

רע"פ 5991/13 - אליצור סגל נגד מדינת ישראל, הרב ישראל וייס, האגודה לזכויות האזרח בישראל

בבית המשפט העליון

רע"פ 5991/13

לפני:
כבוד הנשיאה (בדימ') מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן
כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ע' ברון

המבקש: אליצור סגל

נגד

המשיבים:
1. מדינת ישראל
2. הרב ישראל וייס
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי
בירושלים ב-ע"פ 2696-03-13 מיום 2.6.2013 שניתן
על ידי כבוד השופטים: נ' בן אור, ת' בזק רפפורט ו-ר'
וינוגרד

תאריכי הישיבות: ו' בשבט התשע"ה (26.1.2015)
כ"ד בכסלו התשע"ו (6.12.2015)
עמוד 1

בשם המבקש:

עו"ד יצחק בם

בשם המשיבים 1-2:

עו"ד אריה פטר; עו"ד עדי שגב
עו"ד דן יקיר; עו"ד לילה מרגלית

בשם המשיבה 3:

פסק-דין

*

הנשיאה (בדימ') מ' נאור:

1. מה היקף תחולתה של העבירה בדבר העלבת עובד ציבור והאם די במגבלות שנקבעו בעניין זה בדנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 23 (2011) (להלן: הלכת אונגרפלד)? אלו השאלות העומדות לפנינו בהליך דנא.

רקע וההליכים הקודמים

2. בסוף שנת 2004 פירסם המבקש באתר האינטרנט "מנהיגות יהודית", בו שימש כעורך, מאמר שדן בתפקודו של המשיב 2, אשר כיהן בשעתו כרב הצבאי הראשי (להלן בהתאמה: המאמר והרב הצבאי). במאמר, שכותרתו "הרבצ"ר מטעם", השווה את הרב הצבאי לרב "מטעם המלכות" ותקף את התנהלותו. במיוחד כווננו דברי המבקש נגד "שתיקתו" של הרב הצבאי לנוכח מה שהמבקש ראה כנכונות צה"ל לסכן את חייליו כדי להימנע מפגיעה באוכלוסיית האויב; שירות נשים בצבא לצד גברים; חילול שבת בצבא; השתתפות הצבא ביישום "תוכנית ההתנתקות"; ואי-הקפדה על הכשרות בבסיסי צה"ל. בין היתר, נכתב במאמר כי הרב הצבאי:

"מסייע לרצח - איסור יהרג ובל יעבור. מסייע לגילוי עריות - איסור יהרג ובל יעבור.
מסייע לחילול שבת - איסור סקילה. מסייע לביטול מצוות ישוב הארץ - השקולה ככל
התורה כולה. די בזה ואין צורך להשלים את דמותו". (להלן יכוננו דברים אלה: ליבת
המאמר)

3. ביום 23.7.2006 הוגש לבית משפט השלום בירושלים כתב אישום נגד המבקש בו יוחסה לו עבירה של העלבת עובד הציבור, לפי סעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן, בהתאמה: עבירת ההעלבה או העבירה וחוק העונשין). בכתב האישום צוין כי במאמרו תקף המבקש את תפקודו של הרב הצבאי והוזכרו במיוחד הדברים שבליבת

המאמר כמפורט לעיל. עוד נאמר שם כי במעשיו, העליב המבקש עובד ציבור כשהוא ממלא תפקידו או בנוגע למילוי תפקידו.

4. לאחר הגשת כתב האישום ובטרם ניתן פסק הדין בעניינו של המבקש, ניתנה הלכת אונגרפלד שבה דן בית משפט זה בפרשנות עבירת ההעלבה. הלכה זו תידון בהרחבה בהמשך, אך כבר בשלב זה יצוין כי נקבעו בה שני מבחנים מצטברים לתחולת העבירה: מבחן תוכני ומבחן הסתברותי. לפי המבחן התוכני שקבעו שופטי הרוב, "העלבה" תתקיים רק אם מדובר ב"ביטוי שלילי הפוגע בליבת כבודו של האדם וכרוך בפגיעה מהותית וקשה בגרעין המוסרי-ערכי שממנו שואב עובד הציבור את מקור כוחו וסמכותו" (שם, בעמ' 91 (השופטת (בדימ' א' פרוקצ'יה)). מיעוט השופטים סבר כי יש להבחין בין ביקורת נגד השלטון, שכלל לא תיחשב "העלבה", לבין חרפות וגידופים (שם, בעמ' 66-67 (המשנה לנשיאה א' ריבלין); בעמ' 138-140 (השופט א' א' לוי)). הנשיאה ד' ביניש סברה כי אין לצמצם את העבירה רק לחרפות וגידופים וכי יש לבחון אם מדובר בביטויים שעיקרם ביזוי והשפלת עובד הציבור (שם, בעמ' 105-106). לפי המבחן ההסתברותי שנקבע בדעת רוב, על מנת שתתקיים עבירת ההעלבה נחוצה "ודאות קרובה לפגיעה ממשית באופן מילוי תפקידו הציבורי של עובד הציבור, ואגב כך, לפגיעה במערכת השירות הציבורי ובאמון הציבור בה" בשל העלבון (שם, בעמ' 96-97 (השופטת (בדימ' א' פרוקצ'יה)).

5. ביום 25.12.2012 ניתן פסק דינו של בית המשפט השלום בעניינו של המבקש (ת"פ 3099/06 (השופטת א' זיסקינד)). למען שלמות התמונה יצוין כי ההליך התארך בעקבות התדיינות משפטית ממושכת בין הצדדים בשאלות הנוגעות לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 אשר אינן עוד מענייננו בהליך דנא (לפסק הדין בעניין זה, ראו עע"ם 2398/08 מדינת ישראל - משרד המשפטים נ' סגל (19.6.2011)). בפסק הדין הורשע המבקש בעבירת ההעלבה ונפסק כי התקיימו לגבי המאמר שני המבחנים שנקבעו בהלכת אונגרפלד. בכלל זה, נפסק כי האמירות בליבת המאמר לפיהן הרב הצבאי שותף לרצח, לגילוי עריות ולחילול שבת נוגעות לשורש תפקידו ושומטות מהיסוד את מקור סמכותו הרוחנית-הלכתית כלפי החיילים הנעזרים בשירותי הרבנות הצבאית. בית המשפט קבע כי הדברים מהווים השפלה והעלבה היורדות לליבת כבודו ותפקידו של הרב הצבאי כאיש הלכה וכאיש צבא וכי הם מסכנים, בוודאות קרובה, את תפקוד הרבנות הצבאית בכלל ואת תפקוד הרב הצבאי בפרט. זאת, בין השאר, בשל חשיפתו הנרחבת של המאמר שכלל ביטויים קשים ופוגעניים מאין כמותם שנועדו לפגוע ברב הצבאי ואשר לדידו של בית המשפט השלום אינם מהווים ביקורת עניינית. כן נדחו טענות המבקש בדבר הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית על רקע פוליטי, זוטי דברים והגנת אמת הפרסום. ביום 31.12.2012 ניתן גזר הדין בו הוטלו עליו שישה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, בתנאי שלא יעבור עבירת העלבה או עבירה על חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. בנוסף הושת על המבקש קנס בסך 3,000 ש"ח או מאסר של 30 ימים תחתיו ותשלום פיצוי לרב הצבאי בסך 4,000 ש"ח.

6. המבקש עירער על פסק הדין לבית המשפט המחוזי בירושלים (ע"פ 13-03-2696, השופטים נ' בן-אור, ת' בזק-רפפורט ו-ר' יונגרד). המשיבה 3 (להלן: האגודה) הצטרפה להליך כידידת בית המשפט. ביום 2.6.2013 נדחה הערעור על הכרעת הדין. בית המשפט המחוזי קבע כי רובו ככולו של המאמר אינו חורג מביטוי פוליטי מותר, בין השאר, משום שסף הסיבולת של עובד ציבור, וודאי עובד בכיר, צריך להיות גבוה. עם זאת, נפסק כי בדברים שבליבת המאמר חצה המבקש את גבול ההתבטאות הלגיטימית. נקבע כי דברים אלה מקיימים את המבחן התוכני וכי לא מדובר "בהבעת עמדה פוליטית ערכית בסוגיה שלציבור יש עניין רב בשיח חופשי לגביה" (פיסקה 14 לפסק הדין). לשיטת בית המשפט המחוזי, גם המבחן ההסתברותי התקיים משום שתוכן הפרסום פוגעני במיוחד, סגנונו בוטה ומבזה והוא נכתב על ידי אדם בעל השפעה בהיותו בעל סמיכה לרבנות ואיש חינוך. בהקשר זה צוין כי הדברים פורסמו באתר אינטרנט שאלפים גולשים בו מדי חודש "וניתן להניח במידה רבה של וודאות (וב"כ המערער לא חלק על כך), כי רובם ככולם קוראים

המזדהים עם רוח האתר ואינם קוראים את הפרסומים בו קריאה ביקורתית" (פיסקה 16 לפסק הדין). בית המשפט המחוזי העיר כי מעמדו של עובד הציבור היא אחת הנסיבות שיישקלו במסגרת המבחן ההסתברותי אך דחה את הטענה כי הלכת אונגרפלד חלה רק על עובדי ציבור זוטרים. כן נדחתה טענת המבקש לפיה לא היה מקום להרשיעו משום שהרב הצבאי כלל לא היה מודע לפרסום עד אשר הוצג לפניו בחקירה המשטרית, תוך שנקבע כי אין צורך להוכיח שעובד הציבור אכן "נעלב" בפועל או כי תפקודו נפגע. בית המשפט המחוזי דחה גם את טענות המבקש בדבר הגנה מן הצדק וזוטי דברים ולגבי היחס הראוי בין דיני לשון הרע לבין עבירת ההעלבה. בשולי הדברים הוא ציין כי הרהר אם יש במאמר אף משום עבירה של הסתה לאלימות. ערעורו של המבקש על גזר הדין התקבל בחלקו ומשך המאסר על-תנאי שהוטל עליו קוצר לחודש אחד בשל הפגיעה בחופש הביטוי הכרוכה בעונש שנגזר עליו בתחילה. הקנס והפיצוי שנגזרו עליו נותרו על כנם.

