

## בבית המשפט העליון

דנ"פ 1789/98

בפני: כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד המשנה לנשיא ש' לוין  
כבוד השופט ת' אור  
כבוד השופט א' מצא  
כבוד השופט י' קדמי  
כבוד השופטת ד' דורנר  
כבוד השופט י' טירקל

המבקשת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: בנימין כהנא

דיון נוסף על פסק דינו של בית המשפט העליון בירושלים בתיק 6696/98 שניתן ביום 2.3.98 על ידי כבוד הנשיא א' ברק והשופטים א' גולדברג וא' מצא

בשם המבקשת: עו"ד טליה ששון ועו"ד אייל ינון  
בשם המשיב: עו"ד יאיר גולן

### פסק-דין

#### השופט ת' אור:

1. דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון (הנשיא א' ברק והשופטים א' גולדברג וא' מצא) מיום 2.3.98 בע"פ 6696/98 בנימין כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535 (להלן: **פסק דין כהנא**). בפסק הדין, זוכה בנימין כהנא (**להלן: כהנא**) מעבירות לפי סעיפים 133 ו-134(ג), הקבועות בסימן א' לפרק ח' של חוק העונשין, תשל"ז1977- (**להלן: חוק העונשין**), אשר כותרתו "המרדה". שתיים הן הסוגיות המרכזיות העומדות לעיוננו בדיון נוסף זה. האחת, עניינה מיהות הערך או הערכים המוגנים במכלול חלופותיו של סעיף 136, המגדיר מהי "המרדה", ובסעיף המשנה 136(4) בפרט. השניה, שאלת קיומו של מבחן הסתברותי בגדרם של סעיפים 133 ו-134(ג). חשיבותן המיוחדת של סוגיות אלה נובעת מהשלכתן על חופש הביטוי. העבירות בהן עסקין מגבילות ערך זה באמצעות האיסור הפלילי הקבוע בהן. הסוגיות האמורות משליכות על היקף התפרסותן של עבירות אלה, ובכך הן משליכות אף על מידת הפגיעה בחופש הביטוי.

2. סדר הצגת הדברים יהיה על פי ראשי הפרקים כדלהלן: א. הרקע העובדתי וההליכים; ב. מיהות הערכים המוגנים בסעיפים 133 ו-134 בשילובם עם הגדרת המונח "להמריד" בסעיף 136 בכללותו (**להלן:**

**עבירת ההמרדה**; ג. איתורו של הערך הספציפי המוגן בסעיף 136(4); ד. שאלת קיומו של מבחן הסתברותי בגדרם של סעיפים 134(ג) ו-133 - לחוק העונשין על מכלול הסוגיות הכרוכות בכך; ה. היסוד הנפשי הנדרש בסעיפים 134(ג) ו-133; ו. אבחנה בין המקרה דנן לדנ"פ 8613/96 מוחמד יוסף ג'בארין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); ז. התוצאה.

## **א. העובדות וההליכים**

3. במהלך מסע בחירות לכנסת השלוש עשרה, עוד בטרם נפסלה רשימת "כהנא חי" מלהשתתף בבחירות, הפיץ כהנא, 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 והוא יטפל בהם".

בשל הפצת הכרוזים והחזקתם הוגש כתב אישום נגד כהנא לבית משפט השלום בירושלים. כהנא הואשם בעשיית מעשי המרדה, עבירה לפי סעיף 133 לחוק העונשין והחזקת פרסומי המרדה, עבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק. בית משפט השלום זיכה את כהנא משתי העבירות. על פסק דין זה של בית משפט השלום הגישה העותרת (**להלן: המדינה**) ערעור לבית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור המדינה והרשיע את כהנא בעבירות שיוחסו לו. על הרשעתו זו הגיש המבקש, לאחר נטילת רשות, ערעור לבית המשפט העליון. בבית המשפט העליון (ע"פ 6696/95) זוכה כהנא ברוב דעות של הנשיא ברק והשופט גולדברג מעבירות אלה, בניגוד לדעתו החולקת של השופט מצא.

ביום 17.3.98 ביקשה המדינה להורות על קיום דיון נוסף בשתי סוגיות מרכזיות לגביהן נפסקה הלכה בפסק דין כהנא. הראשונה, עניינה בשאלת מיהות הערך המוגן בעבירת ההמרדה בכלל ובסעיף 136(4) לחוק בפרט. השנייה, עניינה שאלת קיומו או אי קיומו של מבחן הסתברותי בגדרם של סעיפים 133 ו-134 לחוק.

ביום 17.7.98 קבע המשנה לנשיא, השופט לוין, שיש מקום לקיים דיון נוסף בפסק דין כהנא.

## ב. הערך המוגן בעבירת ההמרדה

4. סעיף 136 לחוק כולל ארבע חלופות שונות להגדרת המונח "להמריד". למרות שכהנא הואשם בעבירות המתייחסות למונח "להמריד" בסעיף 136(4) בלבד, הרי שבפסק דין כהנא נקבעו מסקנות המשליכות על מיהות הערך המוגן במכלול החלופות הנקובות בסעיף 136. אדון, על כן, תחילה בשאלת מיהות הערך או הערכים המוגנים בעבירת ההמרדה. לאחר מכן אבחן את מעמדם של ערכים אלו ביחס לערך של חופש הביטוי. לבסוף אתייחס להיקף התפרסותה של עבירת ההמרדה.

## העמדות השונות

5. סעיפים 133 ו-134 לחוק העונשין עוסקים במעשי המרדה ובפרסומי המרדה בהתאמה. סעיף 136 מגדיר המרדה מהי. הסעיף קובע כי:

"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 בדיון;
- (3) לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ;
- (4) לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין".

בפסק דין כהנא נתגלעה מחלוקת בשאלה מהו הערך או הערכים המוגנים בעבירת ההמרדה בשילובה עם מכלול החלופות בסעיף 136, וסעיף 136(4) בפרט. השופט גולדברג סבר כי הערך המוגן בעבירת ההמרדה הוא מבנה המשטר ואין הוא מתפרס גם על ערכיו. דעתו זו נתמכה בכמה טעמים. הוא הבהיר כי ההיסטוריה החקיקתית מחזקת מסקנה זו. כמו כן, לדעתו, זו אף המסקנה המתבקשת מסקירת החלופות בסעיף 136. הוראת סעיף 136(1), כשהיא נקראת יחד עם סעיף 136(2), מחזקת את הסברה כי הערך המוגן הוא מבנה המשטר ולא ערכיו. בכך יש כדי להשליך אף על פרשנותן של יתר החלופות, שכן יש להניח כי החלופות השונות שנקבעו באותו סעיף חוק עצמו מבטאות צורות פגיעה שונות באותו ערך, ולא בערכים מוגנים שונים. אף קיום העבירה של הסתה לגזענות הקבועה בסעיף 144ב לחוק העונשין, עבירה המכוונת באופן

ספציפי למנוע פגיעה בערכי יסוד שהם המסד במשטר דמוקרטי, מאפשרת פרשנות זו. זאת ועוד, ייחוד עבירת ההמרדה לערך מוגן אחד תורם לבהירות הנורמה האוסרת, דבר העולה בקנה אחד עם הגיונו של עיקרון החוקיות (לפירוט נימוקיו ראה פסקות 13-15 לפסק דינו).

השופט גולדברג דחה את עמדת המדינה, כפי שהוצגה באותה עת, ממנה השתמעה כריכה בין יציבות המשטר לערכי יסוד המאפיינים אותו. לדעתו, הטענה כי כל קריאה כנגד ערכי היסוד מעמידה בהכרח בסכנה את יציבות המשטר הדמוקרטי היא מרחיקת לכת. הוא אף דחה טענה מסויגת יותר, המבודדת את ערך השוויון מבין שאר ערכי היסוד, וכורכת בינו ובין יציבות המשטר, שכן לדעתו אין חפיפה כזו הכרחית. לדידו, הפעלתה של עבירת ההמרדה תהיה מוצדקת רק כאשר הפגיעה בשוויון מתמזגת עם פגיעה ביציבות המשטר.

הנשיא ברק הצטרף בענין זה לדעתו של השופט גולדברג. אף לדעתו, עבירת ההמרדה מוגבלת לסיכון סדרי הממשל והמשטר והערך המוגן בה הוא מניעת פגיעה ביציבות המשטר (פסקה 11 לפסק דינו).

לעומתם, השופט מצא, בדעת מיעוט, סבר כי אין עבירת ההמרדה מצומצמת להגנה על מבנה המשטר הדמוקרטי. לדעתו, הערך המוגן בסעיף 136 מתפרס גם על הערכים החברתיים הניצבים ביסודו של משטר זה. ההבחנה בין מבנה המשטר לבין הערכים החברתיים הבסיסיים הניצבים ביסודו, אינה מקובלת עליו. הוא דוחה הבחנה זו משני טעמים. ראשית, להבדיל משלוש חלופותיו הראשונות של הסעיף, העוסקות בפעילויות המכוונות לפגוע ברשויות השלטון, הרי שהוראת סעיף 136(4) עוסקת בפעילויות שאינן מכוונות נגד רשויות השלטון, אלא נגד חלקים מן האוכלוסיה. הגבלת הערך המוגן למבנה השלטון תרוקן הוראה זו מתוכן. שנית, אין הבחנה זו אפשרית או רצויה. אם מבקשים להגן על מבנה המשטר, יש להגן גם על יסודותיו. העמדתם בחזקת סכנה של ערכי יסוד, עליהם מושתתת הדמוקרטיה, מסכנת גם את מבנה המשטר. לדעתו של השופט מצא, אין הוספתן של העבירות בענין גזענות, גורעת מהיקף פריסתן של העבירות הקיימות (לפירוט עמדתו ראו פסקות 17-18 לפסק דינו).

לענין קביעתו של השופט גולדברג לפיה אין חפיפה הכרחית בין פגיעה במבנה המשטר לפגיעה בערכי החברה, מעיר השופט מצא כי לטעמו, לא נדרש כלל קשר בין הפגיעה בערכים לבין הפגיעה במבנה המשטר, שכן שניהם מוגנים על ידי עבירת ההמרדה (ראו פסקה 19, שם).

6. עמדתה של המדינה בדיון נוסף שלפנינו, בנוגע לערך המוגן בעבירת ההמרדה, קבלה תפנית מה ביחס לעמדתה המקורית בעת הדיון בפסק דין כהנא. כעת, היא מציעה עמדת ביניים, העומדת בתווך בין דעת

הרוב לדעת המיעוט בענין כהנא. המדינה מצטרפת, לכאורה, לדעת הרוב בהשקפה לפיה הערך המוגן בעבירת ההמרדה הוא אכן "אופי המשטר הדמוקרטי". אולם, המדינה סוברת כי התוכן אותו יצקה דעת הרוב במונח זה, לפיו הגנת הסעיף מתפרסת רק על ההסדרים המבניים והארגוניים של הדמוקרטיה, הינו מצומצם יתר על המידה. להשקפת המדינה, ראוי כי ההגנה המוענקת בסעיף 136, ובכללו סעיף 136(4), תתפרס על אופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל, הן בהיבט המבני והן בהיבט הערכי-תוכני.

מהו תוכנו של אותו "היבט ערכי-תוכני" אותו מבקשת המדינה לצקת בערך המוגן על ידי עבירת ההמרדה? המדינה מציעה בענין זה לאמץ גישה לפיה אין מדובר בהגנה על שלל הערכים המאפיינים משטר דמוקרטי. המדובר הוא ב"גרעין הקשה" של אותם ערכים, ערכים שהם "במעלה הראשונה" או ערכי "על". עמדה זו מעלה מאליה את השאלה מהם אותם ערכים המהווים את גרעינה הקשה של דמוקרטיה. בענין זה, אין המדינה נוקטת עמדה והיא משליכה את יתרה על בית משפט זה שיקבע את אותם ערכי "על" המוגנים על ידי עבירת ההמרדה.

אם כן, הסוגיה העומדת בפנינו היא בחינת מיהות הערך המוגן בסעיף 136 בכללותו. האם, כדעת שופטי הרוב, הערך המוגן, העובר כחוט השני בכל החלופות של הסעיף, הוא מבנה המשטר, או שמא אין הערך המוגן מתמצה בתכלית זו. אם אין הערך המוגן בעבירת המרדה מתמצה במבנה המשטר, יש לבחון מהו הערך או מהם הערכים הנוספים המוגנים על ידו.

### **האם הערך המוגן בעבירות המרדה הוא מבנה המשטר בלבד?**

7. ההשקפה לפיה הערך המוגן בסעיף 136 הוא מבנה המשטר, סומכת את יתדותיה, בין היתר, על לשונו של סעיף 136. השופט גולדברג סוקר בפסק דינו את החלופות השונות של סעיף 136 ומסקנתו היא שהוראת סעיף 136(1), שהיא לדעתו החלופה הממוקדת ביותר, "מקרינה" גם על אופן פרשנותן של יתר החלופות בסעיף. מכיון שחלופה זו עוסקת בבירור במבנה המשטר, הרי שלדעתו יש להקיש מכך לגבי יתר החלופות, שכן הדעת נותנת כי הסעיף עשוי "מקשה אחת" בנוגע לערך עליו הוא בא להגן.

עקב אכילס של טיעון זה הוא שאין הוא מתיישב עם נוסחו של סעיף 136. החלופה הראשונה אכן מיועדת להגן על הערך של מבנה המשטר. אולם, המסקנה כי הערך המוגן בסעיף 136 בכללותו הוא מבנה השלטון מתערערת יותר ויותר ככול שממשיכים לסקור את החלופות האחרות בסעיף. כבר החלופה השנייה אינה מתיישבת עם המסקנה לפיה הערך הבלעדי המוגן על ידה הוא מבנה המשטר, שכן היא עוסקת בשינוי

של "דבר שיסודו בדין" ולא בהכרח במבנה המשטר. אולם אם את החלופה השניה ניתן לייחס גם למבנה המשטר, לא כן לגבי החלופות השלישית והרביעית. אלה, על פי לשון, אינן מתמקדות במבנה המשטר כלל ועיקר. אם כן, מקריאת החלופות של סעיף 136 כפשוטן עולה כי אין הן עשויות מקשה אחת. בעוד הערך המוגן בחלופה הראשונה הוא מבנה המשטר ומוסדותיו, החלופות האחרות אינן מתקשרות, על פי לשון, באופן אינהרנטי עם ערך זה.

8. בא כוחו של כהנא, עורך דין גולן, מציע ללמוד על תוכנו של הערך המוגן מהשימוש במונח "המרדה" לתיאור העבירה. המשמעות המילולית המקובלת של המונח "להמריד" הנה להביא לידי התקוממות כנגד סמכות שלטונית. מכאן שמונח זה, במובנו הרגיל, מתייחס אך ורק אל מערכת היחסים בין האזרח לשלטון. ברוח זאת יש על כן לפרש, לדעתו, את סעיף 136 בכללותו.

