

## חופש הביטוי והסתה לשנאה דתית

נתן לרנר\*

מטרתו של המאמר היא להתחקות אחר ההגבלות המוטלות על חופש הביטוי במשפט הבין-לאומי על-מנת להעניק הגנה מפני הסתה לאפליה, לעוינות או לאלימות על רקע דתי.

חופש הביטוי הוא זכות בסיסית במשפט הבין-לאומי, אך לא זכות מוחלטת. סעיף 19 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מתיר הטלת הגבלות מסוימות על חופש הביטוי, וסעיף 20 לאמנה אף אוסר דברי שטנה העולים כדי אפליה, עוינות או אלימות.

המחבר גורס כי אין הבחנה עקרונית בין אפליה על בסיס לאומי, אפליה על בסיס גזעי או אפליה על בסיס דתי מבחינת יחסו של המשפט הבין-לאומי כלפיהן. זאת, למעט ההתחשבות הראויה בהשלכות האפשריות שעלולות להיווצר כתוצאה מהסתה נגד קבוצות דת שונות.

לטענת המחבר, לעניין הסתה נגד קבוצות דתיות ניתן ליישם את ההגבלות המוטלות על חופש הביטוי בחקיקה בין-לאומית אחרת – בראש ובראשונה את האמור בסעיף 4 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית, וכן את האמור בסעיפים II ו-III לאמנה למניעת הפשע של רצח-עם ולהענשת מבצעיו.

החלה זו סבירה ונכונה בהתחשב בהיסטוריה החקיקתית ובמגמות החדשות בתחום משפט זכויות האדם, ואינה סותרת את הזכות הבסיסית לחופש הביטוי.

הקדמה ורקע כללי

מבוא

פרק א: איזון זכויות

פרק ב: חשיבותו של סעיף 4 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית

פרק ג: הקבלות נוספות

מסקנות

\* מרצה למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. הרשימה הינה תרגום מאנגלית של מסמך שהוכן על-ידי המחבר לצורך סמינר מומחים שמינה הנציב העליון לזכויות האדם באוקטובר 2008. הרשימה תורגמה על-ידי יונתן ברוורמן, עורך במערכת כתב-העת **משפט ועסקים** בשנת תש"ע.

## הקדמה ורקע כללי

מאמר זה מבוסס על מסמך שהצגתי באוקטובר 2008 לפני סמינר מומחים שנוהל בחסות משרד הנציב העליון לזכויות אדם (Office of the High Commissioner for Human Rights) של ארגון האומות המאוחדות, בעיר ז'נווה, שווייץ.<sup>1</sup> הסמינר עסק ביחס שבין סעיף 19 לסעיף 20 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות שנחתמה בשנת 1966 (להלן: ה-ICCPR),<sup>2</sup> וכותרתו הייתה "חופש הביטוי והטפה לשנאה דתית המהווה הסתה לאפליה, לעוינות או לאלימות" (freedom of expression and advocacy) "of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence". כותרת זו נכונה אומנם מבחינה טכנית, אולם היא אינה משקפת נכונה את כוונת הסמינר, אשר כונס במטרה לעסוק ב"ענייני זכויות האדם העומדים בבסיס המושג 'השמצת דתות', תוך הצגת גישה המבוססת על דיני זכויות האדם" (underlying human rights concerns behind the concept of 'defamation of religions', presenting an approach based on human rights law), וכן "להבטיח פרשנות משפטית שקולה של סעיפים 19 ו-20 של ה-ICCPR" (to ensure a sound legal interpretation of articles 19 and 20 of the ICCPR).<sup>3</sup> הביטוי "להילחם בהשמצת דתות" (combating the defamation of religions) מתייחס לפריט שנמצא על סדר-יומה של ועדת זכויות האדם של האו"ם (וכן של מועצת זכויות האדם, שבאה תחתיה) החל בשנת 1999. זהו פריט מעורר מחלוקת, אשר לא שככה אף בימינו. לדבריה של הנציבה Navanethem Pillay, אף שקיימות בהקשר זה הגבלות מוגדרות היטב בדיני זכויות האדם, קיימת עדיין עמימות ביחס למשמעותן המדויקת וליישומן הקונקרטי.<sup>4</sup>

נשיא המועצה Martin Ihoeghian Uhomoibhi התייחס לסוגיה של "השמצת דתות" ולחשיבות הדיון בה גם מחוץ למועצה, וזאת במטרה לאפשר התמודדות טובה יותר עימה במסגרת דיוני המועצה.<sup>5</sup> נראה כי לדברים אלה הייתה השפעה, שכן ניסוחן של ההחלטות בנושא שעברו באו"ם בשנת 2010 הוא מעודן יותר מנוסחי ההצעות שעברו בעבר, אם כי השינויים אינם משמעותיים כשלעצמם. בהצבעה שנערכה בנושא זה בוועידה השלישית, בחודש נובמבר 2009, נמנעו מדינות חברות רבות בהצבעה או אף נעדרו מן ההצבעה כליל, אך התעקשותן של מדינות מוסלמיות רבות בדבר הצורך

1 המסמך המקורי שרשימה זו מבוססת עליו זמין בדוח הרשמי של האו"ם A/HRC/10/31/Add3 (16.1.2009) (להלן: דוח הוועדה).

2 International Covenant on Civil and Political Rights 1966, 999 UNTS 171.

3 דוח הוועדה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 4, פס' 1.

4 שם, בעמ' 4, פס' 3. הלשון המקורית: "... ambiguities over their precise meaning and concrete application remained".

5 שם, בעמ' 5, פס' 5. הלשון המקורית: "... so that it could be dealt with in a more appropriate manner in the Council".

בהחלטה בנושא הובילה לקבלתה בהחלטת רוב.<sup>6</sup> הניסוח המעודן יותר שננקט בהצעת ההחלטה עשוי לבטא שינוי יחסי בעמדה המוסלמית, אשר נעשתה פתוחה יותר לאפשרות למקם מחדש את הדיון בתוך המסגרת הכללית של זכויות האדם והאמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, במיוחד בסוגיית ההסתה לשנאה גזעית או דתית.<sup>7</sup>

רשימת המומחים שהוזמנו לסמינר כללה דווחים מיוחדים (Special Rapporteurs) בעבר ובהווה של ועדות למימושן של אמנות זכויות אדם, ונציגים של מוסדות בין-לאומיים ואקדמיים מרחבי העולם המתמחים בתחום זכויות האדם. כל אחד ואחד מן המומחים הללו התבקש לכתוב התייחסות קצרה על אחד מארבעת הנושאים העיקריים שעלו בסמינר: אנלוגיות והשוואות עם תחומי הסתה אחרים; התייחסות למשמעות הביטוי "הטפה לשנאה דתית המהווה הסתה לאפליה, לעוינות או לאלימות"; היקף ההגבלות המוטלות על חופש הביטוי והתייחסות אל היחס שבין סעיף 19 לבין סעיף 20 ל-ICCPR; וחובותיהן של המדינות במסגרת זו. מאמר זה מתייחס לנושא האחרון, ומוצג כאן בגרסתו המתורגמת ועם תוספת הערות-שוליים.

