# המשפט הישראלי אחרי רצח יצחק רבין

דו־שיח בין חיים ה' כהן* ומאיר שמגר**

רגשות במשפט. רצח פוליטי ומדיניות ענישה. הזכויות החוקתיות. אכיפת החוק. אלימות בחברה הישראלית. מדינה יהודית ודמוקרטית.

רצח רבין היה אירוע טראומטי לחברה הישראלית, הוא עשוי להשפיע על מערכות רבות בחברה, וביניהן המשפט. מערכת משפט וממשל בחרה לבחון סוגיה זו באמצעות דו־שיח בין שני אישים בכירים בתחום המשפט הישראלי: חיים ה' כהן ומאיר שמגר.***

## רגשות במשפט, רצח פוליטי ומדיניות ענישה

כהן: אני שמח מאוד על ההזדמנות לשוחח איתך שיחה של תורה. מאז שעזבתי את בית־המשפט העליון לפני תמש־עשרה שנה לא זכיתי לכך, אם כי אני מצטער שהנושא הוא מה שהינו. החוויה הטראומטית גרמה, שעברנו אחרי רצח רבין להיסטריה, גם ציבורית, גם תקשורתית, גם משפטית, שיש להישמר מפניה. המשפט הצטיין תמיד, או צריך היה להצטיין, בשמירה על ריחוק מאירועי היום. אנחנו משלים את עצמנו שהמשפט טוב לכל מצב אשר נוצר או ייווצר, ורק המחוקק אינו יכול לצפות מה יולד יום. הרי לשם כך הוא נוצר, לתקן,

* ממלא־מקום קבוע לנשיא בית־המשפט העליון (בדימוס)

** נשיא בית־המשפט העליון (בדימוס)

*** הפגישה התקיימה בירושלים ביום 8.5.96. השיחה הוקלטה ותומללה על־ידי חבר מערכת משפט וממשל עופר גראור, ונערכה לדפוס על־ידי חברת המערכת רונית הרמתי־אלפרן. לנוחות הקוראים, תחמנו את חלקי הדיון השונים באמצעות כותרות המגדירות את הנושאים המרכזיים.



nevo.co.il

לשנות ולעדכן את הטעון תיקון, אך בכפוף למה שהמחוקק משנה, אסור לשופט, או לפרקליט, או לשוטר, להיגרר אחר הזעם אשר אחז בציבור לרגל מאורע טראומטי שכזה.

השאלה מתעוררת במיוחד כאשר באים לקבוע את מידת העונש לפושעים. היה לי פעם ויכוח עם חברי בבית־המשפט העליון, אם מותר לשופט לשפוט מתוך הזעם. ידידי השופט ויתקון היה בדעה ששופט אינו יכול לשפוט בלי זעם, שאם אין בלבו זעם על מעשיו של הפושע העומד לפניו, לא יוכל למדוד לו את המידה הנכונה של הסנקציה הציבורית. אני תמיד נקטתי בדעה, להלכה, אם לא תמיד למעשה, שהשופט צריך להסיר מלבו כל זעם. הוא צריך לומר מה שאמר מרטין לותר – לולא חסד האלוהים, הייתי אני עומד שם, במקום שעומד הפושע הזה. אבל השאלה היא שאלה, ואני מוכן להניח שרוב השופטים אינם יכולים להשתחרר מן הזעם שבלבם למראה מעשה מכוער באופן מיוחד. ריצת רבין עורר, כמובן, זעם רב, זעם מוצדק. אך ככל שהזעם גדול יותר ומוצדק יותר, כן מוטל על השופט להתרחק ממנו. יש הבדל בין שפיטת השופט לבין שפיטת הציבור, ואסור לנו להיגרר אחר הזעם הציבורי בשום צורה.

שמגר: כאשר מדברים על השלכות הפשע בו אנו דנים, ניתן להתייחס למספר מישורים: ראשית, מתעוררת השאלה, באיזו מידה ערוכים דיני העונשין מול אפשרות של פשעים מהסוג הזה. השאלה השנייה נוגעת לאכיפת החוק, היינו, באיזו מידה המשפט בנוסחו הקיים, אכן מופעל כראוי על־ידי המסגרות המופקדות על כך על־פי החוק. השאלה השלישית אינה בתחום דיני העונשין, אלא בתחום הזכויות החוקתיות של האזרח, והיא אם לאור הפשע שבוצע יש להסיק מסקנות בכל הנוגע לתפיסות שלנו בתחום חופש הביטוי. יש מישור רביעי שחייבים לגעת בו, לדעתי, ואשר דנו בו אך מעט, והוא מתייחס לתופעת האלימות המתגלית באי־אלו חלקים של החברה הישראלית.

