

# עברות נגד המשטר חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר

**70** מחקר מדיניות

ירושלים, כסלו תשס"ט, דצמבר 2008



המכון הישראלי לדמוקרטיה

Offenses Against the State  
Khalid Ghanayim, Mordechai Kremnitzer

עריכת לשון: מיכאלה קלי  
עיצוב הסדרה והעטיפה: רון הרן, שוקי הרשקוביץ  
סדר: ערן צירמן  
הדפסה: ארט פלוס, ירושלים

מסת"ב 1-057-519-965-978 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר מידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:  
טלפון: 2222-20-800-1, 02-5300800; פקס: 03-5300867  
דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)  
אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)  
המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשס"ט  
Copyright © 2008 by The Israel Democracy Institute  
Printed in Israel

על העטיפה: קרבות רחוב בין סטודנטים לבין כוחות משטרה בשדרות סן מישל בפריז  
לאחר שהושלמה השתלטות הסטודנטים על הסורבון (1968).  
צילום: אימג'בנק / GettyImages

כל מחקרי המדיניות וכן פרק נבחר מכל ספר ניתנים להורדה חינם מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במנהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, לזיום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייצג למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משוקת ומפיצה את פירות עבודתם בכמה סדרות: ספרים ('הספרייה לדמוקרטיה'), מחקרי מדיניות, פורום קיסריה, כתבי עת ודברי ימי עיון.

**ד"ר חאלד גנאים** הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה והיה עמית מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה בעת כתיבת מחקר מדיניות זה.

**פרופ' מרדכי קרמניצר** הוא סגן נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופסור בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

הדברים המתפרסמים במחקרי המדיניות אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.



# תוכן העניינים

7	תקציר
13	מבוא
22	<b>פרק ראשון עברות נגד המשטר: הדין הקיים</b>
22	א. עברות נגד המשטר בדין הקיים: מבט-על
24	ב. עברות נגד המשטר: הדין הקיים והערכה ביקורתית
41	<b>פרק שני עברות נגד המשטר: הדין הרצוי</b>
41	מבוא
42	א. האפיון המושגי של המשטר הדמוקרטי
48	ב. ערכים חברתיים הראויים להגנה באמצעות עברות נגד המשטר
114	<b>סיכום</b>
118	<b>נספחים</b>
118	נספח ראשון: הדין המשווה
178	נספח שני: הצעה לחקיקה
181	<b>מקורות</b>
197	<b>עוד באותו עניין: ממבחר פרסומי המכון הישראלי לדמוקרטיה</b>
iii	<b>Abstract</b>



## תקציר

המשטר הדמוקרטי הוא ערך חברתי שראוי להגנה משפטית ודורש אותה. אין חולק על כך שבכל מדינה זכאים להגנה לא רק הפרטים אלא גם המסגרת המדינית שלהם. המשטר הדמוקרטי, שהוא המסגרת המדינית של המדינה, משמעו שלטון האזרחים, ומכאן שביטולו משמעו פגיעה ישירה ומידית בזכויות היסוד של האזרחים ויצירת בסיס לפגיעה מתמשכת וקשה בזכויותיהם בחיים במשטר לא דמוקרטי. ההגנה על המשטר הדמוקרטי נגזרת אפוא מההגנה המוענקת לאזרחים, ותכליתה לאפשר למדינה לקיים את חובתה להגן על זכויות היסוד ועל האינטרסים שלהם. הגנה על המדינה ומוסדותיה היא אפוא אמצעי שמטרתה העל שלו היא הגנה על האדם. האדם יכול לקיים ולממש את זכויות היסוד שלו במסגרת פיזית ומשטרית שמתפקדת כראוי, ולכן פגיעה במסגרת המשטרית פוגעת ביכולתה של המדינה לפעול למען הפרטים.

פרק ההמרדה בחוק העונשין הוא שריד מיושן מתקופת המנדט הבריטי, ומקורו במשפט המקובל שמלפני מאות שנים. מטרתו להגן על המשטר, אך בד בבד יש בו משום פגיעה בערכי היסוד המקובלים במשטר הדמוקרטי המודרני, כגון האיסור על פרסום שיש בכוחו להביא לידי שואה, בז או אי-נאמנות לרשויות המדינה, לעורר אי-רצון, מורת רוח או מדנים ואיבה בקרב הציבור. האיסור חל גם כאשר מדובר בפרסום אמתי. כמו כן קובעות תקנות ההגנה שהתאחדות היא בלתי חוקית אם היא פועלת לעידוד גרימת שואה או בז, או הסתה לאיבה כלפי ממשלת ישראל או שר משריה בתפקידו הרשמי. יתרה מזו, איסור ההמרדה לפי סעיף 136 רחב מאוד ולוקה באי-בהירות, ולכן מוביל לפגיעה לא מוצדקת בחופש הביטוי. האי-בהירות בהגדרת האיסור הביאה לאכיפה שרירותית ולא שוויונית בימים תקינים ולאכיפת יתר בתקופות משבר. אמנם סעיף 138 מכיל סייגים לאחריות פלילית, ולפי סעיף 135 לא יוגש כתב אישום אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, אך אין בסייגים אלה כדי לרפא את הנגע האנטי-דמוקרטי שבהגדרת האיסור. כמו כן אין ביטחון שהיועץ המשפטי יפעל תמיד פעולה מיטבית, ואילו האזרחים זכאים לשלטון החוק ולא לשלטון היועץ המשפטי לממשלה או לשלטון הפרשנות השיפוטית. נוסף על כך אין הרמוניה בין החוקים: תופעות מסוימות אסורות הן בחוק העונשין הן בתקנות ההגנה שעת חירום, והיחס בין החוקים אינו ברור.

לפיכך דינן של העברות נגד המשטר בפרק ההמרדה בחוק העונשין, תשל"ז-1977, ובתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, להתבטל. במקום זאת יש להגדיר כאיסורים פליליים את התופעות שיפורטו להלן: הפיכה, ובכלל זה מעשי ניסיון והכנה להפיכה; וכן הקמה, הנהגה וחברות בארגון שאחת ממטרותיו היא שימוש בכוח או איומים לשימוש בכוח לביטול ולשינוי השיטה השלטונית, לחיסול או לפגיעה במוסד שלטוני ולפגיעה אסורה בתפקודם החוקתי התקין של מוסדות המשטר. בספר זה, בהסתמך על מחקר של המשפט הישראלי ומשפט משווה, נבקש להציע הצעה מפורטת לתיקון פרק העברות נגד המשטר כאמור לעיל.

אחת התופעות החמורות והמסוכנות ביותר לשיטת המשטר הדמוקרטית ולמוסדותיו, ובעקיפין גם לחברה, היא עשיית מעשים שפוגעים במבנה הארגוני והתפקודי של המשטר הדמוקרטי או מסכנים אותו מתוך מטרה למוטט את המשטר או מוסדותיו. המעשה המובהק הוא הפיכה, קרי החלפת המשטר הדמוקרטי במשטר אחר, או לפחות גרימת התמוטטותו ושלילת יכולת הפעולה שלו. בגדר העברה נופלים גם מניעה ממוסדות המשטר מלמלא את תפקידם החוקתי, למשל נטרול הכנסת או הממשלה ממילוי תפקידן באמצעות מניעת התכנסות וקבלת החלטות, כגון על ידי כליאה של חברי הכנסת או השרים.

עברת ההפיכה כתופעה של פגיעה במשטר יונקת את המסוכנות והפליליות שלה משילובם של שני גורמים מצטברים: החומרה שבמטרת המעשה – פגיעה במשטר הדמוקרטי – והאלמנט של התחברות למטרה זו (התארגנות).

עברת ההפיכה כוללת בתוכה גם את מעשי הניסיון ואת מעשי ההכנה להפיכה. במקרה של הפיכה מוצלחת, המשמעות היא חיסולו של המשטר המדיני הקיים ועליית העבריינים (המהפכנים) לשלטון. המהפכנים (העבריינים של אתמול) אינם מועמדים לדין, מעשה ההפיכה שלהם הוא הבסיס לשלטונם, והוא מוצג כמעשה חיוני ומוצדק, כמהפכה אזרחית שנועדה להגן על המדינה ועל האזרחים. הליכים פליליים יהיו אפשריים, אם בכלל, רק כאשר המשטר הקודם יושב על כנו. לפיכך מוצדק הן מבחינת המסר המרתיע הן מבחינת מדיניות האכיפה לאסור בהגדרת העברה גם את מעשי הניסיון.

יתרה מזו, המשטר הדמוקרטי הוא ערך חברתי חיוני, ועל כן יש להסתפק בסכנה מופשטת לקיום המשטר, ואין להתנות את הפליליות בסכנה מוחשית או ישירה לקיומו, ובלבד שהמעשים היוצרים את הסכנה נגועים כשלעצמם



באי-חוקיות (לפחות מבחינת המטרה). מוצדק לכן לאסור גם מעשי הכנה לפגיעה במשטר בתור חריג בדיני העונשין. כדי שעברת הקשר תיבדל בבירור מענישה על מחשבות בלבד, יש לדרוש שייכלל בה גיבוש תכנית לעשיית מעשים מהפכניים וחתרניים נגד המשטר. התכנית המתגבשת אינה חייבת להתייחס בפרוטרוט לכל האמצעים והמטרות, ואולם כדי שהיא תיחשב ניסיון לפגיעה במשטר, עליה לכלול את הקווים המנחים לפעולה ואת המועד והמקום שבהם היא אמורה להיעשות. אם כן, הניסיון עניש משום שהוא המקרה הטיפוסי לאכיפה פלילית, ומעשי ההכנה ענישים לאור חיוניותו של הערך המוגן והצורך להקדים תרופה למכה. עם זאת מוצע – בשל חומרתו הפלילית של הניסיון להפיכה לעומת מעשה ההכנה – להעמיד את הענישה בגין מעשי ההכנה על מחצית העונש המרבי הקבוע בחוק על הפיכה ועל ניסיון להפיכה.

התחברות שמטרתה פגיעה בשיטת המשטר הדמוקרטי, במבנה ובמוסדות השלטוניים שלו – תוך כדי שימוש בכוח או איום לשימוש בכוח – היא בגדר שימוש לרעה בשיטת המשטר הדמוקרטית לשם קעקועה. יש מקום לאסור על הקמה, הנהגה וחברות בארגון שאחת ממטרותיו היא שימוש בכוח או איומים לשימוש בכוח לביטול השיטה השלטונית ולשינויה, לחיסול או לפגיעה במוסד שלטוני ולפגיעה אסורה בתפקודם החוקתי התקין של מוסדות המשטר. מפלגה שהוצאה אל מחוץ לחוקה בשל הטעם האמור, הסניפים והנגזרות שלה, וכן ארגון אחר שאחת ממטרותיו היא כאמור לעיל – כולם נופלים בגדר התארגנות אסורה. מפלגה בלתי חוקתית היא מפלגה שהוכרזה כך בהחלטה חלוטה. בהקשר זה מוצע שהחלטה של ועדת הבחירות המרכזית בדבר אי-חוקיות מפלגה תהיה טעונה אישור של בית המשפט העליון. כאשר מדובר בארגון שאינו מפלגה, יש להעניק את הסמכות להכרזה עליו כבלתי חוקי לבית משפט מחוזי, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה, עם זכות ערעור לבית המשפט העליון. בית המשפט המחוזי יפסוק רק לאחר שקיבל את תגובת הארגון, ואין מקום להכרזה כזאת במעמד צד אחד. המעשים האסורים הסובבים התארגנות בלתי חוקית כוללים כאמור הנהגה, שמירה או חיזוק המבנה הארגוני של הארגון, חברות פעילה וכן מעשים אחרים של סיוע לארגון.

חברות פעילה היא כזאת שמלווה בעשייה פעילה ואקטיבית למען הארגון. חברות פסיבית, שמתבטאת בעצם ההסכמה להצטרף לארגון, אינה ראויה ליפול בגדר העברה, משום שהסכנה הנשקפת מהשתתפות כזאת היא מזערית מאוד, מה גם שייתכן שעצם ההצטרפות לארגון בלתי חוקי או

ההימנעות מפרישה ממנו מקורן בחשש מתגובות של אחרים, בחולשה של רגע או ברצון לשאת חן או להרשים. הימנעות מפרישה יכולה לנבוע גם משכחה או מאי־יחוס חשיבות ומשמעות להצטרפות.

בהקשר של התארגנות יש לקבל את הכלל המשפטי באשר לסופיות הדין, ואין לאפשר התדיינות אין־סופית. אולם בכל הנוגע למעשים של אנשים שנמנים עם ההתארגנות, כגון חברות פעילה בהתארגנות, אין לקבל את סופיות הדין באשר לאי־חוקיות ההתארגנות, ויש לאפשר לכל אדם שמעורב בהליך כלשהו הקשור להתארגנות לטעון בדבר חוקיות הארגון.

שימוש בכוח ובאיומים לשימוש בכוח כלפי מוסד משטרי (הכנסת, הממשלה או חבר בהם) במטרה להשפיע על מילוי תפקידם הם צורה מיוחדת וחמורה יותר של תופעת הסחיטה הרגילה, אך בה בעת צרה ממנה. בסחיטה רגילה מדובר בפגיעה בחופש ההחלטה ובחופש הפעולה של היחיד, והנזק מוגבל לקרבן הסחיטה. לעומת זאת סחיטת אישי המשטר בעת מילוי תפקידם המשטרי עלולה לפגוע בכלל הציבור או לפחות בחלק ניכר ממנו. עם זאת מצופה מאיש המשטר, המצוי מטבע הדברים בעמדת כוח, כי יעמוד מול איומים שאין בהם חומרה מיוחדת. ראוי לכן להעמיד את האיסור על איום לשימוש בכוח כלפי מוסד משטרי או כלפי חבריו באופן צר יותר מעברת הסחיטה הרגילה, כך שיכלול רק איומים שעלולים להכניע את איש השלטון. איומים מסוג זה הם למשל איום לשימוש בכוח, שכולל איום לפגיעה פיזית באיש השלטון או במקורביו; איום חמור לפגיעה בחברה או בחלק ממנה (כגון הפצת מגפה, זיהום מי השתייה של המדינה או של יישוב כלשהו או שרפת מפעל חיוני למדינה); איום לפגיעה חמורה ואינטנסיבית בחיים הציבוריים שקשה להתמודד אֶתה ושיש לה פוטנציאל של השפעה על מקבלי ההחלטות לפעול שלא על פי מצפונם ושיקול דעתם החופשי, כגון חסימת כבישים עיקריים ושיתוק התנועה כדי לאלץ את הכנסת או הממשלה לפעול בצורה כלשהי.

שביתות שאין בהן יסוד של אלימות אינן נופלות בגדר אמצעים חמורים שאישי השלטון אינם יכולים לעמוד בפניהם. למדינה יש אמצעים חוקיים להביא להפסקת שביתות שפוגעות פגיעה קשה בחיים הציבוריים. נוסף על כך, במקרים מסוימים התייחסות לשביתות שלא כדין כעברות נגד המשטר עלולה ליצור את הרושם שהמדינה נאבקה בעובדים, כלומר לתפיסה משטרית עוינת לעובדים – תפיסה שאינה הולמת משטר דמוקרטי.

לקיחת שוחד על ידי חברי הכנסת כממלאים תפקיד מוסדי־דמוקרטי היא התנהגות אנטי־חברתית חמורה. תופעה זו חמורה יותר מתופעת השוחד

הרגילה ובה בעת צרה ממנה. במשטר דמוקרטי, הרשות המחוקקת היא החשובה מבין רשויות המדינה, שכן היא קובעת את הנורמות הכלליות ואת סמכותן ודרכי פעולתן של הרשויות האחרות. כמו כן ישנו הבדל מהותי בין רשויות השלטון – המחוקקת מצד אחד, והמבצעת והשופטת מצד שני. שתי הרשויות האחרונות אמורות לפעול במובהק אך ורק לטובת כלל הציבור. הרשות המחוקקת, לעומת זאת, פועלת גם בתחום הפוליטי על יסוד שיקולים פוליטיים ומפלגתיים, לרבות ייצוג של מגזר מסוים מתוך כלל הציבור. בעולם הפוליטי נכרתות עסקאות של 'תן וקח' שהן לגיטימיות במשטר הדמוקרטי. בשל האופי המיוחד של פועלם של חברי הכנסת יש להגביל את האיסור לטובת הנאה חומרית, שהיא טובת הנאה ספציפית לחבר כנסת, או לאדם כלשהו אחר, אך לא טובת הנאה למען כלל הציבור או מגזר מסוים. על איסור זה יחולו הכללים הרגילים החלים על לקיחת שוחד, כגון שלקיחת השוחד עשויה להיות מראש או בדיעבד (על יסוד הבטחה מוקדמת או בבחינת שלח לחמך על פני המים). האיסור חל על פועלו של חבר כנסת במסגרת הרשות המחוקקת, לרבות הסיעות, ואינו חל על הצבעות בתוך מפלגות שאינן נמנות עם הרשות המחוקקת. האיסור אינו סותר את החסינות המהותית של חבר כנסת, שכן הוא נועד להבטיח את קיום חובת הנאמנות החוקתית של חבר כנסת.

האם לייחד מעמד מיוחד לפגיעה פיזית באישי שלטון בתפקידם הרשמי? יש פנים לכאן לכאן. אנו נוטים לדעה שיש הצדקה להחמרה בעונשו של הפוגע באיש השלטון במטרה להשפיע על החלטה שלטונית, למנוע את מימושה או לכפות קבלת החלטה שונה. הצעה אפשרית בהקשר הנדון היא להתייחס לפגיעה פיזית באנשי המשטר כאל פגיעה בנסיבות מחמירות.

אין לאסור בפלילים כפירה בשיטת המשטר הדמוקרטי ושליטת הלגיטימיות שלו שאין בהן יסוד של אלימות. הדמוקרטיה היא שיטת משטר שמחויבת להליך של דיון ציבורי חופשי ופתוח כתנאי לעיצוב של השקפות עולם ושל עמדות ערכיות ואימוצן. כשם שעצמתה של האמת היא בעימות חופשי וגלוי עם השקר, כך גם עצמתה של הדמוקרטיה היא בהתמודדות בינה ובין תפיסות משטריות אחרות. ללא דיון משטרי משווה עלול הרעיון הדמוקרטי להפוך לדוגמה יבשה שאין מאחוריה הנמקה, כוח משכנע וביטחון בנכונות. ללא ויכוח חופשי לא יהיה אפשר לחנך למחויבות מושכלת, עמוקה וחזקה למשטר הדמוקרטי ולנכונות להיאבק על קיומו וחזוקו. סתימת פיותיהם של המתנגדים היא ביטוי של חולשה ואף מסר של חולשה. ההשתקה של תפיסות אנטי-דמוקרטיות עלולה אף לשוות להן

לוויית חן, בבחינת מים גנובים ימתקו. דווקא ההשתקה עלולה להעניק לעמדה האנטי-דמוקרטית משקל ולהעביר את המסר שאין לדמוקרטיה כוח משכנע שיכול לגבור על העמדה האנטי-דמוקרטית בוויכוח חופשי. לעתים ננקטות עמדות שוללות דמוקרטיה על ידי קבוצות מיעוט או גורמי שוליים כביטוי של תסכול ואכזבה עמוקה מתפקודה של הדמוקרטיה הנוהגת. גם אם העמדה אינה ראויה, חשוב להתיר את השמעתה כדי לאפשר מתן ביטוי לרגשות, נְלֹא – עלולה להיות פנייה לאמצעים אלימים. מלבד זאת, כך תתאפשר עמידה על רחשי לב בציבור ובעקבותיה טיפול בגורמי הרקע המניבים עמדה אנטי-דמוקרטית. האמצעים המתאימים לטיפול ברעיונות 'פסולים' דוגמת הכפירה בשיטת המשטר הדמוקרטית הם המערכת החינוכית והמערכת הציבורית.

גם הבעת אי-נאמנות או מורת רוח כלפי המשטר, המוסדות והארגונים שלו אינה צריכה להיות משום עברה פלילית. הסכנה הנשקפת מפרסומים של הבעת אי-נאמנות למבנה המשטר ולתקינות פעילותו רחוקה ועקיפה, ולכל היותר בחזקת נטייה רעה שאינה מחייבת טיפול עונשי. חופש הביטוי במישור הפרטי ובמישור הציבורי כולל גם את החופש לבטא דברים חסרי ערך ותוחלת כדי לאפשר פורקן לרגשות הנתפסים כשליליים על ידי הסובייקט, או לפחות כדי לאפשר את חשיפתם וההתמודדות עמם לפני שיובילו לנקיטת אמצעים אלימים. וחשוב יותר: איסור כאמור עלול להוביל לפגיעה לא מוצדקת בחופש הביטוי בשל הקושי בהבחנה בין עובדות נכונות לבין עובדות שקריות, וכן בין דעות סבירות לבין דעות לא סבירות (ביחוד בתחום הפוליטי).

## מבוא

עברות נגד המשטר (מבנהו ותפקודו) – כגון עברת ההמרדה – נמנות עם העברות הפוליטיות (עברות בעלות אופי מדיני),<sup>1</sup> קרי: עברות שהן 'ביטוי של קונפליקט בין הפרט לבין המדינה כארגון פוליטי של החברה, בעל משטר מסוים המונהג על ידי אידיאולוגיה נתונה'.<sup>2</sup>

המונח 'עברות פוליטיות' (political offences) התגבש בארצות מערב אירופה בזמן המהפכה הצרפתית. טרם השימוש במונח זה הוגדרו עברות נגד המדינה או עברות נגד מנהיגים פוליטיים במונח הרחב 'בגידה'; במדינות שבהן נהגה מסורת המשפט הרומי הן הוגדרו *crimen laesae majestatis*, דהיינו: עברות נגד סמכותו, נגד כבודו ונגד יוקרתו של השליט.<sup>3</sup> מדובר בקבוצת עברות בעלות אופי פוליטי פנימי, להבדיל מעברות שסווגו במונח *proditio* (כניעה לאויב זר).

\* תודתנו נתונה לעלי זלצברגר, למיכאל בירנהק, למיכל בר־פנחס ולראם שגב על הערותיהם המועילות ועל הצעותיהם לשיפור המחקר.

1 ראו ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 551, 582; ע"פ 745/85 **ויליאם נקש נ' מ"י**, פ"ד מ(4) 78, 83, 89; ראו גם א' הראל, 'עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן אפשרות התממשות של נזק: חשיבה מחודשת', **משפטים** ל (התשנ"ט) 69, 73. כמה מחברים גורסים כי הערך החברתי המוגן בעברות נגד המשטר מורכב מהערכים החברתיים של כלל הציבור, ועל כן הם מתנגדים לשימוש במונח 'עברה פוליטית'. ראו - *Leipziger Kommentar - Grosskommentar*, 11. Aufl., 4. Lieferung (Berlin: de Gruyter, 1992), Vor §80 para 24; *United Kingdom, Law Commission* 72, 48; L. B. Langsted V. Greve, and P. Garde, *Criminal Law in Denmark* (The Hague: Kluwer Law International, 1998) 86, 88; M. Lobban, 'From Seditious Libel to Unlawful Assembly: Peterloo and the Changing Face of Political Crime 1770-1820', 10 *Ox. J. of Leg. Stud.* (1990) 307ff.; R. Maurach, Ch. Schroeder und :M. Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil*, Teilband 2, 8. Aufl. (Heidelberg C. F. Mueller, 1999) 321; Ch. Schroeder, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht* (Muenchen: Beck, 1970) 59ff.; W. Beck, *Unrechtsbegruendung und Volfeldkriminalisierung* (Berlin: Duncker und Humblot, 1992) 91ff.; H. H. Jescheck, 'Der strafrechtliche Staatsschutz im Ausland', *ZStW* 74, 339ff ש"ז פלר, דיני ההסגרה (ירושלים: אקדמון, 1980), פסקה 391; גם ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 551.

3 ראו B. L. Ingraham, *Political Crime in Europe: A Comparative Study of France, Germany and England* (Berkeley: University of California Press, 1979) 10-19

את העברות שכוננו בעבר 'עברות פוליטיות' אפשר לסווג לכמה קבוצות: **בגידה** (מעשים המאופיינים בפגיעה בביטחון המדינה על ידי סיוע לאויב זר); **קריאת תיגר על הסמכות הפוליטית** (מעשים המאופיינים בפגיעה בשלום או בביטחונם של אנשי שלטון וכן מעשים הפוגעים בעקרונות המעניקים לגיטימיות לאותם אנשי שלטון); **הכשלת פעולה שלטונית** (פעולות להכשלתו של איש שלטון בהפעלת סמכותו השלטונית, כגון ניהול יחסי החוץ, מיסוי, סמכויותיו הצבאיות וכדומה); **ותפיסה בכוח של סמכויות שלטונית** (פעולה של אנשי שלטון להרחבת הסמכויות הנתונות להם על פי חוק וכנגד זכויותיו הפוליטיות של העם).<sup>4</sup>

התפיסה ההיסטורית שלפיה פעולות ומעשים נגד השלטון הם פעולות ומעשים פליליים נובעת מתפיסת מעמדו של איש השלטון. על פי תפיסה זו, השליט מייצג את החברה כולה ומגלם את האמונות, הדעות והערכים של הקולקטיב; הוא הגורם המאחד את הפרטים והופך אותם לחברה. לכן, פעולה נגד השליט, נגד מעמדו או נגד בסיס הלגיטימציה שלו פורשה כתקיפה של החברה כולה וכמוה כתקיפה של אויב מבחוץ.<sup>5</sup>

מבחינה היסטורית סכסוכים פוליטיים לא הוסדרו בחוק ולא נתפסו ככפופים למערכת השפיטה; מבצעים של עברות פוליטיות נשפטו לפני טריבונלים מיוחדים. ברפובליקה הרומית (המאה השישית לפנה"ס עד המאה הראשונה לפנה"ס) נידונו מבצעים של עברות פוליטיות לפני טריבונלים מיוחדים, ופעמים רבות הם השתמשו לרעה בסמכותם; בזמן האימפריה הרומית (27 לפנה"ס עד 1453) נידונו מבצעים של עברות פוליטיות לפני הקיסר עצמו. באירופה של ימי הביניים דנו בעברות בגידה ועדות שמינה השליט, בתי דין של הכנסייה הנוצרית, גופים של הרשות המחוקקת שקיבלו סמכויות שיפוטיות (כמו הפרלמנטים האנגלי והצרפתי) או טריבונלים מנהליים למיניהם. רק בסוף המאה השבע עשרה מוסד הדיון המשפטי בעברות פוליטיות, ורק בסוף המאה התשע עשרה – ורק לגבי חלק מהעברות הפוליטיות – הוכרה הזכות למשפט לפני מושבעים. במאה העשרים ניכרה חזרה מסוימת לדיון בעברות פליליות לפני טריבונלים מיוחדים: הפוליטיקאי הצרפתי ג'וזף קאיו (Caillaux) הועמד לדין בגין בגידה לאחר מלחמת העולם הראשונה ונשפט לפני הסנאט; במשטרים לא דמוקרטיים כמו איטליה

4 שם, 21-22.

5 שם, 24.

הפשיסטית, גרמניה הנאצית וברית המועצות הוענקו לטריבונלים צבאיים או משטרתיים סמכויות שיפוט לדיון בעברות פוליטיות.<sup>6</sup> הסנקציה שהייתה מוטלת בעבר בגין עברות פוליטיות נועדה לנטרל את יכולתו של המבצע לפעול בעתיד, להבדיל מסנקציה שנועדה אך להענשה (regulatory penalties).<sup>7</sup> כך, לפני המאה התשע עשרה הייתה הסנקציה בגין מעשה בגידה חמורה ביותר (בעיקר המתה או גירוש) ושיקפה גינוי מוסרי מוחלט וגם את רצון השליט לסלק לחלוטין את גורם הסכנה לשלטון. גם הענישה בגין עברות פוליטיות 'קלות' יותר התבטאה בהרחקה של העברייין מהחברה (גירוש או מאסר) ומכל עמדה שבה עדיין היה יכול לאיים על השלטון.

כיום המושג 'עברות פוליטיות' הוא קטגוריה מוכרת בסיווג העברות, אולם הגדרתו המדויקת בעייתית עד כדי כך שנטען כי אי־אפשר להגדיר עברות פוליטיות.<sup>8</sup> שאלת הגדרתו של המושג כקבוצת עברות רלוונטיות בשל הסייג המקובל בדיני ההסגרה, שלפיו עברות פוליטיות (או כהגדרתן בחוק ההסגרה הישראלי – 'עברות בעלות אופי מדיני') אינן בנות הסגרה ולכן הן חריג לדיני ההסגרה.<sup>9</sup> השיקול המרכזי שלא להסגיר מבצעים של עברות בעלות אופי מדיני הוא שעברות כאלה מבטאות קונפליקט בין הפרט לבין המדינה **כארגון פוליטי**, היינו משטר המונהג על פי אידאולוגיה נתונה. מכאן שמדובר בעברה בעלת קשר מקומי מובהק ואין היא כרוכה באותה 'אנטי־חברתיות' אוניברסלית המצדיקה שיתוף פעולה בין המדינות; נהפוך הוא: הסגרה בשל עברות פוליטיות משמעה תמיכה אידאולוגית במשטר הקיים במדינה מסוימת ופעולה נגד מתנגדיו, אף על פי שבדרך כלל התנגדותם אינה מבטאת עמדה נגד המדינה המסגירה.<sup>10</sup> כמו כן הכלל הרואה עברה פוליטית כעברה שאינה בת הסגרה התפתח במאה התשע עשרה בד בבד עם התפתחותם של הרעיונות הדמוקרטיים ונועד להגן על מהפכנים שלחמו

6 שם, 30–32.

7 שם, 25.

8 T. Stein, *Die Auslieferungsausnahme bei politischen Delikten* (Berlin: ראו Springer, 1983)

9 ראו סעיף 2ב1(1) לחוק ההסגרה, התשי"ד-1954; ראו גם פלר, **לעיל** הערה 2, 238–239.

10 פלר, שם, 239.

בשם עקרונות הדמוקרטיה והחירות נגד משטרים של דיכוי.<sup>11</sup> לכן הכלל בדבר הסגרה וכן היקפה ואופן הגדרתה של קבוצת העברות הפוליטיות – נתונים לשיקולה של המדינה המחוקקת על פי ערכיה והשקפותיה.<sup>12</sup> הגדרתה של העברה הפוליטית נעשתה מסובכת לקראת סוף המאה העשרים. המקרים שהובאו לפני בתי המשפט בגדר 'עברות פוליטיות' היו לוחמת גרילה וגם מעשי אלימות שלא כונו כלפי מטרה מסוימת וכללו גם פגיעה באזרחים, ולכן אפשר לזהות בתקופה זו נטייה לצמצם את היקפו של המושג 'עברות פוליטיות' כך שלא יעניק מפלט למבצעים של פעולות טרור ופגיעה באזרחים בשם מטרות פוליטיות. דוגמה לכך היא פסיקתו של בית המשפט לערעורים בארצות הברית משנת 1981 בעניין הסגרתו לישראל של המערער שישראל האשימה בפיגוע בעיר טבריה שגרם למותם של שני נערים. המערער, חבר בארגון אש"ף שנמלט לארצות הברית, טען כי היה למעשה מניע פוליטי ומסיבה זו הוא אינו בר הסגרה.<sup>13</sup> בית המשפט קבע כי גם אם היה למעשה מניע פוליטי, הוא אינו נופל בגדר עברה פוליטית: עברה פוליטית היא פעולה המכוונת נגד המבנה הפוליטי של המדינה, להבדיל מפעולה הפוגעת במבנה החברתי של המדינה. בית המשפט קבע כי הפעלת אלימות נגד אזרחים ללא הבחנה אינה נכללת בגדרה של עברה פוליטית, דחה את העתירה ואישר את הסגרתו של המערער. דברים אלו קיבלו חיזוק בפסק דין מאוחר יותר (משנת 1989), שבו דחה בית המשפט המחוזי של ניו יורק את עתירתו של מחמוד אל-עבד כנגד הסגרתו לישראל לשם העמדתו למשפט בגין רצח של נהג אוטובוס במהלך פעולת טרור.<sup>14</sup>

כאמור, המשפט הרומי כבר הגדיר את הפגיעה במשטר כעברה פלילית הנמנית עם העברות נגד המדינה. עמדה זו משמשת עד היום מקור השראה

- 11 D. M. Lieberman, 'Sorting the Revolutionary from the Terrorist: The Delicate Application of the "Political Offense" Exception in U.S. Extradition Cases, 59 *Stan. L. Rev.* (2006) 181, 186-187
- 12 לסקירה מפורטת של דיני ההסגרה בכמה מדינות ושל המגמה הרלוונטיות בהתפתחותם ביחס לעברות פוליטיות, ראו פלר, **לעיל** הערה 2, 248-240. לאינטרסים המדינתיים המובילים להגדרתה של עברה כעברה פוליטית שאינה בת הסגרה ראו Lieberman, **לעיל** הערה 11, 181.
- 13 ראו *Ziyad Abu Eain v. Peter Wilkes, United States Marshal for the Northern District of Illinois*, United States Court of Appeals, 7<sup>th</sup> Circuit, 641 F.2d 504
- 14 726 F. Supp. 389, p. 401-408



לשיטות המשפט המבוססות על המשפט הקונטיננטלי ועל המשפט המקובל, הדנים במשותף בעברות הבגידה (סיוע לסיכון המדינה מבחוץ) ובעברות נגד הממשל (השליט או השלטון) בפרק אחד כעברות נגד המדינה.<sup>15</sup> התקפות (הן מבפנים הן מבחוץ) נגד המדינה כישות פיזית (ניתוק שטח מן המדינה וסיפוחו למדינה אחרת או הפיכתו למדינה עצמאית) וההתקפות נגד השליט או הממשל (המדינה כישות מדינית) תויגו גם בעבר כעברות נגד המדינה.<sup>16</sup> במאה השש עשרה החלה להתפתח גישה המבחינה בין סוגים של עברות נגד המדינה, קרי: בין פגיעות נגד המדינה כישות פיזית לבין פגיעות במשטר המדיני, לרבות במבנה ובתפקוד שלו. בעקבות התפתחות התפיסה על האמנה החברתית במאה השמונה עשרה הושלמה הבחנה זו והפכה לגישה הרווחת.<sup>17</sup> בתקופה זו הבחינו בין הפלת הממשל (שבזמנו היה מונרכי) לבין פגיעה בשליט עצמו. מהפכה או הפיכה נתפסו כחיסול המשטר, משום שהמשטר החדש היה שונה לחלוטין מהמשטר הישן; פגיעה בשליט עצמו (כגון פגיעה בחייו) נחשבה לחיסול המשטר רק אם העבירה את השלטון לאנשים שלא נמנו עם קבוצת השליטים הקודמת: אם חיסול השליט לא נועד אלא לפינוי הדרך ליורשו, לא היה בכך משום שינוי של המשטר.

כיום אין מחלוקת שיש להבחין בין פגיעה במשטר המדיני לבין תופעות של פגיעה במדינה כישות פיזית, כגון בגידה המתבטאת בסיוע לאויב חיצוני.<sup>18</sup> כל העברות נגד המשטר מכוונות נגד שיטת המשטר המדיני ונגד

15 ראו *Law Reform Commission of Canada, Working Paper 49, Crimes against the State* (Ottawa, 1986) 3; U.K. L.C., No. 72, *supra* note 1, 4f

16 ראו Schroeder, *supra* note 1, 7; Maurach, Schroeder und Maiwald, *supra* note 1, 316; L.R.C. of Canada No. 49, *supra* note 15, 3f

17 על ההבחנה בין הסכנה למדינה כישות פיזית לבין הסכנה למשטר המדינה כישות מדינית ראו גם Jescheck, *supra* note 1, 348f; ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י, פ"ד נב(1) 535, 551; U.K. L.C., No. 72, *supra* note 1, 3ff. המקור להבחנה זו ולהבחנה בין סכנות מבפנים לבין סכנות מבחוץ הוא במשפט הצרפתי, בעקבות המהפכה הצרפתית; ראו Jescheck, *ibid.*, 348f.

18 ראו ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י, פ"ד נב(1) 535, 552-551; W. Stree and D. Sternberg-Lieben, in: Schoenke und Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 26. Auflage (Muenchen: C. H. Beck, 2001) Vorbem. §§80ff para 3; *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960 mit Begründung*. Bundesratsdrucksache 270/60. (Bonn, 1960) 507; L.R.C. of Canada, No. 49, *supra* note 15, 1; U.K. L.C., No. 72, *supra* note 1, 2ff

מוסדותיו, וכולן פוגעות בעצם קיומו (דמוקרטי, רפובליקני מונרכי וכו') ובתפקודו התקין. לעומת זאת פגיעה במדינה כישות פיזית (למשל, סיפוח חלק מהמדינה למדינה אחרת או אפילו חיסול המדינה וסיפוחה למדינה אחרת) היא תופעה נבדלת ושוונה. פגיעה מסיבית בחברה (למשל, שיתוק החיים החברתיים) אינה תנאי הכרחי להתגבשות העברות נגד המשטר אך היא עשויה ליפול בגדרן כשמדובר באמצעי לפגיעה בשיטת המשטר.<sup>19</sup> כך למשל, חסימת כבישים המשתקת את החיים החברתיים או הכלכליים במדינה היא תופעה נגד המשטר, אם מטרתה לכפות על הממשלה את מינויו של יו"ר ההסתדרות לשר העבודה והרווחה, או לכפות על הכנסת את אישור מינויו לשר העבודה והרווחה, או לכפות על הכנסת להפיל את הממשלה.<sup>20</sup>

לפי אחת הגישות, העברות נגד המשטר עוסקות בסכנות המאיימות מבפנים על הממשל הריבוני של המדינה ואין הן כוללות סכנות המאיימות על המשטר מחוץ לתחום הריבוני של המדינה.<sup>21</sup> ההבחנה נעוצה אפוא במקום הגאוגרפי של מקור הסכנה: כאשר מקור הסכנה ממוקם בפנים המדינה יסווג המעשה עברה נגד המשטר, ואם מקומו חיצוני לה – יסווג עברה נגד המדינה כישות פיזית.<sup>22</sup>

התמקדות זו במקומו של מקור הסכנה אינה נקיייה מספקות. ייתכנו מצבים שבהם מקור הסכנה המאיימת על המשטר יהא דווקא מחוץ למדינה, לפחות בחלקו; למשל: כשמדינה זרה פועלת בשיתוף עם גופים מתוך

- 19 G. Langrock, *Der besondere Anwendungsbereich der Vorschriften ueber die Gefaehrung des demokratischen Rechtsstaates (§§84 bis 91 StGB)* (Tuebingen: Mohr, 1972) 1; H.-J. Schwagerl, *Verfassungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg: C. F. Mueller Juristischer Verlag, 1985); ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 552.
- 20 ראו גם BGHSt 6, 336; Schroeder, *supra note 1*, 442. השאלה אם תופעה זו נגד המשטר ראויה להיות איסור פלילי תידון בהמשך, בהערות 180 ואילך.
- 21 ראו גם, Jescheck, *supra note 18*, Vorbem. §80ff para 3; Stree und Sternberg-Lieben, *supra note 18*, 348f; ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 551-552.
- 22 מקורה של ההבחנה בין פגיעות במשטר המדינה לבין פגיעות בקיום הפיזי שלה על פי מקומו של מקור הסכנה הוא במשפט העתיק שרווח עד תחילת המאה העשרים. ראו Schroeder, *supra note 1*, 338f; Maurach, Schroeder und Maiwald, *supra note 1*, 316; Jescheck, *supra note 1*, 348f. על תרומת החוק הצרפתי משנת 1810 להבחנה בין המשטר לבין המדינה הפיזית ובין סכנה מבפנים לבין סכנה מבחוץ ראו Schroeder, *ibid.*, 244.

המדינה המותקפת לשם כיבושה ושינוי משטרה הפנימי (למשל, הקמת משטר דיקטטורי או קומוניסטי), או אפילו שינוי משטרה הפנימי בלבד (כפי שהיה בתקופת ההתפשטות של הקומוניזם).<sup>23</sup> ייתכן גם המצב ההפוך – שבו גופים מתוך המדינה פועלים לעקירת שטח משטחה ולמען סיפוחו למדינה אחרת או למען הפיכתו למדינה עצמאית. זאת ועוד: אפשר לומר שכל פגיעה בקיומה הפיזי של המדינה היא גם פגיעה במשטרה המדיני.<sup>24</sup>

אם כן, ההבחנה הראויה בין עברות נגד המדינה כישות מדינית (דהיינו: עברות נגד המשטר) לבין עברות נגד המדינה כישות פיזית נעוצה בתשובה לשאלה אם הסכנה מאיימת **בלבד, בעיקר או במישרין** על המשטר המדיני או על הקיום הפיזי של המדינה.<sup>25</sup> עם זה, אף שמקור הסכנה אינו יכול לשמש קריטריון בלעדי לסיווג העברה, אין הוא נטול חשיבות: רוב הסכנות המאיימות על המשטר המדיני מקורן מבפנים, ורוב הסכנות המאיימות על הקיום הפיזי של המדינה מקורן מבחוץ. ההבחנה בין סכנה מבפנים לבין סכנה מבחוץ היא כלי עזר להבחנה בין פגיעות במדינה כישות מדינית (פגיעה במשטר) לבין פגיעות במדינה כישות פיזית.

מחקר זה עוסק בתופעה העבריינית נגד המשטר בהקשרה הישראלי. יידונו בו הדין הקיים והדין הרצוי לעברות נגד המשטר הדמוקרטי, קרי: פגיעה במבנה המשטר הדמוקרטי ובתפקודו. לא יידונו בו פגיעות במדינה כישות פיזית ולא יידונו בו תופעות אנטי-חברתיות (כגון שוחד בחירות או מרי אזרחי); אלה יזכו לדיון במחקרים עצמאיים.

כפי שיפורט בהמשך,<sup>26</sup> פגיעות במשטר המדיני מתבצעות גם על ידי ביטויים והתארגנויות. לפיכך העברות נגד המשטר הדמוקרטי הן תופעה מורכבת מבחינת התפיסה החברתית והמשפטית. חופש הביטוי וחופש ההתארגנות נחשבים למסד הקונסטיטוטיבי של הדמוקרטיה, נשמת אפה, והאיסורים המוטלים על החירויות האלה ופוגעים בהן<sup>27</sup> – לשם הגנה על

23 כך לדוגמה, חוק העונשין השווייצרי קובע, במסגרת פרק העברות כנגד המשטר, איסור על קיום תעמולה לגוף זר שמטרתו לשנות את המשטר החוקתי בשווייץ. ראו **להלן**, בטקסט שאחרי הערה 435.

24 ראו גם ג'ון לוק, **על הממשל המדיני** (תרגום יוסף אור, ירושלים: מאגנס, 1997) 159.

25 ראו גם, Schroeder, *supra note* 1, 336ff; Maurach, Schroeder und Maiwald, *supra note* 1, 319; Jescheck, *supra note* 1, 348f

26 **להלן**, בפרק השני (הדין הרצוי).

27 ראו גם D. Tsatsos, 'Einleitende Worte', in: Bemann und Manoledakis

המשטר הדמוקרטי – מציגים את 'הדילמה הדמוקרטית' בהתגלמותה.<sup>28</sup> ההגנה על המשטר וההגנה על זכויות היסוד הפוליטיות של האזרחים (כגון חופש הביטוי במשמעותו הרחבה) כרוכות זו בזו ובמידה מסוימת גם מנוגדות זו לזו. כך יצירת הגנה חזקה על המשטר מובילה להחלשת ההגנה על הזכויות הפוליטיות של האזרחים, וגם להפך: הגנה מוחלטת על חירויות הפרט עלולה להוביל לפגיעה בהגנה על המשטר הדמוקרטי עצמו.<sup>29</sup> זאת ועוד: על פי התפיסה המשפטית העולה מחוקי היסוד,<sup>30</sup> על המדינה מוטלת חובה אקטיבית להגן על קיומן ועל מימושן של זכויות היסוד. מדובר אפוא ב'תחרות' בין חובת המדינה להגן על זכויות היסוד של האדם לבין חובתה להגן על קיומו ועל תפקודו התקין של המשטר הדמוקרטי.

(Hrsg.), *Der strafrechtliche Schutz des Staates, Griechisch-deutsches Symposium fuer Strafrecht und Verfassungsrecht* (Neuwied: Luchterhand, 1987) 1f; G. Pfeiffer, 'Der strafrechtliche Schutz des Staates', in: Bemann und Manoledakis (Hrsg.), *Der strafrechtliche Schutz des Staates* (Neuwied: Luchterhand, 1987) 3; Maurach, Schroeder und Maiwald, *supra note 1*, 321; Laufhuetten, *supra note 1*, Vor §80 para 22; G. Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil*, 5. Aufl., (Bern: Stämpfli Verlag, 2000) 196 ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535; ר' גביון, 'עשרים שנה להלכת ירדור: הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה', בתוך: א' ברק ואח' (עורכים) (הביאו לדפוס מ' קרמניצר ור' גביון) **גבורות לשמעון ארגנט** (ירושלים, 1986), 145, 150-152.

28 על הדילמה הדמוקרטית ראו בהרחבה G. P. Boverter, *Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat* (Berlin: Duncker und Humblot, 1985) 14-18, 31-82; לעניין פסילת מפלגות מהשתתפות בבחירות ראו א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית נ' טיבני**, תק-על(2)2003, 1318, פסקה 2 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם ר' כהן-אלמגור, **גבולות הסובלנות והחירות: תיאוריה ליברלית והמאבק בכהנאות** (ירושלים: אקדמון, 1994), 18, המכנה את הדילמה המתוארת בשם 'המלכוד הדמוקרטי'; כן ראו מ' קרמניצר, **פסילת רשימות** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 59, 2005).

29 ראו גם ע"פ 6696/95 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 555; Laufhuetten, *supra note 1*, Vor §80 para 22; A. Lewis, 'Keynote Address: Freedom of Speech and Incitement against Democracy', in: D. Kretzmer and F. Kershman Hazan (eds.), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy* (The Hague: Kluwer Law International, 2000) 3, 4

30 ראו סעיפים 4, 6 ו-7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על חובת המדינה להגן על קיומן ומימושן של זכויות היסוד של האדם ראו P. Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten* (Berlin: Duncker und Humblot, 1996); (J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit* (Berlin: de Gruyter, 1983); G. Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht* (Baden-Baden: Nomos, 1987)

זכויות היסוד של האדם הן לבו של המשטר הדמוקרטי החוקתי:<sup>31</sup> הפרט וזכויותיו הן המטרה; והמדנה כישות פיזית ומדינית היא המסגרת להגנתה של מטרה זו. לכאורה האיסורים שתכליתם להגן על המשטר הדמוקרטי פוגעים במטרה שמציב אותו משטר – מימוש זכויות היסוד של הפרט – למען קיומה של המסגרת; אולם אין זו אלא הצגה חלקית של הדברים. ההגנה על המשטר הדמוקרטי אינה תכלית בפני עצמה אלא אמצעי להגן על זכויות היסוד של האזרחים והתושבים מפני פגיעות קשות הצפויות להם מצד גופים ובני אדם הפועלים מתוך המדינה. זוהי 'הדילמה הדמוקרטית': אף כי הגנתו של המשטר הדמוקרטי היא מטרה חשובה וראויה ביותר, יש להקפיד כי האמצעים להשגתה יהיו ראויים ומידתיים, במיוחד משום שהם פוגעים בזכויות היסוד לביטוי ולמימוש עצמי וקבוצתי.

הגנה על המשטר מחייבת רגישות מיוחדת כדי שלא תשמש מכשיר של דיכוי פוליטי. המשטר הדמוקרטי פועל על פי הכרעות רוב, אולם מעצם מהותו הוא מחויב להגנה על המיעוט מפני עריצות הרוב ולשמירה על קיום של אפשרות ראלית והזדמנות הוגנת לחילוף בין רוב למיעוט (כלומר: לאפשרות שהמיעוט הפוליטי של היום יהיה לרוב הפוליטי של מחר). המשטר הדמוקרטי מכיר בלגיטימיות ובחיוניות של מפלגות האופוזיציה ושל פועלן הפוליטי (לרבות חופש הביטוי וחופש ההתארגנות), וכן בלגיטימיות ובחיוניות פועלם של גופים ופרטים שאינם מיוצגים במערכת הפוליטית והשלטונית. לפיכך עקרונות דמוקרטיים אינם מאפשרים להטיל סנקציות פליליות על מפלגות האופוזיציה הפוליטית, וזאת בשל ביקורת פומבית על פועלה של הממשלה או בשל פעולה אחרת שנכנסת בגדר תפקידן כאופוזיציה או כמפלגות פוליטית. הוא הדין בגופים ובארגונים אחרים הממלאים תפקיד בזירה הפוליטית. בלשון כללית יותר: אין לאפשר הטלת הגבלות שיש בהן משום פגיעה במהות הדמוקרטיה של המשטר,<sup>32</sup> ויש להעניק לחופש הביטוי ולפעילות הפוליטית את המעמד והמשקל הראויים להם במשטר דמוקרטי.

31 ראו גם ד' מרידור, 'עיקרים בהצעת חוק-יסוד החקיקה', **משפט וממשל** א (התשנ"ב) 387; א' ברק, 'הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)', **מחקרי משפט** יג (התשנ"ו) 5, 6.

32 ראו גם G. Bemann, 'Staatsschutz und Demonstrationsrecht', in: Bemann und Manoledakis (Hrsg.), *Der strafrechtliche Schutz des Staates, Griechisch-deutsches Symposium fuer Strafrecht und Verfassungsrecht* (Neuwied: Luchterhand, 1987) 29; Laufhuetter, *supra note 1*, Vor §80 para 24; BVerfGE 69, 346f; Jescheck, *supra note 1*, 355; ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 552.

## עברות נגד המשטר הדין הקיים

### א. עברות נגד המשטר בדין הקיים: מבט־על

במשפט הישראלי יש כמה חוקים העוסקים בתופעות נגד המשטר: תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, סעיפים 133-144 ו-145-150 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ופקודת מניעת טרור (1948). הפרק בחוק העונשין העוסק בעברות ההמרדה וכן תקנות ההגנה (שעת חירום) נמנים בחקיקה הישראלית שהתקבלה כירושה של דברי חקיקה מנדטוריים. משמעות הדבר היא שחוקים אלו נחקקו על ידי שלטון לא דמוקרטי כדי למנוע קריאת תיגר עליו.

עברות ההמרדה בחוק העונשין, התשל"ז-1977, שהוא נוסח משולב של פקודת החוק הפלילי (1936), הן שריד מיושן מתקופת המנדט הבריטי ומקורן במשפט המקובל מלפני מאות שנים. כאמור, פרק ההמרדה נועד להגן על המשטר המנדטורי הלא דמוקרטי גם על ידי מניעת ביקורת על מוסדות השלטון, ביקורת לגיטימית במשטר דמוקרטי.<sup>34</sup>

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, הותקנו מכוח סעיף 6 לדבר המלך במועצה (הגנה), 1937 בעקבות פרוץ מלחמת העולם השנייה.<sup>35</sup> עיון בנוסח של דבר המלך למועצה מלמד כי הטעמים להסמכתו של הנציב העליון

33 יצוין כי מעמדן של תקנות ההגנה הוא כשל פקודה (חוק); ראו א' רובינשטיין וב' מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה חמישית, תל אביב: שוקן, 1996) 262.

34 ראו ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 585; דנ"פ 1789/98 **מ"י נ' כהנא**, פ"ד נד(5) 145, 158. מ' קרמניצר וח' גנאים, **הסתה, לא המרדה: ההמרדה בדיני העונשין – הדין המצוי והדי הרצוי** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 7, 1997) 7; מ' נגבי, **חופש העיתונות בישראל: ערכים בראי המשפט** (ירושלים: מכון ירושלים לחקר ישראל, 1995) 62; ראו גם הביקורת של F. J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, Vol. II (London: Macmillan, 1883) 298ff; L.R.C. of Canada, *supra note* 15, 35 על ההגדרה להמרדה במשפט האנגלי ובמשפט הקנדי, הזיה להגדרה במשפט הישראלי.

35 ראו רובינשטיין ומדינה, **לעיל** הערה 33, 262; א' ידן, 'על תקנות שעת־חרום', בתוך: א' ברק וט' שפניץ (עורכים), **ספר אורי ידן: האיש ופועלו**, א (תל אביב: בורסי, 1990) 111.

להתקין את תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, היו הבטחת שלום הציבור, הגנה על פלסטינה, השלטת הסדר הציבורי ודיכוי של התקוממות, מרד והפרעות;<sup>36</sup> עם זה ברור (לפחות לעניין העברות נושא המחקר) כי מטרתו של השלטון המנדטורי הייתה לחזק את מלאי האמצעים שעמדו לרשותו בהגנה על עצם קיומו כמשטר שאינו דמוקרטי. והנה, אף על פי שאין ספק כי מדובר בחקיקה שנועדה לשעת חירום, היא מוסיפה להתקיים מכוחו של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, 1948, תחת האישור שניתן לה בפסיקתו של בית המשפט העליון.<sup>37</sup>

הפקודה למניעת טרור, שנתקבלה בשנת 1948 על ידי מועצת העם לאחר הקמת המדינה וטרם הבחירות לכנסת הראשונה, נועדה להתמודד עם קיומם של ארגוני טרור. הרקע (המוצהר) לחקיקה היה רציחתם בירושלים ביום 17.9.1948 של שליח עצרת האומות המאוחדות, הרון ברנדוט, ועוזרו הקולונל הצרפתי סרו. הפקודה התקבלה במהירות הבזק ביום 23.9.1948, חמישה ימים לאחר מעשי הרצח, ובין היתר נועדה לגנות את מעשי הרצח ולשלוח מסר לעצרת האומות המאוחדות בדבר נחישותה של הממשלה הזמנית להילחם בתופעות דומות. המטרה הייתה הקטנת הנזק הפוליטי שעלול היה להיגרם למדינת ישראל מצד עצרת האומות המאוחדות. נוסף על כך נועדה הפקודה גם – ואולי בעיקר – להביא לפירוקן של המחתרות היהודיות דוגמת האצ"ל והלח"י ולריכוז של הכוח המלחמתי בידי גוף אחד בלבד הכפוף לממשלה. השלטון הישראלי הטרי חשש כי ארגונים אלו לא יקבלו את מרותם של מוסדות המדינה ויפתחו במאבק אלים נגדם. אם כך, הפקודה נועדה למנוע פעילות חתרנית נגד הריבונות המדינית וכן למנוע חתירה נגד מבנה המשטר ומתכונתו.<sup>38</sup>

הרקע המכוון לאיסורים העונשיים מחייב בדיקה מחודשת שלהם לאור העובדה שהמשטר השורר כיום בישראל הוא משטר דמוקרטי המחויב לחופש הביטוי הפוליטי, לרבות חופש ההתארגנות. עניין נוסף הדורש את בחינת החקיקה הוא היעדרה של הרמוניה חקיקתית בין דברי החקיקה;<sup>39</sup>

- 36 ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 33, 262; ידן, לעיל הערה 35, 111.  
 37 ראו בג"צ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, פ"ד ד 319; בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 625-628.  
 38 ראו ג' ברזילי, 'מרכז נגד פריפריה: דיני "מניעת טרור" כפוליטיקה', פלילים ח (התש"ס) 229; דנ"פ 8613/96 ג' בארין נ' מ"י, פ"ד נד(5) 193, 203-204.  
 39 להלן, בטקסט שליד הערות 46-51.

כך למשל, פעולות מסוימות אסורות על פי יותר מדבר חקיקה אחד, והיחס בין דברי החקיקה עצמם אינו ברור.<sup>40</sup>

## ב. עברות נגד המשטר: הדין הקיים והערכה ביקורתית

### 1. הדין הקיים

החוקים העוסקים בתופעות הנופלות בגדר עברות נגד המשטר הם תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, סעיפים 133-144 ו-145-150 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, והפקודה למניעת טרור (1948).

#### א. עברות נגד המשטר על פי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945

הפרק הרלוונטי לענייננו הוא חלק ז' לתקנות העוסק בהתאחדויות בלתי מותרות שפעילותן נועדה להסית לעשיית מעשים הפוגעים בסדרי השלטון, בממשלה או בעובדיה, או לעשייתם בפועל של מעשים מסוג זה. סעיף 84 לתקנות<sup>41</sup> קובע כי התאחדות בלתי מותרת היא חבר בני אדם (קרי: חברה של אנשים רבים) שבמסמכי היסוד שלה או בפרסומיה יש משום שידול (המלצה או עידוד) או הסתה לאחת הפעולות האלה:

- (1) מיגור באמצעים אלימים של יסודות השלטון, של חוקת ישראל או של ממשלתה.
- (2) גרימת שनाה או בוז, או הסתה לאיבה, כלפי ממשלת ישראל או כלפי שר משריה בתפקידו הרשמי.
- (3) פגיעה ברכושה של ממשלת ישראל.
- (4) מעשי טרור נגד ממשלת ישראל או עובדיה. או
- (5) עשיית אחת משלוש הפעולות האחרונות (2-4) או נטילת אחריות להן או מעורבות בהן.

סעיף 84(ב) מוסיף וקובע כי הכרזה של שר הביטחון על חבר בני אדם כהתאחדות בלתי מותרת מייתרת את הצורך להוכיח את אי-חוקיותה של

40 על החפיפה בין עברות הקבועות בתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 לבין אלה הקבועות בחוק העונשין ראו גם מ' צור, **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**, (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 16, 1999) 16 ואילך; י' קדמי,

**על הדין בפלילים**, חלק שלישי (תל אביב: דיונון, 1995) 1168.

41 ראו גם Stephen, *supra note* 34, 385f.



ההתאחדות על פי אחת הנסיבות המפורטות לעיל. בית המשפט העליון קבע כי הכרזה כאמור אינה בעלת כוח קונסטיטוטיובי ולכן אינה ראייה מכרעת לאי־חוקיות הארגון אלא רק ראייה לכאורה הניתנת לסתירה:

אם נקבל את הפירוש שהציעה באת־כוח המשיב, כי אז נבוא לתוצאה שאין הדעת סובלת. הרי במקרה כזה תוכל הקטיגוריה לצאת ידי חובת ההוכחה בכל משפט, בו האשימה אדם פלוני בחברות בארגון [בלתי חוקי], על־ידי הצגת הכרזה המנוסחת [...] ואז תעבור על הנאשם החובה לשכנע – 'לכל אורך החזית' – כי ההפך מזה הוא נכון. אינני מוכן להאמין [...] שהמחוקק חתר לקראת תוצאה מרחיקה לכת כזאת. ברם, עצם הקביעה [...] כי ההכרזה בכוחה לשמש ראייה לכאורה על אפיו [הבלתי חוקי] של הארגון – מהווה, כשהיא לעצמה, פגיעה כנ"ל; והייתכן להצדיק פירוש העשוי לשלול את החירויות האמורות שלילה נוספת, כאשר נוסח הסעיף אינו מחייב זאת בצורה ברורה וחד־משמעית והתוצאה עלולה להיות: הפיכת הדיון הפלילי למשפט ראווה, שבו יפסוק בית־המשפט את דינו של הנאשם אך ורק על יסוד מסמך שמקורו באקט של הרשות המבצעת ותו לא? התשובה לשאלה זו מתבקשת מאליה.<sup>42</sup>

התקנות אינן מפרטות הנחיות כלשהן להפעלת שיקול הדעת המנהלי של שר הביטחון, אולם ברור כי הוא רשאי להכריז על ארגון שהוא בלתי חוקי רק אם להערכתו מתקיימת לפחות אחת מהחלופות המנויות לעיל.<sup>43</sup> לכאורה יש יתרון באפשרות להכריז הכרזה כאמור, שכן זו מבהירה אילו ארגונים אינם חוקיים;<sup>44</sup> עם זה הענקת סמכות כזאת בידי שר בממשלה, שהוא ארגון פוליטי, עלולה להוביל לשקילת שיקולים פוליטיים שאינם ממין העניין.<sup>45</sup>

42 ראו ע"פ 49/58 **חרותי נ' היוה"מ**, פ"ד יב 1541, 1563.

43 ראו גם צור, **לעיל** הערה 40, 48.

44 על פי סעיף 84, עם כניסתה לתוקף של הכרזת שר הביטחון נכנסות לתוקפן גם הוראות המאפשרות לשר האוצר, בין היתר, לפרסם צווי חיפוש שבמסגרתם רשאי כל שוטר או אדם מורשה לערוך חיפוש אחר רכוש ונכסים של הקבוצה.

45 כפי שיפורט **להלן**, בטקסט שליד הערות 154–156, יש לדרוש הכרזה כזאת של בית משפט כשהמבקש הוא היועץ המשפטי לממשלה.

סעיף 85 לתקנות אוסר על כמה פעולות של ההתאחדות הבלתי חוקית. חלק מהאיסורים הללו נופלים בגדר האיסורים הקבועים בחוק העונשין ובפקודה למניעת טרור, כגון השתתפות בקבוצה (חברות ונשיאת משרה);<sup>46</sup> פרסום דבר השייך לקבוצה, יוצא לאור על ידה או מתייחס אליה, וכן פעולות נגזרות של הכנה וסיוע לפרסום (הכנה, ייצור, הדפסה, כתיבה, הצגה, מכירה וכדומה);<sup>47</sup> ושידול לתמיכה כספית בהתאחדות.<sup>48</sup>

לעניין החברות האסורה בהתארגנות בלתי מותרת קבעה הפסיקה הצבאית כי זו כוללת לא רק חברות מעשית אלא גם חברות פסיבית, דהיינו: הסכמה להצטרף להתארגנות בלי כל עשייה אקטיבית:

לנו נראה, כי בדרך כלל, על מנת להוכיח חברותו של אדם בארגון בלתי חוקי מסוים, על התביעה הצבאית להוכיח, שאותו איש פנה לארגון או לאיש הפועל בשם, או מטעם הארגון, במטרה להתקבל כחבר בארגון, או כי מאן דהוא בשמו של אותו ארגון פנה לאותו איש כדי להצטרף אליו. **אך לא די בכך**. בנוסף לאלה יש להוכיח הסכמה מצד מקבל ההצעה. הסכמה זו ניתן להוכיח במפורש או ממסיבות המקרה, ע"י כך שהמבקש להתקבל כחבר השלים את התקשרותו עם הארגון ע"י **קבלת עול מצוות הארגון**.<sup>49</sup>

האיסור הקבוע על חברות בהתארגנות בלתי מותרת מקביל לאיסור בסעיף 147 לחוק העונשין על חברות בהתאגדות אסורה; אולם סעיף 147 לחוק העונשין מתנה את האיסור בכך שמדובר באדם שמלאו לו שש עשרה שנים ואילו סעיף 85 לתקנות ההגנה (שעת חירום) אינו מותנה כאמור. מכאן הסיקו הפסיקה והספרות המשפטית כי אפשר להרשיע בעברה על פי סעיף 85 לתקנות ההגנה אדם שמפאת גילו הצעיר אי-אפשר להרשיעו לפי סעיף 147 לחוק העונשין.<sup>50</sup>

46 ראו סעיף 147 לחוק העונשין וסעיף 3 לפקודה למניעת טרור.

47 ראו סעיף 149 לחוק העונשין.

48 ראו סעיף 148 לחוק העונשין.

49 קדמי, לעיל הערה 40, 1172.

50 ראו ע"פ 88/79 אבו דחילה נ' מ"י, פ"ד (גנ2) 148; קדמי, לעיל הערה 40, 1172.

עוד הוראות אוסרות פעולות אחרות למען הקבוצה, כגון ביצוע עבודות ושירותים עבור הקבוצה, נוכחות באספות, העמדה של מקום הנתון בשליטתו של המבצע לרשות הקבוצה לשם קיום אספה, החזקת פרסום או רכוש השייך לקבוצה, גביית כספים עבור הקבוצה ופעילות כנציגה. על פי סעיף 68 לתקנות ההגנה וסעיף 19 לחוק העונשין, היסוד הנפשי הנדרש להקמת העברה הוא מחשבה פלילית, אולם בכמה מקרים האיסור שבסעיף 85 לתקנות ההגנה מעביר אל הנאשם את הנטל להוכיח את היעדרו של יסוד נפשי כאמור.<sup>51</sup>

### **ב. עברות ההמרדה הקבועות בחוק העונשין, התשל"ז-1977**

האיסורים הפליליים הקבועים בחוק העונשין כדי להגן על המשטר מפורטים בעיקר בפרק ח' לחוק, העוסק בפגיעות בסדרי המשטר והחברה. סעיף 136, הכלול בפרק זה, מגדיר את הפעולות האלה כהמרדה:

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

סעיף 133 אוסר על עשיית מעשה לשם המרדה וכן על ניסיון, הכנה וקשירת קשר לעשיית מעשה כאמור. סעיף 134 אוסר על פרסום שיש בו כדי להמריד, וכן על הדפסה, על שעתוק, על ייבוא או על החזקה של פרסום שיש בו כדי להמריד.

עברת ההמרדה נדונה בפסיקה, בין היתר, בעניין **עאליה**, שם נדון ערעורו של נאשם בעברת המרדה על פי סעיפים 134(א) ו-134(ב) לחוק העונשין. באותו מקרה דובר בפלסטיני תושב הגדה המערבית שצילם כרוזים הקוראים

51 סעיף 185(ג) אוסר על עבודה או שירות עבור התאחדות בלתי מותרת, אלא אם כן יוכיח הנאשם שהאמין בתום לב כי העבודה או השירות לא היו עבור התאחדות בלתי מותרת. סעיף 185(ה) מגדיר כפלילי מתן רשות לערוך אספה של התאחדות בלתי מותרת במקום השייך לנותן הרשות או נמצא בשליטתו, אלא אם כן יוכיח שלא ידע על האספה ולא סייע לה בחשאי, או שהאמין בתום לב כי האספה לא הייתה אספה של התאחדות בלתי מותרת.

לשביתה כללית במגזר הערבי. בית המשפט שדן בערעור הביא בהסכמה את דבריו של בית המשפט קמא:

גם השבתה של המגזר הערבי בישראל היא [...] אחת מאפיקי ההתפרצות של ההתקוממות שגורמת נזק רב למדינה גם ברכוש וגם בנפש; וכן הקריאה לקיים יום שביתה כללי היא בעיני לא פחות חמורה מאשר לקרא [ל]ילדים להמרדה נגד המדינה ולזרוק אבנים על אנשי צבא ועוברי אורח ולפגוע במכוניות הנעות בכבישים ועל ידי כך לסכן חיי אדם.<sup>52</sup>

לשונו של סעיף 133 דורשת כי המעשים יהיו 'לשם המרדה', ומכאן שהיסוד הנפשי הדרוש להתקיימותה של עברה זו, לרבות הכנה וקשירת קשר, הוא יסוד נפשי מיוחד של 'מטרה'.<sup>53</sup>

**בע"פ כהנא** קבע השופט מצא כי העברה לפי סעיף 133 (עשיית מעשה לשם המרדה) מסתפקת מבחינת היסוד העובדתי בכל מעשה, ובמקרה של פרסום – גם בפרסום שמבחינה עובדתית אין בו כדי להביא לידי המרדה. העברה לפי סעיף 134 (פרסום, הדפסה, שעתוק, ייבוא או החזקה בפרסום שמבחינה עובדתית יש בו כדי להביא להמרדה) מסתפקת במחשבה פלילית רגילה. לפי השופט מצא, העברה לפי סעיף 133 מדגישה את היסוד הנפשי, ואילו העברה לפי סעיף 134 מדגישה את היסוד העובדתי;<sup>54</sup> עם זה ציין השופט מצא כי מעשה שאין בו פוטנציאל להמרדה עשוי ליפול בגדר הכלל של זוטי דברים לפי סעיף 134 לחוק העונשין.<sup>55</sup> לעומתו גרסו השופטים גולדברג, ברק ואור כי גם בעברה לפי סעיף 133 נדרש מעשה, לרבות פרסום, שמבחינה עובדתית יש בו כדי להמריד.<sup>56</sup>

- 52 ע"פ 294/89 **עאליה נ' היוה"מ**, פ"ד מג(4) 627, 629; עם זה ציין בית המשפט כי בבחינת עונשו של הנאשם יש להתחשב בעובדה כי אף שהכרוז כולל איום בנקיטת אלימות כלפי מי שלא יציית לאמור בו, אין הוא קורא במישרין לנקיטת אלימות או לעשיית מעשה המכוון במישרין כנגד ביטחון האזור; ראו **שם**, 630. לפיכך החליט בית המשפט העליון לקבל את ערעורו של הנאשם ולהפחית את עונשו.
- 53 ראו ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 561; קדמי, **לעיל** הערה 1123, 40.
- 54 ראו ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, **שם**.
- 55 **שם**, 569-570.
- 56 **שם**, 557-559. לעמדה זו הצטרפו השופטים, **שם**, 579 ואילך; והשופט אור דנ"פ

לפי סעיף 137, טענת 'אמת' אינה משום טענת הגנה בעברות המרדה: פרסום אמת שיש בו כדי להביא לידי בוז או אי־נאמנות למדינה נופל בגדר עברת ההמרדה לפי סעיף 136.

לפי סעיף 138, מעשה או פרסום אינו נופל בגדר המרדה אם מגמתו הבלעדית היא ביקורת (ובהקשר של דיני המדינה, מוסדותיה וסדריה – אם מטרתו להביא לתיקון של טעות או של פגם) או תעמולה חוקית. לפי סעיף 135, לא יוגש כתב אישום אלא בתוך שנה מיום שנעברה העברה ובהסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה.

בפסיקה ובספרות המשפטית ניטש ויכוח אם עברת ההמרדה עוסקת רק בהסתה לפגיעה במשטר או שמא גם בהסתה הפוגעת בלכידות החברתית העלולה להביא למעשי אלימות כלפי חלק מהאוכלוסייה או למשטמה עזה בין חלקים שלה. להלן יפורטו העמדות שהובאו בעניין זה.

