

האיסורים הפיליליים המוטלים על חופש הביטוי בראי המודל הכלכלי של אי-ודאות אביחי דורפמן*

*“That in a free state everyone may think what he pleases, and say what he thinks”
Benedict De Spinoza, Tractatus Theologico – Politicus, chapter xx*

חופש הביטוי במשפט הפילילי הישראלי זכה בשנים האחרונות לדיון משפטי מרתק בפסיקת בית המשפט העליון ובספרות המשפטית שבאה בעקבותיה. איסורים פיליליים המגבילים ביטוי, כגון אלה שנקבעו בעברות ההמדרה וההסתה לגזענות, הועמדו למבחן המעשה, כאשר נדרש בית המשפט לפרש הוראות חוק במציאות המשפטית והפוליטית של השנים האחרונות. על רקע חשיבותו של חופש הביטוי, הציעו שופטי בית המשפט העליון דרכים פרשניות השואפות לתת חופש ביטוי מרבי, תוך מתן הגנה מספקת לאינטרסים המוגנים בעברות אלה. אחת המחלוקות המרכזיות בקשר לפרשנות של אותן עברות, הנתפסות כעברות התנהגותיות, נסבה על הכללתו של מבחן הסתברותי.

במרכז מחלוקת זו עומדת השאלה, אם ראוי שהמבחן ההסתברותי יהיה חלק בלתי נפרד ממרכיבי העברה ההתנהגותית. גישה אחת משיבה בחיוב ואילו גישה שנייה שוללת את החלתו של המבחן ההסתברותי ומציעה במקומו הגבלות תוכניות, שאינן כרוכות בהערכה הסתברותית, אלא מתמקדות בתוכן הביטוי והסכנה העולה ממנו.

טענה אחת העולה מאותה מחלוקת, מתייחסת לאופן שבו מבחן הסתברותי ישפיע על דרך קבלת ההחלטות של הדובר. הגישה התומכת בהגבלה תוכנית ודאית גורסת כי הכללתו של מבחן הסתברותי בתוך יסודות העברה תביא לידי

* בוגר הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי לפרופ' אריאל בנדור, ד"ר אורן גזל, ד"ר מיכאל בירנהק ולעורכת וחברתי מערכת **משפט וממשל** על ההערות המועילות.

** כל אתרי האינטרנט נצפו לאחרונה במרץ 2005 אלא אם כן צוין אחרת.

המהלך השלילי הבא: דובר שונא סיכון, שאינו רוצה להפר את החוק, יימנע מהבעת דעות שאינן אסורות, רק בשל אי-הוודאות בדבר פליליות ההתבטאות, כאשר הימנעות זו תתעצם ככל שהביטוי יימצא בקרבת האיסור הפלילי. מהלך זה יביא לידי כך שהגבלת חופש הביטוי במשטר של מבחן הסתברותי הנעדר אפיון תוכני, תהיה חמורה ומצננת יותר מהגבלתו במשטר של הגבלה תוכנית וזאת למרות מטרתם המוצהרת של מצדדי המבחן ההסתברותי – הרחבת ההגנה על חופש הביטוי.

מטרת המאמר היא לבחון טיעון אחרון זה באמצעות המודל הכלכלי של אי-ודאות. מסקנת הניתוח הכלכלי תפריך את האינטואיציה שבבסיס הטיעון ותראה כי מבחן הסתברותי לא בהכרח מצמצם את חופש הביטוי בהשוואה להגבלה תוכנית. מסקנה זו תתחדד ככל שההתבטאות תיתפס כחריגה וחתרנית יותר.

1. **מבוא ב. חופש הביטוי הפוליטי כמשפט הפלילי הישראלי:** 1. רקע כללי; 2. גדר המחלוקת: פרשות **אלבה ובהנא**; 3. ההצעות להגבלה תוכנית כחלופה ראויה למבחן הסתברותי בפסיקה ובספרות. ג. **קבלת החלטות של דובר בתנאי אי-ודאות:** 1. ענף אי-הוודאות בכלכלה; 2. הדובר בתנאי אי-ודאות. ד. **ניתוח המבחן ההסתברותי וההגבלה התוכנית במודל אי-ודאות:** 1. מבחן הסתברותי לעומת הגבלה תוכנית – הסבר מילולי; 2. בחינת המבחן ההסתברותי לעומת ההגבלה התוכנית – ניתוח פורמלי. ה. **סיכום.**

מבוא

חופש הביטוי במשפט הפלילי הישראלי זכה בשנים האחרונות לדיון משפטי מרתק בפסיקת בית המשפט העליון ובספרות המשפטית שבאה בעקבותיו. איסורים פלילים המגבילים ביטוי, כגון אלה שנקבעו בעברות ההמרדה וההסתה לגזענות,¹ הועמדו למבחן המעשה, כאשר נדרש בית המשפט לפרש הוראות חוק, חלקן מימי המנדט, בהתאם למציאות

1. עברות ההמרדה מצויות בסעיף 133 ו-134 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, עברת איסור פרסום הסתה לגזענות מעוגנת בסעיף 144ב לחוק העונשין. עברה נוספת שעניינה הגבלת ביטוי היא: איסור פגיעה ברגשי דת, סעיף 173 לחוק העונשין. לאחרונה הוסף סעיף 144ד לחוק העונשין (איסור הסתה לאלימות או לטרור) המחליף את סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948, ע"ר 24 תוס' א' 73. על סעיף חדש זה, שאינו עומד במרכז רשימה זו, ראו להלן, הערה 42.

המשפטית והפוליטית של השנים האחרונות.² על רקע חשיבותו של חופש הביטוי, הציעי שופטי בית המשפט העליון דרכים פרשניות השואפות לתת חופש ביטוי מרבי, תוך הגנה מספקת על האינטרסים המוגנים בעברות אלה. אחת המחלוקות המרכזיות בקשר לפרשנות של אותן עברות, הנתפסות כעברות התנהגותיות, נסבה על הכללתו של מבחן הסתברותי.

במרכז מחלוקת זו עומדת השאלה, אם ראוי שהמבחן ההסתברותי יהיה חלק ממרכיבי העברה ההתנהגותית. גישה אחת משיבה בחיוב ואילו גישה שנייה שוללת את קיומו של המבחן ההסתברותי ומציעה במקומו הגבלות תוכניות,³ שאינן כרוכות בהערכה הסתברותית, כי אם מתמקדות בתוכן הביטוי ובסכנה העולה ממנו.⁴ כך, למשל, מבחן הסתברותי שיוחל

2. כך, למשל, סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, אמנם מגן על חוק שחוקק לפני 1992 מפני ביקורת חוקתית, אך לאור דנ"פ 2316/95 **גנימזאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589, תוכנו של חוק כזה נתון לפרשנות המתחייבת מחקיקת חוק היסוד.
3. "הגבלה תוכנית" היא שם כולל לדרכים שונות המגבילות את הדובר בלי קשר ישיר לסכנה הנובעת מהביטוי, אלא מהסכנה האובייקטיבית הנשקפת מהביטוי, כפי שהיא מוסקת מתוכן הביטוי. כך, למשל, השופטת דורנר בדנ"פ 1789/98 **מדינת ישראל נ' בהנא**, פ"ד נד(5) 145 (להלן: **דנ"פ בהנא**), בעמ' 187-188, קבעה כי התוכן הממריד של הביטוי הוא שמספיק לצורך הרשעה בעברות ההמרדה (בצירוף היסוד הנפשי של מטרחה). השופט קדמי קבע כי "תו האופיי" של הביטוי, קרי סגולה אינהרנטית-אובייקטיבית להמריד, מספיקה לצורך הגבלת הביטוי הממריד (שם, בעמ' 184-185). אלון הראל משתמש בטרמינולוגיה של "מבחן המשמעות" להגבלה האוסרת את פרסום הביטויים בעלי התכנים הפסולים, ראו אלון הראל, "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן "אפשרות ההתממשות של הנוק": חשיבה מחודשת", **משפטים** (1) (תשנ"ט) 69. דרך נוספת להגבלת התוכנית של הביטוי, הנה דרכם של ליאת לבנון-מורג ומרדכי קרמניצר, המציעים הגבלה תוכנית כמבחן ראוי להגבלת הפלילית של ביטוי, ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג, "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות – על ערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעבירות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא", **משפט וממשל** ז(1) (תשס"ד) 305. דרך אחרונה זו עומדת במרכז רשימה זו.
4. דרך סיווג אפשרית אחרת, מלבד מבחן הסתברותי לעומת תוכני, היא הסיווג ל"כלל" לעומת "סטנדרט". על ההבחנה בין כללים לסטנדרטים, ראו: Jeremy Bentham, *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Basil Blackwell Oxford, 1948) 430. על פי בנת'הם, הכללים מופנים אל הציבור הרחב ואילו הסטנדרד מופנה כלפי פקיד השלטון ובכללם השופטים. וכן: Meir Dan-Cohen, "Decision: Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law", 97(3) *Harv. L. Rev.* 625 (1984), לניתוח כלכלי מעמיק של כללים לעומת סטנדרטים, ראו: Louis Kaplow, "Rules Versus Standards: An Economic Analysis", 42 *Duke L. J.* (1992) 557. לדין על כללים לעומת סטנדרטים בחקיקה הישראלית, ראו מנחם מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה", **משפטים** יז(2) (תשמ"ח) 321.

על עברת איסור פרסום הסתה לגזענות לפי סעיף 144ב(א) לחוק העונשין, יגביל רק את אותם ביטויים המסכנים בהסתברות נתונה (ודאות קרובה, אפשרות ממשית או נטייה רעה) את הערך המוגן בעברה (הגנה מפני גרימת מדנים כלפי ציבור). מבחן זה חסר אפיונים תוכניים בהירים הידועים מראש לדובר פוטנציאלי ומתבסס על שיקול דעת רחב של בית המשפט בעת בחינת הביטוי. לעומת זאת, הגבלה תוכנית שואפת לאסור בצורה ברורה וודאית כל ביטוי שתוכנו מסית לגזענות, בלי קשר לשאלה אם לתוכן מסית זה יש יכולת לסכן, בדרגת הסתברות נתונה, את הערך המוגן בעברה.⁵

התומכים בהכללתו של מבחן הסתברותי כחלק מהגדרת העברות המגבילות ביטוי, רואים בו אמצעי הממוזער את סיכויי הרשעתו של הדובר בעברות אלה. לפי דעה זו, מבחן הסתברותי – לעומת הגבלה תוכנית – תורם להרחבת ההגנה על חופש הביטוי, הנתפס (בצדק) כאחת מהזכויות החשובות בחברה הישראלית.⁶ הרחבה זו מתאפשרת, משום שמבחן הסתברותי אינו מתמקד בשאלות על תוכנו של הביטוי, כי אם בוחן את הסכנה הממשית הנשקפת – אם נשקפת – מהביטוי.

המצדדים בהכללתה של הגבלה תוכנית כחלק מיסודות עברות הביטוי, רואים במבחן ההסתברותי סתירה לעקרון החוקיות בדיני העונשין. לדידם, עברה התנהגותית – הנבחנת באמצעות ניבוי הסתברותי ונעדרת הגבלה תוכנית ברורה – אינה מאפשרת לדובר ידיעה ודאית ובהירה בדבר פליליות התבטאותו, זאת משום שיידרש להעריך, בהיעדר הכוונתו והדרכתו של המחוקק, אם התבטאותו היא בעלת פוטנציאל לגרום נזק בהסתברות נתונה (כאשר הנזק הוא הפגיעה בערך המוגן בעברה).

טענה אחת – שבה עוסקת רשימה זו – העולה מאותה מחלוקת, מתייחסת לאופן שבו מבחן הסתברותי ישפיע על דרך קבלת ההחלטות של הדובר. הגישה התומכת בהגבלה תוכנית ודאית גורסת, כי הכללתו של מבחן הסתברותי בתוך יסודות עברה המגבילה ביטוי תביא לידי המהלך השלילי הבא: דובר שונא-סיכון, שאינו רוצה להפר את החוק, יימנע מלהביע דעות שאינן אסורות, רק בשל אי-הוודאות בדבר פליליות ההתבטאות, כאשר הימנעות זו תתעצם ככל שהביטוי מצוי בקרבת האיסור הפלילי. מהלך זה יביא לידי כך שהגבלת חופש הביטוי, תחת משטר של מבחן הסתברותי הנעדר אפיון תוכני, תהיה המורה ומצננת יותר מהגבלה על פי משטר של הגבלה תוכנית וזאת למרות מטרות המוצהרות של מצדדי המבחן ההסתברותי – הרחבת ההגנה על חופש הביטוי (להלן: טיעון "הגול העצמי").⁷ במילים אחרות, אף שביכולתו של מבחן הסתברותי לאפשר הגנה רחבה

5. כמובן שדרגת ההסתברות הראויה – בין שתהא סכנה ברורה ומיידית, ודאות קרובה, אפשרות ממשית או נטייה רעה – היא שאלה חשובה. אך שאלה זו אינה מרכזית לצורך הטיעון ברשימה זו. על כך ראו להלן, טקסט סביב הערות 95-98. על מבחני האיוון ובחירת דרגות ההסתברות, ראו אבנר ברק, "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי", עיוני משפט יד (2) (תשמ"ט) 371.

6. אבן היסוד של חופש הביטוי במשפט הישראלי הונחה בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871. (להלן: בג"ץ קול העם).

7. ראו מרדכי קרמניצר, "מהי הסתה אסורה", בוח המילים וחולשת הדעת (מיכאל קונפינו-

יותר על חופש ביטוי לעומת משטר של הגבלה תוכנית, בבחינה ex-ante, הרי השפעת תנאי אי-הוודאות שבמבחן ההסתברותי על הדובר תוביל לכך שחופש הביטוי יצומצם לעומת זה המתאפשר במשטר של הגבלה תוכנית, בבחינה ex-post. לכן, תיגזר המסקנה, דווקא משטר של הגבלה תוכנית עדיף על פני מבחן ההסתברותי, מנקודת מבטו של הדובר הפוטנציאלי, שונא הסיכון.

טיעון "הגול העצמי" מצוי, לפחות ברמה האינטואיטיבית, במודל הכלכלי של קבלת החלטות בתנאי אי-וודאות. המודל מתמקד בבחינת אותן סיטואציות שבהן עומד הפרט לפני קבלת החלטה בלא מידע מלא ובלא ודאות בדבר ההתרחשות העתידית. בענייננו, הדובר עומד לפני ההחלטה לתת דרור לדעותיו, כשהוא נתון לאיסור פלילי אפשרי הנשען על ניבוי ההסתברותי של השלכות ההתבטאות על הערך המוגן בעברה. השימוש במודל מאפשר בחינה ביקורתית של טיעון "הגול העצמי", בחינה אשר יש ביכולתה לאשר או לדחות את המסקנה האינטואיטיבית של שוללי המבחן ההסתברותי.

