

מ ס פ ר

7

ירושלים, חשון התשנ"ח, נובמבר 1997

נ י י ר ע מ ד ה

הסטה, לא המרדה

ההמרדה בדיני העונשין:
הדין המצוי והדין הרצוי

פרופ' מרדכי קרמניצר
חאלד גנאים



המכון הישראלי לדמוקרטיה

פרופסור מרדכי קרמניצר הוא מרצה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ועמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

חאלד גנאים הוא דוקטורנט למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ועוזר מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

עמ' 5	הקדמה
עמ' 7	הצורך בבדיקה מחודשת של הדין המצוי
עמ' 9	פרק ראשון: הצורך בביטול הדין המצוי
עמ' 9	א. תפקיד דיני העונשין
עמ' 11	ב. עקרון החוקיות ועקרון הבהירות
עמ' 12	ג. חופש הביטוי והמשטר הדמוקרטי
עמ' 13	ד. האכיפה הראויה של החוק
עמ' 17	פרק שני: הדין הרצוי לעבירות ההסתה
עמ' 17	א. הסתה לביצוע מעשה פלילי
עמ' 30	ב. הסתה לאי-ציות לדין לבר-פלילי ולצו של רשות מוסמכת
עמ' 32	ג. פרסום דברי שבח, הזדהות או תמיכה במעשה פלילי שבוצע
עמ' 39	פרק שלישי: הטיפול העונשי והטיפול החינוכי-תרבותי-חברתי
עמ' 41	פרק רביעי: פגיעה בזכויות היסוד של הפרט עקב חשש וסיכון
עמ' 41	משמעות העיקרון In dubio pro libertate
עמ' 45	פרק חמישי: חוקתיות העבירה הפלילית לאור חופש הביטוי
עמ' 46	א. מבחן הוודאות הקרובה (The Probability Test)
עמ' 48	ב. מבחן הנטייה הרעה (The Bad Tendency Test)
עמ' 48	ג. מבחן הסכנה הברורה והנוכחת (המיידיית) (The Clear and Present Test) ומבחן הפעולה הבלתי חוקית הצפויה לאלתר (Imminent Lawless action)
עמ' 54	ד. שעת חירום
עמ' 55	סיכום



עמ' 59	נספח 1: חומר משווה
עמ' 59	א. איסורים על הסתה בפומבי
עמ' 65	ב. איסורים על פרסום דברי שבח, תמיכה והזדהות עם מעשה פלילי שבוצע
עמ' 69	נספח 2: החוק המצוי
עמ' 73	נספח 3: הצעה לחקיקה
עמ' 75	הערות
עמ' 87	ביבליוגרפיה
עמ' 95	רשימת ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה



הקדמה

ראשיתה של עבודה זו במשימה שנטל עצמו המכון הישראלי לדמוקרטיה, בתיאום עם משרד המשפטים, לבחון את עבירות ההמרדה בחוק העונשין; זאת, במסגרת מאמץ להתאמת החקיקה הישראלית לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המלאכה כמעט שלמה, עוד לפני רצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל, ונייר עבודה ראשון הוגש על ידי פרופ' מרדכי קרמניצר לשר המשפטים דאז, פרופ' דוד ליבאי, כחודשיים אחרי הרצח.

נייר עבודה זה, אשר כלל הצעה לחקיקתו של איסור נגד הסתה חלף איסור ההמרדה שבחוק העונשין, שימש בסיס לכנס שערך המכון הישראלי לדמוקרטיה בחודש פברואר, 1996, בהשתתפות מומחים מן הארץ, מגרמניה ומשוויץ, וכן בכירים ממשרד המשפטים. ההצעה הכלולה בנספח 3, דומה בעיקרה להצעה הראשונית האמורה. ההצעה הוצגה גם בכנס בינלאומי שנערך בירושלים בדצמבר, 1996, על ידי המרכז לזכויות האדם של האוניברסיטה העברית, בשיתוף עם המכון הישראלי לדמוקרטיה.*

רצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל, בארבעה בנובמבר 1995, העמיד את החברה הישראלית במצב של חוסר אונים, בתחושה של אסון חברתי. הרצח הפריך השקפה שרווחה בישראל, לפיה חסינה החברה הישראלית מפני אלימות פוליטית. גם האמונה בדבר חוזקה של הדמוקרטיה בישראל התערערה. לרצח שזעזע את החברה קדמה הסתה, שהחברה הישראלית והמערכת הפוליטית לא הכירו כמותה מאז קום המדינה. בתקופה שלפני הרצח התייחסו פוליטיקאים בסלחנות לתופעת ההסתה, וגם מערכת אכיפת החוק לא שינתה את יחסה כלפיה, דבר שהתבטא בהימנעות מהליכים פליליים כלפי דברי בלע שרקעם פוליטי. זאת – בשל ההגדרה הרחבה והגורפת של עבירת ההמרדה, הנגועה באופי אנטי-דמוקרטי, ומפני החשש שהעמדה לדין תהפוך את המשפט לבמה לעמדותיו של המסית. בעיקר, התבססה מדיניות התביעה על מעמדו המיוחד של חופש הביטוי ועל הרצון להימנע מסתימת פיות בתחום הפוליטי. גישה זו התמוטטה אחרי הרצח, והתחלפה מייד אחריו בריבוי חקירות פליליות, גם במקרים שלא היה כלל מקום להפעלת החוק. מצב זה העיד על המשבר החרף

* תודתנו לקרן פרידריך אברט, על תמיכתה וסיועה למחקר שהניב נייר עמדה זה.



שפקד את החברה והצביע גם על המצב המשפטי הלקוי, דהיינו ההגדרה הרחבה מדי של עבירת ההמרדה ועל האפשרות של שימוש בלתי נאות בה. הרצח נתפס בעיני רבים כתוצאה – ישירה או עקיפה – של ההסתה שקדמה לו, והיה מי שסבר כי היה ניתן לפעול נגד המסיתים ובכך למנוע, אולי, את הרצח. גם אם אין אמת, מוחלטת או יחסית, בסברות אלו, די בעצם קיומן כדי להמריץ המרצה נוספת את בדיקת המצב המשפטי הקיים.

בנייר עמדה זה נתייחס לעבירת ההמרדה הנוכחית, נציג את הלקויים והפגמים בהגדרת העבירה ונציג את הדין הרצוי של עבירת ההסתה, תוך התייחסות למשפט המשווה.** בגיבוש הצעה להגדרה ראויה לעבירת ההסתה, יוענק לחופש הביטוי המשקל הראוי לו וייערך איזון בין הערכים המתחרים, היינו חופש הביטוי והערכים חברתיים המוגנים באמצעות האיסור. נקודת המוצא היא שחופש הביטוי הנו יסוד מסד של המשטר הדמוקרטי ואחת הזכויות הבסיסיות והחשובות ביותר של הפרט – לעיצוב עמדותיו ולפיתוח אישיותו. חופש הביטוי הנו האמצעי הפוליטי החשוב ביותר של האנשים שאינם מיוצגים במערכת הפוליטית ושל האזרחים המתנגדים לדרכה של הממשלה. עם זאת, חופש הביטוי איננו זכות מוחלטת וסיוגו עשוי להיות מוצדק לשם השגת תכלית חברתית חשובה.

יודגש שהנורמה המשפטית אינה מפקיעה את הצורך בטיפול המערכת החינוכית-תרבותית-חברתית בתופעת ההסתה. נהפוך הוא, הטיפול החשוב והיעיל ביותר בתופעת ההסתה הנו באמצעים חברתיים וחינוכיים. המערכת המשפטית באה רק להשלים טיפול זה, במקרים שהמערכת החינוכית-תרבותית-חברתית לא הצליחה למונעם. מכאן עולה התפקיד המיוחד המוטל על פוליטיקאים ואישי ציבור אחרים, לגנות ולהוקיע כל סוג של אלימות – פיזית או מילולית. עליהם להימנע מהתנהגות העלולה להתפרש כעידוד או כלגיטימציה לאלימות. יתר על כן, עליהם לשמש מופת בריסון העצמי שהם נוקטים בתחום הביטוי הפוליטי. לא כל אופני הביטוי שאינם אסורים לפי דיני העונשין, הנם ראויים מבחינה חברתית. תרבות פוליטית בריאה חייבת להוציא אל מחוץ לגדר התקפות אישיות

** משום שאיסורים מיוחדים של הסתה בפומבי מצויים בעיקר בקונטיננט, המחקר התמקד בעיקר במדינות היבשת. עובדה זו משתקפת היטב באסמכתאות.



על אישי ציבור, כגון "נאצי", "בוגד", "משתף פעולה עם האויב" ודומיהם. יש להצטער על כי ניסיון לגבש אמנה ברוח זו, שיזמו חברי כנסת ממפלגות שונות אחרי רצח רבין ז"ל, בסיוע המכון הישראלי לדמוקרטיה, לא עלה יפה. חברה שאינה מנהלת מערכת אינטנסיבית, רב-תחומית, נגד האלימות על כל גילוייה, חוטאת לתפקידה הראשון והבסיסי של החברה המאורגנת.

הצורך בבדיקה מחודשת של הדין המצוי

עבירת ההמרדה הקיימת בחוק העונשין תשל"ז-1977, הנה שריד מיושן מתקופת המנדט הבריטי בארץ ו"שורשיה של העבירה ... במשפט המקובל שמלפני מאות שנים."¹ ההגדרה של העבירה אינה אלא אוסף של התנהגויות שפגעו בסדרי המשטר והחברה דאז, שלא היו דמוקרטיים, ומטרתה – דיכוי הביקורת על המערכת השלטונית ושמירת הסדר החברתי. מקורו של האיסור אצלנו במשטר המנדטורי הלא-דמוקרטי. הוא נועד להגן על המשטר ועל השלום החברתי באותה מציאות מורכבת ובעייתית של אותה תקופה, שעיקרה היה סכסוך ממושך בין חלקים שונים של האוכלוסייה. רקע מכונן זה של האיסור מחייב בדיקה מחודשת של העבירה, בשים לב לכך שהמשטר השורר במדינה בימינו הנו משטר דמוקרטי, ושהחברה הישראלית, עם כל מורכבותה ובעיותיה, הנה חברה מאורגנת ומתוקנת. בחברה דמוקרטית מהווה חופש הביטוי את ציפור נפשה של החברה: הוא הבסיס לכל זכויות היסוד של הפרט ולהגנה על המשטר הדמוקרטי והסדר החברתי. דיכוי חופש הביטוי והביקורת על רשויות השלטון הוא חתירה תחת אשיותיו של משטר דמוקרטי.

בנוסף לכך, מתחייבת בדיקה מחודשת של עבירת ההמרדה הקיימת, לאור אופייה של העבירה ולאור התיקונים שהוכנסו בחוק העונשין על ידי המחוקק הישראלי. עבירת ההמרדה נחשבת לעבירת רשת (עבירה בלתי מוגדרת, הקולטת התנהגויות שאינן נתפשות באיסורים מוגדרים). היא כוללת, למשל, את ההסתה לגזענות ואת לשון הרע על חבר בני-אדם או קבוצה כלשהי.² לאור העובדה שההסתה לגזענות הוגדרה בחוק העונשין כעבירה עצמאית ונפרדת,³ ולשון הרע על חלק של האוכלוסייה מהווה עבירת לשון הרע פלילית,⁴ מתחייב תיקון עבירת ההמרדה והגדרת יחסי ההצטברות והחפיפה בינה לבין העבירות האחרות, על מנת למנוע חוסר הרמוניה בין העבירות.



עמוד ריק

הצורך בביטול הדין המצוי

דין עבירת ההמרדה, המוגדרת בסעיף 136 לחוק, להימחק, וזאת ממספר סיבות:

א. תפקיד דיני העונשין

ביטול דין ההמרדה במתכונתו הנוכחית מתבקש מכוח תפקיד דיני העונשין להגן על אינטרסים חברתיים העולים בקנה אחד עם אופי המשטר. תפקיד דיני העונשין במשטר דמוקרטי מתבטא בהבטחת חיים בצוותא לאנשים חופשיים, והמחוקק רשאי, לפיכך, לאסור התנהגות מסוימת רק אם התנהגות זו פוגעת בצורה חמורה בחיים בצוותא של אנשים חופשיים. לפי סעיף 136 מוגדר פרסום דבר שיש בו כדי להביא לידי בוז או אי-נאמנות למדינה או לרשויות השלטון או לעורר אי-רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ, כמעשה המרדה.⁵

דיני העונשין עוסקים, כאמור, במניעת התנהגות המסכנת את החיים בצוותא לאנשים חופשיים ולא במניעת רגשות או תחושות. בעיקרון, תחום הרגשות, וההתייחסויות הנפשיות שייך לתחום הפנימי המובהק. הוא נמצא מחוץ למרחב החברתי והציבורי, וממילא אין הוא יכול להיות מושא לדיני העונשין. המחשבות וההעדפות הנפשיות של האדם הן מבצרו הבלעדי ואין כל אינטרס חברתי במדינה מתוקנת לחדור למבצר זה ולהכתיב באמצעי כפייה משפטיים כיוונים או דפוסי מחשבה, תהיינה מחשבותיו או העדפותיו של אדם שליליות כאשר תהיינה. ניתן גם לתהות על מידת האפקטיביות של הדין העונשי ביחס לתחום זה.⁶

זאת ועוד, אי-רצון או מורת רוח אינם מצב דברים שלילי שיש בהכרח למונעו: הם עשויים דווקא לשקף תגובה ראויה למצב דברים המצמיח אותם. במשטר דמוקרטי, אין זה בחזקת ערך שהציבור יחוש נאמנות לרשויות השלטון ולא יבוז להן. הוא נדרש לפעמים לציית להן, אך אין הוא חב להן נאמנות. כבוד לרשויות השלטון, כמוסד, ונאמנות למדינה הם ערכים חיוביים ומצביעים על אזרחות טובה, אך אין לראות בעצם המצב

הפנימי-נפשי של בוז לרשויות או אי-נאמנות למדינה כמצב אנטי-חברתי. הואיל ותפקיד דיני עונשין אינו מתבטא בגרימה או ביצירה של אהבה בין חלקים שונים של החברה, או בין החברה לבין רשויות השלטון, והמעשים הנ"ל אינם פוגעים בסדר החברתי או בסדרי המשטר, לא מתיישבת הגדרת התנהגויות אלו כעבירה פלילית עם תפקיד דיני עונשין.

אמנם, החוק כולל בסעיף 138 סייגים רחבים לפליליות המעשה, כך שניתן להוציא את רוב ההתנהגויות הנ"ל מן התחום הפלילי, אך ספק אם סעיף זה מתיישב עם הגדרת העבירה ועם התפקיד של הסייגים לפליליות המעשה. היחס בין הסייגים לפליליות המעשה לבין הגדרת העבירה (היינו היסוד העובדתי והיסוד הנפשי), נעוץ בכך שהסייגים שוללים את האופי האנטי-חברתי של הפגיעה בערך החברתי המוגן. כאשר התנהגות מסוימת אינה פוגעת כלל בערך חברתי שמוצדק להגן עליו באמצעות דיני העונשין, אין מלכתחילה מקום לאסור אותה. הגדרת התנהגות כזו כאסורה תחילה, ומותרת בדיעבד, מכוח התקיימות סייג לפליליות המעשה, אינה הגיונית. ערך חברתי מוגן, שהינו הגרעין של העבירה וההצדקה לקיומה, לא נפגע; וממילא, אין לשלול את האופי האנטי-חברתי של הפגיעה בערך החברתי המוגן, שכן אין כלל פגיעה כזו. במקום ליצור איסור שאין לו הצדקה וליטול את עוקצו באמצעות הגנה, יש להימנע כליל מהטלת איסור נטול הצדקה.

יתר-על-כן, סעיף 138 לחוק, המגדיר את הסייגים לפליליות מעשה ההמרדה, מגביל את התקיימות הסייגים בדרישות שאינן עולות בקנה אחד עם תפקידו של הדין העונשי. כך, למשל, קובע הסעיף במפורש ש"אין רואים מעשה, נאום או פרסום כהמרדה, אם מגמתם אינה אלא אחת מאלה: "...", כלומר מגמה אחרת או נוספת שוללת התקיימות הסייג. כן נדרש כתנאי להתקיימות הסייג שהמעשה נעשה "כדי להביא לידי תיקון הטעויות או הפגמים,"⁷ כלומר הסייג לא יחול על ביקורת לשם ביקורת, או "מתוך מגמה לסלק, דברים המעוררים או העלולים לעורר מדנים או רגשי עוינות בין חלקים שונים של האוכלוסין,"⁸ כלומר הסייג לא יחול כאשר המפרסם אינו מאמין שהדבר המעורר מדנים ניתן לסילוק.

כאמור, דיני העונשין עוסקים במניעת פגיעות בערכים החיוניים של החברה ולא במניעת גיבוש יחס נפשי שלילי, שכן דיני העונשין הנם דיני העבירות ולא דיני המחשבות. כאשר המעשה אינו מסכן את הערכים והאינטרסים הראויים להגנה בחברה דמוקרטית, אזי אין מקום להפליל מעשה זה, גם אם הוא מלווה ביחס נפשי שלילי. עולה מכך שהגדרת ההמרדה והסייגים



לפי הדין המצוי, אינה מתיישבת עם תפקיד דיני העונשין. הואיל ותפקיד דיני העונשין – הבטחת חיים בצוותא לאנשים חופשיים – מתחייב ונגזר מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁹ אזי ראוי לפי חוק יסוד זה לבטל את איסור ההמרדה הנכחי.

ב. עקרון החוקיות ועקרון הבהירות

שנית, הבה נבחן את עקרון החוקיות ואת עקרון הבהירות הנגזר ממנו. לפי עקרון הבהירות, חייב המחוקק להגדיר את ההתנהגות הפלילית הפוגעת בערך חברתי המוגן והנופלת בגדר האיסור הפלילי, בצורה מפורשת ובהירה. תפיסה זו עולה מטיבו של האיסור העונשי כחריג לחרות הפעולה. לפי עקרון חרות הפעולה, כל התנהגות שלא נאסרה במפורש על ידי המחוקק הנה מותרת, והחריג חייב להיות מוצדק, מוגדר ומתוחם היטב. עקרון החוקיות ועקרון הבהירות באו להבטיח הן את הגשמת תפקידם של דיני עונשין בהגנה על הסדר החברתי, והן את חירות הפרט. לשם השגת יעדים אלה יש להתמקד במניעת עבריינות ולא ביצירת עבריינים.

כאשר עבירה פלילית מנוסחת בצורה רחבה ביותר, גורפת ומעורפלת, אין הפרט יכול לדעת אם התנהגות מסוימת נופלת בגדר האיסור הפלילי והנה אסורה. מצב זה עלול לגרום לכך שהפרט יימנע מנקיטת מעשה מותר ואף רצוי מבחינה חברתית, בשל החשש שמא התנהגות זו הנה אסורה; כך שהגדרת העבירה בצורה גורפת ומעורפלת פוגעת בחירות הפרט ובסדר החברתי ואינה מבטיחה אותם.¹⁰ בנושא דיוננו, הפגיעה הנה חמורה במיוחד, שכן היא עלולה להביא לכך שאזרחים יימנעו ממימוש אחת הזכויות היותר בסיסיות וחיוניות בדמוקרטיה: חופש הביטוי בגרעין הקשה שלו – מתחת ביקורת חריפה על רשויות השלטון. מצד שני, ערפול זה בהגדרת המעשים הפליליים עלול לגרום גם לכך שהפרט ינקוט במעשה פלילי בסוברו שהמעשה אינו נופל בגדר האיסור הפלילי; כך שקיום העבירה המעורפלת עלול לגרום ליצירת עבריינים במקום למנוע עברות.¹¹

יתרה מזו, הגדרה גורפת ובלתי ברורה של העבירה עלולה להביא לאכיפה שרירותית ובלתי שוויונית, המושפעת מהלכי רוח חולפים, דבר הפוגע בשלטון החוק ובעקרון השוויון.¹² עבירת ההמרדה המוגדרת בסעיף 136 לחוק מנוסחת בצורה רחבה ביותר וגורפת. היא כוללת, למשל, פרסום



דבר שיש בו כדי לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ. העבירה אינה מגדירה בצורה מפורשת את ההתנהגות הפלילית הנופלת בגדר האיסור, אינה משקפת בצורה ברורה את הערך או הערכים החברתיים המוגנים, והיא משאירה את קביעת היקף ותחום תחולתה בידי המערכת השיפוטית. מצב זה מעורר קשיים באכיפת החוק ובקיום התפקיד המדריך והמזהיר של דיני העונשין. בנוסף לכך, כאשר המערכת השיפוטית עצמה חלוקה בדעתה באשר להגדרת הערך החברתי המוגן, היקף העבירה והגדרת המעשים הנופלים בגדר האיסור הפלילי,¹³ ספק רב אם האזרח הרגיל עשוי לעמוד על פשר האיסור, היקפו ותוכנו. לכן מחייב עקרון הבהירות, שהינו עקרון חוקתי הנגזר מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹⁴ ביטול איסורי ההמרדה במתכונתם הקיימת.

ג. חופש הביטוי והמשטר הדמוקרטי

שלישית, ההגדרה של עבירות ההמרדה אינה מתיישבת עם אופיו של המשטר הדמוקרטי ועם חופש הביטוי. כפי שנאמר לעיל, עבירת ההמרדה נקבעה על ידי המשטר המנדטורי כדי להגן עליו מפני הבעת בוז, שנאה או אי-רצון כלפיו, גם במחיר של השתקת ביקורת. משטר של כפייה אינו שואב את כוחו ועצמתו מן האזרחים: שאיפתו הבלעדית או הראשונית היא הבטחת קיומו בכל מחיר, גם באמצעות דיכוי של המיעוט הפוליטי ובמניעת ביקורת על המשטר. לעומת זאת, שואב המשטר הדמוקרטי את כוחו מן האזרחים. הביקורת וחופש הביטוי הפוליטי הנם ציפור נפשה של הדמוקרטיה, ובלעדיהם אין לה קיום. חופש הביטוי הנו אמצעי חשוב לקיומו של הסדר החברתי ולהבטחת מימושן של זכויות היסוד של כל הפרטים, ובמיוחד של האופוזיציה הפרלמנטרית, של הציבור המיוצג על ידי האופוזיציה או המתנגד לדרכה של הממשלה, ושל הציבור שאינו מיוצג במערכת השלטונית.

לפי סעיף 136, פרסום במודע של דברים שיש בהם כדי להביא לידי בוז או שנאה לרשויות השלטון או לעורר אי-רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ, ואף החזקה במודע של פרסום כזה, מהווים מעשים פליליים. יש בכך כדי לעורר תמיהה גדולה. המשטר הדמוקרטי אינו תובע אהבה וכבוד ללא סייג לרשויות השלטון. נשמת אפו היא הביקורת החרیפה והנוקבת והתנגדות האופוזיציה להחלטות פוליטיות של הממשלה. ביקורת כזו

אינה תמיד קונסטרוקטיבית; והיא עלולה לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ; ואין היא מקיימת בהכרח את הדרישה של הסייג לפליליות המעשה לפי סעיף 138 (2): "והכל כדי להביא לידי תיקון הטעויות או הפגמים." אף על פי כן, הטלת הגבלות על הביקורת עומדת בסתירה חריפה ובלתי ניתנת ליישוב עם עצם מהותו של המשטר הדמוקרטי, ואין היא באה בחשבון.