### (1) המרדה כעברה נגד המשטר

בע"פ כהנא פסק בית המשפט העליון, ברוב דעות (השופטים גולדברג וברק), כי עברות ההמרדה לפי סעיפים 133 ואילך לחוק העונשין מיועדות להגן אך על מבנה המשטר הדמוקרטי.<sup>57</sup> עמדה זו נתמכת בהיסטוריה החקיקתית של העברה: במקור שייכת עברת ההמרדה לפקודת החוק הפלילי, 1936, בפרק 'בגידה ועברות אחרות כלפי השלטון והממשלה' (Treason and Other Offences Against Authority and the Government); תימוכין נוספים לכך נמצאים בכותרת הפרק שעניינה 'סדרי משטר וחברה'. זאת ועוד: החלופה הראשונה והחלופה השנייה ('להביא לידי שनाה, בוז או אי־נאמנות למדינה או לרשויות השלטון או המשפט שלה שהוקמו כדין'; ו'להסית או לגרות את יושבי הארץ שינסו להשיג, בדרכים לא כשרות, שינוי של דבר שיסודו בדין') מדברות במפורש על המרדה כפגיעה במבנה המשטר,

---

1789/98 מ"י נ' כהנא, פ"ד נד(5) 171 ואילך; ראו גם מ' קרמניצר ול' לבנון-מורג, 'הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות: על ערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעברות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא', **משפט וממשל** ז (התשס"ד) 305, 306.

57 ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י, פ"ד נב(1) 535, 545. עמדה זו זהה לעמדתו של המשפט האנגלי וכן לשיטות משפט המבוססות על המשפט המקובל; ראו להלן, בטקסט שליד הערות 457, 479-480; למשפט הקנדי ראו להלן, בטקסט שליד הערות 502-504; למשפט האוסטרלי ראו להלן, בטקסט שליד הערות 483 ואילך; ולמשפט האמריקני ראו להלן, בטקסט שליד הערות 517 ואילך.

ויש להניח כי החלופות כולן מיועדות להגן על אותו אינטרס חברתי – מבנה המשטר. נוסף על כך גם סעיף 138(2), המגדיר את הביקורת והתעמולה החוקית, מתייחס לטענות נגד דיני המדינה, נגד סדרי השלטון והמשפט ונגד מוסדות המדינה, הווה אומר: מבנה המשטר.

לפי העמדה שפיתח השופט גולדברג, ההמרדה היא עברה נגד מבנה המשטר בלבד, ואילו ההגנה על ערכי המשטר באה לידי ביטוי באמצעות העברה של הסתה לגזענות הקבועה בסעיף 144א לחוק העונשין. באופן זה מתייחד כל אחד מהערכים המוגנים באיסור משל עצמו.<sup>58</sup> על פי השופט גולדברג, עקרון החוקיות ועקרון הבהירות הנגזר ממנו תומכים בפרשנות זו, וכך גם מעמדו של חופש הביטוי במשטר דמוקרטי.

לפי השופט גולדברג, עברת המרדה לפי סעיף 133, בחלופה הרביעית של סעיף 136 (פרסום שיש בו כדי לעורר מדנים ואיבה בין חלקים של האוכלוסייה), דורשת כי לפרסום יהיה פוטנציאל לגרום שסע חברתי עמוק בין פלגים נרחבים באוכלוסייה.<sup>59</sup> לעמדה זו, שלפיה פרק ההמרדה בחוק העונשין נועד להגן רק על מבנה המשטר, הצטרף השופט ברק בע"פ כהנא ובדנ"פ כהנא.<sup>60</sup>

58 ראו ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י, שם, 552 ואילך; ראו גם קדמי, לעיל הערה 40, 119-121.

59 ראו ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י, פ"ד נב(1) 535, 564 ואילך. המבחן הוא תוכני ולא הסתברותי. על ההבחנה בין המבחן התוכני לבין המבחן ההסתברותי (תוצאתי), על היתרונות והחסרונות של מבחנים אלו ועל התאמתם לאופי החברה (קרי: חברה הומוגנית או הטרוגנית) ראו א' בנבנשתי, 'הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת', משפטים ל (התשנ"ט) 29, 52 לאילך; הראל, לעיל הערה 1, 69-103; קרמניצר ולבנון-מורג, לעיל הערה 56.

60 ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י, שם, 582-583; דנ"פ 1789/98 מ"י נ' כהנא, פ"ד נד(5) 181; לעמדה זו הצטרף גם השופט טירקל, שם, 192. אולם השופט ברק, בשונה מהשופט גולדברג, צידד במבחן ההסתברותי שלפיו המבחן הראוי לאיזון בין שיטת המשטר הדמוקרטית (המבנה) לבין חופש הביטוי הוא מבחן האפשרות הסבירה. לדעת השופט ברק, אם עברת ההמרדה מגנה גם על ערך הלכידות החברתית (שלום הציבור), יש לאמץ את המבחן ההסתברותי של קרבה לוודאות. דנ"פ 1789/98 מ"י נ' כהנא, פ"ד נד(5) 182-183; ראו גם קרמניצר ולבנון-מורג, לעיל הערה 56, 206; ראו גם מסקנתו של מ' קרמניצר, 'פרשת אלבה: "בירור הלכות הסתה לגזענות"', משפטים ל (התשנ"ט) 105, 106; מ' קרמניצר, 'גבולות חופש הביטוי', העין השביעית 1 (1996) 26.

## (2) המרדה כעברה נגד המשטר ונגד שלום הציבור

בדעת מיעוט בע"פ כהנא קבע השופט מצא כי הערך החברתי המוגן באמצעות עברת ההמרדה הוא המשטר הדמוקרטי, על המבנה שלו ועל תכניו וערכיו. השופט מצא גרס כי צמצום הערך החברתי של המשטר הדמוקרטי למבנה בלבד ירוקן מתוכן את החלופה הרביעית שבסעיף 136 לחוק העונשין; יתרה מזו: ההבחנה בין מבנה המשטר הדמוקרטי לבין ערכיו אינה רצויה:

ביסוד מבנהו של המשטר הדמוקרטי ניצבים ערכי הדמוקרטיה; בכללם ערכי ההסכמה החברתית עליה מבוסס הקיום בצוותא של קבוצות חברתיות שונות במסגרת ארגונית פוליטית אחת. אם מבקשים להגן על מבנה המשטר, יש להגן גם על יסודותיו, והעמדתם בחזקת סכנה של ערכי-יסוד, עליהם מושתת הדמוקרטיה, מסכנת גם את מבנה המשטר.<sup>61</sup>

מכאן, שהחלופה הרביעית בעברת ההמרדה כוללת הסתה לגזענות.<sup>62</sup> בדיון הנוסף נדחתה עמדת הרוב שבערעור פלילי. השופט אור פסק כי הערך החברתי המוגן באמצעות עברת ההמרדה אינו רק מבנה המשטר הדמוקרטי, וכי ארבע החלופות המנויות בסעיף 136 שונות זו מזו ואינן מקשה אחת: החלופה השנייה עוסקת בשינוי של 'דבר שיסודו בדין' שאינו בהכרח מבנה המשטר, וגם החלופות השלישית והרביעית אינן מתמקדות במבנה המשטר. הערך החברתי המוגן על ידי החלופה הרביעית הוא הלכידות החברתית, קרי: האפשרות לחיים בצוותא של קבוצות באוכלוסייה.<sup>63</sup> לפיכך פרסום העלול להביא לאלימות או למשטמה עזה כלפי חלק מן האוכלוסייה – ולו גם חלק קטן ממנה – נופל בגדר איסור ההמרדה.

61 ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י, שם, 572. עמדה זהה נקט בית המשפט העליון של הרייך הגרמני וראו להלן, בטקסט שליד הערה 373.

62 ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י, שם, 572-573; דנ"פ 1789/98 מ"י נ' כהנא, פ"ד (נד) 155.

63 דנ"פ 1789/98 מ"י נ' כהנא, פ"ד (נד) 154 ואילך. לעמדה זו הצטרף השופט ש' לוי, שם, 183; השופט קדמי, שם, 183; השופטת דורנר, שם, 185 ואילך.

**(3) התאגדויות אסורות כעברה נגד המשטר**

'התאגדויות אסורות' כתופעות נגד המשטר מוגדרות בסעיפים 145-150 לחוק העונשין. ככלל האיסורים דומים לאלה שבתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, אך נבדלים מהם בהתייחסותם רק להשפעה רוחנית (הטפה, הסתה או עידוד) ולא לפעילות מהפכנית ממשית.

התאגדות אסורה מוגדרת בסעיף 145 לחוק העונשין כך:

(1) התארגנות שמשמכי היסוד שלה או פרסומיה כוללים הטפה, הסתה או עידוד לעשות מעשה שמטרתו למוטט את סדרי השלטון בדרך של מהפכה או מעשי חבלה; להפיל את הממשלה החוקית של ישראל או של מדינה אחרת בכוח או באלימות; להרוס או לפגוע בנכסי המדינה או בנכסים המשמשים למסחר בתוך המדינה או בארצות אחרות, או למעשה המרדה כפי שתואר לעיל.

(2) התארגנות שהיא נגזרת של התארגנות כאמור (סניף, מרכז, ועד, קבוצה או סיעה) או כל מוסד או בית ספר בהנהלתה או בפקוחה.

(3) חבר בני אדם המסונף או נחזה כמסונף להתארגנות כאמור.

לפי סעיף 145(3), 'חבר בני אדם שלא הודיע את תקנותיו כפי שהוא מחויב על-פי דין או שהוא מוסיף להתכנס לאחר שפורק כדן' הוא בגדר התאגדות אסורה נגד המשטר. פירוש הדבר הוא שכל התארגנות – גם מסחרית – שאינה עומדת בחובת הרישום על פי דין היא לכאורה התאגדות מהפכנית. פרשנות לשונית רגילה זו של הסעיף תוביל לערבוב מין בשאינו מינו ולתוצאה שאינה ראויה. לא מוצדק להתייחס להתארגנות שכל חטאה פורמלי כאל התארגנות מהפכנית המכוונת נגד אשיות המשטר ולהטיל עליה את הסנקציות והסטיגמה הפלילית הכרוכות בעברה חמורה נגד המשטר. כדי להימנע מתוצאות אלו הוציע המלומד קדמי לפרש גם את סעיף 145(3) כמתייחס להתנהגות נגד המשטר:

החלופה [...] מציגה, על פניה, הגדרה בסיסית נוספת – רחבה יותר – המתייחסת פורמאלית, **לכל** תאגיד הפועל 'שלא כחוק', כמפורט בגוף הסעיף; ברם, נראה כי הלכה למעשה – הריהי מיועדת להקל על השלטונות במאבקם נגד התאגדויות אסורות 'אמיתיות', כמשמעותן בס"ק (1) ר" (2), המסוות את אופיין האסור.<sup>64</sup>



סעיפים 146-149 אוסרים על הטפה לעשייה של אחת הפעולות האסורות בסעיף 145 (סעיף 146), על חברות בהתאגדות אסורה (סעיף 147), על תרומה להתאגדות אסורה (סעיף 148) ועל עשייה הקשורה בפרסומים של התאגדות אסורה (סעיף 149).

מבחינת היסוד הנפשי אפשר לטעון כי בהיעדר הזכרה של יסוד נפשי כלשהו, ובהתאם לסעיף 19 לחוק העונשין, היסוד הנפשי הנדרש הוא מחשבה פלילית. על פי דעה אחרת, הטפה לעשייה של אחת הפעולות האסורות המנויות בסעיף 145 (סעיף 146) ושידול לתרום להתאגדות אסורה (בסעיף 148) הן עברות הדורשות, לפי טיבן, יסוד נפשי מיוחד של מטרה.<sup>65</sup>

על פי סעיף 147, עברה של חברות בהתאגדות אסורה מותנית בכך שמדובר באדם שמלאו לו 16 שנים. לשם הקמת העברה די בהצטרפות להתאגדות אסורה הלכה למעשה, למשל: בקבלת הצעה מטעם ההתארגנות להצטרף אליה כחבר בהתארגנות.<sup>66</sup> גיל המינימום נדרש רק בעברת החברות בהתאגדות אסורה ואינו נדרש בעברות האחרות הקשורות להתאגדות האסורה (שעליהן חלה דרישת הגיל הכללית לפי סעיף 134 לחוק העונשין, היינו: 12 שנים).<sup>67</sup>

על פי סעיף 150 לא יוגש כתב אישום בגין עברות הקשורות בהתאגדות אסורה אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה.

## ג. הפקודה למניעת טרור, התש"ח-1948

פקודה זו מטפלת בארגון טרור כהגדרתו בסעיף 1 לפקודה: 'חבר אנשים המשתמש בפעולותיו במעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באיומים במעשי אלימות כאלה'. סעיפים 3 ו-4 אוסרים פעולות הקשורות בארגון טרור או מעודדות מעשי טרור, כגון חברות ומילוי תפקיד בארגון טרור (ובכלל זה פרסום דברים לטובת ארגון טרור), ותמיכה בארגון טרור, תמיכה כספית, פרסום דברי שבח, אהדה או עידוד למעשי אלימות של ארגון טרור.<sup>68</sup> סעיף 5 מסמיך את בית המשפט להורות על החרמת רכושו

65 שם, 40, 1171, 1175.

66 שם, 40, 1172. ראו גם לעיל, בטקסט שליד הערה 49, על ההגדרה של חברות מעשית לפי סעיף 85 לתקנות ההגנה.

67 ראו קדמי, לעיל הערה 40, 1172, 1173.

68 בהקשר זה ראוי להזכיר את הפרשנות שניתנה בדנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מ"י, פ"ד נד(5) 193, לסעיף 4א לפקודה למניעת טרור. סעיף זה, שבוטל בינתיים, קבע

של הארגון, וסעיף 6 מסמיך את המשטרה לסגור מקומות התכנסות של הארגון.

העברות בפקודה למניעת טרור אינן עברות טהורות נגד המשטר אלא עברות נגד שלום הציבור, שהוא ערך הכולל כשלעצמו מקבץ של ערכים חברתיים, כגון קדושת החיים ושלמות הגוף. לעברות אלו קשר כפול להגנה על המשטר: ראשית, במקרים מסוימים עברות אלו יכולות להגן גם על המשטר (למשל מפני פגיעה בחברה כאמצעי לפגיעה במשטר); שנית, הרקע ההיסטורי של חקיקת הפקודה קושר אותה להגנה על המשטר. כאמור, הפקודה התקבלה על ידי מועצת העם בשנת 1948 בעקבות הרצח הכפול של שליח עצרת האומות המאוחדות ועוזרו כדי להביא לידי פירוקן של המחותרות היהודיות ולרכז את הכוח המלחמתי בידי גוף אחד בלבד הכפוף לממשלה; במילים אחרות: הפקודה נחקקה כמכשיר להגנה על המשטר הקיים.<sup>69</sup>

## 2. הערכה ביקורתית של הדין הקיים

במחקר הסתה, לא המרדה<sup>70</sup> הצבענו על כך שפרק ההמרדה בחוק העונשין, התשל"ז-1977, מנוגד לעקרונות יסוד משפטיים המעוגנים גם בחוקי היסוד החוקתיים, למהותו של המשטר הדמוקרטי ולעקרונות היסוד של דיני

---

איסור על פרסום של דברי שבח, הסתה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיומים במעשי אלימות כאלה. בית המשפט קבע בדעת רוב כי הסעיף מתייחס למעשי אלימות של ארגון טרור בלבד. לפיכך התפרש האיסור שהיה בפקודה כאיסור על פרסום דברי שבח ועידוד למעשי אלימות של ארגון טרור, להבדיל מעידוד למעשים המאפיינים פעילות טרוריסטית. כאמור, סעיף 4א) לפקודה למניעת טרור בוטל; האיסור על פרסום דברי שבח או עידוד לאלימות או למעשה טרור מעוגן כיום בסעיף 2ד144 לחוק העונשין, הקובע:

א) המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות או טרור, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות או טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו (בסעיף זה – פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשיית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור, דינו – מאסר חמש שנים.

ב) בסעיף זה, 'מעשה אלימות או טרור' – עברה הפוגעת בגופו של אדם או המעמידה אדם בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה.

69 ראו ברזילי, **לעיל** הערה 38, 229; דנ"פ 8613/96 **ג'בארין נ' מ"י**, פ"ד נד(5) 193, 203-204.

70 ראו קרמיניצר וגנאים, **לעיל** הערה 34.

עונשין, ולכן יש לבטלו. להלן נדון במכלול האיסורים שבדברי החקיקה ונזכיר בקצרה גם את עיקרי דברינו במחקר הנ"ל.

עמדנו לעיל על פגמים אחדים באיסורים הקיימים: על הדמיון והכפילויות בין ההסדר בחוק העונשין לבין ההסדר בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, על סמכותו הגורפת של שר הביטחון להכריז על התאחדות אסורה לפי תקנות ההגנה ועל עירוב מין בשאינו מינו בהגדרת ההתאחדות האסורה בחוק העונשין.

עוד דוגמה לעירוב של מין בשאינו מינו היא הכללת הפלה בכוח של ממשלה חוקית זרה במסגרת מטרותיה של התאגדות אסורה.<sup>71</sup> זוהי הכללה פסולה, שכן בעטייה נכללות באיסור תופעות הפוגעות בערכים חברתיים השונים מערך ההגנה על המשטר. האיסור בכללו נועד להגן על המשטר הדמוקרטי של ישראל, ואילו האיסור על התארגנות לשם הפלה בכוח של ממשלה זרה נועד (לכאורה) להגן על משטר של מדינה זרה, גם אם מדובר במשטר שאינו בהכרח דמוקרטי. מאחר שהמשפט הישראלי נועד להגן על ערכיה של ישראל אין היגיון בכך שישראל חפצה להעניק הגנה – על ידי איסור פלילי – למשטר של מדינות אחרות. למעשה, התארגנות לפגיעה בממשלה זרה עלולה לפגוע ביחסי החוץ של מדינת ישראל עם המדינה הזרה (אף כי פליליות המעשה אינה מותנית בקיומם של יחסים כאלה), ומכאן שהערך החברתי הרציונלי המוגן בעברה זו הוא יחסי החוץ של מדינת ישראל<sup>72</sup> – אולם להגנה על ערך זה אין מקום בפרק ההגנה על המשטר הדמוקרטי בישראל.<sup>73</sup>

זאת ועוד: אין מדרג פליליות למעשים הקשורים בהתאגדות בלתי מותרת. לפי סעיף 85 לתקנות ההגנה, העונש הצפוי לכל המעורבים בהתאחדות כזאת –

71 ראו גם קדמי, **לעיל** הערה 40, 1169. אפשר להניח שהמשטר המנדטורי הבריטי הוסיף את השלטון הזר כערך מוגן כדי להגן על השלטון הבריטי בבריטניה.

72 ראו גם Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note 1*, 320; ראו גם **להלן**, בטקסט שליד הערה 196.

73 השוו לסעיף 121 לחוק העונשין העוסק בפגיעה ביחסי החוץ של ישראל באמצעות קשירת קשר לעשיית מעשה נגד 'מדינה ידידותית' – כלומר: 'מדינה המקיימת קשרים דיפלומטיים או מסחריים עם ישראל או המרשה לאזרחי ישראל לבקר בארצה' – העלול לפגוע ביחסי החוץ עמה; כן השוו לסעיפים 165-168 לחוק העונשין, הכלולים יחדיו תחת הכותרת 'פגיעה במדינת חוץ', שמקצתם מוגבלים למעשים המכוונים נגד כל מדינה זרה ואחרים מוגבלים למדינות ידידותיות.

הן למנהיג הן לחבר פסיבי שרק הביע נכונות להצטרף להתאחדות – הוא שנת מאסר (בסמכות של בית משפט שלום) או עשר שנות מאסר (בסמכות של בית משפט מחוזי), ולא ברור מתי יש לפנות לבית משפט שלום ומתי יש לפנות לבית משפט מחוזי. לכאורה, על פי לשון הסעיף, התביעה יכולה לבחור כרצונה את ערכאת השיפוט ולפיכך גם את העונש הצפוי.<sup>74</sup> מדרג פליליות כזה חסר גם בסעיף 147 לחוק העונשין. מדרג פליליות לא ברור ולא מוצדק מתקיים גם באשר ליחס שבין האיסורים. כך למשל, מפרסם מחדש של פרסום שיש בו כדי להביא לידי בוז כלפי רשות שלטונית צפוי לעונש של חמש שנות מאסר,<sup>75</sup> ואילו התנהגות חמורה יותר – כגון פעולה של בעל תפקיד בארגון שמטרתו למוטט באמצעים אלימים את המבנה השלטוני או את סדרי השלטון – צפויה לעונש של שנת מאסר אחת.<sup>76</sup>

נוסף על כך העברת נטל ההוכחה של היסוד הנפשי בחלופות מסוימות של האיסור לפי סעיף 85<sup>77</sup> לתקנות ההגנה אינה מתיישבת עם עקרונות היסוד של דיני ההוכחה וחזקת החפות, המעוגנים גם בסעיף 34<sup>78</sup> לחוק העונשין. לפי עקרונות היסוד הללו, התביעה הכללית חייבת להוכיח את קיומו של היסוד הנפשי הנדרש (מחשבה פלילית), וכל ספק סביר פועל לטובתו של הנאשם. כמו כן העברת הנטל להוכיח את היעדרו של יסוד נפשי אל הנאשם עומדת בסתירה לאיסורים העונשיים לפי סעיפים 145 ואילך לחוק העונשין. זאת משום שלפי סעיפים אלו התביעה הכללית חייבת – על פי סעיף 34<sup>79</sup> – להוכיח באופן פוזיטיבי את קיומו של היסוד הנפשי הנדרש. במצב דברים זה התביעה עלולה להתעלם מחוק העונשין, שהחלק הכללי בו מבטא תפיסה דמוקרטית, ולבחור להעמיד לדין דווקא על פי התקנות בגין איסורים המושפעים מתפיסה משטרית לא דמוקרטית שנקבעו על ידי

74 ראו קדמי, לעיל הערה 40, 1168.

75 ראו סעיפים 133 ו-134(ב) לחוק העונשין.

76 ראו סעיף 147 לחוק העונשין.

77 ראו החלופה הקבועה בסעיף 85(1)(ג): 'העושה עבודה כל־שהיא או מבצע שירות כל־שהוא בשביל התאחדות בלתי מותרת, אלא־אם יוכיח שהאמין בתום־לבב כי העבודה או השירות לא היו בשביל התאחדות בלתי מותרת'; וכן זו הקבועה בסעיף 85(1)(ה): אדם אשר 'מרשה או מניח שתיערך אסיפה כל־שהיא של התאחדות בלתי מותרת בבית, בניין או מקום כל־שהם, השייכים לו או מוחזקים בידו או בשליטתו, אלא־אם יוכיח שלא ידע על האסיפה ולא סייע לה בחשאי או שהאמין בתום־לבב כי האסיפה לא הייתה אסיפה של התאחדות בלתי מותרת'.

מחוקק מנדטורי לא דמוקרטי. כוח זה שבידי התביעה אינו מתיישב עם העיקרון בדבר שלטון החוק.

כאמור, פרק ההמרדה בחוק העונשין הוא שריד מיושן מתקופת המנדט הבריטי ומקורו במשפט המקובל מלפני מאות שנים. עברת ההמרדה נועדה בזמנו להגן על המשטר הבריטי המנדטורי הבלתי דמוקרטי, אך פגעה בערכי היסוד המקובלים במשטר הדמוקרטי המודרני. לפיכך עברות ההמרדה כוללות איסורים שאין להם מקום במשטר דמוקרטי. כזה הוא, למשל, האיסור על פרסום שיש בו כדי להביא לידי שנאה, בוז או אי־נאמנות לרשויות המדינה, או פרסום שיש בו כדי לעורר אי־רצון, מורת רוח או מדנים ואיבה בקרב הציבור (איסור החל אף כשמדובר בפרסום אמת), וכזאת היא הקביעה בתקנות ההגנה שלפיה התאחדות בלתי חוקית, אם היא פועלת לעידוד גרימה של שנאה או בוז או הסתה לאיבה כלפי ממשלת ישראל או כלפי שר משריה בתפקידו הרשמי. הסדרים אלו מנוגדים לעקרונות היסוד של משטר דמוקרטי,<sup>78</sup> כפי שציין השופט ברק בעניין **כהנא נ' מדינת ישראל**:<sup>79</sup>

מן הראוי הוא לשקול את ביטולה של עבירת ההמרדה שבחוק העונשין שלנו והחלפתה בעברה התואמת את משטרנו. ניסוחה של העברה עמום מדי וגבולותיה רחבים מדי. היא משקפת תפיסת עולם שאינה דמוקרטית. היא תואמת שלטון מנדטורי, שאינו שלטונו של העם, על־ידי העם, למען העם. היא אינה מעניקה משקל מספיק לחופש הביטוי.

גם בדנ"פ **כהנא** טען השופט אור:<sup>80</sup>

אכן, הגדרת המונח 'המרדה' בסעיף 136 רחוקה מלהניח את הדעת. מסקנה זו מתעצמת, אם זוכרים אנו שסעיפי החוק הדנים בהמרדה אמורים לשקף איזון בין הצורך לשמור על שלום הציבור לבין הפגיעה בחופש הביטוי. על רקע זה מתעורר הצורך בהתאמת עבירת ההמרדה, עברה שהינה שריד אנכרוניסטי מתקופת המנדט הבריטי בארץ, למציאות העכשווית של מדינה בעלת אופי דמוקרטי.

78 וראו הדין **להלן** בפרק השני, חלק ב, סעיף 8, בטקסט הצמוד להערות 330–334.

79 ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 584.

80 דנ"פ 1789/98 **מ"י נ' כהנא**, פ"ד נד(5) 154, 158.

ועוד: איסור ההמרדה לפי סעיף 136 רחב מאוד ולוקה באי־בהירות.<sup>81</sup> מצב זה פוגע בתפקידם של דיני העונשין להגן על הערכים החברתיים על ידי הכוונת התנהגותם של הפרטים. נפגעים גם עקרון הבהירות ועקרון חירות הפעולה, שהם עקרונות יסוד בדיני העונשין ונגזרים מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>82</sup> בשל הערפול ואי־הבהירות שבהגדרה הפרטים עלולים, מצד אחד, לבצע מעשים אנטי־חברתיים ואסורים בסברם בטעות שמדובר במעשים מותרים, ומצד שני – להימנע מעשיית מעשים מותרים ואף רצויים בסברם בטעות שמדובר במעשים אסורים.<sup>83</sup> במקרה כזה נפגעת חירות הפעולה בתחום חיוני במיוחד – חופש הביטוי במשמעותו הרחבה, שהוא יסוד חיוני מאין כמוהו במשטר דמוקרטי; התוצאה היא שבמקום להגן על המשטר הדמוקרטי האיסור דווקא פוגע בו.<sup>84</sup> יתרה מזו: הערפול והאי־בהירות

81 קרמניצר וגנאים, **לעיל** הערה 34, 9-12; דנ"פ 1789/98 **מ"י נ' כהנא**, פ"ד נד(5) 160-156; בג"צ 11243/02 **פייגלין נ' יו"ר ועדת הבחירות**, פ"ד נו(4) 145, 168-169; גם הוועדה הקנדית והוועדה האנגלית לתיקון פרק ההמרדה גורסות כי הגדרת ההמרדה שם, הזזה להגדרה שבחוק העונשין הישראלי, אינה בהירה; ראו L.R.C. of Canada, *supra note* 15, 32; A. W. Mewett and M. Manning, *On Criminal Law*, 3rd. ed., (Toronto: Butterworths, 1994) 604f; U.K. L.C., No. 72, *supra note* 1, 3f

82 על כך שתפקידם של דיני עונשין, עקרון הבהירות ועקרון חירות הפעולה נגזרים מחוק היסוד ראו י' קרפ, 'המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', **הפרקליט** מב (התשנ"ו) 64, 67-79, 84-86, 98-100; ברק, **לעיל** הערה 31, 17-18; ד' בייך, 'חוק־היסוד והעברות הספציפיות', **מחקרי משפט** יג (התשנ"ו) 251, 256; H. H. Jescheck und Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., (Berlin: Duncker und Humblot, 1996) 2f; C. Roxin, 'Sinn und Zweck der Strafe', in: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme* (Berlin: de Gruyter, 1973) 12ff; O. M. Garibaldi, 'General Limitations on Human Rights: The Principles of Legality', 17 *Harv. Int. L. J.* 503ff (1976); קרמניצר וגנאים, **לעיל** הערה 34, 11, 12 והאסמכתאות שם.

83 ראו גם המחלוקת בין השופטים בדבר הערך החברתי המוגן ועל היקף העברה בע"פ 243/93 **מ"י נ' כהנא**, פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים, 7-19 (טרם פורסם); קדמי, **לעיל** הערה 40, 1120-1121; ת"פ 3795/95 **מ"י נ' בלחסן**, פ"ד של בית משפט השלום בירושלים, 23 (טרם פורסם); קדמי, שם, 1119-1121.

84 קרמניצר וגנאים, **לעיל** הערה 34, 9, 11, 12. השוו גם בג"צ 11225/03 **ח"כ בשארה נ' היועמ"ש** (טרם פורסם), שם נדונה שאלת חסינותו העניינית של ח"כ בשארה לעניין התבטאויות שהן עברה על הפקודה למניעת טרור, 1948, שם, פסקאות 9 ו-13 לפסק דינו של השופט ברק.

בהגדרת האיסור עלולים להביא לאכיפה שרירותית ובלתי שוויונית ואף לאכיפת יתר בתקופת משבר.<sup>85</sup>

דוגמה לסכנה של אכיפת יתר בגין הערפול הקיים אפשר לראות בפסק הדין בעניין **ענבתאוי נ' מדינת ישראל**.<sup>86</sup> באותו עניין ערער ענבתאוי על הרשעתו בעברה של פרסומי המרדה לפי סעיף 134(א) לחוק העונשין. נסיבות המקרה היו כדלקמן: בתקופת מלחמת המפרץ (אוגוסט 1990), עקב סכסוך שכנים ובמצב של גילופין צעק ענתאוי: 'אטבח אל יהוד', 'אני אביא את סאדם חוסיין שיהרוג אתכם', 'אני אעשה לכם אינתיפאדה'. בגין אמירותיו אלו הורשע ענבתאוי בעברה של פרסום מעשי המרדה כאמור ונגזר עליו עונש של שנתיים (!) מאסר בפועל.<sup>87</sup> אין ספק שלא למקרים מעין אלו – של אמירות בגילופין במסגרת סכסוך שכנים – כוונה עברת ההמרדה.

אמנם סעיף 138 כולל סייגים לאחריות פלילית, ולפי סעיף 135 לא יוגש כתב אישום אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, אך אין בסייגים אלו כדי לרפא את הנגע האנטי־דמוקרטי שבהגדרת האיסור. אין דרך להבטיח שהיועץ המשפטי יפעל תמיד היטב. נוסף על כך, האזרחים זכאים לשלטון החוק ולא לשלטון היועץ המשפטי לממשלה או לשלטון הפרשנות השיפוטית; ושלטון החוק מתבטא בנורמות ראויות שקובעים נציגיהם הנבחרים של

85 ראו קרמניצר וגנאים, **לעיל** הערה 34, 11, 23; בבנשתי, **לעיל** הערה 59, 29.  
86 ע"פ 1448/91 **ענבתאוי נ' מ"י**, תק"על 1991, כרך (3) 2396. עוד השוו אזהרות היועץ המשפטי לממשלה בדבר האפשרות להעמדה לדין בלתי מוצדקת של עיתונאים, כפי שפורסמו בעיתון **הארץ** (9.11.1995). ראו גם קרמניצר וגנאים, **לעיל** הערה 34, 13; ז' סגל, **חופש העיתונות: בין מיתוס למציאות** (תל אביב: פפירוס, 1996) 37-38; ר' שפירא, 'הוארך מעצרו של חופש הביטוי', **הארץ** (4.12.1995). לנוהג אי־העמדה לדין בימים כתיקונם בשל חשיבותו של חופש הביטוי ראו בג"צ 588/94 **שלנגר נ' היוה"מ**, פ"ד מח(3) 40; בג"צ 292/86 **העצני נ' מ"י**, פ"ד מב(4) 406; י' זמיר, 'חרות הביטוי כנגד לשון הרע ואליומות מילולית', בתוך: א' ברק ואח' (עורכים), **ספר זוסמן: לזכרו של יואל הכהן זוסמן, נשיא בית המשפט העליון** (ירושלים, 1984) 149, 155-156. על הבעייתיות והשיקולים הבלתי ענייניים באכיפת העברות הרחבות מאוד והבלתי בהירות של העלבת עובד ציבור (סעיף 288 לחוק העונשין) וזילות בית המשפט ראו ר' שגב, **חופש הביטוי נגד רשויות המדינה: הצעה לביטול האיסורים על ביטויים הפוגעים במעמדם של שופטים ועובדי ציבור** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2001) 48 ואילך.  
87 יצוין כי תוצאת הערעור הייתה הסכמה בין הצדדים. לפי הסדר הטוען יזכה ענבתאוי להקלה בעונשו כך שעונש המאסר שהוטל עליו בפועל ירוצה בחופו לעונש מאסר על תנאי שהופעל באותו עניין.

האזרחים.<sup>88</sup> סייגים של הצדקה בדין נועדו לשלול אופי אנטי-חברתי של מעשה הפוגע בערך חברתי מוגן. כאשר מעשה כלל אינו פוגע בערך חברתי מוגן, אין מקום לסייגים של הצדקה בדין שכן אין מה לשלול.<sup>89</sup>

המסקנה המתבקשת היא ביטולן של העברות נגד המשטר בפרק ההמרדה בחוק העונשין, התשל"ז-1977, ובתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. במקומן נציע איסורים להגנה על המשטר הדמוקרטי מתוך האיזונים הנדרשים במשטר דמוקרטי.

הצבענו לעיל על הבעייתיות שבהסדרה החוקית של עברות נגד המשטר במסגרת הפקודה למניעת טרור, שכזכור התקבלה על ידי מועצת העם כדי להביא לידי פירוק המחתרות היהודיות וריכוז הכוח המלחמתי בידי גוף אחד הכפוף לממשלה. בעייתיות זו אכן מחייבת לבחון מחדש את הוראות הפקודה, בשים לב לעקרונות המשטר הדמוקרטי ולמחויבותו לזכויות יסוד. עם זה התופעות המנויות בפקודה למניעת טרור אינן עוסקות רק בעברות נגד המשטר: הן עוסקות בתופעה רחבה יותר של מעשי טרור ובהגנה על שלום הציבור בכלל. לפיכך, בהתחשב בהיקפה זה של היריעה לא נדון במסגרת חיבור זה בהסדרתן הראויה של העברות הקבועות בפקודה למניעת טרור.

88 קרמניצר וגנאים, **לעיל** הערה 34, 10, 12-13, 14.

89 ראו גם **שם**, 10.



## עברות נגד המשטר הדין הרצוי

### מבוא

תפקידם של דיני העונשין בחברה דמוקרטית הוא הגנה על החיים בצוותא של אנשים חופשיים על פי השקפות החברה ובהתאם למשטר המדיני. העברות נגד המשטר הן תופעות הפוגעות במהותו, במבנהו ובתפקודו של המשטר. אין חולק כי בכל מדינה דמוקרטית לא רק הפרטים זכאים להגנה אלא גם המסגרת המדינית שלהם. המשטר הדמוקרטי (המסגרת המדינית של המדינה) משמעו שלטון האזרחים, ומכאן שביטולו משמעו פגיעה ישירה ומיידית בזכויות היסוד של האזרחים ויצירת בסיס לפגיעות מתמשכות וחמורות בזכויותיהם במשטר דיקטטורי.<sup>90</sup> ההגנה על המשטר הדמוקרטי נגזרת אפוא מההגנה המוענקת לאזרחים, ותכליתה לאפשר למדינה לקיים את חובתה להגן על זכויות היסוד ועל האינטרסים שלהם.<sup>91</sup>

ההגנה על המדינה ומוסדותיה היא אמצעי למטרת-העל – הגנה על האדם. הפרט יכול לקיים ולממש את זכויות היסוד שלו במסגרת פיזית ומשטרית המתפקדת כראוי, ולכן פגיעה במסגרת המשטרית פוגעת ביכולתה של המדינה לפעול למען הפרטים. ל'הגנה על המסגרת המדינית' יש משמעות כפולה: הגנה על עצם קיומה של שיטת המשטר, קרי: מניעת פעילות מהפכנית של גופים המבקשים לפגוע באופי הדמוקרטי של המדינה והגנה על מוסדות המדינה כדי שיוכלו למלא את תפקידם כראוי.<sup>92</sup>

90 כפי שיפורט להלן, בטקסט שליד הערה 351, עמדה זו כבר ננקטה בגרמניה במאה התשע עשרה.

91 ראו גם א' ברק, 'תפקידו של בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית', בתוך: ר' כהן-אלמגור (עורך), **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** (תל אביב: ספרית פועלים, 1999), 129, 132; L.R.C. of; 132, 129 (1999) Laufhuetter, *supra note 1*, Vor §80 para 21; Canada, *supra note 15*, 43ff

92 ראו גם Laufhuetter, *supra note 1*, Vor §80 para 21. גם ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד (2) 225, 310, 314; ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון 'הארץ' בע"מ, פ"ד (3) 337. עם זה יש הבדל בין פגיעה במדינה כישות פיזית (שטח) לבין פגיעה במדינה כישות מדינית (ממשל), והוא מתבטא בתופעות הנופלות בגדר העברות והעונשים שהן מטילות. יתרה מזו: עצם ההצדקה לעברות אלו והיקפן במשטר דמוקרטי שונים מההצדקה וההיקף הניתנים להן במשטר לא דמוקרטי; כאמור, מחקר זה מתמקד בשיטת המשטר הדמוקרטית.

ברי כי ניסוח אמצעי ההגנה על המשטר הדמוקרטי חייב להיגזר מעקרונות היסוד של השיטה ולהלום אותם. תהליך זה מחייב בראש ובראשונה לעמוד על הגרעין המושגי של שיטת המשטר הדמוקרטי. זיהוי הגרעין המושגי, ובאמצעותו אפיון הרכיב המהותי של שיטת המשטר, יאפשר לזהות את הערך החברתי שעליו יש להגן באמצעות המשפט הפלילי. זיהוי של הערך וכינון אמצעי ההגנה עליו נגזרים אפוא מהעקרונות של שיטת המשטר וכפופים למגבלות הנובעות ממנה.

## א. האפיון המושגי של המשטר הדמוקרטי

התגבשותה של המחשבה הדמוקרטית המודרנית על בסיסם של יסודות בני אלפי שנים נמשך יותר מארבע מאות שנה. גם היום הדיון האקדמי והפוליטי בנושא ער ואינטנסיבי ומתמודד עם הקשיים שקיימים עדיין בתפיסת המשטר הדמוקרטי.<sup>93</sup>

המשטר הדמוקרטי המהותי נחשב למשטר השואב את כוחו מהאזרחים כולם, ולכן הוא מוגדר כשלטון האזרחים ולא כשלטון הרוב.<sup>94</sup> הרעיון הדמוקרטי מושתת על השתתפות אמתית ושווה של כל האזרחים בשלטון, היינו: על התפיסה שכל האזרחים ניחנים בתבונה בסיסית המאפשרת השתתפות פעילה בתהליך הקולקטיבי של קבלת החלטות. מטרתו העיקרית של המשטר היא לערוך סדר הוגן ויציב בין רצונותיהם של כל הפרטים המשתייכים לחברה מתוך שמירה על זכויותיהם ועל חירותם.<sup>95</sup>

93 לסקירת התפתחותו של ההליך הדמוקרטי ראו ר' דאל, **על הדמוקרטיה** (תרגם אליעזר פלד, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2002) 13 ואילך; פ' עוז-זלצברגר, 'הדמוקרטיה הליברלית: מבט היסטורי', בתוך: ר' כהן-אלמגור (עורך), **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** (תל אביב: ספרית פועלים, 1999) 41 ואילך. ראו גם י' אזרחי, 'המימד התרבותי של מושג הכוח בדמוקרטיה המודרנית', **זמנים** 50-51 (1994) 4 ואילך; Y. Dinstein, 'The Dilemmas of Democracy', *26 Israel Yearbook on Human Rights* (1996) 1ff אזרחי: מדינת-לאום או דמוקרטיה רב-תרבותית – ישראל וגבולות הדמוקרטיה הליברלית, **אלפיים** 16 (1998) 238; ס' סמוחה, 'המשטר של מדינת-ישראל: דמוקרטיה אזרחית, אי-דמוקרטיה או דמוקרטיה אתנית', **סוציולוגיה ישראלית** ב (1999) 565.

94 זוהי אחת התפיסות החשובות שפיתחו לוק ורוסו על האמנה החברתית; ראו גם י' אזרחי, 'מבוא', בתוך: י' אזרחי ומ' קרמניצר (עורכים), **ישראל לקראת דמוקרטיה חוקתית: עקרונות לתיקון מדינה ומשטר**, כרך 1 (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2001) 18-19.

95 ראו גם עוז-זלצברגר, **לעיל** הערה 93, 41-42; אזרחי, **לעיל** הערה 94, 18; ר' גביון,

האמנה החברתית היא הביטוי הסימבולי למערכת היחסים בין כל אזרחי המדינה: האמנה קובעת את התנאים המוסכמים לכינון הישות המשותפת המושתתת על נתונים פיזיים (שטח, אוכלוסייה וכדו') ועל נתונים מטפיזיים (העקרונות המשטריים). האמנה החברתית היא למעשה ניסוח של קונסנזוס מסוים בקרב חברי הקהילה המדינית, מעין 'מפרט' של ההסכמה הבסיסית ביניהם. על מצע הקונסנזוס הזה מתפתחת מערכת הערכים והנורמות שהיא התשתית לחיי הקהילה.<sup>96</sup>

אם כן, בחינת מאפייניו של המשטר הדמוקרטי מורה על שלושה מוקדי סמכות וכוח שהם רכיבי היסוד של המשטר הדמוקרטי: כלל הפרטים (הציבור), הממשל המדיני (השלטון) ומסגרת הכללים המסדירים את מערכות היחסים בחברה (המשפט). רכיבי היסוד מקיימים בינם לבין עצמם מערכת יחסים מורכבת. במערכת שלטון דמוקרטית הפרטים המרכיבים את החברה נושאים בסמכות היסודית; במובן העמוק של הדברים הם המכוונים של השלטון ושל המשפט, שהרי ריבונות המדינה וכוחן של רשויות השלטון מקורן באזרחים. קשר זה בין הפרטים לבין השלטון מתאפשר באמצעות כללי פעולה שעיקרם מתן אפשרות שווה לכל הפרטים להשפיע על המערכת הקולקטיבית לקבלת החלטות.<sup>97</sup>

לפי תפיסה אחת של הדמוקרטיה, המשטר הדמוקרטי שואב את כוחו מן האזרחים והם הנושאים בכוח השלטוני, אך מאחר שלא תיתכן הסכמה

---

'מבוא', בתוך: ר' גביון (עורכת), **זכויות האזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה. כהן** (ירושלים: האגודה לזכויות האזרח בישראל, 1982), 17; P. Glotz, 'Am Widerstand scheiden sich die Geister', in: P. Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaat* (Frankfurt: Suhrkamp, 1983) 8; Schwagerl, *supra note* 19, 5ff; ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 552; ה' קלון, **על מהותה וערכה של הדמוקרטיה** (תרגום יצחק אנגלרד, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, התשס"ה, 2005) 27-34.

96 J. Habermas, 'Ziviler Ungehorsam: Testfall fuer den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritaeren Legalismus in der Bundesrepublik', in P. Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat* (Frankfurt: Suhrkamp, 1983) 29, 37f; עוז-זלצברגר, **לעיל** הערה 93, 41.

97 השוו לתיאור של תפקיד השוויון בדמוקרטיה מההיבט של העיקרון בדבר הכרעת הרוב; קלון, **לעיל** הערה 95, 31-32 (השוויון תומך בדמוקרטיה במובן של הכרעת רוב כי אם אי-אפשר להגשים את החירות של כולם, יש להגשים את החירות של אנשים רבים ככל האפשר).

חברתית כללית בכל הנושאים, ההכרעות מתקבלות על פי הרוב. לפי תפיסה זו, הרוב יכול ורשאי להכריע הכרעות בחברה אפילו אם מדובר בהכרעות גורליות לחברה ולמהותו ואופיו של המשטר, והוא יכול אפילו לבטל את המשטר הדמוקרטי. החוקה שמעגנת את השיטה המשטרית אינה תורה מסיני, והיא ניתנת לשינוי או לביטול – ואלה נופלים בגדר סמכותו של הממשל המדיני, קרי: המחוקק (במשטר המבוסס על חוקים) או המחוקק והציבור בצוותא (במשטר המבוסס על חוקה). שינוי וביטול של החוקה ושל שיטת המשטר אינם אסורים כשלעצמם; הם אסורים רק אם הם מתבצעים באמצעים אלימים. שינוי וביטול של השיטה הדמוקרטית באמצעים 'דמוקרטיים' – קרי: אמצעים שאין בהם יסוד של אלימות – אינם אסורים מבחינת המשטר הדמוקרטי.

בהקשר זה יש מקום לציין כי החשיבה המדינית העכשווית איננה מעניקה לרוב חירות בלתי מוגבלת,<sup>98</sup> מן הטעם שהמיעוט – ואדם יחיד בכלל זה – זכאי להגנה רחבה שהרוב אינו רשאי לפגוע בה. ההגנה על המיעוט מעוגנת בערכי היסוד של השיטה הדמוקרטית, המוגדרים גם כעקרונות חוקתיים ומוגנים בחוקה או בחוקי יסוד בעלי מעמד חוקתי על-חוקי. עמדה זו מעוגנת במפורש בחוקות או בחוקי יסוד בקביעה כי חוק רגיל שנתקבל על ידי רוב כלשהו יהיה תקף רק אם הוא מתיישב עם עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי.<sup>99</sup>

בספרות המשפטית והמדינית המודרנית הובעה תפיסה אחרת של הדמוקרטיה, מרחיקת לכת מזו שתוארה לעיל. לפי תפיסה זו, הציבור במשטר דמוקרטי כפוף למערכת של ערכים ועקרונות יסוד של המבנה המשטרי הדמוקרטי עצמו. ערכים ועקרונות יסוד אלו כוללים בעיקר היבטים כמו הפרדת רשויות ועצמאות מערכת השפיטה, וכן זכויות יסוד כמו כבוד האדם וחירותו, חופש הביטוי, שוויון וכדומה – ערכים ועקרונות יסוד שאינם מכוננים על ידי הציבור ואינם נתונים לשינוי על פי הלך רוחו. הואיל ומערכת

98 ראו Dinstein, *supra note* 93, 4ff; L.R.C. of Canada, *supra note* 15, 42; ברק, **לעיל** הערה 91, 133; אזרחי, **לעיל** הערה 94, 18 ואילך. ראו גם Y. Tamir, *Liberal Nationalism* (Princeton: Princeton University Press, 1993) 35ff

99 ראו סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: 'חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד זה את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה [...] דמוקרטית'. ראו גם ד' הד, 'על-פי רוב', בתוך: ר' כהן-אלמגור (עורך), **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** (תל אביב: ספרית פועלים, 1999) 77.

החיים הדמוקרטיים כפופה לעקרונות היסוד האוניברסליים, היא מתנהלת בגבולותיה של מערכת ערכית שמקור תקפותה חיצוני למערכת הפוליטית והיא עצמה אינה מוכרעת או נבחנת באמצעות התהליך הדמוקרטי.<sup>100</sup> מערכת הערכים היסודית איננה מכוננת באופן דמוקרטי ואיננה שואבת את ההצדקה לקיומה מהסכמת הנשלטים; מערכת ערכים זו מסרטטת את גבולות הפעילות הדמוקרטית והיא מקור הלגיטימציה העיקרי שלה. על פי תפיסה זו, העיקרון הדמוקרטי הבסיסי אינו ריבונות האזרחים או שלטון הרוב אלא דווקא ההגמוניה של מערכת הערכים היסודית.<sup>101</sup> מערכת ערכית זו יכולה לכלול גם את ההנחה כי יש ערך לעצם קיומו של משטר דמוקרטי שאינו כפוף למערכת הדמוקרטית. תפיסה זו שונה מתפיסת הדמוקרטיה כריבונות בלתי מוגבלת של האזרחים, משום שלפיה המשטר הדמוקרטי מחויב למנוע מצב שבו הכרעות רוב דמוקרטיות יכולות לשנות את עצם מהותו ואופיו של המשטר הדמוקרטי. כדי למנוע מצב זה של ביטול או שינוי של שיטת המשטר הדמוקרטי, הגדירה תפיסה זו את המשטר הדמוקרטי ככפוף למערכת ערכים מוחלטת שאינה ניתנת לביטול או לשינוי ואינה תלויה ברצונו של הציבור, יהיה גודלו אשר יהיה. זהו הבסיס לדוקטרינה של 'דמוקרטיה לוחמת ומתגוננת'.

את התפיסה המודרנית לדמוקרטיה אפשר לאפיין גם בכך שמערכת הערכים המוחלטת שבבסיסה טבועה בהיותו של האזרח אדם שווה בין שווים בחברה ובעל זכויות יסוד בסיסיות. מכאן שמערכת ערכים זו אינה נמצאת מחוץ לגבולות השיטה הדמוקרטית אלא בתוכה – באמצעות בני האדם החברים בה. כך למשל, זכויות יסוד שנפקותן אינה מותנית בהסכמת הציבור נובעות מהיותו של האדם בן-אנוש, יצור חברתי ובעל קיום עצמאי משלו. מכאן ההתייחסות לזכויות היסוד של האדם כזכויות 'טבעיות',<sup>102</sup>

100 ראו י' תמיר, 'ממציאות הכרחית למעלה טובה: המיתוס הדמוקרטי', **זמנים** R. Dworkin, *A Matter of Principle*; 15, 95, הערה 28; גביון, **לעיל** הערה 95, 51-50 (1994); J. Raz, *Ethics in the* (Cambridge: Harvard University Press, 1985) 198; *Public Domain*, (Oxford: Clarendon Press, 1994) 97 קרמניצר, **לעיל** הערה 17-15, 28.

101 ראו תמיר, **לעיל** הערה 100, 28; קרמניצר, **לעיל** הערה 28, 16.

102 ראו גם ר' גביון, **זכויות אדם בישראל** (תל אביב: משרד הביטחון, 1994) 12, 14; א' סבן, 'הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו', **עיוני משפט** כז (התשס"ב) 241, 247; כהן-אלמגור, **לעיל** הערה 28, 109.

קרי: זכויות שמקורן במשפט הטבעי. במשטר הדמוקרטי, הרואה את האדם כמטרה ואת החברה כמורכבת מפרטים הנושאים בסמכויות השלטון, זכויות היסוד של היחיד ושל המיעוט הן לבו של הרעיון הדמוקרטי. מכאן שהתפיסה של הדמוקרטיה (המהותית, להבדיל מזו הפורמלית) טבועה באדם ובאנושיותו, במערכת הערכים שהוא מייצג, בתכונות הטבעיות שבו ובהן רגש הצדק, ובזכויותיו הבסיסיות כגון חירות ושוויון. במובן זה מערכת הערכים של המשטר הדמוקרטי אינה נמצאת מחוץ למערכת הערכים של האזרחים.<sup>103</sup> לפי תפיסה זו הפרט אינו רשאי לוותר על זכויות היסוד הבסיסיות שלו עצמו, והכלל אינו רשאי לוותר על זכויות היסוד הבסיסיות של פרט כלשהו: הפרט אינו רשאי למכור את עצמו לעבד, והכלל אינו רשאי לוותר על החירות הקולקטיבית שלו המתבטאת במשטר הדמוקרטי. הכרעה אוטונומית של רגע – רגע הוויתור על עקרון היסוד של משטר דמוקרטי – אינה יכולה לגבור על אוטונומיה של קבע המקוימת ונשמרת באמצעות משטר דמוקרטי ונשללת במשטר טוטליטרי; והרי ויתור כזה עלול להיות בלתי הפיך.

נוסף על כך, במשטר דמוקרטי שהתקבל בחברה מסוימת קיימת מערכת הערכים הזאת כפי שהיא באה לידי ביטוי באמנה החברתית. מבחינה זו מערכת הערכים תלויה ברצונו של כל הציבור ולא ברצונו של רוב הציבור בלבד, ולכן שינויה או ביטולה דורשים את הסכמת הציבור כולו.

המשטר הדמוקרטי מאופיין בעקרון השליחות ובעקרון הנאמנות הנגזר ממנו כתשתית ליחסים בין גורמי השלטון לבין האזרחים. האזרחים הם הריבון, ונציגי הציבור וממלאי התפקידים הציבוריים במוסדות המדינה הם נאמניו. הם נבחרו או נתמנו כדי לשרת את הציבור, קרי: לפעול לטובתו ולטובתו בלבד. בהקשר זה אמר השופט ח' כהן:

לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי

103 ראו גם י' אזרחי ומ' קרמניצר, **ישראל לקראת דמוקרטיה חוקתית: עקרונות לתיקון מדינה ומשטר** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, פרסומי המועצה הציבורית, כרך 1) 34; גביוון, **לעיל** הערה 102, 20; סבן, **לעיל** הערה 102, 247; H. P. Schneider, 'Gesetzgeber in eigener Sache: Zur Problematik parlamentarischer Selbstbetroffenheit im demokratischen Parteistaat', in: D. Grimm und W. Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, 13 Jahrbuch fuer Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988) 327, 334

אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות.<sup>104</sup>

מכאן החיוניות של מתן דין וחשבון של גורמי השלטון לציבור והצורך בשקיפות של הפעולה השלטונית. המשטר הדמוקרטי נבדל מכל צורת משטר אחרת (כגון דיקטטורה) בכך שהוא צורה של פוליטיקה שקופה:<sup>105</sup> הכוח הפוליטי והמעשים של המוסדות השלטוניים צריכים להיות חשופים לאזרח. חשיפת הכוח הפוליטי ושקיפות השימוש בו עומדים ביסוד הלגיטימיות של הממשל הדמוקרטי, שאינו רשאי לפעול בשרירות אלא כנאמן הציבור הפועל בשליחותו ולמענו. כמו כן, מעצם טיבו של הממשל הדמוקרטי כפוליטיקה שקופה הוא נתון לביקורת האזרחים, שכן 'העין הרואה את הכוח הפוליטי ושימושיו [...] שמה אותו באזיקים. כוח נראה הוא כוח מוגבל ומבוקר, והמחזיקים בו אינם חופשיים להשתמש בו באופן שרירותי'.<sup>106</sup> בלי פעולת הביקורת המתמדת תימנע מהאזרחים היכולת להשפיע השפעה מושכלת על אורחות השלטון ועל איוש הנהגתו. הן התפקוד הן הלגיטימציה של המשטר הדמוקרטי נעוצים אפוא בקיומו של כוח המבקר את הממשל. הבעת ביקורת, מחאה והתנגדות לפועלו של הממשל נמנית עם יסודותיו החיוניים של המשטר הדמוקרטי.

ראויים לציון חשיבותו ומעמדו היסודיים של עקרון האוטונומיה בשיטת המשטר הדמוקרטי. תחום הרגשות והמחשבות שייך לתחום הפנימי המובהק (האוטונומיה) של האדם, ובמשטר דמוקרטי אין לחברה המאורגנת ולשלטון הצדקה לחדור לתחום זה. עקרון האוטונומיה, המוגן בישראל בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מעניק לאדם מרחב שבו הוא יכול ורשאי לנהל את חייו בלי שום הפרעה או הגבלה כל עוד מעשיו ופעולותיו אינם סותרים ערכים חברתיים של הזולת, קרי: אינם פוגעים באוטונומיה

104 בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331.

105 ראו אזרחי, לעיל הערה 93, 4 ואילך; אזרחי וקרמניצר, לעיל הערה 103, 92-93.

106 אזרחי, לעיל הערה 93, 4.

של הזולת<sup>107</sup> או באינטרסים של החברה.<sup>108</sup> השלטון הדמוקרטי אינו רשאי למנוע מהפרטים לעשות ככל העולה על רוחם כל עוד מעשיהם אינם מסכנים את הזולת או את המשטר עצמו.<sup>109</sup>

## ב. ערכים חברתיים הראויים להגנה באמצעות עברות נגד המשטר

המשטר הדמוקרטי זכאי וראוי להגנה באמצעות המשפט הפלילי, ועברות נגד המשטר נועדו להגן עליו. מחד גיסא אין לאפשר ניצול של היתרונות שהדמוקרטיה מעניקה בתחום הזכויות והחירויות כדי לחתור תחת אשיות המשטר הדמוקרטי ולמוטט אותו;<sup>110</sup> מאידך גיסא אין להגן על הדמוקרטיה בדרכים הפוגעות בליבתה, היינו: באורח החיים הדמוקרטי. להבדיל מהדיקטטורה, הדמוקרטיה אינה מכשירה את כל האמצעים להשגתה של מטרה ראויה, והיא מאופיינת בבחירה זהירה וקפדנית של האמצעים שהיא נוקטת. מכאן שגם בחירה של אמצעי ההגנה על המשטר הדמוקרטי צריכה להלום את מהותו הדמוקרטית של המשטר. עיקר הקושי נותר באפיון הגבולות בין התנהגויות שעקרונות דמוקרטיות צריכים להסכין עמן (ולמצער לסבול את קיומן), התנהגויות שיש להוקיע ולהילחם בהן באמצעות המערכת הפוליטית והחינוכית-תרבותית, ובין התנהגויות שיש לאסור בחוק הפלילי מטעמים של הגנה על הדמוקרטיה.

- 107 ראו גם עוז-זלצברגר, **לעיל** הערה 93, 41; בנבנשתי, **לעיל** הערה 59, 33.
- 108 מעניין לציין שעקרון האוטונומיה פותח וזכה להתייחסות ראויה של קאנט, הידוע בכך שאינו דמוקרט. עם זה, תפיסתו של קאנט הרואה את האוטונומיה כזכות מוחלטת אינה מקובלת. במשטר דמוקרטי ייתכנו – ואף רצוי שיהיו – מקרים שבהם יש לחדור לספרה האישית של האדם, למשל באמצעות הסייגים של צורך וכורח וחוק 'לא תעמוד על דם רעך'. זאת ועוד: על פי תפיסת האוטונומיה של קאנט, המדינה ניטרלית ואיננה רשאית להעדיף השקפות מסוימות ולקדמן או לדחות השקפות אחרות. עמדה זו אינה מקובלת משום שהמשטר המדיני, ובמיוחד זה הדמוקרטי, הוא משטר של ערכים המבטאים את ההשקפות הנורמטיביות של החברה. לפיכך אי-אפשר לטעון שהמדינה ניטרלית; נהפוך הוא: המדינה חייבת לקדם את הרעיונות הדמוקרטיים.
- 109 ראו גם בנבנשתי, **לעיל** הערה 59, 33.
- 110 ראו Schwagerl, *supra* note 19, 9ff; J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971) 214ff; BVerfGE 25, 88, 100; BVerfGE 28, 36, 48f



כפי שעולה גם מהמשפט המשווה, התנהגויות נגד המשטר הדמוקרטי עשויות לבוא על ביטוין בשלל תופעות רבות ומגוונות: הקמה של ארגונים מהפכניים החותרים תחת אשיות המשטר כדי להחריבו באמצעים אלימים או באמצעים בלתי חוקיים אחרים; נקיטת כוח, איומים, שוחד או הטעיה כלפי ממלאי תפקידים ממלכתיים מרכזיים כמו נשיא המדינה, חברי הכנסת או ועדותיה וחברי ממשלה כדי לגרום להם להפעיל את סמכותם המוסדית בצורה מסוימת; נקיטת אלימות כגון גרימת מוות או חבלה כלפי ממלאי תפקידים ממלכתיים כאמור; נקיטת אמצעים אלימים נגד מוסד המסמל את המשטר הדמוקרטי, כגון פגיעה פיזית במשכן הכנסת, בבניין הממשלה או באחד ממשרדיה; שלילה של שיטת המשטר הדמוקרטי וכפירה בה; פרסום תכנים העלולים לפגוע בכבודם של נושאי תפקידים ממלכתיים; פרסום תכנים העלולים לגרום שנאה ואיבה כלפי המדינה, סמליה ומוסדותיה. אילו הן ההתנהגויות שאפשר וראוי להגדיר כעברות פליליות נגד המשטר?

## **1. אלימות נגד המשטר ומוסדותיו מתוך מטרה למוטט את המשטר או את מוסדותיו**

אחת התופעות החמורות והמסוכנות ביותר למשטר הדמוקרטי ולמוסדותיו, ובאופן עקיף גם לחברה, היא מעשים הפוגעים במבנה הארגוני והתפקודי של המשטר הדמוקרטי או מסכנים אותו כדי למוטט אותו או את מוסדותיו. להלן נדון במעשים מובהקים מסוג זה.

### **א. הפיכה**

הפיכה משמעה פגיעה במבנה המשטר – בהקשר הישראלי הכוונה למשטר הדמוקרטי – באמצעות מיטוטו וחיסולו באמצעים אלימים, החל בשלילת יכולת הפעולה שלו וכלה בהחלפתו במשטר אחר. כאמור, עברה זו כוללת גם מניעה של מוסדות המשטר ממילוי תפקידם החוקתי, למשל: נטרול הכנסת או הממשלה ממילוי תפקידן על ידי מניעתן מהתכנסות ומקבלת החלטות (כגון באמצעות כליאה של חברי הכנסת או של השרים). ודוק: מדובר במניעתה של הפעולה השלטונית, וזאת להבדיל מהשפעה על הפעולה השלטונית ומהטייתה. פגיעה במוסד שלטוני-דמוקרטי נחשבת לפגיעה במבנה המשטר רק אם מדובר בפגיעה מתמשכת וניכרת. פגיעה חד-פעמית – כגון חסימת הכניסה למשכן הכנסת כדי למנוע קבלה של חוק מסוים או של החלטה מסוימת – לא תיחשב לפגיעה במבנה המשטר

אלא אך לפגיעה במוסד שלטוני-דמוקרטי. במקרה כזה העברה הרלוונטית תהא שימוש בכוח נגד אישי השלטון ולא פגיעה במבנה המשטר.<sup>111</sup> אנו מציעים את ההגדרה הזאת:

### פעולה באמצעים פסולים כנגד מוסד שלטוני

- (א) מוסד שלטוני – הכנסת, ועדותיה והממשלה.  
 (ב) אלימות – שימוש בכוח ואיום לשימוש בכוח כלפי אדם.  
 (ג) אמצעים פסולים – אלימות ומעשים שיש בהם לפגוע בתשתיות או בשירותים חיוניים לציבור.  
 (ד) התארגנות מהפכנית נגד המשטר – חבירה יחדיו של קבוצת אנשים [מוצע לקבוע קבוצה הכוללת שלושה עד חמישה אנשים כמספר מינימלי להתארגנות] שאחת ממטרותיה המוצהרות או הנסתרות היא:

- (1) למוטט את המשטר הדמוקרטי, להחליפו במשטר אחר או לפגוע בדרך אחרת בשיטת המשטר הדמוקרטית, והכול באמצעים פסולים.  
 (2) למוטט מוסד שלטוני או לפגוע ביכולת התפקוד שלו, לרבות בניעת פעולתו או הנעתו להפעיל את סמכותו בדרך מסוימת ומתוך אילוץ, והכול באמצעים פסולים.  
 (3) להשתמש באמצעים פסולים נגד חברי מוסד שלטוני במטרה למנוע מהם או לגרום להם להפעיל את סמכויותיהם השלטוניות.

הפיכה – פגיעה במבנה המשטר הדמוקרטי באמצעות מיטוטו וחסולו באמצעים אלימים – היא תופעה מסוכנת וחמורה האסורה בכל שיטות המשפט.<sup>112</sup> ההפיכה יונקת את מסוכנותה ואת פליליותה משני גורמים מצטברים: **מטרת הקשר** (פגיעה במשטר הדמוקרטי) ו**התארגנות** למטרה זו.

111 ראו: N. Livos, *Grundlagen der Strafbarkeit wegen Hochverrats* (Pfaffenweiler: Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1984) 235

112 ראו **להלן**, בטקסט שליד הערות 390 ואילך על המשפט הגרמני; בטקסט שליד הערות 432 ואילך על המשפט השווייצרי; בטקסט שליד הערות 439 על המשפט האוסטרי; בטקסט שליד הערה 450 על המשפט היווני; בטקסט שליד הערות 465 ואילך על המשפט האנגלי; בטקסט שליד הערות 484 ואילך על המשפט האוסטרלי; בטקסט שליד הערות 498 ואילך על המשפט הקנדי; ובטקסט שליד הערות 525 ואילך על המשפט האמריקני.

המשטר הדמוקרטי הוא ערך חברתי חיוני, ובכך מוצדקת ואף מתחייבת ההגנה עליו גם באמצעות המשפט הפלילי. חיוניות ההגנה הזאת נעוצה הן בהיקף העצום של הפגיעות הצפויות בזכויות יסוד עקב הפגיעה במשטר הדמוקרטי, שהן פגיעות מגוונות, קשות ומתמשכות, הן בקושי (ולעתים בהיעדר האפשרות) להשיב את המשטר הדמוקרטי.<sup>113</sup> ברור כי עד להחזרת המשטר הדמוקרטי, כאשר הדבר אפשרי (למשל באמצעות מהפכה אזרחית כפי שהיה ביוון, או בעקבות מותו של השליט הלא דמוקרטי כפי שקרה בספרד של פרנקו, או לאחר פרישה מרצון של השליט הלא דמוקרטי כפי שקרה בצ'ילה) – עלול להיגרם נזק חמור מאוד לחברה, בכללו פגיעות רבות בחיי אדם.<sup>114</sup>

מבחינה עקרונית ההגנה על המשטר הדמוקרטי היא הפן השני, הפנימי, של ההגנה הפיזית על המדינה (בעיקר מפני אויב חיצוני): זו גם זו נועדו להגן על האזרחים ועל זכויות היסוד שלהם (מפני שעבוד מבפנים או מבחוץ, בהתאמה).<sup>115</sup>

הרכיב השני המעניק להפיכה את חומרתה המיוחדת הוא החבירה של קבוצת אנשים לשם השגת המטרה האמורה של פגיעה במשטר. יש מקום לציין כי עברות נגד המשטר במובן הכולל של המושג, לרבות אלה המגנות על תפקודם התקין של מוסדות השלטון, יכולות להיות עברות של יחידים, של קבוצת אנשים או של ארגונים. אולם בהקשר של עברת ההפיכה קשה לתאר מצב שבו אדם יחיד פועל לשינוי המבנה השלטוני באמצעים פסולים באופן שיש בו כדי לסכן את המשטר – למוטטו או לשלול את יכולת הפעולה שלו; מבחינה מעשית, חתרנות מרדנית הפוגעת במבנה המשטר והיא מעשה של אדם יחיד נראית בלתי ראלית.<sup>116</sup> מקור הגישה שלפיה מעשה של יחיד עשוי להיחשב עברה של פגיעה במבנה המשטר הוא בתפיסה כי המשטר הוא של שליט יחיד כול יכול, שיש בו זהות בין השליט לבין המשטר. במקרה כזה פגיעה פיזית בשליט שיכולה להיות מעשה של אדם אחד, היא עברה

113 על אלה נוספות, כמובן, הסכנות שמשטרים לא דמוקרטיים מטילים על שלום העולם.

114 ראו גם Boventer, *supra* note 28, 241

115 ראו גם Schroeder, *supra* note 1, 296f, 342f; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Leipzig-Wien: Deuticke, 1934) 115ff; L. R. C. of Canada, *supra* note 15, 1 א' בנדור, 'זכות המועמדות בבחירות לכנסת', **משפטים** יח (התשמ"ח) 269.

116 ראו גם Laufhuetter, *supra* note 1, §83 para 9; Stratenwerth, *supra* note 27, 237; Livos, *supra* note 111; 315; BGHSt 7, 6, 8

נגד המשטר.<sup>117</sup> עם זה, כפי שיובהר בהמשך, במשטר הדמוקרטי אין זהות בין המשטר לבין האדם הפיזי המכהן בתפקיד שלטוני, ועל כן פגיעה באדם המכהן בתפקיד שלטוני-דמוקרטי אינה בהכרח עברה נגד מבנה המשטר.<sup>118</sup> ניסיון לפגוע במבנה המשטר יהא ראלי, מעשי ומסוכן אם מדובר בחבירה של כמה אנשים למטרה זו. כאשר כמה אנשים נוקטים אלימות ואיומים לשימוש בכוח המכוונים נגד המשטר הדמוקרטי באמצעות התקפה על מוסדותיו – אלה מעשים בגדר הפיכה לשינוי המשטר המדיני.

האיסור הפלילי על מעשה הפיכה הוא כאמור האיסור על פגיעה במבנה המשטר הדמוקרטי באמצעות מיטוטו וחסולו באמצעים אלימים. מבחינה עקרונית אפשר להגדיר הפיכה מוצלחת כעברה פלילית מושלמת, ומכאן שהניסיון לבצע אסור על פי סעיף 25 לחוק העונשין. לפי סעיף 34 לחוק העונשין העונש בגין ניסיון זהה לפחות מבחינה נורמטיבית לעונש בגין העברה המושלמת.<sup>119</sup> לדעתנו, הגדרה זו של העברה אינה ראויה. הפיכה מוצלחת משמעה חיסולו של המשטר המדיני הקיים ועלייה של העבריינים (המהפכנים) לשלטון. המהפכנים (העבריינים של אתמול) אינם מועמדים לדין, ומעשה ההפיכה שלהם הוא הבסיס לשלטונם. מטבע הדברים מעשה זה מוצג ומוסבר כחיוני ומוצדק, כמהפכה אזרחית שנועדה להגן על המדינה ועל האזרחים (כפי שאכן נעשה ביוון<sup>120</sup>), ומכאן שאין זה מעשי להעמיד את השליטים החדשים לדין.<sup>121</sup> יפים לעניין זה דבריו של סר ג'ון הרינגטון (Sir John Harrington):

117 ראו **להלן**, בטקסט שליד הערה 458 על המשפט האנגלי, וגם בטקסט שליד הערות 499, 495 על המשפט הקנדי, האוסרים פגיעה במלכה. ראו גם *Laufhuetten, supra note 1, §83 para 9*

118 ראו **להלן** בפרק השני (הדין הרצוי), חלק ב, סימן 5, על פגיעה פיזית באנשי השלטון ובנבחרי הציבור בתפקידם הרשמי.

