

הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: § בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות*

מאת

דפנה ברק־ארז* ודודי זכריה**

תקציר

המאמר בוחן את האיסור הפלילי המוטל על הסתה לטרור במשפט הישראלי בהשוואה לגישות הנהוגות בשיטות משפט אחרות, ובכלל זה למאמץ הבין־לאומי שהוביל להחלטה 1624 של מועצת הביטחון בנושא. באופן ספציפי יותר, המאמר בוחן את התפתחותו של האיסור הפלילי בישראל ואת אכיפתו על רקע גישתו המסורתית של המשפט הישראלי לחופש הביטוי ולהגנה החוקתית עליו ולנוכח הדיון המתקיים בשיטות משפט אחרות בנוגע להטלת הגבלות ישירות על חופש הביטוי. המאמר משווה בין הגישה המצדדת בהטלת הגבלות ישירות על חופש הביטוי על־דרך חקיקתם של איסורים פליליים נגד הסתה לטרור (כמו באירופה ובישראל) לבין הטלת הגבלות עקיפות על הסתה לטרור באמצעות איסורים פליליים רחבים שעניינם סיוע לטרור או קשירת קשר לביצוע עבירות טרור (גישה המאפיינת את המשפט האמריקני). ההשוואה נדרשת למחירים השונים של הסדרה ישירה (המתפשרת באופן חזיתי עם ההגנה על חופש הביטוי) ושל הסדרה עקיפה (המשמרת לכאורה את ההגנה על חופש הביטוי אך מכרסמת בה בפועל). בהמשך לכך היא משמשת בסיס להערכת הצעות לרפורמות חדשות בתחום זה, בין היתר בהצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011, המבקש לגבש מתכונת משולבת ומורחבת של דיני הטרור של מדינת־ישראל.

מבוא

א. הסתה לטרור במשפט הישראלי

ב. משפט השוואתי: הגישה האירופית והגישה האמריקנית

* שופטת בית־המשפט העליון, לשעבר פרופסור מן המניין ומופקדת הקתדרה למשפט וביטחון ע"ש סטיוארט וג'ודי קולטון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב. המאמר נמסר לדפוס לפני בחירתה של המחברת לבית־המשפט העליון.

** דוקטור למשפטים, יועץ משפטי, ועדת הטרור של מועצת הביטחון, ארגון האומות המאוחדות. הדעות המובעות במאמר זה אינן משקפות את הדעות של הארגון או של איזו מן החברות בו. אנו מודים ליונתן נר"ב על עזרתו, למיכל בוכהנדל־רפאל על הערותיה ולחברי מערכת עיוני משפט על תרומתם לתהליך העריכה.

§ המאמר נכתב לכבודו של המשנה לנשיא בית־המשפט העליון (בדימוס) אליהו מצא, ועתיד להתפרסם גם בספר אליהו מצא (בהוצאת עיוני משפט ונבו).

1. הגישה האירופית
 2. הגישה האמריקנית
 - ג. המשפט הבין־לאומי: פשרה גלובלית בצבת של מסורות חוקתיות
 - ד. איסורים ישירים ואיסורים עקיפים: על כנות במשפט
 - ה. לקראת התחלה חדשה: הצעת חוק המאבק בטרור
- סיכום

מבוא

הסתה למעשי טרור נחשבת אחד הכוחות המניעים פעילות טרוריסטית ומאפשרים אותה. מדינת־ישראל נתנה ביטוי לתמיכתה העקרונית בתפיסה זו כבר באחד החוקים המוקדמים שנחקקו בה בנושא – פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948.¹ כעת מוצע להחליף את החקיקה המסורתית בתחום באיסור פלילי חדש ועדכני, כחלק מהצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011.² על רקע זה, המאמר מוקדש לבחינת ההסדרה המשפטית הראויה של נושא ההסתה לטרור. שאלה זו תידון לאור הניסיון שצבר המשפט הישראלי לאורך השנים בכל הנוגע ביישום איסורים פליליים בתחום,³ לאור המסורת החוקתית בדבר ההגנה על חופש הביטוי, ולנוכח ההתמודדות עם סוגיה זו בזירה הבין־לאומית ובקרב שיטות משפט אחרות. כיום ניתן להצביע על הסכמה בין־לאומית רחבה באשר לצורך בהטלת הגבלות משפטיות על הסתה לטרור. לשיא הגיעה הסכמה זו עם אימוצה של החלטה 1624 של מועצת הביטחון של האו"ם משנת 2005. החלטה זו קובעת כי על כל המדינות לנקוט צעדים מתאימים – ככל שיידרש ובהתאם למחויבויותיהן לפי המשפט הבין־לאומי – כדי לאסור בחוק הסתה לפעולות טרור.⁴ ההחלטה נותנת ביטוי לתפיסה הגורסת כי הסתה לטרור יוצרת אווירה אשר משפיעה על יחידים וארגונים לבצע מעשי טרור ומעניקה להם לגיטימיות. עם זאת, ההסכמה החדשה אינה מצליחה להתגבר על עובדת קיומן של גישות חוקתיות שונות בנושא, והשוני ביניהן מקשה את יישומה.⁵ באופן ספציפי יותר, ניתן להבחין בין

- 1 להלן: פקודת מניעת טרור.
- 2 ה"ח הממשלה 611 (להלן: הצעת חוק המאבק בטרור).
- 3 המאמר מתמקד בנושא של הסתה לטרור, על רקע הצעת החוק החדשה בנושא, ולכן אינו עוסק במישרין בהסדרה המשפטית של עבירות ביטוי אחרות (דוגמת הסתה לגזענות). עם זאת, הוא עושה שימוש בפסיקה שנדרשה להחלתן ולפרשנותן של עבירות אלה, ככל שהן הוחלו על התבטאויות אשר כללו במהותן הסתה לטרור או השפיעו על התפתחות הדין שחל על הסתה לטרור.
- 4 ההחלטה זמינה בכתובת daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/510/52/PDF/N0551052.pdf?OpenElement. לדיון נרחב בהחלטה מנקודת־המבט של המשפט הבין־לאומי ראו: Yael Ronen, *Incitement to Terrorist Acts and International Law*, 23 *LEIDEN J. INT'L L.* 645 (2010).
- 5 לדיון בהבדלים ביישום סטנדרטים בין־לאומיים בתחום הקניין הרוחני בשיטות משפט שונות, על רקע השוני בעמדותיהן בתחום של חופש הביטוי, השוו: Michael Birnhack, *Global Copyright, Local Speech*, 24 *CARDOZO ARTS & ENT. L.J.* 491 (2006). כן ראו:

מדינות שגישתן החוקתית להסתה מאפשרת איסורים ברורים וישירים של הסתה לטרור או לאליומות לבין מדינות אשר הסתייגו מכך לאורך השנים אך מתמודדות כיום עם הצורך לבחון מחדש את גישתן. גישות אלה מוצגות בהמשך המאמר באמצעות התייחסות למשפט האירופי, שמכיר בהפללה של הסתה לטרור, מצד אחד, ולמשפט האמריקני, אשר שולל בדרך-כלל הגבלות המתייחסות במישרין לתוכנם של ביטויים ולכן חותר להגבלת הפצתם של מסרי טרור באמצעים עקיפים, מצד אחר.

בהמשך למבוא, המאמר פותח בהצגת ההיסטוריה של האיסור הפלילי החל על הסתה לטרור ושל אכיפתו במשפט הישראלי (בפרק א). לאחר־מכן נבחן המצב המשפטי בישראל במבט השוואתי, תוך התייחסות לשתי המסורות המתחרות בתחום זה במשפט האירופי ובמשפט האמריקני (בפרק ב), כמו־גם לניסיון לגבש מדיניות בין־לאומית חדשה בעקבות ההכרה הגוברת בתפקיד המסוכן שממלאת ההסתה לטרור (בפרק ג). בהמשך לכך נבחנת משמעותן המשפטית והחברתית של הגישות השונות הנוהגות בנושא (בפרק ד). על בסיס זה המאמר בוחן את ההצעה לחקיקה חדשה בנושא (בפרק ה), ומעריך את המצב המשפטי בישראל (הקיים והעתיד) על בסיס הניסיון המצטבר בתחום בארץ ובעולם (בפרק ו, המסכם את המאמר).

א. הסתה לטרור במשפט הישראלי

הדיון בישראל בנוגע לאיסור הסתה לטרור אינו חדש, ושורשיו מגיעים עד תקופת המנדט הבריטי על ארץ־ישראל והחקיקה של ימי הבראשית של המדינה. הטלת האיסורים המשפטיים על הסתה לטרור החלה בחקיקה מתקופת המנדט. עֲבֵרַת ה"המרדה" שנחקקה בתקופה זו, בעיקר כדי להגן על יציבות השלטון, אסרה הסתה להשתתפות בפעולות נגד הממשלה או נגד שלום הציבור.⁶ סמוך לאחר הקמת המדינה, בשנת 1948, על רקע רציחתו של שליח האו"ם הרוזן ברנדוט על־ידי חברים בארגון לח"י, נחקקה פקודת מניעת טרור. הפקודה הסמיכה את הממשלה להכריז על ארגון כ"ארגון טרוריסטי", והגדירה פעילות, חברות או תמיכה בארגון כזה כעֲבֵרַת פליליות. בין יתר המעשים שהוגדרו כ"תמיכה" בארגון טרור כללה הפקודה גם התבטאויות, בעל־פה או בכתב, של תמיכה בארגון. הפקודה עודנה בתוקף, אם כי היא תוקנה במהלך השנים, בין היתר בכל הנוגע בהסדרים שעניינם הסתה

Bibi van Ginkel, Incitement to Terrorism: A Matter of Prevention or Repression? (2011), www.icct.nl/download/file/ICCT-Van-Ginkel-Incitement-To-Terrorism-August-2011.pdf

6 במקורה, בימי המנדט, הייתה עֲבֵרַת ההמרדה קבועה בס' 59-60 לפקודת החוק הפלילי, 1936. כיום היא מעוגנת בס' 133-134 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). הוראות החוק אינן מזכירות במפורש את המילה "טרור", אך תוכנו רחב דיו לחול גם על מעשי טרור המכוונים נגד רשויות השלטון או נגד בטחון המדינה. המונח "להמריד" מוגדר בס' 136 ככולל את ההתנהגויות הבאות: (1) להביא לידי שנאה, בוז או אי־נאמנות למדינה או לרשויות השלטון או המשפט שלה שהוקמו כדין; (2) להסית או לגרות את יושבי הארץ שינסו להשיג, בדרכים לא כשרות, שינויו של דבר שיסודו כדין; (3) לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ; (4) לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין.

לטרור, כמוסבר בהמשך. סעיף 4 לפקודת מניעת טרור היה במשך שנים ארוכות ההוראה החקיקתית המרכזית בתחום זה.⁷ ההוראה המשמעותית ביותר בו, בסעיף־קטן (א), קבעה כי "המפרסם, בכתב או בעל פה, דברי שבח, אהדה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיומים במעשי אלימות כאלה" ייאשם בעבירה של תמיכה בארגון טרוריסטי.

דברי חקיקה אלה נתפסו, בצדק, כמגבילים מאוד את חופש הביטוי, ולכן הפעלתם נעשתה במשורה באופן יחסי. תפיסה זו השתלבה היטב במסורת של הגנה על חופש הביטוי בפסיקתו של בית־המשפט העליון, כפי שהתגבשה עוד בשנות החמישים של המאה העשרים, החל בפסק־הדין ההיסטורי בעניין קול העם.⁸

רצח ראש הממשלה יצחק רבין, בנובמבר 1995, שינה את יחסה של החברה הישראלית להסתה ואת הבנת הסכנות הטמונות בה, כמו־גם את ההתייחסות המשפטית להוראות חוק האוסרות הסתה. הרצח חידד את המחלוקת בנושא גבולות חופש הביטוי בהקשר של הסתה לאלימות או לטרור, על רקע הטענה כי ביטויי ההסתה שנשמעו בציבוריות הישראלית עובר למקרה הרצח הכשירו את הקרקע לקראתו.⁹ המחלוקת בנושא עוררה דיון ער בזירה

7 ס' 4 לפקודת מניעת טרור קבע בעניין זה: "אדם – (א) המפרסם, בכתב או בעל פה, דברי שבח, אהדה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיומים במעשי אלימות כאלה; (ב) המפרסם, בכתב או בעל פה, דברי שבח, אהדה או קריאה לעזרה או תמיכה בארגון טרוריסטי; ... (ז) או העושה מעשה שיש בו גילוי של הזדהות עם ארגון טרוריסטי או אהדה אליו, בהנפת דגל, בהצגת סמל או סיממה או בהשמעת המנון או סיממה, או כל מעשה גלוי דומה המגלה בבירור הזדהות או אהדה כאמור, והכל במקום ציבורי או באופן שאנשים הנמצאים במקום ציבורי יכולים לראות או לשמוע גילוי כזה של הזדהות או אהדה... ייאשם בעבירה, ובצאתו חייב בדין, יהא צפוי לעונש מאסר עד שלוש שנים או לקנס עד 1000 לירות או לשני העונשים גם יחד". בינתיים בוטל סעיף־קטן (א) של ס' 4 והוחלף בס' 2ד144 לחוק העונשין, כמפורט בהמשך.

8 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שרי־הפנים, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: עניין קול העם). כידוע, בפסק־דין תקדימי זה פירש בית־המשפט העליון הוראת חוק מנדטורית בעלת אופי פוגעני מבחינת חופש הביטוי – ס' 19 לפקודת העתונות, המסמיך את שר הפנים להורות על סגירת עיתון בהתקיים חשש לפגיעה ב"שלום הציבור" – באופן שעולה בקנה אחד עם הערך של הגנה על חירות זו. באופן ספציפי יותר, בית־המשפט קבע כי הפעלת סמכותו של שר הפנים כפופה למבחן של "וראות קרובה" לפגיעה בשלום הציבור.

9 כך, למשל, בהרצאה פומבית שנשא, אמר השופט מצא את הדברים הבאים: "אני סבור, כי אף בהיעדר הכרעה משפטית או ציבורית מוסמכת, יהיה בידי ההיסטוריונים להצביע על קיום קשר סיבתי בין מסע ההסתה שקדם לרצח רבין לבין תכנונו וביצועו של הרצח". אליהו מצא "ההסתברות שמילים תהרוגנה" (הרצאה שנישאה ביום־עיון בנושא "חופש הביטוי על־רקע תוכנית ההתנתקות ('עזה תחילה')", אוניברסיטת חיפה, 20.12.2005. cds.haifa.ac.il/documents/pastconferences/freedom_of_speech_maza.pdf. הדברים נאמרו לאחר פרישתו של השופט מצא מבית־המשפט העליון. במקביל יש לציין כי הלקח שיש להפיק מן האירועים שקדמו לרצח רבין, בכל הנוגע בהשלכותיהם על קביעת הגבולות לגבי חופש הביטוי, שנוי במחלוקת בקרב משפטנים. כך, למשל, שבועות ספורים לאחר רצח רבין אמר נשיא בית־המשפט העליון השופט אהרן ברק את הדברים הבאים: "אירועי השבועות

המשפטית, והדברים באו לידי ביטוי בשורה של פסקי־דין של בית־המשפט העליון.¹⁰ פסקי־הדין הראשון שנתן בית־המשפט העליון בסוגיה זו לאחר רצח רבין היה בעניין אלבה. הרב עידו אלבה, ששימש רב בכולל שליד מערת המכפלה בחברון, הואשם, בין היתר, בכך שבאפריל 1994 הפיץ בקרב תלמידיו תדפיס של מאמר בנושא "בידור הלכות הריגת גוי" שממנו השתמע כי קיים היתר הלכתי להרוג "גויים".¹¹ בגין הפצת המאמר הוא הואשם בעבירה של הסתה לגזענות לפי סעיף 144(א) לחוק העונשין, ובעבירה של עידוד לאללימות לפי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור. הדיון התקיים לפני הרכב מורחב של שבעה שופטים בבית־המשפט העליון. פסקי־הדין של השופטים משקפים מגמות שונות לפתרון המתח שסוגיה זו מעוררת. השופט מצא, שכתב את דעת הרוב, סבר כי הפרשנות ליסודות העבירה לפי פקודת מניעת טרור מביאה לכלל מסקנה כי בדברים שביטא הנאשם יש משום הסתה לטרור ולאללימות. השופט טירקל, לעומת זאת, סבר בדעת מיעוט כי יש לזכות את הנאשם מן העבירה, ונימק את עמדתו המזכה בצורך להציב את קו הגבול המטיל הגבולות על חופש הביטוי קרוב ככל האפשר לנקודת הקצה.¹²

האחרונים צריכים להגביר את רגישותנו לסיכונים שבמציאות החיים. הם אינם צריכים לשנות את האיזון העקרוני של החברה הישראלית בין חופש הביטוי לשלום הציבור. איזון זה משקף ערכי יסוד. הוא מבוסס על גישה עקרונית. הוא משקיף על אופקים רחוקים. הוא צריך להיות חסין מפני זעזועים קשים הנגרמים על ידי אירועים יוצאי דופן. "אהרן ברק" דברים בטקס מינוי שופטים לבית המשפט העליון ביום 24.12.95 "הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל, פ"ד כג 5 (1996).

