

## אליהו מצא ההסתברות שמילים תהרוגנה



בשבועות שקדמו לביצוע תוכנית ההתנתקות רבו ותכפו דברי ההסתה לסרבנות ולהמרדה שהשמיעו רבנים ופעילים פוליטיים שונים. כמה מראשי הדוברים לא היססו להשמיע גם דברי איום ישירים כלפי ראש הממשלה אריאל שרון באופן אישי. בתקשורת ובציבור הרחב הועלו חששות לעימות מזוין בין הקיצוניים מקרב המתנחלים לבין כוחות הביטחון. כן הסתמן חשש לסרבנות המונית של חיילים ליטול חלק בביצוע הפינוי. היו מי שהזכירו את מסע ההסתה שקדם לרצח ראש הממשלה יצחק רבין והזהירו, שאם רשויות אכיפת החוק לא יפעלו בנחישות ובתקיפות לריסון הגל החדש עלולה ישראל לחוות רצח פוליטי נוסף. בדיעבד נשמו הכול לרווחה. תופעת הסרבנות מצד חיילים היתה שולית. תהליך הפינוי של היישובים נתקל אמנם בביטויי מחאה חריפים, שלא פעם גלשו מתחום המלל לתחום העשייה הפיזית: חסימת כבישים ברחבי המדינה, התפרצות למקומות באזור המיועד לפינוי שהמפקד הצבאי הכריז עליהם כעל "שטח צבאי סגור" והתבצרות בתוכם, הרמת ידיים והשלכת צמיגים בוערים על חיילים ושוטרים, ועוד (בג"ץ 6339/05 בעניין נדיה מטר ואח' ובש"פ 5934/05 בעניין שי מלכה ואח'). אך החששות מפני עימות מזוין ומפני ניסיון פגיעה אישית בראש הממשלה לא התממשו. היו מי שזקפו את ההישג לזכות הנחישות והרגישות שאפיינה

את פעילות כוחות הביטחון במגע עם המפונים ותומכיהם. והיו מי שטפחו על שכמם של מנהיגי המתנחלים שבהגיע שעת המבחן השכילו לרסן את אנשיהם ומנעו את החרפת העימות.

מותר, כמובן, להתנחם בכך שבסופו של דבר הסתיים תהליך הפינוי כפי שהסתיים. הכוחות שהופקדו על הביצוע אכן גילו תושייה רבה; אך נראה שגם מנהיגי המתנחלים, ככל שהיו דבקים במטרתם לסכל את תוכנית הפינוי, נרתעו לבסוף מפני הכאוס שישתרר במדינה אם יובילו במעשיהם לשבירה מוחלטת של כללי המשחק המקובלים במשטר דמוקרטי. במבט לאחור ניתן אולי אף לומר כי הדמוקרטיה הישראלית יצאה מחוזקת מן המבחן הקשה שבו הועמדה. אך תהא זאת טעות חמורה להניח שביצועה המוצלח של תוכנית ההתנתקות מאזור עזה מהווה ערובה לכך שגם בעתיד יעמוד הכוח לדמוקרטיה הישראלית למנוע עימותים אלימים בין מגזרים שונים של אזרחי המדינה. לשערים החברתיים העמוקים בין שמאל לימין ובין ישראלים חילוניים לבין יהודים דתיים (במינוח שאימץ פרופ' יורם פרי, בין "מטרו" לבין "רטרו"), וכן לריחוק שבין הרוב היהודי לבין אוכלוסיות המיעוטים, יש גם ביטויים אידיאולוגיים. חלק לא מבוטל מאזרחי המדינה אינם רואים במשטר הדמוקרטי ובקיום שלטון החוק תנאי חיוני להמשך קיומה של המדינה ולניהול ענייניה, ורבים מאלה רואים את עצמם מצווים על-פי אמונתם הדתית לציית לרבנים ולמורי דרך רוחניים אחרים גם כשהמדובר בהפרת החוק ובצווי בית-המשפט. לסכנה הטמונה במציאות חברתית זו אין להתייחס בשוויון נפש.