אם לחזור לנושא הראשון בחלוקה שלי הייתי אומר, כי דיני העונשין שלנו הם, לטעמי, מלאים ושלמים, ואיני מגלה בהם בעיתיות אשר מחייבת שינוי או התאמה לאור מה שקרה. הם ערוכים מול פשעים מסוגים שונים, כולל פשע מן הסוג בו אנו דנים, ואינני רואה צורך להוסיף עבירות, או לשנות איזה שהוא דבר. ככל שהדבר מצער וכואב, הפשע שבוצע כאן – רצח – כלול בחוק העונשין שלנו.

כהן: אם, למשל, אפשר היה לכתוב בחוק העונשין, שהאחריות המופחתת איננה חלה על רצח פוליטי – היית עושה זאת?

שמגר: התשובה היא שלילית. אני אומנם סבור שבית־המשפט חייב לתת את דעתו לשאלה, באיזו מידה הוא יוצר מראית של קולא לגבי דבר שצריך להתייחס אליו במלוא החומרה, ועל כן אין מקום ליישום האחריות המופחתת במקרה כגון זה. אולם השיטה שלנו גורסת, שיש להשאיר שיקול דעת לבית־המשפט. למשל, כל הוויכוח בשאלה אם צריך לכלול בתוך העונשין עונשי מינימום אם לאו, סובב סביב ההנחה שבית־המשפט בעצמו יידע להתאים את העונש למקרה הקונקרטי. כאשר מדובר בפשע שפל מן הסוג בו אנו דנים כאן, אכן אין זה מתקבל על הדעת, לפי הערכתי, שבית־משפט יגלה במערכת עובדתית כמו זו שבפנינו נסיבות מקילות.

אגב, בכל מקרה לא הייתי נוקט לשון "פשע פוליטי". זהו מושג רחב הכולל חלופות רבות. הרי ישנן פרשיות בהיסטוריה של העם היהודי שריקען שונה לחלוטין, אולם הוא



nevo.co.il

"פוליטי" – ואני מזכיר זאת כאן בלי אנלוגיות כלשהן: כאשר פרנקפורטר ירה בדאבוס בגוסטלוף הנאצי, זה היה רצח "פוליטי"; הרשל גרינשפאן ביצע רצח פוליטי כאשר ירה בפון־ראט, וכך גם שוורצבורד, שירה בפטליורה. אני מזכיר את הדברים האלו ללא כל זיקה עניינית, רק כדי לומר, שהמונח "פשע פוליטי" אינו שמיש בהקשר זה.

טיכומה של נקודה זו – את השיקול לגבי העונש הייתי משאיר לעולם לבית־המשפט, ואין לי ספק ספיקא, שבסיטואציה כמו שלנו, אף בית־משפט, הפועל על־פי הערכים שאנחנו מורגלים בהם, לא היה מיישם כאן את ההוראה ברבר אחריות מופחתת.

כהן: כן, אבל מתעוררת השאלה: כאשר באמת יש עילה למצוא אחריות מופחתת, האם לא קיימת הסכנה שבית־המשפט יתעלם ממנה מפני שזהו רצח כל כך מכוער וכל כך הרת־סכנות? אילו, למשל, היה לסניגורים של אותו הרוצח מה לטעון, האם בית־המשפט לא היה צריך לומר, שהוא מוצא כאן אחריות מופחתת, מבלי להתייחס לכיעורו של הרצח הפוליטי?

שמגר: אני חוזר לדבריך בעניין הזעם של שופט, והייתי נוקם את הגישה שלך ולא של תברנו המנוח אלפרד ויתקון. אם הוא סבר ששופט צריך לפעול מתוך זעם, הדבר, עם כל הכבוד, אינו מקובל עלי. שופט אף פעם אינו צריך לפעול מתוך זעם. הוא צריך לפעול מתוך אחריות, במידת האפשר מתוך תבונה, מתוך הערכה מאוזנת וחסרת מעורבות אישית של הנתונים העובדתיים שבפניו.

כהן: גם מתוך רחמים?

שמגר: כאשר המקרה ראוי לרחמים. אבל זאת לא הסיטואציה שמתעוררת כאן. תמיד גרסתי שכאשר מדובר בקיפוח חיי אדם, שוכחים אצלנו לפעמים את הרחמים על הקורבן. רחמים היא תכונה ראויה וטוב שהיא בלבו של אדם היושב על מדין – אבל ראוי שיהיו רחמים בשני הכיוונים.

כהן: כבר אמר הרמב"ם: המרחם על הפושע מתאכזר לקורבן.

שמגר: נכון. הייתי משאיר איפוא את היישום ללא הגבלות חוקיות פורמליות. יצירת הגבלות נוקשות דוחפת לפעמים את בית־המשפט לפעמים למילוט דרך דלת צדדית – לשם מציאת פתרון המתבקש לדעתו – בין בשל מידת הרחמים, בין בשל הנסיבות המיוחדות. לכן לא הייתי קובע הגבלה בחוק. החוק כפי שהוא עונה לבעיה.