מטרת רשימה זו,⁸ היא לבחון את טיעון "הגול העצמי" באמצעות המודל הכלכלי של אי-וודאות ולטעון כי בבסיסו נמצא כשל. הטיעון יתקדם בשלבים הבאים:

עורך, עם עובד, תשס"ג) 100, ב' מ' 106; קרמניצר ולבנון (לעיל, הערה 3), בעמ' 347; טיעון זה מועלה גם במאמרו של איל בנבנישתי, "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת", משפטים (1) (תשנ"ט) 29, בעמ' 64. בנבנישתי סבור, אף הוא, כי מבחן ההסתברותי יביא לידי הגבלת יתר של חופש הביטוי, מכיוון שדוברים יחששו להתבטא בשל אי-הוודאות הכרוכה במבחן ההסתברותי, אולם בכל זאת מאמץ מבחן ההסתברותי, בשל הקשיים בניסוח הגבלה תוכנית בחברה רב תרבותית ומקוטבת. אריאל בנדור סובר שהגבלת ביטוי על ידי בחינה ex-post של הנזק הנובע מהביטוי תביא לידי אפקט מצנן חמור יותר ממניעת ביטוי מראש (prior restraint) בצורה ברורה וודאית. אף שבנדור אינו משתמש במונחים "מבחן ההסתברותי" ו"הגבלה תוכנית", הטיעון שהוא מעלה דומה לפחות במהותו לטיעון של קרמניצר. ראו: Ariel L. Bendor, "Prior Restraint, Incommensurability, and the Constitutionalism of Means", 68(2) *Fordham L. Rev.* (1999) 289, pp. 330-331; Frederick Schauer, "Fear, Risk, and the First Amendment: Unraveling the 'Chilling Effect'", 58(2) *B.U. L. Rev.* (1978) 685, pp. 728-729. כמו כן ראו מאמרו של דן כהן (לעיל, הערה 4), בעמ' 670-673, העומד על היתרונות והחסרונות שיש בכללים ובסטנדרדים בעברות ובהגנות של המשפט הפלילי. חשוב להבהיר כי השופטים המתנגדים להחלת המבחן ההסתברותי, כגון השופט דורנר והשופט קדמי בדנ"פ כהנא (לעיל, הערה 3), אינם מעלים במפורש בהנמקתם טיעון זה (טיעון "הגול העצמי"). טיעון זה מועלה גם בגרסתו המופשטת יותר אצל פרופ' מרדכי קרמניצר והאלד גנאים, הסתה, לא המרדה – ההמרדה דיני העונשין: הדין המצוי והדין הרצוי (נייר עמדה מספר 7 של המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשנ"ח), בעמ' 11-12.

8. רשימה זו אינה עוסקת בהכרעת המחלוקת האמורה ואינה מתיימרת למצות את כל היתרונות והחסרונות שבמבחן ההסתברותי. ברצוני לבחון אפקט מפורש בתוך המחלוקת הנרחבת שתוארה לעיל, את האופן שבו תנאי אי-וודאות משפיעים על קבלת החלטות של דוברים.

בפרק הראשון אסקור בקצרה את המחלוקת בין הגישות המצדדות והגישות השוללות את השימוש במבחן הסתברותי באיסורים הפליליים המגבילים ביטוי, בפסיקה ובספרות. הפרק השני יצביע על הרלוונטיות של הניתוח הכלכלי בכלל וענף אי-הוודאות בפרט, למחלוקת בין הגישות שעלו בפרק הראשון. בפרק השלישי אבחן את השלכות המבחן ההסתברותי, לעומת השלכות ההגבלה התוכנית, על חופש הביטוי של הדובר, תוך שימוש בניתוח הכלכלי של מודל האי-וודאות כשלצדו הסבר מילולי. מסקנת הניתוח הכלכלי תפריך את האינטואיציה העומדת בבסיס טיעון "הגול העצמי" ותראה כי מבחן הסתברותי אינו בהכרח מצמצם, ex-post, את חופש הביטוי בהשוואה להגבלה תוכנית. מסקנה זו תתחדד ככל שההתבטאות נתפסת כהריגה וחתרנית יותר: קבלת החלטות של הדובר תחת משטר של מבחן הסתברותי תאפשר התבטאויות שלא היו נשמעות תחת משטר של הגבלה תוכנית, וזאת למרות תנאי אי-הוודאות.⁹

ב. חופש הביטוי הפוליטי במשפט הפלילי בישראל

1. רקע כללי

חופש הביטוי בחברה הישראלית הועמד למבחנו של המשפט הפלילי פעם אחר פעם בשנות התשעים, על רקע העימות הישראלי-פלסטיני. בעוד בית המשפט העליון צבר ניסיון משפטי רב בהגנה על חופש הביטוי במשפט הציבורי,¹⁰ נדרש הוא, בפרשות **אלבה**,¹¹ **כהנא**,¹² **סופצקין**¹³ ו**ג'בארין**,¹⁴ לקבוע את היקף השתרעותו של חופש הביטוי במשפט הפלילי. השוני בין תכליותיו והשלכותיו של המשפט הפלילי ובין אלה של המשפט הציבורי,¹⁵

-
- לביחינה נרחבת של יתרונות לעומת חסרונות של המבחן ההסתברותי, ראו קרמניצר וגנאים, שם, בעמ' 46-53; בנבנישתי (לעיל, הערה 7); הראל (לעיל, הערה 3).
9. חשוב להבהיר כי המתודה של שימוש במודל ממדעי-החברה (כלכלה) ויישומו בתוך השיח המשפטי מהווה, לפי הנסג'אורג גאדאמר (Gadamer) תהליך פרשני המתבצע לאור הנחות היסוד של השיח המשפטי ועל כן אינה יישום "טהור" או ניטרלי של המודל הכלכלי. מתודה זו צריכה אפוא להצדיק את עצם יישומה בשיח המשפטי. תקוותי היא כי יישום זה אכן יקדם את פתרון המחלוקת המתוארת במבוא. ראו: Hans G. Gadamer, *Truth and Method* (Joel Weinsheimer and Donald G. Marshal - trans., Crossroad, 2nd rev. ed., 1989).
10. לדיון בהיקפו ובחשיבותו של חופש הביטוי במשפט הציבורי, ראו, למשל, בג"ץ קול העם (לעיל, הערה 6); בג"ץ *Universal City Studios Inc 806/88* נ' **המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מג(2) 22; בג"ץ 153/83 לוי נ' **מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח(2) 393; בג"ץ 680/88 **שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי**, פ"ד מב(4) 617; בג"ץ 316/03 **בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נח(1) 249.
11. ע"פ 2831/95 **הרב עירו אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(5) 221. (להלן: ע"פ **אלבה**).
12. ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 535 (להלן: ע"פ **כהנא**). וכן דנ"פ **כהנא** (לעיל, הערה 3).

הצריך התייחסות נפרדת מזו הניתנת במסגרת המשפט הציבורי להגנה על חופש הביטוי, לנוכח המטרייה הפלילית. אחת השאלות המעניינות והחשובות שעלו בפרשות אלה, היא שאלת קיומו של מבחן הסתברותי בגדר עברות המגבילות ביטוי, כגון עברות ההמרדה,¹⁶ ההסתה לגזענות¹⁷ ופגיעה ברגשות דת.¹⁸ הדיון המקיף ביותר בנחיצותו של מבחן הסתברותי בעברות המגבילות ביטוי התעורר בפרשות **כהנא** ו**אלבה**. פרק זה יסקור בתמצית את הגישות וההנמקות שעלו בפרשות אלה ואת ההצעות לניסוחן של הגבלות ותוכניות, כתחליף ראוי למבחן ההסתברותי, כפי שהועלו בפסיקה ובספרות.

2. גדר המחלוקת: פרשות אלבה וכהנא

(א) פרשת אלבה

הרב עידו אלבה הואשם והורשע בעברה של פרסום הסתה לגזענות, לפי סעיף 144ב(א), על חיבורו והפצתו של מאמר בשם "בירור הילכות גוי". סעיף 144ב לחוק העונשין קובע:

כי:

144ב. איסור פרסום הסתה לגזענות

(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.

שאלת פרשנותו של הסעיף עוררה שאלות משנה, ואחת מהן היא עצם קיומו של מבחן הסתברותי בגדר הנסיבה "דבר".¹⁹ השופט מצא יצא מהנחת המוצא כי חופש הביטוי אינו משתרע על ביטוי גזעני²⁰ וקבע כי החלתו של מבחן הסתברותי על היסוד העובדתי אינה

13. ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289 (להלן: ע"פ סוסצקין).
14. ראו ע"פ 4147/95 ג'באריין נ' מדינת ישראל, פ"ד ג(4) 38. וכן הדיון הנוסף, דנ"פ 8613/96 ג'באריין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193 (להלן: דנ"פ ג'באריין).
15. ראו פסק דינה של השופטת דורנר בדנ"פ כהנא (לעיל, הערה 3), בעמ' 188-190.
16. סעיף 133 וסעיף 134(ג) לחוק העונשין, ע"פ כהנא (לעיל, הערה 12).
17. סעיף 144ב(א) לחוק העונשין, ע"פ אלבה (לעיל, הערה 11).
18. סעיף 173(א)(1) לחוק העונשין, ע"פ סוסצקין (לעיל, הערה 13).
19. שאלות משנה נוספות היו: פרשנות "המפרסם" ותחולתה של הלכת הצפיות על עברה עם יסוד נפשי מיוחד של מטרה, לאור סעיף 20(ב) לחוק העונשין שהוסף בתיקון 39. לדיון בסוגיות אלה ראו מרדכי קרמניצר, "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות", **משפטים** (ל'1) (תשנ"ט) 105.
20. ע"פ אלבה (לעיל, הערה 11), בעמ' 266-268 לפסק דינו של השופט מצא. עמדה דומה, בקשר להיקף השתרעותו של חופש הביטוי, הביע השופט בך בפסק דינו בעניין בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (להלן: בג"ץ כהנא), בעמ' 312.

אפשרית ואף אינה ראויה.²¹ השופטת דורנר, אף שסברה כי חופש הביטוי משתרע גם על ביטוי גזעני,²² הסכימה לדברי השופט מצא בעניין שלילתו של המבחן ההסתברותי. לגישתה, לשון הסעיף אינה סובלת מבחן הסתברותי²³ ובנוסף, תכלית הסעיף היא מניעת הביטוי הגזעני, בלי קשר לסיכון הנובע ממנו.²⁴ זאת ועוד, סעיף זה הוא חלק ממכלול תחיקתי שמטרתו לבער את נגע הכהניזם מהחברה הישראלית, מכלול הכולל חקיקה מתחום המשפט הציבורי, שנועד להוציא מן המפה המפלגתית/פוליטית את הביטוי הגזעני.²⁵ הנשיא ברק, שלא כגישת השופטים מצא ודורנר, סבר שיש מקום לשקול את קריאתו של מבחן הסתברותי לתוך היסוד הנסיבתי "דבר" שבסעיף 144(ב). הנחת המוצא של הנשיא, כפי שעלתה כבר בבג"ץ כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור,²⁶ כוללת את הביטוי הגזעני כחלק מהיקף השתרעותו (coverage) של חופש הביטוי ולכן יש לפרש את סעיף 144(ב) כך שפגיעתו בחופש הביטוי תהיה כזו שאינה עולה על הנדרש.²⁷ פגיעה שאינה עולה על הנדרש אפשר שתושג באמצעות דרישה של סיכון המתוסף לפרסום המסית. דרישת הסיכון תצמצם את הפגיעה בחופש הביטוי ותיבדק, אליבא דברק, במסגרתו של המבחן ההסתברותי.

חשוב להדגיש כי כל הגישות האמורות, הועלו כולן כאמרות אגב, שלא היו דרושות לצורך דחיית הערעור ואישור הרשעתו של אלבה בעברת פרסום הסתה לגזענות.²⁸

21. ע"פ אלבה (לעיל, הערה 11), בעמ' 275-276 לפסק דינו של השופט מצא.
22. שם, בעמ' 316 לפסק דינה של השופטת דורנר. עמדה דומה, בקשר לתחום השתרעותו של חופש הביטוי, הביע השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ כהנא (לעיל, הערה 20), בעמ' 281.
23. ע"פ אלבה (לעיל, הערה 11), בעמ' 316-318 לפסק דינה של השופטת דורנר.
24. שם, שם.
25. הכוונה היא לסעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת, ס"ח תשי"ח 69, שהוסף בתיקון מס' 9, ס"ח תשמ"ח 196, בשנת 1985 וכן חקיקת סעיף 5 לחוק המפלגות, תשנ"ב-1992, ס"ח 190. סעיף 7א תוקן באחרונה (22.5.02, ס"ח תשס"ב 440) והורחבה ההגבלה של הזכות להיבחר לכנסת, תיקון שעמד במרכז מערכת הבחירות לכנסת ה-16. ראו א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה נ' ח"כ אחמד טיבי, פ"ד נו(4) 1. בהליך זה אישר בית המשפט את השתתפותם של ח"כ טיבי ובשארה בבחירות לכנסת ודחה את ערעור היועץ המשפטי לממשלה נגד החלטת ועדת הבחירות לאשר לברוך מרזל להציג מועמדותו לכנסת. כמו כן קיבל את ערעור מפלגת בל"ד על פסילתה מהשתתפות בבחירות על ידי ועדת הבחירות. על הרקע לעברת ההסתה לגזענות במשפט הישראלי, ראו: Amos Shapira, "Confronting Racism by Law in Israel - Promises and Pitfalls", 8(3) *Cardozo L.Rev.* (1987) 595. לדיון מעמיק בהצדקת הפגיעה בחופש הביטוי בכל הקשור בביטויים גזעניים, ראו: David Kretzmer, "Freedom of Speech and Racism", 8(3) *Cardozo L. Rev.* (1987) 455.
26. בג"ץ כהנא (לעיל, הערה 20), בעמ' 281.
27. ע"פ אלבה (לעיל, הערה 11), בעמ' 295-298 לפסק דינו של הנשיא ברק.
28. השופט גולדברג הסכים לדעתם של השופטים מצא ודורנר, שם, בעמ' 309-310.

(ב) פרשת כהנא

בנימין כהנא הואשם בעברות המרדה, לפי סעיפים 133 ו-134(ג) לחוק העונשין, בעקבות כרוז שהפיץ, ובו קרא להפציץ כפרים ערביים בישראל, בתגובה על הריגתם של חיילים ישראלים.²⁹

סעיפים 133 ו-134(ג) לחוק העונשין קובעים כך:

133. העושה מעשה לשם המרדה, או מנסה, מכין עצמו או קושר קשר עם חברו לעשות מעשה כאמור, דינו - מאסר חמש שנים.
134(ג). המחזיק, ללא הצדק כדין, פרסום שיש בו להמריד, דינו - מאסר שנה אחת והפרסום יחולט.

הדיון המשפטי בערעור ובדיון הנוסף נסב על שתי שאלות מרכזיות: האחת, מיהות הערכים המוגנים על ידי העברות בסעיפים 133 ו-134(ג). השנייה, קיומו של מבחן הסתברותי במסגרת היסוד העובדתי של העברות הללו. את הדיון בשאלה השנייה, שאלת קיומו של מבחן הסתברותי, אפשר לראותו כהמשך ישיר לפרשת אלבה.³⁰ השופטים מצא וגולדברג הסתייגו מקיומו של מבחן הסתברותי בעברות ההמרדה ואילו הנשיא ברק סבר שעברות אלה כוללות בתוכן מרכיב הסתברותי. הנשיא פירש את סעיפים 133 ו-134(ג) כמכילים מבחן הסתברותי בגדר היסוד העובדתי, מבחן הדורש התנהגות שיש בה סיכון לפגיעה בערכים המוגנים בעברות, סיכון המתבטא בפוטנציאל הסתברותי.³¹ הטעמים המובילים למסקנתו הם הצורך לאפשר הגנה מרבית על חופש הביטוי, תוך "שמירתו" של המכשיר הפלילי להתנהגויות שמשקפות סיכון של ממש לחברה³² וכן, צמצום אי-הבהירות הנובעת מהיקף השתרעותן הרחב מדי של עברות ההמרדה.³³

הדיון הנוסף בענייניו של כהנא הרחיב את המחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון בדבר שאלת קיומו של מבחן הסתברותי בעברות ההמרדה. השופטים אור וטירקל הצטרפו לנשיא ברק בתמיכתו במבחן הסתברותי. השופט אור ביסס את תמיכתו במבחן הסתברותי על פרשנותו של סעיף 133 בנפרד ובהתאם לפרשנותו של סעיף 134(ג) בנפרד. אשר לסעיף 133, קיבל השופט אור את הנמקתו של הנשיא בערעור.³⁴ אשר לסעיף 134(ג),

29. לשון הכרוז: "להפציץ את אום אל פאחם! ... על כל פיגוע בישראל - להפציץ כפר ערבי - קן רוצחים במדינת ישראל! ... תנו כח לכהנא הוא יטפל בהם". הנוסח המלא מופיע בדנ"פ כהנא (לעיל, הערה 3), בעמ' 150 לפסק דינו של השופט אור.