## מבוא

רשימה זו היא חלק מדיון שנערך בסמינר מומחים, בחסות משרד הנציב העליון לזכויות אדם של ארגון האומות המאוחדות, בנושא "חופש הביטוי והטפה לשנאה דתית המהווה הסתה לאפליה, לעוינות או לאלימות". הרשימה תתרכז באנלוגיות ובהקבלות בין מצבים שבהם המדינה או הקהילה הבינ-לאומית מגבילות את חופש הביטוי במטרה לתת הגנה

6 בשנת 2009 התקבלה החלטה ברוב של 81 מדינות תומכות, 55 מתנגדות ו-43 נמנעות, עם 13 היעדרויות. בשנת 2010, בהצבעה שהתקיימה ב-25 במרס ולאחר הכנת טיוטת מאמר זה, התוצאות היו 20 בעד, 17 נגד ו-81 נמנעות. ב-12 בנובמבר 2010 אושרה ההחלטה בעצרת הכללית של האו"ם, אולם הנתונים מצביעים על ירידה בתמיכה בהצעה. לעניין זה ראו: UN General Assembly "Adopts Defamation of Religions Resolution But Support is Weakening", IRLA 30.11.2010, [irla.org/index.php?id=424](http://irla.org/index.php?id=424). מן הפרסום הרשמי של האו"ם (GA/SHC/3966) ניתן ללמוד כי על-פי הצעת ההחלטה למלחמה בהשמצת דתות תביע העצרת הכללית של האו"ם "חששות לנוכח סטריאוטיפיזציה שלילית של דתות וגילויים של אי-סובלנות והשמצה בסוגיות הקשורות לדת או לאמונה. העצרת תגנה בחריפות כל מעשה של אלימות או תקיפה נפשית או גופנית כלפי בני-אדם על בסיס דת או אמונה, ותגנה הסתה למעשים כאלה. העצרת תכיר בכך שהשמצת דתות והסתה לשנאה דתית נהפכו, במסגרת המאבק בטרור, לגורמים מזיקים המובילים לשלילת זכויות בסיסיות וחירויות-יסוד של חברי הקבוצות שהוגדרו כיעד... ותביע דאגה עמוקה מכך שהאסלאם מוצג לעיתים תכופות ובצורה מוטעה כדת הקשורה להפרות של זכויות אדם ולטרור".

7 הצהרתו של Doudou Diène, כמצוטט בדוח הוועדה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 15, פס' 47. הלשון המקורית: "... to be resituated in the framework of human rights and the Covenant, in particular with regard to the notion of incitement to racial and religious hatred"

מפני הסתה או דברי שידול לביצוע פשעי שנאה, וכן לבדוק את התאמתם של אמצעים להגבלת דברי שטנה דתיים. רשימה זו לא תתמקד ביחס ובאיזון שבין סעיפים 19 ו-20 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR). למטרת רשימה זו, היקפם ומשמעותם של המונחים "דת" ו"חופש דת" יהיו כמוגדר בסעיף 18 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (Universal Declaration of Human Rights), בסעיף 18 ל-ICCPR וכן בסעיפים הרלוונטיים של ההכרזה בדבר ביעור כל הצורות של אי-סובלנות ואפליה על רקע דת או אמונה (Declaration on the Elimination of all Forms of

Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief) משנת 1981.<sup>8</sup>

חופש הביטוי אינו מהווה זכות בלתי-מוגבלת, ואינו מנוי בקרב הזכויות שאין למדינות היתר לפגוע בהן, המפורטות בסעיף 4 ל-ICCPR: הזכות לחיים, החופש מעינויים וחופש הדת. מדינות רשאיות להגביל את חופש הביטוי כאשר זכות זו מנוצלת לרעה לצורך השמעת דברי הטפה לשנאה לאומית, גזעית או דתית המהווים הסתה לביצוע פעולות של אפליה, עוינות או אלימות. הקורבנות של אותם דברי הסתה הם קבוצות לאומיות, אתניות או דתיות וכן הפרטים החברים בהן. בבואנו לשקול את התגובה על פגיעה בקבוצות הללו אין מקום להבחנה בין סוגים שונים של קבוצות על-פי טיבן וטבען. הדבר נכון במיוחד ביחס להבחנה בין קבוצות אתניות וקבוצות דתיות. שנאה המבוססת על דת ושנאה המבוססת על גזע חולקות הִנְיָעָה (מוטיווציה) דומה, והשפעתן ותוצאתן דומות. מכאן נובע שמן ההגבלות המוטלות על חופש הביטוי בשל אחת מצורות השנאה הללו ניתן ללמוד גם על התגובה הראויה על צורות השנאה האחרות.

תימוכין לכך ניתן למצוא לא רק בהקשר ההיסטורי של הדברים, אלא גם בגישה המתפתחת שלפיה קיים סדר ציבורי בין-לאומי הכולל בתוכו את ההסכמים הבין-לאומיים וכן את הנורמות המוגדרות כ"חוק רך" ("soft law") הנובעות ממסמכים בלתי-מחייבים מבחינת המשפט הבין-לאומי.<sup>9</sup> כאשר תשומת-ליבה של העצרת הכללית של האו"ם הופנתה להתפרצויות אנטישמיות שונות בשנים 1959–1960, היא החליטה להגיב על מעשים אלה בגינוי של "כל הגילויים והפרקטיקות של שנאה גזעית, דתית ולאומית" (Resolution 1510 (XV)). אך סביב השאלה כיצד יש ליישם את ההחלטה קיימים חילוקי-דעות: יש מדינות שהציעו לכונן אמנה בין-לאומית שתעסוק באפליה על רקע גזע; אחרות העדיפו שתתקבל הצהרה בלבד; ואילו אחרות תמכו בהכנת מסמך להתמודדות עם גילויי אפליה הן על רקע גזע והן על רקע דת. בסופו של דבר קיבלה העצרת הכללית שתי החלטות דומות – Resolution 1780 (XVII) ו-Resolution 1781 (XVII) – שבהן קראה לניסוח הצהרות וכן טיוטות אמנה העוסקות בנפרד בסוגיית הגזע

8 ראו: UNITED NATIONS, HUMAN RIGHTS – A COMPILATION OF INTERNATIONAL DOCUMENTS 125 (New York 1988).

9 לדין בנושא זה ראו, למשל: Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, 77(3) AM. J. INT'L L. 413–442 (1983); Dinah Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, 100(2) AM. J. INT'L L. 291–323 (2006).

