



המכון הישראלי לדמוקרטיה

# חופש הביטוי

דברי יום עיון

16 באוקטובר | 2001

## **Freedom of Speech:**

A Symposium

עורך הספרייה לדמוקרטיה: אורי דרומי

ISBN 965-7091-24-1

©

כל הזכויות שמורות

למכון הישראלי לדמוקרטיה

עריכה לשונית: יעל מושיוב

עיצוב ועריכה גרפית: דינה שר-רהט

נדפס בתשס"ב בדפוס העיר העתיקה, ירושלים

The Israel Democracy Institute

Printed in Israel, 2002

הדברים בפרסום זה מובאים בשם האומרים ועל אחריותם, ואין הם משקפים  
בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

## תוכן העניינים

### דברי פתיחה:

7

- ד"ר אריק כרמון

### מושב ראשון:

- 9 הסתה למעשי אלימות ופשע – האם ניתן לגבש נוסח מקובל לחקיקה

### הדוברים:

- אופיר פינס, חבר כנסת
- שאול יהלום, חבר כנסת
- חאלד גנאים, המכון הישראלי לדמוקרטיה
- מרדכי קרמניצר, פרופ' למשפטים, האוניברסיטה העברית;
- המכון הישראלי לדמוקרטיה; נשיא מועצת העיתונות
- אלון הראל, פרופ' למשפטים, האוניברסיטה העברית
- לסלי סבה, פרופ' למשפטים, האוניברסיטה העברית
- עמוס שפירא, פרופ' למשפטים, אוניברסיטת תל אביב
- יורם שחר, פרופ' למשפטים, המרכז הביין-תחומי, הרצליה
- עמנואל גרוס, פרופ' למשפטים, אוניברסיטת חיפה
- זהבה גלאון, חברת כנסת

- אלי לדרמן, פרופ' למשפטים, אוניברסיטת תל אביב
  - י. עמיהוד בן-פורת, עורך דין
  - יעל דיין, חברת כנסת
  - משה רונן, עיתונאי
  - יפה זילברשץ, פרופ' למשפטים, אוניברסיטת בר אילן
- דיון פתוח**

### **מושב שני :**

59

עולם המשפט ועולם האתיקה – והסוביודיצה

### **הדוברים :**

- אסא כשר, פרופ' לפילוסופיה, אוניברסיטת תל אביב
  - ראם שגב, המכון הישראלי לדמוקרטיה
  - עמנואל גרוס, פרופ' למשפטים, אוניברסיטת חיפה
  - משה רונן
  - י. עמיהוד בן-פורת
  - ישראל גלעד, פרופ' למשפטים, האוניברסיטה העברית
  - מרדכי קרמניצר
- דיון פתוח**
- ראם שגב

109

**דברי סיכום**

## דברי פתיחה

אריק כרמון: נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה  
אני רוצה לפתוח את יום העיון ולברך את המשתתפים. מבחינת המכון לדמוקרטיה, יום העיון פותח למעשה סדרה של כמה וכמה אירועים שבהם ננסה לטפל בצורה פומבית בסוגיית חופש הביטוי. בשנים האחרונות פרופ' קרמניצר הוביל כאן מפעל שתהיה לו, לעניות דעתי, חשיבות לאומית לאורך זמן: נעשה פה ניסיון רציני להתמודד כמעט עם כל ההיבטים האפשריים של סוגיית חופש הביטוי, באוריינטציה שאינה אקדמית בלבד, אלא בעלת משמעויות בחקיקה לתיקונים. ובמסגרת זאת, בעצם, אנו מקיימים היום את מה שיהיה, מן הסתם, הדין הראשון בנושאים אלה.  
בהודמנות זו ארצה להודות גם לקרן אדנאואר שהשתתפה, תמכה ועדיין תומכת בנו ואנו מקווים ששיתוף פעולה זה אמנם יימשך.  
תודה רבה.



## הסתה למעשי אלימות ופשע - האם ניתן לגבש נוסח מקובל לחקיקה

יו"ר: ח"כ אופיר פינס

■ אופיר פינס: המושב הראשון יעסוק בנושא שהגדיר פרופ' קרמניצר: הסתה למעשי אלימות ופשע: האם ניתן לגבש נוסח מקובל לחקיקה. אני מניח שמדובר באיסור על הסתה. אגב, בשם ה"גילדה" של חברי הכנסת, עליי לבטא את דעתה של ח"כ זהבה גלאון – ואני מצטרף אליה: היה ראוי שבשני הפנלים נשלב לפחות אישה אחת. בוודאי לא היה קושי לצרף אישה. הדבר צרם קצת לזהבה וצורם גם לי.

לגופו של עניין. חברים, קודם כול אנחנו לא עוסקים בנושא תיאורטי. זהו נושא שעל סדר יומה של הכנסת והיה בהחלט אחד הנושאים המלהיטים מבחינתן של הוועדה במושב הקודם והמליאה. היו שני ניסיונות של משרד המשפטים, אשר היועץ המשפטי לממשלה עמד מאחוריהם, להביא נוסח שיאסור הסתה לאלימות ודליה איש שלום, נדמה לי שהצגת אפילו את הנוסח בוועדה, למיטב זיכרוני. לצערי הרב, עליי להודות שאיני יו"ר אובייקטיבי. אמרתי זאת גם לפרופ' קרמניצר. אני יו"ר דעתן. לי יש עמדה בעניין. אני מצדד בניסוח שיאסור הסתה לאלימות. אין זאת אומרת שאני מתנגד לפשרה בניסוח. לא, עליו צריך להיות מאוזן, שייתן מענה ויוכל גם לסייע לרשויות החוק להתמודד עם התופעה. בזמנו, נדרש היועץ המשפטי לממשלה לנוסח או לחוק בעקבות הערעור בבית המשפט העליון בנושא פס"ד

ג'ברין, שהגיע לערכאות הגבוהות ביותר. נשאלה השאלה אם הייתה כאן הסתה לאלימות ואם אפשר להעמיד לדין. אחת התוצאות של הערעור הייתה שאם מדובר בארגון, או אז נוסח החוק מאפשר העמדה לדין. ואם מדובר ביחיד, אז יש לקונה כלשהי, או החוק אינו נותן מענה מובהק וחד משמעי וראוי לחוקק חקיקה מיוחדת.

כבר עסקנו באיסורים שונים. איסור הסתה לגזענות, למשל, הוא חוק קיים במדינה. נשאלה השאלה אם יש צורך ואם נכון לחוקק חוק מיוחד שיאסור על הסתה לאלימות. משרד המשפטים הציע לא רק אלימות כלפי גוף אלא גם אלימות כלפי רכוש. סברנו שאפשר לחוקק חוק שיאסור אלימות כלפי רכוש ואפשר גם לא. בהחלט ראינו בגוף את העיקר; מה גם שלמותר לציין שכבר חזינו את הטראומה, אולי הקשה ביותר שאפשר לחשוב עליה, רצח של ראש ממשלה. במדינת ישראל נרצח ראש ממשלה ויש טענה של רבים, שקדם לרצח מסע הסתה לרצח, מסע הסתה לאלימות. לא אדון פה אם הטענה צודקת או לא. אך ודאי שהחברה הישראלית לא פעם עוברת או נתקלת בתופעות של דיבור קשה מאוד. ופה באמת נשאלת שאלת חופש הביטוי. עד כמה אנו מותחים את הערך הזה מול ערכים אחרים, חשובים לא פחות, כמו זכות האדם על גופו, על נפשו ועל חייו. זהו בוודאי ערך חשוב מאוד, אולי החשוב ביותר. לא אאריך כרגע מעבר לדברים אלה. אני רוצה להציג את חברי הפנל: חברי ח"כ שאול יהלום, שר התחבורה לשעבר, יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט לשעבר, פרופ' קרמניצר המוכר וידוע גם לבאי יום העיון הזה, ומוביל גם את הנושא הזה וגם את הנושא של סוביודיזה. מר חאלד גנאם מהמכון הישראלי לדמוקרטיה, פרופ' אלון הראל מהאוניברסיטה העברית, ופרופ' לסלי סבה מהאוניברסיטה העברית – שהיה לי הכבוד והעונג לפעול במחיצתו, שנינו בהתנדבות, במסגרת הרשות לשיקום האסיר, טרם הייתי לח"כ.

■ שאול יהלום: שלום לכולכם, לכל

הנוכחים, יושבי הראש, הנשיאים. יש אבסורד מסוים בדברים שאני רוצה לומר. כי עקרונית לא היינו יושבים כאן לולא זיכה בית המשפט העליון את מוחמד ג'ברין, מעבירה של פרסום דברי שבח לאלימות. לכאורה, במושגים של חיינו השגרתיים, ח"כ המשתייך לחוגי הימין היה צריך לקפוץ על המציאה: הממשלה והיועץ המשפטי לממשלה מציעים חוק שבא, לכאורה,



רטרואקטיבית, לא מעשית, להעמיד לדין את ג'ברין ב' או ג'. הייתי בכנסת בין המתנגדים לחוק, לפחות בשאלה המרכזית שעמדה לדין: האם בכל מקום שכתוב "אפשרות סבירה", יכתב על-פי הצעתי "ודאות קרובה", היועץ המשפטי לממשלה אמר: אם מקבלים "ודאות קרובה", כמעט שאין חוק. כלומר, אני מתנגד לחוק בנוסחו כפי שהוגש, או לפחות מסכים ליישם אותו במקרים נדירים ונדירים מאד. אני רוצה להסביר איך אני רואה את האבטורד.

ובכן, צריך להבין שהחוק עוסק במילים. זאת הבעיה. אין הוא עוסק במעשים אלא במילים. הסתה מקורה במילים. אנו מדברים על מילים בשני מישורים משמעותיים מאוד. המישור הראשון: כל חיינו הדמוקרטיים – המתבטאים ודאי ובוודאי קודם כל בחופש הביטוי, בשיח פוליטי, באפשרות לדבר על כל דבר, לתקוף ולבקר כל דבר – נעשים במילים. וברגע שאתה בא לקבוע גדרות למילים, יש חשש פן תפגע בחופש, פן ידוכאו הערכים החיוניים לקיומה של דמוקרטיה.

אך חמור מכך; מילים מוצאן מעולם של תרבות: הן מהוות תרבות. אנו חיים בעולם, אפילו במדינת ישראל, ובו תרבויות רבות. צריך להבין, תרבות א' שונה מתרבות ב'; לא אעמיד אדם לדין ולא אעניש אותו על כך שהוא חי בתרבות שונה שמקורה במילים, לא במעשים. ומילה מסוימת שאינה מתפרשת כהסתה, ואינה מביאה למעשה אלימות בתרבות אחת, אולי תתפרש כמילה מסיתה בתרבות אחרת. כאשר ברגע מסוים אנו מוסרים למישהו (נניח שופט) שיקבע אם מילה מסוימת היא הסתה, יש סכנה שאותו אדם, שגם הוא בא מתרבות מסוימת, לא יקבע את העניין על פי אמות מידה או בייקטיביות. נדמה לי שבאחד מדפי העבודה נאמר: איסור המותנה במבחן הסתברותי הוא עמום מטבעו, וביישומו עולה היסוד הספקולטיבי. זה נכון. ברגע שאתה בא ומדבר כאן על הסתברות, זה עמום. שופט א' או פרקליט א' יבין שמאחורי המילה הזאת יש הסתברות למעשה אלים, ושופט ב' או הנאשם עצמו לא הבינו כך; אז נוצר אבטורד זה, נוצרת התנגשות זאת שבעטיה כל הנושא הזה בעייתי. אוכל תחילה להזכיר שני משפטים מהעבר שהיו שנויים במחלוקת, ואני יודע שאני מעורר כאן נושא רגיש.

האחד, העמדתו לדין של רב ששמו עידו אלבה. הוא עסק בנושא תיאורטי, לא עשה שום מעשה. הוא כתב מאמרים העוסקים כולם בדיונים הלכתיים:

מה מותר לפי ההלכה ומה אסור לפיה. בשום מקום לא טען שצריך לקחת את ההלכה ובוודאי לא דעה שיש עליה מחלוקת בהלכה, וליישם אותה. לפי התרבות המקובלת בקהילתו של הרב אלבה וסביבתו, אין בדיון תיאורטי כזה שום רע. הא לראייה שאיש לא הלך בעקבות דברים אלה, והם מקובלים מאד בספרות ההלכתית. הוא הביא דוגמאות רבות כהגנה במשפט שלו אבל אלה ששפטו אותו לא הבינו זאת כך. הם הבינו שאם אדם שואל כאלה שאלות ומביא את הדבר אפילו עד כדי השאלה אם ראוי שיהיה יישום הלכתי הלכה למעשה בישראל, הרי אלה דברים שבוודאי עלולים להביא לאללימות ולכן הוא נשפט והורשע.

המשפט השני הוא משפטה של מרגלית הר-שפי. אנשים בכירים מאוד בתחום האקדמיה והמשפט, וביניהם שופטים-לשעבר בבית המשפט העליון שיצאו בקול קורא "אנחנו מאמינים לה", טענו למעשה אותו הדבר: גם אם בציבור הדתי היה ויכוח לפני רצח יצחק רבין, על הנושא של דין רודף, איש לא חלם שמי ששומע רודף כן ורודף לא, ואפילו רודף כן מאה פעמים, יבוא לידי מעשה. יכול להיות שמישהו בשוליים כן עלול להיתפט לעניין, אבל לא בצורה תרבותית כללית. תרבות אחרת אינה מבינה זאת. היא מבינה שאם אומרים שיש על יצחק רבין דין רודף, הדבר מיד מביא לאללימות ולהסתה. עד כאן דוגמאות מהעבר.

אם אראה מחר ציבור בהפגנה שצועק כאיש אחד "מוות לערבים, מוות לערבים, מוות לערבים!" – זאת בוודאי הסתה לאללימות. האם אעמיד לדין את כל הציבור הזה, ויהיה כולו ראוי לחמש שנות מאסר, לפי ההצעה? האם מישהו מאלה הצועקים "מוות לערבים!" אחראי לרצח כלשהו, או לוקח את החוק לידי אחרי פיגוע טרור? ודאי שלא. אך האם החוק אינו מאשים את הצועקים ברגע שהוא אומר שזו אפשרות סבירה, לא ודאות קרובה אך ודאי אפשרות סבירה? האם כשאני אומר בן-מוות על מישהו יעמידו אותי לדין? דוגמא נוספת: הפועל 'לדפוק' או ה-fucking בשפות האנגלו-סקסיות – אפשר לשמוע אדם שאומר במשפט אחד "לדפוק" מאה פעם. אז למה הוא מתכוון ב"לדפוק"? לדפוק זה "לסדר", "לתחמן", או לדפוק כדור? אפשר להבין זאת באלף משמעויות של התרבות.

לדוגמא: תארו לכם שאנו נמצאים בשיעור תנ"ך, בשיעור תורה, בנושא

של בלק ובלעם. בסוף הפרשה עושה אחד מראשי ישראל משגל פומבי עם מדיינית, כחלק מעבודת האלילים של המדיינים. ניגש אדם ושמר פנחס בן אלעזר – "יקם מתוך העדה וייקח רומח בידו. ויבוא אחר איש ישראל אל הקובה וידקור את שניהם." ובהמשך ה' נותן לו ציון לשבח: "השיב את חמתי בקנאו את קנאתי בתוכם ולא כיליתי את בני ישראל בקנאתי הנני נותן לו את בריתי שלום. והייתה לו ולזרעו אחריו ברית כהונת עולם תחת אשר קינא." תארו לעצמכם שאני נמצא בשיעור תנ"ך ומשבח את מעשהו של פנחס בעקבות כל הפרשנים המסורתיים ונותן לו "ציונים" חיוביים; הדבר נעשה, אין לי ספק, זה מאות בשנים ואלפי שנים בכל שיעור תנ"ך מסורתי, ובוודאי באלפי מקומות; ואיש לא חלם בעקבות הדברים האלה לבוא ולעשות מעשה של אלימות. אך השיעור נותן שבח לאדם שלקח את החוק בידיו ועשה מעשה כפי שעשה. האם מישוהו יגיד לי שזה לא נופל בהגדרה בחוק המודע של המפרסם קריאה או דברי שבח, אהדה למעשה אלימות או הזדהות עמו?!

■ **אופיר פינס:** אומרים היום את הדברים

האלה בלשון חיובית?

■ **שאלו יהלום:** תלוי למה אתה קורא לשון

חיובית. אני מניח ששום מורה לתנ"ך בשום ישיבה לא יגיד: "רבותי, אחרי שגמרנו לקרוא את פרשת פנחס, אף אחד לא לוקח רומח בידו והולך לרצוח. ואף-על-פי-כן, איש לא עשה זאת. במשך אלפי שנים. האם בכלל מישוהו עשה מעשה בעקבות שיעור בתנ"ך? איש לא עשה. מי חולם לעשות? אינני יודע, אולי מחר איזה פרקליט, יועץ משפטי לממשלה שישמע, יעמיד מורים לתנ"ך לדין על מעשה אהדה.

לכן מדובר פה בשתי תרבויות וזאת הסכנה. תיתכן תרבות אחת של חלק מהציבור ועדיין איננו יודעים מי יעמוד מצד הפרקליטים ומאיזה תרבות צמחו; אולי יום אחד אותו פרקליט יעמיד לדין על "מוות לערבים", וביום אחר לא; יכול להיות שיום אחד הוא יחליט להעמיד את ג'ברין לדין ואולי ביום אחר לא; אינני יודע מי יהיה היועץ המשפטי לממשלה. את כל הדברים האלה אינני יודע. אבל אני כן יודע שיועצים משפטיים שיגיעו מאוכלוסיות תרבותיות שונות יראו בצורה שונה היגדים. אצל אחד זו תהיה הסתה ואצל השני אולי לא.

יש סיפור ידוע על יהודי מסכן – לצערנו היום זה קורה לכמאתיים אלף איש – שהיה מובטל שנים רבות ולא מצא עבודה. עברו שנים רבות ועדיין לא מצא, והמשפחה זעקה לפרנסה. היה במקום קרקס. הלך לבעל הקרקס ושאל: "אולי יש לך עבודה בשבילי?" אמר לו בעל הקרקס: "שמע, עבודה באמת אין לי, הכול מלא, אבל יש לי הצעה בשבילך. אנו יוצאים מחר להופיע בארץ אחרת ויש לנו מחסור באריות. האריות עושים כל מיני מעשים, עולים על אופניים, עוברים באש ויש לי מחסור באריות. אם אתה מוכן שאלביש עליך עור של אריה ואתה תעשה את הדברים האלה, יש לך עבודה." יהודי זקוק לפרנסה. הוא קיבל את המשרה. עלו לאוניה והכניסו אותו לכלוב עם אריה אחר. את זה הוא לא לקח בחשבון. הוא יכול לרמות את הצופים ולא יראו מי באמת מאחורי המסכה – אבל אריה אמיתי הרי מריח ויודע. מיד הבין שנפל בפת, הבין וידע שהגיע סופו. מה עושה יהודי? מתפלל ולוחש בקול רועד: "שמע ישראל, ה' אלוהינו ה' אחד," ואז שמע קול רועד מהאריה השני: "ברוך שם כבוד מלכותו לעולם ועד."

זו הבעיה. אינני יודע מי עומד מולי. האם עומד מולי אריה או אדם המחופש לאריה? האם יראה בי אריה? זאת הבעיה. ברגע שמדובר במילים, עלינו להגיע להגדרה מדויקת, ובשום פנים ואופן לא לייצר חוק עמום. אתן דוגמא. נניח מישהו אומר דברים מסיתים אבל מצרף לאמונה מעשה מסוים, אבל יחד עם האמירה הוא עשה והמעשה הוא כזה שמוכיח שהמסית לא הסתפק בדברים בעלמא.

■ **אופיר פינס:** זה מעשה או רק דיבור?

■ **שאל יהלום:** מעשה. אבל אפשר גם

לבדוק ברצינות דיבורים כגון קריאות לצאת למעשה. נניח מישהו מנתח במאמר מעשה לא חוקי ומסיתים: כל אחד מאתנו חייב לעשות את המעשה מיד! אל נכון שזה מעשה לא חוקי אבל הלוואי שנעשה כולנו כך. כלומר, אנחנו לא עוסקים רק במילים, אלא במשהו נוסף המוגדר במפורש כעובדה, שלא יכולה להיות שנויה במחלוקת בין תרבויות של שופטים, פרקליטים, נאשמים וכ'.

■ **חאלד גנאים:** אציג עמדה שונה מזו של

ח"כ יהלום. אתייחס לסוגיות כלליות בתופעת ההסתה, צורותיה השונות של

ההסתה ואפיונה, וגם ארחיב את הדיון על מבחן הוודאות הקרובה. אתחיל בהצגת המשפט הזר שמרבים לצטט אותו ולהסתמך עליו. זאת בעיקר משום שהמשפט הישראלי, בסוגיות רבות, כגון תופעת ההסתה והדוקטרינה של הוודאות הקרובה, שונה מן המשפט האנגלו-אמריקני, ועם זאת השופטים והמלומדים מסתמכים עליו ומאמצים את העמדות שם. לפי המשפט האנגלי שהוא המקור לחוק העונשין הישראלי, התשל"ז-1977, ההסתה הנה צורה של שידול. בהתאמה לכך, עבירת ההמרדה במשפט האנגלי (לרבות שיטות המשפט המבוססות עליו, כגון קנדה ואוסטרליה) נועדה להגן על מבנה המשטר הדמוקרטי. ואילו ההסתה נופלת בגדר השידול. לעומת זאת, לפי המשפט הקונטיננטלי והגישה הרווחת במשפט הישראלי (הפסיקה ורב הספרות המשפטית – למעט גור-אריה), ההסתה שהינה הרחה בפומבי, קרי: המוסתים הם קבוצה בלתי מוגדרת ובלתי מסוימת, כגון באמצעי התקשורת והפגנות, אינה צורה של שידול. מדובר בתופעה מיוחדת ועצמאית, אם כי קיימת קירבה בינה לבין השידול. מקובל לגרוס כי רגל אחת של ההסתה נמצאת בחלק הספציפי של דיני עונשין, קרי: מדובר בתופעה מיוחדת, ואילו הרגל האחרת נמצאת בחלק הכללי של דיני עונשין וקרובה מאד לשידול.

לפיכך, יש להביע תמיהה על עמדתם של שופטי בית המשפט העליון שלשם בחינת היקף עבירת ההמרדה לפי המשפט הישראלי, הסתמכו על המשפט האנגלי. השופטים קיבלו את עמדת המשפט האנגלי בנוגע להמרדה, ואילו בנוגע להסתה קיבלו את עמדת המשפט הקונטיננטלי. מהלך זה מוטעה. המהלך הנכון הוא: או שמקבלים את עמדת המשפט האנגלי, שלפיו ההמרדה נועדה להגן על המשטר בלבד, ואילו ההסתה הנה צורה של השידול, או את עמדת המשפט הקונטיננטלי, שלפיו ההמרדה הנה פגיעה במשטר וההסתה הנה פגיעה בשלום הציבור ותופעה מיוחדת בחוק הספציפי.

כדי לעמוד על משמעותם והיקפם של האיסורים על הסתה, יש לעמוד על מאפייניה של תופעת ההסתה, הן הישירה, במובן של קריאה בפומבי לעשיית מעשים אסורים, והן העקיפה, במובן של פרסום דברים בזכות עשייה עתידית של מעשים אסורים ופרסום דברי שבח בזכות מעשה אסור שבוצע. מדובר כאן בתופעה של קריאת תגר על הסדר החברתי-משפטי, קרי: פגיעה בנפקותם של

האיסורים העונשיים. ההסתה פוגעת בתחושת הביטחון והחיים בשלווה של הקבוצה שנגדה מסיתים. בנוסף לכך, היא מכינה תשתית ואווירה רוחנית נוחה ומעודדת לעשיית מעשים אסורים. בהקשר של הסכנה לפגיעה בתחושת הביטחון לחיים בשלום ובשלווה של אנשי הקבוצה שנגדה מסיתים, אני רוצה לשמוע את דעתו של ח"כ יהלום כיצד הוא וחבריו במפלגתו הגיבו אחרי הרצח כאשר נשמעו קולות (שרובן אפילו אינו נופל בגדר הסתה) נגד אנשי הימין, ועקב כך הסירו אנשים חובשי הכיפות הסרוגות את הכיפות שלהם.

איזה רצח, רצח רבין?

■ אופיר פינס:

כן. יש לחשוב כיצד רוצים

■ האלד גנאים:

להתמודד עם התופעה האמיתית המסוכנת של הסתה. בעניין הנדון יש להדגיש כי קיימת מחלוקת בקרב אנשי המשפט והקרימינולוגיה בנוגע לשאלה: כיצד משפיעה ההסתה על המוסתים. רבים גורסים כי הקריאה בפומבי משפיעה באופן עקיף של עידוד על המוסתים. אחדים גורסים כי הביטויים והקריאות של המסיתים עשויים להפיג את הפוטנציאל העבריני של האנשים. אולם, מקובל על הכל כי לא ניתן להוכיח בוודאות שההסתה תוביל באופן ישיר לעשיית המעשים האסורים, וכי גם לא ניתן לשלול את אפשרות ההשפעה על המוסתים. מדובר בתופעה של ספק. התופעה, מכינה תשתית ואווירה נוחה לעשיית המעשים האסורים.

בשל ההשפעה המוגבלת של התופעה על המוסתים, יש להגביל את היקף התופעה. הקריאה המפורשת והמשתמעת לעשיית מעשים אסורים הנה ההסתה החמורה יותר. הקריאה לעשיית מעשים אסורים מתירה רושם של רציניות לעשיית המעשים. היא אסורה במשפט האנגלי במסגרת השידול, ובמשפט הקונטיננטלי, וכל עבירה פלילית, הן הפשע והן העוון, יכולה להיות מושא להסתה. מבחינה רעיונית, קיימת הצדקה לאסור את ההסתה הישירה לכל עבירה פלילית. אולם, בשל ההשפעה המוגבלת יחסית של ההסתה הישירה, ראוי לאסור באמצעות המשפט הפלילי רק את ההסתה לפשע ולמעשי אלימות. התופעה של הסתה לעוון שאינו מאופיין במעשה אלימות ראוי שתהיה עבירה מנהלית, שהינה כידוע חמורה פחות מן העבירה הפלילית, ההליך המנהלי יותר מהיר והסנקציה העיקרית הנה קנס מנהלי.

קיימת בעיה בהסתה עקיפה כאשר השפעתה על המוסתים הנה יותר מוגבלת מאשר החלופה של קריאה מפורשת או משתמעת לעשיית מעשים אסורים. הסתה עקיפה הנה, כאמור, פרסום דברים בזכות עשייה עתידית של מעשה אסור או בזכות מעשה אסור שכבר נעשה. מקובל על הכל כי מדובר בתופעה שמכינה תשתית ואווירה מעודדת עבריינות. זאת משום שהתופעה באה בחשבון כאשר אין מדובר בקריאה מפורשת או משתמעת לעשיית מעשים אסורים, קרי: אין רושם של רצינות, השפעתה על הקהל הנמען הנה מוגבלת.

אחדים גורסים כי אין זה ראוי לאסור תופעה זו במשפט הפלילי. הנימוקים לכך הם: הביטוי עשוי להפיג את הפוטנציאל העברייני. קיים חשש לפגיעה חמורה בחופש הביטוי במישור הציבורי ובמישור הפוליטי. קיים חשש שביטוי פוליטי יהיה נושא לאישום פלילי, דבר שיהפוך את ההעמדה לדין למשפט פוליטי של סתימת פיות, קרי: שימוש במשפט הפלילי באמצעי לניגוח פוליטי. עוד נאמר שהטיפול בעברייני שביצע את המעשה האסור מספק הגנה ראויה ומרתיעה את העבריינים הפוטנציאליים. הטיפול הראוי והיעיל בהסתה העקיפה הוא באמצעות יצירת אפקט נגדי של הסתה. קרי: להזהיר את הציבור הרחב מפני השלכות ההסתה (זוהי עמדתו של המשפט האמריקני וגור-אריה בארץ). עמדה זו מבוססת בעיקר על ההנחה, לפיה האדם הנו רציונאלי, ועל-ידי התגובה הנגדית ניתן "לבטל" כמעט לחלוטין את השפעת ההסתה העקיפה.

טיעון החשיבה הרציונאלית של האדם אינו נימוק לשלילת התופעה. שכן, זוהי דמות של האדם האידיאלי שאינו משקף את הישראלי המצוי. בייחוד כאשר ההסתה העקיפה מבוססת על מקורות שאינם רציונליים, כגון הדת ורצון האל.

הטיעונים של חשיבות חופש הביטוי הנם כבדי משקל. הם יכולים לשלול את הפללת ההסתה העקיפה בחברה מתוקנת כאשר ההסתה בה הנה תופעה שולית, או לפחות אינה נפוצה. מצב זה אינו מאפיין את החברה הישראלית. המתחים הקיימים בין הקבוצות השונות של החברה, מן הפן הלאומי עד הפן האידיאולוגי, מלווים במקרים רבים בתופעת ההסתה. לדעת אחדים (בנבנשתי), המצב החברתי והפוליטי דהיום בחברה הישראלית זהה מאוד

למצב שהיה שורר בגרמניה בתקופת הרפובליקה של ווימאר. לפיכך, ראוי ללמוד מן התקופה הווימאריית ולמנוע מצב של הידרדרות חברתית ופוליטית. בזה מודגש גם אופייה של ההסתה כתופעה אסורה בעת משבר והנה הוראת שעה. ראוי לציין גם שהאיסורים על הסתה עקיפה בגרמניה בתקופה המכונה המהפכה החברתית של סוף שנות השבעים נמנו על האמצעים לחיזוק החיים הנורמליים בגרמניה. גם בארצות הברית, לפיה קריאה כללית לעשיית מעשים אסורים והסתה עקיפה אינן ענישות, קיימים קולות רבים הקוראים לבחינה מחודשת ותומכים בהפלת מקרים של הסתה עקיפה. קולות אלה הם בעיקר של קבוצות מיעוט, כגון היהודים והשחורים. העובדה שאין איסורים פליליים על הסתה עקיפה בארצות הברית מבוססת על ממצאים חברתיים שאינם קיימים בארץ. ההסתה, בעיקר האלימות הפוליטית, נחשבת בארצות הברית לתופעה שולית, ולכן מוענקת הגנה רחבה מאוד לחופש הביטוי. לעומתה, אלימות הרחוב אינה תופעה שולית, ולכן רשויות השלטון נוקטות באמצעים חריפים מאוד. בארצות הברית נשמעו קולות רבים, לפיהם אילו האלימות הפוליטית הייתה נפוצה כמו בישראל, רשויות השלטון (לרבות בתי המשפט), היו נוקטות באמצעים יותר חריפים, למשל, קבלת מבחן האפשרות הסבירה ודחיית מבחן הקרבה לוודאות.

זאת ועוד, האלימות הפוליטית, בעיקר האידיאולוגית, בארצות הברית אינה מאיימת על קבוצת הרוב הדומיננטי, קרי: האדם הלבן הנוצרי, ולכן הציבור הרחב ורשויות השלטון אינם מעניקים לתופעה זו תשומת לב מספקת. טלו, למשל, פסק-דין Skokie, לפיו מצעד של ארגונים ניאו-נאצים בשכונה שרוב תושביה יהודים מוגן באמצעות חופש הביטוי. מלומדים יהודים בארצות הברית ובית המשפט העליון הישראלי תקפו עמדה זו, משום שהרוב אינו מגלה רגישות מספקת לבעיות המיעוט. אותו דבר בעניין הקו-קלוקס-קלן. לעומת זאת, כאשר תופעה מסוימת מסכנת ערכים של הרוב הדומיננטי, רשויות השלטון באמצעים חריפים מאוד. טלו, לדוגמא, האיסורים בארצות הברית של שנות החמישים והשישים על הקומוניזם שנחשב לתופעה שמאיימת על שלטון הרוב הדומיננטי.

נקודה נוספת היא, שאחדים גורסים כי בהסתה עקיפה מדובר בוויכוח בין רעיונות או תרבויות. לפיכך, יש להפעיל את המערכת החינוכית והציבורית



שתיצור אפקט נגדי של הסתה. עמדה קרובה למסקנה זו הביע אלון הראל, לפיו: בנושאים מסוימים עדיף שבית המשפט ישתמש בדוקטרינה של "בלתי-לגיטימי אך אינו אסור" או "מגונה אך בלתי עניש".

■ **יורם שחר:** שאלת הבהרה: אתה נוקט לשון כללית ומדבר על החוקה הקונטיננטלית והחוקה האנגלו-אמריקנית. אין כאן שתי תורות-על, יש לדבר ספציפית על מדינות מסוימות. מהי החוקה הקונטיננטלית?

■ **חאלד גנאים:** בשיטה הקונטיננטלית אני מזכיר במפורש את המשפט הגרמני, האוסטרי והשווייצרי.

אני ממשיך. אין כאן שאלה של ויכוח בין רעיונות. אמירה, לרבות פוליטית, שתורמת ליצירת תשתית ואווירה לביצוע פשעים גולשת לתחום העבריינות, ואינה נופלת בגדר וויכוח בין רעיונות שמטבעם מדובר בוויכוח רוחני שאינו תורם ליצירת תשתית לפשעים. ההסתה (גם העקיפה) לעשיית מעשים אסורים יונקת את האנטי-חברתיות שלה מן המעשה האסור. כאשר מדובר במעשה מסוכן, למשל, אלימות, אזי ההסתה לעשיית מעשה מסוכן הנה תופעה מסוכנת. באשר לעמדתו של אלון הראל אציין כי טכניקה זו נהוגה בארץ וגם במדינות אחרות, כגון גרמניה. השופטים גורסים במפורש כי האמירה הנה דברי הבל שאדם שפוי לא היה מביע, ועל-כן הסכנה העולה ממנה הנה פחותה מאוד. כך השופט מגנה את המעשה ואת העושה, ואין עוד צורך בהעמדה לדין. לפיכך השאלה הרלוונטית היא האם יש נפקות מעשית לגינוי של השופט שאינו בגדר הרשעה פלילית. בגרמניה נאמר כי לטכניקה זו של "מגונה אך אינו אסור" יש השלכות מעשיות. הרבים יירתעו מכך. אולם, המצב בארץ הוא בעייתי. שופטים רבים והיועץ המשפטי לממשלה הדגישו פעמים רבות כי לזיכויים יש צורות רבות ושונות. זיכוי מחמת הספק אינו בגדר זיכוי מלא או מטהר. הציבור צריך לדעת את טיבו של הזיכוי והשלכותיו. לעומתם, במיוחד אנשי ציבור שהועמדו לדין וזוכו מחמת הספק מיהרו לטעון כי "הזיכוי הנו צח כשלג" וכי לא נדבק בהם שום רבב פלילי. לפיכך, אילו עמדת השופטים והיועץ המשפטי לממשלה הייתה מבטאת את ההשקפה הרווחת בחברה הישראלית, אזי בית המשפט רשאי, ולפעמים ראוי, להשתמש בטכניקה של "מגונה אך אינו אסור". יש ערך תרבותי-חינוכי בזיכוי

שמבוסס על "מגונה אך אינו אסור", אולם, האמצעי המשפטי של "מגונה אך אינו אסור" אינו מספק הגנה ראויה מפני התופעה. חלקים רבים של הציבור נרתע בגלל הסנקציה העונשית, ולא דווקא מן הגינוי שאין בצדו סנקציה עונשית של מאסר או קנס.