בטענה זו היה טעם רב, אלמלא הגדיר המחוקק את המונח "המרדה" בחוק עצמו. משהוגדר מונח זה בחוק, אין לחפש את המשמעות המילולית הרגילה של המונח, אלא יש לדבוק בהגדרה אותה עיצב המחוקק, אפילו היא סוטה מהמשמעות הרגילה שמייחסים לו. לפיכך, מן הראוי כי איתור הערך המוגן בעבירות ההמרדה ייעשה על פי הגדרת המונח "המרדה" בחוק ולא על פי הגדרתו המילונית המקובלת.

9. טיעון נוסף התומך בצמצום הערך המוגן בסעיף 136 למבנה השלטון בלבד נעוץ במערך החקיקה הכללי. בהתאם לטיעון זה, קיום העבירה של הסתה לגזענות, הקבועה בסעיף 144ב לחוק העונשין, מספק תימוכין לעמדה שעבירה זו יוחדה למקרים של גרימת איבה ומדנים אשר אינם קשורים לערעור יציבות השלטון, ואילו עבירות ההמרדה יוחדו לפעילויות כאמור אשר יעדן פגיעה במבנה השלטון.

עמדה זו אינה מקובלת עלי. קיום חפיפה חלקית, ולעתים אפילו מלאה, בין עבירות שונות, אינה תופעה יוצאת דופן במערך החקיקה הפלילי. לפיכך, מסכים אני עם חברי, השופט מצא, שבהחלט יתכן כי בין עבירת ההסתה לגזענות ועבירות ההמרדה קיים תחום חפיפה רחב. תימוכין לעמדה זו ניתן למצוא בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מספר 24), התשמ"ה-1985 (ה"ח 1728 מיום 17.4.89 עמודים 196-195) בה הוצע להוסיף לחוק העונשין את עבירת ה"הסתה לגזענות". לפי דברי ההסבר להצעת החוק:

"חוק העונשין, התשל"ז-1977, אוסר מעשי המרדה ופרסומי המרדה (סעיפים 133 ו-134); המונח 'להמריד' כולל 'לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין' (סעיף 136(4)) ויש בו כדי להעניש על ביטויים של הסתה לגזענות. כל עוד התופעה של הסתה גזענית היתה שולית, ניתן היה להסתפק בהוראות האמורות וכן בהוראות שבחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ובעיקר זו הדנה בלשון הרע על

ציבור. ברם, משהפכה ההסתה הגזענית לתופעה מטרידה, נוצר צורך  
 חינוכי לתקן את חוק העונשין ולכלול בו הוראה האוסרת במפורש  
 פרסום הסתה לגזענות ... גם מדינות אחרות חוקקו חוקים בנושא זה,  
 בהתחשב באופיה ובמבנה החברתי של כל מדינה" (עמוד 196)  
 (הדגשות שלי - ת"א).

מהאמור עולה, כי לדעתם של מנסחי הצעת החוק, אין באיסור של הסתה לגזענות כדי לצמצם את  
 היקפה של עבירת ההמרדה, אשר כוללת גם הסתה לגזענות. אין לפרש את עבירת ההסתה לגזענות כבאה  
 להוציא מגדרה של עבירת ההמרדה את מכלול המקרים בהם אין הפגיעה מתמצת בפגיעה במבנה השלטון.  
 בענין הנדון, דעתי היא כדעתו של השופט ד' חשין בבית המשפט המחוזי, לפיה עבירת ההמרדה הנוגעת  
 לחלופה הנקובה בסעיף 136(4) רחבה בהקשר זה מעבירת ההסתה לגזענות, שכן היא פורסת את הגנתה גם  
 על גרימת מדנים ואיבה בין חלקי אוכלוסיה על רקע שונות אשר אינה נתפסת בגדר עבירת ההסתה לגזענות,  
 כגון שונות על רקע אידיאולוגי, סוציולוגי, מיני וכדומה (ראו ע"פ י-ם) 243/94 מדינת ישראל נ' בנימין כהנא  
 (טרם פורסם), פסקה 12 לפסק הדין).

10. אין ללמוד מהדברים האמורים לעיל, כי מצב דברים בו קיימת חפיפה מהותית בין עבירות שונות הינו  
 רצוי. ההפך הוא הנכון. זהו המצב המצוי, אולם אין הוא המצב הרצוי. המצב הקיים מעיד על העדרה של יד  
 מכוונת האמורה להשליט הרמוניה מרבית במערך החקיקה הפלילי בנושא בו עסקין. בענין זה, כמו בדברי  
 ביקורת אחרים עליהם אעמוד להלן, מצטרף אני לגישתם של פרופסור קרמניצר וחאלד גנאים במאמרם "הסתה  
 לא המרדה" (המכון הישראלי לדמוקרטיה תשנ"ח, 1997), אשר העירו כי:

"לאור העובדה שההסתה לגזענות הוגדרה בחוק העונשין כעבירה  
 עצמאית ונפרדת, ולשון הרע על חלק של האוכלוסיה מהווה עבירת לשון  
 הרע פלילית, מתחייב תיקון עבירת ההמרדה והגדרת יחסי ההצטברות  
 והחפיפה בינה לבין העבירות האחרות, על מנת למנוע חוסר הרמוניה  
 בין העבירות" (עמוד 7).

11. אשר להיסטוריה החקיקתית של עבירת ההמרדה, השופט גולדברג גורס, כאמור, שהיא מחזקת את  
 הסברה שעבירת ההמרדה לא באה להגן על ערכי היסוד המאפיינים את המשטר. הוא מבהיר שבפקודת החוק  
 הפלילי, 1936, שולבה עבירת ההמרדה בפרק "בגד ועבירות אחרות כלפי השלטון והממשלה". כותרת הפרק  
 הוחלפה ב"פגיעה בסדרי המשטר והחברה", כשתוספת התיבה "חברה" נתבקשה נוכח שילוב סימנים נוספים  
 בפרק, בהם הפגיעה בסדר החברתי מנותקת מפגיעה בסדרי המשטר (ראו פסקה 13 לפסק דינו). מכאן נראה  
 כי מסקנתו היא שהמחוקק המנדטורי, שעה שחוקק את עבירת ההמרדה, התכוון להגביל את תחולתה להגנה

על מבנה המשטר בלבד. השופט זילברטל, בפסק דינו של בית משפט השלום, מחזק מסקנה זו בכך שהוא מפנה לעמדת המשפט האנגלי, שהוא אביה-מולידה של עבירה זו. הפסיקה האנגלית הגבילה את הערך המוגן בעבירת ההמרדה למבנה המשטר (ראו ת"פ (י-ם) 361/93 מדינת ישראל נ' בנימין כהנא (טרם פורסם) עמודים 25-27 לפסק הדין). השופט ד' חשין, בבית המשפט המחוזי, הניח אף הוא כי מנקודת ראות היסטורית, אכן יתכן כי המטרה העיקרית אשר ניצבה לנגד עיניו של המחוקק המנדטורי שעה שחוקק את סעיפי ההמרדה היתה למנוע פגיעה בשלטון המדיני. אולם לדעתו, לא זו בהכרח היתה המטרה הבלעדית לחקיקת החוק. לאור המצב חברתי - פוליטי הרגיש אשר שרר באותה עת בארץ ישראל בין הלאום היהודי והערבי, ניתן להסביר את הוראת סעיף 60(1) לפקודת החוק הפלילי, 1936, שהיא המקור לחלופה הנקובה בסעיף 136(4), כהוראה שנועדה למנוע מעשי איבה ומדנים בין אוכלוסיות אלה, כמטרה בפני עצמה. נראים לי גם דבריו אלה של השופט ד' חשין, לפיהם כאשר מפרשים את עבירת ההמרדה על רקע ההיסטוריה החקיקתית שלה, יש להתמקד בתנאים ששררו בארץ בעת שחוקקה, יותר מאשר בתנאים אשר שררו באנגליה, כור מחצבתה.

12. טיעון נוסף התומך בהגבלת הערך המוגן לפגיעה במבנה המשטר נעוץ ברצון למזער את הפגיעה בחופש הביטוי. הגבלת הערך המוגן למבנה המשטר בלבד מצמצמת משמעותית את התפרסות העבירה ובכך ממוזערת הפגיעה בחופש הביטוי.

מבלי להתעלם ממעמד ה"על" של חופש הביטוי, הרי שאין הצורך המובן להגן על חופש זה מורה כי ניתן לשם כך להתעלם מקיומם של ערכים מתחרים אשר לעתים מתנגשים בו. מיהות הערכים המוגנים בהוראות חוק שונות, ובענייננו בחוק העונשין, נקבעת על פי תכליתן. ההגנה על מעמדו המיוחד של חופש הביטוי באה לידי ביטוי בהגנות ובתנאים הסטאטוטוריים הקבועים בעבירת ההמרדה המגבילים את היקף התפרסותה. מנגנונים אלה ממזערים את הפגיעה בחופש הביטוי למידה בה הדבר הכרחי, מידה אשר אינה עולה על הנדרש. בענין זה ארחיב בהמשך.

13. לבסוף, טיעון נוסף התומך בייחוד עבירת ההמרדה להגנה על מבנה המשטר מסתמך על עיקרון החוקיות. עיקרון זה מבקש, בין היתר, למנוע יצירת איסורים פליליים עמומים, ודורש כי תוכנה של העבירה הפלילית יהיה נהיר וברור. ברי כי ייחוד עבירת ההמרדה לערך מוגן אחד, תורם לבהירות הנורמה האוסרת, ובכך עולה בקנה אחד עם הגיונו של עקרון החוקיות. אין להתעלם מכך שהחלת סעיף 136 גם על תוכנו הערכי של המשטר הדמוקרטי עלולה לערפל את תחולת האיסור האמור.



למרות האמור, אין הטענה בדבר פגיעה בעיקרון החוקיות מחייבת, לדעתי, לרוקן מתוכן את הערכים עליהם מבקשת העבירה על פי לשונה להגן. האמצעי בו יש לנקוט במצב דברים זה הוא הגדרת הערך המוגן באופן ברור ותיחום גבולות התפרסותו. כלשונו של פרופסור פלר:

"כאשר לשון הנורמה הפלילית היא מעורפלת ... יש להחזיר לנורמה את הבהירות והסבירות בהתאם למטרת הנורמה ... כי דברי החקיקה נועדו לקיום ולא לגניזה" (ש' ז' פלר, **יסודות בדיני עונשין** - כרך א' (תשמ"ד-1984), 178).

אכן, הגדרת המונח "המרדה" בסעיף 136 רחוקה מלהניח את הדעת. מסקנה זו מתעצמת, אם זוכרים אנו שסעיפי החוק הדנים בהמרדה אמורים לשקף איזון בין הצורך לשמור על שלום הציבור לבין הפגיעה בחופש הביטוי. על רקע זה, מתעורר הצורך בהתאמת עבירת ההמרדה, עבירה שהינה שריד אנכרוניסטי מתקופת המנדט הבריטי בארץ, למציאות העכשווית של מדינה בעלת אופי דמוקרטי. בענין זה ראוי להזכיר את דברי חברי, הנשיא ברק, אשר העיר על כך בפסק דינו בענין כהנא:

"... 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 השקפת עולם שאינה דמוקרטית. היא תואמת שלטון מנדטורי, שאינו שלטון של העם, על ידי העם, למען העם. היא אינה מעניקה משקל מספיק לחופש הביטוי" (פיסקה 13 לפסק דינו).

הנשיא מפנה בעניין זה אל הצעתם של קרמניצר וגנאים במאמרם הנ"ל להחלפת עבירת ההמרדה במספר איסורים עונשיים שהיקפם צר והמוגדרים בצורה ברורה. אכן, מן הראוי שהמחוקק ישקול הצעה זו או הצעות מתאימות אחרות. ואולם, כל עוד עומדת עבירת ההמרדה בעינה, דעתי היא כי הטיעונים התומכים בייחוד הערך המוגן בה למבנה המשטר, אינם משכנעים. עמדתי היא, כי אין עבירת ההמרדה מגינה על ערך זה בלבד.

#### **הערכים הנוספים המוגנים בעבירת ההמרדה**

14. במסקנה לפיה אין הערך המוגן בעבירת המרדה מוגבל להגנה על מבנה המשטר בלבד, לא סגי. יש לברר ולקבוע מהם הערך או הערכים הנוספים המוגנים במסגרת עבירת ההמרדה, ומהו תחום התפרסותם של ערכים אלו. כאמור, השופט מצא קבע כי עבירת ההמרדה מגינה על ערכיו של המשטר הדמוקרטי. המדינה

מצידה, מציעה לאמץ בענין זה את מבחן "הגרעין הקשה", לפיו רק ערכי "על" של המשטר הדמוקרטי יישאבו לתוך עבירת ההמרדה, כאשר את מלאכת קביעתם של עקרונות ה"על", העוברים את מפתנה של עבירת ההמרדה, היא מותרת לבית משפט זה.

עמדתה זו של המדינה זוכה לביקורת נוקבת של עורך דין גולן, סנגורו של כהנא. הוא מתריע על כך שיצירת עבירת סל שתקיף את ערכיו המהותיים והעיקריים של משטר דמוקרטי, ערכים שכרגע עדיין אינם מוגדרים, עלולה לגרום ליצירת איסור פלילי החולש על חלקים נרחבים מהשיח הציבורי בישראל. לטענתו, אופייה של החברה במדינת ישראל, חברה הרוויה פלגים ושסעים, הוביל למצב בו קבוצות האוכלוסין הרבות והמגוונות החיות בה, מורגלות בשיח ציבורי בוטה ונוקב. עמדתו היא, שאין להעיב על שיח ציבורי זה באמצעות הטלת מגבלות על חופש הביטוי, במיוחד כאשר אין היקפן של מגבלות אלה ברור. העדר הבהירות בדבר היקף המגבלות, נושא בחובו גם פגיעה בעיקרון החוקיות.

15. יש טעם בטענה כי המבחן המוצע על ידי המדינה לחשיפת זהות הערכים המוגנים על ידי עבירת ההמרדה הוא מוקשה שכן הוא דורש מבית המשפט לבור, מתוך "סל" עקרונות היסוד העומדים ביסוד המשטר הדמוקרטי - את אותם עקרונות "על" אשר ישאבו לתוך סעיף 136. לכאורה, על פי עמדת המדינה, סינון זה של עקרונות אמור להערך במנותק מלשונו של סעיף 136, בהסתמך על "מודד" ערכי שיאומץ על ידי בית המשפט, על פיו יברור ויקבע מהם עקרונות היסוד המשתייכים ל"גרעין הקשה". גישה כזו קשה עלי. לדעתי, זהותם של הערכים המוגנים על ידי עבירת ההמרדה אינה נקבעת בהתאם לסיווגם כחלק מהגרעין הקשה של זכויות יסוד במשטר דמוקרטי. את זהותם של ערכים אלו יש לקבוע בהתאם לאמור בחלופות השונות הנקובות בסעיף 136, המבטאות את כוונת החוק ותכליתו. במילים אחרות, הערכים המוגנים על ידי עבירת ההמרדה הם רק אלו המעוגנים בחלופותיו של סעיף 136. תמצית ההבחנה בין גישתי לגישת המדינה ברורה: המדינה מבקשת לברור את ערכי היסוד המוגנים בסעיף מתוך סל ערכי היסוד הקיימים, ללא עיגון לכך בלשונו של סעיף 136, ואילו לגישתי, בחירת ערכי היסוד המוגנים בו תערך באופן קונקרטי על פי האמור בחלופות השונות של הסעיף.