תוך פחות מעשר שנים הועמדה ישראל במבחנם של שני מסעות הסתה קשים. בתודעת הציבור בישראל נקשר רצח ראש הממשלה יצחק רבין במסע ההסתה וההמרדה, שנוהל נגד מדיניותו וכלפיו באופן אישי בחודשים שקדמו לביצוע הפשע. התרחשות הרצח העמידה את הכול על הסכנה, שכבר היו לה תקדימים בהיסטוריה של מדינות אחרות, כי הסתה פרועה נגד מנהיג פוליטי, בשל דרכו המדינית, עלולה להביא להתנקשות בחייו. לאחר רצח ראש הממשלה היו מי שקיוו כי הזעזוע הקשה, שמעשה הרצח הסב גם ליריביו החריפים של רבין, יזכך את השיח הציבורי מביטויי הסתה לאלומות כלפי יריבים פוליטיים. אך תקווה זו התבדתה ותופעות השימוש לרעה בחופש הביטוי, לזריעת איבה כלפי אישים ומגזרי-ציבור יריבים, אך התרבו במהלך השנים. לקראת ביצוע תוכנית ההתנתקות חזרו ונשנו ביטויי ההמרדה כלפי מדיניות הממשלה והחריפה תופעת ההסתה כלפי ראש הממשלה שרון. שוב לא היה מדובר אך במחאה או בביקורת קשה וחריפה על מדיניות הממשלה, אלא בניצול לרעה של חופש הביטוי לפרסום ולהפצה של דברי הסתה והמרדה העלולים לערער את בסיס ההסכמה החברתית המהווה תנאי הכרחי לקיום המשטר הדמוקרטי. אך חוששני כי המשפט הישראלי טרם נדרש לעריכת חשבון נפש בשאלת גבולה הלגיטימי של זכות היסוד לחופש הביטוי, כאחד ממאפייניה המרכזיים והחיוניים של הדמוקרטיה. עד היום לא הועמד לדין איש מראשי המסיתים נגד ראש הממשלה רבין ערב הירצחו, ואף לא אחד מראשי הממרדים והמסיתים נגד הממשלה ונגד ראש הממשלה שרון על רקע תוכנית ההתנתקות. יש המייחסים זאת אך להזנחה ולהיעדר נחישות מספקת מצד התביעה הכללית במילוי חובתה לאכוף את החוק, ויש הגורסים כי אין המדובר אלא במדיניות תביעתית ראויה הנוהגת באיפוק ובריסון כלפי התבטאויות חריגות. אני סבור, כי את הימנעות התביעה מהגשת אישומים יש לייחס, בראש ובראשונה, למכשול חוקי הניצב על דרכה והמונע ממנה סיכוי סביר להביא להרשעתם של מסיתים וממרדים.

