



בבית המשפט העליון

דנ"פ 7383/08

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת (בדימי) א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות

העותר : יוסף אונגרפלד

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

עתירה לקיום דיון נוסף בפסק-דין של בית-המשפט
העליון מיום 13.8.08 ברע"פ 2660/05 שניתן על-ידי כבוד
השופטים א' פרוקצ'יה, ע' ארבל וס' גובראן

תאריך הישיבה : ל' בחשוון התש"ע (17.11.09)

בשם העותר : עו"ד ד"ר חיים משגב ; עו"ד יצחק במ

בשם המשיבה : עו"ד דפנה פינקלשטיין ; עו"ד אריה פטר

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. השאלה שהועמדה לדיון נוסף בעתירה שלפנינו היא נפקותה של אמיתות הפרסום במסגרת עבירת "העלבת עובד ציבור", הקבועה בסעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. ההכרעה בשאלה זו מחייבת בחינה כוללת של גבולות התפרסות העבירה – במיוחד כך לאור הפגיעה בחופש הביטוי המובנית בעבירה. ואכן, טיעוני

הצדדים, נגעו לשאלות נוספות הקשורות בקביעת תחומי העבירה עצמם ואף אנו נעסוק בשאלות אלה.

העובדות וההליכים

2. יוסף אונגרפלד, הוא העותר שלפנינו, הורשע בעבירה לפי סעיף 288 לחוק העונשין ("העלבת עובד ציבור") בגין פרסום כרזה מול תחנת משטרת חדרה, שבה נכתב "צריך לפטר את א' א' [המתלונן – א.ר.] בגלל שיתוף פעולה עם עבריינים כלפי אלה שהתלוננו נגדם]. משטרה לא צריכה תפוחים רקובים". לפרסום הכרזה קדמה תלונה שהגיש העותר כנגד בעל חנות בחדרה, שבה טען כי בעל החנות גנב כספים מחשבונו של בנו, שהוא בעל מוגבלות (בשולי הדברים יצוין כי בעל החנות הועמד לדין בעקבות תלונה זו וזוכה מאשמה (ת"פ (שלום חד') 1760/03 מדינת ישראל נ' הרניק (לא פורסם, 14.11.2006)). בנוסף להגשת התלונה חילק העותר, בסמוך לחנות, כרוזים הכוללים דברי תוכחה כנגד בעל החנות. חלוקת הכרוזים הסתיימה בתלונות הדדיות של בעל החנות ושל העותר על תקיפה, שבעקבותיהן נחקר העותר באזהרה על-ידי המתלונן, שוחרר בערבות ונאסר עליו להתקרב למרחק 50 מטרים מהחנות. לאחר החקירה פנה העותר למשטרת חדרה והביע מחאתו על אופן ניהול החקירה, תוך שהוא טוען כי למתלונן קשר אישי לבעל החנות. כעבור כחודשיים, בעקבות אירוע נוסף, התלונן בעל החנות במשטרה כי העותר איים עליו באמצעות נשק. העותר נחקר שוב ואף לגבי חקירה זו, שנוהלה על-ידי שוטרת אחרת, טען העותר שנערכה בחוסר אובייקטיביות. גם כאן יצוין כי העותר זוכה מאשמת איום בנשק (ת"פ (שלום חד') 1121/03 מדינת ישראל נ' אונגרפלד (לא פורסם, 9.2.2004)). העותר פנה בתלונות רבות למשטרה על יחסו של המתלונן כלפיו, והוא אף שבת שביתת רעב, שבעקבותיה נפגש עם קצין משטרה בכיר. גם לאחר פגישה זו נותר העותר בתחושתו כי נגרם לו עוול על-ידי המתלונן ולפיכך פתח בשביתת רעב נוספת, בחצר תחנת המשטרה בחדרה. במסגרת שביתתו זו הציג העותר את הכרזה המדוברת. במלאת שבוע ימים לשביתה, הגיש המתלונן תלונה נגד העותר. העותר טען בחקירתו – כפי שטען גם לפנינו – כי דבריו הם דברי אמת ומשכך אינם באים בגדר "העלבה".

3. העותר הועמד לדין בגין הצגת הכרזה ובגין מעשה נוסף, ממנו זוכה והוא אינו מענייננו עוד. בית משפט השלום (כבוד השופט מ' גנות) בחדרה הרשיעו בעבירה של העלבת עובד ציבור, לאחר שהעותר הודה בניסוח הכרזה ובהצגתה, ולאחר שקבע כי האמירות המופיעות בכרזה הן בגדר "העלבה" וכי העותר היה מודע לכך ואף חפץ בכך. בית המשפט הוסיף וקבע כי מעשה ההעלבה נעשה אך בשל שהמתלונן מילא את

תפקידו, חקר את העותר והאשימו כחוק. בית המשפט גזר על העותר מאסר על-תנאי לתקופה של שלושה חודשים וכן תשלום קנס בשיעור של 800 ש"ח או 8 ימי מאסר תחתיו. העותר ערער על הרשעתו לפני בית המשפט המחוזי. הדיון לפני בית המשפט המחוזי התמקד בשאלה העקרונית, אם ההגנות הכלולות בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ובמיוחד הגנת "אמת דיברתי" (סעיף 14 לחוק) והגנת תום הלב (סעיף 15 לחוק), עומדות גם למי שנאשם בעבירה של העלבת עובד ציבור. בית המשפט המחוזי (כבוד השופטים מ' לינדנשטראוס, י' דר וא' שיף) השיב לשאלה זו בשלילה וקבע כי השוני בערכים המוגנים בחוק איסור לשון הרע ובעבירת העלבת עובד ציבור מובילים למסקנה כי לא ניתן "לייבא" הגנות מן הראשון לאחרון. פרשנות זו, כך ציין בית המשפט המחוזי, מתיישבת עם פסיקה קודמת שיצאה מפיו וכן עם פסיקתו של בית המשפט העליון.

4. העותר ערער (על-פי רשות שניתנה לו) על החלטתו של בית המשפט המחוזי לפני בית משפט זה. בית המשפט העליון (מפי השופטים א' פרוקצ'יה, ע' ארבל וס' ג'ובראן) דן בשאלת היקף התפרסותה של עבירת "העלבת עובד ציבור". בפסק-דין מקיף ומפורט, עמדה השופטת א' פרוקצ'יה על המורכבות המיוחדת הנלווית להטלת איסור פלילי על ביטוי שלא כרוכה בו פגיעה פיזית באחר או ברכושו ועל חשיבותה של הזכות לחופש ביטוי במשפטנו:

ביטוי מסר באמצעי כזה או אחר, גם כאשר הוא פוגעני ומזיק, נכרך בגידרו של ערך חופש הביטוי, המוכר מקדמת דנא כמקנה זכות יסוד בעלת מעמד על-חוקתי בין מכלול זכויות האדם. בעבירות הפליליות שעיקרן הטלת איסור על ביטוי מסר מילולי או התנהגותי בעל תוכן שיש בו פגיעה, עולה שאלת היחס בין תכליתו של האיסור הפלילי לבין זכות האדם החוקתית לחופש ביטוי וביקורת בין כלפי אדם כפרט, ובין כלפי מוסדות הציבור והשלטון. בהתנגשות הבלתי נמנעת בין האיסור הפלילי על הביטוי, אשר נועד להשיג תכלית מיוחדת של החוק הפלילי, לבין זכות האדם לביטוי ולביקורת, יש לתור אחר נקודת האיזון הפרשנית הראויה, אשר תגשים את הנורמה הפלילית על פי תכליתה, תוך התחשבות מירבית בזכות החוקתית, שהיא מיסודות השיטה. הבנתה ויישומה של הנורמה הפלילית כחלק מיסודות השיטה אוצלים ממילא על פרשנות יסודותיה של הנורמה, מקרינים על תחומי התפרשותה של העבירה, ומכוונים את שיקול דעתו של הגורם המוסמך בגיבוש מדיניות התביעה והעמדה לדין של מפירי הנורמה (פס' 12 לפסק-הדין).

ההתנגשות בין איסור פלילי מסוג זה לבין הזכות לחופש הביטוי או לכל זכות יסוד אחרת, כך נקבע, עשויה להביא להצרת תחומי העבירה הפלילית בשני מעגלים: פנימי וחיצוני. המעגל הפנימי עוסק בפרשנות העבירה גופה, במטרה להביא לאיזון ראוי בין הערך המוגן בעבירה הפלילית לבין זכות היסוד. המעגל החיצוני, מנגד, עוסק במנגנונים חיצוניים לעבירה אשר יש בהם כדי לצמצם את הפגיעה בזכויות יסוד. המעגל החיצוני כולל, לדוגמה, את שיקול הדעת הזהיר שעל התביעה להפעיל בהחליטה אם יש להגיש כתב אישום בגין עבירה הפוגעת בזכות יסוד.

בדונה במעגל הפנימי, בחנה השופטת א' פרוקצ'יה את אופן הפרשנות הראוי של עבירת "העלבת עובד ציבור". תחילה נקבע כי תכלית העבירה היא "הגנה על מערכת השירות הציבורי מפני פגיעות העלולות לפגוע ביכולתו לתפקד ולפעול כראוי להגשמת יעדיו". עוד הודגש כי:

העבירה של העלבת עובד ציבור שמה במרכזה את ההגנה על עובד הציבור, שהוטחו כלפיו דברי עלבון, אך תכליתה רחבה יותר. היא נועדה לפרוש הגנה על השירות הציבורי במשמעותו המוסדית-מערכתית, ולהבטיח את פעולתו התקינה בהתאם לכללי המינהל התקין. לא אינטרס הפרט ככזה הוא העומד במרכזה של הנורמה הפלילית, אלא האינטרס המערכתי הכללי, הניצב במוקד האיסור. ההגנה על עובד הציבור האינדיבידואלי במסגרת תפקידו נועדה להגן על מעמדו ויכולת תפקודו של השירות הציבורי כנדבך מרכזי בפעולתן של רשויות השלטון. (ראו פס' 22 לפסק-הדין של השופטת א' פרוקצ'יה).

עם זאת, נקבע כי יש לאזן בין תכלית זו לבין ההגנה על חופש הביטוי, ולפרש את העבירה באופן שהפגיעה בחופש הביטוי תעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. ההגנה החוקתית על חופש הביטוי, כך נקבע, מצריכה את צמצום גבולות העבירה באמצעות פירוש יסוד "ההעלבה". עוד קבע בית המשפט העליון כי האמצעי המתאים לצמצום גבולות העבירה ולמתן משקל הולם לזכות לחופש ביטוי הוא החלת מבחן הסתברותי, הדורש כי תתקיים "ודאות קרובה" לכך שהביטוי הנדון יפגע בתפקודו של עובד הציבור או בתפקודו של השירות הציבורי. בסיכומם של דברים נקבע כי:

"העלבה" במשמעות הנורמטיבית של האיסור תיוחד, אפוא, למקרים חריגים וקיצוניים בהם קיימת ודאות קרובה כי הפגיעה הצפויה ממנה עלולה לא רק לפגוע בעובד הציבור כפרט, אלא גם לפגוע פגיעה ממשית וקשה באופן מילוי

תפקידו הציבורי, ובכך לפגוע במערכת השירות הציבורי
ובאימון הציבור בה (פס' 44 לפסק-הדין).

בית המשפט העליון הוסיף וציין כי מבחן ה"וודאות הקרובה" בדרך-כלל יתקיים מקום בו דברי העלבון פוגעים "בליבה העמוקה של כבוד האדם במילוי תפקידו" (ראו פס' 45). פגיעה בליבה זו של כבודו במילוי תפקידו, אין עובד הציבור אמור לסבול. בית המשפט העליון הוסיף ונדרש ליחס שבין עבירת "העלבת עובד ציבור" לבין חוק איסור לשון הרע. לעניין זה נקבע כי תכליתה של עבירת "העלבת עובד ציבור" שונה מתכליתו של חוק איסור לשון הרע, והפועל היוצא מכך הוא כי ההגנות הפרושות בחוק איסור לשון הרע אינו נתונות למי שמואשם בהעלבת עובד ציבור.

בית המשפט העליון עמד גם על מנגנוני ההגנה הנתונים לחופש הביטוי במסגרת המעגל החיצוני. כך, צוין כי ביחס לעבירות הכרוכות בפגיעה בחופש הביטוי, נוהג היועץ המשפטי לממשלה איפוק וריסון בהגשת כתבי אישום. עוד פורטו השיקולים השונים אשר רצוי כי יישקלו בעת החלטה על העמדה לדין בגין עבירה מסוג זה. מנגנוני הגנה נוספים, כך נקבע, ניתן למצוא בעקרונות כלליים מתחום המשפט הפלילי, כגון הכלל בדבר "זוטי דברים"; והעיקרון לפיו יש להעדיף את הפרשנות המקלה ביותר עם הנאשם.

לבסוף, בחן בית המשפט העליון את התקיימות מבחן ה"וודאות הקרובה" במקרה שלפנינו. נקבע כי מבחן זה מתקיים, שכן בדבריו של העותר היה כדי לבזות ולהשפיל את המתלונן בגרעין הקשה של תפקידו ושל סמכותו המוסרית כלפי הציבור. משכך, נדחה ערעורו של העותר.

5. שני הצדדים פרסו בפנינו את טיעוניהם בהרחבה, תוך התייחסות גם למחקר משפטי מעמיק. נציג כאן את תמצית הטיעונים.

העותר טוען כי לא ניתן להשלים עם תוצאה שלפיה דברי אמת המכוונים כלפי עובד ציבור יקימו אחריות פלילית לאומרם. לעמדתו, יש מקום להכיר בהגנה המתבססת על אמיתות הדברים שמקורה הוא בדין הפלילי עצמו, ואין הכרח כי הגנה כזו "תיובא" מדיני לשון הרע. הגנת "אמת דיברתי" מתבקשת, לשיטתו, בעבירת "העלבת עובד ציבור" לאור ערכה הפנימי הגבוה של האמת ולאור האינטרס שבחשיפת

אמיתות לא נוחות אודות עובדי ציבור. כמו-כן סבור העותר כי ככל שדברים המכוונים כנגד עובד ציבור יתבררו כנכונים, הרי שאמירתם אינה פוגעת בתפקודו התקיין של השירות הציבורי, ויכולה אף לתרום לשיפורו. עם זאת, סבור העותר כי יש מקום להגביל את תחולתה של הגנת האמת לדברים שיש בהם עניין לציבור. העותר מוסיף וטוען כי חשיבותו של חופש הביטוי מחייבת צמצום נוסף של עבירת "העלבת עובד ציבור", מעבר להגנת האמת. לשיטתו, בנוסף להגנה זו יש מקום להחיל גם מבחן הסתברותי – לבחינת מידת הסכנה שמשקפת מן הביטוי ומבחן מהותי המגביל את העבירה לביטויים שחומרתם עולה מעל רף מסוים. רק בהתקיים התנאים כולם, במצטבר – תקום לדעתו אחריות פלילית. העותר מוסיף כי אף שהגנת האמת לא עולה באופן מפורש מתוך לשון החוק, הרי שהלשון גם לא שוללת את תחולתה. עבירת "העלבת עובד ציבור" היא במקורה חוק מנדאטורי ועל-כן, כך נטען, יש להעניק משקל רב לתכליתה – כפי שהיא מוגדרת היום – ולא להיצמד באופן דווקני ללשונו. לבסוף, עומד העותר על כך כי לא ראוי שמדיניות ההעמדה לדין של התביעה, שהיא גורם חיצוני לבית המשפט, תשפיע על גבולות העבירה.

6. המשיבה מצידה סבורה כי אין מקום להכיר בהגנה המבוססת על אמיתות הדברים שכוונו כלפי עובד הציבור, וכי גם מבחן הסתברותי לנזק הצפוי כתוצאה מן הביטוי אינו הדרך הראויה לצמצום גבולות העבירה. לעמדת המשיבה, מרכז הכובד בפרשנות העבירה צריך להיות מושם בהגדרת יסוד ה"העלבה". באופן זה, כך סבורה המשיבה, ניתן יהיה לבחון כל מקרה על-פי נסיבותיו, ובמסגרת זו אף ליתן משקל לשאלת אמיתות הדברים כשיקול אחד מיני רבים. ככלל, גורסת המשיבה כי במסגרת עבירת "העלבת עובד ציבור" לצורת הדברים ולסגנונם חשיבות רבה יותר מאשר לתוכנם. המשיבה סומכת את התנגדותה להחלת מבחן הסתברותי על מספר טעמים. ראשית, היא סבורה כי מקום בו ביקש המחוקק לקבוע מבחן הסתברותי הדבר נעשה באופן מפורש במסגרת לשון החוק, כפי שנעשה הדבר לגבי עבירת "עלבון במקום ציבורי" (סעיף 194(ב) לחוק העונשין) ולגבי עבירת "הסתה לאלימות או לטרור" (סעיף 2144ד לחוק העונשין). המשיבה מוסיפה כי בעבירות אלה הרף ההסתברותי שנקבע לצורך הרשעה הוא נמוך מרף "הוודאות הקרובה" שנקבע בפסק-הדין מושא הדיון הנוסף לגבי עבירת "העלבת עובד ציבור". מכך, לעמדתה, ניתן ללמוד כי לא כל העבירות הפוגעות בחופש הביטוי נוקטות איזון זהה בינו לבין הערך המוגן בעבירה. שנית, המשיבה מציינת כי בפסק-הדין בדנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145 (2000) (להלן: דיון נוסף כהנא), שבו נדונה האפשרות להחיל מבחן הסתברותי במסגרת עבירות ההמרדה (סעיפים 133 ו-134(א) לחוק העונשין), נחלקו הדעות לגבי השאלה אם ראוי להחיל מבחן הסתברותי במסגרת עבירה התנהגותית,

וזאת אף בהתחשב בכך שניתן למצוא עיגון למבחן כזה בלשונן של אותן עבירות – בניגוד ללשון עבירת "העלבת עובד ציבור". שאלות אלה עומדות למבחן היום.

איסורים פליליים הפוגעים בחופש הביטוי

7. הזכות לחופש ביטוי הוכרה כזכות-על במשפטנו עוד בטרם חוקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"ץ 73/53 "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953)). חופש הביטוי כרוך לבלתי-הפרד במשטר הדמוקרטי, עד שאין האחד מתקיים ללא השני. הזכות לחופש ביטוי היא "יסוד מסד ותנאי מוקדם להבטחת קיומן ולשמירתן הנאמנה של רוב זכויות היסוד האחרות" (ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295-296 (1977), להלן: עניין חברת החשמל; ראו גם בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233 (1984)); וכבר הבעתי דעתי כי הזכות לחופש ביטוי "היא הראשונה להיפגע אך הפגיעה לעולם אינה מסתיימת בה" (רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 10 לפסק-דיני (לא פורסם, 12.11.2006) (להלן: עניין בן גביר). מעבר לתפקידו של חופש הביטוי בשמירת הדמוקרטיה ובהיותו מאפיין מרכזי של השיטה הדמוקרטית, חשיבותו היא גם ביצירת "שוק רעיונות" או "שוק דעות" פתוח וחופשי, שלו מרב הסיכויים להביא לחשיפת האמת. "יש להבטיח את חופש הביטוי כדי לאפשר להשקפות ולרעיונות שונים ומגוונים להתחרות אלו באלו. תחרות זו – ולא הכתבה 'מגבוה' – היא שתביא, בסופו של דבר, לחשיפת האמת" (בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 33 (1989), להלן: עניין יוניברסל). בעניין אחר הבעתי עמדתי כי "בחברה חופשית – אחדות הדעות היא נטל. כפייתה של השקפה אחת יחידה – שומטת את בסיס החופש מתחת רגליה של החברה. האחדה אינה אחידות, השקט אינו חופש והדומיה אינה הרמוניה. האחדה כפויה של הדעות השונות 'כמוה כדומיית בית הקברות' (כדברי השופט Jackson בפרשת *West Virginia State Bd. Of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 640-641 (1943)) (עניין בן גביר, פס' 16 לפסק-דיני). היבט חשוב נוסף של חופש הביטוי, עליו עמדתי באותו עניין, הוא בהיותו צינור לגיטימי להבעת ביקורת ותרעומת, בעוד שהשתקה ודיכוי עלולים להביא בסופו של יום להתפרצות אלימה:

ההכרה בחופש הביטוי הפוליטי היא, במידה רבה, צדו השני של מטבע אי-האלימות. המדינה הדמוקרטית מקנה לאזרחיה ולתושביה כלים חוקיים מגוונים להגשמת מטרותיהם הפוליטיות, החברתיות והציבוריות. הקלפי הוא כלי מרכזי אך אין הוא כלי שוטף. הביטוי החופשי

הוא אחד הכלים החשובים להגשמת השותפות הדמוקרטית. מכאן החירות העומדת לכל אדם במדינה הדמוקרטית להביע באורח חופשי את התרעומת שבלבו. מכאן החירות העומדות לו לאדם להביע את דעתו בעניינים שעל סדר היום, אפילו יהיו אלה דעות קיצוניות ומכעיסות, ואפילו ינוסחו בלשון צורמת ומקוממת. איש איש ולשונו, איש איש ואופיו, איש איש והרקע התרבותי בו צמח. חירות זו, ולצידה זכויות פוליטיות ואזרחיות אחרות, הן התחליף הטוב ביותר לנקיטה בצעדים אלימים ובלתי-דמוקרטיים, ששיטתנו שוללת מכל-וכל. הביטוי הוא שסתום רב-עוצמה העוצר בעד האלימות הפיזית מלהתפרץ. מטעם זה, אף מגשים חופש הביטוי את האינטרס בשמירה על יציבות החברה והמשטר (עניין בן גביר, פס' 17)

חשיבותו של חופש הביטוי לא מתמצה בשימור ובקידום הדמוקרטיה לטובת הכלל; נודעת לו חשיבות עצומה גם עבור הפרט, שכן ביטוי עצמי הוא בלתי נפרד מן ההגשמה העצמית של האדם, וצורך אנושי משמעותי.

8. בשיטת המשפט הישראלית היקף התפרשותה של הזכות לחופש ביטוי הוא רחב ביותר. "חופש הביטוי, כזכות חוקתית, משתרע על כל ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא, תהא השפעתו אשר תהא, ויהא אופן הבעתו אשר יהא" (דברי הנשיא ברק בעניין יוניברסל, בעמ' 34). תוכנם של ביטויים אינו משמש אמת מידה לפרישת ההגנה החוקתית עליהם. בגדר הזכות לחופש ביטוי כבר נכתב כי:

תפישה המוציאה קטגוריות שלמות של ביטוי מגדרה של ההגנה החוקתית זרה לשיטתנו. בפועל, היא מאבדת מכוחה, כאמור, גם בארצות-הברית. החרגה כזו [החרגת ביטוי מסוים מגדר ההגנה החוקתית – א' ר'] מסכלת כל אפשרות לקבוע באורח חופשי והגיוני היכן תוצב נקודת האיזון שבין חרות לבין הזכות המתחרה או בינה לבין האינטרס המנוגד לה. כל ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא, ויהא סגנונו אשר יהא, נהנה מן ההגנה החוקתית... בשיטתנו, טבוע איפוא האיזון במשטר החוקתי עצמו. הזכויות, לפי תפיסתנו, הן רחבות בהיקפן – אף כי ההגנה עליהן אינה אבסולוטית... הנה כי כן, מתחם התפרשותה של חירות הביטוי לחוד, ומידת ההגנה הניתנת לביטוי זה או אחר לחוד. תחום הפרישה של הזכות החוקתית הוא רחב, אך היקף ההגנה הוא פועל יוצא של ערכים נוספים, ומשתנה בהתאם לנסיבות המקרה ולאופיו של הביטוי (עניין בן גביר, פס' 12-13 לפסק-דין).

התפיסה שלפיה כל ביטוי, ויהא הוא חריג ככל שיהא, זוכה להגנה חוקתית משקף את עוצמתה של הזכות לחופש הביטוי ואת חשיבותה העצומה בחיים הדמוקרטיים. המשפט החוקתי הישראלי אינו "עיוור" לאף סוג של ביטוי ובכך מובטח כי יינתן לכל ביטוי משקל הולם למול הזכויות או האינטרסים המתנגשים עימו. הכללת כל הביטויים במסגרת הזכות החוקתית לחופש הביטוי, אפילו אין ההגנה עליהם מוחלטת "מדגישה את העובדה, כי לכאורה הביטוי מוגן, וכי נדרשת הצדקה מיוחדת כדי להגבילו. בהעדר הצדקה כזו יש לאפשר את הביטוי" (עניין יוניברסל, בעמ' 35). אכן, "גישה מרחיבה זו להיקפו של חופש הביטוי הולמת במיוחד את המשפט הישראלי, שבו ההגנה על חופש הביטוי, כמו על שאר זכויות היסוד, אינה מוחלטת. הפרשנות המרחיבה לחופש הביטוי אינה מכריעה באיזון בינו לבין זכויות ואינטרסים אחרים, אלא אך מאפשרת איזון כזה כך שהדיון מתמקד במידת ההגנה הניתנת לזכות" (בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 81 (2004)). במסגרת אותה "גישה מרחיבה" ביחס לחופש הביטוי, משקלו של ביטוי מסוים עשוי להיות נמוך באופן יחסי לזכויות או לאינטרסים המתנגשים עימו, אולם לעולם לא יהיה משקלו אפסי. מתוך תפיסה מרחיבה זו, נקבע כבר כי חופש הביטוי משתרע על הביטוי הפורנוגרפי (עניין ש.י.ן) ואפילו על הביטוי הגזעני (ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996)), אף שמשקלם למול זכויות ואינטרסים אחרים הוא נמוך.

9. תפיסה מרחיבה זו לא נוהגת בכל שיטות המשפט. כך למשל, שיטת המשפט האמריקאית לא מכירה בסוגים מסוימים של ביטויים כחוסים תחת ההגנה של הזכות החוקתית לחופש הביטוי וישנן קטגוריות של ביטויים שהוצאו מגדר זכות זו. בין קטגוריות אלה נמנו ביטויי דיבה, ביטויי תועבה (obscenity) ודברי מצה או עימות (fighting words). צמצום הגדרת הביטוי, כאמצעי לעריכת איזון בין חופש הביטוי לבין זכויות ואינטרסים אחרים נובע כנראה, לפחות בחלקו, מן האיסור האבסולוטי לפגוע בחופש הביטוי שנקבע בתיקון הראשון לחוקת ארצות-הברית (ראו עניין בן גביר, פס' 11 לפסק-דין; ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, פס' 15 (2002), להלן: עניין רינת). תחילה עמדה בבסיס התפיסה המצרה ביחס להיקף הזכות לחופש ביטוי גם העמדה שלפיה יש ביטויים מצומצמים ומוגדרים היטב "שבעצם אמירתם הם גורמים נזק" ומשום כך "מניעתם והענשת השימוש בהם אינם מעוררים שאלה חוקתית" (*Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942)).

עמדה זו נתקתה עם השנים, וכיום "הדגש הוסט מן הפסול המוסרי ומן הטעם הקלוקל שבביטוי אל החשש מפני התגובה האלימה של השומע, בין אם זו תגובה

אלימה שבאה מתוך הזדהות עם דברי ההסתה של האומר ובין אם זו תגובה אלימה מצד מי שנפגע מן הדברים" (עניין בן גביר, פס' 11 לפסק-דין). גם ההגנה החוקתית על סוגים שונים של ביטויים הורחבה. ביטויי דיבה זכו להיכנס בשערי הזכות החוקתית לחופש ביטוי בפסק-הדין *N.Y. Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) (להלן: עניין סאליבן). דברי המצה אמנם טרם זכו להיכלל בגדר הזכות לחופש ביטוי, אולם הגדרתם הצטמצמה באופן ניכר. תחילה הוגדרו דברי מצה כביטויים "שבעצם אמירתם גורמים לנזק או נוטים להסית להפרה מיידית של הסדר הציבורי" (עניין *Chaplinsky*). הביטויים שעמדו לדיון באותו עניין הם כינויים שהופנו כלפי מרשל העיר – "סחטן" ו"פשיסט". שם נקבע כי ערכם החברתי של דברי מצה הוא כה נמוך, עד שכל תועלת שעשויה לצמוח מהם מתגמדת לעומת פגיעתם במוסר ובסדר הציבורי. עם זאת, בפסקי-דין מאוחרים יותר צומצמה ההגדרה של "דברי מצה" ולמעשה, מאז פסק-הדין בעניין *Chaplinsky* נמנע בית המשפט העליון האמריקאי לאשר הרשעה פלילית בגין השמעת דברי מצה וגם דברי עימות ומריבה קשים זכו להגנת החוקה (לסקירה מקיפה ראו: Burton Caine, *The Trouble with "Fighting Words": Chaplinsky v. New Hampshire is a Threat to First Amendment Values and should be Overruled*, 88 Marq. L. Rev. 441 (2004)). כך למשל, נקבע כי לא ניתן להוציא ממסגרת ההגנה החוקתית, באמצעות דוקטרינת דברי המצה, תכנים מסוימים או ביטויים של השקפות מסוימות – קשות ככל שיהיו. לפיכך פסל בית המשפט העליון האמריקאי דבר חקיקה שמטרתו לייחד "ביטויי שנאה" (על רקע צבע עור, דת או מגדר למשל) ולהוציאם מגדר ההגנה החוקתית על חופש הביטוי (*R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992)). באותו עניין הדגיש בית המשפט כי "ניתן למנוע התנהגות מחפירה כמו זו של שריפת הצלבנים בלא להשליך אל תוך האש גם את התיקון הראשון".

10. מעמדה הרם של הזכות לחופש ביטוי, ולא פחות מכך – תפקידה המרכזי בשמירת הדמוקרטיה – מחייבים התייחסות זהירה ביותר לכל הגבלה על הביטוי החופשי. אמנם, סנקציה פלילית נחשבת בדרך כלל לאיסור בדיעבד, שהוא חמור פחות ממניעה מוקדמת של ביטוי מסוים (ראו למשל: ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 582 (1998), להלן: ערעור כהנא); אלא שאין להמעט את ההכרה באופיו המצנן של איסור פלילי. בפועל, ההרתעה שיוצרת הסנקציה הפלילית עשויה גם למנוע מראש מן הביטוי לצאת אל אוויר העולם ולא רק להביא לענישתה בדיעבד. יתרה מכך, עצם קיומה של אווירת חשש ופחד, שמא אמירה זו או אחרת עלולה להביא את אומרה לעמוד לדיון, מנוגדת לרעיון הדמוקרטי.

11. חרף מעמדה הרם של הזכות לחופש ביטוי בשיטת המשפט הישראלית, ישנו מספר לא מועט של עבירות בקודקס הפלילי אשר פוגעות בזכות זו או מגבילות אותה. קיומן של עבירות אלה מבטא את ההכרה שלפיה חופש הביטוי אינו זכות מוחלטת; וכי הגבלתה נחוצה לעיתים לצורך הגנה על זכויות או על אינטרסים אחרים – חשובים אף הם. חלק מן העבירות הפוגעות בחופש הביטוי נדונו בהרחבה בפסיקתו של בית משפט זה. כך למשל עבירות ההמרדה (סעיפים 133-139 לחוק העונשין), שנדונו בדיון נוסף כהנא; עבירות ההסתה לגזענות, לאלימות או לטרור (סעיפים 144א-144 לחוק העונשין) שנדונו בעניין אלבה; עבירת פגיעה ברגשי דת (סעיף 173 לחוק העונשין) שנדונה בע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289 (1998); ועבירת זילות בית המשפט (סעיף 288 לחוק העונשין) שנדונה בבג"ץ 506/89 בארי נ' ראש מדור תביעות אגף החקירות, המטה הארצי של משטרת ישראל, פ"ד מד(1) 604 (1990) וברע"פ 3817/97 סובול נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 247 (1998) (להלן: עניין סובול). נוסף על כך, ניתן למצוא בדין הפלילי, כדוגמה, עבירות בגין "פרסום ידיעות כוזבות הגורמות פחד ובהלה" (סעיף 159 לחוק העונשין) (במאמר מוסגר ייאמר כי יסודות עבירה זו תואמים יפה את האילוסטרציה הנודעת על אדם הצועק "שריפה" בתיאטרון מלא, שהופיעה בפסק-דין *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919)); "הסתה למעשי איבה כלפי מדינה ידידותית" (סעיף 166 לחוק העונשין); "חילול כבודם של גדולי מדינת חוץ" (סעיף 168 לחוק העונשין); פגיעה ברגשי דת (סעיף 173 לחוק העונשין); ועלבון במקום ציבורי (סעיף 194(ב) לחוק העונשין).

כבר נקבע כי פרשנותן של עבירות אלה תיעשה בשים לב לפגיעה שהן פוגעות בזכות היסוד לחופש ביטוי, ולהכרה שלפיה פרשנות מרחיבה יתר על המידה של העבירות מן הסוג הזה עלולה לפגוע בחופש הביטוי במידה בלתי רצויה. עוד יש לזכור כי סף הסיבולת של חברה דמוקרטית כלפי ביטויים חריגים צריך להיות גבוה, שכן גם ביטויים קשים ופוגעניים זכאים להגנה (ראו: בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987)). לפיכך יש לפרש עבירות הפוגעות בחופש הביטוי באופן המצמצם את הפגיעה עד למינימום הנדרש לשם הגשמת הערך המוגן של העבירה. בכך יש כדי להגשים גם את המגבלות החוקתיות המוטלות על פגיעה בחופש הביטוי. אמנם, רובן ככולן של העבירות הפוגעות בחופש הביטוי מוגנות מפני בחינה חוקתית (constitutional review) מכוח סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף "שמירת הדינים"). עם זאת, הלכה היא כי בעת שבית המשפט מפרש עבירות מוגנות מוטלת עליו החובה לפרשן בהתחשב בפגיעתן בזכויות יסוד ובהגנה הנתונה לזכויות אלה בשיטת המשפט שלנו (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 43-41 (1997)).

במסגרת כך, על בית המשפט לפרש עבירות אלה באופן שהפגיעה בזכות היסוד תהא מידתית ולא תעלה על הנדרש – כמובן, ככל שהדבר אפשרי מבחינה לשונית. כל אלה הם שינחנו גם בפירוש עבירת "העלבת עובד ציבור". עליה להתפרש באופן המצמצם את הפגיעה בחופש הביטוי למינימום ההכרחי לצורך הגשמת תכלית העבירה.

12. יודגש, כי צמצום הפגיעה בחופש הביטוי אינו תכלית יחידה של מלאכת הפרשנות לעניינן של עבירות הפוגעות בחופש הביטוי. הצמצום לא נועד, בשום פנים, לאיין את דבר החקיקה ולרוקן אותו מתוכנו. על הפרשנות להעניק משקל גם לערך המוגן של העבירה הפוגעת בחופש הביטוי, ואופן צמצום העבירה צריך שיעשה בהתאם לערך מוגן זה. הצמצום אינו מטרה העומדת בפני עצמה כי אם אמצעי לשמירת האיזון הראוי בין ההגנה על חופש הביטוי לבין הערך המוגן של העבירה. לפיכך, אין הצדקה להגביל את תחולת עבירת "העלבת עובד ציבור" בכל הדרכים האפשריות גם יחד כמוצע על-ידי העותר, וזאת בדרך של בחירת טעם יחיד של צמצום הפגיעה בחופש הביטוי למינימום. הגישה שלפיה יש לצמצם את תחולתה של עבירה הפוגעת בחופש הביטוי צמצום מקסימאלי לא נותנת ביטוי ומשקל לתכלית הספציפית של העבירה ובכך היא חוטאת לתפקידו של הפרשן. אילו התקבלה גישה זו, היה בכך כדי לסכל את כוונת המחוקק להתיר פגיעה מסוימת בחופש הביטוי לצורך הגנה על ערך אחר.

משכך, יש לבחון את הדרכים השונות לצמצום תחולתה של העבירה ולבחור בדרך המגשימה באופן מיטבי הן את הצורך להגן על הזכות לחופש ביטוי הן את הצורך להגשים את הערך המוגן העומד בבסיס העבירה. על דרך הפרשנות הראויה להגשים את תכליתה הספציפית של העבירה, תוך מתן ביטוי לאמות המידה החוקתיות הנוהגות במשפטנו. לצורך תחימת גבולותיה של עבירת "העלבת עובד ציבור" יש לעמוד תחילה על הערך המוגן העומד בבסיס העבירה. לאחר הגדרת הערך המוגן, יש לבחון את הדרכים האפשריות השונות לקביעת תחומי העבירה. אמת המידה העיקרית לבחינה זו היא הצורך להגשים את תכלית העבירה באופן שהפגיעה בחופש הביטוי תעמוד בסטנדרטים החוקתיים הקיימים.

הערך המוגן בעבירת "העלבת עובד ציבור"

13. עבירת "העלבת עובד ציבור" מורה כך:

המעליב בתנועות, במלים או במעשים, עובד הציבור, או דיין או פקיד של בית דין דתי או חבר ועדת חקירה לפי

חוק ועדות חקירה, תשכ"ט – 1968, כשהם ממלאים תפקידים או בנוגע למילוי תפקידים, דינו - מאסר ששה חדשים.

