

חופש הביטוי

מאת

אלון הראל*

במאמר זה אתייחס לשתי סוגיות מרכזיות שמעלה פרופסור מדינה: האחת היא הקלסיפיקציה שהוא מציע של תכליות חופש הביטוי. אטען כי כל התכליות שמדינה מזהה מושתתות בסופו של דבר על הבנות שונות של מושג החירות: חירות שלילית, הגנה על שיח ציבורי פתוח וחירות רולסיאנית הנשענת על ניטרליות. בחלקו השני של המאמר אבחן את הניתוח המרתק של מדינה הנוגע להבדל שבין הטיפול המשפטי בביטוי המסית לאלימות לבין הטיפול בביטוי גזעני ואציע רציונל חדש להבחנה זו. דיבור גזעני משפיע לעיתים קרובות על נמען הביטוי השפעה לא מודעת, והאקט הגזעני הוא לעיתים קרובות לא מודע. מכאן שלעיתים אין לייחס לנמען הביטוי אחריות מוסרית. לעומת זאת האדם הפועל באלימות הוא מטבע הדברים אחראי מבחינה מוסרית להתנהגותו.

מבוא. א. תכליות ההגנה על חופש הביטוי. ב. הסתה לאלימות אל מול קריאה לגזענות. סיכום.

מבוא

המשפטנים החוקתיים בישראל הם בני מזל על שזכו להזדמנות לקרוא בספרו של ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל. כמו ספרו הקלאסי הנפלא של Laurence Tribe על המשפט החוקתי האמריקאי,¹ משלב מדינה בכתיבתו תאוריה ופרקטיקה. הוא מצביע בוורטואוזיות של מקצוען על האופנים שבהם הפסיקה מתיישבת או שאינה מתיישבת עם התאוריה. הוא איננו מהסס לבקר את הפסיקה או לשבחנה, לבחון את הקונסיסטנטיות הפנימית שלה וגם את מידת התיישבותה עם ערכי היסוד של חברה ליברלית. מדינה מהלך כבעל בית גם באוויריות המופשטת של התאוריה הפוליטית והחוקתית העכשווית וגם בקונקרטיות הגשמית ובפרטי הדינים של הדוקטרינה המשפטית. ספר זה יהפוך (ואולי כבר הפך) לקלאסיקה בשדה המשפט הישראלי החוקתי.

אין צורך לומר כי כתיבת ביקורת על ספר זה אינה משימה קלה. בחרתי כמושא לרשימה זו את הפרק על הזכות לחופש הביטוי. אחת הסיבות לבחירה זו היא התובנה החשובה המופיעה כבר בעמוד הראשון של הפרק:

* פרופסור אלון הראל, המחזיק בקתדרה על שם פיליפ ואסטל מיוזק, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים; המרכז לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית בירושלים.
1 LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (3th ed., 2000).

אפיון ההגבלות המותרות על חופש הביטוי הוא עניין סבוך ושנוי במחלוקת. בניגוד למגמת ההאחדה וההתאמה של דיני זכויות האדם במדינות הדמוקרטיות, הדינים בדבר ההגנה על חופש הביטוי מתאפיינים בשונות רבה בין המדינות. שונות זו נובעת, כנראה, מהערכות שונות של פוטנציאל האלימות הפוליטית והגזענות ושל עוצמת החשש מפני שימוש לרעה של גורמי שלטון בסמכות להגביל את חופש הביטוי.

ההטרונגיות בהסדרה המשפטית של חופש הביטוי מושפעת כמובן, כפי שציין מדינה, מן הניסיון ההיסטורי השונה. אין ספק כי הלקחים של רפובליקת וימאר השפיעו דרמטית על האופן שבו הגרמנים הסדירו את היקף הזכות לחופש הביטוי. אולם השונות בהסדרת ההגנה על חופש הביטוי בין מדינות שונות מושפעת גם מתפיסה שונה של תכליות ההגנה על חופש הביטוי. כפי שמדינה גורס: "לעתים התכליות [של חופש הביטוי] מוליכות למסקנות מנוגדות באשר להיקף הפרישה של חופש הביטוי ובאשר להיקף ההגנה עליו, ואז נדרשת הכרעה ביניהן".² חופש הביטוי הוא אפוא ייחודי; בהקשר של מרבית זכויות האדם אנו מתווכחים בלהט על השאלה עד כמה אינטרסים ציבוריים או זכויות מתנגשות צריכים לכרסם בהיקף הזכות. למשל עד כמה עלינו להקריב את זכויות הנאשם כדי להבטיח הרתעה ראויה, או עד כמה עלינו להקריב את חופש התנועה למען הגנה על ביטחון המדינה. לעומת זאת בהקשר של חופש הביטוי כפי שנראה להלן אנו מתווכחים לעיתים על השאלה אם חופש הביטוי אוסר הגנה על ביטוי גזעני או על פורנוגרפיה או שמא מחייב הגנה על ביטויים אלה. הבנות שונות של הזכות והערכים שבבסיסה מנביעות מסקנות מנוגדות באשר לתחולתה.³