המכשול על דרכה של התביעה נעוץ בתפישה כי שכלולן של עבירות ההסתה וההמרדה למיניהן מותנה בקיום הסתברות שהפרסום המסית או הממריד יביא למעשה אלימות או להמרדה. תפישה זו, שראשיתה בפרשנותם של חלק מן השופטים לעבירות ההסתה לגזענות וההמרדה, עוגנה בינתיים בהגדרת העבירה של הסתה לאלימות או לטרור, לפי סעיף 2ד144 לחוק העונשין. לראשונה הועלתה השאלה לדיון, לפני קרוב לעשר שנים, בערעורו של עידו אלבה (ע"פ 2831/95 פ"ד נ(5) 221), שהורשע בהסתה לגזענות לפי סעיף 144ב(א) לחוק העונשין ובעידוד לאלימות לפי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, ובפרשתו של בנימין כהנא (ע"פ 6696/96 פ"ד נב(1) 535; דנ"פ 1789/98 פ"ד נד(5) 145), שהורשע בעבירות המרדה לפי סעיפים 133 ו-134(ג) לחוק העונשין. בהגדרותיהן המילוליות של העבירות לא נכללה דרישה מפורשת לקיומו של יסוד הסתברותי; אך חלק מן השופטים (ולא בהכרח רובם) סברו כי צורכי ההגנה על חופש הביטוי מחייבים להגביל את האיסורים הפליליים לביטויים מסיתים או ממרידים, שבשל תוכנם ונסיבות פרסומם קיימת הסתברות ברמה של "אפשרות ממשית", ולפחות ברמה של "אפשרות סבירה", שיביאו לביצוע מעשי אלימות גזעניים או להמרדה. בפרשיות האמורות נמנית עם השופטים אשר חלקו על גישה זו. סברנו כי את עבירות ההסתה וההמרדה למיניהן יש לסווג כעבירות התנהגותיות, אשר נזקן טמון בעצם פרסומם של ביטויים מסיתים או ממרידים ושכלולן אינו מותנה בקיום הסתברות שהדברים יביאו להתרחשות תוצאה אלימה כלשהי. הסברנו כי מבחן הסתברותי מהווה אמת-מידה מוכרת להכרעה בשאלה אם ראוי ליתן צו המונע מראש את פרסומו הצפוי של ביטוי מעל בימה ציבורית או בתקשורת. במתן צו כזה טמונה פגיעה קשה בחופש הביטוי. מטעם זה פסק בית-המשפט, לראשונה בפרשת "קול העם" הידועה ובשורה ארוכה של פרשיות שבאו בעקבותיה, כי מתן צו כזה עשוי להישקל רק אם ההימנעות מכך מקימה סכנה בדרגת הסתברות העולה כדי "ודאות קרובה", לפגיעה ממשית בשלום הציבור או בסדר הציבורי, או לגרימת נזק כבד לערך מוגן אחר. אך דין זה אינו יפה לעבירות ההסתה וההמרדה, הנדונות בדיעבד. אף שההסתברות כי פרסום מסית או ממריד יביא בפועל לתוצאה אלימה נלמדת מן הניסיון ההיסטורי, הוכחת קיומה של הסתברות ספק אם היא אפשרית. בפסיקתנו הוסבר, כי היחס בין חומרתו של הביטוי המסית ובין האפשרות שהוא יביא למעשה מזיק אינו תמיד ברור, ויש שבין השניים אף מתקיים יחס הפוך; הווה אומר: ככל שתוכן ההסתה הוא יותר קיצוני וחסר היגיון, תקטן ההסתברות שהוא ישפיע על מישהו להיגרר לעשיית מעשה. המסקנה שהתבקשה מן האמור היתה, כי החלתו של מבחן הסתברותי על עבירות מסוג זה אך תכבול את ידי התביעה ותרתיע אותה מפני נקיטת הליך פלילי כלפי העושים שימוש לרעה בחופש הביטוי לפרסום דברים המסיתים למעשי אלימות ולהמרדה. כן צוין כי צורכי ההגנה על חופש הביטוי עשויים לבוא על סיפוקם בדרכים אחרות; בין היתר, בהוראת החוק המתנה הגשת כתב-אישום בעבירות מסוג זה באישורו של היועץ המשפטי לממשלה, שחזקה עליו כי רק במקרים קיצוניים בחומרתם יורה או יאשר להגיש כתב-אישום בגין פרסומם של דברי הסתה או המרדה.