ובסוגיית הדת. ביחס לסוגיית הגזע התקבלה הצהרה בנושא כבר בשנת 1963, ותהליך ניסוח האמנה הסתיים בשנת 1965. סוגיית הדת הובילה אך ורק לניסוח הצהרה, בשנת 1981, ואילו תהליך הניסוח של טיוטת אמנה נמשך עד היום, בלי סימנים של סיום.<sup>10</sup>

עקב ההחלטה להפריד בין הסוגיות, האמנה הבין-לאומית בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) נמנעת מהתייחסות כלשהי לדת, אך ההיגיון מורה כי ניתן להסיק מן הסעיפים הרלוונטיים של האמנה מסקנות גם ביחס לאפליה או לאי-סובלנות הנוגעות בדת. האמנה נכרתה בדצמבר 1965, תוך שהיא זוכה בתמיכה רחבה של מדינות בעולם. כשנה לאחר-מכן אימצו מדינות רבות את שתי האמנות העוסקות בזכויות אדם: האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, והאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות.<sup>11</sup> סעיף 20 ל-ICCPR כולל התייחסות לדברי הסתה לשנאה גם על בסיס גזעי וגם על בסיס לאומי או דתי. אך הליך ניסוחן של טיוטת ההצהרה וטיוטת האמנה בדבר שנאה על בסיס דת או אמונה התעכב והתארך, ובשנת 1972 החליטה העצרת הכללית לתת עדיפות לסיום ניסוחה של ההצהרה. משמעותה של ההחלטה הייתה דחיית סיום העבודה על ניסוחה של אמנה בין-לאומית מחייבת עד להודעה חדשה. חלפו תשע שנים נוספות עד לסיום העבודה על ההצהרה.

נוסחה הסופי של ההצהרה מלמד אותנו על ההשפעה שהיו למסמכים שנועדו להתמודד עם סוגיית האפליה הגזעית. ההגדרות של המונחים "אי-סובלנות" (intolerance) ו"אפליה" (discrimination) דומות למודל שהותווה על-ידי האמנה בדבר גזע. נקודות אלה חשובות שכן הן משפיעות על היכולת להחיל את הכללים באמנה גם על מצבים של הסתה דתית על-דרך ההיקש. יש לשים לב גם לנקודות דמיון נוספות הקיימות בעולם המשפט הבין-לאומי, ובפרט לדמיון בין המסמכים שנועדו להתמודד עם הפשע של רצח-עם, עם הכחשת השואה, עם השמצה קבוצתית וכן, באופן כללי, עם החקיקה המגבילה את חופש הביטוי כאשר חופש זה פוגע בזכויות וחירויות בסיסיות אחרות.

10 לתיאור ההיסטוריה החקיקתית של המסמכים הללו ראו: NATAN LERNER, RELIGION, SECULAR

.BELIEFS AND HUMAN RIGHTS: 25 YEARS AFTER THE 1981 DECLARATION 13–53 (2006).

11 האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות שמה דגש בזכויות הפרט (לרבות הזכות לחיים, זכות הגישה לערכאות, איסור האפליה, חופש ההתאגדות וכיוצא באלה), ומתייחסת גם לזכויות עמים (הזכות להגדרה עצמית והזכות לנצל את אוצרות-הטבע); ואילו האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות שמה דגש בזכויות חברתיות וכלכליות (לרבות הזכות לעבוד, הזכות לשכר הוגן, הזכות להתאגדות מקצועית וכן הלאה). להרחבה בעניין זה ראו רובי סייבל **משפט בינלאומי** 212–213 (מהדורה שנייה, 2010).

## פרק א: איזון זכויות

האפשרות להתנגשות בין זכויות אדם שונות הובילה לדיון בכמה מישורים שונים. סוגיה זו אינה חדשה, אך לאחרונה היא נהייתה רגישה במיוחד ביחס לקבוצות דת מסוימות. באופן עקרוני אין מקום להבחין בין קבוצות דתיות לבין קבוצות אחרות המאופיינות על-ידי זהות גזעית, זהות לאומית, שפה משותפת, תרבות, צבע עור או מאפיין אחר כלשהו המגדיר קבוצה כראויה להגנתם של המשפט הבין-לאומי וכללי זכויות האדם.<sup>12</sup> אך הרגשות המלווים בדרך-כלל את הדת ואת האמונות הקשורות אליה מחייבים אותנו להכיר בכך שרגישותן של קבוצות אלה לדברי הסתה ושטנה היא מיוחדת, ועלולה ליצור השלכות שליליות ותופעות של אלימות ברמה הלאומית ואף ברמה הבין-לאומית, כפי שאכן התרחשו במציאות.<sup>13</sup> עקב כך יש הטוענים כי דווקא בתחום של הסתה דתית יש הצדקה להחמרה בהטלת הגבלות על חופש הביטוי. אך הגבלה בלעדית מסוג זה הייתה מפחיתה מערך הפגיעה שיש בדברי שטנה והסתה המופנים כלפי קבוצות אתניות או תרבותיות וחבריהן, בהשוואה לאלה המופנים כלפי קהילות דתיות. חופש ביטוי בלתי-מוגבל עלול לפגוע באופן דומה בקהילות דתיות, בקהילות אתניות ובקהילות לאומיות, ולגרום להן אותו נזק וזעזוע. העובדה שהתגובות על ניצול לרעה של חופש הביטוי יכולות להשתנות מקבוצה לקבוצה אינה מצדיקה הבדלים בהיקף ההגבלות המוטלות על חופש הביטוי. דברי ההסתה פוגעים כשלעצמם באופן שווה בזכויותיהם ובחירויותיהם של הקבוצות השונות ושל הפרטים המרכיבים אותן. נראה כי אם הנזק החברתי והפסיכולוגי שנגרם לזכויות הקבוצה והפרט הוא זהה, אזי ההגבלות המוטלות על חופש הביטוי צריכות להיות שוות אף הן.

עד למלחמת-העולם השנייה לא ייחס המשפט הבין-לאומי הקלסי כל חשיבות לזכותן של קבוצות להגנה מפני הסתה לפגיעה בהן. אך לאחר המלחמה, בשנת 1948,

12 במדינות מסוימות הדגישה הפסיקה את מימד התפיסה העצמית של קבוצה כקהילה ואת אופן תפיסתה על-ידי אחרים, והעניקה להם עדיפות על טבעה האובייקטיבי של הקבוצה. ראו, למשל, את התייחסותה של הפסיקה האנגלית לסיקים ולקהילות היהודיות בארצות-הברית, וכן את הדוגמות האחרות המוצגות אצל: NATAN LERNER, GROUP RIGHTS AND DISCRIMINATION IN INTERNATIONAL LAW 38–39 (2003). לדין בפשעי שנאה על רקע כללי ראו: OSCE ODIHR, HATE CRIME LAWS (2009).