10 ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 222 (1996); דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193 (2000); דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145 (2000); בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס(4) 287 (2006); רע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' בן חורין, תק-על 2011(4) 3947 (2011). פסקי־הדין בעניין כהנא ובעניין ג'בארין ניתנו שניהם בהרכב מורחב בבית־המשפט העליון, ובשני המקרים היה השופט מצא שותף לעיצוב ההלכה. מאמר שדן בפסקי־דין אלה ובלקחייהם, מבחינת המשך דרכו של המשפט הישראלי, מתאים אפוא במיוחד להיכלל באסופת מאמרים היוצאת לאור לכבודו של השופט מצא.

11 בחוברת שנכתבה על־ידי הרב אלבה נכתב, בין היתר, כי "האיסורים של 'לא תרצח' ו'שופך דם האדם' אינם שייכים ביהודי שהורג מי שאינו יהודי... גויים שאדוקים בדתם שיש בה כפירה ביסודות אמונת ישראל ונצחיות התורה וסוכרים שיש עליהם מצווה לשכנע בדתם אחרים, כגון המסיונרים והמוסלמים שמאמינים בג'יהד – מצווה להרגם. אך גם זה דווקא כשיש כח ביד ישראל... מלחמת תקיפה על גויים שיצא קול שרוצים לפגוע ביהודים כנפשותם או כממונם באופן שהפגיעה בממון עלולה לגרום לנטישת יישוב יהודי היא מלחמת חובה שאסור להמנע ממנה אפילו בשבת... ובכל אלו חייבה התורה לצאת למלחמה ואין הציבור רשאים להבטל מחובה זו".

12 מעניין שהשופט טירקל הפנה בפסקי־דינו לדבריו של הנשיא ברק (כפי שצוטטו לעיל בה"ש 9) בדבר החשיבות הנודעת לחופש הביטוי גם בתקופה שלאחר רצח רבין. עניין אלבה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 330–331.

פסק־דין אחר שבו התמודד בית־המשפט העליון עם שאלה זו הוא עניין ג'בארין.¹³ פסק־הדין עסק במאמר עיתונאי ששיבח יידי אבנים ובקבוקי־תבערה לעבר חיילי צה"ל בשטחים. בשם שיקולים של הגנה על חופש הביטוי, אימץ בית־המשפט העליון במקרה זה פרשנות צרה לסעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, וקבע כי הוא חל רק על ביטויי אהדה למעשי אלימות שמבצע ארגון טרור (דהיינו, ארגון שהוכרז כזה על־פי הפקודה),¹⁴ ולא על ביטויי אהדה למעשי אלימות שמבצעים יחידים אשר אינם פועלים במסגרת ארגון טרור. הבחנה זו הייתה מכרעת בנסיבות העניין, והובילה לזיכויו של הנאשם. חשוב להדגיש כי לא היה חולק בקרב השופטים שלשונו של סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור אינה קושרת בין התבטאות המעורדת אלימות לבין חברות או פעילות בארגון טרור זה או אחר. מטעם זה אף הורשע ג'בארין בפסק־הדין המקורי בערעור לבית־המשפט העליון. בקשתה של המדינה במסגרת הדיון הנוסף לאמץ את גישתו של השופט מצא בעניין אלבה ולהימנע מבחירה בפרשנות מצמצמת נדחתה בפסק־דין הרוב, שניתן על־ידי השופט אור. המדינה טענה כי אם לא תתקבל פרשנותה, תיוותר התביעה בלא כלים אפקטיביים להתמודד עם הסתה, וכי שינויי העיתים והשינויים באופייה של ההסתה ובאופיו של איום הטרור (שאינו עוד טרור מאורגן המופעל על־ידי ארגון בעל מבנה ומדרג) מחייבים אימוץ עמדה שלפיה הפקודה מכילה גם הסתה לטרור שנוקטים יחידים.¹⁵ בית־המשפט לא קיבל עמדה זו, וכלל ביסודות העברה מרכיב של קשר עם ארגון טרור, אולם לימים היא השפיעה על המשך החקיקה בתחום, כפי שיוסבר בהמשך.

ביום שבו ניתן פסק־הדין בעניין ג'בארין הכריע בית־המשפט העליון גם בעניין כהנא.¹⁶ מבחינה פורמלית נדרש פסק־דין זה לסוגיה שונה: לעברת ההמרדה, ולא לעברה של הסתה לטרור. אולם מבחינה מהותית הוא עסק במטריה קרובה – קריאה לאלימות.¹⁷ באופן ספציפי יותר, פסק־הדין נסב על כרוזים שהפיץ הנאשם, איש הימין הקיצוני, ובהם קרא להפציץ יישובים ערביים במדינת־ישראל בתגובה על התקפות טרור נגד יהודים. כהנא הואשם בהמרדה, וכך נדרש בית־המשפט לפרש עברה זו, שנוסחה בהרחבה ובכלליות בתקופת המנדט הבריטי, באופן שיתאים לתנאים של מדינה דמוקרטית. השאלה המרכזית שעמדה לפני בית־המשפט הייתה מהם הערכים המוגנים על־ידי עברת ההמרדה, ובאופן ספציפי יותר, אם מדובר רק ביציבותו של המשטר הדמוקרטי במדינה או שמא גם בהגנה על ערכים חברתיים נוספים. עמדתם של שופטי הרוב הייתה שיש להרשיע את כהנא (אף שג'בארין, כאמור לעיל, זוכה). בית־המשפט נימק את ההבחנה בין המקרים בהתייחסות להבדלים בין שני ההסדרים הסטטוטוריים. השופט אור התייחס לניסוחו הדרקוני של איסור ההסתה לטרור, אשר אינו כולל כל מבחן הסתברותי ויכול לחול לכאורה "אף על פרסום המשבח,

13 לעיל ה"ש 10.

14 ראו ס' 8 לפקודת מניעת טרור.

15 עניין ג'בארין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 207-208.

16 לעיל ה"ש 10.

17 הדיון בפסק־הדין חשוב בהקשר הנוכחי בשל מיעוט התקדימים שעסקו במישורין בהפללה של הסתה לטרור. למעשה, מבחינה מהותית, הפרסום שנדון בו שייך לתחום הרחב של הסתה לאלימות, אשר ההסתה לטרור היא מקרה פרטי שלו.

לדוגמא, את מרד בר כוכבא¹⁸. לעומת זאת, עֵבֶרַת ההמרדה, חרף חסרונותיה הברורים והעובדה שנחקה על-ידי מחוקק לא-דמוקרטי, הוצגה כעֵבֶרַה מאוזנת יותר, ש"תכליתה היא לאפשר את המשך קיום החברה הישראלית, על כל קבוצות האוכלוסין הרבות והמגוונות החיות בקרבה", ואשר כוללת "מגבלות סטטוטוריות על היקף התפרסותה", ובכלל זה דרישה לקיומו של מבחן הסתברותי.¹⁹

בעקבות הפסיקה בעניין ג'בארין ביטלה הכנסת את סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, וחוקקה במקומו את סעיף 2ד144 לחוק העונשין, אשר אוסר באופן כללי הסתה לטרור, בלא קשר לשאלה של תמיכה בארגון טרור. כותרתו של הסעיף היא "הסתה לאלימות או לטרור", והוא אינו יוצר כל זיקה בין דברי ההסתה לבין פעילותו של ארגון טרור דווקא. במקביל לכך הוא כולל דרישה למבחן הסתברותי במתכונת של "אפשרות ממשית", כדלקמן: "המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות או טרור, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות או טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו (בסעיף זה – פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שייביא לעשיית מעשה אלימות או טרור, דינו – מאסר חמש שנים".

באופן עקרוני יש היגיון בניסוחו מחדש של האיסור המשפטי בנושא תוך ניתוק הקשר בין הסתה לטרור לבין ארגון טרור. כמפורט להלן, הוא עולה בקנה אחד עם המקובל גם בשיטות משפט אחרות. לגופו של עניין, התיקון מבוסס על הכרה בשינויים שחלו במאפייניה של פעילות הטרור הגלובלית. ארגוני טרור אינם פועלים עוד רק כגופים מדרגיים שחבריהם ממלאים אחר הוראותיה של הנהגה ברורה. במקרים רבים מעשי טרור מבוצעים על-ידי חוליות שאין בהכרח קשר ארגוני ביניהן או על-ידי יחידים הפועלים בהשראתו של מנהיג אשר קורא לביצוע מעשי טרור או מעניק להם הכשר דתי או פוליטי. שינוי זה, שמבטא תופעה גלובלית, הפך את המאבק בהסתה לטרור לכלי מרכזי במאבק נגד הטרור עצמו.²⁰ בעניין בן חורין נדרש בית-המשפט העליון להסדר החקיקתי החדש במסגרת בקשות רשות ערעור שהוגשו על פסקי-דין סותרים שניתנו בשני מקרים שבהם הועמדו אנשים לדין בגין דברי שבח לרצח שביצע ברוך גולדשטיין במערת המכפלה בשנת 1994. רשות הערעור במקרים אלה ניתנה על-מנת להעמיד הלכה על מכונה, ומבלי לדון מחדש בעובדותיהם.

18 עניין כהנא, לעיל ה"ש 10, בעמ' 180.

19 שם, בעמ' 181. ניתן להוסיף כי הגשת כתב אישום בגין המרדה כפופה לתקופת התיישנות מקוצרת ומחייבת החלטה של היועץ המשפטי לממשלה. לעיון נוסף בעניין כהנא ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות – על ערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעבירות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא" משפט וממשל ז 305 (2004).

20 השופט קדמי נדרש לנקודה זו בדעת המיעוט שלו בעניין ג'בארין, לעיל ה"ש 10, באומריו: "תופעת הטרור עברה שינויים רבים לאורך השנים. בעבר, לרבות בעת חקיקת הפקודה, התמקדה התופעה בפעילות שקיימו אידגוני טרור... ברם, כיום... חלקם של היחידים... הגיע לממדים משמעותיים... על הסכנות הקשות הטמונות במעשי טרור של יחידים – אשר אינם פועלים מטעמו של ארגון – עמדה מדינתנו לאחרונה עת נרצח ראש הממשלה, יצחק רבין ז"ל, בפעילות בעלת אופי טרוריסטי על ידי מי שלא פעל מטעמו של ארגון טרור". שם, בעמ' 214 (ההדגשה במקור).

נקודה עקרונית ראשונה שעולה מפסק־הדין היא מרכזיותו של מבחן "האפשרות הממשית" במסגרת העברה של הסתה לאלימות או לטרור. השופט הנדל, שכתב את פסק־הדין העיקרי, התייחס לכך שהצעת החוק ביקשה להסתפק במבחן של "אפשרות סבירה", ושהנוסחה של "אפשרות ממשית" מהווה פשרה בין הקצוות של "אפשרות סבירה", מחד גיסא, ושל "ודאות קרובה", מאידך גיסא.²¹ הנשיאה ביניש אף מצאה לנכון לבטא תמיכה נורמטיבית ב"הנמכת הרף" בהשוואה למבחן המסורתי של ודאות קרובה. לדבריה, "נוכח עוצמת הסיכון הנשקפת מפרסום גזעני ומהסתה לטרור מתחייב בעבירות אלה מבחן הסתברותי ברמה נמוכה יותר, וזאת בהתחשב באופיו ועוצמתו של הסיכון".²² כאשר ליישומה של העברה בחר בית־המשפט לא לקבוע כללים קבועים מראש, אלא ציין כי בכל מקרה תיבחן ההסתברות בהתאם למכלול הנסיבות. השופט הנדל הסביר בעניין זה כי "העדר הפירוט בהגדרתן של נסיבות אלו איננו מקרי. הוא דורש כי בית המשפט יבחן את המקרה כמכלול, מבלי לקבוע מראש מעין מבחנים ראשיים. ודאי, מיהות המפרסם והאווירה השוררת בציבור הינם נתונים חשובים כאמור, אך הם אינם עומדים לבדם. יש לשקול גם שיקולים נוספים, כגון סוג האלימות המדוברת, היקף הקבוצה החשופה לאותה אלימות, היקף הפרסום וקהל היעד שלו, הקשר הפרסום, מקומו והמדיום שבו נעשה שימוש".²³ ראוי להדגיש את החשיבות שבית־המשפט העליון מייחס להקשר הרחב שבו נאמרו הדברים. כפי שנראה בהמשך, ההתייחסות להקשר מאפשרת להבחין בין אמירות קיצוניות שאין חשש כי ישפיעו על יחידים לבצע מעשי אלימות לבין אמירות אחרות שעלולות להוביל לכך. ההתייחסות להקשר מאפיינת גם את גישתו של בית־הדין האירופי לזכויות אדם בסוגיית ההסתה לטרור, ונחשבת גם שם גורם ממתן המעניק הגנה נוספת לחופש הביטוי.²⁴

נושא ההסתה לטרור זכה בהתייחסותו של בית־המשפט העליון גם בעניין בשארה, שעסק בהתבטאויות שהשמיע חבר־הכנסת (דאז) עזמי בשארה. בשארה הואשם בהסתה לטרור ובתמיכה בו, במסגרת פקודת מניעת טרור (בהתאם לדין שחל באותו זמן). פסק־הדין לא דן בסעיפים הפילייליים עצמם, אך למעשה ביטא מדיניות מרחיבה בכל הנוגע בהגנה על חופש הביטוי, אם כי במסגרת דיני החסינות.²⁵ האישימוס התייחסו לנאומים שבהם הביע בשארה תמיכה בחיזבאללה. בין היתר אמר בשארה כי "החיזבאללה ניצח, ולראשונה מאז שנת 1967 טעמנו את טעמו של הניצחון",²⁶ וכן שיבח את גבורתה והתמדתה, לדבריו, של ה"התנגדות" הלבנונית. כמו בעניין ג'בארין, גם עניינו של בשארה לא הסתיים בהרשעה, אם כי מטעמים פורמליים שונים: האישימוס לא נידונו כלל לגופם במשפט פלילי, מכיוון שכתב האישום בוטל בעקבות פסק־דינו של בית־המשפט העליון בעתירה נגד הגשת כתב האישום. בשבתו כבג"ץ, פסק בית־המשפט העליון, בדעת רוב, כי חסינותו העניינית של

21 עניין בן חורין, לעיל ה"ש 10, פס' 6 לפסק־דינו של השופט הנדל.

