

פרשת אלבה: "בירור הלכות הסתה לגזענות"*

מאת

מרדכי קרמניצר

המאמר עוסק בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין עידו אלבה נ' מדינת ישראל, בו נדחה ערעורו של אלבה על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי שהרשיע אותו בכמה עבירות, ביניהן הסתה לגזענות לפי סעיף 144ב לחוק העונשין ופרסום תמיכה בארגון טרוריסטי לפי סעיף 4 לפקודה למניעת טרור. המחבר מנתח את החלטותיהם השונות של שופטי ההרכב מן ההיבט הפילי, תוך התמקדות ביסודותיה של עבירת ההסתה לגזענות. הדיון מתייחס הן אל הסוגיות התוקניות המעורבות בסוגיה והן אל הדוקטרינות העונשיות השונות והשלכותיהן על המקרה הנדון.

טתח דבר. א. מבחן הודאות הקרובה. ב. הערך המוגן על-ידי איסור ההסתה לגזענות. ג. היסוד העובדתי; 1. אופיו של ה"דבר" המפורסם; 2. הוכחת היסוד העובדתי – על ערכים ועובדות. ד. היסוד הנפשי; 1. מטרה להסית לגזענות; 2. הלכת הצפיות; 3. הוכחת המטרה. ה. הפקודה למניעת טרור. סיכום.

פתח דבר

באפריל 1994 לערך, כחודשיים לאחר מעשה הטבח של כרוך גולדשטיין במערת המכפלה, הרב עידו אלבה, רב ככולל שליד מערת המכפלה בחברון, הפיץ מאמר שכותרתו "בירור הלכות הריגת גוי" בקרב תלמידיו. כפי ששמו מעיד עליו, המאמר אוגד את ניסיונותיו של הרב אלבה להעלות קיום היתר הלכתי להרוג "גויים". על מעשה זה ועל מעשים נוספים הרעמד אלבה לדין בבית-המשפט המחוזי בירושלים (בפני השופטת פרוקצ'יה) והואשם בכמה עבירות, ביניהן איסור פרסום הסתה לגזענות לפי סעיף 144ב

* תודתי נתונה למר אלעד לפידות ולמר חאלד גנאים על עזרתם בהכנת הרשימה.
1 ע"פ 2831/95 אלבה נ' מ"י, פ"ד ג(221). להלן יתייחסו ההפניות לפסקי-הדין של השופטים השונים שהביאו את דבריהם בפסק-דין זה.

לחוק העונשין². אלבה הורשע³ ועל הרשעתו זו ערער לבית-המשפט העליון. ברוב של חמישה שופטים כנגד שניים דחה בית-המשפט העליון את הערעור, תוך ששופטי ההרכב נחלקים בדעותיהם ביחס לפרשנותה של עבירת ההסתה לגזענות. עיקרה של רשימה זו הוא דיון ביסודות העבירה של איסור פרסום הסתה לגזענות לפי סעיף 144ב לחוק העונשין. ברשימה יידונו תחילה היסוד העובדתי ולאחריו היסוד הנפשי, כל אחד מהם בשתי רמות: ברמה הכללית וברמת היישום על עובדות המקרה הנדון. אף כי הדיון בנוי על הפרדה בין היסודות (העובדתי והנפשי), הוא מדגיש את זיקת הגומלין ביניהם. את הדיון הנ"ל מקדימות שתי הערות: אחת בעלת אופי כללי, שעניינה מבחן הוודאות הקרובה, והשנייה עניינה הערך המוגן על-ידי האיסור שמציב סעיף 144ב לחוק העונשין. בטרם סיכום הדברים תובא הערה שעניינה העבירה לפי סעיף 4 לפקודה למניעת טרור.

א. מבחן הוודאות הקרובה

ההנחה, לפיה הגבלה של חופש הביטוי מותנית תמיד בוודאות קרובה לפגיעה משמעותית באינטרס חברתי חיוני, לא היתה אף פעם מבוססת⁴. רוב השופטים בפרשת אלבה מוטט הנחה זו לחלוטין. נעמוד תחילה על מידת תקפותה של הנחה זו לפני פסק-הדין.

ראשית, לא ברור מהי דרגת ההסתברות שהיתה לגוד עינוי של השופט אגרנט בעניין קול העם. השופט אגרנט דחה את מבחן האפשרות הרחוקה והנטייה הרעה, אולם גם במשפט האמריקני⁵ – שהיה מקור השראה לשופט אגרנט – לא היו אז תימוכין למבחן של ודאות קרובה כמובן הצר של הסתברות קרובה לוודאי. ספק רב אם הגיוני לקבוע סף גבוה כל כך להצדקת הגבלה על חופש הביטוי. נניח שפרסום מסוים עלול לסכן חיי אדם ברמת הסתברות של 60 אחוזים: האם נתיר את הפרסום? ואם מדובר בסיכון לקיומה של המדינה, האם יידרש באמת סיכון שהוא כמעט ודאי, וכל ביטוי שדרגת הסכנה שבו

2 וזו לשון הסעיף:

איסור פרסום הסתה לגזענות

144ב. (א) המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים.

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

בו אמת או לא.

3 ת"פ (י"ם) 251/94 מ"י נ' אלבה (טרם פורסם).

4 ראו גם מ' קרמניצר "גבולות חופש הביטוי" העין השביעית 1 (ינואר-פברואר 1996) 26.

5 ראו להלן, הערה 10.

נמוכה יותר יוכשר לפרסום? גישה שמתייחסת רק לדרגת ההסתברות ואינה מבחינה כלל בין סוגים שונים של נזקים אפשריים לפי מידת חומרתם היא אינה משכנעת⁶ ואף סותרת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקת ההגבלה של חוק היסוד דורשת שהפגיעה בזכות היסוד תגשים את המטרה שלשמה נעשתה, שהיא תהיה האמצעי שפוגע פחות מאחרים בזכות היסוד, ושהנזק שהיא מבקשת למנוע יעלה על זה שהיא גורמת. כלומר: פסקת ההגבלה מעגנת את מבחן איזון האינטרסים ומחייבת התחשבות פרשנית בטיב הפגיעה הצפויה ובמידתה. ככל שסוג הנזק הוא חמור יותר, מתבקש להסתפק ברמת הסתברות נמוכה יותר⁷. פרמטר מרכזי אחר הוא היכולת להגדיר באופן מוגבל, מדויק וברור את תוכן הפרסום האסור. הגדרה כזו עשויה לייתר מבחן הסתברות.

שנית, פסק-הדין עצמו נוקט עמדה של גמישות ביחס למבחן שהוא קובע, ונאמר בו – בין השאר – כי עצם הקריאה הפומבית להימנע מתשלום מסים ולהתנגד בכוח לגובים עשויה להוות סכנה כשלעצמה, במנותק מהנסיבות האופפות אותה⁸.

שלישית, פסק-הדין בעניין קול העם דן במניעה מוקדמת, ואין זה בטוח כלל להחיל באופן אוטומטי את המבחן שנקבע בו לעניין מניעת עצם הפרסום על הסוגיה של איסורים עונשיים⁹. אומנם המבחן שנקבע בעניין קול העם עוצב – בין השאר –

6 ראו דעת היחיד של השופט Frankfurter בעניין *Dennis v. U.S.*, 341 U.S. 494 (1951) 543. כן ראו מ' קרמניצר וח' גנאים הסתה, לא המרדה (תשנ"ח) 46-47.

7 ראו *Pieroth/schlink, Grundrechte, Staatsrecht II*, 12. Aufl. (Heidelberg, 1996), para 300-323; 341-365.

8 אומנם, הדוגמה מובאת על-ידי השופט אגרנט במסגרת הדיון בהבחנה בין סכנה העולה מנסיבות הפרסום לבין סכנה העולה מההתבטאות כשלעצמה, ולא באופן ישיר. ראו בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 889.

9 ההבחנה בין מניעה מראש לאיסור בדיעבד אינה חותכת. ראשית, כבר בפסק-הדין בעניין *Near v. Minnesota* 283 U.S. 697 (1931) – אותו מביא השופט אגרנט כאסמכתה לקיומה של ההבחנה – בו דובר על חוק המכוון כלפי עיתונות תועבה או משמיצה, התעוררה מחלוקת בשאלה. כפי שאמר השופט אגרנט, הסנקציה הקבועה בחוק חייבה צו של בית-משפט, כלומר: הליך שיפוטי. דעת הרוב יצאה מהנחה שמדובר בהגבלה מראש על הביטוי. דעת המיעוט חלקה על קביעה זו בטענה שלא מדובר בצנזור הפרסום הפוגעני לפני פרסומו, אלא בפעולה בדיעבד נגד העיתון, שאינה שונה מכל סנקציה עונשית אחרת (עמ' 735-737 לפסק-הדין).

שנית, השופט אגרנט עצמו לא היה נאמן להבחנה. פקודת העיתונות – התשתית החקיקתית לדיון בפרשת קול העם – מסמיכה את שר הפנים להביא לסגירתו של עיתון אם לדעתו יש בחומר המופיע בו בכדי לסכן את שלום הציבור. השופט אגרנט אומנם ציין, כי "המדובר באמצעי מניעתי... משום שמטרתו הראשונית והמיידייה היא להבטיח אי-יציאת עיתון לאור, מחמת שהוא עלול להכיל חומר פסול דומה בעתיד" (עמ' 885 לבג"ץ 73/53 הנ"ל, לעיל, הערה 8; ההדגשות במקור), אולם למעשה הוא עסק בשאלה עובדתית יחידה: "האם, עקב הפרסום, נוצרה אפשרות של סכנה לשלום הציבור, שהיא 'קרובה לודאי'" (שם, בעמ' 892). האם לא צריך היה השופט אגרנט – אמון על ההבחנה בין

בהשראת המשפט האמריקני, ובמשפט האמריקני מדובר היה בפרשנותם של איסורים עונשיים, אלא שהתשתית החוקתית בארצות-הברית שונה לחלוטין מזו שלנו: תפיסת חופש הביטוי כזכות מוחלטת מכוח הוראה חוקתית מפורשת; רקע של פגיעות בלתי מוצדקות בחופש הביטוי שיצר חשש מפני לב גס של רשויות השלטון – לרבות הרשויות המשפטיות – כלפי חופש הביטוי כאשר הוא מתנגש באינטרסים ציבוריים, בעיקר ביטחון המדינה, ומכאן ההיגיון של הצבת רף גבוה, המתחשב בשחיקה מסוימת שלו ביישום בשל הנטייה האמורה. לבסוף, גם בארצות-הברית לא היה זה בפועל המבחן היחיד, ודוגמאות לא-תחולה שלו הן, למשל, ניסיון לשרל, איומים, לשון הרע ו"מלים לוחמות"¹⁰.

רביעית, גישה הרואה במבחן הוודאות הקרובה חזות הכל בנושא הגבלת חופש הביטוי מתעלמת מן ההבחנה בין שני סוגי הגבלות על הביטוי: הגבלות בשל הסכנה שבביטוי והגבלות בשל נזק ישיר שבפרסום עצמו, בהנחה שהוא נקלט. לסוג השני שייכים, למשל, האיסור על לשון הרע (בחלק מההגדרה שלו) ואיומים. הגבלתם של ביטויים אלה אינה מתייחסת לתוצאה עתידית אפשרית אלא לתכונה אינהרנטית לביטוי, ועל כן אין היא תלויה במבחן הסתברותי.

חמישית, לא תמיד החילה הפסיקה בישראל את מבחן הוודאות הקרובה בהקשר של איסורים עונשיים, ודוגמה מובהקת לכך היא האיסור על פרסומי סוב-יודיציה¹¹. ניתן אולי ללמוד על-דרך קל וחומר מעבירת ה"סוב-יודיציה" לעבירת ההסתה לגזענות: דומה, כי חשיבותו של הערך המוגן על-ידי העבירה הראשונה – טוהר ההליך השיפוטי, ולדעתי תדמיתו של הליך זה בלבד¹² – בחברה דמוקרטית, פחותה מחשיבותם של הערכים המוגנים על-ידי העבירה השנייה (ראו להלן) – ערכי כבוד האדם והשוויון הבסיסי. לעומת זאת, הביטוי הנחסם על-ידי עבירת הסוב-יודיציה (למשל: התייחסות ביקורתית להליך שיפוטי המתנהל בעת הפרסום) וממלא תפקיד חשוב בחברה

סנקציה עונשית המוטלת על הביטוי לאחר הוצאתו לאור לבין צנזורה מוקדמת של ביטוי לא רצוי – לברר את מידת הסכנה הצפויה מעצם המשך פעילותם של שני העיתונים העותרים, כשהמאמרים המובאים לפניו מהווים אך אינדיקציה?

10 כפי שהעיר השופט אגננט (שם, בעמ' 891), כבר ב-1950, בפסק-הדין המרכזי בעניין *Dennis* (לעיל, הערה 6), סתתה דעת הרוב בבית-המשפט העליון בארצות-הברית ממבחן ה"Clear and Present Danger", כפי שקבע השופט *Holmes* בפסק-דינו המרכזי *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47 52 (1919).

11 ע"פ 126/62 ריסנצ'יק נ' היתעץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 169; ע"פ 696/81 אזולאי נ' מ"י, פ"ד לז(2) 565, 576-577.

12 ראו מ' קרמיצר "על חופש העיתונות והעבירה של פרסום 'סוב יודיציה' (סעיף 41 לחוק בתי המשפט)" משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה א (1986) 165, 180.

דמוקרטית, עשוי להיות חשוב יותר מהביטוי הנחסם על-ידי עבירת ההסתה לגזענות¹³. לפיכך, מהתרת חסימתו של ביטוי חשוב בשל הסתברות נמוכה מודאות קרובה לפגיעה בערך מסוים¹⁴, ניתן ללמוד מקל וחומר על תנאיה של האפשרות לחסום ביטוי חשוב פחות בשל חשש לפגיעה בערך חשוב יותר.

כאמור, פסק-הדין בעניין אלבה הוא מהלומה סופית להנחה זו. רוב השופטים שוללים את עצם קיומו של אלמנט הסתברותי אובייקטיבי בעבירת ההסתה לגזענות¹⁵, כמו גם בעבירה לפי סעיף 4 לפקודה למניעת טרור, וממילא אינם מגבילים את התפרסותה למקרים הכוללים ודאות קרובה.

ב. הערך המוגן על-ידי איסור ההסתה לגזענות

לפני שנתייחס ל"יש" שבפסק-הדין, ראוי לעמוד על מה שחסר בו: חסר בו תיאור מדויק ומפורט, ככל שניתן, של הערך המוגן בעבירה של פרסום הסתה לגזענות. יש בעניין זה שתי אפשרויות עיקריות. האפשרות הראשונה היא שהערך המוגן הוא כבוד האדם כשלעצמו, לא כמובן של שם טוב אלא כמובן הגרעיני, הבסיסי. הפגיעה בו מתבטאת בשלילת תכונת האדם מבני אדם בשל שיוכם הגזעי (כמובן הרחב של הביטוי) או בשלילת זכותם הבסיסית לשוויון, ובפגיעה בערך החיים ובערך הכבוד האנושי של כלל הברואים בצלם. כבוד האדם מוגן כשלעצמו בשל חשיבותו המיוחדת בסולם הערכים, בשל חומרת הפגיעה בקבוצה שהיא מושא ההתייחסות הגזענית בעצם השמעתה, ולשם שמירת דמותה האנושית של החברה. עוד נכלל בהקשר זה גם הקשר בין פגיעות בכבוד האדם לבין פגיעות פיזיות באותם בני אדם, כאחד מהיבטי החומרה והסכנה של הביטוי הגזעני; אולם הפגיעה הפיזית אינה עומדת כשלעצמה לפי גישה זו ואין בה כדי להפוך את ההגנה על הכבוד להגנה עקיפה על החיים ועל שלמות הגוף.

האפשרות השנייה היא שהערך המוגן איננו ערך יחיד אלא מקבץ ערכים המגלמים את זכויותיהם הבסיסיות (חיים, שלמות הגוף, שוויון, כבוד אנושי, שם טוב, רוחה כלכלית) של בני החברה המשתייכים לגזעים שונים, בתור שכאלה, בייחוד אלה הנמנים על קבוצות המיעוט.

13 אם כי הדבר אינו בהכרח כך; וראו להלן דיון בביטויים חיוביים העלולים להיתפס במסגרת עבירת ההסתה לגזענות.

