

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6696/96

בפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט א' גולדברג
כבוד השופט א' מצא

המערער: כהנא בנימין

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דין בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 12.95 בתיק ע"פ 243/93
שניתן בהרכב כבוד סגן הנשיא י. בזק
והשופטים ר. אור וד. חשין

תאריך הישיבה: י"ב באדר א' תשנ"ז (19.2.97)

בשם המערער: עו"ד יאיר גולן

בשם המשיבה: עו"ד נאוה בן אור

פסק-דין

השופט א. גולדברג:

1. תנועת "כהנא חי" ביקשה להשתתף בבחירות לכנסת השלוש עשרה, אולם רשימתה נפסלה (ע"ב 2858/92 מובשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש עשרה, פ"ד מו(3) 541). טרם שנפסלה הרשימה יצאה התנועה למסע בחירות. במהלכה הפיץ המערער, שעמד בראש הרשימה, כרוז בו נאמר:

"להפציץ את אום אל פאחם! למה כשיצאו ערבים מאום אל פאחם ושחטו
שלושה חיילים - שלחה הממשלה להפציץ את החיזבאללה בלבנון
במקום להפציץ את קן הצרעות אום אל פאחם?"

למה בכל פעם שנרצח יהודי מפגיזים את לבנון ולא את הכפרים העוינים
שבתוך מדינת ישראל?

על כל פיגוע בישראל - להפציץ כפר ערבי - קן רוצחים במדינת ישראל!

רק לכהנא יש את האומץ לומר את האמת!
תנו כח לכהנא הוא יטפל בהם".

כמות גדולה של כרוזים כאלה נתפסה במשרדי התנועה.

2. בשל הפצת הכרוזים והחזקתם הוגש כתב אישום נגד המערער לבית משפט השלום בירושלים. הוראות החיקוק לפיהן הואשם המערער היו: עשיית מעשי המרדה, עבירה לפי סעיף 133 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: החוק), והחזקת פרסומי המרדה, עבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק.

3. סעיף 133 לחוק, הנושא את כותרת השוליים "מעשי המרדה", קובע:

"העושה מעשה לשם המרדה... דינו - מאסר חמש שנים".

סעיף 134 לחוק, שכותרת השוליים שלו היא "פרסומי המרדה" קובע בסעיף קטן (ג):

"המחזיק, ללא הצדק כדון, פרסום שיש בו כדי להמריד, דינו - מאסר שנה אחת והפרסום יחולט".

מהטעם שיוסבר להלן, יצוטט כאן גם סעיף קטן(א) של סעיף 134 לחוק, שזו לשונו:

"המפרסם, מדפיס או משעתק פרסום שיש בו כדי להמריד, דינו - מאסר חמש שנים והפרסום יחולט".

הסעיפים האמורים מצויים בסימן א' לפרק ח' לחוק. כותרת הפרק היא "פגיעות בסדרי המשטר

והחברה", וכותרת הסימן: "המרדה".

"להמריד" מוגדר בסעיף 136 לחוק, באחת מאלה:

"(1) להביא לידי שנאה, בוז או אי-נאמנות למדינה או לרשויות השלטון או המשפט שלה שהוקמו כדון;

(2) להסית או לגרות את יושבי הארץ שינסו להשיג, בדרכים לא כשרות, שינוי של דבר שישודו בדיון;

(3) לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ;

(4) לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין".

4. בית משפט השלום (השופט צ' זילברטל), זיכה את המערער משתי העבירות.

לדעת השופט המלומד, העבירה שבסעיף 133 היא "עבירת התנהגות". לפיכך, אין צורך שהמעשה ימריד בפועל, ודי בכך שבכוחו להביא לתוצאה האמורה. העבירה שבסעיף זה דורשת יסוד נפשי מיוחד, והמעשה צריך להעשות "לשם" המרדה.

העבירה לפי סעיף 133 לחוק מקימה, לדעת השופט המלומד, איסור פלילי שיש בו הגבלה על חופש הביטוי, מולו ניצב עקרון העל של חופש הביטוי. כדי שלא להחניק כל ויכוח ציבורי ופוליטי בהם טמון הזרע של יצירת מדנים בין חלקים שונים של האוכלוסין "אין מנוס מהוספת אלמנט נוסף, שאינו נזכר במפורש בסעיפים הנדונים, שיהווה מעין 'מטריה נורמטיבית' לגבי העבירות הנדונות, והוא - שאותם מעשי המרדה (המנויים בסעיף 136 לחוק) יהיו מעשים שיש עימם כדי להביא לסיכון שלום הציבור באופן שיהיה עימו גם סיכון לסדרי המשטר התקינים". בהמשך פסק דינו נימק השופט המלומד דעה זו בהרחבה.

בבוחנו את הכרוז הנדון קבע השופט המלומד כי:

" אין אפשרות לייחס לנאשם, על יסוד האמור בכרוז כוונה כאמור לעיל, ואין אפשרות לקבוע שיש בכרוז זה כדי לגרום להמרדה.

אין ספק, כפי שציין בצדק ב"כ המאשימה, כי יש בכוחו של האמור בכרוז לעורר כעס ותרעומת קשה בקרב תושביה הערבים של הארץ. אך אין בכעס ותרעומת אלה כדי לגרום להפרת הסדר הציבורי באופן שיכולה להיות לו השפעה של ממש על סדרי השלטון התקינים. אין ברגשות האיבה שיכול הכרוז לעורר בכדי להביא למעשי אלימות והפרת שלום הציבור תוך אפשרות של פגיעה במוסדות השלטון.

הכרוז יוצר מתח ואיבה בין העומדים מאחוריו, לבין תושביה הערבים של מדינת ישראל, אך אין בכוחו ליצור אותה פגיעה אסורה במוסדות השלטון. אין בכרוז הנדון פוטנציאל של 'המרדה' במובנה הנכון. יש בכרוז דברי בלע חמורים כלפי חלקים נרחבים של האוכלוסיה. יש בכרוז דברי ביקורת קשים על מה שנראה בעיני מחבריו ומפיציו 'אזלת ידה' של הממשלה. מחברי הכרוז 'מציעים' לממשלה לבצע מעשה בלתי חוקי בעליל. 'קרבותיו' הפוטנציאליים של אותו מעשה מוצע ודאי נפגעים מעצם הרעיון המועלה בכרוז הנדון. ואולם מהפצת הכרוז לא עולה שאיפה לערער את סדרי השלטון במדינה ולפיכך אין מדובר ב'המרדה'".

אף שלדעת השופט המלומד די היה בדבריו על הפרשנות הראויה ל"המרדה" כדי להביא לזיכוי המערער, הוא הוסיף וניתח את יתר יסודות העבירה, בהנחה שלאור אופיו אכן נכנס הפרסום לגדר "המרדה". כאן נדרש השופט לאומדן מידת ההסתברות להתרחשות התוצאה האסורה, כשאת הצורך באומדן זה השתית על שני טעמים:

"מבחן זה ישים הן לצורך בחינת היסוד הנפשי הנדרש לעבירה לפי סעיף 133 (שכן בהעדר אפשרות לעמוד על מצבו הנפשי הקונקרטי של הנאשם יש ללמוד על רכיב זה של העבירה מנסיבות ביצוע המעשה שעשה הנאשם תוך שימוש בעיקרון שאדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו), הן לצורך בחינת המרכיב הנסיבתי-אובייקטיבי בעבירה הנ"ל והן לצורך בחינת הדרישה בסעיף 134 לפיה על אותו פרסום להיות כזה 'שיש בו כדי להמריד'".

בהקשר זה קבע השופט המלומד כי המבחן ההסתברותי אותו ראוי לאמץ הוא מבחן הוודאות הקרובה. שכן, "השתרשותו המסיבית של מבחן הוודאות הקרובה בפסיקת בית המשפט העליון, כל אימת שיש לאזן בין עקרון חופש הביטוי לבין הסכנה לשלום הציבור, מחייבת אי סטיה ממבחן זה במקרה הנדון". לדעת השופט המלומד, לא ניתן לקבוע בוודאות קרובה כי הכרוז האמור עלול להביא למעשי איבה ומדנים בין חלקים שונים של האוכלוסין:

"אין כל ראייה כי הכרוז הופץ בקרב האוכלוסיה הערבית, וגם מתוכנו עולה כי אין הוא מכוון לאוכלוסיה זו אלא דוקא לציבור תומכיה של התנועה שעמדה מאחורי הכרוז. הכרוז כולל שאלה רטורית המופנית לכאורה, לממשלת ישראל, אך ברור שהדברים מופנים לאזניים אחרות - אזניהם של המוכנים להשתכנע כי אכן מפיצי הכרוז הם הכוח הפוליטי שבידו להביא שינוי מדיניות ביחס לפעולות טרור המבוצעות על ידי אזרחי המדינה הערבים. יש לזכור שהכרוז הופץ במהלך מערכת הבחירות. אינני רואה, למרות לשונו החריפה של הכרוז, כיצד ניתן לקבוע במידת הוודאות הקרובה, כי הפרסום הנדון עלול לגרום להפרת שלום הציבור על ידי פריצת מעשי איבה ומדנים בין חלקי אוכלוסין.

יתכן ושונה היה הדבר אילו היו מפיצי הכרוז עושים להפצתו ישירות בקרב האוכלוסיה הערבית...

בענינו אין בכרוז הטפה להפרת השלום. הקריאה להפציץ את ישובי הערבים אינה, כשלעצמה, קריאה להפרת השלום. שכן, היא, לכאורה, מופנית לממשלה. ואילו כלפי חלקים באוכלוסיה, בין הערבית ובין יהודית, אין כל הטפה להפרת הסדר הציבורי או שלום הציבור. האפשרות שבעקיפין תיגרם 'תוצאה נפסדת' אותה רוצה המחוקק למנוע, אינה מספיקה:

בנוגע ליחס שבין עבירת ההמרדה לעבירת הסתה לגזענות, ציין השופט המלומד כי "אכן אין ספק שהכרוז הנדון הוא ביטוי קיצוני. **"יתכן** שיש בו גם הסתה לגזענות, כפי שנקבע (לצורך סעיף 7א' לחוק יסוד: הכנסת) בע"ב 2858/92 הנ"ל. אך אין הדבר, כשלעצמו, הופך את הדברים גם להמרדה. השאלה אם יש בדברים משום סכנה ממשית וקרובה לודאי לשלום הציבור כלל לא התעוררה בפסק הדין הנ"ל. קל וחומר שלא התעוררה בו כלל השאלה מהם גבולותיה הראויים של עבירת ההמרדה".

5. על זיכוי של המערער עירערה המדינה לבית המשפט המחוזי, אשר קיבל את הערעור פה אחד.

לדעת בית המשפט המחוזי (מפי השופט ד' חשין) מעלה בחינת חלופותיו של סעיף 136 לחוק, כי "שלוש החלופות הראשונות שבו עניין באיסור מעשים המכוונים ישירות כנגד המשטר - קרי, בעיקרו, כנגד רשויות השלטון; ואילו האלטרנטיבה הרביעית, שהיא הנוגעת לענייננו, דנה, על פי פשוטו של מקרא, באיסור פגיעות בין חלקים שונים של האוכלוסיה על רקע של כל שונות שהיא: לאומית, דתית, עדתית, אידיאולוגית, מינית וכו', ללא כל קשר לפגיעה בשלטון". פרשנות זו ראויה גם לפי תכלית החוק; בחינת העבירות הנכללות בסימן א' שפרק ח' לחוק; דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 24), התשמ"ה-1985, בה הוצע להוסיף לחוק את סימן א' 1 שכותרתו תהיה "הסתה לגזענות" (ה"ח 1728 מיום 17.4.89 עמ' 195-196); והדמיון הלשוני בין סעיף 136(4) ובין סעיף 144א.

בעניין האחרון אמר בית המשפט המחוזי כי:

"ניתן לומר, אם כן, כי ביחסים שבין סעיף 136(4) לסעיף 144א, סעיף 136(4) הוא הסעיף הרחב יותר - הסעיף הכללי, משום שהוא מתייחס לפגיעה בחלק אוכלוסיה לא רק בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני, אלא גם על רקע שונות דתית סוציאלית, אידיאולוגית, מינית וכו', קרי: השונות הנכללות בו אינן מוגבלות".

בנוגע להיקפה של עבירת הגזענות ביחס לעבירת ההמרדה, הדגיש בית המשפט המחוזי כי עבירת ההמרדה אינה מייצרת את עבירת הגזענות. סעיף 144א רחב מסעיף 136(4) מבחינת היקף המעשים האסורים. שכן, "הוא מגדיר כגזענות לא רק איבה ומדנים, אלא גם רדיפה, השפלה, ביזוי, עוינות או אלימות... אך סעיפי 'ההמרדה' (סעיפים 135-136) כחטיבה כוללת, מציעים הגנה רחבה יותר כנגד גזענות - על אף שגזענות לא הוגדרה בהם במפורש - משום שאין הם מגבילים עצמם רק לפרסום הסתה לגזענות כבסעיף

144א, אלא, ניתן להחיל אותם לגבי מגזר רחב של מעשי גזענות, הכל בהגבלות הקבועות בסעיפים 133 ו-134..."

סיכומם של דברים, כי לדעת בית המשפט המחוזי, תכליתה של העבירה שבסעיף 136(4) היא, בין היתר, "למנוע פגיעה במיעוט לאומי באמצעות מעשי גזענות הכוללים גם הסתה לגזענות, וזאת אף אם אין בהם - במעשי הגזענות - גם פגיעה בשלטון ובסדרי המשטר התקינים". ו"תכליתו של סעיף 133, במקרה שמדובר בחלופה הרביעית (שבסעיף 136(4) - א.ג.) הינה... איסור כל פעילות שנעשית במטרה לגרום לאיבה ומדנים כלפי מגזר כלשהו של האוכלוסיה, על רקע שונות זו או אחרת, כאשר במקרה שלנו השונות הינה על רקע לאומי. על פי פירושנו לסעיף 136(4), תכלית סעיף 133 (לענינו) הנה, אם כן, איסור על עשיית מעשים במטרה להסית לגזענות".

לא נעלם מעיניו של בית המשפט המחוזי החשש מפני פגיעה ניכרת בחופש הביטוי, וכדבריו "בכל משפט על עבירת 'המרדה', מצווה בית המשפט להתחשב לא רק באינטרס ההגנה על שלום הציבור, אלא גם עליו לקחת בחשבון גם את הערך הגבוה של חופש הביטוי בחברה דמוקרטית ולצמצם עד כמה שרק ניתן את הפגיעה בערך יקר וחיוני זה, שהוא בבחינת נשמת אפה של הדמוקרטיה". אולם, לשיטתו, ניתנה הגנה לערך זה בסעיף 138 לחוק העונשין, המוציא מקרים מסויימים מהגדרת המרדה, ומשנתן סעיף, 138 מענה לחשש האמור לא מתחייבת עוד העדפת הפרשנות המצמצמת לסעיף 136.

בית המשפט המחוזי סיווג אף הוא את העבירה כעבירת ההתנהגות אשר בה רק מעשה שניחן ב"סגולה אובייקטיבית להשיג את היעד שבמטרה", היינו הוא בעל "סיכוי אובייקטיבי... לגרום לאיבה ומדנים בין חלקי האוכלוסיה" מקיים את היסוד העובדתי בעבירה. מבחינת היסוד הנפשי על התביעה להוכיח מחשבה פלילית, היינו מודעות לטיב הפיזי של ההתנהגות ולפוטנציאל הממריד של הפרסום. כמו כן, על התביעה להוכיח חפץ בהשגת המטרה, הינו חפץ לגרום מדנים.

גם לדעת בית המשפט המחוזי לא די בקביעה שקיים פוטנציאל ממריד בפרסום, ויש מקום למבחן הסתברותי. וכלשונו: "עצם הדרישה לקיום זיקה אובייקטיבית משמיעה לנו דרישה להסתברות". אולם הוא לא היה שותף, לדעת השופט המלומד בבית המשפט השלום כי נדרשת וודאות קרובה, ולשיטתו די באפשרות סבירה. לשיטתו אין מקום להחמיר ביסוד הנסיבתי על ידי הצבת דרישה הסתברותית גבוהה, כשצמצום היקף העבירה נעשה דרך החמרת היסוד הנפשי. וכך אמר:

"כאשר 'מסתפקים' **במודעות** הנאשם, קרי, בהיבט **ההכרתי** שביסוד הנפשי, **מוגברת** הדרישה במישור העובדתי, כלומר שהזיקה האוביקטיבית הנדרשת תהא ברמה של **וודאות קרובה**, הרי כאשר הולכים בדרך **הישירה**, ומוכיחים קיום **השאיפה** עצמה, קרי את קיומו של ההיבט **הרצוני** שביסוד הנפשי, די ברמת הסתברות **נמוכה** יותר במישור העובדתי - זו של **אפשרות סבירה**".

בית המשפט המחוזי לא פקפק בכך שלצורך הוכחת היסוד הנפשי המיוחד יש ערך ראייתי לקביעה שקיימת אפשרות קרובה לוודאי שהפרסום יגרום למדנים באוכלוסייה. זאת, כשקיימת שקילות ערכית בין צפיית האפשרות לגרימת תוצאה מסויימת לבין השאיפה להגשמת אותה מטרה. אולם ערכו ההוכחתי של מבחן הוודאות הקרובה אינו יכול להקנות לו מעמד של דרישה מהותית.

בבחינת נסיבותיו של המקרה הנדון קבע בית המשפט המחוזי כי נתקיימו יסודות ההמרדה. בבחינת היסוד העובדתי נקבע שקיימת אפשרות סבירה שהפצת הכרוז תביא להסתה לגזענות, כשחיזוק למסקנה זו נמצא בפסק הדין שבע"ב 2858/92 הנ"ל. בבחינת היסוד הנפשי נקבע כי המערער היה מודע לתוכנו הגזעני של הכרוז, וכי "דווקא הניסיון להסוות את תוכנו הגזעני של הכרוז, בדרך ניסוחו העקיף כקריאה (משתמעת) לממשלה לבצע פעולות תגמול ('להפיץ כפר ערבי'), מלמד על מודעותו של המשיב (המערער - א.ג.) לאופיו הגזעני של הכרוז ועל ניסיון מודע להסוות אופי זה, כדי שלא להביא לפסילת רשימתו מהשתתפות בבחירות לכנסת בשל אופיה הגזעני". כמו כן, קבע בית המשפט כי במקרה דנא קיימת אפשרות קרובה לוודאי שהפצת הכרוז תעורר מדנים על רקע לאומי. גרימת מדנים היא תוצאה טבעית מהפצת הכרוז, ועל כן יש מקום להניח שזו היתה מטרת המערער בהפיצו אותו. בית המשפט לא ייחס משקל לעובדה שהכרוז לא הופץ בקרב האוכלוסייה הערבית, שכן, "כדי להסית לגזענות נגד הציבור הערבי, אין כמובן צורך ביותר מהפצת הכרוזים בקרב האוכלוסייה היהודית".

