

10.6.2002

האוניברסיטה העברית  
הפקולטה למדעי החברה  
החוג למדע המדינה

### משטר מדינת ישראל

מרצה: יצחק גל-נור  
עבודה מס' 4: דמוקרטיה מתגוננת

דובי קננגיסר  
0-3581292-4

"אם העם הנחרד מבין, כי הוא עלול לגווע ברעב בגלל מיליארדים עליו להגיע למסקנה זו: לא נכנע עוד למדינה הבנוייה על רעיון הכזב של רוב. אנו רוצים דיקטטורה!" (מצוטט בשיירר, 1961: 52) במילים אלו קרא אדולף היטלר ב-1923 - לעם הגרמני לצאת כנגד רפובליקת וויימאר ולחסלה. תחת דגל זה התמודדה מפלגתו של היטלר על מקומות באותו פרלמנט שהוא עצמו הבטיח למגר. לא פחות משהייתה המפלגה הנאציונל-סוציאליסטית מפלגה גזענית, הייתה היא גם מפלגה אנטי-ממסדית ואנטי-דמוקרטית, ובמובן זה, לפחות, נמצאו לה, גם כיום, יורשות רבות בכל רחבי אירופה (Hainsworth, 2000). האם יכולה הדמוקרטיה הליברלית להגן על עצמה מפני פגיעה מבפנים על-ידי כוחות אנטי-דמוקרטיים בקרב הגוף האזרחי? האם הפגיעה בזכויות האדם המתחייבת ממגננה שכזו אינה מרוקנת את הדמוקרטיה מתוכן? ולבסוף - האם מגננה מוסדית שכזו היא בכלל יעילה לכשעצמה כנגד אותם גורמים בתוך החברה?

### הצידוק ההיסטורי לדמוקרטיה המתגוננת והטיעונים לזכותה

אחרי מלחמת העולם השנייה, ניסתה גרמניה המערבית להתמודד עם עברה ולמנוע הישנות הזוועות שהיא עצמה הביאה על העולם. לשם כך נוסחו בחוקה של הרפובליקה הגרמנית סעיפים שמטרתם למנוע עליית כוחות אנטי-דמוקרטיים לשלטון, מתוך המערכת הדמוקרטית עצמה. סעיף 21 לחוקה (Grundgesetz) של הרפובליקה הגרמנית קובע כי

(2) מפלגות אשר לפי מטרתן או לפי התנהגותן שוחרות, מתכוונות להגביל סדרי היסוד של דמוקרטיה חופשית או לסכן קיומה של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית הן מנוגדות לחוקה. (ע"ב 1/65, ע' 384)

בית המשפט הקונסטיטוציוני הגרמני אף קבע מפורשות בפסק-דין משנת 1953 כי המדובר הוא בביטוי של "דמוקרטיה לוחמנית" (Militante Demokratie) (ע' 384). ההנמקה לכך, כפי שהביע אותה השופט זוסמן בפסק-דין ידדור היא כי "מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקוה מן המפה" (ע' 390). מכך שהשופט זוסמן משווה את הסוגיה המונחת לפיתחו עם רפובליקת וויימאר, כפי שמציינת רות גביזון (התשמ"ז), עלינו להבין שבאומרו "יחסלוה וימחקוה מן המפה" לא התכוון השופט זוסמן רק לאיום פיזי: "המפלגה הנאצית וודאי לא איימה פיזית על גרמניה. היא איימה על הדימוקרטיה שלה ועל תשתיתה הערכית כמדינה שיש לה מחוייבות לנורמות מסויימות של חיים פוליטיים" (ע' 181).

אך השופט כהן, בדעת מיעוט בפסק-דין ידדור, קבע לא רק כי אין בישראל חקיקה פורמלית המאפשרת מניעת הזכות להבחר מרשימות בשל האידיאולוגיה שלהן, אלא אף כי גם אם חקיקה כזו הייתה בנמצא, עדיין חלה חובה על המדינה להוכיח קיומה של "סכנה ברורה ומידית" לפגיעה במדינה כתוצאה מאי-מניעת הזכות הזו מרשימה פלונית. כלומר, לא די לה למדינה להוכיח כי הרשימה המדוברת רוצה בהשמדת המדינה, אלא גם יש להראות כיצד יתאפשר לה להשיג את מטרתה זו (ע"ב 1/65, ע' 381). עמדה זו של השופט כהן זכתה להדים בעמדותיהם של השופטים ברק ושמגר בפסק-דין ניימן (Cohen-Almagor, 1994: 199-203), שקבעו מבחני סבירות לסכנה.

