

**בחינה ביקורתית על הדין בישראל ביחס להסתה ברשתות החברתיות**

'We lived on farms, and then we lived in cities, and now we are going to live on the internet.'<sup>1</sup>

שם הסטודנטית: ליאורה מור

שאלת המחקר: מהו הדין הקיים ביחס להפצת תכנים מסיתים ברשתות החברתיות, והאם הוא מאזן כראוי בין חופש הביטוי ובין שלום הציבור?

נושא הגג: משפט וטכנולוגיה

שם המתרגלת: עדן לפיד

מילים בגוף העבודה: 3,321

מילים בה"ש תוכניות: 127

---

<sup>1</sup> The Social Network (David Fincher 2010)

**תוכן עניינים**

3.....	1. מבוא.....
4.....	2. רקע מקדים.....
4.....	3. הדין הנוהג.....
7.....	4. הדין בבריטניה.....
9.....	5. דיון ביקורתי.....
11.....	6. דין ראוי.....
12.....	7. סיכום.....

רשימה ביבליוגרפית

## 1. מבוא

האופן שבו אנו מתקשרים זה עם זה, משתנה במהירות לנגד עינינו, במהירות שלא נראתה כמותה. פעם, התקשורת בין בני האדם נעשתה באופן ישיר או באמצעות תקשורת המונים - עיתונים, רדיו וטלוויזיה. כיום, הרשתות החברתיות (להלן: "הרשתות") מאפשרות לכל אדם גישה ישירה, מהירה וחינמית להתבטאויות של אחרים. הן הפכו מקור לשיח בין אישי, לבידור, ליצירת קהילות ולצריכת מידע וחדשות, והן משמשות כאחד ממרכזי החיים החשובים של דורנו. "תקשורת ההמונים" הפכה להיות של ההמונים, וחופש הביטוי הפך למציאות יום יומית.

לצד זאת, התכנים מופצים להמונים במהירות, וענקיות האינטרנט, כגון Facebook (להלן: "פייסבוק"), TikTok, ו-Twitter, הן המגדירות את גבולות חופש הביטוי בפלטפורמות שלהן, ולמעשה שולטות ב"כיכר העיר" החדשה. מאפייניהם הייחודיים של הרשתות, הופכים אותן לכר פורה להפצת תכנים מסיתים, וכך, הרשתות מציבות אתגרים חדשים לשלום הציבור.

בעבודה זו אדון בהחלת דיני עבירות ההסתה הקיימים על ההסתה המתרחשת כיום ברשתות, ובשאלה אם הדין הקיים מאזן כראוי בין חופש הביטוי לשלום הציבור. באמצעות השוואה לדין הבריטי ולאחר דיון ביקורתי על הדין הנוהג בישראל, אציע את הצעותיי למחוקק ולבתי המשפט.

## 1. רקע מקדים

בשנים האחרונות, הרשתות החברתיות הפכו לחלק בלתי נפרד מחיינו. ישנם כ-6 מיליון משתמשים ישראלים רק ברשת פייסבוק.

אחד המאפיינים הייחודיים ברשתות החברתיות הוא האפשרות לבצע פעולה פשוטה, שיכולה להשפיע באופן נרחב ומהיר על אינספור אנשים. לפרסומים ברשתות אופי אוטומטי ומתרבה, שכן הם מופצים בקלות ובמהירות, גם ללא שליטת המפרסם. מעבר לעוצמה שיכולה להיות לפרסום בודד, ניתן בקלות ובזול להדהד את המסר. הפרסום לא כבול לכבלי העולם הפיזי, הרשת היא ללא גבולות.<sup>2</sup> כל אדם יכול להיות אקטיבי בה,<sup>3</sup> ולעיתים היא מספקת מעטה אנונימיות, המאפשר ביצוע עבירות ביטוי בסיכון מופחת.<sup>4</sup>

השיח ברשתות הפך את חופש הביטוי מזכות ערטילאית למציאות,<sup>5</sup> מה שעשוי להוביל למסקנה לפיה יש לשמור על חופש הביטוי במרחב זה ביתר שאת. מאידך, מקור מימוש חופש הביטוי הופך גם למקור לכר פורה להסתה המסכנת את לשלום הציבור, ומחקרים מצאו קשר בין עליה בהסתה ברשתות לעליה במקרי האלימות.<sup>6</sup>

## 2. דין נוהג

החוק הישראלי לא מתייחס באופן ספציפי להסתה באינטרנט או ברשתות, ומקור האיסור על עבירת ההסתה מצוי בחוק העונשין,<sup>7</sup> ובחוק המאבק בטרור.<sup>8</sup> המחוקק מבחין בין שלושה סוגי הסתה: הסתה לאלימות, הסתה לגזענות, והסתה לטרור, ודורש את אישור היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב אישום בעבירות אלה, דרישה המבטאת "חרדת קודש" כלפי ההתערבות בחופש הביטוי.<sup>9</sup>

### 2.1. עבירת הסתה לאלימות

סעיף 144ד לחוק העונשין מגדיר את עבירת ההסתה לאלימות. בשנת 2002, העבירה נוסחה בנפרד מההסתה לטרור, במטרה לאפשר התמודדות עם הסתה לאלימות ולטרור גם ללא קשר לארגון טרור.<sup>10</sup>

החוק מפרט את **היסוד העובדתי** של העבירה, וקובע שמעשה אלימות הוא פגיעה בגופו של אדם העמדתו בסכנת מוות או חבלה חמורה. נפסק שהערך המוגן בעבירה הוא מניעת מעשי אלימות. ביחס ל**יסוד הנפשי**, נפסק כי די במודעות לטיב המעשה ולביצוע העבירה, ואין צורך בכוונה מיוחדת.<sup>11</sup> תוכן הפרסום ונסיבותיו צריכים להביא ל"**אפשרות ממשית**" לעשיית מעשה אלימות,<sup>12</sup> הנמצאת בין "האפשרות הסבירה" ל"הוודאות הקרובה".<sup>13</sup> בפועל, על בית המשפט מוטלת האחריות לקבוע אם על פי תוכן הפרסום ונסיבותיו אם יש אפשרות ממשית, הנבחנת בתוצאה בכוח, שיוביל לתוצאה אלימה. בפרשת בן חורין,<sup>14</sup> הועלו שאלות

<sup>2</sup> אסף הרדוף, **הפשע המקוון** (2010), 24.