ההסתה העקיפה מכינה תשתית ואווירה נוחה ומעודדת לעשיית מעשים אסורים. ההסתה העקיפה הנה תופעה נפוצה בחברה הישראלית. קיימת הצדקה לאסור את ההסתה העקיפה. חשוב להדגיש שהמשפט הפלילי אינו האמצעי היחיד והעיקרי לטיפול בתופעות אלה. המשפט הפלילי נועד לטפל בתופעות שבהן נכשלו האמצעים של המערכת החינוכית-תרבותית. המשפט הפלילי הנו אמצעי משלים למערכת החינוכית-תרבותית. כאמור, מדובר בהוראת שעה, ההשפעה שיש להסתה עקיפה זו על הציבור הקולט אותה הנה יותר מוגבלת מאשר בהסתה הישירה. לפיכך, ראוי לאסור את ההסתה העקיפה לפשעים חמורים. עתה אתייחס למבחן הוודאות הקרובה: טענתנו היא כי למבחן הוודאות הקרובה אין כלל מקום דיני עונשין, ואף עומד בסתירה לעקרונות היסוד של דיני עונשין, בעיקר האופי של עבירה התנהגותית ושל הניסיון הפלילי. כידוע מקור המבחן במשפט האמריקני. יצוין גם כי המשפט החוקתי האמריקני בנוגע לחופש הביטוי שונה מן המשפט הישראלי, ולפי המשפט האמריקני חופש הביטוי הנו זכות יסוד כמעט מוחלטת. מצב חוקתי זה אינו מקובל במשפט החוקתי הישראלי. בנוסף, המשפט האמריקני מכיר גם מבחנים אחרים, כגון מבחן האפשרות הסבירה. כך, למשל, בעניין Brandenburg גרס בית המשפט העליון כי "ההסתה לאלימות צריכה להיות בעלת סיכויים סבירים להצליח."

ברור שמבחני ההסתברות באים בחשבון רק בעבירה התנהגותית. בעבירה תוצאתית כגון רצח והריגה, התרחשותה של התוצאה הנה רכיב בעבירה. מעשה שאינו גורם לתוצאה עשוי ליפול בגדר הניסיון הפלילי. תופעה מסוימת מוגדרת כעבירה תוצאתית כאשר המעשים שנופלים בגדר התופעה אינם גורמים בדרך כלל לתוצאה. למשל, לא כל ירייה גורמת למותו של אדם. לעומת זאת, בעבירה התנהגותית אין דרישה לתוצאה. המעשה חייב להיות בעל פוטנציאל אובייקטיבי לפגיעה בערך החברתי המוגן על-ידי העבירה. עבירות ההתנהגות מתחלקות לשלוש צורות: הצורה הראשונה שבה

המעשה שנופל בגדר התופעה פוגע בדרך כלל בערך החברתי המוגן. למשל, עבירת התקיפה או הגניבה. הגדרת מעשים שפוגעים בדרך כלל בערך החברתי המוגן כעבירה תוצאתית, הופכת את הרכיב התוצאתי למיותר ולאות מתה.

בצורה השנייה, מדובר בתופעה שבה המחוקק רוצה לאסור מעשים ראשוניים שימנעו אפשרות של עשיית מעשים שפוגעים בערך חברתי חשוב מאוד. למשל, ביטחון המדינה והגנה על המשטר. המחוקק אינו רוצה לאסור רק את המעשים הפוגעים פיזית במשטר עצמו, אלא גם את המעשים שנופלים בגדר ניסיון ולפעמים בגדר הכנה. דוגמא לכך היא החברות בארגוני טרור או קניית אמצעים למימוש מזימת טרור. הצורה השלישית שהנה הרלוונטית בעניין, והיא שמדובר בעבירת חשד וספק. כלומר, מדובר בתופעה שבה אין ביטחון שהמעשים מובילים בוודאות לעשיית המעשים האסורים וגם אין ביטחון שהמעשים אינם משפיעים על עשיית המעשים. מדובר במצב של ספק. במקרים אלה השאלה האם לאסור את המעשה שלגביו קיים הספק, הנה שאלה של חלוקת הסיכונים בחברה, קרי: האם החברה יכולה לקחת את הסיכון על עצמה. משום שמדובר במצב של ספק ולעולם לא ניתן להוכיח את הקשר בין המעשה לבין מעשה העבירה, אימוץ מבחן הוודאות הקרובה הופך את העבירה לאות מתה. לפיכך, אין כלל מקום למבחן הוודאות הקרובה בעבירה חשד וספק. טיעון נוסף וכללי נגד אימוץ מבחן הוודאות הקרובה בעבירות התנהגות הוא אופייה של עבירה התנהגותית. כידוע עבירה התנהגותית כוללת בתוכה את המעשים שגורמים לתוצאה וגם מעשים שנופלים בגדר הניסיון הפלילי מבחינת המידה שלו, קרי: המעשה הושלם אך לא הביא להתרחשות התוצאה. לפי המשפט האנגלו-אמריקני העתיק ובתקופת לידתו של מבחן הוודאות הקרובה, הניסיון הכשל היה בלתי עניש, וההבחנה בין מעשה ניסיון (המעשה האסור) לבין מעשה הכנה מתבצעת על-פי מבחן המעשה האחרון, קרי: המעשה האחרון שלפני התרחשות התוצאה (השלמת העבירה). משום שעבירה התנהגותית כוללת בתוכה את הניסיון מבחינת המידה יש הכרח באימוץ מבחן זה בעבירה התנהגותית. משמע: מעשה נופל בגדר עבירה התנהגותית ואסור הנו המעשה האחרון התרחשות התוצאה, קרי: הקרוב לוודאי לגרימת התוצאה. מבחן המעשה האחרון לפני

התרחשות התוצאה אינו מקובל עוד בשיטות המשפט, לרבות המשפט הישראלי. לפיכך, אין כלל מקום למבחן הוודאות הקרובה. דחיית מבחן המעשה האחרון בניסיון הפלילי, מחייב דחיית מבחן הוודאות הקרובה בכל עבירה התנהגותית. מבחן הוודאות הקרובה הנו, אפוא, שריד מיושן מתקופת המשפט האנגלו-אמריקני העתיק. טיעונים נגד מבחני ההסתברות בפסיקה – אין קריטריונים ברורים לבחירת המבחן המתאים: כלומר: מבחן הוודאות הקרובה או מבחן האפשרות הסבירה. כך, למשל, לא ברור כיצד בעבירת הסוביודיצה שבה עומדים חופש הביטוי מול תדמיתו של הליך משפטי טהור, ובעבירות לשון הרע ועבירות נגד הפרטיות שבהן עומדים הכבוד או הפרטיות מול חופש הביטוי, נבחר מבחן האפשרות הסבירה, בעוד שלגבי עבירות חמורות יותר כגון הסתה לגזענות והסתה לאלימות נבחר מבחן הוודאות הקרובה? האם הכבוד והפרטיות הם ערכים חשובים מאשר חיי אדם, גופו וחירותו?

זאת ועוד, שופטים טענו במקרים מסוימים, כגון עניין אלבה, כי קיימת וודאות קרובה שהפרסום יוביל לעשיית מעשים אסורים. שופטים אחרים גרסו כי אין נטייה רעה, ואף יש הבעת רחמים.

■ **מרדכי קרמניצר:** יש לראות שתי נקודות יסודיות במה שאנו עוסקים. האחת – ככל שמדובר בהסתה לאלימות או לפשעים נגד הגוף והחיים, אנו מדברים, לדעתי, על הערכים המוגנים החשובים ביותר בשיטה המשפטית, גם שלנו וגם של מדינות אחרות. אין ערך העולה בחשיבותו על הערך של חיי אדם. מבחינתי, זאת נקודת מוצא. רגילים תמיד לשיר את שירי השבח הראויים לחופש הביטוי, אך אני רוצה להציג את הצד האחר של המטבע. להגיד משהו בזכות ערך החיים.

הנקודה השנייה, והיא החשובה מאוד – האם למילים יש כוח? אלוהים ברא את העולם במילה; אינני יודע עד כמה בני אדם מסוגלים לברוא דברים חשובים במילים, אך יש לי ההרגשה שיש להם כוח עצום להרוס דברים באמצעות מילים – לא ישירות, אלא בעקיפין. אני נמנה עם אלה הסבורים שלמילים עלולה להיות השפעה הרסנית עצומה. מילים עלולות להוביל למעשים נוראים. ואם ניקח דוגמא מהזמן האחרון – מגדלי התאומים לא היו קורסים בלי מילים. הם קרסו בסופו של דבר כי היו אנשים שנכנסו בהם עם

מטוסים, אך אנשים אלה הונעו לעשות את המעשים האלה בכוח מילים. צריך להיות ברור לגמרי שמאחורי רוב מעשי התועבה הגדולים המשמעותיים יש דיבור. ועם הדיבור הזה צריך להתמודד. תהיה זו אשליה לחשוב, שמעשים נוראים יכולים להתרחש רק על-ידי התארגנויות גדולות; בגלל האפשרויות הטכנולוגיות, גם אנשים יחידים המושפעים ממילים עלולים לעשות מעשים איומים.

אי אפשר לקחת נוסחה אחת כללית ולטפל דרכה במטריה המורכבת הזאת. יש להשתדל לפרק לקטגוריות-משנה, כדי – כמו שאמר ח"כ יהלום ואני מסכים אתו – לנסות לקבוע איסור שיהיה מוגדר, גם צר וגם מוגדר ככל האפשר. הדבר חשוב מאוד. אינך יכול לעשות זאת בנוסחה אחת; עליך לנסות ולראות מה יש בתוך המטריה הזאת.

כאשר באים לפרק את המטריה למרכיביה, מוצאים, בראש ובראשונה, את מעשי האלימות או מעשי פשע חמורים. זה נראה לי פשוט. זה גם צר (מבחינת היקף) וגם מוגדר. הערך החברתי של קריאה כזאת אינו כזה שנרצה להגן עליו מול הסיכון שיבוצע פשע חמור. איני מסכים עם חאלד גנאים שזה בהכרח הדבר החמור ביותר. זה עלול להיות חמור מאד אך לא בהכרח. יכולים להיות דברי הסתה עקיפה אשר – בעיקר בשל אומרם, שהינו בעל כוח השפעה מיוחד – עלולים להיות מסוכנים יותר מקריאה פומבית לעשות מעשי אלימות שמשמיע אדם שלאמירתו, למשל, אין שום משקל מיוחד באוזני השומעים.

■ **שאל יהלום:** אגב, התעלמנו לחלוטין מהשאלה מי אומר את הדברים.

■ **מרדכי קרמניצר:** נכון. כעת אכניס את האלמנט הזה. לדעתי, "מי אומר" זו שאלה קריטית, שאינה מופיעה בהצעות החוק המסתובבות היום אך היא חשובה. קיימנו דיון כזה לפני שנתיים.

■ **שאל יהלום:** זאת אומרת שאין כאן מבחן בוזגלו במתכונתו, לדבריו. על אותן מילים תעמיד פרופסור למשפטים לדין ולא תעמיד סטודנט.

■ **הערה:** אם אתה מאמץ את מבחן בוזגלו, אז מי אומר, מובלע ונספג אל תוך מבחן התוצאה. שכן כוח ההשפעה

המיוחד של המתבטא, משפיע על מידת הסיכוי שיעשה מעשה פשע בעקבות הדברים. כלומר, זהות המפרסם משפיעה על דרגת הסכנה שבדברים, על התוצאה בכוח.

■ **מרדכי קרמניצר:** זה נכון, אך אינו פותר את הבעיה ומיד אנמק. מבחן התוצאה אינו יכול לעמוד לבדו, ויש חשיבות גם ליסוד הנפשי הנדרש באיסור. יש קטגוריה של אנשים שהם בעלי השפעה מיוחדת על בני אדם אחרים. איני מתכוון אלינו, הפרופסורים, שאולי רואים עצמם כבעלי השפעה מיוחדת. אין לנו השפעה מיוחדת. גם לחברי הכנסת אין. אולי למקצתם. אך אפשר לכלול אנשי דת ומפקדי צבא בקטגוריה הזאת, אנשים שיש להם מרות על אנשים אחרים. וגם אנשים אחרים כמו אוסמה בן לאדן המטריד אותי בימים אלה. אין הוא איש דת, למיטב הבנתי, אך נראה שהוא אדם שיש לו השפעה מיוחדת על בני אדם אחרים.

■ **הערה:** הוא בגדר של "צדיק"...

■ **מרדכי קרמניצר:** יש גם הקטגוריה הזאת של "בגדר הצדיקים". ופה לדעתי, יש הצדקה ויש הכרח ללכת רחוק יותר ולא להסתפק בהגבלות הרגילות ועל כך אפרט בהמשך. יש הקטגוריה המיוחדת של השמעת דבר שבח על מעשה אלימות או מעשה פשע. נדמה לי שאפשר לתפוס אותה כקטגוריה בפני עצמה, כי היא צרה ומוגדרת וערכם החברתי של דברי שבח על מעשי אלימות או מעשי פשע חמורים אינו גדול. וכדי להרגיע את ח"כ יהלום, אין זה יישום נכון של איסור כזה, לקחת דבר שבח על מעשה פשע שנעשה לפני עידן ועידנים ולהתייחס אליו. לא לכך הכוונה. גם בבית המשפט העליון נתן השופט אור את הדוגמא של השמעת דברי שבח על מרד בר-כוכבא. אין לראות התבטאות כזו כנופלת בגדר האיסור העוסק בדברי שבח. לאיסור כזה יש גיבוי בחקיקה קונטיננטלית; ולא רק במשפט הגרמני והאוסטרי, אלא בשיטות נוספות שלא אמנה כאן. איפה הקושי העיקרי? לו יכולנו להסתפק בזה – וכל זה לדעתי, מבוסס היטב ואינו מעורר קשיים חמורים – היה טוב. אך איננו עושים מלאכה שלמה להגנה על ערך החיים, אם אנו נעצרים כאן.

יש קטגוריה נוספת: דברים שאין בהם קריאה למעשי אלימות. הם גם אינם דברי שבח למעשי פשע. אך מי ששומע אותם עלול לעשות מעשה פשע

בהשפעתם. למשל, אם אומר איש דת מוסלמי, "זו מצווה דתית להרוג יהודים או אמריקנים ושכרה בצדה," או "זו מצווה דתית להרוג את פלוני או אלמוני." אין הוא קורא לאנשים לעשות את הדבר. אפשר לעשות זאת באמצעות עיון הלכתי. הוא נשאל שאלה, האם זו מצווה דתית? והוא אומר: כן. זו מצווה דתית. איני חושב שיכול להיות ספק שלדברים כאלה עלולה להיות השפעה על בני אדם. ודווקא כאן השפעה מסוכנת במיוחד על בני אדם אם הם מאמינים בדת ואם הם מאמינים שהאיש האומר את הדברים מייצג את אותה דת, בהחלט ייתכן שאין הוא מייצג אותה, אך לא זו השאלה, ואם הם רואים בו נציג אמיתי של הדת, אלה דברים מסוכנים ביותר.

הדוגמא הזאת אינה דוגמא תיאורטית מסוג הדוגמאות הרחוקות שאנו ממציאים. זו דוגמה מהחיים.

■ **אופיר פינס:** כל הדיון אינו תיאורטי.

■ **מרדכי קרמניצר:** לחלוטין אינו תיאורטי. לא

רק כי יש הצעת חוק, אלא משום שיש מציאות קשה ומסוימת. אני מבקש להגיע לוויכוח על אפשרות סבירה או ודאות קרובה. אני מסכים לחלוטין עם חאלד גנאים, שאיסור שמתבסס על ודאות קרובה יגרום אחת משתיים: האפשרות הראשונה, שלא יהיה אפשר ליישם אותו, כי קשה מאוד, ולמעשה בלתי אפשרי, להוכיח ודאות קרובה שמישהו יעשה מעשה. מי יודע לחקור נפש האדם והשפעת המילים על נפש האדם. גם החוקרים הכי בקיאים מתחום מדעי ההתנהגות אינם מסוגלים לקבוע קביעות כאלה; ועובדה היא שרופטי בית המשפט העליון נחלקו ביניהם באופן קיצוני בהערכות בדבר מידת הסיכון שבפרסום מסוים: מודאות קרובה ועד להעדר אפשרות סבירה (בפרשת כהנא). ובנוסף, יש להוכיח יסוד נפשי, כלומר, שמי שהשמיע את הדברים צפה סובייקטיבית שבוודאות קרובה זו תהיה השפעתם. זו תהיה משימה קשה מאד. לא יהיה זה הוגן להפקיד בידי רשויות אכיפת החוק כוח שהוא בעצם היעדר כוח, כוח-לכאורה, "פסדה" של כוח.

האפשרות השנייה היא שהמערכת "תסבן", כלומר תסלף בקביעות העובדתיות שלה; והאפשרות הזו קיימת. ילכו על ודאות קרובה, גם יעמידו לדין וגם ירשיעו, כשבעצם אין ודאות קרובה. לא טוב הדבר שהמערכת המשפטית נאלצת לעשות שקר בנפשה ולהגיד: יש ודאות קרובה, אף על פי

שכל אחד מבין שאין ודאות קרובה. זה מצב שאינו בריא. מצד שני, להסתפק ב"אפשרות סבירה" לא בא בחשבון מבחינת הצורך להגן על חופש הביטוי הפוליטי, בגרעין הקשה שלו. החופש הזה מחייב לסבך התבטאויות קיצוניות וחמורות, כגון: "ראש הממשלה רוצח", "ראש הממשלה בוגד", "הממשלה מובילה בודאות לשואה". אלו התבטאויות שעלולות להביא איש שוליים קיצוני לעשות מעשה אלים. זהו סיכון שהדמוקרטיה חייבת לשאת.

יש פתרון לדילמה הזו. גם אם אין הוא פתרון אידיאלי, שכן כאלה לא ניתן למצוא. הפתרון הוא להשתמש בפרמטר מתחום היסוד הנפשי. יש כאן כמה אפשרויות. אפשרות אחת, המצומצמת ביותר: לדרוש כוונה או מטרה במובן הצר, כלומר, שזו הייתה מטרתו של מי שהשמיע את הדברים. משמיע הדברים רצה שבעקבות דבריו יעשו מעשי אלימות. יהיה קשה מאד להגן, אם מישהו ירצה להגן, על החופש של אדם כזה, שרצונו להשמיע את הדברים האלה. דברים מסוכנים שנאמרים מתוך מטרה להרע אינם ראויים להיות מוגנים על ידי חופש הביטוי. חופש הביטוי בא להגן על השיח ולא על מי שמבקשים באמצעות הדיבור להביא לאלימות.

■ **שאל יהלום:** גם זה לא קל, איך תוכיח זאת?

■ **מרדכי קרמניצר:** איך מוכיחים כוונה? אתה מוכיח כוונה על פי מבחנים של שכל ישר בדבר דעתו וכוונתו של המפרסם: מה ניתן להעריך על כוונתו של מי שהשמיע את הדברים.

■ **שאל יהלום:** יש מוסלמי שיגיד בדרשה: "רבותי, דעו, אם אנשים נהרגים כעת במכונית תופת, מקומם בגן עדן עם כך וכך וכל הדברים הטובים". איך תוכיח כוונה?

■ **מרדכי קרמניצר:** השאלה תהיה: היכן אנחנו נמצאים בנקודת הזמן והמקום של אמירת הדברים. מהו ההקשר המצבי (פוליטי, חברתי ותרבותי) של הדברים? במציאות הישראלית העכשווית, שבה קיימת תופעה של מתאבדים, הגיוני לייחס לדרשן כזה מטרה לגרום למעשי התאבדות.

■ **שאל יהלום:** זה מופיע בקהילתו או



בכלל?

■ **מרדכי קרמניצר:** מדובר בקהילה שיש בה תופעה או תנועה של מתאבדים.

■ **שאול יהלום:** אז זה מבחן התוצאה.

■ **מרדכי קרמניצר:** אז התקרבו, אבל אין

דורשים שהדרשן צפה את השפעת דבריו ברמה של ודאות קרובה. די בכך שהעריך את הסכנה ורצה שכך יקרה. קל להסכים שאם היה מתאבד מקהילתו, ששמע דרשה שלו, ואחריה עשה פיגוע התאבדות, שזו כוונת הרשן. וגם אחרת, מדוע אמר שמה שאמר אם לא רצה בכך? ואם אכן לא רצה, מדוע לא סייג את דבריו?

■ **שאול יהלום:** זה כבר כמעט מבחן תוצאה.

■ **מרדכי קרמניצר:** כמו שאמרת בעצמך, יש

לפעמים גם ראיות מסייעות. אתה הזכרת את עניין אלבה, שהורשע בהסתה לגזענות. כמו שבוודאי זכור לך, אלבה הורשע לא רק בדיבור אלא גם במעשים שעשה. יכול להיות שחוץ מהאמירה שהיא מושא הדיון המשפטי, יש התנהגויות נוספות שמהן ניתן לחזק את המסקנה בדבר התקיימות הכוונה. ואם לא ניתן להוכיח מטרה – ונלך על המתחם הצר הזה – אז לא נוכל להרשיע אותו והוא יזוכה. במקרה כזה גם אין מקום להעמדה לדין.

יש דרגה אחת נמוכה יותר, והיא הדרגה של צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות. זה מבחן משפטי מקובל. לפעמים כשדורשים רצון, אפשר להסתפק בצפייה בדרגה של קרוב לוודאי. כלומר, איני יודע, או איני יכול להוכיח, מה הוא רצה, אבל יש יכולת להוכיח שהמפרסם צפה את האפקט של דבריו (שמישהו ירצה בעקבותיהם) בדרגת הסתברות גבוהה. אין צורך להוכיח זאת ברמה האובייקטיבית, כלומר שזו הייתה רמת הסיכון האובייקטיבית, המציאותית. די בכך שעל סמך הדברים הידועים ניתן להסיק שהמפרסם הביא בחשבון את האפשרות, ברמה של קרוב לוודאי, שזו תהיה השפעת מעשיו. זו אפשרות שנייה.

האפשרות השלישית היא להרחיק עוד יותר, להבחין בין קלות דעת לבין אדישות, להפיל את האדישות ולפטור מאחריות את קלות הדעת. אם האיש

משמיע את דבריו ואומר דבר שלפי אמונתו זוהי דעת חכמים או דעת תורה בעניין מסוים, הוא מבין שזה עלול להיות מסוכן, אך הוא בהחלט אינו רוצה שאנשים יעשו משהו בעקבותיו, הוא מקווה שהם לא יעשו דבר ואף נוקט אמצעים לשם כך – להבדיל מאדם שלא אכפת לו. כיצד אדע להבחין ביניהם? הרב אלבה, למשל, אמר לתלמידיו: איש לא יעשה דבר אלא אם כן ידבר קונקרטי עם רבו. כלומר, הוא התייחס לעניין ונתן ביטוי לאי רצון שדברים יקרו. לעומת זאת, אם אדם מפריח דברים לאוויר ומביא בחשבון את הסכנה, הוא אינו אומר דבר למניעת התממשות הסכנה, אף על פי שהסכנה היא סכנה ממשית ומוחשית על פי ההקשר גם בעיניו, אפשר יהיה ללמוד מכך על יחס של אי אכפתיות מצדו. אלה שלוש הדרגות. לדעתי, אם אנשים הרוצים לחוקק בכנסת בנושא זה – וזו בושה שאין לנו חוק בנושא, ויש כורח שיהיה – ייסגרו בחדר, אפשר יהיה להתכנס על אחת מהאפשרויות האלה ולהביא את מעשה החקיקה הזה לכלל עשייה.

■ **אופיר פינס:** תראה, זה החדר, אם אני גומר על העניין עם זהבה גלאון ושאלו יהלום זה יעבור. אם לא אגמור זאת אתם – נכון לרגע זה, זה לא עבר. נקווה שזה יעבור.

■ **אלון הראל:** איני מכיר את חבר הכנסת יהלום. מעולם לא ראיתי אותו פנים אל פנים. אך שמעתי את הדברים וקשה לי להסכים אתו על כל נושא אחר. אבל בנושא זה אני מסכים לגמרי. ב-1992 פרסמתי מאמר על התיקון הראשון לחוקה האמריקנית וניסיתי להסביר למה החוקה האמריקנית מאפשרת הגבלות על ביטוי מן הסוג הזה. שיניתי את דעתי בעניין ואני רוצה להתחיל אולי בדוגמא ולהראות למה.

ניקח לרגע דוגמא שהייתה קיימת בהיסטוריה שלנו. נניח שאדם אומר: "ראש הממשלה בוגד, יש לטפל בו כמו שמטפלים בבוגדים." זו אמירה לא יפה ולא מנומסת. הבה ננסה לתרגם אותה ללשון אקדמית... מה הוא אמר, בעצם, למה הוא התכוון? בואו נבדוק מה הוא בעצם רצה להגיד. אם נמצא את הרעיון בלי האמוציות, נאמר שהוא מתכוון להגיד דבר כזה: הפעולה של ראש הממשלה – נניח נסיגה מן השטחים או החזרת שטחים או כל דבר אחר – מסוכנת לקיום מדינת ישראל, ואדם המסכן את קיום מדינת ישראל אכן הוא בוגד. אולי אין כוונתו להיות בוגד, אך הוא בוגד. ואז השאלה האמיתית

שעלינו לשאול את עצמנו היא: מדוע לא נאמר לדובר, "תגיד זאת. למה אתה צריך להגיד ראש הממשלה בוגד וצריך לטפל בו כמו שמטפלים בבוגדים? למה לא תגיד את הדבר הפשוט הזה?"

זה לדעתי חוסר הבנה של מהות השיח הפוליטי. שיח פוליטי אינו שיח של רעיונות בלבד. יש גם מעט רעיונות, אך אין הוא שיח של רעיונות. זהו שיח של רגשות, של אמוציות, של אהבות ושנאות, ואין הוא שונה בהרבה משיח רומנטי במובן הזה. אין לעקר את השיח הפוליטי מהלהט הרגשי שבאופן כמעט בלתי נמנע מתלווה אליו, משום שפוליטיקה היא גם עניין של זהויות – מי אני, אני יהודי? אני מוסלמי? אני פלשתינאי? הדברים האלה נכנסים לתוך השיח הפוליטי באופן בלתי נמנע. ואסור להפוך את השיח הפוליטי לסטרילי ומנוכר מהציבור, כי אז נשוב לעולם שמלך פילוסוף מנהל בו את העניינים. לו היינו אפלטוניסטים, אולי היינו רוצים זאת. היינו רוצים שתשב מועצת חכמים ותנהל את העניינים. זהו האופן שדמוקרטיה מתנהלת בו. דמוקרטיה מתנהלת בשיח שמתלווה אליו עולם שלם של יצרים, של רגשות ושל שנאות. שנאות, הם גם יצרים חשובים מאוד.

■ שאול יהלום: קודם כול שנאות, אדוני, אח"כ כל השאר.

■ אלון הראל: "קודם כול שנאות" הוא אומר לי, והוא פוליטיקאי. אני באמת חושב כך.

אני יודע על רבים מחברי ואני מודה שגם אני חוטא בכך. פעולה פוליטית אני עושה בדרך כלל כשאיני סובל את הצד האחר. חלק לגיטימי מהשיח הפוליטי הוא לבטא את האינסטינקטים של בני אדם. לכן אני רוצה להגיד, שלתרגם ביטוי כמו "ראש הממשלה הוא בוגד" לאמירה, ו"צריך לטפל בו כמו שמטפלים בבוגדים." זה תרגום מטעה ומעוות. להגיד "בבקשה אדוני, מר כהנא או תהיה אשר תהיה, תרגם את מה שאתה אומר לרעיון", זה מגוחך. הדבר מעקר את הביטוי מהאינסטינקטיות הרגשית הגלומה בו והופך אותו לאיזה מפרט טכנוקרטי לניהול מדינה, כמו של מלך פילוסוף.

אבל לסקפטיות שלי ביחס להגבלות יש עוד טעמים, ובמובן זה ארצה לחזור על דברי ח"כ יהלום, עם כל הקושי שבדבר. החברה הישראלית היא באמת חברה הטרוגנית, השיח בקהילות שונות של החברה שונה. גם קהל

השופטים אינו משקף – ואף אינו צריך לשקף, לדעתי – את ההטרונגויות של החברה הישראלית. בהצעת החוק דובר על דברים שיש בהם כדי להתסיס על פי תוכנם ועל פי הנסיבות שבהם פורסמו. אנחנו מצפים – בעקבות דבריו של השופט ברק, שאני רוחש לו כבוד רב – לדעת אם בנסיבות של הישיבה בחברון, שבהן רב נכבד כתב על תלמידיו, על הלכות הרג גוי, יש כדי להתסיס. מנין ישאב השופט שגדל בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים את המידע על הנסיבות האלה בתוך הישיבה? מנין ימצא את היכולת להחליט, אם דברי הרב הם בגדר פרשנות אקדמית של טקסט תלמודי? ביום כיפור עשיתי מעשה ואמרתי שעלי לטייל במאה שערים. הלכתי למאה שערים והתבוננתי בכרזות על הקירות – פשקווילים – אשר עסקו בכופרים החילוניים, בפרוצות המתהלכות בשרוולים קצרים, ובמיוחד – רבותיי, שתדעו – במכת הפאות הנוכריות. מכת הפאות הנוכריות הביאה לחרבן מגדלי התאומים. לא ידעתם זאת? רבותיי, הבעיה אינה באוסמה בן לאדן, הבעיה היא בפאות הנוכריות, כך היה כתוב שחור על גבי לבן בפשקווילים. בפשקוויל הזה, נאמר בעצם כי הנשים הלובשות פאות נוכריות אחראיות באופן אישי למותם של 6,000 איש? האם אתם חושבים שמישהו בציבור החרדי ילך עכשיו וירצח נשים בפאות נוכריות? מישהו מעלה על דעתו? והאם אתם חושבים שהשופט ברק יכול להעריך, אם הביטוי "נאצי" – אגב, ביטוי שגרתי לחלוטין בציבור החרדי – יכול להביא לאלימות כלפי שוטרים או לא יכול להביא לאלימות כלפי שוטרים? אני לא יודע ואיני מצפה שכבוד השופט ברק יידע, אלא אם כן יחזור בתשובה, ילך לישיבה, יישב שם שנה ואז אולי יידע.

אני מדבר על הנסיבות, על הדקויות. איני מאמין שאנו יכולים לבצע את השיפוטים האלה ביחס לקהילות זרות לנו. ברור לי לגמרי נגד מי הסעיפים האלה מכוונים. הסעיף הזה מופנה כנגד בעל הבטטה במחנה יהודה שצועק "מוות לערבים". הסעיף הזה מופנה, לדעתי, באופן אפקטיבי לאנשים הפשוטים. אני רואה שפרופ' קרמניצר חולק עליי, אני בטוח שהוא אינו חושב שהדבר מופנה כלפי בעל הבטטה, אך אני חושב שכך זה יופעל – הסעיף הזה יופעל נגד הפלאח הפלשתינאי שקורא להמשך האינתיפאדה, או קורא "מוות ליהודים" או משהו מסוג זה, או להגן על האיסלאם מפני אויביו. אין הסעיף

הזה פונה לפוליטיקאי איש ימין שיגיד למתנחלים שיגנו על עצמם בכל האמצעים. זה נשמע קצת מנומס מדי בשביל להצדיק תביעה משפטית.. אך האפקטיביות שלו עלולה להיות גדולה הרבה יותר ביצירת אלימות מאשר הצעקות "מוות לערבים". אולי פחות ואולי יותר, איננו יכולים לדעת את הדברים האלה.

האמירה הזאת של הפוליטיקאי נשמעת נקייה יותר, קרובה יותר לנורמת השיח של השופטים. איני בטוח שהיא מסוכנת פחות. הוויכוח הפוליטי שלנו עובר במדינת ישראל תהליך של "משפטיזציה". כל ביטוי בוטה מביא להאשמות ולאיומים בהליך משפטי. כל החלטה משפטית בנושא הזה תיתפס ע"י קבוצות כפוליטית. אין היום לגיטימציה כללית בחברה הישראלית להחלטות משפטיות. זכרו את המקרים של כהנא וג'ברין. אני מכבד את השופטים ואני משוכנע שהיו שיקולים דוקטריניים עמוקים מאד להבחין בין ג'ברין לכהנא. אני מאמין בכך. גם קראתי את דברי השופטים ואני יודע שהיו שיקולים דוקטריניים נבונים, חכמים ומתוחכמים. אך איך התקבל הדבר בציבור? ימין, שמאל, למה עלינו לסבך את המערכת המשפטית שלנו בצרה הזאת? את הנזק שהוטב למערכת המשפטית אי אפשר לרפא בכך שמשפטן יגיד לך: כן, אבל ההיסטוריה של הסעיף היא כזו וכזו, והיא מצדיקה תוצאה שונה במקרה של ג'ברין ובמקרה של כהנא. אי אפשר לרפא את הסלקטיביות האינהרנטית שתהיה בהפעלה של החוק הזה; הציבור תמיד יראה את ההחלטות של היועץ המשפטי לממשלה כהחלטות פוליטיות. עליי לציין שהן לפעמים באמת פוליטיות, אך גם אם אינן כאלה, יראה בהן הציבור כהחלטות פוליטיות.

החוק יחייב את בית המשפט להיכנס לפלפולים משפטיים שיהיו זרים לציבור. איני אומר שלפעמים אין בכך צורך. פעמים רבות כן צריך לעשות זאת, אבל במקום שאפשר להימנע מכך יש להימנע.

כמה מילים על הפרובלמטיקה של דוגמאות. אביא שורה של דוגמאות וכולן דוגמאות אמיתיות פחות או יותר. קחו את המקרה של הרב אלבה, הלכות הריגת גוי. האם נוכל לענות על השאלה אם יש בדבריו הסתה או לא? האם זה דיון הלכתי או לא? איני בטוח שיש תשובה נכונה. חישובו על שבח לאינתיפאדה. האינתיפאדה היא גם אלימות, האינתיפאדה היא גם פעילות

פוליטית. אם מישהו משבח את האינתיפאדה, האם זה טוב או רע? קחו את האמירה של כהנא להפציץ כפר ערבי; האם זו הסתה למעשה אלימות? האם זו אינה הסתה למעשה אלימות? האם אפשר להסית ממשלה למעשה אלימות? השאלות האלה יצוצו שוב ושוב. ומה ביחס לאמירה של הימין הקוראת לטפל ברבין כמו בבוגד? טיפול בבוגדים הוא מוות וגם רצח, נכון? אבל בבוגדים מטפלים גם בבית משפט. איך אנו יכולים לבצע את השיפוטים האלה? איני אומר שמשפטנים אינם יכולים לטפל בכל אחת מהבעיות שהעליתי; אני בטוח שפרופ' קרמניצר יכול, הוא מתוחכם מאוד ועבד על כך שנים רבות מאוד. אך איני בטוח שהוא יכול לנבא אילו סוגי בעיות יצוצו בעניין הזה. כמו שאמרה לי דליה איש שלום: בסדר, אם יש לך המון בעיות, לא תטפל בכלן, נטפל במקרים החדים, הנקיים. אבל אני לא משוכנע שהמקרים הנקיים הם החשובים או הרלבנטיים.

■ **מרדכי קרמניצר:** מה בעייתי בעיניך? מה

ברור, מה חד וחלק, מה clear cut?