14 לביקורת על גישת בית-המשפט לרכיב ההסתברותי בעבירת הסוביידיצה ראו מאמרי בעניין זה (לעיל, הערה 12), במיוחד בעמ' 186-192.

15 השופט מצא – פסקה 24 לפסק-דינו; השופט בך – פסקה 4 לפסק-דינו; השופט גולדברג – פסקה 5 לפסק-דינו; השופט דורנר – פסקה 3 לפסק-דינה.

הערך המוגן לפי האפשרות השנייה ניתן להגנה בהיקף צר ובהיקף רחב. ההיקף הצר עשוי לתפוס רק ביטוי שיש קשר ישיר בינו לבין התנהגות גזענית-פוגענית (הפוגעת בזכויות האמורות), למשל: כשהוא יוצר סכנה קונקרטית לפגיעה כזו או שזו מטרת העושה. בהיקף הרחב עשויה ההגנה לתפוס גם ביטויים יוצרי אקלים גזעני (הלכתי נפש ותודעה גזעניים), שרק בהצטברות ולאורך זמן עלולים להביא להתנהגות גזענית-פוגענית. ככלל, אין זה תפקידו של הדין העונשי, שעניינו תופעות חברתיות, להיאבק בהלכתי נפש גרידא¹⁶; אולם מהותה המיוחדת של הגזענות והניסיון ההיסטורי הנורא עשויים להצדיק חריג לעניין זה. האפשרות שמדובר בהגנה על שמה הטוב של הקבוצה אינה נראית סבירה בשל הסדרת הסוגיה בחוק איסור לשון הרע¹⁷. השופטים בעניין אלכה נחלקו הן בתוצאה הסופית לעניין העבירה של הסתה לגזענות והן לעניין פרשנות יסודות העבירה. נתחיל בעניין השני. המחלוקת על פרשנות העבירה משתרעת הן על היסוד העובדתי והן על היסוד הנפשי.

ג. היסוד העובדתי

1. אופיו של ה"דבר" המפורסם

הגדרתו בעבירה היא דלת תוכן ודלת משמעות עד מאוד – "המפרסם דבר". לכאורה, מדובר ביסוד ניטרלי לחלוטין, שלשם התגבשותו לא נדרש "ראש" כלשהו. אף על פי כן גרסו אחדים מן השופטים כי יש לאפיין את היסוד העובדתי באופן כזה שתוענק לו משמעות שלילית או לפחות משמעות זיקתית-רלבנטית לנושא העבירה – גזענות. שאלת הפירוש הראוי של היסוד העובדתי מעניינת מכמה נקודות מבט. אחת מהחשובות שבהן

16 ודוק: אין חולק על כך שהמשפט הפלילי מתייחס אל המישור הנפשי – אצל העבריין, אצל הקורבן ואצל צדדים שלישיים. אולם, ההתייחסות הפלילית המקובלת היא אל מצב מנטלי מסוים – הן מבחינת טיבו והן מבחינת נושאו – אשר השלכותיו המעשיות (כולל נזק מנטלי) ברורות וישירות. לעומת זאת, המושג "הלכתי נפש" הוא רחב וערטילאי הרבה יותר. הכוונה היא לתחושות ציבוריות ("רוח התקופה") שאינן מוגדרות באופן ברור, המשפיעות על החברה באופן פוליטי כולל, וקשה לייחסן באופן מדויק לתופעות מסוימות.

17 וזו לשון סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965: לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד, דינה כדין לשון הרע על תאגיד, אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה, ולא יוגש כתב אישום בשל עבירה לפי סעיף זה אלא על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו.

היא מידת כוחו של הפרשן בפלילים להתוות את מתכונת האיסור שלא על דרך הפירוש של ביטוי הכלול בהגדרת העבירה, אלא בדרך של הוספת רכיב נסיבתי או תוצאתי שאינו כלול בה.

השאלה מתייצבת בעיקר אל מול דבריהם של הנשיא ברק¹⁸ והשופט טירקל¹⁹, הרוחים את טיעוניו של השופט מצא (להלן) ותומכים בסיפוח מבחן הסתברותי ליסודותיה של העבירה²⁰. שאלה זו חריפה במיוחד כאשר מדובר במהלך פרשני שנראה כי אינו מתיישב ואף מנוגד לכוונתו של המחוקק כפי שהיא עולה מן ההיסטוריה החקיקתית²¹.

ברור כי מדובר במהלך יוצא דופן, שניתן להצדיקו משום שהוא בכיוון של צמצום היקף האיסור: דינמיות פרשנית כזו אינה רלבנטית בכיוון של הרחבת האיסור. יש לקוות כי האופי הא-סימטרי של הפרשנות דיני העונשין מופנם מספיק כדי לבטוח בכך שאין זרימה של השראה מן הכיוון המצמצם לעבר הכיוון המרחיב, שאחרת עדיף להימנע מיצירתיות גם בכיוון המצמצם (כדי לא ליצור מתאבן ליצירתיות בכיוון המרחיב). משום שמדובר במהלך יוצא דופן הוא מחייב הצדקה מיוחדת. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והמשתמע ממנו לעניין הדין העונשי – ולא דווקא מכוח הגנה על חופש הביטוי – באשר למידתן של הגבלות על החירות והכבוד (והאיסור העונשי – הן כציווי והן כיסוד להטלת עיצומים עונשיים – הוא הגבלה כזו), עשוי לספק הצדקה כזו, ואף ברמה של הכללה. ככלל, תפקידם של דיני העונשין מתבטא בהגנה על ערכים חיוניים לתפקודה התקין ולהתפתחותה הרצויה של החברה²², כלומר: הבטחת היחסים התקינים בחברה והערכים החיוניים לקיומה ולהתפתחותה בהתאם לתפיסותיה²³. עולה מכאן, שבחברה מודרנית, מאורגנת ושותרת חופש, קיומו של הפרט החופשי והיכולת לממש את זכויות האדם בדרכי שלום מהווים את תפקידה של החברה. במילים אחרות: תפקידם של החברה ושל דיני העונשין מתבטא בהגנה על חיים בצוותא של אנשים חופשיים. יודגש, כי הגדרה זו של תפקיד דיני העונשין מתחייבת גם מחוק-יסוד: כבוד האדם

18 שם, בפסקה 2 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

19 שם, בפסקה 7 לפסק-דינו של השופט טירקל.

20 אומנם, הנשיא ברק מעדיף להשאיר את שאלת המבחן ההסתברותי – קיומו בכלל ונוסחתו המדויקת בפרט – ב"צריך עיון" (ראו פסקה 5 לפסק-דינו). לדעתו, לא היה בהכרעה בסוגיה כדי להשפיע על התוצאה הסופית. ייתכן שיש בדברים שיובאו להלן כדי להצביע על מסקנה שונה.

21 ראו פסקה 17 לפסק-דינו של השופט מצא.

22 ראו ש"ו פלר יסודות דיני עונשין (תשמ"ד, כרך א) פסקה 1.

23 שם, בפסקה 228.

וחירותו, שהרי מטרתו של חוק היסוד היא להגן על כבוד האדם וחירותו²⁴, ו"ביסוד תפיסתו של חוק היסוד... עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו הוא, וזאת במסגרת החברתית עמה הוא קשור ובה הוא תלוי"²⁵. תכליתו של הדין העונשי היא להגשים את רעיונות חוק היסוד, ונמצא, כי הדין העונשי הוא "חיל החלוקה של חוק היסוד, לשמור על ערכיו"²⁶ והמגנה קרטא לזכויות היסוד של הפרט.

מכאן, שתפקידו של דין העונשין הוא להגן על החברה מפני התנהגויות שיש בהן נזק חברתי חמור, המתבטא בפגיעה בערך החברתי המוגן, שהוא היסוד וההצדקה לקיום האיסור העונשי²⁷. הדין העונשי ממלא את תפקידו זה באמצעות איסורים מדריכי התנהגות. לפיכך, עליו לשרטט יסוד עובדתי שיש בו פסול מבחינת האנטי-חברתיות שבו (אך לאו דווקא נזק בפועל או תוצאה), שכן האיסור הפלילי יונק את פליליותו והאנטי-חברתיות שבו בראש ובראשונה מן הפגיעה בערך החברתי המוגן. ההתעניינות במצבו הנפשי של האדם – שכרוכה בה פגיעה בפרטיותו – מחייבת הצדקה, וההצדקה היא אותה פגיעה לכאורית בסדר החברתי הטמונה ביסוד העובדתי. פגיעה לכאורית כזו בסדר החברתי נחוצה גם כתנאי להפעלת האמצעים המגבילים חירויות שבסדר הדין הפלילי, שכן אחרת יש סכנה להזדקקות יתר לאמצעים אלה. יתרה מזאת: ההתעניינות רק במצבו הנפשי של האדם ונטישת היסוד העובדתי של העבירה הופכת את דיני העונשין מדיני העבירות לדיני המחשבות (Gesinnungsstrafrecht)²⁸. זאת ועוד: המצב הנפשי של העושה נועד בעיקר לספק הצדקה להטלת אתריות פלילית על העושה בגין הנזק החברתי שגרם, כלומר: היסוד הנפשי של העושה אינו מהווה, ככלל, כשלעצמו, את הנזק החברתי שנגרם.

כנגד גישתו של השופט מצא (אליו מצטרף השופט כץ), המסתפק ב"דבר" תמים לחלוטין²⁹, יש להצביע על כך שאיסור שאין בו "אקטוס ראוס" שהוא "ראוס", פגיעתו

24 ראו סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו...".

25 א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253, 261.

26 "קרב" המשפט הפלילי יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה-תשנ"ו) 64, 66.

27 ראו Mantovani "Das Problem der Sozialschädlichkeit der Straftat im Hinblick auf die Reform des codic penale", in: Jescheck (Hrsg.), *Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in Italien* (1981) 43, 45-46; ראו גם מ' קרמיניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 325, 327.

28 ראו פסקה 3 לפסק-דין של הנשיא ברק.

29 פסקה 22-24 לפסק-דין של השופט מצא.

בחירות ובכבוד היא, ככלל, למעלה מן הנדרש³⁰. להכללה זו יש השלכות – מעבר לאיסור של הסתה לגזענות – על עבירות כמו שיבוש הליכי משפט³¹ ואף על עבירות הריגול³². שיקול דומה משמש לשלילת ענישותו של ניסיון כשל, כאשר הוא פוטאטיבי ("אי-צליחות חוקית") או בלתי ריאלי ("אמצעים אבסורדיים"), בניגוד לאי-צליחות נסיבתית אחרת³³. יש לזכור כי אף אם ננית שגם פירוש אחר הוא סביר – בעיקר משום הביסוס החזק שיש לו בלשון האיסור – יש להעדיף את הפירוש המצמצם מכוח כלל הפרשנות המצמצמת הגלום בסעיף 34 ככא לחוק העונשין, הנגזר מעקרון החוקיות, שעניונו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

השיקולים הנוגדים שמעלה השופט מצא, המתייחסים לאיסור הנדון – הרצון להימנע מהכרעה בדבר אופיו של הפרסום בשל הרגישות הכרוכה בכך לעניין כתבי דת (רגישות שהמחוקק עצמו היה שותף לה) והסתמכות של שיקול הדעת הזהיר והמאופק של התביעה³⁴ – אינם משכנעים. במיוחד יש לשלול הסתמכות על השיקול השני, במקרה זה כמו במקרים אחרים. זכותם של בני האדם לחירות פעולה מירבית ולביטחון וודאות משפטיים מחייבת שהאיסור יעמוד על היקפו הראוי כבר כשהוא יוצא תחת ידי המחוקק, ולכל המאוחר כאשר הוא מתפרש על-ידי בית-המשפט. האזרחים אינם צריכים להיות חשופים לאיסורים שתחום השתרעותם רחב מדי, כשנחמתם בתביעה מאופקת או כשהם צריכים להשליך עליה יחבם. זהו בדיוק המבחין בין שלטון החוק לבין שלטון בני האדם. מדובר בראש ובראשונה ביכולת לדעת מראש את היקף האיסור, ולהיות מוזהר רק מפני מה שראוי להיות אסור בדין העונשי. מדובר גם בזכות שלא להיות חשוף לאמצעים פוגעניים כגון מעקב, עיכוב, מעצר וחיפוש בשלב המוקדם, לפני כניסתו לתמונה של "התובע האציל". לבסוף, לא ניתן לשלול מראש שינוי במדיניותה של התביעה, בין משום שינוי בעתים ובין משום שינויים עמוקים יותר באתוס של התביעה. הפרשן אינו רשאי לגלגל אחריות ליישום נכון של החוק אל התביעה. זהו תפקידו שלו.

30 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת, אף אם התכלית העונשית – הגנה על ערך חברתי מוגן – היא ראויה כשלעצמה.

31 סעיף 244: "העושה דבר בכוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי או להביא לידי עיוות דין..."

32 סעיף 122:

(א) מי שמסר ידיעה והתכוון לפגוע בבטחון המדינה, דינו – מאסר חמש עשרה שנים.

(ב) מי שהשיג, אסף, הכין, רשם או החזיק ידיעה והתכוון לפגוע בבטחון המדינה, דינו – מאסר עשר שנים.

33 שאז מוצדקת הטלת העונש בצורך להצדיק את אמון הציבור במערכת המשפט ובפגיעה בערך המוגן המופשט. ראו מ' קרמיצר "סוגיות בדין הנסיון הפלילי מנקודת ראות השוואתית" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 393, 405-399.

34 ראו פסקה 33 לפסק-דינו של השופט מצא. השופט מצא מתייחס אל סעיף 144 לחוק העונשין, האומר: "לא יוגש כתב אישום לפי סימן זה אלא בהסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה".

אופיין של נורמות כלליות, ואיסורים עונשיים בכללן, הוא כזה שגם לאחר שהפרשן יעשה את מלאכתו נאמנה ושלמה ייוותר מקום לסלקטיביות מושכלת מטעם התביעה באכיפת האיסור.

אשר לשיקול הראשון – רצונו של בית-המשפט להימנע מקביעת עמדה ביחס למשמעותו הערכית של הטקסט – אין בו כדי לגבור על השיקול החוקתי שעליו הצבענו, גם אם היה בו ממש. אולם, אין הוא מסוגל להשיג את המטרה שהוא אמור לשרת משתי סיבות. ראשית, מבחינה ראייתית, לרוב לא ניתן יהיה לקבוע את היסוד הנפשי של העושה ללא התייחסות לתוכן ולאופי של הפרסום. שנית, מבחינה מושגית, כפי שהצביע הנשיא ברק, גם בדיון במישור הנפשי על בית-המשפט לתייג את מטרות הסובייקטיביות של המפרסם כ"גזענית". ההבדל היחיד הוא ב"שינוי מיקום" ההחלטה והעברתה מפרשנות ה"דבר" לפרשנות המטרה³⁵. במקום לבחון אם מאמר שמכוון להבחנה בין יהודי לגוי הוא גזעני, יבדוק בית-המשפט אם תפיסה המכוונת לכך היא גזענית.

קיצורו של דבר: יש להגביל את היקף האיסור על-ידי אפיון אובייקטיבי כלשהו של הפרסום. במסגרתו של דין פלילי המיועד להתמודד עם תופעת הגזענות, ניתן לאפיין את תוכנו של פרסום אסור בשלוש דרכים:

1. פרסום המכיל תכנים גזעניים בפני עצמם (אף אם אין בהם סגולה של השפעה לפעולה);

2. פרסום המכיל תכנים המסיתים לגזענות, היינו: תכנים שקליטתם בנסיבות מסוימות עלולה ליצור במוחו של הקולט אותם תפיסות גזעניות או לתרום ליצירתן (אף אם אין בהם תוכן גזעני נוסף על עצם ההסתה לגזענות. לדוגמה: פירוט מוצאם הגזעי של עצורים בדיווחים עיתונאיים³⁶);

3. פרסום היוצר הסתברות לפעולה גזענית.

לגרסה הראשונה ניתן למצוא תימוכין בפסק-דינו של השופט גולדברג³⁷, אשר התנה את התקיימות העבירה בזיקה כלשהי בין הפרסום לגזענות, כראיה לסיכון החברתי שטמון במבצע, אך סירב להגביל את הזיקה האובייקטיבית ליסוד הסתברותי דווקא. גישה דומה ניתן למצוא אצל השופט טל³⁸, לפיו נדרש שב"דבר" המתפרסם יהיה אובייקטיבית "אלמנט של הסתה גזענית או אבק גזענות". השופט דורנר שוללת דרישה הסתברותית, אך לא לגמרי ברור אם היא עומדת על תוכן גזעני או מוכנה להסתפק בתוכן שהוא ניטרלי לחלוטין.

