



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2684/12

בג"ץ 2688/12

לפני:

כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן

העותרים בבג"ץ 2684/12:

1. י"ב בחשוון התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי
2. המרכז הרפורמי לדת ומדינה
3. בית הספר אליהו ללימוד חכמת הדתות
4. התנועה המסורתית
5. מכון שיטים
6. מרכז יעקב הרצוג ללימודי יהדות
7. ציונות דתית ריאלית
8. קולך פורום נשים דתיות
9. שומרי משפט רבנים למען זכויות אדם
10. פרופסור אסא כשר
11. רחל רבין יעקב

העותר בבג"ץ 2688/14:

המטה למאבק בגזענות בישראל

נגד

המשיבים:

1. היועץ המשפטי לממשלה
2. פרקליטות המדינה
3. שר המשפטים
4. משטרת ישראל
5. בית המדרש עוד יוסף חי שכס
6. הרב יצחק שפירא
7. הרב יוסף ירמיהו אליצור
8. הרב יצחק גינזבורג
9. הרב דב ליאור

המבקש להצטרף כידיד בית משפט: הארגון הבינלאומי של עורכי-דין ומשפטנים יהודים

י"ז בכסלו התשע"ד (20.11.13)
כ"ו בניסן התשע"ה (15.04.15)

תאריכי הישיבות:

עו"ד אסף פינק; עו"ד עינת הורביץ
עו"ד אבינועם סגל-אלעד; עו"ד אבישי קראוס

בשם העותרים:
בשם המשיבים 1-4:
בשם המבקש להצטרף

עו"ד עירית קאהן; עו"ד רונית גדרון-צמח

כידיד בית המשפט:

פסק דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. עתירה נגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה (להלן היועץ המשפטי) שלא להעמיד לדין, מחוסר ראיות מספיקות, את מחברי הספר "תורת המלך"; זאת, בין היתר, בעבירות של הסתה לגזענות והסתה לאלימות.

רקע עובדתי

ב. המשיבים 6-7 (להלן המחברים), רבנים בישיבת "עוד יוסף חי" (המשיבה 5), הם מחברי הספר "תורת המלך" שפורסם בשנת 2009. הספר עוסק, כהגדרתו, ב"דיני נפשות בין ישראל לעמים" וכולל פרקים דוגמת "הריגת גוי שעובר על שבע מצוות" (פרק שני); "נפש יהודי מול נפש הגוי" (פרק רביעי); ו"פגיעה מכוונת בחפים מפשע" (פרק שישי). הספר נפתח ב"הסכמה" – מעין המלצה מאישיות רבנית מוכרת המופיעה בפתיחת ספרים תורניים – מאת הרב יצחק גינזבורג (המשיב 8), הרב דב ליאור (המשיב 9) ואחרים.

ג. בנובמבר 2009, בעקבות חשיפת קיומו של הספר בכלי התקשורת, הוגשו ליועץ המשפטי מספר תלונות שביקשו לפתוח בחקירה נגד מחברי הספר. ביום 1.2.10 נפתחה חקירה פלילית נגד המחברים, וביום 1.8.10 נשלחו הודעות המעדכנות את המתלוננים בנוגע לכך. עותקים של הספר נתפסו על-ידי משטרת ישראל. בנוסף, נחקרו המשיבים 8-9 במשטרה באזהרה – המשיב 6 ביום 26.7.10; המשיב 7 ביום 19.8.10; המשיב 8 ביום 2.8.10; והמשיב 9 ביום 27.6.11. חדי העין ישימו לב לפער בין תאריך חקירתו של המשיב 9 למועדי חקירתם של שאר המשיבים הנזכרים; הפער נובע מסירובו ההפגנתי של משיב זה להתיצב לחקירה משך תקופה משמעותית.

ד. המחברים שמרו בחקירתם על זכות השתיקה, ונמנעו מהתייחסות לטענות שהועלו נגדם. עם זאת, נמצאה עמדת המחברים כלפי הטענות, במסגרת תשובתם בהליך שונה ונפרד; מדובר במכתב שמסרו המחברים לעורך-דינם, ככל שניתן לראות – ללא תאריך, במסגרת הליך מינהלי שהתנהל בין משרד החינוך למשיבה 5 (להלן מכתב המחברים). נציין בקצרה, כי מטרת ההליך היתה בחינה מחדש של תקצוב המשיבה 5 על-ידי משרד החינוך, בעקבות פרסום ספרם של המחברים. המכתב הגיע לידי היועץ המשפטי, והוא התחשב בו במסגרת החלטתו שלא להעמיד את המחברים לדין.

ה. המחברים טוענים במכתב, כי מדובר בספר הלכתי שנועד לעיון תיאורטי ולא לקביעת הלכה למעשה; זאת הסיבה, לטענתם, שהספר יצא במהדורה מוגבלת אשר נועדה ל"לומדי סוגיות תלמודיות בעיון". בנוסף, כך נטען, זאת הסיבה שבמהדורה השניה של הספר שונה שם החלק בספר שהוגדר כ"מסקנות" ל"מהלך הספר בקצרה"; זאת כדי להדגיש "שמדובר בסיכום הדיון ולא במסקנות למעשה". עוד מוסיפים המחברים, כי ספרם מהווה חידוש הלכתי דווקא בכך שהוא מדגיש, כי "הדרך הנכונה היא לעבוד דרך מוסדות של שלטון וממשל". בנוגע להיבט הגזעני, המחברים טוענים שהספר אינו מתיחס ספציפית לבני הלאום הערבי, אלא לכל מי שאינו יהודי מבחינה הלכתית. עוד נטען, כי הספר פורסם תוך הסתמכות על חוות דעת משפטית שניתנה

להם, הקובעת שהספר מוגן מכוח הגדרת "פרסום מותר" בסעיף 144ג(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן החוק) – "פרסום ציטוט מתוך כתבי דת וספרי תפילה".

ו. בחקירתו הכחיש המשיב 8 שנתן הסכמה לספר, וטען שמדובר ב"ברכה לעוסקים במלאכת לימוד התורה". עוד הוסיף, כי אין הוא מסכים לכל האמור בספר, ושמילא "עיקר הספר הוא סברות". המשיב 9 ציין, כי לא קרא את כל הספר אלא חלקים בלבד.

ז. ביום 2.4.12 הוגשו שתי עתירות נגד היועץ המשפטי – הנדונות כאחת – המבקשות להעמיד לדין את המחברים, את הישיבה בה הם עובדים ואת הרבנים שנתנו הסכמתם לספר. זאת – בגין עבירה של הסתה לגזענות לפי סעיף 144ב לחוק, וכן עבירה של הסתה לאלימות לפי סעיף 144ד לחוק. בנוסף ביקשו העותרים להעמיד לדין משמעתי את אחד הרבנים שנתנו את הסכמתם לספר – הרב דב ליאור (המשיב 9) – ולהשעותו מתפקידו הציבורי כרב עיר בקרית ארבע. אציין כבר כעת, כי מאז הגשת העתירות סיים הרב ליאור את תפקידו כרב עיר, מסיבות שאינן קשורות לנידון דידן. ביום 22.4.12 החליט היועץ המשפטי לסגור את תיק החקירה, בשל היעדר ראיות מספיקות. בנוגע לעבירה של הסתה לגזענות, נומקה ההחלטה בכך שיש קושי לקבוע כי פרסום הספר נעשה "מתוך מטרה להסית לגזענות"; זאת, בין היתר, כיון שמדובר ב"בירור הלכתי" החוסה – לפחות בחלקו – לשיטת היועץ המשפטי, תחת סעיף 144ג(ב); כיון שהספר מתייחס ל"גויים" ולא לציבור הערבי באופן ספציפי; וכיון שאינו קורא לביצוע מעשים, אלא עורך "בירור הלכתי" שהוא רלבנטי בעיקר לתקופת מלחמה – ולא לשגרה. החלטת היועץ המשפטי מזכירה בקצרה את ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל פ"ד נ(5) 221 (1996) (להלן עניין אלבה), ומציינת כי "קיים פער בין נסיבות פרסום המאמר שבגינו הורשע הרב עידו אלבה, לבין נסיבות פרסומו של הספר הנדון". בנוגע לעבירה של הסתה לאלימות קובעת החלטת היועץ המשפטי, כי "קיים קושי לקבוע כי בעצם הצגת עמדת ההלכה (לדעת המחברים), ביחס לסיטואציות המופיעות בספר, יש משום קריאה לביצוע מעשה אלימות או טרור"; זאת, למעשה, בגין אותן סיבות שנמנו מעלה ביחס לעבירה של הסתה לגזענות. לבסוף, החלטת היועץ המשפטי מציינת, כי "מובן מאליו כי אין בהחלטת הסגירה כדי לבטא קבלה של הדברים הקשים המובאים בספר זה. נהפוך הוא – הדברים ראויים בעיני היועץ המשפטי לממשלה לכל גינוי והוקעה".

ח. יצוין, כי לאחר שניתן צו על תנאי בעתירות ביום 20.11.13, שב היועץ המשפטי ובחן את החלטתו לסגור את תיק החקירה, ואף נקט בצעדים להשלמת

החקירה; כך, ארבעה מתלמידי המחברים זומנו לחקירה – אך בחרו לשמור על זכות השתיקה; ומחברי הספר עצמם זומנו שוב לחקירה, בה אישרו כי הם שכתבו את מכתב המחברים עליו נשען היועץ המשפטי בהחלטתו לסגור את תיק החקירה. לאחר שננקטו הצעדים המתוארים, החליט היועץ המשפטי לדבוק בהחלטתו המקורית לסגור את תיק החקירה מחוסר ראיות מספיקות. עוד יצוין, כי העתירה בכג"ץ 2684/12 כוונה מתחילה למאמר שכתב המשיב 7, אשר לגביו לא נתקבלה החלטה לעת הדיון בפני הרכב ביום 20.11.13, וחלק זה נמחק בפסק דין מאותו יום.

טענות העותרים

ט. ביום 16.8.12, בעקבות החלטת היועץ המשפטי לסגור את תיק החקירה, הגישו העותרים בכג"ץ 2688/12 הודעה מתקנת לעתירתם המקורית. ניתן לחלק את טיעוני העותרים לקטגוריות הבאות: היעדר תשתית עובדתית מספקת להחלטה בדבר סגירת תיק החקירה; דיות הראיות להעמדת המשיבים 6-7 לדין בעבירה של הסתה לגזענות; והצורך בהעמדה לדין של הרב גינזבורג והרב ליאור שנתנו את הסכמתם לספר.

היעדר תשתית עובדתית

י. באשר לתשתית העובדתית עליה נסמך היועץ המשפטי בהחלטתו, העותרים טוענים כי אינה מספקת לביסוס ההחלטה. החלטת היועץ המשפטי מאזכרת מספר פעמים את מכתב המחברים. המכתב, כזכור, נשלח על-ידי המחברים לבא-כוחם כדי שיעשה בו שימוש במסגרת הליך מינהלי בין ישיבת המחברים למשרד החינוך; זאת, לאחר ששמרו על זכות השתיקה בחקירתם. לפי העותרים, הדבר דומה "להסתמכות מוחלטת ומתן משקל מקסימלי לאמרת עד מחוץ לכתלי בית המשפט, מבלי שניתנה לסניגור כל אפשרות לחקור אותו בחקירה נגדית". עוד מציינים העותרים, כי גם אם החליט היועץ המשפטי להשתמש במכתב המחברים, היה עליו לעשות זאת תוך מתן משקל מצומצם בלבד לדברים האמורים בו. בנוסף טוענים העותרים, כי תשתית עובדתית חלקית קיימת גם בנוגע לנסיבות המקרה – עובדת היותם של המחברים רבנים ומחנכים בישיבה, אשר נטען כי "תלמידיה מעורבים תדיר במעשי אלימות והפרת חוק". העותרים מציינים מספר מקורות, ברובם עיתונאיים, לביסוס טענתם בנוגע לאופי האלים של הישיבה (המשיבה 5).

דיות הראיות להעמדת המשיבים לדין

יא. העותרים טוענים נגד קביעת היועץ המשפטי, לפיה יש קושי ראייתי בהוכחת היסוד הנפשי הדרוש לשם הרשעת המחברים בעבירה של הסתה לגזענות; זאת משורת טעמים: אי-תחולה של הגנת "פרסום מותר" לפי סעיף 144ג(ב); הספר קורא למעשים,

ואינו נותר בתחום העיוני-תיאורטי; הספר עוסק במצב העניינים דהיום, ולא בתרחיש עתידי היפותטי; הספר מתיחס לציבור הערבי, ולא ל"גויים" כמושג כללי ומעורפל; וטענת ההשוואה לעניין אלבה.

יב. באשר להגנת "פרסום מותר" לפי סעיף 144ג(ב), נטען כי אין מקום להחילה בענייננו; זאת נוכח עמדת הפסיקה בנושא זה בעבר. הנה לשון הסעיף:

144ג(ב). פרסום ציטוט מתוך כתבי דת וספרי תפילה, או שמירה על פולחן של דת, לא יראו אותם כעבירה לפי סעיף 144ב, ובלבד שלא נעשה מתוך מטרה להסית לגזענות.

לפי העותרים, בעניין אלבה נקבע כי סעיף 144ג(ב) חל בצורה מצומצמת על ציטוט כתבי דת בלבד, ואין הוא מגן על ניתוחם ופרשנותם של מקורות דתיים – כפי שנעשה בענייננו. העותרים טוענים, כי פרשנותו המרחיבה של היועץ המשפטי לסעיף 144ג(ב) עלולה להביא לכך, שכל התבטאות של רב תהא חסינה מהעמדה לדין פלילי בגין עבירה של הסתה לגזענות.

יג. העותרים טוענים, כי בניגוד לקביעת היועץ המשפטי, הספר כולל קריאה למעשים ולא ל"בירור הלכתי" גרידא. העותרים מסיקים זאת מקהל היעד של הספר; מציטוטים מן ההסכמות שניתנו לו (כאמור, "הסכמות" בספרות ההלכתית הן דברי ברכה ושבח של אישים תורניים לספר היוצא לאור – ראו פרופ' נ' רקובר, זכות היוצרים במקורות היהודיים (תשנ"א-1991) שער שני, מעמ' 123 ואילך); ומדברי המחברים עצמם. לפי העותרים, החזקתו של הספר בישיבת המחברים מלמדת, כי הספר נועד לקריאה על-ידי צעירים, חיילים בהווה או בעתיד הקרוב, הרואים בספר מדריך לפעולה. בנוסף, מביאים העותרים ציטוטים נבחרים מן ההסכמות שניתנו לספר. כך, בהסכמת הרב ליאור נכתב:

"זהו תחום שהוא די אקטואלי בייחוד בזמן שיבת עם ישראל לארצו [...] זה נותן את הכיוון הנכון וההסתכלות האמיתית על האירועים וההתמודדות איתם, ראוי החיבור הזה לעלות על שולחנם של מלכים מאן מלכי רבנן וכל שוחרי תורה ואוהביה שיראו איך שתורת ישראל מדריכה את האדם בין החיים האזרחיים הרגילים והן בזמן מלחמה" (מקור ההדגשות, כאן ובהמשך הפסקה, בכתבי בית דין של העותרים – א"ר).

בהסכמת הרב גינזבורג נכתב:

”סוגיות אלו נוגעות מאוד למצבנו היום בארץ ישראל,
 כאשר עלינו לכבוש אותה מיד אויבנו”.

העותרים מוסיפים ומביאים את דברי המחברים עצמם, במטרה להראות שהספר נכתב תוך גישה אקטואלית-מעשית ולא עיונית בלבד. כך, במכתב המחברים נאמר: ”מותר לצבא שלנו להעדיף פגיעה בילדים אם כך ימותו פחות אנשים”; ובעמוד קס”ד לספר נכתב: ”בכל מקום בו נוכחותו של גוי מסכנת חיי ישראל – מותר להרגו”; בעמוד רי”ז הערת-שוליים ט”ו נכתב: ”כיוון שהרשעים פועלים ‘בלי חשבון’ – גם אנחנו פועלים ‘בלי חשבון’ כדי לקיים איזון נכון ומידה כנגד מידה”; בעמוד רכ”ז הערת-שוליים ל”ז נכתב: ”יש לדון האם היתר זה של המהר”ל נכון גם כלפי מבקרים מעם שלישי שנמצאים כעת בקרב העם שבו אנחנו נלחמים [...]” (מקור ההדגשות בכתבי בית דין של העותרים – א”ר).

יד. עוד טוענים העותרים, כי הקריאה לפעולה מופנית גם כלפי היחיד, ולא רק כלפי הציבור – דבר המעלה את רמת הסיכון הנשקפת מן הספר. טענת העותרים מתבססת על עמדת המהר”ל מפראג (מורנו הרב ר’ ליווא, ר’ יהודה בן בצלאל, המאה ה”ט – הי”ז), המסוכמת על-ידי המחברים בעמוד רכ”ז הערת-שוליים ל”ו:

”לא צריך החלטה של אומה כדי להתיר את דם המלכות הרשעה, וגם יחידים מתוך המלכות הנפגעת יכולים לפגוע בהם: שהרי שמעון ולוי אינם מלכות, אלא יחידים מתוך בית יעקב (ויעקב מתנגד למעשה), ולמרות זאת דמם של אנשי שכם הותר להם בגלל המעשה שלהם כפי דינה. כלומר: דמם של אנשי שכם הותר כיון שאומה פגעה כאן באומה, ולא ההחלטה הרשמית של האומה הנפגעת מתירה את דמה של האומה הפוגעת”.

העותרים מתיחסים לנאמר במכתב המחברים, שם נטען כי דעת המהר”ל הובאה כדעת יחיד שאינה מקובלת להלכה. לשיטתם, הספר אינו נוקט במונח ”דעת יחיד”, אלא להיפך – כתב כי ”מצאנו למהר”ל שחלק על הרמב”ם והרמב”ן בהסבר מעשה שכם, ועל פי זה חידש בענייני מלחמות”. העותרים טוענים, שקורא סביר יחשוב, כי המהר”ל ש”חידש בענייני מלחמות” מציג גרסה עדכנית ועדיפה הלכתית. עוד טוענים העותרים, כי הערת-השוליים שצוטטה היא המלה האחרונה שבספר – דבר המעניק לה משנה תוקף, כמעין ”שורה תחתונה”.

יה. כזכור, היועץ המשפטי נימק את החלטתו לסגור את תיק החקירה, בין היתר, בכך שהספר עוסק בעיקר במצב חריג ולא שגרת של מלחמה. העותרים טוענים, כי שגה היועץ המשפטי בקביעתו, כיון שלדעת המחברים המצב הנוהג היום הוא מצב

מלחמתי; משכך, כל הוראות הספר, לשיטת חסידיו, חלות במציאות הנוכחית ואינן תיאורטיות. להוכחת הטענה, מביאים העותרים ציטוטים מן הספר עצמו. בעמוד רכ"ז הערת-שוליים ל"ז, שכבר הובא, נכתב: "יש לדון האם היתר זה של המהר"ל נכון גם כלפי מבקרים מעם שלישי שנמצאים כעת בקרב העם שבו אנחנו נלחמים [...]"; בעמוד קצ"ב נכתב: "מלבד העבירות הללו, שאותן עוברים הלוחמים בנו, הרי רשותם להילחם בנו היא חלק ממה שהם עוברים על שבע מצוות באופן כללי"; עוד נכתב בעמוד קצ"ב: "סיבה נוספת לחיוב מיתה של גויים שלוחמים בנו היא היותם עוברים על גזל. במלחמה על ארץ ישראל סיבה זו מתחזקת, שהרי גויים שתובעים את הארץ לעצמם גוזלים מאיתנו את הארץ. שירושה היא לנו מאבותינו"; בעמוד רכ"ג בהערת-שוליים כ"ט נכתב: "ויש להעיר בהקשר זה שהאויב הערבי דהיום ידוע במעשים אכזריים ופרועים [...]". (הדגשות העותרים – א"ר). לפי העותרים, הציטוטים מראים כי המחברים סבורים שאנו נמצאים כבר כיום במצב מלחמה – ולכן ההוראות ההלכתיות לשעת מלחמה תקפות.

יו. שיקול נוסף בהחלטת היועץ המשפטי לסגור את תיק החקירה, הוא שהספר מתיחס ל"גויים" ולא לציבור הערבי באופן ספציפי. העותרים טוענים, כי שיקול זה שגוי עובדתית; שכן כוונתם האמיתית של המחברים היא לדון במלחמה נגד ערבים. העותרים מבקשים לבסס את טענתם בעיקר על הציטוטים שהובאו מעלה, וכן על ציטוט מעמוד קפ"ה, בו מאזכרים המחברים את דבריו של הרב שאול ישראלי ע"ה: "האוכלוסיה של כפרי הגבול הערביים נותנת מחסה מדעת לכנופיות הרצחניות, כך שהן יכולות לעשות מעשיהן ללא פחד הענשה. מאחר שברור שכנופיות אלו יש לדונן לא רק מצד מעשיהן בעבר כדין רוצחים, אלא גם כדין רודפים מחמת מגמותיהן לעתיד, הרי האוכלוסיה העוזרת על ידם, מסייעתם ומחזקת ידיהם בכל מיני צורות – בגדר עוזרים לרודף לעשות מעשי רצח [...]".

יז. דרך נוספת בה מבקשים העותרים להצביע על דיות הראיות להרשעת המחברים בעבירה של הסתה לגזענות, היא עריכת השוואה בין עניינם לבין עניין אלבה. העותרים משוים בין שני המקרים במספר קטגוריות: מעמד המחבר; נסיבות הכתיבה; הפצת החומר הכתוב; כותרת החיבור ואורכו; אופי החיבור; רמת ה"אקטואליות" של החיבור; קו ההגנה הנטען; והגדרת "גוי". מהשוואת המקרים, מגיעים העותרים למסקנה שאין הבדל מהותי ביניהם – בניגוד לנכתב בהחלטת היועץ המשפטי.

יח. באשר להעמדת המשיבים לדין בעבירה של הסתה לאלימות, מפנים העותרים לאותה תשתית עובדתית המתוארת מעלה, כדי לבסס את טענתם שהספר כולל קריאה ספציפית לפגיעה בציבור הערבי.

יט. העותרים מציינים, כי הרף הראייתי הנדרש בפסיקה לשם העמדה לדין הוא כזה היוצר סיכוי להרשעה שאינו נופל מהסיכוי לזיכוי. לפי העותרים, גם אם יש קושי בהוכחת רכיב כזה או אחר מיסודות העבירה, הסיכוי הכולל להרשעה עדיין אינו נופל מן הסיכוי לזיכוי – ולכן יש מקום להעמיד את הנאשמים לדין. עוד מוסיפים העותרים, כי מדובר במקרה בו קיים עניין ציבורי גדול בבירור ההאשמות, ולכן יש להעמיד לדין גם בהינתן תשתית עובדתית חלשה באופן יחסי.

העמדת המסכימים לדין

כ. באשר לצורך בהעמדת הרב גינזבורג והרב ליאור (המשיבים 8-9) לדין, עיקר טיעונם של העותרים מתבסס על חיבורים קודמים של המשיב 8 שבעטים נפתחו נגדו הליכים משפטיים. עברו של המשיב 8, כמו גם אי-חזרתו בו מן ההסכמה שנתן לספר – בניגוד למסכימים אחרים – מעידים, לטענת העותרים, על הסכמה המספיקה להעמדתו לדין. בנוסף לעתירתם להעמיד את המשיב 9 – הרב ליאור – לדין, העותרים דורשים גם את העמדתו לדין משמעתי מתוקף תפקידו כרב עיר.

טענות המשיבים 4-1 (להלן המשיבים)

כא. באשר לתשתית הראייתית שבבסיס החלטתו של היועץ המשפטי לסגור את תיק החקירה – המשיבים טוענים, כי בצדק הסתמך היועץ המשפטי על מכתב המחברים כראיה מינהלית; זאת תוך מתן משקל ראוי לנסיבות העניין. עוד טוענים המשיבים, כי העותרים מפנים לראיות נסיבתיות שאין אפשרות לעשות בהן שימוש במשפט פלילי. כך, לדוגמה, טענת העותרים לפיה יש להתחשב בעובדה שתלמידי המחברים "מעורבים תדיר במעשי אלימות והפרת חוק" – אינה מבוססת כנדרש במשפט פלילי.

כב. המשיבים טוענים, כי החלטת היועץ המשפטי לסגור את תיק החקירה מצויה במתחם שיקול הדעת הרחב המסור לו. המשיבים מוסיפים, כי שיקול הדעת של היועץ המשפטי להעמיד לדין – או שלא להעמיד לדין – רחב ביותר במיוחד שעה שהחלטה על העמדה לדין התקבלה תוך הערכת משקלן של הראיות בתיק. המשיבים מונים סיבה נוספת לריסון מהתערבות שיפוטית בהחלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד לדין את המחברים – הגנה על חופש הביטוי וחופש הדת. המשיבים מציינים, כי קיימת מדיניות

רבת שנים במערכת התביעה לעשות שימוש מצומצם ומדוד בכלים הפליליים ביחס לעבירות המגבילות את חופש הביטוי, ובמיוחד כאשר מתלוית לכך הגבלת חופש הדת.

כג. עוד נטען, כי כיון שמדובר בספר העוסק ב"בירור הלכתי" ושחלק ניכר ממנו הוא "ציטוט כתבי דת", אין אפשרות לבסס כנדרש שפרסום הספר נעשה "מתוך מטרה להסית לגזענות". המשיבים מציינים, כי "מדובר בניתוח הלכתי של סיטואציות, שבודאי נבחרו בקפידה על ידי המחברים, אך אין בהן התייחסות קונקרטיה למצבים עכשוויים, אלא התייחסות כללית לסיטואציות ברמה כללית ומופשטת". עוד צוין, כי ממכתב המחברים, ומדברי הרבנים המסכימים בחקירתם, עולה כי הספר מתייחס לדרך בה המדינה צריכה לפעול, ולא האדם הפרטי – עובדה המקשה על הגדרתו כמסית לאלימות. באשר לרכיב הגזענות כהגדרתו בסעיף 144א, המשיבים טוענים כי קשה יהיה להוכיח את קיומו בנוגע לפרסום ספר שעוסק ב"גויים" ככלל ולא ב"ערבים" ספציפית. בנוסף, הספר מתייחס לסיטואציות מסוימות, מלחמתיות ברובן, שקשה יהיה להוכיח, כך נטען, שההלכות שנקבעו בהן חלות רק בנוגע לציבור הערבי.

כד. המשיבים מתייחסים לעניין אלבה, ועומדים על ההבדלים בין מקרה זה לענייננו. בעניין אלבה, טוענים המשיבים, ניתן היה לבסס קשר ישיר בין הפרסום לבין המישור המעשי; זאת בשל סמיכות הפרסום לטבח במערת המכפלה ונוכח התבטאויות קונקרטיות של הרב אלבה שהצדיקו את הטבח, ובשל פעולות הכנה שנקט המחבר בפועל כחלק מתכנית גזענית ואלימה – דוגמת איסוף נשק. הבדל נוסף בין עניין אלבה לענייננו, לפי המשיבים, הוא בתוכן הספר; כך, אלבה טען שהאיסור ההלכתי "שופך דם האדם" אינו חל על הרג גויים, ואילו המחברים סבורים אחרת; אלבה טען שיש להרוג גוי שאינו מקיים שבע מצוות בני נח, ואילו המחברים הציגו גם דעות שונות בנושא; אלבה טען שהרג הגויים צריך להתבצע על-ידי יחידים, ואילו המחברים מטילים זאת על המלכות. לבסוף, המשיבים טוענים שעניין אלבה שונה מענייננו, שכן הרב אלבה שתק בחקירתו, ואילו המחברים – בסופו של דבר – דיברו עם חוקריהם במסגרת השלמת החקירה, ואישרו את הגרסה המופיעה במכתב המחברים.

חוות דעתו של המבקש להצטרף כ"ידיד בית המשפט"

כה. בפנינו גם בקשה להצטרפות כ"ידיד בית המשפט מטעם הארגון הבינלאומי של עורכי דין ומשפטנים יהודים (להלן הארגון). הארגון הוקם בשנת 1969, ובין מייסדיו הנכבדים נמנה המשנה לנשיא בית משפט זה, השופט חיים כהן ע"ה. לארגון ניסיון רב – כנמסר – במאבק נגד ההסתה לגזענות, ומבקש הוא לחלוק מנסיונו עם בית משפט זה.

כו. הכללים העקרוניים להכרעה בבקשה להצטרף כידיד בית המשפט נקבעו במ"ח 7929/96 כוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ג(1) 529 (1999). בין היתר, יש לשקול האם טיעוני המבקש להצטרף כבר נטענו על-ידי בעלי הדין, והאם הבירור הנאות ילקה בשל דחיית הבקשה. לאחר שעמדתי על כלל השיקולים, מצאתי להציע כי ניעתר לבקשה להצטרפות הארגון כידיד בית המשפט.

כז. מהם טיעוני הארגון? הוא מפנה לסעיף 20(2) לאמנה לזכויות חברתיות ופוליטיות (ICCPR) הקובע כי:

Any advocacy of national, racial or religious hatred
that constitutes incitement to discrimination, hostility
or violence shall be prohibited by law.

משרד הנציבות העליונה לזכויות אדם מינה קבוצת עבודה בין-מדינתית ליישום והטמעה של סעיף 20(2). ביום 5.10.12 פרסמה הקבוצה את המלצותיה במסגרת "תכנית רבאט". שתי ההמלצות העיקריות שמביא הארגון הן עדכון בתי המשפט לגבי הסטנדרט הבינלאומי לטיפול בהסתה לגזענות, ושימוש בסנקציה פלילית רק במקרים חריגים ביותר של התבטאויות קשות ומסוכנות.

כח. כיצד יש להבחין באותם מקרים חריגים המצדיקים שימוש בסנקציה פלילית? הקבוצה מציעה את הפרמטרים הבאים: ההקשר בו נאמרה ההתבטאות – כולל זהות הקבוצה הנפגעת; זהות הדובר ויכולתו להשפיע על קהל השומעים; כוונה להסית לגזענות – מצב נפשי של רשלנות אינו מספיק; תוכן ההתבטאות – הקבוצה מציעה לבחון את "רמת הפרובוקטיביות" ואת סגנון הדברים; תפוצת ההתבטאות – כמה אנשים נחשפו לדברי ההסתה; רמת הסיכון להתרחשות פעולה אלימה על רקע ההתבטאות.