16. איני מתעלם מכך, כי בקביעתי זו אין עדיין כדי לספק הגדרה ברורה של הערכים המוגנים בגדרה של עבירת ההמרדה. לשונן של החלופות אינה תמיד בהירה דיה, באופן המאפשר לאתר בנקל את הערך עליו באה כל חלופה להגן. יתירה מכך, כפי שהערתי לעיל, לעתים אין הערך המוגן בחלופות אלה, לפי פשט לשונן, עולה בקנה אחד עם אופיו הדמוקרטי של המשטר. יתכן כי הדוגמא הבולטת ביותר לענין זה מצויה בסעיף 136(3). המונח "להמריד" מוגדר בו: "לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ". כפי שמעירים בצדק פרופ' קרמניצר וגנאים, במאמרם הנ"ל, אי רצון או מורת רוח, כשלעצמם, עניינם ברגשות או תחושות השייכות לתחום

הפנימי המובהק שבדרך כלל אין לדיני העונשין דריסת רגל בו. זאת ועוד, אי רצון או מורת רוח אינם מצב שלילי שיש בהכרח למונעו (ראה מאמרם הנ"ל, עמודים 9-10). הבהרנו לעיל כי חריגה זו מתפקידם של דיני העונשין במדינה דמוקרטית נובעת מהעובדה שעבירת ההמרדה היא שריד ממשטר מנדטורי, אשר כידוע, לא הושתת על עקרונות דמוקרטיים. לענין פרשנותם של דברי חוק מתקופה זו נקבע:

"דברי חוק שהורתם לידתם בתקופת המנדט ... פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט, ופירוש אחר נודע להם לאחר קום המדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית חופשית ודמוקרטית - שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד שבעל המנדט השליט בארץ. עקרונות היסוד שלנו - ובימינו - הם עקרונות היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שייתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים. כך היה מאז קום המדינה, ובוודאי כך לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המשתית עצמו על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (בג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 705).

(ראו גם: בג"צ 7351/95 מוניר נבואני נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד נ(4) 89 פסקה 35).

ולענין זה, נאמר לאחרונה על ידי חברי, הנשיא:

"החוק משתלב במציאות החדשה. כך מדבר חוק ישן אל האדם המודרני. מכאן הגישה הפרשנית, כי 'החוק מדבר תמיד' (always speaking) (ראו: F. Bennion, Statutory Interpretation 686 (3 ed, 1999)). הפרשנות היא תהליך מתחדש. יש לתת תוכן מודרני ללשון הישנה, בכך יקטן הפער בין החוק לבין החיים. על רקע זה נכון לומר, כפי שאמר רדברוך, כי הפרשן עשוי להבין את החוק טוב יותר מיוצר החוק, וכי החוק הוא לעולם חכם מיוצרו (ראו: G. Radbruch, Legal Philosophy, The Legal Philosophy of Lask, (1950) Radbruch and Dabin 141). מכאן הגישה הפרשנית המקובלת באנגליה, לפיה יש ליתן לחוק פרשנות שהיא updating (בניין, שם, עמוד 686). אכן, החוק הוא יצור חי, פרשנותו צריכה להיות דינמית. יש להבינו באופן שישתלב ויקדם את המציאות המודרנית (ראו א' ברק, פרשנות במשפט (כרך שני, 1993) 264, 603) (ע"א 2000/97 רע"א 4247/98, 4324/98, 4196/98 הנ"ל, פסקה 18).

לאור האמור, קביעת הערך המוגן בכל אחת מהחלופות תיעשה בהתאם לאמור בהן, על רקע

המציאות בת זמננו ובהתחשב בעקרונות יסוד אשר יש לתת להם משקל הולם בפרשנות חוקים.

**עבירות ההמרדה ומעמדן ביחס לחופש הביטוי**

17. סעיפים 133 ו-134 - לחוק קובעים סנקציה פלילית לגבי מעשי המרדה ופרסומי המרדה. בכך מטילות ההוראות הקבועות בהן מגבלות על חופש הביטוי. הכל מכירים במעמדו המיוחד של חופש הביטוי בחברה דמוקרטית. אשר למהותו ורוחב יריעתו של חופש זה נאמר בפסיקתו של בית משפט זה:

"דעות והשקפות בתוך כל חברה הן תמיד שונות ומגוונות; בחברה חופשית - השוני הוא גלוי; בחברה טוטאליטארית - השוני הוא מוסווה ומוסתר. חילופי הדעות, הליבון של ההשקפות, הוויכוח הציבורי, הרצון לדעת וללמד ולשכנע, כל אלה הם כלים חיוניים העומדים לרשות כל דעה, כל השקפה וכל אמונה בחברה חופשית. קביעת סייגים והבחנות בין האזרחים, אשר לחלקם מקנים זכויות ולחלקם לא, סותרת את האמת המונחת ביסודן של החירויות ויש בה, מבחינת מהותה העיונית, אותה הסתירה הפנימית המתלווה למעשיו של מי שמטיף נגד הדמוקרטיה, תוך שימוש בזכויות שאותן היא מקנה. **גם עם דעות והשקפות בלתי מקובלות יש לנהל ויכוח ולחפש דרכי שכנוע. האיסורים וההגבלות הם אך מכשיר קיצוני, שהוא בגדר אמצעי אחרון**" (הנשיא שמגר ע"ב 2,3/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225) (ההדגשה שלי - ת"א).

(כן ראו: בג"צ 87,73/53 חברת "קול העם" בע"מ; עתון "אל אתיאחד" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 877; בג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא(3) 255, 280).

בין השופטים התגלעה מחלוקת בשאלה האם חופש הביטוי משתרע אף על הביטוי הגזעני. הנשיא ברק, סובר כי חופש הביטוי, מבחינתו "הפנימית", כולל בחובו אף ביטוי בעל תוכן גזעני-פוליטי, המפיץ מדנים ואיבה בין חלקי אוכלוסין (ראה בג"צ 399/85 שם עמ' 281-282, ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (להלן: פרשת אלבה), פסקה 4). השופט מצא סובר אחרת (ראה פסק דינו בפרשת אלבה פסקה 24). מכל מקום, אף לפי הגישה לפיה הביטוי הגזעני חוסה בצל כנפיו הרחבות של חופש הביטוי במובנו "הפנימי", הרי שהכל מכירים בכך שאל מול הערך של חופש הביטוי, ניצבים לעתים ערכים אחרים העשויים להתנגש בו, וכי בנסיבות מסוימות, חשיבותם של אלה עשויה לגבור על האינטרס הטמון בו.

18. לגבי ההתבטאויות מהסוג בו עסקין, התבטאויות קשות וקיצוניות כנגד חלקי אוכלוסין, נאמר על ידי חברי, הנשיא ברק:

"הביטוי החרג בענייננו עשוי לפגוע בכבודה של קבוצת אנשים במדינתנו וברגשות האדם שבה. הוא עשוי לחתור תחת הסדר החברתי, הסובלנות החברתית ושלום הציבור. יש בו סתירה למהותה ולאושיותיה של מדינה דמוקרטית, ולעקרון השוויון בין בני אדם החל בה. הוא סותר את אופיינו הלאומי, ואת "האני מאמין" שלנו...ניתן לקבץ פגיעות אלה תחת הכותרת של "סדר חברתי". אכן, הדיבור החרג עשוי לפגוע בסדר החברתי, שכן

הוא עשוי לפגוע בדמוקרטיה, בביטחון הציבור ובשלומו, ברגשותיהם ובכבודם של בני הציבור, בין רגשות דתיים ומוסריים, בין רגשות עדתיים ובין רגשות אחרים" (בג"צ 399/85 הנ"ל, עמודים 285-286).

"הביטוי החריג", כפי שהוא מכונה על ידי חברי הנשיא, עלול אם כן לפגוע בערכים המסתופפים תחת

הכותרת של פגיעה בסדר הציבורי, אשר משפטנו מגן עליהם:

"ראינו, כי הדיבור החריג עשוי לפגוע בסדר החברתי, שאינו אלא מערכת של ערכים (דמוקרטיה, ביטחון הציבור ושלומו, כבוד האדם ורגשות הציבור) ... המשפט הישראלי אינו מגן רק על חופש הביטוי. הוא מגן על מערכת נוספת של ערכים, היקרים ללבו והמשקפים את 'האני מאמין' שלנו ... מסקנה זו מתחזקת מהוראות שונות בחקיקה שלנו. כך, למשל, פרסום דבר מתוך הסתה לגזענות מהווה עבירה פלילית (סעיף 144ב(א) לחוק העונשין, תשל"ז 1977-). פגיעה ברגשות הדת (סעיף 173 לחוק העונשין) ופרסום חומר תועבה (סעיף 214 לחוק העונשין) מהווים אף הם עבירות פליליות. אכן, בצד ההגנה על חופש הביטוי מגן המשפט הישראלי גם על מערכת ערכים המקופלים 'בסדר הציבורי'" (בג"צ 399/85, בעמוד 286).

ברי, שאף עבירות ההמרדה נמנות עם העבירות הפליליות המגנות על ערכים אלה. וכבר נקבע לא אחת משקלה העודף של שמירה על הסדר הציבורי בהתנגשות שבינה לבין עיקרון חופש הביטוי (ראו: בג"צ 2481/93 יוסף דיין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 פסקה 211; ע"פ 2831/95 הנ"ל). מתן העדיפות מתבטא בכך שאם קיימת הסתברות - ברמה שתקבע בהתאם למהות האינטרסים המתנגשים - של פגיעה בסדר הציבורי על ידי התבטאות מסוימת, יוגבל חופש הביטוי ככל שהוא מסכן, ברמת הסתברות כאמור, את הסדר הציבורי. אכן, הדילמה האמיתית הניצבת בפנינו היא בקביעת נוסחת איזון ראויה בין היקף התפרסותן של עבירות ההמרדה מזה לבין מידת השמירה על חופש הביטוי מזה.

### הגבלות על היקף פריסתה של עבירת ההמרדה

19. עבירת ההמרדה, כיתר ההוראות המטילות סייגים ואיסורים המגבילים את חופש הביטוי, מעלה חשש לפגיעה בעיקרון זה מעבר למידה הדרושה. כמו כן, כבר הזכרנו אף את החשש מפני פגיעה בעיקרון החוקיות. לאורם של חששות אלה, חשוב להבהיר כי גבולות התפרסותן של מכלול עבירות ההמרדה מתוחמים באמצעות כמה וכמה סייגים אשר יוזכרו להלן.

א. עבירת ההמרדה מתוחמת באמצעות סייגים סטאטוטוריים המסייגים את תחולתה. על סייגים אלו עמד בהרחבה חברי, השופט מצא, בפסק דינו בענין כהנא (פיסקות 12-15 לפסק דינו). בתמצית, מדובר בהגנות הקבועות בסעיף 138 ו-135- לחוק העונשין. סעיף 138 אשר כותרתו היא "ביקורת ותעמולה חוקית", מסייג את עבירות ההמרדה במישור המהותי. הוא מוציא מגדר תחולת עבירת ההמרדה מעשה, נאום או פרסום אשר מגמתם היא אחת מאלה המנויות בארבע חלופותיו. סעיף 135 מסייג את עבירות ההמרדה במישור הדיוני בשלושה אופנים. ראשית, אין להגיש תביעה פלילית בגין עבירות לפי סעיפים 133 ו-134- לחוק העונשין אלא תוך ששה חודשים מיום ביצוע העבירה. בהתאם להוראה הקבועה בו הרי שבנוגע לעבירות ההמרדה נקבעה תקופת התיישנות של חצי שנה בלבד; שנית, הגשת תביעה פלילית בעבירת המרדה טעונה הסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה; שלישית, אין להרשיע בעבירת המרדה על פי עד אחד באין סיוע לעדותו.

ב. חברי השופט מצא, אף עמד על הגבלת גבולות התפרסותה של עבירת ההמרדה באמצעות הוראתו הכללית של סעיף 34 לחוק, הקובעת את הגנת "זוטי דברים". הגנה זו מיושמת כאשר בית המשפט סובר כי לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך.

### סיכום ביניים

20. עד כאן דנתי, באופן כללי, בעבירת ההמרדה. במסגרת בחינת הערכים המוגנים בעבירת ההמרדה, הבעתי את עמדתי, לפיה אין הערך המוגן בעבירת ההמרדה מוגבל למבנה המשטר בלבד, וכי איתור מיהות הערכים הנוספים המוגנים בה צריך להערך לפי האמור בחלופות השונות של סעיף 136. כמו כן, עמדתי על האיזון הנדרש בין הערכים המוגנים על ידי עבירת ההמרדה, בהיותם חלק מהערכים המוגנים על ידי ה"סדר הציבורי", לבין הערך המתחרה של חופש הביטוי, לשם קביעת היקף גבולות התפרסות העבירה. בנוסף, עמדתי, באופן כללי, על הגבלת היקף התפרסות העבירה באמצעות ההגנות הסטאטוטוריות הנקובות בחוק, וההוראה הכללית של "זוטי דברים".

### איתור הערך המוגן בסעיף 136(4)

21. כאמור, עבירת ההמרדה, כדוגמת עבירות אחרות כגון עבירת ההסתה לגזענות, פגיעה ברגשות הדת וכיוצא באלה, היא עבירה המגנה על ערכים שונים החוסים תחת מטריית הכותרת "סדר ציבורי". כעת אפנה לברר מהו הערך הספציפי המוגן על ידי עבירות ההמרדה הקבועות בסעיפים 133 ו-134(ג) לחוק העונשין,

כאשר חלופת הגדרת המונח "להמריד" הנוגעת לענייננו נקובה בסעיף 136(4). נזכיר כי ההגדרה הקבועה לביטוי "להמריד" בחלופה זאת היא:

"לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסיה".

נראה לי, כי הערך העומד ביסוד חלופה זו הוא שמירת היכולת של חלקי אוכלוסיה שונים במדינה לחיות זה בצד זה בשלום ובביטחון, ערך אשר נכנהו **להלן: לכידות חברתית**. תכליתו של ערך זה, הינה שמירה על האפשרות של קבוצות אוכלוסין, השונות זו מזו בהבטים שונים ומגוונים, לדור יחד תחת קורת גג של מדינה אחת. הסתה המופנית נגד קבוצת אוכלוסיה על רקע גזעי או אידיאולוגי המלבה נגדה איבה וקוראת לנקוט נגדה, כקבוצה, באמצעי אלימות, מהווה פגיעה באותו ערך של לכידות חברתית במובן האמור. הסתה כזו גורמת לקיטוב חברתי על רקע של איבה ואלימות. בנסיבות קיצוניות, עלולה הסתה כזו לרופף לחלוטין את ה"דבק" המינימלי המחבר בין חלקיה השונים של האוכלוסיה, ולמנוע אפשרות של חיים משותפים באותה מדינה.