בעמדה זו של כהן, ובהמשך של ברק ושמגר, יש משום התעלמות מאלמנט הלגיטימציה הנובעת מהחלטת בית-המשפט - גם אם החלטה זו באה מסיבות פורמליסטיות בלבד - להתיר למפלגה שקוראת לפגיעה באופיה הדמוקרטי של המדינה או להשמדתה כליל להתמודד בבחירות (p. 214). לגיטימציה זו עשויה לעודד חלקים מהציבור לתמוך ברשימה שעל פניו נראית כבעלת סיכויים קטנים להצלחה בבחירות. חשוב מכך - השפעותיו של מהלך כזה עשויות להיות בלתי הפיכות,

באשר הצלחה חד-פעמית בבחירות, גם אם בעקבותיה תשלל זכותה של הרשימה לרוץ לכנסת (כפי שקרה עם רשימת כך), עלולה להביא לפופולריות הולכת וגוברת של הרשימה, ולעורר התנגדות חריפה ואף אלימה מצד תומכיה בהמשך הדרך, כאשר הסכנה אכן תהיה "ברורה ומיידית", והרשימה לא תורשה להתמודד. מכאן, שיש מקום להטיל מגבלות חמורות על חופש הדיבור (גם, או בעיקר, של מועמדים לפרלמנט), כאשר המדובר בו הוא הטפה להשמדת המדינה או ביטול המשטר הדמוקרטי. כלומר, לסיכום, במילותיו של סעיף 10 באמנה האירופית לזכויות האדם "[חופש הדיבור, הדעה והדיון החופשי] נושא בחובו חובות ואחריות" (quoted in Frowein, 2000: 33), ובשל כך יש להגביל את מי שבוחר להתעלם מאחריות זו.

### כלים העומדים לרשות הדמוקרטיה המתגוננת

בסעיף זה אבחן שניים מתוך מספר כלים העומדים לרשות הדמוקרטיה הישראלית בבואה להגן על עצמה מפני כוחות פנימיים המבקשים לפעול כנגדה. הכלים שאבחן הם (א) סירוב לאשר ייסודה של מפלגה בשל מטרותיה או מעשיה, (ב) הסעיפים בחוק העונשין למניעת הסתה. ראוי לציין כי בשני הסעיפים הללו חלו לאחרונה שינויים. בהמשך אדון בקצרה במשמעות השינויים הללו ובהשפעה שתהיה להם על הדמוקרטיה הישראלית.

#### א. סירוב לאשר ייסודה של מפלגה בשל מטרותיה או מעשיה

בעקבות פסקי-הדין *ירדור ונימן* (Cohen-Almagor, 1994: 239), ובעקבות הצלחת רשימת "כך" של כהנא להכנס לכנסת (Tabory, 1989: 92) מצא המחוקק לנכון להוסיף לספר החוקים של ישראל סעיפים שיסמיכו את ועדת הבחירות לפסול רשימות לא רק מטעמים פורמליסטיים אלא גם מטעמים אידיאולוגיים-תוכניים. על-פי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת (תיקון 35, אושר ב-6 במאי 2002), העילות לפסילת רשימה מהתמודדות בבחירות לכנסת הן "(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; (2) הסתה לגזענות; (3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל." בחוק המפלגות תשנ"ב, סעיף 5 (תיקון 13, אושר ב-6 במאי 2002), נוסף על שלושת התנאים הללו תנאי נוסף: רשימה לא תרשם אם קיים "(4) יסוד סביר למסקנה כי המפלגה תשמש מסווה לפעולות בלתי-חוקיות." שני הסעיפים הללו, יחד עם סעיף 63 לחוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה (נוסח משולב), התשכ"ט, מעניקים לוועדת הבחירות סמכות לפסול רשימות, כאשר לרשימות עומדת הזכות לערער לבית-המשפט העליון על החלטת הוועדה.