במאמר זה אתייחס לשתי סוגיות מרכזיות שמעלה מדינה: האחת היא הקלסיפיקציה שהוא מציע של תכליות חופש הביטוי. אטען כי כל התכליות שמדינה מזהה מושתתות בסופו של דבר על מושג החירות. בחלקו השני של המאמר אבחן את הניתוח המרתק של מדינה הנוגע להבדל שבין הטיפול המשפטי בביטוי המסית לאלימות לבין הטיפול בביטוי גזעני ואציע רציונל חדש להבחנה זו. מדינה מצביע על כך שבית המשפט הישראלי מציב תביעות מחמירות ביותר להגבלות על ביטוי המסית לאלימות (כמו למשל מבחן הוודאות הקרובה) אך הוא מקל יחסית בעניין הסדרה או הגבלה פלילית של ביטויים גזעניים. אני אטען כי הבחנה זו מוצדקת, וכי היא מבוססת על הבדל נורמטיבי חשוב בין שני המקרים הללו. הבדל זה מבוסס על מידת האחריות המוסרית שיש לייחס למי שהושפע מן הביטוי. דיבור גזעני משפיע לעיתים קרובות על נמען הביטוי השפעה לא מודעת, והאקט הגזעני הוא לעיתים קרובות לא מודע. מכאן שלעיתים אין לייחס לנמען הביטוי אחריות מוסרית. לעומת זאת האדם הפועל באלימות הוא מטבע הדברים אחראי מבחינה מוסרית להתנהגותו. בין שני חלקי המאמר יש קשר הדוק: החלק הראשון עוסק באוטונומיה ברמה המופשטת והגלובלית, והחלק השני נובע אף הוא בסופו של דבר מתפיסת אוטונומיה.

2 ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 440 (2016).

3 ראו Alone Harel, *Freedom of Speech*, in COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW 599 (Andrei Marmor ed., 2012).

ההבחנה בין הסתה לאלימות והסתה לגזענות נובעת מן ההבנה כי לעיתים ההתנהגות האנושית היא תוצר של התניה חברתית ושל מניפולציה. המשפט צריך להכיר במגבלות האנושיות ולחלק את האחריות בין המסית למוסת חלוקה שתשקף את המגבלות הללו. ההבדל בטיפול בין הסתה לאלימות לבין הסתה לגזענות משקף את היחס השונה לאחריות היחסית של המסית מצד אחד ושל הפועל מצד אחר.

א. תכליות ההגנה על חופש הביטוי

מדינה מבחין בין שלוש תכליות שחופש הביטוי מאפשר לממשן: אוטונומיה של הפרט, שהיא "תנאי הכרחי להתייחסות אל הפרט כאל יצור אנושי בעל אישיות עצמאית".⁴ מדינה מוסיף בהקשר זה וקובע כי "פעולה שלטונית שנועדה להשתיק אדם, בדרך של מניעת התבטאות או באיום בסנקציה בגינה, היא פוגענית במיוחד בשל המשמעות הנובעת ממנה – חוסר כבוד ופגיעה באוטונומיה".⁵ הערך השני הוא האינטרס הציבורי בשיח ציבורי תוסס ומפרה כאשר השיח מיועד "לפיתוח ולחיזוק של תרבות דמוקרטית של שיח, של כבוד הדדי ושל חתירה לאמת".⁶ הערך השלישי הוא הניטרליות של השלטון ובמיוחד ניטרליות של המדינה בין תפיסות טוב שונות.⁷ ברשימה זו אני רוצה לבחון בעין ביקורתית את הקלסיפיקציה שמדינה מציע.

טענתי המרכזית היא כי שלוש התכליות שעליהן מדבר מדינה הן כולן בסופו של דבר קטגוריות של חירות. התכלית הראשונה (שמדינה מכנה אותה אוטונומיה) משקפת תפיסה שלפיה כלל האצבע הטוב ביותר לחירות הוא אי-התערבות (חירות שלילית); התכלית השנייה מבוססת על תפיסה תוצאתנית של חירות, ולפיה חופש הביטוי צריך לשרת את השיח הציבורי ובעיקר את מימושה בפועל של הזכות לחופש הביטוי; התכלית השלישית היא התפיסה הקנטיאנית-רולסיאנית של חירות פוליטית שלפיה מימוש האוטונומיה צריך להתבצע במסגרת החברה האזרחית, וכל ניסיון של הקהילה הפוליטית (המדינה) להשפיע על החברה האזרחית הוא דכאני, ולפיכך פוגע בחירות, משום שתפקידה של המדינה הוא לאפשר לאנשים לממש את תפיסת הטוב שלהם באופן אוטונומי ולא לקדם את תפיסת הטוב הנכונה או הראויה. ההבדלים בין התכליות השונות שמדינה מזהה משקפים לעיתים הבדלים נורמטיביים באשר לשאלה מהי חירות ולעיתים גם הבדלים מוסדיים באשר לשאלה מהי הדרך הטובה ביותר להגן על חירות.

הקטגוריה שמדינה מכנה אותה "אוטונומיה" משקפת את תפיסת "החירות השלילית" – אוטונומיה כאי-התערבות. על פי האפיון המפורסם של ברלין, חירות שלילית מציינת היעדרם של מכשולים חיצוניים בפני יכולתו של אדם לממש את תכליותיו או את בחירותיו.⁸

4 מדינה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 440.

5 שם.

6 שם, בעמ' 441.

7 שם.

8 ראו ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חירות 170, 173 (1987). ההבחנה בין שני סוגי החירויות הייתה מוכרת קודם למאמרו המפורסם של ברלין, אולם מאמרו של ברלין חידד את

אופייני למגבלות על החירות השלילית שהן נובעות מהתערבות מכוונת של אדם אחר, כולל התערבות מכוונת של השלטון באמצעות חקיקה או באמצעים אחרים. תכלית ההגנה על החירות השלילית היא להבטיח תחום שבו אדם יוכל לפעול לפי רצונותיו. ברלין תיאר את השאלה המרכזית שבבסיס רעיון החירות השלילית כשאלה:

“What is the area within which the subject — a person or group of persons — is or should be left to do or be what he is able to do or be, without interference by other persons”.