ד. האכיפה הראויה של החוק

רביעית, מתחייב ביטול עבירות ההמרדה הקיימות והחלפתן בעבירות אחרות שהיקפן צר ומוגדר היטב, למען אכיפה ראויה על ידי התביעה הכללית. איסורים בעייתיים מבחינת הצדקת קיומם גורמים, לעתים, לאכיפת-חסר. גורם נוסף לכך הוא חוסר הרצון להעמיד במה ציבורית מן המדרגה הראשונה לרשותו של הממריד, וסעיף 138, המגדיר את הסייגים לפליליות המעשה, ממש מעודד את השימוש במשפט כבמה כזו. כך, למשל, נמנעה התביעה הכללית בעבר מלהעמיד לדין בגין עבירות ההמרדה בשל אופיים האנטי-דמוקרטי, גם במקרים בהם הייתה הצדקה עניינית להעמיד את מבצע העבירה לדין, לשם הגנה על הסדר החברתי.¹⁵

לעומת זאת, התמוטט נוהג זה בשעת משבר, אחרי רצח ראש הממשלה רבין ז"ל, כאשר גורמי אכיפת החוק הנהיגו אכיפה בלתי מבוקרת ובלתי אחראית של איסורי ההמרדה ופתחו בחקירות במקרים בהם לא היה מקום לכך. כדוגמה ניתן להביא את איומי היועץ המשפטי לממשלה, מיכאל בן-יאיר, להעמיד את אנשי התקשורת לדין, בשל דיווח על הסתה נגד חברי הממשלה ופרסום דברים שהושמעו בשבח רצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל.¹⁶ מצב זה, היינו אי-אכיפת החוק במקרים מתאימים, בימים כתיקונם, ואכיפת-יתר בלתי מאוזנת בעת משבר, פוגע בסדר חברתי ובזכויות היסוד של הפרט.¹⁷

יתרה מזו, הגדרה רחבה וגורפת של איסורים עונשיים, פוגעת באמונו של הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי. כאמור, הגדרה רחבה וגורפת של איסור עונשי גורמת לאכיפת-חסר בימים כתיקונם. מצב זה אינו מחזק את אמונו הציבור בתוקפו של הסדר החברתי; נהפוך הוא: הוא מחליש את תוקפם של האיסורים העונשיים ומפחית בעיני הציבור את משקלם של הערכים החברתיים עליהם מגינים האיסורים. בנוסף לכך,



כאשר ההסתה מכוונת כלפי אנשים מסוימים, בהימנעות מאכיפה אין מספקים להם את הגנת החוק לה הם זכאים ופוגעים פגיעה מיוחדת בתחושת הביטחון האישי שלהם ובאמונם בסדר המשפטי.

מהאמור לעיל מתחייב ביטול עבירות ההמרדה הקיימות והחלפתן בעבירה אחת או במספר עבירות שהיקפן צר והן מוגדרות בצורה מפורשת ובהירה. עולה מכאן שיש לדחות את גישתו של פרופ' זאב סגל, המתנגד לרפורמה בעבירות ההמרדה. גישתו של פרופ' סגל מבוססת על כך, ש"חוק העונשין, המנוסח באופן רחב וגורף, כולל גם סייגים שנועדו למנוע הטלת מגבלות חריפות על חופש הביטוי הציבורי. בנוסף לכך נקבע בחוק, שלא תוגש תביעה פלילית בגין 'פרסום המרדה' אלא תוך שישה חודשים מיום שנעברה העבירה, ושלא ייתבע אדם לדין בלא הסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה. ריסונים אלה, כשלעצמם, יכולים להבטיח שגם במקרה של הגשת כתב אישום על 'פרסומי המרדה' יכול בית המשפט לקבוע, בדרך של פרשנות, שפרסום הנו בבחינת ביקורת ותעמולה חוקית שאינה 'המרדה' הואיל ויש עימה הוקעת טעויות ופגמים בלא קריאה לפעולה אלימה. כמן כן יכול בית המשפט לקבוע, שאין הפרסום אסור אם אין עימו סכנה ברורה ומיידית או ודאות קרובה לפגיעה רצינית ומשמעותית בסדר הציבורי."¹⁸

ראשית, עמדה זו אינה מתיישבת עם עקרון החוקיות ועקרון הבהירות, שהנם עקרונות חוקתיים. יתרה מזאת, התנגדותו של פרופ' סגל סותרת את גישתו העקרונית שהובעה במקום אחר, שלפיה "הטלת אחריות פלילית רחבה ובלתי-מוגדרת דיה על המפרסמים יכולה ליצור גם 'אפקט מקפיא', העלול לגרום לכך שכלי-התקשורת יימנעו מפרסום דברים ... מחשש שיועמדו לדין פלילי,"¹⁹ ו"ניסוחו של דבר חקיקה פלילי בלשון גורפת וכוללנית, או במושגים רחבים, המשתמעים לשתי פנים או יותר, עלולים לגרום לכך שתיפולנה במסגרת החוק פעולות שהמחוקק לא העלה בדעתו כמותן. חוק פלילי שאינו מוגדר די צורכו, גורם ששלטון החוק ייפחד לשלטון הפרשנות לפי רוח הזמן וצורך השעה, ובכך נהרסת תדמיתו של המשפט הפלילי."²⁰

שנית, אין בריסון "שלא ייתבע אדם לדין בלא הסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה" כדי לרפא את הנגע האנטי-דמוקרטי הטמון בעבירות ההמרדה, בנוגע לחופש הביטוי וכדי להבטיח את חופש הביטוי. שלטון החוק אינו שלטון היועץ המשפטי לממשלה.

שלישית, הטענה שהמערכת השיפוטית מבטיחה את חופש הביטוי, הואיל והיא עשויה לקבוע בדרך של פרשנות שהפרסום אינו מהווה עבירה פלילית, אינה מקיימת את המימוש הראוי של חופש הביטוי ואינה מבטלת את הפגיעה בחופש הביטוי שהתחוללה עקב החקירה והאישום. חקירה פלילית והעמדה לדין בגין פרסום או הבעת דעה לגיטימית, פוגעות שלא-כדין בחופש הביטוי; והזיכוי, שמונע אמנם את המשך הפגיעה, אינו מבטל את הפגיעה שהתרחשה.²¹ אין גם תמיד ביטחון שהפרשנות השיפוטית תציב גבולות וגדרות ראויים וברורים. עקרון הפרדת רשויות, המוצא את ביטויו בעקרון החוקיות, מטיל חובה ראשונית על המחוקק, לקבוע – ובצורה ברורה – את ההיקף הראוי של ההגנה על אינטרס חברתי חיוני; ואין המחוקק נפטר מחובתו על ידי פעולתן של רשויות אחרות. החובה אינה ניתנת לגלגול, ושלטון החוק אינו שלטון השופט.²² האמצעי החשוב והראשוני להבטחת חופש הביטוי הוא הגדרה מפורשת וצרה של האיסור העונשי, המבטאת הגנה על ערך חברתי הראוי להגנה עונשית במשטר דמוקרטי.

הועלה החשש שמא חקיקת איסורים המגבילים את חופש הביטוי, תפתח פתח לפגיעות נוספות ומופרזות בחופש הביטוי. כלומר, כאשר מתחילים לפגוע בחופש הביטוי, גדול החשש מפני אפקט של פריצת סכר, של סחיפה והיסחפות, ואחרית הדבר – מי ישורנה? נגד טענה זו יש להשיב שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניק הגנה גם לחופש הביטוי; מעמדה של זכות זו בעיניהם של השופטים, המפעילים בקרה חוקתית, הוא רם ונישא; ולכן אין לחשש זה על מה להסתמך. יתרה מזו, טענה זו מציבה לנגד עיניה רק את חופש הביטוי ומתחשבת אך ורק בו, כאילו היתה זכות זו לא רק "בת יקירה" אלא גם "בת יחידה", ואינה מביאה בחשבון את הערכים החברתיים האחרים הראויים גם הם להגנה. תפישה כזו אינה מתיישבת עם העמדה החוקתית, המחייבת כיבוד החירות והחיים כאחד, והגנה עליהם.



עמוד ריק



הדין הרצוי לעבירות ההסתה

א. הסתה לביצוע מעשה פלילי

המונח "הסתה", כפי שעולה מחוק העונשין, משמעו הדחה בפומבי לדבר עבירה פלילית,²³ כולל הדחה של ציבור בלתי מסוים. אמנם המונח "הסתה" הופיע בסעיף 34 הישן לחוק העונשין תשל"ז-1977, שהגדיר את הניסיון לשידול לדבר עבירה, כאילו ההסתה מהווה חלופה של הניסיון לשידול ונופלת בגדר נגזרת זו; אך הפסיקה והספרות המשפטית העניקו למונח זה משמעות שונה מזו המקובלת וגרסו שההסתה המופיעה בהוראת הניסיון לשידול משמעה ניסיון לשידול, ואין ההסתה אלא השם הטכני לניסיון לשידול.²⁴

לאור האמור אימץ המחוקק, בתיקון מס' 39 לחוק העונשין, את עמדת הפסיקה והספרות המשפטית והגדיר את הניסיון לשידול בסעיף 33 לתיקון כ"ניסיון לשדל אדם לבצע עבירה". כלומר האדם, מושא השידול, צריך להיות אדם אינדיבידואלי או קבוצה מסוימת ומוגדרת, והמונח "הסתה" לא מופיע כלל בהגדרה זו. בכך הסיר המחוקק את הסתירה הפנימית שהתקיימה בחוק העונשין בנוגע למשמעות המונח "הסתה", שהופיע בהוראת הניסיון לשידול ובהוראות שונות של החלק הספציפי של חוק העונשין.

מאחר שענייננו כאן בדין הרצוי של הסתה, ננתח בשורות הבאות את התופעות העבריינות של השידול, הניסיון לשידול ושל ההסתה, ונבדוק, האם ההסתה מהווה, מבחינה עניינית ומושגית, צורה וחלופה של השידול או הניסיון לשידול, או שמא מהווה היא תופעה מיוחדת ושונה מהנגזרות של שידול וניסיון לשידול?

משמעות המונח: 'ההסתה'

כאמור, ההסתה הנה הדחה בפומבי לדבר עבירה, של קהל רחב – בלתי מסוים ובלתי מוגדר. המסית מוגדר בהצעה כ"מפרסם קריאה או דברים בפומבי". המונח "פרסם" מוגדר בסעיף 34כד לחוק העונשין והוא עונה על דרישות ההסתה, היינו השמעת קריאה או דברים בפה, באמצעים אחרים, או הפצתם או הצגתם בקרב אנשים. המונח "פומבי" מוגדר בסעיף 34כד:

" (1) מקום ציבורי, כשאדם יכול לראות את המעשה מכל מקום שהוא;

(2) מקום שאינו ציבורי, ובלבד שאדם המצוי במקום ציבורי יכול לראות את המעשה."

הגדרה זו אינה עונה על דרישות ההסתה, הואיל ובהסתה מדובר בהשמעת קריאה או בהפצת דברים לקהל בלתי מסוים ובלתי מוגדר. הקריטריון הקובע לעניין ההסתה נעוץ בנסיבות הקונקרטיות של ההתנהגות ובאי-מסוימות המודחים, ולא במקום ההתרחשות. אין לייחס חשיבות למקום ההתרחשות, ועל-כן אין לקבוע שהקריטריון להגדרת המונח "פומבי" יהיה מקום התרחשות ההסתה. נקודת המוצא להגדרת המונח "פומבי" צריכה להיות אופן התרחשות ההתנהגות, כלומר האם ההסתה מופנית אל קהל בלתי מסוים ובלתי מוגדר. עולה מכאן, שהסתה בפומבי מתקיימת, רק אם פרסום הקריאה או הדברים עשויים להיקלט על ידי כל אדם או על ידי קבוצה גדולה בלתי מסוימת ובלתי מוגדרת; למשל: פרסום באמצעי התקשורת האלקטרונית או הכתובה, בהתקלות ציבורית כגון הפגנה, בהשמעת דברים באמצעות רמקול ובתליית הפרסום במקום שציבור בלתי מסוים ובלתי מוגדר יכול לקלוט אותו, בהדבקת מדבקות על רכב או בהפצת עלונים לעוברי אורח.²⁵ מכאן שהסתה בפומבי אינה מתקיימת כאשר הפרסום מופנה רק לפרט אינדיבידואלי או לקבוצה מסוימת ומוגדרת (כגון כיתה בבית ספר), יהא מקום הימצאם אשר יהא – פרטי או ציבורי.

ההסתה בנבדל משידול

משודל אינדיבידואלי מול מוסתים בלתי מסוימים: המשדל כשותף לדבר עבירה מוגדר בסעיף 30 לתיקון מס' 39 לחוק העונשין כ"המביא אחר לידי עשיית עבירה בעידוד, בדרישה ..." הגישה המקובלת במשפט הישראלי,

והרווחת במשפט הקונטיננטלי, היא שהמשודל צריך להיות פרט מסוים או קבוצה מוגדרת ומסוימת (bestimmte Person oder individuell). כלומר השידול כצורה עבריינית נותן "ביטוי ליחס בין פרט לפרט, משדל למשודל, ולא גם ליחס בין פרט לבין קהל מקום שהפרט מסית, מדיח, מתסיס קהל בלתי מוגדר, ללא הבדל הזהות הפרטית של הנמנים על אותו קהל, לבצע עבירה פלילית."²⁶

לעומת זאת, גורסים אחרים שלצורך השידול, אין נפקא מינה אם המשודל הנו פרט, קבוצה מסוימת ומוגדרת, או קהל רחב בלתי מסוים ובלתי מוגדר; כלומר, הדחה בפומבי לקהל רחב בלתי מסוים ובלתי מוגדר לביצוע עבירה פלילית נופלת בגדר השידול, כביצוע עקיף וכנגזרת מהביצוע.²⁷

לדעתנו, אין הגישה השניה מתיישבת עם האופי של השידול כביצוע עקיף של העבירה ועם הערך החברתי המוגן על ידי השידול. הדרישה של מסוימות המשודל מתחייבת מאופיו של השידול ומהערך החברתי המוגן על ידו.

השידול הנו צורה עבריינית הבאה להרחיב את הטלת האחריות הפלילית מעבר למבצע, גם על המשדל שלא הייתה לו יד בביצוע הפיזי של העבירה הפלילית. תרומתו בביצוע העבירה הפלילית הנה עקיפה, שכן הוא משאיר בידי המבצע את ההחלטה אם לגשת לביצוע ואת השליטה על עצם הביצוע, והוא איננו משתתף בביצוע גופו. תרומתו של המשדל הנה משמעותית ועיקרית, משום שבלעדי תרומתו לא היה המבצע ניגש לביצוע העבירה. לאור האמור לעיל, הוא נחשב לאביה הרוחני של העבירה.

השידול, כצורת השתתפות עקיפה בביצוע, הנו נגזרת מהביצוע, ובדיני השותפות העקיפה חל עיקרון התלות (האקססוריות), לפיו אין שידול עניש בלא ביצוע העבירה – מושא השידול, והשידול מתבטא בתרומתו של המשדל לעבירה שבוצעה. עולה מכאן שהערך החברתי המוגן על ידי השידול הנו הערך המוגן על ידי העבירה, מושא השידול.²⁸ אילו היה הערך החברתי המוגן על ידי השידול ערך חברתי מסוים וספציפי, אזי היה השידול מהווה עבירה מיוחדת ועצמאית שמקומה בחלק העבירות הספציפיות, ולא נגזרת מהביצוע כדוקטרינה כללית של דיני העונשין.²⁹



שידול והסתה מנקודת ראות של הסכנה

כפי שנאמר לעיל, הערך החברתי המוגן על ידי השידול הנו הערך החברתי המוגן על ידי העבירה, מושא השידול, והמשדל הנו אביה הרוחני של העבירה. בנוסף לכך, קיימים הבדלים מהותיים בין שידול לבין הסתה בפומבי. השידול מאופיין בהשפעת המשדל על המשדל ובאפקטיביות מעשה השידול על המשדל. השידול נעשה על פי רוב על יסוד הכרת המשדל, נקודות התורפה שלו והמגע האישי המאפשר למשדל להתאים את ההדחה שלו באופן מתמשך למשדל, לתגובותיו, לדינמיקה הבין-אישית המתפתחת ולמעקב של המשדל על תגובות ופעולות המשדל. המשדל גורם להיווצרות ההחלטה במוחו של המשדל, לפגוע בערך החברתי המוגן, והוא יכול בעוד מועד למנוע התרחשות הפגיעה, כפי שעולה מסעיף 34 לחוק העונשין, בין באמצעות הדחה נגדית של המשדל ובין באמצעות הודעה לרשויות על דבר העבירה העתידה להתבצע. ההחלטה לבצע עבירה הנה תנאי הכרחי לביצוע העבירה, ותרומתו המהותית והמשמעותית של המשדל להיווצרות ההחלטה הופכת אותו למי שביצוע העבירה והפגיעה בערך החברתי המוגן תלויות בו – לא רק בו, אלא גם בו.

לעומת זאת, במקרה של הסתה בפומבי, הדחה של קהל בלתי מסוים, המצב הוא שונה. הפוטנציאל הפוגעני וחומרת האנטי-חברתיות של ההדחה בפומבי בנוגע לערך החברתי המוגן על ידי העבירה-מושא ההדחה, הנם פחותים מאלה הטמונות בהדחה האינדיבידואלית. בהדחה בפומבי אין למדיח אותה השפעה על קהל המודחים כמו בהדחה האינדיבידואלית. זאת, הן משום שלא מתקיים המגע הבין-אישי בין מדיח למודח שמתקיים בשידול, והן משום שההדחה בפומבי פותחת פתח לתגובות שכנגד מקרב ציבור המודחים, תגובות העשויות לנטרל את השפעת ההדחה. בנוסף לכך, הזירה הפומבית אינה מצטמצמת רק לנוכחים באותו אירוע, ואישי ציבור ואמצעי התקשורת עשויים להשמיע דברים העשויים לנטרל את הפוטנציאל הפוגעני של ההדחה בפומבי.

יתר-על-כן, רשויות השלטון והגורמים המופקדים על אכיפת החוק עשויים להגן על מי שההדחה מסכנת, הואיל וקיים סיכוי שהם מודעים לסכנה. זאת בניגוד להדחה האינדיבידואלית, הנעשית בין פרט לפרט, בחשאי, רחוק מעיני הרשות ואוזניה. כך או אחרת, בהדחה בפומבי אין למדיח, ככלל, יכולת השפעה מתמשכת על ציבור המודחים והוא יתקשה לעקוב אחרי תגובותיהם ופעולותיהם. מידת השפעתו על ציבור בלתי מסוים

היא, אפוא, מוגבלת, וקשה יותר לתארו כאביה הרוחני של העבירה,³⁰ אף אם בוצעה העבירה בעקבות דבריו. עובדה זו מוצאת את ביטויה בכך שהקודקסים הפליליים המגדירים את ההדחה בפומבי אינם מתייחסים כלל לסייג החרטה, הואיל ומימוש החרטה אינו אפשרי, בדרך כלל, מבחינה מעשית.³¹

ואולם, קיימים גם שיקולים נוגדים לעניין הסכנה המיוחדת שבהדחה הפומבית: קל להיווכח בסכנה של ההדחה המופעלת על קהל נסער ורגש, בדינמיקה העלולה להתפתח וב"הוספת שמן על המדורה." כאמור, למדיח בפומבי אין גם פיקוח על השפעתם האפשרית של דבריו על "גולגלות דקות", ולאחר שהסית אין הוא יכול, ככלל, לנטרל באופן אפקטיבי את השפעת דבריו, שניתן לדמותה להשלכת לפיד בוער.

זאת ועוד, את הסכנה שבהסתה אין לראות רק באספקלריה של מעשה הסתה יחיד. גדולה הסכנה שריבויים של מעשים כאלה יוצר קרקע ואקלים צמיחה למעשי פשע ואלומות, אווירה של אימה ומחנק לשלטון החוק ולמשטר הדמוקרטי. ככל שלמדיח גישה מתמשכת יותר אל המודחים, ככל שיש לו השפעה מיוחדת עליהם, וככל שהמודחים חשופים פחות להשפעות אחרות – גדלה האפקטיביות של ההדחה. במקביל – עולה הסיכון של ביצוע העבירה בעקבותיה.

אופייה המיוחד של ההדחה בפומבי

הנימוק העיקרי של העמדה, לפיה הדחה בפומבי אינה מהווה צורה של שידול, מתבסס על אי-תלותה של ההדחה בפומבי בביצוע של העבירה ועל תפישת הערך החברתי המוגן על ידה. עיקר פגיעתה של ההדחה בפומבי מתבטא בקריאת התגר שבה נגד הסדר החברתי ושלטון החוק, ובפגיעה הכרוכה בכך באמונו של הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי, שכן הציבור חושש מפני מימוש ההדחה, ונחלש אמונו באותם ערכים שלפגיעה בהם קורא המדיח.

בנוסף לכך, ההדחה בפומבי משבשת את החיים הנורמליים של הקורבנות הפוטנציאליים ופוגעת בזכותם לביטחון ולשלווה. היא גורמת לחרדה בקרבם, שמא הקריאה לפגוע בהם ובערכיהם תוצא לפועל ותתממש, ומטילה עליהם את הנטל הכבד הכרוך בנקיטת אמצעי זהירות ומגן מפני פגיעות צפויות. נגרמת גם הכבדה משמעותית על אורח החיים התקין



שלהם ונפגעת זכותם לניהול חיים בביטחון ובשלוה. ככל שמושאי ההדחה מוגדרים פחות וכלליים יותר, נחשפים חלקים גדולים יותר של הציבור לחרדה, ופוחתת היכולת לספק להם הגנה. ההדחה בפומבי לעשיית מעשים פליליים, ובייחוד כשמדובר בעניינים פוליטיים או אידיאולוגיים, עלולה להפוך את האלימות לדרך ליישוב מחלוקות מדיניות או אחרות. לכן, הערך החברתי הדומיננטי המוגן באמצעות ההדחה בפומבי הנו אמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי,³² וכן שלום הציבור הפנימי, כלומר תחושת הביטחון של הציבור.³³

כאשר ההסתה נושאת אופי פוליטי או אידיאולוגי, היא חותרת תחת אשיות המשטר הדמוקרטי, כמשטר שבו המאבק הוא רעיוני ומתנהל בזירת השיח הציבורי, בניגוד גמור למאבק כוחני ואלים. יתר-על-כן, היא עלולה ליצור אווירה מאיימת המונעת מבני החברה, לרבות מנהיגים פוליטיים, לגבש באופן חופשי את עמדותיהם ולתת להם ביטוי פומבי.

יודגש ששלום הציבור הפנימי ובטחונו, משמעו שלומו ובטחונו של הציבור המצוי בשטחה של מדינת ישראל. כלומר אין העבירה עשויה לבוא בחשבון, כאשר ההסתה מופנית נגד מי שמצוי או מצויים מחוץ לישראל ואין לו זיקה מיוחדת לישראל. דרישה זו עולה מחובתו של המחוקק הישראלי להגן על שלומה ובטחונו של החברה הישראלית, ומסמכותו להגן רק על שלומה של החברה הישראלית. הגנה על אחרים היא מחוץ לתחום של המחוקק הישראלי, ופעולה כזו אף תהווה התערבות אסורה בניהול החיים הפנימיים של מדינה זרה. יצוין, שהציבור הישראלי אין משמעו רק הציבור של אזרחי המדינה, אלא כל הפרטים המצויים בשטחה של מדינת ישראל.³⁴

ניתן לסכם כי הערך החברתי המוגן על ידי השידול הנו הערך החברתי המוגן על ידי העבירה – מושא השידול, והשידול כנגזרת מהביצוע דורש מסוימות המשודל. לעומת זאת, הערך החברתי הדומיננטי המוגן על ידי ההסתה בפומבי הנו אמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי, ושלום הציבור הפנימי, ואילו הערך החברתי המוגן על ידי העבירה-מושא ההדחה הנו משני. ההסתה בפומבי תבוא בחשבון רק אם המודחים הנם בלתי מסוימים ובלתי מוגדרים.

ההסתה בפומבי אינה צורה או חלופה של השידול או הניסיון לשידול. מדובר בעבירה מיוחדת ועצמאית, שמקומה בחלק העבירות הספציפיות של חוק העונשין.



עתה נבדוק את השאלה, האם העבירה, מושא ההדחה, צריכה להיות מסוימת, כגון זו הדרושה בשידול, או האם ניתן להסתפק במסוימות פחותה, או שמא אין בכלל צורך או הכרח במסוימות?

רכיבי עבירת ההסתה

ההצעה לחקיקה, המובאת בנספח 3, עמ' 73, מגדירה את התופעות החמורות ביותר, הפוגעות באמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי, בשלום הציבור הפנימי ובערך החברתי המוגן על ידי העבירה-מושא ההדחה, ושאינן נופלות בגדר השידול או הסיוע הרוחני. ההצעה מתייחסת לתופעות השונות המהוות הסתה, ומגדירה אותן בשלוש חלופות או צורות. ההיזקקות לשלוש חלופות נובעת ממורכבות המטרייה בה עסקינן, שלא ניתן להתמודד אתה כראוי באמצעות נוסחה אחת. ההפרדה לשלוש צורות משרתת גם את עקרון החוקיות ואת עקרון הבהירות.