כט. הארגון מבקש ליישם את הפרמטרים שתוארו למעלה לספר נשוא ענייננו, ומגיע למסקנה כי יש מקום לשימוש בסנקציה הפלילית. הקשר ההתבטאות: הארגון טוען, כי הספר פורסם על רקע מתיחות רבה בין ישראלים לפלסטינים, ואף – למרבה הצער – פעולות אלימות בין הצדדים. זהות הדובר: הארגון מציין את מעמד המחברים כרבנים מוכרים בעלי קהל שומעים רחב – דבר המגביר את הסיכון שנוצר מהתבטאויותיהם; כוונה להסית לגזענות: הארגון מציין, כי הכוונה להסית נלמדת ממספר גורמים – כתיבת הספר, מספר הספרים הרב שפורסם והופץ, הקשר בין תוכן הספר לקבוצה הנרדפת (המיעוט הערבי) ולזהות המחברים ותלמידיהם; תוכן

ההתבטאות: לפי הארגון, הספר מכיל התבטאויות ישירות ופרובוקטיביות המבוססות – לכאורה – על הלכה המחייבת כל מאמין; תפוצת הפרסום: הספר הודפס באלפי עותקים והופץ ברבים; הסיכון לאלימות: הארגון מציין, כי נוכח התגברות אירועי "תג מחיר", נראה כי קיים סיכוי גבוה לפעילות אלימה בעקבות פרסום הספר. על בסיס ניתוח זה, מגיע הארגון למסקנה לפיה "תכנית רבאט" מורה לעבר שימוש בסנקציה פלילית נגד המחברים.

הדיון בפנינו

ל. בדיון ביום 15.4.15 הדגישו המשיבים 1-4 את שלילת החיבור, הגורם חלחלה, ושאינן הם מקלים ראש בעבירה של הסתה לגזענות, העומדת בראש מעייניהן של רשויות החוק. עם זאת חזרו המשיבים והדגישו, כי לא נמצאו ראיות שיכולות לקשור בין הספר לבין ביצוע אירועים אלימים. בא-כוח המשיבים הצביע גם על הקושי הראיתי בהוכחת היסוד הנפשי של מטרה להסית לגזענות; זאת נוכח מספר מאפיינים של הספר – עיסוקו בעיקר במצב מלחמה, בניגוד למצב שגרת; התייחסותו ל"גויים" באופן כללי ולא לערבים ספציפית; והטלת החובה על המדינה ולא על האדם הפרטי. נאמר, כי הכלי המשפטי אינו הדרך היחידה לטפל בכגון דא, וישנם כלים תרבותיים שמעבר לכך.

לא. העותרים הדגישו בדיון את עובדת היותם של המחברים – שספרם הוא הוא הראיה – "הורים רוחניים" של צעירים המבצעים פעולות אלימות נגד שכניהם הערביים. כן מזכירים העותרים כתבה עיתונאית בה דווח כי המשיב 6 (אחד המחברים) נכח בהתפרעות אלימה של תושבי יצהר. אלו הנסיבות המלמדות, לטענת העותרים, על כוונת המחברים להסית. נציגת הארגון הבינלאומי טענה, כי יש ליתן משקל למי שהדברים באו מפיהם, רבנים בעלי השפעה.

הכרעה

אקדמות מילין

לב. הכרעה זו ניתנת בחירוק שיניים. לבי להעמדה לדיון ומוחי בספקות הרבים, אף שכל נים בי מתקומם כנגד דעותיהם והגיגיהם של המחברים. עסקינן בספר לובש כסות יהודית ולאמיתו הוא אנטי יהודי, כי הוא מוציא דיבת היהדות רעה. הוא משדר רוח רעה, שלא קשה לקרוא כמופנית קבוצתית לערבים, שהם שכנינו. לא בכדי העיר חברי השופט ג'ובראן, ערבי ישראלי גא בערביותו ובישראליותו ללא סתירה ביניהן, בשאלותיו בעת הדיון באשר לתכנים. בודאי מיותר לומר זאת, אך בשום פנים ואופן אל תיקרא ההכרעה כאן אלא כנובעת משיקולים משפטיים, עיקרם ראייתיים, ולא

משיקולים ערכיים. ההתלבטות רבה מאוד, שכן קשה לפקפק בגישתם הגזענית של המחברים כשלעצמם; אלא השאלה אינה גזענותם, אלא האם נתקיימו יסודות הסעיף בו מדובר, הסתה לגזענות, והוא מקור הספקות המשפטיים. בתלמוד הבבלי במסכת ברכות מוזכרת תפילתו של רבי יהודה הנשיא בזו הלשון (טז ע"ב): "יהי רצון מלפניך ה' אלקינו ואלקי אבותינו שתצילנו [...] מדין קשה ומבעל דין קשה [...]". תפילה זו עשויה להתפרש הן כתפילתו של בעל-הדין והן כתפילתו של הדיין (ראו א' הכהן "לא תגורו מפני איש" – עצמאות הרשות השופטת" פרשת השבוע, דברים 31, א' הכהן ומ' ויגודה עורכים (תשע"ב-2012)); ואכן, מתפללים אנו להימנע ככל הניתן ממקרים של "דין קשה", שכן – כלשון הפתגם הנודע – Hard cases make bad law [מקרים קשים יוצרים משפט גרוע]. כזה הוא התיק שבפנינו. מחד גיסא, בפנינו ספר רווי עוינות לזר, שכל כולו שימוש במקורות היהדות כ"קרדום לחפור בהם" (ראו משנה אבות, ד' ה') לביטוי עמדותיהם הקיצוניות של המחברים; מנגד, העותרים מבקשים סעד חריג עד מאוד – התערבות בהחלטת היועץ המשפטי לסגירת תיק חקירה בשל חוסר בראיות, להבדיל – למשל – מחוסר עניין לציבור (וראו דיון להלן), ומקום שבו הצביע היועץ המשפטי על חולשה משמעותית בראיות שלשיטתו אינן חוצות את הרף הנדרש. לטעמנו מוטב היה, אכן, אילו ניתן היה להעמיד לדין את המחברים, בסיכוי סביר להרשעה, המונח המשמש לרף הראייתי (ראו פסקה מ"ח להלן). אך במצב הראייתי לעת הזאת לא יהא זה אחראי והוגן מצד בית משפט זה להטיל לפתחו של בית משפט אחר – בית המשפט הפלילי הדיוני – הכרעה הטבולה מעיקרא בקשיים ראייתיים רבים. חרף נטיית הלב, אין מקום כטענת העותרים לביורור נושא ציבורי בהליך פלילי, מקום שהתשתית הראייתית אינה מספקת – כי האפקט עלול להיות הפוך; והדבר אינו מתיישב עם שיטתו המשפטית. קשה מאוד להלום את טענת העותרים, שאף אם התשתית הראייתית חלשה יש מקום בכגון דא להעמדה לדין; גישה כזו הועלתה בעבר ולא נתקבלה (בג"ץ 4379/09 "אומץ" נ' פרקליט המדינה, פסקה 29 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2010) (להלן עניין "אומץ"). לא רק במשפט עצמו, גם בהעמדה לדין, יש לספק מעמד ומשמעות, בכל האהדה לעותרים ולעמדתם. לענין ספק ראו יניב ואקי מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדין הפלילי (תשע"ג-2013) והקדמתי שם "ספק ספיקא והיד הרועדת", עמ' 15-18.

לג. נוסף על גישתו המדודה של בית משפט זה כלפי התערבות במסקנתם המקצועית של היועץ המשפטי והפרקליטות בהערכת הראיות שבפניהם, והדברים יבוארו בהמשך, המקרה דנא מציב גם משוכות נוספות לקבלת העתירה, כטענת המשיבים – פגיעה לכאורית בחופש הביטוי וחופש הדת. אמנם, ברי לדידי כי תוכן

חלקים ניכרים בספר ראוי לכל גינוי, אך הלכה פסוקה היא, כי חופש הביטוי משתרע גם על התבטאויות קשות ומקוממות ואף גזעניות (בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נ"ז(2), 157 פסקה 6 לפסק-דינה של השופטת דורנר; רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פסקה 16 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2006)). דומני, כי לא בכדי קבע המחוקק בסעיף 144 שלא יוגש כתב אישום בגין עבירות הסתה "אלא בהסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה". היועץ המשפטי מהוה גורם בכיר ואחראי, השוקל, בין היתר, את ההגנה על חופש הביטוי בכבד (ראו ד' ברק-ארז וד' זכריה "הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי" עיוני משפט ל"ה 555, 565 (תשע"ג)). בנוסף, כפי שהוזכר, ענייננו כולל שאלה של פגיעה בחופש הדת, אשר הוכר כהיבט של כבוד האדם (ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא, פ"ד נ"ג(3) 600, פסקה 6 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1999)). נדגיש, כי לערך לימוד התורה מרכזיות רבה ביהדות, והגבלתו באופן כזה או אחר משמעה פגיעה לא מבוטלת באדם המאמין כי דברי התורה "הם חיינו ואורך ימינו ובהם נהגה יומם ולילה" (מסידור התפילה). בבג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פסקה י"א (2012) ציינתי כי:

"המשנה (פאה א', א') מונה לימוד תורה בגדר הדברים 'שאינן להם שיעור'. בחתימת רשימת הדברים 'שאדם אוכל פירותיהן בעולם הזה והקרן קיימת לו לעולם הבא' – ושכללם 'כיבוד אב ואם וגמילות חסדים והבאת שלום בין אדם לחברו' – קובעת אותה משנה: 'ותלמוד תורה כנגד כולם'. עד כדי כך החובה להגות בתורה 'יומם וְלַיְלָה' (יהושוע א', ח') נתפסת כערך עליון, עד שהתנא רבי שמעון אומר: 'המהלך בדרך ושונה ומפסיק ממשנתו ואומר מה נאה אילן זה ומה נאה ניר זה מעלה עליו הכתוב כאילו מתחייב בנפשו' (משנה אבות ג', ז')."

לא אכחד, עם זאת, כי לטעמי חופש הביטוי אינו חזות הכל ויש להציב לו גבולות, וכבר אמרו חכמים דברים שיפה כוחם אף כאן, מפי רבי (רבי יהודה הנשיא) משנה אבות ב' א' "והוי מחשב הפסד מצוה כנגד שכרה ושכר עבירה, כנגד הפסדה" (ראו גם דנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין, פסקאות כ"ז-מ' לחוות דעתי (2014) (להלן עניין אילנה דיין)). למשל, לטעמי חופש העיסוק צריך שייסוג במקרים מסוימים מפני כבוד האדם, וכשלעצמי גם סבורני כי גזענות אינה צריכה להיכלל בחופש הביטוי; אך עדיין יש להוכיח את יסודות סעיפי ההסתה, וכאן הקושי הניכר.

לד. ועוד, הקושי הנוגע לחופש הדת מקבל נופך ממשי נוכח טענות העותרים, המפנות לציטוט דבריו של הרב שאול ישראלי על-ידי המחברים כהוכחה לגזענות המחברים כנגד ערבים (ראו פסקה ט"ז מעלה). הרב ישראלי – חתן פרס ישראל למדעי היהדות, חבר בית הדין הרבני הגדול וראש ישיבת מרכז הרב, ואישיות רבת זכויות

בעולם התורני הציוני-דתי (שלאחרונה מלאו כ' שנים לפטירתו) – בודאי אינו נחשד כמי שנמנה על חבורתם של המחברים, וההשוואה בינו לבינם ממחישה את הקושי הראיתי והמדרון החלקלק שבכגון דא. אציין כאן, כי דבריו שצוטטו נכתבו במאמרו מתשי"ד (1954) "פעולות תגמול לאור ההלכה" (הופיע מחדש בגרסה מקוצרת מעט בקובץ בצומת התורה והמדינה ג' (תשנ"א-1992)); המאמר בסיכומו תומך בפעולות תגמול נגד צוררי ישראל, אך כולל סייגים "ופעולה זאת היא בגדר מלחמת מצוה (ההדגשה במקור – א"ר), וכל אסון ופגע שקורה לפורעים או בעלי בריתם ולילדיהם, הם הם שערכים לזה, והם עוונם ישאו [...] אכן לפגוע לכתחילה בכוונה בילדים, כזה לא מצינו אלא בחטא עבודה זרה. על-כן מן הראוי לשמור עצמם מלנגוע בהם". במאמרו "מעמד הנכרי במדינה הישראלית" (שמקורו מופיע בקובץ בצומת התורה והמדינה ב' 49), כתב הרב ישראלי באופן ברור, כי "בבואנו לברר כמה מהלכות אלו שיש להן משמעות מעשית בימינו, חייבים אנו לזכור שהיחס החשדני לנכרי הוא בגין הדעות המשובשות שהוא נושא בתוכו, ולא בשום פנים לאדם באשר הוא אדם שבקרבנו. מעמדו של גר תושב, היינו נכרי שקיבל עליו ז' מצוות בני נח מתוך הכרה ואמונה בנבואתו של משה רבינו ע"ה, הוא מעמד מכובד של חסיד אומות העולם שמקומו מובטח גם בעולם הנצח, כפסק ההלכה; 'חסידי אומות העולם יש להם חלק לעולם הבא' (רמב"ם הלכות מלכים ח', י"א)". בהקדמתו למהדורה הראשונה של קבצי בצומת התורה והמדינה, בראשית ימי המדינה (תש"ט), ציין הרב ישראלי, שדברי הכותבים הם "בירורי הלכה, ולא הלכה ברורה... אין אנו לעת עתה אלא מסתתי אבנים, הבנאים יבואו אחר כך להקים את בניין ההלכה הברורה. צורות הקיום שבימינו כל כך רחוקות מאותן שהיו בזמן התלמודים, שלא נוכל להוציא מהן דרך התנהגות בחיי המעשה אלא אם כן נברר תחילה את יסודות ההלכה ונרד לעומק כוונתה" (כרך א' עמ' י"ד). דברים מובהקים אלה מדברים בעדם, גם לענייננו. האם ניתן ליטול מאמר מתקופה מסוימת וקונקרטי, על רקע הימים ומתוך הכרת דרכו של הרב ישראלי בהלכה, ולהפכו להלכה פסוקה לכל עת? איני סבור כי התשובה חיובית; על שאלות הקשורות בפגיעה באוכלוסיה אזרחית בידי מלחמה והצורך כי יוכרעו רק על-ידי הגורם הממלכתי המוסמך, וכך גם על פי גישת ההלכה, ראו אביעד הכהן פרשיות ומשפטים (2011), 461-460 והמובאות שם מדברי הרב אברהם יצחק הכהן קוק, משפט כהן קמ"ג, עמ' ט"ז. אחר הדברים האלה נתקלתי במאמר של פרופ' נח פלדמן מאוניברסיטת הארווארד (Noah Feldman, *Violence in the Name of the Messiah*, BLOOMBERG VIEW,) (Nov. 1, 2015, 11:00 AM), available at <http://www.bloombergview.com/articles/2015-11-01/violence-in-the-name-of-the-messiah> (the-messiah) הנדרש – בין השאר – לספר "תורת המלך" ומבקר אותו בחריפות רבה ובצדק. הוא מזכיר את האפשרות להעמדה לדין פלילים, אך כנגדה מציין כי הטענה

שכנגד היא חופש הביטוי והדת וההבחנה והשימוש בטכסטים קלאסיים מקובלים, ומוסיף

"Drawing the line based on the conclusions of religious interpretation is a dangerous business. The line between inciting violence and endorsing it abstractly is razor-thin. Practically, suppression of ideas might create sympathy for the radicals among right-wing religious settlers who share some of the terrorists' views but don't endorse their conclusions or methods. Arresting radical rabbis or censoring their books would alienate and radicalize nonviolent extremist leaders who would worry that they might be next. The terrorists' views would in any case survive and spread via the Internet".

דברים אלה, בלא ש"אחייב עצמי" כמובן לדעותיו ולעמדותיו של המחבר המלומד, מובאים כדי לשוב ולהצביע על המורכבות שבטיפול הפלילי בכגון דא, כמובן לא רק בהקשרי חופש הביטוי האמריקני "המקודש" לפי התיקון הראשון לחוקה אלא גם בנסיבות הישראליות שתיארנו. אנשי תג מחיר כאלה או אחרים, שאולי מורם האידיאולוגי הוא הספר "תורת המלך" וכל העומד מאחוריו, יידונו בעבירותיהם כראוי להם.

לה. מקרים מעין אלה מציבים בפנינו אתגר שיפוטי מהמעלה הראשונה. אמרנו כי לבנו נוטה במובן הערכי, הציבורי והאנושי לעמדת העותרים. כמוהם, וכמו הרוב המוחלט של אזרחי ישראל – שומרי מצוות ושאינם מקפידים במצוות כאחד (ראו הסכמתו של הרב יעקב אריאל, רבה הראשי של רמת-גן, לספרו של א' פינקלשטיין דרך המלך: גזענות ואפליית גויים בהלכה (ישיבת ההסדר נתיבות, תשע"א-2012), שנכתב כמענה הלכתי לספרם של המחברים) – גם אנחנו הזדעזענו למקרא דברי הבלע שבספר המוצגים כאילו היו "דברי אלוקים חיים" (בבלי עירובין י"ג ע"ב). העובדה שהמחברים משתמשים בתורת ישראל, המצוה עלינו "ואהבתם את הגר, כי גרים הייתם בארץ מצרים" (דברים י' י"ט), כדי להצדיק – חס וחלילה – הרג חפים מפשע, מלמדת כי הנייר סובל הכל. אך השאלה היא האם מצויים אנו בגדר המשפט הפלילי ודרישותיו הראייתיות? זאת עלינו לבדוק.

לו. יתרה מזאת, העיסוק בחלקים משמעותיים בספר אינו מתישב עם השכל הישר, ביטוי המופיע לא אחת בפסיקתי, אך אביא מדברי גדולים ממני, כגון השופט (כתארו אז) זילברג בע"פ 31/50 מלצקי נ' היועץ המשפטי (1950) "ישנו מבחן אחד שאפשר

לסמוך עליו בכל עת, והוא מבחן השכל הישר, או ההיגיון הבריא והפשוט של חיי המציאות". בתלמוד הירושלמי מובא סיפור ההולם את ענייננו (בבא מציעא, ב' ה'), מסופר על התנא ר' שמעון בן שטח שהשיב אבידתו של לא יהודי. שאלוהו תלמידיו: היש חובה להשיב אבידת גוי? ענה להם רבי שמעון: "מה אתון סברין? שמעון בן שטח ברברין הוה?" ["מה אתם חושבים? שמעון בן שטח ברברי הוא?"]. מסר הסיפור פשוט – ישנם עניינים שאינם מצריכים עיסוק דווקני באיסור והיתר ולא פלפולים שנוקם עולה על תועלתם, אלא שכל ישר ולב נכון; אחד מגדולי הדור האחרון, הרב ש"ז אורבך, אמר "לא כתוב בשום מקום שאסור להכניס חתולים לארון הקודש. זה שכל ישר" (שמע זאת מפיו הרב ישראל רוזן, במאמר "האם מותר להכניס חתולים לארון הקודש?" שבת בשבתו, פרשת נשא, י' בסיון תשע"ה – 28.5.15). יפים לכך דבריו של הרב ד"ר אהרן ליכטנשטיין, שהלך זה מקרוב לבית עולמו ("הלכה והלכים כאושיות מוסר" ערכים במבחן מלחמה (ירושלים, תשמ"ה)):

אמנם אדם מישראל מחויב לענות 'הנני' אם מונחת עליו הצו 'והעלהו שם לעולה', אך טרם שליפת המאכלת, הוא רשאי, ואף חייב, לוודא כמיטב יכולתו האמנם בכך נצטווה, האם המסר חד משמעי, והאם ההתנגשות כל כך חזיתית. במידה ויש צורך ומקום לפרשנות ואת זה חייבים לברר – מצפון רגיש ונבון הינו אחד הגורמים המעצבים שיקול דעת.

לז. מעבר לכל מה שכבר נכתב, הספר ראוי לגינוי גם מחמת הלכותיו הקשות לקוראים בו, ולואי שימעטו, בדבר הממשק העדין שבין יהודים לגויים, המשליכות על יחסי יהודים וערבים בישראל. יחסי רוב-מיעוט במדינת לאום מורכבים מטבעם, והמקרה הישראלי מציב קשיים נוספים המיוחדים לו. כתבתי על כך לפני שנים רבות בקצרה תוך סקירת הספר "גזענות כפי שהסברתי לבתי" מאת טאהר בן ג'לון בתרגום ר' מירן (פורסמה בהארץ – 1990: 325 (ג' בסיון תשנ"ט – 18.5.99)):

"ישראל רגישה בחוקיה לגזענות, והיא המכוונת כלפי מיעוט אתני-לאומי, קרי, המיעוטים הלא יהודים. הצורך בכך נשאב ממקורות שונים, וראש להם כמובן קשיי הסכסוך הערבי-ישראלי, שטרם תם. המבנה הרגיש של הצירוף 'מדינה יהודית ודמוקרטיה' טרם נתגבש במלואו; דמוקרטיה מהו – קל יחסית להגדיר, כי ישנם דגמים רבים בעולם. לא כן – יהודית, מושג שעודו מצוי בפולמוס בתוך הציבור היהודי פנימה, כפי שהיינו עדים בעוצמה מפתיעה באלה הימים. ובציבור הערבי יש מי שהיו רוצים להסיר את התואר 'יהודית' מן המדינה ולהפכה, 'מדינת כל אזרחיה'; מונח זה עשוי להישמע ראוי במשמעותו הלשונית, אך המהות שמאחוריו היא כמובן התנגדות להיותה של המדינה יהודית. באחרונה

נדרש לכך בית המשפט העליון בהתלבטו בשאלת התבטאויותיו של ח"כ עזמי בשארה באשר לגיטימיות ההגדרה העצמית של הציבור היהודי (ע"ב 2600/99) ואולם, כדי שנשמור על הצירוף יהודית ודמוקרטית, ונישיר מבט כלפי כל המבקש להסיר את הפן היהודי, עלינו לעשות על מאמץ לשוויוניות לערבים – באותו תוקף היסטורי מוסרי".

על דברים כגון אלה ביחס לשוויון לערבים נזדמן לי לחזור לא אחת (ראו גם רשימתי "על השוויון לערבים בישראל" ספרי נתיבי ממשל ומשפט 276 (תשס"ג-2003), וכן "המדינה וערביי ישראל: המאבק לשוויון במסגרת מדינה יהודית, דמוקרטית ומיוסרת" שם 293), מתוך אמונה עמוקה – וכי אפשר אחרת – במדינה שלא רק שבהגדרתה היא יהודית ודמוקרטית והכרזת העצמאות שלה מדברת בלשון שוויון, אלא גם האתוס ההיסטורי של נרדפות עמנו לאורך תולדותיו כקרבן גזענות מצוה עלינו יחס של שוויון למיעוטים. האנטישמיות היא גזענות במירעה, מאז אמר המן לאחשורוש (אסתר ג' ח') "... ישנו עם אחר מפזר ומפזר בין העמים בכל מדינות מלכותך ודתיים שונות מכל עם ואת דתי המלך אינם עושים ולמלך אין שוה להניחם".

לח. הגזענות מצאה את ביטויה הנורא ביותר, כמובן, בשואת עמנו באירופה. כבוד הבריות הבסיסי ביותר נוגד גזענות; ראו הרב א' ליכטנשטיין "כבוד הבריות" מחניים 5 – על מתינות וקנאות ביהדות (אייר תשנ"ג) 8, 10; ד"ר י' פלורסהיים, "הקנאות בהלכה היהודית ומגבלותיה", שם 116; וראו גם מאמרים אחרים שם. ראו גם נ' רקובר גדול כבוד הבריות (תשנ"ט); ראו גם הרב חיים דוד הלוי "דרכי שלום בין יהודים לשאינם יהודים" תחומין ט' 71; הרב יהודה עמיטל "היחס למיעוטים על פי התורה במדינת ישראל" הגות ו' (תשס"ג-2002), 84 וכדבריו "...שלקיום התחייבות לשאינם יהודים, משום מניעת חילול השם, יש משקל הלכתי עדיף על הרבה הלכות אחרות" (עמ' 85), שכן "כי בצלם אלוקים עשה את האדם" (בראשית ט', ו'), ובשל הדבקות במידות הקדוש ברוך הוא, התורה שדרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, יעודו של עם ישראל כאור לגויים, וכאמור קידוש השם ומניעת חילול השם (עמ' 86-88). עוד ראו ברל כצנלסון, הוגה הדעות המובהק של תנועת העבודה בתקופת המנדט, "לא מלחמה לנו בעם הערבי ולא חפץ כל שהוא להשתרר עליו. אין אנו בונים את עתידנו על ניצולו או נישולו של הזולת..." (בתוך המדינה העברית, ילקוט מקורות ופרקי מחשבה (ש' לוי, עורך, תש"ז), 264). ברשימתי "המדינה לערביי ישראל: המאבק לשוויון" (נזכרת מעלה) נדרשתי לדוגמאות של מאמצי אכיפה נגד ערבים "הודענו כי הכתובת 'אין ערבים – אין פיגועים' היא בבחינת הסתה לגזענות, שכן משמעה לדעתנו כי קיומו של כל ערבי הוא כביכול פוטנציאל לפיגוע. בהקשר זה, עם כל השוני, מבצבצת ההשוואה

האפשרות ליהודי במדינה כלשהי, משל היתה מופצת שם סיסמה 'אין יהודים – אין שחיתות' (עמ' 296).

ט. נושא היחסים עם שכנינו, והיחס ללא יהודי בכלל וללא יהודי במדינת ישראל, מדינה יהודית ודמוקרטית, העסיק רבים מפוסקי ההלכה והוגיה במדינה מראשיתה, החל מערב הקמת המדינה ולאורך שנים; ראש וראשון להם היה הרב י"א הלוי הרצוג, הרב הראשי לישראל בעשור האחרון למנדט ובעשור הראשון למדינה, שהקדיש מחקרים רבי השראה לזכויות המיעוטים לפי ההלכה ולמינוי נכרים (לא יהודים) לתפקידים ציבוריים, מתוך הבנה כי על המדינה – על פי החלטות האו"ם מ-29.11.47 – להיות דמוקרטית ללא הפליית המיעוטים על רקע דתי; והוא נדרש לשאלות הקשורות באפיון המוסלמים והנוצרים, שאלות מכירת קרקע ועוד. הגישה שפיתח היא כעין שותפות עם המיעוטים, וכן דן בהגותו במינוי שופטים לא יהודים; ראו ספרו תחוקה לישראל על-פי התורה, כרך א': סדרי שלטון ומשפט במדינה היהודית, בעריכת איתמר ורהפטיג (ושם המבוא פרי עטו, עמ' ל"ד) וחיבורי הרב הרצוג "זכויות המיעוטים לפי ההלכה" (עמ' 12) ו"מינויים ציבוריים של נכרים בימינו" (עמ' 22). הרב הרצוג התעניין עוד מקדמת דנא ביחס בין התרבות היהודית לזו הזרה, וראו מאמריו (בספרו יהדות, חוק ומוסר (2003) "היחס של חכמי התורה בארץ ישראל לתרבות יוון" (עמ' 107), "השפעת התרבות היוונית על היהדות" (עמ' 117), ו"האיסור על חכמה יוונית" (עמ' 129); ראו גם שאול ליברמן "הדעה המקובלת על איסור חכמה יוונית" יוונית ויוונויות בארץ ישראל, 225 (תשמ"ד). הזכרנו כבר את קבצי התורה והמדינה שערך הרב שאול ישראלי במהדורתם המחודשת בצומת התורה והמדינה (בעריכת הרב י' שביב, תשנ"א-1991). מעבר לאשר הזכרנו ראו גם מאמר הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל "עכו"ם ונכרי בדיני ישראל" (עמ' 38).

מ. מלאכה זו נמשכת בקבצי תחומין (היוצאים בהוצאת מכון צמח בגוש עציון מזה שלשים וחמש שנים), בהם נדונים שוב ושוב נושאי אקטואליה הלכתית, לרבות זו הכרוכה ביחסי המדינה עם מיעוטיה. כל הסוגיות הללו אינן פשוטות כל עיקר; דעת לנבון נקל, כי עסקינן בשאלות מורכבות מאוד, שהרי ההלכה – כאמור – נוצרה ברובה במצב שבו יהודים היו במיעוט ולא אחת מיעוט נרדף, תוך שמצב של שלטון במדינה יהודית ודמוקרטית ומיעוט לא יהודי הוא חידוש; ראו למשל הרב י' גרשוני "המיעוטים וזכויותיהם בארץ ישראל לאור ההלכה" תחומין ב' (תשמ"א), 180; הרב יעקב ורהפטיג "לא תחנם" ומשמעותו בימינו" שם, 193; וסימפוזיון הרב י' בן-נון, הרב מ' לוינגר, והרב א' ליכטנשטיין תחומין ז' 825.

מא. חרף הסלידה הרבה מדברי המחברים, חובתנו כשופטים היא על פי הצהרת האמונים שבסעיף 6 לחוק יסוד: השפיטה [...] לא להטות משפט ולא להכיר פנים" וברוח דברי הפסוק – "לא תפירו פנים במשפט פקטן פגדל תשמעון לא תגורו מפני איש" (דברים, א' י"ז). עניינם של המחברים – ויהא שאט הנפש מספרם עז ככל שיהא – ייבחן לפי הדין, כפי שפורש בפסיקה. עלינו לברר אם משאלת העותרים להתערבות בהחלטת היועץ המשפטי מבוססת דיה במישור המשפטי, בשונה מן הערכי-מוסרי, להצדקת התערבות שיפוטית, ואם נמצא כי לא כך הדבר, וגם אם יש צדק מוסרי בטענות העותרים ואהדה מובנית לכך – לא ניעתר, ובלב כבוד, לעתירה.

מב. ההכרעה בעתירה תיערך בשלבים הבאים: ראשית, נבדוק את הטענה שהעלו העותרים, לפיה החלטת היועץ המשפטי התקבלה בהיעדר תשתית עובדתית הולמת. לאחר מכן, נסקור את התשתית הנורמטיבית להתערבות בית המשפט בהחלטות היועץ המשפטי על העמדה לדין; נעמוד בקצרה על יסודות העבירה של הסתה לגזענות; ועל כל אלה – נבחן את הראיות הקיימות בתיק, והאם יש בהן כדי להצדיק התערבות שיפוטית בהחלטת היועץ המשפטי. לבסוף, נכריע בטיעוני העותרים לגבי העמדת המחברים לדין בגין הסתה לאלימות; ולגבי העמדתם לדין של המשיבים 8-9 בשל הסכמתם לספר.