22 שם, בפסק־דינה של הנשיאה ביניש.

23 שם, פס' 7 לפסק־דינו של השופט הנדל.

24 ראו להלן ליד ה"ש 56-60.

25 חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951 (להלן: חוק חסינות חברי הכנסת).

26 עניין בשארה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 293.

בשאררה כחבר-כנסת עומדת לו גם בקשר להתבטאויות אלה.²⁷ על-פי סעיף 1(א1)(4) לחוק חסינות חברי-הכנסת, החסינות אינה חלה על "תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מדינת ישראל". אולם בית-המשפט העניק לסייג זה פרשנות מצמצמת, והדגיש את ההבחנה בין תמיכה בארגון טרור לבין תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור,²⁸ תוך מתן משקל לחשיבותו של חופש הביטוי בכלל ולזה של חברי-הכנסת בפרט.

בצד התפתחות החקיקה והתגבשות תפיסתו של בית-המשפט העליון בנושא, בולט בהקשר הישראלי, באופן מובהק, גם התפקיד המאזן של רשויות התביעה באכיפתן של נורמות המגבילות את חופש הביטוי.²⁹ באופן מסורתי נוסחו האיסורים הפליליים שחלו על הסתה לטרור בישראל בלשון רחבה. למרות זאת, עד למחצית שנות התשעים של המאה העשרים – עובר לרצח רבין – נעשה בהם שימוש מוגבל מאוד. הפרקליטות הסתייגה מהעמדה לדין בעבירות כאלה גם במקרים שבהם התאימה ההתנהגות הנידונה להגדרה הרחבה של העבירות. עמדתה של הפרקליטות התבססה, בין היתר, על החקיקה שחייבה כי בחלק מן העבירות יוגש כתב אישום רק באישורו של היועץ המשפטי לממשלה.³⁰ מדיניות זו, שזכתה בגיבוי מלא של בית-המשפט העליון,³¹ לא השתנתה גם לנוכח התבטאויות קשות נגד צעדי הממשלה בתקופה שלאחר הסכמי אוסלו. בעניין שלנגר³² דחה בג"ץ עתירה שהוגשה נגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה לא לחקור את הרב גורן, שפסק כי על החיילים לסרב לפקודות שעניינן פינוי יישובים. בתשובה לעתירה נטען, בין היתר, כי "מדיניות הכללית של התביעה הינה כי יש להמעט ככל האפשר בהעמדת אדם לדין בגין התבטאויות שהתבטא. עקרון חופש הביטוי הוא עקרון יסוד במשפטנו, שבגיננו מחליטה התביעה במקרים רבים, כי אף-על-פי שלכאורה ישנן ראיות לביצועה של עבירה, אין עניין לציבור בהעמדת אדם לדין, וזאת כדי להימנע מלפגוע, ככל שניתן הדבר, בחופש הביטוי והבעת הדעה".³³ בית-המשפט העליון נמנע מלהתערב בעמדתה זו של הפרקליטות, וקבע כי היא נופלת בגדרו של מתחם הסבירות.³⁴

כפי שכבר צוין, רצח רבין הוביל לשינוי דרמטי בגישתה של הפרקליטות לעבירות הסתה ולקשר האפשרי בין הסתה לטרור לבין מעשי טרור. בעקבות הרצח החל ויכוח שהתמקד בעיקר בהסתה שקדמה לו ובאחריותם של גורמים פוליטיים ודתיים ליצירת האווירה שהכשירה, כפי שנטען, את הקרקע לרצח. היו שתהו אף באשר לאחריותה של

27 פסק-הדין ניתן ברוב של שני שופטים (הנשיא ברק והשופט ריבלין) כנגד דעתה החולקת של השופטת חיות.

28 ראו עניין בשארה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 315-316.

29 להרחבה בנושא ראו גם דוד זכריה קולו הוז של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור (2012).

30 ס' 135(א) לחוק העונשין קובע, לגבי העבירות של המרדה ופרסומי המרדה, כי "לא תוגש תביעה פלילית על עבירה לפי סעיפים 133 או 134 אלא בתוך שנה מיום שנעברה, ולא ייתבע אדם לדין על עבירה כאמור אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה בכתב".

31 בג"ץ 292/86 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 406 (1989).

32 בג"ץ 588/94 שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מב(3) 40 (1994).

33 שם, בעמ' 42-43.

34 שם, בעמ' 44.

מערכת אכיפת החוק לרצח. הפרקליטות הגיבה על ביקורת זו בכך שהגישה, מייד לאחר הרצח, שורה של כתבי אישום בעברות של הסתה לטרור נגד גורמים שהשמיעו התבטאויות אשר יכלו להתפרש כמעניקות לגיטימציה להתנקשות או כמשבחות אותה. השינוי במדיניות בוקר אף הוא: היו שסברו כי הוא בבחינת מעט מדי ומאוחר מדי, מצד אחד, והיו שראו בו ניסיון להשתיק או להכפיש את המתנגדים למדיניותו של רבין.³⁵

כיום הרגישות לסכנה של הגבלת חופש הביטוי בגין אכיפתן של עברות בתחום הביטוי באה לידי ביטוי הן בדרישה הסטוטורית להסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב אישום בגין עברות של הסתה לגזענות, לאלמות או לטרור³⁶ והן בהנחיותיהם של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה. הנחיות אלה מתייחסות לקבלת אישור מוקדם לא רק להגשת כתבי אישום,³⁷ אלא גם לפתיחה בחקירה.³⁸ מדיניות מצמצמת נוהגת גם בעניינין של עברות ביטוי אחרות.³⁹ כסיכום-ביניים של המצב המשפטי הנוהג בישראל

35 מקרה מפורסם יחסית הוא פרשת הרשת של דוד אקסלרוד בעברה של הסתה לטרור בשל דברי שמחה שהביע לאחר רצח רבין. לימים התקבלה בקשתו למשפט חוזר בהתחשב בהלכה שנקבעה בעניין ג'בארין, אשר שינתה את הבסיס המשפטי שעליו הורשע (שכן אף הוא הביע תמיכה בטרור שאינו קשור לארגון טרור). ראו מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 607 (2005).

36 הכוונה לעברות לפי סימן א 1 לפרק ח לחוק העונשין. ס' 144 מורה בעניין זה כי "לא יוגש כתב אישום לפי סימן זה אלא בהסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה".

37 "אישור מוקדם להגשת כתב אישום" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1004 (התשמ"ב). הנחיה זו כוללת ברשימת העברות המחייבות אישור מוקדם כזה, בין היתר, "אישום על עבירה מכוח הפקודה למניעת טרור, התש"ח-1948". הנחיה זו אינה חלה עוד על עברת ההסתה לטרור, אשר מוסדרת כיום בחוק העונשין, אך היא רלוונטית בכל הנוגע בעברה של תמיכה בארגון טרוריסטי.

38 "פתיחה בחקירה בעניין בעל רגישות ציבורית רבה" הנחיות פרקליט מדינה 14.12 (1999). הנחיה זו מחייבת קבלת אישור מוקדם של פרקליט המדינה או של מי שהוסמך על-ידיו לטפל בנושא זה (מנהל המחלקה לתפקידים מיוחדים בפרקליטות המדינה) לצורך פתיחה בחקירה בעניין בעל רגישות ציבורית רבה. בין העברות שהנחיה חלה עליהן נמנות העברות של המרדה (לפי ס' 133-134 לחוק העונשין), הסתה לגזענות (לפי ס' 144, 144 ו-171 לחוק העונשין) ותמיכה בארגון טרוריסטי (לפי ס' 4 לפקודת מניעת טרור). העברה של הסתה לאלמות או לטרור (לפי ס' 2144) טרם עודכנה בהנחיה, אך זהו המצב בפועל. הנחיה זו מהווה בסיס גם לפקודות המשטרה בכל הנוגע בפתיחה בחקירה.

39 השו"ע ע"מ 2398/08 מדינת ישראל – משרד המשפטים נ' סגל, תק-על 2011(2) 3381 (2011). במקרה זה נדרש בית המשפט לבקשת עיון במידע של אדם שהוגש נגדו כתב אישום בגין העלבת עובד ציבור לפי ס' 288 לחוק העונשין. הוא ביקש לעיין בהחלטותיה של הפרקליטות על העמדה לדין ואי-העמדה לדין בעברות המגבילות את חופש הביטוי, מתוך הכרה בקיומה של מדיניות מצמצמת בתחום זה, לצורך העלאת טענה של אכיפה פרייבטית (סלקטיבית) כהגנה מן הצדק. ההתדיינות הובילה להיענות חלקית לבקשה (ביחס לשלוש שנים, כדי למנוע הכבדת יתר מבחינת הקצאת משאבים). בהתייחסה להצדקה להיענות לבקשה התייחסה השופטת נאור למדיניות המצמצמת בהעמדה לדין בעברות מסוג זה. לדבריה, "בעניינינו, האינטרס הציבורי בגילוי המידע הוא נכבד, שכן מדובר במדיניות

ניתן לומר אפוא כי המשפט הישראלי מתאפיין בהפללה ישירה של הסתה לטרור. מנגנוני האיזון המונעים שימוש מופרז בעבירה זו הם התנאי הסטטוטורי להגשת כתב אישום, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, פרשנותו המצמצמת של בית המשפט העליון לעברות ביטוי, וכן אופן השימוש של הפרקליטות בכל אלה. אכן, הפן המוסדי של יישום הנורמות המשפטיות חשוב תמיד, ואינו מייחד את הדיון הנוכחי, אך יש לו משקל מיוחד בהקשר הנוכחי משום שהאיסורים בתחום של הסתה לטרור הם מעורפלים באופן מובנה ומותירים שוליים רחבים של שיקול-דעת לרשויות התביעה.

ב. משפט השוואתי: הגישה האירופית מול הגישה האמריקנית

את עמדתו של המשפט הישראלי בנושא, כמו-גם את ההתפתחויות הצפויות בו, מעניין לבחון בפרספקטיבה השוואתית,⁴⁰ דווקא משום שההסדרים הנוהגים במדינות אחרות משקפים הבדלי-עומק בין מסורות חוקתיות שונות ביחס להגנה על חופש הביטוי.⁴¹ כפי שנראה בהמשך, הגישה הישראלית בתחום זה דומה באופן כללי לגישה האירופית, הדוגלת בהטלת הגבלה ישירה על חופש הביטוי בהקשר של הסתה לטרור (במתכונת של הפללת הסתה כזו). את התפיסה החלופית מייצג המשפט האמריקני, שמתאפיין בעמדה חוקתית הרוחה הטלת הגבולות ישירות על חופש הביטוי, אך בפועל מאפשר לקבוע איסורים שפוגעים בהפצת מסרים על-ידי ארגוני טרור ופעיליהם, במתכונת שתכונה בהמשך "הגבלה עקיפה".⁴²

1. הגישה האירופית

במסורת המשפטית האירופית, איסור ביטוי שמסית לטרור או משבח אותו אינו נחשב הגבלה לא-לגיטימית של חופש הביטוי. כדי להדגים גישה זו, יתמקד הניתוח להלן במשפטן של שלוש מדינות שנאלצו להתמודד עם איום הטרור: בריטניה, צרפת וספרד. בריטניה הייתה הכוח המניע מאחורי החלטה 1624 של מועצת הביטחון של האו"ם, ואילו לצרפת ולספרד יש היסטוריה ארוכה יחסית של איסור פלילי של דברי הסתה או שבח לטרור.⁴³

התביעה בעבירה שהיא נדירה יחסית וזאת אף בראייתה של המדינה" (שם, פס' 32; ההדגשה במקור).

40 להרחבה נוספת של הדיון ההשוואתי בנושא ראו: Daphne Barak-Erez & David Scharia, *Freedom of Speech, Support for Terrorism, and the Challenge of Global Constitutional Law*, 2 HARV. NAT'L SEC. J. 1 (2011).

41 מבלי לנקוט עמדה במחלוקת על ההיקף הראוי של שימוש במשפט השוואתי, אנו סבורים כי ההשוואה עשויה לסייע כמראה שבעזרתה ניתן להתבונן פנימה אל המשפט המקומי בצורה ביקורתית. על תכליות השימוש במשפט חוקתי השוואתי ראו: Vicki C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (2010).

42 למסורות השונות של חופש הביטוי בארצות-הברית ובאירופה ראו באופן כללי: Guy E. Carmi, *Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech*, 26 BOSTON U. INT'L L.J. 277 (2008).

43 מחקר שערכה ועדת המומחים לטרור של מועצת אירופה (CODEXTER) בנושא "APOLOGIE DU TERRORISME" ו-"INCITEMENT TO TERRORISM" - בדק את החקיקה הפנימית

שיטות אלה חולקות גם מאפיינים חשובים נוספים הרלוונטיים לדיון זה: כולן מדינות עם מסורת דמוקרטית יציבה (לפחות בעשורים האחרונים), וכולן מכירות בערכו של חופש הביטוי ובמחויבותן להגן עליו – עובדה שמצאה את ביטויה גם בחברותן באמנה האירופית לזכויות אדם, אשר מגינה על חופש הביטוי.

בספרד מעשים שניתן לסווגם כהסתה או כדברי שבח לטרור מוגדרים כעבירות בחוק הפלילי הספרדי. עד שנת 2000 נכללה הסתה לטרור בפרק הכללי של חוק העונשין הספרדי, כחלק מן האיסור הכללי להסית לביצוע מעשה עברה. העברה הבסיסית של הסתה, שנקבעה בסעיף 18.1 לחוק, השתרעה הן על "הסתה" ("פרובוקציה") והן על דברי שבח (apologie).⁴⁴ התנהגות כזו הייתה בת-ענישה בין אם הובילה בפועל לביצוע מעשה העברה ובין אם לאו, ובלבד שהיה בה כדי להסית באופן ישיר לביצוע העברה. אם בעקבות ההסתה הישירה למעשה הוא התרחש בפועל, הואשם המסית כעבריין ראשי על-פי סעיף 28 לחוק הפלילי הספרדי.

בדצמבר 2000 נחקק בספרד החוק האורגני 7/2000, שתיקן את סעיף 578 לחוק הפלילי הספרדי. תיקון זה הוסיף בחוק עברה ספציפית חדשה של דברי שבח לטרור, שחלה על פרסום "דברי שבח או הצדקה, בכל אמצעי פומבי להעברת תקשורת או מידע, לעבירות המנויות בסעיפים 571–577"⁴⁵ בחוק זה או למי שהשתתף בביצועו, או לביצוע מעשים שנועדו לבייש, לזלזל או להשפיל קורבנות של פעולות טרור או בני משפחותיהם". באופן ספציפי יותר, ניתן להבחין שעברה זו מתייחסת לשני סוגי התנהגות פליליים: האחד – שבח או הצדקה (el enaltecimiento o la justificación) למעשי טרור; והאחר – השפלה של קורבנות המעשים או של בני משפחותיהם.

החידוש המרכזי בחוק משנת 2000 נעוץ בכך שהוא רואה בהגנה על כבודם של קורבנות טרור ושל בני משפחותיהם ערך חשוב דיו המצדיק הפללה. בכך סעיף 578 החדש שונה מעברת ההסתה הכללית של החוק הספרדי, מעברת דברי השבח הישראלית⁴⁶ ואף מהעיקרון

במדינות אירופה השונות, ומצא כי המדינות שחוקקו איסורים פליליים נגד צורה זו של ביטוי עוד לפני ההתפתחויות של השנים האחרונות בזירה הבינ־לאומית היו דנמרק, צרפת וספרד. ראו: IAN CRAM, TERROR AND THE WAR ON DISSENT – FREEDOM OF EXPRESSION IN THE AGE OF AL-QAEDA 92 (2009).

