אפשרות ההתממשות ביחס לסעיף 144ב לחוק העונשין<sup>20</sup> – דחה באותו פסק-דין ללא הנמקה את המבחן ביחס לסעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור. הכרעה זו בפרשת אלבה שימשה בסיס להכרעה דומה של השופט מצא ביחס לסעיף 4(א) במסגרת פסק-הדין ג'בארין.

13 שם, בעמ' 257.

14 שם, בעמ' 307.

15 שם, בעמ' 316.

16 שם, בעמ' 317-319.

17 שם, בעמ' 332.

18 שם, בעמ' 298-299.

19 ע"פ 4147/95 ג'בארין נ' מ"י, פ"ד נ(4) 38.

20 ראו עניין אלבה (לעיל, הערה 8) בעמ' 298-299.

הקורא את סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור (דברי שבת ואהדה למעשי אלימות) עשוי לחשוב כי מסקנה זו מנוגדת ללשונו המפורשת של הסעיף – שהרי הסעיף מדבר על פרסום של "דברי שבת, אהדה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם, או לחבלתו..." – אלא שלא כך בחרו השופטים לפרש את הסעיף. כל השופטים שהתייחסו לשאלה זו קבעו כי המבחן איננו אם דברי השבת האהדה או העידוד עלולים להביא להתממשותה של אלימות, אלא אם האלימות שבה דוגל או תומך המפרסם היא אלימות העלולה להביא למוות, לחבלה או לאימים. אפשרות ההתממשות של האלימות איננה נחוצה לפיכך לצורך ההרשעה. כל שנדרש הוא שהאלימות ששייכת המפרסם תהא אלימות העלולה, אם תתממש, להביא בעקבותיה מוות, חבלה או אימים. לפיכך, המפרסם פרסום המעודד או משבח צביטה, סטירה או דגדוג יוצא פטור גם אם פרסום זה מביא בוודאות להתממשות הנזק, ואילו המאיים במעשי אלימות, אשר אם יתממשו עלולים להביא לחבלה או למוות, יורשע אף אם יוכח כי לפרסום לא היה פוטנציאל התממשות כלל<sup>21</sup>.

### 3. המרדה

סעיף 133 לחוק העונשין קובע כי: "העושה מעשה לשם המרדה, או מנסה, מכין עצמו או קושר קשר עם חברו לעשות מעשה כאמור, דינו מאסר חמש שנים". נוסף על כך אוסר סעיף 134 לחוק החזקה או פרסום של פרסומים שיש בהם כדי להמריד. סעיף 136 לחוק העונשין מגדיר את מונח ההמרדה וקובע, בין היתר, כי הוא כולל גם: "לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסייה". בעובדות המקרה שנדון בפסק-דין כהנא עמד הנאשם בנימין כהנא בראש תנועת "כהנא חי". במשרדי התנועה נמצאו כרוזים רבים, שבין היתר קראו "על כל פיגוע בישראל – להפציץ כפר ערבי – קן רוצחים במדינת ישראל". לאחר קריאה זו המשיך הכרוז ופירט אתרים ספציפיים שבהם ניתן ליישם את התוכנית: "להפציץ את אום אל פאחם! למה כשיצאו ערבים מאום אל פאחם – ושחטו שלושה חיילים – שלחה הממשלה להפציץ את החיזבאללה בלבנון במקום להפציץ את קן הצרעות אום אל פאחם?" הנאשם זוכה בבית-משפט השלום מעבירה על סעיפים 133-134 לחוק העונשין (המרדה), הורשע בעבירות על סעיפים אלה בבית-המשפט המחוזי, וערערו בבית-המשפט העליון נחקבל ברוב דעות (השופט גולדברג והנשיא ברק), כנגד דעתו החולקת של השופט מצא.

21 ראו שם, בעמ' 282-286 (השופט מצא), בעמ' 303-304 (הנשיא ברק), בעמ' 305 (השופט בך) ובעמ' 316 (השופט גולדברג). עמדה זו אומצה על-ידי בית-המשפט בעניין ג'בארין (לעיל, הערה 19), בעמ' 41.



בית-משפט השלום, בית-המשפט המחוזי ובית-המשפט העליון נחלקו ביניהם בסוגיות רבות הנוגעות לעבירת ההמרדה. לענייננו חשובה יותר דווקא ההסכמה בין הרוב המכריע של השופטים בשלוש הערכאות: כל השופטים בשלוש הערכאות – מלבד שופט המיעוט בפסק-הדין של בית-המשפט העליון, השופט מצא – אימצו את דרישת אפשרות ההתממשות, ותבעו לפיכך שמעשה ההמרדה יהיה בעל פוטנציאל להביא בעקבותיו המרדה, כהגדרתה בסעיף 136 לחוק העונשין<sup>22</sup>. עם זאת, היו מחלוקות ביחס לאינטנסיביות של הקשר הסיבתי הנדרש בין הביטוי לבין תוצאותיו. בית-משפט השלום אימץ את מבחן הוודאות הקרובה; בית-המשפט המחוזי הסתפק (במקרים שבהם מתקיימת כוונה) במבחן האפשרות הסבירה<sup>23</sup>, אך תבע שתקיים "זיקה אובייקטיבית קרובה לוודאי" כאשר התביעה מתקשה בהוכחת השאיפה להגשמת המטרה עצמה<sup>24</sup>, ואילו בית-המשפט העליון בחר לאמץ את מבחן האפשרות הסבירה כמבחן בלעדי<sup>25</sup>. ככל אחד מהסעיפים שבהם עסקנו הגיעו בתי-המשפט למסקנות אחרות. ביחס לסעיף 144ב (הסתה לגזענות) פיתחו מקצת מן השופטים מבחן כוונה, אחרים העדיפו מבחן משמעות, והיתר תמכו במבחן אפשרות ההתממשות<sup>26</sup>. בדיון בסעיף 4 לפקודה למניעת טרור (דברי שבח, אהרה או עידוד למעשי אלימות) דחו השופטים פה אחד את מבחן אפשרות ההתממשות<sup>27</sup>, ואילו ביחס לסעיפים 133 ו-134 לחוק העונשין (המרדה) אימצו שופטי הרוב את מבחן אפשרות ההתממשות<sup>28</sup>. הטיפול השונה בשלושת הסעיפים דורש הבהרה. דרך אחת לנסות ולפצח את הלוגיקה שמאחורי ההחלטות היא לבחון את דברי השופטים עצמם.

### ג. הלוגיקה הנגלית של הרולטה השיפוטית

בפרק זה נבחן את ההתנגדויות האפשריות שניתן להעלות למבחן אפשרות ההתממשות. שלושת הטעמים שנציג היו כפועל טעמים ששימשו את בתי-המשפט כדי לדחות את מבחן אפשרות ההתממשות, והם כוללים טעמים סמנטיים (הנסמכים על לשון החוק),

22 ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) (להלן: "עניין כהנא"), בעמ' 44-50, 56 לנוסח המודפס.

23 שם, בעמ' 29.

24 שם, שם.

25 ראו פסק-דינו של הנשיא ברק, שם, בעמ' 45-49, 56.

26 ראו עניין אלבה (לעיל, הערה 8).

27 ראו שם וכן עניין ג'בארין (לעיל, הערה 19).

28 ראו עניין כהנא (לעיל, הערה 22).

טיעוני מדיניות (הנסמכים על הקושי היחסי להוכיח כי מבחן אפשרות ההתממשות מתקיים), וטיעונים ערכיים (לפיהם מסכל אימוץ מבחן אפשרות ההתממשות את תכלית החקיקה).

### 1. הטיעון הסמנטי

מטבע הדברים, הטיעון הסמנטי איננו טיעון כללי, ותחולתו תלויה בחוק בו מדובר. הטיעון הסמנטי המרכזי נגד מבחן אפשרות ההתממשות הובא על-ידי השופטים בהקשר של סעיף 144ב לחוק העונשין – הסעיף האוסר על הסתה לגזענות. סעיף 144ב(ב) קובע כי: "לענין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא". השופט מצא הסתמך על סעיף זה וגרס, כי:

לא זה בלבד שהגדרת העבירה אינה כוללת יסוד תוצאתי כלשהו, אלא שמלשון השלילה ('אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא') מתחייב כי שכלול העבירה אינו מותנה גם בקיום הסתברות לתוצאה<sup>29</sup>.

על-פי הבנתי, סעיף קטן זה יכול שיביא את הפרשן גם למסקנה הפוכה. סעיף 144ב(ב) איננו מדבר על אפשרות התממשות, אלא על התממשות בפועל. המחוקק מצא לנכון להוסיף סעיף זה משום שסבר כי בהעדרו של סעיף קטן זה היה סעיף 144ב(א) תובע התממשות בפועל של הסכנה. לו היה חפץ המחוקק לשלול גם את דרישת אפשרות ההתממשות – ולא התממשות בפועל – הוא היה טורח ומבהיר זאת במפורש<sup>30</sup>.

השופט מצא גרס כי טעמים סמנטיים מחייבים גם פרשנות אשר דוחה את מבחן אפשרות ההתממשות ביחס לסעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור<sup>31</sup>. סעיף זה קובע כי: "המפרסם בכתב או בעל פה, דברי שבת, אהדה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיזמים במעשי אלימות כאלה...". השופט מצא קבע, כי:

פשיטא שדברי שבת, אהדה או עידוד למעשי אלימות (או לאיזמים במעשי אלימות), כשלעצמם, אינם עלולים לגרום למות או לחבלה. מה

29 עניין אלבה (לעיל, הערה 8), בעמ' 257. בנימוק זה תומך גם השופט בך, שם, בעמ' 308.  
30 אני מודה כי טיעון זה אינו מכריע. הסמנטיקה במקרה זה היא רק בסיס הפותח אפשרויות פרשניות שונות. כפי שאראה, פרשנותי עדיפה גם משיקולי מדיניות כבדי משקל.  
31 עניין אלבה (לעיל, הערה 8), בעמ' 284.

שיכול לגרום לתוצאות קשות כאלה הם מעשי האלימות, ולא דברים הנאמרים בשבחם, אוהדים אותם או מעודדים אותם<sup>32</sup>.

מכאן מסיק השופט מצא כי הביטוי "עלולים" בסעיף לא קושר בין הביטוי לבין תוצאות מעשי האלימות המנויות בסעיף, אלא בין מעשי האלימות המתוארים בפרסום לבין התוצאות האלימות האפשריות של מעשים אלה – מוות, חבלה או איומים. מכאן, שגם ביטוי שאין לו פוטנציאל התממשות יכול להוות עבירה פלילית, ובלבד שדברי השבח, האהדה או העידוד מתייחסים למעשי אלימות אשר אם יתמשו יוכלו למוות או לחבלה.

לא השתכנעתי מהנמקה זו של השופט מצא, ועם זאת נראה לי כי בליח ברירה יש לקבל את מסקנתו לפיה המילה "עלולים" בסעיף 4(א) איננה קושרת בין דברי השבח לבין האלימות, אלא בין האלימות לבין תוצאות האלימות (מוות, חבלה או איומים). כדי להבין מדוע, יש להתבונן מקרוב בניסוח הסעיף:

המפרסם בכתב או בעל פה, דברי שבח, אהדה, או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למוותו של אדם או לחבלתו, או לאיומים במעשי אלימות כאלה....

המלה "כאלה" בסיום הסעיף מסייגת את מעשי האלימות. הסייג היחיד המתקבל על הדעת מלשון הסעיף הוא הסייג המגביל את מעשי האלימות רק למעשי אלימות אשר "עלולים לגרום למוותו של אדם או לחבלתו". לפיכך נמצא, כי מסייג זה נובע שהמלה "עלולים" בסעיף זה קושרת בין מעשי האלימות לבין המוות או החבלה. אין זה ברור כלל למה מתייחסת המלה "כאלה" המופיעה בסוף הסעיף<sup>33</sup>.