<sup>3</sup> 16/01 סיעת ש"ס – התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' חבר-הכנסת אופיר פינס-פז סגן יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, נה(3) 159 (2001) (להלן – עניין "הבחירות המרכזיות")

<sup>4</sup> חיים ויסמונסקי "אכיפה אלטרנטיבית של עבירות ביטוי במרחב הסייבר" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל - כשלים ואתגרים, 691, 670-672, אלון הראל, 2017.

<sup>5</sup> ברק מדינה, **דיני זכויות האדם**, 419-425, מיכאלה קלי 2016.

<sup>6</sup> Sohaa Khan, Storytime: Social Media Leads to Violence, The Journal of Diplomacy and International Relations<sup>6</sup>

<sup>7</sup> חוק העונשין תשל"ז-1977.

<sup>8</sup> חוק המאבק בטרור תשע"ו-2016

<sup>9</sup> רע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' מיכאל בן חורין**, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל (2011) (להלן: עניין בן חורין)

<sup>10</sup> הצעת חוק העונשין (תיקון מספר 66) התשס"ב-2002

<sup>11</sup> עניין **בן חורין**, ליל ה"ש 9, בפס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

<sup>12</sup> סעיף 144ד לחוק העונשין תשל"ז-1977.

<sup>13</sup> עניין בן חורין, לעיל ה"ש 9, בפס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

<sup>14</sup> עניין **בן חורין**, לעיל ה"ש 9.

רבות שעל בית המשפט לקחת בחשבון בבוחנו הרשעה בעבירה זו, והודגש כי לשון החוק לא מפרט רשימה של נסיבות שכן אין רשימה כזאת, וגם הנסיבות שנידונות בפסיקה הן לא בבחינת רשימה "סגורה".<sup>15</sup> הענישה הקבועה בחוק היא חמש שנות מאסר.

לשון עבירת ההסתה לאלימות בחוק ברורה יחסית לעבירות ההסתה לגזענות, שכן היסוד הנפשי והעובדתי מפורשים בחוק,<sup>16</sup> אך הנסיבות לאורן נבחן כוחו של הביטוי לא מפורטות.

## 2.2. עבירת ההסתה לגזענות

סעיף 144א ו-144ב לחוק העונשין אוסרים על הסתה לגזענות. החוק קובע שגזענות היא "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 לאומי-אתני".<sup>17</sup>

על פי לשון החוק, **היסוד הנפשי** היא כוונה להסית לגזענות.<sup>18</sup> העונש המוגדר הוא מאסר של חמש שנים, ואין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא, או אם היה בו אמת או לא. כלומר, על פי לשון החוק כפשוטו, **אין מבחן הסתברותי**.<sup>19</sup> מתוך כך, השופט מצא סבר שמדובר **בעבירת התנהגות** טהורה.<sup>20</sup> העונש הקבוע בחוק על העבירה הוא חמש שנות מאסר.

קשה למצוא הלכה ברורה בדבר יסודות העבירה. בפרשת אלבה,<sup>21</sup> השופטים נחלקו בנוגע ליסודות העבירה ולערך המוגן, ופסקי הדין השונים משקפים מגמות שונות בשאלת המתח בין חופש הביטוי לשלום הציבור.<sup>22</sup>

ביחס **ליסוד העובדתי**, יש שתמכו בסיפוח מבחן הסתברותי ליסודות העבירה,<sup>23</sup> אך דעת הרוב סברה שזוהי פרשנות מנוגדת ללשון החוק.<sup>24</sup> את **הערך המוגן** ניתן לראות ככבוד האדם עצמו,<sup>25</sup> מה שגוזר איסור על כל ביטוי גזעני ללא מבחן הסתברותי, או כשלום הציבור, מה שידרוש מבחן הסתברותי להצדקת ההגבלה.<sup>26</sup> גם ביחס לשאלת החלת כלל הצפיות בעבירה זו נחלקו הדעות,<sup>27</sup> ואין הלכה ברורה בעניין זה.<sup>28</sup>

## חריג הדת בהסתה לגזענות

לפי החוק, אין לראות בפרסום ציטוט מתוך כתבי דת כעבירת הסתה לגזענות, ובלבד שלא נעשה מתוך מטרה להסית לגזענות.<sup>29</sup> בעניין אלבה, השופט טל כתב כי "יש לפרש שהחוק יוצר מעין חזקה, הניתנת לסתירה, שכאשר אדם מצטט מתוך כתבי דת, לכאורה, אין כוונתו להסית לגזענות, אלא להפיץ את הדת, ועל התביעה מוטל אפוא נטל כבד יותר".<sup>30</sup> לעומתו, השופט רובינשטיין הביע ביקורת מסוימת על הסעיף באומרו כי

<sup>15</sup> עניין **בן חורין**, לעיל ה"ש 9, ב' 7 לפסק דינו של השופט הנדל.

<sup>16</sup> על עבירת ההסתה לגזענות ראו בפרק הבא.

<sup>17</sup> סעיף 144א לחוק העונשין תשל"ז-1977.

<sup>18</sup> "מתוך כוונה להסית", כך נכתב בלשון החוק.

<sup>19</sup> סעיף 144ב לחוק העונשין תשל"ז-1977.

<sup>20</sup> ע"פ 2831/95 **הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל**, (נ5) 221, פס" 15 לפסק דינו של השופט מצא, (1996). (להלן: עניין **אלבה**).

<sup>21</sup> שם.

<sup>22</sup> דפנה ברק-ארז ודודי זכריה, "הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות" **ספר אליהו מצא**, 559, 555.