44 ס' 18.1 קובע כי "פרובוקציה משמעה הסתה ישירה – באמצעות עיתון, רדיו או כל אמצעי פרסום יעיל אחר, או על-ידי השמעת דברים לפני קבוצה או יחידים – לביצוע עברה", ו"דברי שבח (apologie) לעניין חוק זה משמעם ביטוי – אשר מושמע לפני קבוצה או יחידים או מועבר באמצעות אמצעי תקשורת אחר – של רעיונות או דוקטרינות המשבחים פשע או מהללים את מבצעו. דברי שבח יהיו עברה רק אם הם מהווים פרובוקציה, ואם מהותם ונסיבותיהם מקימים הסתה ישירה לביצוע עברה". ראו: Report of Spain on the Implementation of Security Council Resolution 1624 (2005) on Further Measures to Combat Terrorism, available at daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/309/63/PDF/N0730963.pdf?OpenElement.

45 ההפניה היא לסעיפים בחוק הפלילי הספרדי שעניינם עבירות טרור.

46 ראו לעיל ליד ה"ש 20.

המנחה במשפט הבין-לאומי, כפי שנראה בהמשך.⁴⁷ הערך המוגן בעברת דברי השבח הוא ההגנה על כבודם של הקורבנות, ולא האפשרות שהדברים יובילו למעשה טרור. מטעם זה לא התייחס המחוקק הספרדי לקשר ההסתברותי בין דברי השבח לבין מעשה הטרור. תחת זאת, העברה קושרת בין דברי השבח לבין פגיעות אחרות בכבודם של קורבנות הטרור. גישתו של המחוקק הספרדי היא פורצת-דרך ביחס לזכויותיהם של קורבנות טרור, ובה-בעת מחמירה ביחס להגנה על חופש הביטוי.

בצרפת איסור ההסתה לטרור קיים כבר מסוף המאה התשע-עשרה. סעיף 24 לחוק העיתונות הצרפתי משנת 1881⁴⁸ קובע כעברה פלילית הסתה (provocation) לטרור או תמיכה בו, כמו-גם השמעת דברי אהדה לו (l'apologie du terrorisme). כיום פסקה 6 לסעיף 24 קובעת כי "מי שגורם, באמצעות אחד האמצעים המנויים בסעיף הקודם, לפעולת טרור המנויה בספר 4 כותרת 2 של החוק הפלילי, או מי שתומך בפעולה כזו, דינו מאסר חמש שנים וקנס בסך 45,000 אירו". לפי סעיף 23 לחוק העיתונות, כדי שהסתה לטרור תהווה עברה בת-ענישה, היא צריכה להיעשות באמצעות "נאומים, צעקות או איומים המושמעים באספות או במקומות ציבוריים, או מילים בכתב, בדפוס, ברישום, בחריטה, בציור, בסימן, בתמונה או בכל עזר כתוב או מצויר, אשר נמכר או מחולק, מוצע למכירה או מוצג באספות או במקומות ציבוריים, במודעה או בהודעה המוצגת לעין הציבור, או בכל אמצעי תקשורת אלקטרוני אחר".⁴⁹

בבריטניה האיסור הקיים, הקבוע בסעיף 1 ל-Terrorism Act, מדבר על "עידוד לטרור". החוק נחקק בשנת 2006 בתגובה על הפיגועים שהתרחשו בלונדון ביולי 2005. ההוראה בחוק הבריטי חלה על "אמירה שעלולה להיות מובנת על-ידי חברי הציבור שכלפיהם היא פורסמה, כולם או חלקם, כעידוד או כהמרצה, ישירים או עקיפים, לבצע פעולות טרור או עברות לפי האמנה (האירופית למניעת טרור), להכינן או להדיח להן".⁵⁰ לפי החוק, אמירה עשויה להיחשב עידוד עקיף לביצוע מעשים כאלה אם היא "משבחת ביצוע או הכנה לביצוע (בעבר, בעתיד או בכלל) של פעולות או עברות כאלה", ואם "סביר לצפות כי אותם חברי ציבור שנחשפו לה יסיקו כי הדבר שלגביו נאמרו דברי השבח זכה בשבח כהתנהגות שעליהם לחקתה בנסיבות הקיימות".⁵¹

ניתן אפוא לראות כי מדינות אירופה, כמו ישראל, בחרו בשיטת ההתמודדות הישירה עם הסתה לטרור, קרי, בשיטה המבוססת על הכרה בעברה פלילית של הסתה לטרור. עמדה

47 ראו להלן בפרק ג.

48 Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

49 Implementation of United Nations Security Council resolution 1624: Report of France in Response to the Questions of the Counter-Terrorism Committee, available at daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/440/46/PDF/N0644046.pdf?OpenElement

50 ס' 1(1) ל-Terrorism Act, 2006, c. 11

51 שם, ס' 1(3). לעיון נוסף ראו: CLIVE WALKER, BLACKSTONE'S GUIDE TO THE ANTI-TERRORISM

LEGISLATION 57-63 (2nd ed. 2009)

אירופית זו עוגנה באמנה עדכנית בנושא של מניעת טרור משנת 2005.⁵² האמנה מתייחסת למניעתה של הסתה לטרור כאחד המרכיבים המרכזיים באסטרטגיית המאבק בטרור. סעיף 5 לאמנה מחייב את הצדדים לה "לנקוט את הצעדים הנדרשים כדי לקבוע שהסתה פומבית לביצוע פעולת טרור, כפי שזו הוגדרה בסעיף־קטן 1, המבוצעת באופן בלתי־חוקי ובמתכוון, תהווה עברה לפי הדין המקומי".⁵³ ראוי לציין כי האמנה האירופית לא אימצה את גישותיהן של צרפת וספרד בכל הנוגע בהפללה של הבעת אהדה לטרור (כמו בישראל). לפי האמנה, רק הסתה פומבית נחשבת עברה פלילית.⁵⁴ נוסף על כך, הצדדים לאמנה, שהיו מודעים לסכנה הכרוכה בהוראותיה מהיבט ההגנה על זכויות אדם, כללו בה את סעיף 12, המורה כי חקיקת האיסור הפלילי לפי הוראות האמנה, כמו־גם יישומו והחלתו, ייעשו תוך כיבוד המחויבויות לזכויות האדם, ובמיוחד הזכות לחופש הביטוי, הזכות לחופש ההתאגדות והזכות לחופש הדת.⁵⁵

סוגיית ההסתה לטרור נבחנה גם בפסיקתו של בית־הדין האירופי לזכויות אדם, שהביע כמה פעמים עמדה המכירה בלגיטימיות של הפללה ישירה של הסתה לטרור. בעניין *Zana v. Turkey*⁵⁶ נידונה החלטתו של בית־משפט טורקי להרשיע ראש עיר לשעבר בטורקיה על שהביע תמיכה בארגון ה־PKK – ארגון כורדי בדלני המנהל מאבק חמוש נגד טורקיה. בריאיון שנתן הביע ראש העיר תמיכה בארגון, ותיאר אותו כ"תנועת שחרור לאומי". בית־הדין האירופי שבחן הרשעה זו התמקד בסעיף 10 לאמנה האירופית לזכויות אדם, הקובע את התנאים להטלת הגבלות על חופש הביטוי (ומהווה דוגמה ל"פסקת הגבלה" אירופית).⁵⁷

52 Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, 2005, available at www.statewatch.org/news/2005/may/coe-conv-terrorism.pdf (להלן: האמנה האירופית למניעת טרור).

53 ס' 5(2) לאמנה האירופית למניעת טרור. ס' 5(1) מגדיר "פרובוקציה פומבית לביצוע פעולת טרור" כ"הפצה או הנגשה בדרך אחרת כלשהי של מסר לציבור במטרה להסית לביצועה של עברת טרור, כאשר המסר – בין שתמיתו בפעולת הטרור ישירה או עקיפה – גורם סכנה שפעולה כזו אכן תבוצע".

54 האמנה מגבשת עמדה שיש עליה הסכמה רחבה בקהילה האירופית. היא אינה מונעת ממדינות המעוניינות בכך את האפשרות לכלול בחוקיהן איסורים רחבים יותר, בכפוף לעמידה בסטנדרטים של האמנה האירופית לזכויות אדם.

55 נוסחו של ס' 12(1) לאמנה האירופית למניעת טרור הוא כדלקמן: "Each party shall ensure that the establishment, implementation and application of the criminalisation under Articles 5 to 7 and 9 of this Convention are carried out while respecting human rights obligations, in particular the right to freedom of expression, freedom of association and freedom of religion, as set forth in, where applicable to that Party, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the International Covenant on Civil and Political Rights, and other obligations under international law".

56 *Zana v. Turkey*, 25.11.1997, Reports 1997-VII (להלן: עניין *Zana*).

57 ס' 10(2) לאמנה האירופית לזכויות אדם קובע: "The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a

בית־הדין קבע כי אין בפסק־הדין הטורקי משום הפרה של סעיף 10 לאמנה האירופית. בהחלטתו נסמך בית־הדין על כך שדבריו של ראש העיר נאמרו בזמן התקפות רצחניות על אזרחים שביצעו אנשי PKK בדרום־מזרח טורקיה, וגם על כך שהדברים פורסמו בעיתון יומי גדול המופץ בכל רחבי המדינה. לפיכך ראה בית־הדין את האמירה ככזו שעלולה להחריף את המצב הנפיץ ממילא באזור.⁵⁸

בית־הדין האירופי נקט גישה דומה בפסק־דינו בעניין *Kaptan v. Switzerland*.⁵⁹ הוא פסק במקרה זה כי השלטונות בשווייץ לא הפרו את סעיף 10 לאמנה האירופית לזכויות אדם כאשר החרימו פרסומים שתמכו במעשי טרור של ה־PKK ושיבחו אותם. בית־הדין קבע כי הפרסומים עוררו אלימות, ולכן התערבות השלטונות הייתה הכרחית ומתחייבת בחברה דמוקרטית, בשם האינטרסים של הגנה על הביטחון הלאומי ומניעת פשיעה.

בעניין *Leroy v. France*⁶⁰ נדרש בית־הדין האירופי לזכויות אדם גם לאיסור שהוטל בצרפת על פרסום דברי שבח לטרור, אשר לא נכלל כאמור באמנה האירופית למניעת טרור. המקרה עסק בהרשעתו של המאיר הצרפתי דניס לירוי על־ידי בית־משפט בצרפת בשנת 2002 בשל קריקטורה שלו שפרסם השבועון הספרדי *EKAITZA*, היוצא לאור בחבל הבסקים. בקריקטורה – שהתייחסה לפיגוע שהתרחש במגדלי התאומים בניו־יורק ב־11 בספטמבר 2001, ואשר הוכנה על־ידי לירוי באותו יום לאחר המתקפה – נכתב, כפרודיה על סיסמה פרסומית מוכרת, "We have all dreamt of it... Hamas did it" (בכפרוזה על הסיסמה "Sony did it"). הקריקטורה פורסמה ב־13 בספטמבר 2001, יומיים לאחר הפיגועים בארצות־הברית.

בגיליון הבא של העיתון פורסמו קטעים ממכתבים ומהודעות דוא"ל שהגיבו על האירור, וכן הודעה של לירוי עצמו, שהסביר כי כאשר אייר את הקריקטורה, הוא לא הביא בחשבון את הסבל שנגרם בעקבות הפיגועים במרכז הסחר העולמי. לירוי הדגיש כי מטרתו הייתה להמחיש את שקיעתה של ארצות־הברית, אשר באה לידי ביטוי בהתקפה על הסמלים האמריקניים הנוודעים, וטען כי לקריקטוריסטים המגיבים על אירועים בזמן־אמת אין שהות

democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary"

לעומת זאת, בעניין אחר הקשור לטורקיה – *Erdoğdu and Ince v. Turkey* [GC], Nos. 25067/94 and 25068/94, 08.07.1999 Reports 1999-IV – קבע בית־הדין האירופי כי בחינת מכלול נסיבותיו של המקרה אינה תומכת בהרשעה. הנאשמים במקרה זה היו עורכו של הירחון הטורקי "אופוזיציה דמוקרטית!" (*Demokrat Muhalefet!*) ועיתונאי בו. כתב האישום הוגש בשל ריאיון עם סוציולוג, שאמר כי ניתן לזהות את היווצרותה של מדינה כורדית באזורים מסוימים בטורקיה. העיתונאי והעורך הועמדו לדין והורשעו בטורקיה. במקרה זה קבע בית־הדין האירופי כי לא היה מקום להרשעתו של העותר בהסתה לאלימות, מאחר שיש להביט על מכלול נסיבותיו של המקרה ולהתחשב בהקשר שבו נאמרו הדברים.

F. Kaptan v. Switzerland, No. 55641/00, 12.4.2001 59

Leroy v. France, No. 36109/03, 2.10.2008 60 (להלן: עניין *Leroy*).

להרהר בדברים. הוא הצביע גם על כך שמטרתו הייתה להביע עמדה פוליטית, המבטאת את השקפתו האנטי־אמריקנית, דרך סטירה שמסמלת את ירידת כוחה של ארצות־הברית בזירה העולמית.

התביעה בצרפת פתחה בהליכים נגד לירוי ונגד האחראי להפצת העיתון, לפי פסקה 6 לסעיף 24 לחוק העיתונות הצרפתי משנת 1881. האחראי להפצה הורשע בעברה של *condoning terrorism*, ולירוי עצמו הורשע בשותפות לביצוע העברה. לירוי פנה לבית־הדין האירופי לזכויות אדם בהתבסס על סעיף 10 לאמנה האירופית לזכויות אדם, המגן על הזכות לחופש הביטוי, אך גם במקרה זה לא הביאה הפנייה לבית־הדין לידי ביטול ההרשעה. בית־הדין נימק את עמדתו בכך שהקריקטורה לא יוחדה לביקורת על האימפריאליזם האמריקני, אלא גם תמכה ושיבחה מתקפת הרס אלימה שקיפחה את חייהם של רבים. בית־הדין קבע כי המאייר הביע תמיכה מוסרית באלה שאותם ראה בשעתו כאחראים למתקפת ה־11 בספטמבר, וכי הוא הילל למעשה את מותם של אלפי אנשים, ופגע בכבודם במוסרו לעיתון – עוד באותו יום – את הקריקטורה שאייר. הקריקטורה, הטעים בית־הדין, פורסמה ב־13 בספטמבר, וחרף הזמן שחלף למן ההתקפה, לא מצא לירוי לנכון לעדן ולשנות את לשון הכותרת שנתן ליצירתו. עובדה זו – עיתוי פרסומה של הקריקטורה, יומיים לאחר הפיגועים – החריפה, לדעתו של בית־הדין, את אחריותו של הנאשם בגין הפרסום. השופטים קבעו גם כי אין להתעלם מהשפעתו של מסר כמו זה שבקריקטורה באזור רגיש ומתוח פוליטית כחבל הבסקים, שם פורסם העיתון. לדעת בית־הדין, האיור הכיל דברי אהדה ברורים לטרור, כאלה שיש בהם כדי לעורר מדנים ולהשליך על הסדר באזור. בית־הדין החליט כי הנימוקים שנתן בית־המשפט בצרפת להרשעה – שבעקבותיה הוטל על לירוי קנס – היו "רלוונטיים ומספיקים". בהתחשב בקולת העונש שהוטל עליו, ובהקשר הבעייתי שבו פורסם איורו, החליט בית־הדין האירופי כי העונש שהוטל על הקריקטוריסט אינו בלתי־מידתי לנוכח התכלית הראויה אשר לה נועד, וכי על־כן אין בהרשעתו ובהענשתו של לירוי משום הפרה של סעיף 10 לאמנה האירופית לזכויות אדם.