35 פסקה 4 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

36 פסקה 4 לפסק-דינו של השופט ברק.

37 פסקה 5 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

38 עמ' 161 לפסק-הדין.

גישתה של השופטת דורנר מעוררת כמה קשיים. השופטת דורנר שוללת את הגישה ההסתברותית, בין השאר, בעזרת טיעון חיובי³⁹, באמצעות בירור תכליתו החקיקתית של האיסור העונשי:

מטרתו החקיקתית של סעיף 144ב איננה רק למנוע סכנה עתידית של גזענות. תכלית האיסור היא, בראש וראשונה, 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 המתקן הישראלי ראה את הסכנה שמפניה יש להגן באמצעות

39 להבדיל מהנמקתה השלילית, היינו: מדוע אין צורך ביסוד הסתברותי בעבירה. במסגרת נימוקיה לשלילתו של יסוד הסתברותי בעבירה ההסתה לגזענות, "נעזרת" השופטת דורנר בפרשת *K.P.D.*, אשר נפסקה בבית-המשפט החוקתי בגרמניה 85 (1956) *BVerfGE* 5. השופטת דורנר גרסה, בפסקה 3 לפסק-דינה, שפסילת מפלגה לפי פסיקת בית-המשפט החוקתי אינה מותנית "בהוכחת הסתברות להגשמת מטרתיה האסורות". גרסה זו היא בעייתית, הואיל וקשה לקבוע בצורה חד-משמעית אם בית-המשפט החוקתי הגרמני פסק בדיוק כך. קיימת מחלוקת בין מלומדים לגבי פרשנותו הנכונה של פסק-הדין, אולם במקרה בו עסקינן אין צורך בבדיקת הפרשנות הראויה לאמרת בית-המשפט החוקתי הגרמני, הואיל ומדובר בעבירה פלילית ולא באקט מנהלי. בית-המשפט החוקתי גרמני פסק באותה פרשה עצמה, שלצורך התגבשות היסוד העובדתי של עבירה פלילית נדרשת התנהגות אנטי-חברתית, היינו: התנהגות הפוגעת בערך חברתי המוגן, ועל כן נדרשת סגולה אובייקטיבית-כללית לפגיעה כזו או הסתברות קונקרטית לכך (ראו 4-5, 85, *BVerfGE* (1956) 5). כן הבהיר בית-המשפט את ההבדל בין דין עונשי שיש לו פן תגובתי-גמולי מובהק על התנהגות שבעבר, לבין האופי המניעתי הטחור של פסילת מפלגה, שתכליתה מניעת סכנה עתידית. מעבר לכך, יש קושי בהשלכת הדיון בפסילת מפלגות על עבירות של פרטים. אין דין מטרתו של ארגון המתבטאת במצו כדין מטרתו של פרט: הראשונה שייכת לתחום הציבורי והשנייה – לפרטי. הן נבדלות גם מבחינת המאמץ והמחויבות שבאים לידי ביטוי במטרה ארגונית, ושאינם מאפיינים את המטרה הפרטית. טעם אפשרי לשלילת יסוד "אקטיבי" של הגשמת המצע, כתנאי לפסילת מפלגה, הוא בכך שעצם ההתארגנות של קבוצת אנשים לצורך פעילות פוליטית היא עשייה תכליתית, היוצרת לכאורה סכנה חברתית ממשית – מה גם שמפלגה כזו עשויה לצבור כוח פוליטי רב ואף להרכיב את הממשלה. תמונה גם התייחסותה של השופטת דורנר אל המשפט הפלילי הגרמני. השופטת דנה בסעיף 131 לחוק העונשין הגרמני שעניינו הצגת מעשי אלימות (*Gewaltdarstellung*) ולא בסעיף המקביל לעבירת ההסתה לגזענות שלנו, שהוא סעיף 130, הדורש במפורש סגולה אובייקטיבית כרכיב נסיבתי של העבירה (ראו 47 *Auflage* (1995) *Dreher/Troendle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze* 748-754; *Lenckner, in: Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch Kommentar* 25 *Auflage* (1997) 1102-1113).

הטלת איסור כפלילים – גם בדיבור גזעני שבנסיבות המקרה אין בכוחו להביא לגזענות⁴⁰.

לכאורה מסכימה השופטת דורנר בראשית דבריה עם פסק-דינו של השופט מצא⁴¹, המאיין כל יסוד עובדתי "שלילי" מסעיף 144 ב לחוק העונשין (ראו לעיל). הוא הדין בהמשך דבריה, בהם היא מתייחסת לפרסום שהוא על פניו ניטרלי⁴². מנגד, במסגרת הטיעון הכולל כנגד אלמנט עובדתי אחד, מגדירה השופטת דורנר את עבירת ההסתה לגזענות על-ידי הסכנה התבררת שמפניה היא באה להגן – היא הדיבור הגזעני – ובתוך כך מונה יסוד עובדתי אחר – והוא התוכן הגזעני של הפרסום. כלומר: ההנמקה נגד רכיב הסתברותי הולידה אפיון אובייקטיבי המתייחס לתוכן הפרסום הגזעני. נראה, שהנחות היסוד של השופטת דורנר באשר למשמעותה של עבירת ההסתה לגזענות מתנות את התקיימות העבירה בתוכנו הגזעני של הפרסום; אולם, בשונה מהשופט גולדברג, מתייחסת השופטת דורנר בדברים המובאים לעיל אל הפרסום הגזעני כ"רע" חברתי בפני עצמו, ללא קשר לתוצאותיו.

אך הקושי האנליטי בדבריה של השופטת דורנר גובר עוד יותר בהמשך פסק-דינה. בהתייחסה ליסוד הנפשי של "מטרה" המופיע בעבירה, כותבת השופטת דורנר את הדברים הבאים:

בעבירות של כוונה מיוחדת נפגע הערך המוגן לא כתוצאה מעשיית המעשה עצמו, אלא לנוכח המטרה הפלילית שלשמה המעשה נעשה. ואכן, במקום שהמעשה עצמו פוגע בערך המוגן, מתייתרת הדרישה כי הוא ילווה במטרה לפגוע בערך המוגן, ודי במודעות למעשה ולשאר רכיבי היסוד העובדתי⁴³.

אך האם אין בדברים אלה כדי לשלול את הטענה שהועלתה קודם לכן, כי "תכלית האיסור הוא בראש וראשונה למנוע את הדיבור הגזעני גופו"? האין יסוד ה"מטרה" מהווה תמרור ל"סיבתיות עתידית" כלשהי, קרי: הערך המוגן אינו "נפגע כתוצאה מעשיית המעשה עצמו", אלא מהשפעותיה המזיקות של ההסתה? את דבריה אלה של השופטת דורנר ניתן להבין בשני אופנים: לפי הראשון, אין הצדקה ואין מקום לדרישה של מטרה, ולפי השני – אין משמעות לדרישה של מטרה⁴⁴. שני האופנים הם בעייתיים.

40 ראו פסקה 3 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

41 פסקה 1 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

42 שם, בפסקה 8.

43 שם, בפסקה 6.

44 ראו לעיל, הערה 42.

העובדה שהמעשה עצמו פוגע בערך המוגן אינה מייתרת כאופן הכרחי דרישה למטרה. זהו עניין של מדיניות, וזו עשויה להצדיק – אומנם רק במקרים מיוחדים – דרישה של מטרה. למשל, כאשר הפגיעה האובייקטיבית בערך המוגן היא בעוצמה נמוכה או שעשוי להיות למעשה ערך חברתי פודה, ביחס לפגיעה בערך המוגן. במצבים אלה עשויה המטרה להעניק תוספת פליליות, המכפרת על הבעייתיות שביסוד העובדת. כך, למשל, תיאורו של מנהיג כ"בוגד" עלול להביא למעשה אלימות נגדו, אך החיוניות של ויכוח פוליטי נוקב, חריף וחופשי היא שיקול ראוי כדי להימנע מהפללתו כשהוא נעשה מתוך מודעות בלבד לאפשרות האמורה. אולם, כאשר מתלווה אליו מטרה שכך יקרה, נחצה הגבול שבין הסכנה למעשה האלימות לבין החיוניות לויכוח חופשי, והכף נוטה בבירור לטובת הפללה. או למשל, טלו סוגים שונים של ביטויים שהם בבחינת לשון הרע, כגון פרסום שקרי על התנהגות בתחום הציבורי העלול לפגוע בקרבן. במקרה זה ברי כי יש להסתפק במודעות לנתונים העובדתיים האמורים. לעומת זאת, כאשר מדובר בפרסום אמת על התנהגות שהיא בתחום הפרט, העלול לפגוע בקרבן, הדעת נותנת כי אין להסתפק במודעות לנתונים העובדתיים וכי יש לדרוש גם מטרת פגיעה.

ברור גם שלדרישת המטרה יש משמעות: יש הבדל משמעותי בין מודעות להתרחשות אפשרית שמתלווה אליה קלות דעת או אדישות לבין מודעות כזו המלווה במטרה; ולא בכל מקרה שמתקיימת בו מודעות קיימת גם מטרה. מודעות לתוכן גזעני של פרסום ואף לאפשרות שבצרכותו ייעשה מעשה גזעני אינה כרוכה בהכרח ברצון שכך יקרה. אפילו השמעת דברי הסתה אינה כרוכה בהכרח ברצון שהמוסמים יפעלו.

כאמור, מסקנתה של השופטת דורנר היא שלא נדרש תוכן של הסתה לגזענות ולא נדרש יסוד הסתברותי. אשר לתוכן הגזעני – ניתן למצוא בדבריה גישות שונות. כן יש לציין את הקישור שעורכת השופטת דורנר בין שני היסודות – העובדתי והנפשי, וניתן להסיק מן הניתוח שלה כי הדרישה המיוחדת (הבלתי שגרתית) בתחום היסוד הנפשי עשויה להצדיק יסוד עובדתי מתון יותר, תובעני פחות⁴⁵.

את הגרסה השלישית (פרסום היוצר הסתברות לפעולה גזענית) ניתן לייחס לפסקי-דינים של הנשיא ברק והשופט טירקל. כאמור קודם לכן, נוטה דעתם של הנשיא ברק והשופט טירקל אל הגישה המתנה את התקיימותה של עבירת ההסתה לגזענות בקיומו של אלמנט עובדתי-הסתברותי בפרסום. לפי שני השופטים חייבת להתקיים בפרסום האסור הסכנה – ברמה מסוימת של ודאות (ודאות קרובה לפי השופט טירקל; צריך עיון לפי הנשיא ברק) – לפגיעה בשלום הציבור. נוסף על כך, לפי השופט טירקל

45 לזכות הגישות הממעטות בערכו של היסוד העובדתי בעבירה יש לציין, כי הן מאפשרות לכלול במסגרת העבירה העיקרית גם מעשים המהווים ניסיון בלבד (ביחס לפגיעה בערך המוגן) במישור הטיב (ניסיון בלתי-צליח, להבדיל מניסיון במישור המידתי של שלבי הביצוע). אפשרות זו משמעותית אם גורסים – בניגוד לדעתם של השופטים גולדברג (פסקה 7 לפסק-דינו) וטירקל (פסקה 7 לפסק-דינו) – כי לא ניתן לגזור ניסיון עגיש מעבירה זו, שהיא עצמה נגזרת במישור השלבים.

נדרש כי הדבר המתפרסם יכיל, מבחינת משמעותו הנקלטת, הסתה לגזענות. דיון בשיטתו של השופט טירקל ייערך בהמשך.

הגרסה השנייה (פרסום תכנים שקליטתם בנסיבות מסוימות עלולה ליצור בתודעת הקולט תפיסות גזעניות) אינה ניכרת על פני פסק-הדין, אך יש להבחינה מהגרסה השלישית שנדונה לעיל. ההבחנה סבה על מהות יעדה המסתבר של ההסתה. סעיף 144ב(א) מדבר על "הסתה לגזענות". יש לשים לב, כי הכללת ה"פגיעה בשלום הציבור" דווקא במסגרת ה"גזענות" – כדרכם של הנשיא ברק והשופט טירקל – אינה מובנת מאליה. עניין זה יובהר ביתר הרחבה, בהמשך, במסגרת ניתוח מושג ה"גזענות" בחוק. לדעתנו, בשים לב לכך שהאפיון בתחום העובדתי הוא תיקון ("קורקטורה") של הפסיקה, ראוי שהתיקון יהיה מתון, מאופק ומינימליסטי. גישה מינימליסטית כזו עולה בקנה אחד גם עם העובדה שבתחום היסוד הנפשי, הדרישה היא יוצאת דופן ובלתי שגרתית – דרישה למטרה דווקא ואי הסתפקות במחשבה הפלילית. עצמתו המיוחדת של היסוד הנפשי מאפשרת הסתפקות במועט בתחום היסוד העובדתי.

כל אלה תומכים באפשרות של הסתפקות בתוכן גזעני, ולא דווקא תוכן המסית לגזענות, ודוק: גם השופט בך, שהצטרף בעיקרון לעמדתו השוללת אפיון אובייקטיבי של השופט מצא, הביא דוגמה (הצגת בני גזע מסוים כבעלי תכונות שליליות) שאינה מציגה מקרה שהוא ניטרלי לחלוטין אלא מקרה שבו יש ממד גזעני ל"דבר" עצמו. ברור גם כי הסכנה שבגזענות אינה מצטמצמת להסתה להתנהגות גזענית. כדי שהסתה כזו תניב פירות היא צריכה ליפול על קרקע מתאימה. עיקר הסכנה הוא דווקא בהכשרת הקרקע, ביצירת הלך נפש ותודעה גזעניים. הגנה יעילה מפני גזענות צריכה, לכן, להקיף גם ביטוי גזעני שאיננו מסית. לכך יש להוסיף כי המאבק העיקרי הוא בגזענות המאורגנת והמתוכננת, במי שמכלכלים את צעדיהם תוך התחשבות וחישוב של האיסורים ושל היקפם. הגבלת האיסור רק להסתה לפעולה תותיר בידי הגזענים המתוחכמים תחום עצום, בלתי מופרע, לזריעת זרעי הפורענות. אם כבר נדרשת הסתברות כמותית (ועוד ידובר על הקושי הכרוך בכך), ודאי שאין הצדקה – נוכח הביקורת אשר נמתחה לעיל על מבחן הוודאות הקרובה – לדרוש הסתברות בדרגה של קרוב לוודאי, וראוי להסתפק בהסתברות של אפשרות ריאלית. ראשית, בהתאם לביקורת הראשונה, מדובר בערך חברתי גבוה בחשיבותו – כבודם האנושי של בני הקבוצות המוגנות על-ידי האיסור, שלמות גופם וחיהם – ויש להתחשב בכך בעת קביעת דרגת ההסתברות הנדרשת. חשיבותו של הערך המוגן מאזנת את הדרישה ההסתברותית וצריכה להפחית את דרגתה. שנית, בהתאם לביקורת השנייה והרביעית, תוכן גזעני עשוי להיות סכנה כשלעצמו, בהתעלם מהנסיבות הסובבות אותו. שלישית, בהתאם לביקורת החמישית, הפסיקה בישראל דחתה את מבחן הוודאות הקרובה בכל הנוגע לפגיעה בשם טוב ובפרטיות,

והיא מסתפקת באפשרות סבירה⁴⁶. קשה לומר כי הערך המוגן על-ידי עבירת ההסתה לגזענות הוא בעל חשיבות פחותה מערכים אלה⁴⁷.

2. הוכחת היסוד העובדתי – על ערכים ועובדות

נטל הוכחת התקיימותו של היסוד העובדתי הכביר רק על שכמם של השופטים אשר עמדו על הכרחיותו בהגדרת העבירה.

השופט גולדברג, אשר התנה את איסור הפרסום בזיקתו התכנית של האחרון לגזענות ("זיקה, ישירה או עקיפה, לנושא של גזענות"⁴⁸), עמד על קיומה של זיקה נוספת – זיקה ראייתית בין הוכחת היסוד העובדתי ליסוד הנפשי⁴⁹. אליבא דשופט גולדברג, מגשרת "הנחת הכוונה" בין הוכחת זיקתו הגזענית של הפרסום להוכחת מטרתו של המפרסם. בהתאם, ערך השופט גולדברג דיון ראייתי משותף (ראו להלן את ניתוח הוכחת היסוד הנפשי בפסק-הדין).