<sup>23</sup> עניין **אלבה**, לעיל ה"ש 19, פס" 2 לפסק דינו של הנשיא ברק; פס" 7 לפסק דינו של השופט טירקל.

<sup>24</sup> שם, בפס" 17 לפסק דינו של השופט מצא.

<sup>25</sup> עניין אלבה, פס" 3 לפסק הדין של השופט דורנר; פס" 17 לפסק דינו של השופט מצא; פס" 4 לפסק דינו של השופט בך.

<sup>26</sup> מרדכי קרמניצר, "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות'" **משפטים** ל' 105, 110-109, 126-125 (תשנ"ט-תש"ס); עניין **אלבה**, לעיל ה"ש 19, בפס" 5 לפסק דינו של השופט ברק, ובפס" 3 לפסק דינו של השופט טירקל.

<sup>27</sup> קרמניצר, לעיל ה"ש 25, 132-125.

<sup>28</sup> אציין שקיימת התייחסות להסתה לגזענות גם בחוק יסוד הכנסת, אך מפאת קוצר היריעה לא אדון בסעיף זה.

<sup>29</sup> סעיף 144ג (ב) לחוק העונשין.

<sup>30</sup> עניין **אלבה**, לעיל ה"ש 19, בפס" ד לפסק דינו של השופט טל.

"לחיבורים הלכתיים-פרשניים אין חסינות קטגורית מפני הסתה לגזענות".<sup>31</sup> הלכת פרשנות סעיף זה נותרת עמומה, כמו גם מדיניות התביעה באכיפתו.<sup>32</sup>

### 2.3. עבירה ההסתה לטרור

בפרשת ג'בראן,<sup>33</sup> פורש איסור ההסתה לטרור בצמצום,<sup>34</sup> כך שיחול רק על ביטויי אהדה למעשי אלימות שמבצע ארגון טרור.<sup>35</sup> פרשנות זו של בית המשפט הובילה את המחוקק ב-2002 לנסח מחדש את עבירת ההסתה לאלימות ולטרור כך שיחול גם הסתה ללא קשר לארגון טרור. ב-2016, עבירת ההסתה לטרור הופרדה לגמרי מההסתה לאלימות, עם חקיקת חוק המאבק בטרור.<sup>36</sup> הפרדה זו היוותה צעד נוסף בחיזוק ההתמודדות עם ההסתה לטרור, שכן כעת ניתן להרשיע בהסתה לטרור גם ללא מבחן הסתברותי.<sup>37</sup> כך, ניתן לראות מגמה מתמשכת של הגדרה מפורטת יותר מצד המחוקק את עבירת ההסתה לטרור.

החוק אוסר על הזדהות עם ארגון טרור, בפומבי או בנסיבות בהן יש אפשרות שיוביל למעשה טרור, תוך פירוט דרכי ההזדהות האסורים. בנוסף, החוק אוסר על קריאה ישירה לביצוע מעשה טרור, ועל פרסום דברי שבח שעל פי הנסיבות יש אפשרות ממשית שיוביל לטרור. לבסוף, החוק אוסר על החזקה לשם הפצה, סיוע בייצור ופרסום תוכן שכזה. העונש המירבי על עבירות אלה הוא חמש שנות מאסר. החוק הוא חדש, והוא מכיל פירוט רחב על דרכי ההסתה האפשריים היום, באופן שהופך אותו לרלוונטי יותר מהחוקים בשתי העבירות האחרות.

### 2.4. הסתה ברשתות החברתיות – תפיסת הפרקליטות ופרשנות בית המשפט

משנת 2014, חלה עלייה של מאות אחוזים במספר כתבי האישום בעבירות ההסתה ברשת, והפעם הראשונה שאדם הורשע במאסר בפועל בעבירת הסתה ברשת חברתית היה ב-2015.<sup>38</sup>

לגישת פרקליטות המדינה, יש לבחון שלושה פרמטרים במסגרת המבחן ההסתברותי בפרסומים ברשתות: התוכן, האווירה השוררת בציבור וקהל היעד והיקפו. לתפיסתה, ההסתה ברשתות מחוללת ומלבה את האלימות והטרור, והיא רואה במסיתים כמסוכנים לציבור,<sup>39</sup> גישה המתבטאת גם בעליה בבקשות למעצר עד תום ההליכים על רקע עבירות אלה.<sup>40</sup> ניתן לזהות בכך שינוי אסטרטגי במדיניות התביעה בשנים האחרונות. על אף הנתונים המצביעים על השינוי, לא קיים מסמך ציבורי המפרט את מדיניות התביעה. בהקשר זה, נראה שבתי המשפט אימצו את גישת הפרקליטות, שכן הם מחילים את מבחן "האפשרות ממשית" בהתאם לפרמטרים שקבעה הפרקליטות. מתחם הענישה הנוהג הוא בין שישה לשמונה עשר חודשי מאסר בפועל.<sup>41</sup>

ב-2015 הפרקליטות החלה באכיפה אלטרנטיבית של עבירת ההסתה ברשתות. באופן אקטיבי, יחידת הסייבר של הפרקליטות פונה לבעלי הרשתות בדרישה להסיר פרסומים מסיתים, בכפוף ל"כללי הקהילה"

<sup>31</sup> בג"ץ 2684/12 התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' סא לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2015). (להלן: עניין "תורת המלך")

<sup>32</sup> להרחבת הדיון ראו עניין תורת המלך ועניין אלבה.

<sup>33</sup> דני"פ 8613/96 מוחמד יוסף ג'בארין נ' מדינת ישראל, נד(5) 193 (2000) (להלן: עניין ג'בראן)

<sup>34</sup> ההתייחסות הייתה לסעיף 4(א) פקודת מניעת טרור, החוק שקדם לחקיקה הקיימת היום.

<sup>35</sup> עניין ג'בראן, לעיל הי"ש 32, 207-208.

<sup>36</sup> חוק המאבק בטרור תשע"ו-2016

<sup>37</sup> ברק ארז וזכריה, לעיל הי"ש 21, 581-582.