גביזון (התשמ"ז) טוענת כנגד הטעם האידיאולוגי-תוכני לפסילה, בדיוק משום שהוא עוסק בתכנים, ולא בשיטה: "האם מוצדק להגביל את הזכות להיבחר ... ולפסול רשימה שאנו מאמינים לה כי לא תפגע בהליכי קבלת ההחלטות הדימוקרטיות, רק משום שהתכנים בשמם היא פועלת אינם מתיישבים עם מהות המדינה כפי שהיא נתפשת היום על ידי רוב תושביה?" (ע' 158).

מאז שנחקקו החוקים הללו (בגרסתם המקורית), נפסלה רק רשימה אחת, היא רשימת "כך". "הרשימה המתקדמת לשלום" של מיארי גם היא הועמדה בפני סכנת פסילה בעקבות ערעור על הסכמת ועדת הבחירות לקבל את הרשימה, אך בית-המשפט העליון דחה (בהחלטת רוב) את העתירה והתיר לרשימה להתמודד בבחירות (Tabory, 1989: 95). עתירתה של רשימת "כך" לבית-המשפט העליון באה לאחר שיו"ר ועדת הבחירות, השופט גולדברג, התנגד (בדעת מיעוט) לפסילת הרשימה, בטענה כי עצם הבעת העמדה כנגד המדינה וכנגד הדמוקרטיה אין בה כדי לפסול רשימה מהתמודדות בבחירות (p. 95). בכך, קיבל את עמדת השופטים ברק ושמגר בנוגע למבחן הסבירות

שצריך להעמיד אל מול החלטה שכזו (cf. Cohen-Almagor, 1994: 242). אך בית-המשפט לא קיבל את טענותיו, והחליט פה אחד לדחות את עתירתה של רשימת "כך".

ניתן לטעון כי שני הסעיפים האחרונים (הסתה לגזענות ותמיכה במאבק מזוין נגד ישראל) אינם אלא מקרים פרטיים של "שלילת ישראל כמדינה דמוקרטית". למותר לציין כי בשני המקרים נחקקו החוקים באופן ספציפי בקונטקסט של צורך מיידי - בחוק המקורי האיסור על הסתה לגזענות נועד כדי לפסול את רשימתו של כהנא, ובתיקון החדש האיסור על תמיכה במאבק מזוין כנגד ישראל נועד לפסול רשימות כגון רשימותיהם של חה"כ עזמי בשארה ואחמד טיבי (שבבחירות '99 התמודדו יחדיו באותה רשימה), המואשמים בתמיכה, ואף בקריאה למאבק מזוין כנגד מדינת ישראל. הקלות בה נחקקו שני הסעיפים הללו במובהק כנגד גורמים ספציפיים במערכת הפוליטית של ישראל, מעוררת דאגה מפני תסמונת "המדרון החלקלק", שיקל על חברי הכנסת המכהנים למנוע מגורמים המאיימים עליהם פוליטית מלהתמודד, מתוך טענה של הגנה על הדמוקרטיה. בית-הלחמי (quoted in Tabory, 1995) כתב על כך כי "כשאני מגן על זכות הביטוי של מאיר כהנא, אני מגן על זכות הביטוי שלי, ושל כולם... הגנתי על חופש הביטוי של אחרים מעניקה לי את הבסיס המוסרי לדרוש זכות זו לעצמי" (p. 96, תרגום שלי) - ומכאן, כאשר צד כלשהו מסכים להגביל את זכותו של ציבור מסוים להביע את עמדותיו ולהעמיד אותן למשפט הבוחר, הוא מסתכן בכך שביום מן הימים יהיה זה הוא שיוגבל, בשם אותם עקרונות.