לגישתו של השופט גולדברג על מהות היסוד העובדתי בעבירה שותף השופט טל. קיים קושי מסוים ליישב את הנחותיו של השופט טל, בכל הנוגע לתפיסתו את מאמרו של אלבה, עם המאמר עצמו. הנחות אלה באות לידי ביטוי מפורש בדיון הראייתי שערך השופט טל. בהתייחסו אל ערכו ההוכחתי של המאמר לכשעצמו, דחה השופט טל את מסקנותיהם של שופטי הרוב (אשר יידונו להלן, במסגרת ניתוח הוכחת היסוד הנפשי):

אין בו במאמר של המערער כל היתר להריגת גוי. יש בו מקורות המצביעים על ההבדל בין ישראל לעמים.

בעולם ההלכה היהודית ישנם יסודות ברורים של הבחנה והבדלה בין ישראל לעמים... מקור ההבדל אינו נעוץ ב"גזע", אלא בהבדל בחיוב במצוות... מהבדל זה מסתעפים הדינים השונים החלים ביחס שבין ישראל לבן-נוח... הבחנה נובעת גם מסיבות היסטוריות ומהיעדר הדדיות וסימטריה ביחסי ישראל ונוכרי⁵⁰.

46 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464.

47 למעשה, קיימות גישות המזהות זיקה אנליטית ישירה בין איסור הגזענות לאיסור לשון הרע. ראו פסקה 5 לפסק-דינו של השופט בן וכן: A.S. Goldstein "Group Libel and Criminal Law: Walking on the 'Slippery Slope'" 22 *Isr. Yearbook On Human Rights* (1992) 95, p. 98, 106.

ראו גם מאמרם של קרמיצר וגנאים (לעיל, הערה 6), בעמ' 47.

48 פסקה 5 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

49 שם, בפסקה 6.

50 שם, בעמ' 322-323.

ספק אם ניתוח זה עולה בקנה אחד עם מסקנותיו של אלבה עצמו, הכותב בעמוד המסכם של מאמרו כי

גויים שאדוקים בדתם שיש בה כפירה כיסודות אמונת ישראל ונצחיות התורה וסוכרים שיש עליהם מצווה לשכנע בדתם אחרים, כגון המסיונרים והמוסלמים שמאמינים בג'יהד – מצווה להורגם. אך גם זה דווקא כשיש כח ביד ישראל... מלחמת תקיפה על גויים שיצא קול שרוצים לפגוע ביהודים בנפשותם או בממונם באופן שהפגיעה בממון עלולה לגרום לנטישת ישוב יהודי היא מלחמת חובה שאסור להמנע ממנה אפילו בשבת וכן הדין במלחמת עמלק, במלחמת ז' העממים ובמלחמה לכיבוש ארץ ישראל. חובת המלחמה מוטלת גם על הציבור וגם על היחיד, כשיש סיכוי לנצח. אלא שהיחיד אינו חייב לסכן נפשו, כאשר הציבור לא קיבלו על עצמם את חובת המלחמה. ומ"מ אין ציבור זה מפקיע את חובת המלחמה מהיחיד, אלא שצריך לפעול בהתייעצות עם חכמים שפעולתו לא תזיק אלא תועיל, וכל אחד יעשה כמיטב יכולתו להצלת עמו.

התיאור שהעניק השופט טל לדבריו של אלבה ברבר המצווה להרוג "מסיונרים ומוסלמים המאמינים בג'יהאד", כ"היעדר הדדיות וסימטריה ביחסי ישראל ונכרי", משול לתיאור מאמציו של אלבה להצטייד באמצעי לחימה כ"עניין אספני בטכנולוגיה בליסטית".

מעבר למישור הראייתי, נראה כי פסק-דינו של השופט טל חושף את עצביה של מחלוקת מהותית, ואלה דבריו:

מאמר הלכתי המצביע על השוני וההבדל ביחסה של ההלכה אל מי שאינו יהודי ואל הריגתו, אין בו אלא שוני והבדל זה בלבד. אין בכך אפילו כדי לעורר איבה שבלב. אולי רחמים. ודאי לא גילוי איבה ועוינות⁵¹.

דברים אחרונים אלה מעלים את החשש כי אותה תפיסה ערכית, אשר אינה מכירה ב"עיקרון השוויון בין בני אדם" גם "על רקע שוני הנעוץ בהבדלי צבע, השתייכות לגזע, או לקבוצה לאומית"⁵², היא בסיס לרחמים לפי השופט טל, למסקנותיו של אלבה

51 שם, פסקה 6 לפסק-דינו של השופט מצא. ההדגשות הוספו.

52 ראו דבריה של השופטת פרוקצ'יה (לעיל, הערה 3), בעמ' 38.

ולצורך במאבק בגזענות, ובכלל זה, באיסור פרסום הסתה לגזענות. בכך גם סותמת גישתו של השופט טל את הגולל על טענתו (תקוותו) של השופט מצא לגבי יכולתו של בית-המשפט להימנע מהכרעות ערכיות. בדומה לשופט טל, גם הנחות היסוד של השופט טירקל נחשפות במסגרתו של הדיון הראיתי:

ראינו שעל ה"דבר" לאצור בתוכו פוטנציאל של הסתה לגזענות וכי פוטנציאל זה נבחן ביחס לציבור שעליו עשויים הדברים להשפיע. במקרה הנדון היה זה ציבור של לומדי תורה, שדרכו לקבל דברים שכאלה כלימוד עיוני של הלכה שמרכיץ רב לתלמידיו, ולא דווקא כהנחיה או כהדרכה לעשות מעשה⁵³.

בניגוד לקביעתו הנחרצת של הנשיא ברק כי "הפרסום הגזעני במקרה שלפנינו יצר הסתברות ברמת ודאות גבוהה ביותר, כי הסיכון יוצא מהכוח אל הפועל"⁵⁴ – קביעה המאפשרת לו להשאיר את סוגיית היסוד העובדתי בצריך עיון, סבר השופט טירקל כי "לא עולה מתוך הממצאים העובדתיים כי החשש האמור מתקיים הלכה למעשה"⁵⁵. לדעת השופט טירקל:

כאשר כתב המערער בראש דבריו 'לעיון ולא למעשה' ניטל מדבריו פוטנציאל ההסתה שהיה בהם, אפילו היה בהם פוטנציאל כזה מלכתחילה⁵⁶...

...האופי והמטרה של תלמודו, כפי שהביעם במאמרו, היו 'לעיון ולא למעשה'... לא מצאתי בראיות שהובאו... – ואף לא בקרבת הזמן והמקום למעשהו הנורא של ד"ר גולדשטיין – דבר וחצי דבר שיעניק לדבריו משמעות החודגת מגדר תלמוד תורה לשמו ומוציאה אותם מתחום מוגן זה⁵⁷.

לא ניתן להכין את דרכו של השופט טירקל בלי להתייחס למרכזיות החופש האקדמי בניתוח שלו. השופט מפרט את "רוחו" של אותו חופש, בקליפת אגוז:

הצורך של החברה בקידום ערכים כדעת, כמימוש עצמי אינדיבידואלי, כסקרנות וכי – ערכים שנוצר חלל בקידומם, כתוצאה מכך שאין הם

53 פסקה 8 לפסק-דינו של השופט טירקל.

54 פסקה 5 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

55 וראו לעיל, הערה 53.

56 שם.

57 שם, בפסקה 12.

מצויים במוקד עניינם של המוסדות החברתיים המבצעים... כאמור, תפקידן של האוניברסיטאות הוא לחקור, להוסיף דעת וללמד... ההנחה הבסיסית היא שמורה באקדמיה רשאי לחקור וללמד בתחום הוראתו בדרך הנראית לו כטובה ביותר, וכי מוטב שגורמים לבר אקדמיים יטילו מינימום של הגבלות עליו, על תלמידיו ועל האינטראקציה ביניהם⁵⁸.

השופט טירקל מצביע על מעמדו המיוחד – אף כי הבלתי מוחלט – של החופש האקדמי במשפט הגרמני. השופט טירקל מזכיר גם את מאמרו של גנז⁵⁹, בו מוצגת הצדקה לקיומו הנרחב, אולם ספק רב אם הדיון בחופש האקדמי הוא לעניין. טעמו הבסיסי של גנז לקיום חופש אקדמי-מקצועי נרחב (בדומה לרוב הטיעונים המתייחסים לחופש החוץ-מקצועי) מתייחס לאופיים הממסדי של גופי האקדמיה, קרי: האוניברסיטאות. גנז טוען כי מאחר שפנתאון האתיקה האוניברסיטאית בנוי מבחינה מושגית על מערכת ערכים לקסיקלית, שהראשון בה הוא "ערך הידיעה", הרי שכפיפותה היחידה היא אוטונומית – כפיפות מעין-קנטיאנית לרציונליות⁶⁰. קיים קושי בהחלת הנמקה זו על מוסדות תורניים, אשר משנתם הערכית מודרכת על-ידי גורמי אמונה וערכי הידע ממלאים בהם תפקיד אינסטרומנטלי⁶¹ בלבד (התבונה היא שפחת ההתגלות). בהניפו את מגן החופש האקדמי משרטט השופט טירקל גם את התנאים הנורמטיביים לקיומו:

השאלה היא אם חצה המערער את הגבול שבין המחקר וההוראה העיונית של ההלכה לבין יישומה המעשי במציאות הפוליטית האקטואלית⁶².

וכך, בצורה סימטרית ומתואמת, נקבע קו הגבול בין החופש האקדמי מצד אחד של הקו לבין הסתה לגזענות מעברו השני. מן העבר הזה – דיונים תיאורטיים-אקדמיים מוגנים, ומכאן והלאה – תחום הפעולה בשדה הפוליטי-אקטואלי, החשוף לביקורת החוק. על אף השלמות האסתטית, קשה להתעלם ממגבלות היישום של ההבחנה: אומנם, הרצאה בענייני אתיקה בכלל ובענייני הלכה בפרט עשויה להיחשב לאקדמית, אם כל מטרתה לערוך דיון היסטורי או פילוסופי. אולם, מאמרו של אלבה נוצר במסגרתה של מערכת נורמטיבית מסוימת, המקיפה הדרכה מפורטת ומוגדרת של התנהגות. אלבה טען למעשה בפני תלמידיו כי הנורמות השולטות על כל דרך חייהם מבחינות בין הריגת יהודי לבין הריגת גוי, ומחייבות הריגתם של גויים כגון המיסיונרים והמוסלמים

58 שם, בפסקה 10.

59 גנז "חופש אקדמי" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 415.

60 שם, בעמ' 430.

61 להבדיל מהידע כערך אינטרינזי. שם, בעמ' 437.

62 פסקה 12 לפסק-דינו של השופט טירקל.

שמאמינים בג'יהאד. הטענה כי אלבה רק רצה "להעמיד על דיוקה את גישת ההלכה לסוגיה של הריגת גוי... (ו) כל מה שיש במאמר, בכלל זה אמירות היכולות להתפרש כגזעניות, משקף את רעת המערער ביחס לתפיסתה של ההלכה בסוגיה זו"⁶³ מתעלמת ממשמעותה המעשית של "דעת המערער ביחס לתפיסתה של ההלכה" בכלל ובסוגיה זו בפרט. הרי לא מדובר במרצה לפילוסופיה יוונית המפרש לתלמידיו את כתבי אריסטו. מדובר בברסמכא דתי, המפרש לתלמידיו המאמינים – שהוא רבם – את משמעות החוק שעל-פיו הם אמורים לפעול. הדבר המתבקש, לאחר פרשנות כזו, הוא לפעול על-פיה, כהוראה דתית-משפטית מחייבת. והרי רק בשל כך צריך היה אלבה – גם אליבא השופט טירקל⁶⁴ – להוסיף את הכותר "לעיון ולא למעשה" – מפני שהמהלך הטבעי מוביל לעשייה. וגם אחרי התוספת, בהעדר הצגה של עמדה אחרת ושל כל שיקול נוגד, ובשים לב לאופי האקטואלי-אופרטיבי של הדברים, עד לרמה של הנחיית היחיד, מדוע היה על התלמידים להימנע מקיום המצווה של הריגת גויים, עליה העמידם רבם באורח כה משכנע וחד-משמעי? האם היו פוסקים שופטי המיעוט בצורה זוה גם לגבי פרשנותו של אימאם הר הכית את דברי הקוראן למתפללים מוסלמים בצהרי יום שישי, כמצווה להרוג יהודים אדוקים בדתם?

דברים כאלה אינם יכולים להיות מוגנים במקום בו נלמדת ההלכה, ואין הם מוגנים גם אילו היו מופצים באוניברסיטה. שום תפיסה של חופש אקדמי אינה יכולה להשלים עם הסתה לרצח.

כסופו של דבר, צביעת מסגרתו של המאמר כגזעני אקדמיים מזכירה את תיאוריו הפסטיליים של השופט טל לגבי תוכנו – ללמדנו עד כמה מושפעת תפיסת המציאות והצגתה על-ידי גישה ערכית. ייתכן שמיומנות קוסמטית מעלימה לרגע ממאמרו של אלבה את טיבו האמיתי, אך כאשר מיטיבים להתבונן, שום איפור אינו יכול להסוות את פניה המכוערות של תפיסה גזענית ושל הסתה לרצח לפיה⁶⁵.

63 ראו טענת סגורו של אלבה, פסקה 27 לפסק-דינו של השופט מצא.

64 ראו לעיל, הערה 62.

65 ראו גם ח' ה' כהן "ערכאות של גויים וערכים של יהודים" משפט וממשל ר (תשנ"ז) 299, 312מס30. המחבר שולל את קיומה של הגזענות במערכת הערכים היהודית, להבדיל מביטוייה ההלכתיים. עוד טוען המחבר, כי אף ההלכה פיתחה מנגנונים לצורך שלילת "ערכיות משפטית או מוסרית" מההבחנה הדתית האינהרנטית בין יהודים ל"גויים". לעומת זאת, קיימות השקפות עולם פוליטיות מנוגדות: "הרעיונות של הציונות ושל המושג של מדינה יהודית עומדים בניגוד מוחלט לדעין הדמוקרטי המערבי... המושג המחייב של מדינה יהודית הוא רוב יהודי... אבל, הדמוקרטיה מה היא אומרת? בדיוק ההיפך. לדמוקרטיה לא איכפת יהודים, ערבים, סינים, רוסים, העיקר אנשים...". דברים אלה, שעשויים להישמע כיום כנאום הגנה "פוסט-ציוני" חוצב להבות, מצויים בדברי הכנסת, חוברת ל"ט, תשמ"ו, 4007, ולקוחים מתוך דבריו של ח"כ מאיר כהנא (מייסד תנועת "כך").

גם שופטי "הגוש האנטי-הסתברותי" בחרו לחלוק על קביעתו העובדתית של הנשיא ברק (ראו לעיל). השופטת דורנר סברה, כי "ספק רב...אם חומר הראיות מוכיח במידת הוודאות הדרושה במשפט פלילי כי קרוב לוודאי שדברי המערער היו מביאים אחרים לגזענות⁶⁶". ובפסק-דינו אמר השופט מצא "אינני סמוך ובטוח שכפרשתנו אמנם הוכחה 'הסתברות ברמת ודאות גבוהה ביותר', שהפרסום אשר הופץ על-ידי המערער אכן יגרום הסתה לגזענות⁶⁷". השופט מצא אף ער למחלוקת עובדתית זו ולבעיה שהיא מציבה בפני הנשיא ברק, הנמנע מהכרעה: "אינני רואה שניתן להניח שאלה זו בצריך עיון אלא יש להכריע בה לגופה⁶⁸". צאו ולמדו, עד כמה קביעה הסתברותית, ביחוד של הסתברות קרובה לוודאי, היא ספקולטיבית, סובייקטיבית ומהווה משענת קנה רצוף. נראה, כי קריאתו של השופט מצא אל הנשיא ברק, כמו גם עמדתו ביחס ליסוד העובדתי, מבטאת את הקושי המעשי בהוכחת התקיימותו של פוטנציאל הסתברותי מסוים, קושי אינהרנטי בנוסחאות המבטאות סיכוי להתרחשות אירוע עתידי. קושי זה הוא משמעותי הרבה יותר כאשר מדובר בהערכת השפעותיו של מסר מסוים על קהל היעד הקולט אותו. במסגרת "שומת" פוריותו של הביטוי יש להתחשב לא רק בפרסום עצמו אלא גם באינספור גורמים (פסיכולוגיים, סוציולוגיים ופוליטיים) הפועלים כווקטורים שונים, העשויים לחזק את השפעת הביטוי הנדון או לשכך אותה. שיקלולם של כוחות מגוונים אלה הוא כה מורכב (אם לא בלתי אפשרי), עד כדי הטלת צל כבד על עצם האפשרות לבטא את פוטנציאל ההסתה שבביטוי מסוים בערך מוגדר ("ודאות קרובה", "אפשרות סבירה" וכן הלאה). באופן ריאלי, נדמה כי כל ניסיון לבצע להטוט סטטיסטי מעין זה במסגרת הכלים השיפוטיים יוביל את השופט לפסוק לפי הערכתו האישית את בריאותה של החברה ואת האקלים החברתי הזמני, הערכה שמקורותיה הסובייקטיביים ברורים (בעיקר יחסו של השופט לסיכונים בכלל ולסיכון הספציפי בפרט, דרגת החשש והחרדה שלו ועוד), ופגיעתה בעקרון הוודאות – בולטת.