עם זאת, חשוב לזכור כי המסקנה האופרטיבית מן הטיעון הסמנטי היא מוגבלת. ייתכן כי העיסוק המופרז במקצת בפרשנות המלה "עלולים" הביא חלק מן השופטים לחשוב בטעות כי ההכרעה בשאלה סמנטית זו מכריעה את גורל המשפט. אינני סבור כי עמדה זו מבוססת. קבלת עמדתו של השופט מצא ביחס למלה "עלולים" איננה מכריעה ביחס לשאלה האם יש לאמץ או לדחות את מבחן אפשרות ההתממשות, שהרי ייתכן ששיקולי מדיניות כבדי משקל יביאו את השופטים לאמץ את המבחן לא כתוצאה של פרשנות מילולית של הסעיף, אלא כדרישה הלכתית המבוססת על החשיבות של הזכות

32 שם, בעמ' 284, ההדגשה הוספה.

33 טיעון זה הוצע לי על ידי איל בנבנישתי. בגרסה מוקדמת של מאמר זה האמנתי כי ניתן להראות שלשון הסעיף תומכת דווקא במסקנה ההפוכה. אני מזדה לאיל על הערותי הנוקבות, שלאחר מאמץ לא קטן שכנעו אותי כי טעיתי.

לחופש הביטוי<sup>34</sup>. עמדתי זו מתחזקת דווקא בעקבות קריאת פסק-דינו של השופט מצא בפסק-הדין בעניין כהנא. השופט מצא פירש את סעיף 134 (פרסומי המרדה) כסעיף שאיננו דורש את התקיימותו של מבחן אפשרות ההתממשות, אף כי הוא עצמו מודה שניתן לפרש את לשון הסעיף כמאמצת במפורש מבחן הסתברותי<sup>35</sup>.

## 2. שיקולי מדיניות

השופט מצא תמך בדחיית מבחן אפשרות ההתממשות ביחס לסעיף 144ב (הסתה לגזענות) גם מטעמי מדיניות. על-פי עמדתי, דרישת אפשרות ההתממשות מטילה נטל כבד מדי על התביעה – נטל שהתביעה לא תוכל להרימו<sup>36</sup>. השופט מצא (בדעת מיעוט) חזר על טענה זו גם בפסק-דינו בעניין כהנא<sup>37</sup>. על-פי עמדה זו, נטל ההוכחה במשפט פלילי הוא נטל כבד; לפיכך, הוספת דרישה להוכחת הסתברות התממשותו של נזק עלולה לסכל את השגת תכלית החוק בשל הקשיים הראייתיים<sup>38</sup>.

מובן שאם נאמץ עמדה זו, נאלץ להודות כי שופטי הרוב בפסק-הדין בעניין כהנא טעו בכך שייבאו את מבחן אפשרות ההתממשות מן המשפט החוקתי אל המשפט הפלילי. כשם שהדרישה להוכחה "מעבר לכל ספק סביר" עלולה לסכל את הרשעתם של נאשמים בסעיף 144ב(א) (ההסתה לגזענות), כך סביר להניח כי אימוץ מבחן אפשרות ההתממשות עלול לסכל את ההרשעה של נאשמים בסעיפים 133-134 לחוק העונשין (המרדה). בשני המקרים מידת ההוכחה הגבוהה הנדרשת במשפט פלילי עלולה, על-פי טיעון זה, להצדיק את דחיית מבחן אפשרות ההתממשות.

אולם, נוסף על אי-התאמתה של היפותזה זו עם החלטות אחרות של בית-המשפט, יש בה גם קשיים תיאורטיים. הקושי היחסי להוכיח את דרישת אפשרות ההתממשות תלוי, כמובן, בעוצמת הקשר הסיבתי הנדרש. מבחן הוודאות הקרוכה אכן עלול לעורר את החשש כי יעמיד בפני התביעה נטל בלתי אפשרי; אלא – כמו שמסביר הנשיא ברק

34 כך, למשל, קובע השופט ברק בעניין אלבה (לעיל, הערה 8), בעמ' 298: "ההכרה ביסוד הסתברותי נעשית בדרך פרשנית. היא פרי הפרשנות של הדיבור 'דבר'. היא תוצאה טבעית של הגישה הפרשנית המקובלת עלינו כי האיחון הראוי בין חופש הביטוי לבין שלום הציבור עשוי להוביל למסקנה הפרשנית כי הדיבור שבחוק כולל בחובו מבחן הסתברותי".

35 ראו עניין כהנא (לעיל, הערה 22), בעמ' 27.

36 פסק-דין אלבה (לעיל, הערה 8), בעמ' 276. בעמדה זו תומכים גם השופט בך (שם, בעמ' 308) והשופט דורנר (שם, בעמ' 318).

37 ראו פסק-דין כהנא (לעיל, הערה 22), בעמ' 27-28.

38 ייתכן שההבדל בדרישות הראייתיות בין המשפט הפלילי לבין המשפט החוקתי מצדיק את אימוץ דרישת אפשרות ההתממשות בהקשר של המשפט החוקתי (שם דרישה זו מקובלת מימים ימימה) ואת דחיית הדרישה בהקשר של המשפט הפלילי.

עצמו – אין כל הכרח לאמץ מבחן המציב דרישה כה נוקשה. מבחן הסתברותי מקל יותר (כמו מבחן האפשרות הסבירה) עשוי להקל על התביעה את הוכחת העבירה. המבחן המקל של אפשרות סבירה אומץ, למשל, בפסק-הדין כהנא<sup>39</sup>. נכון הוא כי גם מבחן זה הוא בגדר נטל על התביעה, אולם ככל שהמבחן ההסתברותי הוא מקל יותר, כך ייקל על התביעה לשאת בנטל זה. לא ניתן להניח, כפי שהשופטים נוטים לומר, כי הנטל על התביעה יהיה בלתי נסבל, אלא אם אנו מניחים כי מבחן אפשרות ההתממשות שיש לאמץ הוא מבחן נוקשה כמו מבחן הוודאות הקרובה.

### 3. הטיעון הערכי – תכלית החוק

השופט מצא תמך את עמדתו, הדוחה את מבחן אפשרות ההתממשות בהקשר של סעיף 144ב לחוק העונשין, גם בטיעון הבא:

הערך החברתי המוגן הוא מניעתה של עצם ההסתה. ערך זה מופר גם אם מקבל הפרסום לא יפגע באחרים מתוך מניע גזעני, או אף לא יושפע מן הפרסום. די איפוא שהמפרסם יהיה מודע לתוכן הפרסום...<sup>40</sup>.

השופט מצא בהביר את כוונתו תוך שימוש בדוגמא של פרסום אנטישמי המופץ בקרב יהודים בישראל, ועל כן אין חשש שיביא להסתה בפועל<sup>41</sup>. השופט מצא גרס, כי פרסום כזה צריך להיות עניש ללא קשר לפוטנציאל ההתממשות של הסתה. השופטת דורגה הצטרפה לטיעון זה בדברים הבאים:

תכלית האיסור היא, בראש ובראשונה, למנוע את הדיבור הגזעני גופו. החשש מפניו בא להגן הסעיף, כפי שגם עולה מלשון סעיף 144ב(ב), איננו בהסתברות כי הדיבור הגזעני יביא לגזענות של אחרים, אלא המחוקק הישראלי ראה את הסכנה – שמפניה יש להגן באמצעות הטלת איסור בפלילים – גם בדיבור גזעני שבנסיבות המקרה אין בכוחו להביא לגזענות<sup>42</sup>.

זיהוי תכלית הסעיף כמניעת הדיבור הגזעני עצמו היא אפשרית מבחינה לוגית, ועם זאת היא דורשת הצדקה. כדי להצדיק עמדה זו יש להראות כי הביטוי עצמו (במובחן מן הנזקים הנובעים ממנו באופן סיבתי) הוא מזיק. זיהוי נזק הקשור לביטוי באופן לוגי ולא

39 ראו עניין כהנא (לעיל, הערה 22), בעמ' 45-49, 56.

40 עניין אלבה (לעיל, הערה 8), בעמ' 260.

41 שם, בעמ' 276.

42 שם, בעמ' 317. ראו גם עמדתו של השופט גולדברג, שם, בעמ' 316.

באופן סיבתי אכן מייתר את מבחן אפשרות ההתממשות, אלא שקשה מאוד להצביע על נזקים כאלה<sup>43</sup>. לעומת זאת, כל ניסיון לאתר את הנזקים הנובעים באופן סיבתי מן הביטוי מחזיר אותנו שוב אל מבחן אפשרות ההתממשות. כך, למשל, ניתן לטעון כי הנזק שסעיף 144ב בא למנוע אינו ההסתה לגזענות אלא דווקא הפגיעה הרגשית בקורבנות הגזענות, הניכור האפשרי של קורבנות הגזענות מן החברה, האפקט המשחית של הביטוי על הדובר עצמו וכו'. אולם, כל אחד מנזקים אלה מעלה שוב את שאלת אפשרות ההתממשות – שכן כל אחד מהם מותנה לא רק בקיומו של ביטוי אלא גם בנסיבות הקונקרטיים שבהן הוא נאמר. לפיכך, המסקנה מהנמקות אלה של השופטים איננה דחייה של מבחן אפשרות ההתממשות אלא התאמתו אל הנזקים האחרים שהסעיף בא למנוע.

#### 4. סיכום

הקושי המרכזי בכל טיעוני השופטים נגד מבחן אפשרות ההתממשות (להוציא הטיעון הסמנטי) הוא שאין הם מסבירים באופן ברור את הטיפול הדיפרנציאלי של השופטים בסעיפי החוק השונים. כך, למשל, אין זה ברור מעמדתו של השופט טירקל מדוע סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור איננו דורש מבחן אפשרות התממשות, ואילו סעיף 144ב(א), העוסק בהסתה לגזענות, דווקא דורש מבחן שכזה. אם נוסיף לדיון גם את פסק-הדין המחוזי בעניין כהנא, הדילמה תהיה קשה עוד יותר. מה מצדיק את דחיית מבחן אפשרות ההתממשות בסעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור (דברי שבה, עידוד ואהדה למעשי אלימות) ואת אימוצו לגבי סעיפים 133 ו-134 לחוק העונשין (המרדה)? הלוגיקה הגלויה בטיפול הדיפרנציאלי של השופטים בסעיפים השונים איננה חושפת עיקרון מנחה המצדיק טיפול דיפרנציאלי שכזה. בפרק הבא ננסה לחלץ עיקרון סמוי העשוי, אולי, להסביר את עמדת הפסיקה או לפחות את מקצתה.

### ד. הלוגיקה הסמויה של הרולטה השיפוטית

מבחן אפשרות ההתממשות מוסיף נדבך נוסף למבחן הכוונה או למבחן המשמעות. מבחן זה מתמקד לא בדובר או בטקסט, אלא במידה שבה הביטוי נקלט והוטמע

43 כפי שיצוין להלן, נשמעו דעות פמיניסטיות לפיהן ביטויים מסוימים מזיקים בעצם אמירתם, ללא קשר לתוצאות הסיבתיות הנגזרות מהם. דעות אלה התבססו על העמדה כי אופני ביטוי קובעים קונבנציות לשוניות מסוימות, הדוחקות נשים לעמדות חולשה ופוגעות ביכולתן לשלוט באופן אוטונומי על חייהן.

במציאות החברתית והפוליטית. בכך מתרחק מבחן אפשרות ההתממשות מהתכונות בלעדית בעולמו הפרטי של הדובר או בתכנים המופשטים של טקסטים, ובמקום זאת בוחן את האופנים שבהם משפיע הביטוי על עולם האמונות והדעות של קהל השומעים או את המידה שבה קהל זה נכון לפעול כדי לממש את תכני הביטוי. נמצא, כי מבחן אפשרות ההתממשות כרוך באופן אמיץ במידת הפומביות של הביטוי – המידה שבה יצא הביטוי מגדר עולמו הפרטי של הדובר אל עולמה של קהילה, ונטמע בהווה הציבורית הפומבית.

מניתוח זה נגזרת התכונה החשובה ביותר של מבחן אפשרות ההתממשות. ככל שלביטוי פוטנציאל התממשות רב יותר, כך הוא מקיים יותר את מבחן אפשרות ההתממשות ועל כן הוא חשוף יותר לסנקציה פלילית. פוטנציאל ההתממשות של ביטוי משקף את החשש שהביטוי יביא לנזק, בין בעצם אמירתו ובין בגין החשש שהתכנים הגלומים בו יאומצו וישמשו תשתית לעיצוב העולם המנטלי של הציבור שאליו הוא מכוון או להכוונת התנהגותו. מבחן אפשרות ההתממשות מבחין, לפיכך, בין ביטויים בעלי פוטנציאל התממשות גבוה (שעליהם יש להטיל סנקציה) לבין ביטויים בעלי פוטנציאל התממשות נמוך (שאינם חשופים לסנקציה פלילית)<sup>44</sup>.

