

**המכללה לביטחון לאומי**

**מחזור מ"ד, 2017-2016**

**עבודה שנתית מסכמת:**

**הסתה לגזענות ולאלימות ברשתות החברתיות בישראל**

**מגיש: רון מגל**

**מנחה: פרופסור סוזי נבות**

**אפריל 2017**

**תוכן העניינים:**

**מבוא** 5

**פרק ראשון - המרשתת והרשתות החברתיות**  12

**א. 'אבני דרך' בהתפתחות המרשתת והרשתות החברתיות** 12

א.1 נתוני השימוש במרשתת וברשתות החברתיות בעולם 14

א.2 השימוש בטלפונים ניידים בעולם 15

א.3 נתונים רלוונטיים לישראל – סיכום שנת 2016 16

**ב. מאפייני המרשתת והרשתות החברתיות המשפיעים על שיח הגזענות   
 וההסתה** 21

**ג. אינטרסים מסחריים של בעלי האתרים והספקים** 26

ג.1 'בועת הפילטר' 26

**פרק שני - חופש הביטוי ועבירות ההסתה לגזענות ולאלימות - מתחים וגבולות** 30

**א. התפתחות מעמד חופש הביטוי במשפט הישראלי**  30

א.1 מקום המדינה ועד חקיקת חוקי היסוד (1992-1948) 30

א.2 מחקיקת חוקי היסוד ועד היום (2016-1992) 32

**ב. חופש הביטוי מול אינטרסים וערכים אחרים** 35

**ג. התפתחות החקיקה בעבירות ההסתה לגזענות ולאלימות** 36

ג.1 עבירת ההסתה לגזענות 36

ג.2 עבירת ההסתה לאלימות 42

**ד. יסודות עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות** 43

ד.1 יסודות עבירת ההסתה לגזענות 44

ד.1.1 היסוד העובדתי 45

ד.1.2 היסוד הנפשי 46

ד.2 יסודות עבירת ההסתה לאלימות 50

ד.3 מה בין הסתה לגזענות להסתה לאלימות 52

**ה. ההתנגשות בין חופש הביטוי ובין האיסורים שבעבירות ההסתה** 52

ה.1 התפתחות הפסיקה במתח בין חופש הביטוי ועבירת ההסתה לגזענות 54

ה.2 התפתחות הפסיקה במתח בין חופש הביטוי ועבירת ההסתה לאלימות 55

**פרק שלישי - עיצוב המדיניות המשפטית במרשתת בעבירות ביטוי והסתה**  59

1. **ההצדקה להגבלה של ביטויים גזעניים** 59

א.1 שיקולים נגד ביטויים גזעניים

א.2 שיקולים בעד ביטויים גזעניים 60

**ב. ההצדקה להגבלה על ביטויים העלולים להוליך לאלימות** 61

**ג. החלת נורמות כלליות על ביטויים במרשתת - מתחים וגבולות** 63

**ד. הסדרה ביחס לעבירות ההסתה במרשתת** 66

ד.1 הסדרה חקיקתית מדינתית 67

ד.2 חלופה להסדרה מדינתית של המרשתת 74

ד.2.1 הסדרה פרטית 74

ד.3 הסדרה בסביבה דיגיטלית-טכנולוגית 77

**פרק רביעי - מדיניות האכיפה ומימושה בעבירות ההסתה ברשתות החברתיות** 81

**א. מדיניות התביעה הכללית ומימושה בפועל** 81

א.1 טכנולוגיה של אכיפה ומדיניות סינון תכנים 86

**פרק חמישי - סיכום והמלצות** 91

**אחרית דבר** 104

**נספח מספר 1** 105

**גרפים -**

**גרף מספר 1** - שיח גזעני והסתה לאלימות – מגמות שנתיות 2016-2015

**גרף מספר 2** - שיח גזעני והסתה לאלימות – השוואה שנתית 2016-2015

**גרף מספר 3** - השיח גזעני והסתה לאלימות לפי חודשים 2016-2015

**גרף מספר 4** - שיח גזעני לפי חודשים 2016-2015

**גרף מספר 5** - הסתה לאלימות לפי חודשים 2016-2015

**גרף מספר 6** – 'פייסבוק', מרשתת ואוכלוסייה עולמית.

**גרף מספר 7** – יחס בין האוכלוסייה למספר המינויים בטלפון הנייד.

**גרף מספר 8** – משתמשי 'פייסבוק' בישראל

**גרף מספר 9** – רמת ההשכלה בקרב גולשי 'פייסבוק'

**גרף מספר 10** – אופן הגלישה

**גרף מספר 11 –** אחוז השימוש ב'פייסבוק' לשיח גזעני ומסית

**גרף מספר 12** – אכיפה מול יהודים בעבירות הסתה לגזענות ולאלימות

**טבלאות -**

**טבלה מספר 1 -** INTERNET USAGE STATISTICS

**טבלה מספר 2** – גלישה במרשתת לפי מגדר

**טבלה מספר 3** - גלישה במרשתת לפי השכלת המרואיין

**מבוא**

עניינה של עבודה זו הוא בהסתה לגזענות ולאלימות של יהודים כלפי ערבים ברשתות החברתיות בישראל. מטרותיה הן בחינת הכלים המשפטיים,   
הלבר-משפטיים ומדיניות האכיפה לצמצום ולמניעת התופעה, על רקע המתחים המתקיימים במדינה דמוקרטית.

מהפכת הרשתות החברתיות החלה בשנת 2005, עת הסתיימה תקופת הווב ((WEB 1.0 והחל המעבר לשלב השני של המרשתת (האינטרנט), שלב הווב ((WEB 2.0. הופעת הדפדפן כמוצר צרכני המוני בשנת 1995 הייתה למעשה רק חיקוי של צורות התקשורת הישנות: את פרסומו של מאמר בעיתון החליף הפרסום ברשת והצגתו על מסך מחשב. התכנים עדיין נוצרו על ידי המקורות המסורתיים, העיתונות הכתובה או הטלוויזיה וההמון היה פסיבי. בשנת 2005 השתנו יצרני התוכן וההמון הפך לגורם חדש של ייצור וסינון תוכן. כך קמו פייסבוק, יוטיוב, טוויטר, גוגל, ויקיפדיה ואתרים נוספים שהביאו לידי ביטוי את הכוח המהפכני של הרשתות החברתיות.[[1]](#footnote-1)

אין עוררין על עוצמתן של הרשתות החברתיות. רשתות שכאלו התקיימו מאז ומעולם במרחב הביולוגי והאנושי, אך ההתפתחות הטכנולוגית הביאה למהפכה איכותית דרמטית בשימוש בהן. אשר עידן מגדיר מהפכה זו כ"פצצת אטום פוליטית, מערכת תקשורת איכותית בדמות סמארטפונים, שמובנית בה רשת קשר מבצעית בדמות פייסבוק-יוטיוב-טוויטר ומצורפת אליהם רשת מודיעינית חסרת תקדים בדמות מנוע החיפוש של גוגל".[[2]](#footnote-2) עוצמת הרשתות החברתיות מוחזקת כיום, ברמה כזו או אחרת, בידי מיליארדי אנשים ומשנה מן היסוד את כללי המשחק במגוון מגרשים.

כבר מימיה הראשונים נתקלה המרשתת ביחס דואלי בחברה, ולצד האופטימיות הגדולה ששידרה, היא גם עוררה פחדים עמוקים. היו שהאמינו כי הטכנולוגיה החדשה תחזק את הדמוקרטיה ותביא לשוויון חברתי, כלכלי ופוליטי. היטיב להביע זאת קליי שירקי, חוקר מוביל בתחום הרשתות החברתיות, שאמר "מה שגוגל מייצאת אינו מוצר או שירות, אלא חירות".[[3]](#footnote-3) מנגד, היו מי שהזהירו מפני תופעות הפוכות והביעו חשש כי המרחב המקוון יביא לניכור פוליטי, כלכלי ויוביל לפיצול בחברה.[[4]](#footnote-4)

כך, לצד היתרונות המוכחים של המרשתת - קלה לשימוש, מקדמת את היכולת לרכוש מידע, מפתחת, ללא גבולות גאוגרפיים, מעצימה את חופש הביטוי ואת קולו של הבודד ובכך תורמת לחיזוק הדמוקרטיה - זהו גם אמצעי להפצת אמירות גזעניות המהווה במה רחבה לשיח מסית ואלים נגד קבוצות בציבור וחלקים מהאוכלוסייה.

יודגש, כי השיח הגזעני, הפוגעני והמסית לא בא לעולם רק עם הופעת המרשתת, שכן שיח זה היה קיים מקדמת דנא, אך נכון יהיה לטעון, כפי שטוענת נגבי[[5]](#footnote-5) בהקשר אחר אך דומה, כי המרשתת הפיחה חיים חדשים בכל הדעות הקדומות, העמדות העוינות והתפיסות המפלות ביחס ל'אחר'. כך, עמדות גזעניות, אלימות, פוגעניות, משפילות ומבזות מול אלו שמוצאם הלאומי-אתני שונה מצאו להן במה במרשתת. רבים נוספים מקבלים מכך חיזוק ולגיטימציה לדעותיהם, שאולי עד אותה עת היו חבויות עמוק בתוך תוכם, וכעת משראו כי יש נוספים המחזיקים בדעה דומה לזו שלהם, הם מרגישים חופשיים להביע את עמדתם הגזענית ואולי אף המסיתה.

ראוי לשים לב לדברי כריסטופר וולף, יו"ר כוח המשימה לענייני אינטרנט בליגה נגד השמצה, אשר טוען כי קיימות עדויות ברורות כי שנאה ברשת תורמת ומעודדת לפשעי שנאה. הביטוי הגזעני והמסית לא נשאר אך בחזקת ביטוי. הוא מיתרגם למעשי אלימות.[[6]](#footnote-6)

אין בדברים שלעיל כדי לטעון כמובן לדטרמיניזם טכנולוגי, המייחס למרשתת את האחריות ליצירת שיח גזעני ומסית. ההשפעה של טכנולוגיית המידע על תהליכים חברתיים אינה מוטלת בספק, אך כבר קיימת ההבנה כי ישנם יחסי גומלין בין החברה ובין ההתפתחות הטכנולוגית.[[7]](#footnote-7)

תופעת השנאה, שהגזענות היא מקרה פרטני בתוכה, הינה גלובאלית. במרשתת קיימים עשרות אלפי אתרי שטנה ומספרם גדל לאורך השנים. חלק ממדינות אירופה פועלות בשיתוף פעולה כדי להילחם באנשים המפיצים גזענות ושנאה באמצעות המרשתת. בשנת 2002, אף אימצה ועדת שרים של מועצת אירופה החלטה הרואה בביטויי שטנה המופצים באמצעות המרשתת מעשה פשע. החלטה זו אוסרת על כל חומר כתוב, כל תמונה או דמות, כל מגלם של דעות או תאוריות, אשר מטיף, מקדם או מסית לשנאה, אפליה לרעה או אלימות נגד פרטים או קבוצות, על בסיס גזע, צבע עור, דת ומוצא לאומי-אתני[[8]](#footnote-8).

**גם בבחינת המתרחש בתחום זה במדינת ישראל עולה כי יש מקום לדאגה.**

הרשתות החברתיות הישראליות גדושות בהסתה ארסית לגזענות ואנו חווים העצמה בשיח המסית והאלים כנגד הערבים. בשנתיים וחצי האחרונות הפך שיח זה לתופעה רחבה בישראל ומהווה פוטנציאל משמעותי, גם אם לא יחיד, להוצאה לפועל של פעילות אלימה מול מושאי ההסתה.[[9]](#footnote-9) בחינה אמפירית של הנתונים מאששת את התחושות. במחקר של חברת [[10]](#footnote-10)Vigo שבוצע בשנת 2016 עולה כי **50% מהשיח הפוגעני ומהקריאות לאלימות במרשתת וברשתות החברתיות הוא נגד המגזר הערבי וכי קיימת מגמת עלייה חדה משנה לשנה, בשיח הגזעני ובקריאות המסיתות.**

**גרף מספר 1** - שיח גזעני והסתה לאלימות – מגמות שנתיות 2016-2015

**גרף מספר 2** - שיח גזעני והסתה לאלימות – השוואה שנתית 2016-2015

**גרף מספר 3** - השיח גזעני והסתה לאלימות לפי חודשים 2016-2015

\*העלייה בחודש יוני נובעת ככל הנראה מרצף פיגועי טרור קשים ביניהם הפיגוע במתחם שרונה בו נהרגו 4 ישראלים ופיגוע הדקירה בו נרצחה נערה במיטתה בקריית ארבע.

**גרף מספר 4** - שיח גזעני לפי חודשים 2016-2015

**גרף מספר 5** - הסתה לאלימות לפי חודשים 2016-2015

בנוסף על העלייה בשיח הגזעני והמסית בין השנים 2016-2015, ניתן ללמוד מהפילוח החודשי כי השיח הינו תנודתי ומושפע ברובו מאירועים ביטחוניים או פוליטיים. כך, למשל, ברבעון הראשון של שנת 2015 הושפע השיח בעיקר מהבחירות לכנסת וברבעון האחרון של אותה השנה חלה עלייה כתוצאה מגל הטרור שפקד את המדינה. בשנת 2016 היו אלו בעיקר פרשת החייל אלאור אזריה, גל השריפות ברחבי המדינה ויציאתה של השרה מירי רגב מטקס פרסי אופיר בשל השמעת שיריו של דרוויש במהלך הטקס.[[11]](#footnote-11)

**טענת העבודה** היא שמאפייני המרשתת והתפתחותן של הרשתות החברתיות מאפשרים שיח גזעני ומסית לאלימות, פרוץ, בוטה וחסר גבולות של יהודים בישראל כנגד המיעוט הערבי. בשל פער רלוונטיות ('היסט') בעיצוב תפיסת המדיניות המשפטית, האכיפה והריסון אל מול המציאות המשתנה, מועצמים התופעה והיקפיה באופן משמעותי. התפשטות שיח זה מהווה סכנה מהותית, שפוגעת ותמשיך לפגוע ביסוד הדמוקרטיה, בערכיה ובשתי החברות: היהודית והערבית בישראל.

העבודה תבחן את טענת המחקר באמצעות עיסוק במספר תחומים: התחום הטכנולוגי ומאפייני המרשתת והרשתות החברתיות, התחום התוך-משפטי הנוגע לחופש הביטוי, לאינטרסים ולערכים נוספים ובעיקר בניתוח עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות, בעיצוב המדיניות המשפטית במרשתת ובעיצוב מדיניות האכיפה מול עבירות ביטוי והסתה באופן כללי ובמרשתת בפרט. כמו כן, בוחנת העבודה את הגורמים שהשפיעו על המציאות הקיימת ברשת בהיבטי השיח הגזעני והמסית, כפי שמשתקפת מהנתונים לעיל? מהי מידת השפעתם על מציאות זו, וכיצד גורמים אלו באים לידי ביטוי בעיצוב מדיניות האכיפה ומימושה אל מול השיח הגזעני והמסית, של יהודים כלפי ערבים, במרשתת וברשתות החברתיות בישראל? בכלל התחומים שידונו כאן מתקיימים מתחים, התנגשויות ומגוון שיקולים שבאים לידי ביטוי בעיצוב המציאות המתהווה בנושא השיח הגזעני והמסית במרשתת וברשתות החברתיות בישראל.

לעבודה חמישה פרקים: הפרק הראשון יוקדש לסקירת התפתחותן של המרשתת והרשתות החברתיות לאורך השנים ומאפייניהן הייחודיים, כגורמים המשפיעים על היווצרותו של המצע שעל בסיסו מופצים עמדות ודעות, כולל כאלו קיצוניות וגזעניות. קשה לעמוד על תופעת הגזענות וההסתה ברשת, בלא היכרות עם הסביבה שבקרבה היא מתקיימת ועם הקרקע שמצמיחה אותה משנה לשנה.

בפרק השני תסקור העבודה גורם משפיע נוסף: ההתפתחות ההיסטורית של מעמד חופש הביטוי במדינת ישראל לאורך שנות קיומה. זאת, במטרה להדגיש את המתח הקיים בינו ובין אינטרסים וערכים אחרים, המוגנים באיסורים הפליליים שבחוק העונשין. בנוסף, ייבחנו לעומק עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות, כמקרה פרטני של אותם איסורים פליליים שבחוק, תוך תיאור התפתחות החקיקה בעבירות אלו והפרשנות הקיימת בפסיקה ובספרות המשפטית בנוגע ליסוד העובדתי והנפשי בכל אחת מהעבירות הללו. במטרה להצביע על הקושי והמורכבות הרבה, הקיימת בהחלת החוק והמשפט על עבירותביטוי והסתה בישראל, תדון העבודה באופן ממוקד בהתנגשות ובמתחים בין חופש הביטוי ובין האיסורים שבעבירות הללו והערכים המוגנים בהם, כפי שהתפתחו בפסיקה לאורך השנים.

בפרק השלישי תתמקד העבודה בעיצוב המדיניות המשפטית במרשתת כפי שזו באה לידי ביטוי בישראל, מתוך הנחה כי יש בכך בכדי להשפיע על היקפי ההסתה לגזענות ולאלימות ברשתות החברתיות. תועלה תחילה השאלה המהותית: באיזו מידה קיימת הצדקה להגבלת ביטויים גזעניים וביטויים שעלולים להוליך לאלימות? בהמשכו ידון הפרק בשאלת גבולות חופש הביטוי בעידן המרשתת ובדרכי ההסדרה שלההיבטים השונים של המרשתת ושל פעילות עבריינית במסגרתה. בעיקר כזו הנוגעת לשיח גזעני ומסית ולאלימות. כמו כן, יידונו בפרק עיצובה של מדיניות מידע בסביבה דיגיטלית וסוגיית היחס המורכב בין משפט, טכנולוגיה וערכים חברתיים.

ענינו של הפרק הרביעי הוא ליבת טענת העבודה. לאחר שתתואר תופעת השיח הגזעני והמסית ברשת ולאחר שייסקרו הגורמים המשפיעים על תופעה זו תוצג השאלה: מהי אם כן, מדיניות האכיפה של התביעה הכללית וכיצד היא מתממשת בפרקטיקה אל מול התופעה האמורה?תחילה ידון הפרק במדיניות התביעה הנוגעת לעבירות ביטוי והסתה באופן כללי, ולאחר מכן במדיניות באשר לעבירות ההסתה המבוצעות במרשתת וברשתות החברתיות ובאתגרים הייחודיים הקיימים באכיפה במימד זה. בשלב הבא תדון העבודה גם בכלי אכיפה נוסף, לבר-משפטי, בו נעשה שימוש אל מול תופעת ההסתה ברשת.

הפרק החמישי יתיך את המסקנות העיקריות העולות מארבעת הפרקים הקודמים. בהמשך ולאור מסקנות אלו תחתום העבודה במספר המלצות אופרטיביות, המנוסחות באופן כללי, מתוך תקווה שמקבלי ההחלטות יבחרו במה ראוי להתעמק ויובילו את השינוי המיוחל אל מול המציאות הקיימת.

היקף המידע הקיים בנושא הסוגיות, שנסקרו בעבודה, הינו רב ממדים וההתפתחויות בתחום הנעשה ברשת, כולל בתחום השיח הגזעני והמסית הינן מהירות. בעבודה נסקרו אמנם הגורמים המשפיעים העיקריים לתופעת השיח הגזעני והמסית, אך מפאת היקף העבודה, ישנן זוויות נוספות המשפיעות על שיח זה, שלא נסקרו. יחד עם זאת, התקווה היא כי הדברים יעוררו עניין ומחשבה ואולי אף יביאו לשינוי, שכן **שינוי שכזה לא רק הכרחי, אלא גם אפשרי.**

**פרק ראשון - המרשתת והרשתות החברתיות**

**א. 'אבני דרך' בהתפתחות המרשתת והרשתות החברתיות**

התפיסה של רישות חברתי איננה חדשה. הרשתות החברתיות, ובראשן 'פייסבוק', שאנו מכירים כיום הן תולדה של רעיונות המתפתחים מזה למעלה מארבעים שנה. כבר בשנת 1968 ראו בעיני רוחם המהנדסים, שהניחו את התשתית למרשתת, דבר מה שדמה לרשת חברתית.[[12]](#footnote-12)

כעשור לפני המצאת המרשתת החלו מספר חלוצים לבלות את זמנם בקהילות מקוונות. כך, למשל רשת ה-Usenet, שאיפשרה למשתמשים להעלות מסרים לקבוצות שהיו מוקדשות לנושאים מסוימים. בשנות השמונים פורסם מאמר שטבע את המונח 'קהילה וירטואלית', שתוארה כ"קבוצה של אנשים העשויים להיפגש או לא להיפגש זה עם זה פנים מול פנים [...] ואשר מחליפים ביניהם מילים ורעיונות באמצעות תיווך של לוחות מודעות ממוחשבות ורשתות".[[13]](#footnote-13)

בשנת 1985 החלה לפעול 'אמריקה און-ליין', שנתנה שירותים מקוונים לציבור. המשתמשים בשירותים אלו נהגו, בדרך כלל, להמציא לעצמם שם משתמש בדוי, שהשתמשו בו לצורך תקשורת עם אחרים. כך, עד תחילת שנות התשעים אנשים מהשורה השתמשו בדואר אלקטרוני, על פי רוב בזהות בדויה.

בימים הראשונים של המרשתת, בראשית שנות התשעים, כבר התקדמה התפיסה של הקהילה המקוונת וקמו שירותים שאיפשרו למשתמשים ליצור עמוד בית אישי, שלעיתים גם כלל קישורים לעמודים שיצרו מינויים אחרים. כך, בשנת 1994 כבר ניתן היה לראות אתרי היכרויות, שכללו מידע אישי רב, אך לצורך מסוים זה בלבד.

העידן המודרני של הרשתות החברתיות החל לבסוף בראשית שנת 1997, אז הציג 'סטארט-אפ' ניו-יורקי, בשם SixDegrees.com, שירות פורץ דרך ומהפכני, שאיפשר למשתמשים ליצור פרופיל אישי, המבוסס על שמותיהם האמיתיים והכולל מידע עליהם ועל תחומי העניין שלהם. היה זה באותם הימים שבהם החלה המרשתת להכות שורש בקרב אנשים רבים. על אף שצבר שלושה וחצי מיליון משתמשים הסטארט-אפ לא צלח, אולי הקדים את זמנו, בעיקר בשל הוצאות כבדות וייעוד לא מוגדר, עד שנקנה על ידי חברה אחרת ונסגר בשנת 2000.

חלפו שנים עד שאחרים העזו לקפוץ למים וליצור מערכת שניתן להחשיבה כרשת חברתית של ממש. הלכה למעשה, רק בשנים 2001, 2002 החל עמק הסיליקון בפעולה בתחום הרשתות החברתיות. היה זה לאחר התפוצצות בועת 'דוט.קום' והמפולת התלולה בהערכות השווי וההכנסות של חברות המרשתת.

כך, אט אט החלו חברות מרשתת בניסיונות הקמה של רשתות חברתיות, אם למטרות עסקים ואם למטרת היכרויות. הכלים, שנעשה בהם שימוש ברשתות התקדמו משלב לשלב, אם כי ההתמודדות עם הבעיות הטכניות ובעיות הדימוי (בעיקר בשל ההקשרים המיניים) לא הקלו כלל ועיקר על חברות אלו.

חברות המרשתת והרשתות החברתיות חיקו האחת את השנייה – והדבר הביא גם למאבקים משפטיים ביניהן. במקביל, חלו התפתחויות טכנולוגיות שהיטיבו עם רעיון המרשתת והרשתות החברתיות: בשנת 2003 עלה אחוז האמריקאים בעלי גישה רחבת פס למרשתת מ-15% ל-25%. הפס הרחב איפשר לא רק מהירות צפייה גבוהה יותר, אלא גם הקל על העלאת תמונות, שהיו כה חשובות לאתרי הרשתות החברתיות; מצלמות דיגיטליות נעשו נפוצות ושוות לכל כיס. **העובדה שמגוון רחב יותר של אנשים החל להשתמש במרשתת במהירויות גבוהות יותר הפכה לגורם מכריע**.[[14]](#footnote-14)

הרשתות החברתיות החלו להתפשט בקרב חברים בשיטת 'חבר מביא חבר' ושיווק השירות במועדונים. הרשת החברתית הראשונה, שיועדה במפורש לסטודנטים החלה לפעול באוניברסיטת 'סטנפורד' בנובמבר 2001. לטענת דיוויד קירקפטריק, הייתה זו גם כנראה הרשת החברתית האמיתית הראשונה שהושקה בארצות-הברית.[[15]](#footnote-15)

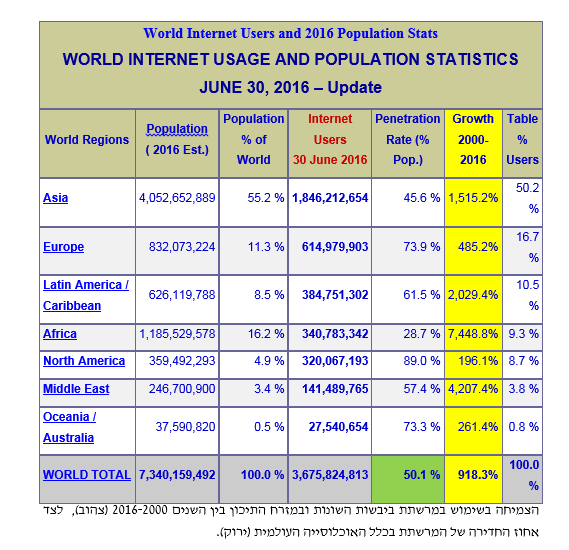
בפברואר 2004 הושק 'פייסבוק' (facebook), אך הוא הציע למשתמשים מספר מצומצם של תכונות והיה מוגבל לסטודנטים באוניברסיטאות עילית בלבד. הייתה זו השקה שלוותה בחיכוכים רבים ובסוגיות משפטיות, כולל תביעות, מול חברות שהפעילו כבר רשתות חברתיות אחרות. בסתיו שנת 2005 פתח 'פייסבוק' את שעריו לתלמידי תיכון, והציבור הרחב צורף לרשת החברתית בסתיו שנת 2006. כיום זוהי הרשת החברתית החביבה ביותר על הציבור, עם זמינות של למעלה משבעים שפות ולמעלה ממיליארד וחצי משתמשים פעילים, מהם למעלה ממיליארד נכנסים לאתר מדי יום.[[16]](#footnote-16) לא בכדי יש המכנים אותה 'מדינת פייסבוק'.

נקודת ציון נוספת, שהיוותה קפיצת דרך משמעותית בשימוש במרשתת וברשתות החברתיות, ניתן לייחס **לכניסת הסמארטפונים בשנת 2007**. זאת, בשל היישומים הרבים שבמכשירים אלו, אשר איפשרו גלישה זמינה מהמכשיר הנייד בכל מקום ובכל שעה. אין ספק כי העלייה במספר הטלפונים הסלולאריים בעולם הייתה יותר ממרשימה.

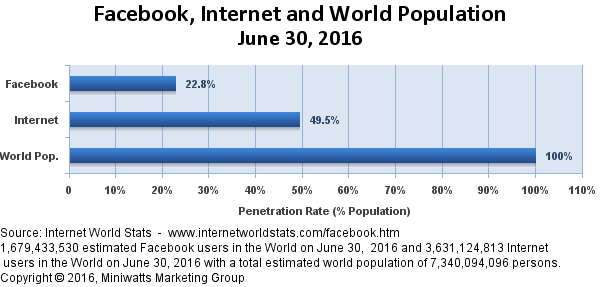
לסיכום, בארבעים השנים האחרונות אנו עדים **להתפתחות מטאורית של המרשתת והרשתות החברתיות. זאת, לא מעט בזכות ההתפתחויות הטכנולוגיות בתשתית המרשתת.** מה שהחל כרעיון שהניח את הבסיס לקהילות מקוונות ומתן מענה לצרכים בסיסיים של שירותים והיכרויות חברתיות, מוצא עצמו בימים אלו עם אחוז שימוש במרשתת של כ-50% מכלל האוכלוסייה עולמית וכ-20% מכלל האוכלוסייה העולמית המשתמשים ברשתות החברתיות, בעיקר ב'פייסבוק' עם למעלה ממיליארד וחצי משתמשים וביישום ה'ואטסאפ' עם למעלה ממיליארד משתמשים.

**א.1 נתוני השימוש במרשתת וברשתות החברתיות בעולם[[17]](#footnote-17)**

**טבלה מספר 1 - INTERNET USAGE STATISTICS**

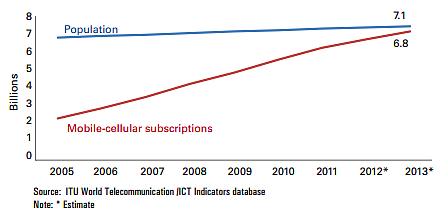


**גרף מספר 6** – 'פייסבוק', מרשתת ואוכלוסייה עולמית.

אחוז החדירה של הרשת החברתית 'פייסבוק' בכלל האוכלוסייה העולמית, לצד אחוז החדירה של המרשתת באוכלוסייה זו.

**א.2 השימוש בטלפונים ניידים בעולם**

**גרף מספר 7** – יחס בין האוכלוסייה למספר המינויים בטלפון הנייד.



עלייה במספר המנויים בין 2005 לתחילת 2013. ניתן לראות כי 6.8 מיליארד מנויים מתקרבים עד מאד ל-7.1 מיליארד תושבים בעולם וכי אחוז החדירה של הטלפון הסלולארי מתקרב ל-100%, כך שרווית השוק הגדלה, מקטינה את קצב הצמיחה.[[18]](#footnote-18)

**א.3 נתונים הרלוונטיים לישראל - סיכום שנת 2016**

לאחר שהוצגו הנתונים, המשקפים את ההתפתחות העולמית בתחום המרשתת והרשתות החברתיות, תפנה העבודה לסקור בקצרה את המצב כיום במדינת ישראל.

1. **שימוש במרשתת**

סיכום שנת 2016 מעיד כי **השימוש במרשתת הינו נפוץ ביותר במדינה** עם **6.4 מיליון** ישראלים המחוברים למרשתת.[[19]](#footnote-19) מסקר שבוצע ביוני 2016 בקרב האוכלוסייה הכללית בישראל[[20]](#footnote-20), עולה כי **89%** מהמגזר היהודי ואחרים בישראל (לא כולל המגזר הערבי) גולשים באינטרנט. מתוך אלו שאינם גולשים באינטרנט, 61% מעידים כי אינם רוצים אינטרנט מסיבות דתיות. אחוז הנחקרים שהעידו על עצמם כי אינם גולשים באינטרנט היה גבוה יותר באזור יהודה ושומרון ועמד על 31% ובירושלים על 20%.

גיל רוזן, סמנכ"ל השיווק והחדשנות ב'בזק' מסכם את שנת 2016[[21]](#footnote-21) :

דוח מצב האינטרנט של 'בזק' מעיד השנה באופן מובהק ולאורך זמן כיצד החיים שלנו משתנים ובאיזה קצב מהיר. השימוש שלנו בפלטפורמות הדיגיטליות גדל בקצבים בלתי נתפסים, ואנחנו יותר ויותר מסתמכים על הסביבה הדיגיטלית בחיינו היום-יום. הצעירים ממשיכים להוביל באימוץ טכנולוגיות חדשניות, ומסמנים את המהפכות התרבותיות הנובעות מחדירת העולם הדיגיטלי לכל פן בחיינו.

גם הנתונים התשתיתיים מעידים על צמיחה בשימוש במרשתת: קצב הגלישה ממשיך לעלות בהתאם לשימושים המוגברים ברשת, כאשר רוחב הפס הממוצע באינטרנט הנייח עומד כיום על 65 מגה, **עלייה של כ-30%** בהשוואה לשנה שעברה. הגולש הממוצע מוריד כיום קבצים בנפח של כ-4 גיגה ביום, **עלייה של 38% תוך שנה.[[22]](#footnote-22)**

להלן יוצגו ממצאים בנוגע להבדל המגדרי בשימוש במרשתת ולמידת ההשכלה של משתמשי המרשתת:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **טבלה מספר 2** – גלישה במרשתת לפי מגדר[[23]](#footnote-23) | | | |
| **האם גולש באינטרנט** | **גברים** | **נשים** | **סה''כ** |
| **סה''כ** | 100% | 100% | 100% |
| **אני לא גולש באינטרנט לא במחשב ולא בסלולר** | 18% | 33% | 25% |
| **כן גם במחשב וגם בסלולרי** | 49% | 39% | 44% |
| **כן, רק במחשב** | 5% | 3% | 4% |
| **כן, רק בסלולרי** | 28% | 25% | 27% |

הגברים משתמשים במרשתת באחוז גבוה יותר מהנשים. 75% מכלל הגברים והנשים גולשים במרשתת.

**טבלה מספר 3** - גלישה במרשתת לפי השכלת המרואיין[[24]](#footnote-24)

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  |  |  |  |  |
| **השכלה** | **סטודנט לתואר שני ומעלה** | **תואר ראשון** | **סטודנט לתואר ראשון** | **על תיכונית – לא אקדמית** | **תיכונית עם תעודת בגרות** | **תיכונית ללא תעודת בגרות** | **יסודית** |
| **לא גולשים באינטרנט בכלל** | 0% | 5% | 0% | 9% | 12% | 39% | 80% |
| **גולשים בסלולר ובמחשב** | 84% | 71% | 85% | 50% | 48% | 28% | 4% |
| **גולשים רק במחשב** | 12% | 2% | 2% | 9% | 5% | 4% | 1% |
| **גולשים רק בסוללר** | 4% | 21% | 12% | 32% | 36% | 29% | 15% |

ככל שרמת ההשכלה עולה כך גדל השימוש במרשתת.

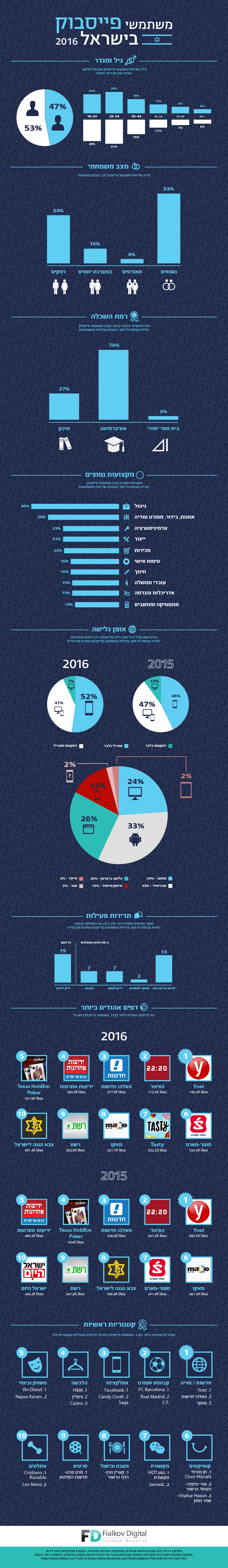
1. **שימוש ברשתות חברתיות**

כעת לאחר שנסקר השימוש במרשתת באופן כללי, ומאחר שהעבודה מתמקדת בנושא תופעת ההסתה לגזענות ולאלימות **ברשתות החברתיות**, נסקרה תמונת המצב בנושא הרשתות החברתיות בישראל.

מן הנתונים עולה, כי לצד השימוש הנפוץ במרשתת במדינת ישראל, גם הגלישה ברשתות החברתיות הולכת והופכת נפוצה יותר ויותר בישראל עם **4.9 מיליון ישראלים מחוברים ל'פייסבוק'**, שהם 59.9% מכלל האוכלוסייה;[[25]](#footnote-25) **כ-90% מהאוכלוסייה בישראל מחוברת ל'וואטסאפ'** - המדובר בנתון חדירה מרשים לפי כל קנה מידה;[[26]](#footnote-26) ה'סנאפצ'ט' הינו זירת הנוער וממשיך לצמוח משנה לשנה, עם כ**-50% מבני הנוער הפעילים בו**, לעומת 10% בלבד מהמבוגרים.[[27]](#footnote-27)

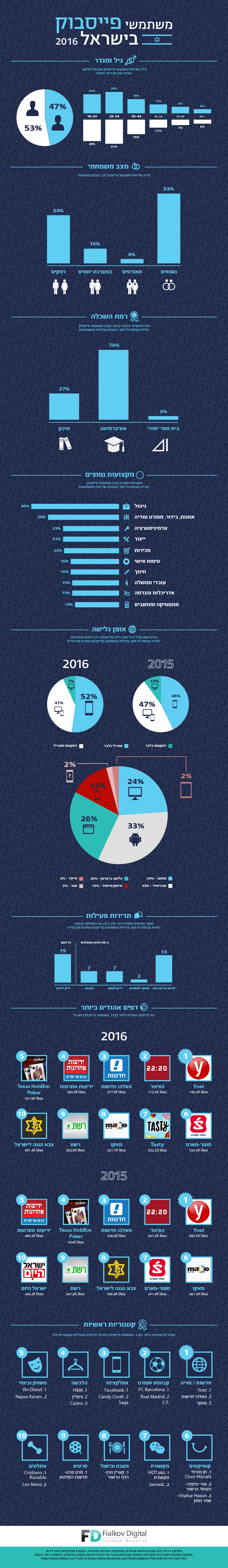
בבחינת מאפייני הגלישה ספציפית ב'פייסבוק', כרשת החברתית המקוונת הנפוצה ביותר, עולה כך:[[28]](#footnote-28)

**גרף מספר 8** – משתמשי 'פייסבוק' בישראל



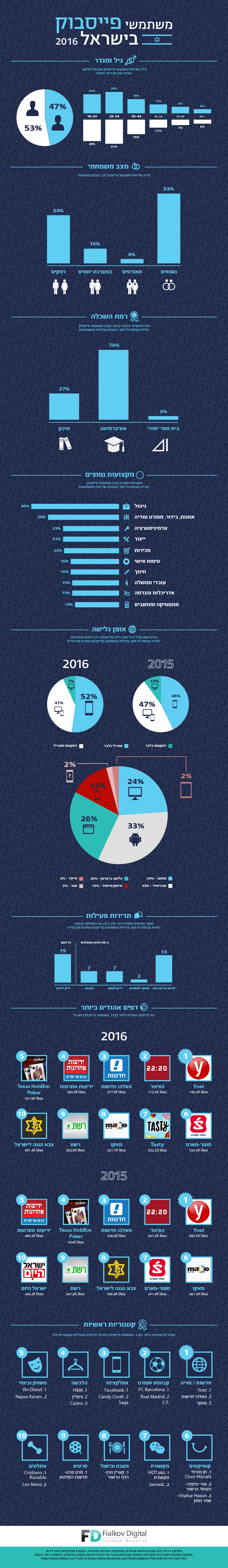
בקרב בני 18 ומעלה קבוצת הגיל הפעילה ביותר ב'פייסבוק' בישראל היא זו של בני ובנות 34-25, עם 31% בנים ו-28% בנות. בסך הכול מבין הגולשים 53% הם גברים מעל גיל 18 ו-47% נשים.

**גרף מספר 9** – רמת ההשכלה בקרב גולשי 'פייסבוק'



70% ממשתתפי הרשת הבוגרים הם סטודנטים או בוגרי מוסדות אקדמיים, 27% הם בוגרי תיכון ו-3% בלבד הם בוגרי בית ספר יסודי בלבד.

**גרף מספר 10** – אופן הגלישה



שיעור הבוגרים הגולשים ל'פייסבוק' באמצעות טלפונים סלולאריים או טאבלטים הגיע בשנת 2016 ל-52% מכלל הגולשים לעומת 43% בשנת 2015 ו-23% בשנת 2014.

מבחינה פרטנית של תפוצת השיח הגזעני והמסית ברשתות החברתיות בישראל עולה כך:[[29]](#footnote-29)

**גרף מספר 11 –** אחוז השימוש ב'פייסבוק' לשיח גזעני ומסית

87% מהשיח הגזעני והאלים בישראל נגד החברה הערבית מתנהל ב'פייסבוק'.

מסיכום הנתונים עולה כי **בישראל** **אחוז המשתמשים במרשתת וברשתות החברתיות הינו גבוה מאד**, ובהתאם למגמה העולמית חשיפה זו הינה **במגמת עלייה משנה לשנה**. מאפייני המשתמשים במרשתת וברשתות החברתיות מצביעים על **אחוז גבוה יותר של גולשים מאשר גולשות** ברשת; הגיל הפעיל הינו **אמצע שנות העשרים עד אמצע שנות השלושים** **ולהשכלה** יש השפעה משמעותית על הגלישה הן במרשתת והן ברשתות החברתיות. עוד עולה כי **העלייה בשימוש בטלפונים הסלולאריים וטאבלטים הפכה את הגלישה לזמינה יותר** ובכך הביאה לשימוש הגובר ברשתות החברתיות.בדיקה פרטנית של השיח כנגד המגזר הערבי מעלה כי 'פייסבוק' היא הפלטפורמה העיקרית לפרסום השיח המסית והגזעני ברשת.