119 ראו *Livos, supra note 111, 259-260*

120 D. Spinellis, 'Probleme des Hochverrats im Lichte der Erfahrungen aus der juengen griechischen Geschichte und Rechtsprechung', *ZStW* 94 (1982) 1080, 1085; *Livos, supra note 111, 177*

121 ראו, למשל, ההפיכה שהתרחשה בשנת 1967 ביוון: לאחר המהפכה האזרחית והחזרת המשטר הדמוקרטי בשנת 1976 הועמדו לדין החתרנים בגין העברות נגד המשטר שהתבצעו לפני ההפיכה; השליט-הרוזן לא שינה את החוק בנוגע לעברות נגד המשטר, והעברות נשאו על כן והמשיכו לחול גם לאחר המהפכה האזרחית. ראו S. E. Kareklás und Ch. Papacharalambous, *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht: Griechenland* (Freiburg: Edition Iuscrim, 2001) 65

Treason doth never prosper; what's the reason? Why if it  
prosper, none dare call it Treason

[בגידה לא תצלח לעולם; מדוע? כי לו צלחה, איש לא היה מעז  
לכנותה 'בגידה'].<sup>122</sup>

הליכים פליליים יהיו אפשריים, אם בכלל,<sup>123</sup> רק לכשיוחזר המשטר הקודם על כנו,<sup>124</sup> וההיגיון המעשי מחייב שלא נשליך את יתנו על אפשרות רחוקה זו. לפיכך לדעתנו, הן מבחינת המסר המרתיע הן מבחינת מדיניות האכיפה מוצדק לחרוג מן הכלל המקובל ולאפיין את האיסור על הפיכה כאיסור **על ניסיון להפיכה** ולא רק על הפיכה מושלמת. אפקטיביות האיסור נעוצה בעיקר במניעתם של מעשי הניסיון.

יוצא אפוא שהרכיב ההתנהגותי של איסור על הפיכה כולל איסור על מעשה מושלם ועל ניסיון. יתרה מזו: כאמור, המשטר הדמוקרטי הוא ערך חברתי חיוני מן המעלה הראשונה. על כן מוצדק להסתפק גם בסכנה מופשטת לקיום המשטר כבסיס לעברה ואין להתנות את פליליות המעשה בקיומה של סכנה קונקרטית או ישירה לקיומו<sup>125</sup> – ובלבד שהמעשים היוצרים את הסכנה נגועים כשלעצמם באי־חוקיות (לפחות מבחינת המטרה). הפעלת המשפט הפלילי רק במקרים של סכנה ישירה או קונקרטית למשטר עלולה להיות מאוחרת מדי; ההמתנה להיווצרותה עלולה להתברר כגורלית לקיום המשטר הדמוקרטי. לפיכך, כחריג בדיני העונשין<sup>126</sup> מוצדק לאסור לא רק מעשה מושלם של הפיכה וניסיון להפיכה אלא גם **מעשי הכנה** לביצוע

122 ציטוט מ־Ingraham, *supra note* 3, 26. גם שקספיר ביטא עמדה זו בטענה *That's not Shakespeare*. ראו גם Livos, *supra note* 111, 163, 172

123 ולא כפי שהתרחש בצ'ילה.

124 על ההבחנה בין מהפכה אזרחית (מותרת וחיובית) לבין הפיכה (אסורה) ראו, בהקשר של יוון, Livos, *supra note* 111, 171-192

125 ראו גם Schroeder, *supra note* 1, 308ff; Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §84 para 2; *Dennis v. U.S.*, 341 U.S. 509f ע"ב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט(2) 225, 311, 314; ראו גם בנדור, **לעיל** הערה 115, 280-287; ראו לעומתם השופט כהן בע"ב 1/65 **ירדור נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט(3) 367, 381. ראו גם ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין**, ב (ירושלים: המכון הישראלי לפרסומים תלמודיים, 1987) פסקאות 67-70.

126 ראו גם Beck, *supra note* 1

הפיכה. החריג שבהפללת מעשה ההכנה הספציפי לפגיעה במשטר מוצדק בשל פוטנציאל הסכנה שבו, חשיבותו להגנה על המשטר וחיוניות 'הקדמת תרופה למכה'.

אנו מציעים לקבוע איסור על הפיכה שיכלול איסור על מעשה מושלם, על ניסיון להפיכה ועל מעשה הכנה לביצועה. הנוסח שלהלן מבוסס על ההצעה להגדרתה של פעולה פסולה כנגד מוסד שלטוני, כפי שהובאה לעיל:

### אלימות נגד המשטר מתוך מטרה מהפכנית

(א) המשתמש או המנסה להשתמש באמצעי פסול כדי לקדם את אחת המטרות:

(1) למוטט את המשטר הדמוקרטי, להחליפו במשטר אחר או לפגוע בדרך אחרת בשיטת המשטר הדמוקרטית, והכול באמצעים פסולים.

(2) למוטט מוסד שלטוני או לפגוע ביכולת התפקוד שלו, לרבות מניעת פעולתו או הנעתו להפעיל את סמכותו בדרך מסוימת ומתוך אילוץ, והכול באמצעים פסולים – דינו מאסר עשרים שנה.

(ב) חבר בהתארגנות מהפכנית נגד המשטר העושה מעשה הכנה לביצוע עברה לפי סעיף (א) במטרה לעשותה – דינו מאסר עשר שנים.

כאמור, הפוטנציאל הטמון בחבירה של כמה אנשים לביצוע הפיכה (מעשה מושלם, ניסיון או הכנה) חמור יותר מהפוטנציאל הטמון באדם אחד בלבד. בדרך כלל מעשי הכנה של יחיד אינם עניינים – גם משום שהסכנה הנשקפת מהם רחוקה, אך בעיקר משום שיחיד המבצע מעשי הכנה טרם חצה את הרוביקון מבחינת נחישותו לבצע את העברה. נחישות זו נבחנת בסופו של דבר בעצם הביצוע, וכאשר מדובר ביחיד, רב הסיכוי כי יימנע מהוצאת התכנית אל הפועל.<sup>127</sup> חבירה של שני אנשים או יותר לביצוע עברה פלילית (ובעיקר עברה פלילית חמורה) היא תופעה חמורה ומסוכנת יותר, בעיקר בשל הקושי לסגת עקב ההתחייבות ההדדית למטרת הקשר.<sup>128</sup> קשירת קשר –

127 ראו פלר, **לעיל** הערה 125, פסקה 66.

128 ראו מ' קרמניצר, 'על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לדבר עברה', **משפטים יד** (התשמ"ד). 231. השוו גם ע"פ 441/72 **בשן נ' מ"י**, פ"ד כז(2) 141, 147-150.

ולפחות קשירת קשר לביצוע עברה חמורה – היא תופעה פלילית אסורה אף שמדובר במעשה הכנה מובהק.<sup>129</sup> כמו כן, כפי שצוין לעיל, לעניין עברת ההפיכה, הצורך למנוע משטר של שרירות, דיכוי ושעבוד מעניק הצדקה מיוחדת לפריסה רחבה של פלילות.<sup>130</sup>

מתוך שיקולים אלו ההצעה לעיל מבדילה בין המבצע בעברה מושלמת של הפיכה ובעברה של ניסיון להפיכה לבין מבצע של מעשה הכנה לביצוע הפיכה. אמנם ההנחה היא שברוב המקרים מעשה הפיכה של יחיד אינו ראלי, ושמעשה הפיכה או ניסיון להפיכה יתבצע לרוב על ידי קבוצת אנשים שחברו יחד למטרה של פגיעה בשלטון;<sup>131</sup> עם זה, לדעתנו, חומרת המעשה והקושי הראייתי העלול להיווצר עקב הדרישה להוכחת קיומה של התארגנות מהפכנית נגד המשטר שהייתה הבסיס למעשה ההפיכה מצדיקים איסור פלילי גם על מעשה הפיכה שאינו מחייב התארגנות מוקדמת לביצוע העברה. על פי המקובל בדיני העונשין, כאשר עוברים במסגרת של מזימה עבריינית משלביה המוקדמים (כגון קשר והכנה) לשלב הביצוע (ניסיון וביצוע מושלם), אין מסתכלים לאחור אל השלבים המוקדמים, אלא מתמקדים בעיקר, שהוא הביצוע. לא כך בעברה של הכנה לביצוע מעשה הפיכה. לעניין ההכנה, השיקולים המטים הכף לטובת ויתור על הדרישה להוכחת קיומה של התארגנות מהפכנית אינם גוברים. כפי שהוזכר לעיל, המבצע של מעשה ההכנה טרם 'חצה את הקו' לפעולה של ממש; ואם ההכנה אינה נתמכת על ידי התארגנות בעלת מטרה מהפכנית, רוב הסיכויים שמדובר במעשה לא צליח ואולי אף תמהוני. לכן, כדי להקים את יסודות העברה הזאת, שהעונש בגינה הוא עשר שנות מאסר, נדרש להוכיח גם שהייתה התארגנות

129 ראו קרמניצר, לעיל הערה 128, 231; ראו לעומתו ע"פ 441/72 בשן נ' מ"י, פ"ד כז(2) 141, 149-151, 155-156; וכן ש"ז פלר, 'הקשר הפלילי מול השותפות לדבר עברה', משפטים ז (התשל"ו) 232, 240-242, לפיהם הקשר הוא עברה עצמאית.

130 עמדה זו, שלפיה פגיעה במשטר היא פגיעה בזכויות היסוד של כלל האזרחים ולפיכך חמורה מאוד מוצאת את ביטויה בחוק העונשין הגרמני, המגדיר את הפגיעה במשטר בפרק הראשון של החלק הספציפי של דיני עונשין. ראו Beck, *supra* note 1, 91; *Entwurf eines Strafgesetzbuches*, *supra* note 18, 508; גם L.R.C. of Canada, *supra* note 15, 1

131 הנחה זו כמובן אינה מוחלטת. כך למשל, ניתן לשער כי בעולם המודרני יחיד המחזיק באיום ממשי כדוגמת נשק להשמדה המונית יכול לבצע הפיכה כמעשה של אדם יחיד.

ממשית, כזאת שיכולה להאיר באור מציאותי את מעשה ההכנה לביצועה של הפיכה.

כדי שעברת הקשר, בהקשר של מעשי הכנה, תיבדל באופן ברור מענישה על מחשבות בלבד, נדרש להוכיח כי התגבשה תכנית לעשיית מעשים מהפכניים וחרתניים נגד המשטר.<sup>132</sup> על קיומה של דרישה דומה במשפט המשווה אפשר ללמוד מתוך המשפט הפלילי הגרמני<sup>133</sup> וגם מהמשפט הנוהג בשווייץ.<sup>134</sup> התכנית אינה חייבת להתייחס בפרוטרוט לכל האמצעים והמטרות, אולם נדרש כי יותוו בה הקווים המנחים לפעולה והמועד והמקום לביצועה. מעשי הכנה שאינם מבוססים על תכנית לפעולות מהפכניות עשויים ליפול בגדר התארגנות בלתי חוקית לפגיעה במשטר, שהיא בגדר מעשה הכנה רחוק יותר לפגיעה במשטר, ותידון בהמשך.<sup>135</sup> הרחבת ההגנה על המשטר היא במתכונת של עברות התנהגות המסתפקות במעשי הכנה, כלומר: עברות היוצרות סכנה מופשטת לפגיעה במשטר ונעשות במטרה לפגוע בו. מתכונת זו אינה מתיישבת עם דרישה לקיומה של סכנה קונקרטי, שהיא מאפיין תוצאתי העומד בסתירה לאופייה של עברה התנהגותית. יתרה מזו: דרישה של סכנה קונקרטי לפגיעה במשטר משמעה שהעברה דורשת לפחות מעשה ניסיון לפגיעה במשטר – מצב שאינו מתיישב עם אופי העברה כעברת הכנה.

## ב. פטור: נסיגה מעשייה עבריינית

כאמור, מעשי ניסיון והכנה לפגיעה במשטר מוגדרים כעברה מושלמת. לפיכך במצב המשפטי הנהוג אין תחולה לדוקטרינה של חרטה כסייג כללי לאחריות פלילית, הרלוונטית רק למקרים של ניסיון (סעיף 28 לחוק העונשין).<sup>136</sup> אולם

- 132 ראו M. Mischka, *Hochverrat und Staatsgefaehrung in der Rechtsprechung* 99ff *des Bundesgerichtsgofs* (Bonn, 1962) על המשפט הגרמני; וגם E. Simeonidou-Kastanidou, 'Der strafrechtliche Schutz der Demokratie', in: Bemmman und Manoledakis (Hrsg.), *Der strafrechtliche Schutz des Staates* 16 (Neuwied, 1987) על המשפט היווני. ברור שאם הקשר איננו מתבטא רק בהסכמה אלא ביצירת מסגרת מתמשכת לפעילות מהפכנית, הסכנה מחריפה וחמורה; ראו קרמניצר, **לעיל** הערה 128.
- 133 ראו **להלן**, בטקסט שליד הערה 397.
- 134 ראו **להלן**, בטקסט שליד הערה 433.
- 135 ראו **להלן**, בטקסט שאחרי הערה 144.
- 136 ראו גם Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §83a para 1; Laufhuetten, *supra note* 1, §83a para 1



הגדרת הניסיון כעברה מושלמת אינה צריכה לחסום את תחולת הדוקטרינה של חרטה על מעשי הניסיון משום שבשני המצבים אותם רציונלים עומדים ביסוד החרטה.<sup>137</sup> במיוחד ראוי להדגיש את חשיבות הרציונל שלפיו ראוי לעודד את אלה שפנו לדרך עבריינית לחזור בהם מדרך זו, שכן יש לכך חשיבות מיוחדת בכל הנוגע לעברת ההפיכה. לא זו אף זו: אם לדוקטרינה של חרטה יש תחולה על מעשי ניסיון היוצרים סכנה קונקרטית או ישירה לערך החברתי המוגן, קל וחומר שצריכה להיות לה תחולה לגבי מעשי הכנה היוצרים סכנה מופשטת בלבד.<sup>138</sup> כמו כן, אם יש הסכמה בעניין סייג החרטה בעברת הקשר<sup>139</sup> – ובעניין זה אין נפקא מינה אם הקשר הוא עברה עצמאית העומדת בפני עצמה או מעשה הכנה בביצוע בצוותא, היינו: נגזרת ושלב ראשוני של ביצוע<sup>140</sup> – אזי ודאי שיש הצדקה לסייג החרטה בתופעה שהיא נושא דיונו.

הסדר ברוח זו קיים במשפט הגרמני, הקובע לצד האיסור על הפיכה מושלמת, ניסיון להפיכה ומעשי הכנה – כי בית המשפט רשאי לפטור את המבצע מאחריות פלילית או להקל בעונשו במקרה של נסיגה מהתנהגות עבריינית מרצונו החופשי המלווה בסיכול של מעשה העברה או הפחתה ניכרת של הסכנה הצפויה ממנו.<sup>141</sup> הסדר דומה קבוע גם במשפט האוסטרי.<sup>142</sup>

כאמור, הואיל ומעשי הניסיון וההכנה מקיימים עברה מושלמת, אין תחולה לסייג החרטה המעוגן בחלק הכללי של דיני העונשין. לכן יש לקבוע הסדר מיוחד בחלק הספציפי של דיני העונשין, לפי האפשרויות לנטרול הסכנה הנשקפת לערך החברתי המוגן. בצד האיסור על הפיכה, על ניסיון להפיכה ועל מעשי הכנה להפיכה אנו מציעים לקבוע את האפשרות לפטור את המבצע מאחריות פלילית, אם תרם למניעת ביצועה של העברה, למניעת השלמתה או לסיכול מטרתה. יש להדגיש כי בצד פטור כזה מאחריות פלילית בגין עברת ההפיכה לא יהא המבצע פטור מאחריות פלילית לעניין עברה מושלמת אחרת שלו.

137 ראו גם, Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §83a para 2; Laufhuetten, *supra note* 1, §83a para 1

138 ראו גם Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §83a para 11

139 ראו גם ע"פ 290/88 ג'ראר נ' מ"ד, פ"ד מג(4) 696, 701 ואילך.

140 בנוגע למחלוקת זו ראו האסמכתאות **לעיל**, בהערה 129.

141 ראו **להלן**, בטקסט שליד הערה 401.

142 ראו **להלן**, בטקסט שאחרי הערה 441.

נוסף על כך, וכפי שעוד יפורט להלן, לעניין העברות הנוספות בפרק העברות כנגד המשטר, אנו מציעים לאפשר לבית המשפט שיקול דעת להקל בעונשו של מבצע עברה, אם תרם להפחתה ניכרת של הסכנה שנשקפה למשטר הדמוקרטי או למוסדותיו.

### ג. המעשים הכרוכים במפלגה בלתי חוקתית ובהתארגנות בלתי חוקית

כאמור, עצם קיומו של המשטר הדמוקרטי הוא ערך חברתי חיוני ביותר, ומכאן ההצדקה לאסור גם מעשי הכנה לפגיעה אסורה בו. במיוחד יש לאסור על הקמה, הנהגה וחברות בארגון מהפכני שאחת ממטרותיו היא שימוש בכוח או איומים לשימוש בכוח לביטול ולשינוי השיטה המשטרית; חיסול או פגיעה במוסד שלטוני; ופגיעה אסורה בתפקודם החוקתי התקין של מוסדות המשטר כדי למנוע מהם או לגרום להם הפעלה של סמכויותיהם השלטוניות. המשטר הדמוקרטי אמנם מבוסס על המעורבות הפוליטית של האזרחים, לרבות באמצעות התארגנות, ואף מעודד אותה; וחופש ההתארגנות אמנם נגזר מהרעיון הדמוקרטי ומשרת את שיטת המשטר הדמוקרטי – אולם חבירה שמטרתה פגיעה בשיטת המשטר הדמוקרטי, במבנה שלו ובמוסדות השלטוניים מתוך שימוש בכוח או מתוך איום לשימוש בכוח היא בגדר שימוש לרעה בשיטת המשטר הדמוקרטי לשם החרבתה.<sup>143</sup>

האנטי-חברתיות הטמונה בתופעה זו נובעת הן מהחומרה שבמטרת הקשר – פגיעה אסורה במשטר הדמוקרטי באמצעים כוחניים – הן מההתארגנות של כמה אנשים יחדיו להשגת מטרה זו. כאמור, הפוטנציאל העברייני הטמון בקבוצת אנשים גדול מהפוטנציאל הטמון באדם אחד: בעצם ההתארגנות למטרות של פגיעה אסורה במשטר הדמוקרטי יש סכנה לפגיעה בערך חברתי חשוב, ולכן מוצדק לאסור אותה.<sup>144</sup>

כאשר ההתארגנות מלווה בתכנית קונקרטית לפעולות מהפכניות יש מקום לשקול את עברת ההפיכה; אולם גם אם ההתארגנות אינה מלווה בתכנית קונקרטית כאמור יש הצדקה לאסור עליה בשל סכנת הפגיעה

143 ראו גם ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד (לט) 225, 290-291; G. Willms, 'Zur strafrechtlichen Absicherung von Organisationsverboten', in: W. Kueper, I. Puppe, J. Tenckhoff (Hrsg), *Festschrift fuer Lackner*; Berlin: de Gruyter, 1987) 471.

144 ראו גם Beck, *supra* note 1, 204ff

המופשטת שהיא מטילה על הערך החברתי המוגן (המשטר הדמוקרטי).  
חומרת המטרה (הרס המשטר הדמוקרטי באמצעים אסורים של שימוש  
בכוח או איומים) וחומרת התופעה של ההתארגנות וסכנותיה המיוחדות  
מצדיקות ענישה כבר בשלב המוקדם שבו מתהווה סכנה מופשטת לפגיעה  
במשטר. ככל שחשיבותו של הערך המוגן רבה יותר, כך יש להסתפק בסיכון  
נמוך יותר להתממשותו.<sup>145</sup>

מבחינה פורמלית נופלים בגדר התארגנות אסורה בראש ובראשונה  
מפלגה שהוצאה מחוץ לחוקה, הסניפים והנגזרות שלה, התארגנות אחרת  
(תחליף למפלגה) שמטרותיה העיקריות זהות למטרות של המפלגה הבלתי  
חוקתית, וכן ארגון בלתי חוקי אחר שאחת ממטרותיו היא חתירה תחת  
אשיות המשטר ומוסדותיו. שאלה שיש לבחון היא מהו המספר המינימלי  
של קושרים הדרוש לכינונו של 'ארגון מהפכני'? הפרשנות שנתקבלה במשפט  
האוסטרי – עשרה אנשים<sup>146</sup> – נראית לנו תובענית מדי; אנו מציעים כדרישת  
מינימום שלושה עד חמישה חברים.<sup>147</sup>

לעניינה של מפלגה המקיימת את מאפייניה של התארגנות מהפכנית נגד  
המשטר נדרש להכריז שהיא מפלגה בלתי חוקית על בסיס החלטה חלוטה  
של בית המשפט. כל עוד ההחלטה אינה חלוטה (למשל משום שהוגש ערעור  
על ההחלטה), כל פעולה של המפלגה אינה יכולה לבסס אישום פלילי.<sup>148</sup>  
האנטי-חברתיות של המעשים הכרוכים במפלגה הבלתי חוקתית, לרבות  
נגזרותיה וסניפיה, נובעת מכך שהם שומרים על קיומה של התארגנות  
המסוכנת למשטר הדמוקרטי ומייצגים זלזול בוטה בהחלטות החוקיות  
בדבר פירוקה של המפלגה.<sup>149</sup> עם זה חשוב לשים לב שהמשטר הדמוקרטי

145 ראו ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 583; קרמניצר ולבנון-מורג, **לעיל**  
הערה 56, 330.

146 ראו **להלן**, בטקסט שליד הערה 446.

147 משום שמדובר בסוגיה של שיקולי מדיניות, הנקיבה במספר אחר מקובלת באותה  
מידה.

148 ראו גם Stree und Sternberg-Lieben, *supra note 18*, Vorbem. §80ff para 5ff; Laufhuetten, *supra note 1*, Vor §80 paras 25ff; Entwurf eines Strafgesetzbuches  
(StGB) E 1960, *supra note 18*, 509 ע"ב 2/84 **ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית**  
**לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט(2) 225, 270.

149 ראו גם Stree und Sternberg-Lieben, *supra note 18*, §84 para 2; Willms, *supra note 143*, 471ff

הוא הערך החברתי הדומיננטי המוגן, ובהקשר זה כיבוד החלטות חוקיות וציות להן הם ערך חברתי משני.<sup>150</sup>

כאשר מדובר בארגון מחליף של מפלגה בלתי חוקתית, להכרזה על הארגון כהתארגנות מחליפה יש תפקיד הצהרתי בלבד. במילים אחרות, המפלגה החליפית למפלגה בלתי חוקתית היא בלתי חוקתית מעיקרה ומעצם מהותה (*ex tunc*), ולכן מוצדק להעמיד את האנשים הפועלים בה לדין גם בלי להכריז על המפלגה כמפלגה חליפית.<sup>151</sup> עמדה הגורסת כי להכרזה יש תפקיד קונסטטיטוטיבי, כך שהמפלגה החליפית ופעולותיה נחשבות בלתי חוקיות רק אחרי ההכרזה, אינה הגיונית ואף פוגעת במשטר הדמוקרטי. עמדה כזאת תוביל להקמת אין-סוף מפלגות מחליפות למפלגה בלתי חוקית.

מפלגה שנרשמה כדין היא מפלגה חוקית ופעולותיה במסגרת הקבוע בחוק מותרות ואינן גוררות כל סנקציה. התייחסות למפלגה כבלתי חוקית מעיקרה (*ex tunc*) והטלת אחריות פלילית בגין מעשים שנעשו טרם ההכרזה על אי-חוקיות הן במידה מסוימת ענישה רטרואקטיבית.<sup>152</sup> בהקשר זה ראוי להזכיר את פסיקתו של בית המשפט החוקתי של גרמניה, שקבע כי מעשיה הבלתי חוקיים של מפלגה יהיו ענישים רק לאחר שזו האחרונה הוכרזה על ידי בית המשפט כבלתי חוקתית, וזאת על שום ההגנה הראויה לגוף מפלגתי כחלק חיוני של המשטר הדמוקרטי.<sup>153</sup> בהקשר הנדון יש לציין כי על פי סעיפים 63 ו-64 לחוק הבחירות לכנסת, הסמכות שלא לאשר רשימה או מועמד לבחירות מסורה לוועדת הבחירות, המורכבת מנציגי המפלגות ומיושב ראש שהוא שופט בבית המשפט העליון. מדובר אפוא בגוף פוליטי בעיקרו, ומטבע הדברים שיקוליו פוליטיים. עמדה זו אינה ראויה בשיטה דמוקרטית הדוגלת בייצוג רחב מאוד של דעות פוליטיות, לרבות דעות קיצוניות שהן בגדר הנסבל בדמוקרטיה, ובזכות להיבחר כזכות חוקתית מדרגה עליונה. שיקוליה של ועדת הבחירות עלולים להיות מושפעים מהשיקולים המפלגתיים של חברה והיא עלולה לעשוק מיעוט פוליטי מזכות ההתמודדות הפוליטית. מבחינה דמוקרטית ראוי כי ההחלטות באשר לחוקתיות הרשימות יהיו

150 ראו גם, Laufhuetten, *supra note 1*, §84 para 1; Schroeder, *supra note 1*, 314,

469; Backes, *supra note 1*, 166

151 ראו Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note 1*, 328

152 שם.

153 ראו בהרחבה להלן, בטקסט שליד הערות 402-404.

מסורות לבית המשפט העליון בלבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (מעין בית משפט חוקתי), כנהוג בשיטות משפט של דמוקרטיה חוקתית.<sup>154</sup> לפיכך אנו מצטרפים לעמדתם של המלומדים והשופטים הקוראים לשינוי המצב המשפטי הנהוג בנוגע לפסילת רשימות,<sup>155</sup> ומציעים כי הסמכות להכריז על מפלגה כבלתי חוקתית תהיה מסורה לבית המשפט העליון על פי בקשה של היועץ המשפטי לממשלה. למצער מוצע להחיל את הדין החדש<sup>156</sup> החל על פסילת מועמד (ולא על פסילת רשימה), ולפיו החלטה של ועדת הבחירות המרכזית למנוע השתתפות בבחירות טעונה אישור של בית המשפט העליון.<sup>157</sup>

על פי המשפט הגרמני, הכרעה של בית המשפט החוקתי כי מפלגה מסוימת היא בלתי חוקתית כובלת את בית המשפט הפלילי ומהווה עובדה מוגמרת עבורו, ובית המשפט הפלילי אינו רשאי לבחון מחדש את שאלת היותה מפלגה בלתי חוקתית. הוראת החוק יוצאת מתוך הנחה כי אין זה מתפקידו של השופט בהליך הפלילי לשפוט אם הארגון עומד בניגוד לעקרונות החוקתיים; החלטה זו מסורה לבית המשפט החוקתי ולו בלבד בדומה, ההחלטה בדבר היותו של ארגון (שאינו מפלגה) בלתי חוקתי מסורה לבית המשפט המנהלי (Verwaltungsgericht) ואינה נבחנת על ידי בית המשפט בהליך הפלילי.<sup>158</sup>

נראה לנו כי גישה כזאת, שלפיה החלטתו של בית המשפט בהליך מנהלי מציבה עובדה מוגמרת בדיון הפלילי לעניינו של כל ארגון בלתי חוקתי, עשויה להיות בעייתית לאור הזכות להליך הוגן. להכרזה כזאת – ככל שתהיה תקפה במישור המנהלי – לא ראוי לתת תוקף במישור הפלילי, שכן החשש

- 154 ראו **להלן** סעיף 21 לחוק היסוד הגרמני, בטקסט שליד הערה 385.
- 155 ראו בנדור, **לעיל** הערה 115, 293-294; גביוון, **לעיל** הערה 27, 145, 171-172, 197; רובינשטיין ומדינה, **לעיל** הערה 33, 541; A. Shapira, 'Confronting Racism by Law in Israel — Promises and Pitfalls', 8 *Cardozo L. Rev.* (1987) 595, 605; השופט כהן בע"ב 1/65 **ירדור נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט(3) 367, 377-378; השופט אלון בע"ב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה**, פ"ד לט(2) 225, 289; השופט בייסקי, **שם**, 330; השופט ברק, **שם**, 313; השופט שמגר, **שם**, 258.
- 156 המעוגן בסעיף 7א(ג) לחוק יסוד: הכנסת, התשס"ב-2002.
- 157 ראו א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית נ' ח"כ טיבי** (טרם פורסם), פסקאות 24-23, 84 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 158 Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §84 para 1-7

הקיים בהליך כזה הוא שיהיה אפשר להשתמש במסגרתו בראיות חסויות שאי-אפשר להתעמת אתן, והן שיחרצו אחר כך את דינם של חברי הארגון בפלילים. גם אם הכרזה כזאת תשמש ראייה לכאורה שאפשר לסתור אותה, היא עלולה בסופו של דבר להטות את הכף נגד הנאשמים. כאשר מדובר בארגון בלתי חוקי, להבדיל ממפלגה, מתעוררת גם בעיית הייצוג לפני בית המשפט בהליך המנהלי, והשאלה אם ההכרזה תקפה לכאורה גם כלפי מי שלא היה מיוצג בהליך. הואיל ובדיני נפשות עסקינן, השיקולים של הוגנות ההליך, חזקת החפות והעיקרון שלפיו הרשעה בפלילים צריכה להתבסס על שכנוע מעל לספק סביר גוברים על שיקולי הנוחות והיעילות התומכים בהליך מנהלי. לכן מוצע שכאשר מדובר במעשים הכרוכים בארגון בלתי חוקי שאינו מפלגה, תידרש במסגרת ההליך הפלילי גם הוכחה בדבר אי-חוקיותו של הארגון.

בגדר המעשים האסורים והכרוכים בארגון הבלתי חוקי נופלים מעשים של הנהגה, שמירה או חיזוק המבנה הארגוני של הארגון, חברות פעילה בארגון בלתי חוקי, וכן מעשים אחרים של סיוע לארגון בלתי חוקי. בעניין זה אין נפקא מינה אם המטרות האסורות מוצהרות או נסתרות; די שאפשר לייחסן לארגון ולהוכיח את מודעותו של העושה לקיומן.<sup>159</sup>

### (1) הנהגה של ארגון בלתי חוקי, קיומו וחיזוקו

חשיבות מיוחדת נודעת להנהגה של ארגון בלתי חוקי ולתפקידים שהיא ממלאת. בגדר 'הנהגה' נכללים האנשים הממלאים תפקיד בכיר בארגון: ראש הארגון, ממלא מקומו, סגנו או סגניו, ראשי הסניפים והנגזרות של הארגונים ועוד.<sup>160</sup> 'הנהגה' היא מונח מהותי ולא פורמלי, ועל כן כוללת גם אנשים שאינם חברים פורמליים בארגון אך יש להם השפעה מיוחדת עליו, כגון האב הרוחני או המנהיג הרוחני של הארגון.<sup>161</sup>

באיסור על קיום או על חיזוק של ארגון בלתי חוקי הכוונה למעשים שיש בהם כדי לקדם את מטרותיו האסורות של הארגון: קיום או חיזוק של

159 ראו גם ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' כהנא, פ"ד מז(4) 100, 106.  
 160 ראו גם, BGHSt 18, 161; BGH NJW 1965, 74f; BGHSt 19, 110ff; BGHSt 19, 296ff; Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §84 para 10  
 161 ראו גם, BGHSt 6, 129; BGHSt 1, 329; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note* 1, 329; BGHSt 19, 109ff; Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §84 paras 11ff; Laufhuetten, *supra note* 1, §84 para 7

הקשרים בין ההנהגה לבין החברים בארגון וכן הקשרים בין החברים לבין עצמם ובין סניפי הארגון, קליטת חברים חדשים, גביית דמי חברות, העברת דמי החברות לממונה על הכספים בארגון, מילוי תפקיד ניהולי כלשהו בארגון – והכול למען הארגון ומטרותיו.<sup>162</sup>

יש לשים לב שחיזוק הקשרים בין חברי הארגון למען מטרות אחרות ושונות מאלה של הארגון (למשל: למען מטרה חברתית שאינה אסורה) – אינו נופל בגדר התופעה האסורה הנדונה כאן, שכן אין הוא מסכן את המשטר הדמוקרטי כערך חברתי מוגן. יתרה מזו: חברות בכל התארגנות יוצרת יחסים חברתיים הדדיים בין החברים. מותרת החבירה כשלעצמה – חיזוק הקשרים בין אנשים – אלא אם כן היא מקדמת את המטרות האסורות של ארגון בלתי חוקי.<sup>163</sup>

## (2) חברות פעילה בארגון בלתי חוקי

חברות של ממש בארגון בלתי חוקי היא תופעה אנטי-חברתית וראויה לאיסור. האנטי-חברתיות שבה נובעת מכך שהיא מסייעת לקיומו של ארגון בלתי חוקי המסוכן למשטר ומאפשרת את פעילותו. בדומה למונח 'הנהגה', המונח 'חברות' מהותי ולא פורמלי, ולכן יש הכרח שהחברות תלווה בעשייה פעילה למען הארגון. חברות פסיבית, המתבטאת בעצם ההסכמה להצטרף לארגון, אינה ראויה להיכלל בגדר העברה, משום שהסכנה הנשקפת ממנה מזערית.<sup>164</sup> כמו כן ייתכן שעצם ההצטרפות לארגון בלתי חוקי או ההימנעות מעזיבתו מקורן בחשש מתגובות של אחרים, בחולשה של רגע או ברצון לשאת חן או להרשים;<sup>165</sup> הימנעות מעזיבה יכולה לנבוע גם משכחה או מכך שאין מייחסים חשיבות ומשמעות להצטרפות.

162 ראו BGHSt 20, 45, 53; BGHSt 20, 287ff; BGHSt 16, 298ff; Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §84 para 12; Laufhuetten, *supra note* 1, §84 para 6

163 ראו גם BGHSt 20, 287, 289; Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §84 para 12

164 ראו גם Stratenwerth, *supra note* 27, 236; על המשפט האמריקני ראו *U.S. v. Robel*, 389 U.S. 258, 266, 282. על המשפט הגרמני ראו **להלן**, בטקסט שאחרי הערה 405.

165 ראו גם Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note* 1, 329; Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §84 para 15; Laufhuetten, *supra note* 1, §84 para 9; BGH NJW 1960, 1772, 1773; *U.S. v. Robel*, 389 U.S. 258, 266, 282

בהקשר זה יש להבדיל בין חברות בארגון בלתי חוקי לבין קשירת קשר לביצוע עברה. בקשירת קשר מדובר בחבירה של שני אנשים או יותר לביצוע עברה פלילית כאשר יש להם מטרה להגשים את המטרה ולעתים גם תכנית לביצוע העברה. לעומת זאת חברות פסיבית בהתארגנות בלתי חוקית אינה מותנית בפעולה להגשמת מטרה מסוימת או בתכנית להגשמתה. מכאן שיש הבדל מהותי בין קשירת קשר, שהיא תופעה פלילית חריגה כשלעצמה, לבין חברות פסיבית בהתארגנות בלתי חוקית, שהאנטי-חברתיות שבה פחותה מזו שבקשירת קשר. נוסף על כך, בקשירת קשר מדובר בהסכמה רצינית להצטרף לביצוע העברה מושא הקשר; לעומת זאת אין ודאות שהחברות הפסיבית בהתארגנות בלתי חוקית מלווה בנכונות וברצינות לממש את מטרות ההתארגנות.

התופעה החמורה היא חברות אקטיבית כמו זו הכרוכה בהשתתפות בכינוסים, בהפגנות, במצעדים של הארגון, בגביית דמי חברות, באיסוף תרומות למען הארגון, בחלוקת חומר תעמולה של הארגון, בהדפסת חומר עבור הארגון, בהזמנת חומר עבור הארגון ובתשלום עבורו.<sup>166</sup> בעניין זה אין נפקא מינה אם הפצת החומר היא כשלעצמה מעשה אסור אם לאו; די בכך שהחבר עושה פעולה אקטיבית לטובת הארגון.<sup>167</sup>

### (3) סיוע לארגון בלתי חוקי ולמטרותיו

בגדר תופעה זו נכנסים המעשים שאינם נופלים בגדר הנהגה של ארגון בלתי חוקי או חברות בו, אך מסייעים בדרך אקטיבית כלשהי לארגון ולמטרותיו. בכללם פרסום של דברי שבח ותמיכה ברעיונות הארגון ובמעשיו האסורים, הדפסה, ייבוא, ייצוא ואחסנה של חומר התומך במטרות הארגון, כגון סמלים המזוהים עם הארגון, העמדת מקום לטובת הארגון ומימון של פעילות הארגון (כאמור מבלי להיות חבר בו).

האנטי-חברתיות של תופעה זו נובעת מכך שהיא מסייעת בעקיפין לקיומו של הארגון הבלתי חוקי ולהמשך פעילותו;<sup>168</sup> בפרסום של דברי שבח

166 ראו גם H. Krauth, Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note* 1, 329; W. Kurfess, und H. Wulf, 'Zur Reform des Staatsschutz-Strafrechts durch das Achte Strafrechtsaenderungsgesetz', JZ 1968, 577, 580; BGHSt 26, 258ff;

Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §84 para 15

167 ראו גם Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note* 1, 329; Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §84 para 16

168 ראו גם Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §86 BGHSt 23, 64, 70;



ותמיכה בעברות שביצע הארגון יש משום הכנת תשתית פסיכולוגית ועידוד מעשים דומים. זאת ועוד: פרסום של דברי שבח ותמיכה במטרות הארגון ובמעשיו האסורים הוא פעולת נגד מנטרלת לאיסור הפלילי על ההתארגנות. בהכרזה על התארגנות כבלתי חוקית ועל מעשה של חבר בארגון כפלילי יש גינוי והוקעה של המטרות והמעשים של הארגון, ואילו פרסום דברי שבח ותמיכה במטרות ובמעשים אלה הוא היפוכו של דבר.<sup>169</sup> פעולה הפוכה זו גורעת מאמון הציבור בנפקותו ובתקפותו המעשית של האיסור העונשי.<sup>170</sup> בסיכומם של דברים אלו מציעים לקבוע איסור על המעשים הכרוכים בהתארגנות כנגד המשטר ועל המעשים של מפלגה בלתי חוקתית. הנוסח שלהלן מבוסס על ההגדרה שהובאה לעיל להתארגנות מהפכנית נגד המשטר:

### **התארגנות מהפכנית נגד המשטר**

(א) המייסד התארגנות מהפכנית נגד המשטר, הממלא בה תפקיד הנהגתי או העושה פעולה למען קיום המבנה הארגוני שלה או חיזוקו – דינו מאסר חמש שנים.

תפקיד הנהגתי ממלא מי שמכהן בתפקיד בכיר בהתארגנות כגון העומד בראש הארגון, סגנו, ממלא מקומו, ראשי הסניפים, וכן מי שאינו ממלא תפקיד ארגוני אך יש לו השפעה מיוחדת על חברי ההתארגנות, כגון מנהיג רוחני.

(ב) המקיים חברות פעילה בהתארגנות מהפכנית נגד המשטר – דינו מאסר שלוש שנים.

(ג) המפרסם דברי תמיכה והזדהות בזכות התארגנות מהפכנית נגד המשטר, מטרותיה או מעשיה האסורים, והעושה מעשה שיש בו כדי לסייע לה, כגון הדפסה, ייבוא ואחסנה של חומר וסמלים התומכים בה, העמדה של מקום שבשליטתו לרשותה, או גיוס תרומות עבור הארגון – דינו מאסר שלוש שנים.

2 para. יש בכך גם משום קריאת תיגר על החלטות המשטר האוסרות כל פעולה של הארגון, ולכן פגיעה באוטוריטה המשטרית, קרי: פגיעה בתפיסה כי במשטר דמוקרטי החלטות המשטריות מסורות בידי מוסדות המשטר בלבד.

169 ראו גם קרמניצר וגנאים, **לעיל** הערה 34, 32-34.

170 ראו גם העמדה שבדנ"פ 8613/96 **ג' בארין נ' מ"י**, פ"ד נד(5) 193, שלפיה בפרסום כזה מדובר בתופעה חמורה שיש לאסור אותה באמצעות המשפט הפלילי כשהעברה מושא השבח והתמיכה היא של ארגון בלתי חוקי.

**מפלגה בלתי חוקית**

- (א) ההוראות לעיל לעניין התארגנות מהפכנית נגד המשטר יחולו בשינויים המתחייבים גם על מפלגה בלתי חוקית.
- (ב) מפלגה בלתי חוקית היא מפלגה שפסק דין חלוט קבע את היותה התארגנות מהפכנית נגד המשטר על יסוד מטרותיה שהוכחו, וכן סניפיה, נגזרותיה ומפלגה חליפית.
- (ג) הסמכות להכריז על מפלגה כבלתי חוקית כאמור נתונה לבית משפט העליון, לפי בקשה מאת היועץ המשפטי לממשלה. לא יכריז בית המשפט על מפלגה כבלתי חוקית במעמד צד אחד.

## 2. פגיעה בחופש ההחלטה ובחופש הפעולה של המוסדות השלטוניים באמצעות שימוש בכוח ובאיומים

שימוש בכוח ובאיומים הוא בגדר תופעה פסולה כשלעצמה, אבל כאשר הכוח והאיומים ננקטים כלפי אישי שלטון במסגרת מילוי תפקידם מדובר ברעה כפולה, הואיל ומדובר בשיבוש ובפגיעה בתפקודם של מוסדות השלטון. שימוש בכוח ובאיומים נגד אישי שלטון, כגון חברי פרלמנט, שמטרתו להביאם להפעלת סמכותם (בכלל או באופן מסוים) או להימנע מהפעלתה, פוגע בחופש ההחלטה ובחופש הפעולה של אישי השלטון, כיוון שהם אמורים לפעול לפי מצפונם ושיקול דעתם במסגרת סמכויותיהם. במשטר של דמוקרטיה ייצוגית פגיעה זו כרוכה גם בסילוף רצונם של הבוחרים.<sup>171</sup> שימוש בכוח ובאיומים נגד אישי שלטון פוגע בערכים חברתיים כמו חופש ההחלטה וחופש הפעולה של מוסדות השלטון, שאישי השלטון הם האורגנים שלהם.<sup>172</sup> שיטות משפט מסוימות מבחינות בין שימוש בכוח או באיומים כנגד המוסדות השלטוניים כאורגן (כדוגמת כליאת כל חברי הממשלה במטרה לאלצם לקבל החלטה מסוימת או לדחותה) לבין שימוש בכוח ובאיומים כנגד חברי המוסד השלטוני. כך, הדין הגרמני והדין האוסטרי מבדילים בין

171 ראו גם Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note 1*, 360  
 172 ראו Laufhütte, *supra note 1*, Vor §§105ff para 1; A. Eser, in: Schoenke und Schroeder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage (Muenchen: C.H. Beck Verlag, 2001) Vorbem §§105ff para 1; Maurach, Schroeder und Maiwald, *supra note 1*, 360; OLG Duesseldorf NJW 1978, 2562, 2563; BGHSt 32, 165, 169; Stratenwerth, *supra note 27*, 200f

השפעה בכוח או באיומים על חופש הפעולה של אורגן חוקתי לבין הפעלת כוח או איומים על חבריו של אותו אורגן.<sup>173</sup>

בהקשר זה השאלה הראשונה שיש לבחון היא אם יש לייחד איסור מיוחד לכפיית איש השלטון כפרט החבר במוסד שלטוני, או שמא אפשר לטפל בכפייה כזו באמצעות עברת הסחיטה המפורטת בסעיפים 427 ו-428 לחוק העונשין. לדעתנו, סחיטת אישי שלטון במסגרת מילוי תפקידם השלטוני היא עברה נגד המשטר; היא חמורה מסחיטה רגילה, ומוגדרת באופן צר ממנה. בתופעה של סחיטה 'סתם' מדובר בפגיעה בחופש ההחלטה ובחופש הפעולה של היחיד. הנזק החברתי הישיר שהיא גורמת מוגבל בדרך כלל לקרבן הסחיטה. לעומת זאת סחיטת אישי שלטון בעת מילוי תפקידם השלטוני עלולה לפגוע בתפקודם של מוסדות השלטון הדמוקרטי מעצם ההתערבות בשיקול הדעת של המוסד השלטוני הפועל בשמה של המדינה. ההחלטות של אישי השלטון נוגעות לכלל הציבור (או לפחות לחלק ניכר ממנו), ומכאן שהשפעה אסורה על החלטותיהם פוגעת פגיעה חמורה בחיים הציבוריים, והניזוק עלול להיות הציבור כולו או חלק ממנו. מדובר אפוא בעברה מיוחדת המגנה על אינטרס שונה מהאינטרס של סחיטה 'רגילה'.

ההשוואה בין האיסורים מובילה למסקנה נוספת: עברת הסחיטה לפי סעיפים 427 ו-428 לחוק העונשין נועדה להגן על חופש ההחלטה ועל חופש הפעולה של כל אדם,<sup>174</sup> ובמיוחד על חירותם של אנשים חלשים ופגיעים במיוחד הזקוקים להגנה מיוחדת.<sup>175</sup> אמת-המידה לחומרת האיום מתחשבת גם באנשים חלשים הזקוקים להגנת יתר של המשפט, ועל כן מוצדק ואף הכרחי לאסור גם על איומים שאינם כה חמורים כשלעצמם, כגון איום לפגיעה בכבוד או בפרטיות. לעומת זאת ראוי להניח<sup>176</sup> כי אישי השלטון אינם בגדר 'אנשים חלשים'. הציפייה מאישי שלטון היא כי יעמדו לנוכח איומים שאין בהם חומרה מיוחדת (כגון איומים על פגיעה בכבוד או בפרטיות) ולא יושפעו מהם. טלו למשל איום על יושב ראש הכנסת להפעיל את סמכותו בצורה מסוימת, שאם לא ייעשה כן ייחשפו פרשיות אישיות נגד חברי כנסת.

173 ראו **להלן**, בטקסט שליד הערות 423-424 על המשפט הגרמני ובטקסט שליד הערות 440 על המשפט האוסטרי.

174 ראו גם א' ברנר, 'עבירת הסחיטה באיומים – שאלות של דין רצוי: לחץ פוליטי כ"סחיטה באיומים"', **פיליפס** ח (התש"ס) 299, 303.

175 ראו גם ברנר, **לעיל** הערה 174, 307-308.

176 זו הנחה משולבת – אמפירית ונורמטיבית.

מיושב ראש הכנסת יש לדרוש שיעמוד באיום כזה ויתנגד לו, גם אם האיום הוא על פגיעה בכבודו שלו.<sup>177</sup> פרטיותו ושמו הטוב של איש שלטון מוגנים פחות מאלה של אדם פרטי, ולכן אין באיום לפגוע בהם מידה מספקת של אנטי-חברתיות העשויה להצדיק הפללה, במיוחד אם האיום הוא במסגרת של מאבק על עמדה פוליטית (מבחינת המאיים).<sup>178</sup> לפיכך, ובדומה למשפט הזר,<sup>179</sup> הגדרת הסחיטה של איש שלטון כעברה כנגד המשטר צריכה להיות צרה יותר מזו של הסחיטה ה'רגילה'. האיום שבו מדובר צריך להיות חמור במידה שיש בו כדי להכניע את איש השלטון, ותכונה זו מתקיימת רק כשהאיום הוא שימוש בכוח.

המסקנה היא כי סחיטה של איש שלטון במילוי תפקידו היא תופעה נגד המשטר, וכזאת היא ראויה לאיסור מיוחד – חמור מהסחיטה הרגילה וצר ממנה.

האמצעים האסורים על פי העברה המוצעת הם שימוש בכוח או איום לשימוש בכוח. בגדר 'שימוש בכוח' כלולות התופעות של פגיעה פיזית באיש השלטון או במקורביו, כגון פגיעה בחיים, פגיעה חמורה בגוף או בחירות שלו או של מקורביו. איום לפגיעה בזולת כשלעצמו אינו נופל בגדר איום שקשה לעמוד בו, אולם איומים חמורים כגון הפצת מגפה, זיהום מי השתייה של המדינה או של יישוב מסוים או שריפת מפעל חיוני למדינה – עלולים להביא איש שלטון אחראי לידי כניעה, וזאת דווקא מכוח חובת הנאמנות המוטלת עליו כלפי הציבור.<sup>180</sup>

בגדר האיסור יכולים להיכלל לא רק איומים מילוליים אלא גם עשייה, היינו: פעולה סחטנית כופה כדוגמת חסימת כבישים עיקריים ושיתוק התנועה. אפשר לראות פעולה כזאת בגדר סחיטה כשמדובר בפעולת כפייה

177 ראו *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960, supra note 18, 543*; BGHSt 32, 170, 172-173; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note 1*, 323, 361. לעמדה אחרת ראו ברנר, **לעיל** הערה 174, 331, 334.

178 ראו גם *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960, supra note 18, 543*; ברנר, **לעיל** הערה 174, 311.

179 ראו **להלן**, בטקסט שליד הערה 424 על המשפט הגרמני; ראו גם ההצעה הרשמית לרפורמה של חוק עונשין הגרמני משנת 1960. על המשפט היווני ראו Jescheck, L.R.C. of Canada, *supra note 1*, 342; על המשפט הקנדי ראו *supra note 1*, 49, 15.

180 ראו גם BGHSt 32, 165, 172; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note 1*, 361.

חמורה ואינטנסיבית שקשה להתמודד אתה ויש לה פוטנציאל של השפעה על מקבלי החלטות לפעול שלא על פי מצפונם ועל פי שיקול דעתם החופשי בלבד. זאת, בין השאר, משום שהיא יוצרת פוטנציאל ניכר לאלימות בין הכופים לבין האזרחים הנפגעים ישירות על ידי הכפייה ובין הכופים לבין כוחות הביטחון. יצוין כי במקרה זה ההגנה שבאיסור אינה על ערך שלום הציבור והסדר הציבורי אלא על ערך תפקודו התקין של השלטון, והפגיעה בחיים הציבוריים היא אמצעי לפגיעה בתפקודו של המשטר.

דוגמה לכך היא עניין **פייגלין** מתנועת 'זו ארצנו'.<sup>181</sup> ראשי תנועת 'זו ארצנו' ארגנו חסימה המונית של צירים ראשיים במדינה במטרה לסכל את ביצוען של החלטות הממשלה ולא לאורך את הממשלה לשנות את מדיניותה הנוגעת להסכמי אוסלו. בית המשפט שדן בעניין ציין כי הנאשמים לא ראו בפעולות שארגנו פועל יוצא ותוצאה נלווית של קיום הפגנה או עצרת, אלא ערך בפני עצמו, מתוך כוונה לשבש את יכולתה של הממשלה לפעול. בפועל גרמו קריאותיהם של המארגנים לכך שאלפי מפגינים יצאו לשטח בכמה מקומות ברחבי הארץ. בעקבות הדברים הורשע פייגלין בין היתר בעברה של 'מעשי המרדה' ובעברה של 'פרסומי המרדה', כהגדרתן בסעיפים 133 ו-134 לחוק העונשין. בית המשפט הדגיש כי למעשי הנאשמים היה פוטנציאל של ממש (להבדיל מחשש רחוק ובלתי מוחשי) להתממשות המטרה שהציבו לעצמם, היינו: אילוץ הממשלה לשנות את מדיניותה בדרך של שיבוש אורח החיים הסדיר במדינה, והכול מתוך כפירה בלגיטימיות של השלטון.

האם שביתה שלא כדין יכולה להוות אמצעי לפגיעה בחופש ההחלטה ובחופש הפעולה של אישי השלטון? אפשר לטעון כי שביתה עלולה להביא לידי שיתוק החיים הציבוריים; כך למשל, שביתה של עובדי חברת מקורות או של עובדי חברת החשמל עלולה לכאורה לקיים את העברה. בגרמניה<sup>182</sup> ובארץ נפסק כי מצבים מסוימים של שביתות שלא כדין יכולים להיכלל בגדר עברה נגד המשטר (המרדה).<sup>183</sup> לדעתנו, גם שביתות חמורות ושלא

181 ראו ת"פ 3996/95 מ"י נ' פייגלין, פסק הדין של בית משפט השלום בירושלים (ניתן ביום 2 בנובמבר 1997; לא פורסם).

182 ראו BGHSt 6, 336, 340; BGHSt 8, 102; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra* note 1, 323; Stree und Sternberg-Lieben, *supra* note 18, §81 para 4

183 כך ציטט בית המשפט העליון בע"פ 294/98 עאליה נ' היוה"מ, פ"ד מג(4) 627, 629 מדבריו של בית המשפט קמא בענין הדפסתם של כרוזים הקוראים להשבתה במזג הערבי: 'גם השבתה של המגזר הערבי בישראל היא [...] אחת מאפיקי

כדין אינן יכולות לקיים את הרכיב ההתנהגותי של העברה. שביתות שאין בהן אלמנטים של שימוש בכוח אינן נופלות בגדר אמצעים חמורים שאישי השלטון אינם יכולים לעמוד בפניהם. למדינה יש אמצעים חוקיים להביא להפסקת שביתות הפוגעות בחיים הציבוריים באופן חמור, למשל באמצעות הוצאת צווי ריתוק. יש אפוא הבחנה ברורה בין שימוש בכוח ואיום בשימוש בכוח שיש בהם פוטנציאל לאלימות (כגון חסימת כבישים כפי שתואר לעיל) לבין שביתות שלא מתקיים בהן יסוד האלימות או הפוטנציאל לאלימות. היעדרו של יסוד האלימות הוא הסיבה לציפייה כי אישי שלטון אחראים יעמדו בלחצים כאלה.<sup>184</sup> ההבדל בין שביתה חוקית לבין שביתה שלא כדין דק מכדי לשמש בסיס לעברה נגד המשטר שחומרתה רבה, וההיזקקות לאיסור הפלילי בכגון זה עלול לפגוע באמון הציבור במשפט הפלילי. נוסף על כך התייחסות לשביתות שלא כדין כלעברות נגד המשטר עלולה במקרים מסוימים ליצור את הרושם כי המדינה ניצבת נגד העובדים וכי קיימת תפיסה משטרית העוינת אותם.

גם אמצעים כמו חסימה פיזית של הדרך המובילה למשרדו של איש שלטון או צעקות ושיבושים המפריעים לעבודתו אינם נופלים בגדר שימוש בכוח שיש בו כדי להביא איש השלטון לידי כניעה, ועל כן אין בהם משום פגיעה של ממש בחופש ההחלטה ובחופש הפעולה של איש שלטון.<sup>185</sup> מקרים אלו ומקרים של איומים שאין בהם שימוש בכוח לא ייחשבו עברות נגד המשטר.<sup>186</sup>

ההתפרצות של ההתקוממות שגורמת נזק רב למדינה גם ברכוש וגם בנפש, וכן הקריאה לקיים יום שביתה כללי היא [...] לא פחות חמורה מאשר לקרא [ל]ילדים להמרדה נגד המדינה ולזרוק אבנים על אנשי צבא ועוברי אורח ולפגוע במכוניות הנעות בכבישים ועל ידי כך לסכן חיי אדם'. נעיר כי בעניין האמור קבע עוד בית המשפט כי יש להפחית בעונשו של הנאשם, שכן טעה בית המשפט קמא בכך שלא התייחס לעובדה שאין מדובר בקריאה לאלימות מצד הנאשם.

184 לעמדה שלפיה שביתות המוניות אינן נופלות בגדר שימוש בכוח שיש בו כדי להביא אנשי ממשל לידי כניעה, ראו Stratenwerth, *supra note 27*, 201

185 ראו גם BGHSt 1, 323, 362; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note 1*, 323, 362; BGHSt 32, 165, 172

186 במקרים אלה גם לא תהיה תחולה לעברת האיומים ה'רגילה' שנועדה להגן על חופש ההחלטה ועל חופש הפעולה של כל אדם, משום שאין קשר בין העברה לבין איש השלטון בפועלו במסגרת תפקידו השלטוני. ראו גם BGHSt 32, 165, 176; G. Arzt, 'Anmerkung zu BGH-Urteil', JZ 1984, 428, 429; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note 1*, 362

כאמור, הערך החברתי המוגן הוא חופש ההחלטה וחופש הפעולה של אישי השלטון בתפקידם השלטוני, היינו: בהפעלת סמכותם השלטונית. כך שימוש בכוח או איום לשימוש בכוח כלפי חבר כנסת להצביע בעד או נגד חוק מסוים פוגעים בסמכות הכנסת, ושימוש בכוח או איום לשימוש בכוח כלפי שר או שרים בממשלה שמטרתם להביא לידי מינוי או לא למנוע מינוי של ועדת חקירה ממלכתית פוגעים בחופש ההחלטה של הממשלה כמוסד שלטוני.<sup>187</sup> הכפייה על איש השלטון עשויה להיות מכוונת למניעה של הפעלת סמכות, להמרצה להפעלת סמכות או להפעלת סמכות בצורה מסוימת. ראוי לציין כי מבחינת עצם האיסור אין נפקא מינה אם המוסד השלטוני היה מפעיל את סמכותו באותו אופן גם בהיעדר כפייה, אם החלטתו עקב הכפייה התקבלה כדין אם לא, ואם המצב שהכופה ביקש לשנות היה שלא כדין.<sup>188</sup> מבחינת האיסור, די בכך שהשימוש בכפייה יצר סיכון של השפעה על הפעלת הסמכות. כמו כן הרשות לקבלת החלטות שלטוניות ולהפעלת סמכות שלטונית, לרבות הפעלתה בצורה מסוימת, מסורה למוסדות השלטון. הפעלת הסמכות צריכה להיעשות על יסוד של חופש החלטה וחופש פעולה, ועל חופש זה יש לשמור. לפיכך עיקר האנטי-חברתיות בתופעה זו נובע מיסוד הכפייה.<sup>189</sup>

כאמור, עברה זו נועדה להגן על תפקודו של המשטר, קרי: על המוסדות השלטוניים המרכזיים המרכיבים את המשטר הישראלי – הכנסת (במליאתה ובוועדותיה), יושב ראש הכנסת, חברי הכנסת, הממשלה, ראש הממשלה ושרי הממשלה.<sup>190</sup> מוצע כי בדומה לנהוג בשיטות משפט אחרות,<sup>191</sup> לעניין הענישה יש להבחין בין עברה של סחיטת המוסד השלטוני כולו (כדוגמת כליאת כל חברי הממשלה כדי לאלצם להחליט החלטה

187 ראו גם Schroeder, *supra note 1*, 204

188 ראו 5 §105 para 1, *Laufhuetten, supra note 1*. אולם תיתכן השפעה על חומרת העונש.

189 ראו גם *ibid*, §105 para 6

190 במצב המשפטי הקיים כל בית משפט, גם בית משפט שלום, רשאי לדון בסוגיה חוקתית ולבטל חוקים של הכנסת. אין חולק שמצב משפטי זה אינו רצוי ואף פוגע במידה העולה על הנדרש בעקרון הפרדת רשויות: הסמכות החוקתית חייבת להימסר לבית המשפט החוקתי, ובהיעדרו של מוסד כזה (זה המצב השורר בארץ) – לבית המשפט העליון כבית משפט חוקתי.

191 ראו **להלן**, בטקסט שליד הערות 393-394, 423-424 על המשפט הגרמני; על המשפט האוסטרי ראו **להלן**, בטקסט שליד הערות 439-442.

מסוימת), שהיא חמורה יותר, לבין עברה של סחיטת פרט החבר בגוף שלטוני (חבר כנסת או חבר ממשלה). האיסור על סחיטת מוסד שלטוני אינו חל על הפעלת כפייה כלפי עובדי ציבור, ונראה כי גם נבחר ציבור בשלטון המקומי שאינם נמנים עם המוסדות הראשיים והכלל-ציבוריים של המשטר לא צריכים להיות מוגנים מפני כפייה באמצעות העברות נגד המשטר.<sup>192</sup> הנוסח המוצע לעברה הוא כדלקמן:

### סחיטת המוסדות השלטוניים-דמוקרטיים והאורגנים שלהם

(א) המשתמש באמצעים פסולים שיש בהם כדי להניע את נשיא המדינה, את הכנסת או את ועדותיה, ואת הממשלה להפעיל את סמכותם השלטונית בצורה מסוימת או להימנע מהפעלתה, ומתוך מטרה כאמור – דינו מאסר עשר שנים.

(ב) המשתמש באמצעים פסולים שיש בהם כדי להניע את החברים בגופים המנויים בסעיף קטן (א) לעיל להפעיל את סמכותם השלטונית בצורה מסוימת או להימנע מהפעלתה, ומתוך מטרה כאמור – דינו מאסר חמש שנים.

ראוי להעיר כי העונש המוצע חייב להתחשב בעונש הקבוע בחוק העונשין בגין עברת הסחיטה.<sup>193</sup> אין כוונתנו בהצעה לעיל כי העונש בגין סחיטה של החבר בגוף שלטוני יהא עונש מקל לעומת עונש בגין סחיטה רגילה, אלא יש להתאים את הענישה בעברת הסחיטה לעיל כך שתהיה צורה מוחמרת של עברת הסחיטה הרגילה.

פגיעה בחופש ההחלטה ובחופש הפעולה של אישי שלטון זר אינה בגדר עברה נגד המשטר, משום שהעברות נגד המשטר נועדו להגן על המשטר בישראל ולא על חופש ההחלטה וחופש הפעולה של משטרים זרים.<sup>194</sup> פגיעות

192 ראו גם Laufhuetten, *supra note 1*, §105 para 2; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note 1*, 361; OLG Duesseldorf NJW 1978, 2563

193 על פי הקבוע כיום בסעיפים 427-428 לחוק העונשין, העונש בגין סחיטה הוא שבע שנות מאסר, ובהתקיים נסיבות מחמירות – תשע שנות מאסר.

194 ראו Laufhuetten, *supra note 1*, Vor §§105ff para 2, §105 para 1; Eser, *supra note 1*, 320, note 1, 320. בעניין זה אין נפקא מינה אם העושה הוא אזרח ישראלי או זר. העמדה שהייתה מקובלת במשפט העתיק, שלפיה רק האזרח חב נאמנות למדינה ולמשטר שלה, ולכן אזרח זר שאינו חב נאמנות אינו יכול להיות עושה העברה, אינה מקובלת עוד. ראו *ibid*, 320



כאלה, המתבצעות בתחום מדינת ישראל או על ידי אזרחי ישראל, עשויות ליפול בגדר איסורים פליליים מיוחדים כגון אלה המצוינים בפרק הפגיעות ביחסי חוץ של מדינת ישראל.<sup>195</sup> זאת ועוד: פגיעות באישי שלטון זר נופלות בגדר האיסורים הפליליים הרגילים – המטפלים באלימות, באיומים או בסחיטה – שנועדו להגן על הערכים החברתיים האינדיווידואליים של כל אדם. חשוב לציין גם כי פרק העברות העוסקות בפגיעה ביחסי חוץ אינו מיועד להגן על המדינה הזרה אלא על האינטרסים של מדינת ישראל ביחסי החוץ שלה עם המדינה הזרה.<sup>196</sup>

### 3. פגיעה בחופש ההחלטה ובחופש הפעולה של המוסדות השלטוניים באמצעות שוחד

לקיחת שוחד על ידי בעל סמכויות שלטוניות הממלא תפקיד משטרי-דמוקרטי היא התנהגות אנטי-חברתית חמורה. יש הסוברים כי חשיפת מעשי שוחד על ידי אמצעי התקשורת היא אמצעי הולם ללחימה בתופעת השוחד לאישי השלטון,<sup>197</sup> ולכן אפשר ואף ראוי שלא לאסור אותה באמצעות המשפט הפלילי; יתרה מזו: אין מקום לאסור תופעה זו באמצעות המשפט הפלילי הואיל ועל פי עקרון השיוריות יש להפעיל את המשפט הפלילי רק כשהמשפט האזרחי והמשפט המנהלי אינם מספקים הגנה הולמת נגד התופעה. מכמה סיבות טענה זו אינה משכנעת. ראשית, אמצעי התקשורת אינם הפורום היחיד המתאים לטיפול בתופעות השוחד. אמצעי התקשורת אינם מובנים לגילוי כל מעשי השוחד, וחסרים להם כלים לבירור מוסמך של האמת, למשל סמכות לזמן עדים ולנקוט אמצעים אחרים המחייבים את הציבור – או אפילו את רשויות המדינה – לשתף פעולה לבירור מעשי השוחד. נוסף על כך הרשות החוקרת והתביעה הכללית הן הגוף המוסמך לחוות דעה משפטית ולקבוע אם קיים חשד סביר למעשי השוחד. שנית, אמצעי התקשורת עשויים שלא לדווח על ההאשמות והחשדות

195 ראו גם שם.

196 ראו Beck, *supra note* 1, 91; ראו גם בג"צ 206/61 המפלגה הקומוניסטית הישראלית נ' ראש העיר ירושלים, פ"ד טו 1723, 1727.

197 ראו H.-J. Kerner and S. Rixen, 'Ist Korruption ein Strafrechtsproblem? Zur Tauglichkeit strafgesetzlicher Vorschriften gegen Korruption', GA 1996, 355, 373.

בגין שוחד עקב חשש מתביעת לשון הרע, במיוחד משום שאין להם, כאמור, כלים מתאימים לבירור האמת. כמו כן ייתכן שאמצעי התקשורת לא ידווחו על חשדות במצבים שבהם בירור האמת מצריך השקעת משאבים ניכרים.

שלישית, אמצעי התקשורת אינם פועלים בחלל פוליטי ריק, ומכאן שאין ודאות שאמצעי התקשורת ידווחו על מעשי שוחד דיווח ראוי ונאמן.

רביעית, אי-אפשר לסמוך על אמצעי התקשורת כאמצעי לדיווח על מעשי שוחד במצבים שבהם אמצעי התקשורת עצמם נגועים בניגוד עניינים. כך למשל יהיה כשהמעורבים בשוחד קשורים לאמצעי התקשורת, או כשמושא השוחד הוא הצבעה בעניין משטרי הנוגע לאמצעי התקשורת, כגון חוק או החלטה כלשהי.

חמישית, ה'סנקציה' של חשיפת חבר הכנסת המשוחד ואי-בחירתו החוזרת לא תשמש אמצעי מרתיע במקרים מסוימים, למשל כשאיש השלטון עומד לפרוש או אפילו כשלחבר הכנסת יש מעמד בכיר במפלגתו עד כדי כך שבחירתו כמעט מובטחת.<sup>198</sup> כמו כן, בשיטת בחירות שאינה אישית יש לבחור קושי להגיב על מעשיו של חבר כנסת מושחת, כאשר הוא תומך במצע הרשימה של אותו חבר כנסת. בוחרים אחרים המחויבים לרשימות 'אחרות' אינם נתונים במצב המאפשר להם 'להעניש' את חבר הכנסת שסרח.

שישית, פרסום באמצעי התקשורת על מעשי השוחד שמעורבים בהם אישי שלטון אינו מגיע לכל האנשים, מה גם שלא כל הקוראים והצופים מאמינים למתפרסם. מכאן שהאפקטיביות של אמצעי התקשורת כאמצעי ענישה מוגבלת.

שביעית, שוחד שנחשף תקופה קצרה אחרי תחילת הקדנציה עלול להישכח עד למועד הבחירות הבאות, ומכל מקום עצמת הסלידה ממנו עלולה להצטמצם עד אז במידה ניכרת. נוסף על כך, עצמת הטיפול בתופעת השוחד באמצעי התקשורת מושפעת בין היתר מסדר היום הפוליטי. למשל, אם באותו יום עולים על הפרק נושאים חברתיים חשובים מאוד, הם עלולים לדחות את הטיפול בתופעת השוחד או לפחות להקטין את היקף הטיפול. כך למשל, בסדר יום פוליטי עתיר אירועים תופעת שוחד חמורה עשויה להעסיק את התקשורת זמן קצר מאוד, ואילו בסדר יום פוליטי דל אירועים תופעה מבישה שאינה אסורה עשויה להעסיק את התקשורת זמן ממושך. מצב דברים זה אינו הוגן ואינו ראוי.

198 ראו גם ברנר, לעיל הערה 174, 324-325, 329.

למשפט הפלילי יש אפוא תפקיד חשוב במאבק בשוחד של הרשות המחוקקת,<sup>199</sup> ויש הכרח לקבוע איסור פלילי עליו.<sup>200</sup> המשפט הישראלי הקיים אוסר נקיטת שוחד על ידי אישי שלטון וכלפיהם באמצעות עברות השוחד הרגילות שבפרק ט סימן ה (סעיפים 290 ואילך) לחוק העונשין<sup>201</sup> ובאמצעות העברה של הפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין.<sup>202</sup> כמו כן סעיף 10 לחוק בחירות לגופים ציבוריים, התשי"ד-1954, אוסר על שוחד בחירות, כלומר: על 'קנייה ומכירה' של קולות בבחירות. הואיל והאיסור על שוחד נועד לשמירה על בחירות ראויות ועל משטר ייצוגי, קל וחומר שדרוש איסור גם על קנייה ומכירה של קול בהצבעה או בפעולה משטרית אחרת. במיוחד נכון הדבר כשההשפעה על המשטר הדמוקרטי של קנייה ומכירה של קול או של פעולה של חבר כנסת במילוי תפקידו גדולה בהרבה מהשפעת קנייה ומכירה של קול אחד בבחירות הרגילות. תופעה זו אסורה גם במשפט האנגלי,<sup>203</sup> במשפט היווני,<sup>204</sup> במשפט הצרפתי,<sup>205</sup> במשפט האמריקני,<sup>206</sup> במשפט האוסטרלי,<sup>207</sup> במשפט הקנדי,<sup>208</sup> במשפט השווייצרי,<sup>209</sup> במשפט האיטלקי,<sup>210</sup> במשפט ההולנדי,<sup>211</sup>

- 199 ראו גם U. Epp, *Die Abgeordnetenbestechung – §108e StGB* (Frankfurt: P. Lang, 1997) 101-102
- 200 ראו J. Heisz, *Die Abgeordnetenbestechung nach §108e – Schliessung einer Regelungsluecke?* (Aachen: Shaker Verlag, 1998) 114; Epp, *supra note* 199, 165ff
- 201 ראו בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492; בג"צ 4031/94 ארגון 'בצדק' נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1, 27.
- 202 על היקף העברה של הפרת אמונים ראו דנ"פ 1397/03 מ"י נ' שבס, פ"ד נט(4) 385.
- 203 ראו להלן, בטקסט שליד הערה 493. ראו גם *Attorney General of Ceylon v. De Livera and another* [1962] 3 All E.R. 1066
- 204 על המשפט היווני ראו Heisz, *supra note* 200, 68-70. נוסח הסעיף מופיע שם, 149-147.
- 205 שם.
- 206 ראו להלן, בטקסט שליד הערה 542.
- 207 ראו *Review of Commonwealth Criminal Law, Fourth Interim Report, November 1990, Part IV – Bribery and Corruption*, para 25, pp. 175
- 208 ראו להלן, בטקסט שליד הערה 513.
- 209 ראו להלן, בטקסט שליד הערה 437.
- 210 ראו Heisz, *supra note* 200, 86-92; M. Becker, 'Korruptionsbekaempfung im parlamentarischen Bereich', dissertation. (Bonn, 1998) 77-84
- 211 ראו Heisz, *supra note* 200, 92-96

במשפט הבלגי,<sup>212</sup> במשפט הספרדי<sup>213</sup> ובמשפט האוסטרי.<sup>214</sup> המשפט הגרמני התנגד במשך תקופה ארוכה להגדרת התופעה כעברה פלילית,<sup>215</sup> אך משיקולים עקרוניים ומעשיים נכנע בסופו של דבר ואסר את התופעה באמצעות המשפט הפלילי.