בקשת רשות הערעור

7. על פסק הדין הוגשה בקשת רשות הערעור שלפנינו. המבקש טען כי עבירת ההעלבה היא עבירה ארכאית הפוגעת באופן קשה בחופש הביטוי ובעקרונות המשטר הדמוקרטי. לדבריו, הלכת אונגרפלד ביקשה להתמודד עם קשיים אלה, אך גם היא מעוררת קשיים ויש לבחון אם להותירה על כנה ולחלופין להצר את גבולותיה. הוא סבר כי נדרשת הגדרה ברורה יותר של הערך המוגן העומד בבסיס עבירת ההעלבה וכי הערך שהוגדר בהלכת אונגרפלד אינו ראוי להגנה. המבקש התמקד בחשיבותה של "פובליציסטיקה בעניינים חברתיים ופוליטיים" וטען כי לגבי פרסומים כאמור יש לאמץ את המבחן התוכני שהציע המיעוט בהלכת אונגרפלד או להחמיר בדרישות המבחן ההסתברותי. בנוסף, הוא טען כי המבחן ההסתברותי קשה ליישום באופן אחיד ועקבי וכי כתוצאה מכך נפגעת הוודאות המשפטית ונוצר "אפקט מצנן" על חופש הביטוי. לשיטתו, מבחן זה הופך ביטויים שלהם חשיבות חברתית רבה לפגיעים לעבירה בעוד שביטויים שחשיבותם פחותה, כגון קללות, עשויים לצלוח אותו ביתר קלות. לדעת המבקש, יש להבהיר כי המבחן ההסתברותי הוא נורמטיבי ואינו בוחן את מצב הדברים בפועל. בנוסף, הוא טען כי ביקורת על עובד ציבור בכיר ראוייה ליתר הגנה מפני העבירה וכי יש להבחין בין פרסום מעל במה ציבורית לבין שהוטח בעובד הציבור במסגרת הפגנה או פניה ישירה אליו, בשל יסוד ההטרדה הקיים בהם ומשום שבנסיבות אלה העובד הוא בגדר "קהל שבוי". לשיטת המבקש, יש לקבוע כי המבחן ההסתברותי כלל לא יתקיים ביחס לפרסום מעל במה ציבורית של מאמר פובליציסטי העוסק בעובד ציבור בכיר. בנוסף, לטענתו יש לקבוע כי אם חלקו הדומיננטי של המאמר אינו חוצה את גבול המותר, "יכשיר" הדבר גם ביטויים החורגים מכך.

עוד טען המבקש כי יש לקבוע אמות מידה להפעלת שיקול הדעת בהעמדה לדין בגין עבירת ההעלבה. לדבריו, המדיניות בעניין זה אינה אחידה ועקבית ומתעורר חשש כי ננקטת גישה מחמירה יותר כלפי צד אחד במפה הפוליטית. הוא קרא להכיר באופן רחב בהגנה מן הצדק ובהגנת זוטי דברים בהקשר של עבירת ההעלבה, וזאת בשל חשיבותו של חופש הביטוי. עוד טען המבקש כי אין להטיל מאסר על-תנאי בעבירות הנוגעות לחופש הביטוי נוכח האפקט המצנן הכרוך בכך ולא לפסוק פיצוי ל"מתלונן" בעבירת ההעלבה, משום שהעבירה נועדה להגן על תפקוד השירות הציבורי ולא על מתלונן מסוים. אשר למקרה דנא, נטען כי מדובר במאמר המצוי בליבת חופש הביטוי בעניינים ציבוריים-פוליטיים שערכו החברתי גדול בהרבה מנזקו.

עמדת המדינה

8. המדינה טענה כי אין הצדקה לקיים דיון ב"גלגול שלישי" בתיק משום שהוא לא מעורר שאלה משפטית חדשה, אלא מדובר ביישום בלבד של הלכת אונגרפלד ובטענות לגבי העונש. היא טענה כי הלכת אונגרפלד דנה בשאלות שהעלה המבקש ואין מקום להרהר אחריה. המדינה דחתה את ההבחנה שהציע המבקש בין פרסום מעל במה ציבורית לבין הפגנה או משלוח פנייה מעליבה לעובד הציבור. לטענתה, גישה זו מקנה "מעמד על" לעלבוננו האישי של העובד ואינה מתיישבת עם הערך המוגן בעבירת ההעלבה שעניינו חוסנו של השירות הציבורי ולא עניינו הפרטי של עובד הציבור. לשיטתה, המבחן ההסתברותי יכול להתקיים גם כשהדברים נאמרו מעל במה ציבורית ותוצאותיו תלויות בנסיבות. בנוסף, היא טענה כי במסגרת המבחן ההסתברותי עשוי להיות משקל לכך שהדברים הוטחו בפניו של עובד הציבור, אך אין זה תנאי הכרחי ואין משמעות בלעדית לעובדה שהוא יכול היה להימנע מלהיחשף לכך.

9. לשיטת המדינה, הלכת אונגרפלד יושמה כנדרש בענייננו. היא לא חלקה על כך שהמבקש רשאי היה להשמיע ביקורת קשה על תפקוד הרב הצבאי וכי רף הסיבולת של עובד ציבור כלפי ביטויים עולבים צריך להיות גבוה מזה של עובד זוטרי. לפיכך, לדבריה, אילו היה כותב המבקש כי הרב הצבאי הוא "תפוח רקוב" ו"מושחת", כפי שכתב הנאשם בהלכת אונגרפלד, כלל לא היה מוגש כתב אישום נגדו. בנוסף, טענה המדינה כי דברי המבקש במאמר לפיהם הרב הצבאי היה צריך לפסוק הלכה בעניין כללי הפתיחה באש; בעניין השירות המשותף של נשים וגברים בצבא; לאסור חילול שבת לצרכים שאינם מבצעיים לרבות פינוי מאחזים; לאסור על חיילים להשתתף בתוכנית ההתנתקות, וכי משלא עשה כן נכשל בתפקידו - אינם חורגים מחופש הביטוי הפוליטי המותר ולא עולים כדי עבירה פלילית. עם זאת, לטענתם בדברים שבליבת המאמר חצה המבקש את הגבול לעבר העבירה הפלילית. לדידה של המדינה, דברים אלה מקיימים את מבחני הלכת אונגרפלד. בכלל זה נטען כי מדובר "במצבור אמירות קיצוני במיוחד מבחינת עוצמת הביזוי, עומק ההשפלה ועומק הפגיעה הפוטנציאלית - ואף הפגיעה הממשית - בתפקודו של הקצין הרלוונטי" (פיסקה 5 להודעה מיום 8.2.2015). המדינה סברה כי הדברים נוגעים ללב ליבו של המעמד המיוחד של הרב הצבאי ולשדרה הערכית ממנה הוא שואב את סמכותו ולכן הם רומסים את מעמדו המוסרי והתורני בכלל ובקרב הציבור הנזקק לשירותיו בפרט. בנוסף, לטענתה, התקיימה ודאות קרובה לפגיעה ברבנות הצבאית ובתפקודו של הרב הצבאי בעקבות המאמר. זאת, בהתחשב במיהות הכותב (שהוא לדבריה אדם בעל השפעה, איש חינוך ובעל סמיכה לרבנות), זהות קוראי המאמר וחומרת הביטויים. לטענתה, העלבונות זכו לחשיפה נרחבת משום שהמאמר פורסם באתר אינטרנט שאליו נכנסים, לדברי המבקש בעדותו בבית משפט השלום, בין 10,000 ל-15,000 אנשים מדי חודש וניתן היה לעיין בו חודשים רבים לאחר הפרסום. בנוסף, נטען כי אף שככלל אין לדרוש שחיקה בפועל בתפקודו של עובד הציבור, עדותו של הרב הצבאי המחישה את פוטנציאל הפגיעה בתפקודו. לבסוף, טענה המדינה כי בצדק נדחו טענות המבקש בדבר זוטי דברים והגנה מן הצדק וכי העונש העדכני שהוטל עליו הוא מאוזן וראוי. הרב הצבאי, מצידו, מסר כי ראוי היה להשית על המבקש פיצויים בגין דבריו הקשים.