22. הערך של "לכידות חברתית" במובן האמור, הוא בעל חשיבות מיוחדת על רקע חברה בעלת פסיפס חברתי מגוון כמדינת ישראל, בה מתגוררים זה בצד זה בני מיעוטים, בני עדות דתיות שונות, והשונות בין קבוצות אוכלוסין החיות בקרבה ניכרת. ערכו הוא בשמירת קיומה של חברה רב תרבותית פלורליסטית, ובמניעת התפוררות המרקם החברתי. ראוי להדגיש, ששמירתו וקידומו של ערך זה אינו נחלתו הבלעדית, או אפילו הטבעית, של המשפט הפלילי. התפקיד להשליט סובלנות, אהבה ושכנות טובה בין איש לרעהו, שמור במובהק למערכות חינוכיות וחברתיות האמורות לשקוד ללא הרף על טיפוחם והטמעתם של ערכים אלו בחברה. עם זאת, אף למשפט הפלילי יכולה להיות תרומה בנושא זה. המשפט הפלילי עשוי לשמש מכשיר לטיפול בפוטנציאל הקוטבי, האפל, הטמון בחברה בעלת מרקם חברתי הטרוגני. בהקשר זה, תפקידו הוא לטפל בהתנהגויות הזרעות שנאה ואלימות בין חלקים שונים של האוכלוסיה והחותרות לחבל במרקם היחסיים העדין בין קבוצות אוכלוסין שונות.

התנהגויות פסולות אלה עשויות ללבוש, במקרים מתאימים, צורה של התבטאויות מילוליות אשר יש בהן, בהתחשב בתוכן ונסיבותיהן, לפגוע בלכידות החברתית האמורה. אין לזלזל בכוחן ועוצמתן של מילים. מילים עלולות ללבות יצרים ושנאה ולהביא לאלימות ובכך לחתור תחת לכידות המינימלית של חברה.

23. אכן, השיח הציבורי במדינה דמוקרטית אמור להיות גלוי, פתוח ונוקב. אולם, אף לפתיחותו של השיח הציבורי יש להציב גבולות. זהו לדעתי ההקשר בו נכנסים לתמונה האיטורים הקבועים בסעיפים 133-134 - לחוק העונשין, כאשר הם משולבים עם ההגדרה הנקובה בסעיף 136(4). במתכונתן זאת, תפקידן של הוראות אלה הוא להציב את הגבולות לחופש הביטוי בשיח הציבורי, ולהוציא מגדרו של חופש זה, פרסום שיש בו כדי לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין. אין להתיר לשיח הציבורי, שהוא מאושיות הדמוקרטיה, להפך לחרב פיפיות, ולחבל בסדר הציבורי. בהקשר דומה, נאמר על ידי חברי, הנשיא ברק, בבג"צ 399/85 הנ"ל:

"אכן, חופש הביטוי בא להגן על הדמוקרטיה, אך לעתים אין מנוס מהמסקנה, כי הוא עשוי גם לפגוע בה. פגיעה כזו עשויה להתרחש כאשר הביטוי הוא גזעני, והוא גורר אחריו פגיעה ברגשות הציבור, איבה המביאה להפרת שלום הציבור וכיוצא בהן פגיעות קשות, העשויות לנבוע מפרסום ביטוי גזעני. דמוקרטיה נאורה מבקשת להגן על עצמה מפני סרטן המבקש לחסלה. אכן, המשטר הדמוקרטי נכון להגן על חופש הביטוי, כל עוד חופש הביטוי מגן על הדמוקרטיה. אך מקום שחופש הביטוי הופך לקרדום לפגיעה בדמוקרטיה, אין כל צידוק שהדמוקרטיה תניח את צווארה לכורת... " (שם, עמודים 286-287) (הדגשה שלי - ת"א).

לפיכך, גם שיח ציבורי פתוח, נוקב וקשה אינו יכול להיות משולל רסן לחלוטין. הסעיפים הדנים במעשי המרדה בצירוף הגדרת המרדה בסעיף 136(4), מיועדים להציב את הגבול לחופש הביטוי באותה נקודה בה חופש זה עלול - ברמת הסתברות אשר תקבע לענין זה - לגרום לאלימות או לזריעת שנאה בין חלקי אוכלוסין שונים, שנאה העלולה להשמיט את הקרקע תחת אפשרות של חיים בצוותא.

24. שאלה לא קלה היא, מתי מתקיימת בהתבטאות פוגעת המופנית כלפי קבוצת אוכלוסין על רקע שונותה, "פגיעה" כמשמעותה בסעיף 136(4)? האם תנאי לכך הוא שההתבטאות תכלול פוטנציאל למעשי אלימות מיידים, או שמא די בכך שהאמירה מעוררת איבה ואקלים נוח להתפרצות מעשים כאלה? האם הכרח הוא שניתן יהיה לקשור בין ההתבטאות לבין מעשי אלימות צפויים, על פי מידת ההסתברות המתאימה (נושא נפרד בו אדון להלן), או שמא די בהתבטאויות המפתחות איבה כלפי חלק מהאוכלוסיה או קוראות למעשי אלימות נגדו, אפילו אין הסתברות שתנקט אלימות כזו בסמוך, אך נזרעים הזרעים לשנאה ואיבה, אשר על פי טיבם וטבעם עלולים להניב בעתיד מעשים כאלה (לפירוט סוגי פגיעה שונים ראו: אלון הראל, "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות התממשות הנזק': חשיבה מחודשת", משפטים ל (תשנ"ט) 69, עמודים 89-91).



התשובה לשאלה זו תשפיע על האיזון הקבוע בסעיף בין חופש הביטוי לבין הערך המוגן בו. הבהרנו לעיל כי בתחום עליו מתפרסת העבירה הקבועה בסעיף 134(ג) נסוג מפניה חופש הביטוי. אולם הערנו כי קביעה זו אינה חוסכת את הדילמה האמיתית והמחלוקת שבצידה הכרוכות בסוגיה שבפנינו, היא הניסיון למצוא איזון ראוי בין ההגנה על הערך המוגן בסעיף לבין חופש הביטוי. שורשה של דילמה זו נעוץ בחשש כי הסנקציה הפלילית הקבועה בסעיף 134(ג) תחנוק באיבם ויכוחים ומחלוקות אידיאולוגים אשר אפשרות התקיימותם מהווה את נשמת אפה של הדמוקרטיה, אותו "שיח ציבורי" נוקב המשמש אבן יסוד למשטר הדמוקרטי.

דעתי היא, שפרסום הקורא ברצינות ובלשון ברורה לאלימות כלפי חלק מהאוכלוסיה יש בו "לעורר מדנים ואיבה" במובן הסעיף, וטמונה בו אותה פגיעה שהסעיף מבקש למנוע. כך הדבר אפילו אין הפרסום קורא לאלימות מיידית, אלא כולל קריאה כללית לאלימות נגד אותו חלק באוכלוסיה. יש בפרסום כזה כדי להוביל לשנאה וליצירת אקלים חברתי אשר עלול להוביל, אולטימטיבית, להתפרצותם של מעשי אלימות. פרסום כזה יוצר את הפוטנציאל של האלימות או מצטרף לפוטנציאל כזה העלול להתפרץ במועד אשר למפרסם אין שליטה עליו.

מסקנתי היא, על כן, כי סעיף 134(ג), כמו סעיף 134 כולו, מגן גם בפני פרסומים אשר אף אם אין בהם פוטנציאל לעורר מעשי אלימות מידיים, השפעתם המצטברת על האקלים החברתי קשה, והם עלולים להביא, בשל האיבה והמדנים שהם מעוררים כלפי חלק מהאוכלוסיה, למעשים מסוג זה בעיתוי אשר אין אפשרות לצפותו מראש. תכליתו של הסעיף כוללת, אפוא, את המטרה לגדוע באיבו תהליך העלול להסתיים, בסופו של דבר, אם כי לא בהכרח באופן מידי, באלימות.

25. לכך יש להוסיף שני הדגשים.

ראשית, כדי שתשתכלל עבירה לפי סעיף 134 בהקשר לסעיף 136(4), נדרש שהפגיעה בערך של לכידות חברתית במובן האמור, תהיה בעלת עוצמה. בחברה הטרוגנית לא ניתן למנוע כליל קיומם של מתחים כלשהם בין קבוצות אוכלוסין שונות. מתחים אלו הם אינהרנטיים לעצם קיומה. לפיכך, את התיבה "לעורר מדנים ואיבה" יש לפרש כמתייחסת לביטוי אשר השלכותיו על המרקם החברתי בין חלקי אוכלוסיה שונים הוא חמור, במובן זה שהוא עלול להוביל לשסע חברתי עמוק בין חלקי אוכלוסיה שונים. נדרש, אם כן, שהמסר הוא מסוג המסרים שיש בתכנם לעורר משטמה עזה או קריאה לאלימות.

שנית, הניסיון למזער את הנזק של פגיעה בחופש הביטוי בא לידי ביטוי אף בנוגע להיקף הפגיעה הפוטנציאלית. בענייננו, הגדרת הביטוי "להמריד" בסעיף 136(4) דורשת כי הפגיעה תעורר קיטוב חברתי בין חלקי אוכלוסין שונים. מכאן, שהאינטרס המוגן בעבירה בה עסקינן הוא האינטרס של חלקי אוכלוסין ולא אינטרס של פרט זה או אחר בתוך אותם חלקי אוכלוסין. כלומר, לא די שהאמירה תכלול פוטנציאל לעורר שנאה בין אדם פרטי אחד, לאדם פרטי אחר, על רקע שונותו של האחר. יש צורך שהאמירה תעורר פוטנציאל לשנאה בין חלקי אוכלוסיה.

לסיכום נקודה זו, לדעתי הערך הכללי המוגן בסעיף 136(4), הוא ערך הלכידות החברתית במובנו האמור, ובמסגרת ההגנה על ערך זה, הוראות הסעיפים 133 ו-134(ג) באות להגן, בין היתר, בפני ליבוי איבה ומדנים בין חלקי אוכלוסיה שונים.

### ג. שאלת קיומו וטיבו של מבחן הסתברותי בסעיפים 134(ג) ו-133-

26. האם קיים מבחן הסתברותי בגדרם של סעיפים 133 ו-134(ג) לחוק העונשין? גם בשאלה זו נפלה מחלוקת בפסק דין כהנא. נדון תחילה בשאלת קיומו של מבחן כזה בסעיף 134(ג) ובטיבו של מבחן זה, ולאחריו בשאלת קיומו בסעיף 133.

### מבחן הסתברותי בסעיף 134(ג) - העמדות השונות בפסק דין כהנא

27. סעיף 134(ג), הנכלל בגדר עבירות שעניין פרסומי המרדה, קובע:

"המחזיק, ללא הצדק כדון, פרסום **שיש בו כדי להמריד**, דינו - מאסר שנה אחת והפרסום יחולט" (הדגשה שלי - ת"א).

הסעיף כולל שני יסודות עובדתיים: האחד, רכיב התנהגותי - "המחזיק", והשני רכיב נסיבתי, "פרסום שיש בו כדי להמריד". היסוד הנפשי בעבירה הוא מחשבה פלילית, קרי, מודעות לטיבה הפיזי של ההתנהגות ומודעות לרכיב הנסיבתי.

בין השופטים אשר פסקו בענין כהנא שררה תמימות דעים לגבי סיווגה של עבירה זו כעבירה התנהגותית, להבדיל מעבירה תוצאתית (ראו פסקה 21 לפסק דינו של השופט גולדברג; פסקה 2 לפסק דינו

של השופט מצא; פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא). עוד נקבע כי היסוד של "שיש בו כדי להמריד" הוא יסוד נסיבתי (פסקה 21 לפסק דינו של השופט גולדברג; פסקה 4 לפסק דינו של השופט מצא; פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא). על כך אין מחלוקת. השאלה אשר היתה שנויה במחלוקת אליה נפנה עתה היא, האם קיים מבחן הסתברותי בגדר סעיף 134(ג), במסגרת הרכיב הנסיבתי, ובמידה שהוא קיים - מה טיבו, ומהי דרגת ההסתברות הנדרשת במסגרתו.

א. השופט גולדברג, אשר סבר שהערך המוגן בעבירת ההמרדה הוא מבנה המשטר, קבע

בעניין זה:

"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" (ההדגשה שלי - ת"א).

כאשר מיישם השופט גולדברג את אמת המידה שנקבעה על ידו לעיל על המקרה הספציפי שעמד

לפניו הוא קובע:

"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".

ב. השופט מצא, אשר לדידו הערך המוגן בסעיף הוא אף ערכי השלטון, קובע בעניין זה:

"... התיבה 'שיש בו כדי להמריד' מכוונת לתוכנו של הפרסום, ולא למידת ההסתברות שהפרסום יגרור להמרדה. יצוין כי גם השופט גולדברג (כמבואר בפסקה 22 לפסק דינו) אינו נדרש להחלתו של מבחן הסתברותי על העבירה של פרסומי המרדה..." (ההדגשה שלי - ת"א).

בעניין זה, חזר בו השופט מצא מהעמדה, אותה הביע אגב אורחא בפרשת אלבה, לפיה נדרשת הסתברות שהפרסום יעורר מדנים בין חלקי אוכלוסיה שונים, וקבע כי העבירות על פי חלופותיו השונות של סעיף 134 אינן כוללות מבחן הסתברותי (פסקה 8 שם).

ג. הנשיא ברק, אשר הצטרף לדעתו של השופט גולדברג בענין הערך המוגן, קובע בנוגע לדרישה למבחן הסתברותי:

"... נקודת המוצא שלי הנה כי הדיבור 'שיש בו כדי' מצביע על משקלם של הדברים שהתפרסמו. משקל זה נקבע ביחס לכוחם להביא להגשמת ההמרדה. עניין לנו, איפוא, בדרישה הסתברותית ... **נדרש, איפוא, כי לדברים שפורסמו יהיה משקל מספיק כדי להשפיע על התממשותה של ההמרדה** ... משקל זה מבטא את כוחן של המילים להביא להתנהגות האסורה. הוא משקף את פוטנציאל ההשפעה שיש לתוכן הפרסום על ההמרדה" (הדגשה שלי - ת"א).

משקבע הנשיא כי הסעיפים מחילים מבחן הסתברותי, פנה לבחון את רמת ההסתברות הנדרשת. הוא מבהיר כי שאלה זו מתעוררת שכן נוצר הצורך לאזן בין הערך של חופש הביטוי לבין הערך של שלום הציבור, ושאלת המפתח היא מהו האיזון הראוי בהתנגשות זו (פיסקה 4 לפסק דינו). לאחר שקילת הערכים המתנגשים הוא קובע:

"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" (פיסקה 11, שם).