יש כמובן סיטואציות שבהן אתה מגלה לקונה בדיני העונשין המחייבים מילוי החסר. כאשר הסתבר לנו שבחוק העונשין אין הוראה בעניין גזענות, תיקנו את הדבר. לא הייתי שולל תיקון לחוק, אילו התברר לי בנסיבות האלה שיש לקונה. העדר הוראה בעניין הגזענות היה לקונה; הרבה שנים האמנו שאצלנו, בגלל נסיבות היסטוריות, הגזענות לא תעלה. עד שבאה המציאות וטפחה על פנינו, ואז בא המחוקק ומילא את החלל המשפטי – בעיקר בעקבות פסק־הדין הראשון שלנו בעניין כהנא, כאשר איפשרנו לו להיבחר לכנסת.

כהן: בצדק.

שמגר: בית־המשפט חייב להתאים את עצמו למהותה ולתדירותה של התופעה. בית־המשפט חייב לפעול בגזירת העונש לא תוך זעם אלא, בין היתר, תוך רצון להרתיע. זה במסגרת תפקידו של בית־המשפט בשלב הענישה. אך בסיטואציה הזאת שבפנינו מה אני



nevo.co.il

יכול לעשות יותר מאשר לשלוח אדם למאסר עולם? לסיכום, בשאלה אם יש צורך בשינויים במבנה, בתוכן, במהות הדברים. לדעתי – אין צורך בכך. בית־המשפט צריך לדעת ליישם את הסמכויות שיש לו במקרה הראוי.

כהן: כן, אבל ליישם סמכויות גם לצד הקולא. עם כל מורת רוחי האזרחית על אלימות במשפחה, למשל, אני שמח כשאני קורא שלשופט פלוני היה האומץ שלא להיגרר אחר זעם התקשורת ודעת הקהל, אלא לשפוט לקולא לפי מיטב מצפונו.

הדבר אמור גם לגבי "מכת המדינה". כמובן, אפשר לומר, שמפני שיש גנבי מכוניות כה רבים, אשים אותם במעצר ולא אשחררם בערבות. אך האם משום שזו "מכת מדינה" עלי לשלוח גנבי מכוניות לעשר שנות מאסר במקום שנת מאסר אחת, שהייתי גוזר אילולא היתה זו "מכת מדינה"? כבר לפני מאה שנים זכינו סוף סוף לאינדיבידואליזציה של העונשין. אין בענישה דבר חשוב וצודק יותר ממנה.

שמגר: אנחנו הרי לא חלוקים על כך, שבכל מקרה שמובא בפני בית־המשפט צריך לשקול את הנתונים והנסיבות הנוגעים לאותו מקרה. אבל מה שיכול לקרות לבית־המשפט – ואסור שיקרה לו – הוא התייחסות הסרת פרופורציה לתופעה מסוימת מתוך חוסר הערכה נכונה של הסיכון שבה. אם אני קורא, תוך עיון בעובדות כהווייתן, על תופעות חמורות המחייבות נקיטת אמצעי עונשי שיש בו כדי להגן על הקורבן המסוים ועל קורבנות בפוטנציה – ובית־המשפט אינו עושה כן – אזי עם כל הכבוד, אני מצטער על כך. בית־המשפט איננו צריך לפעול מתוך זעם, אבל הוא צריך לפעול מתוך תבונה. אני מסכים אתך שבית־המשפט איננו צריך להיות מושפע מן התקשורת. הוא צריך להיות הגורם אשר דואג לכך, שתופעות מסוימות שעבורן נוצר המשפט – ישורשו. אם בית־המשפט לא יעשה זאת, מי יעשה זאת? אגב, הסכנה היא שקורבן יעשה דין לעצמו, וזה הרבה יותר מסוכן. מקרים של self help מסוכנים גם מבחינה חברתית.

סיכומו של דבר, כאשר התופעות העבריניות מתרבות, גם זה שיקול רלוואנטי בענישה.

כהן: חומרת העבירה, ומצדי גם תדירות העבירה, הם בין האלמנטים שבית־המשפט צריך לקחת בחשבון, אבל זה לא הדבר העיקרי. עצם העובדה שהעבירה חמורה, או תדירה, איננה מוציאה מגדר אפשרות שצריך להתחשב גם בנתונים האינדיבידואליים של הפושע, בכפוף למידות העונשין החקוקות, אחרת היינו יכולים לעשות את עבודת השפיטה במחשב. למה לנו שופט, למה לנו רחמנים בני רחמנים?...

שמגר: אם יורשה לי לצטט את עצמי, אמרתי פעם "ככל שהעבירה חמורה יותר נסוג משקלן היחסי של הנסיבות המקילות."

כהן: אני לא בטוח בזה.

שמגר: טוב, אנחנו לא צריכים להסכים תמיד...

