

דוקטרינת האפקט המצנן בחופש הביטוי: כרוניקה של אימוץ פזיז

מאת: יחיאל אורן *

מאמר זה מתפרסם במסגרת [תחרות כתיבה](#) בנושא "מבט ביקורתי על סוגיות במשפט הציבורי בישראל", שאירגן תא משפט וחירות בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בשנת תשפ"א. מאמר זה הוא הזוכה במקום השני (במשותף) בתחרות.

מבוא

"That may be the biggest chilling effect, is all the misinformation out there"

(Eric Carlson)

בעשורים האחרונים, נדמה כי אף דיון בפסיקה ובספרות בנושא חופש הביטוי ופגיעות שונות בו, אינו שלם ללא המושג "אפקט מצנן". מושג זה, המהווה תרגום של הניסוח האמריקאי "chilling effect", נהפך אמנם למטבע לשון מקובל במשפט הישראלי גם בהקשרים רבים בהם עוסק המשפט בהרתעה, אך השימוש בו בולט במיוחד בשאלות של חופש הביטוי.¹ מבחינה אנליטית, ניתן לאתר שלוש קטגוריות עיקריות של ביטויים ראויים להגבלה: ביטוי שקרי ומזיק (defamation), ביטוי תועבה (Obscenity), וביטוי העלול לגרור התנהגות מסוכנת (Incitement). מטבעה, הקטגוריה השלישית מורכבת במיוחד, שכן היא חלה על חופש הביטוי הפוליטי אשר זוכה במשפט הישראלי להגנה הנרחבת ביותר.² בעבודה זו אבקש לבצע ניתוח מעמיק לדוקטרינת האפקט המצנן, דווקא בהקשרים של הגבלה כזו, אותה אכנה "מגבלה על חופש הביטוי הפוליטי", תוך בחינת מידת התאמתה למשפט הישראלי. סדר הדברים יהיה כדלהלן: **בחלק א'** אבקש להגדיר במה בעצם עוסקת הדוקטרינה, ולהציג את היסודות התאורטיים העומדים בבסיסה; **בחלק ב'** אבקש להציג את אימוץ הדוקטרינה במשפט הישראלי, ובפרט בפרשת אבנרי העוסקת בחוק החרם, ואבקש לטעון כי שופטי פסק הדין יישמו את הדוקטרינה באופן פגום, וכי לאור העקרונות העומדים בבסיסה היא כלל אינה מותאמת למשפט הישראלי.

א. דוקטרינת האפקט המצנן

בשנת 1952, הופיעה לראשונה המילה "Chill" בפסיקת העליון האמריקאי בהקשר של חופש ביטוי,³ ובעשורים שחלפו לאחר מכן דוקטרינת האפקט המצנן הלכה וצברה תאוצה בפסקי דין

* תלמיד שנה ד' בתוכנית המשולבת למשפטים ופסיכולוגיה, האוניברסיטה העברית. תודה כנה לחברי ועדת הפרס, לפורום הישראלי למשפט וחירות ולקרן תקווה על התמיכה וההזדמנות להביא מאמר זה לפרסום. רשומה זו עובדה מתוך מאמר מורחב שיוגש בע"ה לפרסום עתידי.

¹ כך למשל, על פי חיפוש שנערך באתר נבו, כ-40% מכלל פסקי הדין שניתנו בבית המשפט העליון שהזכירו את המונחים "אפקט מצנן" או "chilling effect" עוסקים בחופש הביטוי.

² להלן ה"ש 23.

³ *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183, 195 (1952): "*Such unwarranted inhibition upon the free spirit of teachers affects not only those who, like the appellants, are immediately before the Court. It has an*

רבים.⁴ הדוקטרינה עוסקת בחשש שקביעת סנקציה על ביטוי מסוים תיצור הרתעה ש"תצנן" ביטויים באופן פסול. אולם בהיעדר ניתוח סדור, נעשה בדוקטרינה שימוש לא אחיד כשכלל לא ברור במה היא עוסקת.⁵ כעבור 26 שנה, נכתב מאמרו המכונן של Schauer,⁶ שביקש לנתח לראשונה באופן סדור את הדוקטרינה ואת הרציונליים העומדים מאחוריה.⁷

1. מהו אפקט מצנן?

ראשית, Schauer מבקש להגדיר למה אנו מתכוונים כאשר אנחנו מדברים על אפקט מצנן:

"The very essence of a chilling effect is an act of deterrence. [...] it is apparent that an individual may be deterred or an activity chilled by the threatened operation of virtually any penal statute or by the potential application of any civil sanction. Indeed, these regulating rules are designed to have this precise effect. [...] this comprehensive view of the chilling effect may be applicable where speech, broadly defined, is the regulated activity, but where there exists no constitutional barrier preventing such regulation. [...] Simply restricting the "chilling" concept to protected speech, however, does not sufficiently narrow the issue. A statute making criminal the publication of the collected works of Shakespeare, an ordinance prohibiting the advocacy of socialism, [...] would each deter individuals from participating in constitutionally protected activity. But we do not need any notion of a chilling effect to tell us that statutes which punish the unpunishable are unconstitutional and the Supreme Court does not need the chilling effect doctrine to so hold. In these instances of direct prohibition, the chilling effect adds nothing to the analysis; it is merely a truism to say that a statute

unmistakable tendency to chill that free play of the spirit which all teachers ought especially to cultivate and practice".