חשוב להצביע על כך שגם בית־הדין האירופי, כמו בית־המשפט העליון הישראלי, מצדד בהרשעה בגין הסתה לטרור או לאלימות רק כאשר בחינת מכלול נסיבותיו של המקרה מצדיקה זאת. הן בעניין *Zana* והן בעניין *Leroy* נקט בית־הדין גישה זהירה, שעמדה על בחינת תוכנם של הביטויים לאור ההקשר שבו נעשו, כדי להימנע מפגיעה לא־הכרחית בחופש הביטוי. בטרם אישר בית־הדין האירופי את ההרשעה, הוא הביא בחשבון את זהות הדובר, את הנסיבות שבהן נעשה הביטוי, את קהל־היעד שלו וכיצא בהם גורמים הקשורים. בפסק־הדין בעניין *Leroy* אישר בית־הדין את ההרשעה לאחר ששקל את העיתוי הרגיש של הביטוי (יומיים לאחר פיגועי ה־11 בספטמבר), את מקום הפרסום (חבל הבסקים) ואת העונש הקל יחסית שהוטל על לירוי (קנס). בעניין *Zana* השפיעו על ההחלטה להותיר את ההרשעה על כנה עיתוי הריאיון ותפוצתו הרחבה של העיתון שבו הוא פורסם.

הדגשה זו חשובה גם משום שהצעת חוק המאבק בטרור, כפי שנראה בהמשך, סוטה מהמתווה האירופי המתואר. הכלי המרכזי ששימש את בית־הדין האירופי לזכויות אדם לשם איזון בין חופש הביטוי לבין המאבק בהסתה לטרור היה ניתוח המקרה בזיקה לעובדותיו ולהקשרו. הוצאת יסודות אלה מהצעת החוק, כפי שמוסבר להלן, עלולה לפגוע ביכולתו של בית־המשפט לוודא כי האיזון הראוי בין הסתה לטרור לבין חופש הביטוי נשמר.

2. הגישה האמריקנית

כפי שכבר צוין, בכל הנוגע בהגנה על חופש הביטוי עמדת המוצא של המשפט האמריקני שונה באופן מובהק מן המסורת האירופית. ככלל, בארצות-הברית אסור להטיל הגבלה המבוססת על תוכנו של ביטוי או על השקפת-העולם שבבסיסו. תפיסה זו עומדת ביסודו של המשפט החוקתי האמריקני, וחלה גם על מכלול שלם של הקשרים נוספים (למשל, הסתה גזענית, הכחשת שואה ועוד).⁶¹ בהתאם לכך, התפיסה האמריקנית שרויה לכאורה במתח עם הרעיון של הגבלת ביטויים – אף אם יש בהם תמיכה בטרור – ככל שהגבלה מבוססת על תוכנם.

ראוי לציין בפתח הדברים כי הגישה האמריקנית המרחיבה בהגנה על חופש הביטוי – גם בהתייחס לביטויים המסכנים את יציבות המשטר או את חייהם של אנשים אחרים – לא הייתה כזו מאז ומתמיד. בתקופות מוקדמות יותר של המאה העשרים – בזמן מלחמות-העולם וכאשר האיום הקומוניסטי נראה ממשי – הכיר בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בחוקתיותם של חוקים שונים שהגבילו את חופש הביטוי באופן משמעותי.⁶² אולם בעשורים האחרונים התגבשה בפסיקה האמריקנית עמדה מוצקה המתנגדת בתוקף להטלת הגבלות כאלה על חופש הביטוי.

התקדים המנחה בתחום הוא פסק-הדין בעניין *Brandenburg v. Ohio*.⁶³ פסק-דין זה עסק בחוקתיותו של חוק שאסר "advocat[ing]... the duty, necessity, or propriety of crime, sabotage, violence, or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing industrial or political reform". חוק זה שימש כסיס להרשעתו של ברנדנבורג – אזרח אמריקני שארגן כנס של הקו-קלוקס-קלן באוהיו ונשא בו נאום נגד שחורים ויהודים. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית קבע כי החוק שעל בסיסו הורשע ברנדנבורג סותר את התיקון הראשון לחוקה, אשר אוסר כל הגבלה של חופש הביטוי, וכי הגבלה כזו היא אפשרית רק בנסיבות של הסתברות לתוצאה מיידית (likelihood of an imminent result). לגישתו של בית-המשפט:

“[T]he constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or

61 ראו, למשל: Martin H. Redish, *The Content Distinction in First Amendment Analysis*, 34 STAN. L. REV. 113 (1981); Wilson R. Huhn, *Assessing the Constitutionality of Laws that are Both Content-Based and Content-Neutral: The Emerging Constitutional Calculus*, 79 IND. L.J. 801 (2004); Barry P. McDonald, *Speech and Distrust: Rethinking the Content Approach to Protecting the Freedom of Expression*, 81 NOTRE DAME L. REV. 1347 (2006).

62 ראו, למשל: Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919) (להלן: עניין *Schenck*). לסקירת ההיסטוריה המשפטית בתחום ראו: GEOFFREY R. STONE, *PERILOUS TIMES – FREE SPEECH IN WARTIME* (2004).

63 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) (להלן: עניין *Brandenburg*).

producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action".⁶⁴

בהמשך לכך, כאשר הצטרפה ארצות־הברית לאמנה הבין־לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR),⁶⁵ היא הוסיפה הסתייגות בנוגע לסעיף 20 לאמנה, המתייחס לחובה למנוע "כל תעמולה למלחמה" ו"כל הטפה לשנאה לאומית, גזעית או דתית, המהווה הסתה להפליה, לפעולת איבה או לאלימות".⁶⁶

העמדה שבוטאה בעניין *Brandenburg* הדריכה את בתי־המשפט בארצות־הברית במהלך העשורים שחלפו מאז. בהתאם לכך, כאשר החלו בתי־המשפט האמריקניים להתמודד עם האיסור החדש נגד תמיכה ממשית בטרור,⁶⁷ אשר בו נדון בפירוט בהמשך, ההנחה בבסיס ההחלטות שניתנו הייתה ש"הבעת תמיכה מוגנת תמיד במסגרת התיקון הראשון לחוקה, בעוד מתן תרומה מוגן רק בהקשרים מסוימים".⁶⁸ בניגוד למשפט האירופי, פסק־הדין בעניין *Brandenburg* לא הותיר מרחב לנוסחות איזון, אלא שלל כליל איסורים המגבילים הבעת תמיכה בפעולות טרור או בארגוני טרור.⁶⁹ בכך נזנחו פסק־דין אמריקניים מוקדמים יותר, שהיו פתוחים לאפשרות של ניתוח כזה,⁷⁰ וניתן ביטוי לאמביוולנטיות של המשפט האמריקני ביחסו לשימוש במבחני איזון בכלל.⁷¹

64 שם, בעמ' 447.

65 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב־1966) (להלן: האמנה הבין־לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות).

66 ארצות־הברית אשררה את האמנה בשנת 1992. ראו: Kristina Ash, *U.S. Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Credibility Maximization and Global Influence*, 3 NORTHWESTERN U. J. INT'L HUM. RTS. 7 (2005).

67 18 U.S.C. §§ 2339A–2339B. הוראה זו נחקקה במקור בשנת 1996, ותוקנה בהמשך ב־USA PATRIOT Act בשנת 2001 ולאחר־מכן בתיקונים נוספים.

68 ראו: Humanitarian Law Project v. Reno, 205 F.3d 1130 (9th Cir. 2000). בית־המשפט הוסיף כי "העותרים כאן אינם טוענים כי הם מנועים מלהביע תמיכה במטרותיהם של ארגוני הטרור הזרים, מלצדד בהשקפותיהם או אפילו מלהיות חברים בקבוצות אלה. הם רשאים לעשות זאת ללא פחד מעונש, ובלבד שהם אינם חוצים את הקו שנקבע בפרשת *Brandenburg v. Ohio*".

69 זאת, להבדיל מן האפשרות של הפללת הצעות להשתתף בפעילות בלתי־חוקית. ראו: United States v. Williams, 553 U.S. 285 (2008) (פסק־דין זה עסק בהצעות למכור פורנוגרפיה של ילדים).

70 למשל, בעניין *Schenck*, לעיל ה"ש 62, משנת 1919, הטעים השופט אוליבר ונדל הולמס – בדומה לבית־הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Leroy*, לעיל ה"ש 60 – כי עיתוי הביטוי והקשרו עשויים להיות רלוונטיים לשאלת ההגנה החוקתית על הביטוי באותה מידה שתוכנו של הביטוי עשוי להיות רלוונטי. השופט הולמס סבר כי בזמן מלחמה ביטוי עשוי להיות עברה פלילית אף שבנסכיבות אחרות הוא היה עשוי לזכות בהגנה החוקתית של חופש הביטוי.

71 ראו: T. Alexander Alienikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943 (1987).

אולם, בניגוד לרושם שהיה עשוי להתקבל מפסק־הדין החד־משמעי בעניין *Brandenburg*, ניתוח רחב יותר של המשפט האמריקני מלמד כי דברו של בית־המשפט העליון בפסק־הדין לא סתם את הגולל על יוזמות של הממשל להילחם בטרור גם באמצעות מאבק במי שמבקשים להשפיע על אחרים ליטול חלק בפעולות טרור. בפועל התפתחו במשפט האמריקני דרכים עוקפות להטלת סנקציות ואף להפללה של ביטויים שיש בהם הסתה לטרור, תוך הימנעות מעימות חזיתי עם אמת־המידה החוקתית שגובשה בעניין *Brandenburg*, כלומר, ללא הפללה ישירה של תוכן הביטוי עצמו.

המסלול העוקף הראשון שבו השתמשו הרשויות האמריקניות מבוסס על דיני ההגירה, המעניקים הגנה חלשה יותר לחופש הביטוי של מי שאינם אזרחים. כך, אחת מעילות הגירוש של אדם שאינו אזרח היא תמיכה בטרור.⁷² מסלול עוקף שני הוא העמדה לדין בגין אמירות שהובילו למעשים, על בסיס עברת הקשר או עברות הכנה דומות לה. בדרך זו הועמד לדין השיח' עומאר עבד א־רחמן על מעורבותו בכמה פעולות טרור, ביניהן הניסיון לפוצץ את מרכז הסחר העולמי בניו־יורק בשנת 1993.⁷³ מעורבותו של עבד א־רחמן בפעולות אלה התאפיינה בעיקר בהטפה לתומכיו "לצאת לג'יהאד עם החרב, עם הרובה, עם הרימון, עם הטיל... להילחם באויבי אלה", ובהשמעת דברים על הקדושה הדתית שבפעולות המתוכננות, מה שהוביל להרשעתו בעברות של קשירת קשר ושידול לטרור.⁷⁴ באופן דומה הורשע עלי אל־תמימי – שיח' שקרא לתומכיו להצטרף לשורות ארגון הטליבאן, וכמה מהם אכן נסעו לפקיסטן והצטרפו שם לאימונים צבאיים. אל־תמימי הורשע בשידול להתגייס למלחמה נגד ארצות־ברית ובהסתה להשתמש בנשק תוך הפרה של חוק פדרלי.⁷⁵ מסלול עוקף שלישי, שהוא המאוחר מביניהם, מבוסס על העברה של תמיכה ממשית (material support) בארגון טרור,⁷⁶

72 8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(i)(IX). להרחבה בנושא חופש הביטוי וטרור בהקשר של הגירה ראו: Gerald L. Neuman, *Terrorism, Selective Deportation and the First Amendment*, 14 GEO. IMMIGR. L.J. 313 (2000); Gerald L. Neuman, *Discretionary Deportation*, 20 GEO. IMMIGR. L.J. 611, 647–649 (2006).

73 *United States of America v. Omar Ahmad Ali Abdel Rahman*, 189 F.3d 88 (1999).
74 18 U.S.C. § 2384.

75 לפרטים נוספים ראו www.foxnews.com/story/0,2933,154635,00.html.

76 18 U.S.C. §§ 2339A–2339B. כאמור, הוראה זו נחקקה במקור בשנת 1996, ותוקנה בהמשך ב־USA PATRIOT Act בשנת 2001 ולאחר־מכן בתיקונים נוספים. "תמיכה ממשית" מוגדרת ב־18 U.S.C. § 2339A(b)(1) כך: "the term 'material support or resources' means any property, tangible or intangible, or service, including currency or monetary instruments or financial securities, financial services, lodging, training, expert advice or assistance, safehouses, false documentation or identification, communications equipment, facilities, weapons, lethal substances, explosives, personnel (1 or more individuals who may be or include oneself), and transportation, except medicine or religious materials". ההגדרה התרחבה בהדרגה עם השנים. ראו: David Cole, *Criminalizing Speech: The Material Support Provision*, in PATRIOT DEBATES: EXPERTS DEBATE THE USA PATRIOT ACT 144 (Stewart A. Baker & John Kavanagh eds., 2005).

אשר חלה גם על תמיכה במתכונת של ביטוי,⁷⁷ כמפורט להלן. השימוש בעברה של תמיכה ממשית בארגון טרור לשם הפללתה של פעילות שיש לה היבטים של ביטוי נעשה תחילה בפסק־דין שניתנו בערכאות נמוכות ונעדרו אופי תקדימי. ניתן להביא דוגמה לכך מעניין *Iqbal*, שבו סיפק הנאשם שירות של שידורי לוויין לארגון שהוכרז כארגון טרור. איקבל הואשם בכך שבאמצעות חברה ששמה HDTV Ltd קשרו הוא ושותפו סאלח אל־אהוואל להעביר ללקוחות החברה את שידורי תחנת אל־מנאר של ארגון החיזבאללה בין ספטמבר 2005 לאוגוסט 2006.⁷⁸ החיזבאללה הוכרז כארגון טרור זר על־ידי מזכירת המדינה של ארצות־הברית באוקטובר 1997, בהתאם לסעיף 219 ל־Immigration and Nationality Act. נוסף על כך, באוקטובר 2001 נכלל ארגון החיזבאללה ברשימה המיוחדת של טרוריסטים כלל־עולמיים (Specially Designated Global Terrorists) שהוציא משרד האוצר של ארצות־הברית. תחנת אל־מנאר הוכנסה לרשימה בנפרד מאוחר יותר, במרס 2006. איקבל הורשע בבית־המשפט הפדרלי של המחוז הדרומי של ניו־יורק על־פי עסקת־טיעון, וכך נמנעה מבית־המשפט התעמתות ישירה עם המשמעות החוקתית של ההרשעה. זמן־מה קודם לכן הורשע באותה עברה גם סאלח אל־אהוואל, שותפו של איקבל. הלכה למעשה, הרשעות אלה הן דוגמות להפללה של אנשים המעורבים בביטויים מסיתים מבלי לבחון את תוכנם הספציפי. הטכניקה המשפטית המאפשרת זאת מבוססת על התמקדות בהתנהגות, ולא בתוכן הביטוי. איקבל הורשע בעברה של תמיכה ממשית מכיוון שהעניק שירות לארגון החיזבאללה. תוכן המסרים המועבר בערוץ אל־מנאר לא נבחן על־ידי בית־המשפט, ואף לא צוין כלל בכתב האישום.