האחוז הגבוה של המשתמשים, שצומח משנה לשנה לצד הזמינות הגבוהה לגלישה, **הופכים את הרשתות החברתיות בישראל, בדגש על 'פייסבוק', לקרקע המאפשרת תפוצה גבוהה של דעות ועמדות, כולל כאלו קיצוניות וגזעניות.**

**ב. מאפייני המרשתת והרשתות החברתיות המשפיעים על שיח הגזענות וההסתה**

הנתונים העולמיים והישראליים מעלים את השאלה מהם המאפיינים שגורמים לנתונים שהוצגו כאן ומה יש בהם, **שמביא לשיח הקיצוני של גזענות והסתה ואף מעצימו?** בניסיון לענות עליה יוצגו תחילה ארבעה חוקים רלוונטיים, העוסקים בעוצמתן של הרשתות החברתיות. לאחר מכן, יתוארו המאפיינים הייחודיים, הקיימים במרשתת והמשפיעים על הרשתות החברתיות באופן כללי, ועל העצמת תופעת הגזענות וההסתה באופן פרטני.

כבר כאן המקום לומר, כי אין חולק בספרות המקצועית כי למרשתת ולרשתות החברתיות **מאפיינים** **ייחודיים** לעומת כל אמצעי התקשורת האחרים וכי למאפיינים אלו נודעת השפעה **דרמטית** על העיצוב ועל השימוש במרשתת וברשתות החברתיות, על החברה בכללותה, על התרבות ועל התקשורת. ככלל, השפעה זו הינה חיובית מאד ומשיאה תרומה משמעותית לעולם ולפרט, אך יש לה **גם** **היבטים שליליים, כמו למשל, תופעת הגזענות וההסתה**:[[30]](#footnote-30)

הטכנולוגיה החדשה מאתגרת גבולות ומרחיבה את טווח הסבלנות. המרשתת מעניקה אוקיינוס נרחב של מידע, מחשבה, אידיאולוגיות ותעמולה, מהווה מאגר בלתי נדלה המסייע רבות לחיינו. המרשתת קלה לשימוש, מקדמת את היכולת לרכוש ידע, מעוררת, מפתחת, מקרבת לבבות, אינה מכירה בגבולות גאוגרפיים, מגשרת על פני תרבויות ומקדמת הבנה בין העמים, אומים ודתות. המרשתת כוללת את מיטב המין האנושי, **ולצערנו, גם משקפת את הצדדים הפחות טובים של המין האנושי.** (ההדגשות של הח"מ – ר"מ)

כדי להבין את סוד עוצמתן של הרשתות החברתיות, מציין אשר עידן ארבעה 'חוקי יסוד'[[31]](#footnote-31), שלחלקם מתייחסים גם חוקרים נוספים:

1. חוק מטקלף – העוסק **בעוצמה החזקתית של מספר הקשרים ברשת** מול העוצמה הרגילה של מספר המשתמשים. לפי חוק זה (שנוסחתו פחות חשובה), מספר המשתמשים N ברשת נתונה יוצר N בריבוע קשרים. כך, למשל, שני משתמשים יוצרים קשר אחד, שלושה משתמשים יוצרים שלושה קשרים, ארבעה משתמשים יוצרים שישה קשרים, 12 משתמשים יוצרים 66 קשרים  
   ו- 1200 משתמשים יוצרים כבר שישה מיליון ושש מאות אלף קשרים. וכן הלאה. **חוק זה מסביר מדוע הרשת כה עוצמתית ורבת קשרים האחד עם השני**.
2. חוק שריקי – עוסק **בירידה דרסטית בעלות השיתוף בין בני אדם ברשתות** **החברתיות,** יחסית לעלות התקשורת המסורתית של ממשלות וארגונים. עידן מביא לעניין זה את טענתו של קליי שירקי, מחבר ספר היסוד של מחאות והמהפכות: "כל אחד יכול: איך לארגן ללא ארגונים", לפיה הופעת הרשתות החברתיות חוללה שינוי היסטורי דרמטי, מבחינת ארגונים פוליטיים וארגונים עסקיים וזאת בגלל החוק האמור. לכן, **ינצח ההמון בשנים הבאות באמצעות הרשתות החברתיות ארגונים גדולים מסוג הון, שלטון ועיתון**.[[32]](#footnote-32)

יובל קרניאל ועידן שניר תומכים אף הם בטענה זו ומוסיפים כי המרשתת שינתה את מבנה השוק הכלכלי ואת החשיבה על עסקאות כלכליות מסורתיות. לטענתם, מדובר בלא פחות ממהפכה, בכך **שהמרשתת העמידה את תשתיות השידור שלה לכל אדם שחפץ בכך**, מבלי להטיל על אותו אדם הגבלות או תנאים כלשהם.  **עלויות העסקה הנמוכות במרשתת**, מגבירות את הנגישות של כל אדם לתשתיות **ובכך** **מרחיבות את חופש הביטוי של הפרט לממדים חדשים [[33]](#footnote-33) ובכלל זה גם ביטויים פוגעניים, גזעניים ומסיתים.**

1. חוק אקסלרוד – עוסק **בקפיצה הגדולה באמון בין בני אדם כפונקציה של מספר האיטרציות ביניהם** (חזרה על פעולה, תוך כדי אפשרות להפיק לקחים), שאפשריות רק בתקשורת **"רבים-לרבים"**, כזו המתקיימת ברשתות החברתיות ולא בתקשורת "יחיד-לרבים" האופיינית לעיתונים ולטלוויזיה.
2. חוק מקלוהן – בראשית ימיה עוררה המרשתת תקוות גדולות לשינוי סדרי עולם וליצירת תנאים חדשים, שיקדמו משמעותית את חופש הביטוי של הפרט: החופש לבטא עמדות ודעות, החופש לפרסם מידע, החופש לחקור וללמוד וכך לגבש דעה, החופש לבחור ולגבש זהות אוטונומית ועוד. תקוות אלו נבעו בעיקר **מאופייה המבוזר של הרשת, המאפשר תקשורת ישירה ובלתי אמצעית בין המשתמשים**. בספריו של מרשל מקלוהן קבע האחרון כי **"המדיום הוא המסר"**.[[34]](#footnote-34) כלומר, מהפכות מתרחשות בעיקר כשמופיעה טכנולוגיה חדשה בחברה קפואה, אשר 'מפרקת' את המוסדות הישנים ובעקבותיה נוצר שינוי, הגורם לציבור גדול להגיב ולפעול ביחד, למרות שלא היה קשר קודם ביניהם ולעיתים, גם ללא סיבה נראית לעין.

בהקשר זה, טוענת ניבה אלקין-קורן[[35]](#footnote-35) כי הדימוי המבוזר של המרשתת ועמו ההבטחה הגדולה לחירות ולחופש הביטוי, התבססו על שני מיתוסים עיקריים באשר לאופיו של השיח ברשת. המיתוס הראשון מתמקד בכך, ש**'כל אחד ברשת יכול להיות דובר' - המרשתת מעניקה לפרט עוצמה חסרת תקדים להעברת מסרים**. בסביבה זו, כל גולש יכול לבטא את עמדותיו בפני קהל עצום של משתמשי הרשת בכל העולם. המיתוס השני מתמקד בחופש המידע ומאחר שהינו פחות רלוונטי לסוגיית ההסתה, בה עוסקת העבודה, לא נרחיב בו.

באשר למיתוס הראשון הטענה היא, **שהרשת יוצרת פוטנציאל טבעי לביזור השיח ולפתיחתו למספר רב של דוברים, שלא יכלו בעבר לקחת חלק בשיח שכזה** והסיבות לכך הינן, כי הטכנולוגיה כבר אינה מחייבת ריכוז השליטה באמצעי תקשורת מעטים וכבר אין צורך בהקצאת ערוצי שידור לזכיינים (לכן גם אין צורך ברישוי ובפיקוח). הסיבה השנייה, היא זו המצוינת לעיל והעוסקת בעלויות הנמוכות של הוצאות ההפצה ברשת.[[36]](#footnote-36)

אלקין-קורן[[37]](#footnote-37) מוסיפה וטוענת כי דווקא ההשקעה הגבוהה שנדרשה ברכישתם ובהפעלתם של אמצעי דפוס או מערכת שידור, באמצעי התקשורת המסורתיים, יצרה 'צוואר-בקבוק' טבעי והבטיחה כי 'מתווכי-התוכן' ייהנו משליטה על זרימת המידע ויקבעו מהם המסרים שיופצו בציבור. הרשת לעומת זאת, **מאפשרת תקשורת בלתי-אמצעית בין יוצרים למשתמשים**, ללא מתווכים. היא פתוחה **ומשוחררת ממערכת שיקולים של מנגנון מדרגי וריכוזי**.[[38]](#footnote-38) למעשה, עמדות ואמירות שהיו מתקשות ככל הנראה לעבור את המסננת של 'מתווכי-התוכן' המסורתיים **- כגון ביטויי שנאה וגזענות -** אינן נזקקות ברשת לאישורו של איש והן זמינות לכל.

לכן, **כאשר 'כל אחד יכול להיות דובר', רבים מהתכנים המופצים ברשת עלולים להיות בעלי אופי מזיק**, למשל: פגיעה בפרטיות, הפרת זכות יוצרים, הוצאת דיבה, עבירה על חוקי הצנזורה ולעניין עבודה זו - **עבירה על חוקי ההסתה לגזענות**.[[39]](#footnote-39)

זאת ועוד, השיח במרשתת איננו מתקיים בחלל ריק[[40]](#footnote-40) -

[...] אופיו של השיח מושפע גם ממודלים עסקיים, ממבנים כלכליים, מתהליכים סוציולוגיים, מצרכים פסיכולוגיים, מאידיאולוגיות ומכללים משפטיים.

לדברי עירית נגבי למרשתת והרשתות החברתיות מאפיינים נוספים, המעצימים את **השיח הגזעני והמסית במרשתת וברשתות החברתיות.**[[41]](#footnote-41) הראשון עניינו **היחלשות הפיקוח החברתי ברשת** והשני, **טכנולוגיית הרשת**.

באשר **לפיקוח החברתי**, מציינת נגבי כי מנגנוני הפיקוח הפורמלי המסורתיים - מנגנוני הרגולציה המדינתיים - נחלשו מאד, הן מצד האפשרות של מניעה מוקדמת של הביטוי (צנזורה, צווי איסור פרסום וכדומה) והן מצד האפשרות של ענישה בדיעבד של הביטוי האסור. בפועל, טוענת נגבי, **מעניקה המרשתת לגולשים הגנה גבוהה יותר מאשר התיקון הראשון לחוקה האמריקאית**, שכן גם אם החוק קובע איסור פלילי המגביל את חופש הביטוי, הגבלה זו לא נאכפת למעשה.

גם הפיקוח החברתי הלא-פורמלי, זה שמבוצע על ידי הציבור עצמו, שאוכף איסורים שונים באמצעות גינוי, דחייה, לחץ חברתי וכדומה נחלש מאד במרשתת וברשתות החברתיות, שכן השפעתו על הגולש האנונימי הינה קטנה. אגב, סוציולוגים, היא טוענת, רואים בפיקוח החברתי הלא-פורמלי מנגנון מרכזי להנחלת נורמות חברתיות ועיצוב התנהגותו של האדם.[[42]](#footnote-42)

להיחלשותם של גורמי הפיקוח החברתי המסורתיים מוסיפה נגבי גם את **היחלשותו של הפיקוח העצמי של המשתמשים ברשת,** כאשר הם בוחרים להישאר אנונימיים, שכן אז מתאפשר להם להסיר אחריות אישית ולהתיר עכבות. הריסון שהאנשים מוכנים להחיל על עצמם - כדי להיות חלק מחברה מתורבתת - **מוחלף בהתבטאות בוטה, גזענית ואלימה, כאשר זהותם מוסתרת.**

כך או כך, כאשר הפיקוח החברתי - הפורמלי והלא פורמלי - והפיקוח העצמי נחלשים בחברה דמוקרטית, עלולים להתערער גם ההסכמה החברתית והריסון העצמי בנוגע לערכים כמו כבוד האדם, אוטונומיה ושוויון**, כפי שניתן לראות בהתבטאויות הגזעניות והמסיתות לאלימות.**

להיחלשותו של מנגנון הפיקוח במרשתת וברשתות החברתיות – הממסדי, החברתי והעצמי – יש להוסיף את מאפיין **'האופטימיזציה הטכנולוגית'**.[[43]](#footnote-43) לטענת הנגבי, שמגובה גם בדעתה של אלקין-קורן,[[44]](#footnote-44) במצב של **היצף מידע**, כפי שקיים במרשתת וברשתות החברתיות, **נוצר מחסור חדש בתשומת הלב של המשתמשים ברשת**. למעשה, למרות שכל אדם יכול לגלוש ולפרסם מידע או עמדה ברשת, רק חלק קטן מהתוכן המתפרסם יגיע לציבור הגולשים. לכן, המאבק על הזכות לפרסם מפנה את מקומו לתחרות על תשומת ליבם של המשתמשים. ניהול תשומת ליבם של הגולשים ברשת טומן בחובו אתגר חדש **והתחרות הזו הופכת לאגרסיבית יותר ויותר.** **אין זה פלא, טוענת נגבי, כי הרשת הביאה עדנה לעמדות קיצוניות, לגזענות,** לסקסיזם, להומופוביה, למיזוגיניה, לאנטישמיות ולדעות קדומות נגד קבוצות באוכלוסייה.[[45]](#footnote-45)

ברם, משעה שמסר מצליח לקנות לו קהל, מאפשרת הטכנולוגיה פרסום מרבי, שכן היא נגישה מאד למשתמשים השונים, היא גלובלית והיא מיידית. **הם שעושים את המרשתת לאמצעי היעיל ביותר להפצת מסרים, בתנאי, שהמדובר במסרים קלים לקליטה ואפילו בוטים: זהו אופיים של רבים מהביטויים, המסיתים לגזענות ולאלימות.**

מאחר שנושא הרשתות החברתיות הינו בליבת העבודה, ראוי שייאמרו מספר מילים על מה שנוטים לכנות **כ'אפקט הפייסבוק'**, לאור מעמדה הרם של 'פייסבוק' בקרב הגולשים, כפי שגם הובא בנתונים לעיל. 'אפקט הפייסבוק' הינו רב-עוצמה ויש לו השלכות מרחיקות לכת על המדיה. **ב'פייסבוק' כל אחד יכול להיות עורך, ליצור תוכן ולשמש כמפיק וכמפיץ**. כולם חובשים את כל הכובעים הקלאסיים של המדיה הוותיקה. כך, יכול ליצור 'אפקט הפייסבוק' התפרצות פתאומית של סיפור חדשותי, או 'סתם' סיפור שמישהו חושב שיעניין אחרים: סרטון, עמדה ודעה על נושא כלשהו ועוד - מידע שהאדם לא היה נחשף אליו בהכרח באתרי החדשות, ברדיו או בטלוויזיה.[[46]](#footnote-46)

אין זה פלא, אם כך, כי 'פייסבוק' הפכה לפלטפורמה מצוינת להפצת הביטויים הגזעניים, הסרטים המסיתים ודברי הבלע הפוגעניים, כפי שגם הוצג לעיל.[[47]](#footnote-47) אם תתווסף על כך גם הזמינות הגבוהה בשל השימוש הגדול בסמארטפונים ניידים, ייווצר 'חומר נפץ'.

לסיכום, כלל המאפיינים שהובאו לעיל מבארים מדוע הרשתות החברתיות הן כה עוצמתיות וכיצד זוכה הפרט שמשתמש ברשתות החברתיות לכוח כה גדול וחסר תקדים בהעברת מסרים, המשוחררים ממערכת שיקולים של 'מתווכי התוכן' המסורתיים ושל פיקוח חברתי. **לעיתים המסרים הם בוטים, מתלהמים, אגרסיביים, קיצוניים וגזעניים, כפי שאנו רואים וקוראים בשנים האחרונות ברשתות החברתיות בישראל.**

**ג. אינטרסים מסחריים של בעלי האתרים והספקים**

מפעילי אתרי המרשתת וספקי שרותי המרשתת אינם מוסד ללא כוונות רווח. הם גופים כלכליים למטרות רווח. בשורה התחתונה, שהיא גם השורה הראשונה - הם מונעים קודם כל ואחרי הכול משיקולים כלכליים ואינטרסים מסחריים.

ההצלחה הבלתי מעורערת של הרשתות החברתיות, כפי שניתן לראות היטב בנתונים שלעיל, חייבה ועודנה מחייבת את בעלי האתרים וספקיות המרשתת לברר ולבדוק כל העת, כיצד מתרגמים את ההצלחה החברתית להצלחה עסקית ורווחית?

בשנים האחרונות הוכחו הרשתות החברתיות וסביבתן, כולל מנועי החיפוש ויישומונים (אפליקציות) בסמארטפונים, כיעילות ביותר בתחום השיווק. עם השנים עושים יותר ויותר אנשי שיווק שימוש מאסיבי ברשתות החברתיות לפרסום ולשיווק. הפרסום והשיווק ברשתות החברתיות אפקטיביים לאין ערוך בהשוואה לנעשה באמצעות העיתון והטלוויזיה.[[48]](#footnote-48) הכנסותיה של 'פייסבוק', כדוגמה, הסתכמו בסוף 2016 בכ-7 מיליארד דולר, כאשר ההכנסות מהפרסום בלבד מהווה למעלה מ-6.8 מיליארד מתוך ההכנסות.[[49]](#footnote-49) לשם ההשוואה, בשנת 2010 הם חצו במקצת את קו המיליארד דולר.[[50]](#footnote-50)

**ג.1 'בועת הפילטר'**

כבר נאמר שהמהפכה הטכנולוגית-הדיגיטלית הביאה עימה בשורה, להרחיב את אופקינו ולקרב אותנו האחד אל השני, לקרבנו לעולם ואת העולם אלינו. מדוע, אם כן, הדבר זה אינו מתרחש כפי שחשבנו? **נתוני השיח הגזעני והמסית מעידים כי משתמשי המרשתת הופכים לפחות סבלניים ל'אחר', יותר מתלהמים ויותר קיצוניים.**

**כל זה קורה במידה לא מבוטלת בגלל האופן שבו אנו חווים את העולם בעידן המרשתת והרשתות החברתיות**. רבים מאתרי המרשתת ושירותי הדואר האלקטרוני משתמשים במנגנונים ממוחשבים, שמנסים לעשות סדר בעודף המידע הקיים במרשתת וברשתות החברתיות. 'גוגל', למשל, משתמשת ביותר ממאתיים 'רכיבים אישיים' בקביעת תוצאות החיפוש שלה.[[51]](#footnote-51) כתוצאה מכך **מנוע החיפוש אינו מציג תוצאות מידע גנריות, אלא מתאים לכל משתמש רשום מידע רלוונטי אליו וזאת בחלקיק השנייה**. כך למשל, חובב ספורט, אשר יקיש את המילה 'גולף' יקבל תוצאות חיפוש על המשחק ואדם המתעניין בכלי רכב יקבל תוצאות לגבי חיפוש מכונית מסוג 'גולף'.

לא רק 'גוגל' נוהגת כך. גם 'פייסבוק' וגם ענקית הקמעונות המקוונת, 'אמזון', כמו גם רשתות חברתיות וקמעוניות נוספות משתמשות באלגוריתם דומה, כדי לסנן מידע העומד בניגוד להעדפותיו האישיות של הגולש**. ההמלצות הממוקדות, שמופיעות בעת הגלישה של כל אחת ואחד, נקבעות על פי הרגלי הגלישה והיסטוריית החיפושים של הגולשים בעבר.**[[52]](#footnote-52) אם למשל, 'אמזון' מגלה שאנחנו מתעניינים במוצר מסוים, נקבל רק את אותו מוצר ואם 'פייסבוק' תבין שאנחנו מתעניינים בנושא מסוים, בהתאם יוצג בפני הגולש רק המידע, אשר קיים סיכוי גבוה כי יעורר עניין בהתבסס על העדפותיו בעבר.

מבלי משים **אנחנו מתכווצים לבועות קטנות של מידע רשתי**, שגבולותיהן נקבעות על ידי אלגוריתמים מסובכים. המתנגד החריף ביותר לתופעה זו, ושגם נתן לתופעה את השם 'בועת הפילטר' הינו פעיל רשת אמריקאי בשם אלי פאריסר, אשר גם כתב ספר בנושא.[[53]](#footnote-53)

בראיון טלפוני שהעניק פאריסר, בשנת 2011, לקונדר ליאור, ציין הראשון כי לאחר ששנים שאל את עצמו כיצד המרשתת יכולה להפוך את העולם לדמוקרטי יותר הוא גילה, **שבמקום לקדם את האנושות, הסינון האוטומטי הגביל את ההתפתחות של המרשתת ובעצם את כולנו**.

לטענת פאריסר:[[54]](#footnote-54)

האתרים מנסים להראות דברים שאנחנו רוצים לראות, או לפחות את מה שהאתרים חושבים שאנחנו רוצים לראות. כתוצאה מכך אנחנו לא רואים את מה שחשוב. אתה לא מקבל את התמונה המלאה, אלא את העולם מנקודת המבט שלך. קשה לפרוץ ולראות את מה שקורה מחוץ לנקודת המבט הזאת. כיום אנשים נחשפים לחדשות דרך 'פייסבוק', ואתרי החדשות מקבלים כמות עצומה של גולשים דרך הרשת החברתית. סיפורים שיזכו להרבה 'לייקים' יופצו לעוד ועוד גולשים ויקבלו עוד ועוד 'לייקים'.

הפתרון של 'פייסבוק' לסינון הכמויות האדירות של המידע, כותב קונדר, הוא האלגוריתם שמסדר לכל משתמש את פרטי המידע הרלוונטיים לו, **לפי דעתם של מתכנני 'פייסבוק'.**[[55]](#footnote-55)

לדעתו של דניאל רבנר[[56]](#footnote-56) הפתרון הזה גורם למשתמשים להיחשף ברשתות החברתיות **בעיקר לאנשים שהם כמוהם, עם דעות כמו שלהם וידע שכבר יש להם**. הוא ומרחיב וטוען כי:

On social media, you are exposed to people who are most like you, with the same views and knowledge you already possess. Whatever your opinion is, it is being justified, over and over again online. It feels like EVERYONE agrees with you. Accept for those who don’t, only they are less likely to pop up in your feed.

התוצאה היא, **שהמשתמשים חיים בתחושה כאילו כולם מסכימים איתם וכך נוצר "אנחנו" ו"הם".** אלו שמסכימים עם דעתם ואלו שלא. **כך נולד פילוג, ככה נולדים דיאלוגים טעונים, רטוריקה מוקצנת, פוגענית ואלימה.**[[57]](#footnote-57) **מכאן קצרה הדרך לשיח שנאה, להסתה לגזענות ולאלימות ואף לטרור כנגד 'האחר'.**

בשאלה מדוע נוהגים כך בעלי האתרים ישנה הסכמה בקרב החוקרים. **כסף. הם רוצים את המשתמשים באזור הנוחות, לטובת מימוש האינטרסים הכלכליים שלהם**. ככל שהמשתמשים יהיו בסביבה אוהדת, כך הם יהיו פנויים יותר רגשית לאמצעי הפרסום והשיווק, שכאמור, מותאמים אישית לכל אחד מהמשתמשים. או כמו שמסכם זאת רבנר:[[58]](#footnote-58)

The gateways to the information are commercial entities, and their choices **are aimed at maximizing profit**. I don’t criticize them for being what they are, but there is a price to pay as a society. We have lost our perspective…

ניתן לראות אם כן, כי המהפכה הטכנולוגית-דיגיטלית לצד האינטרסים הכלכליים הברורים של החברות הפרטיות יצרו כלי בידי בעלי האתרים וספקיות המרשתת, שיש בו כדי **להשפיע דרמטית (אולי אף לקבוע), על המידע והדעות אליהם נחשפים המשתמשים, ולא זאת בלבד, אלא גם על האופן בו הם חווים זאת.** בכך נוצר סוג של 'אחוות שותפים' לעמדה או לדעה בקרב המשתמשים, **אשר עלולה להביא להתלהמות כנגד מי שאינו באותה 'אחווה' ואינו שותף לאותן דעות ועמדות המשותפות. זהו גם המצע המאפשר את השיח הגזעני והמסית כנגד 'האחר'.**

לאחר שהובהרה הזיקה בין המאפיינים הייחודיים והאינטרסים הכלכליים ותופעת ההסתה לגזענות ולאלימות, יש לבחון את המתח שמתקיים בין החופש לומר הכול לבין הצורך להגביל אמירות פוגעניות ב'אחר', כגון כאלו המסיתות לגזענות ולאלימות. לשם כך, תיבחן ההתייחסות המשפטית לתופעה חדשה זו, וכיצד מחילים המחוקק ובית המשפט העליון את עקרונותיהם ותפיסותיהם בנוגע להסתה לגזענות ולאלימות, לאורך שנות קיומה של המדינה.

**פרק שני - חופש הביטוי ועבירות ההסתה לגזענות ולאלימות – מתחים וגבולות**

בפרק זה תסקור העבודה את התפתחות ההיסטורית של מעמד חופש הביטוי בישראל לאורך שנות קיומה, כדי להדגיש את המתח הקיים בינו ובין אינטרסים וערכים אחרים המוגנים באיסורים הפליליים שבחוק העונשין. לאחר מכן, ייבחנו לעומק עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות, **כמקרה פרטני של אותם איסורים פליליים שבחוק**, תוך תיאור התפתחות החקיקה בעבירות אלו והפרשנות הקיימת בפסיקה ובספרות המשפטית בנוגע ליסוד העובדתי והנפשי בכל אחת מהעבירות הללו.

בשלב הבא, לאחר שיוצגו המתחים בין חופש הביטוי לאינטרסים וערכים אחרים ולאחר שינותחו העבירות הספציפיות של ההסתה לגזענות ולאלימות, ובמטרה להצביע על הקושי והמורכבות הרבה הקיימת בהחלת החוק והמשפט על עבירות ביטוי והסתה בישראל, תדון העבודה באופן ממוקד בהתנגשות ובמתחים בין חופש הביטוי ובין האיסורים שבעבירות הללו והערכים המוגנים בהם, כפי שהתפתחו בפסיקה לאורך השנים.

**א. התפתחות מעמד חופש הביטוי במשפט הישראלי**

במטרה להדגיש את עוצמת ההתנגשות בין חופש הביטוי ובין האינטרסים והערכים המוגנים בעבירות ההסתה לגזענות ולאלימות, ישנה חשיבות לתיאור התפתחותו של מעמד חופש הביטוי במדינת ישראל משנות הקמת המדינה ועד היום.

**א.1 מקום המדינה ועד חקיקת חוקי היסוד (1992-1948)**

מעמדו המיוחד של חופש הביטוי בחברות דמוקרטיות נגזר ממספר טעמים עיקריים: האחד, חופש הביטוי מהווה תנאי לקיומה של הדמוקרטיה, שכן אין משמעות לזכות הבחירה אם האפשרויות העומדות לבחירה מצונזרות[[59]](#footnote-59). השני, חופש הביטוי תורם לרווחה אישית.[[60]](#footnote-60) השלישי, חופש הביטוי מסייע בחקר האמת, באמצעות קיומו של שוק חופשי של רעיונות ודעות.[[61]](#footnote-61)

כבר בשנותיה הראשונות של המדינה הוכר חופש הביטוי במשפט הישראלי **כ'זכות יסוד עילאית**', אשר "מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החרויות האחרות."[[62]](#footnote-62)

בהתאם לכך, נתנו בתי המשפט בישראל פירוש נרחב מאד לחופש הביטוי: מבחינת **היקפו** נכללים בו כל צורות הביטוי והוא כולל בחובו את הביטוי הפוליטי, הספרותי והמסחרי. הוא חל גם על ביטויים שאוהבים לשמוע ועל ביטויים שמרגיזים ואף סוטים או כפי שנאמר ב**בג"צ לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, גם ביטוי שיש בו "ממרח מגונה של ארוטיקה, פוליטיקה וסטיות מכל סוג."[[63]](#footnote-63)

מבחינת **חשיבותו** של חופש הביטוי, השנים שעברו מאז קום המדינה רק תרמו להעצמתו וכך, בעשרות פסקי דין חיזקו בתי המשפט את יסודותיו של חופש הביטוי ויצקו תוכן אקטואלי לדיניו. התפתחות זו התאפשרה בשל אופייה של המדינה כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש והיא ביטוי לתפיסת עומק בחברה הישראלית שעוצבה וגובשה בעיקר על ידי בית המשפט העליון.

כדוגמה לכך, ניתן לראות את דברי כבוד הנשיא שמגר בפסק דינו ב**ע"א הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ** (1977),[[64]](#footnote-64) שם נכתב כי

זכות היסוד של חופש הביטוי היא בעלת חשיבות מכרעת בקביעת אופיו של המשטר השורר במסגרת מדינית או חברתית נתונה. יתרה מכן, היא יסוד מסד ותנאי מוקדם להבטחת קיומן ושמירתן הנאמנה של רוב זכויות יסוד האחרות: הווה אומר, בלעדיה מתערערת יציבותן של זכויות יסוד אחרות [...] אפיו המתואר של חופש הביטוי כזכות בין זכויות היסוד החוקתיות מעניק לו מעמד על-משפטי [...] יש לכך השלכה ישירה על פרשנותו המשפטית של כל חוק חרות.

לפיכך, נראה כי במדינת ישראל ניתן לדבר על **מסורת של חופש ביטוי**, כפי שטוען כבוד הנשיא ברק, שבאה לידי ביטוי ב"סטאטוס" משפטי של חופש ביטוי וב"מוסד" חברתי של חירות ביטוי.[[65]](#footnote-65) מסורת זו גובשה, מהבחינה ההיסטורית בישראל, בתנאים נורמטיביים ופיזיים קשים:

מבחינה נורמטיבית, החקיקה בענייני חופש הביטוי הייתה בעיקרה חקיקה מנדטורית, פרי משטר קולוניאלי, שלא ביקש לקדם את חופש הביטוי. זה משטר שחוקק את פקודת העיתונות ופקודות נוספות שצמצמו והגבילו את חופש הביטוי. המחוקק הישראלי לא ביטל חקיקה זו, ולכן לא הייתה זו מלאכה קלה לבתי המשפט לאפשר את חופש הביטוי ולדבוק בתפיסות היסוד של החברה הישראלית. זה חייב כמובן, תפישת עולם מגובשת באשר למעמד השפיטה, לתפקיד השופט בחברה דמוקרטית, ליחסיו עם הרשויות ולחובתו לקדם את שלטון החוק.

לא זאת בלבד, בתי המשפט גיבשו את תפיסתם זו בנוגע לחופש הביטוי על רקע היעדר חוקה הכוללת הגנה על אינטרסים וחרויות של פרטים, וזאת עד לחקיקת חוקי היסוד בשנת 1992, כפי שיובא בהמשך.

התנאים הפיזיים היו קשים גם הם. בתי המשפט פיתחו את מסורת חופש הביטוי בתנאים של מלחמות ושל צרכי ביטחון קשים ועל רקע מנטליות ביטחונית חזקה. במדינה כמו ארצות הברית היה זה קל יחסית לפתח מסורת של חופש ביטוי. לא כך הוא הדבר במדינת ישראל, מדינה קטנה שנאבקת על קיומה וביטחונה.[[66]](#footnote-66)

בהלימה למסורת זו ובדרך לגיבושה, ניתן לראות כיצד לאורך השנים קבע בית המשפט העליון, שמספר רב של אינטרסים וחרויות הם בעלי מעמד מיוחד של 'זכות יסוד' לא חקוקה ובמסגרת זו גיבש, כפי שראינו לעיל, גם את המעמד של חופש הביטוי במשפט הישראלי כ'זכות יסוד עילאית'. לכן, גם קבעו בתי המשפט שאופייה הדמוקרטי של המדינה מחייב הגנה נמרצת על חופש הביטוי.[[67]](#footnote-67)

מעמד מיוחד זה בא לידי ביטוי בעיקר בהלכה, לפיה יש לפרש חקיקה לאור חזקה נגד פגיעה ב'זכויות היסוד' וניתן לסטות ממנה רק כאשר אין מקום לפרשנות אחרת[[68]](#footnote-68).

**א.2 מחקיקת חוקי היסוד ועד היום (2016-1992)**

אם כן, התפתח לאורך השנים חופש הביטוי בישראל בעיקרו מתוך פרשנות חקיקה אשר הגבילה אותו.[[69]](#footnote-69) וכך, לאחר רצף של פסקי דין הנוגעים בנושא, חל מפנה והגיעה 'המהפכה החוקתית'.

בשנת 1992 נחקקו שני חוקי יסוד, אשר מעגנים כמה אינטרסים וחרויות של פרטים - חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. בניגוד להדגשה השיפוטית, בדבר ההיקף, החשיבות והמעמד המיוחד של חופש הביטוי, חוקי היסוד האמורים אינם כוללים את חופש הביטוי ברשימת האינטרסים או החרויות המוגנות במסגרתם: חיים, שלמות הגוף, כבוד האדם, חירות, חופש הכניסה לישראל והיציאה ממנה, פרטיות, קניין וחופש העיסוק. הצעות להענקת מעמד חוקתי לחופש הביטוי נדונו מספר פעמים בכנסת, אך עד כה לא התקבלו.[[70]](#footnote-70)

יחד עם זאת, חוקי היסוד האמורים כוללים גם כמה הוראות ומושגים רחבים ועמומים והם מעלים את האפשרות שיש מקום לכלול במסגרתם אינטרסים וחרויות נוספים.

לפיכך, התעוררה השאלה האם או באיזו מידה ראוי לפרש את חוקי היסוד ובעיקר את חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו, אשר כולל את המושגים הרחבים, 'כבוד' ו'חרות' באופן רחב, כך שיכלול גם את אותה זכות יסוד שהוכרה כבר בפסיקה, הזכות לחופש הביטוי, או שמא יש לראות זאת כהסדר שלילי בכל הנוגע אליו? בלשון אחרת, האם חופש הביטוי הינו חלק מהמושגים 'כבוד האדם' ו'חרותו', למרות שאינו מעוגן מפורשות בחוק יסוד: כבוד האדם וחרותו או בחוקי היסוד האחרים של המדינה?

לתשובה על שאלה זו יש חשיבות מעשית ולא רק עיונית, לאור הקביעה של בתי המשפט כי האינטרסים והחרויות אשר עוגנו בחוקי היסוד יזכו למעמד חוקתי מיוחד, מעבר לאינטרסים וחרויות שהוכרו כזכויות יסוד וכבעלי מעמד חוקתי רק על ידי בתי המשפט.

המעמד המיוחד של אינטרסים וחרויות הכלולים במסגרת חוקי היסוד כולל כמה היבטים. ראשית, נפסק שחוקי היסוד האמורים הם בעלי מעמד עדיף על פני חקיקה רגילה, שנחקקה לאחר כניסתם לתוקף של חוקי היסוד ולפיכך, חקיקה מנוגדת לחוקי היסוד - כלומר פוגעת באינטרסים ובחרויות הכלולים במסגרתם בלי לעמוד בתנאים של 'פסקת ההגבלה'[[71]](#footnote-71) - היא חסרת תוקף ובתי המשפט מוסמכים להצהיר על בטלותה.[[72]](#footnote-72) שנית, נפסק בדעת רוב בפסיקה, שבמסגרת הפרשנות של החקיקה יש לתת לאינטרסים ולחרויות המעוגנים בחוקי היסוד משקל נוסף בהשוואה למשקלם לפני חקיקת חוקי היסוד.[[73]](#footnote-73)

הספרות המשפטית והפסיקה מביעות לאורך השנים שתי עמדות בנוגע להיקפם של חוקי היסוד, הן באופן הכללי והן באופן הפרטני הנוגע לזכות חופש הביטוי. האחת, העמדה המרחיבה המפרשת את חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו באופן הכולל במסגרתו אינטרסים וחרויות רחבים רבים, אשר אינם מוזכרים בו במפורש ובכלל זה את חופש הביטוי.[[74]](#footnote-74)

השנייה, העמדה הצרה יותר מפרשת את חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו באופן הכולל במסגרתו רק אינטרסים וחרויות שיש להם נגיעה מיוחדת לגרעין הקשה והמובהק של המושג 'כבוד האדם' ושכולל רק את הפגיעות 'המובהקות, והקלאסיות בכבוד ובחרות והקשורות לאנושיותו של האדם'.[[75]](#footnote-75)

המבחן, שהוצע בחלק מפסקי הדין להבחנה בין האינטרסים וחרויות, שהם חלק מ'כבוד האדם' כמשמעו בחוק היסוד הוא השאלה: האם פגיעה בהם כרוכה ב'השפלה'? לפיכך, הוצע לראות את הפגיעות האלה כפגיעות בכבוד האדם: פגיעה פיזית, פגיעה נפשית, עינויים, ענישה אכזרית, פגיעה בשמו הטוב של האדם, אי סיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי ואפליה על בסיס גזע או מין.[[76]](#footnote-76) במסגרת עמדה צרה זו הובע ספק, הנוגע למעמדו החוקתי של חופש הביטוי ואם הוכר ככזה, היה זה רק באשר להיבטים מסוימים של חופש הביטוי - שלילה של חופש הביטוי הפוגעת 'בכבודו של האדם באשר הוא אדם' או כרוכה ב'השפלה' - אך לא היבטים אחרים של חופש הביטוי.[[77]](#footnote-77)

ההכרעה איזו מבין הפרשנויות האמורות היא התקפה כיום - הפרשנות הרחבה או הפרשנות הצרה - באה לידי ביטוי בשנים האחרונות במספר פסקי דין של בית המשפט העליון, שם נקבע כי זכות חופש הביטוי מוכרת ככזאת שמוחלת בתוך חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו.

לסיכום, ניתן להביא את דברי כבוד השופט הנדל ב**רע"פ מדינת ישראל נ' מיכאל בן-חורין** (להלן: **עניין 'בן-חורין'**):[[78]](#footnote-78)

מעמדו האיתן של חופש הביטוי מימים ימימה **עלה במדרגתו משעה שנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו**. כדברי חברתי, הנשיאה ביניש: הזכות לחופש הביטוי הוכרה בפסיקת בית משפט זה כזכות יסוד עוד בשנותיו הראשונות וכיום היא אף **נהנית ממעמד חוקתי על-חוקי כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם**. (ההדגשות של הח"מ - ר"מ)

**ב. חופש הביטוי מול אינטרסים וערכים אחרים**

משהוצג כי היקפה של זכות חופש הביטוי הינה רחבה ולפי העמדה הרווחת בפסיקה ניתן אף לומר כי הינה **מוחלטת בהיקפה**, **אך מאוזנת** לעיתים על ידי אינטרסים נוגדים[[79]](#footnote-79) וכי זכות זו מוכרת על ידי בית המשפט העליון כבעלת מעמד חוקתי על-חוקי, נשאלת השאלה: האם המדובר בזכות מוחלטת גם ב**מהותה**?

לעיתים קרובות נכתב במשפט הישראלי כי חופש הביטוי, ככל זכות חוקתית, **אינו מוחלט. בתי המשפט חזרו והדגישו כי חופש הביטוי הוא חופש יחסי**. בכך, באה לידי ביטוי התפישה כי חופש הביטוי, עם כל חשיבותו, אינו הערך היחיד במרקם החיים בחברה ובמדינה ולצדו יש אינטרסים וערכים נוספים, של הפרט ושל הכלל וביטחונו.[[80]](#footnote-80)

יש והזכות לחופש הביטוי **תיסוג מפני עקרונות ואינטרסים חשובים אחרים**. יחד עם זאת, האיסורים הפליליים המגבילים את חופש הביטוי צריכים שייעשו **ביד קפוצה**, כפי שטוען כבוד השופט הנדל בעניין 'בן-חורין':*[[81]](#footnote-81)*

נקודת מוצא עקרונית **זו מחייבת אותנו להתייחס בזהירות רבה לכל הגבלה של חופש הביטוי, לא כל שכן כאשר מדובר בהגבלה הנעשית באמצעות המשפט הפלילי**. יחד עם זאת, בדומה לזכויות אדם אחרות גם הזכות לחופש ביטוי איננה זכות מוחלטת וניתן להגבילה לשם הגנה על ערכים ואינטרסים חשובים אחרים של פרט זה או אחר או של החברה בכללותה [...] **המפגש בין המשפט הפלילי לבין חופש הביטוי רגיש ביותר** [...] המפגש הרגיש מחייב את בית המשפט לנהוג בזהירות במלאכת האיזון בין חופש הביטוי לבין הערך המוגן שמצדיק את הגבלתו ובמלאכת פרשנות הסעיף הרלוונטי. (ההדגשות של הח"מ - ר"מ)

ואם הזכות לחופש הביטוי אינה מוחלטת והינה יחסית, אזי בית המשפט נדרש לבצע **איזון** כל אימת שהיא מתנגשת עם אינטרסים או ערכים אחרים. לפי שגב ראם, הדוקטרינה הבולטת ביותר במשפט הישראלי בנוגע לדרך שבה ראוי להכריע בין שיקולים ואינטרסים מתנגשים ידועה כדוקטרינת 'איזון האינטרסים'. על פי דוקטרינה זו יש לעשות זאת באמצעות 'איזון של האינטרסים' או 'הערכים' העומדים על הפרק לפי חשיבותם, אופיים או מעמדם הפורמלי.[[82]](#footnote-82)

בתמצית, ישנם שני סוגים של איזונים במסגרת הדין בישראל: 'איזון אופקי' - בין אינטרסים בעלי חשיבות דומה או מעמד דומה ו'איזון אנכי' - בין אינטרס חשוב יותר או בעל מעמד גבוה יותר לבין אינטרס פחות חשוב או בעל מעמד נחות יותר. לפי ההלכה במסגרת 'איזון אנכי' יש להעניק עדיפות לאינטרס הבכיר בעדיפות ואילו במסגרת 'האיזון האופקי' אין מקום לתת עדיפות כאמור. המשפט הישראלי החיל את 'דוקטרינת איזון האינטרסים' בכל תחומי המשפט ובכל מקום בו חלה התנגשות בין זכות יסוד ובין שיקולים ו/או אינטרסים נוגדים.[[83]](#footnote-83)

**ג. התפתחות החקיקה בעבירות ההסתה לגזענות ולאלימות**

כעת, משהוצג מעמדו הרם אך הלא מוחלט של חופש הביטוי והצורך בביצוע איזונים כל אימת שישנה התנגשות בינו ובין אינטרסים וערכים אחרים, ראוי שייבחנו לעומק עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות, העומדות במרכז עבודה זו, כשלב בדרך לבחינה הפרטנית של ההתנגשות בין חופש הביטוי ובין האינטרסים והערכים הספציפיים המוגנים בעבירות הללו.