עמדת האגודה

10. האגודה ביקשה להצטרף גם להליך דנא כידידת בית המשפט. בדומה למבקש, אף לשיטתה יש להבהיר את גבולות עבירת ההעלבה לגבי מאמרי דעה ביקורתיים כלפי עובדי ציבור בכירים ואת האופן שבו יש ליישם את הלכת אונגרפלד על מקרים מעין אלה. היא טענה כי לולא הוראת שמירת הדינים הקבועה בסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עבירת ההעלבה לא הייתה עומדת במבחן החוקתיות. האגודה הדגישה את חשיבותה של ביקורת לתפקוד השירות הציבורי ולאמון הציבור בו וקראה לאמץ את דעת המיעוט בהלכת אונגרפלד ולקבוע שהעבירה לא נועדה לביטויים שעיקרם ביקורת וטענות מהותיות כלפי עובדי ציבור. האגודה סברה אף היא כי אין לראות משום עבירה

בפרסום מאמר פובליציסטי שבו ביקורת קשה ואף מעליבה נגד עובד ציבור בכיר כאשר אין בו יסוד של הטרדה. בנוסף, נטען כי נדרשת הגנה רחבה במיוחד מפני תחולת העבירה מקום שהעלבון מופנה נגד עובד ציבור בכיר.

האגודה טענה כי המקרה דנא מהווה "עליית מדרגה מדאיגה" ביישומה ובפרשנותה של עבירת ההעלבה וכי אין זה המקרה היחיד שבו הועמד לדין אזרח בשל כתיבת מאמר ביקורת נגד עובד ציבור. לדידה, מדובר במקרה מובהק של ביקורת כחלק מדיון ציבורי בשאלות פוליטיות וערכיות השנויות במחלוקת אשר הרציונלים שביסוד חופש הביטוי מתקיימים לגביו במלוא עוצמתם. האגודה טענה כי לא הוכח שהמאמר מקים ודאות קרובה לפגיעה בשירות הציבורי ולדידה אם ייקבע אחרת, יוביל הדבר לריקונו מתוכן של המבחן ההסתברותי. בנוסף, הגישה האגודה נתונים בדבר הגשת כתבי אישום בעבירת ההעלבה שהתקבלו ביום 30.6.2015 מפרקליטות המדינה ומהמשטרה, במענה לפנייתה של חברת הכנסת זהבה גלאון בנושא (להלן: הנתונים העובדתיים). היא טענה כי הלכת אונגרפלד הסתמכה במידה רבה על כך שיינקט ריסון בהעמדה לדין בשל עבירת ההעלבה. אולם, לדבריה מהנתונים העובדתיים עולה שהגשת כתבי אישום בשל העבירה אינה עניין נדיר ולעיתים מוטלים בגינה עונשים משמעותיים, לרבות מאסר. האגודה טענה כי מרבית כתבי האישום בגין העבירה מוגשים בשל קללות נגד עובדי ציבור זוטרים שכלל לא מצדיקות העמדה לדין. לשיטתה, יש לייחד את העבירה לביטויים חמורים המתקרבים לרף של עבירת האיומים או של עבירת ההסתה (סעיפים 192 ו-144ד2 לחוק העונשין) אף אם לא מתקיימים בהם יסודותיהן של אותן עבירות.

התפתחויות נוספות

11. ביום 27.11.2013 הורה חברי השופט ח' מלצר להעביר את הבקשה לדין בפני הרכב תלתא. ביום 26.1.2015 קיימנו דיון בבקשה במושב תלתא, בו נתבקשה המדינה לבחון מחדש את עמדתה במקרה דנא. ביום 8.2.2015 נמסר כי לאחר בחינת הנושא מחדש על ידי פרקליט המדינה, לא שינתה המדינה את עמדתה. זאת, תוך שהודגש כי במקרה שלפנינו מדובר במצבור אמירות קיצוני במיוחד מבחינת עוצמת הביזוי והפגיעה הפוטנציאלית ואף הממשית בתפקוד הרב הצבאי כמו גם במעמדו המוסרי והתורני בכלל ובקרב הציבור הנזקק לשירותיו בפרט. עוד ביקשה המדינה כי אם יוחלט להידרש מחדש להלכת אונגרפלד, יידון העניין בפני הרכב מורחב.

12. ביום 10.2.2015 החלטנו להרחיב את ההרכב שידון בהליך, וביום 6.12.2015 התקיים דיון בפני ההרכב המורחב, בו הציגו בעלי הדין את טענותיהם.

דיון והכרעה

13. לאחר שבחנו את טענות הצדדים, החלטנו, מתוקף סמכותנו לפי סעיף 205 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, לדון בבקשה כאילו ניתנה בה רשות לערער והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. כבר בפתח הדברים ייאמר כי לטעמי אין להרשיע את המבקש בעבירת ההעלבה בגין המאמר.

14. עבירת ההעלבה מעוגנת בסעיף 288 לחוק העונשין, הקובע כך:
עמוד 6

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 תפקידים או
בנוגע למילוי תפקידים, דינו - מאסר ששה
חודשים.

פסק הדין המנחה בפרשנות העבירה הוא כאמור הלכת אונגרפלד, וזו תהא נקודת המוצא לדין בענייננו.

הלכת אונגרפלד

15. בהלכת אונגרפלד נדונה שאלת תחולתה של עבירת ההעלבה בענייניו של המבקש שם. הלה לא היה שבע רצון מהטיפול בתלונותיו על ידי שוטר מסוים. על רקע זה, הוא ערך, בין השאר, שביתת רעב מול תחנת המשטרה שבה שירת השוטר ובמשך שבוע ימים הציג לראווה שלט שבו נכתב כי יש לפטרו בשל שיתוף פעולה עם עבריינים וכי "המשטרה לא צריכה תפוחים רקובים". הוא הורשע בעבירת ההעלבה והרשעתו נותרה על כנה גם בערעור לבית משפט זה (רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (13.8.2008) (להלן: רע"פ אונגרפלד)). המבקש לא השלים עם פסק הדין והגיש בקשה לדין נוסף. זו אושרה ועניינו נדון לפני הרכב מורחב של בית משפט זה (הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין, השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה והשופטים א' א' לוי, ע' ארבל, א' רובינשטיין, ס' ג'ובראן, א' חיות ואנוכי). השאלה שהועמדה שם לדין נוסף, על פי החלטת המשנה לנשיאה א' ריבלין מיום 19.1.2009, הייתה נפקותה של אמיתות הפרסום במסגרת עבירת ההעלבה. כל שופטי ההרכב סברו כי אמיתות הפרסום אינה מוציאה אותו מגדרי עבירת ההעלבה. עם זאת, בפסק הדין הורחבה היריעה מעבר לכך ונדונו בו סוגיות נוספות הנוגעות לפרשנותה של עבירה זו. בשל חשיבותם הרבה של הדברים לענייננו, אפרט את עיקר הקביעות שנקבעו שם.

16. בית המשפט, בהלכת אונגרפלד, עמד על פגיעתה הקשה של עבירת ההעלבה בחופש הביטוי. נקבע כי העבירה אמנם חסינה מפני בחינה חוקתית לנוכח כלל שמירת הדינים, אך יש לפרשה באופן מצמצם בשל פגיעה זו (ראו, למשל, שם בעמ' 50-51, 55, 73 (המשנה לנשיאה א' ריבלין), 89 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה), בעמ' 103-104 (הנשיאה ד' ביניש) ובעמ' 121-122 (השופט ס' ג'ובראן)). בית המשפט הבהיר כי הערך המוגן שביסוד עבירת ההעלבה אינו האינטרס הפרטי של עובד הציבור, אלא האינטרס הכללי בדבר תפקודו התקין של השירות הציבורי, כפן מסוים של האינטרס בדבר שמירה על הסדר הציבורי (שם, לדוגמה בעמ' 51-55 (המשנה לנשיאה א' ריבלין), בעמ' 85-86 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה) ובעמ' 104 (הנשיאה ד' ביניש)). בנוסף, כל השופטים סברו כי יש להתנות את תחולתה של עבירת ההעלבה בשני מבחנים מצטברים: מבחן תוכני, הבוחן את יסוד ה"העלבה", ומבחן הסתברותי, העוסק בסיכוי הפגיעה בערך המוגן. בעוד שלגבי עצם קיומם של המבחנים שררה תמימות דעים בין השופטים, דעותיהם נחלקו באשר למהותם. דעת הרוב הייתה כי במסגרת המבחן התוכני, לצורך קיום יסוד ה"העלבה" נדרש "ביטוי שלילי הפוגע בליבת כבודו של האדם וכרוך בפגיעה מהותית וקשה בגרעין המוסרי-ערכי שממנו שואב עובד הציבור את מקור כוחו וסמכותו" (שם, בעמ' 91 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה)). המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופט א' א' לוי סברו, בדעת מיעוט, כי ההגנה על הביטוי המעליב צריכה להיגזר מחשיבותו החברתית וכי יש להבחין בין ביטויים שבליבת חופש הביטוי, כגון ביקורת על השלטון, אשר כלל לא ייחשבו "העלבה", לבין גידופים וקללות (שם, למשל בעמ' 66-67 (המשנה לנשיאה א' ריבלין) ובעמ' 139-140 (השופט א' א' לוי)). הנשיאה ד' ביניש, בדעת יחיד, קבעה כי לצורך ההבחנה בין ביקורת לבין העלבה, יש לבחון האם מדובר בביטויים שעיקרם ביזוי עובד הציבור והשפלתו וכי אין לצמצם את העבירה לחרפות וגידופים בלבד (שם, בעמ' 105-106). אשר למבחן ההסתברותי, מרבית השופטים סברו כי העבירה תחול רק בהתקיים

ודאות קרובה כי העלבון יביא לפגיעה קשה בעובד הציבור במילוי תפקידו ובהתאם גם בשירות הציבורי (שם, בעמ' 90, 97-96 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה)). לעומת זאת, מיעוט השופטים קבעו כי די ב"אפשרות סבירה" לפגיעה בערך המוגן (שם, בעמ' 75 (המשנה לנשיאה א' ריבלין), בעמ' 132 (השופט א' רובינשטיין) ובעמ' 138-139 (השופט א' א' לוי)).