כהן: השאלה סובבת סביב אפשרות הזרתעה. אתה יוצא מן ההנחה שעונשים חמורים מרתיעים. אני יוצא מן ההנחה שעונשים חמורים אינם מרתיעים, שום עונש אינו מרתיע.

שמגר: לא הייתי מכליל כך. כלומר, אינני מקבל את התיזה שעונש חמור תמיד מרתיע, אבל גם אינני מקבל את התיזה הנגדית, שעונש חמור כשלעצמו איננו מרתיע. ברוב



nevo.co.il

המקרים הוא מרתיע. תמיד אמרנו: איך היה פועל אדם לו ידע שליד מרפקו גיצב שוטר אשר יכול לעצרו. יש מקרים שבהם אדם, עקב נוכחותו של מישהו העוסק באכיפת התוק, נמנע מן המעשה.

כהן: כל פושע תושב שהוא לא ייתפס.

שמגר: אבל גם לוקח בחשבון מה יקרה אם ייתפס. הפושע אינו נטול פחד, אין אדם נטול פחד. כך שמשקל הסנקציה שיכולה להינקט נגדו בהחלט משפיע, אין ספק בדבר.

## הזכויות החוקתיות

כהן: מאז מקרה אל־ארד ועד היום, אני בדעה שאין דמוקרטיה מתגוננת אלא בדרך חקיקה. כשהמחוקק חושב שהדמוקרטיה בסכנה, הוא יכול לחוקק חוק שמגביל את זכויות האדם בצורה זו או אחרת על מנת להציל את הדמוקרטיה. אין זה תפקידו של שופט לגונן על הדמוקרטיה. תפקידו של שופט הוא לגונן על המשפט.

שמגר: בנוגע לתפיסות היסוד שלנו, הרי אינני סבור שיש לשנות דבר לגבי חופש הביטוי, כי התפיסות שלנו צומחות מתוכנו ובנו. הן באות כביטוי לאמונה שלנו בערכי הדמוקרטיה, בערכי כיבוד האדם, ובזכותו לבטא את עצמו, כל עוד אין הוא מפר את החוק. בוודאי שיש סייגים. אם אמרנו, שאין למנוע את חופש הביטוי אלא מול סכנה ודאית קרובה – כפי שאימץ זאת חברנו שמעון אגרנט בפסק־דין קול העם, ולאחר מכן חזרו על כך בצורות שונות – זה מקובל עלינו גם כיום ולא הייתי משנה מאומה.

יהיה מסוכן מאוד אם נהפוך לחברה שבה יש הגבלה על חופש הביטוי. זו תהיה נסיגה, בתקופה שבה, לפתות באופן זמני, ביטלו את ההגבלות אפילו בחלקי עולם שבהם היתה בעבר הגבלה על חופש הביטוי. אינני חושב שעלינו להתפרק מן הערכים שאנחנו גאים בהם ומאמינים בהם. הם מושרשים ועמוקים וגם אירועים טרגיים אינם צריכים לשנותם. אנחנו שמרנו על הדברים האלה, למשל, בתחום של עונש המוות: למרות מעשים נוראיים – לא חזרנו והנהגנו עונש מוות.

כהן: עונש מוות הוא דוגמא טובה מאוד. אני חושש שההיסטריה המשפטית יכולה להביא לכך, שנגהיג שוב את עונש המוות. לכן כל כך חשוב להישמר מפני זה. אין לך דבר קל מלקבץ ששים ואחד קול בכנסת, למעשה די בששה קולות נגד חמישה, כדי להנהיג שוב את עונש המוות. והיסטריה כמו שהיתה פה, יכולה להביא לידי כך.

שמגר: אינני חושב. זה אף פעם לא עמד על הפרק מאז שבוטל.

כהן: החוק לביטול עונש מוות בתש"ד נתקבל על תודו של קול.

שמגר: אינני יודע מי היה אז הגורם היוזם.

כהן: אני.

שמגר: תבוא עליך הברכה. אני זוכר דיונים שהיו לי עם הצמרת השלטונית בזמן כהונתי כיועץ המשפטי לממשלה, באשר אירע המקרה של קוזו אוקמוטו, מקרה אשר גרם לזעזוע קשה. אחרי דיון הוחלט לא לבקש עונש מוות, למרות שתקנות ההגנה איפשרו זאת. אני חושב שטוב עשינו, שבמשך כל השנים לא נגררנו לשימוש בעונש המוות.

כהן: אין שום ספק שטוב עשיתם, אבל הסכנה קיימת עכשיו לנגד עינינו אחרי הרצח הזה,

ועל כך אני מתריע. עונש מוות הוא רק דוגמא. ההיסטריה יכולה להביא לתוצאות אחרות, לא פחות מסוכנות.

## אכיפת החוק

שמגר: נעבור למישור השני, עניין אכיפת החוק. חייבת להיות ערנות של הרשויות המופקדות על אכיפת החוק לגבי מעשים המובילים לפשע. אסור לסטות מן החוק, אסור לחרוג ממנו, אסור להשתמש בו שלא למטרתו. אבל צריך תמיד לבדוק באלו נסיבות הוא מחייב הפעלה.