30. ראו ע"פ כהנא (לעיל, הערה 12), בעמ' 563 לפסק דינו של השופט מצא.

31. שם, בעמ' 579 ו-589 לפסק דינו של הנשיא. דרגת ההסתברות שראה לנכון לקבוע היא האפשרות הממשית וזאת לנוכח צמצום הערך המוגן בעברות ההמרדה - מבנה השלטון, ראו הדיון שם, בעמ' 579-583 לפסק דינו.

32. שם, בעמ' 578-579, טעם זה הוא 'עקרון הנזק' המיליאני. על עקרון הנזק כצידוק לענישה משפטית, ראו ג'ון סטיוארט מיל, על החירות (מאגנס, תשנ"ד), 148.

33. ע"פ כהנא (לעיל, הערה 12), בעמ' 590.

34. דנ"פ כהנא (לעיל, הערה 3), בעמ' 177.

קבע השופט כי לשון הסעיף נוקטת מבחן הסתברותי,³⁵ כמו כן, סעיף 34 לחוק העונשין מחייב בחירתו, מבין הפרשנויות התכליתיות האפשריות, של הפירוש המקל עם הנאשם.³⁶ מול פסק דינו של השופט אור, התייצבו השופטים דורנר, קדמי ומצא. השופטת דורנר ראתה במבחן הסתברותי פגיעה בעקרון החוקיות, משום היותו לא ודאי ולא מדויק.³⁷ כהמחשה לטענתה, הצביעה על התוצאות ההפוכות שאליהן הגיעו הנשיא ברק (זיכוי כהנא) והשופט אור (הרשעתו) בעודם מיישמים את המבחן ההסתברותי לפי דרגה של ודאות קרובה.³⁸ השופט קדמי לא פסל עקרונית את קיומם של מבחנים הסתברותיים בגדר עברות ההמרדה, אולם אין עולה, לדעתו, מלשון הסעיפים ומכוונת המחוקק אינדיקציה לקיומו של מבחן הסתברותי בכל אחת מן העברות.³⁹

נראה כי המחלוקת סביב פרשות **אלבה וכהנא** ימשיכו ללוות את המשפט הישראלי,⁴⁰ לפחות כל עוד עברות אלה יישארו במתכונתן הנוכחית.⁴¹ עם זאת, התפתחות הקשורה לענייננו אפשר למצוא בהוספת סעיף 144ד2 לחוק העונשין,⁴² שכותרתו היא "איסור הסתה לאלימות או לטרור". סעיף זה, שהתקבל בעקבות דנ"פ **ג'בארין**, מאמץ בסעיף קטן א' שילוב של הגבלות תוכניות במבחן הסתברותי (בדרגה של אפשרות ממשית),⁴³

35. שם, בעמ' 171-174.

36. שם, בעמ' 172.

37. שם, בעמ' 188.

38. שם, בעמ' 187.

39. שם, בעמ' 184-185 לפסק דינו של השופט קדמי.

40. ראו, למשל, ת"פ (נצרת) 2212/02 **מדינת ישראל נ' אמארה באסל** (לא פורסם), חלק ב' לפסק הדין. כמו כן, הוגש כתב אישום בגין פרסום הסתה לגזענות נגד הרב יצחק גינצבורג, על ביטויים שכתב בספרו "צו השעה – טיפול שורש". בין השאר, כינה גינצבורג את הערבים "פרימיטיביים", "בעלי אופי מופקר ולא מרוסן" וטען כי אין לערבים זכות קיום בארץ ישראל. ראו: [URL: <http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-2643653,00.html>].

41. ראו הצעתם של קרמניצר וגנאים (לעיל, הערה 7).

42. חוק העונשין (תיקון מספר 66) (איסור הסתה לאלימות או לטרור), תשס"ב-2002, ס"ח 411 וכך קובע הסעיף:

27144.

(1) המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות או טרור, או דברי שבת, אהדה או עידוד למעשה אלימות או טרור, תמיכה בו או הודחות עמו (בסעיף זה – פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור, דינו – מאסר חמש שנים.

(2) בסעיף זה, "מעשה אלימות או טרור" – עבירה הפוגעת בגופו של אדם או המעמידה אדם בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה.

43. להשוואה בין סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948 ובין סעיף 144ד2 לחוק העונשין, ראו ת"פ (י"ם) 4577/00 **מדינת ישראל נ' איאד סוב לבן** (לא פורסם), (להלן: ת"פ **סוב לבן**).

כתחליף לסעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948.⁴⁴ עם זאת, סעיף זה אינו מייתר את המחלוקת בין תומכי המבחן ההסתברותי לתומכי ההגבלה התוכנית. ראשית, מחלוקת זו היא בעלת חשיבות תאורטית-כללית ואינה מתמצה בדין הנוהג. שנית, עברות ההמרדה וההסתה לא נמחקו מספר החוקים ולכן אין בסעיף 2ד144 לחוק העונשין כדי לייתר את שאלת קיומו של מבחן הסתברותי במסגרת עברות אלה. על כן רשימה זו לא תעסוק במישרין בסעיף 2ד144 לחוק העונשין.

3. ההצעות להגבלה תוכנית כחלופה ראויה למבחן הסתברותי בפסיקה ובספרות השופטים ששללו את המבחן ההסתברותי כחלק מהיסוד העובדתי בעברות המגבילות ביטוי, נדרשו להתמודד בדרכים שונות עם הטענה המשתמעת מגישתם של מצדדי המבחן ההסתברותי, בדבר היותן של העברות המגבילות ביטוי רחבות ופוגעניות יתר על המידה בחופש הביטוי.⁴⁵ כך, למשל, השופט דורנר דרשה כי ביטוי אסור יהיה רק זה אשר אובייקטיבית ממריד או מסית, בהתאם לעברה.⁴⁶ כלומר הגבלת הביטוי נעשית על פי תוכנו per-se, תהא הסכנה הנשקפת ממנו אשר תהא. הנמקה זו מבוססת על חוסר הבהירות וחוסר הוודאות הכרוכים, לשיטתה, במבחן הסתברותי.⁴⁷ כמו כן שללה השופטת את הלכת הצפיות בעברות ההסתה וההמרדה לפי סעיפים 144ב(א) 1331 בהתאמה, הדורשות יסוד

44. ראו לעיל, הערה 1.

45. לדעת הנשיא ברק, רק מבחן הסתברותי יאפשר את צמצום פגיעתן של העברות, במתכונתן הנוכחית, בחופש הביטוי, פגיעה שעולה על הנדרש. מכאן מסקנתי, כי שלילת המבחן ההסתברותי ופירוש העברות לפי "לשונן" יביא לידי פגיעה שעולה על המידה הראויה. ראו פסק דינו של הנשיא בע"פ אלבה (לעיל, הערה 11), בעמ' 295-298 וכן פסק דינו בע"פ כהנא (לעיל, הערה 12), בעמ' 579-580.

46. ביטוי מסית לפי סעיף 144ב(א) לחוק העונשין בע"פ אלבה (לעיל, הערה 11) וביטוי ממריד לפי סעיף 133 ו-134ג לחוק העונשין בדנ"פ כהנא (לעיל, הערה 3).

47. דנ"פ כהנא שם, בעמ' 188. השופט דורנר (שם, בעמ' 189-192) מבקשת ללמוד מהניסיון האמריקני בכל הקשור לבעייתיות הכרוכה בהחלתם של מבחני איוון הסתברותיים על איסורים פליליים המגבילים ביטוי (ובמרכזם מבחן הסכנה הברורה והמידית), תוך שהיא מפנה למאמרו של אילי (Ely) המבקר את השימוש במבחן הסתברותי בעברות המגבילות ביטוי. ראו: John H. Ely, "Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis", 88 *Harv. L. Rev.* (1975) 1482. לביקורת מעמיקה על מתודולוגיית האיוונים העקרוניים (להבדיל מאיוונים אדי-הוק) ומה שעומד ביסוד תהליך מתודולוגי זה, ראו מיכאל דן בירנהק, "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות", *מחקרי משפט יט* (תשס"ג) 591. לביקורת על השימוש בשפת האיוונים בצורה "מכאנית", ראו אריאל בנדור ומיכאל טמיר, "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי בעקבות בג"ץ 6126/94, *פנש נ' רשות השידור*, פ"ד נג(3) 87, *משפטים* לב(3) (תשס"ב) 623.

נפשי מיוחד של מטרה,⁴⁸ כ"אלמנט" נוסף לצמצום הפגיעה בחופש הביטוי. נוסף על כך הדגישה את ההגנות העומדות לדובר לפי סעיפים 144ג(א)-ו(ב) ו-138 לחוק העונשין.⁴⁹ השופט קדמי פירש את ההגבלה התוכנית בעברות ההמרדה כהגבלה האוסרת רק התבטאויות שיש להן "סגולה" או "תו אופיי" אינהרנטי-אובייקטיבי ממריד.⁵⁰ קרמניצר ולבנון⁵¹ מבקשים ללכת צעד אחד נוסף. לאחר שהם מבקרים את חוסר הוודאות ואת העמימות הנקשרת למבחן ההסתברותי של ודאות קרובה בעברות המגבילות ביטוי,⁵² הם מבקשים להציע שתי חלופות למבחן ההסתברותי שלפיהן תוגבל יכולתו של הדובר להתבטא באמצעות המשפט הפלילי. שני המבחנים המוצעים (לחילופין) הם מבחן תוכני והסתברותי משולב ומבחן של הגבלות תוכניות: הראשון⁵³ מוסיף להגבלות תוכניות מפורטות דרישה כי הסכנה הנשקפת מהביטוי תהיה בדרגת הסתברות של אפשרות ממשית. למעשה, זהו מבחן הסתברותי "משופר", שכן הממד התוכני שבהגבלה מוסיף מידה של ודאות לדובר הפוטנציאלי. חשוב להדגיש כי אין מבחן זה דומה למבחן ההסתברותי בפסיקה הישראלית (או בפסיקה האמריקנית)⁵⁴ בכל הקשור לעברות ההמרדה

48. עמ' 320 לפסק דינה של השופטת דורנר בע"פ אלבה (לעיל, הערה 11) ועמ' 191 לפסק דינה בדנ"פ כהנא (לעיל, הערה 3).

49. עמ' 320 לפסק דינה בע"פ אלבה, שם ובדנ"פ כהנא, שם, עמ' 190-191.

50. ראו פסק דינו של השופט קדמי בדנ"פ כהנא שם, בעמ' 184-186.

51. ראו קרמניצר ולבנון (לעיל, הערה 3) וכן קרמניצר (לעיל, הערה 7), בעמ' 107-109.

52. המחברים מתמקדים במאמרים בעברות המגבילות ביטוי מן הטעם של חשש לאלימות. לדעתם, נדרשת התייחסות שונה לעברות המגבילות ביטוי מטעמים אחרים, כגון הטעם של פגיעה ברגשות. על כן הדיון ברשימה זו מתמקד באותן עברות המגבילות ביטוי מטעם זה, אלה עברות ההמרדה וההסתה.

53. קרמניצר ולבנון (לעיל, הערה 3), בעמ' 348-351.

54. הדיון בהגבלת חופש הביטוי במשפט האמריקני נשען, בימיו הראשונים, על מבחן שקבע השופט הולמס (בדעת מיעוט) בדבר clear and present danger כחלק מהאיוון בין חופש הביטוי לערך המוגן בעברה *Schenck v. U. S.* 249 U. S. 47, 39 S. Ct. 247 (1919), pp. 249. עם זאת, המבחן ההסתברותי בארצות הברית הנו "איוון חיצוני" בין התיקון הראשון לחוקה ובין הערך המוגן באמצעות סעיף האישום הרלוונטי, ואילו המשפט הישראלי מאזן בין חופש הביטוי ובין תכליות המשפט הפלילי במסגרת העברה הפלילית עצמה. המשך התפתחותו של המשפט האמריקני בכל הקשור בחופש הביטוי במשפט הפלילי היה כלהלן: למבחן הסכנה הברורה והנוכחית (clear and present danger) הוספה דרישת המיידיות (imminently) על ידי השופט הולמס בפסק דינו (דעת מיעוט) *Abrams v. U. S.* 250 U. S. 616, 40 S. Ct. 17 (1919), pp. 21. ונקבעה בפסק דינו של השופט ברנדייס (concurring) בפרשת *Whitney v. California* 274 U. S. 357, 47 S. Ct. 641 (1927), pp. 647. לאחר כ-15 שנים הוכנסה ההגבלה התוכנית, הלא היא דוקטרינת ה-fighting words, המוציאה ביטויים "לוחמניים" מתחולת ההגנה החוקתית על חופש הביטוי. דוקטרינה זו שוללת את ההגנה החוקתית מביטויים שעל פי תוכנם בלבד גורמים לפגיעה מיידית בשלום הציבור. ראו: *Champlinsky v. State of New*

וההסתה.⁵⁵ המבחן המוצע על ידי קרמניצר ולבנון הוא דו-שלבי: על הביטוי לעמוד בדרישות תוכניות מפורטות ואם – ורק אם – לא מולאו דרישות אלה, כי אז יש להידרש לסכנה המסתברת מהביטוי לערך המוגן בעברה. לעומת זאת, המבחן ההסתברותי בפסיקה הישראלית שואל שאלות על הסכנה המסתברת מהביטוי, ללא קשר לאמות מידה תוכניות ברורות וידועות מראש, שכן עברות ההמרדה וההסתה בחוק העונשין לא מפרטות הגבלות תוכניות קונקרטיות. המבחן השני,⁵⁶ כולל אפיון של ביטוי לפי תוכנו. לפי חלופה זו,

Hampshire 315 U. S. 568, 62 S. Ct. 766 (1942), pp. 769, בפרשה זו הטיח צ'מפלינסקי (Champlinsky) בשוטר, כי הוא וכל רשויות השלטון של רוצ'סטר פשיטים. על פי דוקטרינת ה-*fighting words*, אין מניעה מהטלת איסור פלילי על התבטאות זו, שכן התבטאות זו אינה מוגנת כחלק מהתיקון הראשון לחוקה. אולם ההגבלה התוכנית צומצמה במידה ניכרת בפסק הדין בעניין *R. A. V. v. City of St. Paul* 505 U. S. 377, 112 S. Ct. 2538 (1992), שבו נפסל פה אחד חוק עירוני האוסר הצבת סמלים או חפצים על קרקע פרטית או ציבורית, מתוך ידיעה שהדבר יפגע ויכעיס על רקע גזעני, דתי או מגדרי. כלומר מדובר בחוק הכולל הגבלה תוכנית בהשראת דוקטרינת ה-*fighting words*. אחד משני הנימוקים לפסילת החוק היה, כי הגבלה תוכנית של ביטויים פוליטיים מפלה ומתערבת בתוכנם של הביטויים 'המסיתים' (כלומר התערבות *content-based*). התערבות כזו, שאינה ניטרלית, מגבילה את חופש הביטוי הפוליטי של הנאשמים על רקע השקפותיהם הפוליטיות (התבטאות נגד אפריקנים-אמריקנים), זאת לעומת היעדר איסור בחוק זה של ביטויים נגד הומוסקסואלים, למשל. לאור פסק דין זה, נראה שהלכת *Champlinsky* ועמה ההגבלה התוכנית (*fighting words*) הצמצמה כך שהגבלה תוכנית בחוק תיתכן רק להתבטאויות שאינן פוליטיות, כמו, למשל, *obscenity* (תועבה). לכן ההלכה החשובה בעניין חופש הביטוי הפוליטי במשפט הפלילי היא זו שניתנה בפסק הדין *Brandenburg v. Ohio* 395 U. S. 444, 89 S. Ct. 1827 (1969), pp. 1830. שם הוספה למבחן ההסתברותי של סכנה ברורה נוכחית ומידית גם הדרישה להוכיח יסוד נפשי של כוונה (*intent*) מצד הדובר לפגוע בערך המוגן שבקביעת העברה. על רקע זה נראה כי הגבלה תוכנית בארצות הברית תעמוד בדרישת התיקון הראשון רק אם תצליח להגביל תוכן שאינו פוליטי. מסקנה זו מתיישבת, לדעתי, עם פסק הדין שניתן באחרונה בעניין *Virginia v. Black* 123A (Interim edition) S. Ct. 1536 (2003). פסיקה זו מוציאה מגדרו של התיקון הראשון לחוקה ביטויים המתפרשים כמעשי הפחדה מכוונים (*intent to intimidate*) כלפי אדם או קבוצת אנשים, כך שאין מניעה חוקתית לחקוק חוק האוסר מעשים אלה. בית המשפט העליון אישר חוקיותו של חוק של מדינת וירג'יניה האוסר שרפת צלבים שנעשית מתוך כוונה להפחיד ולאיים על אנשים, בלא קשר לקבוצת הייחוס או ההשתייכות של אותם מופחדים.