מעבר לכך, חלק מהשופטים הביעו דעתם כי יש לנהוג ריסון גם במסגרת ההעמדה לדין בגין עבירת ההעלבה (שם, בעמ' 102 (חוות דעת), בעמ' 104 (הנשיאה ד' ביניש) ובעמ' 132-133 (השופט א' רובינשטיין)) וכן באמצעות שימוש בהגנה בדבר זוטי דברים (שם, בעמ' 83-84, 97 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה) ובעמ' 116 (השופטת ע' ארבל)).

17. דעות השופטים נחלקו גם באשר ליישום העקרונות הכלליים שנקבעו בנסיבות אותו מקרה, ובהתאם בשאלת הרשעתו של המבקש שם. הנשיאה ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופט א' א' לוי סברו כי האופי הדומיננטי של דבריו של אונגרפלד היה ביקורת על תפקודו של השוטר והבעת מחאה, ולדידם הם אינם עולים כדי עבירת ההעלבה (שם בהתאמה, בעמ' 108, 77-78 ו-140). לעומת זאת, השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה והשופטת ע' ארבל הדגישו את הפגיעה העמוקה בכבודו של השוטר שנגרמה, בין היתר בשל תוכנם הקשה של הדברים שייחסו לו שחיתות, השפילו וביזו אותו ואשר הוצגו לעיני כל במשך כשבוע ימים. לשיטתן, דברים אלה פגעו ביכולתו למלא את תפקידו ובתשתית האמון הבסיסית כלפיו וכלפיו המשטרה כולה. לפיכך, הן סברו כי יש לדחות את העתירה לדין נוסף ולהותיר את הרשעת המבקש על כנה. לעמדה זו הצטרפו חברי השופטים ס' ג'ובראן, א' חיות (ראו בהתאמה שם, בעמ' 98-101, 118-120, 124, 142). השופט א' רובינשטיין שהצטרף אף הוא למסקנה המרשיעה, סבר כי מדובר בגידופים ועלבונות ולא בדברי ביקורת (שם, בעמ' 128, 133). כשלעצמי, ציינתי כי בשאלה שהועמדה לדין נוסף (בעניין נפקותה של אמיתות הפרסום בגדרי עבירת ההעלבה) עמדתי היא כעמדתם המשותפת של השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה והמשנה לנשיאה א' ריבלין. כן הערתי כי "עם זאת, ולאור ההלכה שנפסקה בדנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583 (2004), בעניין גדרי סמכותו של בית המשפט הדן בדיון נוסף בהליך פלילי, הדיון אינו מצומצם בהכרח רק למתן תשובה לשאלה שהוצגה לדין נוסף. על כן, נדרשת הכרעה לגוף העניין, ולעניין זה דעתי היא כדעת השופטת פרוקצ'יה... " (שם, בעמ' 102).

18. ייאמר כבר עתה כי לטעמי אין מקום להיענות לבקשה לבטל את הלכת אונגרפלד. הלכה זו נקבעה לפני זמן לא רב בהרכב מורחב של שופטים ויש לצעוד לאורה גם בהליך דנא. עם זאת, נדרשים פיתוח מסוים של ההלכה שנקבעה שם והבהרה נוספת לגבי גבולות עבירת ההעלבה, באופן שיש בו כדי לצמצם את תחולתה.

הערך המוגן בעבירת ההעלבה

19. בפתח הדיון נתעכב בקצרה על הערך המוגן הניצב בבסיס עבירת ההעלבה. כאמור, בהלכת אונגרפלד הבהיר בית המשפט כי העבירה נועדה להבטיח את תפקודו התקין של השירות הציבורי כחלק מהאינטרס בדבר שמירה על הסדר הציבורי. לדבריו, תכליתה להגן על עובד הציבור כאורגן של השירות הציבורי וכאמצעי לשמירה על תפקודו התקין של השירות, להבדיל מהגנה על אינטרס פרטי של העובד (ראו למשל שם, בעמ' 51-55 (המשנה לנשיאה א' ריבלין), בעמ' 85-86 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה) ובעמ' 104 (הנשיאה ד' ביניש)). בית המשפט הסביר כי לערך המוגן של עבירת ההעלבה שני פנים: הגנה על עובד הציבור מפני פגיעה ביכולתו למלא את תפקידו כראוי ושמירה על דמותו

ותדמיתו של השירות הציבורי, על מנת להבטיח את אמון הציבור בו ובעובדיו (שם, בעמ' 53-54) (המשנה לנשיאה א' ריבלין), בעמ' 111-112 (השופטת ע' ארבל) ובעמ' 128 (השופט א' רובינשטיין)). בהקשר זה, אבקש להדגיש כי בשונה מהרושם שעלולה ליצור כותרת העבירה והשימוש במילה "המעליב", העבירה לא נועדה להגן על רגשותיו של עובד הציבור או על רגשות הציבור. תכליתה להגן על עובד הציבור מפני עלבונות, אך זאת כאמצעי להבטחת יכולתו למלא את תפקידו, בהיותו חוליה בשרשרת השירות הציבורי. אכן, בצד הפגיעה ביכולת עובד הציבור לתפקד בשל עלבון שהוטח בו עלולים גם להיפגע רגשותיו, אך לא בכך נעוץ האיסור הפלילי (לדיון באיסורים פליליים על פגיעה ברגשות ראו, למשל, ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289, 301 (1998); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178, 183 (2000). ראו גם ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 512-516 (2016) (להלן: מדינה). לעמדה ביקורתית באותו הקשר, ראו מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי - הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים 12-11, 66-71; מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על חופש הביטוי בפסיקתו של אהרן ברק" ספר ברק 159, 167-168, 201-204 (2009) (להלן: קרמניצר ולבנון)).

20. בשונה מהמבקש, לא התרשמתי כי לאחר שניתנה הלכת אונגרפלד נותרה אי בהירות כלשהי באשר למהות הערך המוגן או כי יש צורך להגדירו מחדש (ראו גם רע"פ 229/12 כהן נ' מדינת ישראל, פסקה 8 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (16.10.2012) (להלן: רע"פכהן)). ונזכיר כי בעניין זה לא הייתה מחלוקת בין השופטים בהלכת אונגרפלד. בהמשך לכך, אין לקבל גם את טענת המבקש לפיה הערך המוגן של העבירה כפי שהובהר בהלכת אונגרפלד הוא בלתי ראוי להגנה במשטר דמוקרטי. הדברים נדונו שם באריכות ואיני רואה צורך לחזור על שנאמר (ראו, למשל, בעמ' 52-55) (המשנה לנשיאה א' ריבלין)). עוד בעניין זה, ראו ראם שגב חופש הביטוי נגד רשויות המדינה: הצעה לביטול האיסורים על ביטויים הפוגעים במעמדם של שופטים ועובדי ציבור 42-47 (2001) (להלן: שגב)). אזכיר רק כי ההגנה המיוחדת שניתנה לעובדי ציבור בחוק העונשין אינה נובעת מהתפישה כי האזרח נדרש לנהוג ביראת כבוד כלפי השלטון. יסודה דווקא בהבנה כי תפקודם התקין של עובדי הציבור, כנאמני הציבור הפועלים בשליחותו, ובהתאם גם תפקודה של הרשות, הם אינטרס של הציבור הרחב (ראו גם דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פסקאות 22 ו-24 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (2.3.2009)).