עבירת "העלבת עובד ציבור" לא מכוונת להגן על כבודו או על מעמדו הפרטי של עובד הציבור. כאדם פרטי, אין כבודו של עובד הציבור יקר יותר מכבודו של אדם אחר ומעמדו אינו רם יותר. לעיקרון זה ניתן ביטוי ברור בהגדרת העבירה, שכן העלבה אסורה, לפי לשון החוק, היא רק כזו שמכוונת כלפי עובד הציבור בעת שהוא ממלא את תפקידו או בקשר למילוי תפקידו. הפסול בהעלבה האסורה על-פי החוק לא טמון בפגיעתה בעובד הציבור כאינדיבידואל, אלא בפגיעתה בו כאורגן של מערכת השירות הציבורי. בכך דומה עבירת "העלבת עובד ציבור" לעבירת "זילות בית המשפט", הקבועה בסעיף 255 לחוק העונשין. עבירת "זילות בית המשפט" נועדה להגן על השופט "כמוסד" ולא על השופט "כאדם" (ראו: עניין טובול), וזאת על-מנת שהמערכת השיפוטית תוכל להמשיך ולבצע כראוי את התפקיד שיוחד לה בחברה הדמוקרטית. עם זאת, ראוי להדגיש כי חרף דמיון רעיוני זה בין שתי העבירות, יסודותיהן מוגדרים באופן שונה ותכליותיהן המיוחדות שונות.

יתרה מכך: אף בהגנה על עובד הציבור כאורגן של מערכת השירות הציבורי אין כדי לבטא תפיסה אנכרוניסטית לפיה על האזרח לחוש יראת הכבוד כלפי השלטון כזוה, מתוך הבדלי מעמדות בין השניים. למותר לציין, כי תפיסה כזו מנוגדת לעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית, הדוגלת בתפיסה שלפיה השלטון קיים עבור האזרחים ולמענם – ולא להפך, ובתפיסת שוויון שלפיה אין להעניק לכבודו של אחד משקל עודף ביחס לכבודו של אחר. אכן, גם במדינות דמוקרטיות שבהן "יראת הכבוד" כלפי אדם אחר מוכרת כזכות משפטית המוגנת על-ידי המשפט הפלילי, זכות זו אינה מוגבלת לאוכלוסיה מוגדרת כלשהי, והיא נחלתו של כל אזרח במידה שווה. כך למשל המלומד Whitman מבהיר כי עבירת העלבון במשפט הגרמני מגנה על זכותם של האזרחים ל"הדרת כבוד" (honor, במובחן מ-dignity; על המשמעויות השונות של המונח "כבוד", ראו: עניין רינת, בפס' 17; I. Englard, *Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework* 21 Cardozo L. Rev. (1999-2000) 1903, 1906; א' קמיר שאלה של כבוד – ישראליות וכבוד האדם 19-24 (2005)). אלא שבדין הגרמני ההגנה על הזכות ל"הדרת כבוד" נתונה לכל האזרחים באופן שוויוני (James Q. Whitman, *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, 109 Yale L. J. 1279 (1999-2000)). עבירת "העלבת עובד ציבור", לעומת זאת, מגנה על עובדי ציבור מפני עלבון, ועליהם בלבד. אילו היה הערך המוגן

של העבירה מתפרש כהגנה על כבודם של עובדי הציבור הייתה בכך פגיעה קשה בשוויון.

14. ההגנה על עובד הציבור מפני דברי העלבה נחוצה כאמצעי לצורך שמירה על תפקודו התקין של השירות הציבורי. חשיפת עובד הציבור לעלבונות בעת שהוא ממלא את תפקידו או בקשר עם תפקידו, עלולה להצטבר לכדי פגיעה של ממש ביכולתו לממש את סמכויותיו ולבצע את התפקידים המוטלים עליו. עלבונות כאלה עשויים גם לכרסם באמון הציבור בשירות הציבורי, באופן שתישחק ההכרה בסמכות החוקית ובסמכות המוסרית הנתונה לעובד הציבור לבצע תפקידים ופעולות מסוימות. ישנם ביטויים, שאף שהם מופנים כנגד עובד ציבור מסוים כזה או אחר, למעשה מהווים הם קריאת תיגר על עצם סמכותה החוקית של המדינה ושל השירות הציבורי. לביטויים מסוג זה עלולה להיות השפעה שלילית ביותר לאורך זמן. שלטון החוק אינו יכול להתקיים בכוח הזרוע בלבד. אף אם לזרועות שלטון מסויימים חרב או ארנק, כניסוחיו המבריקים של אלכסנדר המילטון, הרי על-מנת שהשירות הציבורי יוכל לתפקד כהלכה, יש צורך כי הציבור יכיר, ככלל, בסמכויות שניתנו לשירות הציבורי על-פי דין. שחיקת סמכותו (החוקית) של השירות הציבורי, אם כן, פוגעת בעצם המשטר הדמוקרטי. עם זאת, יש להישמר מפני הגנה על ואריאציה פסולה של "אמון הציבור" בשלטון או בשירות הציבורי – לאמור, האמונה כי כל פעולותיו של השלטון נכונות וראויות מטבען. סוג זה של "אמון", שיכול להתקיים רק בהיעדר ביקורת, אינו רצוי וממילא ואינו מוגן. "האמון" שיש להגן עליו הוא האמון בשיטת המשטר אשר העמידה סמכויות מסוימות בידיהם של עובדי הציבור, על-מנת להוציא אל הפועל החלטות שלטוניות שהתקבלו כדין ובהתאם לעקרונות הדמוקרטיה.

לפיכך, לשמירה על תפקודו התקין של השירות הציבורי יש היבט "פנימי" והיבט "חיצוני". ההיבט הפנימי של התפקוד התקין נשמר בכך שרוחו של עובד הציבור אינה נשברת ויכולתו לבצע את תפקידיו נשמרת. ההיבט החיצוני של התפקוד התקין נשמר באמצעות אמונו של הציבור בשיטת המשטר, המתבטאת בהכרה בסמכויות החוקיות הנתונות לעובד הציבור. עמדה על כך השופטת ע' אדבל בפסק-הדין מושא דיון נוסף זה:

תכליתו של סעיף 288 לחוק העונשין היא כפולת פנים, או אם תרצו בעלת שתי תכליות המשלימות זו את זו. התכלית האחת הינה תכלית ציבורית של שמירה על תפקודו התקין של השירות הציבורי ועל יכולתו למלא תפקידיו, בין היתר על-ידי שמירת מעמדו... פגיעה

באמון הציבור במערכות השלטון פוגעת במשטר הדמוקרטי ויש לה השפעה על תחושת המחויבות של הפרט לכיבוד החוק וממילא גם על היכולת לקיים חיים בחברה ומדינה מתוקנות. לתכלית הציבורית פן נוסף, פרטני, של הגנה על עובד הציבור שלא יהיה כבודו למרמס, שלא ימצא עצמו נתון להשפלה וביזוי בשל מילוי תפקידו בשירות הכלל. במצב בו אין כבודו של עובד הציבור ככזה מובטח, חזקה כי תפקודו המקצועי ייפגע גם הוא, ובכך ייפגע גם תפקודו של השירות הציבורי.

למעשה, השמירה על תפקודו התקין של השירות הציבורי היא פן ספציפי של השמירה על הסדר הציבורי וניתן לראותה כאחד מן האלמנטים הדרושים לשם קיומו של סדר ציבורי. כפי שצוין בפסק-הדין מושא עתירה זו, התכלית של שמירה על תפקודו התקין של השירות הציבורי נלמדת גם מלשון העבירה וממקומה הגיאוגרפי בחוק העונשין – תחת פרק ט' שעניינו פגיעה בסדרי השלטון והמשפט, ובצמידות לעבירה "הפרעה לעובד הציבור" (סעיף 288א לחוק העונשין).

15. תפקודו התקין והראוי של השירות הציבורי מצריך הגנה מיוחדת, שכן השמירה על תפקוד תקין של מערכת השירות הציבורי הכרחית לשם הגשמת רעיון הריבונות של העם כפי שהוא משתקף בשיטה הדמוקרטית. דברי חקיקה ותקינה, החלטות ממשלה ופסיקתם של בתי המשפט מוצאים תדיר מן הכוח אל הפועל באמצעות השירות הציבורי. תפקודו התקין של השירות הציבורי אינו בגדר אינטרס עצמי שלו, או של השלטון, כי אם בראש ובראשונה אינטרס של הציבור. מתן הגנה מסוימת לעובדי ציבור מפני הפיכת ליעד קל, זמין ותדיר לגידופים ולנאצות מקדם אינטרס זה. סביר להעריך, אף שלא הוצגו בפנינו נתונים אמפיריים, כי עובדי ציבור חשופים, מטבע עבודתם, לפגיעות שונות בתדירות גבוהה בשיעור משמעותי גבוה מזו שהאזרח הממוצע נחשף אליה. עובד הציבור הוא לעתים קרובות "פניו של השלטון" בעיני האזרח, ומקום בו פעולת זה האחרון אינה לרוחו, עלול עובד הציבור להפוך יעד קל לפריקת תסכולו ומורת רוחו של האזרח – לעתים גם בדרכים פוגעניות. ואכן, ביחס לתקיפת עובדי ציבור הביע המחוקק דעתו כי "התופעה של תקיפת עובדי ציבור בקשר עם מילוי חובתם או תפקידם הפכה לנגע" (ראו דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 9), התשל"ט-1979, ה"ח 1400); ואם כך לעניין תקיפה פיזית, הדעת נותנת כי תקיפה מילולית של עובדי ציבור נפוצה אף יותר. סיכומו של דבר, שני אלמנטים אלה יחדיו – האינטרס המיוחד שיש לציבור בשמירת תפקודו של השירות הציבורי והתדירות שבה נחשפים עובדי ציבור לפגיעות שונות – עומדים ביסוד הצורך להציע הגנה ספציפית לעובדי הציבור.

ראוי לציין כי אין הציבור נושא לבדו בנטל השמירה על תפקודו התקין של השירות הציבורי. על עובדי ציבור מוטלות חובות מיוחדות במסגרת הדין הפלילי ואף אלה תורמות להגשמת תכלית זו (לסקירה ראו: ע"פ (מחוזי חי') 359/96 ונונו נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק-דינו של השופט ש' ברלינר (לא פורסם, 10.10.1996)). ניתנת האמת להיאמר, כי ייתכן שניתן היה להגן על תפקודו התקין של השירות הציבורי מפני התנהגות מפריעה מצד הציבור באמצעים פוגעניים פחות, כגון באמצעות קיומה של עבירת "הפרעה לעובד ציבור" שנוכרה לעיל. אולם לעת הזו עבירת "העלבת עובד ציבור" שרירה וקיימת – וכאמור אינה עומדת לבחינה חוקתית – ועל-כן חובתנו היא לאתר את פרשנותה הראויה, באופן שיהא בו כדי לשמר את תכליתה הספציפית תוך מזעור הפגיעה בחופש הביטוי.

הגדרת גבולות העבירה – בין מבחן תוכני למבחן הסתברותי

16. הגבלות על חופש הביטוי, בין שהן במישור הפלילי, במישור האזרחי או במישור החוקתי-מנהלי, מצריכות תחימה ברורה של גבולות ההגבלה, וזאת על-מנת שהפגיעה בחופש הביטוי תגשים את מטרתה ולא תשתרע אל מעבר למידה הנחוצה. תחימת גבולות ההגבלה על חופש הביטוי במסגרת הדין הפלילי עשויה ללבוש צורות שונות, המשתקפות בלשון העבירה ומשתמעות מתכליתה הספציפית. כך למשל, מתקיימים מקרים שבהם נעשה שימוש במבחן תוכני, שעיקרו משמעות הביטוי; ישנם מקרים שבהם נעשה שימוש במבחן הסתברותי, שעיקרו בסיכון שנעוץ בביטוי (ההסתברות להתממשות תוצאה בלתי רצויה כלשהי); וישנם מקרים שבהם תחימת ההגבלה על חופש הביטוי נעשית בדרך של קביעת יסוד נפשי מיוחד.

17. לכך נוספות לעתים גם הגנות "חיצוניות" לפרשנות העבירה גופה, כגון תקופת התיישנות מקוצרת, או דרישת אישור מצד היועץ המשפטי לממשלה כתנאי להגשת כתב אישום. גם מדיניות מוגדרת ומצומצמת של התביעה בהגשת כתבי אישום עשויה לשמש מנגנון הגנה "חיצוני", ואולם אין בית המשפט רשאי להדיר עצמו מפרשנות החוק ולהותיר את ישומו לשיקול דעתה הבלעדי של התביעה. הגדרת גבולות העבירה צריכה לעמוד בסטנדרטים חוקתיים, ואין ההגנה על חופש הביטוי יכולה להישען על מדיניות ההעמדה לדין של התביעה – לבדה. בכך אין לפטור את התביעה מהפעלת שיקול דעת זהיר ומושכל בעת הגשת כתב אישום בגין עבירות הפוגעות בחופש הביטוי; אלא שגם ההפך הוא נכון, ומדיניות אחראית מצד התביעה אינה פוטרת את בית המשפט מהתוויית גבולות ברורים לפגיעה בחופש הביטוי. מן הראוי כי תהא בידי

האזרח "היכולת לדעת מראש את היקף האיסור, ולהיות מוזהר רק מפני מה שראוי להיות אסור בדין העונשי" (מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות'" משפטים ל(1) 105, 113 (1999) (להלן: קרמניצר); וראו שם דיון מקיף בשיקולים נוספים התומכים בהפרדה ברורה בין הגדרת גבולות העבירה לבין מדיניות התביעה בהעמדה לדין).

באשר לעבירת "העלבת עובד ציבור", לאור ניסוחה, שני המבחנים העיקריים שעלינו לשקול הם המבחן התוכני והמבחן ההסתברותי. מבחנים אלה אינם בהכרח מוציאים זה את זה, ויש לבחון לגבי כל אחד מהם אם הוא מתיישב עם תכליתה של העבירה ועם לשונה. מקום בו שני המבחנים מתיישבים עם לשון העבירה ועם תכליתה, עשוי השילוב ביניהם ליצור את ההגנה המתאימה ביותר על חופש הביטוי.

18. הבחירה במבחן זה או אחר היא ייחודית לכל עבירה, ולא ניתן לזהות בפסיקתו של בית משפט זה העדפה גורפת או עקבית למבחן התוכני או למבחן ההסתברותי. כך למשל, במסגרת הדיון בעבירת הסתה לגזענות לפי סעיף 144(ב)א לחוק העונשין, שהתעורר בעניין אלבה, התייחסו חלק מחברי ההרכב לשאלת תחולתו של מבחן הסתברותי. הנשיא א' ברק, שסבר כי יש להותיר שאלה זו בצריך עיון, הדגיש כי "בכל סוגיה וסוגיה – בין זו של משפט ציבורי ובין זו של משפט [פ]רטי – יש לבחון את שאלת המבחן ההסתברותי לגופו, בלי להקיש מסוגיה אחת לחברתה" (שם, בעמ' 290). השופטים א' מצא וד' דורנר, שעמדתם הייתה כי אין מקום למבחן ההסתברותי בגדר עבירת ההסתה לגזענות, נימקו את עמדתם במספר טעמים הקשורים למאפייניה הייחודיים של עבירה זו – כגון לשון העבירה והערך המוגן בה, אם כי נוסף לטעמים אלה גם טעם כללי יותר, שלפיו המבחן ההסתברותי כמעט שאינו ניתן להוכחה במידה הנדרשת בפלילים.

בפרשה אחרת, היא פרשת ג'בארין (דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193 (2000)) נדונה עבירה לפי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948 (עבירה שבוטלה בינתיים). אף ששאלת החלתו של מבחן הסתברותי לא נדונה בהרחבה בפסק-הדין, ציין השופט י' קדמי, בדעת יחיד לעניין זה, כי עקרונית "בהיעדר אמירה מפורשת אין לראות בקביעת 'תו אופי' פסול לנסיבה – במקרה דנא הפרסום – ביטוי לדרישה לקיומה של רמת הסתברות כלשהי להתממשותו של אותו תו אופי, וכי יש לראות בציון תו האופי הפסול דרישה המתייחסת לסגולה אינהרנטית של הנסיבה, להבדיל מכוחה להגשים את עצמה".

שאלת תחולתו של מבחן הסתברותי נדונה גם ביחס לעבירות ההמרדה (לפי סעיפים 133 ו-134(ג) לחוק העונשין), במסגרת דיון נוסף כהנא. גם בפרשה זו נחלקו הדעות באשר להחלת מבחן הסתברותי ביחס לכל אחת מן העבירות שנדונו. הן עמדתם של התומכים בהחלת מבחן הסתברותי והן עמדתם של המתנגדים לכך בוססו, בין השאר, על לשון העבירות (אם כי זו הובנה, כמובן, באופן שונה במסגרת העמדות השונות) ועל תכליותיהן המסוימות (לנימוקים התומכים בהחלת מבחן הסתברותי ראו למשל: פסק-דינו של השופט ת' אור בדיון נוסף כהנא ופסק-דינו של הנשיא א' ברק בערעור כהנא; לנימוקים נגד החלת מבחן הסתברותי ראו למשל: פסקי-הדין של השופטים י' קדמי וד' דורנר בדיון נוסף כהנא). מבלי להיכנס לעובי הקורה בעניין פרשנות עבירות ההמרדה שנדונו באותה פרשה, ניתן לומר כי המבחן ההסתברותי לא התקבל, גם בעניין זה, כמבחן היחיד או המועדף לצורך צמצום גבולן של עבירות הפוגעות בחופש הביטוי. מנגד, נראה כי גם העמדה ההפוכה, שלפיה המבחן ההסתברותי אינו מתאים לדין הפלילי בכל מקרה וביחס לכל עבירה – בעיקר בשל הקושי להוכיח את קיומו של הסיכון ("ההסתברות") ברמה הנדרשת – לא התקבלה בפסיקה. משכך, מן הדין הוא כי מן הראוי ששאלת תחולתו של מבחן הסתברותי בגדר עבירה כלשהי תיבחן לפי מידת התאמתו של המבחן לעבירה המסוימת – על-פי לשונה ועל-פי תכליתה.

המבחן התוכני

19. עיקרו של המבחן התוכני הוא במתן משמעות למונח "העלבה". מבחינה לשונית, המונח "העלבה" הוא רחב ועשוי לכלול אף פגיעות קלות ערך או סובייקטיביות בלבד. עם זאת, פרשנות המביאה בחשבון את תכליתה של העבירה, כמו גם את הזכות לחופש ביטוי, אינה יכולה לסבול משמעות כזו. תפקידו של מבחן תוכני, אפוא, הוא לבחור מתוך מגוון הפרשנויות הלשוניות של המונח "העלבה" פרשנות מוגדרת וברורה, המשקפת את משקלה של הזכות לחופש ביטוי. כפי שכותבת חברתי השופטת א' פרוקצ'יה בפסק-הדין מושא דיון נוסף זה (פס' 41), המונח "העלבה" הוא מונח אובייקטיבי-נורמטיבי שאת תוכנו יש לקבוע בהתאם לתכלית העבירה ומתוך איזון ראוי למול חופש הביטוי.

20. המבחן התוכני מתייחד במספר מאפיינים המבדילים בינו לבין מבחן הסתברותי. ההבדל הראשון נעוץ בכך שבמסגרת המבחן התוכני, מוקד הבחינה הוא הביטוי עצמו בעוד שבמסגרת המבחן ההסתברותי, מוקד הבחינה הוא ההשלכות שעשויות לנבוע מן הביטוי. כמובן, שעצם הגדרת ביטוי מסוג מסוים כביטוי אסור

מלמדת על השקפה שלפיה לסוג זה של ביטויים יש בדרך-כלל השלכות שליליות. אלא שבמסגרת המבחן התוכני, האיסור הפלילי על הביטוי אינו מותנה בבחינה בפועל של הסיכון שנגרם בכל מקרה ומקרה. צידו השני של מטבע זה הוא שבמסגרת המבחן התוכני אין משמעות להשפעת הביטוי על קהל קולטיו המסוים. ככלל, זהותו של הקהל שאליו מופנה הביטוי ומידת היותו ניתן להשפעה על-ידי הביטוי אינם רלוונטיים במסגרת המבחן התוכני. המבחן התוכני מתייחס לסגולות מופשטות של הביטוי, הביטוי *per se*, המאפיינות אותו כתכונות כלליות שאינן תלויות באופן שבו הביטוי נקלט על-ידי שומעיו הפרטיקולאריים. לעומת זאת, במסגרת המבחן ההסתברותי נבחנת ההשפעה הקונקרטית של ביטוי מסוים על קהל שומעים מסוים.

21. עמדה דומה ביחס להבדל בין שני המבחנים הובעה על-ידי המלומד פרופ' אלון הראל, במאמרו "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות ההתממשות של הנזק': חשיבה מחודשת" משפטים ל(1) 69 (1998). לגישתו, המבחן ההסתברותי ("מבחן אפשרות ההתממשות") מתמקד לא בטקסט "אלא במידה שבה הביטוי נקלט והוטמע במציאות החברתית והפוליטית"; לא בתכנים המופשטים של טקסטים, כי אם "[ב]אופנים שבהם משפיע הביטוי על עולם האמונות והדעות של קהל השומעים או [ב]מידה שבה קהל זה נכון לפעול כדי לממש את תכני הביטוי" (והשוו: קרמניצר, בעמ' 108). הבחנה ברוח דומה, בין גישה "תוכנית" לגישה "הסתברותית", הוצעה ביחס לדוקטרינת "דברי המצה" (*fighting words*) במשפט האמריקאי (ראו: Michael J. Mannheim, *The Fighting Words Doctrine*, 93 Colum. L. Rev. 1527 (1993) (להלן: Mannheim)). המחבר שם מציין כי ניתן לפרש את דוקטרינת ה-*fighting words* ככוללת מבחן הסתברותי, שבמסגרתו נבחן הסיכון שביטוי מסוים יגרום לתגובה אלימה מצד שומעו, או ככוללת מבחן תוכני, שלפיו ביטויים מסוים הם חסרי ערך באופן אינהרנטי ועל-כן אינן מוגנים במסגרת התיקון הראשון לחוקה האמריקאית. המחבר שם מוסיף, בהקשר זה, כי הגישה ההסתברותית להבנת דוקטרינה זו, בניגוד לגישה התוכנית, היא תלוית הקשר. אכן, מאפיין זה הוא גורם מבדיל חשוב בין שתי הגישות, אם כי כפי שיפורט בהמשך, אין זה ההבדל היחיד.

יודגש, עם זאת, כי אף במסגרת המבחן התוכני יש חשיבות לנסיבות שבהן הובע הביטוי – וזאת על-מנת להבין את משמעותו. גם כאשר תר בית המשפט אחר המשמעות האובייקטיבית של ביטוי מסוים (וזאת לעומת האופן בו הובן הביטוי בפועל על-ידי שומעיו) נשמר העיקרון שלפיו "משמעותה של התבטאות אינה נגזרת אך ורק מפירושן המילולי או הבלשני המדויק של המילים שבהן נעשה שימוש. נסיבות חיצוניות הסובבות את הפרסום, ההקשר בו נאמרו הדברים – כל אלה, וכיוצא באלה,

יש בהם כדי ללמד מהו, אל נכון פירושו של הפרסום" (עניין בן גביר, פס' 24 לפסק-דין).

22. ההבדל השני בין המבחנים נעוץ בכך שבמסגרת המבחן התוכני קיימת האפשרות שסוגי ביטויים מסוימים, הנמצאים בליבת הזכות לחופש ביטוי, יקבלו הגנה מפני פגיעה בהם – אפילו קיים סיכון, בהסתברות כלשהי, כי הם יובילו לתוצאה בלתי רצויה. הגנה כזו עשויה להיות מוצדקת במקרים שבהם הפגיעה בחופש הביטוי אינה מוצדקת אפילו יש בה כדי למנוע פגיעה בערך המוגן של העבירה. זהו למעשה "מבחן המידתיות הצר" – לעתים התועלת עבור הכלל במניעת פגיעה בערך המוגן היא נמוכה ביחס לנזק שייגרם לכלל עקב הפגיעה בחופש הביטוי. במקרים מעין אלה, עדיפה הפגיעה בערך המוגן על-פני הפגיעה בחופש הביטוי. הערך המוגן בעבירה שלפנינו הוא שמירת התפקוד התקין של השירות הציבורי. כאמור, המדובר בתכלית חשובה ביותר הנחוצה על-מנת להגן על תפקודה של המדינה כמדינה דמוקרטית. עם זאת, ישנם סוגים של ביטויים שחשיבותם בהגנה על הדמוקרטיה היא רבה יותר. הגבלה על ביטויים אלה אינה יכולה לעמוד, אפילו יוצרים הם סיכון (תהא ההסתברות להתממשותו אשר תהא) לפגיעה בתפקוד השירות הציבורי. עוד יש להוסיף כי באיזון בין חופש הביטוי לבין השמירה על תפקודו התקין של השירות הציבורי יש להתחשב גם בעובדה כי הפרעה בפועל לעבודתו של עובד ציבור אסורה לפי עבירה נפרדת, היא עבירת "הפרעה לעובד הציבור" הקבועה בסעיף 288א לחוק העונשין. משמע – מקום בו התממש הסיכון ותפקודו של השירות הציבורי נפגע, נסוג חופש הביטוי מפני התכלית של שמירה על תפקודו של השירות הציבורי. לעומת זאת, כל עת שהסיכון נותר בלתי ממומש ועבודתו של עובד ציבור לא הופרעה, ישנם סוגים של ביטויים אשר ראוי כי יקבלו הגנה מפני האיסור הפלילי.

23. יוער, כי סוגי הביטויים שאינם יוצרים הפרעה בפועל אך יוצרים סיכון להפרעה, הם בדרך-כלל ביטויים שהשפעתם המבודדת על תפקודו של השירות הציבורי היא נמוכה או אף זניחה (שאחרת הייתה נוצרת הפרעה בפועל), אלא שהשפעתם המצטברת עלולה ליצור שחיקה משמעותית ביכולתו של השירות הציבורי למלא את ייעודו. כיוון שהמדובר בהשפעה מצטברת, הנזק שייגרם עקב התרת ביטויים מסוגים מסוימים – אלה הנמצאים בליבת חופש הביטוי – אינו משמעותי דיו כדי להצדיק פגיעה בחופש הביטוי. ביטויים אלה, כשהם לבדם, אינם צפויים "לתרום תרומה" של ממש להיווצרות שחיקה מצטברת שתפגע בתפקודו של השירות הציבורי. אלא שהשילוב והצירוף של ביטויים אלה עם ביטויים אחרים, שלא נמצאים בליבת הזכות לחופש ביטוי, הם שיוצרים את אותה השחיקה. כמובן, התרת כל סוגי הביטויים לא

תאפשר לקיים את תכלית העבירה כלל, ועל-כן אינה אפשרית. עם זאת, ניתן להסתפק באיסור רק על סוגי הביטויים שלא נמצאים בליבת הזכות לחופש ביטוי ועדיין למנוע את הפגיעה המצטברת בשירות הציבורי.

24. נוסף על כך, הגבלת סוג הביטויים אשר עשויים להיכנס בגדרי המונח "העלבה" מבטאת את התפיסה שלפיה סף הסיבולת המצופה מעובדי ציבור, גם כלפי ביטויים שאינם נעימים לאוזן או מנומסים, הוא גבוה. הצבת סף סיבולת גבוה ביחס לביטויים חריגים נהוג לגבי החברה החופשית בכללותה; ביחס לעובדי ציבור מקבל הדבר משנה תוקף, וסף הסיבולת המצופה מעובד הציבור הוא גבוה מזה שניתן לצפות לו מאת אזרח מן השורה. עובד ציבור ככזה אמור לגלות כושר איפוק ויציבות שלא יניחו לפגיעה מילולית להשפיע בקלות על תפקודו. קביעת סף סיבולת גבוה ביחס לעובדי ציבור מתיישב עם התפיסה המקובלת שלפיה "חשיבותו של חופש הביטוי גוברת מקום שמדובר בו בהבעת דעה בעניינים ציבוריים ובנוגע לאישים הנושאים תפקידים ציבוריים" (עניין רינת, פס' 16). תפיסה זו מקורה בפסק-הדין האמריקאי בעניין סאליבן, שם נקבעה הגנה חוקתית לדברי ביקורת כלפי אנשי ציבור, ובלבד שהמפרסם לא פעל מתוך "actual malice" או "reckless disregard". הגנה זו הורחבה בפסק-דין מאוחרים יותר גם ביחס לביקורת כלפי מי שאינו נושא משרה ציבורית, אולם משמש "דמות ציבורית" (*Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 254 (1964)). הרחבה זו של המונח "איש ציבור" לא הובילה למגמה כללית של הרחבה, ובתי המשפט בארצות-הברית לא אימצו הגדרה מרחיבה אף יותר, שלפיה יש לבחון את תוכן הפרסום, ואם כרוך בו "עניין לציבור" תחת בחינת מושא הפרסום. "שני המודדים – תוכן הפרסום ומושא הפרסום – נבחנים כאחד בעת קביעת מידת ההגנה החוקתית המוענקת לפרסום" (*Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*, 475 U.S. 767 (1986)). (ראו עניין רינת, פס' 16).

26. התנאים המחמירים שנקבעו בפסק-הדין בעניין סאליבן לעניין פגיעה בחופש הביטוי כלפי דמויות ציבוריות לא נקלטו במשפט הישראלי (ד"נ 9/77 חברת החשמל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ", פ"ד לב(3) 337 (1978)). מנגד, היסוד הרעיוני של הלכת סאליבן, הדוגל במתן הגנה מוגברת לביטויים שעניינים ביקורת כלפי דמות ציבורית, התקבל בפסיקתם של בתי המשפט. הגנה זו מוצאת לה ביטוי בפסיקת הנשיאה ד' ביניש:

הגדרת המונחים 'דמויות ציבוריות' ו'עניינים ציבוריים' אינה משימה פשוטה נוכח מגוון המצבים העשויים

להתעורר במציאות... ניתן לומר כי אדם ייחשב 'דמות ציבורית' ככל שנגיעתו לענייני ציבור והשפעתו עליהם הן רבות יותר, וככל שהופעתו בציבור וגישתו לאמצעי התקשורת רבות יותר... 'דמות ציבורית' היא דמותו של מי שיש לו נגיעה לענייני ציבור והשפעה עליהם במידה זו או אחרת, וההגדרה הקונקרטיה כרוכה בנסיבותיו של כל עניין... 'עניין ציבורי' ייחשב עניין שדיעתו ברבים רלוונטית להגשמת מטרה ציבורית או שיש לציבור תועלת בידיעה לגביו – אם לצורך גיבוש דעתו בעניינים ציבוריים ואם לשם שיפור אורחות חיו" (ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 620-621 (2002), להלן: עניין אפל).

לעובדי ציבור השפעה ממשית על ענייניו של הציבור ויש לציבור עניין מובהק בביקורת המופנית כלפי עובדי ציבור. גם בחינה השיקולים לעניין מתן הגנה מוגברת לדברי ביקורת כלפי דמויות ציבוריות מובילה למסקנה כי לפחות חלקם חלים ביחס לעובדי ציבור. שיקולים אלה פורטו אף הם על-ידי הנשיאה ד' ביניש בעניין אפל:

ההצדקה לעמדה המצדדת במתן עדיפות לחופש הביטוי על פני שמם הטוב של דמויות ציבוריות יכולה להימצא בחשיבות החברתית של הביקורת על אנשי ציבור לשם קיום ממשל דמוקרטי תקין. יש הרואים בביקורת הציבורית עמוד התווך של חופש הביטוי בישראל בהיותה נובעת מזכות הציבור לדעת ולפקח... הצורך להגן על ביטויים הנוגעים לדמויות ציבוריות ולעניינים ציבוריים נובע מכך שיש בביטויים אלה כדי לאפשר שיח חופשי לצורך עיצוב עמדות פוליטיות וציבוריות בחברה. בהקשר זה יש הסבורים כי קשה לנתק דיון חברתי בעמדות וברעיונות שיש לציבור עניין בהם, מדיון בבעלי הדעות ובהוגי הרעיונות במישור הציבורי והפוליטי, ומכאן החשיבות של ביטויים הנוגעים לאישי ציבור בעניינים ציבוריים... כן טמונה ההצדקה להעדפת חופש הביטוי ביכולתו הרבה יותר של איש ציבור ביחס לאדם פרטי להתגונן מפני פגיעה בשמו, שכן בידי חלים, ידע ואפשרות גישה לאמצעי התקשורת. יש אף הסבורים כי אנשי ציבור מעצם מעמדם מביעים הסכמה, מפורשת או משתמעת, לחשוף עניינם לעיני הציבור ולביקורתו... מנגד, ניתן להציג שיקולים השוללים העדפת חופש הביטוי על פני שמם הטוב של דמויות ציבוריות. כך, למשל, ניתן לטעון כי לשון הרע עשויה לגרום לאיש ציבור נזק רב מאוד, שכן עיקר כוחו הוא בשמו הטוב בעיני הציבור. כן ניתן לטעון כי הרחבת הפגיעה בשמם הטוב של אנשי ציבור תרתיע אחרים מלבקש לעצמם מעמד זה...

אכן, הגדרות אלה אינן מתקיימות בהכרח במלואן ביחס לכל עובד ציבור, ומידת התקיימותן עשויה אף להשתנות לפי נסיבות המקרה המסוים והתפקיד המסוים שבו מדובר. אולם, ביקורת המופנית כלפי עובדי ציבור היא מרכזית בקיום ממשל דמוקרטי תקין. זכות הציבור "לדעת ולפקח" אינה מוגבלת רק לנבחרי ציבור. היא משתרעת גם על השירות הציבורי בכללותו. חשיבותו העצומה של השירות הציבורי לתפקוד התקין של שיטת הממשל הדמוקרטית מצדיקה, מחד גיסא, מתן הגנה מיוחדת לעובדי ציבור, ומאידך גיסא היא גם מבססת את חשיבותה של הביקורת הציבורית הפתוחה על השירות הציבורי.

עמד על כך גם הנשיא מ' שמגר :

מתן האפשרות וההזדמנות להשמעת ביקורת מדינית, חברתית ואחרת על פעלו של השלטון, מוסדותיו, חברותיו, שליחיהם ועובדיהם, היא עיקר-שאיין-בלעדיו לקיום ממשל דמוקרטי תקין (עניין חברת החשמל, בעמ' 296). [ההדגשה הוספה – א' ר']

דברים דומים באו גם מפיו של השופט א' גולדברג :

גישת היסוד הראויה היא כי יש להעניק הגנה מוגברת לפרסומים המייחסים לנפגע חוסר מקצועיות, שעה שהנפגע ממלא תפקיד ציבורי על-פי דין, שהרי לציבור עניין רב באיכות השירות הציבורי. פועל יוצא הוא כי במקרה כזה פוחת משקלו של האינטרס שבהגנה על שמו הטוב של הנפגע, והוא פוחת עוד יותר כשהפרסום נוגע למחדליו המקצועיים של נושא משרה ציבורית החורגים מגדר רשלנות גרידא ועולים כדי שחיתות. בכך לא באתי להתיר כל רסן גם שמדובר בפרסום הנוגע למי שממלא תפקיד ציבורי (ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד מט(2) 843, 861 (1995)).

אכן, סף הסיבולת המצופה מעובדי ציבור אינו בהכרח הסף המוצב בפני נבחרי הציבור אולם בשום פנים אינו סף הסיבולת המצופה מן הציבור הכללי.

26. אם כך הוא הדבר ככלל – הרי שיש לקבוע סף סיבולת גבוה במיוחד ביחס לביטויים הנמצאים בליבת הזכות לחופש ביטוי. כשם שסף הסיבולת של פגיעה ברגשות בקרב הציבור בכללותו מושפע מעוצמת הזכות הנפגעת ומחשיבות האינטרס הציבורי העומד מנגד (ראו למשל בג"ץ 52/06 חברת אלאקטא לפיתוח נכסי ההקדש

המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, פס' 174 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (לא פורסם, 29.10.2008), כך סף הסיכולת של עובדי ציבור מושפע מפרמטרים אלה. כבר נפסק כי "סף הסיכולת" הוא מושג נורמטיבי. "בכחינת עוצמת הפגיעה יש להתחשב בטיבה של הפגיעה ובמקורה. הבדיקה אינה מתמקדת בעוצמת סבלם האישי של הנפגעים, אלא נגזרת מההשקפות הנורמטיביות של החברה" (עניין ש.י.ן, בעמ' 84). כשלמול האינטרס שבשמירה על תפקודו התקין של השירות הציבורי ניצבת זכות שבליבת חופש הביטוי, סף הסיכולת של עובדי ציבורי צריך שיהא גבוה במיוחד.