עקרון החירות השלילית מבטא תפיסה מסוימת של אוטונומיה. על פי תפיסה זו של אוטונומיה, האדם אוטונומי כאשר אין מתערבים בהחלטותיו. עם זאת יש לזכור כי תפיסה זו איננה יכולה להיות אפיון מלא של החירות אלא לכל היותר כלל אצבע שאם המדינה נאמנה לו היא תבטיח לאורך זמן את מקסום האוטונומיה. הסיבה לטענה זו היא פשוטה: איש לא יכחיש כי לעיתים פרטים אינם פועלים אוטונומית גם בהיעדר התערבות חיצונית. חולה הנפש, הילד או השיכור אינם פועלים אוטונומית גם (ואולי בעיקר) כאשר אין מוטלות מגבלות על התנהגותם. גם במקרים קיצוניים פחות ברור כי יש אנשים הפועלים לא אוטונומית. בחיי היום-יום אנו פוטרם אנשים מאחריות מטעמים כמו “הוא איבד את השליטה על עצמו” או “הוא פעל באובססיות” או “הוא לא שלט על עצמו”. לפיכך אין לראות באי-ההתערבות מרכיב הכרחי ומספיק לאוטונומיה.

המסקנה היא אפוא כי יש לראות בגישת החירות השלילית לא אפיון של חירות אלא כלל אצבע. הגנה על החירות השלילית משקפת תפיסת עולם המבוססת גם על הנחות בדבר מהי חירות וגם על הנחות מוסדיות הנוגעות להגנה על חירות. ההנחה בדבר חירות מבוססת על העמדה שלפיה חירות מתממשת בדרך כלל כאשר אין הגבלות חיצוניות על פרטים. פרטים הם חופשיים לעיתים קרובות גם כאשר הם פועלים נגד האינטרסים שלהם עצמם. ההנחה המוסדית היא כי אי-התערבות מבטיחה בדרך כלל אוטונומיה, למשל משום שהמדינה נוטה לעיתים קרובות מדי להתערב במקרים שבהם ההתערבות איננה משרתת את האוטונומיה של הפרט אלא תכליות זרות. לפיכך יש סכנה בהסמכת המדינה להתערב, ולכן ראוי בדרך כלל להימנע מהתערבות (גם במקרים שבהם ההתנהגות איננה אוטונומית) כל עוד אין ראיות ברורות שהיא איננה אוטונומית, כמו במקרים של חולי נפש. בקטגוריה זו (החירות השלילית) חשוב לאזכר גם את חשיבות האוטונומיה של קהל השומעים. תומאס סקנלון הדגיש את חשיבות הקטגוריה של המאזינים כקטגוריה רלוונטית לדיון בחופש הביטוי.⁹ פגיעה בחופש הביטוי פוגעת לא רק באוטונומיה של הדוברים אלא גם באוטונומיה של המאזינים הפוטנציאליים שמהם נשללת ההזדמנות להיחשף לביטוי. המאזינים נפגעים

חשיבות ההבחנה וניסוח אותה ניסוח שהיה נגיש לתאורטיקנים האנליטיים. בשנות השישים והשבעים נכתבו תגובות חשובות רבות על מסתו של ברלין. ראו למשל את המסה הביקורתית המפורסמת Charles Taylor, *What's Wrong with Negative Liberty*, in *LAW AND MORALITY: READINGS IN LEGAL PHILOSOPHY* 280 (David Dyzenhaus & Arthur Ripstein eds., 2nd ed. 2001).

T.M. Jr. Scanlon, *Freedom of Expression and Categories of Expression*, 40 U. PITT. L. REV. 9 519, 530–535 (1979).

כאשר נמנע מהם להאזין לביטוי שהם חפצים בו או לביטוי שהיו חפצים בו לו היו מודעים לקיומו.

אין ספק כי יש יתרון מוסדי חשוב בנכונות הלא מתפשרת של חסידי החירות השלילית להגן על אורחות חייהם של פרטים ללא בחינה פרטנית של המדינה בדבר הערך של אורחות חיים אלה וללא בחינה השאלה אם אי-ההתערבות מקדמת את האוטונומיה של הפרט. זאת, משום שלעיתים קשה מאוד למוסדות פוליטיים ומשפטיים לזהות את הערך של אורחות חיים של קבוצות לא אהודות ומרוחקות ממרכזי הכוח. לטיעון הליברלי הנסמך על חירות שלילית (והנתפס כיום בחוגים רדיקליים כשמרני דווקא) יש פוטנציאל רדיקלי להגן על אורחות חיים לא פופולריים, ובכך לאפשר בסופו של דבר את התקבלותם החברתית.¹⁰

עם זאת אין להכחיש כי גם בשימוש בחירות שלילית יש קשיים לא מעטים. בהינתן הדגש שמעניקה חירות שלילית לאי-התערבות של המדינה מתעורר קושי להצדיק מעורבות של המדינה לצורך הגנה מיוחדת מפני הגבלות על החירות שמקורן דווקא במגזר הפרטי. קשיים אלה מתעוררים בייחוד כאשר התנאים החברתיים אינם שוויוניים מלכתחילה ולכן מונעים את מימושה של אוטונומיה. במקרים אלה יש תחושה שעל המדינה להתערב התערבות אקטיבית כדי להבטיח חירות מהותית, והבטחת חירות מהותית מחייבת פעולה של המדינה שאיננה מתיישבת עם הגנה דווקנית על חירות שלילית. תובנה זו ברורה מאליה במקרים שבהם המדינה מתערבת כדי להגן על מפגינים, למשל מפני אלימות. אך לדעת רבים יש הצדקה להרחיבה גם אל מעבר למקרים אלה, כמו למשל כאשר מעביד מפטר עובד בשל דעותיו הפוליטיות או בשל השתייכותו הדתית. במקרים מעין אלה התערבותה של המדינה נחוצה לצורך הגנה על החירות.