ניתוח זה של מבחן אפשרות ההתממשות מעלה את התמיהה הבאה: נראה, כי פוטנציאל ההתממשות של נזק הוא תנאי הכרחי לכל איסור פלילי על ביטוי. ללא פוטנציאל התממשות של נזק לא ייתכן נזק, וללא נזק אין הצדקה לאיסור הפלילי. טיעון זה תומך בטענה כי הוויכוח סביב מבחן אפשרות ההתממשות צריך שיסתיים קודם שההל, משום שאפשרות ההתממשות של נזק היא תנאי הכרחי לכל איסור פלילי<sup>45</sup>.

התנגדות זו מסייעת להבהיר את המשמעות האמיתית של המחלוקת בין חסידי מבחן הכוונה/משמעות לבין חסידי מבחן אפשרות ההתממשות. אפשרות ההתממשות של נזק

44 פוטנציאל ההתממשות של ביטוי תלוי בגורמים רבים, הכוללים את תוכן הביטוי, את הציבור שאליו הוא מופנה, את ההקשר שבו הוא נאמר וכו'. ביטוי המכוון בעיקרו לתלמידי ישיבה חרדית במאה שערים במסגרת שיעור תלמוד עשוי להיות מרוחק יותר מעולם המעשה מאשר ביטוי מתלהם המכוון אל ציבור המתכנס לצורך עצרת פוליטית. שיר המתפרסם במוסף ספרותי של ביטאון אקדמי מרוחק יותר מעולם המעשה הפוליטי-חברתי מאשר מאמר פוליטי בעיתון יומי. הבדלים אלה בין ביטויים בעלי פוטנציאל התממשות שונה ישתקפו במידה שבה מקיימים הביטויים השונים הללו את מבחן אפשרות ההתממשות.

45 טענה זו מבוססת על ההנחה כי תכלית המשפט הפלילי היא למנוע נזק, וכי אין זה מתפקידו לעסוק בענישת מעשים שאין בצדם נזק. זוהי, כמובן, עמדה מקובלת במסגרת שיטה משפטית ליברלית, והיא מתבססת על עיקרון הנזק של מיל. לדיון אנלוגי ראו הניתוח של פלר לעניין האבחנה בין עבירות התנהגות לבין עבירות תוצאה. פלר מקבל את הנחתי כי בכל מקרה של עבירה פלילית מתקיים נזק. הוא גורס, לפיכך, כי גם עבירות התנהגות גורמות נזק. ראו ש"ז פלר יסודות דיני עונשין (תשנ"ב, כרך ג) 249 ואילך.

חייבת להתקיים תמיד כדי שתהיה הצדקה כלשהי להטלת סנקציה פלילית. השאלה המרכזית המבחינה בין חסידי המבחן לבין יריביו איננה השאלה המהותית "האם נדרשת אפשרות התממשות של נזק", אלא השאלות הבאות: האם ניתן להסיק התממשות של נזק מתוכן הביטוי או מכוונת הדובר? האם כוונת הדובר או תוכן הביטוי מזיקים לכשלעצמם, או לפחות מביאים בעקבותיהם באופן טבעי לנזק או לפוטנציאל נזק כלשהו; או שמא שומה על השופטים לבחון את אפשרות ההתממשות של נזק לאור העובדות הפרטיקולריות של כל מקרה ומקרה, משום שאפשרות ההתממשות של נזק מותנית בשורה ארוכה של גורמים נסיבתיים אשר צריכים להיבחן בכל מקרה ומקרה.

ניסוח זה של השאלה מרמז גם על כיוון תשובה אפשרי. לעתים הנזק, או פוטנציאל הנזק שאותו מבקש התוק למנוע, הוא נזק הנגזר באורח בלתי נמנע מקיומה של כוונה פסולה או מקיומו של טקסט בעל תכנים פסולים. לעומת זאת, לעתים הנזק שהחוק מבקש למנוע איננו מאפשר להניח הנחות כלליות בדבר הזיקה בין הביטוי לבין הנזק, ועל כן מתחייבת בחינה קונקרטית של הנסיבות שבהן נאמר הביטוי. מבחן הכוונה או מבחן המשמעות מתאימים יותר לסוג הנזק הראשון משום שהם נסמכים על הנחות אפריוריות ביחס לאפשרות ההתממשות של נזק על בסיס תכונות פורמליות של הביטוי (תוכן הביטוי) או של הדובר (כוונת הדובר). מבחן אפשרות ההתממשות, לעומת זאת, תואם יותר את סוג הנזק השני, משום שהוא מעניק לבתי-המשפט סמכויות לשקול כל ביטוי וביטוי בהתאם לנסיבות הפרטיקולריות שבהן הוא נאמר<sup>46</sup>.

מהבהרה זו נגזרות מסקנות נורמטיביות חשובות ביותר ביחס למבחן אפשרות ההתממשות. ככל שקיומו של הנזק או של פוטנציאל הנזק הוא תוצאה טבעית או הכרחית של הביטוי, כך ראוי יותר לוותר על מבחן אפשרות ההתממשות ולקבוע כללים המבוססים על כוונת הדובר או על משמעות הטקסט. לעומת זאת, ככל שהנזק תלוי

46 כמאמרו של אבנר ברק (לעיל, הערה 3), בעמ' 383-384, טוען המחבר כי בית-המשפט הוא שחייב לבחון את ערכי היסוד המתנגשים ולאזן ביניהם משום שזהו תפקיד פרשני – תפקיד הנתון באופן אינהרנטי בידי בתי-המשפט. נראה, כי המחבר סבור שטענה זו תומכת באימוץ המבחן המכונה במאמר זה מבחן אפשרות ההתממשות.

לדעתי, זוהי טענה בעייתית. יכול בית-המשפט לדחות את מבחן אפשרות ההתממשות באמצעות שיקולי איוון אינטרסים ולומר כי האיוון צריך להעשות על-ידי אימוץ מבחן קשיח, הנסמך על תוכנו הפסול של הביטוי או על כוונתו הפסולה של הדובר. העובדה שפרשנות החוק נעשית על-ידי בית-המשפט אינה אומרת כי בית-המשפט צריך לאמץ מבחן גמיש המחייב אותו לבצע איוון אינטרסים אדר-הוק. בית-המשפט יכול לאמץ פרשנות כזו, אשר משיקולים מוסדיים או אחרים מגבילה את שיקול הדעת שלו לבחון את הנסיבות הפרטיקולריות המשפיעות על אפשרות ההתממשות של נזק. לדיון מקיף בשאלה זו ראו ספרו של F. F. Schauer *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life* (Oxford, 1991).



יותר בגסיבות הפרטיקולריות של האירוע, כך נראה כי יש לדרוש את התקיימותו של מבחן אפשרות ההתממשות ולא להסתפק במבחן הכוונה/משמעות, משום שמכוונת הדובר או ממשמעות הטקסט לא ניתן לגזור מסקנות אוטומטיות ביחס לאפשרות ההתממשות של נזק.

ויתור על מבחן אפשרות ההתממשות איננו נשען, לפיכך, על ויתור על אפשרות ההתממשות של נזק. במקום זאת, ויתור כזה נסמך על הנחה כי לעתים הנזק או פוטנציאל הנזק הם תוצר בלתי נמנע של ביטוי בעל תוכן מסוים או של ביטוי שנאמר מתוך כוונות מסוימות – ועל כן ניתן להסתפק בהם לצורך ההרשעה<sup>47</sup>.

גישה זו, כפי שנוסחה עד עתה, היא פשטנית מדי במונח זה שהיא מסתפקת בבחינה ישירה של הקשר בין הביטוי לבין הנזק. ההתמקדות בקשר ישיר בין ביטוי ספציפי לבין נזק היא מטעה. לעתים קרובות הקשר הרלבנטי המצדיק את האיסור איננו בין ביטוי לבין נזק, אלא שהביטוי הוא חלק מתופעה רחבה יותר של ביטויים והתנהגויות המביאים לנזק. במלים אחרות: הנזק הוא תוצר קיומם הכולל של ביטויים גזעניים או אלימים רבים – ביטויים המביאים לשחיקה במרקם היחסים החברתיים<sup>48</sup>.

גם במקרה זה ניתן לוותר על מבחן אפשרות ההתממשות ולהשתמש בכוונה או במשמעות כתחליף אמין לבחינה ישירה של הנזקים הנובעים מן הביטוי; אלא שהפעם מדובר בקביעה כי הביטוי הוא חלק משורת ביטויים אשר במקובץ מסכנים ערכים חברתיים חשובים. במקרים אחרים, שימוש בתחליף לבחינה ישירה של הנזק – תחליף המבוסס על הכוונה או על תוכן הדברים – איננו רצוי, ונדרשת בחינה קונקרטית של הנסיבות – בחינה המחייבת שימוש בגרסה מורכבת של מבחן אפשרות ההתממשות. ורסיה מורכבת זו מחייבת את בית-המשפט לבדוק, ראשית, כי ישנו סוג ביטויים אשר במקובץ מביאים לנזק או לאפשרות התממשותו של נזק. לאחר מכן שומה על

47 על-פי עמדה זו, כאשר אנו מאמצים את מבחן הכוונה/משמעות משמשת כוונת הדובר או משמעות הדברים מעין תחליף להתקיימותו של נזק. גשאלת אפוא השאלה, מרוע יש להשתמש בתחליף זה כאשר במקום זאת ניתן לנסות ולזהות באופן ישיר את קיומו של הנזק או את אפשרות ההתממשות. התשובה היא כי לעתים יש קושי רב בהוכחה הישירה של נזק בהשוואה להוכחתו העקיפה, תוך שימוש בכוונה או במשמעות. במלים אחרות: הנחת היסוד מאחורי שימוש בכוונה או במשמעות היא כי קל יותר להוכיח כוונה גזענית של הדובר או את תוכנו הגזעני של הביטוי מאשר להוכיח באופן ישיר את אפשרות ההתממשות של נזק או את פוטנציאל הנזק. בחינה יסודית של הנחה זו היא מחוץ לתחום הדיון במאמר זה. אני מודה לאריאל פורת על שהעלה בפני נקודה זו.

48 אני מודה לאריאל פורת על שהדגיש בפני כי הדיון חייב לעסוק גם בקטגוריה מורכבת זו.

בית המשפט לבחון האם הביטוי הספציפי המובא בפניו משתייך לאותה קטגוריה של ביטויים מסוכנים<sup>49</sup>.

בין אם הקשר הרלבנטי הוא הקשר שבין הביטוי הספציפי לבין הנזק או פוטנציאל הנזק ובין שהביטוי הוא חלק אינטגרלי מתופעה העלולה להביא לנזק או לפוטנציאל נזק, חייכים השופטים לשאול את השאלה הבאה: האם הכוונה או משמעות הביטוי הם תחליף אמין להתממשות הנזק או פוטנציאל הנזק (ועל כן אין צורך במבחן אפשרות ההתממשות) – או שמא אפשרות התממשותו של הנזק או פוטנציאל הנזק תלויה בנסיבות עובדתיות המשתנות ממקרה למקרה (ועל כן שומה על השופטים להשתמש במבחן אפשרות ההתממשות)?