בעקבות קבלת הערעור הוחזר התיק לבית המשפט השלום, שגזר על המערער ששה עשר חודשי מאסר מהם ארבעה בפועל, והיתרה על תנאי.

עקרונות הפרשנות בפלילים

6. המערער לא חלק על כך שביצע את המעשים המפורטים בכתב האישום. אלא שלטענתו לא התקיימו יסודות עבירת ההמרדה, ובעיקר בכל הנוגע להתקיימות הרכיב "לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של

האוכלוסיה". ההכרעה בערעור מחייבת פרשנות לסעיפים הרלוונטיים שבחוק, כמותווה בסעיף 34כא לחוק,

הקובע כי:

"ניתן דין לפירושים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

סעיף זה מעגן את הפרשנות התכליתית בפלילים. הוא קובע כלל ברירה בין הפירושים לנורמה האוסרת, אשר עולים כולם בקנה אחד עם תכליתה, ולפיו יש להעדיף את הפרשנות המקלה עם הנאשם. הדרך הפרשנית שמתווה סעיף 34כא היא, אם כן, דו-שלבית. בשלב הראשון נדרש בית המשפט לבחון אילו מבין הפרשנויות המוצעות מגשימות את תכלית הנורמה האוסרת. ואילו בשלב השני בורר בית המשפט מבין פרשנויות אלה את זו שמקלה עם הנאשם.

7. תכליתם הכללית של דיני העונשין, שהם מסד לנורמות האוסרות הספציפיות, היא להגן על הערכים החיוניים לתיפקודה התקין של החברה "ולהתפתחותה הרצויה, בהתאם לתפיסות החיים על-פיהן מונהגת בתקופה נתונה" (ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (תשמ"ד), כרך א עמ' 1). מטרה כללית זו מושגת על ידי התווית גבולות לחירותו של הפרט באמצעות נורמות אוסרות ספציפיות. תכליתה של נורמה אוסרת ספציפית היא, על כן, הגנה על ערך חברתי מסויים. על היות הדין הפלילי מכשיר להגנה על ערכים חברתיים עמד השופט זילברג, באומר:

"לכל חוק פלילי יש רציו מסויימת משלו, או - כפי שמכנים את הדבר במדינות מערב אירופה - 'נכס' מסויים, גשמי או רוחני, שעליו מגן המחוקק באותו חוק פלילי. למשל: הנכס שעליו מגינים סעיפי הרצח והחבלה הוא: החיים והבריאות; הנכס של סעיפי הגניבה הוא: הבעלות; הנכס של חוקי הביגמיה הוא: ייחודו של כל אחד מבני הזוג בחיי הנישואין, וכן הלאה וכן הלאה" (ע"א 360/64 אבוטבול נ' קלינגר, פ"ד יט(1) 465, 429).

הערך החברתי המוגן הינו כלי עזר בפרשנות הנורמה הפלילית, מאחר שהוא מבטא את תכלית האיסור הפלילי (מ' קרמניצר, עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות, חיבור לשם קבלת תואר דוקטורט (תשמ"ם) 228; וכן פלר, שם, עמ' 729-740).

8. ברם, בזיהוי פשטני של הערך החברתי המוגן עצמו לא די, ולאחר איתורו יש לבחון מהי מידת ההגנה הראויה שיש להעניק לו. מידה זו מבטאת מדיניות משפטית, המאזנת בין משקלו הסגולי של הערך החברתי המוגן, ובין משקלה הסגולי של החירות המוגבלת. בע"פ 2831/95 (אלבה נ' מדינת ישראל, שטרם פורסם), ציינתי כי:

"בבואנו לתחום את גדרה של ההתנהגות הענישה, אין בידינו לראות את האינטרס של שלום הציבור, הבא לידי ביטוי במניעת הגזענות, כחזות הכל. עלינו לתת את דעתנו גם לעקרונות המתחרים, והם: חירות האזרח לבטא את אשר עם ליבו (חופש הביטוי), וזכותו שלא להפגע בכבודו ובשמו הטוב ולהיות מוכתם כעבריינין, הוא החופש האישי 'מפני הסנקציה המאורגנת של החברה' (ע"פ 673/83 בורכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 218)".

(וראה דברי הנשיא ברק בע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 574-575).

נקודת האיזון בין האינטרסים איננה "קפואה", והיא עשויה להשתנות עם שינוי העתים. כך מובטחת התאמתו של הדין הפלילי לצרכי החברה. גמישות זו מביאה לכך שהוראות הדין הפלילי יספקו את ההגנה הדרושה על פי צרכי החברה האקטואליים.

איתור הערך החברתי המוגן בעבירת המרדה

9. עבירת המרדה היא על פניה עבירה בעלת אופי מדיני. המרדה כפשוטה היא התקוממות כלפי סמכות שילטונית. בע"פ 745/85 (נקש נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 78) נזקק בית המשפט לפרשנות סעיף 2(2) לחוק ההסגרה, תשי"ד-1954, לפיו מותר להסגיר אדם אם הוא נאשם בעבירה "שאינה בעלת אופי מדיני". וכך אמר (בעמ' 83):

"בפסיקה בארצות השונות נעשתה לעתים קרובות ההבחנה בין 'עבירה פוליטית טהורה' (pure political offence), שזוהי עבירה המכוונת כנגד המדינה ושלרוב אין בה האלמנטים של עבירות פליליות רגילות כגון המרדה (sedition), בגידה וריגול, לבין 'עבירה פוליטית עקיפה' (relative political offence), כאשר עבירה פלילית רגילה היא כה קשורה ושזורה במעשים ובמטרות הפוליטיים, עד שניתן בכך אופי פוליטי למעשים בשלמותם".

בין השיקולים שעמדו ביסוד מניעת ההסגרה בשל עבירות בעלות אופי מדיני - ובכלל זה עבירת המרדה - היה השיקול שעבירה בעלת אופי מדיני, היא "ביטוי של קונפליקט בין הפרט לבין המדינה כארגון פוליטי של החברה, בעלת משטר מסוים המונהג על-ידי אידיאולוגיה נתונה. משום כך עבירה כזאת היא בעלת משמעות לוקלית ופנימית מובהקת, והיא נטולה אותו סיכון כללי שבעבירות הרגילות, הנוגע למעשה לסדר הציבורי של כל מדינה שהיא" (ש"ז פלר, **דיני הסגרה** (תש"ם) 239).

10. שתיים הן הסכנות האורבות למדינה. הסכנה האחת היא זו שמחוץ (דוגמת מלחמה), אשר אף עלולה לפגוע בהמשך קיומה של המדינה. הסכנה האחרת היא מבית, העלולה לערער את מבנה המשטר ולפגוע באופיו. בין העבירות המכוונות למנוע סכנה זו מצויה עבירת ההמרדה.

במשטר דמוקרטי, כבישראל, מתאפיינת הדמוקרטיה בראש ובראשונה בהסדרים מבניים המהווים מסגרת מוסדית לקבלת הכרעות מדיניות וחברתיות (בין היתר, שלטון נציגים, הנבחרים בבחירות חופשיות המתקיימות בתדירות קבועה). בצד מאפיין זה לדמוקרטיה קיים בה מאפיין תוכני-ערכי, הכולל ערכי יסוד. הדמוקרטיה "היא עצמה, בית קיבול לערכים נוספים הנגזרים ממנה, כגון חופש ביטוי ושוויון" (א' ברק **פרשנות במשפט** (תשנ"ג) כרך ב', עמ' 451; וראה גם ר' גביזון "עשרים שנה להלכת ירדור - הזכות להבחר ולקח" ההיסטוריה", **גבורות לשמעון אגרנט** (תשמ"ז) 158, 155, 145).

11. בהנחה שעבירת ההמרדה באה להגן על המאפיין המבני בלבד, הרי שרק פעולות המכוונות להביא להתפוררות המסגרת הארגונית הקיימת, הן שמהוות איום על המשטר הדמוקרטי לפי עבירה זו. ואם הגנת העבירה נפרשת גם על המאפיין התוכני, אזי גם איום על ערך יסוד דמוקרטי הינו בגדר איום על המשטר הדמוקרטי. השאלה היא, על כן, מהו האיפיון המוגן באמצעות עבירת ההמרדה, ואיזו פגיעה מבקשת היא למנוע?

שלא כבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר קבעו כי הם באו לעגן את **ערכיה** של מדינת ישראל כמדינה יהודית **ודמוקרטית**, לא קבע חוק העונשין איזה מובן מבין שני המובנים האמורים מוגן באמצעותו.

12. איני סבור כי באיתור הערך המוגן של עבירת ההמרדה, יש בידינו להעזר בכותרתו של פרק ח' לחוק. בחלק מן הסימנים שבפרק זה מצויות עבירות שבהן הערך המוגן הוא חברתי **טהור**, נטול כל היבט מדיני. עבירות אלה נועדו להגן על הסדר החברתי בלבד (כגון: ריבוי נישואין, בריונות ותקלות לציבור, פגיעה ברגשי דת

ומסורת). בצד אלה עבירות בעלות היבט מדיני. ו"ככל שאנו מוצאים יותר מקרים של אי התאמה בין כותרת הקבוצה לבין העבירות הכלולות בה... כך מתמעט ערכו של אמצעי פרשני זה. שכן הכותרת מאבדת את משמעותה כקובעת ותוחמת מסגרת וגבולות והופכת לסימן היכר בלבד, לשם בלתי ממצה של הקבוצה שאינו מאפיין את כל העבירות שבה" (מ' קרמניצר, שם, עמ' 202).

אם יש בכותרת לפרק ח' לשמש כלי פרשני, כי אז יש משקל לטענה כי עבירת ההמרדה לא באה להגן על ערכי היסוד המאפיינים את המשטר. שכן, מדברת הכותרת על "פגיעות **בסדרי** המשטר והחברה", דהינו פגיעות **במבנה** המשטר ולא בתכניו.

13. ההיסטוריה החקיקתית מחזקת את הסברה שעבירת ההמרדה באה להגן על מבנה המשטר ולא על ערכיו. בפקודת החוק הפלילי, 1936, שולבה עבירת ההמרדה בפרק "בגד ועבירות אחרות כלפי השלטון והממשלה"

(Treason and other offences against authority of the government) .

כותרת הפרק הוחלפה ב"פגיעה בסדרי המשטר והחברה", כשתוספת התיבה "חברה" נתבקשה נוכח שילוב סימנים נוספים בפרק, בהן הפגיעה בסדר החברתי היא עצמאית, ואינה נובעת מפגיעה בסדרי המשטר.

14. על כך יש להוסיף את סעיף 136, המגדיר המרדה מהי. סעיף זה אינו מגדיר, ואינו צריך להגדיר, את הערך המופשט המוגן באמצעות העבירה. שהרי ערך זה אינו נמנה על יסודותיה ה"פורמליים" של העבירה, אלא הוא בבחינת "נשמת" החקוק הפלילי, ואוצל על פרשנות כל אחד מיסודותיו. אולם מתוך תיאור הפגיעות בערך החברתי המנויות בסעיף 136 לחוק, ניתן ללמוד על מהותו. בחלופה הראשונה שבסעיף 136 מוגדרת המרדה "להביא לידי שנאה, בוז או אי-נאמנות למדינה או לרשויות השלטון או המשפט שלה שהוקמו כדין". בחלופה השניה נאמר: "להסית או לגרות את יושבי הארץ שינסו להשיג, בדרכים לא כשרות, שינויו של דבר שיסודו בדין". בחלופה השלישית נאמר "לעורר אי-רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ". ואילו בחלופה הרביעית, הנוגעת לענייננו, נאמר: "לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין". על כך יש להוסיף את סעיף 138(2) המוציא מהגדרת המרדה מעשה שמגמתו "להוקיע טעויות או פגמים בדיני המדינה, או בסדריה, או במוסד ממוסדותיהם שהוקמו כדין, או בסדרי השלטון והמשפט, והכל כדי להביא תיקון הטעויות או הפגמים". הוראת סעיף 136(1), שהיא החלופה הממוקדת ביותר, כשהיא נקראת יחד עם סעיף 138(2) מחזקת את הסברה כי הערך המוגן באמצעות עבירת ההמרדה הוא מבנה המשטר ולא ערכיו. זאת, כשהדעת נותנת שחלופות שונות שנקבעו באותו סעיף חוק עצמו מבטאות צורות פגיעה שונות באותו ערך, ולא בערכים מוגנים שונים.

15. גם ייחודה של עבירה אשר באה במפורש למנוע פגיעה בערכי היסוד המובנים במשטר דמוקרטי, היא העבירה של הסתה לגזענות שבסעיף 144ב לחוק, מאפשרת פרשנות כי הגנה עצמאית לערכים אלה שונה מן הערך המוגן שבעבירת ההמרדה. זאת על אף האמור בדברי ההסבר להצעת החוק שבאה להוסיף את העבירה של הסתה לגזענות, כי באמור בסעיף 136(4) לחוק יש "כדי להעניש על ביטויים של הסתה לגזענות" (הצ"ח תשמ"ה 195).

ייחוד עבירת ההמרדה לערך מוגן אחד, אשר מוגדר מבחינת דרכי הפגיעה בו, תורמת לבהירות הנורמה האוסרת, ובכך עולה בקנה אחד עם הגיונו של עקרון החוקיות. הטענה כי ערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי, שהם ערכים מופשטים, מוגנים באמצעות עבירת ההמרדה, הופכת את העבירה למעין "עבירת מסגרת" שעמיתות רבה. שעה ש"החוק צריך להיות נגיש (בהבנה אליו) וגם ודאי (בתחומי פריסתו)", וחוק "סתום" אינו מספק את הדרישות הנגזרות מהגיונו של עקרון החוקיות (ברק, שם, בעמ' 18).

16. באת כוחה המלומדת של המשיבה גם היא לא חלקה על כך שעבירת ההמרדה נועדה להגן על יציבות המשטר. אלא שלשיטתה מבוססת יציבות המשטר על ההסכמה החברתית לגבי הערכים הנמצאים בבסיס המשטר. ולכן פגיעה בהסכמה החברתית מערערת את יציבות המשטר. וכלשונה:

"הערך המוגן של יציבות המשטר, חייב להתפרש על פי הנחות היסוד של המשטר. במדינת ישראל, [ככלל מדינה מודרנית] הלגיטימיות של השלטון נשענת על הסכמת העם, שהריבונות בידיו, ובהעדר הסכמה חברתית מתערער יציבות המשטר ונשמט בסיס הלגיטימיות של השלטון. לפיכך מעשה המרדה במשמעות החלופה של סעיף 136(4) לחוק, הינו מעשה קורא תגר על ההסכמה החברתית, מבקש לפרוץ אותה ומערער בכך את יציבות המשטר".

מוסיפה המשיבה וטוענת, כי מבין ערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי, שפגיעה בהם עלולה להביא לפגיעה ביציבות המשטר, יש מעמד מיוחד לערך השוויון, אשר פגיעה בו היא למעשה פגיעה בסולידריות החברתית. לדבריה:

" הגזענות פוגעת, איפוא, בערך השוויון, שהוא ערך בעל חשיבות ראשונה במעלה ביצירת הסולידריות החברתית, הנדרשת לשם הבטחת יציבות המשטר הדמוקרטי. פגיעתה מיידית, כפי שהראנו לעיל. היא פוגעת בפרט בהקשר של ערעור יציבות המשטר, שכן היא מנשלת אותו מחלקו בשלטון, בריבונות. והיא פוגעת בחברה בהקשר זהה, בשל תהליך השבר שהיא יוצרת בין מרכיבי החברה השונים. לפיכך, בהבדל מאידיאולוגיות אחרות, יש לזהות מעשים הכרוכים בהפצת רעיונות גזעניים, כשלעצמם, גם מעשי המרדה, היינו מעשים המעוררים 'מדנים ואיבה' במשמעות סעיף 136(4) לחוק העונשין".

17. מטענת באת כוחה המלומדת של המשיבה משתמעת, אם כן, כריכה בין יציבות המשטר הדמוקרטי לבין ערכי היסוד (ובמיוחד ערך השוויון) המאפיינים את המשטר.

טענה גורפת כי כל קריאה כנגד ערכי היסוד, מעמידה **בהכרח** בסכנה את יציבות המשטר הדמוקרטי, המעלה על נס את חופש הביטוי, בוודאי שהיא מרחיקת לכת. עמדה קיצונית זו אינה עולה בקנה אחד עם תפישתנו ש"מבחנה של האמת אינו בכוח השלטוני הניצב לצדה אלא בכוחה הפנימי לשכנע. הדרך להתמודד עם השקר אינה בהשתקתו אלא בהסברה ובחינוך. כישלוננו של השקר הוא בחשיפתו ולא בדיכוי" (בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשותה שידור, פ"ד מא(3) 272,255). כמו כן, גישה זו אינה נותנת משקל ל"אפקט חברתי המייצב" של חופש הביטוי. שכן "בזכותו של חופש הביטוי מוצא הלחץ החברתי את ביטוי במשא, ולא במעש" (בג"צ 399/85 הנ"ל בעמ' 276).

טענה מסוייגת יותר מבודדת את ערך השוויון מבין שאר ערכי היסוד, ולפיה יש לכרוך בין ערך זה לבין יציבות המשטר. על פי מהלך טענה זו כל קריאה ליחס שונה על יסוד שונות קבוצתית (מינית, דתית או גזעית) **בהכרח** תביא לפגיעה ביציבות המשטר. גם טענה זו אין בידי לקבל. אכן, הקריאה ליחס שונה לזולת עלולה לשבש את הסדר הציבורי, ולהביא לתסיסה בקרב הקבוצה הרואה עצמה נפגעת. גם לא מן הנמנע ששיבוש הסדר הציבורי, או התסיסה החברתית, יעמידו בסכנה את יציבות המסגרת האירגונית. אולם - וזה העיקר - חפיפה אשר כזו אינה הכרחית, והיא תלויה במידת יציבותה של המסגרת האירגונית, במידת הטמעתו של ערך השוויון בחברה, ובעוצמת השסעים החברתיים. כנגד הפסול שבקריאת תגר על ערך השוויון ניתן להתמודד באמצעות העבירות הספציפיות (כגון: עבירת ההסתה לגזענות), ואין הכרח להפעיל לשם כך את עבירת ההמרדה. הפעלה כזאת מוצדקת רק כאשר מתמזגת הפגיעה בשוויון בפגיעה ביציבות המשטר.