<sup>38</sup> ת"פ (שלום י-ם) 44725-12-14 מדינת ישראל נ' עומר שלבי (2015) (להלן: עניין שלבי).

<sup>39</sup> אושרת שהם "חיים ומוות ביד המקלדת – על המאבק בהסתה ברשתות החברתיות" משפט מפתח 4, 149, 152.

<sup>40</sup> שם, 149.

<sup>41</sup> מתוך סקירה של פסקי הדין שבהם הרשיעו בגין הסתה ברשתות החברתיות, ביניהם: ת"פ (שלום י-ם) 44920-12-14 מדינת ישראל נ' אברהם עאבדין פס' 11 (2015); מ"ת (שלום י-ם) 44852-12-14 מדינת ישראל נ' נאסר הדמי (2014); ת"פ (מחוזי י-ם) 31351-12-14 מדינת ישראל נ' יצחק גבאי (2015).

שקבעו הרשתות עצמן. הבקשות לא מלוות בהגשת כתבי אישום. במהלך שנת 2021, הוגשו 5,990 בקשות, כאשר 82% מהן הובילו להסרת הפרסום.<sup>42</sup>

בשנים 2016 ו-2018 הונחו על שולחן הכנסת הצעות חוק העוסקות בהסרת פרסומים מסיתים, כאשר אחד התמקד בעבירות הסתה לטרור,<sup>43</sup> ואילו השני בכלל עבירות הביטוי, לרבות ההסתה.<sup>44</sup> מטרת ההצעות הייתה להטיל את האחריות על פרסומים מסיתים על בעלי הרשתות, באמצעות דרישה מהן לבצע ניטור אקטיבי ולהסיר פרסומים מסיתים, או באמצעות מתן צו הדורש הסרת פרסום. החוקים הכילו הטלת קנסות כספיים על מתווכי התוכן במידה שלא יוסרו במועד הדרוש. החוקים נועדו לסייע בהתמודדות עם גל טרור של יחידים, מתוך תפיסת הרשתות כזירה משמעותית לשיח ללא כל פיקוח. עם זאת, החוקים לא עברו בשל מחאה ציבורית על הגבלת חופש הביטוי.

### 2.5. האיזון הקיים בין חופש הביטוי לשלום הציבור

הזכות לחופש הביטוי אומנם לא כתובה במפורש בחוק הישראלי, אך היא הוכרה כזכות יסוד עליונה, ומעמדה התחזק עם חקיקת חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו.<sup>45</sup> חופש הביטוי מהווה אמצעי להגיע לאמת, ובעל תפקיד מהותי וחיוני בהגשמתו העצמית של האדם ובקיומו של משטר דמוקרטי.<sup>46</sup> מכוח חשיבותו העליונה, חופש הביטוי הוא גם החופש לבטא דעות מסוכנות, סוטות ומרגיזות.<sup>47</sup> במקרים של התנגשות בין חופש הביטוי לסדר הציבורי, וכשמוכחת אפשרות ממשית לפגיעה בשלום הציבור, הסדר הציבורי מקבל עדיפות.<sup>48</sup> ככלל, הדין הישראלי מייצר מגבלות נרחבות יחסית על ביטויים המסיתים לטרור ולגזענות, והגבלת ביטויים המסיתים לאלימות נדרש מבחן הסתברותי.

## 3. הדין בבריטניה

חוק התקשורת הבריטי מתייחס באופן ספציפי להעברת מסרים פוגעניים ברשת, האוסרים על שימוש ברשת ציבורית לשליחת הודעות פוגעניות, מגונות, או מאיימות.<sup>49</sup> עם זאת, הוא לא מכיל התייחסות ברורה לעבירת ההסתה ברשת, ועיקר תכלית החוק היא איסור על הטרדה ופגיעה ישירה ברשת.

### 3.1. הסתה לביצוע עבירה כללית

חוק Serious Crime Act 2007, חולל מהפכה בדין הבריטי, מאחר שהוא מכיל עבירות רבות שהערך המוגן שלהן הוא מניעת ביצוע עבירות. בתוך כך, החוק אוסר על פעולות שעלולות לעודד או לסייע בביצוע עבירה, ודורש כוונה לעשות כן.<sup>50</sup> בסעיף נוסף, החוק אוסר ביצוע פעולות שיכולות לעודד או לסייע לאחרים בביצוע עבירה, תוך שלילת יסוד הכוונה, והחלפתה באמונה של המסית שהעבירה תתבצע בעקבות פעולותיו.<sup>51</sup> עונשו של המסית זהה לעונש על ביצוע העבירות אליהן הסית.<sup>52</sup>

<sup>42</sup> משרד המשפטים, פרקליטות המדינה סיכום שנה (2021), 56-59.

<sup>43</sup> הצעת חוק הסרת פרסום הסתה שהתפרסם ברשת החברתית המקוונת, התשע"ו-2016.

<sup>44</sup> הצעת חוק למניעת ביצוע עבירות באמצעות פרסום באינטרנט (הסרת תוכן), התשע"ח-2018.

<sup>45</sup> חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

<sup>46</sup> מדינה, לעיל ה"ש 5, 440-445.

<sup>47</sup> עניין אלבה, לעיל ה"ש 19, פסי' 24 לפסק דינו של השופט ברק.

<sup>48</sup> שם, פסי' 42 לפסק דינו של השופט מצא.

<sup>49</sup> Communications Act 2003, c.127.

<sup>50</sup> Serious Crime Act 2007 c. 44.

<sup>51</sup> שם, 45§, 46§.

<sup>52</sup> שם, 58§.

בדין הבריטי מתחם ענישה חמור מהדין הישראלי, והתייחסות לתחום הסתה כללי, שלא קיים בישראל. הסעיפים הללו מדגישים את היסוד הנפשי של המסית ומפרטים את מהותו.