כמו כן ראוי לציין תוספת חדשה נוספת לחוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה (נוסח משולב) התשכ"ט (תיקון 46, אושר ביום 6- במאי 2002), המסדירה את הליך פסילת שם מסוים מתוך רשימה המוגשת לוועדת הבחירות. על-פי סעיף זה, יכולה ועדת הבחירות לפסול אדם מסוים מתוך רשימה, בשל אותן העילות שפורטו לעיל, מבלי לפסול את הרשימה כולה. אם נבחן סעיף זה לאור החלטת בית המשפט בפסק דין ניימן, נראה כי בפסק-דין זה נקבע כי אין זה די להראות שחלק מחברי הרשימה היו שייכים לרשימה שנפסלה (במקרה זה ראש הרשימה מיארי, שהיה חבר ברשימת אל-ארד), אלא יש להוכיח שהרשימה החדשה בפני עצמה נושאת בחובה מסרים שיהוו עילה לפסילתה (Cohen-Almagor, 1994: 200). הסעיף החדש יאפשר לעקוף קביעות מעין אלו על-ידי פסילה אישית של מועמדים שמזוהים עם תנועות או מסרים פסולים בעיני המדינה, מבלי להזדקק לפסילת הרשימה כולה.

### ג. מניעת הסתה

כאמור, חוק יסוד: הכנסת קובע כי מפלגה שמסיתה לגזענות אינה רשאית להתמודד בבחירות. אך המחוקק הישראלי לא הסתפק בשלילת הזכות להבחר ממי שמביע עמדות גזעניות, אלא אף קבע בחוק העונשין כי הסתה לגזענות, גם על-ידי אדם פרטי שאינו מתמודד בבחירות, היא עבירה שדינה חמש שנות מאסר, ואף מנע מראש יישום של מבחן סבירות, בקובעו כי "לענין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא ואם היה בו אמת או לא" (חוק העונשין תשל"ז, סעיף 144ב (ב)).

סעיף זה הצטרף לסעיף שנכלל בחוק המקורי, שאסר פרסומי המרדה, שהוגדרו ככאלו שנועדו "להביא לידי שנאה, בוז או אי-נאמנות למדינה או לרשויות השלטון או המשפט שלה שהוקמו כדין", להסית את יושבי הארץ להשגת שינוי של דבר שיסודו בדין בדרכים לא כשרות, "לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ" או "לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין" (סעיף 136 לחוק העונשין תשל"ז). כפי שניתן להבין, סעיף ההמרדה לכשעצמו הוא גורף ובעייתית

במגבלות שהוא מטיל על חופש הדיבור של תושבי המדינה (Kremnitzer and Ghanayim, 2000: 196).  
סעיף ההסתה לגזענות רק מחדד את הבעייתיות שבסעיף ההמרדה.

יש להבדיל בין הסתה והמרדה לבין עבירת שידול - זו האחרונה מתרכזת באיש אחד או קבוצה קטנה של אנשים, כאשר למשדל יש קשר רציף עם האדם או הקבוצה, מתוך מטרה ללוות אותם עד להשגת מטרותיו הנפשעות. לעומת זאת, במקרים של הסתה והמרדה, המסית פונה אל קבוצה גדולה ובלתי-מוגדרת של אנשים ("יושבי הארץ", בלשון החוק), ומן הסתם אינו מסוגל ללוותם ולשמור על קשר רציף ודו-סטרי עימם. למעשה, מרגע שאמר את דבריו, אין המסית יכול לחזור בו מהם, ואין הוא יכול לנטרל את הנזק שגרם, משום שאין לו כל שליטה על אלו ששמעו את דבריו. על כן, לא עומדת למסית או לממריד האפשרות להתחרט, כפי שזו ניתנת למשדל לדבר עבירה, ולו בתנאי שהצליח למנוע, בכוחות עצמו או דרך פנייה לרשויות, אם דבר העבירה לה שידל (סעיף 34 לחוק העונשין) (Kremnitzer and Ghanayim, 2000: 160-162).