13 בין הדוגמות ניתן למנות את התוצאות הטרגיות של פרסום קריקטורה של הנביא מוחמד בעיתון הדני **״ילנדס פוסטן״**, אשר ניכרות אף נכון למועד כתיבתן של שורות אלה; את רצח הבמאי ההולנדי תיאו ון-גוך בעקבות הביקורת שמתח בסרטיו על האסלאם; וכן את פסק ההלכה המורה להוציא להורג את הסופר סלמאן רושדי בעקבות פרסום ספרו **פסוקי השטן**. לעניין זה ראו, בין היתר, ״עיתון דני התנצל על קריקטורות של הנביא מוחמד״ [www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3208322](http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3208322), 31.1.2006; ״הולנד: מוסלמי רצח במאי שתקף האיסלאם״ [news.nana10.co.il/2.11.2004\\_nana10](http://news.nana10.co.il/2.11.2004_nana10); ״גזר-דין המוות נגד סלמאן רושדי בתוקף״ [Article/?ArticleID=155976](http://Article/?ArticleID=155976); ״הולנד: מוסלמי רצח במאי שתקף האיסלאם״ [news.walla.co.il/?w=/13/670113](http://news.walla.co.il/?w=/13/670113), 13.2.2005; ״מצווה״ [www.news1.co.il/Archive/001-D-94021-00.html](http://www.news1.co.il/Archive/001-D-94021-00.html), 15.2.2006.

נחתמה האמנה למניעת הפשע של רצח-עם ולהענשת מבצעיו,<sup>14</sup> אשר שמה לה למטרה להגן על קיומן הפיזי של קבוצות בעלות אופי דתי, אתני, גזעי ולאומי. כעשור מאוחר יותר התקבלה החלטת העצרת הכללית (XV) 1510, שאוזכרה לעיל, בעניין ההתמודדות עם דעות קדומות גזעניות ועם אי-סובלנות לאומית ודתית. החלטה זו אותתה לקהילה הבין-לאומית כי הגיעה העת להתחיל בביצוע פעולות חקיקה להגנה על הקבוצות האתניות, הדתיות והלאומיות השונות. בין תוצאותיו של מהלך זה ניתן למנות את ההצהרה והאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית<sup>15</sup> ואת ההצהרה בדבר ביעור כל הצורות של אי-סובלנות ואפליה על רקע דת או אמונה, אך במסגרת שינוי מגמה זה ניתן להצביע גם על השפעות אחרות בתחום זכויות האדם, ביניהן זכויות מיעוטים, זכויות ילידים, זכויות מהגרים, הוצאת דיבה נגד קבוצות, אנטישמיות ותופעות דומות. חרף הנטייה המסורתית של המשפט הבין-לאומי להימנע מעיסוק ומדיון בסוגיות של גופים שאינם מדינות, ולמרות ההתנגדות הרווחת לחריגה מתחום חירויות הפרט, התברר לחברי הקהילה הבין-לאומית כי הצורך להתמודד עם בעיות של הסתה, גזענות, דעות קדומות, רדיפה או מעשי אלימות נגד קבוצות מיעוט מסוימות או נגד חבריהן, אך ורק מתוקף השתייכותם לקבוצות מיעוט אלה, הוא חיוני ומחייב פעולה.

כאן המקום להבחין בין האיסור המוחלט הקיים בנוגע לאפליה על רקע גזעי או דתי לבין הגישה העמומה יותר ביחס לשנאה ואי-סובלנות – מונחים שקשה להגדירם באופן מדויק מבחינה משפטית. סעיף 1 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית כולל בתוכו הגדרה למונח "אפליה", שממנה שאובות הגדרות דומות ביחס לזכויות אחרות. מכאן שסביב הפרשנות של המונחים "שנאה" או "אי-סובלנות" עלול להיווצר בנקל ספק שיוביל להתנגשות בין זכויות אדם בסיסיות, דוגמת חופש הביטוי או חופש ההתאגדות, לבין הזכות של קבוצות מיעוט וחבריהן לא להיות חשופים לגילויים של השמצה, עוינות, שנאה ואי-סובלנות או להסתה לגילויים אלה.

סעיפים 19 ו-20 ל-ICCPR הם הבסיס העיוני לכל דיון בשאלה זו.<sup>16</sup> באופן דומה

14 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 UNTS 277.

15 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 660 UNTS 195.

16 להלן הניסוח העברי של סעיפים 19 ו-20 ל-ICCPR, כפי שהוא מופיע באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, כרך 31, 279–280:

#### "סעיף 19

- א. לכל אדם תהיה הזכות להחזיק בדעותיו ללא הפרעה.
- ב. לכל אדם תהיה הזכות לחופש הביטוי; זכות זו תכלול את החופש לבקש, לקבל ולקנות ידיעות ואידיאות מכל סוג, ללא התחשבות בגבולות, אם בעל פה, אם בכתב, אם בדפוס, אם בצורת אמנות, או בכל אמצעים אחרים שיבחר בהם.
- ג. שימוש בזכויות שנקבעו בס"ק דלעיל נושא עמו חובות מיוחדות ואחריות מיוחדות. לפיכך יכול שיהא כפוף להגבלות מסוימות, החייבות, מכל מקום, להיקבע במפורש בחוק והנדרשות (1) לשם שמירת זכויותיו או שמו הטוב של הזולת. (2) לשם שמירתם

רלוונטיים לענייננו גם הסעיפים העיקריים של המסמכים הבין-לאומיים הנוגעים בשאלות של גזע ודת – ובעיקר הסעיפים המופיעים באמנות העוסקות במניעת הפשע של רצח-עם ובביעור כל הצורות של האפליה הגזעית (בפרט סעיף 4 לאמנה האחרונה).<sup>17</sup> גם מסמכים בין-לאומיים נוספים, דוגמת ההצהרה משנת 1981 בדבר אי-סובלנות ואפליה דתית וההכרזה משנת 1978 של ארגון UNESCO בדבר דעות קדומות על גזע, וכן אמנות בין-לאומיות ואזוריות ישמשו אותנו בהמשך הדין. ראוי להתייחס גם לאמנת זכויות האדם האירופית (European Convention on Human Rights), הכוללת התייחסות לסוגיה בסעיפים 9 ו-10, וכן להחלטות בית-המשפט האירופי לזכויות אדם הנוגעות בעניין. לדוגמה, בהחלטה בעניין *Otto-Preminger-Institut v. Austria* קבע בית-המשפט במפורש כי "באופן עקרוני ייתכנו מצבים שבהם חובתה של החברה הדמוקרטית להעניש על פגיעה באובייקטים בעלי קדושה דתית או למנוע אותה מראש".<sup>18</sup>

עוד ראוי לציין כי שלושה דיווחים מיוחדים של האו"ם, העוסקים בסוגיות של חופש דת ואמונה, חופש דעה וביטוי וכן אפליה גזעית, הגישו בשנת 2006 הצהרה משותפת שבה הם מדגישים את הצורך והחשיבות בכיבוד חופש הביטוי, אך מבקשים "להימנע מכל מופע וביטוי של אלימות", "להימנע מליבוי להבות השנאה" ולהימנע

---

של הבטחון הלאומי, של הסדר הציבורי (תקנת הציבור), של בריאות הציבור או של מוסר הציבור.