55. עם זאת, ניתן לפרש את התיקון החדש, תיקון 66 לחוק העונשין (המחליף את סעיף 4א) לפקודה למניעת טרור) ככולל בחובו שילוב של מבחן תוכני והסתברותי, כפי שרואים זאת קרמניצר ולבנון. לתיקון 66 ראו לעיל, הערה 42. לפרשנותו של התיקון ככולל מבחן תוכני והסתברותי, ראו קרמניצר ולבנון (לעיל, הערה 3), בעמ' 352-353.

56. קרמניצר ולבנון, שם, בעמ' 351-352. וכן קרמניצר, (לעיל, הערה 7), בעמ' 107-109.

המחוקק הוא שינסח ex-ante, בפירוט מדויק, את סוגי הביטויים האסורים ולא יהיה זה בית המשפט שיקבע ex-post את הסיכון הנשקף מהביטוי, וכך ישלול מהדובר כל הדרכה והכוונה של התנהגותו. כך, ביטויים שהם קריאה לעשות מעשה אלימות, התייחסות למעשה אלימות כאל חובה דתית/מוסרית או שבה למעשה אלימות ייחשבו, על פי תוכנם, כאסורים. קרמניצר ולבנון מבכרים את המבחן השני על פני הראשון מהטעם שהסכנה הנשקפת מביטויים מסיתים אינה נשקפת מביטוי בודד בלבד, כי אם מיצירת אוירה טעונה בהתבטאויות מסיתות רבות שיוצרות אפקט מצטבר, המביא לידי עשיית מעשי אלימות. על כן מציעים המחברים את החלופה האחרונה כפתרון הראוי להגבלת ביטויים במשפט הפלילי. (חשוב להדגיש שוב, כי ההגבלה התוכנית המוצעת על ידי המחברים משופרת לעומת ההגבלות הכלולות, אליבא דמצא ודורנר, בעברות ההסתה וההמרדה, בניסוחן הנוכחי).

למעשה, המחברים רואים בחלופה השנייה תחליף ראוי ביותר למבחן ההסתברותי. חלופה זו מזמזמת למינימום האפשרי את חוסר הוודאות המעיקה על דוברים פוטנציאליים. לכן אתייחס ברשימה זו – בבואי לנתח כלכלית את המשטר ההסתברותי והמשטר התוכני – לחלופה השנייה כמייצגת את גישת מצדדי ההגבלה התוכנית.

כפי שניתן להיווכח עד כה, שאלת קיומו של מבחן הסתברותי בעברות המגבילות ביטוי, נתונה בוויכוח בין הגישה המצדדת במבחן ובין זו השוללת אותו ומציעה הגבלות תוכניות שונות. בין שמדובר בהגבלה שמציעים קרמניצר ולבנון ובין שמדובר בהגבלה שקובעת השופטת דורנר, המשותף לכל ההגבלות התוכניות הוא הרציונל של מניעת עמימותה של העברה, עמימות הפוגעת בעקרון החוקיות ויוצרת תנאי אי־ודאות בקרב דוברים. מנגד, תומכי המבחן ההסתברותי רואים את יתרונו הגדול על פני ההגבלה התוכנית, בהגנתו הנרחבת על חופש הביטוי. זאת מהטעם שמבחן הסתברותי אינו מתעכב על בחינת "תוֹ-האופי" של התוכן, כדברי השופט קדמי,⁵⁷ אלא בוחן אם אותו ביטוי מהווה סכנה בפועל (בהסתברות נתונה). תומכי המבחן ההסתברותי מניחים, במונחים כלכליים, כי התועלת מהמבחן ההסתברותי עולה על עלות עמימותה של העברה. טיעון "הגול העצמי" מכוון בדיוק לנקודה האחרונה. לפי הטיעון, לא רק שהתועלת אינה עולה על העלות, אלא שהתועלת, בסופו של יום, פחותה מהעלות. קרי עמימותה של העברה יוצרת אפקט מצנן כזה, אשר מגביל את חופש הביטוי הרבה מעבר להגבלה התוכנית, כך ששכר מצדדי המבחן ההסתברותי יוצא בהפסדם.

הפרק הבא ימקם את הוויכוח שתואר זה עתה, בכל הקשור להשפעת המשטר המשפטי על קבלת החלטות של הדובר הפוטנציאלי בתוך השיח של מדע הכלכלה. לשם כך אנסה להצביע על הרלוונטיות של הענף העוסק בקבלת החלטות בתנאי אי־ודאות לסיטואציה שבה הפרט מתחבט בדבר התבטאות שברצונו לבטא, לאור קיומו של מבחן הסתברותי בגדרן של עברות המגבילות ביטוי.

57. ראו לעיל, הערה 3.

58. המילה "מצבים" כוללת, בין השאר, כמות מוצרי צריכה, כמות גורמי ייצור, סוגי החלטות, מדיניות וכל אותם משתנים המצויים במחסור.

ג. קבלת החלטות של דובר בתנאי אי־ודאות

1. ענף אי־הוודאות בכלכלה

מדע הכלכלה מתאפיין, ברמות הפשטה גבוהות, בנייתו של בחירה מתוך מספר מצבים נתונים,⁵⁸ ואיתור דרכי הבחירה ותוצאות הבחירה שיביאו לידי שיא את הרווחה של הבוחר מתוך המצבים הנתונים, בין שהוא פרט, פירמה או כלל הקהילה. במילים אחרות, הכלכלה היא 'אומנות' התחלופה בין אפשרויות. חקר התחלופה (trade-off) בתנאי אי־ודאות עוסק אף הוא, כמו כל ענף אחר בכלכלה, בנייתו הבחירה מתוך מצבים נתונים, כאשר הייחוד בענף זה הוא בחוסר הוודאות שיש למקבל ההחלטה בדבר התוצאות הסופיות של בחירתו. למעשה, הימצאות מקבל ההחלטה בחוסר ודאות בדבר תוצאות בחירתו, הנו מצב שבשגרה: קניית רכב מחייבת אותנו להחליט אם לבטח את הרכב (מלבד ביטוח החובה) ואם כן, מהו הסכום המקסימלי שנהיה מוכנים לשלם כדי לרכוש ביטוח. החלטה זו מלווה בהערכת הסתברות התפתחויות לא ודאיות, כגון נזקי רכוש לרכב וגנבות רכב. גם פירמה, השוקלת אפשרויות השקעה שונות, נדרשת להעריך את תוחלת זרם ההכנסות הצפויות, תוחלת התשואה בתיק השוק, טעמי הצרכנים בשנים הקרובות ומשתנים חיצוניים המשפיעים על המשק (למשל, הצפי למלחמה). המאפיין את הדוגמאות הנזכרות, הוא בהיותן פעילויות במסגרת השוק (שוק הביטוח ושוק ההשקעות). נוסף על פעילויות שוק המתרחשות בתנאי אי־ודאות, קיימות גם פעילויות שאינן מאופיינות כחלק מהשוק, במובנו הצר.⁵⁹ כך, למשל, מפלגת העבודה נדרשת להעריך את התועלת הצפויה לה מההחלטה להצטרף לממשלה בראשות הליכוד, הערכה הצופה פני עתיד בדבר ההיחלצות מהמשבר הכלכלי, החלפת הנהגה אצל הפלסטינים, טעמי הבוחר בבחירות הבאות ועוד משתנים רבים, שמשותף לכולם הוא חוסר הוודאות בדבר התרחשותם. גם פעולה טריוויאלית ביותר, שבה הפרט עומד בפתח היציאה מביתו ביום מעונן ושוקל אם ייקח עמו מטרייה אם לאו, גם היא קבלת החלטה בתנאי אי־ודאות (מה הסתברות לירידת גשם ומה ההסתברות שבעת ירידת הגשם ימצא הפרט תחת כיפת השמיים?).⁶⁰ הנה כי כן, uncertainty is all over.⁶¹

59. ההתפתחות במדע הכלכלה ובמדע המדינה הרחיבה את ניתוח השוק אל עבר תחומים שבעבר לא נתפסו כמתאימים לניתוח כלכלי. ענף הבחירה החברתית (social choice) ותורת המשחקים "פלשו" לעבר חקר קבלת החלטות מחוץ לשוק הכלכלי הקלאסי. לעבודה החשובה בתחום ה-social choice, הוכחת ה-Impossibility Theorem, ראו: Kenneth J. Arrow, *Social Choice and Individual Values* (John Wiley & Sons Inc., 1951) לטקסט היסוד בתחום תורת המשחקים (ואי־הוודאות), ראו: John Von Neumann and Oskar Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior* (Princeton, 1953).

60. התרגום של דוגמה זו למודל אי־ודאות ייעשה כך: הפרט משתתף בהגרלה בין שני מצבי טבע; הראשון, שהייה תחת כיפת השמיים. השני, שהייה תחת קורת גג. כאשר ישנן הסתברויות שוות מעריך הפרט להתרחשות אותם מצבי טבע. בתוך מצב הטבע הראשון נערכת הגרלה נוספת בין מצב טבע שבו ירד גשם ובין מצב טבע שבו לא ירד גשם בהסתברויות שמעריך הפרט. במצב זה, הפרט יקבל החלטה שתשיא את תוחלת התועלת של הפרט, קרי השאת הממוצע המשוקלל של התועלות ממצבי הטבע לפי ההסתברויות שהפרט מעריך.

הניתוח הכלכלי שמציעים ברנולי, וון־נוימן ומורגנסטרן,⁶² מראה כיצד פרטים משיאים את אושרם (ליתר דיוק: משיאים את תוחלת התועלת) במצבים שכאלה באמצעות קבלת החלטות אופטימליות עבורם.

2. הדובר בתנאי אי־ודאות

פרט המעוניין לצרף את דעותיו לשוק הרעיונות, יכול לעשות כן בדרכים שונות ומגוונות: אינטרנט, מדיומים תקשורתיים, הפגנה, נשיאת נאום, כתיבת מאמרים, שירים ועוד דרכים כיד הדמיון הטובה. המשותף לכל אלה הוא בעצם היות אקט ההתבטאות אקט רצוני. הפרט

61. בהשאלה ממאמרו של אוסטין סאראט: Austin Sarat, "The Law is All Over: Power, Resistance and the Legal Consciousness of Welfare Poor", *2 Yale J. of L. & Human.* (1990) 343.

62. ראשיתו של ענף אי־הודאות בפרדוקס של סנט־פטרסבורג, שהציג ברנולי במאה ה-18: מטילים מטבע והערך המתקבל מהגרלה זו הוא מספר הפעמים הרצוף שבו מתקבל "עץ". למשל, אם התקבל "עץ" 3 פעמים ברציפות ובפעם הרביעית התקבל "פלי", אזי נקבל שלושה שקלים. השאלה הנשאלת, היא כמה יהיה מוכן הפרט לשלם עבור השתתפות בהגרלה זו? תוחלת הסכום שיוכל הפרט לגרוף בהגרלה כזו הוא אינסופי ואף על פי כן לא יימצא שום אדם שיסכים לשלם סכום השואף לאינסוף, ואף פחות מכך, כדי להשתתף בהגרלה. פרדוקס זה הביא את ברנולי לידי הנחה כי לפרטים יש תועלת שולית פוחתת ויתרה מזו, אנשים הם שונאי סיכון. על בסיס פרדוקס זה הצליחו וון נוימן ומורגנסטרן להוכיח כי במצבי אי־ודאות (ובפרט במצבי פרדוקס סנט־פטרסבורג), הפרטים פועלים למקסם את תוחלת התועלת שלהם. ראו: Von Neumann and Morgenstern (לעיל, הערה 59). לעומת תאוריה זו, עולה ביקורתם של עמוס טברסקי ודניאל כהנמן המופנית כלפי ההנחות העומדות בבסיס ענף האי־ודאות. במחקרם הצליחו החוקרים להוכיח כי הפרטים טועים טעויות סיסטמיות הסותרות את דרישת העקיבות שביסוד הנחת הרציונליות המסורתית (תאוריית ההעדפה הנגלית). ההשגות שהעלו השניים משפיעות גם על הנחות מודל VNM: השגות אלה מראות כי הפרטים אינם שומרים על הנחת הטרונומיטיות ועל ההנחה בדבר אדישות הפרטים לבחירה בין שני מוצרים שווי ערך – האחד מצוי בידיהם והשני לא (endowment effect). השגה משמעותית יותר על המודל המוצע, היא סתירתה של ההנחה כי הפרטים ממקסמים את תוחלת התועלת של סך רווחתם. מחקרם מראה כי הפרטים ממקסמים רק את השינויים ("הדלתא") הצפויים ברווחתם עקב התרחשות מצבי טבע מסוימים. על סמך השגות אלה ואחרות הציעו כהנמן וטברסקי לראות את מודל VNM כמודל נורמטיבי ולא פוזיטיבי. על אף פי כן, אין בהשגות אלה, לדעתי, משום איום על תקפות המודל כפי שהוא מוצג ברשימה זו, משום שאותן טעויות סיסטמיות שהציגו החוקרים אינן באות לידי ביטוי במישרין בסיטואציה המוצגת בתרחיש הנבחן לעיל. מסקנות המודל המוצע תקפות הן בעניין דוברים ש"לוקים" בטעויות סיסטמיות והן בעניין דוברים שמקסמים את השינוי ברווחתם. לביקורת של טברסקי וכהנמן על ההנחות שבבסיס מודל VNM, ראו: Daniel Kahneman and Amos Tversky, "Judgment under Uncertainty:

בוחר להביע את דעותיו. בחירה זו, כשהיא מתורגמת "לשפת הכלכלה", מתארת מצב שבו הפרט ממקסם את רווחתו/תועלתו⁶³ באמצעות התבטאותו.

התיאור עד כה נקי מכל ממד של חוסר ודאות (בהנחה שנגישות הפרט לקהל אינה מותנית בחסמי כניסה כגון עורך העיתון). לתיאור זה מתווסף, כעת, כלל רקע חשוב: המשפט הפלילי. פרט המעוניין לבטא חנופה כלפי השלטון, אינו צריך כמובן לדעת על קיומו של כלל הרקע, שכן גם שונא הסיכון הקיצוני ביותר שניתן להעלות על הדעת לא יחשוש לרגע מנחת זרועו של החוק במקרה זה. אולם פרט אחר, שהביטוי שברצונו להפיץ בקרב אחרים טעון מסרים בוטים וקשים אף לעומת אלה הנשמעים בשולי השיח הציבורי, עשוי לחוש בחוסר ודאות,⁶⁴ זאת כאשר החוק האוסר אינו מכיל אפיון תוכני ברור. על רקע זה מתעורר הוויכוח בין מצדדי המבחן ההסתברותי ובין מצדדי ההגבלה התוכנית. קרמניצר ולבנון יאמרו כי מבחן הסתברותי, המשולל אפיון תוכני, יצמיח תנאי חוסר ודאות אצל פרט החפץ להתבטא. קבלת ההחלטה על ידי הפרט תצריך הערכה של הסתברות היות הביטוי משום עברה פלילית. בגלל היותו שונא סיכון, ממשיך הטיעון, הפרט יעדיף להימנע מלהתבטא ובכך ייווצר האפקט המצנן, אפקט שיגרום לאושרו להישאר כפי שהוא ואף לרדת אל רמת אושר נמוכה עוד יותר. כלומר לפי טיעון הגול העצמי, חופש הביטוי בסיטואציה זו נפגע הרבה יותר מפגיעתה של ההגבלה התוכנית, כך שאין טעם ליצור מלכתחילה את תנאי אי-הוודאות באמצעות מבחן הסתברותי החסר אפיון תוכני ברור.