האם יש להגדיר שיחוד אישי משטר הממלאים תפקיד משטרי-דמוקרטי כעברה פלילית מיוחדת נגד המשטר<sup>216</sup> או להסתפק בהגנה שמספקות העברות הרגילות בדבר שוחד והפרת אמונים?<sup>217</sup>

ככלל אין מקום לאיסור מיוחד ככל שמדובר בבכירי הרשות המבצעת ובשופטים, אף שיש פנים מיוחדים לחומרה ככל שמעמדו השלטוני של המקבל רם יותר וככל שחובת הנאמנות המוטלת עליו רבה יותר. כך לדוגמה, במתן שוחד לראש ממשלה או לשר יש חומרה מיוחדת בהתחשב בכוחם הרב של העומדים בראש הרשות המבצעת. לחומרה זו אפשר לתת ביטוי במסגרת הנורמטיבית של האיסור על לקיחת השוחד.

לעומת זאת התופעה של שיחוד הרשות המחוקקת שונה מתופעות השוחד האחרות וחמורה מהן, אך גם צרה מהן בהיקפה. במשטר דמוקרטי

212 ראו שם, 100–104; 69-72; Becker, *supra* note 210,

213 שם, 84–85.

214 שם, 85–89.

215 יצוין כי לפי המשפט הגרמני חברי הפרלמנט אינם בגדר עובדי ציבור ועל כן אין תחולה לעברות השוחד הרגילות. לפי המשפט הגרמני שוחד חברי הפרלמנט לא היה כלל עניש. ראו P. Cramer, in: Schoenke und Schroeder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl. (Muenchen: C.H. Beck Verlag, 2001) §331 para 6; Eser, *supra* note 172, §11 paras 20, 23

216 כדוגמת המשפט האנגלי; ראו להלן בטקסט שאחרי הערה 481; על המשפט הגרמני ראו להלן בטקסט שליד הערות 426–430; על המשפט היווני ראו להלן בטקסט שליד הערה 456; וכן, Heisz, *supra* note 210, 68-70; Becker, *supra* note 200, 89-91; Ch. Papacharalambous, 'Griechenland', in: *Korruptionsbekaempfung, durch Strafrecht* (Hrsg. Eser, Ueberhofen und Huber, Freiburg: Iuscrim, 1997) 196ff

217 כדוגמת המשפט האמריקני; ראו להלן בטקסט שליד הערה 543; על המשפט השווייצרי ראו להלן בטקסט שליד הערות 437–438; על המשפט האוסטרי ראו להלן בטקסט שליד הערה 447; על המשפט האיטלקי ראו Heisz, *supra* note 200, 86-92; Becker, *supra* note 210, 77-84; Heisz, *ibid.*, 100-104; על המשפט הבלגי ראו Heisz, *ibid.*, 92-96; Becker, *ibid.*, 63-65; Becker, *ibid.*, 84-85; על המשפט הספרדי ראו Becker, *ibid.*, 69-72

הרשות המחוקקת היא החשובה שברשויות המדינה: מכוח תפקידה הרשות המחוקקת קובעת – במגבלות הקבועות בחוקה או בחוקי היסוד – את הנורמות הכלליות ואת סמכותן ודרכי פעולתן של הרשויות האחרות. חקיקה המושפעת מטובות הנאה סותרת את העיקרון בדבר ריבונות האזרחים; עיוות בשיקול דעתו של חבר הרשות המחוקקת עקב שוחד עלול להביא לידי עיוות התשתית הנורמטיבית של המשטר. מכאן שתופעה של שוחד ברשות המחוקקת פוגעת במשטר הדמוקרטי,<sup>218</sup> ואילו תופעה של שוחד ברשות המבצעת וברשות השופטת פוגעת בתקינות הפעולה השלטונית או הרשמית. יש הבדל מהותי בין רשויות השלטון: הרשות המבצעת והרשות השופטת אמורות לפעול במובהק אך ורק לטובת כלל הציבור, ולעומתן הרשות המחוקקת פועלת גם בתחום הפוליטי וגם על יסוד שיקולים פוליטיים ומפלגתיים. חברי הכנסת פועלים למען ציבור בוחריהם גם במגבלות הקבועות בחוקה או בחוקי היסוד, ומקצתם מייצגים מגזר מסוים מתוך כלל הציבור. בעולם הפוליטי נכרתות עסקאות של 'תן וקח', שהן לגיטימיות במשטר הדמוקרטי. כך למשל, מפלגה פוליטית עשויה לקדם מהלכים ואינטרסים של מפלגה פוליטית אחרת בתמורה לתמיכתה של המפלגה האחרת באינטרסים שלה, ופעילות כזאת תהיה בדרך כלל בתחום הפוליטי-משטרי המותר.<sup>219</sup> בשל כך העמדה המקובלת שוללת הטלת חובה משפטית על נציגים של מפלגות פוליטיות לפעול למען האינטרס הציבורי או המפלגתי.<sup>220</sup> מאפיין זה בא לידי ביטוי גם בהבחנה בפסיקה, שלפיה נושאי תפקידים ברשות המבצעת – בכללם נושאי תפקידים בכירים כמו שרים המתמנים על פי שיקולים פוליטיים – חבים חובת נאמנות מוגברת לציבור בשל סמכותם ולכן כפופים לאמות מידה חמורות, ואילו פעילותם של חברי כנסת עומדת

218 ראו גם Beck, *supra* note 1, 183f; *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB)* E 1960, *supra* note 18, 545; H.-H. v. Arnim, 'Abgeordnetenkorruption', JZ 1990, 1014ff

219 ראו גם Eser, *supra* note 172, §108e para 1; S. Barton, 'Der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung (§108e StGB)', NJW 1994, 1098; Heisz, *supra* note 200, 24. עוד דוגמה היא תמיכה של סיעה במינוי של חבר סיעה אחרת לתפקיד בכנסת (כגון יו"ר הכנסת או יו"ר ועדה של הכנסת) בתמורה לתמיכה של אותה סיעה במינויים בכנסת של חברים מהסיעה התומכת.

220 ראו י' מרזל, **המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות** (שריגים-ליאון: נבו, 2004) 131-126.

בעיקרה למשפט הבוחר.<sup>221</sup> עם זה, גם על חברי כנסת מוטלות חובות משפטיות מינימליות של נאמנות לציבור, ובראשן החובה המשפטית להימנע מקבלת שוחד בדמות של טובת הנאה אישית.<sup>222</sup> יש אפוא להתאים את דיני השוחד לאופי פעולתו של המחוקק, ולכן יש להגביל את איסור השוחד ברשות המחוקקת לתופעה הפוגעת במשטר הדמוקרטי. לפיכך מוצע<sup>223</sup> להוציא מכלל האיסור על מתן וקבלה של טובת הנאה את האפשרות ל'קח ותן' הפוליטי, הלגיטימי במשטר דמוקרטי. משא ומתן זה יוגדר כהבטחה פוליטית גלויה שאינה חורגת מהמקובל והנהוג במשטר דמוקרטי.

איסור השוחד צריך לחול על פעילותו של חבר הכנסת במסגרת הרשות המחוקקת בכל הנוגע לתפקידי החקיקה והפיקוח של הרשות המחוקקת, בכללם החלטות על פיזור הכנסת, הפלת הממשלה, הסרת חסינותו של חבר כנסת, פסילת רשימה או מועמד בבחירה לתפקיד וכו'. האיסור לא יחול על הצבעות בתוך המפלגות, משום שאלה אינן הצבעות של הרשות המחוקקת,<sup>224</sup> אך הוא יחול על הצבעות בסיעות. אמנם ההצבעה בסיעה איננה הצבעה בכנסת, אך יש ביניהן קשר הדוק: הסיעות מורכבות רק מחברי כנסת ויש להן השפעה גדולה על פעילותו של חבר הכנסת; חלק ניכר מהדיון בהצעות החוק ובהצעות ההחלטה של הכנסת נערך בסיעות; הסיעה יכולה לקבל החלטה בדבר משמעת סיעתית, שלפיה כל חברי הסיעה יצביעו בכנסת בעד או נגד חוק או החלטה – ולהחלטה כזאת יש השפעה מובהקת על חבר הכנסת היחיד. מכאן שמוצדק לאסור שוחד גם תמורת הצבעה בסיעה.<sup>225</sup>

האיסור המוצע אינו סותר את החסינות המהותית של חבר כנסת, שכן הוא נועד להבטיח ציות לחובת הנאמנות החוקתית של חבר כנסת, שלפיה עליו להפעיל שיקולים ממלכתיים ופוליטיים לפי מיטב הכרתו, ולא

221 ראו בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 426.

222 ראו ס' נבות, 'חבר הכנסת כ"נאמן הציבור', *משפטים* לא (התשס"א), 425-433; מרזל, *לעיל* הערה 220, 126-131.

223 ראו Eser, *supra note* 172, §108e para 8; Maurach, Schroeder, and Maiwald, *supra note* 1, 367; Barton, *supra note* 1, 1098.

224 ראו גם Eser, *supra note* 172, §108e para 3f; Barton, *supra note* 219, 1099f; Heisz, *supra note* 200, 11f.

225 ראו גם שם 109, 131.

למכור את כוח ההצבעה שלו בעבור בצע כסף. המקבל שוחד בעבור עשייה פרלמנטרית אינו יכול לטעון לחסינות עניינית, שהרי תפקידו של חבר כנסת אינו כולל קבלת שוחד.<sup>226</sup> האיסור נועד למנוע השפעה פסולה על חבר הכנסת במילוי תפקידו.<sup>227</sup>

כאמור, שוחד ברשות המחוקקת הוא תופעה שחומרתה עולה על חומרתה של תופעת השוחד הרגילה, ולכן גם העונש צריך לשקף את חומרתה היתרה: העונש בגין שוחד ברשות המחוקקת צריך להיות חמור מהעונש בגין עברת שוחד רגילה. לכן מוצדק להעמיד את העונש בגין שוחד ברשות המחוקקת על עשר שנות מאסר, לעומת שבע שנות מאסר בדין השוחד הרגיל.<sup>228</sup> נוסף על כך מתבקשת פסילתו של לוקח השוחד מכהונה בכנסת או מהשירות הציבורי.<sup>229</sup> עובר העברה באיסור על לקיחת שוחד ועל הצעה לקבלת שוחד יכול להיות רק חבר כנסת, שהרי בחלופה זו מדובר בעברה מיוחדת (עברה בעלת עושה מיוחד). הואיל והתיבה 'חבר כנסת' בחלופה זו מבטאת את האנטי-חברתיות של האיסור, אזי התנאי האמור – 'חבר כנסת' – הוא נתון ענייני לפי סעיף 34 ברישא לחוק העונשין.

מכאן הצעתנו להוסיף לצד עברות השוחד הקבועות בחוק העונשין גם עברה ספציפית של שוחד ברשות המחוקקת:

### **שוחד ברשות המחוקקת**

(א) הנותן או מציע לתת לחבר כנסת טובת הנאה עבור הצבעה או פעולה אחרת מכוח תפקידו בכנסת, בוועדותיה או בסיעותיה – דינו מאסר חמש שנים.

(ב) חבר כנסת המקבל או הפונה לקבל טובת הנאה עבור הצבעה או פעולה אחרת מכוח תפקידו בכנסת, בוועדותיה או בסיעותיה – דינו מאסר עשר שנים.

226 ראו גם בג"צ 1843/93 **רפאל פנחסי נ' כנסת ישראל**, פ"ד מח(4) 492, Heisz, *supra note* 200, 26-40, 109; Epp, *supra note* 199, 143-150

227 ראו גם Eser, *supra note* 172, §108e para 1; Becker, *supra note* 210, 56-57

228 דין מקבל השוחד לפי סעיף 290 לחוק העונשין הוא שבע שנים; דין נותן השוחד הוא מחצית העונש האמור.

229 בהסדר החוקי הקיים אין הוראה כזאת. סעיף 42 לחוק יסוד: הכנסת קובע כי חבר כנסת שהורשע בעברה פלילית בפסק דין סופי ונקבע על ידי בית המשפט שיש עמה קלון, תיפסק חברותו בכנסת; סעיף 42 מסמיך את ועדת הכנסת להשעות את חבר הכנסת מתפקידו לפרק הזמן שבו פסק הדין אינו סופי.

(ג) בסעיף זה 'טובת הנאה' כוללת כסף, שווה כסף, שירות או כל טובת הנאה אחרת, אך לא הבטחה פוליטית גלויה שאינה חורגת מהמקובל במשטר דמוקרטי.

(ד) הוגש כתב אישום נגד חבר כנסת בגין עברה זו, יושעה מחברותו בכנסת עד תום ההליכים המשפטיים נגדו.

(ה) הורשע חבר כנסת בעברה זו בפסק דין חלוט, תיפסל חברותו בכנסת ותישלל זכותו להיבחר לכנסת או לשלטון המקומי לתקופה שתיקבע בפסק הדין.

#### 4. פגיעה בחופש ההחלטה ובחופש הפעולה של המוסדות השלטוניים באמצעות הטעיה<sup>230</sup>

כאשר גורם שלטוני פועל במסגרת תפקידיה של המדינה כאישיות משפטית פרטית, הטעייתו עשויה להיתפס במסגרת העברות הכלליות, כגון קבלת דבר במרמה. במקרים אחרים יש עברות מיוחדות העוסקות בהטעיה של אישי שלטון בתפקידם הרשמי, שמטרתן להגן על אינטרסים ציבוריים ייחודיים, כגון קבלה במרמה של רישיונות וסובסידיות.<sup>231</sup> כך לדוגמה, הטעיה של גוף שלטוני על ידי עובד ציבור עשויה להיתפס כעברה של הפרת אמונים.

אולם אין מקום להפללה גורפת של הטעיית גורמים שלטוניים כשלעצמה. ככלל יש לגורמים השלטוניים יכולת לגילוי הטעיות, משום שעל פי רוב אין הם מסתמכים בפעולתם על גורם אחד בלבד ומשום שהדיון הפתוח במושא ההטעיה עשוי כשלעצמו לגלות את דבר ההטעיה. מכאן שיש עניין חברתי לטפח את חובת הבדיקה והבירור העובדתי המוטלים על מוסדות השלטון. מנגד, לאיסור הטעיה עלול להיות אפקט מקפיא ביחס לפרסומים שמידת נכונותם אינה ברורה ושיש בהם עניין ציבורי; הוא אף עלול לשמש מכשיר דיכוי כלפי האופוזיציה וכלפי אמצעי התקשורת. המסקנה המתבקשת היא שהטעיה אינה ראויה להיחשב מעשה פלילי בהקשר של פגיעות במשטר.<sup>232</sup>

230 כאן מדובר בפגיעה בחופש ההחלטה של אישי השלטון בתפקידם כרשות שלטונית; אין התייחסות לפגיעה בחופש ההחלטה של אישי השלטון במסגרת תפקידם כאישיות פרטית; במקרה כזה באים בחשבון האיסורים הכללים כגון מרמה.

231 על סוגיה זו ראו מ' קרמניצר, **המרמה הפלילית** (טרם פורסם).

232 ראו גם Schroeder, *supra note 1*, 442f, 445; Beck, *supra note 1*, 178. כן ראו את עמדתה של הוועדה לרפורמה בחוק העונשין הקנדי, L.R.C. of Canada, *supra note 15*, 49.



## 5. פגיעה פיזית באנשי השלטון ובנבחרי הציבור בתפקידם הרשמי ופגיעה פיזית ברכוש המדינה

פגיעה ברכוש המדינה (לפי סעיף 84 לתקנות ההגנה [שעת חירום], 1945) ופגיעה פיזית באישי השלטון בתפקידם הרשמי (לפי המשפט הזר<sup>233</sup>) הן עברה פלילית נגד המשטר. הפגיעה באישי השלטון נעשית בשל היותם כאלה (כלומר: מדובר בנתון הכלול במוטיבציה של הפוגע), ופגיעה ברכוש המדינה נעשית מתוך מודעות לכך שהרכוש שייך למדינה.

פגיעה באישי שלטון וברכוש המדינה מוגנת באמצעות האיסורים העונשיים הכלליים על פגיעה פיזית באנשים וברכוש (כמו רצח, הריגה, ניסיון לרצח או להריגה, חבלה וגרימת נזק לרכוש). לכן עולה השאלה אם יש מקום לאיסור מיוחד או לנסיבה מחמירה המשקפים את העובדה שהפגיעה היא באיש שלטון או ברכוש המדינה ככאלה.

אפשר להעלות כמה שיקולים בזכות איסור מיוחד או נסיבה מחמירה של פגיעה פיזית באישי שלטון. ראשית, הפגיעה מכוונת נגד השלטון ואיש השלטון נפגע כמי שמייצג אותו, ולכן מדובר בפגיעה שראוי לאסור באופן מיוחד.<sup>234</sup> הרי הדמוקרטיה בנויה על שיח ושכנוע, והתנקשות באיש השלטון היא היפוכם של אלה ומהותה ניסיון להשפיע על מהלכים שלטוניים באמצעות אלימות רצחנית. אלימות כזאת שצלחה עשויה להוסיף ולהטיל אימה על איש השלטון שיבוא במקומו של הנרצח. עוד אפשר לטעון כי אישי השלטון חשופים במיוחד לפגיעות כאלה עקב מעמדם, כלומר: חשיפת היתר מצדיקה הגנה מיוחדת ומוגברת לעומת אזרח רגיל שאינו חשוף לאותה מידה של סכנה. לבסוף יש לציין כי פגיעה באישי שלטון משמעה גם ביטול רצונם של האזרחים או נציגי הציבור (הכנסת).<sup>235</sup>

233 על המשפט הקנדי ראו **להלן**, בטקסט שליד הערה 498; על המשפט הדני ראו Langsted, Greve and Garde, *supra note 1*, 88; על המשפט היווני ראו A. S. Liourdi, *Herkunft und Zweck der Strafbestimmungen zum Ehrenschatz des Staatsoberhauptes: Eine systematische und rechtsvergleichende Darstellung unter Beruecksichtigung des deutschen und griechischen Rechts*, dissertation, Goettingen Univ. (Goettingen, 1990) 64, 120-122, 225ff

234 ראו גם L.R.C. of Canada, *supra note 15*, 50; 'ל' בילסקי, 'משפט ופוליטיקה: משפטו של יגאל עמיר', **פלילים** ח (התש"ס) 13, 16.

235 ראו גם Schroeder, *supra note 1*, 454f; עמדת המחוקק היווני ראו Livos, *supra note 111*, 152-153

פגיעה בחברה נגרמת גם עקב אבדן היכולת להפיק תועלת מהמשך שירותו של איש השלטון. הזעזוע – ולעתים הטראומה – הנגרמים לכלל החברה אינם דומים להשפעתו של רצח רגיל, ולכן גדולה במיוחד הפגיעה באמון הציבור בקיומה השריר של הנורמה נגד קיפוח חיי אדם. בהקשר זה קשה שלא להזכיר את הזעזוע והטלטלה שחוותה החברה הישראלית לאחר רציחתו של ראש הממשלה יצחק רבין בנובמבר 1995. קשירת הקשר לרציחתו של ראש הממשלה ומעשה הרצח נתפסו כחמורים יותר מרצח 'רגיל'. תפיסה זו באה לידי ביטוי בהצעות להחמרת עונשו של רוצח ראש הממשלה בדרך של איסור בחוק על הקלה עתידית בעונשו (ובסופו של יום נחקק סעיף 30א לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001) וכן בעתירה – שלימים נדחתה – נגד החלטת השב"ס להיענות לבקשתו של רוצח ראש הממשלה, יגאל עמיר, להזרעה מלאכותית בבת זוגו.<sup>236</sup> אף בערעורו של עמיר על חומרת עונשו הביא בית המשפט לידי ביטוי את החומרה המיוחדת המיוחסת להתנקשות באיש שלטון.<sup>237</sup>

במשפט הזר יש שיטות משפט הקובעות איסור מיוחד על פגיעה באישי שלטון. כך למשל, החוק הפדרלי האמריקני אוסר על איום בהמתת הנשיא, בחטיפתו או בפציעתו. איסור זה בא להתמודד עם השיקול שהוזכר לעיל בדבר הבטחתה של הפעילות השלטונית בלי פחד ובלי חשש של העוסקים בה; כמו כן החוק האמריקני קובע כי מעשים של רצח, חטיפה או חבלה כנגד אנשי שלטון וגם ניסיון לבצעם הם עברה נגד המשטר.<sup>238</sup> גם ביוון נקבע איסור פלילי מיוחד על ניסיון להמית את נשיא המדינה או את סגנו.<sup>239</sup> מנגד אפשר לטעון כי אין להגזים בעצמתם של השיקולים האמורים. בחשבון כולל לא ברור אם אכן יש סכנה מיוחדת לפגיעה באישי שלטון, שכן

236 ראו בג"צ 2245/06 ח"כ נטע דוברין נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם).

237 ע"פ 8019/96 יגאל עמיר נ' מ"י נג" (4) 480, 459: 'יש מקרים [...] שעל בית-המשפט לשקול לנקוט את מידת הרחמים. לעומת זאת במקרים אחרים, כמו במקרה שלפנינו, מידת הרחמים, אם תופעל, יש בה משום עיוות. המידה הנכונה כאן היא דווקא בהחמרה ובקשיחות. מדובר בין היתר בעבירת קשר שיכלה לגרום לאבידות רבות בנפש ואולי אף להצתת סכסוך אזורי רבתי, עם קורבנות ותוצאות אשר לא ניתן אף לשערן. לדעתי יש להטיל על יגאל עמיר עונש מצטבר, בשל העברות בתיק שלפנינו, של 12 שנות מאסר, ועל חגי עמיר עונש של 20 שנות מאסר מצטבר, וגם בכך עוד לא מיצינו את הדין'.

238 ראו להלן, בטקסט שליד הערות 539-541.

239 ראו להלן, בטקסט שליד הערה 455.

בדרך כלל מעניקים להם שירותי הביטחון הגנה מוגברת הנותנת מענה לסכנות המאיימות עליהם עקב מעמדם, ונראה כי זו דרך יעילה יותר בהתמודדות עם הסכנות המיוחדות. לעומת זאת לא ברור כי החמרת הענישה בשל פגיעה באישי שלטון היא אמצעי יעיל העשוי לייתר את ההגנה המוגברת או לצמצם את התופעה. ספק רב אם מי שמוכן לסכן את חייו כדי לפגוע באיש שלטון יירתע מכך בשל החמרתה של סנקציה משפטית, חמורה ככל שתהיה. בעניין זה יש לזכור כי האיסורים הכלליים המגנים על חיי האדם ועל גופו הם מהחמורים ביותר, והם משקפים את עיקר החומרה בהתנהגות העושה – גם כשהקרבת הוא איש שלטון ונפגע ככזה.

כמו כן אין להגזים בעצמתו של החשש שפגיעה באישי שלטון עלולה לפגוע בתפקודו התקין של המשטר הדמוקרטי. העמדה שלפיה פגיעה באישי השלטון היא עברה פלילית נגד המשטר נובעת משיטת משטר שיש בה זהות מוחלטת בין הממשל (הריבון) לבין אנשים פיזיים כגון משפחת מלוכה.<sup>240</sup> בשיטת משטר דמוקרטית אין זהות כזאת בין הממשל לבין קבוצה של אנשים פיזיים, משום שהמשטר מורכב ממוסדות שלטוניים מאוישים. במשטר דמוקרטי-חוקתי ההגנה על המשטר איננה על השליט (ומשפחתו) אלא בראש ובראשונה על המוסדות החוקתיים בתור שכאלה,<sup>241</sup> ואין זהות בין מוסד שלטוני לבין איש שלטון. כאשר איש שלטון נרצח, יבוא אחר (ממלא מקומו) וימלא את התפקיד השלטוני. יש חשיבות סמלית להעמדת השלטון הדמוקרטי על מוסדות ולא על אישים, ומתן הגנה מיוחדת לאישי שלטון פוגעת בעיקרון זה: היא עלולה להתפרש כביטוי להחשבת יתר של איש השלטון לעומת 'שאר האדם' באופן המנוגד לערך השוויון.

קשה להגיע להכרעה חד-משמעית בסוגיה זו: אם אין מייחסים משקל רב לשני השיקולים האחרונים, אי-אפשר לשלול החמרה בדינו של המתנקש הפוליטי לפי שיקול גמולי; עם זה קשה להחמיר עונש שממילא הוא העונש החמור ביותר בשיטה המשפטית. הצעה אפשרית בהקשר הנדון היא להתייחס לפגיעה פיזית באנשי הממשל כאל פגיעה בנסיבות מחמירות, כפי שמוחמרת בשיטתנו העברה של חבלה חמורה. כמו כן אפשר להטיל מגבלות על המורשע,

240 ראו גם Schroeder, *supra note 1*, 439ff; L.R.C. of Canada, *supra note 15*, 35; 50; Mewett and Manning, *supra note 81*, 600; Liourdi, *supra note 233*, 225;

Livos, *supra note 111*, 147ff

241 ראו גם U.K. L.C., No. 72, *supra note 1*, 36ff

כגון מניעת שחרור מוקדם בטרם השלים הנאשם חלק ניכר מסוים מתקופת מאסרו,<sup>242</sup> או כליאה בתנאים מיוחדים, כמובן בכפוף לזכותו החוקתית של האסיר לכבוד ומתוך שמירה על אפשרות מעשית של שיקום.

כפי שהזכרנו, סעיף 30א לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, מבטא את הגישה המבקשת להחמיר בדינו של מתנקש פוליטי. סעיף זה, הודן בהמלצתה של ועדת השחרורים לעניין קציבת עונשו של אסיר עולם שהורשע ברצח ראש הממשלה, קובע כדלקמן:

מצאה ועדת שחרורים מיוחדת שאסיר עולם שהורשע ברצח ראש הממשלה פעל ממניע פוליטי-אידיאולוגי, יראו לעניין סעיף 29 כאילו המליצה הועדה שלא לקצוב את עונשו של האסיר, ולעניין סעיף 30 כאילו המליצה שלא להפעיל את סמכות הנשיא לפי סעיף 11(ב) לחוק-יסוד: נשיא המדינה; הוראות סעיף 29(ג) לא יחולו לעניין זה.

גם מי שסובר כמונו כי זהו הסדר נוקשה מדי עשוי לתמוך בהסדר מיוחד, חמור מהרגיל, למי שרצח ראש ממשלה מתוך מניע פוליטי-אידיאולוגי. הסדר כזה, למשל, יכול לקבוע שהדין לגבי שחרורו של הרוצח יתקיים במועד מאוחר יותר מזה של אסיר עולם רגיל ושתקופת המאסר שירצה בפועל תהיה ארוכה יותר.

בעניין זה ראוי לציין גם את ההסדר הקבוע בסעיף 4-221 לחוק העונשין הצרפתי. החוק הצרפתי מבחין בין המתה בכוונה תחילה (meurtre); סעיף 1-221 לחוק העונשין הצרפתי) לבין רצח (assassinat), שהוא צורה מוחמרת של עברת ההמתה בכוונה תחילה (סעיף 3-221 לחוק העונשין הצרפתי). החוק מטיל עונש של שלושים שנות מאסר בגין המתה בכוונה תחילה ועונש של מאסר עולם בגין רצח. סעיף 4-221 מוסיף וקובע כי בנסיבות מחמירות מסוימות ייגזר עונש של מאסר עולם בגין המתה בכוונה תחילה (דהיינו: החמרה של העונש הקבוע העומד על שלושים שנות מאסר), וזאת, בין היתר, כשקרבת המעשה היה נושא משרה ציבורית והמעשה בוצע בקשר עם תפקידו זה ומתוך מודעות המבצע למעמדו של הקרבת. אף על פי שדוגמה זו אינה

242 החמרה ביחס להסדר הרגיל, שלפיו קציבת עונשו של אסיר יכולה להיעשות לאחר ריצוי של שבע שנות מאסר. ראו סעיף 29(א) לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001.

רלוונטית ליישום בחוק הישראלי – המטיל עונש של מאסר עולם בגין עברת הרצח הכוללת כל המתה בכוונה תחילה – הוראת חוק זו מדגימה כיצד זהותו של קרבן העברה היא נסיבה מחמירה בביצוע העברה. כל השיקולים שפורטו – התומכים באיסור מיוחד (החשש מפני הרתעת אנשים מהצטרפות לפוליטיקה וביטול רצונו של הציבור) – אינם חלים על פגיעה ברכוש. מכאן שנותר רק החשש לסכנה מיוחדת לפגיעה ברכוש ציבורי. אולם נראה כי בדרך כלל ניתנת לרכוש המדינה הגנה מיוחדת; כמו כן נראה כי האיסורים העונשיים (כגון הצתה והיזק לרכוש) מספקים הגנה הולמת מפני פגיעה ברכוש. לפיכך אין להגדיר את הפגיעה הפיזית ברכוש המדינה ככזה כעברה פלילית נגד המשטר הדמוקרטי.<sup>243</sup> מאידך גיסא נציין כי ייתכן שבדומה לפגיעה באישי שלטון, כפי שפורט לעיל, ראוי להגדיר פגיעות ברכוש מתוך מוטיבציה של פגיעה במשטר או במדינה כעברה בנסיבות מחמירות.

## 6. כפירה בשיטת המשטר הדמוקרטית ושליטת הלגיטימיות שלה

האם יש הצדקה וצורך בהפללה של התבטאויות הכופרות בשיטת המשטר הדמוקרטי, קוראות לכפירה בה ושוללות את הלגיטימיות שלה? יש להבחין בין ביקורת על משטר דמוקרטי נוהג, שהיא בגדר הגנה על המשטר הדמוקרטי וטיפוחו, לבין שלילתו כשיטה משטרית. ברור שאין לראות ככפירה התבטאויות המבקרות את המשטר הדמוקרטי הנוהג מתוך תפיסה דמוקרטית לעילא ולעילא, למשל על כך שאין הוא דמוקרטי די הצורך, שאין הוא נאמן דיו לערך השוויון, שאין הוא הוגן כלפי מיעוטים וכו'. למשטר הדמוקרטי יש חולשות, והזכרתן איננה בבחינת 'כפירה בעיקר'. המשטר הדמוקרטי מבוסס על השתתפות פעילה של כלל הציבור, והוא בבחינת סדר חברתי האמור להתחשב ברצונותיהם של כלל האזרחים, קרי: שיטת משטר המכוננת סדר מאוזן וראוי בין רצונותיו של הרוב לבין רצונותיו של המיעוט. מעצם טיבו של התהליך הדמוקרטי הכרעות דמוקרטיות גורמות שמיעוטים יוצאים נפסדים, כלומר: דרישותיהם או העדפותיהם אינן מתמלאות.

243 ראו גם L. W. Maher, 'The Use and Abuse of Sedition', 14 *Sydney L. Rev.* 287, 295; F. Heyer, *Die Entwicklung des politischen Strafrechts seit Inkrafttreten des Reichstrafgesetzbuches* (Muenster, 1972) 134-136

כאן יש להצביע על חולשותיו של המנגנון המשטרי הדמוקרטי ועל המתחים שבין הזכות המלאה להשתתפות ולהשפעה פוליטית של כלל האזרחים לבין מנגנון קבלת ההחלטות, שבאין יכולת לבסס הסכמה מלאה צריך להישען על עמדת הרוב. על פי הגיונה של השיטה הדמוקרטית, גם אם לא ניתן לבסס הסכמה רחבה ומוחלטת נדרשת הכרעה המבוססת על עמדת הרוב. מבחינה מעשית ייתכנו מצבים שבהם ההחלטות המוסדיות הקולקטיביות מוטות – אם מכוח החלטות של רוב בלתי מרוסן ואם מכוח מניפולציות של בעלי אינטרסים צרים ויכולת הטיה ושליטה, שכוחם המעשי גדול מחלקם באוכלוסייה. התוצאה ההכרחית בשיטת משטר דמוקרטית המבוססת על הכרעת הרוב היא שבהיעדר הסכמה כוללת המיעוט אינו מצליח לממש את רצונו, וקשה ובעייתי במיוחד הוא מצב של מיעוט קבוע.<sup>244</sup> יש הגורסים גם כי מבחינה פוליטית 'קל למשטר המבוסס על רוב להתעלם מקולו של המיעוט, במיוחד כאשר אין המיעוט מאיים להפוך לרוב בהצבעות הבאות',<sup>245</sup> וכי 'ישנה תמיד סכנה שהרוב – כעיקרון של הכרעה דמוקרטית – ישמש כסות לפעולות הקבוצה הלאומית, המהווה רוב, כנגד חירויות הקבוצה הלאומית היריבה, המהווה מיעוט'.<sup>246</sup> משטר כזה נהפך למשטר של עריצות הרוב ושל התנכרות למיעוט ולדיכוי.

במצבים חברתיים לקויים חלקים בציבור עלולים להיכשל דרך קבע במימוש אינטרסים החיוניים להם בשל חוסר יכולת להשיג רוב במוסדות הקולקטיביים. במקרים אחרים אף הרוב עלול לחוש כי למרות עדיפותו המספרית אין הוא מצליח להגן על האינטרסים החשובים בעיניו ולקדם. מצב כזה עלול להתרחש, למשל, כשכוח רב מרוכז בידיה של קבוצה המהווה לשון מאזניים פוליטית. למעשה, אפשר לזהות שני ליקויים פוטנציאליים מהותיים

244 ראו תמיר, **לעיל**, הערה 100, 37. על הבעייתיות שבכפיית מיעוט לאומי לקבל שיטת משטר מסוימת ועל זכותו להתנגד לאותה שיטת משטר ראו אצל ו' קימליקה ור' כהן־אלמגור, 'מיעוטים עדתיים־תרבותיים בדמוקרטיות ליברליות', בתוך: ר' כהן־אלמגור (עורך), **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** (תל אביב: ספרית פועלים, 1999), 187, 201 ואילך. כן ראו על המיעוט הלאומי הפלסטיני בתוך מדינת ישראל אצל א' פפה, 'האזרחים הפלסטינים בישראל לקראת המאה העשרים ואחת', בתוך: ר' כהן־אלמגור (עורך), **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** (תל אביב: ספרית פועלים, 1999), 211 ואילך.

245 הד, **לעיל**, הערה 99, 84.

246 אזרחי וקרמניצר, **לעיל**, הערה 103, 36.

בתהליך קבלת ההחלטות הדמוקרטי: בראשון המערכת אינה מעניקה משקל נאות לאינטרסים חשובים של המיעוט, ובשני המערכת מעניקה משקל יתר לאינטרסים של מיעוט על חשבון האינטרסים של הרוב.<sup>247</sup> בשני המקרים פרטים השייכים לקולקטיב – לכאורה בעלי זכויות השוות לאלה של יתר האוכלוסייה – נותרים מחוץ למעגל הנהנים מהיתרונות ששיטת המשטר הדמוקרטי אמורה להעניק לכל הפרטים השותפים לאמנה החברתית. אותן קבוצות חשות נפסדות ומקופחות על ידי התפיסה הדמוקרטית הנהוגה ולכן עשויות לכפור בשיטת המשטר הדמוקרטי הנוהגת.

קבוצות אלו רשאיות לתבוע לשנות היבטים מסוימים של המשטר כדי להבטיח את זכות ההשתתפות האמתית שלהן, שהרי חירותו של הרוב במנגנון קבלת ההחלטות אינה בלתי מוגבלת, והמשטר הדמוקרטי מעניק למיעוט זכויות שהרוב אינו רשאי לשלול. כאשר זכויות המיעוט נשללות, אך טבעי הוא כי השיטה הנוהגת לא תהיה עוד מקובלת עליו. בנסיבות אלו כפירה בשיטת המשטר הדמוקרטי הנהוגה היא 'דווקא אקט דמוקרטי לעילא', שכן אין היא כפירה במשטר הדמוקרטי המהותי.<sup>248</sup> המשטר הדמוקרטי אינו קיים רק לשם קיום,<sup>249</sup> שכן "דמוקרטיה לוחמת" היא דמוקרטיה הלוחמת על מימושם של הערכים הליברליים העומדים ביסודה.<sup>250</sup> המשטר הדמוקרטי קיים למען האזרחים כולם, קרי: כל קבוצות החברה, ומשמעו השתתפות פעילה של כל האזרחים בעיצוב החיים הפוליטיים והציבוריים. לפיכך הדמוקרטיה מאפשרת לקבוצות שהן לרוב נפסדות ומקופחות לכפור בשיטת המשטר הנוהגת. הכפירה במשטר הנוהג בנסיבות האמורות היא כאמור אקט דמוקרטי, שתכליתו לכונן משטר דמוקרטי מהותי שבו הערכים ועקרונות היסוד – בכללם זכויות מיעוט – מקוימים כהלכה.

247 ראו גם תמיר, **לעיל** הערה 100, 37; הד, **לעיל** הערה 99, 91; ע' זלצברגר וא' קידר, 'המהפכה השקטה: עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים', **משפט וממשל** ד (התשנ"ח) 489, 495 ואילך.

248 עוז-זלצברגר, **לעיל** הערה 93, 70; ח' בן-נון, **מרי אזרחי** (תל אביב: יער, 1992) 39; אזרחי וקרמניצר, **לעיל** הערה 103, 79.

249 ראו בג"צ 142/70 **שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים**, פ"ד כה(1) 325, 331.

250 ראו א' מרמור, 'על גבולות הדמוקרטיה: תורת המדינה בעקבות רצח רבין', **ספר השנה של המשפט בישראל** (1996) 1, 29; C. Leggewie und H. Meier, *Republikschutz* (Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1995) 155

מתן אפשרות לקבוצות אלו להשמיע את מחאתן – שיש בה כפירה בשיטה הדמוקרטית הנהוגה – עשויה להפיג את זעמן ואת תסכולן של קבוצות החשות מקופחות. במניעת המחאה נגד השלטון ונגד שיטת המשטר הנהוגת קיימת סכנה שקבוצה המוצאת את עצמה דרך קבע בעמדת מיעוט ויודעת כי אין אפשרות שתהפוך לרוב, תראה את ההליך הדמוקרטי עצמו כמנכר ולא משתף. הדבר נכון במיוחד אם ההכרעות שבהן קבוצה זו מפסידה בקביעות מתייחסות לאופן חלוקת המשאבים המעשית ולערכי היסוד של השיח הפוליטי-חברתי, ונוכח תפיסה מתנשאת ומתבדלת מצדו של הרוב. אם לא תינתן לקבוצות אלו אפשרות הוגנת ונאותה להביע את עמדתן על אודות שיטת המשטר הדמוקרטית הנהוגה, גובר החשש לפגיעה ביציבות החברתית ובמקרים קיצוניים אף לפגיעה באמצעים אלימים באשיות המשטר הדמוקרטי הנהוג.<sup>251</sup> משום שקיפוח מתמיד עלול להוביל קבוצה מקופחת למסקנה שאלימות היא הדרך היחידה למימוש זכויותיה או לקבלת תשומת לב למצבה.

יתרה מזו: הבעת עמדה – גם עמדה כופרת – של קבוצות החשות מקופחות עשויה להוביל לדיון ציבורי ולטיפול בבעיה בצורה טובה ובמועד הנכון. 'כפירה' בלגיטימיות של שיטת המשטר הדמוקרטית הנהוגה אינה בגדר שלילה של השיטה הדמוקרטית מעיקרה; 'כפירה' זו היא אקט דמוקרטי מובהק, באשר היא מיועדת לכונן משטר דמוקרטי אמתי המכבד את העקרונות והערכים היסודיים של הדמוקרטיה ומקיים אותם. לפיכך אין כל הצדקה לאסור פרסומים המבטאים כפירה כזאת.

השאלה היא אפוא אם ראוי לאסור בפלילים ביטויים או פרסומים של כפירה מלאה בשיטת המשטר הדמוקרטית ושלילת הלגיטימיות שלה. המשטר הדמוקרטי החוקתי נושא דיונונו מכיר בערכי יסוד, כמו זכויות היסוד של האדם, שאינם ניתנים לביטול על ידי הציבור, יהיה גודלו אשר יהיה: ערכי יסוד מסוימים אינם תלויים ברצונו של הציבור ואינם שואבים ממנו את כוחם ואת הלגיטימציה שלהם. ערכים אלו טבועים באדם מעצם קיומו האנושי.<sup>252</sup> כך למשל, חופש הביטוי כרכיב וכגרעין של הדמוקרטיה אינו שואב את כוחו מהסכמת הציבור, ואף גבולות הגרעין שלו אינם מובחנים מכוחה

251 ראו גם פפה, **לעיל** הערה 244, 223-224; בנבנשתי, **לעיל** הערה 59, 32; גביוון, **לעיל** הערה 102, 58-59.

252 ראו **לעיל**, בטקסט שליד הערות 102-103.



של הסכמה ציבורית.<sup>253</sup> אפשר לטעון כי ערעור של ערכי היסוד הדמוקרטיים ושליטת הלגיטימיות של המשטר הדמוקרטי אינם עולים בקנה אחד עם הרעיון הדמוקרטי<sup>254</sup> ואף פוגעים בו,<sup>255</sup> אפשר לטעון כי 'מימוש' של חופש הביטוי וחופש ההתאגדות לשם ערעור עליהם או על לגיטימיות המשטר הדמוקרטי הוא למעשה ניצול היתרונות של שיטת המשטר הדמוקרטית לשם החרבתה. עמדה זו משתקפת היטב בדבריו של גבלס (Goebbels): 'זה יישאר לאחת הבדיחות המצוינות של הדמוקרטיה, שהיא – הדמוקרטיה – מעניקה לאויבי המוות שלה את האמצעים להחרבתה'.<sup>256</sup>

שליטת הלגיטימיות של המשטר הדמוקרטי עלולה להביא לידי התמוטטותו ולעליית משטר של דיכוי ועריצות. ההבלגה מטעם המדינה על פרסומים הכופרים במשטר הדמוקרטי מתפרשת אצל חלק מהציבור כביטוי להיעדר ביטחון בדמוקרטיה וכסימן של חולשה. פרשנות כזאת מחלישה את התמיכה הציבורית בדמוקרטיה ומעניקה 'רוח גבית' לאויבי הדמוקרטיה.<sup>257</sup> תימוכין היסטוריים לטענה זו הוא סיפור הרפובליקה של ויימאר, שהייתה דמוקרטית ונחרבה על ידי הנאצים, בין השאר באמצעות ניצול לרעה של תרונות המשטר הדמוקרטי.<sup>258</sup> הסכנה החמורה מאוד הטמונה בכפירה

- 253 אולם היקפו הרחב של חופש הביטוי מעבר לגרעין שלו תלוי בהסכמת החברה ובאופייה. ראו ח' גנאים, מ' קרמניצר וב' שנור, **לשון הרע: הדין המצוי והרצוי** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005) 15-18.
- 254 ראו גם א' ויתקון, 'הרהורים וכמה זכרונות נעורים על חופש העיתונות', בתוך: ר' גביוון (עורכת), **זכויות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה. כהן** (ירושלים: האגודה לזכויות האזרח בישראל, 1982) 153, 161; גביוון, **לעיל** הערה 27, 151-150, 155; J. Frowein, *supra note* 132, 11, 14ff; Simeonidou-Kastanidou, *supra note* 132, 11, 14ff; J. Frowein, 'How to Save Democracy from Itself?', *26 Israel Yearbook on Human Rights* (1996) 201; U. Backes, *Schutz des Staates* (Otto von Freising-Vorlesungen der Katholischen Universitaet Eichstaett 17) (Opladen, 1998) 40-41; ראו גם **לעיל**, בטקסט שליד הערה 384, על סעיף 18 לחוק היסוד הגרמני.
- 255 ראו **לעיל**, בטקסט שליד הערות 93-109, על הדמוקרטיה; כן ראו גישתו של השופט מצא (עמדת המיעוט בע"פ כהנא) בדנ"פ 1789/98 מ"י נ' כהנא, פ"ד נד(5) 193.
- 256 ציטוט מתוך I. Canu, *Der Schutz der Demokratie in Deutschland und Frankreich* (Opladen: Leske und Budrich, 1997) 190.
- 257 ראו גם כהן-אלמגור, **לעיל** הערה 28, 275.
- 258 ראו גם: O. Backes, *Rechtsstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz* (Koeln: Heymanns, 1970) 15f; Frowein, *supra note* 26, 201f; **יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט(3) 367, 387-388, 389; ויתקון, **לעיל** הערה 254, 165.

במשטר הדמוקרטי היא שיש בה כדי לסייע בהחלפת המשטר הדמוקרטי במשטר אחר, לא דמוקרטי, היינו: משטר עריצות. משטר כזה איננו מאפשר שינוי שלו עצמו בדרכי שכנוע ושלום ופוגע בזכויות היסוד של האזרחים, בכללן הזכות לחיים, לכבוד אנושי, לחירות ולשוויון. כזה היה המשטר הנאצי שהמיט אסון על העולם, על העם היהודי ועל גרמניה עצמה, ו'הוחלף' רק לאחר הכניעתו במלחמה; כך היה גם ביוון, שם התרחשה הפיכה צבאית והשתרר משטר דיקטטורי שקיפח את זכויות היסוד וגרם למותם של רבים. משטר זה הוחלף במהפכה אזרחית.

כללו של דבר: בכפירה במשטר הדמוקרטי יש כדי לעודד החלפה של המשטר הדמוקרטי במשטר אחר שאינו פועל לטובת כלל הציבור ופוגע בזכויות היסוד של האזרחים.

לפיכך אם המשטר הדמוקרטי הוא שלטון האזרחים, וככזה הוא המשטר הראוי ביותר, אזי יש להגן עליו ולמנוע תופעות העלולות להביא להחרבתו. הדמוקרטיה אינה צריכה לאפשר לאויביה לנצל לרעה את יתרונותיה מתוך מטרה להביא לחיסולה. על המשטר הדמוקרטי להדגיש את הביטחון בצדקתו ובחיוניותו וגם את מוכנותו ונכונותו להגן על עצמו.<sup>259</sup> מכאן הרעיון של דמוקרטיה מתגוננת ואף לוחמת, שלפיו מותר לדמוקרטיה להילחם בפעילות המכוונת נגדה ומיועדת לחסלה.<sup>260</sup> זאת במיוחד באשר

259 R. Langer-Stein, *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen* (Muenchen: VVF, 1987) 95-97

260 על הדמוקרטיה המתגוננת ראו גם בג"צ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673, 679; ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 390; דנ"פ 1789/98 מ"י נ' כהנא, פ"ד נד(5) 166; ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 242, 313 ואילך; ויתקון, לעיל הערה 254, 161-162; גביזון, לעיל הערה 27, 155; ע' פדהצור, 'בין דמוקרטיה מתגוננת לדמוקרטיה מתחסנת, ישראל במבחן', *תרבות דמוקרטית* 6 (2002) 135; ע' פדהצור וא' פרליגר, 'האתגר של מפלגות קיצוניות למשטרים דמוקרטיים: ישראל כדוגמה', *תרבות דמוקרטית* 8 (2004) 73; Schwagerl, *supra note* 19, 9ff; Backes, *supra note* 254, 37-54; S. Baer, 'Violence: Dilemmas of Democracy and Law', in: D. Kretzmer and F. Kershman Hazan (eds.), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy* (The Hague: Kluwer Law International, 2000) 63, 81ff; Rawls, *supra note* 110, 214ff; BVerfGE 25, 88, 100; BVerfGE 28, 36, 48f; M.

לדמוקרטיה הישראלית, שהיא 'פגיעה ושברירית הנעדרת תשתית חברתית ותרבותית שורשית לאורח חיים ופוליטיקה דמוקרטיים'.<sup>261</sup> עמדה זו מוצאת את ביטויה במשפט הישראלי ובמשפט הזר,<sup>262</sup> המונעים ניצול של יתרונות הדמוקרטיה לשם החרבתה, למשל באמצעות מניעת השתתפות בבחירות של מפלגה, רשימה או מועמד השוללים את שיטת המשטר הדמוקרטי.<sup>263</sup> הכופר בעקרון הדמוקרטיה ומציע להחליף משטר דמוקרטי במשטר דיקטטורי או טוטליטרי – מייחל לשיטה משטרית שאין לה מחויבות לערך הסובלנות. אדם כזה ודאי אינו זכאי לתבוע לעצמו יחס סובלני. יתר על כן: המחויבות לסובלנות מחייבת להיאבק נגד עמדות המבקשות להכריתה.

טיעונים אלו מקימים לכאורה הצדקה לאסור על פרסומים שוללי דמוקרטיה, אולם אין זה עדיין סופה של הבחינה. ההגנה על המשטר הדמוקרטי מחייבת לנקוט **אמצעים נאותים** להגנת המשטר – ואמצעים כאלה בלבד. אין להטיל מגבלות יתר על חירותם של הפרטים ואין להשתמש במשפט הפלילי אלא במידת הצורך; יש להביא בחשבון גם שיקולים של

---

Kutscha, *Verfassung und 'streitbare Demokratie'* (Koeln: Pahl-Rugenstein, 26ff (1979); וכן Boventer, *supra note 28* על דמוקרטיה מתגוננת לפי המשפט האמריקני, הגרמני, הצרפתי, האיטלקי, האוסטרי, הבריטי, השווייצרי, היווני, הספרדי, הפורטוגלי.

261 א' כרמון, 'הקדמה', בתוך: י' אזרחי, מ' קרמניצר, מ' כהן וא' אלימי (עורכים), **ישראל לקראת דמוקרטיה חוקתית: עקרונות לתיקון מדינה ומשטר** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, פרסומי המועצה הציבורית, 2001, כרך 1) 9, 10; בנדור, **לעיל** הערה 115, 272-273; גביזון, **לעיל** הערה 27, 163; ע"פ 6696/95 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד (נב) 535, 575.

262 כגון המשפט הגרמני. ראו **להלן** הנוסח של סעיף 21 לחוק היסוד הגרמני בטקסט שליד הערה 385.

263 לפי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, 'רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד לבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי העניין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה: [...] (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'; לפי סעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992: 'לא תירשם מפלגה אם יש במטרה ממטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, אחת מאלה: (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית'; וכן לפי סעיף 3 לחוק העמותות: 'לא תירשם עמותה אם מטרה ממטרותיה שוללת [...] את אופייה הדמוקרטי. ראו גם ע"א 1282/93 **רשמת העמותות נ' כהנא**, פ"ד (מז) 100, 105; א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית נ' ח"כ טיבי** (טרם פורסם), פסקאות 2 ואילך לפסק דינו של הנשיא ברק.

צדק, יעילות, תבונה מעשית ונחיצות. לכן דעתנו היא שאין להגדיר כעברה פלילית נגד המשטר ביטויים השוללים את שיטת המשטר הדמוקרטית, אם אין בהם יסוד של אלימות.

ראשית, הדמוקרטיה היא שיטת משטר המחויבת להליך של דיון ציבורי חופשי ופתוח כתנאי לעיצוב ולאיימוץ של השקפות עולם ועמדות ערכיות (אמת בתחום האידאי). כשם שעצמתה של האמת היא בעימות חופשי וגלוי עם השקר, כך גם עצמתה של הדמוקרטיה היא בהתמודדות ובתחרות בינה לבין תפיסות משטריות אחרות. עדיפותה של השיטה הדמוקרטית על פני שיטות משטר אחרות תוכח בדיון ציבורי פתוח. העמדת הפרט במרכז והמחויבות לערכי היסוד החיוניים לכל אדם מעניקה לדמוקרטיה כוח משכנע, בייחוד נוכח הניסיון ההיסטורי העגום העולה ממשטרים אנטי־דמוקרטיים.<sup>264</sup> פים לענייננו דבריו של בית המשפט העליון:

בדרך כלל קיים סיכוי טוב, שסופה של האמת לנצח, אשר על כן אם רק ישנה שהות מספקת, מוטב לפעול – לביטול השפעתה של הידיעה הכוזבת שנתפרסמה בעיתון [...] או של המאמר [...] בדרך של בירור, חינוך והסבר נגדי. 'אם יש זמן לגלות על ידי בירור (discussion) את הכיזב ואת הטעויות, ולמנוע את העוול על ידי תהליכים חינוכיים, אז התרופה שיש לנקטה היא דווקא דיבורים ולא שתיקה שכופים אותה'.<sup>265</sup>

ללא דיון משטרי משווה הרעיון הדמוקרטי עלול להפוך לדוגמה יבשה שאין מאחוריה הנמקה, כוח משכנע וביטחון בנכונותה.<sup>266</sup> ללא ויכוח חופשי לא יהיה אפשר לחנך למחויבות מושכלת, עמוקה וחזקה למשטר הדמוקרטי ולנכונות להיאבק על קיומו ועל חיזוקו. במשטר שבו אין מרשים להעלות הרהורי כפירה נגד הדמוקרטיה עלול להתפתח כלפיה יחס של אדישות וניכור, והיא עלולה לקמול ואף ליפול טרף במלתעות מתנגדיה. במקום שאין בו די עוז להעמיד את הדמוקרטיה בוויכוח מול מתנגדיה, ספק גדול אם יש תקומה וסיכוי של ממש למשטר הדמוקרטי. סתימת פיותיהם של המתנגדים

264 ראו גם בג"צ 73/53 חברת 'קול העם' נ' שר הפנים, פ"ד ז 877, *Abrams et al. v. U.S.*, 40 S. Ct. Rep. 17, 22 (1919)

265 בג"צ 73/53 חברת 'קול העם' נ' שר הפנים, פ"ד ז 891.

266 ראו ג"ס מיל, *על החירות* (1859) (תרגום אריה סימון, ירושלים: מאגנס, 1994) 83-65.

היא ביטוי לחולשה ומסר של חולשה כאחד; היא אינה הופכת את המתנגדים לתומכים; להפך: היא מחלישה את ההתמודדות עם ההתנגדות ואף עלולה ליצור רושם מוטעה באשר להיקפה של ההתנגדות ולגורמיה.

ההשתקה של תפיסות אנטי־דמוקרטיות אף עלולה להעניק להן לויית חן, בבחינת 'מים גנובים ימתקו'; דווקא ההשתקה עלולה להאדיר את משקלן בבחינת 'יש דברים בגו', כאילו אין לדמוקרטיה כוח משכנע היכול לגבור על העמדה האנטי־דמוקרטית בוויכוח חופשי. הטיפול בתופעת הכפירה בשיטת המשטר הדמוקרטית באמצעות המשפט הפילי עלול ליצור את הרושם שהדמוקרטיה אינה שיטת המשטר הטובה ביותר, ולמעשה המשטר הדמוקרטי 'סותם את פיותיהם' של אזרחים המצדדים בשיטת המשטר הטובה בעיניהם יותר; כלומר: הכופרים הם מי שרוצים בטובת הציבור ואילו הפועלים נגדם עושים זאת כדי לשמור על כוחם. במניעה של פרסום ביטויים נגד שיטת המשטר הדמוקרטית עלול להיווצר רושם שהמשטר הדמוקרטי הוא אליטיסטי – משטר לנבחרי ציבור, לאנשי המערכת המשפטית ולקבוצות אחרות, אך אינו המשטר הטוב ביותר בשביל כלל הציבור. המושגים עלולים להתפס כגיבורים, ואילו מניעת הפרסום עלולה להתפס כסתירה פנימית, כבגידה של הדמוקרטיה בעצמה, כביטוי לחולשה ולחוסר עקיבות. בהקשר זה ציין השופט אגרנט:<sup>267</sup>

לעתים קרובות יקרה, כי עצם מעשה הדיכוי – עצם הפסקת ההופעה של העיתון בו נתפרסמו הדברים הפסולים – מקנה לאלה ערך מופרז בעיני הציבור. במקום 'שאיבי החופש נתקלים בשלילת החופש, עשויים בני אדם רבים, שהם בעלי רצון טוב, לחשוב כי אף־על־פי־כן, יש משהו בדוקטרינה שנאסרה. דוקטרינות נפסדות רק נעזרות על־ידי דיכוי. הן מתות עם גילוי יסודן הרעוע.'

קבוצות מיעוט או גורמי שוליים נוקטים לעתים עמדות השוללות את התפיסה הדמוקרטית כביטוי לתסכול ולאכזבה עמוקה מתפקודה של הדמוקרטיה הנוהגת. גם אם עמדה זו אינה ראויה, חשוב לאפשר את השמעתה כדי לאפשר 'שחרור לחצים' – הן מפני שאם לא כן גורמים אלו

267 בג"צ 73/53 חברת 'קול העם' נ' שר הפנים, פ"ד ז 891.

עלולים לפנות לאמצעים אלימים, הן כדי לעמוד על רחשי הלב של הציבור, הן כדי לטפל בגורמי הרקע המניבים עמדה אנטי־דמוקרטית.<sup>268</sup> ראוי גם להביא בחשבון שההבחנה בין הסתייגות מהדמוקרטיה הנוהגת לבין כפירה בעיקר היא לעתים הבחנה קשה, ולכן איסור על ביטוי עמדות כאלה ואחרות עלול לחסום גם התבטאויות מהסוג הראשון.

מן האמור עולה שמידת הסכנה הטמונה בפרסומים אנטי־דמוקרטיים קטנה: אין בהם אנטי־חברתיות מספקת לשם הפללה. לעומת זאת התאגדות פוליטית אנטי־דמוקרטית היא אנטי־חברתית די הצורך כדי להצדיק אמצעי מגן חוקיים שאפשר להפעיל נוכח סכנה ממשית. יתר על כן: האמצעים המתאימים לטיפול ברעיונות 'פסולים' דוגמת כפירה בשיטת המשטר הדמוקרטית הם המערכת החינוכית והמערכת הציבורית. בהתמודדות עם באמצעות איסור פלילי כרוכים נזקים העולים על התועלת, וספק גם אם המשפט הפלילי, כפי שהוא מופעל במשטר דמוקרטי, הוא אמצעי יעיל לדיכוי של רעיון.<sup>269</sup>

שאלה נגזרת היא אם ראוי לאסור על פרסומים כאלה איסור זמני כשנרקמת סכנה לקיומו של המשטר הדמוקרטי. אנו נוטים להשיב על שאלה זו בשלילה: הסכנה האמתית לדמוקרטיה מקורה במותה של האמונה במשטר הדמוקרטי בלבבות האזרחים. במצב כזה לא יועיל איסור על כפירה בדמוקרטיה; הוא עלול אך להחיש את הקץ. המזור היחיד טמון בחידוד המאבק על דמותו של המשטר הראוי בדרכים דמוקרטיות.

כפי שצוין פעמים רבות במשפט האמריקני<sup>270</sup> ובמשפט הישראלי,<sup>271</sup> יש להבחין היטב בין עצם הרעיון של כפירה בשיטת המשטר הדמוקרטית לבין הסתה (הטפה), היינו: קריאה לביטול המשטר הדמוקרטי באמצעים אלימים (שימוש בכוח או איומים לשימוש בכוח). כך למשל, יש להבחין היטב בין דרכי השכנוע של החרדים להחלפת המשטר הדמוקרטי בשיטת משטר של יהדות הלכתית לבין קריאה לחיסול המשטר הדמוקרטי באמצעים אלימים. כאמור, במשטר המחויב לחופש הביטוי לא נשקפת סכנה של ממש למשטר מפרסומים הקוראים להחלפתו במשטר אחר, ולכן אין לאסור את הכפירה בדמוקרטיה כשלעצמה. נוסף על כך, אין דין השמעת כפירה בדמוקרטיה,

268 ראו להלן, בטקסט שליד הערות 301-306.

269 ראו גם בג"צ 73/53 חברת 'קול העם' נ' שר הפנים, פ"ד ז 891.

270 ראו להלן, בטקסט שליד הערות 524-527.

271 ראו בג"צ 73/53 חברת 'קול העם' נ' שר הפנים, פ"ד ז 888.

שהיא בגדר דברים בעלמא, כדין קריאה לעשיית מעשה אלים ולהרמת יד נגד הדמוקרטיה, שהיא בבחינת הסתה פומבית לפעולה אלימה (קונקרטיית). הקריאה הפומבית לנקוט אמצעים אלימים פסולה ואנטי-חברתית כשלעצמה. הפללתה מוצדקת גם בהיעדר מטרה למוטט את המשטר הדמוקרטי, והיא חמורה בהרבה כשמטרה זו מצטרפת אליה.

בקשר לנפילת הרפובליקה של ויימאר יש לומר כי הנאצים לא מוטטו את הדמוקרטיה של ויימאר באמצעות פרסומי כפירה בדמוקרטיה; הם נקטו הסתה לאלימות ואלימות, ובכללה מעשי רצח, כלומר: טרור פוליטי. כישלונה של הרפובליקה הוויימארית אינו בכך שנמנעה מדיכוי הפרסומים האנטי-דמוקרטיים; הוא נעוץ בעיקר באי-אכיפה ראויה של החוק הפלילי כלפי גילויים של טרור פוליטי, בהיעדר הפנמה של תפיסה דמוקרטית בחברה הגרמנית ובהיעדר מחויבות לדמוקרטיה בקרב חוגים רחבים בציבור הגרמני.<sup>272</sup>

אם כך, הביטויים הכופרים בשיטת המשטר הדמוקרטי עלולים לכל היותר ליצור אווירה מעודדת לביטול שיטת המשטר הדמוקרטי; אך המצב האסור והמסוכן שיש למנוע את התרחשותו הוא ביטול שיטת המשטר הדמוקרטי והחלפתה בשיטת משטר של עריצות.

ביטול שיטת המשטר הדמוקרטי שלא באמצעים אלימים יכול להיעשות על ידי הכנסת, שהיא הגוף היחיד המוסמך לחוקק חוקים, לרבות חוקי יסוד, ולהגדיר את אופיו של המשטר הנוהג.<sup>273</sup> לכן ברמה התאורטית הסכנה הרלוונטית לשיטת המשטר הדמוקרטי עולה מחברי הכנסת ולא מהציבור, ומכאן שהסכנה בביטויים שוללי דמוקרטיה היא אפוא סכנה להפיכה 'מלמעלה'.<sup>274</sup> ספק רב אם סכנה כזאת קיימת בנסיבות החברה הישראלית;<sup>275</sup> מכל מקום, עשייה כזאת על ידי הכנסת (כלומר: חקיקת חוק השולל את הדמוקרטיה) תסתור את הנחות היסוד החוקתיות ולכן תהיה נטולת תוקף חוקי. אם כך, המסקנה היא שאין מקום לאיסור פלילי לשם התמודדות עם רוחות רפאים.

יתר על כן: כאמור, המשפט החוקתי הישראלי מאפשר מניעה של עליית כוחות אנטי-דמוקרטיים לשלטון. המשפט החוקתי מספק הגנה יעילה וראויה

272 ראו גביון, **לעיל** הערה 95, 42; Leggewie und Meier, *supra note* 250.

273 אמנם ייתכן כי לחברי מרכז של מפלגות השלטון יש כוח רב בהשפעה על חברי הכנסת, אולם כוחם אינו מוביל במישרין לביטול שיטת המשטר הדמוקרטי. הכוח לביטול שיטת המשטר מסור בידי חברי הכנסת – המחוקק – ובידיהם בלבד.

274 בדומה למשפט היווני; ראו Livos, *supra note* 111, 257ff.

275 ראו גם ע"פ 6696/95 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 556.

על המשטר הדמוקרטי מפני הפיכה מלמעלה. לפי עקרון השיוריות בפלילים, המשפט הפלילי מטפל בתופעות האנטי-חברתיות החמורות ביותר, והוא בא בחשבון רק כשהמשפט הציבורי והמשפט הפרטי אינם מספקים הגנה מספקת נגד תופעה אנטי-חברתית. לפי עיקרון זה, כפירה בדמוקרטיה – הן של הפרטים הן של מפלגות, רשימות ומועמדים לכנסת<sup>276</sup> – אינה נושא שהמשפט הפלילי צריך לענות בו.<sup>277</sup>

מן האמור עולה כי התבטאויות נגד הדמוקרטיה אסורות רק כשיש בהן קריאה בפומבי למוטט את המשטר הדמוקרטי באמצעים אלימים (שימוש בכוח ואיומים לשימוש בכוח).<sup>278</sup> אין להגדיר כעברה פלילית נגד המשטר כפירה בדמוקרטיה באמצעים שאין בהם יסוד של אלימות. לפיכך אנו מציעים לכלול במסגרת העברות כנגד המשטר איסור כדלקמן:

### הסתה לאלימות נגד המשטר מתוך מטרה מהפכנית

(א) המפרסם דבר הסתה למימוש אחרת המטרות שלהן:

- (1) למוטט את המשטר הדמוקרטי, להחליפו במשטר אחר או לפגוע בדרך אחרת בשיטת המשטר הדמוקרטית, והכול באמצעים פסולים;
- (2) למוטט מוסד שלטוני או לפגוע ביכולת התפקוד שלו, לרבות מניעת פעולתו או הנעתו להפעיל את סמכותו בדרך מסוימת ומתוך אילוץ, והכול באמצעים פסולים;

276 ראו בהקשר זה גם ההבחנה של גביון, **לעיל** הערה 27, 163:

'פה הייתי מציינת כי יש להבחין בין חופש הביטוי ובין חופש ההשתתפות בבית הנבחרים. לא הייתי מגבילה את חופש הביטוי לגבי הדמוקרטיה, וכן לא לגבי השאלה אם טוב שישראל תהיה מדינה יהודית דווקא, או אם טוב להחזיק באידיאל של שוויון אזרחי ומדיני לכל האוכלוסייה מעבר להגבלות הקיימות היום. השתתפות בבית הנבחרים על בסיס מצע מדיני מוכר הוא עניין בעל משמעות אחרת, שבו מוצדק להטיל הגבלות מסוימות.'

277 למעט הפיכה באמצעים שיש בהם יסוד האלימות, כפי שעולה מן העברה הרגילה של הפיכה.

278 ראו גם Schrodter, *supra note 1*, 317ff; 434ff, 466ff, 469f; Leggewie und Meier, *supra note 250*, 249ff; L.R.C. of Canada, *supra note 15*, 42; *Dennis v. U.S.*, 341 U.S. 501



(3) להשתמש באמצעים פסולים נגד חברי מוסד שלטוני במטרה למנוע מהם הפעלה של סמכויותיהם השלטוניות או כדי לגרום שלא יפעילו אותן.

– דינו מאסר 5 שנים.

(ב) הסתה בסעיף זה – לרבות קריאה למימוש המטרות האמורות לעיל, פרסום דברי שבח למימושן וכן פרסום דברי אהדה או עידוד, תמיכה או הזדהות ובלבד שנעשו כדי להביא לידי מימוש המטרות האמורות.

## 7. ביטוי של אי־נאמנות או של מורת רוח כלפי המשטר ומוסדותיו

לפי המשפט הישראלי ולפי המשפט הזר,<sup>279</sup> קריאה שיש בה כדי להביא לידי בוז, אי־נאמנות או מורת רוח כלפי רשויות השלטון היא משום עברה פלילית של המרדה נגד המשטר.

הדבר, מושא הפרסום, יכול להיות דעה או עובדה. דעה היא הערכה והכרעה אישית־סובייקטיבית של אדם על מצב דברים מסוים, ומכאן שהיא אינה יכולה להיות 'אמתית' או 'שקרית'; היא יכולה להיות סבירה או בלתי סבירה (לגיטימית או בלתי לגיטימית), כמפורט בהמשך. עובדה היא נתון אובייקטיבי בעולם המעשה, דבר שהתרחש בעבר או מתרחש בהווה, ולכן אפשר לבחון אותה במושגים של אמת ושקר.<sup>280</sup>

### א. פרסום של דעה סבירה או לגיטימית או של עובדה נכונה

מבחינת הדין הרצוי, בפרסום של דעה סבירה או של עובדה נכונה שיש בו כדי להביא לכדי בוז אין לראות אי־נאמנות או מורת רוח כלפי המשטר ומוסדותיו, כמעשה אסור המהווה עברה פלילית נגד המשטר.<sup>281</sup> זאת על פי עקרונות הדמוקרטיה ועל פי עקרון היסוד של חופש הביטוי הנגזר מהם.

279 ראו **לעיל**, בטקסט שאחרי הערה 51 עד הערה 56 על המשפט הישראלי; **להלן**, בטקסט שליד הערות 413–422 על המשפט הגרמני; **להלן**, בטקסט שאחרי הערה 446 על המשפט האוסטרי; **להלן**, בטקסט שליד הערה 435 על המשפט השווייצרי; **להלן**, בטקסט שליד הערות 468–470 על המשפט האנגלי; **להלן**, בטקסט שליד הערה 482 על המשפט האוסטרלי; על המשפט היווני ראו Liourdi, *supra note* 233, 59ff, 120ff.

280 על ההבחנה בין דעה לבין עובדה ראו גנאים, קרמניצר ושנור, **לעיל** הערה 253, 99–94.

281 גם לא במחיר של יצירת הגנה של ביקורת לגיטימית על מוסדות המשטר, כפי שנעשה במשפט הישראלי ובמשפט הזר.

כאמור, שיטת המשטר הדמוקרטית מבוססת על התפיסה כי אישי השלטון ומוסדותיו הם בגדר שליחי הציבור ונאמניו וצריכים לשרתו כראוי. לכן כדי לאפשר תיקון של פגמים בדרכי התנהלותו של השלטון, אישי השלטון צריכים להיות חשופים לביקורת – בעיקר כשמדובר בביקורת נכונה או סבירה – גם אם היא עלולה להוליך ליחס שלילי כלפיהם.