כהן: בנוגע לאכיפה: המשטרה עומדת מול הפרובלמה, האם יש ודאות קרובה או האם אין ודאות קרובה. ואם יש ודאות קרובה, מה צריך לעשות. הסכנה היא תמיד שרואים ודאות, או ודאות קרובה, במקום שהיא למעשה איננה.

שמגר: אינני סבור שזה מה שקורה למעשה. גם המשטרה איננה גוף אשר פועל באופן עצמאי. יש מערכת משפטית שלמה, יש יועץ משפטי, יש פרקליטות, יש גופים מייעצים למשטרה, והם יודעים להנחות אותה, מתי היא פועלת בדרך המלך, ומתי היא סוטה מדרך המלך. בדרך כלל במקרים מסוג זה הגורם המכוון הוא גורם של המערכת המשפטית, היינו משרד המשפטים, ולא המשטרה בעצמה.

כהן: אולי נתעכב רגע על העניין הזה, שלפי דעתי יורד לשורשו של הרע. הרושם הוא שהמשטרה, אם תחת זעם התקשורת ואם מפחד התקשורת, עושה מעשים שאינה צריכה לעשותם, ושאילו היתה נועצת בפרקליטות לא היתה מקבלת גיבוי משפטי להם. ראינו את זה דווקא אחרי רצח רבין. אני חושב שאילולי רעש התקשורת, לא היו נטפלים לאנשים שהביעו את דעתם בצורה זו או אחרת, אפילו לאנשים אשר משתייכים לקבוצות כאלה או אחרות, כפי שעשו. פה, לפי דעתי, טמונה הסכנה הגדולה.

שמגר: כן, אבל הן לא תפסו מקום קבע בתוך המציאות שלנו.

כהן: יכול להיות, אבל אנחנו מדברים פה על אותן התופעות ה"טבעיות" כביכול.

שמגר: כן, אבל הן לא תפסו מקום קבע בתוך המציאות שלנו.

כהן: אני מקווה שלא, אם כי איני יודע. על כל פנים, אחרי רצח רבין היינו עדים להן, ובמידה מסוימת אנחנו עדיין עדים להן, העובדה שהרצח הפוליטי הוא עכשיו על סדר היום, כלומר בגדר האפשרות, עדיין לא עושה אותו לוודאי, אפילו לא לקרוב לוודאי. לעת עתה זה רק סיכון. לו הייתי אני יושב בדין, לא הייתי מקבל זאת כוודאות קרובה. אבל השוטר שיושב בתחנת המשטרה, עלול לקבל זאת כוודאות קרובה, ולהסיק מכך מסקנות לא נכונות.

שמגר: אינני חולק עליך מבחינה עקרונית. הגופים המופקדים על אכיפת החוק אכן צריכים להיזהר שלא לפגוע בעקרונות נעלים שנוהגים אצלנו, מתוך לחץ, פחד רגעי, או טראומה חמורה. אבל מבחינה אנושית תגובה כזו קורית בכל חברה. אני מתאר לעצמי שבעקבות רצח קנדי גם בארצות־הברית היו בהלה, התרגשות והחמרות במשך תקופת זמן מסוימת. תופעות אלו נמוגו לאחר זמן, זה אנוש. הרי מדובר באנשים הנושאים באחריות מיניסטריאלית או משטרתית־ביצועית, ואל לנו לשכוח, שכאשר הם נכשלים, באים אתם חשבון. על כן מתפקידן של הרשויות המשפטיות המרכזיות, המופקדות על אכיפת החוק, לכוון את הדברים.

כהן: אני חושש שהיסטריה היא מחלה מדבקת. אתה אומר שזה טבעי ואנושי, ואני חושב שזה טבעי ואנושי במובן שלילי מאוד. כלומר, באופן טבעי מקבלים דווקא את כל הפיתויים הרעים אשר נקרים בדרך. גם המשטרה. היא מגיבה באכזריות יתר גם על דברים שאין בהם עניין לתקשורת או לציבור, אולי משום שהיא חשופה לביקורת מיוחדת על עמדתה הרכה. אני חושב שאנחנו צריכים ללמוד דווקא ממאורע טראומטי כזה שלא לאבד אף פעם, טבעי ואנושי ככל שיהיה, את קנה המידה המשפטי וגם המוסרי.