■ **אלון הראל:** לדעתי, לו הייתה לנו

שיטה אידיאלית בעולם אידיאלי, ייתכן שביטויים כמו "אנחנו צריכים להרוג את כל הערבים" היו צריכים להביא להפללה. לכאורה, אם באמת הבעיה שלי היא שורה ארוכה של מקרים של סלקטיביות, של בעייתיות, מקרי הביניים והניואנסים, אז למה לפחות לא נלך על המקרים הברורים, החדים? התשובה לדעתי היא שהמקרים החדים אינם המקרים המסיתים לאלימות. הבעייתיות רחבה כל כך, בביטויים שאיש לא יעז להעמיד עליהם לדין, שאיננו צריכים לטפל בשורת הביטויים הקטנה, המצומצמת, שלדעת הכל צריך להגבילם.

ארצה להגיד משהו לחברי הכנסת. זו ההזדמנות היחידה שלי לדבר עם חברי כנסת. את הדברים שאני אומר לסטודנטים שלי אינני מקיים בעצמי אך אני אומר אותם לסטודנטים שלי בלי הרף: כשאתם מהססים בבחינה אם לכתוב או לא לכתוב – אל תכתבו. אל תכתבו. זה חוק ברזל. אינני עושה זאת במאמריי. אך אני חושב שכשיש היסוס אם לחוקק או לא לחוקק, אל תחוקקו. אל תחוקקו.

■ **אופיר פינס:** זה נכון. אני מודה לך מאוד.

וכעת לפרופ' לסלי סבה.

■ **לסלי סבה:** בשל חשיבות הנושא, נעתרתי לפנייתו של פרופ' קרמניצר, על-אף שלא עסקתי בו עד כה. עיינתי בספרם המעניין של קרצ'מר וחזן **Freedom of Speech and Incitement against Democracy** המכיל את דברי החכמה של מקצת הנוכחים בפורום זה, שהם נשאו בכנס שהיה לפני כמה שנים וכן במאמרים שפורסמו בכתב העת **משפטים**, כרך ל'. בנושאים המרכזיים הללו איני סבור שאוכל להתחרות עם המחקרים או שיש טעם סתם להביע עמדה. התחלתי לחשוב על כיוונים מהרעק שלי, השונה במקצת, כיוונים העשויים לעורר עניין ואולי גם לעורר שאלות נוספות; בוודאי לא לתת עליהן תשובות חד-משמעיות אך בעקבות הדברים שאמר היו"ר נזכרתי באמרתו של המלומד קורט לוין: "אין דבר יישומי יותר מתיאוריה טובה." אולי מדברי יצאו אם לא תיאוריה אז לפחות גירוי מחשבתי. חשבתי על כיוונים מספר העשויים להיות רלוונטיים.

למעשה הם שלושה. האחד – כל המכיר את עיסוקי בשנים האחרונות יודע שאני מתעניין מאוד בנושא הקורבנות. יש לי תזה האומרת שהמגמה הדומיננטית בשינויים במערכת המשפט הפלילי בשנים האחרונות היא האוריינטציה לקורבן (Sebba, 2000). איני מדבר על עניין הבולט יותר לעין בהקשר זה, היינו, זכויות הקורבן וההליכים המתגבשים לצורך זה בחוק. אני מדבר דווקא על החוק הפלילי המהותי. גם כאן ישנם תיקונים רבים בעיקר בכיוון של הרחבת יריעתו של החוק. באו להגן על קבוצות אוכלוסייה שנתפסות כלא-מספיק מוגנות. הדוגמא הבולטת היא "חסרי ישע", אך אפשר לדבר גם על החקיקה בנושא עבירת האונס, עבירת ההטרדה המינית וכדומה. מגמה זו עשויה להביא לידי צמצום מסוים של עקרון האשמה. אגב, ראייה זאת – של דגש על הקורבן – יכולה להביא גם לידי צמצום של המשפט הפלילי. בנושאים כמו נשים שהורגות את בעליהן מתוך ייאוש ופחד, ההתמקדות בקורבן דווקא באה להרחיב את ההגנות שהאישה יכולה להיעזר בהן, ועל-ידי כך לצמצם את יריעתו של המשפט הפלילי.

מעבר למישור התיאורי, מגמה זו של ההתמקדות בקורבן נתפסת לפעמים גם כעניין עקרוני ואפילו חוקתי. הרי השופט שמגר, בהתייחסותו לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו במשפט גנימאת, נתן משקל מיוחד למעמדו וכבודו של הקורבן. גם במישור הבין-לאומי, בית הדין לזכויות האדם של אירופה קבע כי

מדינת הולנד לא פעלה כהלכה כלפי אזרח שנפל קורבן לפגיעה מינית, כאשר המקרה לא נכלל במסגרת המשפט הפלילי שלה. (*X&Y v the Netherlands*). איני בטוח לאן זה יוביל אותי בדיון היום, ואני שמח שפרופ' הראל העלה את השאלה את מי יראו כנאשם ואת מי יראו כקורבן בהקשר הנוכחי. כי לא ברור לי אם החוק המוצע בא להרחיב או לצמצם; כשאני קורא את הניתוח של פרופ' קרמניצר, אני רואה שהרעיון הוא לצמצם את הסעיף הנורא והגורף של המרדה. אם אני קורא את הדברים האחרים, אני רואה שהחוק בא ליצור עבירה חדשה של הסתה לאלימות, עקב פרשנותו של בית המשפט העליון בפסק-דין ג'ברין – ולצורך מניעת מקרה חוזר של רצח ראש הממשלה. איני יודע אם כן, אם החוק בא להגן בעיקר על בכירים, שבדרך כלל לא נחשבו כזקוקים להגנה מיוחדת כבדומה ל"חסרי ישע" או שמא ניתן לומר כי הדמוקרטיה הפגיעה היא זו שטעונה הגנה מיוחדת המצדיקה יצירת עבירה רחבה.

יצוין כי מבקשים להצמיד את האיסור המוצע על הסתה לאלימות לסעיף הגזענות, שהוא מצומצם מאוד. יש מקרים של הסתה נגד אנשים בגלל נטייתם המינית, שאינם כלולים בו. בתוך מאה שערים, אתה קורא כרוזים נגד אדם מסוים מפני שהוא נתפס כאדם החורג מהכלל ומשום כך יש הסתה נגדו. יקל עלינו לדון בניסוח האופטימלי של החוק, אם נהיה מודעים לקטגוריות שאנו מבקשים להגן עליהן.

בהקשר זה אבקש לציין עוד דבר. הטכניקה של הגנה על הקורבנות בעצם גם חרגה מהמסורת של המשפט הפלילי. אני רוצה לחדד את העניין. המשפט הפלילי באופן מסורתי דיבר על התנהגות אסורה. בעקבות התיקונים התחקייתיים שאני הזכרתי אותם קודם, המכוונים לסוג מסוים של קורבן, או לחלק מהאוכלוסייה הזקוק להגנה מיוחדת, הגנה זו נוצרה לעתים באמצעות מה שאני מכנה "הוראה משנית": לא על-ידי (או לא רק על-ידי) הרחבת העבירה או החמרת העונש, אלא על-ידי הוספת עוד דרישה מהקהילה, כדי להגן על המטרה העליונה שנקבעה ב"עבירה הראשית". ושוב, אני מעלה את העניין של חוסר ישע. החידוש העיקרי כאן היה בכך שמחייבים את כל האוכלוסייה המודעת לכך לדווח על מקרים של פגיעה בקבוצות המוגנות. אפשר להוסיף כאן גם את הדוגמא של חוק "אל תעמוד על דם רעך" המחייב



לסייע למי שנמצא במצוקה, וכן את העבירה בה הורשעה הר-שפי: החובה להתריע מפני עבירה צפויה.

זה מביא אותי לשאלה תיאורטית נוספת, המחברת את הסוגיות שהועלו עד כה: ההגנה על קורבנות באמצעות המשפט הפלילי מחד גיסא, והטלת חובות על האוכלוסייה כולה מאידך גיסא. ייתכן שהעבירה שאנו דנים בה בכינוס זה, ההסתה, בעצם צריכה להידון בהקשר לסוגיות אלו. (במאמר מוסגר, ברצוני לציין כי לא ברור לי אם עבירת ההסתה המוצעת נועדה רק כדי להגן על ראש ממשלה או כל אדם אחר מפני התנקשות, או גם בדומה ל"עבירות השנאה" – להגן על האנשים הנפגעים מעצם ההסתה; כי ייתכן שעצם פרסום ההסתה, גם אם איש אינו מגיב אליה, מעורר באנשים חרדה. זו כבר קטגוריה אחרת של עבירה, שכן היא מתייחסת לפגיעה מיידית ולא לפגיעה אפשרית בעתיד).

אך נחזור לעניין של ההגנה העקיפה, העבירה ה"משנית" שבאה להעניק לקורבנות פוטנציאליים הגנה נוספת כדי לחייב אנשים בסביבה לבוא לעזרתם, או, בהקשר הנוכחי, לאסור עליהם לעשות מעשה שיגרום לכך שמישהו אחר יפעל. דבר זה בעצם מביא אותי לדיכוטומיה יסודית מאוד, מבחינת מדיניות ציבורית, בין התפיסה הליברלית לתפיסת הקהילתיות, קרי: ה-communitarianism. שכן, ככל שיש לך תפיסה קהילתית יותר, תתמוך יותר בהטלת חובות על האזרח, כדי שיהיה מחויב להגן על הזולת. אין זה מקרה שחוק "אל תעמוד על דם רעך", יוזם על-ידי חבר-כנסת דתי (והביטוי הוא כמובן תנ"כי) שכן, החברה היהודית המסורתית נקטה בתפיסה קהילתית. ולענייננו: ככל שיש לך תפיסה קהילתית יותר, יקל עליך להרחיב את האיסור על הסתה, משום שכל אזרח בעצם מחויב יותר לאזרח האחר, גם אם הדבר מגביל את חופש הביטוי שלו – שהוא ערך עליון בקרב בעלי תפיסה ליברלית. כיוון נוסף שרציתי להעלות הוא עניין הסיכונים. קיימת מגמה לאחרונה, במדיניות ציבורית בכלל, ובמשפט – לפחות במשפט הפלילי – בפרט, להתבסס על חישוב סיכונים (Stenson & Sullivan, 2001). דוגמאות מן התחום הפלילי מצויות אצלנו בחוק המעצרים והשחרור המוקדם של אסירים. הדגש ביישום החוקים יהיה פחות על מידת האשמה ויותר על הסיכון לציבור. וגם זה אולי חלק מהמחשבה העומדת מאחורי הרחבת ההגנה על

אנשי ציבור. הם נתפסים כנמצאים בעמדה של סכנה. גישה זו עשויה להשליך על התלבטותו של פרופ' קרמניצר באשר לקריטריונים של האחריות לעבירת ההסתה. הדגש יהיה על הקשר בין המעשה האסור לבין הנזק שנגרם או עלול להיגרם, כאשר העניין של היסוד הנפשי יהיה חשוב פחות. יש לציין בהקשר זה גם את המגמות של הפרטת הסיכונים. גארלאנד (Garland, 2001:124) סבור כי באחרונה ממשלת אנגליה נוטה להעביר את האחריות להגנה על האזרחים מפני פשיעה לאזרחים עצמם (חברות שמירה, בטוח, וכו') או לרשויות המקומיות. על-פי גישה זו, תפקידו של המשפט הפלילי בהגנת האזרח תצטמצם – אם לא להלכה, לפחות למעשה.

בכל זאת ארצה לגעת לפחות בשני דברים הנוגעים ישירות לנושא הספציפי. הרי אני בא ממכון לקרימינולוגיה. חיפשתי חומר שיועיל לנו בשאלה, מה אנו יודעים על הקשר בין דיבורים והסתה לבין מעשי אלימות. רוב המחקרים על האטיולוגיה (הסיבתיות) של האלימות לא עזרו לי הרבה. החוקרים מתלבטים בין דגש חזק יותר על הניתוח הפתולוגי של העברייני היחיד לבין גורמים סביבתיים יותר, אך אינם מתייחסים לעניין ההסתה. בכל זאת מצאתי מקורות אחדים העשויים להיות רלבנטיים.

יש תיאוריה ידועה מאוד של מלומד אחד בשם ארוין סתרלנד המתבססת למעשה על תורת הלמידה. החוקר טוען שככל שאתה חשוף יותר להגדרות המחייבות את ההתנהגות השלילית, כך תהיה נטייתך לבצעה; וגם להפך. סתרלנד מתייחס באופן מיוחד למעמדו וחשיבותו של מי שמשמיע את ההגדרה: ככל שאתה חשוף יותר לאנשים בעלי סמכות עבוּר, כך תגדל ההשפעה שלהם עליך.

מצאתי גם שני מחקרים שאזכירם בקיצור נמרץ. האחד, לגבי עישון סמים והשני לגבי נכונות להשתמש באלימות בקרב מתנחלים. במסגרת המחקר הראשון, החוקרים מצאו שגורם העיקרי המשפיע על החלטתם של צעירים באם להשתמש בסמים, הוא מעשיהם של החברים: יש להבחין כאן בין מה ששומעים מאנשים לבין מה שרואים שאנשים עושים: ההשפעה במקרה זה הייתה של התנהגות בפועל, ולא רק דיבורים. מכל מקום, הרבה פחות חשוב מה שהחוק אומר – זה הוכח במחקר.

אולי רלוונטי יותר לענייננו, ואני ממליץ לאנשים כאן שיקראו אותו – הוא

מחקרו של חברי במכון לקרימינולוגיה פרופ' דיוויד ויסבורד שחקר את הנכונות להשתמש באלימות בקרב המתנחלים, בתקופה של המחתרת בשטחים, לפני 15-10 שנים (Weisburd, 1989). גם כאן הכיוון הכללי היה סולידריות בין הקבוצה, אך יש ניתוח מעניין מאוד של מעמד המנהיגים. אלה שהיו צריכים להתעסק עם השלטונות ועם חברי מפלגה בתוך הקו הירוק, היו מתונים יותר בעמדות שהציגו כלפי החוקר. לעומת זאת, מבחינת הפעילות, הם השתתפו יותר, כי לא יכלו להרשות לעצמם, בתור מנהיגים בקהילה, שלא לפעול.

מכאן שברורה השפעתה הרבה של "קבוצת הרעים", אך לא ברור מידת השפעתן של מילים להבדיל מהתנהגותם או דבריהם של מנהיגים שאינם "רעים". הנושא טעון בדיקה מעמיקה יותר.

אני מגיע לנקודה אחרונה. אולי לכך התכוון חאלד גנאים כשאמר שהקרימינולוגים הם נגד המשפט הפלילי (על פניו הקרימינולוגים מאד בעד המשפט הפלילי, אחרת יוותרו ללא פרנסה!). המחקרים שהזכרתי ורבים אחרים בתחום הסוציולוגיה של המשפט, מראים שכוחו של המשפט כמנגנון של פיקוח חברתי חלש מאד. אין הוא משפיע הרבה. במחקר על השימוש בסמים, דווקא בני הנוער שסברו שהחוק מטיל עונשים כבדים על עישון סמים – נטו לעשן בעצמם. אלה שעישנו הכירו, כנראה, טוב יותר את החוק. כך שאנו רואים את כוחו המצומצם מאוד של המשפט. פרופ' קרמניצר אכן הציע שנחשוב על מנגנונים חלופיים לפיקוח חברתי. אם נחזור לעניין של אנשי מרות: מי שבכוחם להשפיע, כפי שנאמר במהלך הדיון כאן, אינם הפרופסורים אלא בעלי קסם או בעלי מעמד מיוחד בקהילות שונות. במקרים מתאימים ניתן לשקול הליך משמעותי או מנהלי נגד בעל סמכות המסית לאלימות, על מנת לשלול את סמכותו. הליכים מעין אלה לא יתאימו כאשר למסית אין מעמד פורמלי, אלא סתם בעל עוצמה מכוח אישיותו.

ואולם, במאבק לצמצם את האלימות הפוליטית חשיבותם הן של אמצעי המשמעת והן של סעיף ההסתה בחוק העונשין היא מוגבלת; חשוב הרבה יותר יישומו של דו"ח קרמניצר, בנושא לימוד האזרחות. ולדעתי כל עוד הדיון מתקיים בוועדת החוקה, חוק ומשפט ולא בוועדת החינוך, כל עוד איננו עושים דבר בכיוון של שינוי ערכים במישור הלימודים, הישגינו יהיו מוגבלים. אולי

לעניין המשפט יש ערך הצהרתי, ואולי לטווח הארוך הערך ההצהרתי של החוק עשוי להשפיע גם על ערכים, אם כי אינני רואה בינתיים את השפעתו של הסעיף האוסר על גזענות, לדוגמא, שנחקק לפני שנים אחדות. אם כן, נראה לי שהפתרון העיקרי הוא, כפי שאמר טוני בלייר בזמנו: חינוך, חינוך, חינוך.<sup>1</sup>

■ עמוס שפירא: עלי להודות שבסוגיה הזאת אני שותף לרוח ההסתייגות, הספקנות והזהירות שהביעו סביב השולחן הזה ח"כ יהלום ופרופ' הראל. נראה לי שמשותפת לכולנו התחושה, שהאיסור על ביטוי באמירה ובכתיבה, וגם כתיבה היא ביטוי, כמוכן, הוא בעייתי ביותר. נכון שלמילים יש כוח להרע, אבל בדמוקרטיה ההנחה היא שברגיל יש למילים כוח להיטיב. ומכאן העיקרון של חופש הביטוי החשוב כל-כך דווקא בחברה פלורליסטית קוטבית, שסועה ורב תרבותית כשלנו. הדברים כבר נאמרו. ויש גם לזכור שקיימים אמצעים אחרים, אולי חשובים יותר, לטיפול בביטוי מזיק, במילים רעות. מר סבה ציין זאת: חינוך, הסברה, דיבור נגדי, שכנוע, ויכוח, וכן, גם הגנה משטרתית ואבטחה יעילה יותר של השב"כ, כשצריך. יצחק רבין המנוח לא היה נרצח, למרות ההסתה, לו היה השב"כ יעיל יותר. אסור לשכוח גם נתון זה. האמצעי שאנו דנים בו בוודאי אינו הפתרון היחיד, או העיקרי, לבעיה.

איסורים על ביטוי בענישה או במניעה – ואנו דנים כאן בענישה, לא במניעה מוקדמת (צנזורה) – אפשר שיושתתו על אחד או צירוף של שלושה קריטריונים הבאים בחשבון. האחד: תוכן האמירה (מה כתוב, מה נאמר). השני: כוונת המפרסם (דהיינו היסוד הנפשי) והשלישי: התממשות בפועל של הסכנה (האלימות, למשל), או הסתברות ברמה כזו או אחרת (ודאות קרובה, אפשרות סבירה וכיוצא באלה) להתממשותה.

1. Garland, D. (2001). **The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society**, Oxford: Oxford University Press; Kretzmer, D. and F. Hazan-Kershman (eds.) (2000). **Freedom of Speech and Incitement Against Democracy**, The Hague: Kluwer; Sebba, L. (2000). "Victims' Rights and Legal Strategies: Israel as a Case Study." **Criminal Law Forum**. 11. pp. 47-100; Stenson, K. and R. Sullivan (eds.) (2000). **Crime, Risk and Justice**. Willan; Weisburd, D. (1989). **Jewish Settler Violence: Deviance as Social Reaction**. University Park: Pennsylvania State University Press.

■ אופיר פינס: על אי התרחשות בפועל של הסכנה.

■ עמוס שפירא: אלה הם שלושת המבחנים הבאים בחשבון לצורך הטלת איסור על ביטוי. כשלעצמי, ובמגמה להגדיר בצמצום מרבי, בזהירות רבה ובאופן צר ככל האפשר איסורים על ביטוי (ובעיקר על ביטוי פוליטי החיוני כל כך בדמוקרטיה), לא הייתי מוותר על מבחן התוצאה. כלומר, הסתברות, ברמה כזו או אחרת, של ההתממשות בפועל של הנזק היא תנאי הכרחי להטלת איסור על ביטוי, אולי במשולב עם מבחן נוסף או עם שני המבחנים הנוספים וזאת בכוונה תחילה כדי שהאיסור יהיה קשה להפעלה, כדי שדוברים לא יורשעו על ביטוי כלאחר יד.

בוודאי שהייתי עומד על כל שלושת המבחנים במצטבר כתנאי (כלומר, גם תוכן הביטוי, גם כוונת הדובר וגם הסתברות תוצאתית) כשמדובר בעבירה של דברי שבח למעשה אלימות שכבר בוצע בעבר.

ולבסוף, בטרם נבוא לחוקק חוקים חדשים, ראוי שנבחן את מידת ההשפעה הצפויה שלהם. כדאי שהמכון לדמוקרטיה ייזום מחקר שיבדוק מה היה המצב בפועל בחברה הישראלית בתחום ההסתה לגזענות בטרם נחקק האיסור הפלילי שבנדון ושישווה אותו למצב השורר כיום. כך נוכל לדעת מה מידת יעילותו של האיסור הזה, מה השיג ומה לא, שמא הסב יותר נזק מתועלת בסופו של דבר. זה עשוי להיות מיזם מעניין.

■ יורם שחר: קשה לומר דברים חדשים.

הדברים שאני אומר הם בוודאי בז'אנר המקצועי של המשפט הפלילי. נקודת המוצא שלי היא שעבירה להסתה לאלימות צריכה להרתיע מפני אלימות, צריכה להיבחן בכושרה למנוע אלימות ולא במה שהיא עושה לעולם המילים. ואז אני שואל מהי תוספת ההרתעה שיש בקיומה של עבירה כזו על פני הדין הקיים. למה אני מתכוון? ניקח את האדם שלכאורה הכול הסכימו שהוא מבצע עבירה פלילית, שהוא כריזמטי, ומודע לכך, ופונה לאדם רופס כמו זה שרמז אליו חאלד גנאים. הפונה יודע שהשומע איננו רציונלי. נוסף לכך את רצונו של הדובר המסית שהמילים שלו ישפיעו. הנחתו, רצונו, תקוותו ושאיפתו הן, לפי כל מה שאמרתי עד כאן, שזה יצליח. ובכך, עם דין הרצח הקיים היום, אם יצליח, ואם מרדכי קרמניצר צודק שמילים באמת

עושות דברים בעולם המציאות, מי שיוצא לתקוף אחרים בכוונת האלימות, אם איננו נרתע, אם אינו פוחד שהמעשה יבוצע, איזו תוספת או הרתעה ניתן לו בעבירה החדשה?

נחשוב אולי על בנייה מחדש של ענייני השידול ועל השאלה של ניסיון לשידול, אך אלה עניינים מקצועיים ואיני בטוח שכל הנוכחים בחדר צריכים ויכולים לעסוק בהם. וכך במורד כל הסקאלה של היחס הנפשי האפשרי של הדובר לעבירתו. גם אם לא יכתב דבר לעניין היסוד הנפשי בעבירה, הרי ממילא כללי הבסיס שלנו ידרשו התייחסות נפשית כלשהי של הדובר. נכנה זאת נסיבות לעבירה התנהגותית, למשמעות אמירותיו. בסקאלה הזאת, מי שמודע לאפשרות הבלתי זניחה בעיניו שכתוצאה מדבריו ימות אדם, אם לא הצלחנו להרתיע אותו באמצעות עבירת הרצח או עבירת ההריגה, לא נרתיע אותו בתוספת שנכתוב כאן, יהיה ניסוחה אשר יהיה.

ואותו הדבר לגבי הרשלן. הרשלן מפריח מילים מסוכנות אל עולם המציאות ואינו שם לב למה שחאלד גנאים מלמד אותנו – שיש אנשים המושפעים מהדברים הללו והולכים ועושים מעשים. אם לא הצלחנו להרתיע אותו באמצעות העבירה הקיימת של גרימת מוות ברשלנות, לא נצליח להרתיע אותו בעבירה נוספת. לכן יש לחפש תשובה לשאלה במה ישופר מאזן ההרתעה יחסית לדין הקיים, כאשר על כל זה שולטים מן הצד כל הערכים האחרים החשובים, במיוחד נושא זה של חופש הדיבור.

■ **חאלד גנאים:** מבחינת המפיץ, מהי

התוספת?

■ **יורם שחר:** הבסיס הוא המפיץ שרוצה

להצליח. הוא לא יודע אם הוא לא יצליח, הרי הוא שואף להצליח. א' פונה ל-ב' החלש ואומר לו: לך תרצח את ג'. אלה מילים. נכון? הוא, אם לא נחרד מהאפשרות ש-ג' באמת יבצע את המעשה. בדוגמא שלי הוא לא נחרד – הרי זה מה שהוא רוצה. זאת הדוגמא שלי. א' הנבוזה, הרשע, הרב הדמיוני שבאמת מבקש להסית את תלמידיו ללכת ולרצוח אנשים, גויים או אחרים: הוא צריך לחרוד מהדין הקיים. הרי הוא מקווה שתלמידיו יעשו את המעשה. ואם יעשו את המעשה, הוא יעמוד מול אשמת רצח. מה תוספת ההרתעה שאנו מוסיפים כאשר אנו אומרים, "גם אם הם לא יעשו כלום וגם אם דברייך ישלחו לאוויר

החופשי ולא יקרה כלום, דע לך שאתה ביצעת בזה עבירה." ממילא הוא מעוניין שיקרה, ומכל מקום הוא אשם בעבירת נסיון גם לפי הדין הקיים. בדברים אלה אינני מבקש להכריע את הויכוח הלגיטימי, אך אני מבקש שיילקחו בחשבון.

■ **עמנואל גרוס:** אני דווקא רוצה להמשיך מכאן, ולא אסתתר מאחורי הנושא הזה של המשפט הפלילי או במיוחד המשפטים של המשפט הפלילי ואפתח את זה לציבור הרחב. ואכן השאלה היא נכונה: האם יש בעבירת ההסתה ייחוד או תוספת לדין הקיים. ידוע לנו שבדין הקיים ישנו השידול וישנו גם הניסיון לשידול שאנו מכנים "הסתה" בעגה שלנו. השאלה היא האם באמת בעבירת ההסתה שאליה אנחנו מכוונים כעת יש בעצם תוספת איכותית על אלו הקיימות. כלומר, אם בעצם באמצעות עבירת ההסתה נבקש לגנות התנהגות שהיא כבר מצויה היום ומוגנת היום, אז בעצם לא עשינו כלום ואין צורך בה. אבל אם אנו מתכוונים לדבר אחר, השאלה היא איזו התנהגות היא דבר אחר שאינו שידול ולא ניסיון לשידול.

התשובה שאני צופה כאפשרית, היא למעשה עבירת התנהגות מתוך מטרה והיא בעצם אינה מכוונת לקורבן מסוים דווקא, או פונה דווקא לציבור מסוים. כך אתה נתקל באמת בקושי להוכיח שידול ספציפי, קונקרטי וכדי לתת מענה לקושי זה, אתה יוצר לך איזו עבירת מסגרת רחבה הרבה יותר, ואתה בעצם אומר: כל התנהגות שיש בה פוטנציאל לאלימות, להתממשות האלימות שבה, היא בעצם מסוכנת לחברה, ובה עלינו לדון. זו בעצם המלצה לדיון.

אני מניח שאם אנו מסכימים עד כאן, ארצה להתייחס בעצם לדברים נוספים שעלו כאן בדיון בקצרה. ואני לתומי שואל, כי לא שמעתי על כך מאיש מהדוברים: מה קורה בהסתייגות להצעה המקורית? הועלתה הצעה, למשל, לא לכלול את ההצעה או לסייג את ההצעה שלא תחול על ההסתה לגבי החשוד בעבירת טרור והחשוד בפשע נגד השמדת עם.

■ **אופיר פינס:** זו הרי היסטוריה. זה כבר נפל במליאה. וכשבא החוק כולו למליאה, הוא נפל במלואו. גם המסתייגים ויתרו על הסתייגויותיהם.

■ **עמנואל גרוס:** כעת לנושא של עוצמת המילים. אני נזכר בתוכנית שהוותיקים בינינו בוודאי זוכרים את כותרתה, "מילים שמנסות לגעת", בהקשר אחר לגמרי. מילים שמנסות לגעת ופעמים בהחלט מצליחות לגעת בעומקים וברבדים ולהביא לתוצאות איומות או טובות וכבר ראינו זאת.

"מילים שמנסות לגעת", הייתה תוכנית באמת לירית ויפה. אך מילים שמנסות לגעת בעלות קונוטציה שלילית: אלה בהחלט המילים שאנו מנסים כרגע להגן מפניהן ולהתמודד אתן. ואכן במילים טמון בעצם פוטנציאל הרסני. ויחד עם זאת, אני משתייך בהחלט לאלה הגוזרים על עצמם, בבואנו כעת לדון בנושא, זהירות גדולה במובן של צורת ההגדרה של העבירה הזאת, דווקא כי אנו מדברים על התנהגות מילולית, כביכול. השופט ברק; בפסק הדין של הרב אלבה: "הטלת אחריות על אמירה תמימה המלווה במטרה להפיץ מתקרבת קרבה מסוכנת להפרת הכלל האוסר על ענישת דברים שבלב" על-פי 2831/95, הרב עידו אלבה נמ"י תקדים עליון 96 (3) 97. אתה מעניש אדם רק על כך שהוא מבטא את כוונותיו, את מחשבתו. לכן בהחלט יש להצר, כמו שאמר פרופ' קרמניצר, ולצמצם את האיסור הזה ככל האפשר. בגלל הסכנה הזאת. ויחד עם זאת אני מסכים שהפתרון צריך להיות דווקא ברובד הנפשי. כלומר, ליצור עבירה שבעצם בתוכה המטרה. כלומר, אדם אשר במילותיו יש כוונה.

■ **אופיר פינס:** במנותק מהתוצאה.

■ **עמנואל גרוס:** כן, בהחלט.

■ **הערה:** למה לא גם וגם?

■ **אופיר פינס:** כי זה לא אפשרי.

■ **עמנואל גרוס:** אתה מביא זאת בדיוק

לתוצאה הלא רצויה.

■ **יורם שחר:** כשאדם יוצא להרוג

"ערבי" והורג את מוחמד, הריהו רוצח. למה אתה אומר שאם מישהו קורא להרוג "ערבים" ובעקבות כך קם אדם אחר והורג את מוחמד, אין זו עבירה? אם הוא עשה הסתה בלתי ממוקדת, למי הוא קרא? לדעתי, אם אדם עומד היום וקורא מעל במה "מוות לערבים", ובעקבות כך קם אדם והורג ערבי, יש



לראותו כרוצח. ואם הוא, מעל הבמה, אינו מפחד שהאמירה הזאת טוביל לך, או יודע שזה יוביל לרצח –

■ **עמנואל גרוס:** לדעתך זה שידול לרצח לפי הדין הקיים?  
 ■ **יורם שחר:** כן. זה מה שאני אומר.

■ **אופיר פינס:** אך אם הוא עולה לבמה ואומר "מוות לערבים" ובאותו שבוע לא נרצח ערבי, אז הוא פטור?  
 ■ **יורם שחר:** מוטב שכך זה באמת יהיה.  
 ■ **אופיר פינס:** הוא רצה שזה ייעשה, אבל במקרה לא קרה כלום. הוא זרק פיתיון לדגים, אך במקרה שום דג לא נגס בפיתיון.

■ **עמנואל גרוס:** כמי שבעבר היה חלק מהמערכת השיפוטית, אני נותן מעט יותר קרדיט למערכת השיפוטית וליכולותיה להתמודד גם עם מצבים שנדמה לנו שהם קשים להתמודדות. כלומר, עם מציאויות שהן מורכבות. מה שבא לפני בתי המשפט, הוא בהכרח מציאות פשוטה אלא בית המשפט מורגל לברר גם עובדות מורכבות. יש לו הכלים. ולכן איני סבור שבגלל הברדלי תרבויות, נמנע מבית המשפט את היכולת להתמודד עם מציאות מורכבת. יש לו הכלים והיכולת לעשות זאת.  
 ■ **זהבה גלאון:** כמו שאמרתי קודם, אני

מסכימה עם פרופ' קרמניצר שכבר היו מקרים שבהם הוכח הביטוי כקטלני ומילה הפכה לאצבע על ההדק – כמו ברצח ראש הממשלה. זו בהחלט הדוגמא הבולטת ביותר. אני מודה שאני שייכת לאלה שהיו רוצים כמעט שלא להגביל את חופש הביטוי עם כל הסכנות שהועלו כאן – ואני ערה להן. לדעתי אי אפשר לבנות מילון מונחים, לתחום את השיח הפוליטי ולומר: זה נכנס וזה אינו נכנס. בכל זאת, אילו מקרים כן ייכנסו ובאילו מקרים אנו כן אומרים שיש ודאות קרובה? כשעלול להיות מצב של התרת דם או כשיש ודאות קרובה שהביטוי עלול להביא לרצח. אני נמנית עם אלה הסבורים שיש להיות סובלניים הרבה יותר לגבי חופש הביטוי, עם המחיר שיש לשלם על כך – ויש מחיר.

אם יש ודאות קרובה שאותו דיבור הוא בגדר הסתה לרצח וקריאה

להתרת דם, הייתי מגבילה אותו. את כל השאר הייתי משאירה באמת לשיקול דעתם של המשמיע ושל השומע.

■ **אלי לדרמן:** פרופ' שחר הביא שתי דוגמאות. נתמקד לרגע במצב בו לא נפגע איש כתוצאה מדברי הסתה. הרי גם לו אותו אדם היה יורה באופן ישיר לכיוון קורבן ומחטיא, יש לכך משמעות שונה לחלוטין מאשר לו ירה ופגע. זה לא אותו הדבר. החברה פוסלת את שני המצבים, אולם מתייחסת אליהם בצורה שונה.

אני באמת מסופק אם יש לחקיקת הסעיף המוצע תוספת התרעתית כלשהי עליה נוכל להצביע. אולם, וכאן אני מתייחס לדברי פרופ' קרמניצר; אני מאמין גדול בכוחם ההצהרתי של דברים. ולמדינה מותר שיהיה "אני מאמין" משלה. מקצת מן ה"אני מאמין" הזה, עלול, בשוליים ולא יותר מאשר בשוליים לפגוע גם בחירויות המוכרות והבלתי מעורעות. אנו מגבילים חירויות בהקשרים שונים; לא יהיה אסון אם גם חופש הביטוי ישלם "מס" מסוים: קטן, ולדעתי, ראוי. אנו עוסקים ביחסיות ובמושגים של עלות מול תועלת ואלה מילות המפתח.

כדאי לזכור שעד היום, ופרופ' שפירא רמז על כך, אמנם לא מפורשות – שלחוק ההסתה נגד גזענות לא הייתה הצלחה גדולה כל כך.

■ **אופיר פינס:** זאת הייתה הסתה עקיפה.  
 ■ **אלי לדרמן:** עוד מילה אחת על הבעיה

– כדאי לחשוב איך בכל זאת להגביל את ההליך ההצהרתי עליו דיברתי. הפתרון העיקרי יהיה לקחת את אותם מקרים קיצוניים באמת, לשבת ולחשוב על דברים והמצבים סביבם אפשר להתכנס. מטבע הדברים קל לנו יחסית עם ההסתה הישירה וקשה הרבה יותר עם ההסתה העקיפה, אם ניכנס לתחומי מחקר של מר גנאים. קל לנו יותר במקרי ההסתה הישירה בשל הקונקרטיזציה הגדולה הקיימת בהם. ככל שהמונחים נעשים מעורפלים יותר, מכוונים פחות, חדים פחות וכיוון תנועתם בהיר פחות, כך גדר הספקות גדול יותר. משקלם של הערכים האחרים צומח ועולה בצורה משמעותית וכל מאן ההסתברויות והשקלולים משתנה. אין לי קושי מיוחד עם אמירת דברי שבח לאחר מעשה לפעולה פסולה, כי הקונקרטיזציה שם חדה, ברורה וקיימת. האיש מתייחס למשהו שהיה. כולנו יודעים למה התכוון, מדוע אותה "כלה

נכנסה לחופה." בגלל הכוח ההצהרתי שיש לאותו "אני מאמין" שהזכרתי, אני רוצה שיהיה מותר למדינה לשפוט את אותו אדם גם בשל תרבות דיבור. כוונתי לדיבור בפומבי, כמובן. איש אינו מתייחס למה שנאמר בחדר המיטות.