ביקורת כזאת כלולה בליבתו של חופש הביטוי, בראש ובראשונה בשל היותה רכיב חיוני למשטר דמוקרטי ראוי. הדמוקרטיה נשענת על האמת ועל זכותם של האזרחים לגבש את עמדותיהם על יסוד האמת. חופש הביטוי הוא אמצעי לחשיפת האמת ומכשיר לקבלת מידע התורם לגיבוש עמדה נאותה בנושאים רבים. בלא תשתית עובדתית נאותה גם העמדה הערכית המבוססת עליה תהא רופפת. מכאן חשיבותו הראשונה במעלה של האינטרס החברתי לאפשר ואף לעודד פרסומי אמת. בעניין זה האינטרס אינו רק של המתבטא אלא גם של נמעני הפרסום: כך למשל, פרסום עובדות אמתיות על מעשי שחיתות או על ניצול לרעה של הכוח השלטוני הוא מעשה ראוי ומבורך במשטר דמוקרטי, אף אם הוא מעורר אי־רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ. אין כל עניין לגיטימי בכך שיושבי הארץ יהלכו שאננים ומרוצים משום שהם אינם ערים להתנהגות שלטונית שיש בה כדי להדאיגם ולעורר אצלם מורת רוח וחוסר רצון מוצדקים.

מוסדות השלטון ראויים ליחס ההולם את תפקודם ולא יותר. כאשר הביקורת נכונה וסבירה, פירוש הדבר שאופן התנהלותם והתנהגותם של הגורמים השלטוניים שעליהם נמתחה הביקורת עשוי להצדיק בוז כלפיהם. לעתים אף ראוי למתוח על רשות שלטונית ביקורת חריפה העלולה לעורר בוז: ביקורת כזאת היא אמצעי חשוב להבטחת תפקודה התקיין של הרשות. הציבור הוא הריבון והשולח, ורשאי למחות על פועלו של השלטון בהיותו נציגו ושלוחו ואמור לפעול למענו.<sup>282</sup> בלי זכות מובהקת לבטא דעות סבירות ולפרסם פרסומי אמת על התנהלות השלטון אי־אפשר לממש את עקרון הריבונות של האזרחים. עמדה זו הובעה באופן קולע בדבריו של השופט שמגר:<sup>283</sup>

282 ראו גם ע"א 214/89 **אבני נ' שפירא**, פ"ד מג (3) 840, 863; ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 558; בן־נון, **לעיל** הערה 33, 248, *supra* L.R.C. of Canada, note 15, 35f; Stephen, *supra* note 34, 299f

283 ע"א 723/74 **הוצאת עיתון 'הארץ' בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד לא(2) 281, 296; גם H. Roggemann, 'Von Schwagerl, *supra* note 19, 24f; Baeren, Loewen und Adlern — zur Reichweite der §§90a und b StGB', JZ 1992, 934, 935

מתן האפשרות וההזדמנות להשמעת ביקורת מדינית, חברתית ואחרת על פעלו של השלטון, מוסדותיו, חברותיו, שליחיהם ועובדיהם, היא עיקר שאין בלעדיו לקיום ממשל דמוקרטי תקין.

ישעיהו ברלין גרס:<sup>284</sup>

המוסדות לא רק שנוצרו על-ידי האדם אלא גם למענו, וכשהם חדלים מלשרתו יש להחליפם.

הגדרת פרסום אמתי או סביר כפרסום אסור בשל פגיעה במשטר הדמוקרטי היא אבסורדית.<sup>285</sup> הגדרה כזאת הולמת להפליא משטר טוטליטרי, שמטרתו היחידה היא שמירת מעמדו של השלטון – אפילו באמצעות מניעה של ביקורת ושל חשיפת האמת. אין כל משמעות לדמוקרטיה כמשטר ולחופש הביטוי כזכות יסוד, אם מונעים פרסומים שתוכנם עובדות אמיתיות או דעות סבירות בכל הנוגע לתפקודם של גורמי השלטון. איסור כזה מרוקן את הדמוקרטיה מתוכן ועוקר מחופש הביטוי את ליבתו.<sup>286</sup> לפיכך פרסומים של עובדה אמיתית או דעה סבירה הם פרסומים מותרים וראויים לעידוד, יהיו השלכותיהם על היחס לשלטון אשר יהיו, כלומר: גם אם יש בהם כדי לבטא בוז או שנאה כלפי גוף שלטוני וגם אם יש בהם כדי לעודד חוסר נאמנות כלפיו.

284 י' ברלין, 'אחדות אירופאית ומשבריה', בתוך: **האנושות – בול עץ עיקש: פרקים בהיסטוריה של הרעיונות** (תרגם עדי אופיר, תל אביב: עם עובד, 1995), 166, 187.

285 ראו גם ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 558, 535. 'חילוקי דעות בנושאים מדיניים או חברתיים, נוקבים ככל שיהיו, אינם נתפשים ברשתה של עבירת ההמרדה. הגבלת חופש הפעולה הפוליטי היא שחותרת תחת מבנה המשטר הדמוקרטי'. ראו גם בג"צ 327/84 **קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד לח(3) 233, 239; G. P. Fletcher, 'Thinking Torts: Private Remedies for the Defamation of Political Leaders', in: D. Kretzmer and F. Kershman Hazan (eds.), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy* (The Hague: Kluwer Law International, 2000) 215, 225.

286 קרמניצר וגנאים, **לעיל** הערה 34, 9-10; דנ"פ 1789/98 **מ"י נ' כהנא**, פ"ד נד(5) 160-159. ראו גם *supra note 15*, 35, 39.

## ב. פרסום של דעה בלתי סבירה או בלתי לגיטימית או של עובדה שקרית

האם פרסום של עובדות שקריות או של דעה בלתי לגיטימית<sup>287</sup> בידיעה שיש בו כדי לגרום פגיעה בכבודה של המדינה ובמוסדותיה עשוי להוות עברה נגד התפקוד התקין של מוסדות המשטר?

כאמור, פרסום שיש בו כדי להביא לשנאה ולבוז כלפי מוסדות המדינה (לפי המשפט הישראלי<sup>288</sup> ולפי המשפט המבוסס על שיטת המשפט המקובל<sup>289</sup>), ופרסום שיש בו פגיעה בכבודה של המדינה ומוסדותיה (לפי המשפט הקונטיננטלי<sup>290</sup>) נופלים בגדר ההגדרה של עברה נגד המשטר. זאת ועוד: לפי סעיף 84 לתקנות ההגנה (שעת חירום),<sup>291</sup> 1984, כמו גם לפי המשפט הזר,<sup>292</sup> התארגנות בלתי חוקית היא גם התארגנות שמטרתה גרימת שנאה, בוז או הסתה לאיבה כלפי הממשלה או שריה, וחברות בה היא בגדר עברה נגד המשטר.

אפשר להעלות כמה טיעונים בזכות האיסור על פרסומים שקריים או בלתי לגיטימיים הפוגעים בתדמיתה של המדינה ומוסדותיה ובתדמיתם הרשמית של אישי השלטון.

בעבר נטען כי למשטר – הישות המדינית של מדינה – יש כבוד הראוי להגנה. המשטר הוא המסגרת המדינית של חברה נתונה במקום נתון, ועל כן כבוד והערכה למשטר המדיני משמעו כבוד והערכה לחבריה, קרי: לאזרחי המדינה. אין להרשות להפוך את המשטר לאובייקט של לעג ובוז או ל'שק חבטות'. לפי גישתו של קאנט המבוססת על האמנה החברתית והאנשת המדינה, העלבה אסורה של המדינה ומוסדותיה היא בגדר 'רצח המדינה'.<sup>293</sup> רעיונות אלו יכולים לקבל ביטוי קונקרטי לפי השיקולים האלה:

ראשית, פרסום שקרים על פועלן של רשויות השלטון, שיש בו כדי לפגוע

- 287 על המבחן לאפיון של דעה בלתי לגיטימית ראו **להלן**, בטקסט שליד הערה 307.
- 288 ראו **לעיל**, בטקסט שאחרי הערה 51.
- 289 על המשפט האנגלי ראו **להלן**, בטקסט שליד הערות 468; על המשפט האוסטרלי ראו **להלן**, בטקסט שלפני הערה 482.
- 290 ראו **לעיל**, עמ' 17; כן ראו Schroeder, *supra note 1*, 403ff; Laufhuetten, *supra note 1*, Vor §89 para 22. גם לפי המשפט היווני פגיעה בכבודה של המדינה נופלת בגדר עברה פלילית של המרדה; ראו Manoledakis, in Bemmann und Manoledakis, 64; Liourdi, *supra note 233*, 59ff.
- 291 ראו **לעיל**, בטקסט שליד הערה 41.
- 292 על המשפט האוסטרלי ראו **להלן**, בטקסט שלפני הערה 482.
- 293 ראו **להלן** הערה 348.

בתדמיתן המוצדקת, עלול לפגוע בסמכות השלטונית, בהיזקקות לה, באמון שרוחשים לה, ומכאן גם בתפקודה התקין. במצב זה עלול להתפתח יחס של ניכור כלפי המשטר ומוסדותיו. פגיעה כזאת עלולה להיווצר גם עקב פרסומים בלתי לגיטימיים הפוגעים ללא הצדקה בתדמיתו של איש השלטון. פגיעה קשה בתדמית עלולה לפגוע גם בתפקוד, שכן אזרחים נמנעים מלפנות לאיש השלטון בתחום סמכותו מתוך אי-אמון בתפקודו. למשל, כך יהיה אם מייחסים בכזב חוסר ענייניות או חוסר מעש לאדם המכהן בתפקיד של פיקוח וביקורת: התוצאה עלולה להיות שהציבור יימנע מפנייה אליו. שנית, פגיעה בתדמית של המדינה ומשטרה עלולה ליצור את הרושם שהם חסרי ערך ואינם ראויים להגנה. רושם כזה עלול לעודד ולהכשיר את הלבבות לפגיעה במשטר.<sup>294</sup> מדובר אפוא בתופעה היוצרת סכנה מופשטת לפגיעה במשטר הדמוקרטי. האיסור על פגיעה בתדמית המדינה ומוסדותיה נועד לחזק את תחושת הנאמנות למדינה.<sup>295</sup> בדומה, אישי השלטון מייצגים את המשטר ואף את המדינה, ועל כן פגיעה בתדמיתם עלולה לעודד אי-נאמנות כלפי המשטר ומוסדותיו, וכך להכין תשתית לפגיעה עתידית בהם.<sup>296</sup> למשל, היעדר טוטלי של אמון בממשלה עלול לעודד השתמטות משירות צבאי. שלישית, אפשר למתוח קו מקשר בין הכפשות פומביות על אישי השלטון לבין אלימות כלפיהם ואף התנכלות לחייהם וגם לאווירה קשה הפוגעת בחופש ההחלטה והפעולה של המוכפש. כתימוכין היסטוריים לטיעון זה נוהגים להביא את סיפורה של הרפובליקה הוויימארית וגם את הרקע לרציחתו של ראש הממשלה יצחק רבין בשנת 1995. רביעית, אישי השלטון חשופים במיוחד להשמצות, ומדובר בתופעה אנטי-חברתית חמורה מבחינת החיים הפוליטיים. ההכפשות וההשמצות של

294 ראו גם Schroeder, *supra note* 1, 302, 320f; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note* 1, 340; G. Spindel, 'Zum Deutschland-Lied als Nationalhymne', JZ 1988, 744, 748; Roggemann, *supra note* 283, 937; U. M. Last, *Die Staatsverunglimpfungsdelikte: §§90-90b StGB* (Regensburg: S. Roderer, 2000) 115ff; M. Bennhold, *Absicht bei Verfassungsgefährdung* (Neuwied: Luchterhand, 1966) 56-57; BVerfGE 81, 278, 293f

295 ראו גם Beck, *supra note* 1, 139f; BVerfGE 81, 278, 293f; BVerfGE 47, 198, 231ff

296 ראו גם Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960, *supra note* 18, 526, 528

אישי השלטון עלולות לגרום שאנשים 'טובים' לא יצטרפו לפוליטיקה, דבר שיפגע בכינונה של דמוקרטיה אמתית ונכונה.<sup>297</sup> לבסוף, פרסום מודע של דעה בלתי לגיטימית או של עובדה שקרית הפוגע בתדמית השלטון הוא פרסום פסול מבחינת הרעיון הדמוקרטי וחופש הביטוי;<sup>298</sup> במיוחד אין תועלת חברתית בפרסום שקרי הנעשה במודע. נמצא אפוא כי פרסומים כאלה הם אנטי-חברתיים, אך לא די בכך לשם הפללתם. נפרט.<sup>299</sup>

ראשית, הסכנה הנשקפת מפרסומים כאלה למבנה המשטר ולתקינות פועלו רחוקה ועקיפה, לכל היותר בגדר נטייה רעה, ואינה מחייבת טיפול עונשי. ככלל, הכבוד (התדמית) הוא תכונה אנושית ומוענק בעיקר לאנשים בשר ודם. ההשלכה מכבוד המדינה לכבוד האזרח היא רחוקה (שלא כמרחק הקצר שבין תאגיד לחבריו), ולכן אין להגן על כבוד המדינה ומוסדותיה. רחוק גם הקשר בין פגיעה בכבוד המדינה ומוסדותיה לבין פעילות מהפכנית נגד המשטר – רחוק עד כדי כך שאינו מצדיק איסור עונשי. אם אי-אפשר להצביע על קשר ברור בין פגיעה בכבוד המדינה לבין פגיעה באזרחים, אין מקום לאיסור עונשי, במיוחד כשיש אמצעים אחרים לטיפול בהם, כגון המערכת החינוכית והמערכת הציבורית.

שנית, לאיסור כאמור יש מחיר במונחים של חופש הביטוי, אף שהוא מוגבל לביטויים שקריים ולדעות בלתי סבירות. ביטויים כאלה אמנם אינם נתמכים על ידי כל השיקולים המרכזיים העומדים בבסיס ההגנה המיוחדת על חופש הביטוי, אך הם גם אינם חסרי כל ערך. חופש הביטוי במישור הפרטי ובמישור הציבורי כולל גם את החופש לבטא דברים חסרי ערך ותוחלת משל עצמם, כדי לאפשר פורקן לרגשות הנתפסים כשלייליים בעיני המתבטא,<sup>300</sup> או לפחות כדי לאפשר חשיפה שלהם והתמודדות עמם בטרם

297 H. H. Wellington, 'On Freedom of Expression', 88 *Yale L.J.* (1979) 1105, ראו 1113ff; Beck, *supra* note 1, 142

298 ראו Last, *supra* note 294, 121-149

299 ראו שגב, **לעיל** הערה 86, פרקים 4-5.

300 ראו בבנשתי, **לעיל** הערה 59, 30 ואילך; א' ברק, 'המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה', **משפטים** כז (התשנ"ז) 223, 228; י' רז, 'חופש הביטוי וזיהוי עצמי', **זמנים** 50-51 (1994) 52, 60 ואילך; בג"צ 73/53 **חברת 'קול העם' בע"מ; עיתון 'אל אתיחאד' נ' שר-הפנים**, פ"ד ז 878; בג"צ 399/85 **כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא(3) 255, 276-279, 281; בג"צ 806/88 **Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מג(2)

יובילו לנקיטת אמצעים אלימים. הדעת נותנת כי התבטאות חופשית ככל האפשר מסייעת לתעל יצרים ורגשות קשים למסלול בלתי אלים. יש הסוברים כי הצבת גבולות שאיננה מאפשרת לבטא רגשות זעם ושנאה נגד שלטון שאינו מייחס די חשיבות לאינטרסים החיוניים בעיני אלה הרואים עצמם מקופחים מעלה את הסיכוי שינקטו פעולה אלימה כתחליף לשחרור רגשי.<sup>301</sup> מחקרים בתחום מדעי החברה וההתנהגות – המתיישבים גם עם השכל הישר – מלמדים כי תסכול קבוע ומתמשך בצירוף מאפייני אישיות מתאימים עלול לבסס מוטיבציה לפעילות המניחה חוסר לגיטימיות של השלטון. מצבים של מצוקה כלכלית או חברתית, של שלילת זכויות קבועה ושל פערי הזדמנויות עלולים לבסס התמרמרות קשה, וזו עלולה לחרוג מפעולות מחאה מותרות אל מעבר לסף של פגיעה בשלטון הדמוקרטי ככזה. יתרה מזו: מחקרים מלמדים שדווקא בחברות דמוקרטיות התסכול הפוליטי או האידאולוגי עלול להתעורר בשל הפער בין אמונתו של הפרט, הסובר שביכולתו להשפיע על מהלכים חברתיים, לבין קוצר ידו בפועל. התסכול הכרוך בנינוץ אשליית ההשפעה צפוי להיות עמוק במיוחד בקרב אלה הרוצים בהשפעה חברתית, ומעמדם החברתי, הישגיהם והשכלתם מביאים אותם להאמין בזכאותם להשפיע.<sup>302</sup> תחושה קבועה של חוסר

22, 33; ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 555; T. I. Emerson, *The System of Freedom of Expression* (New York: Vintage Books, 1970) 7  
 ראו גם F. Schauer, 'Speech, Behavior and the Interdependence of Fact and Value', in: D. Kretzmer and F. Kershman Hazan (eds.) *Freedom of Speech and Incitement against Democracy* (The Hague: Kluwer Law International, 2000) 43, 53

301 מנגד, מחקרים עכשוויים מצביעים על כך שלביטוי הקורא לאלימות יש קשר סיבתי מסוים לנטייה לנקוט פעולה אלימה. במצב ממין זה ובהיעדר יכולת לבטא את התסכול ואת עגמת הנפש גוברת הנטייה בקרב המיעוט לחפש דרכים חלופיות, גם לא חוקיות, לשינוי המצב החברתי; ראו בנבנישת, **לעיל** הערה 59, 30-31, המצטט (בה"ש 4) ממצאים מניסויים פסיכולוגיים בנושא ההשפעה של ביטוי מילולי על הנטייה לאלימות. 89, K. Greenawalt, 'Free Speech Justification', *Columb. L. Rev.* (1989) 119, 141f; L. R. Ferguson, 'Group Defamation: From Language to Thought to Action', in: M. H. Freedman and E. M. Freedman (eds.), *Group Defamation and Freedom of Speech* (London: Greenwood Press, 1995) 71, 73

302 נ' פרידלנד, 'ספקולציות פסיכולוגיות על הסתה', בתוך: איל ינון (עורך), **שלטון החוק בחברה מקוטבת: היבטים משפטיים, חברתיים ותרבותיים** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה ומשרד המשפטים, 1999) 128-129.

יכולת להשפיע בקרב בעלי מחויבות ערכית לתפיסות דמוקרטיות או תחושה שמחיר ההשתתפות בדמוקרטיה עולה על הרווח הממשי המופק ממנה – לעתים עלולות להטיל צל על הרציונליות של ההשתתפות ולהוביל למאבק במשטר עצמו.<sup>303</sup> טלו מנתונים אלו במצב מעין זה את היכולת והזכות לבטא את רגשותיהם ביחס למצבם, במצב שהם נוקטים לשון הגזמה והפרזה בכל הנוגע לעובדות ועמדותיהם קיצוניות ובלתי סבירות, והגברתם את הסיכון להידרדרות חברתית ולחוסר יציבות של המשטר.

גם לאחר מימוש נאות של זכות ההשתתפות והשכנוע במליאות הציבוריות, אין לשלול התפרצות שלילית וקיצונית נגד עמדת הרוב, אפילו אם התקבלה באופן מוסדי ורשמי. בהקשר זה אין תחליף למימוש של חופש הביטוי ולהבעת מורת הרוח כאמצעי לשחרור רגשי ולהפגת מתחים. יש לאפשר חופש ביטוי מלא למי שחש שהאינטרסים החשובים בעיניו אינם זוכים להכרה ואף נרמסים בידי הרשויות המוסמכות. אין למנוע חופש ביטוי גם לתכנים חסרי טעם ובוטים: גם אלה מסייעים בהפגת מתחים ותורמים לביטוי עצמי מלא ואולי גם לסובלנות חברתית המסייעת להשלמה עם החלטות שהתקבלו.<sup>304</sup> זאת משום שהתנגדות בלתי מסויגת לעמדות הרוב הכרחית כדי לאפשר למיעוט להציג את האמת שלו ואת העמדה הראויה מבחינתו.<sup>305</sup> החופש לבטא עמדות ודעות הוא הערובה לחשיפת המערכת השלטונית למגוון העמדות והתחושות בציבור.<sup>306</sup>

303 מרמור (לעיל הערה 250, 10–13) מבחין בין מחויבות מוסרית לדמוקרטיה הנובעת מטעמים ערכיים לבין מחויבות פרגמטית היוצרת מחויבות לדמוקרטיה מטעמים רציונליים, שבה אמנם אין בסיס אמוני ערכי בדמוקרטיה אך – לדידו – גם אין בנמצא חלופה טובה יותר למימוש תפיסת העולם הערכית. על פי מרמור, ההעדפה הפרגמטית מסתיימת כשהעלות הכרוכה בכפיפות להליך הדמוקרטי עולה על הרווח הצפוי ממנו. אם הדמוקרטיה אינה מאפשרת לקבוצת המיעוט ה'פרגמטית' לחיות על פי אמונתה, תחל הקבוצה להיאבק בדמוקרטיה.

304 ראו גם בנבנשתי, לעיל הערה 59, 32; Schwagerl, *supra note* 19, 25.

305 ראו גם Glotz, *supra note* 95, 8; H. K. Voss, *Meinungsfreiheit und verfassungsmaessige Ordnung* (Berlin: Duncker und Humblot, 1969) 103ff.

306 ראו גם דאל, לעיל הערה 93, 96–97; ויתקון, לעיל הערה 254, 161; גביזון, לעיל הערה 102, 58; סגל, לעיל הערה 86, 17; בג"צ 680/88 שינצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(2) 617, 628 ואילך, 644–643, 9, Glotz, *supra note* 95.



חשוב מכך: הגבלת פרסומים כאמור עלולה להוליך לפגיעה בלתי מוצדקת בחופש הביטוי בשל הקושי להבחין בין טענות המבוססות על אמת עובדתית לבין טענות שקריות, ובמיוחד בין דעות סבירות לבין דעות בלתי סבירות, בשל חוסר הבהירות של האיסור המבוסס על הבחנות אלו. יש קושי בזיהוי פרסומים שאינם לגיטימיים, ובעיקר קשה ההבחנה בין דעה סבירה לבין דעה בלתי סבירה בתחום הפוליטי. ההבחנה בין פרסום לגיטימי לבין פרסום בלתי לגיטימי נעוצה בעניין הציבורי בו,<sup>307</sup> וההכרעה ערכית (איזון בין אינטרסים מתחרים) ומורכבת.

נקודה זו מהותית בכמה מישורים: במישור אחד, האזרח הרגיל שאינו מצויד בכלים המאפשרים הכרעה נכונה יתקשה לערוך איזון כזה,<sup>308</sup> והכרעתו עלולה להיות מושפעת מהשקפתו הפוליטית. לפיכך יש חשש כי לאיסור פלילי עמום כל כך בתוכנו ובהיקפו יהיה אפקט מקפיא כלפי טענות בנושאים פוליטיים וכלפי דעות פוליטיות. חשש זה מתחזק בכל הנוגע לטענות עובדתיות, משום שרשויות השלטון אינן מפנימות את עקרון השקיפות של הפעילות השלטונית ובשל הנטייה של השלטון להסתיר חלקים נרחבים של פעילותו. לפיכך מבקרי השלטון צריכים להסתמך על הערכות עובדתיות שיש חשש כי הן שגויות.

אמצעי התקשורת – שהם בגדר 'הרשות הרביעית' במשטר הדמוקרטי ו'כלב השמירה של הדמוקרטיה' – רשאים ואף חייבים למתוח ביקורת

307 למושג זה ראו Th. Lenckner, in: Schoenke und Schroeder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage (Muenchen: C.H. Beck Verlag, 2001) §193 para 8; BVerfGE 12, 113, 125; BGH NJW 1985, 1621, 1622; R. Zaczyk, '§193 StGB als Rechtfertigungsgrund', in: *Festschrift fuer Hirsch* (Berlin: de Gruyter, 1999) 828ff; דנ"א 7325/95 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס**, פ"ד נב(3) 1; ע"א 439/88 **רשם מאגרי מידע נ' ונטורה**, פ"ד מח(3) 808, 827; ת.א (ירושלים) 172/89 **פלוני נ' הכתב – אלמוני**, פ"מ התשנ"ד (ב) 211; סגל, **לעיל** הערה 86, 122; ז' סגל, 'הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת', **עיוני משפט ט** (התשמ"ג) 175, 196; ע"א 1104/00 **אפל נ' חסון**, תק-על 2002(1) 293, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת ביניש; H. Hubmann, 'Grundsätze der Interessenabwägung', AcP 155, 85ff (1956); P. Kretschmer, *Strafrechtlicher Ehrenschatz und Meinungs- und Pressefreiheit im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika* (Frankfurt a/M: P. Lang, 1994) 75

308 ראו גם **דין וחשבון הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות** (ירושלים, 1997) 64; G. Gruenwald, 'Meinungsfreiheit und Strafrecht', KJ 1979, 291, 297

ולבטא מורת רוח כלפי השלטון כשלהערכתם הוא אינו מקיים כראוי את תפקידו. בין השאר, תפקידם של כלי התקשורת הוא לפרסם חשדות כאשר יש סיכוי – אף אם אין ודאות – שהם אמתיים. דרישת מודעות להיותה של הטענה העובדתית שקרית אינה פותרת את הקושי בהקשר הנדון, שכן במקרים רבים יש אפשרות – שהמפרסם ער לה – שטענה מסוימת אינה נכונה; יתר על כן: בשל חשיבות הביקורת על רשויות השלטון תיתכן הצדקה לפרסם חשדות לגבי פעילותן גם אם יש סיכוי רב שמדובר בחשדות שווא, ובלבד שיש גם סיכוי ממשי לנכונותם. האיסור על פרסום חשדות על אודות פעילות השלטון הוא אפוא איסור סביר רק אם נדרשת בו מודעות ברמה של ודאות גבוהה לכך שהחשד שקרי. זהו צמצום ניכר מאוד של האיסור, המעלה ספק אם בכלל יש בו טעם – במיוחד לפי השיקולים האחרים החלים גם נגד איסור כזה.

בכל הנוגע לדעות, החשש לאפקט מקפיא קיים בייחוד לגבי דעות פוליטיות שמחוץ לקונסנזוס ולגבי דעות פוליטיות של מיעוט קבוע. יש חשש ממשי במיוחד בנושאים פוליטיים, ובגדרם נופלים גם ביטויים שהרוב סולד מהם ולפעמים מתעב אותם, שמחשש שהפרסום אסור ונופל בגדר העברה לא יפורסמו דברים שיש בהם עניין ציבורי, ולכן דווקא הם מותרים לפרסום. חשש זה קיים ביחס לקבוצות מיעוט, ובמיוחד ביחס למיעוט המרגיש מקופח דרך קבע. מנגד, בשל ההכרעה הערכית הקשה בדבר העניין הציבורי שבפרסום, יש חשש כי יפורסמו דברים אסורים מתוך מחשבה מוטעית כי מדובר בפרסום מותר.

האיסור על פרסום דעות בלתי לגיטימיות עמום מכדי להדריך ולכוון את התנהגותם של האזרחים, ומכאן המחיר הכבד על איסור כאמור במונחים של חופש הביטוי, שהוא זכות חיונית למשטר הדמוקרטי.<sup>309</sup> במישור אחר יש חשש ניכר כי בשל הקושי להבחין בין טענות נכונות לבין טענות שקריות, ובמיוחד בין דעות סבירות לבין דעות בלתי סבירות. איסור הכולל הבחנות כאלה ייאכף גם כלפי פרסומים שיש סיכוי ממשי שתוכנם נכון או סביר. אפשר להניח כי מכוח איסור כזה הייתה מוטלת

309 ראו גם Gruenwald, *supra note* 308, 293ff. ההבחנה בין דעה לבין עובדה מסובכת ביותר; ראו ע"א 259/89 הוצאת מודיעין בע"מ נ' ספירו, פ"ד מו(3) 48, 55; ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 843, 856. בשל הקושי הכרוך בהבחנה זו יש המציעים לבטל אותה; ראו R. Herzog, *Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland* (Maunz, Duerig, und Herzog — Hrsg., Kommentar, Band I, Muenchen, 1993) Art 5 Abs. I, II para 51

בראשית שנותיה של המדינה אחריות פלילית בגין פרסומים בדבר פשעי מלחמה שביצעו במלחמת העצמאות כוחותיה של המדינה העתידית, ובשנות השבעים והשמונים הייתה מוטלת אחריות פלילית בגין פרסום עינויים הננקטים נגד חשודים בפעילות חבלנית עוינת.

יתר על כן: בשל הקושי להבחין בין דעה סבירה לבין דעה בלתי סבירה יש חשש כי הגדרת הפרסומים כעברה פלילית תוביל לא רק לטעויות אלא אף לשימוש לרעה באיסור באמצעות הפיכתו לאמצעי לניגוח פוליטי ונקיטתו נגד מיעוט פוליטי, בעיקר נגד מיעוט קבוע שאין ביכולתו להפוך לרוב בזמן הנראה לעין.<sup>310</sup> יש לזכור כי הכרעות המבוססות על רוב עלולות להיות מוטעות; הרוב עלול לטעות גם באשר לשאלה אילו ביטויים נכונים או שקריים ואלו דעות סבירות או בלתי סבירות, ויש הסוברים כי הרוב אף נוטה לטעות.<sup>311</sup>

לא רק שהרוב אינו בהכרח ערוכה לאמת או ליושר, אלא יש בסיס ניסיוני מוצק להשערה שברבים מן המקרים הקשים דווקא של ויכוח מדעי או מוסרי, הרוב נוטה לטעות. דעות קדומות, הטיות, עצלות אינטלקטואלית, הנוחות בהשתייכות לעדר – כל אלה מהווים טעמים טובים לפקפק בצדקת הרוב דווקא, ולהאזין בתשומת־לב לדעות החריגות.

קיומו של רוב איננו אפוא ערוכה לכך שהחלטות המתקבלות על ידו ראויות. תחרות בין השקפות ועמדות שונות ומגוונות, וביתר שאת התנגדות והבעת ביקורת על עמדות הרוב – הן ערוכה ומכשיר חשוב לחשיפת האמת ולקבלת החלטות ראויות.

באופן כללי יותר, הביקורת החריפה והנוקבת וההתנגדות הערנית של האופוזיציה הפרלמנטרית למדיניות הממשלה ולפעולותיה היא מיסודותיה המהותיים של הדמוקרטיה. הנחת יסוד דמוקרטית היא שאין אמת נתונה וידועה מראש בעיני הציבור, והיכולת להגיע להכרעה ראויה מותנית באופן מובהק במידת הפתיחות של הדיון הציבורי, במגוון הדעות הנוטלות בו חלק

310 ראו גם Gruenwald, *supra* note 308, 298f; G. Krutzki, 'Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole: Eine Dokumentation zu §90a StGB', KJ 1980, 294, 301

311 הד, לעיל הערה 99, 84 [ההדגשה שלנו]. השו גם דאל, לעיל הערה 93, 52.

ובאיכותו של הדיון.<sup>312</sup> המצב האופטימלי, שבו המידע הרלוונטי והדרכים להערכתו מנקודות מבט אידאולוגיות זמינים לציבור, מאפשר קבלת הכרעה פוליטית מושכלת ברמת היחידים והקבוצות. ביקורת אופוזיציונית יכולה להיות בלתי קונסטרוקטיבית, בלתי נכונה ואף לעורר בקרב האזרחים תחושות של מורת רוח ובוז כלפי רשויות השלטון. ועם זה במשטר דמוקרטי אין מקום לאסור ביקורת כזאת ולהגדירה כעברה פלילית. הגדרה כזאת מהווה מחסום לפיה של האופוזיציה ויש לה אפקט מצנן גם על ביטויים כשרים. הדמוקרטיה מעודדת חשיבה וביטויים חופשיים במיוחד בתחום הפוליטי.<sup>313</sup> יחס חשדני וביקורתי כלפי מוסדות השלטון כחלק מעמדה ספקנית, נוך-קונפורמיסטית וביקורתית (ההפך מכבוד ונאמנות מוחלטים ועיוורים) כלפי תפיסות רווחות, מסגרות ומוסדות – הוא תופעה רצויה במשטר דמוקרטי. האזרח חייב לכבד את קיומו של המשטר הדמוקרטי, כלומר להימנע ממעשים שיש בהם כדי לפגוע בקיומו, אך אין הוא חב נאמנות לרשויות המדינה.

כבודם של אישי השלטון ומוסדותיו נמצא אפוא בעימות עם חופש הביטוי, בליבה הכי מרכזית שלו – חופש הביטוי הפוליטי בכל הנוגע להתנהלות השלטונית – ולכן מתבקש להפחית את משקלו.<sup>314</sup> בלא הפחתה כזאת עלול להתקיים אפקט מצנן ביחס לחופש הביטוי בתחום שבו הוא נחוץ וחיוני במיוחד. גישה זו אינה מתיישבת עם הגנה עודפת לאישי שלטון באמצעות איסור פלילי מיוחד המגן על כבודם הרשמי.

ההנמקה השלישית נגד הפלתם של פרסומים אנטי-חברתיים, בין שהסכנה לשימוש מוטעה או לשימוש לרעה באיסור מתממשת בפועל ובין שלא – היא החשש כי הפעלת המשפט הפלילי תיתפס בעיני חלקים מהציבור

312 ראו בג"צ 73/53 **חברת 'קול העם' בע"מ; עיתון 'אל אתיחאד' נ' שר-הפנים**, פ"ד ז 876-878, 884; ע"ב 2/84 **ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה**, פ"ד ד לט(2) 225, 278-279; בג"צ 399/85 **כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא(3) 255, 267-268, 272, 274-275; דני"פ 1789/98 **מ"י נ' כהנא**, פ"ד נד(5) 161; ש' בנחביב, 'רציונליות דיוניות ודגמים של לגיטימיות דמוקרטית', **זמנים** 50-51 (1994) 70; א' דיין-אורבך, 'המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי', **עיוני משפט** כ (התשנ"ו) 407 ואילך.

313 קרמניצר וגנאים, **לעיל** הערה 34, 7; ע"פ 243/93 **מ"י נ' כהנא**, פ"ד של בית המשפט המחוזי בירושלים (טרם פורסם) 9; ראו גם L.R.C. of Canada, *supra* note 15, 35, 39.

314 ברוח זו גם ע"א 214/89 **אבנרי נ' שפירא**, פ"ד מג(3) 863.

כ'סתימת פיות' בעניינים שלטוניים. כתוצאה מכך עלול להיפגע גם אמון הציבור ברשויות אכיפת החוק, וייתכן שהן ייראו כרשויות שמפעילים הממשלה והרוב הפוליטי נגד המיעוט. תפיסה כזאת עלולה דווקא לערער את אמון הציבור במשטר בכלל ובמערכת אכיפת החוק בפרט. רביעית, יש ספק באשר ליעילות שבהגנה על תדמיתם של אישי המשטר ומוסדותיו באמצעות המשפט הפלילי. איסור כזה אף אינו מתיישב עם תפקידם של דיני העונשין: דיני העונשין אינם יכולים לאסור מחשבות ותחושות כשלעצמן, שליליות ככל שיהיו,<sup>315</sup> והוא עלול להוליך לתוצאה ההפוכה ממטרתו המוצהרת – ליצור דווקא תחושה כי יש דברים בגו.<sup>316</sup> חמישית, קיימים אמצעים חלופיים להגנה יעילה על תדמית המדינה, על מוסדותיה ועל אישי השלטון, ולפי עקרון השיוריות יש להעדיף אמצעים אלו על המשפט הפלילי. הטיפול הנכון בשקרים פוגעניים הוא חשיפתם והפרכתם דרך דיון ציבורי חופשי.<sup>317</sup> עצמתה של האמת אינה בכוח השלטוני האוכף אותה או נלחם למענה, אלא דווקא בכוחה הפנימי.<sup>318</sup> למוסדות המדינה ולאישי השלטון יש גישה נוחה מאוד לאמצעי התקשורת, והם יכולים להשתמש באמצעי זה כדי להתמודד כראוי עם הטענות נגדם. נוסף על כך עומדים לרשותם גם ההליכים לפי חוק איסור לשון הרע – התביעה האזרחית והקובלנה הפלילית הפרטית. שילוב האמצעים הללו מייתר את הצורך באיסור עונשי.<sup>319</sup>

315 ראו גם קרמניצר, **לעיל** הערה 60, 112.

316 ראו גם Krutzki, *supra note* 310, 301.

317 כידוע, אחד התומכים המרכזיים בחשיפת האמת כרציונל לחופש הביטוי הוא מיל, **לעיל** הערה 266, 31-95; ראו גם E. Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford: Oxford University Press, 1985) 8ff; Greenawalt, *supra note* 301, 130-140; בג"צ 73/53 חברת 'קול העם' בע"מ; עיתון 'אל אתיחאד' נ' שר-הפנים, פ"ד ז 878; ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 863-864; בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 272.

318 ראו בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 272; בג"צ 83/53 חברת 'קול העם' בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 878-877; ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 863-864; ראו גם Abrams v. U.S., 250 U.S. 616, 630f (1919); Schroeder, *supra note* 1, 406.

319 ראו גם Krutzki, *supra note* 310, 301; K. Pfannenschwartz und T. Schneider, *Das System der strafrechtlichen Gesinnungsverfolgung in Westdeutschland* (Berlin: Staatsverlag der DDR, 1965).

כאשר מדובר בהבעת דעות, הטיעון בדבר חשיפת האמת הוא בעל משמעות שונה (שכן, כאמור, בעניין הדעות אין אמת ושקר).<sup>320</sup> בהקשר זה חשיפת האמת משמעה תחרות בין השקפות ועמדות ב'שוק' חופשי של רעיונות, התמודדות נאותה עם סוגיות ובעיות פוליטיות, חברתיות, כלכליות וכו' בדיון פתוח וערני. דיון כזה תורם להעשרת הידע של האנשים ומביא אותם לקבל עמדה המבטאת בצורה מלאה יותר את רעיון התועלת החברתית, קרי: טיפול בבעיות ובסוגיות העומדות על סדר היום הציבורי מנקודת ראות של הדאגה לרווחת הציבור. בתחום הדעות אין אמנם אמת במובן החד והמובהק המתקיים בעניינין של עובדות פרטיקולריות, אך יש דעות סבירות ובלתי סבירות, ובקרב העמדות הסבירות יש עמדות סבירות יותר. חופש הביטוי הוא אמצעי חיוני – אף כי לא בהכרח מספיק – לקבלת העמדות הסבירות יותר.<sup>321</sup>

שישית, כאשר מדובר בעובדה שקרית, קיומו של הליך משפטי מוסיף תהודה לשקר ואף עלול לשמש בימה להפצתו. גם אם תושג הרשעה של המפרסם, הרושם שעלול להיוותר בציבור הוא ש'אין עשן בלי אש' בנוגע למוסד השלטוני או לאיש השלטון מושא הפרסום.

שביעית, הפרסומים שנופלים בגדר העברות נגד המשטר הם פרסומים פוליטיים ובדרך כלל פרסומים מעורבים, קרי: כרוכים בהם יחד הבעת דעה וציון עובדה. כפי שהבענו את עמדתנו במחקר על לשון הרע, המבחן הרצוי לקביעת ערכו של פרסום כזה לאור חופש הביטוי הוא מבחן הדומיננטיות ולא מבחן ההפרדה.<sup>322</sup> הצד הדומיננטי בפרסום המעורב בעניינים פוליטיים הוא בדרך כלל הבעת דעה ולא קביעת עובדה, גם בשל שיקולי מדיניות.<sup>323</sup> יוצא אפוא שתחום האיסור הפלילי על פרסום עובדה שקרית במודע הוא תחום צר מאוד, ובשל המחיר הכבד שישלם המשטר הדמוקרטי על איסור זה – עדיף לוותר עליו.

320 ראו גנאים, קרמניצר ושנור, **לעיל** הערה 253, 95-99.

321 ראו שגב, **לעיל** הערה 86.

322 ראו גנאים, קרמניצר ושנור, **לעיל** הערה 253, 99-104.

323 **שם**, 104; ע"א 323/98 **שרון נ' בניזמן**, פ"ד נו(3) 245, פסקאות 10-19 לפסק דינו של השופט מצא.

לבסוף, התפיסה שפגיעה בתדמיתה של המדינה היא עברה נגד המשטר מקורה בשיטה משטרית שלפיה הפרט הוא אמצעי למען המדינה.<sup>324</sup> תפיסה זו אינה מקובלת בשיטת משטר דמוקרטית שבה הפרט הוא המטרה ואילו המדינה היא מסגרת שנועדה להגן עליו ועל ערכיו. על פי הרעיון הדמוקרטי, אין זה בחזקת ערך שהציבור יחוש נאמנות וכבוד לשלטון ולמוסדותיו; היכולת להביע מחאה ומורת רוח מהותית לשיטת המשטר הדמוקרטית ונגזרת ממנה.<sup>325</sup> במשטר דמוקרטי האזרחים הם הריבון ומקור הסמכות והכוח של רשויות השלטון והם 'השופטים את פעולות השלטון מבחינת הצלחתם או כישלונם'.<sup>326</sup> לעומתם נבחר הציבור הם שלוחיו ונאמניו הפועלים לטובתם בלבד. השופטים – קרי האזרחים – מבחינה חברתית רשאים ואף חייבים למתוח ביקורת חריפה על שלטון שאינו מקיים כראוי את תפקידו – קרי חובתו. בדומה, האיסור על העלבת אישי השלטון, המעניק הגנה **מועדפת** לכבודם של אישים אלו מקורו בשיטה משטרית המייחסת עליונות לאישי השלטון, קרי משטר מונרכי או דיקטטורי.<sup>327</sup> במשטר דמוקרטי כמשטר האזרחים אין מקום להגנה מיוחדת על כבודם של אנשי השלטון. ערכי המשטר הדמוקרטי פוסלים גישה שלפיה כבודו של איש השלטון חשוב מכבודו של האזרח.<sup>328</sup>

- 324 ראו גם Beck, *supra note* 1, 143; L.R.C. of Canada, *supra note* 15, 35; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note* 1, 319, 340 מאפיינת בעיקר שיטת משטר שאינה דמוקרטית, כגון השיטה הנאצית והשיטה הפשיסטית.
- 325 ראו גם Beck, *supra note* 15, 35; דאל, **לעיל** הערה 93, 53-54, 96-95; בג"צ 206/61 **המפלגה הקומוניסטית הישראלית נ' ראש העיר ירושלים**, פ"ד טו 1723, 1728; ע"א 723/74 **הוצאת עיתון 'הארץ' בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד לא(2) 281, 296; סגל, **לעיל** הערה 86, 15.
- 326 אזרחי, **לעיל** הערה 93, 4, 9; Lewis, *supra note* 15, 35; L.R.C. of Canada, *supra note* 15, 35; Voss, *supra note* 305, 87ff *note* 29, 4;
- 327 ראו גם Beck, *supra note* 1, 342; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note* 1, 143; Krutzki, *supra note* 310, 295, 314; L.R.C. of Canada, *supra note* 15, 35; Liourdi, *supra note* 233, 133f, 165; Heyer, *supra note* 243, 221
- 328 נבגי, **לעיל** הערה 34, 91-92; א' שנהר, **דיני לשון הרע** (ירושלים: נבו, 1997) 71.

המסקנה מכל האמור לעיל היא שאין להגדיר פרסום כלשהו – בכלל זה עובדות שקריות, דעות בלתי סבירות או דעות הפוגעות במעמד של אישי שלטון – כעברה פלילית נגד המשטר.<sup>329</sup>

## 8. ביטויים מעוררי מדנים

במסגרת עברת ההמרדה המשפט הישראלי אוסר על פרסומים שיש בהם כדי לעורר 'מדנים ואיבה' בקרב הציבור.<sup>330</sup> כפי שתואר לעיל התעוררה מחלוקת בפסיקה בשאלה מהו הערך המוגן על ידי חלופה זו. לפי דעת המיעוט, עברת ההמרדה נועדה להגן רק על מבנה המשטר הדמוקרטי, ולכן חלופה זו חלה רק על פרסום בעל פוטנציאל לגרום שסע חברתי עמוק בין פלגים נרחבים באוכלוסייה כאמצעי לפגיעה במשטר. לעומת זאת קבעה דעת הרוב כי הערך החברתי המוגן באמצעות חלופה זו של עברת ההמרדה הוא הלכידות החברתית, כלומר: האפשרות לחיים בצוותא של קבוצות באוכלוסייה.<sup>331</sup> השאלה היא אפוא אם יש הצדקה לאסור על פרסומים העלולים להוליך למדנים ואיבה בקרב האוכלוסייה כאמצעי להגנה על הלכידות החברתית או כאמצעי להגנה על מבנה המשטר. לדעתנו, התשובה שלילית.

ראשית, המטרה של 'מניעת תחושות שליליות בקרב קבוצות שונות של הציבור' אינה חשובה דיה כדי להצדיק איסור פלילי.<sup>332</sup> ככלל אין מקום להשתמש במשפט הפלילי כדי למנוע פגיעה ברגשות שאינה מלווה בנוק נוסף.<sup>333</sup> הסכנה שעלולים ליצור למבנה המשטר הדמוקרטי ביטויים מעוררי מדנים (כגון כאלה המעוררים משטמה עזה כלפי חלק מן האוכלוסייה) היא בפשטות סכנה רחוקה מדי.

שנית, איסור על ביטויים העלולים ליצור תחושות שליליות כלפי חלקים שונים באוכלוסייה יפגע קשה בחופש הביטוי, וזאת מכמה סיבות: הסיבה הראשונה היא שאיסור כאמור יקיף ביטויים רבים הנפוצים כיום בשיח

329 ראו גם Last, *supra note* 294, 185-225, שלפיו לעברות של העלבת המדינה, מוסדותיה וראשי השלטון יש תפקיד הצהרתי בלבד.

330 ראו לעיל, בטקסט שאחרי הערה 51.

331 לתיאור העמדות ראו שם, בטקסט שליד הערות 57-63.

332 ראו קרמניצר ולבנון-מורג, לעיל הערה 56, 318-319.

333 ראו מ' קרמניצר, ש' גולדמן וע' טמיר, רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי: הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 38, 2003), 65-71.



הציבורי; הסיבה השנייה היא שחשיבותם של ביטויים מסוג זה נעוצה, בין השאר, בהיותם אמצעי להבעת רגשות היכול לייתר פנייה לאמצעים אלימים; הסיבה השלישית היא שביטויים כאמור עשויים להצביע על מוקדי מתיחות בין קבוצות באוכלוסייה ולעורר דיון ציבורי חשוב בנושאים מהותיים;<sup>334</sup> סיבה נוספת היא הקושי לנסח איסור כאמור באופן ברור שיוכל להדריך אנשים ולכוון את התנהגותם.

לפיכך אין מקום לאסור ביטויים העלולים ליצור מתחים בקרב האוכלוסייה כל עוד הם אינם נופלים במסגרת עברות אחרות כגון הסתה לגזענות או הסתה לאלימות.

334 ראו קרמניצר ולבנון-מורג, לעיל הערה 56, 320-321.

## סיכום

עיקר העברות נגד המשטר מוגדרות בסעיפים 133-144 ו-145-150 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, וכן בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. ההסדר הקיים הוא שריד מיושן מתקופת המנדט הבריטי. מקורו במשפט המקובל מלפני מאות שנים והוא מבטא תפיסה משטרית אוטוריטרית בלתי דמוקרטית. נוסף על כך יש בו כפילויות בין דברי החקיקה. מכאן המסקנה שבמשטר דמוקרטי אין מקום לעברות נגד המשטר שבפרק ההמרדה בחוק העונשין, התשל"ז-1977, ובתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ומן הראוי לבטלן. במקום זה יש להגדיר כאיסורים פליליים שתי תופעות אחרות: האחת היא הפיכה, ובכלל זה מעשי ניסיון והכנה להפיכה; האחרת היא הקמה, הנהגה וחברות בארגון שאחת ממטרותיו היא שימוש בכוח או איומים לשימוש בכוח לשם ביטול ושינוי השיטה השלטונית, לשם חיסול או פגיעה במוסד שלטוני ולשם פגיעה אסורה בתפקודם החוקתי התקין של מוסדות המשטר.

אחת התופעות החמורות והמסוכנות ביותר לשיטת המשטר הדמוקרטי ולמוסדותיו, ובאופן עקיף גם לחברה, היא מעשים הפוגעים או המסכנים את המבנה הארגוני והתפקודי של המשטר הדמוקרטי שמטרתם למוטט את המשטר או את מוסדותיו. המעשה המובהק הוא הפיכה, קרי: החלפת המשטר הדמוקרטי במשטר אחר או לפחות גרימה להתמוטטותו ושלילת יכולת הפעולה שלו. בגדר העברה נופלים גם מניעה של מוסדות המשטר ממילוי תפקידם החוקתי, למשל: נטרול הכנסת או הממשלה ממילוי תפקידן באמצעות מניעתן מהתכנסות וקבלת החלטות (למשל על ידי כליאה של חברי כנסת או של שרים).

עברת ההפיכה כוללת גם את מעשי הניסיון ואת מעשי ההכנה להפיכה. ניסיון – משום שהוא המקרה הטיפוסי לאכיפה פלילית, ומעשי הכנה – לאור חיוניותו של הערך המוגן והצורך להקדים תרופה למכה. עם זה, בשל חומרתו הפלילית של הניסיון להפיכה לעומת מעשי הכנה מוצע להעמיד את הענישה בגין מעשי הכנה על מחצית העונש המקסימלי הקבוע בגין הפיכה וכך גם בגין ניסיון ההפיכה. בשל החומרה שבמעשה הפיכה ובניסיון למעשה הפיכה מוצע גם שלא להתנות את ביצועה של עברת ההפיכה בקיומה של התארגנות מהפכנית נגד המשטר ולא לכלול ביסודות העברה (או בניסיון העשייה) את קיומה של התארגנות מהפכנית כאמור. לעומת זאת, לעניין

מעשי הכנה לביצוע הפיכה נראה שכדי להעמיד את המעשה באור ראלי יש לכלול בין יסודות העברה את קיומו של יסוד ארגוני בדמות התארגנות מהפכנית נגד המשטר. כדי שעברת הקשר להפיכה תיבדל באופן ברור מענישה על מחשבות בלבד, יש לדרוש גיבוש של תכנית לביצוע מעשים מהפכניים וחתרניים נגד המשטר, שיש בה קווים מנחים לפעולה, וכן מועד ומקום שבו היא אמורה להתבצע.

הואיל ומעשי ניסיון והכנה להפיכה מוגדרים כעברה מושלמת, אין תחולה לסייג החרטה שבחלק הכללי לחוק העונשין. אולם מאחר שאין היגיון באי־תחולת הדוקטרינה של חרטה על מקרה כזה, יש לקבוע הסדר מיוחד לחרטה בצדו של האיסור.

חבירה שמטרתה פגיעה בשיטת המשטר הדמוקרטי, במבנה שלו ובמוסדות השלטוניים מתוך שימוש בכוח או באיום לשימוש בכוח היא בגדר שימוש לרעה בשיטת המשטר הדמוקרטית לשם החרבתה. יש לאסור על הקמה, הנהגה וחברות בארגון שאחת ממטרותיו היא שימוש בכוח (או איומים לשימוש בכוח) לביטול ולשינוי השיטה השלטונית, לחיסול או לפגיעה במוסד שלטוני ולפגיעה אסורה בתפקודם החוקתי התקין של מוסדות המשטר. הסניפים והנגזרות של מפלגה שהוצאה מחוץ לחוקה מן הטעם האמור, התארגנות אחרת (תחליף למפלגה) שמטרותיה העיקריות זהות למטרות המפלגה הבלתי חוקתית, וכן ארגון אחר שאחת ממטרותיו היא כאמור לעיל – נופלים כולם בגדר התארגנות אסורה. מוצע להעמיד את מספר החברים המינימלי להקמת התארגנות אסורה משלושה עד חמישה חברים. מפלגה בלתי חוקתית היא מפלגה שהוכרזה כך בהחלטה חלוטה. בהקשר זה מוצע כי החלטה של ועדת הבחירות המרכזית בדבר אי־חוקיות של מפלגה תהיה טעונה את אישורו של בית המשפט העליון. המעשים האסורים הכרוכים בהתארגנות בלתי חוקתית כוללים כאמור הנהגה, שמירה או חיזוק המבנה הארגוני של הארגון, חברות פעילה וכן מעשים אחרים של סיוע לארגון.

שימוש בכוח או איומים לשימוש בכוח כלפי מוסד משטרי (הכנסת, הממשלה או חבר בהם) כדי להשפיע על מילוי תפקידם הוא צורה מיוחדת וחמורה יותר של סחיטה, משום שסחיטה כזאת עלולה לפגוע בכלל הציבור או לפחות בחלק ניכר ממנו. עם זה מצופה מאיש השלטון, הנתון מטבע הדברים בעמדת כוח, כי יעמוד מול איומים שאין בהם חומרה מיוחדת. לכן ראוי להעמיד את האיסור על איום לשימוש בכוח כלפי מוסד משטרי ו/או חבריו על בסיס צר יותר לעומת עברת הסחיטה הרגילה, כך שיכלול

רק איומים העלולים להכניע את איש השלטון. איומים מסוג זה הם למשל: איום לשימוש בכוח הכולל איום לפגיעה פיזית באיש השלטון או במקורביו; איום חמור לפגיעה בחברה או בחלק ממנה (כגון הפצת מגפה, זיהום מי השתייה של המדינה או של יישוב מסוים, או שרפה של מפעל חיוני למדינה); איום לפגיעה חמורה ואינטנסיבית בחיים הציבוריים שקשה להתמודד אתה ויש לה פוטנציאל של השפעה על מקבלי ההחלטות – בייחוד חברי הכנסת – לפעול שלא על פי שיקול דעתם החופשי בלבד (כגון חסימה המונית של כבישים ראשיים הגורמת לשיתוק התנועה) כדי לאלץ את הכנסת או הממשלה לפעול בצורה מסוימת.

על פי העברה המוצעת, אובייקט השימוש בכוח או האיום לשימוש בכוח הוא המוסד המשטרי – הכנסת, הממשלה והחבר בהם. האיסור אינו חל על כפייה של עובדי ציבור או נבחרי ציבור בשלטון המקומי, שאינם מנים עם המוסדות הראשיים של המשטר, שכן את ההגנה עליהם מספקת עברת הסחיטה ה'רגילה'.

לצד האפשרות למתן פטור מאחריות פלילית בגין עברת ההפיכה, הניסיון להפיכה ומעשי הכנה להפיכה – בתנאי שהמבצע תרם למניעת ביצועה של העברה, למניעת השלמתה או לסיכול מטרתה – ראוי להסמיך את בית המשפט להקל בעונשו של מבצע עברה הכלולה בפרק העברות כנגד המשטר, אם תרם להפחתה ניכרת של הסכנה שמשקפה למשטר הדמוקרטי או למוסדותיו. זאת משום שיש חשיבות מיוחדת בתחום העברות נגד המשטר לעודד את אלה שפנו לדרך עבריינית לחזור בהם מדרך זו ולסייע ב'תיקוננו' של העוול שגרמו.

לקיחת שוחד על ידי חברי הכנסת, הממלאים תפקיד מוסדי-דמוקרטי, היא התנהגות אנטי-חברתית חמורה. תופעה זו חמורה יותר מתופעת השוחד הרגילה, אך צרה ממנה. חמורה – בשל חשיבותה המיוחדת של הסנקציה החקיקתית; צרה – משום שראוי לאפשר מגעים של 'תן וקח' פוליטיים ובגינם לצמצם את האיסור לכה שאינו כולל הבטחה פוליטית גלויה מן הסוג המקובל במשטר דמוקרטי. עם זה, לפי סימן ה' בפרק ט' לחוק העונשין העוסק בעברות השוחד, ספק אם ראוי למקם את העברה בדבר שוחד של אנשי שלטון במסגרת העברות נגד המשטר. לפיכך אנו נוטים לסבור כי ראוי להוסיף עברה מיוחדת של שוחד של אנשי שלטון במסגרת הסימן המיוחד לעברות השוחד הכלליות בחוק העונשין.

פגיעה פיזית באישי המשטר בתפקידם הרשמי היא פגיעה שהשלכותיה רחבות היקף וחשובות, מעבר להשלכותיה של פגיעה 'רגילה'. זוהי פגיעה

המכוונת כנגד השלטון עצמו, נעשית דרך פגיעה באיש השלטון כמייצגו בשר ודם, ומהותה בניסיון להשפיע על מהלכים שלטוניים באמצעים אלימים ובלתי דמוקרטיים. פגיעה כזאת עשויה להיות בעלת השלכות רחבות ולטלטל את המערכת השלטונית כולה בעצם השפעותיה המאיימות על איש השלטון שיבוא במקום האיש שנפגע. אף שיש שיקולי נגד לקיומה של החמרה מיוחדת כשמדובר בעברות אלימות כנגד אנשי שלטון – ועיקרם ניתוק הזהות בין פגיעה באישיות פיזית לבין פגיעה במשטר השלטוני ככה – אנו נוטים לדעה כי יש הצדקה להחמרה בעונשו של הפוגע באיש השלטון במטרה להשפיע על החלטה שלטונית, למנוע את מימושה או לכפות קבלת החלטה אחרת. הצעה אפשרית בעניין זה היא להתייחס לפגיעה פיזית באנשי הממשל כאל פגיעה בנסיבות מחמירות, למשל כאל עברת רצח, חבלה חמורה וכדומה. אפשר לשקול גם הטלה של מגבלות על המורשע, למשל הטלות הגבלות על אפשרות לשחרור מוקדם או כליאה בתנאים מיוחדים.

כפירה בשיטת המשטר הדמוקרטית ושליטת הלגיטימיות שלה, שאין בהן אלמנט של אלימות, אינן צריכות להיות עברה פלילית נגד המשטר. הדרך הראויה להתמודד עם התופעה היא שכנוע במסגרת הדיון הציבורי החופשי. גם הבעת אי־נאמנות או מורת רוח כלפי המשטר, המוסדות והאורגנים שלו – לרבות באמצעות פרסום של עובדות שקריות ודעות בלתי סבירות – אינה ראויה להיות עברה פלילית.

הסכנה הנשקפת מפרסומים של הבעת אי־נאמנות למבנה המשטר ולתקינות פועלו היא סכנה רחוקה ועקיפה, ולכל היותר בגדר נטייה רעה שאינה מצדיקה ענישה פלילית. חופש הביטוי כולל גם את החופש להשמיע ביטויים חסרי ערך וחסרי תוחלת משל עצמם כדי לאפשר פורקן לרגשות. איסור כאמור עלול להוביל לפגיעה בלתי מוצדקת בחופש הביטוי הן בגלל האפקט המקפיא הפוטנציאלי של איסור כזה הן בשל הקושי להבחין בין עובדות נכונות לבין עובדות שקריות, וגם בין דעות סבירות לבין דעות בלתי סבירות (במיוחד בתחום הפוליטי).

סיכום זה בא לידי ביטוי בהצעתנו לחקיקה, להלן בנספח השני. ההצעה נסמכת גם על לימוד הדין המשווה, להלן בנספח הראשון.

# נספחים

## נספח ראשון: הדין המשווה

### מבוא

פעולה לשם פגיעה במשטר מוגדרת כעברה פלילית הן בשיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל הן בשיטות המשפט הקונטיננטלי. אף על פי שהמשפט המקובל האנגלי הוא המקור לעברות ההמרדה במשפט הישראלי, נציג תחילה את שיטות המשפט הקונטיננטלי ורק לאחר מכן את שיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל. הטעם לכך הוא שלמשפט הרומי הייתה השפעה גדולה על המשפט הקונטיננטלי ועל המשפט המקובל; במידה מסוימת המשפט הקונטיננטלי – בעיקר המשפט הגרמני – מבטא התפתחות כרונולוגית של המשפט הרומי, ולמשפט הגרמני העתיק הייתה השפעה על עיצוב פרק ההמרדה במדינות של המשפט המקובל.<sup>335</sup>

### 1. גרמניה

המשפט הרומי טיפל בתופעה של פגיעה בשלטון במובנו הרחב במסגרת עברת הבגידה (*proditio*) ועברת הפגיעה באוטוריטה השלטונית (*perduellio*). מאוחר יותר, כמאה שנים לפני הספירה, נדחתה ההבחנה בין שתי התופעות ושניהן הוגדרו בעברה אחת (*crimen majestatis populi Romani imminutae*)<sup>336</sup> שכללה גם פגיעה בכבודו של השלטון.<sup>337</sup> בגידה, עקירת שטח של המדינה מריבונותה, סיוע לאויב מבחוץ (כגון מדינה עוינת) ופגיעות בממשל המדיני – הוגדרו במשותף כעברות נגד המדינה (המשטר) המחלישות את שלטון העם הרומי. המשפט הגרמני קלט בלא שינוי כמעט את החקיקה הרומית על המרדה (הן הפגיעה בריבונות השליט כמסגרת המדינית הן הפגיעה במדינה כמסגרת

335 ראו L.R.C. of Canada, *supra* note 15, 3, 5

336 החלשת השלטון של העם הרומי.

337 ראו Maurach, Schroeder und Maiwald, *supra* note 1, 316; Liourdi, *supra* note 233, 5-6; L.R.C. of Canada, *supra* note 15, 4

הפיזית), וזאת במסגרת ההשפעה האיטלקית על המשפט הגרמני.<sup>338</sup> בתקופה שבה שרר משטר מונרכי והאזרח (הנתין) חב נאמנות לשליט, כללה עברת ההמרדה (כנוסחה במאה השביעית לספירה) התנקשות וניסיון להתנקשות בחייו של השליט, של יורשיו או של האנשים המייצגים אותו, וכן הבעת אי-נאמנות או מורת רוח כלפי השליט (הממשל המדיני).<sup>339</sup> במאה האחת עשרה הוגדר אי-ציות להחלטות השליט, לרבות אי-ציות לצווים ולהחלטות של בתי משפט, כעברה הפוגעת במלוכה (*crimen laesae maiestatis*) וכעברה נגד המשטר.<sup>340</sup> העונש בגין עברות אלו היה מוות<sup>341</sup> הן לעושה הן לבניו, אך בדרך כלל זכו הבנים לחנינה של השליט ורק רכושם הוחרם.<sup>342</sup> הלכה למעשה, עצם האיסור על הבעת אי-נאמנות או מורת רוח כלפי השליט ונציגיו והצגתו כעברה נגד המשטר המדובר היה ענישה על מחשבות בלבד<sup>343</sup> (*Gesinnungsstrafrecht*).

במאה השש עשרה נעשתה הבחנה בין בגידה כפגיעה במדינה כישות פיזית לבין עברות נגד המשטר (*crimen maiestatis*), כדוגמת פגיעה בכבודם של השליט ונציגיו (הבעת אי-נאמנות או מורת רוח כלפי הממשל).<sup>344</sup> במאה השמונה עשרה נעשתה הבחנה פנימית בין תופעות למיניהן נגד המשטר, וכבר לא נכללה בגדרן פגיעה בכבודם הפרטי של השליט ונציגיו.<sup>345</sup> עמדה

- 338 החקיקה הנגישה על עברת ההמרדה היא מתקופת קארל הגדול (Karl Der Grosse, 789); ראו Schroeder, *supra note 1*, 8. על קליטת המשפט הרומי כאמור ראו L.R.C. of Canada, *supra*; Schroeder, *ibid.*, 19 note 15, 3.
- 339 ראו Schroeder, *supra note 1*, 8ff; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note 1*, 316; Heyer, *supra note 243*, 2-4; L.R.C. of Canada, *supra note 3f*, 15.
- 340 ראו Schroeder, *supra note 1*, 10f.
- 341 שם, 12.
- 342 שם, 18.
- 343 שם, 29.
- 344 נעשתה גם הבחנה בין בגידה לבין המרדה, שלפיה בגידה היא פגיעה במדינה בכללותה ואילו המרדה, כפגיעה במשטר, היא פגיעה בחלק מהמדינה; ראו Schroeder, *supra note 1*, 30; Liourdi, *supra note 233*, 45.
- 345 ראו K. Grolmann, 'Verbrechen gegen die oeffentliche Rechtssicherheit des Staates. Von den Majestaetsverbrechen', in: *Texte zur Theorie des politischen Strafrechts Ende des 18. Jh./Mitte des 19. Jh.*, (Hrsg. Friedrich-Christian Schroeder Darmstadt: Wiss. Buchges., 1974) 140.

זו נבעה מהתפיסה בדבר האמנה החברתית שהתפתחה בתקופת הנאורות (Enlightenment) והביאה לשינוי במעמדה של המדינה כישות פיזית ולמעמדו של השליט כריבון מדיני – וכך גם לשינוי במבנה של חוק העונשין. איסורי העברות נגד המדינה הועמדו בראש הסדר המשפטי, משום שעברות אלו שומטות את הבסיס למשטר החוקתי של המדינה וממוטטות אותן (Zerstörung der Staatsverfassung), וכך פוגעות בחירות האזרחית ומחזירות למצב הטבע. בראש העברות נגד המדינה הוצבה ההתקפה על המדינה כישות פיזית, ואילו ההתקפות על השליט ירדו לדרגה השנייה ונתפסו רק כשינוי של המשטר החוקתי (blosse Verfassungsänderung), וכהתקפות המעמידות בסכנה את החירות האזרחית (להבדיל מפגיעה ממשית בהן). אחת הסיבות לשינוי זה הייתה שיטת הירושה במונרכיה, שלפיה חיסולו של השליט אינו אלא פינוי הדרך ליורשו.

התפתחות נוספת וחשובה בעקבות התפיסה החדשה של האמנה החברתית היא ראיית השליט ונציגיו כ'משרתי המדינה' (Diener des Staates). בעקבות תפיסה זו נשמעו בספרות המשפטית קולות רבים, והם קיבלו ביטוי גם בהצעות חוק שלפיהן פגיעה בכבודה של המדינה או בכבודם הרשמי של השליט ונציגיו אינה ראויה להיות עברה נגד המשטר ועל כן איננה אסורה.<sup>346</sup> עמדות אלו באשר לפגיעה בכבודו של השליט נדחו במאה התשע עשרה בטענה כי אי-אפשר להבחין בין פגיעה בכבוד הפרטי של השליט ונציגיו לבין פגיעה בכבודם הרשמי, וכי פגיעה בכבוד (הפרטי והרשמי) של השליט ונציגיו נופלת בגדר עברה נגד המשטר.<sup>347</sup> בתקופה זו התפתחה גם תפיסה מאנישה שלפיה המדינה היא ישות מוסרית ועל כן יש לה כבוד; מכאן, שפגיעה בכבודה של המדינה משמעה 'רצח המדינה'<sup>348</sup> ועל כן יש לאסור אותה

346 אחדים סברו כי פגיעה בכבודם של השליט ונציגיו אינה מעשה אסור, אולם יש לראות את העושה כחולה נפש ולאסור אותו במעון סגור; ראו Schroeder, *supra* note 1, 35. התפתחות נוספת היא ביטול עקרוני של עונש המוות, למעט במקרים של פגיעה במדינה. בשנים 1787-1848 נגזרו 121 עונשי מוות אך שני מקרים בלבד הוצאו לפועל; ראו שם, 37.

347 ראו Schroeder, *supra* note 1, 29ff, 71f. עמדה זו מקובלת במשפט הגרמני המודרני בהקשר של העלבת נשיא המדינה (בלבד). ראו להלן סעיף 90 לחוק הפלילי הגרמני, בטקסט שליד הערות 412-415.

348 Grolmann, *supra* note 345, 131, 132. תפיסה זו התבססה על עמדתו של I. Kant, *Metaphysik der Sitten* (Neudruck, Hamburg: Felix Meiner, 1954) §47ff, pp. 138, Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre:



ולהגדירה כעברה נגד המשטר.<sup>349</sup> עמדות אלו קיבלו ביטוי בחוק של פרוסיה. בעקבות התפיסה המאנישה את המדינה נתפסה המדינה (הישות הפיזית) כ'גוף', ואילו החוקה נתפסה כ'עצב החיים והנשמה' של גוף זה (המדינה). על פי רציונל זה נתפסה פגיעה בחוקה כעברה נגד המשטר.<sup>350</sup> בהמשך התפתחה הגישה כי פגיעה במשטר היא פגיעה בזכויות היסוד (הזכויות הטבעיות) של האזרחים<sup>351</sup> ונקבע בחוק כי פגיעה בחייו או בחירותו של השליט היא פגיעה בחוקה ולכן נופלת בגדר עברה נגד המשטר.<sup>352</sup> עמדה זו ביטאה חיזוק של מעמד השליט, שכן החוקה היא ערך חברתי שניצב בראש סולם החשיבות של הערכים המוגנים.<sup>353</sup> במסגרת זו נאסרה גם התארגנות חשאית שמטרתה שינוי החוקה או המשטר באמצעים אלימים.<sup>354</sup>

כך התפתחה במאה התשע עשרה ההבחנה הראשונה בין צורות של פגיעה במדינה במובנה הרחב, קרי: הבחנה בין פגיעה במדינה כישות פיזית לבין פגיעה במשטר המדיני של המדינה. את ההבחנה עיצבו בעיקר קליינשרוד (Kleinschrod),<sup>355</sup> גרולמן (Grolmann)<sup>356</sup> ופוירבאך (Feuerbach),<sup>357</sup> פוירבאך

---

Der Rechtslehre zweiter Teil. Das oeffentliche Recht. Erster Abschnitt. Das Staatsrecht. יצוין כי הגישה של האנשת המדינה התקבלה כבר על ידי היוונים לפני תחילת הספירה, למשל אצל אפלטון; ראו Last, *supra note* 294, 55; ראו גם לוק, לעיל הערה 24, 159-160.