ד. היסוד הנפשי

1. מטרה להסית לגזענות

לפי השופט מצא, מדובר רק במטרה שמקבל הפרסום יוסת לגזענות, כלומר: תכליתו של המסית היא ברמה המנטלית – נטיעת רעיונות גזעניים במוח קהלו:

66 פסקה 3 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

67 פסקה 34 לפסק-דינו של השופט מצא.

68 שם, שם.

אפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, המחייבת מודעות של המפרסם, אינה מתייחסת לפגיעה אפשרית צפויה בציבור שכנגדו מסית הפרסום, אלא רק לאפשרות שהציבור שיקבל את הפרסום יוסת בעטיו לגזענות⁶⁹.

גם בפסק-דינו של השופט כץ ניתן למצוא רמז לגישה זו. השופט כץ, במסגרת הדיון ביסוד העובדתי, מביא מקרה לדוגמה:

ניקח לדוגמא פרסום כתבה אשר נושאה עבירות מסוג מסרים, כגון מעשי מרמה והונאה, עבירות מס הכנסה, או עבירות אלימות, או עבירות מין. ונגיח שמחבר הכתבה מזכיר בהקשר זה מספר מקרים שאכן אירעו ופורסמו בכלי התקשורת, תוך ציון שמותיהם של העבריינים, כאשר שמות אלה מצביעים בכרור על השתייכותם לעדה מסוימת. ונצא שוב מההנחה, כי החשוד מודה בכך, שבחר מקרים אלה באופן סלקטיבי על מנת לגרום לביזוי אותה עדה בעיני הציבור... בכל זאת נראה לי, כי מקרה כזה תואם את יסודות העבירה לפי סעיף 144ב⁷⁰.

לא ברור שפירושו הנכון של החוק ממעט כל כך במשמעותו של היסוד הנפשי הנדרש. לכאורה, רוב הביטויים המופיעים בהגדרת "גזענות", אם לא כולם, מגלמים עשייה. הדבר מובהק בביטויים "רדיפה" ו"השפלה", וכך, ככל הנראה, גם ב"ביוזי" – בשונה ובמובחן מבח⁷¹. לא לגמרי ברור מעמדו של הביטוי "עוינות": האם הוא עומד בפני עצמו או שמא – וכך נראה לי יותר – סביר יותר הפירוש לפיו מדובר בהסתה לעשייה ולא בהסתה להרגשה, כפי שגם עולה מ"הסביבה שבחוק": "גילוי איבה, עוינות או אלימות", לאמור: שמדובר בגילוי של עוינות או בעוינות המתבטאת בעולם המעשה. פירוש זה נראה עדיף גם מבחינת משמעות הביטוי "הסתה" וגם מבחינת היקפו הראוי של האיסור, במיוחד בשים לב לטיבו המינימלי של היסוד העובדתי, וכן לאופי הפרטי

69 שם, בפסקה 17. יש להעיר, כי מדבריו המדויקים של השופט מצא ניתן היה להסיק שהוא בכל זאת דורש יסוד אובייקטיבי כלשהו לאפשרות של הסתה כנסיכה בהגדרת העבירה: "המודעות הנדרשת בעבירה הנדונה היא לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה. לטיב המעשה אינו אלא הפרסום. 'הנסיבות' כוללות את תוכן הפרסום, את הציבור העלול לקבלו ולהיות מושפע ממנו, וכן את הציבור שכנגדו מופנה הפרסום. ברם, אפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, המחייבת מודעות של המפרסם, אינה מתייחסת לפגיעה אפשרית צפויה בציבור שכנגדו מסית הפרסום, אלא רק לאפשרות שהציבור שיקבל את הפרסום יוסת בעטיו לגזענות". מאידך גיסא, אם להתחשב בגישתו הידועה ליסוד העובדתי, נראה שהשופט מצא מתכוון לקיום פגיעה אפשרית רק במסגרת מודעותו של העושה ולא כנסיכה אובייקטיבית חיצונית לו.

70 פסקה 4 לפסק-דינו של השופט כץ. ההדגשות הוספו.

71 מאידך גיסא ניתן לחלוק על תפיסה זו, כפי שניתן להבין מהשימוש שעושה השופט כץ במלה. אומנם, את דבריו של השופט כץ ניתן להבין גם כאילו ה"ביוזי" נעשה על-ידי מפרסם הכתבה ולא על-ידי ציבור הקוראים, כך שעדיין מדובר בפעולה.

המבזהק של רגשות והלכי נפש. כך יש להבין גם את הביטוי "גרימת מדנים" בהקשר ההסתה כהפעלת השפעה על אחרים שהם – אותם אחרים – יגרמו מדנים. כלומר: אין מדובר בסתם רצון שקולטי הפרסום יהיו מוסתים לגזענות (לעמדה או להלך נפשי גזעניים), אלא רצון שיפעלו באופן גזעני, כמוגדר בסעיף 144א. זאת ועוד: כהשלכה מדין ההסתה הפרטית (הניסיון לשדל), מתבקש כי המסית גם ירצה באותה עשייה גזענית של קולטי הפרסום.

תמיכה מסוימת לפירוש מוחשי יותר של הגדרת הגזענות בחוק ניתן למצוא בעמדתו של השופט טל ובגישתם של הנשיא ברק והשופט טירקל במסגרת הדיון ביסוד העובדתי, כאמור לעיל. שלושת השופטים קובעים כי היסוד העובדתי של עבירת ההסתה לגזענות כולל אלמנט של הסתה, היינו: פרסום בעל סגולה עובדתית-אובייקטיבית להשאתם של האנשים הקולטים אותו ליעד מסוים – גזענות. הנשיא ברק והשופט טירקל אינם מסתפקים בכך ואף קוראים ליעד בשמו המלא: "פגיעה בשלום הציבור"⁷². כלומר: לא אירוע מנטלי גרידא, המתחולל במוחותיהם של המוסתים, אלא תוצאות פיזיות קשות הגלויות לעין. לא שינוי הלך רוח ציבורי סתם, כי אם אפקט מוחשי ופוגע. אם מקבלים את הפירוש שהוצע לעיל להגדרת "גזענות", יוצא כי הערך המוגן על-ידי האיסור אצלנו איננו כבוד האדם כשלעצמו. ניתן לחלוק על גישתו זו של המחוקק, ואף להפנות לאמנה הבין-לאומית בדבר חיסולן של כל צורות ההפליה הגזעית משנת 1965, אליה הצטרפה גם מדינת ישראל בשנת 1979. התחייבותן של המדינות החתומות על האמנה כוללת, בין השאר, הכרזה על כל "הפצת רעיונות המבוססים על עליונות או איבה גזעית" ו"הסתה לאפליה גזעית" כעבירה עונשית⁷³, הוראה המתיישבת יותר עם תפיסתם של השופט מצא והשופט דורנר. אולם, אין זה לגיטימי במסגרת פרשנות של איסור עונשי קיים לפרוץ מעבר למשמעות הלשונית המקובלת של הביטויים שבחוק רק משום שהפרשן חולק על המחוקק בתפיסת הערך המוגן. פירוש זה גם מנוע – או לפחות מצמצם מאוד, בהשוואה לפירוש המתחרה – את המקרים שבהם יש לפרסום ערך חברתי פודה, מקרים העשויים ליפול בגדר האיסור. הוא עולה בקנה אחד עם תפקיד דיני העונשין להיאבק רק בגילוייה החמורים ביותר של תופעה חברתית שלילית.

2. הלכת הצפיות

ההתייחסות אל הסוגיה של הלכת הצפיות נעשתה על-ידי כל השופטים, מסיבות שונות, באובייטר. שופטי הרוב אישרו את הוכחת מטרתו (כפשוטה) של אלבה. המחלוקת האגבית התגלעה בין השופטים מצא וכך, אשר נטו לדעה שסעיף 20(ב) לחוק

72 ראו לעיל, הערות 18420.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Art. 73 4(a).

העונשין⁷⁴ מחיל את הלכת הצפיות הן על עבירות כוונה תוצאתיות ("כוונה") והן על עבירות כוונה התנהגותיות ("מטרה"), לבין השופטים גולדברג ודורנר והנשיא ברק, אשר סברו שסעיף 20(ב) מתייחס רק לעבירות כוונה תוצאתיות. אולם, גם האחרונים לא דחו את החלתה הפסיקתית של הלכת הצפיות על עבירות מטרה לחלוטין, בצינורם שסעיף 20(ב) אינו הסדר שלילי. שלושת השופטים קבעו כי יש לשקול את הסוגיה ביחס לכל עבירה בנפרד (באמצע את המצב המשפטי ביחס להלכת הצפיות בכלל, טרם תיקון 39). הנשיא ברק השאיר את השאלה לגבי עבירת ההסתה לגזענות בצריך עיון, השופט גולדברג הסכים עם הנשיא אך נטה לכיוון החלה, והשופט דורנר נקטה את מבחן "התוצאות הטבעיות" (לפיו הצפייה הוודאית עשויה להחליף רק מטרה להביא לתוצאות הנובעות באופן טבעי מההתנהגות העבריינית), והחליטה לדחות את החלת הלכת הצפיות על עבירת ההסתה לגזענות.

שופטי המיעוט קיבלו את ערעורו של אלבה, כאשר גם הם אינם נזקקים להכרעה בסוגיה של הלכת הצפיות (השופט טל דחה את הוכחת היסוד הנפשי, אף כהנחה שהלכת הצפיות חלה, והשופט טירקל דחה את הוכחת היסוד העובדתי). עם זאת, שניהם הצטרפו אל הנשיא ברק והשופטים דורנר וגולדברג, בקובעם כי סעיף 20(ב) אינו מהווה הכרעה בשאלת תחולת הלכת הצפיות על עבירות מטרה – לחיוב או לשלילה, והשופט טל ציין את נטייתו שלא לאפשר לתביעה את תחליף הלכת הצפיות בעבירה הקונקרטית. כאמור, כל השופטים היו בדעה כי תיקון 39 אינו בבחינת הסדר שלילי לעניין ההודקקות להלכת הצפיות⁷⁵ בהקשר של עבירות מטרה. ההסבר המשכנע ביותר מצוי בדברי השופט גולדברג, בעקבות פרופ' פלר, לפיהם מאחר שהמטרה אינה בגדר יסוד נפשי כללי אלא יסוד נפשי מיוחד אין זה תפקידו של החלק הכללי לטפל בה, ומלכתחילה אין מקום לציפייה כזו⁷⁶. ואף על פי כן מתעוררת קושיה לשיטתם של מי שרואים בהלכת הצפיות תחליף (להבדיל מגישתו הפרשנית של הנשיא ברק) המתקיים בכל מקרה שבו נדרשת מטרה. על רקע קיומו של עיקרון החוקיות, אין זה פיתרון מניח את הדעת כלל ועיקר, ואף יותר מזה – זהו פיתרון חסום מבחינת פסלותו, שהפסיקה יוצרת לררישה שבחוק תחליף שמגמתו הרחבת היקפם של איסורים עונשיים. העובדה שתחליפים אלה נוצרו בעבר על-ידי הפסיקה אינה אלא הוראת שעה שצידוקה, או לפחות הסברה, נעוץ במצבו הקשה של חוק העונשין שלנו, על שני חלקיו – הכללי (הקודם) והספציפי.

74 וזו לשונו של סעיף 20(ב): "לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, באפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן".

75 לדיון מקיף בסוגיית הלכת הצפיות על פניה השונים, ראו י' קוגלר כוונה והלכת הצפיות בידי עונשין (תשנ"ז).

76 פסקה 9 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

אין ללמוד מכאן היתר כללי להפרת עיקרון החוקיות. כיצד יתהווה, אפוא, בשיטת משפט הנאמנה לעקרון החוקיות, תחליף כללי לרצון בעבירות של מטרה? אין מנוס מן המסקנה כי עליו להתהוות מכוח היגד של המחוקק, וכי יחסו של התחליף ליסוד המצוי באיסורים שונים המצויים בפרקים שונים של חוק העונשין ואף מחוץ לחוק העונשין מחייב את מיקומו בחלק הכללי של חוק העונשין. מבחינה זו, יש להצטער על כך שהדבר לא נעשה בתיקון 39. עם זאת, מצבו הקשה של החוק הפלילי שלנו לא נסתיים כל עוד עומד בתוקפו החלק הספציפי הישן של חוק העונשין, ומכאן שלא נסתיים גם עידן הוראת השעה שבו ניתן להשלים עם יצירתיות שיפוטית בתחום דיני העונשין, יצירתיות שאסור יהיה להשלים עמה עם חלוף עידן זה.

גישת השופט מצא

בפסק-דינו של השופט מצא שני רבדים. תחילה נקט את הגישה לפיה קיימת הכרעה ישירה של המחוקק בסוגיה זו לעניין תחולה גורפת של הלכת הצפיות בסעיף 20(ב) לתיקון מספר 39. לאחר קריאת פסק-דינו של הנשיא ברק חזר בו למעשה מגישה זו, שכן ברור כי תיקון מספר 39 מתייחס רק לעבירות כוונה תוצאתיות ואין הוא מתייחס למטרה שאינה מכוונת לתוצאה (להלן: "עבירות מטרה"). חבל רק שלא נחסך מן הקורא המסע דרך הגישה הראשונה, שהיא בבירור מוטעית.

השופט מצא ראה לנכון להרחיב את האיסור פעמיים: פעם לעניין היסוד העובדתי, כפי שבואר, ופעם שנייה לעניין היסוד הנפשי. ניתן אומנם למצוא בפסק-דינו של השופט מצא אזכור לקישור בין שני היסודות, לאמור שיש יחס בין מהותו של האחד לעניין מהותו של האחר, שכן השילוב ביניהם צריך "לייצר" מידה מספקת של אנטי חברתיות⁷⁷. אך לא נמצא לכך ביטוי יישומי: אם היסוד העובדתי מגלם כשלעצמו אנטי חברתיות, הדבר עשוי להצדיק הפחתה בחומרת היסוד הנפשי הנדרש (הלכת הצפיות). לעומת זאת, יסוד עובדתי יוצא דופן וחריג שאין בו אנטי חברתיות כלשהי עשוי לחייב דווקא הקפדה על יסוד נפשי חמור במיוחד (רצון במובן הצר).

השיקולים שהביאו את השופט מצא להכיר בהלכת הצפיות כתחליף בעבירה הנדונה אינם משכנעים כלל ועיקר. הקושי שכפניו ניצבת התביעה בהוכחת יסוד נפשי סובייקטיבי, ורצון בפרט, הוא אומנם הסיבה לפיתוחם ולגיבושם של תחליפים, אולם עצם הקושי אינו יוצר הצדקה לתחליף ולהיקף החלתו – שאחרת היינו מתדרדרים במהירות לתחליף אובייקטיבי ליסוד נפשי סובייקטיבי, משום שהוכחתו של הראשון קלה יותר.

77 ראו פסקה 23 לפסק-דינו של השופט מצא: "כבר הזכרנו, כי המחוקק בחר בנוסחה שאמנם מסתפק במועט בתחום היסוד העובדתי של העבירה, אך מאידך מחייבת קיום מחשבה פלילית מסוג כוונה".