קל לאדם הנאור לתמוך בסעיף איסור ההסתה לגזענות, שהרי פגיעתה הרעה של הגזענות והמשקעים הקשים שהיא מותירה אחריה ברורים לכל. אך יש מן הטעם לשאול האם אין בהגדרה הגורפת ובניתוק העבירה משאלת הסבירות של השפעתה על מעשים של ממש, משום פגיעה שאינה מתקבלת על הדעת בחופש הדיבור המובטח לכל אדם במדינה דמוקרטית. דילמה זו התקיימה באופן ברור ביותר במחלוקת בין השופטים האמריקאיים הולמס והנד, כאשר הראשון ראה לנכון לבחון בעיקר את תוצאות ההסתה (מבחן הסכנה הברורה והמיידית), בעוד השני התנגד לראייה זו של הדברים וטען כי השאלה היחידה שצריכה להשאל היא אודות מטרותיו של המסית בעצם דבריו, ולא התוצאות שאינן תלויות בו בין כה וכה (גישת ההסתה הישירה) (Lawrence, 2000: 13-21). החוק הישראלי הכריע בבירור לטובת עמדתו של השופט הנד. אך הבחירה הזו הותירה מקום רב לפרשנות של השופטים באשר לכוונותיו האמיתיות של הדובר המואשם בהסתה. אלון הראל (Harel, 2000) כינה את הבלבול השורר בהחלטות של בית-המשפט במקרים שונים של הסתה "רולטה שיפוטית" (Judicial Roulette), והבלבול הזה פוגע בהכרח בעקרון הבהירות אליו מחויב החוק, כדי לאפשר לאזרח שומר החוק להמנע מביצוע עבירה, אך גם שלא להמנע לחינם מביצוע דבר מה שאינו נחשב עבירה על-פי החוק (Kremnitzer and Ghanayim, 2000: 152-154).

הצעת חוק העונשין מס' 66 התשס"ב, שאושרה ביום ה-29 באפריל 2002, מרחיבה את סעיף ההסתה לגזענות, ומוסיפה לו אף איסור נרחב לתמיכה, עידוד, אהדה, דברי שבח או קריאה למעשי אלימות וטרור, כאשר מעשה אלימות וטרור מוגדר כ"עבירה הפוגעת בגופו של אדם או המעמידה אדם בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה". גם כאן מדובר בחוק שקשה להתנגד לו על פניו, אך קשה גם להתעלם מהתקדים המסוכן שהוא קובע לפגיעה רחבה מאוד בחופש הדיבור של האזרח במדינת ישראל, ושאלת תסמונת המדרון החלקלק אינה יכולה שלא לעלות ולהדהד בראשו של הקורא.

### **האם ראוי להשתמש בכלים אנטי דמוקרטיים בכדי להגן על הדמוקרטיה?**

לראייתי, הדמוקרטיה המתגוננת היא הכרח בל יגונה. הדמוקרטיה הליברלית, במילותיו של סטנלי פיש (Fish, 1994) הנה "מחויבת בבת אחת לתת להשקפות עולם מתחרות גישה לזירת ההדברות (Deliberative Arena) שלה, ולאסור על כל אחת מהן לטעון כי היא עליונה על השאר, אלא, כמובן, אם היא הצליחה להוכיח כי היא תואמת את עקרונות ההגיון כולם" (pp. 134-135).

תרגום שלי). השאלה, אם כן, אינה אם ראוי שהדמוקרטיה תתגונן מפני הכוחות העולים עליה לכלותה, אלא באיזה אופן ראוי שתעשה זאת.

ראשית כל, השעיית כללי המשחק לשם הגנה על הדמוקרטיה יכולה להעשות אך ורק כחלק מכללי המשחק המוסכמים מראש - כלומר, כחלק מחוקה ברורה שתכונן כבסיס לדמוקרטיה. מרגע שכללי המשחק נתונים לשינוי תלאים-תלאים לאחר מעשה, כאשר בכל פעם השינוי נעשה כדי להתמודד עם בעיה חדשה שעלתה, קשה לדרוש מאחרים לעמוד באותם כללי משחק שמצדדי-הדמוקרטיה עצמם כה ממהרים לשנותם לטובתם.

שנית, בכל האמור במניעת הזכות להיבחר לפרלמנט, יש להוציא את הסמכות להחלטות ממין אלו מידי בעלי האינטרס הפוליטי, שעלולים לנצל לרעה את הכלי הזה כדי למנוע תחרות מצד מפלגות חדשות.