תחילה תפנה העבודה לבחון את ההתפתחות ההיסטורית של החקיקה בכנסת בעבירות ההסתה לגזענות ולאלימות, תוך עמידה על התכלית שעמדה מאחורי חקיקה זו והרקע לה, **במטרה להדגיש את הקשיים המהותיים עימם התמודד המחוקק**, בבואו להילחם בתופעה המתפשטת של ההסתה לגזענות ולאלימות, המתנגשת עם ערכי המדינה היהודית והדמוקרטית וזאת **עוד קודם לימי הרשתות החברתיות, אשר כפי שהוצג רק העצימו את התפשטות התופעה.**

**ג.1 עבירת ההסתה לגזענות**

היוזמה לקבוע איסורים פליליים מפורשים על ביטויים שונים של גזענות באה לעולם על רקע צמיחת הכהניזם בחברה בישראל. היות המדינה מדינה יהודית ודמוקרטית והצורך להגן על דמותה זו של המדינה וערכיה, הביא את המחוקק לנקיטת צעדים וכך, החקיקה בתחום העונשין הייתה אחת מדרכי פעולתו.

טרם דיון בגדרו ובפרשנותו של האיסור הפלילי על הסתה לגזענות, מן הראוי להידרש לתכלית שביסוד החקיקה ולעמוד על רקעה והתפתחותה. ב**ע"פ עידו אלבה נ' מדינת ישראל (**להלן: **עניין אלבה)** טען כבוד השופט מצא:[[84]](#footnote-84)

מדינת ישאל, קמה בצלה של השואה. עם הקמתה חרתה המדינה על דגלה את לקחה הנורא של השנאה הגזענית, שטעמה המר ליווה את עמנו מאז גלה מארצו ושבעשור האחרון לגלותו העמידה אותו על סף הכליה. בהכרזה על הקמת המדינה [...] באה ההצהרה הקובעת כי "מדינת ישראל [...] תהא מושתתת על יסודות החרות, הצדק והשלום [...] תקיים שוויון חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין, תבטיח חופש דת [...]"

הכרזה זו, שבשנים לבוא היוותה גם את הבסיס לחוק יסוד: כבוד האדם וחרותו[[85]](#footnote-85), שיקפה את ההסכמה הלאומית ואת השקפת "האבות המייסדים", לפיה המדינה תהיה בית לעם היהודי, מבוססת על משטר דמוקרטי ליהודים וללא-יהודים. תפיסה זו **הטמיעה את השוויון והוקיעה את הגזענות**.

באותם הימים של קום המדינה, לא התעורר עדיין הצורך בחקיקה מיוחדת לאכיפת דבר ההכרזה ורוחה, שכן בשלושים השנים הראשונות של המדינה, תופעות של הסתה וגזענות, ככל שהיו, היו שוליות וחריגות. החוק התייחס אמנם לאפשרות העמדה לדין של מסיתים ובעיקר אסר על פרסומי המרדה (שהחליפו חקיקה מנדטורית) ועל לשון הרע - כולל איסור על לשון הרע כלפי ציבור, אשר איפשר להגיש כתבי אישום בשל הסתה לגזענות - אך כתבי אישום שכאלו כמעט ולא נדרשו ולא היה צורך ממשי להרחיב את מסגרת האיסורים הפליליים על פרסום הסתה לגזענות. נראה שלא ניתן לנתק זאת מטראומת השואה ומכך שהיה זה בלתי מתקבל על הדעת, שבתוך החברה הישראלית באותן השנים יהיו סימנים של גזענות כלפי אחרים.

לכך יש להוסיף ולציין את הצטרפותה של ישראל בשנת 1965 לאמנה בינלאומית, שעניינה ביעור כל צורות האפליה הגזעית.[[86]](#footnote-86) במסגרת זו התחייבה ישראל לנקוט מהלכים חקיקתיים, שמטרתם לאסור, גם באמצעים עונשים, פעילות והסתה לגזענות.

ברם, מה שנראה בשלושים השנים הראשונות לקום המדינה כבלתי מתקבל על הדעת, קרם עור וגידים בשנות השמונים והפך לעובדה קונקרטית, עם הופעתה של תנועת 'כך' בשלהי שנות השבעים, אשר הטיפה לייסודה של מדינת הלכה יהודית "נקייה" מלא-יהודים והעלתה על הבמה הציבורית את האידיאולוגיה הגזענית המובהקת.

הפריצה של התנועה לתודעה הציבורית הייתה הדרגתית וחרף חומרתה לא כולם היטיבו לראות את הסכנה הטמונה בה ובהתפתחותה. כך, בשנת 1981 אף אושרה התנועה לראשונה להתמודד בבחירות לכנסת העשירית וגם ערעור על ההחלטה בפני בית המשפט העליון לא נשא פרי והרשימה אושרה.[[87]](#footnote-87) לקראת הכנסת האחת-עשרה החליטה ועדת הבחירות המרכזית לפסול את רשימת 'כך' וזו ערערה לבית המשפט העליון, אשר קיבל את ערעורה.[[88]](#footnote-88) בית המשפט, אשר עמד על תפיסותיה הגזעניות של התנועה (שהיו גלויות במצעה), לא מצא יסוד לקביעה כי יש במטרות התנועה משום שלילת עצם קיומה של המדינה וכי השתתפותה בבחירות מקימה אפשרות סבירה לפגיעה באופייה הדמוקרטי של המדינה. לכן לא נמצא בסיס חוקי איתן לשלול ממנה את זכות הייצוג בכנסת והתנועה הורשתה להשתתף בבחירות.[[89]](#footnote-89)

משנבחר הרב כהנא לכנסת האחת-עשרה הגבירו הוא ותנועתו את פעילותם הגזענית ורעיונותיו הופצו בכתובים, תוך ניצול במת הכנסת לנאומי הסתה כנגד אזרחיה הערבים של המדינה. כפועל יוצא, החלה מתבהרת חיוניות הצורך בחקיקה ספציפית, אשר תשלול ותבלום את ההסתה הגזענית, לרבות איסור פלילי מפורש על פרסומי הסתה לגזענות.

**בשנת תשמ"ה-1985**, החלה הכנסת בתהליכי חקיקה, שמטרתם המוצהרת הייתה מלחמה בגזענות. בסמיכות זמנים הונחו על שולחן הכנסת שתי הצעות חוק - הצעת חוק יסוד: הכנסת (תיקון מספר 12), שהציעה לתקן את חוק יסוד: הכנסת ואת חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב] וכן הצעת חוק העונשין (תיקון מספר 24), תשמ"ה-1985. בדברי ההסבר להצעת החוק הראשונה נכללה גם הפניה להצעת החוק השנייה ולהלן חלק מההתייחסות הרלוונטית:[[90]](#footnote-90)

בהצעת חוק העונשין (תיקון מספר 24), התשמ"ה-1985, מוצע לאסור פרסום של הסתה לגזענות. תופעת הגזענות נוגדת את הערכים שעליהם מושתתת מדינת ישראל. במשך דורות היה העם היהודי קרבן להסתה גזענית ואך טבעי הוא שמדינת ישראל תילחם עד חורמה בתופעה זו [...] בשל החומרה והסכנה של תופעת הגזענות, כפי שנתגלתה באחרונה, מוצע למנוע מרשימת מועמדים, שמטרותיה או מעשיה הם הסתה לגזענות, מלהשתתף בבחירות לכנסת.

בדברי ההסבר, שנתלוו להצעת החוק השנייה (תיקון מספר 24), הוטעם הניגוד שבין גזענות לבין מסורת העם היהודי, תוך מתן דגש לרעיון כבוד האדם באשר הוא אדם, כפי שמובא במדרש ומדוע לא ניתן עוד להסתפק בהוראות החוק, המצויות בדין הקיים, למרות שהללו מאפשרות להעניש על פרסום שיש בו הסתה, כפי שגם צוין לעיל.[[91]](#footnote-91)

חוק העונשין, התשל"ז-1977, אוסר מעשי המרדה ופרסומי המרדה (סעיפים 133 ו-134). המונח 'להמריד' כולל 'לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין' (סעיף 136 (4)) ויש בו כדי להעניש על ביטויים של הסתה לגזענות. כל עוד התופעה של הסתה גזענית הייתה שולית, ניתן היה להסתפק בהוראות האמורות וכן בהוראות האמורות בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 ובעיקר זו הדנה בלשון הרע על הציבור. ברם, משהפכה ההסתה הגזענית לתופעה מטרידה, נוצר צורך חינוכי לתקן את חוק העונשין ולכלול בו הוראה האוסרת במפורש פרסום הסתה לגזענות. (ההדגשות במקור).

כך הוגדר המונח "גזענות" באותה הצעת החוק:

גזענות – רדיפה, השפלה, ביזוי או איבה כלפי ציבור, או גרימת מדנים בין חלקים שונים של האוכלוסייה, וכן מעשה עוינות או אלימות, והכל בשל **השתייכות לגזע, ללאום או לדת**.

בפועל, בחוק העונשין נקבעה הגדרה שונה במקצת למונח "גזענות". השוני מתבטא בסיפא, כך שבמקום מילות ההצעה **"השתייכות לגזע, ללאום או לדת"** מסתפק החוק במילים: **"בשל צבע, או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני".[[92]](#footnote-92)**

כבוד השופט מצא מתייחס לשוני זה וטוען, כי **השוני אינו רק ניסוחי** וכי מההשוואה המילולית עולה כי רדיפתו, השפלתו או ביזויו של אדם, רק בשל השתייכותו לדת מסוימת אינן "גזענות" כהגדרתה בנוסח הכתוב בחוק. יחד עם זאת, נראה לשופט כי ההגדרה, כלשונה, **רחבה דייה כדי לכלול בחובה מקרים של יחס מפלה מצד יהודים כלפי ערבים ולהפך**, שכן למרות שלשני העמים אותו שיוך גזעי, מוצאיהם הלאומים-אתניים שונים.[[93]](#footnote-93)

מסכים כבוד השופט מצא עם דבריו של הנשיא שמגר ב**ע"ב ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השתיים עשרה**[[94]](#footnote-94) כי "הרדיפה לצורותיה, שטעמיה הם לאומניים, כלולה בימינו במסגרת המשמעות המקובלת של התופעה של הגזענות". ובהמשך לכך, קובע כבוד השופט מצא:

חלילה לנו מלדבוק בהגדרות טכניות, מדעיות או פסוודו-מדעיות בדבר מוצאיו השונים של המין האנושי. "גזענות" שוב אינה רק הדבקות בתורת הגזע הידועה לשמצה. גזענות היא **כל שנאת חינם של הזר בשל היותו זר, על רקע שונות גזעית או לאומית-אתנית**. שנאה זו מהווה חולי חברתי שימיו כימי העולם [...] ולמושג "גזענות" יש ליתן אותה משמעות שתהלום את תכליתו של החוק.[[95]](#footnote-95)(ההדגשה של הח"מ – ר"מ)

יש להדגיש כי בהצעת החוק המקורית (תיקון מספר 24) **לא נדרשה "כוונה" או "מטרה"** להסית לגזענות כתנאי הכרחי לקיום כל יסודות העבירה וסעיף 144ב(א) שכותרתו "אסור פרסום הסתה לגזענות" נוסח באופן הבא:

המפרסם דבר הסתה לגזענות, או המפרסם מתוך כוונה להביא לגזענות, דינו – מאסר שנתיים.

בבג"צ **התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה**[[96]](#footnote-96)(להלן: עניין **'תורת המלך'**) מציין כבוד השופט ג'ובראן כי ניתן לראות שהסעיף הציע שתי חלופות להרשעה בעבירה ורק הסיפא דרשה יסוד נפשי של "כוונה", ואילו הרישא דרשה יסוד נפשי של מודעות בלבד. לטעמו, דברי ההסבר שבהצעה הדגישו את היתרונות הגלומים בכך שהעבירה **לא תכלול** רכיב של מטרה או כוונה: [[97]](#footnote-97)

החוק המוצע יתרום גם ליעילות התגובה לגילויים של הסתה לגזענות, משום שלא יהיה עוד צורך להוכיח את כוונת המפרסם כאשר ההסתה מדברת בעד עצמה.

הבדל נוסף, בין הצעת החוק המקורית לנוסחו הסופי, כפי שהצביע עליו כבוד השופט ג'ובראן, הוא שבהצעה המקורית לא הייתה כל הגנה הנוגעת לפרסום בהקשר דתי, אלא רק הגנה לגבי פרסום דין וחשבון הוגן.[[98]](#footnote-98) לדבריו, ביום שבו הייתה אמורה הכנסת לאשר את הצעת החוק (תיקון מספר 24) בקריאה שנייה ושלישית הודיע יו"ר ועדת חוק, חוקה ומשפט כי ההצבעה תידחה עקב שינויים שביקשה הממשלה להכניס בו. כבוד השופט מתאר את החשש שפשט בקרב הממשלה שמא ציטוט דברי דת מהמקורות היהודיים, שעלולים להיחשב גזעניים, ייכנסו למסגרת החוק. **לכן, וכדי להפיג חשש זה הוסיפה הממשלה את דרישת המטרה**, אשר תבטיח אי-הפללה במקרים שכאלו. לפיכך, סיכם כבוד השופט: התכלית המקורית בהוספת רכיב המטרה נועדה להגן על "אדם שמתפלל בתום לב", כלומר, להגן על חופש הדת ולא על חופש הביטוי.[[99]](#footnote-99)

בסיכומו של דבר, עוד באותה השנה תוקן חוק יסוד: הכנסת וגם חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב] **ובשנת תשמ"ו-1986** הושלם מהלך חקיקתי בתחום דיני העונשין ונחקק תיקון בחוק העונשין (תיקון מספר 20), ולפרק ח' לחוק נוסף **סימן א1**, שנשא את הכותרת "הסתה לגזענות" ומנה חמישה סעיפים (144א-144ה) נוספו שתי העבירות החדשות: איסור פרסום הסתה לגזענות ואיסור החזקה של פרסום גזעני, שנועד לאפשר אכיפה עונשית של איסור ההסתה לגזענות. מהלכים אלו לא היו דבר של מה בכך, בעיקר בשל הפגיעה בזכויות יסוד הנגזרות מחופש הביטוי (על כך תדון העבודה באופן נרחב בהמשך).

**בשנת תשנ"ד-1994**, משנוכח המחוקק כי מלאכתו לוקה בחסר, תוקן סימן א1 בחוק העונשין **(תיקון מספר 40)** והוסף לחוק סעיף 144ד1, אשר הגדיר עבירה שלישית: "מעשה גזענות", שקבע עונש חמור יותר למי שעבר איזו משורת העבירות הקיימות ואשר עשה זאת "מתוך מניע של גזענות". כמו כן, הוחלפה כותרת הסימן מ"הסתה לגזענות" ל"גזענות" וגם הוכנס תיקון לא מהותי בסעיף 144ה לחוק.

**בשנת תשס"ה-2004** בוטל סעיף 144ד1 ותחתיו חוקק סעיף 144ו, שכותרתו "עבירות ממניע גזענות או עוינות כלפי ציבור – נסיבה מחמירה" (תיקון מספר 82), אשר הותיר את הרציונאל של עונש חמור יותר כתוצאה ממניע של גזענות, אך איחד זאת עם עבירות נוספות של עוינות כלפי ציבור.

**נכון להיום (2017)**, סעיפי עבירת ההסתה לגזענות הינם:[[100]](#footnote-100)

סעיף 144א - בסימן זה -

"גזענות" – רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא אתני.

סעיף 144ב -

1. המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים.
2. לעניין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא ואם היה בו אמת או לא.

סעיף 144ג -

1. פרסום דין וחשבון נכון והוגן על מעשה כאמור [בסעיף 144ב](https://he.wikisource.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%A7_%D7%94%D7%A2%D7%95%D7%A0%D7%A9%D7%99%D7%9F#.D7.A1.D7.A2.D7.99.D7.A3_144.D7.91) ,לא יראוהו כעבירה על [אותו סעיף](https://he.wikisource.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%A7_%D7%94%D7%A2%D7%95%D7%A0%D7%A9%D7%99%D7%9F#.D7.A1.D7.A2.D7.99.D7.A3_144.D7.91), ובלבד שלא נעשה מתוך מטרה להביא לגזענות.
2. פרסום ציטוט מתוך כתבי דת וספרי תפילה, או שמירה על פולחן של דת, לא יראו אותם כעבירה לפי [סעיף 144ב](https://he.wikisource.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%A7_%D7%94%D7%A2%D7%95%D7%A0%D7%A9%D7%99%D7%9F#.D7.A1.D7.A2.D7.99.D7.A3_144.D7.91), ובלבד שלא נעשה מתוך מטרה להסית לגזענות.

סעיף 144ד -

המחזיק לשם הפצה פרסום האסור לפי [סעיף 144ב](https://he.wikisource.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%A7_%D7%94%D7%A2%D7%95%D7%A0%D7%A9%D7%99%D7%9F#.D7.A1.D7.A2.D7.99.D7.A3_144.D7.91) כדי להביא לגזענות, דינו - מאסר שנה, והפרסום יחולט.

ניתן לראות, אם כן, כיצד לאחר כשלושים שנים מקום המדינה ועם התפשטות תופעת הגזענות החליטה הכנסת להילחם בתופעה, בשל הניגוד בין התופעה ובין הערכים עליהם מושתתת מדינת ישראל והמסורת היהודית. כך, לאחר מספר הצעות חוק נחקק סימן א1 לחוק העונשין, הוגדר המונח 'גזענות' באופן שכולל יחס מפלה מצד יהודים כלפי ערבים ולהפך, נקבעו היסוד העובדתי והנפשי הנדרשים, לאחר לא מעט דילמות ומתחים מול זכות חופש הביטוי. כן, נקבעו הגנות למפרסם פרסומים, זאת מתוך התחשבות בחששם של אנשי דת, שמא דברי דת יחשבו לדברי הסתה.

**ג.2 עבירת ההסתה לאלימות**

הנוסח הנוכחי של החוק בעבירה הנוגעת להסתה לאלימות, מקורו בתיקון **מתשס"ב-2002** ולשונו כך:[[101]](#footnote-101)

סעיף 144ד2

1. המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות, תמיכה בו או הזדהות עמו (בסעיף זה-פרסום מסית) ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש **אפשרות ממשית** שיביא לעשיית מעשה אלימות, דינו – חמש שנים. (ההדגשה של הח"מ – ר"מ)
2. בסעיף זה, "מעשה אלימות" – עבירה הפוגעת בגופו של אדם או המעמידה אותו בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה.
3. פרסום דין וחשבון נכון והוגן על פרסום האסור על פי הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב), אינו עבירה לפי סעיף זה.

הצעת החוק, שגובשה בעקבות פסיקתו של בית המשפט העליון ב**דנ"פ ג'בארין נ' מדינת ישראל** (להלן: **עניין ג'בארין**),[[102]](#footnote-102) עברה מספר גלגולים ובמהלך שלבי החקיקה בוועדת חוק, חוקה ומשפט חל ויכוח באשר למבחן ההסתברותי הראוי בעבירה, בין 'מבחן הוודאות הקרובה' ובין "אפשרות סבירה, שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור". ואולם, הנוסח שהתקבל לבסוף הוא הנוסח הקיים כיום - "אפשרות ממשית", שהינו מעין **סוג של פשרה** בין שתי הגישות שהובאו לעיל.

בחוקקה את תיקון מספר 66, ביטלה הכנסת את סעיף 4 (א) לפקודת מניעת טרור[[103]](#footnote-103), וזאת כתולדה של ההכרה בשינויים שחלו במאפייני האלימות והטרור הגלובאלי, לפיהם ארגוני הטרור אינם פועלים עוד רק כגופים עם מדרג ברור שמעביר הנחיות ממפקדים לפקודים, אלא לעיתים מבוצעים מעשי טרור על ידי חוליות או בודדים, שאין בהכרח קשר ארגוני סדור ביניהם ובין מפקדי הארגון, אלא פועלים רק בהשראתו של הארגון או של המנהיג.[[104]](#footnote-104)

**מאז 2002 ועד היום (2017)** נותר הסעיף ללא שינוי, ולמעשה השינוי היחידי שבוצע הינו בכותרתו "הסתה לאלימות או לטרור". זאת, בעקבות חקיקתו של חוק הטרור החדש[[105]](#footnote-105) והוצאת החלק הדן בטרור בחוק ייחודי לו. לפיכך, הכותרת שנותרה לסעיף הינה "הסתה לאלימות" בלבד (תיקון מספר 123).

הסעיף חוקק כדי לתת מענה לגל ההסתה לאלימות ששטף את המדינה בתחילת שנות האינתיפאדה השנייה ובא למלא חלל, שנוצר בעקבות השינויים במאפייני האלימות והטרור, שלא ניתן לו מענה בסעיף הרלוונטי בפקודה למניעת טרור, אשר היה בתוקף עד לחקיקת סעיף עבירת ההסתה לאלימות בתצורתו הנוכחית.

**ד. יסודות עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות**

לאחר שנבחנה התפתחות החקיקה, יבחן הסעיף הבא את הפרשנות שניתנה בפסיקה ובספרות המשפטית ליסודות עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות, כדי לשקף את המורכבות הרבה והרף הגבוה הנדרש להכנסת מקרים הנחשדים כמקרי הסתה לגזענות ולאלימות, לתוך מסגרת החוק ולעמידה ביסוד העובדתי והנפשי בכל אחת מהעבירות הללו.

דיון ראשון מקיף ביסודות העבירה של הסתה לגזענות נערך בעניין **אלבה**. זהו פסק הדין המנחה והחשוב ביותר לעניין עבירת ההסתה לגזענות. בפסק הדין טען כבוד השופט מצא, כי העיון בכלל הוראותיו של סימן א'1, שהוסף כאמור בתשמ"ו-1986 ושבגדרו נתחדש האיסור הפלילי על פרסום הסתה לגזענות, מעיד כי בקביעת מסגרת האיסורים הפליליים על ביטויי גזענות **נקט המחוקק אמת מידה מצמצמת**.

מוסיף כבוד השופט ומציין, כי אמנם מדינת ישראל הצטרפה לאמנה הבינלאומית משנת 1965 (שהוזכרה לעיל), אך המחוקק בחר להסתפק בחקיקה עונשית **שהיקפה מוגבל** וכך, נמנע המחוקק, למשל, מלקבוע כי גזענות תהווה כשלעצמה עבירה פלילית והסתפק בהטלת איסור פלילי על פרסום הסתה לגזענות ועל החזקת פרסום גזעני.[[106]](#footnote-106)

גם מאוחר יותר, כאשר בשנת תשנ"ד-1994 הוסיף המחוקק את האיסור הפלילי שבסעיף 144ד1, על "מעשה גזענות" (תיקון מספר 40), אשר בוטל בשנת תשס"ה-2004 ותחתיו חוקק סעיף 144ו, הסתכם פועלו רק בהחמרת הענישה למי שעבר עבירה "מתוך מניע של גזענות".

**גישתו המצמצמת** של המחוקק באה לידי ביטוי גם בתיקון מתשס"ב-2002, עת הוסף סעיף "ההסתה לאלימות או לטרור", אז, כאמור, נקט המחוקק בדרך של פשרה בקביעתו מהו המבחן ההסתברותי הראוי בסוגיה זו, והעדיף שלא לבחור במבחן המרחיב של "אפשרות סבירה".

**ד.1 יסודות עבירת ההסתה לגזענות**

כמצוין לעיל, עבירת ההסתה לגזענות מעוגנת כיום בסעיף 144ב לחוק העונשין.[[107]](#footnote-107)

בפסק הדין בעניין **אלבה**, אשר נדון בהרכב של שבעה שופטים נחלקו ביניהם שופטי הרוב (חמישה) במספר נושאים:[[108]](#footnote-108) האחד, בית המשפט נדרש לשאלה האם "הדבר" שבפרסום, לפי לשון הסעיף, צריך להיות גזעני במהותו לשם השתכללות העבירה, או האם כל 'דבר' ואפילו הוא בעל תוכן תמים לחלוטין עשוי לקיים את היסוד העובדתי בעבירה. השני, התגלעה מחלוקת לעניין הצורך ב'וודאות קרובה' להסתה בפועל לשםהשתכללות העבירה. לדעתו של הנשיא ברק, 'הדבר' המפורסם צריך להיות בעל מסר גזעני העלול ב'וודאות קרובה' לפגוע בשלום הציבור ואילו לדעתו של כבוד השופט מצא (כתוארו אז), אין הדבר נחוץ. המחלוקת השלישית, שהתעוררה בעניין **אלבה** נגעה להלכת הצפיות המעוגנת בסעיף 20ב לחוק העונשין[[109]](#footnote-109) - האם היא חלה בעבירות תוצאתיות או גם בעבירות התנהגותיות בעלות רכיב של מטרה, כפי שמוגדר סעיף 144ב שלעיל.

בפסק דין זה, כמו גם בפסקי דין מאוחרים יותר ובכללם פסק הדין הרחב והמעמיק שניתן בעניין **'תורת המלך'**, לא מצא בית המשפט העליון שמחלוקות אלו רלוונטיות להכרעה **ולכן השאירן פתוחות**.

**ד.1.1 היסוד העובדתי**

חילוקי הדעות באשר ליסוד העובדתי שבאיסור הפלילי באו לידי ביטוי בפסק הדין בשני מישורים עיקריים. המישור הראשון נגע בעניין תוכן הפרסום האסור, שם קבעו רוב השופטים כי **יש לפרש את האיסור כחל רק על ביטוי בעל תוכן גזעני**. למשל, בדברי כבוד השופט גולדברג:[[110]](#footnote-110)

ליבה של העבירה [...] היא מטרת המפרסם להסית לגזענות. ואילו לתוכנו של הפרסום אין זה מן ההכרח כי יסית ברורות לגזענות, או שיהיה בו פוטנציאל להסתה גזענית, **אולם חייב שתהיה בו זיקה, ישירה או עקיפה, לנושא של גזענות.** פרשנות זו אינה מתעלמת לחלוטין מתוכנו של "הדבר" שפורסם, אולם **היא חוסמת אפשרות של הרשעת אדם בשל פרסום שאין בינו ובין גזענות ולא כלום**, רק משום שמטרתו של המפרסם הייתה להסית לגזענות. (ההדגשות של הח"מ – ר"מ)

מרדכי קרמניצר דן באריכות בפסיקתו זו של בית המשפט העליון.[[111]](#footnote-111) באשר ליסוד העובדתי של עבירת ההסתה לגזענות טוען קרמניצר, כי ניתן לאפיין את תוכנו של פרסום אסור בשלוש אפשרויות:[[112]](#footnote-112)

1. פרסום, המכיל תכנים גזעניים בפני עצמם (אף אם אין בהם סגולה של השפעה לפעולה).
2. פרסום המכיל תכנים המסיתים לגזענות, היינו: תכנים שקליטתם בנסיבות מסוימות עלולה ליצור במוחות של הקולט אותם תפיסות גזעניות או לתרום ליצירתן (אף אם אין בהם תוכן גזעני נוסף על עצם ההסתה לגזענות. לדוגמה: פירוט מוצאם הגזעי של עצורים בדיווחים עיתונאים).
3. פרסום היוצר הסתברות לפעולה גזענית.

לטעמו, הדרישה הינה מינימליסטית - **הסתפקות בתוכן גזעני** ולאו דווקא תוכן **המסית** לגזענות, וכך הוא כותב[[113]](#footnote-113) :

גישה מינימליסטית כזו עולה בקנה אחד עם העובדה שבתחום היסוד הנפשי, הדרישה היא יוצאת דופן ובלתי שגרתית - דרישה למטרה דווקא ואי הסתפקות במחשבה פלילית. עוצמתו המיוחדת של היסוד הנפשי מאפשרת הסתפקות במועט בתחום היסוד העובדתי [...] ברור גם כי הסכנה שבגזענות אינה מצטמצמת להסתה להתנהגות גזענית. כדי שהסתה כזו תניב פירות היא צריכה ליפול על קרקע מתאימה. עיקר הסכנה הוא דווקא בהכשרת הקרקע, ביצירת הלך נפש ותודעה גזעניים**. הגנה יעילה מפני גזענות צריכה, לכן, להקיף גם ביטוי גזעני שאיננו מסית.** (ההדגשה של הח"מ – ר"מ)

המישור השני עסק ב'מבחן הוודאות הקרובה'. לטענתו של קרמניצר, אשר מוצאת לה תימוכין בספרות המשפטית, בפסק הדין בעניין **אלבה מוטטו** רוב השופטים את ההנחה, לפיה הגבלה של חופש הביטוי מותנית תמיד ב'וודאות קרובה' לפגיעה משמעותית באינטרס חברתי חיוני וכי נשלל עצם קיומו של אלמנט הסתברותי אובייקטיבי בעבירת הסתה לגזענות.[[114]](#footnote-114)

למרות שכאמור הנושא טרם הוכרע בפסיקה, קרמניצר תומך בעמדתו של כבוד השופט מצא בעניין **אלבה**, שכתב את דעת הרוב :[[115]](#footnote-115)

גם להנחת הסניגור, כי 'מבחן הוודאות הקרובה' מהווה אמת לקביעת גבולו של האיסור הפלילי הנדון, אין כל יסוד. 'מבחן הוודאות הקרובה' הוא מבחן סיבתי. הוא משמש כאמת מידה לקביעת גבולן של חירויות יסוד שונות [...] למבחן זה אין, ולא יכולה להיות, תחולה בקביעת גבולה של עבירה התנהגותית מובהקת, ששכלולה, כעולה מהוראת סעיף 144ב (ב), רישא, אינו מותנה בהתרחשות תוצאה כלשהי.

**ד.1.2 היסוד הנפשי**

"מתוך מטרה להסית לגזענות"

סעיף 144ב (א) אוסר על פרסום 'דבר' **"מתוך מטרה להסית לגזענות"**. אלו המילים המתארות את מהות המחשבה הפלילית הנדרשת לשכלול העבירה. מהי טיבה של המחשבה הפלילית הנדרשת, ומהו הדין לגבי עבירות הדורשות יסוד נפשי של מטרה?

תנאי ראשון להוכחת "מחשבה פלילית" הוא קיומה של מודעות לכל רכיבי היסוד העובדתי של העבירה. זהו היבט הכרתי-שכלי,[[116]](#footnote-116) שבהתאם לו יש להוכיח, כאמור בסעיף 20 (א) לחוק העונשין,[[117]](#footnote-117) כי העושה היה מודע סובייקטיבית "לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה". המודעות הזו, שאינה מוגדרת בלשון החוק, היא המכנה המשותף לכל צורות המחשבה הפלילית - 'עבירות התנהגותיות', 'עבירות תוצאה' ו'עבירות מטרה'.

המחשבה הפלילית, באופן כללי, ומודעות באופן ספציפי, מהוות הלך נפש שהוכחתו עלולה לעורר בעיות ראייתיות ולכן, נזקק בית המשפט לחזקות ראייתיות, עובדתיות הנסמכות על ניסיון החיים והשכל הישר. עם חזקות אלו נמנית החזקה כי אדם מודע לרכיבי היסוד העובדתי בעבירה שביצע, לרבות לאפשרות התרחשותה של התוצאה הטבעית העשויה לצמוח ממעשיו.[[118]](#footnote-118) מאחר שמדובר בחזקות עובדתיות, ניתן כמובן לסתור אותן בנסיבות המקרה הקונקרטי.

ישנן עבירות של מחשבה פלילית, **אשר דורשות להוכיח מטרה**, **בנוסף** למחשבה הפלילית המופיעה בסעיף 20 לחוק. עבירות אלו מכונות עבירות של "כוונה מיוחדת" או "עבירות מטרה". בהתאם לפסיקה, בעבירות מטרה, **הרכיב הנפשי מתאר רצון להשגת יעד שאיננו חלק מהרכיבים העובדתיים של העבירה**.[[119]](#footnote-119) עבירת מטרה עשויה להיות הן עבירה התנהגותית והן עבירה תוצאתית.

יש לשים לב כי הרכיב "מטרה" אינו מוזכר בסעיף 20 לחוק העוסק במחשבה הפלילית. לדעתם של יורם רובין ויניב ואקי, **המדובר בטעות, שיש בו ליצור סיבוכים קשים ומיותרים, שכן אין כל הבדל בין "כוונה" ל"מטרה" וכל הבחנה שכזו הינה מלאכותית**, שכן בשני המקרים מדובר ברצון להשיג יעד לביצוע המעשה. לטענתם, גם קרמניצר, שהיה שותף בניסוח החוק, מודה בכך כי מבחינת היסוד הנפשי מדובר באותו יסוד ממש - רצון ואין כל הבדל ביניהן. השניים ממשיכים וטוענים כי **הפיצול הזה שבין "כוונה" ל"מטרה" הוא הסיבה למספר הלכות מוקשות**, לרבות אלו שעוסקות ב'הילכת הצפיות', כפי שיובא בהמשך, ולכן, ראוי לתקן את חוק העונשין ולבטל את הפיצול בין השתיים.[[120]](#footnote-120)

בחוות דעתו של כבוד השופט מצא בעניין **אלבה**, מדובר רק במטרה ש**מקבל** הפרסום יוסת לגזענות, כלומר: מטרתו של המסית היא **ברמה המנטאלית** **- נטיעת רעיונות גזעניים במוח קהלו**:[[121]](#footnote-121)

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

מוסיף כבוד השופט וטוען כי מאחר שהמדובר בעבירה התנהגותית, אזי בראייה בדיעבד, השאלה אם פרסום המסית לגזענות הביא לגזענות אם לאו, אינה חשובה. בראייה מראש, באיסור הפלילי אין לדרוש קיום מודעות לאפשרות של פגיעה בציבור שהפרסום מסית נגדו. **לדעתו, די אם המפרסם יהיה מודע לתוכן הפרסום ולאפשרות, גם אם זאת אפשרות רחוקה, שמקבל הפרסום יוסת לגזענות.**[[122]](#footnote-122)

קרמניצר חושב אחרת. בעיניו לא ברור שפרושו הנכון של החוק ממעט כל כך במשמעותו של היסוד הנפשי הנדרש. לטעמו, מרבית הביטויים המופיעים בהגדרת "גזענות", אם לא כולם, **מגלמים עשייה**. למשל, בביטויים "רדיפה" ו"השפלה" וכך הלאה במילות החוק שבסעיף 144א. לכן, לדעתו מדובר בהסתה לעשייה ולא בהסתה להרגשה של המוסת - "מושא מטרתו של המסית היא גזענות במובנה המצומצם יותר: קרי, **מעשים גזעניים**."[[123]](#footnote-123)

קרמניצר מרחיב וטוען כי -

פרוש זה נראה עדיף גם מבחינת משמעות הביטוי "הסתה" וגם מבחינת היקפו הראוי של האיסור, במיוחד לאור הטיב המינימלי של היסוד העובדתי, כפי שהוא לעיל ולאופי הפרטי של רגשות והלכי נפש [...] כלומר: אין מדובר בסתם רצון שקולטי הפרסום יהיו מוסתים לגזענות (לעמדה או להלך נפשי גזעניים), אלא רצון **שיפעלו** באופן גזעני, כמוגדר בסעיף 144א [...] זאת ועוד [...] **מתבקש כי המסית ירצה באותה עשייה גזענית של קולטי הפרסום**.[[124]](#footnote-124) (ההדגשות של הח"מ - ר"מ)

לטענתו זו הוא מוצא תימוכין בהתייחסותם של הנשיא ברק, כבוד השופט טירקל וכבוד השופט טל בפסק הדין בעניין **אלבה**.[[125]](#footnote-125)

בחוות דעתו של כבוד השופט ג'ובראן בפסק דינו בעניין **'תורת המלך'** הוא מפרט כי סעיף 144ב(ב) קובע מפורשות שאין זה משנה האם הפרסום הביא לגזענות או לאו ולכן, הוכחת יסודות העבירה אינה דורשת הוכחה של תוצאה בכלל. מכאן, **שגם לא נדרש להוכיח שהמפרסם חפץ בהתממשות מעשי גזענות ואלימות שנגרמו כתוצאה מהפרסום.** כבוד השופט מסכם ואומר כי כל אלו אינם חלק מיסודות עבירת ההסתה לגזענות. **הסכנה הגלומה בעבירה היא בעצם הביטוי** **המסית** ובחינה בדיעבד של השפעות הפרסום המסית חותרת תחת המטרה של עבירת ההסתה, שנועדו למנוע מראש את המעשה ולא בדיעבד לאחר שהתממשו.[[126]](#footnote-126)

'הלכת הצפיות'

התשובה לשאלה האם במסגרת האיסור על הסתה לגזענות, צפייה בהסתברות גבוהה של אפשרות שהביטוי יסית לגזענות, כמוה כמטרה של הסתה לגזענות, **אינה ברורה וקיימת בנוגע אליה מחלוקת בפסיקה**, החל מפסק הדין בעניין **אלבה** (1996) ועד לפסק הדין בעניין **'תורת המלך'** (2015) ולמעשה עד היום.

הכלל החקוק בסעיף 20(ב) לחוק העונשין, שלפיו צפייה בהסתברות גבוהה של תוצאה היא תחליף לכוונה לגרום תוצאה אינו חל כפשוטו, ורוב השופטים שאימצו את הפרשנות הלשונית של הכלל החקוק לא הכריעו בתחולתה של 'הלכת הצפיות' בנוגע למטרה של הסתה לגזענות.[[127]](#footnote-127) המתנגדים לשימוש ב'הלכת הצפיות' כתחליף מהותי לרכיב המטרה בעבירה זו טוענים כי הדבר יוביל לפגיעה באיזון בין חופש הביטוי לבין אינטרסים וערכים מתנגשים דוגמת, הסדר הציבורי, תקנת הציבור וכבוד האדם. כבוד השופט ג'ובראן מאידך, בחוות דעתו בעניין **'תורת המלך'** טוען, כי דווקא ההיסטוריה החקיקתית, כפי שהובאה באריכות לעיל, מצביעה על כך שהוספת רכיב המטרה בעבירת ההסתה לגזענות נועדה כדי להגן קודם כל על חופש הדת ולכן, סבור כבוד השופט כי החלתה של 'הלכת הצפיות' כתחליף מהותי לרכיב המטרה, איננה מפרה את האיזון הראוי בין חופש הביטוי לאינטרסים האחרים.[[128]](#footnote-128)

מעניינת בהקשר זה עמדתו של קרמניצר שטוען כך[[129]](#footnote-129):

נקודת האחיזה הארכימדית המצויה בסעיף (144ב שלעיל – הערת המחבר) היא **מטרת** **המפרסם** [...] מבחינת משמעותו הפשוטה של יסוד המטרה [...] **אין מנוס מלתפוס את 'הלכת הצפיות' כתחליף מהותי ליסוד הרצוני האותנטי.** ודוק: החלפת הרצון במודעות המאופיינת כצפייה בהסתברות גבוהה היא אכן מהותית..[...] (ההדגשות של הח"מ – ר"מ)

כך שלטעמו, כפי שאין לדרוש הסתברות בדרגה של 'וודאות קרובה' ביסוד העובדתי כדרישת הנשיא ברק, כך אין לדרוש 'מטרה' במובן הצר ביסוד הנפשי וניתן להסתפק בהחלת 'הילכת הציפיות'.

בנוגע ליסודות עבירת ההסתה לגזענות, ניתן לומר כי **המצב המשפטי אינו מבואר די הצורך הן באשר ליסוד העובדתי והן באשר ליסוד הנפשי של עבירה זו.** שאלות משמעותיות נותרו פתוחות ונשארו ב'צריך עיון' ודומה כי אי-ההכרעה בשאלות אלו **פוגע בדרישה כי החוק הפלילי יהיה ברור וודאי**, שכן אם אינו כזה הוא **מקשה על הציבור לכלכל את צעדיו** בהתאם לנורמות משפטיות ועלול לגרום לאובדן הביטחון המשפטי של הפרט.[[130]](#footnote-130) לא זאת בלבד, **החקיקה המצמצמת בעניין זה, לצד פרשנות משפטית מצמצמת ולא בהירה מציבות רף גבוה להוכחת העבירה.**

**ד.2 יסודות עבירת ההסתה לאלימות**

כפי שכבר הוזכר, עבירת ההסתה לאלימות מעוגנת כיום בסעיף 144ד2 לחוק העונשין.[[131]](#footnote-131)

על פי הסעיף נדרש פרסום, כהגדרתו בסעיף 34כד לחוק,[[132]](#footnote-132) בשתי חלופות כדי שפרסום יסווג כפרסום מסית לאלימות. האחת, קריאה לעשיית מעשה אלימות והשנייה, שקובעת רף נמוך יותר: דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות, תמיכה או הזדהות עימו. כל אלו הם מעשה העבירה.