27. מידת ההגנה שיש ליתן לביטויים שונים נגזרת אפוא מהיותם ביטויים שב"ליבת" חופש הביטוי או מהיותם ביטויים אשר מחוצה לה. אכן, לשיטת המשפט הישראלית תפיסה רחבה של חופש הביטוי, עד שכל הביטויים מוגנים בגדרי הזכות לחופש ביטוי. עם זאת, הזכות לחופש ביטוי אינה זכות מוחלטת ויש לאזנה למול זכויות ואינטרסים אחרים. על כך כבר נכתב כי:

כל דיון בחופש הביטוי מחייב התייחסות לשתי שאלות נפרדות: האחת, מה כלול בערך היסוד בדבר חופש הביטוי, ומה נתפס מחוצה לו. בחינה זו באה לתחום את היקף הביטויים, "המכוסים" על-ידי העיקרון של חופש הביטוי... גישתנו לסוגיית ה"כיסוי" היא מרחיבה. חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי, בין פוליטי, בין ספרותי, בין מסחרי ובין אחר...

משניתנה תשובה חיובית לשאלת "הכיסוי", קמה ומתעוררת שאלה שנייה. עניינה של זו הוא מידת ההגנה ששיטת המשפט נותנת לביטוי. שאלה שנייה זו מניחה, כי עניין לנו עם ביטוי שעקרון חופש הביטוי סוכך עליו. עם זאת, כל שיטת משפט מבקשת לקבוע מגבלות שהדין מטיל על חופש הביטוי. אכן, הכרה בביטוי פלוני כביטוי הנכלל במסגרתו של עקרון חופש הביטוי אין משמעותה, כי הביטוי הוא מוגן בכל הנסיבות. הטעם לכך הוא, שחופש הביטוי אינו הערך היחיד שחברה דמוקרטית מבקשת לקיים. קיימים ערכים נוספים, אשר הכרה בהם מצדיקה הטלת מגבלות והגבלות על חופש הביטוי... אכן, הגישה המקובלת בכל שיטות המשפט הינה, כי חופש הביטוי אינו "מוחלט". תפיסתנו הינה, כי חופש הביטוי הוא "יחסי" (עניין יוניברסל, בעמ' 33-34).

ועוד: "בשיטתנו, טבוע אפוא האיזון במשטר החוקתי עצמו. הזכויות, לפי תפיסתנו, הן רחבות בהיקפן – אף כי ההגנה עליהן אינה אבסולוטית... מתחם

התפרשותה של חירות הביטוי לחוד, ומידת ההגנה הניתנת לביטוי זה או אחר לחוד. תחום הפרישה של הזכות החוקתית הוא רחב, אך היקף ההגנה הוא פועל יוצא של ערכים נוספים, ומשתנה בהתאם לנסיבות המקרה ולאופיו של הביטוי" (עניין בן גביר, פס' 12-13 לפסק-דיני).

28. אמנם כל הביטויים נכללים בשיטתנו ב"קטגוריה" האחת של חופש הביטוי אך לא כל סוגי הביטויים נהנים מהגנה שווה. אמת המידה היסודית לקביעת מידת ההגנה על ביטוי מסוים היא חשיבותו החברתית של הביטוי, ובייחוד חשיבותו בהגשמת המטרות העומדות בבסיס חופש הביטוי. "הפרשנות המרחיבה לחופש הביטוי אינה מכריעה באיזון בינו לבין זכויות ואינטרסים אחרים, אלא אך מאפשרת איזון כזה כך שהדיון מתמקד במידת ההגנה הניתנת לזכות. שאלה זו נבחנת על יסוד המטרות העומדות בבסיס חופש הביטוי, שעיקרן ההגשמה העצמית של בני-האדם, קידום ההליך הדמוקרטי והעשרת שוק הרעיונות התורמת לגילוי האמת... ככל שהביטוי מגשים מטרות אלה בצורה מלאה יותר, כן תגדל מידת ההגנה עליו" (ראו: עניין ש.י.1, בעמ' 82). כך למשל, נקבע כי ערכה החברתי של פורנוגרפיה וחשיבותה בהגשמת התכליות של חופש הביטוי הן כה מועטות, עד שניתן לומר כי סוג זה של ביטוי נמצא ב"פריפריה" של הזכות לחופש ביטוי וההגנה שהביטוי הפורנוגרפי זוכה לה היא חלשה יחסית (ראו: רע"ב 5493/06 פלד נ' שירותות בתי הסוהר (טרם פורסם, 12.10.2010)).

29. דברי ביקורת המופנים נגד מדיניות של השלטון, אף אם הם מוטחים בפניו של עובד הציבור, נמצאים בליבת חופש הביטוי. מידת תרומתם לדמוקרטיה, להעשרת שוק הרעיונות, לגילוי האמת ולקידום עיקרון ההגשמה העצמית של בני אדם – היא רבה ומרכזית. היא גם חשובה לעצם ההגנה על תפקודו התקין והראוי של הגוף השלטוני. אפקט מצנן ביחס לביקורת המושמעת כלפי השלטון יהא הרסני לשיטה הדמוקרטית. משכך, גם סף הסיבולת הנדרש מעובד הציבור כלפי ביטויים שעיקרם ביקורת כלפי השלטון הוא גבוה מאוד – וזאת אף ביחס לסף הסיבולת הגבוה ממילא הנדרש מעובדי ציבור. כך גם מקום בו הביקורת אינה מושמעת בשפה מדודה ומנומסת. חופש הביטוי שמור לא רק למי שמיומנותו המילולית היא גבוהה ומתוחכמת; "חופש הביטוי אינו רק החופש לבטא דברים בשקט ובנועם. חופש הביטוי הוא גם החופש לבטא דברי זעקה, הצורמים את האוזן" (עניין יוניברסל, בעמ' 34). לעתים צורתו הגסה של ביטוי היא חלק מן המסר עצמו. כך למשל היה המקרה שנדון בפסק-הדין בעניין *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), שם נבחנה השאלה אם סיסמה המכוונת כנגד מדיניות הגיוס באותה עת של ארצות-הברית עשויה להוות "דברי מצה" בשל השפה הוולגרית שבה נוסחה. בית המשפט שם קבע, בין השאר, כי לעתים מילים מסוימות נבחרות

דווקא בשל עוצמתן הרגשית, ועל-כן איסור על אמירתן עשוי לגרוע מן היכולת לבטא את הרעיון עצמו, כדברי השופט Harlan: "הוולגריות של האחד היא הפואטיקה של האחר". החשיבות העצומה שבשימור החירות לבקר את השלטון, ולו גם בדרכים בלתי מנומסות, מציבה סוגים אלה של ביטויים בליבת חופש הביטוי, והם זכאים למידת ההגנה הגבוהה ביותר. קיומו של סיכון לפגיעה מסוימת בתפקוד התקין של השירות הציבורי לא יכול להצדיק פגיעה בחירות להשמיע ביטויים מסוג זה, ומשכך אין מקום להכיר בסוג זה של ביטויים כצורת "העלבה" אפשרית. צמצום זה של המונח "העלבה" הוא חיוני על-מנת שהפגיעה בחופש הביטוי הכרוכה בעבירת "העלבת עובד ציבור" תהא פגיעה מידתית (במובן הצר).

30. דברי ביקורת עשויים להיות מופנים לא רק נגד מדיניות השלטון או פועלו, אלא גם כלפי תפקודו האישי של עובד ציבור מסוים. סוג זה של ביטוי חשוב אף הוא לקיום המטרות שביסוד חופש הביטוי. הגשמת הזכויות הנתונות לאזרח במסגרת החוק כרוכה לעתים בהשמעת ביקורת כלפי החלטות או פעולות מסוימות של עובד הציבור. תכופות נתונה לעובד הציבור מידה של שיקול דעת בביצוע סמכויותיו, ואופן הפעלת שיקול דעתו עשוי להיות מושא לביקורת. ביקורת המופנית לכאורה כלפי פעולה מסוימת של עובד הציבור עשויה למעשה לשמש ביקורת כנגד המדיניות הכללית שעל-פיה נהג עובד הציבור. אמנם, עתים עשויה הביקורת כלפי תפקודו של עובד הציבור להיות בלתי מוצדקת, אולם צדקתה של ביקורת לעולם אינה משמשת אמת-מידה להתרתה או לפסילתה. עצם השמעת הדברים היא בעלת ערך בקידום הדיון הציבורי וההליך הדמוקרטי ושם גם המקום לבירור נכונות הדברים. השתקת האזרח מהשמעת ביקורת כלפי עובד הציבור עלולה גם להעמיד בידי עובד הציבור שררה שאינה תואמת את רוחו ואופיו של המשטר הדמוקרטי.

31. בחינה של סף הסיבולת המצופה מעובדי ציבור מובילה אף היא למסקנה שיש להעניק הגנה רחבה לביטויי ביקורת כלפי תפקודם של עובדי ציבור. אמנם, ביקורת מטבעה עשויה להיות מעליבה ובמיוחד כך משאין האזרח מקפיד תמיד להשמיע את ביקורתו באופן בונה ורגיש. עם זאת, מצופה מעובד הציבור כי יידע לשמוע דברי ביקורת – מוצדקים או מוטעים – מבלי שהדבר ייפגע בתפקודו. היכולת לשמוע דברי ביקורת היא בעלת חשיבות הן כלפי האזרח – אשר אפילו לא קיבל בסופו של יום מבוקשו, ניתנה בידיו האפשרות להביע את עמדתו בפני עובד הציבור, והן כלפי עובד הציבור – אשר עשוי להפיק ממנה תועלת של ממש או לכל הפחות לגבש ממנה מודעות יתרה לגבי רחשי לבו של הציבור. כל זאת, כמובן, אמור בדברי ביקורת שאף שאינם

נעימים לאוזן אך אין הם מונעים ממש מעובד הציבור למלא את תפקידו. כאמור, הפרעה קונקרטיה לעבודתו של עובד הציבור אסורה לפי סעיף 288א לחוק העונשין.

בין דברי ביקורת לחרפות וגידופים

32. בניגוד לדברי ביקורת – כנגד השלטון או כנגד תפקודו של עובד הציבור – קללות, חרפות וגידופים אינם תורמים תרומה מהותית להגשמת המטרות העומדות – בהקשר זה – ביסוד חופש הביטוי. ביטויים מסוג זה לא משמשים לקידום הדיון הציבורי או ליצירת "שוק דעות" חופשי; הם לא מבטאים את הרעיון הדמוקרטי או מקדמים אותו; ובוודאי שאין בהם כדי למלא אחר הצורך האנושי בהגשמה עצמית. המדובר בביטויים שכל תכליתם היא פריקת תסכולו או זעמו של העולב. חרפות וגידופים נעדרים למעשה תוכן ממשי, אופיים אלים וכוחני והם מבזים ומשפילים את מושאם אך לשם הביזוי וההשפלה. במובן זה הם מבטאים את ההיבט הלא-פיזי של האלימות. ביטויים מסוג זה נמצאים, מבחינת ההגנה שהם ראויים לה, ב"פריפריה" של מנעד ההגנה על הזכות לחופש ביטוי. ביטויים אלה אמנם לא נמצאים מחוץ למטריית ההגנה החוקתית על חופש הביטוי (בניגוד, למשל לדוקטרינת דברי המצה במשפט האמריקאי) אולם באיזון שבין ההגנה עליהם לבין ההגנה על אינטרסים אחרים, משקלה של הראשונה מתמעט.

33. גם סף הסיבולת שמצופה מעובד הציבור לסגל לעצמו כלפי ביטויים מעין אלה אינו מרקיע שחקים. הפגיעה הכרוכה בסוג זה של ביטויים היא הפגיעה הקשה ביותר משום שהיא מעמידה את מושאה כשק חבטות שנועד אך לספיגת רגשות התסכול והכעס של העולב. אין לצפות מעובד הציבור להשלים בהכנעה עם הפיכתו יעד לביטויים פוגעניים ומשפילים כעניין שבשגרה. ביטויים אלה מסכנים את תפקודו של השירות הציבורי מן ההיבט "הפנימי", שכן הם עלולים לפגוע ביכולתו לבצע כראוי את תפקידו. ביטויים אלה אף יוצרים את הסיכון הגבוה ביותר לפגיעה בתפקודו של השירות הציבורי מן ההיבט "החיצוני" של שמירה על אמון הציבור בשירות הציבורי. אמון הציבור (במובן שהוגדר בפסקה 10 לעיל) צפוי להיפגע באופן חמור אם יהפכו עובדי הציבור יעד לגיטימי לחרפות ולגידופים כל אימת שמאן דהוא לא יהא שבע רצון מהתנהלותם. מסר הבוז וההשפלה, שכוון לכאורה כלפי עובד ציבור מסוים, מקרין למעשה על השירות הציבורי בכלל. לפיכך, הגבלה של ביטויים מן הסוג האחרון – גידופים, קללות ונאצות – עשויה להיות מוצדקת לצורך שמירה על תפקודו התקין של השירות הציבורי מפני סיכון בלתי ממומש לפגיעה בו.

34. ההבחנה בין חרפות וגידופים לבין השמעת ביקורת – במיוחד ביקורת המופנית כלפי תפקודו של עובד הציבור – עשויה להיות קשה. חרפות וגידופים באים בדרך-כלל על רקע חוסר שביעות רצון מתפקודו של עובד הציבור (או מן הפעולות שמוטל עליו לבצע) ועל-כן בכל נאצה טמונה גם מידה של ביקורת משתמעת. נוסף על כך, נאמר כבר כי הזכות להשמיע ביקורת אינה נתונה רק לבעלי הלשון הצחה ויכולת הביטוי המעודנת. אלא שבוטות הביטוי עשויה לגרום לכך שתוכנה הביקורתי יתאיין ויבלע עד שיותר רק הביטוי האלים והמשפיל שאין בו ערך של ממש.

לצורך ההבחנה בין ביקורת בוטה לבין חרפות וגידופים יש לבחון מהו המאפיין הדומיננטי מבין השניים – בביטוי שבמחלוקת. מאפיין זה נלמד מן השפה שבה נעשה שימוש, אך לא רק ממנה; יש להבין את משמעות הביטוי גם על רקע ההקשר הכולל שבמסגרתו הושמע והנסיבות שבהן הובע. כך למשל, המאפיין הדומיננטי של ביטוי פוגעני שאינו מופנה כלפי עובד מוסים באופן אישי, אלא כנגד מדיניות, דבר חקיקה או כיוצא באלה הוא ברגיל היותו דבר ביקורת – וזאת אפילו אם הוא נאמר בלשון בוטה. אמת מידה נוספת שניתן להיעזר בה לעניין זה היא מידת הרלוונטיות שעשויה להיות להגנת האמת ביחס לביטוי, וכאן באים אנו למחלוקת הנוספת שנתגלעה בתיק זה.

הגנת "אמת דיברתי"

35. העותר מציע כי ייקבע מבחן תוכני המוציא מגדר העבירה ביטויים אשר יוכח לגביהם כי הם אמת. עמדתי, כעמדת הערכאות הקודמות וכעמדתו של בית משפט זה בגדרי הערעור, היא כי אין מקום לקביעה מעין זו.

כפי שנקבע בפסק-הדין מושא דיון נוסף זה (ראו פסקאות 50-53 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה), עבירת "העלבת עובד ציבור" וחוק איסור לשון הרע משקפות שתיהן מערכות נורמטיביות נפרדות, שנועדו להשגת תכליות שונות. מכך נובע שטיב האיזון שבין חופש הביטוי לבין הערך המוגן בכל אחת משתיהן הוא שונה. איזון שונה זה מונע מאיתנו להקיש מן האיזון שבחוק איסור לשון הרע אל האיזון הראוי בעבירה הנפרדת של "העלבת עובד ציבור". משכך, לא ניתן "לייבא" במערומיהן הגנות המוכרות בחוק איסור לשון הרע אל עבירת "העלבת עובד ציבור". שאלה אחרת היא אם במסגרת פרשנות עבירת "העלבת עובד ציבור" גופה, ולאור תכליתה, יש מקום להכיר בהגנה המבוססת על אמיתות הדברים, וזאת מבלי "לייבאה" מחוק איסור לשון הרע. אכן, יש מקום לבחון אם תכלית העבירה של "העלבת עובד

ציבור" מחייבת להכיר, בדרך פרשנית, בהגנת "אמת דיברתי". אלא שגם בחינה זו, הנעשית במנותק מחוק לשון הרע, אינה מובילה למסקנה כי יש להכיר בקיומה של ההגנה האמורה.

36. מסקנה זו מבוססת, ראשית ועיקר, על התייתרות הגנת "אמת דיברתי" לאור המבחן התוכני שנקבע לעיל. התייתרות זו נובעת מכך שככל שהביטוי הנדון אינו אלא גידוף – שאלת האמת הופכת לבלתי רלוונטית. גידופים ונאצות אינם מסרים בעלי תוכן ממשי מלבד העברת מסר של בוז, זעם – פנים, לא פיזיות, של אלימות. אין תוחלת בבדיקת שאלת אמיתותו של גידוף. חרפות אינן טענות לגבי המציאות, ואין טעם לברר אם נכונות הן אם לאו. הפירוש שיש ליתן להן אינו פירושן המילולי-לשוני. פירושן האמיתי של חרפות הוא העברת מסר בנוגע לרגשותיו השליליים של העולב כלפי מושא העלבון. רגשות אלה אינם נתונים לבחינה של אמיתות או שקריות. לא כך מקום בו יש לביטוי הנבחן כמרכיב דומיננטי תוכן בעל משמעות של ממש – שאז הוא ממילא לא נכנס בגדר "העלבה", כהגדרתה לצורך העבירה.

אפיון גידופים באופן זה עשוי אף לשמש כמעין "מבחן עזר" לזיהויים. מקום בו שאלת האמת לא רלוונטית לבירור קיומו של עלבון, משום שאמיתותו של הביטוי לא תוכל לשמש הצדקה להבעתו, יש בכך אינדיקציה להיות הביטוי עלבון ולא ביקורת.

37. אי החלת הגנת "אמת דיברתי" לעניין ישומה של העבירה שבפנינו טומנת בחובה יתרון נוסף. בירור אמיתות הביטוי הפוגעני, שכוון כנגד עובד הציבור, במסגרת הדיון בעבירת "העלבת עובד ציבור", כורכת בחובה הטלת האשמה מצד הנאשם כלפי עובד הציבור המתלונן. אלא שעובד הציבור שכנגדו הושמעו הדברים הפוגעניים אינו צד להליך, ואין בידו להתגונן מפני ההאשמות המוטחות בו. כך למשל במקרה שלפנינו, בו הואשם המתלונן ב"שיתוף פעולה עם עבריינים". אין זה רצוי שיידונו בבית המשפט ראיות שמטרתן הוכחת האשמה זו מבלי שתינתן למתלונן עצמו אפשרות להשתתף בהליך ולהתגונן מפני האשמות אלה.

סיכומו של דבר, אמיתותם של דברים כשלעצמה לא מהווה הגנה מפני עבירת "העלבת עובד ציבור"; עם זאת, עצם הרלוונטיות הפוטנציאלית של שאלת האמת היא אינדיקציה לכך שהדברים אינם בגדר גידוף גרידא. לפיכך, אף שהאמת עצמה אינה חלק מן המבחן התוכני, הרי ששאלת הרלוונטיות של האמת עשויה לסייע בהבחנה בין דברי ביקורת לבין גידופים.

38. כאמור, השאלה אם יש מקום לאמץ מבחן הסתברותי ביחס לעבירה מסוימת תלויה במאפייניה הייחודיים של העבירה, ובעיקר בלשונה ובתכליתה. לפיכך, יש לבחון אם הולם המבחן ההסתברותי את עבירת "העלבת עובד ציבור" לפי שני פרמטרים אלה.

לשונה של עבירת "העלבת עובד ציבור" אינה כוללת מרכיב הסתברותי מפורש. עם זאת, לשון העבירה רחבה דיה על-מנת לאפשר החלת מבחן כזה. היא לא כוללת ביטוי המרמז על שלילת תחולתו של מבחן הסתברותי. לעניין זה יפים דבריו של הנשיא א' ברק בעניין אלבה, בהשאלה לענייננו וליסוד "ההעלבה":

ההכרה ביסוד ההסתברותי נעשית בדרך פרשנית. היא הפרשנות של הדיבור 'דבר'. היא תוצאה טבעית של הגישה הפרשנית המקובלת עלינו כי האיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין שלום הציבור עשוי להוביל למסקנה הפרשנית כי הדיבור שבחוק כולל בחובו מבחן הסתברותי (עמ' 298).

ואף כאן לשון העבירה "סובלת" את שתי האפשרויות הפרשניות – הכרה במבחן הסתברותי או הימנעות מהכרה בו.

39. לעמדת, הגנה ראויה על חופש הביטוי במסגרת עבירת "העלבת עובד ציבור" מצריכה תחולה מצטברת של מבחן תוכני ומבחן הסתברותי. המבחן התוכני נדרש כיוון שישנם ביטויים אשר ראוי שלא להפכם לאסורים בדין הפלילי אפילו יוצרים הם סיכון מסוים לתפקוד התקין של השירות הציבורי. מנגד, אין די במבחן התוכני לבדו. יש מקום לבחון גם את השפעתו הפוטנציאלית של הביטוי על שומעיו – עובדי ציבור או אחרים. אמנם, יש להניח כי בדרך-כלל גידוף המופנה ישירות לעובד ציבור יקים סיכון לפגיעה בתפקוד התקין של השירות הציבורי. אלא שעניין זה עשוי להיות תלוי בנסיבות, ומן הראוי שלא להפליל ביטוי שלא טומן בחובו סיכון כלשהו.

40. החלת מבחן הסתברותי נדרשת לצורך צמצום פגיעתה של העבירה, בחופש הביטוי, למידה שאינה עולה על הנדרש. עבירת "העלבת עובד ציבור" באה להגן על תפקודו של השירות הציבורי אף מפני ביטויים שאין בהם הפרעה מיידית. הפרעה ממשית ומיידית לתפקודו של עובד הציבור אסורה לפי סעיף 288 לחוק העונשין – "הפרעה לעובד הציבור". תקיפת עובד ציבור מקימה עבירה לפי סעיף 381(ב) לחוק

העונשין, והעונש המקסימאלי הקבוע בגינה גבוה בשיעור משמעותי מזה הקבוע בגין עבירת התקיפה הכללית (סעיף 379 לחוק העונשין). לעומת עבירות אלה, המגנות על השירות הציבורי מפני נזקים קונקרטיים, הסיכון שמפניו מגנה עבירת "העלבת עובד ציבור" הוא סיכון עמום ורחוק של שחיקה מצטברת, לאורך זמן, של תפקוד השירות הציבורי או תפקודו של עובד ציבור מסוים. הגבלת חופש הביטוי לצורך הגנה מפני סיכון שהוא מטבעו רחוק ועמום מעוררת קשיים לא פשוטים. פירוש העבירה באופן שיעלה בקנה אחד עם הסטנדרטים החוקתיים המקובלים בשיטת המשפט הישראלית – בעת שחוקתיות העבירה כשלעצמה לא נדונה מתוקף סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף "שמירת הדינים") – מצריכה תחימה ברורה של הפגיעה בחופש הביטוי במסגרת עבירה זו. אין הצדקה לפגוע בחופש הביטוי לצורך הגנה מפני סיכון רחוק ועמום לפגיעה שתפקוד השירות הציבורי, ללא קיומה בפועל של הסתברות להתממשות הפגיעה.

41. בכך אין החקירה מסתיימת. שאלה נוספת הצריכה הכרעה היא שאלת טיבו של המבחן ההסתברותי. במסגרת החלת מבחן הסתברותי שיטת המשפט שלנו מכירה בכמה "דרגות" של הסתברות, אשר ניתן לדרוש כי יתקיימו לצורך התרת הפגיעה בחופש הביטוי. הבחירה בדרגת ההסתברות הראויה צריכה לשקף "נוסחת איזון", המאזנת בין הערכים המתנגשים על-פי משקלם בנקודת החיכוך" (ערעור כהנא, בעמ' 581). בפסק-הדין הידוע בעניין קול העם נקבע כי בהתנגשות בין ביטחון המדינה או שלום הציבור לבין חופש הביטוי, שמקורה בסמכות שניתנה לשר הפנים לצוות על הפסקת ההוצאה לאור של עיתונים, יש לנקוט מבחן של "ודאות קרובה" לפגיעה ממשית בשלום הציבור, ורק בהתקיימה תיסוג הזכות לחופש ביטוי. מבחן זה נקבע לאור משקלה של הזכות לחופש ביטוי וחשיבותה העצומה בחברה דמוקרטית ולאור טיב המגבלה על חופש הביטוי שנדונה באותו מקרה – מניעה מוקדמת ולא איסור בדיעבד.

נקיטת מבחן מחמיר כמבחן ה"ודאות הקרובה" לאיזון בין חופש הביטוי לבין האינטרס בדבר שלום הציבור וביטחונו – שהוא ללא ספק אינטרס ראשון במעלה, הציבה את מבחן ה"ודאות הקרובה" כמבחן ההסתברותי המקובל בפסיקה. כדברי הנשיא א' ברק:

"מבחן הוודאות הקרובה הוא מבחן חשוב שיש לבחון אותו בכובד ראש כמועמד אפשרי לתחולה בגדרי העבירה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין. מבחן זה מבטא נוסחה אשר 'הועמדה על בסיס רעיוני רחב' (השופט לנדוי בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל)

בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407 (1962), בעמ' 2418). היא הופעלה במספר רב של מקרים שבהם נדרש איזון בין חופש הביטוי לשלום הציבור וביטחוננו (ראה: בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (1984), בעמ' 409; בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989); בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994)). אכן, באחת הפרשות עמדתי על כך כי מן הראוי הוא להפעיל את מבחן הוודאות הקרובה 'בכל מקרה שבו הערך בדבר חופש הביטוי מתנגש בערך אחר שניתן לראותו, במוכן הרחב, כחלק משלום הציבור' (בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683 (1991), בעמ' 691) " (ערעור כהנא, בעמ' 581).

42. יחד עם זאת, מבחן "הוודאות הקרובה" אינו מתאים לכל מקרה ולכל התנגשות בין חופש הביטוי לבין אינטרס נוגד. כך למשל, בעניין דיסנצ'יק (ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 169 (1963)) ומאוחר יותר בעניין אזולאי (ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565 (1983)) נדונה עבירה פלילית בגין פרסום דבר על עניין התלוי ועומד בבית משפט. במסגרת עבירה זו, כך נקבע, יש צורך לאזן בין חופש הביטוי לבין טוהר ההליך השיפוטי. לשון העבירה הצביעה על קיומו של מבחן הסתברותי, בדרשה בפרסום האסור יהיה "כדי להשפיע על מהלך המשפט או תוצאותיו". נקבע כי טיבו של המבחן ההסתברותי בגדר עבירה זו יהא מבחן "האפשרות הסבירה". מבחן זה, שהוא מחמיר פחות ממבחן "הוודאות הקרובה", משקף – כך נקבע – את חשיבות השמירה על תקינות ההליך השיפוטי לשם עשיית צדק.

גם בערעור כהנא ובדיון הנוסף באותו עניין סבר הנשיא א' ברק כי על טיב המבחן ההסתברותי להיקבע לפי האינטרס שיזוהה כמתנגש עם חופש הביטוי. כך למשל, בערעור כהנא, שבו נקבע כי הערך המוגן בעבירה שנדונה שם הוא יציבות המשטר הדמוקרטי, עמדתו של הנשיא א' ברק הייתה כי המבחן ההסתברותי הראוי הוא זה של "האפשרות סבירה" (או "הממשית"): "גישתי... מצמצמת את ההמרדה לסיכון סדרי הממשל והמשטר, ורואה בה פגיעה ביציבות המשטר. בתחום צר זה ראוי ליתן הגנה אפקטיבית לשלום הציבור. הגנה כזו ניתנת באמצעות מבחן האפשרות הסבירה (או הממשית). אכן, האינטרס הראוי להגנה הוא כה חשוב ונכבד, עד כי יש הצדקה לפגוע בחופש הביטוי אם קיימת אפשרות סבירה לפגיעה באינטרס זה" (ערעור כהנא, בעמ' 583). מנגד, במסגרת דיון נוסף כהנא, נקבע כי הערך המוגן בעבירה הוא

"הלכידות החברתית". ביחס לאיזון בין חופש הביטוי לבין ערך זה, סבר הנשיא א' ברק כי יש לאמץ מבחן מחמיר יותר של "ודאות קרובה". מבחן האפשרות הממשית אומץ גם ביחס לתכלית השמירה על חיי אדם (בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נז(6) 359, 361 (2003)), מקום בו ביקשה הרשות להפקיע לפרק זמן קצוב את השידורים בכל ערוצי הטלוויזיה והרדיו בתקופת מלחמת המפרץ הראשונה.

43. גם בעבירה שלפנינו מבחן ה"סיכון הממשי" (או "האפשרות הסבירה") הוא המבחן הראוי ביותר. אמת המידה המנחה לצורך בחירת המבחן ההסתברותי המתאים היא טיב האיזון הרצוי בין הזכות לחופש ביטוי לבין האינטרס שבשמירה על תפקודו התקין של השירות הציבורי. במסגרת איזון זה יש לשאוף להגנה המרבית על חופש הביטוי, תוך הגשמת תכליתה של העבירה. הצורך להגן על חופש הביטוי אינו מתיר לנו לאמץ מבחן מקל יותר, דוגמת מבחן "הנטייה הרעה". עם זאת, לאור תכליתה המיוחדת של עבירת "העלבת עובד ציבור", לא ניתן לשיטתי להחיל גם מבחן מחמיר ביותר, דוגמת מבחן "הוודאות הקרובה". עבירה זו, כאמור, מגינה על השירות הציבורי מפני סיכון שהוא מטבעו עמום ורחוק – לאמור, הסיכון כי לביטויים פוגעניים כלפי עובדי ציבור תהא השפעה מצטברת על יכולתו של עובד הציבור למלא את תפקידו או על אופן הציבור בשירות הציבורי בכללותו. לכאורה, האיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין האינטרס שבשמירה מפני סיכון רחוק מחייב נקיטת מבחן מחמיר, דוגמת מבחן "הוודאות הקרובה". אלא שבהערכת קיומו של סיכון רחוק מעין זה טמונה, מניה וביה, מידה מסוימת של השערה, ועל-כן הוכחת קיומו בדרגת הסתברות של "ודאות קרובה" תהא קרובה לבלתי אפשרית. לא-כל-שכן כך הדבר כשרמת ההוכחה הנדרשת – בהיותנו בתחום המשפט הפלילי – היא בשיעור של מעבר לספק סביר. הצבת מבחן זה במסגרת העבירה הנדונה לא הייתה מאפשרת כלל לקיים את תכליתה הספציפית של העבירה. נוסף לכך, ההגנה על חופש הביטוי במסגרת עבירה זו אינה מתמצה בהחלת מבחן הסתברותי, והמבחן התוכני מספק אף הוא הגנה משמעותית לחופש הביטוי. כאמור, צמצום הפגיעה בחופש הביטוי אינו מטרה יחידה. פרשנות העבירה חייבת לתת משקל גם לתכלית הספציפית של העבירה. מבחן הסיכון הממשי הוא היחיד, בנסיבות העניין, המספק הגנה נאותה לחופש הביטוי, מבלי לסכל את הגשמת תכליתה הספציפית של העבירה בדרך של הצבת רף בלתי מציאותי. במקרים המתאימים, ניתן יהא להוכיח כי קיומו של סיכון לפגיעה בתפקוד השירות הציבורי הוא ממשי, חרף היותו רחוק.

44. ואכן, השילוב בין מבחן תוכני למבחן הסתברותי לצורך הגנה נאותה על חופש הביטוי מקובלת במשפט האמריקאי ביחס לדברי המצה (fighting words) הקרובים

לביטויי החרפות והגידופים שבענייננו. בפסק-הדין בעניין *Chaplinsky* נקבע לראשונה כי דברי המצה אינם מוגנים במסגרת התיקון הראשון לחוקה האמריקאית. תחילה נראה היה כי ניתן להבין את ההלכה שנקבעה בעניין *Chaplinsky* ככוללת שני מבחנים חלופיים לקביעה אם ביטוי מסוים מהווה "דברי מצה": מבחן תוכני, המגדיר דברי מצה כמילים שעצם אמירתן יוצרת פגיעה ומבחן הסתברותי, המגדירם כביטויים שאמירתם נוטה להסית להפרה מיידית של הסדר הציבורי. עם זאת, במשך השנים הוסט הדגש מן המבחן התוכני למבחן ההסתברותי, וביתר דיוק: לחשש מפני תגובה אלימה של שומע הדברים. יחד עם כינון המבחן ההסתברותי כמבחן הכללי, צמצם בית המשפט העליון האמריקאי את גדר דוקטרינת דברי המצה גם באופן תוכני, כך שסוגים מסוימים של ביטויים אינם ניתנים להגבלה ואין בודקים לגביהם אם קיים חשש לתגובה אלימה בעקבות השמעתם (ראו: *Mannheimer*, בעמ' 1528). כך למשל, בפסק-הדין בעניין *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969), שבו נדונה החוקתיות של עבירה האוסרת על ביזוי דגל ארצות-הברית, קבע בית המשפט העליון האמריקאי כי לא ניתן להגביל את הביטוי הציבורי של רעיונות מסוימים רק משום שהרעיונות עצמם נחשבים לפוגעניים על-ידי חלק משומעיהם. בעניין *Cohen* הנ"ל נקבע כי ביטוי שאינו מכוון כלפי אדם מסוים לא יכול להיות "דברי מצה". בתיאור התנאים לתחולת הדוקטרינה של דברי מצה, קבע בית המשפט הפדראלי לערעורים ב-10th circuit כי התנאים להכללת ביטוי מסוים בגדר דברי מצה מחייבים כי לביטוי לא יהיה כל תפקיד בביטוי רעיונות ("playing no role in the expression of ideas") וכי הוא יכול להיות כלפי אדם מסוים באופן אישי (*Cannon v. Denver*, 998 F.2d 867, 872-73 (10th Cir. 1993)). הגבלות אלה על דוקטרינת דברי המצה, ובמיוחד התנאי שלפיו לא יהיה להם כל תפקיד בביטוי רעיונות, הן הגבלות תוכניות המגנות על ביטויים שעשויים היו לקיים את תנאי המבחן ההסתברותי.

מן הכלל אל הפרט

45. במקרה שלפנינו האשים העותר את המתלונן, שהוא שוטר, בשיתוף פעולה עם עבריינים וכינה אותו "תפוח רקוב". האשמה זו נכתבה על כרזה, שאותה הציג העותר במסגרת שביתת רעב שערך בחצר תחנת המשטרה שבה שרת המתלונן. על חומרת ההאשמה שהוטחה במתלונן – אין חולק. יש בה כדי לערער על יושרו של המתלונן ולהציגו כמי שניצל את סמכויותיו החוקיות לרעה, ולא רק זו – אלא שהמתלונן הואשם בניצול סמכויותיו באופן שמקדם את הפשיעה, כאשר לב תפקידו הוא המלחמה בפשיעה. אלא שחומרת דבריו של העותר אינה סופו של הדיון. לאור הפגיעה הפוטנציאלית בחופש הביטוי הכרוכה בהרשעת העותר, יש לבחון אם דבריו הם,

מבחינת תוכנם, בגדר "העלבה" ואם הם יוצרים, על-פי הסתברותם, סיכון ממשי לפגיעה בתפקודו של המתלונן או של מערכת השירות הציבורי בכללותה. לעמדתי, התשובה לשאלות אלה היא בשלילה.