התשובה לשאלה זו תלויה בשני פרמטרים מרכזיים: סוג הנזק הנדרש ועוצמתה של ההסתברות להתקיימותו של נזק כזה. הפרמטר הראשון בוחן מהו הנזק שאותו חפץ הסעיף למנוע. ככל שנוק זה הוא "קרוב" יותר לביטוי או לכוונה שעמדה מאחורי הביטוי, כך ניתן להניח בוודאות גבוהה יותר כי הוא יתממש כתוצר לוואי בלתי נמנע של הביטוי או הכוונה, ועל כן ניתן לוותר על מבחן אפשרות ההתממשות ולהסתפק בביטוי או בכוונה. הפרמטר השני בוחן מהי ההסתברות (להתממשותו של הנזק) הנדרשת להצדקת ההגבלה על הביטוי. ככל שההסתברות הנדרשת לשם הטלת הגבלה נמוכה יותר, כך ניתן להניח כי הסתברות כזו להתממשות נזק היא תוצר בלתי נמנע של הביטוי, ועל כן ניתן לוותר על מבחן אפשרות ההתממשות. כמעט כל ביטוי הקורא לאלימות עלול, בהסתברות נמוכה, להביא בעקבותיו לאלימות. לכן, אם ברצוננו למנוע "אפשרות רחוקה של התממשות אלימות", לעתים קרובות די לנו להשתמש במבחן הכוונה או המשמעות. אולם, לא כל ביטוי הקורא לאלימות מביא "בוודאות קרובה" להתממשות

49 למרבה הצער, בפסיקה אבחנה זו לא נדונה. השופטים הכירו אומנם בכך שפוטנציאל הנזק של ביטוי עשוי להיות מותנה בהתקיימותה של אווירה ציבורית מסוימת הכוללת, בין היתר, ריבוי של ביטויים בעלי אופי דומה. כך, למשל, קבע השופט ברק בבג"ץ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 294: "לענין זה יש להתחשב, כמובן, בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. דיבור פלוני עשוי בנסיבות מסוימות, ליצור וודאות קרובה של סכנה ממשית, ואילו בנסיבות אחרות... בעניין זה יש להתחשב במשקל המצטבר של ביטויי העבר. אכן ביטוי אשר כשלעצמו אין בו וודאות קרובה של פגיעה ממשית בשלום הציבור, עשוי ליצור וודאות שכזו, על רקע ביטויים דומים בעבר, אשר במשך הזמן הגבירו את הסיכון".

השופט ברק מכיר, לפיכך, כי ריבוי של ביטויים גזעניים עשוי להיות נסיבה אשר תגדיל את הסיכון לשלום הציבור הנגזר מהביטוי הגזעני המובא בפניו. אולם, טענתי התייחסה למקרה מורכב יותר, בו הביטוי עצמו איננו מסכן את שלום הציבור, אלא שריבוי הביטויים מהסוג שאליו משתייך הביטוי הרלבנטי הוא המסכן את שלום הציבור. לפיכך, לא ניתן לבסס קשר סיבתי בין הביטוי לבין נזק או פוטנציאל לנזק, אלא רק בין סוג הביטויים שאליו משתייך הביטוי לבין נזק או פוטנציאל לנזק.

אלימות. לפיכך, אם ברצוננו למנוע ודאות קרובה להתממשותה של אלימות, יהיה עלינו להשתמש במבחן אפשרות ההתממשות<sup>50</sup>.

### 1. אופי הנזק

ככל שהנזק הוא תוצאה טבעית יותר של תוכן הביטוי או של כוונות הדובר, כך פחות סביר שבית-המשפט יאמץ את מבחן אפשרות ההתממשות. לעומת זאת, ככל שהנזק שאותו הפצים למנוע תלוי בנסיבות הקונקרטיות שבהן נאמר הביטוי, כן יש נחיצות רבה יותר לאמץ את מבחן אפשרות ההתממשות. אכתנות בין סוגי נזק שונים על בסיס זה יאפשרו לנו להסיק מסקנות אופרטיביות מטענה זו. בראש ובראשונה יש להבחין בין מקרה שבו הביטוי לכשעצמו מזיק לבין מקרה שבו הביטוי גורם, או מביא בעקבותיו, לנזק.

#### ביטוי מזיק לכשעצמו

במרבית המקרים נתפס הנזק מביטוי כנזק הנגרם על-ידי הביטוי, אולם לעתים נתפס הביטוי כמזיק לכשעצמו, במובחן מן התוצאות הקשורות אליו סיבתית. קשר מן הסוג השני נרמז אולי בדברי השופטת דורנר, אשר גרסה כי:

תכלית האיסור היא, בראש ובראשונה, למנוע את הדיבור הגזעני גופו. החשש שמפניו בא להגן הסעיף... איננו בהסתברות כי הדיבור הגזעני יביא לגזענות של אחרים, אלא המחוקק הישראלי ראה את הסכנה – שמפניה יש להגן באמצעות הטלת איסור בפלילים – גם בדבור גזעני שבנסיבות המקרה אין בכוחו להביא לגזענות<sup>51</sup>.

50 מסקנה זו עשויה להיראות מוקשה בעיני המשפטן. לכאורה נראה, כי כאשר הפסיקה בוחרת לדחות את מבחן אפשרות ההתממשות ולאמץ במקומו את מבחן הכוונה/משמעות, אין מקום לדיון בשאלה מהו הנזק שאותו הפצים למנוע. וודאי שאין מקום לדיון בעוצמת הזיקה בין הביטוי לבין הנזק. כאשר כוונת הדובר או תוכן הביטוי מספיקים כדי לגבש את העבירה, אין צורך בבחינה שיפוטית של הנזק או של מידת ההסתברות הנדרשת להתממשותו של נזק.

על-פי הצעתי, גישה זו מוטעית משום שההכרעה בשאלה המשפטית הבסיסית – האם יש לאמץ את מבחן אפשרות ההתממשות או, לחילופין, לאמץ את מבחן הכוונה/משמעות – מותנית בזיהוי מוקדם של אופי הנזק או של פוטנציאל הנזק ושל ההסתברות להתממשות הנזקים הנדרשת לצורך הטלת הגבלה. ללא הכרעה שיפוטית בשאלה מהו הנזק או פוטנציאל הנזק שאותו הפץ הסעיף למנוע, אין כל דרך לקבוע האם יש לאמץ את מבחן אפשרות ההתממשות או שמא ניתן להסתפק במבחן הכוונה/משמעות.

51 עניין אלבה (לעיל, הערה 8), בעמ' 317. ראו גם דעת השופט גולדברג, שם, בעמ' 316.

אלא, שכוונתה של השופטת דורנר נשארה סתומה. כיצד יכול ביטוי לגרום נזק אם הביטוי לא קשור סיבתית לתוצאה מזיקה כלשהי? האין הנזק תמיד תוצר השפעתו של הביטוי על רגשותיהם, אמונותיהם או התנהגותם של פרטים? אם אכן הנזק הוא תוצר של השפעת הביטוי על רגשות, אמונות או התנהגויות, חייב להתקיים קשר סיבתי בין הביטוי לבין הנזק – קשר אשר בקיומו כופרת השופטת דורנר.

ייתכן כי ההסבר לעמדתה של השופטת דורנר – לפיה הביטוי עצמו הוא מזיק, במובחן מתוצריו הסיבתיים – נעוץ בתאוריית ה-*speech acts* שפותחה על-ידי אוסטיין<sup>52</sup>. הספרות הפמיניסטית העוסקת בפורנוגרפיה השתמשה בתיאוריה של אוסטיין כדי לבסס את הטענות הפמיניסטיות נגד פורנוגרפיה. על-פי תפיסה זו, תיאור הפורנוגרפיה כביטוי הוא תיאור מטעה משום שפורנוגרפיה היא לאמיתו של דבר פעולה ולא ביטוי. פורנוגרפיה איננה מתארת השפלת נשים, אלא היא עצמה האקט של השפלת נשים – באותו אופן שבו שלט הקובע "הכניסה לשחורים אסורה" איננו רק מתאר איסור כניסה לשחורים, אלא קובע בעצמו את האיסור ובכך מהווה אקט של אפליה גזעית<sup>53</sup>.

מקינן תארה תזה זו כדלהלן:

Pornography, in the feminist view, is a form of forced sex, a practice of sexual politics, an institution of gender inequality. In this perspective, pornography is not harmless fantasy or a corrupt and confused misrepresentation of an otherwise natural and healthy sexuality. Along with rape and prostitution in which it participates, pornography institutionalizes the sexuality of male supremacy, which fuses the erotization of dominance and submission with the social construction of male and female<sup>54</sup>.

52 ראו J. Hornsby ; J.L. Austin *How to Do Things With Words* (Oxford, 2nd. ed., 1975) "Speech Acts and Pornography" *The Problem of Pornography* (Belmont, S. Dwyer ed., 1995) 220.

53 ראו, למשל, C. A. MacKinnon "Pornography, Civil Rights, and Speech" 20 *Harv. C.R.* C. A. MacKinnon "Not A Moral Issue" in C. A. Mackinnon; *C.L.L.Rev.* (1985) 1, 23 M. Vadas "A ; *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Cambridge, 1987) 146 First Look at the Pornography/Civil Rights Ordinance: Could Pornography Be the R. Langton "Speech Acts and ; Subordination of Women?" 84 *J. Phil.* (1987) 487 Unspeakable Acts" 22 *Phil. & Pub. Affairs* (1993) 293, reprinted in *The Problem of Pornography, ibid* at 203.

54 MacKinnon, "Not A Moral Issue" (לעיל, הערה 53), בעמ' 148.

מקינן, ובעקבותיה פמיניסטיות רבות אחרות, קשרו את הנזק של הביטוי הפורנוגרפי עם מונח ההשתקה<sup>55</sup>. חלקן תיארו את ההשתקה כתוצר לוואי מזיק הקשור סיבתית לפורנוגרפיה<sup>56</sup>, וחלקן ניסו לבסס את הטענה כי פורנוגרפיה איננה גורמת להשתקה אלא היא עצמה בגדר אקט של השתקה<sup>57</sup>. הקשר בין השית הפורנוגרפי לבין ההשתקה איננו קשר סיבתי אלא קשר מושגי-לוגי, וכמוכך זה הפורנוגרפיה איננה רק גורמת באופן סיבתי להשתקה, אלא היא עצמה משתיקה.

דיון מקיף בשאלה מתי ביטוי הוא בגדר מעשה ומתי מעשה מסוג כזה מזיק באופן המצדיק את הגבלתו הוא, כמוכך, מעבר לתחום הדיון של מאמר זה. תכלית הדיון בטענה פמיניסטית זו היא לנסות ולהסביר את הלוגיקה שמאחורי האמירות הסתומות של השופטים, לפיהן הביטוי כשלעצמו גורם נזק במובחן מן התוצאות הקשורות אליו סיבתית. ברור, שכאשר הביטוי עצמו איננו קשור סיבתית לנזק אלא מהווה הוא עצמו את הנזק, אזי אין מקום לשימוש במבחן אפשרות ההתממשות שכל כולו מתבסס על בחינת הקשרים הסיבתיים בין ביטוי לנזק.

#### נזק הקשור סיבתית לביטוי

מרבית הנזקים שבהם עוסקים השופטים הם נזקים הקשורים סיבתית לביטוי. נזקים אלה נחלקים לכמה סוגים, והאבחנות הרלבנטיות לעניננו הן אלה המסווגות את הנזק על-פי מידת הקרבה הסיבתית לביטוי. ככל שהנזק כרוך או נובע באופן טבעי מתוכן הביטוי או

55 F. I. Michelman "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: ראו The Case of Pornography Regulation" 56 *Tenn. L. Rev.* (1989) 291.

56 זהו האופן בו תיארת את ההשתקה כמאמר, לעיל הערה 6, בעמ' 1909-1907.

57 Langton (לעיל, הערה 53), בעמ' 320-321, מסבירה עמדה זו באופן הבא:

"Consider the utterance 'no'. We all know how to do things with this word. We use it, typically, to disagree, to refuse, or to prohibit. In sexual contexts a woman sometimes uses it to refuse sex, to prohibit further sexual advances. However, in sexual contexts something odd happens. Sometimes a woman tries to use the 'no' locution to refuse sex, and it does not work. ... Sometimes 'no', when spoken by a woman does not count as an act of refusal" הביטוי גורם לנזק, המבחן הראוי הוא מבחן המשמעות ולא מבחן הכוונה, שהרי הביטוי עצמו הוא הוא הגורם לנזק, ועל כן לכאורה נזק זה איננו תלוי בכוונת הדובר. זוהי מסקנה מוטעית, משום שלעיתים קרובות התממשותו המלאה של speech act מותנית בקיומה של כוונה. כך, למשל, בטקס התחונה, המלים I do צריכות בדרך כלל להיות מלוות בכוונה מתאימה. ראו Austin (לעיל, הערה 52), בעמ' 14-16.

מהכוונות של הדובר, כך סביר יותר להשתמש בתוכן הביטוי או בכוונות הדובר כבסיס יחיד להרשעה.