נסיבות העבירה - בעניין **'בן-חורין'** קבע כבוד השופט הנדל כי על בית המשפט לבדוק האם על פי תוכן הפרסום ונסיבותיו יש **אפשרות ממשית** שתביא לתוצאה של עשיית מעשה אלימות. אמת המידה של אפשרות ממשית מצויה בתווך שבין 'וודאות קרובה' ובין 'אפשרות סבירה' ו'חשש לאפשרות'.[[133]](#footnote-133) רמה הסתברותית זו שונה מהפסיקה שנתנה דגש ל'וודאות הקרובה', כפי שכבר הוזכר. אם כן, בסעיף נדרש קשר בין פרסום לתוצאה בכוח, אך זאת על פי המבחן של 'אפשרות ממשית' - "לא מעבר לכך ולא פחות מכך"[[134]](#footnote-134).

עוד קבע כבוד השופט הנדל כי על בית המשפט **לבחון כל מקרה כמכלול, מבלי לקבוע מראש מבחנים ראשיים**. נקבע, כי בין יתר תינתן הדעת לשאלה מיהו המפרסם ולאווירה השוררת בציבור בעת הפרסום, לסוג האלימות המדוברת, להיקף הקבוצה החשופה לאותה אלימות, להיקף הפרסום ולקהל היעד שלו, להקשר הפרסום, למקומו ולמדיום שבו נעשה שימוש:" יש לשאול בין היתר - מי אמר, מה נאמר, היכן נאמר, באיזה אופן נאמר, למי נאמר ובאיזו מסגרת נאמר".[[135]](#footnote-135) בית המשפט הדגיש כי הרשימה שכלולה בתיבה "נסיבות" אינה סגורה, אלא פתוחה במכוון. "מתפקידו של בית המשפט להתייחס למקרה שלפניו על מכלול מאפייניו כיחידה אחת המורכבת מתת-יחידות שונות. משקלה היחסי של נסיבה מסוימת עשוי להשתנות בראייה הכוללת של הדברים במקרה הקונקרטי".[[136]](#footnote-136)

הדגיש בית המשפט בעניין **'בן-חורין'** כי מעשה האלימות שיש לבחון את האפשרות למימושו, לא חייב להיות מעשה דומה לזה שמופיע בפרסום. כך למשל, פרסום תמיכה ברצח, שעלול להביא לתקיפה "בלבד" עונה על דרישות הסעיף.

בתוך כך ראוי לציין, את עמדת המיעוט של כבוד השופט ג'ובראן ב**רע"פ ראאד סלאח מחאג'נה נ' מדינת ישראל** (להלן: **עניין ראאד סלאח**),[[137]](#footnote-137) לפיה במסגרת שקלול בחינת נסיבות הפרסום ישנה חשיבות רבה לאוניברסאליות של הקהל הנמען בהבנת משמעותו של הדבר המפורסם. לטעמו, אם המפרסם אינו מדבר אל קהל ספציפי, להוט ופוליטי, אלא לקהל כללי, פוחתת ספציפיות הקריאה, וכפועל יוצא **פוחתת** האפשרות כי אותה קריאה תביא 'כאפשרות ממשית' לעשיית מעשה אלימות. בכך מרחיב כבוד השופט ג'ובראן את הגנת חופש הביטוי של המפרסם.

באשר ליסוד הנפשי בעבירה זו, יש לומר כי הכוונה הדרושה הינה כוונה רגילה, כלומר מודעות לטיב המעשה והתקיימות הנסיבות.

נראה כי כאן, בשונה מעבירת ההסתה לגזענות, המצב המשפטי ברור יותר, **אך עדיין נדרש מבחן הסתברותי לא מבוטל כדי למלא את יסודות העבירה ועמידה במבחנים שקבעה הפסיקה, שאינם מבחנים 'סגורים'.** לכן, מבחן "האפשרות הממשית" הינו **קשה להערכה ולהוכחה** ואין ביטחון כי הוא מאפשר הגנה מספקת על הערכים המוגנים על ידי האיסור שבעבירת ההסתה לאלימות, כפי שיובאו בהמשך.

**ד.3 מה בין הסתה לגזענות להסתה לאלימות**

בפסק הדין בעניין **'תורת המלך'** דן בית המשפט באופן נרחב ביסודות עבירת ההסתה לגזענות וההסתה לאלימות, ולאחר שהשווה בין שתי עבירות אלו קבע כי שתי העבירות דומות ביסודן. עם זאת, ישנם שני הבדלים מרכזיים, שכבר הובאו לעיל, אך יחודדו להלן:

**ההבדל הראשון, הוא בקיומו של רכיב הסתברותי כחלק מיסודות העבירה**. כפי שכבר צוין, בעבירת ההסתה לאלימות החוק מציין במפורש כי נדרשת 'אפשרות ממשית' שהפרסום יוביל לאלימות, בעוד שביחס לעבירת ההסתה לגזענות, נדחתה (בדעת רוב) העמדה הגורסת קיומו של מבחן הסתברותי כלשהו בעבירה.

**ההבדל השני בין שתי העבירות טמון ביסוד הנפשי הנדרש בהן**. בעוד שבעבירת ההסתה לגזענות היסוד הנפשי הוא מיוחד של מטרה, הדורש את קיומה של מטרה מצדו של המפרסם לכך שדבריו יסיתו לגזענות, הרי שבעבירת ההסתה לאלימות אין דרישה של מטרה להסית לאלימות ו"המדובר בעבירה התנהגותית 'רגילה', אשר דורשת יסוד נפשי של מודעות לטיב המעשה ולהתקיימות הנסיבות."[[138]](#footnote-138)

**ה. ההתנגשות בין חופש הביטוי ובין האיסורים שבעבירות ההסתה**

העיסוק במהות האיסורים הפליליים שבעבירות ההסתה לגזענות ולאלימות, מוביל בהקשרי העבודה לדיון פרטני הנוגע להתנגשות שבין זכות חופש הביטוי ובין האינטרסים והערכים הספציפיים המוגנים באיסורים הפלילים הללו.

עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות נועדו לייצר איזון בין מספר תכליות וערכים, המתנגשים זה בזה. מצד אחד, הרשעת "המפרסם" כתוארו בסעיפי החוק בעבירות ההסתה לגזענות ולאלימות, **מגבילה ופוגעת בחופש הביטוי שלו**. מצד שני, עבירות אלו מגינות על **קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, על הסדר הציבורי ועל תקנת הציבור**, כמו גם על **ערך כבוד האדם** במובנו הבסיסי והגרעיני. ההסתה לגזענות שוללת מבני האדם את התכונות האנושיות בשל שיוכם הגזעי, הדתי, האתני או הלאומי והיא פוגעת **בזכות הבסיסית לשוויון ולערך הכבוד האנושי** של הברואים באשר הם.[[139]](#footnote-139)

על הערכים המצוינים, ניתן להוסיף את דבריו של כבוד השופט אור, שכתב את דעת הרוב, ב**דנ"פ מדינת ישראל נ' כהנא** (להלן: **עניין כהנא [2]**),[[140]](#footnote-140) אשר אמנם עוסקים בעבירות ההמרדה,[[141]](#footnote-141) אך טובים גם לעניין עבירת ההסתה לגזענות.[[142]](#footnote-142) לשיטתו, בין שתי העבירות קיים תחום חפיפה רחב, ואף מילות החוק זהות בחלק מהסעיף לאלו המופיעות בסעיף הגדרת מונח הגזענות.[[143]](#footnote-143) וכך טוען כבוד השופט:[[144]](#footnote-144)

נראה לי כי הערך העומד ביסוד חלופה זו הוא שמירת היכולת של חלקי אוכלוסייה שונים במדינה לחיות זה בצד זה בשלום ובביטחון, ערך אשר נכנהו להלן - **לכידות חברתית** [...] הסתה המופנית נגד קבוצת אוכלוסייה על רק גזעי או אידיאולוגי המלבה נגדה איבה וקוראת לנקוט נגדה, כקבוצה, אמצעי אלימות, **מהווה פגיעה באותו ערך של לכידות חברתית** במובן האמור [...] בנסיבות קיצוניות עלולה הסתה כזו לרופף לחלוטין את "הדבק" המינימלי המחבר בין חלקיה השונים של האוכלוסייה ולמנוע חיים משותפים באותה המדינה.[[145]](#footnote-145)(ההדגשות של הח"מ – ר"מ)

לאורך השנים חלה התפתחות בחקיקה ובהתגבשות תפיסתו של בית המשפט העליון בנושא המתחים שבין חופש הביטוי והאיסורים הפליליים שבעבירות ההסתה לגזענות ולאלימות. אם אפשר לצייר את קו השינוי, ניתן לומר כי היה זה **לאחר רצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל**, בנובמבר 1995, אשר שינה את יחסה של החברה הישראלית להסתה ואת הבנת הסכנות הטמונות בה, וכך גם את ההתייחסות המשפטית להוראות החוק האוסרות הסתה.

**ה.1 התפתחות הפסיקה במתח בין חופש הביטוי ועבירת ההסתה לגזענות**

**טרם הרצח**, עלתה סוגית המתח בין חופש הביטוי והערכים האחרים בעוצמה ב**בג"צ כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור** (להלן: **עניין כהנא [1]**)[[146]](#footnote-146) שם נפסק כי חרף העובדה שהדיבור הגזעני סותר את יסודות השיח הדמוקרטי ופוגע בו, אין לפסלו על הסף וכי יש להפעיל גם על הדיבור הגזעני נוסחת איזון, בין החופש לבטאו ובין הפגיעה בערכים מוגנים אחרים. וכך ציין כבוד השופט ברק (כתוארו אז):[[147]](#footnote-147)

אכן הגזענות בשקר יסודה, אך האמת תצא לאור רק באותה התמודדות חופשית של רעיונות ודעות [...] לא האמת בגזענות תומכת בחופש לבטאה, אלא ההתמודדות החופשית של דעות והשקפות, שתוקיע את השקר שבה. [...] לשם הגשמת עצמנו עלינו להקשיב וללמוד ולהיות מודעים גם לדעות גזעניות. רק בדרך זו נדע להילחם נגדן.

לצד האמור, הכיר כבוד השופט ברק באותו פסק הדין בעובדה כי חופש הביטוי, אשר בא להגן על הדמוקרטיה, יכול גם לפגוע בה וכך יכול להתרחש כאשר הביטוי הוא גזעני. לכן, גם לדידו, **שיח ציבורי פתוח, נוקב וקשה אינו יכול להיות משולל רסן לחלוטין**. נוסחת האיזון אותה התווה הנשיא באותה העת, הינה נוסחת האיזון העקרונית של 'הוודאות הקרובה' לפגיעה ממשית בשלום הציבור.[[148]](#footnote-148)

**רק רצח ראש הממשלה**, חידד את המחלוקת בנושא גבולות חופש הביטוי בהקשרי ההסתה לגזענות ולאלימות, על רקע הטענה כי ביטויי הסתה שנשמעו בציבור עובר למקרה הכשירו את הקרקע לקראתו.[[149]](#footnote-149) מחלוקת זו עוררה דיון ער בזירה המשפטית ובאה לידי ביטוי בשורה של פסקי דין של בית המשפט העליון.

כאמור לעיל, פסק הדין המשמעותי הראשון, שנתן בית המשפט העליון **לאחר הרצח** בנושא ההסתה לגזענות היה בעניין **אלבה**, אשר קבע בדעת רוב השופטים (הנשיא ברק, כבוד השופט בך, כבוד השופט גולדברג, כבוד השופטת דורנר וכבוד השופט טירקל) כי **עיקרון חופש הביטוי חל גם על התבטאויות גזעניות.** כבוד השופט מצא (כתוארו אז), אשר אמנם כתב את דעת הרוב, חשב אחרת וטען שעיקרון חופש הביטוי אינו חל על התבטאויות גזעניות [[150]](#footnote-150) -

נקודת המוצא היא, שבמסגרת חופש הביטוי נתונה לכל אדם זכות רחבה להביע ולפרסם את דעותיו. אך לשום אדם אין זכות לבטא דעה שמטרתה להסית לגזענות. ואין דבר באיסור הפלילי על פרסום הסתה לגזענות הסותר את חופש הביטוי [...] הביטוי הגזעני אינו נמנה עם צורות הביטוי הפוגעניות, המרגיזות או המקוממות, שעל חברה להשלים עם קיומן [...] **הביטוי הגזעני הוא חריג [...] ושערי חופש הביטוי נעולים בפניו**.(ההדגשה של הח"מ – ר"מ)

תמיכה בדברי כבוד השופט מצא, ניתן למצוא בדברי כבוד השופט רובינשטיין בפסק הדין העדכני בעניין **'תורת המלך'**[[151]](#footnote-151) -

[...] כבר ציינתי שאני כשלעצמי חולק על האמירה, המצויה גם בפסיקתו של בית משפט זה, כי חופש הביטוי חל גם על ביטוי גזעני.

נראה, כי נכון להיום סוגיה זו הוכרעה בפסיקה וזכתה לתמיכה גם בספרות המשפטית. רפאל כהן-אלמגור סבור **כי עיקרון חופש הביטוי חל גם על התבטאויות גזעניות** וטוען כי עקרונית גם התבטאויות מילוליות הנוגעות לגזע, לצבע, לדת וכו' ראויות להגנה ואינו רואה סיבה לכך שביטויים גזעניים צריכים להיחשב שונים מהתקפות מילוליות הנוגעות לזכויות אחרות השומרות על פגיעה בכבוד האדם.[[152]](#footnote-152) יחד עם זאת, לטעמו אסור לו לעקרון חופש הביטוי שיכלול הגנה על **ביטויי הסתה** וכי "אין לסבול ביטויי הסתה המכשירים פגיעה פיזית מוחשית באדם או בקבוצה, או מקדמים אותה".[[153]](#footnote-153)

גם סוגיית 'מבחן הוודאות הקרובה' עברה שינוי ואין כבר הדבר ברור כפי שהיה טרם רצח ראש הממשלה רבין ז"ל. הדברים, שהובאו לעיל בשאלת מעמד דרישת 'הוודאות הקרובה' טובים גם לכאן. כזכור, לדעתו של קרמניצר, פסק הדין בעניין **אלבה** סתם את הגולל על דרישת ה'וודאות הקרובה', אך נכון להיום **השאלה אינה מוכרעת** בפסיקת בית המשפט העליון.

משמעות הדברים אם כן, כי כל עוד המחוקק לא אמר את דברו מפורשות, **התבטאויות והתגרויות גזעניות כשלעצמן חוסות תחת כנפי הגנת חופש הביטוי.** כמובן, **שיש בכך כדי להדגיש (שוב) את הקושי והמורכבות בטיפול משפטי אפקטיבי בתופעת ההתבטאויות הגזעניות.**

**ה.2 התפתחות הפסיקה במתח בין חופש הביטוי ועבירת ההסתה לאלימות**

בשאלת **גבולות חופש הביטוי בהקשר של הסתה לאלימות** דנו מספר פסקי דין לאורך השנים. פסק דין שהתייחס לסוגיה לאחר רצח ראש הממשלה רבין היה פסק הדין בעניין **ג'בארין**, שעסק במאמר עיתונאי ששיבח יידוי אבנים ובקבוקי תבערה לעבר חיילי צה"ל בשטחים. בשם חופש הביטוי אימץ בית המשפט העליון באותו המקרה פרשנות מצמצמת לסעיף 4 (א) לפקודת מניעת טרור,[[154]](#footnote-154) אשר היה הסעיף הרלוונטי באותה עת (המדובר טרם חקיקת עבירת ההסתה לאלימות בשנת 2002 כפי שהוסבר לעיל בפרק ההתפתחות ההיסטורית של הסעיף). בית המשפט קבע כי הסעיף חל רק על ביטויי אהדה למעשי אלימות, שבוצעו על ידי פעילים בארגון טרור ולא על כאלו שבוצעו על ידי יחידים, אשר אינם פועלים במסגרת ארגון טרור.

באותו היום שניתן פסק הדין בעניין **ג'בארין**, הכריע בית המשפט בעניין **כהנא** **[2]**. אמנם פסק הדין דן בסוגית עבירת ההמרדה, אך בהקשר קרוב מאד - קריאה לאלימות. בית המשפט שדן בערכים המוגנים הרשיע את כהנא, למרות שג'בארין זוכה. הנימוק היה בהבדלים הסטטוטוריים בין שתי העבירות (זו שבפקודה למניעת טרור וזו שבחוק העונשין).

בעקבות פסק דין בעניין **ג'בארין** ורצח ראש הממשלה רבין ביטלה הכנסת את סעיף 4 (א) לפקודת מניעת טרור וחוקקה במקומו את סעיף 144ד2 לחוק העונשין ובכך ביטלה למעשה את הזיקה בין דברי ההסתה לבין פעילותו של ארגון טרור דווקא והוסיפה את הדרישה למבחן ההסתברותי של 'אפשרות ממשית', כפי שהוזכר לעיל.

פסק דין משמעותי לעניין עבירת ההסתה לאלימות ושבו נדרש בית המשפט העליון לראשונה להסדר החקיקתי החדש הינו פסק דין בעניין **'בן-חורין'**, ובו ראה בית המשפט **הצדקה להטלת הגבלות על חופש הביטוי, מרגע שהתמלאו יסודות העבירה שבסעיף 144ד2.**

מקובל על הפסיקה, שהמפגש בין המשפט הפלילי לבין חופש הביטוי הינו רגיש ביותר, מן הטעם שהעבירה הפלילית נועדה לא רק להעניש את העבריין, אלא גם לצמצם מראש בהיקף העבריינות. משמעות הדבר, כי ניתן להגביל את חופש הביטוי במידה מסוימת, עם המחיר הכרוך בכך. התייחס לכך המשנה לנשיאה, כבוד השופט רובינשטיין ב**דנ"פ אונגפלד נ' מדינת ישראל (להלן: עניין אונגרפלד)**[[155]](#footnote-155) בציינו את המתח הקיים בסוגיה -

[...] ההרתעה שיוצרת הסנקציה הפלילית עשויה למנוע מראש מן הביטוי לצאת אל אוויר העולם ולא רק להביא לענישתה בדיעבד. יתרה מכך, עצם קיומה של אווירת חשש ופחד, שמא אמירה זו או אחרת עלולה להביא את אומרה לעמוד לדין, מנוגדת לרעיון הדמוקרטי.

לצד זאת, מקבל בית המשפט בפסק דינו של שופט הרוב, כבוד השופט הנדל, כי המפגש הרגיש מחייב את בית המשפט **להיות זהיר מאד** במלאכת האיזון בין חופש הביטוי ובין הערך המוגן בעבירה הספציפית, אשר מצדיק את הגבלתו - אך על לה לזהירות זו להשכיח את המטרה שלשמה היה מוכן המחוקק להגביל את חופש הביטוי. בית המשפט הדגיש בפסק הדין את **חשיבות ההקשר הרחב שבו נאמרו הדברים**. התייחסות זו מאפשרת להבחין בין אמירות קיצוניות שאין חשש כי ישפיעו על יחידים לבצע מעשי אלימות לבין אמירות אחרות שעלולות להוביל לכך. **התייחסות להקשר מהווה אם כן, גורם ממתן המעניק הגנה נוספת לחופש הביטוי**.

לכל עבירה בספר החוקים יש מטען משלה ומלאכת איזון ייחודית לה. בעבירה הנדונה, הערך המוגן הינו החשש ממעשי אלימות ומניעתם[[156]](#footnote-156) ולכן חשיבותו מעצבת את הפרשנות למרכיבי העבירה, דרישותיה ומידת הפגיעה הראויה בערך חופש הביטוי. לטעמו של בית המשפט[[157]](#footnote-157) -

נדמה כי השאיפה למנוע אלימות בחברה אינה יכולה להיות שנויה במחלוקת. לעיתים, הקשר בין הביטוי לבין המעשה האלים הדוק ביותר. די להפנות לאמירה המפורסמת בפסיקת בית המשפט העליון בארצות הברית, לפיה ההגנה האדוקה ביותר על חופש הביטוי לא תגן על אדם הצועק לשווא "אש" באולם תיאטרון הומה אדם.

גם בפסק הדין העדכני (2016) בעניין **ראאד סלאח** מתייחס המשנה לנשיאה, כבוד השופט רובינשטיין, אשר כתב את דעת הרוב, למתח בין חופש הביטוי לבין האיסור הפלילי שבעבירת ההסתה לאלימות ומקבל את מה שכבר צוין לעיל, כי "חופש הביטוי אינו ניצב בדד וקיימים חריגים הראויים לחקירה פלילית".[[158]](#footnote-158)

ניתן לראות אם כן, כי אמנם הערך המוגן שבעבירת ההסתה לאלימות עומד לנגד עיני בית המשפט, אך לנגד עיניו עומד גם מעמדו של חופש הביטוי בישראל והצורך בביצורו ובריסון המשפט הפלילי בהקשרים אלו. **ההכרעה בין שני ערכים אלו הינה מורכבת וכפי שכבר צוין, נעשית בזהירות רבה ובמשורה.**

לסיכום הפרק שבחן את המתחים בין חופש הביטוי ובין עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות כפי שבאים לידי ביטוי בחוק ובמשפט בישראל כגורם משפיע על מידת ההסתה לגזענות ולאלימות הקיימת, ניתן לומר:

* חופש הביטוי הוכר בבית המשפט העליון כזכות יסוד בעלת מעמד חוקתי על-חוקי, אך יחד עם זאת אין זו זכות מוחלטת במהותה ולכן החופש הינו יחסי.
* בשל מעמד חופש הביטוי, החקיקה בנושאי ההסתה לגזענות ולאלימות הינה חקיקה מצמצמת שחוקקה ברגישות רבה וביד קפוצה ותוך התחשבות גם באנשי הדת, שמא דבריהם ייחשבו להסתה. בכל מקרה של התנגשות בין חופש הביטוי לאינטרס ולערך אחר מפעיל בית המשפט את דוקטרינת 'איזון האינטרסים'.
* בכל הנוגע ליסוד העובדתי והנפשי של עבירת ההסתה לגזענות, המצב המשפטי אינו ברור דיו ושאלות משמעותיות הושארו על ידי בית המשפט העליון ב'צריך עיון' ולא הוכרעו. גם בנושא עבירת ההסתה לאלימות נדרש מבחן הסתברותי גבוה יחסית, שקשה להערכה ולהוכחה.
* נראה שבגישה הקיימת וכל עוד לא אמר המחוקק את דברו מפורשות, חוסות התבטאויות גזעניות כשלעצמן תחת הגנת חופש הביטוי.
* גם כאשר הערך המוגן בעבירת ההסתה לאלימות הינו ברור, ההכרעה בינו ובין חופש הביטוי הינו מורכב ויש לעשותו בזהירות.
* **החקיקה המצמצמת בעניין זה, לצד פרשנות משפטית מצמצמת ולא בהירה דיה, מציבות רף גבוה להוכחת עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות.**

**פרק שלישי - עיצוב המדיניות המשפטית במרשתת בעבירות ביטוי והסתה**

בפרק זה תבחן העבודה מנקודת מבט רחבה את עיצוב המדיניות המשפטית במרשתת כפי שבאה לידי ביטוי בישראל. לשם כך, יעסוק תחילה הפרק בשאלה המהותית: האם קיימת הצדקה להגבלת ביטויים גזעניים וביטויים שעלולים להוליך לאלימות? הפרק יבחן את שאלת גבולות חופש הביטוי בעידן המרשתת ובדרכי ההסדרה שלההיבטים השונים של המרשתת ושל פעילות עבריינית במסגרתה, **בעיקר כזו הנוגעת לשיח גזעני ומסית ולאלימות**. כמו כן, יעסוק הפרק בעיצוב מדיניות מידע בסביבה דיגיטלית, הערה ליחס המורכב בין משפט, טכנולוגיה וערכים חברתיים.

**א. ההצדקה להגבלה של ביטויים גזעניים**

לטענתו של שגב,[[159]](#footnote-159) יש לביטויים גזעניים מספר פנים. כמו ביטויים שליליים אחרים, לעיתים הם קוראים לאלימות או עלולים להוליך לאלימות ולעיתים הם פוגעים בשמו הטוב של אדם. לביטויים אלו נודע ייחוד במספר מובנים: ביטויי גזענות בדרך כלל **יוצרים סכנה כללית יותר מביטויים אחרים** שקוראים או עלולים להוליך לאלימות. קרי, הסכנה מביטויים אלו אינה נקודתית מול אדם מסוים בנסיבות מסוימות, אלא סכנה של פגיעה בקבוצת אנשים בכל זמן ובכל מקום. **לעניין עבודה זו - פגיעה בערבי באשר הוא ערבי.** בנוסף, ביטויים גזעניים, שיש בהם לשון הרע, שונים מביטויים 'רגילים' שיש בהם לשון הרע בשני מובנים מרכזיים. האחד, ביטויים גזעניים יוצרים סכנה מיוחדת, בכל הנוגע ליחס הלא ראוי כלפי חברי הקבוצה אליהם מכוונים הביטויים, שעלול להיות חמור הרבה יותר מהיחס השלילי שנובע מהוצאת לשון הרע על היחיד (בשל כך ביטויים גזעניים מכונים לעיתים hate speech). שנית, השיקולים הקיימים לעיתים בזכות ביטויים שליליים הפוגעים בשמו הטוב של היחיד, אינם חלים לרוב על ביטויים שליליים מכלילים המכוונים כלפי קבוצה של אנשים, בייחוד כשמדובר במיעוט.

**א.1 שיקולים נגד הבעת ביטויים גזעניים[[160]](#footnote-160)**

נקודת המוצא הינה, כי גזענות היא עמדה פסולה ושפעולות גזעניות יוצרות סכנה חמורה של פגיעות אלימות באנשים השייכים לקבוצות שונות, בייחוד מיעוטים. לכן, ישנה שלילה חזקה של גזענות. שיקול אחד נגד ביטויים גזעניים הוא 'שיקול הדחייה' - הפגנת דחייה של ביטויים שכאלו ולו גם כאקט סמלי.

השיקול השני עניינו פגיעה ברגשותיהם של אנשים, המשתייכים לקבוצה שאליה מכוונים הדברים, ובעיקר פגיעה בכבודם העצמי. לשיקול זה נודעת משמעות בייחוד כשמדובר בקבוצות מיעוט.

שיקול נוסף, שלישי, אולי המרכזי, הינו כי ביטויים גזעניים יוצרים סכנה של חיזוק עמדות קיצוניות אצל אחרים. בכך, ישנה סכנת השפעה שלילית על אנשים הנחשפים לביטויים אלו ושעלולים - בצורה הקיצונית - לפעול באלימות כנגד גופם או רכושם של אלו שהביטויים מופנים נגדם. כחומרתה של הסכנה, כך גם משקלו של השיקול. ההיסטוריה הוכיחה כי סכנה זו עלולה להיות חמורה. יש להוסיף לכך, כי דווקא הצטברותם של הביטויים הגזעניים, היא אשר מוליכה ליצירה של עמדות קיצוניות וכאשר המדובר בביטויים המתרחשים ברשתות החברתיות, התמונה רק מקצינה, בייחוד לאור אפקט 'בועת הפילטר', עליו הורחב לעיל.

**א.2 שיקולים בעד הבעת ביטויים גזעניים[[161]](#footnote-161)**

ישנם גם שיקולים בעד הבעת ביטויים גזעניים. שיקול כללי בזכות חופש הביטוי הוא הטיעון בדבר הקשר בין חופש הביטוי להכרת האמת. האפשרות לגלות אמת לא מוכרת הינה בסיסית לזכות חופש הביטוי, גם אם מדובר בביטויים לא מקובלים. דווקא אז עולה משקלם והצורך הציבורי להשמיעם. טיעון האמת הינו בעל משמעות ומשקל והוא עשוי לחול על סוגים מסוימים של ביטויים בעלי אופי גזעני. לדוגמה, כאשר הביטויים, אף אם הם גזעניים לכאורה, בוחנים באופן רציני את אפשרות קיומם של הבדלים בין קבוצות אוכלוסייה שונות, גם אם על בסיס גזע או מין.[[162]](#footnote-162)

שיקול נוסף בזכות ביטויים גזעניים נוגע גם הוא לחופש הביטוי באופן כללי ותרומתו למנגנון עריכת שינויים בהסדרים ציבוריים, בכך שהוא מושך תשומת לב לבעיות, להעלאת הצעות על הדרך, שראוי להתמודד עם בעיות אלו ויוצר דיון ציבורי.[[163]](#footnote-163) יש לומר, שיקול זה אינו חזק דיו, שכן ביטויים גזעניים גורמים לעיתים רבות דווקא לחוסר יציבות.

שיקולים נוספים, בעלי משקל רב מהשיקולים שהוצגו לעיל, נוגעים לעובדה שמתן במה לביטויים גזעניים, עשויה להצביע על תפיסות גזעניות אשר התמודדות מוקדמת עמן תוכל למנוע תוצאות חמורות. שנית, ביטויים כאלו יכולים להיות תחליף לפעולות גזעניות מעשיות וחמורות. ישנן אמירות בקרב העוסקים בפרקטיקה של האכיפה כי השיח הגזעני והמסית ברשתות החברתיות גורם דווקא ל'פריקת יצרים' בעולם הוירטואלי וגורמת לרשת להיות זירת הפעולה במקום 'העולם האמיתי'.

נראה **שמשקלם של השיקולים נגד התרת ביטויים גזעניים**, **עולה על שיקולי המצדדים בהם,** למרות ההשלכות השליליות האפשריות של המגבלה כאמור. ערכם של ביטויים גזעניים קטן, בדרך כלל, במידה רבה מהערך של ביטויים אחרים, ולכן **ישנה הצדקה למגבלות על ביטויים גזעניים בכלים משפטיים ולבר-משפטיים.**

**ב. ההצדקה להגבלה על ביטויים העלולים להוליך לאלימות**

סוג חשוב של שיקולים נגד ביטויים שעלולים להוליך לאלימות מבוסס על הסכנה שהם יניעו אנשים לבצע פעולות לא מוצדקות, אשר עלולות לגרום לפגיעה פיזית באינטרסים בסיסיים של אנשים אחרים, כגון החיים או שלמות הגוף.

ייחודם של ביטויים לעומת פעולות אחרות, הינו שככלל אינם גורמים לנזק פיזי ישיר, אך הם עלולים לגרום לנזק פיזי עקיף, על ידי אמירת דברים שיגרמו לאנשים אחרים לגרום נזק פיזי.[[164]](#footnote-164)

כדי להגן משפטית על אותם אינטרסים בסיסיים קיים **הרובד הראשון**, אשר אוסר על פעולות העלולות לפגוע בהם ישירות. כגון, איסורים על רצח וגרימת חבלה גופנית. **רובד הגנה נוסף**, הוא איסורים על ביטויים העלולים להוליך אנשים בעקיפין לבצע פעולות הפוגעות ישירות באינטרסים אלו.

התשובה לשאלה - האם יש הצדקה לאיסורים על ביטויים העלולים לגרום לאנשים לפגוע באחרים, ואם כן, באיזה היקף? - תלויה בשני גורמים:[[165]](#footnote-165) האחד, **מידת החומרה של הסכנה** שהם נועדו למנוע, הקובעת את משקלם של השיקולים **נגד ביטויים כאלה**. השני, **מידת ההגבלה שהם מטילים על חירות** הפרט בכלל ועל זכות חופש הביטוי בפרט, הקובעת את משקלם של השיקולים **נגד הגבלה של ביטויים כאלה.** ככלל, לדעת שגב, בשני ההיבטים הללו ההצדקה של איסורים אלו **חלשה יותר** מההצדקה – שאינה מוטלת בספק – של האיסורים הפליליים על פעולות העלולות לפגוע ישירות באינטרסים הבסיסיים המצוינים.

בכל הנוגע לגורם הראשון, רובד ההגנה המשפטית **תלוי** **בחומרת הפעולות** העומדות על הפרק ואז אין הבדל בין איסורים על פעולות הפוגעות ישירות באינטרסים הבסיסיים ובין איסורים על ביטויים, וכן **בגובה ההסתברות שסוגים שונים של ביטויים יגרמו לאנשים לבצע את הפעולות האמורות**. לטענתו,[[166]](#footnote-166) אמנם קשה להעריך את גובה הסיכון האמור, בעיקר כי הוא תלוי במאפיינים אישיים של אנשים שונים, אך עדיין הוא יהיה **נמוך יותר מגובה ההסתברות** של התממשות הסכנה שיוצר אדם המנסה לעשות פעולה ישירה.

באשר לגורם השני, מוסיף שגב[[167]](#footnote-167) כי לדעתו הגבלת החירות **כרוכה לרוב במחיר**, גם אם מדובר בהגבלת חירות לבצע פעולות מסוכנות בכוונה לפגוע באדם כלשהו. משקלו של השיקול נגד הגבלת החירות של אנשים **תלוי בגורמים שונים המתירים או מעודדים את חופש הביטוי** - גם במקרים שבהם הביטויים עלולים לגרום לאנשים לבצע פעולות מסוכנות - כפי שאלו פורטו בפרק השני של עבודה זו.

לסיכום נקודה זו, ניתן לומר כי **קיימת הצדקה חלשה יותר לאיסורים על ביטויים העלולים לגרום לאנשים לבצע פעולות מסוכנות בהשוואה לאיסורים ישירים על פעולות כאלה,** אך גם לטעמו של שגב, לא נובע מכך שאין הצדקה לאיסורים מהסוג הראשון:[[168]](#footnote-168)

השאלה אם בסופו של דבר יש הצדקה לאיסורים כאלה **תלויה בהערכה של חומרת הסכנה** שאנשים יחליטו לבצע פעולות מסוכנות עקב סוגים שונים של ביטויים ובסוגי הביטויים הנכללים במסגרת איסורים כאלה. **כל שהסכנה שסוגים מסוימים של ביטויים יוליכו אנשים לבצע פעולות מסוכנות גבוהה יותר וככל שהאיסורים על ביטויים כאלה מצומצמים יותר מבחינת סוגי הביטויים הנכללים בהם, כך ההצדקה לאיסורים אלו חזקה יותר ולהפך** [...] בהערכת הסכנה שביטויים יוליכו לאלימות יש להבחין בין סכנה שיוצר ביטוי יחיד, בפני עצמו, ובין סכנה הנוצרת עקב הצטברות ביטויים היוצרים סביבה או 'אקלים' שבמסגרתם גובר הסיכון של נקיטת אלימות.(ההדגשות של הח"מ – ר"מ)

הגבלתן של ההתבטאויות הגזעניות וכאלו שעלולות להוליך לאלימות מעלה שאלות הנוגעות לחקיקה ולרגולציה, לפסיקה, לאחריותם של בעלי האתרים וספקי המרשתת וכן למתח שבין משפט – טכנולוגיה – ערכים. בשאלות אלו ובדילמות שהן מעלות בחלק מן המקרים, יעסקו הסעיפים הבאים.

**ג. החלת נורמות כלליות על ביטויים במרשתת - מתחים וגבולות**

יש הטוענים כי אין מקום להחיל את הכללים הנורמטיביים **'הרגילים'** שבספר החוקים, ובייחוד את אלו שנועדו לחול על אמצעי התקשורת הוותיקים - העיתונות הכתובה ורשתות הטלוויזיה והרדיו - על ביטויים הנעשים במסגרת דרכי התקשורת החדשות ובעיקר אלו שנעשים באמצעות המרשתת.[[169]](#footnote-169)

טענה זו מורכבת משתי עמדות. האחת, כי **אין להחיל אף כלל משפטי** על ביטויים **שנעשים במרשתת.** קרי, יש לאמץ הסדר ייחודי של חופש ביטוי (שלילי) **מוחלט** בנוגע לביטויים כאלה, המגן על הפרט מפני כוחה של המדינה, כדי לשמר את האופי הייחודי של דרכי הביטוי באמצעות המרשתת וכן, בשל חוסר היכולת לאכוף כללים על ביטויים הנעשים במסגרת המרשתת, לו גם היה רצון שכזה. העמדה השנייה גורסת, כי **יש מקום להגביל את חופש** הביטוי ולקבוע **כללים ייחודים** בנוגע לביטויים כאלה **במרשתת**.[[170]](#footnote-170)

המשפט הנוהג בישראל **אינו משקף לרוב עמדה חד-משמעית בשאלה** של תחולת הכללים הקבועים בו בכל הנוגע לביטויים הנעשים **במסגרת המרשתת**. מבחינת המחוקק, בדרך כלל, **הסדרים משפטיים חקוקים אינם מבחינים בין מסגרות להבעת דעה.** רוב ההגבלות הפליליות והנזיקיות על סוגים שונים של ביטויים, **כדוגמת ביטוי הסתה לגזענות ולאלימות**, אינן תלויות באמצעי שדרכו בוטאו. יחד עם זאת, יש **חריגים** ודוגמאות להוראות חקוקות שמחילות כללים מפורשים על ביטויים הנעשים במסגרת המרשתת.[[171]](#footnote-171)

לפיכך, בהיעדר הסדרה מיוחדת וללא התייחסות מפורשת של המחוקק הישראלי, **חופש הביטוי במרשתת כפוף אך ורק לאיסורים הכלליים שבחוק**, שחלים על כל אדם בישראל, כגון חוקי הגנה על זכויות יוצרים, הגנה על שמו הטוב של האדם או על פרטיותו, פרסום חומרים פדופיליים ועוד.[[172]](#footnote-172) **לעניינה של עבודה זו, האיסורים שבסעיפים 144ב ו 144ד2 שהובאו לעיל.** שונה המצב בכלי התקשורת המסורתיים, המודפסים והמשודרים, ובדגש על האלקטרוניים, **שם נקבעה הסדרה מיוחדת** וחלות הגבלות שונות בנוסף לאיסורים הכלליים המופיעים בחוק.[[173]](#footnote-173)

גם בתי המשפט בישראל, אשר פירשו הוראות חקוקות קבעו לעיתים, שיש להחיל את החוקים על ביטויים במסגרות של המרשתת, **גם בהיעדר התייחסות מפורשת בחוק למרשתת**, אך לעיתים **קבעו את ההפך**.[[174]](#footnote-174)

כדי להתמודד עם שתי העמדות שלעיל ועם חוסר העקביות שבהתייחסות המחוקק והפסיקה, עוסקת הספרות המשפטית בשאלה, **האם לאור המאפיינים הייחודיים של המרשתת ישנה הצדקה לקבוע גבולות לחופש הביטוי** ולקבוע כללים אחרים ושונים על הביטויים הנעשים **במרשתת** להבדיל מאמצעי תקשורת אחרים?

שאלת **גבולות חופש** הביטוי **מציבה בכל עוצמתה את ההתנגשויות בין האידאה של חופש הביטוי המוחלט, לבין הצורך להגן על אותם אינטרסים וערכים אחרים, שאינם מתיישבים עם חופש ביטוי מוחלט, כדוגמת אלו המוגנים בעבירות ההסתה לגזענות ולאלימות.**[[175]](#footnote-175)

מצד אחד, ניתן לטעון כי למרות מורשת עתיקה וליברלית בזכות חופש הביטוי, בפועל רק עם הופעת המרשתת בראשית שנות התשעים של המאה הקודמת, ובדגש **על הופעת הרשתות החברתיות** באמצע העשור הראשון של המאה הנוכחית, הוענק תוכן ממשי ומשמעותי למושג 'חופש הביטוי'. מצד שני, **לנוכח השיח הגזעני והמסית הרב הקיים ברשת** ומגמת העלייה שלו משנה לשנה, כפי שניתן להסיק מן הנתונים שהוצגו לעיל, נשאלת השאלההאם באמת ניתן לקיים במרשתת שיח דמוקרטי במובנו המהותי וחופש ביטוי במובן זה שכל אחד ממשתמשי הרשת לא רק רשאי להתבטא, אלא גם יכול בפועל להתבטא ואף מצליח להישמע?[[176]](#footnote-176)

**שתי גישות קצה קיימות בנושא גבולות החופש ולכל אחת מהן השפעה (הפוכה) על עיצוב המדיניות המשפטית במרשתת**. האחת, גישה ליבראלית קלאסית, אשר רואה בחופש הביטוי ערך עליון ולכן על המרשתת להיות מרחב פתוח המאפשר לרבים להתבטא באופן עצמאי וישיר במעיין 'הייד פארק' וירטואלי. משום כך **עליו להישאר חף מכל ריסון, פיקוח והגבלה וכי אל לו לעולם המשפט להתערב בעיצוב היחסים בין המשתמשים השונים במרשתת, גם אם בכך מוענקת במה לשיח גזעני ומסית**.