התשתית העובדתית בבסיס החלטתו של היועץ המשפטי

מג. נעבור איפוא לתשתית העובדתית בנידון דידן; כנודע על החלטת רשות מינהלית להתבסס על תשתית עובדתית ראויה (ראו י' זמיר הסמכות המינהלית, 771-733 (תשנ"ו-1996) (להלן זמיר)). בבג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב בע"מ נ' שרת התקשורת פ"ד מ"ח(5) 412 (1994) (להלן יורונט) נקבעו ארבעה כללים לחובה זו: הרשות מחויבת לאסוף נתונים באופן סביר; לדחות נתונים שאינם קשורים לעניין; חובתה להסתמך רק על נתונים סבירים; על התשתית העובדתית להיות מוצקה לפני קבלת ההחלטה. כללי המשפט המינהלי חלים כמובן גם על היועץ המשפטי לממשלה. עלינו לבחון איפוא האם ההחלטה שלא להעמיד לדין את המחברים נשענה על תשתית עובדתית ראויה.

מד. בפתח הדברים, קשה להסתיר את אי-הנחת ממהלך ניהול החקירה דנא. ישנם צעדי חקירה רבים שאין להבין מדוע לא ננקטו. המשיבים טוענים שההחלטה התקבלה על בסיס תשתית עובדתית ראויה, שכן לאחר ההחלטה שלא להעמיד לדין, ובעקבות הדיון והצו על תנאי, נערכו מספר צעדים להשלמת החקירה, ובמהלכם שיתפו המחברים לכאורה פעולה עם חוקריהם (סעיף 98 לכתב התשובה מטעם המשיבים מיום

26.5.14); זאת בשונה מחקירתם הראשונה, בה שתקו. מדובר בטענה תמוהה, בכל הכבוד, כעולה מעיון בפרוטוקול חקירת המחברים. העיון מגלה, כי המחברים המשיכו לסרב לשתף פעולה עם חוקריהם, למעט הצהרה שהוכנה מראש בנוגע למכתבם. המשיב 7 אף ציין במפורש, כי "ההליך שבו אני נמצא כעת הוא הליך לא ראוי והדרך היחידה שלי למחות על קיומו של הליך כזה היא לא להסכים לשתף פעולה עם ההליך הזה בצורתו הנוכחית" (מש/17 הודעת המשיב 7 מיום 9.4.14 מול שורות 28-30). בלשון העם, המחברים "ציפצפו צפצוף ארוך" על החוק ונציגיו, תחת אשר יסבירו כדרך אנשים בני תורה והגונים את עמדתם.

מה. העותרים טוענים, כי שגה היועץ המשפטי כשהסתמך בהחלטתו על מכתב המחברים, שכזכור יועד לבא-כוחם במסגרת הליך שונה ונפרד שהתנהל מול משרד החינוך. כידוע, אין דין ראייה מינהלית כדין ראייה בבית המשפט (ראו זמיר, 750); ראיות שלא יתקבלו בבית המשפט, עשויות לשמש רשות מינהלית בבואה לקבל החלטות. כך גם בענייננו. אכן, גם לראייה המינהלית יש לייחס את המשקל הראוי לה בנסיבות העניין, ולא מעבר לכך; אך חרף אי הנחת מן החקירה הלא מספקת, לא השתכנענו שהיועץ המשפטי העניק למכתב משקל מופרז. ודוק, בהענקת המשקל הראוי למכתב המחברים, ניתן ונכון היה להתחשב בסירובם לשתף פעולה עם חוקריהם.

מו. כאמור, הצעדים שננקטו בחקירה רחוקים מהיות משביעי רצון, והיו בבחינת "מעט מדי ומאוחר מדי", והדברים נאמרים לגורמי האכיפה במבט צופה פני עתיד. סרטן הגזענות המיוצג על-ידי המחברים מצריך טוב מזה, ומי יודע אם לא ישוב הנושא ויעלה. עם זאת, לא כל פגם בחקירה מביא לידי ביטול ההחלטה שהתבססה עליה (בג"ץ 10907/04 סולדוך נ' עיריית רחובות, פסקאות 49-50 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2010) (להלן סולדוך); ע"א 7476/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 9-10 לפסק-דינו של השופט מלצר (2012)). חובת ההוכחה לעניין היעדר תשתית עובדתית מוטלת כידוע על הטוענים לכך (יורונט, סעיף 1 לפסק-דינו של השופט – כתארו אז – מצא; סולדוך, פסקה 54 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה). בנידון דידן, ולא בלי התלבטות, לא ראינו לבטל את החלטת היועץ המשפטי בגין היעדר תשתית עובדתית ראויה. לא ראיתי גם טעם להציע להשיב לחקירה, כי הדעת נותנת שלעת הזאת וכחלוף השנים לא תניב פירות עוד, גם אם איננו יודעים לצפות מה תהא השפעת הספר בעתיד, אלא שאין לו לדיין אלא מה שענינו רואות. מכל מקום, ובסופו של יום, התשתית העובדתית העיקרית היא הספר המדובר; ניסיתי לשים עצמי – כאמור – בנעלי שופט בית המשפט הדיוני שידון בספר, כיצד יחליף מתוכו מסקנה מרשיעה? ספק רב אם לא ייקלע לספק בתפר ובתחום האפור שבין בירור הלכתי לבין מורה הוראה למעשה.

התערבות בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה

מז. אחד מכובעיו העיקריים של היועץ המשפטי לממשלה, המופקד על הייעוץ המשפטי לממשלה על ייצוגה ועל האינטרס הציבורי – הוא האחריות על מערך התביעה (לסקירת תפקידי היועץ המשפטי ראו, בין השאר, מאמרי "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק – מטלות ומורכבות במדינה יהודית, דמוקרטית ומקוטבת" מחקרי משפט י"ז (תשס"ב-2001) 7; ספרי נתיבי ממשל ומשפט 41; ד' זילבר בשם החוק (תשע"ג-2012)). סמכותו של היועץ להעמיד אדם לדין נובעת מסעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, שזה לשונו:

"ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שאין במשפט עניין לציבור".

קרי, דרישת דיות הראיות היא כלל ראשוני והכרחי להעמדת אדם לדין. רק לאחר מכן רשאי התובע לשקול האם לוותר על העמדה לדין בשל חוסר עניין לציבור בכך. בנידון דידן השאלה היא כמובן הראיות; אילו היו אלה בנמצא כדבעי, פשיטא שהיה במשפט עניין לציבור.

מח. בבואו לבחון את דיות הראיות שבפניו, על היועץ המשפטי לשאול את עצמו האם קיים סיכוי סביר להרשעה. כדברי השופט א' גולדברג בבג"ץ 2534/97 י"ב נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נ"א(3) 1, פסקאות 5-6 לפסק-דינו (1997) (להלן עניין י"ב):

"הסתברות סבירה להרשעה אין פירושה רק הסתברות סבירה כי על-פי חומר הראיות אכן ביצע הנאשם את העבירה המיוחסת לו, אלא הסתברות סבירה שבית-המשפט יפסוק שאין כל ספק סביר שהנאשם אשם בביצוע העבירה [...] כתב-אישום אמור להיות מוגש באותם מקרים שבהם משוכנע התובע כי קיים סיכוי סביר להרשעה. בכך מתקיים איזון ראוי בין הערכים שביסוד מטרותיו של המשפט הפלילי, לבין הערך של מניעת פגיעה שאינה הכרחית בחשוד ובמשפחתו".

מט. החלטת היועץ המשפטי להעמיד אדם לדין – או להימנע מכך – היא החלטה מינהלית; וככזאת כפופה – כאמור – למשפט המינהלי (בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ"ד(2) 485, פסקה 48 לפסק-דינו של השופט – כתארו אז – ברק (1990) (להלן עניין גנור); בג"ץ 3495/06 מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 15 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2007)). אמנם, בעבר מקובלת היתה הגישה, כי

הביקורת השיפוטית על החלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד אדם לדין מוגבלת למקרים בהם ההחלטה התקבלה בחוסר תום לב (ראו סקירת המלומדת ד' ברק-ארז "בג"ץ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה' 219, 220 (1996)), אלא שחלו התפתחויות בעניין זה, והניצנים הראשונים לשינוי בגישת בית המשפט צצו עוד בבג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ל"ז(4) 326 (1983), שם ציין ממלא מקום הנשיא – כתארו אז – שמגר, כי "חוסר סבירות קיצוני היורד לשורשו של עניין יכול להיות עילה להתערבותו של בית-משפט זה, גם אם אין מתלולים לכך סימנים של העדר תום-לב דווקא". לראשונה התערב בית המשפט בפועל בהחלטת היועץ המשפטי מטעמי סבירות בבג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ"ג(4) 356 (1989), שם התקבלה עתירה נגד החלטת היועץ המשפטי שלא לפתוח בחקירה משטרתית נגד עיתונים שהפרו את כללי הסוביודיזה על רקע משפט דמאניוק. ואולם, כפי שנראה, הנכונות להתערבות שיפוטית בהחלטה המבוססת על הערכת ראיות פחותה מזו המעוגנת בחוסר עניין לציבור.

נ. כאמור, החלטת היועץ המשפטי בנוגע להעמדה לדין נחלקת לשני שלבים – שלב בחינת הראיות ושלב בחינת העניין הציבורי בהעמדה לדין. שני השלבים עומדים לביקורת שיפוטית, אך אכן ישנו הבדל משמעותי ביניהם לעניין רמת הנטייה השיפוטית להתערב בהחלטה. אמנם, שיקול דעת רחב ניתן ליועץ המשפטי הן להערכת דיות הראיות והן להערכת האינטרס הציבורי (בג"ץ 4736/98 מעריב בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ"ד(1) 659, פסקה 10 לפסק-דינו של השופט – כתארו אז – חשין (2000); עניין "אומץ", פסקה 24 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2010)); אך בית המשפט נוקט בזהירות כפולה בהידרשו לבחינת החלטתו של היועץ המשפטי בעניין דיות הראיות (עניין יהב, פסקה 2 לפסק-דינו של השופט – כתארו אז – אור (1997); בג"ץ 626/14 רויטמן נ' מדינת ישראל, פסקה 18 לפסק-דינו של השופט סולברג (2015)). יצוין, כי – ככל שעלה בידי לבדוק – אין תקדים להתערבות בית המשפט בהחלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד אדם לדין בשל חוסר ראיות (ראו מאמציו של השופט – כתארו אז – ריבלין בבג"ץ 8121/99 האגודה לזכות הציבור לדעת נ' פרקליטות המדינה, פסקה 4 לפסק-דינו (2000) (להלן עניין האגודה לזכות הציבור לדעת); בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס"ב(3) 550 (פרשת הנשיא קצב), פסקה 10 לפסק-דינו (2008) (להלן עניין פלונית א'), שם נתקבלה ההכרעה בעניין דיות הראיות ברוב של 3:2).

נא. מספר טעמים מונחים בבסיס הזהירות הרבה שנוקט בית המשפט בהערכת הראיות לשם העמדה לדין. ראשית, הליך זה אינו זהה להליך הערכת הראיות על-ידי

בית המשפט לשם הרשעה; מדובר בהחלטה מקצועית שבתחום מומחיותה של מערכת התביעה. יפים לכך דברי השופטת פרוקצ'יה בעניין פלוניא א' (פסקה 24 לפסק-דינה):

"ככל שמתחם הביקורת השיפוטית צר בהיבט השיקול הציבורי הקשור בהעמדה לדין, הוא צר פי כמה כאשר עומד למבחן הפן הראייתי שבהחלטת היועץ. צרות זו נובעת, בראש וראשונה, מאופייה של ההחלטה הנוגעת לראיות, המתבססת על הערכה עובדתית ומשפטית גם יחד. זוהי הערכה כמותית וערכית משולבת. היא מתקבלת כפרי של ניתוח ההיגיון בשילוב עם התרשמות של חושים בדבר טיב הראיות ומשקלן. היא אינה מסתכמת בהערכת כמותן של הראיות ובקיומן של גרסאות מפלילות בחומר החקירה. היא מחייבת את התביעה להערכה ערכית של הראיות מבחינת עוצמתן הגולמית, וקיום גרעין ראייתי המצביע על סיכוי סביר להרשעה. היא מחייבת הערכה לא רק לגבי טיב הראייה במצבה ההיולי כפי שהוא בתיק התביעה קודם למשפט. היא מחייבת הערכה מה יהיה משקלה כאשר העד שמסר אותה יעמוד על דוכן העדים, ויהיה נתון לחקירה נגדית שתעמיד במבחן את דבריו הראשוניים. היא מחייבת בחינת כל ראייה בנפרד, ובחינה כוללת של כל הראיות בהצטרפותן זו לזו כמכלול. לא מן הנמנע, כי בשל טיבה של החלטה זו, גורמים מקצועיים שונים, בעלי כישורים זהים יגיעו להערכות שונות לגבי אותו חומר ראיות [...]. מטבע הדברים, ביקורת על סבירות הערכת הראיות לצורך בחינת קיום סיכוי סביר להרשעה היא קשה ביותר, ומותירה שוליים צרים ביותר להתערבות שיפוטית".

טעם נוסף לגישת בית המשפט באשר להתערבות בהערכת הראיות הוא החשש ממראית עין של חוסר אובייקטיביות; זאת, שכן הנאשם עלול לסבור כי תוצאות משפטו נקבעו מראש בשל התערבות בית המשפט בהחלטה לקיים את ההליך השיפוטי מעיקרא (עניין האגודה לזכות הציבור לדעת, פסקה 4 לפסק-דינו של השופט ריבלין; ראו גם ד' קרצ'מר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה' 121, 136 (1996)).

נב. ודוק, עצם העובדה שבית משפט זה נמנע עד כה מהתערבות בעניין דיות הראיות, אין משמעותה שהחלטות היועץ המשפטי בנושא זה חסינות מביקורת שיפוטית (בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ"ט(1), פסקה 11 לפסק דינו של המשנה לנשיא מצא (2004) (להלן עניין התנועה לאיכות השלטון); עניין "אומץ", פסקה 25 לפסק-דינה של השופטת ארבל). יפים לעניין

זה דבריו של השופט חשין בעניין התנועה לאיכות השלטון (פסקה 5 לפסק-דינו), בבחינת "לְתַפְימָא – בְּרִמְיָא" (מדרש משלי, כ"ב ח'):

"קראתי הלכה ונזכרתי מעשה. היה זה בשכבר הימים, שבעל-סמכות בפרקליטות המדינה החליט שלא להעמיד לדין פלילי איש-דת עובד ציבור שנחשד בביצועה של עבירה חמורה. [...] ואני, פרח-פרקליטים בפרקליטות, הושמתי להגן על ההחלטה שלא להעמיד את איש-הדת לדין. הופעתי לפני מותב בראשותו של השופט יואל זוסמן ובהשתתפות השופט חיים כהן והבאתי לפני בית-המשפט כל אסמכתאות שלעניין – מצפון ומדרום מקדם ומים – להוכיח ולהיווכח כי אֶל-לו לבית-המשפט לשבת על כיסאה של התביעה הכללית, וחלילה לו כי ייתן את שיקול-דעתו תחת שיקול-דעתה. פנה אלי השופט חיים כהן – זאת אזכור עד יבוא יום – ושאלני בנימה רכה ואוהדת: ההלכה היא אפוא כי בית-המשפט לא ייתן את-שיקול-דעתו תחת שיקול-דעתה של התביעה? נכון, אדוני, השבתי. ואדוני סבור כי הלכה זו הלכה טובה וראויה היא? כן, אדוני, עניתי. ואדוני היה מבקש כי הלכה זו תישאר על מכונה ולא תשתנה? בוודאי, אדוני, הסכמתי. גם אני סבור כך, הוסיף השופט כהן; ועתה אפוא ייוועץ אדוני במי ששלחו אלינו ויודיענו אם לא יהיה זה ראוי שההחלטה תשונה ואיש-הדת יעמוד לדין. וכך היה. ההחלטה נהפכה על פיה ואיש-הדת עמד לדין. כך, אפשר, ניצלה ההלכה מפירות שעלול היה לבוא עליה. הנה-כי-כן, ההלכה שעניינה אי-התערבותו של בית-המשפט בהחלטה להעמיד לדין – או שלא להעמיד לדין – על מכונה תעמוד, אלא שגִדַע כי יש להיזהר בה כל העת, כי יש להשגיח עליה, כי יש לעשות כדי לשמור עליה אך גם להישמר מפניה".

זאת אולי ביקש בית משפט זה במתן הצו על תנאי, אך היועץ המשפטי עמד על דעתו, וטעמיו עמו כפי שהביאם בפנינו, ובמקום זה אנו מצויים.

נג. כל האמור מעלה יעמוד לנגד עינינו עת נעבור לבחון את פרטי הנידון דידן. ונשוב ונזכיר בקצרה, התערבות בהחלטת היועץ המשפטי תתקיים רק במידה שנמצא כי החלטת היועץ המשפטי אינה סבירה ברמה קיצונית. לשון אחר, קבלת העתירה מותנית בכך שהראיות בתיק מספיקות לשם העמדת המחברים לדין באופן מובהק, קרי, מתוך סיכוי סביר להרשעה (ראו פסקאות מ"ח-ג' למעלה), שאם לא כן אין להיעתר לה חרף תחושות ערכיות שהובעו מעלה.

נד. סקרנו את התשתית הנורמטיבית הרלבנטית לביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי, ונמצאנו למדים כי משוכה גבוהה במיוחד ניצבת בפני העותרים המבקשים התערבותו של בית משפט זה בעניין הכרעת היועץ בדבר דיות הראיות בתיק. בטרם נבחן את הראיות הפרטניות בתיק שבפנינו, יש לעמוד על יסודות העבירה המצריכים הוכחה.

נה. עסקינן בראשונה בעבירה של הסתה לגזענות, המעוגנת בסעיף 144ב לחוק העונשין. למראית עין, לשון החוק "רזה" ופשוטה:

144ב(א) המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים; (ב) לענין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא ואם היה בו אמת או לא.

גזענות מוגדרת בסעיף 144א לחוק:

144א "גזענות" – רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני.

נו. בירור נרחב ביסודות העבירה נערך בעניין אלבה; התיק נדון בהרכב של שבעה שופטים, ושופטי הרוב נחלקו ביניהם במספר שאלות (ראו 'נחשתן' "חילוף הלכה במצבי אי-הסכמה" הפרקליט נ(2) 631, 638 (תש"ע-2010)). ראשית, בית המשפט נדרש לשאלה האם ה"דבר" שבפרסום צריך להיות גזעני במהותו לשם השתכללות העבירה, או שכל "דבר" מספיק לשם כך. קרי, מה דינו של אדם המפרסם – במטרה להסית לגזענות – ספר תמים, שאינו כשלעצמו גזעני במהותו. שנית, התעוררה מחלוקת לעניין הצורך בודאות קרובה להסתה בפועל לשם השתכללות העבירה. לפי הנשיא ברק, נדרשת ודאות קרובה; ולפי השופט – כתארו אז – מצא, איך בכך צורך. נראה כי שתי השאלות אינן רלבנטיות לעניין שבפנינו, שכן היועץ המשפטי אינו תולה את הקושי הראייתי בהעמדת המחברים לדין במהותו הגזענית של הספר או ברמת הודאות שהספר אכן יסית, אלא בעיקר בשל הקושי בהוכחת היסוד הנפשי של מטרה להסית (ראו סעיף 19 להודעת המשיבים מיום 13.2.13). מחלוקת שלישית שהתעוררה בעניין אלבה נוגעת להלכת הצפיות המעוגנת בסעיף 20(ב) לחוק העונשין:

20(ב). לענין כוונה, ראיה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן.

קרי, הלכת הצפיות משמעה שניתן לראות רמה גבוהה של מודעות ככוונה; זאת מתוך הבנת הקושי הראייתי שבהוכחת רצייתו של אדם כי תתממש תוצאה כזאת או אחרת (ראו ג' עשת "הלכת הצפיות: יסודות של ודאות מול שיקול דעת שיפוטי על רקע תיקון 39 לחוק העונשין" עלי משפט ג' (תשס"ד-2003)). בעניין אלבה התעוררה מחלוקת האם הלכת הצפיות חלה רק בעבירות תוצאתיות, או גם בעבירות התנהגותיות בעלות רכיב של מטרה. בסופו של יום, לא נדרשה הכרעה בעניין, כיוון שהשופטים הסכימו שמטרתו של הרב אלבה, הנאשם שם, להסית לגזענות הוכחה כשלעצמה, ואין צורך בהלכת הצפיות לשם הרשעתו.

עבירת ההסתה לאלימות

נז. אשר לעבירת ההסתה לאלימות, לשון החוק היא:

"(א) המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות או טרור, או דבר שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות או טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו (בסעיף זה – פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית (ההדגשה הוספה – א"ר) שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור, דינו – מאסר חמש שנים.

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

בעת כהונתי כיועץ משפטי לממשלה נדרשתי למדיניות התביעה בנושא עבירה זו, בראשונה בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט ביום 29.7.97, ולאחר מכן ברשימתי "על חופש הביטוי ועל מדיניות התביעה בעבירות של הסתה לאומית" הפרקליט מ"ד 5 (תשנ"ח); וראו גם ספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 346. הוטעם עקרון חופש הביטוי. דובר שם על ביצורו של חופש הביטוי מזה ועל הריסון בשימוש במשפט הפלילי לעניין, ועם זאת על החריגים לכך, במקרים הראויים לחקירה פלילית. בסיכום נאמר (עמ' 10 במאמר, 351 בספר) "במקרה הצורך כאשר השכל הישר וההיגיון הבריא, בבדיקה זהירה, יצדיקו זאת משפטית – תיפתח חקירה. עם זאת, ככלל, המשפט הפלילי אינו יכול לשמש ככלי העיקרי לחינוך הציבור להתבטאות מתונה, בלשון נקיה...".

נח. עם זאת, החיים – וכמובן החוק – אינם מניחים שלא לבחון צעדים נגד הסתה לאלימות ולגזענות. הנה מדברי פרופ' ידידיה שטרן ברשימתו "גזענות וחופש הביטוי – כיצד נאזן בין המלחמה בגזענות לבין השמירה על חופש הביטוי?" בר-שיח, מגזין אוניברסיטת בר אילן, 15 (אייר תשע"ה – מאי 2015), המטעים את הזהירות אשר

ננקטת בהעמדה לדין, והמשורה בה משתמשים היועצים המשפטיים בסמכותם לאשר כתב אישום לעניין הסתה לגזענות. לטעמו, הדבר נובע מחופש הביטוי, שהוא "כסם חיים לעצם קיומה של החברה", ועל כן רק סכנה בדרגת ודאות קרובה תגביל אותו. "ואולם, בכל מקרה אחר – גם אם מדובר בביטוי גזעני שהלב היהודי, כמו גם המוח הדמוקרטי, זועקים נגדו, וגם אם מדובר בתופעה שמשחירה את פנינו הפרטיות והציבוריות – יש להגן על חופש הביטוי". לדידו של פרופ' שטרן, האיזון הוא בתביעות אזרחיות של מי שיוכיח שהוא קרוב לגזענות, וכך ניתן יהא "להפוך את המאבק נגד הגזענות לעניין ציבורי רחב יותר, מבלי שהמדינה עצמה תשמש כשוטר שאוסר או מתיר ביטוי כזה או אחר". אודה, מבלי לפגוע בחשיבותו העצומה של חופש הביטוי, כי דעתי שונה במידה מסוימת באשר ליחס שבין חופש הביטוי לכבוד האדם, והובעה בעניין אילנה דיין, פסקה כ"ו (2014):

"כאמור סבורני גם, כי באיזון שבין זכותו של אדם – כל אדם – לשם טוב לבין חופש הביטוי, אין להעדיף את האחרון מראש, א-פרוירית יסודותיה של עמדתי טמונים בערך הנעלה של כבוד האדם, אשר נתעלה למעלת חוק יסוד לפני למעלה משני עשורים. כבוד האדם וזכותו לשם טוב כרוכים גם בגישתו של המשפט העברי ללשון הרע...".

נט. לדידי יש מקום גם לכלי הפלילי שהעמיד המחוקק בתחום ולשימוש בו במקרים המתאימים. יתר על כן, כבר ציינתי כי כשלעצמי חולק אני על האמירה, המצויה גם בפסיקתו של בית משפט זה, כי חופש הביטוי חל גם על ביטוי גזעני (ראו בג"ץ 399/85 הרב כהנא נ' רשות השידור, פ"ד מ"א(3) 255, פסקה 20 לפסק-דינו של השופט – כתארו אז – ברק (1987)). ואולם, ענייננו שלנו הוא בראיות במקרה הספציפי בתחום הפלילי, והיא השאלה שלפנינו.

בחינת החלטתו של היועץ המשפטי לגופה

ס. חלק זה יבחן את החלטת היועץ המשפטי לגופה, בשלושה היבטים אלה: אופיו ההלכתי של הספר; בחינת הראיות לעניין הוכחת היסוד הנפשי של מטרה להסית; והשוואת המקרה דנן לעניין אלבה.

סא. הצדדים חלוקים ביניהם בנוגע למשמעות המשפטית שיש ליחס לאופיו ההלכתי של הספר. כזכור, העותרים טוענים שהגנת "פרסום מותר" לפי סעיף 144(ג) חלה בצורה מצומצמת על ציטוט כתבי דת בלבד, ולא על פרשנותם. המשיבים, מנגד, אינם טוענים במפורש שהספר חוסה תחת הגנתו של סעיף 144(ג), אלא מציינים כי

העובדה שחלק ניכר מהספר מהוה "ציטוט כתבי דת" מציבה קושי ראייתי בהעמדה לדין. הקשיים הראייתיים ייבחנו בהמשך, אך לעת עתה נעיר, למען הסר ספק, כי לחיבורים הלכתיים-פרשניים אין חסינות קטגורית מפני הסתה לגזענות. כך נקבע בעניין אלבה, בו ציין השופט – כתארו אז – מצא כי (פסקה 29 לפסק-דינו):

"אין המדובר בפרסום ציטוט מתוך כתבי דת וספרי תפילה, שהוא פרסום מוגן לפי סעיף 144ג(ב) לחוק באם לא משולבת בו מטרה להסית לגזענות, שכן אין המחבר מסתפק בליקוט מובאות מן הפוסקים אלא אסופת המובאות היא רקע בלבד למבנה המסקנות, ובאלה ישנו נדבך יצירתי מובהק פרי הגותו של המחבר".

סב. היעדר חסינות קטגורית לחיבורים הלכתיים-פרשניים מתחייב אף מתכלית החוק, שדברי ההסבר שלו מעלים על נס את כבוד האדם תוך שאיבת השראה ממקורות היהדות (דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 24), התשמ"ה-1985 הצעות חוק (195):

"המסורת העברית רואה בכבודו וביקרו של האדם, שנברא בצלם אלוקים, והשכנת השלום בין הבריות, ערכים נעלים ביותר. מאידך גיסא, השפלת כבוד האדם נחשבת במורשת היהדות עבירה חמורה. ביטוי מאלף לרעיון כבוד האדם, באשר הוא אדם, מובא במדרש (בראשית רבה, סוף פרשה כ"ד): 'בן עזאי אומר: 'זה ספר תולדות אדם' (בראשית ה', א') זה כלל גדול בתורה. רבי עקיבא אומר: 'ואהבת לרעך כמוך' (ויקרא י"ט, י"ח) – זה כלל גדול בתורה. שלא תאמר הואיל ונתבזיתי יתבזה חבירי עמי. אמר רבי תנחומא: אם עשית כן – דע למי אתה מבזה – 'בדמות אל-הים עשה אותו' (בראשית ה', א'). 'כבוד הבריות' הפך במקורות ההלכה העברית מעין ערך קונסטיטוציוני שבכוחו לדחות דינים אחרים. כדי למנוע איבה בין ישראל לנכרי תיקנו חכמי ישראל תקנות מסויימות, שעל פיהן אף התירו לעבור על איסורים מדרבנן".

סג. כעת, לבחינת גוף הראיות בתיק. הראיה המרכזית היא הספר שפורסם על-ידי המחברים. נביא תחילה את מסקנות הספר בקצרה – בסיכום שערכו המחברים עצמם בספר:

נ"א

מסקנות בקצרה

יק ראשון - איסור הריגת גוי

- א. לגוי אסור להרוג גוי, ואם הרג חייב מיתה (הדבר נלמד מהפסוק: "שופך דם האדם באדם דמו ישפך").
- ב. איסור "לא תרצח" מתייחס ליהודי שהורג יהודי אחר.
- ג. יהודי שהורג גוי, אינו חייב מיתה.
- ד. האיסור ליהודי להרוג גוי הוא מהפסוק "שופך דם האדם", שהרי יש לנו כלל ש"ליכא מירי דלישראל שרי ולגוי אסורי", כלומר: יהודים גם מוזוייכים בשבע מצוות בני נח.

פרק שני - הריגת גוי שעובר על שבע מצוות

- א. גוי נדון בעד אחד, בדיין אחד וללא התראה; ולכן היודע בגוי שעבר על עבירה משבע המצוות יכול לדון אותו ולהורגו. וכן פסקו למעשה הבית יוסף והרמ"א.
- ב. הגמרא כתבה שבסתמא אסור להרוג גוי (אף שעובר על שבע מצוות), כיון שמותר לדון אותו מתוך דאגה לקיום שבע המצוות ולא סתם להורגו (שאו זו דרך השתתה). אפנם גוי יכול לתזור בתשובה ולהפסיק לעבור עבירות מכאן ואילך, ואז אין להורגו על עבירות שעבר לפני כן.
- ג. הט"ז פסק שאף על פי שמן התורה אפשר לדון גוי - רבנן אסרו לעשות זאת.
- ד. גוי המצר לישראל - כיון שיש לנו עסק איתו - דנים אותו.

פרק שלישי - שיקולי נפשות בין גויים

- א. גויים אינם חייבים במסירות נפש על מצוותיהם.
- ב. כאשר רוצה מאיים על גוי 'הרוג את פלוני או שאהרוג אותך' - נחלק הדעות אם מותר לגוי להרוג את פלוני כדי להינצל.

מסקנות בקצרה + רכפ

- ג. כאשר מישור גורם לגוי למות (נופל עליו וכדומה) – מותר לכולי עלמא הרוג את זה שמדיק לו, אף אם המויק עשה זאת באונס גמור.
- ד. כאשר רוצח מנצל בן ערובה כדי לחסום את הנרצח – מותר לגוי הנרצח להרוג את החוסם כדי להינצל.