מן הצורך הזה בהתערבות המדינה לצורך הגנה על החירות נובע הערך השני שמדינה מזהה והוא שמירה על שיח ציבורי פתוח. לדעתו של מדינה חלק מן הרציונל של חופש הביטוי מבוסס על הטענה שלפיה: "שיח פתוח בהשתתפות הציבור הוא אמצעי יעיל לגילוי האמת, לגיבוש מדיניות חברתית שתכליתה קידום האינטרס הציבורי וכיבוד זכויות אדם, ולהבסת עמדות גזעניות ופוגעניות".¹¹

לדעתי גם עמדה שנייה זו נשענת במידה רבה על חירות. עמדה זו מתייחסת ברצינות לעובדה כי אי-התערבות של המדינה בשיח הציבורי איננה מאפשרת תמיד או אפילו בדרך כלל את מימוש החירות. הטעם לכך הוא מובן מאלי: פתיחות השיח והמידה שבה השיח מקדם חירות אינן פונקציה רק של התערבות המדינה אלא גם של התנהלותם של פרטים. שיח המקדם חירות הוא זה שבו המשתתפים לא רק יכולים להשתתף (למשל משום שהחוק אינו אוסר עליהם להשתתף) אלא אף מממשים בפועל את היכולת הזו. המידה שבה המשתתפים מממשים יכולת זו מותנית בהיותו של השיח מכיל, לא פוגעני, לא מאיים וכן נגיש לציבור רחב והטרוגני. כדי להבטיח שיח לא פוגעני ולא מאיים וכן שיח הנגיש לא רק לבעלי ממון יש לעיתים להתערב. מדינה עצמו מזהה טענה זו ומכנה אותה "הגישה

10 על עמדה זו הגנתי במאמרי: אלון הראל "חירות, הומוסקסואליות וזכויות של מיעוטים מיניים" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 233 (עניב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים, 2016).

11 מדינה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 441.

הליברלית המהותית". החירות מסוג זה חיונית גם לצורך מימוש תכלית גילוי האמת: רק ביטוי המכיל עמדות שונות ומגוונות מאפשר הכרעה המבוססת על ידיעה רחבה ועל הפנמה אמיתית של האלטרנטיבות והאינטרסים המתנגשים.

הביטוי הבולט והמתוחכם ביותר לעמדה זו הוא העמדה של קתרין מקינון שלפיה פורנוגרפיה "משתיקה" נשים.¹² להשתקה שעליה מדברת מקינון יש שני ביטויים מרכזיים: ראשית על פי עמדתה של מקינון הנחיתות המובנית של נשים בחברה מונעת מהן להשתתף בשיח הציבורי משום שהן אינן תופסות את עצמן כמשתתפות לגיטימיות בשיח הציבורי. ההבניה החברתית הנגזרת מן השיח החברתי רואה בנשים אובייקטים ולא סובייקטים, ולפיכך מדכאת את נכונותן של הנשים עצמן להשתתף בשיח הציבורי; שנית הנחיתות המובנית של נשים מונעת מקולן של נשים להישמע ולהשפיע על השיח הציבורי. על כן גם כאשר למרות ההתניה החברתית נשים פעילות בשיח הציבורי, הן מודרות מן השיח וקולן לא נשמע. מקינון חפצה אפוא להשתמש בהגנה על חופש הביטוי כדי לקדם את איכות השיח הציבורי, ובמיוחד את חירותן של נשים להשתתף בשיח זה. הערך המנחה אפוא את עמדתה של מקינון הוא ערך האוטונומיה, המתפרש אצלה כעיצוב מחדש של החברה האזרחית שיש בו כדי להבטיח נכונות של כל המשתתפים בשיח הציבורי לממש את זכותם וכן מתן הזדמנות שווה לכולם להישמע בפועל ולהשפיע ממשיית על המרחב הציבורי ללא קשר לגזעם או למגדר שלו הם משתייכים.

בהקשר זה ההצעה של סקנלון הנוגעת לחשיבות האינטרסים של הצדדים השלישיים מקבלת משנה חשיבות. מקינון מציעה כי לא רק האינטרסים של הדוברים או של המאזינים הם רלוונטיים אלא לעיתים גם אלה של צדדים שלישיים שאינם דוברים או מאזינים. היכולת האפקטיבית של נשים להשתתף השתתפות מלאה בשיח הציבורי מושפעת מן החשיפה של גברים (המאזינים) למסרים פורנוגרפיים אשר מקשים עליהם (או אפילו מונעים מהם) להאזין לקול הנשי ובכך פוגעים באוטונומיה של הנשים. ההגנה על האוטונומיה של הנשים מחייבת אפוא הטלת הגבלות על דוברים (יצרני הפורנוגרפיה) ואולי גם על מאזינים (צרכני הפורנוגרפיה) אשר יבטיחו את האינטרסים של הנשים אף שבהקשר זה הנשים אינן הדוברים או המאזינים אלא צד שלישי (שאיננו דובר או מאזין).

כבר כאן ברורה ההתנגשות בין שתי התכליות שעליהן דיבר מדינה. התנגשות זו יסודה בכך ששתי התכליות שמציע מדינה מבטאות תפיסות מתחרות של חירות. השיח האוטונומי במונחי חירות שלילית לדידה של מקינון הוא דכאני. השיח האוטונומי מחייב התערבות של המדינה, המיועדת בסופו של דבר להגשים את הערכים שעליהם נועד חופש הביטוי להגן, ובמיוחד הערך של מימוש בפועל של הזכות לחופש הביטוי ולא רק קיומה התאורטי. בביקורתו על מקינון ביטא רונלד דבורקין את העמדה המסורתית הנשענת על תפיסת החירות השלילית. דבורקין סבר כי הזכות לחופש הביטוי איננה כוללת בתוכה:

"A right to circumstances that encourage one to speak, and a right that others grasp and respect what one means to say".

12 ראו CATHARINE A. MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW 164 (1987).