**מולה** עומדת גישת קתרין מקינון,[[177]](#footnote-177) שעל פיה אם חופש ביטוי של קבוצה אחת פוגע ביכולתה של קבוצה אחרת להתבטא ולהישמע, **אזי נדרש איזון בין חופש הביטוי של שתי הקבוצות**. לפי תפיסתה, כאשר קבוצה אחת משתיקה את הקבוצה האחרת, הגבלת חופש הביטוי של הקבוצה הפוגעת, חיונית כדי להגן על חופש הביטוי של הקבוצה הנפגעת ובנסיבות אלו, הגבלת חופש הביטוי אינה מהווה פגיעה בו, אלא דווקא חיזוק שלו, שכן **ביטויי הסתה ושנאה מרתיעים מתבטאים אחרים.** לכן, **ריסון והגבלה של ביטויים אלו**, אם בחוק ואם באכיפה**, תורמים** לחופש הביטוי ולא גורעים ממנו.

מעניין לראות כי **בפרקליטות המדינה מאמצים גישה דומה בכל הנוגע לעבירות ביטוי והסתה**. בראיון עם שלומי אברמזון, הוא טוען כי:[[178]](#footnote-178)

המציאות הקיימת בעייתית. פוגעים בחופש הביטוי בכך שאנשים מהצד הנפגע מפחדים לדבר. ההגנה על חופש הביטוי של צד אחד מייצרת פגיעה בחופש הביטוי של הצד האחר.

מוסיפה מקינון ומציינת[[179]](#footnote-179) מתח נוסף הקיים בין הזכות לחופש ביטוי, כפי שזו מוצאת לה ביטוי במרשתת ובין הזכות לשוויון. לטענתה, חופש הביטוי של הקבוצה האחת עלול לפגוע בזכות לשוויון של הקבוצה האחרת, בייחוד אם חופש הביטוי מאפשר הדגשה של סטריאוטיפים, נחיתות וחולשה של חברי הקבוצה האחרת - **בדיוק כפי שקורה בשיח הגזעני והמסית כנגד המיעוט הערבי**. לטענתה, בחברה לא שוויונית משתמשת הקבוצה החזקה בחופש הביטוי, כדי לשמר את כוחה ולדכא את הקבוצה החלשה. לכן, הזכות לשוויון מחייבת התחשבות בפערים הקיימים בחברה, **גם באמצעות הגבלתו של חופש הביטוי, בחוק ובפסיקה, כאשר זה מופנה אל הקבוצות החלשות.**

נראה **שגישתה המאזנת** של מקינון מתאימה יותר להתמודדות עם תופעת השיח הגזעני והמסית המתנהל במרשתת וברשתות החברתיות. על פי תפיסה זו, יש מקום להכיר משפטית בחופש לגלוש - החופש של אזרחים לגלוש מרצונם החופשי לאתרים זמינים ונגישים ברשת ואין למדינה זכות להגביל את הגלישה.[[180]](#footnote-180) **אך החופש הזה, כמו החופש להתבטא באתרים אלו, אינו מוחלט והוא כפוף לערכים של כל חברה וחברה, ובנסיבות חריגות וכאשר יש תנאים מחמירים, צריך שיגברו עליו אינטרסים וערכים אחרים, כמו האינטרס הציבורי למנוע שיח גזעני ומסית לאלימות כנגד מיעוטים**. בכל מקרה, יש לשאוף **לפתרון מידתי** וכזה שאינו פוגע בזכויות האזרחים במדינה דמוקרטית במידה העולה על הנדרש.

**ד. הסדרה ביחס לעבירות ההסתה במרשתת**

לאחר שנמצא כי יש מקום להגביל את חופש הביטוי במרשתת נשאלת השאלה **האם יש מקום להסדרה ואם כן, כיצד ניתן ונכון להסדיר היבטים שונים של המרשתת** ושל פעילות עבריינית במסגרתה, **בעיקר כזו הנוגעת לשיח גזעני ומסית ולאלימות?** שאלה זו מתעוררת לאור קיומן של אפשרויות טכנולוגיות פשוטות יחסית, לעקוף את הוראות החוק. האם ניתן לאכוף את הוראות החוק של המדינה לאור הגלובליות של המרשתת? האם זה מעשי? שהרי יכול כל גולש במרשתת וברשתות החברתיות להעלות תכנים ללא כל מגבלה **וכך עושים כל אלו המשתמשים ברשת להפצת דעותיהם ועמדותיהם הגזעניות.**

הטכנולוגיות, המאפשרות להעלות תכנים על ידי המשתמשים הולכות ומתפתחות בצעדי ענק. לעיתים, התכנים הללו הינם עבירות פליליות (**הסתה לגזענות ולאלימות**, פדופיליה, תרמיות בניירות ערך) ולעיתים עוולות אזרחיות (לשון הרע, פגיעה בפרטיות, הפרת קניין רוחני ועוד). זאת ועוד, הטכנולוגיות מסייעות למבצע העבירה או העוולה להישאר אנונימי, אם יחפוץ בכך.

מיכל אגמון-גונן מתייחסת לנושא זה ומציינת [[181]](#footnote-181) כי בהקשר של המרשתת עוסקת החקיקה, הן המדינתית והן הבינלאומית, בשני מישורים. האחד, נוגע בתכנים המפרים עצמם ומתי ייחשבו עבירה או עוולה, ומהי האחריות של המשתמשים וספקי השירות לאותן עבירות ועוולות. המישור השני, נוגע בטכנולוגיות המאפשרות את העבירות והעוולות.

בשאלת תכני ההסדרים בשני המישורים, מבקשת אגמון-גונן לברר איזה סוג של חקיקה נדרשת, כאשר ניתן לעקוף את הוראות החוק באמצעים טכנולוגיים או באמצעות פעילות ממדינה שאין בה חקיקה דומה, לאור גלובליות הרשת?

השאלות מתחדדות גם לאור הקושי באכיפת ההסדרים הנוגעים לפעילות במרשתת, שלא ניתן להפריד בינה ובין המאפיינים הייחודיים למרשתת כפי שהוצגו לעיל, בייחוד כאשר הולך ונעשה קשה להגיע לעבריין, **כדוגמת אותו אדם המסית לגזענות ולאלימות** (כולל קושי באיתור המחשב, השרת או המשתמש עצמו). גם במקרים שבהם הוא אותר ובהנחה שאף ניתן נגדו פסק דין, נשאלת השאלה: האם קיימים כלים לאכוף פסק דין כזה במדינה שבה הפעילות אינה אסורה?

סעיף זה יעסוק בניסיון לתת מענה לשאלות הללו מתוך הבנה כי ההתפתחות הטכנולוגית היא בלתי נמנעת ויסקור את החלופות הקיימות להסדרת הפעילות ברשת - הסדרה חקיקתית מדינתית של הפעילות ברשת או שמא יש להשאיר נושאים אלו להסדרה פרטית של השחקנים המעורבים ברשת. לאחר מכן, יבחן הסעיף כיצד משתלבות הסדרות אלו בעיצוב מדיניות המידע בסביבה הדיגיטלית-טכנולוגית ומה מקומם של הערכים החברתיים בעיצוב זה.

**ד.1 הסדרה חקיקתית מדינתית**

המרשתת היא גלובלית ואינה מתוחמת בגבולות מדיניים. בכך גם ייחודה וכשמה כן היא **W**orld **W**ide **W**eb. בניגוד לכך, המשפט המדינתי הוא מטבעו מקומי וחל בגבולות גאוגרפיים. הבדל מהותי זה מעלה שאלות נכבדות בתחום הסדרת הפעילות במרשתת, בוודאי כאשר הנתונים של כמות העושים שימוש במרשתת מראים על מגמת עלייה קבועה.

הגלובליות של המרשתת גורמת גם לקושי במישור הסמכות הבינלאומית והאכיפה. אין חוק ואיסור במדינה אחת דומה בהכרח לחוק ואיסור במדינה אחרת. ומה הדין כאשר עבירה או עוולה על פי חוקי מדינה אחת, **למשל, עבירות הסתה**, מתבצעת בשרתים שנמצאים במדינה שאינה אוסרת את המעשה או מגדירה את האיסור באופן שונה? בשנים האחרונות קרה שצווים שנתנו בתי משפט במדינה אחת לא נאכפו במדינה אחרת, משום שספקי המרשתת או השרתים, אליהם הועלה המידע המפר, היו במדינה שבה הדין שונה. כך לדוגמה, הורה בית המשפט בצרפת לחברת 'יאהו!' האמריקנית למנוע מגולשים מצרפת לסחור בפריטים נאציים באתר מכירות פומביות מקוון שניהלה, שכן סחר בפריטים נאציים אסור על פי חוקי צרפת.[[182]](#footnote-182) לאחר התנהלות משפטית עניפה הפסידה 'יאהו!', אך בית המשפט הפדרלי בארצות הברית הותיר את שאלת האכיפה פתוחה.

לפיכך, יש הטוענים כי חשיבותה של החקיקה המקומית ושל האכיפה תגבר רק אם יהיה שיתוף פעולה בין מדינות, לפחות באותם מקרים בהם הדין דומה. לעומתם, יש הטוענים כי מאחר שעדיין יהיו מדינות שלא יכבדו פסקי דין, אזי החשיבות של החקיקה והאכיפה אינה רבה.[[183]](#footnote-183) כך שלמעשה, במישור הלאומי אין כל אפשרות **מעשית** לאסור העלאת תכנים מסוימים לרשת, **גם אם הינם פוגעניים, גזעניים ומסיתים**, או על הצגתם בה וכפי שטוענת אגמון-גונן, איסורים שכאלה יכולים להתאפשר רק בהסכמה בינלאומית. לדעתה, לא ניתן להשיג הסכמה כזו בכל נושא שהוא ובפרט בכאלו המערבים ערכים חברתיים כמו חופש הביטוי, הזכות לשם טוב, זכויות יוצרים וכדומה.[[184]](#footnote-184)

לטעמה של אגמון-גונן, גבולות ושטח טריטוריאלי הם **תנאי הכרחי** לקיומה של אכיפה משפטית יעילה, **ולכן הקושי האמור ב'עידן המרשתת' מחייב התייחסות משפטית אחרת**, שכן הוא קושי איכותי ולא כמותי.[[185]](#footnote-185) אין כוונתה לכך שצריך למחוק עבירות או עוולות מספר החוקים, אלא שבמקרים של עבירות ועוולות, **המבוצעות ברשת** יש להגביל את אפשרות הגישה לבתי המשפט **רק למקרים שבהם ניתן לזהות את העבריין או את גורם העוולה.**

בכל הנוגע להסדרה המשפטית של פעילויות ברשת אומרת אגמון-גונן, כי נקודת המוצא הינה שלשלטון החוק יש צד מהותי, הנוגע לתוכנו של החוק וכן צד פורמלי, לפיו זכויות וחובות נקבעות בחקיקה ועל כולם למלא את הוראות החוק. **משעה שמחליטים כי יש מקום להסדיר תחום או נושא מסוים בחוק, יש לדאוג לכך שהוראות החוק ייאכפו**. החוק נבחן ביכולתו לחייב את כל מי שעליו הוא חל. לכן, יש לקבוע הסדרים מתאימים, שניתן יהיה לאוכפם. מה שחשוב לדעתה בהקשר זה, **היא יכולת האכיפה ולא האכיפה בפועל**.[[186]](#footnote-186) גם בעולם החוץ-אינטרנטי יש עבריינים שאינם נתפסים, עבירות והפרות שאינן באות על תיקונן וחוקים שאינם נאכפים במלואם. אולם ככלל, במקרים **רבים** נאכף החוק. **במצב דברים שבמרבית המקרים במרשתת העבריינים לא יאותרו, מלכתחילה כמעט שלא קיימת יכולת אכיפה**.

בנושא זה **של יכולת האכיפה, מול המסיתים לגזענות ולאלימות ברשתות החברתיות** בישראל תדון העבודה בהמשך, שכן דומה שבמקרה פרטני זה, **אין קושי ממשי באיתור העבריינים.**

**כידוע, יש חסרונות לחוקים שלא ניתן לאכוף**. הם אינם פותרים את הבעיה ואי אכיפתם מחלישה את כוחה הנורמטיבי של החקיקה בכלל. לתביעות על יסוד חקיקה יש גם ערך חינוכי - להצהיר על נורמה ולהראות שהמדינה לוקחת ברצינות את הנושא. **ערך חינוכי זה נפגם בהיעדר יכולת אכיפה.**

בהקשר זה יש לומר, כי ציות לחוק אינו נובע תמיד מיכולת אכיפה של הוראותיו באמצעות בית משפט והמשטרה, שכן **במרבית מהמקרים הציות לחוק נובע מעצם העובדה שמדובר בחוק ומתוקפו הנורמטיבי**. גם בנוגע לרשתות החברתיות, ניתן לומר כי המשתמשים שומרים על כללי המשחק. למשל, אין כמעט דיווחים על הונאות, למרות שמיליוני משתמשים לוקחים חלק במכירות פומביות. אך, עדיין מתבצעות במרשתת וברשתות החברתיות עבירות, ואלו הם המקרים שבעניינם **נדרשת האכיפה, אשר כמעט ואינה מתקיימת.** **השיח הגזעני והמסית ברשת הינו דוגמה לכך.**

קרניאל ושניר טוענים, כי לצד הטעמים הפרקטיים לקשיי האכיפה **ישנם כמה שיקולי מדיניות שבגינם לא מוצדק לאכוף רגולציה של המרשתת**: היעדר ריכוזיות ומונופול, עלויות עסקה נמוכות והיעדר 'קהל שבוי'.[[187]](#footnote-187) אגמון-גונן מוסיפה מספר שיקולים: היווצרות 'אפקט מצנן' ובלימת התפתחות הרשת והטכנולוגיות הקשורות בה ופגיעה בחופש המידע וביצירתיות.[[188]](#footnote-188) העבודה תעמוד על שיקולים אלו בקצרה.

**היעדר ריכוזיות**[[189]](#footnote-189) **-** מונופולים וריכוזיות נוצרים בעיקר בשל קבלת בלעדיות על משאב מוגבל. בעולם הלא וירטואלי עשוי בעל המונופול לתמחר את שרותיו במחיר גבוה ממחירו האמיתי או לתת שירות ברמה נמוכה. כך עלול להיווצר כשל שוק או פגיעה בצרכנים או שניהם גם יחד. פתרון אפשרי מצד המדינה לטיפול בכך הוא הטלת הגבלות על חופש הפעולה של גופים אלו - רגולציה. זוהי למעשה הסדרה מדינתית המעניקה למפקח (לרגולטור) את הסמכות לנקוט בצעדים המתאימים כדי להבטיח שאותם גופים לא ינצלו את כוחם לרעה. כך גם עשתה המדינה בעניין גופי התקשורת בישראל, ברשימה של חוקים, מתוך חשש ששוק התקשורת, במדיה או באזור מסוים אחר, ירוכז אצל גוף אחד שיטיל על הצרכנים עלויות גבוהות או מוצר נחות.

המהפכה הטכנולוגית בתחום המרשתת מאפשרת כיום למידע מכל סוג, לרבות טקסט, אודיו ווידאו להגיע לכל מקום באמצעות המרשתת. עיתונאות מקוונת ושידור מקוון פותחים את שוק התקשורת למפעילים רבים ומצמצמים בכך את החשש מפני מונופולים ו'קרטליזציה' בענף. בכך, **פוחת הצורך ברגולציה של תכנים וגובר חופש הביטוי במרשתת, אשר מאפשר גם תכנים פוגעניים, גזעניים ומסיתים.**

**עלויות עסקה נמוכות[[190]](#footnote-190) -** כבר צוין לעיל בעניין 'חוק שריקי' כי המרשתת שינתה את מבנה השוק הכלכלי ואת החשיבה המסורתית על עסקאות כלכליות. בעוד שבשוק התקשורת המסורתית עלויות העסקה הן גבוהות במיוחד, הרי שבמרשתת העלויות הן נמוכות מאד ותשתיות השידור עומדות לרשותו של כל אדם החפץ בכך. **הטלת פיקוח והגבלות זכות השידור במרשתת תגרום למחסומי כניסה גבוהים שיעוררו רתיעה אצל המשתמשים, יביאו לירידה בהיצע של השוק ויפגעו בחופש הביטוי**.

**היעדר 'קהל שבוי'**[[191]](#footnote-191) – באמצעי התקשורת המסורתיים, כאשר גורם מסוים מחזיק בזכות לשדר או ברישיון להוציא לאור עיתון, קהל הצופים או הקוראים ניצב בפני עובדה מוגמרת באשר לתכנים ואין לו יכולת להשפיע עליהם במישרין. בשוק תקשורת מצומצם כמו בישראל, הופך הציבור ל'קהל שבוי' של אותם אמצעי תקשורת מרכזיים. המרשתת אינה כופה את תכניה על המשתמשים, "אינה חודרת ישירות לסלון הבית בזמן הצפייה משפחתית" ואף יכולה להיות נתונה לסינון תכנים לא רצויים באמצעות תוכנות מתאימות. כלומר, **הטיעון של 'קהל שבוי' הופך ונהיה פחות רלוונטי בחלוף השנים, ככל שהשימוש במרשתת עולה ושוק התקשורת הופך למבוזר יותר**. גם המבנה הבסיסי של המרשתת מצמצם את החשש למונופול וריכוז שליטה בידי גורם אחד.

**'האפקט המצנן' ובלימת התפתחות הרשת[[192]](#footnote-192) -** חקיקה להסדרת המרשתת יוצרת חוסר ודאות הנובעת מחוסר אפשרויות האכיפה ומגלובליות הרשת. גופים או אנשים שלא יהיו בטוחים אם מידע מסוים, יצירה מסוימת או פרסומים מסוימים הם מותרים או אסורים - עלולים להימנע משימוש ברשת. **לנורמות חקיקה הקובעות הגבלות חזקות מדי עלול להיות 'אפקט מצנן' ולגרום בכך להרתעת יתר**. ה'אפקט המצנן' יכול להגביל את נגישותם של אמצעי ביטוי ויצירה למשתתפים מהציבור הרחב וכן להגביל את גישת הציבור למידע או ליצירות שמקורם במשתמשים כולם. התוצאה היא צינון של רעיונות, של יצירה ושל שיח מבוזר**.** פעמים רבות גולש, שמעלה יצירה לרשת, **אינו סבור כי הוא מפר חוק** ועל כן 'איום' חקיקתי בדמות חשיפת שמו של אדם, שטוענים נגדו כי ביצע עבירה או עוולה, למשל, בהפרת דיני קניין רוחני, **תרוקן מכל תוכן** את הזכות לפרטיות, לאנונימיות **ולחופש ביטוי**. לכן, איסור כזה יפגע בזרימת המידע לרשת ויבריח משתמשים ואתרים מאותה מדינה למדינות שאינן אוסרות זאת.

ניתן להשליך מטענה זו לכל האמור על השיח הגזעני ברשת. בין העוסקים באכיפה ברשת, יש האומרים כי **רבים מהמשתמשים המתבטאים בגסות ובשיח מתלהם כנגד ערבים, אינם סבורים כי יש בכך הפרה של החוק**.[[193]](#footnote-193) לכן, החשש כי 'איום חקיקתי' יפגע בפועל באופן לא מידתי בחופש הביטוי של כל אלו, תקף גם כאן.

**הגבלות על פיתוח טכנולוגי**[[194]](#footnote-194) **-** פיתוחים טכנולוגיים מאפשרים הן שימושים מפרים במרשתת, כגון הפרה של זכויות קניין רוחני והן שימושים מותרים. הטלת הגבלות חקיקתיות על פיתוח טכנולוגיות מסוימות, שניתן לעשות בהן שימוש מותר אך גם אסור, תוביל להאטה בפיתוחים טכנולוגיים.

אגמון-גונן מסכמת את עמדתה כי לאור החשיבות שהיא רואה בעיקרון שלטון החוק ובהסדרים המדינתיים בנושאים מסוימים שאינם נוגעים לרשת, **אין להסדיר את הפעילויות ברשת בחקיקה מדינתית.** לדעתה, ככל שחקיקה פנימית החלה על פעילויות מחוץ לרשת חלה גם על פעילויות בתוך הרשת, **יש להבהיר בחקיקה באילו תנאים ניתן יהיה לנהל הליכים משפטיים בישראל אם מדובר בעבירה שבוצעה ברשת**.[[195]](#footnote-195) היא מוסיפה ומציינת לסיכום כי :[[196]](#footnote-196)

[...] אם קיים ערוץ תקשורת וביטוי שלו יתרונות עצומים - היש להתערב בהתנהלותו, לאור חסרונות מסוימים הנלווים לערוץ זה? אני סבורה כי **כעניין של מדיניות יש להמעיט בהתערבות ככל האפשר, בעיקר מפני שהתערבות כזו אינה יעילה במרבית המקרים** [...] האם יהפוך האינטרנט ל"עיר מקלט"? אני סבורה שלא. מרבית הפעילות באינטרנט היא פעילות לגיטימית. הרשת פתחה עולמות ואופקים למיליארדים של אנשים. אמנם קיימת ברשת פעילות פלילית ומתבצעות בה עוולות. **אשר לפעילות פלילית, יש לאפשר לרשויות החוק לחקור ולהגיע לעבריינים, בשים לב לקשיים** [...] הצעתי היא **לאפשר למחוקק התערבות מזערית ביותר בפעילות באינטרנט** [...] (ההדגשות של הח"מ – ר"מ)

עמדה שונה במקצת ניתן למצוא בספרו של שגב אשר טוען כי לדידו, **עמדה גורפת שלפיה אין טעם בקביעה של כללים משפטיים המטילים מגבלות על ביטויים בעידן המרשתת, אינה משכנעת.** ההצדקה, הוא טוען, לכל הגבלה משפטית על ביטויים צריכה להיבחן לגופה ואין בסיס לעמדה גורפת שלפיה אין הצדקה למגבלות משפטיות, אלא רק לעיתים נדירות, בשל הקושי באכיפתן.[[197]](#footnote-197) טענה זו תקפה גם לביטויים הנחשדים כגזעניים ומסיתים.

לדעתו, **אף כאשר יעילות האכיפה מוגבלת, יש לרוב משמעות ולעיתים אף רבה, להצלחה חלקית**. לכן, הוא אינו מקבל את השיקול של 'הכל או לא כלום', אלא טוען כי השיקול הוא בדרך כלל **עניין של מידה**: אפשרות האכיפה של נורמות משפטיות ובכלל זה גם נורמות המסדירות את תחום הביטויים בעידן המרשתת, היא כמעט תמיד שאלה של מידה**. אמנם יש קושי רב יותר באכיפה בתחום זה, אך אין המדובר על חוסר יכולת מוחלטת.**[[198]](#footnote-198)

בדרך כלל היעדר האפשרות, הקושי או המחיר של אכיפה מושלמת אינו צריך בהכרח להוליך למסקנה שיש לוותר כליל על ניסיון האכיפה.

עוד טוען שגב, כי לעניין יכולת האכיפה אמנם יש למרשתת אפיונים ייחודיים - מספר עצום של אתרים שרק הולכים וגדלים (בשל עלות עסקה נמוכות, כפי שהוצג לעיל); האנונימיות; האופי חוצה הגבולות של האתרים - אך יש להעריכם בזהירות**. הם חשובים פחות ממה שעשוי להיראות במבט ראשון**, בדגש על המאפיינים שנוגעים לאכיפה של נורמות במסגרת המרשתת, שכן **הם מתקיימים במידה שונה באתרים שונים.**

בהקשר של האכיפה, אין דומים מאפייני 'אתרים קטנים', למאפיינים של 'אתרים גדולים'. בעוד שבראשונים, המאפיינים האמורים לעיל מתקיימים במידה רבה, שכן מדובר במספר עצום של אתרים, אך עם מספר צופים קטן יחסית, אזי ב'אתרים הגדולים', המושכים גולשים רבים, אך מספרם מצומצם, המאפיינים האמורים לרוב אינם מתקיימים. אלו הגדולים, הוא מוסיף,[[199]](#footnote-199) **מופעלים כמעט תמיד על ידי גופים מסחריים גדולים יחסית**, הפועלים לעיתים קרובות גם מחוץ למרשתת. למשל, אמצעי התקשורת הגדולים. **זהות העומדים מאחורי אתרים כאלו ידועה** ולכן האכיפה בהם אינה כרוכה בדרך כלל בקשיים מיוחדים. לדוגמה, חברת 'פייסבוק', אשר כמצוין לעיל מהווה את הפלטפורמה העיקרית ברשת לשיח גזעני ומסית כנגד ערבים.

יש להוסיף על כך, את הטענה לפיה אחוז ניכר של הנחשדים כדברי הסתה לגזענות ולאלימות בישראל, **אינם בזהות אנונימית ולכן ניתן לעמוד על זהותם**.[[200]](#footnote-200)

יתר על כן, טוען שגב, **לאנשים ולגופים אשר עומדים מאחורי אתרים אלו יש לעיתים קרובות אינטרסים כבדי משקל נגד הפרת כללים משפטיים במסגרת אתרים אלו.** לפיכך, האכיפה של נורמות, גם בתחום הביטויים, על אתרים כאלה **עשויה להיות יעילה**. אם כך, הקושי הנוגע לאכיפה הינו בעיקר מול האתרים הקטנים, שממילא משמעותם מוגבלת בגלל המספר הקטן יחסית של גולשים שכל אחד מהם מושך **ולכן יש להתמקד באתרים הגדולים ויש חשיבות רבה אף לאכיפה חלקית בתחום הביטויים שנעשים במסגרתם.** במשמעותה של טענה זו תיגע העבודה בהמשך, בשל משקלה בכל הנוגע לאכיפה אפשרית מול האתרים המובילים, שדרכם נעשה חלק ניכר מהשיח הפוגעני, הגזעני והמסית.

לאור האמור, בכל הנוגע להסדרה מדינתית ניתן לסכם ולומר כי ישנם **שיקולים פרקטיים**, הנוגעים **לפער ביכולת האכיפה** ולצדם **שיקולי מדיניות** הנוגעים באי ההצדקה לקיומה של רגולציה של המרשתת. אלו לצד אלו מובילים חלק מהחוקרים למסקנה, כי **ככלל רצוי לא להסדיר את הפעילויות ברשת בחקיקה מדינתית ואם עושים זאת, יש להבהיר את התנאים לכך בצורה ברורה**. בכל מקרה, יש **להמעיט** בהתערבות ככל האפשר. לצד עמדה זאת ישנה עמדה הגורסת כי אמנם לא ניתן להקל ראש בקשיים המשפיעים על יכולת האכיפה במרשתת, אך **ישנה משמעות גם להצלחה חלקית**. הצלחה זו יכולה לבוא לידי ביטוי באותם מקומות, בהם מדובר בבעלי אתרים ובספקי מרשתת שהינם גופים מסחריים גדולים ומוכרים ובמקום שבו המשתמש אינו אנונימי והינו בר-השגה.

נראה, כי עמדה זו **מאוזנת יותר ורלוונטית יותר לנושא השיח הגזעני והמסית ברשתות החברתיות בישראל**, שכן כפי שהוצג בנתונים לעיל, עיקר השיח הגזעני והמסית בישראל נעשה באמצעות אתר שהינו גוף מסחרי גדול ומוכר, 'פייסבוק' ורוב המשתמשים המתבטאים בגזענות וקוראים לאלימות בישראל הינם גלויים וברי-השגה. העבודה תיגע בכך בפרק הסיכום וההמלצות.

**ד.2 חלופה להסדרה מדינתית של המרשתת**

קשיי האכיפה של נורמות ושל חוקים מדינתיים בהקשר של המרשתת והחסרונות בהסדרת הפעילות ברשת באמצעות חקיקה, הביאו את החוקרים לדון בחלופות להסדרה חקיקתית, מדינתית של המרשתת. בהסדרה הכוונה אינה דווקא לנורמות משפטיות, אלא לכל אמצעי המסייע להגיע אל המטרה שאותה מעוניינים להשיג – הרתעה מביצוע עבירות ברשת. הפתרון המרכזי שעשוי להסדיר במידה מסוימת את הפעילות ברשת הוא הסדרה פרטית לצד חקיקה שתתמוך בהסדרה כזו ותסייע לה.[[201]](#footnote-201)הסעיף הבא ידון בחלופה מרכזית זו.

**ד.2.1 הסדרה פרטית**

לעיתים בוחר המשפט להישאר מחוץ לזירה ומותיר אותה לשחקנים הפרטיים. הרצון להסדיר פעילויות מסוימות, תוך הימנעות מהתערבות בשוק, יוצר חלל רגולטורי ואין זה מפתיע, טוען בירנהק, שיש מי שמבקש למלא אותו. בדרך כלל, יהיו אלו השחקנים הפועלים בשוק הרלוונטי, שיבקשו לקבוע את 'כללי המשחק' ויעדיפו לעשות זאת בעצמם. יש להניח, הוא מוסיף, כי השחקנים מכירים את השוק טוב מאחרים וברור, כי מבחינתם עדיפה החלטתם שלהן על פני החלטה חיצונית של כללים על ידי המדינה ומוסדותיה.[[202]](#footnote-202)הכללים שהם קובעים לעצמם הם הסדרה פרטית: כללי התנהגות, אתיקה, טכנולוגיית אכיפה ועוד. **כדי שההסדרה הפרטית תהיה אפקטיבית, יש צורך** **במנגנון אכיפה יעיל ובמסגרת של תמריצים – "שילוב של גזרים ומקלות".**[[203]](#footnote-203)

מובן שההסדרה הפרטית אינה בלתי-מוגבלת. היא נתחמת על ידי ההסדרה הציבורית הקובעת עקרונות כלליים. אם הדין הכללי מגביל נושא מסוים, **הרי שההסדרה הפרטית איננה יכולה להכשירו**. השחקנים במרשתת גם אינם צריכים לקבוע מה שממילא אסור בדין הכללי. **כך למשל, אם הדין הכללי אוסר הסתה לגזענות, אין צורך שההסדרה הפרטית תחזור על קביעה זו**. לפיכך, מרחב התמרון של השחקנים במרשתת הוא **לקבוע כללים במקום שהדין הכללי שותק לגביו וכאשר הוא איננו אוסר פעילות.** למשל, **התבטאויות גזעניות** גרידא, שאינן אסורות בפני עצמן בסימן א1 לחוק העונשין, אשר מגדיר כעבירה רק פרסום דבר **מתוך מטרה להסית לגזענות**, כפי שהובא בהרחבה לעיל.[[204]](#footnote-204)

תחומים בולטים, שבהם יש ניסיונות להסדרה פרטית הם הגנת הפרטיות וזכויות יוצרים. בעניין אתיקה, ניתן לראות כדוגמה, את החלטת מועצת העיתונות להחיל את סמכותה על 'עיתונים מקוונים'.[[205]](#footnote-205)

לטענתה של אגמון-גונן, **ניתן לראות מגמה של הסדרה פרטית** של נושאים שונים ברשת ומגמה זו נובעת ממספר גורמים: האחד, הוא קשיי האכיפה של הסדרים מדינתיים, כפי שפורט בהרחבה לעיל. השני, הוא חששם של המחוקקים עצמם, בעיקר במדינות דמוקרטיות, לפגוע בגולשים תמימים וביתרונות האנונימיות. השלישי, הכרתם של השחקנים השותפים ברשת בכך שאין לאפשר שימוש קיצוני לרעה ברשת. הרביעי, חששם של המעורבים ברשת כי היעדר הסדרה פרטית יוביל לאכיפה מדינתית, שבסופו של יום תפגע ברשת ובהם. החמישי, הוא השיקול הכלכלי שהינו תוצר לוואי של הגורם הרביעי - החשש כי פרסום של אכיפה מדינתית כנגד הספקית ופרסום מדיניותה עלולה לפגוע ברווחיות של החברה.[[206]](#footnote-206)

מוסיפה אגמן-גונן וטוענת כי **על המדינות לאמץ גישה של הסדרה פרטית ברשת**. על המחוקק להכיר בטבעה הייחודי של הרשת ובכך שהתחרות והבחירה של המשתמשים באתרים ישמשו כבלמים גם לעבירות ולעוולות שברשת. לפיכך, **על המדינות לאמץ חקיקה המאפשרת להסדרה הפרטית לפעול ביעילות** ולא להותיר לרשת את האפשרות להסדרה פרטית מוחלטת ללא כל התערבות חקיקתית.[[207]](#footnote-207) בכך מתכוונת אגמון-גונן ל**חקיקה המסדירה את אחריותם של ספקי שירותי המרשתת לאמץ כללי התנהגות מסוימים,** המחייבת ספקים לשמור על מידע והמסדירה את האפשרויות העומדות לרשות הגולשים בעת פנייה לספקים.

לטעמה, חקיקה כזו **ישימה וניתן לאמצה**, מכיוון שעסקינן בספקי מרשתת מקומיים **והיא אינה מתערבת בתכנים עצמם ואינה משפיעה על הפגיעה בחופש הביטוי** או על צמצום התוכן שהינו בחזקת נחלת הכלל.[[208]](#footnote-208)

ראוי להתעכב בקצרה על נושא האחריות של בעלי האתרים וספקיות השירות והמרשתת, בגין תכנים המופצים ברשת בעלי אופי מזיק. השאלה המורכבת, שמציגה אלקין-קורן,[[209]](#footnote-209) היא האם לצד האחריות של המזיק הישיר - למשל, המסית לגזענות או לאלימות, אשר התבטא ברשת באופן פוגע - יש להטיל אחריות **גם** על 'מתווכי התוכן' - בעלי האתרים, מנהלי הפורומים או ספקית המרשתת?

אין חולק על כך, בכל הנוגע לספקיות, הן **מהוות כתובת אטרקטיבית לתביעות משפטיות**, בגין הנזק שנגרם **לאדם כלשהו** עקב תוכן שהופץ בידי משתמשים. למשל, אזרח ערבי, שנפגע כתוצאה מהסתה לגזענות או לאלימות ברשת שכוונה כנגד המיעוט אליו הוא משתייך.

האטרקטיביות הזו נובעת מההבנה כי ספקיות המרשתת הן כתובת ברורה, להבדיל מאותו מזיק, אשר לא בהכרח ניתן בכלל לזהותו. **מבחינה כלכלית זול יותר להגיש תביעה נגד ספקית השירות, מאשר נגד המשתמש אשר ביצע, לכאורה, את העבירה**. שנית, בעל האתר והספקית הם בדרך כלל "כיס עמוק" וסיכוייו של הנפגע להיפרע ממנו בגין הנזק גבוהים יותר מאשר לקבלו מהמשתמש הפרטי, שכאמור, הוא לעיתים אף אנונימי. לכן, בעלי האתרים או ספקיות השירות הינם במקרים רבים **מונעי הנזק היעילים ביותר מבחינה כלכלית.**

מלבד זאת, גם בעלי האתרים וספקיות המרשתת **נמצאים בעמדה הנוחה ביותר למנוע באופן אפקטיבי את הישנות המקרים הבעייתיים** על ידי חסימת הגולש, הסרת תכניו או אף ניתוקו מן השירות, שכן הם יכולים לשלוט ולפקח באופן נרחב על התכנים וההתקשרויות של המשתמשים, לנטר את התכנים, את פרטי המשתמש, את לגיטימיות התכנים המועלים, את תוכן ההתכתבויות ואף את המאפיינים החברתיים של המשתמשים. **החשש מפני חשיפה לתביעות משפטיות עשוי להמריץ את אותם הגורמים לנקוט באמצעי סינון ועריכה**, שיגבילו הפצת תכנים העלולים להזיק ובכך לצמצם את חשיפתם המשפטית.

בפן המהותי מציינת אלקין-קורן כי **להטלת האחריות על הספקיות ובעלי האתרים יש שני פנים**. האחד, מבחינת הראייה הכוללת **קיים אינטרס ציבורי מובהק למנוע**, **או לפחות לצמצם**, את הפעילות המזיקה ויש הצדקה להטלת אחריות זו בגין הנזק שנגרם על ידי משתמשי השירות ומבחינה מוסרית יהיה זה אף הגיוני. מנגד, **הטלת האחריות עלולה להוביל ליצירתם מחדש של מוקדי כוח ושליטה ברשת** ולהכשיל את מגמות הביזור, שבהן טמון יתרונה של הרשת לקידום השיח הציבורי.[[210]](#footnote-210) כך, למשל, הטלת אחריות על מנהל אתר בגין הסתה לגזענות, שפורסמה על ידי משתמש בפורום, הופכת אותו לעורך בעל כורחו, שכן על מנת להפחית את החשיפה המשפטית, ייאלץ בעל האתר להפעיל מערכת סינון תכנים ועריכה ולמנוע תכנים שנויים במחלוקת. בנושא ספציפי זה תרחיב העבודה בהמשך.

כך או כך, ניתן לומר כי **ככלל**[[211]](#footnote-211) **לא הסדיר המחוקק הישראלי מפורשות את סוגיית האחריות האזרחית של ספקיות שירותי המרשתת**, **גם כאשר מפורסמים באתרים תכנים בעלי אופי גזעני ומסית.** [[212]](#footnote-212) בכלל זה, **אין כיום חוק המחייב את בעלי האתרים וספקיות המרשתת להסיר תכנים הנוגעים להסתה לגזענות ולאלימות ברשת.[[213]](#footnote-213)**

מעניינת בהקשר זה דעתה של אגמון-גונן, הטוענת כי דווקא חקיקה המסדירה את אחריותם של ספקי השירות ו**פוטרת** אותם מהצורך לפקח על התכנים ועל המידע העוברים דרכם או באמצעותם, **מאפשרת הסדרה פרטית**. לטענתה:[[214]](#footnote-214)

דווקא במדינות שבהן המחוקק או בתי המשפט **הסירו את האחריות** מספקי השירות וממנהלי האתרים בחקיקה, **פעלו אלה לשמור על "ניקיון" הרשת.** ולהיפך - כל עוד חויבו ספקי האינטרנט מכוח החקיקה והפסיקה לפקח או לערוך את התכנים שעברו דרכם, היה עליהם להוכיח כי הם לא ידעו ולא היה עליהם לדעת כי מדובר בחומר מפר; **בשל כך הם עשו כל מאמץ טכנולוגי כדי להראות שאין להם יכולת לפקח על חומר שעובר דרכם, שאחרת היו חבים בנזיקין.** **דווקא בכך שהמחוקק התערב והסיר מהם את האחריות הוא אפשר להם לפקח על התכנים, והם אכן עושים זאת.**(ההדגשות של הח"מ – ר"מ)

**ד.3 הסדרה בסביבה דיגיטלית-טכנולוגית**

מאחר שהפעילות העיקרית ברשת היא מידע (יצירתו, איסופו, עיבודו, שמירתו, אבטחתו, העתקתו, העברתו), הרי שלכל כלל משפטי המוחל ברשת יש השלכה על חופש הביטוי.[[215]](#footnote-215) כיצד אפוא יש להסדיר את מדיניות המידע בסביבה הדיגיטלית-טכנולוגית? מה תפקיד המשפט בכך? **ומהו מקומם של הערכים החברתיים, למשל, אלו שמוגנים באיסורים הפליליים של ההסתה לגזענות ולאלימות בעיצוב המדיניות?**

בשאלת עיצוב המדיניות, טוען בירנהק[[216]](#footnote-216) כי רבים סבורים שמה שהיה הוא שצריך להיות: **הטכנולוגיה החדשה אינה סיבה לזנוח את כללי המשפט הקיים**, ואין זה משנה עד כמה היא מעניינת ומסקרנת. לטענת אלו, יש להחיל את המשפט על הטכנולוגיה וככל שהמשפט אינו מתאים - לשנותו. אחרים, הוא טוען, גורסים שהניסיון המשפטי לכפות את מסגרתו על הטכנולוגיה נדון לכישלון, ועל כן **הטכנולוגיה צריכה להיות חסינה מפני משפט.**

ניתן לראות כי **לגבי אותה הטכנולוגיה ממש במקום שבו אנשים מסוימים רואים חופש, אחרים מוצאים אנרכיה**. אותה טכנולוגיה נתפסת בעיני האחרונים כמסוכנת וכדבר שיש לרסנו.[[217]](#footnote-217)

בירנהק אינו מקבל אף אחת מהעמדות הקיצוניות הללו.[[218]](#footnote-218) לדעתו, יש לפרש את כללי המשפט הקיימים או לעצב כללים חדשים, **תוך גזירתם מערכים חברתיים ותוך   
דו-שיח עם המאפיינים הייחודיים הרלוונטיים של הטכנולוגיה ומרשתת בתוכה.** תפיסה זו, הוא מוסיף**, מקנה עדיפות עקרונית לערכים על פני הטכנולוגיה ואיננה נופלת ברשתה כדבר מובן מאליו, אך גם אינה מתעלמת ממנה** והיא מדגישה את הדינמיות של היחסים שבין משפט, ערכים וטכנולוגיה.