החלופה הראשונה: קריאה בפומבי לעשיית מעשה פשע או אלימות

החלופה הראשונה של ההצעה מגדירה את הקריאה בפומבי לעשיית מעשה פשע או אלימות כעבירה פלילית.³⁵ למונח "קריאה" יש לתת את המשמעות שיש לו בשפת היום-יום, היינו הדחה לביצוע המעשה האמור.³⁶ הקריאה צריכה להותיר רושם של רצינות, שציפייתו של המדיח היא שמישהו מן המודחים יבצע את המעשה הנדרש. הקריאה תבוא בחשבון, רק אם תוכנה כשלעצמו דורש בברור התנהגות מסוימת. עולה מכאן שעצם העלאת רעיון, עצה או עידוד לביצוע מעשה, אינם נופלים בגדר האיסור, הואיל ואין בהם דרישה חד-משמעית לביצוע המעשה והם אינם משקפים בברור ציפייה של העושה שהמעשה אכן יעשה. המייעץ אינו מטיל את כובד משקלו מאחורי הקריאה לעשות, וזהו המינימום הנדרש על-מנת שההתנהגות תהווה "קריאה". כך עולה גם מן ההשוואה לשידול: העלאת רעיון או השמעת דעה נופלים בתחום הסיוע הרוחני ולא בתחום השידול. אין זו גם קריאה לביצוע מעשה, כאשר האמירה עלולה בנסיבות מסוימות להתפרש כקריאה לביצוע מעשה מסוים (נסיבות העניין הן שמעניקות לאמירה זו את המשמעות של קריאה), ולנסיבות אלו אין אחיזה באמירה גופא.³⁷ כך, למשל, אין באמירה "ממשלת ישראל הנה יודנראט", או "ממשלת ישראל הנה ממשלת אויב או זדון", קריאה



למעשה רצח או הריגה. אמירה זו מבטאת ביקורת ואכזבה ממדיניותה של הממשלה והיא מהווה תאור מצב. היא עשויה להוות קריאה למעשה רצח או הריגה וליפול בגדר האיסור, רק אם פירושה המתחייב הוא: "קומו והרגו את חברי הממשלה." ואולם, פרשנות כזו אינה מתחייבת לאור העובדה שהאנשים המאוכזבים, ובמיוחד בנושאים מדיניים, משתמשים בביטויים קשים ואף קיצוניים כדי להביע את דעותיהם, מכאובם וזעמם ועל מנת להעניק לדבריהם משקל רב ולמשוך תשומת לב. הקריאה לעשיית מעשה עשויה להתבטא מפורשות או במשתמע. כך, למשל, התבטאות שהיא תמימה על-פניה, אך משמעותה לפי קוד מוסכם היא קריאה לאלימות, הנה קריאה משתמעת.

מהאמור לעיל עולה, שהחלופה הראשונה תבוא בחשבון, רק אם האמירה דורשת, במפורש או במשתמע, ביצוע מעשה פשע או אלימות. אין נפקא מינה, אם אותו פשע אמור להתבצע בהתנהגות אקטיבית או במחדל.

היסוד הנפשי של איסור זה מתבטא במחשבה פלילית, על כל צורותיה, ואין לדרוש כוונה או מטרה דווקא. זאת, הואיל והאנטי-חברתיות הטמונה בקריאה לביצוע מעשה פשע או אלימות, מבחינת הערכים החברתיים המוגנים, הנה חמורה מאוד, קריאת התגר נגד הסדר המשפטי היא רמה וצורמת במיוחד, וקשה למצוא ערך חברתי פודה לקריאה כזו. אין להכביד על הגדרת העבירה בדרישות-יתר בלתי מוצדקות ככוונה מיוחדת. דרישה כזו עלולה להניב זיכוי בלתי מוצדק, ובתחום רגיש זה, זיכוי כזה עלול להעניק לגיטימציה ועידוד להתבטאויות אנטי-חברתיות ומסוכנות. אפיון האיסור נעשה באמצעות הגדרת תוכן ההתבטאות האסורה. יתרוונותיו של אפיון זה הם וודאותו ובהירותו (בהשוואה, למשל, למבחנים הסתברותיים), ובמקרה הנדון – גם בהיקף הצר של האיסור ובאופי המינימלי של הגבלת חופש הביטוי.

החלופה השניה: פרסום דברים בפומבי בנסיבות שיש בהן הפעלת סמכות, מרות או השפעה מיוחדת לעשיית מעשה פשע או אלימות

החלופה השניה של ההצעה מגדירה פרסום דברים בנסיבות שיש בהן הפעלת סמכות, מרות או השפעה מיוחדת לעשיית מעשה פשע או אלימות. הואיל והקריאה לעשיית מעשה פשע או אלימות נופלת בגדר החלופה הראשונה של האיסור, תבוא החלופה השניה בחשבון רק אם אין באמירה קריאה – מפורשת או משתמעת – לעשיית המעשה. למשל, האמירה

מהווה תיאור מצב או הבעת עמדה שאינה בבחינת קריאה, כגון "ממשלת ישראל מפקירה ומתירה את דמם של היהודים או מובילה לשואה," או "ראש הממשלה [או שר מסוים] הנו משתף פעולה עם האויב או בוגד."

חלופה זו מתייחסת לדבריהם של אנשים בעלי מעמד מיוחד, חוקי או מוסרי, העושים שימוש במעמדם זה כדי להשפיע על אחרים לבצע מעשה פשע או אלימות. מדובר, למשל, באנשי דת, ראשי כתות ("גורו"), מפקדים בצבא ובמשטרה ואולי אף עובדי ציבור בכירים. מכוח מעמדם של אנשים אלו, יש להם השפעה מיוחדת ולדבריהם משקל ניכר באוזני שומעיהם. החיסון הרגיל האמור לפעול נגד המרצה לביצוע אינו פעיל באותה מידה כלפי אנשים אלה, משום שהם משתמשים במרותם, סמכותם או השפעתם המיוחדת. מתבקש, לכן, ואף מוצדק, להטיל על קבוצה קטנה זו של אנשים חובה מיוחדת, שכן "חכמים, היזהרו בדבריכם, שמא ישתו התלמידים הבאים אחריכם מן המים הרעים."³⁸ זאת, כאמור, עקב הייחוד שבמעמדם, מידת השפעתם המיוחדת והסכנה המוגברת הנובעת מכך. ברור כי אין דומה משמעות דבריו של "גורו" או רב באוזני מי שמקבלים את סמכותו, למשמעות דבריו של האדם הרגיל. מי שיש לו מעמד מיוחד והוא עושה בכך שימוש, אינו זקוק, בדרך כלל, לקרוא, במפורש או במשתמע, לעשייה נפשית. יש לאל ידו להוביל את שומעיו, רואיו או קוראיו, למסקנה המתחייבת גם בעקיפין.

שימוש בהשפעה מיוחדת, כאמור, מכין ומצמיח אווירה רוחנית וקרקע נוחה לעשיית מעשי פשע. סכנה מיוחדת נעוצה בכך, שדברים אלה עלולים ליפול על אוזניהם של "גולגלות דקות," העלולות להידחף לפעולה נפשית בהסתמך על אמירות אלו, כפי שעולה מדברי רוצחו של ראש הממשלה רבין ז"ל: "ללא פסק הלכה או פסק דין רודף שחלו על רבין מפי מספר רבנים שאני יודע עליהם, הייתי מתקשה לרצוח."³⁹ יתרה מזו, דברים אלה, כאשר הם באים בשמה של סמכות מוסרית עליונה, עלולים להפקיע את תוקפם של האיסורים העונשיים.

חלופה זו מסתפקת במחשבה פלילית, על כל צורותיה, כיסוד נפשי, הואיל והאנטי-חברתיות הטמונה בה, מבחינת הערכים החברתיים המוגנים, שקולה לזו הקיימת בקריאה לביצוע המעשה. לפי דרישת המחשבה הפלילית, על העושה להיות מודע לכך שהוא עושה שימוש בסמכותו או במרותו להבאת אדם לעשות מעשה פשע או אלימות.



החלופה השלישית: פרסום דברים בעל־פה, בניסיונות העניין, להביא לעשיית מעשה פשע או אלימות

חלופה זו תבוא בחשבון, כאשר אין באמירה קריאה – מפורשת או משתמעת – לעשיית המעשה, והאמירה אינה נופלת בגדר האיסור שבחלופה השנייה, כלומר כאשר אין מדובר בהפעלת מרות, סמכות או השפעה מיוחדת. במלים אחרות, מדובר ב"חלופת סל" או ב"חלופת עוללות", שתכליתה לקלוט פרסומים מסוכנים שאינם נופלים בגדר שתי החלופות הקודמות, שהן מוגדרות יותר. חשיבותה של חלופה זו היא גדולה מאוד. אם יש סיכוי לאפקטיביות של האיסור, הרי שהוא נעוץ בעיקר בחלופה זו. זאת, משום שהחלופה השנייה מוגבלת מטבעה מבחינת חלותה הפרסונלית, ואילו החלופה הראשונה ניתנת בקלות לעקיפה על ידי התבטאויות מסתיות שאינן בגדר "קריאה". מכאן חיוניותה של חלופה זו.

לעיתים מתפרסמים דברים בעל־פה, בניסיונות העניין, להביא לעשיית מעשה פשע או אלימות, למשל דברי שכנוע או עידוד, שהנם אנלוגיים לאחדות מדרכי השידול.⁴⁰ התבטאויות אלו אינן נופלות בגדר השידול, הואיל והן מכוונות אל קהל בלתי מוגדר ובלתי מסוים. לכך מתוספים תיאורי מצב או הערכות, כדוגמת אלה שהוזכרו לעיל, שהמסקנה המתבקשת – גם אם לא מתחייבת – מהם, היא אחת: צורך מעשי או צידוק מוסרי למעשים נפשעים. דברים מעין אלה עלולים לסייע בידי המתלבט בדבר עשיית המעשה הפלילי, בקבלת ההחלטה או בחיזוקה, כאשר בלעדיהם היה מתקשה בנקיטה המעשה.⁴¹ עיקר הסכנה הטמונה בפרסום דברים לקהל בלתי מסוים ובלתי מוגדר, מתבטאת בכך שאין לעושה שליטה או אפשרות לשליטה על התנהגותו של הקהל, ודבריו עלולים ליפול על אוזניהם של 'גולגלות דקות'.

מבחן ההסתברות, היינו הסגולה האובייקטיבית הטמונה ב'דברים' והמעוגנת במונח 'עלול' בנוגע לעשיית המעשה הדרוש, הנו מבחן האפשרות הסבירה ולא הוודאות הקרובה או הסכנה הברורה והמיידית.⁴² לשם הערכת ההסתברות, יש להביא בחשבון את תוכן הדברים, את זהותו של בעל הדברים, פרום הפרסום (פרסום נגיש למעטים או פרסום בכלי התקשורת ההמוניים), עיתוי הפרסום, מקום הפרסום, אופי קהל היעד של הפרסום, האווירה הכללית בעת הפרסום ובייחוד הלכי הנפש של הציבור הנחשף לפרסום.

היסוד הנפשי הדרוש לצורך חלופה זו מתבטא במטרה, הואיל והאנטי-חברתיות הטמונה בחלופה זו, עבור הערכים החברתיים, הנה פחותה מזו הקיימת בחלופה הראשונה או השנייה. יתרה מזו, להתבטאויות הנופלות בגדרה יש ערך חברתי פודה, בעיקר בתחום הביקורת החריפה והנוקבת על השלטון. חשיבותו של חופש הביטוי הפוליטי מחייבת את נטילת הסיכון הכרוך בהתבטאויות שמחד גיסא יוצרות סיכון כזה, ומאידך גיסא מהוות חלק מהשיח הפוליטי. אך זאת עד לגבול של עושה הפועל מתוך מודעות בלבד. כאשר מטרתו של העושה היא להביא להתנהגות נפשית, אזי נמצאת התנהגותו של העושה בעברו האחר של הגבול, היינו בתחום העונשי. חלופה זו יונקת את פליליותה הן מהסכנה הטמונה בהתבטאויות עבור הערכים החברתיים המוגנים (כפי שעולה מנוסח ההצעה "דברים העלולים, בנסיבות העניין, להביא לעשיית מעשה פשע או אלימות") והן מן היסוד הנפשי של 'מטרה', המחמיר את האנטי-חברתיות הטמונה בפרסום הדברים, וכן את אשמת העושה, ומוציא את הפרסום מתחום השיח הפוליטי הלגיטימי.

אם יש הצדקה להפללת הניסיון לשדל לדבר עבירה (ואין חולק על כך), יש גם הצדקה לאיסור המוצע, מה גם שהיקפו צר יותר.

העבירה-מושא ההסתה: עבירה פלילית כלשהי, או רק עבירות מסוג פשע ועבירות אלימות?

השאלה, אם העבירה-מושא ההדחה בפומבי, צריכה להיות עבירה פלילית מסוג פשע (שהעונש עליה הוא יותר משלוש שנות מאסר), או שמא ניתן להסתפק בעבירה פלילית כלשהי, מצויה בתחום המדיניות המשפטית. כפי שנאמר לעיל, הערך החברתי הדומיננטי המוגן על ידי ההדחה בפומבי הנו אימון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי ושלום הציבור הפנימי. הקריאה לביצוע עבירה פלילית כלשהי, פוגעת באמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי, כך שלכאורה ניתן להסתפק בעבירה פלילית כלשהי כמושא של ההדחה בפומבי.⁴³

חיזוק לגרסה זו ניתן למצוא בסעיף קטן ב המשווה, במקרה של הדחה מוצלחת, את דין המדיח בפומבי לדין המדיח האינדיבידואלי (השידול), המסתפק בעבירה פלילית כלשהי מסוג עוון או פשע, כמושא השידול. עם זאת, אין להתייחס לתוקפו של הסדר החברתי-משפטי ולאמון הציבור בו



כאל יחידה אחדותית, שיש לה משקל קבוע נתון. כך, למשל, אין דין ערעור אמונו של הציבור בתקפות הנורמות המשפטיות המגינות על החיים, כדין ערעור האמון בתקפות הנורמות המגינות על הרכוש. ערעור ביטחון הציבור מפני אלימות מהווה פגיעה חמורה במיוחד בביטחון האישי ובאמון הציבור בתקפות הסדר המשפטי, שכן זו תכליתו הראשונה והעיקרית של הסדר החברתי-משפטי – להגן על החיים ועל הגוף.

יש להתחשב גם בהשקפה שלפיה חומרת האנטי-חברתיות של ההדחה בפומבי עבור הערך החברתי המוגן על ידי העבירה-מושא ההדחה, הנה פחותה מזו של השידול. השידול מסתפק בעבירה פלילית כלשהי, מסוג עוון או פשע, כמושא השידול, הואיל והמשדל נתפש כאחראי לעבירה שבוצעה מכוח היותו אביה הרוחני. ההדחה בפומבי נתפשת, לעומת זאת, כתופעה אנטי-חברתית המצויה בתחום הסֶפֶר של הדין העונשי (Vorfeld der Kriminalisierung).⁴⁴ לפיכך, ומכוח העיקרון שהדין העונשי עוסק רק בתופעות החברתיות החמורות ביותר, ראוי להגביל את עבירת ההדחה בפומבי להדחה לפשעים בלבד; ובשים לב לחומרה המיוחדת הכרוכה בעבירות של אלימות, הן כשלעצמן והן בשל החרדה שהן יוצרות, מוצע גם להוסיף את ההדחה בפומבי לעבירת אלימות שאיננה בגדר פשע.

המעשה הפלילי-מושא ההדחה בפומבי, צריך לקיים את היסוד העובדתי, היסוד הנפשי והיסוד שלא-כדין של העבירה. לא נופלת בגדר האיסור הדחה בפומבי לעשיית מעשה שאינו מקיים את היסוד העובדתי או הנפשי של העבירה, שכן מעשה כזה אינו נופל בגדר האיסור הפלילי. הוא הדין בהדחה בפומבי למעשה האמור להיעשות בנסיבות של סייג מצדיק, כגון הגנה עצמית, שכן מעשה כזה אינו מסכן את הסדר החברתי-משפטי ועל-כן אין לו אופי עברייני.

מעשה אבסורדי, היינו מעשה שאינו עשוי לפגוע בכלל, בכל הנסיבות, או בערך חברתי מוגן, (למשל "המתת" אדם על ידי נעיצת סיכה בבובה), אינו יכול להוות מושא להדחה בפומבי. זאת, גם כאשר מי שאמור לפעול אינו מודע לאופיו האבסורדי של המעשה. מעשה כזה נעדר כל רלוונטיות חברתית, והעושה נתפש כמי שמנותק מהמציאות, ועל כן אין במעשה כזה כדי לפגוע באמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי. אילו היה המחוקק מפרט את כל המעשים האסורים לא היה כולל בתוכם את ההתנהגות האבסורדית.⁴⁵ כאשר המעשה-מושא ההדחה אינו עניש, אפילו לא כניסיון כושל או בלתי צליח (ניסיון שמלכתחילה אינו עשוי להצליח, אך לא באמצעים שהם תמיד אבסורדיים, למשל ניסיון להמית באמצעות

כלי נשק בלתי תקין, כאשר המנסה אינו מודע לאי התקינות), אין לראות בהסתה למעשה כזה הסתה ענישה, משום שההסתה יונקת את פלליותה מהמעשה – מושא ההסתה.

טלו, למשל, קריאה לתפילת פולסא דנורא, בהנחה שמדובר בתפילה שאיש מסוים ימות בידי שמיים ותו לא. התפילה, כשלעצמה, אינה פוגעת או מסכנת את החיים, והתפילה נעדרת כל רלוונטיות חברתית. יתרה מזו, אין למדיח או למודחים שליטה או אפשרות לשליטה על מעשה המתה בידי השמיים, כך שאי-הפלת המעשה מתחייבת גם מן העיקרון ש"אין עבירה בלי התנהגות נשלטת."⁴⁶ עולה מכאן, שקריאה לתפילת פולסא דנורא אינה נופלת בגדר האיסור. ברי כי כאשר הקריאה לתפילת פולסא דנורא משמעה גם קריאה לפעולת המתה אנושית, כלומר ההתייחסות למודחים היא כאל זרוע ארוכה של האל והם מתבקשים לסייע לו במעשה ההמתה, אזי נופלת קריאה זו בגדר האיסור. בדומה לכך, עשויה תפילה כזו, לפי הנסיבות העובדתיות, ליפול גם בגדר החלופות האחרות של הסתה. במקרים אלה, לא מהווה התפילה מעשה אבסורדי הנעדר כל רלוונטיות חברתית, ולמדיח ולמודחים יש שליטה על מעשה ההמתה.

סעיף קטן ב – ההסתה המוצלחת

לפי סעיף קטן ב להצעה, דינו של המדיח למעשה העבירה כדין המשדל, כאשר הקריאה הביאה לביצוע עבירה מושלמת או לפחות לניסיון לאותה עבירה. מדובר כאן בהדחה שגרמה לביצוע העבירה, והיא דומה, מבחינה זו, לשידול המושלם. הסיבה להשוואת דין ההדחה המוצלחת לדין השידול המושלם נעוצה בכך, שהמדיח הנו הגורם שנטע את ההחלטה לפגוע בערך החברתי המוגן על ידי העבירה-מושא ההדחה, במוחו של המודח; כך שמבחינה עניינית, דומה התנהגותו לזו של המשדל. כאמור, חומרת האנטי-חברתיות של ההדחה בפומבי מבחינת הערך החברתי המוגן על ידי העבירה-מושא ההדחה, עשויה להיחשב כפחותה, בדרך כלל, מזו של השידול, אך מקרה זה מצביע על החריג לכלל זה, שכן ההדחה הגשימה כאן את יעדה המוחשי במציאות, היינו ביצוע המעשה הפלילי. יתרה מזו, הפגיעה בערכים החברתיים של ארון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי ושלומו הציבור הפנימי, מתוספת לפגיעה בערך החברתי המוגן על ידי העבירה-מושא ההדחה, כך שמוצדק להשוות במקרה זה את עונשה של ההדחה בפומבי המוצלחת לזה של השידול המושלם. זאת, אף אם גורסים כי חרף "פוריותה," משקלה האנטי-חברתי של ההדחה בפומבי,



מבחינת הערך המוגן על ידי העבירה-מושא ההדחה, קטן ממשקלו של השידול.

ברור כי אין זו הדחה בפומבי מוצלחת, כאשר המודח גיבש את ההחלטה לבצע את העבירה לפני שמיעת ההדחה, כלומר המודח היה omnimodo factorus. להדחה בפומבי המוצלחת אין גם מקום, כאשר המודח ביצע את העבירה בהתקיים סייג של הצדקה בדין לפליליות המעשה.⁴⁷

סייג החרטה

עתה נבדוק את השאלה, האם החרטה עשויה, מבחינה עניינית ומבחינה מעשית, להוות סייג להטלת האחריות הפלילית על המדח?

הערך החברתי הדומיננטי המוגן על ידי ההדחה בפומבי הנו אמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי ושלומו הציבור הפנימי, וערך זה נפגע כבר עם השמעת ההדחה וקליטתה על ידי ציבור המודחים. כלומר העבירה של הדחה בפומבי הושלמה, כך שמבחינה עניינית, בהתחשב בערך החברתי הדומיננטי, אין מקום לסייג החרטה. בנוסף לכך, הדחה נגדית אינה אפשרית ככלל מבחינה מעשית, הואיל והמדח אינו מכיר את קהל המודחים. אף אם נביא בחשבון את האפשרות של הדחה נגדית בפומבי, לא ניתן להבטיח כי היא תגיע לתודעתם של כלל המודחים. עם השמעת ההדחה בפומבי וקליטתה על ידי קהל המודחים, אין התרחשות הפגיעה בערך החברתי המוגן תלויה עוד במדח. לכן, אין מקום לסייג החרטה בעבירת ההדחה בפומבי, וגישה זו מוצאת את ביטויה בקודקסים פליליים של מדינות שונות, שאינם מכירים בחרטה לעבירת ההדחה בפומבי.⁴⁸ יצוין, עם זאת, שההדחה הנגדית בפומבי של המדח עשויה להוות שיקול לקולא בקביעת העונש.⁴⁹

ב. הסתה לאי-ציות לדין לבר-פלילי ולצו של רשות מוסמכת⁵⁰

ההסתה לאי-ציות לדין אזרחי או לדין מינהלי אינה עשויה להוות מעשה פלילי, וזאת מכוח תפקידו של הדין העונשי המתבטא בהבטחת חיים בצוותא לאנשים חופשיים. הדין האזרחי והדין המינהלי מצוידים באמצעי אכיפה ייחודיים משלהם, והבטחת קיומו של הדין המינהלי או הדין

האזרחי אינה בתחום תפקידו של הדין הפלילי.⁵¹ הגדרת ההדחה בפומבי לאי-ציות לדין האזרחי או לדין המינהלי כעבירה פלילית, אינה מתיישבת עם האופי השיורי של הדין העונשי, שהינו עיקרון חוקתי הנגזר מפסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפי עיקרון זה, התערבות הדין העונשי הנה מוצדקת רק במקרים בהם החיים החברתיים ייפגעו קשות על ידי ההתנהגות, כלומר הדין העונשי מטפל בתופעות הקשות ביותר.

לעומת זאת, עוסקים הדין המינהלי והדין האזרחי גם בתופעות פחות חמורות. כאשר המחוקק שייך התנהגות מסוימת רק לדין המנהלי או לדין האזרחי והגדיר אותה כעבירה מינהלית או עוולה אזרחית בשל האנטי-חברתיות הפחותה הטמונה בה עבור החיים החברתיים, אין להגדיר את ההדחה בפומבי להתנהגות זו כעבירה פלילית. זאת, משום שבהדחה כזו אין אותה מידה של ערעור אמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי כמו בהדחה לביצוע עבירה והן משיקולי קל וחומר. כאשר ההסתה לעוון – שהאנטי-חברתיות שבו הנה גדולה מזו הטמונה בעבירה מינהלית או עוולה אזרחית – אינה אסורה לפי דיני העונשין, כפי שמוצע כאן, אזי מתחייב, מכוח הכלל של קל וחומר, שלא להגדיר את ההסתה לאי-ציות לדין המינהלי או לדין האזרחי כעבירה פלילית. אם המחוקק סבור שהאיסור על הסתה בפומבי לעבירה מנהלית דרוש לבלימת התופעה, אזי מקומו של איסור זה הנו הדין המינהלי ולא הפלילי, כפי שנעשה במשפט הקונטיננטלי בקשר להדחה לאי-ציות לדין המינהלי.⁵²

מהאמור לעיל עולה גם שאי-ציות לצו של רשות מוסמכת באשר היא, להבדיל מצווים מיוחדים שלציות להם נודעת חשיבות מיוחדת כגון פקודות צבאיות, אינו עשוי להוות מעשה פלילי.⁵³ לעומת זאת, אי-ציות לפקודה צבאית מערער את אשיות המשמעת בצבא, פוגע ביכולת התפקוד שלו, וממילא בביטחון הלאומי. לפיכך, מוצדק – ואף הכרחי – להגדיר את אי-הציות לפקודה צבאית כעבירה פלילית.