### 3.2. איסור על פשעי שנאה

#### עבירת ההסתה לגזענות

החוק Public Order Act, 1986<sup>53</sup> מגדיר "שנאה גזעית" כשנאה כלפי קבוצת אנשים המוגדרים לפי צבע, גזע, לאום או מוצא אתני או לאומי.<sup>54</sup> החוק קובע שאדם מסית לשנאה אם הוא משתמש במילים, מציג חומרים, או נוקט בהתנהגות מאיימת, פוגענית או מעליבה, בין אם הוא פועל מתוך מטרה לעורר שנאה גזעית, ובין אם שנאה גזעית צפויה להתסיס כתוצאה מכך.<sup>55</sup> סעיף נוסף אוסר על פרסום או הפצה של חומרים מתוך כוונה לעורר שנאה גזעית, או שצפויים לעורר שנאה כזאת,<sup>56</sup> וקובע דרישת יסוד נפשי של מודעות.

החוק מפריד בין עבירה שנעשית מתוך כוונה, בדומה לניסוח העבירה בישראל, לבין עבירה מבלי דרישת יסוד כוונה, ועם דרישה למבחן הסתברותי, ניסוח שלא קיים בחוק הישראלי. כמו כן, החוק הבריטי מתמקד ב"גרימת שנאה".

#### פשעי שנאה על רקע דתי ועל רקע נטייה מינית

החוק אוסר על שימוש במילים או בהתנהגות מאיימות, ועל הצגת חומר כתוב מאיים, מתוך כוונה לעורר שנאה על רקע דתי,<sup>57</sup> או על רקע נטייה מינית.<sup>58</sup> החוק אוסר על פרסום, הפצה, והצגת תמונות, מילים או התנהגות מאיימים מתוך כוונה לעורר שנאה, והוא חל על מקומות ציבוריים ופרטיים, למעט בתוך ביתו של אדם.<sup>59</sup> סעיפים אלה מפורטים, ומכילים התייחסות לדרכים השונות להפצת שנאה, באופן שהופך אותם לרלוונטיים לאופי השיח המתנהל ברשתות.

בשונה מעבירת הגזענות, עבירה זו דורשת תמיד יסוד של כוונה, שאופי הפרסום יהיה מאיים, ואין בה חלופה של מבחן הסתברותי. בנוסף, המחוקק ראה לנכון להדגיש בעבירות אלה את החשיבות בשמירה על חופש הביטוי, ולהבהיר שמותר לקיים דיון ביקורתי בנושאים אלה, גם אם הוא פוגעני או מעליב.<sup>60</sup> העונש המירבי על עבירות הסתה אלה הוא 7 שנות מאסר וקנס כספי.

### 3.3. עבירת ההסתה לטרור

חוק Terrorism Act 2006 מכיל עבירות שמטרתן לסייע במניעת פעולות טרור. החוק מגדיר "עידוד טרור" כהסתה ישירה או עקיפה לביצוע מעשה טרור, וקובע כי פרסום, הפצה, או הצהרה המעודדים אחרים לבצע פעולות טרור, מתוך כוונה לעשות כן, מהוות עבירה.<sup>61</sup> בנוסף, החוק קובע עבירה של "הפצת פרסומי טרור", הדורשת יסוד של כוונה, וכוללת פרסום, הפצה או החזקה של חומרים המקדמים או מהללים טרור. כלל עבירות ההסתה דורשות אישור מטעם התובע הכללי לפתיחת הליכי חקירה, בדומה לישראל.

<sup>53</sup> Public Order Act, 1986.

<sup>54</sup> שם, §17.

<sup>55</sup> שם, §18.

<sup>56</sup> שם, §19.

<sup>57</sup> שם, §29A.

<sup>58</sup> שם, §29B.

<sup>59</sup> שם, §29C ; §29G.

<sup>60</sup> שם, §29J.

<sup>61</sup> Terrorism Act 2000 c. 1.



### 3.4. מדיניות התביעה בבריטניה

אמנם דיני ההסתה לא מתייחסים מפורשות להסתה ברשתות, אך לשירות התביעה של ה-CPS, מדיניות כתובה ומפורטת ביחס לאכיפת עבירות אלה.

ה-CPS מפרסם הנחיית אכיפה משפטית בתחום הסייבר, המתייחסת לפשעי הפצת השנאה ברשת.<sup>62</sup> בהנחיות העדכניות,<sup>63</sup> נכתב כי במקרים של פשעי שנאה ברשת, על התביעה להעניק משקל משמעותי לשמירה על שלום הציבור. כמו כן, הובהר כי במקרה שפרסום מבוסס על דעות קדומות בנוגע למאפיינים כגון מוצא, מגדר, נכות, גיל, דת או נטייה מינית, יש בכך כדי לחזק ההחלטה להעמיד לדין. נוסף על כך, ה-CPS מפרסם דוחות מפורטים על מדיניות אכיפת פשעי השנאה בכלל, לרבות פירוט יסודות העבירה ואפיון פשעי השנאה המקוונת באופן בהיר ובליווי גרפים, במטרה לייצר בהירות בנושא גם עבור האזרחים.<sup>64</sup>

בדוח נוסף של ה-CPS העוסק בפשעי שנאה על רקע גזעני באופן ספציפי,<sup>65</sup> צוין כי האיסור על ההסתה לגזענות לא מפר חופש הביטוי, אלא מבטא איזון בין הגנה עליו לבין שלום הציבור. בין 2017-2018 נרשמה עליה של שני שלישים באחוזי ההרשעות בגין "פשעי שנאה" בבריטניה.<sup>66</sup>

### 3.5. הצעת חוק "הבטיחות המקוונת" – Online Safety Bill

בימים אלה, אחד החוקים המשמעותיים בנושא ההסתה ברשתות נמצא בשלבי עריכה אחרונים, וצפוי להיכנס לתוקף בקרוב ולשנות דרמטית את המצב המשפטי הקיים בבריטניה ביחס להפצת תכנים מסיתים ברשתות.<sup>67</sup>

החוק יקבע את הקמתו של גוף רגולטורי עצמאי שיעסוק בבטיחות המקוונת, ומתמקד בהטלת אחריות על מתווכי התוכן; הוא יחייב את מתווכי התוכן להצמיד אזהרות תוכן על פרסומים מסוימים ולעמוד בדרישות הרשויות להסרת פרסומים מסוימים, כאשר אי עמידה בדרישות תגרור קנסות משמעותיים. כמו כן, החוק כולל קודים מחייבים ביחס להגדרת פרסומים כבלתי חוקיים, מטיל חובה על מתווכי התוכן לייצר פלטפורמות יעילות לדיווח משתמשים, וקובע חובת שקיפות של פלטפורמה זו עם הרשויות. החוק מזכיר את הצעות החוק שהונחו על שולחן הכנסת בישראל והוזכרו בפרק הדין הנוהג, אך מהווה חוק מפורט וארוך מהם בהרבה.