פרק רביעי – שיקולי נפשות: ישראל מול גויים

- א. ליהודי מותר להרוג גוי במקרה שבו לגוי מותר להרוג גוי, כי האיטור אצל ישראל נובע מאותו איטור שקיים אצל הגויים. ממילא פשוט שמותר לישראל להרוג בן ערובה גוי אם זו הדרך שלו להינצל.
- ב. כאשר מאיימים על ישראל להרוג את פלוני הגוי או שנהרוג אותך מותר לו להרוג את הגוי כדי להינצל, ואף לפי הפרשת דרכים שאוסר מקרה כזה בין גויים; זאת מפני שרק על גי עבירות יש מסירות נפש (ולא על 'שופך דם האדם').

פרק חמישי – הריגת גויים במלחמה

- א. גויים שתומכים או מעודדים מעשי רציחה של מלכותם וכדומה – חייבים מיתה כדן רודף, ומצוה להורגם כדי להציל מנוקם.
- ב. גם אלו שאינם מעודדים רצח – מותר להורגם כדי שיהודים לא יפגעו, מהטעמים הבאים:
 1. כשאומרים ליהודי "הרוג את פלוני הגוי או שנהרוג אותך" – היהודי לא צריך למסור את נפשו, שהרי אין בזה את הכלל של "מאי הויח דדמא ריזך סומק טפי?".
 2. במקרה בו רוצח תופס בן ערובה ומסתחר מאחוריו כדי לאיים על גוי (אפילו שלא בשעת מלחמה) – מותר למאויס להרוג גם את בן הערובה בכדי להינצל. וכן בשעת מלחמה, נוכחותם של החפים מפשע עוזרת לרוצחים, ולכן מותר להרגם כדי להינצל. וכיון שבמקרים אלו מותר לגויים לנהוג כך זה עם זה, לכן גם ליהודים מותר לנהוג כך כלפי הגויים.

דל + תורת המלך

- על פי הטעמים הנ"ל מותר להרוג גם הפים מפשע גמורים, כמו תינוקות, כשזה נצרך כדי להציל נפשות ישראל.
- ג. מצאנו בהלכה שהגויים חשודים באופן כללי על שפיכת דם ישראל, ובמלחמה החשד הזה מתחזק מאד.
- ד. רשעותם של הנלחמים בנו היא חלק מזה שהם עוברים באופן כללי על שבע מצוות בני נח, ולכן יש לנו ענין לדון ולהרוג אותם על עבירותיהם.
- ה. בגלל שני הסעיפים הקודמים קבעו חז"ל בהחלטיות שבשעת מלחמה - "טוב שבגויים הרוג": הם חייבים מיחה על עבירותיהם, ואין מקום לנסות ולחקן אותם כמצב כזה כי רשעותם וסכנתם גדולה.
- ו. גם תינוקות שאינם עוברים על שבע מצוות - יש שיקול להרגם בגלל הסכנה העתידית שתיגרם אם הם מוחזקים לגדול להיות רשעים כמו הוריהם (כפי שמצאנו בדברי הנביא על בני בבל), אפילו כשאינם מהרים מחסה לרשעים או שהספק היכן הם נמצאים עלול למנוע מאיתנו לפגוע ברשעים.

פרק שישי - פגיעה מכוונת בחפים מפשע

- א. במקרה של 'חנו לנו אחד מכם ונהרגו ואם לאו נהרג את כולכם' אצל גויים - מותר למסור יחידים כדי להציל את כולם, כי אין כזה סכר לאיסור.
- ב. מותר למלכות של גויים לסכן את אנשיה במהלך מלחמה, כיון שכך כולם מרויחים וסכר זה מספיקה כדי לפגוע בחיי גויים. ומאותה סיבה מותר גם לפגוע באנשים מקרב האויב כאשר הדבר נצרך.
- ג. הנקמה והתנהגות של מידה כנגד מידה נצרכת וחשובה במלחמה וכהכנת הרשעות, הן כפגיעה בחפים מפשע ובתינוקות, והן בצורת מלחמה אכזרית במידה כנגד מידה.
- ד. לדעת המהור"ל מותר לפגוע בכל אנשי מלכות מסויימת, אם אנשים ממלכות זו פגעו במלכות שלנו (כיון שכל אנשי המלכות נחשבים כגוף אחד).

סד. הספר כתוב כספר הלכתי לכל עניין ודבר, והוא גם מושקע בעבודה רבה. לא יתכן ספק, כי הוא חדור אידיאולוגיה, שאי אפשר לתארה אלא כעיקשת, אשר עניינה חיפוש תובנות הלכתיות להבחנה בין עם ישראל לבין הגויים. יש משהו אובססיבי ומתריס בעיסוק זה, אך עדיין הוא מצוי בעיקרו בתוך גדריו חופש הביטוי ההלכתי תוך שימוש במקורות פרטניים ומאורגנים, באופן שכל פרק כמעט כולל סיכום וכן ישנם נספחים שנועדו לברר סוגיות פרטניות, ולא בהכרח מביעים המחברים דעתם בכל נושא, פרט להבאת חומר הלכתי לשיטתם, והמדינה הפנתה לעמ' פ"ג בספר, בו נאמר כי "מסתבר שגם בזה אין חולק וכולם יודו לזה שכשיש מלכות מתקנות יחידים לא ידונו אלא ישאירו את הדין בידי השופטים". אדם מן היישוב ישאל עצמו, מדוע תחת לחפש דרכים לדו-קיום עם שכנינו מחפשים דרכים לבידול, ואם לפול הלכתי יש כאן, חכמה – בכל הכבוד – אין כאן. אך עדיין קשה מאוד להביא את הדברים ראייתית לגדרי הפלילים, לא רק כיון שמדברים ב"גויים" בכלל (וזו גם הלשון ההלכתית הרגילה), ולכך נשוב להלן, אלא גם כיון שהמבנה הוא הלכתי-למדני במהותו.

סה. העותרים מפנים לחלקים מסוימים מן הספר כדי לבסס את טענתם, ואילו המשיבים מפנים לחלקים אחרים. עיקר המחלוקת בין הצדדים – האם ניתן ללמוד מן הספר על מטרת המחברים להסית לגזענות. ניתן לחלק שאלה זו לשלוש שאלות משנה, הבוחנות את הרלבנטיות של תוכן הספר לזמננו: האם הספר מסית נגד הציבור הערבי באופן ספציפי? האם חיים אנו – מבחינת הגישה ההלכתית – בתקופת מלחמה? האם הנורמות האלימות המתוארות בספר חלות בלעדית על המדינה וכוחות הביטחון, או גם על אנשים פרטיים? תשובה לשאלה אחת משליכה על האחרות. אנו שופטים, וכאמור, עלינו לשוות נגד עינינו את בית המשפט הדיוני בבואו לדון. התביעה תגיש כתב אישום שהראיה המרכזית בו תהא כזכור הספר. יעלה עד, חוקר משטרתי, ויגיש את הספר, שיסומן ת/1. עתה יהא צורך בחוות דעת מומחים שיאמרו במובהק כי המדובר בהסתה גזענית. האם יוכלו לעשות כן בגדרי הדין הפלילי?

סו. נתחיל בשאלה הראשונה – האם הספר מסית נגד הציבור הערבי באופן ספציפי? מקריאה בספר – תענוג מפוקפק כשלעצמו – נראה, כי הוא מתיחס על פי כתבו מכל מקום, באופן עקבי לכל "גוי" – מי שאינו יהודי מבחינה הלכתית, ואינו מפנה לציבור הערבי דווקא. העותרים מפנים לציטוטים חריגים שאינם מעידים על תוכן הספר בכללותו, שכן במישור העיוני, ברי כי הנורמות המתוארות בספר יחולו גם במצב ההיפותטי בו מדינת ישראל נמצאת, חלילה, במלחמה עם מדינה זרה שאינה ערבית; אם נקרב זאת למציאות הנוכחית, למשל כך כשבאיראן עסקינן, שאינה ערבית. אכן, צריך להיות תמים במיוחד – כפי שכבר אמרתי – כדי שלא להניח כי הכוונה

הקונקרטיה היא ללא יהודים – ה"גויים" – שבשכנותנו, הערבים, גם אם ניתן להוסיף לכך לא יהודים אחרים שבקרבתנו, או במדינות רחוקות יותר. ההלכה ככלל מתיחסת ל"גוי"; ראו אנציקלופדיה תלמודית ערך "גוי", כרך ה' עמ' רפ"ו; הערך עוסק על פני עשרות עמודים בדינים רבים הקשורים ב"גויים", "אדם מאומות העולם שאינו מישראל". נאמר שם, כי "אדם שאינו מישראל נקרא בתורה בשם נכרי [...] אבל השם גוי – בתורת אומה, ולא על אדם יחיד, נאמר במקרא אף על ישראל [...] חכמים הרגילו לקרוא לאיש שאינו מישראל גוי, לפי שכשרצו להזכיר מי שאינו מישראל ולא נתברר אצלם מאיזה גוי הוא [...] היו אומרים גוי". לא למותר לציין כי ההלכה דנה גם ביחסים עם גויים, ובין השאר נאמר בערך דנא (עמ' שנ"ה) כי "אסור לישראל לשפוך דמו של גוי [...] אף שיש מחלוקת לגבי השאלה אם ישראל נהרג על כך בבית דין ולגבי תחולת הלאו לא תרצח, ובימי מלחמה הדין שונה. בין הנושאים הנדונים נושאי יוחסין, אישות, קרבנות, נדרים והקדשות, תרומות ומעשרות ומצוות מסוגים שונים, טומאה וטהרה, דיני הגויים, קניינים, מינויים, שליחות, עדות ונאמנות, חשדות, חשש לימוד ממעשיו, גופו ועוד; וישנן הבחנות מסוגים שונים בין יהודים לגויים. מכאן נלמד כי דברי המחברים באים תוך ליקוט וקישוש מקורות קיימים כאלה ואחרים. ואולם, גישה ל"גוי" תוך שימוש דווקני בטכסטים הלכתיים או הגותיים מכבר, שכבודם במקומם, היא קרקע מסוכנת; והלא בפשטות, לא הרי התייחסות ללא יהודי בנסיבות של שעבוד לנכרים בארצנו או בגולה, כהרי מדינת ישראל מדינה יהודית שהלא יהודים הם מיעוט בה. גם בהנחה שהכוונה הייתה לכל מי שאינו יהודי, אין בכך בהכרח כדי לפטור את המחברים מאחריות פלילית. נזכיר, כי "גזענות" כהגדרתה בחוק משמעה שלל פעולות שליליות הנעשות "כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסיה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני". דומני, כי פרשנות סבירה של הסעיף מחייבת את המסקנה שגזענות מתקיימת הן שעה שאדם נרדף בשל השתייכותו לציבור מסוים, והן שעה שאדם נרדף בשל אי-השתייכותו לציבור מסוים. אם אדם מסית כנגד כל מי שצבע עורו אינו לבן – כיצד נכנה זאת, אם לא גזענות? פרשנות אחרת, לפיה ניתן להסית כלפי כל מי שאינו יהודי – כל עוד אין נוקבים במפורש בשמו של ציבור כזה או אחר – אינה מתיישבת עם תכלית החוק ומבחן השכל הישר. לפיכך, העובדה שהספר מתיחס לכל מי שאינו יהודי – ולא "בלעדית" לציבור הערבי – אינה כשלעצמה מלמדת על היעדר מטרה להסית לגזענות.

סז. נעבור איפוא לשאלה השניה. האם אנו חיים – מבחינת הגישה ההלכתית – בתקופת מלחמה? נזכיר, חלק ניכר מן הנורמות המתוארות בספר חלות, לשיטת המחברים, רק בזמן מלחמה; לפיכך, ישנה חשיבות לבירור השאלה האם, לשיטתם, אכן חיים אנו בתקופת מלחמה, בה חלות הנורמות המתוארות בספר. הפרק החמישי של

הספר נקרא "הריגת גויים במלחמה", אך אין בו התיחסות מפורשת להגדרת מצב מלחמה. העותרים מפנים למספר ציטוטים בספר המלמדים, לטענתם, על דעת המחברים לגבי המצב כיום. אשוב ואזכיר ציטוט אחד שהובא על-ידי העותרים כדי לעמוד על רוח הדברים. העותרים הפנו לעמוד רכ"ז הערת-שוליים ל"ז, בה נכתב (ההדגשה בהודעת העותרים): "יש לדון האם היתר זה של המהר"ל נכון גם כלפי מבקרים מעם שלישי שנמצאים כעת בקרב העם שבו אנחנו נלחמים [...]". האם ציטוט כזה מבסס כנדרש במובן הפלילי, את טענת העותרים? דומה כי הציטוטים בספר נמצאים בקו התפר באשר לסברת המחברים שאנו חיים כיום בזמן מלחמה. אכן, ההסכמות שנכתבו לספר שיבחו את הרלבנטיות שלו לזמננו; הרב ליאור כתב ש"זהו תחום שהוא די אקטואלי" והרב גינזבורג כתב ש"סוגיות אלו נוגעות מאוד למצבנו היום בארץ ישראל". לכאורה, מדובר בראיות לגבי הגישה ההלכתית של הספר; אך מתעורר קושי רב, שכן יש בעייתיות משפטית בהסקת דעת המחברים מדעת המסכימים, עם כל החשד שהיא מעוררת, בשעה שבמכתב המחברים נכתב, כי "בספר מדובר בפירוש על שעת מלחמה, כאשר צבא של מדינה נלחם במדינה אחרת"; אכן, גם אם את מכתב המחברים שלאחר מעשה יש לראות כ"הצתה מאוחרת", ועדיין קשה לומר כי במישור המשפטי הפלילי נעבר קו הסיכוי הסביר להרשעה; וכי ניתן להרשיע על יסוד דברי המסכימים.

סח. עתה נבוא אל השאלה השלישית – האם הנורמות האלימות המתוארות בספר חלות באופן בלעדי על המדינה וכוחות הביטחון או גם על אנשים פרטיים. עיקר הדיון בעניין זה מתרכז סביב דעת יחיד של המהר"ל מפראג המובאת על-ידי המחברים באותה הערת שוליים ל"ו בעמוד רכ"ז, שם נכתב כי גם אנשים פרטיים יכולים לפגוע בגויים שפגעו ביהודי, "ולא ההחלטה הרשמית של האומה הנפגעת מתירה את דמה של האומה הפוגעת". התיחסות לכך היא דוגמה טובה לקושי הראייתי.

סט. בטרם נמשיך ונידרש לדברי המחברים, נזכיר מיהו מהר"ל, מורנו הרב ר' ליווא. לא מכבר ראה אור הקובץ החשוב מהר"ל – אקדמות: פרקי חיים – משנה – השפעה (אלחנן ריינר, עורך, תשע"ה). המהר"ל אינו דמות איזוטרית; הוא מחשובי המנהיגות הרוחנית היהודית במאות הט"ז-הי"ז, רבה של פראג, שקיים גם קשר עם הקיסרים ההבסבורגיים השליטים ובמיוחד עם הקיסר רודולף השני; ראו הלל יוסף קיבל "פראג היהודית, פראג הנוצרית והטירה בתור הזהב של העיר" שם 17, 25-28. גישתו ההגותית של המהר"ל (ואולי יש בכך דמיון לספר הכוזרי לר' יהודה הלוי, שקדם לו מאות שנים), היא ייחוד העם היהודי, באופן שלאדם המודרני והשוויוני כיום קשה מן הסתם לקבלו; ראו אורית רמון "עיון בפירוש מהר"ל למגילת אסתר" שם 215, 221-223 על ייחוד

הקהילה היהודית; ובמיוחד ראו פאבל סלאדק "תאולוג עם נטייה הומניסטית: העמדות החברתיות והאנתרופולוגיה של מהר"ל מפראג", שם 275: "מהר"ל הדגיש במיוחד את ההבחנה בין ישראל לאומות העולם ואת הקשר האינטימי של עם ישראל עם אלוהים..." (299), ואת תפיסת ייחודיותו המוחלטת של עם ישראל (300); הוא נדרש לאמירה התלמודית הנפיעה – כלשון המחבר – "אתם קרויים אדם ואין אומות העולם קרויים אדם" (בבלי יבמות ס"א ע"א), ולשיטת המהר"ל כאילו "שלימות הבריאה שהוא לאדם בפרט, הוא לישראל ולא לאומות" (301) – בניגוד לפתרון הרמוניסטי שמציע, למשל, ר' יצחק אברבנאל (פורטוגל וספרד, המאות הט"ו-ט"ז) לעניין כלל האדם; אמנם, במקום אחר מרכז מהר"ל דבריו ובנסיבות מורכבות מגיע למיתונם ולמסקנה כי, "ואם אחר שבחר השם יתברך בישראל נתמעט הצלם הזה אל האומות ומכל מקום הצלם האלקי הוא שייך לאדם במה שהוא אדם" (ראו שם 302). וכדברי המחבר סלאדק "המתח בין שתי הגישות הוא עדות למאבק פנימי שהתחולל בנפשו של מהר"ל פנימה בין הפילוסוף והאוניברסליסט הרנסנסי לבין התיאולוג היהודי שבו, העוסק בהגדרה מחדש של המסורת היהודית בשעת משבר" (שם). המורכבות מזכירה לנו את הדברים שמנינו מן הערך "גוי" באנציקלופדיה התלמודית.

ע. הרב משה צבי נריה, מאושיות הציונות הדתית ואישיות שנודעה באנושיותה, במאמרו "משפטיו לישראל" תחומין ב' (תשמ"א) 218 עוסק (עמ' 214-215) בתורת המהר"ל לעניין דיני נזיקין וההבדל בין החיובים בישראל ובאומות העולם, כגון "שור של ישראל שנגח של עכו"ם פטור" (בבא קמא ל"ח, א') "שלכאורה היא מבדילה בין ישראל לעמים ומקפחת זכויותיהם של אינם יהודים. והנה מתברר לפי סברתו שלא הורע כלל מעמדם של אומות העולם, אלא שהחיוב של ישראל כלפי ישראל חידוש הוא, ואילו כלפי אומות העולם נשאר הדבר במסגרת השיפוט השכלי הרגיל שעל פיו נקבעים משפטי האומות" (וראו גם רמב"ם נזקי ממון ח', ה'); כך גם (עמ' 215) בהשקפת המהר"ל לעניין ריבית בספרו נתיב הצדקה, ואין כאן מקום להאריך. ואכן – כפי שכותב ד"ר פנחס חליוה בספרו השלום כערך-על במשפט העברי ובמדרשי חז"ל (תשע"ה-2015), 174 "היחס לגוי בתורה ובדברי חז"ל אינו חד-גוני, ולפתות אפשר להצביע על יחס דואלי..." , והדבר בא לביטוי בדברי חז"ל שמאידך גיסא אוסרים, למשל, על אונאת הגוי, ומאידך גיסא מבליטים את השוני, וראו הניתוח שם עמ' 179 – לעניין כבוד הבריות כולן מזה והבדלים כאלה ואחרים מזה. בחרתי להביא לסיום, כפן אחר, מדברי הראי"ה קוק (מוסר אביך) – מובאים שם, עמ' 182), כי "אהבת הבריות צריכה להיות חיה בלב ובנשמה, אהבת כל האדם בייחוד ואהבת כל העמים כולם [...] אבל עלינו לדעת, כי נקודת חיים, אור וקודש, תמיד לא זזה מהצלם האלוהי שנחנן בו האדם בכללו וחוננו בו כל עם ולשון [...] [אהבת הבריות] צריכה להתפשט על כל

האדם כולו, למרות כל שינויי דעות, דתות ואמונות ולמרות כל החילוקים של הגזעים [...]". ואולי כדאי לסיים קטע זה בדברי המשנה גיטין ה', ט' "ומחזיקין ידי גויים בשביעית (בשמיטה) (לומר להם תחזקנה ידיכם – ר' עובדיה מברטנורא) אבל לא ידי ישראל, ושואלים בשלומם (של גויים – א"ר) מפני דרכי שלום (כל הימים ואפילו ביום חגם [...])" – ברטנורא). וראו גם בבלי גיטין סא ע"א "תנו רבנן: מפרנסים עניי נכרים עם עניי ישראל, ומבקרין חולי נוכרים עם חולי ישראל, וקוברים מתי נכרים עם מתי ישראל, מפני דרכי שלום".

עא. על רקע מורכב זה נעיין בפסקה שהמחברים דנן נדרשים אליה (מהר"ל גור אריה בראשית וישלח ל"ד), לפיה "ואף על גב דאמרה התורה (דברים כ') כי תקרב אל עיר להלחם עליה וקראת אליה לשלום; היינו היכי (במקום) דלא עשו לישראל דבר, אבל היכי דעשו לישראל דבר, כגון זה שפרצו בהם לעשות להם נבלה, אף על גב דלא עשה רק (אלא) אחד מהם – כיון דמכלל העם הוא, כיון שפרצו להם תחילה – מותרים ליקח נקמתם מהם, והכי נמי (וכך גם) כל המלחמות שהם נמצאים כגון 'צרוור את המדינים' (במדבר כ"ה, י"ז), אף על גב דהיו הרבה שלא עשו – אין זה חילוק, כיון שהיו באותה אומה שעשה רע להם – מותרין לבוא עליהם למלחמה, וכן הם כל המלחמות". אכן, דברים אלה עלולים להתפרש כהיתר פגיעה גם במי שלא פגע ביהודים, מעין נקמה קבוצתית; אך הרכיב המקומם הוא שימוש אנכרוניסטי בפירוש לתורה שאינו פסק הלכה ונכתב על רקע תקופתו לפני למעלה מארבע מאות שנה, תוך ניסיון להעבירו לפסים אקטואליים; אך עדיין, האם ניתן להוכיח בכך כשלעצמו הסתה פלילית – מסופקני מאוד. ואוסיף, כי כפי שציננה המדינה, מן הספר עולה כי דברי מהר"ל באים במקום שלא נענש על ידי המלכות, ולכך משמעות.

עב. ועוד: מדובר בספר בעניין זה בהערת שוליים שבאה אגב דיון בדעת יחיד, וזאת בתוך ספר המכיל מאות עמודים. אמנם, המחברים נמנעים מציון מפורש בספרם כי ההלכות המתוארות אינן חלות על היחיד, קרי, הרשאי כביכול לעשות דין לעצמו, אך רוב ההלכות עוסקות בדיני מלחמה שמטבען נוגעות למדינה ולא לאדם פרטי, ומכאן קושי ראייתי משמעותי. אציין בהקשר זה, שהטענה המופיעה במכתב המחברים, לפיה "מודגש שהדרך הנכונה היא לעבוד דרך מוסדות של שלטון וממשל" מעוררת שאלות: המחברים מפנים במכתב לעמוד פ"ב בספר, בו נכתב שבמקום שבו יש בית-דין של גויים, עדיף שהוא ידון את הגויים ולא בית-הדין היהודי; אלא ששם מדובר בעניין הספציפי של גוי העובר על שבע מצוות בני נח ונודון על-ידי בית-דין של בני עמו. קשה להסיק מכאן ששאר המתואר בספר בהכרח אינו חל על האדם היהודי הפרטי; אילו באמת רצו המחברים להדגיש שכל המתואר בספר אינו חל על יחידים, ניתן היה לחשוב

על דרכים מפורשות וטובות לכך כפי שציינה המדינה. בעניין בני נוח נאמר, כי בבסיס, מדינה מתוקנת היא זו שתטפל במפרי חוק (עמ' פ"ב) ועם זאת נציין את דבריו של הרב דב ליאור בחקירתו, לפיו כוונת המחברים היתה שהכתוב בספר לא יחול על אנשים פרטיים (מ"ש/9 הודעה מיום 27.6.11, מול שורות 51, 64, 71). על כן דומני שגם בעניין זה, עם כל החשד הכבד, התשתית הראייתית אינה מובהקת ברמה שתצדיק התערבות של בית המשפט בהחלטת היועץ המשפטי לגבי דיות הראיות.

עג. כעת, נערוך השוואה תמציתית בין המקרה שבפנינו לתשתית העובדתית בעניין אלבה. נזכיר בקצרה, הרב אלבה שימש כרב בישיבה הסמוכה למערת המכפלה שבחברון, ופירסם מאמר קצר בשם "בירור הלכות הריגת גוי", שיש בו דמיון בתוכנו לספרם של המחברים; זאת בסמיכות מועד לטבח שביצע במערה ברוך גולדשטיין. בית המשפט הרשיע את הרב אלבה בעבירות הסתה. אכן, העותרים צודקים בכך שיש מספר לא מבוטל של קוי דמיון בין המקרים – רב שכותב חיבור העוסק בהיתר הלכתי להריגת גויים – אך ישנם גם מספר הבדלים משמעותיים מבחינה משפטית. חיבורו של אלבה, בדומה לספרם של המחברים, מסתיים בפרק שנקרא "מסקנות הלכתיות – לעיון, אך לא למעשה" המרכז את חיבורו למספר נקודות תמציתיות וקלות להבנה. בפסקה ט' בחיבורו שם נכתב:

"חובת המלחמה מוטלת גם על הציבור וגם על היחיד, כשיש סיכוי לנצח. אלא שהיחיד אינו חייב לסכן נפשו, כאשר הציבור לא קיבלו על עצמם את חובת המלחמה. ומ"מ [מכל מקום – א"ר] אין ציבור זה מפקיע את חובת המלחמה מהיחיד, אלא שצריך לפעול בהתייעצות עם חכמים שפעולתו לא תזיק אלא תועיל, וכל אחד יעשה כמיטב יכולתו להצלת עמו".

קרי, בחיבורו של אלבה – בניגוד לספרם של המחברים – ישנה מסקנה הלכתית ברורה המטילה את "חובת המלחמה" על האדם הפרטי. ספרם של המחברים מסתיים אף הוא בפרק מסקנות (ששמו שונה במהדורה מאוחרת ל"מהלך הספר בקצרה", כדי שלא יובן – כנאמר – שמדובר במסקנה הלכתית מחייבת), אך אין בו התיחסות להטלת חובה הלכתית על האדם הפרטי. ההתיחסות היחידה שניתן למצוא לעניין זה מופיעה באותה הערת שוליים אגב דיון בדעת יחיד של המהר"ל (ראו למעלה); אין מדובר איפוא בהבדל טכני גרידא, אלא בפער של ממש בהשלכות פרסום הספר.

עד. יש לזכור גם כיצד הגיע עניין אלבה לבית המשפט. הרב אלבה עסק באופן פעיל בהשגת נשק מתוך מטרה ליזום פעולות אלימות נגד הציבור הערבי. נסיבות אלה אינן חסרות משמעות כל עיקר, משניגש בית המשפט לבחון את קיום היסוד הנפשי של מטרה להסית לגזענות. אמנם, העותרים מפנים למספר נסיבות המצביעות, לשיטתם, על מעורבות כזאת או אחרת של המחברים בפעולות אלימות. כך, מפנים העותרים לדו"ח של המשרד לתיאום עניינים הומניטריים של האו"ם (OCHA), בו נרשמו 70 פעולות אלימות של תושבי יצהר נגד הכפרים הפלסטיניים השכנים להם. בכל הכבוד, ברי כי אין המדובר בראיה המתאימה למשפט פלילי בעניינו של אדם; מנין לנו הקשר בין המחברים לבין פעולות אלה? וכמובן אין המדובר בנסיבות הדומות לעניינו של הרב אלבה, שהמעורבות התיחסה אליו אישית. לפיכך, השוואת עניינם של המחברים לעניינו של הרב אלבה אינה מצביעה על חוסר סבירות, בודאי לא קיצוני, בהחלטת היועץ המשפטי. ושוב: השאלה שעלינו לשאול לעניינו היא, האם בית משפט שאליו יוגש הספר, יוכל להגיע לכלל הרשעה – לאחר קריאתו. אכן יש הסבורים כי אל יטול עליו היועץ המשפטי את האחריות אלא יטיל אותה לפתחו של בית המשפט; זו אינה דעתנו, ושאלה יפה בעולם הריאלי היא אם תביעה שאינה מאמינה בדיות הראיות התיק תנהל אותו כדבעי, ומכל מקום לא בית משפט זה אלא היא שתעמוד באולם בית המשפט, ולא בית משפט זה אלא בית המשפט הדיוני הוא שיעמוד בפני ההכרעה, ועלינו איפוא לנקוט זהירות יתרה בבואנו "להפיל עליו תיק".

הסתה לאלימות

עה. הבאנו למעלה (פסקה נ"ז) את לשון החוק בעבירה זו. הנוסח הנוכחי מקורו בתיקון מתשס"ב; הצעת החוק לעניין זה עברה מספר גלגולים, ובאחד משלבי החקיקה ועדת החוקה חוק ומשפט, חרף הצעת הממשלה שדיברה על "אפשרות סבירה" לעשיית מעשה אלימות, החליטה ועדת החוקה על הנוסח "ודאות קרובה" – אך לאחר מכן בדיון מיום 18.6.01, חזרה לבקשת הממשלה לנוסח "אפשרות סבירה", וכך גם היתה הצעת החוק המתוקנת (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 63) (איסור הסתה לאלימות), תשס"א-2001, הצעות חוק תשס"א 490). דובר בהצעה – עמ' 491 – על קביעת מסוכנות לפי נסיבות. ואולם, הנוסח שנתקבל לבסוף, ולא נאריך בתולדות הנושא, הוא הקיים כיום – "אפשרות ממשית"; ראו גם מסמך מרכז המידע של הכנסת "הצעת חוק העונשין (איסור הסתה לאלימות)", תשס"א-2001 מאת גדי חנניה (18.6.01).

עו. כפי שניתן לראות, העבירה של הסתה לאלימות דומה ביסודותיה לעבירת ההסתה לגזענות. אחד ההבדלים העיקריים בין השתיים הוא לעניין ההיבט התוצאתי.

כזכור, השופטים נחלקו בעניין אלבה בשאלה האם יש צורך ב"ודאות קרובה" שהפרסום יוביל לגזענות לשם שכלול העבירה של הסתה לגזענות. לעומת זאת, בעבירה של הסתה לאלימות, החוק מציין במפורש שנדרשת "אפשרות ממשית" שהפרסום יוביל לאלימות.