התנהגות מסוימת, שהינה פחות חמורה עבור החברה בימים כתיקונם, עלולה להפוך לתופעה חמורה ביותר בעת משבר, כך שהתערבות הדין העונשי במקרה כזה הופכת להכרחית ומוצדקת. על המחוקק להגדיר תופעות אלו במפורש בחוק העונשין, תוך קביעת אופיין הזמני. למשל, הסתה לאי-ציות לצו של הממשלה הנועד להבטיח אספקת צרכים חיוניים לציבור בשעת חירום.



ג. פרסום דברי שבח, הזדהות או תמיכה במעשה פלילי שבוצע⁵⁴

פרסום דברי שבח למעשי אלימות מוגדר בסעיף 4 לפקודת מניעת טרור כעבירה פלילית.⁵⁵ הפקודה למניעת טרור אינה המקום הראוי לטיפול בתופעה זו, הואיל והפקודה מטפלת, בעיקר, בפעולותיו של ארגון טרור ובמעשים נוספים הכרוכים בכך. מיקומה של העבירה בפקודה מעורר גם קשיים בנוגע להגדרת הערך החברתי המוגן על ידה ובקביעת תיחום וגבולות העבירה.

פרסום דברי שבח בזכות מעשה פשע שבוצע, מהווה הסתה עקיפה לביצוע פשע דומה ותופעה זו מגלה קרבה מהותית, לאור הערכים המוגנים על ידה, להסתה. לפיכך מיקומו של האיסור על פרסום דברי שבח למעשה פשע שבוצע הנו חוק העונשין, בצמידות לעבירת ההסתה.

האנטי-חברתיות והערך החברתי המוגן באמצעות האיסור

השמעת דברי שבח למעשה פלילי שבוצע, עשויה להוות הסתה עקיפה העלולה לגרום לביצוע מעשים דומים, ובאופן טיפוסי יש בה משום עידוד להתנהגות דומה.⁵⁶ כשם שמעשיו של גיבור ראויים לחיקוי, השמעת דברי שבח למעשה פלילי שבוצע מהווה קריאה לביצוע מעשה דומה. היא עלולה גם לגרום לכך שיהיו מי שיבצעו מעשים דומים כהבעת סולידריות עם העושה, במיוחד כאשר למעשה יש רקע אידיאולוגי או פוליטי. זאת ועוד, בהשמעת דברים כאלה יש תרומה, בייחוד כאשר בוחנים אותה בהיבט של הצטברות התנהגויות כאלה, ליצירת אקלים רוחני המשמש קרקע צמיחה ותשתית נוחה למעשים פליליים.⁵⁷ עולה מכאן שהערך החברתי המוגן על ידי האיסור הנו הערך החברתי המוגן על ידי העבירה-מושא השבח, אך אין הוא הערך המוגן היחיד ואף לא הערך הדומיננטי בין הערכים המוגנים על ידי האיסור.

פרסום דברי שבח למעשה פשע שבוצע, גורם לתחושת מאוימות וחרדה בקרב ציבור הקורבנות הפוטנציאליים, בייחוד כשמדובר בפרסום דברי שבח למעשה פשע שבוצע ממניעים פוליטיים או אידיאולוגיים. נפגעת זכותם של הקורבנות הפוטנציאליים לחיים בשלווה, והם עשויים להיזקק

לאמצעי הגנה ומגן לשם מניעת התרחשות הפגיעה בחייהם או בערכיהם האחרים. עולה מכאן, שהערך החברתי המוגן על ידי האיסור הנו גם שלום הציבור הפנימי, ובמיוחד תחושת הביטחון שאין ערוך לחשיבותה. כאשר דברי השבח מתייחסים לפשע פוליטי או אידיאולוגי, הפגיעה בתחושת הביטחון עלולה להקשות על הגיבוש החופשי של עמדות פוליטיות ועל מתן פומבי להן. מכאן – פגיעה גם במשטר הדמוקרטי.

יתר-על-כן, איסור זה נועד לחזק את אמון הציבור בסדר החברתי-משפטי ובתוקפם של האיסורים העונשיים. כידוע, מתבטא תפקידו של העונש הפלילי, בין היתר, במניעה אינדיבידואלית, מניעה כללית, ובחיזוק אמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי. הטלת אחריות פלילית על העושה משמעה גם גינוי המעשה וסלידה ממנו, ובכך היא משיבה על כנו את אמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי. השמעת דברי שבח למעשה פלילי הנה היפוכו של הגינוי החברתי והבעת סלידה מהמעשה הפלילי. כאשר החברה מתירה, מבחינה פלילית, את השמעת דברי השבח למעשה פלילי, היא מאפשרת לנטרל את השפעתם זו של דיני העונשין ושל העונש הפלילי. השמעה כזו אינה מחזקת, אלא פוגעת באמון הציבור בסדר החברתי-משפטי ובתוקפם של האיסורים העונשיים.⁵⁸

יתרה מזו, היתר לפרסום דברי שבח למעשה פלילי שבוצע, יגרום לכך שהעמדה לדין בגין המעשה הפלילי שבוצע, תשמש במה להשמעת דעותיהם האנטי-חברתיות של משבחי הפשעים, בתנאים דרמטיים של קיום משפט ובתהודה מרבית. תופעה זו אינה תיאורטית עבור החברה הישראלית והיא התרחשה בתקופה שאחרי הרצח הפוליטי של ראש הממשלה רבין ז"ל. הרוצח תואר, בקרב חוגים מסוימים, כגיבור לאומי והוא הפך מושא להערצה. נוסדו אף ארגונים וחוגים לתמיכה בו. לו זו אף זו, פרסום דברי שבח בזכות מעשה פלילי שבוצע מהווה התקפה מילולית על קיומו וצדקת קיומו של האיסור הפלילי, דבר הגורם לפיחות חשיבותו של האיסור ולירידת משקלו של הערך החברתי המוגן בעיני הציבור. עולה מכאן, שאמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי וכיבוד ערכי היסוד של החברה מהווים ערך חברתי נוסף המוגן באמצעות האיסור. ערעור הביטחון הציבורי מפני אלימות, והחשש מפני פגיעה בחיים או בגוף, פוגעים בצורה חמורה במיוחד באמונו של הציבור בתקפות הסדר החברתי-משפטי, שכן זו תכליתו הראשונה והעיקרית של הסדר המשפטי, להגן על החיים ועל הגוף.



אמת, נכון שהאיסור עשוי לתפוש גם התבטאויות שהן עידוד בלבד, להבדיל מקריאה מפורשת או משתמעת לביצוע מעשי פשע.⁵⁹ מידת הסכנה הטמונה בהתבטאות כזו, שפשע דומה יבוצע, היא קטנה מזו הנובעת מהסתה בפומבי. אף-על-פי-כן, יש הצדקה לאיסור. זאת, על יסוד הערכים החברתיים האחרים המוגנים, ובהתחשב בערך החברתי המוגבל, אם בכלל, שיש לדברי שבח כאלה וכן באופי המוגבל והמוגדר של האיסור מבחינת תוכן הדברים שהשמעתם אסורה. מבחינה אחרונה זו, יש הבדל ניכר בין איסור כזה לבין היקף האיסור שבסעיף 4 לפקודה למניעת טרור, שאינו מצטמצם להשמעת דברי שבח על פשע שבוצע, ומקיף גם דברי עידוד ואהדה המרחיבים מאוד את האיסור ומקשים לעמוד על גבולותיו.

מהאמור לעיל עולה שהערכים החברתיים המוגנים באמצעות האיסור על פרסום דברי שבח למעשה פלילי שבוצע, הנם שלום הציבור הפנימי, ובמיוחד תחושת הביטחון הקיומי,⁶⁰ אמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי וכיבוד ערכי היסוד של החברה,⁶¹ והערך החברתי המוגן על ידי העבירה-מושא השבח, שהינו ערך חברתי משני.

העבירה-מושא השבח: עבירה פלילית כלשהי או רק העבירות החמורות ביותר?

מושא השבח צריך לכלול רק את העבירות החמורות ביותר. זאת, נוכח העובדה שמדובר רק באפשרות של הסתה עקיפה ובעידוד להתנהגות דומה הנמצאת בתחום הסֵפֶר של דיני העונשין,⁶² ובשים לב לכך שהערך החברתי הנפגע על ידי האיסור הנו חופש הביטוי, שהינה זכות חוקתית עליונה ועילאית. לכן, העבירות-מושא השבח הן העבירות החמורות ביותר, למשל העבירות שהעונש הקבוע בחוק בגינן הנו לפחות שבע שנות מאסר.

שאלה מעניינת היא, האם העבירה-מושא השבח צריכה להיות גם בת-אשמה, או שמא די בכך שהמעשה קיים את היסוד העובדתי, היסוד הנפשי והיסוד שלא-כדין של העבירה?

שאלה זו תלויה במהות הערכים החברתיים המוגנים על ידי העבירה. כפי שנאמר לעיל, הערכים החברתיים המוגנים הנם שלום הציבור הפנימי, אמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי והערך החברתי המוגן על ידי העבירה – מושא השבח. ערכים אלו נפגעים גם על ידי פרסום

דברי שבח למעשה פלילי שבוצע על ידי בלתי שפוי בדעתו. שאלת השפיות משפיעה רק על הטלת אחריות פלילית על העושה, ואינה משפיעה כלל על האנטי-חברתיות שבמעשה. העדר השפיות אינו הופך את ההמתה למעשה מותר וחוקי. טלו, למשל, את המקרה שהתרחש בתקופה האחרונה בחברון, שבו העושה, נועם פרידמן, חייל בלתי-שפוי, ירה לעבר עוברי דרך ערביים במטרה להורגם ממניעים פוליטיים. כאשר גורסים שפרסום דברי שבח בזכות מעשה פלילי שבוצע, עלול לגרום ליצירת אקלים רוחני ותשתית נוחה לביצוע מעשה דומה, אזי אין ספק שפרסום דברי שבח בזכות הניסיון לרצח, גם אם בוצע על ידי חולה נפש, עלול לגרום ליצירת אווירה מסוכנת כזו.

יתרה מזו, האיסור מגדיר את פרסום דברי השבח למעשה פלילי שבוצע כעבירה פלילית, ואינו מתייחס כלל לעושה; כלומר האיסור נעוץ במניעת שבח המעשה ולא במניעת שבח העושה. גישה זו מתבקשת מכך שההתייחסות למעשה דווקא ולא לעושה, מגבירה את סכנת החיקוי, ואילו אישיותו של העושה עשויה להיות ראויה להערכה חיובית בהיבטים אחרים שלה. גישה זו נובעת גם מן הרצון להצר, ככל האפשר, את האיסור על מנת שתיתפש במסגרתו רק ההתנהגות המסוכנת ביותר, וחופש הביטוי יוגבל רק במידה המינימלית ההכרחית. יתר-על-כן, מטרות הדין העונשי מתגשמות על ידי גינוי המעשה והבעת סלידה ממנו, הבעת סלידה מן המעשה ולא מן העושה. השקפה זו נובעת מן האופי ההומניטרי של דיני העונשין, המתחייב מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לכן, כשם שהבעת סלידה היא נגד המעשה, ולא נגד העושה, כך גם האיסור על פרסום דברי שבח מכוון נגד המעשה הפלילי שקיים את היסוד העובדתי והנפשי והיה שלא-כדין. שפיות העושה אינה מענייננו והאיסור מונע הזדהות עם המעשה ולא עם העושה.⁶³

לפיכך, הרכיב הנסיבתי של העבירה מתבטא בהתקיימות היסוד העובדתי, היסוד הנפשי והיסוד שלא כדין של העבירה-מושא השבח. הרכיב הנסיבתי עשוי להתבטא גם בניסיון לפשע חמור או אף במעשה הכנה, וזאת כאשר מעשה ההכנה עצמו מהווה פשע חמור. חרטת המבצע מהניסיון אינה משפיעה כלל על אחריות המשבח, הואיל וסייג החרטה הנו נתון אישי השולל את הטלת העונש משיקולי מדיניות, ואינו משליך על אחריות המשבח. אך כאשר המשבח שיבח גם את חרטת העושה, לא תבוא העבירה בחשבון, הואיל ובמקרה זה אין בדבריו כדי ליצור אקלים רוחני

המעודד לעבריינות.⁶⁴



פרסום מותר

יודגש שהרכיב ההתנהגותי של העבירה עשוי להתקיים, רק אם העושה מביע שבח, תמיכה או הזדהות עם המעשה; כלומר, פרסום דין וחשבון נכון והוגן על מעשה הפשע שבוצע או דיווח על פרסום דברי שבח והזדהות של הזולת, אינם מקיימים את הרכיב ההתנהגותי; וזאת, כאשר אין בדיווח הזדהות – מפורשת או משתמעת – עם המעשה שבוצע או עם פרסום דברי השבח. מסקנה זו מתחייבת ממשמעות הביטויים 'שבח', 'תמיכה' או 'הזדהות'.⁶⁵ עם זאת, מוצע כאן, ולצורך הבהירות בלבד, לקבוע שפרסום דין וחשבון נכון והוגן על פשע שבוצע או על דברי שבח אינו נופל בגדר האיסור.

תוכן האיסור והיקפו נקבעים, הלכה למעשה, לא רק לפי לשונו אלא גם לפי הערך החברתי המוגן על ידי האיסור. טלו, למשל, מקרה שבו המפרסם תומך בהריגת גבר על ידי אשתו המוכה, או בהמתת-חסד, מאחר שהוא גורס כי על המחוקק להצדיק מעשים אלה ולהגדיר אותם בגדר הסייג של הגנה עצמית, הגנת הצורך או בגדר הצדקה מיוחדת *sui generis*. במקרים אלה מבקר העושה את המצב המשפטי הקיים, והוא מנסה באמצעות ביקורת זו להניע את החברה ואת המחוקק להתמודד כראוי עם בעיית הנשים המוכות או עם המתת-החסד. אמנם הביקורת אינה מבחינה בין הדין הרצוי לבין הדין המצוי, שכל עוד הוא עומד בתוקפו, ראוי לכבדו ואין להפרו. אולם, יהיה זה מרחיק לכת להטיל איסור פלילי על דברי ביקורת כאלה, בהם מסתייע המבקר בתחושת אי הצדק כלפי ההרשעה במקרה נתון לשם ביסוס הצעתו לשינוי המצב המשפטי. גם אם ביקורת זו ראויה בעצמה לביקורת, ההגנה על חופש הביטוי אינה סובלת מעורבות של הדין העונשי בעניינים שכאלה. המצב המשפטי הנהוג אינו משפט נצחי, והביקורת עליו מהווה אמצעי חשוב והכרחי להגשמתו העצמית של המתבטא ולבחינה מחודשת של הדין המצוי. היא מהווה גם יסוד הכרחי במשטר דמוקרטי, השואב כוחו מן האזרחים המביעים את דעותיהם בענייני החברה. לכן, בכל מקרה, חייב הפרשן לבדוק אם ההתנהגות נופלת בגדר האיסור הפלילי, לא רק לפי לשונו אלא גם לפי מטרתו.⁶⁶

עם זאת, מוצע כאן, לצורך הבהירות ועל מנת למנוע הגבלת יתר על חופש הביטוי, לקבוע שהתבטאות במסגרת ביקורת מקובלת במשטר דמוקרטי על המצב המשפטי, אינה נופלת בגדר האיסור. ביקורת מקובלת במשטר דמוקרטי, על שום מה? על מנת להוציא מן הסייג ולהשאיר בתחום



האיסור ביקורת שאינה מקובלת במשטר הדמוקרטי. טלו, למשל, מקרה שבו המפרסם מביע את תמיכתו ברצח או בניסיון לרצח שבוצע ממניעים אידיאולוגיים או גזעניים, מאחר שהוא גורס שיש להתיר או להצדיק הריגת בני לאום או מיעוט מסוים. במקרה כזה, לא נופלת ההתבטאות בגדר ביקורת המקובלת במשטר דמוקרטי, מאחר שהמשטר הדמוקרטי סולד מהגזענות ונאבק בה. לכן, בכל מקרה, חייב הפרשן לבדוק לגופו של עניין, אם ההתבטאות נופלת בגדר האיסור, לפי לשונו ולפי מטרתו, ואם ההתבטאות מקובלת במשטר דמוקרטי וראויה להיות מוגנת.

בעת הדיון בהצעה הובעה הדעה שאיסור זה הנו מרחיק לכת, שכן הוא אוסר התבטאויות שאינן מסכנות את שלום הציבור ואין בהן מידה כלשהי של אנטי-חברתיות. כדוגמא, הובא המקרה של המתתו של יחיא עיאש. יחיא עיאש היה פלסטיני שהתגורר בתחום האוטונומיה הפלסטינית ונחשד כמי שעמד מאחורי הפיגועים הנפשעים שהתרחשו בארץ בתקופה האחרונה. הטענה הייתה שפרסום דברי שבח בזכות ההמתה – שאין בו דופי – נופל בגדר האיסור; ויש בכך כדי להוכיח את אופיו המעוות של האיסור. טענה זו דינה להידחות, לאו דווקא משום שניתן, אולי, לראות במעשה החיסול מעשה מלחמה מוצדק, אלא משום שפרסום דברי שבח בזכות המעשה אינו פוגע כלל בערכים החברתיים המוגנים באמצעות האיסור. הערכים החברתיים הדומיננטיים המוגנים באמצעות האיסור על פרסום דברי שבח, הנם שלומו של הציבור בישראל ואמון הציבור בתקפות הסדר החברתי-משפטי, בתחום הריבונות של ישראל. עולה מכאן, שהעבירה עשויה לבוא בחשבון, רק אם המעשה עלול, מבחינה אובייקטיבית ובנסיבות העניין, לפגוע בשלום הציבור בישראל.⁶⁷ במקרה של יחיא עיאש אין פגיעה או חשש לפגיעה בשלום הציבור במובן האמור, עקב פרסום דברי שבח בזכות מעשה ההמתה.⁶⁸ ניתן, אמנם, לתפוש את מושג הסדר המשפטי בראייה רחבה יותר, כחל גם על עבירה הנעשית מחוץ לתחום הריבונות של ישראל, באותם מצבים בהם דיני העונשין הישראליים חלים גם על עבירה הנעשית מחוץ לשטחה של ישראל (למשל, עבירות הפוגעות בביטחון המדינה או באזרחיה, או הנעשית על ידי ישראלים). אולם נראה כי יהיה בכך משום הרחבת-יתר.



עמוד ריק



הטיפול העונשי והטיפול החינוכי-תרבותי-חברתי

שאלה חשובה היא: האם מוצדק לאסור את ההסתה באמצעות הדין העונשי, או שמא מהווה המערכת החינוכית-תרבותית-חברתית אמצעי יעיל להתמודדות עם התופעה?

טענה אפשרית בהקשר זה היא שהדין העונשי אינו האמצעי הראוי, ושהכתובת לטיפול בתופעות אלו הנה המערכת החינוכית-תרבותית-חברתית. טענה זו מבוססת בעיקר על אופיו של האיסור, היינו מניעה בשלב ראשוני ומקדמי, ועל כך שבמקרה דן מדובר אמנם בהתקפה על ערכי היסוד של החברה, אך בדרך של הבעת דעה שלילית בלבד נגדם.⁶⁹ נגד טענה זו יש להשיב שהתערבות הדין העונשי אין משמעה, כלל ועיקר, ויתור על הטיפול החינוכי-תרבותי-חברתי. המערכת החינוכית הנה תמיד – וביחס לכלל התופעות האנטי-חברתיות, ובכלל זה עבירות ההמתה – האמצעי היעיל ביותר למניעת עבריינות.

אולם, המערכת החינוכית אינה יכולה למנוע תופעות חריגות. לעתים, אין מנוס מהתערבות הדין העונשי לטיפול בתופעות כאלה, תוך מודעות לכך שהדין העונשי אינו האמצעי היחיד להתמודדות עם התופעה. האחריות העיקרית המוטלת על המערכת החינוכית-תרבותית-חברתית אינה מפקיעה, א-פריורי, את הצורך בדין העונשי. האמצעי העונשי מטפל **במשותף** עם האמצעים החינוכיים-תרבותיים בתופעות אנטי-חברתיות חמורות. כאשר המערכת החינוכית-תרבותית נכשלה בטיפול בתופעות אנטי-חברתיות חמורות וחריגות, אזי מוצדק, ואף הכרחי, שהדין העונשי יתמודד עם תופעות אלו, כדי להגן על חיים חופשיים בחברה מתוקנת. הפעלת הדין העונשי במקרים אלו מתחייבת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המחייב את המדינה (רשויות השלטון) בהבטחת חיים בצוותא לאנשים חופשיים ובהגנה על קיומו וחירותו של הפרט.⁷⁰

במציאות החברתית בישראל רבים הם גילויי האלימות הפיזית (למשל, אלימות נגד נשים במשפחה), וגילויים של זלזול כלפי חיי הזולת (בנהיגה בכבישים). גם התופעה של אלימות על רקע שיוכו האתני של הקורבן אינה כה נדירה.



בעקבות תהליך השלום במזרח התיכון, אימצו גורמי שוליים קיצוניים את דרך האלימות, הן האלימות המילולית והן האלימות הפיזית החמורה, שמצאה את ביטויה, בין השאר, בפשיעתו של הארגון שכונה "המחתרת היהודית", בפעילותה של "כ"ך", ברציחתו של יצחק רבין ז"ל ובטבח במערת המכפלה, כדרך למאבק פוליטי-אידיאולוגי. עבריינות פוליטית אינה משבשת רק את היחסים בין הפרטים; היא מכרסמת במרקם חברתי ומערערת את יסודותיה של החברה המאורגנת. החברה חייבת להילחם בתופעה זו – גם באמצעים חוקיים – תוך הריסת התשתית לאלימות ומניעת יצירת אווירה שיש בה כדי לעודד אלימות. אמנם, הרצח הפוליטי הדליק נורה אדומה בעיני רבים בנוגע לאלימות, אך לא הוסקו המסקנות הראויות באשר להתמודדות נגד אקלים אלים.⁷¹

כאמור, על פוליטיקאים ואישי ציבור מוטלת חובה ציבורית מובהקת בהקעת כל גילוי של אלימות וכל ביטוי העלול לעודד לאלימות. ביחוד חייבים הם להיאבק בגילויים וביטויים כאלה שיש להם רקע פוליטי או אידיאולוגי. הפוליטיקאים ואישי ציבור אחרים, הנהנים מבולטות תקשורתית ומהשפעה על כלל הציבור, חייבים לשמש דוגמה לניהול פולמוס פוליטי באופן ענייני, לסובלנות ולהתנהגות אחראית. הוויכוח הפוליטי חייב להתנהל על בסיס ההנחה שאיש אינו מסוגל לחזות בוודאות את העתיד, וכי לא קיימת אמת יחידה ומוחלטת בענייני מדיניות. אישי הציבור חייבים להימנע מכל התנהגות (כולל התנהגות מחדלית) העלולה להתפרש כעידוד לאלימות או לגיטימציה לאלימות. התקפות אישיות כלפי אנשי ציבור, כגון "רוצח", "בוגד", "מוסר", "רודף" ודומיהן, ראויות לכל גינוי, ויש להוציאן באמצעים שאינם משפטיים (ועיקרם – הסכמה חברתית) מחוץ לתחומו של השיח החברתי-פוליטי.

פגיעה בזכויות היסוד של הפרט עקב חשש וסיכון

שאלה כללית, בעלת אופי חוקתי היא, האם בשל החשש, היינו החשש מחיקוי ומביצוע אותו מעשה, ניתן להגדיר את ההסתה – הישירה והעקיפה – כעבירה פלילית ובכך לפגוע בחירות הפרט? במלים אחרות: האם ניתן לפגוע בחופש הביטוי, כזכות חוקתית, רק על יסוד החשש שהביטוי עלול לגרום ליצירת אווירה נוחה לביצוע מעשים פליליים דומים?