בדיון נוסף בעניינו של מוחמד ג'בארין (דנ"פ 8613/96 פ"ד נד(5) 193) - שהוכרע במקביל להכרעה בדיון הנוסף בעניינו של כהנא - פסק בית-המשפט העליון לבטל את הרשעתו של ג'בארין בפרסום תמיכה בארגון טרור, לפי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור. נפסק כי תחום תחולתה של העבירה האמורה (שאף בה מתקיים יסוד של הסתה) מוגבל להסתה לביצוע מעשי אלימות בידי ארגון טרוריסטי, וכי סעיף זה אינו אוסר הסתה למעשי אלימות בעלי אופי טרוריסטי שבוצעו על-ידי יחידים שאינם שלוחיו של ארגון טרוריסטי. פסיקה זו, שאף היא נתקבלה ברוב דעות (ואנוכי נמנית עם שופטי המיעוט), שמטה מידי התביעה מכשיר נוסף שעשוי היה לשמש להאשמתם של מסיתים. לא למותר להזכיר כי בהכרעה בדיון הנוסף

בעניין ג'בארין ראה הנשיא ברק לאחרונה (מ"ח 8390/01) עילה מספקת לקיום משפט חוזר שיביא לזיכוי של דוד אקסלרוד, שהורשע בשעתו בעבירה לפי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, על כך שלמחרת רציחתו של ראש הממשלה רבין אמר לכתב רדיו, בשידור, כי "זה לא יהודי נרצח. זה בוגד חוסל" וכי "חיסול אויב זה דבר חיובי". פסיקת בית-המשפט בעניין ג'בארין הניעה את הכנסת (בשנת תשס"ב) לחוקק את סעיף 2ד144 לחוק העונשין. סעיף זה הוסיף לחוק עבירה חדשה - הסתה לאלימות ולטרור - החלה על כל פרסום הכולל קריאה לעשיית מעשה אלימות או טרור, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות, תמיכה בו או הזדהות עמו; אלא שמהגדרת יסודותיה של העבירה החדשה עולה כי פרסום מסית יהווה עבירה אם "על פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם יש אפשרות ממשית שיביא למעשה אלימות או טרור". מדברי ההסבר להצעת החוק (ה"ח 3082, התשס"ב, עמ' 286) - האחרונה מבין שלוש הצעות חוק מטעם הממשלה שהונחו בנושא - עולה, כי הכללתה בין יסודות העבירה של הסתברות (ויצוין כי ההצעה, להבדיל מן החוק שבא בעקבותיה, הסתפקה בהסתברות ברמה של "אפשרות סבירה"), שהפרסום המסית יביא לעשיית מעשה אלימות בפועל, נועדה "לצמצם את הפגיעה בחופש הביטוי, הכרוכה באיסור המוצע, למינימום הנדרש לשם הגנה על הציבור מפני מעשי אלימות פרועים, שמקורם בדברי הסתה". המשמעות המעשית היא שכדי להביא להרשעת נאשם בפרסום הסתה לאלימות או לטרור (כמשמעם בסעיף) מוטל על התביעה להוכיח, לא רק את תוכנו המסית של הפרסום ואת מחשבתו הפלילית של המפרסם (קרי: את מטרתו להסית לאלימות או לטרור), אלא גם קיום הסתברות ברמה של "אפשרות ממשית" שהפרסום יביא למעשה אלימות או לטרור. והכללתה, בין יסודותיה של העבירה, של דרישה להסתברות ברמה האמורה, מטילה על התביעה חובה כבדה מנשוא.

ביום 10 באוגוסט 2005, באווירת המתח והחששות ששררה ערב תחילת הליך הפינוי של יישובי גוש קטיף וצפון השומרון, דנה הוועדה לביקורת המדינה של הכנסת בדרך טיפולה של הפרקליטות במסיתים למיניהם. היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, שהשתתף בדיון זה, דחה כבלתי-מבוססת את הטענה כי ההסתה כלפי ראש הממשלה יצחק רבין היא שהביאה לרציחתו. בדבריו לפני הוועדה, כפי שצוטטו בתקשורת, אמר היועץ המשפטי:

"עד היום איש לא הוכיח שרצח ראש הממשלה יצחק רבין הוא פועל יוצא של ההסתה. הדבר הוודאי הוא שהיה כשל באבטחה במקום הרצח".