46. המבחן הראשון אשר יש להפעיל על עניינו של העותר הוא כאמור "המבחן התוכני", בגדרו נבדקת התאמת הביטוי השנוי במחלוקת למונח "העלבה". לצורך כך יש לסווג את הביטוי ולבדוק אם הוא בגדר ביקורת (על השלטון או על עובד הציבור המסוים) או אך בגדר גידוף. לפי המבחנים שהותוו לעניין זה, הביטויים שנקט בהם העותר הם ביקורת כלפי תפקודו של עובד הציבור ולא גידופים כלפיו. הביטויים כוללים תוכן מובהק וברור; תכליתם הדומיננטית אינה השפלה או ביזוי אלא הצבעה על קיומו של ליקוי ממשי – לדעת העותר – בתפקודו הציבורי של המתלונן. משמעות זו עולה גם מן הנסיבות שבהן הובע הביטוי. המתלונן לא פנה ישירות אל המתלונן במטרה לפרוק עליו את תסכולו כדי לתקוף אותו במלים. הביטויים הופיעו על שלט מחאה כחלק משביתת רעב. אמנם, השפה שבה נקט העותר אינה ראויה; גם האמצעים שבהם בחר אינם רצויים וטוב היה עושה המתלונן אילו בחר להעלות את טענותיו באמצעות המנגנונים המיועדים לכך. משכך, כוללים הביטויים מרכיב מסוים של "עלבון". אלא שמרכיב זה הוא משני ביחס למרכיב העיקרי והדומיננטי – הוא השמעת ביקורת. מקרה זה הוא דוגמה לכך שהזכות להשמיע ביקורת לא מותנית בשימוש בשפה עדינה. הערך שבהתרת ההשמעה של ביקורת כלפי עובדי ציבור – אפילו היא חמורה וקשה – גובר על הפגיעה האישית שבשמיעת הביקורת. אינדיקציה נוספת לכך שהביטויים אותם כתב העותר אינם בגדר חרפות וגידופים גרידא נמצאת ברלוונטיות הרבה של עצם הצבת שאלת אמיתות הביקורת. קשה לטעון כי אילו אכן נתגלה כי עובד ציבור מסוים מעל בתפקידו, הבעת העובדה הזו הייתה מקימה עבירה פלילית. במקרה זה, כמובן, לא בחן בית המשפט את שאלת אמיתותה של הביקורת. אלא שעצם היות שאלת האמת רלוונטית היא אינדיקציה לכך שהמדובר בדברי ביקורת ולא בגידופים. המבחן, איפוא, אינו אמיתות הדברים, לאמור האמת שבדברים, כי אם השאלה אם יש רלוונטיות לאמת לצורך הגדרת הדברים.

משלא נתקיים המבחן הראשון – הוא המבחן התוכני – אין מקום להוסיף ולבחון את התקיימות המבחן השני – ההסתברותי.

47. יש להדגיש כי פרשנות זו של עבירת "העלבת עובד ציבור" אינה מותירה את עובדי הציבור חשופים לכל פגיעה בשמם הטוב. לעובדי ציבור, כמו לכל אזרח, נתונה הזכות להגן על שמם הטוב במסגרת הוראות חוק לשון הרע. אכן, הדברים שביטא

העותר כלפי המתלונן לא מקימים עבירה פלילית של "העלבת עובד ציבור". אין בכך כדי להכריע בשאלה אם מקימים הם פגיעה (בלתי מוגנת) בשמו הטוב של המתלונן. כאמור לעיל, חוק לשון הרע ועבירת "העלבת עובד ציבור" משקפים שתי מערכות נורמטיביות נפרדות. כפי שעבירת "העלבת עובד ציבור" אינה יונקת מחוק לשון הרע, כך גם חוק לשון הרע אינו מצטמצם להגדרת עבירת "העלבת עובד ציבור". ייתכן כי ביטוי מסוים יקים פגיעה בשמו הטוב של אדם שלא ניתנת להצדקה אף בהתחשב בזכות לחופש הביטוי; אולם אותו ביטוי ממש עשוי שלא לפגוע באינטרס הציבורי של שמירה על תפקודו התקין של השירות הציבורי במידה המצדיקה את הגבלת חופש הביטוי במסגרת עבירת "העלבת עובד ציבור".

48. סופו של דבר, אם תתקבל דעתי, נורה כי יש לקבל את העתירה לדיון נוסף ולזכות את העותר מן העבירה של "העלבת עובד ציבור".

אחר הדברים האלה

49. לאחר שקראתי את הדברים שכתבו חבריי, השופטים א' פרוקצ'יה וס' ג'ובראן, מצאתי להבהיר את המשותף ואת הנפרד.

נראה כי אין בינינו מחלוקת בדבר הצורך בשילוב של מבחן תוכני ומבחן הסתברותי, כמבחנים מצטברים, על-מנת למנוע פגיעה בלתי מידתית בחופש הביטוי. אף בגדרי המבחן התוכני, אין מחלוקת כי על-מנת להקים אחריות פלילית במסגרת העבירה של "העלבת עובד ציבור" נדרשת פגיעה קשה וחמורה בכבודו של עובד הציבור. לעמדתי, מן הראוי כי דברי ביקורת יזכו להגנה מוגברת, בהיותם ביטויים הנמצאים בליבת חופש הביטוי במדינה דמוקרטית – וזאת גם אם דברי הביקורת הם קשים ופוגעים.

50. לפי הבנתי, קיים דמיון רב בין המבחן התוכני שמציעה חברתי הנשיאה, השופטת ד' ביניש, לבין המבחן התוכני המוצע על-ידי. הנשיאה ביניש מציעה לבחון "את אופי הביטויים ומהמעשים שנטען כי הם מהווים 'העלבה' – האם מדובר בביטויים ומעשים שעיקרם הוא בביזוי של עובד הציבור ובהשפלתו או שמא מדובר בביטויים שלא אלה הם מאפייניהם העיקריים". מבחן זה מתיישב, לפי הבנתי, עם הצורך לבחון את המאפיין הדומיננטי של הביטוי, כמפורט בפסקה 34 לעיל.

51. לעניין טיבו של המבחן ההסתברותי הרצוי, אבקש להוסיף הערה נוספת, מעבר לנימוקים שאותם פירטתי לעיל (ראו פס' 43) ואשר הובילוני להעדיף את מבחן ה"סיכון הממשי" על פני מבחן ה"ודאות הקרובה". אכן, מבחינה עיונית מבחן ה"ודאות הקרובה" הוא מבחן המעניק הגנה רחבה יותר לחופש הביטוי. אלא שאני סבור כי קיים סיכון שהעמדת מבחן שהוכחתו, ביחס לעבירה הנדונה, היא קרובה לבלתי אפשרית, עלולה להביא – מבחינה מעשית – דווקא להפחתת תשומת הלב הניתנת למבחן ההסתברותי, וזאת נוכח הקושי ביישום המבחן ובהוכחתו. במצב כזה, קיים חשש כי ההגנה שתיתן לחופש הביטוי, בסופו של יום, תהא פחותה. מכל מקום, כפי שכתבה חברתי הנשיאה, השופטת ד' ביניש, במקרה זה גם המבחן התוכני לבדו מצדיק את קבלת את העתירה.

המשנה-לנשיאה

השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה:

1. סעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) קובע:

העלבת עובד הציבור

המעליב בתנועות, במלים, או במעשים, עובד הציבור, או דיין, או פקיד של בית דין דתי, או חבר ועדת חקירה לפי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, כשהם ממלאים תפקידם או בנוגע למילוי תפקידם, דינו - מאסר ששה חדשים.

2. הליך הערעור בפרשה זו התמקד בהצבת אמות-מידה פרשניות לעבירה של "העלבת עובד ציבור" על-פי סעיף 288 לחוק העונשין, על רקע הימנותה של עבירה זו על סוג העבירות הפליליות המטילות איסור על העברת מסרים שונים באמצעי ביטוי מגוונים, אף שאין כרוכה בהם פגיעה פיזית באדם או בחפץ. נוכח ההגבלה שמטילה העבירה על חופש הביטוי, ובשים לב למעמדו של ערך חופש הביטוי במשטר הדמוקרטי ובמשפט החוקתי, קביעת תחומי התפרשותו של האיסור הפלילי והגדרת התנאים הנדרשים להתהוותו טעונים מורכבות מיוחדת. המענה להיבטים אלה מצוי, בעיקרו, באיזון הפנימי הנדרש בין ההגנה על ערך חופש הביטוי – שהוא מעקרונות הליבה של המשטר הדמוקרטי, לבין השמירה על הערך המוגן בעבירה, המתמקד במתן הגנה הולמת לכבודו ולמעמדו של עובד הציבור כחלק מחובת השמירה על מעמדו של השירות הציבורי בכללו, והבטחת רמת תפקודו כנדרש לקיום האינטרס הציבורי.

האיזון בין הערכים האמורים מושג על-ידי מתן המשקלות היחסיים הראויים לאינטרסים המתחרים, תוך איתורה של נקודת שיווי-המשקל הראויה ביניהם.

3. פסק הדין בערעור (להלן גם: פסק הדין) עסק בשאלות אלה בפרישה רחבה, והניח תשתית עקרונית להגדרת אמות-המידה לפרשנות מרכיביה של עבירת העלבת עובד ציבור, ולדרך יישומה הלכה למעשה בענין הנדון לפנינו. בסופו של יום, בעקבות הניתוח המושגי שנערך, ויישומו על פרטי המקרה, הוסכם על דעת ההרכב כולו כי דין ערעורו של העותר להידחות, וכי יש להותיר את הרשעתו בדין על כנה.

4. על פסק הדין בערעור נתבקש דיון נוסף, ובהחלטה להיענות לבקשה, ולקיים דיון נוסף, כתב בית המשפט:

“אף שספק בליבי אם השינוי בהלכה, כפי שהוא מבוקש על-ידי העותר, עשוי, אם בכלל, לשנות את התוצאה מבחינתו, סבור אני כי בשל חשיבות השאלה דאורי להורות על קיום דיון נוסף במקרה זה, בשאלת הנפקות של אמיתות הפרסום במסגרת עבירת “העלבת עובד הציבור” שבסעיף 288 לחוק העונשין, התשל”ז-1977” (החלטת המישנה לנשיאה ריבלין מיום 19.1.09; ההדגשה אינה במקור).

5. אף שההחלטה על קיום דיון נוסף הוגבלה במקורה לשאלת “הנפקות של אמיתות הפרסום במסגרת עבירת “העלבת עובד הציבור””, חברי, המישנה לנשיאה ריבלין, פתח את יריעת הדיון בטיבה הפרשני של העבירה במלוא היקפה, והציג את מישנתו באשר לשאלות-היסוד הנוגעות לפרשנות האיסור הפלילי, שסוגיית אמיתות הפרסום היא אך שאלה נילוית להן. משכך, אדרש גם אני לשאלות-יסוד אלה, על אף שהן נדונו בהרחבה בפסק הדין נשוא עתירה זו, ואבהיר את עמדתי בעניינן. אלא, שמאחר שהדברים נדונו בהרחבה רבה בפסק הדין, אסתפק בהצגתם בתמצית בלבד, הן ברובד המושגי והן ברובד היישומי. לצורך הניתוח המשפטי המפורט והכולל, ניתן לפנות לפסק הדין בערעור.

6. קראתי בעיון רב את ניתוחו המשפטי המעמיק של חברי, המישנה לנשיאה ריבלין, בשאלות הניצבות במחלוקת. גם לאחר שהעמקתי בפרטי עמדתו של חברי, אינני רואה לשנות מעמדתי המקורית, הן לענין ניתוח יסודות העבירה של העלבת עובד ציבור, והן לענין אופן יישומם על נסיבות המקרה הנדון, כפי שהובאה בפסק הדין נשוא העתירה. אני רואה עין בעין עם חברי באשר לחלק מן הסוגיות, ובכלל זה באשר

לניתוח מהותם ומשקלם של הערכים המתמודדים ברקע העבירה – ערך חופש הביטוי אל מול ערך השמירה על כבודו ומעמדו של עובד הציבור, בראיית ההגנה הרחבה על השירות הציבורי מפני פגיעה במעמדו ובתפקודו. עם זאת, אתקשה להסכים עם גישתו של חברי באשר לתוכן המושג "העלבה" ביסודות העבירה, ואף באשר למהות תוכנו של המבחן ההסתברותי, אשר גם חברי מסכים כי ראוי להחילו בנסיבותיה של העבירה; ואחרון – לא אוכל להסכים עם אופן יישומם של מרכיבי העבירה על נסיבות המקרה הקונקרטי, כמוצע על-ידי חברי.

אבהיר, בתמצית רבה, את עמדתי, תוך הפנייה לפרטי הניתוח והאסמכתאות שהובאו בפסק הדין נשוא עתירה זו.

פרשנות יסודות העבירה

7. מורכבותה המיוחדת של עבירת "העלבת עובד הציבור" טמונה באיסור הפלילי שהיא מטילה על העברת מסרים באמצעים שונים – בין במילים, בין בתנועות, ובין במעשים – הגם שלא כרוכה בהם פגיעה פיזית באדם או בחפץ. מסרים אלה, גם כאשר הם פוגעניים ומזיקים, נכללים בגדרו של חופש הביטוי, המוכר מקדמת דנא כזכות יסוד של האדם, הניצבת במידרג גבוה בין מכלול הזכויות החוקתיות הנתונות לפרט. אולם, חרף חשיבותו של ערך חופש הביטוי במשטר דמוקרטי – וחברי, השופט ריבלין, עמד על כך בהרחבה – אין ערך זה זוכה להגנה חוקתית מוחלטת. כנגדו ניצבים ערכים מתחרים שונים, אשר מקומם ומשקלם אינו נפקד בחברה המבקשת להגן על חייה, על תקינות התפקוד של מערכותיה, ועל זכויות אזרחיה. ערכים מתחרים אלה, הפועלים כמשקל-שכנגד לערך חופש הביטוי, עשויים להיות בעלי אופי ציבורי כללי, והם עשויים להתמקד בהגנה על הזולת, שזכויותיו לחיים, ולהגנה על גופו ועל כבודו עומדות לו בתורת זכויות חוקתיות.

8. פרשנות העבירה הפלילית של העלבת עובד ציבור מושתתת, אפוא, על היחס הראוי בין הערך המוגן בעבירה המשקף את תכליתו של האיסור הפלילי, לבין זכות האדם לחופש ביטוי, בין היתר כלפי עובד הציבור. בהתנגשות החזיתית בין תכלית האיסור הפלילי – למנוע העלבת עובד ציבור, לבין הזכות לחופש ביטוי, יש לאתר את נקודת-האיזון הפרשנית הראויה אשר תגשים את תכלית הנורמה הפלילית, תוך פגיעה מינימלית בזכות החוקתית לחופש ביטוי, שהיא מיסודות השיטה. נקודת-איזון זו מקרינה על פרשנות יסודותיה של הנורמה הפלילית ותחומי התפרשותה; היא קובעת את דרכי יישומה של העבירה, הלכה למעשה.

9. בעיצובן של אמות-המידה הפרשניות לעבירה, יש להתייחס לשני "מעגלים": המעגל הפנימי של העבירה והמעגל החיצוני שלה. המעגל הפנימי של העבירה עוסק בפרשנות הנורמה הפלילית מתוכה. בגדרו, יש לאזן, על דרך הפרשנות, בין תכלית האיסור הפלילי לבין הערכים הכלליים של השיטה, ובהם ההגנה על זכויות האדם, ובכללן חופש הביטוי. בענין זה, הקו-המנחה הוא הגנה על הערכים החיוניים לתפקודה התקין של מערכת השירות הציבורי, תוך איזון ראוי עם חופש הביטוי של האדם. יסודות הנורמה העונשית הספציפית טעונים פרשנות שתעמוד בהתאמה ובהרמוניה לשיטה הערכית כולה.

המעגל החיצוני של העבירה עוסק במנגנונים החיצוניים לעבירה, המשפיעים אף הם על תהליך האיזון הנדרש בין הגשמת הערך המוגן בעבירה לבין ההגנה על זכות האדם לחופש ביטוי. מביניהם, ישנה חשיבות מיוחדת לשיקול-הדעת הנתון לתביעה הכללית בגיבוש מדיניות העמדה לדין בעבירות פליליות הכרוכות בהגבלות על מימושן של זכויות היסוד של האדם; ולמשקלם של עקרונות כגון "זוטי דברים" (סעיף 34ז לחוק העונשין), "כלל הפרשנות המקלה עם הנאשם" (סעיף 34כא לחוק העונשין) וכיוצא באלה עקרונות כלליים העשויים לסייע בהשגת האיזון הנדרש בין הערכים המתנגשים במעגל החיצוני לעבירה. בגדר מנגנונים חיצוניים אלה, ניתן לכלול בענייננו גם את האמצעים הנתונים בידי כל אדם למתוח ביקורת על תפקודו של עובד ציבור, ובכלל זה, בדרך של הגשת תלונה למשטרה, למבקר המדינה, ולגורמי משמעת אחרים בשירות המדינה.

10. עבירת העלבת עובד ציבור היא עבירה התנהגותית, המעניקה הגנה מיוחדת לעובד ציבור במילוי תפקידו. היסוד העובדתי של העבירה בנוי ממעשה העלבה הנעשה בתנועות, במילים או במעשים; היסוד הנסיבתי מחייב, כי ההעלבה תופנה כלפי עובד ציבור בעת שהוא ממלא את תפקידו, או בנוגע למילוי תפקידו; היסוד הנפשי של העבירה מחייב קיום מחשבה פלילית רגילה מצד העושה, קרי – מודעות לטיב המעשה ולהתקיימות הנסיבות. לא נדרשת כוונה מיוחדת להעליב את עובד הציבור או לפגוע בו לצורך קיום העבירה.

11. עבירת העלבת עובד ציבור נועדה למנוע מאדם מלבטא מסר שלילי שיש בו משום השפלה, ביזוי ופגיעה בליבת כבודו האישי של עובד הציבור בקשר עם מילוי תפקידו. המטען הערכי שבמעשה האסור טמון ביסוד ה"העלבה". המטען התוכני של מושג זה הוא מהותי לצורך הגשמת תכליתו של האיסור הפלילי; מושג זה הוא בעל

"רקמה פתוחה", שתכניו אמורים להיקבע בדרך של פרשנות ערכית אשר תגשים את יעדיו של האיסור הפלילי תוך התחשבות בערך הנוגד של חופש הביטוי (דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385, 405-407 (הנשיא ברק) (2004)). בענייננו, יש להתחקות אחר תוכן המושג "העלבה" באמצעות נוסחו הלשוני, על רקע תכליתה הספציפית של הנורמה הפלילית, ובשים לב לעיקרון ההגנה על חופש הביטוי.

12. המשמעות המילולית של המושג "העלבה" היא הכלמה, ביוש, השפלה וכיוצא באלה משמעויות שעניינן פגיעה בכבודו של אדם. מאחר שמושג ה"העלבה" אינו מוגדר, מתחם האפשרויות הלשוניות לפרשנותו הוא רחב, ויש לבחור את האפשרות המתאימה לצורך השגת תכלית הערך המוגן הטמון ביסוד האיסור הפלילי, תוך התחשבות במגבלות שהאיסור מטיל על חופש הביטוי.

13. הערך המוגן באיסור הפלילי הוא הגנה על מערכות השלטון ועל תקינות תפקודו של השירות הציבורי במדינה. זאת, על רקע היותו של השירות הציבורי נדבך מהותי במערכת השלטון במשטר דמוקרטי. השירות הציבורי הוא האמצעי המרכזי שבאמצעותו פועלות רשויות השלטון ביישום תפקידיהן על-פי החוק; הוא נועד לשרת את הציבור באותם תחומי פעולה שהופקדו בידי; בלעדיו, מוסדות השלטון לא יוכלו לפעול, ותשתית המשטר הדמוקרטי תיפגע.

עבירת העלבת עובד ציבור נועדה לפרוש הגנה על השירות הציבורי מפני פגיעות קשות העלולות לפגוע בכשירות תפקודו, וביכולתו לקיים את אחריותו כלפי הציבור, ולפעול כראוי להגשמת יעדיו. ללא הגנה ראויה על השירות הציבורי, לא ייכון שירות ציבורי יעיל, שבכוחו לעמוד במטלות ובאחריות המוטלות עליו. הצורך להגן על השירות הציבורי מחייב הגנה גם על עובד הציבור האינדיבידואלי, שבאמצעותו פועל השירות הציבורי. בלא הגנה כזו על עובד הציבור, יתקשה עובד הנתון למעשי העלבה, השפלה וביזוי למלא את תפקידו בכשירות וביכולת מלאים. כתוצאה מכך, המערכת הציבורית תיפגע, השירות הניתן לציבור ייפגם, ויכולתה של המערכת הציבורית להגשים את מלוא יעדיה למען האינטרס הציבורי תועמד בסכנה. העבירה של העלבת עובד ציבור שמה, אמנם, במרכזה, את ההגנה על עובד הציבור שהוטחו כלפיו דברי עלבון בהקשר למילוי תפקידו, אך תכליתה רחבה יותר. היא נועדה ביסודה להגן על השירות הציבורי במשמעותו המוסדית-ערכית, ולהבטיח את פעילותו התקינה. לא עניינו של העובד כפרט עומד במרכז הערך המוגן בעבירה, אלא עניינה של מערכת השירות הציבורי ככזו, הוא הניצב במוקד האיסור:

“לא אינטרס הפרט ככזה הוא העומד במרכזה של הנורמה הפלילית, אלא האינטרס המערכתי הכללי, הניצב במוקד האיסור. ההגנה על עובד הציבור האינדיבידואלי במסגרת תפקידו נועדה להגן על מעמדו ויכולת תפקודו של השירות הציבורי כנדבך מרכזי בפעולתן של רשויות השלטון” (פסק הדין, בפסקה 22 לפסק דיני).

14. על הערך המוגן בעבירה, השם את הדגש על תקינות תפקודו של השירות הציבורי בהקשר לפגיעה בעובדיו, ניתן ללמוד מלשון סעיף העבירה, המדגישה את הקשר בין מעשה ההעלבה לבין מילוי תפקידו הציבורי של העובד. נדרש, כי מעשה ההעלבה ייעשה כלפי עובד הציבור בעת מילוי תפקידו, או בנוגע למילוי תפקידו, ואין די בהעלבת העובד שלא בהקשר לתפקידו. כן עולה הדבר ממיקומה של העבירה בפרק ט' לחוק העונשין, שנושאו “פגיעות בסדרי השלטון והמשפט”, ובסימן ד' לפרק זה העוסק ב”עבירות בשירות הציבור וכלפיו”. מושא הערך המוגן בעבירה אינו קורבן ההעלבה כפרט, אלא כמי שממלא תפקיד ציבורי, בהקרנתו על השירות הציבורי בכללו.

15. על עובד ציבור מוטלות אחריות וחובות כבדים במסגרת תפקידו. עמידה באחריות זו מחייבת רמת תפקוד גבוהה, שבמסגרתה נדרש העובד להשקיע את מלוא משאביו הפיזיים והנפשיים בביצוע תפקידו; עליו למצות מתוכו את מיטב יכולותיו וכישוריו. בלא פרישת הגנת החוק על העובד מפני התנכלות הכרוכה בפגיעה פיזית או רגשית כלפיו, הוא יתקשה במיצוע יכולותיו במילוי תפקידו. עובד ציבור המותקף במסגרת תפקידו – בין בגופו ובין בכבודו כאדם – יתקשה לאורך זמן לשמור על רמת תפקוד גבוהה בביצוע משימותיו. אם לא תינתן לו הגנת החוק מפני התנכלות, החשש והמורא מפני ביזויו והשפלתו ברבים עלולים להביא להצרת צעדיו, להגבלת מהלכיו בביצוע תפקידו, ולהשפעה רעה גם על תפקודם של עובדי ציבור אחרים. מציאות כזו עלולה לפגוע פגיעה קשה בשירות שעובדים אלה אמורים לתת לציבור, ולפיכך, במערך השירות הציבורי כולו.

16. החוק הפלילי, בעבירות אחרות הקבועות בו, אוסר על פגיעה פיזית או הפרעה פיזית כלפי עובד ציבור במילוי תפקידו. אולם, בכך אין די. נדרשת הגנה על העובד – במבט על השירות הציבורי כולו – גם מפני פגיעה נפשית שכרוכים בה ביזוי, השפלה ופגיעה בכבודו האנושי. בפגיעה כזו בכבוד טמונים זרעי-הרס שאינם נופלים בחומרתם מאלה הטמונים בפגיעה פיזית, ולעיתים אף עולים עליהם. עובד ציבור, ההופך מטרה ללעג ולקלס, למושא של גידופים, קללות, נאצות והטחת אשמות-שווא, עלול ליפול ברוחו, להירתע מלמלא את תפקידו, ומלהפעיל את מרות תפקידו במלוא ההיקף

והתנופה המתחייבים מן התפקיד. מעשי השתלחות בעובד ציבור עלולים, אפוא, לפגוע פגיעה קשה במערכת השירות הציבורי, ובכך גם באינטרס ציבורי-חברתי רב חשיבות.

17. אף ההגינות הציבורית מחייבת כי החברה תפרוש הגנתה על מי שפועל למילוי משימות בשירות הציבורי ולקידום אינטרס הציבור, ולא תותיר אותו חשוף ועזוב לנפשו. מעבר לכך, ההגנה על עובדי ציבור מפני פגיעה במהלך מילוי תפקידם נועדה להגן גם על דמותו של השירות הציבורי בעיני הציבור. אמון הציבור אינו מושג רק בהצבת דרישות קפדניות כלפי עובדי השירות הציבורי מבית, המחייבות אותם בשמירה קפדנית על כללי המשמעת והמינהל התקין; הוא מותנה גם במתן הגנה לעובדי הציבור מפני פגיעה מחוץ. העדר הגנה על עובדי ציבור מפני פגיעה בהם עלול לפגוע קשות גם בדמותו ובמעמדו של השירות הציבורי.

האינטרס הציבורי הרחב מצדיק, אפוא, פרישת הגנה מיוחדת על השירות הציבורי ועובדיו, בין היתר, בדרך של יישום נורמות פליליות שנועדו להרתיע כל אדם או גוף מפני מעשי פגיעה בעובדי ציבור, בין היתר, על דרך העלבתם וביזויים.

18. אל מול תכליתו של האיסור הפלילי, ניצבת זכות האדם לחופש ביטוי, העומדת במידרג העליון של זכויות האדם החוקתיות. היא נועדה להבטיח את זכות הפרט לבטא בחופשיות את דעותיו, רגשותיו, וביקורתו על מהלכי השלטון, כחלק מהאוטונומיה האישית הנתונה לו (בג"צ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פסקה 13 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 12.1.2006); בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 689 (הנשיא ברק) (2006)). זכות יסוד זו היא אבן-יסוד בהתנהלותה של חברה חופשית ודמוקרטית, התלויה בזרימה חופשית של דעות, השקפות, עמדות פוליטיות ואידיאולוגיות חברתיות. הזכות לחופש ביטוי משרתת את תכלית גילוי האמת בחיים החברתיים; ההגנה עליה חיונית הן בהיבט של האוטונומיה האישית של הפרט והן בהיבט קיומה של חברה חופשית ודמוקרטית (בג"צ 399/85 חה"כ כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 275-272 (1987); בג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 277 (2003)).

היקף ההגנה על חופש הביטוי אינו גורם קבוע וקשיח, אלא הוא נגזר מטיבו ומשקלו של הערך שכנגדו הוא מתמודד (רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פסקה 1 לפסק דיני (לא פורסם, 12.11.2006)).

19. חופש הביטוי הנוגע לחיים הציבוריים מצוי בליבת ההליך הדמוקרטי ומחייב הגנה רחבה כדי להבטיח משטר של חברה חופשית. "הזכות להשמיע, לשמוע, לדאוג ולדעת היא זכות יסוד חוקתית של הפרט, המהווה תנאי לקיום מוסדות שלטון דמוקרטיים" (פסק הדין, בפסקה 30 לפסק דיני). בגדרה של חירות הבעת הדעה בנושאים ציבוריים, קיימת חשיבות מיוחדת לחופש ביטוי בביקורת על עניינים ציבוריים, ובתוך כך על מוסדות ממשל, אישי ציבור ונושאי משרות ציבוריות. הביטוי החופשי מהווה אמצעי בקרה ופיקוח על רמתם המוסרית והמקצועית של נושאי משרות ציבוריות (ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 836 (1989)). ואכן, חופש הביטוי אוצר בתוכו זכות להשמעת ביקורת, ואף ביקורת נוקבת, על מוסדות השלטון והשירות הציבורי. לחופש הביטוי והביקורת עשוי להיות ערך ממרק, והחשיפה לכך מפתחת מנגנון-זהירות טבעי של עובדי ציבור מפני סטייה מן השורה. חופש הביטוי והביקורת סובל גם ביקורת בוטה ומשתלחת, אפילו אין בה אמת, וגם אם היא מונעת מיצר התנכלות ונקמנות. אלא שחופש הביטוי אינו בלתי-מוגבל, ויש לו תחומים וגבולות, בין היתר, בגדרם של איסורי לשון הרע וההגנה מפני העלבת עובד ציבור במישור הפלילי.

20. בתחום ההגנה על אנשי ציבור, אין זהות בין משקל חופש הביטוי המותר ביחס לנבחרי ציבור לבין זה המותר ביחס לעובדי ציבור שאינם חלק מהמערכת הפוליטי העומד לבחירה. מנבחרי ציבור נדרשת רמת-סיבולת גבוהה בספיגת דברי ביקורת, בהינתן מעמדם במערכת הפוליטי, ונוכח קיום אמצעי תקשורת זמינים, שבאמצעותם הם יכולים להגיב לדברי העלבון והביקורת. לעומת זאת, עובד ציבור שאינו חלק מהמערכת הפוליטי העומד לבחירה, מנוע על-פי כללי המשמעת בשירות הציבורי מלהשיב למבקרו, ומלנהל עימם דו-שיח עצמאי ופתוח לציבור על טיב התנהגותו ומניעי פעולתו. בידי עובד כזה לא נתונים כלים ואמצעים הדומים לאלה הנתונים בידי נבחר ציבור לצורך התמודדות עם ביקורת פוגענית המוטחת כלפיו. הוא נזקק להגנת המשפט והמערכת הציבורית כדי שתשמורנה על זכויותיו לא רק כדי להבטיח את השמירה על שמו הטוב וכבודו האנושי, אלא גם כדי להגן על יכולתו לבצע את תפקידו למען השירות הציבורי.

21. הנורמה הפלילית כפופה לכללי האיזון החוקתי, ובפרשנות תכליתית יש לעמוד על הערך המוגן שהנורמה מבקשת להגשים, ולתחום את מרחב התפרשותו בשים לב לערכים מוגנים אחרים. מקום שהערך המוגן באיסור הפלילי פוגע בזכות יסוד של האדם, יש להבטיח כי האיסור הפלילי יגשים את תכליתו רק עד למידה ולהיקף ההכרחיים כדי שהזכות או האינטרס הנוגדים לא ייפגעו מעבר לנדרש. מרחב ההגנה

הניתן לעובד הציבור במסגרת הנורמה הפלילית הוא פועל-יוצא ממידת הפגיעה החוקתית המותרת והאפשרית בזכות היסוד לחופש ביטוי. פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אוצלת ומקרינה על דרכי האיזון בין הערכים הנוגדים, גם ביחס למעשה חקיקה ישן שקדם לחקיקת חוק-היסוד, כפי שהדבר בענייננו.

22. האיסור על העלבת עובד ציבור מתיישב עם ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, לאור תכליתו להגן על כבודו, מעמדו, ויכולת תפקודו של עובד הציבור האינדיבידואלי ושל מערך השירות הציבורי כולו; הוא נועד לתכלית ראויה, שהרי ההגנה המיוחדת על עובדי ציבור נועדה לקדם אינטרס ציבורי כללי חשוב, אשר בלעדיו הציבור כולו עלול להיפגע; האיסור הפלילי עונה גם על יסוד המידתיות, על שלושת מבחני-המישנה שלו. מבחנים אלה בהשתלבותם מביאים לתוצאה כי השקלול בין הזכות לחופש ביטוי והבעת ביקורת על עובד הציבור והשירות הציבורי, לבין האינטרס הציבורי בהגנה על עובדי ציבור, מוביל לנקודת-איזון המצרה את תחומי התפרשותה של עבירת העלבת עובד הציבור באופן ממשי. הווי אומר, נדרש כי הפגיעה בעובד הציבור תהא חמורה וקיצונית באופייה, שמתלווה לה חשש ממשי לפגיעה ביכולת התפקוד של העובד, בהקרנתה על מערך השירות הציבורי בכללותו. האיזון הראוי מביא לתוצאה כי ההגנה על העובד מכוח האיסור הפלילי תינתן אך במקום בו קיים חשש ממשי לפגיעה מהותית בערך המוגן בנורמה הפלילית. מבחן זה מצמצם את האיסור הפלילי להכרחי ולנדרש, כדי להגשים את תכליתו הראויה, בלי שייפגע עיקרון חופש הביטוי והביקורת מעבר למידה הראויה.

יסוד ה"העלבה" ומבחן הוודאות הקרובה

23. שני מרכיבים "נושאים על שכמם" את מטען האיזון בין הערכים הנוגדים הפועלים במסגרת האיסור הפלילי בענין העלבת עובד הציבור. המרכיב האחד הוא יסוד ה"העלבה", שתוכנו אמור לשקף את האיזון האמור; והמרכיב השני הוא מבחן הסתברותי, אשר נועד, במסגרת אותו איזון, להגביל את תחום השתרעותה של העבירה רק למצבים שבהם קיימת הסתברות ברמה מסוימת לפגיעה ממשית בערך המוגן בעבירה.

24. שילוב שני מרכיבים אלה הוא היוצר את האיזון הראוי בין הערך המוגן בעבירה לבין הערך הנוגד של חופש הביטוי, שעיקרו נמצא, לטעמי, בשניים: האחד – במתן תוכן למעשה ההעלבה המכוון רק למעשים קיצוניים של פגיעה קשה בליבת כבודו של עובד הציבור. לענין זה, אין די בפגיעה בעלת אופי נסבל או שולי בכבוד האדם, אלא

נדרשת פגיעה עמוקה בליבת הכבוד של עובד הציבור במילוי תפקידו, יהא זה מדברי ביקורת, מגידופים או מכל תוכן אחר של דבר ההעלבה, תהא הגדרתו אשר תהא. לצורך כך, אין לקבוע מראש תכנים כאלה או אחרים שיהוו "העלבה"; השני – בקביעת מבחן הסתברותי ברף גבוה, שעניינו בקיום "ודאות קרובה" כי מעשה ההעלבה יביא לפגיעה קשה בעובד במילוי תפקידו, ומכאן גם בשירות הציבורי כמוכנו הרחב.

נדון בפירוט בכל אחד מהמרכיבים האמורים.

יסוד ה"העלבה"

25. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של העלבת עובד ציבור, המסתפק ב"מודעות" בלבד, מהווה רף נמוך של מחשבה פלילית, שעשוי היה, כשלעצמו, להביא להרחבת-יתר של תחום התפרשותה של העבירה, אלמלא הוגבלה התפרשות זו באמצעות תוכנו המאזן של מושג ה"העלבה", והכללתו של מבחן הסתברותי. תוכן המושג "העלבה", הנמנה על היסוד העובדתי של העבירה, אמור לאצור בתוכו את השקלול הראוי בין הערך המוגן באיסור הפלילי, לבין ההגנה על חופש הביטוי והביקורת.

26. שלא כחברי, השופט ריבלין, לגישתי לא ניתן להגדיר מראש רשימה סגורה של מקרים בהם מתרחשת "העלבה" הטומנת בחובה פגיעה קשה בכבודו של העובד, המקרינה על יכולת תפקודו בהשלכה על השירות הציבורי בכללותו. עם זאת, קן-משותף למעשי "העלבה" כמוכנם בסעיף העבירה הוא ביטוי שלילי הפוגע בליבת כבודו של האדם וכרוך בפגיעה מהותית וקשה בגרעין המוסרי-ערכי שממנו שואב עובד הציבור את מקור כוחו וסמכותו. וכך נאמר בפסק הדין נשוא העתירה בענין זה:

"כדי שהעלבה תיכנס בגדרו של האיסור הפלילי, עליה לפגוע בליבה העמוקה של כבוד האדם במילוי תפקידו. בהעלבה כזו עשוי להתקיים המבחן המחמיר של וודאות קרובה לפגיעה ממשית בתיפקודו של עובד הציבור והשירות הציבורי. כך, למשל, העלבת עובד ציבור שיש בה פגיעה בנקיון כפיו, בטוהר מידותיו, או האשמתו בשחיתות עשויים להוות "העלבה" כמוכן האיסור. הטחת גידופים או קללות, הגם שיש בהם אלימות מילולית, אך אין בתוכנם ובצורת השמעתם פגיעה בליבה העמוקה של כבוד האדם, לא יהוו "העלבה" אסורה, גם אם תוכנם ואופן השמעתם עלולים להיות קשים ופוגעניים" (שם, בפסקה 45 לפסק דיני).

על-פי גישה זו, "העלבה" מתקיימת כאשר היא מכוונת כלפי ליבת כבודו האישי של העובד; אין די בביטוי של אלימות מילולית בוטה, אלא נדרשת פגיעה עמוקה בשמו הטוב של העובד שיש בה כדי לבזותו בעיני אחרים. אמנם, המושג "העלבה" בהקשרו הנורמטיבי מניח ציפייה לסף-סיבולת גבוה מצד עובד הציבור, אשר נועד לאפשר לאזרח מרחב ביטוי וביקורת כלפי תפקודו של עובד הציבור והשירות הציבורי. על העובד לעמוד לא אחת מול טענות וביקורת המושמעות כלפיו וכלפי השירות הציבורי, גם אם הן אינן צודקות וגם אם אין בהן אמת. באלה אין בהכרח כדי להוות מעשה "העלבה" במובן האיסור הפלילי. אולם, רף-הסיבולת של העובד נעצר באותה נקודה שבה מוטל על החברה להגן על ליבת כבודו ועל ליבת כבודה של המערכת אותה הוא משרת. רף-הסיבולת הנדרש מעובד ציבור אינו מחייבו לשאת על כתפיו פגיעה בליבת כבודו כאדם וכעובד, ובכלל זה פגיעה ביושרו ובטוהר-מידותיו. לפגיעה כזו עלולה להיות השלכה משמעותית על יכולת התפקוד של העובד, ועל כושרו של השירות הציבורי לעמוד במשימותיו. פגיעה כזו יורדת לשורשי אמון הציבור בשירות הציבורי ובעובדיו.