⁴ כך למשל (1963) 372 U.S. 539 (1963) Gibson v. Florida Legislative Investigation Comm., ; Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301 (1965)

⁵ כך למשל חלק מהמקורות התייחסו בפשטות לאופיין המצנן של סנקציות, חלקם דיברו על הבעייתיות בצינון של ביטויים מוגנים, וחלקם על החשש מהרתעת יתר. חוסר הסדר חגג גם סביב שמה של הדוקטרינה: לצד "chilling effect doctrine", ניתן למצוא גם את הכינויים: "Deterrent effect", "Overbreadth Doctrine", ויעוד.

⁶ Frederick Schauer, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the "Chilling Effect"*, 58 B.U. L. Rev. 685 (1978). (להלן: Schauer):

⁷ שם, עמ' 689: "I propose to start with the simplest ideas in analyzing just what we call a 'chilling effect'. There is a tendency for the term to be so loosely employed that meticulous dissection and clarification are justified"

which unconstitutionally penalizes protected speech also chills such speech".⁸

כלומר, המחבר מציג את הנחת המוצא עליה אין עוררין, לפיה סנקציה יוצרת הרתעה. למעשה, זאת אחת ממטרות הסנקציה. לאור זאת, כמובן שאם חוק מסוים מבקש להטיל סנקציה על ביטוי מוגן, הרי שהדבר יהווה פגיעה אסורה בחופש הביטוי, ואילו אם הוא מבקש להטיל סנקציה על ביטוי שאינו מוגן (למשל פורנוגרפיה קשה), הדבר יהיה לכאורה מותר. לדברי המחבר, צינור זה הוא טריוויאלי ואינו מקים קושי חוקתי עצמאי. מהי אם כן דוקטרינת האפקט המצנן? דוקטרינה זו מצביעה על המקרים בהם נוצרת הרתעה של ביטוי מוגן. כמובן שהרתעה כזו יכולה להיווצר מהטלת סנקציה באופן ישיר על ביטוי מוגן, אך אין שום חידוש בעמידה על כך. אם כן, ההיבט העיקרי אשר בו עוסק המשך המאמר כולו, נוגע למקרים בהם מדובר בהרתעת יתר הנגזרת מסנקציה על ביטוי לא-מוגן:

we can set forth a tentative definition: A chilling effect occurs when individuals seeking to engage in activity protected by the first amendment are deterred from so doing by governmental regulation not specifically directed at that protected activity".⁹

2. הנחות היסוד לצינור

לאחר מכן, Schauer מבקש להגדיר את היסודות הלוגיים העומדים בבסיס הדוקטרינה, ולהמחיש את יישומה בעזרת המבחנים שאימצה הפסיקה האמריקאית לפגיעה בחופש הביטוי. לדבריו, דוקטרינת האפקט המצנן היא תוצר ישיר של שתי הנחות לוגיות. הראשונה היא **הנחת העמימות** (uncertainty).¹⁰ מדובר בהנחה עובדתית אקסיומטית, לפיה קיימת אי-וודאות מובנית ובלתי-נמנעת סביב כל חוק, בעוצמה משתנה.¹¹

ההנחה השנייה היא **עקרון הנזק השוואתי** (Principle of Comparative Harm).¹² בניגוד להנחת העמימות העובדתית, מדובר בכלל נורמטיבי, לפיו בהינתן העמימות המחייבת בחירה בין הרתעת יתר כתוצאה מקיומה של סנקציה לבין הרתעת חסר כתוצאה מהיעדרה, בהקשרים של חופש ביטוי, הרתעת יתר תגרום נזק גבוה יותר לאינטרס הציבורי. על כן במקרים שמעוררים חשש מאפקט מצנן, ראוי להימנע מהגבלה של ביטויים פסולים, על מנת שלא להגביל ביטויים לגיטימיים.¹³

למעשה, העיקרון הנגזר מהנחות אלו הוא שבמצבים של אי-וודאות, יש לייצר אזור-חיץ (Buffer Zone) שיספק הגנה אסטרטגית לביטויים פסולים מסוימים. המחבר מדגים כיצד ניתוח זה מסביר

⁸ שם, עמ' 689-693.

⁹ שם, עמ' 693.

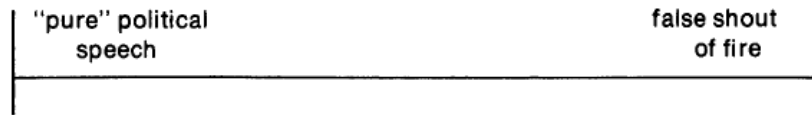
¹⁰ Schauer (לעיל ה"ש 6), עמ' 694.

¹¹ עוצמת אי-הוודאות מושפעת ממשנתים רבים, למשל עוצמת העונש, אופן הניסוח של החוק, וידעיותו המשפטיות של המתבטא.