21. ראוי לציין כי במדינות נוספות המשתייכות למסורת המשפט המקובל מצויים איסורים פליליים על שימוש בביטויים מעליבים בנסיבות מסוימות. חוקים אלה, המכונים *Insult laws*, חלים גם על עובדי ציבור ובמובן זה קיים דמיון ביניהם לבין עבירת ההעלבה הישראלית. עם זאת, הערך המוגן הניצב בבסיסם שונה במידת מה מהערך המוגן שביסוד עבירת ההעלבה החלה בישראל וכך גם יסודותיהן של העבירות. למשל בבריטניה עבירות אלה, שבצידן עונשי מאסר, נועדו להבטיח את הסדר הציבורי, אך הן אינן מתמקדות בפן המסוים של הסדר הציבורי שעניינו תפקוד השירות הציבורי. בין השאר, העבירות הללו אינן עוסקות בהעלבה של עובד ציבור דווקא והן עשויות לחול לגבי העלבה של כל אדם (ראו: *Public Order Act 1986, Sections 4 (fear of provocation of violence)*, שעניינה חשש מפני חרור אלימות ואשר הטחת עלבונות באדם אחר היא אחד מיסודותיה; *4A (Intentional harassment, alarm or distress)* (Intentional harassment, alarm or distress), שעניינה יצירה מכוונת של הטרדה, בהלה או מצוקה, בין השאר בשל שימוש בעלבונות; *5 (Harassment, alarm or distress)* שעניינו הטרדה, בהלה או מצוקה, ואשר דומה לעבירה הקודמת. אודות התפתחות העבירות, ראו *Cozens v. Brutus* [1972] UKHL; [1973] AC 854, 858, 862, 865 (להלן: עניין *Cozens*)).

גם בחלק ממדינות אוסטרליה קיימות עבירות פליליות שניתן לסווג כ-*Insult Laws* (למשל: Summary: *Offences Act 1988 (NSW), Sections 4 (Offensive Conduct)*, שעניינה התנהגות פוגענית; *A4 (Offensive*

Summary Offences Act 2005 (Q), Language)שעניינה שימוש בשפה פוגענית בקרבת מקום ציבורי או בית ספר; (Sect. 6 (Public Nuisance); Summary Offences Act 1966 (Vic), Section 17 (Obscene, indecent, threatening language and behavior etc. in public), העוסקות אף הן בהתנהגות בציבור. עבירות אלה, שקיים יותר דימיון ביניהן לבין עבירת ההעלבה הישראלית בהשוואה לעבירות הבריטיות, הן גלגול של עבירות היסטוריות שנועדו אף הן לשמור על הסדר הציבורי (ראו: [3 Coleman v. Power [2004] HCA 39, at [3] (להלן: עניין Coleman)). גם שם העבירות הללו אינן מיוחדות רק לעובדי ציבור והן עשויות לחול על עלבון שכונן כלפי כל אדם שהוא. זהו המצב גם בניו-זילנד (ראו: Summary Offences Act 1981, section 3 (Disorderly Behaviour), Section 4 (Offensive Behaviour or Language); Morse v. The Police [2007] NZSC 30, at [11]-[12], [41], [190] (להלן: עניין Morse); Human Rights Act 1993, Section 61 (Racial Disharmony); Brooker). כן השוו Brooker); Morse v. The Police [2007] NZSC 30, at [11]-[12], [41], [190] (להלן: עניין Morse). בעניין Morse אף הובהר במפורש כי העבירה לא נועדה להגן על רגשותיו של מושא העלבון (בפיסקאות 3, 29-32, 38 ו-62)).

בדומה, בקנדה אוסר הקוד הפלילי הפדרלי על הפרעה במקום ציבורי או בקרבתו בין היתר על ידי שימוש בקללות או בשפה מעליבה (Canada Criminal Code, Section 175 (1) (Causing Disturbance, Indecent Exhibition, Loitering, etc R v. Lohnes [1992] S.C.R 167, 178-179 (להלן: עניין Lohnes)), בית המשפט העליון שם הבהיר כי תכליתה של עבירה זו אינה להגן על אדם מסוים מפני פגיעה ברגשותיו (Emotional upset), אלא היא נועדה להבטיח את הסדר הציבורי (Lohnes [1992] S.C.R 167, 178-179 (להלן: עניין Lohnes)). לסקירה על עבירות מסוג זה במדינות שונות באירופה, ראו Elenakova, *Criminal Defamation and Insult Laws: An Infringement on the Freedom of Expression* (in *European and Post-Communist Jurisdiction*, 41 Colum. J. of Transnat'l L. 861 (2002-2003)).

הפגיעה בחופש הביטוי

22. למול הערך המוגן הניצב ביסוד עבירת ההעלבה ניצבות הזכויות הנפגעות כתוצאה מהשימוש בעבירה זו ובראשן חופש הביטוי. על חשיבותו של חופש הביטוי נכתבו תילי תילים של מילים ועל הפגיעה בו בעקבות עבירת ההעלבה עמד בית משפט זה בהרחבה בהלכת אונגרפלד. לכן איני רואה מקום להאריך בכך. אסתפק באמירה כי אין כל ספק שחופש הביטוי חל על הביטויים שלגביהם עשויה להתעורר שאלת תחולתה של העבירה, קשים ומעליבים ככל שיהיו (עוד על הגישה המרחיבה ביחס לחופש הביטוי ראו, למשל, בג"ץ 806/88 UniversalCity StudiosInc נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 34 (השופט א' ברק) (להלן: עניין יוניברסל); בג"ץ 5432/03 ש.י.ן - לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 81 (2004) (להלן: עניין ש.י.ן); בג"ץ 7833/96 מלניק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נב(3) 586, 596 (1998); בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 281-282 (1987) (להלן: עניין כהנא); ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 296-297 (1996); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 261 (2003); בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי מפלגת המרכז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פסקה 10 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (28.6.2006) (להלן: עניין שינוי). ראו גם: א' ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כ"ז 223, 224-225 (התשנ"ז); מדינה, בעמ' 442-445). עיקר הפגיעה בחופש הביטוי נעוץ בהרתעה שעלולה עבירת ההעלבה לייצר מפני מימוש, ובמילים אחרות ב"אפקט המצנן" שלה (עוד על האפקט המצנן של הגבלות פליליות על ביטויים ראו, למשל, עניין יוניברסל, בעמ' 35; בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 719-720 (השופט מ' חשין, במיעוט לעניין התוצאה) (1997) (להלן: עניין סטיישן פילם); עניין כהנא, בעמ' 297-298. כן ראו מדינה, בעמ' 447). סיכון נוסף שראוי להזכיר הוא החשש מפני שימוש לרעה בעבירה, בשים לב לכך

שעניינה מעשים וביטויים המכוונים נגד נציגי השלטון, שלעיתים יהיו אף הגורמים האמונים על האכיפה או בעלי השפעה בעניין זה (ראו שגב, בעמ' 367-370). למרבה הצער, ניסיון העבר מלמד כי החשש לא נותר תמיד תיאורטי גרידא (ראו ע"פ 523/72 עזראן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 128, 135 (1973), שם מתח בית המשפט ביקורת על שימוש לרעה בסמכויות המשטרה נגד אזרח שהטיח עלבון בעובד ציבור שלו קשרים הדוקים עם המשטרה, ואשר הואשם בעבירת ההעלבה).

האיזון בין הערך המוגן לבין חופש הביטוי

23. בפרשנותה של עבירת ההעלבה יש למצוא את נקודת האיזון הראויה בין הערך המוגן הניצב בבסיסה לבין הזכויות הנפגעות בעקבותיה, בדגש על חופש הביטוי (ראו והשוו ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 551-550 (השופט א' גולדברג) (1998)). כלומר, יש למצוא את "שביל הזהב" שיאפשר להבטיח את תפקודו התקין של המינהל הציבורי, תוך הפגיעה המידתית ביותר בחופש הביטוי (ראו גם רע"פכהן, בפסקה 19 לחוות דעתו של חברי השופט ס'ג'ובראן). בנוסף, בעת פרשנות העבירה יש להביא בחשבון גם את הכלל בדבר הפרשנות המקילה עם הנאשם בפלילים, שלפיו אם הדין ניתן לכמה פירושים סבירים לפי תכליתו, יש לבחור בפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפיו (סעיף 34כא לחוק העונשין). בהתאם לכך, יש למנוע תחולה רחבה יתר על המידה של העבירה.

24. גם במדינות שהוזכרו לעיל בהן קיימות עבירות שניתן לסווגן כעבירות העלבה (חרף שונותן מהעבירה שלפנינו), בתי המשפט פירשו בצמצום את העבירות, בשל פגיעתן בזכויות חוקתיות ובפרט בחופש הביטוי. כך, בעניין *Cozens* סרב בית המשפט העליון הבריטי לקבוע הגדרה ממצה להתנהגות "מעליבה", אך דחה פרשנות רחבה למונח זה והבהיר כי אין לאסור כל דיבור או התנהגות שעלולים להוביל להפרת הסדר הציבורי (שם, בעמ' 862). באוסטרליה, קבע בית המשפט העליון כי העבירה אינה חלה על ביטויים הנכללים בגדר חופש הביטוי הפוליטי המוגן על פי החוקה (עניין *Coleman*, בפסקאות 60-64, 176-174, 181-183, 224-226, 239, 255). בית המשפט העליון של ניו-זילנד פסק כי יש לפרש את עבירת ההעלבה באופן שיצמצם ככל הניתן את הפגיעה בזכויות האדם המנויות במגילת הזכויות, ובמיוחד בחופש הביטוי (עניין *Morse*, פסקה 17; עניין *Brooker*, פסקאות 4, 12, 42, 55). בית המשפט העליון של קנדה קבע שיש לפרש בצמצום את המונח "Public Disturbance" הנכלל בעבירה (עניין *Lohnes*, בעמ' 180). בנוסף, לשיטתו, העבירה תחול רק במקרה של הפרעה חמורה מאד לסדר הציבורי ושימוש בקללות כשלעצמו אינו עולה כדי עבירה (שם, בעמ' 169, 172-178).