#### סעיף 20

- א. כל תעמולה למלחמה תיאסר על ידי החוק.
- ב. כל הטפה לשנאה לאומית, גזעית או דתית, המהווה הסתה להפליה, לפעולת איבה או לאלימות תאסר על-ידי החוק.
- 17 ס' 4 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית, כ"א 861 (1966), קובע: "המדינות בעלות האמנה מגנות כל תעמולה וכל ארגונים המבוססים על רעיונות או תיאוריות שבעליונותם של גזע או קבוצת אנשים בעלי צבע מסוים או מוצא אתני מסוים, או המנסים להצדיק או לקדם שנאה גזעית ואפליה גזעית בכל צורה שהיא, ומתחייבות לאמץ אמצעים מידיים וחיוביים המיועדים לעקור מן השורש כל הסתה לאפליה כאמור, או מעשי אפליה כאמור, ולמטרה זו, בשים לב ראוייה לעקרונות הכלולים בהצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם ולזכויות הקבועות במפורש בסעיף 5 לאמנה זו, הן מתחייבות, בין השאר: (א) להכריז כעבירה ענישה בחוק כל הפצה של רעיונות המבוססים על עליונות גזעית או שנאה גזעית, הסתה לאפליה גזעית, וכן כל מעשי אלימות, או הסתה למעשים כאמור, נגד כל גזע או קבוצת בני אדם בעלי צבע או מוצא אתני אחר, וכמו כן אספקת כל סיוע לפעילויות גזעיות, לרבות מימון; (ב) להכריז כבלתי חוקיים ולאסור ארגונים, וכן פעילויות תעמולה מאורגנות, וכל פעילויות תעמולה אחרות, המעודדים ומעוררים אפליה גזעית, ולהכיר השתתפות בארגונים ובפעילויות כאמור כעבירה ענישה בחוק; (ג) לא להתיר לרשויות הציבוריות או למוסדות ציבור, לאומיים או מקומיים, לעודד או לעורר אפליה גזעית."

18 ראו: *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 295 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1994).



מ"שימוש בסטריאוטיפים ומקטלוג הפוגעים ברגשות הדת העמוקים והבסיסיים ביותר".<sup>19</sup>

השאלה היא, אפוא, כיצד יש לאזן בין שתי המטרות הנוגדות. נסיונות איזון מעין אלה ניתן למצוא במסמכים בין-לאומיים רבים:

1. סעיף 19 ל-ICCPR מתיר את הגבלת חופש הביטוי במטרה להגן על זכויותיהם ושם הטוב של "אחרים".
2. סעיף 20 אוסר הטפה לשנאה לאומית, גזעית או דתית שמהווה הסתה לאפליה, לעוינות או לאלימות.
3. סעיף III לאמנה למניעת הפשע של רצח-עם ולהענשת מבצעיו קובע כי פעולות הסתה פומביות וישירות לביצוע רצח-עם הן בנות-ענישה.
4. האמנה האירופית בדבר זכויות אדם מגבילה את חופש הביטוי וההתאגדות מקום שהדבר נחוץ על-מנת למנוע הפרה של הסדר הציבורי או להגן על שמם הטוב או זכויותיהם של אחרים.
5. האמנה האמריקאית לזכויות אדם (American Convention on Human Rights) מגינה על זכותו של כל פרט לשמירה על כבודו ושמו הטוב, וכוללת סעיפי עונשין על הסתה לשנאה על רקע לאומי, גזעי או דתי שמהווה הסתה לאלימות פורעת חוק.
6. ההכרזה משנת 1981 בדבר ביעור כל הצורות של אי-סובלנות ואפליה על רקע דת או אמונה כוללת בתוכה התייחסות ל"אמצעים המתאימים למאבק נגד אי-הסובלנות על בסיס דת או אמונה אחרת".
7. הצהרתה של UNESCO משנת 1978 בדבר דעות קדומות על גזע קוראת לנקיטת צעדים שיובילו ל"איסורן ומיגורן של תופעת הגזענות והתעמולה הגזענית" וכן ל"התמודדות עם תופעת הדעות הקדומות הגזעיות".
8. מגילת פריז משנת 1990 למען אירופה חדשה (1990 Paris Charter for a New Europe), שאומצה על-ידי הוועידה לביטחון ולשיתוף-פעולה באירופה (CSCE), מתייחסת לצורך "בהתמודדות עם כל הגילויים של שנאה, גזענות אתנית, אנטישמיות, שנאת זרים וכן אפליה נגד כל אדם, לצד התמודדות עם הרדיפה על רקע דתי או אידיאולוגי".<sup>20</sup>

גופים בין-לאומיים אחרים קיבלו החלטות דומות בוועידות דיפלומטיות שונות שנערכו בשנים האחרונות.

19 ראו: ASMA JAHANGIR, (A/HRC/10/8) REPORT OF THE SPECIAL RAPPORTEUR ON FREEDOM OF RELIGION OR BELIEF 7 (2009).

20 ראו LERNER, לעיל ה"ש 10, פרק 5.

## פרק ב: חשיבותו של סעיף 4 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית

האמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית (להלן: האמנה) כוללת בתוכה סעיפים אחדים המטילים חיובים על המדינות החברות בכל הנוגע בהתמודדות עם תופעת ההסתה נגד קבוצות, קהילות או ישויות קיבוציות שונות. סעיף 4 לאמנה עוסק בסוגיה של חופש הביטוי. כצפוי, סביב סעיף זה – כמו סביב כל שאלת האיזון של חופש הביטוי אל מול זכויות בסיסיות אחרות – קיימת מחלוקת, וביקורת רבה נמתחה עליו במהלך השנים. מדינות שונות הגישו הסתייגויות מסעיף זה או פרסמו הצהרות בעניינו. חרף זאת, סעיף 4 משמש קן מנחה בקהילה הבין-לאומית, ומדינות מספר אף אימצו חקיקה פנימית המבוססת על רוחו של הסעיף.<sup>21</sup>

כפי שכבר ציינו לעיל, הימנעותה של האמנה מעיסוק בשאלות של דת היא תוצאה של המתודולוגיה שבה בחרו מנסחי המסמכים. אולם חרף זאת ניתן להסיק על-דרך ההיקש מלשונו של סעיף 4 הנחיות בנוגע למופעים ולגילויים של הסתה על רקע דתי או על רקע אמונה. תימוכין לכך ניתן למצוא לא רק בהיסטוריה החקיקתית המקבילה של האמנה ושל מסמכים שעסקו בהתמודדות עם תופעות דתיות, אלא גם בהחלטות של בתי-משפט שונים במדינות שונות שלפיהן יש לייחס חשיבות רבה יותר לעצם ההכרה בקיומה של קבוצה, ולאופן תפיסתה בעיני עצמה ובעיני אחרים, מאשר לסוג המאפיין המיוחד של הקבוצה או לטבעה הייחודי. במקרים רבים יש חפיפה בין התחומים השונים של גזע, דת ותרבות, ואלה המבקשים לפגוע בקבוצה או להסית נגדה אינם טורחים לאפיין את שנאתם ולקטלג אותה ביחס למושא השנאה שלהם. למעשה, טענות הגנה שלפיהן קבוצה מסוימת מאופיינת כקבוצה דתית ולכן אי-אפשר להשתמש בחוקים למניעת גזענות כאמצעי להפסקת גילויי עוינות כלפיה נדחו בעבר על-ידי בתי-המשפט.