בהתייחסו אל אמות המידה שנקבעו על ידי חבריו לדיון בענין היסוד הנסיבתי של "יש בו כדי להמריד", מעיר הנשיא שלדעתו אף הם נוקטים מבחן הסתברותי. מבחנו של השופט גולדברג, הבוחן האם פוטנציאל ההמרדה הוא ממשי, על פי תוכן הפרסום ביום הפרסום, הוא מבחן הסתברותי מבחינת תוכנו, גם אם השופט גולדברג אינו מכנה אותו כך. אף את עמדתו של השופט מצא ניתן לקטלג, לדעתו של הנשיא, בגדרו של

המבחן ההסתברותי. השוני בין עמדתו שלו לעמדת השופט מצא נעוצה במידת ההסתברות הנדרשת. השופט מצא מסתפק ב"נטיה" של הפרסום להביא לידי המרדה (מבחן "הנטיה הרעה").

ביישמו את אמת המידה שקבע לגבי הפרסום שעמד לפניו, הצטרף הנשיא לדעתו של השופט גולדברג בקבעו כי החזקת הפרסום אינה יוצרת סכנה ממשית להמרדה (פיסקה 14 לפסק דינו). יוער, כי למרות שהנשיא התייחס בדבריו להחזקת הפרסום, ברי כי כוונתו היתה לכך שבנסיבות הענין אין להניח כי **תוכן הפרסום** עלול, ברמה של אפשרות סבירה, להשפיע על חוסנו של מבנה המשטר.

### **הנימוקים לקיומו של מבחן ההסתברותי בסעיף 134(ג)**

28. דעתי היא, שסעיף 134(ג) כולל בחובו מבחן ההסתברותי בגדר הרכיב הנסיבתי. קיומו של מבחן ההסתברותי מעוגן היטב בלשונו המילולית של הסעיף. התיבה "שיש בו כדי" מעידה על קיומו של מבחן זה. התכחשות לקיומו של מבחן ההסתברותי במסגרת הסעיף מרוקנת למעשה תיבה זו מכל תוכן. אכן, בנסיבות דומות, כאשר עמד בית המשפט בפני פירוש תיבה המעידה על פי לשונה על קיום מבחן ההסתברותי, כגון "עלול", או "שיש בו לפגוע", יצא בית המשפט מתוך הנחה בדבר קיומו של מבחן ההסתברותי, ומיקד את דיונו בשקילת מידת ההסתברות הנדרשת להתרחשות הפגיעה בערך המוגן (ראו בג"צ 73/53; 87/53 הנ"ל בעמוד 882 בין האותיות ה-ו, וכן ע"פ 697/98 טטיאנה סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289 פסקה 22).

קיומו של מבחן ההסתברותי במסגרת סעיף 134(ג) אף נתמך בהוראת סעיף 34כא, המעגנת את הפרשנות התכליתית במשפט הפילי. הסעיף קובע כי:

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

אף אם נצא מנקודת הנחה, כי ניתן לפרש את סעיף 134(ג) - כאחד הפירושים האפשריים - באופן השולל קיומו של מבחן ההסתברותי, הרי לפי סעיף 34כא מצווים אנו להעדיף את הפירוש המגן באופן רחב יותר על חירותו של הנאשם, דהיינו את הפירוש הדורש קיום של מבחן ההסתברותי. קל וחומר, כאשר הפירוש המקל עם הנאשם משקף את נוסחו המילולי של הסעיף כפשוטו.

29. המדינה מעלה בטיעוניה את החשש כי החלתו של מבחן הסתברותי יטיל על שכמה נטל הוכחה שספק אם תוכל לעמוד בו. המדינה מקשה ושואלת כיצד תרים התביעה את הנטל להוכיח, מעל לכל ספק סביר, השפעה אפשרית במישור המנטאלי של האמירה האסורה על שומע כלשהו? התשובה לכך היא, כי בחינת ההסתברות של ההמרדה תיעשה בהתאם לכלל נסיבותיו של כל מקרה. לא תמיד ניתן לדלות את מלוא הנתונים לבחינתה של הסתברות רק מתוך הפרסום עצמו. לעיתים, יש חשיבות לאווירה הציבורית בה נעשה מעשה הפרסום, מקום הפרסום ומועדו, וכן מיהו הציבור אשר נחשף לפרסום. כל אלה יכולים ללמד על ההסתברות שהפרסום יהווה המרדה במובן של סעיף 136(4).

חשוב גם להדגיש את ההבדל בין קיומו של מבחן הסתברותי לבין שאלת נטל ההוכחה של ההסתברות הנדרשת בכל מקרה ומקרה. מבחן הסתברותי בודק את קיומו של פוטנציאל לפגיעה לפי עוצמת ההסתברות אשר נקבעה לענין פגיעה זו. הקושי להוכיח את הפוטנציאל האמור במקרה ספציפי זה או אחר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה לגופו. אין הכרח "להיכנס" לראשו או ללבו של הציבור על מנת להסיק את האפקט שיצר תוכנו של פרסום זה או אחר בפועל. בית המשפט יסיק את מסקנותיו בענין זה מתוך מכלול הנסיבות הקיימות. החלת מבחן הסתברותי גם אינה מחייבת, בהכרח, הסתמכות על ראיות חיצוניות מעבר לתוכן הפרסום ונסיבות הפרסום. לעיתים, ההכרעה יכולה להתבצע על סמך הערכתו של בית המשפט את תוכן הפרסום לבדו, תוך הסתמכות על ידיעתו השיפוטית ונסיונו. בבחון את הפרסום, ישקול בית המשפט ויחליט מהן השלכותיו האפשריות של הפרסום על ציבור או ציבורים מסויימים, תוך נסיון לדלות מהפרסום ומנסיבותיו תשובה לשאלה, האם יש בכוחו של הפרסום להשיג את המטרה הנפסדת. מכאן שאין ממש בחשש, אשר הובע על ידי המדינה, כי החלתו של מבחן הסתברותי תטיל על רשויות התביעה נטל כבד, של הוכחת ההשפעה בפועל של הפרסום על פלוני או על ציבור פלוני, וכי הדבר לא יאפשר, או יקשה עד מאוד, על הוכחתה של אחריות פלילית. במהותו, המבחן ההסתברותי הוא מבחן של הגיון ושכל ישר. האופן שבו מופעל המבחן אינו שונה מן האופן שבו פועל בית המשפט בנושאים אחרים מידי יום ביומו, כולל בתחום המשפט הפלילי. ישנן נסיבות, בעיקר במקרים בהם תוכן הביטוי הוא פוגעני במיוחד, בהן בית המשפט יסיק בנקל את קיומו של פוטנציאל לפגיעה מתוך הפרסום עצמו. לעומת זאת, תיתכנה נסיבות בהן מלאכת ההוכחה תהיה מורכבת יותר, וייתכן אף שבמקרים מיוחדים יתעורר צורך להידרש לחוות דעתם של מומחים.

הזדמן לי להתייחס לסוגיה דומה בע"פ 697/98 הנ"ל. באותו ענין נדונה, בין היתר, עבירה לפי סעיף 173 לחוק העונשין, עבירה של פגיעה ברגשי דת, והתעוררה שאלת קביעת הפוטנציאל לפגיעה ברגשות. סוגיה זו מעלה את אותו קושי אותו מציגה המדינה, שכן בעבירה זו נדרש במובהק לבחון את הפוטנציאל של הפגיעה. לענין שאלת הראיות הנדרשות להוכחת פגיעה ברגשות דת ועוצמתה חיוותי את דעתי כי:

"בהעריכו את הפוטנציאל הגלום בפרסום, יידרש בית המשפט למכלול הנסיבות העשיות להשפיע על האפקט האפשרי שלו. המדובר בהערכת פועלו האפשרי של הפרסום הקונקרטי, בעת שנעשה. בראש ובראשונה יידרש בית המשפט לתכנון של הפרסום, הן מבחינת מובנו, והן מבחינת סגנונו. בית המשפט יידרש גם לנסיבות האופפות את המקרה - מהו המדיום בו נעשה שימוש, מהו קהל היעד, היכן נעשה הפירסום, ומתי הוא נעשה. עשויה להיות חשיבות לא מבוטלת, בהקשר זה, גם לשאלה האם הקהל בו מדובר הינו 'קהל שבוי'. על רקע כל אלה, ניתן לקבוע, האם בפרסום טמון פוטנציאל ממשי לפגיעה גסה ברגשות הדת (השוו, לענין זה, דברי השופט א' גולדברג, בפיסקה 22, בפסק דינו בפרשת כהנא).

אמת, לא תמיד ניתן יהיה לקבוע ממצא - לחיוב או לשלילה - בדבר הפגיעה הטמונה בפרסום פלוני. במקרים אשר אינם ברורים על פניהם, ניתן יהיה להוכיח את הפגיעה הגלומה בפרסום על ידי עדות מומחה. ההידרשות לעדות כזו עשויה להיות רצויה, למשל, כאשר עשוי להתעורר ספק בדבר מובנו של הפרסום, תוכנו או האפקט הפוטנציאלי הגלום בו..." (פיסקות 23-24 לפסק הדין).

מסקנתי היא, אפוא, שקיומו של מבחן הסתברותי מעוגן היטב בלשונו ובתכליתו של סעיף 134(ג).

### האם סעיף 133 כולל בחובו מבחן הסתברותי?

31. סעיף 133 קובע:

#### **"מעשי המרדה"**

**העושה מעשה** לשם המרדה, או מנסה, מכין עצמו או קושר קשר עם חברו לעשות מעשה כאמור, דינו - מאסר חמש שנים" (הדגשה שלי - ת"א).

העבירה לפי סעיף 133 לחוק העונשין אף היא עבירה התנהגותית. השאלה הניצבת כאן למבחן הנה

האם היסוד העובדתי של העבירה, "העושה מעשה", מכיל בחובו מבחן הסתברותי.

יצוין, כי השופט גולדברג סבר שיש לפרש את הרכיב ההתנהגותי בסעיף 133 כך שפרסום, החזקתו

וויבואו, עליהם חל סעיף 134, יוצאו מהגדרת "מעשה" לפי סעיף זה (ראו פסקה 20 לפסק דינו). עמדה זאת לא

התקבלה על דעתם של הנשיא והשופט מצא (ראו פסקות 4-6 לפסק דינו של השופט מצא ופיסקות 17-22

לפסק דינו של הנשיא). ואולם התעוררה ביניהם מחלוקת בענין פרשנותו של יסוד זה, מחלוקת אשר שורשיה

נחשפו כבר בפרשת אלבה. היסוד העובדתי בסעיף 133 מנוסח באופן קצר ולאקוני - "העושה מעשה". השופט

מצא סבר, על פי דרכו אף בפרשת אלבה, כי "סעיף 133 אינו כולל כל דרישה ביחס לאופי המעשה" (פיסקה 4 לפסק דינו). לעומת זאת, הנשיא, בהמשך לדרך אותה התווה בפרשת אלבה, סבר כי מן הראוי לפרש יסוד זה כאוצר בחובו את הדרישה שטיב המעשה, על רקע הקשרו, יעורר המרדה. מעבר לכך, נדרש כי המעשה הוא בעל משקל מספיק כדי להשפיע על התממשותה של המרדה. מכאן, שבגדר היסוד העובדתי בסעיף 133 נדרש כי מעשה ההמרדה יש בו, כאפשרות סבירה, להביא לידי המרדה. בהקשר זה חזר הנשיא וציטט את עמדתו שלו בפרשת אלבה, לפיה:

"הטלת אחריות על אמירה תמימה המלווה במטרה להסית לגזענות מתקרבת קרבה מסוכנת להפרת הכלל, האוסר על ענישת דברים שבלב (nullum crimen sine actu). במדינה דמוקרטית, המבקשת לתת לפרט חירות לחשוב כרצונו - היא רצונו אשר היא, ויהיו מחשבותיו קשות ככל שתהיינה - אין להטיל אחריות על החושב אם הוא מבטא את מחשבתו באמירה תמימה כשלעצמה" (פסק דיני בפרשת אלבה, פיסקה 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, פיסקה 4) " (פיסקה 18 לפסק דינו בענין כהנא. ראו גם את מאמרו של פרופסור קרמניצר, "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות" משפטים ל (תשנ"ט) 105, 112-113.

בנושא זה של פרשנות סעיף 133, אני מצרף דעתי לדעת הנשיא ולנימוקיו, היינו כי סעיף 133 כולל

בתוכו רכיב הסתברותי.

### מידת ההסתברות הנדרשת

30. לאחר קביעת קיומו של מבחן הסתברות במסגרת סעיף 133 ו-134(ג), נותרה לליבון סוגיית הרף ההסתברותי הנדרש לצורך הגבלת הביטוי. רף זה משפיע אף הוא על האיזון בין הערך של חופש הביטוי לערך המוגן על ידי הסעיף.

גדר הספקות הוא בשאלה האם לאמץ בענייננו את המבחן המחמיר של "הוודאות הקרובה", או את המבחן המקל יותר, של האפשרות הסבירה או הממשית. התשתית הרעיונית ליישום של מבחן הוודאות הקרובה הונחה על ידי השופט אגרנט בפרשת "קול העם" (בג"צ 87/53; 73/53 הנ"ל). בפרשה זו נקבע מבחן זה כמבחן המשקף את האיזון הראוי שבין חופש הביטוי לבין ערכים מתחרים אחרים. אולם, אין מבחן הוודאות הקרובה מהווה את המידה ההסתברותית היחידה הננקטת כאשר מוטל על הכף הערך של חופש הביטוי. כאשר הוערך כי הערך העומד אל מול חופש הביטוי הינו אחד מהערכים שהם "מהמעלה הראשונה" ננקט מבחן



האפשרות הסבירה או הממשית (ראו לדוגמא, פסק דינו של הנשיא בענין כהנא לגבי הערך של מבנה המשטר, פסקה 10 שם). בענין קביעת מידת ההסתברות הנדרשת, מקובלת אפוא ההשקפה, לפיה רצוי שיתקיים יחס הפוך בין חשיבות הערך המוגן לדרגת ההסתברות הנדרשת. ככל שהערך החברתי המוגן עומד גבוה יותר בסולם החשיבות, כך יש למתן את מידת הפוטנציאל הנדרש להתממשות הפגיעה בו ולהפך.

בסוגיה זו, נטייתי היא לאמץ את מבחן הוודאות הקרובה. שני טעמים עיקריים מטים אותי לכך. האחד, נראה לי כי ראוי לאזן את הפגיעה בחופש הביטוי, הנוצרת בעטייה של הגדרת אופי הפגיעה בעבירות ההמרדה ככוללת אף פגיעה אשר אין בעקבותיה אלימות מיידית, באמצעות קביעת רף נוקשה של מידת הוודאות הקרובה. השני, מידת הוודאות הקרובה מקובלת בפסיקה כנוסחת איזון ראויה בנוגע לערכים המתנגשים בענייננו, חופש הביטוי מזה והסדר הציבורי מזה. מכאן, שקביעת אמת מידה זו, אף במקרה שבפנינו, מקדמת את ההרמוניה הנורמטיבית שעל טיפוחה יש לשקוד. עם זאת, בנסיבות המקרה הנדון, אין הכרח להכריע בסוגיה זו. כפי שאפרט בהמשך דברי, דעתי היא כי הפרסום בו עסקין עונה גם על המבחן ההסתברותי המחמיר יותר של "וודאות קרובה". לפיכך, איישם בענייננו את מבחן הוודאות הקרובה, תוך הותרת ההכרעה בסוגיית הרף ההסתברותי למקרה בו הדבר יידרש.