פסק־הדין התקדימי שניתן בבית־המשפט העליון של ארצות־הברית בעניין *Holder v. Humanitarian Law Project*,⁷⁹ ביוני 2010, ממחיש בצורה בולטת את השורשים שהכיתה הגישה העקיפה להפללת ביטויים הקשורים לארגוני טרור מבלי להתעמת באופן חזיתי עם ההלכה שנקבעה בעניין *Brandenburg*. בפסק־דין זה דחה בית־המשפט את הטענות שהועלו נגד חוקתיות העברה של תמיכה ממשית בארגון טרור, וקבע כי הטלת איסור פלילי על מתן סיוע משפטי לארגון טרור זר אינה בלתי־חוקתית. פסק־הדין נסב על השאלה אם התמיכה שנתן "הפרויקט למשפט הומניטרי" – ארגון ללא מטרת רווח – לארגוני טרור מהווה עברה על החוק אם לאו. "הפרויקט למשפט הומניטרי" העניק סיוע משפטי ל־PKK, ארגון הטרור הכורדי, בכל הנוגע במגעים עם גורמים בין־לאומיים, ובכלל זה עם האו"ם, וכן העניק הדרכה ל־LTTE, ארגונם של המורדים הטמילים בסרי־לנקה, בכל הנוגע בניהול מגעים עם גורמים בין־לאומיים או עם הממשלה בסרי־לנקה. אף שהשירות שהעניק "הפרויקט למשפט הומניטרי" עסק לכאורה בעניינים שאינם קשורים למאבק האלים שניהלו שני הארגונים, פסק בית־המשפט כי סיוע זה נכנס בגדר האיסור החל על תמיכה ממשית בארגוני טרור,

77 עברה דומה נקבעה בס' 26 להצעת חוק המאבק בטרור. ראו להלן ה"ש 112.

78 למידע נוסף על הליך זה ראו את ההודעה הרשמית לעיתונות שהוציא משרד המשפטים האמריקני על הגשת כתב האישום – www.usdoj.gov/usao/nys/pressreleases/November06/iqbalandelahwalindictmentpr.pdf.

79 *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705 (2010) (להלן: עניין *Humanitarian Law Project*).

וכי האיסור עצמו חוקתי. בית המשפט היה מודע היטב לכך שבפסיקתו הוא מצר את היקפו של חופש הביטוי, אך קבע כי האיסור החל על הספקת תמיכה ממשית לארגוני טרור מהווה אמצעי הגנה לגיטימי נגד איום הטרור, אשר ההסתברות להתרחשותו גדלה עקב הסיוע. בית המשפט הסביר כי "תמיכה כזו משחררת משאבים אחרים בארגון, שעשויים להיות מנותבים למטרות אלימות. התמיכה מהווה גם גורם חשוב המסייע בכיסוס הלגיטימיות של קבוצות הטרור הזרות – לגיטימיות אשר מקילה עליהן להתקיים, לגייס חברים חדשים ולהשיג תרומות, ובכך מקדמת התקפות טרור נוספות".⁸⁰

קשה להפריז בחשיבות השפעתה של פסיקה זו על חופש הביטוי בארצות הברית. מבחינה פורמלית, פסק-הדין בעניין *Humanitarian Law Project* אינו סוטה מן המסורת המשפטית האמריקנית של הגנה על חופש הביטוי, מאחר שהוא אוסר ביטוי לא בשל תוכנו, אלא בגלל הקשר בין הדובר לבין ארגון טרור. בית המשפט אף הדגיש בעניין זה כי "במסגרת החוק האוסר תמיכה ממשית, העותרים רשאים לומר כל דבר שירצו בכל נושא. הם רשאים להתבטא ולכתוב בחופשיות על ה-PKK ועל ה-LTTE, על ממשלות טורקיה וסריילנקה, על זכויות אדם ועל המשפט הבין-לאומי. הם גם רשאים לפעול מול האו"ם".⁸¹ אולם הלכה למעשה טמון בפסק-הדין פוטנציאל משמעותי להגבלה של חופש הביטוי – אף הרבה מעבר להגבלות הנוהגות באירופה לגבי תוכנם של ביטויים. חשוב להדגיש כי פסק-דינו של בית המשפט התבסס על התמקדות בהתנהגות האסורה של "הפרויקט למשפט הומניטרי", ולא בתוכן המסרים שהפיץ הארגון. במילים אחרות, בית המשפט קבע כי האיסור הפלילי החל על תמיכה ממשית בארגון טרור אינו תלוי בשאלה אם ועד כמה הביטוי עצמו קשור לאלימות או מעודד אלימות. הבסיס להרשעה הוא מתן שירות לארגון טרור או מתן סיוע לארגון בתיאום עימו.

התוצאה היא שאף-על-פי שהסתה לטרור אינה מהווה עברה פלילית בארצות הברית, באופן מעשי רשויות התביעה האמריקניות מצוידות בכלים עקיפים המאפשרים להן להגביל את הפצתם של מסרי טרור. במידה מסוימת אף עומדים לרשותן של התביעה האמריקנית כלים שהמשפט האירופי אינו מכיר בהם.

ג. המשפט הבין-לאומי: פשרה גלובלית בצבת של מסורות חוקתיות

ההכרה בסכנה הטמונה בהסתה לטרור הובילה לניסיון בין-לאומי שאפתני לגשר בין הגישות השונות ביחס להסדרה הראויה של איסורי הסתה לטרור בנוסחה של החלטה 1624 של מועצת הביטחון של האו"ם משנת 2005. ההחלטה, שהציעה בריטניה, אומצה פה אחד בפסגת מנהיגי העולם ב-14 בספטמבר 2005,⁸² סמוך לאחר התקפות הטרור שהתרחשו בתחבורה הציבורית של לונדון ב-7 וב-21 ביולי 2005, שבהן נרצחו חמישים ושישה אנשים ונפצעו כשבע מאות. ההחלטה, שנותנת תוקף להכרה בסכנותיה של ההסתה לטרור, קובעת

80 שם, בעמ' 2725.

81 שם, בעמ' 2722-2723.

82 הפסגה העולמית בשנת 2005 כינסה יחדיו את כל מנהיגי העולם, ובאה כהמשך לפסגת המילניום של האו"ם שנערכה בשנת 2000.

כי על כל המדינות לחוקק חוקים שיאסרו הסתה לביצוע פעולות טרור; כי עליהן למנוע הסתה כזו; וכי אסור להן להציע מקלט למי שהסית לטרור (אם מידע מהימן מצביע על כך).⁸³ גורמים אחדים תרמו לקבלתה של ההחלטה חרף הגישות השונות לסוגיית ההפלה של הסתה לטרור. הגורם הראשון היה הנסיבות הפוליטיות שברקעה של ההחלטה: מועצת הביטחון התכנסה בדרג הרם של ראשי מדינות, חודשיים בלבד לאחר הפיגועים בלונדון וכשנה לאחר ההתקפה בבסלן,⁸⁴ וזאת לצד פעולות טרור נוספות שאירעו באותה תקופה. התחושה הכללית הייתה שמועצת הביטחון צריכה להגיב על פעולות אלה. הגורם השני שסייע בגיבוש ההסכמה היה האמנה האירופית למניעת טרור שהתקבלה ב־16 במאי 2005,⁸⁵ שלושה חודשים לפני קבלתה של החלטה 1624, וסללה את הדרך לקונסנזוס בין־לאומי בנושא ההסתה לטרור. הגורם השלישי שהשפיע על קבלת ההחלטה היה תפיסתה של בריטניה בנוגע למאבק בטרור. בריטניה, אשר הניחה על שולחן המועצה את נוסח ההחלטה, החזיקה בתפיסה שהטרור מהווה תנועה עם אידיאולוגיה, ולכן אין די במאבק משפטי וצבאי נגד מבצעיו – המערכה היא גם על "הרעיונות, הלבבות והמוחות", בלשונו של ראש ממשלת בריטניה דאז טוני בלייר, בנאום שנשא מייד לאחר ההתקפות בלונדון.⁸⁶ בנאומו לפני מועצת הביטחון, עם קבלת ההחלטה, אמר בלייר כי הטרור לא יובס אלא כאשר העולם יהיה מאוחד נגדו, ולא רק בניגוי פעולות טרור, אלא גם במלחמה בתעמולה ההרסנית לטרור. בלייר הוסיף כי מועצת הביטחון חייבת להתאחד כדי לשרש את הטרור, באמצעות נקיטת פעולה נגד אלה המסיתים לטרור ובאמצעות מאבק לא רק בשיטות הטרור שלהם, אלא גם בתמריצים לטרור, בהצדקות המעוותות לו ובנימוקים השפלים שהוא מתבסס עליהם.⁸⁷ עמדה עקרונית זו השפיעה גם על הכיוון שאומץ בחקיקה הבריטית נגד הסתה לטרור.⁸⁸

ארצות־הברית הסכימה לתמוך במאמציה של בריטניה, אך הייתה חייבת למצוא דרך לעשות זאת מבלי לפגוע בעקרונותיה החוקתיים הבסיסיים, אשר מונעים הטלת איסור פלילי על דברים בשל תוכנם. כמה בחירות ניסוחיות בהחלטה מדגימות את רוח הפשרה שעמדה בבסיסה.

המרכיב הראשון של הפשרה הוא הכללתו של המושג "שבח לטרור" (glorification) רק במבוא להחלטה, ולא בסעיפיה האופרטיביים. ההקדמה מגנה "בצורה החזקה ביותר הסתה לפעולות טרור", ולאחר־מכן קוראת ל"התנערות מנסיונות להצדיק או לשבח (apologie) פעולות טרור, אשר עלולים לעודד פעולות טרור נוספות". בכך נטווה הקשר בין הסתה

S.C. Res. 1624, ¶ 1, U.N. Doc. S/RES/1624 (Sept. 14, 2005), available at daccess-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/510/52/PDF/N0551052.pdf?OpenElement 83

לדיון נרחב בהחלטה מנקודת־המבט של המשפט הבין־לאומי ראו Ronen, לעיל ה"ש 4. בהתקפת הטרור בבסלן שברוסיה, שאירעה בספטמבר 2004, נתפסו יותר מ־1,100 בני־אדם כבני־ערובה על־ידי טרוריסטים צ'צ'נים. בסיומה נמנו יותר מ־300 הרוגים. 84

ראו לעיל ה"ש 52. 85

הנאום זמין בכתובת news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/4689363.stm. 86

דבריו של בלייר בכינוס מועצת הביטחון שבו התקבלה החלטה 1624 נמצאים בכתובת www.un.org/News/Press/docs/2005/sc8496.doc.htm. 87

ראו לעיל ה"ש 50–51 והטקסט שלידן. 88

לטרור לבין הצדקתה והרעפת שבחים עליו. אלא שכדי להשיג הסכמה של כל המדינות לכתוב בפסקה זו, היה צורך "לדחוק" אותה להקדמה, ובכך להותיר אותה למעשה ללא "שיניים".⁸⁹ המרכיב השני שמבטא את הפשרה הוא ההצהרה המפורשת בהקדמה שחזרה על המחויבות "לזכות לחופש הביטוי, כפי שבוטאה בסעיף 19 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם ובסעיף 19 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות שאומצה על-ידי העצרת הכללית בשנת 1966 (ICCPR), ולכך שכל הגבלה של חופש הביטוי תיעשה רק בכפוף לחוק ורק ככל שיהיה בה הכרח לפי התנאים שנקבעו בפסקה 3 לסעיף 19 ב-ICCPR". המרכיב השלישי הוא העדפת המונח הרך יותר "לאסור" (prohibit) על המונחים "לחוקק חוק פלילי" (criminalize) או "לדכא" (suppress), ששימשו בהחלטות אחרות הקשורות לטרור.⁹⁰

המרכיב הרביעי והחשוב ביותר של הפשרה הוא ביסוס ההחלטה על פרק 6 למגילת האו"ם, ולא על פרק 7 שלה. החלטות המתקבלות על-פי פרק 6 הן החלטות לא-מחייבות – אין להן כוח אכיפה וכפייה כמו זה שיש להחלטות מכוח פרק 7, שמטרתן להתמודד עם איומים על השלום והביטחון. פרק 7 מסמיך את מועצת הביטחון לקבל החלטות המחייבות את כל המדינות החברות באו"ם. בכך החלטה 1624 של מועצת הביטחון נבדלת מרוב ההחלטות האחרות של המועצה בנוגע לטרור, שהתקבלו על-פי פרק 7. ההחלטה התקבלה על-פי פרק 6 כפשרה, על-מנת שארצות-הברית תוכל לתמוך בה מבלי להיקלע להתנגשות עם המסורת החוקתית שלה, האוסרת כזכור הגבלה של חופש הביטוי מפאת תוכנו. חשוב לשים לב כי ארצות-הברית ציינה במפורש את העברה של תמיכה ממשית בארגון טרור, וכן את הכרזתה של תחנת אל-מנאר כארגון טרור, כשניים מהצעדים שנקטה כמתחייב מהחלטה 1624.⁹¹

הצעד הבא של האו"ם בנושא ההסתה היה קבלת האסטרטגיה הגלובלית של האו"ם למאבק בטרור בעצרת הכללית של הארגון בספטמבר 2006.⁹² אף שהתוכנית מהווה מסמך פוליטי, ועל-כן אינה מחייבת מבחינה משפטית, קבלתה היא משמעותית משום שהייתה זו הפעם הראשונה שבה הסכימו כל חברות האו"ם על תוכנית משותפת ומסגרת-פעולה למאבק בהסתה לטרור. כל המדינות הסכימו "להמשיך לפעול לאימוץ אמצעים, ככל שהדבר יהיה נחוץ והולם, ובהתאמה למחויבויותינו במסגרת המשפט הבין-לאומי, לאסור בחוק הסתה

89 למעשה, וכפי שכבר צוין, גם בין מדינות אירופה לבין עצמן לא הושגה הסכמה על איסור דברי שבח לטרור במסגרת האמנה האירופית למניעת טרור.

90 ראו החלטת מועצת הביטחון 1373 משנת 2001, שקבעה כי על המדינות המהוות צד לה "למנוע ולהראות מימון של פעולות טרור", כמו-גם לאסור בפלילים כל גיוס של כספים שנועדו להוציא לפועל מעשי טרור. S.C. Res. 1373, at 2, U.N. S/RES/1373 (Sept. 28, 2001), [available at daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/510/52/PDF/N0551052.pdf?OpenElement](https://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/510/52/PDF/N0551052.pdf?OpenElement).

91 ראו: Response of the United States to the Counter-Terrorism Committee: Implementation of Security Council Resolution 1624 (2005), [available at daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/395/24/PDF/N0639524.pdf?OpenElement](https://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/395/24/PDF/N0639524.pdf?OpenElement).

92 A/RES/60/288 "The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy", 8 Sept. 2006.

לביצוע פעולת טרור או פעולות טרור, ולמנוע התנהגות כזו".⁹³ בשנת 2010 חזרה מועצת הביטחון ונתנה תוקף לעמדתה הנחרצת בנושא בהחלטה 1963, שבה הביעה המועצה דאגה מהשימוש הגובר של טרוריסטים באינטרנט למטרות הסתה לטרור, וקראה לזרוע המבצעת שלה לסייע למדינות לפתח אסטרטגיה למאבק בהסתה לטרור.⁹⁴ לסיכום, למרות העדרה של הוראה מחייבת האוסרת הסתה לטרור במשפט הבין־לאומי, עמדתם של הגופים המרכזיים של האו"ם היא שיש למנוע הסתה כזו ושלאיסורה יש חשיבות מכרעת להצלחת התוכנית למאבק בטרור.