סעיף 4 לאמנה מטיל על המדינות החתומות על האמנה מחויבויות נכבדות. הוא מחייב אותן לנקוט צעדים מידיים ופוזיטיביים למיגור תופעת האפליה וההסתה לביצוע אפליה. על המדינות החתומות להכריז כי פעולה שנועדה להפיץ רעיונות של עליונות או שנאה גזעית, ולהסית לביצוע אפליה גזעית או מעשי אלימות נגד "כל גזע או קבוצת בני אדם בעלי צבע או מוצא אתני אחר", היא בגדר "עבירה ענישה בחוק". מלשון זו עולה כי אילו בחרה הקהילה הבין-לאומית לאמץ רק כלי אחד להתמודדות עם התופעות של אפליה גזעית ודתית, אין ספק שהם היו מכלילים גם את הצירוף "קבוצת בני-אדם בעלי דת או אמונה אחרים". הנחה זו נכונה גם אם תחליט הקהילה הבין-לאומית לקבל שתי אמנות שונות אך דומות. נראה אפוא כי הימנעות ממתן ההגנה המוענקת לקבוצות המוגדרות על-פי גזע, מוצא אתני או צבע עור גם לקבוצות שונות המוגדרות על-פי דת או אמונה הינה משוללת כל רציונל ואינה הגיונית.

לשונו של סעיף 4 היא תוצאה של פשרה בין אלה שראו בו את עיקר האמנה לבין

21 שם, בעמ' 83–94.

אלה שראו בלשונו ובדבריו איום על חופש הביטוי וההתאגדות. עקב כך לשונו של הסעיף אינה אידיאלית. אך כפי שטענתי בעבר, ניתן לראות בו קו מנחה לפרשנות של הסעיפים המקבילים במסמכים שנועדו למנוע הסתה על רקע דתי. למרבה הצער, טרם התקבלה אמנה בין-לאומית מחייבת בתחום של דת ואמונה, וייתכן שחסר זה נוצר עקב סיבות כבדות-משקל ומחלוקות פוליטיות מהותיות. מכאן ברור כי פרשנות על-דרך ההיקש, באמצעות שימוש באמנות מחייבות אחרות, יכולה להיות בעייתית. סוגיית המדרג של הנורמות במשפט הבין-לאומי, לצד הדיון המרתק אך הבלתי-ממצה בדבר קיומו של סדר משפט בין-לאומי המכיל נורמות המצויות במסמכים בלתי-מחייבים, רחבה מכדי להכילה ביריעה זו. כמו-כן תקצר היריעה מלהכיל את סוגיית הדינים המהווים *jus cogens* (נורמות נחרצות) ואת תחולת הסעיפים שהם *erga omnes*. אולם דווקא כאשר אנו עומדים אל מול גילויי שנאה או עוינות על רקע גזע או אמונה, איננו יכולים להימנע מהשוואה בין שני המצבים, וההקבלה נראית סבירה.

אין להמעיט מן הקשיים שבהם נתקלו מדינות רבות בבואן לאשרר את האמנה, לנוכח מה שנתפס על-ידיהן כהתנגשות זכויות. הסעיף בדבר "שימת-לב ראויה" (הווה אומר, "התייחסות נאותה" – *due regard*) לזכויות הקבועות במפורש בסעיף 5 לאמנה, והמעוגנות בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1948, נתפס בעיני חלק מן המדינות ככלי בלתי-מספק, והן הגישו הסתייגויות או הצהירו, על-דרך פרשנות לסעיף 4, כי הן צמצמו את ההתחייבויות שהן תפסו כסיכון לחופש הביטוי והדעה. עם זאת, בעקבות המלצותיו של הדָנוח המיוחד חוסה ד' אינגלס (Jose D. Ingles), במחקרו *Study on the Implementation of Article 4*, ציינה ועדת האו"ם לביעור האפליה הגזעית (Committee on the Elimination of Racial Discrimination; להלן: ועדת האו"ם), במסמך רשמי משנת 1972 שכותרתו *General Recommendation 1*, כי יישומן של הוראות סעיף 4 על-ידי המדינות הוא בגדר חובה, אך היות שהסעיף אינו בר-ביצוע-עצמי, על המדינות החתומות להתאים את החקיקה הפנימית שלהן לתוכנו, ובהעדר חקיקה – להתקין אמצעים חלופיים להשגת המטרה. הזכויות של חופש הביטוי וההתאגדות אינן זכויות מוחלטות, והן כפופות להגבלות של סעיף 29 להכרזה על זכויות האדם, וכן לסעיפים 19 ו-20 ל-ICCPR. על אופיו המחייב של סעיף 4 חזרה ועדת האו"ם במסמך מאוחר יותר – *General Recommendation VII*. ראוי גם להדגיש כי דעה דומה הביע בית-הדין הבין-לאומי (ICJ) בהכרעתו בעניין *Dem. Rep. Congo v. Rwanda*, שעסק בנושא של איסור אפליה גזעית.

בשנת 1993, במסמך *General Recommendation XV(42)*, התייחסה ועדת האו"ם ל"עדויות לקיום אלימות מאורגנת על בסיס מוצא אתני", וציינה כי איסור ההפצה של רעיונות המבוססים על עליונות גזעית ואיסור השנאה הגזעית תואמים לחלוטין את העיקרון של חופש הביטוי והדעה. באותה פסקה ביקשה הוועדה להביא לתשומת-ליבן של המדינות החברות את לשון סעיף 20 ל-ICCPR, המתייחס באופן מפורש ל"שנאה על רקע דתי".