#### ד. היסוד הנפשי בסעיפים 134(ג) ו-133-

32. היסוד הנפשי של העבירות בהן עסקין אינו עומד לדיון במסגרת דיון נוסף זה. לפיכך, אתייחס בקצרה לסוגיה זו, בקשר לכל אחת מהעבירות הנדונות.

סעיף 134(ג) אינו קובע במפורש יסוד נפשי. בנסיבות אלה, נדרשת מחשבה פלילית (סעיף 19 לחוק העונשין). לפי סעיף 20(א) לחוק העונשין, בעבירה התנהגותית מהסוג בה עסקין, היסוד הנפשי הנדרש הוא של מודעות (בפועל) לטיב המעשה ולקיום הנסיבות. בענייננו, נדרשת אם כן מודעות להחזקת הפרסום; מודעות לעצם הפרסום; מודעות כי החזקת הפרסום תגרום, קרוב לודאי, להמרדה. בענין זה נקבע על ידי השופט ד' חשין בבית המשפט המחוזי כי כהנא היה מודע לטיב התנהגותו ונסיבותיה. אין יסוד, ואף לא נתבקשנו, להתערב במסקנה זו. מכאן, שיש לאמץ לענין זה את קביעתו של בית המשפט המחוזי.

היסוד הנפשי הנדרש במסגרת סעיף 133 בעבירת מעשה המרדה, הינו מטרה מיוחדת ("לשם המרדה"). נדרש קיומה של מחשבה פלילית מיוחדת אשר תוכנה הוא הרצון או השאיפה להשגת היעד. בבית

המשפט המחוזי נקבע כי כהנא היה מודע לטיב מעשיו, דהיינו לפוטנציאל ההסתה לגזענות שבכרוז וכן, כי הוא רצה בהתממשות היעד שבמטרה, קרי, בהתעוררות רגשות שנאה כלפי הציבור הערבי. אף בערעור נקבע כי היסוד הנפשי מתקיים בפרשה זו. מכאן שבענין התקיימותו של היסוד הנפשי הנדרש בסעיף 133 עומדת בעינה קביעתו של בית המשפט המחוזי, אשר היתה כאמור מקובלת אף על בית משפט זה בפסק דין כהנא.

## ה. מן הכלל אל הפרט

33. בשלב זה, נותר לנו לבדוק, האם הלכה למעשה, נכנס הפרסום בו עסקין בגדר האיסור הקבוע בסעיפים 134(ג) ו-133. לאור הניתוח שערכנו עד כה, השאלה שיש להשיב עליה היא, האם הפרסום דנן, הקורא למעשי אלימות כנגד אוכלוסיה ערבית, עלול, ברמת הסתברות של "קרוב לודאי", לזרוע תחושות איבה עמוקים כלפי האוכלוסיה אשר כנגדה הוא מופנה ולהסית למעשי אלימות נגדה.

בפיסקה 3 לעיל הבאתי את נוסח הכרוז בו החזיק כהנא. נקל לראות, כי הוא מכיל מסר רווי אלימות בוטה וקשה. הוא קורא להפצתם של כפרים ערביים המצויים בתחומה של מדינת ישראל. הוא מתייחס אל האוכלוסיה הערבית, בכללותה, כאל גיס חמישי. בכך, הוא מתיר את דמם. לא יכולה להיות מחלוקת כי הוא אוצר בחובו קריאה כללית לאלימות, ללא אבחנה, כנגד ערביי ישראל.

ביטוי זה לא עמד כשלעצמו. כזכור, הוא היווה חלק ממסע תעמולה של מפלגתו של כהנא בטרם זו נפסלה מלהתמודד בבחירות לכנסת. הביטוי בכרוז הנ"ל לא היה ביטוי חד פעמי, אלא חלק ממסכת מתוכננת היטב של ביטויים אשר נועדו לזרוע את זרעי הפורענות, הנושאים בחובם פוטנציאל ליצירת שסע חברתי עמוק בין האוכלוסיה הערבית לאוכלוסיה היהודית בישראל.

מתוכן הכרוז ניתן ללמוד כי הוא מופנה לכלל האוכלוסיה היהודית. מכאן, שהוא מיועד להטמיע באוכלוסיה זאת, או בחלקה, איבה עזה כלפי אוכלוסיה אחרת, האוכלוסיה הערבית.

34. האם יש בכרוז הנ"ל, ובשכמותו, להשפיע על תודעתה של האוכלוסיה היהודית החשופה לו? מבחן הוודאות הקרובה להתממשותה של הפגיעה נאמד על רקע המציאות הקיימת. מדובר במבחן דינמי המיושם על רקע אפיונה של החברה, או קבוצות רלוונטיות בה, כפי מצבו בעת החלתו (ראו בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מא(1) 421, 443). לעתים, ייתכנו חילוקי דעות בנוגע למידת

חוסנה של החברה לשאת את חופש הביטוי, מבלי שהדבר יגרור אחריו פוטנציאל, ברמה של קרוב לוודאי, להתממשות הפגיעה המוגנת.

השופט מצא, אשר התנגד לצמצום הערך המוגן למבנה המשטר, וראה לנגד עיניו ערכים חברתיים

רחבים יותר, מבקש בפסק דינו לבל ניתפס בענין זה לשאננות. בדבריו הנוקבים בנושא זה הוא אומר:

"... 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 התפילה. אחר רצח את ראש ממשלת ישראל. אסור שאותות מבשרי רעות מעין אלה ירפו את אמונתנו בחוסנו המוסרי כחברה חופשית. אך גם אין להתעלם מקיומם ...

היו זמנים בהם יכולנו להשליך את יהבנו על עוצמתה הפנימית של הדמוקרטיה שלנו, ולא נדרשנו לגונן עליה באמצעים חוקיים. אך הימים שוב אינם כשהיו ...

הזמנים השתנו והרוחות הרעות המנשבות בתוכנו הן יותר מרוחות שעה חולפות שבית משפט, כדרכו, נוטה להתעלם מהן" (פיסקות 21-22 לפסק דינו).

אכן, חלק מהגרועות בנבואות הזעם התממשו והפכו למציאות. פועלים ערבים חפים מפשע, אשר ביקשו לשבור שבר לביתם, נורו בעודם ממתינים בתחנת איסוף. מתפללים ערבים נרצחו בעודם כורעים בתפילה. ראש ממשלה נרצח. לא ניתן אפוא לקבל, כי התבטאויות האוצרות בחובן מסר אלים, כדוגמת ההתבטאות בה עסקינן, אינן מחלחלות אל תודעת הציבור, גוררות איבה ומחבלות קשות במרקם היחסים בין יהודים וערבים. אכן, ההשפעה של פרסומים אלה היא בעיקרה על קבוצות שוליים קיצוניות, אשר הן ויחידיהן עלולים להגיע, כתוצאה מפרסומים אלה, למעשי אלימות ממש. אך אין בכך לשלול את אופיין הפלילי של ההתבטאויות.

35. לסיכום, הכרוזים שנתפסו במשרדי תנועתו של כהנא היוו חלק ממסע מתוכנן היטב אשר מטרתו ברורה: להטמיע תחושות שנאה באוכלוסיה היהודית כנגד האוכלוסיה הערבית. הביטוי בכרוז הנ"ל לא היה ביטוי חד פעמי, אלא חלק ממסכת מתוכננת היטב של ביטויים אשר נועדו ליצור שסע חברתי עמוק בין האוכלוסיה הערבית לאוכלוסיה היהודית בישראל. האפקט המצטבר של תוכנם של ביטויים אלה, עלול, ברמה

של וודאות קרובה, לתרום לליבוי השנאה בקרב חלקים של האוכלוסיה היהודית כנגד האוכלוסיה הערבית במדינת ישראל, וכפועל יוצא אף למעשי אלימות. כשלעצמי, אני מתקשה לראות בכרוז האמור כרוז אינפנטילי אשר יש להוציאו אל מחוץ לרשת התחום הפלילי.

### ו. מה בין כהנא לג'בארין

36. בדנ"פ 8613/96 מוחמד יוסף ד' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) דעתי היתה שיש לזכות את המבקש (להלן: **ג'בארין**) מהרשעתו בעבירה על סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, התש"ח 1948- (להלן: **פקודת מניעת טרור**). נשוא ההרשעה היה מאמר שפרסם ג'בארין במהלך תקופת האינתיפאדה אשר כלל דברי שבח ליידוי אבנים וזריקת בקבוקי תבערה. אין ספק, שאף מאמר זה כלל בחובו מסר אלים ומסוכן. לאור האמור, עולה השאלה, מה הטעם העומד מאחורי התוצאות השונות אליהן הגעתי בשני המקרים. התשובה לכך היא, שההבדל בין שני המקרים נעוץ בעבירות השונות בהן הואשמו כהנא וג'בארין. כאמור, בדנ"פ 8613/96 הנ"ל, הואשם ג'בארין בעבירה לפי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, ואילו בענינו, הואשם כהנא בעבירת המרדה. תכליתן של עבירות אלה שונה.

בדנ"פ 8613/96 ניתחתי בהרחבה את תכליתו של סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, ואסתפק כאן בעיקרי הדברים. סעיף זה, כאשר הוא נקרא במנותק מהפקודה בה הוא מצוי ומהרקע ההיסטורי לחקיקתה, הוא סעיף דרקוני שקשה לקבלו בחברה דמוקרטית מתוקנת אשר חופש הביטוי יקר לה. אין הסעיף כולל מבחן הסתברותי הקושר בין הפרסום לבין פוטנציאל להתממשות פגיעה כלשהי. הוא מקנה חזקת מסוכנות לכל פרסום הנכנס בגדרו. בכך הוא פוגע קשות בחופש הביטוי. כפי שנטען באותו עניין, העבירה הקבועה בסעיף 4(א) לפקודה חולשת, על פי לשונה, אף על פרסום המשבח, לדוגמא, את מרד בר כוכבא, שכן פרסום זה כולל דברי שבח למעשי אלימות העלולים (מעשי האלימות) לגרום למותו של אדם או לחבלתו. לאחר שבחנתי את הפקודה בכללותה, את סעיף 4 על מכלול חלופותיו ואת הרקע ההיסטורי של הפקודה, הגעתי שם לכלל מסקנה שחומרתו יוצאת הדופן של הסעיף ניתנת להסבר על רקע תכליתי, כפי שהיא משתקפת ממקורות אלה. תכלית זו, היתה ועודנה, להלחם בתשתיתם של ארגונים טרוריסטים. בענין זה כתבתי:

"... האיסור הקבוע בסעיף 4(א), כיתר האיסורים הקבועים בפקודה, נועד למגר את תשתיתם של ארגונים טרוריסטים. על רקע חומרתו המיוחדת של סיכון זה, סבר המחוקק שראוי להרחיק לכת ולראות עבירה גם בפרסום דברי שבח למעשי אלימות של ארגון טרוריסטי, אפילו שבוצעו בעבר, אפילו שמפרסם דברי השבח אינו חבר בארגון כזה וממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה ואפילו אין בגידרו דרישה לקיום פוטנציאל להתממשות פגיעה כלשהי בעטיו של הפרסום. איסור כזה, על אף שיש עימו פגיעה משמעותית בחופש הביטוי, ניתן להסכין עמו

בחברה דמוקרטית כאשר עסקינן בארגונים טרוריסטים, על הסיכון הרב והמיוחד הטמון בהם" (פיסקה 9 לפסק דיני).

יישום מסקנה זו, על מאמרו של ג'בארין הוביל למסקנה כי מעשיו כונו אל כלל הציבור ולא אל ארגונים טרוריסטים. לפיכך, זוכה ג'בארין מהעבירה הקבועה בסעיף 4(א) לפקודה. יוער, כי הדיון בעניין זה נערך במסגרת דיון נוסף, ולא נבחנה שם השאלה אם מעשיו של ג'בארין מהווים עבירה על פי סעיף חוק אחר.

לעומת זאת, כהנא הואשם בעבירת המרדה לפי החלופה הקבועה בסעיף 134(4) לחוק העונשין. עבירה זו נותחה על ידי בהרחבה לעיל. תכליתה היא לאפשר את המשך קיום החברה הישראלית, על כל קבוצות האוכלוסין הרבות והמגוונות החיות בקרבה. כאמור, עבירת המרדה כוללת מגבלות סטטוטוריות על היקף התפרסותה. כמו כן, היקף יריעתה מוגבל הן על ידי דרישה לפגיעה בעלת עוצמה והן בצמצום היקף תחולתה. זאת ועוד, היא כוללת בחובה מבחן הסתברותי. יישום יסודות העבירה על המקרה הנדון, מוביל למסקנה שיש להרשיע את כהנא בעבירה זו.

לסיכום, העבירות בהן הואשמו כהנא וג'בארין שונות הן זו מזו באלמנטים של העבירה ובערכים אשר כל עבירה באה להגן עליהם. בנסיבות אלה, אין מקום להיקש בין שני המקרים. כל מקרה נדון על פי יסודות העבירה הספציפית אשר יוחסה לנאשם, תוך בחינה אם יסודות אלה הוכחו.

## ז. התוצאה

37. התוצאה של כל האמור לעיל היא, שלו דעתי נשמעה, היתה משתנה תוצאתו של ערעור זה והרשעתו של כהנא בעבירות לפי סעיפים 133 ו-134(ג) לחוק העונשין, כפי שהחליט על כך בית המשפט המחוזי, היתה נותרת בעינה.

לאחר שהרשיע את המשיב, בית המשפט המחוזי הורה על החזרת התיק לבית משפט השלום לצורך פרשת העונש ומתן גזר הדין. ביום 27.2.95 גזר בית משפט השלום על כהנא 16 חודשי מאסר, מהם ארבעה חודשים לריצוי בפועל והיתרה על תנאי, כאשר התנאי הוא שלא יעבור על עבירה לפי סעיפים 133 או 134 לחוק העונשין לתקופה של שלוש שנים מיום מתן גזר הדין. בטיעונים מטעם המדינה בפנינו, הודגש כי לאור הזמן שחלף וגלגוליו של ההליך הפלילי עד כה, אין למדינה עוד עניין בחלק גזר הדין המטיל על המשיב עונש מאסר.

בהתחשב באורך התקופה אשר עברה מאז החלו ההליכים הפליליים נגד המשיב ובעמדתה של המדינה, הצעתי היא שהעונש ישונה כך שעונש המאסר שהוטל על המשיב יבוטל ואילו העונש המותנה יותר בעינו.