25. יש להבהיר כבר עתה כי פגיעתה הקשה של העבירה בחופש הביטוי מחייבת להציב לה סייגים, והדבר יידון בפירוט להלן. אולם, אין להפליג עד כדי הפיכתה של עבירת ההעלבה לאות מתה. צעד זה עלול להוביל לפגיעה בלתי מידתית בערך המוגן שביסוד העבירה והוא ממילא אינו אפשרי לנוכח הכלל בדבר שמירת הדינים החל על העבירה הוותיקה (ראו, למשל, דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 642-643 (השופט מ' חשין) 653 (הנשיא א' ברק) (1995)). עוד ראו אהרן ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה 391-400 (2014) (להלן: ברק, כבוד האדם). במשך השנים הרבות שבהן קיימת עבירת ההעלבה לא ראה המחוקק לנכון לבטלה, אף לאחר שנחקקו עבירות נוספות שתכליתן להגן על עובדי הציבור (ראו דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 9), התשל"ט-1979, ה"ח הממשלה 1400, 180, תיקון שבעקבותיו נוספו העבירה בדבר הפרעה לעובד הציבור (סעיף 288א לחוק העונשין) והעבירה בדבר תקיפת עובד הציבור (סעיף 382א לחוק העונשין). כן ראו העבירות העוסקות באופן מיוחד בעובדי ציבור שהם שוטרים (סימן ג' בפרק ט' לחוק העונשין). על הרקע לחקיקה זו ראו רע"פ אונגרפלד, בפסקה 27

לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה). יתרה מכך, מהפסיקה ומהנתונים העובדתיים שהוצגו לנו עולה כי אכן נעשה שימוש בעבירת ההעלבה, ומכאן שגם הלכה למעשה העבירה אינה בגדר אבן שאין לה הופכין.

26. באותה הרוח לא ניתן לקבל את הצעת האגודה לפיה עבירת ההעלבה תחול רק במקרים המצויים ב"רף התחתון" של עבירות אחרות כעבירת האיומים או עבירת ההסתה לאלמות, אך אינם מקיימים את יסודותיהן. הצעה זו מעוררת קשיים מעשיים ותיאורטיים ניכרים שאין זה המקום להרחיב לגביהם. בתמצית רבה, מדובר בעבירות נפרדות ושונות בתכלית שיסודותיהן אינם זהים והערך המוגן שבבסיסן שונה. המציאות מלמדת אמנם כי לעיתים האישום בעבירת ההעלבה נלווה לאישומים אחרים, בדגש על עבירות של איומים והסתה לאלמות. עם זאת, שאלת התקיימותה של כל עבירה צריכה להיבחן כשלעצמה ואין מקום לכרוך בין העבירות או לדרוש את התקיימותה של העבירה האחת כתנאי לתחולתה של העבירה האחרת. מכל מקום, לטעמי יש להבהיר את פרשנות עבירת ההעלבה בדרך אחרת, כפי שיוסבר להלן.

27. נקודת המוצא לפיה יש לצמצם את תחולת עבירת ההעלבה בשל פגיעתה בחופש הביטוי עוברת כחוט השני בעמדות כל השופטים בהלכת אונגרפלד. בהתאם לכך נקבעו שם תנאים מחמירים לתחולתה של העבירה, בדמות מבחן תוכני המציב דרישות נוקשות לקיום יסוד ה"העלבה" ומבחן הסתברותי המציב רף גבוה של "ודאות קרובה" לפגיעה בערך המוגן. לדין במבחנים אלה אפנה עתה.

המבחן התוכני

28. בהלכת אונגרפלד נחלקו, כאמור, דעות השופטים באשר למהותו של המבחן התוכני. כל השופטים הסכימו כי העבירה תחול רק במקרה של פגיעה קשה וחמורה בכבודו של עובד הציבור (ראו למשל שם, בעמ' 79 (המשנה לנשיאה א' ריבלין), ובעמ' 91 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה). ראו גם דברי השופט א' א' לוי בעמ' 139 לפיהם במקרים שבהם לא ניתן להבחין בין ביקורת על השלטון לבין גידופים יש להתחשב גם בעוצמת ההשפלה והביזוי שהיו כרוכים בביטוי). אולם, הם התייחסו באופן שונה לדרך שבה יש לאזן בין פגיעה זו למול הפגיעה בחופש הביטוי של המתבטא. המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופט א' א' לוי, שנותרו בדעת מיעוט, סברו כי מידת ההגנה שתינתן לעלבון מסוים צריכה להיגזר מחשיבותו החברתית של הביטוי ומהמידה בה הוא מגשים את תכליותיו של חופש הביטוי. הם חילקו את הביטויים לשתי קבוצות: דברי ביקורת המופנים נגד מדיניות השלטון וגידופים. לשיטתם, ביקורת נגד השלטון מצויה בליבת חופש הביטוי ולכן לעולם לא תיחשב "העלבה". לעומת זאת, לדידם גידופים וקללות אינם תורמים באופן מהותי להגשמת תכליות חופש הביטוי ולכן ההגנה עליהם מפני תחולת העבירה תהא פחותה ולמעשה העבירה תחול רק על ביטויים אלה (שם, בעמ' 60-71 (המשנה לנשיאה א' ריבלין); ובעמ' 138-139 (השופט א' א' לוי)). הנשיאה ד' ביניש מצידה סברה כי ההכרעה האם מדובר בביקורת או ב"העלבה" נגזרת מהשאלה האם הביטוי הנדון עיקרו בביזוי ובהשפלת עובד הציבור. לשיטתה, חרפות וגידופים תמיד ייחשבו "העלבה", אך אין לצמצם את גבולות העבירה רק לביטויים אלה (שם, בעמ' 105-106).

שופטי הרוב, לעומת זאת, מתחו ביקורת על ההבחנה החדה שהציעו שופטי המיעוט בין ביקורת לבין גידופים. תחת זאת הם קבעו כי "העלבה" תתקיים רק מקום שמדובר במעשה קיצוני של פגיעה קשהועמוקה בליבת הכבוד של עובד הציבור במילוי תפקידו הכרוך בפגיעה מהותית וקשהבגרעין המוסרי-ערכי שממנו הוא שואב את כוחו וסמכותו. כפי שהוברה שם, "אין די בביטוי של אלימות מילולית בוטה, אלא נדרשת פגיעה עמוקה בשמו הטוב של העובד שיש בה כדי

לבזותו בעיני אחרים" (עמ' 91 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה)). יש לשים אל לב כי אף לפי גישת הרוב ההכרעה בשאלת תחולתה של העבירה אינה נגזרת רק מהפגיעה בכבודו של עובד הציבור בעקבות העלבון, אלא היא תלויה גם בפגיעה בחופש הביטוי. במסגרת המבחן התוכני, משקלו של חופש הביטוי משתקף היטב בדרישות המחמירות שנקבעו על ידם לצורך התקיימות "העלבה" (ובמבחן ההסתברותי - בדרישה לוודאות קרובה לפגיעה בערך המוגן).

29. מקריאת פסק הדין בהלכת אונגרפלד עלול להתקבל רושם - שהוא שגוי בעיניי - באשר למהותו של המבחן התוכני שקבעו שופטי הרוב (ובכללם אני), ובפרט לגבי האופן שבו משוקלל חופש הביטוי במסגרתו. על רקע המחלוקת שהתגלעה באותה פרשה בין השופטים, לכאורה ניתן היה לחשוב כי המבחן התוכני שקבעו שופטי הרוב אינו מביא בחשבון את הגוונים השונים של חופש הביטוי. היינו, כי ננקטת במסגרתו אמת מידה אחידה וקבועה - ומחמירה - לגבי כל הביטויים באשר הם (ראו שם, בעמ' 92-94 ו-100 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה) ובעמ' 115-116 (השופטת ע' ארבל)). אולם, לשיטתי, לא כך הוא. בנקודה זו נדרשים הבהרה וחיידוד על מנת להעמיד דברים על דיוקם ולהבטיח כי לא תהא פגיעה בלתי מידתית בחופש הביטוי.