מידת ההגנה המוענקת ליציבות המשטר

18. כאמור, לא די בזיהוי הערך החברתי המוגן, ויש מקום לבחון מה מידת ההגנה המוענקת לו. מתן הגנה מוחלטת ליציבות המשטר, משמעה גריעה ניכרת בחירות העשייה ובחירות הביטוי של הפרט. לפיכך, מתחייבת קביעת עמדה באשר ל"רמת הסיבולת" של האינטרס הציבורי ביציבות המשטר. בין עוצמת ההגנה על אינטרס זה לבין חוסנו של המשטר, קיים יחס הפוך. כאשר יסודות המשטר אינם איתנים, נמוכה רמת הסיבולת של אינטרס יציבות המשטר, ולהיפך. ואך מובן הוא כי לעת הזאת כשעקרונות המשטר הדמוקרטי הוכו שורשים

במדינת ישראל, אין לראות כל חשש ליציבות המשטר אם רמת הסיבולת, ככל שמדובר בחירות העשייה ובחופש הביטוי, תהא גבוהה. לענין זה יפים, על דרך ההיקש, דבריו של השופט ברק בבג"צ 399/85 הנ"ל:

"הנה כי כן, גפרור עשוי להצית להבה. בנסיבות אלה, יש מקום למנוע הדלקתו. אך בטרם עושים כן, יש לבחון, אם אמנם יבש העץ, וכל גפרור ידליקנו, או שמא יש בו בעץ זה כוחות מספיקים לעמוד כנגד התבערה. בענין זה יש להביא בחשבון את גישתה של חברתי, השופטת נתניהו, בבג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1)421 בעמ' 444, כי 'המשטר הדמוקרטי שבו אנו חיים במדינתנו איתן הוא דיו כדי לשאת גם מחזה קלוקל ונפסד כמחזה שלפנינו'. אכן, רק אם הגישה היא, כי בשל שינוי הנסיבות שוב אין הערכה זו תואמת את המציאות, וכי הדמוקרטיה שלנו אינה חסונה מספיק לשאת חופש הביטוי וכי יהא די בגפרור של שנהא כדי להדליק תבערה חברתית, רק אז ניתן יהא למנוע את חופש הביטוי (עמ' 295).

19. אולם רמת הסיבולת בנקודת זמן נתונה הינה פועל יוצא גם ממשקלה של החירות שהוגבלה. לא הרי הגבלה כוללת לעשייה כהגבלת חירות הביטוי. גישה זו מצאה את ביטוייה גם במסגרת החוק, בו נקבעה עבירה אחת המגבילה את חירות העשייה הכללית (סעיף 133), ועבירה נפרדת המגבילה את חירות הביטוי (סעיף 134).

אין אנו נדרשים במסגרת ערעור זה לאמוד את רמת הסיבולת של האינטרס הציבורי ביציבות המשטר לצורך סעיף 133 לחוק בהשוואה לסעיף 134 לחוק. שכן (כאמור להלן), עובדותיו של מקרה זה אינן נכנסות לגדרו של סעיף 133. רק נציין כי תקרת העונש בשתי העבירות אמנם זהה, אך יסודות העבירה, שהם מכשיר לוויסות היקף התפרשות האיסור הפלילי, שונים. העבירה לפי סעיף 134 לחוק צרה במישור העובדתי ביחס לעבירה לפי סעיף 133 לחוק, והיא כוללת נסיבה המגבילה את סוג הפרסום לכזה ש"יש בו כדי להמריד". בעוד שסעיף 133 לחוק אינו כולל במפורש הגבלה לגבי טיב ההתנהגות. מנגד, העבירה לפי סעיף 133 לחוק צרה במישור הנפשי ביחס לעבירה לפי סעיף 134 לחוק. שכן, היא מותנית ביסוד נפשי מיוחד, הוא המטרה להמריד.

תיחום עבירות ההמרדה

20. המערער הורשע בהחזקת הכרוזים, עבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק. כמו כן הורשע בעבירה לפי סעיף 133 לחוק וזאת בשל "פעולה לשם הפצת הכרוזים". בפנינו שתי פעולות פיזיות נפרדות. האחת, הפצת הכרוזים, והשניה, החזקת יתרתם. בעוד שלגבי החזקת הכרוזים אין ספק כי האכסניה המשפטית המתאימה היא העבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק, אין לומר כי העבירה המתאימה להפצת הכרוזים היא זו שבסעיף 133 לחוק, שעה שקיימת העבירה שבסעיף 134(א) לחוק.

הרכיב ההתנהגותי בסעיף 133 לחוק מוגדר באופן כללי כ"מעשה", כך שמבחינת היקפו הפנימי הוא אמנם רחב דיו לכלול גם את הפצת הכרוזים. אולם הרכיב ההתנהגותי **הספציפי** בסעיף 134(א) לחוק הוא מעשה הפרסום, כשלפי סעיף 34כד לחוק הגדרת "פרסום" בפרסום שאינו דברים בעל פה" היא: "להפיצו בקרב אנשים או להציגו באופן שאנשים במקום ציבורי יכולים לראותו". מכאן שסעיף 134(א) הוא ההולם לנסיבות המקרה שבפנינו בו הופצו הכרוזים. נוכח קיומה של אכסניה מיוחדת לעבירה זו, יש לפרש את התיבה "מעשה" שבסעיף 133 לחוק, כאינה כוללת מקרים בהם המעשה הוא פרסום. צמצום זה מתבקש לא רק מטעמי הרמוניה חקיקתית, אלא שכבר אמרנו שיסודות העבירה הם המנגנון לוויסות היקף התפרשותה. מכאן שהשוני בין יסודות העבירה לפי סעיף 133 לחוק לבין אלה שבסעיף 134(א) לחוק, שעליו עמדנו לעיל, מבטא את השוני הנדרש במנגנוני הוויסות בין עבירה בה מוגבלת חירות העשייה הכללית ובין עבירה בה מוגבל חופש הביטוי, ולא בכדי יצר המחוקק אבחנה בין שתי החירויות המוגבלות. שוני זה יש לכבד בדרך של צמצום פרשנות הרכיב ההתנהגותי בסעיף 133 כך שהפרסום, החזקתו של פרסום וייבואו, יוצאו מהגדרת "מעשה" לפי סעיף זה.

פרשנות סעיף 134 - פרסומי המרדה

21. לעבירה לפי סעיף 134(א) שני יסודות עובדתיים: האחד, רכיב התנהגותי, "המפרסם", והשני רכיב נסיבתי, "פרסום שיש בו כדי להמריד". היסוד הנפשי בעבירה הוא מחשבה פלילית, היינו מודעות לטיב הפיזי של ההתנהגות ומודעות לרכיב הנסיבתי. גם העבירה שבסעיף 134(ג) מורכבת משני יסודות עובדתיים: רכיב התנהגותי (החזקה), ורכיב נסיבתי ("פרסום שיש בו כדי להמריד"). היסוד הנפשי הוא מחשבה פלילית.

מהגדרת "פרסום" בסעיף 34כד לחוק עולה, כי לא כל הפצה מהווה פרסום, אלא רק הפצה "בקרב אנשים", ולא כל הצגה מהווה פרסום, אלא רק הצגה באופן "שאנשים במקום ציבורי יכולים לראותו". רכיב התנהגותי זה צומצם, אם כן, לפרסום בעל תהודה ציבורית, ולעניין זה אין כל חשיבות באיזה מגזר בציבור היה הפרסום. מידת התהודה הציבורית צריכה להיות ממשית, נוכח רמת הסיבולת הגבוהה של האינטרס הציבורי ביציבות מבנה המשטר.

אשר לרכיב הנסיבתי "שיש בו כדי להמריד", משמעותו לאור הגדרת סעיף 136(4) היא, כי צריך שיהא בפרסום "לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין". כיוון שיציבות מבנה המשטר הדמוקרטי הוא, לדעתנו, הערך המוגן בעבירת המרדה, יש לפרש את סעיף 136(4) כבא לבטא פרסום שיש שבו לגרום לשסע חברתי עמוק בין פלגים נרחבים באוכלוסיה.

חילוקי דעות בנושאים מדיניים או חברתיים, נוקבים ככל שיהיו, אינם נתפשים ברשתה של עבירת ההמרדה. הגבלת חופש הפעולה הפוליטי היא שחותרת תחת מבנה המשטר הדמוקרטי (בכפוף להוראת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת). כדברי הנשיא שמגר בבג"צ 372/84 (קלופר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) (239,233):

"אחד מביטוייה העיקריים של דמוקרטיה, אם כי לא הבלעדי, הוא קיומם של מוסדות שלטון נבחרים וייצוגיים, והתהליך של השמעת דעות והחלפת דעות מקוים בין היתר, כדי לעצב דמותם של **מוסדות השלטון** ולהתוות דרכיהם, ואחת לתקופה מוגדרת הוא מקדים את בחירת חבריהם ומסייע בהכרעה לגביהם.

...

אין להעלות על הדעת, שניתן לקיים בחירות במשטר דמוקרטי בלי לאפשר, עובר לקיומן, החלפת דעות ושכנוע הדדי, ובלי שיקוימו אותם ביחורים ודיונים, בהם מעוצבת דעת הקהל, הממלאת תפקיד חיוני בכל משטר חופשי..." (ראה גם בבג"צ 5364/94, ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה, שטרם פורסם).

22. מכאן לדרישה שבסעיף 134 לחוק כי "יש בו", בפרסום, כדי להמריד.

כיוון שיסודות העבירה הם המנגנונים לוויסות היקף התפרשותה, הרי כאשר עבירה מותנית ביסוד נפשי מיוחד, יש במנגנון זה לצמצם את יריעת העבירה, ואין הכרח במנגנון נוסף במסגרת היסוד העובדתי. אלא שיש להטעים כי מנגנון זה אינו יכול להצדיק סטייה מן העקרון שאין עבירה בלי סכנה מינימלית לציבור, ועל כן אינו מהווה **תחליף מלא** למסוכנות אובייקטיבית. ואילו כאשר לא מובנה בעבירה מנגנון לוויסות היקף התפרשותה במסגרת היסוד הנפשי, קם הצורך בהבניית מנגנון כזה במסגרת היסוד העובדתי. כך הן העבירות הנוגעות לפרסומי המרדה שבסעיף 134 לחוק, המגבילות את סוג הפרסומים האסורים לפרסום, לייבוא ולהחזקה, לכאלה שיש בהם כדי להמריד.

הגדרת מסוכנותו האובייקטיבית של פרסום יכולה להעשות בדרך של תיאור סגולותיו או הפוטנציאל הגלום בו. הגדרה כזו מצויה בעבירת הסובידיצה שבסעיף 71 לחוק בתי המשפט, וכן בסעיף 173 לחוק, האוסר לפרסום פרסום "שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים". בדרך זו נוסחו האיסורים שבסעיף 134.

מהקביעה שקבענו לעיל על רמת הסיבולת הגבוהה של האינטרס הציבורי ביציבות המשטר, מתחייבת העלאת ה"רף" במידתו של הפוטנציאל להמרדה. כך שיאסר רק פרסום שהפוטנציאל שבו להמריד

הוא ממשי. כיוון שההליך הפלילי מתנהל בדיעבד, והפרסום מצוי לנגד עיניו של בית המשפט, אין הוא נזקק למבחני הסתברות חיצוניים, ובידו לקבוע אם הפוטנציאל האמור קיים בפרסום אם לאו, על פי הערכתו הוא (בג"צ 806/88 גולן גלובוס נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 41). הערכה זו תעשה, בין היתר, על פי תוכנו, לשונו והקשרו של הפרסום.

מן הכלל אל הפרט

23. הכרוז בו מדובר כולל דברי בלע כנגד המגזר הערבי בישראל. אולם מכאן ועד לאמירה כי יש בכרוז אינפנטילי זה פוטנציאל ממשי להמרדה, דהיינו, כי נשקפת ממנו סכנה ממשית למבנה המשטר הדמוקרטי, המרחק הוא רב. לא ראויים הם דברי ההבל שבכרוז כדי שנייחס להם משקל כזה, שיש בו להטיל ספק בחוסנו של המשטר הדמוקרטי בישראל.

הייתי, על כן, מקבל את הערעור ומזכה את המערער.

שׁוֹפֵט

השופט א' מצא:

המחלוקת העיקרית, לפני ערכאות קמא ולפנינו, התמקדה בהגדרת תחומיה של "המרדה", כמשמעה בפרק ח' סימן א' לחוק העונשין, תשל"ז 1977. ואכן, בקביעת גדרו של האיסור הפלילי על המרדה, ובהגדרת הערכים המוגנים על-פיו, תלויה ההכרעה בשאלות הפרשניות שעוררו העבירות שיוחסו למערער: כלום הפצת הכרוזים על-ידי המערער היוותה "מעשה המרדה", כמשמעו בסעיף 133 לחוק? וכלום בהחזקת הכרוזים הנדונים על-ידיו היה משום החזקת "פרסום שיש בו כדי להמריד", כמשמעו בסעיף 134(ג) לחוק? חברי השופט גולדברג מנמק בהרחבה על שום מה, לדעתו, מעשיו של המערער אינם נופלים בתחום התפרסותו של האיסור על המרדה. על מסקנתו זו של חברי הנני מבקש, בכל הכבוד, לחלוק. אך עד שאגיע לכך אקדים ואעמוד על שתי העבירות בהן הואשם המערער. ראשית, אסביר על שום מה אין בידי להסכים לדעת השופט גולדברג, כי העבירה של מעשי המרדה, הקבועה בסעיף 133, אינה חלה על פרסומי המרדה. יצוין, כי לשיטת חברי, קביעת תחום התפרסותה של העבירה שבסעיף 133 היתה מעבר לצורכי ההכרעה בעניינו של המערער. לא כן לשיטתי. אני סבור, כי בהחזקת ובהפצת הכרוזים עבר המערער על איסור ההמרדה. לפיכך מוטל עליי לנמק את דעתי, כי בשל הפצת הכרוז ניתן היה להאשימו בעבירה לפי סעיף 133; שנית - והפעם תוך הסכמה, ולא עקב

מחלוקת, עם השופט גולדברג - אבקש לעמוד על פירוש התיבה "פרסום שיש בו כדי להמריד" שבהגדרת העבירה של פרסומי המרדה, הקבועה בסעיף 134. לאחר הדיון בשאלות אלה אפנה להגדרת תחומיה של "המרדה", מבחינת מהות הערכים המוגנים על-פיה.

פרסום כמעשה המרדה

2. סעיף 133 לחוק, הקובע את העבירה של מעשי המרדה, מורה לאמור:

"מעשי המרדה"

133. העושה מעשה לשם המרדה, או מנסה, מכין עצמו או קושר קשר עם חברו לעשות מעשה כאמור, דינו - מאסר חמש שנים".

הגדרת העבירה שבסעיף 133 מונה, איפוא, שני עיקרים: "העושה מעשה" ו"לשם המרדה". העיקר הראשון ("העושה מעשה") מציג את יסודה העובדתי של העבירה; ואילו העיקר השני ("לשם המרדה") מבטא את יסודה הנפשי. הגדרת העבירה אינה כוללת דרישה להתרחשותה של תוצאה מסוימת כתנאי לשיכלולה של העבירה. מכאן שענייננו בעבירה התנהגותית. הגדרת היסוד העובדתי של העבירה אינה כוללת כל דרישה מעבר לעשיית מעשה. זוהי דרישת המינימום שבלעדיה לא תיכון עבירה כלשהי (**nullum crimen sine actu**). נמצא שהמדובר בהגדרה הרחבה ביותר האפשרית. כלום הפצת הכרוזים על-ידי המערער הינה בגדר עשיית מעשה כמשמעה בסעיף? התשובה לשאלה זו, לשיטתי, היא בחיוב. הגדרת הסעיף אינה שוללת מעשה כלשהו. ואף בהפצת כרוזים יש משום עשיית מעשה הממלא את יסוד ההגדרה.

3. השופט גולדברג משיב לשאלה האמורה בשלילה. בפיסקה 20 לפסק-דינו נדרש השופט גולדברג להבחנה, בין מעשים הכלולים בהגדרתו של סעיף 133 לבין מעשים אחרים. ולדידו, הפצת כרוזים אינה מן המעשים המצויים בתחום התפרסותה של העבירה לפי סעיף 133 לחוק. אחיזה להבחנה זו מוצא חברי בסעיף 134(א) לחוק. סעיף זה מורה כי

"המפרסם, מדפיס או משעתק פרסום ויש בו כדי להמריד, דינו - מאסר חמש שנים והפרסום יחולט".

את היקף היסוד העובדתי של "מעשה המרדה", המהווה עבירה לפי סעיף 133, גוזר חברי מהוראתו של סעיף 134(א). וכך הוא אומר:

"הרכיב ההתנהגותי בסעיף 133 לחוק מוגדר באופן כללי כ'מעשה', כך שמבחינת היקפו הפנימי הוא אמנם רחב דיו לכלול גם את הפצת הכרוזים. אולם הרכיב ההתנהגותי **הספציפי** בסעיף 134(א) הוא מעשה הפרסום ... מכאן שסעיף 134(א) הוא ההולם לנסיבות המקרה שבפנינו בו הופצו הכרוזים. נוכח קיומה של אכסניה מיוחדת לעבירה זו, יש לפרש את התיבה 'מעשה' שבסעיף 133 לחוק, כאינה כוללת מקרים בהם המעשה הוא פרסום".

4. אני, בכל הכבוד, סבור, כי ענייננו בשתי עבירות שונות זו מזו. אף אחת מהן אינה מהווה תחליף לזולתה; וכל אחת משתיהן עשויה להקים - בנסיבות שונות אלו מאלו - בסיס להרשעה בפרסום שיש בו משום מעשה המרדה.

האיסור הקבוע בסעיף 133 חל על עשיית מעשה לשם המרדה. התיבה "**לשם** המרדה" מלמדת כי היסוד הנפשי הנדרש בעבירה לפי סעיף 133 הוא של "מטרה מיוחדת", היינו, מתוך **מטרה** לגרום להמרדה (ראו: ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (כרך ג', ירושלים תשנ"ב), בעמ' 61). פרסום דבר אף הוא בגדר "עשיית מעשה", והמפרסם דבר "לשם המרדה" מפר את איסורו של סעיף 133. יושם אל לב, שסעיף 133 אינו כולל כל דרישה ביחס ל**אופי המעשה**. הדגש בעבירה זו מושם, לא על רכיבי היסוד העובדתי, אלא על רכיבי היסוד הנפשי. הווי אומר: גם אם המעשה, כשלעצמו, אינו נושא אופי "ממריד", עשייתו תהווה עבירה אם נעשה "לשם המרדה". הוא הדין בפרסום דבר. גם אם תוכנו של הדבר שפורסם אינו "ממריד", פרסומו יהווה עבירה אם נעשה "לשם המרדה".