יש לציין כי במבט רחב יותר נושא ההסתה לטרור מהווה דוגמה חשובה (ולא יחידה) להתנגשות־בכוח בין סטנדרטים בין־לאומיים חדשים בנוגע לחופש הביטוי לבין מסורות חוקתיות מקומיות. בזירה הבין־לאומית ניכרת נטייה הולכת וגוברת להגביל את חופש הביטוי כאשר הוא משמש להסתה. דוגמה נוספת לנטייה הזו, בהקשר אחר לגמרי, היא מה שמכונה פרשת התקשורת,⁹⁵ שבה אישרה ערכאת הערעור של בית־הדין הבין־לאומי הפלילי ברואנדה את הרשעתם וענישתם בחומרה של שלושה אנשי תקשורת בכירים בגין הסתה לרצח־עם ברדיו ובעיתונים.⁹⁶ פסק־הדין, שהתבסס על המשפט הבין־לאומי, לא נדרש להתמודד במישרין עם הסבך החוקתי שעניינו אמות־מידה לפגיעה בחופש הביטוי, ובכלל זה חופש הביטוי של כלי התקשורת, וזאת להבדיל ממקרה דומה שהיה נידון על־פי משפט מקומי־מדינת.

ד. איסורים ישירים ואיסורים עקיפים: על כנות במשפט

אף שהחלטה 1624 של מועצת הביטחון של האו"ם מציגה לכאורה קונסנזוס בין־לאומי ביחס לסכנת ההסתה לטרור וביחס לצורך לאוסרה ולמנועה, חילוקי־הדעות העקרוניים בין המשפט האירופי לבין המשפט החוקתי האמריקני נותרו בעינם. מדינות אירופה ממשיכות בעקביות להכיר בלגיטימיות של חקיקה נגד הסתה לטרור, ומלוות אותה בביקורת שיפוטית המאזנת בין איסור ההסתה לטרור לבין חופש הביטוי, תוך בחינת ההקשר הספציפי שבו נאמרו הדברים.⁹⁷ עם זאת, מדינות אירופה אינן מוכנות לאסור לחלוטין כל ביטוי או מגע שיש בהם כדי לסייע לארגוני טרור. האיסורים במשפט האירופי מוגבלים על־פירוב להסתה לטרור או לאימון בחומרי־חבלה, תוך עמידה על הדרישה שנותן העזרה ידע כי היא נועדה לסייע למעשי טרור.⁹⁸

93 שם, פס' I(4).

94 S.C. Res. 1963, at 3 U.N. S/RES/1963 (Dec. 20, 2010), available at daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/702/23/PDF/N1070223.pdf?OpenElement

95 ICTR 99-52-A Prosecutor v. Nahimana, available at www.ictor.org

96 לדיון בפסק־הדין ראו: Catharine A. Mackinnon, *Prosecutor v. Nahimana*, 103 Am. J. Int'l L. 97 (2009).

97 בדומה לגישה האירופית, גם במשפט הישראלי משתקפת חשיבותן של דרכי היישום ושל הפרשנות לפי ההקשר.

98 ראו ס' (1)7 לאמנה האירופית למניעת טרור: "For the purposes of this Convention, 'training for terrorism' means to provide instruction in the making or use of

ארצות־הברית, לעומת זאת, ממשיכה לדבוק בעמדתה המסורתית, אשר מרחיבה את ההגנה על חופש הביטוי ודוחה הגבלה של ביטויים על בסיס תוכנם אם הסכנה הכרוכה בהם אינה מיידית (imminent). בהתאם לכך לא קיימת חקיקה פלילית נגד הסתה לטרור, ולכאורה כל אחד יכול לומר כל דבר בכל נושא. במקביל ארצות־הברית נוקטת צעדים עקיפים כדי להתמודד עם בעיית ההסתה לטרור. למעשה, למרות הסביבה המשפטית השונה, בעניין *Humanitarian Law Project* השתמש בית־המשפט העליון האמריקני בנימוקים דומים לאלה שהשמיעו המצדדים בהחלטה 1624 של מועצת הביטחון וכן בית־הדין האירופי לזכויות אדם. ראשית, הוא הבהיר כי העברה של תמיכה ממשית בארגון טרור היא אמצעי מניעתי (preventive measure) שמטרתו "להפלייל לא את התקפות הטרור עצמן, אלא את הסיוע המעלה את ההסתברות להתרחשותן".⁹⁹ שנית, הוא קיבל את העמדה שתמיכה כזו "מהווה גם גורם חשוב המסייע בביסוס הלגיטימיות של קבוצות הטרור הזרות – לגיטימיות אשר מקילה עליהן להתקיים, לגייס חברים חדשים ולהשיג תרומות, ובכך מקדמת התקפות טרור נוספות".¹⁰⁰

התוצאה בפועל היא שהיקף האיסורים האמריקניים החלים על ביטויים הקשורים לטרור אף רחב במובן מסוים מזה הנוהג באירופה. בארצות־הברית אסורה כל תמיכה ממשית בארגון טרור – תהא זו תמיכה שוחרת שלום ככל שתהא – כל עוד היא כרוכה במגעים מתואמים עם הארגון.

הניסיון האירופי, ובדומה לו גם הניסיון הישראלי, מראים כי ניתן להחיל איסורים מפורשים על ביטויים בדרך ששומרת על חופש הביטוי. בשיטות אלה ההגנה על חופש הביטוי מבוססת על אכיפה מתונה, על מבחני איוון ועל פרשנות שיפוטית זהירה בהשראתם של דיני זכויות האדם. עם זאת, יש לזכור כי עצם הטלתם של איסורים ישירים על ביטויים, אף כאשר הם מתפרשים בצמצום על־ידי מערכת המשפט, עלולה ליצור אפקט מצנן על חופש הביטוי.

בארצות־הברית המצב הפוך לכאורה. במישור העקרוני מערכת המשפט האמריקנית מייחסת חשיבות רבה לחופש הביטוי. גישה זו משתקפת בהימנעות מהטלת איסורים ישירים על ביטויים על בסיס תוכנם. עם זאת, בפועל האיסור המוטל על תמיכה ממשית בארגון טרור הופך את היקף האיסור החל על חופש הביטוי בארצות־הברית לרחב מהיקפם של האיסורים הנוהגים באירופה, וזאת לפחות במובן אחד, שכן החקיקה האירופית נגד הסתה לטרור אינה אוסרת פעילויות כמו זו המתוארת בעניין *Humanitarian Law Project*. הדרך להרשעה בארצות־הברית בעברת התמיכה הממשית (כפי שהיה, למשל, בעניין *Iqbal* ובעניין *Humanitarian Law Project*) כוללת שני שלבים בלבד: הכרזה של הממשל על ארגון בארגון טרור (על בסיס מעשיו), ולאחר־מכן הבאת עובדות על הספקת שירותים או טובין לארגון

explosives, firearms or other weapons or noxious or hazardous substances, or in other specific methods or techniques, for the purpose of carrying out or contributing to the commission of a terrorist offence, knowing that the skills provided are intended to be used for this purpose"

99 עניין *Humanitarian Law Project*, לעיל ה"ש 79, בעמ' 2728.

100 שם, בעמ' 2725.

על־ידי הנאשם. מאחר שבית־המשפט אינו בוחן את תוכן הביטוי, אין בנמצא מבחני איזון או סייגים מגבילים אחרים המגינים על חופש הביטוי, דוגמת סעיף 12 לאמנה האירופית למניעת טרור. ההרשעה מבוססת במידה רבה על ההחלטה להכריז על הארגון כארגון טרור, שהיא החלטה מנהלית אשר מתקבלת בשלב מקדמי ואינה חשופה כמעט לביקורת שיפוטית. מלבד השאלה הנורמטיבית עד כמה ראוי לאסור התנהגויות או ביטויים העשויים לסייע לארגוני טרור, הפסיקה האמריקנית החדשה מעלה את השאלה מהו המסלול הראוי להפלות ביטויים התומכים במטרותיהם של ארגוני טרור: האם מוטב לעשות זאת באמצעות הכרה גלויה וישירה בנכונות להגביל תוכנם של ביטויים, כבאירופה ובישראל, או שמא עדיפה הדרך העקיפה של סגירת ערוץ טלוויזיה ואיסור כל מגע (לרבות בדרך של ייעוץ משפטי למטרות לא־אלימות) עם ארגון טרור, בהתעלם מן הכוונה או התוכן של הערוץ או של המגע? מצד אחד, החיסרון העיקרי של הגישה האמריקנית מתבטא בכך שהעברה של תמיכה ממשית בארגון טרור עלולה להוביל לתוצאה קשה יותר (מנקודת־המבט של חופש הביטוי) בהשוואה לאיסורים הישירים נגד הסתה הנהוגים באירופה, שכן עברה זו אינה כוללת מנגנון של איזון. מן הצד האחר, הגישה האמריקנית זוקפת לזכותה את היתרון הנלווה לעמדה עקרונית אשר דוחה לכאורה את הלגיטימיות של הטלת הגבלות על חופש הביטוי ומשמרת את העיקרון של חופש הביטוי בטהרתו. איסור התמיכה הממשית בארגון טרור אינו מגביל את הדוברים באופן ישיר, אלא את מי שמסייע להם, ובמובן זה לפחות ההגבלה אינה נוגעת בליבת הביטוי עצמו.¹⁰¹

הדילמה שהוצגה מהווה דוגמה טובה לפולמוס הנמשך על כנות ושקיפות במשפט. דיון קלסי בדילמה זו נמצא בכתביו של גווידו קלברזי.¹⁰² קלברזי מונה שני טעמים עיקריים התומכים בהסתרת הכרעות ערכיות הגלומות בהחלטות שיפוטיות: הטעם האחד הוא שאיפה "להחביא קונפליקט בסיסי שקיים בין ערכים, אשר חשיפתו בחברה הספציפית תהיה קשה מדי, והיא לא תוכל להכילו";¹⁰³ הטעם האחר מבוסס על טיעון תוצאתני של מדרון חלקלק, הגורס כי המשך העמדת־הפנים (ה"פסאדה") שהזכות היא מוחלטת נחוץ לשם הגנה על זכות זו בעתיד.¹⁰⁴ בהקשר הנוכחי של הסתה לטרור ניתן לטעון, בעקבות קלברזי, כי השיטה האמריקנית מעדיפה הפללה עקיפה של ביטויים משום שכך מתאפשר לה להימנע

101 הברל זה בין דוברים לבין אלה המסייעים להם מופיע גם בהקשרים אחרים של חופש הביטוי בפסיקה האמריקנית. ראו, למשל: Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976), שם דחה בית־המשפט את הלגיטימיות של הגבלת הוצאותיהם של מועמדים פוליטיים, אך הכיר בחוקתיותה של הגבלת התרומות הניתנות להם על־ידי אחרים.

102 GUIDO CALABRESI, A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES 172–177 (1982). ניתוחו של קלברזי שם מבוסס בחלקו על מחקרים קודמים שלו, ובמיוחד: GUIDO CALABRESI & PHILLIP BOBBIT, TRAGIC CHOICES (1978). לדיון בכתבתו של קלברזי בתחום זה השוו גם איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 1, 60–57 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

103 CALABRESI, שם, בעמ' 172.

104 שם, בעמ' 173. הנושא נידון גם תחת הכותרת "כנות שיפוטית". ראו: David L. Shapiro, *In Defense of Judicial Candor*, 100 HARV. L. REV. 731 (1987); Scott Altman, *Beyond*

מלהצהיר כי היא מגבילה בפועל את חופש הביטוי. ברוח טיעונו של קלברזי, שימור הערך של חופש הביטוי במתכונתו הטהורה, על-אף הגבלתו, מאפשר למערכת המשפט לשמור בצורה טובה יותר על ערכיה.

אולם יישומה של גישה זו בהקשר של הסתה לטרור מחדד גם את הבעייתיות הטמונה בה. טיפול בשאלות חוקתיות מבלי לבארן עד תום עלול להוביל להגנה חלשה על זכויות. בענייננו יש לבחון, למשל, כיצד הגבלות המוטלות על ערוצי תקשורת ועל ייעוץ משפטי משליכות על חופש הביטוי: האומנם סגירת ערוץ טלוויזיה ואיסור מתן כל ייעוץ משפטי שהוא לארגון טרור (שהוכרו ככזה על-ידי הממשל) – מבלי להודות בהשלכות שעוללות להיות לקביעות כאלה על חופש הביטוי, מבלי לדון באופן יסודי בהשלכות הללו וללא מנגנוני איזון מובנים דוגמת אלה שפותחו במשפט האירופי – מרחיבים את ההגנה על חופש הביטוי?

איי-אפשר להציע נוסחת-קסם לאיזון בין הצורך במניעת טרור לבין שמירה על תרבות של שיח פוליטי חופשי ופתוח. עם זאת, חשוב להצביע על הסיכון הטמון באי-הכרה פומבית בהגבלה של חופש הביטוי המתקיימת הלכה למעשה באמצעות איסורים אשר מבחינה פורמלית אינם חלים על תוכנם של הביטויים. בעידן שבו העברת המידע מתבססת במידה רבה מאוד גם על שידורים, הטענה שסגירת ערוץ טלוויזיה אינה משפיעה על הזכות החוקתית לחופש ביטוי או על דרכי מימושה (בשל קיומם של ערוצים חלופיים להעברת מידע) אינה משכנעת.

ה. לקראת התחלה חדשה: הצעת חוק המאבק בטרור

דיני ההסתה לטרור מוסיפים להיות רלוונטיים במדינת-ישראל גם כיום. ישראל שותפה לעמדה הבינ-לאומית כי יש מקום להגשת כתבי אישום בגין הסתה לטרור, והיא מיישמת את החלטת מועצת הביטחון 1624 ברוח זו. כך, למשל, הוגש כתב אישום נגד האימאם של מסגד שיהאב א-דין בנצרת בעברות של הסתה לאלימות ולטרור (לפי סעיף 27144 לחוק העונשין) ושל תמיכה בארגון טרור (לפי סעיפים 4(ב) ו-4(ז) לפקודת מניעת טרור). כתב האישום התייחס לדרשות שנישאו במסגד, לתכנים שהופצו באינטרנט ולפרסומים נוספים שקראו כולם לתמיכה בארגון אל-קאעידה תוך עידוד לאלימות.¹⁰⁵

לאחר שנים רבות שבהן הוסדרו דיני הטרור של מדינת-ישראל בדברי חקיקה שהתקבלו באופן מקוטע ובתקופות שונות, פורסמה הצעת חוק ממשלתית בנושא – הצעת חוק המאבק

Candor, 89 MICH. L. REV. 296 (1990); Scott C. Idleman, *A Prudential Theory of Judicial Candor*, 73 TEX. L. REV. 1307 (1995)

105 הנאשם הורשע בעברות המיוחסות לו בפסק-דין מפורט שניתן בבית-משפט השלום בנצרת (ראו ת"פ (שלום נצ') 10-11-12629-11-10 מדינת ישראל נ' אבו סלים, תק-של 2012(2) 1 (2012)), ונגזרו עליו שלוש שנות מאסר בפועל ועוד שנה וחצי מאסר על-תנאי (ת"פ (שלום נצ') 10-11-12641-11-10 מדינת ישראל נ' אבו סלים (לא פורסם, 11.9.2012)). עם זאת, בשל אופיו התקדימי של המקרה, התקבלה במקרה זה הבקשה לעיכוב ביצוע העונש עד לפסיקה בערעור.