כאמור, הערכים החברתיים הנם שלום הציבור הפנימי, אמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי וכיבוד ערכי היסוד של החברה, והערך החברתי המוגן על ידי העבירה-מושא ההסתה. הערכים החברתיים של שלום הציבור, אמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי וכיבוד ערכי היסוד של החברה, נפגעו כבר עם השמעת דברי ההסתה וקליטתם על ידי הציבור הרחב. בהתחשב בערכים אלה, אין מדובר, אפוא, בחשש או בסיכון לפגיעה. לעומת זאת, אם מתחשבים בערך החברתי המוגן על ידי העבירה-מושא השבח, מתעורר נושא החשש, כאמור לעיל. זאת, בהנחה שניתן לחלוק עליה, שאי אפשר להוכיח בוודאות את השפעתם של דברי ההסתה. להלן נבדוק, אם מוצדק לאסור התנהגות מסוימת ולהגדיר אותה כעבירה פלילית רק בשל האפשרות של פגיעה בערך חברתי מסוים. שאלה זו תלויה במשמעות עיקרון *In dubio pro libertate* ותחולתו בדין החוקתי ובדיני העונשין.

מהי משמעות העיקרון "במקרה של ספק - תזכה החירות" ?*In dubio pro libertate*

לפי עיקרון זה ניתן להכריז על מעשה כאנטי-חברתי ולאסור אותו באמצעות הדין העונשני, רק אם המעשה פוגע ב**וודאות** בערך חברתי מוגן ומסכן את החיים החברתיים והחופשיים. העיקרון מבוסס על התפישת, לפיה האדם הנו בן-חורין והגבלת חירותו הנה בגדר חריג. כל התנהגות הנה מותרת, אלא אם הוגדרה כעבירה פלילית. המותר – חירות הפעולה, הוא הכללי; והאיסור – הגבלת החירות, שהוא בגדר חריג, מחייב הצדקה חזקה. המחוקק נושא בנטל ההוכחה בדבר ההצדקה לקיום האיסור



הפלילי, שכן הוא הטוען לחריג. לפי עיקרון זה, הנטל האמור הוא נטל כבד, ואין להגדיר מעשה כעבירה פלילית, כאשר קיים רק חשש, במובחן מוודאות, שמא מעשה זה עלול לפגוע בערך חברתי מוגן ולסכן את החיים החברתיים.⁷²

עיקרון זה דינו להידחות, וזאת בשל אי-התיישבותו עם הדין החוקתי, היינו עקרון זכות וחובת המדינה להגן על אזרחיה ופיסקת ההגבלה. הדין החוקתי אינו מגן רק על חרות הפעולה. הוא מגן גם על ערכים אחרים של הפרט, ובראש ובראשונה על חייו. לפי פיסקת ההגבלה, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן לפגוע בחירות הפרט, למשל ניתן להגדיר מעשה כעבירה פלילית, אם האיסור הפלילי נועד לתכלית ראויה ואינו עולה על הנדרש. דרישותיה של פיסקת ההגבלה מתקיימות, אם האיסור מגשים תכלית ראויה, והנו האמצעי הפחות מזיק, והנוק שיימנע עולה על זה שייגרם עקב האיסור.

הרכיב הרלוונטי לענייננו הנו השקילות. במקרה זה, יש לבדוק במבחן איזון הערכים, אם ניתן לדרוש מהחברה שתיקח על עצמה סיכון לפגיעה אפשרית בערך חברתי מסוים. במבחן איזון הערכים יש להביא בחשבון את חשיבות הערכים החברתיים וטיב הסכנה – לרבות סכנה אפשרית – הנשקפת מן המעשה, עבור הערך החברתי. במקרים בהם קיימת מחלוקת בקשר להוכחת הקשר הסיבתי בין ההתנהגות לבין הנזק או הסכנה, כלומר שלא ניתן להוכיח את קיום הקשר הסיבתי וגם לא ניתן לשלול את קיומו, רשאי המחוקק להגדיר את ההתנהגות כעבירה פלילית, כאשר לא ניתן לדרוש מהחברה שתיקח את הסיכון על עצמה, למשל כאשר מדובר בערך חברתי עליון, כגון החיים.

הטלת איסור עונשי על התנהגות מסוימת באה בחשבון, כאשר הערך החברתי העומד בסכנה הנו חשוב מאוד, כגון החיים, וקיימת אפשרות רצינית (אף כי לא וודאית) שהוא עלול להיפגע, ואילו הערך החברתי האחר העומד להיפגע באמצעות האיסור הפלילי אינו כה חשוב, או שהפגיעה בו אינה כה קשה. טלו, למשל, את הדוגמא של יבוא בשר בקר מאנגליה, העלול להיות נגוע בנגיף "הפרה המשוגעת". נניח שרשויות המדינה אינן מסוגלות, מבחינה מעשית, למנוע יבוא בשר בקר מאנגליה, ומומחי הרפואה לא הצליחו להוכיח בוודאות שצריכת בשר הנגוע בנגיף גורמת למחלה הקטלנית הקרויה בשם Kreuzfeldjakob, אך גם לא הצליחו לשלול אפשרות זו. במקרה זה, מדובר מצד אחד בחיי אדם, הערך החברתי העליון, וקיימת אפשרות רצינית שהוא עלול להיפגע, ומצד שני



מדובר בחופש העיסוק והפגיעה בחופש זה אינה קשה מאוד. כאן רשאי המחוקק – ואולי אף חייב – להגדיר את ייבוא ומכירת הבשר הנגוע או שעלול להיות נגוע כעבירה פלילית, הואיל ולא ניתן לדרוש מהחברה שתחשוף את חיי אזרחיה לסכנה אפשרית, לשם הבטחת חופש העיסוק.

העיקרון של *In dubio pro libertate*, במשמעותו האמורה כאן, אינו מתיישב עם הדין החוקתי וגם לא עם תפקיד דיני העונשין. במבחן פיסקת ההגבלה יש לערוך תמיד איזון בין הערכים המוגנים, תוך שקילת חשיבותם היחסית ומידת הפגיעה – לרבות הפגיעה האפשרית – בהם. באיזון כזה, אין מקום לשלול א-פריורי את הצורך להגן על אינטרס חברתי מפני פגיעה מסופקת, ובלבד שלאפשרות הפגיעה קיים בסיס מדעי או אמפירי, או שהיא נשענת על השכל הישר, ואין מדובר בסברת כרס.⁷³

יוצא, אפוא, שמבחינה חוקתית ומבחינה עונשית, עשויה להיות הצדקה להגדיר מעשה כעבירה פלילית, גם כאשר קיים רק חשש מבוסס שהמעשה עלול לפגוע בערך חברתי מוגן. העבירה, במקרה כזה, הנה עבירת חשש או סיכון.

במקרה של הסתה, חשש מבוסס בדבר השפעתה משקף נדבך של התרבות האנושית, שבלעדיו קשה מאד להבין את כוחה של ההשפעה הרוחנית (הכוונה, למשל, לחינוך, לדת, לפוליטיקה, לפרסומת, לקשר בין-אישי).



עמוד ריק



חוקתיות העבירה הפלילית לאור חופש הביטוי

חופש הביטוי הנה זכות חוקתית עילאית. זו אחת מחירויות היסוד של האדם, המאפשרת ליחיד להגשים את עצמו, מבטיחה קיום חילופי דעות חיוניים לבירוך של סוגיות ציבוריות ומבטיחה את ההליך הדמוקרטי במדינה. חופש הביטוי תואר כציפור נפשה של הדמוקרטיה.⁷⁴ עם זאת, חופש הביטוי "אינה זכות מוחלטת ובלתי מוגבלת, אלא זכות יחסית, הניתנת לצמצום ולפיקוח, לאור המגמה של קיום אינטרסים מדיניים-חברתיים חשובים, הנחשבים, בתנאים ידועים, כעדיפים מאלה המובטחים על ידי מימוש העיקרון של חופש הביטוי."⁷⁵ בבחינת חוקתיות הפגיעה בחופש הביטוי, יש להבחין בערכים החברתיים העלולים להיפגע עקב מימוש הזכות של חופש הביטוי, ומהי החשיבות שיש ליחס להם, לעומת מעמדו וחשיבותו של חופש הביטוי. הגישה היא, כי יש לערוך 'איזון עקרוני' או 'איזון רציונלי'.⁷⁶

אין ספק שהאיסורים על הסתה פוגעים בחופש הביטוי. השאלה האם איסורים אלה הנם חוקתיים ומתיישבים עם חוק היסוד, נבחנת על פי פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפי סעיף זה הפגיעה הנה חוקתית, אם היא נועדה לתכלית ראויה ואינה עולה על הנדרש. עמדנו לעיל על הערכים החברתיים שהאיסורים נועדו להגן עליהם. ההגנה על ערכים אלה הנה תכלית ראויה. מתקיים יחס רציונלי בין האיסורים לבין הגשמת התכלית, הן משום שחלק מהנזק החברתי נמנע על ידי עצם מניעת הפרסום, והן משום שהאיסורים מונעים יצירת אקלים רוחני המעודד לביצוע עבירות. **השאלה העיקרית כאן היא: האם הפגיעה בחופש הביטוי עומדת במבחן המידתיות?** והאם פגיעה בחופש הביטוי לגיטימית מבחינה חוקתית, רק כאשר הביטוי גורם לסכנה ברמה של קרוב לוודאי לערכי החברה, או שמא עשויה הפגיעה להיות לגיטימית, גם כאשר הביטוי יוצר רק חשש ממשי לפגיעה בערכי החברה? להלן נסקור ארבעה מבחנים שפותחו בארצות הברית ושתכליתם קביעת התנאים המצדיקים הגבלה של חופש הביטוי.

א. מבחן הוודאות הקרובה (The Probability Test)

מקורו של המבחן הוא בפרשת **Dennis**⁷⁷ האמריקנית, אם כי יצוין שהוא אינו מקובל על כל שופטי בית המשפט העליון האמריקני ובאמצעות הברית ניתן להצביע על "מבחנים אחרים כגון Clear and Present Danger Test, the Imminent Lawless Action ובעבר גם The Bad Tendency Test.⁷⁸ המבחן חדר לראשונה למשפט הישראלי בפרשה הידועה בתחום המשפט המינהלי בשם "קול העם".⁷⁹ מבחן זה אינו היחיד במשפטנו, בנוגע לחוקתיות הפגיעה בחופש הביטוי. הגישה המקובלת בארץ בנוגע לאמת המידה המתירה את הגבלת חופש הביטוי, היא שיש לערוך תמיד איזון בין חופש הביטוי לבין הערכים המתנגשים עמו, ולבדוק מתי ובאיזה מידה ניתן לפגוע בחופש הביטוי למען השמירה על הערכים המתנגשים.

נוסחת איזון כללית זו מבוססת על העמדה, שלא כל הערכים החברתיים הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה.⁸⁰ כך, למשל, לא החיל בית המשפט את מבחן הוודאות הקרובה, כאשר הערכים החברתיים העשויים להיפגע על ידי הביטוי הם עשיית הצדק ושמירת מעמדה של המערכת השיפוטית,⁸¹ הזכות לשם טוב והזכות לפרטיות.⁸² יצוין גם, כי בעוד שבעניין **קול העם** הודגש שחופש הביטוי ייסוג מפני שלום הציבור, רק "אם האירוע של אותה תוצאה הוא קרוב לודאי במובן של 'probable',⁸³ כלומר רק כאשר קיימת ודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור, הסתפק בית המשפט בעניין **עומר אינטרנשיונל**⁸⁴ בקיומה של ודאות קרובה לסיכון שלום הציבור.⁸⁵

יצוין גם שחלק מהשופטים⁸⁶ והמלומדים⁸⁷ אינם מתמודדים עם מבחן הוודאות הקרובה כראוי, ומטשטשים את ההבחנה בין מבחן זה לבין מבחן הסכנה הברורה והנוכחית (המיידי) – The Clear and Present Test; הם משתמשים במונחים אלה, כאילו שני המבחנים הנם בעלי אותו תוכן, בעוד שמדובר במבחנים נבדלים, ומבחן הסכנה הברורה והמיידי נדחה, לפחות במשתמע, על ידי הפסיקה בעניין **קול העם**.⁸⁸ יודגש גם שבתקופה האחרונה מתרבים הקולות הדוחים את מבחן הוודאות הקרובה, גם כאשר מדובר בשלום הציבור כערך חברתי המתנגש עם חופש הביטוי.⁸⁹ אפשר שמבחן הוודאות הקרובה מהווה נגזרת של הכלל In dubio pro libertate, וכפי שנאמר לעיל – דינו של עיקרון זה להידחות.

קיימת אי-בהירות ביחס למשמעות הביטוי "ודאות קרובה": האם די בכך שהאפשרות של פגיעה תהא מסתברת יותר מהאפשרות ההפוכה, או שמא נדרש שהסתברות הפגיעה תהיה ברמה גבוהה הרבה יותר – רק התרחשות של נס עלולה למנוע את הפגיעה, או אפשרות קלושה בלבד שהפגיעה לא תתרחש. אם נוקטים בגישה השנייה (שמתיישבת יותר עם הביטוי "ודאות קרובה", אך פחות עם המושג "probable"), ומיישמים אותה באופן אמיתי, לא ניתן יהיה כמעט אף פעם להגביל את חופש הביטוי.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו דורש שהפגיעה בחופש הביטוי לא תעלה על הנדרש, כלומר שלא קיים אמצעי פחות מזיק למען השמירה על הערכים החברתיים המוגנים באמצעות האיסור, ושהרעה הנמנעת על ידי האיסור עולה על הרעה המתהווה עקב הטלת האיסור. במבחן השקילות יש להביא בחשבון את כל ההיבטים העשויים להשפיע על מאזן הערכים המתחרים, ובעיקר חשיבותם של הערכים ומידת הפגיעה בהם. כך, למשל, כאשר מדובר בערך חברתי קל ערך, רק דרגה חמורה של סכנה עשויה להצדיק את הגבלת החירות שבאיסור העונשי. לעומת זאת, כאשר מדובר בחיי אדם והחשש לפגיעה בהם עקב הביטוי הנו ממשי, ניתן וצריך להסתפק בדרגה פחותה יותר של סכנה, ואין הצדקה לתבוע ודאות קרובה לפגיעה בחיים. זאת, לנוכח חשיבותו של הערך החברתי – חיי אדם, שהוא העליון בערכים. דרישה לוודאות קרובה של פגיעה בחיים כתנאי להגבלת הביטוי, משמעה המעשי הוא זניחת ההגנה על החיים, עד כדי הפקרתם, ומשמעה הסמלי-חינוכי הוא פיחות בערך החיים.⁹⁰

יתרה מזו, דרישת הוודאות הקרובה לפגיעה בשלום הציבור – הכולל גם את החיים – כתנאי להגבלת חופש הביטוי, אינה מתיישבת עם גישת הפסיקה בנוגע לאיזון בין חופש הביטוי לבין השם הטוב והפרטיות. כפי שהוזכר לעיל, אין הפסיקה מחילה את מבחן הוודאות הקרובה, כאשר מדובר בפגיעה בשם טוב ובפרטיות, והיא מסתפקת באפשרות סבירה. האם יש ללמוד מכאן כי לפי גישת הפסיקה, הזכות לשם טוב ולפרטיות עולה בחשיבותה על הזכות לחיים? אם חופש הביטוי נסוג מפני אפשרות סבירה של פגיעה בשם הטוב ובפרטיות, האם אין עליו לסגת, מקל וחומר, מפני אפשרות סבירה של פגיעה בחיים, כאשר זו גם מטרתו של יוצר הסיכון?



ב. מבחן הנטייה הרעה (The Bad Tendency Test)

לפי מבחן זה ניתן לאסור התבטאות ולפגוע בחופש הביטוי, אם הביטוי מעלה נטייה קלה או רחוקה לעניין הפגיעה בשלום הציבור, ודי בקשר עקיף בין הביטוי לבין הפגיעה בשלום הציבור על-מנת לאסור אותו. מבחן זה נדחה מפורשות על ידי בית המשפט העליון בעניין **קול העם**. בדחותו את מבחן הנטייה הרעה קבע השופט אגרנט ש"אותה גישה של 'נטייה רעה' מתאימה אולי לשיטה הפוליטית הנהוגה במדינה המושתתת על משטר אוטוקרטי או טוטליטרי, אך היא מסכלת או לפחות עושה לבלתי יעיל, את השימוש באותו תהליך המהווה עצם מעצמו של כל משטר דמוקרטי."⁹¹

דחיית מבחן הנטייה הרעה הנה מוצדקת, ואף מתחייבת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן מבחן זה אינו מתחשב כלל במעמדו הרם והעליון של חופש הביטוי. אימוץ מבחן זה עלול לפגוע פגיעה קשה, אולי אף אנושה, בחופש הביטוי ובמשטר הדמוקרטי.

בעוד שמבחן הוודאות הקרובה מרומם את חופש הביטוי למעמד של עליון מעל כל העליונים, העולה בחשיבותו על כל הערכים החברתיים האחרים, מבחן הנטייה הרעה מדרדר את חופש הביטוי למעמד נחות ונסוג מפני הערכים החברתיים האחרים. גישות קיצוניות אלו, היינו מבחן הוודאות הקרובה ומבחן הנטייה הרעה, אינן מבטאות איזון רציונלי או ראוי בין חופש הביטוי לבין הערכים החברתיים האחרים.

ג. מבחן הסכנה הברורה והנוכחת (המיידיית) (The Clear and Present Danger (Imminent Lawless Action)) ומבחן הפעולה הבלתי חוקית הצפויה לאלתר

לפי מבחן הסכנה הברורה והנוכחת (המיידיית) נסוג חופש הביטוי מפני הערכים החברתיים המתחרים עמו, רק אם הביטוי מהווה הטפה היוצרת סכנה ברורה – במובן של קרובה לוודאי – **ומיידיית** לעשיית המעשה האסור מושא ההטפה. מקורו של המבחן במשפט האמריקני בפרשת **Schenck**. בפרשה זו גרס השופט הולמס:

"The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that the Congress has a right to prevent. It is a proximity and degree."⁹²

ראוי לציין גם שבית המשפט החוקתי הגרמני פסק, בעניין חופש האמנות (Kunstfreiheit) באותה רוח,⁹³ אך לא חזר על עמדה זו פעם נוספת; כלומר מבחן הסכנה הברורה והמיידית נדחה ואינו מהווה אמת מידה ראויה לעניין הגבלת חופש האמנות.⁹⁴

יצוין גם שלפי דעתו של השופט אגרנט, בעניין **קול העם**, נבדל מבחן הסכנה הברורה והנוכחת (המיידית) ממבחן הסכנה הקרובה לוודאי רק באשר לרכיב המיידיות. כלומר, המשותף לשני המבחנים הוא שהביטוי – המהווה הטפה – צריך לגרום בוודאות קרובה לעשיית המעשה-מושא ההטפה. ההבדל בין שני המבחנים נעוץ בכך, שלפי מבחן הסכנה הברורה והמיידית צריך הביטוי – ההטפה – להביא לעשייה מיידית של המעשה-מושא ההטפה, ואילו לפי מבחן הסכנה הקרובה לוודאי אין צורך או הכרח בעשייה מיידית של המעשה.⁹⁵

על פי מבחן הפעולה הבלתי חוקית הצפויה לאלתר (Imminent Lawless Action), נסוג חופש הביטוי מפני הערכים החברתיים המתחרים עמו, אם הביטוי מהווה הסתה העלולה להביא באופן מידי לעשיית המעשה הבלתי-חוקי-מושא ההסתה. מקורו של מבחן זה הנה פרשת **Brandenburg** האמריקנית, שלפיה "the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a state to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing **imminent lawless action** and is likely to incite or produce such action." (ההדגשה שלנו).⁹⁶

במבחן זה, כמו במבחן הסכנה הברורה והנוכחת (המיידית), נדרשת מיידיות הפעולה הצפויה, אך בהבדל ממנו, אין דרישה לכך שרמת ההסתברות של אותה פעולה תהיה קרובה לוודאות.

לפי פסיקת בית המשפט העליון, אין מבחן הסכנה הברורה והנוכחת (המיידית) המבחן הראוי להגבלת חופש הביטוי. בעניין **קול העם** לא



הציב בית המשפט העליון את המבחן כמבחן מתחרה עם המבחנים האחרים להגבלת חופש הביטוי, אך השופט אגרנט התייחס לרכיב המיידיות וגרס שאין רכיב זה נמנה עם הרכיבים הדרושים לשם הגבלת חופש הביטוי. השופט אגרנט הציב את מבחן הנטייה הרעה ומבחן הסכנה הקרובה לוודאי כמתחרים לעניין הגבלת חופש הביטוי,⁹⁷ כך שניתן לגרוס שהצבת שני המבחנים הללו בלבד באה לאחר סינון מקדמי שבו נפסלו מבחנים מתחרים אפשריים, וביניהם מבחן הסכנה הברורה והנוכחת (המיידית).

קיימת גם השערה "שהצגת שני מבחנים אלה בלבד, מבין שורת המבחנים האפשריים, נשענת על הלכת הרוב במשפט **דניס** כפי שהבין אותה השופט אגרנט,"⁹⁸ ושלא קיבלה את מבחן הסכנה הברורה והמיידית. ראוי לציין גם שהשופט זוסמן, בעניין **דיסנצ'יק**,⁹⁹ דחה את מבחן הסכנה הברורה והמיידית, תוך סברתו, המוטעית, שמבחן זה אומץ בעניין **קול העם**, והשופט בד, בעניין **זכרוני**,¹⁰⁰ גרס, בטעות, שמבחן הסכנה הברורה והמיידית אומץ בעניין **קול העם**.

ראוי לציין גם שחלק מהמלומדים מצדדים במבחן הסכנה הברורה והמיידית,¹⁰¹ לעומת אחרים, שאינם מבחינים באופן חד בין מבחן הסכנה הברורה והמיידית לבין מבחן הוודאות הקרובה. כך, למשל, גורס פרופ' זאב סגל ש"המציאות שנוצרה נותנת לדברי הסתה משמעות של מלים לוחמות, היכולות באווירה מסוימת ליצור אותה **ודאות קרובה** להתרחשותם של מעשי אלימות. ודאות כזו יכולה ליצור תשתית להפעלת החוק הפלילי כנגד המסיתים במקרים שדיבור בפומבי יוצר, לכאורה, **סכנה ברורה ומיידית** לאלימות פיזית, היכולה להיות תולדה של אלימות מילולית."¹⁰²

כאמור, מבחן הוודאות הקרובה מפחית ממשקלם החברתי של הערכים המוגנים על ידי איסורי הסתה, ואינו מספק להם הגנה הולמת וראויה; המבחן מעניק לחופש הביטוי מעמד עליון הגובר כמעט תמיד על כל הערכים החברתיים האחרים, כלומר המבחן מספק הגנת-יתר לחופש הביטוי במחיר פיחות ההגנה על ערכים אחרים. הראינו לעיל כי מבחן הסכנה הברורה והנוכחת (המיידית) ומבחן הפעולה הבלתי חוקית הצפויה לאלתר הנם תובעניים אף יותר ממבחן הוודאות הקרובה, ודרישותיהם הולכות מעבר לדרישותיו. עקב כך, הם אף מרחיקים לכת ממנו בהגנת-יתר על חופש הביטוי, על חשבון ערכים אחרים. מכאן שדינם של שני מבחנים אלה להידחות.

הן בקול העם, הן בהלכות שנק וברנדנבורג, ניתן היה להגיע לאותה תוצאה (של הגנה על חופש הביטוי) תוך שימוש במבחנים הרבה יותר צנועים ומתונים. אפשר שדווקא ההיזקקות של השלטונות להגבלות על חופש הביטוי, במקרים בהם בעליל לא היה לכך מקום, הניעה את הפסיקה לקביעת מבחנים נוקשים וקפדניים, בנסיבות בהן המבחנים עצמם לא עמדו במבחן מעשי.

מעבר לטיעונים שהועלו בנוגע לדחיית מבחן הוודאות הקרובה, יש לדחות את מבחן הסכנה הברורה והנוכחת (המיידי) ומבחן הפעולה הבלתי חוקית הצפויה לאלתר, מסיבות אלו:

ראשית, מבחנים אלה מעניקים ליכולת המניעה המוקדמת משקל יתר. כאשר הקורבן הפוטנציאלי של ההסתה הנו אדם מסוים, אזי ניתן, מבחינה מעשית, להגן על הקורבן הפוטנציאלי ביתר יעילות, לפחות במקרים שבהם המופקדים על אכיפת החוק ועל הגנת הסדר החברתי-משפטי מודעים לקיום הסכנה. עם זאת, לא ברור שראוי לגלגל את העלויות לשמירה על החברה. בהתקיים שמירה, משמעותה היא הכבדה קשה על הנשמר ויצירת אווירה כללית כבדה של חיים בצל האלימות. שמירה גם איננה ערובה מוחלטת בפני מתנקש חמוש. כאשר הקורבנות הפוטנציאליים הנם קבוצה יותר גדולה, מגזר שלם או מיעוט חברתי גדול, לא ניתן, מבחינה מעשית, לספק לקבוצה זו הגנה הולמת, הואיל ולא ניתן להצמיד לכל אדם שומר-ראש שיגן על חייו.