שלישית, על החקיקה בנושא להיות ברורה וחותרת, כאשר בכל עת מוטב להעדיף את חירותו של האזרח מחמת הספק על פני מניעת זכויותיו בטעות. כל עוד קיים מצב בו אזרח יכול לעבור על החוק מבלי שיכול היה לדעת זאת מראש, כתוצאה מחקיקה בלתי-ברורה, החוק אינו ראוי, קל וחומר כאשר הנושאים העומדים על הכף הם חריות האדם הבסיסיות.

לבסוף, ההיסטוריה מלמדת אותנו כי גם כאשר הועמד אדולף היטלר לדין על "הפוטש של בית הבירה", הטילו עליו השופטים עונש מזערי של חמש שנות מאסר (לעומת מאסר עולם שנקבע בחוק לעבירה ממין זה), ותשעה חודשים לאחר מכן, הוא שוחרר מכלאו על-תנאי (שיירר, 1961: 65). מכאן אנו רואים כי כל החוקים כולם לא יוכלו לחברה שעקרונות הדמוקרטיה, השיוויון והחירות אינה מוטמעים בה גופא - קל וחומר כאשר אפילו בית-המשפט שלה אינו מאמץ לעצמו את העקרונות הללו כנר לרגליו. יותר משהמדינה הדמוקרטית צריכה לחוקק חוקים כדי להגן על עצמה, עליה לחנך את אזרחיה - דרך בתי הספר וסוכני חיברות אחרים - לערכי הדמוקרטיה, לכיבוד החוק מחד, ולהכרת זכויות המחאה הלגיטימיות שלהם מאידך, וזאת כדי לחזק את החברה ולמנוע מבעוד מועד את הצורך במגנה חוקית כנגד כוחות המבקשים להפיל את המדינה הדמוקרטית מבפנים.

## ביבליוגרפיה

גביזון, ר. (התשמ"ז). "עשרים שנה להלכת ירדור - הזכות להיבחר ולקחי ההסטוריה", בתוך קרמניצר, מ. וגביזון, ר. (עורכים), **גבורות לשמעון אגרנט** (ע"ע 145-213). ירושלים: [המחברים].  
שיירר, ו. ל. (1961). **עלייתו ונפילתו של הרייך השלישי: היסטוריה של גרמניה הנאצית**. תל-אביב: שוקן.

- Cohen-Almagor, R. (1994). **The Boundries of Liberty and Tolerance: The Struggle Against Kahanism in Israel**. Gainesville: University Press of Florida.
- Fish, S. (1994). **There's No Such Thing As Free Speech**. Oxford: Oxford University Press.
- Frowein, J. A. (2000). "Incitement Against Democracy as a Limitation of Freedom of Speech", in Kretzmer, D. and Kershman-Hazan, F. (eds.), **Freedom of Speech and Incitement Against Democracy** (pp. 33-40). The Hague: Kluwer Law International.
- Hainsworth, P. (ed.) (2000). **The Politics of the Extreme Right: from the Margins to the Mainstream**. London: Pinter.
- Harel, A. (2000), "The Regulation of Speech: A Normative Investigation of Criminal Law Prohibitions of Speech", in Kretzmer, D. and Kershman-Hazan, F. (eds.), **Freedom of Speech and Incitement Against Democracy** (pp. 247-274). The Hague: Kluwer Law International.
- Kremnitzer, M. and Ghanayim, K. (2000). "Incitement, Not Sedition", in Kretzmer, D. and Kershman-Hazan, F. (eds.), **Freedom of Speech and Incitement Against Democracy** (pp. 147-211). The Hague: Kluwer Law International.
- Lawrence, F. M. (2000). "Violence-Conductive Speech: Punishable Verbal Assault or Protected Political Speech?", in Kretzmer, D. and Kershman-Hazan, F. (eds.), **Freedom of Speech and Incitement Against Democracy** (pp. 11-32). The Hague: Kluwer Law International.
- Tabory, E. (1989). "Anti-Democratic Legislation in the Service of Democracy: Anti-Racism in Israel". **International Journal of the Sociology of Law**, 17, 87-102.

פסקי-דין:

ע"ב 1/65 - יעקב ירדור נגד יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית; פד"י, כרך י"ט (3), תשכ"ה/תשכ"ו-1965, ע"ע 365-390.