349 ראו Schroeder, *supra note* 1, 29ff

350 ראו *ibid*, 63f

351 ראו G. A. Kleinschrod, 'Ueber den Begriff und die Strafbarkeit des Hochverraths, nach allgemeinen Grundsuetzen', in: *Texte zur Theorie des politischen Strafrechts Ende des 18. Jh./Mitte des 19. Jh.* (Hrsg. F.-Ch. Schroeder, Darmstadt: Wiss. Buchges., 1974) 111f; Grolmann, *supra note* 345, 132; Schroeder, *supra note* 1, 37f

352 ראו Kleinschrod, *supra note* 351, 109; Grolmann, *supra note* 345, 132; Schroeder, *supra note* 1, 39ff; Stratenwerth, *supra note* 27, 198f

353 ראו Schroeder, *supra note* 1, 64

354 שם, 46.

355 ראו Kleinschrod, *supra note* 351, 97ff

356 ראו Grolmann, *supra note* 345

357 ראו A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gueltigen peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts* (Hrsg. von Mittermaier, Giessen: Heyer, 1840)

הוא שעיצב את החוק הפלילי של בוואריה בשנת 1813.<sup>358</sup> לפי העמדה שנתקבלה, פגיעה במשטר החוקתי (Hochverrat; בגידה עליונה; High Treason) היא התופעה החמורה ביותר נגד המדינה משום שהיא תוקפת את הזכויות הטבעיות של האזרחים לממשל עצמאי וחופשי. התקפה על המשטר החוקתי גורמת אנרכיה ויוצרת חוסר ביטחון כללי לחייהם ולרכושם של האזרחים, ועקב כך המדינה והאזרחים מובלים לאבדון. בכך הוסט הדגש מן השליט אל האזרחים, שהם בעלי הזכויות, בעלי זכויות גם מול השליט.

בעקבות טיעון הירושה נתקבלה בשנת 1848 הגישה כי פגיעה פיזית בשליט אינה עברה נגד המשטר החוקתי; אולם איום והפעלת כוח נגד השליט ונציגיו, כדי שיפעילו את סמכותם בצורה מסוימת, נחשבה לפגיעה במשטר החוקתי והוגדרה כעברה נגד המשטר.<sup>359</sup> במחצית השנייה של המאה התשע עשרה, בעקבות החשיבה הליברל-דמוקרטית, התנהל ויכוח על אודות המעשים האסורים. מלומדים שצידדו במונרכיה הגדירו כל מעשה (לרבות ביטוי) בלתי חוקי נגד המשטר החוקתי כנופל בגדר העברה; מלומדים שצידדו ברעיונות של הדמוקרטיה הליברלית גרסו כי המעשה האסור הנופל בגדר העברה הוא מעשה אלימות בלבד.<sup>360</sup> בתקופה זו התקבלה גם הגישה כי מעשי ניסיון (Unernehmen) נכללים בגדר העברה המושלמת,<sup>361</sup> אולם ביקורת על צורת המשטר והממשל המדיני אינה מקיימת את הרכיב ההתנהגותי של העברה.<sup>362</sup>

בהתאם לחקיקה של פרנקפורט (10.10.1848), פגיעה בתפקודו של הממשל היא עברה נגד המשטר, למשל: התקפה אלימה נגד מועצת הרייך שמטרתה לפזרה, להרחיק ממנה את חבריה או להכריח אותם להפעיל את סמכותם בדרך מסוימת. ההגנה הורחבה והוחלה גם על תפקודו של הקיסר, וגם העלבת הממשל ואנשיו בתפקידים הרשמי הוגדרה כעברה נגד המשטר.<sup>363</sup> חקיקה זו הייתה המקור לסעיף 82 לחוק הפלילי של פרוסיה, 1851, ולסעיף

358 על תרומתם של מלומדים אלו ראו Schroeder, *supra note 1*, 36ff

359 *ibid*, 68

360 על הוויכוח ראו Schroeder, *ibid*, 68ff. צמצום הרכיב ההתנהגותי למעשי אלימות בלבד שיקף את הגישה הרווחת בהצעת החוק משנת 1909; ראו שם, 107.

361 ראו Kleinschrod, *supra note 351*, 127f

362 ראו Schroeder, *supra note 1*, 70f

363 שם, 72.

105 לחוק הפלילי של הרייך הגרמני, 1871. על פי סעיפים אלו, פגיעה בחייו, בחירותו או בבריאותו של המלך היא עברה נגד המשטר. ההצדקה לעמדה זו נובעת משיטת משטר של מונרכיה חוקתית שיש בה זהות בין הממשל המדיני לבין אדם פיזי (משפחת המונרכיה), להבדיל משיטה של רפובליקה חוקתית. אשר לפגיעה בכבודם של השליט ונציגיו כעברה נגד המשטר נקבע, בשל עליונות השליט, כי אמת הפרסום והעניין הציבורי בו לא ייחשבו כהגנות. בפועל, במקרים רבים של פרסום אמת או של פרסום שהיה בו עניין ציבורי שללה הפסיקה את המחשבה הפלילית לפגוע בכבודו של השליט.<sup>364</sup> ב-17.2.1908 נחקק חוק שהפחית את העונש בגין העלבת השליט ונציגיו, וקבע כי תקופת ההתיישנות לעברה תהיה שישה חודשים וכי היסוד הנפשי של העברה יהיה 'מטרה לפגוע בכבוד מתוך רוע ובכוונה תחילה' ('in der Absicht der Ehrverletzung, boeseillig und mit Ueberlegung'<sup>365</sup>.(begangene Beleidigung')

קריאה בפומבי לאי-ציות לחוקים, לתקנות, להחלטות ולצווים של רשויות השלטון הוגדרה כעברה נגד המדינה (סעיף 110 לחוק של הרייך הגרמני). העברה נתפסה כמעשה הכנה לעברה נגד המשטר, קרי: לפגיעה במשטר החוקתי.

בהצעות החוק שהוגשו בשנים 1909 ו-1913 מוקמה העברה בפרק העברות כנגד הסדר המשפטי. על עברה זו נמתחה ביקורת חריפה, והתבטאויות רבות בגדרה הוגדרו כמותרות מכוחו של חופש הביטוי. בעקבות זאת בוטלה העברה, הוחייתה מחדש בשנת 1953, ושוב בוטלה בתיקון מס' 3 לחוק העונשין מיום 20.5.1970 לאחר שנאמר כי מדובר בשריד מחקיקה אוטוריטרית (Relikt obrigkeitlichen Denkens) שאין לו מקום במשטר דמוקרטי. עוד נאמר בהקשר זה כי המשפט האזרחי והמשפט המנהלי מצוידים באמצעי אכיפה נאותים, ועל כן אין מקום להתערבותו של המשפט הפלילי. המקרים החמורים של אי-ציות לחוק הפלילי נכנסים בגדר סעיף 111 לחוק העונשין העוסק בהסתה שהיא קריאה בפומבי (Oeffentliche Aufforderung) לביצוע עברה פלילית (עוון או פשע).<sup>366</sup>

364 על פסיקה זו ראו שם, 98.

365 ראו שם, שם.

366 ראו Petters-Preisendanz, *Strafgesetzbuch*, 28. Auflage (Berlin, 1974) Vorbemerkungen §§110-122b Anm. 2 (a); Schroeder, *supra* note 1, 90, 99

לענייננו חשוב גם כי לפי סעיף 100 לחוק של פרוסיה (1851) ולפי סעיף 130 לחוק של הרייך הגרמני (1871), גרימת שנהא ומדנים בין חלקים של האוכלוסייה מוגדרת כעברה פלילית נגד שלום הציבור.<sup>367</sup>

אף שהחקיקה במאה התשע עשרה אימצה רעיונות השייכים לתפיסה הדמוקרטית הליברלית, הופעלו העברות נגד המשטר בעיקר נגד אגודות של סטודנטים, פרופסורים וחברי פרלמנט ליברליים, ובמחצית השנייה של המאה העשרים גם נגד קומוניסטים וסוציאל-דמוקרטים.<sup>368</sup> מעניין לציון כי בעקבות התחזקותה של הלאומיות בסוף המאה התשע עשרה ובתחילת המאה העשרים פחתו בהרבה המקרים של העמדה לדין והרשעה בגין עברות נגד המשטר (בשנת 1894 היו 622 הרשעות, בשנת 1905 היו 275).<sup>369</sup> כמו כן נחקקו חוקים נגד רעיונות הסוציאל-דמוקרטיה, והיא נתפסה כמנוגדת ללאומיות (או לפחות מחלישה אותה) ומאיימת על הממשל המדיני הלאומי. המאבק בתנועה הסוציאל-דמוקרטית החל במאי 1878, כשהאנרכיסט הודל (Hoedel) ניסה להתנקש בחייו של הקיסר וילהלם הראשון. בעקבות ניסיון ההתנקשות הובאה מטעם הקיסר הצעת חוק למאבק בתנועה הסוציאל-דמוקרטית, אך היא נדחתה. ביוני של אותה שנה ניסה אנרכיסט אחר, נובילינג (Nobiling), להתנקש בחייו של הקיסר, ובעקבות ניסיון זה התקבל החוק למאבק בסוציאל-דמוקרטיה (*Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie*), שאסר על הפצה של רעיונות הסוציאל-דמוקרטיה והקומוניזם. החוק נחקק כהוראת שעה ותחולתו הוגבלה עד 31.3.1881, אך היא הוארכה ארבע פעמים עד ביטולו ב-30.9.1890.

בתקופת הרפובליקה של ויימאר התרבו התופעות של פגיעות במשטר, בהן גם מעשי הפיכה, חתרנות מדינית והתנקשויות רבות בחייהם של פוליטיקאים. ארגונים מזוינים שנלחמו בכוחות הביטחון של המדינה גרמו למותם של 1,200 איש ופעמים רבות הוכרז על מצב חירום. על אף ריבוי העברות נגד המשטר לא הועמדו מבצעהן לדין, וזאת בשל הסכמים שנחתמו בין המורדים לבין המדינה והניבו חנינה כללית. האדם היחיד שהורשע היה

367 ראו שם, 90, 99.

368 ראו 47-48, 233, *supra note* 233, Liourdi, *ibid*, 83ff; על החוק נגד הסוציאל דמוקרטיה

ראו Schroeder, *supra note* 1, 101ff

369 רוב ההרשעות היו נגד ארגונים לשחרור פולין. ראו שם, 100.

מושל המחוז טראוט פון־יאגוב (Traugott von Jagow). הוא הורשע רק בגין סיוע לעברה נגד המשטר אף שלמעשה היה מנהיג המרד.<sup>370</sup> מעניין לציין כי במקרים רבים של פגיעה במשטר בחרה התביעה הכללית להעמיד את הנאשמים לדין, אך בגין עברות של הפרעה לעובד מדינה במילוי תפקידו.<sup>371</sup> למעשה, החנינה הכללית היא שהחלישה במידה ניכרת את תוקפן של העברות נגד המשטר.

בשנת 1921, בעקבות רצח הפוליטיקאי ארצברגר (Erzberger), חבר מפלגת המרכז) על ידי חברי ארגון ימני ופרסום תמיכה ברצח בעיתונות המזוהה עם הימין הפוליטי, התקין נשיא הרייך תקנות שהגדירו כעברה פלילית נגד המשטר פרסום פומבי שיש בו משום קריאה, עידוד או תמיכה לאחד מן המעשים האלה: מעשי אלימות לשינוי החוקה או מוסד חוקתי; מעשי אלימות נגד נציג של המדינה; אי־ציות לחוקים, תקנות או החלטות של השלטון.<sup>372</sup> כמו כן הוגדר פרסום של דברי לשון הרע על ראשי השלטון כעברה נגד המשטר והורחבה ההגנה על המשטר הרפובליקני־דמוקרטי.<sup>373</sup> תהליך נפילתה של רפובליקת ויימאר החל בשנת 1931 לאחר הכרזות חוזרות ונשנות על מצב חירום ולאחר התקנתן של תקנות חירום שמבחינה מעשית היו חסרות נפקות. ב־13.4.1932 הכריז נשיא הרייך היינריך ברונינג (Brüning) כי הארגונים SA, SS ו־NSDAP הם ארגונים בלתי חוקיים; אולם ב־14.6.1932 – ארבעה עשר יום אחרי שנכנס לתפקידו הקנצלר החדש פראנץ פון־פאפן (Franz von Papen) ובעקבות הסכם עם הנשיא – התקין הנשיא תקנות שביטלו את ההכרזה הזאת. ב־9.8.1932 הותקנו תקנות שקבעו כי מניע פוליטי לביצוע עברה הוא נסיבה מחמירה. לאחר שנכנסה התקנה לתוקפה נרצח פעיל קומוניסט על ידי חמישה נאצים: בית המשפט גזר

370 ראו שם, 112.

371 ראו שם, 112 ואילך.

372 ראו שם, 119: 2: Laufhütte, *supra* note 1, Vor §80 para 2.

373 בהקשר זה מעניינת פסיקתו של בית המשפט העליון של הרייך הגרמני, שלפיה קריאה להפליית היהודים – קרי נישולם מזכויות יסוד מסוימות – היא קריאה לפגיעה בעקרון השוויון שהוא ערך יסודי בשיטת המשטר הדמוקרטית ולפיכך פוגעת במשטר. ראו 25, 243, Heyer, *supra* note 1, 124; Schroeder, *supra* note 1. ראו גם את עמדת המיעוט של השופט מצא בע"פ כהנא, לעיל בטקסט שליד הערה 61.

עליהם עונש מוות, אולם בעקבות התערבותו של היטלר הוענקה להם חנינה בתחילת 1933.<sup>374</sup>

נפילת הרפובליקה של ויימאר קשורה בכך שהחברה הגרמנית לא הפנימה בזמנו את רעיונות הדמוקרטיה.<sup>375</sup> יתרה מזו: המערכת השיפוטית – בעיקר בית המשפט העליון של הרייך – לא ראתה במשטר הדמוקרטי הרפובליקני החדש ערך הראוי להגנה; המשטר החדש נתפס כזמני, עד חזרתו של הקיסר לכס השלטון.<sup>376</sup> עמדה זו התקבלה גם על ידי האליטות בגרמניה, שלא תפסו את הרפובליקה החדשה ואת המשטר החדש כלגיטימיים. החוקים והצהרות הפוליטיקאים בדבר הגנה על המשטר הדמוקרטי היו לנמר של נייר. כך למשל, הצהירו הקנצלר והממשלה:

החוקה שמגנה על זכויות היסוד הדמוקרטיות של חופש הביטוי, חופש העיתונות, חופש ההתארגנות וחופש ההפגנה, מסמיכה גם את רשויות השלטון להגביל זכויות יסוד אלה כדי למנוע ניצולן לרעה לפגיעה בחוקה עצמה.<sup>377</sup>

היטלר קרא תיגר על הצהרה זו ופרסם מכתב הפונה אל הקנצלר. בין השאר נכתב בו כדלקמן:

אדוני הקנצלר, התיזה הדמוקרטית אומרת: השלטון מסור לעם. העם הוא זה שקובע את החוקה ומהותה; אם נעלה לשלטון בדרכים לגאליות יהיה זה גם חיסולה של החוקה הלגאלית, קרי: נשנה את החוקה ואף נחסל אותה בהתאם לרצונו של העם.<sup>378</sup>

374 ראו Schroeder, *supra note 1*, 142ff. על כך שארגונים וקבוצות של הימין בתקופת ויימאר היו חזקים מעיד המקרה שבו התקינה ממשלת ויימאר תקנות למאבק במתנגדי הרפובליקה הוויימארית – ויום לאחר מכן התקינה ממשלת מחוז בוואריה תקנה שלפיה התקנות של ממשלת ויימאר בטלות במחוז בוואריה. ראו Kutscha, *supra note 260*, 34

375 ראו גם Last, *supra note 294*, 173-179; Heyer, *supra note 243*, 22-29; Backes, *supra note 254*, 23-36

376 ראו Leggewie und Meier, *supra note 250*, 181. על הרפובליקה של ויימאר ראו גם פ' ילאביץ', 'חירות להרוס את החירות: דברי שטנה ברפובליקה של ויימאר', בתוך: מ' קונפינו (עורך), **כוח המילים וחולשת הדעת: תעמולה, הסתה וחופש הביטוי** (תל אביב: עם עובד, תשס"ג) 181.

377 ציטוט מתוך Backes, *supra note 254*, 42

378 ציטוט מתוך שם, 32.

הרעיון העולה מן הדברים ברור: עקרון הדמוקרטיה המתגוננת אינו מוכר; העם הוא הבוחר את שיטת המשטר שלו, והעם – כאן במובן של רוב – יכול לשנות את החוקה כעולה על רוחו ואף לבטל אותה.

הממשל הנאצי השתמש במשפט הפילי כמכשיר לקידום הארגונים השייכים למפלגה הנאצית ולדיכוי המפלגות האחרות; הוא הרחיב את היקף העברות נגד המדינה, החמיר את העונשים בגין אותן עברות, והעניק לארגונים הנאציים הגנה רחבה.

ב-28.2.1933 הכריז הממשל הנאצי על המפלגה הקומוניסטית (KPD) ועל המפלגה הסוציאלי-דמוקרטית (SPD) כאויבי המדינה והעם, ולכן כארגונים בלתי חוקיים.<sup>379</sup> עוד בוטלה ההבחנה בין פגיעה במדינה כישות פיזית לבין פגיעה במשטר, משום שלפי התפיסה הנאצית תפקיד המשפט הוא הגנה על 'טהרת העם הגרמני', ואילו פגיעה במדינה או במשטר היא אמצעי לפגיעה בעם הגרמני.<sup>380</sup>

ביום 30.1.1946, עם סיום מלחמת העולם השנייה, ביטלו מדינות הברית את מרבית החוקים והתקנות שהתקין המשטר הנאצי.<sup>381</sup> על רקע ההיסטוריה של הרפובליקה ויימאר ואי-ההתגוננות של המשטר החוקתי לתופעות אנטי-משטריות נחקקה ביום 23.5.1949 (כהוראת מעבר) עברה שקבעה כעברה נגד המשטר שימוש בכוח, או איום לשימוש בכוח לשם שינוי המשטר החוקתי או לשם אילוף נשיא המדינה להפעיל את סמכותו בצורה מסוימת. העונש בגין העברה הועמד על מאסר בן עשר שנים לפחות.<sup>382</sup>

ביום 30.8.1951 נערכה רפורמה מקיפה לעברות נגד המשטר, ובה הדגיש המחוקק את ההגנה על המשטר החוקתי והכריז על המשטר הדמוקרטי כ'דמוקרטיה מתגוננת ולוחמת'.<sup>383</sup> ההגנה על המשטר החוקתי, בכללו הדמוקרטיה המתגוננת, מעוגנת בסעיפים 9, 18, 21 ו-79 לחוק היסוד ובפרק הראשון לחוק העונשין (סעיפים 80 ואילך).

379 ראו Schroeder, *supra* note 1, 155

380 ראו Heyer, *supra* note 243, 35

381 ראו Backes, *supra* note 258, 13 at note 2

382 ראו Laufhuetter, *supra* note 1, Vor §89 paras 6f

383 התפיסה של 'דמוקרטיה לוחמת' נשמעה כבר בתקופת הרפובליקה של ויימאר, למשל בשנת 1931, ומאוחר יותר בארצות הברית על ידי פרופ' לוונשטיין:

K. Loewenstein, 'Militant Democracy and Fundamental Rights', 31 *American Political Science Review* (1937) 417-432, 638-658

לפי סעיף 379(3) לחוק היסוד, עקרונות היסוד של המשטר – היינו תפיסת המדינה כמדינת חוק (Rechtsstaat) דמוקרטית ורפובליקנית – אינם ניתנים לשינוי; מערכת זכויות היסוד של האדם נחשבת לגרעין של 'מדינת החוק' ועל כן אינה ניתנת לביטול.

חוק היסוד קבע גם את 'ארסנל ההגנה' על עקרונות יסוד אלו. לפי סעיף 18 לחוק היסוד, ניצול לרעה של זכויות יסוד מסוימות כדי להביס את המשטר הדמוקרטי החופשי עלול להוביל לאיבוד זכויות היסוד:

Whoever abuses freedom of expression of opinion, in particular freedom of the press (paragraph (1) of Article 5), freedom of teaching (paragraph (3) of Article 5), freedom of assembly (Article 8), freedom of association (Article 9), privacy of letters, posts and telecommunications (Article 10), property (Article 14), or the right of asylum (paragraph (2) of Article 16) in order to combat the free democratic basic order shall forfeit these basic rights. Such forfeiture and the extent thereof shall be determined by the Federal Constitution Court.

[כל מי שמשמש לרעה בחופש הביטוי – ובפרט בחופש העיתונות (סעיף 1) בפסקה 5), בחופש ההוראה (סעיף 3) בפסקה 5), בחופש ההתכנסות (פסקה 8), בחופש ההתארגנות (פסקה 9), בצנעת הפרט של מכתבים, דברי דואר וטלקומוניקציות (פסקה 10), בנכסים (פסקה 14) או בזכות המקלט (סעיף 2) בפסקה 16) – כדי להיאבק בעקרונות היסוד של הסדר הדמוקרטי, יאבד זכויות יסוד אלו. על שלילת הזכויות כאמור ועל משך הזמן שהן יישללו יחליט בית המשפט החוקתי הפדרלי.<sup>384</sup>

סעיף 21(2) לחוק היסוד קובע את התנאים להכרזה על מפלגה בלתי חוקתית:

Parties which, by reason of their aims or the behavior of their adherents, seek to impair or abolish the free democratic basic order or to endanger the existence of the Federal Republic of

384 יצוין כי סעיף 18 מעולם לא הופעל.



Germany shall be unconstitutional. The Federal Constitutional Court shall decide on the question of unconstitutionality.

[מפלגות אשר מעצם מטרותיהן או בגין התנהגות תומכיהן מבקשות לפגוע בעקרונות היסוד של הסדר הדמוקרטי החופשי או לבטלם, או לסכן את קיומה של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית, תהיינה לא חוקתיות. בשאלת האי־חוקתיות יחליט בית המשפט החוקתי הפדרלי].<sup>385</sup>

יצוין כי רק בית המשפט החוקתי רשאי להכריז על פגיעת זכויות היסוד לפי סעיף 18 ועל אי־חוקתיות של מפלגה לפי סעיף 21. על פי הקבוע בסעיף זה אין להפלות מפלגה פוליטית כלשהי בטענה שהיא אנטי־חוקתית או אנטי־חוקית בטרם הכריז עליה בית המשפט החוקתי ככזאת. סעיף 9(2) לחוק היסוד מונה את התנאים להכרזה על ארגונים (שאינם מפלגות) כאסורים:

Associations, the purposes or activities of which conflict with criminal statutes or which are directed against the constitutional order or the concept of international understanding, shall be prohibited.

[ייאסר קיומן של אגודות שיש במטרותיהן או בפעילויותיהן כדי להפר את החוקים הפליליים, או המכוונות נגד הסדר החוקתי לפי תפיסה בין־לאומית מקובלת].<sup>386</sup>

בעקבות תחייתו של הימין הקיצוני בגרמניה, מלחמת קוריאה והתפשטות הקומוניזם במזרח אירופה הגישה המפלגה הסוציאל־דמוקרטית (SPD) בשנת 1950 הצעת חוק לחיזוק ארסנל ההגנה על המשטר החוקתי. לפי ההצעה, פגיעה במשטר החוקתי תכלול גם את התופעות של פגיעה במשטר החוקתי על ידי חבר בממשלה; אי־קיום חובה רשמית למניעת פגיעה במשטר החוקתי

385 בתולדות גרמניה הוכרו שתי מפלגות כבלתי חוקתיות: בשנת 1952 הוכרז כאמור על NSDAP, מפלגה נאצית והממשיכה של המפלגה הנאצית של היטלר (ראו (BVerfGE 2, 1), ובשנת 1956 הוכרז על המפלגה הקומוניסטית KPD (ראו (BVerfGE 5, 85).

386 ראו גם OVG Hamburg NJW 1974, 1523, 1524f

מתוך מודעות כי אכן מדובר בפגיעה כאמור; פגיעה במשטר החוקתי על ידי עובדי מדינה; התארגנות שמטרתה פגיעה בזכויות היסוד הפוליטיות הנובעות מן הדמוקרטיה (כגון השתתפות בבחירות חופשיות וכלליות וזכויות היסוד של חופש הביטוי, חופש הדת והזכות לשוויון). ההצעה הגנה גם על מעמדם של הדגל ועל סמליה הרשמיים של המדינה, וביקשה לקבועה עברה מוחמרת לפגיעה בכבודם הרשמי של אישי ציבור. בעקבות הצעת החוק האמורה הציג שר המשפטים הצעה רחבה יותר, שאסרה גם על מעשים הפוגעים בכבודן של רשויות השלטון, בכללם זילות בית המשפט. ההצעה נועדה לחזק את ההגנה על כבודה של המדינה, על כבוד המוסדות החוקתיים ועל כבודם של המכהנים בהם. הוצע כי שימוש באמצעים אלימים (איום ושימוש בכוח) נגד אנשי הממשל ופגיעה בחייהם ובבריאותם ייחשבו לעברה נגד המשטר, וכי ייאסרו גם גרימת שנאה ואיבה בין חלקים של האוכלוסייה.

על הצעתו של שר המשפטים נמתחה ביקורת חריפה<sup>387</sup> בטענה כי ההגנה המוצעת על החוקה מעורפלת, רחבה ולא קונקרטית. באופן מפתיע נמתחה ביקורת מעטה בלבד על האיסורים שנועדו להגן על כבודה של המדינה ומוסדותיה. אחר כך גרסו מקצת חברי הפרלמנט כי אין כבוד למדינה, למשטר החוקתי ולדגל: פגיעה בכבודם היא פגיעה עקיפה בכבודם של האזרחים, שהם נאמני המדינה וחוקתה. עוד נאמר כי רשויות השלטון החוקתי של המדינה – למעט נשיא המדינה – הן מוסדות ותו לא, ועל כן אין להן 'כבוד' במובן המקובל של הדברים; מכאן שהפללת ההעלבה שלהן היא פגיעה לא מוצדקת בחופש הביטוי.<sup>388</sup>

כיום מוגדרות העברות נגד המשטר (Hochverrat und Gefaehrdung des Demokratischen Rechtsstaates) בפרק השני לחוק העונשין.<sup>389</sup> לפי

387 עם זה יש לציין כי ההצעה הרחבה מאוד נועדה לצמצם את החוק הקיים ולמנוע – או לפחות לצמצם – את אפשרות השימוש במשפט הפלילי ככלי לניגוח פוליטי; ראו *Sozialdemokratische Partei Deutschland, Das politische Strafrecht* (Bonn, 1968)

388 ראו Schroeder, *supra note 1*, 179ff; Laufhuetten, *supra note 1*, Vor §80 paras 9ff

389 העברות נגד המדינה והמשטר מוגדרות בפרקים הראשוניים – היינו בראש החלק הספציפי – כדי להדגיש את חשיבות הערכים המוגנים ואת הסכנות החמורות הטמונות במעשים הפוגעים במדינה כישות פיזית ומדינית; ראו E. Kern, *Der Strafschutz des Staates und seine Problematik* (Tuebingen: J. C. B. Mohr, 1963) 5

סעיף 81 לחוק זה, המשתמש בכוח או באיום לשימוש בכוח כדי לפגוע בקיום הרפובליקה הגרמנית או לשנות את משטרה החוקתית<sup>390</sup> – דינו מאסר עולם או עשר שנים לפחות; אם בוצעה העברה בנסיבות מקלות, העונש הוא מאסר שנה עד עשר שנים. הערכים המוגנים באמצעות העברה הם שלמות המדינה החופשית (הטריטוריה והריבונות) והמשטר החוקתי.<sup>391</sup> העברה כוללת בצד העברה המושלמת גם מעשה ניסיון, המקיים את הרכיב ההתנהגותי של העברה.<sup>392</sup> מבחינה מעשית הדגש בעברה ניתן לניסיון לפגיעה במשטר, שכן במקרה של פגיעה במשטר ממש המשמעות היא החלפתו הלכה למעשה; מכאן שמבחינה מעשית אין מקום להעמדתו לדין של המבצע – השליט החדש. העמדה לדין בגין פגיעה במשטר אפשרית רק על ידי החזרת המשטר הקודם.

פגיעה בקיום הרפובליקה הגרמנית כוללת הכפפת השלטון לשלטון זר, החלשת ריבונות המדינה ועקירת שטח או שטחים ממנה או מריבונותה. פגיעה במשטר החוקתי כוללת הפלה של הממשלה, נטרול של הפרלמנט, שינוי שיטת המשטר מדמוקרטיה ייצוגית לשיטה אחרת ומינוי ממשלה חוץ פרלמנטרית (קרי: ממשלה שאינה זוכה לאמון הפרלמנט ואיננה אחראית לפניו), ושינוי המשטר הפדרלי והפיכתו למשטר ריכוזי. בהתאם לגישה שהובעה בפסיקה, אין נפקא מינה אם התכוון המבצע להקים ממשל מיד לאחר ההפיכה או זמן מה לאחר מכן; כמו כן אין נפקא מינה אם התכוון המבצע להקים ממשל זמני ולאחר מכן לחזור לממשל קבוע על פי שיטת המשטר הדמוקרטית. די בכך שפעל כדי לפגוע בשיטת המשטר החוקתית. פגיעה בסמכותו או בריבונותו של מוסד משטרי תיחשב לעברה נגד המשטר רק אם הפגיעה היא בגדר אמצעי **לפגיעה רחבה במשטר**. כך למשל, הפרעה לפרלמנט או למוסד משטרי אחר לפעול על פי סמכותו תיחשב לעברה נגד המשטר רק אם הפגיעה היא אמצעי לפגיעה בריבונות של הפרלמנט או של המוסד. פגיעה חד-פעמית בסמכותו של מוסד משטרי נופלת בגדר העברות הקבועות בסעיפים 105 (כפייה באלימות או תוך איום לשימוש באלימות

390 סעיף 82 מתייחס למעשים אלו נגד Laender (המדינות המרכיבות את הרפובליקה הגרמנית), לכן אינו רלוונטי למשפט הישראלי.

391 ראו 2 para §81, *supra note* 18, Stree und Sternber-Lieben.

392 ראו ההגדרה של Unernehmen לפי סעיף 1(1)11(6) לחוק העונשין; ראו גם, Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note* 1, 324; Laufhuetter, *supra note* 1, §81 para 11

של אורגן חוקתי או של ועדה מוועדותיו,<sup>393</sup> לבצע פעולה מסוימת או להימנע מפעולה – עברה שהעונש המרבי בגינה הוא עשר שנות מאסר); ו-106 (כפייה באלימות או תוך איום לשימוש באלימות של נשיא המדינה, חבר פרלמנט, ממשלה או בית המשפט החוקתי, לבצע פעולה מסוימת או להימנע מפעולה – עברה שהעונש המרבי בגינה הוא חמש שנות מאסר). היסוד הנפשי הנדרש להקמתן של העברות הללו הוא מחשבה פלילית רגילה.<sup>394</sup>

המעשה המקיים את הרכיב ההתנהגותי הוא מעשה בעל פוטנציאל אובייקטיבי לפגוע בערכים החברתיים המוגנים. השימוש בכוח והאיום לשימוש בכוח חייבים להיות חמורים, כלומר: כאלה שממלאי התפקידים במוסד המשטרי לא יוכלו – ולכל הפחות יתקשו – לעמוד בפניהם, ולכן ייאלצו להיכנע לדרישותיו של המבצע. אמצעים אלו יכולים להיות מכוונים גם נגד אישי השלטון וגם נגד רכוש, אם יש בכך כדי להכריח את אנשי השלטון לפעול בצורה מסוימת.<sup>395</sup> על פי הפסיקה ועל פי כמה דעות בספרות, גם שביתה כללית עשויה להיחשב שימוש בכוח.<sup>396</sup>

לפי סעיף 83 לחוק, המבצע מעשה הכנה לעברה לפי סעיף 81 – דינו מאסר שנה עד עשר שנים, ובמקרה של ביצוע העברה בנסיבות מקלות – מאסר שנה עד חמש שנים. כדי למנוע הפיכה של העברה לעברה המענישה על מחשבות בלבד, יש הכרח בקיומה של תכנית קונקרטית (אבל לאו דווקא מפורטת מאוד) לפגוע בעתיד קרוב בשלמות המדינה או במשטר החוקתי.<sup>397</sup> פעילות טרוריסטית שמטרתה שינוי חברתי ופוליטי בחברה,

393 יש להדגיש כי מדובר בהפעלת אלימות או באיום לשימוש באלימות על האורגן החוקתי כזה ולא על חבריו כיחידים.

394 יצוין כי המחשבה הפלילית לפי המשפט הגרמני צרה מהמחשבה הפלילית לפי המשפט הישראלי והאנגלו-אמריקני; ראו מ' קרמניצר, 'על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני', בתוך: א' ברק ואח' (עורכים) (הביאו לדפוס מ' קרמניצר ור' גביוון) **גבורות לשמעון אגרנט** (ירושלים, 1986), 325, 341 ואילך.

395 ראו, BGHSt 32, §81 para 4; Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, 169-170, 172; Artz, *supra note* 186, 428; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note* 1, 323; Laufhuetten, *supra note* 1, §81 para 14f

396 ראו BGHSt 6, 336, 340; BGHSt 8, 102; Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §81 para 4; Mischka, *supra note* 132, 81-96

397 ראו, Schroeder, *supra note* 1, 300; Maurach, Schroeder und Maiwald, *supra note* 1, 324; Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §83, para 2ff; Laufhuetten, *supra note* 1, §83 paras 4ff; BGHSt 7, 11ff; *Entwurf eines*

כדי להכין תשתית להפיכה או לשינוי אחר של שיטת המשטר, אינה נופלת בגדר העברה אם ההפיכה או השינוי המשטרי יתבצעו בעתיד רחוק.<sup>398</sup> גיבוש תכנית בתקווה לשינוי המשטר לא תיכלל אף היא בגדר העברה אם השינוי כרוך בשינויים חברתיים או פוליטיים שהם בלתי מציאותיים. כזוהי למשל תכנית להשפעה על החברה לאימוץ רעיונות קומוניסטיים בתקווה לשינוי מבנה המשטר בעתיד.

כאמור, העברה אוסרת כל מעשה הכנה. מעשה הכנה כולל מעשים ארגוניים לביצוע המשימה כגון גיוס ואימון אנשים, ציוד באמצעי לחימה, נקיטת אמצעים לאיסוף מידע על מנגנוני הביטחון של המדינה (כגון ריגול, שיתוף פעולה עם אנשים הפועלים במנגנוני הביטחון ותפיסת תפקידי מפתח במוסדות המדינה וניצולם לשם כך), תעמולה בכתב או על פה לפגיעה בשלמות המדינה או במשטר החוקתי. מדובר בעברת הכנה, ועל כן אין נפקא מינה אם התכנית יוצרת סכנה קונקרטיה למדינה או למשטר אם לא; עם זה על מעשי ההכנה להיות מבחינה עובדתית-אובייקטיבית בעלי פוטנציאל לפגוע במדינה או במשטר החוקתי.<sup>399</sup> אף על פי שהאיסור אינו דורש התארגנות של קבוצת אנשים לשם פגיעה במשטר ומסתפק במעשה של יחיד, הפסיקה והספרות המשפטית גרסו כי עברה זו נחשבת לעברה של התארגנות אסורה, ועל כן חבירה של שלושה אנשים לפגיעה במשטר אינה מהווה בדרך כלל סכנה למשטר.<sup>400</sup> היסוד הנפשי הנדרש לקיום העברה הוא מחשבה פלילית רגילה.

לפי סעיף 83a לחוק, בית המשפט רשאי לפטור את המבצע מאחריות פלילית או להקל בעונשו, אם חדל המבצע מהשלמת העברה מרצונו החופשי וסיכל או הפחית באופן ניכר את הסכנה שנשקפה לערכים החברתיים עקב מעשיהם של מבצעי העברה האחרים, או אם המבצע מרצונו החופשי מנע את

---

*Strafgesetzbuches (StGB) E 1960, supra note 18, 512; OVG Hamburg NJW*  
1974, 1523, 1525

398 ראו J. Wagner, 'Terrorismus, Hochverrat', *supra note 1*, §83 para 5; F. Ch. Schroeder, 'Abhoergesetz', *NJW* 1980, 913, 915 לעמדה אחרת ראו 'Moabiter Landrecht oder Hamburger juristische Spoenkiekeri?', *NJW* 1980, 920, 921

399 ראו גם Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note 1*, 324; Laufhuetten, *supra note 1*, §83 paras 4ff, 8

400 ראו Laufhuetten, *supra note 1*, §83 para 9; BGHSt 7, 6

השלמת העברה. כמו כן, בית המשפט רשאי לפטור או להפחית את האחריות הפלילית אם סוכלה הסכנה שנוצרה ממעשיו של המבצע, הופחתה באופן ניכר או נמנעה שלא על ידי המבצע – ובלבד שהמבצע פעל לשם כך מרצונו החופשי. ההסדר הנדון של חרטה הוא הגיוני ואף הכרחי, שכן בגדר העברות המושלמות נופלים מעשי ניסיון ומעשי הכנה, ומכאן שההסדר הרגיל על חרטה לפי סעיף 24 אינו חל כאן.<sup>401</sup> מן האמור עולה גם כי החרטה רלוונטית רק אם מעשי המבצע נופלים בגדר מעשים ענישים של ניסיון או הכנה. סעיפים 84–91 לחוק הפלילי עוסקים בעברות המסכנות את קיומה של מדינת החוק הדמוקרטית.

לפי סעיף 84 לחוק, מנהיג המקיים מפלגה שהוצאה אל מחוץ לחוקה או ארגון שהוא תחליף למפלגה שהוצאה אל מחוץ לחוקה (Ersatzorganisation) – דינו מאסר שלושה חודשים עד חמש שנים. עניש גם ניסיון לקיים מפלגה או ארגון כאמור.

בהקשר הנדון יש להצביע על פסיקת בית המשפט החוקתית<sup>402</sup> בנוגע לחברות במפלגה שהוצאה אל מחוץ לחוקה. עובדות המקרה היו כדלקמן: המפלגה הקומוניסטית של גרמניה (KPD) הוכרזה כמפלגה הפועלת נגד החוקה (verfassungswidrig) והוצאה אל מחוץ לחוקה.<sup>403</sup> מיד אחר כך נקטה התביעה הכללית הליכים משפטיים נגד ראשי המפלגה לפי סעיף 90a(1) לחוק העונשין, הוא הנוסח הקודם של סעיף 84 התקף. התגלע ויכוח בשאלה אם יש להכרזת בית המשפט תפקיד קונסטיטוטבי או הצהרתי בלבד. אם הכרזתו של בית המשפט היא קונסטיטוטביית, כי אז הכרזתו

401 עם זה תנאי החרטה כאן זהים לתנאי החרטה לפי סעיף 24 כדוקטרינה כללית המתייחסת לחרטה של אחד מן השותפים לניסיון לעבור עברה.

402 BVerfGE 12, 296ff; גם Backes, *supra* note 258, 88ff.

403 אין להתעלם מכך שאחד המניעים להכרזה על המפלגה הקומוניסטית היה פוליטי. כך למשל, בשנת 1945 נאמר כי המפלגה הקומוניסטית תרמה רבות לכינונו ולחזיוקו של המשטר הדמוקרטי, אולם בעקבות המאבק בין בעלות הברית של המערב (בעיקר ארצות הברית) לבין הגוש המזרחי (בעיקר ברית המועצות דאז) התייצבה מערב גרמניה לצדן של בעלות הברית המערביות, וכבר בשנת 1951 התחיל המאבק נגד המפלגה הקומוניסטית, כשהקנצלר אדנאואר הגיש לבית המשפט החוקתי בקשה להכרזה על המפלגה הקומוניסטית כמפלגה אנטי-חוקתית. ראו Kutscha, *supra* note 260, 47–55; על פסיקת בית המשפט החוקתי נמתחה ביקורת, בין השאר בטיעון שהפסיקה התבססה על מניעים פוליטיים ואינה מתיישבת עם חוק היסוד; ראו שם, 69–84.

של בית המשפט חלה מכאן ואילך (*ex nunc*): במקרה כזה יש להתייחס למפלגה הקומוניסטית כאל מפלגה שמחוץ לחוקה ואסורה עם הכרזת בית המשפט, אך פועלם של מנהיגיה עד להכרזת בית המשפט היה חוקתי. אם הכרזתו של בית המשפט היא הצהרתית בלבד, כי אז יש להתייחס למפלגה כאל מפלגה שהייתה מעיקרה (*ex tunc*) מחוץ לחוקה ואסורה, כך שפועלם של ראשי המפלגה היה בלתי חוקתיים מיום הקמתה. בית המשפט פסק כי מפלגות הן תנאי הכרחי לקיומו של המשטר הדמוקרטי, ולכן הן ופועלן זוכים להגנה חוקתית דרך סעיף 21(2) לחוק היסוד, המעניק לבית המשפט החוקתי סמכות בלבדית להכריז על מפלגה כבלתי חוקתית. בית המשפט קבע שכל פעולה פוליטית (למעט עברה פלילית כגון רצח) של מפלגה היא חוקתית כל עוד לא הכריז בית המשפט החוקתי על המפלגה כבלתי חוקתית. מכאן הכריז בית המשפט על סעיף 90a(1) כבלתי חוקתי באשר הוא מפליל פעולות החוסות תחת כנפי החוקה ולכן לגיטימיות.

מפסיקה זו של בית המשפט החוקתי עולה שכאשר מדובר במפלגה שהוצאה אל מחוץ לחוקה, אזי המעשים הכרוכים בהמשך קיומה של המפלגה אסורים וענישים רק **לאחר** שבית המשפט החוקתי הכריז על המפלגה כבלתי חוקתית. עד להכרזת בית המשפט היו המעשים הנ"ל חוקתיים ואינם גוררים סנקציה פלילית. המצב שונה באשר לארגון חליפי (שכאמור יכול להיות גם מפלגת תחליף) של מפלגה שהוצאה אל מחוץ לחוקה. הנהגה או קיום של מפלגה או ארגון כאלה הם אנטי-חוקתיים ופסולים מתוקף הכרזתה של מפלגת האם כבלתי חוקתית. עם הכרזה זו כל מסגרת ארגונית שהיא המשך למפלגה הבלתי חוקתית תהא בלתי חוקתית, ואין עוד צורך או היגיון בדיון חוקתי נוסף על חוקתיותם. אין נפקא מינה אם המפלגה או הארגון החליפיים היו קיימים לפני הכרזת בית המשפט החוקתי או אחריה; יתרה מזו: עמדה אחרת שלפיה המעשים אסורים רק לאחר הכרזת בית המשפט החוקתי על אי-החוקתיות של המפלגה או של הארגון החליפיים תפגע במשטר החוקתי. אפשרות כזאת תהיה דרך מילוט להקמת מפלגות וארגונים רבים אין-סופיים שיפעלו לקידום מטרותיה הבלתי חוקתיות של מפלגה בלתי חוקתית.<sup>404</sup>

הערך החברתי המוגן באיסור הקבוע בסעיף 84 לחוק הוא המשטר הדמוקרטי. המונח 'מנהיג' הקבוע בסעיף נתפרש ככולל אדם שנושא בתפקיד בכיר במפלגה, וגם אדם שאינו נושא בתפקיד רשמי אך יש לו השפעה על

404 ראו גם Backes, *supra note* 258, 186ff

בכירי המפלגה. מכאן שמנהיג הוא גם אדם שאינו חבר במפלגה אך יש לו השפעה רוחנית או כספית עליה, אף השפעה בסתר. המונח 'מקיים מפלגה' כולל מעשים של חיזוק וטיפוח הקשר בין החברים, לרבות חברים חדשים, בין החברים לבין הנהגת המפלגה, חיזוק מוסדות המפלגה והקמת מוסדות חדשים, עריכת אספות, הפגנות, מצעדים, וכן עשיית מעשים לטובת המפלגה כגון גביית דמי חבר או הכנה וחלוקה של פרסומים למפלגה. לעומת זאת ביצוע שליחות חד-פעמית או נשיאת נאום בפומבי בזכות המפלגה, או נשיאה פסיבית (ללא פעילות) בתפקיד רשמי, אינם נופלים בגדר עשייה המקיימת את המפלגה או מחדשת את קיומה ועל כן אינם נופלים בגדר עברה זו.<sup>405</sup>

חבר פעיל או אדם העוזר לקיום המבנה הארגוני של מפלגה כזאת – דינו מאסר עד חמש שנים או קנס כספי. ההגדרה של חברות פעילה היא הגדרה מהותית ולא פורמלית: לא די בכך שהעושה הביע את רצונו להשתייך למפלגה ולמוסדותיה אלא נדרשת פעילות ממשית במסגרת המפלגה להגשמת מטרותיה. פעולות כגון החזקת פנקס חבר, השתתפות באספה, בהפגנה או בעצרת, או קניית פרסום של המפלגה אינן כשלעצמן חברות פעילה; זו תכלול, למשל, פעילות מתמשכת של תעמולה לטובת המפלגה או חלוקת עלונים מטעמה, ואין נפקא מינה אם תוכן החומר אסור אם לאו. האיסור על עזרה לקיום המבנה הארגוני של המפלגה מכוון נגד אלה שאינם חברים במפלגה. בגדר 'עזרה לקיום המבנה הארגוני של המפלגה' נכנסות פעולות כדוגמת התרמת כספים, מתן מחסה לשליחים של המפלגה, העמדה של מקום לרשות המפלגה והעברת חומרי תעמולה.<sup>406</sup>

המפר צו או החלטה של בית המשפט החוקתי בעניין מפלגה בלתי חוקתית – דינו מאסר עד חמש שנים או קנס כספי.

היסוד הנפשי הנדרש הוא מחשבה פלילית רגילה.

סעיף 84 מוסיף וקובע כי בית המשפט רשאי להקל בעונשו של המבצע או אף לבטל את הרשעתו אם פעל המבצע מרצונו החופשי כדי למנוע את המשך קיומה ופעולתה של המפלגה האסורה. הסדר דומה קבוע גם בסעיף 85, העוסק בארגון אסור שאינו מפלגה.<sup>407</sup>

405 ראו BGHSt 20, 287; BGHSt 26, 258; BGHSt 6, 129, 130; BGHSt 20, 74, 76

406 ראו BGHSt 26, 258; Heyer, *supra* note 243, 99-101

407 ההבחנה בין מפלגה לבין ארגון שאינו מפלגה מתחייבת מן החוקה, שכן בית המשפט החוקתי הוא הגוף היחיד המוסמך להכריז על מפלגה כבלתי חוקתית.



לפי סעיף 85 לחוק, אסורים כל המעשים הכלולים בסעיף 84 גם בנוגע לארגון שאינו מפלגה והוכרז כארגון אסור.<sup>408</sup> הרשות המבצעת – בהקשר זה, המשרד לביטחון פנים<sup>409</sup> – היא המוסמכת להכריז על ארגון כבלתי חוקי.<sup>410</sup> הרכיב הנסיבתי של העברה מתקיים רק אם מדובר בצו חלוט בדבר אי-חוקיות הארגון, כלומר: תנאי הכרחי להתגבשות העברה של חברות בארגון בלתי חוקי הוא הכרזה חלוטה בדבר אי-חוקיותו של הארגון.

לפי סעיף 86 לחוק, אדם המייצר, מאחסן או מייבא דברי תעמולה בזכות מפלגה בלתי חוקתית, ארגון בלתי חוקי או בזכותם של הרעיונות הנאציים – דינו מאסר של עד שלוש שנים או קנס כספי, ובלבד שדברי התעמולה סותרים את עקרונות המשטר הדמוקרטי. האיסור אינו חל אם המעשים נעשו למטרות חינוך, אזהרת הרבים מפני המפלגות והארגונים הבלתי חוקיים, או למטרות לימוד, מחקר, אמנות וכיוצא בזה (Sozialadaequater Klausel).

לפי סעיף 86a לחוק, אדם המייצר, מחזיק, מייבא או מפרסם בפומבי סמלים של מפלגה בלתי חוקתית או ארגון בלתי חוקי – דינו מאסר עד שלוש שנים או קנס כספי. לשם הדגמה, 'סמלים' כוללים דגל, חותמת, בגדים או סממאות כגון צלב קרס, תצלום של היטלר, סימני SS, הסממאות 'Hitler Gruss' ו-'Heil Hitler, Sieg Heil'.<sup>411</sup> עברה זו נועדה להגן הן על המשטר הקיים הן על שמה הטוב של המדינה כלפי חוץ.<sup>412</sup>

לפי סעיף 90 לחוק הפלילי, אדם המעליב בפומבי או בהפגנה את נשיא המדינה – דינו מאסר שלושה חודשים עד חמש שנים; 'העלבה' משמעה פגיעה חמורה בכבוד.<sup>413</sup> התרחשה ההעלבה באמצעות פרסום של עובדות שקריות במודע בדרגה של קרוב לוודאי או בכוונה לפגוע במדינה או בעקרונות המשטר החוקתי – דינו של העושה מאסר שישה חודשים עד

- 408 כאמור **לעיל**, בטקסט שאחרי הערה 386, התנאים להכרזתו של ארגון כבלתי חוקי קבועים בסעיף 2(9) לחוק היסוד הגרמני.
- 409 בגרמניה המשרד לביטחון פנים הוא חלק ממשרד הפנים.
- 410 ראו גם BVerfGE 12, 296, 304; BVerfG NJW 1964, 539.
- 411 ראו BGHSt 28, 394; OLG Celle NJW 1970, 2257, 2258; OLG Duesseldorf NJW 1988, 2906; BGHSt 27, 1; BayObLG NJW 1962, 1878; OLG Celle NJW 1991, 1497; BGHSt 29, 73ff.
- 412 ראו BGHSt 25, 33, 130; BGHSt 28, 394; BGHSt 29, 73ff; OLG Oldenburg, NJW 1986, 1275.
- 413 ראו BGHSt 16, 338, 339. מקורה של גישה זו במאה התשע עשרה.

חמש שנים. איסור זה נועד להגן על כבודו של מוסד הנשיאות ועל כבודו הפרטי של הנשיא.<sup>414</sup> במקרה שנדון לפני בית המשפט העליון נקבע כי פרסום שלפיו 'נשיא המדינה נבחר בצורה כאילו מדובר בבחירת יושב ראש ארגון להגנה על ארנבים וקיבל את התפקיד משום שהוא חלש ובלתי מזיק' נחשב להעלבה חמורה של מוסד הנשיאות ושל הנשיא.<sup>415</sup> לא יוגש כתב אישום בגין עברה זו אלא לפי בקשה אישית של הנשיא.

לפי סעיף 90a, המעליב בפומבי או בהפגנה את המדינה, את המשטר החוקתי, את הדגל, את הסמל או את ההמנון של המדינה – דינו מאסר עד שלוש שנים או קנס כספי. כמו כן, המוריד, מזיק, שורף דגל או סמל ריבוני שמוצג בפומבי, או עושה מעשה שיש בו משום ביזוי – צפוי לאותו עונש. גם הניסיון לביצועה של העברה הוא עניש. פעל המבצע בכוונה לפגוע במדינה או במשטר החוקתי – דינו מאסר עד חמש שנים. במקרים שנדונו לפני בית המשפט העליון נקבע כי פרסומים שלפיהם 'גרמניה היא מדינת משטרה נאצית',<sup>416</sup> 'ועדת הבחירות היא מוסד רמאי',<sup>417</sup> ו'מדיניות הרפובליקה של מערב גרמניה היא מדיניות היטלריאנית'<sup>418</sup> נכללים בגדר העלבה חמורה של המדינה.

על פי הגישה המקובלת, העברה נועדה לחזק את הנאמנות (פטריוטיות) למדינה וכך למנוע הכנה של תשתית פסיכולוגית ואקלים נוח לפגיעה בשיטת המשטר של המדינה, שכן פגיעה בכבודה של המדינה עלולה להיות אמצעי לכך.<sup>419</sup> בית המשפט החוקתי אישר את חוקתיות

414 ראו BGHSt 16, 338, 341; BGHSt 11, 11, 13; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra* note 1, 342

415 ראו BGHSt 16, 338

416 ראו BGHSt 7, 110

417 ראו VGH Mannheim, NJW 1976, 2177

418 ראו BGH JZ 1963, 202

419 ראו Roggemann, *supra* note 283, 934, 937f; BVerfGE 81, 279, 293f; BVerfGE 47, 198, 231ff; OLG Frankfurt NJW 1984, 1130; OLG Frankfurt, NJW 1986, 1272, 1274; Stree und Sternberg-Lieben, *supra* note 18, §90a para 1; Laufhuetter, *supra* note 1, §90 para 1; U. Karpen und K. Hofer, 'Die Kunstfreiheit des Art. 5 III 1 GG in der Rechtsprechung seit 1985 — Teil 2', *JZ* 1992, 1060, 1064; Ch. Ch. Gusy, 'Anmerkung zum Bundesverfassungsurteil', *JZ* 1990, 640; M. Hellenthal, 'Kein Gesetzesvorbehalt fuer Nationalhymne!', *NJW* 1988, 1294, 1296

האיסור,<sup>420</sup> אולם בד בבד מלומדים רבים קוראים לביטולו. בספרות המשפטית נטען בהקשר זה כי הכבוד הוא תכונה אנושית, ועל כן אין להגן על כבודם של המדינה ושל משטרה; נטען כי המעשים האסורים רחוקים מדי מהעמדת המשטר בסיכון ממשי, ולכן אין לראות באיסור אמצעי יעיל להגנה על המשטר.<sup>421</sup>

לפי סעיף 90b, המעליב בפומבי או בהפגנה את הרשות המחוקקת, את הממשלה, את בית המשפט החוקתי או אדם הפועל בגופים אלו בתור שכזה, בכוונה לפגוע במדינה או במשטר החוקתי – דינו מאסר שלושה חודשים עד חמש שנים. העברה לא נועדה להגן על כבודם של אנשים אלו אלא על הסמכות (האוטוריטה) המשטרית.<sup>422</sup> לא יוגש כתב אישום אלא לפי בקשה של הנפגע.

סעיפים 105-108e לחוק הפלילי עוסקים בעברות נגד אורגנים חוקתיים ובעברות בחירות.

לפי סעיף 105 לחוק הפלילי, אדם המכריח בכוח או באיום לשימוש בכוח, שלא כדין, את הרשות המחוקקת, ועדה מוועדתיה, את הממשלה או את בית המשפט החוקתי שלא להפעיל את סמכותו או להפעיל את סמכותו בצורה מסוימת – דינו מאסר שנה עד עשר שנים. העברה נועדה להגן על חופש ההחלטה ועל חופש הפעולה של אורגן חוקתי והיא מגנה על האורגן ככזה ולא על הפרטים החברים בו.<sup>423</sup> הסיעות אינן מוגנות. אין הכרח

420 ראו BVerfGE 81, 279, 290-294; BVerfGE 47, 198, 231ff; BVerfGE 69, 257, 269ff; BVerfG JZ 1990, 638, 639f Roggemann, *supra note* 283, 934, גם ;269ff; BVerfG JZ 1990, 638, 639f 941f

421 ראו G. Zwiehoff, 'Der Schutz der Staatssymbole', in: *Der strafrechtliche Schutz des Staates*, (Hrsg., Bemann und Manoledakis Neuwied: Luchterhand, 1987) 107ff; Gruenwald, *supra note* 308, 291ff; Krutzki, *supra note* 310, 294

422 ראו BGHSt 6, 159, 160f; BGHSt 8, 191, 193; Stree und Sternberg-Lieben, *supra note* 18, §90b para 1; Laufhuetter, *supra note* 1, §90b para 1 הוא מוסד חוקתי. מעניין לציין כי בבדיקה של חוקתיות הביקורת על שר הביטחון ערך בית המשפט העליון (BGHSt 12, 364) איזון בין הזכות לחופש ביטוי לבין הזכות לכבוד הפרטי, אף שהעברה מגנה על הכבוד הרשמי של המוסד החוקתי – ולכן על האוטוריטה השלטונית ולא על הכבוד הפרטי. לביקורת על הפסיקה ראו Schroeder, *supra note* 1, 204

423 ראו Duesseldorf NJW 1978, 2562; Eser, *supra note* 172, Vorbem. §§105ff para 1, §105 para 1

שהשימוש בכוח או האיום לשימוש בכוח יהיה מכוון נגד האורגן החוקתי, והעברה כוללת הטלת אימה על האוכלוסייה או איום לפגיעה במוסדות חיוניים שיש בהם כדי לפגוע בחופש ההחלטה ובחופש הפעולה של האורגן. מכאן שפעולות לחסימת דרכי תנועה מרכזיות ופעולות אלימות למניעת קיום החלטתו של בית המשפט החוקתי נכנסות בגדר האיסור.

האיסור על שימוש בכוח או על איום לשימוש בכוח המכוון כלפי נשיא המדינה, חבר באורגן החוקתי לעיל (קרי: נגד חבר פרלמנט), חבר בוועדה של הפרלמנט, חבר בממשלה או שופט חוקתי קבוע בסעיף 106 לחוק, והעונש הנקוב בגין ביצוע מעשה העברה הוא מאסר שלושה חודשים עד חמש שנים. יודגש כי איום שאין בו שימוש בכוח אינו נופל בגדר העברה. כך למשל, איום על חבר פרלמנט להצביע בצורה מסוימת על חוק, שאם לא יעשה כן ייחשפו פרטים אישיים עליו, אינו נכלל בגדר העברה.<sup>424</sup>

לעברות של שימוש בכוח ואיום לשימוש בכוח נגד מוסד חוקתי אין חשיבות מעשית רבה וההרשעות בהן נדירות.<sup>425</sup>

סעיף 108e אוסר על שוחד אישי שלטון. לפי האיסור, המנסה 'לקנות' או 'למכור' הצבעה או פעולה אחרת בפרלמנט, בוועדות הפרלמנט או בארגון בעל סמכות מחוקקת – דינו מאסר עד חמש שנים או קנס כספי.<sup>426</sup> נגזר על העושה עונש מאסר העולה על שישה חודשים – בית המשפט רשאי לשלול את זכות ההצבעה האקטיבית והפסיבית שלו. האיסור הנוכחי נחקק בשנת 1998 והחליף את האיסור בסעיף 109 לחוק העונשין של הרייך משנת 1871 שקדם לו, אך בוטל בשנת 1951. מאז ביטולו של האיסור בנוסחו הקודם נשמעו קולות רבים שקראו לאסור את התופעה,<sup>427</sup> והאיסור הופיע בהצעות החוק

424 R. Harnischmacher und R. Heumann, *Die Staatsschutzdelikte in der Bundesrepublik Deutschland* (Stuttgart: Kohlhammer, 1984) 71

425 ראו 2 para §105 Vorbem, Eser, *supra* note 172,

426 לשם השוואה: סעיף 332 לחוק הפלילי קובע כי נושא משרה בשירות הציבורי הדורש טובת הנאה בעבור מתן שירות כלשהו במסגרת תפקידו צפוי לעונש משישה חודשי מאסר ועד חמש שנות מאסר, סעיף 333 לחוק הפלילי קובע כי העונש הצפוי בגין הצעה לטובת הנאה לנושא משרה הוא עד שלוש שנות מאסר, וסעיף 334 קובע כי העונש הצפוי בגין הצעת טובת הנאה לנושא משרה בעבור ביצוע פעולה מסוימת במסגרת תפקידו או אי-ביצועה הוא עד חמש שנות מאסר.

427 ראו, E. Dreher, 'Das Dritte Strafrechtsaenderungsgesetz', Teil I, JZ 1953, 421, 427; R. Klein, 'Straflosigkeit der Abgeordnetenbestechung', ZRP 1979, 174

הרשמיות בשנים 1960 ו-1962 (סעיף 404).<sup>428</sup> הערך החברתי המוגן באיסור זה הוא הפעילות העניינית של השלטון, קרי: הגנה על הזכות הדמוקרטית של הבוחר להשפעה שוויונית על המשטר הדמוקרטי ואמון הציבור במשטר דמוקרטי תקין.<sup>429</sup> מאידך גיסא נמתחה על איסור זה ביקורת בטענה כי מדובר באיסור עמום שאינו מבחין היטב בין מעשים שיש בהם קבלת טובת הנאה ושאינם אסורים בחיים הפוליטיים לבין מעשים שיש בהם קבלת טובת הנאה והם מעשים אסורים. לפיכך האיסור נחשב על ידי מבקריו לעקר ולכזה שאינו מתמודד כראוי עם תופעות כמו השפעה לוביסטית אסורה.<sup>430</sup> לפי סעיף 365 להצעת החוק הרשמית משנת 1960, מעשה של פגיעה בחייו או בגופו של נשיא המדינה מהווה עברה של פגיעה במשטר והעונש בגינה הוא מאסר של עשר שנים; אין תחולה לעברה זו אם המבצע נושא באחריות פלילית חמורה יותר בגין המעשה. 'מעשה של פגיעה' כולל פגיעה מושלמת וכן ניסיון. לפי דברי ההסבר להצעה, מעשה כאמור הוא בגדר קריאת תיגר על המשטר ולכן מערער את החיים הציבוריים. כמן כן לפי סעיף קטן 2 אסורים שימוש בכוח, איומים ומעשים אחרים, כגון הטעיה, שיש בהם כדי לפגוע בחופש ההחלטה ובחופש הפעולה של הנשיא.<sup>431</sup> הצעה זו לא קודמה בהליכי חקיקה.

## 2. שווייץ

חוק העונשין השווייצי משנת 1937 מסדיר את ההגנה על החוקה בפרק 13 לחוק העונשין שלו, קרי: לא בראש הסדר המשפטי. הסיבה לכך אינה כי הערכים האינדיווידואליים של האדם חשובים יותר, אלא כי העברות נגד הפרט נפוצות יותר. עברות נגד המשטר נחשבות כפוגעות במדינה.

428 ראו *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960, supra note 18*, 548; *Gegenueberstellung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches E 1962 (Bonn, 1962) §404*

429 ראו S. Gruell, *supra note 1*, 366; Maurach, Schroeder, und Maiwald, *supra note 1*, 366; 'Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung', ZRP 1992, 371

430 ראו Barton, *supra note 219*, 1098

431 ראו *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960, supra note 18*, 513; על ההצעה הרשמית משנת 1962 ראו *Entwurf eines Strafgesetzbuches, supra note 427*, §365

לפי סעיף 165 לחוק העונשין השווייצרי, העושה מעשה מתוך שימוש בכוח שתכליתו לשנות את החוקה, להפיל את המוסדות החוקתיים, לנטרלם מהפעלת סמכותם או לעקור שטח מן המדינה – דינו מאסר שנה עד חמש שנים. בגדר העברה נכנסים גם מעשי הכנה. העברה מגנה על ביטחונם הפנימי של המדינה ושל הקנטונים מפני שינוי חוקתי עקרוני, שינוי משטרי או שינוי המצב הטריטוריאלי.<sup>432</sup> פגיעה בחוקה משמעה פגיעה בעקרונות החוקתיים של דמוקרטיה ישירה וייצוגית, בהפרדת הרשויות או במבנה הפדרלי. פגיעה בעקרונות של החוקה שאינם יסודיים – כגון החובה החוקתית לשירות צבאי – אינה נכנסת בגדר פגיעה במשטר החוקתי. הרכיב של נטרול המוסדות החוקתיים (הפרלמנט, הממשלה ובתי המשפט העליונים) משמעו נטרולם לתקופה ארוכה. שימוש בכוח משמעו הפעלת כוח פיזי; ביטוי זה אינו כולל איום כלשהו, אף לא הפגנות. הואיל ומעשה הכנה מקיים את הרכיב ההתנהגותי של העברה, הן הפסיקה הן הספרות המשפטית גורסות כי תכנית לפגיעה במשטר החוקתי או לפגיעה במדינה כישות פיזית חייבת להיות קונקרטית, במובן זה שעליה לעסוק במועד ביצוע ובדרכי ביצוע.<sup>433</sup>

לפי סעיף 275, העושה מעשה כדי לפגוע או לשנות באמצעים בלתי חוקיים את החוקה – דינו מאסר עד חמש שנים. העברה נחקקה בשנת 1950 כדי להגן על החוקה במקרים שבהם לא חל סעיף 265. לעומת העברה הקבועה בסעיף 265, לא נדרשת מטרה של המבצע לשינוי חוקתי והאיסור מסתפק במטרה של הפרעה לסדר החוקתי; כמו כן העברה אינה דורשת שימוש באלימות אלא מסתפקת בדרישה למעשה שאינו כדן. העברה נועדה בעיקר למנוע מעשים שתכליתם שינוי של המבנה הפוליטי או החברתי של המדינה, וזאת כדי לאפשר או להקל את שינוי החוקה. כך למשל, בגדר העברה תיכנס אחסנה של אמצעי לחימה כדי להתעמת עם המשטרה בתקווה שארגונים וגופים אחרים יצטרפו לעימות, וכך גם השגת חומר הדרכה לייצור חומר נפץ כדי להשתמש בו לשם שינוי חברתי. העברה כוללת גם מעשי הכנה. על עברה זו נמתחה ביקורת משום שהיא רחבה מאוד ובלתי בהירה; למעשה מדובר בעברת מסגרת.<sup>434</sup>

M. A. Niggli, Wipraechtger und Flachmann, *Basler Kommentar* 432  
*Strafgesetzbuch II* (Basel: Helbing und Lichtenhahn, 2003) p. 1618

433 ראו Stratenwerth, *supra* note 27, 201

434 ראו שם, 232 ואילך.



עשר עד עשרים שנה. העברה כוללת גם ניסיון.<sup>439</sup> תנאי הכרחי הוא שיהיה בשימוש בכוח או באיום לשימוש בכוח כדי להביא לשינוי החוקה או לעקירת שטח מאוסטריה. לכן שימוש בכוח או איום לשימוש בכוח נגד נשיא המדינה – שאינו מוסמך לשנות את החוקה – לא יוכל להביא לשינוי החוקה או לעקירת שטח מן המדינה כאמור, ולכן לא ייכנס בגדר העברה. שינוי החוקה משמעו ביטול או שינוי של עקרונות היסוד של המשטר החוקתי, שהם העיקרון הרפובליקני, העיקרון הדמוקרטי, העיקרון הפדרלי, העיקרון בדבר הפרדת רשויות והעיקרון בדבר ניטרליות המדינה מבחינה בין-לאומית. האיסור אינו חל על שינוי חלקים של החוקה שאינם עיקריים במשטר החוקתי, ובמקרה כזה עשוי לחול האיסור לפי סעיפים 250 ו-251.<sup>440</sup> שימוש בכוח או איום לשימוש בכוח נגד הרשות המחוקקת, נגד הממשלה או נגד בית המשפט העליון יכולים להיכנס בגדר סעיף 242, אם חברי האורגן נכלאו כדי להקל את שינוי החוקה או עקירת שטח מן המדינה (למשל: כליאת המתנגדים כדי להשיג רוב בהצבעה). במקרה כזה מדובר בשימוש בכוח או באיום לשימוש בכוח המופעל נגד האורגן ככזה, להבדיל מפעולה כנגד חבריו. הרכיב של עקירת שטח מן המדינה מתקיים כשהשטח עובר לריבונותה של מדינה זרה או הופך למדינה עצמאית.<sup>441</sup>

כאשר מדובר בפגיעה בחופש ההחלטה או בחופש הפעולה של חברי האורגנים דלעיל, כדי שלא יפעילו את סמכותם או שיפעילו אותה בצורה מסוימת שלא לשם שינוי החוקה של אוסטריה או עקירת שטח משטחה, מדובר בעברה לפי סעיפים 250 (כפיית אורגן חוקתי באלימות או מתוך איום באלימות לבצע פעולה מסוימת או להימנע מביצועה) או 251 (כפייה על חבר באורגן חוקתי לבצע פעולה מסוימת או להימנע מביצועה).

לפי סעיף 244, העושה מעשה הכנה למזימה לפי סעיף 242 – דינו מאסר שנה עד עשר שנים.

439 ניסיון לעברה אינו עניש, שכן מעשה הניסיון נופל בגדר העברה המושלמת. גזירת ניסיון מניסיון שמהווה עברה מושלמת אפשרית מבחינה פורמלית אבל לא מבחינה מהותית, משום שתרחיב מאוד את היקף האיסור; ראו E. Foregger, in: *Wiener Kommentar*, 6. Lieferung (Wien: Manz'sche, 1999) §242 para 3.

440 ראו להלן, בטקסט שאחרי הערה 442.

441 O. Leukauf und H. Steininger, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Auflage (Eisenstadt: Prugg, 1979) §242 paras 1ff.



סעיפים 243 ו-245 עוסקים בחרטה של מבצע העברה על פי סעיף 242 כמו גם בחרטה של מבצע על מעשי הכנה לביצועה. לפי סעיפים אלו יהיה המבצע פטור מעונש אם חדל מהשלמת העברה מרצונו החופשי, ואם השתתפו רבים בביצועה – מנע מרצונו החופשי את השלמת העברה או את התרחשות התוצאה. כמו כן יהיה המבצע פטור מעונש אם המשימה לא בוצעה או התוצאה לא התרחשה שלא על ידו – אך הוא מרצונו החופשי עשה מאמצים לסיכול המשימה או למניעה של התרחשות התוצאה. כך למשל, שותף למזימה פטור מעונש אם הודיע עליה לרשויות, גם לאחר שחבריו למזימה נתפסו בידי שירותי הביטחון, ובלבד שלא ידע על תפיסתם. התנאי בדבר רצונו החופשי של המבצע מתקיים כשהמבצע חופשי לקבוע 'אינני רוצה אף על פי שאני יכול'. המניע לחרטה אינו חייב להיות מוסרי; כך למשל נקבע בפסיקה<sup>442</sup> כי עצור בגין חשד לביצוע עברה פלילית אחרת, שהיה שותף למזימה לפי סעיף 242 וגילה את סודו לרשויות האחראיות כדי לשפר את מצבו לפני רשויות אכיפת החוק בדבר החשד המקורי שיוחס לו, פעל מרצונו החופשי.

לפי סעיף 249, המשתמש באלומות או באיום חמור כדי לגרום לנשיא המדינה להתפטר מתפקידו, או המכריח את נשיא המדינה, באלומות או באיום חמור, שלא להפעיל את סמכותו או להפעיל אותה בצורה מסוימת – דינו מאסר שנה עד עשר שנים. העברה כוללת גם מעשי ניסיון. היו השימוש באלומות או האיום החמור מכוונים נגד המוסדות החוקתיים של המדינה, שהם הרשות המחוקקת, הממשלה והרשות השופטת העליונה (בית המשפט החוקתי, בית המשפט המנהלי העליון ובית המשפט העליון לעניינים אחרים) – דינו של העושה, לפי סעיף 250, מאסר שנה עד עשר שנים. היו השימוש באלומות או האיום לשימוש באלומות<sup>443</sup> מכוונים נגד חבר ברשות המחוקקת, בממשלה או בבית משפט עליון – דינו של העושה, לפי סעיף 251, מאסר שישה חודשים עד חמש שנים.