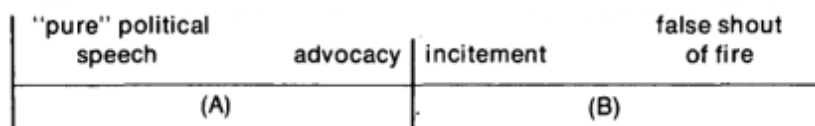
¹² שם, עמ' 701.

¹³ שם, עמ' 704-705.

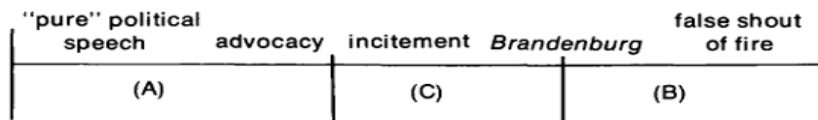
את המבחנים שנקבעו במשפט האמריקאי להגבלת חופש הביטוי.¹⁴ נדמיין ציר אשר בצידו האחד נמצא ביטוי לגיטימי במובהק, ובצידו השני נמצא ביטוי פסול במובהק, למשל צעקת "אש" בתיאטרון הומה:¹⁵



מנקודה מסוימת על הציר, מבחינה מהותית ביטויים אינם זכאים להגנה. למשל, במשפט האמריקאי נקבע כלל,¹⁶ לפיו באופן עקרוני ההגנה ניתנת להבעת דעה, אך לא לקריאה לפעולה פסולה. אם כן, ביטויים מסוג A זכאים להגנה, ואילו ביטויים מסוג B אינם:



בשל העמימות שבכלל זה, עלולים להיפגע גם ביטויים מסוג A. בשל כך, ביהמ"ש קובע רף מחמיר יותר שימנע פגיעה זו. כך למשל, בפרשת Brandenburg,¹⁷ נקבע כי תישלל הגנה רק במקרים בהם מטרת הביטוי היא להביא לפעולה פסולה באופן קרוב לוודאי:¹⁸



כלומר, הלכת Brandenburg יצרה את אזור-החיץ C, המעניק הגנה אסטרטגית לביטויים לא מוגנים, כדי למנוע הרתעת היתר לביטויים מסוג A שזכאים להגנה של ממש.¹⁹

ב. הלכת אבנרי: האימוץ בישראל

במשפט האמריקאי חופש הביטוי מוגן באופן מוחלט בתיקון הראשון לחוקה, אלא שהוא אינו חל על כל סוגי הביטוי.²⁰ כלומר, החוקה קובעת תחולה "גיאוגרפית", אשר הביטויים הכלולים תחתיה זוכים להגנה כמעט מוחלטת, ואחרים אינם זוכים להגנה כלל.²¹ לעומתו, המשפט הישראלי מניח

¹⁴ שם, עמ' 705-725. התרשימים שלהלן מבוססים (חלקם בשינויים קלים) על תרשימים המצויים במאמר זה. המחבר מדגים את הדברים על שלושה סוגי ביטויים הראויים להגבלה, בהתאם לחלוקה שהצגתי במבוא.

¹⁵ דוגמה זאת לקוחה מפס"ד *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), ומובאת באופן מסורתי כמקרה הקיצון בו אין ספק כי אין לספק לביטוי הגנה. ראו גם **אבנרי**, (הלן ה"ש 25), פסקה 23 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

¹⁶ *Yates v. United States*, 354 U.S. (1957).

¹⁷ *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969).

¹⁸ "*directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action*"

¹⁹ כאמור, התרשים לקוח ממאמרו של Schauer, אך כמדומני שההצגה כאן עשויה להטעות: בניגוד לאופן בו נראה הגרף, השטח החדש לו קראנו C נמצא כולו בשטח שבעבר השתייך לאזור B, ואינו נוגס כלל בשטח A.

²⁰ Kathleen Ruane, *Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment* CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2014)

²¹ אמנון רייכמן, "קול אמריקה בעברית: פנייתו של בית-המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" **משפט, חברה ותרבות: שקט, מדברים!** 185, 189 (תשס"ו)

כי חופש הביטוי חל באופן עקרוני על כל ביטוי, אלא שהיקף ההגנה אינו מוחלט ונקבע ב"נוסחאות איזון" במקרה של התנגשות עם ערכים שונים.²² כך למשל ביטוי פוליטי זוכה להגנה הנרחבת ביותר,²³ ונקבע כי לגביו תותר הגבלה כאשר קיימת ודאות קרובה שהביטוי יוביל לפגיעה משמעותית באינטרס הגובר על חופש הביטוי.²⁴

אולם על אף שוני זה, אין בנמצא פקפוק בהתאמת הדוקטרינה למשפט הישראלי; כאמור, היא הוזכרה פעמים רבות בפסיקה הישראלית בהקשרים של חופש ביטוי, מבלי לנהל מעולם דיון מעמיק לגביה, או לבחון האם ראוי לאמץ אותה בישראל.