כאלטרנטיבה למבחן ההסתברותי מציעים קרמניצר ולבנון הגבלה תוכנית, הגבלה שתמנע את תנאי אי-הוודאות. הפרט יידע במצב זה בבירור ומראש מהו הגבול החוקי שאליו הוא כפוף. הערכות הסתברותיות יוצאו מן המשחק וכל פרט, גם זה שונא הסיכון, יתבטא בלא חשש, כל עוד הוא מקפיד שלא לחצות את ההגבלה התוכנית. מצב דברים זה יבטל את האפקט המצנן ובכך ימנע את הצרתו של חופש הביטוי. ברם, בחינה של טיעון "הגול העצמי", באמצעות מודל של אי-ודאות מגלה תוצאה אחרת. הפרק הבא ינתח מצבים שבהם הדובר נתון למשטר של הגבלה תוכנית (כפי שמציעים קרמניצר ולבנון) מחד גיסא

Kahneman and Tversky, "Heuristics and Biases", 185 *Science* (1974) 1124

"Rational Choice and the Framing of Decisions", *The Limits of Rationality* (K. Cook and M. Levi - eds., Chicago University Press, 1990) 60

63. ריצ'רד פוזנר (Posner), בהשפעת הכלכלנים קלדור (Kaldor) והיקס (Hicks), ביצע טרנספורמציה מקריטריון מקסום האושר לקריטריון מקסום העושר (wealth maximization). ראו: Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Aspen, 1998), pp. 12-17. לעומת זאת הגישה המקובלת במדע הכלכלה היא של ראיית רמת התועלת של הפרט במונחים אורדינליים (מדורגים) ולא קרדינליים, גישה הבאה לחלץ את עקרון מקסום האושר מהביקורות שהוטחו כלפי בנת'הם והתועלתנות בימיה הראשונים.

64. הצורך בהבחנתו של הפרט בדבר הספק בחוקיותו של ביטוי נובע מכך שמטרה מרכזית של המשפט הפלילי היא למנוע מראש התנהגויות אסורות באמצעות איסורים. כך, לעברת ההמרדה יש מטרה של מניעת מעשים ממרידים. כמובן שההנחה בבסיס המשפט הפלילי היא שהפרט מודע לאיסור הפלילי המגביל את התבטאותו.

ולמשטר של מבחן הסתברותי מאידך גיסא, תוך בחינת השלכותיו של כל משטר על חופש הביטוי של הדובר. פרק זה פותח בהסבר המילולי לשלילת טיעון "הגול העצמי" ועובר אל הוכחת ההסבר באמצעות בניית מודל כלכלי הבוחן את תהליך קבלת ההחלטות של הדובר הפוטנציאלי.

ד. ניתוח המבחן ההסתברותי וההגבלה התוכנית במודל אי־ודאות

1. מבחן הסתברותי לעומת הגבלה תוכנית – הסבר מילולי

המבחן ההסתברותי שאבחן מושתת על אפיון הסתברותי בלבד, בלא היבטים תוכניים כלשהם. הבחירה במבחן זה ולא במבחן המשלב אפיונים תוכניים והסתברותיים נעשית משתי סיבות עיקריות. הסיבה האחת, איסור פלילי המורכב מהגבלה תוכנית ובחינה הסתברותית – בדומה למבחן הדו־שלבי המוצע על ידי קרמניצר ולבנון⁶⁵ – בהכרח סותר את טיעון "הגול העצמי", שכן במבחן דו־שלבי ההגבלה התוכנית היא תנאי הכרחי אך לא מספיק לצורך גיבוש העברה ואילו במשטר של הגבלה תוכנית בלבד, אותה הגבלה תוכנית מהווה תנאי מספיק לגיבוש העברה. על כן לא ייתכן כי משטר משפטי הכולל אפיון תוכני ואפיון הסתברותי במשולב ימנע ביטויים רבים יותר ממשטר של הגבלה תוכנית (הנעדרת ממד הסתברותי). לפיכך ההנחה בפרק זה היא כי טיעון "הגול העצמי" מכון כלפי מבחן הסתברותי בלא כל ממד תוכני. הסיבה השנייה, הקצנת המשטרים המשפטיים (בחירה או במבחן הסתברותי או בתוכני) מחזקת ומבהירה את מסקנות הניתוח הכלכלי. כלומר משטר של מבחן הסתברותי בלא כל אפיון תוכני ומשטר של הגבלה תוכנית בלא כל אפיון הסתברותי נמצאים בקצוות הסקאלה התוחמת את סוגי המשטרים האפשריים, הכוללים מינונים שונים של אפיונים הסתברותיים ותוכניים. חשוב להדגיש כי ההנחה של תומכי ההגבלה התוכנית, שניתן לנסח הגבלה בהירה וודאית, אינה נקיה מספקות (בלשון המעטה). כלל לא ברור כיצד ניתן לנסח הגבלה תוכנית נקיה מכל מרכיב של אי־ודאות.⁶⁶ עם זאת, בחינת מצבי קיצון תאורטיים אלה מאפשרת לבחון במדויק ובמנותק את השפעת הממד ההסתברותי ואת השפעת הממד התוכני על קבלת ההחלטות של הדובר. למעשה, המבחן ההסתברותי הנבחן ברשימה זו דומה לזה המוצע על ידי בנבנישתי כמבחן הראוי להגבלת ביטוי במשפט הפלילי.⁶⁷ לעומת מבחן הסתברותי זה עומדת ההגבלה התוכנית שמציעים קרמניצר ולבנון – הגבלה הנעדרת כל ממד הסתברותי.⁶⁸

65. ראו לעיל, הערה 53.

66. ראו להלן, הנחה 5 במודל המוצע, טקסט ליד הערות 79-80.

67. על פי בנבנישתי (לעיל, הערה 7), בעמ' 54-55 ובעיקר בעמ' 61, זהו המבחן שראוי לאימוץ בחברה רב תרבותית שבה אין שיח משותף בין חברי הקהילות השונות. מעניין לציין כי גם בנבנישתי סובר כי מבחן זה גורר תנאי אי־ודאות שיביאו לידי צינון יתר של חופש הביטוי. כלומר גם בנבנישתי – המצדד במבחן הסתברותי – מקבל את טיעון "הגול העצמי". ראו

שם, בעמ' 57, ובעיקר בעמ' 64.

68. ראו לעיל, הערה 56 והטקסט שלידה.

התרחיש שאבדוק יעסוק בביטויים מעוררי מחלוקת – מסוג הביטויים הקשים שעלן לדיון בפסקי הדין הנזכרים ברשימה זו – שעל פניו נראים חורגים מהביטויים המותרים על פי המבחן התוכני שמציעים קרמניצר ולבנון.⁶⁹ הדובר יימנע מלהשתמש בביטוי שכוה במשטר של הגבלה תוכנית (בהנחה – שאותה אפרט בהמשך – של ציות לחוק), אך במשטר של מבחן הסתברותי תנאי אי־הוודאות הגלומים בו יאפשרו לדובר להתבטא כל עוד הוא מעריך כי התועלת המסתברת מהתבטאות זו עולה על תועלתו ההתחלתית. כלל ההחלטה של הדובר במשטר האחרון נגזר מהמודל הכלכלי של אי־ודאות (הנחשב כמודל פוויטיבי ולא רק נורמטיבי).⁷⁰ בתרחיש שכוה, בלא מידע על תכונות פונקציית התועלת וההסתברות שהדובר מייחס לאפשרות כי הביטוי "חוקי", כל שניתן לומר הוא כי הדובר יבחר **או** להשתמש באותו ביטוי **או** להימנע מאותו ביטוי קשה (בין שיבחר לשתוק ובין שיבחר להשתמש בביטוי מתון יותר). כלומר משטר של הגבלה תוכנית מונע לחלוטין סוג זה של ביטויים ואילו משטר של מבחן הסתברותי **מאפשר לדוברים לבחור**, לפי הערכת הסיכוי שהביטוי "חוקי", אם להתבטא או להימנע מלהתבטא. על כן המסקנה היא כי קבוצת כל הדוברים שיבחרו לבטא ביטויים "קשים" אלה גדולה מקבוצת כל הדוברים שיתבטאו כך במשטר של הגבלה תוכנית (כאשר בקבוצה האחרונה אפס דוברים). במילים אחרות, משטר של מבחן הסתברותי, הנעדר אפיון תוכני, מאפשר לדובר חופש ביטוי נרחב יותר מהגבלה תוכנית, הנעדרת אפיון הסתברותי. על פי טיעון "הגול העצמי", לעומת זאת, דוברים חוששים להתבטא בתנאי אי־ודאות. חשש זה גובר ככל שהביטוי קשה יותר ומעורר מחלוקת יותר, כך שמבחן הסתברותי יוצר אפקט מצנן חמור יותר מהגבלת הביטוי הנעשית במשטר של הגבלה תוכנית. ההסבר המוצע ברשימה זו מראה, לעומת זאת, כי דווקא מבחן הסתברותי יאפשר ליותר דוברים להתבטא ככל שהביטוי הופך מעורר מחלוקת וקשה יותר, כך שחופש הביטוי במשטר ההסתברותי (הנעדר אפיון תוכני) רחב יותר למרות תנאי אי־הוודאות.⁷¹

69. כאמור, על פי הצעתם של קרמניצר ולבנון (לעיל, הערה 3). ביטוי הקורא למעשי אלימות, ביטוי המתייחס למעשה אלימות כאל חובה חוקית/מוסרית/דתית או ביטוי של שבח למעשה אלימות הנם ביטויים החורגים מעבר לביטויים המותרים על פי ההגבלה התוכנית המוצעת. כך, למשל, התבטאות של מאן שהוא הקוראת ליושבי המאחזים הבלתי חוקיים בשטחים לסרב להתפנות, תוך הפעלת כוח, מהטעם של ציווי דתי, יתחשב לעברה פלילית על פי הצעתם של קרמניצר ולבנון. כלומר זוהי – לכאורה התבטאות החורגת מעבר להגבלה התוכנית.

70. כוחו של מודל זה הוא במישור הפוויטיבי (כלומר איך פרטים מתנהגים הלכה למעשה, בהינתן הנחות המודל). כהנמן וטברסקי טוענים כי בגלל טעויות סיסטמיות של הפרטים, למודל יש תוקף נורמטיבי בלבד. ביקורת זו חורגת ממסגרת רשימה זו. ראו הבהרת עניין זה לעיל, בהערה 62.

ההסבר המילולי לכשל שעומד בבסיס טיעון "הגול העצמי" נובע מהמודל הכלכלי הבוהן קבלת החלטות של פרטים בתנאי אי־ודאות. לצורך הביסוס הפורמלי של הסבר זה והוכחת טענתי בדבר הכשל שבבסיס טיעון "הגול העצמי", אעבור לבניית מודל כלכלי המאפשר בחינה תאורטית של המבחן ההסתברותי ושל משטר של הגבלה תוכנית, בהתאם להסבר המילולי ולהנחות המודל. אך אקדים למודל הערה מתודולוגית קצרה.

2. בחינת המבחן ההסתברותי לעומת ההגבלה התוכנית – ניתוח פורמלי

(א) הערה מתודולוגית

רשימה זו משלבת את השיח הכלכלי והשיח המשפטי. שילוב זה עשוי ליצור אי־הבנות בקרב המשפטנים בדבר טיבו ואופיו של המודל הכלכלי. כך, בנייתו של מודל כלכלי נעשית מתוך הנחת הנחות שמטרתן לפשט את "העולם" ולנטרל השפעות שיש בהן כדי לפגום בשימותו ובהצלחתו של המודל. לכן, חלקן – וייתכן שאף שמרביתן – של ההנחות אינן מייצגות נאמנה את המציאות.⁷² כמו כן, מודל זה הוא תאורטי ואינו מתיימר לספק מסקנה שהיא כל כולה אמת. ולכן, חשוב שלא לשפוט את המודל על פי מידת ההפשטה התאורטית של הנחותיו (הלא מציאותיות). חשיבותו של מודל כלכלי תאורטי היא ביכולתו לבחון טיעונים מנקודת מבט נוספת ולהציע פרספקטיבה אחרת לאינטואיציה כזו או אחרת.⁷³

להרחיב את חופש הביטוי, מעצים את הנזק שנגרם עקב חופש הביטוי "המורחב" ולכן אינו עדיף מהגבלה תוכנית? התשובה, לטעמי, היא שלילית. הרחבת היקף חופש הביטוי, כשהיא לעצמה, אינה גוררת את העצמת הנזק, תכליתו של המבחן ההסתברותי היא לאפשר התבטאויות עד מצב שבו יש חשש, במידת הסתברות מסוימת, כי ייגרם נזק. לכן, מניעתו של נזק אינה נזנחת במשטר של מבחן הסתברותי. מכאן גם שאין הכרח לקבוע, כי הרחבת חופש הביטוי באמצעות מבחן הסתברותי תגרום לנזק גדול יותר מזה שנגרם במשטר של הגבלה תוכנית.

72. חשוב להבהיר כי איני נוקט את הגישה הדטרמיניסטית של מילטון פרידמן (Friedman). האחרון גורס כי מודל כלכלי־תאורטי אינו צריך להיבחן על פי מידת המציאותיות של הנחותיו, אלא אך ורק על פי מידת הצלחתו לחזות תופעות המנותחות במסגרת המודל ולהצביע עליהן. ראו: Milton Friedman, "The Methodology of Positive Economics", *Essays in Positive Economics* (Chicago, 1953), pp. 3.

73. אחת הביקורות הנפוצות ביותר על הכתיבה הכלכלית היא בדבר התאורטיות ורמת ההפשטה הגבוהה הנעדרת כל קשר עם המציאות. אין זה המקום לטעון נגד מופרכות הביקורות הללו. ניתן רק לציין כי אחד מהמאמרים בעלי ההשפעה המעשית ביותר בעולם המשפט הוא דווקא מאמרו הנודע של הכלכלן קוּז: Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", 3 *J. L. & Econ.* (1960) 1. כידוע, מאמר זה "לוקה" בהנחת הנחות ובבניית תיאורמה שאינן בנות יישום במציאות.

(ב) בניית המודל

ניתוח קבלת ההחלטות על ידי הדובר במשטר של הגבלה הסתברותית בהשוואה למשטר של הגבלה תוכנית, מחייב בנייתו של מודל כלכלי. באמצעות בניית המודל (על הגדרותיו והנחותיו), אבחן את התנהגות הדובר כדי להסיק מסקנות בדבר השפעת המשטר המשפטי על התבטאותיו של הדובר.

מודל קבלת ההחלטות בתנאי אי־ודאות, כפי שהוצע על ידי וון־נוימן ומורגנסטרן (Von-Neumann and Morgenstern)⁷⁴ ושוכלל על ידי סאבאג' (Savage)⁷⁵, מושתת על מספר אקסיומות מהותיות וטכניות.⁷⁶ המודל מוכיח כי כלל ההחלטה של הפרט הוא מקסום תוחלת התועלת (expected utility), כלומר מקסום ממוצע משוקלל של התועלות המסתברות ממצבי הטבע⁷⁷ האפשריים. למעשה, המודל מדבר על הגרלה בין שניים (או יותר) מצבי טבע (פרסים) אפשריים. על בסיס מודל זה, אניח כמה הנחות לעניין התנהגותם של הדוברים ולעניין המשטרים המשפטיים שבהם נתון הדובר בעת שהוא שוקל אם להתבטא אם לאו.