שׁוֹפֵט

הנשיא א' ברק:

1. עיינתי בפסק דינו של חברי, השופט אור. חזרתי ועיינתי בפסק דיני שלי בערעור הפלילי נשוא דיון נוסף זה (ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פד נב(1) 535) (להלן - פרשת כהנא). הגעתי לכלל מסקנה כי אין מקום לשינוי בעמדתי. הנני סבור, כפי שסבר גם השופט גולדברג בערעור הפלילי, כי עבירת ההמרדה מעצם מהותה מוגבלת לסיכון סדרי הממשל והמשפט, וכי הערך המוגן בה הוא מניעת פגיעה ביציבות המשטר. עמדתי זו מתחזקת לאור פסק דינו של חברי, השופט אור בדנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) (להלן - פרשת ג'בארין). כמו שם גם כאן, מתבקשת גישה מצירה ללשונו הרחבה של החוק, וזאת כדי שפירושו של החוק יעלה בקנה אחד עם תפישות יסוד של הדמוקרטיה הישראלית, ובהן חופש הביטוי ועקרון החוקיות. כמו בפרשת ג'בארין, גם כאן מתבקשת תפיסה כי בדיבור הפוגע בלבד אין די, וכי נדרש יסוד נוסף כדי להפוך את הדיבור הפוגע לעבירה פלילית (השווה לגישה דומה ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח' 185 בו פסק השופט זילברג כי "תקלה ציבורית" (סעיף 198 לחוק העונשין תשל"ז 1977-) משמעותו תקלה לציבור באמצעות רשויות הציבור). בפרשת ג'בארין התבטא היסוד הנוסף בכך שהדיבור הפוגע ("דברי שבח, אהדה או עידוד למעשי-אלימות") יביא עידוד למעשי אלימות של ארגון טרוריסטי. בענין שלפנינו, נדרש כי הדיבור הפוגע ("לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסיה) יסכן את סדרי הממשל והמשפט. מודע אני כמובן, לכך שבפרשת ג'בארין נידון סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, התש"ח 1948- ואילו בפרשת כהנא שלפנינו נידון סעיף 134(4) לחוק העונשין. חרף השוני בניסוח שני הסעיפים, הם מעוררים בעיה פרשנית דומה, ומצדיקים בנקיטה בטכניקה פרשנית דומה. כשלעצמי נראה לי שפרשת כהנא שלפנינו "חזקה" אף יותר - מבחינת האפשרות לצמצם את הדיבור הפוגע - מפרשת ג'בארין, שכן הדיבור "להמריד", כשהוא מתפרש על רקע ההיסטוריה החקיקתית וערכי היסוד של השיטה, מקרין מתוכו פעולה של מרד המסכנת סדרי ממשל ומשטר ומצביע על כך שהערך המוגן הוא מניעת פגיעה ביציבות המשטר.

2. בפרשת כהנא עמדתי על היסוד העובדתי שבעבירה לפי סעיף 34(ג) לחוק העונשין, הקובעת:

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

ציינתי כי הדיבור "שיש בו כדי" מצביע על משקלם של הדברים שהתפרסמו. משקל זה נקבע ביחס לכוחם להביא להגשמת ההמרדה (שם, עמ' 579). נמצא, כי ענין לנו בדרישה הסתברותית. הוספתי כי קיימים נימוקים כבדי משקל לטובת מבחן הוודאות הקרובה (שם, עמ' 581), חרף זאת, קבעתי כי באיזון הכולל יש לאמץ את המבחן המקל יותר של האפשרות הסבירה (או הממשית). בנמקי גישתי זו ציינתי, כי "לא הייתי מאמץ מבחן זה,

אילו נתתי ל'המרדה' משמעות רחבה" (שם, עמ' 582). הוספתי כי ניתן להיזקק למבחן ההסתברותי המקל של "האפשרות הסבירה" משום שהיסוד הנסיבתי של ה"המרדה" צומצם להמרדה המסכנת סדרי ממשל ומשטר, והפוגעת ביציבות המשטר. עמדת הרוב בדיון נוסף זה הינה, כי אין מקום למצמם את הדיבור "המרדה" כפי שהוצע בדעת הרוב בערעור הפלילי. על רקע זה, הנני מצטרף לנטייתו של חברי, השופט אור כי המבחן ההסתברותי הראוי הוא זה של הוודאות הקרובה. לדעתי, מבחן זה לא מתקיים בנסיבות הענין שלפנינו. ההסתברות כי הפרסום של כהנא - הקורא לממשלה להפציץ כפרים ערביים - אכן יביא למדנים ולאיבה בין חלקים שונים של האוכלוסיה (אף ללא הדרישה כי מדנים ואיבה אלה יביאו לסיכון סדרי ממשל ומשטר) הוא - על רקע נסיבות התרחשותו - רחוק ולא ממשי (הוא מהווה אך "נטיה רעה" בלשונו של השופט אגרנט בבג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871). ודוק: איני גורס שדברים מסוג זה יהיו תמיד רחוקים ובלתי ממשיים. הכל תלוי בנסיבות הזמן והשעה. נסיבות פרסומם של דברי כהנא במקום ובזמן בו הם פורסמו אינם יוצרים סיכון ברמה של וודאות קרובה או של אפשרות סבירה וממשית להתממשותו של הסיכון.

אילו דעתי היתה נשמעת, היינו דוחים דיון נוסף זה.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא ש' לזין:

אני מסכים לפסק-דינו של חברי הנכבד השופט ת' אור. לאור הנמקתו איני רואה צורך לחוות את דעתי אם סעיף 133 לחוק העונשין, תשל"ז 1977-, כולל בחובו יסוד הסתברותי, ואם כן מהי מידת ההסתברות הנדרשת. הסכמתי זו היא בנתון לאמור בחוות דעתי בדנ"פ 8613/96 שנכתבה בתיק ההוא.

המשנה לנשיא

השופט י' קדמי:

1. מקובלת עלי עמדתו של חברי, השופט אור, לפיה:



- א. ראשית - "אין הערך המוגן בעבירת המרצה מוגבל להגנה על מבנה המשטר בלבד".
- ב. שנית - "הערך המוגן העומד ביסוד חלופת ההגדרה של המושג להמריד, הקבועה בסעיף 136(4) לחוק העונשין (להלן: החוק), הוא: שמירת היכולת של חלקי אוכלוסיה שונים במדינה לחיות זה בצד זה בשלום ובטחון, ערך אשר נכנהו להלן: לכידות חברתית".
- ג. שלישית - "שפרסום הקורא ברצינות ובלשון ברורה לאלימות כלפי חלק מהאוכלוסיה יש בו כדי לעורר מדינים ואיבה במובן הסעיף (סעיף 134(ג) לחוק - י.ק.), וטמונה בו אותה פגיעה שהסעיף מבקש למנוע".
- ד. רביעית - כי "במסגרת ההגנה על ערך זה (ערך "הלכידות החברתית" - י.ק. הוראות הסעיפים 133 ו-134(ג) באות להגן, בין, בפני ליבוי איבה ומדנים בין חלקי אוכלוסיה שונים".
2. לענין המבחן ההסתברותי, הטמון, לגישת חברי, ב"אופיו" של הפרסום נושא האיסור בסעיפים 134(ג) ו-133 לחוק, מקובלת עלי העמדה שהציג חברי, השופט מצא בערעור, לפיה: "... התיבה 'שיש בו כדי להמריד' מכוונת לתוכנו של הפרסום ולא למידת ההסתברות שהפרסום יגרום להמרדה".
- לשיטתי, מדברת התיבה האמורה ב"סגולה" ו"תו אופי" של הפרסום ולא ב"כוחו" להקים סיכון, ברמת וודאות כזו או אחרת, של מימוש ההמרדה. לגבי דידי, די בעובדה שפרסום מתאפיין ב"סגולה" אינהרנטית-אוביקטיבית להמריד, כדי להקים את הסיכון שאת פניו מבקש המחוקק למנוע. כך לעניינו של סעיף 134(ג) לחוק וכך לענין התיבה "לשם המרדה" המאפיינת את ה"מעשה" האסור על פי סעיף 133 לחוק.
- אילו רצה המחוקק לקבוע זיקה הסתברותית למימוש הסיכון הגלום ב"תו האופי" שקבע למעשה האסור על פי שני הסעיפים האמורים, היה עושה כן במפורש; ולא היה מסתפק בקביעת "תו מאפיין", שפניו לייחודו של המעשה ולא לכוחו לגרום למימוש מאפייניו הלכה למעשה.
- הסיכון, טמון בראש וראשונה ב"אופיו" של המעשה האסור. ואופי זה, אינו מותנה ברמת הסבירות של התגשמותו הלכה למעשה.

אכן, יש קשר הדוק בין ה"מאפיין" הפסול - כרכיב של היסוד של העבירה - לבין כוחו להגשים את עצמו: שהרי הסיכון הגלום ב"מאפיין", הוא העומד בבסיס האיסור, שתכליתו למנוע את התממשותו. ברם, אין בכך, בכך, כדי להקים בסיס לדרישה בדבר קיומה של זיקה הסתברותית בין השניים: הסיכון שבתו האופי ואפשרות מימושו. עפ"י לשון ההגדרה של שני הסעיפים הנדונים כאן, הסתפק המחוקק בעצם קיומו של הסיכון כ"מאפיין" של הדבר האסור; ולא אמר דבר לגבי סיכויי התממשותו של סיכון זה. התממשות הסיכון תלויה, במידה לא מבוטלת, בגורמים חיצוניים; ואלה עשויים להשתנות ממקום למקום ומזמן לזמן. יהא זה מרחיק לכת להוסיף להגדרת העבירות דרישה בדבר קיומה של זיקה הסתברותית בין הסיכון לבין אפשרות התממשותו, במקום שהמחוקק לא אמר דבר בענין זה.

על פי כל אחד משני הסעיפים האמורים צמצום כזה, עלול להיות הרה אסון; ויש בו כדי להביא לכלל החטאת מטרת חקיקתן של העבירות הקבועות בסעיפים אלה.

במקרה דנא, סבור חברי כי דרישת העמידה ב"במבחן הסתברותי" באה על סיפוקה; ואין על כן משמעות מעשית לעמדתו החולקת בסוגיה זו.

במצב דברים זה, הנני מצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי, השופט אור.

שׁוֹפֵט

השופטת ד' דורנר:

1. המשיב, שעמד בראש תנועת "כהנא חי", הפיץ בין בוחרים יהודים, במהלך מסע הבחירות שערכה תנועתו לקראת הבחירות לכנסת ה-13, כרוז בזו הלשון:

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.

המשיב הורשע בבית-המשפט המחוזי בשל החזקת הכרוז בעבירה של החזקת פרסומי המרדה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין, תשל"ז 1977- (להלן: החוק), ובשל הפצת הכרוז בעבירה של עשיית מעשי המרדה לפי סעיף 133 לחוק. בית-המשפט המחוזי מצא, כי המשיב היה מודע לכוחו של הכרוז להסית נגד אזרחיה הערבים של מדינת ישראל, וכי הוא הפיץ את הכרוז בין יהודים במטרה לעורר בהם שנאה כלפי הציבור הערבי. על בסיס עובדות אלה זוכה המשיב, ברוב-דעות, בבית-משפט זה. זאת, משום שבכרוז לא היה פוטנציאל אובייקטיבי (לפי דעת השופט אליעזר גולדברג), או אפשרות סבירה או ממשית (לפי דעת הנשיא אהרן ברק) לגרימת פגיעה במבנה משטרנו הדמוקרטי וביציבותו.

בפסק-דינו בדיון הנוסף הגיע חברי, השופט תאודור אור, לכלל דעה, ראשית, כי "המרדה", כמשמעותה בסעיף 136 לחוק שבו היא מוגדרת, אינה מצמצמת לפגיעה בסדרי הממשל, אלא היא כוללת גם גרימת מדנים בין חלקי האוכלוסיה כאמור בסעיף 136(4) לחוק. שנית, כי מבחן הסתברותי הוא בגדר יסודות העבירה, וכי המבחן הוא של ודאות קרובה. ושלישית, כי הכרוז עלול, ברמת הסתברות של קרבה לוודאות, לזרוע שנאה כלפי הציבור הערבי ולהסית למעשי אלימות נגדו.

מסקנתו של השופט אור הייתה, כי יש לקבל את העתירה ולהשאיר בעינה את הרשעתו של המשיב, על-פי פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי.

מנגד, הנשיא ברק, שנשאר בדעתו מן הדיון המקורי כי יש לזכות את המשיב מן העבירות שיוחסו לו, העיר כי גם לאחר הרחבת הדיבור "המרדה", על-פי שיטתו של השופט אור, לא זו בלבד שלא מתקיים המבחן ההסתברותי המחמיר של ודאות קרובה, אלא שפרסום הכרוז אף לא יצר סיכון ברמה של אפשרות סבירה, או ממשית, להתממשות הסיכון, אלא יש בו אך "נטייה רעה".

2. אני מסכימה עם חברי, השופט אור, כי יש לקבל את העתירה. כן מסכימה אני לפירושו למונח "המרדה" בסעיף 136 לחוק. בנוסף, לדעתי, הסתה כנגד קבוצת מיעוט על-ידי תנועה המתמודדת בבחירות לכנסת, במהלך מסע בחירות, שמטרתה להביא לדה-לגיטימציה של קבוצה זו, פוגעת אף במבנה המשטר הדמוקרטי.

עם זאת, אף שכחברי, השופט אור, סבורה גם אני כי חופש הביטוי משתרע גם על ביטויי המרדה, אין אני רואה לפרש את העבירות הקבועות בסעיפים 133 ו-134(ג) לחוק ככוללות יסוד של הסתברות לכך שביטויי ההמרדה יעוררו מדנים כלפי חלקים באוכלוסיה. לשיטתי, התוכן הממריד של הפרסום, בצירוף היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של עשיית מעשי המרדה, שהיא עבירת מטרה, המודעות לתוכן הממריד, שהוא מיסודות עבירות ההמרדה, וההגנה בסעיף 138 לחוק, החלה על שתי העבירות, ואשר נועדה להבטיח את חופש הביטוי והדיון הפוליטי - מבטיחים כי מידת הפגיעה בחופש הביטוי לא תעלה על הנדרש.

3. לדעתי, הכללת מבחן הסתברותי בעבירות שאינן תוצאתיות היא בעייתית. שכן, ראשית, נוסחות איזון, הנקבעות על-יסוד הערכה, אינן מציבות מבחן המאפשר במקרים רגילים לבסס מימצא אובייקטיבי. שנית, הוכחת יסוד זה מעבר לכל ספק סביר, שהיא רמת ההוכחה הדרושה במשפט הפלילי, קרובה להיות בלתי-אפשרית.