27. יש להוסיף, כי מעשה "העלבה" על-פי האיסור הפלילי אינו מותנה בשאלה אם דברי העלבון משקפים אמת או שקר. הגנות מתחום דיני איסור לשון הרע אינן חלות בתחומי העבירה של העלבת עובד ציבור. אכן,

"ההגנות הפרושות בחוק איסור לשון הרע, ובהם הגנות אמת הפרסום ותום הלב, הנתונות למי שהוציא לשון הרע על אדם, אינן נתונות למי שמואשם בעבירה של העלבת עובד ציבור. השוני בתכליות ובערכים המוגנים בשני ההסדרים המשפטיים הללו אינו מניח באופן טבעי אפשרות של "ניוד" ההגנות מתחום הסדר משפטי אחד לתחום הסדר משפטי אחר. לכל הסדר משפטי הווייה משלו, וחיים משל עצמו; הוא מעוגן במערכת המיוחדת לו, ונועד להגשים את התכלית המיוחדת לו" (ס9 הדיון, בפסקה 53 לפסק דיני).

מעשה ה"העלבה" לצורך הנורמה הפלילית מתמקד בשאלה האם נעשה מעשה של השפלה וביזוי כלפי עובד ציבור, הפוגע בליבת כבודו ועלול לפגוע פגיעה ממשית בכיצוע תפקידו. אין הוא עוסק בשאלה האם יש אמת או שקר בתוכנה של ההעלבה. האיסור הפלילי, שאינו מתייחס לשאלת אמיתות תוכנם של דברי ההעלבה, מניח כי לצורך בירור טענות, השגות ותלונות של האזרח כלפי הרשות הציבורית ועובדיה פתוחים בפניו ערוצים שונים שבאמצעותם הוא יכול לשטוח את טענותיו ולהביא לבירורן. דברי העלבה קיצוניים כלפי עובד ציבור, העלולים לפגוע פגיעה ממשית

ביכולת תפקודו ולהשפיע על השירות הציבורי בכללו, נכנסים בגדר האיסור, בין אם יש בביקורת המוטחת אמת, ובין אם לאו. שאלת האמת והשקר בטענות המושמעות אינה אמורה להתברר בגדרה של האמירה העולבת, אלא במסגרת תלונה כדין לרשות המוסמכת, שבידי כל אדם להגישה בהתקיים עילה לכך.

28. שלא בדומה לגישתי זו, סבור חברי, השופט ריבלין, כי לצורך האיסור הפלילי, יש לסווג מראש את דברי ההעלבה בהתאם לתכניהם, וליצור אמות-מידה שונות למושג ה"העלבה" בהתאם לתכניה השונים של האמירה העולבת, בשים לב לעוצמת אינטרס חופש הביטוי והביקורת הפועל בכל אחד מהמצבים. כך, על-פי הצעתו, במבחן התוכני של מעשה ההעלבה יש להבחין בין תוכן העלבה שעניינו, בעיקרו, דברי ביקורת, חריפים ככל שיהיו, כלפי עובד הציבור, לבין גידופים, נאצות, קללות וניבולי-פה המושמעים כלפיו. לגישתו, מידת ההגנה שיש לתת למסרים מעליבים הנאמרים כלפי עובד הציבור נגזרת ממידת היות הביטויים כרוכים בליבת חופש הביטוי או מחוץ לליבה זו. לשיטתו, דברי ביקורת המופנים כנגד מדיניות השלטון, ואף כנגד עובד ציבור מסוים, נמצאים בליבת חופש הביטוי; מידת תרומתם של אלה לדמוקרטיה בהיבטיה השונים היא כה רבה, עד כי הם מוגנים ואינם נכנסים בגדרו של האיסור הפלילי על העלבת עובד ציבור. שלא כדברי ביקורת כאמור, ביטויים הכוללים קללות, חרפות וגידופים אינם תורמים תרומה ממשית ליעדים שלשמם קיים חופש הביטוי. לפיכך, ביטויים אלה נכללים בגדרו של האיסור הפלילי. חברי ער לקושי לאבחן, לעיתים, בין חרפות וגידופים הנכללים, לטעמו, בגדר האיסור, לבין השמעת דברי ביקורת, המצויים מחוץ לגדר האיסור. לעמדתו, לצורך אבחון כאמור, יש לתור אחר המאפיין הדומיננטי מבין השניים, ועל-פי זה להחליט האם המסר השלילי כלפי עובד הציבור נופל בגדר האיסור הפלילי אם לאו.

29. אתקשה להסכים עם חברי לניתוח זה של מהותו של מעשה ההעלבה, לצורך איתורו של המסר השלילי הנכנס בגדרו של האיסור הפלילי, לעומת המסר המוגן, המצוי מחוץ לגדרו של האיסור. טעמי לכך הם אלה:

ראשית, עיקרו של האיסור הפלילי מכוון למנוע מעשי העלבה הפוגעים בליבת כבודו האישי של עובד הציבור. הפגיעה בכבוד אינה תלויה בשאלה אם היא נובעת מדברי ביקורת או מגידופים וקללות. הפגיעה בכבוד אינה ניתנת למיון כלשהו, אלא מהותה נקבעת בהתחשב בתוכנה של האמירה העולבת ובנסיבות האופפות את אמירתה. מאחר שהערך המוגן בעבירה הוא מניעת פגיעה בליבת כבודו של העובד, בהשלכה על השירות הציבורי בכללותו, הרי שפגיעה כזו עלולה לנבוע דווקא מדברי ביקורת קשים

המושמצים כלפי העובד, כגון הטחת אשמה ביחס לפגמים עמוקים בטוהר-מידותיו, נקיון-מעשיו ואמיתות-דרכיו. לעומת זאת, חרפות, קללות וגידופים, פרי להט יצרים והתפרצות רגשית נקודתית, אינם בהכרח בעלי אופי פוגעני בליבת כבודו האנושי של העובד; הם עשויים להימצא במתחם סף-הסיבולת שעובד ציבור צריך לשאת בו מכוח תפקידו.

שנית, האבחנה שחברי מותח בין דברי ביקורת – שאינם נכנסים לגדר האיסור, לבין דברי גידופים ונאצות – הנכללים, לגישתו, בגדרו, אינה משרתת את מטרת האיזון הראוי בין הערך המוגן בעבירה – שמירה על כבודו של העובד מפני פגיעה, לבין ההגנה על חופש הביטוי הנדרשת בתשתית מבנה העבירה. הצעת חברי מעניקה מעמד-על מוחלט לחופש הביטוי ככל שמדובר בדברי ביקורת, גם אם הם כרוכים בפגיעה בליבת כבודו של העובד; וכך נמצא, כי דברי ההעלבה הקשים ביותר כנגד עובד, אשר אפשר ומייחסים לו, בין היתר, שחיתות, חוסר טוהר-מידות, ומעמד מוסרי ירוד, יהיו מוגנים באופן מוחלט מפני הנורמה הפלילית. מתן הגנה זו, בלא כל איזון כנגדה, אינו יוצר את שיווי-המשקל הראוי בין הערכים הנוגדים; הוא מחטיא את עיקר תכליתו של הערך המוגן בעבירה. מנגד, גישת חברי, מכירה במעשי גידופים כנכללים בגדר האיסור, וזאת גם אם אין בהם בהכרח פגיעה בליבת הכבוד של העובד. באבחנה זו שמציע חברי, ניתן מעמד-על לעיקרון חופש הביטוי על פני הערך המוגן בעבירה, בלא שנקבע שיווי-משקל פנימי בין הערכים הנוגדים, ומטרתה האמיתית של העבירה מסוכלת. לא אוכל, על כן, להסכים לגישה זו.

תוכן המבחן ההסתברותי – "ודאות קרובה"

30. בצד המטען התוכני שיש לייחס למושג ה"העלבה", מהווה המבחן ההסתברותי חלק מנסיבות העבירה ההתנהגותית, והוא נועד להשפיע על המשקל היחסי שיש לתת לערך המוגן בעבירה ביחס לערך הנוגד של חופש הביטוי. תוכנו של המבחן ההסתברותי, בהתאם לרף שנקבע לגביו, קובע את מידת השכיחות או הנדירות שבהפעלת הנורמה הפלילית, והוא עשוי להוסיף מנגנון חשוב, המעצים את מגבלות חלותה של העבירה, ומרחיב את התחום המוגן של חופש הביטוי.

31. כדי לספק את ההגנה הנדרשת לערך חופש הביטוי בגדר העבירה של העלבת עובד ציבור, ובמסגרת האיזונים המתבקשים בינו לבין תכלית האיסור הפלילי, מתבקשת גישה מצרה לתחום התפרשותה של העבירה. לצורך כך, אין די במעשה העלבה כשהוא לעצמו, אלא נדרש "דבר מה נוסף" כדי להופכו לעבירה פלילית.

בעבירות של ביטוי מילולי אסור, אותו "דבר מה נוסף" נמצא, לא אחת, בהחלת מבחן הסתברותי שעניינו דרישה לקיום ודאות קרובה לגרימת נזק ופגיעה משמעותיים לאינטרס הציבורי שהאיסור הפלילי ביקש למנוע. מבחן "הוודאות הקרובה" שימש לאורך שנים נוסחת איזון חוקתית לצורך פתרון התנגשויות בין זכויות חוקתיות לערכים נוגדים (בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שד-הפנים, פ"ד ז(2) 871, 892 (1953); בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד מא(1) 421, 435 (1987)). מבחן זה נדון גם בהקשר הפלילי, מקום שנדרש איזון בין ערך חוקתי לבין ערך נוגד במסגרת הנורמה הפלילית. בנסיבות של פגיעה בחופש הביטוי כתוצאה ממסר מילולי פוגעני, כשמנגד ניצבים אינטרסים של שלום הציבור והסדר הציבורי, נטה בית המשפט לאמץ מבחן הסתברותי ברמה גבוהה – הוא מבחן "הוודאות הקרובה" – ולא הסתפק במבחן הסתברותי ברמה נמוכה יותר שעניינו קיום אפשרות סבירה וממשית להתממשות הסיכון (דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145, 175-176 (השופט אור) ו-182-183 (הנשיא ברק) (2000)).

32. גם בנסיבותיה של העבירה הפלילית בענייננו, ראוי להחיל מבחן הסתברותי מחמיר מסוג מבחן "הוודאות הקרובה", כפי שנאמר בפסק הדין נשוא העתירה:

"מבחן זה תוחם את מידותיה של העבירה למידות הצרות הראויות לה, כדי להגן על חופש הביטוי והביקורת של האזרח ביחס למוסדות הציבור והממשל, ועל העובד האינדיבידואלי המשרת במסגרתם. דרישת יסוד נפשי ברף נמוך של "מודעות" בלבד מצדיק החמרה במבחן ההסתברותי, כאמור. מבחן "הוודאות הקרובה" מגדיר נכונה את שיקלול הערכים הנוגדים במקרה זה. הוא מבחן מקובל בהלכה הפסוקה מזה דורות. יש באימוצו כדי לקדם את ההרמוניה הנורמטיבית הכוללת בשיטה כולה" (שם), בפסקה 44 לפסק דיני; ההדגשה אינה במקור).

מעשה ה"העלבה" בצירוף המבחן ההסתברותי, הוגדרו, אפוא, כך:

"העלבה" במשמעות הנורמטיבית של האיסור תיחד, אפוא, למקרים חריגים וקיצוניים בהם קיימת ודאות קרובה כי הפגיעה הצפויה ממנה עלולה לא רק לפגוע בעובד הציבור כפרט, אלא גם לפגוע פגיעה ממשית וקשה באופן מילוי תפקידו הציבורי, ובכך לפגוע במערכת השירות הציבורי ובאימון הציבור בה" (שם).

33. ההיזקקות למבחן ההסתברותי ברמה של "ודאות קרובה" מצר, אפוא, את תחום התפרשותה של העבירה, ומותיר את החלטה למקרים קיצוניים שבהם האמירה העולבת יוצרת ודאות קרובה לפגיעה ממשית באופן מילוי תפקידו הציבורי של עובד הציבור, ואגב כך, לפגיעה במערכת השירות הציבורי ולאמון הציבור בה.

34. חברי, השופט ריבלין, מסכים לעצם החלטת מבחן הסתברותי בעבירה, וזאת כדי לבחון גם את השפעתו הפוטנציאלית של הביטוי "על שומעיו – עובדי ציבור או אחרים" (פסקה 39 לפסק דינו). גם לטעמו, מן הראוי שלא להפליל אדם על ביטוי שאינו טומן בחובו סיכון כלשהו לפגיעה בערך המוגן בעבירה, כדי לצמצם את מידת פגיעתה של העבירה בחופש הביטוי למידה שאינה עולה על הנדרש. עד כאן אין מחלוקת בינינו. אלא שהצעתו של חברי מבקשת להחיל לצורך הענין את מבחן "האפשרות הסבירה", שהוא מבחן הסתברותי ברף נמוך יותר ממבחן "הודאות הקרובה". בכך, יש, לטעמו, כדי להבטיח מתן הגנה מספקת לתכליתה המיוחדת של עבירת העלבת עובד ציבור להגן על עובדי הציבור, שהחלטת מבחן "הודאות הקרובה" לא תקנה במידה הנדרשת.

35. אני מתקשה להסכים לגישה המעדיפה את מבחן "האפשרות הסבירה" על פני מבחן "הודאות הקרובה" בהקשר לעבירה של העלבת עובד ציבור. זאת, מן הטעם שדווקא מתן המשקל הראוי לחופש הביטוי בגדרה של העבירה מצדיק, לטעמי, אימוץ מבחן הסתברותי מחמיר, המצמצם באופן ניכר את תחום התפרשותה של העבירה רק למצבים שבהם הפגיעה והנזק לעובד הציבור ולשירות הציבורי מדברי ההעלבה הם קרובים לוודאיים, ולא פחות מכך. גישה זו מתיישבת עם מעמד-העל הניתן לחופש הביטוי בשיטתנו; היא אינה מייתרת את הערך המוגן בעבירה, אלא מגבילה את תחולתו למצבים קיצוניים של העלבה בעלת אופי חמור, שאליה מתלווה ודאות קרובה כי מעשה ההעלבה יפגע בתפקודו של העובד, ודרכו גם בשירות הציבורי בכללותו.

36. אוסיף, כי אינני שותפה לדעה כי קיים קושי הוכחתי בהחלטת מבחן "הודאות הקרובה", שאיננו אלא מבחן של הערכה, פרי השכל-הישר, שנועד לבטא את עוצמת החשש הנדרש לפגיעה בערך המוגן, על בסיס כלל הנתונים שהוכחו. עיקרו של מבחן זה ביצירת מימד מחמיר להחלטה של העבירה מבחינת עוצמת הסיכון הקיים לפגיעה עקב הפרתו של הערך המוגן. הערכה זו נגזרת מכלל נסיבות הענין כפי שהוכחו, ועל דרך הסקת מסקנות מהן.

37. שילוב התוכן המושגי המוצע למעשה ה"העלבה" ביחד עם החלת מבחן הסתברותי ברף גבוה מסוג מבחן "הוודאות הקרובה", מקנה את האיזון הראוי בין הערכים הנוגדים בעבירה. פועל יוצא מכך הוא, כי "העלבה" במשמעותה הנורמטיבית תיוחד למקרים חריגים וקיצוניים שבהם קיימת ודאות קרובה כי הפגיעה הצפויה ממנה עלולה לא רק לפגוע בעובד הציבור כפרט, אלא גם לפגוע פגיעה ממשית וקשה באופן מילוי תפקידו הציבורי, ובכך לפגוע במערכת השרות הציבורי, ובאמון הציבור בה.

38. יש להוסיף, כי בצד יסודות הנורמה הפלילית, כפי שאלה מתפרשים מתוך המעגל הפנימי של העבירה, מצויים מנגנוני איזון שונים במעגל החיצוני לעבירה, המשפיעים גם הם על מידת הריסון הנדרש בהפעלתה של הנורמה הפלילית על רקע הערכים המתנגשים בה. מבין מנגנונים חיצוניים אלה יש להדגיש במיוחד את שיקול-הדעת הרחב הנתון ליועץ המשפטי לממשלה בהגשת כתבי אישום מטעמים של אינטרס ציבורי, והריסון הרב המאפיין את מדיניותו בהעמדה לדין בעבירות הקשורות בחופש הביטוי (הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.1103 (90.002), "הגשת כתבי אישום בעבירות של העלבת עובד ציבור וזילות בית המשפט", מיום 3.7.02).

שילוב זה בין הפרשנות התכליתית של האיסור הפלילי, מתוכו, לבין המנגנונים החיצוניים הקשורים בדרך אכיפתו הלכה למעשה, משקף איזון נאות בין תכלית ההגנה על עובד הציבור והשירות הציבורי, לבין ההגנה הנדרשת על חופש הביטוי והביקורת, הניצבים בליבת ההליך הדמוקרטי.

מן הכלל אל הפרט

39. על רקע העקרונות שפורטו לעיל, לא שיניתי מדעתי לפיה מעשיו של העותר מקיימים את יסודות העבירה של העלבת עובד ציבור כמשמעותה בסעיף 288 לחוק העונשין. כזכור, המתלונן שימש בתפקיד שוטר במחלקת חקירות במשטרת חדרה; העותר הציב במשך שבעה ימים כרוזה בפתח תחנת המשטרה ובה נכתב כי "צריך לפטר את [ציטוט שם השוטר המתלונן] בגלל שיתוף פעולה עם עבריינים כלפי אלה שהתלוננו נגדם. משטרה לא צריכה תפוחים רקובים"; כל מי שיצא ובא בשערי תחנת המשטרה באותו שבוע חזה בכרוזה ובתוכנה. לטעמי, תוכן האמירות בכרוזה, מיקום הצבת הכרוזה בפתח תחנת המשטרה לעיני כל הבאים אליה והיוצאים ממנה, ומשך הזמן בו הכרוזה הוצבה – כשבוע ימים – כל אלה מצביעים על התקיימותם של יסודות העבירה, ועל קיום אינטרס ציבורי בהעמדת העותר לדין על הפרת איסור העלבת עובד הציבור.

40. המעשים בהם הורשע העותר מהווים העלבה של עובד ציבור במילים ובמעשים כשהוא ממלא את תפקידו, ובנוגע למילוי תפקידו. מבחינת הערך המוגן בעבירה, מדובר באמירות מתמשכות הפוגעות בליבה העמוקה של כבודו האישי של השוטר במילוי תפקידו. יש באמירות אלה כדי להטיל דופי בטוהר-מידותיו של השוטר, להעלות פסול חמור בהגינותו במילוי תפקידו, ולהציגו כמי שמנצל את מעמדו הציבורי ואת סמכויותיו כדי לעשות יד אחת עם גורמים עברייניים שכלפיהם פועלים המשטרה ואנשיה מכוח סמכותם ואחריותם המקצועית. קשה לחשוב על דברי העלבה פוגעניים יותר כלפי איש משטרה הממלא תפקיד של אכיפת חוק. וכך נפסק בפסק הדין נשוא העתירה:

“האשמת שוטר בשיתוף פעולה עם עבריינים, בדומה להאשמת שופט בשחיתות או בלקיחת שוחד, הם מעשי העלבה כלפי עובדי ציבור הפוגעים בגרעין הקשה של תפקידם, והמערערים את מקור סמכותם המוסרית כלפי הציבור. מעשי העלבה כגון אלה, הנעשים כלפי עובדי ציבור, מקיימים את המבחן הצר והדווקני של העבירה. יש בהם כדי לבזות ולהשפיל את עובד הציבור במעמדו המוסרי-ערכי. יש בהם כדי לפגוע ביכולת תפקודו, ולהכניס מתחים רבים ותיסכול עמוק לסביבת עבודתו. יש בהם כח ועוצמה פוגענית גם כלפי שוטרים אחרים, וכלפי שירות המשטרה בכללותו, בהצרת צעדיהם של שוטרים בהפעלת מרותם במסגרת תפקידם, ובמילוי חובתם מכח הסמכות הניתנת להם בדין. מתקיים באמירה זו שנאמרה על ידי המבקש בכרזה מבחן הוודאות הקרובה לגרימת פגיעה ביכולת התיפקוד של השוטר ושל השירות המשטרתי במובנו הרחב” (שס, בפסקה 68).

41. האשמת שוטר בשחיתות-מידות, ובשיתוף-פעולה עם גורמים פליליים שכנגדם הוא אמור לפעול במסגרת תפקידו המשטרתי, אינה מצויה ברף-הסיכולת שעובד ציבור נדרש להפעיל בגדרי תפקידו. מתקיים, אפוא, בעותר היסוד העובדתי של העבירה, ומתקיים בו, למצער, יסוד נפשי של מודעות לטיב המעשה ולנסיבותיו, אם לא כוונה של ממש לגרום למתלונן עלבון וביזוי כבד. הפגיעה המתמשכת של העותר במתלונן במשך שבוע ימים, מיקומם של דברי העלבון בפתח תחנת המשטרה ולעיני כל הבאים אליה והיוצאים ממנה, ותוכן הפגיעה היורדת לליבת מעמדו המוסרי והמקצועי של המתלונן בקשר למילוי תפקידו, כל אלה מכניסים אירוע זה לתחומי העבירה של העלבת עובד ציבור. אין מדובר במערכת גידופים, קללות ונאצות שמשמעותם מתמצית בביטוי של כעס ומחאה אגב התלהטות יצרים. יש כאן דברי השפלה וביזוי המייחסים לשוטר שחיתות-מידות ועשיית יד אחת עם עבריינים. דברים אלה פוגעים בתשתית

האמון הבסיסית כלפי השוטר, ובבסיס האמון כלפי שירות המשטרה כולו. דברים אלה פוגעים לא רק בשוטר כפרט, אלא משפיעים על יכולתו לבצע את תפקידו. בכך, הם גורמים נזק גם למערכת המשטרה כולה. טענות רציניות ואמיתיות של העותר כנגד תפקודו של השוטר המתלונן ניתן היה לברר – אילו מצא העותר עניין כנה בכך – באמצעות מנגנוני הביקורת הקיימים בשירות הציבורי ובמערכת המשפטית. דברי הנאצה והביזוי שהעלה העותר בפומבי נגד המתלונן אינם תחליף לבירור אמיתי של טענותיו, ואין להניח להם לשכון תחת יריעת ההגנה הניתנת לחופש הביטוי.

על רקע כל אלה, סברתי כי מתקיימים בעותר יסודות העבירה של העלבת עובד ציבור, ונתקיים אינטרס ציבורי במיצוי הדין עמו.

42. חברי, השופט ריבלין, סבור כי יש לזכות את העותר בדין. זאת, על רקע האבחנה שמתח בין דברי ביקורת – המוגנים מפאת עיקרון חופש הביטוי – לבין גידופים ונאצות שאינם מוגנים כך. לגישתו, עיקר הביטויים נשוא ענייננו הם בגדר ביקורת כלפי תפקודו של השוטר, להבדיל מגידופים כלפיו, ומטרתם להצביע על ליקוי ממשי בתפקודו הציבורי. הרלוונטיות של הדברים לתפקוד השוטר הם ההופכים אותם למוגנים מפני הפעלת הנורמה הפלילית. משכך, לא מתקיים לטעמו המבחן התוכני של יסוד ה"העלבה", ולפיכך, לא התגבשה עבירה בנסיבות מקרה זה. מוסיף חברי, כי פתוחה הדרך בפני השוטר להגן על שמו הטוב בדרך של תביעה על-פי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

43. המחלוקת המושגית בין גישת חברי לגישתי ביחס לתוכנו של המושג "העלבה" אינה מאפשרת לי להצטרף למסקנתו גם באשר ליישום הנורמה הפלילית על נסיבות המקרה. מקרה זה מדגים עד כמה מסר שלילי, העשוי להתפרש גם כדבר ביקורת ולאוו-דווקא כגידופים, עלול לפגוע בליבת כבודו של עובד הציבור, וזו הרי תכלית הערך המוגן בעבירה. הותרת דברי העלבה קשים הפוגעים בליבת כבודו של העובד מחוץ לגדרו של האיסור הפלילי מחטיאה את המטרה שלשמה נועד הערך המוגן של העבירה.

44. אוסיף עוד בהקשר זה, כי הצרת ההגנה על העובד ביחס לדברי ביקורת תוך הנחה כי נתונה לו הגנה במישור של תביעה על-פי דיני לשון הרע, כהצעת חברי, אינה מספקת מענה אמיתי לצורך בהגנה ממשית על עובד הציבור, ואינה מממשת את תכלית האיסור הפלילי במלואה. דרך-כלל, עובד ציבור מן השורה לא ייחלץ באופן מעשי להגיש תביעת לשון הרע לבית המשפט לצורך הגנה על שמו הטוב בעקבות השפלה וביזוי שחווה במילוי תפקידו. אין בידו הממון, הזמן, המשאבים הנפשיים והרצון לנהל

הליכים להגנה על שמו שנפגע במסגרת מילוי תפקידו. יתר על כן: הוא זכאי להגנת המערכת הציבורית על פגיעה שנפגע במילוי תפקידו, ואין מקום והצדקה להותירו למלחמת יחיד. המערכת הציבורית היא זו שצריכה לספק לו הגנה על פגיעה עמוקה בכבודו, המקרינה על כבודה של המערכת כולה, ותכלית זו יש להגשים, בין היתר, בגדרה של עבירת העלבת עובד ציבור.

45. האיזונים הפנימיים בין הערכים הנוגדים בדרך פרשנות יסודות העבירה, על רקע איזונים חיצוניים בדרך אכיפתה של הנורמה הפלילית הלכה למעשה, יוצרים, אפוא, את המארג הנדרש המשלב בין הגשמת הערך המוגן בעבירה, לבין הגבלת הפגיעה בחופש הביטוי.

46. אם תישמע דעתי, נקבע, אפוא, כי החלתה של הנורמה הפלילית בענין העלבת עובד ציבור על נסיבות המקרה הנדון מצדיקה את הרשעת העותר בעבירה זו, ברוח החלטת ההרכב בפסק הדין נשוא העתירה. אי לכך, הייתי דוחה את העתירה לדיון נוסף.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופטת מ' נאור:

1. השאלה שהועמדה להכרעתנו בדיון נוסף זה על ידי חברי המשנה לנשיאה ריבלין היא שאלת הנפקות של אמיתות הפרסום במסגרת העבירה של העלבת עובד ציבור שבסעיף 288 לחוק העונשין.

2. חברי המשנה לנשיאה ריבלין דוחה בחוות דעתו את הצעת העותר כי ייקבע מבחן תוכני המוציא מגדר העבירה ביטויים אשר יוכח לגביהם כי הם אמת (פסקה 35 לחוות דעתו). אחת מהנמקותיו לעניין זה היא כי בירור אמיתות הביטוי הפוגעני, שכוון כנגד עובד הציבור, במסגרת הדיון בעבירת העלבת עובד ציבור, טומן בחובו הטלת האשמה מצד הנאשם כלפי עובד הציבור, המתלונן, שאינו צד להליך הפלילי, ואין בידו האפשרות להתגונן מפני ההאשמות המוטחות בו (פסקה 37 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה). מסקנת המשנה לנשיאה ונימוק זה מקובלים עלי. אוסיף, ברוח דברי המשנה לנשיאה, כי מסירת "הבמה" בהליך הפלילי, לנאשם, כדי שמרכז הכובד של ההליך יעסוק בשאלת "אשמתו" של עובד הציבור המתלונן - אינה רצויה. אין צריך לומר כי בשל חשיבותו של חופש הביטוי מדיניות ההעמדה לדיון בעבירות של העלבת עובד

ציבור ראוי לה שתהיה מדיניות מרוסנת. טול מקרה קיצוני: פלוני הטיח בעובד הציבור כי עובד הציבור נוטל שוחד. באותה עת ממש מנהלת המשטרה חקירה בחדש כי עובד הציבור נוטל שוחד, דהיינו שטענת "המעליב" אפשר וטענת אמת היא. בנסיבות כאלה ראוי הוא לא לנקוט בהליכים נגד מי שהשתמש בביטוי פוגעני וחזקה על התביעה כי לא תעשה כן. על כן עמדתי בשאלה שהועמדה להכרעה בדיון נוסף היא כעמדתם המשותפת של השופטת (בדימוס) פרוקצ'יה והמשנה לנשיאה ריבלין.

3. עם זאת, ונוכח ההלכה שנפסקה בדנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583 (2004), בעניין גדרי סמכותו של בית המשפט הדין בדיון נוסף בהליך פלילי, הדיון אינו בהכרח מצומצם רק למתן תשובה לשאלה שהוצגה לדיון נוסף. על כן נדרשת הכרעה לגוף העניין, ולעניין זה דעתי כדעת השופטת פרוקצ'יה. אם תישמע דעתי נדחה את העתירה לדיון נוסף.

שופטת

הנשיאה ד' ביניש:

1. השאלה שהועמדה לדיון נוסף בפנינו בהתאם להחלטת חברי המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין, מיום 19.1.2009 היא מהי הנפקות של אמיתות הפרסום במסגרת עבירת "העלבת עובד הציבור" הקבועה בסעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). אף-על-פי-כן פרש המשנה לנשיאה בחוות דעתו יריעה רחבה של ניתוח העבירה בכללותה והציג משנה סדורה באשר לגבולות העבירה ולתנאים הנדרשים לתחולתה. בעקבותיו גם חברתי השופטת (בדימוס) א' פרוקצ'יה נדרשה לבחון סוגיות רחבות יותר מהשאלה הקונקרטית שהועמדה לדיון נוסף בפנינו. מן הראוי לציין עוד, כי השאלות הכבדות והמורכבות אליהן התייחסו חבריי בדיון נוסף זה התעוררו אגב הדיון בעבירה אשר נוכח מאפייניה והסביבה הערכית שעימה היא מתמודדת, אין מרביתם להעמיד בגינה לדין.

2. נקודת המוצא לדיון בעבירה של העלבת עובד הציבור היא בחשיבות המיוחסת בשיטתנו המשפטית לזכות לחופש ביטוי ובמעמד הרם לו היא זוכה. אכן, הזכות לחופש ביטוי הוכרה בפסיקת בית משפט זה כזכות יסוד עוד בשנותיו הראשונות, וכיום היא אף נהנית ממעמד חוקתי על-חוקי כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם (ראו בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם,

2008.8.20), פסקאות 24-27 לפסק דינה של השופטת ח' נאור). נקודת מוצא עקרונית זו מחייבת אותנו להתייחס בזהירות רבה לכל הגבלה של חופש הביטוי, לא כל שכן כאשר מדובר בהגבלה הנעשית באמצעות המשפט הפלילי. יחד עם זאת, בדומה לזכויות אדם אחרות גם הזכות לחופש ביטוי איננה זכות מוחלטת וניתן להגבילה לשם הגנה על ערכים ואינטרסים חשובים אחרים של פרט זה או אחר או של החברה בכללותה. לפיכך, נדרש בית משפט זה לא אחת לבחון מהו האיזון הראוי בין הזכות לחופש ביטוי לבין הערכים והאינטרסים שעשויים להצדיק את הגבלתה. איזון זה משתנה מטבע הדברים מעניין לעניין, וזאת הן בהתאם לסוג הביטוי שהגבלתו עומדת על הפרק והן בהתאם למהות הערכים והאינטרסים העומדים מנגד.

3. אחד האמצעים שנקבעו במשפטנו להטלת הגבלות שונות על חופש הביטוי לשם הגנה על אינטרסים וערכים חשובים אחרים הוא הגדרת סוגים מסוימים ומובחנים של ביטויים כעבירות פליליות. דוגמאות אחדות לעבירות אלה הן העבירה של הסתה להשתמטות לפי סעיף 109 לחוק העונשין, העבירה של פרסומי המרדה לפי סעיף 134 לחוק העונשין, עבירת פרסום הסתה לגזענות לפי סעיף 144ב לחוק העונשין, העבירה של פרסום והצגת תועבה לפי סעיף 214 לחוק העונשין, העבירה של זילות בית המשפט לפי סעיף 255 לחוק העונשין והעבירה של העלבת עובד ציבור לפי סעיף 288 לחוק העונשין, שהיא העבירה נשוא הדיון הנוסף שלפנינו. כל אחת מהעבירות הנזכרות נועדה להגן על אינטרסים וערכים חברתיים שונים שהמחוקק הניח כי יש בהם כדי להצדיק הגבלה של חופש הביטוי (בשולי הדברים יוער כי עבירות אלה מוגנות מפני ביקורת חוקתית נוכח הוראת שמירת הדינים הקבועה בסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). קביעת נקודת האיזון בין הזכות לחופש ביטוי לבין הערך המוגן המגביל אותה במסגרת עבירה זו או אחרת נעשית על ידי בית המשפט וזאת בדרך של פרשנות יסודות העבירה הרלוונטית. חשוב לציין כי נוכח הלשון הרחבה בהן מנוסחות חלק ניכר מהעבירות המגבילות את חופש הביטוי יש לנקוט זהירות רבה בפרשנותן, כך שלא תיגרם פגיעה בלתי מוצדקת בחופש הביטוי מחד גיסא, ועם זאת תישמר ההגנה הנדרשת על הערכים העומדים ביסוד עבירות אלה מאידך גיסא. חשוב לציין עוד, כי האיזון שנקבע בדרך פרשנית ביחס לעבירות השונות המגבילות את חופש הביטוי נעשה באופן קונקרטי ביחס לכל עבירה ועבירה נוכח התכליות השונות העומדות ביסוד כל אחת מהן. כן חשוב לציין כי ככלל נוהגת המדינה במדיניות של ריסון רב בהעמדה לדין בגין עבירות המגבילות את חופש הביטוי, כך ששיקול הדעת הנתון לתביעה בהעמדה לדין הוא רכיב חשוב בקביעת אופן אכיפתן של עבירות אלה. ריסון זה הוא חיוני נוכח מעמדה וחיבותה של הזכות לחופש ביטוי בשיטתנו המשפטית, ובמיוחד בהתחשב

בכך שעבירות אלה מוגנות מפני ביקורת חוקתית נוכח הוראת סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שאוזכרה לעיל.

4. באשר לעבירה של העלבת עובד ציבור שותפה אני לעמדותיהם של חבריי המשנה לנשיאה והשופטת פרוקצ'יה כי הערך העיקרי המוגן בעבירה זו אינו כבודו או מעמדו של עובד הציבור כאדם פרטי, אלא השמירה על אפשרות תפקודו התקין של עובד הציבור שכנגדו כוונה ההעלבה ועל תפקודו של השירות הציבורי בכלל. ביסוד הוראת הסעיף עומדת ההבנה כי השפלתם של עובדי הציבור עלולה לגרום לפגיעה קשה בתפקודו התקין של השירות הציבורי. הוראות סעיף 288 לחוק העונשין מקנות, אפוא, לעובדי הציבור הגנה מפני חשיפה ל"העלבה" ומפני פגיעה שעלולה ברמת הסתברות מסוימת להשפיע לרעה על תפקודם. לפיכך משתכללת העבירה של העלבת עובד ציבור רק כאשר עובדי הציבור "ממלאים תפקידם", או שהדברים המעליבים נעשים או נאמרים "בנוגע למילוי תפקידם". הפגיעה העיקרית בתפקוד השירות הציבורי אותה נועדה למנוע עבירת ההעלבה היא הפגיעה שעלולה להיגרם ברוחם של העובדים, במוטיבציה שלהם וביכולתם לבצע את תפקידיהם כהלכה, אם יהיו חשופים להשפלות, עלבונות וגידופים. אכן, לציבור בכללותו ישנו אינטרס בקיומו של שירות ציבורי יעיל ומתפקד שעובדיו מבצעים את תפקידיהם כהלכה ומתוך הכרה במחויבויותיהם כמשרתי הציבור. העבירה של העלבת עובד ציבור מגינה על אינטרס ציבורי חשוב זה, בכך שהיא אוסרת על פגיעה נפשית בעובדי ציבור ועל אלימות מילולית כלפיהם (זאת, להבדיל מפגיעה פיזית שלגביה נקבעה העבירה של תקיפת עובד ציבור בסעיף 382א לחוק העונשין) על רקע מילוי תפקידם. בנוסף לכך תורם האיסור על העלבת עובדי ציבור לערך של אמון הציבור ברשויות השלטון, שהוא חיוני להגנה על יציבות המשטר הדמוקרטי ועל שלטון החוק. אכן, פגיעה מתמשכת בעובדי הציבור ובמעמדם, שלא ניתן לה מענה הולם, עלולה להביא בסופו של יום לערעור המשטר הדמוקרטי ולפגיעה קשה בשלטון החוק. הדברים רלוונטיים במיוחד בעידן הנוכחי, ואפשר שבמידה רבה יותר מאשר בעבר. אנו מצויים כיום בעידן של תקשורת פתוחה ונגישה לכל אדם ועובדי הציבור חשופים כיום לשפע של פרסומים נגדם, לרבות עלבונות, איומים והפחדה. חלק מפרסומים אלה הם בגדר ביקורת חיונית וחשיפת מידע לציבור שזכאי לקבלו; אולם חלק ניכר מהם אינו יותר מאשר עלבונות, חרפות ודברי בלע פוגעניים וקשים, שנועדו להרתיע עובדי ציבור ממילוי תפקידם, בעוד שהם אינם יכולים להתגונן מפניהם. מצב דברים מורכב זה יוצר צורך מתמיד לאזן בין חשיבות הביקורת על עובדי ציבור לבין הצורך להגן עליהם מפני פגיעה בלתי ראויה ושאינה עניינית, אך פוגעת בכבודם ואף מסיתה את הציבור נגדם, באופן שיש בו כדי לפגוע באמון בהם וביכולתם למלא את תפקידם.