■ אופיר פינס: 95 אחוזים ממעשי השבח לא ייאמרו בפומבי.

■ אלי לדרמן: אז הם אינם מעניינים אותי. כוח הצהרתי הוא כוח סמלי במידה רבה. קשה לי קצת יותר עם הנושא של קריאה למעשה אלימות. אך ככל שאותו מעשה ממוקד יותר, וככל שברור שזאת לא מילה בעלמא, אלא הצהרה פומבית בעלת בסיס של ממש, אזי, לדעתי, למדינה יש זכות לשפוט אותו. זאת לא הצעקה הגסה אך הכללית של "מוות ליהודים" או "מוות לערבים" אלא משהו הסב סביב בסיס קונקרטי מובהק וברור, גם הפללת הדברים הללו חשובה.

הקושי שלי מתחיל, כמובן, בקבוצה השלישית שציין פרופ' קרמניצר. שם הרבה יותר קשה לי: איך מוצאים את הדרך הנכונה? אני רוצה לקוות כי חברי ועדת חוקה חוק ומשפט שימצאו את האיזון הנכון בנקודה זו, ולא, צריך אולי לשקול את האופציה לוותר על חלופה זו.

■ י. ע. בן-פורת: בעצם אני רוצה לומר דברים שעלו בדעתי כשהקשבתי, קצת מן הבחינה היוריספרודנטית וקצת מן הבחינה הסוציולוגית. מן הבחינה היוריספרודנטית, ראוי להזכיר עקרון יסוד בחברה דמוקרטית, נוסח שהוגדר דווקא על ידי פוזיטיביסט. מהותה של מדינה הוא שלטון החוק שאינו אלא מסגרת אשר על פיה כל שימוש בכוח הוא עבירה אלא אם כן הוא מחויב או מותר כסנקציה על פי הסדר המשפטי. שימוש בכוח אינו יכול להיות אלא אכיפה או עבירה. קלון הגדיר זאת כשדיבר על ה-state. למדינה יש מונופול על שימוש בכוח וכל שימוש אחר בכוח הוא עבירה, להוציא מקרים חריגים של כורח, שבהם השימוש בכוח מותר על ידי המערכת.<sup>2</sup> מתן לגיטימציה לשימוש פרטי בכוח שלא על פי חוק, נוגד את יסודות המשטר והתרבות. אני דווקא מצטט פוזיטיביסט, שמבחינתו התכנים הערכיים אינם רלוונטיים לניתוח המשפטי.<sup>3</sup> החברה שלנו, זו שאנו

2. Kelsen, H. (1952). Principles of International Law. Reinhart & Company. p. 13.

3. "From the point of view of positive law as a system of valid norms morality does not exist as such..." Ibid., at p. 425.

מדברים עליה, אינה חברה ערטילאית, תיאורטית או וירטואלית. זו החברה בישראל של שנת 2000 שנרצח בה ראש הממשלה. השאלה העולה מהערכת האירועים היא: מה מקרינה התייחסות החברה לשבר הזה, מבחינה ערכית ומבחינת נאמנות לשלטון החוק?

מגדלי התאומים הם דוגמא אפוקליפטית של חריגה משלטון החוק: קבוצת אנשים במדינה אחת מצאה דרך, אשר אפשרה לה להפעיל במדינה אחרת משהו שהוא דמוי פצצה אטומית. אם הדבר הזה לא יהווה גורם למבחן, לאו דווקא של החוק, אלא של החברה החייבת להתמודד עם התופעה, כי אז עלינו על מסלול גרוע. לכן אני נגד כל ניסיון להשאיר פתח לשימוש במילים המחזקות נורמה של שימוש בכוח, שלא במסגרת החוק. זהו עצם העניין של הסתה לאלימות, אשר תוכן הגדרתה מוכרח להיקבע בהתאם לסכנה לשלטון החוק.

בפרספקטיבות היסטוריות עולות בדעתי שלוש בדיחות, המבטאות, אולי, את הרעיון. הבדיחה הראשונה היא על היהודי שגויס לצבא הרוסי בתקופת מלחמת קרים. הוא שוכב בחפירה עם החיילים והמפקד צועק עליו: "מדוע אינך יורה?" אומר היהודי: "לאן אתה רוצה שאירה?" עונה המפקד: "תירה לשם." צועק היהודי: "השתגעת? איך אירה לשם? הרי שם יש אנשים!" בתקופה שבה סיפרו את הבדיחה, הריגת בני אדם היה משהו שכלל לא עלה על דעתו של יהודי. בעבר היה רעיון עמוק ומושרש בתרבות עמנו, ששפיכות דמים היא הדבר הגרוע מכל, שאין עליו כפרה עולמית. יהודי אינו יורה "לשם" כי "שם יש בני אדם."

את הבדיחה השנייה אנו מוצאים בסיפור של דיימון ראניון, על פושעים המושלכים ערב אחד לתא המעצר. ואת מי מכניסים אליהם לתא, אם לא את אותו בחור שהם מחפשים לשווא כבר שלוש שנים? והם דנים ביניהם איך להרוג אותו. אז אחד אומר: "בואו ננמיך את חוט החשמל מהתקרה, נוציא ממנו את בית המנורה ונחשמל אותו." אומרים האחרים: "לא לחשמל, זה חוקי מדי" (It's too legal). והרי לפנינו גישה המכירה בעובדה שהשימוש בכוח הוא עניין לרשויות על פי החוק, ואנו, הפושעים, איננו עושים שימוש "חוקי" בכוח. הדבר השלישי שאני רוצה לספר בעצם אינו בדיחה, אלא מעשה שהיה. שמעתי דרשת בר מצווה של ילד שהתחנך באחת מן הישיבות ואין ספק שאת

הדרשה אישר מי שלימד אותו. הפרשה הייתה פרשת "וילך" או "ויבוא". התזה הייתה שארץ ישראל היא ארץ הקודש ולכן יש להקפיד בה על כל המצוות ויש לקיים בה את כל החומרות כדי שהכול בה יהיה טהור. והוא סיים: "ונזכה שהארץ תטהור מזרים." זו תשתית "חינוכית" להסתה לאלימות.

■ אופיר פינס: מה עשית?

■ י. ע. בן-פורת: ניגשתי לאבא שלו ונתתי לו באבי-אביו, ניגשתי למורה ונתתי לו באבי-אביו. ולילד נתתי מתנה. מה יכולתי לעשות? הלקח הוא, כפי ששמענו כאן, שעד שלא יחנכו אדם לכבד את חייו של כל אדם, באשר הוא אדם, רובצת האלימות לפתחנו. אין פגם בכך שועדת החינוך של הכנסת תידרש לעניין זה, אך אין צריך לומר, שהמפתח האמיתי לפתרון הוא בהורים ובמורים.

דבר אחרון ובנקודה זאת ארצה לסיים. מן הראוי להתייחס לעניין חופש הביטוי על הרקע של היום ולא על הרקע של תקופת "קול העם נגד שר הפנים", כי היום המציאות שונה והחברה היא אחרת, ועלינו לבחון את עצמנו יום ויום ולקיים את הרגישות המתאימה שתאפשר לנו לקבוע את האיזון האפקטיבי שיתחום את התחום בין חופש הביטוי לכבוד האדם.<sup>4</sup>

■ יעל דיין: נאמר כאן שחוקה על חברי ועדת חוקה שימצאו את הניסוחים המתאימים. כחברה ותיקה מאד בוועדת חוקה, אני בספק. אך לא רק זה. לצורך זה מכנסים כינוסים כמו זה היום, כי הכוונה באמת להיעזר לא רק בצוות המנחים של משרד המשפטים, שמביא לנו ניסוחים כאלה או אחרים, או בלשכה המשפטית של הכנסת, אלא באמת גם לשלוח חיישנים אל הציבור וממנו.

איני אומרת זאת כדי לשבח אתכם ולהודות למזמינים, אלא משום שאחרי ששמעתי את הסבב, ולא את כולו, גם המעט שסברתי שאני בעדו בחוק המורכב והעומד על שולחנו, מתפוגג. כל מה ששמעתי כאן מחזק את דעתי, גם בתחושת הבטן וגם בהתבטאויות הקודמות שלי לגבי החוק, שבכלל מייתרות את החוק הזה כתוספת לחקיקה קיימת ובעיקר אותו סעיף הסתה. אני מודה לכם על חיזוק דבר קיים.

4. בג"צ 73-87/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים פד"י (2) 871.

אני רוצה להעיר שתי הערות, אחת ביחס לאזכור של רבין ז"ל. אנו מנצלים זאת בלי הרף – במובן הטוב – כדי לומר: אילו ואילו ואילו. בואו נלך הלאה ב"אילו"ים האלה. לו היה החוק הזה קיים בצורה המחמירה ביותר בעת רצח רבין – את מי בדיוק הייתם מביאים לבית המשפט? רבנים? תביאו לי שם אחד ותראו איזו מחלוקת תהיה כאן.

■ **זהבה גלאון:**

גינזבורג, למשל.

■ **אופיר פינס:**

כבר יש מחלוקת.

■ **יעל דיין:**

לא, אני בספק רב. וזה

המקרה הקיצוני, כי אין לנו סדרה של מקרים להביא ולומר: הנה, את זה וזה היינו פותרים. המציאות שלנו אינה מביאה לפנינו מקרים. במקרה של רבין, אני בספק. ואני אומרת זאת מתוך ידיעה שלפחות חלק מהאשמות לגבי דיבורים שנשמעו כדיבורי הסתה. אינני רואה את מי בדיוק היו מביאי למאסר של חמש שנים על פי החוק המוצע, על בסיס של הסתה שהביאה לרצח רבין. וזה כבר המקרה הקיצוני והמתועד. לכן, למרות הרלוונטיות של העלאת זכרו של רבין, לדעתי כאן אנו מדברים על דבר אחר לגמרי. בשני הדברים, גם בעניין הכוונה, יסוד נפשי וכוונה וגם בעניין של תוצאה, הייתי רוצה שתהיה הקלה גדולה בחוק. בעניין התוצאה, ח"כ יהלום ואני הגשנו הסתייגות, שעברה, אגב, ובהמשך נפלה במליאה. בלי שהניסוח הזה יעבור, כלומר, ההבדל בין אפשרות סבירה לוודאות קרובה. כאן ציינו שני דברים מכובדים שאין זה משנה אם זה כך או אחרת. מבחינתי זה משנה מאד. על ההרחבה של אפשרות סבירה לא אצביע בעד החוק הזה או בעד התוספת. על ודאות קרובה זה ויתור מצדי. כלומר, אחרי שהחלטתי שהחוק מיותר – הסייגים שאני רוצה לשים או החסימה על הרחבה של איסורים על חופש הביטוי – אולי אסתפק בוודאות קרובה, אך בוודאי לא באפשרות סבירה.

אשר לעניין של שבח לאחר מעשה כדבר הצהרתי, השאלה היא אם העונש הוא אותו העונש. היום מדובר בחמש שנים, לשבח משהו לאחר מעשה, לשבח אלימות –

■ **זהבה גלאון:**

יש ויכוח בין שלוש לחמש

שנים.

■ **יעל דיין:**

מראש אמרתי שחמש

שנים, בהשוואה לעונשים בעבירות אחרות, הן עונש כבד מאד. אך לדעתי לא צריך להיות שוויון בין הסתה במובן שמופיע בחוק, שתוביל לאלימות בסבירות כזו או אחרת, למילות שבח לאחר מעשה, מבחינת עונש של חמש שנים. הדבר יהיה אמנם הצהרתי, אך לא יביא לשום תוצאה. אתם אומרים ש-80 אחוזים מהדברים ממילא נאמרים בחדרי חדרים, אז הדבר יגדיל את האחוזים של הנאמר בחדרי חדרים ויגדיל את הגירוי שיש לשבח.

■ **משה רונן:** ארצה רק להגיב לדברים שאמר פרופ' לדרמן בנוגע לערך ההצהרתי ולערך החינוכי של חקיקה כזאת. בפועל, כשיש חוקים כאלה, שהם אות מתה בספר החוקים כיוון שאין מפעילים אותם, ברוב המקרים נוצר מצב שבו, מחד גיסא, צנזורה מופעלת על אותו ציבור המקיים את החוק, ואותו ציבור המקיים את החוק יקיים את החוק ולא יסית גם ממילא. מאידך גיסא, ניתן כוח גדול בידיו של פקיד כלשהו, היועץ המשפטי לממשלה או מישהו במשרד המשפטים, והוא זה שמחליט מתי יש חופש דיבור ומתי אין חופש דיבור. בפועל ברוב המקרים הוא מחליט להעדיף את חופש הדיבור.

■ **אופיר פינס:** בוודאי. ברוב רובם של המקרים.

■ **משה רונן:** ברוב רובם של המקרים. ואז למה דרוש החוק? איזה ערך מחנך יש לחוק הזה, אם ברוב המקרים המגיעים לידיעת הציבור מחליטים שהביטוי הכתוב בחוק, שאולי הוא אסור, הוא בעצם מותר. אז חינכת את הציבור שבעצם מותר להתבטא דווקא במקרים האלה. מה הועלת? לא העמדת לדין וחינכת את הציבור שהחופש חל במקרים האלה.

■ **יפה זילברשץ:** יש לי שאלת הבהרה אל המחוקקים שעלתה בעקבות דבריה של ח"כ דיין. מה מבטל את החוק הזה: האם רק את העבירה כפקודה למניעת טרור, או שבנוסף לכך גם את עבירת ההמרדה שבחוק העונשין?

■ **אופיר פינס:** דרושה לנו התחייבות ממשרד המשפטים שיביא לנו, על דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, בסמיכות גם את השינויים שהוא מציע בחוק ההמרדה. לא ביטול כולל, אך

שינויים מרחיקי לכת ומשמעותיים. לא ביטול מוחלט, אך שינויים משמעותיים.

■ **יפה זילברשץ:** יש להבין בהקשר הזה,

שאם עבירת ההמרדה נשאר על כנה כמות שהיא, קיימת בעיה רצינית שכן, תמיד יהיה אפשר להיכנס דרך הערוץ של עבירת ההמרדה ולהרשיע מכוחה. ולכן לדעתי אין מקום לדיון המתנהל כאן, אלא אם כן מדובר במשהו רחב ביותר של הסדרת כל נושא ההגבלה של הביטוי הפוליטי באמצעות עבירות פליליות.

■ **אופיר פינס:** האמת שרשמתי זאת

בדברי הפתיחה ולא אמרתי. זה היה חלק מהפתיחה.

■ **יפה זילברשץ:** בראייה הכוללת של

הדברים, לא יכולה להיות כאן מסקנה, שמישהו מציע להשאיר את ספר החוקים הישראלי בחקיקה נקייה טוטאלית מהגבלה על דיבורים. השאלה היא, מאותה נקודה ואילך, מה אמורה לכלול אותה חקיקה. היות שאת העובדה שחקיקה כזו היא גורם ההרתעה לא הצליחו להוכיח עד עצם היום הזה, השאלה הכללית שבעצם עולה –

■ **אופיר פינס:** בהקשר הזה או בכל

הקשר?

■ **יפה זילברשץ:** בהקשר הזה, בוודאי.

נשאלת השאלה אם מטרתה של חקיקה פלילית היא הרתעה בלבד. מטרתה של חקיקה פלילית איננה הרתעה בלבד כפי שנאמר כאן, יש פה עניין חינוכי. אם אני באמת מנצלת את החקיקה הפלילית למטרה חינוכית, הרי שהחקיקה צריכה להיות, לדעתי, צרה ככל האפשר.

■ **עמוס שפירא:** ברצוני להוסיף רק עוד

משפט אחד בנוגע לחקיקה. בהמשך לדבריה של ח"כ דיין, אני רוצה להבהיר את דבריי שאולי לא הובנו כראוי. בדרך כלל, אני חסיד של מבחן התוצאה כמרכיב בהגדרה של עבירות שבאות להטיל מגבלות על ביטוי פוליטי. ברי כי יתכן מינון שונה, או רמות שונות של מידת ההסתברות הנדרשת – ודאות קרובה מול אפשרות סבירה, למשל – לגבי עבירות שונות בהקשרים שונים. למשל, כשמדובר בקריאה מפורשת, ישירה וקונקרטית המלווה בכוונה



ספציפית של הדובר לביצוע רצח, אפשר להסתפק בקיום אפשרות סבירה של התממשות הסכנה, ולא לדרוש דווקא ודאות קרובה.

לעומת זאת, אם מדובר בהטלת איסורים גם על מה שפרופ' קרמניצר מכנה הסתה עקיפה, כאן בוודאי שהייתי עומד על הדרישה של קיום ודאות קרובה להתממשות הנוק בפועל, דהיינו התרחשותן של סכנות נוספות בעתיד.

■ **אופיר פינס:** ארצה להעיר הערות אחדות. אחת: הטענה שקיימת הבחנה בין מעשה לבין מילה, אם היא כתובה ואם היא נאמרת בנאום: בעיניי זו הבחנה מלאכותית. לדעתי הדיבור, הנאום והכתיבה הן מעשה. יותר מזה, לדעתי אפשר למצוא מדי פעם בפעם בדיבור ובכתיבה גם אלימות מילולית. אתם יודעים מה? אנו אומרים "הסתה לאלימות" ואנו מוצאים בדברים מסוימים, שאנו מגדירים אולי לא בהגדרה מקצועית לגמרי, אלימות מילולית.

הערה שנייה: אי אפשר, לדעתי, לעשות את ההבחנה הזאת בצורה חדה וחלקה. כפי שאמרתי, זו הבחנה מלאכותית ואיני מקבל אותה בשום פנים ואופן. הגיע הזמן שנתמודד גם עם דברים בעייתיים. אגב, אל תתפלאו, לא הצלחנו להעביר את זה בכנסת משום שמקצת חברי הכנסת חשו, ומקצתם אמרו לי זאת, שהדבר יהווה בומרנג נגדם. לדבריהם, "מישהו יבקש מאתנו הסרת חסינות על דברים שאנו אומרים ויטענו שזו הסתה לאלימות...". כאן האופוזיציות והקואליציות התהפכו לחלוטין. לא אומר שאין זה אפשרי, אומר רק שמבחינה זאת לדעתי אין דין אמירה, חמורה ככל שתהיה, הנאמרת על-ידי אדם שאינו בעמדת השפעה ואין לו השפעה ציבורית, כדין אמירה הנאמרת על-ידי אדם שהוא מנהיג פוליטי, מנהיג דתי או בעל כושר השפעה, ושלאמירה שלו יש תרגום מעשי או פוטנציאל לתרגום מעשי.

הערה שלישית: לדעתי יש לחוקק מקצת מן הנורמות, בוודאי נורמה מסוג זה. הרי מהי משמעותה של אי חקיקה? גם אי חקיקה היא מעשה.

■ **שאול יהלום:** אז בוא אתנו לוודאות קרובה. אתה רוצה לחנך, אתה רוצה שכל אבא וכל מחנך יגיד לילד: "זה מנוגד לספר החוקים", אז בוא אתנו לוודאות קרובה. נחוקק וגם אם על-פי החוק לא נוכל להעמיד לדין, קבענו נורמה נגד הסתה שאינה תעבוד כל הזמן בוויכוח, אבל מהוויכוח תצא תרבות נוגדת הסתה, שלאט לאט תחדור לחינוך.

## ■ אופיר פינס:

מדברריך משתמע שאתה מסכים קודם כל למעשה החקיקה. יש להתווכח איך עושים זאת ועל איזה נוסח מחוקקים וזה מקובל. אז קודם כל יש הסכמה שצריכה להיות חקיקה. זה חשוב מאד. יש ויכוח שהוא לגמרי מוגדר וברור על מהותה של החקיקה, אך אין ויכוח, לפחות בינינו, על נחיצותה. ובעיניי זה חשוב.

ולעניין ההרתעה. מה אפשר לעשות כשחוקים רבים במדינת ישראל אינם מרתיעים? ומה אפשר לעשות כשיש זילות בכלל של שלטון החוק במדינת ישראל? מערכת אכיפת החוק כל כך בשוליים, היא מוותרת, סלחנית, ופשרנית כל כך. אכיפת החוק במדינת ישראל בעייתית מאוד. יש רחמנות וסלחנות וזה לא בקונצנזוס וכן בקונצנזוס, ומהו בכלל שלטון החוק? הוא אוסף של אורגנים אשר חייבים לעבוד בהרמוניה. המוסדות של התביעה הכללית חייבים לעבוד עם המשפט, כולם כמקשה אחת אף על פי שכל אחד עובד בנפרד. בסופו של דבר מתקבלת תמונה כוללת. אי אפשר לראות תמונה אחת, והעסק לא עובד כי העסק לא עובד, לא כי החוק אינו די טוב. אגב, בעיניי אין חוק מושלם. באמת איני מכיר מושג כזה. אני כבר לא מדבר על חוקים הנחקקים ברשלנות: חוק הפיקדון הוא דוגמא נפלאה. ואפילו מחוקקים חוקים שבאמת מקפידים ודנים ועוסקים וחושבים, אז תמיד ישנו פרט כלשהו שנשכח. במציאות תמיד מתפתח דבר שהמחוקק לא ראה לנגד עיניו, או ראה והתעלם או ראה ולא הצליח להכריע. אז האם משום כך לא נחוקק? לפעמים מחוקקים והתוצאה אינה משביעת רצון, האויב של הטוב הוא הטוב ביותר. אך לא כנורמה, כמו שאמרת "אם מהססים אל תעשו." זו נורמה בעייתית מאד. שאלתה של ח"כ דיין במקומה, אך אפשר לשאול עוד שאלה. לא את מי היינו מעמידים לדין אחרי הרצח. השאלה, לו הייתה חקיקה והייתה אכיפה, האם, אולי, הרצח היה נמנע? גם את זה ראוי לשאול. איני יודע כמה העניין הזה היה מרתיע או לא, והדבר תלוי בגורמים רבים מאוד. אך לו היינו כולנו עוסקים בעניין זה במידת החומרה שאני מייחס לנושא, היו אנשים חושבים פעמיים ושלוש, וממתנים את דבריהם. אגב, ראו אילו דברים מתוחכמים אמר עזמי בשארה. עזמי בשארה, שידע שהוא תחת זכוכית מגדלת בסוריה, אמר דברים – חוץ ממשפט אחד שברח לו – אותם שקל היטב מראש; הוא הלך על הגבול, ממש כלולייך על חבל דק.

לכן, לדעתי, אנשים כן היו ממתנים את האמירות שלהם ואולי דברים אחרים היו מתקבלים. לדעתי, בכל אופן, על משרד המשפטים לזום מחדש את חקיקת החוק. אפשר לגשר על הפערים. איני סבור שאפשר ללכת על ודאות קרובה, אך פרופ' קרמניצר הציע סדרה של דברים שאינם אפשרות סבירה, אלא באמת היסוד הנפשי. לדעתי, אפשר להתאחד סביב נוסחים אלה בדברים האלה, אפשר לקבל אותם, לנסות אותם ולראות איך הם עובדים. ואם נחליט שאכן יש צורך לחוקק את הדבר הזה, אפשר להגיע לנוסח היוצר מצב של חוק העונה על הצרכים, הולך באמת על דברים מובהקים יותר ולא נותן תוצאה של ודאות קרובה, שכולם יודעים שאין יכולת לממש אותה.

■ **עמוס שפירא:** זה לא חייב להיות. בפסיקה האמריקנית קרה בדיוק ההפך. המציאות הוכיחה שמבחן הכוונה היה יעיל יותר בהגנה על חופש הביטוי מאשר מבחן הסכנה הקרובה.

■ **שאול יהלום:** אעיר רק שלוש הערות. הערה ראשונה: מזכירים את הנושא של רצח רבין בלי הרף. אז נכונים גם דברי פרופ' שפירא, שחלק גדול הוא גם עניין של השב"כ. אך מי שנדרש פעם לשאלה, מיהו הרוצח או מיהו אחיו, רואה ששום הסתה לא הייתה שייכת לכאן. גם לו היו אלף חוקים נגד הסתה, והיו מעמידים שניים שלושה רבנים לדין, היו האחים מבצעים את הרצח. הם לא היו זקוקים להסתה, הם יוצרי ההסתה.

הערה שנייה: מקצת הדוברים באו ואמרו תראו, אי אפשר שספר החוקים שהוא ספר מחנך בסופו של דבר, לא יאסור הסתה וישרר באמצעות המערכת החוקתית במדינת ישראל שהכול אפשר לומר, שהכול אפשר לעשות ושהכול אפשר להגיד. לכן אני בא ואומר: אני מסכים. אם ניצור חוק שתפקידו העיקרי באמת לחנך והוא באמת יביא לדין רק את המקרים הנדירים ביותר, מה שאומרים שהוא כמעט לא כלום, יהיה, אמנם כמעט לא כלום אבל יהיה חלק מחוקי המדינה. בואו ניצור את זה, בואו נלך לוודאות קרובה, למען החינוך. יתכן ולא נעמיד אנשים לדין, אבל על תרבותנו הוא בוודאי ישפיע.

הערה שלישית: פרופ' קרמניצר בא ואמר: ערך החיים הוא הערך הגדול ביותר אצלנו; חופש הביטוי הוא כמובן פחות ערך, אז אין ברירה – יש להשליט את ערך החיים על ערך חופש הביטוי. לדעתי זוהי הטעות. חופש

הביטוי הוא לא ערך בפני עצמו. חופש הביטוי הוא יסוד במשטר ובתרבות של הדמוקרטיה. אם תכרסם בחופש הביטוי, תגיע בסופו של דבר לחיסול הדמוקרטיה. ואתה רואה היום אצלנו במדינה, שהדמוקרטיה אינה עומדת מי-יודע-מה על יסודות שאפשר לכנות 'בטוחים' ובכל יום נוצרים בה בקיעים, כך שחיסול או אפילו כרסום הדמוקרטיה יפגע בסופו של דבר בערך החיים. לכן יש לראות כאן מאבק בין שני ערכים שווים ולמצוא פשרה.

■ **חאלד גנאים:** רציתי לחזור על מבחן

הוודאות הקרובה. מי שמאמץ את מבחן הוודאות הקרובה לעולם לא יוכל להרשיע. אם יקבלו את מבחן הוודאות הקרובה, יש להביא בחשבון שבתו המשפט יכניסו שיקולים פוליטיים. אני אומר זאת, כי אם יש חוק, ההנחה היא שמפעילים אותו. השופטים ייקחו בחשבון שיש חוק. ואני חושש מהפעלה פוליטית של שיקולים פוליטיים בהרשעה. מבחינה מדעית, אין כלל אפשרות להרשיע כאשר דורשים את מבחן הוודאות הקרובה.

בנוסף, אני מבקש לחשוב מה היה קורה לו היינו מגדירים את העבירה כעבירה תוצאתית. העבירה או הייתה נופלת בגדר ניסיון, ואיני מבין איך ניסיון שהיה בר-ענישה, אינו בר-ענישה כאן. אלה שיקולים של המשפט.

תמיד טוב להזכיר ולהדגיש את חופש הביטוי, אך מה על החיים? נניח

שיש 50 אחוזים של סכנה לחיים, האם נעדיף אז את חופש הביטוי?

■ **מרדכי קרמניצר:** שלוש הערות קצרות.

הערה ראשונה: אני לחלוטין לא מקבל את הרעיון שנתיר דמם של אנשים ונורה לשב"כ שישמור עליהם. זו תעודת עניות לחברה אם אנשים צריכים להתהלך בה עם שומרי ראש. צריך לדאוג שלא יתירו את דמם של בני אדם בחברה הזאת.

הערה שנייה: אני כופר לחלוטין בעמדה המבקשת לשים סימן שאלה משמעותי לעניין ההרתעה. כל הטענה בנויה, לדעתי, על אי הבנה. על מה אנחנו מדברים בהסתה פומבית, ומדוע זו קטגוריה מיוחדת שאינה נופלת בגדר השידול (חוץ מסיבות נוספות)? מפני שכמעט אין בהיסטוריה האנושית מקרה שבו אפשר לקשור, ולהוכיח בוודאות של משפט פלילי, את המסית בפומבי עם מעשה פשע שבוצע. יחד עם זאת, כל מי שיש לו מושג כיצד קורים דברים, יודע שאווירה של התבטאויות יוצרת קרקע נוחה לביצוע מעשי

פשע או אלימות. לכן השאלה איננה אם יש לנו תוספת הרתעה למי שאפשר להרשיעו בשידול לרצח. וזאת משום שכמעט לעולם לא יהיה מצב שנוכל להרשיע בשידול לרצח. השאלה היא האם יש מקום וצורך למנוע אקלים-מעודד-אלימות. בכל חוק יש מידה מסוימת של הרתעה. ההצעה תהפוך לחוק, שתהיה לו מקובלות בחברה, והוא גם ייאכף במידה סבירה, תהיה לו מידה מסוימת של הרתעה. לכן יש פה שאלה של הרתעה. זה לא רק עניין של ערך חינוכי, אף על פי שאיני מבטל אותו, ואין גם יסוד של הרתעה העומד בפני עצמו. אחזור לעניין הוודאות הקרובה.

הערה שלישית בעניין הוודאות הקרובה: לו הייתי בכנסת והיה עליי להידרש לשאלה אם לאסור על ודאות קרובה שיעשה מעשה אלימות בעקבות ההתבטאות או להוריד כליל את החלופה הזו ולוותר עליה, הייתי מעדיף את הויתור. ואינני אומר זאת לצורכי פלפול דמגוגי. ליצור איסור שהמבחן שלו הוא ודאות קרובה, פירושו ליצור איסור שיש ודאות קרובה שייכשל. אי אפשר להוכיח בעולם שהתבטאות כלשהי מביאה בוודאות קרובה לעשיית מעשה. מישוהו יודע איך משפיעות מילים על בני אדם ברמה של קרוב לוודאי? הרי זה דבר שאין בעולם דרך להוכיח אותו. לכן זאת איוולת, רבותיי הנכבדים, לדרוש דרישה כזאת. אלא אם כן הכוונה היא לקרוץ קריצה ולומר: אנו אוסרים כאן על משהו שלא תהיה לו שום משמעות בחיים. אם, בכל זאת, ילכו ויעמידו לדין ויהיה זיכוי (כפי שמתבקש) הביטוי הנורא הזה יקבל לגיטימציה. גם את זה יש להביא בחשבון.

הצעתי פה הצעה שאיננה הצעה של משרד המשפטים. זו הצעה מצמצמת לעומת הצעת משרד המשפטים. זה יהיה חידוש ואתם תחדשו. אינני תומך בהצעה של משרד המשפטים. היא באמת רחבה מדי, אני מציע לצמצם אותה.

■ אלון הראל:  
עלו פה שני כיוונים האחד סימבולי והשני של מבחן אי הוודאות. לכיוון של סימבוליקה איני רוצה להתייחס. למשפט הפלילי יש בהחלט סימבוליקה אך בהקשר זה יש להימנע מלנצל אותה לצרכים אלה. ועלה פה ההקשר של מבחן אי הוודאות. ופה אפתח בדבריו של פרופ' קרמניצר, שהיו המשך לדברי ח"כ דיין.  
הוא אמר בעצם שאיננו יודעים מהם ודאות קרובה ואפשרות סבירה. נכון

שאנו יודעים שכמו שהטמפרטורה בארץ שלנו משפיעה על הפסיכולוגיה של אנשים, גם האקלים התרבותי משפיע על האנשים שיהיו אגרסיביים יותר. אנו יודעים שאקלים ההתבטאויות הביא לרצח רבין. אין לנו מבחנים טובים כדי לעשות הבחנה, מתוך כל מגוון ההתבטאויות, בין אלה שכולנו נראה כלגיטימיות לאלה שמקצתנו נראה כלגיטימיות ומקצתנו לא, ואיזו מבין ההתבטאויות המעטות שכולנו נראה כלא לגיטימיות הביאה לרצח רבין. איננו יכולים לקחת את הכלים התרבותיים בעולם שאנו חיים בו ולמצוא את הנתח שאחראי לרצח רבין. איננו יכולים לעשות זאת בצורה יעילה. וכל ניסיון שלנו לפרוס נתחים מקשת ההתבטאויות ולמצוא את אלה האחראיות לאלימות, נדון, לדעתי, לכישלון.

אומר עוד דבר: עם כל המחקרים של מדעי החברה, הנחלקים בעצם לשניים או מחקרים שמביאים לך אנציקלופדיה שלמה שמוכיחה שילדים אוהבים את האמהות שלהם, שזה obvious, או נתונים אחרים, שנויים במחלוקת, אבל אז אף פעם אין תוצאה ברורה. ראיתי את המחקרים בנושא פורנוגרפיה: היא מקטינה אלימות, או להיפך, היא מגבירה אלימות; איננו יודעים את המסקנות בנוגע לדברים האלה. אם אתם רוצים למנוע אלימות, לכו אחרי האלימות. רבותי, הכניסו את השרה שסטרה לפעיל מפלגה לבית הסוהר. הכניסו את השר שהרביץ לילד לבית הסוהר. למה אתם הולכים אחרי ההתבטאויות האלה?

■ **לסלי סבה:** לעניין ההשפעה של האיסור הפלילי: המחקרים מראים שיש פה השפעה אך ורק כשיש אפשרות של אכיפה מהותית. הגבהת הרף של חומרת העונש מועילה במקרים נדירים; בדרך כלל, או שאינה משפיעה או שמזיקה בשל פגיעה ביעילות האכיפה. הדבר מביא כמובן למסקנה שאם להתבטאות מסיתה נקבע עונש חמור והעבירה דורשת ודאות קרובה, אז יש סיכוי מרבי שמערכת האכיפה לא תיושם. כשלעצמי הייתי מגביל את תחולת העבירה לאמירות של בעלי שררה, בעלי סמכות ובעלי השפעה; אין טעם להפליל ציבור גדול, גם אם הוא שותף לביטויים הקשים. יש לשאוף לשנות את האווירה הציבורית אשר במסגרתה צומחים ביטויים אלה. יחד עם זה, יש גם לתת את הדעת ביחס לביטויים שיש בהם בכדי להשפיל או לפגוע באופן קשה בזולת, ללא קשר

לשאלה, האם ביטויים אלה מובילים לאלימות.

אני מודה לכם מאד.

■ אופיר פינס:

סיימנו את הנושא הראשון.





## עולם המשפט ועולם האתיקה - והסוביידיצה

יו"ר: מרדכי קרמניצר

■ **מרדכי קרמניצר:** יש לי פתיח קצר מאוד. לדעתי כולנו מסכימים שאיסור הסוביידיצה במשמעותו הנוכחית איננו מוצדק. רוב האנשים יסכימו שהוא אפילו בלתי נסבל. לכן הצורך בשינוי יסודי בדין הסוביידיצה ברור. השאלה, אשר לצד של המשפט הפלילי, כפולה: האם לעקור את הנטוע הזה כולו על כל שורשיו, או להשאיר לו שריד וזכר. ואם להשאיר לו שריד וזכר - ואיני נוקט בזה עמדה לטובת האלטרנטיבה - באיזו מתכונת?

השאלה השנייה היא - בהנחה שכולו או רובו יוסר בספר החוקים - האם זו הסרה ותו לא, או הסרה שיש ללוות בשיטת טיפול כזו או אחרת, המתאימה יותר למטרייה הזאת. כל הדוברים מומחים בנושא הזה, וניגש ישר לראשון שבהם, פרופ' אסא כשר, שידבר על משפט ואתיקה בהקשר של הדיון הזה.