1. **התועלת של הדובר מההגרלה**,⁷⁸ שווה לתוחלת (ממוצע) התועלת ממצבי הטבע האפשריים לגביו. כך, הדובר עומד לפני הגרלה בין מצב הטבע W_b , שבו ביטוי אסור על פי המשפט הפילי ("לא חוקי") על כל המשתמע מכך (סנקציה), ובין מצב הטבע W_g , שבו ביטוי מותר על פי המשפט הפילי ("חוקי"). שני המצבים ממצים את קשת האפשרויות שלפניו (ביטוי יכול להיות: או "חוקי" או "לא חוקי"), לכן ההסתברות "לזכייה" בהגרלה היא p (כלומר, בהסתברות p , ביטוי של הפרט הוא "חוקי") וההסתברות "להפסד" בהגרלה

-
74. Von Neumann and Morgenstern (לעיל, הערה 59) (להלן ייקרא צמד החוקרים: VNM).
75. Leonard J. Savage, *The Foundations of Statistics* (Dover, 2ed. 1972), pp. 7-55, 69-90.
- השיפור המשמעותי של סאבאג' למודל VNM מתבטא בכך שניתן לפתור את בעיות הפרט בתנאי אי־ודאות בהינתן הערכה סובייקטיבית של ההסתברויות, בניגוד לוון־נוימן ומורגנסטרן שעשו שימוש בהסתברויות אובייקטיביות (נתונות). ראו: Savage, שם, בעמ' 55-7.
76. שש הנחות מודל VNM: אקסיומת השלמות, אקסיומת האי־תלות (לפי סאבאג' המירה לאקסיומת "sure thing". ראו Savage, שם, בעמ' 21-26), אקסיומת הטרנזיטיביות, אקסיומת הרציפות (continuity), אקסיומת המונוטוניות, אקסיומת הרדוקציה של הגרלה מורכבת (compound).
77. מצב טבע (state of nature) הוא "מאורע"/התרחשות ב־רגון הכלכלי. מצבי הטבע בהגרלה הם ממצים. כלומר בהינתן שני מצבי טבע a ו- b , אזי: a מתרחש או b מתרחש. לדוגמה: מציע נישואין לחברתו רואה לפניו שני מצבי טבע: או שחברתו תסכים או שחברתו לא תסכים.
78. הגרלה (Lottery) ב־רגון הכלכלי מתארת את הסיטואציה שבה הפרט עומד בין כמה מצבי טבע שאין ודאות בדבר התרחשותם. בענייננו, ההגרלה שהדובר רואה לפניו היא אם ביטוי עובר על האיסור הפילי (מצב טבע אחד) או שאינו עובר על האיסור הפילי (מצב טבע שני).

היא $1-p$ (כלומר, בהסתברות $1-p$, ביטויו של הפרט "לא חוקי" ועל כן גורר סנקציה פלילית).⁷⁹

ובאופן פורמלי: $U(W_g, W_b, p) = E[U(w)] = pU(W_g) + (1-p)U(W_b)$. הביטוי השמאלי מתאר את פונקציית התועלת של הדובר, המוגדרת על מצבי הטבע וההסתברויות. הביטוי הימני מתאר את פונקציית תוחלת התועלת לפי VNM, שניסוחה הכללי הוא הביטוי שבמרכז.

כאשר: $U =$ תועלת הדובר

$W_g, W_b =$ מצבי הטבע $g-1, b-1$, בהתאמה. למעשה, אלה "הפרסים" האפשריים ב"הגרלה" (ביטוי "חוקי" וביטוי "לא חוקי", בהתאמה).

$U(W_b), U(W_g) =$ תועלתו של הדובר ממצבי הטבע $g-1, b-1$ בהתאמה.

$P =$ הסתברות לזכות בהגרלה – הסתברות שהביטוי הנו "חוקי", כך ש: $0 \leq p \leq 1$
 $E =$ התוחלת הצפויה מן ההגרלה (ממוצע משוקלל של ההסתברויות לזכייה באותם מצבי טבע/פרסים).

על פי מודל VNM קבלת החלטות של הדובר בתנאי אי-ודאות (להתבטא או לא להתבטא) היא פעולה "שגרתית" של מקסום האושר, כלומר מקסום תוחלת התועלת: $\max. E[U(w)]$.

2. הנחת שנאת הסיכון: מידת שנאת הסיכון מתארת את העדפות הפרט כלפי סיכון; אוהב סיכון, אדיש לסיכון ושונא סיכון. ההנחה המקובלת במדע הכלכלה היא כי הפרט הוא שונא סיכון. למעשה, גם טיעון הגול העצמי מכוון לכל אותם שונאי סיכון שאינם הפצים לעבור עברה בשל התבטאות חריפה. גם רשימה זו תצא אפוא מתוך הנחה של שנאת סיכון. בתוך קבוצת שונאי הסיכון קיימות אינסוף דרגות שונות של שנאת סיכון. על כן אי-אפשר לבחור דרגה מסוימת של שנאת סיכון, אלא להתמקד במאפיין המשותף לכל אותן אינסוף דרגות של שונאי סיכון. המאפיין את היותו של פרט שונא סיכון: התועלת השולית של הפרט הולכת ופוחתת (בתחום החיובי), כלומר: $U''(W) < 0$.

3. הנחת הציות לחוק: הדובר אינו רוצה לעבור על החוק. כל פעולותיו של הדובר נעשות לפי החוק ובהתאם להוראותיו. בטרמינולוגיה כלכלית ניתן לנסח הנחה זו כך: אניה כי הסנקציה הפלילית חמורה דיה כדי להרתיע דובר מלבטא ביטויים לא חוקיים (על פי המשטר המשפטי הרלוונטי – הסתברותי או תוכני). דובר אשר במודע אינו מתכוון להתחשב בהגבלות שמטיל המשפט הפלילי על ביטויו ממילא אינו מתחשב בהגבלות החוק בין שיכלול מבחן הסתברותי ובין לא. כלומר ישנם דוברים המעוניינים להגיע למצב שבו ינוהל נגדם משפט פלילי, כחלק מהחשיפה והפרסום הכרוכים בהתבטאותם. אך במקרים אלה אין כל משמעות למשטר המשפטי הנוהג, מכיוון שאנשים אלה מבקשים לבצע עברה, בלי שום קשר לטיבה של ההגבלה המוטלת על חופש הביטוי.

4. אכיפת האיסורים הפליליים מלאה ונעדרת עלויות: כל ביטוי ש"נורק" אל השיח הציבורי ויעורר חשד לעברה של הדובר, יביא לידי פתיחת הליכים משפטיים. כלומר אין

79. הסתברות p מבוטאת בשבר עשרוני. לדוגמא: אם $p=0.2$, אזי ההסתברות לכך שהביטוי חוקי הנה עשרים אחוז, ואילו ההסתברות לכך שהביטוי אינו חוקי הנה שמונים אחוז.

כשלי אכיפה המאפשרים לדובר לבטא ביטויים שיש להם אופי פלילי, מתוך הסתמכותו על אכיפה סלקטיבית (בין שהיא סלקטיבית מדעת ובין שהיא סלקטיבית בשל כשלי אכיפה אובייקטיביים). על כן מצב הטבע W_b מתאר סיטואציה שבה הביטוי "לא חוקי" מלווה בסנקציה פלילית.

כמובן, במציאות קיימת אכיפה סלקטיבית מובהקת בתחום עברות הביטוי.⁸⁰ אך גם הנחה זו אינה מבקשת לייצג מציאות, אלא יש להבינה כעוד הנחה במודל.

5. הנחת הבהירות: ההגבלה התוכנית בהירה וודאית לחלוטין ואינה מכילה אפיון הסתברותי, כך שכל דובר המציית לחוק ידע לזהות בבירור ומראש אם התבטאותו חורגת מגבולותיה של ההגבלה התוכנית. הנחה זו עוזרת בפישוט המודל וחיידוד ההבדלים בין שני המשטרים הנבחנים, גם אם אינה מציאותית. למעשה, הנחה זו מקלה מאוד עם מצדדי ההגבלה התוכנית (ששוגים בעצם יומרתם לנסח הגבלה תוכנית ברורה וודאית). שכן בעולם שמחוץ למודלים הכלכליים, קשה יהיה לחשוב על הגבלה תוכנית שתחזה באופן מושלם את כל מגוון הביטויים שיבוטאו על ידי דוברים שונים. במצב שבו גם ההגבלה התוכנית אינה ודאית, כאמור, היא נהפכת למבחן הסתברותי לכל דבר ועניין, שכן הדובר צריך להעריך אם התבטאותו חורגת מן ההגבלה אם לאו. הנחת הבהירות מאפשרת אפוא את הקצנת ההבדלים בין המשטרים. ולכן, כל מסקנה שתקבל לטובת המבחן ההסתברותי, לפי הנחת הבהירות, רק תחזק מקל וחומר את הפרכת טיעון "הגול העצמי".

6. משטר של מבחן הסתברותי מהווה השתתפות בהגבלה.⁸¹ במצב המוצא הדובר נמצא ברמת תועלת של $U(W_0)$. משטר משפטי של מבחן הסתברותי כרוך בתנאי אי-ודאות. לפיכך הדובר נכנס ל"הגבלה" כאשר ה"פרסים" הם מצבי הטבע W_g ו- W_b , המייצגים את האפשרויות שהביטוי ייתפס כ"חוקי" וכ"לא חוקי", בהתאמה, על פי המשפט הפלילי, כאשר הביטוי "לא חוקי" מלווה בסנקציה פלילית (כל זאת על פי הנחות המודל עד כה). חשוב להבהיר, המבחן ההסתברותי במודל זה אינו מתמקד בשאלות על תוכנו של הביטוי ולכן אינו כולל את אותו מרכיב תוכני המופיע בהגבלה התוכנית, אלא מתמקד בניבוי הסתברותי בלבד של הסכנה הנשקפת בפועל מהביטוי. כלומר להבדיל מההגבלה התוכנית, המורכבת מאיסורים תוכניים, המבחן ההסתברותי עמום ואינו אוסר על תוכן *per se*.⁸²

80. כך, למשל, העמדה לדין בעברות המרדה מצריכה, לאור סעיף 135(א) לחוק העונשין, הסכמת היועץ המשפטי לממשלה בכתב וכן נדרש פרק זמן של עד שישה חודשים מיום ההתבטאות ועד יום ההעמדה לדין. העמדה לדין בגין עברת ההסתה לגזענות דורשת אף היא הסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 144 לחוק העונשין). לנחיצותה של האכיפה הסלקטיבית, ראו בנבנישתי (לעיל, הערה 7), בעמ' 66-65. כן ראו אלייקים רובינשטיין, "על חופש הביטוי ועל מדיניות התביעה בעברות של הסתה לאלימות", הפרקליט מד (תשנ"ח) 5.

81. ראו לעיל, הדיון בפרק ג.2.

82. ניתן להמחיש את ההבדל בין שני המשטרים העומדים לבחינה בדוגמה הזו: פלוני קורא לעבר אלמוני "בוגד". אם אלמוני הוא ראש ממשלה, יתכן שפלוני ייחשב לעבריין על פי המבחן ההסתברותי. לעומת זאת, אם הכינוי "בוגד" מופנה על ידי פלוני לבעלה, שנתפס בוגד בה, דומה שעל פי המבחן ההסתברותי לא נראה בפלוני עבריין.

7. **משטר של הגבלה תוכנית** – **מונע את ההגרלה**.⁸³ הדובר במשטר זה יודע מראש ובכירור מהם גבולות החוקיות של הביטוי שברצונו לבטא. במילים אחרות, הדובר אינו צריך להשתתף בהגרלה. לכן, לאור הנחת הציות לחוק (הנחה מספר 3) ולאור הנחת מקסום האושר, תועלתו של הדובר תעלה ל- U_g כאשר יבחר להתבטא, כך ש: $U_g > U[W_0]$. לצורכי נוחות ופשטות אתרגם את התועלת מהתבטאות במשטר של הגבלה תוכנית, לסיטואציה שבה הדובר מצוי ב"מעין הגרלה" בין מצב הטבע W_g , שבו ההסתברות לכך שהביטוי חוקי הנה **מאה אחוזים** ($p=1$), ובין מצב הטבע W_b , שבו ההסתברות לכך שהביטוי "לא חוקי" הנה **אפס אחוזים** ($1-p=0$). על פי תרגום זה,⁸⁴ תועלתו של הדובר מהתבטאות ("חוקית") במשטר של הגבלה תוכנית תעמוד על:

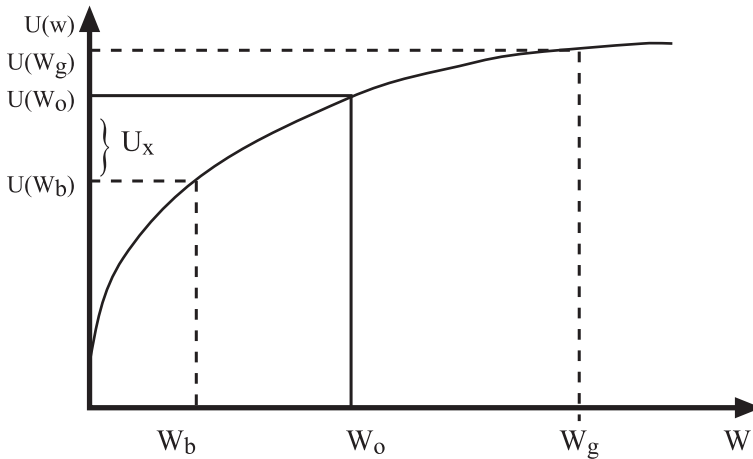
$$E[U(W_{\text{הגבלה-תוכנית}})] = pU(W_g) + (1-p)U(W_b) = U[W_g]$$

במקרה ההפוך, שבו הביטוי חורג מהמותר על פי ההגבלה התוכנית, ה"הגרלה" תתרחש בין הסתברות של אפס אחוזים לכך שהביטוי "חוקי" ($p=0$) ובין הסתברות של מאה אחוזים לכך שהביטוי "לא חוקי" ($1-p=1$). במצב זה, לאור הנחת הציות לחוק והנחת האכיפה המלאה (הנחות 3 ו-4) הדובר יבחר שלא להתבטא כפי שרצה (בין שישתוק ובין שימתן את דבריו). במצב זה תועלתו של הדובר תרד מרמתה ההתחלתית U_0 אל עבר רמת התועלת המייצגת U_x , כך ש: $U(W_b) < U_x < U(W_0)$. כלומר תועלתו של הדובר תרד מרמתה ההתחלתית משום שהוא מנוע, על פי האיסור הפלילי, מלהתבטא. ירידה זו לא תביא אותו, כמובן, לידי רמת התועלת $U(W_b)$ המשקפת את תועלתו אילו היה בוחר לבטא ביטוי "לא חוקי", מעשה שהיה גורר הטלת סנקציה פלילית מרתיעה על יסוד הנחה 3. התרגום המבוצע בהנחה 7, אינו גורע מהנחה 5, שכן מדובר או על הסתברות של מאה אחוזים (ודאות מלאה) שהביטוי אינו חורג מהמותר על פי ההגבלה התוכנית או על הסתברות של מאה אחוזים שהביטוי חורג מהמותר על פי ההגבלה התוכנית.

תרשים A: מיקום מצבי הטבע של הדובר (W_g - "חוקי" ו- W_b - "לא חוקי") והתועלות ממצבי הטבע $[U(W_g)$ ו- $U(W_b)]$, תוך השוואת תועלות אלה לרמת התועלת "המתורגמת" של הדובר במשטר של הגבלה תוכנית כאשר הביטוי חורג בוודאות מאותה הגבלה (השטח המתוחם U_x).