ניתן להסכים עם דברי בירנהק,[[219]](#footnote-219) לפיהם המשפט והטכנולוגיה מתחרים על הבכורה מי יקבע את המותר והאסור וכי **אי-אפשר להכריע בשאלה זו בלי לתת את הדעת לקדקוד שלישי: הערכים החברתיים ונורמות היסוד בחברה**. הוספת קדקוד זה, לדבריו, הופכת את הציר משפט-טכנולוגיה למשולש. קדקוד זה אינו סטטי ואינו יציב כלל, שכן בחברה דמוקרטית ישנם ערכים רבים המתנגשים ביניהם. **דוגמה פרטנית לכך, ניתן לראות בהתנגשות בין חופש הביטוי ובין הערכים המוגנים באיסורים הפליליים שבעבירות ההסתה**: אמנם, המשפט הישראלי הכיר בחופש הביטוי כזכות עילאית ונורמת יסוד בחברה, אך יחד עם זאת קבע **כי אין זו זכות מוחלטת וכי יהיו מקרים שהיא תרכין ראשה בפני האינטרסים המוגנים באיסורים הפליליים שבעבירות ההסתה לגזענות ולאלימות.**

אם כך, אמנם היחס בין הקדקודים השונים במשולש הוא מורכב, אך ניתן לומר כי בשיטת המשפט העכשווית, **הערכים הם המכתיבים את פרשנות כללי המשפט**.[[220]](#footnote-220) מובן שיש כאן שאלות פתוחות רבות, **אולם בסיכומם של דברים נראה שאין לחשוש מהטלת האינטרסים וערכים המוגנים בעבירות ההסתה לגזענות ולאלימות על הטכנולוגיה. לאור הנתונים והיקף השיח הגזעני והמסית ברשת, נדמה שלא כך המצב במציאות הישראלית.**

**תפיסה זו אמנם מדגישה כי הטכנולוגיה אינה חסינה מפני הסדרה - מדינתית או פרטית, אבל בד בבד, אין להתעלם ממנה.** טוען בירנהק:[[221]](#footnote-221)

בעיצוב כללים משפטיים חדשים או בעת פרשנות כללים קיימים, **יש להיות ערים לטכנולוגיה**, ללמוד את מאפייניה ולחלץ את הערכים הגלומים בה. הטעם לכך הוא **שהטכנולוגיה מאתגרת את הערכים**. היא יוצרת מצבים חדשים, אשר אין לנו תשובה מן המוכן לגביהם. היא חושפת את קוצר ידם של ערכים מסוימים ואת עוצמתם של ערכים אחרים. בנוסף, **הרב-שיח שבין הערכים לטכנולוגיה נדרש כדי שהכלל המשפטי הנגזר מהערכים יהיה אפקטיבי**: **אין טעם או הגיון בכלל משפטי שאינו ישים לרשת או שאפשר לסכלו בקלות, באמצעות טכנולוגיה מתאימה.** (ההדגשות של הח"מ – ר"מ)

בסיכומו של הפרק ניתן לראות אם כן, כי המגבלות בהסדרה מדינתית, כפי שאלו הובאו לעיל, הובילו את החוקרים לדון **באימוצה של הסדרה פרטית** במרשתת ו**לתמיכה** בגישה זו, **אך** **בהסתייגות**. לדידם, רצוי כי המחוקק יקבע כללים המאפשרים להסדרה הפרטית לפעול ביעילות: כללים המטילים אחריות על 'מתווכי התוכן' במרשתת לאמץ כללי התנהגות מסוימים במרשת, המחייבים את ספקי המרשתת לשמור על מידע והמסדירים את האפשרויות העומדות לרשות הגולשים בעת פנייה לספקים, **אך אל לו להתערב בתכנים עצמם**. לדעתם חקיקה שכזו **ישימה**, מכיוון שמדובר בספקי מרשתת מקומיים ובה בעת אינה מתערבת בתכנים עצמם ולכן אינה מעוררת חשש לסכנות שעליהן עמדה העבודה לעיל.

על כך יש להוסיף, כי בכל הסדרה - מדינתית או פרטית - **יש לערכים החברתיים משקל מכריע בעיצוב המותר והאסור בסביבה הדיגיטלית**. הטכנולוגיה, כמו גם הפרשנות לכללי המשפט, כפופה גם היא לערכים. **נראה, כי בכל הנוגע לשיח גזעני ומסית מקרב יהודים ברשתות החברתיות, יש למדינת ישראל עוד כברת דרך לעשות בהקשר זה.**

ההתלבטות בין הרצון לאכוף נורמות חברתיות כאשר הפעילות מבוצעת ברשת - **כולל כאלו הנוגעות באופן פרטני בשיח גזעני ומסית** - לבין החשש לפגיעה בחופש הביטוי ובהתפתחות הרשת על היתרונות שבה, **היא התלבטות מהותית ולא פשוטה.** בהתלבטות זו יש להביא בחשבון את קשיי האכיפה האובייקטיבים הקיימים ברשת, הנובעים מהפן הטכנולוגי ומהגלובליות של הרשת כמו גם את שיקולי מדיניות האכיפה של הרשויות בישראל, כפי שיובאו בפרק הבא, כאשר ברור **שבכל פתרון תהיה פגיעה מסוימת בחופש הביטוי.**

**פרק רביעי - מדיניות האכיפה ומימושה בעבירות ההסתה ברשתות החברתיות**

עניינו של פרק זה הוא בליבת העבודה. לאחר שתוארה תופעת השיח הגזעני והמסית ברשת ולאחר שנסקרו הגורמים המשפיעים על תופעה זו נשאלת השאלה: מהי מדיניות האכיפה של התביעה הכללית וכיצד היא מתממשת בפרקטיקה אל מול התופעה האמורה?תחילה ידון הפרק במדיניות התביעה הנוגעת לעבירות ביטוי והסתה באופן כללי ולאחר מכן במדיניות באשר לעבירות ההסתה **המבוצעות במרשתת וברשתות החברתיות ובאתגרים הייחודיים הקיימים באכיפה במימד זה**. בהמשך, תדון העבודה גם בכלי אכיפה נוסף, לבר-משפטי, שנעשה בו שימוש אל מול תופעת ההסתה ברשת.

**א. מדיניות התביעה הכללית ומימושה בפועל**

כבר בראשית הדברים יש לומר, כי מדיניות התביעה הכללית וגורמי האכיפה בכל הנוגע לעבירות המכרסמות בחופש הביטוי היא ככלל **מדיניות מרוסנת ומצמצמת**. לפיכך, קיימת הנחיית פרקליט המדינה, הדורשת **קבלת אישור מראש מהמשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים) לפתיחה בחקירה בעניין בעל רגישות ציבורית רבה. כן מנחה ההנחיה כי סגירת תיק שכזה תובא לידיעתו ולאישורו של פרקליט המדינה או המשנה האמור**.[[222]](#footnote-222) אישור כזה נדרש לפתיחה או סגירת חקירה, במגוון עבירות ולעניין עבודה זו, בעבירת ההסתה לגזענות (144ב) ובעבירת ההסתה לאלימות (144ד2).

בנוסף, בעבירות ההסתה הנידונות בעבודה, **נדרש אישור היועץ המשפטי לממשלה להעמדה לדין** לפי סעיף 144ה לחוק העונשין, שקובע "לא יוגש כתב אישום לפי סימן זה, אלא בהסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה".[[223]](#footnote-223)

ניתן לראות, כי לצד התפתחות החקיקה, התגבשות תפיסתו של בית המשפט העליון בנושא חופש הביטוי מחד גיסא ובנושא האיסורים הפליליים שבעבירות ההסתה מאידך גיסא, כפי שהוצג בהרחבה בפרקים הקודמים, בולט בהקשר מדינת ישראל **גם התפקיד המאזן של רשויות התביעה** **ובעקבותיה של כלל רשויות האכיפה** באכיפתן של נורמות המגבילות את חופש הביטוי.[[224]](#footnote-224)

פסק דין של בית המשפט העליון, הנוגע היטב בדילמות שבפני היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית בהגשת כתב אישום בגין הסתה הינו פסק הדין **בעניין 'תורת המלך'**, שניתן בדצמבר 2015. בפסק דין זה ולאחר התלבטות רבה קיבלו השופטים בדעת רוב (2:1) את החלטת היועץ המשפטי לממשלה **שלא** להגיש כתב אישום כנגד מחברי הספר 'תורת המלך' בגין עבירות של הסתה לגזענות והסתה לאלימות ובכך **גיבו את מדיניות התביעה הכללית,** הגם שלא חסכו את ביקורתם הנוקבת נגד הנכתב בספר. ראוי להביא לעניין זה את דבריה של הנשיאה נאור, אשר תמכה בדעתו של המשנה לנשיאה, א' רובינשטיין, אשר כתב את דעת הרוב:[[225]](#footnote-225)

היוהרה של המשיבים (מחברי הספר – הערה של הח"מ – ר"מ) כלפי מערכות אכיפת החוק, והתגובה שלהם לעתירה, מקוממת ומתריסה. שדון שובב שהופיע מאי שם לחש באוזני – שיעמדו המשיבים לדין, שיעמדו בפני בית המשפט ואולי שם יטרחו להסביר את עצמם, ולעמוד לחקירה שכנגד, גם אם לא יצא מכך כלום, והם יזוכו כפי שחושש היועץ המשפטי לממשלה. דברי השדון השובב, זכו בלבי תחילה לאהדה לא מעטה. אולם, בסופו של יום צוויתי על השדון: לך מכאן, חזור למקום ממנו באת, ואל תשוב. אנו שופטים – אמרתי לאותו שדון. עלינו לשקול שיקולים ענייניים, ושיקולים עניינים בלבד. לא נעשה צו החלטי רק כדי ללמד את המשיבים לקח ו"לטרטר" אותם; גם לא נעשה צו החלטי כדי לרצות חלקים מן הציבור ולהביע שאט נפש מן הגזענות. נבחן את הדברים לגופם. אכן, שדון שובב זה, המשקף והמבטא – אולי – את נטיות הלב הראשוניות של כל מי שמתקומם מהתבטאויותיהם הבזויות של המשיבים – אסור לו שיכתיב לשופט את התוצאה המשפטית עצמה [...]

בעניין עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות ניתן לסמן שלוש 'אבני דרך' בגישתן של הפרקליטות ורשויות האכיפה. האחת, **עד למחצית שנות התשעים של המאה הקודמת** - עובר לרצח רבין ז"ל - נעשה שימוש חריג בסעיפי ההסתה, והפרקליטות הסתייגה מהעמדה לדין בעבירות אלו.[[226]](#footnote-226) מדיניות זו גם זכתה לגיבוי של בית המשפט העליון, אשר קבע, למשל, בבג"צ **שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה** (1994)[[227]](#footnote-227) כי:

מדיניותה הכללית של התביעה הינה כי יש להמעיט ככל האפשר בהעמדת אדם לדין בגין התבטאויות שהתבטא. עיקרון חופש הביטוי הוא עיקרון יסוד במשפטנו, שבגינו 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

השנייה, כפי שכבר צוין, סומנה **לאחר רצח רבין**, אז שונתה גישתה של הפרקליטות לעבירות הסתה באופן דרמטי. מיד לאחר הרצח הגישה הפרקליטות שורה של כתבי אישום כנגד גורמים אשר השמיעו התבטאויות מסיתות.[[228]](#footnote-228) יחד עם זאת, עדיין נותרה רגישות רבה לסכנה של הגבלת חופש הביטוי ופתיחה בחקירות והגשת כתבי אישום הייתה במשורה.

את 'אבן הדרך' השלישית, ניתן לסמן **במחצית שנת 2014**, לאחר מבצע 'צוק איתן' וחטיפת שלושת הנערים, שנרצחו על ידי פלסטינים מחברון. **אירועים אלו הביאו לגל עכור של התבטאויות קיצוניות, גזעניות ואלימות משני הצדדים, היהודים והערבים, ובעיקר ברשתות החברתיות**. לפיכך, הוחלט בפרקליטות כי **יש צורך בשינוי המדיניות הזהירה שננקטה עד אז.** ברם, השינוי לא ניכר בפועל, שכן לא נעשתה פעילות יזומה מצד רשויות האכיפה. החקירות התבססו בעיקר על תלונות מצד אלו שחשו עצמם נפגעים כתוצאה מהסתה נגדם במרשתת וברשתות החברתיות.[[229]](#footnote-229) השינוי בפועל, ובעיקר באופן הטיפול **היזום**, ארע כשנה לאחר מכן, **במחצית שנת 2015**, לאור רצף אירועים: הרצח של המשפחה הפלסטינית בכפר דומא שבבנימין, רצח הנערה שירה בנקי ז"ל במצעד הגאווה בירושלים וגל הטרור שהחל באוקטובר 2015.[[230]](#footnote-230) כל אלו **הקצינו את ההסתה ברשתות החברתיות**, כפי שניתן לראות בנתונים שהובאו בפרק המבוא.

כדי להתמודד טוב יותר עם הרמת הראש המכוערת של הגזענות וגל ההסתה הגואה **ברשתות החברתיות**, נקבעו בפרקליטות המדינה קריטריונים, שאמורים לסייע בידי התביעה לגבש את מדיניותה, באשר לפתיחה בחקירות והגשת כתבי אישום **על ביטויים במרשתת וברשתות החברתיות**, בהתאם להנחיות פרקליט המדינה הכלליות שעדיין תקפות. להלן יובאו הקריטריונים, אשר נבחנים במצטבר ואינם רשימה סגורה:[[231]](#footnote-231)

1. **תוכן הפרסום** – ככל שהאמירה בוטה יותר, חריפה או קוראת בצורה מפורשת יותר למעשה אלימות, כך יש אינטרס גדול יותר לחקור אותה ולהגיש כתב אישום אם יתגבשו הראיות המתאימות. במידה ומצורפים תמונות, סרטים – האינטרס גדל.
2. **היקף החשיפה** – ככל שאנשים רבים יותר נחשפים לתוכן הגזעני והמסית לכאורה, כך גובר האינטרס לפתוח בחקירה. נבדק האם המדובר בקבוצה סגורה או פתוחה, כמות החברים באותו אתר וכמה אנשים הגיבו או עשו 'לייק' לפוסט.
3. **מעמד המפרסם** – ככל שהוא מוכר ובעל השפעה על ציבור גדול יותר (למשל, יש לו מספר עוקבים רב), כך גובר הסיכוי להשפעה גבוהה יותר ומכאן לסכנה הטמונה באותו פרסום.
4. **מספר ההתבטאויות שהתפרסמו** – ככל שמדובר בהתבטאויות חוזרות ושהמפרסם עושה זו במשך תקופה אזי תגדל הנטייה לפתוח בחקירה. ולהפך, באם היה זה פרסום חד-פעמי, לא תיפתח חקירה.
5. **הקשר הפרסום** – אם המדובר בתגובית ('טוקבק'), המדיניות הכללית היא לא לפתוח בחקירה.
6. **זמן הפרסום** – נבדק האם כותב הפוסט ברשת הוריד את הפרסום שלו, או שהשאירו.
7. **אווירה ציבורית** – זהו קריטריון בעל חשיבות משמעותית. ככל שהאווירה טעונה יותר ויש בה כדי להוביל לאלימות כלפי ציבור מסוים, מתעצמים הסיכונים להתקיימות המבחן ההסתברותי של "אפשרות ממשית", כפי שמופיע בעבירת ההסתה לאלימות.

יש לומר, כי למרות המדיניות הנוהגת בפרקליטות, אשר **מביאה לטיפול רב יותר ומשמעותי יותר בתופעה של הסתה לגזענות ולאלימות** **במרשתת וברשתות החברתיות**, **עדיין מדובר במספר קטן של חקירות, מעצרים וכתבי אישום אל מול יהודים בפרט**, בשל הזהירות הרבה שמחייבת איזון **בין האכיפה ובין זכות חופש הביטוי** בעבירות מסוג זה.[[232]](#footnote-232)

ניתן לראות זאת היטב בנתונים שלהלן:**[[233]](#footnote-233)**

**גרף מספר 12** – אכיפה מול יהודים בעבירות הסתה לגזענות ולאלימות

כמצוין לעיל, ניתן לראות כיצד שנת 2014 מהווה נקודת מפנה.

**ניתן להתרשם עד כמה מתקשה מערכת המשפט הפלילית ה'רגילה' להתמודד באפקטיביות עם תופעת השיח הגזעני והמסית ברשת. כמעט ואין כל הלימה בין התופעה לבין המענה במישור הפלילי.**

בממשק בין התביעה הכללית ובין המשטרה בענייני פתיחה בחקירה, בנושאי הסתה לגזענות ולאלימות, שמתרחשת במרשתת וברשתות החברתיות מצד הציבור היהודי כנגד הציבור הערבי, מתקיים שיח קבוע, שבסופו כאמור, נדרשת המשטרה לאישור פרטני מהפרקליטות כדי לפתוח בחקירה.

המקרים, המובאים לפתחה של התביעה הכללית, מגיעים משלושה צירים עיקריים.[[234]](#footnote-234) האחד, הגישה 'הקלאסית' של הגשת תלונה מצד מי שחש עצמו נפגע מפרסום כלשהו ברשת. השני, פנייה של אנשים פרטים או גופים שונים למשטרה דרך דף ה'פייסבוק' שלה, שם הם 'מדביקים' פוסטים, שלדעתם הינם בעלי תכנים מסיתים ובמקרים אלו המשטרה בוחנת את הנושא, גם ללא תלונה. הציר השלישי, הינו הציר המודיעיני של ניטור הרשת, שמפאת רגישותו לא יורחב, אך ייאמר כי מדובר בחוליה שמונה מספר קטן של אנשי משטרה, שהוקמה אך לפני כשנה וחצי, עם פרוץ אירועי גל הטרור באוקטובר שנת 2015.[[235]](#footnote-235)

לאור כל אלו ניתן לומר כי מתקיים דיאלוג קבוע בין גורמי המשטרה לגורמי התביעה הכללית בכל הנוגע לפתיחת חקירות והגשת כתבי אישום בנושאי הסתה לגזענות ולאלימות המתרחשת ברשת, ואף נקבעו תבחינים האמורים לסייע בכך. **המציאות הביאה לשינוי במדיניות התביעה ולטיפול רחב יותר בתופעה, אך כלל הגורמים המעורבים בנושא, כמו גם הנתונים, מעידים כי מדובר ב'טיפה בים' אל מול היקף התופעה ועוצמתה**.

**א.1 טכנולוגיה של אכיפה ומדיניות סינון תכנים**

אם כך, עולה השאלה: האם וכיצד ניתן לצמצם את תופעת השיח הגזעני וההסתה ברשת בדרך נוספת, שאינה השיטה הפלילית 'הרגילה' של חקירות, מעצרים וכתבי אישום?

צ'ארלס קלרק העיר ש"התשובה למכונה היא המכונה" (1996).[[236]](#footnote-236) תוכנות שונות מאפשרות להתמודד עם חלק מהתופעות שנוצרות על ידי טכנולוגיה אחרת. יש מי מאמין, טוען בירנהק,[[237]](#footnote-237) שבמקום שהמשפט יתערב התערבות חיצונית בטכנולוגיה שנתפסת בעיניו כטכנולוגיה של אנרכיה, באה הטכנולוגיה עצמה ומציעה פתרון. **תוכנות הסינון, הוא מוסיף, הן דוגמה מובהקת לטכנולוגיה כזאת.**

לצד התפתחות המרשתת נוצר שוק של תוכנות סינון. הטכנולוגיה שעליה מבוססות התוכנות משתנה מחברה לחברה ועיקר השינוי הוא בדרך שבה נקבע התוכן המסונן: בבקרה אנושית או בהפעלת תוכנה טקסטואלית המחפשת מילים שהוגדרו מראש בשמו של האתר, בכותרתו או בתוכנו של החומר המופץ ברשת. תוכנות אלו, מטבע הדברים, גם מועדות לטעויות רבות, בשל המגבלה של התוכנה, אשר אינה בודקת מהות, אלא רק מסננת היכן שמופיעה המילה הבעייתית. ישנן דוגמאות ידועות לחסימת אתרים ותכנים. למשל, תוכנות שחסמו אתרים העוסקים בסרטן השד, או במתכונים לחזה עוף, מאחר שהופיעו בהן המילים "שד" ו"חזה" הן דוגמאות לסינון-יתר.[[238]](#footnote-238)

כחלק מהמדיניות של בעלי האתרים וספקיות המרשתת - אשר נובעת מהאחריות המוטלת עליהם להפעיל צנזורה עצמית ומחששם כי הם צפויים לחוב בגין הודעות המועברות דרכם - **הן מפעילות תוכנות לסינון תכנים פוגעניים.** ברם, בעוד שהגבלות מסוג אחד ניתנות ליישום בקלות יחסית, שכן הן ברורות ונראות לעין - כמו, למשל האיסור הקשור בהפצת חומר פדופילי[[239]](#footnote-239) - **איתור ביטויי גזענות והסתה מקוונים דורש רמות גבוהות יותר של התערבות והפעלת שיקול דעת מצד אחד, והרבה מאד משאבים כלכליים מהצד השני.** לכן, בעלי האתרים וספקיות המרשתת לא תמיד יוזמים הסתרת תכנים מסיתים, אלא עושים זאת רק בעקבות **קבלת בקשה ישירה** ממי שחש נפגע או מהמדינה שמייצגת את האינטרס הציבורי.

אין חולק על כך שפרסומי ההסתה במרשתת טומנים בחובם סיכונים ממשיים **לביטחונו של אדם ולאינטרסים ולערכים נוספים, המוגנים בעבירות ההסתה לגזענות,** וזאת ללא קשר אם האתר בו פורסמו הדברים מאוחסן בישראל או מחוץ לגבולות המדינה. מכאן גם עולה האינטרס הציבורי אל מול בעלי האתרים וספקיות המרשתת.

במצב דברים זה, פועלת המדינה בשני ערוצים: הערוץ האחד, **ערוץ ישיר**, המנוהל במחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה, אשר פונה ישירות לבעלי האתרים הגדולים, דוגמת 'פייסבוק', 'גוגל', 'טוויטר' ומבקשת מהם להסיר תכנים שנוגדים את החוק בישראל וכן נוגדים את מדיניותם הם בדבר פרסומים פוגעניים**, ובכלל זה תכנים המסיתים לאלימות ולטרור.**

לדברי חיים ויסמונסקי[[240]](#footnote-240) מדובר בערוץ יחסית חדש, שהוקם בספטמבר שנת 2015, העוסק **ב'אכיפה אלטרנטיבית' בזירת עבירות הסייבר** (למשל, פדופיליה, הימורים, זנות וכד') **ובין השאר בעבירות ההסתה לאלימות ולטרור הן מצד יהודים והן מצד ערבים.** האכיפה היא הגנתית/סיכולית **ואינה משלימה** את הטיפול הפלילי, **אלא באה במקומו היכן שלא ניתן לממש את האפיק הפלילי**. לכן, מתמקדת האכיפה **בפרסום ולא במפרסם**, כאשר יש יסוד של פרסום כחלק מיסודות העבירה, **כדוגמת עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות.** מדובר במימוש תפיסה חדשנית של סיכול משפטי, המנוגדת לתפיסה הנוהגת במשפט הפלילי, הפועלת בסדר דברים הפוך – ביסוס ראיות, חקירה, הגשת כתבי אישום, הרשעה ואז ענישה.

לדבריו, הבינה הפרקליטות, כי בעבירות הסתה ברשת ישנו **קושי ממשי באכיפה אפקטיבית בזמן אמת מול המפרסמים** - בשל האנונימיות, הקושי להשיג ראיות באופן מיטבי, לעיתים סיכון חיי האדם (בכניסה לתפיסת מחשבים) והצורך להסיר תכנים באופן מהיר בטרם ישפיעו על מספר רב של משתמשים ברשת. **זאת ועוד, האפיק הפלילי 'הקלאסי', בוודאי בעבירות ביטוי והסתה, לא יכול לתת לכך מענה בקצבי הזמן הרצויים**. מנגד, **לא הקלו ראש בזכות חופש הביטוי ומעמדה בישראל.** לפיכך, נקבעו האיזונים הרצויים ובין היתר נקבע כי בקשת הסרת התכנים תהא באישורו של מנהל מחלקת הסייבר, וכן נקבעו תבחינים שלא כאן המקום לפרטם, בגין רגישותם.

ערוץ ישיר זה, **הינו אפקטיבי**,[[241]](#footnote-241) בין היתר מאחר שישנה חפיפה גדולה בין חוקי המדינה ובין מדיניות בעלי האתרים וספקיות המרשתת. גם בנקודות המחלוקת בהן קובעת המדינה שמתקיימת הסתה ו'פייסבוק', למשל, חולקת עליה, עדיין קיימות חלופות להסרה טוטאלית של התוכן - השהייה לפרק זמן של המפרסם, חסימת גולשים ממקום מסוים, הסרת מנהל הדף ועוד. עם זאת, יש לזכור כי לחברות אלו יש אינטרסים משלהן וכי הן אינן כפופות לחוק הישראלי, ולכן ייתכנו תכנים שלא יוסרו ולא יינקטו חלופות אחרות בעניינם.

**ומה בדבר הפעלת כלי 'האכיפה האלטרנטיבית' כנגד פרסומי ביטויים גזעניים ומסיתים של יהודים כנגד ערבים ברשתות החברתיות?** לדברי ויסמונסקי, **גזענות לא הוגדרה כמשימה** למחלקת הסייבר, למרות שקיימת אפשרות לכך. כמו כן, מאחר שמדובר בכלי 'אכיפה אלטרנטיבית', כהגדרתו לעיל, הבא לידי ביטוי רק כשלא ניתן להפעיל את האפיק הפלילי 'הקלאסי', הרי שמול פרסומים המבוצעים על ידי יהודים הפעלת כלי זה **כמעט ולא מתאפשרת**, אלא רק במקרים של הסתה קיצונית. **בכל הנוגע למגזר היהודי, המסית לאלימות, על פי רוב יתבצע הטיפול מול המפרסמים עצמם, בהתאם למדיניות התביעה עליה הורחב לעיל,[[242]](#footnote-242) ולא מול פרסומיהם**. כמובן, שיכולה להתקבל גם החלטה אחרת, המאפשרת להפעיל את הכלי גם כנגד פרסומים במקרים 'הרכים/האפורים' של השיח הגזעני והמסית לאלימות (לכך תתייחס העבודה בהמשך בפרק ההמלצות).

לסיכום, ייאמר כי הערוץ הישיר הינו כלי אפקטיבי (במידה), אך **בשל המדיניות הקיימת** **ערוץ זה הינו רלוונטי בעיקר מול מקרי ההסתה לאלימות ולטרור מהמגזר הערבי, להבדיל מזה היהודי וכמעט אינו רלוונטי אל מול הסתה לגזענות של יהודים כנגד ערבים.**

הערוץ השני, הינו **הערוץ החקיקתי**. בימים אלו שוקדים במשרד המשפטים, במשרד לביטחון פנים ובמשטרה על ניסוח **חוק הסרת תוכן המהווה עבירה מהמרשתת**. בטיוטת ההצעה נכתב כי:[[243]](#footnote-243)

מטרת החוק היא לייעל את ההתמודדות עם פרסום תכנים המהווים עבירה ושיש בהם סיכון ממשי לביטחונו של אדם, לביטחון הציבור או לביטחון המדינה, באמצעות המשך פרסומת של תכנים אלה או צמצום מרבי של החשיפה אליהם. במסגרת הצעת החוק מוצע להסמיך את בית המשפט לעניינים מנהליים ליתן צו להסרת תוכן מהמרשתת בהתקיים שני תנאים מצטברים. האחד, שפרסום התוכן מהווה מעשה שהוא עבירה פלילית; השני, שהמשך הפרסום מהווה סיכון ממשי לביטחונו של אדם, לביטחון הציבור או לביטחון המדינה.

ביקורת על הדרך, המשתקפת מנוסח החוק המתגבש, ניתן למצוא במכתב, שהפנתה תהילה שוורץ-אלטשולר לשרת המשפטים, לשר לביטחון פנים ולוועדת השרים לחקיקה בדצמבר 2016.[[244]](#footnote-244) שוורץ-אלטשולר כותבת כי אף שתכלית תזכיר החוק הינה ראויה והצורך להתמודד עם תוכן פוגעני ברשתות החברתיות, בשל מאפייניהן הייחודיים - הוא צורך אמיתי, הרי שישנם מספר טעמים לביקורתה זו וכך היא מפרטת:

1. תזכיר החוק פוגע פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכות לחופש הביטוי במרחב המקוון, הן בהיבט המהותי והן בהיבט הפרוצדוראלי.
2. ההסדר המוצע בתזכיר יטפל במקרים ספורים של הסתה לטרור אבל יחשוף את אזרחי ישראל לסכנת צנזורה מטעם המדינה במקרים של "סתם" התנגדות למעשים שלטוניים כאלה ואחרים.
3. התזכיר מציע הסדרים ישימים שנזקם יעלה על תועלתם.
4. תזכיר החוק יוצר בעיית סמכות שיפוטית שתעמיד את מדינת ישראל במצב בעייתי מול ידידותיה.

כך או כך, נראה שיש הסכמה בין הנוגעים בדבר כי **בעולם דיגיטלי וטכנולוגי קשה מאד להסיר תכנים מהרשת**. הטכנולוגיה המוגבלת, המשאבים המוגבלים והמאפיינים הייחודיים, ובעיקר אלו הגלובליים, **מהווים אתגר משמעותי להתמודדות עם תכנים פוגעניים, שמפורסמים במרשתת וברשתות החברתיות**. יש לזכור כי בסופו של יום, מה שהוסר ימצא עצמו בחזרה בעולם המקוון**, אם רק ירצה בכך המפרסם.**

אכן, תופעת הגזענות וההסתה לאלימות במרשתת וברשתות החברתיות **מאתגרת עד מאד גם את נושא האכיפה היעילה - באפיק הפלילי 'הקלאסי' ובאפיק האלטרנטיבי מול בעלי האתרים וספקיות המרשתת.**

**פרק חמישי: סיכום והמלצות**

יחסי המדינה והרוב היהודי עם החברה הערבית-פלסטינית בישראל נוגעים ישירות לביטחון הלאומי, במובנו הרחב והעמוק של המושג.[[245]](#footnote-245) ביחסים בין יהודים לערבים חלה הידרדרות ובשנים האחרונות התחזקו בקרב שתי החברות זרמים לאומניים ודתיים קיצוניים, הפועלים להעמקת השסע ביניהן. קיץ 2014 סימן נקודת מפנה ושפל בציבוריות הישראלית. רמות השנאה, הגזענות והפילוג שנחשפו בקרב אזרחי ישראל היהודים כלפי ערבים - הקריאות לנקמה בערבים לאחר חטיפת שלושת הנערים בגוש עציון ובמהלך 'צוק איתן' ורצח הנער מחמד אבו ח'דיר – סימנו את ראשיתו של תהליך הקצנה, בהיקף ובחומרה שלא הוכרו קודם לכן ושניתן היה לחוש בהם במרשתת וברשתות החברתיות.

בחינה אמפירית של השיח ברשתות החברתיות מאששת את התחושה. במחקר של חברת Vigo, שבוצע בשנת 2016, **עולה כי 50% מהשיח הפוגעני ומהקריאות לאלימות במרשתת וברשתות החברתיות הוא נגד המגזר הערבי.** זאת אף זאת, הנתונים **משקפים מגמת עליה חדה משנה לשנה, בשיח הגזעני ובקריאות המסיתות לאלימות.** השיח הגזעני והאלים אמנם תנודתי ומושפע ברובו מאירועים ביטחוניים או פוליטיים, אך **המגמה ברורה: מדובר בתופעה.**

**טענת העבודה** היא שמאפייני המרשתת והתפתחותן של הרשתות החברתיות מאפשרים שיח גזעני ומסית לאלימות, שהוא פרוץ, בוטה וחסר גבולות מצד היהודים בישראל כנגד המיעוט הערבי. בשל פער רלוונטיות ('היסט') בעיצוב תפיסת המדיניות המשפטית, האכיפה והריסון אל מול המציאות המשתנה, מועצמים התופעה והיקפיה באופן משמעותי. התפשטות שיח זה מהווה סכנה מהותית, שפוגעת ותמשיך לפגוע ביסוד הדמוקרטיה, בערכיה ובשתי החברות: היהודית והערבית בישראל.

על מנת לאמת או להזים את הטענה בחנה העבודה את המציאות הקיימת ברשת בהיבטי השיח הגזעני והמסית מצד יהודים כלפי ערבים: מהם הגורמים שהשפיעו על היווצרותה? מהי מידת השפעתם על מציאות זו וכיצד גורמים אלו באים לידי ביטוי בעיצוב מדיניות האכיפה ומימושה אל מול השיח הגזעני והמסית, של יהודים כלפי ערבים, במרשתת וברשתות החברתיות בישראל?

אך טבעי היה לפתוח בבחינת התפתחות המרשתת והרשתות החברתיות. בחינה זו העלתה כי המרשתת המאפשרת אינטראקציה מקוונת בין משתמשים, נמצאת בגידול חסר תקדים בהיקפה בהשוואה לאמצעי תקשורת אחרים מאז הפכה זמינה למשתמש הביתי בראשית שנות התשעים. על פי הסקרים, מספר הגולשים במרשתת בישראל ממשיך לגדול מדי שנה ועומד, נכון לסוף שנת 2016, על 6.4 מיליון גולשים. בדיקה פרטנית מעלה כי כ-90% מהמגזר היהודי ואחרים בישראל, ללא המגזר הערבי, גולשים ברשת.

ההתפתחות הטכנולוגית, שאפשרה את קיומה ואת שגשוגה של המרשתת ואת הגידול הפנומנאלי במספר המשתמשים והצרכנים הביאה עימה שינויים דרמטיים בחיי הפרט והחברה, בייחוד מעת כניסתן של הרשתות החברתיות בראשית שנות האלפיים, ואף יותר מכך, מעת כניסתה של חברת 'פייסבוק', בפברואר 2004.

**'פייסבוק' היא הרשת החברתית המקוונת המשמעותית ביותר בישראל,** כאשר 4.9 מיליון ישראלים מחוברים אליה בסוף שנת 2016. **אין זה פלא, אם כך, כי** **87% מהשיח הגזעני והאלים בישראל נגד החברה הערבית מתנהל ב'פייסבוק'.[[246]](#footnote-246)**

האחוז הגבוה של המשתמשים, שצומח משנה לשנה לצד הזמינות הגבוהה לגלישה באמצעות הסמארטפונים והטאבלטים הניידים, **הופכת את הרשתות החברתיות בישראל ובדגש את 'פייסבוק', לקרקע המאפשרת תפוצה גבוהה של דעות ועמדות, כולל כאלו קיצוניות וגזעניות.** כל אחד, בכל עת, יכול להגיב ולפרסם את אשר על ליבו.

בהמשך, פנתה העבודה לבחון את מאפייני המרשתת והרשתות החברתיות ומצאה כי **למרשתת ולרשתות החברתיות מגוון מאפיינים, המייחדים אותן מכל אמצעי התקשורת האחרים** ובכללם: העוצמה החזקתית של מספר הקשרים ברשת (חוק מטקלף); ירידה דרסטית בעלות השיתוף בין המשתמשים ובעלויות העסקה, כך שתשתיות השידור של המרשתת והרשתות החברתיות זמינות לכל אדם שחפץ בכך (חוק שריקי); תקשורת "רבים-לרבים" המגדילה את האמון בין המשתמשים (חוק אקסלרוד); ביזור הרשת המאפשר תקשורת ישירה ובלתי אמצעית בין המשתמשים והמעניק לפרט עוצמה חסרת תקדים להעברת מסריו (חוק מקלוהן); חולשת הפיקוח החברתי והעצמי על ושל המשתמש; 'המלחמה' האגרסיבית על תשומת הלב של המשתמשים ברשת ובנוסף, שיקולים מסחריים של בעלי האתרים וספקיות המרשתת, אשר פיתחו כלים טכנולוגיים המשפיעים על חווית הגלישה השונה בין המשתמש האחד למשנהו.

עוד בחנה העבודה, מזווית מסוימת, את האינטרסים המסחריים והכלכליים של בעלי האתרים והספקים, תוך התמקדות באפקט 'בועת הפילטר' והשפעתו על המשתמש והמסקנה שעלתה הינה כי אינטרסים אלו, שהינם בהחלט טבעיים, **משפיעים דרמטית על האופן בו חווים המשתמשים את המציאות דרך המרשתת והרשתות החברתיות** **ועל המידע והדעות אליהם נחשפים המשתמשים.**

מידת השפעתם של המאפיינים הייחודיים והאינטרסים הכלכליים הללו הינה ברורה: הם **מרחיבים את חופש הביטוי של הפרט בצורה אולטימטיבית,** כך שכל אחד יכול להיות דובר, עורך, מפיק ומפיץ, **אך בה בעת גם מאפשרים את המצע לשיח הגזעני והמסית** **הפוגע ביחידים או קבוצות שאותו שיח מופנה כלפיהם** ו**המנציח סטראוטיפים ודעות קדומות**, **פוגע בשלום הציבור ובזכותם של אותם יחידים לכבוד, לשוויון ולביטחון**.[[247]](#footnote-247) **לא רק זאת, הם גם מגדילים את היקפו של שיח זה.**

אם כך, נראה כי **המרשתת והרשתות החברתיות - על מאפייניהן והאינטרסים המסחריים הקשורים בהן - הביאו עדנה לשיח הגזעני, הקיצוני, האגרסיבי והמתלהם כנגד 'האחר' והחלש** - ובישראל כנגד המיעוט הערבי.

בהמשך עסקה העבודה בבחינת התפיסה המשפטית, כפי שבאה לידי ביטוי בחוק ובמשפט בישראל, והשפעתה על עיצוב השיח הציבורי הכללי בישראל לאורך השנים ובתוך כך, על מעמד חופש הביטוי של הפרט בחברה הישראלית ובמיוחד בעת ההתנגשות בינו ובין האינטרסים והערכים המוגנים באיסורים הפליליים שבעבירות ההסתה לגזענות ולאלימות, העומדות בליבת העבודה.

תחילה נחקרה ההתפתחות ההיסטורית בפסיקת בית המשפט העליון מאז קום המדינה ועד ימינו, בכל הנוגע לחופש הביטוי באופן כללי וכן ספציפית בעת התנגשותו עם האינטרסים והערכים המוגנים בעבירות ההסתה לגזענות ולאלימות. זאת, תוך דיון רחב בהתפתחות החקיקה בעבירות אלו ובאופן השפעתה על דרישות הפסיקה בכל הנוגע ליסודות הנדרשים - העובדתיים והנפשיים - לשם גיבוש כל אחת מהעבירות בהן עסקינן.

מהחקירה עולה כי בשל מעמדו האיתן של חופש הביטוי, אשר הוכר בפסיקה כבעל מעמד חוקתי על-חוקי, **החקיקה בנושאי ההסתה לגזענות ולאלימות הינה מצמצמת.** בנוסף, הפרשנות המשפטית, שניתנה ליסודות עבירת ההסתה לגזענות, **אינה בהירה די צורכה ופוגעת בדרישה כי כל חוק פלילי, ובוודאי כזה הנוגע לעבירות ביטוי, יהיה ברור וחד-משמעי ובכך מקשה על הציבור לכלכל את צעדיו בהתאם לנורמות המשפטיות הרצויות**.

לצד זה, והגם שהמצב המשפטי הנוגע לעבירת ההסתה לאלימות הינו ברור יותר, **ניתן להצביע על רף גבוה הנדרש לשם גיבוש העבירה הפלילית ועמידה במבחנים שקבעה הפסיקה.**

לפיכך, המסקנה העולה בסיכומו של פרק זה הינה כי **החקיקה הישנה, שחוקקה עוד לפני פריצתן של הרשתות החברתיות לחיינו, הינה מצמצמת. זאת, לצד הפרשנות המשפטית שאינה בהירה דיה וכן זהירה מאד באשר למעמדו של חופש הביטוי. בשל כל אלו נוצר מצב בו קשה ומורכב להחיל את החוק הקיים על התבטאויות הנחזות כמסיתות לגזענות ולאלימות.** לא זאת בלבד,כל עוד המחוקק לא אמר את דברו מפורשות (איסור כזה קיים רק בחוק איסור אלימות בספורט[[248]](#footnote-248)), **התבטאויות והתגרויות גזעניות, גם אם הן מדברות בעד עצמן, חוסות תחת כנפי חופש הביטוי ויזכו להגנה במישור הפלילי.**

בשלב הבא, בחנה העבודה את עיצוב המדיניות המשפטית הקיימת וזו הרצויה, בכל הנוגע לעבירות המבוצעות **ספציפית במרשתת** ובדגש על עבירות ביטוי כדוגמת עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות. ההסדרים המשפטיים, הנוגעים לחופש הביטוי, התפתחו במצב עניינים שבו התנהל השיח בתיווכה של המדינה או בתיווכם של גורמים מסחריים. במציאות החדשה שנוצרה, הסכנות לחופש הביטוי במרשתת והמאפיינים המייחדים סביבה זו, כפי שאלו הוצגו לעיל, **מחייבים היערכות משפטית שונה מזו המסורתית**.[[249]](#footnote-249)

בחינה מדוקדקת של השיח הציבורי במרשתת וברשתות החברתיות מגלה כי התמונה מורכבת יותר ממה שנדמה ממבט ראשון. אי אפשר לדבר על חופש ביטוי ועיצוב מדיניות משפטית **במרשתת** כעל 'אותה גברת בשינוי האדרת', שכן מדובר **בהוויה חדשה המשנה סדרי עולם**. כך כתב כבוד השופט חשין:[[250]](#footnote-250)

[...] המחשב – ועמו האינטרנט – אינם אך מוטציה של צורות חיים קודמות, שהיכרנו ואשר בייתנו בשיטת המשפט. חיים חדשים הם, והילוכם אין הוא כהילוך צורות החיים שהורגלנו לחיות בחברתן [...] צורות חיים חדשות אלה של המחשב והאינטרנט טרם ירדנו לחיקרן, טרם הגענו לתחתית הבור. נקישה אחת בירושלים, ואתה בתל-אביב. נקישה שניה, ואתה באוסטרליה. נקישה שלישית – המערכה מתמרדת והכל נמחק כלא היה. החילונו נעים במהירות האור בעוד שגופנו בכרכרה וזרימת מחשבתנו כמהירות הכרכרה.