ברוח דומה הכריזה ועדת זכויות האדם (Human Rights Committee), במסמך שכותרתו *General Comment 22(48)* ואשר אומץ בשנת 1993, כי סעיף 20 ל-ICCPR,

אשר חל על גילויי שנאה על בסיס דתי או גזעי, אינו סותר את עקרון חופש הביטוי. במסמך קודם, General Comment 11(19), הצהירה הוועדה כי המדינות החתומות מחויבות לפעול ולחוקק חוקים האוסרים העברת מסרים של שנאה גזעית, דתית או לאומית. הוועדה חזרה והדגישה כי איסור זה תואם את החירויות הבסיסיות של האדם.<sup>22</sup>

### פרק ג: הקבלות נוספות

נראה אפוא כי הסקת מסקנות הקשורות לדמיון ולהקבלה בין הסעיפים האוסרים הסתה גזעית לבין אלה האוסרים קידום שנאה המבוססת על הבדלי דת או אמונה, בהתאם לסעיף 20 ל-ICCPR, היא לא רק תרגיל בהרמנויטיקה משפטית, אלא דבר אשר נטוע ומושרש גם בנסיבות ההיסטוריות של החקיקה. אולם ייתכן שיהיה קשה יותר למצוא נקודות הקבלה כאלה במקרים אחרים שבהם המדינה מגבילה את חופש הביטוי. במקרים של חוקים האוסרים אמירת דברים המהווים "חילול השם" (blasphemy) קיימים קשיים רבים בהגדרת המונח "חילול השם". חוקים אלה מתייחסים לרוב לגילויים ולביטויים נגד הדת או המוסד הדתי הדומיננטיים במדינה. כך, הכחשת קיומו של אלוהים עולה כדי דברי חילול השם במדינות מסוימות, אולם במדינות אחרות אין בביטוי זה אלא יישום של חופש המחשבה, הביטוי והדעה.<sup>23</sup> חוקים האוסרים כפירה או תועבה נתקלים בקשיים דומים. חוקים אלה נהוגים בשיטות משפט מסוימות, אך אינם מקובלים בשום צורה ודרך בשיטות אחרות, ואין פיקוח או רגולציה בין-לאומית על תוכנם של חוקים אלה בטקסטים בין-לאומיים. מתחם שיקול-הדעת שבית-המשפט האירופי לזכויות אדם (ECtHR) בחר להעניק לכל מדינה ומדינה במצבים הללו הוא רחב, ומדגיש את ההבדלים הניכרים שבין מקרים הדנים בחוקים אלה לבין מקרים הנוגעים בפגיעה בזכויות-יסוד אחרות.

בכל הנוגע בסוגיית ההשמצה (defamation), הן האמנה האירופית והן האמנה האמריקאית לזכויות אדם מתייחסות לסוגיית שמו הטוב או המוניטין של האחר. אך החקיקה בתחום זה שונה ממדינה למדינה לא רק בפרוצדורה, אלא גם במהות, ובכלל זה גם בסוגיית זכות העמידה. בחלק מהמדינות נדרש שהתובע יהיה כלול באופן אישי באמירה שלגביה נטען כי היא עולה כדי השמצה או לשון-הרע. קו-התפר שבין הסתה לבין לשון-הרע או השמצה הוא מטושטש, וקשה לקבוע היכן הוא עובר. סעיף 20 ל-ICCPR מתייחס ל"הסתה" כאל התוצאה של העברת מסרים העוסקים בשנאה על רקע

22 ראו שם, בעמ' 23–26.

23 לאחרונה, בזמן הכנת רשימה זו, דווח כי אירלנד מתכננת להרחיב את היקף תחולתה של החקיקה הפנימית שלה בנושא חילול השם, כך שזו תכלול הגנה על כלל הדתות, ולא רק על הדת השלטת במדינה. בדיון שהתנהל באו"ם בדבר "השמצת דתות" הוצע כי החלטות האו"ם בנושא ירמוזו לגבי איסור חילול השם ברמה הבין-לאומית.

לאומי, גזעי או דתי. על ההסתה להוביל לאפליה, לעוינות או לאלימות. השמצה או לשון-הרע שאינן עולות כדי דברי שטנה או הסתה אינן כלולות בסעיף 20, אולם החקיקה הפנימית רשאית לאסור גם מעשים אלה.

בכל הנוגע בדת, ההבחנה בעייתית במיוחד. ההבדל בין מתיחת ביקורת לגיטימית על דת פלונית על-ידי הצגתה כמוטעית מיסודה, כאבסורדית או כשקרית, מחד גיסא, לבין דברי הסתה נגד אותה דת פלונית כמובנם בסעיף 20 ל-ICCPR, מאידך גיסא, אינה הבחנה כמותית בלבד. השאלה מתי ביקורת לגיטימית נהפכת להשמצה או ללשון-הרע, ומתי השמצה או לשון-הרע נהפכות להסתה, הינה שאלה בסיסית, אשר התשובה לה תלויה בעיקרה בכוונה או במניע.

במקרה של הסתה לרצח-עם אין מחלוקת על כך שמדובר בהסתה לבצע מעשי אלימות במובן הקיצוני ביותר של המילה. אולם רצח-עם, מעצם טבעו, ניתן לביצוע אך ורק על-ידי מדינות או גופים קולקטיביים שאינם מדינות, ולכן שאלת הכוונה והמניע הינה שאלה מכרעת. החלטתו מעוררת המחלוקת של בית-הדין הבינ-לאומי (ICJ) בפברואר 2007 בעניין *Bosnia v. Serbia* מאפשרת לנו הצצה אל הקשיים הרבים בתהליך זה. אף במקומות שבהם קבע בית-המשפט כי התקיים רצח-עם, כפי שהיה בסרבניצה (Srebrenica), התקשו השופטים להגיע להסכמה בנוגע לכוונתה של סרביה, לאמור, בעניין הכוונה של ממשלתה או של רשויות השלטון שלה להסית לכך.<sup>24</sup>

נותרנו אפוא עם השאלה של היקף הדיבור. עד כמה ניתן להתייחס בגיחוך לאמונה דתית או להציג קבוצה דתית במונחים שמביעים זלזול מבלי שהדבר ייהפך להסתה כמשמעותה בסעיף 20 ל-ICCPR? בני דת מסוימת עלולים להיפגע בצורה קשה מאוד מביקורות נוקבות על אמונתם, אולם האם די בכך להפוך את האמירות הללו למפרות את הסדר הציבורי ולדברי הסתה כמובנם בסעיף 20?