83. ראו לעיל, הדיון בפרק ג.2.

84. מערכת הצירים המצוירת במודל אי-הוודאות (VNM) שונה ממערכת הצירים המצוירת במודל שבו יש ודאות מלאה, כלומר במודל המתאר הגבלה תוכנית. לכן תרגום זה נחוץ לשם השוואת התועלות בין שני המשטרים על גבי מערכת צירים אחת, המתארת מודל של אי-ודאות. לפיכך, התועלת שתצמח לדובר מהתבטאות חוקית במשטר של הגבלה תוכנית תתורגם לתוחלת התועלת שתצמח לדובר מהגרלה שבה ההסתברות לכך שהביטוי הוא חוקי היא מאה אחוזים ($p=1$).



בחינתן שבע ההנחות לעיל, אבקש לבחון תרחיש שבו עשוי הדובר להיתקל בכואו להתבטא.⁸⁵ בחינתו תיעשה על פי משטר משפטי של מבחן הסתברותי בלא כל אפיון תוכני לחוד ועל פי משטר של הגבלה תוכנית בלא אפיון הסתברותי לחוד. בחינת ביטויים "קלים" הנה חסרת ערך מוסף. נראה שדובר אשר התבטאותו אינה חורגת מהתבטאויות שכיחות בשיח הציבורי כלל לא יטריח עצמו להידרש לעברות הביטוי. עלינו לבחון, אם כן, את חופש הביטוי וההגנה המשפטית עליו בנוגע להתבטאויות השנויות במחלוקת: השערורייתיות, החתרניות, המזעזעות כגון אלה שביטאו, לדוגמה, הרב אלבה, כהנא, ג'בארין וסוב לבן.⁸⁶ שכן, בעברות של הסתה והמרדה עסקינן, בביטויים בעלי פוטנציאל להסית ולהמריד. על כן אעבור מכאן לבחינתו של תרחיש שבו הביטוי חוצה את גבול ההגבלה התוכנית, או למצער מצוי בקצה הרחוק של ההגבלה התוכנית.

85. שוב, הנחות המודל מפשטות את המציאות ויכולות להיתפס כעיוות של תמונת המציאות. אולם חשוב להדגיש כי הנחות אלה הונחו כדי שלא לסבך את הניתוח הכלכלי ולאפשר התמקדות בעיקר: כיצד משפיע מבחן הסתברותי על קבלת החלטות של דובר. כל ההנחות לעיל מקלות על מצדדי ההגבלה התוכנית ומחמירות עם מצדדי המבחן ההסתברותי. ראו בעיקר הנחות 2, 5 ו-7.

86. בין שאר הביטויים המתועבים שביטא סוב לבן היו: "חיובאללה השמידו את קריית שמונה", "אטבח אל יהוד", וכיוצא באלה "פניני לשון", שהביאוהו לידי הרשעה בשתי עברות של תמיכה בארגון טרוריסטי לפי סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור ובשתי עברות של איסור פרסום הסתה לגזענות על פי סעיף 144(ב) לחוק העונשין. ראו ת"פ סוב לבן (לעיל, הערה 43).

(ג) יישום המודל

הצגת התרחיש: השוואת רווחתו של הדובר במשטר של הגבלה תוכנית לרווחתו במשטר של מבחן הסתברות: הביטוי חורג מן הביטוי המותר בהגבלה התוכנית או לחילופין מצוי ב"קצה הרחוק" של ההגבלה התוכנית.

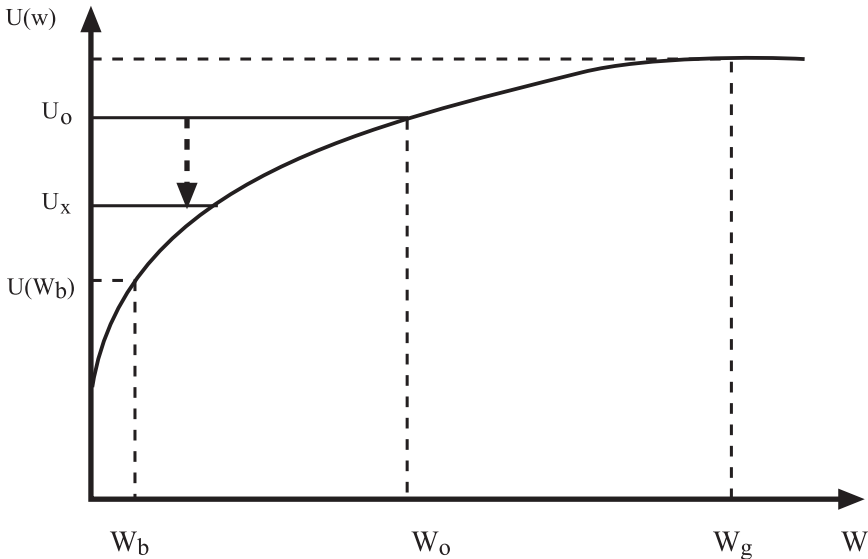
תרחיש זה עוסק אפוא באותם ביטויים החורגים ממה שנתפס כחלק מההגמוניה החברתית או "הקבילות הדמוקרטית" – ביטויים שאינם נעימים, בלשון המעטה, לאוזניו בשל קיצוניותם או הבוטות שבה הם נאמרים.

הגדרה: $U_x =$ תועלתו של הדובר במצב שבו הוא מנוע מלהתבטא בשל האיטור הפלילי, כך ש: $U(W_b) < U_x < U_o$. תועלת זו נמוכה מתועלתו ההתחלתית של הדובר משום שנכפה עליו לשתוק, בניגוד לרצונו, אך גבוהה מהתועלת שהיה מפיך מהתרחשות מצב הטבע W_b . שבו הביטוי נתפס כלא חוקי ועל כן כרוך בענישה פלילית (לאור הנחות 3 ו-4, מעדיף הדובר לשתוק ולא להסתכן בהתבטאות שלבטח אינה חוקית וגוררת עונש חמור).

א. במשטר של הגבלה תוכנית, לאור הנחה 3 (הנחת הציות לחוק), יימנע הדובר מלהתבטא, שכן הביטוי חורג מן הביטוי המותר על פי המבחן התוכני ולכן אינו חוקי. על פי הנחה 7, הימנעות זו גורמת לדובר להידרדר לרמת התועלת U_x , המייצגת את מצבו של הדובר שבוחר להימנע מלהתבטא, מפני שלא רצה לעבור על החוק,

$$\text{כך ש: } U(W_b) < U_x < U_o$$

תרשים B: במשטר של הגבלה תוכנית הביטוי חורג מן ההגבלה, כך שתועלתו של הפרט יורדת לרמה המייצגת של U_x , המציינת מצב שבו הדובר לא יתבטא.



ב. במשטר של מבחן הסתברותי, הדובר פועל למקסום תוחלת תועלתו. כך שבעיית הדובר ופתרונה מוצגות כך:

$$\max_w. E[U(w)] = pU(W_g) + (1-p)U(W_b)$$

פתרון הבעיה שלפניה ניצב הדובר תלוי הן במידת שנאת הסיכון שלו והן בהסתברויות שהוא מעריך בדבר היותו של הביטוי "חוקי" (p) או "לא חוקי" (1-p). כדי להמחיש את התוצאה המתקבלת, אבחן שני מצבי קיצון:

1. הדובר מעריך כי ביטויו "חוקי" למהדרין, כלומר $p = 1$. במצב זה וללא קשר למידת שנאת הסיכון של הדובר המסוים⁸⁷ תתקבל התוצאה הבאה:⁸⁸

$$E[U(w)] = 1*U(W_g) + (1-1)*U(W_b) = U(W_g)$$

2. הדובר מעריך כי ביטויו "לא חוקי" בוודאות, כלומר $p = 0$. התוצאה המתקבלת, בלא קשר למידת שנאת הסיכון של הדובר המסוים:⁸⁹

$$E[U(w)] = 0*U(W_g) + (1-0)*U(W_b) = U(W_b)$$

התוצאות בשני מקרי הקיצון לעיל תוחמות את קבוצת כל התוצאות שבהן עשוי הדובר להימצא. מיותר לציין כי מקרי הקיצון הם מקרים פרטיים ועל פי רוב לא נראים כמתיישרים עם המציאות: מצב שבו $p = 1$ (ודאות שהביטוי "חוקי" לחלוטין) בזמן שההתבטאות היא כה חריגה ובוטה נראה כלא מציאותי. גם המצב שבו $p = 0$ (ודאות שהביטוי "אינו חוקי") נראה לי נדיר ביותר.⁹⁰ להמחשה ניתן להתבונן בפרשת כהנא. הביטוי שבגיננו הורשע כהנא⁹¹ היה ללא ספק איום ונורא. בית המשפט העליון, בערכאת הערעור, קבע ברוב של שני שופטים מתוך שלושה, כי הביטוי "חוקי".⁹² הדיון הנוסף בעניינו של כהנא הפך את התוצאה וקבע בדעת רוב, כי הביטוי "אינו חוקי". על כן גם ביטוי קיצוני עד כדי טירוף, אין ודאות בלא עוררין, בדבר היותו "לא חוקי", אפילו בקרב שופטי העליון. אפשר לגזור מכך כי יכול ומימצאו דוברים שיעריכו את ההסתברות להיותו של הביטוי חוקי כגבוהה מאפס אחוזים. לפיכך ראוי להתמקד בתרחישי הביניים "המציאותיים", קרי: $0 < p < 1$. תרשים C ממחיש את מצבו של הדובר, במשטר של מבחן הסתברותי, כאשר מדובר בהתבטאות קשה במיוחד והדובר מעריך כי הסתברות היות הביטוי "חוקי" היא חיובית, $0 < p < 1$.

87. הכוונה היא כי מבין כל פונקציות תוחלת התועלת המקיימות את הנחה 2, הנחת שנאת הסיכון, אין משמעות לתכונותיה (מידת שנאת הסיכון של שונא הסיכון) בתרחיש זה כאשר

$p = 1$.

88. ראו להלן, תרשים C.

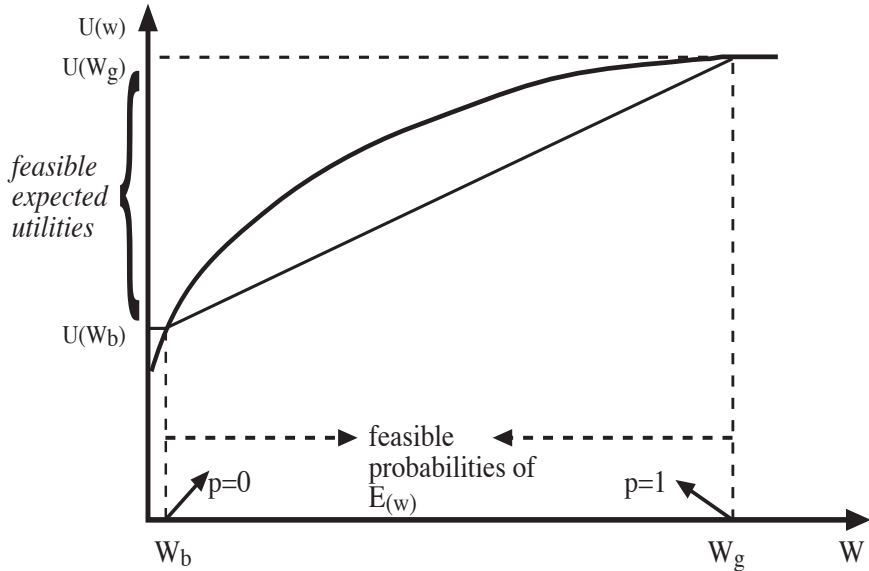
89. שם.

90. מפסקי הדין בע"פ אלבה (לעיל, הערה 11), דנ"פ כהנא (לעיל, הערה 3), ע"פ סופצקין (לעיל, הערה 13) ודנ"פ ג'בארין (לעיל, הערה 14) עולה, כי רק התבטאויות זדוניות ומרושעות בצורה מופרעת, תיתפסנה כלא חוקיות.

91. לביטוי המחריד שהפיץ כהנא, ראו דנ"פ כהנא (לעיל, הערה 3), בעמ' 150 לפסק דינו של השופט אור.

92. ראו ע"פ כהנא (לעיל, הערה 12) פסק דינם של הנשיא ברק והשופט גולדברג.

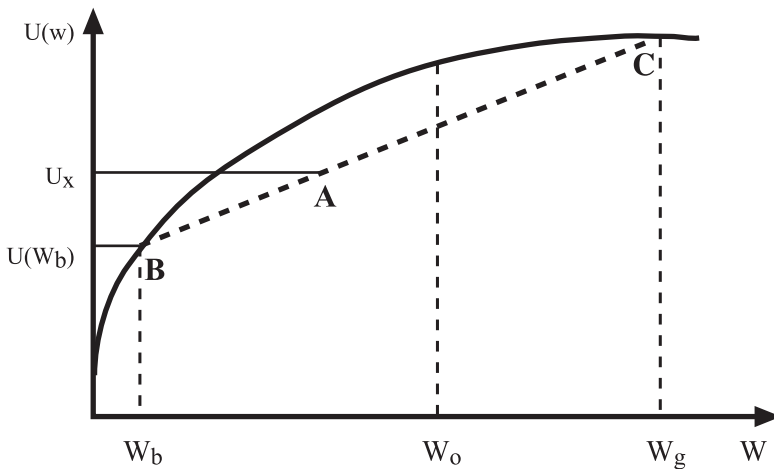
תרשים C: התבטאות "קשה" במשטר של מבחן הסתברותי - קשת המצבים האפשריים שבהם יכול הדובר להימצא, לאחר התבטאותו (כאשר $0 < p < 1$):



- במצב זה, כלל ההחלטה של הדובר הוא:
1. אם $E[U(w)] > U_x$ הדובר מתבטא
 2. אם $E[U(w)] < U_x$ הדובר אינו מתבטא.

כלל ההחלטה אומר במילים, כי כל עוד תוחלת התועלת, $E[U(w)]$, עולה על התועלת ממצב שבו הדובר לא יתבטא, (U_x) , אזי הדובר יחליט להתבטא ולהפך. טיעון "הגול העצמי" גורס אפוא כי מבחן הסתברותי יביא לידי כך שדוברים שונאי סיכון יבחרו שלא להתבטא ועל כן חופש הביטוי יוגבל הרבה מעבר להגבלה הנוצרת במשטר התוכני. ובניסוח כלכלי: תנאי אי-הוודאות יביאו לידי כך ש: $E[U(w)] < U_x$. האם טיעון זה בהכרח נכון? תרשים D ממחיש את טיעון "הגול העצמי" ואת כלל ההחלטה של הדובר במשטר של מבחן הסתברותי: הקטע AB מייצג את התחום שבו הדובר יבחר שלא להתבטא ואילו הקטע AC מייצג את התחום שבו הדובר יבחר להתבטא.

תרשים D: קטעים AB ו AC במשטר של מבחן הסתברותי.



טיעון "הגול העצמי" מתאר נכונה את קטע AB בלבד, תוך שהוא זונח את הקטע AC. כזכור, משטר של הגבלה תוכנית מביא לידי כך שדובר לא יבטא ביטויים חריפים וחרטניים, החורגים מעבר לביטוי המותר על פי ההגבלה התוכנית. לעומת זאת, במשטר של מבחן הסתברותי קבוצת כל הביטויים ה"קשים" שיבוטאו גדולה בהכרח מקבוצת כל הביטויים ה"קשים" שיבוטאו במשטר של הגבלה תוכנית. כלומר, למרות תנאי אי-הוודאות, חופש הביטוי של דובר שונא סיכון רחב, ex-ante ו ex-post, במשטר של מבחן הסתברותי יותר מהיקף חופש הביטוי במשטר של הגבלה תוכנית.