זאת ועוד, יכולת המניעה המוקדמת פוחתת, כאשר מדובר בפרסום המוני. כאמור, ההצעה אוסרת על הסתה בפומבי, כלומר הסתה המופנית אל קבוצה בלתי מוגדרת ובלתי מסוימת, היינו הסתה המונית. במקרה כזה קשה עד מאד לאתר את העושים הפוטנציאליים. משום שמניעה מוקדמת להתרחשות הפגיעה הנה כמעט בלתי אפשרית, יש להגדיר את ההסתה כעבירה פלילית, כדי לנסות למנוע את התרחשות הפגיעה כבר בשלב הראשוני (שלב ההסתה).

שנית, אין המבחנים מתייחסים למרכיב של הצטברות הפוטנציאל הפוגעני, הטמון בריבוי מעשי הסתה. כאמור, לפי שני המבחנים יהיה הפרסום אסור, אם יביא בוודאות קרובה לעשייה מיידית של המעשה האסור-מושא הפרסום. עולה מכאן, שאין לאסור הטפה לביצוע מעשי פשע, כאשר ההטפה כשלעצמה אינה עלולה להביא מייד לעשיית מעשה הפשע, אך ריבוי ההטפות (בייחוד אלו שיבואו אחרי אותה הטפה) עלול



להביא לעשיית מעשה הפשע-מושא ההטפה. בכך מתעלמים המבחנים מן האופי המיוחד של השפעה על התחום הנפשי. השפעה רוחנית על דברים נאמרים או מושמעים אינה דומה להשפעתו של כוח פיזי. לרוב, ההשפעה היא הדרגתית ומצטברת, וקשה מאד – אולי בלתי אפשרי – להעריך מראש מתי מצוי המושפע במצב של כמעט בשלות, שבו נדרשת עוד "טיפה אחרונה."

אלא שמבחינת הסדר החברתי-משפטי ועבור הקורבנות הפוטנציאליים, אין שום הבדל אם הפגיעה התרחשה כתוצאה מאקט אחד או מריבוי התנהגויות. משום כך, למען ההגנה על הסדר החברתי וערכי היסוד של הפרט, יש לאסור גם את מעשה ההסתה, שאינו יכול כשלעצמו להביא לעשייה מיידית של המעשה, אך בהצטברות מעשים דומים לו הוא עלול להביא לעשיית מעשה פשע.

שלישית, המבחנים מטפלים באופן חד-ממדי במטריה מורכבת. כך, למשל, אין הם מתייחסים כלל לתוכן ההסתה, (כוונתנו לתוכן שהוא ספציפי ומוגדר: קריאה לבצע פשע); ליסוד הנפשי של המסית (מודעות בלבד או מטרה); לטיב העבירה – מושא ההסתה; או להשפעתו המיוחדת של המסית. התמודדות ראויה עם הסוגיה מחייבת התייחסות נבדלת לסוגים שונים של סכנות ושל התנהגויות אנטי-חברתיות. דווקא מבחנים הסתברותיים לוקים בעמימות, וכאשר מדובר בהסתברות בתחום ההשפעה הרוחנית – היסוד הספקולטיבי בהערכה בולט ביותר.

רביעית, המבחנים אינם מתיישבים עם מהות הערכים החברתיים המוגנים על ידי איסור ההסתה. כפי שנאמר לעיל, הערכים החברתיים המוגנים על ידי עבירת ההסתה הנם אימון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי, שלום הציבור, ובמיוחד תחושת הביטחון שלו. לפי שני המבחנים ההסתה הנה אסורה, אם היא תביא בוודאות קרובה לעשייה מיידית של המעשה-מושא ההסתה. שני המבחנים אינם מתייחסים לשאר הערכים החברתיים המוגנים על ידי איסור ההסתה, שהם דווקא הדומיננטיים, והם נפגעים כבר בעת שדברי ההסתה נקלטים. שהרי בקליטת דברי ההסתה על ידי קהל המוסתים כבר נפגעים אימון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי ותחושת הביטחון של הציבור. ערכים חברתיים אלו ראויים אף הם להגנה, כך שכל הסתה הפוגעת בהם אינה מהווה מימוש לגיטימי של חופש הביטוי.

חמישית, אין שני המבחנים מתיישבים עם תפקידם המניעתי של דיני העונשין. ההגנה על הערכים החברתיים ועל ניהול חיים בצוותא של אנשים



חופשיים, מחייבת מניעת התנהגות המסכנת את הערכים החברתיים. החברה אינה יכולה – ואף אינה רשאית – שלא להתערב ולחכות עד שתרחש הפגיעה וייגרם נזק חברתי ממשי. החלת האיסור רק על אותה התבטאות העלולה להביא בוודאות ובאופן מיידי להתנהגות נפשעת, פירושה אי-התערבות והמתנה עד לרגע האחרון ממשי. משום ש"רגע" זה הוא קשה לאבחון, המשמעות המעשית עלולה להיות החמצת ההזדמנות למנוע את מעשה הפשע. ההגנה הטובה והיעילה על ערכי החברה הנה מניעת התרחשות התוצאה המזיקה כבר בשלב מוקדם יותר, כפי שעולה מענישת הניסיון, שאינה מותנית בכך שהשלמת העבירה צפויה להתרחש מיד. גם השידול האינדיבידואלי לדבר עבירה אינו מותנה בכך שהביצוע אמור להתרחש לאלתר. דרישת המיידיות מצמצמת את האיסור ללא הצדקה צמצום-יתר, עד כדי אובדן משמעותו.

ההיזקות למבחנים אלה – אם מיישמים אותם כפשוטם – מגבירה מאד את סיכוי הזיכוי. זיכוי עלול להתפרש כלגיטימציה לדברים שפורסמו. זוהי סיבה נוספת לאי-אכיפה של איסורים כאלה, והדגמה לבעייתיות הכרוכה בהם, במקרה של הפעלתם.

ששית, אין זה סביר כי ההתנהגות-מושא ההסתה לא תשפיע כלל על המאפיינים האחרים של המבחן, וכי יידרשו אותה רמה של הסתברות ואותו תנאי של מיידיות לפשע חמור, לעבירה קלה או אף להתנהגות בלתי חוקית שאינה בגדר עבירה פלילית.

לאור האמור לעיל, אין לאמץ את שיטתו של היועץ המשפטי לשעבר והשופט העליון היום, פרופ' יצחק זמיר, הסובר "כי אלימות מילולית, גם כאשר היא מעוררת חשש שמא תוביל בסופו של דבר לאלימות גופנית, אין די בה להפעלת המשטרה ובתי המשפט... רק במקרים קיצוניים, כאשר אלימות מילולית יוצרת סכנה ברורה ומיידית לשלום הציבור, יביא מאזן השיקולים לידי החלטה להעמיד לדין פלילי."¹⁰³ גישה זו אינה מתיישבת עם קדושת החיים, שהיא הערך החברתי העליון. **כאשר קיים חשש ממשי שביטוי המהווה אלימות מילולית יגרום לפגיעה בחיי אדם, וזו גם מטרת מי שמשמיע זאת, חייבת המדינה לאסור ביטוי כזה וחייבות הרשויות המופקדות על כך לאכוף את האיסור. חופש הביטוי אינו "פרה קדושה" ואין הוא עולה בחשיבותו על הערך של חיי אדם.**



ד. שעת חירום

החשש מפני יצירת אקלים נוח לעבירות, בעיקר עבריינות אלימה, הנו מוחשי מאוד בתקופתנו, לאור רציחתו של יצחק רבין ז"ל, (שמבחינת הרוצח ותומכיו לא הייתה נטולת הישגים מדיניים), האיומים על חייהם של אישי ציבור והצורך להבטיח את חייהם של רבים מהם בשמירה צמודה. לאור העובדה שהחברה הישראלית נתונה כעת במשבר חברתי חמור, ובתוכה נמצאים קנאים להשקפות שונות, חייבת החברה להגן על עצמה ועל הפרטים שבה, ובראש ובראשונה על חייהם, ביטחונם האישי, שלומם ושלוותם. שום חברה "לא תוכל לסבול שהחוק והסדר הציבורי יופרו על ידי הפרטים – ויהיו מניעיהם של הללו אשר יהיו – בלי שהעבריינים יבואו על עונשם. שום מדינה אינה יכולה להתקיים בלי סובלנות הודנית של אזרחיה וכיבוד החוק על ידי כולם. קנאים לכל השקפה שהיא, דתית, פוליטית, או אחרת, חייבים ללמוד ולדעת, באופן שאינו משתמע לשני פנים, שכל המרים יד נגד שלום הציבור – ענוש ייענש.¹⁰⁴

במצב דברים זה, רשאית החברה לפגוע בחופש הביטוי, למרות חשיבותו המיוחדת, לשם הגנה על החיים עצמם ועל החיים ללא פחד.

מטרת האיסור נעוצה – על רקע המשבר – במאמץ למנוע אווירה מעודדת אלימות. על מנת לתת ביטוי לרקע המשבר שביסוד החקיקה, ולאור מעמדו המיוחד של חופש הביטוי והאפשרות שבנסיבות חברתיות אחרות צריך יהיה לבחון מחדש את האיזון בין חופש הביטוי לבין הערכים המוגנים האחרים, מוצע להגביל את תוקף האיסור בזמן. בהצעה זו יש גם משום הערכה לעמדות מאזנות אחרות ורצון להימנע מחריצת עמדה חד-משמעית ארוכת טווח, בנושא כה רגיש.

סיכום

עבירת ההמרדה, המנוסחת בסעיף 123 לחוק העונשין תשל"ז-1977 באופן רחב וגורף, דינה להתבטל, וזאת משום שאין היא אינה 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. טיבה זה של העבירה גרם לאכיפת חסר בימים כתיקונם, לעומת אכיפה בלתי מבוקרת בעת משבר, כפי שהיינו עדים לה אחרי רצח ראש הממשלה המנוח, יצחק רבין ז"ל. בשל השיקולים האמורים, יש להחליף את עבירת ההמרדה במספר איסורים עונשיים שהיקפם צר ושמוגדרים בצורה מפורשת ובהירה, כגון האיסורים על הסתה: היינו קריאה, מפורשת או משתמעת, לביצוע מעשה פשע או אלימות, פרסום דברים שיש בו משום הפעלת מרות, סמכות או השפעה מיוחדת לעשיית מעשה פשע או אלימות, ופרסום דברים, העלולים בנסיבות העניין, להביא לעשיית מעשים אלו, מתוך מטרה כזו. סכנתם העיקרית של מעשים אלו נעוצה ביצירת אווירה נוחה לביצוע מעשים פליליים ובקריאת תגר נגד הסדר החברתי-משפטי. הערכים החברתיים המוגנים באמצעות איסור ההסתה הנם אמון הציבור בתוקפו של הסדר החברתי-משפטי ותוקפם של האיסורים העונשיים, ביטחון הציבור, ובמיוחד תחושת הביטחון שלו והערך החברתי המוגן על ידי העבירה-מושא ההסתה.

בגדר העבירה-מושא ההסתה יבואו בחשבון רק העבירות מסוג פשע ועבירות אלימות, הואיל ואין דין ערעור אמונו של הציבור בתקפות הנורמות המשפטיות המגינות על החיים והגוף כדין ערעור אמון הציבור בתקפות הנורמות המגינות על הרכוש. ערעור ביטחון הציבור מפני אלימות, והחשש מפני פגיעות בחיים או בגוף הנה פגיעה חמורה במיוחד באמון הציבור בסדר החברתי-משפטי.

ההסתה לאי-ציות לדין האזרחי או לדין המינהלי אינה עשויה להוות עבירה פלילית, הואיל והדין האזרחי והדין המינהלי מצוידים באמצעי אכיפה ייחודיים משלהם, ואין זה תפקידו של הדין הפלילי להבטיח את



קיומם של הדין האזרחי והדין המינהלי. מאותם שיקולים אין להגדיר, בדרך כלל, את ההסתה לא-ציון לצו של רשות מוסמכת כעבירה פלילית. חריג לכלל זה אפשרי, אם לציון לצו נודעת חשיבות מיוחדת, כגון הציון לפקודה צבאית.

האיסור על פרסום דברי שבח, הזדהות או תמיכה במעשה פשע שבוצע, מצוי בסעיף 4 לפקודה למניעת טרור. הפקודה למניעת טרור אינה המקום הראוי לטיפול בתופעה זו, הואיל והפקודה מטפלת, בעיקר, בפעילותיו של ארגון טרור ובמעשים נוספים הכרוכים בו. פרסום דברי שבח בזכות מעשה פשע שבוצע מהווה הסתה עקיפה לביצוע פשע דומה, כלומר תופעה זו מגלה קרבה מהותית להסתה. לכן, מיקומו של האיסור על פרסום דברי שבח הנו חוק העונשין, בצמידות לעבירת ההסתה. סכנתה העיקרית של תופעה זו נעוצה גם ביצירת אקלים רוחני ואווירה נוחה לביצוע מעשי פשע. הערכים החברתיים המוגנים על ידה זהים, בעיקרם, לערכים המוגנים על ידי איסור ההסתה.

בגדר העבירות-מושא השבח יבואו רק העבירות החמורות ביותר, וזאת נוכח העובדה שבמקרה זה מדובר בהסתה עקיפה, הנמצאת בתחום הסֶפֶר של דיני העונשין, ובשים לב לחשיבותו המיוחדת של הערך החברתי הנפגע על ידי האיסור, היינו חופש הביטוי.

מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה בשלום הציבור אינו המבחן הראוי להצדקת הגבלה עונשית על חופש הביטוי. במבחן החוקתי של שקילות (בין חופש הביטוי אותו מבקשים להגביל, לבין ערכים אחרים עליהם מבקשים להגן), יש להביא בחשבון את כל ההיבטים העשויים להשפיע על מאזן הערכים המתחרים, ובעיקר חשיבותם של הערכים, מידת וטיב הסכנה הנשקפת להם. לכן, כאשר מדובר בערך חברתי קל ערך, עשויה רק דרגה חמורה של סכנה להצדיק את הגבלת חופש הביטוי. לעומת זאת, כאשר מדובר בערך חברתי חשוב, כגון החיים, ניתן להסתפק בדרגה פחותה של סכנה מאשר סכנה קרובה לוודאי. לאור העובדה שעבירת ההסתה מתייחסת רק לעבירות החמורות ביותר, היינו עבירות מסוג פשע ועבירות אלימות, כלומר הערכים החברתיים המוגנים באמצעות עבירות אלו הן 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 גם כדי להפחית מחשיבותם בעיני הציבור.

משיקולים דומים יש לדחות את מבחן הסכנה הברורה והנוכחת (המיידיית). איסורים צרים, המוגדרים היטב, עדיפים על פני איסור המותנה במבחן הסתברותי, שהוא עמום מטבעו, וביישומו – בולט היסוד הספקולטיבי.



עמוד ריק



נספח 1: חומר משווה

א. איסורים על הסתה בפומבי

1. גרמניה

111. Oeffentliche Aufforderung zu Straftaten

"I. Wer oeffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§11 Abs. 3) zu einer rechtswidrigen Tat auffordert, wird wie ein Anstifter (§26) bestraft.

II. Bleibt die Aufforderung ohne Erfolg, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fuenf Jahren oder Geldstrafe. Die Strafe darf nicht schwerer sein als die, die fuer den Fall angedroht ist, dass die Aufforderung Erfolg hat (Absatz 1); §49 Abs. 1 Nr. 2 ist anzuwenden."

111. Public incitement to crime

"(1) Whoever publicly, in a meeting or by the distribution of writings (§11 (3)), incites to commit an wrongdoing act shall be punished as an instigator (§26).

(2) Should the incitement fail, the offender shall be punished by up to five years imprisonment or by fine. The punishment may not exceed that wich could have been imposed had the incitement succeeded (subparagraph (1)). The provisions of §49 (1) number 2 shall be applicable."



130a. Anleitung zu Straftaten

"I. Wer eine Schrift (§11 Abs. 3), die geeignet ist, als Anleitung zu einer in §126 Abs. 1 genannten rechtswidrigen Tat zu dienen, und nach ihrem Inhalt bestimmt ist, die Bereitschaft anderer zu foerdern oder zu wecken, eine solche Tat zu begehen, verbreit, oeffentlich ausstellt, anschlaegt, vorfuehrt oder sonst zugaenglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

II. Ebenso wird bestraft, wer

1. eine Schrift (§11 Abs. 3), die geeignet ist, als Anleitung zu einer in §126 Abs. 1 genannten rechtswidrigen Tat zu dienen, verbreitet, oeffentlich ausstellt, anschlaegt, vorfuehrt oder sonst zugaenglich macht oder

2. oeffentlich oder in einer Versammlung zu einer in §126 Abs. 1 genannten rechtswidrigen Tat eine Anleitung gibt, um die Bereitschaft anderer zu foerdern oder zu wecken, eine solche Tat zu begehen.

III. §86 Abs. 3 gilt entsprechend."

130a. Instructional guidance to commit crime

"(1) Whoever distributes, publicly displays, posts up, presents or otherwise makes accessible any writings (§11 (3)) which are capable of serving as instructional guidance for the commission of one of the wrongdoing acts mentioned in §126 (1), and which by their content are designed to encourage or to arouse in another the willingness to commit such an act, shall be punished by up to three years imprisonment or by fine.

(2) Similar punishment shall be imposed on anyone who

1. distributes, publicly, posts up, presents, or otherwise makes accessible any writings (§11 (3)) which are capable of serving as instructional guidance for the commission of one of the wrongdoing acts mentioned in §126 (1), or



2. publicly or in a meeting provides instructional guidance for the commission of one of the wrongdoing acts mentioned in §126 (1) in order to encourage or to arouse the willingness of another to commit such an act.

(3) The provisions of §86 (3) shall correspondingly apply."

סעיף 111 לחוק העונשין אוסר על הסתה בפומבי למעשי עבירה. ההתנהגות מתבטאת בקריאה (Aufforderung) בפומבי, באסיפה או באמצעות הפצת כתבים לביצוע מעשה בניגוד לדין. ההסתה, המוגדרת כקריאה, חייבת להתייחס לאיסור מוגדר, והיא צריכה גם להותיר רושם של רצינות, מבחינת ציפיותו של המסית, שמישהו מן המוסתים יבצע את המעשה. האיסור מסתפק בעבירה פלילית כלשהי, היינו עבירה מסוג פשע או עוון, כמושא ההסתה. מעשה בניגוד לדין הינו המעשה, במובנו הרחב, המקיים את היסוד העובדתי, היסוד הנפשי והיסוד שלא-כדין של העבירה, ואין הכרח בקיום יסוד האשמה, כלומר בגדר האיסור נופלת גם הסתת קטינים מתחת לגיל האחריות הפלילית ולקויים בנפשם. היסוד הנפשי הדרוש הינו המחשבה הפלילית, על כל תת-צורותיה.¹⁰⁵ הערכים החברתיים המוגנים באמצעות ההסתה הינם שלום הציבור הפנימי, ובייחוד תחושת הביטחון בהניהול חיים חברתיים בשלום ושלווה, והערך המוגן על ידי העבירה-מושא הקריאה. החוק מבחין בין הסתה המוצלחת שגרמה לביצוע מעשה המנוגד לדין, שדינה כדין השידול [סעיף 111 (1)] לבין הסתה לא-מוצלחת, שדינה עד חמש שנות מאסר או קנס, ובלבד שהעונש לא יהיה חמור מעונש העבירה גופא [סעיף 111 (2)].

סעיף 130a לחוק הפלילי אוסר על הפצת כתב בפומבי שיש בו משום הדרכה למעשים שלא-כדין, המנויים בסעיף 126 (1) ושהם בעלי חומרה מיוחדת, ולפי תוכנו של הכתב הוא מיועד לקדם או לעורר נכונות של אחר לבצע מעשה כזה; העונש הינו מאסר עד שלוש שנים או מאסר [סעיף (1) 130a]. לפי סעיף קטן (2) צפוי לאותו עונש מי שמפיץ בפומבי כתב שיש בו משום הדרכה כאמור בסעיף קטן (1), או נותן הדרכה כאמור בפומבי או באסיפה, והכל במטרה לקדם או לעורר נכונותו של אחר לבצע מעשה כזה. מדובר כאן באיסור שבמתכונת קודמת שלו בוטל ושוב הוחייה. העבירה נתפשת כעבירת אקלים, כלומר החשש מפני יצירת אקלים רוחני ואווירה נוחה לביצוע מעשי פשע חמורים. על עבירה זו נמתחה בירות חריפה ואיסור נחשב כאות-מתה בחוק העונשין.



2. אוסטריה

§281. Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze

"Wer in einem Druckwerk, im Rundfunk oder sonst auf eine Weise, dass es einer breiten Oeffentlichkeit zugaenglich wird, zum allgemeinen Ungehorsam gegen ein Gesetz auffordert, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen."

§282. Aufforderung zu mit Strafe bedrohten Handlungen und Gutheissung mit Strafe bedrohter Handlungen

"(1) Wer in einem Druckwerk, im Rundfunk oder sonst auf eine Weise, dass es einer breiten Oeffentlichkeit zugaenglich wird, zu einer mit Strafe bedrohten Handlung auffordert, ist, wenn er nicht als an dieser Handlung Beteiligter (§12) mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen."

החוק הפלילי אוסר בסעיף 281 על קריאה לאי-ציות כללי נגד חוק, כלומר קריאה שלא לכבד חוק ספציפי באופן מקיף ויסודי, שדינה מאסר עד שנה, ובסעיף 282 (1) על קריאה למעשה פלילי, שדינה מאסר עד שנתיים. בשני האיסורים מדובר בקריאה באמצעות דבר דפוס, בתקשורת משודרת או בכל דרך אחרת הנגישה לציבור בלתי מוגדר ובלתי מסויים. ראוי לציין שהחוק האוסטרי הקודם (סעיף 65 סיפא) לא הבחין בין קריאה לאי-ציות לחוק לבין הקריאה למעשה פלילי. הקריאה לאי-ציות לחוק היתה רחבה יותר והקיפה גם פסיקה, החלטות וצווים של בתי משפט ורשויות ציבוריות אחרות, וכן קריאה להשתמטות מתשלום מסים ומקיום חובות למטרות ציבוריות. העונש היה גם חמור יותר – מאסר עד חמש שנים ולא פחות משנה.

3. שוויץ

259. Oeffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttaetigkeit

"1. Wer oeffentlich zu einem Verbrechen auffordert, wird mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder mit Gefaengnis bestraft."

2. Wer oeffentlich zu einem Vergehen mit Gewalttaetigkeit gegen Menschen oder Sachen auffordert, wird mit Gefaengnis oder mit Busse bestraft."

החוק הפלילי אוסר על הסתה, המתבטאת בקריאה בפומבי למעשה פשע, שדינה מאסר עד שלוש שנים [סעיף 259 (1)], ועל הסתה בפומבי למעשה עוון שעניינו אלימות כלפי אדם או נכס, שדינה מאסר עד שלוש שנים או קנס [סעיף 259 (2)]. משמעות הרכיבים של קריאה ושל מעשה פשע זהה לזו הקיימת במשפט הגרמני.

4. הולנד

החוק הפלילי אוסר בסעיף 131 על הסתה בפומבי, בעל פה או בכתב, למעשה פלילי או להתנהגות אלימה נגד רשות ציבורית, שדינה מאסר עד חמש שנים או קנס. כן אסורה, לפי סעיף 132, גם הצגה בפומבי של כתב או תמונה שיש בה הסתה כאמור, שדינה מאסר עד שלוש שנים או קנס. לפי סעיף 133, אסורה גם הצעה בפומבי, בעל פה או בכתב, של מידע, הזדמנות או אמצעים לעשיית מעשה פלילי.

5. שבדיה

Sec. 5. "A Person, who orally, before a crowd or congregation of people, or in a publication distributed or issued for distribution, or in other message to the public, urges or otherwise attempts to entice people to commit a criminal act, evade a civic duty, or disobey authority, shall be sentenced for inciting rebellion to pay a fine or to imprisonment for at most six months.