לפי סעיף 246, המייסד ארגון שאחת ממטרותיו לערער או למוטט את הריבונות המדינית, המשטר החוקתי או מוסד חוקתי – דינו מאסר שישה חודשים עד חמש שנים. הדרישה היא לגרימת סכנה של ממש למוסד החוקתי,

442 על פסיקה זו ראו E. Foregger, in: *Wiener Kommentar*, 6. Lieferung (Wien: Manz'sche, 1999) §243 para 4  
443 איום חמור אינו מקיים את הרכיב ההתנהגותי.

ולכן תעמולה כשלעצמה אינה מקיימת את יסודות העברה.<sup>444</sup> לעונש זה צפוי מי שממלא תפקיד בכיר בארגון, מגייס חברים לארגון או תומך בארגון תמיכה כלכלית או תמיכה מהותית אחרת. תמיכה כזאת יכולה להיות תרומה כספית ניכרת,<sup>445</sup> גיוס תורמים, יצירת קשר עם בעלי השפעה, העמדת מקום לרשות הארגון ועוד.

המשתתף (חבר רגיל) או תומך בארגון בצורה אחרת – דינו מאסר עד שנה; החברות האסורה היא חברות פעילה המתבטאת במעשים אקטיביים לטובת הארגון. לפי הגישה המקובלת, מספר חברי הארגון חייב להיות עשרה אנשים או יותר.<sup>446</sup> היה מספר החברים פחות מעשרה, אפשר להרשיע בניסיון לעברה.

לפי סעיף 247, העושה פטור מעונש אם גילה את כל הידוע לו על הארגון ותכניותיו לרשויות מרצונו החופשי, ובלבד שעשה זאת **טרם גילו הרשויות את המידע האמור**. הסעיף דורש, בין היתר, גילוי של פרטים כגון מטרת הארגון, זהות חבריו, פעולותיהם, מקום המפגש.

לפי סעיף 248, המבזה בפומבי ומתוך שנאה את המדינה (להבדיל למשל מביזוי של אחד הגופים השלטוניים או חבריהם, שאינו בר־עונשין) – דינו מאסר עד שנה. המבזה בפומבי באירוע רשמי, מתוך שנאה, את הדגל, את סמל או את ההמנון של המדינה – דינו מאסר עד שישה חודשים או קנס כספי של עד 360 ימי עבודה, קרי: בית המשפט יטיל קנס כספי על אדם עד שיעור המשכורת השנתית שלו; בית המשפט ייחשב את שיעור הקנס הכספי על פי ההכנסות של המורשע.

אין בחוק האוסטרי איסור מיוחד על שוחד לחבר הרשות המחוקקת, והאיסור על כך נופל בגדר עברת השוחד הרגילה.<sup>447</sup>

Fabrizky, *StGB MANZ Kommentar*, 9. Auflage 2006, §246 Rn. 2 444

Foregger, *supra note* 439, §246 para 11 445

Leukauf und Steininger, *supra note* 442, §246, ראו גם *ibid*, §246 para 5 446  
para 5

Ch. Bertel, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Auflage 447  
(Hrsg., Hoepfel und Ratz, Wien: Manz'sche, 2001) §308; Becker, *supra note* 210, 85-89; M. Ueberhofen, *Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich* (Freiburg: Max-Planck-Institute fuer auslaendisches und internationales Strafrecht, 1999) 285ff

#### 4. יין

לאחר מלחמת העולם השנייה עבר המשפט היווני תהפוכות רבות. במלחמת האזרחים היה המשטר מאוים על ידי הקומוניסטים, ובשנים 1946-1949 נחקקו חוקים ותקנות לשעות חירום כנגד המרד הקומוניסטי. יוון קיבלה חוק פלילי חדש בינואר 1951 וחוקה בינואר 1952, אולם החוקים והתקנות לשעת חירום בוטלו רק בספטמבר 1974, לאחר נפילת הדיקטטורה הצבאית ששלטה בה משנת 1967 עד יולי 1974. לאחר כינונו מחדש של המשטר הדמוקרטי-רפובליקני וקבלתה של חוקה חדשה ביוני 1975 הכריז הממשל החדש כי הדמוקרטיה היוונית לא בוטלה דה-יורה על ידי ההפיכה הצבאית, וכי לפועלם של המהפכנים לא היה צידוק חוקי.<sup>448</sup> העברות נגד המשטר מוגדרות בפרק חמישי לחוקה, שכותרתו 'התקפות נגד המשטר'.

לפי סעיף 134, המנסה בדרך כלשהי לשלול מנשיא המדינה<sup>449</sup> או מסגנו את סמכותם החוקתית, המשתמש בכוח או מאיים להשתמש בכוח נגד נשיא המדינה או סגנו כדי להכריחם להפעיל את סמכותם החוקתית בצורה מסוימת, גם אם לא להפעיל כלל את סמכותם, והמשתמש בכוח או מאיים להשתמש בכוח כדי לשנות את החוקה של המדינה (ואת המשטר המדיני כמשטר רפובליקני ודמוקרטי, הכולל גם הפרדת רשויות ומוסדות משטריים) – דינו מאסר עולם.

למאסר עולם צפוי גם מי שמשתמש בכוח או מאיים להשתמש בכוח נגד מוסדות המדינה כדי לשנות או לבטל, לצמיתות או לתקופה מסוימת, את חוקת המדינה, את המשטר המדיני או את מוסדותיו. הוא הדין לחבר פרלמנט המשתמש לרעה בסמכותו למטרות האמורות לעיל. חלופה זו אינה קיימת במשפטן של מדינות אחרות ונועדה לענות על החשש של הפיכה 'מלמעלה'.<sup>450</sup> כאמור, למאסר עולם צפוי גם מי שמשתמש בכוח או מאיים

448 ראו Livos, *supra* note 111, 22-28

449 על פי החוקה היוונית, העומד בראש המדינה הוא נשיא המדינה הנבחר על ידי הפרלמנט. תפקידו של נשיא המדינה ביוון הוא בעיקר ייצוגי, בדומה לנשיא הישראלי; עם זה מוענקות לו גם סמכויות חקיקה וביצוע.

450 בהקשר זה אפשר להפנות להצעת החוק שהועלתה בגרמניה וכללה איסור על פגיעה במשטר החוקתי על ידי עובדי מדינה: גם איסור זה נועד לענות על הסכנה של הפיכה 'מלמעלה'. ראו Schroeder, *supra* note 1, 179ff

להשתמש בכוח נגד מוסדות המדינה (הפרלמנט, הממשלה וראש הממשלה) כדי לשלול מהם את סמכותם החוקתית או כדי להכריחם לפעול בצורה מסוימת, גם שלא להפעיל את סמכותם כלל. המנסה להמית את נשיא המדינה או את סגנו – דינו עונש מוות או מאסר עולם.

סעיף קטן 3(ג) כולל איסור נוסף, מיוחד במינו, שאינו קיים במשפטן של מדינות אחרות: הנוטל חלק בשלטון שהושג באמצעים לעיל – היינו הפיכה – דינו מאסר עולם. מדובר בעברה נמשכת (ולא רגעית), כך שכל אדם הנוטל חלק בשלטון, בין אם כניסתו לתפקיד הייתה טרם ההפיכה ובין אם קבלת התפקיד הייתה לאחר השלמתה, נושא באחריות פלילית חמורה. האיסור נועד למנוע שיתוף פעולה עם המשטר המהפכני.<sup>451</sup>

לפי סעיף 135, הקורא בפומבי לביצועם של המעשים הנופלים בגדר סעיף 134 – דינו מאסר של חמש שנים עד עשרים שנה; באותה מידה אסורים הניסיון וכן קשירת קשר עם אחר, בכלל זה מדינה זרה, לביצועם של המעשים המנויים בסעיף 134. גם מעשי הכנה אסורים, אך זאת – בדומה למשפט הגרמני<sup>452</sup> – רק אם התגבשה תכנית לביצוע.<sup>453</sup>

לפי סעיף 135a, המנסה להמית את ראש הממשלה או את סגנו, את יו"ר הפרלמנט או את סגנו או את יו"ר מפלגה – דינו מאסר עולם.

לפי סעיף 137, לא יישא באחריות פלילית לפי סעיפים 134 ו-135 מי שמרצונו החופשי מנע את התרחשותה של התוצאה הצפויה. מובן שהגנה זו תישקל רק באשר לניסיון או למעשה הכנה, שכן רק לגביהם קיימת אפשרות למנוע את התרחשות התוצאה. אם התרחשה התוצאה – למשל בוצעה הפיכה – החוק קובע התחשבות מיוחדת במי שהשתתף במעשי ההפיכה ולאחר מכן נקט צעדים ממשיים כדי להחזיר את המשטר הדמוקרטי על כנו; בית המשפט אף רשאי לפטור אותו כליל מאחריות פלילית. הוראה זו נועדה לעודד את אלה שהשתתפו בהפיכה לפעול להשבת המשטר הדמוקרטי על כנו.<sup>454</sup>

451 ראו Kareklás und Papacharalambous, *supra* note 111, 257-258; Livos, *supra* note 121, 110f

452 ראו לעיל, בטקסט שליד הערה 397.

453 ראו Livos, *supra* note 111, 193-224

454 שם, 224-230.

לפי סעיף 168, המשתמש בכוח נגד הנשיא או סגנו – דינו מאסר חמש עד עשרים שנה; העלבה בפומבי של הנשיא או סגנו – דינה מאסר של לפחות שלושה חודשים. לפי סעיף 181, העלבה בפומבי של ראש הממשלה, הממשלה, הפרלמנט, יו"ר הפרלמנט, יו"ר מפלגה ובתי המשפט, וכן פגיעה בכבודו של סמל רשמי של המדינה או גרימת נזק לסמל כזה – דינו מאסר עד שנתיים. מתיחת ביקורת על גופים אלו אינה בגדר העלבה.<sup>455</sup>

סעיף 159, כאיסור מיוחד בפרק 'עברות נגד מוסדות פוליטיים', אוסר שוחד (לרבות טובת הנאה רוחנית) לחברי הפרלמנט וכן לחברי מועצות השלטון המקומי, וזאת בתמורה להצבעה בפרלמנט, במועצה של השלטון המקומי או בוועדותיהם.<sup>456</sup>

## 5. אנגליה

הדין האנגלי הוא מוקד מיוחד בבחינת התפתחותה של עברת ההמרדה והפרשנות שהעניקו לה בתי המשפט, בהיותו המקור לעברת ההמרדה בחוק העונשין הישראלי. לפיכך ראוי להעניק דגש מיוחד לסביבה המדינית-פוליטית שבה התפתחה העברה ולמטרות שאותן נועדה להשיג בזמן חקיקתה.

עברת ההמרדה האנגלית נוצרה והתגבשה במסגרת פסיקתם של בתי המשפט.<sup>457</sup> האיסור נולד במשטר מלוכני שהשלטון נתפס בו כזכות המוקנית למלך. זיהויה של הישות המדינית עם בית המלוכה שנים רבות לפני שהופיעו מושגי ה'אומה' וה'לאום' הביא לכך שאך מעט פעילויות אופוזיציוניות נחשבו לגיטימיות; התנגדות פוליטית שחרגה מהתחום הצר שנתפס כלגיטימי תוגה כ'בגידה'. החוק משנת 1351 הרחיק לכת עד כדי הטלת איסור על מי שזומם או אף מדמיין את מותם של המלך, המלכה או היורש – בנו הבכור של המלך; ממילא נאסר כל מעשה המלווה בכוונה כאמור. החוק הגן גם על ממלאי תפקידים שלטוניים (בכללם שופטים), ואסר כל מעשה שיש בו כדי

455 ראו Liourdi, *supra note* 233

456 ראו Becker, *supra note* 210, 89-91; Heisz, *supra note* 200, 68-70

457 ראו Stephen, *supra note* 34, 298ff; J. W. C. Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19th. ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1966) 410f; L.R.C. of Canada, *supra note* 15, 6

לגזול ממשפחת המלוכה כבוד, תואר או סמכויות וזכויות שלטוניות, וכן כל מעשה שיש בו משום חילול כבודן של נשות בית המלוכה.<sup>458</sup> על פי ההשקפה

458 נוסח הסעיף כדלקמן:

Whereas divers opinions have been before this time in what case treason shall be said, and in what not; the King, at the request of the lords and the commons, hath made a declaration in the manner as hereafter followeth, that is to say; when a man doth compass or imagine the death of our Lord the King, or of our Lady his Queen or of their eldest son and heir; or if a man do violate the King's companion, or the King's eldest daughter unmarried, or the wife of the King's eldest son and heir; or if a man do levy war against our Lord the King in his realm, or be adherent to the King's enemies in his realm, or elsewhere, and thereof be proveably attainted of open deed by the people of their condition: And if a man counterfeit the King's great or privy seal, or his money; and if a man bring false money into his realm, counterfeit to the money of England as the money called Lushburgh, or other, like to the said money of England, knowing the money to be false, to merchandise or make payment in deceit of our said Lord the King and of his people; and if a man slay the chancellor, treasurer or the King's justices of the one bench or the other, justices in eyre, or justices of assize, and all other justices assigned to hear and determine, being in their places, doing their offices: And it is to be understood, that in the cases above rehearsed, that ought to be judged treason which extends to our Lord the King, and his royal majesty: and of such treason the forfeiture of the escheats pertaineth to our sovereign Lord, as well of the lands and tenements holden of other, as of himself.

[הואיל ומקדמת דנא הדעות היו שונות ומגוונות בשאלה איזה מקרה יוגדר בגידה ואיזה מקרה לא יוגדר כן; המלך יצא, לבקשת הלורדים והנבחרים, בהכרזה שלהלן, הווה אומר; כשאדם זומם או מדמיין את מותם של אדונו המלך או של גברתנו המלכה שלו או של היורש, בנם בכורם; או אם אדם מחלל את כבוד בת זוגו של המלך או של בתו הבכורה שטרם נישאה או של אשת בנו בכורו של המלך; או אם אדם מכריז מלחמה על אדונו המלך בתוך תחום מלכותו, או תומך באויבי המלך בתוך תחום מלכותו או במקום אחר, והעם יכול להוכיח שהוא אשם במעשה; ואם אדם מזייף את חותמו הגדול או האישי של המלך או את מטבע המלך ואם אדם מכניס לשטחו מטבע מזויף, זיוף של המטבע האנגלי הקרוי Lushburgh או מטבע אחר, כמטבע דלעיל של אנגליה, בידיעה שהמטבע מזויף, כדי לסחור או כדי לשלם במרמה לאדונו המלך ולעמו; ואם אדם ירצח את הלורד צ'נסלור, את הגובר או את שופטי המלך מבית משפט זה או אחר, שופטים נודדים (in eyre) או

המקובלת, מקורה של עברת ההמרדה במשפט האנגלי המודרני בחוק משנת 1275 שאסר העלבה של אנשי ציבור (scandalum magnatum). בעקבות ביטול Star Chamber על ידי הפרלמנט בשנת 1641 עברה הסמכות לדון בעברות – וכן הסמכות להוסיף ולפתח אותן – לבתי המשפט הרגילים. בשנת 1704 נפסק כי העלבת הממשלה היא עברה פלילית של המרדה.<sup>459</sup> עברה זו התפתחה תחילה כעברה של לשון הרע, ובמחצית השנייה של המאה השבע עשרה הורחבה על ידי בית המשפט שקבע כי גם פגיעה בחירותו של המלך נופלת בגדר המרדה. בסוף המאה השמונה עשרה, בד בבד עם השינויים המדיניים-חברתיים שבאו בעקבות המהפכה הצרפתית והשפיעו על כל מערכות המשטר ברחבי אירופה, בין השאר בהשתתפות פעילה יותר של הפרטים בשלטון, עוצבה מחדש ההגנה העונשית על המשטר. כעת כללה עברת ההמרדה דברי המרדה (Seditious Libel/Speech) וקשר להמרדה (Seditious Conspiracy).<sup>460</sup> עם זה אין לטעות: תחום הפעולה הלגיטימי של האופוזיציה הפוליטית נותר צר מאוד. מעשים חתרניים נגד המשטר נאסרו כליל וביטויים אופוזיציוניים נגד המשטר הוסיפו להיות מוגבלים במידה ניכרת.<sup>461</sup> לפי הפסיקה, העברה נועדה לחזק את הנאמנות למדינה

---

שופטים בבתי משפט נודדים (of assize) וכל השופטים האחרים שמונו להאזין ולהחליט, במקומות מושבם, המבצעים את תפקידם; ויש להסיק שבמקרים שהוזכרו לעיל יש לשפוט אדם על בגידה הנוגעת לאדונו המלך ולהוד מלכותו: ובגידה כזאת תוליך להחרמת רכושו ולהפקעתו לטובת אדונו השליט, וגם האדמות והאריסים שבחזקת אחרים ובחזקתו.

ראו גם L.R.C. of Canada, *supra note* 15, 5; U. K. L. C., No. 72, *supra note* 1, 7, 64; F. Pollock and F. W. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, Vol. II, 2<sup>nd</sup> ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1968) 502ff; Turuer, *supra note* 457, 395ff; J. F. Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice 2003* (London: Sweet and Maxwell, 2003) 2018ff

459 ראו L.R.C. of Canada, *supra note* 15, 6; Stephen, *supra note* 34, 300f  
 460 Unlawful Oath Act משנת 1797 אסר כל התארגנות (קשירת קשר) שאחת ממטרותיה היא מרד נגד השלטון או הפרת השקט הפנימי.  
 461 כך למשל, לפני המהפכה הצרפתית היו כשתי הרשעות בשנה בגין עברת ההמרדה, ואילו בשנים 1789-1810 היו 103 הרשעות, לעתים 33 הרשעות בשנה אחת; ראו Lobban, *supra note* 1, 309. עמדתו של המשפט האנגלי הייתה מקור השראה לחוק של הרייך הגרמני משנת 1871; ראו Schroeder, *supra note* 1, 236

ולמוסדותיה.<sup>462</sup> מקובל לגרוס כי עברת ההמרדה הייתה עמומה וכי העמדה לדין בגינה הושפעה ממניעים פוליטיים.<sup>463</sup> יש עדות באותה תקופה לאי־נוחות רבה מהיקפה של העברה, שהקשה מאוד על דיון ציבורי בנושאים פוליטיים וחברתיים. ביקורת ברוח זו השמיע סטיבן:

That the practical enforcement of this doctrine was wholly inconsistent with any serious public discussion of political affairs is obvious, and so long as it was recognized as the law of the land such discussion existed only on sufferance.

[ברור שאכיפת דוקטרינה זו בפועל עמדה בניגוד מוחלט לכל דיון ציבורי רציני בעניינים פוליטיים, וכל עוד הכירו בה כדינא דמלכותא התקיים דיון מסוג זה אך ורק בחסד].<sup>464</sup>

לקראת תום המאה התשע עשרה, עם תחילת השפעתם של זרמי המחשבה המדינית תומכי הדמוקרטיה, אפשר להבחין בשינוי מסוים בניסוחה של עברת ההמרדה<sup>465</sup> – בראש ובראשונה על ידי בתי המשפט. בפסק הדין בעניין *Burnes* נדון עניינו של מנהיג פועלים שהואשם בהמרדה בשל נאום חוצב להבות שנשא בהפגנת המונים בלונדון, ובו קרא לבחון מחדש את המדיניות הממשלתית כלפי המובטלים. בהנחיותיו למושבעים קבע השופט שכדי להוכיח את היסודות של עברת ההמרדה צריכה להתקיים במעשה מטרה להביא לשנאה, לבוז או לעורר עוינות כלפי המשטר, ולחלופין צריכה להתקיים מטרה לגרום שינויים מדיניים־חברתיים באמצעים בלתי חוקיים.<sup>466</sup> בית המשפט הדגיש כי לצורך ההרשעה יש להוכיח כי תוכן הביטוי ומטרת הדובר מכוונים להביא למעשה אלימות. הנאשם זוכה. השאלה העיקרית שעמדה לפני מנסחי העברה מחדש נגעה להגדרתה של הפעילות הבלתי לגיטימית, בעיקר לנוכח החשיבות הנגזרת מסרטוט

462 ראו דבריו של בית המשפט בעניין *R. v. Tutchin* (1704), שלפיהם 'no government could survive if people were not called to account for making people think ill of it, and that all people should have a good opinion of government'

נלקח מ-Lobban, *supra* note 1, 314

463 ראו U.K. L.C., No. 72, *supra* note 1, 41

464 Stephen, *supra* note 34, 348

465 ראו Lobban, *supra* note 1, 307ff

466 ראו *R. v. Burnes* 16 Cox, C.C. 355 (1886)



של הגבול בין המותר לאסור. במקור הוצב הגבול ממש על ספו של המרחב הציבורי: חסימת פעילות נגד המשטר באמצעות איסור על פרסום ביטויים מסוימים (seditious words או seditious libel) או איסור על התארגנות לקראת פעילות מעשית (seditious conspiracy). עם ניסוחה מחדש של העברה בסוף המאה התשע עשרה<sup>467</sup> הושאר לבתי המשפט שיקול דעת רחב: הנוסח המחודש הסתפק באפיון מעשים שיש בהם נטייה להמריד או פוטנציאל להמרדה (any act done, or words spoken or written and) במסגרת הגדרה זו קובצו כמה מאפיינים של התנהגות בלתי לגיטימית שהיו קיימים במשפט המקובל לכלל הגדרה אחידה של 'כוונת המרדה' (seditious intention) שנוסחה עדיין ניסוח רחב ביותר:<sup>468</sup>

- (1) To bring into hatred or contempt, or to excite disaffection against, the Sovereign or the Government and Constitution of the United Kingdom or either House of Parliament, or the Administration of Justice; or
- (2) To excite the Sovereign's subjects to attempt, otherwise than by lawful means, the alternation of any matter in church or state by law established; or
- (3) To incite persons to commit any crime in disturbance of the peace; or
- (4) To raise discontent or disaffection amongst the Sovereign's subjects; or
- (5) To promote feelings of ill will and hostility between different classes of those subjects.

[1] לגרום שנאה או בוז או לעודד חוסר נאמנות כלפי הריבון או השלטון והחוקה של בריטניה, או כלפי בית הנבחרים או רשויות אכיפת החוק; או

467 על ידי סטיבן; ראו Stephen, *supra note* 34, 299

468 הניסוח של סטיבן הוא המקובל כיום; ראו U.K. L.C., No. 72, *supra note* 1, 42; 11(1) *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>th</sup> ed. (London: Butterworths, 1990), paras 89 & 90; P. Murphy (ed.) *Blackstone's Criminal Practice* (London: Blackstone Press, 2001) 740

- (2) לשלהב את נתיני הריבון ולשכנעם לנסות, שלא באמצעים חוקיים, לשנות כל עניין שהוא בכנסייה או בממלכה שכוון על פי חוק; או
- (3) להסית אנשים לבצע כל פשע שהוא בגדר הפרת הסדר הציבורי; או
- (4) לעורר חוסר שביעות רצון או חוסר נאמנות בקרב נתיני הריבון; או
- (5) לעודד כוונות של זדון ואיבה בין המעמדות השונים של הנתינים כאמור.<sup>469</sup>

מבחינת היסוד הנפשי, עברת ההמרדה האנגלית דורשת מטרה מצדו של מבצע העברה: 'Any act done [...] with a seditious intention'. המטרה מתייחסת לתכליתם הסופית של המעשים, היינו: לתוצאה החברתית שהם מסוגלים לגרום ושבעטייה הם אסורים.

בחוק האנגלי נכלל סייג (המופיע גם בסעיף 138 לחוק העונשין הישראלי), ולפיו ביקורת לגיטימית, פעילות פוליטית מותרת וכיוצא באלה אינן בגדר מטרות ממרידות, גם אם לכאורה הן נכנסות בגדר ההגדרה. עוד נקבע בחוק האנגלי (בדומה לסעיף 137 לחוק העונשין הישראלי) כי הגנת 'אמת דיברתי' לא תשמש הגנה.<sup>470</sup>

למרות התפתחותם של מנגנוני המשטר הבריטיים במשך המאה העשרים, הגדרת הפעילות הפוליטית הבלתי לגיטימית לא השתנתה במידה ניכרת, והאיסור הגורף על כל פעילות פוליטית העלולה לערער את המשטר נותר בעינו.<sup>471</sup> גם באנגליה מוסכם כי לפחות חלקים ניכרים בעברה זו שרירותיים ורחבים יתר על המידה,<sup>472</sup> ולפיכך נטו בתי המשפט באנגליה לצמצם במידה

469 אפשר להיווכח כי זהו הנוסח המקובל גם כיום במשפט הישראלי בשינויים מזעריים.

470 ראו Archbold, *supra* note 458, 2136.

471 כך למשל, הורשע מהטמה גנדי בעברת ההמרדה בשל הבעת מחאה ומורת רוח כלפי השלטון. ראו מ' גנדי, 'אי־ציות אזרחי', בתוך: י' ויינשטיין (עורך), **אי־ציות ודמוקרטיה** (ירושלים: מרכז שלם, 1998) 121-122.

472 ראו J. E. Boasberg, 'Seditious Libel v. Incitement to Mutiny: Britain Teaches Hand and Holmes a Lesson,' 10 *Ox. J. of Legal Stud.* (1990) 106, 108, ולפיו 'ודאי שה[מאפיין] הרביעי והחמישי נראה רחב ושרירותי יתר על

מסוימת את עמימות האיסור ואת היקפו. כבר בשנת 1909 נקבע בפסק הדין בעניין *Aldred* כי הרכיב המרכזי בפרשנות ההמרדה הוא התוכן הממריד של הביטוי. בפרשה זו הוגש כתב אישום נגד כתב העת *Indian Sociologist*, שהטיף לעצמאותה של הודו ולשחרורה מהשלטון האימפריאליסטי הבריטי. העצמאות, גרס העיתון, תושג רק באמצעות פעילות חתרנית תחת השלטון האנגלי בהודו. העיתון נקט קו המשבח פעולות אנטי־משטריות והוקיע את הוצאתם להורג של עבריינים פוליטיים, בהם גם רוצחים. בעקבות הפרסומים הוגש נגד העיתון כתב אישום בגין המרדה.<sup>473</sup> על פי פסק הדין, הקריטריון של משמעות המילים חיוני לגזירת האשמה:

Was the language used calculated, or was it not, to promote public disorder or physical force or violence in a matter of State?

[האם השפה שבה השתמשו הייתה מחושבת, או לא מחושבת, לקידום אי־שקט ציבורי או שימוש בכוח פיזי או באלימות בעניין הנוגע למדינה?] <sup>474</sup>

עוד בחן בית המשפט את השאלה האמורה לאור נסיבות העניין, וכן את קהל היעד שאליו מגיעים הדברים, האווירה הציבורית הכללית וכיוצא באלה.<sup>475</sup>

---

המידה 'Certainly, the fourth and fifth [features] seem extremely broad and (arbitrary)'

473 ראו *R. v. Aldred* (1909) 22 Cox CC 1

474 שם, 3.

475 שם, 3:

In arriving at a decision of this test, you are entitled to look at all the circumstances surrounding the publication with the view of seeing whether the language used is calculated to produce the results imputed; that is to say, you are entitled to look at the audience addressed, because language, which would be innocuous, practically speaking, if used to an assembly of professors or divines, might produce a different result if used before an excited audience of young and uneducated men. You are entitled also to take into account the state of public feeling. Of course, there are times when a spark will explode a powder magazine; the effect of language may be very different at one time from what it would be at another.

בראשית שנות התשעים של המאה העשרים הוגשה לבית המשפט באנגליה עתירה בפרשת סלמן רושדי.<sup>476</sup> העותרים ביקשו לפתוח בהליכים פליליים נגד מחבר הספר 'פסוקי השטן' בעוון פגיעה בדת האסלאם ובמאמיניה (עברת blasphemy – פגיעה ברגשות הדתיים של הציבור) ובעוון עברת ההמרדה (sedition), שניסוחה הרחב כולל פרסום שיש בו כדי להביא לאירצון או למורת רוח בקרב יושבי הארץ או לרגשות של מדנים ואיבה בין חלקים של האוכלוסייה. בית המשפט דחה את העתירה וקבע שהעברה מגנה על המשטר ולכן אינה אוסרת על פעולה הגורמת מורת רוח או אירצון בקרב יושבי הארץ. בית המשפט אימץ את דבריו של Lord Cockburn,<sup>477</sup> שלפיהם –

[...] the usual objects of the offence [of seditious libel] are the Sovereign, the Houses of Parliament, the Administrators of Justice, Public Officers and Departments wielding and representing the State's power or dignity. It is the public Majesty which must be assailed, and that must be required to be protected. [...] The guilt of sedition is often described as consisting of its tendency to produce public mischief [...] and so it is. But it is not every sort of mischief that will

---

You are entitled also to take into account the place and mode of publication.

[בניסיון להגיע להחלטה באשר לבחינת נושא זה אתם רשאים לבחון את כל נסיבות הפרסום על מנת לברר אם השפה שהשתמשו בה היא שפה מכוונת להשגת התוצאות המיוחסות; קרי, אתם רשאים לבחון את הקהל שפנו אליו, משום ששפה שעשויה להיות בלתי מזיקה כאשר נעשה בה שימוש בנוכחות קבוצת פרופסורים או אנשי דת עשויה להביא לידי תוצאה אחרת כאשר משתמשים בה בנוכחות קהל משולהב של צעירים חסרי השכלה. אתם רשאים גם להביא בחשבון את רגשות הציבור במדינה. ודאי יש תקופות שבהן די בניצוץ כדי להצית מאגר של אבק שרפה; השפעת השפה עשויה להיות אחרת לגמרי מתקופה לתקופה. אתם רשאים אף להביא בחשבון את מקום הפרסום ואת צורת הפרסום.]

ראו, *R. v. Chief of Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Choudhury* 476 [1991] 1 All E.R. 306

*Examination of Trials for Sedition in Scotland* (1888) p. 8 477

exhaust the description of the offence. It must be that sort of mischief that consists in and arises out of directly and materially obstructing public authority.

[...] מושאי העברה הרגילים [של דברי המרדה] הם הריבון, בית הפרלמנט, אוכפי החוק, פקידי ציבור והמשרדים המיישמים והמייצגים את כוחה או את כבודה של המדינה. הגורם המותקף צריך להיות הריבונות הציבורית, ועליה יש להגן [...] אישום ההסתה מתואר לעתים קרובות כמאופיין בנטייה להסב היזק לציבור [...] וכך אכן קורה. אבל לא כל סוג של היזק עונה לתיאור העברה. נדרש סוג של היזק שיש בו משום פגיעה ישירה וממשית בסמכות ציבורית.<sup>478</sup>

בהסתמך על הפסיקה הקנדית בעניין *Boucher*<sup>479</sup> גרס בית המשפט כי הרשעה בעברת ההמרדה מחייבת להוכיח את קיומה של **מטרה** לעורר נקיטת פעולות אלימות או פעולות בלתי חוקיות נגד מוסד שלטוני, או להפר את הסדר הציבורי באופן המכוון נגד מוסד שלטוני.<sup>480</sup> פרשנות מסוג זה מרחיבה מאוד את גבולות הפעילות הפוליטית המותרת ומצמצמת את היקפה של עברת ההמרדה כעברה שנועדה להגן על המשטר בלבד. על פי פסיקתו של בית המשפט בבריטניה, עקרונות היסוד הטבועים ברעיון הדמוקרטי מחייבים להגביל את היקף הפעילות האסורה לפעילות המסכנת את מבנה המשטר או את שלום הציבור:

There may indeed be breaches of the peace, which may destroy or endanger life, limb, or property, and there may be incitement to such offences, but no imaginable censure of the government, short of a censure, which has an immediate tendency to produce such breach of the peace, ought to be regarded as criminal.

*R. v. Chief of Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Choudhury*, 478 [1991] 1 All E.R. 306, 322-323

479 בעניין *Boucher v. R.*; ראו **להלן**, בטקסט שליד הערה 502.

480 **שם**, 323. עמדה זהה נקטו שופטי הרוב בע"פ **כהנא** ושופטי המיעוט בדנ"פ **כהנא**, שלפיה עברת ההמרדה נועדה להגן על המשטר; ראו **לעיל**, בטקסט שליד הערות 57-58.

[אכן תיתכנה הפרות של הסדר הציבורי העלולות להסתיים בפגיעה בחיים, בגוף או ברכוש ותיתכן הסתה לפשעים מסוג זה, אך אין להתייחס לשום ביקורת על הממשלה כאל פשע, למעט ביקורת שיש בה סבירות גבוהה להפרת הסדר הציבורי.]

בספרות המשפטית באנגליה אין עוררין על כך שעברת ההמרדה, בניסוחה הקיים, מעורפלת וגורפת במידה שאינה מתיישבת עם משטר דמוקרטי; לכן הדעה הרווחת היא שיש לצמצם את האיסורים הקיימים במידה ניכרת עד כדי ביטולם המוחלט.<sup>481</sup>

המשפט האנגלי מגן על המשטר גם בסעיפים 76 ואילך, העוסקים בבגידה. בגידה מוגדרת, בין היתר, בחשיפה של המלך, אשתו, בנו הבכור, בתו הבכורה והרווקה ואישי שלטון בכירים לפגיעה בחיים, בגוף או בחירות. עוד מוגדר איסור על 'בגידה קלה' – שלילת תואר או כבוד מן המלך. החוק אוסר גם על העלבת הממשל.

בפרק על ביזוי בית הנבחרים (contempt of the House) החוק האנגלי אוסר על שיחוד חברי הפרלמנט, והפרלמנט (ולא בתי המשפט) הוא הגוף שמטפל בתופעת השוחד. מקורו של האיסור בחוק משנת 1615, שנועד 'לנקות' את הפרלמנט מחבריו המושחתים. לפרלמנט יש סמכות לדון גם באחריותם של מי שאינם חברי פרלמנט בגין מתן שוחד. ההתנהגויות האסורות הן קבלה ומתן של טובת הנאה שנועדה להשפיע על פועלו של חבר הפרלמנט בהצבעה בעד או נגד חוק או החלטה אחרת של הפרלמנט.

לעניין ההסדר בדבר התארגנות בלתי חוקית, גם התארגנות של מפלגה בלתי חוקית, יש לציין את חוק הסדר הציבורי משנת 1936 (Public Order Act, 1936), האוסר על חברות בארגון כזה, על עשיית פעולה למען הארגון ועל נשיאת סמל של הארגון. החוק נחקק בעקבות הופעתם באנגליה של ארגונים הדומים לארגוני הנאצים.

## 6. אוסטרליה

עברת ההמרדה של אוסטרליה נחקקה בשנת 1914. בהיותה חברה בחבר העמים הבריטי שאבה אוסטרליה את עברת ההמרדה שלה מהנוסח המקובל באנגליה. העברה כוללת שתי צורות פעילות:

481 ראו, U.K. L.C., No. 72, *supra* note 1, 46-48; Barendt, *supra* note 317, 152, 159-160

(א) פעילות ממרידה (any person who engages in Seditious enterprise  
:קר: (or agrees or undertakes to engage in a seditious enterprise  
השתתפות (או הסכמה להשתתף) ביזמה שמטרתה הוצאה לפועל של  
מטרה מרדנית (An enterprise undertaken in order to carry out a)  
(seditious intention).

(ב) פרסום ממריד (any person who writes, prints, Seditious words:  
:קר: (utters or publishes seditious words פרסום מילים המבטאות  
מטרה ממרידה (words expressing a seditious intention).

על עברה זו יש סייג המאפשר לנאשם להוכיח כי פעולותיו נעשו בתום לב  
(good faith).<sup>482</sup>

לא מצאנו אלא מקרים אחדים שבהם נדרשה הפסיקה לעברות אלו,<sup>483</sup>  
ועיקרם בשנים שבהן התחזקה העמדה השלטונית הפוליטית האנטי-  
קומוניסטית שפקדה כמה ממדינות המערב בעיקר בשנים 1949-1953.<sup>484</sup>  
בשנת 1949 הרשיע בית המשפט העליון בעברה לפי סעיף 24d לחוק את  
ברנס (Burns), אחד ממנהיגי המפלגה הקומוניסטית האוסטרלית, בגין  
דברים שהשמיע.<sup>485</sup> מעשה שהיה כך היה: במהלך ויכוח פומבי בין מנהיגי  
המפלגה הקומוניסטית לבין מנהיגי מפלגה שלטונית נשאל ברנס מה תעשה  
המפלגה הקומוניסטית אם תפרוץ מלחמת עולם שלישית, והוא השיב כי  
הוא מתנגד למלחמה, ואם תפרוץ מלחמה אזי היא תהיה בין ברית המועצות  
לבין ארצות הברית ובריטניה האימפריאליסטיות. השואל חזר על השאלה  
ואמר כי הוא מצפה לתשובה ישירה. ברנס ענה ישירות ואמר כי אם  
תתלקח מלחמה עולמית בין ברית המועצות לבין ארצות הברית ובריטניה  
האימפריאליסטיות, הוא ותנועתו יילחמו לצדה של ברית המועצות.<sup>486</sup>

482 שם, s. 48

483 ראו *Review of Commonwealth Criminal Law, Fifth Interim Report, June 1991*,  
*Part V: Offences Relating to the Security and Defence of the Commonwealth*,  
para 32.10, p. 305

484 ראו Maher, *supra note* 243, 287, 288

485 Commonwealth Crimes Act 1914-1946

486 Maher, *supra note* ראו *Burns v. Ransley* (1949) 79 CLR 101

243, 287ff. עם זה יש לציין כי השופטים נחלקו באשר למטרה לפגוע במשטר.

נשיא בית המשפט Latham והשופט Rich גרסו כי הוכחה מטרה כזאת, ואילו

בעברה על פי אותו סעיף הורשע בעניין דומה שארקי, מזכיר המפלגה הקומוניסטית האוסטרלית. עיתונאי שאל את שארקי בריאיון טלפוני מה יעשה אם כוחות סובייטיים ינחתו באוסטרליה – האם ינקוט את העמדה שהביע מנהיג המפלגה הקומוניסטית הצרפתית, שלפיה הוא וחבריו הקומוניסטים יברכו את הסובייטים? שארקי ענה כי אירוע כזה אינו מציאותי משום שהקומוניזם מחנך לשלום ולמניעת מלחמה, וכי ברית המועצות תפנה למלחמה רק אם תותקף. במקרה כזה הפועלים המקומיים יברכו את הסובייטים כשם שבירכו אותם באירופה כאשר שחררו את העמים מעולו של השלטון הנאצי.<sup>487</sup>

בשני המקרים הרשיע בית המשפט האוסטרלי את הנאשמים והסתפק בקביעה כי המעשים של הנאשמים היו מלווים במטרה הנדרשת בחוק – 'The accused conduct was accompanied by an intention of causing violence or creating public disorder or public disturbance' באשר לתוכן הביטויים קבע בית המשפט בלי לנמק ובלי להרחיב כי התקיים בהם היסוד של הסתה להמרדה על פי דרישות הסעיף.

במקרה אחר הורשע קומוניסט בגין עברת ההמרדה עקב דברים שאמר בעניין מלחמת קוריאה והתבטאויותיו כנגד מעורבותה הצבאית של אוסטרליה וסיועה לדרום קוריאה.<sup>488</sup>

בראשית שנות התשעים נמתחה ביקורת חריפה על העברה והוצע לבטלה. נאמר כי העברה פוגעת שלא כדין בחופש הביטוי, וכי יש לבטלה בעיקר משום שהיא מסתפקת בכך שהפרסום עלול (tendency) לפגוע בשלום הציבור. הקושי נוצר בשל עמימותו של המונח 'עלול', ובתי המשפט באוסטרליה – שלא כבתי המשפט בארצות הברית – לא נדרשו לפרש את המונח מתוך מחויבות לחופש הביטוי.<sup>489</sup> זאת ועוד: הניסוח הקיים של העברה עלול לשמש, ואף שימש בפועל, אמצעי לניגוח פוליטי ולהרשעות

השופטים Dixon ו-McTernan גרסו כי הנאשם לא פעל על פי המטרה הנדרשת. ההרשעה התבססה על הכלל שלפיו קולו של נשיא בית המשפט גובר.  
 487 *R. v. Sharkey* (1949) 79 CLR 121 על פסק הדין ראו, Maher, *supra* note 243, 301-302.  
 488 ראו שם, 295-311.  
 489 שם, 291.



פוליטיות. לדוגמה הובאו המקרים של ברנס ושל שארקי המתוארים לעיל.<sup>490</sup> אשר למקרים אלו – כמו גם באשר להרשעה בגין המרדה בשל ההתבטאויות נגד המעורבות הצבאית של אוסטרליה במלחמת קוריאה – נטען כי אכיפת החוק הפלילי הייתה סלקטיבית-פוליטית. נטען כי ההרשעות בגין עברת ההמרדה כוונו נגד הקומוניסטים, אף כי בשנים 1947–1953, שבהן התנהל ויכוח פוליטי חריף מאוד, השמיעו גם אחרים התבטאויות ממרידות דומות, הן פוליטיקאים ממפלגות השלטון הן עיתונאים.

בראשית שנות התשעים הוצע לשנות כליל את מתכונתה של עברת ההמרדה באוסטרליה כחלק מתיקון רבתי שהוצע לחלק הספציפי של החוקים הפליליים במדינות חבר העמים הבריטי. הוצע לבטל כליל את הסעיפים הקיימים ולחוקק במקומם נוסח חדש המגדיר את האמצעי להמרדה כשימוש בכוח או באלימות. הוועדה שהוקמה לבחינה מחודשת של המשפט הפלילי קבעה:

Clearly, it should be an offence to incite the overthrow or supplanting by force or violence of the Constitution or the established Government of the Commonwealth or the lawful authority of the Government in respect of the whole or part of its territory. Indeed, the offence should, in the opinion of the Review Committee, extend to the associated matter of inciting to the use of force or violence with a view to interfering with the lawful processes for Parliamentary elections, the essence of a democratic society.

[ודאי שיש לראות עברה בהסתה להפיל או להחליף בכוח או באלימות את החוקה או את ממשלת חבר העמים הבריטי בהתייחס לכל שטחה או לחלקים ממנה. יש להרחיב את העברה, לדעת ז'עדת הבדיקה, גם לנושא של שימוש בכוח או באלימות במטרה להפריע להתנהלותן החוקית של הבחירות לפרלמנט, שהן מהות החברה הדמוקרטית].<sup>491</sup>

490 ראו לעיל, בטקסט שליד הערות 483–486.  
491 ראו *Review of Commonwealth Criminal Law, Fifth Interim Report, June 1991, Part V: Offences Relating to the Security and Defence of the Commonwealth*, para 32.15, p. 306; ראו גם *Mahe*, *supra note* 312, 243

הנוסח המוצע כלל, בין היתר, את הסעיפים האלה:

*Inciting treason, interference with elections or racial violence*

28 (1) A person must not, by any means:

- (a) Incite another person to overthrow, or supplant by force of violence:
  - (i) The constitution; or
  - (ii) The government of the commonwealth; or
  - (iii) The lawful authority of the government of the commonwealth in respect to the whole or part of its territory [...]

(2) An expression in good faith of dissent from a decision of a government is not to be regarded as an incitement referred to in subsection (1).

[הסתה לבגידה, התערבות בבחירות או אלימות על רקע גזעני]

28 (1) אל לו לאדם, בשום דרך או אמצעי:

(א) להסית אדם אחר להפיל או להחליף בכוח הזרוע:

(i) את החוקה; או

(ii) את ממשלת חבר העמים הבריטי; או

(iii) את הסמכות החוקית של ממשלת חבר העמים בנוגע

לכל שטחה או לחלקים ממנה [...]

(2) מורת רוח מהחלטה ממשלתית המובעת בתום לב לא

תיחשב להסתה כפי שתוארה בתת-סעיף (1).<sup>492</sup>

האיסור על שוחד (לרבות טובת הנאה רוחנית) לחברי פרלמנט מפורט בחוק

הפלילי בפרק נפרד האוסר על שוחד לעובדי ציבור.<sup>493</sup>

492 ראו *Review of Commonwealth Criminal Law, Fifth Interim Report, June 1991*,

*Part V: Offences Relating to the Security and Defence of the Commonwealth*,

para 32.18, p. 307. ראוי לציין כי בהצעה זו לא נזכר היסוד הנפשי הנדרש לבצוע

העברה. כמו כן אין בה הגדרה למונח 'הסתה'. הכתיבה באוסטרליה מבקרת

בחריפות את הצעת הנוסח ומציעה למחוק כליל את עברת ההמרדה מספר

החוקים; ראו Maher, *supra* note 243, 287, 314-316.

493 ראו *Review of Commonwealth Criminal Law, Fourth Interim Report*,

*November 1990, Part IV: Bribery and Corruption*, para 25, pp. 175

## 7. קנדה

המשפט הקנדי קלט את המשפט האנגלי המקובל לעניין המרדה. חוק הבגידה משנת 1886, שמקורו בחוק הבגידה האנגלי משנת 1351, הגדיר כעברה פלילית שעונשה מוות המתה של המלכה, פגיעה בגופה או בחירותה, וכן פרסום של כוונה לפגיעות אלו.<sup>494</sup> לימים הופחת העונש במידה רבה, אולם בעקבות ההפגנות הגדולות בשנת 1911 הוחמר העונש בגין המרדה לעשרים שנות מאסר. עם סיום המשבר ביטל המחוקק בשנת 1930 את השינויים שהוכנסו בשנת 1911, והעונש בגין המרדה הועמד שוב על מאסר של שנתיים.<sup>495</sup> בעקבות המשבר בקוריאה שוב שונתה עברת ההמרדה, והעונש בגינה הועמד על שבע שנות מאסר.<sup>496</sup> בה בעת נמתחה ביקורת על איסורי הבגידה, בטענה כי איסורים אלו אינם הולמים חברה מודרנית ומשטר דמוקרטי.<sup>497</sup>

התופעות האסורות נגד המשטר מוגדרות בפרק השני של חוק העונשין; מקצתן נכנסו בגדר עברות הבגידה ואחרות בגדר עברת ההמרדה.

סעיף 46 מגדיר את המעשים הנכללים בגדר בגידה חמורה: פגיעה וניסיון לפגיעה בחייו, בגופו או בחירותו של המלך (majesty),<sup>498</sup> וכן שימוש בכוח, מעשה הכנה מכוון לשימוש בכוח וקשירת קשר לשימוש בכוח כדי להפיל את ממשלת קנדה או את הממשלה של מחוז ממחוזותיה. העונש הקבוע בגין מעשים אלו הוא מאסר עולם.

לפי סעיף 51 לחוק העונשין, המשתמש בכוח כדי להפחיד את הפרלמנט של קנדה או את הרשות המחוקקת של מחוז ממחוזותיה מבצע עברה פלילית ודינו מאסר 14 שנים.

עברת ההמרדה בקנדה אוסרת על פרסום המלווה ב'כוונה ממרידה' (seditious intention). החוק אינו מגדיר את המונח הגדרה ממצה, אך קובע כי אדם שיבצע אחת מן הפעולות הבאות ייראה כעונה על הדרישה האמורה:

494 ראו L.R.C. of Canada, *supra* note 15, 8

שם, 9. 495

שם, 10. 496

שם, 35. 497

498 האיסור נחשב לאות מתה בחוק העונשין; ראו Mewett and Manning, *supra* note 81, 600

[...] teaches or advocates, or publishes or circulates any writing that advocates the use, without the authority of law, of force as a means of accomplishing a governmental change within Canada.

[...] מלמד או תומך או מפרסם או מפיץ כל חומר כתוב התומך בשימוש, בלי סמכות חוקית, בכוח כאמצעי להחלפת הממשלה בקנדה.<sup>499</sup>

אלמנט הפרסום ואלמנט ההתאגדות הם גורמי מפתח מפלילים גם בעברת ההמרדה הקנדית. יש בה שלוש קטגוריות פעולה: ביטוי בעל פה המסית להמרדה (seditious words); פרסום כתוב המסית להמרדה (seditious libel); וקשירת קשר למימוש כוונה מרדנית (seditious conspiracy). בדומה לחוק האוסטרלי, המעשים הממרידים הם כאלה המבטאים מטרה ממרידה: 'seditious words are words that express a seditious intention; a seditious libel is a libel that expresses a seditious intention' קשירת קשר לביצוע המרדה מאופיין בהסכם להוציא לפועל כוונה מרדנית: 'a seditious conspiracy is an agreement between two or more persons to carry out a seditious intention' העברה מאפשרת שימוש ב'חזקת מטרה' המכוננת את קיומו של מצב נפשי סובייקטיבי אצל מבצע העברה מתוך הנתונים העובדתיים של מעשיו:

Without limiting the generality of the meaning of the expression 'seditious intention', every one shall be presumed to have a seditious intention who teaches or advocates, or publishes or circulates any writing that advocates, the use, without the authority of law, of force as a means of accomplishing a governmental change within Canada.

[בלי להגביל את כלליות הכוונה של הביטוי 'כוונה מרדנית', כל אדם המלמד או התומך או המפרסם או המפיץ כל חומר כתוב התומך בשימוש, בלי סמכות חוקית, בכוח כאמצעי להחלפת הממשלה בקנדה, ייחשב כמי שיש לו כוונה מרדנית].<sup>500</sup>

Canadian Criminal Code, Sec. 59 499  
 Boucher v. The King [1951] S.C.R. 265, 274 ראו גם 500

בדומה למשפט האוסטרלי, גם במשפט הקנדי קיים הסייג המסורתי בדבר ביקורת לגיטימית – שתהא מתוך *good faith*.<sup>501</sup>

חשיבות מיוחדת נודעת לפסק הדין בעניין *Boucher*,<sup>502</sup> פסק הדין המנחה בקנדה, שכאמור לעיל השפיע על הפסיקה האנגלית.<sup>503</sup> הנאשם, חבר בכת 'עדי יהווה', הפיץ חוברות שבהן מתח ביקורת חריפה על היחס שקיבלו חברי הכת, על רדיפתם על ידי רשויות השלטון, על כך שהותקפו על ידי יחידים ועל ידי המון משום שהפיצו את דתם בחוגים ביתיים, ועל כך שחברי הכת הורשעו בעברות של הפרת שלום הציבור כשלמעשה הכוח המניע לאותן הרשעות היה אנשי הכנסייה הרומית-קתולית. העמדתו לדין של בוצ'ר התבססה על כך שהפצת החוברות עלולה ליצור שנאה ומורת רוח בין החברים בכת 'עדי יהווה' לבין אלה שאינם חברי הכת. בית המשפט קבע כי לעניין עברת ההמרדה חייב להתקיים בדובר יסוד נפשי של מטרה להביא לידי פגיעה אלימה במשטר לצורך הרשעה, ולא די בעצם הפוטנציאל ליצור שנאה או מורת רוח בקרב התושבים. הואיל ולבוצ'ר לא הייתה מטרה להביא לפגיעה אלימה במשטר – הוא זוכה.<sup>504</sup> נמצא כי עברת ההמרדה (*sedition*) במשפט הקנדי – בדומה למשפט האנגלי<sup>505</sup> ובשונה מגישת הרוב במשפט הישראלי<sup>506</sup> – נועדה להגן רק על המשטר ולא על שלום הציבור.

יש בקנדה המלצה לשנות מן היסוד את פרק העברות נגד המשטר באופן שיתיישב עם דרישותיה של חברה דמוקרטית בכלל ועם נורמות היסוד של הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות הפרט בפרט.<sup>507</sup> בהקשר זה יש לזכור

- 501 סעיף 60.
- 502 *Boucher v. The King* [1951] S.C.R. 265
- 503 ראו **לעיל**, בטקסט שליד הערות 476-479.
- 504 ראו הרציו לפסק הדין *Boucher v. The King* [1951] S.C.R. 265: 'Neither language calculated to promote feelings of ill will and hostility between different classes of His Majesty's subjects nor criticizing the courts is seditious unless there is the intention to incite to violence or resistance to or defiance of constituted authority'. '[לא שפה שנועדה לעודד רגשות של זדון ואיבה בין המעמדות השונים של נתיני הוד מלכותו ולא ביקורת שמבקרים את בתי המשפט אינן בגדר הסתה, אלא אם כן יש כוונה להסית ל אלימות או להתנגדות או לאי-ציות לרשות המוסמכת].'
- 505 על המשפט האנגלי ראו **לעיל**, בטקסט שליד הערות 476-480.
- 506 על המשפט הישראלי ראו **לעיל**, בטקסט שליד הערות 61-63.
- 507 ראו 41-45, *supra* note 15, Law Reform Commission,

כי מקורו של פרק עברות ההמרדה נעוץ בחוק משנת 1275, שאסר על העלבת אנשי ציבור (*scandalum magnatum*) ונועד למנוע ביקורת על הממשל המדיני.<sup>508</sup> מכאן שההגדרה הקיימת של עברות ההמרדה אינה מתיישבת עם עקרון המשטר הדמוקרטי, שלפיו הממשל הפוליטי פועל לטובת האזרחים.<sup>509</sup> נוסף על כך, עברות ההמרדה מנוסחות במעורפל והן חסרות הגדרות ברורות ליסוד העובדתי ובעיקר ליסוד הנפשי.<sup>510</sup> עוד קבעה הוועדה לרפורמה בחוק העונשין כי בנוסחה הנוכחי עברת ההמרדה סותרת גם את חופש הביטוי, שהוא זכות יסוד חקוקה בקנדה, ועל כן מומלץ לבטלה.<sup>511</sup> על פי הוועדה, יש להגדיר כעברה נגד המשטר מעשה של שימוש בכוח לשם פגיעה בחופש הפעולה ובחופש ההחלטה של איש שלטון מתוך הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת או הרשות השופטת של הממשל הפדרלי או המחוזי.<sup>512</sup> המשפט הקנדי קובע גם איסור מיוחד על שוחד של חברי הרשות המחוקקת ושל שופטים.<sup>513</sup>

## 8. ארצות הברית<sup>514</sup>

שלא כמערכת המשפט האנגלית שהייתה חסרה חוקה פורמלית המכוננת מערכת של זכויות יסוד,<sup>515</sup> המערכת האמריקנית מבוססת על מסד חוקתי ענף המשמש ציר מרכזי להתפתחות המשפט. המסד החוקתי מאפשר ליישם את ערכי היסוד של השיטה והמשטר ולבחון לאורם ישירות ובגלוי את ההסדרים המשפטיים. היסודות החוקתיים האמריקניים הציבו שאלות ערכיות קשות לפני שיקולי היעילות שהנחו את עיצובם של האיסורים העונשיים להגנת המשטר.<sup>516</sup>

- 508 ראו L.R.C. of Canada, *supra note* 15, 35; Stephen, *supra note* 34, 298ff
- 509 ראו שם, 35.
- 510 ראו L.R.C. of Canada, *supra note* 15, 25ff ; Mewett and Manning, *supra note* 81, 604f
- 511 ראו L.R.C. of Canada, *supra note* 15, 35ff
- 512 שם, 49.
- 513 ראו Criminal Code of Canada, sec. 119 ; R. v. Bruneau, [1964] 1 C.C.C. 97
- 514 על המשפט האמריקני ראו בהרחבה Emerson, *supra note* 300, 97-160
- 515 ב-1998. 8.11 התקין הפרלמנט הבריטי את Human Rights Act (1998), שהפך את זכויות היסוד והחירויות המעוגנות באמנה האירופית לזכויות אדם (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950) לחלק מהמשפט הבריטי.
- 516 ראו גם Boasberg, *supra note* 473, 106f

אחת השאלות החוקתיות החשובות בתחום זה הייתה אם אין בחשיבותו העליונה של חופש הביטוי במשפט האמריקני, כפי שמבטיח התיקון הראשון לחוקה, כדי להגביל את הענישה על פעילות פוליטית גם אם היא אנטי-משטרית. השאלה התבססה על פסק דינו החשוב של השופט הולמס בפרשת *Schenck*,<sup>517</sup> שניתן בתקופת מלחמת העולם הראשונה.<sup>518</sup> הנאשם, חבר המטה הסוציאליסטי, ערער על הרשעתו בעברה של הסתה להמרדה בגין משלוח מכתבים למועמדים לגיוס לצבא האמריקני, שבהם קרא להם לסרב לשלילת חירותם על ידי הממשלה.<sup>519</sup> אף שהמכתב נוסח בלשון עניינית ובלתי מתלהמת, הוחלט כי ראוי להגיש בעניין זה כתב אישום בגין הסתה להמרדה נגד המשטר. שנק הורשע.<sup>520</sup> בדונו בחוקתיות ההרשעה יצר השופט הולמס מבחן הסתברותי (שאינו מופיע בלשון האיסור) שלפיו אפשר להרשיע אדם בעברה זו בגין מעשה שהוא ביטוי רק במצב של סכנה ברורה ומיידית (clear and present danger) לפגיעה בערך חברתי:

The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils.

[השאלה בכל מקרה היא אם המילים שנעשה בהן שימוש הן מסוג כזה ובנסיבות כאלה שתתעורר סכנה ברורה ומיידית שהן תחוללנה את הנזק הממשי].<sup>521</sup>

- 517 ראו *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47 (1919)
- 518 יש לציין כי בתקופת מלחמת העולם הראשונה לא כובדו במשטר האמריקני זכויות האדם – בהן חופש הביטוי – גם לא ברוב בתי המשפט. למעשה, המשטר לא היה דמוקרטי; ראו א' גוטפלד, 'דמוקרטיה במשבר: "הסתה ובגידה" בארצות הברית במלחמת העולם ה-I', **זמנים** 24 (1997) 21.
- 519 ראו *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47, 48-49 (1919)
- 520 תוכן המכתב מופיע **שם**, 51. ראוי לציין כי בתקופת מלחמת העולם הראשונה כובד חופש הביטוי רק אם הביטוי התיישב עם מדיניות המלחמה של ארצות הברית. כל ביטוי מתנגד ואפילו לא תומך (ניטרלי) נאסר בדיון הציבורי. ראו גוטפלד, **לעיל** הערה 518, 21-30.
- 521 *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47, 52 (1919)

חשוב להדגיש כי פסק הדין אינו מביא כל הנמקה להצדקת המסקנה כי הדברים שפורסמו אכן עומדים בדרגת סכנה כה חמורה. יחד עם המבחן ההסתברותי של השופט הולמס בדבר 'סכנה ברורה ומיידית' באה לידי ביטוי בארצות הברית גם עמדה שיפוטית שונה, שלפיה תוכן הפרסום הוא הרכיב העיקרי בהכרעה בדבר פליליותו. כך למשל נקבע בפסק הדין בעניין *Masses Publishing Co.*, שקדם לפסק הדין בעניין *Schenck* אך ניתן בערכאה פדרלית אזורית עליונה.<sup>522</sup> המערער בעניין זה – כתב עת רדיקלי – פרסם סדרת קריקטורות וטקסטים שמהם השתמעה עמדה ביקורתית כלפי הממשל האמריקני. הביקורת התייחסה להיענותו של הממשל בארצות הברית לאינטרסים העסקיים של בעלי ההון בהעמקת המעורבות של ארצות הברית במלחמת העולם הראשונה (בשל הרווח הכספי שהפיקו מהגידול בנפח הפעילות הכלכלית בעקבות המלחמה). המבחן שהציב בית המשפט לקביעת פליליות הפרסום התמקד בשאלה אם יש בדברים משום הסתה ישירה וקריאה ברורה להתנגדות אלימה לשלטון – כי רק אז יש בהם הסתה להמרדה:

Words are not only keys of persuasion, but the triggers of action, and those which have no purport but to counsel the violation of law cannot by any latitude of interpretation be part of that public opinion, which is the final source of government in a democratic state [...] Yet to assimilate agitation, legitimate as such, with direct incitement to violent resistance, is to disregard the tolerance of all methods of political agitation, which in normal times is a safeguard of free government [...] if one stops short of urging upon others that it is their duty or their interest to resist the law, it seems to me one should not held to have attempted to cause its violation.

[מילים אינן רק אמצעי שכנוע אלא הן גם מעוררות לפעולה, ומי שאין לו כל כוונה אחרת אלא להסית להפרת החוק אינו זכאי, גם לא בפירוש המקל ביותר, להיות חלק מאותה דעת קהל שהיא המקור המכריע של הממשל במדינה דמוקרטית [...] אך להכליל מורת רוח, מוצדקת כשלעצמה, בהסתה ישירה להתנגדות אלימה,

522 ראו *Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 F 535 (1917)



פירושו להתעלם מהסובלנות כלפי צורות ההפגנה הפוליטית, שבימים כתיקונם הן האמצעי המגן על ממשל חופשי [...] אם אדם מנע מלהאיץ באחרים להתנגד לחוק מתוך חובה, נראה לי שאין לראות בו אחראי להפרתו.<sup>523</sup>

לאור מבחן זה בחן השופט האנד את תוכן המסר שפורסם בכתב העת, והגיע למסקנה כי אין בו כדי להסית להמרדה נגד הממשל. יש לציין כי מתוך שימוש באותו מבחן עצמו<sup>524</sup> התהפכה הכרעה זו של בית המשפט לאחר מכן בערעור שהגישה המדינה.

בין מלחמות העולם חל שינוי מסוים במבנה המערכת הפוליטית בארצות הברית. את מקומן של תנועות השמאל האנטי-מלחמתיות תפסו מגמות שמאל אנרכיסטיות אנטי-דמוקרטיות. התפתחות זו הביאה לחקיקתן של עברות פליליות חדשות כדי להתמודד עם התופעה. שינוי חשוב בפרשנות השיפוטית כלפי עברות ההמרדה חל בשנת 1925 בפסק הדין בעניין *Gitlow*.<sup>525</sup> בעניין זה דן בית המשפט העליון בערעור על הרשעה בגין הפצתו של מניפסט על ידי פעיל בתנועה הסוציאליסטית. המניפסט שלל את הדמוקרטיה הפרלמנטרית וקרא להגשמת הסוציאליזם באמצעות הפיכה מזוינת. המפיץ הורשע בעברה לפי החוק הניו יורקי למלחמה באנרכיה<sup>526</sup> שאסר על הטפה פומבית להפלת הממשל בדרך אלימה או בלתי חוקית. בהתמודדו עם מבחן 'הסכנה הברורה והמידית' הבדיל בית המשפט בין עובדות המקרה שלפניו לבין העובדות

523 *Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 F 535, 540 (1917). להתבטאות דומה, אם כי במסגרת תפיסה הסתברותית, ראו את דברי השופט אגרנט בג"צ 73/53 **חברת 'קול העם' נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871:

'יש ותכנם המסית של המילים שנתפרסמו הוא גופו יוצר את האפשרות הקרובה של סיכון שלום הציבור – כלומר, בלי זיקה מיוחדת או יתרה למסיבות שבהן נעשה הפרסום, כגון המקרה בו הופיע בעיתון מאמר, המטיף להפרת חוק המטיל מס מסוים, על-ידי אלה החייבים בתשלומו ושהם יתנגדו בכוח לגבייתו. ברם, אפילו בדוגמה האחרונה משפיעות גם ה"מסיבות", למשל, כי אותו עיתון מופץ ברבים. עניינו הרואות, כי המבחן שיש להיזקק לו נעוץ תמיד בהערכה מראש, לפי מידת ההגיון, אם כתוצאה מפעולת הגומלין שבין הפרסום והמסיבות, תיווצר אפשרות קרובה שייגרם נזק לשלום הציבור.'

524 ראו *Masses Publishing Co v. Patten*, 246 F 24, 2<sup>nd</sup> cir. (1917)

525 ראו *Gitlow v. N.Y.*, 268 U.S. 652 (1925)

526 העברה הקבועה בחוק זה מזכירה במידה רבה את עברת ההמרדה הפדרלית שנחקקה מאוחר יותר.

בפרשת *Schenck*. בית המשפט הבדיל בין התבטאות שהיא הפשטה פילוסופית (expression of philosophical abstraction) לבין התנסחות שהיא הסתה ישירה (language of direct incitement), וקבע כי אפשר וראוי להעניש בגין ביטוי הנכנס לגדרו של המאפיין השני משום הפגיעה הישירה בערך החברתי הקיימת כתוצאה מהביטוי עצמו.<sup>527</sup> עוד קבע בית המשפט כי בחוקקו את העברה הפלילית הנדונה הכריז המחוקק הניו יורקי על הביטוי המסוים – קריאה להפלתו של המשטר בכוח – ככזה המכיל כשלעצמו מידת אנטי-חברתיות המצדיקה ענישה גם בלא מבחן הסתברותי-נסיבתי כלשהו; לפיכך די בכך שבמשמעות הביטוי יש הסתה לאלימות. בית המשפט אישר את קביעתו של המחוקק וציין כי הדרישה ל'סכנה ברורה ומידית' אינה סבירה בכל הנוגע לפעילויות פוליטיות אנטי-משטריות ואין בה כדי להבטיח את מניעת ההתממשות של הסכנות הכרוכות בהן. השופטים הולמס וברנדייס, בדעת מיעוט, עמדו על הקשיים הטבועים במבחן 'משמעות הביטוי' והציעו להמשיך לבחון רכיבים הסתברותיים כאמצעי הגנה שיפוטיים נוספים על חופש הביטוי:

Every idea is an incitement [...] The only difference between the expression of an opinion and an incitement in the narrower sense is the speaker's enthusiasm for the result.

527 ראו *Gitlow v. N.Y.*, 268 U.S. 652, 664-669 (1925).

The statute does not penalize the utterance or publication of abstract 'doctrine' or academic discussion having no quality of incitement to any concrete action [...] It is not the abstract doctrine of overthrowing organized government, by unlawful means which is denounced by this statute, but the advocacy of action for the accomplishment of that purpose [...] This (manifesto) [...] is (in) the language of direct incitement [...] That utterances inciting to the overthrow of organized government by unlawful means, present a sufficient danger of substantive evil to bring their punishment within the range of legislative discretion, is clear.

[החוק אינו מעניש על האמירה או על פרסומה של 'דוקטרינה' מופשטת או דיון אקדמי שאין בהם משום הסתה לפעולה ממשית [...] לא את הדוקטרינה המופשטת של הפלת ממשלתה באמצעים לא חוקיים מוקיע חוק זה, אלא את העידוד לפעול להגשמת המטרה הזאת [...] (המנשר) הזה [...] הוא בשפה של הסתה ישירה [...] ברור שביטויים המסיתים להפלה של ממשלה באמצעים לא חוקיים מציגים סכנה מספקת לקיומו של נזק ממשתי המאפשר להטיל עונש, בכפוף לשיקול דעתו של המחוקק.]

[כל רעיון הוא הסתה [...] ההבדל היחיד בין הבעת דעה להסתה  
במובן הצר יותר הוא רצונו העז של הדובר לזכות בתוצאה].<sup>528</sup>

ההתפתחות הפוליטית במהלך מלחמת העולם השנייה הרחיבה את החשש בקרב הציבור האמריקני מפני התחזקותן של תנועות שמאל קומוניסטיות. התפתחות זו הביאה לחקיקתה של עברת ההמרדה הפדרלית בשנת 1940, שנוסחה המקורי נשמר עד היום בשינויים קלים. עברת ההמרדה הנוכחית במשפט האמריקני מתייחסת להפלת המשטר 'בכוח או באלימות' וכוללת מגוון רחב של התנהגויות והתנהגויות-נגזרות, ובהן שידול, סיוע, פרסום פומבי (הכולל מגוון רחב של פעולות הקשורות בהוצאה לאור של פרסומים) ומעורבות בארגון קבוצה שמטרתה הטפה לשינוי המשטר – והכול מתוך מודעות או במטרה (תלוי בחלופות) שהפעולות פרי ההתנהגויות האסורות יהיו אלימות.

המחוקק האמריקני מצא לנכון להגדיר במפורש את סף הפעילות הפלילית של הפעילות האנטי-משטרית. נוסח העברה הנוכחית קובע כדלקמן:

#### *§2384. Seditious conspiracy*

If two or more persons in any State or Territory, or in any place subject to the jurisdiction of the United States, conspire to overthrow, put down, or to destroy by force the Government of the United States, or to levy war against them, or to oppose by force the authority thereof, or by force to prevent, hinder, or delay the execution of any law of the United States, or by force to seize, take, or possess any property of the United States contrary to the authority thereof, they shall each be fined under this title or imprisoned not more than twenty years, or both.

#### *§2385. Advocating overthrow of Government*

Whoever knowingly or willfully advocates, abets, advises, or teaches the duty, necessity, desirability, or propriety of overthrowing or destroying the Government of the United States or the government of any State, Territory, District or Possession thereof, or the government of any political subdivision therein,

by force or violence, or by the assassination of any officer of any such government; or

Whoever, with intent to cause the overthrow or destruction of any such government, prints, publishes, edits, issues, circulates, sells, distributes, or publicly displays any written or printed matter advocating, advising, or teaching the duty, necessity, desirability, or propriety of overthrowing or destroying any Government of the United States by force or violence, or attempts to do so; or

Whoever organizes or helps or attempts to organize any society, group, or assembly of persons who teach, advocate, or encourage the overthrow or destruction of any such government by force or violence; or becomes or is a member of, or affiliates with, any such society, group, or assembly of persons, knowing the purposes thereof –

Shall be fined under this title or imprisoned not more than twenty years, or both, and shall be ineligible for employment by the United States or any department or agency thereof, for the next five years following his conviction.

[סעיף 2384. כוונה מרדנית

אם שני אנשים או יותר בכל מדינה או טריטוריה או בכל מקום אחר בתחום השיפוט של ארצות הברית קושרים קשר כדי לגרום בכוח להפיכה, להפלה או לקעקוע של ממשלת ארצות הברית או כדי להכריז עליה מלחמה או להתנגד בכוח לסמכותה, או בכוח הזרוע למנוע, להפריע או לעכב ביצועו של כל אחד מחוקי ארצות הברית, או לתפוס, לקחת או לנכס בכוח הזרוע כל רכוש בארצות הברית בניגוד לסמכותה של אותה ממשלה, כל אדם כזה ייקנס או ייאסר לכל היותר לעשרים שנה, או שניהם גם יחד, בכפוף לחוק זה.