## 4. דיון ביקורתי

### 4.1. המבחן ההסתברותי

ככלל, בעבירות הביטוי הפסיקה פיתחה שני מבחנים. הראשון – מבחן הכוונה, המתמקד ביסוד הנפשי, ללא צורך בבחינה קונקרטי של השאלה האם הביטוי אכן יכול להוביל למעשה. השני – מבחן אפשרות ההתממשות, המתמקד ביסוד העובדתי, בו על בית המשפט לפסוק מהי רמת הסבירות שהביטוי יוביל אחר לבצע מעשה אסור, או ייטע רעיונות גזעניים בקרב הציבור.<sup>68</sup>

<sup>62</sup>CPS, Social Media and other Electronic Communications, (2023)

<sup>63</sup> נכון לעת כתיבת עבודה זו, ההנחיות מעודכנות לינואר 2023.

<sup>64</sup>CPS, Hate Crime Matters (2022)

<sup>65</sup>CPS, Racist and Religious Hate Crime - Prosecution Guidance (2022)

<sup>66</sup> זהו הכינוי הבריטי לפשעי הסתה לגזענות והסתה לשנאה על רקע דתי או על רקע נטייה מינית.

<sup>67</sup> Online Safety Bill (2023)

<sup>68</sup> אלון הראל, "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות ההתממשות של נזק': חשיבה מחודשת" משפטים ל' 69

בהחלת המבחן ההסתברותי ביחס לגזענות קיימת בעיה של סתירת לשון החוק.<sup>69</sup> כמו כן, המבחן עלול להטיל נטל הוכחה כבד מדי על התביעה, שיגרור פגיעה באכיפה. בנוסף, ניתן לדחות את המבחן מבחינה ערכית, בקביעה שהערך המוגן בעבירה הוא "הדיבור הגזעי גופו", מתוך גישה שתפיסות גזעניות מזיקות לחברה בעצם היותם מפורסמות, ולא שאלת ההסתברות שהפרסום יוביל למעשה.<sup>70</sup> מנגד, כדי לנקוט גישה הפוטרת מכל מבחן הסתברותי, יש להצביע על נזקים ישירים מהביטוי. גם הגישה לפיה הדיבור הגזעני בעצמו מזיק, נעוצה בסופו של דבר בתפיסה שהוא פוגע בכבוד האדם, במעמד חברתי של אותה קבוצה, ועוד. בסופו של דבר, כל קביעה שכזאת משיבה אותנו למבחן ההסתברותי, שכן כל אחת מהתוצאות הללו לא מותנית בביטוי עצמו, אלא בניבות שבהן נאמר ובמציאות שתושפע ממנו, ומה משמעותו של איסור ביטוי אם הוא נעדר כל אפקטיביות?<sup>71</sup>

על כן, אמנם המבחן ההסתברותי מעורר קשיים, אך דומני שאי אפשר בלעדיו. עם זאת, המחלוקות שנידונו לעיל ביחס לקיומו של המבחן ההסתברותי בהסתה לגזענות, אכן מרוחקים מלשון החוק, מה שמייצר דין בפועל שהוא שונה מהדין הכתוב, כפי שיפורט להלן.

#### 4.2. עמימות לשון החוק והשפעתה על הדין ברשתות החברתיות

עיון בפסקי הדין השונים חושף גיוון רחב בהחלטות בית המשפט בסוגיות ההסתה, שעשוי להצביע על חוסר עקביות בהחלטות, או לכל הפחות מורכבות המייצרת עמימות ביישום החוק.<sup>72</sup> העמימות חריפה בעיקר ביחס לעבירת ההסתה לגזענות, בה לחלף הלכות ברורות ביחס ליסודות העבירה, להחלת כלל הצפיות, לערך המוגן, ואף לתחולת חריג הדת.<sup>73</sup>

מטבע הדברים, עמימות בחוק מובילה למרחב פעולה רחב יותר לבתי המשפט ולתביעה, מה שעלול להוביל לאכיפת יתר, או לאפקט מצנן על משתמשי הרשת, שאין באפשרותם לדעת איזה ביטוי אסור וייתכן שיימנעו מהתבטאויות מותרות בשל כך. כמו כן, עמימות שכזו עלולה להוביל לאי-שוויון באכיפה מכוח הטייות, שעלולות אף להיות בלתי מדעות, מצד המערכת באכיפה.<sup>74</sup>

בנוסף, לא קיימת הנחיית מדיניות מטעם היועץ המשפטי לממשלה ביחס להחלת הדין על ההסתה ברשתות. גם קיימת מדיניות כתובה, הרי שהיא לא שקופה. כיצד נוכל לצפות ממשותמשי הרשת לדעת מהו ביטוי בלתי חוקי ברשת? ייתכן שנדרש מרחב פעולה דינאמי לפרקליטות כדי להתמודד עם עבירות במציאות משתנה כמו זן המקוונת, אך דומני שהמצב כיום משקף התנהלות לפי מדיניות לא שקופה של הפרקליטות, שלמעשה מנחה את בתי המשפט, ומגיעה עד כדי סתירה לעקרון החוקיות במשפט הפלילי.