סעיף 134, בכל חלופותיו, מגדיר כעבירות מעשים שונים הקשורים ב"פרסום שיש בו כדי להמריד". סעיף 134(א), אליו מפנה השופט גולדברג, אוסר לפרסם, להדפיס או לשנתק פרסום כזה. היסוד העובדתי של עבירה זו מונה שני רכיבים: רכיב **התנהגותי** (מעשה הפרסום, ההדפסה או השיעתוק) ורכיב **נסיבתי** (שבפרסום יש כדי להמריד). אלא שהמחשבה הפלילית הנדרשת לשיכלולה של עבירה לפי סעיף 134 היא של מודעות גרידא. הנה כי כן, בעוד שבסעיף 133 הדגש מושם על היסוד הנפשי של העבירה, הרי שבסעיף 134 מושם הדגש על רכיבי יסודה **העובדתי**.

5. גם השופט גולדברג עומד על ההבדלים שבין שתי העבירות. כדבריו (בפיסקה 19 לפסק-דינו):

"... תקרת העונש בשתי העבירות אמנם זהה, אך יסודות העבירה, שהם מכשיר לוויסות היקף התפרשות האיסור הפלילי, שונים. העבירה לפי סעיף 134 לחוק צרה במישור העובדתי ביחס לעבירה לפי סעיף 133

לחוק, והיא כוללת נסיבה המגבילה את סוג הפרסום לכזה שיש בו כדי להמריד'. בעוד שסעיף 133 לחוק אינו כולל במפורש הגבלה לגבי טיב ההתנהגות. מנגד, העבירה לפי סעיף 133 לחוק צרה במישור הנפשי ביחס לעבירה לפי סעיף 134 לחוק. שכן, היא מותנית ביסוד נפשי מיוחד, הוא המטרה להמריד".

חרף ההבדלים הללו גורס השופט גולדברג, כאמור, כי "יש לפרש את התיבה 'מעשה' שבסעיף 133 לחוק, כאינה כוללת מקרים בהם המעשה הוא פרסום", כשהטעם הרעיוני להצדקת ההבחנה האמורה מצוי, לגישתו, בעקרון חופש הביטוי. כדבריו (בהמשך לאשר הבאנו, בפסקה 20 לפסק-דינו):

"צמצום זה מתבקש לא רק מטעמי הרמוניה חקיקתית, אלא שכבר אמרנו שיסודות העבירה הם המנגנון לוויסות היקף התפרשותה. מכאן שהשוני בין יסודות העבירה לפי סעיף 133 לחוק לבין אלה שבסעיף 134(א) לחוק, שעליו עמדנו לעיל, מבטא את השוני הנדרש במנגנוני הוויסות בין עבירה בה מוגבלת חירות העשייה הכללית ובין עבירה בה מוגבל חופש הביטוי, ולא בכדי יצר המחוקק אבחנה בין שתי החירויות המוגבלות. שוני זה יש לכבד בדרך של צמצום פרשנות הרכיב ההתנהגותי בסעיף 133 כך שהפרסום, החזקתו של פרסום וייבואו, יוצאו מהגדרת 'מעשה' לפי סעיף זה".

כשלעצמי, אינני רואה חוסר "הרמוניה חקיקתית" בפירוש המקיים בעינו את האיסור על פרסום דבר "לשם המרדה" לצד האיסור על פרסומו של "פרסום שיש בו כדי להמריד". ההבדל העיקרי בין האיסורים טמון בשוני בין סוגי המחשבה הפלילית שביסודם. אילמלא שוני זה, אף אני הייתי מסכים כי יש טעם בצמצום ההגבלה המוטלת על חופש הביטוי לעומת היקף ההגבלה המוטלת על חירות העשייה הכללית. אך לשוני האמור יש, בעיניי, משקל מכריע. ולא למותר להטעים: ההגבלה על חופש הביטוי, הכרוכה בהחלת האיסור הקבוע בסעיף 133 גם על מעשים של פרסום, הדפסה, שיעתוק וכל כיוצא באלה, היא לכאורה יותר קלה - ועל כל פנים, אינה יותר חמורה - מן ההגבלה המוטלת על חופש הביטוי בגדר האיסורים הקבועים בסעיף 134 לחוק. לחלופותיו השונות. שהלוא כדי שפרסום יהווה עבירה לפי סעיף 134 אין נדרשת יותר ממודעות שבפרסום יש כדי להמריד, ואילו כדי שפרסום יוביל להרשעה בעבירה לפי סעיף 133 מוטל על בית המשפט להשתכנע כי הפרסום נעשה מתוך מטרה לגרום להמרדה.

6. לפנינו, אם כן, שני איסורים שונים על פרסומים ממרידים. לכל אחד מן האיסורים תכלית שונה. תכליתו של סעיף 134 היא למנוע מעשים הנוגעים לפרסום שיש בו כדי להמריד. הדגש כאן הוא על איסור המעשים. ואילו תכליתו של סעיף 133 היא למנוע עשיית מעשה במטרה לגרום המרדה; והדגש כאן הוא על איסור המטרה שלשמה נעשה המעשה, ולא על אופיו של המעשה. נראה כי בהתייחסה לפרסום המהווה מעשה

המרדה, דומה העבירה שבסעיף 133 לעבירה לפי סעיף 144ב לחוק העונשין, שעניינה איסור פרסום הסתה לגזענות. סעיף 144ב(א) קובע כי "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו - מאסר חמש שנים". וכבר הזדמן לי להסביר בהרחבה, כי להשלמת העבירה של פרסום הסתה לגזענות די אם הפרסום נעשה מתוך מטרה להסית לגזענות, ואין הכרח להראות כי הדבר שפורסם הוא בעל תוכן גזעני (ראו פסק-דין בע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל [טרם פורסם]). יצוין כי בפרשת אלבה חלק השופט גולדברג על עמדתו בנקודה זו. ואפשר ששורש מחלוקתנו בפרשה דהכא טמון במחלוקתנו, בשאלה זו, בפרשה דהתם. אך להכרעה בערעור שלפנינו אין צורך להידרש למחלוקת זו; שכן אפילו נניח, כי פרסום הנעשה "לשם המרדה" יהווה עבירה לפי סעיף 133 רק אם בפרסום (לפי תוכנו) "יש כדי להמריד", הרי שהכרוז אותו הפיץ המערער מקיים גם תנאי זה. לפיכך איני צריך להרחיב בסוגיה זו, שהכרעתה אינה דרושה בענייננו. עם זאת אציין, כי בעוד שלעבירת ה"מטרה" של הסתה לגזענות, שעמדה לדיון בפרשת אלבה, אין עבירה מקבילה המצריכה מודעות בלבד, הרי שלאיסור פרסום הנעשה לשם המרדה (המהווה עבירת "מטרה") מצוי איסור מקביל של פרסום דבר "שיש בו כדי להמריד" (המהווה עבירת "מודעות"). בכך יש משום טעם נוסף להצדקת קיומם, במקביל, של שני האיסורים; ואין בידי לקבל, כי העבירה שבסעיף 134 (המצריכה מודעות גרידא) מייטרת את החלת העבירה שבסעיף 133 (המצריכה מטרה מיוחדת) גם על פרסום.

"פרסום שיש בו כדי להמריד"

7. בשל החזקת הכרוזים יוחסה למערער עבירת פרסומי המרדה, לפי סעיף 134(ג) לחוק, הקובע:

"(ג) המחזיק, ללא הצדק כדון, פרסום שיש בו כדי להמריד, דינו - מאסר שנה והפרסום יחולט".

כיתר חלופותיו של סעיף 134, גם העבירה של החזקת פרסום, לפי סעיף 134(ג), מותנית בכך שמעשה העבירה התייחס ל"פרסום שיש בו כדי להמריד". כלום תנאי זה התקיים בכרוזים בהם החזיק המערער? כדי להכריע בכך יש להשיב על שתי שאלות: מהו המבחן הגלום בביטוי "יש בו כדי"? ומה פירושו של "להמריד"? על פירושו של "להמריד" אעמוד להלן, במסגרת הדיון בהגדרת תחומיה של "המרדה". בשלב זה אתעכב מעט על מהות המבחן "יש בו כדי".

8. השאלה המרכזית היא, אם הנוסח "יש בו כדי" מבטא דרישה למבחן הסתברותי. באת-כוח המדינה טענה, כי התיבה "פרסום שיש בו כדי להמריד" מכוונת לתוכנו של הפרסום, ולא לקיומה של סכנה מסתברת שהפרסום יגרום להמרדה. לאחר עיון באתי לכלל מסקנה כי הדין עם באת-כוח המדינה בטענתה האמורה. בכך

הנני מבקש לחזור בי ממה שהערתי (אגב אורחא) בפרשת **אלבה**, כי "פרסום, הכולל הסתה לגזענות, יכול להביא להרשעת המפרסם בעבירה של פרסומי המרדה רק אם קיימת הסתברות שהפרסום יעורר מדנים בין חלקי האוכלוסיה השונים" (בפיסקה 16, **שם**). הערה זו נכללה בגדר ההנמקה לדעתי בעניין **אלבה**, כי עבירת הסתה לגזענות, על-פי סעיף 144ב(א) לחוק, אינה כוללת מבחן הסתברותי. כאז כן עתה, דעתי היא, כי העבירה על פי סעיף 144ב(א) לחוק העונשין אינה כוללת מבחן הסתברותי (והוא הדין בעבירת תמיכה בארגון טרוריסטי, בניגוד לסעיף 4א) לפקודת מניעת טרור, תש"ח 1948; ראו פסק-דין בפרשת **אלבה**, בפיסקה 44, וכן: ע"פ 4147/95 **ג'בארין נ' מדינת ישראל** [טרם פורסם]). עתה אבקש לתקן ולומר, כי גם העבירות על-פי חלופותיו השונות של סעיף 134 אינן כוללות מבחן זה. אכן, נכון הדבר, שלהבדיל מסעיף 144ב(א) לחוק, שבנוסחו אין כל רמז לקיומו של מבחן הסתברותי, התיבה "שיש בו כדי להמריד", שבסעיף 134, על-פי מובנה המילולי, עשויה להתפרש כמבטאת מבחן הסתברותי. אך פירוש זה אינו הפירוש האפשרי היחידי ומצד תכליתו של האיסור מתקיימים טעמים חזקים להעדפת הפירוש המוצע על-ידי באת-כוח המדינה.

בפרשת **אלבה** ציינתי שקבלת העמדה, לפיה שיכלול העבירה של הסתה לגזענות מותנית בהוכחה לקיומה של סכנה (ברמה של "ודאות קרובה" או בדרגת הסתברות אחרת) שהפרסום אכן יסית לגזענות, תטיל על התביעה נטל הוכחה כבד מנשוא. וכך, בין היתר, כתבתי בנימוקיי (בפיסקה 34, **שם**):

"ושם היטב אל לב: ככל שתוכנו הגזעני של הפרסום יהיה יותר קשה ובוטה, יקטן גם סיכוייה של התביעה להוכיח את המוטל עליה. טול, לדוגמה, פרסום שתוכנו גזעני-אנטישמי מובהק, שכל-כולו שנאת יהודים, המתפרסם ומופץ בקרב יהודים בישראל. כלום יעלה על הדעת לקבל, שפרסום כזה מקים חשש, ולוא גם קל שבקלים, שכתוצאה ממנו תיגרם הסתה בפועל? קרוב להניח, כי גם במקרים פחות יוצאי דופן תתקשה התביעה להרים את נטל השיכנוע ביחס לקיומו של עצם הסיכון ולקיום ההסתברות כי הסיכון אכן יתממש. משמעות הדבר למעשה תהיה, כי רק במקרים בהם יבוצעו מעשים גזעניים, שאפשר לייחסם לפרסום הסתה שקדמה להם, ניתן יהיה להוכיח את אשמתו של המסית. צמצום כזה, או קרוב לזה, של גדר האיסור הפלילי יפר את כוונת המחוקק, כפי שהיא נלמדת מיסודותיה המוגדרים של העבירה, ויפגע באינטרס הציבורי שהעבירה נועדה להגן עליו".

הנמקה זו כוחה יפה לשלילת החלתו של מבחן הסתברותי גם בתחום עבירות ההמרדה. יסודה העובדתי של העבירה לפי סעיף 134 (לפי איזו מחלופותיה) כולל רכיב התנהגותי (מעשה המתייחס לפרסום) ורכיב נסיבתי (שבפרסום "יש כדי להמריד"). הדעת נותנת שדרגת חומרתו של המעשה, בעבירה מסוג זה, תיגזר מדרגת חומרתן של הנסיבות. כך, למשל, פרסום כרוז ממריד הקורא לרצח יסווג (על-פי הנסיבות) בדרגת חומרה גבוהה יותר מאשר פרסום כרוז ממריד הקורא לחרם פוליטי. מכאן שעל המבחן הקובע את

הזיקה, בין המעשה לבין הנסיבות, לשקף יחס ישר וסביר בין שני רכיבי היסוד העובדתי. קביעתה של זיקה זו על-פי מבחן הסתברותי תהפוך את היוצרות: פרסום ממריד הקורא לרצח הוא בעל סיכויים פחותים לגרום להמרדה מאשר פרסום ממריד הקורא להחרמה. החלת מבחן הסתברותי על העבירה של פרסומי המרדה תיצור ניגוד בלתי-מוסבר בין חומרת תוכנו של הפרסום הממריד לבין התוצאה. ככל שתוכנו של הפרסום יהיה חמור יותר, כך יתמעטו סיכויי התביעה לשכנע את בית המשפט בקיום הסתברות להתממשות הסיכון הנובע ממנו. תוצאה מוזרה זו תימנע אם נאמץ את מבחנה המוצע של באת-כוח המדינה. לשיטה זו, התיבה "שיש בו כדי להמריד" מכוונת לתוכנו של הפרסום, ולא למידת ההסתברות שהפרסום יגרום להמרדה. יצוין כי גם השופט גולדברג (כמבואר בפסקה 22 לפסק-דינו) אינו נדרש להחלתו של מבחן הסתברותי על העבירה של פרסומי המרדה; ואני מקווה כי עלה בידי לחזק את עמדתו של חברי בנקודה זו בנימוק נוסף.

"המרדה"

9. אפנה עתה להיקפה של "המרדה". כאמור בפתח הדברים, נושא זה ניצב ביסוד המחלוקת לפני ערכאות קמא ולפנינו; ובו מתמקדת המחלוקת העיקרית ביני לבין חברי השופט גולדברג.

10. הגדרת עניינו של פרק ח' לחוק העונשין, כלשון כותרתו של הפרק, ב"פגיעות בסדרי המשטר והחברה". סימן א' לפרק זה, המונה את הסעיפים 133-144, נושא את הכותרת "המרדה". הגדרת המושג "המרדה" נלמדת, בעקיפין, מהגדרת המושג "להמריד" שבסעיף 136 לחוק. וכך מורה סעיף 136:

"המרדה - מהי"

136. לענין סימן זה, "להמריד" הוא אחת מאלה:

- (1) להביא לידי שנאה, בוז או אי-נאמנות למדינה או לרשויות השלטון
- או המשפט שלה שהוקמו כדין; (2) להסית או לגרות את יושבי הארץ שינסו להשיג, בדרכים לא כשרות, שינויו של דבר שיסודו בדין;
- (3) לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב תושבי הארץ;
- (4) לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין".

"המרדה" עשויה, איפוא, להתבטא בכל אחת מארבע החלופות המנויות בסעיף 136. בכתב האישום שהוגש נגד המערער לא נאמר, בגדר איזו מחלופות אלו, כלולים המעשים (החזקת הכרוז והפצתו) שבעטיים הובא המערער לדין. אך במהלך כל הדיון כולו, לפני הערכאות קמא ולפנינו, השליכה התביעה את יהבה - ביחס לשתי העבירות בהן האשימה את המערער - על חלופת הרביעית של ההגדרה. לאמור, כי "להמריד", במשמעות שיוחסה למערער, הוא: "לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין". מה פירושה של

"המרדה" על-פי החלופה האמורה? מן ההשוואה בין ארבע חלופותיה של הגדרת המרדה עולה, כי חלופתה הרביעית של ההגדרה שונה משלוש קודמותיה בדבר עיקרי אחד: בעוד ש"להמרד" על-פי שלוש החלופות הראשונות מתייחס לפעילויות המכוונות לפגוע, במישרין או בעקיפין, במדינה ובמוסדותיה החוקיים, הרי ש"להמרד" על-פי החלופה הרביעית מתייחס לפעילות שאינה מכוונת (אף לא בעקיפין) נגד רשויות השלטון, אלא מכוונת לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסיה. באת-כוח המדינה טענה לפנינו, כי פגיעה בחלק מן האוכלוסיה, שיש בה משום הפרה של ערכי היסוד של החברה, אף היא מסכנת את יציבות המשטר במדינה. כך, למשל, הטלת דופי בחלק מן האזרחים, על רקע השתייכותם לקבוצה חברתית מסוימת, עלולה לפגוע בקיום השוויון שבין כל האזרחים. הואיל והשוויון מהווה אחד מנדבכי ההסכמה החברתית, אשר עליה מושתתת שיטת המשטר הדמוקרטי, הפרת השוויון עלולה לערער את יציבות המשטר. עבירות המרדה נועדו להגן על רשויות השלטון שהוקמו ופועלות כדין. מכאן הצורך המוצדק להגדיר כעבירת המרדה גם התנהגות שמעיקרא אינה מכוונת נגד רשויות השלטון אך העלולה - על דרך פגיעה עקיפה בערכי היסוד של החברה - לערער את יציבותן, או לגרום נזק ממשי לשיטת המשטר.

11. מהו, איפוא, פירושה של המרדה על-פי חלופתה הרביעית של ההגדרה? נקודת המוצא לפרשנות היא לשון החוק. ולשונו של סעיף 136(4) בוודאי מתיישבת (ודומה כי אף תומכת) באימוץ עמדתה הפרשנית של באת-כוח המדינה. השאלה היא אם פירוש זה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק ועם עקרונות היסוד.