עז. מכל מקום, בהינתן לשונו של החוק כפי שהיא, בחינת התקימותה של הסתה לאלימות דומה לבחינת התקימותה של הסתה לגזענות. נדרשנו למעלה לשאלות האם כיום חל – לשיטת המחברים – מצב מלחמה (פסקה ס"ז), והאם הנורמות המתוארות בספר חלות על האדם הפרטי (פסקה ע"ב); כן ראו ההשוואה בין עניין הספר לעניין אלבה (פסקאות ע"ג-ע"ד). המסקנות שנגזרו מהדיונים האמורים תקפות גם לעניין הסתה לאלימות. נזכיר בקצרה, בכל ההסתייגות העמוקה, כי ספק רב אם התשתית העובדתית בתיק ברורה ומובהקת עד כדי כך, שהחלטה שלא להעמיד את המחברים היא בלתי סבירה ברמה קיצונית, המצדיקה את התערבותו של בית משפט זה. כדברי הנשיאה נאור החוזרים ונשנים – הדין נגזר מן העובדות. ערים אנו לגישתו של הארגון הבינלאומי ידיד בית המשפט; אך ספק אם הפרמטרים שהציג מגבשים, בדין הישראלי, עילה פלילית, ומשאין הדברים כפי שנותחו עומדים במבחן המשפטי, נותר העניין הציבורי.

העמדה לדין של המשיבים 8-9

עח. משמצאנו – בחירוק שיניים כאמור – כי אין מקום להתערבות בהחלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד לדין את המחברים, ממילא נראה כי אין מקום להתערב בהחלטתו שלא להעמיד לדין את הרבנים המסכימים; זאת שכן, מבלי לטעת מסמרות, אם הספר עצמו אינו עולה כדי הסתה לגזענות, ספק רב אם ההסכמה שנכתבה לו משכללת את העבירה. נוסף על כך, המשיבים 8-9 העידו במשטרה שלא קראו את הספר במלואו (מש/8, מול שורות 50-54; מש/9, 39-42), דבר המציב קושי ראייתי בהוכחת מודעותם למשמעות ההסכמה שהעניקו לספר – מה שכמובן מעיד על המסכימים שלא לטובה, על חוסר האחריות שגילו, שהרי צריכים היו להניח כי קושי גדול קיים. מכל מקום, מקריאת ההסכמות עצמן, לא נראה שתוכנן כשלעצמו מקיים את יסודות העבירה של הסתה לגזענות. באשר למשיב 9 נציין, כי מאחר שסיים את תפקידו כרב עיר, לא ברור מה תועיל העמדתו בדיעבד לדין משמעתי שהסנקציה המרבית בו היא פיטורין; יעשה הוא את חשבון נפשו, כדי שלא יהיה קולר דמיהם של חפים מפשע – חפים מפשע יש גם ערבים, לא רק יהודים – תלוי חלילה וחס בו או בדומיו.

סוף דבר

עט. לעת סיום, אבקש לשוב ולהזכיר – מדובר בניתוח משפטי, ולא בניתוח מוסרי. אין פסק-דין זה מהווה "תעודת כשרות" לא לספר ולא למחבריו. ההיפך הוא הנכון. חברה בריאה וחפצת חיים צריכה לזעוק חמס כנגד חיבורים שכאלה "פּי-נְבִלָה עֲשָׂה בְּשִׁרְאֵל" (בראשית, ל"ד ז'); ואכן, מעודד לראות שרבים השמיעו דעתם כנגד הספר, וביניהם גם תלמידי חכמים גדולים. ההכרעה לא היתה קלה, היא גם אינה נעשית קלה יותר נוכח אירועי הזמן; וברי כי ככל שיתבררו בראיות בעתיד קשרים שלא הובאו בפנינו באשר לפעילות המחברים ולהשפעתה, לא ננעלה הדלת, הכל בגדרי הדין.

פ. בנתון לכל האמור חוששני שאין מקום לקבלת העתירה, עם כל האהדה למניעי מגישיה. אין צו להוצאות.

אחר הדברים האלה

פא. אחר הדברים האלה עיינתי בחוות דעתו המעניינת של חברי השופט ג'ובראן. כאמור, נמצאנו חלוקים באשר לתוצאה אך לא באשר לשאט הנפש מדברי הבלע המופיעים בספר. אבקש להעיר מספר הערות קצרות. ראשית, דומני כי ההבדל בין החזרת התיק ליועץ המשפטי לממשלה לבין ביטול החלטתו (ראו פסקה 7 לחוות דעתו של חברי השופט ג'ובראן) אינו גדול. בשני המקרים המדובר בהתערבות, שלא כנהוג, בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה לסגור תיק פלילי מחוסר ראיות. לפיכך, אינני סבור כי המשוכה להחזרת התיק נמוכה משמעותית מזו הדרושה לשם ביטול ההחלטה מעיקרא. ודוק, התיק כבר "הוחזר" למעשה ליועץ המשפטי לממשלה; כזכור, היועץ המשפטי הורה על המשך החקירה בעקבות מתן הצו על-תנאי ביום 20.11.13. לדאבוני לב, אין לי אלא להסכים עם חברי השופט ג'ובראן שלא לחקירה כזאת פיללנו (ראו פסקה 4 לחוות דעתו), וספק רב בעיניי אם החזרת התיק בשנית תניב תוצאות שונות, כחלוף הזמן.

פב. שנית, ובהמשך להערה הראשונה, סבורני כי עתירה זו איננה המסגרת המתאימה להכרעה בשאלות משפטיות כבדות משקל אשר נותרו עד כה ללא מענה שיפוטי, דוגמת החלת הלכת הצפיות בעבירות הסתה לגזענות; זאת, מבלי שאדרש לגופו של עניין להכרעתו של חברי השופט ג'ובראן בעניין, שאני מכבד (ראו גם מנגד גיל עשת "הלכת הצפיות: יסודות של ודאות מול שיקול-דעת שיפוטי על רקע תיקון 39 לחוק העונשין" עלי משפט ג' 617, 675 (תשס"ד); יצחק קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני העונשין 148 (1997)). ודוק, הכרעה בסוגיה זו מייותרת למעשה את ההליך הפלילי בנידון דידן. ציינתי מעלה כי עמד לנגד עיניי אופן ניהולו האפשרי של משפט פלילי בעניינם של המחברים (ראו פסקאות מ"ו וס"ה מעלה). ככל שנכריע בתיק זה, כי הלכת

הצפיות חלה בעבירות הסתה – מה שלא הוכרע בעבר, וממילא לא נשקל על-ידי היועץ המשפטי לממשלה בהחלטתו שלא להעמיד לדין את המחברים, ולא נשמעו במישרין טענות לגביו – נטלנו חלק ניכר משיקול דעתו של בית המשפט הדיוני שהוא, ולא אנו, אמור לדון את המחברים. אפשרות זו מעלה קשיים גם מבחינת מראית פני הצדק אם יוגש ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בבית משפט זה (וראו פסקה נ"א מעלה).

פג. שלישית, באשר להערות חברי השופט ג'ובראן לעניין קיומו של מצב מלחמה מבחינה הלכתית (פסקאות 43-49 לחוות דעתו). חברי מבסס את קביעתו על מספר אדנים: שתי הערות שוליים בספר "תורת המלך", מהן ניתן להבין שחיים אנו במצב מלחמתי מבחינה הלכתית (פסקה 44); תכיפותן המצערת של מלחמות במדינתנו (פסקה 45); הפרשנות שניתנה בבית משפט זה למונח "דיני מלחמה" (פסקה 47) ופסיקתם של רבנים אחרים בנוגע לסוגיה (פסקאות 48-49). באשר להערות השוליים, נראה כי מסכים עמי חברי שאין הן מצדיקות כשלעצמן את הקביעה, לפיה ההלכות המופיעות בספר תקפות לימינו (פסקה 44). אמנם צודק חברי כי – למרבה הצער – חיים אנו בין סכסוך אלים אחד למשנהו, והדבר אף נותן אותותיו במישור המשפטי, אך אין בכך ראייה לעניין הפרשנות ההלכתית הניתנת בספר לעניין קיומו של מצב מלחמתי כיום. חברי השופט ג'ובראן מוסיף ומביא פסיקות הלכתיות עדכניות מהן ניתן להבין כי חיים אנו במצב מלחמה. חוששני שגם בכך לא סגי. כפי שכבר כתבתי מעלה (פסקה ס"ז), יש בעייתיות משפטית בהסקת דעת המחברים מדעתם של רבנים אחרים. ההלכה אינה עשויה מקשה אחת, אלא אדרבא – שבעים פנים לה. העובדה שפוסק הלכה פלוני סבור שחיים אנו בזמן מלחמה אינה מחייבת מינה וביה שכך סבורים גם המחברים וקוראיהם. ודוק, אין עסקינן בעניין המצוי בהסכמה רחבה בין הפוסקים (ראו לדוגמה שו"ת אגרות משה (הרב משה פיינשטיין, המאה י"ט-הכ', ארה"ב) אורח חיים חלק ד' סימן ע"ה; שו"ת עשה לך רב (חיים דוד הלוי, המאה הכ', ישראל) חלק ז' סימן ע"ב); גם בין הפוסקים הסבורים שאכן חיים אנו בשעת מלחמה, אין בהכרח הסכמה בשאלה האם עסקינן במלחמת מצווה או מלחמת רשות – ולא מילתא זוטרתי היא (ראו הרב שלמה גורן "צבא ומלחמה לאור ההלכה" מחניים צ"ז (תשכ"ה)). ויודגש, אינני תמים לחשוב שהמחברים השקיעו את זמנם ומרצם בנושא תיאורטי לחלוטין, אך מתוך רצון "להגדיל תורה ולהאדירה"; אלא שמצויים אנו בנקודה רגישה משפטית – עתירה על החלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד לדין את המחברים מחוסר ראיות. רמת הודאות המשפטית הנדרשת לשם התערבות בהחלטה מסוג זה היא גבוהה מאוד, וכידוע מעולם לא נעשה בה שימוש. האם יכולים אנו לומר, באמת ובתמים, כי התשתית הראייתית שהוצגה בפנינו עומדת ברף זה? לצערי, איני יכול להשיב בחיוב.

פד. אסיים כפי שפתחתי – המחלוקת משפטית היא, ולא ערכית. שמח הייתי "לכלות קוצים מן הכרם" (בבלי, בבא מציעא פ"ג ע"ב), אך חוששני שבנסיבות, מיצה החוק עצמו. אומר עוד מספר מלים המכוונות למערכת אכיפת החוק בכללותה. פסק-דיני אינו נועד לרפות את ידיה במאבק נגד ההסתה – ההיפך הוא הנכון. ככל שתעשה התביעה מלאכתה, תאתר מסיתים וכמובן הבאים מכוח הסתתם, תחקור אותם כדבעי ותעמידם לדין, יש להניח כי הדבר ישא פירות בהתנהגותם של אותם גורמים הממאנים כיום להקשיב לציווי "נְצַר לְשׁוֹנֵךְ מֵרַע; וּשְׁפָתֶיךָ, מִדְּבַר מֵרָמָה. סוּר מֵרַע, נַעֲשֵׂה-טוֹב; בְּקֶשׁ שְׁלוֹם וְרַדְפָּהוּ" (תהלים, ל"ד י"ד-ט"ו).

המשנה לנשיאה

השופט ט' ג'ובראן:

1. קראתי בעיון את פסק דינו המקיף של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, אשר עמד על הטעמים השונים לדחיית העתירה שלפנינו. על אף הסכמתי לחלקים רבים בפסק דינו של חברי, התוצאה שאליה הגעתי שונה היא. עמדתי היא כי יש מקום להשיב את התיק להמשך חקירה ובחינה מחודשת של היועץ המשפטי לממשלה, כפי שיפורט להלן. סדר הדברים בפסק דיני יהיה כדלקמן: ראשית, אתייחס בקצרה לדבריו של חברי בנוגע לתשתית העובדתית שעמדה בבסיס החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה בעניינינו, ולדבריו ביחס להתערבותו של בית המשפט זה בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה. לאחר מכן, אדון בגידול בהיקפן של עבירות ההסתה בחברה הישראלית, בצורך לקבוע רף נמוך יותר להעמדה לדין בגין ביצוען, וכן בדרכים בהן אני סבור כי ראוי להנמיך רף זה. בחלק זה אדון, בין היתר, באפשרות להחיל את הלכת הצפיות כתחליף מהותי לרכיב המטרה בעבירת ההסתה לגזענות. בחלקו העיקרי של פסק דיני, אבחן את עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה אין די ראיות להוכחת מטרתם של המשיבים 6 ו-7 (להלן: המחברים) להסית לגזענות, תוך שאתמקד בבחינת תוכן הספר "תורת המלך" (להלן גם: הספר) ובהשוואת המקרה שלפנינו לע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996) (להלן: עניין אלבה). לבסוף, אבחן את הנפקות של השימוש בהלכת הצפיות בעבירת ההסתה לגזענות על המקרה שלפנינו.

התשתית העובדתית

2. אפתח בתשתית העובדתית עליה התבססה החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה. חברי המשנה לנשיאה עמד בפסק דינו על חובתה של הרשות המנהלית, ובכלל זאת היועץ המשפטי לממשלה, להתבסס בהחלטתה על תשתית עובדתית ראויה (פסקה מ"ג לפסק דינו). בין היתר, הרשות המנהלית מחויבת לאסוף נתונים עובדתיים באופן סביר ולהחליט על בסיס תשתית עובדתית מוצקה. סבורני כי במקרה שלפנינו, שני הכללים הללו לא התקיימו במלואם – איסוף הנתונים העובדתיים לקה בחסר, וכפועל יוצא ההחלטה לסגור את תיק החקירה נשענה על תשתית עובדתית שאינה מוצקה דיה.

3. הפגם באיסוף הנתונים העובדתיים בא לידי ביטוי בין היתר בחקירותיהם של מחברי הספר ותלמידיהם. כדעת חברי המשנה לנשיאה, אינני מקבל את עמדת המשיבים לפיה מחברי הספר שיתפו פעולה בחקירתם המשלימה ומסרו במסגרתה את גרסתם (פסקה מ"ד לפסק דינו). גם אני סבור כי למעשה המחברים עמדו בסירובם והמשיכו לא לשתף פעולה עם חוקריהם גם בחקירות אלה, למעט הצהרה שהוכנה מראש בנוגע ל"מכתב המחברים" (ראו: פסקה ד' לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה). דומני, כי היה מקום לייחס משקל רב יותר בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה לעובדה שהמחברים שמרו על שתיקתם גם באותה חקירה משלימה. התנהגות זו של המחברים תמוהה בעיניי, שכן הם טענו לחפותם ובאותה נשימה לא טרחו כלל להשיב על שאלות החוקרים, מלבד הפנייתם החוזרת והנשנית למכתבם. עוד יש לציין, כי המחברים נימקו את סירובם להשיב על שאלות החוקרים בכך שמדובר ב"הליך לא ראוי" (מש/17 הודעת המשיב 7 מיום 9.4.2014 ש' 28) וכי "אין על מה לדון בכלל ואין שום צורך בחקירה נוספת" (מש/16 הודעת המשיב 6 מיום 27.3.2014 ש' 30-31). כפי שקבע חברי, התנהלות המחברים בחקירתם המשלימה מהווה "צפצוף ארוך" על החוק ונציגיו" (פסקה מ"ד לפסק דינו). בהקשר זה, אבקש לעמוד על היקף החקירות הדל שהתקיים בתיק זה – חקירתם המשלימה של המחברים הייתה קצרה מאוד ונמשכה פחות משעה. גם חקירותיהם של ארבעת תלמידי הישיבה היו באורך של פחות משעה ובחלקן אף למטה ממחצית השעה. יצוין, כי בחקירות אלה, התלמידים כולם שמרו על זכות השתיקה ואף לא אחד מהם מסר גרסה כלשהי בנוגע לספר או למחבריו. בסופו של יום, פעולות החקירה המשלימות שהתבצעו לאחר שניתן צו על תנאי על ידי בית משפט זה, כללו שש חקירות קצרות בלבד אשר העלו חרס. סבורני, כי השקעה כה זניחה של מאמצים ומשאבים עלולה להתפרש במידת מה כניסיון מצד המשיבים "לצאת ידי חובה" (בבלי ברכות מ' ע"ב), ולגישתי, היה מקום לבצע פעולות חקירה נוספות.

4. אני מצטרף לדברי חברי המשנה לנשיאה לפיהם הצעדים שנקטו במהלך החקירה – בפרט בכל הנוגע לתזמון המאוחר שבו נערכו החקירות, למשכן הקצר ולמספרן הנמוך – אינם משיערי רצון והיו בבחינת "מעט מדי ומאוחר מדי" (פסקה מ"ו לפסק דינו). אולם בניגוד לעמדתו, לפיה אין מקום להחזיר את התיק להמשך חקירה, סבורני כי עוד לא נסתם הגולל על האפשרות לחדש את מהלכי החקירה בתיק. אכן, אין זה מתפקידו של בית משפט זה להנחות את גורמי החקירה באילו צעדים עליהם לנקוט כדי להשלים את התמונה העובדתית. עם זאת, אני סבור כי המקרה שלפנינו הוא חריג נוכח מובהקות הפגם של העדר מיצוי החקירה העולה ממנו. כך למשל, לא נאספו ראיות ביחס לתכנים והשיעורים שמעבירים המחברים לתלמידיהם במסגרת תפקידם החינוכי במשיבה 5, וכן, המשיבים לא הציגו נתונים עובדתיים מספקים בנוגע למעשי אלימות שביצעו תלמידים מהמשיבה 5 כנגד האוכלוסייה הערבית. ראיות בנוגע לשני הנושאים הללו היו עשויות להיות רלבנטיות ובעלות משקל מסוים בהחלטה האם להעמיד את המחברים לדין. ודוק: בעניין אלבה במסגרת בחינת רכיב המטרה בעבירת ההסתה לגזענות ניתן משקל רב לדברים שאמר בעל פה הרב אלבה לתלמידיו בעקבות כתיבת חיבורו "בירור הלכות הריגת גוי" (להלן: החיבור), וכן, לנסיבות הזמן והמקום בהן התפרסם החיבור (ראו פסקאות 59-61 להלן). מכאן, ניכרת החשיבות שבאיסוף נתונים לגבי התבטאויות בעל פה של המחברים בפני תלמידיהם ולגבי מעשי אלימות שבוצעו על ידי התלמידים לפני ואחרי פרסום הספר, לצורך קבלת החלטה בדבר העמדת המחברים לדין בגין עבירה של הסתה לגזענות.

5. חברי המשנה לנשיאה סקר את הדין הנוהג בנוגע להתערבות בית משפט זה בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה (פסקאות מ"ז-נ"ג לפסק דינו). בתמצית, חברי עמד על כך שהחלטת היועץ המשפטי לממשלה בנוגע להעמדה לדין נחלקת לשלב בחינת הראיות ולשלב בחינת העניין הציבורי בהעמדה לדין. שני השלבים עומדים לביקורת שיפוטית, אולם נטייתו של בית משפט זה להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה תפחת כאשר מדובר בהחלטה שלא להעמיד אדם לדין בשל חוסר ראיות, כפי שארע במקרה שלפנינו. אכן, ככלל לבית משפט זה בשבתו כבג"ץ ישנם "שוליים צרים" יחסית, המאפשרים לו במקרים נדירים בלבד התערבות בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין בשל דיות הראיות (בג"ץ 5199/12 חיים נ' פרקליטות המדינה- מחלקת בג"צים, פסקאות 24-25 לפסק דיני (16.5.2013)). עם זאת, סבורני כי המקרה הנוכחי נופל תחת אותם מקרים נדירים המחייבים התערבות מסוימת בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה, אף אם זו אינה עולה עד כדי חיובו בהעמדתם לדין של המחברים.

6. בית משפט זה עמד בעבר על כך שהחלטות היועץ המשפטי לממשלה בדבר דיות הראיות אינן חסינות מפני ביקורת שיפוטית (ראו: פסקה נ"ב בפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה והאסמכתאות המובאות שם). יפים לעניין זה דבריו של השופט (כתוארו דאז) א' ריבלין בבג"ץ 8121/99 האגודה לזכות הציבור לדעת נ' פרקליטות המדינה, פסקה 4 (27.6.2000):

"אכן, מתחם הסבירות העומד ליועץ המשפטי לממשלה, בהחלטותיו בדבר דיות הראיות, הוא רחב - אך יש לו גבולות. במקרים חריגים, שמטבע הדברים הם גם נדירים, עשוי בית המשפט הגבוה לצדק להתערב במסקנותיו של היועץ המשפטי לממשלה".

7. יודגש ויובהר, כי אין בדעתי להציע לחבריי להתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה במובן זה שהחלטתו תבוטל ותחתיה יוגש כתב אישום נגד המחברים בניגוד לעמדתו. כידוע, ביטול החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה תיעשה רק "אם זו נגועה בחוסר סבירות קיצוני או בעיוות מהותי" (בג"ץ 6009/94 שפרן נ' התובע הצבאי הראשי פ"ד מח(5) 573, 582 (1994)), אשר אינני סבור כי איזה מאלו מתקיימים בענייננו. לצד זאת, סבורני כי הנתיב הנכון לפסוע בו בעת הזו הוא השבת התיק לבחינה מחודשת של היועץ המשפטי לממשלה, כדי שיבחן פעם נוספת את סוגיית דיות הראיות לאור הדברים האמורים בפסק דין זה. מאחר שאינני מציע להורות ליועץ המשפטי לממשלה על הגשת כתב אישום נגד המחברים, אני סבור כי משקלם של הטעמים לאי-התערבות בהחלטותיו בעניין דיות הראיות, פחות באופן משמעותי וניכר בענייננו. אמנם, על מנת להחזיר את הנושא לבדיקתו של היועץ המשפטי לממשלה עדיין עלינו לעבור "משוכה גבוהה", כלשונו של חברי, אך זו הרבה פחות גבוהה מזו אשר היינו נדרשים לעבור אילו היה בדעתנו לבטל את החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה ולהורות על העמדתם לדין של המשיבים 5-9.

עד כה דנתי בליקויים הקיימים בתשתית העובדתית שעמדה בבסיס ההחלטה שלא להעמיד את המחברים לדין, ובתנאים הנדרשים להפעלת ביקורת שיפוטית על החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה. כעת, אעמוד בקצרה על ההבחנה בין עבירת ההסתה לגזענות לבין עבירת ההסתה לאלימות, ואסביר מדוע יתמקד פסק דיני בבחינת העמדת המחברים לדין בגין עבירת ההסתה לגזענות.

ההבחנה בין עבירת ההסתה לגזענות לבין עבירת ההסתה לאלימות

8. עיקר טענותיהם של העותרים כלפי מחברי הספר מתמקד בעבירת ההסתה לגזענות, וכך גם עיקר פסק דינו של חברי מתמקד בעבירה זו. עם זאת, העותרים מבקשים להורות ליועץ המשפטי לממשלה להעמיד את המחברים לדין גם בגין עבירה של הסתה לאלימות. סעיף החוק העוסק בעבירת ההסתה לאלימות הובא במלואו בפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה (פסקה נ"ז לפסק דינו). חברי עמד על כך שעבירת ההסתה לאלימות דומה ביסודותיה לעבירת ההסתה לגזענות, וכי בחינת התקיימותה של הסתה לגזענות דומה לבחינת התקיימותה של הסתה לאלימות (פסקאות ע"ו- ע"ז לפסק דינו). אולם, אבקש לחדד שני הבדלים מרכזיים בין שתי העבירות הללו.

9. ההבדל הראשון הוא בקיומו של רכיב הסתברותי כחלק מיסודות העבירה. כפי שציין חברי, בעבירת ההסתה לאלימות החוק מציין במפורש כי נדרשת "אפשרות ממשית" שהפרסום יוביל לאלימות (פסקה ע"ו לפסק דינו). חברי הוסיף וציין, כי על פי חלק מעמדות השופטים בעניין אלבה, גם בעבירת ההסתה לגזענות נדרשת "ודאות קרובה" לכך שהפרסום אכן יסית לגזענות (עניין אלבה, פסקה 5 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). אולם, דומה כי באותו עניין, נדחתה העמדה הגורסת קיומו של מבחן הסתברותי כלשהו בעבירת ההסתה לגזענות (יעקב קדמי הדין בפלילים חוק העונשין חלק רביעי 1982 (2006) (להלן: קדמי); מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות" משפטים ל 105, 109 (1999) (להלן: קרמניצר – פרשת אלבה)).

10. ההבדל השני בין עבירת ההסתה לגזענות לבין עבירת ההסתה לאלימות טמון ביסוד הנפשי הנדרש בהן. היסוד הנפשי בעבירת ההסתה לגזענות הוא יסוד נפשי מיוחד של מטרה, הדורש את קיומה של מטרה מצדו של המפרסם לכך שדבריו יסיתו לגזענות (קדמי, עמ' 1983-1984; ראו בהרחבה פסקה 15 להלן). לעומת זאת, בעבירת ההסתה לאלימות אין דרישה של מטרה להסית אלימות, ומדובר בעבירה התנהגותית 'רגילה' אשר דורשת יסוד נפשי של מודעות לטיב המעשה ולהתקיימות הנסיבות (קדמי, עמ' 1987).

11. לנוכח העובדה כי עבירת ההסתה לגזענות היא הדומיננטית בעתירה שלפנינו וכן בפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה, וכן לנוכח העובדה כי אחד מביטויי הגזענות – כהגדרתה בסעיף 144א לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) – הינו אלימות, אמקד גם את פסק דיני בעבירה זו. בכל מקום שבו ישנה רלבנטיות מיוחדת לעבירת ההסתה לאלימות, הדבר יצוין במפורש.

המדיניות המשפטית הראויה בהעמדה לדין על עבירת ההסתה לגזענות

12. כעת אבקש להתרחק מעט מהמקרה המונח לפנינו, ולבחון מנקודת מבט רחבה את המדיניות המשפטית בהעמדה לדין על עבירת ההסתה לגזענות. סבורני, כי החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את מחברי הספר – ומפרסמי תכנים דומים – צריכה להיבחן תוך התבוננות נכוחה בהלך הרוח הציבורי ובתמורות המתחוללות בחברה הישראלית. רוחות רעות של גזענות ושנאת האחר אשר מנשבות במדינתנו מובילות להתפרצויות אלימות על רקע גזעני ודתי בתכיפות הולכת וגוברת. ביטויי גזענות נשמעים לא רק בקרנות הרחוב או מפי דוברים המייצגים "שוליים קיצוניים", אלא גם על ידי אנשי ציבור ופוליטיקאים הנחשבים לחלק מהזרם המרכזי בחברה הישראלית (יובל קרניאל "גזענות, תקשורת ולשון הרע- האם מותר לומר על גזען שהוא 'נאצי'?" המשפט יא 409, 434 (התשס"ז) (להלן: קרניאל)). באקלים הנוכחי – שבו הסתה לגזענות ולאלימות הפכה לחזון נפרץ – ישנו צורך מובהק כי הרשויות האמונות על אכיפת החוק ויישומו יעמדו על המשמר בכל תוקף ויסייעו במיגורה של התופעה.

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

14. למען הסר ספק אבהיר, כי אין כוונתי לכך שיש להגיש כתב אישום כנגד מפרסמים שאין די ראיות כדי להעמידם לדין בעבירות הסתה רק בשל העובדה שביטויים אלו הפכו לתופעה רווחת. אלא, כוונת דבריי היא שלנוכח מציאות חיינו והאקלים החברתי עליו עמדתי, יש להנמיך את הרף הגבוה מדי, לטעמי, על פיו מוחלט אימתי יוגש כתב אישום בעבירה של הסתה לגזענות. הרף הקיים כיום כפי שהוא בא לידי ביטוי בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, מביא לכך שרק במקרים בודדים מעמידים לדין בגין דברי הסתה. הצטברות הדרישות עלולה להוביל לכך שעבירות ההסתה בכלל ועבירת ההסתה לגזענות בפרט יהפכו לאות מתה בספר החוקים הישראלי. לטעמי, הרף הגבוה מדי שהציב היועץ המשפטי לממשלה בא לידי ביטוי

במספר נקודות בהחלטתו, וביניהן, ההנחה לפיה יש לקשור את המחברים למעשים גזעניים או אלימים שביצעו תלמידיהם כדי להרשיעם בעבירות ההסתה; מתן פרשנות מצמצמת לרכיב המטרה בעבירת ההסתה לגזענות והעדר התייחסות להלכת הצפיות; ניתוח תוכנו של הספר באופן שמקל עם המחברים; והשוואה לוקה בחסר של המקרה שלפנינו לעניין אלבה. ארחיב את עמדתי ביחס לנקודות אלה להלן.

15. חברי המשנה לנשיאה עמד על יסודות עבירת ההסתה לגזענות בפסקאות נ"ד-נ"ו לפסק דינו. עבירת ההסתה לגזענות היא "עבירת מטרה" או עבירה של "כוונה מיוחדת" (יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 417 (מהדורה שלישית, 2014) (להלן: רבין וואקי). בשונה מ"עבירות כוונה" שבהן היחס החפצי של כוונה מופנה כלפי התוצאה המוגדרת בעבירה, בעבירת המטרה הרכיב הנפשי של המטרה מופנה כלפי יעד שאינו חלק מיסודותיה העובדתיים של העבירה (רבין וואקי, עמ' 416). סעיף 144ב(ב) לחוק העונשין קובע מפורשות כי "לענין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא [...] (ההדגשה הוספה – ס.ג.). כלומר, בעבירת ההסתה לגזענות, הוכחת יסודות העבירה אינה דורשת הוכחה של תוצאה בכלל וביצועם של מעשים אלימים או גזעניים, שנגרמו כתוצאה מהתנהגותו של המפרסם, בפרט. על כן, ממילא לא נדרש להוכיח יחס חפצי מצדו של המפרסם להתממשות תוצאות אלה ואין צורך להוכיח קשר סיבתי בין הפרסום הגזעני לבין מעשי גזענות ואלימות שנגרמו כתוצאה ממנו. כל אלו אינם חלק מיסודות עבירת ההסתה לגזענות (וראו: עניין אלבה, עמ' 249).