איי-אפשר להתעלם מן הבעיות שנוצרות כתוצאה מאמירותיהם של בני קבוצות מסוימות ומן התגובות שהאמירות הללו יוצרות בקרב קבוצות דתיות שמוצאות את עצמן לעיתים נפגעות, נעלבות או אף מאוימות. העצרת הכללית של האו"ם אף הביעה בכמה הזדמנויות את חוסר שביעות-רצונה ואת דאגתה לנוכח בעיות אלה. כל שלוש הדתות הגדולות היו מעורבות בתקריות מסוג זה בשלב זה או אחר. אפילו בעת כתיבת שורות אלה מתרחשות התנגשויות מעין אלה ברחבי העולם: הוצאה-לאור אמריקאית גדולה הודיעה לאחרונה כי היא מסרבת להדפיס יצירת ספרות המתארת את הנביא מוחמד, מחשש לתגובות אלימות על הצגת דמותו במסגרת יצירה ספרותית; והעיתונות הצרפתית סיקרה לאחרונה בהרחבה את פרשת הפיטורים של קריקטוריסט אשר פרסם מאמר סטירה שנתפס בעיני רבים כפוגעני כלפי קבוצה דתית-אתנית מסוימת. מקרים אלה לא צדו אומנם את תשומת-ליבו של הציבור כמו פרסום הקריקטורה עם דמותו של הנביא מוחמד בעיתון הדני או כמו אותם סרטים שנתפסו כפוגעניים כלפי נוצרים או יהודים, אך הם מצביעים על ההיקף הרחב שאליו הגיעה הסוגיה, וכן על היותה בעיה

24 ראו: Bosnia and Herzegovina v. Serbia, ICJ, 2007, 140, וכן המאמרים הרבים שהתפרסמו בעקבות ההחלטה.

שחוזרת על עצמה בצורות שונות, המאיימות על הסדר הציבורי ועל הדו־קיום בין הקבוצות השונות.

החוקים הקיימים במדינות מסוימות האוסרים הכחשה של מעשי רצח־עם, דוגמת שואת העם היהודי או רצח־העם של הארמנים, לצד החלטות להוציא אל מחוץ לחוק התבטאויות מסוג זה, מהווים חלק מן הבעיה. האם ניתן לראות הצהרות מעין אלה, המכחישות את עצם התרחשותו של רצח־עם או את היקפו, כהצהרות העולות כדי הסתה נגד הקבוצה שבה מדובר? רק אם התשובה לשאלה זו חיובית נוכל למצוא הצדקה פילוסופית לאיסור המוטל על־ידי חוקים מסוג זה. כאן המקום להבהיר את ההבדל החשוב בין הכחשה של עובדות מוכחות, אשר נקבעו במשפט, לבין הבעת עמדה ספקנית לגבי אמיתותם ודיוקם של דוגמות או שיפוטיות ערכיים הנתפסים כאמיתות מוחלטות על־ידי חלק מן האוכלוסייה וכמיתוסים או כסיפורים בלתי־אפשריים על־ידי חלק אחר שלה.<sup>25</sup>

עצם אמירתן של אמירות פוגעניות או מעליבות כלפי דת מסוימת אינה עולה בהכרח כדי הסתה. השאלה מתי מילים נהפכות לנשק (fighting words) אשר אינו חוסה תחת ההגנה הניתנת לחופש הביטוי מקבלת מענה שונה בכל מדינה ומדינה,<sup>26</sup> כך שקשה למצוא לה תשובה אחת ברורה. אך ככל שתחום זה מתקדם ומתפתח, נוצרים מתחים וקונפליקטים רבים בסיטואציות השונות. על־ידי ניתוח משווה של הדומה והשונה בין התרופות והסעדים הקיימים בתחום המשפט הבין־לאומי בגין פגיעות שונות, אנו יכולים לצמצם את הסכנות הנובעות מן האמירות הפוגעניות על בסיס דת, מבלי לאבד לרגע את ההכרה בדבר חיוניותו של חופש הביטוי.

## מסקנות

1. חופש הביטוי הוא זכות בסיסית אשר כפופה להגבלות החוק. הוא אינו זכות מוחלטת.
2. יש לקרוא את סעיף 19 ל־ICCPR, המתיר הטלת הגבלות מסוימות על חופש הביטוי, יחד עם סעיף 20 לאמנה, האוסר דברי שטנה העולים כדי הסתה לביצוע מעשים של אפליה, עוינות או אלימות.
3. באופן עקרוני אין להבדיל בין אפליה על בסיס לאומי, אפליה על בסיס גזעי ואפליה על בסיס דתי מבחינת היחס כלפיהן. עם זאת, יש להתחשב במציאות הבין־לאומית

25 בתי־המשפט בבריטניה, בספרד, באוסטריה ובמדינות אחרות קבעו בהחלטות שונות כי השואה הינה אירוע שהתרחשותו אינה יכולה להיות מוטלת במחלוקת עובדתית.

26 ראו, לשם השוואה: Regina v. Keegstra, 1990 3 S.C.R. 697 (Can.). להרחבה בעניין זה ראו: Mello Mariana, Hagan v. Australia: A Sign of the Emerging Notion of Hate Speech in Customary International Law, 28 LOY. L.A. INTL. & COMP. L. REV. 365 (2006).

- וכן בהשלכות האפשריות שעלולות להיות להסתה נגד סמלים או קבוצות דת שונות, ולהנהיג מדיניות זהירה במיוחד, המכירה בקיומו של חופש הביטוי כזכות בסיסית שיש לפגוע בה רק באמצעות הוראות החוק.
4. ניתן להסיק על-דרך ההיקש מסקנות רלוונטיות לעניין הגבלת חופש הביטוי ממקרים אחרים שבהם הוא הוגבל. הדבר רלוונטי כאשר מתחשבים בסעיף 4 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית, בהיסטוריה החקיקתית שלו, בגישתו של האו"ם לסוגיה וכן בפרשנות הרחבה שניתנה לסעיף על-ידי אורגני האו"ם ועל-ידי הדווחים המיוחדים. מקור רלוונטי אפשרי נוסף מצוי בסעיפים II ו-III לאמנה למניעת הפשע של רצח-עם ולהענשת מבצעיו. עם זאת, בהסקת מסקנות אלה אין להתעלם מן הסוגיה של קביעת מדרג הנורמות במשפט הבין-לאומי, וכן אין להקל ראש במחלוקת סביב קיומו של סדר ציבורי בין-לאומי שמכיר במסגרת נורמטיבית אחידה לדין הבין-לאומי הכוללת בתוכה גם את הנורמות המהוות "חוק רך" ("soft law").
5. בהקשר של רצח-עם, האמנה משנת 1948 מתמודדת עם הבעיות העולות הן מהסתה נגד קבוצות דתיות והן מהסתה נגד קבוצות גזע. החקיקה הקיימת האוסרת הכחשה של רצח-עם יושמה עד כה רק במקרים של חפיפה בין הגורם הגזעי והדתי, אולם אין באמנה דבר המונע את החלתה על קבוצות דת בלבד אם יבוצע נגדן פשע של רצח-עם.
6. לנוכח ההקשר ההיסטורי הרחב והמגמות החדשות בתחום משפט זכויות האדם, נראה סביר ונכון להסיק כי ניתן ליישם על הסתה נגד קבוצות דת את האמור בסעיף 4 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית ובסעיפים II ו-III לאמנה למניעת הפשע של רצח-עם ולהענשת מבצעיו. החלה זו אינה סותרת את הזכות הבסיסית לחופש הביטוי, אשר ניתן להגבילה אך ורק במסגרת החוק לזכויות אדם.