סעיף 2385. תמיכה בהפלת הממשלה

כל אדם שביודעין או מרצונו תומך, מעודד, מייעץ או מלמד שמן הדין, שצריך, שרצוי או שהולם לגרום להפלה או לקעקוע של ממשלת ארצות הברית או של ממשלת כל מדינה, טריטוריה, מחוז

או שטח בחזקה כאמור, או של ממשלת כל גוף פוליטי כאמור, בכוח או באלימות או באמצעות רצח של כל אחד מפקידי כל ממשלה כזאת; או

כל אדם אשר במטרה להביא להפלה או לקעקוע של ממשלה כזאת, מדפיס, מפרסם, עורך, מוציא לאור, מפיץ, מוכר, מחלק או מציג בפומבי כל חומר כתוב או מודפס התומך, המייעץ או המורה שחובה, שצריך, שרצוי או הולם להביא להפלתו או לקעקוע של כל ממשל בארצות הברית בכוח או באלימות או מנסה לעשות כן; או כל אדם שמארגן או עוזר או מנסה לארגן כל חברה, קבוצה או אגודה של אנשים המלמדים, התומכים או המעודדים להביא להפלתה או לקעקוע של כל ממשלה כזאת בכוח או באלימות; או שהופך לחבר או שהוא חבר בחברה, בקבוצה או באגודה של אנשים או משתייך אליה וברורות לו מטרותיה –

ייקנס או ייכלא לכל היותר לעשרים שנה, או שניהם גם יחד, בכפוף לחוק זה ולא יהיה כשיר להעסקה על ידי ארצות הברית או כל משרד או סוכנות שלה במהלך חמש שנים אחרי הרשעתו.

עברת ההמרדה הפדרלית זכתה לטבילת אש חוקתית בשנת 1951 בפרשת *Dennis*<sup>529</sup>. פסק הדין עסק בערעור של ראשי המפלגה הקומוניסטית בארצות הברית על הרשעתם בעברת ההמרדה האוסרת כל הטפה, פרסום או התארגנות הקוראים להפלת הממשלה באלימות או בכוח. בדחותה את מבחן 'הסכנה הברורה והמיידית' נעזרה דעת הרוב בפסק הדין שניתן כבר בפרשת *Gitlow*, ולמעשה אישרה את ההנמקה שניתנה שם. בית המשפט בחר לנקוט קו של ריסון עצמי כלפי ההסדר שקבע המחוקק ולהימנע מצמצומו באמצעות מבחנים שאינם מופיעים בו. השופט פרנקפורטר קבע:

How best to reconcile competing interests is the business of the legislatures, and the balance they strike is a judgment not to be displaced by ours, but to be respected unless outside the pale of fair judgment.

529 ראו *Dennis v. U.S.*, 341 U.S. 494 (1951)

[המחוקק מחליט כיצד לאזן בין אינטרסים מתחרים, והאיזון שיקבע הוא שיפוט שאין להחליפו בשלנו אלא יש לכבד אותן אלא אם הדבר חורג מכל מסגרת של שיפוט הוגן].<sup>530</sup>

עם זה נאלץ בית המשפט להתערב בסוגיית היסוד הנפשי הנדרש להשלמת העברה, שכן שינויי הנוסח בין חלופותיה של העברה האמריקנית יצרו קושי נוסף באשר לטיבו המדויק של היסוד הנפשי הנדרש לצורך השלמתה. לעומת החלופה העובדתית, המתייחסת לפרסום דברי הסתה להמרדה ומותנית במפורש ביסוד נפשי של מטרה, דרישה זו חסרה בשתי החלופות האחרות – הסתה להמרדה והתארגנות העוסקת בהסתה להמרדה. בפרשת *Dennis*<sup>531</sup> קבע בית המשפט פה אחד, בהתבססו על מבנה העברה ועל תכליתה, כי השלמתה של עברת ההמרדה לפי כל אחת מהחלופות העובדתיות מותנית בהתקיימות יסוד נפשי של מטרה אצל המבצע.<sup>532</sup>

בפסק הדין בעניין *Yates* נערכה הבחנה, לצורכי פרשנותה של עברת ההסתה להמרדה, בין ביטוי המכוון לתמוך בקיומה של שיטה פוליטית מסוימת לבין ביטוי המכוון לתמוך בקיום פעילות ספציפית אסורה (אלימה) לשם קידום שיטה פוליטית מסוימת. נקבע כי רק ביטוי מהסוג השני פוגע בערך חברתי המוגן.<sup>533</sup>

בפסק הדין בעניין *Scales*<sup>534</sup> הורחבה האחריות הפלילית על החברות בארגונים שמטרתם פגיעה במשטר (במקרה זה דובר במפלגה הקומוניסטית). בית המשפט גרס כי החברות האסורה היא החברות הפעילה,<sup>535</sup> וזאת רק אם החבר היה מודע למטרות האסורות של הארגון:

- 530 **שם**, 539-540. השופט פרנקפורטר נחשב לאחד השופטים הבולטים המצדדים בדוקטרינת הריסון העצמי של בתי המשפט (judicial self-restraint); ראו גם *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 650 (1943)
- 531 ראו **שם**.
- 532 *Dennis v. U.S.*, 341 U.S. 494, 499-500 (1951). לפי אפיון זה של היסוד הנפשי נמנעו בתי המשפט מקביעת סייג לאחריות פלילית.
- 533 *Yates v. U.S.*, 354 U.S. 298 (1957)
- 534 *Scales v. U.S.*, 367 U.S. 203 (1961)
- 535 **שם**, 224-222; ראו גם 18 para 2, §2385 U.S.C.A. הפללת חברות כשלעצמה (guilty by association) – היינו: חברות שאינה פעילה – אסורה על פי המשפט האמריקני.

In this instance, it is an organization, which engages in criminal activity, and we can perceive no reason why one who actively and knowingly works in the ranks of that organization, intending to contribute to the success of those specifically illegal activities, should be any more immune from prosecution than he to whom the organization has assigned the task of carrying out the substantive criminal act.

[במקרה זה ארגון הוא זה העוסק בפעילות פלילית, ואין אנו רואים כל סיבה לכך שאדם העובד בפועל וביודעין במסגרת אותו ארגון, במטרה לתרום להצלחת אותן פעולות לא חוקיות בעליל, יהיה חסין מתביעה יותר מאדם שעליו הטיל הארגון לבצע את המעשה הפלילי בפועל].<sup>536</sup>

בסוף שנות השישים חזר בית המשפט העליון האמריקני למדיניות שיפוטית אקטיביסטית ויצק מבחן הסתברותי-נסיבתי נוסף על תוכנו של הטקסט החקיקתי. בפסק הדין בעניין *Brandenburg* הועמדו חברים בקו-קלוקס-קלן לדין עקב הבעת ביטויים גזעניים בפומבי כלפי שחורים ויהודים וקריאה לפגיעה בהם. הם הואשמו בעברה של קריאה לביצוע מעשה בלתי חוקי כאמצעי לרפורמה תעשייתית או פוליטית. בדונו בעניין הבחין בית המשפט בין שתי קטגוריות של ביטוי: 'קריאה כללית לאלימות' ו'הסתה לאלימות'. בית המשפט קבע כי מבחינה חוקתית אפשר להעניש על קריאה לאלימות רק אם היא מגיעה לדרגה של הסתה לאלימות. לשם כך על הקריאה להיות מכוונת לפעולה בלתי חוקית אימננטית בעלת סיכויים סבירים לגרום את עשיית המעשה מושא ההסתה. בית המשפט השתמש לצורך כך במבחן 'הפעולה הבלתי חוקית הצפויה לאלתר' (imminent lawless action):

The constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.

*Scales v. U.S.*, 367 U.S. 203, 226-227 (1961) 536

[הערבויות החוקתיות של חופש הדיבור ושל חופש העיתונות אינן מאפשרות למדינה לאסור או להוקיע תמיכה בשימוש בכוח או בהפרת חוק אלא כאשר תמיכה כזאת מכוונת להסית או לגרום לפעולה לא חוקית מיידית ועלולה לעורר או להניב פעולה כזאת].<sup>537</sup>

ראוי לציין כי בראשית שנות השבעים שימש מבחן הסתברותי זה במדינת אינדיאנה להכרזה על ביטול חוק ששלל את זכות ההשתתפות בבחירות ממפלגות פוליטיות שנציגייהן סירבו להצהיר כי הן אינן תומכות בשינוי המשטר באמצעים אלימים. באותו עניין נפסלה מועמדותה של מפלגה קומוניסטית שראשיה סירבו לחתום על הצהרה כאמור. בית המשפט העליון פסק כי הדרישה האמורה להצהרת נאמנות מנוגדת להגנה החוקתית על חופש הביטוי, וזאת לפי המבחן שנקבע בפרשת *Brandenburg*. כך, משום שהדרישה האמורה פוסלת את ההשתתפות בבחירות של מפלגות גם אם הן אינן יוצרות סכנה מיידית לפגיעה בלתי חוקית במשטר.<sup>538</sup>

לעניינו חשובים גם סעיפים 871 ו-1751 לחוק הפדרלי האמריקני. סעיף 871 אוסר על השמעת איום להמתת הנשיא, לחטיפתו או לפציעתו. האיסור מתייחס גם לאיומים כאמור ביחס לסגן הנשיא, ביחס לנשיא נבחר, ביחס לסגן הנבחר וביחס לממלאי מקומם.<sup>539</sup> העברה נועדה להגן על פעילותם התקינה של אישי משטר אלו, קרי: פעילות שלטונית ללא שום פחד וחשש. ביחס לעברה זו קבעה הפסיקה כי האיסור חל רק על ביטוי שאדם סביר היה רואה בו איום אמתי, להבדיל מדיון פוליטי חריף או התלוצצות. בחינת הדברים צריכה להיעשות על פי ההקשר הכולל של הביטוי.<sup>540</sup> עוד נקבע כי האיום יכול להתבטא גם בכך שהעושה משדל או מסית אנשים לפגוע באישי שלטון אלו.<sup>541</sup> לפי סעיף 1751, ביצוע מושלם או ניסיון של רצח, של חטיפה או של חבלה נגד אישי השלטון שהוזכרו לעיל הם עברה נגד המשטר,

537 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969). שימוש חוזר במבחן זה נעשה

גם בפסקי דין מאוחרים יותר; ראו: *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973);

*NAACP v. California Hardware Inc.*, 458 U.S. 886 (1982)

538 *Communist Party of Indiana v. Whitcomb*, 414 U.S. 441 (1974)

539 ראו 18 para 3 §871 U.S.C.A.

540 ראו 18 para 4f *ibid*

541 ראו 18 para 9 *ibid*



ואסורה גם קשירת קשר לביצועם אם אחד הקושרים עשה מעשה כלשהו להגשמה של מטרת הקשר.

המשפט האמריקני אוסר על שוחד ברשות המחוקקת במסגרת האיסור הרגיל על שוחד. בדומה למשפט הישראלי, החוק, סעיף 201(a)(1), מגדיר את עובד הציבור (public official), וביטוי זה חל גם על חברי הפרלמנט.<sup>542</sup>

## נספח שני: הצעה לחקיקה

תיקון לחוק העונשין (הגנת המשטר הדמוקרטי)

### 1. הגדרות

לעניין סימן זה,

- (א) מוסד שלטוני – הכנסת, ועדותיה והממשלה.
- (ב) אלימות – שימוש בכוח ואיום לשימוש בכוח כלפי אדם.
- (ג) אמצעים פסולים – אלימות ומעשים שיש בהם לפגוע בתשתיות או בשירותים חיוניים לציבור.
- (ד) התארגנות מהפכנית נגד המשטר – חבירה יחדיו של [שלושה/ארבעה/חמישה] אנשים או יותר, שאחת ממטרותיה המוצהרות או הנסותרות היא:
- (1) למוטט את המשטר הדמוקרטי, להחליפו במשטר אחר או לפגוע בדרך אחרת בשיטת המשטר הדמוקרטי, והכול באמצעים פסולים.
- (2) למוטט מוסד שלטוני או לפגוע ביכולת התפקוד שלו, לרבות מניעת פעולתו או הנעתו להפעיל את סמכותו בדרך מסוימת ומתוך אילוץ, והכול באמצעים פסולים.
- (3) להשתמש באמצעים פסולים נגד חברי מוסד שלטוני במטרה למנוע מהם או לגרום להם להפעיל את סמכויותיהם השלטוניות.

### 2. אלימות נגד המשטר מתוך מטרה מהפכנית

- (א) המשתמש או המנסה להשתמש באמצעי פסול כדי לקדם אחת המטרות המפורטות בסעיפים 1(ד)1 ו-1(ד)2 – דינו מאסר עשרים שנה.
- (ב) חבר התארגנות מהפכנית נגד המשטר לפי סעיף 1(ד) לעיל, העושה מעשה הכנה לביצוע עברה לפי סעיף (א) לעיל במטרה לעשותה – דינו מאסר עשר שנים.

### 3. הסתה לאלימות נגד המשטר מתוך מטרה מהפכנית

- (א) המפרסם דבר הסתה למימוש אחת המטרות הקבועות בסעיפים 1(ד)1-1(ד)3 דינו מאסר חמש שנים.
- (ב) 'הסתה' בסעיף זה – לרבות קריאה למימוש המטרות האמורות בסעיפים 1(ד)1-1(ד)3, פרסום דברי שבח למימושן וכן פרסום דברי אהדה או עידוד, תמיכה או הזדהות, ובלבד שנעשו כדי להביא למימוש המטרות האמורות שם.

#### 4. התארגנות מהפכנית נגד המשטר

(א) המייסד התארגנות מהפכנית נגד המשטר, הממלא בה תפקיד הנהגתי או העושה פעולה למען קיום המבנה הארגוני שלה או למען חיזוקו – דינו מאסר חמש שנים. תפקיד הנהגתי ממלא מי שמכהן בתפקיד בכיר בהתארגנות, כגון העומד בראש הארגון, סגנו, ממלא מקומו, ראשי הסניפים, וכן מי שאינו ממלא תפקיד ארגוני אך יש לו השפעה מיוחדת על חברי ההתארגנות, למשל מנהיג רוחני.

(ב) המקיים חברות פעילה בהתארגנות מהפכנית נגד המשטר – דינו מאסר שלוש שנים.

(ג) המפרסם דברי תמיכה והזדהות בזכות התארגנות מהפכנית נגד המשטר, מטרתה או מעשיה האסורים, והעושה מעשה שיש בו כדי לסייע לה כגון הדפסה, ייבוא ואחסנה של חומר וסמלים התומכים בה, העמדה של מקום שבשליטתו לרשותה, או גיוס תרומות עבור הארגון – דינו מאסר שלוש שנים.

#### 5. מפלגה בלתי חוקתית

(א) הוראות סעיף 4 לעיל יחולו בשינויים המתחייבים גם על מפלגה בלתי חוקתית.

(ב) מפלגה בלתי חוקתית היא מפלגה שפסק דין חלוט קבע את היותה התארגנות מהפכנית נגד המשטר על יסוד מטרותיה שהוכחו, וכן סניפיה, נגזרותיה ומפלגה חליפית.

(ג) הסמכות להכריז על מפלגה כבלתי חוקתית כאמור נתונה לבית המשפט העליון, לפי בקשה מאת היועץ המשפטי לממשלה. לא יכריז בית המשפט על מפלגה כבלתי חוקתית במעמד צד אחד.

#### 6. סחיטת המוסדות השלטוניים-דמוקרטיים והאורגנים שלהם

(א) המשתמש באמצעים פסולים שיש בהם כדי להניע את נשיא המדינה, את הכנסת או את ועדותיה, או את הממשלה להפעיל את סמכותם השלטונית בצורה מסוימת או להניע אותם להימנע מהפעלתה, ומתוך מטרה כאמור – דינו מאסר עשר שנים.

(ב) המשתמש באמצעים פסולים שיש בהם כדי להניע את החברים בגופים המנויים בסעיף קטן (א) לעיל להפעיל את סמכותם השלטונית בצורה מסוימת או להניע אותם להימנע מהפעלתה, ומתוך מטרה כאמור – דינו מאסר חמש שנים.

### 7. פטור

(א) בית המשפט רשאי לפטור כליל את העושה מאחריות פלילית לעברות הקבועות בסעיפים 2(א) ו-2(ב) לעיל אם תרם למניעת ביצועה של העברה, למניעת השלמתה או לסיכול מטרתה; אין באמור לעיל כדי לגרוע מאחריות פלילית בשל עברה מושלמת אחרת שביצע העושה.

(ב) בית המשפט רשאי להקל בעונשו של העושה בגין העברות הקבועות בפרק זה אם העושה תרם להפחתה ניכרת של הסכנה שנשקפה למשטר הדמוקרטי או למוסדותיו.

### 8. סייגים לאישום ולהרשעה

(א) לא יורשע אדם בעברות לפי סימן זה על פי הודאתו בלבד.

(ב) לא יוגש כתב אישום על העברות לפי סימן זה אלא על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

נוסף על ההצעה האמורה מוצע להוסיף לסימן ה לחוק העונשין, התשל"ז-1977, העוסק בעברות השוחד את הסעיף הזה:

#### שוחד ברשות המחוקקת

(א) הנותן או מציע לתת לחבר כנסת טובת הנאה חומרית עבור הצבעה או פעולה אחרת מכוח תפקידו בכנסת, בוועדותיה או בסיעותיה – דינו מאסר חמש שנים.

(ב) חבר כנסת המקבל או פונה לקבל טובת הנאה חומרית עבור הצבעה או פעולה אחרת מכוח תפקידו בכנסת, בוועדותיה או בסיעותיה – דינו מאסר עשר שנים.

(ג) טובת הנאה בסעיף זה היא כסף, שווה כסף, שירות או כל טובת הנאה אחרת, למעט הבטחה פוליטית גלויה שאינה חורגת מהמקובל במשטר דמוקרטי.

(ד) הוגש כתב אישום נגד חבר כנסת בגין עברה זו – יושעה מחברותו בכנסת עד תום ההליכים המשפטיים נגדו.

(ה) הורשע חבר כנסת בעברה זו בפסק דין חלוט – תיפסל חברותו בכנסת ותישלל זכותו להיבחר לכנסת או לשלטון המקומי לתקופה שתיקבע.

# מקורות

## פסיקה ישראלית

- א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1.
- בג"צ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, פ"ד ד(1) 319.
- בג"צ 73/53 חברת 'קול העם' נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 871.
- בג"צ 206/61 המפלגה הקומוניסטית הישראלית נ' ראש העיר ירושלים, פ"ד טו 1732.
- בג"צ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673.
- בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325.
- בג"צ 327/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233.
- בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255.
- בג"צ 292/86 העצני נ' מ"י, פ"ד מב(4) 406.
- בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617.
- בג"צ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22.
- בג"צ 1843/93 רפאל פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492.
- בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404.
- בג"צ 4031/94 ארגון 'בצדק' נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1.
- בג"צ 588/94 שלנגר נ' היוה"מ, פ"ד מח(3) 40.
- בג"צ 11243/02 פייגלין נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד נז(4) 145.
- בג"צ 11225/03 ח"כ בשארה נ' היוה"מ, תק-על 2006(1) 1398.
- בג"צ 2245/06 ח"כ נטע דוברין נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם).
- ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון 'הארץ' בע"מ, פ"ד לב(3) 337.
- דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1.
- דנ"פ 1397/03 מ"י נ' שבס, פ"ד נט(4) 385.
- דנ"פ 1789/98 מ"י נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145.
- דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מ"י, פ"ד נד(5) 193.
- ע"א 723/74 הוצאת עיתון 'הארץ' בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281.
- ע"א 439/88 רשם מאגרי מידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 808.
- ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840.

- ע"א 259/89 הוצאת מודיעין בע"מ נ' ספירו, פ"ד מו(3) 48.  
 ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' כהנא, פ"ד מז(4) 100.  
 ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 843.  
 ע"א 323/98 שרון נ' בניזמן, פ"ד נו(3) 245.  
 ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607.  
 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד  
 יט(3) 365.  
 ע"ב 2/84 נימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד  
 לט(2) 225.  
 ע"פ 49/58 חרותי נ' היוה"מ, פ"ד יב 1541.  
 ע"פ 441/72 בשן נ' מ"י, פ"ד כז(2) 141.  
 ע"פ 88/79 אבו דחילה נ' מ"י, פ"ד לג(2) 148.  
 ע"פ 745/85 ויליאם נקש נ' מ"י, פ"ד מ(4) 78.  
 ע"פ 290/88 ג'ראר נ' מ"י, פ"ד מג(4) 696.  
 ע"פ 294/89 עאליה נ' היוה"מ, פ"ד מג(4) 627.  
 ע"פ 1448/91 ענבתאוי נ' מ"י, תק-על 91(3) 2396.  
 ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י, פ"ד נב(1) 535.  
 ע"פ 8019/96 יגאל עמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 459.  
 ע"פ (מחוזי יים) 243/93 מ"י נ' כהנא (טרם פורסם).  
 ת"א (ירושלים) 172/89 פלוני נ' הכתב – אלמוני, פ"מ התשנ"ד (2) 397.  
 ת"פ (שלום יים) 3795/95 מ"י נ' בלחסן (טרם פורסם).  
 ת"פ (שלום יים) 3996/95 מ"י נ' פייגלין (טרם פורסם).

## פסיקה זרה

- Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616, 40 S.Ct. Rep. 7 (1919).  
*Attorney General of Ceylon v. De Livera and another* [1962] 3 All E.R.  
 1066.  
 BayObLG NJW 1962, 1878.  
 BGH JZ 1963, 202.  
 BGH NJW 1960, 1772.  
 BGH NJW 1965, 161.  
 BGH NJW 1985, 1621.  
 BGHSt 11, 11.  
 BGHSt 12, 364.  
 BGHSt 16, 298.

BGHSt 16, 338.  
BGHSt 18, 296.  
BGHSt 19, 109.  
BGHSt 20, 287.  
BGHSt 20, 45.  
BGHSt 20, 74.  
BGHSt 23, 64.  
BGHSt 25, 33.  
BGHSt 26, 258.  
BGHSt 27, 1.  
BGHSt 28, 394.  
BGHSt 29, 73.  
BGHSt 32, 165.  
BGHSt 6, 129.  
BGHSt 6, 159.  
BGHSt 6, 336.  
BGHSt 7, 11.  
BGHSt 7, 110.  
BGHSt 7, 279.  
BGHSt 7, 6.  
BGHSt 8, 102.  
BGHSt 8, 191.  
*Boucher v. The King* [1951] S.C.R. 265.  
*Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969).  
*Burns v. Ransley* (1949) 79 CLR 101.  
BVerfG JZ 1990, 638.  
BverfG NJW 1964, 539.  
BVerfGE 12, 113.  
BVerfGE 12, 296.  
BVerfGE 2, 1.  
BVerfGE 25, 88.  
BVerfGE 28, 36.  
BVerfGE 47, 198.  
BVerfGE 5, 85.  
BVerfGE 69, 257.  
BVerfGE 69, 346.

- BVerfGE 81, 279.  
BVerfGE 47, 198.  
*Communist Party of Indiana v. Whitcomb*, 414 U.S. 441 (1974).  
*Dennis v. U.S.*, 341, U.S. 494 (1951).  
Duesseldorf NJW 1978, 2562.  
*Gitlow v. N.Y.*, 268, U.S. 652 (1925).  
*Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973).  
*Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 F 535 (1917).  
*Masses Publishing Co. v. Patten*, 246 F 24 (2<sup>nd</sup> cir. 1917).  
*NAACP v. California Hardware Inc.*, 458 U.S. 886 (1982).  
OLG Celle NJW 1970, 2257.  
OLG Celle NJW 1991, 1497.  
OLG Duesseldorf NJW 1978, 2562.  
OLG Duesseldorf NJW 1988, 2906.  
OLG Frankfurt NJW 1984, 1130.  
OLG Frankfurt, NJW 1986, 1272.  
OLG Oldenburg, NJW 1986, 1275.  
OVG Hamburg NJW 1974, 1523.  
*R. v. Aldred* (1909) 22 Cox C,C,1.  
*R. v. Bruneau*, [1964] 1 C.C.C. 97.  
*R. v. Burnes* 16 Cox C.C., 355 (1886).  
*R. v. Chief of Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Choudhury*,  
[1991] 1 All E.R. 306.  
*R. v. Sharkey*, (1949) 79 CLR 121.  
*Scales v. U.S.*, 367 U.S. 203 (1961).  
*Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47 (1919).  
*U.S. v. Robel*, 389 U.S. 258.  
VGH Mannheim, NJW 1976, 2177.  
*West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).  
*Yates v. U.S.*, 354 U.S. 298 (1957).  
*Ziyad Abu Eain v. Peter Wilkes*, United States Marshal for the Northern  
District of Illinois, United States Court of Appeals, 7<sup>th</sup> Circuit, 641  
F.2d 504.



## ספרות

- אזרחי, י', 'המימד התרבותי של מושג הכוח בדמוקרטיה המודרנית', **זמנים** 50-51 (1994) 4.
- , 'מבוא', בתוך: י' אזרחי, מ' קרמניצר, מ' כהן וא' אלימי (עורכים), **ישראל לקראת דמוקרטיה חוקתית: עקרונות לתיקון מדינה ומשטר** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, פרסומי המועצה הציבורית, 2001, כרך 1) 18.
- אזרחי, י', מ' קרמניצר, מ' כהן, וא' אלימי (עורכים), **ישראל לקראת דמוקרטיה חוקתית: עקרונות לתיקון מדינה ומשטר** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, פרסומי המועצה הציבורית, 2001, כרך 1) 18.
- בין, ד', 'חוק־היסוד והעברות הספציפיות', **מחקרי משפט** יג (התשנ"ו) 251.
- בילסקי, ל', 'משפט ופוליטיקה: משפטו של יגאל עמיר', **פלילים** ח (התש"ס) 13.
- בנבנשתי, א', 'הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת', **משפטים** ל (התשנ"ט) 29.
- בנדור, א', 'זכות המועמדות בבחירות לכנסת', **משפטים** יח (התשמ"ח) 269.
- בנחביב, ש', 'רציונליות דיוניות ודגמים של לגיטימיות דמוקרטית', **זמנים** 50-51 (1994) 70.
- בן־נון, ח', **מרי אזרחי** (תל אביב: יער, 1992).
- ברזילי, ג', 'מרכז נגד פריפריה: דיני "מניעת טרור" כפוליטיקה', **פלילים** ח (התש"ס) 229.
- ברלין, י', 'אחדות אירופאית ומשבריה', בתוך: **האנושות – בול עץ עיקש: פרקים בהיסטוריה של הרעיונות** (תרגם עדי אופיר, תל אביב: עם עובד, 1995).
- ברנר, א', 'עבירת הסחיטה באיומים – שאלות של דין רצוי: לחץ פוליטי כסחיטה באיומים', **פלילים** ח (התש"ס) 299.
- ברק, א', 'הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק־היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)', **מחקרי משפט** יג (התשנ"ו) 5.
- , 'המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה', **משפטים** כז (התשנ"ז) 223.
- , 'תפקידו של בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית', בתוך: ר' כהן־אלמגור (עורך), **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** (תל אביב: ספרית פועלים, 1999) 129.
- גביון ר', 'מבוא', בתוך: ר' גביון (עורכת), **זכויות האזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן** (ירושלים: האגודה לזכויות האזרח, 1982) 9.
- , 'עשרים שנה להלכת ירדור: הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה', בתוך: א' ברק ואח' (עורכים), **גבורות לשמעון אגרנט** (ירושלים: [חמו"ל], 1986) 145.
- , **זכויות אדם בישראל** (תל אביב: משרד הביטחון, 1994).
- גוטפלד, א', 'דמוקרטיה במשבר: "הסתה ובגידה" בארצות הברית במלחמת העולם ה־I', **זמנים** 24 (1997) 21.

- גנאים ח', מ' קרמניצר, וב' שנור, **לשון הרע: הדין המצוי והרצוי** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005).
- גנדי, מ', 'אי-ציות אזרחי', בתוך: י' ויינשטיין (עורך), **אי-ציות ודמוקרטיה** (ירושלים: מרכז שלם, 1998) 121.
- דאל, ר', **על הדמוקרטיה** (תרגם אליעזר פלד, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2002).
- דיין-אורבך, א', 'המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי', **עיוני משפט** כ (התשנ"ו) 377.
- דין וחשבון הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות** (1997).
- הד, ד', 'על-פי רוב', בתוך: ר' כהן-אלמגור (עורך), **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** (תל אביב: ספרית פועלים, 1999) 77.
- הראל, א', 'עברות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן "אפשרות התממשות של נזק" – חשיבה מחדשת', **משפטים** ל (התשנ"ט) 69.
- ויתקון, א', 'הרהורים וכמה זכרונות נעורים על חופש העיתונות', בתוך: ר' גביזון (עורכת), **זכויות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן** (ירושלים: האגודה לזכויות האזרח, 1982) 153.
- זלצברג, ע', וא' קידר, 'המהפכה השקטה: עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים', **משפט וממשל** ד (התשנ"ח) 489.
- זמיר, י', 'חרות הביטוי כנגד לשון הרע ואלמות מילולית', בתוך: א' ברק ואח' (עורכים), **ספר זוסמן: לזכרו של יואל הכהן זוסמן, נשיא בית המשפט העליון** (ירושלים: [חמו"ל], 1984), 149.
- זדין, א', 'על תקנות-שעת-חרום', בתוך: א ברק וט' שפניץ (עורכים), **ספר אורי ידין**, א (תל אביב: בורסי, 1990) 111.
- יונה, י', 'מדינת כל אזרחיה, מדינת-לאום או דמוקרטיה רב-תרבותית: ישראל וגבולות הדמוקרטיה הליברלית', **אלפיים** 16 (1998) 238.
- ילאביץ', פ', 'חירות להרוס את החירות: דברי שטנה ברפובליקה של ויימאר', בתוך: מ' קונפינו (עורך), **כוח המילים וחולשת הדעת: תעמולה, הסתה וחופש הביטוי** (תל אביב: עם עובד, תשס"ג) 181.
- כהן-אלמגור, ר', **גבולות הסובלנות והחירות: תיאוריה ליברלית והמאבק בכהנאות** (ירושלים: אקדמון, 1994).
- כרמון, א', 'הקדמה', בתוך: י' אזרחי, מ' קרמניצר, מ' כהן וא' אלימי (עורכים), **ישראל לקראת דמוקרטיה חוקתית: עקרונות לתיקון מדינה ומשטר** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, פרסומי המועצה הציבורית, 2001, כרך 1) 9.
- לוק, ג', **על הממשל המדיני** (תרגם יוסף אור, ירושלים: מאגנס, 1997).

מיל, ג"ס, **על החירות** (1859) (תרגם אריה סימון, ירושלים: מאגנס, 1994).

מרזל, י', **המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות** (שריגים-ליאון: נבו, 2004).

מרידור, ד', 'עיקרים בהצעת חוק-יסוד החקיקה', **משפט וממשל** א (התשנ"ב) 387.

מרמור, א', 'על גבולות הדמוקרטיה: תורת המדינה בעקבות רצח רבין', בתוך: א' רוזן-צבי (עורך), **ספר השנה של המשפט בישראל** (תל אביב: פפירוס, 1996) 1.

נבות, ס', 'חבר הכנסת כ'נאמן הציבור', **משפטים** לא (2001) 425.

נגבי, מ', **חופש העיתונות בישראל: ערכים בראי המשפט** (ירושלים: מכון ירושלים לחקר ישראל, 1995).

סבן, א', 'הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו', **עיוני משפט** כו (התשס"ב) 241.

סגל, ז', 'הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת', **עיוני משפט** ט (התשמ"ג) 175.

—, **חופש העיתונות: בין מיתוס למציאות** (תל אביב: פפירוס, 1996).

סמוחה, ס', 'המשטר של מדינת-ישראל: דמוקרטיה אזרחית, אי-דמוקרטיה או דמוקרטיה אתנית', **סוציולוגיה ישראלית** ב (1999) 565.

עוז-זלצברג, פ', 'הדמוקרטיה הליברלית: מבט היסטורי', בתוך: ר' כהן-אלמגור (עורך), **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** (תל אביב: ספרית פועלים, 1999) 41.

פדחור, ע', וא' פרייגר, 'האתגר של מפלגות קיצוניות למשטרים דמוקרטיים: ישראל כדוגמה', **תרבות דמוקרטית** 8 (2004) 73.

—, 'בין דמוקרטיה מתגוננת לדמוקרטיה מתחסנת: ישראל במבחן', **תרבות דמוקרטית** 6 (2002) 135.

פלא, ש"ז, 'הקשר הפלילי מול השותפות לדבר עברה', **משפטים** ז (התשל"ו) 232.

—, **דיני ההסגרה** (ירושלים: אקדמון, 1980).

—, **יסודות דיני עונשין**, ב (ירושלים: המכון הישראלי לפרסומים תלמודיים, 1987).

פפה, א', 'האזרחים הפלסטינים בישראל לקראת המאה העשרים ואחת', בתוך: ר' כהן-אלמגור (עורך), **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** (תל אביב: ספרית פועלים, 1999) 211.

פרידלנד, נ', **ספקולציות פסיכולוגיות על הסתה – שלטון החוק בחברה מקוטבת: היבטים משפטיים, חברתיים ותרבותיים** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה ומשרד המשפטים, 1999) 128.

צור, מ', **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 16, 1999).

קדמי, י', **על הדין בפלילים** חלק שלישי (תל אביב: דיונון, 1995).

- קימליקה, ו', ור' כהן-אלמגור, 'מיעוטים עדתיים-תרבותיים בדמוקרטיה ליברליות', בתוך ר' כהן-אלמגור (עורך), **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** (תל אביב: ספרית פועלים, 1999) 187.
- קלזן, ה', **על מהותה וערכה של הדמוקרטיה** (תרגם יצחק אנגלרד, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005).
- קרמניצר, מ', 'על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לדבר עברה', **משפטים יד** (התשמ"ד) 231.
- , 'על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני', בתוך: א' ברק ואח' (עורכים), **גבורות לשמעון אגרנט** (ירושלים: [חמו"ל], 1986) 325.
- , 'פרשת אלבה: "בירור הלכות הסתה לגזענות"', **משפטים** ל (התשנ"ט) 105.
- , 'גבולות חופש הביטוי', **העין השביעית** 1 (1996) 26.
- , **פסילת רשימות** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 59, 2005).
- , **המרמה הפלילית** (טרם פורסם).
- קרמניצר, מ', ש' גולדמן, וע' טמיר, **רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי: הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 38, 2003).
- קרמניצר, מ', וח' גנאים, **הסתה, לא המרדה: ההמרדה בדיני העונשין – הדין המצוי והדין הרצוי** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 7, 1997).
- קרמניצר, מ', ול' לבנון-מורג, 'הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות: על ערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעברות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא', **משפט וממשל ז** (התשס"ד) 305.
- קרפ, י', 'המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', **הפרקליט** מב (התשנ"ו) 64.
- רובינשטיין, א', וב' מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה חמישית, תל אביב: שוקן, 1996).
- רז, י', 'חופש הביטוי וזיהוי עצמי', **זמנים** 51-50 (1994) 52.
- שגב, ר', **חופש הביטוי נגד רשויות המדינה: הצעה לביטול האיסורים על ביטויים הפוגעים במעמדם של שופטים ועובדי ציבור** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2001).
- שנהר, א', **דיני לשון הרע** (ירושלים: נבו, 1997).
- שפירא, ר', 'הוארך מעצרו של חופש הביטוי', **הארץ** (4.12.1995).
- תמיר, י', 'ממציאות הכרחית למעלה טובה: המיתוס הדמוקרטי', **זמנים** 51-50 (1994) 28.

- Archbold, J. F., *Criminal Pleading, Evidence and Practice 2003* (Edited by P.J. Richardson, London: Sweet and Maxwell, 2003).
- Arzt, G., 'Anmerkung zu BGH-Urteil', *JZ* 1984, 428.
- Backes, U., *Schutz des Staates* (Otto von Freising-Vorlesungen der Katholischen Universität Eichstätt 17) (Opladen, 1998).
- Backes, O., *Rechtsstaatsgefaehrungsdelikte und Grundgesetz* (Koeln: C. Heymanns, 1970).
- Baer, S.: 'Violence: Dilemmas of Democracy and Law', in Kretzmer and Hazan (eds.), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy* (The Hague: Kluwer Law International, 2000) 63.
- Barendt, E., *Freedom of Speech* (Oxford: Oxford University Press, 1985).
- Barton, S., 'Der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung (§108e StGB)', *NJW* 1994, 1098.
- Beck, W., *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung* (Berlin: Duncker und Humblot, 1992).
- Becker, M., *Korruptionsbekämpfung im parlamentarischen Bereich*, dissertation (Bonn, 1998).
- Bemmann, G., 'Staatsschutz und Demonstrationsrecht', in Bemmann & Manoledakis (Hrsg.), *Der strafrechtliche Schutz des Staates, Griechisch-Deutsches Symposium fuer Strafrecht und Verfassungsrecht* (Neuwied: Luchterhand, 1987) 29.
- Bennhold, M., *Absicht bei Verfassungsgefaehrung* (Neuwied: Luchterhand, 1966).
- Bertel, Ch., *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Auflage (Hoepfel & Ratz, Hrsg., Wien: Manz'sche, 2001) §308.
- Blackstone's Criminal Practice* (Edited by Peter Murphy, London: Blackstone Press, 2001).
- Boasberg, J. E., 'Seditious Libel v. Incitement to Mutiny: Britain Teaches Hand and Holmes a Lesson', *10 Ox. J. of Legal Stud.* (1990) 106.
- Boventer, G. P., *Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat* (Berlin: Duncker und Humblot, 1985).
- Canu, I., *Der Schutz der Demokratie in Deutschland und Frankreich* (Opladen: Leske, 1997).
- Cramer, P., in *Schoenke und Schroeder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl. (Muenchen: C.H. Beck Verlag, 2001) §331.

- Dinstein, Y., 'The Dilemmas of Democracy', 26 *Israel Yearbook on Human Rights* (1996) 1.
- Dreher, E., 'Das Dritte Strafrechtsaenderungsgesetz, Teil I', *JZ* 1953, 421.
- Dworkin, R., *A Matter of Principle* (Cambridge: Harvard University Press, 1985).
- Emerson, T. I., *The System of Freedom of Expression* (New York: Vintage Books, 1970).
- Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960 mit Begrueudung* (Bonn, 1960).
- Epp, U., *Die Abgeordnetenbestechung — §108e StGB* (Frankfurt: P. Lang, 1997).
- Eser, A., in Schoenke und Schroeder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage (Muenchen 2001) Vorbem §§105ff.
- Examination of Trials for Sedition in Scotland* (1888).
- Fabtziky, *StGB MANZ Kommentar*, 9. Auflage 2006.
- Ferguson, L. R., 'Group Defamation: From Language to Thought to Action', in M. H. Freedman and E. M. Freedman (eds.), *Group Defamation and Freedom of Speech* (London: Greenwood Press, 1995) 71.
- Feuerbach, A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gueltigen peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagrafen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts* (Hrsg. von Mittermaier, Giessen: Heyer, 1840).
- Fletcher, G. P., 'Thinking Torts: Private Remedies for the Defamation of Political Leaders', in D. Kretzmer and F. Hazan (eds.), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy* (The Hague: Kluwer Law International, 2000) 215.
- Foregger, E., in *Wiener Kommentar*, 6. Lieferung (Wien, 1999) §242.
- Frowein, J., 'How to Save Democracy from Itself?', 26 *Israel Yearbook on Human Rights* (1996) 201.
- Garibaldi, O. M., 'General Limitations on Human Rights: The Principles of Legality', 17 *Harv. Int. L. J.* (1976) 503ff.
- Gegenueberstellung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (E 1962)* (Bonn, 1962).
- Glitz, P., 'Am Widerstand scheiden sich die Geister', in P. Glitz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaat* (Frankfurt: Suhrkamp, 1983) 8.
- Greenawalt, K., 'Free Speech Justification', 89 *Columb. L. Rev.* (1989) 119.

- Grolmann, K., 'Verbrechen gegen die oeffentliche Rechtssicherheit des Staates. Von den Majestaetsverbrechen', in (Hrsg.) Friedrich-Christian Schroeder, *Texte zur Theorie des politischen Strafrechts Ende des 18.Jh./Mitte des 19.Jh.*, (Darmstadt: Wiss. Buchges, 1974).
- Gruell, S., 'Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung', *ZRP* 1992, 371.
- Gruenwald, G., 'Meinungsfreiheit und Strafrecht', *KJ* 1979, 291.
- Gusy, Ch., 'Anmerkung zum Bundesverfassungsgerichtsurteil', *JZ* 1990, 640.
- H.-H. v. Arnim, 'Abgeordnetenkorruption', *JZ* 1990, 1014.
- Habermas, J., 'Ziviler Ungehorsam — Testfall fuer den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritaeren Legalismus in der Bundesrepublik', in P. Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat* (Frankfurt, 1983) 29.
- Halsbury's Laws of England*, 4<sup>th</sup> ed. ( London: Butterworths, 1990).
- Harnischmacher, R., und R. Heumann, *Die Staatsschutzdelikte in der Bundesrepublik Deutschland* (Stuttgart: Kohlhammer 1984).
- Heisz, J., *Die Abgeordnetenbestechung nach §108e — Schliessung einer Regelungsluecke?* (Aachen: Shaker Verlag, 1998).
- Hellenthal, M., 'Kein Gesetzesvorbehalt fuer Nationalhymne! Bemerkungen zur Nationalhymne der Bundesrepublik Deutschland und ihrer rechtswirksamen Bestimmung durch den Bundespraesidenten', *NJW* 1988, 1294.
- Herzog, R., *Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland* (Maunz, Duerig & Herzog — Hrsg., Kommentar, Band I, Muenchen, 1993) Art 5.
- Heyer, F., *Die Entwicklung des politischen Strafrechts seit Inkrafttreten des Reichstrafgesetzbuches* (Muenster, 1972).
- Hubmann, H., 'Grundsaeetze der Interessenabwaegung', *AcP* 155, 85 (1956).
- Ingraham, B. L., *Political Crime in Europe: A Comparative Study of France, Germany and England* (Berkeley: University of California Press, 1979).
- Isensee, J., *Das Grundrecht auf Sicherheit* (Berlin: de Gruyter, 1983).
- Jescheck, H. H., & Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. (Berlin: Duncker und Humblot, 1996).
- Jescheck, H. H., 'Der strafrechtlice Staatsschutz im Ausland', *ZStW* 74, 339.
- Kant, I., *Metaphysik der Sitten* (Hrsg. Von Vorlaender, Neudruck, Hamburg, 1954).

- Kareklás, S. E., und Ch. Papacharalambous, *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht: Griechenland* (Freiburg: Edition Iuscrim, 2001) 65.
- Karpen, U., und K. Hofer, 'Die Kunstfreiheit des Art. 5 III 1 GG in der Rechtsprechung seit 1985 — Teil 2', *JZ* 1992, 1060.
- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre* (Leipzig-Wien: Deuticke, 1934).
- Kern, E., *Der Strafschutz des Staates und seine Problematik* (Tuebingen: Mohr, 1963).
- Kerner, H.J., und S. Rixen, 'Ist Korruption ein Strafrechtsproblem? Zur Tauglichkeit strafgesetzlicher Vorschriften gegen Korruption', *GA* 1996, 355.
- Klein, R., 'Straflosigkeit der Abgeordnetenbestechung', *ZRP* 1979, 174.
- Kleinschrod, G. A., 'Ueber den Begriff und die Strafbarkeit des Hochverraths, nach allgemeinen Grundsätzen', in *Texte zur Theorie des politischen Strafrechts Ende des 18. Jh./Mitte des 19. Jh.* (Hrsg. Friedrich-Christian Schroeder, Darmstadt, 1974).
- Krauth, H., W. Kurfess W., und H. Wulf, 'Zur Reform des Staatsschutz-Strafrechts durch das Achte Strafrechtsaenderungsgesetz', *JZ* 1968, 577.
- Kretschmer, P., *Strafrechtlicher Ehrenschatz und Meinungs- und Pressefreiheit im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika* (Frankfurt a/M: P. Lang, 1994).
- Krutzki, G., 'Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole: Eine Dokumentation zu §90a StGB', *KJ* 1980, 294.
- Kutscha, M., *Verfassung und 'streitbare Demokratie'* (Koeln: Paul-Rugenstein, 1979).
- Langer-Stein, R., *Legitimation und Interpretation der Strafrechtlichen Verbote Krimineller und terroristischer Vereinigungen* (Muenchen: 1987).
- Langrock, G., *Der besondere Anwendungsbereich der Vorschriften ueber die Gefaehrung des demokratischen Rechtsstaates (§§84 bis 91 StGB)* (Tuebingen: Mohr, 1972).
- Langsted, L. B., V. Greve, and P. Garde, *Criminal Law in Denmark* (The Hague: Kluwer Law International, 1998).
- Last, U. M., *Die Staatsverunglimpfungsdelikte: §§90-90b StGB* (Regensburg: S. Roderer, 2000).
- Laufhuetten, H. W., *Leipziger Kommentar zum StGB — Grosskommentar*, 11. Aufl., 4. Lieferung (Berlin: de Gruyter, 1992) Vor §80.



- Law Reform Commission of Canada, Working Paper 49, Crimes against the State* (Ottawa, 1986).
- Leggewie, C., und H. Meier, *Republikenschutz* (Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1995).
- Lenckner, Th., in Schoenke/Schroeder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage (Muenchen, 2001) §193.
- Leukauf, O., und H. Steininger, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Auflage (Eisenstadt: Prugg, 1979).
- Lewis, A., 'Keynote Address: Freedom of Speech and Incitement against Democracy', in Kretzmer and Hazan (eds.), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy* (The Hague: Kluwer Law International, 2000) 3.
- Lieberman, D. M., 'Sorting the Revolutionary from the Terrorist: The Delicate Application of the "Political Offense" Exception in U.S. Extradition Cases', 59 *Stan. L. Rev.* (2006) 181.
- Liourdi, A. S., 'Herkunft und Zweck der Strafbestimmungen zum Ehrenschutz des Staatsoberhauptes: Eine systematische und rechtsvergleichende Darstellung unter Beruecksichtigung des deutschen und griechischen Rechts', dissertation, Goettingen Univ. (Goettingen, 1990).
- Livos, N., *Grundlagen der Strafbarkeit wegen Hochverrats* (Pfaffenweiler: Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1984).
- Lobban, M., 'From Seditious Libel to Unlawful Assembly: Peterloo and the Changing Face of Political Crime 1770-1820', 10 *Ox. J. of Leg. Stud.* (1990) 307.
- Loewenstein, K., 'Militant Democracy and Fundamental Rights', 31 *American Political Science Review* (1937) 417-432, 638-658.
- Maher, L. W., 'The Use and Abuse of Sedition', 14 *Sydney L. Rev.* (1992) 287.
- Maurach, R., Ch. Schroeder, und M. Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil*, Teilband 2, 8. Aufl. (Heidelberg: C. F. Mueller, 1999).
- Mewett, A. W., und M. Manning, *On Criminal Law*, 3rd. ed. (Toronto: Butterworths, 1994).
- Mischka, M., *Hochverrat und Staatsgefaehrung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs* (Bonn, 1962).
- Niggli, M. A., Wiprächtiger & Flachmann, *Basler Kommentar Strafgesetzbuch II* (Basel: Helbing und Lichtenhahn, 2003).

- Papacharalambous, Ch., 'Griechenland', in *Korruptionsbekaempfung durch Strafrecht* (Eser, Ueberhofen & Huber, Hrsg., Freiburg: Iuscrim 1997) 169.
- Petters-Preisendanz, *Strafgesetzbuch*, 28. Auflage (Berlin, 1974).
- Pfannenschwartz, K., und T. Schneider, *Das System der strafrechtlichen Gesinnungsverfolgung in Westdeutschland* (Berlin: Staatsverlag der DDR, 1965).
- Pfeiffer, G., 'Der strafrechtliche Schutz des Staates', in Bemann und Manoledakis, *Der strafrechtliche Schutz des Staates, Griechisch-Deutsches Symposium fuer Strafrecht und Verfassungsrecht* (Neuwied: Luchterhand, 1987) 3.
- Pieth, M., *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II* (Niggli & Wipraechtger, Hrsg.: Basel, 2003) Art. 322ter.
- Pollock, F., und F. W. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, Vol. II, 2<sup>nd</sup> ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1968).
- Rawls, J., *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971).
- Raz, J., *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon, 1994).
- Review of Commonwealth Criminal Law, Fifth Interim Report, June 1991, Part V — Offences Relating to the Security and Defence of the Commonwealth.*
- Review of Commonwealth Criminal Law, Fourth Interim Report, November 1990, Part IV — Bribery and Corruption.*
- Robbers, G., *Sicherheit als Menschenrecht* (Baden-Baden: Nomos, 1987).
- Roggemann, H. von Baeren, 'Loewen und Adlern — zur Reichweite der §§90a und b StGB — Meinungs- und Kunstfreiheit im gesamtdeutschen Verfassungs und Strafrecht', *JZ* 1992, 934.
- Roxin, C., 'Sinn und Zweck der Strafe', in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme* (Berlin, 1973) 12.
- Schauer, F., Speech, 'Behavior and the Interdependence of Fact and Value', in Kretzmer and Hazan (eds.) *Freedom of Speech and Incitement against Democracy* (The Hague: Kluwer Law International, 2000) 43.
- Schneider, H. P., 'Gesetzgeber in Eigener Sache — Zur Problematik parlamentarischer Selbstbetroffenheit im demokratischen Parteistaat', in Grimm & Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, 13 *Jahrbuch fuer Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Opladen, 1988) 327.

- Schroeder, F.Ch., *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht* (Muenchen: Beck, 1970).
- , ‘Moabiter Landrecht oder Hamburger juristische Spoenkiekerei?’, *NJW* 1980, 920.
- Schwagerl, H.J., *Verfassungsschutz in der Bundersrepublik Deutschland* (Heidelberg: C. F. Mueller Juristischer Verlag, 1985).
- Shapira, A., ‘Confronting Racism by Law in Israel — Promises and Pitfalls’, 8 *Cardozo L. Rev.* (1987) 595.
- Simeonidou-Kastanidou, E. ‘Der strafrechtliche Schutz der Demokratie’, in Bemmann & Manoledakis (Hrsg.), *Der strafrechtliche Schutz des Staates* (Neuwied, Luchterhand 1987) 16.
- Sozialdemokratische Partei Deutschland, Das politische Strafrecht* (Bonn, 1968).
- Spendel, G., ‘Zum Deutschland-Lied als Nationalhymne’, *JZ* 1988, 744.
- Spinellis, D., ‘Probleme des Hochverrats im Lichte der Erfahrungen aus der juengen griechischen Geschichte und Rechtsprechung’, *ZStW* 94 (1982) 1080.
- Stein, T., *Die Auslieferungsausnahme bei politischen Delikten* (Berlin: Springer, 1983)
- Stephen, F. J., *A History of the Criminal Law of England*, Vol. II (London: Macmillan, 1883).
- Stratenwerth, G., *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil*, 5. Aufl., (Bern: Stämpfli Verlag, 2000).
- Stree, W., und D. Sternberg-Lieben, in *Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch*, 26. Auflage (Muenchen: C.H. Beck Verlag, 2001) Vorbem. §§80ff.
- Tamir, Y., *Liberal Nationalism* (Princeton: Princeton University Press, 1993).
- Trechsel, S., *Schweizerisches Strafgesetzbuch — Kurzkomentar* (Zuerich, 1992).
- Tsatsos, D., ‘Einleitende Worte’, in Bemann & Manoledakis (Hrsg.), *Der strafrechtliche Schutz des Staates, Griechisch-deutsches Symposion fuer Strafrecht und Verfassungsrecht* (Neuwied Luchterhand, 1987) 1.
- United Kingdom, Law Commission* No. 72.
- Turner, J. W. C. (ed.), *Kenny’s Outlines of Criminal Law*, 19th. ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1966).

- Ueberhofen, M., *Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich* (Freiburg: Max-Planck-Institute fuer auslaendisches und internationales Strafecht, 1999).
- Unruh, P., *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten* (Berlin, 1996).
- Voss, H. K., *Meinungsfreiheit und verfassungsmaessige Ordnung* (Berlin: Duncker und Humblot, 1969).
- Wagner, J., 'Terrorismus, Hochverrat und Abhoergesetz', *NJW* 1980, 913.
- Wellington, H. H., 'On Freedom of Expression', 88 *Yale L.J.* (1979) 1105.
- Willms, G., 'Zur strafrechtlichen Absicherung von Organisationsverboten', in *Festschrift fuer Lackner* (Berlin: de Gruyter, 1987) 471.
- Zaczyk, R., '§193 StGB als Rechtfertigungsgrund', in *Festschrift fuer Hirsch* (Berlin: de Gruyter, 1999).
- Zwiehoff, G. 'Der Schutz der Staatssymbole', in Bemann und Manoledakis (Hrsg.), *Der strafrechtliche Schutz des Staates* (Neuwied, 1987) 107.



# עוד באותו עניין

## ממבחר פרסומי המכון הישראלי לדמוקרטיה

- אף על פי שחטא – ישראלי הוא? שלילת אזרחות בגין הפרת אמונים, אפרת רחף, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 73, 2008.
- בין הסכמה למחלוקת: דמוקרטיה ושלוש בתודעה הישראלית, יוחנן פרס, אפרים יער-יוכטמן, 1998.
- בלי כוונה: פגיעה בחפים מפשע בזמן מלחמה בטרור, דוד אנוך, עידו פורת, ראם שגב, מרדכי קרמניצר, 2007.
- האם הכול כשר בהתמודדות עם הטרור? על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ובעזה, מהדורה מעודכנת הכוללת רב-שיח בנושא ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד), מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 60, 2006.
- הגנה על חופש הביטוי במשטר הדמוקרטי (דברי יום עיון) מרדכי קרמניצר (מרכז אקדמי), 2003 (בשיתוף עם קרן קונרד אדנאואר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים).
- הסתה, לא המרדה: ההמרדה בדיני העונשין – הזין המצוי והזין הרצוי, מרדכי קרמניצר, חאלד גנאים, מחקר מדיניות 7, 1997 (קיים גם באנגלית).
- העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה, הילי מודריק אבן-חן, בהנחיית מרדכי קרמניצר ודוד נחמיאס, מחקר מדיניות 24, 2000.
- הצעת חוק השב"כ – ניתוח משווה: הערות מרכזיות להצעת החוק, לאור המשפט המשווה, אריאל צימרמן, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 3, 1997.
- הקרב של המאה ה-21: דמוקרטיה נלחמת בטרור, דן מרידור (יושב ראש), חיים פס (עורך), 2006.
- הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט: יתרונות מול סכנות, שחר גולדמן, בהנחיית רות גביון ומרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 15, 1999.
- הרשות המבצעת: סמכויותיה, תפקידיה ועקרונות פעולתה (המועצה הציבורית, הכינוס העשירי), 2004.
- הרשות השופטת: הסדרה חוקתית, מינוי שופטים, יסודות חוקתיים (המועצה הציבורית, הכינוס ה-11), 2004.
- חופש הביטוי, דברי יום עיון, 2002.
- חופש הביטוי נגד רשויות המדינה: הצעה לביטול האיסורים על ביטויים הפוגעים במעמדם של שופטים ועובדי ציבור, ראם שגב, בהנחיית מרדכי קרמניצר, 2001.

- חופש העיסוק: מתי על המדינה לקבוע בחוק תנאי כניסה לעיסוק מקצועי?**, מרדכי קרמניצר, עמרי בן-שחר, שחר גולדמן, מחקר מדיניות 11, 1998.
- חוקה בהסכמה, הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (בתוספת החוקים הנלווים: הצעת חוק ברית-הזוגיות וחוק השבת (ומועדי ישראל) בהנהגת מאיר שמגר, 2005 (קיים גם באנגלית).**
- חוקה שלא כתובה בתורה**, שוקי פרידמן, עמיחי רדזינר, בהנחיית ידידיה צ' שטרן, מחקר מדיניות 69, 2006.
- חוקה, חוקי יסוד, מגילת זכויות (המועצה הציבורית, הכינוס השלישי), 2001.**
- חוקי היסוד כתשתית לחוקה: ארגון מחדש של חוקי היסוד בדרך למסמך חוקתי כולל (המועצה הציבורית), מרדכי קרמניצר, דוד קרצ'מר, אבישי בניש, 2002.**
- ישראל לקראת דמוקרטיה חוקתית: עקרונות לתיקון מדינה ומשטר (המועצה הציבורית), ירון אזרחי, מרדכי קרמניצר, מרגית כהן, איתן אלימי, 2001.**
- כישלון במבחן בוזגלו: התמודדות רשויות אכיפת החוק עם עברות של אישי ציבור, גיא לוריא, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 71, 2008.**
- לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית? על חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (התשס"ב-2002), הילי מודריק אבן-חן, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות, 58, 2005.**
- לשון הרע: הדין המצוי והרצוי, חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר, בועז שנור, 2005.**
- מוסר, אתיקה ומשפט בלחימה: מאמר סיכום (פרויקט צבא-חברה) ברוך נבו, יעל שור, 2003 (קיים גם באנגלית).**
- סוגיית אופי המדינה והשלכותיה על החוקה: המבוא לחוקה (המועצה הציבורית, הכינוס השישי), 2003.**
- סוגיית העיגון של זכויות חברתיות בחוקה (המועצה הציבורית, הכינוס התשיעי), 2003.**
- סודות רשמיים: הצעה לתיקון האיסור הפלילי, מרדכי קרמניצר, אפרת רחף, מחקר מדיניות 56, 2005.**
- עברות נגד המשטר, חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 70, 2008.**
- פסילת רשימות, מחקר מדיניות 59, מרדכי קרמניצר, 2005.**
- תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, מיכל צור, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 16, 1999.**

force and the certainty of its verity. Without free debate, it would not be possible to instill in a society an intelligent, profound and strong commitment to the democratic form of government and the willingness to fight to preserve it and strengthen it. Gagging opponents is a reflection of weakness. Silencing antidemocratic views is liable to make such views more attractive and may even give the antidemocratic position more weight by conveying the message that democracy lacks sufficient persuasive power to overcome it in free and open debate. Minority or marginal groups sometimes adopt views rejecting democracy as an expression of their profound frustration and disappointment in the performance of the existing democracy. Even if the position is inappropriate, it is important to allow it to be heard in order to give voice to their feelings – otherwise, they may resort to violent measures. In addition, this makes it possible to deal with public disaffection and, thus, with the underlying causes of the antidemocratic positions. The appropriate means for dealing with “unacceptable” ideas, such as the rejection of the democratic system of government, is through the public education system.

Expressions of disloyalty or discontent toward the state, its institutions and its organizations should not be considered criminal offenses. The danger posed to the political structure and its proper functioning by publications of expressions of disloyalty is remote and indirect and, at most, should be considered a bad leaning that does not require punishment. Freedom of expression in both the personal and public realm also includes the freedom to express views that are worthless and hopeless in order to enable a venting of emotions that are considered to be negative by the subject, or at least, in order to allow them to be exposed and dealt with before they lead to the adoption of violent measures. Most importantly, such a prohibition is liable to result in an unjustified violation of freedom of expression because of the difficulty of distinguishing between true and false facts, as well as between reasonable and unreasonable opinions (especially in the political realm).

considerations, including the representation of particular sectors of the public. In the political world, striking “give and take” deals is legitimate in a democratic regime. Due to the special nature of the activities of Knesset members, the prohibition should be limited to direct material benefit to a specific Knesset member, or any other person, but not to benefit to the public at large or to a particular sector of the public. The normal rules that apply to the acceptance of a bribe apply to this prohibition, e.g., the bribe could have been given in advance or after the fact (based on a promise made in advance). The prohibition applies to the activities of a Knesset member within the framework of the legislature, including the factions, and does not apply to votes within a political party that is not represented in the Knesset. The prohibition does not violate the substantive immunity of a Knesset member since it is designed to ensure the fulfillment of the Knesset member’s constitutional, fiduciary duty.

Should a special status be ascribed to the physical injury of government officials while performing their official duties? There are both pros and cons. We tend to believe that there is justification for imposing a harsher punishment on someone who harms a government official with the aim of influencing a government decision, of preventing its implementation, or of imposing a different decision. A possible proposal in this context is to treat the physical injury to government officials as aggravated assault.

Nonviolent opposition to the democratic system of a government and a rejection of its legitimacy should not be prohibited through criminal law. Democracy is a form of government that is committed to a process of free and open public discussion as a requirement for shaping and adopting world outlooks and value judgments. Just as the power of the truth is in the free and open challenge to the lie, so too is the power of democracy in the competition with other political views. Without balanced political discussion, the concept of democracy is liable to turn into a dry dogma that lacks reason, persuasive



Therefore, the prohibition of the threat to use force against a state institution or its officials should be more limited than that of the normal offense of extortion and should only include threats that are liable to influence the performance of the government official. Some examples of threats of this nature are the threat to use force, which includes the threat of physical harm to the government official or to his or her close relations; a serious threat to harm society or part of it (e.g., spreading an epidemic, polluting the drinking water, or burning down a factory that is crucial to the state); a threat to cause severe and intensive harm to public life, which would be difficult to cope with and, thus, has a potential to influence decision makers and prevent them from acting with a clear conscience and sound judgment (e.g., blocking major roads and paralyzing traffic in order to force the Knesset or the government to act in a particular manner).

Nonviolent strikes do not fall within the bounds of grave actions that state officials are unable to withstand. The state has lawful means to bring an end to strikes that seriously harm public life. Moreover, in certain cases, by dealing with illegal strikes as offenses against the state, it is liable to create the impression that it is fighting workers, i.e., a hostile governmental view of workers – an outlook that is incompatible with a democratic regime.

The acceptance of bribes by Knesset members in their official capacity in a democratic institution is severe antisocial behavior. This phenomenon is more serious and more restricted than the normal phenomenon of bribery. In a democracy, the legislature is the most important branch of government since it determines the general norms, as well as the powers and procedures of the other branches. Moreover, there is a fundamental difference between the branches of government – the legislature, on the one hand, and the executive and judiciary, on the other hand. The latter two branches are clearly supposed to act solely for the benefit of the public at large. In contrast, the legislative branch also acts in the political realm based on political and partisan

district court may issue its ruling only after the organization in question has submitted its response; a declaration may not be made *ex parte*. As stated above, the forbidden activities that are affiliated with unlawful association include leadership and active membership in the organization, the maintenance or reinforcement of its organizational structure, and other acts of assistance.

Active membership is intensive participation in activities to advance the purposes of the organization. Passive membership, which reflects the willingness to join the organization, should not fall within the bounds of this offense since the danger posed by such participation is negligible. Furthermore, a person may have joined an illegal organization (or failed to leave one) because of momentary weakness, a desire to please or impress others, or a fear of their reaction. The failure to leave the organization may also be the result of forgetfulness or the lack of importance ascribed to membership in it.

The law regarding the finality of legal proceedings should be applied to the process of organizing, and litigation should not be allowed to continue indefinitely. However, regarding the activities of active organizers, this principle should not apply to the question of unlawful association itself, and anyone charged with this offense should be allowed to submit a legal claim of lawful association.

The use and threat of the use of force against a state institution (e.g., the Knesset, the government or one of its members) with the objective of influencing its functioning or his or her performance, is a special and more serious – although more limited – form of the usual phenomenon of extortion. Regular extortion violates an individual's freedom of decision and action, and the damage is confined to the victim of extortion. In contrast, the extortion of state officials while acting in an official capacity could harm the entire public or, at least, a large sector of the public. Nevertheless, a state official, who is naturally in a position of power, is expected to withstand threats that are not very serious.



offense of conspiracy from punishment for thoughts alone, the formulation of a plan to commit revolutionary and subversive acts against the state should be required. The plan does not have to contain details regarding all its means and objectives. However, in order for it to be considered an attempt to harm the state, it must include its strategies and the designated time and place for their implementation. Therefore, the revolution attempt is punishable because it is a typical case of a criminal act, and acts of preparation are punishable in light of the importance of protecting this value and the need to take preventive measures. Nevertheless, it is proposed – due to the severe criminal nature of attempted revolution, as opposed to acts of preparation – to set the punishment for acts of preparation at half of the maximum sentence prescribed by law for revolution and attempted revolution.

Conspiracy to undermine the democratic political system by harming its structure and its governmental institutions – through the use or threat of the use of force – is an abuse of the democratic system. Therefore, it is justified to prohibit the establishment of an organization and participation as a leader or member in an organization whose goal is the use or threat of the use of force to abolish or change the system of government, to eliminate or to harm a government institution, and to unlawfully impede the proper constitutional functioning of state institutions. Political parties, their branches and offshoots, as well as any other organizations that have the aforesaid goals, which have been rendered unconstitutional for this reason, all fall within the bounds of unlawful association. An illegal political party is one that has been declared as such by a conclusive decision. In this context, it is proposed that a decision by the Central Elections Committee regarding the illegality of a political party require the approval of the Supreme Court. If an organization is not a political party, the district courts should be granted the authority to declare it illegal upon the request of the Attorney General, while granting it the right of appeal to the Supreme Court. The

indirectly, society as well – are activities that harm or endanger the organizational and functional structure of the democratic state with the aim of destroying it or its institutions. The most obvious of these is a revolution, that is, the exchange of a democratic state for another regime or, at least, the incitement to overthrow the government or to cripple its ability to function. This includes activities that prevent the state's institutions from performing their constitutional duties; for example, actions designed to neutralize the Knesset or the government by preventing it from assembling and reaching decisions, such as through the imprisonment of Knesset members or ministers.

The dangers and the criminal nature of a revolution derive from two cumulative factors: the severity of the objective – to harm the democratic state – and the element of association for this purpose.

The offense of revolution also includes attempts and preparations for a revolution. If a revolution is successful, then this means that the existing political regime has been eliminated and the offenders (the revolutionaries) have risen to power. The revolutionaries (yesterday's offenders) do not stand trial; the revolution is the basis of their power and it is presented as an essential and justified act – a civilian revolution designed to protect the state and its citizens. Criminal proceedings will only be possible, if and when, the previous regime returns to power. Therefore, both as a deterrent and as law enforcement policy, it is justified to also include the prohibition of revolution attempts in the definition of the offense.

Furthermore, democracy is an essential social value and, therefore, a hypothetical danger to the existence of the state should suffice, and the criminality of the activities should not depend on a tangible or direct danger to the state's existence, provided that the acts that endanger the state are illegal in their own right (at least from the perspective of the goal). It is, therefore, also justified to prohibit acts of preparation to harm the state as an anomaly in criminal law. In order to clearly differentiate the

or incites hostility toward the government of Israel or toward one of its ministers in his or her official capacity. Furthermore, the definition of sedition under Section 136 of the Penal Law is very broad and vague and, consequently, may lead to an unjustified violation of the freedom of expression. This ambiguity results in arbitrary and discriminatory enforcement in normal times and excessive enforcement in times of crisis. Indeed, Section 138 includes stipulations to criminal responsibility, and according to Section 135, an indictment cannot be filed without the consent of the Attorney General. However, these stipulations do not remedy the antidemocratic elements in the definition of the prohibition. Moreover, there is no guarantee that the Attorney General will always take the best course of action, and citizens are entitled to the rule of law, and not to the rule of the Attorney General or the rule of judicial interpretation. Furthermore, there is a lack of harmony between these two statutes – certain phenomena are prohibited under both the Penal Law and the Defense (Emergency) Regulations – and the relation between them is not clear.

Therefore, the sedition offenses in the 1977 Penal Law and the 1945 Defense (Emergency) Regulations should be abolished. In their stead, the following phenomena should be defined as criminal offenses: revolutionary activity, including attempts and preparations for a revolution; as well as the establishment of an organization and participation as a leader or member in an organization whose aim is the use or the threat of the use of force to abolish or change the system of government, to destroy or to harm a government institution, or to unlawfully harm the proper constitutional functioning of the institutions of a government. In this book, on the basis of a thorough examination of Israeli and comparative law, we wish to offer a detailed proposal to amend the section in the Penal Law that deals with offenses against the state.

One of the most serious and most dangerous phenomena confronting the democratic system of government – and,

## Abstract

# Offenses Against the State

**Khalid Ghanayim, Mordechai Kremnitzer**

Democracy is a social value that deserves and demands legal protection. It is indisputable that in every nation, it is not just the individuals who are entitled to protection, but their political framework as well. The democratic form of government is the political framework of the state that is predicated on civilian rule; therefore, its dissolution is a direct and immediate violation of the fundamental rights of its citizens, which creates a basis for the continuous and brutal infringement of the rights of those living under an undemocratic regime. The protection of a democratic form of government derives from the protection granted to its citizens; it is designed to enable the state to perform its duty to protect their fundamental rights and interests. Thus, the protection of the state and its institutions is a means to achieve the supreme goal of protecting the individual. The individual can only maintain and exercise his fundamental rights within a properly working physical and political framework; therefore, a subversion of the political framework harms the state's ability to act on behalf of its citizens.

The offense of sedition is an obsolete remnant of the British Mandate, which has its source in the common law of hundreds of years ago. Its aim is to protect the state, but at the same time, it may threaten the common fundamental values of a modern democracy. One example of this is the prohibition against a publication that may incite hatred, contempt or disloyalty toward government officials, or that may arouse discontent, resentment, ill will or enmity among the public. This prohibition also applies when the content of the publication is true. Likewise, the 1945 Defense (Emergency) Regulations declare as unlawful an association that promotes the incitement of hatred or contempt,

\* Translated by Neil Zwail.

Language Editor (Hebrew): Michaela Kelly  
Series and Cover Design: Ron Haran, Shuky Herskovitz  
Layout: Eran Zirman  
Printed by Art Plus, Jerusalem

ISBN 978-965-519-057-1

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optic, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

The Israel Democracy Institute's books and policy papers may be ordered from:

Tel: 1-800-20-2222, (972)-2-530-0800; Fax: (972)-2-530-0867

E-mail: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)

Website: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

The Israel Democracy Institute, P.O.B. 4482, Jerusalem 91044

Copyright © 2008 by The Israel Democracy Institute

Printed in Israel

All policy papers and one chapter of each book are now available for free download at [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il).

The statements published in the policy papers do not necessarily reflect the position of The Israel Democracy Institute.

# **Offenses Against the State**

**Khalid Ghanayim, Mordechai Kremnitzer**

POLICY PAPER **70**  
Jerusalem, December 2008



The Israel Democracy Institute