## אלימות בחברה הישראלית

שמגר: זהו השלב לעבור לתחום הרביעי שהזכרתי קודם, העניין החברתי. הוא קשור לפעולת המשטרה, והוא קשור לכל התגובות הציבוריות. אני חי בתחושה שהחברה שלנו היא חברה בה האלימות היא בן־בית. חברה בה יש ריבוי של תופעות אלימות בלי שאנחנו מוכנים להודות בכך, בלי שאנחנו מוכנים לקחת על עצמנו את האחריות לתוצאות. נוח לנו להכות על חטא על חזהו של השני. אני רואה את האלימות בתופעות לא מעטות של חיינו הכלליים. אצלנו גורמים בכבישים למותם של כשש מאות איש לשנה וזאת בחלק ניכר מן המקרים עקב התנהגות אלימה. כשאתה נוהג, בדרך אתה רואה אנשים שמתנהגים בכביש באופן כה מסוכן ותוקפני, שלא ייתכן שאינם ערים לכך שהם מסכנים את חיי הזולת. היחס לזולת אצלנו הוא, במקרים רבים מדי, יחס של חוסר סובלנות. הדבר בא לידי ביטוי בכך שאין מוכנים להקשיב לאדם בעל דעה שונה, ובכך שסבורים שיש רשות להגיב בחריפות כאשר דבריו אינם נראים לך. כאשר אתה עומד בתור, בסופרמרקט, בבנק או בדואר, אתה נוכח לדעת כי האנשים אינם סובלניים ואינם סבלנים. ריבוי האלימות האינהרנטית הזאת היא תופעה המצויה באותה מידה בכל החברות הדמוקרטיות. אולם אותי מעניין מה שקורה אצלנו, זה דבר שצריך להטריד אותנו. כמובן שרצח הוא דבר נורא בהשוואה לדברים שאני מדבר עליהם, אבל גם תופעות פחות חמורות יוצרות רקע למעשים חמורים.

כהן: נכון.

שמגר: לדעתי, אנחנו עושים מעט מדי כדי להתמודד עם התופעה הזאת. בשנים הראשונות ראינו בחספוס ובגסות דבר נחמד, כאילו היולי ושורשי; ראינו בכך תופעות לוואי של צמיחה של משהו חדש. אבל הדברים השתנו לחלוטין וצמחו גידולי פרא מסוג חרש ושונה. לתדהמתנו נתגלו מבין טובי בניה של ארץ זו גם כאלה שהיו מוכנים לשמש כרוצחים שכירים בחוץ לארץ. זוהי כמובן דוגמא קיצונית, אולם גם "המאפיה הישראלית" שנוצרה בניו־יורק או בלוס אנג'לס, שורשיה הם כאן.

לדעתי, הגורמים אשר מופקדים על החינוך, אינם נותנים את דעתם במידה מספקת למשמעות מבחינת מהותה של החברה הישראלית, של קיום אלימות אינהרנטית רבה מדי. אני יודע שיש הרבה מאוד הסברים: יש מתח חברתי כלכלי כדוגמת המתהווה בכל חברה של מהגרים ששינו בסיסם הקבוע הראשוני ומתמודדים עם קשיים חדשים ובלתי צפויים. החברה חיה בלחץ של מלחמות כבר עשרות שנים, וכל זה יוצר תגובות־יתר. כל הסיבות האלה ואחרות טובות ויפות, ואינני בא להתווכח עמן, אבל אלה אינן הופכות את התופעה



nevo.co.il

לנסבלת יותר, זוהי תופעה מסוכנת. ואינני סבור שהפיתרון הוא רק באכיפת החוק. הפיתרון חייב להיות הרבה יותר רחב.

כהן: אם יש פיתרון בכלל.

שמגר: צריך להקדיש לכך מחשבת ומאמץ, למתן את האלימות הזו, לנסות להתמודד עם העניין בצורה נבונה, בצורת משכנעת, בגן הילדים, בבית־הספר, באוניברסיטאות, ברחוב, בתנועות נוער. אכיפת החוק והשיפוט הם שלב מאוחר למדי. הדברים אמנם מגיעים בסופו של דבר לבית־המשפט, או בדרך אכיפת החוק לפני כן, אולם זה איננו המענה היעיל ביותר. עם כל אמונתי בחיוניות אכיפת החוק והמשפט, אינני מאמין, לצערי, שפסקי־דין בלבד משנים את הנתונים.

כהן: אני מסכים אתך בכל. השאלה אצלנו היא, דווקא מפני שהאלימות תוגבת בחברה הישראלית, האם אין חומרה יתרה, גם מבחינת המשפט המצוי (de lege lata) וגם מבחינת המשפט הרצוי (de lege ferenda), בהסתה לאלימות, שמתוספת לאלימות הקיימת, ועוד ממקורות מוסמכים כביכול. בחודשים שלפני הרצח ראינו פסקי הלכה של רבנים שונים אשר לא רק מצדיקים אלא מחייבים אלימות מסוג זה. גם בסירוב לשרת בצבא מסיבות מיוחדות אני רואה סוג של אלימות. מפני שאנחנו נמצאים במצב שבו אנו נמצאים, האם לא צריך מלכתחילה להגביל את חופש הביטוי באופן שנמנע הסתה לאלימות? או שמא אנחנו כבר כל כך פגועים באלימות, שדבר לא יועיל עוד. ואולי עלינו לטפח את חופש הביטוי עוד יותר, במקום לעשות למען המלחמה באלימות, אשר בין כך ובין כך לא תועיל?