כשלב מקדים לבחינת המצב החדש במרשתת, נשאלת השאלה: האם בכלל קיימת הצדקה להגבלת ההתבטאויות הגזעניות ואלו שקוראות לאלימות? מהעבודה עולה כי **קיימת הצדקה למגבלות על ביטויים גזעניים בכלים משפטיים ולבר-משפטיים**. לפיכך, כיצד נכון להביא זאת לידי ביטוי ולעצב את הסביבה המשפטית בכל הנוגע לעבירות ביטוי המתקיימות **במרשתת**, כדוגמת עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות? האם יש מקום להחיל את החוקים 'הרגילים' שבספר החוקים, אשר נועדו בעיקר לאמצעי התקשורת המסורתיים, גם על ביטויים הנעשים במסגרת המרשתת והרשתות החברתיות?

מחד גיסא, יש הטוענים כי אין להחיל אף כלל משפטי על ביטויים במרשתת ומאידך גיסא, יש הטוענים כי יש לקבוע כללים ייחודים בנוגע לביטויים כאלו. **המשפט הנוהג בישראל אינו משקף על פי רוב עמדה חד-משמעית בשאלה** של תחולת הכללים הקבועים בו בכל הנוגע לביטויים הנעשים **במסגרת המרשתת**. מבחינת המחוקק, בדרך כלל, **הסדרים משפטיים חקוקים אינם מבחינים בין מסגרות להבעת דעה. לפיכך,** נכון להיום, בהיעדר הוראה חוקית מפורשת אחרת, **חופש הביטוי במרשתת כפוף לאיסורים הכלליים שבחוק** (הוראות סעיפי 144ב ו-144ד2 לחוק העונשין) **בכל הנוגע לביטויים גזעניים או מסיתים לגזענות ולאלימות המתרחשים במרשתת וברשתות החברתיות.**

גם בתי המשפט**, אשר פירשו הוראות חקוקות אינם אחידים בגישתם**. לעיתים קבעו שיש להחיל את החוקים על ביטויים במסגרות של המרשתת, גם בהיעדר התייחסות מפורשת בחוק למרשתת, אך לעיתים קבעו את ההפך.

מאחר שזהו המצב המצוי דנה הספרות המשפטית בשאלה: מהו אם כן המצב הרצוי במרשתת? לאחר דיון ארוך, שעסק גם בסוגיית גבולות החופש, נראה כי המסקנות המקובלות הינן כי נדרש **איזון** בין חופש הביטוי של הקבוצה הפוגעת לזו הנפגעת ובין זכות חופש הביטוי לזכות לשוויון, כאשר הקבוצה החזקה (המגזר היהודי בישראל) מדכאת את הקבוצה חלשה (המיעוט הערבי בישראל). **איזון זה יכול ויעשה גם במחיר של הגבלתו של חופש הביטוי במרשתת וברשתות החברתיות.**

ואם כך, כיצד נכון להגביל את המתרחש במרשתת? בהסדרה מדינתית או בהסדרה פרטית?שיקולים פרקטיים הנוגעים ליכולת אכיפה מדינתית מוגבלת במרשתת לצד שיקולי מדיניות, המתנגדים לקיומה של רגולציה של המרשתת, הובילו חלק מהחוקרים למסקנה כי **ככלל רצוי שלא להסדיר את הפעילות ברשת באמצעות חקיקה מדינתית ואם עושים זאת, יש לעמוד על הגדרת תנאים ברורים.**

אחרים סוברים **כי אין מקום לדיכוטומיה שכזו** וכי אפשרות האכיפה של נורמות משפטיות, ובכלל זה גם נורמות המסדירות את תחום הביטויים בעידן המרשתת, היא כמעט תמיד שאלה של **מידה**. אמנם יש קושי רב יותר באכיפה בתחום זה, אך אין עסקינן בהיעדר יכולת מוחלטת וכי **ישנם מקרים בהם ניתן להחיל אכיפה אפקטיבית:** **מול בעלי אתרים גדולים ומוכרים ומול משתמשים שאינם אנונימיים.**

במציאות הקיימת בישראל, לפיה עיקר ההסתה לגזענות ולאלימות מבוצעת באמצעות הרשת החברתית של 'פייסבוק' השייכת לתאגיד מסחרי גדול ומוכר ובה רוב המשתמשים המסיתים עושים זאת מפרופילים אמיתיים ומזוהים, **נראה שהעמדה האחרונה בכל הנוגע להסדרה המדינתית הינה מאוזנת ורלוונטית יותר.**

ככלל, ניתוח המציאות הקיימת מצביע על **ירידה משמעותית באפקטיביות של ההסדרה המדינתית ברשת המקוונת** והעברת הדגש להסדרה פרטית.[[251]](#footnote-251) הסדרה פרטית אינה יכולה אמנם לבוא במקום שבו המחוקק קבע מפורשות שהינו אסור, כפי שנמצא למשל, בעבירות **ההסתה** לגזענות ולאלימות, **אך המחוקק הישראלי לא אסר בחוק העונשין התבטאויות גזעניות גרידא.** המחוקק אסר בחוק העונשין רק פרסום **מתוך מטרה להסית** לגזענות. ההבדל הוא מהותי. לכן, **יש** **להסדרה הפרטית רלוונטיות גבוהה בטיפול אפקטיבי דווקא בהתבטאויות גזעניות שאינן "מתוך מטרה להסית",** שהינם, ככל הנראה, אחוז גבוה מההתבטאויות המתלהמות ברשתות החברתיות.

מרבית החוקרים טוענים כי לאור המגבלות בהסדרה מדינתית, **יש לאמץ את ההסדרה הפרטית,** אך רצוי כי המחוקק יקבע את כללי המסגרת שיאפשרו להסדרה הפרטית לפעול ביעילות. **אל לו למחוקק להתערב בתכנים**, אלא במקרי קיצון מצומצמים.

כחלק מהדיון בהסדרה הפרטית עסקה העבודה בשאלת נשיאת האחריות האזרחית על ידי בעלי האתרים וספקיות המרשתת בגין תכנים המופצים ברשת שיש להם אופי מזיק. נמצא, כי אלו **מהווים כתובת אטרקטיבית יותר לתביעות משפטיות, מאשר המשתמש הספציפי שהסית לגזענות או לאלימות כנגד 'האחר'**, וכי ספקיות המרשתת **נמצאות בעמדה נוחה למנוע באופן אפקטיבי הישנות של אותן התבטאויות מזיקות,** שכן יש בידיהן טכנולוגיה המאפשרת ניטור, חסימה והסרת תכנים.

עוד העלה הדיון כי במציאות הקיימת בישראל **לא הסדיר המחוקק מפורשות את סוגיית אחריותם ואת חובתם של בעלי האתרים וספקי המרשתת** **להפעיל כלי ניטור, פיקוח והסרת תכנים פוגעניים,** שאותרו באתריהם ובכלל זה תכנים גזעניים ומסיתים. בהקשר זה, יש לציין כי בימים אלו הוצגו שתי הצעות חוק רלוונטיות, האחת פרטית והשנייה מטעם המדינה. שתי ההצעות דומות בתכליתן ובשלב זה נמצאות בשלבי דיון, אך **כבר כעת ניתן לומר כי קבלתן לא תהיה חפה מקשיים, לאור התנגדות גורמים שונים הרואים בהצעות אלו פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכות לחופש הביטוי במרחב המקוון, הן בהיבט המהותי והן בהיבט הפרוצדוראלי.**

מוסכם כי בכל הסדרה - מדינתית או פרטית - **ניתן במשולש - משפט, טכנולוגיה, ערכים - מקום של כבוד לערכים החברתיים ולנורמות היסוד בחברה הדמוקרטית**, אשר בשיטת המשפט הנוהגת הם המכתיבים את פרשנות כללי המשפט. **אל לו למשפט לסגת מפני הטכנולוגיה. המשפט גם לא צריך להיות אדיש לה.** את ההסדר המשפטי יש לגזור, כמו בכל פתרון משפטי ראוי בכל תחום אחר, מהערכים היסודיים המנחים את החברה.[[252]](#footnote-252) כך יש לנהוג גם במקרה של השיח הגזעני והמסית המשתולל ברשתות החברתיות, אשר סותר את ערכי היסוד של מדינת ישראל ומסכן אותם. **למצער, יש למדינת ישראל עוד כברת דרך לעשות בהקשר זה.**

לאחר שנסקרו הגורמים המשפיעים, העיקריים על תופעת השיח הגזעני והמסית במרשתת וברשתות החברתיות, עסקה העבודה בשאלה המרכזית: כיצד משפיעים הגורמים הללו על עיצוב מדיניות האכיפה ומימושה אל מול התופעה האמורה.

בחינה זו העלתה, **כי בכל הנוגע לעבירות ביטוי והסתה המכרסמות בחופש הביטוי, מדיניות התביעה הכללית וגורמי האכיפה היא ככלל מדיניות מרוסנת ומצמצמת.** לפי מדיניות זו נדרש אישור מראש מהמשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים) לפתיחה בחקירה בכל מקרה של חשד לעבירת הסתה לגזענות ולאלימות וכן קיימת הנחיה כי סגירת תיק שכזה תובא לידיעתו ולאישורו של פרקליט המדינה או המשנה האמור. בנוסף, בעבירות ההסתה הנידונות ועל פי סעיף 144ה לחוק העונשין, נדרש אישור היועץ המשפטי לממשלה להעמדה לדין.

סקירת ההתפתחות ההיסטורית בגישתן של התביעה הכללית ורשויות האכיפה העלתה, כי בכל הנוגע לעבירות הסתה לגזענות ולאלימות חלו שתי נקודות מפנה עיקריות. האחת, לאחר רצח יצחק רבין ז"ל, שאז הגישו כתבי אישום רבים כנגד גורמים שהשמיעו התבטאויות מסיתות. השנייה, לאחר אירועי חטיפת שלושת הנערים, מבצע 'צוק איתן' ורצח הנער מחמד אבו ח'דיר במחצית שנת 2014, אשר הגדילו דרמטית את היקף השיח הגזעני וההסתה ברשתות החברתיות והביאו את התביעה לתובנה כי עליה לשנות את גישתה באשר לעבירות ביטוי, בדגש על אלו המתקיימות במרשתת וברשתות החברתיות. למרות זאת, שינוי תפיסתי זה ארך זמן, כך שניתן להצביע על שינוי בפועל רק מאוקטובר 2015, עת החל גל הטרור הפלסטיני, שחלק לא מבוטל ממנו יצא לפועל בעקבות הסתה לאלימות ולטרור ברשתות החברתיות.

במטרה להתמודד עם השינוי במציאות נקבעו בפרקליטות המדינה תבחינים לפתיחה בחקירות ולהגשת כתבי אישום באשר לביטויים מסיתים במרשתת וברשתות החברתיות. למרות השינוי במדיניות הפרקליטות, ובעקבותיה גם במדיניות משטרת ישראל, כזרוע הביצועית למימוש האכיפה, **גדלו** מספר החקירות, המעצרים וכתבי אישום בגין הסתה לגזענות ולאלימות במרשתת וברשתות החברתיות, הן במגזר היהודי והן במגזר הערבי**, אך עדיין מדובר במספר קטן ו'טיפה בים' אל מול היקף ועוצמת התופעה.** זאת, בשל הזהירות הרבה שמחייבת איזון בין האכיפה ובין זכות חופש הביטוי בעבירות מסוג זה.

ראוי להוסיף, כי לאור חולשתו של האפיק הפלילי 'הקלאסי' אל מול תופעת ההסתה ברשתות החברתיות וקשיי האכיפה האפקטיבית אל מול המציאות ברשת לצד הסכנה הממשית לאינטרסים ולערכים המוגנים בעבירות ההסתה, אשר מתעצמים בשל המאפיינים הייחודיים של המרשתת (הזמינות, המהירות, הנגישות, האפשרות לאנונימיות, התפוצה הרחבה והגלובלית(, פותח בפרקליטות המדינה כלי אכיפה נוסף ולא שגרתי, המאפשר **ערוץ ישיר אל מול בעלי האתרים וספקיות המרשתת** ומביא להסרת תכנים מסיתים מהרשתות החברתיות.

כלי זה המכונה 'אכיפה אלטרנטיבית', שהינו כלי אכיפה חלופי ולא משלים, נשען על שילובם של מספר גורמים: פיתוח יכולות טכנולוגיות המאפשרות לבעלי האתרים וספקיות המרשתת לנטר ולהפעיל תוכנות סינון; אינטרסים כלכליים של בעלי האתרים וחששם מתביעות מצד אלו שנפגעו מביטויים פוגעניים, כולל הסתה; מדיניות פנימית של בעלי האתרים והספקיות שבחלקה הגדול תואמת את האיסורים שבחוק הפלילי הישראלי בכל הנוגע להתבטאויות אסורות והעדר כפיפות לחוק הקיים בישראל.

ברם, כלי זה, שנמצא ככלי אפקטיבי אל מול פרסומים המסיתים לאלימות ולטרור מצד ערבים כנגד יהודים, **נתקל בקשיים למימוש אל מול פרסומי יהודים המתבטאים בגזענות והמסיתים לאלימות**.

**בסיכום, ניתן לומר כי טענת העבודה הוכחה כנכונה.** אכן, ישנו פער ברלוונטיות בין האופן בו השתנתה הזירה ברשתות החברתיות והעלייה הדרמטית בהיקפו של השיח הגזעני והמסית, המתרחש בה, לבין התפיסה המשפטית ומדיניות האכיפה הנוהגת בישראל אל מול תופעה זו, אשר גובשה בעיקרה אל הסתות לגזענות ולאלימות שמומשו בעיקר בפורומים מצומצמים או באמצעות כלי התקשורת המסורתיים והוותיקים.

ניתן לראות ניצנים של שינוי כיוון חיובי לעבר מתן מענה הולם יותר לתופעה, אך **לא ברור כלל כי קיימת אסטרטגיה מכוננת לטיפול הוליסטי של כלל המערכות במדינה בתופעה** וניכר כי ישנן פעולות נוספות ומשמעותיות לביצוע, כדי לצמצם ואולי בטווח הארוך למגר את התופעה המכוערת הזו של גזענות והסתה ברשתות החברתיות בישראל.

**המלצות**

לאור העולה מן המחקר להלן מספר המלצות אופרטיביות עיקריות כמענה לסוגיות ההסתה לגזענות ולאלימות כנגד ערבים, שהועלו בעבודה. המלצות אלו עשויות להימצא כרלוונטיות לשם צמצום, ואולי אף מניעה, של שיח פוגעני ומסית ברשתות החברתיות כנגד קבוצות פוטנציאליות נוספות בחברה הישראלית:[[253]](#footnote-253)

* התמקדות בחינוך. יש להציב (מחדש) את הטיפול בבעיית הגזענות והקיצוניות של תלמידי ישראל כאחת הבעיות שבראש סדר היום של כלל המערכת החינוכית בישראל.[[254]](#footnote-254) ישנם מספר קווי פתרון שיש לשקול ושעמם יש להתמודד במטרה לשנות את המציאות אליה נקלעו הציבור ומערכת החינוך, ולהלן רק חלקם:[[255]](#footnote-255)
  + חיזוק החינוך לערכים דמוקרטיים באמצעות שילוב של השיח הדמוקרטי בכל מקצועות הלימוד ולאו דווקא ב'מקצוע האזרחות'. מדובר במאמץ מערכתי שיביא לידי עיסוק בסוגיות של ערכים דמוקרטיים בכלל המקצועות הנלמדים.
  + חינוך לאזרחות ולדמוקרטיה מגיל צעיר ככל האפשר. יש למקד מאמץ חינוכי בהדגשת המשותף, ההרמוני והמפרה הדדית בין יהדות המדינה ובין אופייה הדמוקרטי.
  + התווית מדיניות באשר לקיום מפגשים משמעותיים של עשייה משותפת בין קבוצות בחברה ככלי להפחתה של בורות, דעות קדומות, פחד ואיבה. הדרכים שיש לבחון לשם כך הן הכרת התרבות והשפה של 'האחר' ושילוב מורים מאוכלוסיות אחרות.
  + פיתוח תכניות הכשרה פדגוגיות – השתלמויות מורים שיתמקדו בהתמודדות עם תופעת הקיצוניות והגזענות ובהתמודדות עם התנגדויות "בשדה מוקשים".
* הסברה. קיימת טענה כי רבים מהמשתמשים המתבטאים בגסות ובשיח מתלהם ומסית כנגד ערבים, אינם סבורים כי יש בכך הפרה של החוק. לכן:
  + העברת חלק מהפעילות כנגד הגזענות וההסתה אל הזירה התקשורתית ובמיוחד אל המרשתת, כזירה שבה מתרחשים כיום תהליכים חברתיים משמעותיים.[[256]](#footnote-256) יש מקום, לגייס את משרד ההסברה הממשלתי לטיפול אפקטיבי בתופעה דרך הפצת תשדירים ו'באנרים' בשלל ערוצי התקשורת, המסורתיים והחדשים. בנוסף, בהיבט התודעתי יש לוודא פרסום של מקרי מעצרים וחקירות בגין פרסום דברי הסתה.
  + ככלל המשפט הפלילי אינו יכול לשמש ככלי עיקרי לחינוך הציבור להתבטאות מתונה. זהו עניין ציבורי ראשון במעלה בחשיבותו: על הציבור לעמוד על זכותו כי אנשי הציבור המייצגים אותו יעלו את רמת הדיון הציבורי וירחיקו ממנה הסתה ושיסוי. דברים אלו, יפים גם לעניין השיח הגזעני והמסית.[[257]](#footnote-257)
  + ל'מניעה מצבית' ולכלים שפותחו לאחרונה במשטרת ישראל יש רלוונטיות מול המשתמשים המתבטאים בגזענות והמסיתים, שכלל הינם נורמטיביים. יש להימנע מעמימות ולכן על המדינה להבהיר את הכללים האסורים ולממש אכיפה היכן שיש חריגה מהם.[[258]](#footnote-258)
* להסדרה הפרטית רלוונטיות גבוהה בטיפול אפקטיבי בהתבטאויות גזעניות גרידא, שאינן מחוץ לחוק הקיים ואינן "מתוך מטרה להסית" ושהינן אחוז גבוה מההתבטאויות המתלהמות כנגד ערבים ברשתות החברתיות. לפיכך, במקרים אלו יש לאמץ את ההסדרה הפרטית, אך רצוי כי המחוקק הישראלי יקבע את כללי המסגרת שיאפשרו להסדרה הפרטית לפעול ביעילות: כללים המטילים אחריות על 'מתווכי התוכן' במרשתת לאמץ כללי התנהגות מסוימים במרשת, המחייבים את ספקי המרשתת לשמור על מידע והמסדירים את האפשרויות העומדות לרשות הגולשים בעת פנייה לספקים.
* לצד האמור, ככל שההסתה לגזענות ולאלימות מבוצעת במרשתת וברשתות החברתיות באופן גלוי ולא אנונימי, כפי שמאפיין את הגולש הישראלי, וככל שהסתה זו מבוצעת באמצעות אתרים מסחריים גדולים ומוכרים, בעלי אינטרסים כלכליים מובהקים ושמושכים גולשים רבים, יש טעם כי המדינה תקבע כללים משפטיים המטילים מגבלות על ביטויים, גם כיום בעידן המרשתת, ותאכוף אותם באמצעות המשטרה.[[259]](#footnote-259)
* יש מקום לשקול תיקון לחוק העונשין התשל"ז-1977, כך שגם התבטאות גזענית גרידא, העומדת בהגדרה שבסעיף 144א, ולא רק 'הסתה לגזענות', תוצא מחוץ לחוק.[[260]](#footnote-260) "[...] הגנה יעילה מפני גזענות צריכה להקיף גם ביטוי גזעני שאיננו מסית."[[261]](#footnote-261) לאחר למעלה משלושים שנה מאז חוקק החוק המקורי והוסף סימן א1 לחוק ולאור השינויים שחלו במהלך שנים אלו, נכון לאסור את שורש הבעיה – השיח הגזעני עצמו, בייחוד לאור הקושי בהוכחת היסוד הנפשי בעבירת ההסתה לגזענות – "מתוך מטרה להסית לגזענות". בנוסף, חקיקה שכזו פוטרת את התביעה מהצורך להוכיח קשר בין ביטוי במרשתת לבין התוצאה שארעה בעקבותיה, והיא תוכל להסתפק בעצם האמירה עצמה, כדי להחיל על המפרסם דין פלילי.
* ההסתברות שפרסום דברי הסתה אכן תוביל לעשיית מעשי אלימות בפועל ברמה של "אפשרות ממשית", אינה ראויה להיכלל בין יסודות העבירה שבסעיף 144ד2. הסתברות זו "היא בבחינת ניבוי לעתיד של הבלתי ידוע והוכחת קיומה של אפשרות כזאת מעבר לספק הסביר, כנדרש במשפט הפלילי, נראית בעיניי כמשימה קשה מאד, אם לא כבלתי-אפשרית [...] ייטב אפוא המחוקק לעשות אם ישוב וייתן את דעתו לסוגיה קשה זו."[[262]](#footnote-262)
* בחינת חקיקה מול ספקיות המרשתת, המחייבת אותם לפרסם אזהרה בכל כניסה לאתרים המזוהים עם פרסום דברי גזענות והסתה כנגד ערבים, כדוגמת החקיקה שחייבה בשעתו את יצרני הסיגריות להדפיס אזהרה על גבי קופסת הסיגריות.[[263]](#footnote-263)
* בדין הנוהג בישראל אין תשובה ברורה למחלוקת, שהתעוררה עוד בעניין אלבה, לפני למעלה מעשרים שנה, בנוגע לשאלת החלתה של 'הילכת הצפיות' כתחליף מהותי לרכיב המטרה בעבירת ההסתה לגזענות. זוהי אינה סוגיה עיונית בעלת חשיבות תאורטית בלבד, אלא מדובר בהכרעה עקרונית בעלת השלכות מעשיות על העמדה לדין בעבירות הסתה לגזענות. נראה, כי בשלה השעה להחיל את 'הלכת הצפיות' גם על רכיב המטרה ביסוד הנפשי של עבירת ההסתה לגזענות.[[264]](#footnote-264)
* באקלים הקיים המדינה, שבו השיח הגזעני והמסית לאלימות פרץ גבולות, "ישנו צורך מובהק כי הרשויות האמונות על אכיפת החוק ויישומו יעמדו על המשמר בכל תוקף ויסייעו במיגורה של התופעה".[[265]](#footnote-265) לכן, יש להנמיך את הרף הגבוה מדי על פיו מוחלט מתי תיפתח חקירה ויוגש כתב אישום בעבירה להסתה לגזענות ולאלימות. "הרף הקיים כיום כפי שהוא בא לידי ביטוי בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, מביא לכך שרק במקרים בודדים מעמידים לדין בגין דברי הסתה. הצטברות הדרישות עלולה להוביל לכל שעבירות ההסתה בכלל ועבירות ההסתה לגזענות בפרט יפכו לאות מתה בספר החוקים הישראלי".[[266]](#footnote-266) לנוכח התגברות הגזענות בחברה הישראלית, מתבקש עתה עיון מחודש במדיניות הזאת כולל בהגמשת המדיניות כלפי מפרסמי 'טוקבקים' ולא רק כאלו המפרסמים פוסטים ברשתות החברתיות.[[267]](#footnote-267)
* כהשלמה להנמכת הרף בהחלטה על הגשת כתב אישום בגין הסתה, ניתן להרהר באפשרות של הגשת תביעה אזרחית מצד יחידים, אשר נפגעו מגילויי גזענות. לצד עילת התביעה הפלילית תעמוד למי שיוכיח שהוא קורבן לגזענות עילת תביעה לפיצוי נזיקי ואולי אף לפיצוי קבוע, ללא הוכחת נזק. בדרך זו ניתן יהיה להפוך את המאבק נגד גזענות לעניין ציבורי רחב יותר ויהיה בכך כדי לתרום לריסון השיח המקוון.[[268]](#footnote-268)
* כחלק מ'האכיפה האלטרנטיבית' במחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה יש לקבל החלטה לפיה יהיה אפשרי להשתמש בכלי זה, מול פרסומים של יהודים המסיתים לגזענות ולאלימות נגד ערבים, גם אם לכאורה ניתן היה להגיש כתב אישום כנגד המפרסם.
* על המדינה להמשיך ולפעול להגברת שיתוף הפעולה עם 'פייסבוק' ובעלי האתרים הגדולים, מתוך שאיפה למסד תהליכי עבודה וכדי לייעל תהליכי הסרת תכנים המסיתים לגזענות ולאלימות.
* במסגרת המודל הרצוי של חופש הביטוי במרשתת ניתן להביא לידי כינון הסדרים של שיתוף פעולה בין ספקי השירות, המדינה והקהילות הווירטואליות. הסדרים אלה יתבססו על אי התערבות של המדינה בתכנים אלא במקרים חריגים במיוחד, כגון הסתה לגזענות או פורנוגרפיה.[[269]](#footnote-269) בנוסף, הסרת האחריות מספקי השירות וממנהלי האתרים בחקיקה, תביא לפעולה מצדם לשמור על 'נקיון' הרשת.[[270]](#footnote-270)
* הקמת גוף אופרטיבי-משפטי מתכלל, שירכז את הטיפול בגזענות ובהסתה ברשתות החברתיות, תוך חלוקת האחריות באשר לאיסוף המודיעין, אופן הסיכול/מניעה אל מול בעלי האתרים וספקיות המרשתת.[[271]](#footnote-271) במסגרת זו יש גם להסדיר את נושא איסוף הנתונים (שהינו פער משמעותי כיום), כדי לאפשר טיפול אפקטיבי אל מול המוקדים הרלוונטיים העוסקים בהסתה (גיל, מקום גאוגרפי וכדומה).

**"אינך חייב להשלים עם העתיד - אתה יכול לשנות אותו".**[[272]](#footnote-272)

**אחרית דבר**

בשנת 1996, כתב כבוד השופט מצא:

התופעה של הסתה גזענית פוגעת בדמותה של המדינה, כמדינה יהודית ודמוקרטית. מדינת ישראל, כמדינה מתוקנת המושתתת על ערכי מוסר יהודיים וכלליים, אינה יכולה ואינה רשאית למען שלומה ולמען עתידה, להתייחס בסלחנות לתופעות עכורות של הסתה גזענית.[[273]](#footnote-273)

**כעשרים שנה לאחר מכן**, מן הראוי שנביט במראה ונישיר מבט אל המציאות העגומה. כך כותב כבוד השופט גובראן:

[...] רוחות רעות של גזענות ושנאת האחר אשר מנשבות במדינתנו מובילות להתפרצויות אלימות על רקע גזעני ודתי בתכיפות הולכת וגוברת. ביטויי גזענות נשמעים לא רק בקרנות הרחוב או מפי דוברים המייצגים "שוליים קיצוניים", אלא גם על ידי אנשי ציבור ופוליטיקאים הנחשבים לחלק מהזרם המרכזי בחברה הישראלית. באקלים הנוכחי - שבו הסתה לגזענות ולאלימות הפכה חזון נפרץ - ישנו צורך מובהק כי רשויות האמונות על אכיפת החוק ויישומו יעמדו על המשמר בכל תוקף ויסייעו במיגורה של התופעה.

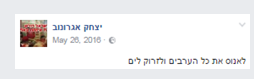
מלבד תכיפותה ההולכת וגוברת של תופעת ההסתה לגזענות ולאלימות, עלינו לתת את הדעת גם לקלות ולפשטות שבהן ניתן לפרסם - ובעיקר להפיץ - באופן המוני דברי בלע והסתה. בשנים האחרונות, הפכו הרשתות החברתיות לקרקע פורייה לפרסום דברי בלע, ולהסתה לגזענות ולאלימות מצד בעלי דעות קיצוניות. באופן פרדוכסלי, האינטרנט והרשתות החברתיות - המאפשרים נגישות בלתי מוגבלת למידע, ומהווים פלטפורמה נגישה לכל אדם החפץ במימוש חופש הביטוי שלו - דווקא הם אלו אשר מסייעים בהפצה מהירה והמונית של דעות ואמירות המסיתות לגזענות ולאלימות. סבורני, כי במציאות שבה דברי הסתה הנכתבים בעט מושחזת גוררים אחריהם לא אחת שימוש קטלני בסכין מושחזת, מוטלת עלינו החובה לשקול ביתר שאת מקרים [...] לרבות העמדה לדין והרשעה במקרים המתאימים.[[274]](#footnote-274)

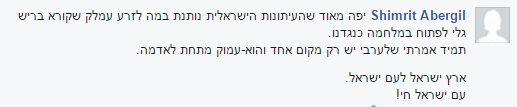
**זה בידינו. יש עוד תקווה.**

**נספח 1:**

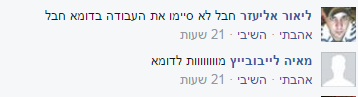
דוגמאות להמחשה, שאינן חריגות כלל, מהרשתות החברתיות בישראל:











**מקורות**

אגמון-גונן מיכל, האינטרנט כעיר מקלט ?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת, עמ' 244-207, בתוך: אלקין-קורן ובירנהק מיכאל (ער'), **רשת משפטית: משפט וטכנולוגית מידע**, תל אביב: הפקולטה למשפטים, (2011).

אלקין-קורן ניבה, המתווכים החדשים "בכיכר השוק" הוירטואלית, **משפט וממשל,** ו, עמ' 420-381 (2003).

בירנהק מיכאל, חורים ברשת: פורנוגרפיה, מידע ועיצוב מדיניות בסביבה הדיגיטלית, **פוליטיקה**, כתב עת ישראלי למדע המדינה ויחסים בינלאומיים, חוברת 13, חופש הביטוי, עמ' 125-101 (2005).

בירנהק מיכאל, אתיקה עיתונאית ברשת: על הסדרה פרטית, חופש העיתונות, כוח ותחרות, **פתו"ח**, 5, עמ' 214-173 (2003).

ברזילי-נהון קרין וברזילי גד, חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלותה והולדתה המחודשת של הצנזורה, עמ' 510-483, בתוך: בירנהק מיכאל (ער'), **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל**, תל אביב: הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן (2006).

ברק אהרון, המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה, **משפטים,** כ"ז,   
עמ' 248-223 (1996).

ברק-ארז דפנה וזכריה דודי, הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות, **עיוני משפט,** לה, עמ' 586-555 (2012).

גולדשמידט רועי, מקומם של הטוקבקים בשיח הציבורי בישראל, **ירושלים: הכנסת-מחלקת מחקר ומידע**, (2006).

טל רביב, שיח שנאה ברשת, בתוך: מן רפי ולב-און אזי(ער'), **דוח שנתי: התקשורת בישראל 2015 סדרי יום, שימושים ומגמות**, אריאל: אוניברסיטת אריאל בשומרון (2015).

כהן-אלמגור רפאל, **המלכוד הדמוקרטי: חופש הביטוי וסייגיו**, תל-אביב: ספריית מעריב (2007).

כהן-אלמגור רפאל, מדוע יש להוציא דברי הסתה מגדר עקרון חופש הביטוי, **מדינה וחברה**, 3 (1) 584-561, (2003).

כהן אדר, מה עלינו לעשות כדי להיאבק בעמדות קיצוניות וגזעניות במערכת החינוך? **בתוך: כנס דב לאוטמן למדיניות החינוך**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה (2015).

לביא אפרים, אלרן מאיר ואבו-נסרה מחמד, תופעות שנאה וגזענות בין יהודים וערבים בישראל: מאפיינים, השלכות ודרכי התמודדות, הערכה אסטרטגית לישראל 2017-2016, **תל אביב: המכון למחקרי ביטחון לאומי**, אוניברסיטת תל אביב (2016).

מצא אליהו, ההסתברות שמילים תהרוגנה, יום עיון בנושא "חופש הביטוי על רקע תכנית ההתנתקות (עזה תחילה)", **חיפה: אוניברסיטת חיפה** (2005).

נגבי עירית, המרשתת, מיזוגיניה וחופש הביטוי, **משפט וממשל**, 15,   
עמ' 541-499 (2013).

עידן אשר, ההמון המסתער, מהפכת הרשת החברתית, **אודיסאה**, גיליון 16,   
עמ' 19-10 (2012)

עציוני לימור, בריונות במגרש המשחקים המקוון – אחריות ספקיות התוכן ומפעילות האתרים על הנעשה בשטחן, **המשפט,** יז (2), עמ' 513-463 (2014).

קירקפטריק דיוויד, **אפקט הפייסבוק, מבט מבפנים על החברה שמחברת את העולם** (2011).

קרמניצר מרדכי, מהי הסתה אסורה, בתוך: קונפינו מיכאל (ער'), **כוח המילים וחולשת הדעת, תעמולה, הסתה וחופש הביטוי**, תל אביב: עם עובד, מרכז רבין לחקר ישראל (2002).

קרמניצר מרדכי ולבנון-מורג ליאת, הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות – על ערכים מוגנים ומבחני הסתברות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא, **משפט וממשל,** ז, עמ' 354-305 (2004).

קרמניצר מרדכי, פרשת אלבה: ברור הלכות הסתה לגזענות", **משפטים,** ל,  
 143-105 (1999).

קרמניצר מרדכי ופוקס עמיר, חינוך לערכים דמוקרטיים ומאבק בגזענות באמצעות חינוך, **בתוך: כנס דב לאוטמן למדיניות החינוך**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה (2015).

קרניאל יובל ועידן שניר, חוק חופש המידע והאינטרנט האם הגיעה העת לשינוי חקיקתי ? **מאזני משפט**, ז, תש"ע, עמ' 354-307 (2009).

רבין יורם, ואקי יניב, **דיני עונשין**, תל אביב: ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, מהדורה שלישית, כרך א' (2014).

רובינשטיין אליקים, על חופש הביטוי ועל מדיניות התביעה בעבירות של הסתה לאלימות, **הפרקליט,** מד, א, עמ' 10-5 (1997).

רוזנפלד מישל, דברי שטנה במשפט החוקתי: ניתוח משווה בתוך: קונפינו מיכאל (ער'), **כוח המילים וחולשת הדעת, תעמולה, הסתה וחופש הביטוי**, תל אביב: עם עובד, מרכז רבין לחקר ישראל (2002).

שגב ראם, **חופש הביטוי הצדקות וסייגים,** ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה (2008).

שטרן ידידיה, **גזענות וחופש הביטוי – כיצד נאזן בין המלחמה בגזענות לבין השמירה על חופש הביטוי?** אוניברסיטת בר-אילן, בר אילן בוגרים (2015).

**פסיקות בית המשפט העליון**

בג"צ 344/81 **נגבי ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשירית ואח'**, פ"ד לה (4) 837 (1981).  
בג"צ 399/85 **כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא(3), 255 (1987).  
בג"צ 14/86 **לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא(1) 421 (1987).  
בג"צ 588/94 **שלננגר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מח(3) 40 (1994).  
בג"צ 2684/12 **התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה,** פדאור 15 (63) 227, (2015).  
ע"א 73/53 **קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד ז(2) 871, 878 (1953).  
ע"א 723/74 **הוצאת עיתון 'הארץ' נ' חברת החשמל לישראל**, פ"ד לא(2) 295 (1977).  
ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).  
ע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136 (1996).  
ע"פ 2831/95 **הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(5), 221 (1996).  
בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355 (1995).  
רע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' מיכאל בן-חורין**, תק-על 2011 (4) 3974, (2011).  
רע"פ 7669/15 **ראאד סלאח מחאג'נה נ' מדינת ישראל**, פדאור 15 (62) 473 (2016).ע"ב 1/65 **ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השישית**, פ"ד יט(3) 365 (1965).  
ע"ב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה ואבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד ל"ט(2) 225 (1984).  
ע"ב 1/88 **ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השתיים עשרה**, פ"ד מב(4) 177 (1988).  
דנ"פ 1789/98 **מדינת ישראל נ' בנימין כהנא**, פ"ד נד(5) 145 (2000).  
 דנ"פ 8613/96 **ג'בארין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ"ד(5) 193 (2000).  
דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס"ה(1) 23 (2009).

**חוקים**

**פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948**

**חוק העונשין, התשל"ז-1977**

**חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו, התשנ"ב-1992**

**חוק איסור אלימות בספורט, התשס"ח-2008**

**חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016**

**אינטרנט**

'דוח אינפוגרפיקה – סטטיסטיקות משתמשי 'פייסבוק' בישראל 2016 [http://www.fialkov.co.il/facebook/infographic-facebookisrael-2016](http://www.fialkov.co.il/facebook/infographic-facebookisrael-2016/)

הכט יעקב, המאבק על ההגמוניה בשוק התוכן המקוון - המקרה של הטוקבק ברשת, **איגוד האינטרנט הישראלי** (2004). http://www.isoc.org.il/internet-il/articles-and-research/magazine/the-struggle-for-hegemony-over-online-content-market-the-case-of-talkback

החיים בעידן הדיגיטאלי – סיכום שנת 2016, **דוח בזק** 7.12.16 www.bezeq.co.il

הנחיה 14.12 להנחיות פרקליט המדינה (2009) <http://www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Guidelines/14.12.pdf>

כהן ניצן, פייסבוק: הכנסות של 7 מיליארד דולר ורווח של 82 סנט למניה, **גלובס** (2.11.16)<http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=100115881>

נתוני הגלישה במרשתת בישראל - איגוד האינטרנט הישראלי <http://www.isoc.org.il/sts-data/11216>

נתוני השימוש במרשתת וברשתות החברתיות בעולם - אתר Internet World Stats [www.internetworldstats.com](http://www.internetworldstats.com)

קודנר ליאור, היד המעלימה ברשת, **מגזין 'דה-מרקר'** (22.8.11),http://www.themarker.com/magazine/1.892448

רבנר דניאל, איך האינטרנט הפר את ההבטחה שלו, **מדיה קרוס** (18.12.16) <http://www.ravner.tv/?p=2789>

Raviner Daniel **,**Why are we missing the bigger picture of just about everything? **The HUFFINGTON POST** (14/7/16) <http://www.huffingtonpost.com/entry/why-are-we-missing-the-bigger-picture-of-just-about_us_5787609be4b0e7c8734f82f8>

שוורץ-אלטשולר תהילה, מכתב לשרת המשפטים, לשר לביטחון פנים ולוועדת השרים לחקיקה, <https://www.idi.org.il/media/7872/opinion_internet.pdf>

**ראיונות**

אברמזון שלומי, (2016) **ראש צוות הסתה ועבירות ביטוי בפרקליטות המדינה**, 8.1.2016.

אלישר איילת, (2016), נצ"ם, **ראש מערך 'מניעה מצבית' במשטרת ישראל**, 7.2.2016.

גורצקי איה, (2016), רפ"ק, **ראש מדור יועמ"ש במטה הארצי** **משטרת ישראל**, 29.1.2016.

ויסמונסקי חיים, (2016), ד"ר, **מנהל מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה**, 16.3.2016.

טל רביב, (2016) **מנכ"ל חברת Vigo**, 4.12.2016.

י', (2016) **איש מחקר בשירות הביטחון הכללי**, 20.11.2016.

כהן איציק, (2016), אל"ם (במיל'), **דוקטורנט לחקר הרשת**, 7.11.2016.

פוקס עמיר, (2016), ד"ר, **עמית במכון לדמוקרטיה ישראלית**, 6.2.2016.

רוטנברג ליאת, (2016), רפ"ק, **ראש חולית מידע גלוי במטה הארצי משטרת ישראל**, 29.1.2016.

שגיא זיו, (2016), רפ"ק, **ראש תחום מודיעין** וחיון אודליה, רפ"ק, **ראש מחלק הערכה** **יחידת סייבר 433**, 18.12.2016.

שטרן ירון, (2016), רפ"ק, **ראש חולית סייבר חטיבת החקירות במשטרת ישראל**, 15.1.2016.