ומכאן נובע כי לעיתים קרובות מה שנתפס כמימוש של הזכות לחופש הביטוי אצל מקינן (למשל הגבלה על הפורנוגרפיה) אצל דבורקין הוא נתפש כפגיעה בזכות זו ולהפך.¹³ הערך השלישי שמדינה מזכיר הוא הניטרליות של השלטון. על פי עמדה זו, "חופש הביטוי נועד למנוע שימוש בסמכויות שלטוניות לשם השפעה על עמדות הציבור".¹⁴ עמדתו של רולס, שהוא הבולט שבמפתחי התיאוריה בדבר הניטרליות של המדינה, היא רדיקלית מזו שמציע מדינה. המדינה לדבריו של רולס חייבת להיות ניטרלית בין תפיסות טוב שונות. היא איננה יכולה לקדם תפיסת טוב כלשהי גם אם מדובר בתפיסת טוב אמיתית, נכונה או ראויה. השיח הפוליטי איננו שיח בדבר תפיסת הטוב האמיתית או הנכונה אלא רק שיח המיועד להבטיח את חירותו של כל אדם לבחור בתפיסת הטוב שלו. ג'ון רולס סבר כי המדינה הליברלית חייבת להיות ניטרלית בין תפיסות טוב שונות. כשם שהמדינה איננה שופטת איזו דת היא הדת הנכונה, או אילו ספרים עליי לקרוא או באילו סרטים עליי לצפות, כך המדינה איננה זכאית לקבוע עם מי עליי לקיים יחסי מין או באיזה מקצוע לבחור. הניטרליות בין תפיסות טוב שונות איננה מבוססת על תפיסה רלטיביסטית שלפיה אין דת אמיתית או שאין סטנדרט אובייקטיבי לגבי אילו סרטים או ספרים או אורחות חיים הם בעלי ערך. טענתו של רולס היא כי אף שיש סטנדרטים אובייקטיביים כאלה, אין זה מתפקידה של המדינה להתערב בשאלות אלה משום שהתערבות כזו פוגעת בחירותם של הפרטים לעצב בעצמם את תפיסות הטוב שלהם, לבחור את הערכים שעל פיהם הם חיים ולאמץ את אורחות החיים המשקפים את אמונתם.¹⁵ הניטרליות אינה ערך בפני עצמה; חשיבותה של הניטרליות על פי רולס מושתתת על שיקולי חירות פוליטית. לדעת רולס, הכוח של המדינה חייב להיות ממומש באופן שכל האזרחים הסבירים יוכלו לתמוך בשימוש בכוח זה.¹⁶ הלגיטימציה של שימוש בכוח

RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 232 (1996).

14 מדינה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 401.

15 BRUCE A. ACKERMAN, SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE (1980); Ronald Dworkin, *Liberalism, in PUBLIC AND PRIVATE MORALITY* 113 (Stuart Hampshire ed., 1978); JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 190–195 (1993) על עקרון הניטרליות דווקא מצידו של תאורטיקן ליברל ראו גם JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1979). עמדתו של יוסף רז היא כי הליברליזם איננו מושתת על ניטרליות, אלא להפך. המדינה הליברלית מבוססת על התפיסה שלפיה חיים אוטונומיים הם חיים טובים וראויים, ומכאן שאי-ההתערבות המדינה מושתתת דווקא על שיפוט נורמטיבי בנוגע לערך של חיים אוטונומיים.

16 John Rawls, *The priority of the right and ideas of the Good*, 17 PHIL. & PUB. AFF. 251, ראו (1988) 262, שם רולס קובע: "A very different way of defining neutrality is in terms of the aims of basic institutions and public policy with respect to comprehensive doctrines and their associated conceptions of the good. Here neutrality of aim as opposed to neutrality of procedure means that those institutions and policies are neutral in the sense that they can be endorsed by citizens generally as within the scope of a public political conception. Thus, neutrality might mean, for example, (i) that the state is to ensure for all citizens equal opportunity to advance any conception of the good they freely affirm; (2) that the state is not to do anything intended to favor or promote any particular comprehensive doctrine rather than another, or to give greater assistance to those who pursue it; (3) that the state is not to do

הפוליטי מושתתת על כך שהמדינה תהיה ניטרלית בין תפיסות טוב שונות. קידום תפיסת טוב אחת הוא שימוש דכאני בכוח הפוליטי משום שהוא איננו יכול להתקבל על דעתם של אנשים המאמצים תפיסות טוב סבירות אחרות.

אם הניתוח לעיל נכון, נובע מכאן כי בסופו של דבר העמדות השונות שמדינה מתאר בעניין תכלית חופש הביטוי מאמצות כולן את החירות כערך יסודי. הייתי מרחיק לכת עוד יותר ואומר שגם האויבים המושבעים של חופש הביטוי, והרברט מרקוזה בראשם, מנמקים את עמדתם במונחי חירות. הרברט מרקוזה קובע כי –

“[The realization of liberty] necessitates tolerance. However, this tolerance cannot be indiscriminate and equal with respect to the contents of the expression, neither in word nor in deed; it cannot protect false words and wrong deeds which demonstrate that they contradict and counteract the possibilities of liberation. [...] Society cannot be indiscriminate where the pacification of existence, where freedom and happiness themselves are at stake: here, certain things cannot be said, certain ideas cannot be expressed, certain policies cannot be proposed, certain behavior cannot be permitted without making tolerance an instrument for the continuation of servitude”.¹⁷