30. כידוע, מידת ההגנה הניתנת לזכות מסוימת נגזרת בין השאר מחשיבות הזכות ומעוצמת הפגיעה בה (ראו למשל בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 262 (1999). ראו גם המחלוקת בעניין עוצמת הפגיעה בזכות בבג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015) (להלן: עניין אבנרי), ובמיוחד חוות הדעת של חברי השופטים ח' מלצר, י' דנציגר (במיעוט לעניין התוצאה) ו-י' עמית). הדברים נכונים גם לגבי חופש הביטוי. לא כל סוגי הביטוי זוכים להגנה זהה ומידת ההגנה על ביטוי מסוים נגזרת מחשיבותו החברתית היחסית. ככל שהביטוי מגשים את הרציונלים העומדים בבסיסו של חופש הביטוי כך תגדל ההגנה עליו (ראו בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 21 לחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות (8.10.2017); בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 551-550 (הנשיא מ' שמגר, במיעוט לעניין התוצאה) (1995) (להלן: בג"ץ כהן); עניין סטיינשןפילם, בעמ' 676-677; עניין אבנרי, פסקה 6 לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית; עניין יוניברסל, בעמ' 34-35; שגב, בעמ' 78-83). על תכליותיו של חופש הביטוי עמד בית משפט זה לא פעם. עיקרי הדברים תומצתו היטב על ידי השופט א' ברק בעניין כהנא:

"...הצידוק לחופש הביטוי הוא מורכב ומשולב. זהו החופש של היחיד להגשים את עצמו ולגבש לעצמו השקפת עולם ודעה על-ידי מתן דרור לרוחו, היוצרת והקולטת, המרשימה והמתרשמת; זהו החופש של היחיד ושל הכלל להוציא את האמת לאור בדרך של התמודדות חופשית ובלתי פוסקת בין האמת לבין השקר; זהו החופש של בני החברה להחליף, ברוח סובלנית, ללא מורא ופחד ומתוך כיבוד האוטונומיה של כל יחיד, דעות והשקפות, ולשכנע זה את זה כדי לייצב, לעגן ולפתח את המשטר הדמוקרטי. חלקם של צידוקים אלה הם תועלתניים; חלקם האחר אינם תועלתניים; חלקם מתמקדים ביחיד ובאישורו; חלקם מתמקדים בכלל ובהגנה על ערכיו..." (שם, בעמ' 272).

(עוד על הרציונלים שבבסיס חופש הביטוי, ראו בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 13 (השופטת ד' דורנר) (1994) (להלן: עניין קידום); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 760-761 (חוות דעתי) (2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי); ברק, כבוד האדם, בעמ' 712-722; שגב, בעמ' 85-120). ניתן להסביר מסקנה זו גם באמצעות ההבחנה המקובלת בין ה"גרעין" לבין ה"שוליים" של זכויות היסוד: חשיבות הביטוי נגזרת ממידת קרבתו לגרעין חופש ביטוי, וככל שהפגיעה קרובה לגרעין כך היא ראויה ליתר הגנה (ראו עניין המפקד הלאומי בעמ' 761 (חוות דעתי); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 49 (1997)).

31. הלכה למעשה, אף לפי גישת הרוב בהלכת אונגרפלד, בעת ההכרעה בשאלת התקיימותו של המבחן התוכני נשקל מכלול הנסיבות במקרה הנדון, ובכלל זה ניתן משקל ניכר לתוכנו של הביטוי העומד על הפרק. כך, למשל, השופט (בדימ') א' פרוקצ'יה ציינה כי באותו מקרה "אין מדובר במערכת גידופים, קללות ונאצות שמשמעותם מתמצית בביטוי של כעס ומחאה אגב התלהטות יצרים" וכי "אין להניח להם [לדברים שנבחנו] לשכון תחת יריעת ההגנה הניתנת לחופש הביטוי" (שם, בעמ' 99). בדומה, השופט ע' ארבל קבעה, בין השאר, כי "...אין מדובר אך בדברי נאצה שייתכן ששומעיהם לא היו מייחסים להם כל משמעות ממשית... אין הם מבטאים אך זעם ותסכול, אלא הם בעלי תוכן בעל מטען ערכי שלילי ופוגעני... והוא חורג מתחומיה של הביקורת הלגיטימית" (שם, בעמ' 119-120). השופט א' רובינשטיין אף הוסיף כי הוא חולק על המשנה לנשיאה א' ריבלין ובראיתו הביטויים מושא כתב האישום אינם דברי ביקורת אלא דברי גידוף ועלבון וכי לא מדובר ב"סתם ביקורת" אלא ב"דברים הטבולים ומשולבים בגידוף מובהק" (שם, בעמ' 133). עינינו הרואות כי במסגרת המבחן התוכני שקבע הרוב בהלכת אונגרפלד, בהכרעה האם עלבון מסוים פגע בכבודו של עובד הציבור במידה כה קשה המצדיקה להחיל את העבירה, כבר מובלעת בחינה של עוצמת הפגיעה בחופש הביטוי.

32. על רקע זה, ראוי בעיניי לחדד ולהבהיר כי במסגרת המבחן התוכני אכן יש ליתן משקל גם לעוצמת הפגיעה בחופש הביטוי אשר נבחנת, כאמור, בהתאם לחשיבותו של הביטוי הנדון. פגיעה זו יש לאזן למול הפגיעה בכבודו של עובד הציבור. המשמעות היא שככל שהפגיעה בחופש הביטוי קשה יותר (ובמילים אחרות, ככל שהביטוי מממש יותר את תכליותיו של חופש הביטוי) כך נדרשת פגיעה קשה יותר בכבודו של עובד הציבור כתנאי להתקיימות העבירה. בדרך זו ניתן להגיע לאיזון המיטבי בין שתי הזכויות ולהבטיח כי עבירת ההעלבה אכן תחול רק במקרים המתאימים. על פי הלכת אונגרפלד, רק פגיעה קשה וחמורה בכבודו של עובד הציבור תצדיק החלה של העבירה. על רקע זה יש לחדד כי הרף שנקבע - שהוא גבוה מלכתחילה - הוא לטעמי הרף המינימלי להחלת העבירה, ולא ניתן להעמיד לדין בשל פגיעה בכבוד הנופלת מכך. רף זה ילך ויגבה עוד בהתאם לחשיבותו של הביטוי העומד על הפרק, ובמיוחד מקום שמדובר בביטוי פוליטי.

הביטוי הפוליטי

33. בין כל הביטויים שמור מקום של כבוד לביטוי הפוליטי. כבר נקבע כי חופש הביטוי הפוליטי קשור ב"קשר ענייני הדוק לכבוד האדם" ונכלל אף בזכות החוקתית לכבוד האדם (עניין המפקדה הלאומי, בעמ' 762-764 (חוות דעת)). ראו גם ברק, כבוד האדם בעמ' 730-731, שם נאמר כי חופש הביטוי הוא זכות-בת של הזכות לכבוד האדם וכי ביטויים המצויים בגרעין חופש הביטוי ימצאו גם בגרעין הזכות לכבוד, ולהפך). הביטוי הפוליטי מצוי בליבת חופש הביטוי ובו מתקיימים במידה הרבה ביותר כל הרציונלים שביסודה של זכות זו (עניין קידום, בעמ' 13 (השופט ד' דורנר); עניין המפקד הלאומי, בעמ' 808 (הנשיאה ד' ביניש, במיעוט לעניין התוצאה); ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבר, פ"ד סה(3) 369, 418-423 (המשנה לנשיאה א' ריבלין) (2012) (להלן: עניין דיין-אורבר); בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(2) 692, 706-707 (1992) (להלן: עניין זוילי); תב"מ 16/01 סיעת ש"ס נ' ח"כ פינס-פז, פ"ד נה(3) 159, 162 (2001) (להלן: עניין סיעת ש"ס); עניין ש.י.ו., בעמ' 82; עניין אבנרי, פסקאות 5, 40 לחוות דעתו של חברי השופט י' דנציגר (במיעוט לעניין התוצאה), פסקה 5 לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית ופיסקאות 2 ו-24 לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל (בדעת יחיד לעניין התוצאה), שכינה את הביטוי הפוליטי "היהלום שבכתר חופש הביטוי".

34. בתמצית, הביטוי הפוליטי הוא אמצעי למימוש חירותו וסגולותיו של הפרט וגלום בו ערך חברתי משמעותי. הוא מאפשר, אולי יותר מכל ביטוי אחר, להגשים את הרכיב הדמוקרטי של חופש הביטוי. הביטוי הפוליטי הוא תנאי הכרחי להחלפת דעות, לזרימת מידע ולקיומו של שיח חופשי שבלעדיהם לא ניתן לגבש עמדה בנושאים אשר על סדר היום הציבורי וליטול חלק בהליך הדמוקרטי. בלא ביטוי פוליטי אף לא יתאפשר פיקוח אפקטיבי על השלטון (ראו עניין אבנרי, פסקה 2 לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן (בדעת יחיד לעניין התוצאה)). בשל כל אלה עלול הביטוי הפוליטי שלא לשאת חן בעיני השלטון, ועל כן הוא זקוק להגנה מיוחדת מפני התנכלות מצדו (ראו הערתו של חברי השופט י' דנציגר בעניין אבנרי, פסקה 18 (במיעוט לעניין התוצאה); בג"ץ 144/74 לבנה נ' נציבות שירות בתי הסוהר, פ"ד כה(2) 686, 689-691 (1974). כן ראו שגב, בעמ' 117-119, 368-369). במילותיה של השופטת א' פרוקצ'יה:

"בלא חופש ביטוי פוליטי, מאבדת הדמוקרטיה את חיותה ואת חיוניותה, ומפנה את מקומה למשטר של אפלה, הפועל רחוק מעיניו של הפרט, ורחוק גם מן העין הציבורית. בלא חופש ביטוי פוליטי, נעלם גם חופש הביטוי בתחומי החיים האחרים, התרבות והיצירה האנושית נבלמים, ההגות והמחשבה קופאים, והקידמה האנושית נעצרת. יחד עימם נעלמת יכולתו של הפרט לפתח את כשרונותיו, ולהגשים את עצמיותו; זרימת המידע והאינפורמציה על מהלכיו של השלטון, שהם תנאי הכרחי לקיום ביקורת ציבורית על המשטר, משתתקת" (עניין המפקדה הלאומי, בעמ' 854).