If the crime is considered grave because the offender tried to induce the commission of a serious crime or for other reasons, imprisonment for at most four years shall be imposed.

No responsibility shall be imposed where the crime is petty. In deciding whether the crime should be considered petty, special consideration shall be given to whether there was only insignificant danger that the urging or the attempt might be followed."



סעיף 5 לפרק 16 לחוק העונשין אוסר על קריאה לביצוע מעשה פלילי, להשתמטות מחובה אזרחית או לאי-ציות לרשות ציבורית. דרכי ההסתה מתבטאים בפרסום בעל פה בפני ציבור או קהל אנשים, בהפצת כתב, במסירת כתב המיועד להפצה או מסירתו בכל דרך אחרת לציבור. העונש הוא מאסר עד שישה חודשים או קנס.

דינה של הסתה בנסיבות מחמירות, לרבות הסתה לעבירה חמורה, מאסר עד ארבע שנים.

אין מטילים אחריות פלילית על זוטי דברים. לעניין זוטי דברים יש להתחשב במיוחד בכך, שהיתה רק סכנה לא משמעותית שההסתה תביא לביצוע המעשה הבלתי-חוקי. כלומר, יש כאן התנאה גמישה של הפליליות בקיום סכנה ממשית שההסתה תשפיע על המוסתים לפעול בניגוד לחוק.

6. נורבגיה

סעיף 140 לחוק העונשין אוסר על הסתה בפומבי לביצוע מעשה פלילי, שדינה מאסר עד שמונה שנים, ובלבד שלא יעלה על שני שליש העונש שבגין העבירה-מושא ההסתה.

7. יוון

חוק העונשין אוסר בסעיף 183 (1) על הסתה בפומבי לאי-ציות לחוקים, לתקנות או לצווים חוקיים של רשויות, ובסעיף 184 על הסתה בפומבי לביצוע מעשה פשע או עוון, שדין מאסר עד שלוש שנים. בנוסף לכך אוסר החוק בסעיף 192 על הסתה בפומבי לביצוע מעשה אלימות כלפי אדם או מדנים a la discorde שפגע בשלום הציבור; העונש הינו מאסר שנתיים, ובלבד והמעשה לא נופל בגדר איסור יותר חמור.

8. איטליה

Article 414. Instigation of Delinquency

"Whoever publicly instigates another to commit one or more offenses shall be punished, for the act of instigation alone:



(1) by imprisonment for from one to five years, in cases of instigation to commit crimes;

(2) by imprisonment of up to one year, or by a fine of 80.000 lire, in cases of instigation to commit misdemeanors.

In cases of instigation to commit one or more crimes and one or more misdemeanors, the punishment prescribed in subparagraph (1) shall be applied."

סעיף 414 לחוק העונשין אוסר על הסתה לביצוע פשע או עוון, שדינה מאסר עד חמש שנים, ועל הסתה לביצוע חטא, שדינה מאסר עד שנה או קנס. בנוסף לכך, אוסר סעיף 415 על הסתה לאי-ציות לחוקים שעניינם שמירת הסדר הציבורי או מניעת שנאה בין חלקים שונים של האוכלוסיה, שדינה מאסר שישה חודשים עד חמש שנים.

הוראות דומות מצויים גם בחוק העונשין של טורקיה (סעיף 312).

ב. איסורים על פרסום דברי שבח, תמיכה והזדהות עם מעשה פלילי שבוצע

1. גרמניה

140. Belohnung und Billigung von Straftaten

"Wer eine der in §138 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 und in §126 Abs. 1 genannten rechtswidrigen Taten, nachdem sie begangen oder in strafbarer Weise versucht worden ist,

1. belohnt oder

2. in einer Weise, die geeignet ist, den oeffentlichen Frieden zu stoeren, oeffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§11 Abs. 3) billigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft."

140. Rewarding and approving criminal activity

"Whoever

1. rewards, or



2. publicly, in a meeting or by distribution of writings (§11 (3)), in a manner likely to disturb the public peace, approves of one of the wrongdoing acts mentioned in §138 (1) number 1 to 5 and in §126 (1), after they had been committed or after criminally punishable attempts to commit them had been made, shall be punished by up to three years imprisonment or by fine."

סעיף 140 לחוק העונשין אוסר מתן טובת-הנאה על מעשה שלא-כדין (המפורט בסעיף) שבוצע או שנעשה ניסיון עניש לבצעו. כן נאסר גם ביטוי בזכותו של מעשה כזה, בפומבי, באסיפה או בהפצת פרסום באופן שיש בו כדי לפגוע בשלום הציבור; העונש הינו מאסר עד שלוש שנים או קנס. מעשה שלא-כדין משמעו, במובן הרחב, מעשה שקיים את היסוד העובדתי, היסוד הנפשי והיסוד שלא-כדין של העבירה, ואין הכרח בקיום יסוד האשמה; כלומר מתן טובת-הנאה או פרסום דברי שבח בזכות מעשה חמור שבוצע על ידי קטין או חולה נפש נופלים בגדר האיסור. הרציונל העומד ביסוד האיסור הוא מניעת השפעתם של ביטויים כאלה, לאו דווקא ההשפעה הישירה, אלא גם ההשפעה העקיפה והרחוקה יותר, המתבטאת ביצירת אקלים רוחני ותשתית נוחה לביצוע מעשי פשע חמורים. ההגנה היא על המחוייבות הכללית לסדר החברתי-משפטי ועל ערכי היסוד של החברה. מטרת האיסור נעוצה בשמירה על שלום הציבור, ומעל לכל על תחושת הביטחון של הציבור. האיסור לא דורש סכנה מוחשית שמעשה פשע יבוצע, ודי בכך שלאור הנסיבות יש בפרסום כדי לזעזע את אימון הציבור בביטחון המשפטי או ליצור אווירה רוחנית ותשתית נוחה לביצוע מעשי פשע.

2. אוסטרִיה

282. Aufforderung zu mit Strafe bedrohten Handlungen und Gutheissung mit Strafe bedrohter Handlungen

"(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer auf die im Abs. 1 bezeichnete Weise eine vorsätzlich begangene, mit einer ein Jahr uebersteigenden Freiheitsstrafe bedrohte Handlung in einer Art gutheisst, die geeignet ist, das



allgemeine Rechtsempfinden zu emporen oder zur Begehung einer solchen Handlung aufzureizen."

סעיף 282 (2) לחוק העונשין אוסר על פרסום בפומבי בזכות מעשה פלילי שבוצע במחשבה פלילית ושעונשו עולה על שנת מאסר אחת, שיש בו כדי לקומם את התחושה המשפטית הכללית או להסית לעשיית מעשה כזה. מעשה פלילי הינו המעשה, במובנו הרחב, שקיים את היסוד העובדתי, היסוד הנפשי והיסוד שלא-כדין, ואין הכרח בקיום יסוד האשמה; כלומר פרסום דברי שבח בזכות מעשה פלילי שבוצע על ידי קטין, שלא נושא באחריות פלילית מחמת קטינותו, או חולה נפש, נופל בגדר האיסור. הפרסום מתבטא בהפצת דבר דפוס, בתקשורת משודרת או בכל דרך אחרת, הנגישה לציבוריות רחבה.

3. איטליה

Article 414. Instigation of delinquency.

"Anyone who publicly advocates or defends one or more crimes shall also be subject to the punishment prescribed in subparagraph (1)."

סעיף 414 סיפא לחוק העונשין אוסר על פרסום בפומבי של דברי תמיכה או הגנה בזכות עבירה פלילית שבוצעה, שדינה מאסר שנה עד חמש שנים. איסורים דומים מצויים בחוק העונשין של נורבגיה (סעיף 140), של טורקיה (סעיף 312) ושל יוון (סעיף 185).



עמוד ריק



נספח 2: החוק המצוי

1. סעיף 34 לחוק העונשין תשל"ז-1977, ניסיון של שידול לדבר עבירה (הסעיף הישן).

המנסה לשדל או להסית את חברו לעשות, בישראל או מחוצה לה, מעשה או מחדל שאילו נעשו היתה זאת עבירה לפי דיני ישראל או לפי דיני מקום המעשה – דינו כאילו הוא עצמו ניסה לעשות אותם בישראל; אלא שאם עמדו להיעשות במקום שמחוץ לישראל.

2. סעיף 30 לחוק העונשין תשל"ז-1977 [תיקון מס' 39], השידול. המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה.

3. סעיפים 133 ואילך לחוק העונשין תשל"ז, עבירות ההמרדה.

פרק ח': פגיעות בסדרי המשטר והחברה

סימן א': המרדה

133. מעשי המרדה

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

134. פרסומי המרדה

(א) המפרסם, מדפיס, או משעתק פרסום ויש בו כדי להמריד, דינו – מאסר חמש שנים והפרסום יחולט.

(ב) המייבא פרסום שיש בו כדי להמריד, דינו – מאסר חמש שנים והפרסום יחולט, זולת אם לא היה לו יסוד להניח שיש בפרסום כדי להמריד.

(ג) המחזיק, ללא הצדק בדין, פרסום שיש בו כדי להמריד, דינו – מאסר שנה אחת והפרסום יחולט.



135. סייגים לאישום ולהרשעה

(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.

136. המרדה – מהי

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 יושבי הארץ;

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

137. טענת אמת אינה הגנה

באישום לפי סעיפים 133 או 134 לא תהא הגנה שהפרסום שיש בו לפי הטענה כדי להמריד הוא אמת.

138. ביקורת ותעמולה חוקית

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 שיסודו בדין;

(4) להוקיע, מתוך מגמה לסלק, דברים המעוררים או העלולים לעורר מדנים או רגשי עוינות בין חלקים שונים של האוכלוסין.

139. הגנה בפרסומיו של שלוח

באישום על פרסום שפרסם שלוח שיש בו לפי הטענה כדי להמריד, תהא זו הגנה טובה לשולח שהפרסום נעשה בלא רשותו, הסכמתו או ידיעתו ולא מהעדר תשומת לב ראויה או זהירות שלו, וכי עשה כל שביכלתו לעזור לגילוי זהותם של האחראים לעשייתו ולפרסומו.



עמוד ריק



נספח 3: הצעה לחקיקה

סימן א'2 - הסתה.

1144. הסתה

(א) העושה אחת מאלה, דינו – מאסר חמש שנים (עד חמש שנים ולא פחות משנה):

(1) המפרסם בפומבי קריאה, בין שהיא מפורשת ובין שהיא משתמעת, לעשיית מעשה פשע או אלימות;

(2) המפרסם בפומבי דברים שיש בהם הפעלת מרות, סמכות או השפעה מיוחדת לעשיית מעשה פשע או אלימות;

(3) המפרסם בפומבי דברים העלולים, בנסיבות העניין, להביא לעשיית מעשה פשע או אלימות, [המפרסם דברי עידוד או שכנוע לעשיית מעשה פשע או אלימות] במטרה שתיעבר עבירה כאמור [במטרה להביא אדם להחלטה לעבור עבירה כאמור] ואולם, העונש לא יעלה על העונש הקבוע בחוק לפשע או לאלימות.

(ב) נעברה העבירה עקב הקריאה או הדברים, יהיה המפרסם צפוי לעונש הקבוע בחוק לעבירה.

(ג) בסעיף זה –

”מעשה אלימות” – בגוף או ברכוש [או רק בגוף].

”בפומבי” – בצורה שהפרסום עלול להיקלט על יד כל אדם או קבוצה בלתי מסויימת ובלתי מוגדרת, לרבות באמצעי התקשורת האלקטרונית או הכתובה.

144. הסתה עקיפה

המפרסם בפומבי דברי שבח, הזדהות או תמיכה במעשה פשע שבוצע כלפי אדם שקבוע לו בחוק עונש של שבע שנות מאסר לפחות, דינו – מאסר שנתיים.



144.ת. פרסום מותר

(א) פרסום דין וחשבון נכון והוגן על מעשה של הסתה כאמור בסעיפים 144ו' או 144ז', לא יראוהו כעבירה לפי סעיפים אלה, ובלבד שאין בפרסום הזדהות עם המעשה.

(ב) פרסום ביקורת מקובלת במשטר דמוקרטי על המצב המשפטי הנהוג הנופל באורח פורמלי בגדר סעיפים 144ו' או 144ז', לא יראוהו כעבירה לפי סעיפים אלה.

144.ט. הגשת אישום

לא יוגש כתב אישום לפי סימן זה אלא בהסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה.

144.י. חילוט

פרסום אסור לפי סימן זה והכלים או המכשירים ששימשו להכנתו – יחולטו.

144.יא. הוראת שעה

הוראות סימן זה יעמדו בתוקף עד ...

144.יב. הגדרה

"בפומבי" – בצורה שהפרסום עלול להיקלט על יד כל אדם או קבוצה בלתי מסוימת ובלתי מוגדרת, לרבות באמצעי התקשורת האלקטרונית או הכתובה.



הערות

1. ע"פ 243/93 מ"י נ' כהנא, פ"ד של בית המשפט המחוזי בירושלים, ניתן ביום 1996. 9. 24. (טרם פורסם), עמ' 9.
2. ראו בג"צ 309/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255 (313); ע"פ 2831/95 אלבה נ' מ"י, ניתן ביום 24.9.1996 (טרם פורסם), עמ' 10; עניין כהנא, הערה 1, עמ' 13-14; דברי ההסבר להצעת החוק (ה"ח 1728 מיום 17.4.85) עמ' 195-196.
3. ראו סעיפים 144א-144 לחוק העונשין.
4. ראו סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע.
5. ראו עניין אלבה, הערה 2, עמ' 10; עניין כהנא, הערה 1, עמ' 8.
6. ראו פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך א' (ירושלים, 1984), פסקות 54-59.
7. ראו סעיף 138 (2).
8. ראו סעיף 138 (4).
9. ראו קרפ, "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות אדם: קונסטרוקציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט מב, 64, 67-79; Jescheck/Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., (Berlin, 1996), 2-3; Roxin, "Sinn und Zweck der Strafe," **JuS** 1966, 377 = **Strafrechtliche Grundlagenprobleme**, (Berlin, 1973), 12-16.
10. על התפישה שהאיסור הפלילי מהווה כבר פגיעה בחירויות הפרט, ראו Kissel, **Aufrufe zum Ungehorsam und §111**, (Berlin, 1996), at 57-63 and passim.
11. ראו פלר, הערה 6, פסקות 19-6; לוי ולדרמן, עיקרים באחריות פלילית, (תל-אביב, 1981), עמ' 60, 62-87; ביין, "חוק-היסוד והעבירות הספציפיות," מחקרי משפט יג (1996), 251 (256). Jescheck/Weigend, **supra note 9**, 128-133; Roxin, **Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I**, 2. Aufl., (Muenchen, 1994), 91-125 במקרה והטעות בהבנת האיסור הינה בלתי נמנעת באורח סביר לא תוטל אחריות פלילית. כאשר טעויות מסוג זה הן כמעט מוזמנות כתוצאה מהכשל בהגדרה, עלול הדבר לשים לאל את האיסור.



12. טלו למשל המקרה בע"פ 1448/91 **ענבתאוי נ' מ"י, תקדין-עליון** 1991, כרך 91 (3), עמ' 2396.
13. לחילוקי הדעות ראו עניין **כהנא, הערה 1**, עמ' 19-7; קדמי, **על הדין בפלילים**, חלק ג (תל-אביב, 1995), עמ' 1121-1120; ראו גם ת. פ. 3795/95 **מ"י נ' בלחסן, פ"ד** של בית משפט השלום בירושלים, עמ' 23, ניתן ביום 1.9.96 (טרם פורסם); קדמי, עמ' 1121-1119.
14. ראו ברק, "הקונסטיטוציונלזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", **מחקרי משפט** יג (1996) 5 (17-18); בייך, **הערה 11**, עמ' 256; קרפ, **הערה 9**, עמ' 84-86, 98-100, **Garibaldi "General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality," 17 Harv. Int. L. J. 503 (1976)**; ראו גם סעיף 103 (2) לחוק היסוד הגרמני וכן ראו **Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II**, 12. Aufl. (Heidelberg, 1996), para 1171; על עקרון החוקיות ועקרון הבהירות בכלל ועל חוקתיות העקרונות ראו **Troendle, Strafgesetzbuch und Nebengesetzen**, 48. Aufl. (Muenchen, 1997), 1; Eser in **Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch – Kommentar**, 25. Aufl., (Muenchen, 1997), 1; Krey, "Parallelaeteten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und oeffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt," in **Festschrift fuer Blau**, (Berlin, 1985), 123; Sax, "Grundsaeetze der Strafrechtspflege," in **Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 3. Band**, 2. Halbband (Berlin, 1959), 909 (998-999); Gruenwald, "Bedeutung und Begrueundung des Satzes < nulla poena sine lege >," **ZStW** 76 (1964), 1; **BVerfGE** 25, 269; **BVerfG NJW** 1986, 1671; **BverfG NJW** 1987, 44.
15. ראו בג"צ 588/94 **שלנגר נ' היוה"מ, פ"ד** מח (3) 40; בג"צ 292/86 **העצני ואח' נ' מ"י ואח'**, **פ"ד** מב (4) 406; זמיר "חרות הביטוי כנגד לשון הרע ואלימות מילולית," **ספר זוסמן** (ירושלים, תשמ"ד), 149 (155-156).
16. על הנחיית היוה"מ ראו סגל, **חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות**, (תל-אביב, 1996), עמ' 37-38. לאפשרות ההעמדה לדין בגין דווח על מעשה הסתה שאין בה הזדהות, ראו בג"צ 243/82 **זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד** לו (1) 757; עניין **כהנא, הערה 2**; סגל, עמ' 37-38; **Jersild v. Denmark**, Eur. Court

- H.R.; 1994, Series A, No. 298 (1995) 19 **E.H.R.R** 1; Hanack, in **StGB, Leipziger Kommentar – Grosskommentar**, Jaehnke/Laufhuette/Odersky (Hrsg.) 11. Aufl. (Berlin, 1995), §140 para 24, 35-37; Cramer, in Schoenke/Schroeder, **Strafgesetzbuch – Kommentar**, 25. Aufl. (Muenchen, 1997), §140 para 5; Rudolphi, "Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus," **ZRP** 1979, 214 (220).
- Gruenwald, Billigung von Straftaten (140 StGB) – "Der **ראו** 17 Prozess um das Buch >Wie alles anfang> von Micheal < Bummi> Baumann," in Luederssen/Sack (Hrsg), **Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften fuer das Strafrecht**, Bd 2, (Frankfurt, 1980), 489 (502-503).
18. סגל, **הערה 16**, עמ' 35.
19. סגל, **הערה 16**, עמ' 59, שם **הערה 3**, עמ' 187-193;
20. סגל, **הערה 16**, עמ' 189.
21. Denckner, "Das <Gesetz zur Bekaempfung des **ראו** Terrorismus>," **StV** 1987, 117 (120); Kissel, **supra note 10**, 57-63
22. Eser, in Schoenke/Schroeder, **supra note 14**, 1 para 17-**ראו** 18 and passim; Gruenwald, **supra note 14**, 13-16
23. **ראו** סעיפים 146, 166, 289.
24. **ראו** פלר, **יסודות ביניי עונשין, כרך ב'**, (ירושלים, 1987), פסקות 14, 356-357.
25. **ראו** – von Bubnoff, in **StGB, Leipziger Kommentar – Grosskommentar**, Jaehnke/Laufhutte/Odersky (Hrsg.) 11. Aufl. (Berlin, 1993), 111 para 13-13c
26. Jeschch/Weigend, **supra**; 367, 295 פסקה **24**, **הערה 24**, פסקה **24**, **note 9**, 688; Roxin, in **Leipziger Kommentar zum StGB**, 11. Aufl., (Berlin, 1993), 26 para 55-57; Rogall, "Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten," **GA** 1979, 11 (12-14); Stratenwerth, **Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II**, 4. Aufl., (Bern, 1995), 156-157; Fabrizio, in **Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Wien, 1992), 12 para 46; Koegler, "Die Angriffe gegen die oeffentliche Gewalt,"



- in **Materialien zur Strafrechtsreform – Rechtsvergleichende Arbeiten, Band 2**, (Bonn, 1955), 67
 Dreher, "Der Paragraph mit dem Januskopf," in **Festschrift fuer Gallas**, (Berlin, 1973), 307 (321-323); Troendle, **supra note 14**, 26 para 3; Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Williams, גם ראו; Aufl. (Berlin, 1993), 22. Abschn. para 28
Textbook of Criminal Law, second ed. (London, 1983), 335
 על עבירת ה-Incitement.
- Jescheck/Weigend, **supra** גם ראו; פסקה 299; **הערה 24**, פסקה 299; **note 9**, 655-656, 684-686; Maurach/Goessel/Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2 Tb, 7. Aufl., (Heidelberg, 1989), 50
 .para57
- Trechsel, ; פסקה 299; **הערה 24**, פסקה 299; **Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar**,
 גם ערך חברתי נוסף, שהינו האינטרס הציבורי שכל פרט יימנע מביצוע עבירות ויהיה מוגן מפני השפעות שעלולות להביאו לעולם הפשע, כלומר הסיבה לאיסור מעשה השידול מתבטאת גם באיסור הבאת האחר לידי ביצוע עבירות (Schuldteilnahmetheorie).
 סברה זו רלוונטית רק לשאלה, אם העבירה מושא השידול צריכה להיות גם בת-אשמה. שאלה זו אינה מעניינת אותנו כאן, ולעניינו חשובה רק הקביעה שהערך החברתי, היחיד או הדומיננטי, המוגן על ידי השידול הינו הערך החברתי המוגן על ידי העבירה, מושא השידול.
- Dreher, **supra note 27**, 312-313; Rogall, **supra note 26**, 12-14, 16-17 .30
- ראו בהמשך על סייג החרטה, עמ' 30. .31
- Schroeder, **Die Straftaten gegen das Strafrecht**, (Berlin, 1985), 11, 13-14; Maurach/Schroeder/Maiwald, **Strafrecht Besonderer Teil Teilband 2**, 7. Auflage, (Heidelbeg, 1991), Plate, "Zur Strafbarkeit des agent גם ראו; 93 para 1
 provocateur," **ZStW** 84 (1972), 294 (303)
- von Bubnoff, **supra note 25**, 111 para 5; Samson, "Die גם ראו
 oeffentliche Aufforderung zur Fahnenflucht an Natosoldaten," **JZ** 1969, 259; Rogal, **supra note 26**, 18; Trechsel, **supra note 29**, Art. 259 para 1; Steininger, in



Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, (Foregger/Nowakowski Hrsg.) 33. Lieferung, (Wien, 1988), Vorbem. 274ff para 1-8, 282 para 1-2; Leukauf-Steininger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 2. Aufl., (Eisenstadt, 1979), Vor. 274ff para 1; Stratenwerth, **supra note 26**, 151; Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1962 (mit Begründung), 464 Fincke, **Das Verhaeltnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts**, (Berlin, 1975), 76-81 הגורס ששלוש הציבור הינו הערך החברתי היחיד המוגן באמצעות העבירה. וכן ראו **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd II**, 25. Lieferung, 4. Aufl., (Frankfurt, 1989), 111 para 1, 9b הינו הערך החברתי המוגן של העבירה, מושא ההדחה; גישה זו אינה עקבית ודוגמטית, הואיל והיא הופכת את ההדחה בפומבי לצורה של השידול; ראו **Kissel, supra note 10**, 144-145; 259-260.

34. ראו גם **Hanack, supra note 16**, 140 para 10.
35. ראו סעיף 111 לחוק העונשין הגרמני, סעיף 282 (1) לחוק העונשין האוסטרי, סעיף 259 לחוק העונשין השוויצרי, סעיף 131 לחוק העונשין של הולנד, סעיף 5 לפרק 16 לחוק העונשין השבדי, סעיף 140 לחוק העונשין של נורבגיה, סעיף 184 לחוק העונשין של יוון, סעיף 414 לחוק העונשין של איטליה וסעיף 8 (1) לפרק 16 לחוק העונשין של פינלנד.
36. למשמעות הצרה והיום-יומית של המונח 'הסתה' ראו קדמי, **על הדין בפלילים**, חלק שלישי, 1995.
37. ראו **Hanack, supra note 16**, §111 para 8-9; **Kissel, supra note 10**, 150-153.
38. **מסכת אבות**, א"י-א.
39. ציטוט מ-**דין-וחשבון, ועדת חקירה לעניין רצח ראש הממשלה מר יצחק רבין ז"ל**, ירושלים, 1996, עמ' 89.
40. ראו אמצעי השידול המופיעים בסעיף 30 לחוק העונשין.
41. ראו את אמירת רוצחו של רה"מ רבין ז"ל, ב-**דין-וחשבון, הערה 39**, עמ' 89, "אם לא היה לי גב ולא היו עומדים מאחורי אנשים רבים נוספים, לא הייתי פועל".
42. על חוקתיות עבירות ההסתה, התיישבותן עם חופש הביטוי ומבחן ההסתברות, ראו פרק 5.