התייחסות מעמיקה ראשונה (ויחידה נכון לעכשיו), ניתן למצוא בפרשת **אבנרי**.²⁵ בשנת 2011 נחקק "חוק החרם",²⁶ לפיו גורמים שיקראו לחרם על ישראל או אזור הנמצא בשליטתה יהיו חשופים לסנקציות שונות.²⁷ כצפוי, כנגד החוק הוגשו עתירות רבות,²⁸ שנידונו בהרכב מורחב של תשעה שופטים. על פני למעלה ממאתיים עמודי פסק הדין, דנו השופטים בפגיעה הנגרמת לחופש הביטוי, והכריעו ברוב דעות להכשיר את מרבית סעיפיו תוך מחיקה של אחד הסעיפים,²⁹ ופרשנות מצמצמת לאחרים. הכרעה זו נשענה על עילת הבשלות,³⁰ ועל הקביעה שקריאה לחרם, בהיותה ביטוי כופה, אינה זכאית להגנה רחבה.³¹

לצד השאלה האם הגבלת קריאה לחרם מידתית, השופטים ייחסו משקל רב לדוקטרינת האפקט המצנן, שהוזכרה בדבריהם של שישה מתברי הרכב. ההתייחסות המרכזית הייתה בפסקי הדין של השופטים **עמית ודנציגר**, כאשר שנים התבססו בעיקר על מאמרו של Schauer.³² בין השאר, ניתן למצוא התייחסות מפורשת ראשונה לכך שאין מניעה מאימוץ הדוקטרינה, על אף השוני מהמשפט האמריקאי.³³

²² שם, עמ' 190.

²³ בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד 871ז (1953).

²⁴ שם. מעבר להסתה מפורשת לפעולות אסורות, במשפט הישראלי הוכרה דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת, לפיה במקרים קיצוניים במיוחד, ניתן לראות ביטויים פוליטיים החותרים תחת קיומה של המדינה כפסולים, גם ללא נקיטה או קריאה לפעולות אלימה (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט 365 (1965)). להרחבה, ראו ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור, שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327, 357 (2006).

²⁵ בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015) (להלן: **אבנרי**).

²⁶ החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן: "חוק החרם").

²⁷ סנקציות אלה הן בעלות אופי נזיקי ואופי מנהלי, אך לא בעלות אופי פלילי.

²⁸ לצד חוק החרם, נחקקו לאורך השנים חוקים דומים המבקשים להטיל סנקציות שונות על ביטויים פוליטיים קיצוניים, אך אם לא לאסור אותם מפורשות. כך למשל ניתן למצוא את "חוק הנכבה" (חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011), "חוק ההדחה" (חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44) וחוק הכנסת (תיקון מס' 43), התשע"ו-2016), ועוד, אשר מטילים סנקציות על נבחר ציבור וגופים בעלי תקצוב ציבורי אשר שוללים את זהותה של ישראל כיהודית ודמוקרטית. חוקים אלו נידונו גם הם בפסיקה: בג"ץ 5744/16 ע"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת (פורסם בנבו, 27.5.2018) בעניין חוק ההדחה, ובג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, [פורסם בנבו, 5.1.2012] בעניין חוק הנכבה. גם בפסקי הדין הללו הוזכרה דוקטרינת האפקט המצנן כשיקול, אולם תמיד כבדרך אגב ומבלי להעמיק במשמעותה של הדוקטרינה ובתוכנה.

²⁹ סעיף 2(ג) לחוק, הקובע שהקורא לחרם על פי ההגדרות שבחוק יחויב בפיצויים שאינם תלויים בהוכחת נזק, בגובה שיקבע ביהמ"ש בהתאם לנסיבות. מנגד לעמדה זו, הובאו דבריהם של השופטים הנדל, פוגלמן, דנציגר וגויבראן אשר כל אחד בדרכו סברו שיש פגם גם בסעיפים אחרים בחוק, היוצרים עוולה נזיקית בהוכחת נזק.

³⁰ **אבנרי** (לעיל ה"ש 25), פסקה 60 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

³¹ שם, פסקה 30.

³² כך למשל פסקה 28 לפסק דינו של השופט דנציגר, ופסקה 38 לפסק דינו של השופט עמית.

³³ שם, פסקה 52 לפסק דינו של השופט דנציגר: "ראוי לציין בהקשר זה כי בין שיטתנו המשפטית לזו האמריקאית קיימים הבדלים ניכרים בכל הקשור להיקף ההגנה על חופש הביטוי [...] לנוכח הבדלים אלו, ברי כי אין ליישם את הכללים האמריקאים כמות שהם. אולם, העקרונות ודרכי הניתוח שהוצגו רלוונטיים לענייננו. הם מאפשרים לנו לעמוד על האתגרים שאיתם התמודדה שיטת המשפט האמריקאית בקשר לחופש הביטוי, ויש בהם כדי לשפוך אור על נקודות הקושי הרלוונטיות".