■ **אסא כשר:** יש לחשוב על עניין

הסוביידיצה במונחים של הנורמות הראויות, או ההתנהגות הראויה במצב האידיאלי, רק אחרי שנברר לעצמנו מהי באמת ההתנהגות הראויה, ונשאל את עצמנו איך שומרים או איך אוכפים או איפה נועצים את הנורמות האלה. האם בעולם המשפט או בעולם האתיקה?

כיוון שאני רוצה להתחיל בצורה כללית, ארצה להנהיג כמה הבחנות רלוונטיות לעניינינו בין עולם המשפט לבין עולם האתיקה באופן כללי

ובהקשר הזה במיוחד. הדבר יעזור לי להסיק מסקנות בהמשך. אולי נוכל לומר – כדי להקדים קצת את המאוחר ולהתקרב לשורה התחתונה – שעולם הנורמות שיש לנו בעניין הסוביידיצה אינו רחב מדי אלא צר מדי. כי אם נסתכל יחד בחבילה כולה – גם על מה שהמשפט שומר וגם על מה שהאתיקה שומרת – אז בסך הכל היא צרה מדי לטעמי. ארצה להרחיב את החבילה כולה, לצמצם את החלק המשפטי שלה, אך להרחיב בצורה משמעותית את החלק האתי שלה. זו תהיה המסקנה שאליה אתקרב. אקדים ארבע הקדמות. ראשית, אני רוצה להבחין בין הנורמות המשפטיות לבין הנורמות האתיות, באופן כללי מאוד. אני רוצה לנתק את הקשר בין עולם המושגים העולה בדעתנו כשמדובר במשפט, עולם האכיפה ועולם הענישה, לבין עולם המושגים העולה בדעתנו כשמדובר באתיקה. בעיניי, זהו עניין של הטמעה ועניין של שכלול הרמה המקצועית. זהו הבדל לא רק לתפארת ההבחנה הפילוסופית, אלא גם לתפארת השמירה על הנורמות. בסופו של דבר – אף על פי שהמחוקק נותן לנו את הכללים של ההתנהגות האזרחית, ולכאורה מה יכול להיות חשוב מזה – לדעתי יש משהו שהאדם מזדהה אתו בצורה אינטנסיבית יותר, יהיה מוכן לקבל ממנו הגבלות בצורה חריפה יותר וזה זהותו המקצועית. ככל שיוכל אדם להגביל את מעשיו מתוך זהותו המקצועית ולא מתוך מה שהטיל עליו המחוקק, כך ייטב. ואיני מדבר על המחוקק הישראלי ב-2001, אני מדבר על המחוקק במצב האידיאלי. האבחנה הזאת חשובה לא רק כשלעצמה, אלא גם מבחינת האפשרות שלנו להטמיע נורמות המקרבות אותנו אל המצב הרצוי.

באופן כללי מאוד, כפי שהמחוקק קובע את מרכיביה של החקיקה שלו, אראה במשפט גדר האומרת לנו: מחוץ לגדר הזאת אסור לצאת. אם אתה יוצא מחוץ לגדר, מחכה לך משמר הגדר, שהוא מערכות האכיפה, הפרקליטות, המשטרה, בית המשפט ואולי גם בית הסוהר. אך השאלה איננה רק אם אני צריך להיות בין הגדרות או לא, אלא היכן עליי להיות בתוך הגדרות הללו; וזאת בוודאי אינה שאלה למחוקק כי אם שאלה לאתיקה של המקצוע שעליו מדובר. אם אנו רוצים להגיע אל ההתנהגות הראויה, לא די לנו לקבוע שהיא בתוך הגדרות של עולם המשפט, עליה להיות גם במשבצת הנכונה בתוך השטח המגודר. ומהי המשבצת הנכונה למפקד, לרופא, לאיש המחקר, לשופט,

לעיתונאי? את זאת קובעת – במצב האידיאלי – האתיקה המקצועית בכל אחד מן התחומים האלה ולא המחוקק. איני אומר שאין חוקים שבתוכם הם אומרים לרופא, למשל, באיזו משבצת עליו להיות, אבל במצב האידיאלי את השאלה מהי המשבצת הנכונה בתוך הגדר, יש להפנות למקום אחר ולא למחוקק הקובע מטעם הצדק את גבולותיה של ההתנהגות האזרחית.

שנית, כשמדובר באתיקה מקצועית או ארגונית מדובר בתפיסה של טיב המקצוע או הארגון. תפיסה זו מורכבת משלושה יסודות, ראשית, כשמדובר באתיקה מקצועית, מדובר בעצם הרעיון של מקצועיות, וכשמדובר באתיקה ארגונית, נניח של ארגונים ממלכתיים, מדובר על עצם הרעיון של ארגון ממלכתי.

בנוסף, לכל מקצוע יש הייחוד המקצועי שלו, התמחותם של אנשי המקצוע הזה, ולא ארחיב על כך את הדיבור. ושלישית, החשוב במיוחד לענייננו, מדובר בדרישות המעטפת החברתית במדינה דמוקרטית כמו שלנו. אם אנו מדברים על כבוד האדם כביטוי מפתח שאנחנו מכירים את מקומו בעולם המשפט, ודאי שבכל אתיקה של כל מקצוע וכל ארגון במדינה דמוקרטית אמור לבוא לידי ביטוי הרעיון של כבוד האדם. המעטפת החברתית במשטר הדמוקרטי דורשת מאנשי המקצוע התנהגות המבטאת את כבוד האדם: המפקד אמור להביא בחשבון את כבוד האדם של חייליו, הרופא אמור להביא בחשבון את כבוד האדם של מטופליו, וכך כל אחד וכל אחת בתחומים השונים של המקצועות והארגונים השונים. השאלה איך זה מתבטא בדיוק באתיקה, בכללי אתיקה או בבירורים אתיים, תהיה שאלה בפני עצמה.

דוגמה פשוטה תהיה חוקת החפות מפשע, הנובעת מעקרונות הצדק. אנו בוודאי רואים זאת גם באתיקה. אין צורך לומר שאנו רואים זאת באתיקה של השופט: הדבר מהותי להגינות השיפוטית. אך גם הקוד האתי של מועצת העיתונות בישראל דורש מהעיתון לדווח על הליך משפטי, תוך התחשבות בחוקת החפות. דווח עליו בתור הנאשם, לא בתור הרוצח אלא בתור הנאשם ברצח, החשוד. איני מדבר על מקרים קיצוניים כמו מקרה יגאל עמיר. שם לא היה אפשר לצפות שהעיתונות תחכה עם המילה "רוצח" עד תום ההליך המשפטי. אך בנסיבות רגילות העיתון אמור לדווח תוך כדי התחשבות בחוקת החפות שמקורה בעולם המשפט, על יסוד עקרונות הצדק. על כל אתיקה

מקצועית לכלול את הרעיונות האלה במערכות האתיות. ולכן כאשר מדובר בסוביודיזה, בה במידה שהוא דרוש לטובת הצדק, הוא לא יצטרך להפריע לרעיונות האלה להתבטא בעולם האתיקה של המקצוע.

הקדמה שלישית מתוך ארבע ההקדמות שלי נוגעת להליך השיפוטי. אני רוצה להסתכל בהליך כולו, כפי שהסתכלו גם אנשים אחרים שעסקו בשאלה הזאת. איננו מתעסקים בשום דבר שהוא סוביודיזה, למרות המשמעות המילולית שלו. איננו מסתכלים רק בשופט. אנו מסתכלים בפרקליטים, אנו מסתכלים בעדים, אנו מסתכלים בציבור, אנו מסתכלים בכל מי שיש לו זיקה כלשהי אל ההליך השיפוטי. אנו מצפים משופטים שיהיו הוגנים וייראו הוגנים. אין צורך להכביר מילים על עצם היותם הוגנים, זה מובן מאליו. אך "הצדק אמור להיראות", סיסמה שלפעמים אנו דשים בה – ופה ושם יש המזלזלים בה – הנוגעת לבסיס שיש לציבור לתת אמון בהגינות התהליך, בתקינות הפעילות המקצועית של הארגון שמדובר בו. לא מזמן כתבתי מאמר על אמון ציבורי בצבא (פיללים ט' [2000]). רוב המאמר עוסק באמון ציבורי בגופים ממלכתיים. בין השאר אני מגולל את ההשלכות הקשות שיש על חיי האזרחים, כשאינם יכולים לתת אמון, או כשאין לציבור אמון. זה מצב קשה מבחינת האזרח או מבחינה אזרחית ממלכתית, מצב שבו אין לציבור אמון בתקינותו המקצועית של גוף ממלכתי.

זה עניין חשוב מאוד, ואין זה בגדר נופך אתי. זה עניין שבמהות תפקודם של ארגונים אלה, הן מבחינת מה שהאזרח ראוי לו והן מבחינת הצורה שבה הארגון הזה פועל. במצב התקין, הגוף הזה פועל על פי עקרונותיו המקצועיים ולציבור יש אמון בתקינותו המקצועית. יש לשמור על שני הדברים האלה. לכן כאשר מדברים אתנו על מקצועיותם של השופטים, מדברים רק על צורת התנהלותו של התהליך, אך אין אומרים לנו דבר בשאלה השנייה, של אמון הציבור בתקינות המקצועית של ההליך. האם עצם העובדה שהשופט הוא מקצועי, פירושו שהציבור רובו ככולו נותן אמון, יוצא מחוקה כלשהי של תקינות ההליך המקצועי? לתשובה, מצד אחד, עיין ערך פרשת דרעי, כדוגמא שאנו מכירים מן העיתונות, ומצד שני, לפי סקרי דעת קהל וסקרי אמון בשנים האחרונות, אמון הציבור בבית המשפט הוא אמנם גבוה מאד, אך הולך וקטן, והוא קטן בצורה משמעותית ומדאיגה. אין זה עניין של פלקטואציה ספציפית,

אלא ירידה מהעשירון העליון של האמון לעשירון השני של האמון, ירידה משמעותית. ומדובר באמון כללי, לא אמון בפרשייה מסוימת – שם הירידה גדולה עוד יותר. לכן כשאנו מדברים על ההליך השיפוטי, אנו מדברים בין השאר על אמון הציבור בתקינותו המקצועית.

עוד ארצה לומר משהו על הדיווח העיתונאי. זאת הקדמה אחרונה שלי ומן ההקדמות אגיע לתשובות להמלצה לדיון, אך היא הפחות מובנת מאליה. אקדים ואומר שאם אנו מדברים על אמון הציבור בעיתונות, ברמה הנתונה של אמון הציבור בעיתונות, אני רוצה להגיד "האחד ישן פה וחולם חלום באספמיה". תחילה עלינו לתאר לעצמנו את הנורמות, את המצב התקין ואת המקום שאליו אנחנו רוצים להגיע, ואז להתחיל להתקרב אליו.

ישנן שתי חובות של העיתונאי בהקשר זה וארצה לציין אותן ולהפריד ביניהן. האחת מובנת מאליה והיא: לא להיות מסוכן להליך עצמו, לא לעשות מעשה שיש לו השפעה על ההליך עצמו. אם אני מסתכל בהצעות החוק השונות, העוסקות במצבים כגון זה שבו הנאשם לא הודה בבית המשפט באישום המיוחס לו. אך בהזדמנות אחרת אמר לעיתונאי שהוא מודה, מחוץ לכותלי בית המשפט. אם הדבר יתפרסם בעיתון והשופט המקצועי יותר יגיע לקטע הזה בעיתון, הדבר עלול להזיק לנאשם. בהצעות האלה אומרים: הנה, יש פה סכנה להשפעה על הגינותו של ההליך, במיוחד כשמדובר בעונש. הנשיא ברק עצמו אומר, בהקשר זה, שאנו בתוך עמנו אנו יושבים. ולהגיד שהשופטים, כשופטים מקצועיים, מחוסנים כליל מהשפעות, פירושו להתחייב למשהו שהוא מעל היכולת לעמוד בו. לכן, ודאי שישנה החובה לעיתון שלא להעמיד בסכנה את תקינות ההליך עצמו.

אך מעניין אותי – לא פחות ובמידה מסוימת יותר – המקום שלדעתי צריך לפתוח בו את היריעה ולא להצר אותה, אם כי בכיוון האתיקה. העיתונאי אינו שונה בעיניי מיצרן תרופות או מיצרן נעליים; אתה היצרן, אתה מספק מוצר ללקוחותיך ועליהם לתת אמון באיכות המוצר. ואם אני לוקח תרופה לתוך פי, אני יוצא מתוך הנחה שיש לי בסיס מוצק להניח שהתרופה הזאת תהיה פתרון רפואי מקצועי מוצלח לבעיה שלי, היא נבדקה ואפשר לסמוך עליה. אם אני לוקח נעל, ייצר אותה מי שיוודע לייצר נעליים, ולא צפוי שבעוד כמה חודשים יתברר לי מן הרופא שלי, שלקיתי בנכות בגלל

סוג הנעליים שקניתי בחנות הנעליים. היצרן אחראי להשפעות הטבעיות הסטנדרטיות של תוצריו על חייהם של המשתמשים בהם. היצרן של התרופה אחראי להשפעות הסטנדרטיות הטבעיות של התרופה על נטליה. יצרן הנעליים אחראי להשפעות הסטנדרטיות הטבעיות של הנעליים על הנועלים אותן. כך גם העיתונאי, העורך והמו"ל אחראים על ההשפעות שיש לפרסום הידיעות על תמונת העולם שיש לקורא הנורמלי, הסביר, הרווח של העיתון. אי אפשר לומר: "אגיד את מה שאגיד, ואין זו הבעיה שלי מה זה עושה לך בראש." זו בדיוק הבעיה שלך, מה זה עושה לי בראש, כי זאת איכות המוצר. איכות המוצר אינה הנייר המודפס. המוצר של העיתונאי אינו העיתון. המוצר של העיתונאי הוא השפעת העיתון על דעותיו ועל תמונת העולם של הקורא, כי העיתונאי והעורך אינם מייצרים ניירות כדי שיהיו ניירות מודפסים. הם מייצרים ניירות שהקורא אמור לצרוך. קצה הפעילות העיתונאית הוא ראשו של הקורא, לא העיתון שיצא מבית הדפוס. האחריות היא לכן על ההשפעות. כמובן, יש קוראים שונים רבים כל כך ודעות שונות רבות כל כך, ובוודאי איני מטיל על איש את האחריות לכל מיני דעות שונות ומשונות שייוולדו במוחותיהם של אנשים שונים ומשונים. לכן אני מדבר בלי הרף על ההשפעה הסטנדרטית הסבירה – קורא עיתונים תמים שקרא ידיעה, או קרא מאמר כזה או אחר, העתון והעיתונאי נושאים באחריות לרושם שנוצר בו, אם הוא טבעי, סביר, רווח.

להרחבת היריעה אוסיף, שהרושם איננו רק הרושם החד פעמי אלא גם הרושם המצטבר. חשוב מאד לדבר על הרושם המצטבר מסדרת כתבות או מצורת הטיפול שהעיתון נותן ומהעיסוק בשאלה מסוימת.

הנה דוגמא שאינה נוגעת לסוביודיצה אלא לעולם אחר, עולם הרפואה. מה הרושם המצטבר מכתבות שכל אחת מהן מגלה חשש שרופא פלוני סרח? מה ההשפעה המצטברת מסדרת כתבות על רופאים שסרחו? עלינו לשאול את השאלה הזאת כי העיתון נושא באחריות להשפעות. יש גם השפעה מצטברת, לא רק חד-פעמית. לקורא בעולם הרפואה יש רמת אמון מסוימת. השפעה של סדרת כתבות הגורעות מן האמון תהיה ירידת האמון למקום, שונה מכפי שהיה בתחילת הדרך, טרם פורסמו הכתבות. השאלה היא אם נכון היה לרדת כל כך הרבה או שהיה צריך לרדת במינון נמוך יותר, כי הרי המקום שאליו

אנו מגיעים הוא לאו דווקא רמת האמון שהמערכת הזאת באמת ראויה לה. בסדרת כתבות בכוהי להוריד את האמון יותר מדי ולטעת בלב הבריות את המחשבה המוטעית, שעומדת מולן מערכת שאי אפשר לתת בה אמון כלל; בשעה שלאמיתו של דבר עומדת מערכת שאי אפשר לתת בה אמון גמור, או אמון בפרופיל 10, אך צריך לתת בה אמון בפרופיל 9 ולעבוד על העלאת הפרופיל מ-9 ל-10. אבל ההשפעה המצטברת עלולה להוביל לירידה לרמה 6 או 7, רמה שאין לה הצדקה וכך מוליכים את הקוראים שולל. אלה ההקדמות שלי על האתיקה בכלל ועל ההבדל בינה לבין עולם המשפט, ולמה שאני מצפה מן ההליך השיפוטי והדיווח העיתונאי.

כעת ארצה לענות על השאלות בהמלצה לדיון שקיבלנו מפרופ' קרמיניצר אשר למצב בתחומי הסוביודיצה. אם כן, יש פה עוד חמש שאלות. אקרא כל אחת מהן ואשיב עליה בקצרה. האם נכון – ואני כך מפרש זאת – האם נכון שהאיסור במתכונתו הנוכחית הנו רחב מדי ואינו ניתן לאכיפה? יש תמימות דעים בעניין, אך היא בעייתית. אמרתי וארצה לחזור על דבריי, שזאת היא תמימות דעים בדבר ההיבט המשפטי שלנו. ואם אנחנו מסתכלים בהיבט הנורמטיבי בצורה רחבה יותר – ופרופ' קרמיניצר ציין בהתחלה שאנו מסתכלים גם באתיקה – אנו מסתכלים בחבילה כולה. וארצה להגיד עליה שני דברים: החבילה כולה צרה מדי, אין בה התעסקות מתמדת ואין בה התעסקות מספקת בנושא השפעתו – לא החד-פעמית ולא המצטברת – של הדיווח העיתונאי על הנעשה בהליכים משפטיים על תמונת העולם של הקוראים. כשיש חוק שאיננו נאכף או אי אפשר לאכוף אותו, בעיניי זהו מצב לא תקין. אסור להשלים עם מצב כזה, יש להיפטר ממנו. זו בוודאי מורסה חולה, שהרי איננו יודעים עוד אילו חוקים ובאילו היקפים אנשים לא מצייתים להם, מפני שהם רואים דוגמא לחוק שלא נאכף. לכן יש למצוא תרופה למצב הזה.

לדעתי תרופה נכונה היא זו שממילא היינו צריכים ליטול מראש, לפני שנחקק החוק בצורתו הגורפת הנוכחית, והיא – לכוונן חלוקת עבודה מתאימה בין עולם הנורמות המשפטיות לעולם הנורמות האתיות. ארצה להביע בנקודה זאת את הסכמתי לכך שהחוק בצורתו הנוכחית אינו מתאים וממש לא מקובל עליי שאיננו נאכף. אני מבין שקשה מאד לאכוף אותו בצורתו

הנוכחית. גם על פי תוכנו ולא רק כיוון שהוא גזירה שהמשטרה לא אוכפת אותה – ראוי לצמצם אותו מאד. מיד נראה עד כמה.

עם זאת, ראוי להתעסק באתיקה בצורה אינטנסיבית הרבה יותר. האתיקה של מועצת העיתונות, באופן כללי, התקנות של הערוץ השני, כל מקור וסמכות אתית נוספת שיש לנו בארץ, כולם מתעסקים בזה פחות מדי, בצורה פחות מדי מורכבת ופחות מדי עקרונית. הדבר בוודאי אינו משביע רצון.

השאלה השנייה העומדת לפנינו – התמונה החדשה שצריכה להיווצר, לבטל את החוק כליל או לצמצמו, ואם לצמצמו – אז כיצד. אהיה שותף למגמה שאני מכיר מספרו של פרופ' סגל, מן הספר החדש של המכון ("סוב ויודיצה": הגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותם של הליכים שיופטיים, מאת ראם שגב בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר), מספרו של משה רונן וגם מהצעות החוק של ח"כ פינס וח"כ גלאון: לחפש את המקרים הקשים ביותר שעליהם אנו יכולים להגיד שהם באמת מחוץ לגדר. איננו רוצים שהשופט ידפדף באקראי בעיתון וימצא משהו שאין לו, אפילו כשופט מקצועי, הגנה משמעותית מפניו. ולכן אפשר לדבר על סוגי המקרים שרצוי שהשמירה בהם תהיה קיצונית.

אני רוצה לומר שגם כאן, בעולם מתוקן מכל הבחינות – הן המשפטית והן האתית, הן ברמת הקביעה של הנורמות והן ברמת הציות להן – ייתכן שהייתה מספיקה אתיקה. אך איני סבור שבארץ, בתנאים הקיימים או אפילו בתנאים טובים יותר שארצה להציע, נוכל לצפות שכל הסיפור הזה יישמר כמו שצריך רק על יסוד נורמות אתיות... לכן איני רואה מקום לעלות על בריקות נגד הצעת חוק שיש בה כמה מקרים קשים וקיצוניים. אך, כאמור, אם מישהו ישכנע אותי שיש מנגנון אתי אפקטיבי באותה מידה לשמור על הנורמות, ייתכן שהוא יהיה המוצלח מביניהם.

בצר כל זאת אני רוצה להעלות את רף האתיקה. העניין של הפרסום ההוגן בבית המשפט מכוסה היום בכללי האתיקה של מועצת העיתונות, בסעיפים 12-13. איני רוצה לעסוק בו בהרחבה, אך הוא בוודאי רחוק מלהיות מספק. אין הוא מפורט דיו, אין הוא כולל הנחיות ברורות לפעילותם היום יומית של העיתונאי והעורך, ואין בו שום זיקה להשפעה המצטברת של ההתנהגות העיתונאית. הוא כולו תפור סביב הרעיונות של דיווח חד פעמי.



ולדעתי יש לתקן אותו בשני הכיוונים האלה.

אך אבקש להוסיף את מה שבעיניי נראה לכו של כל העיסוק באתיקה מקצועית וארגונית כלשהי – עניין מראית העין. ברגע שאנו מדברים על אמון הציבור, אנו מדברים על מראית עין של התנהגות ראויה או לא ראויה. אמון הציבור אינו מבוסס על מה שקורה בפועל בדקויות פסק הדין, אלא על מה שמגיע בפועל לפניו, בגסויות הדיווח העיתונאי, גסויות במובן של ההפך מדקויות. ולכן מראית העין היא עניין מרכזי. איננו עוסקים פה בשאלה אם פסק הדין ניתן ע"י שופט שנהג בהגינות או לא, אלא אם הוא מצטייר בצורה הזאת בעיני הקהל. חוקה על כל שופטי ישראל ובתי הדין הצבאיים והאחרים שהם הגונים ועושים את מלאכתם המקצועית נאמנה, אך השאלה היא שאלת ההסתכלות הציבורית. לכן יש להעלות את הרף האתי ולדבר על כך שאסור ליצור מראית עין של העיתונות כמסלול השפעה על בית המשפט. העיתונות היא גורם שבכוחו להשפיע, גורם המנסה להשפיע או משפיע בלי שהוא מנסה בכוונה תחילה; אך העיתונות כמסלול השפעה על בית המשפט – זאת מראית עין מסוכנת, פסולה ושלילית ודרושה עבודה אתית נגד הרעיון הזה. עלינו לנסח זאת כראוי בכללי האתיקה של מועצת העיתונות. פרופ' קרמניצר ציין שיש ועדה שאני חבר בה וחברים בה אנשים בכירים מעולם העיתונות, ועדה של מועצת העיתונות, הפועלת בראשותו של פרופ' קרמניצר. ויש לנו הסכמה שצריך לנסח כללים חדשים כאלה. אנו דנים כעת בפרטיהם ובתוך שבועות אחדים תהיה לנו טיוטה שנגיש למועצת העיתונות לאישור כעמדתה של מועצת העיתונות שתבוא אז בתנאי הועדה שח"כ פינס יושב בראשה.

אני רוצה לתת דוגמאות למה שנראה לי לא תקין בתור מראית עין של העיתונות כמסלול השפעה: קריאה לשינוי סעיף באישום. העיתונות, בשעה שהיא עוסקת במשפט מסוים, אחרי שמופיעים עדים מסוימים, יכולה לפתוח במסע של לחצים על הפרקליטים לשנות את סעיף האישום מרצח להריגה ומהריגה להריגה באחריות מופחתת. נניח למקרים המורכבים במיוחד, שבהם העיתונות עצמה היא גם צד בבית המשפט. נסתכל במקרה הסטנדרטי, שהעיתונות איננה צד אלא היא המדווחת. העיתונות כמדווחת אינה צריכה ליצור מראית עין שאם לאדם מסוים יהיו כסף, השפעה או גישה לעיתונות

במידה מספקת, הוא יוכל להביא לשינוי של סעיף האישים. זאת השפעה על הפרקליטים באישור בית המשפט.

ביקורת עניינית על בית המשפט ועל חומרת העונש שהוא השית על הנאשם היא לגיטימית וראויה, והיא תקינה גם בעולם. מקריאה לענישה מסוג מסוים במהלך ההליך המשפטי, ובמידה מסוימת גם לאחריו, עלול להיווצר הרושם שהעיתונות קבעה את העונש וזה גרוע מאוד. לא הייתי רוצה שיווצר בלב הבריות הרושם שאם חצי תריסר אנשים יכתבו דבר מה בעיתון, יהיה העונש חמור יותר מכפי שהיה השופט גוזר לולא אמרו ששת האנשים האלה מה שאמרו. יש במקרה סיפור מפורסם שעו"ד בן-פורת היה מעורב בו, של העיתונאי משה נגבי מול השופט אמנון סטרשנוב. לפעמים ההתבטאויות האלה קיצוניות כל כך, שבאמת נוצר רושם בלבם של מקצת האנשים, שבגלל עיתונאי הושת העונש שהושת בסופו של דבר, כביכול אם סטרשנוב היה מתנהג לא כפי שהתנהג, אלא כפי שנגבי היה רוצה שיתנהג.

שנית, אני רוצה להזכיר עדים. השאלה מה הדיווח העיתונאי עושה לעד היא בעייתית מאוד מבחינת נכונות האנשים להעיד, מבחינת העד עצמו אם לא סיים את עדותו, מבחינת העדים הבאים. יש פה נקודה מעניינת שמצאתי בספרם של יחיאל לימור ורפי מן, "עיתונאות". בתדריך לעורכים ולכתבים שהכין היועץ המשפטי של "מעריב", הוא מפרש את סעיף הסוביודיצה, אומר להם מהו לטעמו סוביודיצה. אחד הדברים שיש להיזהר מהם הוא "פרסום הכולל הבעת דעה על עדויות שנשמעו במשפט ועל מידת מהימנותם של העדים". הלזו של הנקודה הזאת הוא ההשפעה על העדים עצמם; לא השפעה על הקורא שיחשוב משהו על עד, אלא על העדים עצמם. זאת סכנה ממשית לתקינותו של ההליך בצורה מתמשכת.

במאמר מוסגר אני רוצה לומר שכל סיפור הסוביודיצה אינו סיפור רק של העיתונות. יש עוד מקום אחד שעליו אמורים לחול עקרונות הסוביודיצה ושיש לטפל בו ברמה האתית. בעולם המתוקן הוא מטופל ברמה האתית. זהו הפרלמנט. על הפרלמנט אמורים לחול עקרונות הדמוקרטיה. מותר לחוקק בכל נושא ומותר לחוקק, בעיצומו של משפט, חוק שישנה את המצב המשפטי. אך האם מותר לפרלמנט לדון בהצעה לסדר היום בשאלה העומדת עכשיו לדיון משפטי, ועוד חמור מזה, במשפט המתנהל עצמו? במקומות מתוקנים כמו

בריטניה ואוסטרליה ההולכת בעקבותיה זהו ה- "סוביודיצה קונבנשן" של הפרלמנט, האוסר על הפרלמנט לדון המשפט בעודו מתנהל ונותן סמכות לספיקר להחליט במה לדון ואנו יודעים מה הספיקר יעשה: הוא לא ירשה לנושא הזה לעלות.

לכן, לסיכום, אני מוכן להשלים עם ביטול גמור של החוק, או עם צמצום דרסטי שלו בצורה המוצעת לפנינו בהצעות החוק ובספרים. ואני רוצה ללוות זאת בהעלאת רף האתיקה, בדרישות אתיות חמורות יותר.

השאלה השלישית – אם יבוטל הסעיף ואם יצומצם, תתבקש ככל הנראה התמודדות עם הנושא באמצעים משמעותיים ואתיים. בנסיבות כאלה ארצה להפריד בין השניים האלה ולומר שנדרשת התמודדות באמצעים אתיים. באמצעים המשמעותיים איני תולה שום תקוות ואיני רוצה לבנות עליהם שום מנגנון, כי הם בעיני סוג של שעטנז, אך זהו נושא גדול בפני עצמו. אני רק לוקח טרמפ על השאלה הזאת, כדי לומר עליו שתי מלים. ודאי שצריך לשאול מהי ההתמודדות הראויה מבחינה אתית.

וכאן אני רוצה לומר דבר המקובל כבר על רוב חברי הוועדה של מועצת העיתונות. בוודאי נמליץ, בין היתר, שהכנסת תתבקש לאמץ מסקנה מסוימת של דו"ח ועדת צדוק לעניין חוקי העיתונות. בוועדה בראשותו של צדוק ישבו פרופ' סגל, פרופ' שפירא, פרופ' גביון, העיתונאי משה נגבי ואנוכי. אלה היו חברי הוועדה, אם אני זוכר נכון. היינו בעשרות רבות של ישיבות, שמענו עשרות אנשים, ושמענו אנשים מעולם העיתונות, מכל הכיוונים. הגשנו עשרות המלצות. מינו אותנו השרים רמון כשר הפנים וליבאי כשר המשפטים. הגשנו את הדו"ח שלנו לשרים הנגבי כשר המשפטים וסויסה כשר הפנים, ובהמשך התחלפה הממשלה כבר פעמיים ואיש לא נגע בזה. היה לזבי של חברי כנסת מדדי צוקר ועד רובי ריבלין, שלקח על עצמו לקדם את העניין אך לא יצא מזה דבר. הייתה לנו המלצה אחת –

■ י. ע. בן-פורת: ההצעות הוגשו כמקשה

אחת.

■ אסא כשר: נכון. אנו דיברנו כמקשה

אחת, אני מסכים, אך הייתי רוצה להדגיש מתוך המכלול דבר אחד הנוגע לענייננו והוא מעמדה של מועצת העיתונות. איננו רוצים חקיקה של הכנסת

בענייני אתיקה עיתונאית, כי איננו רוצים חקיקה של הכנסת בענייני אתיקה. איננו רוצים שהכנסת תהפוך את מועצת העיתונות לגוף סטטוטורי במלוא מובן המילה, באופן הקובע את הרכבו ואת האתיקה שלו וכל דבר. אך הצענו מין חצי צעד כזה – כיוון שיש לזה ביטוי בלטינית, אני מניח שזו לא הייתה המצאה של המשפטנים בוועדה אלא הדבר קיים משכבר הימים – הצענו שהכנסת תכריז שחובתו של כל עיתונאי וכל עורך לציית לעקרונות של האתיקה של מועצת העיתונות, בלא סנקציה. תהיה הכרזה בלא סנקציה, שלא תאמר דבר לבד מזה שמועצת העיתונות הנוכחית היא גוף ייצוגי מבחינת שלושת מרכיביה ולכן מן הראוי שיצייתו לה. היום, ברצותם יצייתו וברצותם לא יצייתו. נניח, עיתון כמו "גלובס" – אין לי שמץ מושג למה, אך הוא אינו חבר במועצת העיתונות ובעצם אינו כפוף לעקרונות של כללי האתיקה העיתונאית של מועצת העיתונות. הערוץ הראשון, הערוץ השני והרדיו כפופים, גלי צה"ל הצטרפו למועצת העיתונות, אך "גלובס" אינו כפוף.

■ י. ע. בן-פורת: יש כאן הבחנה. המועצה

גורסת שהמקור של האתיקה העיתונאית אינו בתקנון האתיקה, אלא בחובת העיתונאי להתנהג בצורה אתית, ועל כן מוסמכים מוסדות מועצת העיתונות להעריך את התנהגותו האתית של כל עיתונאי, בין אם הוא חבר במועצה ובין אם אינו חבר בה, לפחות באותה מידה שהעיתונאי "מוסמך" לחוות דעה על התנהגותו של כל אדם – בין אם הסכים לכך ובין אם לאו.

■ אסא כשר: כן, לפי תקנון מועצת העיתונות, היא דנה בכל קובלנה שמגישים לה נגד גוף, ואין זה משנה אם הוא חבר במועצת העיתונות או אינו חבר במועצת העיתונות. אך השאלה עכשיו איננה הדיון בקובלנות אלא הטמעת הנורמות. בעניין "גלובס" – זהו עיתון רציני, איני רואה אותו כעברייני אתי סדרתי. אני קורא אותו באינטרנט והוא נראה לי בסדר, כשצריך מבקשים תגובה וכדומה. פעם דנתי בקובלנה נגדם; הם באמת לא התנהגו כמו שצריך בעניין כלשהו של חברת חשמל ושר האנרגיה דאז משה שחל. זה היה מקרה אחד, אך מקרים כאלה יש לכל אחד ואין זה הופך אותם לעבריינים סדרתיים. בכל זאת, אי התלות שלהם בכללי האתיקה של מועצת העיתונות היא בעלת יכולת להזיק, אומרים לנו, יש לכם כוונות טובות שתביאו לכנסת ומהן ייצא סידור חדש שלא נדע איך לחיות

אתו. אך הטעון הזה איננו תופס כשיש לנו חבילה של 10 הצעות חוק של חברי כנסת בענייני עיתונות. לולא היו מתעניינים כלל בעיתונות, היינו יכולים לומר: אל תעירו ואל תעוררו. נתרגל למצב הזה. תתחילו לשפר אותו. אך הם ערים ומתעוררים ומציעים עשר הצעות חוק כאלה, שמקצתן גרועות מאד, ומקצתן טובות וחסרות סיכוי לעבוד – כמו בענייני הבעלות הצולבת. הכנסת מתעניינת בעולם העיתונות ורוצה להתערב בו בצורה חקיקתית ולכן היא בין כה וכה עוסקת בו. מוטב, אפוא, שניכנס עם ההמלצות האלה.

לסיום, אני רוצה לומר, וגם אמרתי זאת בעבר, שלטעמי עלינו לרענן גם את צורת עבודתה של מועצת העיתונות. מועצת העיתונות עובדת יותר מדי כבית משפט ופחות מדי כגוף לבירורים אתיים מקצועיים. לא היה מפריע לי שיש ועדה הנקראת בית דין לאתיקה, לו זה לא היה משחק בבית דין, אלא בירור אתי רציני. אני רוצה להיפטר מהרעיונות של עונשים ושל בתי דין. הייתי רוצה לראות את מועצת העיתונות הופכת לגוף המופקד על הניתוח, על האכיפה ועל החינוך. נעשו צעדים בכיוון הזה לאחרונה, בעניין החינוך לנורמות האתיות באמצעות העיתונים. מועצת העיתונות יכולה לבצע מלאכה ענפה ומורכבת הרבה יותר ממה שהיא עושה כיום בתחום זה.