עוד ברור, כי בניגוד לגישתו של השופט מצא, האיסור על הסתה גזענית פוגע בחופש הביטוי⁷⁸ כשם שהאיסור על המתת אדם פוגע בחירות הפעולה; ואף בצורה חריפה יותר – משום שבצד ערכו השלילי והמסוכן עשוי להיות לביטוי גזעני במשמעות הרחבה שאימץ השופט מצא (בהבדל ממשמעות צרה יותר, לפיה מדובר בהסתה לפעולה גזענית) ערך חיובי⁷⁹.

ואם בפסיקתו של השופט מצא עסקינן, יש להעיר על התייחסותו המוטעית להלכת הצפיות כאל עניין ראייתי ("ביחס לעבירות מסוימות כלל הצפיות אכן הוחל, אם כי רק בדרגה של 'חזקה ראייתית' לקיומה של הכוונה המיוחדת הנדרשת..."⁸⁰), ואת השגנה שיצאה מאת מעבד התמלילים שלו לעניין עמדתו של השופט גולדברג בפסק-דין בורוכוב נ' יפת, שהיתה שלילת ההיזקקות להלכת הצפיות באיסור לשון הרע ולא אימוצה⁸¹.

גישת הנשיא ברק

"טרם גובשה בישראל תורה הלכתית בדבר תחולה כללית של 'כלל הצפיות' על כל היסוד המחשבתי של מודעות או מטרה"⁸², הנשיא ברק מפטיר כדאשתקד. הוא מתעלם לחלוטין ממעשהו של המחוקק בסעיף 20(ב), הן לעניין תפיסת הלכת הצפיות כתחליף ("יחסו הנפשי של העושה לנולד הוא שווה ערך, מבחינת החומרה, לכוונה..."⁸³) והן לעניין ההכרעה שהכריע המחוקק ביחס לעבירות הכוונה התוצאתיות.

גישת המחוקק מחייבת את השופט ברק לבחון מחדש את גישתו אל צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות בהעדר רצון. האם באמת ניתן לראות בכך אופציה פרשנית סבירה של הביטוי "כוונה" או "מטרה" (והטעם לכך ברור – הרצון ליישב את הלכת הצפיות

78 ראו גישתו של הנשיא ברק בפסקה 5 לפסק-דינו, גישתו של השופט בך בפסקה 5 לפסק-דינו וגישתה של השופטת דורנר בפסקה 2 לפסק-דינה.

79 והא ראייה – שהשופט מצא עצמו מסתמך על שיקול דעת זהיר ומאופק של התביעה, שספק אם יש לו מקום בהעדר ערך חיובי כזה. מרווח שיקול הדעת במסגרת פעילותן של רשויות התביעה נועד גם לאפשר יכולת תמרון בין שלילת הגזענות כערך חברתי לבין הערך החיובי של חופש הפרט – בין השאר – להחזיק בדעה. כמו כן, שיקול-הדעת של התביעה מקנה גמישות לחוק הפלילי, אשר מוחלטותו עשויה לפגום במטרותיו. כלומר: המטרה של הקטנת היקף הגזענות בחברה עשויה לדרוש דווקא הימנעות מהגשת כתב-אישום (כאשר העמדה לדין עלולה להיתפס כקנטרנית או כמזימה של "אליטות משפטיות" כנגד "העם", ולהפחית את האמון במערכת המשפט ובתפיסות ליברליות). השווה Goldstein (לעיל, הערה 47), בעמ' 102.

80 פסקה 19 לפסק-דינו של השופט מצא.

81 שם, שם. ראו ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 213.

82 פסקה 9 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

83 דברי הסבר לסעיף 20(ב) בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992 (ה"ח 115, 125).

עם עיקרון החוקיות), או שמא היא מתוך למה שבני אדם היו תולים בביטויים אלה, והעובדה כי מלומדי משפט באנגליה מתייחסים לביטויים אלה כמקיפים גם צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות⁸⁴ אינה מבטאת אלא את האימוץ וההפנמה של הלכת הצפיות ואין היא יוצרת אופציה לשונית. אופציה לשונית אותנטית אינה נוצרת רק משום שניתן למוצאה בספרות או במילון. אופציה לשונית באה לעולם רק כאשר היא במסגרת המשמעויות שבני אדם נוהגים לייחס לביטויים. אם היא מחוץ למסגרת זו – והעדר כוונה מצוי מחוץ ל"כוונה" – היא יכולה למצוא אחיזה במשפט רק מכוח הגדרה מפורשת. בכל מקרה אחר לא מתקיים העיקרון של אוהרה מראש, ואין הבדל מהותי בין גישה פרשנית כזו לבין יצירה או הרחבה של איסורים מכוח היקש או מקל וחומר⁸⁵.

היא המחייבת גם לבחון, מבחינת עקביות השיטה המשפטית, את ההשלכה של קביעת המחוקק לעניין עבירות כוונה על עבירות מטר. לא ניתן להתעלם מן השקילות העקרונית בין צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות ("שקילות" אין פירושה משקל שווה לחלוטין אלא דמיון מהותי וניכר וקרבה משקלית מובהקת) לבין רצון, שהמחוקק אימץ. סוגיה מרכזית זו – קיומה או העדרה של שקילות – לא זכתה להתייחסות כלשהי מצד השופט ברק בפסק-הדין בורוכוב נ' יפת⁸⁶, ועתה היא הוכרעה על-ידי המחוקק לעניין כוונה כלפי תוצאה. מי שביר לו שכתוצאה מהתנהגותו, התוצאה או היעד שבעבירה חייבים להתממש ויתממשו – כלומר: שאינו רואה לנגד עיניו אפשרות ריאלית שהתוצאה או היעד שבעבירה לא יתממשו – ובכל זאת פועל, הרי הוא בוחר באופן מלא לא רק בהתנהגותו אלא גם בתוצאה או ביעד, ובשיטת משפט שתכליתה הגנה על ערכים מוגנים, בחירה מלאה כזו משקפת את מרב ה"רוע" הרלבנטי. גם אם ניתן לראות במי שגם רצה בהתממשות התוצאה כרע יותר, מדובר ב"סרח עודף" שהוא מעל לנחוץ כדי להיכלל בקטגוריה של רע מרבי; ומכל מקום – ההבדל ביניהם איננו כבד משקל⁸⁷.

חרף ההבדל שעליו מצביע הנשיא ברק, בעקבות פרוץ פלר, בין עבירות הכוונה לבין עבירות המטרה, הבדל זה מעוגן כל כולו בתחום היסוד העובדתי, ואילו מבחינת היסוד הנפשי מדובר באותו יסוד ממש – רצון, ואין כל הבדל ביניהן.

לפיכך, התחייב הנשיא ברק להידרש לשאלה אם לאור ההכרעה החיובית שהמחוקק הכריע לעניין שקילות של צפייה בהסתברות גבוהה בהעדר רצון לרצון, בהקשר של

84 ע"פ 677/83 (לעיל, הערה 81), בעמ' 214-215.

85 ראו 369 (1986) 21 I. L. R. 358. M. Kremnitzer "Interpretation in Criminal Law". לדעה נוגדת

ראו דברי השופט ברק (כתוארו אז) בע"פ 787/79, 881 מזרחי נ' מ"י, פ"ד לה (4) 421, 427,

ובבג"ץ 249/82 ועקנין נ' כיה"ד הצבאי לערעורים, פ"ד לז (2) 393, 424.

86 ע"פ 677/83 (לעיל, הערה 81).

87 לביקורת על הסבר "השקילות המוסרית" להלכת הצפיות, ראו קוגלר (לעיל, הערה 75),

בעמ' 228-237.

עבירות הכוונה התוצאתית, לא מתבקשת – מבחינת עקביות השיטה – הכרעה דומה ביחס לעבירות המטרה, שגם בהן היסוד הנפשי הוא רצון. לכל הפחות התבקשה קביעה שכלל תחול הלכת הצפיות גם בעבירות מטרה.

דומה, כי הכרעה כזו עדיפה מבחינת הוודאות המשפטית על פני גישתו הפתוחה של הנשיא ברק. זאת ועוד: נראה כי הכרעה לפי השוואה בין שני המצבים (רצון מצד אחד וצפייה בדרגה גבוהה של הסתברות מצד שני), מבחינת מהותם של המצבים ומשקלם האנטי מוסרי והאנטי חברתי, היא בסיס מוצק יותר להכרעה בהשוואה לבסיס של שקלול אינטרסים מתנגשים. יש לא מעט שרירות והשפעה של התוצאה שאליה תותרים בעצם קביעת האינטרסים: כך, למשל, השופט מצא סילק בעניינו לחלוטין את חופש הביטוי מן האינטרסים שבהם יש להתחשב⁸⁸, ואילו בפרשת בורוכוב נ' יפת הכניס השופט ברק את האינטרס הציבורי כאינטרס נוסף ונפרד⁸⁹ שצריך להיפגע על-ידי ביטוי הפוגע בשמו הטוב של אדם – כאילו לא די בכך ששמו הטוב של אדם נפגע ללא הצדקה, וכאילו אין אינטרס ציבורי מובהק בעצם השמירה על השם הטוב והפרטיות, בדומה לאותו אינטרס בשמירת שלמות גופו של אדם וחיי (שאינן שומרים עליהם משום הפוטנציאל שלהם לחולל מעשי אלימות נוספים ולהפך את הסדר החברתי אלא לעצמם, משום חשיבותם לכלל החברה⁹⁰). להשלמת התמונה, מעניין להשוות את שתי הפרשות הנ"ל עם מקרה שלישי של איזון אינטרסים: בפסק-הדין בעניין אזולאי⁹¹ נמנע השופט ברק מאזכור החופש מפני איסור פלילי, אליו התייחס בעניין בורוכוב נ' יפת, אלא התייחס אך ורק לאינטרסים הציבוריים – מבלי להזכיר כלל את אלה של הפרטים המעורבים בפרשה⁹². מעבר לכך, לא ברור כלל כיצד ייקבע משקלם של האינטרסים השונים, ומול שקלול אחד לעולם ניתן להציע שקלול שונה, שיוכל למסקנה אחרת⁹³. מבחינה זו, פסקי-הדין של השופטים מצא וגולדברג נראים ראויים יותר. על-פי השופט מצא:

משהגעתי למסקנה שמבחינת תוכנה של המחשבה הפלילית הנדרשת אין כל הבדל בין היסוד הנפשי של 'מטרה' בעבירות התנהגותיות לבין היסוד הנפשי של 'כוונה' בעבירות תוצאתיות, נחה דעתי כי ניתן וראוי לפרש

88 פסקה 24 לפסק-דינו של השופט מצא.

89 ע"פ 677/83 (לעיל, הערה 81), בעמ' 218-219.

90 אין אנו מצויים עוד בימים שבהם הדין העונשי חיפש לעצמו צידוק קיומי מול עשיית דין פרטית ומצא אותה באמצעות המונחים "שלום המלך" ו"שלום הציבור".

91 ראו לעיל, הערה 11.

92 שם, בעמ' 571.

93 מכאן כנראה גישתו של השופט גולדברג, המתרחק גם בעניינו וגם בפרשת בורוכוב נ' יפת מהכרעה לפי איזון אינטרסים, כנראה בשל הסתייגות מן הדרך הזו.

את הוראת סעיף 20(ב) כמחילה את כלל הצפיות גם על עבירות 'מטרה' תוצאתיות⁹⁴.

ולפי השופט גולדברג:

מסקנת... כי יש להחיל את 'הלכת הצפיות' גם על עבירות 'מטרה', ולא את 'כלל הצפיות' שבסעיף 20(א) לחוק⁹⁵. זאת לא רק משום שלשונו של החוק ברורה, אלא שהחלת 'כלל הצפיות' שבסעיף 20(ב) ללא כל סייג בצדו, גם אינה מאפשרת סטייה מהכלל במקרים מסוימים, ודבר זה אינו רצוי. זאת, כשאפשר ויהיו הקשרים שיחייבו סיוג כזה...⁹⁶.

את דברי השופט גולדברג ניתן להבין כך: בדרך-כלל תחול הלכת הצפייה גם בעבירות מטרה שאינן תוצאתיות, אלא אם קיימים שיקולים מכריעים נגד החלתה בהקשר של איסור מסוים.

הנשיא ברק והשופט גולדברג מזכירים אומנם את ההבדל בין עבירות הכוונה לבין עבירות המטרה, היינו: שבאחרונות אין התהוות העבירה מותנית בהתממשות היעד ובגרימת פגיעה ממשית. לא ברור שיש מקום ליחס חשיבות להבדל זה, במיוחד נוכח גישתו של המחוקק בתיקון מספר 39, אשר ביטל את ההבחנה הנורמטיבית בין דין העבירה המושלמת לבין דין הניסיון, מתוך עמדה לפיה מבחינת האשמה של העושה אין הבדל מהותי ביניהם – כלומר: מה שקובע לעניין הערכת החומרה אינו נתוני המציאות האובייקטיבית אלא עולמו הפנימי של העושה.

גישת השופט דורנר

השופט דורנר מעדיפה לקבוע דרישת כוונה סובייקטיבית על פני דרישת אלמנט הסתברותי אובייקטיבי:

דרישה זו לכוונה מיוחדת מהווה אף ערוכה טובה יותר למניעת פגיעה מיותרת בחופש הביטוי מאשר המבחן ההסתברותי, ובמקביל היא מקילה, במקרים הראויים, על הוכחת העבירה. שכן, מחד גיסא, דרישת הכוונה המיוחדת, בהיותה יסוד סובייקטיבי מגנה על חופש הביטוי במקרים שבהם לא הוכח רצון להסית לגזענות והיא אפוא מתמידה יותר

94 פסקה 40 לפסק-דינו של השופט מצא. קשה לראות בסעיף 20(ב) הסדרה ישירה של תחולת הלכת הצפייה בעבירות "מטרה" שאינן תוצאתיות, אך ניתן להפיק ממנו עמדה לפיה הלכת הצפייה חלה גם על עבירות אלה.

95 הציטוט נאמן למקור.

96 פסקה 12 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

מאשר מבחן הסתברותי אובייקטיבי. מאידך גיסא, בהיות הכוונה נלמדת מהתנהגות הנאשם, היא ניתנת להוכחה ביתר קלות מאשר הסתברות להגשמת המטרה, התלויה גם בגורמים אחרים⁹⁷.

יפה עשתה השופטת דורנר שעמדה גם כאן על הקשר בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי. עם זאת, הדיון שלה לוקה בחלקיות: לא ברור שנשקלה על-ידיה האפשרות של ערובה טובה עוד יותר למניעת פגיעה מיותרת בחופש הביטוי באמצעות אפיון הולם של היסוד העובדתי – לא במקום דרישה לכוונה מיוחדת, אלא נוסף עליה ובמצטבר אליה. במסגרת הגיתות היה צריך להתייחס לא רק למבחן הסתברותי במתכונת המקובלת (הסתברות של קרוב לוודאי) אלא גם לסכנה אבסטרקטית, להסתברות מתונה יותר, וכעיקר לאפיון אובייקטיבי באמצעות תוכן גזעני. גם אין זה מובן מאליו שכוונה סובייקטיבית במובן הצר ניתנת להוכחה ביתר קלות מיסוד הסתברותי, וודאי שאין זה נכון ביחס לאפיון באמצעות תוכן הדברים.

השופטת דורנר קושרת את הלכת הצפיות בקשר הכרחי עם תוצאות הצומחות בדרך הטבע מן ההתנהגות, ומגבילה את היקף תחולתה רק לתוצאות כאלה⁹⁸. לקישור זה יש ערך הוכחתי ולכאורי, אך אין מקום להפוך אותו למאפיין מהותי והכרחי של הלכת הצפיות. קל יותר להוכיח את קיומה של הלכת הצפיות כאשר התוצאה היא טבעית, ובדרך כלל לא תתקיים צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות כאשר התוצאה אינה כזו. אולם, ייתכנו מקרים של צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות⁹⁹ כאשר התוצאה אינה טבעית, אך הנסיבות המיוחדות של המקרה מביאות להערכת התרחשותה כתרחיש הכרחי, וגם פרופ' פלר – שעליו מסתמכת השופטת דורנר – היה ער לאפשרות זו¹⁰⁰. הוא הדין בענייננו: אין לשלול את האפשרות לקיומה של צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות על-ידי המפרסם, שדברים המתפרסמים – בהתחשב בתוכנם, בקהל הקולט אותם ובנסיבות המקום והזמן – יביאו לגזענות. צפייה סובייקטיבית כזו והוכחתה אינן מותנות בקיומו של מצב דברים עובדתי מקביל, ואף לא בבחינה שלו. זאת ועוד אחרת: לפי השופטת דורנר מתאפיינות עבירות של כוונה מיוחדת בכך שהמעשה עצמו אינו פוגע בערך המוגן. במלים אחרות: אליבא דשופטת דורנר, בעבירות אלה, המצב הטיפוסי, אם לא ההכרחי, יהיה של מטרה כלפי תוצאה או יעד שאינם פועל יוצא טבעי

97 פסקה 4 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

98 שם, בפסקה 7.