מקריאה פשוטה של פסק הדין, עולה כי קיים פער בין השופטים השונים בנוגע לשאלה הפשוטה על מה בעצם מדובר. בעוד שהשופט עמית מציג בדומה לSchauer את האפקט המצנן כהרתעת יתר,³⁴ באופן מפתיע השופט דנציגר (וכמותו עולה גם מדברי השופטים פוגלמן והנדל), כולל בדוקטרינה גם את החשש מהרתעת הביטוי המוגבל עצמו, כלומר הקריאה לחרם עצמה:

"לטעמי, שני הפנים של חוק החרם – הפן הנזיקי והפן המנהלי – עלולים ליצור אפקט מצנן של ממש [...] עלות אפשרית נוספת זו עלולה לגרום להפחתת המוטיבציה להתבטא והיא אף עלולה לגרום, אצל מתבטאים פוטנציאלים מסוימים, להימנעות כליל מלהתבטא באופן ה'אסור'. [...] קיומו של אפקט מצנן במקרה דנן אינו ספקולטיבי כלל ועיקר. יצירתו של אפקט מצנן היא האמצעי העיקרי בו בחר המחוקק להגשמת תכליות החוק.³⁵ [...] האפקט המצנן מרתיע מתבטאים פוטנציאלים מלקרוא לחרם כהגדרתו בחוק, באופן המפחית את מספרם של מי שעשויים להביא את החוק לפתחם של בתי המשפט".³⁶

על אף שניתן להגות בהשערה לפיה ניתוחו החרגי של השופט דנציגר מכוון ונובע מעמדה עקרונית,³⁷ בחינה של המקורות עליהם הוא מתבסס בניתוחו מוליכה למסקנה הפשוטה יותר לפיה מדובר בעיקר מאי-דיוק ולא משוני מכוון; מעבר להתבססות על מאמרו של Schauer, השופט דנציגר מתבסס על שורה של פסקי דין בארץ ובארה"ב, אשר לעניות דעתי עוסקים כולם דווקא בחשש מפני הרתעת יתר. בשל קוצר היריעה לא ארחיב בכך, אך אציין כדוגמה למשל את פרשת דיין:³⁸

"שיקול מרכזי נוסף הוא החשש מפני הרתעת יתר, אשר תוביל מפרסמים להימנע גם מעשיית פרסומים נכונים. [...] כפועל יוצא מכך יימנע לא רק פרסום של מידע שלא הוכחה אמיתותו, אלא גם פרסומו של מידע אמיתי. שהרי, יש

³⁴ פסקה 38 לפסק דינו: "יש והמחוקק קובע הסדרים הפוגעים בחופש הביטוי של הפרט, אך תכלית ההסדר יכולה להיות ראויה, כמו חוק האוסר פרסום לשון הרע או חוק המגביל פרסומים העלולים להסית לאללימות. הסדרים אלו פוגעים בחופש הביטוי של הפרט, אך אין בפגיעה זו בעייתיות חוקתית כל עוד הפגיעה באותו ביטוי היא פגיעה מידתית. אולם הסדר שנועד להגביל ביטויים מסוימים עשוי להיות בעל השפעה מרתיעה אשר תגלוש מעבר לתחום ההתנהגות שכלפיה הסנקציה מכוונת, ולהרתיע ביטויים אחרים מעבר לכוונה המקורית של המחוקק. לדוגמה, חוק הקובע סנקציה אזרחית או פלילית בגין פרסום לשון הרע עלול להרתיע אנשים מלהביע דעתם מחשש שהפרסום עלול להתפרש כלשון הרע. [...] כאמור, דוקטרינת האפקט המצנן מתייחסת להרתעה הלא-מכוונת, קרי, השפעה מרתיעה אשר גולשת מעבר לתחומו של הביטוי כלפיו המחוקק התכוון, ומאפשרת פסילת ההסדר כולו בשל ההרתעה הלא-מכוונת (ה'אפקט מצנן')".

³⁵ שם, פסקה 29.

³⁶ פסקה 50 לפסק דינו של השופט דנציגר. כאמור הדברים עולים גם מדברי השופט פוגלמן (פסקה 3 לפסק דינו) והשופט הנדל (פסקה 8 לפסק דינו).

³⁷ לא ארחיב בעניין, אך בקציר העומר אעלה השערה לפיה בניגוד לשופט עמית הרואה כמקובל את דוקטרינת האפקט המצנן כהבחנה ריאליסטית-פסיכולוגית המבקשת לקחת בחשבון את אי הוודאות התמידי, דוקטרינת האפקט המצנן אליבא דהשופט דנציגר מהווה כלל נורמטיבי-משפטי, לפיו גם במקרים בהם בית המשפט מאפשר הטלת מחיר מסוים על התבטאות, אין פירוש הדבר שהוא מקבל בסלחנות את צמצום אותה ההתבטאות. במילים אחרות, המשמעות העולה מדבריו היא שלאור הדוקטרינה, זכותו של המחוקק לחוקק חוק המטיל עיצומים על קריאה לחרם כוללת רק את הזכות לגבות מחיר עבור הביטוי, אך זאת כל זמן שהסנקציה לא גורמת בפועל להגבלת הביטוי. לשון אחר, המחוקק רשאי "למכור" את הזכות לקרוא לחרם על המדינה תמורת מחיר, אך אינו רשאי להגבילה כלל. מעניין לציין כי שלושת השופטים שנקטו בעמדה זו במפורש, סברו כולם בדעת מיעוט כי יש לראות באופן חמור יותר את עצם הפגיעה בביטוי החרם עצמו, ובשל כך ראו פגם חוקתי בסנקציה המחייבת את המתבטא באחריות גם במקרים של נזק מוחשי וישיר.