#### 4.3. חקיקה ייעודית לרשת?

לכאורה, ראוי לייצר חקיקה מותאמת לעידן האינטרנט, שיש בכוחה לפתור את העמימות הגוברת בהקשר זה, ולהוות דין מפורט וברור. בכוחו של המחוקק לערוך הליך רציני ומורכב ולשקול את מלוא השיקולים הרלוונטיים לדין ברשת. עם זאת, ספק אם יהיה זה רלוונטי שהמחוקק יעסוק בתחום ספציפי, שעוד צפוי להשתנות בשנים הקרובות. תוכנות בינה מלאכותית דוגמת ChatGPT, המתחילות לחולל מהפכה של ממש בעולמנו, ממחישות כעת את קצב ההתקדמות הטכנולוגית שעוד צפויה לנו בחודשים הקרובים, וספק אם

<sup>69</sup> עניין אלבה, לעיל הי"ש 19.

<sup>70</sup> הראל, לעיל הי"ש 67, 79-82.

<sup>71</sup> שם.

<sup>72</sup> הראל, לעיל הי"ש 68, 71.

<sup>73</sup> קרמניצר, לעיל הי"ש 26, 119-123.

<sup>74</sup> נשמעו טענות על כך לאחרונה במספר הרשעות בגין הסתה ברשתות חברתיות, אך בית המשפט דחה טענות אלה.

חקיקה ייעודית לרשתות חברתיות תיוותר רלוונטית לזמן רב. דוגמה למקרה בו חוק איבד ממשמעותו בעקבות התפתחות טכנולוגית היא חוק המחשבים, שהפך לא רלוונטי במהרה.<sup>75</sup>

## 5. דין ראוי

### 5.1. הבהרת עבירת ההסתה לגזענות בחוק

כפי שעולה מהפרקים הקודמים, לשון החוק לא מספיק ברור בעבירת ההסתה לגזענות, מה שמותיר מרחב פעולה רחב לבתי המשפט, בייחוד כשמדובר בעבירות הסתה ברשתות חברתיות, אשר לגביהן אין הלכות ברורות וישירות. לאור מגמה גוברת של הסתה על רקע גזעני ברשתות החברתיות, והעמימות הנדונה בהקשר החוקי, ראוי שהמחוקק ידייק את לשון החוק, ויגדיר בו את הערכים המוגנים ואת יסודות העבירה בבירור.

הצעתי היא לפרק את העבירה לשתי קטגוריות; הראשונה תאסור על פרסום תוכן גזעני **מתוך מטרה** להסית לגזענות, ותקבע שיש להחיל עליה את כלל הצפיות. השנייה תאסור על פרסום דבר שעל פי תוכנו והנסיבות שבהן פרסם **יש אפשרות ממשית** שיוביל לביצוע מעשי שנאה גזעית. פיצול העבירה תאפשר ביטוי לשני הערכים המוגנים שנדונו, שגם אותם יש לעגן מפורשות. כמו כן, הכנסת המבחן ההסתברותי ללשון החוק תאפשר להשתמש בו מבלי להישען על פרשנות תכליתית מרחיקת לכת.<sup>76</sup> בעיניי, חוק כזה יאפשר איזון בין הגישות השונות שהושמעו בפסיקה, ויקדם בהירות בכול הנוגע לעבירה.

אני גם רואה לנכון שהמחוקק יבהיר את סעיף חריג הדת, כדי להימנע ממדיניות דה-פקטו של "פטור דתי" להסית לגזענות.

### 5.2. הוספת סעיף שיתמודד עם הסתה כלפי קבוצות נוספות

בדומה לחוק הקיים בדין הבריטי,<sup>77</sup> אני מציעה שהמחוקק יוסיף סעיף לחוק, שיהיה דומה בתוכנו לסעיף האוסר על הסתה לגזענות, ויאסור על הפצת שנאה על רקע נטייה מינית, ועל רקע דת או אמונה דתית. אמנם מדובר בנושאים רגישים במיוחד בשיח הציבורי, וניתן לטעון שמפאת אופי השיח המתלהם הקיים בנושאים אלה היום ברשתות, הוספת הקטגוריות הללו עלולות להוביל לפגיעה חמורה מדי בחופש הביטוי. על כן, אני מציעה לדרוש יסוד של כוונה, בדומה לעבירה המקבילה בדין הבריטי. כמו כן, ייתכן שיש להוסיף בעבירה זו הבהרה בלשון החוק ששיח פוגעני הוא מותר, ולשים דגש על אופי מאיים ומסית של השיח.

הוספת קטגוריית הדת והנטייה המינית תאפשר בסיס להתמודדות טובה יותר עם ההסתה כפי שהיא נראית היום ברשתות, שכן מדובר בשתי קבוצות שמתקיימת כלפיהם הסתה נרחבת היום. הוספת קטגוריית ההסתה על רקע נטייה מינית אולי אף תאפשר מעין תיקון חברתי כלפי קבוצת הלהט"בים, שסבלו מהסתה ממוסדת במשך שנים רבות לאורך ההיסטוריה.

### 5.3. פרסום מדיניות תביעה

לאור השיקולים שהועלו בדבר חקיקה ייעודית לרשת, אני סוברת שאין לחוקק חוק ייעודי להסתה ברשתות החברתיות. דיוק לשון החוק יוכל לסייע בהתמודדות עם התופעה, אך זה לא יספיק כדי לייצר בהירות בנוגע לעבירות ההסתה ברשתות. חידוד לשון החוק מחד, ופרסום בהיר של מדיניות אכיפה מטעם הביעה מאידך, עשויים להוביל לתוצאה הרצויה. חידוד לשון החוק שנידון לעיל יוכל להכווין בצורה טובה יותר את התביעה

<sup>75</sup> חוק המחשבים תשנ"ה-1995

<sup>76</sup> הרדוף, לעיל ה"ש 2, 137.

<sup>77</sup> ראו לעיל בפרק "הדין הבריטי".