המקרה שלפנינו מדגים בעייתיות זאת היטב. כך, השופט אור, שהסביר כי המבחן ההסתברותי הוא "מבחן של היגיון ושכל ישר", קבע, כי קיימת ודאות קרובה לכך שפרסום הכרוז יגרום למדנים ולשנאה כלפי האוכלוסיה הערבית ויעודד נקיטת מעשי אלימות נגדה, וכי המשיב היה מודע לכך. ואילו הנשיא ברק סבר, כי ההסתברות שהפרסום יביא לאותה תוצאה היא רחוקה ולא ממשית, והיא מהווה אך "נטייה רעה", לאמור, כי אין אף אפשרות סבירה (או ממשית) לגרימת תוצאה זו. מובן הוא, שאף מסקנתו של הנשיא ברק מבוססת על ההיגיון והשכל הישר.

במצב עניינים זה, כאשר שני שופטי בית-המשפט העליון חלוקים בשאלת קיומה של נסיבה אובייקטיבית שהיא מיסודות העבירה, יקשה להגיע למסקנה, במידת ההוכחה הדרושה במשפט הפלילי, כי המשיב היה מודע לכך שהכרוז - בוודאות קרובה - היה צפוי לעורר שנאה כלפי הציבור הערבי.

בנסיבות אלה, לו סברתי כי המבחן ההסתברותי הוא מיסודות העבירה, הייתי מתקשה להסכים להרשעתו של המשיב בעבירות שיוחסו לו.

4. נוסחות איזון הולמות את המשפט החוקתי-מנהלי, שבגידרו ניתנת הגנה לזכויות אדם כאשר מתעורר חשש, הצופה פני עתיד, כי הגשמת זכויות אלו תפגע באינטרס ציבורי אחר. נוסחות האיזון, על-פי מהותן, אינן מדויקות. יישומן כרוך בהפעלת שיקול-דעת על-ידי הרשות. כדברי השופט שמעון אגרנט:

יש להודות כי גם המבחן של "ודאות קרובה" אינו מהווה נוסחה פרציזית שאפשר להתאימה בנקל או בודאות לכל מקרה ומקרה ... לכל היותר דרושה ... **הערכה** בלבד שכך הדבר עלול ליפול...".  
 [בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (להלן: בג"ץ **קול העם**), בע' 888-889 (ההדגשה במקור)]

בית-המשפט, במסגרת ביקורתו על החלטת הרשות, בודק אם הערכתה נופלת לגדר מיתחם הסבירות, ולא קובע בעצמו אם מתקיימת הסתברות מסוימת זו ואחרת לפגיעת ביטוי באינטרס מוגן.

מנגד, רכיב נסיבתי, שהוא חלק מן היסוד העובדתי של עבירה, משקף מצב אובייקטיבי ודאי. פרופ' פלר מגדיר רכיב זה כ"נתונים המצויים במציאות האובייקטיבית בשעת ההתנהגות" (ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (כרך א, תשמ"ד), 376). ואילו נוסחת הודאות הקרובה, שכאמור מבוססת על הסתברות להתרחשות עתידית, מותנית בהערכה של הסתברות זו. הערכה זאת, מטבעה אינה מדויקת, ובגידרה שופטים שונים עשויים להגיע לתוצאות שונות. עריכתה על-ידי בית-המשפט במסגרת משפט פלילי אינה מתיישבת עם דרישת עקרון החוקיות כי תתקיים ודאות אובייקטיבית ביחס לנסיבות העבירה. עמד על-כך השופט אליהו מצא, בהתייחסו לעבירה של הסתה לגזענות:

להנח[ה]...כי מבחן הודאות הקרובה מהווה אמת מידה ראויה לקביעת גבולו של האיסור הפלילי הנדון, אין כל יסוד. מבחן הודאות הקרובה הוא מבחן סיבתי. הוא משמש כאמת מידה לקביעת גבולן של חירויות יסוד שונות כמתחייב מאינטרסים ציבוריים חיוניים כביטחון המדינה ושמירת שלום הציבור... למבחן זה אין, ולא יכולה להיות, תחולה בקביעת גבולה של עבירה התנהגותית מובהקת, ששכלולה, כעולה מהוראת סעיף 144ב(ב), רישה, אינו מותנה בהתרחשות תוצאה כלשהי.  
 [ע"פ 2831/95 **אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(5) 221 (להלן: ע"פ **אלבה**), בע' 267]

5. אכן, בישראל פותחו נוסחות האיזון במשפט החוקתי-מינהלי. ראש וראשון הוא פסק-דין של השופט אגרנט בבג"ץ **קול העם** הנ"ל, שבו קבע, בהשראת הפסיקה האמריקנית, את נוסחת האיזון של "ודאות קרובה לסכנה ממשית" להתנגשות בין חופש הביטוי לבין שלום הציבור. עם זאת, השופט אגרנט סבר כי הדרישה במשפט האמריקני למיידיות הפגיעה הצפויה היא מרחיקת-לכת מדי, ואף אינה מתיישבת עם לשון החוק המסמך. ראו שם, בע' 891.

אומנם, נוסחת האיזון של סכנה קרובה ומיידית (Clear and Present Danger) נטבעה על-ידי השופט הולמס (Holmes) בשנת 1919, כאשר נדרש בית-המשפט העליון האמריקני להכריע בחוקתיות חוק

פלילי המגביל את חופש הביטוי ((**Schenck v. United States**, 249 U.S. 47 (1919)). דרישת המיידיות אף הוחמרה בשנת 1927, כאשר השופט ברנדייס (Brandeis) בפסק-הדין **Whitney v. California**, 274 U.S. 357 (1927), קבע כי על הסכנה הצפויה להיות "קרובה להתממשות" (imminent).

ברם, למרות דרישת המיידיות, המקילה על ההכרעה השיפוטית, יישומה של נוסחת האיזון האמריקנית היה בעייתי. שכן, ההערכה שנעשתה על-ידי בית-המשפט הושפעה מן ההשקפות האינדיבידואליות של השופטים. בספרות המקצועית נמתחה על נוסחת "הסכנה הקרובה והמיידית" ביקורת, בטענה כי עמימותה מאפשרת מניפולציות ואינה מגינה במידה ראויה על חופש הביטוי. ראו למשל, Dean Ely, "Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis", 88 **Harv. L. Rev.** 1482 (1975).

בשנת 1942 הוספה דוקטרינת המילים הלוחמות (Fighting Words) הקובעת מבחן תוכני, המבוסס פחות על הערכה אינדיבידואלית של השופטים בדבר מידת ההסתברות למימוש הסכנה. ראו **Chaplinsky v. State of New Hampshire**, 315 U.S. 568 (1942). נקבע, כי שימוש בדיבור שעל-פי תוכנו גורם או מסית לפגיעה מיידית בשלום הציבור, אינו מוגן על-ידי החוקה. בשנת 1969 בפסק-דין **Brandenburg v. Ohio**, 395 U.S. 444 (1969), לאחר התייחסות ביקורתית למבחן הסכנה המיידית והקרובה, נקבע כי איסור פלילי המגביל את חופש הביטוי מחייב הוכחת כוונה מצד העושה להשיג את היעד האסור (specific intent). ראו גם David R. Dow and R. Scott Shieldes, "Rethinking the Clear and Present Danger Test", 73 **Ind. L.J.** 1217 (1998).

אף במשפט האנגלי, שממנו קלטנו את עבירת ההמרדה (sedition), נקבע כי ההגנה על חופש הביטוי מחייבת לפרש את החוק המגדיר עבירה זו כדורש "כוונה" (במובן של רצון או מטרה להסית), ואין די בצפיית התוצאה בהסתברות גבוהה. ראו **Archbold, Pleadings, Evidence and Practice in Criminal Cases** (42<sup>nd</sup> ed., Mitchell, Richards & Buzzard ed., 1985), at 1170.

6. בענייננו, בסעיף 134(ג) לחוק נקבע:

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

איני סבורה כי יש להסיק מן המילים "פרסום שיש בו כדי להמריד" מבחן הסתברותי. לדעתי, מילים אלה מתייחסות לתוכן הפרסום. ברור, כי בשונה מפרסום תמים, אף אם לדעת העושה הוא ממריד והוא אף מחזיקו בכוננת המרדה, על פרסום אסור להיות בעל תוכן ממריד. כלומר, על הטקסט במובנו הרגיל ובהקשרו לכלול מילות הסתה, ובלשון השופט אליעזר גולדברג בע"פ 6696/96 **כהנא נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 535, בע' 559, להיות בעל "פוטנציאל המרדה". אף הנשיא ברק כתב, כי "רק פרסום שמתוכו הוא, או על רקע הקשרו, עולה ההמרדה עצמה, מקיים את היסוד העובדתי הנדרש" (שם, בע' 579). זאת, בנוסף ליסוד ההסתברותי שנדרש לדעתו.

במוקד סעיף 134(ג) לחוק מצויים איפוא התוכן הממריד של הפרסום ומודעות העושה לתוכן זה.

לא להוסיף את ההגנה הקבועה בסעיף 138 לחוק, שכותרתו: "ביקורת ותעמולה חוקיות". וכך

נכתב בסעיף זה:

- 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 בסדרה, או במוסד ממוסדותיה 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 שיסודו בדין;
  - (4) להוקיע, מתוך מגמה לסלק, דברים המעוררים או העלולים לעורר מדנים או רגשי עוינות בין חלקים שונים של האוכלוסין.

הגנה זו, שנועדה לשמור על חופש הביטוי והדיון הפוליטי, היא ביטוי לטכניקה חקיקתית מקובלת לצמצום ההיקף של האיסור הפלילי. זאת במקום דרישה להוכחת רצון להשיג את היעד או לצד דרישה כזאת, הבאה לצמצם את היקף האיסור הפלילי. ראו יצחק קוגלר, **כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין** (תשנ"ז), 335. מכאן עולה, כי גם פרסום שהוא בעל תוכן ממריד, כשהעושה היה מודע לכך, לא יהווה עבירה, אם מטרת העושה לא הייתה להמריד אלא לנהל שיח פוליטי.

הוספת הגנה זאת לדרישות לתוכן ממריד של הפרסום ולמודעות העושה לכך, מאזנים כראוי בין

חופש הביטוי לבין הצורך בהגנה על שלום הציבור.

7. עבירה של עשיית מעשי המרדה לפי סעיף 133 לחוק היא עבירת מטרה. היסוד הנפשי שלה הוא רצון העושה להשיג את היעד האסור. שאלה היא, אם הילכת הצפיות חלה על עבירות מטרה האוסרות ביטוי. שאלה זו טרם הוכרעה בפסיקה. בע"פ אלבה הנ"ל, שם הוכח רצון להסית לגזענות, היא זכתה להתייחסות במספר אמרות-אגב. ראו, מצד אחד, דברי השופט מצא בע' 281 ודברי השופט גבריאלי בך שם, בע' 307-308. ומצד שני, דברי השופט גולדברג בע' 309-310, ודברים שכתבתי בע' 319-320. גם בעבירת פרסום לשון-הרע, נמקה שלילת תחולת הילכת הצפיות בצורך בהגנה על חופש הביטוי. ראו ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, בע' 213, 219-218; ע"פ 506/89 נעים נ' רוזן, פ"ד מה(1) 133, בע' 139. ד"ר קוגלר, המחזיק בדעה כי יש להחיל את הילכת הצפיות על עבירות מטרה על-פי שיקולי מדיניות, לרבות שיקולים ערכיים ושיקולי צדק, מביא כדוגמה לעבירות שעליהן אין להחיל את הילכת הצפיות, תוך איזכור המשפט המשווה, איסורים פליליים המגבילים את חופש הביטוי. ראו שם, 336-335.

אף לדעתי, הילכת הצפיות פוגעת באיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין אינטרסים המתנגשים בו. כמוסבר לעיל, הדרישה להתקיימות יסוד נפשי תכליתי, בנוסף לתוכן הממריד - כלומר, כי העושה יפעל להשגת המטרה האסורה - מצמצמת את הפגיעה בחופש הביטוי, ואין להסתפק בתחליף.

8. בענייננו, כפי שהראה חברי, השופט אור, תוכנו של הפרסום מעיד עליו, כי הוא מעורר שנאה ומדנים, וכי המשיב, שהפיץ אותו במהלך מסע הבחירות של רשימתו, שאף להשיג יעד זה.

אשר-על-כן, מצרפת אני את דעתי לדעתו של השופט אור כי יש לקבל את העתירה, כמוצע בפסק-

דינו.



השופט י' טירקל:

כמו חברי הנכבד, הנשיא א' ברק, סבורני גם אני כי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, תש"ח 1948 - שנדון בדנ"פ 8613/96 מוחמד יוסף ג'בארין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) - וסעיף 136(4) לחוק העונשין, תשל"ז 1977 - הנדון בדיון הנוסף שלפנינו - "מעוררים בעיה פרשנית דומה, ומצדיקים בנקיטה בטכניקה פרשנית דומה". מטעמיו של הנשיא וכן מטעמי שלי בפסק הדין בפרשת ג'בארין, האמור להינתן יחד עם ההכרעה כאן, אני מצרף דעתי לדעתו כי דין הדיון הנוסף להידחות.

ש ו פ ט

השופט א' מצא:

אני מסכים לקבלת העתירה, כמוצע בפסק-דינו של חברי השופט אור. גישת חברי, לעניין הגדרת הערך המוגן שביסוד האיסורים על "המרדה", כמשמעה בסעיף 136(4) לחוק העונשין, עולה בקנה אחד עם הגישה אותה הבעתי, בדעת-מיעוט, בפסק הדין שלערעור (ראו ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, בעמ' 566 ואילך); וגם טעמי חברי, לעניין זה, מקובלים עליי. מאידך, אין בידי להסכים לאיזו מעמדות חבריי, הנשיא והשופט אור, כי שיכלולן של עבירות ההמרדה מותנה בהתקיימותו של יסוד הסתברותי. בפסק-דיני בע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, הסברתי בהרחבה (בעמ' 266-268, 276-275), על שום-מה אין העבירה של פירסום הסתה לגזענות, לפי סעיף 144ב לחוק העונשין, טעונה הוכחת הסתברות, ברמה כלשהי, להתרחשותה של תוצאה מזיקה. ומאותם טעמים חזרתי וקבעתי, בפסק הדין שלערעור בפרשתנו (ראו: שם, בעמ' 564-566), כי גם עבירות ההמרדה אינן כוללות יסוד של תוצאה בכוח, שיש להכריע בדבר קיומה על-פי מבחן הסתברותי כזה או אחר. מן הטעמים שהבעתי בשני פסקי הדין האמורים, ומטעמי חברתי, השופט דורנר, בפסק-דינה בדיון הנוסף שלפנינו, הריני סבור, כי עבירות ההמרדה אינן כוללות יסוד הסתברותי.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט ת' אור.

ניתן היום, כט' בכסלו התשס"א (27.11.2000).

ה נ ש י א      המשנה לנשיא      ש ו פ ט

ש ו פ ט      ש ו פ ט      ש ו פ ט      ש ו פ ט

העתק מתאים למקור  
שמריהו כהן - מזכיר ראשי  
E09.98017890 /עכב