³⁸ דני"א 2121/12 פלוני נ' דיין אורבך (פורסם בבנו, 18.9.2014), פסקה 55 לפסק דינו של השופט גרוניס

להניח כי במקרים רבים מידע שנבדק ביסודיות ובקפדנות הדרושות לא יתברר ככוזב. תוצאה בלתי רצויה זו היא, למעשה, מה שמכונה 'האפקט המצנן'³⁹.

ואכן, על אף שהשופט עמית אינו מבקר באופן ישיר את עמדתו של השופט דנציגר, ואינו עומד מפורשות על כך שהוא מציג ניתוח שונה, ניתן להניח שבחירתו להקדיש פרק שלם בפסק דינו לבירור משמעותו של מושג שזכה כבר להתייחסות נרחבת בפסק הדין, עשויה להעיד על חוסר שביעות רצון מהאופן בו הצטיירו הדברים, ורצון להעמידם על דיוקם.

אם כן, כבר בשלב זה של הניתוח ניתן לקבל את התחושה עד כמה אימוץ הדוקטרינה התבצע בחוסר זהירות, עד כדי כך שבפסק הדין היחיד שדן בנושא באריכות, לפחות שלושה מבין השופטים שגו לגבי השאלה הבסיסית במה בעצם עוסקת הדוקטרינה, כאשר גם שאר חברי ההרכב לא העמידו אותם באופן מפורש על טעותם. אך בהמשך דברי אבקש לטעון שקיימות השלכות מהותיות אף יותר לאימוץ פזיז זה. לטענתי, עצם הדיון בדוקטרינה בנסיבות הנידונות בפרשת אבנרי מצביע על שגיאה בתשתית התאורטית העומדת בליבה. בנוסף, לאור הבדלים בין שיטות המשפט, ייתכן שהדוקטרינה כלל אינה רלוונטית למשפט הישראלי.

1. אינפלציה של צינן

בהתאם לניתוח שמציע Schauer⁴⁰, דוקטרינת האפקט המצנן משפיעה על ניסוח הגבול שבין הביטוי המוגן לשאינו מוגן, בעזרת הוספת שלב שני להגנה החוקתית. ראשית, יש לבחון אילו ביטויים זכאים להגנה מבחינה נורמטיבית (להלן: הקו הנורמטיבי). לאחר מכן, בשל החשש מאפקט מצנן, יש להרחיק את הגבול בפועל מנקודה זו, בעזרת מתן הגנה אסטרטגית לביטויים נוספים שאינם זכאים להגנה (להלן: הקו האסטרטגי). על פי הדוגמה שהבאתי מן המשפט האמריקאי⁴¹, מבחינה נורמטיבית ההגנה מתפרשת רק על ביטויים שאינם מהווים קריאה לפעולה, אך מבחינה אסטרטגית קו הגבול הנקבע הוא מחמיר יותר, ומחייב כוונה שהביטוי יביא בוודאות קרובה למעשה. מבחינה אופרטיבית, משמעות הדברים היא שטענה לחשש מאפקט מצנן מקומה במקרים בהם המחוקק מטיל מגבלה בסביבת הקו הנורמטיבי. לעומת זאת, במקרים בהם מדובר המגבלה מלכתחילה מתבססת על הקו האסטרטגי, הרי שאין חשש מצינון. כאמור, הקו האסטרטגי נועד על מנת ליצור "אזור-חיץ" אותו ניתן לצנן בבטחה, ושאינו ראוי להגנה כשלעצמו.

אולם, קיימת סכנה שבשימוש שגוי דוקטרינת האפקט המצנן תיצור תגובה אינפלציונית. לאחר קביעת קו אסטרטגי למגבלות על חופש הביטוי, קו זה עלול לקבל בעיני השופטים והציבור אופי נורמטיבי, אשר בתורו יצור חשש חדש מצינון של ביטויים שמלכתחילה זכו להגנה אסטרטגית בלבד. כלומר, שופטים עתידיים יבחנו את הקו האסטרטגי כאילו הוא שמבחין מבחינה מהותית בין ביטוי מוגן לשאינו מוגן, ובהתאם יחמירו אף יותר את הסטנדרט מחשש לצינון. בכך, דוקטרינת

³⁹ דברים דומים עולים גם ביחס לשאר פסקי הדין. ראו בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014), פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי (פורסם בנבו, 4.8.2008), פסקה 61; רע"א 1104/07 חיר נ' גיל, פ"ד סג(2) 511, פסקה 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2009); ועוד. הדברים נכונים גם ביחס לפסיקה ולספרות האמריקאים עליהם מסתמך השופט דנציגר.

⁴⁰ כאמור בפרשת אבנרי מאמר זה היווה את התשתית העיקרית על מנת לעמוד על טיבה של הדוקטרינה. אם כך לא תהיה זו קפיצה לוגית להניח שגם בישראל דוקטרינת האפקט המצנן סומכת יתדותיה על התשתית התאורטית המוצגת, בפרט שלמעט הדיונים בפס"ד זה, הדוקטרינה התקבלה As Is מהמשפט האמריקאי ללא עיון מעמיק.
⁴¹ לעיל הי"ש 14-17 ובגוף המאמר.

האפקט המצנן תיצור בעצמה אפקט מצנן, ותייצר הרתעה מהגבלה גם במקרים בהם אין כל חשש מפגיעה בביטויים מותרים.