השופט גולדברג משיב לשאלה זו בשלילה. לדידו, הדרך הפרשנית עליה מורה לנו סעיף 34כא לחוק העונשין היא דו-שלבית: בשלב הראשון יש לאתר את הפרשנויות המקיימות את תכליתה של הנורמה האוסרת; ובשלב השני יש לבחור, מבין פרשנויות אלו, את זו שמקלה עם הנאשם. בפרשנות נורמה פלילית, אומר השופט גולדברג, יש לבדוק מהו הערך החברתי המוגן על ידי האיסור הפלילי, ומהי מידת ההגנה שראוי להעניק לאותו ערך. את מידת ההגנה יש לקבוע בשקילת הערך המוגן אל מול החירות שאותה מגבילים כדי להגן על אותו ערך. לגישת השופט גולדברג, הערך המוגן בעבירת המרדה הוא מבנה המשטר הדמוקרטי. לדמוקרטיה יש שני איפיונים - מבני ותוכני; ועבירת המרדה באה להגן רק על **מבנה** המשטר, ולא על **תכניו**. השופט גולדברג אינו שולל את האפשרות שפגיעה בערכי הדמוקרטיה תסכן את מבנה המשטר. כך, למשל, בהתייחסו לטענה בדבר קיום קשר בין הפרת עקרון השוויון לבין יציבות המשטר מציין השופט גולדברג (בפיסקה 17 לפסק-דינו), כי קריאה ליחס שונה אל הזולת, על רקעה של שונות קבוצתית (מינית, דתית או גזעית), עלולה לשבש את הסדר הציבורי, להביא לתסיסה חברתית, ובכך גם לסכן את יציבות המסגרת האירגונית. אולם - ובכך, לדעתו, העיקר - "חפיפה אשר כזו אינה הכרחית, והיא תלויה במידת יציבותה של המסגרת האירגונית, במידת הטמעתו של ערך השוויון בחברה, ובעוצמת השסעים החברתיים". משמע, ככל שהדמוקרטיה יותר יציבה, פוחתת

הסכנה הנשקפת לה, ואף הצורך להגביל את חופש הביטוי בשל הצורך להגן עליה, אף הוא פוחת. בישראל המשטר הדמוקרטי איתן ויציב, ועל כן יש לפרש את האיסור על המרדה בצמצום. כנגד תופעות פסולות של פגיעה בשוויון ניתן להתמודד באמצעות העבירות הספציפיות (כגון, עבירת ההסתה לגזענות), בעוד שאישום בהמרדה יהיה מוצדק רק כאשר הפגיעה בשוויון מתמזגת בפגיעה ביציבות המשטר.

עבירות המרדה - צמצום סטאטוטורי

12. עבירות ההמרדה, מעצם טבען, פוגעות (ולמצער, עלולות לפגוע) בחירות העשייה הפוליטית ובחופש הביטוי. אך המחוקק, שהיה מודע להכבדה שעבירות אלו עלולות לגרום, קבע סייגים לתחומי התפרסותן וכן לאפשרות להפעילן הלכה למעשה. כוונתי, בראש ובראשונה, לסעיפים 138 ו-135 (בסדר זה) לחוק העונשין, אך חשיבות לא-מבוטלת, בהקשר האמור, הנני מייחס גם להוראת סעיף 34 לחוק, הקובע את דינם של "זוטי-דברים". אתייחס, תחילה, להוראות אלו. בהמשך הדברים אשוב להסביר מדוע אין בידי לקבל את עמדת השופט גולדברג ביחס להגדרת היקפה של המרדה כמשמעה בסעיף 136(4) לחוק העונשין.

13. סעיף 138 לחוק העונשין, שבו אפתח, קובע לאמור:

"בקורת ותעמולה חוקיות"

138. אין רואים מעשה, נאום או פרסום כהמרדה, אם מגמתם אינה אלא אחת מאלה:
 (1) להוכיח שהממשלה הוטעתה או טעתה במעשה שעשתה;
 (2) להוקיע טעויות או פגמים בדיני המדינה או בסדריה, או במוסד ממוסדותיהם שהוקמו כדין, או בסדרי השלטון והמשפט, והכל כדי להביא לידי תיקון הטעויות או הפגמים;
 (3) לשכנע את אזרחי המדינה או יושביה שינסו להביא בדרכים כשרות לשינוי דבר שישודו בדיון; (4) להוקיע, מתוך מגמה לסלק, דברים המעוררים או העלולים לעורר מדנים או רגשי עוינות בין חלקים שונים של האוכלוסין".

סעיף 138 מורה איפוא כי "מעשה, נאום או פרסום" לא ייחשבו כהמרדה, "אם **מגמתם** אינה אלא אחת מאלה". הסעיף מסייג את תחולת העבירה, לא על-פי מהות המעשה או תוכן הנאום או הפרסום, אלא על-פי מגמתו של העושה, הנאום או המפרסם. הבחנה בין מעשים מותרים לאסורים, לפי המטרה שלשמה נעשו, קיימת, כזכור, גם בגדר סעיף 133 לחוק העונשין. סעיף 133 קובע כי מעשה ייחשב לעבירה אם הוא נעשה "לשם המרדה", כאשר משמעות המונח "המרדה" נלמדת מסעיף 136. סעיף 138, להבדיל מסעיף 133, אינו אוסר מעשים, אלא מכשיר מעשים, אשר לולא הוראתו היו נופלים בגדר האיסור. בכך הוא משלים את הוראתו של סעיף 133. מן השילוב עולה, כי מעשה (לרבות פרסום) ייחשב כעבירת המרדה לפי סעיף 133 רק אם המטרה שלשמה נעשה מופיעה בסעיף 136 ואינה מופיעה בסעיף 138.

סעיף 138 מסייג גם את היקף תחולתן של העבירות הקבועות בסעיף 134. היקף פריסתן של עבירות אלו, שעניינן בפרסומי המרדה, נגזר, כפי שכבר הוסבר, לא מיסודן הנפשי של העבירות (שלשיכלולן די במודעות), אלא משני רכיבי יסודן העובדתי: הרכיב ההתנהגותי (פרסום, הדפסה, שיעתוק, יבוא או החזקה) והרכיב הנסיבתי (כי הפרסום, שאליו התייחסה ההתנהגות, "יש בו כדי להמריד"). אך הוראת סעיף 138 מצמצמת את תחום פריסתן של העבירות הקבועות בסעיף 134; והצמצום הוא בתחום היסוד הנפשי. לאמור: גם אם ההתנהגות והנסיבות נופלות בגדר עבירה על פי איזו מחלופותיו של סעיף 134, לא יישא העושה באחריות לעבירה, אם עשה מה שעשה לאחת המגמות שפורטו בסעיף 138. מן האמור עולה, כי סעיף 138 מצמצם את תחומי פריסתן של עבירות ההמרדה, צמצום שאינו של מה בכך.

14. בשונה מסעיף 138, המסייג את עבירות ההמרדה במישור המהותי, הוראת סעיף 135 מטילה סייגים דיוניים על האישום וההרשעה בעבירות אלו. וכך מורה סעיף 135:

"סייגים לאישום ולהרשעה"

135. (א) לא תוגש תביעה פלילית על עבירה לפי סעיפים 133 או 134 אלא תוך ששה חדשים מיום שנעברה, ולא ייתבע אדם לדין על עבירה כאמור אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה בכתב.
(ב) לא יורשע אדם בעבירה לפי סעיפים 133 או 134 על פי עד אחד באין סיוע לעדותו".

הסעיף קובע שלושה סייגים שונים. פועלו המעשי של סעיף 135(א), רישה, הוא בקביעת תקופת התיישנות מיוחדת לעבירות המרדה. בהשוואה לעבירות אחרות מסוג פשע, המתיישנות רק מקץ עשר שנים (סעיף 9(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982), תקופת התיישנות על עבירות המרדה היא קצרה להפליא. לא זו אף זו: הכללים הרגילים למניית תקופת התיישנות, שמרוצתה עשויה להיקטע ולהתחדש, אינם חלים כאן. המועד להגשת אישום בעבירת המרדה נמנה מיום שנעברה העבירה. משחלפו שישה חודשים ממועד זה, ולא הוגש אישום, פוקעת האפשרות להגישו. הסייג השני, הקבוע בסעיף 135(א) סיפה, מבטיח פיקוח-על של היועץ המשפטי לממשלה עצמו על הגשת כתבי אישום בעבירות המרדה. מטרת ההוראה אינה רק להעלות את רמת הבדיקה והאחריות לדרג היותר גבוה במערכות התביעה הכללית, אלא גם להבטיח שהגשתם של כתבי אישום בסוג זה של עבירות תישקל על-פי אמות-מידה אחידות ותתבסס על שיקולים של מדיניות תביעתית כוללת ומוסמכת. הסייג השלישי, עליו מורה סעיף 135(ב), משתייך לתחום דיני הראיות. על-פי סייג זה, אין להרשיע אדם בגין המרדה על-פי עדותו של עד אחד, אלא אם יש לעדות זו

"סיוע". ואין צריך לומר כי שלילת אפשרות ההרשעה לפי עדות יחידה ללא סיוע, מהווה מחסום נוסף בפני הטלת אחריות פלילית בעבירות המרדה.

15. נראה שסייגיו המהותיים של סעיף 138 וסייגיו הדיוניים של סעיף 135 מספקים ערובה מספקת להבטחת חופש הביטוי של הפרט והציבור ולהגנת הפרט מפני הגשתו של אישום בלתי-ראוי בעבירת המרדה. על כל פנים, סעיף 34 לחוק מעמיד לרשות בית המשפט כלי נוסף לשלילת האשמה, אם נוכח שהגשת האישום מנוגדת לאינטרס הציבורי. סעיף 34 קובע:

"זוטי-דברים"

34ז. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך".

סעיף 34 מבטא כלל חשוב בדיני העונשין, לפיו "החוק אינו עוסק בזוטות": **"de minimis non curat lex"**. הרציונל שביסוד כלל זה הוא שקיימים מקרים שבהם, למרות שמבחינה טכנית התקיימו יסודות העבירה, אין זה ראוי להטיל על אדם אחריות פלילית בגין מעשהו. אכן, שלא כסעיפים 138 ו-135, סעיף 34 אינו מיוחד לעבירות המרדה. הוא כלול בחלקו הכללי של חוק העונשין, נמנה עם חידושיו של תיקון מס' 39 לחוק, ומתייחס לכל העבירות הפליליות. אך בתחום עבירות המרדה נודעת לו חשיבות מיוחדת. הסעיף מפרש ארבעה שיקולים, שבהם יש להתחשב בבחינת השאלה אם המעשה נשוא האישום הוא קל-ערך: טיב המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי. משקל מיוחד, בעבירות המרדה, יש לקיומו של האינטרס הציבורי; כי בעוד שברוב העבירות האחרות יסתפק בית המשפט בבדיקת השאלה אם היה אינטרס ציבורי להגיש את האישום, הרי שבעבירות המרדה ייטה, בראש ובראשונה, לבחון, שמא האינטרס הציבורי חייב **שלא להגיש** את האישום, בהיות הגשתו **מנוגדת** לזכות חופש הביטוי. גם נסיבות המעשה עשויות להיות רלוואנטיות: טול, למשל, אישום בעבירה לפי סעיף 133 שהוגש בשל מעשה (או פרסום) שנעשה "לשם המרדה". ליצירת האחריות, כפי שכבר הוסבר, די ביסוד המחשבה הפלילית ("מטרה"). אך אם המעשה (או הפרסום) אינו בעל אופי ממריד, ניתן יהיה לקבוע - על-פי סעיף 34ז - כי המעשה, לאור נסיבותיו, הוא קל-ערך ואינו מצדיק הרשעה בדין. נמצא שהחדרת הדרישה הנסיבתית לסעיף 133 אינה צריכה להיעשות בדרך פרשנית, כאשר החוק קובע לכך את דרך המלך. ולבסוף: בגדר סעיף 34ז ניתן להתחשב גם בתוצאות המעשה, אף שגם אלה אינן מיסודותיהן של עבירות המרדה.

צמצום פרשני לפי גישת השופט גולדברג

16. עמדתי על הוראות הסעיפים 138, 135 ו-34ז לחוק העונשין. כל אחד מאלה, בדרכו שלו, מצמצם את תחומי התפרסותן של עבירות ההמרדה. השאלה היא, אם לעבירות ההמרדה, ולמצער למושג "המרדה" כמשמעו בסעיף 136(4), נדרש גם צמצום "פרשני"? תשובתי לשאלה זו היא בשלילה. שלושת הסעיפים עליהם עמדתי מבטיחים איזון ראוי בין האינטרסים המוגנים על-ידי האיסורים על המרדה לבין החירויות בהן פוגעים איסורים אלה.

השופט גולדברג מציע פרשנות מצמצמת למושג "המרדה" כמשמעו בסעיף 136(4) לחוק. עליי, כאמור, מקובלת עמדתה של המדינה, המבקשת להבחין בין המרדה כמשמעה בשלוש חלופותיו הראשונות של סעיף 136 לבין המרדה כמשמעה בחלופתו הרביעית. לעמדה זו, כפי שכבר ציינתי, מצוי עיגון ממשי בלשונו של הסעיף. אין בידי להסכים, כי עמדת המדינה מגלמת פרשנות שהיא רחבה מן הדרוש להשגת תכליתה של העבירה; וכשלעצמי אני אף סבור, כי צמצום פרשני בהיקפה של "המרדה" - ברוח המוצע על-ידי השופט גולדברג - יוביל, בפועל, לריקון הוראתו של סעיף 136(4) מתוכנה הממשי. עם זאת, אבקש להתייחס לעמדתו של חברי, לגופה, בשלוש נקודות עיקריות: הגדרת הערך המוגן; מבחן "הכרחיות הפגיעה"; ודבר איתנותה הבלתי-מעוררת של הדמוקרטיה הישראלית.

"הערך המוגן" והגנה לערכים

17. השופט גולדברג קובע, כי עבירת ההמרדה נועדה להגן על המשטר הדמוקרטי; ולכך, כמובן, אני מסכים. אך השופט גולדברג מוסיף וקובע, כי הערך המוגן על-ידי העבירה הוא רק **מבנה** המשטר הדמוקרטי, אך לא תכניה וערכיה של הדמוקרטיה. והבחנה זו - בין מבנה המשטר לבין הערכים החברתיים הניצבים ביסודו - אינה מקובלת עליי. ראשית, לאור המתחייב מהוראתו המפורשת של סעיף 136(4). שהרי, להבדיל משלוש חלופותיו הראשונות של סעיף 136, העוסקות בפעילויות המכוונות לפגוע ברשויות השלטון, הוראת סעיף 136(4) עוסקת בפעילויות שאינן מכוונות נגד רשויות השלטון, אלא נגד חלק מן האוכלוסיה ומטרתן לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסיה. ודחיקתן של פעילויות כאלה אל מחוץ למסגרתו המוגדרת של הערך המוגן על-ידי עבירת ההמרדה תרוקן מתוכן את הוראתו של סעיף 136(4). שנית - ובכך, אולי, העיקר - כשלעצמי איני סבור כי הבחנה כזאת היא אפשרית או רצויה. שהלוא ביסוד מבנהו של המשטר הדמוקרטי ניצבים ערכי הדמוקרטיה; בכללם ערכי ההסכמה החברתית עליה מבוסס הקיום בצוותא של קבוצות חברתיות שונות במסגרת אירגונית פוליטית אחת. אם מבקשים להגן על מבנה המשטר, יש להגן גם על יסודותיו; והעמדתם בחזקת סכנה של ערכי-יסוד, עליהם מושתתת הדמוקרטיה, מסכנת גם את מבנה המשטר.

השופט גולדברג אומר, שלמניעת פגיעה בערכי יסוד חברתיים נועדו עבירות אחרות. כך, למשל, נגד השתלחות בקבוצה מן האוכלוסייה, הפוגעת בשוויון, ניתן להתמודד באמצעות העבירה של הסתה לגזענות. אני מסכים שעל פרסום שמטרתו להסית לגזענות ניתן להאשים בעבירת הסתה לגזענות. אך אינני סבור, כי האיסורים על גזענות באו למעט את היקף תחולתה של עבירת ההמרדה במשמעות האמורה בסעיף 136(4). יצוין, כי בטרם הוחק (בשנת תשמ"ו) סימן א' לפרק ח' לחוק העונשין, אשר הוסיף לחוק את מסכת האיסורים המיוחדים על מעשים ופרסומים גזעניים, נתפסו סעיפים 134(א) ו-136(4) לחוק כבסיס נורמאטיווי נאות להעמדתם לדין של מסיתים הפועלים ממניעים גזעניים (השוו: בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, דברי השופט ברך בעמ' 313). אכן, התגברות תופעת הכהניזם בחברתנו הניעה את המחוקק ליזום מהלכים חקיקתיים מיוחדים למלחמה בגזענות (על הרקע החקיקתי ראו פסק-דין בפרשת אלבה, בפיסקאות 9-13). אך הוספתן של העבירות החדשות לא גרעה מהיקף פריסתן של העבירות הקיימות. בצדק ציינה באת-כוח המדינה, שקיום חפיפה (חלקית, ואפילו מלאה) בין יסודותיהן של עבירות אינה ייחודית ליחס שבין עבירת ההמרדה, כמשמעה בסעיף 136(4), לבין עבירת ההסתה לגזענות. יחס זה מוכר גם בקרב צמדי-עבירות אחרות, ואין איזו מן העבירות מייטרת את חברתה.

18. לא נעלם ממני, כי בפרשנותו המוצעת להצרת גבולות האיסור על המרדה מבקש השופט גולדברג לצמצם ולהגביל, ככל האפשר, את גדרן של עבירות אלו, משום הפגיעה הכרוכה בהן לחופש הביטוי. אלא שאת הצמצום גוזר חברי על איסור ההמרדה, כמשמעה בסעיף 136(4), החופף בעיקרו את האיסור על הסתה לגזענות; ולשיטתי, לאיסור על הסתה לגזענות ולחופש הביטוי אין ולא כלום. כפי שציינתי בפסק-דין בפרשת אלבה (בפיסקה 24), "הביטוי הגזעני אינו נמנה עם צורות הביטוי הפוגעניות, המרגיזות או המקוממות, שעל חברה חופשית להשלים עם קיומן, חרף סלידתה מפניהן. הביטוי הגזעני הוא חריג. הוא מצוי מחוץ לגדריה של תפיסת העולם הדמוקרטית ושערי חופש הביטוי נעולים בפניה". כאז כן עתה, זאת דעתי. הנה כי כן, כפי שמסביר פרופ' קרצ'מר, גזענות אינה תפיסת עולם פוליטית המעוררת מחלוקת, אלא האידיאולוגיה האחת והיחידה שהמשפט הבינלאומי הוציא אותה אל מחוץ לחוק (**David Kretzmer, "Freedom of Speech and Racism", 8 Cardozo L. Rev. 445 (1987) at p. 458**). הווי אומר: ככל שאכן נכון ומוצדק להגביל את היקף פריסתם של איסורי ההמרדה האחרים, משום פגיעתם בחירות העשייה הפוליטית ובחופש הביטוי, אין כל צידוק בהצרת גבולו של האיסור "לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין", כמשמעו בסעיף 136(4) לחוק. יפים לכאן דברי נשיא בית המשפט העליון של קנדה, השופט דיקסון (Dickson C.J.), בנימוקיו לדחיית הטענה, כי זכות היסוד לחופש ביטוי, על-פי סעיף 2(b) של הצ'רטר הקנדי בדבר

זכויות וחירויות (THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS), עומדת למי שהוכחה
 אשמתו בהתבטאות אנטישמית על רקע גזעני:

"I am very reluctant to attach anything but the highest importance to expression relevant to political matters. But given the unparalleled vigour with which hate propaganda repudiates and undermines democratic values, and in particular its condemnation of the view that all citizens need be treated with equal respect and dignity so as to make participation in the political process meaningful, I am unable to see the protection of such expression as integral to the democratic ideal so central to s. 2(b) rationale" (R. v. Keegstra [1991] 2 W.W.R. 1, 56-57).