מרקוזה רואה דווקא בחופש הביטוי מכשיר לדיכוי החירות, משלושה טעמים שונים לפחות: ראשית הוא סבור שסובלנות מטשטשת את העובדה שיש אמת אובייקטיבית שאותה יש לגלות. חופש הביטוי הופך את כל הביטויים לשווי ערך ולפיכך גם לחסרי ערך. חירות מחייבת דבקות בתפיסת עולם ומחייבת אפוא את ההנחה שלפיה יש אמת אובייקטיבית שאותה הדובר מקדם; שנית החירויות הליברליות יוצרות לדעתו של מרקוזה תחושה שגויה שלפיה החברה היא חופשית ולכן מונעת לדעתו חיפוש אלטרנטיבות; שלישית לשון השיח הציבורי התנוונה ומונעת אפוא שיח ציבורי אמיתי המאפשר את מימוש האוטונומיה. האזרח בחברה הליברלית משועבד בסופו של דבר דווקא בשל קיומו של חופש ביטוי ולא למרות קיומו. הוא משועבד משום שהביטוי פוסק מלהיות בעל ערך; הוא איננו מבטא אמונה של הדובר בתוכנו של הביטוי או מחויבות לערכים שבהם הוא מחזיק. הדובר הוא אפוא שחקן, והטקסט איננו אלא אגדה או פנטזיה. כך אולי ניתן לומר כי מרקוזה ניבא לפני חמישים שנה את הדומיננטיות של מה שמכונה היום fake news. אותן חדרות מומצאות, שלא הדוברים ולא המאזינים מאמינים בממשותם. אובדן הערך האקספרסיבי של הביטוי ויצירת אשליה של חופש מונעת מהאדם גיבוש עמדה אותנטית ומימוש מלא של חירותו.

anything that makes it more likely that individuals will accept any particular conception rather than another unless steps are taken to cancel, or to compensate for, the effects of policies”
Herbert Marcuse, *Repressive Tolerance*, in *A CRITIQUE OF PURE TOLERANCE* 81, 88 (5th ed. 1970).

במסגרת זו אין הצדקה לדון במפורט בטענותיו המעניינות והפרובוקטיביות של מרקוזה אשר ללא הצדקה נדחק אל מחוץ לשיח התאורטי העכשווי.¹⁸ תכליתו היא רק להצביע על כך שהשיח התאורטי בנושא חופש הביטוי הוא בעיקרו שיח סביב חירות ואוטונומיה. בין שמדברים על חירות שלילית, או על שיח ציבורי פתוח, על ניטרליות של המדינה או אפילו על הצעתו של מרקוזה להטיל הגבלות מחמירות על ביטוי כדי להגן בסופו של דבר על החירות. כל אחת מעמדות אלו מבוססת במידה רבה, ולעיתים בלעדית, על תפיסות שונות בדבר החירות.¹⁹ לפיכך התכליות השונות שמדינה מזהה וכן תכליות אחרות צריכות להיות מומשגות כתפיסות שונות של השאלה מהי חירות ומהם המכשירים המוסדיים הראויים להגן על חירות. הקביעה הנורמטיבית בדבר עדיפותו של שיקול כזה או אחר בקביעת היקף פריסתה של הזכות לחופש הביטוי מושתתת על קביעה נורמטיבית בדבר תפיסת החירות הראויה, למשל חירות חיובית או שלילית.

ב. הסתה לאלימות אל מול קריאה לגזענות

אחת התובנות המעניינות של הפרק על חופש הביטוי היא היחס הדיפרנציאלי בין ביטויים המעודדים אלימות לבין ביטויים גזעניים או ביטויים המסיתים לגזענות. הפרק העוסק בשאלה זו בספרו של מדינה הוא מורכב, ומטבע הדברים מבטא גם את אי-הקונסיסטנטיות המאפיינת את הפסיקה בעניינים חוקתיים. אך לצורכי מאמר זה ניתן להסתפק בתובנה מרכזית אחת. מדינה מצביע כי ניתן בישראל להגביל הסתה לגזענות בלא להתנות זאת בכך שהסיכון הנשקף מהביטוי הוא גבוה במיוחד בהתבסס פשוט על ההנחה כי יש נזק בעמדות גזעניות (למשל משום שהן גוררות בעקבותיהן יחס שלילי לבני הקבוצה הרלוונטית או אפילו על בסיס הקביעה כי ביטוי של עמדות כאלה פוגע בכבוד האדם). לעומת זאת קריאה לאלימות הופכת להיות פלילית רק כאשר מתקיימים התנאים של המבחנים המחמירים יותר, כמו מבחן הוודאות הקרובה. נשאלת אפוא השאלה מה יכול להסביר את ההבדל בין שני המקרים הללו, ואם יש הצדקה להבחנה זו.

מדינה סבור כי השיקול המרכזי בנכונותם של בתי המשפט להגביל ביטוי גזעני הוא השיקול התוצאתני – מניעת התגברות והשתרשות הגזענות בחברה הישראלית, אף כי הוא מכיר בקיומם של שיקולים נוספים כמו פגיעה בכבוד. אני ארצה במסגרת זו לטעון כי היחס הדיפרנציאלי לשני סוגי הביטוי מושתתת על שיקולים אחרים שאינם תוצאתניים.

18 לדיון מפורט יותר על תרומתו של מרקוזה ראו Harel, לעיל ה"ש 3.

19 חריג אחד בולט הוא הטיעון בדבר market place of ideas שהעלה לראשונה מילטון: "Though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so Truth be in the field, we do injuriously, by licensing and prohibiting, to misdoubt her strength. Let her and Falsehood JOHN grapple; who ever knew Truth put to the worse, in a free and open encounter?" (MILTON, AREOPAGITICA: A SPEECH FOR THE LIBERTY OF UNLICENSED PRINTING TO THE PARLIAMENT OF ENGLAND 69 (The Floating Press, 2009) (1644)). עמדה זו פותחה כידוע בידי ג'ון סטיוארט מיל ושימשה גם את אוליבר הולמס בשכתוב בבית המשפט העליון האמריקאי. מדינה מאזכר נימוק אך בצדק אינו מייחס לו מרכזיות. לביקורת על טענה זו ראו Harel, לעיל ה"ש 3.