99 לפי עמדה זו, אולי חל הכלל רק על מצבים בהם מבחינת העושה התוצאה תתרחש בהכרח.

100 ש"ז פלר "נפקדות 'על מנת להשתמש מתפקיד קרבי' הפרקליט כט (תשל"ד-תשל"ה) 534, 540 בהערה 23. פרופ' פלר משאיר בצריך עיון את השאלה, אם התרחשותה הטבעית של התוצאה נבדקת לפי הגדרתה הנורמטיבית של העבירה או לפי הנסיבות הקונקרטיות של מסכת עובדתית נתונה. בספרו (לעיל, הערה 22), פסקה 728, מאמץ פלר את הבחינה הנסיבתית ומכיר בהחלטה של הלכת הצפייה על עבירות מטרה.

מן ההתנהגות. אם כך, שיטתה של השופטת דורנר מובילה לאי-הכרה בהלכת הצפיות בעבירות של כוונה מיוחדת. וזאת, כאשר כור מחצבתה ההיסטורי של הלכה זו הוא דווקא עבירות אלה (הסגת גבול¹⁰¹ ועבירות נגד בטחון המדינה¹⁰²), ודווקא כהן היא נחוצה במיוחד, שכן, ככלל, אין בצד עבירת הכוונה המיוחדת עבירה מקבילה של מחשבה פלילית.

השופטת דורנר מתקרבת להתמודדות עם שיקולים ענייניים העשויים להצדיק אי-היזקקות להלכת הצפייה באיסור הנדון. המסקנה שאליה הגיעה היתה אי-היזקקות השיקולים שניתן להעלות בענייננו הם שניים: 1. אופיו הניטרלי לגמרי של היסוד העובדתי (אם כך מפרשים אותו. כאמור לעיל, פסק-דינה של השופטת דורנר סובל מאי-בהירות מסוימת בהקשר זה), המחייב העצמה מיוחדת של היסוד הנפשי; 2. האפשרות של ערך חברתי פודה של התוכן, במשולב עם מטרה חיובית של העושה, אשר שוללת את הצדקת הענישה חרף הסתברות קרובה לוודאי של התגשמות היעד. דוגמה למקרה כזה היא פרסום של מאמר סוציולוגי הגורס כי קיימת דיפרנציאציה ברמת המשכל הממוצעת של קבוצות אוכלוסין על בסיס מוצאן הגזעי – בהנחה שהמחקר כפוף לאמות-מידה מחקריות נוקשות, מדרך על-ידי חיפוש האמת ומסקנותיו תורמות להתפתחות הידע וההבנה האנושיים. פרסום אקדמי טהור כגון זה עלול ליצור או לחזק תודעה גזענית. האם צפייתו – ואפילו הוודאית – של החוקר לגבי תוצאה זו היא תנאי מספיק להרשעתו בהסתה לגזענות?

שיקולים אלה, כמו גם הרצון להגן על חופש הביטוי מפני הגבלת יתר, אינם מצדיקים סטייה מהלכת הצפיות. אשר לראשון – תקנתו היא במניעתו, כלומר: במקום אופי ניטרלי של היסוד העובדתי, לפחות תוכן גזעני של הביטוי. אשר לשני – אילו נפל המקרה שהוזכר לעיל (פרסום המחקר שתואר) תחת האיסור, היה בכך כדי להצביע על קושי אמיתי. הפיתרון הראוי יותר לקושי מעין זה הוא יצירת סייג מיוחד, ולא ויתור כללי על הלכת הצפיות שהיה חל גם על מקרים אחרים, שבהם כלל אין ערך חברתי פודה ומטרה חיובית. אולם, קשה להשתכנע כי פרסום כאמור עלול לגרום לפעולה גזענית, והאיסור כפי שהצענו לפרשו חל רק על מי שצפה, ובהסתברות קרובה לוודאי, כי זו תהא תוצאת הפרסום.

התנאת האיסור ברצון להסית לגזענות במובן הצר עלולה להביא לזיכויים בלתי מוצדקים מבחינה עניינית דווקא בתחום רגיש במיוחד לזיכויים כאלה, שכן גדולה הסכנה כי הם יתפרשו כלגיטימציה לביטוי עצמו, ובכך ייגרם נזק חמור למאבק

101 ראו ע"פ 48/49 כהנוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ע ב 381; וכן ע"פ 63/58 עי"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 421.

102 ראו, למשל, ע"פ 268/59 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 310; ע"פ 45/61 פרופ' סיטה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו 1373; ע"פ 122/61 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2399; וכן ע"פ 28/62 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2305.

החינוכי-ציבורי בגזענות. התנאה כזו אף עלולה לדחוף את הרשויות האוכפות לאכיפה המתמקדת באישיותם של הנאשמים, במקום לאכיפה הראויה לדין העונשי המודרני, המתמקדת במעשים.

השופט בך

תיאורה של הלכת הצפיות על-ידי השופט בך מעורר שני קשיים. ראשית, בדומה לשופט מצא, אף גישתו של השופט בך מערבת התייחסות ראייתית אל הלכת הצפיות ("אם יוכח, שעולה מנוסח הדברים, ומיתר הראיות, ומנסיבות הלואי, שזו היתה צפיתו של הנאשם, כי אז יצביע הדבר על קיום המטרה הפלילית, שהוכחה נדרשת בסעיף האישום ואם הנאשם לא יגיב על כך בהמצאת הסבר או גרסה המגית את הדעת, כי אז ניתן למוצאו אשם בעבירה זו"¹⁰³), בניגוד לאופיה המהותי. במקום בו חלה הלכת הצפיות ונצפתה האפשרות להתרחשות התוצאה כקרוכה לוודאי, אין הסבריו של הנאשם יכולים להועיל. צפייה כזו של האפשרות להתרחשות התוצאה אינה מצביעה על קיום המטרה הפלילית, אלא על תחליף לה כאשר היא אינה מתקיימת. שנית, מדיונו של השופט בך בהלכת הצפייה ("אם אדם שם פצצה בתוך מטוס המיועדת להתפוצץ בעת הטיסה, כאשר מטרתו היא לגרום על-ידי כך למותו של נוסע מסוים באותו מטוס, והוא יודע כי במטוס מצויים עוד מאות נוסעים נוספים, אשר קרוב לוודאי ימצאו את מותם עקב הפיצוץ ביחד עם היעד העיקרי של ההתנקשות, אזי ניתן לייחס לאותו מתנקש מטרה לגרום למות כל הנוסעים, אפילו אם עולה מהראיות כי היה לו רצון מיוחד לגרום למותו של האדם האחד בלבד"¹⁰⁴), לא לגמרי ברור אם היא נתפסת על-ידו כחלה רק על מקרים של רצון מסתגל גם ביעד ביניים או כתוצאה נלווית – כלומר: שהיא תופסת רק מקרים של רצון במובן החלש, ולא רצון כסיבת הפעולה או כמטרתה העיקרית ולא רצון כתוצאה שהיא לעצמה או כבידוד שלה. על רקע רצון חזק להשיג יעד מסוים ובהקשר נסיבתי מוגדר, רצון שאין עמו משאת נפש ו"שישו בני מעי" כתוצאה, גם הוא רצון¹⁰⁵. אם זו התפיסה – והדברים, כאמור, אינם ברורים – אין מדובר בהיקף המלא של הלכת הצפיות ואף לא בהלכת הצפיות במובנה החיוני האמיתי; שכן מדובר בהרחבה נדרשת של מונחי הכוונה או המטרה, ואילו הלכת הצפיות היא תחליף לכוונה כאשר אין כוונה. הלכת הצפיות דרושה וחלה על מצבים של העדר רצון (וגם רצון במובן החלש האמור לעיל), בעיקר כאשר היעד הנלווה, זה הנספח אל היעד העיקרי, איננו הכרחי במובן

103 פסקה 6 לפסק-דינו של השופט בך.

104 שם, שם.

105 ראו קוגלר (לעיל, הערה 75), בעמ' 33; בן ראוי, *G. Williams Textbook of Criminal Law* (London, 1983) p. 74-75.

החוק אלא אפשרי בלבד בדרגת הסתברות גבוהה מאוד, שאינה מצמיחה אפשרות ממשית-ריאלית לאי-התרחשות התוצאה.

3. הוכחת המטרה

רוב השופטים קבעו כי התקיים היסוד הנפשי של מטרה להסית לגזענות, ומכאן שהדיון בהלכת הצפייה הוא בגדר אמרות אגב. לצורך הוכחת קיומה של מטרה במוחו של אלבה, בעת פרסום מאמרו, נעזרו שופטי הרוב בשלושה מקורות עיקריים: המאמר כשלעצמו, נסיבות הפרסום ושתיקתו של אלבה. מתוך בסיסי הנתונים הללו שאבו השופטים את האלמנטים הקריטיים, אשר – לדעתם – חשפו מתחת לכסות האינופורמטיבית הוראה מגמתית ומכוונת:

השופט מצא (שאל ניתוחו מצטרפים הנשיא ברק והשופטים דורנר וכך) מאפיין את תוכנו של המאמר מבחינה מהותית: "המאמר... רצוף במסרים גזעניים"¹⁰⁶. השופט מצא מאתר בגוף המאמר שני יסודות קריטיים. הראשון הוא הבעת דעתו האישית של אלבה, המפוגגת את הניטרליות הנטענת על-ידו כלפי המובאות ההלכתיות:

ביחס לכל אחת מן המובאות הוסיף המערער דברי הסבר ופרשנות משלו. דבריו ברורים ומגיעיהם משתקפים היטב מתוכם¹⁰⁷.

השני הוא לשון הציווי המופיעה בטקסט, אשר אינה אופיינית ללימוד אקדמי טהור:

גם מן הציווי שהמאמר מפנה ליחיד... ניתן להיווכח כי עניינו של המחבר אינו בדיון תיאורטי אלא במסר הכולל קריאה לפעולה¹⁰⁸.

בהתייחס לנסיבות הפרסום, מדגיש השופט מצא קודם כל את עיתויו:

העובדה שהם פורסמו בקרב תלמידי כולל מערת המכפלה, כחודשיים לאחר מעשה הטבח שעשה ברוך גולדשטיין במתפללים מוסלמים במערה, אינה יכולה שלא לעורר שאלות¹⁰⁹.

בשלב הבא מצביע השופט מצא על מיהותו של קהל היעד ועל יחסו אל מחבר המאמר:

הוא שימש כמורה הלכה בכולל. חזקה שהיתה לו השפעה על תלמידיו¹¹⁰.

106 פסקה 30 לפסק-דינו של השופט מצא.

107 שם, שם.

108 שם, שם.

109 שם, שם.

110 שם, שם.

לבסוף, מתייחס השופט מצא אל שתיקתו של אלבה והימנעותו מנטרול המסקנה המסתברת מהראיות הנסיבתיות דלעיל:

אם חפץ להראות שעשה כן שלא למטרת הסתה גזענית אלא למטרה אחרת, לימודית-לגיטימית, היה עליו להתייבב על דוכן העדים ולבאר את מטרת פרסומו האמיתית של המאמר¹¹¹.

לעומת חבריו, לא נזקק השופט גולדברג לנסיבות הפרסום אלא הסתפק במאמר עצמו. מהלך זה התאפשר לו באמצעות איחודם של הדיון הראייתי-עובדתי והדיון הראייתי-נפשי בתיווכה של "הנחת הכוונה" (וראו לעיל את הדיון בהוכחת היסוד העובדתי). גם במסגרת מצומצמת זו מזהה השופט גולדברג את אותם אלמנטים קריטיים: הכעת דעתו של אלבה ("אכן, יש בפרסום גם מחקר הלכתי. אולם בכך לא הסתפק המערער והוסיף עליו את דעתו שלו ומסקנותיו הוא"¹¹²) ולשונו המצווה של המאמר ("קריאת הפרסום מלמדת כי לא בהלכה עיונית גרידא, חסרת נפקות מעשית, עוסק המערער, אלא גם בקביעה ברורה כי 'חובה על כל מי שיש כח בידו להלחם, והמוסר נפשו על זה – הרי זה משובח'"¹¹³).

שתיקתו של מחבר המאמר והימנעותו מלספק הסבר מנטרל למעשיו מחזקת לבסוף גם את מסקנתו של השופט גולדברג: "המסקנה... כי מטרת המערער היתה להסית לגזענות, הנה, על כן, המסקנה היחידה העולה מן הפרסום, בהעדר כל הסבר אחר מטעם המערער על מטרת הפרסום"¹¹⁴.

מסקנתם העובדתית הסופית של שופטי הרוב, ובמיוחד דרך ביסוסה, טעונה הבהרה. ראשית, מתעוררת השאלה אם מושאי הסתתו של אלבה בכלל מוגנים על-ידי עבירת ההסתה לגזענות. מתוך מחשבה מוקדמת, הוצאה מגדר הגדרת הגזענות בסעיף 144 לחוק הבחנה על רקע דתי¹¹⁵. במבט ראשון נראה כי הוצאתו של האפיון הדתי עשויה לנטרל את פעולתו של החוק דווקא במקומות המשוועים להתערבותו במציאות הישראלית. השופט מצא ניסה לתת פיתרון מסוים לבעיה, בקובעו כי "ההגדרה, כלשונו, רחבה דיה כדי לכלול בחובה מקרים של יחס מפלה מצד יהודים כלפי ערבים ולהיפך: אף שלשני העמים אותו שיוך גזעי הרי שמוצאיהם הלאומיים-אתניים

110 שם, שם.

111 שם, שם.

112 פסקה 10 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

113 שם, שם.

114 שם, שם.

D. Kretzmer "Racial Incitement in Israel" 22 *Israel Yearbook on Human Rights* 243 115 (1992) 249.

שונים¹¹⁶. השופט מצא מגדיר אפוא את האוכלוסיה היהודית לפי המאפיין הלאומי ואין דופי בכך, שכן קיומו של מאפיין דתי והקשר בין שני המאפיינים אינם מונעים הכרה באפיון הלאומי-אתני. נכון שהרב אלבה לא כיוון את הסתתו לפעולה כלפי כלל הערבים אלא רק כלפי "מסיונרים ומוסלמים שמאמינים בג'יהאד". התייחסות לתת-קבוצה בתוך מי שמשתייכים ללאום או ליחידה אתנית אינה מפקיעה את ההתייחסות השיוכית-גזענית. קריאה לפגוע ביהודים שהם בנקאים או חנוונים היא הסתה גזענית והוא הדין בקריאה לפגוע בערבים שהם אדוקים במיוחד, מיסיונרים או מאמינים בג'יהאד.

שנית, גם השופט מצא וגם השופט גולדברג מוצאים לנכון להדגיש את החיוב המעשי העולה מתוך המאמר ("קריאה לפעולה" ו-"חובה... להילחם"). יש להצביע בהקשר זה גם על מעמדו של אלבה כרב, אשר אינו מהווה רק סמכות חינוכית-לימודית אלא גם סמכות דתית. כאמור, הבעת דעה וקביעת עמדה בנוגע לתכנים הלכתיים טעונות בערך מצווה כאשר הן מופנות לאנשים מאמינים, במסגרת המערכת הנורמטיבית לה הם מחויבים (וראו להלן את הדיון בפסק-דינם של שופטי המיעוט). סגולתו המסית לפעולה של הפרסום ומודעותו של אלבה לכך אינן מעוררות קושי של ממש. קשה יותר היא הוכחת הרצון. נראה כי עשויה להכריע את הכף נגדו העובדה שלא הזכיר כל דעה חולקת ולא העלה אף שיקול נגד קיום המצווה. ראוי להוסיף, כי התנאת הציווי ב"התייעצות עם חכמים" אינה שוללת את כוונת הכותב לגרום למעשי גזענות בהסתתו, אם התייעצות "נושאת פרי" מסוג זה היא תרחיש ריאלי בעיניו, ואין סיבה לחשוב שלא ראה התייעצות כזו כאפשרות ריאלית. אם נותר ספק בעניין זה בנוגע לכוונתו של אלבה, בא התחליף של הלכת הצפיות במקומה של כוונה שאין ביטחון בהתקיימותה. קרבתו הכרונולוגית והגיאוגרפית של הפרסום לטבח במערת המכפלה עשויה להיות ראיה מסוימת להוכחת קיומה של מגמה מוסווית, ושתיקתו של אלבה עשויה לחזק – ולא ברור מה מצא השופט גולדברג להתעלם מכך.