דברים אלה מבטאים היטב את הרעיון שהסתה לגזענות, בהיותה זרה לרעיון הדמוקרטי, אינה יכולה לחסות בצלו של חופש הביטוי.

מבחן "הכרחיות הפגיעה"

19. השופט גולדברג, כפי שנוכחנו, אינו שולל את האפשרות, שקריאה ליחס שונה אל הזולת, על רקעה של שונות קבוצתית, עלולה לשבש את הסדר הציבורי, להביא לתסיסה חברתית, ובכך גם לסכן את יציבות המשטר הדמוקרטי. אך בכך, לדעתו, אין כדי להרחיב את גדרו של הערך המוגן באופן שזה יכלול, לא רק את ההגנה על מבנה המשטר, אלא גם את ההגנה על הערכים החברתיים שעליהם הוא מיוסד. טעמו לכך הוא, כי בין פגיעה בערכי החברה לבין סיכון רשיויות ומוסדות השלטון אין **קשר הכרחי**. כדבריו (בפסקה 17 לפסק-דינו): "חפיפה כזו אינה **הכרחית** (ההדגש שלי - א' מ') והיא תלויה במידת יציבותה של המסגרת האירגונית, במידת הטמעתו של ערך השוויון בחברה, ובעוצמת השסעים החברתיים". להלן הוא מוסיף, כי הפעלת עבירות ההמרדה נגד הפוגעים בשוויון עשויה להיות "מוצדקת רק כאשר מתמזגת הפגיעה בשוויון בפגיעה ביציבות המשטר". אני סבור, כי בענייננו אין כל מקום להיזקק למבחן "הכרחיות" הקשר, בין הפגיעה בערכים לבין הפגיעה במבנה המשטר; לא כאבן-בוחן פרשנית לקביעת גדרו של הערך המוגן, ולא כאמת-מידה להסתברות של פגיעה זו או אחרת. עבירות ההמרדה, כפי שמסכים גם השופט גולדברג, הן עבירות התנהגות. שיקולן אינו מותנה בהתרחשות תוצאה כלשהי, ואף לא בקיום הסתברות להתממשותו של סיכון פוטנציאלי. הפליליות טבועה בהתנהגות עצמה. ההחלטה בשאלה, אם מוצדק להעמיד לדין את מי שעשה מעשה לשם המרדה, או

פירסם דבר שיש בו כדי להמריד, עשויה וצריכה להתבסס, בין היתר, גם על שיקולים הכרוכים בתוצאותיה, הממשיות או המסתברות, של ההתנהגות. אך לאלה ולהגדרת תחומיו של האיסור אין ולא כלום.

יציבות המשטר ואיתנות הדמוקרטיה

20. בהנמקתו לצמצומה הפרשני של "המרדה" עומד השופט גולדברג גם על מידת ההגנה שמוצדק, לדעתו, להעניק לערך המוגן. בהקשר זה מטעים הוא את דבר יציבותה ואיתנותה של הדמוקרטיה הישראלית. פגיעה בחלק מן האוכלוסיה עלולה, אמנם, לשבש את הסדר הציבורי ולגרום לתסיסה חברתית. אך, לדידו, אין מקום לחשוש שפגיעה מסוג זה, בתנאיה של מדינת ישראל, תעמיד בסכנה את יציבות המשטר הדמוקרטי. כדבריו (בפיסקה 18 לפסק-דינו), "ואך מובן הוא כי לעת הזאת כשעקרונות המשטר הדמוקרטי היכו שורשים במדינת ישראל, אין לראות כל חשש ליציבות המשטר אם רמת הסיבולת, ככל שמדובר בחירות העשייה ובחופש הביטוי, תהא גבוהה". בשולי הדברים הללו אבקש לרשום הערת אזרה.

21. הדמוקרטיה הישראלית חזקה כיום משהיתה עם קום המדינה. ערכים דמוקרטיים, אשר זכו להגנה מועטה בלבד, התבססו והתחזקו. במשך עשרות שנים נמשכה המגמה של ביסוס, חיזוק והרחבת המסגרת הדמוקרטית של המדינה. הישג זה מומש, בעמל רב, בפעילות חברתית וחינוכית. גם החוק והמשפט תרמו את חלקם. המחוקק הישראלי חוקק, מחד, חוקי-יסוד המגינים על חירויות היסוד של האדם, ומאידך - איסורים, פליליים וחוקתיים, המיועדים להגן על הדמוקרטיה. גם בית המשפט אמר את דברו. כל מי שחובתם בכך, ואחרים לצידם, חברו יחדיו על-מנת להעלות את קרנה ורמתה של הדמוקרטיה במדינת ישראל. מלאכתם צלחה בידם; ועל כך גאוותנו. אלא מאי? קיימת הנחה, שלעתים היא מפורשת ולעתים מובלעת, כי מגמת השינוי במירקם היחסים החברתיים בין כלל אזרחי המדינה - המבוססת על ההכרה המשותפת בערכי הדמוקרטיה והמטפחת מידות טובות של פתיחות וסובלנות - היא קבועה. מתוך שהדמוקרטיה הישראלית התחזקה והלכה, במהלך עשרות השנים הראשונות לקיום המדינה, מן הסתם מוסיפה היא ועוד תוסיף להתחזק גם בעתיד. כשלעצמי, הייתי נוטה להיזהר בהנחה זו. אכן, כוכבו של התהליך הדמוקרטי זרח על המדינה מימיה הראשונים ואורו התחזק והלך. אך המשכו של תהליך מבורך זה, שהוא בוודאי משאת-לבו של כל מי שהוא אזרח נאמן ואדם הגון, אינו חסר סיכונים. סימנים ראשונים לקיומם של זרמים אנטי-דמוקרטיים בחברה הישראלית ניכרו, עם הופעת הכהניזם, לפני כעשרים שנה, ותוך שנים אחדות התעצמו. היחלצותם של המחוקק ובתי המשפט אפשר שהובילה להאטת התפשטותה של התופעה. אך התופעה, גם אם הואטה, טרם נעלמה מחיינו. לדמוקרטיה הישראלית קמו אויבים מרים מבית. אחד מאלה טבח עשרות מתפללים מוסלמים בעת תפילה. אחר רצח את ראש ממשלת ישראל. אסור שאותות מבשרי רעות מעין אלה ירפו את אמונתנו בחוסנו המוסרי כחברה חופשית. אך גם אין להתעלם מקיומם. האיסורים הפליליים על המרדה, כמו האיסורים הפליליים על

גזענות, נועדו להגן על הדמוקרטיה שלנו מפני מהרסים ומחריבים מבית; ואינני רואה כל יסוד לחשוש שהפעלתם ככתבם - כל עוד תיעשה בשיקול-דעת נאות ובמינון שאינו עולה על הנדרש - עלולה להשיג תכלית הפוכה ולפגוע בחופש הביטוי.

22. פרופסור ש"ז פלר פתח את ספרו "יסודות בדיני עונשין" במלים הבאות:

"דיני העונשין בכלל ודיני העונשין של כל מדינה בפרט משקפים את צרכי החברה המאורגנת להגן על הערכים החיוניים לתיפקודה התקין ולהתפתחותה הרצויה, בהתאם לתפיסות החיים על-פיהן היא מונהגת **בתקופה נתונה**" (פלר, שם, כרך א' תשמ"ד, עמ' 1) (ההדגש שלי - א' מ').

הנה כי כן, בקביעת היקפו של האיסור הפלילי יש להתחשב, בין השאר, בתפיסותיה של החברה. אם תפיסות אלה משתנות - שינוי של ממש, ולאורך זמן - עשוי הדבר להוביל לשינוי גם בקביעת ובהבנת משמעותו של האיסור הפלילי. לכך, כמדומה, מסכים גם השופט גולדברג. כדבריו (בפיסקה 8 לפסק-דינו):

"נקודת האיזון בין האינטרסים אינה 'קפואה', והיא עשויה להשתנות עם שינוי העתים. כך מובטחת התאמתו של הדין הפלילי לצרכי החברה. גמישות זו מביאה לכך שהוראות הדין הפלילי יספקו את ההגנה הדרושה על פי צרכי החברה האקטואליים".

היו זמנים בהם יכולנו להשליך את יהבנו על עוצמתה הפנימית של הדמוקרטיה שלנו, ולא נדרשנו לגונן עליה באמצעים חוקיים. אך הימים שוב אינם כשהיו. רק ארבע-עשרה שנים חלפו מאז שפרופ' יצחק זמיר כתב את הדברים הבאים:

"ניקח כדוגמא מקרה קיצוני, כאשר כרזה, כרוז או נאום קוראים לאיש ציבור בשם רוצח, בשל מדיניות שהוא נוקט בענייני חוץ או בטחון. ... אפשר לחשוש שהתבטאות כזאת תפעל כהסתה ואולי תשמש תירוץ, בידי קנאי מופרע, או סתם מופרע, לתגובה אלימה נגד מי שאומרים עליו כי הוא רוצח. ...

אכן, מצד אחד אי-אפשר לומר בבטחון כי דיבורים קיצוניים כאלה, בין אם קוראים להם אלימות מילולית ובין אם קוראים להם אחרת, לא יובילו להקצנה שסופה אלימות גופנית. אך מן הצד השני גם אין לומר שקיימת אפשרות קרובה כי דיבורים קיצוניים כאלה הם שהובילו או יובילו לאלימות גופנית במקרה מסויים או בדרך כלל. ...

אפשר לומר, בסיכום, כי אלימות מילולית, גם כאשר היא מעוררת חשש שמא תוביל בסופו של דבר לאלימות גופנית, אין די בה להפעלת המשטרה ובתי-המשפט. על-פי המבחן המשפטי הראוי ועל-פי שיקולים של טובת הציבור, חשש בעלמא, שעל-פי רוב אינו יוצא מן הכוח אל הפועל, אינו מספיק כדי להעניש אדם על דברים שאמר או כתב. רק

במקרים קיצוניים, כאשר אלימות מילולית יוצרת סכנה ברורה ומיידית לשלום הציבור, יביא מאזן השיקולים לידי החלטה להעמיד אדם לדין פלילי.

... הלוואי שלא ישתנו התנאים בישראל ונוכל להמשיך ולהתמיד במדיניות הקיימת..."

(י' זמיר, "חרות הביטוי כנגד לשון הרע ואלימות מילולית" ספר **זוסמן** (ירושלים תשד"ם) 149, 157-158).

קריאת דברים אלה היום אינה מותירה מקום לספק: מעשה שזה לא מכבר ניתן היה להתייחס אליו, בחיבור עיוני, כאל אפשרות רחוקה, כמעט דימוינית, הפך לעובדה היסטורית מחרידה. "הלוואי שלא ישתנו התנאים בישראל ונוכל להמשיך ולהתמיד במדיניות הקיימת", כתב המחבר בסיכום מאמרו. אך הזמנים השתנו והרוחות הרעות המנשבות בתוכנו הן יותר מרוחות שעה חולפות שבית המשפט, כדרכו, נוטה להתעלם מהן. לפני כעשור שנים דן בית משפט זה, מספר פעמים, בפרשיות הקשורות במאיר כהנא, אביו של המערער. באחד מאותם מקרים התייחס השופט ברק לדברי השופט נתניהו, כי "המשטר הדמוקרטי שבו אנו חיים במדינתנו איתן הוא דיו כדי לשאת גם מחזה קלוקל ונפסד כמחזה שלפנינו" (בג"צ 14/86 **לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא(1) 421, בעמ' 444). וכך אמר השופט ברק:

"אכן, רק אם הגישה היא, כי בשל שינוי הנסיבות שוב אין הערכה זו תואמת את המציאות, וכי הדמוקרטיה שלנו אינה חסונה מספיק לשאת את חופש הביטוי וכי יהא די בגפרור של שנאה כדי להדליק תבערה חברתית, רק אז ניתן יהא למנוע את חופש הביטוי" (בג"צ 399/85 **כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא(3) 255, בעמ' 295).

בטוחני, כי טרם התרחש שינוי כה קיצוני. הדמוקרטיה שלנו עודנה איתנה וחסונה. אך הכתובת על הקיר כבר ניבטת אלינו. איננו צריכים להמתין לרגע שבו "יהא די בגפרור של שנאה כדי להדליק תבערה חברתית". עלינו להיחלץ מבעוד מועד כדי למנוע את הגעתו. אכן, שעה קשה היא לדמוקרטיה, כאשר היא נאלצת להפעיל אמצעים עונשיים שמטרתם לשמור על הדמוקרטיה. אך לעתים עליה לעשות כן. הדמוקרטיה אמורה להיות מנת-חלקם גם של מי שאינם מאמינים בה. היא מחייבת סובלנות גם כלפי חסרי הסובלנות (ראה בג"צ 5106/96 **חורב נ' שר התחבורה** [טרם פורסם], פסקאות 102-103 לפסק-דינו של הנשיא ברק). אך הדמוקרטיה חייבת להתגונן ולהגן על ערכיה; ואין היא רשאית להתיר לחלק מבני החברה לנסות ולפגוע בזכויות ובחירויות היסוד של אחרים. בדמוקרטיה הישראלית קיימים יסודות המבקשים לזהמה בגזענות. כלפי אלה

מותר וראוי לדמוקרטיה לנהוג (כביטוי של השופט זוסמן) כ"דמוקרטיה מתגוננת" (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, בעמ' 390). הכלים הדרושים לכך הלוא הם מצויים בידינו. אל לנו להפריז בשימוש בהם; אך גם אל לנו לשומטם מידינו או לרוקנם מתוכם.

סיכום של דבר

23. המערער הפיץ כתב-שיטנה גזעני נגד המגזר הערבי בישראל. על-פי תוכנו - כתיאורו הקולע של חברי השופט גולדברג - אין זה, אמנם, אלא "כרוז אינפנטילי" שכל-כולו "דברי הבל". אך חוששני שזו תכונתם הרגילה של כתבי שיטנה גזעניים; שאילו ניחנו כותביהם ומפיצייהם בבגרות מחשבתית ובצלילות הדעת, לא היו כותבים ומפיצים אותם. אך פרסומי זדון גזעניים מן הסוג הזה, רדודים ועלובים ככל שיהיו, פוגעים בערכי היסוד של חברתנו. הם משחרים וחותרים בהתמדה לזריעת איבה ולגרימת מדנים בין יהודים לערבים, ומערערים את בסיס ההסכמה החברתית שעליה מושתתת שיטת המשטר שלנו. האיסור על המרדה, במשמעות האמורה בסעיף 136(4) לחוק העונשין, נועד להגן על ערכי הדמוקרטיה מפני פגיעות כאלה. במעשיו עבר המערער את העבירות שיוחסו לו בכתב האישום, ובדין פסק בית המשפט המחוזי (בשלב הערעור) להרשיעו בהן.

לוא נשמעה דעתי, היינו דוחים את ערעורו.

ש ו פ ט

הנשיא א' ברק:

מצטרף אני למסקנתו של חברי, השופט א' גולדברג, לפיה יש לקבל את הערעור ולזכות את המערער.

1. המערער הועמד לדין פלילי בגין עשיית מעשה המרדה (לפי סעיף 133 לחוק העונשין, התשל"ז 1977-; להלן - חוק העונשין) ובגין החזקת פרסומי המרדה (לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין). חברי, השופטים גולדברג ומצא חלוקים בדעתם, אם מצבים המכוסים על ידי העבירה של מעשה המרדה עשויים להיתפס גם על ידי העבירה של פרסומי המרדה. במחלוקת זאת איני נוקט כל עמדה, שכן לדעתי מן הראוי הוא לזכות המערער משתי העבירות גם יחד. אפתח בעבירה של פרסומי המרדה.

פרסומי המרדה (עבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין)

2. סעיף 134(ג) לחוק העונשין קובע:

"המחזיק, ללא הצדק כדון, פרסום שיש בו כדי להמריד, דינו - מאסר שנה אחת והפרסום יחולט".

סעיף 136 לחוק העונשין מגדיר המרדה מהי. עיון בסעיף 134(ג) לחוק העונשין מצביע על כך, שלסעיף זה יסוד עובדתי ויסוד נפשי. נעמוד על כל אחד מאלה.

היסוד העובדתי שבעבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין

3. היסוד העובדתי בעבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין מעוגן במשפט "המחזיק פרסום שיש בו כדי להמריד". העבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין אינה עבירה תוצאתית. היא עבירה התנהגותית. היא מורכבת משני רכיבים: האחד, רכיב התנהגותי. עניינו של זה הוא החזקה. אין מחלוקת כי רכיב זה התקיים בעניינו. הרכיב השני, הוא רכיב נסיבתי. עניינו של זה הוא "פרסום שיש בו כדי להמריד". הדיבור "פרסום" מוגדר - באמצעות המונח "פרסום" - בסעיף 34כד לחוק העונשין. אין מחלוקת בין הצדדים כי פרט זה התמלא בעניין שלפנינו. גדר הספיקות הוא באשר לרכיב הנסיבתי "שיש בו כדי להמריד". רכיב זה מורכב משני חלקים: "שיש בו כדי" ו"להמריד". נעמוד על כל אחד מאלה.

"שיש בו כדי"

4. הדיבור "שיש בו כדי" מעורר שתי שאלות: האחת, האם האופי הממריד של הפרסום צריך לנבוע מהפרסום עצמו, כפי שהוא מתפרש על רקעו, או שמא הפרסום עצמו יכול שיהא "תמים" לחלוטין, ואופיו הממריד בא לו מהמחשבה הפלילית המלווה אותו; השנייה, האם נדרש, כחלק מהיסוד העובדתי, כי תתקיים הסתברות - ואם כן מהו אופיה - בין הפרסום הממריד לבין אפשרות מימושו הלכה למעשה. תשובתי על שתי שאלות אלה היא בחיוב. אשר לשאלה הראשונה הנני סבור, כי לא כל פרסום, יהא תוכנו אשר יהא, המלווה במחשבה הפלילית הדרושה מגבש את היסוד העובדתי של העבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין. רק פרסום שמתוכו הוא, על רקע הקשרו, עולה ההמרדה עצמה, מקיים את היסוד העובדתי הנדרש. אעמוד על עניין זה בניתוח אותה בעיה בגדריו של סעיף 133 לחוק העונשין. אשר לשאלה השנייה, נקודת המוצא שלי הינה

כי הדיבור "שיש בו כדי" מצביע על משקלם של הדברים שהתפרסמו. משקל זה נקבע ביחס לכוחם להביא להגשמת ההמרדה. עניין לנו, איפוא, בדרישה הסתברותית. אכן, המשפט הפלילי אינו מכון כנגד מחשבות, תהיינה חורשות רע כאשר תהיינה. המשפט הפלילי מכון כנגד התנהגות שיש בה סיכון של פגיעה בערכים החיוניים לחברה. נדרש, איפוא, כי לדברים שפורסמו יהיה משקל מספיק כדי להשפיע על התממשותה של ההמרדה (השווה פלר, "עבירת רשלנות מכוח דין - נטע זר בתחום הפלילי", עיוני משפט יב 581, 591 (התשמ"ז)). משקל זה מבטא את כוחן של המלים להביא להתנהגות האסורה. הוא משקף את פוטנציאל ההשפעה שיש לתוכן הפרסום על ההמרדה. מהי הסתברות זו? האם די ב"נטיה רעה" של הפרסום לגרום להמרדה או שמא נדרשת "ודאות גמורה" כי ההמרדה אכן תתממש? שאלה זו אינה חדשה עמנו. מאז פרשת קול העם (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז' 871) אנו עוסקים בה. היא מתעוררת גם כאן, משום שעניין לנו בצורך לאזן בין הערך בדבר חופש הביטוי (פרסום דברים או החזקתם) לבין הערך בדבר שלום הציבור (מניעת המרדה). שני אלה מתנגשים בעוצמה רבה בגדריה של עבירת ההמרדה. שאלת המפתח הינה, מהו האיזון הראוי בהתנגשות זו?