כדי לבסס את עמדתי הרשו לי לבחון בקפדנות את הנזקים הנובעים מכל אחד מסוגי ביטויים אלה: ביטוי המסית לאלימות וביטוי גזעני. הנזק הנגרם מקריאה לאלימות הוא בדרך כלל נזק גדול אשר יתממש בהסתברות נמוכה. נזק זה יתממש על ידי עבריין אשר הושפע מן הקריאה לאלימות, השתכנע בנחיצותה ולבסוף החליט לממש על אף הסיכונים הכרוכים בכך. אין ספק כי בשנים האחרונות חלה עלייה דרמטית בהיקף האלימות הפוליטית, אבל הנחת היסוד של השיח הפוליטי היא עדיין כי אלימות היא החריג שהסתברותו נמוכה. מרכיב אחד חשוב בניתוח זה הוא שהנזק שייגרם מן הקריאה לאלימות ייגרם במכוון בידי אדם אשר השתכנע בנחיצותה של האלימות והחליט לפעול כדי לממש את כוונותיו.

לעומת זאת הגיוני שהסתה לגזענות (שאיננה כוללת אלימות) גורמת נזק קטן יותר אך בהסתברות גבוהה. קריאה לגזענות היא פוגענית כלפי קורבנותיה, היא גם מביאה בעקבותיה לעיתים קרובות להדרה, לניכור או לנזק כלכלי ולשורה של נזקים חברתיים אחרים. בהצטברותם הנזקים הללו מסכנים את ההרמוניה החברתית אבל הם מורכבים מטבעם מכמה וכמה פעולות שכל אחת מהן גורמת נזק קטן יחסית.

הנזק מהסתה לגזענות נגרם לעיתים עקב התנהגותם של אנשים שהשתכנעו מן הביטוי הגזעני ופעלו בהתאם. אולם הנזק מהסתה גזענית נגרם לעיתים קרובות גם מהתנהגות לא מכוונת של פרטים אשר הושפעו שלא במודע או במודע למחצה מסטראטיפים גזעניים. הטיות לא מכוונות נגד מיעוטים מוכרות גם בשיח הציבורי ומעוגנות היטב גם בספרות המקצועית. ספרות פסיכולוגית ענפה מצביעה על ההשפעות הדרמטיות של סטראטיפים גזעניים מצידם של פרטים הסבורים בכנות שהם אינם גזעניים.²⁰ גם המשפטנים מודעים היטב לספרות זו. במאמר ידוע קבע צ'רלס לורנס:

"Americans share a common historical and cultural heritage in which racism has played and still plays a dominant role. Because of this shared experience, we also inevitably share many ideas, attitudes, and beliefs that attach significance to an individual's race and induce negative feelings and opinions about nonwhites. To the extent that this cultural belief system has influenced all of us, we are all racists. At the same time, most of us are unaware of our racism".²¹

חלק מן ההבדלים שתוארו לעיל, למשל שאלת ההסתברות לנזק או שיעור הנזק הצפוי, אינם רלוונטיים לניתוח הנורמטיבי. בשלב זה אני רוצה להתמקד בהבדל האחרון שבין מעשה מכוון (במקרה של מעשה אלימות) לבין מעשה שעשוי בסבירות גבוהה להיות לא מכוון (במקרה של פעולה בעלת אופי גזעני) ולטעון כי הבדל זה הוא בעל חשיבות נורמטיבית. טענתי היא כי ההבחנה בין קריאה לאלימות לבין קריאה לגזענות מבוססת על ההבחנה שבין מעשה אלים, שהוא מכוון לבין האקט גזעני שהוא לעיתים קרובות לא מכוון ולא מודע.

20 ראו Lincoln Quillian, *Does Unconscious Racism Exist*, 71 SOC. PSYCHOL. Q. 6 (2008).

21 ראו Charles R. III Lawrence, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317, 322 (1987).

כאשר אדם קורא לאלימות, ואדם אחר מבצע מעשה אלים בעקבות קריאה זו, האחריות המוסרית המרכזית למעשה האלים היא של האדם המבצע את מעשה האלימות. הטלת אחריות פלילית על הדובר מבוססת על התובנה שלפיה האדם שפעל באלימות איננו פועל עצמאי אלא הוא (לפחות חלקית) פועל בשליחותו או בהשפעתו של הדובר. בהטלת האחריות על הדובר יש אפוא משום דילול האחריות על האדם שפעל באלימות; אדם זה נתפס כאילו הוא היה לפחות חלקית קורבן של מניפולציה שהביאה אותו בסופו של דבר לבצע מעשה אלימות.

ניתן לומר כי טיעון הדילול איננו מבוסס, והוא נוגד גם את הדוקטרינה המשפטית המאפשרת הרשעה הן של המסית לאלימות בעבירת ההסתה והן של המוסת בעבירה העיקרית שבוצעה. זאת ועוד, הרשעה בהסתה לאלימות איננה דורשת קשר סיבתי בין הביטוי המסית למעשה אלימות קונקרטי. עם זאת ואף על פי כן נראה כי הרציונל העיקרי לאיסור ההסתה לאלימות הוא החשש שההסתה מביאה לאלימות. הנחת היסוד היא כי מושא ההסתה הוא בעל יכולת מוגבלת לשלוט בדחפיו, וכי ההסתה מחלישה את יכולותיו הקוגניטיביות. בנסיבות אלה לא נדיר לשמוע אדם האומר: "הוא חימם אותי ולא יכולתי לשלוט במעשיי". ההכרה בהסתה אפוא מסיטה את תשומת הלב מהתנהגות המבצע להתנהגות המסית.²²

אין זה אומר כמובן שאין נסיבות שבהן יש להטיל אחריות כזו מטעמים תוצאתניים, למשל כאשר סכנת האלימות היא גבוהה מאוד. אולם בה בעת להטלת אחריות כזו יש מחיר כבד הנובע מדילול האחריות של הפועל ומהמשגת הפעולה שלו כפעולה שנשלטה, לפחות חלקית, בידי אדם אחר.