1. עידן אשר, **ההמון מסתער – מהפכת הרשת החברתית**, עמ' 11, (2012). [↑](#footnote-ref-1)
2. שם. [↑](#footnote-ref-2)
3. נגבי עירית, **המרשתת, מיזוגיניה וחופש הביטוי**, עמ' 500 (2013). [↑](#footnote-ref-3)
4. שם. [↑](#footnote-ref-4)
5. שם, עמ' 501. [↑](#footnote-ref-5)
6. כהן-אלמגור רפאל, **המלכוד הדמוקרטי**, עמ' 466. [↑](#footnote-ref-6)
7. נגבי עירית, **המרשתת, מיזוגיניה וחופש הביטוי**, עמ' 501 (2013). [↑](#footnote-ref-7)
8. כהן-אלמגור רפאל**, המלכוד הדמוקרטי**, עמ' 464. [↑](#footnote-ref-8)
9. פוסטים לשם הדגמה – ראו נספח מספר 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. חברה אזרחית העוסק בניטור הרשתות החברתיות. מערכת הניטור של Vigo סורקת בכל יום כמיליון פוסטים מערוצי המדיה החברתית: פייסבוק, אינסטגרם, טוויטר, יו-טיוב, גוגל+, בלוגים, פורומים וטוקבקים. הנתונים מפולחים בזמן אמת על פי מילות מפתח ופרמטרים מוגדרים מראש. באמצעות שיתוף הפעולה עם קרן ברל כצנלסון יצרו את מדד השנאה, המאתר אם הופיעו בפוסט אחד או יותר מרשימה של 250 ביטויים המהווים קללות, הכללות גזעניות או קריאות לאלימות. [↑](#footnote-ref-10)
11. טל רביב, **שיח שנאה ברשת**, עמ' 99, (2015) ומתוך ראיון עם **מר טל רביב**, מנכ"ל חברת Vigo, מתאריך 4.12.16 ונתונים ששלח לח"מ – ר"מ. [↑](#footnote-ref-11)
12. קירקפטריק דיוויד, **אפקט הפייסבוק, מבט מבפנים על החברה שמחברת את העולם**, עמ' 76 (2011). [↑](#footnote-ref-12)
13. שם, עמ' 79. [↑](#footnote-ref-13)
14. שם, 87. [↑](#footnote-ref-14)
15. שם, עמ' 88. [↑](#footnote-ref-15)
16. אתר Internet World Stats. [www.internetworldstats.com](http://www.internetworldstats.com) [↑](#footnote-ref-16)
17. שם. [↑](#footnote-ref-17)
18. שם. [↑](#footnote-ref-18)
19. הנתונים מבוססים על **"החיים בעידן הדיגיטאלי – סיכום שנת 2016"**, דוח בזק, (7.12.16). לעומת זאת, ציין אתר Internet World Stats כי ביוני 2016 היו בישראל 5,941,174 משתמשים במרשתת שהם 72.7% מכלל האוכלוסייה במדינה.www.internetworldstats.com [↑](#footnote-ref-19)
20. הנתונים מבוססים על **איגוד האינטרנט הישראלי**, נכון לתאריך 30.6.2016 <http://www.isoc.org.il/sts-data/11216>. הסקר נערך על ידי מכון 'סטאטנט' בחודש יוני 2016, בקרב מדגם מייצג של  613 משיבים. [↑](#footnote-ref-20)
21. רוזן גיל, **"החיים בעידן הדיגיטאלי – סיכום שנת 2016"**, דוח בזק, (7.12.16) [↑](#footnote-ref-21)
22. שם. [↑](#footnote-ref-22)
23. הנתונים מבוססים על **איגוד האינטרנט הישראלי**, נכון לתאריך 30.6.2016 <http://www.isoc.org.il/sts-data/11216>. הסקר נערך על ידי מכון 'סטאטנט' בחודש יוני 2016, בקרב מדגם מייצג של  613 משיבים. [↑](#footnote-ref-23)
24. שם. [↑](#footnote-ref-24)
25. אתר Internet World Stats. [www.internetworldstats.com](http://www.internetworldstats.com) [↑](#footnote-ref-25)
26. הנתונים מבוססים על **"החיים בעידן הדיגיטאלי – סיכום שנת 2016"**, דוח בזק, (7.12.16). [↑](#footnote-ref-26)
27. שם. [↑](#footnote-ref-27)
28. הנתונים מבוססים על **'דוח אינפוגרפיקה – סטטיסטיקות משתמשי 'פייסבוק' בישראל 2016** http://www.fialkov.co.il/facebook/infographic-facebookisrael-2016 [↑](#footnote-ref-28)
29. הנתונים מבוססים על דוח של חברת Vigo לסיכום שנת 2016. [↑](#footnote-ref-29)
30. כהן-אלמגור רפאל, **המלכוד הדמוקרטי**, עמ' 459 (2007). [↑](#footnote-ref-30)
31. עידן אשר, **ההמון מסתער – מהפכת הרשת החברתית**, עמ' 13-12 (2012). [↑](#footnote-ref-31)
32. שם, עמ' 13. [↑](#footnote-ref-32)
33. קרניאל יובל ושניר עידן, **חוק חופש המידע והאינטרנט, האם הגיעה העת לשינוי חקיקתי?**, עמ' 324, (2009). [↑](#footnote-ref-33)
34. עידן אשר, **ההמון מסתער – מהפכת הרשת החברתית**, עמ' 12 (2012). [↑](#footnote-ref-34)
35. אלקין-קורן ניבה, **המתווכים החדשים "בכיכר השוק" הווירטואלית**, עמ' 382, (2003). [↑](#footnote-ref-35)
36. שם, עמ' 384. [↑](#footnote-ref-36)
37. שם. [↑](#footnote-ref-37)
38. נגבי עירית, **המרשתת, מיזוגיניה וחופש הביטוי**, עמ' 506 (2013). [↑](#footnote-ref-38)
39. אלקין-קורן ניבה, **המתווכים החדשים "בכיכר השוק" הווירטואלית**, עמ' 388, (2003). [↑](#footnote-ref-39)
40. שם, עמ' 383. [↑](#footnote-ref-40)
41. נגבי עירית, **המרשתת, מיזוגיניה וחופש הביטוי**, עמ 508-504, (2013). [↑](#footnote-ref-41)
42. שם, עמ' 505. נגבי מפנה לברגר פיטר, **הזמנה לפגישה (עם הסוציולוגיה)**, פרק רביעי (1970), שם היא מדגישה כי שום חברה לא יכולה להתקיים בלא פיקוח חברתי. בהעדר פיקוח אין מי שמכריז על הנורמות הראויות ושב ומכריז עליהן. [↑](#footnote-ref-42)
43. נגבי עירית, **המרשתת, מיזוגיניה וחופש הביטוי**, עמ' 507, (2013). [↑](#footnote-ref-43)
44. אלקין-קורן ניבה, **המתווכים החדשים "בכיכר השוק" הווירטואלית**, עמ' 407, (2003). [↑](#footnote-ref-44)
45. נגבי עירית, **המרשתת, מיזוגיניה וחופש הביטוי**, עמ' 508, (2013). [↑](#footnote-ref-45)
46. קירקפטריק דיוויד, **אפקט הפייסבוק, מבט מבפנים על החברה שמחברת את העולם**, עמ' 18 (2011). [↑](#footnote-ref-46)
47. ראו גרף מספר 11. [↑](#footnote-ref-47)
48. עידן אשר, **ההמון מסתער – מהפכת הרשת החברתית**, עמ' 14 (2012). [↑](#footnote-ref-48)
49. כהן ניצן, **פייסבוק: הכנסות של 7 מיליארד דולר ורווח של 82 סנט למניה**, גלובס (2.11.16) [↑](#footnote-ref-49)
50. קירקפטריק דיוויד, **אפקט הפייסבוק, מבט מבפנים על החברה שמחברת את העולם**, עמ' 19 (2011). [↑](#footnote-ref-50)
51. רבנר דניאל, **איך האינטרנט הפר את ההבטחה שלו**, מדיה קרוס, (18.12.16) [↑](#footnote-ref-51)
52. קודנר ליאור, **היד המעלימה ברשת** (22.8.11) [↑](#footnote-ref-52)
53. Pariser, Eli, **The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You**. Penguin Press (New York, May 2011) [↑](#footnote-ref-53)
54. קודנר ליאור, **היד המעלימה ברשת** (22.8.11) [↑](#footnote-ref-54)
55. שם. [↑](#footnote-ref-55)
56. # Raviner Daniel **, WHY ARE WE MISSING THE BIGGER PICTURE OF JUST ABOUT EVERYTHING?** (14/7/16)

    [↑](#footnote-ref-56)
57. רבנר דניאל, **איך האינטרנט הפר את ההבטחה שלו**, מדיה קרוס, (18.12.16) [↑](#footnote-ref-57)
58. Raviner Daniel **, WHY ARE WE MISSING THE BIGGER PICTURE OF JUST ABOUT EVERYTHING?** (14/7/16) [↑](#footnote-ref-58)
59. ברק אהרון, **המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה**, עמ' 227, (1996). [↑](#footnote-ref-59)
60. שגב ראם, **חופש הביטוי הצדקות וסייגים**, עמ' 82-81 (2008), "ישנה הסכמה רחבה שיש ערך לרווחה אישית. היבט כללי מרכזי שבו עשוי חופש הביטוי לתרום לרווחה של אנשים הוא היותם של ביטויים אמצעי תקשורת בין אנשים, כלומר החלפת מידע ורעיונות. אין ספק שהעברת מסרים בין אנשים היא בעלת חשיבות רבה במסגרת כל תפיסה סבירה של רווחה אישית. חופש ביטוי כאמצעי של תקשורת בין אנשים מאפשר לאנשים להכיר טענות עובדתיות ונורמטיביות, ולתרום בכך לגיבושן של החלטות מושכלות בנוגע להיבטים רבים של חייהם". [↑](#footnote-ref-60)
61. שם, עמ' 113-99. [↑](#footnote-ref-61)
62. ע"א 73/53 **קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד ז(2) 871 (1953), בחוות דעתו של השופט אגרנט, עמ' 878. [↑](#footnote-ref-62)
63. בג"צ 14/86 **לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא(1) 421 (1987), בחוות דעתו של השופט מלץ, עמ' 444. [↑](#footnote-ref-63)
64. ע"א 723/74 **הוצאת עיתון 'הארץ' נ' חברת החשמל לישראל**, פ"ד לא(2) 295 (1977), בחוות דעתו של השופט שמגר, פסקה 7. [↑](#footnote-ref-64)
65. ברק אהרון, **המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה**, עמ' 229 (1996). [↑](#footnote-ref-65)
66. שם, עמ' 229. [↑](#footnote-ref-66)
67. בג"צ 399/85 **כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא(3) 255 (1987), עמ' 267 (השופט ברק: "נקודת המוצא העקרונית היא, כי מכלול חוקיה ועקרונותיה של ישראל מעידים עליה, כי היא מדינה דמוקרטית. מאופייה זה של המדינה נגזר חופש הביטוי, שהוא נשמת אפה של הדמוקרטיה ו"ציפור נפשה"....). [↑](#footnote-ref-67)
68. שגב ראם, **חופש הביטוי הצדקות וסייגים**, עמ' 226 (2008). [↑](#footnote-ref-68)
69. למשל, פקודת העיתונות אשר הינה פקודה המגבילה את חופש העיתונות, שימשה בסיס בפרשת "קול העם" לפסיקה אשר הרחיבה את חופש העיתונות. [↑](#footnote-ref-69)
70. ראה למשל הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, סעיף 11 (1973), הצעת חוק יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, סעיפים 35-33 (1983), הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם ,סעיף 7 (1989). [↑](#footnote-ref-70)
71. חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו, סעיף 8, "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא **בחוק ההולם את ערכיה** של מדינת ישראל, שנועד **לתכלית ראויה**, **ובמידה שאינה עולה על הנדרש**, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו." [↑](#footnote-ref-71)
72. ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995). [↑](#footnote-ref-72)
73. ראו למשל בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט (3) 355 (1995), בחוות דעתו של השופט ברק, עמ' 419. [↑](#footnote-ref-73)
74. שגב ראם, **חופש הביטוי הצדקות וסייגים**, עמ' 237-236 (2008), שם מפנה הכותב למספר אמירות של השופט ברק, המצודד בגישה לפיה יש לכלול את חופש הביטוי במסגרת 'כבוד האדם וחרותו'. [↑](#footnote-ref-74)
75. שם, עמ' 239-238. [↑](#footnote-ref-75)
76. שגב ראם, **חופש הביטוי הצדקות וסייגים**, עמ' 238 (2008). [↑](#footnote-ref-76)
77. ע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136, בחוות דעתה של השופטת דורנר, עמ' 188-186: "שאלה אחרת היא אם חופש הביטוי בכללותו מוגן על ידי חוק היסוד...ההסכמה הלאומית הדרושה לעיגונו של חופש הביטוי בחוק יסוד לא התגבשה לפי שעה. והצעת חוק: חופש הביטוי לא התקבלה עד היום. במצב עניינים זה ספק בעיניי אם ניתן, ועל כל פנים אם ראוי, לתת מעמד על חוקי לחופש הביטוי הכללי על ידי עיגונו בזכות לכבוד. עם זאת, יש מקרים שבהם פגיעה בחופש הביטוי של אדם מהווה פגיעה בזכותו לכבוד, כמשמעותה בחוק יסוד: כבוד האדם וחרותו. כאשר שלילת חופש הביטוי משפילה את האדם ופוגעת בכבודו באשר הוא אדם, אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד הקבועה בחוק היסוד כך שהשפלה זו לא תחשב כפוגעת בה...ואולם לא כל פגיעה בחופש הביטוי כרוכה בהשפלה". [↑](#footnote-ref-77)
78. רע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' מיכאל בן-חורין**, תק-על 2011 (4) 3974 (2011), בחוות דעתו של השופט הנדל, פסקה 5. [↑](#footnote-ref-78)
79. שם. [↑](#footnote-ref-79)
80. ברק אהרון, **המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה**, עמ' 225, (1996). [↑](#footnote-ref-80)
81. עניין **'בן-חורין'**, חוות דעתו של השופט הנדל, פסקה 5. [↑](#footnote-ref-81)
82. שגב ראם, **חופש הביטוי הצדקות וסייגים**, עמ' 59, (2008) [↑](#footnote-ref-82)
83. ראו הרחבה, שם, עמ' 60-59, 74-70 [↑](#footnote-ref-83)
84. ע"פ 2831/95 **הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ (5) 221 (1996), בחוות דעתו של השופט מצא, פסקאות 10-9. [↑](#footnote-ref-84)
85. חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו, התשנ"ב-1992. [↑](#footnote-ref-85)
86. INTERNATIONAL CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF RACIAL DISCRIMINATION, 1965. [↑](#footnote-ref-86)
87. בג"צ 344/81 **נגבי ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשירית ואח'**, פ"ד לה(4), 837 (1981). [↑](#footnote-ref-87)
88. ע"ב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה ואבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד ל"ט(2) 225 (1984). [↑](#footnote-ref-88)
89. בפסיקתו זו, התבסס בית המשפט העליון על ההלכה שנפסקה (בדעת רוב) **בע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השישית**, פ"ד יט(3) 365 (1965). [↑](#footnote-ref-89)
90. **עניין אלבה**, בחוות דעתו של השופט מצא, פסקה 12. [↑](#footnote-ref-90)
91. שם. [↑](#footnote-ref-91)
92. סעיף 144א לחוק העונשין, התשלז-1977. [↑](#footnote-ref-92)
93. **עניין אלבה**, בחוות דעתו של השופט מצא, פסקה 15. [↑](#footnote-ref-93)
94. ע"ב 1/88 **ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השתיים עשרה**, פ"ד מב(4) 177 (1988), בחוות דעתו של הנשיא שמגר, עמ' 192-191. [↑](#footnote-ref-94)
95. **עניין אלבה**, בחוות דעתו של השופט מצא, פסקה 15. [↑](#footnote-ref-95)
96. בג"צ 2684/12 **התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה,** פדאור 15 (63) 227 (2015). [↑](#footnote-ref-96)
97. שם, בחוות דעתו של השופט ג'ובראן, פסקה 30. [↑](#footnote-ref-97)
98. שם. [↑](#footnote-ref-98)
99. שם, פסקה 32. [↑](#footnote-ref-99)
100. חוק העונשין, התשל"ז-1977. [↑](#footnote-ref-100)
101. חוק העונשין, התשל"ז-1977. [↑](#footnote-ref-101)
102. דנ"פ 8613/96 **ג'בארין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ"ד(5) 193 (2000). [↑](#footnote-ref-102)
103. סעיף 4 לפקודת מניעת טרור, תש"ח-1948,"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 [...] ייאשם בעבירה ובצאתו חייב בדין, יהא צפוי [...]" [↑](#footnote-ref-103)
104. ברק-ארז דפנה וזכריה דודי, **הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות,** עמ' 561 (2013) [↑](#footnote-ref-104)
105. חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016. [↑](#footnote-ref-105)
106. **עניין אלבה**, בחוות דעתו של השופט מצא, פסקה 16. [↑](#footnote-ref-106)
107. חוק העונשין, התשל"ז-1977. [↑](#footnote-ref-107)
108. עניין **'תורת המלך',** בחוות דעתו של המשנה לנשיאה, א' רובינשטיין, פסקה נז'. [↑](#footnote-ref-108)
109. חוק העונשין , התשל"ז-1977 סעיף 20ב - "לעניין כוונה, ראיה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן". [↑](#footnote-ref-109)
110. ענין **אלבה**, חוות דעתו של השופט גולדברג, פסקה 5. [↑](#footnote-ref-110)
111. קרמניצר מרדכי, **פרשת אלבה: "ברור הלכות הסתה לגזענות"**, עמ' 143-105 (1999). [↑](#footnote-ref-111)
112. שם, עמ' 114. [↑](#footnote-ref-112)
113. שם, עמ' 118. [↑](#footnote-ref-113)
114. קרמניצר מרדכי, **פרשת אלבה: "ברור הלכות הסתה לגזענות"**, עמ' 109-106, (1999) – שם מנתח פרופ' קרמניצר את העובדה כי ההנחה הזו בכל מקרה לא היתה מבוססת לכל אורך ההתפתחות המשפטית של סוגיית חופש הביטוי וכי פסק הדין **בעניין אלבה** ""הוא מהלומה סופית להנחה זו". [↑](#footnote-ref-114)
115. **עניין אלבה**, בחוות דעתו של השופט מצא, פסקה 24. [↑](#footnote-ref-115)
116. רבין יורם, ואקי יניב, **דיני עונשין**, מהדורה שלישית, כרך א', עמ' 387 (2014). [↑](#footnote-ref-116)
117. סעיף 20 לחוק העונשין התשל"ז-1977, "(א) מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולעניין התוצאות גם אחת מאלה:

     (1) כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות;

     (2) פזיזות שבאחת מאלה:

     (א) אדישות - בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;

     (ב) קלות דעת - בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען.

     (ב) לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן.

     (ג) לעניין סעיף זה –

     (1) רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם;

     (2) אין נפקה מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות. [↑](#footnote-ref-117)
118. רבין יורם, ואקי יניב, **דיני עונשין**, מהדורה שלישית, כרך א', עמ' 392. [↑](#footnote-ref-118)
119. שם, עמ' 416. [↑](#footnote-ref-119)
120. שם, עמ' 421-419. [↑](#footnote-ref-120)
121. **עניין אלבה**, בחוות דעתו של השופט מצא, פסקה 17. [↑](#footnote-ref-121)
122. שם, פסקה 18. [↑](#footnote-ref-122)
123. קרמניצר מרדכי, **פרשת אלבה: "ברור הלכות הסתה לגזענות"**, עמ' 143, (1999). [↑](#footnote-ref-123)
124. שם, עמ' 126. [↑](#footnote-ref-124)
125. שם. [↑](#footnote-ref-125)
126. עניין **'תורת המלך'**, בחוות דעתו של השופט ג'ובראן, פסקה 18-16. [↑](#footnote-ref-126)
127. ניתוח מפורט בעמדות השופטים בפסק הדין **עניין אלבה** ראו קרמניצר מרדכי, **פרשת אלבה: "ברור הלכות הסתה לגזענות"**, עמ' 136-126 (1999) וכן בחוות דעתו המפורטת של השופט ג'ובראן בעניין **'תורת המלך'**, פסקאות 36-21. [↑](#footnote-ref-127)
128. **ענין 'תורת המלך'**, בחוות דעתו של השופט ג'ובראן, פסקה 32. [↑](#footnote-ref-128)
129. קרמניצר מרדכי, **פרשת אלבה: "ברור הלכות הסתה לגזענות"**, עמ' 143-142 (1999). [↑](#footnote-ref-129)
130. ראו גם את ביקורתו של השופט ג'ובראן **בעניין 'תורת המלך'**, בחוות דעתו, פסקה 25. [↑](#footnote-ref-130)
131. חוק העונשין, התשל"ז-1977. [↑](#footnote-ref-131)
132. סעיף 34 כד לחוק העונשין תשל"ז-1977, **"פרסום"** – כתב, דבר דפוס, חומר מחשב, או כל מוצג חזותי אחר וכן כל אמצעי שמיעתי העשוים להעלות מלים או רעיונות, בין לבדם ובין בעזרת אמצעי כלשהו.   
     **"פרסם"** - (1) בדברים שבעל פה - להשמיע מלים בפה או באמצעים אחרים, בהתקהלות ציבורית או במקום ציבורי או באופן שאנשים הנמצאים במקום ציבורי יכולים לשמוע אותם, או להשמיען בשידורי רדיו או טלוויזיה הניתנים לציבור, או להפיצן באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציען לציבור באמצעות מחשב   
     (2) בפרסום שאינו דברים שבעל פה - להפיצו בקרב אנשים או להציגו באופן שאנשים במקום ציבורי יכולים לראותו, או למכרו או להציעו למכירה בכל מקום שהוא, או להפיצו בשידורי טלוויזיה הניתנים לציבור, או להפיצו לציבור באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציעו לציבור באמצעות מחשב. [↑](#footnote-ref-132)
133. עניין **'בן חורין'**, בחוות דעתו של השופט הנדל, פסקה 6. [↑](#footnote-ref-133)
134. שם. [↑](#footnote-ref-134)
135. שם, פסקה 7. [↑](#footnote-ref-135)
136. שם. [↑](#footnote-ref-136)
137. רע"פ 7669/15 **ראאד סלאח מחאג'נה נ' מדינת ישראל**, פדאור 15 (62) 473 (2016), בחוות דעתו של השופט ג'ובראן. [↑](#footnote-ref-137)
138. להבדלים האמורים ראו בעניין **'תורת המלך'**, התייחסותו של השופט ג'ובראן, פסקה 11-10. [↑](#footnote-ref-138)
139. עניין **'תורת המלך'**, בחוות דעת של השופט ג'ובראן פסקה 27 ועניין **ראאד סלאח**, בחוות דעתה של השופטת ע' ברון, פסקה 1. [↑](#footnote-ref-139)
140. דנ"פ 1789/98 **מדינת ישראל נ' בנימין כהנא**, פ"ד נד(5), 145 (2000). [↑](#footnote-ref-140)
141. סעיפים 133 ו- 134 ג לחוק העונשין התשל"ז-1977. [↑](#footnote-ref-141)
142. סעיף 144א לחוק העונשין התשל"ז-1977. [↑](#footnote-ref-142)
143. בשתי העבירות מופיעה ההגדרה - "[...] או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה". [↑](#footnote-ref-143)
144. **עניין כהנא [2]**, בחוות דעתו של השופט אור, פסקה 22-21 [↑](#footnote-ref-144)
145. **עניין** **כהנא [2]**, בחוות דעתו של השופט אור, פסקאות 22-21. [↑](#footnote-ref-145)
146. בג"צ 399/85 **כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא(3), 255 (1987). [↑](#footnote-ref-146)
147. שם, בחוות דעתו של השופט ברק (כתוארו אז), פסקה 20. [↑](#footnote-ref-147)
148. ברק אהרון, **המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה**, עמ' 235 (1996) [↑](#footnote-ref-148)
149. ראו בעניין זה את מאמרם של ברק-ארז דפנה וזכריה דודי, **הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות,** עמ' 558, (2013), שם ישנה הפניה בסעיף 9 להרצאתו של השופט מצא בשנת 2005. [↑](#footnote-ref-149)
150. **עניין אלבה**, בחוות דעתו של השופט מצא, פסקה 24. [↑](#footnote-ref-150)
151. **עניין 'תורת המלך'** בחוות דעתו של השופט רובינשטיין, פסקה ס'. [↑](#footnote-ref-151)
152. כהן-אלמגור, **מדוע יש להוציא דברי הסתה מגדר עקרון חופש הביטוי**, עמ' 578 (2003). [↑](#footnote-ref-152)
153. שם, עמ' 563. [↑](#footnote-ref-153)
154. סעיף 4 לפקודת מניעת טרור, תש"ח-1948,"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 [...] ייאשם בעבירה ובצאתו חייב בדין, יהא צפוי [...]" [↑](#footnote-ref-154)
155. דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס"ה(1) 23 (2009), בחוות דעתו של המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין, פסקה 10. [↑](#footnote-ref-155)
156. עניין **'בן-חורין'**, בחוות דעתו ל של השופט הנדל, פסקה 5. [↑](#footnote-ref-156)
157. שם. [↑](#footnote-ref-157)
158. עניין **ראאד צלאח**, בחוות דעתו של המשנה מנשיאה רובינשטיין, פסקה ל"ו. [↑](#footnote-ref-158)
159. שגב ראם, **חופש הביטוי הצדקות וסייגים**, עמ' 438, (2008). [↑](#footnote-ref-159)
160. שם, עמ' 440-438. [↑](#footnote-ref-160)
161. שם, עמ' 442-440. [↑](#footnote-ref-161)
162. למשל, מחקר המצביע על הבדלים בין קבוצות אוכלוסייה בכל הנוגע לרמות משכל, או למידת שכיחות השתתפותם בפעילות עבריינית. [↑](#footnote-ref-162)
163. שם, עמ' 148. [↑](#footnote-ref-163)
164. שגב ראם, **חופש הביטוי הצדקות וסייגים**, עמ' 412, (2008). [↑](#footnote-ref-164)
165. שם, עמ' 413. [↑](#footnote-ref-165)
166. שם. [↑](#footnote-ref-166)
167. שם, עמ' 414. [↑](#footnote-ref-167)
168. שם, עמ' 415. [↑](#footnote-ref-168)
169. שגב ראם, **חופש הביטוי הצדקות וסייגים**, עמ' 393, (2008) [↑](#footnote-ref-169)
170. שם. [↑](#footnote-ref-170)
171. ראה לדוגמא הגבלות על פרסום סקרי בחירות גם על המרשתת והחלטת מועצת העיתונות להחיל את תקנון האתיקה המקצועית שלה על עיתונים מקוונים. [↑](#footnote-ref-171)
172. נגבי עירית, **המרשתת, מיזוגניה וחופש הביטוי**, עמ' 527, (2013) [↑](#footnote-ref-172)
173. לדוגמא, ראו הערת שוליים 74. [↑](#footnote-ref-173)
174. שגב ראם, **חופש הביטוי הצדקות וסייגים**, עמ' 395, (2008). [↑](#footnote-ref-174)
175. נגבי עירית, **המרשתת, מיזוגניה וחופש הביטוי**, עמ' 537 (2013). [↑](#footnote-ref-175)
176. שם. [↑](#footnote-ref-176)
177. שם. [↑](#footnote-ref-177)
178. ראיון שהתקיים עם **מר** **שלומי אברמזון**, ראש צוות הסתה ועבירות ביטוי בפרקליטות המדינה, בתאריך 8 ינואר 2017. [↑](#footnote-ref-178)
179. נגבי עירית, **המרשתת, מיזוגניה וחופש הביטוי**, עמ' 538, (2013). [↑](#footnote-ref-179)
180. בירנהק מיכאל, **חורים ברשת: פורנוגרפיה, מידע ועיצוב מדיניות בסביבה הדיגיטלית**, עמ' 103-102, (2005). [↑](#footnote-ref-180)
181. אגמון-גונן מיכל, **האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת**, עמ' 244-207 (2011) [↑](#footnote-ref-181)
182. שם, עמ' 214. [↑](#footnote-ref-182)
183. שם, עמ' 217. [↑](#footnote-ref-183)
184. שם. [↑](#footnote-ref-184)
185. שם, 218. [↑](#footnote-ref-185)
186. אגמון-גונן מיכל, **האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת**, עמ' 219 (2011). [↑](#footnote-ref-186)
187. קרניאל יובל ושניר עידן, **חוק חופש המידע והאינטרנט, האם הגיעה העת לשינוי חקיקתי?**, עמ' 327-322, (2009). [↑](#footnote-ref-187)
188. אגמון-גונן מיכל, **האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת**, עמ' 228-221 (2011). [↑](#footnote-ref-188)
189. קרניאל יובל ושניר עידן, **חוק חופש המידע והאינטרנט, האם הגיעה העת לשינוי חקיקתי?**, עמ' 322, (2009). [↑](#footnote-ref-189)
190. שם, עמ' 324. [↑](#footnote-ref-190)
191. שם, עמ' 324. [↑](#footnote-ref-191)
192. אגמון-גונן מיכל, **האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת**, עמ' 221, (2011). [↑](#footnote-ref-192)
193. ראיון שהתקיים עם **רפ"ק ליאת רוטנברג**, ראש חוליית מידע גלוי במשטרה, מתאריך 29.1.17. [↑](#footnote-ref-193)
194. שם, עמ' 226. [↑](#footnote-ref-194)
195. שם, עמ' 221. [↑](#footnote-ref-195)
196. שם, עמ' 243-242. [↑](#footnote-ref-196)
197. שגב ראם, **חופש הביטוי הצדקות וסייגים**, עמ' 406, (2008). [↑](#footnote-ref-197)
198. שם. [↑](#footnote-ref-198)
199. שם, עמ' 407. [↑](#footnote-ref-199)
200. ראיון שהתקיים עם **רפ"ק ליאת רוטנברג**, ראש חוליית מידע גלוי במשטרה, מתאריך 29.1.17. בנוסף, טל רביב, **שיח שנאה ברשת**, עמ' 99, (2015), לפיו 60% מהביטויים האלימים ברשת נכתבים מפרופילים אמיתיים ומזוהים ב'פייסבוק' או ב'טוויטר'. [↑](#footnote-ref-200)
201. שם, עמ' 234. [↑](#footnote-ref-201)
202. בירנהק מיכאל, **אתיקה עיתונאית ברשת: על הסדרה פרטית, חופש העיתונות, כוח ותחרות**, עמ' 187 (2003). [↑](#footnote-ref-202)
203. שם, עמ' 188. [↑](#footnote-ref-203)
204. ראו בפרק שני, בסעיף התפתחות החקיקה. [↑](#footnote-ref-204)
205. בירנהק מיכאל, **חורים ברשת: פורנוגרפיה, מידע ועיצוב מדיניות בסביבה הדיגיטלית**, עמ' 105. [↑](#footnote-ref-205)
206. אגמון-גונן מיכל, **האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת**, עמ' 234, (2011). [↑](#footnote-ref-206)
207. שם, עמ' 235. [↑](#footnote-ref-207)
208. שם. [↑](#footnote-ref-208)
209. אלקין-קורן ניבה, **המתווכים החדשים "בכיכר השוק" הווירטואלית**, עמ' 389-388, (2003). [↑](#footnote-ref-209)
210. שם, עמ' 390-389. [↑](#footnote-ref-210)
211. למעט במקרים מסוימים שהחוק מחייב את ספקיות המרשתת להגביל את גילו של המשתמש או מגביל את יכולתם לאסוף מידע, למשל, בנוגע לקטינים. בנוסף, מחייבת החקיקה את הספקיות להציע כלים מסוימים למשתמשים ולעדכן אותם בדבר הסכנות הקיימות ברשת. עם זאת, השימוש בכלים אלו כרוך לרוב בתשלום **וברצונו של המשתמש** להגביל את הפעילות. [↑](#footnote-ref-211)
212. נגבי עירית, **המרשתת, מיזוגיניה וחופש הביטוי**, עמ' 531 (2013). [↑](#footnote-ref-212)
213. מתוך ראיון עם **רפ"ק איה גורצקי**, ראש מדור באגף הייעוץ המשפטי במשטרת ישראל, מתאריך 29.1.2017. [↑](#footnote-ref-213)
214. אגמון-גונן מיכל, **האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת**, עמ' 237, (2011). [↑](#footnote-ref-214)
215. בירנהק מיכאל, **חורים ברשת: פורנוגרפיה, מידע ועיצוב מדיניות בסביבה הדיגיטלית**, עמ' 102, (2005). [↑](#footnote-ref-215)
216. שם. [↑](#footnote-ref-216)
217. שם, עמ' 104. [↑](#footnote-ref-217)
218. שם, עמ' 102. [↑](#footnote-ref-218)
219. שם, עמ' 106. [↑](#footnote-ref-219)
220. שם. [↑](#footnote-ref-220)
221. שם, עמ' 107. [↑](#footnote-ref-221)
222. הנחיה 14.12 **להנחיות פרקליט המדינה** (2009) http://www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Guidelines/14.12.pdf [↑](#footnote-ref-222)
223. סעיף 144ה לחוק העונשין, התשל"ז-1977. [↑](#footnote-ref-223)
224. ברק-ארז דפנה וזכריה דודי, **הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות,** עמ' 563 (2013). [↑](#footnote-ref-224)
225. עניין **'תורת המלך'**, בחוות דעתה של הנשיאה נאור, פסקה 1. [↑](#footnote-ref-225)
226. שם. [↑](#footnote-ref-226)
227. בג"צ 588/94 **שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מח(3) 40 (1994), בחוות דעתו של **המשנה לנשיא ברק** (כתוארו אז), פסקה 3. [↑](#footnote-ref-227)
228. ברק-ארז דפנה וזכריה דודי, **הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות,** עמ' 563 (2013). [↑](#footnote-ref-228)
229. ראיון שהתקיים עם **מר שלומי אברמזון**, ראש צוות הסתה ועבירות ביטוי בפרקליטות המדינה, בתאריך 8 ינואר 2017. [↑](#footnote-ref-229)
230. ראיון שהתקיים עם **רפ"ק ליאת רוטנברג**, ראש חוליית מידע גלוי במשטרה, מתאריך 29.1.17. [↑](#footnote-ref-230)
231. ראיון שהתקיים עם **מר שלומי אברמזון**, ראש צוות הסתה ועבירות ביטוי בפרקליטות המדינה, בתאריך 8 ינואר 2017. [↑](#footnote-ref-231)
232. שם. [↑](#footnote-ref-232)
233. על פי נתוני משטרת ישראל ופרקליטות המדינה. [↑](#footnote-ref-233)
234. ראיון שהתקיים עם **רפ"ק ירון שטרן**, ראש חוליית סייבר בחטיבת החקירות במשטרת ישראל, מתאריך 15.1.17. [↑](#footnote-ref-234)
235. ראיון שהתקיים עם **רפ"ק ליאת רוטנברג**, ראש חוליית מידע גלוי במשטרה, מתאריך 29.1.17. [↑](#footnote-ref-235)
236. בירנהק מיכאל, **חורים ברשת: פורנוגרפיה, מידע ועיצוב מדיניות בסביבה הדיגיטלית**, עמ' 104, (2005). [↑](#footnote-ref-236)
237. שם. [↑](#footnote-ref-237)
238. שם, עמ' 110. [↑](#footnote-ref-238)
239. אלקין-קורן ניבה, **המתווכים החדשים "בכיכר השוק" הווירטואלית**, עמ' 390, (2003). [↑](#footnote-ref-239)
240. ראיון שהתקיים עם **ד"ר חיים ויסמונסקי**, מנהל מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה, מתאריך 16.3.17. [↑](#footnote-ref-240)
241. שם. בנוסף, הדברים עולים בראיונות שהתקיימו עם **רפ"ק ליאת רוטנברג**, ראש חוליית מידע גלוי במשטרה, מתאריך 29.1.17 ועם **רפ"ק איה גורצקי**, ראש מדור באגף הייעוץ המשפטי במשטרת ישראל, מתאריך 29.1.2017 [↑](#footnote-ref-241)
242. ראו בעמודים 74-73. [↑](#footnote-ref-242)
243. טיוטת חוק הסרת תוכן המהווה עבירה מרשת האינטרנט התשע"ו-2016 <http://www.justice.gov.il/Pubilcations/News/Pages/BillRemovingContentFromTheInternetJuly2016.aspx>. לציין, כי הצעה דומה הוגשה גם באופן פרטי על ידי ח"כ רוויטל סוויד. [↑](#footnote-ref-243)
244. לפרוט מלא של הטעמים ראו במכתבה של **ד"ר שוורץ-אלטשולר תהילה**, מנהלת המרכז לערכים דמוקרטיים וראש התכנית לרפורמות במדיה ודמוקרטיה בעידן המידע, המכון הישראלי לדמוקרטיה, <https://www.idi.org.il/media/7872/opinion_internet.pdf> [↑](#footnote-ref-244)
245. לביא אפרים, אלרן מאיר ואבו נסרה מחמד**, תופעות שנאה וגזענות בין יהודים וערבים בישראל: מאפיינים, השלכות ודרכי התמודדות** (2016) [↑](#footnote-ref-245)
246. על פי נתוני חברת Vigo. [↑](#footnote-ref-246)
247. נגבי עירית, **המרשתת, מיזוגניה וחופש הביטוי**, עמ' 527, (2013). [↑](#footnote-ref-247)
248. סעיף 15 לחוק איסור אלימות בספורט, התשס"ח-2008 הקובע: " **המתבטא התבטאות גזענית** במהלך אירוע ספורט, דינו – מאסר שנתיים; בחוק זה, "התבטאות גזענית" – קריאה של מילים, צלילים או נהמות, וכן התבטאות חזותית, על ידי אדם, לבדו, יחד עם אחר או במקהלה, שיש בהם משום איום, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות, אלימות או גרימת מדנים כלפי אדם, ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע, לדת או למוצא לאומי-אתני. [↑](#footnote-ref-248)
249. אלקין-קורן ניבה, **המתווכים החדשים "בכיכר השוק" הווירטואלית**, עמ' 382, (2003). [↑](#footnote-ref-249)
250. אלקין-קורן ניבה, **המתווכים החדשים "בכיכר השוק" הווירטואלית**, עמ' 382, (2003). [↑](#footnote-ref-250)
251. ברזילי-נהון וברזילי גד, **חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלותה והולדתה המחודשת של הצנזורה**, עמ' 509 (2006). [↑](#footnote-ref-251)
252. בירנהק מיכאל, **חורים ברשת: פורנוגרפיה, מידע ועיצוב מדיניות בסביבה הדיגיטלית**, עמ' 120, (2005). [↑](#footnote-ref-252)
253. המלצות אלו גובשו מניתוח פסקי הדין והספרות המשפטית שנקראו לטובת העבודה. [↑](#footnote-ref-253)
254. כהן אדר, **מה עלינו לעשות כדי להיאבק בעמדות קיצוניות וגזעניות במערכת החינוך?** (2015) [↑](#footnote-ref-254)
255. לרשימה המלאה ראו קרמניצר מרדכי ופוקס עמיר, **חינוך לערכים דמוקרטים ומאבק בגזענות באמצעות חינוך**, (2015) וכהן אדר, **מה עלינו לעשות כדי להיאבק בעמדות קיצוניות וגזעניות במערכת החינוך?** (2015) [↑](#footnote-ref-255)
256. נגבי עירית, **המרשתת, מיזוגיניה וחופש הביטוי**, עמ' 541, (2013). [↑](#footnote-ref-256)
257. רובינשטיין אליקים, **על חופש הביטוי ועל מדיניות התביעה בעבירות של הסתה לאלימות**, עמ' 10, (1997). [↑](#footnote-ref-257)
258. ראיון שהתקיים עם **נצ"ם איילת אלישר**, ראש מערך 'מניעה מצבית' במשטרת ישראל, מתאריך 7.2.17. [↑](#footnote-ref-258)
259. שגב, עמ' 408-406. [↑](#footnote-ref-259)
260. ראו גם במאמרו של קרמניצר מרדכי, **פרשת אלבה: "ברור הלכות הסתה לגזענות"**, עמ' 114 (1999). [↑](#footnote-ref-260)
261. קרמניצר מרדכי, **פרשת אלבה: "ברור הלכות הסתה לגזענות"**, עמ' 100 (1999). [↑](#footnote-ref-261)
262. מצא אליהו, **ההסתברות שמילים תהרוגנה**, (2005) [↑](#footnote-ref-262)
263. ראיון שהתקיים עם **נצ"ם איילת אלישר**, ראש מערך 'מניעה מצבית' במשטרת ישראל, מתאריך 7.2.17. [↑](#footnote-ref-263)
264. **ענין 'תורת המלך'**, בחוות דעתו של השופט ג'ובראן, פסקה 21 וכן קרמניצר מרדכי, **פרשת אלבה: "ברור הלכות הסתה לגזענות"** (1999), עמ' 143-142. [↑](#footnote-ref-264)
265. **ענין 'תורת המלך'**, בחוות דעתו של השופט ג'ובראן, פסקה 13. [↑](#footnote-ref-265)
266. שם, פסקה 15. [↑](#footnote-ref-266)
267. ראיון עם **ד"ר עמיר פוקס**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, מתאריך 6.2.17. [↑](#footnote-ref-267)
268. שטרן ידידיה, **גזענות וחופש הביטוי – כיצד נאזן בין המלחמה בגזענות לבין השמירה על חופש הביטוי?** (2015) וכן נגבי עירית, **המרשתת, מיזוגיניה וחופש הביטוי**, עמ' 532, (2013). [↑](#footnote-ref-268)
269. ברזילי-נהון קרין וברזילי גד, **חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלותה והולדתה המחודשת של הצנזורה**, עמ' 509, (2006) [↑](#footnote-ref-269)
270. אגמון-גונן מיכל, **האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת**, עמ' 237, (2011). [↑](#footnote-ref-270)
271. ראיון שהתקיים עם **ד"ר חיים ויסמונסקי**, מנהל מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה, מתאריך 16.3.17. [↑](#footnote-ref-271)
272. פראצ'ט טרי, סופר. [↑](#footnote-ref-272)
273. עניין **אלבה** ,בחוות דעתו של השופט מצא, פסקה 61. [↑](#footnote-ref-273)
274. **עניין 'תורת המלך',** בחוות דעתו של השופט ג'ובראן, פסקאות 14-13. [↑](#footnote-ref-274)