שמגר: אינני רוצה להתייחס לאירועים קונקרטיים. אני מניח שהנושאים האלה היו בבדיקת היועץ המשפטי. אני לא ראיתי את התומר. אבל אני בהחלט סבור, שהחוק שלנו מאפשר על־פי אמות המידה הקיימות, מניעה של הסתה לאלימות. כשיש הסתה לאלימות החוק איננו שותק, החוק מאפשר תגובה. השאלה היא, אם מקרה מסוים נופל בגדר אלה בהם יש ודאות קרובה וסיכון ממשי. רק במקרים תריגים וקיצוניים, הדיבור או הכתיבה הם עילה להליכים. לנו יש אמת מידה, האם קיימת ודאות קרובה שהדיבור יביא לביצוע אלימות. במקרה כזה מותר להביא את האדם לדין.

כהן: שוב אנו חוזרים לשאלת הוודאות הקרובה. אילו היינו קוראים פסק הלכה של הרב פלוני אלמוני, שעל ראש הממשלה חל דין רודף, היינו אומרים שאין בידי פסק הלכה להביא לרצח. מי מתחשב בפסק הלכה שבזה? איש לא היה מעלה על הדעת שזה ישפיע. עכשיו, אחרי שזה קרה, אנחנו חכמים לאחר המעשה, פתאום אנחנו רואים ודאות קרובה בכל מיני דברים שבהם הוודאות איננה קרובה ואיננה קיימת.

שמגר: אני מוכרח להודות שעל "דין רודף" נודע לי רק אחרי הרצח. לא ידעתי שיש פסקים כאלה, אבל מישהו בוודאי ידע על כך. האם פירוש הדבר שאתה רשאי לפגוע בראש הממשלה? דומני שיש על זה מחלוקת.

כהן: לא חשוב שיש על זה מחלוקת, חשוב מה שהרוצח חשב. אם הרוצח חשב שזה מתייב אותו לרצוח את ראש הממשלה, כי אז אין לך ודאות קרובה מזו. על כל פנים, אם מותר לי רגע להתעכב על זה, אני חושב, ששום סכנה משוערת אינה יכולה לעמוד בדרך לחופש הביטוי, גם האקדמי, גם ההלכתי וגם הפציפיסטי, כפי שאתה ציינת. איננו יכולים, רק



nevo.co.il

משום שקרה מה שקרה, לאסור על פלוני אלמוני לחוות את דעתו. כבר רמזת בדבריך, שיש לנו חוקים די והותר לענייני המרדה והסתה. המרדה והסתה טעונות כוונה, ואלה שפוסקים הלכה או שמביאים דעות פציפיסטיות אין להם שום כוונה להמריד או להסית, על כל פנים, לעולם לא תוכל להוכיח כוונה זו. או למה לנו לסכן את קדושתו של חופש הביטוי הקיים אצלנו לתפארת, רק מפני שאירוע שקרה מצביע, אפילו בסבירות רבה, שהיתה לפרסומים שכאלה השפעה?

שמגר: זה מוליך אותנו גם לאימוץ של אמת מידה אובייקטיבית. כאשר אדם אומר דברים, אשר לפי פרשנותם הלשונית הרגילה יש להם משמעות של קריאה לביצוע מעשה אלימות, והדבר עולה בבירור מתוכן הדברים, יש משקל גם למשמעות האובייקטיבית.

כהן: לא, המבחן האובייקטיבי בא לאשר את אפשרות ההרשעה, אם אמנם מבחינה סובייקטיבית הכוונה באמת מוכחת. אין הסתה אם המלים באופן אובייקטיבי אינן מסוגלות להביע משמעות של הסתה, זה ברור. אבל נניח, שבפסק הלכה יש לפלוני אלמוני דין רודף. מי שכותב את פסק ההלכה עושה זאת מפני שהוא חושב שואת היא ההלכה כמו שהוא למד אותה, או כמו שהוא מבין אותה. הוא לא מעלה על דעתו שמישהו מוציא מזה את המסקנה להרוג אדם.

שמגר: האם יש הבדל בין פסק לבין מאמר שאדם כותב בתקופון מדעי?

כהן: יש הבדל? אני לא בטוח.

שמגר: פסק הוא משהו לביצוע, האם לא כן?

כהן: לא. מורי הלכה נותנים פסקים גם לשם לימוד תורה.