■ **מרדכי קרמניצר:** ארצה רק להעיר הערה אחת אשר לכוונת המושג "אמצעים משמעתיים". אין הכוונה לאמצעים האמורים להיות מכוונים כלפי עיתונאים או עיתונים, אלא כלפי אלה המוסרים מידע בעייתי, למשל, אנשי משטרה המוסרים מידע. להזכירכם, אלה זכו לטיפול ולהתייחסות בדו"ח וינוגרד. לדעתי, אם רוצים לטפל בבעיה כמכלול, יש לראות גם מנין הגיע המידע, כי בוודאי יש משהו לגמרי לא צודק בהתמקדות במפרסם בלבד, כאשר מניחים (אין מטפלים) למי שהוא בעצם מקור הבעיה, מוסר המידע, באותם מקרים שיש מסירת מידע. ביחס לאנשים שהם חלק מהממסד (משטרה או פרקליטות), המינוח המקובל של טיפול פנימי הוא "אמצעים משמעתיים".

■ **הערה:** אתה רוצה שמועצת העיתונות תקרא למשטרה שלא תדליף?

■ **מרדכי קרמניצר:** לא מועצת העיתונות, אני נמצא פה בתוקף תפקידי במועצת העיתונות.

■ **אסא כשר:** התשובה שלי חיובית. אוכל להשיב על כך בחיוב.

■ **מרדכי קרמניצר:** טוב. הדובר הבא עדיין טעון הצגה קצרה. ראם שגב הוא דוקטורנט באוניברסיטה העברית, חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה, חיבר שני ספרים: האחד, "חופש הביטוי כלפי רשויות השלטון", והספר השני – "סוביודיצה".

■ **ראם שגב:** אעבור מהתחום האתי לתחום המשפטי לא כדי להישאר בו אלא כדי לנמק את עמדתנו – מדוע אפשר וראוי לבטל לגמרי את ההסדר המשפטי של הסוגיה הזאת ולעבור לטפל בה אך ורק במישור האתי.

הסיבה לכך אינה נוגעת כל כך ליעילות של המישור האתי, אלא לחוסר היעילות של המישור הפלילי. נקודת המוצא היא שהסכנה שנבקש להתמודד אתה היא שביטויים שהם מחוץ להליך השיפוטי ישפיעו על ההליך השיפוטי בצורה כזאת שיגרמו לו שיתנהל בניגוד לכללים שהוא אמור להתנהל לפיהם. הכללים האלה אמורים להבטיח שההליך יתנהל בצורה הוגנת מבחינה פרוצדורלית ויגיע לתוצאה צודקת מבחינה מהותית. יכולים להתקבל כמובן כללים שגויים, אנו עלולים לשגות מבחינת מהו דבר הוגן ומהו דבר צודק, אך בהנחה שיש הצדקה לכללים הבסיסיים, יש הצדקה גם להגן עליהם מפני השפעה.

לנקודה הזאת יש השלכה מעשית לגבי סוגי ההגבלות שאנו יכולים להטיל בהקשר הזה. ההגבלות שעלינו לשקול הן הגבלת הביטויים העלולים לגרום להפרה כלשהי של הכללים של ההליך השיפוטי. אדגים למה אני מתכוון בדוגמא שהוזכרה כאן – נושא הענישה, דווקא מהכיוון ההפוך.

בתחום הענישה בארץ כיום, אין כמעט הכוונה של שיקול דעת של השופט. הדעה המקובלת היא שהכול לגיטימי: שיקולי הרתעה, שיקולי גמול, שיקולי מניעה, שיקולי שיקום, אין שום דעה שלטת של בית המשפט העליון. יש פה ושם אמירות בשוליים, אך אין שום דעה הקובעת איזה מן השיקולים האלה חלש יותר ואיזה חזק יותר. בחקיקה אין שום הנחיה חוץ מהקביעה של עונש מרבי. ולכן, אף על פי שאינטואיטיבית אנו יכולים אולי לחוש שאין זה תקין שעיתונאים יכתבו איזה סוג של עונש יקבל אדם מסוים – אין הדבר

מנוגד לשום כלל של ההליך השיפוטי, כי אין שום כלל בנושא זה. אין זאת אומרת שזהו מצב טוב. לדעתי רע מאד שאין כללים מדויקים יותר בנושא הזה, חוץ מהפסיקה. וייתכן שמזה נובעת התחושה שלא בסדר שעיתונאים כותבים על זה. אך כל עוד אין כללים, אין מקום למנוע השפעה. [בתשובה להערה של פרופ' כשר: ומה עם עצמאות השופט?] נשאלת השאלה, מפני מה השופט צריך להיות עצמאי? כי אי אפשר לומר שהשופט צריך להיות עצמאי מפני כל השפעה זרה.. שופט חייב להיות מושפע מהשפעות זרות; איך יחשוב על הרעיון של גמול או שיקום, איך יגיע למסקנה אם גמול לגיטימי או לא, ומתי זה לגיטימי? מתי ערכאה פלילית לגיטימית או לא? האם זה משנה מאוד אם הוא קורא טענה כזאת במאמר אקדמי או בעיתון? מיד נגיע למצבים שבהם זה כן משנה, אך עלינו להגדיר לעצמנו למה זה משנה. זאת הנקודה שלי. ולכן עלינו להתמקד בפגיעה בכללים שבהם יש לנו בסיס סביר להניח שיש הפרה או סיכוי להפרה של כלל ברור.

כמה מילים על המצב החוקי היום. היום האיסור המטפל בזה, כפי שהוזכר, הוא איסור הסוביודיצה, האוסר על כל ביטוי שעלול להשפיע על מהלך המשפט או תוצאותיו. האיסור הזה אינו נאכף, לפחות לא בשנים האחרונות.

חוץ מהאיסור הזה יש עוד שניים או שלושה איסורים הנוגעים לעניין. הם מתאפיינים בכך שהם אוסרים על כל מיני סוגים של התבטאויות הנעשות בכוונה להשפיע. יש עבירה כללית של שיבוש הליכי משפט ויש עבירות ספציפיות יותר בחוק העונשין. למשל – שליחת דברי שידול או בקשה לשופט במטרה להשפיע בצורה לא הוגנת על ההליך. יש גם איסורים כאלה בהקשרים ספציפיים אחרים, כמו בהקשר של ועדות חקירה ממלכתיות. ההנחה היא שאיסור כלשהו, כל השפעה מכוונת – לפחות האיסור על שיבוש הליכי משפט בכוונה – מוצדק, ולכן עלינו לשקול אם יש הצדקה לאיסורים או לביטויים הנעשים בלי כוונה להשפיע. משום כך אנסה להתמקד בביטויים מסוג זה, שהם הביטויים הבעייתיים יותר, ולראות אם בכל זאת יש ביטויים שאינם נעשים בכוונה להשפיע וגם לא תוך ידיעה ברורה שהביטוי עלול להשפיע – ובכל זאת יש מקום לאסור עליהם.

אתה מתכוון, גם בלי מודעות?

■ הערה:

■ **ראם שגב:** לא, אני מתכוון עם מודעות. העיתונאי אינו נותן תמיד את דעתו על אפשרות ההשפעה על המשפט.

■ **הערה:** הוא אינו מודע לסנקציה.

■ **ראם שגב:** זו לא הסיבה שבגללה הוא מפרסם. הוא יכול לדעת באופן כללי שיש אפשרות להשפעה. תכף אתייחס לנושא. עלינו להתייחס רק לביטויים הנעשים בלא כוונה להשפיע ממש על ההליך, כי הם ממילא מטופלים בהקשר אחר, וימשיכו להיות מטופלים במישור משפטי פלילי.

כמה מילים על הבעיות באיסור הקיים. אף על פי שיש הסכמה שהוא אינו ראוי, בכל זאת הפגמים שבו יכולים לעזור לנו ללמוד מה עלינו לדרוש מהגבלות אחרות. בעיה אחת היא שהאיסורים עוסקים בהשפעה לגיטימית ופסולה ללא הבחנה. וכבר הזכרתי שאם מטרנתנו להגן על כללי ההליך, אז אפילו אם נפרש את כללי ההליך בצורה רחבה, עדיין יש השפעות שאינן פסולות. אפשר להשפיע על ההליך בצורה לא פסולה. בעיקר התייחסנו בהקשר הזה לביטויים במישור הנורמטיבי שלגביהם המוסכמה היא שאין כללים אשר לסוג ההשפעה ששופט יכול לשאוב בנושא. ולכן – גם אם הדבר מורכב קצת יותר ממה שאני מציג – בסך הכל אין כאן פעולה המנוגדת לכלל ברור של ההליך השיפוטי.

בעיה אחרת של האיסור, היא שאין הוא מבחין בין סוגי ביטויים מבחינת חשיבותם. יש ביטויים חשובים מאוד ויש ביטויים חשובים פחות, אם כי יש חשיבות כללית לכל סוגי הביטויים שעוסקים בהם בהליך השיפוטי וגם את זה צריך לזכור.

דבר שלישי וחשוב שחסרה התייחסות אליו: הבחנה בין סכנה חמורה היכולה להצדיק הגבלה של חופש הביטוי – שהכול מסכימים שיש לו חשיבות באופן כללי ובמיוחד בתחום של פיקוח על הליכים שיפוטיים – לבין סכנה קלה שאינה יכולה להצדיק מגבלה כזאת.

למעשה זה הקריטריון היחיד שהאיסור הקיים עושה בו שימוש. כמו שאמרתי קודם, הוא אוסר על ביטויים העלולים להשפיע על ההליך השיפוטי. כלומר, הוא משתמש במבחן של חומרת הסכנה, אך אינו אומר כמעט כלום.



בפסיקה של בית המשפט העליון נקבע שהמבחן הוא מבחן האפשרות הסבירה, או החשש הממשי להשפעה. המבחן הזה לא עוזר הרבה בתחום כזה שבו אין גרעין קשה חד משמעי שמבהיר לכולם מהו גבול האסור. ולכן התוצאה היא שקשה מאוד להבין מה האיסור אומר כיום. במיוחד אם לוקחים בחשבון שקשה מאד להעריך את הסכנה של ההשפעה במקרים ספציפיים. יש יוכוח גדול אם יש כלל סכנת השפעה של ביטויים על בית המשפט, אך קשה עוד יותר להחליט אם ביטוי ספציפי השפיע על משפט ספציפי. וכיוון שזה מה שלכאורה האיסור היום דורש: שהרשויות של אכיפת החוק, הפרקליטות ובתי המשפט יהליטו שבנושא ספציפי היה סיכון ממשי להשפעה, אין זה מפליא שהאיסור אינו נאכף.

התוצאה הזאת שלילית כיוון שבפועל כל שיקול הדעת נתון בידי התביעה ובעצם אין לה שום קריטריונים להכוונתו. יש הנחיות של היועץ המשפטי לממשלה, אך בצורת הניסוח שלהן הן אינן די ממוקדות והן כוללות סוגים רבים של ביטויים שברור לכל שישמיעו אותם – ולגיטימי להשמיע אותם. לכן הגבולות אינם ברורים. מעבר לפגמים הכלליים של איסורים לא ברורים בתחום הפלילי, יש בהקשר הזה יש שתי בעיות מיוחדות. הראשונה היא הקושי של כלי התקשורת, אפילו אם רוצים לשמור על האיסור, לזהות את הביטויים הבעייתיים. זאת, כמו שאמרתי קודם, משום שאין כאן גרעין קשה שאפשר להצביע עליו.

בנוסף יש כאן בעיה אחרת. לעיתונות יש באופן כללי תמריץ לפרסם, ולכן אם לא אומרים לה באופן חד מהו הגבול, תהיה לה הצדקה, במידה מסוימת, לעשות מה שמוגדר כתפקידה העיקרי ולמסור מידע, כל עוד הסכנה העומדת ממול ערטילאית ואינה מוגדרת בצורה ברורה.

נוכח פגמים אלה עולה השאלה, שגם הוצגה כאן, אם לבטל את האיסור הקיים. כדי לענות על השאלה יש לחשוב תחילה אם רוצים להחליף את האיסור הקיים באיסור אחר צר יותר. כי אם יש הצדקה למגבלה כלשהי, אפשר לטעון – כפי שאכן נטען – שהאיסור הקיים אמנם אינו דבר ברור, אך בכל זאת מצביע על כך שיש בעיה כזאת של סוביודיצה – של סכנה של השפעה פסולה על הליכים שיפוטיים – ולכן עיתונאים ייזהרו לא לחצות את הגבולות. לדעתי זה נימוק לא משכנע, מהסיבה שהזכרתי קודם: אין כאן גרעין

קשה של מעשים פסולים בתחום הזה מחד גיסא, ומאידך גיסא, האיסור היום אינו אומר דבר מבחינת תוכנו; וכיוון שגם אינו נאכף, אי אפשר להסיק מאומה ממדיניות האכיפה של רשויות אכיפת החוק, והתוצאה היא שהאיסור הוא עמום כל כך שבעצם אי אפשר להפיק ממנו דבר. אפילו אם עיתונאי רוצה לשמור ולהקפיד על האיסור הזה, הוא פונה אל היועץ המשפטי שלו והיועץ המשפטי שלו מנסה ליעץ לו מה מותר ומה אסור לו לפרסם, הוא פשוט אינו יכול להגיד לו דבר לגבי הדין הקיים. אולי הוא יכול להגיד לו בצורה לא פשוטה, כפי שנראה בהמשך, מה לדעתו צריך להיות הדין, אך הוא אינו יכול להגיד לו כמעט דבר לגבי מהו הדין הקיים.

ולכן, לדעתי, בלי להיכנס לשאלה אם יש הצדקה למגבלה כלשהי שתהיה צרה יותר מהמגבלה הקיימת כיום, אין בעיה בביטול מוחלט של האיסור הקיים. כמו שהזכרתי קודם, הוא לחלוטין אינו נאכף. וזה לא שהוא כמעט ולא נאכף; הוא פשוט אינו נאכף. נקודה. אין מקרים שבהם הוא נאכף. וכאשר בודקים את הפרסומים של כלי התקשורת בנקודות הבעייתיות העולות בהקשר הזה, לא מגלים שום סימן לריסון. הרושם הוא שברגע שיש נושא המעניין את התקשורת, היא מפרסמת כל ברל מידע שיש לה, בלי שום מגבלה. ולכן איני סבור: א) שיש בסיס להנחה שאפשר לצפות לריסון, כיוון שאין יודעים איך להתרסן, ו-ב) שאין בסיס להנחה שיש ריסון בפועל כלשהו היום, ולכן האיסור כפי שהוא קיים היום אינו משמש לשום מטרה. נראה לי שכבר בשלב זה נוכל להגיע למסקנה שאפשר לבטל אותו בלי חשש ובלי קשר לשאלה מה יחליף אותו. לא כי החלופה במישור האתי או במישור אחר תהיה דווקא אפקטיבית, אלא כי האיסור היום אינו אפקטיבי לגמרי.

כשחושבים באופן עקרוני מהם השיקולים שצריכים להדריך אותנו בשאלה אם צריכה להיות מגבלה כלשהי בנושא הזה או לא. אני מסתכל על זה מנקודת מבטו של עיתונאי הרוצה להבין את כל האינטרסים ולקחת בחשבון את כל השיקולים בלי קשר לשאלה, איזו צורה של הסדר משפטי או אתי או אחר ניתן למסקנה הזאת – העיקרון שצריך להנחות אותנו בנושא בסופו של דבר הוא, שיש להגן כמה שיותר על הגרעין הקשה של כל אחד מהאינטרסים העומדים פה על הפרק. מצד אחד חופש הביטוי, ומצד שני סכנה לתקינות ההליך ולתדמית של הליך תקין שהוזכרה כאן קודם בהרחבה.

אשר לגרעין הקשה של חופש הביטוי, קשה לזהות אותו באופן ברור בהקשר הזה. יש סוגים מסוימים של ביטויים שחשיבותם הרבה ברורה, אף על פי שביכולתם להשפיע על היבטים. למשל, מנהל ארגון נוער העומד לדין בעבירות כלפי בני נוער שהוא הורשע בהן בעבר; עיתונאי מפרסם זאת כדי ללחוץ על האנשים המתאימים להעביר אותו מתפקידו עוד לפני שמתברר האישום שלו. זה ביטוי שיכול להיות חשוב מאוד, אף על פי שהסכנה הטמונה בו לתקינות ההליך גדולה מאוד. אבל חוץ מזה קשה לזהות גרעין אחד בנושא של חופש הביטוי.

מצד שני, הגרעין הקשה של תקינות ההליך השיפוטי נראה ברור יותר – יש סכנה של השפעה שלילית שתוליך לעיוות דין במשפטים פליליים. למעשה כמעט כל הטיפול המשפטי בהקשר הזה נעשה במישור הפלילי, גם בישראל וגם במדינות אחרות. אין כמעט התייחסות למישור האזרחי בהקשר הזה. יש לכך כמה סיבות. הסיבה העיקרית היא שחשיבותו של ההליך הפלילי היא הגדולה ביותר: אם כי, כמובן, גם לסוגים אחרים של הליכים יש חשיבות; אך רוב ההליכים המשפטיים אינם מוליכים לתוצאה חמורה כל כך כמו הליך פלילי שבכוחו לשלוח אדם למאסר.

סיבה שנייה להתמקדות במישור הפלילי, בהקשר זה, היא שרוב הכללים השיפוטיים המסדירים את נושא קבלת מידע וסוג המידע שאפשר להתחשב בו, הם בהקשר הפלילי. יש פחות כללים במישור האזרחי ובדרך כלל הם כללים גמישים יותר גם בתחום הזה.

והסיבה האחרונה: העניין הגדול יותר שהתחום הפלילי מושך בהשוואה לתחומים אחרים. כמעט כל הפרסומים המסוכנים במיוחד בהקשר הזה עלו בהקשרים פליליים גם בארץ וגם במדינות אחרות ולכן הסכנה העיקרית היא במישור הפלילי.

כאשר אין סכנה רצינית לגרעין הקשה הזה, העיקרון צריך להיות העדפה של חופש הביטוי מהשיקולים הכלליים של חשיבות חופש הביטוי בהקשר זה במיוחד. השאלה היא, איזו סכנה לתקינות הליך פלילי יכולה להצדיק את הגבלת חופש הביטוי. כאן יש פיתוי חזק להעדיף את העיקרון הראשון של מתן עדיפות כנקודת מוצא לחופש הביטוי ולהפוך אותו לעיקרון מוחלט. בעיקר כי קשה מאד להעריך את מידת הסכנה של השפעת ביטויים על הליכים

מסוימים, ובייחוד קשה להגיע למסקנות חותכות במישור המשפטי שאנו רוצים בו כללים ברורים בהקשר הזה. אולם, יש להיזהר משני שיקולים שאינם רלוונטיים. שיקול אחד הוא, שעיוות דין פלילי הוא נסתר, לעומת הגבלות על פרסום שהן גלויות. הדבר עלול לגרום לנו שנמעיט בערכו בצורה מוגזמת ולא ראויה. כי שופט הרי חייב לנמק את פסק הדין שלו, וכמובן – בנימוקים כשרים. לכן שופט לעולם לא יאמר שהוא מושפע בצורה לא תקינה, שהפרסום השפיע עליו בניגוד לכללים של ההליך. לכן קשה לזהות מתי יש השפעה פסולה. החשש שנתעלם מהסכנה הזאת גדול במיוחד, אם אנו מאמינים שבדרך כלל הערכאות השיפוטיות תקינות ואינן מושפעות מביטויים. דווקא אם אנו מניחים שרוב ההליכים השיפוטיים תקינים, יש סכנה שנרחיב הנחה זו באופן גורף לגבי כל ההליכים ונתעלם לגמרי מהסכנה של עיוות דין. זו סכנה שיש להיזהר מפניה.

סכנה אחרת שיש לקחת בחשבון: יש רצון להגן על תדמיתו של ההליך. כפי שנאמר, אמון הציבור בתקינות ההליך השיפוטי חשוב מאוד; ולכן, מתוך רצון להגן על התדמית הזאת, נרצה לשלול את האפשרות של סכנה, במיוחד אם אנו מאמינים שבדרך כלל אין סכנה כזאת. ואז קיים חשש שנולול בסכנה לתקינות ההליך שביטויים יוצרים. לדעתי, אם יש לנו בסיס לסבור שיש סכנה משמעותית במקרים מסוימים – במיוחד בביטויים כלפי הליכים פליליים – אז עקרונית יש הצדקה להגביל ביטויים אלה. לפחות יש הצדקה לא לפרסם אותם, כהנחיה עצמית למי שרוצה לתת ביטוי לכלל השיקולים הרלוונטיים פה. הסיבה העיקרית העומדת בבסיס מסקנה זו, היא שהמטרות שחופש הביטוי מגן עליהן הן בדרך כלל מטרות כלליות הנובעות מהצטברות של ביטויים, ובמידה פחותה – מטרות הנוגעות לביטוי הספציפי. ואילו מאידך גיסא איסור ספציפי עלול לסכל לחלוטין את המטרה של ניהול הליך בצורה תקינה והסקת מסקנות התואמות את כללי ההליך.

לכן מסקנתי העקרונית היא, שאם יש סכנה משמעותית לפגיעה רצינית בכללי ההליך, אין מקום לפרסם את הביטוי שעלול ליצור סכנה כזאת. בהקשר זה, כאשר מדובר בהגבלות על חופש הביטוי, תמיד יש אפשרות גם להימנע מניהול ההליך, אך כיוון שלדבר יש מחיר גבוה משלו, עקרונית, לדעתי, יכולה להיות הצדקה להגבלה, לפחות הגבלה עצמית בהקשר הזה.

בגלל הקושי המעשי שכבר הזכרתי בזיהוי הסכנה, הדרך הנכונה שיש ללכת בה בהקשר זה, היא הגדרת סוגים של ביטויים שאין לפרסם אותם מהטעם הזה, לפי תוכנם, ולא לפי המבחן כפי שהוא קיים היום – מבחן של אפשרות סבירה לסכנה, וגם לא לפי מבחני סכנה אחרים – אפשרות חמורה יותר וחמורה פחות לסכנה. אין זה מעשי להשתמש בסוג כזה של מבחנים. הדרך של הגדרת סוגי ביטויים אסורים, משקפת טוב יותר את שאר השיקולים שיש לקחת בחשבון – ההבחנה בין השפעה לגיטימית לפסולה, הבחנה בין סכנה חמורה ללא חמורה, הבחנה בין ביטויים חשובים לביטויים לא חשובים. אפשר לתת ביטוי טוב יותר לכל השיקולים האלה, אם מגדירים סוגים של ביטויים לפי תוכנם. לשיטה כזאת יש עוד יתרון חשוב מאוד, היא תשפר את הבהירות של האיסור ותיתן לכלי התקשורת, לפחות לאלה הרוצים לכוון את עצמם לאור השיקולים הראויים, להגביל עצמם בצורה ברורה. החוק היום אינו נותן שום אפשרות כזאת ושום עזרה מהבחינה הזאת.

הבעיה היא שגם אם מאמצים את הדרך הזאת, קשה להגיע למסקנות חד משמעיות בנוגע לסוגי הביטויים שיש להגביל, משתי סיבות. האחת: כשם שהבעיה של הערכת מידת הסכנה עולה כאשר קובעים מהו ביטוי אסור לפי מידת הסכנה שהוא יוצר, אותה בעיה עולה במישור קודם, כאשר רוצים להגדיר סוגי ביטויים לפי תוכנם. יש לזהות אילו סוגי ביטויים יוצרים באופן כללי סכנה משמעותית להשפעה. אולם, זו בעיה חמורה פחות ולכן זו הדרך העדיפה, לדעתי. כי כפי שהזכרתי קודם, הבעיה הקשה יותר היא לגבי זיהוי של ביטוי ספציפי העלול להשפיע על הליך ספציפי, כמו שהחוק דורש כיום. לעומת זאת, אם הולכים בדרך שאני מציע פה, הקושי הזה קיים רק במישור הראשון: זיהוי סוגי הביטויים היוצרים באופן כללי סכנה להשפעה. וזו כבר משימה שאפשר להצליח בה. בנושא זה נערכו מחקרים אמפיריים. לכן, יש כאן בסיס מבטיח יותר אם רוצים להגיע להגבלות סבירות. אך עדיין יש בעיה שאסור להתעלם ממנה: רוב המחקרים האמפיריים שנעשו בתחום זה נעשו בהקשר של מושבעים, מסיבה ברורה. אי אפשר לשאול שופטים אם מה שכתבו בפסק הדין זו רק הצגה ובעצם הם הושפעו מדברים אחרים, לעומת מושבעים שאין להם חובה לנמק וגם אין להם חובות ברורות לפסוק לפי שיקולים חד משמעיים, או לפחות הם לא תמיד רואים זאת כך. בשיטות

המשפט שנהוג בהן שיפוט של מושבעים נאמר, לפעמים אף באופן מפורש, שמושבעים יכולים להתעלם מהכללים של ההליך השיפוטי בנסיבות חריגות. מסיבות אלה, קל יותר לקבל תשובה מהמושבעים ממה הושפעו וממה לא. לכן עיקר המחקר בנושא נעשה לגבי מושבעים.

הדבר יוצר, כמובן, בעיה לגבי שיטת משפט כמו שלנו, שאינה כוללת שיפוט של מושבעים. כי יש טענות מבוססות, שיש להבחין במישור זה בין מושבעים שאין להם השכלה משפטית ופועלים באופן חד פעמי, בהליך שנותן להם לגיטימציה לפעמים להתעלם מהכללים, לבין שופטים שיש להם מחויבות לכללים, רובם ככולם מקבלים אותם לפחות באופן עקרוני, ומנסים לשמור עליהם. ולכן יש בסיס להבחנה בנושא הזה בין מושבעים לשופטים, ולא ברור אם אפשר להסיק באופן ישיר מהמחקרים שנעשו בתחום זה.

בעיה שנייה היא שהמחקרים שנעשו בתחום אינם חד משמעיים. פה ושם ישנן מסקנות צפויות, אך מעבר לכך יש חילוקי דעות רבים מאוד לגבי מה משפיע ומה לא ואיך מה שמשפיע משפיע. אז זו בעיה אחת: הקושי בהערכה אמינה של מידת הסכנה שיוצרים סוגי פרסומים שונים אשר מקשה על ניסוח של הגבלות על ביטויים בעייתיים.

קושי שני נוגע באופן ספציפי יותר לשיטת המשפט שלנו, והוא בעיה של חוסר קוהרנטיות של מקצת הכללים שבגללה לא ברורה מטרתם של מקצת הכללים הרלוונטיים. הדוגמא שאתייחס אליה בהמשך היא מדיני קבילות ראיות. מצד אחד יש דינים בארץ הקובעים שלשופט אסור לקבל ואסור לו להתחשב בסוגים מסוימים של מידע; מצד שני, גם בחוק וגם בשפיטה יש התייחסות שאינה חד משמעית לנקודה הזאת. פעמים רבות נוהגים בסלחנות ומוכנים לקבל בכל זאת הליכים שיפוטיים שבהם נתקבל מידע שעקרונית אסור לקבל. לכן, לא ברור לגמרי מהו הכלל מהבחינה הזאת.

■ י. ע. בן-פורת: אבל יכולים להיות כללים. ויגמור אמר לנו שדיני הראיות אינם אלא גוף של "כללי סייג" ("exclusionary rules"), הבאים להגן על בית המשפט מפני ראיות העלולות להכשילו.<sup>5</sup> בארץ אמנם מתפתחת פסיקה שהיא ליברלית קצת יותר. מעבר לזה

5. Wigmore. **On Evidence**. Sec. 4, n. 1, at pp. 25-26, Sec. 4 at pp. 107, 109-110 (Tillers Rev. 1983).

לא. אז על יסוד מה אתה אומר שהדבר מקובל כל כך?

■ **ראם שגב:** בדיוק התכוונתי לכללים מסוג זה. אך יש דוגמאות רבות לפסקי דין האומרים שאם שופט קיבל מידע שאסור לו לקבל לפי דיני הראיות, ומוסכם על הכול שאסור לו לקבל, אין זו עילה לפסילת פסק הדין שלו. לפחות לא עילה אוטומטית. אפשר לומר שבנושא זה נוותר לגמרי על דיני האי-קבילות. להגיד: שופטים מקצועיים אינם מושפעים משום סוג של מידע, ולכן נוותר לחלוטין על דיני האי-קבילות. הועלו הצעות כאלה, אך, בינתיים לפחות, הן עדיין לא אומצו.

■ **י. ע. בן-פורת:** זה מצוי במשפט העברי. הרמב"ם אומר: שמעיקר הדין הוא שדיין יקבע את העובדות על פי מה שיראה לו שהוא דין אמת. שכן, אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות. ומשום מה קבעה תורה שעל פי שניים עדים יקום דבר? משום שרבו בתי דין שאין לסמוך על קביעתם משום שאפילו הם הגונים במעשיהם עדיין אין הם "חכמים כראוי ובעלי בינה."<sup>6</sup>

■ **ראם שגב:** בכל מקרה, בנקודה זו יש קושי, כי אם זה הכלל שאנו רוצים להגן עליו, עלינו להיות בטוחים שזאת אכן מטרתו. בעיקר בגלל שני הקשיים האלה אני סבור שאין מקום להסדר פלילי משפטי של הנושא הזה, אלא להסדר במישור האתי. ראשית, יש לזכור שהחוק היום לגמרי לא נאכף. כלומר, לא יהיה כאן שינוי של המצב הקיים אם לא יהיה שום הסדר פלילי, וכל הגבלה שנקבע במישור הפלילי תהיה הגבלה חדשה. שנית, יש לזכור את הקושי בזיהוי הביטויים הבעייתיים שהזכרנו, ונוסף על כך יש לזכור שמקצת המגבלות שאני רוצה להציע בהקשר זה הן עמומות כל כך, שלא מתקבל על הדעת לנסח אותן באיסור פלילי; בעיקר אלה הנוגעות להצטברות של ביטויים שיוצרים מגמה חד משמעית בכיוון אחד בלבד. לכן, הגבלות אלה אינן יכולות לעמוד בקריטריונים של בהירות שאנחנו דורשים מאיסור פלילי.

שיקול נוסף הוא שעל המשפט הפלילי להתמודד עם סכנות חמורות בלבד, סכנות חמורות שאין דרך אחרת להתמודד אתן; נוכח הקשיים בהערכת

6. רמב"ם - הלכות סנהדרין, פ' כ"ד הל' ב.

הסכנה בהקשר זה, נראה לי שאף אחד מהתנאים האלה לא מתקיים. לכן, לדעתי, כל מגבלה שיש להעמיד בתחום הזה צריכה להיות במישור האתי. יש ארבע קטגוריות של ביטויים היוצרים סכנה המצדיקה הגבלה אתית. אנסה להגדיר אותן לפי תוכנן.

לקטגוריה הראשונה כבר התייחסנו: דיני אי-קבילות. התייחסנו גם לבעיית הקוהרנטיות של השיטה בהקשר זה. זה התחום שרוב שיטות המשפט מתמקדות בו, כאשר יש הסדרה של הנושא, אם במישור הפלילי ואם במישורים אחרים.

קטגוריה שנייה של ביטויים בעייתיים, היא מידע מחקירות של המשטרה. לנושא זה התייחסו גם מהיבטים אחרים. לדעתי, חשוב לפעמים לפרסם שמתנהלת חקירה משטרתית, אך בדרך כלל לא יהיה ערך רב מבחינת חופש הביטוי לפרסום של פרטי החקירה: האם הנאשם הודה או לא הודה, מה בדיוק אמר בהודאה, האם שחזר ואיך שחזר, איך הוא נראה כשהוא שחזר וכדומה. סוג כזה של מידע עלול להשפיע, בייחוד על עדים האמורים להעיד בהליך, ולכן יש הצדקה להימנע מלפרסם אותו. בהקשר הזה כבר הוזכר, שאם יש הגבלה כזאת, עליה להיות מופנית קודם כל לחוקרי המשטרה עצמם. כי המידע מגיע בהקשר הזה מהמשטרה. במישור הזה אין צורך בכללי האתיקה אלא אפשר לתת הנחיות. מי שמופקד על המשטרה, שר המשטרה, יגיד לשוטרים שאסור להוציא מידע מחקירות המשטרה. יש לזה גם סיבות אחרות. אם יש הנחיות כאלה צריך לאכוף אותן. אולי קשה יותר לאכוף, אך אם יש מקום שאפשר לאכוף בו: הרי זה בגוף ממסדי. יחד עם זאת, ייתכן שאם קשה כל כך לאכוף, אולי לא יזיק אם, מעבר להנחיה, יהיה גם כלל אתי כזה המורה לעיתונאים שלא יפרסמו מידע כזה מחקירות משטרה.

לדעתי, אין לקבוע מגבלה כזאת על חקירות שעיתונות עושה, להבדיל מהמשטרה, אף על פי שהן יכולות להגיע לסוג דומה של מידע, כי יש הבדל משמעותי בין חקירה של המשטרה לבין חקירה של עיתונות – הן מבחינת מטרת החקירה, הן מבחינת החותם הרשמי שיש לחקירה של המשטרה, והן מבחינת החשיבות שיש לעיתונות חוקרת באופן כללי, שלא תמיד יכולה להסתפק בהפניית תשומת הלב של המשטרה –

לפרסם מאמרים של

■ י. ע. בן-פורת:



עיתונאי חוקר, הלומד משפטים?

■ ראם שגב:

כן. אם יש סכנה ספציפית,

ואני מתייחס לאחת הקטגוריות האחרות – אז ייתכן שצריך להימנע מזה. אך באופן כללי לא נראה לי שצריך לומר לעיתונאים שלא יעשו חקירות בנושאים שמתנהלים בהם משפטים, כי אמירה כזאת יכולה להיות רחבה מאוד ולהקיף נושאים רבים מאוד.

עד כאן הסוג השני של הביטויים. הסוג השלישי הוא הערכה חד צדדית של ראיות, והכוונה היא לפרסומים של עיתונאים כמו נח קליגר במשפט דמיניוק. לדעתי, מחד גיסא, אין לאסור הערכה של ראיות באופן גורף, ולכן אי אפשר לאסור על כך באיסור הפלילי, כי היקפו לא יהיה ברור. אך מאידך גיסא, הדבר שהוא עשה שם נראה לי לא אתי. לכן נראה לי שיש הצדקה לתת הנחיה לעיתונאים שלא יפרסמו דברים מן הסוג הזה.

נושא אחרון: אי אפשר לאסור מגמה חד צדדית של פרסומים הקוראים להחלטה שיפוטית מסוימת במסגרת איסור משפטי מאותה סיבה. אך נראה לי שאחד התפקידים של כלי התקשורת הוא לדאוג לרמה מאוזנת. ההנחה המקובלת היא שדי בכך שתהיינה דעות רבות. אך אין זה דבר פשוט כל כך. לדעתי חלק מתפקידו של העיתונאי הוא לחשוב איזו דעה חסרה בוויכוח ולהציג אותה, ולעומת זאת, איזו דעה מופיעה יותר מדי, זוכה למשקל מוגזם ויוצרת אולי סכנות. לכן, במסגרת המסורת הזאת, נראה לי שיש מקום לשקול הגבלה אתית מן הסוג הזה. (הדברים הסתמכו על הספר, "סוביודיצה": הגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים (ירושלים): המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2001).

■ עמנואל גרוס:

אני חייב אולי לפתוח

במשהו מתוך חוויה שחוויתי בעבר, כשישבת כשופט. בוודאי התייחסות כמו כל אדם אחר למדיה, למה שנכתב למה שנאמר והעניין הזה עומד לפניי.

■ הערה:

אבל אז לא היה החשד

לסוביודיצה.