בהחלת הדין הקיים על ההסתה ברשתות, ופרסום מדיניות תביעה ברורה תסייע ביצירת מעין גשר בין החוק למציאות המשתנה במהירות, באופן דינאמי וגמיש.

בדומה לפעולות ה-CPS בבריטניה, אני ממליצה שהיועצת המשפטית לממשלה תפרסם הנחיות מפורטות בנושא, שיכילו את השיקולים השונים בהחלטה על פתיחה בחקירה, ומהן אותן "נסיבות" אותן יש לבחון בבחינת "ההסתברות הממשית". בנוסף, אתר אינטרנט בהיר שיכיל מידע מפורט בנושא, לצד מסמכי הנחיות לתביעה, יוכלו להבטיח יישור קו באכיפה, כמו גם לרתום את האזרחים למאבק בהסתה בחד, ולהימנע מיצירת אפקט מצנן שיפגע בחופש הביטוי מאידך.

## 6. סיכום

לסיכום, נראה שהמציאות החדשה ברשתות החברתיות מעלה את שאלת האיזון בין חופש הביטוי לשלום הציבור מחדש, ומציבה לשאלה זו אתגרים מסוג אחר. מחד, הרשתות החברתיות מעלות את חופש הביטוי על נס, ומאידך, מאפשרות קידום נגיש יותר לביטויים מסיתים המסכנים את שלום הציבור.

המציאות השתנתה מאוד בשנים האחרונות. במסגרת העבודה, ראינו כי חוק המאבק בטרור מהווה חוק מפורט יותר שמאפשר גם התמודדות טובה יותר עם עבירות ההסתה ברשתות. עם זאת, ניסוח עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות לא שונו בשנים האחרונות, ומדיניות התביעה באכיפת ההסתה ברשתות על כלל עבירות ההסתה לא ברורה.

לטענתי, יש להכניס תיקונים ללשון החוק באופן שיאפשר התמודדות טובה יותר עם תופעת ההסתה ברשתות. לצד זאת, קיימת בעייתיות בהחלת דינים ייעודיים ברשתות החברתיות, ולכן יש משמעות חשובה לפרסום מדיניות תביעה ברורה, שעשויה להוות גשר בין לשון החוק למציאות המשתנה.

בין שני ערכים חשובים ומהותיים כמו חופש הביטוי ושלום הציבור, על הדין להיות ברור יותר. אין "פתרון קסם" של חוקים שיהיו ספציפיים עד כדי החלה פשוטה שלהם על המציאות המשתנה במהרה, אך דומה כי התעלמות המחוקק מזירה כה משמעותית בחיינו אינה ראויה, ואף עולה כדי סתירה לעקרון החוקיות במשפט הפלילי.

## רשימה ביבליוגרפית

### מקורות ישראליים

- חוקים ותקנות
  1. חוק העונשין תשל"ז-1977
  2. חוק המאבק בטרור תשע"ו-2016
  3. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- פסיקה
  1. 16/01 סיעת ש"ס – התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' חבר-הכנסת אופיר פינס-פז סגן יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, נה(3) 159 (2001)
  2. רע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' מיכאל בן חורין (2011)
  3. ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, נ(5) 221 (1996)
  4. בג"ץ 2684/12 התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (2015)
  5. דנ"פ 8613/96 מוחמד יוסף ג'בארין נ' מדינת ישראל, נד(5) 193 (2000)
  6. ת"פ (שלום י-ם) 44725-12-14 מדינת ישראל נ' עומר שלבי (2015)
  7. ת"פ (שלום י-ם) 44920-12-14 מדינת ישראל נ' אברהים עאבדין (2015)
  8. מ"ת (שלום י-ם) 44852-12-14 מדינת ישראל נ' נאסר הדמי (2014)
  9. ת"פ (מחוזי י-ם) 31351-12-14 מדינת ישראל נ' יצחק גבאי (2015)
  10. בש"פ 537/95 עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995).
  - 11.
- ספרים
  1. אסף הרדוף, הפשע המקוון (2010)
  2. דפנה ברק-ארז ודודי זכריה, "הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות" ספר אליהו מצא, 555, 559.
  3. ברק מדינה, דיני זכויות האדם, מיכאלה קלי 2016.
  4. אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב (2014).
  5. ראם שגב חופש הביטוי: הצדקות וסייגים (2008).
  6. בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).
- מאמרים
  1. חיים ויסמונסקי "אכיפה אלטרנטיבית של עבירות ביטוי במרחב הסייבר" משפט צדק! ההליך הפלילי בישראל - כשלים ואתגרים, 691, אלון הראל, 2017
  2. יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129 (1995).
  3. מרדכי קרמניצר, "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות'" משפטים ל' 105 (תשנ"ט-תש"ס)
  4. אילנה דייך-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ(2) 377 (1996).
  5. אלון הראל, "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות ההתממשות של נזק': חשיבה מחודשת" משפטים ל' 69
- שונות

1. הצעת חוק העונשין (תיקון מספר 66) התשס"ב-2002.
2. משרד המשפטים, **פרקליטות המדינה סיכום שנה** (2021), 56-59
3. הצעת חוק למניעת ביצוע עבירות באמצעות פרסום באינטרנט (הסרת תוכן), התשע"ח-2018.
4. הצעת חוק הסרת פרסום הסתה שהתפרסם ברשת החברתית המקוונת, התשע"ו-2016.

#### מקורות לועזיים

1. Communications Act 2003, c.127
2. Serious Crime Act 2007 c. 44
3. Public Order Act, 1986
4. Terrorism Act 2000 c. 1
5. Online Safety Bill (2023)
6. Sohaa Khan, Storytime: *Social Media Leads to Violence*, The Journal of Diplomacy and International Relations
7. CPS, Social Media and other Electronic Communications, (2023)
8. CPS, Hate Crime Matters (2022)
9. CPS, Racist and Religious Hate Crime - Prosecution Guidance (2022)
10. Sohaa Khan, Storytime: Social Media Leads to Violence, The Journal of Diplomacy and International Relations