היועץ המשפטי לא חלק בדבריו על העובדה, שלפני הרצח אמנם נוהל נגד רבין מסע של הסתה, אלא שלדעתו יש להיזהר בטענה שבין ההסתה לבין הרצח התקיים קשר סיבתי, שכן לכך לא הובאה ראיה במשפטו של הרוצח יגאל עמיר. משהשיגו כמה מחברי הכנסת על עמדתו, הטעים היועץ המשפטי כי הדברים שאמר מדויקים וכי הוא עומד מאחוריהם.

צדקו, כמדומה, מי שטענו כי היועץ המשפטי בחר בעיתוי לא מוצלח להשמעת הצהרתו. אך השאלה אם שיקף בדבריו עמדה משפטית מבוססת היא יותר מורכבת. אכן נראה כי במשפטו של הרוצח יגאל עמיר לא הובאה ראיה ישירה לכך שהוא ביצע את הרצח בהשפעת ההסתה כלפי רבין. אלא שראיה כזאת לא היתה דרושה, שכן הרוצח לא התכחש בחקירתו לתכנון הרצח ולביצועו, ואילו את ניסיונו להתגונן במשפטו

מפני האישים ברצח ביסס על טענות אחרות ולא על הטענה כי פעל בהשפעת ביטויי ההסתה. עם זאת חשוב להזכיר, כי בחקירתו על-ידי השב"כ אמר הרוצח, בין היתר, את הדברים הבאים :

"ללא פסק הלכה או פסקי דין רודף שחלו על רבין מפי מספר רבנים שאני יודע עליהם, הייתי מתקשה לרצוח. רצח כזה חייב להיות מגובה. אם לא היה לי גב ולא היו עומדים מאחורי אנשים רבים נוספים, לא הייתי פועל".

אף שדברים אלה צוטטו בדוח ועדת החקירה הממלכתית בראשות נשיא בית-המשפט העליון בדימוס מאיר שמגר, שחקרה את פרשת הרצח, נמנעה ועדת החקירה מלהסיק מהם מסקנות כלשהן ביחס לגורמים שהביאו לביצוע הרצח; ובסיכום הדוח שהגישה הוסבר כי העיסוק בשאלה זו חרג ממטרת מינויה והמנדט שניתן לה. כדברי הוועדה:

"ועדה זו לא מונתה לחקור את הגורמים והטעמים שהביאו ליצירת תרבות חברתית ופוליטית אשר הרצח היה ביטויה. היא לא נתבקשה לתת את הדעת לנסיבות שהולידו את הרצח. - - - הוועדה הוגבלה, בדיון, לבחינת תפקוד האישים והמערכות המוסדיות שהיו ממונים על ביטחון של ראש הממשלה".

אני סבור, כי אף בהיעדר הכרעה משפטית או ציבורית מוסמכת, יהיה בידי ההיסטוריונים להצביע על קיום קשר סיבתי בין מסע ההסתה שקדם לרצח רבין לבין תכנונו וביצועו של הרצח. כשלעצמי נוטה אני אף להעריך, כי בדבריו לפני הוועדה לביקורת המדינה של הכנסת התכוון היועץ המשפטי לממשלה, בין היתר (ואולי בעיקר), להצביע על הקשיים שלפניהם תעמוד הפרקליטות בניסיונה להוכיח קיום אפשרות ממשית שדברי הסתה המושמעים כלפי ראש הממשלה שרון, לנוכח הוצאתה לפועל של תוכנית ההתנתקות, אכן יביאו לביצוע מעשי אלימות או טרור. הסתברות ברמה של "אפשרות ממשית", כדרישת סעיף 2ד144 לחוק העונשין, היא בבחינת ניבוי לעתיד של הבלתי-ידוע והוכחת קיומה של אפשרות כזאת מעבר לספק סביר, כנדרש במשפט פלילי, נראית בעיניי כמשימה קשה מאוד, אם לא כבלתי-אפשרית. כשלעצמי אני תוהה אם הוראת סעיף 2ד144 הנ"ל, אילו עמדה בתוקפה בזמן הרלוונטי להסתה נגד ראש הממשלה רבין, היתה מאפשרת להביא להרשעתו של מי מראשי המסיתים כלפיו, אפילו היה הרוצח מודה בלשון מפורשת כי ביצע את הרצח בהשפעת דברי ההסתה של אותו מסית. הלוא כדי לבסס את אשמתו של המסית לא היה די בהוכחת תוכנו של הפרסום המסית ומחשבתו הפלילית של הנאשם, אלא צריך היה גם להוכיח שתוכן המסמך ונסיבות הפרסום הקימו אפשרות ממשית - שהנאשם היה ער ומודע לקיומה - כי הרוצח הפוטנציאלי יושפע מדבריו ויצא לבצע את הרצח. התרחשותו בפועל של הרצח ספק אם היתה מסייעת לתביעה בהוכחת ההסתברות; כי מי יכול באמת להעריך, אם בית-המשפט היה מעדיף את הטענה (השכיחה), כי לנוכח ההסתה כלפיו רצח רבין היה בבחינת "רצח ידוע מראש", על פני הטענה (השכיחה לא פחות) שמעשהו של הרוצח נפל על המדינה כ"רעם ביום בהיר".