■ עמנואל גרוס:

אז לא היה. אבל עדיין

ההשפעה הייתה קיימת. ולכן אני רוצה לכוון את דבריי. באמת נזכרתי בהבחנות שכולנו אמונים עליהן, או הפסיקה יצרה אותן, לפעמים כדי לקדם

מטרות כאלה ואחרות, וההבדל בין השופטים המקצועיים לבין אלה שאינם מקצועיים כמו המושבעים – שאין אצלנו. ולא אכנס להבחנות האלה, כי אין הן הבחנות אמת. כולנו יודעים שבעצם בהבחנות האלה יש מידה רבה מאד של פיקציה, שכן גם שופט מקצועי חשוף ומושפע ככל הדיוט ממנה כזו או אחרת של מידע; אך נוח לנו לקשור כתרים ולכן בעצם עשינו את מה שעשינו. ודאי הייכתי לעצמי כאשר הייתי צריך, תוך שאני חשוף למידע הזה, להחליט מה אני עושה בו ואיך הוא משפיע עלי לנוכח מה שממש מובא לפניי.

ואם יש לי ספקות לגבי אותה תקופה, זה לא משום ששיניתי את דעתי אשר לטיבם של שופטי ישראל, השופטים המקצועיים, אלא מפני שלמעשה אני עדיין זוכר, ולא כל כך לטובה, את העובדה שלצדי היו שני שופטים לא מקצועיים. כלומר, ניהא אם הייתי אומר: לגבי עוד איכשהו אעבור את המשוכות האלה, ומזהיר את עצמי הזהר היטב שלא אושפע אלא ממה שמובא בפני ממש; הרי שני השופטים שלידי, שיש להם אותן סמכויות ממש, אינם מבינים את ההגבלות האלה. ולא פעם הייתי נתקל גם בשאלות פשוטות, טכניות: "אבל כתוב בעיתון אחרת. לא?" או "הוא אמר משהו כזה." והייתי צריך להגיד להם שמה שכתוב כתוב, אבל אין זה בהכרח מה שהוא אמר.

■ הערה: זה כמו בבתי משפט, שיש

בהם מושבעים: "על המושבעים להתעלם."

■ עמנואל גרוס: גם האמירות האלה, אתה

יודע, זה טוב לבית משפט כזה אבל בכל זאת זה כבר ישפיע. זה כמו הפרקליט המנוסה שמשמיע את שאסור להשמיע ואח"כ אומרים: ההתנגדות התקבלה. אבל כל זה הרי כבר נשמע. ואנו מכירים את זה. אני רוצה לומר, שגם אם נגיע למסקנה, וזו המסקנה שאני נוטה לקבל בסופו של יום, שראוי לשנות את כללי הסובידיצה אצלנו על-ידי המרת הסעיף הקיים במשהו אחר. אם מדובר בעניין פלילי, אם זו המסקנה שאכן אגיע אליה, עלי להזהיר את עצמי לגבי אלה שאינם מקצועיים. כלומר, לגבי אותם מוסדות שיושבים בפלילים, דוגמת בית הדין הצבאי, יש לחשוב אולי לצקת נורמות שונות. כאשר מדובר במשפט בצבא, ייתכן שלגבי השופטים הצבאיים, יש להרחיב את האיסורים. כי הם בוודאי מושפעים יותר מהשופטים המקצועיים. ואיני רוצה לקבוע מסמרות,

אך יש לחשוב על העניין, כלומר, לא לקבוע כללים חד צדדיים.

■ הערה: או לוותר על השופטים האלה?

■ עמנואל גרוס: זהו חלום שאם יתגשם, בוודאי נהיה כולנו מרוצים. אך לא העזתי, כמובן, לומר זאת. מכל מקום, כל זמן שהשופטים הצבאיים עדיין קיימים במסגרת הזאת, ראוי להתחשב בעובדה הזאת ובעובדה שיש להם כוח השפעה לא פחות משיש לשופט המקצועי.

לגופו של עניין, אין שום ספק שכאשר אנו מדברים על האיסור הקיים, הוא תולדה, כמו דברים רבים אחרים במשפט שלנו, של השפעתו והקרנתו של המשפט האנגלי עלינו. ושוב הוא השפיע לא נכון כי הוא נוצר באנגליה לטובת המושבעים ואנו נטלנו ממנו את השיטה האדוורסרית, וגרענו את המרכיב החשוב הזה של מושבעים. ואף על פי כן הבאנו את כל הכללים המתייחסים למושבעים והחילנו את המשפט האנגלי עלינו, על השופטים המקצועיים, ובכלל זה את נושא הסוביודיצה. כלומר, יש כאן איזו אנומליה שהיינו צריכים להתמודד אתה.

אבל במרחק של כמה עשרות שנים מאימוץ הכלל הזה לתוך המשפט שלנו, מה אנחנו עושים אתו?! כאשר מדובר בשופטים מקצועיים, אני מקבל את מה שנאמר לגבי שופט מקצועי שהוא אינו חשוף כמו המושבע. מכל מקום, יש לחיות עם המציאות הזאת, שביקורת הוגנת, גם בזמן שהמשפט עומד, על דברים שהמשפט מתייחס אליהם, ביקורת שאינה מכוונת לשבש את מהלך המשפט אלא להתווכח עם המשפט עצמו ולתת לפעמים פרשנות על המתרחש בבית המשפט, היא נכונה והוגנת, לדעתי, גם מבחינת העומד לדין וגם מבחינת הציבור.

הזכות להליך ראוי, שממנה אנחנו גוזרים את הצורך במשפט אובייקטיבי והזכות למשפט אובייקטיבי, אין פירושה שלמעשה כל דיבור בנושא התלוי ועומד בבית המשפט הוא פגיעה בזכות להליך הוגן או באובייקטיביות. כי לו היינו טוענים כך, היינו צריכים למשוך את המסקנה הזאת עד הסוף, ולא היה נמצא שופט אחד כשיר לשפוט את הנאשם, כי שופט נכנס לדין עם מטען ידיעות מלא. וגם השופט ברק אמר שהוא מביא אתו לבית המשפט עולם

מושגים, השקפות העולם, מסה גדולה מאד שקשה בעצם לדרוש שמהשוּפּט שישתחרר ממנה.

ולכן אם אני באמת מתלבט, אני מתלבט לגבי קטגוריות ממוקדות וצרות מאוד כמו למשל האיסור הקיים היום על חשיפת הרשעותיו הקודמות של אדם. ■ **עמנואל גרוס:** יש לציין כי למעשה יש

המלצה כמעט מחייבת, שבמקום ששופט דן במעצר, לא ישוב וידון בתיק עצמו. אך יש סייג, והוא: אם בבית משפט כפרי אין יותר משני שופטים, אז אין ברירה, ולא פוסלים את השופט מלדון. זה מופיע בפסיקה עצמה.

■ **הערה:** יש פסק דין ישן של השופט זוסמן שראוי שהשופט –

■ **עמנואל גרוס:** ראוי, אבל לא חייב. אגב,

במקרה כזה באותו בית משפט קטן, אפשר היה להעביר את הנאשם לבית משפט גדול, להעבירו למקום אחר. אפשר היה, לו רצו בכך. אבל זה לא נעשה. ולכן אני אומר, להתייחס למגבלות האלה של הרשעות קודמות וגם לנושא של ראיות לא קבילות כדוגמת נושא הפוליגרף, כי פוליגרף יכול בהחלט להשפיע; העובדה שלא רצה ללכת לפוליגרף בהחלט מלמדת. או למשל העובדה שהוא שמר על זכות השתיקה. נכון, יש לו זכות השתיקה. אבל מה פירוש הדבר שכאשר מגישים לו את החומר הוא שותק? זה בהחלט רמז. אגב, מהימנות עדים, רק אוסיף ואומר, הנה, בארה"ב ששם יש מושבעים, אם כי איני יודע עד כמה אנחנו מודעים לכך שבארה"ב רק אחוז קטן מאד של המשפטים כוללים מושבעים, ברובם נשפטים אצל השופט ומוותרים על מושבעים. מצאתי לפני יומיים דיווח בעיתונות האמריקנית על משפט שנפתח בארה"ב ומדווחים עליו, שהוא חריג. רב עומד לדין בניו-ג'רזי ומואשם ברצח או שידול לרצח. הוא שלח מישוהו כדי שירצח את אשתו. והנה בעצם מתקיים דיון מעל גבי העיתון, עכשיו מתחילים לנתח, מה משמעות העובדה שרב עומד לדין, מבחינת המהימנות. איך זה ישפיע על המושבעים.. האם העובדה שאיש כמורה עומד לדין, יש בזה יתרון או אולי בדיוק להפך? כאן מתחילים לתת סקירה מה עובדה זו של היות הנאשם רב צריכה לעשות למושבעים. אתם מבינים? האם יש עובדה משמעותית יותר מבחינת ההשפעה האפשרית על מושבעים? והנה, העניין עובד בארה"ב. זה מדווח בירחון המשפטי המדווח על

כל הדברים האלה.

אני רוצה לומר שהיום, בעצם לאור כל הניסיון שהצטבר במשך כל השנים הללו, אני נוטה להסכים להצעתם של ראם שגב ופרופ' קרמניצר, שבעצם יש לצמצם או לחילופין אולי אפילו לשקול להיפטר לגמרי מהאיסור הפלילי. אך אם הדבר אינו אפשרי, יש אז לצמצם את האיסור הזה של הסוביודיזה באמת רק לנדבכים צרים וממוקדים ביותר ואת כל היתר להעביר, כמו שאמר פרופ' כשר, לנושא הזה של האתיקה.

■ **משה רונן:** יש לי רק כמה הערות ואתחיל בהערה לדברי פרופ' גרוס. היום שופט אינו צריך להכיר את הנאשם. בשבוע שעבר ניתנה לי הזכות והסיסמה להיכנס לאתר של השופטים באינטרנט, אתר בתי המשפט.

■ **מרדכי קרמניצר:** אתר חסום, בדרך כלל.

■ **משה רונן:** חסום בדרך כלל. לדברי הנהלת בתי-המשפט הם יפתחו אותו לפני הציבור בקרוב. כיום האתר פתוח ל-460 שופטים, ל-150 עורכי דין ועוד לכמה עיתונאים. השופט שדן בראיות, חזקה עליו שהוא בן אדם, חזקה עליו שהוא סקרן. עליו רק לקלוט את שם הנאשם. אין הוא מקבל את כל הרשעותיו הקודמות, אך הוא מקבל את כל התיקים הקודמים שלו, כל הפרוטוקולים וכל המידע הזה פתוח לפניו. מה ההבדל בין זה לבין קריאה בעיתון? הרי אם אתה מאמין בשופט שהוא אינו עושה שימוש בידיעה, הוא אינו חייב לקרוא אותה. הוא פשוט יכול לפסוח עליה. אך אם הוא אינו פוסח עליה בעיתון – אם הוא אינו ניהן ביושרה לפסוח עליה בעיתון, יושרה שהיינו רוצים שתהיה לו – מדוע לא יקרא באינטרנט בלשכתו או בביתו?

■ **משה רונן:** בתוך עמנו אנחנו יושבים, גם השופטים יושבים, וגם אנו מכירים את השופטים. סביר להניח ששופט שדן כמה שבועות בראיות בתיק כבד, יסתקרן לדעת מי הנאשם ומה הוא עשה במשפטיו הקודמים.

■ **עמנואל גרוס:** לא הייתי עושה זאת. שופט לא היה עושה זאת. אני בטוח בכך.

■ **משה רונן:** בוא נאמר, יקרא את

הפסיקה הקודמת הנוגעת לאותו אדם -

■ **עמנואל גרוס:** לא היינו עושים זאת. אני

לא הייתי עושה זאת.

■ **מרדכי קרמניצר:** אף על פי שגם שופט הוא

בן אדם.

■ **משה רונן:** איני יודע. יש סיפור שאני

מרבח לספר: לפני כעשרים שנה הייתי כתב בבית המשפט. עמדתי במזכירות בית-משפט השלום ועיינתי בפרוטוקולים של תיקי המעצרים. בא אלי שוטר ואמר: "מי זה פה משה רונן?" אמרתי: "זה אני." אמר לי: "תבוא אתי." שאלתי, מחשש שעשיתי משהו: "אתה עוצר אותי?" "לא, לא, תבוא אתי." הוא לקח אותי מבית משפט השלום, ירדנו במדרגות, עלינו בצד השני של היכל בית-המשפט במעלית לבית המשפט המחוזי, ללשכה של שופט מוכר שלא אזכיר את שמו. נכנסתי ללשכה והשופט אומר לי: "אתה יודע שמחר אני מכריע את הדין ויהיו טיעונים לעונש?" ואם אני שומע שהוא מדבר על טיעונים לעונש, אני מבין כבר מה תהיה הכרעת-הדין באותו משפט" ואני אומר: "בסדר, אבוא מחר." הוא אומר לי: "לא, אני סבור שזה שווה ידיעה מקדמת על התיק כתיק."

■ **עמנואל גרוס:** לא לציטוט?

■ **משה רונן:** לא, כדיעה, הוא מבקש

ממני לכתוב ידיעה בנוסח "היום יינתן פסק-הדין במשפטו של..." אני מנסה להגיד לשופט "אבל אסור לי..." והוא אומר לי: "אתה יודע מיהו הנאשם הזה? הוא הורשע בפרשה מסוימת, שהוא מספר לי עליה, ואחר-כך הורשע בפרשה אחרת, שגם עליה הוא מספר, כלומר השופט מונה באוזני את הרשעותיו הקודמות של הנאשם שהוא עדיין לא הרשיע, אמרתי לו: "כבודו, אם אכתוב את זה, יגידו שאני משפיע על כבודו, יגידו שבית-המשפט קרא בעיתון, ולמד מהעיתון על הרשעותיו הקודמות של נאשם שהוא עומד להכריע את דינו." וזהו סיפור אמיתי. המדובר בשופט שכבר פרש מכס-השיפוט, אבל היה שופט בכיר מאוד, שכולכם מכירים את שמו.

■ **ישראל גלעד:** זה היה לפני גזר הדין או

הכרעת הדין?

■ **משה רונן:** זה היה לפני הכרעת הדין.

הוא אמר לי: "מחר אני נותן את הכרעת הדין ויהיו טיעונים לעונש." זה אחד השופטים הטובים שהיו לנו. כך הוא נחשב במערכת. אלה השופטים. אני מכיר את התיק שנים רבות. ועוד כמה הערות. בנוגע לוועדת כשר, אני מצהיר כאן שאני רוצה להעיר לפני הוועדה – אם תוכלו לזמן אותי – הערה לדברים שאמר פרופ' כשר, שינוי סעיף האישום, זאת אומרת השפעה על הפרקליטות. אם אתה קורא בעיתון "על הפרקליטות לשנות את סעיף האישום", האם זה סוביודיצה? לדעתי אין שום הבדל עקרוני בין זה לבין קריאה לפקיד מנהל אחר שיבצע משהו בגדר תפקידו. הפרקליטות היא חלק מהממשלה. העיתונות מבקרת את הממשלה וגם מציעה הצעות. זה תפקידה של העיתונות. למה אותו פקיד מנהל ששמו פרקליט, שונה מפקיד מנהל אחר, גם אם בסופו של דבר זה ישפיע על גורלו של משפט ואם אני קורא למשטרה שתפתח בחקירה נגד מישהו, שתכוון את חקירותיה לנושא, שתחקור יותר בנושא סמים, שתאכוף את חוקי הסמים, שתאכוף חוק זה וחוק אחר, מה ההבדל? זה תפקידי. לגבי ועדת צדוק, לפחות העיתונאי הזה שיושב כאן תומך באופן עקבי. ובכל מקום שאני יכול לומר אני אומר: אני תומך ביישום המלצותיה של ועדת צדוק. בזמננו ניסינו לקדם את הדבר בכנסת. כיום אין לדעתי חבר כנסת המוכן לשמוע זאת יותר מארבע שניות. ניסיתי היום לדבר עם שני חברי כנסת ומידת העניין הייתה אפסית.

בנוגע לדבריו של ראם שגב – אני בהחלט תומך בכך שעניין הסוביודיצה יהיה חלק מכללי האתיקה של העיתונאים, והשיפוט של עיתונאי אשר יפר את הכלל יתקיים בבית-הדין של מועצת העיתונות. אך מתוך ששת המקרים הידועים לי, משנת 1957 ועד היום, שהעמידו בהם לדין נאשמים בעבירת סוביודיצה, לפחות אחד מהנאשמים לא היה כלל עיתון, אלא הצגה. מחזאי כתב מחזה שהתבסס על משפט מלחי (על שופט בכיר שהואשם בקבלת שוחד מיני והועמד לדין). המדינה טענה אז שהמחזה עלול להשפיע על מהלך המשפט. ואם מדברים על הצגה – נכנסתי לפני שנתיים להיכל המשפט בתל אביב וראיתי שתי הפגנות משני צדי הכניסה לאולם. זה היה בעניין האונס ברמת השרון. מצד אחד עמדו חברי ארגונים פמיניסטיים שלא אכפת היה להם כלל מה אומרת בבית-המשפט הנערה המתלוננת, שהייתה עדת-התביעה במשפט. או מה היו נסיבות המקרה; הן היו פמיניסטיות והן היו בעד

הרשעה וענישה חמורה של הנאשמים. מהצד האחר – מכיוון שההפגנה הפמיניסטיות התנהלה מדי יום ביומו – עמדו חבריהם של הנאשמים שהפגינו למען זיכויים. וכל שופט שהגיע לבית המשפט ראה את שתי הקבוצות עומדות משני הצדדים, אלה צועקים חזק יותר מאלה, כל קבוצה כדי להחריש את רעותה. שתי קבוצות המפגינים הרעשניות לא התעניינו בראיות שהוגשו לבית-המשפט. לשתייהן הייתה דעה מגובשת מה צריכות להיות תוצאות המשפט, ושלא יבלבלו אותן עם העובדות. זה לא סוביודיזה? למה דווקא זה לא סוביודיזה?

■ י. ע. בן-פורת: אין סיכוי ששופט ישתכנע מהפגנות.

■ משה רונן: אין סיכוי?

■ י. ע. בן-פורת: איני סבור.

■ משה רונן: פרופ' כשר דיבר על כלל

אתי האומר שעיתונאי לא יפרסם הדלפה שהוא מקבל. למדתי מפרופ' כשר שעל כללי אתיקה לבטא את כללי המהות של המקצוע. איך יכול עיתונאי לקבל עליו כלל האומר: "קבלת מידע? אל תפרסם אותו, כי המדליף לא היה צריך להדליף לך את החומר" – זה בניגוד למהות המקצוע. אחד התפקידים של העיתונות הוא לשמש צינור מידע לציבור, להעביר לציבור כל מידע שיכולים להניח עליו יד. איך נוכל לקבל על עצמנו כלל כזה, עוד ככלל אתיקה מקצועית של המקצוע שלנו, האומר שלא נעביר את המידע, כיוון שהוא בניגוד לאינטרס אחר?

■ י. ע. בן-פורת: אתחיל בצורה סכמתית.

כל הכללים האלה נועדו להגן על אינטרסים ועל אינטרסים של הציבור. לציבור יש אינטרס בחופש העיתונות, בחופש המידע ובחופש הביטוי. לציבור יש אינטרס שמערכת המשפט תפעל באופן אובייקטיבי, עם יושרה מלאה, מבלי שתהיה מושפעת מעניינים שבעצם צריכים להיות מפורסמים. וככל שהדבר נוגע לשמירת ישרתה ותקינותה של מערכת המשפט, המכריע והנאמן – במובן של trustee – הוא השופט. השופט היושב בעצמו בחדר מול השולחן. אני רואה את כל הדבר כמבנה, כצורך בהבטחת מבנה או כיצירת מבנה שישמור, במובן הזה, על האינטרס של המשפט. אסור, לדעתי לעשות



מעשים הפוגעים באינטרס הזה בשם חופש המידע, כשם שאסור לעבור על המהירות המותרת בשם חופש התנועה. אלה הכללים. עליי לומר שהאמירות האלה של השופטים שלנו הן מעל הסכנות. אך אין זה לגמרי מדויק, כי גם הם בני אדם וישנה אווירה.

יש בשופטים – אני הרי יכול לומר מתוך ניסיון והיכרות – בהחלט הרבה יותר מן הדבר הזה ש"העיתונים אינם מעניינים אותנו ואל תבואו אלינו עם עיתונים" מאשר במקרים אחרים. יש להם ה-*state of mind*, לאפשר להם לסנן את הפרסומים האלה.

העיתונות אינה מעונינת במידע אלא בסנסציה. העובדות, אפילו אם הן מדויקות, תתפרסמה מפני שאלה *news* וזה מושך ומעניין. דברים שאינם רלוונטיים למשפט. וכאן יש דבר מובנה, שבו אי אפשר ליישר את האחד עם האחר.

אשר לדוגמאות ממשפט דמיניוק, זהו משפט פרובלמטי כמו שמשפט אייכמן היה משפט פרובלמטי. כשמביאים צורר יהודים ורוצח לארץ, מעמידים אותו לדין, ושופטים בשיטה אדוורסיאלית, ואין השופטים יודעים דבר עד שלא מוכיחים להם, הדבר באמת מעמיד את המערכת השיפוטית בעומס, במתח, בתפקיד שאין היא בנויה כלל לטפל בו. הייתי רואה אותם כמקרים אנומליים. לא הייתי לומד מהם ולא כלום.

אך ביסודו של דבר, בואו נזכור, ואני יודע זאת ממועצת העיתונות, שכאשר מפרסמים פרטים אסורים בעיתון, כשמפרסמים שמישהו נעצר לפני שהובא בפני שופט (זה אחד המקרים) שם אומרים: כן, אבל כאן האינטרס הציבורי מצדיק זאת. מה זה האינטרס הציבורי? יש הבדל גדול בין עניין לציבור לבין אינטרס לגיטימי של הציבור. אם הציבור מתעניין מתוך סקרנות, אין זאת אומרת שמותר לפרסם.

עם כל הכבוד לצד הפורמלי של העניין, יש לבנות מערכת נורמות שתשמור גם מוסדית על המערכת השיפוטית מפני פרסומים. אני חושב שלשון החוק הקיים היא טובה. שאלת היישום אצלנו הוחמצה לגמרי בגלל הפן השיפוטי המסוים והרגישות הגדולה למה שנקרא חופש הדיבור.

לא הבנתי. מדוע לא

■ משה רונן;

אוכפים זאת, לדעתך?

■ י. ע. בן-פורת: לא אוכפים, כי ככה מתנהלים הדברים. השופטים מזכים, מדוע הם מזכים? כי הם מכירים את הקשר. הדבר הנוסף, כשהתחלת רציתי להגיד "שפתיים יישק" כי כשרק התחלנו ללמוד משפטים, למדנו סוציולוגיה אצל פרופ' שג. אייזנשטרט, והוא נתן לנו ספר שנקרא "יוניט סוסייטי", אם אינני טועה, כבר שכחתי את שם המחבר. ושם הוא הסביר שאדם חי בעולם שבו החברה היא באמת קבוצה של אנשים שחיה במסגרת של מערכות נורמטיביות מכל מיני סוגים: חברה, דת, חוק וכדומה. זה מה שלימדו אותנו. אז כשתיארת את החברה המושלמת, למה זה מוביל? הדבר מוביל לכך שחברה אינה יכולה לסמוך על סנקציות פליליות כדי לקיים את הערכים שעליה לקיים. חברה תקינה היא חברה המקיימת את חוקיה מרצון והסנקציות הן רק במקרים חריגים; הנורמות המוסריות והאתיות הן בעצם לב העניין. כי נורמה מוסרית אפקטיבית היא נורמה שהחברה מסתייגת ממי שעבר עליה, וזה כוח האכיפה.

כאן יש באמת גדרות פרוצדורות רבות. כי כשמעבירים את הדברים למועצת העיתונות לדון במסגרת האתיקה וכותבים חוקים וכללים טובים בצורה יוצאת מהכלל, לא די בכך. פעם אקצין אמר לנו, שהחוקה הטובה ביותר בעולם היא החוקה הסובייטית. זה הרי איננו העניין. העניין הוא, מה יקרה אם בית דין יחליט להרשיע בעבירה על אתיקה. איך יתייחס העורך אל הכתב ואל העיתונאי, האם יפרסמו את ההחלטות של בית הדין ומתי זה יקרה? זה לא טוב. לדעתי יש כאן בעיה אמיתית וזה איננו הפתרון. יש לדעתי הבדל גדול בין מאמר שעיתונאי כותב משום שדעתו נתונה לסנסציה, לבין מאמר שפרופסור כותב – כי דעתו נתונה לברר דבר נכון. מבחינתי אין זה היינו הך.

■ משה רונן: ואם הפרופסור כותב

בעיתון?

■ י. ע. בן-פורת: אם הפרופסור כותב בעיתון, השאלה היא, עד איזו נקודה. אתה מכיר את התזה הזאת על השופט לואי ברנדסוויל? לא ייאמן. מתברר שהשופט לואי ברנדסוויל נהג לכתוב מאמרים פוליטיים שהיו מתפרסמים בעיתונות תחת שמו של פיליפס ויינטרב. ויינטרב החזיק את ברנדסוויל על סטיפנדיה של 3,000 דולר או 5,000 דולר בשנה – הון תועפות באותם הימים – עד שהגיע לבית המשפט העליון.

לדעתי יש לתקוף את הכשלים האלה מכיוונים רבים. על פרופסורים למשפטים לכתוב, שלא יעלה על הדעת ששופט מעצרים הדין בעניין עצמו באמת פועל באופן תקין; הציבור לא יאמין במערכת שבה שאותו אדם שהחליט לעצור את החשוד, גם יושב בדין ומרשיע אותו. דבר כזה לא יכול להצליח. זה מקומם.

לא ייתכן ששופטים המחויים דעה בעניין שלאדם הישר עם השכל הפשוט, הם בעלי דעה קדומה – יישבו בדין וכשיבקשו לפסול אותם, יכתבו בבית המשפט העליון ששופט יודע להתעלות מעל אמירות כאלה. ואיני אומר זאת כעת כי אני סבור שמי שכתב את הדברים כתב אותם מן השפה ולחוץ. אני בטוח שהוא האמין בכנות שאותו שופט יפסוק כך. אך פני הצדק אינם נראים במקרים כאלה. וזה התחיל כשהשופטת אוסטרובסקי-כהן אמרה על אבו חצירא: "הטיפוס הזה." באותו הרגע היה עליה להגיד: אוי ואבוי, גמרנו. ברגע שביקשו אותה שתפסול עצמה, הייתה צריכה לפסול עצמה. מה יש? האם יש מקום להשאיר אותה, כי היא כתבה שלא הייתה מושפעת? זה לא בא בחשבון. יש מקום למאמרים ויש מקום לעבודה.

קורה שעיתונאים הופכים את ההלכה. הדוגמא הקלאסית היא מארה"ב – מאמרו של לואיס. הקונגרס, בית המחוקקים של המדינה, נהג לקבוע את אזורי הבחירה בהתאם להרכב הפוליטי של עצמו. עיתונאי מה'ניו-יורק טיימס' כתב מאמר: אתם נותנים לחתול, כה פשוט, ביצת קולומבוס, לשמור על השמנת. ובית המשפט העליון קם ועשה מעשה, אף על פי שגם הוא היה מעורב. זה אפיק נכון לביקורת על בית המשפט. זה איננו אפיק לגבי סוביודיצה. בזמנו, פרנקפורטר תקף בחריפות את השופט במאמר תוקפני וגס מאוד, ובאחד העיתונים בלונדון יצאו תצלומים של כל השופטים בבית הלורדים כשראשיהם הפוכים. הכותרת הייתה מעליבה. אז מה, זו התרבות בכללותה? להפך, אני חושב שזה מבטא שאט נפש המתעוררת באותם מקרים חריגים מאד, שלא מן הראוי שיאמרו זאת. אך הכלל צריך להיות שלא עושים דברים כאלה. לא משפיעים על התוצאות.

לכן אני סבור שהחוק כמו שהוא קיים, קיים. יחד עם זאת יש להפעיל אותו בתשומת לב והמכון הזה יכול לספק את האמצעים לכך. שיפרסמו מחקרים בכתבי עת משפטיים, בזירה שהשופטים מסתובבים בה. השופטים

הם חברים של כולם כאן. ברמה הזו יש די שופטים מוכרים ודי אנשים כדי שהדבר באמת יבוא לכדי ביטוי. מבחינתי ביטוי לאומץ אזרחי יהיה לבוא ולומר לשופט "לא היית צריך לומר דבר כזה."

בספר של וודאלן שעוסק ב-Camelot Division, מה מבטיח את יציבות השפיטה? הוא מביא דוגמא מאנגליה. שם, השופטים באים מתוך בתי המשפט ועדיין שייכים לבתי המשפט המקוריים שלהם. הם אוכלים ארוחת צהרים באותו מקום. וחבריהם הוותיקים, בלי שייאשמו בהטיית משפט, לפעמים אומרים: "שמעתי שהחלטת ככה, טעית."

■ **עמנואל גרוס:** אבל היה אחד לא מזמן שיצא באמצע המשפט ואמר: לא יהיה כזה דבר – עסקת הטעון הידועה – אין מקום, לא ייתכן כדבר הזה. וחשבתי שמישהו יקרא את הדברים ויעשה משהו בעניין.

■ **י. ע. בן-פורת:** טוב, אבל אני אומר שוב, לדעתי אין כאן די לחץ באותן נקודות כדי להזיז דברים. כי בחקיקת חוקים טובים ובקביעת כללים טובים לא מגיעים לשום דבר. וגם בנושאי האכיפה והשפיטה, ייתכן שכולנו, אזרחים טובים במדינה, צריכים, במקום כלשהו, לא בעיתונות, לרוץ עם זה.

■ **ישראל גלעד:** אין ספק שהאיסור הקיים רחב מדי. לדעתי לא צריך למנוע דיון בנושאים השנויים במחלוקת ציבורית רק משום שהם נידונים בבית המשפט. אוכל להביא דוגמא אחת מניסיון אישי. בית המשפט המחוזי עוסק בסוגיה של חסינות שופטים. אם יש לי מה לומר בעניין, האם צריך לעכב את דבריי שלוש שנים, עד שיסתיים הדיון? לדעתי לא. ויש מקום לדיון לפני הציבור.

האם יש מקום לבטל כליל את הסוביודיציה? לדעתי האישית: בהחלט לא. כי אין ספק שהפרסום על עניין תלוי ועומד ועלול לפגוע גם בהליך השיפוטי עצמו וגם בבעלי הדין מבחינת התוצאה של ההליך. לדעתי ההבחנה בין פלילי לאזרחי כאן אינה חדה וברורה כל כך. כי גם במשפט האזרחי, פרסומים עלולים לפגוע הן בבעלי הדין והן בהליך האזרחי עצמו.

אני מסופק אם הטעון שאין אכיפה וממילא צריך לבטל כי אין אוכפים, הוא טיעון חזק. כי גם אם אין אכיפה, איני בטוח שאין הרתעה. ייתכן שיש

קווים אדומים וגבולות שאין חוצים כיום, מחשש שאם יחצו אולי תופעל הסנקציה. למשל, איני יודע אם עיתונאים או עיתונים מפרסמים מכתבים למערכת העוסקים בשאלה מה צריך להיות עונשו של פלוני זה או אחר. אני מניח שזה לא קורה. אולי אם יבוטל האיסור באופן פורמלי, דבר כזה כן עלול לקרות.

כיוון שצריך לצמצם, ויחד עם זאת לשמור על האיסור, עולה שאלת הטכניקה קרי: כיצד מצמצמים. צריך אולי לחשוב על טכניקה הפוכה מזאת המוצעת כאן, אפשר לנצל טכניקה דומה לזו של חוק לשון הרע ולקבוע מה להתיר. אין זה חייב להיות דווקא בצורה של הגנות. יכולה להיות חוקת פרסומים מותרים. זו טכניקה שכדאי לחשוב עליה משום שהיא תצמצם ביעילות את האיסור, אך בשיטה קלה ופוזיטיבית יותר. למשל, מותר לפרסם פרסום בעניינים השנויים במחלוקת ציבורית; כאן המודל הוא של חוק לשון הרע, כי ישנן כבר המתכונת, הפסיקה והמסורת של העניין. בהנחה שמשאירים איסור מוגבל, השאלה מהי טכניקת האכיפה. זו האבחנה בין הצד המשפטי לבין הצד האתי. לא הייתי מוותר על הצד האתי, כי לפעמים בכוחה של אכיפה אתית להיות אפקטיבית יותר מאכיפה פלילית. הדבר בהחלט ייתכן. יחד עם זאת, ואני רוצה לחזק את הדברים, האכיפה האתית מוגבלת בהיקפה. ציינו כאן את הכנסת ואת הפגנות; הייתי רוצה להוסיף גם את האינטרנט, כי כיום יש אתרים רבים מאוד העוסקים בדיונים ובצ'טים ובהחלט יכול להיות שלמשפט מסוים ייפתח אתר מסוים שכל העולם יתבטא בו. לא שמעתי את העיתונות מטפלת בזה.

■ הערה: ואיך המשטרה מטפלת בזה?

■ ישראל גלעד: אם האיסור יצומצם, ייתכן שאם תוגש תלונה, המשטרה תבקש שבונה האתר יסגור אותו. בהחלט ייתכן. ■ י. ע. בן-פורת: נניח שהוא פותח פורום לדיון אד-הוק במשפט מסוים, אפשר לדרוש ממנו שיוריד את הפורום הזה. ■ ישראל גלעד: בהחלט. צריך לפקח על

אתר גדול העושה משאל קוראים בנושא העונש הראוי לפלוני – כמו למשל: מה העונש הראוי לו: עשר שנים, שמונה שנים, שבע שנים? נניח כי 25 אלף

איש אמרו עשר שנים? יש כאלה דברים? האם זה לא ישפיע על השופט? כלומר, מבחינת האפקטיביות יש משהו שהאיסור הפלילי עושה שהאיסור האתי אינו יכול לעשות.

הערה אחרונה, לגבי הקשר בין לשון הרע לבין סוביודיצה. הוזכר קודם לכן שכיום משתמשים באיסור כדי לחסום חופש ביטוי. כלומר, ברגע שאני מגיש תביעה, זה סוביודיצה ואי אפשר להתבטא יותר. אך תיתכנה גם תוצאות הפוכות של שימוש בחסינויות המתלוות לכתב תביעה, כדי להפרי איסורים כמו איסורים של לשון הרע. דברים כאלה עלולים לקרות. והחיבור הזה – שמחד גיסא מותר לומר הכול בעדות בכתב הגנה וכו', ומאידך גיסא אין הגבלה על הדיווח על מה שנכתב – מעלה את השאלה לגבי הפן האחר של העניין הזה, לשון הרע. בכתב התביעה אפשר לומר כל דבר לכל אדם. ואפשר לפרסם כל דבר שנאמר בכתב התביעה, כי יש חסינות. כיום רק הסוביודיצה, מונע את העצמת הדבר הזה על-ידי הגבלת הדיון בעניינים תלויים ועומדים. אם גם זה יתבטל, תיפגע ההגנה על השם הטוב וכתבי בית-דין ישמשו להפצת האשמות חסרות שחר דרך התקשורת.

■ י. ע. בן-פורת: מבחינת האתיקה, תמיד

כתוב שם: "טרם הוגש כתב הגנה."

■ חאלד גנאים: אני רוצה לציין את המחקר

שנערך מטעם מכון מקס-פלאנק בגרמניה, ונבדקו בו מדינות אירופה בעניין עבירת הסוביודיצה. המגמה של המחקר היא שלא להגדיר את הסוביודיצה כעבירה פלילית. הוצעו שתי חלופות: להגדיר אותה כעבירה מנהלית או כעבירת משמעת בתנאי שיש סנקציה. אם נתרגם את זה לארץ, האפשרות הבאה בחשבון היא עבירה מנהלית. שכן עבירת משמעת לפי כללי האתיקה של העיתונות אינה כוללת בתוכה סנקציה. פסק הדין של בית הדין המשמעתי של מועצת העיתונות הוא הצהרתי.