16. אין ספק בלבי כי היועץ המשפטי לממשלה מכיר את הדין לפני ולפנים ומיישם אותו בהחלטותיו בנוגע להעמדה לדין בעבירות של הסתה לגזענות. עם זאת, סבורני כי במקרה שלפנינו, מבלי משים, התווספה לבחינה שערך היועץ המשפטי לממשלה דרישה "מעין תוצאתית". כך, מכתב התשובה של היועץ המשפטי לממשלה עולה כי במסגרת בחינת העמדתם לדין של המחברים, נבחנה בין השאר השאלה האם הספר הוביל את קוראיו או חלק מהם לבצע עבירות אלימות או עבירות בעלות רקע גזעני. כך, למשל, נכתבו בכתב התשובה הדברים הבאים:

"ברי, כי בהעדר ראיות אשר ניתן להביאן בפני בית המשפט הפלילי הקושרות בין מחברי הספר לבין מבצעי עבירות אחרות, קיים קושי של ממש ביצירת זיקה ישירה בין הספר עצמו לבין ביצוע אותן עבירות. כך קיומו של מידע גלוי בדבר כתבי אישום שונים שהוגשו נגד תלמידי הישיבות שבהם מלמדים מחברי הספר... אין בו כדי לבסס טיעון שהספר עצמו מסית לגזענות או לאלימות, ואין בו כדי להצדיק הגשת כתב אישום

בפרשה הנידונה" (סעיף 99 לכתב התשובה מטעם המשיבים מיום 26.5.14; ההדגשה הוספה – ס.ג.).

17. מדברים אלו ניתן ללמוד כי במסגרת החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את מחברי הספר ניתן משקל מסוים, ונדמה שבלתי מבוטל, להעדר ראיות לכך שהספר גרם לביצועם של "פשעי שנאה". הדיבור על "קושי של ממש ביצירת זיקה ישירה בין הספר עצמו לבין ביצוע אותן עבירות" נדמה כאילו לקוח מתוך תיאור של עבירה תוצאתית. כאמור וכידוע, לא נדרש להצביע על קשר בין פרסום ההסתה לגזענות לבין מעשי אלימות או גזענות שהתרחשו בעולם המעשה. יצירת דרישה מעין זו, אף אם במשתמע, מכבידה שלא צורך על הדרישות להעמדה לדין בעבירת הסתה לגזענות (ראו: עניין אלבה, פסקה 34 לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) א' מצא). עבירה זו, כמו גם עבירת הסתה לאלימות, היא עבירת ביטוי והסכנה הגלומה בה היא בעצם הביטוי המסית. יפים לעניין זה דבריו של השופט ג' בך בעניין אלבה:

"הפגיעה בערך החברתי נעוצה בעצם ההתנהגות התכליתית של עושה העבירה ורצונו לפגוע בערך המוגן, ולא בהתממשות הסיכון. מטרתו של המפרסם לפגוע בערך המוגן, שכבר החל להוציאה מן הכוח אל הפועל, היא שמצדיקה את הענשתו, אף אם לא השיג אותה" (שם, עמ' 301).

בחינת השפעותיו של הפרסום המסית על שומעיו בדיעבד חותרת תחת המטרה של עבירות ההסתה אשר נועדו למנוע את התפרצות האלימות או ההתנהגות הגזענית מלכתחילה ומבעוד מועד ולא בדיעבד לאחר שכבר התממשו (שם, עמ' 252; מרדכי קרמניצר "גבולות חופש הביטוי" העין השביעית 26 (1996)).

18. הדרישה לבחינת התוצאות שנגרמו או שלא נגרמו כתוצאה מפרסום דברי ההסתה עולה במידה מסוימת גם מהרטוריקה שבפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה. בפסקה מ"ו לפסק דינו כתב חברי כך: "לא ראיתי גם טעם להציע להשיב לחקירה, כי הדעת נותנת שלעת הזאת וכחלוף השנים לא תניב פירות עוד, גם אם איננו יודעים לצפות מה תהא השפעת הספר בעתיד, אלא שאין לו לדיין אלא מה שענינו רואות" (ההדגשה הוספה – ס.ג.). מסכים אני עם חברי באומרו כי עלינו להכריע רק לפי חומר הראיות המונח לפנינו, אולם אינני סבור כי חוסר ידיעתנו בנוגע להשפעותיו העתידיות של הספר צריך לעמוד לנגד עינינו בבואנו להכריע בעתירה זו. ההפך הוא הנכון – מחובתנו לאסור על פרסומים מסיתים ולהעניש את מחברייהם בטרם הבשילו פירות ההסתה ונגרמו לתוצאות ממשיות בעולם המעשה. אין חולק, כי החלטתו של היועץ

המשפטי לממשלה שלא העמיד לדין את המחברים התבססה בעיקר על הקושי בהוכחה של מטרה להסית מצדם (וראו: פסקה ס"ה לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה). דומני, כי מתן משקל ממשי למעשים שנגרמו או ייגרמו כתוצאה מפרסום הספר איננו עולה בקנה אחד עם הדרישות לקיומו של רכיב המטרה בעבירת ההסתה לגזענות. עיסוק זה בתוצאות הפרסום מציב רף גבוה מדי ובלתי ראוי להוכחת העבירה, ומסיט את הדיון מנקודת המחלוקת המרכזית הדורשת בירור – מה היו המטרות שעמדו מאחורי פרסום הספר "תורת המלך".

19. בנוסף למתן משקל רב לתוצאות (או העדר התוצאות) שנגרמו מפרסום הספר, הרף הגבוה שהעמיד היועץ המשפטי לממשלה בא לידי ביטוי גם בהעדר התייחסות להלכת הצפיות כתחליף מהותי אפשרי לרכיב המטרה להסית. הוכחת רכיב המטרה בעבירת ההסתה לגזענות איננה מלאכה פשוטה כלל ועיקר (ראו: אליקים רובינשטיין "על חופש הביטוי ועל מדיניות התביעה בעבירות של הסתה לאלימות" הפרקליט מד 5, 9 (התשנ"ח)). על פי רוב, בהעדר עדות חפצית לכוונת המחבר, הראייה העיקרית והמכרעת להעמדה לדין בעבירה זו היא הפרסום המסית עצמו. כך, בענייננו, היועץ המשפטי לממשלה בחן את תוכן הספר ואת מכתב המחברים כדי לקבוע האם המטרה מאחורי פרסום הספר הייתה להסית לגזענות. אולם, סבורני כי נוכח החשיבות הרבה בהעמדתם לדין של מסיתים לגזענות, ובשים לב להתפשטות תופעה מסוכנת זו בחברה הישראלית, יש מקום לבחון באופן מעמיק החלטה של הלכת הצפיות כתחליף מהותי לרכיב המטרה בעבירת ההסתה לגזענות, כפי שיובהר להלן.

הלכת הצפיות בעבירת ההסתה לגזענות

20. בפסק דינו, חברי המשנה לנשיאה הזכיר את המחלוקת שהתעוררה בעניין אלבה בנוגע לשאלת החלטה של הלכת הצפיות כתחליף מהותי לרכיב המטרה בעבירת ההסתה לגזענות (וראו: פסקה נ"ו לפסק דינו). כמעט עשרים שנים חלפו מאז הותיר הנשיא א' ברק שאלה זו ב"צריך עיון", ולדאבוני היא טרם הוכרעה. יודגש, כי סוגיה זו איננה בגדר סוגיה עיונית בעלת חשיבות תיאורטית בלבד. מדובר בהכרעה עקרונית בעלת השלכות מעשיות על העמדה לדין בעבירות של הסתה לגזענות בכלל, וייתכן שאף על המקרה הפרטני העומד לפנינו. סבורני, מהטעמים שיפורטו להלן, כי נכון וראוי להחיל את הלכת הצפיות גם על רכיב המטרה ביסוד הנפשי של עבירת ההסתה לגזענות.

21. בעניין אלבה, המחלוקת בין חברי המותב, אשר כלל שבעה שופטים, חרגה מעבר לדיון בהחלת "הלכת הצפיות" על עבירת ההסתה לגזענות, והתפרשה גם על

השאלה הרחבה יותר: האם ניתן כלל ב"עבירות מטרה" להוכיח את רכיב המטרה באמצעות הלכת הצפיות (קרמניצר – פרשת אלבה, עמ' 127). אולם, הדיון בסוגיה רחבה זו החל שנים רבות קודם לכן, עוד בטרם זכתה הלכת הצפיות לעיגון חקיקתי בסעיף 20(ב) לחוק העונשין במסגרת תיקון מס' 39 שנערך בשנת 1994. כבר בע"פ 63/58 עג'מי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 421 (1959) (להלן: הלכת עג'מי) נקבע באופן עקרוני כי ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת המטרה בעבירות מסוימות. השופט (כתוארו דאז) ש' אגרנט פסק כי ידיעתו של הנאשם בהסתברות גבוהה כי מעשהו יוביל לתוצאה שהמחוקק חתר למנעה, יכולה להיות שקולה למטרה (הלכת עג'מי, עמ' 432). עוד נקבע שם, כי הלכת הצפיות איננה חלה באופן אוטומטי על כל העבירות בעלות יסוד נפשי מיוחד של מטרה, וכי יש לבחון את החלטה בכל עבירה לגופה לפי נסיבותיה ומטרותיה. כך, עובר לתיקון מס' 39, הלכת הצפיות הוחלה על מספר עבירות מטרה, וביניהן הסגת גבול; עבירות נגד בטחון המדינה; עבירת הסיוע; ועבירת האיומים (רבין וואקי, עמ' 451 והאסמכתאות המובאות שם).

22. כאמור, חקיקת סעיף 20(ב) לחוק העונשין במסגרת תיקון מס' 39 עיגנה בחוק את הלכת הצפיות כתחליף מהותי לכוונה בעבירות תוצאתיות הדורשות רכיב של "כוונה" לתוצאה. אולם, סעיף זה, אשר מובא במלואו בפסקה נ"ו לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה, שותק ביחס לשימוש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה בעבירות התנהגותיות בעלות יסוד נפשי של כוונה מיוחדת מסוג מטרה. בעניין אלבה, נחלקו הדעות ביחס להשפעתו של סעיף זה על האפשרות להחיל את הלכת הצפיות בעבירות מטרה (להרחבה על העמדות השונות בעניין זה, ראו: קרמניצר – פרשת אלבה, עמ' 135-128; רבין וואקי, עמ' 454-453). על אף גישותיהם השונות של השופטים, הוסכם פה אחד כי סעיף 20(ב) לחוק העונשין אינו מהווה הסדר שלילי אשר סותם את הגולל על האפשרות להשתמש בהלכת הצפיות בעבירות מטרה (קרמניצר – פרשת אלבה, עמ' 127). מבין הגישות השונות בעניין אלבה, גישתו של הנשיא א' ברק היא זו אשר קנתה לה שביתה בשיטת משפטנו (ראו למשל: ע"פ 2333/07 תענך נ' מדינת ישראל פסקה 237 (12.7.2010); ע"פ 5640/97 רייך נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 433, 475 (1999)).

23. בתמצית, גישתו של הנשיא א' ברק קובעת כי הלכת הצפיות אינה חלה באופן גורף על כלל עבירות המטרה באשר הן, אלא יש לבחון את תחולתה לגבי העבירה הקונקרטיה בכל מקרה לגופו, על פי תכלית החקיקה, טיבה ומטרותיה (ראו: רע"פ 7153/99 אלגד נ' מדינת ישראל פ"ד נה(5) 729, 749-750 (2001)). לאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין ומאז נידון עניין אלבה, נקבע כי הלכת הצפיות חלה על עבירות מטרה

נוספות, וביניהן; שיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 244 לחוק; מעשה מגונה, לפי סעיף 348 לחוק; הצתה, לפי סעיף 448 לחוק; סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה, לפי סעיף 332 לחוק; ועבירות נוספות (ליתר עבירות המטרה עליהן הוחלה הלכת הצפיות ולאסמכתאות בנוגע לעבירות שצוינו כאן, ראו: רבין וואקי, עמ' 456-458 וה"ש 263-250).

24. אמנם, הותרת סוגיות שונות בצריך עיון היא פרקטיקה נדרשת ומחויבת המציאות בבית משפט זה, אולם דומני כי אי-ההכרעה המתמשכת בשאלת החלת הלכת הצפיות בעבירת ההסתה לגזענות פוגעת בעקרון החוקיות. אחת מנגזרותיו של עקרון זה היא הדרישה כי החוק הפלילי יהיה ברור וודאי (יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 67-75 (1981)); אלעד רום טעות בחוק הפלילי 45 (2015)). איסור פלילי שאינו מוגדר דיו מקשה על הציבור לכלכל את צעדיו בהתאם לנורמות המשפטיות, ועלול לפגוע בעקרון היסוד שלפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירין" (דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אטד פ"ד נח(5) 547, 563-564 (2004)). מציאות של חוסר ודאות וחוסר בהירות משפטית עלולה לגרום לאובדן הביטחון המשפטי של הפרט (קרמניצר – פרשת אלבה, עמ' 131; רבין וואקי, עמ' 103). במצב המשפטי הנוהג כיום, דרישותיו הבסיסיות של היסוד הנפשי בעבירת ההסתה לגזענות אינן מבוארות די הצורך. שאלת החלתה של הלכת הצפיות בעבירה זו הושארה ללא מענה ברור, לאורך תקופה ממושכת, ולטעמי מצב דברים זה איננו רצוי, ופוגע, כפי שניתן להיווכח מהמקורות לעיל, בעקרונות יסוד בדין הפלילי (והשוו: קרניאל, עמ' 434). לפיכך, ראוי לטעמי להכריע בעניין זה באופן ברור אשר יאפשר ודאות משפטית בסוגיה.

25. אם כן, עלינו לבחון האם ראוי להחיל את הלכת הצפיות בעבירת ההסתה לגזענות בהתאם לתכליות העבירה ולמטרותיה. הנשיא א' ברק עמד על הצורך לבחון את התכליות השונות בעבירת ההסתה לגזענות כדי להכריע האם יש להחיל לגביה את הלכת הצפיות:

"נמצא, כי עלינו לחזור לתכלית המונחת ביסוד סעיף 144ב(א) לחוק העונשין. עלינו לבחון אם תכלית זו מתיישבת עם ההכרה "בכלל הצפיות" לעניין היסוד הנפשי של "מטרה להסית לגזענות". בחינת התכלית מחייבת איזון בין עקרונות היסוד שסעיף 144ב(א) לחוק העונשין נועד להגשים. מחד גיסא, עניין לנו בעקרון חופש הביטוי (של המפרסם) והחופש האישי שלו. מאידך גיסא, עניין לנו באינטרס הציבור (במניעת הסתה לגזענות) ובכבוד האדם והשוויון (של העשוי להיפגע מהסתה לגזענות). איזון זה אינו פשוט כלל ועיקר" (עניין אלבה, פסקה 11 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

סבורני, כאמור, כי בחינת תכליות העבירה נוטה לכיוון החלתה של הלכת הצפיות, כפי שיפורט להלן.

26. עבירת ההסתה לגזענות נועדה ליצור איזון בין מספר תכליות וערכים המתנגשים זה בזה. מצד אחד, הרשעת המפרסם בעבירה זו מגבילה ופוגעת בחופש הביטוי שלו (ראו: פסקה ל"ג לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה). בנוסף, כאשר אדם מורשע בעבירת ההסתה לגזענות בשל פרסומם של טקסטים דתיים, כפי שדורשים העותרים במקרה שלפנינו, פוגעת ההרשעה גם בחופש הדת והפולחן של המפרסם (יצחק קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין 330 (1997) (להלן: קוגלר)). מצד שני, עבירת ההסתה לגזענות מגנה על הסדר הציבורי ועל תקנת הציבור (גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין 229-228 (2010)). כמו כן, עבירה זו מגנה על ערך כבוד האדם במובנו הבסיסי והגרעיני. הסתה לגזענות שוללת מבני אדם את תכונותיהם האנושיות בשל שיוכם הגזעי, הדתי, האתני או הלאומי. היא פוגעת בזכות הבסיסית לשוויון ובערך הכבוד האנושי של כלל הברואים בצלם. אחד מהיבטי החומרה והסכנה של הביטוי הגזעני טמון בכך שפגיעות מילולית בכבוד האדם עלולות להסלים ולהידרדר לפגיעות פיזיות (קרמניצר – פרשת אלבה, עמ' 109; דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 24), התשמ"ה-1985, ה"ח הממשלה 1728, 195) (להלן: דברי ההסבר להצעת החוק המקורית)).

27. בהתאם לאיזון בין הערכים המפורטים, המחוקק קבע כי מפרסם יורשע בהסתה לגזענות רק אם יוכח כי מאחורי הפרסום עמדה מטרה להסית לגזענות. לטעמי, מתקיימת שקילות מוסרית בין מי ששם לנגד עיניו מטרה להסית לבין מי שצפה כי דבריו יסיתו ברמה של ודאות קרובה. כמו כן, המסוכנות החברתית העולה ממי שמפרסם דבר תוך שהוא צופה כאפשרות קרובה לוודאי כי דבריו יסיתו לגזענות איננה נופלת ממסוכנותו של מפרסם אשר הציב לעצמו מטרה להסית לגזענות. יפים לעניין זה דבריו של השופט א' גולדברג בעניין אלבה:

"הדגש הוא על השקילות הערכית בין מי ששם לו למטרה להסית בפירסומו לגזענות, ובין מי שצפה כאפשרות קרובה לוודאי כי הפירסום יסית לגזענות. האיזון בין האינטרסים המתנגשים, שמצא, לדעתי, את ביטויו באיסור שבסעיף 144ב(א) עצמו, אינו מצדיק הבחנה בין שני המצבים, וכמוהם כאחד" (שם, פסקה 11 לפסק דינו של השופט א' גולדברג).

28. יצוין, כי לעמדה המצדדת בהחלת הלכת הצפיות בעבירת ההסתה לגזענות הצטרפו בעניין אלבה גם השופט ג' בך (פסקה 6 לפסק דינו) והשופט (כתוארו דאז) א'

מצא (פסקה 20 לפסק דינו). גם בספרות הובעה העמדה לפיה יש להחיל את הלכת הצפיות על עבירת ההסתה לגזענות. המלומד מ' קרמניצר סבור כי הרצון להגן על חופש הביטוי מפני הגבלת יתר איננו מצדיק סטייה מהלכת הצפיות בעבירת ההסתה לגזענות (קרמניצר – פרשת אלבה, עמ' 134). לדידו של קרמניצר, אי החלת הלכת הצפיות בעבירה זו "עלולה להביא לזיכויים בלתי מוצדקים מבחינה עניינית דווקא בתחום רגיש במיוחד לזיכויים אלה, שכן גדולה הסכנה כי הם יתפרשו כלגיטימציה לביטוי עצמו ובכך ייגרם נזק חמור מאוד למאבק החינוכי- ציבורי בגזענות" (שם, עמ' 134-135).

29. נימוק נוסף התומך בהחלתה של הלכת הצפיות בעבירת ההסתה לגזענות מצוי בהיסטוריה החקיקתית של סעיפים 144ב ו-144ג לחוק העונשין. בהצעת החוק המקורית שפורסמה ביום 17.4.1985, לא נדרשה "כוונה" או "מטרה" להסית לגזענות כתנאי הכרחי לקיום כל יסודות העבירה (ראו: קדמי, עמ' 1984, ה"ש 13). סעיף 144ב(א) שכותרתו "איסור פרסום הסתה לגזענות" נוסח באופן הבא:

"המפרסם דבר הסתה לגזענות, או המפרסם דבר מתוך כוונה להביא לגזענות, דינו- מאסר שנתיים" (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 24) התשמ"ה-1985 ה"ח הממשלה 1728, 195) (להלן: הצעת החוק המקורית).

עינינו הרואות, כי הסעיף מציע שתי חלופות להרשעה בעבירה, כאשר רק הסיפא דורשת יסוד נפשי של כוונה ואילו החלופה ברישא היא עבירה התנהגותית הדורשת יסוד נפשי של מודעות בלבד. דברי ההסבר להצעת החוק המקורית אף מדגישים את היתרונות הגלומים בכך שעבירה זו לא תכלול רכיב של מטרה או כוונה:

"החוק המוצע יתרום גם ליעילות התגובה לגילויים של הסתה לגזענות, משום שלא יהיה עוד צורך להוכיח את כוונת המפרסם כאשר ההסתה מדברת בעד עצמה" (דברי ההסבר להצעת החוק המקורית, עמ' 196).

יצוין, כי הבדל נוסף בין הצעת החוק המקורית לנוסחו הסופי של החוק הוא שבהצעה המקורית אין כל הגנה הנוגעת לפרסום בהקשר דתי, וקיימת רק הגנה לגבי פרסום דין וחשבון הוגן (להגנת "פרסום מותר", ראו פסקה ס"א לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה).

30. ביום שבו הייתה הכנסת אמורה לאשר את הצעת החוק המקורית בקריאה שנייה ושלישית הודיע יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט כי ההצבעה תדחה עקב שינויים שביקשה

הממשלה להכניס בהצעת החוק (ד"כ 104, 2729 (התשמ"ו)). השר משה שחל, נציג הממשלה בדיון הסביר את פשר שינוי ניסוח החוק בכך שנוסח הסעיף המקורי מעורר חשש שמא [...] תפילה, דברים שבמסורת היהודית, מדברי הרמב"ם או 'השולחן ערוך' [...] יכולים להיכנס למסגרת העבירות שהחוק מדבר עליהן" (שם, עמ' 2733). כדי להפיג חשש זה, החליטה הממשלה להוסיף את דרישת המטרה אשר תבטיח אי-הפללה של ציטוטים מהמקורות היהודיים בעלי תכנים שעלולים להיחשב כגזעניים (שם, שם).

כאשר אושר החוק בקריאה שנייה ושלישית בדיון מאוחר יותר, אמר השר שחל

כי:

"העובדות הן, שבשלב מסוים, פרופסור זמיר [לימים השופט י' זמיר – ס.ג.] ועוד שבעה משפטנים באו להתייעצות ואמרו, בתשובה על שאלה מאוד מפורשת, שקיים אצלם חשש שאדם שמתפלל בתום לב, בין שהוא יהודי, בין שהוא מוסלמי, אם הוא מתפלל בתום לב הוא עלול להיות מועמד לדין. לכן היה צורך להוסיף את סעיף המטרה" (ד"כ 105, 4026 (התשמ"ו)); ההדגשה (הוספה – ס.ג.).

31. המתנגדים לשימוש בהלכת הצפיות כתחליף מהותי לרכיב המטרה בעבירת ההסתה לגזענות טוענים כי הדבר יוביל לפגיעה באיזון בין חופש הביטוי לבין אינטרסים מתנגשים דוגמת הסדר הציבורי, תקנת הציבור וכבוד האדם (ראו למשל: דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת ד' דורנר (2000)). ואולם, ההיסטוריה החקיקתית שהוצגה לעיל אינה עולה בקנה אחד עם טענה זו. מהדברים שהוצגו ניתן ללמוד כי התכלית המקורית בהוספת רכיב המטרה הייתה להגן על "אדם שמתפלל בתום לב". כלומר, על פני הדברים, הוספת רכיב המטרה נועדה להגן על חופש הדת ולא על חופש הביטוי. דומה כי ההגנה שניתנה לחופש הביטוי התבטאה באופנים אחרים שאינם קשורים לרכיב המטרה. ראשית, נדרש יסוד עובדתי של "פרסום דבר הסתה", כלומר התכנים שפורסמו נדרשים להיות תכנים גזעניים במהותם; שנית, ניתנה הגנה של "פרסום מותר" על פרסום דין וחשבון הוגן; שלישית, הותרה על כנה הדרישה מהצעת החוק המקורית כי הגשת כתב אישום בעבירת הסתה לגזענות תעשה בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה בלבד (סעיפים 144-ה להצעת החוק המקורית). אם כן, ההיסטוריה החקיקתית מצביעה על כך שהוספת רכיב המטרה בעבירת ההסתה לגזענות נועדה להגן בראש ובראשונה על חופש הדת. לפיכך, סבורני כי החלתה של הלכת הצפיות כתחליף מהותי לרכיב

המטרה, איננה מפרה את האיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין כבוד האדם ותקנת הציבור.

32. זאת ועוד, דרך נוספת לבחון האם ראוי להחיל את הלכת הצפיות בעבירת ההסתה לגזענות היא באמצעות השוואתה של עבירה זו לעבירת מטרה אחרת אשר נפסק לגביה כי לא ראוי להחיל עליה את הלכת הצפיות. למעשה, עבירת המטרה היחידה אשר הוחלט לא להחיל עליה את הלכת הצפיות היא העבירה של איסור לשון הרע הקבועה בסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן בהתאמה: חוק איסור לשון הרע; עבירת איסור לשון הרע) (וראו: ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205 (1985) (להלן: הלכת בורוכוב); רבין וואקי, עמ' 451; קוגלר, עמ' 76).

33. בהלכת בורוכוב נפסק פה אחד כי אין להחיל את הלכת הצפיות בעבירת איסור לשון הרע. נימוקו המרכזי של השופט א' גולדברג מתבסס על קיומה של עוולה אזרחית בגין פרסום לשון הרע לצדו של האיסור הפלילי על מעשה זה. על פי קביעתו, החלת הלכת הצפיות בעבירת פרסום לשון הרע, תשטש את ההבדל בין העבירה לבין העוולה האזרחית ותחתור תחת כוונת המחוקק. זאת, משום שהעוולה האזרחית איננה דורשת כלל יסוד נפשי של כוונה (וראו: סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע), והחשש הוא ששימוש בהלכת הצפיות כתחליף לכוונה בעבירת פרסום לשון הרע, יקטין את ההבדלים בין העוולה האזרחית לעבירה באופן שיפר את האיזון שחוק איסור לשון הרע חותר להשיג בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב (שם, פסקה 11 לפסק דינו של השופט א' גולדברג).

34. סבורני, כי נימוק זה אשר ניתן בהלכת בורוכוב לאי-החלת הלכת הצפיות בעבירת לשון הרע תומך בהחלתה בעבירת ההסתה לגזענות. השופט א' גולדברג נימק, כאמור, את הכרעתו בצורך לשמר את ההבחנה הברורה בין העוולה האזרחית לבין העבירה בהתאם לכוונת המחוקק. בכל הנוגע להסתה לגזענות, לא קיים הסדר דומה אשר מבחין בין הסתה לגזענות כעוולה אזרחית לבין הסתה לגזענות כעבירה פלילית. למעשה, לא קיימת סנקציה אזרחית שיעודה הספציפי הוא להיאבק בתופעה המסוכנת של הסתה לגזענות. כך, אף סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע קובע כי "לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד, דינה כדין לשון הרע על תאגיד, אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית" (ההדגשה הוספה – ס.ג'; השוו: קרניאל, עמ' 428). בנסיבות אלה, דומני כי אין מקום לצמצם עוד יותר את גדר העבירה באמצעות אי-החלת הלכת הצפיות. לא למותר להזכיר כי אף לעמדת השופט א' גולדברג, ראוי להחיל את הלכת הצפיות בעבירת ההסתה לגזענות (עניין אלבה, פסקה 11 לפסק דינו של השופט א' גולדברג; ראו פסקה 27 לעיל).

35. על יסוד כל האמור לעיל, סבורני כי ככל שיוחלט לבחון פעם נוספת את העמדתם לדין של מחברי הספר "תורת המלך", ראוי כי הדברים ייבחנו תוך שימוש בהלכת הצפיות כתחליף מהותי לדרישת המטרה בעבירת ההסתה לגזענות.

36. בטרם אצלול לנבכי הספר ואנתח מקבץ רעיונות וציטוטים המובאים בו במטרה לבחון האם מטרת מחבריו הייתה להסית לגזענות, אבקש להצטרף לעמדת חברי המשנה לנשיאה אשר סבר כי הספר "מוציא דיבת היהדות רעה" (פסקה ל"ב לפסק דינו). הספר, מושא עתירה זו, הוא ספר מפלג ומחרחר ריב אשר מבקש להבליט את השונות ולהעמיק את השסעים בין ציבורים שונים במקום לחזק את ערך השוויון והאחוה בין כל הברואים בצלם. "רוח העושים" (ישעיהו י"ט י"ד) המנשבת מהספר איננה רוחה של היהדות כפי שזו עולה מאין ספור מקורות הלכתיים, מדרשים ומנהגים (וראו את האסמכתאות הרבות בפסקה ע' לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה). אבקש להוסיף למקורות שהביא חברי עוד שני פסוקים מהתורה המשקפים את רוחה ההומאנית של היהדות. ביחס "לגויים" החיים בארץ ישראל נאמר בתורה "כְּאֶזְרַח מִמֶּנּוּ יִהְיֶה לְכֶם הַגֵּר הַגֵּר אִתְּכֶם וְאָהַבְתֶּם לּוֹ כְּמִוְךָ כִּי גֵרִים הָיִיתֶם בְּאֶרֶץ מִצְרַיִם אֲנִי יְהוָה אֱלֹהֵיכֶם: (ויקרא י"ט ל"ד). אולם, אהבת "הגויים" במקרא איננה מוגבלת אך ורק "לגויים" החיים בקרב היהודים אלא גם לעמים שכנים, ואפילו למי שהיו אויביהם של העם היהודי: "לֹא תִתְעַב אָדָמִי כִּי אֶתִיךָ הוּא לֹא תִתְעַב מִצְרִי כִּי גֵר הָיִיתָ בְּאֶרֶץ מִצְרַיִם" (דברים כ"ג ח'). אני מסכים בפה מלא לאמירתו של חברי המשנה לנשיאה כי העובדה שהמחברים משתמשים בתורה כדי להצדיק הרג חפים מפשע, מלמדת כי הנייר באמת סובל הכול (פסקה ל"ה לפסק דינו).

לאחר שעמדתי על זרותו של הספר "תורת המלך" לרוח היהדות, אבחן את עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי אין די ראיות להוכחת מטרתם של המחברים להסית לגזענות, תוך שאתמקד בבחינת תוכן הספר, ובהשוואת המקרה שלפנינו לעניין אלבה.

האם תוכן הספר מעיד על מטרת המחברים להסית לגזענות?

37. כדעת חברי המשנה לנשיאה, גם אני סבור כי המחלוקת העיקרית בין הצדדים לעתירה היא האם ניתן ללמוד מתוכן הספר על מטרת המחברים להסית לגזענות. חברי בחר לחלק שאלה זו לשלוש שאלות משנה שנועדו לסייע בבחינתה (פסקה ס"ה לפסק דינו) – האם הספר מסית נגד הציבור הערבי באופן ספציפי? האם מבחינה הלכתית אנו חיים כיום בתקופת מלחמה? והאם הנורמות האלימות המתוארות בספר חלות גם על אנשים פרטיים? אדון בשאלות אלה על פי סדרן.

האם הספר מסית נגד הציבור הערבי באופן ספציפי?