אנו נבחין בין שני סוגי נזקים הקשורים סיבתית לביטוי: נזק הנגזר מן הפגיעה האמוציונלית בציבור שנגדו הביטוי מכוון, ונזק הנגזר מן ההשתתה המוסרית של הציבור שאותו מקווה הדובר לגייס באמצעות הביטוי. ההשתתה בהקשר זה היא תוצר של השפעת הביטוי על עולם האמונות או ההתנהגויות של ציבור שהוא בעל פוטנציאל להזדהות עם הביטוי או לפעול על-פיו.

כאמור, סוג ראשון של נזק הקשור סיבתית לביטוי הוא נזק הנגזר מן הפגיעה האמוציונלית בציבור שנגדו הביטוי מכוון. מקרה מובהק לנזק מסוג זה מופיע בסעיף 173 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (פגיעה ברגשי דת). במשפט ההשוואתי היו רבים אשר הצדיקו איסור על הפצת חומר גזעני על בסיס נימוק זה. ספרות זו התמקדה לעתים קרובות באופי הפוגעני המיוחד של ביטויים גזעניים – אופי שלטענת רבים איננו דומה לפגיעות אמוציונליות מסוגים אחרים<sup>58</sup>.

הפגיעה הרגשית בציבור היא תוצאה בלתי נמנעת של ביטויים בעלי תוכן פוגעני במיוחד. הכחשת השואה וכן ביטויים גזעניים הם ביטויים קשים ופוגעניים הגורמים כמעט תמיד לפגיעה רגשית חמורה. פגיעה זו הופכת לחמורה עוד יותר כאשר ביטויים אלה נאמרו ברצינות ובכוונה לפגוע. לפיכך, אין להתפלא על כך שהאיסור על הכחשת השואה (סעיף 2 לחוק איסור הכחשת השואה, התשמ"ז-1986<sup>59</sup>) אינו איסור שתחולתו מותנית במבחן אפשרות ההתממשות. לעומת זאת, נזק מהסוג השני – דהיינו: הפנמת עמדות מסוכנות על-ידי קהל אוהדים פוטנציאלי – איננו בהכרח תוצאה טבעית של ביטוי בעל תכנים מסוימים. נזק מסוג זה תלוי, למשל, בנכונות המנטלית של קהל השומעים לאמץ את הביטוי כמו גם בהקשר בו הוא נאמר. לפיכך, סביר להניח כי מבחן אפשרות ההתממשות יידרש כאשר תכלית החוק היא למנוע נזקים מן הסוג השני, ולא כאשר תכלית החוק היא למנוע נזקים מן הסוג הראשון.

גם כאשר הנזק שאותו בא החוק למנוע הוא נזק מהסוג השני, ראוי להבחין בין ההשפעה על מסכת האמונות של הקהל אליו מכוון הביטוי לבין ההשפעה על התנהגותו של אותו ציבור. במקרה הראשון תכלית האיסור היא למנוע מהקהל להטמיע אמונות

58 הקושי המרכזי הוא להבהיר מדוע פגיעה המבוססת על גזע או דת היא אסורה ואילו פגיעה על בסיס אחר איננה אסורה. מחברים אמריקניים רבים הדגישו את האופי המיוחד של פגיעה מן הסוג הראשון. ראו, למשל, M. J. Matsuda, C. R. Lawrence III, R. Delgado & K.W. Crenshaw *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment* (Boulder, San D. Kretzmer "Freedom of Speech and Racism" 8 *Cardozo L. Rev.* (1987) 455, 458.

59 ס"ח 196.

מסוימות – כגון אמונות גזעניות – גם אם הציבור איננו עתיד לפעול על בסיס אמונות אלה. במקרה זה טמון הנזק בפוטנציאל של הביטוי להניע אנשים לאמץ אמונות מסוימות, ולא בפוטנציאל שלהם לפעול על בסיס אמונות אלה. במקרה השני הנזק הוא החשש מפעולות אלימות או בלתי חוקיות. תוצאות מנטליות קשורות בדרך כלל באופן הדוק יותר לביטוי מאשר תוצאות פיזיות, משום שקהל השומעים עלול לאמץ בעקבות הביטוי עמדה מסוימת, אך לא לפעול על-פיה. לפיכך, אם הנזק הנדרש הוא נזק מנטלי, ניתן בדרך כלל לסמוך יותר על קביעות פרזומפטיות של המחוקק (ומכאן שניתן לוותר על מבחן אפשרות ההתממשות), בעוד שכאשר הנזק הוא פיזי יש לבחון כל מקרה לגופו (ומכאן שיש נחיצות באימוץ מבחן אפשרות ההתממשות). מובן כי האבחנה בין נזקים פיזיים לנזקים מנטליים היא "קרוב בלבד" לאבחנה הבסיסית בין נזקים שהתממשותם תלויה בעיקר בתוכן הביטוי או בכוונת הדובר, לבין נזקים שהתממשותם תלויה בנסיבות הספציפיות של האירוע.

#### עוצמת ההסתברות הראויה לצורך הגבלת הביטוי

הפרמטר השני בוחן את עוצמת הזיקה ההסתברותית הנדרשת לצורך הגבלת הביטוי<sup>60</sup>. כאן מדובר בקביעה נורמטיבית (ולא אמפירית) של הזיקה ההסתברותית בין הביטוי לבין הנזק, הנדרשת לצורך הגבלה על הביטוי. ככל שהקשר ההסתברותי הנדרש לצורך הגבלת ביטוי הוא גבוה יותר, כך קשה יותר לאמץ פרזומפציות המתבססות על תוכן

60 מעניין, כי כאשר השופטים חפצים להדגיש את אינטנסיביות ההגנה על חופש הביטוי, הם נוטים לאמץ מבחנים מחמירים ביחס לעוצמת הזיקה ההסתברותית בין הביטוי לבין הנזק; ראו למשל בג"ץ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871. עם זאת, חשוב לזכור כי מבחן מחמיר ביחס לדרגת ההתממשות – כגון מבחן האפשרות הקרובה – איננו יכול להגן על ביטוי באופן אפקטיבי אם הנזק הנדרש לצורך הטלת ההגבלה הוא נזק מינימליסטי. יש הבדל דרמטי במידת ההגבלה על ביטוי אם הנזק המצדיק הגבלה הוא השפעת הביטוי על אמונות הציבור שאליו הוא מכוון, לבין מקרה שבו הנזק הנדרש הוא התנהגות של ציבור זה. הרטוריקה השיפוטית חייבת לפיכך להפנות את מרצה לבחינה לא רק של דרגת אפשרות ההתממשות, אלא גם לבחינה יסודית של הנזקים שאת דרגת התממשותם אנו מבקשים לבחון. רוגמא מן הפסיקה יכולה להבהיר את החשיבות של אופי הנזק. בבג"ץ קול העם הודגש כי חופש הביטוי ייסוג מפני שלום הציבור רק כאשר קיימת ודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור. בבג"ץ מאוחר יותר, בג"ץ 644/81 עומר אינטרנשיונל אינג. נ' שר הפנים, פ"ד לו(1) 227, 234, דובר על ודאות קרובה לסיכון שלום הציבור. כפי שמציין א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך ב) 1021-1022 מבחן המאפשר להגביל פרסום רק במקרה של הסתברות גבוהה לפגיעה בפועל בשלום הציבור רחב יותר בהגנתו ממבחן הנסמך על הסתברות גבוהה לסכנה של פגיעה בפועל. אופי הנזק שונה בשני המקרים, ומכאן שמשנתה גם היקף ההגנה על הביטוי – גם אם בשני המקרים ישנה דרישה לוודאות קרובה.

הביטוי או על כוונת הדובר. במלים אחרות: הרבה יותר קשה להניח כי ביטוי יביא בעקבותיו להתממשות נזק כלשהו ב"ודאות קרובה" מאשר שאותו ביטוי יביא בעקבותיו "אפשרות סבירה", או "נטייה רעה" להתממשות נזק כזה. מכאן אנו למדים שככל שהזיקה ההסתברותית הנדרשת לצורך הגבלת הביטוי תזקה יותר, כך ראוי יותר להשתמש במבחן אפשרות ההתממשות. התממשות של נזק כלשהו ב"ודאות קרובה" תלויה לעתים קרובות בנסיבות הפרטיקולריות שבהן נאמר הביטוי; לעומת זאת, "נטייה רעה" להתממשות נזק היא לעתים קרובות תולדה בלתי נמנעת של ביטוי בעל תוכן מסוים או של ביטוי שנאמר מתוך כוונת מסוימות.

חשוב לחדד את האבחנה בין ההסתברות האקטואלית – הסתברות להתממשות נזק הנבחנת על-ידי השופטים כאשר הם בוחרים להפעיל את מבחן אפשרות ההתממשות – לבין ההסתברות הנורמטיבית, המשמשת מרכיב בקביעה פרלימינרית האם לאמץ את מבחן אפשרות ההתממשות. הקביעה ההסתברותית הנורמטיבית היא קביעה הנוגעת לקשר ההסתברותי הנדרש לצורך הטלת הגבלה על הביטוי. ככל שקשר זה אמיץ יותר כך גדלה נחיצות השימוש במבחן אפשרות ההתממשות. לאחר שאומץ מבחן ההתממשות, נדרשת קביעה הסתברותית אמפירית לצורך ההחלטה האם לענוש את המבטא אם לאו.

אין זה מפליא, לפיכך, כי כאשר מאמצים השופטים את מבחן אפשרות ההתממשות הם מאמצים בדרך כלל קריטריונים הסתברותיים חזקים כמו "ודאות קרובה" או "סכנה ברורה ומיידית". הסיבה לכך איננה – כפי שנוטים רבים לחשוב – שהגבלות על ביטוי הן כה מסוכנות עד שאין להשלים עמן אלא במקרים קיצוניים במיוחד. הסיבה האמיתית היא שכאשר נדרש קשר הסתברותי חלש לצורך הרשעה יכולים השופטים להסתמך פשוט על מבחני כוונה או משמעות, ולא לעסוק כלל בשאלות ההסתברותיות.

ניתוח זה מאפשר לנו להעלות היפותזה פשוטה ביחס למבחן אפשרות ההתממשות. על-פי היפותזה זו, אימוץ מבחן אפשרות ההתממשות תלוי הן באופי הנזק המצדיק את האיסור והן בעוצמת הדרישה ההסתברותית הנדרשת לצורך הטלת האיסור. ככל שהנזק שמבקשים למנוע מרוחק יותר מן הביטוי, וככל שההסתברות הנורמטיבית הנדרשת לצורך תחולת האיסור גבוהה יותר, כך סביר יותר שבתיהמשפט יאמצו את מבחן אפשרות ההתממשות. לעומת זאת, כאשר הנזק שמבקשים למנוע נובע באופן אוטומטי מן הביטוי ואיננו תלוי בנסיבות שבהן הביטוי נאמר, וכאשר הקשר ההסתברותי הנדרש לצורך הטלת הגבלה חלש יותר, כך ראוי יותר להשתמש במבחן הכוונה או במבחן המשמעות. ממסקנה זו נובעת מסקנה חשובה נוספת: ויכוח בין השופטים ביחס לדרישת מבחן אפשרות ההתממשות עשוי לעתים לנבוע מאי-הסכמה ביחס לאופי הנזק שאותו נועד הסעיף למנוע, או ביחס לרמת ההסתברות הנורמטיבית הנדרשת לצורך הגבלת



הביטוי. יש קשר הדוק בין אופי הנזק ורמת ההסתברות הנורמטיבית לבין אימוץ דרישת מבחן אפשרות ההתממשות.

#### בחינת המודל לאור הפסיקה הקיימת

האם ההיפותזה המוצעת נתמכת על-ידי הפסיקה הקיימת? האם בתי-המשפט אכן נוהגים על-פי הכללים שהצענו? כדי לבחון את המידה שבה בתי-המשפט פועלים על-פי המודל המוצע עלינו להצביע על קשר בין אופי הנזק וההסתברות הנדרשת לצורך הטלת הגבלה על הביטוי לבין השימוש במבחן אפשרות ההתממשות.