■ הערה: היכן מוצאים זאת,

בצרפת?

■ חאלד גנאים: בשוודיה זה קיים משנות

השמונים. במדינות רבות, כגון גרמניה, המגמה היא לקבל את המודל השוודי.

■ מרדכי קרמניצר: בכל זאת, ואת זה אני אומר

במיוחד לעו"ד בן-פורת, יש להביא בחשבון את התמונה ההשוואתית. אין מדינה בעולם – מהמדינות שאנו מתעניינים בהן, שיש בה איסור בהיקף הזה. לכן לבוא ולומר: האיסור הוא טוב וסביר, וצריך ליישם אותו. זו, בעיני, גישה מוטעית מעיקרה. לדעתי, היקף האיסור אינו סביר ורחב מדי. הוא תופס דברים שצריך להבטיח לגביהם חופש ביטוי מלא. נתנו כאן דוגמאות של היבטים נורמטיביים. האם אסור למישהו למתוח ביקורת משפטית על פסק דין מחוזי, לפני שניתן פסק דין בערעור? נשיא בית המשפט העליון, אהרון ברק, כאשר היה מרצה באוניברסיטה, שלח מאמר ל"הפרקליט" בתיק תלוי ועומד בערעור שגם השפיע על תוצאותיו. לו שלח זאת לעיתון, האם היה הברדל?

ועדת כהן, בנושא הטבח במחנות הפליטים סברה ושתילה, מסתמכת בדו"ח שלה על מאמר או מאמרים שנכתבו בעיתונות בנושא שהיה לפנייה, ולדעת חבריה המאמרים האלה היו מועילים.

לכן אני אומר שהאיסור, במתכונת הקיימת הוא בלתי סביר. כעת אני מבקש להראות שזה אינו חל רק על ההיבטים המשפטיים. אמרת, ובצדק, שיש פה אינטרס ציבורי ראשון במעלה להגן על ישרתו ותקינותו של ההליך המשפטי. לפעמים הפרסום נועד לשמור על ישרתו ותקינותו של ההליך המשפטי, תוך מתיחת ביקורת על תופעה כזאת או אחרת המתרחשת. נניח שיש שופט הלוחץ לעסקת טיעון באופן שאינו מתקבל על הדעת. מדוע אסור למתוח עליו ביקורת בעיתון, כדי שיפסיק ללחוץ? או שופט שמתבטא באופן שפוגע בקבוצת אנשים – נשים או ערבים? זה בדיוק סוג השפעה שאיננו שלילי, ומי שמפרסם ביקורת כזו, מפרסם אותה בכוונה להשפיע על התנהלות השופט.

■ י. ע. בן-פורת: ישנה שאלה. ראשית, פומביות הדיון נועדת בעצם להביא לתגובה ציבורית כלשהי או לעין פקוחה ציבורית כדי להבטיח את תקינות ההליך. להבדיל מנכונות ההחלטה, שהיא נושא אחר שיש לדבר עליו. שנית, איני בטוח אם בתחום הזה יש לנו נורמה רחבה מאוד שאינה מיושמת, לא ברור לי אם שופט יכול לפרסם מאמר על דבר שהוא הולך לשבת בו. איני יודע. יש לחשוב על כך.

■ מרדכי קרמניצר: הדוגמה שהבאתי התייחסה לנשיא ברק, כאשר היה מרצה באוניברסיטה. כאיש אקדמיה, הוא

כתב מאמר ובו מתח ביקורת על פס"ד מחוזי. לדעתו, פסק הדין ההוא היה מוטעה. פסק הדין המחוזי הזה היה תלוי ועומד לפני הערעור, ושופטי הערעור קראו את המאמר ומצאו בו דברים נכוחים, נכוחים יותר מהדברים ששמעו ממי שטען לפניהם –

■ י. ע. בן-פורת: וזיכו אותו בעקבות המאמר.

■ מרדכי קרמניצר: כן. והושפעו. האם זה רע? נניח שיש שופט שאינו מתנהג כשורה בהליך משפטי מסוים: מתנפל על הצדדים, אינו מאפשר לעד להשיב תשובה שלמה. האם אין עניין ציבורי בכך שניתן יהיה לא רק לדווח על כך אלא גם לבקר את ההתנהגות הזו של השופט? בעיניי זה אקט של פרסום שנועד לשמור על תקינותו של ההליך השיפוטי. האבחנות פה קשות מאד. זו הרתיעה שלי מהמשפט הפלילי: הכלים שלו, אני חושש, אינם מתאימים למטריה כה מורכבת. ויש, כמובן, לחשוש מפני אפקט מקפיא, של ריסון יתר, על רקע של איסור עונשי שאינו ברור מספיק.

■ י. ע. בן-פורת: הביטוי כשלעצמו אינו השפעה. בדרך כלל המילה "השפעה" נשמעת כהשפעה שלילית הגורמת לעיוות הדין. כל נימוק משפטי שמישהו זורק על השולחן אינו עיוות דין.

■ אסא כשר: אבל מהו עיוות דין ומהו תיקון המעוות?

■ מרדכי קרמניצר: איני רוצה לגזול זמן רב מדי. ארצה רק לומר: אני רואה יתרון אינהרנטי בנורמות אתיות שאפשר לנסח בצורות פחות חדות מאשר איסור עונשי, כי קשה לחתוך פה חיתוכים חדים. להשאיר נורמה רחבה כזאת למדינה חכמה שתמצא את המקרים המתאימים ליישום הנורמה – הניסיון שהיה לנו עד עתה מראה שזה לא עובד. כי איש לא יטען שהמדינה הצליחה באמת למצוא את המקרים המתאימים ולהפעיל איסור זה – נדמה לי שברוב המקרים שהפעילו את האיסור, לא הייתה הצדקה להפעילו; ולעומת זאת, כל אחד רואה בעיתון מדי יום ביומו מקרים שבהם יש היגיון להפעילו. נוסף לכך, הנורמה העונשית חייבת לתת הגדרה ברורה מראש לגבי תחום האסור, כמתחייב מעקרון החוקיות. נורמה רחבה



מדי בתחום העונשי הנה פסולה. יישום זהיר או מתון שלה איננו מרפא את הפגם של רוחב יתר נורמטיבי.

עוד נקודה אחת לפני סיכום לגבי הקוהרנטיות של השיטה. אני בהחלט יכול להסכים עם מי שאומר שלא טוב ששופט שדן בבקשת מעצר והכיר את עברו הפלילי של העצור, ישב אחר-כך במשפט ההוכחות נגד העצור. אך כל עוד השיטה המשפטית שלנו אינה פוסלת שופט כזה מלשבת במשפט ההוכחות (בעיר שדה) כל עוד השיטה המשפטית שלנו אומרת – כמו שאומרת פקודת הראיות – שאם לשופט הגיע מידע שאיננו קביל, אין הדבר משפיע על יכולתו לחרוץ את הדין באותו עניין. נראה לי מוזר, שבצדם של כללים משפטיים כאלה, יהיה איסור עונשי שבא להגן על אותם אינטרסים. מה גם, שטבעי ופשוט יותר להגן עליהם על ידי כללים משפטיים אחרים, פחות בוטים מהמשפט הפלילי. כלומר, על השיטה המשפטית לדבר בקול אחד. כל עוד קולה אינו הקול האומר: אנו חוששים, אנו רוצים להיזהר מפני השפעות של השופט, הפעלת איסור פלילי נראית לי בלתי קוהרנטית; ובנוסף לכך היא לוקה גם בחוסר פרופורציונאליות בהשוואה לאותן עמדות, וכללים משפטיים אחרים.

■ י. ע. בן-פורת: לדעתי השופטים הם חלק מהבעיה.

■ מרדכי קרמניצר: חלק מהבעיה. כן.

■ י. ע. בן-פורת: פעם אכלתי ארוחת צהריים עם זילבר, אחרי שיום קודם לכן התפשרנו לפניו בבית המשפט העליון. הייתה פשרה פיקנטית מאד ורציתי לספר לו עליה. הוא אמר לי: אני מצטער, איני יכול לדבר אתך על תיק שלך שהיה לפניי. זה כבר היה אחרי שסיים את מלאכתו. זה היה אקס-פוסט-פקטו. וכשהופעתי לפני זוסמן – הייתי מתמחה שלו ועורך דין שלו, אז אולי זה לא היה תקין – מעולם לא הוציא מילה על תיקים שהופעתי בהם לפניי.

■ אסא כשר: כמה הערות להבהרה, בעקבות התגובות המאלפות ששמענו. משה רונן וראם שגב דיברו על הדלפות בהקשרים שונים; אני רוצה להגיד על כך משהו. כל כך התרגלנו לעניין ההדלפות, עד שהוא נראה לנו מהותי. קראו את ה"ניו יורק טיימס" במשך

חודש ותרואו כמה דברים יש שם ממקורות אנונימיים, וקחו עיתון ישראלי ותרואו ביום אחד כמה דברים יש בו ממקורות אנונימיים. במקומות אחרים, אתה צריך נימוק טוב מאד כדי לא לחשוף את המקור שלך. אתה חייב לי, הקורא, את המקור שלך. אני רוצה לשפוט את אמינותו, אני רוצה לדעת מה האינטרסים שלו ואני רוצה להעריך את כל הסיפור שאתה נותן לי, כולל שם המקור. אינני נגד חסיון מקור. זה בסדר שיש הסדר חסיון מקורות, אך הוא שמור למקרים קיצוניים מיוחדים במינם.

■ "גרון עמוק."

■ **מרדכי קרמניצר:**

■ "גרון עמוק" העיתון

■ **אסא כשר:**

האמריקאי, כשהוא נותן לך מידע שקיבל ממקור שמסר אותו בתנאי שלא יזוהה, בדק את התנאי ומצא שיש משהו מאחוריו ובכל זאת היה כדאי לעמוד בו בגלל המידע החיוני שהוא נותן לך עכשיו. אך אצלנו כל ידיעה שנייה היא מ"מקורות" צבאיים, מדיניים, ביטחוניים. נוצרה מתכונת שבה כל אחד יכול להגיד בצורה לא אתית ולא אחראית מה שמתחשק לו להגיד נגד כל דבר שזו.

פעם היו אומרים "מקורות

■ **הערה:**

יודעי דבר."

עכשיו אלה מקורות

■ **אסא כשר:**

שאינם יודעי דבר, אלא בעלי דבר. אלה מקורות שיש להם אינטרס נגד מישהו, שהרי כל הדלפה היא נגד מישהו. הדלפה נגד מישהו בצורה שאינו יכול לבוא אתה חשבון, לא עם העיתונאי שמסתתר מאחורי חסיון מקורות ולא עם המקור המפוקפק. ההדלפה לצורכי האינטרס המקצועי ובצורה מיומנת ומקצועית מקובלת עלי, אבל זו בסך הכול חריגה, לא התופעה הגורפת, היום-יומית והבלתי נסבלת המתגלה פה.

לכן אני אומר לעיתונאי הישראלי – וזה נראה לך תמוה – מועצת העיתונות הייתה צריכה לומר: הדלפות אינן החמצן של העיתונות, אם כי בעיני העיתונות, שהתמכרה לערוץ הקל הזה של ההדלפות, ההדלפות הן החמצן. הדלפות אינן חמצן, אלא אינפוזיה למקרים חריגים.

מכל מקום, כשמדובר בהדלפות בהקשר שלנו הטיפול אמור להיות במדליף, לא בעיתונאי.

ארצה לומר למשה רונן משהו על הפרקליטות, בדוגמא שנתתי על

הקריאה לשינוי סעיף האישום. הפרקליטים, ובעצם גם השוטרים, אמורים לפעול בתנאי הגינות. לא כל אחד צריך לפעול בתנאי הגינות. אם חבר כנסת מייצג עמדה מסוימת, הוא דוחף אותה ואין הוא חייב כלל ביחס הוגן לעמדות. אך הפרקליט חייב ביחס הוגן כמו השופט והשוטר חייב ביחס הוגן כמו השופט. ולא הייתי רוצה שיתעורר חשש בלב הבריות שהפרקליטות אינה פועלת בצורה הוגנת. דרך אחת בדוקה לעורר חשש זה היא לקיים הפגנה קולנית ורועשת של כמה ארגונים צבעוניים עם חברי כנסת ידועים בעניין הסעיף שעליו יש להעמיד לדין. אנו יודעים עד כמה לאנשים אין שמץ מושג מהו הסעיף, מהן הראיות ומהם הטענות של השופט לטובת עונש כזה ועונש אחר. לא אסמוך על שום פרקליט או שופט שהחלטותיהם נקבעו בלחץ של הפגנות, חברי כנסת ותקשורת.

אצטרף לדברי עו"ד בן-פורת ואדגיש נקודה אחת שאיננו מדגישים מספיק. כל הסיפור של חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת, אלה דברים שהדיון הציבורי הסטנדרטי אינו מדויק בהם. המוקד הסטנדרטי של חופש הביטוי הוא ההתבטאות הערכית. אני סוציאליסט או קפיטליסט, עירוני או קיבוצניק, דתי או חילוני – מי רשאי להגיד לי שלא אביע את הדעות מן הזווית הערכית של הקיבוץ, העיר או המושב? חופש הביטוי אין פירושו שמתחשק לי להגיד שהרופא הזה לא יודע לנתח. יש לי חופש הביטוי להגיד: הרופא הזה אינו רופא אלא קצב בצורת התנהגותו? זה איננו "חופש הביטוי" אלא משהו אחר, קטגוריה אחרת של התבטאות. לא על זה אנו מגינים כשאנו מגינים על חופש הביטוי. אנו רוצים להגן על משהו אחר. וכיוצא בזה זכות הציבור לדעת. לדעתי, יש לכנותה "זכות האזרח לדעת". אם מדברים על הציבור – יש לו נציגים ושלוחים וייתכן שהעיתונאים סבורים שדי בכך שהם יודעים. אך זכותו של האזרח לדעת מה? מה שהוא באמת זקוק לדעת. מידע על פעולות השלטון, מידע על סכנות, מידע חיוני לניהול חייו של האזרח. בקטגוריות מסוימות אני יכול לומר: אני זקוק למידע הזה וזכותי לקבל אותו.

■ משה רונן: מה בנוגע לפרשנות משפטית?

■ אסא כשר: פרשנות מקצועית היא דבר טוב, אך איני חושב שאני בעל זכות לקבל אותה. זו יכולה להיות עסקה:

לא אקנה עיתון שלעולם אין בו פרשנות משפטית.

■ משה רונן: אך האם זה טוביודיזה?

■ אסא כשר: איני מדבר עכשיו רק על

סוביודיזה. אני מדבר על כל העניין של חופש הביטוי, שאנו מפריזים בחשיבותו בכך שאנו מרחיבים מאד את קבוצת הביטויים שאנו מכנים "מוגנים על-ידי חופש הביטוי" וכיוצא בזה זכות הציבור לדעת. אנו מגינים לפעמים על ביטויים שאינם ראויים להגנה, תחת המטריות האלה שהן מטריות ספציפיות ורציניות הרבה יותר. העיתונות הישראלית הגדולה מתנהלת בשם חופש העיסוק, ובשם חופש העיסוק אדם רוצה להעניק שירותים ללקוחותיו, פירושו של דבר, לספק להם מה שמעניין אותם. ולכן העיתונים רוצים להיות מעניינים. והם רוצים להיות מעניינים בכך שהם מספקים סיפורים שהם הרבה מעבר לזכות הציבור לדעת, אך הם מעניינים, סיפורים שהציבור רוצה לדעת.

כשאנו רואים מה שמצטייר כהתנגשות בין עקרונות חיוניים לבין מה שמופיע תחת הכותרות הפופולריות של "זכות הציבור לדעת" ו"חופש הביטוי", לפעמים זה תאור מוטעה של ההתנגשות, מפני שהמגבלה על הפרסום לא מתנגשת עם זכות הציבור לדעת ולא מתנגשת עם חופש הביטוי, אלא רק עם הרצון של מישהו למכור משהו למישהו, רצון לגיטימי במסגרת חופש העיסוק, אך רצון שאינו ראוי להגנה המאפשרת לפגוע בהליך משפטי, או בתדמית של טוהר ההליך המשפטי.

עוד שתי הערות. אני רוצה להצטרף לדברי פרופ' גלעד בעניין הלשון החיובית. האתיקה אמורה להיות מנוסחת בצורה חיובית ומורה לך כיצד יש לפעול כדי לנהוג נכון, לעמוד בסטנדרטים המקצועיים הראויים. היא אינה אומרת לך מה "לא" לעשות. היא אומרת לך מה "כן" לעשות. ממילא, אם לא עשית זאת, לא היית בסדר. "לא תגנוב" הוא חוק, אך "כבד את אביך ואמך" הוא קוד אתי.

לבסוף, לדעתי יש לחזור ולהדגיש את הרעיון של הרחבת הנורמות בתחום של סוביודיזה, בתחום של אמון הציבור. אמנם חבריי לא התייחסו לכך, אך אני מניח שמקובל עליהם שיש לדאוג לא רק לתקינות ההליך המשפטי, אלא גם לאמון הציבור בתקינותו. אני מוכן לקבל חוקה – יש לשופט חזקת אמינות,

לכן לא מפריע לי כל כך שהשופט מתואר במונחים אידיאליים. חזקה על השופט שאי אפשר להשפיע עליו, חזקה על השופט שאינו משוטט באינטרנט כדי להסתכל בתיק. חזקה עליו שאם הוא קורא עיתונים ורואה משהו, הוא בורח ממנו. ואם אני אומר על שופט מסוים במקרה מסוים שלא נהג בצורה כזאת – חובת ההוכחה עליי. אך שום חזקה אינה מובנת מאליה. האמון בבית המשפט אינו מובן מאליו והוא מאפשר לי לישון בשקט. מדוע אני ישן בשקט? בין השאר כי יש בי חזקת התקינות של צה"ל, חזקת התקינות של השב"כ, חזקת התקינות של בית המשפט, חזקת התקינות של תל השומר, בית-החולים הסמוך למקום מגורי, וכן הלאה. לכן אני יכול לישון בשקט: אם תהיה לי בעיה, יש לי אמון במוסד שיפתור לי אותה, מדה וטוב.

אם אתה מערער את האמון הזה, איני ישן בשקט. אם אין לי אמון במשטרה, אולי אשכור איזו קבוצה שתסדר את השמירה בשכונה, שאולי יהרגו מי שלא צריך להרוג אותו ויפגעו במי שלא צריך לפגוע בו? פגיעה באמון הציבור משמעותית מאוד לגבי צורת החיים של הציבור. לכן יש לבחון כאן כל דבר לא רק מבחינת הסכנה לטוהר ההליך השיפוטי. ומהבחינה הזאת אני רוצה להסתייג משתי נקודות שצוינו קודם לכן

כשאדם מציג את עצמך כעבריין סדרתי על חוקי הסוביודיצה, אני שואל את עצמי – מה קורה לרמת האמון? אחרי חצי תריסר של מאמרים של משה נגבי ב"מעריב" על כך שהשופט סטרשנוב מקל בעונש כשמדובר בבעלים מכים, באבות מכים וכדומה, ניהל שטרשנוב היה מתחיל לגזור עונשים חמורים יותר. כתב אחר של "מעריב" היה אומר: ראו כמה אנו נהדרים, אמרנו ואמרנו וזה השפיע.

במצב זה, אני הייתי אומר: עכשיו שנתי נודדת. כי השאלה איננה מה אומר האיש המקצועי וההגון, בעל המזג השיפוטי, אלא מה אומר האזרח לעצמו למראה השפעה של העיתונאי על השופט.

■ **מרדכי קרמניצר:** יש להבחין בין מצבים שונים: המצב הגרוע ביותר, הוא שיש בפני בית המשפט מערכת עובדתית הבנויה על התביעה וההגנה: עדויות ומוצגים, והפרסום מחדיר לתודעת השופט מידע חיצוני שלא היה לפניו בתוך ההליך. מצב אחר הוא נושא הענישה. כאן, ניתן לטעון, שעל השופט להיות פתוח לדעות השונות, ובכללן

לדעות המובעות בתקשורת. בשאלות של ענישה ובשאלות משפטיות, הדין הציבורי עשוי להניב התייחסות להיבטים רלבנטיים, ואפילו משמעותיים, שלא הועלו או לא הובלטו על ידי הצדדים המופיעים במשפט.

■ **אסא כשר:** לדעתי, אם נוצרת בציבור ההרגשה שדעותיהם של הפובליציסטים והעיתונאים משפיעות על השופט, אמון הציבור בבית המשפט פוחת באופן אוטומטי.

■ **משה רונן:** אני מוכרח להתערב ולספר משהו שקרה ב-1987. התמנתה שופטת שלום חדשה וישבה במעצרים ששה שבועות. שני עיתונאים, מנחם שיזף ואני, שמנו לב לתופעה מוזרה: כל חשוד ערבי שהובא לפניה קיבל ימי מעצר רבים, 15 ימי מעצר, וחשודים יהודים קיבלו הרבה פחות ימי מעצר או שוחררו. יתרה מזאת, יהודים שהיו חשודים בפגיעה בערבים שוחררו לגמרי. אני לקחתי את כל התיקים, מאות במספר, לא רק מדגם סטטיסטי, ופרסמתי כתבה על השופטת והעדפותיה בנושא הערבים. לא ידעתי את נטיותיה ודעותיה הפוליטיות, רק בהמשך סיפרו לי. רצה הגורל ויומיים שלושה אחרי שפרסמתי את הכתבה הזאת, נשרפו שלושה פועלים ערבים שבנו שכונה באור יהודה. ועו"ד אברהם לנדשטיין, ששנים קודם לכן הגיש נגדי כתב אישום, עוד כשהיה בפרקליטות, ייצג את החשודים בשרפת הפועלים והגיש נגדי תלונה על סוביודיצה. זאת כי השופטת שדנה במעצר לקוחותיו הייתה אותה שופטת, והוא חשש שהיא תושפע מן הכתבות של מנחם שיזף ושלי, וכדי להראות שהוא אינה מעדיפה ערבים תעצור את הלקוחות שלו. הוא התלונן במשטרה, והם עצרו אותי על זה. עצרו אותי, חקרו אותי במשטרה, לקחו טביעות אצבע. אמנם לא הגישו תיק, אבל האם עצרו אותי כדין? האם עברתי על החוק?

■ **אסא כשר:** השאלה איננה אם עברת על החוק, השאלה שאני עוסק בה אינה שאלה משפטית. הסיפור מעניין, חשוב וטוב, ומראה שלפעמים באמת תפקידך העיתונאי הוא למתוח ביקורת על שופט.

כאן אני רוצה לומר משפט סיום: איני רוצה לסמוך על ה"חבֵּרָה". איני רוצה שזה יהיה המנגנון האזרחי לריסון אתי של השופט. החבֵּרָה בארוחת צהרים מאחורי הדלתות הסגורות ירסנו אותנו? להפך, אם אהיה סבור שזה

המנגנון היחיד, אגיד לעצמי: "השד יודע" איך הם משפיעים עליו, לא רק בחברה הישראלית החשדנית, אלא גם בכל מקום אחר. אני רוצה לסמוך על משהו שמתנהל כמו שצריך ובצורה גלויה, שקופה ומקצועית, שאני מכיר את הכללים ואת הסטנדרטים שלו, והכול מבעד לזכוכית שקופה שתיידע אותי איך זה מתנהל. כאן ולא במקומות האלה, מלאי העשן, האטומים. ייתכן שיש להם השפעה חיובית, איני כופר בכך, אך יחד עם זאת, זה אינו יכול להיות המנגנון השומר עלי.

■ **ראם שגב:** כמה הערות קצרות.  
 ראשית לגבי דבריו של פרופ' גלעד. ההצעה לבטל את האיסור הזה, אינה מבוססת רק על הנימוק שהוא אינו משפיע, אלא גם על הנימוקים האחרים שצינתי שאינם קשורים למידת ההרתעה של האיסור הקיים. ובכל זאת, מעבר לנקודה זאת, לדעתי אי אפשר להשיג הרתעה כלשהי מהאיסור כיום. ואפשר להביא דוגמא מדיון שהיה בוועדת החוקה בנושא. הועלתה הטענה שהאיסור בכל זאת משרד מסר מרתיע. פנו לעו"ד מוזר שישב שם ושאלו אותו: "זה נכון?" אמר: "זה נכון." אך כששאלו אותו: "מה אתה מייעץ ללקוחות שלך?" ענה, שהוא מייעץ להם שלא יפרסמו שום דבר שכוונתו להשפיע על ההליך השיפוטי. זה אינו הנושא שאנחנו מדברים עליו פה. כולם מסכימים שצריך להיות איסור על פרסום מתוך כוונה להשפיע באופן פסול. איסור כזה קיים. השאלה היא אם צריכה להיות הגבלה מעבר לכך. מתשובתו משתמע, וזה הייעוץ שהוא נותן ללקוחותיו, שהוא אינו נותן שום הנחייה לגבי הגבלה נוספת. היום אנו יודעים שזה הייעוץ המשפטי, לפחות בעיתונים שהוא מייעץ להם, "הארץ" ו"ידיעות אחרונות". אם הם אינם מפרסמים, אין זה משום שהם חוששים מסובידיצה; כשהם פונים אליו בשאלה אם יש מגבלה הוא אומר: "לא, אפשר לפרסם הכול, אלא אם כן אתם מפרסמים מתוך כוונה להשפיע."

אשר להבחנה שעשיתי בין מה שיכול להיות פלילי לבין מה שלא יכול להיות פלילי: ההבדל הוא בעצמת השיקולים נגד ההפללה בקטגוריות של הביטויים האלה. יש סוגים של ביטויים שאי אפשר לשקול הפללה שלהם כי הם עמומים מדי. יש סוגים אחרים של ביטויים שהנימוק הזה נגד אינו חל עליהם. ולכן הטענה נגד הפללה שלהם היא חלשה קצת יותר אך עדיין חזקה.

מאד. ובמיוחד חזקה במצבו של המשפט שלנו בגלל חוסר הקוהרנטיות שלו. עקרונית, אם יש ראיות שלשופט אסור לראות אותן כי הוא עלול להיות מושפע מהן – אז צריך לאסור לפרסם דברים כאלה. זו העמדה העקרונית ולכן אפשר לשקול הגבלה כזאת. אך בשיטה שלנו אין זה מתקבל על הדעת בגלל שעמדתו בנוגע לדיני הקבילות אינה ברורה. נאמר פה, הדוגמא הקיצונית ביותר, לדעתי, שיש פסק דין ישן האומר ששופט שדן במעצר, לא כדאי שידון בדיון העיקרי, אלא אם כן הדיון מתקיים בעיר קטנה. חזרו על כך גם בפסקי דין חדשים בשנים האחרונות.

■ י. ע. בן-פורת: נאמר: "אין זה רצוי."

■ ראם שגב: חזרו על כך גם לאחרונה, ולדעתי הדבר אינו מתקבל על הדעת. מה פירוש לא ראוי בעיר גדולה וכן ראוי בעיר קטנה? מה זאת אומרת? זה אינו איוון עקרוני. כל עוד שיטת המשפט שלנו היא כזאת, לא מתקבל על הדעת, כמו שאמר פרופ' קרמניצר, לקבוע איסור. אך מבחינה עקרונית, הדבר מתחייב מהשיטה – אם היא עקבית בנושא, עליה לשקול דבר כזה.

כך הדבר גם בעניין הקטגוריה השנייה שאפשר לשקול לגביה איסור פלילי: פרסום של מקורות משטרה. אני מסכים שנחוצה קטגוריה כזאת של אינטרס מיוחד בפרסום, אך עליה להיות צרה מאוד. אני מדגיש זאת משום שאיני סבור שהדוגמאות שהובאו צריכות להיכנס למסגרת הסייג של אינטרס מיוחד כזה. הודאות, אפילו הודאה של מחבל והודאה של אנס, אינן צריכות להתפרסם. אין שום עניין בזה. צריך להיות אולי עניין בעובדה שגילו את האנס ועצרו אותו ואין יותר סכנה למי שחושש. אך אין זה חשוב במה בדיוק הודה ומהו מספרן של הנשים שאנס. אפשר לחכות עם זה עד מועד המשפט. איני חושב שזאת פגיעה בחופש הביטוי וזה גם נאמר פה.

עוד שתי נקודות. ראשית הזכרה הנקודה של הליכים אחרים, לבד מהליכים שיפוטיים, שגם עליהם חלים לכאורה אותם השיקולים. זה נכון, אך פה חשובה המידה. אנו דורשים יותר מההליך השיפוטי מבחינת ציות לכללים, הוגנות וצדק.



נקודה נוספת – הועלתה כאן הטענה שלא רק העיתונאים משפיעים אלא גם גופים אחרים, הפגנות וכדומה. לכך יש שתי תשובות. א' – הרוב המכריע הם עיתונאים, ואם אי אפשר לפתור את כל הבעיות, אין פירוש הדבר שלא צריך לפתור כלל. ב' – הכול, או כמעט הכול עובר דרך העיתונאים, גם אם הם אינם המקור. השופט אכן יכול לראות לפעמים הפגנה, אך אם הדבר משפיע עליו, זה כבר באמת יוצא דופן.

■ **הערה:** אלא אם כן היה בהפגנה והוא אינו מדווח עליה. כלומר, הייתה הפגנה בעד ענישה מחמירה, למשל.

■ **ראם שגב:** נקודה אחרונה לגבי הצעתו של משה רונן. באחת הקטגוריות בהצעה נכללת הגבלה לפיה "לא יפרסם עיתונאי מאמר עם הבעת דעה בעניין אשמה, חפות ועונש... או קריאה לבית המשפט שיכריע בדיון באופן כלשהו". לדעתי, הגבלה כזאת היא רחבה מדי. כיום יש הנחיה כזאת של היועץ המשפטי וגם הוא מכיר בבעיה זו. הוא ניסה לקבוע סייג כלשהו לפיו דיון בשאלות עקרוניות לא נכלל בה. אך לדעתי סייג זה לא עושה את העבודה. למעשה, הוא פשוט מבטל לגמרי את הכלל, כך שהוא הופך לחסר כל משמעות. הקטגוריה הזאת רחבה מדי ויש להגבילה או לוותר עליה לגמרי.

■ **עמנואל גרוס:** רק בקצרה, שתיים-שלוש נקודות. דברי פרופ' כשר בעניין אמון הציבור הם באמת נקודת עיגון חזקה מאד, ובעצם עליה היה צריך כל הדיון הזה לסוב. בלי למצוא את הדרך לרכישת אמון הציבור, אין באמת טעם לדבר לא על כלים משפטיים ולא על כללים של אתיקה. ובאמת בשאלה מה אנו גוזרים מהנושא של אמון הציבור, לפחות בכללים המשפטיים, הייתי אומר כך:

כללים שיש בהם בסה"כ דיווח, כמו למשל סיפור על כך שהנאשם הודה: זו התערבות בתוך ההליך עצמו. ואפילו יש בכך פגיעה באמון הציבור. אך לעומת זאת, אם יש ביקורת של אדם מיומן על עבודת העוסקים במלאכת השיפוט, הפרקליטות, הסגוריה וכדומה, כאן אני רואה מצב הפוך, הגברת אמון הציבור במערכת. לפעמים הביקורת באמת צריכה לבוא ולהוסיף את החסר במערכות האלה. למשל, כפי שאנחנו רגילים בשיטה האדוורסרית, הנושא הוא באמת של פרקליטות מול נאשם, אך יש גם קורבן וגם לו יש

זכויות. ואם פוגעים בזכויותיו, מן הראוי שייצא באמת מישהו להגנתו בהקשר זה. בעידן החוקתי כדאי שנשים לב שכיום כבר אין משמעו של הליך הוגן הבטחת זכויות הנאשם בלבד, אלא גם הבטחת זכויות הקורבן בהליך הפלילי. נוסף על כך, איני בטוח שעל הכללים האלה להיות מוגבלים רק להליך הפלילי. כי גם מחוץ להליך הפלילי ישנן סכנות גדולות לא פחות הטמונות בדיווחים לא מבוקרים ולא הוגנים. אגב, כקוריוו, הבוקר ראיתי בעיתון "הארץ" דיווח של עמית שלי מאוניברסיטת חיפה, דוקא בנושא הזה של תביעה של בית הדין לעבודה, בנושא של אורית קמיר ולעצם תביעתה. שם הוא מביע את דעתו לתובענה, שלא לדבר על משהו אחר. ויש סכנה גם בבית הדין לעבודה, גם שם יש הדיוטות, והדברים שאמרתי בנושא של הצבא חלים גם שם וכדאי שנשים לב לעניין.

עניין אחרון, למעשה, יש מקום לתקן את הכללים הללו במתכונתם הקיימת, לשכללם ולמקד אותם באמת לאותם אפיקים שאיסורים פליליים נועדים להם, ולא סתם במרחב העמום. הייתי אומר שיש פה גם סכנה לעקרון החוקיות היום. הדברים אינם ברורים וכתוצאה מכך בעצם איננו מציגים אותם, כי בין השאר איננו יודעים את גבולותיהם. יש להציב גבולות.

## דברי סיכום

■ **מרדכי קרמניצר:** טרם נעילה, אעיר הערה אחת על אמון הציבור. בכל זאת קיימת השאלה, אם רשויות שלטוניות למיניהן – כי דיברת לא רק על המערכת השיפוטית אלא גם על רשויות שלטוניות שונות – זכאיות לחזקת תקינות מעצם קיומן, או האם גם את החזקה הזאת – שהיא בבחינת חזקה הניתנת לסתירה – יש להרוויח. לדעתי, החזקה ביחס למערכת השיפוטית בנויה על סמך הניסיון שלנו עם המערכת הזו, שהוא לרוב טוב, ולכן הוא מצריך חזקה כזו, כחזקה הניתנת לסתירה. לעומת זאת, אם אין הצטברות כזאת של ניסיון חיובי עם גוף כלשהו, לרבות גוף שלטוני, לא הייתי מעמיד לטובתו אפילו את החזקה. כלומר, גם החזקה צריכה להיות חזקה שאותו גוף שלטוני "מרוויח" אותה באופן פעולתו, חזקה שהוא זכאי לה לאור מעשיו. אם גוף שלטוני אינו ראוי לחזקה של תקינות פעולתו, אין מקום שהחזקה תחול לגביו.

■ **עמנואל גרוס:** איננו מתחילים מאפס.

■ **מרדכי קרמניצר:** המצב יכול להיות שונה לגבי רשויות שונות. ייתכן שיש רשות שלטונית שהניסיון המצטבר אתה אינו טוב ולכן אין מקום לקיים לגביה חזקה של תקינות. רשות אחרת – למשל בתי המשפט בישראל – ראויה לחזקה של תקינות. לא הייתי אומר אוטומטית על כל מערכת שלטונית במדינה שלנו שהיא ראויה לחזקה של תקינות.

■ **י. ע. בן-פורת:** לא, אך בהדרגה מתחיל

הדבר לחדור גם לתוך המערכת השיפוטית. למשל בעניין הנימוקים הביטחוניים. בעבר לא היו פותחים את הנושא. בהמשך שמע בג"ץ את הרמטכ"לים לשעבר לגבי הצורך או אי הצורך בצעד שהוגדר כביטחוני. חזקת התקינות השתנתה במשך השנים.

■ **מרדכי קרמניצר:** נכון. לדעתי היה לנו דיון מעניין ויסודי. אני מודה לכל המשתתפים וערב טוב. תם ונשלם יום העיון.