לעומת זאת כאשר ביטוי גזעני משפיע שלא במודע על התנהגותו של הפועל, קשה יותר ליחס אחריות מלאה לפועל. צ'רלס לורנס עצמו אומר כי "כולנו גזענים", וכי "רובנו איננו מודעים לגזענות זו". נכון במקרה זה ליחס אחריות מקיפה יותר לדובר, באשר האחריות שלנו לגזענות רופפת יותר בהיותה תוצאה בלתי נמנעת של הסדר החברתי הקיים ושל ההתניה החברתית. הפועל במקרה זה ללא מודעות הוא גם (אף כי לא רק או בעיקר) קורבן של ההסתה הגזענית אשר ראוי להגנה מפני הסכנה שהוא יפעל באופנים שהוא עצמו רואה בהם פסולים ולא ראויים מבחינה מוסרית. מובן שהקורבן העיקרי הוא מושא הגזענות, אבל גם הגזען הלא מודע נפגע, כאשר יכולת הבחירה שלו נפגעה, והוא פועל, לפחות חלקית, כסוכן של אדם אחר.

ההבדל אפוא ביחס המשפטי שבין קריאה לאלימות לבין ביטוי גזעני נגזר מהאופנים השונים שבהם הביטויים הללו משפיעים על הציבור. קריאה לאלימות עלולה להביא בעקבותיה לפעולה אלימה מכוונת, וזו מצידה מצמיחה אחריות פלילית של המבצע. רק במקרים נדירים יש לייחס אחריות גם לדובר, משום שהטלת אחריות כזו מנביעה יחס מזלזל

22 היה ניתן לטעון גם כי בשל העובדה שההסתברות לקרות התוצאה המזיקה בעקבות הסתה לאלימות היא נמוכה או אפסית, אין בדרך כלל פועל פוטנציאלי שאחראי למעשה האלים, ולכן אין חשש לדילול. אלא שטיעון זה איננו רלוונטי לעבירת ההסתה לאלימות כפי שהיא מופיעה היום בס' 2144(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, כאשר העבירה של הסתה לאלימות דורשת שתהיה אפשרות ממשית להתממשות המעשה האלים.

כלפי הפועל – יחס הרואה בו מכשיר בידי הדובר. לעומת זאת ביטוי גזעני פועל לעיתים קרובות בלא מודעות, ויש אפוא מקום לייחס אחריות מרכזית גם, או בעיקר, לדובר. לעיתים אפילו יש הצדקה להמשגה של נמען הביטוי כקורבן של התניה חברתית ולא כפועל. אומנם ניתן לטעון בהקשר זה כי גם המסית לגזענות הוא קורבן של התניה חברתית שגרמה לו לבצע את עבירתו. אולם ההגדרה החוקית של ההסתה לגזענות דורשת "מטרה להסית לגזענות"²³. כלומר, מי שנוהג בגזענות מתוך חוסר מודעות אינו נחשב מסית לגזענות. מכאן שהדרישות מן המסית הן מחמירות, והסתה "לא מכוונת" איננה נתפסת כפלילית.

סיכום

החלק הראשון של רשימה זו מצביע כי חירות עומדת בבסיס רבות מההצדקות המסורתיות של חופש הביטוי. ניתן אפוא לייחס את הוויכוחים הללו להבדלים בהבנה התאורטית של מושג האוטונומיה. אוטונומיה, לדידם של רבים, היא פשוט החירות השלילית לעשות כרצוני; לדידם של אחרים, היא היכולת לממש במלואו את הפוטנציאל האנושי ולהיות פעיל בעיצוב החיים הפוליטיים והחברתיים, ואפשר שיכולת זו תדרוש גם הגבלה של חופש הביטוי, למשל של פורנוגרפיה. לבסוף גם ניטרליות היא ערך הקשור קשר הדוק עם רעיונות של חירות פוליטית.

החלק השני של המאמר מנסה להצדיק את ההבחנה בין הסתה לאלימות לבין הסתה לגזענות ולהצדיק את הנכונות הגדולה יותר של השיטה המשפטית להגביל את ההסתה לגזענות. לטענתי, לעיתים קרובות גזענות איננה מודעת, ולכן לעיתים קרובות קשה לייחס אחריות מלאה לפועל. מכאן שהמסית לגזענות צריך להיתפס כמבצע עיקרי.

הפרק על חופש הביטוי בספרו של מדינה מכיל תובנות תאורטיות ומעשיות חשובות. כל שופט וכל משפטן העוסק בהגנה על חופש הביטוי יצטרך להתמודד עם הטענות שבספר זה. בימים אלה הן הכנסת והן הממשלה מגבילות באופנים שונים את חופש הביטוי בישראל. אך לאחרונה נתבשרנו על חקיקה אשר מגבילה את כניסתם של תומכי חרם לישראל.²⁴ דוגמאות נוספות מן הזמן האחרון כוללות את דוח כשר בעניין האתיקה האקדמית, אשר תכליתו היא להגביל הגבלה קיצונית וחסרת תקדים את חופש הביטוי של אנשי האקדמיה. ספרו של מדינה מספק טענות חזקים נגד הגבלות אלה. הקושי היחיד הוא שלעיתים חלק ממקבלי ההחלטות מתקשים להאזין לקולה של התבונה.

23 ס' 144(א) לחוק העונשין.

24 בימים אלה הגשתי עתירה נגד חוק זה: בג"ץ 3965/17 הראל נ' הכנסת.