תמיכה מסוימת לתיאוריה המוצעת ניתן למצוא בטיפול של מקצת השופטים בסעיף 144ב לחוק העונשין. השופטים הרוחים את מבחן אפשרות ההתממשות קושרים את עמדתם עם הטענה שהנזקים שהסעיף בא למנוע אינם החשש מהפצת עמדות גזעניות, אלא נזקים אחרים הקרובים יותר לביטוי ועל כן התממשותם איננה תלויה בנסיבות שבהן נאמר הביטוי. כך, למשל, ביססה השופטת דורנר את מבחן אפשרות ההתממשות על הגדרה מחודשת של הנזק שהמחוקק חפץ למנוע. על-פי עמדתה:

[מ]טרתו החקיקתית של סעיף 144ב איננה רק למנוע סכנה עתידית של גזענות. תכלית האיסור היא, בראש ובראשונה, למנוע את הדיבור הגזעני גופו. החשש שמפניו בא להגן הסעיף, כפי שגם עולה מלשון סעיף 144ב(ב), איננו בהסתברות כי הדיבור הגזעני יביא לגזענות של אחרים, אלא המחוקק הישראלי ראה את הסכנה – שמפניה יש להגן באמצעות הטלת איסור בפלילים – גם בדיבור גזעני שבנסיבות המקרה אין בכוחו להביא לגזענות<sup>61</sup>.

התזה לפיה אימוץ מבחן אפשרות ההתממשות תלוי באופי הנזק ובקרבנו לביטוי מקבלת חימוך גם אם נתבונן בעמדתם של מקצת השופטים הנוטים חסד למבחן אפשרות ההתממשות. אין זה מפתיע כי השופט טירקל, הנוטה חסד למבחן אפשרות ההתממשות, גרס כי הנזק שאותו חפץ המחוקק למנוע הוא הפצתן של עמדות גזעניות<sup>62</sup>. התממשותו של נזק כזה (נזק המותנה בהשפעה הסיבתית של הביטוי על מסכת האמונות והדעות של הציבור אליו הוא מופנה) תלויה, כמובן, בנסיבות, והיא איננה תוצאה טבעית של ביטוי בעל תוכן מסוים. המחלוקת של השופטים בפסק-הדין אלבה תומכות, לפיכך, בטענה שככל שהתוצאות שהחוק בא למנוע קרובות יותר לביטוי

61 ענין אלבה (לעיל, הערה 8), בעמ' 317.

62 ראו, למשל, דעת השופט טירקל, שם, בעמ' 333.

ולכן נגזרות ממנו באופן אוטומטי, כן תגדל נטייתם של השופטים לוותר על מבחן אפשרות ההתממשות<sup>63</sup>.

עיון בפסק-הדין המחוזי בעניין כהנא, בו הורשע בנימין כהנא בעבירות על סעיפים 133 ו-134 לחוק העונשין (סעיפי ההמרדה), עשוי לתת תמיכה נוספת לכך שדרישת אפשרות ההתממשות תלויה בקרבה שבין הביטוי לבין הנזק שאותו מבקש הסעיף למנוע. הקונסטרוקציה המוצעת דווקא על-ידי שופט המחוזי מדגימה היטב את טענתנו. על-פי עמדתו של השופט ד' חשין יש קשר בין ההסתברות הנדרשת להתממשותו של נזק לבין כוונת הדובר. על-פי עמדתו, יש להבחין בין מקרה שבו היתה כוונה להמריד (שאו ניתן להסתפק ב"הסתברות סבירה" של התממשות הנזק) לבין מקרה שבו לא היתה כוונה כזו (שאו דורש השופט חשין קיום "זיקה אובייקטיבית קרובה לוודאי")<sup>64</sup>. התוצאה הטבעית של ביטוי שכוונתו להמריד היא התממשותה של ההמרדה, ולפיכך ניתן להקל באופן יחסי בדרישות ההסתברותיות של מבחן אפשרות ההתממשות. לעומת זאת, אין להניח באופן אוטומטי כי ביטוי שנאמר ללא כוונה להמריד יביא בעקבותיו להמרדה, ומכאן שהעדרה של כוונה להמריד מחייב אימוץ של מבחן הסתברותי אמיץ יותר – "זיקה אובייקטיבית קרובה לוודאי". על-פי הצעה זו, הכוונה להמריד איננה מרכיב נדרש לצורך ייחוס אשם למבצע, אלא היא משמשת בגדר תחליף לבחינה ישירה של מידת הסכנה הנשקפת מן הביטוי.

תיאוריה זו איננה מסבירה היטב את הטיפול של בית-המשפט בסעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור – סעיף האוסר דברי שבת, אהדה או עידוד למעשי אלימות. ההיסטוריה של חקיקת הסעיף, שמו של הסעיף ותוכנו, כמו גם הטיפול של הפסיקה בו, מובילים למסקנה כי הסעיף בא למנוע מעשי אלימות. על-פי הקלסיפיקציה שערכנו לעיל, זהו נזק מרוחק באופן יחסי מן הביטוי, ועל כן המבחן הראוי בהקשר זה הוא מבחן אפשרות ההתממשות. ניתן אולי להגן על עמדת בית-המשפט על בסיס הטענה כי תכלית הסעיף איננה למנוע מעשי אלימות, אלא למנוע את האווירה הציבורית המתלהמת – שהיא תוצר לוואי בלתי נמנע של ביטויים חוזרים ונשנים הקוראים לאלימות. אווירה זו עלולה, בסופו של דבר, להביא לאלימות, גם אם קשה לבסס את התרומה הספציפית של ביטוי כזה או אחר למעשי אלימות. אלא, שטענה זו איננה תומכת במסקנה לפיה יש לדחות את מבחן אפשרות ההתממשות: תרומתו של ביטוי ליצירת אווירה ציבורית מתלהמת תלויה

63 במאמר זה אין בכוונתי לבחון מיהו הצורך במחלוקת באשר לתכליתם של ההגבלות על ביטוי. אם זאת ראוי לציין כמה עקרונות פרשניים מסורתיים התומכים בטענה כי סעיף 144ב אכן נועד למנוע הסתה לגזענות: הן שם הסעיף (איסור פרסום הסתה לגזענות) והן דברי הכנסת הרלבנטיים תומכים בטענה כי תכלית הסעיף איננה למנוע פגיעה בקורבנות הגזענות, אלא למנוע הסתה לגזענות. אם זוהי אכן תכלית הסעיף, צורך השופט טירקל בחמיכתו במבחן אפשרות ההתממשות.

64 ת"פ (י-ם) 243/93 מ"י ג' כהנא (טרם פורסם), בעמ' 29 לפסק-הדין.

אף היא בנסיבות שבהן נאמר הביטוי, ובמיוחד בנסיבות החברתיות והפוליטיות. התקיימותה או אי-התקיימותה של אווירה ציבורית כזו יכולה להיקבע אך ורק על-ידי פסיקה המתחשבת, בין היתר, בתפוצתן של התבטאויות אלימות – ומכאן הנחיצות של אימוץ מבחן אפשרות ההתממשות. ביקורתי ביחס לפרשנות סעיף 4(א) מקבלת תמיכה נוספת אם נתבונן היטב בפסק-הדין ג'בארין. בפסק-דין זה דובר, כזכור, בנאשם שפרסם מאמר אשר הכיל שורות המעוררות אלימות. העובדה שדובר במאמר שפורסם במסגרת מוסף ספרותי של עיתון בערבית ספרותית, הקשה להבנה אפילו ליודעי ח"ן, הפכה, ככל הנראה, את התממשותה של האלימות לבלתי סבירה. אולם, אימוץ מבחן הכוונה הפך עובדה חשובה זו לבלתי רלבנטית מבחינה משפטית. הדיון הנוסף בפרשת ג'בארין חייב לשמש את השופטים לעיון מחודש בנחיצות מבחן אפשרות ההתממשות בהקשר של עבירה ז'65.

תמיכה שיפוטית ניתן למצוא גם בקשר בין הפרמטר השני שבחנו לעיל (רמת ההסתברות הנדרשת לשם הטלת הגבלה על הביטוי) לבין אימוץ מבחן אפשרות ההתממשות. על-פי העמדה שהוצגה לעיל, ככל שהקשר ההסתברותי הנדרש להטלת ההגבלה חזק יותר, כן יטו השופטים לאמץ את מבחן אפשרות ההתממשות. לפיכך, אין זה מפתיע שכאשר מאמצים השופטים את המבחן, הם נוטים לאמץ דרישה הסתברותית נוקשה כמו ודאות קרובה66. העמדה המקובלת מסבירה את הדרישה הנוקשה כנגזרת מחשיבותו המיוחדת של חופש הביטוי. אינני רוצה לערער על טענה זו, אלא להצביע על כך שהלוגיקה הניצבת מאחורי הבחירה במבחן אפשרות ההתממשות מביאה באופן טבעי לאימוץ מבחנים הסתברותיים נוקשים.

ראוי, אולי, לסכם דיון זה בהערת אזהרה קצרה. המסקנות האופרטיביות שהצעתי בסעיף זה מחייבות זהירות רבה, וייתכן שהן חורגות במידת מה מהגבולות שהצבתי לעצמי בתחילת המאמר. כמבוא למאמר זה ציינתי כי מאמר זה הוא מאמר טכנוקרטי: הוא איננו מבקש לקבוע מהן התכליות אשר לשמן ראוי להגביל את חופש הביטוי, או מהו המשקל היחסי של ערכים המתנגשים עם חופש הביטוי. מסקנתינו ביחס לפרשנות הנאותה של סעיפי החוק הרלבנטיים תלויה, בסופו של דבר, בזיהוי מוקדם של הנזקים שסעיפים אלה חפצים למנוע ובקביעה נורמטיבית – איזו הסתברות להתממשות הנזק

65 ייתכן כי החלטת בית-המשפט היא תוצר של פרשנותו את המלה "עלולים" בסעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, וראו לעיל. אלא, כפי שטענתי לעיל, העיסוק המופרז בפרשנות המלה "עלולים" הוא מטעה, משום שדרישת אפשרות ההתממשות יכולה להיות תוצר של פרשנות שיפוטית. אין היא חייבת לפיכך לקבל עיגון מילולי מפורש בסעיף. אם טענותי בפרק זה משכנעות, יש מקום לעיון מחדש בהחלטתו של בית-המשפט בפרשת ג'בארין לוותר על דרישת אפשרות ההתממשות.

66 ראו, למשל, דעת השופט טירקל בעניין אלבה (לעיל, הערה 8), בעמ' 332.

נחוצה כדי להצדיק הגבלות מסוג זה. בשאלות אלה אין ביכולתי לעסוק במסגרת מאמר זה.

### ה. "זיכוי תוך גינוי": הצידוק הנורמטיבי לזיכוי של הרשע

מערכת השיקולים שהוצגה עד עתה תומכת במסקנה לפיה מבחן אפשרות ההתממשות ומבחן הכוונה/משמעות הם מבחנים המוציאים זה את זה. מסקנתנו היתה כי הבחירה בין המבחנים תלויה בשאלה האם הנוקים שהאיסור מבקש למנוע הם תוצאה טבעית ומתבקשת מן הביטוי או שמא התממשותם תלויה בנסיבות שבהן נאמר הביטוי. פרק זה יבחן שיקולים חיצוניים למודל שהוצע עד כה – שיקולים התומכים באימוץ מבחן הכוונה/משמעות כמבחן מצטבר למבחן אפשרות ההתממשות.

בפרק זה נטען, כי הפסיקה העוסקת בגבולות הלגיטימיות של חופש הביטוי ממלאת שתי פונקציות מובחנות. האחת היא פונקציה חינוכית סימבולית והאחרת היא פונקציה משפטית חברתית. מימוש של הפונקציות הנ"ל מחייב קיום מצטבר של שני מבחנים משפטיים שונים. הקיום המצטבר של שני מבחנים אלה מאפשר לשופטים לבטא סלידה אישית ומוסרית מביטויים והלכירות הראויים לגינוי, מבלי שנלווית לסלידה זו, באופן אוטומטי, סנקציה משפטית. מבחן הכוונה/משמעות מאפשר לבתי-המשפט לגנות את הערכים הגלומים בביטויים גזעניים או ביטויים פסולים מסיבות אחרות, גם אם ביטויים אלה נאמרו בנסיבות שבהן לא נתקיים מבחן אפשרות ההתממשות (ועל כן הביטוי איננו מצדיק הטלת סנקציה פלילית). יתר על כן: בהמשכו של פרק זה נטען כי התפקיד של בתי-המשפט בהוקעת הביטוי (באמצעות הקביעה כי הביטוי מקיים את מבחן הכוונה/משמעות) חשוב לפחות כמו התפקיד המשפטי המסורתי (ענישת ביטויים המקיימים הן את מבחן הכוונה/משמעות והן את מבחן אפשרות ההתממשות).