בטרור.¹⁰⁶ הצעת החוק החדשה מעוררת עניין מכמה טעמים. ראשית, היא מהווה כאמור חלק משאיפה להסדרה כוללת של נושא המאבק בטרור. במילים אחרות, היא חותרת לקביעת הסדר משפטי שיבטא סטטוס־קוו ארוך־טווח חדש. שנית, ההצעה מבקשת לבטא את הניסיון המצטבר של המשפט הישראלי מיישומם של ההסדרים הקיימים. שלישית, ההצעה מגיעה לדיון בעת שבה חל חיזוק בהגנה החוקתית על חופש הביטוי במשפט הישראלי, בעקבות פסיקתו של בית־המשפט העליון שפירשה את הזכות לכבוד ככוללת גם הגנה על הזכות לחופש הביטוי, לפחות בכל הנוגע בהיבטים של ביטוי פוליטי.¹⁰⁷ רביעית, ההצעה נבחנת בעידן שבו גברה המודעות לכך שההסטה לטרור מהווה מרכיב חשוב של מציאות הטרור בעולם בכלל ובמזרח התיכון בפרט – עובדה אשר באה לידי ביטוי גם בהחלטת מועצת הביטחון 1624 ובהתפתחויות שחלו בשיטות משפט אחרות.

החוק המוצע אמור לאגד בתוכו את כל ההוראות הנוגעות במאבק בטרור, ובכלל זה הסתה לטרור. ההצעה מיועדת להחליף, בין היתר, את פקודת מניעת טרור, ובכל הנוגע בתחום הספציפי של הסתה לטרור, ששוב אינו מוסדר בפקודה זו, היא מיועדת להחליף את סעיף 2ד144 לחוק העונשין. הכוונה היא שחוק העונשין ימשיך להסדיר את איסורי ההסתה האחרים, ובכלל זה הסתה לאלימות, אך הסוגיה הספציפית של הסתה לטרור תוסדר בדבר החקיקה הכולל בנושא המאבק בטרור. באופן כללי, ההוראה בנושא זה בהצעת החוק מבטאת החמרה בהשוואה לדין הקיים.¹⁰⁸ להבדיל מפקודת מניעת טרור, הצעת החוק מכוונת לחקיקתו של הסדר קבוע, אשר לא יהא מוגבל לתקופה שבה הוכרז מצב חירום במדינה.¹⁰⁹ הצעת החוק כוללת כמה עֵבֶרוֹת בהקשר זה: הבעת תמיכה בארגון טרור (סעיף 27(א) להצעת החוק); הסתה לטרור או הבעת תמיכה במעשי טרור (סעיף 27(ב) להצעת החוק) ומתן שירותי פרסום לביטויים אסורים אלה (סעיף 27(ג) להצעת החוק). בכך היא מבטאת החמרה משמעותית ביחס לדין שנהג עד היום. כפי שכבר צוין, לפי סעיף 2ד144, פרסום קריאה לעשיית מעשי טרור מהווה עֵבֶרָה רק אם על־פי תוכן הפרסום והנסיבות שבהן הוא נעשה יש אפשרות ממשית שהוא יביא לידי עשיית מעשה טרור. לעומת זאת, סעיף 27(ב) להצעת החוק, שאמור להחליף הסדר זה, אינו כולל כל דרישה הסתברותית או התחשבות בהקשר שבו נעשה הביטוי – די בקריאה לביצוע מעשה טרור, ותו לא, לשם הטלת אחריות פלילית שבצידה עונש מאסר של עד חמש שנים. גם בנוגע לפרסום דברי הזדהות או תמיכה

106 להצעת החוק קדמה עבודה ממושכת במשרד המשפטים על תזכיר חוק המאבק בטרור, התש"ע-2010 (להלן: תזכיר החוק).

107 בג"ץ 10203/03 "המפקד האומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2008(3) 3172 (2008).

108 לדיון ביקורתי בתזכיר החוק שקדם להצעה ראו מסמך שהוכן על־ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה וניתן לעיון באתר המכון – www.idi.org.il. הקלה יחידה בנוסח ההצעה בהשוואה למצב הקיים, על רקע ההחמרה הכללית, באה לידי ביטוי בכך שלגבי עֵבֶרָה של גילוי הזדהות עם ארגון טרור (למשל, על־דרך הנפת דגל) – הקבועה כיום בס' 4(ז) לפקודת מניעת טרור (ראו, למשל, ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289 (1998)) – יידרש לפי הצעת החוק אישור של היועץ המשפטי לממשלה לצורך הגשת כתב אישום.

109 ראו גם דפנה ברק־ארז "חוקה למצבי חירום" ספר שלמה לזין 671 (אשר גרוניס ואחרים עורכים, 2013).

בטרור או בארגון טרור ההצעה מקשיחה את הדין הקיים. אומנם נותרו בה הדרישה לבחינת ההקשר (נסיבות הפרסום) וכן הדרישה ההסתברותית, אולם זו האחרונה הוקלה לטובת התביעה, ובמקום האפשרות ה"ממשית" שהפרסום יביא לידי עשיית מעשה טרור, נדרשת לפי ההצעה רק אפשרות "סבירה" לכך.¹¹⁰ יש לציין, עם זאת, כי נותרה הדרישה שהגשת כתב אישום בעברה זו תהא טעונה אישור של היועץ המשפטי לממשלה.¹¹¹ כפי שהוסבר לעיל, הגישה שישאל נוקטת מייחסת חשיבות רבה לתפקידו של בית המשפט בפיקוח על אופן אכיפת החוק על ידי רשויות התביעה. הכלי המרכזי שבו השתמש בית המשפט העליון לשם כך היה שימוש פרשני ביסודות המצויים בסעיפי העברה כדי לרככם ולמתנם. חשוב לציין כי הצעת החוק כוללת גם הוראה נוספת שעשויה להיות בעלת חשיבות בהקשר של הפצת מידע הנוגע בארגוני טרור ובפעילותם, אף שהיא אינה עוסקת בכך במישורין. הכוונה לסעיף האוסר מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור (בהתחשב בכך שמונחים אלה רחבים דיים לחול גם על פעולות דוגמת העמדת אמצעי שידור להעברת מסרים המקדמים רעיונות של ארגוני טרור).¹¹²

ההחמרה בהצעת החוק ניכרת גם בהוראה העוסקת בהחזקת פרסום מסית לשם הפצה. כיום העונש המרבי על עברה זו, הקבועה בסעיף 3ד144 לחוק העונשין, עומד על שנת מאסר אחת. הצעת החוק מבקשת להעמיד את העונש המרבי על שנתיים.¹¹³ נוסף על כך, הצעת החוק כוללת עברה שאינה קיימת כיום בחוק העונשין, אשר נסבה על מי ש"נותן שירות לשם הכנה, הפצה, ייצור, או פרסום של פרסום האסור [לפי סעיפים קודמים]", ואף בצידה נקבע עונש של עד שנתיים מאסר.¹¹⁴ גם כאן, בקשר להחזקת פרסומים מסיתים ולסיוע בהכנתם ובהפצתם, אין בחוק כל דרישה באשר להקשר של הפרסום או כל דרישה הסתברותית בדבר הקשר שבין הפרסום לבין ביצועה בפועל של עברת טרור. גם לגבי עברה זו חלה הדרישה לאישור של היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב אישום.

בשים לב להתפתחויות שתוארו בזירה הבין-לאומית, הקשחת עמדתו של המשפט הישראלי ביחס להסתה לטרור, כמוצע בהצעת החוק, לא יתחשב בה בעייתית. אולם היא מעוררת ככל-זאת שאלות ותהיות מהיבטם של המשפט הפנימי והתרבות הפוליטית הנוהגת בישראל.

110 החמרה משמעותית זו מעניינת בהתחשב בכך שאפילו הסטנדרט של "אפשרות ממשית" שאומץ בס' 2ד144 לחוק העונשין נחשב מחמיר בהשוואה למקובל בתחום הביטוי. כזכור, בית המשפט העליון נטה לראות בסטנדרט מחמיר זה פשרה סבירה המתבקשת מחומרתו של איום הטרור. ראו לעיל ה"ש 21-22 והטקסט שלידן. אולם עמדה זו נבעה במידה רבה מכך שההחמרה ביטאה עמדת-ביניים המאזנת בין הערך של חופש הביטוי לבין מידת הסכנה הטמונה בביטוי. ככל מקרה, ס' 2ד144 טרם זכה בדיון מעמיק בפסיקתו של בית המשפט העליון, מעבר לפסק-הדין הקצר בעניין בן חורין, ומבחינה זו הצעת החוק אינה מבוססת על קשיים שעלו מן ההלכה הפסוקה.

111 ס' 27(ה) להצעת חוק המאבק בטרור.

112 ס' 26 להצעת חוק המאבק בטרור.

113 ס' 27(ג1) להצעת חוק המאבק בטרור.

114 ס' 27(ג2) להצעת חוק המאבק בטרור.

ראשית, היא מטרידה מן הפרספקטיבה של המשפט החוקתי ותרבות חופש הביטוי. לא ברור מדוע נדרש מעבר למבחן של אפשרות "סבירה", באופן שסותר את התפיסה החוקתית של המשפט הישראלי עוד למן עניין קול העם.¹¹⁵ שנית, הצעת החוק כוללת בתוכה את כלל החומרות הקיימות בשיטות משפט אחרות – הן את האיסור הישיר של הסתה לטרור (שקיים באירופה, אך לא בארצות־הברית), הן את האיסור של דברי שבח לטרור (אשר לא נכלל באמנה האירופית למניעת טרור או בחלקים האופרטיביים של החלטת מועצת הביטחון 1624) והן את האיסור העקיף הנובע מן העברה של מתן שירות לארגון טרור (המקבילה לעברה של תמיכה ממשית בארגון טרור שקיימת בארצות־הברית ואשר חלה גם על תמיכה שאינה נוגעת בפן הטרוריסטי בפעילותו של הארגון). סעיף 26 להצעת החוק, הנושא את הכותרת "מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור", קובע כי "הנותן לארגון טרור שירות או מעמיד לרשותו אמצעים, ויש במתן השירות או בהעמדת האמצעים כאמור כדי לאפשר, לסייע, או לקדם את פעילות הארגון, דינו – מאסר חמש שנים". סעיף זה, שהגשת כתב אישום בו אינה טעונה אישור של היועץ המשפטי לממשלה, הולך למעשה בעקבות המשפט האמריקני, ופותח פתח להפללת ביטויים במתכונת המבוססת על התקדים שנקבע בעניין *Humanitarian Law Project*.¹¹⁶ לפי פשוטו הוא קובע שכל סיוע לארגון טרור, אף כאשר אין מדובר בסיוע לפעולות אלימות של הארגון, ייחשב מתן שירות לטרור.¹¹⁷ בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר במפורש כי מטרתו של הסעיף היא למנוע מתן שירותים שונים לארגונים שיש בהם כדי לקדם את פעילותם, גם אם השירותים עצמם הם לגיטימיים.¹¹⁸ בדומה לגישה האירופית, הצעת החוק מאפשרת הפללת ביטויים מחמת תוכנם, בניגוד למסורת האמריקנית. אולם ההצעה אינה מתייחסת במפורש לבחינת ההקשר שבו הדברים נאמרים, בניגוד לפסיקתו של בית־הדין האירופי לזכויות אדם ולגישתו של בית־המשפט העליון בעניין *בן חורין*.¹¹⁹ היא אף אינה מציינת במפורש שאכיפת האיסור כפופה לחובה לכבד זכויות אדם, דוגמת הזכות לחופש הביטוי, כפי שמדגישה האמנה האירופית למניעת טרור.

115 לעיל ה"ש 8. ניתן להוסיף כי שאלת הרף ההסתברותי המתאים בהקשרן של עברות המגבילות את חופש הביטוי מתעוררת גם בהקשרים אחרים. לעיתים נדרשת סטייה ממבחן "הוודאות הקרובה", אך אימוץ אמת־מידה של אפשרות "סבירה" מהווה סטייה ניכרת מהגישה שאומצה בהקשרים אחרים. כך, למשל, בדנ"פ 7383/08 *אונגרפלד נ' מדינת ישראל*, דינים עליון 2011(93) 1206 (2011), שבו נידונה פרשנות העברה של "העלבת עובד ציבור", נחלקו דעות השופטים בין דעת הרוב שצידדה במבחן ההסתברותי של "ודאות קרובה" לבין דעת המיעוט שצידדה במבחן ההסתברותי של "אפשרות ממשית".

116 לעיל ה"ש 79.

117 ראוי לציין כי גם כיום יש בפקודת מניעת טרור הוראה שניתן לעשות בה שימוש לאותה מטרה – זו שבס' 4(ד), המדברת על "הנותן כסף או שווה כסף לטובת ארגון טרוריסטי". עם זאת, הניסוח החדש מזכיר הרבה יותר את החוק האמריקני בנושא.

118 רציונל זה משקף את דעת הרוב בעניין *Humanitarian Law Project*, לעיל ה"ש 79, אף שבדברי ההסבר הנלווים להצעת החוק מפנים לעברות דומות באנגליה ובאוסטרליה.

119 לעיל ה"ש 10.

מעבר לכל אלה, הצעת החוק אף מעלה את רף הענישה בתחום. בהקשר זה ראוי לציין כי בעניין *Leroy*¹²⁰ בטרם אישר בית-הדין האירופי את ההרשעה, הוא ייחס חשיבות רבה לכך שהוטל על הנאשם עונש קל (קנס כספי). העונש המוטל בגין העברה מהווה אפוא, כשלעצמו, מנגנון מווסת נוסף וביטוי לערך שהחברה מעניקה לחופש הביטוי. אכן, נסיון העבר מלמד כי "צוואר הבקבוק" ככל הנוגע בהרשעה ובענישה בעברות ביטוי מעוצב לא רק על-ידי לשון החוק ופרשנות החוק בבתי-המשפט, אלא במידה רבה על-ידי גישה אחראית ומצמצמת של התביעה הכללית. לכן הרפורמה בנוסח החוק אינה מבשרת בהכרח שינוי ישיר במצב הנוהג בתחום זה. אולם אי-אפשר לתלות את האיזונים כולם במדיניות התביעה. הצעת החוק מחייבת תשומת-לב נוספת משום שאין בה מחסומים מספיקים מפני אכיפת-יתר.

סיכום

המאמר בחן את המשטר המשפטי החל על הסתה לטרור בישראל. הדיון נדרש הן להיסטוריה המיוחדת של המשפט הישראלי בנושא זה והן להתפתחויות העדכניות בנושא בעולם למן אירועי ה-11 בספטמבר 2011. ככלל, התגברות המודעות לסכנות הכרוכות בטרור גם במדינות אחרות תרמה ללגיטימציה של איסורים פליליים בתחום זה, חרף השלכותיהם על חופש הביטוי. המאמר בחן גישות שונות לאיזון בין האינטרס החברתי בהגבלה של הסתה לטרור לבין ההגנה על חופש הביטוי, תוך התייחסות להבדל היסודי שבין הגישה האירופית, המאפשרת באופן גלוי להגביל את חופש הביטוי בשם הערך החברתי של מניעת טרור, לבין הגישה האמריקנית, המאפשרת להגביל ביטויים מסיתים רק בעקיפין, באמצעות עברות שעניינן איסור סיוע לארגוני טרור. רקע זה מאפשר לבחון את האתגר העומד כעת לפתחו של המשפט הישראלי, לנוכח היוזמה לחוקק הצעת חוק כוללת בנושא המאבק בטרור – הצעה שאמורה לכלול גם ניסוח מחדש של העברות שעניינן איסור הסתה לטרור או הבעת תמיכה בו. הצעת הרפורמה העומדת על הפרק היא מחמירה ביותר – הן בהשוואה למקובל במדינות אחרות והן בהשוואה למצב הנוהג בארץ כיום. החמרה זו ראויה לבחינה מחדשת, גם אם ניתן להעריך שיישום העברה על-ידי רשויות התביעה, אם אכן תיחקק, ייעשה במתכונת שתמשיך את הזהירות המסורתית בהגשת כתבי אישום בגין עברות ביטוי.