43. ראו סעיף 111 לחוק העונשין הגרמני המסתפק בעבירה פלילית כלשהי כנסיבה של עבירת ההסתה.
44. ראו Jakobs, "Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung," in **ZStW** 97 (1985) 751.
45. ראו קרמניצר, "סוגיות בדין הניסיון הפלילי מנקודת-ראות השוואתית," **עיוני משפט יב** (1987), 393 (400-401); Eser, in: Schoenke/Schroeder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 25. Aufl., (Muenchen, 1997), 22 para 78-79; Jescheck/Weigend, **supra note 9**, 532-533.
46. ראו סעיף 34 המגדיר את הסייג של העדר שליטה.
47. Maurach/Schroeder/Maiwald, **supra note 32**, 93 para 9.
48. Dreher, **supra note 27**, 313.
49. von Bubnoff, **supra note 25**, 111 para 31.
50. ראו סעיף 281 לחוק העונשין האוסטרי, סעיף 5 לפרק 16 לחוק העונשין השבדי, סעיף 183 לחוק העונשין של יוון וסעיף 8 (2) לפרק 16 לחוק העונשין של פינלנד.
51. ראו Baumann/Frosch, "Der Entwurf des 3. Strafrechtsreformgesetzes," **JZ** 1970, 113 (116); קרפ, **הערה 9**, עמ' 109.
52. ראו סעיף 116 לחוק העבירות המינהליות הגרמני (Ordnungswidrigkeitengesetz).
53. ראוי לציין גם שקיימים מקרים בהם ההסתה לא-ציוות לחוקים, פקודות או צווים מתרחשת בנסיבות של מרי אזרחי. טלו, למשל, המקרה שבו אישי ציבור ערבים קוראים לבני המיעוט הערבי שלא לשלם מיסים למדינה כדי ללחוץ על הממשלה ושר האוצר ולא לצם להקצות תקציבים לרשויות השלטון הערביות באותה מידה כפי שהם מקצים לרשויות השלטון היהודיות. במקרה כזה הקוראים למרי אזרחי אינם מטילים ספק בלגיטימיות של השלטון שהם מוחים נגדו. הם מנסים להביא לקיום זכותם כאזרחים שווים וכבעלי זכויות שוות; ראו מרמור, "על גבולות הדמוקרטיה: תורת המדינה בעקבות רצח רבין," **ספר השנה של המשפט בישראל** תשנ"ו (תל-אביב, 1995), 1 (18). אם מרי אזרחי מהווה סייג של הצדקה-בדין או של סליחה-בדין אינו מעניינו כאן.
54. ראו סעיף 140 לחוק העונשין הגרמני, סעיף 282 (2) לחוק העונשין האוסטרי וסעיף 414 סיפא לחוק העונשין האיטלקי.

55. סעיף 4 לפקודת מניעת טרור: "אדם - (א) המפרסם, בכתב או בעל פה, דברי שבח, אהדה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיומים במעשי אלימות כאלה; או ייאשם בעבירה, ובצאתו חייב בדין, יהא צפוי לעונש מאסר עד שלוש שנים או לקנס עד 1000 לירות או לשני העונשים גם יחד."
56. ראו גם סעיף 414 לחוק העונשין האיטלקי המתייחס לפרסום דברי תמיכה או הגנה בזכות עבירה פלילית שבוצעה כהסתה לביצוע עבירה דומה.
57. **BGH MDR** 1979, 509; **BGH NJW** 1978, 58; **BGH St** 28, 312 (314); Cramer, **supra note 16**, §140 para 1; Lackner, **Strafgesetzbuch**, 21 Auflage, (Muenchen, 1995), 140 para 1; Hanack, **supra note 16**, §140 para 1; Rudolphi, in **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd II**, 32. Lieferung, 5. Aufl., (Frankfurt, 1994), §140 para 2; Ebert, "Zum Bedeutungswandel der Billigung begangener Straftaten," in **Festschrift fuer Spendel**, (Berlin, 1992), 115 (118); ראו גם עניין **אלבה, הערה 2**, עמ' 64.
58. השוו **Jakobs, supra note 44, ZStW** 97 (1985) 751 (779).
59. ראו **Hanack, supra note 16**, §140 para 1a.
60. **BGH St**22, 285; Hanack, **supra note 16**, §140 para 1-1a; השוו Rudolphi, "Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafschutzes im Kampf gegen den Terrorismus," **ZRP** 1979, 214 (219).
61. Schroeder, **Die Straftaten gegen das Strafrecht**, (Berlin, 1985), 7-8, 10-15.
62. ראו **Jakobs, supra note 44**.
63. Hanack, **supra note 16**, §140 para 4.
64. Hanack, **supra note 16**, §140 para 5, 7-8; Maurach/Schroeder/Maiwald, **supra note 32**, §93 para 22.
65. ראו **הערה 16**.
66. Hanack, **supra note 16**, §140 para 14a; Jescheck/Weigend, ראו **supra note 9**, 251-253; ראו גם פלר, **הערה 6**, פסקות 92-93; פלר, **הערה 24**, 739-742, הגורס שמקרים אלו נופלים בגדר הסייג של *de minimis*.



67. על משמעות שלום הציבור הפנימי, היינו שלומה של החברה הישראלית ראו עמ' 32-34.
68. Hanack, **supra note 16**, §140 para 10; Laufhuetten, "Das vierzehnte Strafrechtsaenderungsgesetz," **MDR** 1976, 441 (445). יצויין שפרסום דברי שבח בזכות פשע שבוצע בחו"ל עשוי ליפול בגדר העבירה של פגיעה ביחסי חוץ.
69. ראו גם זמיר, **הערה 15**, 156.
70. ראו סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו....."
71. על תופעת ההסתה והאלימות לפני רצח רבין ואחריו, ראו בן-סימון, **ארץ אחרת** (תל-אביב, 1997), 38-104; Kapeliuk, **Rabin: ein politischer Mord – Nationalismus und rechte Gewalt in Israel**, (Heidelberg, 1997), הספר הופיע גם בצרפתית תחת הכותר **Rabin – Un assassinat politique bei le Monde Editions** (Paris, 1996).
72. ראו Denninger, in **Kommentar zum Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentar**, (Neuwied, 1984), Vor Art. 1 para 12-13; Jaeger, "Strafgesetzgebung als Prozess," in **Festschrift fuer Klug I**, (Koeln, 1983), 83 (91-96).
73. השוו Amelung, **Rechtsgueterschutz und Schutz der Gesellschaft**, (Frankfurt, 1972), 326-329; Hesse, **Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 8. Aufl., 1975, 29; von Muench, **Grundgesetz Kommentar, Band 1**, 2. Aufl., (Muenchen, 1981), Vorb. Art. 1-9, para 51.
74. ראו בג"צ 73/53 **קול העם נ' שר הפנים, פ"ד** ז 871 (876-879); עניין **כהנא, הערה 2**, עמ' 255; ע"פ 255/68 **מ"י נ' בן משה, פ"ד** כב (2) 427; להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון," **הפרקליט** ז (1976-77), 376 (378); רובינשטיין ומדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, מהדורה חמישית, 1996, עמ' 999-1002; סגל, **הערה 16**, 15-19; Lingens v. Austria, Eur. Court H.R., 1986, Serie A Nr. 103, EuGRZ 1986, 428 = 8. **E.H.R.R.** 406; Maunz-Duerig-Herzog, **Grundgesetzkommentar**, (Muenchen, 1993), Art. 5 para 3-5, 55e; Schmitt-Jorzig, **Handbuch des Staatsrechts VI**, (Heidelberg, 1989), 141 para; **BVerfGE 7**, 198; **BVerfGE 42**, 133; **BVerfGE 50**, 234.



75. עניין קול העם, הערה 74, עמ' 879; רובינשטיין ומדינה, הערה 74, עמ' 1003; *Whitney v. California* 47 S. Ct. Rep. 641 (647); (1927); BVerfGE 7, 198
76. עניין קול העם, הערה 74, עמ' 881; בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421 (434).
77. *Dennis v. U.S.* 341 U.S. 494 (1951)
78. ראו *Schenck v. U.S.* 39 S. Ct. Rep. 247 (1919); *Abrams et al. v. U.S.* 40 S. Ct. Rep. 17 (1919); *Whitney v. California, supra note 77*; ; *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969); Mendelson, "Clear and Present Danger – From Schenck to Dennis," 52 *Col. L. Rev.* (1952) 330-403 עמ' 391.
79. אם ראוי לאמץ מבחן זה בהחלטות מינהליות אינו מענייננו כאן; לסוגיה זו ראו עניין קול העם, הערה 74, עמ' 885-886; עניין כהנא, הערה 1, עמ' 23-30.
80. ראו ברק, "חופש הביטוי ומגבלותיו," הפרקליט תשנ"ג, 5 (14-15); רובינשטיין ומדינה, הערה 74, עמ' 1003-1010; אבנר ברק "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי," עיוני משפט (תשמ"ט), 371 והאסמכתאות שם.
81. ראו ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' מ"י, פ"ד יז (1) 169; ע"פ 696/81 אזולאי נ' מ"י, פ"ד לז (2) 565.
82. ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464.
83. עניין קול העם, הערה 74, עמ' 882.
84. בג"צ 644/81 עומר אינטרנשיונל אינק., ניו-יורק נ' שר הפנים, פ"ד לו (1) 227.
85. ראו רובינשטיין ומדינה, הערה 74, עמ' 1021.
86. ראו עניין דיסנצ'יק, הערה 81, עמ' 177 ואילך.
87. ראו זמיר, הערה 15, עמ' 158.
88. עניין קול העם, הערה 74, עמ' 884 ואילך; ראו גם אבנר ברק, הערה 80, שמתחו ביקורת על אי-הדיוק והטשטוש בין שני המבחנים שנעשה ע"י השופטים; להבחנה בין the probable test לבין the clear and present test ראו גם עניין *Dennis* ועניין *Schenck*. וכן להב, הערה 74, עמ' 420 הגורסת ש"ההבדל בין מבחן הסכנה הברורה והמיידית לבין מבחן הוודאות הקרובה אינו גדול, וכי למעשה מוטב לראותם כנוסחות שונות של מבחן אחד."



89. ראו עניין **אלבה**, הערה 2.
90. על האיזון בין האינטרסים המתחרים ותוכנה של פיסקת ההגבלה, ראו גם Pieroth/Schlink, **supra note 14**, para 300-323, 341-365.
91. ראו עניין **קול העם**, הערה 74, עמ' 884.
92. ראו עניין **Schenck**, הערה 78, עמ' 249. ראו גם עניין **Abrams**, הערה 78, ועניין **Whitney**, הערה 75.
93. בית המשפט קבע ב-BVerfGE 33, 71: "Andererseits ist auch die Kunstfreiheitsgarantie nicht schrankenlos gewährleistet. Ihre Grenzen duerfen jedoch nur von der Verfassung selbst, d. h. durch andere oberste Grundwerte der Verfassung gezogen werden. Das Schutzgut, das bei der Einfuhr eines in dem dargelegten Sinne verfassungsfeindlichen Films der Kunstfreiheitsgarantie gegenueberstehen koennen, ist besonders der Bestand der Bundesrepublik Deutschland und ihrer freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Der Rang dieses Schutzgutes kann die Kunstfreiheitsgarantie dann zuruecktreten lassen, wenn durch die Wirkung eines solchen Films auf den verstaendigen Durchschnittsbetrachter eine unmittelbare und gegenwaertige Gefahr fuer den Bestand der Bundesrepublik und ihrer Grundordnung herbeigefuehrt wird."
94. ראו Hailbronner, "Der <clear and present danger test> und verfassungsfeindliche Betaetigung in der neueren Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten," **JOeR** 22, 579 (581); לעניין ההגבלה על חופש האומנות לפי המשפט הגרמני ראו Pieroth/Schlink, **supra note 14**, para 690-693.
95. ראו עניין **קול העם**, הערה 74, עמ' 890-891: "המבחן של "ודאות קרובה"אינו מחייב ... שהסכנה לשלום הציבור עלולה לבוא זמן קצר לאחר שנתפרסמו הדברים בעתון הנדון. קביעת "הקרוב לודאי" במובן של probability אין פירושו, בהכרח, קביעת קרבת הסכנה מבחינת הזמן, כלומר במובן של proximity."
96. ראו עניין **Brandenburg**, הערה 78, עמ' 447.
97. ראו עניין **קול העם**, הערה 74.
98. להב, הערה 74, עמ' 394.
99. ראו עניין **דיסנצ'יק**, הערה 81, עמ' 181.

100. עניין **זכרוני, הערה 16**, עמ' 780-782.
101. ראו זמיר, **הערה 15**, עמ' 158.
102. סגל, **הערה 16**, עמ' 36-37.
103. זמיר, **הערה 15**, עמ' 158.
104. ת. פ. 72/51 **היוה"מ נ' רידר ואח'**, פ"ד של בית המשפט המחוזי של ירושלים, פסקים ה 406 (411).
105. המחשבה הפלילית במשפט הגרמני הינה צרה ממקבילתה הישראלית. ראו קרמניצר, "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני", **גבורות לשמעון אגרנט**, (ירושלים, 1987), 325 (341-347).



עמוד ריק



ביבליוגרפיה

א. פסיקה ישראלית

- ע"פ 696/81 אזולאי נ' מ"י, פ"ד לו (2) 565.
- ע"פ 2831/95 אלבה נ' מ"י, ניתן ביום 24.9.1996 (טרם פורסם).
- ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' מ"י, פ"ד יז (1) 169.
- ת.פ. 72/51 היוה"מ נ' ריזר ואח', פ"ד של בית המשפט המחוזי בירושלים, פסקים ה 406.
- בג"צ 292/86 העצני ואח' נ' מ"י ואח', פ"ד מב (4) 406.
- בג"צ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לו (1) 757.
- ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464.
- בג"צ 309/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255.
- בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421.
- ת.פ. 3795/95 מ"י נ' בלחסן, פ"ד של בית משפט השלום בירושלים, ניתן ביום 1.9.1996 (טרם פורסם).
- ע"פ 255/68 מ"י נ' בן משה, פ"ד כב (2) 427.
- ע"פ 243/93 מ"י נ' כהנא, פ"ד של בית המשפט המחוזי בירושלים, ניתן ביום 24.9.1996 (טרם פורסם).
- בג"צ 644/81 עומר אינטרנשיונל אינק., ניו-יורק נ' שר הפנים, פ"ד לו (1) 227.
- ע"פ 1448/91 ענבתאוי נ' מ"י, תקדין-עליון 1991, כרד 91 (3) 2396.
- בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.
- בג"צ 588/94 שלנגר נ' היוה"מ, פ"ד מח (3) 40.



ב. חיבורים בעברית

- ביין, ד., "חוק-היסוד והעבירות הפליליות," **מחקרי משפט יג**, תשנ"ו, 152.
- ברק, אבנר, "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי," **עיוני משפט**, תשמ"ט, 371.
- ברק, אהרון, "חופש הביטוי ומגבלותיו," **הפרקליט**, תשנ"ג, 5.
- ברק, אהרון, "קונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)," **מחקרי משפט יג**, תשנ"ו, 5.
- זמיר, י., "חרות הביטוי כנגד לשון הרע ואלימות מילולית," **ספר זוסמן**, תשמ"ד, 149.
- להב, פ., "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון," **הפרקליט**, 376 ז.
- לוי, י. וא. לדרמן, **עיקרים באחריות פלילית**, תל-אביב, 1981.
- מרמור, א., "על גבולות הדמוקרטיה: תורת המדינה בעקבות רצח רבין," **ספר השנה של המשפט בישראל**, תל-אביב, 1995, 1 (18).
- סגל, זאב, **חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות**, תל-אביב, 1996.
- פלר, ש"ז., **יסודות בדיני עונשין**, כרך א', ירושלים, 1984.
- פלר, ש"ז., **יסודות בדיני עונשין**, כרך ב', ירושלים, 1987.
- קדמי, י., **על הדין בפלילים**, חלק ג, תל-אביב, 1995.
- קרמניצר, מ., "סוגיות בדין הניסיון הפלילי מנקודת-ראות השוואתית," **עיוני משפט**, יב 393.
- קרמניצר, מ., "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני," **גבורות לשמעון אגרנט**, ירושלים, 1987, 325 (341-347).
- קרפ, י., "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות אדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו," **הפרקליט**, מב 64.
- רובינשטיין, א. וב. מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, מהדורה חמישית, תל-אביב, 1996.
- **דברי ההסבר להצעת החוק** (ה"ח 1728 מיום 17.4.1985 עמ' 195).
- **דין-וחשבון**, ועדת חקירה לעניין רצח ראש הממשלה **מר יצחק רבין ז"ל**, ירושלים, 1996.

ג. פסיקה זרה

- **BGHSt** 22, 285.
- **BGHSt** 28, 312.
- **BGHSt** 32, 310.
- **BGH NJW** 1978, 58.
- **BGH MDR** 1979, 509.
- **BVerfGE** 7, 198.
- **BVerfGE** 25, 269.
- **BVerfGE** 33, 71.
- **BVerfGE** 42, 133.
- **BVerfGE** 50, 234.
- **BVerfG NJW** 1986, 1671.
- **BVerfG NJW** 1987, 44.
- **Jersild v. Denmark**, Eur. Court H. R., Series A, No. 298 (1995) 19 **E.H.R.R.** 1.
- **Lingens v. Austria**, Eur. Court H. R., Series A, No 103 (1986) 8 **E.H.R.R.** 406 = **EuGRZ** 1986, 428.
- **Abrams et al v. USA** 40 **S.Ct.Rep.** 17 (1919).
- **Brandenburg v. Ohio** 395 **U.S.** 444 (1969).
- **Dennis v. USA** 341 **U.S.** 494 (1951).
- **Schenck v. USA** 249 **U.S.** 47 (1919).
- **Whitney v. California**, 274 **U.S.** 357 (1927).

ד. חיבורים בלועזית

- Amelung, K., **Rechtsgueterschutz und Schutz der Gesellschaft**, Frankfurt 1972.
- Baumann/Frosch, Der Entwurf des 3. Strafrechtsreformgesetzes, **JZ** 1970, 113.
- v. Bubnoff, E. in **StGB – Leipziger Kommentar, Grosskommentar**, Jaehnke/Laufhuette/Odersky (Hrsg.), 11. Auflage, Berlin, 1993, §111.



- Cramer, P., in Schoenke/Schroeder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 25. Auflage Muenchen 1997, §140.
- Denckner, "Das <Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus>," in **StV** 1987, 117.
- Denninger, E., in **Kommentar zum Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternatinkommentar, Band I**, Neuwied 1984.
- Dreher, E., "Der Paragraph mit dem Januskopf," in **Festschrift fuer Gallas**, Berlin, 1973, 307.
- Ebert, "Zum Bedeutungswandel der Billigung begangener Straftaten," in **Festschrift fuer Spendel**, Berlin, 1992, 115.
- **Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB)**, E 1962 (mit Begrue ndung).
- Eser, A., in Schoenke/Schroeder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 25. Auflage, Muenchen, 1997, §§1, 22, 111.
- Fabrizio, in **Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Foregger/Nowakowski (Hrsg.), Wien, 1992, §12.
- Finke, M., **Das Verhaeltnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts**, Berlin, 1975.
- Garibaldi, O-M. "General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality," **Harv. Int. L. J.**, 17, 503, 1976.
- Gruenwald, G., "Bedeutung und Begrue ndung des Satzes < nulla poena sine lege>," in **ZStW 76** (1964), 1.
- Gruenwald, G., "Billigung von Straftaten (§140 StGB) – Der Prozess um das Buch <Wie alles anfang> von Michael < Bummi> Baumann," in Luederssen/Sack (Hrsg.), **Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften fuer das Strafrecht, Band 2**, Frankfurt, 1980, 489.
- Hailbronner, K., "Der <clear and present danger test> und verfassungsfeindliche Betaetigung in der neueren Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten," **JOeR** 22, 579.
- Hanack, in **StGB – Leipziger Kommentar, Grosskommentar**, Jaehne/Laufhuetten/Odersky (Hrsg.), 11. Auflage, Berlin, 1995, §140.



- Hesse, K., **Grundzuege des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland**, 8. Auflage, Stuttgart, 1975.
- Honkasalo, B., "Das finnische Strafrecht," in Mezger-Schroeder-Jescheck (Hrsg.), **Das auslaendische Strafrecht der Gegenwart**, Berlin, 1957, II 7.
- Horn, in **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II**, 4. Auflage, 25. Lieferung, Frankfurt, 1989.
- Jaeger, H., "Strafgesetzgebung als Prozess," in **Festschrift fuer Klug**, Koeln, 1983, I, 83.
- Jakobs, G., "Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung," **ZStW** 97 (1985), 751.
- Jakobs, G., **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin, 1993.
- Jescheck H-H/Th Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts**, 5. Auflage, Berlin, 1996.
- Kissel, N., **Aufrufe zum Ungehorsam und §111**, Berlin, 1996.
- Koegler, M., "Die Angriffe gegen die oeffentliche Gewalt," in **Materialien zur Strafrechtsreform, Rechtsvergleichene Arbeiten, Band 2**, Bonn, 1955, 67.
- Krey, V., "Parallelaeten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und oeffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt," in **Festschrift fuer Blau**, Berlin, 1985, 123.
- Lackner, K., **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 21. Auflage, Muenchen, 1995.
- Laufhuetten, H-W., "Das vierzehnte Strafrechtsaenderungsgesetz," **MDR** 1976, 441.
- Leukauf/H. Steinger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 2. Auflage, Eisenstadt, 1979.
- G-A Mangakis, "Das griechische Strafrecht, Allgemeiner Teil," in Mezger-Schoenke-Jescheck (Hrsg.), **Das auslaendische Strafrecht der Gegenwart III** (Berlin, 1959) 255.



- Maunz-Duerig-Herzog, **Grundgesetzkommentar**, Muenchen, 1993.
- Maurach, R./K-L Goessel/H Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Teilband**, 7. Auflage, Heidelberg, 1989.
- Maurach R./F-C Schroeder/M Maiwald, **Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2**, 7. Auflage, Heidelberg, 1991.
- Mendelson, W., "Clear and Present Danger – From Schenck to Dennis," **Col. L. Rev.** 52 (1952), 313.
- v. Muench, I., **Grundgesetz Kommentar, Band 1**, 2. Auflage, Muenchen, 1981.
- Pieroth B./B. Schlink, **Grundrechte, Staatsrecht II**, 12. Auflage, Heidelberg, 1996.
- Plate, H., "Zur Strafbarkeit des agent provocateur," **ZStW** 84 (1972), 294.
- Rogall, C., "Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten," **GA** 1979, 11.
- Roxin, C., in StGB – **Leipziger Kommentar, Grosskommentar**, Jaehnke/Laufhuetten/Odersky (Hrsg.), 11. Auflage, Berlin, 1993, §26.
- Roxin, C., **Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I**, 2. Auflage, Muenchen, 1994.
- Rudolphi, H-J., "Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus," in **ZRP** 1979, 214.
- Rudolphi, H-J., in **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II**, 5. Auflage, 32. Lieferung, Frankfurt, 1994.
- Samson, **JZ** 1969, 259.
- Sax, W., "Grundsätze der Strafrechtspflege," in Bettermann-Nipperdey-Scheuner (Hrsg.), **Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband**, Berlin, 1959, 909.
- Schmitt-Jorzig, **Handbuch des Staatsrechts VI**, 1989.
- Schroeder, F.C., **Die Satraftaten gegen das Strafrecht**, Berlin, 1985.



- Steininger, H., in **Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Foregger/Nowakowski (Hrsg.), 33. Lieferung, Wien, 1988.
- Stratenwerth, G., **Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II**, 4. Auflage, Bern, 1995.
- Trechsel, S., **Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar**, Zuerich, 1992.
- Troendle, H., **Strafgesetzbuch und Nebengesetzen**, 48. Auflage, Muenchen, 1997.
- Wessels, J., **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 24. Auflage, Heidelberg, 1994.
- Williams, G., **Textbook of Criminal Law**, second Edition, London, 1983.