השאלה, אם יש משמעות לפן המצווה במאמרו של אלבה, תלויה בשאלת פרשנותו של האיסור. אם מאמצים את הפירוש לפיו נדרשת הסתה לפעולה, כפי שהצענו, הפן המצווה הוא מאוד רלבנטי. לעומת זאת, השופט מצא נקט גישה שונה¹¹⁷: "גזענות, היא כל שנאת חינום של הזר בשל היותו זר, על רקע שונות גזעית או לאומית-אתנית". כאמור לעיל, השופט מצא הסתפק בתפיסה גזענית ולא הגביל את הגדרת הגזענות לתחום הפעולה. הגדרת הגזענות משליכה באופן ישיר על היסוד הנפשי הנדרש: "אפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, המחייבת מודעות של המפרסם, אינה מתייחסת לפגיעה אפשרית צפויה בציבור שכנגדו מסית הפרסום, אלא רק לאפשרות שהציבור

116 פסקה 15 לפסק-דינו של השופט מצא.

117 שם, שם.

שיקבל את הפרסום יוסת בעטיו לגזענות¹¹⁸. לפי גישתו של השופט מצא ניתן היה להסתפק, במסגרת ההרשעה בעבירת ההסתה לגזענות, בהוכחת מטרתו של אלכב לטעת במוחות תלמידיו מחשבות גזעניות, אף ללא כל תוחלת מעשית. לצורך כך, די היה בתוכנו הגזעני של המאמר ובאוטוריטה הרבנית-חינוכית של אלכב לגבי תלמידיו. מעניין, שאף על פי כן הדגיש גם השופט מצא את הקריאה לפעולה שבדברי הרב אלכב. את הגישה המרחיבה נקטה השופטת פרוקצ'יה, בבית-המשפט המחוזי. השופטת פרוקצ'יה הקפידה על קו הוכחה רציף ועקבי:

התופעה שהמתוקק ביקש להוקיעה היא עצם פרסום דברים בעלי תוכן גזעני במטרה להסית אחרים לקלוט ולהפנים מסרים כאלה...¹¹⁹.

על שלושה דברים עומדת הוכחת המטרה על-פי השופטת פרוקצ'יה: תוכן הכתוב, נסיבות הפצתו וההתרחשויות המאוחרות. בשונה משופטי בית-המשפט העליון, אליכא דשופטת פרוקצ'יה האלמנט הקריטי בתוכן המאמר עצמו הוא חד-הצדדיות המאפיינת את דיונו ההלכתי של אלכב ביחס למגוון הדעות המצוי בהלכה בכלל:

המאמר מציג עמדה חד-צדדית כלפי הגוי, ומנסה, לצורך כך, להתבסס על מובאות העשויות לתמוך במסקנתו, מבלי שיאיר את פניה המגוונות של המסורת היהודית בהתייחסה לנושא זה, אשר התפיסה השלטת בה בנויה על רעיונות שונים כתכלית... אין בדברים האמורים כדי לאסור על הבעת דעה שונה, קיצונית או אף חריגה, כשהיא עומדת לעצמה. אולם הבעתה בדרך חד-צדדית מבלי להעלות ולשקול עמדות אחרות הנטועות היטב בהלכה, עשויה בנסיבות מסוימות להצביע על מגמתיות הטמונה בכתיבה להעביר מסר כזה או אחר, מעבר לעיון ולשקלא וטריה אקדמי גרידא¹²⁰.

כאמור, השופטת פרוקצ'יה לא התמקדה בגוון המעשי, אלא הסתפקה בסימון המגמתיות הרעיונית. התייחסותה של השופטת אל נסיבות הפרסום דומה במהותה לגישה שנקט השופט מצא:

בעקבות הפצתו של המאמר בין אנשי הכולל, קיים הנאשם דיונים בנושא 'מלחמת מצווה' והלכות הריגת גוי, ובנסיבות הענין, על רקע העיתוי בו הדבר נעשה, לאחר הטבח במערת המכפלה, יש להניח כי עמדה מאחורי הדברים מטרה להחדיר בשלב ראשון באנשי הכולל, ולאחר מכן אולי גם

118 שם, בפיסקה 17.

119 ת"פ (י"ם) 251/94 (לעיל, הערה 3), בעמ' 42.

120 שם, בעמ' 45. דברים דומים ראו גם אצל ח' כהן (לעיל, הערה 65).

באחרים – את התיזה הרעיונית הגלומה במאמר – קרי: כי יש לפגוע בערכים ומצווה לעשות כן על-פי ההלכה¹²¹.

שוב: הזרקור מופנה אל ההטמעה הרעיונית ולא דווקא אל ההשלכות המעשיות. מעניין לציין, כי בסיסה הראייתית השלישי של השופטת פרוקצ'יה הוא ייחודי לפסק-דינה. כבר בהוכחתה של עבירת ההתחזקות אחר מקום מוגבל, הנדונה במקום מוקדם יותר בפסק-הדין, מרחיבה השופטת את היקפו של המבט הראייתי מנסיבות המעשה הקונקרטי שעליו מתבסס האישום המסוים אל מכלול העובדות המובאות בפניה במסגרת כתב האישום. השופטת תופסת את האירועים השונים, כמו גם את האישומים השונים, כ"מסכת אחת המצביעה על כך שהנאשם ניסה את כוחו במספר כיוונים ובכמה דרכים...¹²². רוחבה של היריעה העובדתית המשמשת מצע לדיון הראייתי פרוס גם מתחת להוכחת מטרתו המסיתה של אלבה, בהפצת מאמרו: "הוכח, כי הנאשם, בד בבד עם הפצת רעיונותיו כפי שהשתקפו במאמר, החל בייזום פעולות על מנת להוציא מן הכח אל הפועל את עיקרי הגותו"¹²³. במסגרת הרצף העלילתי השלם, שבמהלכו השתדל אלבה ויצר קשר עם גורמים שונים לצורך השגת משתיקי קול לנשק, אמל"ח ומידע לגבי בסיסי צה"ל וריכוזי התחמושת בהם, מגיעה השופטת למסקנה כי "במעשים אלה מלמדים סופם של הדברים על תחילתם"¹²⁴.

ה. הפקודה למניעת טרור

אסתפק כאן בהערה קצרה.

סעיף 4 לפקודה למניעת טרור, שכותרתו "תמיכה בארגון טרוריסטי", קובע:

אדם

(א) המפרסם, בכתב או בעל פה, דברי שבח, אהדה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיזמים במעשי אלימות כאלה; ... יאשם בעבירה, ובצאתו חייב בדין, יהא צפוי לעונש מאסר עד שלוש שנים או לקנס עד 1000 לירות או לשני העונשים גם יחד.

121 שם, בעמ' 47.

122 שם, בעמ' 28.

123 שם, בעמ' 47.

124 שם, בעמ' 48.

כל השופטים קבעו כי התיבה "העלולים" מתייחסת למעשי אלימות ולא לדברי השבת. כלומר: העבירה אינה כוללת כל יסוד הסתברותי כלפי תוצאות מוחשיות עתידיות. מנגד, על פי רוב השופטים מצויה הצדקת האיסור דווקא בתוצאות מסתברות רחוקות יותר שהפקודה מבקשת למנוע. לפי השופט מצא:

ההנחה הגלומה באיסור היא, שעצם הפרסום של דברי תמיכה בפעילות המאפיינת ארגון טרוריסטי יש בו כדי לסכן את שלום הציבור וביטחונו.¹²⁵

נראה שגם השופט ברק ראה את האיסור בעיניים "אמצעיות", אף כי הוא לא אמר זאת במפורש. רמז לכך ניתן למצוא בשקלול האינטרסים שהוא ערך כדי לברר את המבחן ההסתברותי שיש להצמיד לתיבה "עלולים" בסעיף 4(א):

לפתרונה של שאלה זו יהא מקום לבחון את תכלית החקיקה, לרבות ערכי היסוד המונחים ביסודה, תוך איזון ראוי בין חופש הביטוי (אשר איסור הפרסום פוגע בו) לבין האינטרס הציבורי במניעת טרור.¹²⁶

ולכסוף, לפי השופט גולדברג:

הסכנה לשלום הציבור טמונה בפרסום דברי שבת, אהדה או עידוד, למעשי אלימות שלפי טיבם וטבעם עלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו.¹²⁷

הגישה האמצעית שנקט בית-המשפט אינה הכרחית. ניתן היה אולי לאמץ פרשנות שונה, המתמקדת בפגיעה אשר יוצר ביטוי המעורר טרור כשלעצמו. אולם בית-המשפט עיגן את האיסור המצוי בסעיף 4 לפקודה במניעת הטרור, לצורך הגנה על האינטרס המוחשי של שלום הציבור מפני מעשי אלימות מסוכנים. ניתן ליישב גישה אמצעית לעבירה פלונית עם שלילתו של כל אלמנט הסתברותי מיסודותיה, וזאת באמצעות הצמדת "חוקת מסוכנות" לסיטואציה עובדתית נתונה ע"י המחוקק עצמו¹²⁸, וכלבד שיש לחזקה כזו בסיס מוצק.

125 פסקה 45 לפסק-דינו של השופט מצא.

126 פסקה 11 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

127 פסקה 14 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

128 ראו *Gillow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), בעמ' 670:

(W)hen the legislative body has determined generally... that utterances of a certain kind involve such danger of substantive evil that they may be punished, the question whether any specific utterance coming within the prohibited class is likely... to bring about the substantive evil, is not open to consideration.

הקושי הוא שהביטויים "שבח", "עידוד" ו"אהדה" הם רחבים ביותר, במיוחד אם אין מדובר רק בדברים מפורשים, ואין בהם כדי להעמיד על רגליה "חזקת מסוכנות". ברי, כי לא כל פרסום כזה עלול לגרום למעשה אלימות מסוכן (לא בעצמו ואף לא במצטבר לפרסומים אחרים).

האם אמירה לפיה "אלמלא האינתיפדה לא היה נכרת הסכם אוסלו" איננה בבחינת אהדה למעשה אלימות? האם תיאור קיפוחו של המיעוט הערבי והקושי או אי-האפשרות לחולל שינוי משמעותי בעניין זה אינו עידוד אלימות? האם תיאור אמצעי הדיכוי הננקטים בשטחים המוחזקים תוך ביקורת חריפה ונוקבת עליהם אינו עידוד כזה? האם מחקר היסטורי המצביע על כך שבמצבים מסוימים לא ניתן להשיג את תשומת לבו של הרוב למצוקתו של המיעוט, אלא תוך שימוש באלימות, הוא עידוד לאלימות? האם התייחסות לקשר שבין מעשיה של הממשלה לבין פעולות טרור אינה מעודדת טרור?

מדובר בפרסום דברים המצויים בלב התחום המוגן על-ידי חופש הביטוי. עד לתיקון החוק, הפיתרון עשוי להימצא בדרישה של סכנה אבסטרקטית (מסוגלות אובייקטיבית) או של הסתברות, לפחות ביחס לדברים שאינם בגדר דברי אהדה ושבח מפורשים. דרישה כזו אינה צריכה להיות הסתברות ברמה של "קרוב לוודאי". גם דרישה צנועה יותר – למשל, של "אפשרות סבירה" – תהיה צעד חשוב להעמדת האיסור על בסיס סביר יותר ולמניעת פגיעה בלתי מוצדקת בחופש הביטוי. ההנחה היא ששיטה זו פשוטה יותר וכרוכה פחות בהתייחסות ערכית מן הדרך של יצירת סייג שיפוטי.

סיכום

מהותה של העבירה כעבירת הסתה והביטויים ההתנהגותיים המופיעים בהגדרת ה"גזענות" שוללים את האפשרות שהערך המוגן על-ידי האיסור הוא כבוד האדם כשלעצמו. הנזק החברתי שהעבירה באה למנוע מרוחק מהביטוי הגזעני עצמו, ופניו אל המעשה הגזעני.

אשר ליסודות העבירה – נקודת האחיזה הארכימדית המצויה בסעיף היא מטרת המפרסם.

מבחינת משמעותו הפשוטה של יסוד המטרה – היינו: קיומו של רצון אנושי תכליתי – קשה להסכים לפרשנותו של הנשיא ברק. נטייתו של הנשיא להזרים אל הלשון מקורות משמעות רבים עלולה להציף את המלה עד מעבר לשפתה, עד כדי הטבעתה, עד לשלילת סגולתה לתקשורת בין בני אדם. אין מנוס מלתפוס את הלכת הצפיז כתחליף מהותי ליסוד הרצוני האוטנטי. ודוק: החלפת הרצון במודעות המאופיינת כצפייה בהסתברות גבוהה היא אכן מהותית. אין מדובר בכלל ראייתי גרידא, כפי שניתן להבין מאמרות מסוימות של השופטים מצא ובך, ולכן יש קושי להצדיק את תנאי "טבעיות

התוצאה" של השופט דורנר. ככלל, יש לתת תוקף לתחליף לכל אורכה של שדרת הרצון, ויש לבקר את ההבחנה שערך השופט גולדברג בין רצון הכמוס ביסוד הכוונה לבין רצון המתבטא במטרה. גישתו של השופט גולדברג להותיר מרווח של שיקול-דעת שיפוטי באשר להחלתה של הלכת הצפייה על עבירות ספציפיות מעוררת בעיה במישור הוודאות המשפטית, אך עשויה להיות מוצדקת במישור המהותי, בהקשר המיוחד והייתודי של עבירה מסוימת – ובלבד שאכן ניתן להצביע בבירור על טעמים חזקים המצדיקים סטייה מן הכלל. כרמת המחוקק, הפיתרון העדיף עשוי להיות סייג מיוחד לאחריות פלילית, המותאם לאופיה של העבירה הספציפית.

מושא מטרתו של המסית היא גזענות במובנה המצומצם יותר, קרי: מעשים גזעניים. מסקנה זו עולה מתוך הגדרת הגזענות בחוק עצמו, המורכבת משמות פעולה מוחשיים וגלויים, להבדיל מאירועים מגטליים גרידא, ובאה לידי ביטוי בפסקי-הדין של הנשיא ברק והשופט טירקל. את פרשנותו של השופט מצא – המוכן תיאורטית (אך לא יישומית) להסתפק במטרתו של המסית לטעת בקהל שומעיו דעות גזעניות – קשה לקבל, גם נוכח שחיקתו של היסוד העובדתי.

אכן, משבחר המחוקק לאפיין את האיסור כיסוד נפשי מיוחד, נסללה הדרך ליסוד עובדתי צנוע. המבנה של איסור עונשי חייב להיות מבוסס על איוון בין שני יסודותיו – העובדתי והנפשי. האיוון במקרה זה מזמין, כאמור, יסוד עובדתי שמידת האנטי-חברתיות שלו מוגבלת. עם זאת, איוון ראוי מושתת על-כך שבכל אחד מן היסודות תהא מידה של אנטי-חברתיות. גם זהו פן של מבנה מאוזן, שאין הוא סובל שכל מרכז הכובד האנטי-חברתי ימצא באחד מן היסודות, ואילו האחר יוותר ללא כל אנטי-חברתיות. האיוון מחייב גם העדר הפרזה: אין לדרוש דרישות יתר מן הרכיבים השונים, כגון הסתברות בדרגה של "קרוב לוודאי" כיסוד העובדתי ומטרה במוכן הצר ביסוד הנפשי. פסקי-הדין של השופט גולדברג, המעמיד את היסוד העובדתי על תוכן גזעני ומחיל את הלכת הצפייה ביסוד הנפשי, אכן מעמיד איסור מאוזן.