5. חשיבותם של הערכים המתנגשים מובנת היא לכול. מחד גיסא עומד הערך של חופש הביטוי. ערך זה - שהוא גם חרות של הפרט וגם אינטרס של הכלל - הוא "ציפור נפשה של הדמוקרטיה" (השופט אגרנט בע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 435, 427); יש לו "מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם" (בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 398, 393 (להלן - פרשת לוי); הוא מהווה "זכות על", "עילאית" (השופט שמגר בע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295; השופט אגרנט בפרשת קול העם, עמ' 858); הוא "חלק בלתי נפרד מהאתוס המשפטי שלנו" (ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 201). בוודאי כך, כאשר הביטוי הוא בעל אופי פוליטי, העומד בלב ההגנה על חופש הביטוי.

6. מאידך גיסא עומד האינטרס הפרטי והציבורי בהבטחת שלום הציבור. אכן, זכויות האדם הן זכויותיו בחברה מאורגנת. אינטרס הציבור הוא כי חברה תשמור על בטחונה, שלמותה ושלום הציבור בה. חופש אינו הפקרות. חירות אינה אנארכיה. זכויות אדם אינן מרשם להתאבדות לאומית. חופש הפרט אינו מכשיר להרס התשתית החברתית (ראה פרשת לוי; בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169, 172; ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225; להלן - פרשת ניימן; בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 281; להלן - פרשת כהנא; בג"ץ 411/89 תנועת נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת ירושלים, פ"ד מג(2) 17). בוודאי כך כאשר הביטוי הפוגע

מסכן את אושיות החברה, פוגע באמון הציבור בתוקפו של ההסדר החברתי-משפטי, ופוגע בערכי היסוד של החברה.

7. כיצד נאזן בין ערכים מתנגשים אלה? איננו מחפשים איזון "אד-הוק". אנו מחפשים איזון בעל אופי עקרוני (פרשת קול העם, עמ' 881); אנו מחפשים "אמת מידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי" (השופט שמגר בד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 338, 361). אנו שואפים ל"נוסחת איזון", המאזנת בין הערכים המתנגשים על פי משקלם בנקודת החיכוך. אנו שואפים לאמת מידה כללית ואובייקטיבית (ראה בג"ץ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 284). אנו מבקשים לעצב נוסחת איזון המשקפת את יחסיותה של חירות הביטוי ואת מידת ההגנה הניתנת לה בחברה הישראלית (ראה בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיוס אינק נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22). מהי נוסחת איזון זו?

8. התשובה על השאלה - מהי נוסחת האיזון הראויה בין הערכים המתחרים - אינה פשוטה כלל ועיקר. ככל שנוסחת האיזון תהיה "מחמירה" יותר, כן תגבר ההגנה על חופש הביטוי וכן תקטן האפשרות להגן על שלום הציבור ואושיות החברה. ככל שנוסחת האיזון תהיה "קלה יותר", כן תגבר ההגנה על שלום הציבור ואושיות החברה, ותקטן ההגנה על חופש הביטוי. מכיוון שכל הערכים המתנגשים יקרים לנו, קשה היא ההכרעה. גדר הספיקות הוא בין מבחן הוודאות הקרובה (או הקרוב לוודאי) לבין מבחן האפשרות הסבירה (או הממשית). מבחן מחמיר יותר (כגון הסיכון האימננטי - ה-imminent lawless action) לא יתן הגנה מספקת לערכים שעבירת ההמרדה נועדה להגן עליהם. בוודאי כך אם אנו נצמצם את היקפה של העבירה לאותם מקרי המרדה הפוגעים במבנה המשטר וביציבותו. לעומת זאת, מבחן מקל יותר (כגון מבחן הנטייה הרעה - the bad tendency test) אינו מעניק לחופש הביטוי את ההגנה שהוא ראוי לה בחברה דמוקרטית. מבין שני המבחנים הבאים בחשבון - ודאות קרובה ואפשרות סבירה (או ממשית) - מהו המבחן הראוי?

9. קיימים נימוקים כבדי משקל לטובת מבחן הוודאות הקרובה. כפי שצויין בעבר, מבחן הוודאות הקרובה הוא מבחן חשוב שיש לבחון אותו בכובד ראש כמועמד אפשרי לתחולה בגדרי העבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין. מבחן זה מבטא נוסחה אשר "הועמדה על בסיס רעיוני רחב" (השופט לנדוי בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2411). היא הופעלה במספר רב של מקרים בהם נדרש איזון בין חופש הביטוי לשלום הציבור ובטחונו (ראה פרשת לוי, עמ' 409; בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצמזר הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617; בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456). אכן, באחת הפרשות עמדתי על כך כי מן הראוי הוא להפעיל את מבחן הוודאות הקרובה "בכל מקרה שבו הערך בדבר

חופש הביטוי מתנגש בערך אחר שניתן לראותו, במובן הרחב, כחלק משלום הציבור" (בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 690).

10. נימוקים כבדי משקל קיימים לטובת מבחן האפשרות הסבירה (או הממשית). מבחן זה ננקט בגדריו של משפט פלילי בו התנגש חופש הביטוי בטוהר השיפוט (ראה ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 169; ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565). זאת ועוד: בפרשת ניימן העדפתי מבחן זה על פני מבחן הוודאות הקרובה, מקום בו התנגש חופש הביטוי והזכות לבחור ולהיבחר עם האינטרס של קיום המדינה. בהקשר זה ציינתי:

"כאשר עניין לנו באינטרס של עצם קיום המדינה, הנזק העלול להיגרם הוא כה גדול, עד כי אין לדרוש כלל את קיומה של סכנה ברורה ומיידית או את קיומה של סכנה קרובה לוודאי... עם זאת, עקרון חופש הביטוי, הבחירה וההיבחרות יקר לנו, ועל כן אין לקבל נוסחת הסתברות, המסתפקת בסכנה רחוקה בלבד. נראה לי, כי האיזון הראוי ימצא על פי מבחן 'האפשרות הסבירה' לו נזקק בית משפט זה בעבר" (פרשת ניימן, עמ' 311).

בהמשך פסק דיני בפרשת ניימן ציינתי כי בגישה דומה יש לנקוט כאשר האינטרס הנפגע אינו קיום המדינה אלא אופיה הדמוקרטי. עבירת ההמרדה קשורה לעניין אחרון זה. ההמרדה היא התרסה כנגד המבנה הדמוקרטי של המשטר. טבעי הוא, איפוא, כי נוסחת האיזון שתבחר היא זו של האפשרות הסבירה (או הממשית). לטובת גישה זו ניתן להביא גם את הנימוק הבא: בפרשת קול העם ובנותיה, שימש מבחן הוודאות הקרובה אמת מידה לאיזון בין חופש הביטוי לשלום הציבור מקום בו הופעל שיקול דעת מינהלי אשר נועד להטיל מניעה מוקדמת (prior restraint) על חופש הביטוי. בענייננו - שגדרו הוא משפט פלילי - נזקקים אנו למבחן שנועד להעניש בגין התנהגות שכבר התרחשה. מן הראוי הוא - כך ממשיך הטיעון - כי המבחן למניעה מוקדמת יהיה מחמיר יותר - מנקודת המבט של יכולת הפגיעה בחופש הביטוי - מהמבחן להענשה מאוחרת (ראה O. Fiss, Liberalism Divided 123 (1996)). אכן, יש להבחין בין המניעה המוקדמת לאיסור בדיעבד (ראה ברק, "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה", משפטים כז 723, 732 (1996)). על פי גישה זו יש לאפשר מניעה מוקדמת (מראש) של חופש הביטוי בדרישה הסתברותית מחמירה יותר מאשר הרשעה לאחר מעשה (בדיעבד).

11. לאחר התלבטות לא קלה, הגעתי לכלל מסקנה כי מן הראוי הוא לאמץ את מבחן האפשרות הסבירה (או הממשית). זהו, כך נראה לי, גם המבחן שחברי, השופט גולדברג, מאמץ. לא הייתי מאמץ מבחן זה, אילו נתתי ל"המרדה" משמעות רחבה כפי שנותן לה השופט מצא. לעומת זאת, גישתי - המצטרפת בעניין זה

לגישתו של חברי, השופט גולדברג - מצמצמת את ההמרדה לסיכון סדרי הממשל והמשטר, ורואה בה פגיעה ביציבות המשטר. בתחום צר זה ראוי ליתן הגנה אפקטיבית לשלום הציבור. הגנה כזו ניתנת באמצעות מבחן האפשרות הסבירה (או הממשית). אכן, האינטרס הראוי להגנה הוא כה חשוב ונכבד, עד כי יש הצדקה לפגוע בחופש הביטוי אם קיימת אפשרות סבירה לפגיעה באינטרס זה. בגישה דומה נקטו קרמניצר וגנאים. הם העמידו - בהצעתם להחליף את עבירת ההמרדה בעבירה של הסתה - את האינטרסים המוגנים על "שלום הציבור הפנימי, אמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי וכיבוד ערכי היסוד של החברה, והערך החברתי המוגן על ידי העבירה - מושא ההסתה" (ראה קרמניצר וגנאים, הסתה, לא המרדה 41 (1997). המכון הישראלי לדמוקרטיה). לעניין המבחן ההסתברותי הם ציינו:

"לאור העובדה שעבירת ההסתה מתייחסת רק לעבירות החמורות ביותר, היינו עבירות מסוג פשע ועבירות אלימות. כלומר הערכים החברתיים המוגנים באמצעות עבירות אלו הינן החיים והגוף, הערכים העליונים בסולם ההיררכיה של הערכים, מוצדק ואף מתבקש להסתפק בדרגת סכנה הפחותה מן הדרגה של קרוב לוודאי. דרישת הוודאות הקרובה אינה מעניקה הגנה ראויה לחיים ולשלמות הגוף, ויש בה כדי להפחית מחשיבותם בעיני הציבור" (שם, עמ' 56).

אף שעבירת ההמרדה, גם על פי פירושנו רחבה יותר מעבירת ההסתה, הרי היא מוגבלת, על פי פירושנו, לתחום הצר של פגיעה במבנה המשטר. בדומה לקיום המדינה ולאופיה הדמוקרטי, גם ערך זה של מבנה המשטר עומד ברמה כה גבוהה במעלות הערכים של מדינת ישראל, והסיכון של פגיעה בו הוא כה גדול, עד שיש להעמיד את הדרישה של הקשר הסיבתי על המבחן של האפשרות הסבירה (או הממשית). בכך תושג גם הרמוניה פנימית בין האיסור מראש - הנזקק למבחן המחמיר של הוודאות הקרובה - לבין ההענשה על מעשה שכבר נעשה - הנזקק למבחן המחמיר פחות של האפשרות הסבירה (או הממשית).

12. בטרם אעבור מן הכלל אל הפרט, ברצוני להעיר שתי הערות: ראשית, חברי, השופט א' גולדברג קובע כי האיסור הפלילי חל על פרסום "שהפוטנציאל שבו להמריד הוא ממשי". חברי מוסיף, שבכך אין הוא נזקק "למבחני הסתברות חיצוניים", שכן בית המשפט יכול לקבוע "אם הפוטנציאל להמרדה קיים בפרסום אם לאו, על פי הערכתו הוא" (פסקה 22 לפסק הדין). אך הערכה זו - הנעשית על פי מבחן האפשרות "הממשית" - אינה בוחנת את השפעה בפועל, שהרי עניין לנו בעבירה התנהגותית. ההערכה נעשית על פי תוכן הפרסום ביום הפרסום. היא בוחנת אם פוטנציאל ההמרדה הוא ממשי. זוהי בחינה הסתברותית, גם אם חברי אינו קורא לה בשמה זה.

13. שנית, חברי השופט מצא קובע כי הביטוי "שיש בו כדי" אינו קובע כלל מבחן הסתברותי. על פי גישתו, "התיבה 'שיש בו כדי להמריד' מכוונת לתוכנו של הפרסום, ולא למידת ההסתברות שהפרסום יגרום להמרדה" (פסקה 8 לפסק דינו). בחינה קרובה יותר מלמדת, כי חברי מסתפק ב"נטיה" של הפרסום להביא לידי המרדה. זו אכן היתה הגישה באנגליה במאה השמונה עשרה ובתחילת המאה התשע-עשרה (ראה פרשת קול העם, עמ' 882-884). בבקרו גישה זו ציין השופט אגרנט:

"גישה זו של 'נטיה רעה' פירושה... סתירה לכל אפשרות של בירור פוליטי רציני... 'הנשק הכי חזק שיש בידי אלה המתנגדים לחופש הפרסה (press)', הטעים בזמנו גם הפרופסור צ'פי (Chafee) 'היא תורה זו של סיבתיות אמצעית (indirect causation), לפיה עשויות מלים לגרור עונש בשל הנטיה הרעה המדומה (supposed bad tendency) זמן רב לפני שקיימת האפשרות הקרובה (probability) שהן תפתחנה למעשים בלתי חוקיים'" (פרשת קול העם, עמ' 884).

והשופט אגרנט ממשיך:

"אותה גישה של 'נטיה-רעה' מתאימה אולי לשיטה הפוליטית הנהוגה במדינה המושחתת על משטר אוטוקרטי או טוטליטרי, אך היא מסכלת או לפחות עושה לבלתי יעיל, את השימוש באותו תהליך המהווה עצם מעצמו של כל משטר דמוקרטי - דהיינו, התהליך של בירור האמת" (שם, שם).

המרדה - כמו הסתה (לגזענות) - פוגעת בחופש הביטוי. חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא. דיבור ממריד, כמו דיבור גזעני, הוא דיבור שחופש הביטוי משתרע עליו (ראה פרשת כהנא וכן Barendt, Freedom of Speech 167 (1985)). עם זאת, המשפט אינו מגן על חופש הביטוי כדי מלוא היקפו (ראה בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות (טרם פורסם); ראה גם ברק, "חופש הביטוי ומיגבלותיו", הפרקליט מ 5, 13 (1991)). חופש הביטוי אינו מוחלט. הוא חופש יחסי. נדרש, איפוא, איזון בין חופש הביטוי לבין אינטרסים אחרים. בענייננו, נדרש איזון בין חופש הביטוי לשלום הציבור. איזון זה במדינה דמוקרטית שוחרת חופש מחייב מבחן הסתברותי המעניק משקל כבד לחופש הביטוי (ראה ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 4 לפסק דיני; להלן - פרשת אלבה). אכן, אין אפשרות להמלט מהצורך לקבוע מבחן הסתברותי. כל שאפשר לעשות, הוא לקבוע מבחן הסתברותי המקטין את ההגנה על ביטוי שיש בו כדי להמריד. זאת עושה חברי. אינני סבור כי מבחן הסתברותי "קל" זה - מבחן "הנטיה הרעה" - ראוי הוא לחברה דמוקרטית כשלנו. המבחן הנראה לי כראוי הוא מבחן האפשרות הסבירה.

14. האם בהחזקת הפרסום בפרשה שלפנינו יצר המערער אפשרות סבירה להתרחשותה של המרדה? תשובתי על שאלה זו היא בשלילה. חברי, השופט גולדברג קבע, כי החזקת הפרסום אינה יוצרת סכנה ממשית להמרדה. למסקנה זו אני מצטרף.

"להמרד"

15. היסוד ההסתברותי הנוסף - מעבר לאפשרות הסבירה (או הממשית) - הוא שהפרסום יש בו כדי "להמרד". באשר לתוכנו של פרט זה נחלקו הדעות בין השופטים בכל הערכאות בפרשה שלפנינו. לאור גישתי בדבר המבחן ההסתברותי, שאינו מתקיים במעשי המערער, אני חייב להכריע בשאלה זו. שהרי, אין בהחזקת הפרסום "כדי" להביא להמרדה, יהא תוכנה אשר יהא. עם זאת, בשל חשיבות הדברים, ברצוני להעיר שתי הערות: ראשית, מצטרף אני לגישתו של השופט זילברטל בפסק דינו היפה בבית משפט השלום - גישה המקובלת גם על חברי, השופט גולדברג - כי המרדה לפי סעיף 136(3) מתקיימת רק כאשר "אי הרצון או מורת הרוח בקרב יושבי הארץ" מגיע לכדי "סיכון סדרי הממשל והמשטר התקינים" (פסק דינו של השופט זילברטל, פסקה 6), ו"סיכון" ליציבות המשטר החוקי והלגיטימי" (שם, שם). מקובלת עלי גם גישתו של חברי, השופט גולדברג, כי עבירת ההמרדה באה להגן בפני "פגיעה במבנה המשטר ולא בתכניו". שנית, מן הראוי הוא לשקול את ביטולה של עבירת ההמרדה שבחוק העונשין שלנו והחלפתה בעבירה התואמת את משטרנו. ניסוחה של העבירה עמום מדי וגבולותיה רחבים מדי. היא משקפת תפיסת עולם שאינה דמוקרטית. היא תואמת שלטון מנדטורי, שאינו שלטונו של העם, על ידי העם, למען העם. היא אינה מעניקה משקל מספיק לחופש הביטוי. עמדו על כך קרמניצר וגנאים, בציינם:

"עבירת ההמרדה המנוסחת בסעיף 133 לחוק העונשין, התשל"ז 1977 - באופן רחב וגורף דינה להתבטל, וזאת משום שאין היא מתיישבת עם עקרון החוקיות ועקרון הבהירות, ועם תפקיד דיני העונשין המתבטא בהגנה על ערכים חברתיים העולים בקנה אחד עם אופיו של המשטר הדמוקרטי. העבירה מגבילה באופן מופרז את חופש הביטוי וסותרת את מהותו של המשטר הדמוקרטי" (קרמניצר וגנאים, הסתה, לא המרדה 55 (1997), המכון הישראלי לדמוקרטיה).