לקיומם הברזומני של שני מבחנים יש שני היבטים שונים: היבט פסיכולוגי והיבט מוסדי-ערכי. ההיבט הפסיכולוגי מתמקד בקושי האישי של השופט כאדם הנדרש לזכות אדם, אף שהתנהגותו היא בלתי מוסרית ומושחתת. זיכוי במקרים כאלה עלול לעורר קושי אצל השופט, שכן הוא עלול להתפרש כהזדהות עם הביטוי. לפיכך, נדרש קיומו של מנגנון מוסדי אשר יבטיח שהשופט יוכל לבטא את סלידתו המפורשת מן הביטוי. ההיבט המוסדי מתמקד לא בקושי הפסיכולוגי של השופט אלא באפקט הסימבולי של מבחן הכוונה/משמעות. מבחן הכוונה/משמעות מאפשר לבטא סלידה מוסרית מביטוי ובה בעת לבטא את המחויבות לעיקרון חופש הביטוי באמצעות זיכוי.

בפסקי-הדין שבהם עסקנו השופטים מוצאים את עצמם, באופן בלתי נמנע, בדילמה מוסרית קשה. המחוקק העניק בידם כלי המיועד להגן על הצבור בפני ביטויים מזיקים

או מסוכנים. ברור כי בכלי זה על השופטים להשתמש כזהירות וכאופן סלקטיבי; אלא שהזיכוי שהוא תוצר לוואי של זהירות זו עלול להתפרש כמתן הכשר, אישור או תמיכה לביטויים המתנגשים באופן חזיתי עם ערכי היסוד של החברה. בנסיבות מעין אלה מחויבים השופטים לתת ביטוי לסלידה שביטויים אלה מעוררים בהם. פסקי-הדין משמשים לפיכך הן כבימה לביטוי סלידה ערכית של השופט והן להשגת תכלית משפטית צרה יותר, היינו: הגבלה של ביטוי המסכן באופן ממשי את קיומה, יציבותה או אופייה של מדינת ישראל.

דומני שפסק-דינו של השופט טל בפסק-הדין אלבה חושף – אולי יותר מכול – את המצוקה האישית שבפניה ניצבים השופטים כאשר אין בידם כלים מתאימים לבטא את סלידתם מביטויי שטנה. הפעלתו של מבחן יחיד – מבחן המשמעות – חייב את השופט טל לבחור אחת משתיים: להמעיט בחומרת ההתבטאות של הרב אלבה ולהימנע מלהטיל עליו סנקציה פלילית – או לבטא את הסלידה הזו במלוא חריפותה, באופן משפטי מוחשי, על-ידי הטלת סנקציה על הביטוי. השופט טל בחר להגן על הביטוי תוך המעטה באופי המשוקץ של דברי הרב אלבה. אימוצם הברזומני של שני מבחנים – מבחן הכוונה/משמעות ומבחן אפשרות ההתממשות – היה מאפשר לשופט לבחור דרך אחרת. על-ידי קביעה מפורשת כי דברי הרב אלבה מקיימים את מבחן הכוונה/משמעות היה השופט טל נותן ביטוי מוחשי להיותו של הביטוי ביטוי פוגעני ומרושע. בה בעת יכול היה השופט טל להימנע מהטלת סנקציה פלילית, על בסיס הקביעה כי דברי הרב אלבה אינם מקיימים את מבחן אפשרות ההתממשות ועל כן אינם מספיקים לצורך הרשעה. היכולת לתת לבוש משפטי פורמלי לסלידה, מבלי שנלווית ללבוש משפטי פורמלי זה סנקציה פלילית, היא חיונית כדי לאפשר לשופטים להימנע מן הדילמה שבה מצא עצמו השופט טל.

ניתן, כמובן, לבקר טיעון זה ולומר כי פסק-דין איננו בגדר תרפיה שיפוטית<sup>67</sup>. התפקיד השיפוטי מחייב את השופטים להימנע ממתן חוות דעת על מוסריותם או על אי-מוסריותם של התנהגויות שאינן בגדר עבירה פלילית. התנגדות זו מבטאת תפיסה נאיבית של המוסד השיפוטי, אולם גם אם היא תאומץ יש לתזה המוצעת היבט מוסדי ולא רק פסיכולוגי. המורכבות הפסיכולוגית האישית אשר נחשפה לעיל היא פונקציה של התפקיד הכפול של המוסד השיפוטי – מוסד המחויב לבטא בעת ובעונה אחת את סלידתו מערכים אנטי חברתיים בעודו נזהר מהתערבות גסה מדי בחייהם ובאמונתם של פרטים כאשר פוטנציאל ההתממשות של נזק הוא נמוך. מבחן הכוונה או מבחן המשמעות מאפשרים לבתי-המשפט לבטא את הסלידה המוסדית מן הערכים הגזעניים

67 לביקורת על שימוש בפסק-הדין כמכשיר לתרפיה שיפוטית ראו מאמרי "זכויות כטריטוריה" דבר ראשון 18.4.96.

או הרצחניים של קבוצות שוליים, בעוד שמבחן אפשרות ההתממשות מאפשר להם שלא לתרגם באופן אוטומטי את סלידתם לאיסור פלילי.

על פי עמדה זו, אחת התכליות המרכזיות של סעיפי החוק הנ"ל היא הגינוי החברתי המלווה בזיכוי משפטי – גינוי תוך זיכוי. סעיפי החוק הפלילי אשר מגבילים ביטוי משרתים את הציבור לא רק או בעיקר כאשר הם מופעלים כנגד דוברים עבריינים, אלא גם כאשר הם אינם מופעלים כנגד דוברים משוקצים. התכלית שלשמה נחקקו החוקים המגבילים ביטוי איננה רק לצורך הרשעת הדוברים (אשר מקיימים הן את מבחן הכוונה/משמעות והן את מבחן אפשרות ההתממשות), אלא באופן אירוני דווקא לצורך זיכויים של האנשים (אשר מקיימים את מבחן הכוונה/משמעות אך לא מקיימים את מבחן אפשרות ההתממשות).

הנכונות להגן על הביטוי למרות ההצהרה השיפוטית המפורשת בדבר נקלותו המוסרית אינה רק מעניקה תמיכה מוסדית לערכים חברתיים מרכזיים, אלא גם מחזקת את מעמדו של חופש הביטוי בחברה. זאת, משום שהיא מעידה שההגנה על ביטוי איננה תוצר של אדישות כלפי הביטוי אלא דווקא תוצאה של ריסון שיפוטי מכוון, המיועד להגן על חירויות היסוד. כמוכן זה – שוב, באופן אירוני – מתפקדים סעיפי החוק הפלילי כמכשיר להדגיש את חשיבותו של חופש הביטוי בחברה הופשית ולא כמכשיר להגבלתו.

המודל של "גינוי תוך זיכוי" עשוי לעורר התנגדויות רבות. מקצתן יתקפו את ההנחות האמפיריות של המודל ואחרות יערערו על תוקפו המוסרי. ההתנגדות האמפירית מתבססת על ספקות ביחס ליכולת הציבורית לעכל את האבחנה בין החלטה משפטית לבין הכרעה מוסרית. על-פי עמדה זו, המודל מניח הנחות אופטימיות מדי ביחס לתחכום של הציבור ושל העיתונות וביחס ליכולתם לעכל מסרים מורכבים מן הסוג שתואר לעיל<sup>68</sup>. יתר על כן: אם הציבור איננו מסוגל לעכל את האבחנה בין הזיכוי המשפטי לבין הגינוי המוסרי, הזיכוי המשפטי של הנאשם ישלח מסר חינוכי שלילי אם יתפרש בציבור כחפות מוסרית<sup>69</sup>.

אין ביכולתי להפריך השערה אמפירית זו. ברור, כי ללא ציבור המסוגל לעכל את המסר המורכב וללא מערכת ציבורית הרגישה לניואנסים של ההחלטה השיפוטית לא ניתן לבסס את ההיפותזה המוצעת. אולם, כמה מאפיינים המייחדים את העבירות שבהן עסקנו תומכים בתזה המוצעת. כל העבירות שבהן עסקנו הן עבירות שהגשת כתב אישום בגינן דורשת את הסכמתו המפורשת של היועץ המשפטי לממשלה<sup>70</sup>. מנגנון זה מבטיח

68 התנגדות זו הועלתה על-ידי מרדכי קרמניצר.

69 נקודה זו הועלתה על ידי אוריאל פרוקציה.

70 הודישה להסכמת היועץ המשפטי לממשלה ביחס להגשת כתב-אישום בעבירות של המררה והסתה לגזענות קבועה במפורש בחוק העונשין. במרץ 1998 נקבעה רשימה דומה ביחס לעבירות על-פי

מספר מצומצם ביותר של כתבי אישום הזוכים לתהודה ציבורית רחבה ולסיקור עיתונאי מפורט. במובן זה, העבירות הפליליות שבהן עסקנו אינן עבירות טיפוסיות. כעבירה הפלילית הטיפוסית מוגשים מספר רב של כתבי אישום ורק חלק מזערי מהם מגיעים לערכאות גבוהות או זוכים לחשיפה תקשורתית כלשהי. כעבירות הפליליות שבהן עסקנו מספר כתבי האישום הוא מצומצם ביותר; האירועים מגיעים בדרך כלל לערכאות גבוהות וזוכים לעיתים קרובות לחשיפה תקשורתית רבה. חשיפה זו מגדילה את הסיכוי כי הקהילה המשפטית והחוקן-משפטית תהנה ממידה לא מעטה של אינפורמציה ביחס להליכים הללו – לא רק ביחס לתוצאה הסופית אלא גם ביחס להנמקות ולרטוריקה השיפוטית. באופן זה ניתן להניח כי גם המסרים היותר סמויים של פסקי-הדין יועברו באופן אפקטיבי לציבור הרחב.

יתר על כן: המידה שבה האבחנה בין הזיכוי המשפטי לבין הקביעה המוסרית תוטמע בציבור תלויה במידה שבה המערכת המשפטית עצמה נכונה לאמץ את האבחנה ולהשתמש במבחן הכוונה/משמעות לצורך גינוי מוסרי של ההתנהגות. ככל שהמערכת המשפטית עצמה תטמיע את המנגנון המוצע כן יגדל הסיכוי כי האבחנה תוטמע בציבור. כיום המשפט הפלילי עצמו חש אי-נוחות ביחס ללגיטימיות של גינוי מוסרי המלווה בזיכוי. אמביוולנטיות זו ביחס ללגיטימיות של גינוי מוסרי מחלחלת אל הציבור, ומכאן שיתכן כי אי-נכונותו של הציבור להפנים את האבחנה היא תוצר של האמביוולנטיות הערכית של השופטים עצמם.

האין ההצעה מחייבת את הפרקליטות להגיש כתבי אישום גם כשברור שהנאשם יצא לחופשי? האין היא מתעלמת לפיכך מן התפקיד המוסרי של הפרקליטות? האין היא לפיכך תובעת מן הפרקליטות, ואולי גם מבתי-המשפט עצמם, לתפקד כאתיקנים ולא כמשפטנים – ובכך תוכעת מהם לחרוג מן הגבולות הטבעיים של תפקידם<sup>71</sup>? ליבון קושיות אלה מחייב הבהרה חשובה. מן הטענה כי התכלית של החקיקה המגבילה ביטוי היא תכלית מוסרית-חברתית ולא רק משפטית צרה לא נובע כי על הפרקליטות להגיש כתבי אישום גם כאשר ברור שסיכויי ההרשעה נמוכים. הפרקליטות חייבת לפעול על-פי השיקולים הרגילים, ובמיוחד להימנע מלהגיש כתבי אישום אלא אם היא צופה בדרגה גבוהה של הסתברות כי הגשת כתב האישום תביא להרשעה. טענתי אינה מתייחסת לאופי השיקולים ששוקלת הפרקליטות, אלא לטעמים המצדיקים את קיום העבירות הללו בספר החוקים. עמימותו של מבחן אפשרות ההתממשות תבטיח כי הפרקליטות תטעה בהערכתה ותגיש לעתים כתבי אישום גם כאשר לא מתקיים

הפקודה למניעת טרור בתיקון להנחית היועץ המשפטי לממשלה 50.008 "אישור מוקדם להגשת כתב אישום".