לסיכום, תרחיש זה מראה, כי לביטויים קשים וחרויגים (כאלה שמאפשרים להברה הישראלית לבדוק עד כמה חופש הביטוי אינו אך סיסמה) יש מקום במשטר של מבחן הסתברותי, ואילו במשטר של הגבלה תוכנית הם מוקפאים לחלוטין (freezing) ומנועים מלהגיע אל השיח הציבורי. כלומר טיעון "הגול העצמי", הגורס כי מבחן הסתברותי ימנע התבטאויות קשות הרבה יותר ממשטר של הגבלה תוכנית, בשל אי-הוודאות הכרוכה במבחן, נופל במבחן הניתוח הכלכלי. בעוד שהגבלה תוכנית תחסום לחלוטין התבטאויות אלה, דווקא מבחן הסתברותי יאפשר לחלק מאותם ביטויים לפלס את דרכם אל השיח הציבורי, כל עוד הדובר סבור כי: $E[U(w)] > U_x$.

כלפי תוצאת תרחיש זה עשויה לעלות הטענה, כי דובר שיימנע מלהשתמש בביטוי מסוים במשטר של הגבלה תוכנית, בשל היות הביטוי חורג מהמותר על פי אותה הגבלה, יוכל לעדן את התבטאויות ולבחור ביטוי שיוכל "להשתחל", בנוסח אחר, אל תוך מתחם הביטויים החוקיים. טענה זו אמנם נכונה אך אינה חזקה דיה. למעשה, זו טענת אפקט מצנן של ההגבלה התוכנית על הדובר, אפקט שגורם לשיח הציבורי להפוך מתון וקונפורמיסטי. אינני סבור כי ההגנה המשפטית על חופש הביטוי הפוליטי, מטרתה לעצב שיח אנמי,

שאינו מכונן ומשקף נאמנה את הדעות שבהן מחזיקים חברי הקהילה.⁹³ כלומר לבחירה בהתבטאות מסוימת יש ממד מכונן בתרבות, שאינו ניתן לרדוקציה לכדי התבטאות מתונה יותר.⁹⁴ נוסף על כך, תוכנו וצורתו של הביטוי אף הם משמעותיים הן לדובר והן לשיח הציבורי. כך, למשל, אין לומר כי שריפת דגל כאקט מחאה, שקולה להנפת כרוז המבטאת מחאה כלפי השלטון, אף שנמען הביקורת בשני התסריטים הללו זהה והביקורת עצמה מכוונת לאותם כשלים שלטוניים.⁹⁵

(ד) השפעתה של מידת ההסתברות המשפטית על קבלת ההחלטות של הדובר
עד כה נבחנה קבלת ההחלטות של דובר בתנאי אי-ודאות (אם להתבטא אם לאו). פעולה זו של קבלת החלטות נעשית – לפי מודל VNM – על ידי השאת התועלת המסתברת. כך, פרט המעוניין להתבטא שוקל את ההסתברות שביטוי יתקבל כ"חוקי" ומכאן גם את ההסתברות שביטוי ייתפס כ"לא חוקי". הסתברות זו היא סובייקטיבית – זוהי ההערכה של

93. אין בכך משום אימוץ של תפיסה עיונית כלשהי של חופש הביטוי.

94. הממד המכונן של הלשון בכל הקשור לעיצוב השיח נוכח בכתביהם של הוגים רבים ואינו מיוחד אך להיפותות ספיריורף. כך הראה ניטשה כיצד השימוש במילים לתיאור מציאות חוץ-לשונית מכונן את הדרך שבה אנו תופסים את העולם. ראו: Fridrich Nietzsche, "On Truth and Lie in an Extra-Moral Sense", *The Portable Nietzsche* (Walter Kaufmann - ed. and trans., Viking Press, New York, 1965) p. 42, pp. 46-47. לודוויג ויטגנשטיין המאוחר סבר כי השפה שבשימוש מכווננת את המחשבה. ראו לודוויג ויטגנשטיין, *חקירות פילוסופיות* (מאגנס, תשנ"ה), סעיפים 316-362, ובמיוחד סעיפים 329 ו-335. ריצ'רד רורטי (Rorty) מייחס לאוצר המילים שבשימוש חברה מסוימת תפקיד המכונן את ארגון הידע של אותה חברה. ראו: Richard Rorty, *Contingency, Irony, and Solidarity* (Cambridge, 1989), pp. 44-69. מישל פוקו (Foucault) מדגיש במחקרו הארכיאולוגיים את היותו של השיח (הלשון) מכונן יחסי כוח בכל רובדי החיים ובכל דרכי ארגון הידע בחברה. ראו, למשל: Michel Foucault, *The Use of Pleasure: Vol. 2 of The History of Sexuality* (Robert Hurley - trans., Pantheon Books, New York, 1984).

95. אקט שריפת הדגל בארצות הברית נתפס כחוסה תחת כנפי התיקון הראשון, ראו: *Texas v. Johnson* 491 U. S. 397, 109 S. Ct. 2533 (1989). אף שהקונגרס חוקק חוק ה"תפור" למידותיה של פרשת *Johnson*, בית המשפט העליון פסל את החוק, בעת שזה שימש להעמדתם לדין של שורפי הדגל (שעשו כן במחאה על חקיקת חוק זה...), ראו: *U. S. v. Eichman* 496 U. S. 310 (1990).

כמוכן, כאן עולה בשיא חריפותה שאלת ההבחנה בין ביטוי ובין מעשה ועד כמה המעשה ראוי להגנת התיקון הראשון. בפסק הדין בעניין *Black* (לעיל, הערה 54) נפסק שהבערת צלב מהווה מעשה (מאיים) נוסף על היותו ביטוי, כאשר מעשה זה לא נכלל בתיקון הראשון. זאת להבדיל מפסקי הדין בעניין שרפת הדגל, שם נמצא המעשה שנלווה לביטוי ראוי להגנת התיקון הראשון. לביקורת על ההבחנה ביטוי/מעשה לאור תיאוריית מעשי ההיגד (Speech Act Theory), ראו יונתן יובל, "אלימות מילולית", *פיליפוס* י (תשס"ב) 241.

הדובר והיא אינה נובעת ישירות מתוך מידת ההסתברות שקבע המשפט בעברות הביטוי.⁹⁶ כלומר ההסתברות המופיעה במודל הכלכלי היא סובייקטיבית ואינה זהה למידת ההסתברות האובייקטיבית של העברה. כך, למשל, הדובר עשוי להעריך כי קיים סיכוי של תשעים אחוז ($p=0.9$) שהביטוי יהיה חוקי, ולעומתו עברת הביטוי תקבע הסתברות בדרגה של נטייה רעה שהביטוי יגרום נזק.

עם זאת, ניתן לטעון לקיומו של קשר מסוים בין מידת ההסתברות (האובייקטיבית) הנדרשת בעברות הביטוי ובין אומדן ההסתברויות (הסובייקטיבי) של הדובר. עברת ביטוי הכוללת דרגת הסתברות של נטייה רעה יכולה להביא לידי כך שדובר פוטנציאלי יעריך כי התבטאות חריפה שלו תהיה "לא חוקית" ברמת הסתברות (סובייקטיבית) גבוהה ולהפך. אולם מידת ההסתברות (האובייקטיבית) של עברות הביטוי אינה משנה את תוצאת המודל המוצע. הקטע AC בתרשים D – שנוגח בטיעון "הגול העצמי"⁹⁷ – תקף בכל דרגת הסתברות אובייקטיבית, בין שמדובר בנטייה רעה, באפשרות סבירה, באפשרות ממשית, בוודאות קרובה או בסכנה ברורה ומידית. הנפקות שיש למידת ההסתברות האובייקטיבית משליכה אך ורק על אורך הקטע AC, אך לא על עצם קיומו. כך, ביטוי חריף שחורג אל מעבר למותר על פי ההגבלה התוכנית עשוי להישמע במשטר של מבחן הסתברותי, גם אם מדובר במבחן של נטייה רעה, כל עוד יעריך הדובר כי $E[U(w)] > U_x$. במילים אחרות, הניתוח המוצע ברשימה זו תקף לכל מידת הסתברות הנדרשת בעברת הביטוי. אמנם ככל שמידת ההסתברות (האובייקטיבית) תהיה נמוכה יותר כך גם יתכן שיקטן מספרן של ההתבטאויות ה"קשות" שיבוטאו, אך עדיין מספר זה יהיה גדול (באופן חלש) ממספר ההתבטאויות החריפות, הוהות בתוכן, שיבוטאו במשטר של הגבלה תוכנית, כאמור בתרחיש.⁹⁸

(ח) מסקנת הניתוח הכלכלי

מודל VNM מאפשר בחינה כלכלית של קבלת החלטות בתנאי אי-ודאות. באמצעות המודל ניתן להיווכח כי משטר משפטי של מבחן הסתברותי, בלא אפיון תוכני, אינו פוגע בחופש הביטוי יותר מהגבלה תוכנית (ודאית). התרחיש הנבדק בוחן את התנהגות הדובר הפוטנציאלי במשטר ודאי (הגבלה תוכנית) לעומת התנהגותו בתנאי אי-ודאות (מבחן הסתברותי). הביטוי הנבחן כאן הוא קשה, מעורר מחלוקת ולכן חורג – כך מונח – מעבר

96. ראו לעיל, הערה 75.

97. ראו לעיל, תרשים D.

98. מכל מקום, נראה שמידת ההסתברות (האובייקטיבית) של המבחן ההסתברותי לא תפחת ממידה של אפשרות סבירה, דבר שמגדיל את מספר ההתבטאויות ה"קשות" (הקטע AC). למעשה, בבג"ץ קול העם (לעיל, הערה 5), נשללה האפשרות להגביל את חופש הביטוי באמצעות דרגת הסתברות של נטייה רעה. אמנם המטריה של פסק הדין אינה פלילית, אך המבחנים ההסתברותיים שהוצעו על ידי הנשיא ברק ומצדדי המבחן ההסתברותי בע"פ אלבה (לעיל, הערה 11) ודנ"פ בהנא (לעיל, הערה 3) בהחלט הושפעו מבג"ץ קול העם (לעיל, הערה

למותר על פי ההגבלה התוכנית. במשטר של הגבלה תוכנית יימנע הדובר מההתבטאות הקשה כדי שלא לעבור על החוק. לעומת זאת, מבחן הסתברותי לא ימנע בהכרח את ההתבטאות הקשה. על פי עקרון מקסום תוחלת התועלת, הדובר יבחר אם להעשיר את השיח הציבורי בהתבטאותו הקשה אם לאו. הניתוח הכלכלי בפרק זה מראה כי בכל הקשור להתבטאויות קשות, אלה המאפשרות לנו לבדוק – הלכה למעשה – את היקפו של חופש הביטוי בישראל, מבחן הסתברותי מאפשר לדובר לשקול ולקבל החלטות שלא יכול היה לקבל במשטר של הגבלה תוכנית. על כן האינטואיציה העומדת בבסיס טיעון "הגול העצמי" אינה מתיישבת עם הניתוח הכלכלי של התנהגות דוברים בתנאי אי־ודאות.

יכולה אמנם להישמע הטענה, כי ההשוואה בין המשטרים (הסתברותי לעומת תוכני) נעשתה ב"תנאי מעבדה" של הנחות מפשטות ומתוך הקצנה של המשטרים המשפטיים, כמכילים מרכיב הסתברותי בלבד בלא כל דרישה תוכנית מצד אחד או מרכיב תוכני בהיר בלא כל אפיון הסתברותי, מצד אחר. אין ספק, המציאות המשפטית מורכבת יותר ממודל זה. לכן, ימשיך הטיעון, אין למודל זה תוקף אופרטיבי של ממש. אולם טענה כזו מחמיצה, לדעתי, את חשיבותו של המודל המוצע. כוחו של המודל והצלחתו אינם טמונים ביכולתו לנבא ולייצג בצורה מלאה את מה שמתרחש "בשטח" במשטר הסתברותי ובמשטר תוכני, אלא בניסיון להסביר כיצד מתנהגים דוברים בתנאי אי־ודאות וכיצד תנאים אלה משפיעים על היקף חופש הביטוי בחברה. חשיבותו של המודל אפוא היא בהצבעתו על הכשל שעומד בבסיס טיעון "הגול העצמי" ובניסיון לקרוא תיגר על האינטואיציה המובילה חוקרי משפט לאחוז בטיעון זה. איני סבור כי מסר זה מיטשטש בשל קיומן של הנחות מפשטות – המקלות בעיקר על מצדדי ההגבלה התוכנית – ובשל הקצנת המשטרים המשפטיים הנבחנים.⁹⁹ ראוי אף להוסיף כי הניתוח הכלכלי המוצע אינו מתיימר למצות את מגוון הטענות המועלות במסגרת המחלוקת בין מצדדי המבחן ההסתברותי ומתנגדיו. מסקנת המודל אינה גוררת, בהכרח, את אימוצו של המבחן ההסתברותי כמבחן הראוי בעברות הביטוי. מטרת השימוש בניתוח הכלכלי צנועה יותר ומסתכמת בבחינת סוגיה מסוימת מתוך המחלוקת, בפרספקטיבה אחרת.

ה. סיכום

המציאות החברתית והפוליטית של מדינת ישראל הצמיחה, בין שלל המאבקים, דיון ציבורי סוער בהשתתפות שחקנים חשובים בחברה. בין כללי המשחק של הוויכוח הציבורי נקבעו איסורים פליליים המגבילים ביטוי. הדרך שבה נעשית הגבלת הביטוי משליכה במישרין על היקפו ותחולתו של חופש הביטוי הפוליטי. על רקע זה צמחה לה מחלוקת בין מצדדי המבחן ההסתברותי ובין תומכי ההגבלה התוכנית, כפי שניתן לראות, בין השאר, בפסקי הדין בעניין **אלבה ובהנא**. מחלוקת זו לא הגיעה עדיין לכלל הכרעה. כיצד, אם כן, יתמודד בעתיד בית המשפט עם התבטאויות הדומות בבוטות ובהריפות לאלה של **אלבה ובהנא**? האם ראוי לאמץ מבחן הסתברותי או הגבלה תוכנית לגדרי עברות המגבילות ביטוי? רשימה

99. וראו ההערה המתודולוגית בפרק זה (לעיל, פרק ד.2 א)).

זו מציעה כי בבואנו להכריע איזהו המשטר המשפטי הראוי לאיסורים פליליים המגבילים ביטוי, יש לבחון את השפעת המשטר המשפטי על קבלת החלטות של הדובר. אחד הטיעונים הנוגעים לאופן השפעת המשטר המשפטי על קבלת החלטות הדובר, הוא טיעון "הגול העצמי". על פי טיעון זה, מבחן הסתברותי יביא לידי כך שדוברים יימנעו הן מהתבטאויות מתונות והן (ובעיקר) מהתבטאויות חריפות, כך שלמרות המטרה המוצהרת של מצדדי המבחן ההסתברותי – הרחבת חופש הביטוי – חופש הביטוי יצומצם בהשוואה לחופש שמאפשרת הגבלה תוכנית (שאינה מושתתת על מרכיב הסתברותי). אף שהאינטואיציה שבבסיס טיעון זה נשמעת הגיונית, נראה שאין הדברים כך מבחינה כלכלית. בחינתו של הטיעון באמצעות ניתוח כלכלי הראתה כי החופש לבטא ביטויים "קשים" ומעוררי מחלוקת רחב יותר במשטר של מבחן הסתברותי לעומת משטר של הגבלה תוכנית. כלומר תנאי אי-הוודאות של מבחן הסתברותי יימנעו פחות ביטויים "קשים" מתנאי (ה)לכאורה (ודאיים של ההגבלה התוכנית, שאינה נסמכת על הסתברות. לכן בחירת המשטר המשפטי הראוי לאיסורים פליליים המגבילים ביטוי, רצוי שתיעשה על רקע מסקנה זו.