על פי הצעתם, יש מקום להחליף את עבירת ההמרדה במספר איסורים עונשיים שהיקפם צר, והמוגדרים בצורה מפורשת ובהירה. בין השאר מציעים הם את עבירת ההסתה. המאפיין אותה הוא, שהמסית קורא לביצוע מעשה פשע או אלימות (שם, שם). מן הראוי הוא שהמחוקק ישקול הצעה זו או הצעות אחרות. המצב הקיים אינו משיב רצון.

היסוד הנפשי שבעבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין

16. סעיף 134(ג) לחוק העונשין, אינו קובע במפורש יסוד נפשי. דין הוא, במקרה זה, כי נדרשת מחשבה פלילית (סעיף 19 לחוק העונשין). בעבירה התנהגותית - וכזו היא העבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין - היסוד הנפשי הנדרש הוא מודעות (בפועל) לטיב המעשה, ולקיום הנסיבות (סעיף 20(א) לחוק העונשין). בעבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין נדרשת, על כן, מודעות (בפועל) להחזקת הפרסום; מודעות (בפועל) לעצם הפרסום; מודעות (בפועל) לאפשרות הסבירה כי החזקת הפרסום תגרום להמרדה. ודוק: לא נדרשת כוונה כל שהיא. כוונה (וכן פזיזות) נדרשת בעבירה תוצאתית בלבד (ראה פרשת אלבה, פסק דיני, פסקה 6). מכאן שכלל הציפיות (הקבוע בסעיף 20(ב) לחוק העונשין) - החל אך "לעניין כוונה" - אינו חל בעבירה שהיסוד הנפשי בה הוא מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות. עם זאת, יש מקום לשקול אם לא ניתן להחיל, לעניין היסוד הנפשי של מודעות בעבירה של החזקת פרסומי המרדה, את הכלל ההלכתי - המצוי מחוץ לגדריו של סעיף 20(ב) לחוק העונשין - בדבר צפיות (ראה פרשת אלבה, פסקאות 8-10). כלל זה מחליף את המודעות בפועל להסתברות התממשות היסוד הנסיבתי (אצלנו, ההמרדה) במודעות להתממשות הסיכון כאפשרות קרובה לוודאי. שאלה זו מבקש אני להשאיר בצריך עיון. אציין רק שני אלה: ראשית, כי אין כל קשר בין שאלה זו - הבוחנת את האפשרות הקרובה לוודאי בתחום היסוד הנפשי של העבירה - לבין השאלה בדבר היסוד ההסתברותי בדבר הוודאות הקרובה - המצויה כל כולה בתחום היסוד העובדתי של העבירה; שנית, לאור ההגבלה החמורה על חופש הביטוי ולאור עמימותה של העבירה, יש לדרוש בקפדנות את הוכחת היסוד הנפשי שבעבירה. בנסיבות אלה יש משקל רב לטיעון, לפיו אין להחיל בעבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין, את כלל הצפיות ההלכתי. כאמור, מבקש אני להשאיר שאלה זו - שהתעוררה גם בפרשת אלבה (פסק דיני, פסקה 10) - בצריך עיון.

מעשה המרדה (עבירה לפי סעיף 133 לחוק העונשין)

17. סעיף 133 לחוק העונשין קובע:

"העושה מעשה לשם המרדה... דינו - מאסר חמש שנים".

סעיף 136 מגדיר את התיבה "המרדה". כמו סעיף 134(ג) לחוק העונשין, גם סעיף 133 לחוק העונשין כולל בחובו יסוד עובדתי ויסוד נפשי. נעמוד על כל אחד מאלה.

היסוד העובדתי שבעבירה לפי סעיף 133 לחוק העונשין

18. כחברתה, העבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין, גם העבירה לפי סעיף 133 לחוק העונשין, היא עבירה התנהגותית. מהם רכיביה? אין ספק כי לעבירה מרכיב התנהגותי שעניינו מעשה ("העושה מעשה"). האם יש דרישה כל שהיא באשר לטיבו של אותו מעשה? תשובתו של חברי, השופט מצא, על שאלה זו היא בשלילה. לדעתו, "הגדרת היסוד העובדתי של העבירה אינה כוללת כל דרישה מעבר לעשיית מעשה" (פסקה 2 לפסק דינו). על פי גישתו, "סעיף 133 אינו כולל כל דרישה ביחס לאופי המעשה" (פסקה 4 לפסק דינו). נמצא, כי ניתן להרשיע אדם בעבירה על סעיף 133 לחוק העונשין גם אם הוא עושה מעשה, שעל פניו הוא תמים לחלוטין, אך הוא נעשה "לשם המרדה". כך, למשל, המערער שלפנינו היה נמצא אחראי, אם "לשם המרדה" הוא היה קורא פרק בקוראן או בתנ"ך. הכיצד? כיצד זה ניתן להצדיק במדינה שערכיה דמוקרטיים - מדינה המכבדת את האוטונומיה של הרצון הפרטי, ואת חירות המחשבה - אחריות בגין מחשבה פלילית המלווה במעשה שהוא תמים לחלוטין? הטלת אחריות פלילית במצב דברים זה "מתקרבת קרבה מסוכנת להפרת הכלל, האוסר על ענישת דברים שבלב (nullum crimen sine actu). במדינה דמוקרטית, המבקשת לתת לפרט חירות לחשוב כרצונו - יהא רצונו אשר יהא, ויהיו מחשבותיו קשות ככל שתהיינה - אין להטיל אחריות על החושב אם הוא מבטא את מחשבתו באמירה תמימה כשלעצמה" (פסק דיני פרשת אלבה, פסקה 3). זאת ועוד: פגיעה בחופש הביטוי אך בשל מחשבה פלילית המלווה במעשה תמים היא פגיעה בחופש הביטוי מעבר למידה הדרושה להגנה על ערכי המשטר. אכן, הגישה לפיה ביטוי תמים ביותר המלווה במטרה פסולה הוא בלתי חוקי, פוגעת בחופש הביטוי מעבר למידה הדרושה (ראה, פרשת אלבה, פסקה 4). אכן,

"במדינה דמוקרטית שוחרת חופש אין להטיל אחריות פלילית - לא לבגידה, לא לאסור פרסום של הסתה לגזענות ולא לעבירה אחרת - בגין מטרה נפשעת שביטויה הוא תמים לחלוטין" (שם, פסקה 3).

כמובן, לעתים אין מנוס מהמסקנה הפרשנית כי ביטוי תמים המלווה במחשבה פלילית מגבש עבירה. כך הדבר כאשר לשון החוק אינה מאפשרת כל מסקנה אחרת. במקרה כזה עשויה להתעורר - לגבי דין חדש - שאלת החוקתיות של העבירה, שהרי יתכן והיא פוגעת בחופש הביטוי מעבר למידה הדרושה. זה אינו המקרה שלפנינו. פרשנותו של סעיף 133 לחוק העונשין מאפשרת המסקנה כי המעשה עצמו, על פי טיבו - ובהתחשב בנסיבות האופפות אותו - צריך להצביע על ההמרדה.

19. סעיף 133 לחוק העונשין קובע כי "העושה מעשה לשם המרדה" מבצע עבירה פלילית. האם ניתן ללמוד מלשון זו דבר על טיבו של המעשה עצמו? תשובתי היא בחיוב. בין היסוד העובדתי של העבירה לבין

היסוד הנפשי שלה קיימים יחסי גומלין. מהותו של היסוד הנפשי משליכה על טיבו של היסוד העובדתי. הדרישות של היסוד הנפשי מקרינות עצמן על היסוד העובדתי ומבליטות אותן תכונות שבו המכשירות אותו להוות גורם התנהגותי המגשים את המטרה המונחת ביסוד העבירה. אכן, סעיף 20 לחוק העונשין מדגיש כי "המחשבה הפלילית" היא "מודעות לטיב המעשה". אין די במעשה "סתם" כביטוי לתרומה גופנית של העושה. יש צורך שהמעשה יהא בעל "טיב" המכשיר אותו לשמש גורם היוצר את העבירה. בענייננו אין להסתפק בביצוע של כל מעשה (או מחדל - ראה סעיף 18(ג) לחוק העונשין). המעשה צריך להיות בעל טיב שיש בכוחו להוות גורם בכוח להתממשות המחשבה הפלילית ("לשם המרדה"). ברוח דומה פסקתי לעניין העבירה של איסור פרסום הסתה לגזענות (סעיף 144ב לחוק העונשין). חוק העונשין קובע כי "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות" מבצע עבירה. התעוררה השאלה אם הדבר שפורסם צריך לבטא הסתה לגזענות. על שאלה זו השבתי בחיוב. ציינתי, כי:

"אין להסתפק במטרה להסית לגזענות, אם הטקסט עצמו, על פי פירושו התכליתי על רקע הקשרו, אינו מסית לגזענות. מובנו של הטקסט עשוי לנבוע מתוכנו הוא, או הנסיבות הסובבות את פרסום הטקסט. אך טקסט שעל פי תוכנו, כפי שהוא מובן לשומע, אין בו כל הסתה לגזענות אינו הופך לטקסט אסור רק בשל קיומה של מטרת הסתה" (פסקה 2 לפסק דיני בפרשת אלבה).

הוא הדין בענייננו. אין להסתפק במטרה של המרדה, אם המעשה עצמו, על פי פירושו התכליתי על רקע הקשרו, אינו מעורר המרדה. מובנו של המעשה עשוי לנבוע מתוכו, כלומר שתוכנו הוא ממריד. מובנו של המעשה עשוי לנבוע מהנסיבות הסובבות את פרסומו. לעתים ביטוי תמים עשוי להוות "קוד" להמרדה. בכל המקרים הללו, המבחן הינו באופן שבו נקלט המסר הממריד באוזני השומע. בלא מסר ממריד אין מומרדים, ובלא מומרדים אין המרדה.

20. לשונו של סעיף 133 לחוק העונשין, בכל הנוגע ליסוד העובדתי ("העושה מעשה") היא קצרה ולקונית. ראינו, כי מן הראוי לפרש לשון זו באופן שהיא כוללת בחובה את הדרישה כי טיב המעשה, על רקע הקשרו, יעורר להמרדה (ראה פסקה 17 לעיל). על רקע זה מתעוררת אף השאלה אם נדרש שהמעשה הוא בעל משקל מספיק כדי להשפיע על התממשותה של המרדה. השאלה היא, איפוא, אם נדרש מבחן הסתברותי בין המעשה לכוחו (הפוטנציאלי) להביא להגשמת המרדה. דנתי בשאלה זו לעניין סעיף 134(ג) לחוק העונשין. בגישה זהה יש לנקוט, לדעתי, לעניין סעיף 133 לחוק העונשין. נמצא, כי יסוד עובדתי נדרש, בגדרי סעיף 133 לחוק העונשין הוא, שמעשה ההמרדה יש בו, כאפשרות סבירה להביא לידי המרדה.

21. האם המעשה אותו עשה המערער מקיים את היסודות העובדתיים שבעבירה לפי סעיף 133 לחוק העונשין? התשובה היא בשלילה. המעשה שנעשה אינו יוצר אפשרות סבירה (או ממשית) להתרחשותה של המרדה. עמדתי על כך לעניין העבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין. הדברים נכונים גם לעניין העבירה לפי סעיף 133 לחוק העונשין.

היסוד הנפשי שבעבירה לפי סעיף 133 לחוק העונשין

22. היסוד הנפשי של עבירת מעשי ההמרדה הוא "לשם המרדה". זהו יסוד נפשי של מודעות. לא נדרשת כוונה, שכן העבירה של מעשי המרדה אינה עבירה תוצאתית. עמדתי על כך בפרשת אלבה בציני:

"היסוד הנפשי של כוונה - כלומר, יחס נפשי של רצון כלפי גרימת התוצאה האסורה שבעבירה - מתייחס אך לתוצאות המעשה. על כן, בעבירה התנהגותית - כלומר, בעבירה שבין יסודותיה לא נמנית התוצאה האסורה (כגון מוות, חבלה, נזק) - אין מקום לכוונה" (פרשת אלבה, פסקה 6).

עם זאת, סעיף 133 לחוק העונשין קובע מטרה שהעושה צריך להעמיד לנגד עיניו. היסוד הנפשי הנדרש הוא, איפוא, זה של מטרה מיוחדת ("לשם המרדה"). ודוק: מטרה זו ("לשם המרדה") אינה שקולה כנגד כוונה, ואין בכוחה להפוך את העבירה של מעשי המרדה לעבירה תוצאתית. משמעותה של המטרה ("לשם המרדה") הינה בקיום מחשבה פלילית מיוחדת. עניינה של מחשבה פלילית זו הוא הרצון או השאיפה להשגת היעד ("ההמרדה"). יעד זה, כשלעצמו, הוא מעבר לנדרש ברכיב העובדתי של העבירה. יסוד נפשי זה מתקיים בפרשה שלפנינו. לאור זאת, אבקש להשאיר בצריך עיון, אם כלל הצפיות ההלכתי חל בענייננו. כן אבקש להשאיר בצריך עיון את השאלה אם הכלל ההלכתי של הצפיות יחול לעניין היסוד הנפשי של המודעות לטיב המעשה המהווה את היסוד ההתנהגותי בעבירה לפי סעיף 133 לחוק העונשין. בקשה דומה העליתי לעניין העבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין.

פרשנות בפלילים

23. הבסיס הלשוני ליסוד העובדתי שבעבירה לפי סעיף 133 לחוק העונשין הוא דל ("העושה מעשה"). על בסיס לשוני זה העמסנו דרישה באשר לטיב המעשה ודרישה באשר להסתברות התממשותו. האם רשאים אנו לעשות כן? האם לא חצינו את הגבול שבין פרשנות טקסט לבין יצירתו? חזרנו ואמרנו כי הפרשנות אינה

מוגבלת למלים, אך המלים מגבילות את הפרשנות (ראה ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 715, 701; ב"ש 67/84 חדד נ' פז, פ"ד לט(1) 667, 670). האם לא סטינו מגישתנו זו? תשובתי על שאלות אלה הינה כי לא חצינו כל גבול שאסור לחצותו, וכי גישתנו מעוגנת בכללי הפרשנות המקובלים. כללים אלה גורסים, כי כל נורמה מתפרשת על פי תכליתה; כי תכלית זו הינה התכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד עיני המחוקק ההיסטורי בעת החקיקה, והתכלית האובייקטיבית המגשימה את ערכי היסוד של השיטה בעת הפרשנות. תפיסה פרשנית זו חלה גם בתחום הפלילי. ייחודו של זה מתבטא בכך, שמקום שהתכליות השונות נוגדות זו את זו ומאזנות זו את זו, יש ליתן משקל עודף להגנה על חירותו של הנאשם. זוהי המשמעות שיש ליתן להוראת סעיף 34כא לחוק העונשין, לפיה:

"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

בערעור שלפנינו אין לנו נתונים על התכלית הסובייקטיבית. המחוקק ההיסטורי הוא המחוקק המנדטורי. אין אנו יודעים מה הייתה כוונתו. יודעים אנו שהוא לא היה מחוקק שנבחר על ידי העם. אין ליתן משקל כבד מדי לרצונו הסובייקטיבי. לעומת זאת, יש ליתן משקל נכבד לתכלית האובייקטיבית (ראה פרשת קול העם, עמ' 884; בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 626). היא משקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית כיום. היא מאזנת בין הצורך לשמור על המסגרת המדינית לבין הצורך להגשים ערכי יסוד המעניקים חיות למסגרת זו. אמת, ברוב המקרים נוהגים אנו כך בפרשנותו של חוק מתחומי המשפט המינהלי והחוקתי. אך אין פרשנות זו מוגבלת אך לאלה. לא פעם נהגנו בדרך זו בפרשנותה של הוראה פלילית (ראה, למשל, ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 217; פרשת אלבה, פסקה 5 לפסק דיני). הדגשנו כי "מילותיו של חוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק" (ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, 427). עם זאת מקובל עלינו, כי בפרשנותו השופט נותן מובן לטקסט קיים ואינו יוצר טקסט חדש. אך לא פעם יש לטקסט מספר מובנים. השופט בוחר את המובן המשפטי מתוך מגוון המובנים הלשוניים. בחירה שיפוטית זו יש בה יצירתיות. אין זו יצירה של טקסט חדש. זו יצירה של מובן חדש לטקסט קיים. בערעור שלפנינו לא חרגנו מתפקיד שיפוטי-פרשני זה. הענקנו מובן משפטי לתיבה "העושה מעשה". היסוד הנפשי ("לשם המרדה") שימש בידינו כלי המעגן בחובו את המבחן ההסתברותי. יסוד זה מקרין מתוכו על היסוד העובדתי ומאחד מתוכו אותם היבטים עובדתיים המכשירים אותו לשמש גורם בכוח להתממשות המטרה המהווה את היסוד הנפשי. אכן, בין כל יסודותיה של העבירה הפלילית קיימים קשרים פנימיים. קיימת קורולציה הדדית בין היסודות השונים, המהווים את העבירה הפלילית. השלכה הדדית זו משמשת מכשיר פרשני, אשר באמצעותו אנו נותנים מובן ללשון ההוראה הפלילית. על כן רשאים אנו לומר כי לתיבה "העושה מעשה" יש ליתן מובן המדגיש את

פוטנציאל ההמרדה שבו ואת הסתברות התרחשותה של אותה המרדה. על כן רשאים אנו גם לקבוע כי הדיבור "לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ" מתפרש באופן שאותו אי רצון ואותה מורת רוח מסכנות את סדרי הממשל והמשטר (השווה פסק דינו של השופט זילברג בע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח' 828, 785, אשר נתן לתיבה "תקלה ציבורית" (public mischief) את המובן של תקלה באמצעות רשויות הציבור. בכל אלה פועל השופט כפרשן נאמן של דבר המחוקק. אכן, כל שעשינו הוא לשלוף מתוך מגוון המובנים הלשוניים של התיבה "עושה מעשה" אותו מובן משפטי המגשים את התכלית המונחת ביסוד הוראת סעיף 133 לחוק העונשין. הגשמתה של תכלית זו חייב מתן מובן שהוא צר יותר מהמובן הטבעי והרגיל של הדיבור "העושה מעשה". פעילות פרשנית זו היא טבעית ושגורה (ראה בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 811, 793).

ה נ ש י א

הוחלט, ברוב דעות, לקבל את הערעור ולזכות את המערער, מן העבירות בהן הורשע בבית המשפט המחוזי.

ניתן היום, ד' באדר תשנ"ח (2.3.98).

ה נ ש י א ש ו פ ט ש ו פ ט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
D03.96066960