5. חשוב להדגיש עם זאת, כי הערכים המוגנים בעבירה של העלבת עובד ציבור, עליהם עמדנו לעיל, אין משמעם מניעת ביקורת על האופן בו פועלים עובדי השירות הציבורי. ביקורת זו – גם אם היא קשה ואף בוטה לעתים – היא לגיטימית והאפשרות להשמיע אותה מצויה בליבת הזכות לחופש ביטוי בכל מדינה דמוקרטית. עובדי השירות הציבורי – ככלל ואף כפרטים – חשופים לביקורת בדבר האופן בו הם ממלאים את תפקידיהם. ביקורת זו היא לעתים הכרחית ויש בה לא אחת כדי לתרום לתפקודו של השירות הציבורי, ובלבד שאותה ביקורת אינה גולשת לאלימות מילולית, להפחדה ולהרתעת עובד הציבור מלמלא את תפקידו.

6. נוכח האמור מקובלת עליי עמדתו של המשנה לנשיאה לפיה לשם הגדרת גבולות העבירה של העלבת עובד ציבור יש להנהיג מבחן תוכני שיבחין בין ביקורת – גם אם היא קשה ובלתי-מוצדקת – לבין העלבה כמובנה בסעיף 288 לחוק העונשין. מבחן תוכני זה נדרש על מנת להגדיר את היסוד העובדתי של העבירה. אולם, טמון להשקפתי קושי במבחן המוצע על ידי המשנה לנשיאה, המבחין בצורה דיכוטומית בין דברי ביקורת לבין חרפות וגידופים. להשקפתי חרפות וגידופים המופנים כלפי עובד הציבור הם ודאי "העלבה" ונכנסים לגדר העבירה, אולם אין לצמצם את גבולות העבירה אך לחרפות וגידופים. העבירה של העלבת עובד ציבור יכולה להתייחס גם לדברי ביקורת קשים המוטחים בעובד הציבור באופן שיש בו כדי להשפילו ולבזותו או להתנהגות מבזה ומשפילה כלפיו. יש לבחון, אפוא, את אופי הביטויים והמעשים שנטען כי הם מהווים "העלבה" – האם מדובר בביטויים ומעשים שעיקרם הוא בביזוי של עובד הציבור ובהשפלתו או שמא מדובר בביטויים שלא אלה הם מאפייניהם העיקריים. מבחן זה הוא במהותו מבחן אובייקטיבי הבוחר האם התנהגות מסוימת נתפסת בעיני האדם מן היישוב כ"העלבה" בהתאם לסעיף 288 העונשין. יחד עם זאת, במבחן האמור טמון גם יסוד סובייקטיבי, שכן (בדרך כלל) מדובר בהתנהגות המופנית כלפי עובד מסוים בנסיבות מסוימות. על כן יש לבחון אובייקטיבית כיצד נתפסת אותה התנהגות כלפי אותו עובד על רקע כלל נסיבות העניין. כך למשל, ייתכן שסף הסיבולת המצופה מעובדי ציבור שונים ישתנה בהתאם לתפקיד אותו הם ממלאים, לבכירותם ולאופן בו הם מונו או נבחרו לתפקידיהם.

הגדרתו של המבחן התוכני אותו מציעים חבריי אינה פשוטה, ספק בעיני אם ניתן לערוך קטלוג מראש של ההתנהגויות שייחשבו כ"העלבה". אולם, להשקפתי במרבית המקרים לא יהיה קושי של ממש בזיהוי ההתנהגות שתיכנס לגדרי העבירה.

ככלל, גם דברים שנשמעים כביקורת יכולים, אם כן, להיות בעלי אופי של העלבה. זאת, משום שישנם מקרים בהם סגנון הדיבור וההתנהגות חורג מגבול הביקורת והופך להיות העלבה או גידוף; אף כי אין לחדד שלעתיים קו הגבול לעניין זה עלול להיות מטושטש. על ההבחנה בין "העלבה" כמשמעה בסעיף 288 לחוק העונשין לבין התנהגות אחרת של ביקורת פוגענית ניתן ללמוד ולהסיק ממכלול הנסיבות הנלוות לביטוי הנדון. כך למשל, כאשר מדובר בהפגנה בעלת תוכן פוגעני נדרש בית המשפט להכריע מהו היסוד הדומיננטי בהתנהגות; האם חופש הביטוי והביקורת הכרוכה בו הם העיקר או שמא העיקר הוא ההתנהגות המעליבה והפוגענית לעצמה.

בהקשר זה יוער עוד, כי שלא כדעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה סבורה אני כי חרפות, קללות וגידופים לעולם ייחשבו בגדר "העלבה". לפיכך, הדרך להתמודד עם מקרים של התפרצויות זעם או רגש נקודתיות אינה על ידי קביעה כי לא נתמלאו יסודות העבירה אלא על ידי אמצעים חיצוניים להגדרת העבירה עצמה הקיימים בדין הפלילי, כגון שיקול הדעת הנתון לתביעה בהעמדה לדין, בהתאם לכלל נסיבות העניין, וההגנה של זוטי דברים הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין (השוו ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145, 187 (2000)). מכל מקום יודגש, כי בכל הנוגע לשאלה המצומצמת שהועמדה מלכתחילה לדיון נוסף במסגרת הליך זה, שותפה אני לעמדתם של המשנה לנשיאה והשופטת פרוקצ'יה, ולפיה אמיתות הפרסום אינה בגדר הגנה בעבירה של העלבת עובד ציבור, ואין מקום להחיל לגבי עבירה זו הגנות שמקורן בדיני איסור לשון הרע. לא זו בלבד שטענת הגנה כזו אינה במתחם השאלות השנויות במחלוקת בעבירת העלבה; אלא שטענה זו עלולה לגרום לכך שמשפטו של הנאשם בהעלבת עובד הציבור יהפוך למשפט בו עובד הציבור יהיה לנאשם ואף לא יוכל להתגונן, מפני אותן האשמות. עמד על כך חברי המשנה לנשיאה בפסקה 37 לפסק-דינו.

7. כן שותפה אני לעמדתם של המשנה לנשיאה ושל השופטת פרוקצ'יה, לפיה מן הראוי לקבוע מבתן הסתברותי כחלק מהגדרת יסודות העבירה. זאת, כדי להגביל את תחולתה כך שהיא תחול אך באותם מקרים בהם מוגשמת התכלית שביסוד העבירה. כזכור, תכליתה העיקרית של העבירה של העלבת עובד ציבור היא שמירה על תפקודם התקין של השירות הציבורי ועובדיו. על כן מן הראוי כי העבירה תשתכלל רק כאשר יהיה בהתנהגות כלפי עובד הציבור כדי לפגוע ברמת הסתברות מסוימת בתפקוד השירות הציבורי או בתפקודו של אותו עובד. בהקשר זה יוער כי האפשרות ליישם

מבחינים הסתברותיים ביחס לעבירות המגבילות את חופש הביטוי נדונה בעבר בפסיקת בית משפט זה, וזאת בין היתר ביחס לעבירה של פרסום הסתה לגזענות לפי סעיף 144ב לחוק העונשין (ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 298-299 (1996) ולעבירה של פרסומי המרדה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין (ראו דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145, 171-176; 182-183 (2000)). שותפה אני לדעה כי דרגת ההסתברות הנדרשת בעבירות המגבילות את חופש הביטוי היא תלוית נסיבות ומשתנה מעבירה לעבירה בהתאם לערכים המוגנים (ראו ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 580-581 (1998)). באשר לשיעור ההסתברות הנדרש באשר לעבירה של העלבת עובד ציבור נוטה אני לדעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה, לפיה נדרשת ודאות קרובה לפגיעה בתפקוד השירות הציבורי כתוצאה מההעלבה ואין די בהוכחת סיכון ממשי לעניין זה. מבחן מחמיר זה נדרש נוכח החשיבות המיוחסת בשיטתנו המשפטית לזכות לחופש ביטוי וההכרח לתחום את עבירת ההעלבה למקרים חריגים וקיצוניים. בבחינת למעלה מן הדרוש, אציין כי אני נוטה לאמץ עמדה דומה גם באשר למבחן ההסתברותי הנדרש בעבירה של פרסום המרדה; אולם, לעומת זאת, אני סבורה כי יש להחיל מבחן הסתברות ברמה נמוכה יותר ואולי אף מבחן של סיכון ממשי בעבירה של פרסום הסתה לגזענות. זאת, נוכח עצמת הסיכון והפגיעה הטמונים בפרסום הגזעני, הנובעים מעצם נוכחותו בזירה הפוליטית והחברתית (ראו א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי, פ"ד נז(4) 1, 88 (2003)).

מכל מקום, אין צורך להכריע בכך בפרשה שלפנינו, שכן במקרה דנן מקובלת עליי קביעתו של המשנה לנשיאה לפיה דבריו של העותר לא חצו את הרף התוכני הנדרש בעבירה של העלבת עובד ציבור. המקרה שלפנינו הוא, לכאורה, גבולי ואינו קל להכרעה, ויש בו כדי להמחיש את דברינו לעיל כי הגבול בין ביקורת לבין "העלבה" כמשמעה בסעיף 288 לחוק העונשין הוא לעתים מטושטש. יש לבחון, אפוא, את מעשיו של העותר על רק כלל הנסיבות ולקבוע האם היסוד הדומיננטי בהם הוא המחאה והביקורת, או שמא הגידוף והחרפות. במקרה דנן מדובר באדם שבמשך זמן רב העלה בדרכים שונות טענות כנגד המתלונן. כאמור לעיל, שאלת נכונותן של טענות אלה אינה רלוונטית להליך שבפנינו, אולם ברי כי העותר ביקש למחות על האופן בו הוא תפס את התנהגותו של המתלונן. אין ספק שהתנהגותו הייתה בגדר מטרד והיא ודאי הפריעה לשוטרי משטרת חדרה במילוי תפקידם, אולם האופי הדומיננטי שלה היה של ביקורת ומחאה. בחינת כלל נסיבות העניין מלמדת כי הכרזה נשוא כתב האישום שהוגש נגד העותר הייתה חלק מפעילות המחאה בה התמיד העותר על רקע החשדות שהיו לו כנגד המתלונן (גם אם היו מופרכים), שהגיעה עד כדי שביתת רעב בחצר תחנת המשטרה.

לפיכך, אני סבורה כי המסקנה המתבקשת במקרה שלפנינו היא כי התנהגותו של העותר – אף אם הייתה מעליבה ופוגענית – אינה עולה כדי העלבה כמשמעה בסעיף 288 לחוק העונשין.

אשר על כן, אני מצטרפת לתוצאה אליה הגיעה המשנה לנשיאה, לפיה יש לקבל את עתירתו של העותר לדיון נוסף ולהורות על זיכוי, אף כי לא מן הטעם שעמדה לו טענת "אמת דיברתי".

ה נ ש י א ה

השופטת ע' ארבל:

1. בפסק הדין בבקשת רשות הערעור שהגיש העותר על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בערעורו (רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.8.08)). להלן: עניין אונגרפלד), הצטרפתי לחוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה, מלאכת רקמה עדינה וראויה של איזונים בין תכליתו של האיסור הפלילי על העלבת עובד ציבור, לפי סעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן: חוק העונשין), לערך החוקתי של חופש הביטוי. השאלה שהועמדה לדיון נוסף בעתירה הנוכחית שונה במעט, כך שבמוקדה נפקותה של אמיתות הפרסום במסגרת העבירה של העלבת עובד ציבור. יחד עם זאת, חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין פרש בחוות דעתו יריעה רחבה ביותר, שכן דומה כי השאלה אליה תוחם הדיון אינה אלא אבן אחת במעשה הפסיפס של ההכרעה בשאלות כבודות ומורכבות, ועיקרה בקביעת גבולות התפרשותה של העבירה.

קראתי בעיון את חוות דעתו מאירת העיניים של חברי המשנה לנשיאה במסגרת הדיון הנוסף, ולאחריה שבתי וקראתי את פסק הדין בערעור בעניין אונגרפלד. באשר לעקרונות המנחים בסוגיה שלפנינו, אין מרחק רב בין חוות הדעת של חבריי, והם מקובלים כמובן גם עליי. דומה כי אין מחלוקת של ממש בינינו באשר לזכות לחופש ביטוי, ההכרה במעמדה הרם וההכרח להבטיח את ההגנה הרחבה עליה. אין גם מחלוקת בינינו באשר לתכליות העבירה של העלבת עובד ציבור. כולנו שותפים לדעה כי לצד הגשמת תכליתה של העבירה יש להקפיד על כך שלא תיפגע הזכות למתוח ביקורת על השירות הציבורי ועובדיו. עובדי הציבור חשופים לביקורת שיש בה, לא אחת, כדי לתרום לתפקודו של השירות הציבורי והם נדרשים לסף סיבולת גבוה במיוחד ביחס לביטויים המופנים כלפיהם בנוגע לתפקידם. עוד נראה כי אין מחלוקת על

כך שמרכז ההכרעה מצוי בין שני מוקדים – האחד עניינו בתוכן שיינתן ליסודות העבירה, ויסוד ה"העלבה" בראשם והשני עניינו במבחן הסתברותי להתרחשות הפגיעה בערך המוגן. שותפים אנו גם לדעה כי אין להחיל על העבירה של העלבת עובד ציבור את ההגנות לפי חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה – 1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע), מאחר שמדובר במערכות נורמטיביות שונות ונבדלות. אם כן, חלק ניכר של הדרך, צועדים אנו יחדיו. עיקר המחלוקת בין חבריי נוגע, למעשה, לאופיים ולטיבם של המוקדים בהם נערכת מלאכת האיזון בין חופש הביטוי לתכלית העבירה, קרי הפרשנות שיש לתוכן הביטוי והמבחן ההסתברותי שיש לאמץ.

לאחר שקראתי את חוות הדעת של חבריי, המשנה לנשיאה ריבלין והשופטת פרוקצ'יה, ואת הערותיהם של שאר חבריי להרכב, נותרתי בעמדתי כפי שהוצגה בעניין אונגרפלד על פיה הצטרפתי לעמדת השופטת פרוקצ'יה. עיקר טעמי הוצגו שם ולכן אחזור על הדברים בקיצור, תוך שאתייחס למספר נקודות שעלו במסגרת הדיון הנוסף.

2. חופש הביטוי הוא מהערכים המרכזיים ביותר במשטר הדמוקרטי. הוא זכה למעמד על בשיטתנו המשפטית, עד כי דומה שאין צורך לחזור על הכתרים שנקשרו לשמו, ועל המישורים הרבים והמגוונים בהם ממלא הוא תפקיד חיוני (ראו למשל: רע"א 10520/03 בן-גביר נ' דנקנר (לא פורסם, 12.11.06)). להלן: עניין בן גביר; בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (לא פורסם, 28.6.06); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 260 - 262 (2003); בג"ץ 6126/94 סנש נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 828 - 829 (1999); בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1993)). בעניין בן גביר הזדמן לי לציין כי "חירות הביטוי ארוגה בנימי נשמתה של החברה הדמוקרטית ופגיעה בה כמוה כפרימת המארג הדמוקרטי כולו. אכן, חירות הביטוי מובילה את זכויות האדם ואחריה הולכות בסך חירויות אחרות שכל חיותן נגזרת מהיכולת הנתונה לאדם לפרוץ את סגור ליבו, ליתן דרור למחשבותיו, להביע את אשר על ליבו, לשאול, לחקור, לתהות, לבקר, להתריע, למחות ולזעוק" (שם, בפסקה 4). יחד עם זאת, כשם שאין חולק על היותו של חופש הביטוי מרכיב חיוני של המשטר הדמוקרטי, ועל רוחב היקפו, כך גם אין חולק על כך שמדובר בזכות יחסית שיש ותיסוג מפני אינטרסים אחרים בעלי חשיבות.

3. העבירות הפליליות בהן טבועה הגבלה על חופש הביטוי, מגלמות את יחסיותו של חופש הביטוי. חוק העונשין כולל איסורים שונים שענינם בביטוי, בנוסף לעבירה שבמוקד הדיון הנוכחי, דוגמת האיסור על המרדה ופרסומי המרדה (סעיפים 133 – 134 לחוק העונשין); איסור פרסום הסתה לגזענות (סעיף 144ב לחוק העונשין); הסתה לאלימות או לטרור (סעיף

1442ד לחוק העונשין); פרסום ידיעות כוזבות הגורמות פחד ובהלה (סעיף 159 לחוק העונשין); הסתה לאיבה כלפי מדינה ידידותית (סעיף 166 לחוק העונשין); פגיעה ברגשי דת (סעיף 173 לחוק העונשין); זילות בית המשפט (סעיף 255 לחוק העונשין) ועוד. בעבירות אלה כולן קיים מתח פנימי, אינהרנטי, בין חופש הביטוי, על פרישתו הרחבה, לבין הערך המוגן על-ידי כל אחת מן העבירות הפליליות שתוצאתן הגבלת הביטוי. לפיכך מצריכה פרשנותן של עבירות אלה איזון ראוי אשר יקיים את הזכות החוקתית לצד הגשמת תכליתה של העבירה הפלילית.

4. כפי שצינתי לעיל, גם עליו מקובל כי במוקד העבירה של העלבת עובד ציבור, לא ניצב עובד הציבור שנגדו כוון הביטוי המעליב לבדו, אלא עימו ניצב השירות הציבורי כולו, שעובד הציבור הוא חלק ממנו. עובד הציבור הוא נאמן הציבור, הוא פועל עבור הציבור ובשליחותו. הוא "פני השלטון" מבחינת ציבור האזרחים. לפיכך, "הן התנהגותם שלהם (של עובדי הציבור, ע.א.) והן ההתנהגות כלפיהם עשויות להשפיע על אמון הציבור באותו גוף בפרט ובשירות הציבורי בכלל" (דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן (לא פורסם, 2.3.09) בפסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה). האיסור על העלבת עובד ציבור בא להבטיח את תפקודו התקין של השירות הציבורי הן במישור העובד הקונקרטי – אשר על מנת שיוכל לבצע תפקידו תוך שימוש במלוא יכולותיו, באופן ענייני ומקצועי וללא מורא, נדרש כי לא יהיה נתון לחשש מפני השמצה, השפלה, ביזוי ופגיעה בכבודו, והן במישור המערכתי – שהרי תפקודו התקין של השירות הציבורי מותנה גם בתפקודם התקין של העובדים בשירותיו ובקבלה של הציבור את מרות השלטון על דרך של מילוי החלטותיו וכיבודן. החלטות אלה מתקבלות על ידי עובדי הציבור ועל כן הם אלה שעשויים להיות חשופים בצריח לא רק אל מול טענותיו של האזרח וביקורת לגיטימית שיש בפיו על ההחלטה ועל הרשות שקיבלה אותה. עשויים הם להיות נתונים אף למתקפות פרועות וקשות, ולהוות "כתובת" לפריקת רגשות זעם, תסכול וכעס המתעוררים בעקבות ההחלטה המנהלית. וכך ציינתי בעניין אונגרפלד:

"אם כן, תכליתו של סעיף 288 לחוק העונשין היא כפולת פנים, או אם תרצו בעלת שתי תכליות המשלימות זו את זו. התכלית האחת הינה תכלית ציבורית של שמירה על תפקודו התקין של השירות הציבורי ועל יכולתו למלא תפקידיו, בין היתר על-ידי שמירת מעמדו. תפקודו התקין של השירות הציבורי חיוני לתפקודן של מערכות שלטון ולאפשרותם של אזרחי המדינה ותושביה לנהל את חייהם ברווחה ולקבל את מגוון השירותים שמעניקות רשויות השלטון. תפקודו התקין של השירות הציבורי חיוני גם לשמירה על שלטון החוק. פגיעה במעמדו של השירות הציבורי כרוכה בפגיעה באמון הציבור במערכות השלטון. פגיעה באמון הציבור במערכות השלטון פוגעת במשטר הדמוקרטי ויש לה השפעה על תחושת המחויבות של הפרט לכיבוד החוק וממילא גם על היכולת לקיים חיים בחברה ומדינה מתוקנות. לתכלית הציבורית פן נוסף, פרטני, של הגנה על עובד הציבור שלא יהיה כבודו למרמס, שלא

ימצא עצמו נתון להשפלה וביזוי בשל מילוי תפקידו בשירות הכלל. במצב בו אין כבודו של עובד הציבור ככזה מובטח, חזקה כי תפקודו המקצועי ייפגע גם הוא, ובכך ייפגע גם תפקודו של השירות הציבורי. תכלית זו מתיישבת עם ערך ההגנה על כבוד האדם ועם הרצון לשמר בין שורותיו של השירות הציבורי כוח אדם איכותי וראוי שניתן להפקיד בידיו סמכויות נכבדות. ואולם, כפי שמציינת גם חברתי, עיקרו של סעיף 288 לחוק העונשין הינו בתכליתה הציבורית של הנורמה" (עניין אונגרפלד).

אם כן, העבירה של העלבת עובד ציבור - גם אם כותרתה מתעתעת באשר לתכליתה, כפי שהערתי בעניין אונגרפלד - עיקרה בפגיעה בשירות הציבורי כמערכת, כמוסד, ולא בפגיעה הרגשית בעובד הבודד, ממנו מצופה לגלות סף סיבולת גבוהה גם אל מול מסרים קשים, ולעיתים פוגעניים, המופנים כלפיו. כפי שציינה השופטת פרוקצ'יה בעניין אונגרפלד (בפסקה 22 לחוות דעתה), עבירה זו מבקשת להבטיח ההגנה על השירות הציבורי במשמעותו המוסדית-מערכתית ולהבטיח את פעולתו בהתאם לכללי המינהל התקין.

5. מעמדו החוקתי הרם של חופש הביטוי, מחייב זהירות רבה ומידה ניכרת של ריסון ביחס להפעלת האיסורים הפליליים המגבילים את חופש הביטוי. כך גם בענייננו. במישור השיפוטי מתבטאת הזהירות היתרה בה יש לנקוט, בראש ובראשונה, במתן פרשנות מצמצמת ומצרה ליסודות העבירה. בה בעת, חופש הביטוי, מעצם היותו זכות מזכויות היסוד של האדם, אינו מהווה הגנה מפני אישום בעבירה פלילית שביסודה ביטוי.

איתור נקודת האיזון הראויה בין חופש הביטוי לערך המוגן של העבירה של העלבת עובד ציבור, ובמילים אחרות, תחימת גבולותיה של העבירה, נעשה בראש ובראשונה מתוך העבירה פנימה. בנקודה זו אין מחלוקת בין חבריי כי איתורה של נקודת איזון זו ייעשה על דרך פרשנותם של יסודות העבירה, אליה מתווסף מבחן הסתברותי המכריע במידה רבה עד כמה ניתן יהיה לעשות שימוש בעבירה.

חברי המשנה לנשיאה סבור כי על מנת להגדיר את גבולות העבירה ולאתר את נקודת האיזון הראויה בין חופש הביטוי לתכלית העבירה, יש לערוך מבחן תוכני הבוחן את תוכן הביטוי הפוגעני ולעמוד על משמעותו. בהקשר זה סבור הוא כי מידת ההגנה שיש ליתן לביטוי נגזרת במידה רבה מן השאלה האם מצוי הוא ב"ליבת" חופש הביטוי אם לאו, ומבחין בהקשר זה בין דברי ביקורת, המצויים בליבת חופש הביטוי, לבין דברי חרפות וגידופים, שאינם משרתים כל תכלית מתכליות חופש הביטוי. עוד סבור הוא כי היות תוכנו של המסר הפוגעני אמת, אינו מהווה הגנה לצורך העבירה של העלבת עובד ציבור, אך מקום שבו יש רלוונטיות לשאלה האם מדובר בדברי אמת – שאלה שאינה יכולה להתעורר ביחס לדברי נאצה – יש בכך

משום אינדיקציה לכך שאין מדובר בגידופים בלבד, אלא בביקורת. למבחן התוכני מוסיף הוא מבחן הסתברותי של "אפשרות סבירה", בצינונו כי לאור תכליתה המיוחדת של העבירה אין להחיל מבחן הסתברותי מחמיר יתר על המידה. לעומתו, חברתי השופטת פרוקצ'יה סבורה כי האיזון בין חופש הביטוי לתכלית העבירה צריך להימצא מתוך התחקות אחר שני מוקדים. המוקד האחד עניינו במשמעות התוכן שיש לצקת ליסוד ה"העלבה" של העבירה במסגרת המהלך הפרשני. בהקשר זה סבורה היא כי כ"העלבה" לצרכי העבירה צריך להיחשב "...מעשה של השפלה וביזוי כלפי עובד ציבור, הפוגע בליבת כבודו ועלול לפגוע פגיעה ממשית בכיצוע תפקידו", כלשונה. גם היא סבורה כי לשאלת אמיתותו של התוכן אין נפקות לצורך העבירה. המוקד השני בגדרו מתבצע איזון האינטרסים להשקפתה הוא במבחן הסתברותי של "ודאות קרובה".

6. כאמור, במחלוקת שניטשה בין חבריי, דעתי כדעת חברתי השופטת פרוקצ'יה. כפי שכבר ציינתי בעניין אונגרפלד, אני סבורה כי השימוש באיסורים פליליים שיש בהם כדי להגביל את חופש הביטוי צריך להיעשות מתוך זהירות וריסון מירבי. אפשרותו של כל אדם למתוח ביקורת על רשויות השלטון ועל פקידיהן היא מיסודות חופש הביטוי. יש לה תפקיד נכבד באפשרות לפקח על רשויות השלטון ולהבטיח את תקינות פעולתם ואיכותה, יש לה ערך מטהר ומחטא. היא מהווה אמצעי שאין בלתו להבעת מחאה ורגשות של תסכול, כעס וזעם, שיכולים להיווצר אצל אדם או ציבור על החלטת הרשות או התנהלות עובד מעובדיה, וככזו יש לה תרומה ליציבות החברתית. יחד עם זאת, כפי שצוין לעיל, רואה אני חשיבות רבה גם בהגנה על מערכות השלטון ועובדיהן. תפקודו התקין של השירות הציבורי חיוני למשטר הדמוקרטי ולאמון הציבור ברשויות המדינה. כך לגבי המערכת כולה, כך לגבי כל אחד מעובדי הציבור. רף הסיבולת והאיפוק שנדרש מעובד הציבור הוא אמנם גבוה, אך אין משמעו כי עובד הציבור נדרש לספוג ולהכיל כל אמירה או ביטוי שיופנו אליו, כפי שכבר הבהרתי זאת בעניין אונגרפלד, מעמדו האיתן של חופש הביטוי בחברה הדמוקרטית אינו מצדיק פגיעה לא בעובד הציבור ובכבודו ולא בתפקודו של השירות הציבורי. הסמכויות שבידי עובד הציבור, והמשמעויות שנושאות החלטותיו עבור האזרח או התושב, מצדיקות את היותו נתון לביקורת, לעיתים קשה, נוקבת ואף בוטה. אולם, בין ביקורת חריפה לבין רמיסת כבודו של עובד הציבור וביזויו, מפרידה כבת דרך. אך מתבקש הוא כי לצד החובות השונות החלות עליו מעצם ייחוד תפקידו יזכה הוא להגנה ולמשען, בהיותו חלק מן השירות הציבורי, בשר מבשרה של המערכת, ולא יוותר כמטרה חשופה לחיצים רעילים הננעצים לא רק בו, אלא בשירות הציבורי כולו, פוגעים בו ומחלישים אותו.

7. לטעמי, המתווה המוצע על-ידי חברתי השופטת פרוקצ'יה מבטיח הן את השמירה על חופש הביטוי ועל אפשרות הציבור למתוח ביקורת על עובדי הציבור, והן את ההגנה על מערך

השירות הציבורי. התוכן שיצקה חברתי ליסוד ה"העלבה" שבסעיף העבירה נשוא דיונונו מצמצם באופן משמעותי ביותר את פרישתו של מונח זה, מעקר ממנו את יסוד הפגיעה הרגשית הטמון בו ומעמידו על אותם מקרים בהם מדובר בביטוי שהפגיעה שבו יורדת לשורש הכבוד האישי ונוגעת לתפקידו של עובד הציבור. צמצום יסוד ההעלבה לאותם מקרים בהם מדובר בפגיעה חריפה בליכת כבודו של עובד הציבור, לצד מבחן הסתברותי מחמיר של "ודאות קרובה", מבטיח לטעמי כי לידי מיצוי הדין יגיעו רק אותם מקרים שעניינם בביטוי הנושא עמו פגיעה קשה וחמורה בעובד הציבור ובשירות הציבורי כולו, תוך שמירת על האפשרות למתוח ביקורת על הרשות השלטונית ועל עובדיה. מבחן הודאות הקרובה משמש בהקשר זה מסננת צפופה שמאפשרת לברור את אותם מקרי "העלבה" שחומרתם יתרה והנזק שנושאים הם עימם לשירות הציבורי, ובפרט לאמון בו, כבוד ביותר, במידה המצדיקה את מיצוי הדין במישור הפלילי.

לעומת זאת, אני חוששת כי השמת מרכז הכובד על בחינת תוכנו של הביטוי וסיווגו כדבר ביקורת או כגידוף, על מנת לברור מהם את הביטויים החורגים מהגנת חופש הביטוי, עשויה לעורר קשיים שונים. ראשית, גם אני סבורה כי ההבחנה בין דברי ביקורת לדברי גידוף אינה פשוטה בהכרח ליישום. שנית, בחינה אשר מתמקדת, במישור התוכני, בשאלה האם בדבר ביקורת מדובר או שמא בגידוף, אינה מעניקה את המשקל הראוי לתכלית העבירה: העבירה מדברת בהעלבתו של עובד הציבור, בהשפלתו וביזויו. מכאן, גם אם דברי ביקורת משרתים את תכליות חופש הביטוי, אין נובע מכך בהכרח כי כל דבר ביקורת לא ייכנס בגדר העבירה, שעניינה בפגיעה בשירות הציבורי. ישנם דברי ביקורת, והדעת נותנת כי לא רבים הם, שהנסיבות בהן נאמרו והקשרם הכולל של הדברים מלמדים כי ערכם, לצורך תכליות חופש הביטוי קלוש ופגיעתם בתפקודו של השירות הציבורי יכולה להיות רבה. החלוקה בין דברי ביקורת לגידוף עלולה, כך אני חוששת, להותיר ללא טיפול מתאים ביטויים קשים ופוגעניים שפגיעתם בתפקודם של עובדי הציבור שייחשפו להם, ביכולתם למלא תפקידם באופן מקצועי וענייני, נטול פניות ושיקולים זרים, משמעותית. שלישית, ספק בעיני אם אכן דווקא דברי חרפות וגידופים הם שטומנים בחובם את הפגיעה הקשה באמון הציבור במערכות השלטון כתוצאה מן הביטוי הפוגעני. ייתכן שדווקא ביטויים פוגעניים הקשורים לתפקידו של עובד הציבור עלולים לרפות את ידיו יותר מדבר חרפה או נאצה. ורביעית, דווקא משום שהמבחן המוצע אינו מתמקד בתכלית העבירה, רואה אני קושי בהסתפקות במבחן הסתברותי מקל שלא יהווה מסננת צפופה דיה לאיתור אותם ביטויים שחרף חומרתם אינם מעוררים בהסתברות גבוהה את החשש לפגיעה בשירות הציבורי, ועל כן אינם מצדיקים הרשעה בעבירה.

8. בדומה לשופטת פרוקצ'יה, גם אני סבורה כי לצד מנגנוני האיזון הפנימיים לעבירה, נודעת חשיבות גם למנגנוני האיזון החיצוניים לה, המבטיחים את יישומה הזהיר, תוך הגנה על חופש הביטוי והיכולת למתוח ביקורת על רשויות השלטון. בהקשר זה הוזכרו בין היתר

עקרונות כלליים של דיני העונשין דוגמת הכלל של זוטי דברים (סעיף 34 לחוק העונשין) והמדיניות המצמצמת שנוקטת התביעה הכללית בהעמדה לדין בגין העבירה של העלבת עובד ציבור. אשר לעניין אחרון זה, אבקש להבהיר כי אין חולק כי מדיניות התביעה לא היא שמכתיבה את המדיניות השיפוטית בהתוויית גבולותיה של העבירה. יחד עם זאת, העובדה שהתביעה הכללית נוקטת מדיניות של ריסון ואיפוק בהעמדה לדין בגין העבירה של העלבת עובד ציבור (ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מספר 4.1103 "הגשת כתבי אישום בעבירות של העלבת עובד ציבור וזילות בית המשפט" מיום כ"ג תמוז תשס"ב (3.7.2002)) היא בבחינת גורם חיזוני לעבירה שאף הוא משמש בהשגת האיזון הראוי בין ההגנה על חופש הביטוי לתכלית עבירה זו בהגנה על השירות הציבורי ואין להתעלם ממנו. המדיניות המרוסנת בה נוקטת התביעה בהעמדה לדין בגין העבירה של העלבת עובד ציבור משמעה כי המקרים בהם הוגש לבסוף כתב אישום בגין עבירה זו הם אותם מקרים מעטים שעברו רשת סינון צפופת קורים. ככל הליך פלילי, גם בהליכים אלה נדרש בית המשפט לברר את אשמת הנאשם ולבחון האם עלה בידי התביעה להוכיחה, בהתחשב בפרשנות המצמצמת שהותוותה בעניין אונגרפלד ליסודות העבירה. בכך יש להבטיח ריבוי רצוי של מנגנוני בקרה על השימוש בעבירה.

דווקא משום קיומם של מנגנוני בקרה אלה, ובפרט מדיניות התביעה המרוסנת והמאופקת, סברתי בעניין אונגרפלד כי אל להן, לרשויות התביעה, להירתע מהגשת כתבי אישום במקרים המתאימים וזאת במטרה להימנע מפגיעה בערך המוגן – בשירות הציבורי ובשמירה על כבוד האדם של עובדיו, וכך אני סבורה גם היום.

9. עוד אבקש להעיר, כי ספק בעיני אם העבירה של הפרעה לעובד ציבור לפי סעיף 288א לחוק העונשין יכולה להוות תחליף ראוי לעבירה של העלבת עובד ציבור. ראשית, ככל שייעשה שימוש בעבירה לפי סעיף 288א לחוק העונשין בהתייחס לביטוי פוגעני נגד עובד ציבור, נראה כי אפקט הפגיעה של השימוש בה בחופש הביטוי אינו שונה הלכה למעשה מאפקט הפגיעה שגורמת העבירה של העלבת עובד ציבור. בנוסף, וזה העיקר, אני סבורה כי יש בעבירה של הפרעה לעובד הציבור כדי להשיג את תכלית העבירה של העלבת עובד ציבור. אמנם, שתי העבירות מבקשות להגן על תפקודו התקין של השירות הציבורי. ואולם, ייחודה של העבירה של העלבת עובד ציבור נעוץ לטעמי בפן המבזה והשפיל של המסר המופנה כלפי עובד הציבור, כמו-גם בפוטנציאל הפגיעה המצטבר של הביטוי בשירות הציבורי או בתפקודו של עובד הציבור הקונקרטי, ולא דווקא בהפרעה המיידית שהוא יוצר לשירות הציבורי. בנוסף, כפי שהבהרתי, אני סבורה כי העבירה מבקשת לשמור על תפקודו של השירות הציבורי דרך השמירה על כבוד האדם של עובד הציבור. הסתפקות בעבירה של הפרעה לעובד הציבור אינה משקפת היבט חשוב זה של העבירה.