71 אני מודה למרדכי קרמניצר על הערתו זו.

מכתן אפשרות ההתממשות. לטעויות אלה תפקיד חברתי חינוכי נכבד. מובן, כי מטענה זו אין להסיק שעל הפרקליטות ליזום במכוון הגשת כתבי אישום כאשר אין סיכוי סביר להרשעה.

ייתכן כי הבהרה חשובה זו עונה במקצת על התנגדות אחרת למודל – התנגדות המבוססת על עינויי הדין של הנאשמים המובאים לכית-המשפט, ועל-פי הצעתי יצאו לעתים קרובות זכאים<sup>72</sup>. חשוב לזכור, כי עינויי דין אלה אינם תוצר של כוונה של מערכת המשפט להביא לדין אנשים חפים מפשע. תכלית מכתן אפשרות ההתממשות היא דווקא להגן על ביטוי, שכן דרישת אפשרות ההתממשות מצמצמת את היקף הביטויים החשופים לסנקציה פלילית. אלא, שצמצום זה מלווה גם בהגדלה מסוימת של שולי העמימות של העבירה, ועל כן מביא באופן בלתי נמנע להעמדה לדין של נאשמים שבסופו של הדין יצאו זכאים. עינויי הדין הם לפיכך תוצר בלתי נמנע של הנכונות להגן על ביטוי באמצעות אימוץ מכתן המיטיב עם החשודים בעבירות אלה: מכתן אפשרות ההתממשות.

האין אימוץ ההיפותזה מתנגש עם הלוגיקה הפנימית של המשפט הפלילי, ואולי המשפט בכלל, שהרי ברגיל שיפוטים מוסריים אינם תחום ההתמחות של שופטים? מערכת המשפט היא מערכת הצריכה להגן רק על האינטרסים החיוניים ביותר של החברה, ואין צריכה, על-פי עמדה זו, לעסוק בשיפוטים מוסריים כלליים ורחבים. טענה זו היא טענה חשובה, אולם תקפותה מוגבלת. ראשית, כבר כיום השופטים אינם נרתעים מלבטא שוב ושוב את עמדתם ביחס לאיכות המוסרית או האסתטית של ביטויים שאת חוקיותם הם בוחנים. בארצות-הברית, בה מוגן חופש הביטוי יותר מכל מדינה אחרת בעולם, הוכרה הלגיטימיות של ביטויי סלידה שיפוטיים מביטויים מוגנים. בפסק-הדין בעניין סקוקי, אשר הגן על זכותם של הנאצים לצעוד ברחובותיה של עיר המאוכלסת בירצאי שואה, קבעו השופטים כך:

The preparation and issuance of this opinion has not been an easy task, or one which we have relished. Recognizing the implication that often seems to follow over-protestation, we nevertheless feel compelled once again to express our repugnance at the doctrines which the appellees desire to profess publicly. Indeed, it is a source of extreme regret that after several thousand years of attempting to strengthen the often thin coating of civilization with which humankind has attempted to hide brutal animal-like instincts, there would still be those who would resort to hatred and vilification of fellow human beings because of their

72 אני מודה לוורד ויניצקי-סרוסי על העלאת סוגיה זו.



racial background or their religious beliefs, or for that matter, because of any reason at all<sup>73</sup>.

גם בישראל אין השופטים מהססים לחוות את דעתם על האיכות האסתטית או המוסרית של ביטויים. קודם שנצטרפה השופטת נתניהו לעמדתו של השופט ברק והתירה את הצגת המחזה "אפרים חוזר לצבא", היא קובעת:

המחזה "אפרים חוזר לצבא" דאוי אכן להיאור של 'ממרח מגונה של ארוטיקה, פוליטיקה וסטיות מכל סוג', ולא סתם ארוטיקה יש בו אלא יחסי מין פרוורסיים דווקא. יש בו יותר מכך. יש בו הצגה של הממשל הצבאי... כמשטר דיכוי מושחת ומגון, ושל המושל הצבאי... כדמות מעוררת בזו וסלידה. יש בו שנאה עצמית והלקאה עצמית...<sup>74</sup>.

ציטוטים אלה מדגימים כי כבר כיום מוצאים השופטים לנכון להכיע עמדות המסתייגות – ולעתים בחריפות – מן הביטוי שעליו הם מגנים, אלא שהם עושים זאת כיום ללא שימוש במבחנים פורמליים כלשהם. מבחן הכוונה/משמעות הוא מבחן משפטי המאפשר לשופטים לבטא את אותם רחשי לב מבלי לחרוג ממסגרת החשיבה המשפטית הפורמלית. לפיכך, הצעתי מצרה במידה רבה את היקפה של החירות השיפוטית ממנה נהנים השופטים כיום. במקום לחוות את דעתם באמצעות הצהרות כלליות מופשטות על מוסר ואסתטיקה ישתמשו השופטים, על-פי הצעתי, במבחנים משפטיים מוגדרים. גם אדם החרד לאבחנה החשובה כל כך בין השופט לאתיקן עשוי לפיכך שלא להירתע מהצעתי להשתמש במבחן הכוונה/משמעות לצורך הגינוי החברתי של ביטויים גזעניים או מסוכנים.

בהקשרים אחרים המשפט הפלילי איננו נרתע כלל מאימוץ מבחנים המיועדים בדיוק לתכלית של גינוי מוסרי המלווה בזיכוי. האבחנה המשפטית בין פטור וצידוק במשפט הפלילי מקנה לנהנה מצידוק סטטוס מוסרי שונה מזה של הנהנה מפטור, אף שההכרעה המשפטית זהה בשני המקרים. יש, לפיכך, תקדימים בשיטה המשפטית בכלל ובחוק הפלילי בפרט למקרה שבו מבחן משפטי פורמלי משמש לגינוי חברתי<sup>75</sup>. יתר על כן: בהקשרים אחרים מבחין המשפט באופן מובהק בין הרשעה לבין גינוי מוסרי. תכליתה של האבחנה בין עבירות שיש עמן קלון לאלו שאין עמן קלון היא להסיר מקצת מן

73 ראו *Collin v. Smith* 578 F. 2d 1197, 1210 (1978). ראו גם דיון אצל L. C. Bollinger *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America* (New York, 1986) 28-29, 232-233.

74 ראו בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 442. 75 אני מודה למירי גור-אריה ולרות קנאי אשר העלו בפני לראשונה את הדוגמא הזו.

הסטיגמה התברתית מן ההרשעה<sup>76</sup>. אלו הן דוגמאות בודדות לאופן שבו מתקיימת אינטראקציה מורכבת בין סנקציות חברתיות לסנקציות פליליות. התפיסה לפיה ההרשעה היא תמיד בסיס להטלת סטיגמה חברתית, ואילו הזיכוי איננו מעביר כל מסר ביחס לאחריותו המוסרית של הנאשם, היא תפיסה פשטנית. "זיכוי תוך גינוי" הוא רק מקרה אחד שבו מיטשטש הזיהוי המוסרתי של הרשעה עם גינוי מוסרי ושל הזיכוי עם מסר מוסרי-חברתי ניטרלי.

לבסוף ראוי אולי לציין שככל הנראה קיימות מערכות פליליות שתכליתן העיקרית היא תכלית חינוכית או דתית. במאמרו המאלף על המשפט העברי מעלה פרופ' קירשנבאום תהיות המבוססות על אייהמעשיות של המשפט העברי ועל חוסר האונים שלו לטפל בכעיות החברתיות הכרוכות בפשע<sup>77</sup>. פרופ' קירשנבאום מסיק כי תכליתה של שיטת משפט פלילית שלמה – "דין תורה" – היא אך ורק לקדם מטרות חינוכיות-דתיות<sup>78</sup>. גם יריביה המושבעים של הצעתי יודו כי התפקיד החינוכי-מוסרי שאני מייעד לחוק הפלילי הוא תפקיד מוגבל יותר מזה המיוחס על-ידי פרופ' קירשנבאום לשיטת המשפט הפלילי העברי.

## 1. סיכום

שתי תכליות עיקריות למאמר זה: האחת היא לפתח מודל אשר יסביר את הנסיבות שבהן יש צורך לאמץ את מבחן אפשרות ההתממשות. מבחן זה נדרש כאשר הנזק שחפצים למנוע איננו נובע באופן מיידי או בלתי נמנע מן הביטוי, אלא שהתממשותו דורשת בחינת הנסיבות הפרטיקולריות – נסיבות אשר רק בית-המשפט יכול לזהות את התקיימותן או את אי-התקיימותן. מבחן אפשרות ההתממשות איננו נחוץ, וראוי לפיכך לוותר עליו, כאשר הנזק אותו חפץ המשפט למנוע נובע באורח טבעי ובלתי נמנע מן הביטוי או מן הכוונות המניעות את הדובר.

התכלית האחרת של המאמר היא לטעון בזכות אימוץ מבחן אפשרות ההתממשות כמבחן מצטבר למבחנים אחרים. קיומם של שני מבחנים מצטברים מאפשר להעניק לבוש משפטי פורמלי לגינוי של ביטוי אשר פוגע בערכי מדינת ישראל, בצד הגנה על חירויות יסוד, ובכלל זה גם החירות להתבטא באורח מגונה מבחינה מוסרית. בכך יצטרפו השופטים לשיח הציבורי הרחב ביחס לגבולות החברתיים והמוסריים של השיח הציבורי הישראלי.

אימוץ מודל זה על כרעיו מותיר כמה שאלות פתוחות. ראשית, לא דנו בשאלה כיצד יש לזהות את תכלית החקיקה – זיהוי נחוץ לצורך הקביעה אם יש לאמץ את מבחן

76 אני מודה לענת הודוביץ על שהעלתה בפני לראשונה נקודה זו.

77 אני מודה לרון שפירא על שהפנה את תשומת לבי למאמר זה.

78 ראו א' קירשנבאום "מקומה של הענישה במשפט העברי הפלילי פרק בהשקפה הפנולוגית של חז"ל ושל הראשונים" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 253.

אפשרות ההתממשות. המחלוקת בפסק-הדין אלבה באשר למבחן אפשרות ההתממשות נבעה בחלקה מן ההבנה השונה של תכליות החוק. פה ושם חיויתי את דעתי ביחס לתכליות הסעיפים הפלילים שבהם עסקתי, אולם מאמר זה, בהיותו "מאמר טכניקרי" כאמור, איננו נותן כלים להכריע בשאלה מהן תכליות ההגבלה על ביטוי ועל כן איננו מעניק כלים מספיקים כדי להכריע אם לאמץ במקרה קונקרטי זה או אחר את מבחן אפשרות ההתממשות.

שנית, הצבענו על הנחות היסוד העומדות בבסיס המודל של "זיכוי תוך גינוי". הדגשנו כי מודל זה דורש ציבור הרגיש לניואנסים של החלטות בתי-המשפט. הותרנו בצריך עיון את השאלה האם הנחות יסוד אלה אכן מתקיימות בחברה הישראלית. ללא הכרעה בשאלה זו, נותרת המלצתי לאמץ את מבחן אפשרות ההתממשות כמבחן מצטבר בגדר המלצה ספקולטיבית, הנשענת אולי על משאלת לב ולא על עובדות מוצקות. שתיים מן העבירות שבהן עסקנו נמצאות בימים אלה ממש בדיון בבית-המשפט העליון<sup>79</sup>. נמצא, כי אנו עוסקים בתחום משפטי הנמצא בתהליכי זרימה ושינוי מהירים, ומכאן התקווה להשפיע – ולו במקצת – על מהלכה של זרימה זו. לפיכך ניסיתי במהלך כתיבת מאמר זה לאמץ את המקסימה הפוכה לזו המנחה את נהגי ישראל בימים אלה במלחמתם בתאונות הדרכים. בנתיבי המשפט, שלא כבנתיבי העבודה, ראוי לפעול על-פי הכלל: "אל תהיה חכם, היה צודק".

79 בפרשת כהנא וכפרשת ג'בארין התקבלה בקשה לדין נוסף.