לטעמי פרשת אבנרי ממחישה היטב את החשש. על פי עמדת הרוב, ביטוי חרם נגד המדינה או מי מטעמה אינו זכאי להגנה מרחיבה, כלומר הוא עצמו ביטוי "לא מוגן".⁴² ובכל זאת, במסגרת ניסוח חוק החרם, המחוקק מלכתחילה הגדיר את קו הגבול להגבלה הרחק מעבר לקו הנורמטיבי, תוך שימת לב לחשש מאפקט מצנן.⁴³ כך למשל מעבר לניסיון להגדיר מפורשות מהו חרם באופן ברור ומצומצם,⁴⁴ החוק מעניק משקל משמעותי לשאלת היסוד הנפשי של הקוראים לחרם: החוק דורש כי הקריאה לחרם תהיה פומבית וביודעין,⁴⁵ ועבור חלק מהסנקציות נדרשת גם כוונת זדון לגרימת הנזק.⁴⁶ נקודה זו מצביעה בבירור על הטמעת החשש מאפקט מצנן, שכן כפי שנטען בספרות, הדרישה לידיעה או זדון בהקשרים של חופש ביטוי אינה רלוונטית לצורך הענקת הגנה מהותית לביטוי, אלא אך ורק לצורך הפחתת החשש מאפקט מצנן שעשוי להיווצר.⁴⁷ במילים אחרות, האיזונים שנקבעו במסגרת חוק החרם כבר מגלמים בתוכם את הצורך ליצור אזור-חיץ אסטרטגי להגנה על ביטויים מוגנים. אולם, נקודה זו לא הוזכרה כלל בדברי השופטים, אשר דנו בחשש מקיומו של אפקט מצנן כאילו מדובר בהסדר הסובב סביב הקו הנורמטיבי.

מהירי המחשבה שבקוראים עשויים לקפוץ בנקודה זו, ולהעיר שהניתוח אינו במקומו. הרי כאמור, בניגוד למשפט האמריקאי, המשפט הישראלי אינו מכיר בביטויים "מוגנים" וביטויים "לא מוגנים", אלא מחיל את חופש הביטוי על כל הביטויים, תוך הענקת הגנה יחסית לביטויים שונים בהתאם לאיזון הקונקרטי עם ערכים אחרים. לאור זאת, קשה עד בלתי אפשרי לבצע את הניתוח הדו-שלבי אותו הצגתי (קביעת הגבול הנורמטיבי ולאחר מכן קביעת הגבול האסטרטגי); ביטוי חרם אינו ביטוי "לא מוגן", אלא ביטוי "פחות מוגן", ועל כן ייתכן שהסייגים שקבע המחוקק להגבלתו אינם רק חלק מהרצון למנוע אפקט מצנן, אלא מהווים חלק מהאיזון הקונקרטי שהתבצע על מנת להגדיר את המגבלה כסבירה.

הסתייגות זו בהחלט מתקבלת על הדעת, אם כי לדידי אינה מאיינת את הקושי, אך אם נקבל אותה, הרי שהיא מובילה אותנו לבעיה שנייה ושורשית אף יותר, והיא שיתכן שלאור הבדל מהותי זה בין שיטות המשפט, דוקטרינת האפקט המצנן אותה מבנה Schauer פשוט אינה רלוונטית למשפט הישראלי.

⁴² שכן הוא מהווה מקרה מובהק יחסית של ביטוי הקורא לפעולה מזיקה.

⁴³ הדברים עולים מפורשות מפרוטוקול הוועדה שדנה בחוק. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 416 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 21 (27.6.2011).

⁴⁴ "הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה, שיש בה כדי לפגוע בו פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית" (סעיף 1 לחוק החרם).

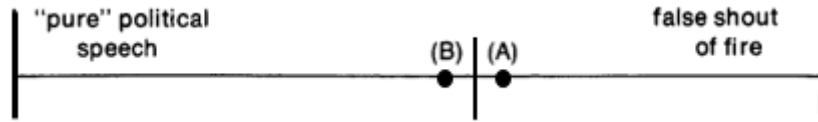
⁴⁵ שם, סעיף 2(א); סעיף 3(א); סעיף 4(א).

⁴⁶ שם, סעיף 2(א), וכן בסעיף 2(ג).

⁴⁷ Leslie Kendrick, *Speech, Intent, and the Chilling Effect*, 54 WM. & MARY L. REV. 1633 (2013). מאמר זה הוזכר גם הוא בפרשת אבנרי (פסקה 28 לפסק דינו של השופט דנציגר).

2. עקרון הנזק ההשוואתי: האמנם?