למעלה מן הנדרש אציין, כי איני שוללת את האפשרות כי המחוקק הוא שיגיע למסקנה כי יש מקום לתיקון העבירה של העלבת עובד ציבור, לשינויה או לביטולה. ואולם, כל עוד מצויה היא עלי ספר החוקים שלנו, ולהשקפתי טוב שכך, וכל עוד הערך המוגן לפיה שריר וקיים, אני סבורה כי גם אם יש מקום להצרת גדריה, אין ליתן לה פרשנות שתותיר אותה כמעט ריקה מתוכן ותשאיר את עובדי הציבור ללא הגנה.

עוד אוסיף כי הגם שיש בידו של עובד הציבור לתבוע את עלבוננו בהליך של תביעה לפי חוק איסור לשון הרע, אין אפשרות זו מספקת מענה ראוי לצורך בהגנה על עובד הציבור. ראשית, יש להניח כי יהיו עובדי ציבור שיירתעו מנקיטת הליך משפטי שכרוך בעלויות ובמשאבים ואת סופו לא ניתן לדעת מראש. בנוסף, לא אחת, על מנת להוכיח טענתו של עובד ציבור בתביעת דיבה, יידרש הוא להציג פרטים שונים הנוגעים לעבודתו אשר מסיבות שונות יהיה קושי לחושפם, ואזכיר כי תוצרי עבודתו של עובד המדינה של המדינה הם ולא שלו. פרט זה יש לו השלכה משמעותית על סיכויי תביעה שכזו. אך למעלה מכך, אני סבורה כי מקום שמדובר בדברים החורגים מגדרי הביקורת הלגיטימית על עובד הציבור, ראוי הוא כי הגוף אליו הוא משתייך ובשליחותו פעל, יספק לו את ההגנה הנדרשת ואת התנאים המתחייבים לצורך יצירת סביבת עבודה תקינה. במקרים בהם מדובר בהעלבה הפוגעת בליבת כבודו של עובד הציבור כאדם, ובהתקיים "ודאות קרובה להתרחשות פגיעה מהותית וקשה בגרעין המוסרי-ערכי, ממנו שואבים עובד הציבור והשירות הציבורי את מקור כוחם וסמכותם", כלשונה של השופטת פרוקצ'יה, מוצדק כי ההגנה על השירות הציבורי ועל עובד הציבור תיעשה באמצעות העמדה לדין בגין העבירה של העלבת עובד ציבור.

10. ומן הכלל אל הפרט. כפי שהדברים תוארו בעניין אונגרפלד, בעקבות תלונות הדדיות שהגישו העותר ובעלי חנות בחדרה ובהן נטען לתקיפה, נחקר המתלונן. האופן בו נוהלה חקירתו, גרמה לו לסבור, לטענתו, כי בין השוטר שחקר אותו (להלן: השוטר המתלונן) לבעלי החנות קיים קשר כלשהו. העותר התלונן לאחר שחרורו בפני המחלקה לחקירות שוטרים (להלן: מח"ש) וגורמים נוספים על התנהגות השוטר כלפיו. מספר חודשים לאחר מכן, הגישו בעלי החנות תלונה נגד העותר ולפיה הוא נכנס לחנותם ואיים עליהם בנשק האישי שנשא עמו, בהיותו בשירות מילואים בצה"ל. העותר נחקר במשטרה אך החליט שלא לענות על השאלות שנשאל, לאחר שלדבריו העירה לו החוקרת כבר בתחילת החקירה על התלונות שהגיש נגד השוטר המתלונן, והוא חש כי החוקרת אינה אובייקטיבית. בעקבות תלונת בעלי החנות הועמד העותר לדין באשמת איום בנשק, ובסופו של הליך זוכה. עוד צוין כי העותר פנה למשטרה בתלונות רבות על יחסו של השוטר המתלונן כלפיו ואף החל לשבות שביתת רעב בסמוך למרכז קניות בחדרה. בהמשך החליט לשבות שביתת רעב בחצר תחנת המשטרה בחדרה. במהלך שביתת הרעב הניח לצדו שתי כרזות, שבאחת מהן נאמר: "צריך לפטר את [שם השוטר

המתלונן בגלל שיתוף פעולה עם עבריינים כלפי אלה שהתלוננו נגדם. משטרה לא צריכה תפוחים רקובים". ניסיונות ליישב את ההדורים ולשכנעו להתנצל ולסיים בכך את העניין, עוד ביום הראשון לשביתת הרעב, לא נשאו פרי והעותר אף סירב לבקשת מפקד התחנה להתפנות מן המקום. כך נותר העותר במקום, כשעמו הכרזה שתוכנה הובא לעיל, משך שבוע ימים.

לטעמי, אין ספק של ממש באשר להתקיימותם של רכיבי העבירה של העלבת עובד ציבור. תוכן הכרזה שהציב העותר לצדו נוקב בשמו של השוטר המתלונן ומייחס לו שחיתות ושיתוף פעולה עם עבריינים. התוכן קשור אפוא במישרין לתפקידו של השוטר המתלונן. השלט הוצב בסמוך לתחנת המשטרה והיה גלוי וכולט לעיני העוברים והשבים משך שבוע. העובדה שהעותר ייחס לשוטר המתלונן דופי מוסרי עמוק בנוגע לאופי בו מבצע הוא תפקידו, ובפרט כאשר מדובר באדם הממלא תפקיד של שוטר האמון על מלחמה בעבריינות, יש בה כדי לבזות אותו ולפגוע בכבודו. היא מטילה בו רבב, מטביעה על מצחו תג של פסול מוסרי וגורמת לפגיעה קשה ביכולתו למלא את תפקידו. הצגתו של העותר כמי שמשתף פעולה עם עבריינים, כ"תפוח רקוב", פוגעת קשות ביכולתו של השוטר המתלונן למלא תפקידו נאמנה, במשרה אותה הוא ממלא, במדים אותם הוא לובש, בחבריו השוטרים, באמון ציבור הפונים לתחנת חדרה, ובאמון הציבור במשטרה כולה כמערכת מקצועית והגונה.

ודוק: בדברים אלה אין כדי לומר כי אין מקום לבירור טענות העותר. באפשרותו של העותר לפנות לגורמים שונים שבסמכותם לבחון טענותיו וליתן להן מענה ככל שיימצא כי יש בהן ממש. ואכן, העותר פנה למח"ש ולגורמים נוספים. ואולם, העותר בחר בדרך פעולה נוספת, חריפה ופוגענית, הפוגעת בבסיס יכולתו של השוטר המתלונן למלא תפקידו כהלכה. עוד יש להדגיש כי אין מדובר אך בדברי נאצה שייתכן ושומעיהם לא היו מייחסים להן כל משמעות ממשית. הדברים שנכתבו על-ידי העותר מתייחסים לגרעין תפקודו המקצועי של השוטר המתלונן. אין הם מבטאים אך זעם ותסכול, אלא הם בעלי תוכן בעל מטען ערכי שלילי ופוגעני שיש בו, בהסתברות גבוהה ביותר, כדי להשפיל ולבזות והוא חורג מתחומי הביקורת הלגיטימית.

איני סבורה אפוא כי יש לשנות מהתוצאה אליה הגענו בעניין אונגרפלד, ולו תישמע דעתי תיוותר הרשעתו של העותר בעבירה של העלבת עובד ציבור על כנה.

1. בסוגיה שהועמדה למבחן בדיון נוסף זה, שהיא "שאלת הנפקות של אמיתות הפרסום במסגרת עבירת "העלבת עובד הציבור" שבסעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1997", דעתי, כדעת חברי המשנה לנשיאה, השופט ריבלין (בפסקה 34 לחוות דעתו) וכדעת חברתי השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה בערעור (בפסקה 53), אשר אליו הצטרפתי, וכן בחוות דעתה בהליך זה (בפסקה 27), כי אין לייבא, במקרה זה, את ההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, אל ההליך הפלילי.

2. במחלוקת שנפלה בין חבריי בנוגע לשאלת פרשנות המושג "העלבה" והאיזון הראוי שבין ההגנה על חופש הביטוי לבין הערך המוגן בעבירה, דעתי כדעת חברתי השופטת פרוקצ'יה, כפי שהוצגה בהרחבה בפסק הדין בערעור, ואוסיף רק מספר מלים בנוגע לסוגיה מורכבת זו.

3. כפי שפורט בהרחבה בחוות דעתו של חברי השופט ריבלין (פסקאות 6-9) ובפסק דינה של חברתי השופטת פרוקצ'יה בערעור (פסקה 28), הזכות לחופש הביטוי זכתה למעמד גבוה במשפט הישראלי, היא נמצאת במידרג העליון של זכויות האדם המוגנות ואין חולק על חשיבותה ועל הצורך לבחון בקפידה מגבלות המוטלות עליה. למעמד זה שלו זכה חופש הביטוי הוצגו בפסיקה ובספרות שלושה טעמים מרכזיים: הרצון לחשוף את האמת, הצורך להביא להגשמתו העצמית של האדם והתפיסה של חופש הביטוי כתנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה (אהרון ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז 223, 227-228 (תשנ"ו-תשנ"ז); ראו גם: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפסקה 22 לפסק דינה של השופטת נאור (טרם פורסם, 20.8.2008) (להלן: פרשת המפקד הלאומי)). בענייננו, כל שלושת הטעמים רלבנטיים שכן אדם המתבטא כנגד השלטון ונציגיו מבקש לבטא את רחשי ליבו, מבקש לתת ביטוי לאמת, בין אם מדובר באמת אובייקטיבית או באמת כפי שהוא רואה אותה, ובכך הוא לוקח חלק ב"משחק הדמוקרטי" שבו לציבור זכות, או לעתים אף חובה אזרחית, לבקר את השלטון באמצעים העומדים לרשותו.

4. המדינה, בסיכומיה בהליך שלפנינו, טוענת, כי ההכרה בחופש הביטוי כזכות יסוד חוקתית (ראו למשל בפרשת המפקד הלאומי, בפסקה 25 לפסק דינה של השופטת נאור), מלמדת על כך שהמשפט הישראלי העדיף לאמץ את הגישה של המשפט הגרמני, שלפיה חופש הביטוי מבוסס בעיקר על הטעם שעניינו הגנה על כבוד האדם, ולהעדיפה

על פני גישת המשפט האמריקאי, שלפיה חופש הביטוי מבוסס בעיקר על קידום הדמוקרטיה ולכן יש לתת לו משקל כמעט אבסולוטי. לטעמי, אין לקבל טענה זו.

5. ההכרה בחופש הביטוי כזכות חוקתית לא נועדה לצמצם את היקפה של הזכות או לכרסם בהגנה הניתנת לה באיזון בינה לבין זכויות או אינטרסים מתנגשים, ואין לראות בה כהעדפה של שיטת משפט זרה זו או אחרת. הטעמים העומדים ביסודו של חופש הביטוי, שצוינו לעיל, עדיין מהווים בסיס תיאורטי ואנליטי לדיון בהיקפה של הזכות ובמגבלות שראוי להטיל עליה. מעמדה החוקתי של הזכות אינו מלמד על העדפה נורמטיבית של אחד מאותם טעמים – הגשמתו העצמית של האדם – על פני הטעמים האחרים, ואלו ייבחנו בכל מקרה לגופו, בהתאם לנסיבותיו. יחד עם זאת, חשוב לחזור ולהדגיש, שההכרה בחופש הביטוי כזכות בעלת מעמד נורמטיבי חוקתי לא העלתה את מעמדה למעמד של זכות מוחלטת וכי ככל הזכויות האחרות המנויות בחוקי היסוד, אף היא זכות יחסית שניתן להטיל עליה מגבלות מסוימות, כאשר מתעורר הצורך לאזן בינה לבין זכויות או אינטרסים אחרים שכנגדם היא מתמודדת (ראו למשל: בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פסקה 26 לפסק דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 12.12.2006)).

6. בענייננו, המגבלה המוטלת על חופש הביטוי, היא בדמותה של סנקציה פלילית המופעלת כלפי מי שהעליב עובד ציבור במסגרת תפקידו. אמנם, לא ניתן לבחון את חוקתיותה של הוראה פלילית זו, שכן היא מוגנת באמצעות סעיף שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך יש לפרשה ברוח חוקי היסוד ובהשראתם (ראו למשל: דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995)). לפיכך, יש לפרש עבירה זו באופן שיאזן כראוי בין חופש הביטוי לבין הערך המוגן בעבירה, שהוא הגנה על תפקודו התקין של השירות הציבורי (להרחבה בשאלת הערך המוגן וחשיבותו ראו פסקאות 23-26 לפסק דינה של חברתי השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין בערעור וכן פסקה 14 לחוות דעתו של חברי השופט ריבלין). במסגרת פרשנות זו יש להיעזר במבחניה של פסקת ההגבלה ובראשם עיקרון המידתיות, כפי שצינתי בדנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (טרם פורסם, 22.5.2011), בפסקה 10 לפסק דיני:

“אף לטעמי יש מקום לפרש את חוק האימוץ והעילות שבסעיף 13 לחוק על בסיס עקרון המידתיות... בסוגיה זו עקרון המידתיות אינו משמש לבחינת חוקתיות החוק או הפעולה השלטונית. תפקידו אינו לתת תוקף לפגיעה בזכויות האדם החוקתיות על ידי נורמה משפטית תת

חוקתית. כוונתי היא למידתיות כעקרון פרשני. זהו האיזון המידתי הפרשני. המידתיות עוזרת לתת מובן לנורמה המשפטית, אשר מגולמת בה פגיעה בזכויות אדם (ראו אהרן ברק מידתיות במשפט - הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 98, 192 (2010); ראו גם בפסקה 21 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה).

7. לעמדתי, אמות המידה הפרשניות שעל פיהן פירשה חברתי השופטת פרוקצ'יה את העבירה, הכוללות שילוב של מרכיב תוכני – צמצום המושג "העלבה" ל"מעשים קיצוניים של פגיעה קשה בליבת כבודו של עובד הציבור" (פסקה 24 לחוות דעתה), עם מרכיב של מבחן הסתברותי – ודאות קרובה לכך שמעשה ההעלבה אכן יביא לפגיעה קשה בתפקודו של השירות הציבורי, עולות בקנה אחד עם דרישת המידתיות שבחוק היסוד.

8. בעניין המבחן התוכני אוסיף, כי אף לטעמי אין צורך לקבוע מראש, באופן דיכוטומי, כי רק חרפות וגידופים יהיו "העלבה" לצורך הרשעה בעבירה של העלבת עובד ציבור, ואילו ביטויים שאינם בגדר חרפות וגידופים יזכו להגנה מוגברת, כיוון שהם מהווים דברי ביקורת (פסקאות 31-33 לחוות דעתו של השופט ריבלין). עדיפה בעיני הגישה שהוצגה על ידי חברתי השופטת פרוקצ'יה, שלפיה ראוי לבחון בכל מקרה לגופו, ובהתאם לנסיבותיו, האם הביטוי מהווה ביקורת לגיטימית הראויה להגנה או "העלבה" (בפסקה 26 לחוות דעתה). בכל הנוגע למקרה שלפנינו, מצטרף אני למסקנתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה, שלפיה המעשים בהם הורשע העותר מהווים העלבה של עובד ציבור. אמנם, הביטוי בו השתמש העותר, ממנו השתמע כי השוטר הינו מושחת, אינו מהווה "קללה או גידוף" במובנם הלשוני של מונחים אלה, אך בנסיבות המקרה הוא פוגע פגיעה עמוקה בכבודו של השוטר ומציגו כמי שאינו מבצע את תפקידו נאמנה, זאת בייחוד לאור המיקום בו הוצג הביטוי – בכניסה לתחנת המשטרה – ומשך הזמן הארוך בו הוצג.

9. בעניין המבחן ההסתברותי אוסיף, כי אף לטעמי יש לקרוא אל תוך העבירה מבחן הסתברותי, על מנת לקיים איזון ראוי בין ההגבלה על חופש הביטוי, לבין ההגנה על הערך המוגן בעבירה. זאת, משום שההצדקה לפגיעה בחופש הביטוי קיימת רק כאשר קיים סיכוי כלשהו לפגיעה בתפקודו התקין של השירות הציבורי. פגיעה בחופש הביטוי במקרים בהם האינטרס הציבורי המוגן אינו ניזוק, לא תמלא אחר הדרישה שלפיה אין לפגוע בחופש הביטוי מעבר לנדרש. לפיכך, במקרה זה, בו הנזק אינו

בהכרח תוצאה טבעית של הביטוי, יש לבחון בכל מקרה לגופו האם נגרם נזק אשר מצדיק את הגבלת הביטוי:

”ככל שקיומו של הנזק או של פוטנציאל הנזק הוא תוצאה טבעית או הכרחית של הביטוי, כך ראוי יותר לוותר על מבחן אפשרות ההתממשות ולקבוע כללים המבוססים על כוונות הדובר או על משמעות הטקסט. לעומת זאת, ככל שהנזק תלוי יותר בנסיבות הפרטיקולאריות של האירוע, כך נראה כי יש לדרוש את התקיימותו של מבחן אפשרות ההתממשות ולא להסתפק במבחן הכוונה/משמעות, משום שמכוונת הדובר או ממשמעות הטקסט לא ניתן לגזור מסקנות אוטומטיות ביחס לאפשרות ההתממשות של הנזק” (אלון הראל “עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן “אפשרות ההתממשות של נזק” משפטים ל, 84-85 (תשנ”ט)).

בהקשר זה אוסיף עוד, כי במחלוקת שנפלה בין חבריי בשאלת טיבו של המבחן ההסתברותי, דעתי כדעת השופטת פרוקצ'יה, שלפיה, מבחן ה”ודאות הקרובה” הוא המבחן אשר מספק את מידת ההגנה הנדרשת לחופש הביטוי וכי אין להסתפק בעניין זה במבחן ה”אפשרות הסבירה” (פסקאות 31-37 לחוות דעתה).

10. אשר על-כן, מצטרף אני לעמדתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה, שלפיה יש לדחות את העתירה לדיון נוסף, מהטעמים שפורטו בהרחבה בפסק דינה בערעור וכן בחוות דעתה בהליך זה.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

פתחי דברים

א. אם תישמע דעתי, יישאר פסק הדין נשוא הדיון הנוסף על כנו ולא ניעתר למבוקש בעתירה זו. המבקש הציב במשך כשבוע כרזה בפתח תחנת משטרה, ובה האשים את המתלונן, שוטר בתחנה, כמשתף פעולה עם עבריינים, והוסיף כי אין למשטרה צורך ב”תפוחים רקובים” כאלה. שלושת בתי המשפט לדרגותיהם סברו כי נתקיימו יסודותיה של עבירת העלבת עובד ציבור, שבסעיף 288 לחוק העונשין, תשל”ז - 1977, והדברים פורטו בפסק דינה המקיף של חברתי השופטת פרוקצ'יה בערעור (אליה הצטרפו השופטת ארבל, בחוות דעת משלה, והשופט ג'ובראן). חברי המשנה

לנשיאה פתח את חוות דעתו המקיפה בחשיבותו של חופש הביטוי, והמשיך בהידרשו לעבירות המצמצמות את חופש הביטוי, שהעבירה נשוא ענייננו היא אחת מהן. הוא הטעים כי עבירה זו מכוונת לא להגנה על כבודו של עובד ציבור כפרט אלא על פגיעה מילולית בו בקשר למילוי תפקידו, ולשמירת תפקודו התקין של השירות הציבורי. הוא סקר את שני המבחנים המשמשים בעניין, זה התוכני - משמעות הביטוי הנטען כמעליב, וזה ההסתברותי, הסיכון להשלכות מביטוי זה. הוא הציב רף סיבולת גבוה לעובד ציבור, שאינו כשל נבחר ציבור אך הוא מעל לזה המצופה מן הציבור הכללי. הוא הבחין בין ביקורת לבין חרפות וגידופים. הוא הצטרף לפסק הדין מושא הדיון הנוסף באמירה שאין מקום להגנת "אמת דיברתי" כמו בחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה - 1965, במיוחד נוכח התייתרותה במבחן התוכני, שבו הרלבנטיות הפוטנציאלית של שאלת האמת היא אינדיקציה כי אין מדובר בגידוף גרידא. לשיטתו המבחן ההסתברותי מסייע לצמצום הפגיעה בחופש הביטוי; ויש לנקוט במסגרתו במבחן "הסיכון הממשי" או "האפשרות הסבירה" לפגיעה ביכולת עובד הציבור למלא תפקידו. במקרה דנא סבור חברי, כי המדובר בביקורת כרכיב דומיננטי ולא בגידוף, ולאמת רלבנטיות במקרה כזה, ועדיין נותר לעובד הציבור האפיק של תביעת לשון הרע.

ב. דעתי בשורה התחתונה שונה משל חברי המשנה לנשיאה, הגם שאוכל ללכת כברת דרך ארוכה עמו. חברי מקדש את חופש הביטוי, ולא יתכן חולק על חשיבותו העצומה של זה במדינה דמוקרטית, לא כל שכן בביקורת על השלטון, שהיא חלק מרכזי בשיח דמוקרטי. מי לנו גדולים מנביאי ישראל, ששילמו - בודאי בחלקם - מחיר אישי יקר על ביקורתם כלפי השלטון (ראו ירמיהו כ"ו, י"א; ל"ז, ט"ו; ל"ח, ו'; עמוס ז', י"ב). הפרק הפותח של ספר ישעיהו הוא מתקפה מוחצת על "קציני סדום" (ישעיהו א', י') השולטים בירושלים, מתקפה שלפיה "שריך סוררים וחברי גנבים, כולו אוהב שוחד ורודף שלמונים, יתום לא ישפוטו וריב אלמנה לא-יבוא אליהם" (י"א, כ"ב)). ירמיהו מדבר אל המלך בלשון "הוי בונה ביתו בלא צדק ועליותיו בלא-משפט, ברעהו יעבוד חנם ופעלו לא יתן-לו... כי אין עיניך ולבך כי אם על בצעך ועל דם-הנקי לשפוך ועל-העושק ועל-המרוצה לעשות" (ירמיהו כ"ב, י"ג, י"ז), והבאנו רק מעט מזעיר מן המקצת; כך היו דברי השופט (כתארו אז) אלון בעניין ניימן:

"נביאי ישראל ונבואותיהם שימשו ומשמשים כאב-טיפוס לביקורת זועמת וחסרת פשרות, המפנית כלפי השלטון, המשתמש לרעה בכוחו ובעוצמתו, וכלפי הציבור או היחיד, המשחיתים את דרכם. מתריעים הם על חמס דלים ועושק אלמנות, על קיפוח זכויות היחיד והציבור ועל סטייה מרוחן ומתוכנן של תורה והלכה. מלחמתם ועמידתם בשער של נביאי ישראל, גם כאשר

נתקלו בתגובות קשות וזועמות, שימשו מקור השראה בלתי נדלה למאבק על חופש הבעת דעות ולמשטרים הדמוקרטיים הנאורים שבימינו. והדברים ידועים ואינם צריכים ראייה, וכל בר-בי-רב בתורת המדינה ובמשנת הדמוקרטיה מצוי אצלם" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית פ"ד לט(2) 255, 294).

וכן דברים שכתב השופט חיים כהן, "... לא היה כמו בישראל מאבק לחופש הדיבור... הנבואה היא אב-טיפוס של חופש הדיבור" (המשפט (תשנ"ב), 523).

ג. במשפט הישראלי נוטים אנו לרעות בשדות זרים בהאדרתו של חופש הביטוי, אך זהו מה שלמידונו הנביאים, והכרזת העצמאות של מדינת ישראל קובעת כי המדינה "תהא מושתתת על יסודות החרות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל". החרות הנזכרת כאן - מי יכול לחלוק על כך - היא גם חופש הביטוי; חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו מעגן (סעיף 1) את כיבודן של זכויות היסוד של האדם בישראל, "ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". לעניות דעתי חרות הביטוי, וראוי שנקרא לה כך לעתים תחת "חופש הביטוי" כדי לחברה לטכסטים המכוונים של מדינתנו, היא חלק מערכי היסוד של המדינה, והדברים נאמרו לא אחת. ברשימתי (בעת כהונתי כיועץ המשפטי לממשלה) "על חופש הביטוי ועל מדיניות התביעה בעבירות של הסתה לאלימות", הפרקליט מ"ד (1998) 5 ציינתי (עמ' 5), כי עיקרון מרכזי המנחה את פעולתנו הוא הקפדה על שמירתו וביצורו של עקרון חופש הביטוי; הוא הוגדר בבג"צ 73/59 חברת קול העם נ' שר הפנים פ"ד ו' 871, 878 כ"זכות עילאית". תודה לאל, חרות הביטוי במדינתנו היא ברמה גבוהה שאינה מביישת שום אומה ולשון, בתקשורת הכתובה והאלקטרונית ובעולם הוירטואלי. ואכן חברה נבחרת "על פי יחסה להתבטאויות" מקוממות ופוגעות, ו"המשפט הפלילי אינו יכול להיות הפתרון לכל חולי בחברה הישראלית" (רשימתי הנזכרת, בעמוד 6). נזדמן לי לומר בעבר, "חופש הביטוי הוא זכות עילאית, העומדת לאדם כחברה דמוקרטית כדי ליתן חרות לרוח האנוש, כדי להיאבק בעריצות ובסתימת פיות, כדי לאפשר שיח ציבורי בשוק הדעות, כדי לסייע לחרות לגבור על הרודנות ועל הטוטליטריזם" (רע"פ 10462/03 הדאר נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקה י"א(1)).

ד. ועם זאת, חרות הביטוי מוגבלת בצו המחוקק בהקשרים שונים, שאחרת היינו שרויים חלילה בהפקרות של ג'ונגל, במצב של "איש את רעהו חיים בלעו" (משנה אבות ג', ב', דברי ר' חנינא סגן הכהנים). לא נקלטה עצת המקרא "דברי חכמים בנחת נשמעים" (קהלת ט', י"ז). כפי שהראה חברי המשנה לנשיאה (פסקה 11) סדרת הוראות

חוק, שבלעדיהן אי אפשר, ומהן עבירות פליליות, מגבילות את חופש הביטוי, ואשר על כן אינה זכות מוחלטת. חברי עצמו, שהטעים כי "חופש הביטוי, כזכות חוקתית, משתרע על כל ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא, תהא השפעתו אשר תהא ויהא אופן הבעתו כאשר יהא", ציין כי אין בכך כדי להבטיח "הגנה מוחלטת לכל ביטוי" (בג"ץ 5432/03 ש.י.ן. - לשויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים, פ"ד נח(3) 65, 96); חברי הטעים את העבירות הפליליות, ולא נשכח ממנו בהקשרים שונים גם חוק איסור לשון הרע. לעניות דעתי, דווקא העוצמה הגדולה של חופש הביטוי מצדיקה במקרים הנחוצים מתן משקל לשמו הטוב של אדם, שלא יהא למרמס, וגם הגנה מתאימה על עובדי ציבור כבענייננו; ראו בהקשר הכללי דעתי במיעוט ברע"א 4447/07 מור נ' ברק (לא פורסם); לביקורת מזה ומזה ראו מ' בירנהק, "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת", חוקים ב' (2010), 51; ר' עזאם, "על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי להסדרתו ולמיסויו של המסחר האלקטרוני", משפט ועסקים י"ג (תש"ע) 191. השופט (כתארו אז) מ' חשין ציין:

"חופש הביטוי והדיבור אינו חופש מוחלט, והרי כנגדו
עומדים אינטרסים העשויים להגביל אותו או אף לשלול
אותו בנסיבות אלו ואחרות" (בג"ץ 606/93 קידום יזמות
נ' רשות השידור פ"ד מח(2) 1, 29).

כשלעצמי סבורני, כי ככל שעובד הציבור זוטר יותר ונגישותו לאמצעי ההגנה נמוכה יותר, כן יש מקום להגנה עליו במסגרת העבירה בה עסקינן, עבירה המעוגנת בשילוב שבין אינטרס השירות הציבורי לבין כבוד האדם של עובד הציבור. עוד אזכיר, כי סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח – 1957, קובע "בחקירת עד בבית משפט, לא ירשה בית המשפט חקירה שיש בה משום עלבון, הפחדה, התעיה או ביוש שאינם לעניין הנידון ואינם הוגנים"; הנה רגישות המחוקק לעלבון העד, ונקיש מכאן לנידון דידן.

ה. בהמשך אומר כאן, כי כשלעצמי, עם שדעתי כדעת חברתי השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף באשר לתוצאה במקרה דנא ובאשר לעיקר הנמקותיה גם בחוות דעתה בדיון הנוסף, שקראתי לאתר כתיבת חוות דעת זו (אתייחס לעמדתה עוד בהמשך), מקובלים עלי ביסודם דברי חברתי השופטת ארבל בפסק הדין, בהסכמת השופט ג'ובראן, באשר לכפל התכליות של סעיף 288 (צוטטו בחוות דעת המשנה לנשיאה בפסקה 14) - שמירה על תפקודו התקין של השירות הציבורי, ולצדה הגנה על עובד הציבור שלא יהא כבודו למרמס ולביזוי, שאז ייפגעו גם תפקודו המקצועי ותפקוד השירות. מבלי לייגע בחזרה על הניתוח המפורט שערכו חבריי בפסק דין זה

ובקודמו שכלפיו העתירה לדיון הנוסף, אומר דעתי בקצרה ואדרש לעיגונה גם במשפט העברי.

על העבירה של העלבת עובד ציבור

ו. העבירה שבסעיף 288 ("העלבת עובד ציבור"), קובעת "המעליב בתנועות, במלים או במעשים עובד הציבור, או דיין או פקיד של בית דין דתי או חבר ועדת חקירה לפי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1969, כשהם ממלאים תפקידם או בנוגע למילוי תפקידם, דינו - מאסר שישה חודשים". נצא מן ההנחה שבשעה שנחקקה העבירה, במקורה הבריטי ההיסטורי ואף בתשל"ז - 1977, עדיין לא חיינו בעידן המקדש באותה מידה את חופש הביטוי גם אל מול פגיעה בשמו הטוב של האדם, ויזכר ד"נ 9/77 חברת החשמל נ' הארץ פ"ד לב(3) 337. באותו עניין נפסק כדעת מ"מ הנשיא - כתארו אז - לנדוי, שלפיו, ככל שיש לדרג זכויות - חופש הביטוי והשם הטוב, גוברת הזכות לשם הטוב, וכדבריו שם (לעניין לשון הרע): "אם נדייק, עומדת כאן חרות האזרח מול זכות אזרח, דהיינו חרותו להשמיע את אשר עם לבו... כנגד זכותו שלא להיפגע בכבודו ובשמו הטוב, ואם בכלל יש מקום לדירוג בין השניים, הייתי מעמיד את הזכות מעל לחרות" (עמוד 343; הדגשה הוספה - א"ר); הדברים נאמרו ברוב דעות כנגד דעת השופט (כתארו אז) שמגר, שהיה בדעת הרוב בערעור נשוא הדיון הנוסף.

ז. אודה כי יש לי אהדה אינטואיטיבית לגישת השופט לנדוי, עם שאני מכבד את הדעה האחרת. אוסיף על כך את מה שנעשה לימים לזכות חוקתית, כבוד האדם של הנפגע, ערך בו טבול כל כולו חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו, וראו סעיפים 1, 1א, 2 ו-4 במיוחד. אין בכך כל סתירה לדרגתה העילאית, בדמוקרטיה בכלל ובדמוקרטיה הישראלית בפרט, של חרות הביטוי; אכן, "לא על דברי נועם וקילוסין בא חופש הביטוי להגן, אלא על דעות מקוממות - אולם, האם חופש הביטוי הוא חופש לרדת לחיי הזולת?" (פרשת הראד, שם). לטעמי, על כבוד האדם לתפוס את מקומו הראוי לו; כבוד האדם המתבטא בזכות לשם טוב צריך לשכון לצד כבוד האדם המתבטא בחופש הביטוי. אל יפורשו ההתבטאויות המסייגות את חופש הביטוי במקרים המתאימים בחינת מס שפתיים. אל נשכח למה נועד חופש הביטוי בראש וראשונה; לעצמאות המחשבה כנגד שלטונות מדכאים, לדמוקרטיה מול דיקטטורה; עקרון זה הוא ליבת הערך המוגן והוא נועד לביקורת על מעשה השלטונות ולקיומו של שוק הדעות הציבורי, ובכללו פולמוס ולוא גם בוטה. הוא לא נועד לניצול לרעה שמשמעו הפקרות מבזה כלפי שמו וכבודו של הזולת, גם אם הוא עובד הציבור, וכבר אמרו חכמים (אבות

ד', ט"ו, מפי ר' אליעזר בן שמוע) "יהי כבוד תלמידך חביב עליך כשלך, וכבוד חברך כמורא רבך, ומורא רבך כמורא שמים". תפיסה זו בהחלט אפשרית ומובנת. יחשוב כל אדם כיצד היה הוא חש אילו העליכוהו באופן נשוא המקרה; ולגבי עובד ציבור, המדובר בכבוד הציבור לצד כבוד האדם, אבל איני רואה סיבה שלא נאמר שחוק יסוד: כבוד האדם וחרותו והקונספציה שביסודו חלים גם על שירות הציבור בגילוייו הקבוצתיים והאישיים; גם מבלי לפתח נושא זה עד תום, לדעתי ישנן סיטואציות קבוצתיות שכבוד האדם אינהרנטי להן ואין די באמירה כי הזכות החוקתית שמורה לכל יחיד. דוגמה - ולא יחידה - היא הפליית אדם בשל צבע עורו.

ח. המלומד גבריאל הלוי (תורת דיני העונשין ד' (תשע"א)) מציין (עמודים 304-303) לעניין סעיף 288, כי עבירה זו מתייחסת "לדימויו הציבורי של השירות הציבורי", שכן "שירות ציבורי ומינהל ציבורי הסובלים מדימוי ציבורי ירוד נפגעים בכושרם הביצועי..."; אין נדרש לשם יסודות העבירה רכיב תוצאתי, כלומר, אין צורך כי אכן בפועל ייפגע תפקודו של עובד הציבור; לשיטת המחבר "הפגיעה בעובד הציבור הספציפי אינה עומדת במרכז של העבירה, כי אם העלבתו של השירות הציבורי הרלבנטי". דברים אלה נכוחים בעיני במובן הפגיעה ביכולת התפקוד; שירות ציבור מושפל משמיע "ראש קטן" ואופק מאמצים צר של דל"ת אמות, ולא זו דמות השירות הציבורי שאנו מבקשים. אך כשלעצמי סבורני, כי קשה להפריד בין עובד הציבור לשירות הציבורי לעניין זה, כמות שקשה להפריד (וכאמור מצטרף אני בראיית כפל התכליות לשופטים ארבל וג'ובראן) בין עלבוננו האישי לעלבוננו התפקודי.

ט. בסופו של דבר עסקינן מזה בשירות ציבור, שהוא מושג מסגרותי ולא פרסונלי, אך מזה גם באדם בשר ודם, בעל רגשות ככל בן אנוש, אלא שהפגיעה בו באה בשל היותו עובד ציבור ותוך ניצול עובדה זו, ועל פי רוב על רקע עבודתו. כבר ציינתי, כי כושר הסיכולת להעלבה מטבעו גדול אצל עובדי ציבור בכירים בעלי נגישות לפרהסיה הציבורית - בדומה במידה ניכרת לנבחר ציבור, ושגם צריכים היו להניח בקבלם עליהם את התפקידים, כי הסובל מחום וריחות אל ייכנס למטבח - מאשר אצל זוטר במערכת, ואף ברמה הבינונית, למשל שוטר או פקיד מס. זה האחרון, אין בכוחו להתמודד עם ההעלבה; אל יהא המעליב "גיבור על חלשים". כיועץ משפטי לממשלה או כמזכיר הממשלה לא הייתי מעלה על דעתי נקיטת צעדים משפטיים נגד מי שחרפוני, וקרופים היו בכמויות "מסחריות", בלא בדיקה של עובדות לאשורן ועל כן ראיתם כעלבון וכעוול, אך בתוקף התפקיד נותרתי מן "הנעלבים ואינם עולבים, שומעים חרפתם ואינם משיבים", ואני מקוה שזכיתי לבוא בשערי הכתוב (שופטים, ה' ל"א) "ואוהביו כצאת השמש בגבורתו" (בבלי שבת פ"ח, ב'); וכבר שיבח ר' משה חיים

לוצאטו (הרמח"ל, המאה הי"ח) בעל ספר המוסר מטילת ישרים (פרק כ"ב) את "סבילת העלבונות". יצוין אמנם, כי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.1103 מזכירה שישנם עובדים בכירים בשירות הציבורי המנועים להגיב לעלבון, ומן הסתם יש להתייחס בהתאם לעלבונם. מכל מקום, לעתים אין לו לעובד ציבור אלא שמו הטוב, ואם זה הוכפש בעפר, מה נותר. ויוטעם, אכן תמיד ישנו המפלט של תביעות לשון הרע, אך מוצא זה יקר, מחייב השקעת משאבי ממון וזמן וגם עגמת נפש נמשכת - והידיעה כי לא במהרה ייחפז פלוני לערכאות בתביעת לשון הרע היא גם מפלטו של הנבל המעליב.