שמגר: חשוב גם למי מכוונות המלים שלו, מיהו קהל הלומדים והשומעים. כלומר, אם זה כביכול כדי "להגדיל תורה ולהאדירה", ולכתוב איזה מאמר תיאורטי, או שמא נועד הדבר כדי להניע אנשים לפעולה. כבר היו דברים מעולם. מדינת ישראל כבר התנסתה בתופעות מסוגים שונים, בתחום זה של הנעת אנשים לפעולה פוליטית אסורה. אבל כדי לענות לשאלה שאתה מציג, אינני סבור שצריך לשנות את הכללים שחלים אצלנו. השאלה היא של האפליקציה בנסיבות נתונות, והאפליקציה צריכה להיות זהירה ונבונה, תוך הימנעות משינוי תפיסות היסוד שלנו. תמיד יש בית־המשפט שיכול לאזן זאת בדרך הנכונה. סיכומו של דבר, אני לא הייתי משנה את הכללים.

כפי שכבר ציינתי, ראוי שברובד החברתי החינוכי יהיה משהו שהוא תחליף ל"הרכבות חיסון" נגד אלימות. זו פעולה מתמשכת, אבל חיונית, חיונית לא פחות מהמשפט, כדי לא להיזקק למשפט. זה נושא מאוד נכבד כשלעצמו, שאיש לא דן בו או אין דנים בו במידה מספקת. להיפך, במידה מסוימת נדמה כי לפעמים יש איזו שמחה לאיד, כאשר קורה אירוע שניתן להשתמש בו למטרות שנותות לך באותו רגע. צריכה להיות מחשבה קיבוצית לטווח ארוך של גורמים שונים, לפרק את הנושא הזה למרכיביו ולטפל בו. קיימת סכנה שהנושא כשלעצמו, למרות שהוא כל כך קרוב, יישכח מבחינת מהותו תוך זמן קצר. ייתכן מאוד שאחרי הבתירות כבר לא יעסקו בו יותר. הרצח היה צריך לשמש פעמון אזעקה, אור אדום, להעמיד אנשים בכל הרבדים על הכיוון שאנחנו הולכים בו.



nevo.co.il

## מדינה יהודית ודמוקרטית

שמגר: אני סבור שאין לראות כאן בשילוב "יהודי ודמוקרטי" התנגשות של שני אתוסים. אני חושב שהצד הדמוקרטי, על שורשיו בתרבות המערב, איננו תסר אלימות, מכל מקום בוודאי לא פחות מהגישה היהודית. הן הגישה היהודית והן הגישה הדמוקרטית שוללים מעשי רצח. איננו הולך לחפש צידוקים או השוואות, אבל התרבות המערבית כוללת גם את רצח שר התוץ רטנאור ואת רצח נשיא צרפת לבראן והמלך אלכסנדר היוגוסלווי. הכול קרה בעולם זה, שיש לו כביכול אתוס אחר, יותר שליו וסובלני. בעולם המערבי היו אנרכיסטים וניהיליסטים שהניחו פצצות. היו תופעות אנטי־דמוקרטיות הפוגעות בקיומה של חברה דמוקרטית. אלו הרפלקסים החולניים של חלקי ציבור חריגים בחברה המרשה שוק חופשי של דעות, כפי שמקובל בדמוקרטיה. גם בחברה האמריקאית הדמוקרטית היו תופעות כסקו וונצטי, ויש גם כיום תופעות איומות וביניהן מקרה אוקלהומה. גם כאן וגם שם יכולים לצמוח ספיחים רעים, עשבים שוטים. בעשבים השוטים צריך לטפל.

כהן: הטענה שהרצח בא לממש ערך יהודי כלשהו היא טענת סרק, אין בה ולא כלום. הרצח הוא אנטי־יהודי לא פחות משהוא אנטי־דמוקרטי. לכן השאלה של התנגשות בין יהדות ודמוקרטיה לטעשה אינה מתעוררת. מה שכן מתעורר הוא התיכוך הכרוני אצלנו בין החילוני לבין הדתי. יש אנשים דתיים אשר מאמינים בתום לבם, שהתוק והמשפט אינם יכולים לעמוד נגד ההלכה, וברגע שהם נשוכנעים שההלכה קובעת דבר פלוני, לא מעניין אותם מה קובעים החוק והמשפט, הם יעשו את הדבר הפלוני. מערכת המשפט אינה יכולה לעמוד בזה. המשפט אינו מכיר בהלכה אשר נוגדת את מערכת המשפט, אלא רק בהלכה אשר תואמת את המשפט – אם בכלל יש עניין של הברה בהלכה. אמרת כי האלימות אשר נובעת ממניעים הלכתיים כביכול היא אלימות שהאמצעים הנורמליים שבידי המשפט אינם יכולים לרסן אותה. תמיד חשבתי שאלימות אשר צומחת ממקורות דתיים פונדמנטליסטיים – החמאס, ואצלנו כהנא – הרבה יותר מסוכנת והרבה פחות נשלטת מאשר אלימות "רגילה". לא פחות משאני מיצר על הפגיעה בערכי הדמוקרטיה – אני מיצר על זיוף ערכי היהדות.



nevo.co.il