כזכור, אחת ההנחות ההכרחיות בדוקטרינה, היא עקרון הנזק ההשוואתי, הקובע כי מבחינה נורמטיבית, כאשר מדובר בחופש הביטוי, החשש מהרתעת יתר מצדיק מדיניות של הרתעת חסר. הבה ניזכר שוב בציר הביטויים:



ברור כי יצירת מגבלה על ביטוי A לא תיצור אפקט מצנן על כלל הביטויים שבסקאלה, אלא על ביטויים שעשויים להיתפס כדומים לו, למשל ביטוי B. כך למשל סביר להניח שהסנקציות שבחוק החרם לא ירתיעו קריאות לסיפוח יהודה ושומרון, ואפילו לא ביטויים התומכים במסירת שטחים במסגרת הסדר מדיני. כלומר, החשש מאפקט מצנן נוגע לביטויים הקרובים במהותם לביטוי המוגבל, שניתן היה לחשוש שיחשבו בטעות כמוגבלים בעצמם. מטבע הדברים ביטויים אלו אינם מהווים כשלעצמם ביטויים טהורים אשר זכאים להגנה העוצמתית ביותר, אלא ביטויים גבוליים בעצמם אשר נופלים בצדו השני של הקו.

עמידה דווקנית זו על קו הגבול, בהחלט מובנת במשפט האמריקאי, בו ההבחנה בין ביטויים מוגנים לשאינם מוגנים היא בינארית. אמנם ביטוי B בעייתי כמעט באותה מידה כמו ביטוי A, אלא שהתמזל מזלו להימצא תחת מטריית חופש הביטוי החוקתי, שלא כתברו ביש-המזל A. במציאות כזו, בה קיים גבול קשיח המחייב הענקת הגנה לביטוי B, יש היגיון רב בעקרון הנזק ההשוואתי. חובת הממשל להגן על ביטויים חוקתיים, גוברת על רצונו להיאבק בביטויים שאינם חוקתיים.

בישראל לעומת זאת, עיקרון גורף זה מעורר תמיהה. כאמור, המשפט הישראלי אינו מבחין בין ביטויים מוגנים לשאינם מוגנים, אלא נוקט בשיח איזונים. במקרה בו ביהמ"ש קובע כי קיימים שיקולים כבדי משקל המצדיקים הגבלה של ביטוי מסוים, הרי שאין הכרח שחובה זו נסוגה מפני החשש מהגבלה של ביטוי אחר, אפילו אם הוא כשלעצמו אינו בעייתי מספיק כדי להצדיק הגבלה בעצמו; כפי שנפסק, במכלול האיזונים הגבלת הקריאה לחרם היא מידתית נוכח שיקולים כבדי משקל אחרים. לעומת זאת, מכלול האיזונים הזה אינו מוביל למסקנה כי יש להגביל ביטוי אחר, למשל קמפיין שיימינג כלפי סלבריטאי ששימש פרזנטור למוצר שמיוצר בהתנחלות.⁴⁸ אולם, האם לא ייתכן שההצדקה להגבלת הקריאה לחרם עוצמתית דיה כך שתצדיק גם את לקיחת הסיכון שביטוי זה יורתע כבדרך אגב?

אם כן, נראה כי בניגוד למשפט האמריקאי, במשפט הישראלי קשה להחיל את עקרון הנזק ההשוואתי, ועל כן דוקטרינת האפקט המצנן אינה יכולה לספק שיקול מכריע שלא להטיל מגבלות באופן שעלול לגרום להרתעת יתר, אלא לכל היותר להוות שיקול נוסף ה"מייקר" את המגבלה, כך שיידרשו שיקולים עוצמתיים יותר על מנת שהמגבלה תהיה מידתית.

⁴⁸ בהנחה שביטוי זה מהווה הבעת עמדה פוליטית "נקייה", שאינה כשלעצמה מהווה קריאה לחרם.

סיכום

במאמר זה ביקשתי להניח זכוכית מגדלת על דוקטרינה שטרם זכתה להתייחסות מעמיקה במשפט הישראלי, על אף שמתבצע בה שימוש באופן משמעותי, והיא דוקטרינת האפקט המצנן. כאמור, דוקטרינה זו עוסקת בחשש מהרתעת יתר של ביטויים מוגנים, כתוצאה מהטלת מגבלה על ביטוי לא-מוגן.

לאחר שהצגתי את התשתית התאורטית שבבסיס הדוקטרינה, הצגתי את צורת יישומה במשפט הישראלי. כפי שהראיתי, נראה כי יישום הדוקטרינה מתבצע בצורה אינפלציונית ומבולבלת שאינה משרתת את העקרונות העומדים בבסיסה. בנוסף, קיים יסוד להניח שהיא כלל אינה מותאמת למשפט הישראלי. לאור האמור, אני סבור כי ראוי שהמשפט הישראלי יעמוד על קשיים אותם הצגתי, ויחשב מסלול מחדש בנוגע לאימוץ הדוקטרינה, לכל הפחות מבלי התאמות נדרשות.

תם ולא נשלם. קוצר היריעה אפשרה להציץ לראשונה אל מעבר לפרגוד, אך כמובן שאין די בכך כדי למצות את הסוגייה. אני מקווה שמאמר זה יהווה פרולוג, אליו יתווספו הפרקים הבאים בקרוב.⁴⁹

ציטוט מוצע: יחיאל אורן "דוקטרינת האפקט המצנן בחופש הביטוי: כרוניקה של אימוץ פזיז" **בלוג רשות הרבים** (24.5.21)

⁴⁹ כאמור, בימים אלה אני שוקד על טיוטת מאמר מורחב שיתבסס ויעמיק באמור, אליו יתווספו גם הרהורים על עצם תוקפה של הדוקטרינה מבחינה תאורטית.