י. לשון הרע והעלבה - גם לדעתי כדעת חברי - אינן תאומות, לא כל שכן תאומות זהות. אך הן דודניות, ויש להן מטען גנטי משותף, הוא השם הטוב. על כן גם אם בצדק מודגש באשר לעבירת העלבת עובד ציבור הרכיב "עובד ציבור", מאחורי עובד הציבור עומד אדם, שהפגיעה בתפקודו והפגיעה בו באות שלובות, וההפרדה ביניהן יפה לכתובה שיפוטית, אקדמית ועיונית, אך ספק אם כך בחיי המעשה. אמנם, בגדרי השאלה הספציפית שהועמדה לדיון הנוסף, ציין בצדק חברי המשנה לנשיאה כי אין לחבר לעבירת ההעלבה את הגנות לשון הרע. לטעמי, לא רק בשל יסודות העבירה, אלא גם מטעמי מדינות שיפוטית אין הדבר בגדר האפשר - אין לאפשר להליך הפלילי להימשך שנים על שנים בטענות הגנה של "אמת דיברתי", שיגררו התדיינות וסחרור שיפוטי לאין קץ. מצטרף אני בכך גם להערת חברתי השופטת נאור שראיתה לאחר שנכתבו דברים אלה. העבירה של העלבת עובד ציבור מנוסחת כרקמה כללית, ועל כן יש צורך להיצמד ל"העלבה" של העובד בנוגע למילוי תפקידו. העלבה על פי מילון אבן שושן לשנות האלפיים היא "גרימת עלבון, הכלמה"; "עלבון" מוגדר כ"פגיעה בכבוד, דברים מכלימים". העלבון צריך להיות כזה שעובד ציבור מן היישוב יחוש נכלם ומושפל בשלו. העלבה נבחנת בעיני האדם מן היישוב כמשהו שאובייקטיבית עשוי פלוני להיעלב הימנו; זוהי הבחינה התוכנית שבה דיבר חברי המשנה לנשיאה, בשילוב עם המבחן ההסתברותי של הפגיעה במילוי התפקיד. אין צורך בפילוסופיה עמוקה ככגון דא; עלינו לשוות לנגד עינינו אותו עובד ציבור מן היישוב ולשאול, האם מסתברת מן ההעלבה פגיעה בו, בכבודו העצמי ובדימויו במילוי תפקידו, הירתעות מפעולה, חשש משתק מביקורת שינבע מכך, ולדעתי - גם אם אין כל אדם זהה למשנהו - הסיכוי לפגיעה אינו קטן.

יא. שאלה יפה היא עלבון מהו. התשובה לכך קשה מטבעה, גם כיון שאין הסיבולת הסובייקטיבית זהה מטבעה בין אדם לבין חברו, ועל כן הגישה המשפטית היא אובייקטיבית, וכך יאה. במקרה דנא על העלבון להיות בקשר למילוי התפקיד; אין

מדובר בכזה הכרוך בחייו הפרטיים של עובד הציבור, כגון נושאים משפחתיים. אמנם, אם נוצר מצב של גרירת הנושאים הללו לתוך הביקורת כעובד ציבור, ייבדק הדבר על פי ההשלכות לעניין תפקוד העובד. ובסופו של יום, המבחן התוכני והמבחן ההסתברותי כשלעצמם יפים לענייננו, אך חשובה לדידי "השורה התחתונה" - שלא יינתן מוצא לרשע להלום בעובד הציבור ללא עוול, לגדפו ללא תגובה, ואין פוצה פה כנגד.

יב. במחלוקת שנפלה בין חבריי המשנה לנשיאה והשופטת פרוקצ'יה תומך אני בדעת המשנה לנשיאה בעניין אחד ובדעת השופטת פרוקצ'יה בעניין אחר. סבורני כחברתי השופטת פרוקצ'יה כי קשה להבחין בין ביקורת משפילה לגידופים, וסל החרפות אחד הוא בסופו של יום; וענייננו שלנו יוכיח. ברי כמובן, כי לא בכל ביקורת עסקינן כמצדיקה אישום בעבירה זו, אך סבורני כחברי המשנה לנשיאה כי המבחן הנכון הוא מבחן "האפשרות הסבירה" ולא "הודאות הקרובה", שבעיני משמע עלול להיות איון העבירה. על מלאכת האיזון כדי שלא תהא יד התביעה "קלה על הדק כתבי האישום" צריכה להיות אמונה התביעה הכללית בדרגים בכירים; כפי שציינה גם חברתי הנשיאה, שקראתי דבריה אחר שנכתבו דבריי.

על האכיפה המרוסנת

יג. ואמנם דעת לנבון נקל, כי הקושי הכפול שבאכיפת העבירה, הן בהיותה מגבילת חופש הביטוי בכלל והן במגבלה הממשית כנגד הוכחת "אמת דיברתי" על-ידי הטוען כך, משמיע זהירות של ממש בגישתן של רשויות התביעה, שהן השסתום המרכזי לבקרה, בדרך העוברת כתמיד במסדרון השכל הישר. היה לי הכבוד להיות מעורב, כיועץ משפטי לממשלה, בהכנתה של הנחיה 4.1103 (90.002) מכ"ג בתמוז תשס"ב (3.7.02), והיא עודכנה לימים על-ידי מחליפי מ' מזוז בשבט תשס"ו (פברואר 2006), היא מדברת באכיפה מושכלת, ובאה לתכליות אלה (סעיף 4): "שמירה על עובד הציבור על מנת שיוכל למלא את תפקידו כראוי, הגנה על מעמד רשויות השלטון; והגנה על כבודו של עובד הציבור שנמצא נפגע מהיותו משרת את הציבור", והכל "תוך מתן משקל לעקרון חופש הביטוי, והאינטרס הגלום בזכות לבקר מוסדות שלטון".

יד. על פי ההנחיה, המבחן הוא - כאמור - אובייקטיבי (סעיף 5), והמדובר בעבירה התנהגותית, שלגביה ננקטת מדיניות של ריסון, תוך התחשבות בתוכן האמירה, בהישנותה, במטרתה ובאמיתותה (זו האחרונה כנסיבה לקולה אך לא כהגנה), בנסיבות

ובהלך הרוח. ההחלטה בנושאים של העמדה לדין בעבירה זו כנגד נבחר ציבור או עובד בכיר נבחנת על-ידי המשנה לפרקליט המדינה (עניינים מיוחדים), שלפי הצורך יוועץ בפרקליט המדינה או ביועץ המשפטי לממשלה (סעיף 7). יתרת ההנחיה עוסקת בזילות בית המשפט (סעיף 255 לחוק העונשין), ולא נעסוק בה כאן (אך ראו בג"ץ 3087/99 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם), ודברי הנשיא ברק והשופט (כתארו אז) חשין שם). ברשימתי "על חופש הביטוי..." שהובאה מעלה ציינתי, אמנם בעיקר בהקשר של עבירות הסתה לאלימות, כי "במקרה הצורך, כאשר השכל הישר וההיגיון הבריא בבדיקה זהירה, יצדיקו זאת משפטית, תיפתח חקירה. עם זאת, ככלל, המשפט הפלילי אינו יכול לשמש ככלי העיקרי לחינוך הציבור להתבטאות מתונה, בלשון נקיה" (עמוד 10). דעתי לא נשתנתה בחלוף כמעט עשור ומחצה.

טו. אוסיף כי לטעמי, גם העמדה לדין על העלבת עובד זוטרי טעונה דרג בכיר, כגון פרקליט מחוז או גורם בכיר בתביעות המשטרות, כדי להבטיח שימוש מבוקר - תוך שיקול דעת מדוקדק בסעיף זה, שהשימוש בו מיעוטו יפה, אך גם אין להידתע הימנו.

טז. ובטרם נעבור למשפט העברי, נשוב ונזכיר את שאירע במקרה דנא ותואר מעלה; וכאן חולק אני על חברי המשנה לנשיאה. לדידי לא דברי ביקורת המה אלא דברי גידוף ועלבון (שוטר משתף פעולה עם עבריינים, תפוח רקוב). כפי שכתבה השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף (פסקה 67), "קשה לחלוק על כך שבאמירה כלפי שוטר שהוא משתף פעולה עם עברייני יש כדי לפגוע בליבה העמוקה ביותר של כבודו במילוי תפקידו". שוב, לא בסתם "ביקורת" עסקינן, כגון, "השוטר הזה נרפה", אלא אם בכלל ניתן לקרוא לכך ביקורת ("תפוח רקוב" (!)) הרי הם דברים הטבולים ומשולבים בגידוף מובהק.

יז. אוסיף לכך את רכיב ההגינות שעל המערכת הממשלתית - גם אם היא חשה עצמה איתנה - לגלות כלפי עובדיה, כשיקול במסגרת שיקולי התביעה, האמורה להקפיד בכבוד האדם אף בענישה (ראו חוות דעתו של ד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום המשפט העברי במשרד המשפטים "כבוד האדם בענישה" (א' בכסלו תש"ע - 8.11.10), פורסמה באתר משרד המשפטים). על כן אל יהי כבוד עובד הציבור - במקרה דנא השוטר - למרמס, ונידרש כולנו לדברי התנא הלל הזקן (בבלי שבת ל"א, א') "דעלך סני לחברך לא תעביד, זו היא כל התורה כולה, ואידך פירושה הוא זיל גמור" (מה שעליך שנא לחברך לא תעשה, זוהי כל התורה כולה, והשאר פירושה הוא לך ולמד).

יח. הלבנת פנים, איסור הכלמתו של הזולת, יסודה הלשוני במקרא (ישעיהו כ"ט, כ"ב) "לא עתה יבוש יעקב ולא עתה פניו יחוררו", והדימוי הוא כי הנעלב אוזל דמו ופניו מחוירים. במובן המשפטי מקור האיסור בתורה הוא מצוות תוכחה - "הוכח תוכיח את עמיתך ולא תשא עליו חטא" (ויקרא י"ט, י"ז); ראו רש"י, שם; וכן רמב"ם דעות ו', ח'; אנציקלופדיה תלמודית בערך "הלבנת פנים", ט, כ"ז; שם, ערך "כבוד הבריות" כ"ו תע"ז). הדברים באים באספקלריה הרחבה של כבוד הבריות, שעליו נאמר "גדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה" (בבלי ברכות י"ט, ב); ראו גם רשימתי "דבתם רעה" - על המאבק הנמשך לכבודו של הזולת ולשמו הטוב", פרשת השבוע 6, תשס"א; נ' סולברג "זכויות האדם לשם טוב, חופש הביטוי ולשון הרע לתועלת", פרשת השבוע 29, תשס"א; א' הכהן, "ויוציאו את המקלל אל 'מחוץ למחנה', חופש הביטוי ופגיעה ברגשות דתיים", פרשת השבוע 284, תשס"ז; נ' סולברג "על לשון הרע, לשון טובה, ופיצויים, הכסף לא יענה את הכול", פרשת השבוע 70, תשס"ב).

יט. על הלבנת פנים אמרו חז"ל (בבלי בבא מציעא נ"ט, א') "נוח לו לאדם שיפיל עצמו לכבשן ראש, ואל ילבין פני חברו ברבים". אמירה נחרצת זו שימשה בסיס גם לפסיקת הלכה. כך לדוגמה הזכיר מהר"ם פדובה (איטליה, המאה הט"ו), דברים אלה כדי לדחות פסק הלכה של ר' ישראל איסרליין (מחבר ספר תרומת הדשן, וינה המאה הט"ו), לפיו בשעה שמעלים לתורה אדם שאביו מומר, אין מזכירים את שם האב המומר אלא את שם הסב (תרומת הדשן, סימן כ"א). וכך כתב מהר"ם פדובה:

"בניו היקרים הנ"ל לא עלו לספר תורה מיום ההוא, כי יבושו להקרא בשם אבי אביהם שיוודע ויהיה ניכר בושתם בכל פעם... והנני להורות בו היתר גמורה. ואימת הגאון כמהר"ר איסרליין... לא יבעתני... הלא אמרו ז"ל בפרק הזהב נוח לו לאדם שיפיל עצמו לכבשן ראש ואל ילבין פני חברו ברבים..." (שו"ת מהר"ם פדובה, סימן פ"ז; מובא על ידי נ' רקובר, גדול כבוד הבריות, כבוד האדם כערך על, תשנ"ט (1999), 131).

כ. רבי יעקב ריישר (בעל שו"ת שבות יעקב (מזרח אירופה - צרפת, המאה הי"ח) ב', ב') נדרש להתייחסות הקהילה לכהן שבנו השתמד, ולשאלה האם ניתן לקראו לתורה ראשון כנהוג לגבי כהן, ועל כך אומר המשיב, שגם אם מבחינה הלכתית אפשר במקרה זה שלא לקראו, "מכל מקום לביישו ברבים בפניו במי שהוא מוחזק לכהן ולקרואו כל ימיו בראשון ועכשיו יקראו באמצע קרואים, אין לך ביוש והלבנת פנים

גדול מזה, והמלבין פני חבריו ברבים כאילו שופך דמים" (ראו דקובר, 132). בעל ספר חפץ חיים לעניין לשון הרע ורכילות, ר' ישראל מאיר הכהן מראדין, רוסיה (המאות הי"ט-הכ') בפתחתו לספר (סימן י"ד) אומר על המלבין פני חברו ברבים "כבר כרתוהו רבותינו ז"ל מעולם הבא ואמרו: 'המלבין את פני חברו ברבים אין לו חלק לעולם הבא'" (וראו גם שם, ג', א'). אומר הרמח"ל במסילת ישרים פרק י"א (פרטי מידת הנקיות): "כללו של דבר: הרבה דרכים ליצר, אבל דיבור שיוכל להולד ממנו נזק או בזיון לחברו, בין בפניו בין שלא בפניו, הרי זה בכלל לשון הרע השנאוי והמתועב לפני המקום...". ראו גם א' הכהן, "האיסור לבייש אדם וחובת השמירה על כבודו", פרשת השבוע 273 (תשס"ז), והמקורות הרבים המובאים שם; ח' פורת, "מרכילות עד שפיכות דמים", מעט מן האור תצ"ו (תשס"ט); וכן ראו פירוש אור החיים לפסוק "לא תשנא את אחיך בלבבך הוכח, תוכיח את עמיתך ולא תשא עליו חטא" (ויקרא י"ט, י"ז). הנה בקליפת אגוז ההתייחסות במשפט העברי להלבנת פנים, כעוון חמור, שהוא ממשפחת לשון הרע. מצטרף לכך איסור קללה שנקבע לגביו כי האיסור "לא תקלל חרש" (ויקרא י"ט, י"ד) חל על קללת אדם מישראל (בבלי סנהדרין ס"ו, ו'); וראו להלכה רמב"ם, סנהדרין כ"ו, "כל המקלל אחד מישראל לוקה..." וראו גם הרב חיים דוד הלוי, "איסור מקלל ואם יש כוח בקללה לפעול", עשה לך רב י"א, רע"ד.

כא. ובמיקוד לעובדי ציבור: עו"ד יעקב שפירא מן המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים בחוות דעתו "חומרת עונשו של מי שמאיים על שוטרים, אנשי חוק ועובדי ציבור" (תשס"ט) (פורסמה באתר משרד המשפטים) מטעים, כי "המשפט העברי נתן דעתו על חשיבות שמירת מעמדם וסמכותם של גורמי אכיפת החוק וממוני הציבור. מגמה זו הביאתו להחמיר בענישת מי אשר ערער על מעמדם של אלה ומבזם". בין השאר מובאים דברי ר' ישראל איסרליין (אשכנז, המאה ה"ט"ו), בספרו תרומת הדשן רי"ד, כי "טובי הקהל כשיושבים לפקח על עסקי רבים ויחידים, במקום בית דין קיימי (נחשבים)... ואז חל כלפיהם איסור תורה לקללת שופטים - "אלוהים לא תקלל ונשיא בעמך לא תאור" (שמות, כ"ב, כ"ז), וכמבואר על-ידי הרמב"ם בספר המצוות "כי עניין לאו זה הוא שמזהיר שלא לקלל כל מי שיש לו ממשלה לצוות..." (כלומר, מי שבידו כוח שלטוני). כך גם כותב הרמב"ם (תלמוד תורה נ', י"א) על ביזוי חכמים "עוון גדול להוא לבזות את החכמים או לשנאותן; ולא חרבה ירושלים עד שביזו בה תלמידי חכמים"; וראו אנציקלופדיה תלמודית ערך "כבוד חכמים", צ"ו, תקס"ה, תרע"ד; ואף חיוב מיוחד הוא כבוד מלכים (ראו ערך "כבוד מלכים" שם תרס"ד). שוטרים נתפסים כחלק ממערך בית הדין ("שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך", דברים ט"ז, י"ח); "בלידשטיין, "השוטר בהלכות הרמב"ם, תכנים ומקורות", שנתון המשפט העברי יד-טו (תשמ"ח-תשמ"ט), 92-93, העומד על שילוב השוטר במערך בתי הדין. וכתב ר' אליהו

בן חיים (שו"ת ראנ"ח (תורכיה, המאה הט"ז) סימן קי"א), שיש חומרה יתרה בפגיעה בממונה מטעם הקהל "שהוא ממונה מן הקהל לבקר בכל ענייני הקהל וקרוב לומר שדינו קרוב לדין הדיין" (שם דובר במקרה שבו פלוני הטיח בממונה, כי הוא חשוד על הנאה מכספי הצדקה). לעניין זה ראו דברי ר' ישראל מאיר הכהן בעל חפץ חיים בפירושו משנה ברורה לשולחן ערוך אורח חיים סימן קמ"א, ט"ז כאשר ליחס הציבור לגבאי (הקרוי סגן), "ואם אחד בגובה אפו עשה מריבה עם הסגן אף על פי כן על הסגן להיות מן הנעלבים". ועם זאת, "תלמיד חכם שביזוהו או חרפוהו בפרהסיא אסור לו למחול על כבודו" (בית יוסף לרבינו יוסף קארו, ספרד - ארץ ישראל, המאה הט"ז); כן ראו שו"ת מהרשד"ם (לר' שמואל די מדינה (סלוניקי - המאה הט"ז)) יורה דעה צ"ט.

כב. אכן, שימוש בלשון חריפה, שיש בה קנטור, נמצא בין תלמידי חכמים לבין עצמם (ראו למשל בבא בתרא ק"ז, ב', ודוגמאות אחרות); נדרש לכך ר' יאיר חיים בכרך (מרכז אירופה, המאה הי"ז) בשו"ת חוות יאיר סימן קנ"ב, ומסביר כי רק לכאורה נראה "כאילו נלחמים זה מול זה", והסגנון אינו "מצד הקנטורים וזלזולים חלילה", אלא "לשם שמים". תשובה זו הדפיס בעל החפץ חיים בסוף ספרו. ידועות השגות הראב"ד (ר' אברהם בן דוד) על הרמב"ם, בלשון חריפה לא אחת; ראו מאורות הדף היומי 500 (י"ט כסליו תש"ע). יתר על כן, מידה טובה היא לאדם לקבל דברי תוכחה ומוסר ("אוהב את התוכחות"), קבלת דברי תוכחה באהבה, היא מארבעים ושמונה הדברים שהתורה נקנית בהם (אבות ו', ו'); ועוד נאמר, כי כאשר מדובר בביקורת עניינית אין מדובר בכיוש כל עיקר:

"בזה אין קלון כי כל אדם עשוי לטעות... והחכם המודה על האמת יצא הפסד טעותו בשכר הודאתו לחזור אל האמת. ואם יש קלון בזה אינו אלא אם עומד בטענתו כי לא ניתן זה לחכמי האמת" (שו"ת תשב"ץ (ר' שמעון בן צמח דוראן, ספרד-אלג'יר, המאות הי"ד-הט"ו) חלק ג' סימן רפ"ה).

ואולם, בכל אלה אין כמובן משום מתן היתר ורשיון להעלבת הזולת.

ג. ראינו כי המשפט העברי מהדר לא רק בכבוד הבריות גרידא, אלא גם בכבודם של בעלי משרות, ונימוקיו עמו. אף ידי תיכון עמו לחזק את כל האמור גם בגדרי משפטה של מדינת ישראל.

כד. נוכח כל האמור, דעתי היא כי אין להיעתר לעתירה לדיון נוסף.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

1. אני מצרף את קולי לדעתו של חברי המשנה לנשיאה ריבלין.
2. חבריי פרשו בחוות דעתם יריעה רחבה באשר לעבירה של העלכת עובד הציבור העומדת במוקד הדיון בהליך זה. בתוך כך הם התייחסו לתכליתה של העבירה, הערך המוגן הניצב בבסיסה והערכים המתנגשים העומדים ברקע הדברים ומעוררים קושי ביציקת פרשנות לעבירה זו.

שני מבחנים שימשו את חבריי למציאתה של נקודת האיזון הפרשנית הראויה, שיהא בכוחה להגשים את התכלית בדבר תפקודו התקין של השירות הציבורי, מחד, ומבלי לפגוע פגיעה שאינה מידתית בזכות לחופש הביטוי, מאידך. האחד – מבחן תוכני המבקש לתור אחר פרשנות התיבה 'העלבה'; והשני – מבחן הסתברותי שעניינו מידת החשש שמעשה ההעלבה יוביל לפגיעה בתפקודו התקין של עובד הציבור, בפרט, והשירות הציבורי, בכלל. המחלוקת שהתגלעה בין חבריי מתמקדת בתוכן שניצק לכל אחד משני המבחנים.
3. התוצאה השונה אליה הגיעו חבריי בחוות דעתם – כאשר המשנה לנשיאה סבר שיש להורות על זיכוי של העותר, והשופטת פרוקצ'יה סברה כי יש להותיר את הרשעתו על כנה – עשויה ליצור את הרושם כאילו כל אחד מהם נקט עמדה שונה באשר לערכים המתנגשים, כאשר המשנה לנשיאה נתן משקל רם יותר לחופש הביטוי, בעוד השופטת פרוקצ'יה בחרה להרחיב את היקף תחולתה של העבירה. אולם, סבורני כי לא כך הוא. אדרבא, חבריי הדגישו שניהם את מעמדה הרם של הזכות לחופש ביטוי ומקומה המרכזי במשפטנו, ועמדו על הקשיים הכרוכים בעבירה של העלכת עובד הציבור. אלא שבכל אחת מחוות הדעת הוצבה נקודת האיזון במיקום שונה – המשנה

לנשיאה בחר לצמצם את המבחן התוכני, כך שדברי ביקורת יוצאו מגדרו. תחת זאת נקט במבחן הסתברותי מקל, המסתפק באפשרות סבירה לפגיעה בתפקודו התקין של השירות הציבורי, שדי בה כדי להפליל את הביטוי. השופטת פרוקצ'יה אימצה מבחן רחב יותר לתיבה העלבה, כזה המסתפק בפגיעתם של הדברים בליבת כבוד האדם של עובד הציבור, אך בשלב השני ביכרה קנה מידה מצמצם, המקיים את יסודות העבירה רק כאשר דברי ההעלבה מקימים וודאות קרובה לפגיעה בתפקודו של עובד הציבור. ובמילים אחרות, חבריי נקטו מבחן דו שלבי, כאשר כל אחד מהם בחר לסייג את היקפה של העבירה בשלב אחר. וכך יוצא, כי בסופו של יום חבריי נקטו באיזון עקרוני דומה בין הזכות לחופש ביטוי לבין הצורך להגן על תקינות תפקודו של השירות הציבורי.

ואם בכל זאת בחרתי לצרף את קולי לדעתו של המשנה לנשיאה, היה זה בין היתר מכיוון שסברתי כי המבחנים שאימץ – ובעיקר זה התוכני – מציבים אמות מידה ברורות יותר להפעלתה של העבירה במקרה נתון. אמות מידה מעין אלה יהיו עדיפות תמיד כאשר מדובר במשפט פלילי. על-פי מבחן תוכני זה, יש להבחין בין דברי ביקורת, שחברה דמוקרטית רואה אותם כבעלי ערך, לבין דברי חרפות וגידופים, אשר אינם נושאים תרומה לקידום הרעיון של שוק דעות חופשי. חרפות וגידופים מעין אלה נמצאים – כלשונו של המשנה לנשיאה – "ב'פריפריה' של מנעד ההגנה על הזכות לחופש ביטוי" (פסקה 32 לחוות דעתו) ורק הם עשויים לקיים את יסודות העבירה. יחד עם זאת, אבקש להעיר שתי הערות בהקשר זה:

ראשית, ייתכנו מקרים שבהם ההבחנה המושגית בין ביקורת לגידופים תעורר קושי ממשי. חברי המשנה לנשיאה מציע בחוות דעתו כי במקרים הללו נזהה מהו המרכיב הדומיננטי של הביטוי, ואף שהדברים מקובלים עלי, סבורני כי יתכנו מקרים שבהם הדבר לא יהיה מעשי, לדוגמה במקרה שבו שני סוגי הביטויים שלובים זה בזה עד לבלי הפרד, או כאשר שני מרכיבי הביטוי שווים בעוצמתם. לפיכך אבקש להציע כי במקרים אלה תילקח בחשבון גם עוצמת ההשפלה והביזוי שהיו כרוכים בביטוי, קרי מידת הפגיעה בכבודו של עובד הציבור. בחינה כזו תאפשר להתחשב גם בנסיבות ההתבטאות, הפורום והמקום שבו נאמרו הדברים, ומידת חשיפתו של הציבור אליהם. בהקשר זה לא הרי התבטאות בוטה שנאמרה באזניו של איש הציבור לבדו, כהתבטאות שנאמרה ברבים ולאורך תקופה ממושכת, כפי שאירע באירוע העומד בבסיסו של הליך זה. אך ברור הוא כי לנסיבות הללו חשיבות גם במסגרת המבחן ההסתברותי. כך או כך, התבטאותו של העותר שלפנינו אינה מעוררת קושי מיוחד בהקשר זה, הואיל ובחינתה מעלה כי מדובר בדברי ביקורת, קשים ובוטים ככל שיהיו. ולבסוף, וזו ההערה השנייה, איני יכול להסכים לדבריה של חברתי השופטת פרוקצ'יה, כי ההבחנה בין דברי ביקורת

לדברי גידופים "מעניקה מעמד-על מוחלט לחופש הביטוי ככל שמדובר בדברי ביקורת" (פסקה 29 לחוות דעתה). אדרבא, דברי ביקורת, חרף חשיבותם בחברה דמוקרטית, אינם הפקר, ואינם מחסנים את הדובר מפני אחריות פלילית, ולשם כך ייחד הדין הפלילי מערכות נורמטיביות אחדות ואיסורים אחרים שאינם מענייננו בגדרו של הליך זה.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

1. במחלוקת שנפלה בין חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין ובין חברתי השופטת א' פרוקצ'יה בכל הנוגע ליסודות העבירה שבסעיף 288 לחוק העונשין, תשל"ז-1978 דעתי כדעת השופטת פרוקצ'יה, ומטעמיה.

כמו חבריי אף אני סבורה כי שני המבחנים אשר לפיהם יש לבחון את התקיימות יסודותיה של העבירה בדבר העלבת עובד ציבור הינם המבחן התוכני והמבחן ההסתברותי, כמבחנים מצטברים. זאת משום שהשילוב בין שני מבחנים אלה אכן מאפשר איזון פרשני ראוי בין הערך המוגן בעבירה קרי: שמירה על כבודו ומעמדו של עובד הציבור ומעמד השירות הציבורי בכללו, ובין הזכות החוקתית לחופש הביטוי המתנגשת עימו בעבירה זו ולפיה חל איסור על "[ת]נועות, [מ]ילים או [מ]עשים" שיש בהם משום העלבת עובד ציבור או נושאי משרה אחרים המפורטים בה (דיין, פקיד של בית דין דתי וחבר ועדת חקירה), כשהם ממלאים את תפקידם או בנוגע למילוי תפקידם.

אולם, אין מקובל עלי המבחן התוכני שהציע המשנה לנשיאה ולפיו יש להבחין לעניין יסוד ההעלבה בין קללות, חרפות וגידופים ובין דברי ביקורת (וראו לעניין זה ההשגות שמנתה השופטת פרוקצ'יה בפסקה 29 לחוות דעתה). אכן, ההבחנה בין חרפות וגידופים ובין השמעת ביקורת כלפי עובד הציבור עשויה להיות קשה וטלו לעניין זה למשל ביטוי שאינו מילולי אלא אחר כגון: קריקטורה או מעשה של שריפת תמונת עובד הציבור. האבחנה עשויה להיות קשה עוד יותר נוכח העובדה שיסוד ההעלבה מתקיים לעניין העבירה דנן רק מקום שבו ההעלבה קשורה למילוי התפקיד הציבורי ומשכך נראה כי ברוב המקרים של המקרים מה שיעמוד בפנינו הוא ביטוי המשלב בין ביקורת הקשורה למילוי התפקיד הציבורי ובין סגנון בוטה אשר ניתן לכנותו חרפות וגידופים. המשנה לנשיאה עמד על קושי זה בפסקה 34 לחוות דעתו אך

הצעתו לפיה יש לתור במקרים כאלה אחר המאפיין הדומיננטי מבין השניים, אין בה לדעתי פתרון מספק. על כן, לא אוכל לקבל את דברי חברי השופט א' לוי לפיהם המבחן התוכני שמציע המשנה לנשיאה מציב "אמות מידה ברורות יותר להפעלתה של העבירה במקרה הנתון". זאת ועוד. גם מבחינה מהותית נראה לי כי "נייר הלקמוס" הבוחן את קיומו או אי קיומו של יסוד ה"העלבה" שבעבירה איננו יכול ואיננו צריך להיות מותנה אך ורק בסגנון שבו נאמרו הדברים. בכך נמצאנו מוציאים מראש מגדר העבירה שורה שלימה של התבטאויות (במילים, במעשים או בתנועות) רק משום שנאמרו בסגנון "נקי", אף שניתן בהחלט להעלות על הדעת ביטויי עלבון קשים, מבזים ומשפילים במיוחד כלפי עובד הציבור בקשר עם מילוי תפקידו, אשר לא בהכרח יכללו גידופים או קללות אך יש בהם כדי לפגוע פגיעה ממשית וקשה בערך המוגן בעבירה עליו עמדנו לעיל.

אשר למבחן ההסתברותי - נראה כי קיימת ובצדק תמימות דעים באשר לצורך בהתקיימותו של מבחן זה כיסוד מיסודות העבירה שהרי אילו עמד העותר על אי בודד ובידו השלט העולב במתלונן, דומה כי לא יהיה מי שיחלוק על כך שבנסיבות אלה ובהעדר חשש כלשהו כי מעשה ההעלבה יוביל לפגיעה בתפקודו התקין של השירות הציבורי בכלל ושל המתלונן בפרט, אין עניין לייחס פליליות להתנהגותו של העותר. באשר למהותו של המבחן ההסתברותי אני שותפה, כפי שכבר צויין, לעמדתה של השופטת א' פרוקצ'יה לפיה נדרשת וודאות קרובה לקיומה של פגיעה ממשית וקשה בערך המוגן. דרגה גבוהה זו של הסתברות יש בה כדי לתחום את גבולות העבירה ב"מעגל הפנימי" על דרך של פירוש יסודותיה באופן המאזן נכונה בין הערכים המתנגשים במקרה דנן. בהקשר זה מקובלים עלי דבריה של חברתי הנשיאה (אשר בהינתן התוצאה אליה הגיעה, לא נדרשה להחליט בסוגיה) התומכת אף היא במבחן המחמיר "נוכח החשיבות המיוחסת בשיטתנו המשפטית לזכות לחופש הביטוי וההכרח לתחום את עבירת ההעלבה למקרים חריגים וקיצוניים".

2. במקרה דנן מתקיימים לדעתי הן המבחן התוכני והן המבחן ההסתברותי כפירוש שניתן להם בחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה. הדברים אותם הניף העותר לעיני כל לאורך שבעה ימים בפתח תחנת המשטרה בחדרה בכנותו את המתלונן "תפוח רקוב" בשורות המשטרה ובייחסו לו שחיתות ושיתוף פעולה עם עבריינים, יש בהם פגיעה קשה ב"ציפור הנפש" של המשטרה שהינה הגוף הממסדי הממונה על שמירת החוק, על חקירת עבירות ועל הבאת עבריינים לדין. כעוצמתה של הפגיעה כך גם עוצמת החשש הקיים, בוודאות קרובה, במקרה דנן כי דבריו העולבים של העותר

עלולים לפגוע בתפקודו של המתלונן ושל המערכת המשטרית אליה הוא משתייך, בייחוד בהינתן העובדה כי מדובר בתחנת משטרה מקומית בעיר לא גדולה.

3. לבסוף ראיתי להתייחס בקצרה גם לשאלה אשר בגינה נענתה לכתחילה העתירה לדיון נוסף והיא - "[ש]אלת הנפקות של אמיתות הפרסום במסגרת עבירת 'העלבת עובד הציבור'". עיון בחוות הדעת של חבריי מלמד כי במידה מסויימת נדחקה שאלה זו לקרן זווית. אולי כך קרה משום שלגביה קיימת תמימות ואחידות דעים כי יש לדחות את עמדת העותר הטוען כי אמיתות הפרסום שוללת את יסוד ההעלבה שבעבירה על פי המבחן התוכני. זו גם דעתי, מן הטעמים שהיטיבו לפרט חבריי (ראו למשל פסקה 2 לחוות דעתה של חברתי השופטת מ' נאור). בהקשר זה אבקש להוסיף אך זאת- בחוות דעתה ציינה הנשיאה כי אין מרבים להעמיד לדין בגין העבירה של העלבת עובד ציבור. קרוב לוודאי שהדבר נובע משיקול הדעת המופעל על ידי גורמי התביעה ומאמות המידה המיושמות על ידם בהקשר זה ובהם, בין היתר, אמיתות האמירה לכאורה (ראו הנחיה מס' 4.1103 (90.002) להנחיות היועץ המשפטי לממשלה בדבר הגשת כתבי אישום בעבירות של העלבת עובד ציבור וזילות בית המשפט, ובמיוחד ראו סעיף 6(א)(4) לאותה הנחיה). אכן סוגיית אמיתות האמירה לכאורה אף שאין בה כדי לשלול את יסוד ההעלבה צריכה בהחלט לקבל את המשקל המתאים הן בשלב החקירה, שנועדה לבירור ולאיסוף הראיות הנוגעות לאירוע, והן בשלב קבלת ההחלטה בדבר העמדה או אי-העמדה לדין. בסיכומיה ציינה המשיבה כי אמיתות האמירה לכאורה עשויה להוליך במקרים מתאימים גם לזיכוי בדין אם וככל שהוחלט על הגשת כתב-האישום וכדבריה "היזקקות בית המשפט לשאלת אמיתות הדברים תיעשה אך ורק במקרים מתאימים, וככל שאמיתות הביקורת צפה מאליה ואינה מצריכה חקירה נפרדת ומייגעת המסיטה את הדיון למחוזות לא לנו" (פסקה 24 לסיכומים). עמדה זו מקובלת עלי ומבחינה אנליטית, מששללנו את השפעתה של סוגיית אמיתות ההתבטאות על יסוד ה"העלבה", ניתן לומר כי באותם מקרים שבהם אמיתותה של ההתבטאות גלויה וברורה על פניה אין מתקיים קשר סיבתי בין יסוד ה"העלבה" (הנבחן באמות מידה אובייקטיביות בעיקרון) ובין הערך המוגן בעבירה בה עסקינן. במילים אחרות ניתן לומר כי החשש, בוודאות קרובה, לפגיעה בחוסנו של השירות הציבורי באותן נסיבות, אינו נובע או אינו נובע רק מן ההעלבה אלא מאמיתות הדברים, ככל שזו גלויה וברורה על פניה ואינה מצריכה חקירה ודרישה וניהול "משפט בתוך משפט" בו יהפוך המתלונן על עבירת ההעלבה לנאשם.

בשל כל הטעמים המפורטים לעיל אני מצטרפת למסקנתה של השופטת א' פרוקצ'יה לפיה יש לדחות את העתירה לדיון נוסף ולהותיר את פסק הדין מושא העתירה על כנו.

שופטת

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה – כנגד דעתם החולקת של הנשיאה ד' ביניש, המשנה-לנשיאה א' ריבלין והשופט א' א' לוי – לדחות את העתירה לדיון נוסף ולהשאיר בעינה את הרשעתו של העותר בעבירה של העלבת עובר ציבור.

ניתן היום, ח' בתמוז התשע"א (11.7.2011).

שופטת (בדימ')

המשנה-לנשיאה

הנשיאה

שופטת

שופטת

שופט

שופטת

שופט

שופט