דעתי היתה ונותרה, כי ההסתברות שפרסום דברי הסתה או המרדה אכן יביאו לעשיית מעשי אלימות בפועל, אינה ראויה להיכלל בין יסודותיהן של עבירות אלו. אלו הן עבירות התנהגותיות ששכלולן

צריך שיהיה מותנה, אך ורק, בתוכנו של הפרסום ובמטרתו של המפרסם. ייטיב אפוא המחוקק לעשות אם ישוב וייתן את דעתו לסוגיה קשה זו. עם זאת אוסיף, כי ההסתברות שפרסום מסית או ממריד יביא לביצוע מעשה אלימות בפועל עשויה להישקל על-ידי היועץ המשפטי לממשלה (במסגרת סמכותו לפי סעיף 144 לחוק העונשין), כאחת הנסיבות שתובאנה על-ידי בחשבון בגיבוש החלטתו אם לאשר את הגשתו של כתב-אישום נגד המפרסם במקרה נתון. בתפישה זו אין, לדעתי, משום פגיעה בעקרון החוקיות. ההסתברות שהפרסום המסית עלול להביא לביצוע מעשה אלימות או טרור עשויה להישקל, לצד שיקולים נוספים, במסגרת השאלה אם יש עניין ציבורי בהגשת כתב-אישום במקרה נתון. כן אינני רואה יסוד לחשש כי תיקון החוק יביא לסחף בהגשת אישומים. ההכרה בחשיבותו הרבה של חופש הביטוי הכתיבה לתביעה, מאז ומתמיד, מידות של איפוק וריסון בהגשת אישומים בגין דברים שפרסומם מהווה עבירה. מדיניות זו יכולה וצריכה להימשך. יש להעמיד את היועץ המשפטי בחזקתו, כי רק במקרים קיצוניים וחריגים בחומרתם יורה או יאשר להגיש כתב-אישום בגין השמעת ביטויים שיש בהם משום עבירת הסתה או המרדה. בכך טמונה ערובה מספקת לכיבוד חופש הביטוי של יחידים וגופים. תיקון החוק נדרש כדי להחזיר לתביעה את הכלים שהושמטו מידיה ושיאפשרו לה, במקרים מתאימים ולו גם נדירים, לבוא חשבון בפלילים עם חורשי רעה, שתוך ניצול ציני של חופש הביטוי - ולרוב גם של מעמדם הציבורי והיותם בעלי השפעה מזיקה על חסידיהם השוטמים - מפרסמים דברי שטנה, במטרה לעודד ביצוע מעשי אלימות או טרור, ובכך מערערים את בסיס ההסכמה החברתית המהווה תנאי-בלעדיו-אין לאיתנותם של מבנה וערכי המשטר הדמוקרטי.