38. השאלה הראשונה שנידונה היא האם הספר מסית נגד הציבור הערבי באופן ספציפי. השאלה מתעוררת לנוכח העובדה שהדיון ההלכתי שערכו המחברים משתמש במונח "גויים" ולא מציין לאום או דת פרטניים. חברי עמד על כך שאפילו אם נקבל את הטענה שהספר עוסק "בגויים" ככלל – קרי, בכל מי שאינם יהודים ולא דווקא בציבור הערבי – אין בכך כדי לפטור בהכרח את המחברים מאחריות פלילית (פסקה ס"ו לפסק דינו). אני מצטרף לעמדתו בעניין זה, וסבור כי היא מתיישבת עם ההכרעה בפסק הדין המנחה בעניין אלבה שבו נקבע כי גם דברי הסתה נגד כלל "הגויים" יכולים לגבש את יסודות עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות (שם, עמ' 264). לעומת זאת, בכל הנוגע לשאלה האם הספר מסית נגד הציבור הערבי באופן ספציפי או לחילופין כנגד כל מי שאינו יהודי, דעתי מעט שונה מזו של חברי. ביחס לשאלה זו קבע חברי את הדברים הבאים: "נראה, כי הוא [הספר-ס.ג.] מתייחס על פי כתבו מכל מקום, באופן עקבי לכל "גוי" – מי שאינו יהודי מבחינה הלכתית, ואינו מפנה לציבור הערבי דווקא" (פסקה ס"ו לפסק דינו). אמנם, הדעות וההלכות השונות הנזכרות בספר חלות על כל מי שאינו יהודי, אולם דומני כי לא ניתן להתעלם מכך שלציבור הערבי שמור מקום "מיוחד" וחריג בספר ביחס לאומות ו"גויים" אחרים, וכי הדיון ההלכתי בספר מכוון בעיקרו לציבור הערבי בפרט ולא ל"גויים" ככלל, כפי שיפורט להלן.

39. העותרים הפנו למספר ציטוטים מהספר אשר מלמדים, לשיטתם, על הסתה מפורשת ופרטנית כלפי הציבור הערבי. חברי סבר כי ציטוטים אלו הינם ציטוטים חריגים אשר אינם מעידים על תוכן הספר בכללותו (וראו פסקה ס"ו לפסק דינו). בשונה מחברי, סבורני, כי ציטוטים אלו הם בבחינת "יצא המרצע מן השק" ומעידים על כך שהספר, למרות חזותו הניטרלית מתייחס לציבור הערבי באופן שונה משאר ה"גויים". מעיון בספר עולה כי רק הציבור הערבי "זוכה" להתייחסות מפורשת בספר, ואילו "גויים" אחרים אינם זוכים לכבוד מפוקפק זה. עובדה זו מחזקת ומעצימה את החשד כי תחת מעטה ההתייחסות הניטרלית לכל ה"גויים" באשר הם, תוכן הספר מתייחס למעשה לציבור הערבי.

40. אחת הדוגמאות המרכזיות לאזכור המפורש של הציבור הערבי בספר מופיעה בעמוד רכ"ג בהערות-שוליים כ"ט:

"ויש להעיר בהקשר זה שהאויב הערבי דהיום ידוע כמעשים אכזריים ופרועים, וחוסר במידה כנגד מידה כלפיהם רק מגדיל את אכזריותם".

משפט זה מלמד באופן ברור כי ההלכות והעמדות המוזכרות בספר צריכות להיבחן ולהילמד כאשר הקורא מעמיד לנגד עיניו לא "סתם" "גוי" אלא את "האויב הערבי".

דוגמא נוספת לכך שלציבור הערבי ישנו מעמד מרכזי ומיוחד בספר ניתן למצוא בעמוד רכ"ז. שם, בהערת שוליים ל"ז נכתב כי:

"יש לדון האם היתר זה של המהר"ל נכון גם כלפי מבקרים מעם שלישי שנמצאים כעת בקרב העם שבו אנחנו נלחמים".

מדברים אלו עולה שוב הקשרו האקטואלי של הספר לסכסוך הישראלי-פלסטיני והסכסוך של מדינת ישראל עם שכנותיה הערביות. למי כיוונו המחברים בהתייחסותם לאותו "עם שבו אנחנו נלחמים" אם לא ל"לאויב הערבי"? ייתכן וחברי יחס משקל מועט לעובדה שהדוגמאות שהובאו נכתבו "בהערת שוליים" ולא בגוף החיבור. דומני, כי עובדה זו אינה מפחיתה מחשיבות האמירה ואינה הופכת אותה לשולית יותר. נהפוך הוא, מעיון בספר עולה כי פעמים רבות גוף החיבור מאגד בתוכו את המקורות ההלכתיים, ואילו בהערות השוליים ניתן דרור להבעת עמדותיהם האישיות של המחברים, בין אם בצורה מפורשת, ובין אם באמירות המרמזות עליהן.

41. יצוין, כי שתי הערות השוליים האחרונות שהוזכרו לעיל והערות שוליים ל"ו בעמוד רכ"ז בספר, שתוזכר להלן במסגרת הדיון בשאלה השלישית, מופיעות כולן בשלושת העמודים האחרונים של הספר, קודם לחלק הנקרא "מסקנות בקצרה". כאמור, חברי סבר כי הערות שוליים אלה הן בגדר "ציטוטים חריגים שאינם מעידים על תוכן הספר בכללותו" (פסקה ס"ו לפסק דינו). כשלעצמי אני סבור אחרת, ודומני כי יש בציטוטים אלו כדי להעיד על מטרתם האמתית של מחברי הספר. במובן מסוים, הספר בנוי באופן הדרגתי "מהקל אל הכבד", כך שתחילתו בפרק שכותרתו "איסור הריגת גוי" המבהיר את האיסור הכללי על "הריגת גויים", וסיומו בפרק שכותרתו "פגיעה מכוונת בחפים מפשע". הפרק האחרון, כפי שמרמז שמו, הוא בעל האמירות המקוממות והקשות ביותר בספר בנוגע להלכות "הריגת גויים". עוד יושם אל לב, כי שלוש הערות השוליים המדוברות מופיעות בסמיכות רבה זו לזו בסיומו של הפרק האחרון בספר. דומה כי סמיכותן הרבה זו לזו ומיקומן בעמודים האחרונים בספר מותירים חותם עמוק על הקורא ויוצרים מעין "מסה קריטית" של תכנים המסיתים לגזענות ולאלימות. הספר בנוי כנדבך על נדבך וכל פרק מתבסס על המקורות שהובאו בפרקים הקודמים, ומכאן שישנה חשיבות הולכת וגוברת לאמירות המובאות בספר ככל שמתקדמים בסדר הפרקים. על כן, עמדתו היא כי יש ליחס משקל רב להערות שוליים אלה בבחינה המשפטית של התקיימות יסודות עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות.

42. לסיום חלק זה, אוסיף כי הרקע ההיסטורי ומציאות החיים במדינת ישראל, מבהירים כי הספר רלבנטי מעל לכל לציבור הערבי. מדינת ישראל איננה מצויה, ככלל, בסכסוך אלים עם גורמים שאינם ערבים, וגם אם מבחינה עיונית, ועל פניו, הספר עוסק ב"גויים" ככלל, ברי כי בעולם המעשה הנפקות שלו מצטמצמת לקבוצה מובחנת ומסוימת מאוד. אף חברי סבר בפסק דינו כי "צריך להיות תמים במיוחד... כדי שלא להניח כי הכוונה הקונקרטית [בספר – ס.ג.] היא ללא יהודים – ה'גויים' – שבשכנותנו, הערבים..." (פסקה ס"ו לפסק דינו). על כן, על אף שהספר מנוסח בלשון כללית, ואיננו מתייחס ברובו לציבור הערבי מפורשות, סבורני כי הספר מופנה בעיקרו נגד הציבור הערבי.

האם מבחינה הלכתית אנו חיים כיום בתקופת מלחמה?

43. השאלה השנייה שבה דן חברי, כדי לקבוע האם ניתן ללמוד מהספר על מטרת המחברים להסית לגזענות, היא האם אנו חיים כיום – מבחינת הגישה ההלכתית – בתקופת מלחמה? נזכיר את חשיבותה של השאלה – שני הפרקים האחרונים בספר מדברים על הריגת "גויים" ופגיעה מכוונת בחפים מפשע בשעת מלחמה. אם יוכח כי על פי העמדה ההלכתית המוצגת בספר, מצויים אנו כיום במצב מלחמתי, אזי יוצא מכך כי כל אותם היתרים החלים ביחס להריגת "גויים" ופגיעה מכוונת בחפים מפשע רלבנטיים ביתר שאת לזמן פרסום הספר ולזמננו אנו. על כן, ככל שהמחברים טוענים כי מבחינה הלכתית מדינת ישראל מצויה במצב של מלחמה, אזי מדובר בראייה נוספת לכך שמטרת מחברי הספר היא להסית לגזענות ולאלימות.

44. חברי סבר כי הציטוטים בספר נמצאים ממש בקו התפר בכל הנוגע לעמדת המחברים בשאלה האם מדינת ישראל נמצאת כיום במצב של מלחמה אם לאו (פסקה ס"ז לפסק דינו). כזכור, בהערת שוליים ל"ז בעמוד רכ"ז בספר נכתב כי "יש לדון האם היתר זה של המהר"ל נכון גם כלפי מבקרים מעם שלישי שנמצאים כעת בקרב העם שבו אנחנו נלחמים" (ההדגשה הוספה – ס.ג.). אני מסכים עם חברי כי הערת שוליים זו לבדה איננה מבססת כנדרש במשפט הפלילי את כוונתם של המחברים לכך שאנו נמצאים כעת בתקופת מלחמה ולפיכך חלות כיום הלכות הריגת "גוי" בשעת מלחמה. עם זאת, סבורני כי יש להעניק לציטוט זה משקל נכבד בבואנו לבחון את עמדת המחברים ביחס לשאלה האם מבחינה הלכתית נמצאים אנו כיום במצב של מלחמה. כמו כן, שלא כדעת חברי, סבורני כי מלבד ציטוט זה, ישנן עוד מספר נקודות אשר מצביעות על כך שעמדת המחברים ביחס למצב המלחמתי השורר במדינת ישראל, מלמדת על מטרתם להסית לגזענות ולאלימות, כפי שיפורט להלן.

45. ראשית, דומני כי במדינה למודת קרבות כמדינת ישראל ממילא לא צריך להינתן משקל רב מדי לשאלה האם לדעת המחברים אנו נמצאים כיום במצב של מלחמה, בבואנו להכריע האם הספר מסית לגזענות. אבהיר את דבריי: מדינת ישראל נמצאת מאז הקמתה בסכסוך מתמשך עם חלק ממדינות ערב ועם חלקים בעם הפלסטיני (וראו: דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני פסקה 48 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (15.1.2015) (להלן: דנ"א דיראני)). אף אם בעת חיבורו או פרסומו של הספר (בשנת 2009) לא סברו המחברים כי ישראל מצויה במצב של מלחמה, הם בוודאי ידעו כי המצב הביטחוני בישראל הוא נזיל ומשתנה ללא הרף. היטיב לבטא זאת מ"מ הנשיא (כתוארו דאז) מ' לנדוי בדברים שכתב בהקשר לטענת סיכול חוזה עקב פרוץ מלחמת יום הכיפורים: "...בעיני מלחמה ושלוש הבלתי צפוי הוא לעולם בגדר הצפוי עבור אדם מישראל" (ע"א 715/78 כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ, פ"ד לג(3) 639, 643 (1979)). במילים אחרות, במציאות שבה עלולה לפרוץ מלחמה בכל עת והתנגשויות אלימות בסדר גודל נרחב מתרחשות אחת לכמה שנים, התרת דמם של "גויים" חפים מפשע בשעה שפורצת מלחמה, נתפסת בעיני כהסתה לגזענות גם אם באותה העת לא שורר מצב של מלחמה.

46. עד כה עמדתי על כך שבמדינת ישראל מלחמות הן דבר צפוי ושכיח, ועל כן קריאה לפגיעה בציבור הערבי בשעת מלחמה יכולה להוות הסתה לגזענות ולאלימות גם אם במועד שבו נאמרו הדברים לא שרר מצב מלחמתי בפועל. כעת אעבור לבחון האם הספר עצמו מגדיר את מציאות החיים במדינת ישראל כמלחמה מבחינה הלכתית.

47. מעיון בהתייחסויות בספר למושג "מלחמה" קשה לקבל את הטענה לפיה "בספר מדובר בפירוש על שעת מלחמה, כאשר צבא של מדינה נלחם במדינה אחרת" (מתוך מכתב המחברים, ראו: פסקה ס"ז לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה). הספר אינו מגדיר בשום שלב את המונח "מלחמה", אינו מבהיר מהם התנאים לסיווגו של מצב בטחוני מסוים כמלחמה, ובוודאי שאין בו התייחסות מפורשת להגדרה המצומצמת לה טוענים המחברים. לא למותר להזכיר שוב בהקשר זה את הערת שוליים ל"ז בעמוד רכ"ז בספר ("[...] העם שבו אנחנו נלחמים"), ואת הערת שוליים כ"ט בעמוד רכ"ג ("ויש להעיר בהקשר זה שהאויב הערבי דהיום ידוע במעשים אכזריים ופרועים [...]") (ההדגשה הוספה – ס.ג.). אשר מבססות במידה בלתי מבוטלת את המסקנה כי עמדת המחברים היא שמדינת ישראל מצויה במצב מלחמתי. בטרם אפנה למקורות הלכתיים שונים כאמצעי לבחון את עמדת המחברים ביחס למצב המלחמתי השורר בישראל, אציין בקצרה את המגמה במשפט הישראלי לפרש את המונח "דיני מלחמה" באופן נרחב יותר מההגדרה הצרה והפורמאלית של סכסוך מזויין בין צבאות

של שתי מדינות (ראו את סקירתו המקיפה של הנשיא א' גרוניס בדנ"א דיראני בפסקאות 47-52 לפסק דינו). יפים לעניין זה דבריו של הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 574/82 אל נאוואר נ' שר הביטחון, פ"ד לט(3) 449 (1985):

"מגמה בולטת מסתמנת בדיני המלחמה, והיא הרחבת תחולתם לא רק לנסיבות שבהן קיים מצב מלחמה כפשוטו אלא החלתם על סכסוך מזוין, אף אם אין רואים בו מצב מלחמה ממש... מגמה זו היא ביטוי לניגודים החוזרים ונשנים בין מערכת הנסיבות הפורמאלית לבין המציאות לאשורה..." (שם, בעמ' 474-475).

48. דומה כי עיון במקורות הלכתיים שונים המגדירים מהי מלחמה רק מחזק את המסקנה כי עמדת המחברים בכתיבת הספר הייתה שבישראל שורר מצב מלחמתי מבחינה הלכתית. הרב צבי (הרשל) שכטר ראש ישיבה וראש כולל בישיבה יוניברסיטי בניו-יורק הוא דוגמא מובהקת לפוסקי הלכה הסבורים כי מבחינה הלכתית שורר בישראל מצב כמעט תמידי של מלחמה. כך, בספרו בעקבי הצאן משנת 1997, הכותרת של פרק ג' בסימן ל"ב היא "מדינת ישראל כעת היא במצב של מלחמה". יוזכר, כי בשנה זו לא נמצאה ישראל במצב בו "צבא של מדינה נלחם במדינה אחרת" כלשונו של מכתב המחברים. בפרק זה מביא הרב שכטר בין היתר את עמדתו של הפוסק וראש ישיבת תורה ודעת בניו יורק הרב יעקב קמינצקי ז"ל, לפיה מאז מלחמת העצמאות בשנת 1948 מדינת ישראל נמצאת במצב של מלחמה מתמשכת:

"... דהנה בשנת תש"ח הקימו ממשלת יהודים בא"י, ונלחמו בהם כל הערבים שבסביבותיהם, ואף שכבר הופסק [כך במקור – ס.ג.]. האש זה כמה שנים, מכ"מ הערבים עדיין לא השלימו עם המדינה... ונמצא שכל המלחמות וכל הפרעות וכל המהומות שעורכים הערבים (עד ימינו ועד בכלל) הכל המשך מאותה המלחמה הראשונה (מלחמת השחרור)" (הרב צבי שכטר בעקבי הצאן ר"ו-ר"ז (1997)).

על בסיס דברים אלו, שכתב הרב קמינצקי בשנת 1970 והובאו בספרו של הרב שכטר, קבע האחרון את הדברים הבאים שבוודאי רלבנטיים גם לימינו אנו (כזכור ספרו נכתב בשנת 1997):

"ועפ"י הדברים האלה הי' נראה לומר... (ובאמת ק"ו [קל וחומר – ס.ג.]. הוא) בזה"ז [בזמן הזה – ס.ג.], שמדינת ישראל עומדת היא במצב של מלחמה, וכל הפרעות והמהומות שבימינו דינם (עפ"י הלכה) כהמשך מהמלחמה הראשונה" (שם, בעמ' ר"ז).

49. אף רבנים ישראלים רבים סבורים כי המצב הנוכחי בו אנו חיים הוא בגדר מצב מלחמתי מבחינה הלכתית. הרב ישראלי (אשר על פועלו הרחיב חברי המשנה לנשיאה בפסקה ל"ד לפסק דינו) סבר כי יש מקום לפעולות תגמול ופעולות נקם נגד אויבי ישראל, ופעולות שכאלה גם הן בגדר מלחמת מצווה (הרב שאול ישראלי עמוד הימיני סימן ט"ז פרק ה' פסקה ל"ב (התשכ"ו)). הרב פרופ' נריה גוטל אף סבור כי: "הרב ישראלי מרחיב את מסגרת ה'מלחמה' גם על היבטים של הרתעה. היינו: 'נקמה' לא רק במשמעות גמול על העבר, אלא גם כמניעת מעשים עתידיים" (הרב נריה גוטל "לחימה בשטח רווי אוכלוסייה אזרחית" תחומין כג 18, ה"ש 79 (התשס"ג); לעמדה נוספת הרואה בפעולות הרתעתיות חלק ממצב מלחמתי, ראו: הרב שלמה אבינר שו"ת אינתרפאדה 17-18 (1990)). ממקורות אלו עולה, כי גישות הלכתיות שונות מסווגות את המצב הביטחוני בישראל – גם בעתות של רגיעה יחסית או עימות מוגבל – כ"מלחמת מצווה". קשה להעלות על הדעת כי המחברים, אשר הינם רבנים מלומדים שאין חולק על בקיאותם במקורות ההלכה, לא היו מודעים כלל להלכות מהסוג אשר צוין לעיל. הלכות אלה לא ניתנו מפיהם של פוסקים שוליים, נהפוך הוא מדובר ברבנים מוכרים המקובלים בציבור הדתי. אשר על כן, סבורני כי גם בהקשר לשאלה זו יש בסיס להניח קיומה של מטרה מצד המחברים להסית לגזענות ולאלימות. מטרה זו נלמדת מעמדת המחברים בספר, אשר לכל הפחות מרמזת לקוראי הספר על קיומה של מלחמה מבחינה הלכתית בין הציבור היהודי לציבור הערבי במדינת ישראל.

האם הנורמות האלימות המתוארות בספר חלות גם על אנשים פרטיים?

50. השאלה השלישית שבה דן חברי המשנה לנשיאה, כדי לקבוע האם ניתן ללמוד מהספר על מטרת המחברים להסית לגזענות, היא האם הנורמות האלימות המתוארות בספר חלות באופן בלעדי על המדינה וכוחות הביטחון או גם על אנשים פרטיים. התשובה לשאלה זו בעלת חשיבות רבה, שכן אם הספר מעודד או אף מתיר את ביצוען של פעולות "נקמה" יחידניות שלא במסגרת המדינתית, הרי שהדבר עשוי להצביע גם כן על מטרת המחברים להסית לגזענות ולאלימות. כפי שציין חברי, עיקר הדיון בשאלה זו נסוב סביב דעתו של המהר"ל והפירושים שניתנו לה על ידי המחברים בעמודים רכ"ד-רכ"ז לספר (פסקה ס"ח לפסק דינו). כאמור בפסקה ע"א לפסק דינו של חברי, דבריו של המהר"ל המצוטטים בפסקה זו, עלולים להתפרש כמתן רשות לענישה קולקטיבית והיתר פגיעה גם בחפים מפשע שלא פגעו ביהודים. שותף אני לדעת חברי, כי שימושם של המחברים בדברי המהר"ל הוא מקומם ואנכרוניסטי שכן מדובר בפירוש לתורה שאינו פסק הלכה אשר נכתב על רקע ישיבתו של העם היהודי בגלות, לפני למעלה מארבע מאות שנה.

51. כזכור, במסגרת אותו חלק בפרק האחרון בספר, אשר עוסק בדברי המהר"ל, ההתייחסות העיקרית לפעולות נקם ואלימות מצדם של יחידים מופיעה בהערת שוליים ל"ו שבעמוד רכ"ז (להלן: הערת שוליים ל"ו). הדברים הכתובים בהערת שוליים זו נכתבו בלשונם של המחברים והם מובאים במלואם בפסקה י"ד לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה. אזכיר בתמצית, כי על פי הכתוב שם "לא צריך החלטה של אומה כדי להתיר את דם המלכות הרשעה, וגם יחידים מתוך המלכות הנפגעת יכולים לפגוע בהם...". חברי עמד על כך שדברים אלו מעלים "חשד כבד" שמא כוונת המחברים הייתה שהכתוב בספר יחול על אנשים פרטיים, אם כי, לגישתו, חשד זה אינו חזק דיו כדי להצדיק התערבות בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמידם לדין. אבקש להצטרף לחשדות שהשמיע חברי ולהעיר מספר הערות נוספות, אשר לטעמי יש בהן כדי להביא למסקנה שונה מזו של חברי.

52. אמנם, כפי שכתב חברי, הערת שוליים ל"ו – הראייה העיקרית לכך שמחברי הספר התכוונו כי הכתוב בו חל גם על אנשים פרטיים – היא, לכאורה, בסך הכול הערת שוליים בודדה המובאת אגב דיון בדעת יחיד של המהר"ל בתוך ספר המכיל מאות עמודים (פסקה ע"ב לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה). עם זאת, סבורני כי חשיבותה ומשקלה עולים בהרבה על חלקה היחסי בתוך הספר. ראשית, העובדה שמדובר בהערת שוליים איננה הופכת את תוכנה לבעל חשיבות פחותה ביחס לדברים שנכתבו בגוף הטקסט. דומני, כי אין בספר הבחנה עקרונית וברורה בין תוכן המופיע בגוף הטקסט לבין תוכן המופיע בהערות השוליים. כפי שהבהרתי לעיל, נדמה כי דווקא בהערות השוליים המחברים מרבים לבטא יותר את עמדותיהם האישיות, ועל כן יש לייחס להן חשיבות בלתי מבוטלת; שנית, אמנם מדובר בהערה בודדת בספר המכיל מאות עמודים, אך היא איננה שולית כלל ועיקר, שכן היא חותמת את הספר ומופיעה בעמודו האחרון במיקום חשוב ומרכזי (וראו פסקאות 40-41 לעיל); שלישית, אמנם עמדתו של המהר"ל היא אכן דעת יחיד שאינה מקובלת להלכה, אולם עובדה זו אינה עולה בבירור, בלשון המעטה, מתוך הספר. על פי לשון המחברים "מצאנו למהר"ל שחלק על הרמב"ם והרמב"ן בהסבר מעשה שכם, ועל פי זה חידש בענייני מלחמות" (עמוד רכ"ד בספר). ניתן לראות, כי לא רק שאין ציון מפורש לכך שעמדתו של המהר"ל היא דעת יחיד שאיננה הלכה, אלא גם נאמר לגביו כי הוא "חידש בענייני מלחמות". אמירה זו עלולה להתפרש בקרב הקוראים כאילו העובדה שהמהר"ל חידש בדבריו הופכת אותם להלכה או לכל הפחות מעניקה להם חשיבות רבה.

53. במכתב המחברים, טענו השניים ביחס לספר כי "מודגש שהדרך הנכונה היא לעבוד דרך מוסדות של שלטון וממשל". כחיזוק לטענה זו, הם ציטטו חלק מהספר שבו

נכתב "מסתבר שגם בזה אין חולק, וכולם יודו לזה שכשיש מלכות מתוקנת יחידים לא ידונו אלא ישאירו את הדין בידי השופטים והדיינים" (עמוד פ"ג בספר). אף המשיבים מצביעים על אמירה זו כראיה לכך שהמחברים מציגים גם גישה לפיה, במידת האפשר, יש לפעול דרך מוסדות השלטון (סעיף 76 לכתב התשובה מטעם המשיבים מיום 26.5.2014). חברי המשנה לנשיאה עמד בפסק דינו על כך שאין מדובר בדוגמא מוצלחת, שכן היא עוסקת במקרה ספציפי של "גוי" העובר על מצוות בני נח ונידון על ידי בית דין של בני עמו (פסקה ע"ב לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה). ברצוני להצטרף לדברי חברי ולהוסיף כי בעוד שהדוגמא שהביאו המחברים והמשיבים לקוחה מפרק שאינו עוסק במצב של מלחמה ("הריגת גוי שעובר על שבע מצוות"), האמירה לפיה יחידים מתוך המלכות יכולים לפעול על דעת עצמם לקוחה מתוך פרק שעוסק במצב מלחמתי ("פגיעה מכוונת בחפים מפשע"). כלומר, בפרקים שעוסקים באופן בו יש לנהוג במצב של מלחמה לא מוצגת אמירה או עמדה ברורה המתנגדת לפעולות אלימות מצד היחיד. מכל האמור, עולה תמונה לפיה הספר מתיר או למצער רומז לקיומו של היתר לביצוע פעולות אלימות של אנשים פרטיים כלפי חפים מפשע. עמדה זו, העולה מרוח הספר ומהכתוב בו, מחזקת את המסקנה בדבר קיומה של מטרה מצד המחברים להסית לגזענות ולאלימות.

54. עד כה בחנתי את עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי אין די ראיות להוכחת מטרתם של המחברים להסית לגזענות, תוך שהתמקדתי בבחינת תוכן הספר. כעת אבחן חלק נוסף ומשמעותי בהחלטה שלא להעמיד לדין את מחברי הספר – השוואת המקרה שלפנינו לעניין אלבה. כידוע, פסק הדין בעניינו של הרב עידו אלבה, הוא פסק הדין המנחה והחשוב ביותר לעניין עבירת ההסתה לגזענות (יוסי נחושטן "חילוץ הלכה במצבי אי-הסכמה" הפרקליט נ 631, 643 (התש"ע); קרמניצר – פרשת אלבה). מלבד היותו של עניין אלבה פסק דין מנחה בעבירות הסתה לגזענות, חשיבותו אף מתעצמת במקרה שלפנינו לנוכח נקודות הדמיון הרבות בין חיבורו של הרב אלבה לבין הספר "תורת המלך". אעמוד להלן על הדומה ועל השונה בין שני המקרים, ואדגים מדוע, לטעמי, ההשוואה לעניין אלבה מובילה למסקנה אחרת מזו אשר הגיע אליה היועץ המשפטי לממשלה בעניינו.

השוואת המקרה שלפנינו לעניין אלבה

55. במסגרת בחינת החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, ערך חברי המשנה לנשיאה השוואה תמציתית בין המקרה שלפנינו לבין התשתית העובדתית בעניין אלבה (פסקה ע"ג לפסק דינו). חברי יחס משמעות רבה לכך שבחיבורו של הרב אלבה, בניגוד לספרם של המחברים, ישנה מסקנה הלכתית ברורה המטילה את "חובת

המלחמה" על האדם הפרטי. לעמדת חברי, מדובר בפער של ממש בהשלכות פרסום הספר אשר תומך בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד את מחבריו לדין. הבדל נוסף בין המקרים, עליו עמד חברי, הוא שהרב אלבה ביצע פעולות מעשיות כגון השגת נשק במטרה ליזום פעולות אלימות נגד הציבור הערבי, זאת לעומת המחברים בענייננו אשר לגביהם אין כל ראייה המצביעה על מעורבותם האישית בפעולות אלימות. בשונה מחברי, סבורני כי בהשוואת המקרה שלפנינו לעניין אלבה רב הדומה על השונה, כפי שיפורט להלן.

56. אני מסכים עם חברי כי בחיבורו של הרב אלבה ישנה מסקנה הלכתית ברורה המטילה את חובת המלחמה על היחיד. עם זאת, כפי שציינתי בפסקה 37 לעיל, גם בספר "תורת המלך" ישנו אזכור מפורש לכך שגם ליחיד ישנו היתר לפעול כנגד "המלכות הרשעה" – כלומר, לבצע מעשי נקם יחידניים במסגרת מלחמה (וראו: הערת שוליים ל"ו בספר). אמנם, בחיבורו של הרב אלבה היתר הפעולה ליחידים נוסח בצורה ברורה ומפורשת יותר, אולם עובדה זו כשלעצמה איננה "מנקה מאשמה" את המחברים בענייננו, והיא מהווה רק שיקול אחד מתוך מכלול של שיקולים רבים אותם יהיה על בית המשפט לבחון אם יוגש נגדם כתב אישום. לא למותר לציין, כי בעניין אלבה הפרק שבו נכתבה מסקנה הלכתית זו נקרא "מסקנות הלכתיות – לעיון, אך לא למעשה". כלומר, הרב אלבה, בניגוד למחברים בענייננו, הדגיש בחיבורו כי מסקנותיו אינן בגדר קריאה לבצע מעשה אלא נועדו לעיון בלבד. אף על פי כן הורשע הרב אלבה, כידוע, בעבירה של הסתה לגזענות תוך שנקבע כי "האופי העיוני שנושא המאמר אינו אלא כסות חיצונית" (עניין אלבה, עמ' 264). בענייננו, המחברים לא ציינו בשום שלב כי תוכנו של הספר הוא לעיון בלבד ולא למעשה. הם אף קראו לפרק הסיכום של ספרם "מסקנות בקצרה", ומכך עלול אולי להשתמע שהכתוב בו הוא מסקנה של ממש ולא רק הצגה של מקורות הלכתיים שונים ודיון בהם. יצוין, כי רק במהדורתו השלישית של הספר שונה שמו של פרק הסיכום מ"מסקנות בקצרה" ל"מהלך הספר בקצרה" (סעיף 106 לכתב תשובה מטעם המשיבים מיום 26.5.2014).

57. נקודת חשובה נוספת להשוואה בין הספר מושא עתירה זו לבין חיבורו של הרב אלבה נוגעת לנסיבות הזמן והמקום שבהן הם נכתבו. בעניין אלבה, עמדו השופטים על החשיבות שבבחינת נסיבות הזמן והמקום, אשר עשויות להשליך על המסקנה האם הפרסום נעשה מתוך מטרה להסית לגזענות. יפים לעניין זה דבריו של השופט (כתוארו דאז) א' מצא :

"בבואו לפסוק אם פירסום המאמר על-ידי המערער נעשה מתוך מטרה להסית לגזענות, רשאי בית המשפט

ליתן דעתו גם לנסיבות הזמן והמקום שבהן פורסמו הדברים. העובדה שהם פורסמו בקרב תלמידי כולל מערת המכפלה, כחודשיים לאחר מעשה הטבח שעשה ברוך גולדשטיין במתפללים מוסלמים במערה, אינה יכולה שלא לעורר שאלות. על שאלות אלו היה המערער מצופה להשיב. הוא שימש כמורה הלכה בכולל. חזקה שהייתה לו השפעה על תלמידיו" (שם, פסקה 30 לפסק דינו).

אם כן, בעניין אלבה יוחסה חשיבות רבה לעיתוי בו הופץ החיבור, בשים לב לסמיכותו לטבח במערת המכפלה. בנוסף, יוחסה חשיבות למקום הפרסום – בקרב תלמידי הכולל שנמצא במערת המכפלה. וכן, ניתן משקל רב גם לעובדה כי המחבר – הרב אלבה – שימש כמורה בכולל ולכן חזקה שהייתה לו השפעה על תלמידיו.

58. נוכח דברים אלו, סבורני כי נסיבות פרסומו של הספר "תורת המלך" תומכות אף הן במסקנה כי הוא פורסם מתוך מטרת המחברים להסית לגזענות. כאמור, מחברי הספר (משיבים 6-7, כזכור) מלמדים במשיבה 5, והמשיב 6 אף שימש כמנהלה. כפי שנקבע גם בעניין אלבה, חזקה היא כי הייתה להם השפעה ניכרת על תלמידיהם, אשר ספגו מהם את השקפת עולמם ואת המטען הערכי שהעבירו להם (עניין אלבה, פסקה 30 לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) א' מצא). למרות מעמדם הבכיר והשפעתם הניכרת על תלמידיהם הצעירים, בחרו המחברים לפרסם ספר אשר מוקדש כל כולו לשנאת האחר ולזילות ערך חייו. הספר פורסם, כזכור, בשנת 2009 כאשר הן לפני פרסומו והן לאחריו הוגשו כתבי אישום והוצאו צווי הרחקה מנהליים נגד מספר בלתי מבוטל של תלמידים בישיבה בגין פעילות אלימה כנגד הפלסטינים וכוחות הביטחון (סעיפים 101-99 לכתב תשובה מטעם המשיבים מיום 26.5.2014). המשיבים הדגישו חזור ונשנה בכתבי הטענות ובדיון בפנינו מיום 15.4.2015, כי לא ניתן להוכיח זיקה בין פרסום הספר והפצתו בקרב תלמידי המחברים לבין פעולות אלימות כנגד אוכלוסייה ערבית שהתבצעו על ידי חלק מהתלמידים, לאחר פרסומו. אולם, סבורני כי בניגוד לעמדת המשיבים, בחינתן של נסיבות הזמן והמקום אין משמעותה דרישה להוכחה של קשר סיבתי בין הפרסום המסית לבין ביצועם של מעשי אלימות או גזענות. ודוק: במקרה של הרב אלבה, פרסומו של החיבור המסית בקרב תלמידי הכולל במערת המכפלה נעשה לאחר הטבח במערת המכפלה. כלומר, ברי כי לא פרסום החיבור של הרב אלבה הוא שהוביל למעשה האלימות המחריד במערת המכפלה. אם כן, מדוע ראו השופטים בעניין אלבה חשיבות מכרעת לעובדה שהחיבור פורסם זמן קצר לאחר אותו טבח (שם, פסקה 30 לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) א' מצא; פסקה 7 לפסק דינו של השופט ג' בך)? דומני כי התשובה לכך היא שילוב הנסיבות בין מעשה אלימות חמור שהתבצע

על רקע גזעני לבין פרסום של חיבור בעל אופי גזעני המצדיק במידה רבה את מעשה האלימות הנפשע, ואף מכשיר את הקרקע לקראת מעשי אלימות עתידיים. הזיקה בין מעשה האלימות לבין פרסום החיבור התחזקה מאוד לנוכח הסמיכות בזמן ובמקום שבהם התרחשו האירועים.

59. כבעניין אלבה כך גם בענייננו. אמנם לפי שעה אין הוכחות לקיומו של קשר בין פרסום הספר לבין מעשי אלימות מצד קוראיו, אולם ברי כי הספר פורסם באקלים שבו התבצעו – ועודם מתבצעים – מעשי אלימות על רקע גזעני כלפי האוכלוסייה הערבית. הספר לא פורסם במקום ניטרלי החף מכל הקשר ומכל נגיעה למעשי האלימות האמורים, אלא בישיבה אשר מספר לא מבוטל מתלמידיה הואשם – וחלקו אף הורשע – בעבירות על רקע גזעני. לא למותר לציין, כי במישור המנהלי המשיבים כן נוקטים בצעדים כנגד המשיבה 5 וכנגד חלק ממוריה ומתלמידיה. ביום 27.10.2011 הפסיק משרד החינוך את התמיכה התקציבית במשיבה 5, בשל הנימוקים הבאים:

”מידע חסוי ברובו בדבר מעורבות של תלמידי המוסדות בהם מלמדים מחברי הספר... בפעילות אלימה נגד פלסטינים... לרבות בשעות הלימוד בישיבה, ונוכח מידע חסוי לגבי העובדה שרבנים מרכזיים בישיבה תומכים ו/או מעורבים בפעילות אלימה ואף מעבירים לתלמידים תכנים מסיתים...” (סעיף 101 לכתב תשובה מטעם המשיבים מיום 26.5.2014).

עוד צוין שם, כי בשנים 2012-2013 הוצאו 17 צווי הרחקה, המבוססים על מידע מודיעיני חסוי נגד 14 מתלמידי המשיבה 5.

60. המשיבים ביקשו להראות כי נסיבות הזמן והמקום בעניין אלבה שונות מאלה שבענייננו, בין היתר משום שהרב אלבה הואשם בנוסף בעבירות שאינן עבירות ביטוי, כדוגמת עבירת ניסיון להשגת נשק. מנגד, במקרה שלפנינו, לטענתם, אין ראיות הקושרות את המחברים לביצוע עבירות במישור המעשי ועל כן אין להעמידם לדין בעבירת ההסתה. אכן, מבחינה עובדתית, מדובר בהבדל משמעותי בין נסיבות שתי הפרשות, אולם מבחינה משפטית הוספת דרישה של קיום עבירה נוספת כתנאי להוכחת המטרה להסית לגזענות חותרת תחת הרציונלים של עבירות ההסתה ומנוגדת לכוונת המחוקק (ראו פסקה 26 לעיל). עבירות אלה הן עבירות ביטוי אשר נועדו להפיל את הרכיב המילולי בהתנהגות בשל הפוטנציאל הגלום בו להוביל לגזענות או לאלימות (ראו פסקה 17 לעיל). על כל האמור, סבורני כי נסיבות הזמן והמקום בהן פורסם הספר, כפי שפורטו לעיל, מחזקות את המסקנה בדבר קיומה של מטרה מצד המחברים להסית לגזענות.

61. נקודת דמיון נוספת בין עניין אלבה לבין ענייננו היא חוסר שיתוף הפעולה של מחברי הפרסומים המסיתים עם גורמי החוק ושמירתם על זכות השתיקה. בעניין אלבה שימשה שתיקתו של הרב אלבה כראייה לחובתו:

”אם בחקירתו ממלא המפרסם את פיו מים, וגם משהובא לדין בוחר הוא להחריש וכלל אינו מנסה ליישב את הפירסום הגזעני עם היעדר מחשבה פלילית מצדו, רשאי בית המשפט לקבוע-על יסוד המסקנה הבלתי נסתרת הנלמדת מתוכנו של הפירסום – כי הפירסום נעשה מתוך מטרה להסית לגזענות” (שם, עמ' 262-263).

אכן, בענייננו התקבלה גרסה מסוימת מצדם של מחברי הספר במכתב המחברים האמור. עם זאת, המחברים בחרו להחריש במהלכן של שתי חקירות – לרבות אחת שנערכה לאחר פרסומו של מכתב המחברים – ונמנעו מלהסביר “כדרך אנשים בני תורה והגונים את עמדתם”, כלשונו של חברי המשנה לנשיאה (פסקה מ”ד לפסק דינו). עובדה זו ודאי שאיננה צריכה להיזקף לזכותם, ויש בה משום טעם לפגם אשר עליו לעמוד להם לרועץ.

סיכום ביניים

62. אסכם בקצרה את מסקנותיי בנוגע למטרת המחברים להסית לגזענות כפי שזו נלמדת משלוש שאלות המשנה שנידונו בהרחבה, ומההשוואה בין ענייננו לבין עניין אלבה. כזכור, השאלות בתמצית הן האם הספר עוסק באופן פרטני בציבור הערבי; האם לפי הספר מצויים אנו מבחינה הלכתית במצב מלחמה; והאם הספר מעודד פעולות אלימות של יחידים. בנוגע לשאלה הראשונה, מצאתי כי מניתוח הספר עולה כי הוא אכן מתאפיין במתן דגש מיוחד לציבור הערבי ביחס “לכלל הגויים”. למסקנה זו מצאתי חיזוק בהקשר ההיסטורי ובסכסוך הישראלי-הערבי, אשר עמדו ברקע לכתובת הספר. ביחס לשאלה השנייה, מצאתי כי מניתוח הספר עולה כי ישנו בסיס איתן למסקנה כי על פיו, מדינת ישראל מצויה במצב של מלחמה מבחינה הלכתית. מסקנה זו נשענת על מספר אדנים, וביניהם תוכן הספר עצמו והערת שוליים ל”ז בפרט; העובדה שהמחברים לא הגדירו בשום שלב בספר את המונח מלחמה באופן מצמצם או הבהירו כי מדינת ישראל אינה מצויה במצב כזה; ועיון במקורות הלכתיים אחרים המלמדים על קיומן של עמדות הלכתיות מקובלות הרואות במצב הקיים בישראל כיום כמצב מלחמתי. כמו כן, עמדתי על כך שאף אם נניח כי מדינת ישראל איננה נמצאת כיום במצב מלחמתי, מתן היתר לפגוע באוכלוסייה שלמה בעת מלחמה העתידה לבוא מהווה כשלעצמו הסתה לגזענות. בנוגע לשאלה השלישית, מצאתי כי מניתוח הספר עולה כי ישנו בסיס ראייתי מוצק לטענה כי מובעת בו תמיכה בביצוען של פעולות נקם על ידי היחיד.

מסקנה זו מתבססת על מספר נדבכים, וביניהם ניתוח הספר, ובפרט חלקו העוסק בדברי המהר"ל – במסגרתו נכללה הערת שוליים ל"ו; והעדר התייחסות לכך שעדיף לפעול דרך מוסדות המדינה בסיטואציה מלחמתית.

ההשוואה לעניין אלבה נערכה תוך בחינתן של מספר נקודות, וביניהן מתן ההיתר ליחיד לפעול שלא דרך רשויות המדינה; שתיקת המחברים בחקירתם מול שתיקתו של הרב אלבה; ונסיבות הזמן והמקום בשני המקרים. מבין הנקודות הללו, סבורני כי הנקודה המשמעותית ביותר היא נסיבות הזמן והמקום. עמדתי על המשמעות הנלווית לכך שמחברי הספר היו מוריהם (והמשיב 6 אף המנהל) של תלמידים צעירים המושפעים מהם עד מאוד. כמו כן, עמדתי על המשקל שיש ליחס, לטעמי, לעובדה שהספר פורסם במוסדות לימוד אשר רבים מתלמידיהם הואשמו והורשעו בעבירות אלימות כלפי האוכלוסייה הפלסטינית הן לפני פרסום הספר והן לאחריו.

יישום הלכת הצפיות על המקרה שלפנינו

63. עד כה ביקשתי להתחקות אחר מטרת המחברים בפרסום הספר דרך בחינת תוכנו ועל ידי השוואתו לעניין אלבה. לשיטתי, בחינה זו העלתה כי ישנו בסיס ראייתי כבד משקל למסקנה בדבר מטרתם של המחברים להסית לגזענות. בנוסף לבחינה זו, סבורני כי יש מקום לבחון האם בנסיבות המקרה שלפנינו ניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף מהותי לרכיב המטרה בעבירת ההסתה לגזענות – בחינה אותה, כאמור, לא ערך היועץ המשפטי לממשלה. עמדתי בהרחבה לעיל על הטעמים מדוע אני סבור כי יש להחיל את הלכת הצפיות גם על עבירת ההסתה לגזענות, ועל החשיבות של השימוש בכלי זה גם בעבירה זו (ראו פסקאות 20-34 לעיל). עתה, אפנה ליישום הלכת הצפיות על המקרה שלפנינו. לעמדתי, ככל שיתברר שהמחברים צפו, כאפשרות קרובה לוודאי, כי פרסום הספר יוביל להסתה לגזענות, אזי יהיה ניתן לראותם כמי שהייתה להם מטרה להסית לגזענות.

64. ראשית, סבורני, כי הראיות לכך שהמחברים צפו ברמת ודאות קרובה לוודאי כי ספרם יסית לגזענות, חזקות הן. הספר מציג עמדה המתירה פגיעה ב"גויים" חפים מפשע בשעת מלחמה תוך שהוא משבח, למשל, הריגת תינוקות כפעולת נקמה (עמוד ר"כ בספר). יתר על כן, הספר מתייחס ל"גויים" באופן משפיל ומבזה, השולל מהם את צלם האנוש. כך, למשל, נכתב כי: "בעצם הם [הגויים] – ס.ג.]. הפכו כעת לכאלה שאינם מצויים ועושים, בדומה לבעלי חיים שחיים בעולם הזה ללא מודעות ומשמעות לחייהם" (עמוד קע"ד בספר). עוד נכתב שם כי "רשעותם [של הגויים] – ס.ג.] גורמת לנו לחשוד בהם ולהתייחס אליהם כמו אל נחשים" (עמוד ר"א בספר). הספר אמנם

מקפיד, ברובו הגדול, על המונח הכוללני "גויים", ואיננו מרבה בשימוש במילה ערבים. עם זאת, ישנן מספר התייחסויות משמעותיות לציבור זה אשר מדגישות למשל את "אכזריותו" של "האויב הערבי", ואת האופן האכזרי בו יש לנהוג כלפיו (עמוד רכ"ג הערת שוליים כ"ט בספר). האם לא די בכך כדי לצפות כי תוכנו של הספר יוביל כאפשרות קרובה לוודאי להסתה גזענית כלפי הציבור הערבי? דומני כי יש לענות בחיוב לשאלה זו.

65. יתר על כן, המחברים לא ציינו בשום שלב בספר כי מדינת ישראל איננה נמצאת מבחינה הלכתית במצב של מלחמה. כזכור, חשיבותה של סוגיה זו נעוצה בעובדה שאם אנו אכן מצויים במצב של מלחמה אזי על פי הספר ישנו הכשר לפגוע בחפים מפשע מקרב האויב. כאמור, נושא זה נותר עמום, כאשר בדומה לסוגיית "הגויים", שולבו בספר מספר ציטוטים אשר מספקים לקורא רמז עבה לכך שאנו מצויים כיום במצב מלחמה מבחינה הלכתית (ראו פסקה 47 לעיל). בנוסף, כפי שציינתי לעיל, בקרב פוסקי הלכה מקובלים, רווחת העמדה לפיה מדינת ישראל מצויה במצב מלחמה. לשיטתי, הצטברות שני אלו, מעלה תמונה מדאיגה לפיה המחברים צפו כי חלק מקוראי הספר עלולים לסבור כי מדינת ישראל נמצאת במצב מלחמה, וכפועל יוצא גם צפו כאפשרות קרובה לוודאי כי תוכנו של הספר יסית לגזענות כלפי הציבור הערבי.

66. זאת ועוד, במסגרת הצגת עמדת המהר"ל, שהובאה באריכות לקראת סופו של הספר, הצביעו המחברים על היתר לביצוע פעולות נקמה פרטיות תוך עקיפת רשויות המדינה. יוזכר, כי עמדה זו של המהר"ל לא הוצגה כעמדה שאיננה הלכה ואף נאמר לגביה שהיא מהווה "חידוש" בהלכות מלחמה. האם המסקנה המסתברת מעובדות אלה היא שהמחברים צפו כאפשרות קרובה לוודאי כי אחדים מתלמידיהם יוסתו כתוצאה מכך לרדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי הציבור הערבי בישראל ובאזור? סבורני, כי גם לשאלה זו התשובה היא חיובית.

67. מהאמור לעיל, עולה כי תוכנו של הספר משמש כראייה משמעותית לכך שהמחברים צפו כי הוא עלול כאפשרות קרובה לוודאי להוביל להסתה לגזענות. לצד תוכן פרסום הספר, גם נסיבות הזמן והמקום שבהן פורסם הספר משלימות את המארג אשר מבסס, לטעמי, את צפיות המחברים הנדרשת. עמדתי על כך שהמחברים הם מחנכים ואנשי מפתח במשיבה 5 אשר נודעת להם השפעה בלתי מבוטלת על תלמידיהם הצעירים. עוד ציינתי, כי מספר לא קטן של תלמידים מהמשיבה 5 הואשמו – ואף הורשעו – בעבירות אלימות נגד האוכלוסייה הפלסטינית. כמו כן, תלמידים אחרים הורחקו מהמשיבה 5, ואף מכלל שטחי יהודה ושומרון, בשל ראיות מנהליות נגדם

המצביעות על פעילותם נגד פלסטינים ונגד כוחות הביטחון. יוזכר, כי מעשי האלימות החוזרים ונשנים שנקשרו עם משיבה 5 ותלמידיה החלו עוד טרם פרסומו של הספר ונמשכו לאחוריו. להשלמת התמונה העובדתית יצוין, כי עותקים רבים מהספר הופצו במשיבה 5 ונכללו בספרייתה. סבורני, כי נוכח היכרותם של המחברים עם היסטוריה אלימה זו של חלק מקהל היעד של הפרסום, יש בסיס למסקנה לפיה הם צפו כאפשרות קרובה לוודאי שספרם יביא לכך שחלק מתלמידיהם יוסתו לגזענות נגד הציבור הערבי.

אשר על כן, אני סבור כי יש מקום להורות ליועץ המשפטי לממשלה לבחון מחדש את התשתית הראייתית לקיומה של מטרה להסית לגזענות מצדם של מחברי הספר, תוך שימוש בהלכת הצפיות כתחליף מהותי לרכיב המטרה.

העמדה לדין של משיבים 8-9

68. בכל הנוגע להעמדתם לדין של משיבים 8-9 (להלן: מחברי ההסכמות), אף אני סבור, כדעת חברי המשנה לנשיאה, כי אין יסוד להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את הרבנים מחברי ההסכמות לספר. בעניין זה אף לא מצאתי מקום להשיב את התיק לבחינה מחודשת של היועץ המשפטי לממשלה. בדומה לחברי, גם אני סבור כי העובדה שמשיבים 8-9 העידו במטרה כי לא קראו את הספר מציבה קושי ראייתי ניכר בהוכחת מודעתם למשמעות ההסכמה. כמו כן, המשיב 8 ציין בחקירתו כי אינו מסכים עם כל מה שכתוב בספר (מ/ש 8/ מיום 2.8.2010 ש' 51-54), והמשיב 9 אמר ביחס להערת שוליים ל"ו המתייחסת לאפשרות פעולה על ידי היחיד כי "יכול להיות שלא ראיתי את הפסקה הזאת. צריכה להיות אחריות בכתיבת הדברים, וצריך לקחת בחשבון שמישהו יכול לקום ולעשות דברים בלי לחשוב מהן ההשלכות ואיזה תוצאות יכולות להיות לזה" (מ/ש 9/ הודעה מיום 27.6.11, ש' 79-81). על אף הסכמתי להכרעתו של חברי בעניין זה, לא אוכל להצטרף לאחד מנימוקיו. חברי סבור כי מאחר שהספר עצמו אינו עולה כדי הסתה לגזענות, ספק רב אם ההסכמה שנכתבה לו יכולה לשכלל את עבירה זו (פסקה ע"ח לפסק דינו). לעומת חברי, עמדתי היא כי פרסום הספר מסית לגזענות, ולכן אינני רואה בתוכן הספר עצמו טעם לאי העמדתם לדין של מחברי ההסכמות. מלבד זאת, כאמור, אני שותף ליתר נימוקיו של חברי, ומצטרף גם לעמדתו בנוגע לאי העמדתו לדין משמעתי של המשיב 9, ואינני מוצא מקום להתערב בהחלטה זו של היועץ המשפטי לממשלה.

69. על כל האמור, אם תישמע דעתי, יוחזר התיק לבחינה מחודשת של היועץ המשפטי לממשלה בדבר העמדה לדין של מחברי הספר "תורת המלך" בגין עבירות של הסתה לגזענות והסתה לאלימות. אשוב ואדגיש, כי אינני גורס כי יש לבטל את החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה. זאת, בשים לב לעמדתו של בית משפט זה בעניין התערבות בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין בשל דיות הראיות. במסגרת הבחינה המחודשת, סבורני כי יש מקום לאסוף ראיות נוספות בנוגע לתכנים אשר הועברו על ידי המחברים במסגרת שיעוריהם ובנוגע למעשי אלימות על רקע גזעני אשר בוצעו על ידי תלמידי המשיבה 5. כמו כן, במסגרת גיבוש החלטת היועץ המשפטי לממשלה, סבורני כי יש מקום לשקול מספר נקודות מרכזיות: מצבה של החברה הישראלית דהיום והגידול בהיקפים ובממדים של ביטויי הסתה הן לגזענות הן לאלימות; תוכנו של הספר ובפרט המסקנות הנוגעות לשלוש שאלות המשנה שנותחו בהרחבה לעיל; ההשוואה בין ענייננו לבין עניין אלבה, ובפרט לנסיבות הזמן והמקום שבהן פורסם הספר; ואפשרות החלתה של הלכת הצפיות על עבירת ההסתה לגזענות כתחליף מהותי לרכיב המטרה הדרוש בה.

70. השבת התיק לבחינה מחודשת של היועץ המשפטי לממשלה תשקף, לטעמי, את עמדתו של בית משפט זה כי אין להותיר אבן על אבן במאבק נגד דברי הסתה לגזענות ולאלימות. רק בדרך זו נוכל לוודא כי לא אפשרנו לביטויים אשר נועדו לפגוע בציבורים שונים בחברה הישראלית להישמע באין מפריע, וכי העבירות שנועדו להוקיע ביטויים פסולים אלו – תאכפנה.

ש פ ט

הנשיאה מ' נאור:

קראתי את חוות הדעת של חבריי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט ס' ג'ובראן. אני מצטרפת למסקנתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין לפיה אין מקום להתערב בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בפרשה עגומה זו. אוסיף רק מעט משלי:

1. השאלה הטעונה הכרעה היא האם יש להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שקבע שאין ראיות מספיקות להעמדה לדין, הכל כפי שפרטו חבריי בהרחבה. מדובר בשאלה של דיות ראיות. בסופו של יום הראיה המרכזית היא הספר עצמו. אין מחלוקת על כך שהמשיבים 6-7 (להלן ביחד: המשיבים) כתבו את הספר. להסברים המאוחרים שניתנו בדרך שניתנו לא הייתי נותנת משקל בהחלטה. ההכרעה צריכה ליפול בראש ובראשונה על יסוד ניתוח הטכסט שבספר.

כפי שציינו חבריי, היוהרה של המשיבים כלפי מערכות אכיפת החוק, והתגובה שלהם לעתירה, מקוממת ומתריסה. לא אכחד: שדון שובב שהופיע מאי שם לחש באוזני – שיעמדו המשיבים לדין, שיעמדו בפני בית המשפט ואולי שם יטרחו להסביר את עצמם, ולעמוד לחקירה שכנגד, גם אם לא יצא מכך כלום, והם יזוכו כפי שחושש היועץ המשפטי לממשלה. דברי השדון השובב, זכו בלבי תחילה לאהדה לא מעטה. אולם, בסופו של יום צויתי על השדון: לך מכאן, חזור למקום ממנו באת, ואל תשוב. אנו שופטים - אמרתי לאותו שדון. עלינו לשיקול שיקולים עניינים, ושיקולים עניינים בלבד. לא נעשה צו החלטי רק כדי ללמד את המשיבים לקח ו"לטרטר" אותם; גם לא נעשה צו החלטי כדי לרצות חלקים מן הציבור ולהביע שאט נפש מן הגזענות. נבחן את הדברים לגופם. אכן, שדון שובב זה, המשקף ומבטא – אולי – את נטיות הלב הראשוניות של כל מי שמתקומם מהתבטאויותיהם הבזויות של המשיבים – אסור לו שיכתוב לשופט את התוצאה המשפטית עצמה, גם כאשר נטיות הלב מנסות לגרור אותנו למחוזות אחרים. עמדה על כך השופטת א' חיות בבג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (19.9.2012), באומרה:

"דומה כי אין מי שבמהלך שנות כהונתו כשופט לא התמודד עם מקרה קשה אשר בו למרות האהדה הרבה שעוררו אצלו טיעוני בעל הדין, לא נמצא לו נתיב בדין אשר יאפשר את מתן הסעד שנתבקש... קוצר ידו של המשפט המתגלה במקרים כגון אלה, יש בו לעיתים כדי למלא את השופט היושב בדין תחושת תסכול. אך עלינו לזכור כי קוצר ידו של המשפט הוא גם קוצר ידו של השופט וכי פריצת גדר החוק והכללים המשפטיים שעליהם אנו אמונים יש לה מחיר."

2. אילו הספר מושא העתירה היה מונח לפנינו לניתוח בחוג לספרות (רעה) או בחוג להלכה (כביכול) או אפילו בעתירה נגד החלטה מינהלית שניתן לקבלה על סמך ראיות מינהליות, לרבות ראיות חסויות, הייתי מצטרפת למסקנתו של חברי השופט ג'ובראן לפיה מחברי הספר התכוונו כי יחידים יכולים (לפי עמדתם) לפגוע במי שאינם יהודים. אף מוכנה הייתי להצטרף למסקנתו כי המשיבים התכוונו לכך שיחידים יכולים

לפגוע בערבים, אף שגם כוונה לפגוע במי שאינם יהודים מספקת, כפי שבאר חברי המשנה לנשיאה. אין צריך לומר כי הספר אינו בגדר "ספרות" ואף נוגד הוא את ההלכה היהודית.

באותו חוג ספרות דמיוני או חוג הלכה כביכול הייתי מגיעה לאותה המסקנה אליה הגיע השופט ג'ובראן בדבר מטרתם של ה"סופרים" בפרסום הספר. אולם, הכרעתנו נדרשת לצורך קיומו (או אי קיומו) של משפט פלילי. עלינו להכריע בשאלה אם קיימת הצדקה להתערב בשיקול דעתו של היועץ המשפטי בעניין אי העמדה לדין. זה מצב דברים שונה. זו אינה שאלה ספרותית או הלכתית – זו שאלה משפטית.

3. לעניין ניתוח הטכסט ומשמעויותיו אני מצטרפת לעמדת חברי המשנה לנשיאה. בענייננו השתמשו המשיבים ב"קודים" המובנים ליודעי חן, ממש כמו קודים של עבריינים שלעתים ניתן "לפצחם" בעזרת ראיות חיצוניות (ראו למשל ע"פ 2996/09 דבור נ' מדינת ישראל, פסקה רמח (11.5.2011); בש"פ 3969/10 לוטקי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (6.6.2010)). אין לפנינו "ראיות חיצוניות" שבכוחן לסייע ב"פיצוח הקוד". כל מה שנמצא לפנינו הוא הטכסט עצמו, אשר הוא הראיה המרכזית בתיק החקירה נגד המשיבים. הדברים אינם חד משמעיים די הצורך כנדרש במשפט פלילי, והם, לטעמי לוקים בעמימות. כמו חברי המשנה לנשיאה צופה אני בחרדה על מה שיתרחש באולם הערכאה הדיונית בבירור מחלוקות "הלכתיות" אלה. אני סבורה כמוהו כי אין להתערב במסקנת היועץ המשפטי לפיה אין די ראיות להעמדה לדין. גם חברי השופט ג'ובראן אינו מציע בסופו של יום להורות ליועץ המשפטי להעמיד את המשיבים לדין אלא מסתפק בצו החלטי להורות ליועץ להשלים את החקירה. בענייננו החקירה הושלמה כבר, אם כי בצורה לא מוצלחת – לאחר הוצאת הצו על תנאי. איני רואה טעם ותוחלת במהלך של השלמת חקירה כזו שנים לאחר האירועים. אף אם אצא מן ההנחה כי בחקירה נוספת ניתן יהיה לעבות את החומר הראייתי ולהפוך את החומר החסוי שתיאר חברי השופט ג'ובראן לחומר גלוי – בסופו של דבר במרכז ההליך הפלילי, אם יפתח כזה, יעמוד הספר עצמו. על פיו יקום או יפול דבר.

4. ישנו שיקול נוסף שגם עליו עמד חברי המשנה לנשיאה והוא שהספר עצמו מהווה הראיה לכאורה המרכזית בפרשה. קביעה כי יש להפוך את הצו החלטי תביא למעשה להיפוך היוצרות: בית המשפט העליון מכריע במסקנה העובדתית המרכזית שיש להסיק מן הראיות (כמובן בשינויים הנובעים מעדויות שתשמענה אם יהיו שינויים כאלה) וזאת במקום הערכאה הדיונית ולפני שזו החלה לדון בהליך. במקרים כגון דא, בהם הכרעת הערכאה העליונה באה, למעשה, לפני שהערכאה הדיונית נדרשה לראיות,

מתחייבת זהירות כפולה ומכופלת בעת הפעלתה של ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה בעניין העמדה או אי-העמדה לדין.

5. כאמור מצרפת אני דעתי לדעתו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ה נ ש י א ה

הוחלט ברוב דעות כאמור בחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין כנגד דעתו החולקת של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, כ"ז בכסלו התשע"ו (9.12.2015).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

הנשיאה