יתרה מכך, לביטוי הפוליטי חשיבות לא רק כזכות בעלת ערך עצמאי, אלא גם כאמצעי להבטחת זכויות יסוד נוספות. על רקע זה, נקבע בשורת פסקי דין כי חופש הביטוי הפוליטי זכאי להגנה רחבה במיוחד בהשוואה לסוגי ביטויים אחרים (ראו, למשל, בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 165 (2003) (להלן: עניין אינדור); עניין שינוי, פסקה 14 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק; בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 303 (1999); עניין המפקד הלאומי, בעמ' 807-809 (הנשיאה ד' ביניש, במיעוט לעניין התוצאה) ו-854 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה); בג"ץ 226/04 נטו מ.ע. סחר מזון בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נט(1) 519, 526 (2004); עניין אבנרי, פסקה 48 לחוות דעתו של חברי השופט ח' מלצר, פסקאות 5 ו-53 לחוות דעתו של חברי השופט י' דנציגר (במיעוט לעניין התוצאה), פסקה 4 לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל, פסקה 2 לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן (שניהם בדעת יחיד לעניין התוצאה) ופסקה 2 לחוות דעתו. בנוסף, ראו והשוו: עניין דיין-אורבך, בעמ' 504 (חברי השופט ע' עמית)).

35. בשלב זה מתבקש לייחד כמה מילים לשאלה מהו ביטוי פוליטי. מיון ביטויים עשוי להיות מלאכה מורכבת ולא תמיד ההבחנה בין סוגי הביטויים חדה (ראו למשל עניין קידום, בעמ' 11 (השופטת ד' דורנר)). לא ניתן לספק רשימה סגורה של ביטויים פוליטיים וההכרעה האם ביטוי כלשהו נכלל בחופש הביטוי הפוליטי תיעשה בכל מקרה לפי נסיבותיו ולפי הקשרם הכולל של הדברים (ראו עניין קידום, בעמ' 29 (השופט מ' חשין, במיעוט לעניין התוצאה)). יחד עם זאת, ניתן להתוות מספר קווים מנחים שיכולים לסייע בזיהויים של ביטויים פוליטיים, מבלי למצות. בעניין המפקדה הלאומי עמדתו על כמה פרמטרים לסיווג ביטוי כפוליטי או כמסחרי:

"המרכיבים הדומיננטיים בעיני לסיוג הביטוי הם תוכנו של הביטוי (פוליטי או מסחרי), אופיו של המתבטא (גוף פוליטי או מסחרי) ומטרותיו של הביטוי (פוליטיות או מסחריות). לעומת זאת, מרכיב פחות חשוב בעיני הוא האמצעי הטכני הנושא את הביטוי או המסגרת החיצונית בה הוא מובא" (שם, בעמ' 760)

דברים אלה נאמרו בהקשר אחר, של הבחנה בין פרסומת מסחרית לבין ביטוי פוליטי אגב האיסור לשדר פרסומת בנושא פוליטי בתשדירי רשות השידור והרשות השנייה. אולם, הם יפים גם לענייננו כשיקולים כלליים בהם יש להתחשב לצורך זיהוי ביטוי פוליטי (ראו גם שם, בעמ' 806-807 (הנשיאה ד' ביניש) במיעוט לעניין התוצאה). כן ראו בג"ץ 7192/08 המטה להצלת העם והארץ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פסקאות כ"ה, ל"א (28.10.2009).

36. מבין השיקולים שנמנו, לטעמי, יש ליתן מעמד של בכורה לתוכנו של הביטוי. במסגרת זו יש לבחון את נושא הביטוי ומיהות הגורם שבו הוא עוסק. ככל שהביטוי עוסק בעניין ציבורי רב יותר, למשל סוגיה פוליטית או חברתית מובהקת וככל שעניינו דמות ציבורית כך תגדל הנטייה לסווגו כביטוי פוליטי (ראו בג"ץ כהן, בעמ' 551 (הנשיא מ' שמגר, במיעוט לעניין התוצאה), שם נקבע כי "ביקורת ציבורית על נושאי משרה ציבוריים" מקיימת בבירור את הרציונלים שבבסיס חופש הביטוי וראויה להגנה רחבה. כן ראושגב, בעמ' 120-127, שם נטען כי יש לייחס מעמד מיוחד לביטויים העוסקים בתפקוד רשויות השלטון). כך, למשל, ביקורת על מפכ"ל המשטרה בשל התנהלות המשטרה תיחשב ביטוי פוליטי. המונחים "עניין ציבורי" ו"דמות ציבורית" מוכרים בהקשרים אחרים בפסיקה וניתן להסתייע בהם גם לענייננו בשינויים המחוייבים (ראו והשוו בתחום לשון הרע: ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 863, 840 (1989); ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 620-621 (2002) (להלן: עניין אפל); ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פסקה 16 (21.4.2002) (להלן: עניין רינת); דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין-אורבך, פסקאות 41 ו-61 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס ופסקה 11 לחוות דעתו של חברי השופט יעמית (18.9.2014); וכן פסק הדין מושא אותו דיון נוסף - עניין דיין-אורבך, בעמ' 504 (חברי השופט י' עמית)). עבירת ההעלבה עוסקת מטבעה בביטויים המכוונים נגד עובד הציבור. אולם, בהקשר זה יש להבהיר כי עצם העובדה שמדובר באדם הממלא משרה ציבורית אינה מובילה לבדה למסקנה כי כל ביטוי נגדו הוא ביטוי פוליטי. לא בכל עלבון המוטח בעובד ציבור קיים "עניין ציבורי" ולא כל עובד ציבור הוא "דמות ציבורית" שלה נגיעה והשפעה על ענייני הציבור. ההכרעה בשאלה זו תלויה במכלול הנסיבות, ובהן בכירותו של העובד, כאשר יש להניח כי במקרים רבים שבהם הביקורת תופנה כלפי עובד ציבור בכיר יהא מדובר בביטוי פוליטי. בנוסף, יש לבחון סוגייה זו גם בהתחשב בשיקולים הנוספים שעניינם אופיו של המתבטא ומטרות הביטוי. לא למותר לציין כי לעניין זה אין כמובן כל משמעות לעמדה האידיאולוגית המסוימת העומדת בבסיס הביטוי הנדון ואין כל הבחנה בין דעה כזו או אחרת. השאלה שצריכה להיבחן היא עד כמה יש בביטוי הנבחן - מקובל או שנוי במחלוקת ככל שיהא - כדי לקדם את הרציונלים של חופש הביטוי.

37. סיווג ביטויים עלול להיות קשה במיוחד מקום שלביטוי הנדון אופי "מעורב", היינו כשחלקו פוליטי וחלקו בעל מאפיינים אחרים, מסחריים למשל. במקרים אלה ניתן להיעזר במבחן המאפיין הדומיננטי, המקובל בהקשרים אחרים (ראו עניין זילי, בעמ' 717, בהקשר של זיהוי "תעמולת בחירות"; ובהקשר של איסור על שידור תשדיר פרסומת בנושא פוליטי על ידי רשות השידור והרשות השנייה: עניין המפקד הלאומי, בעמ' 760 (חוות דעתי) ובעמ' 806-807 (הנשיאה ד' ביניש, במיעוט לעניין התוצאה); בג"ץ 10182/03 ח.ל. חינוך לשלום בע"מנ' רשות השידור, פ"ד נט(3) 418, 409 (2004); בג"ץ 5228/14 בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים נ' רשות השידור, פסקאות כ"ב-כ"ו לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין (13.8.2014)). כזכור, מבחן דומה שימש את שופטי המיעוט בהלכת אונגרפלד כדי להבחין בין דברי ביקורת לבין קללות (שם, בעמ' 70 ו-78 (המשנה לנשיאה א' ריבלין) ובעמ' 139 (השופט א' א' לוי)). כן ראו עמדת הנשיאה ד' ביניש בעמ' 106 ו-108).

מהמבחן שהציע המבקש בענייננו. כזכור, לפי הצעתו אם רוב הדברים בפרסום אינם חוצים את גבול המותר, "כשיר" הדבר גם ביטויים החורגים מכך. זאת לא ניתן לקבל. מן הסתם, אם ביטוי מסוים מקיים את יסודותיה של עבירת ההעלבה העובדה שחלק אחר באותו פרסום לא מקיימם אינה מעלה ואינה מורידה.

עבירת ההעלבה וחופש הביטוי הפוליטי

38. לאור כל האמור, אני סבורה כי יש לקבוע שכאשר הביטוי העולב נכלל בגדרו של חופש הביטוי הפוליטי יש ליתן לו הגנה יתרה ולנקוט ריסון רב במיוחד בהחלת העבירה לגביו. קביעה זו הינה יישום פרטני של הכלל שעליו עמדתי לעיל לפיו ככל שעסקינן בביטוי המגשים בצורה מלאה יותר את הרציונלים של חופש הביטוי, כך תידרש פגיעה קשה יותר בכבודו של עובד הציבור כתנאי לתחולת העבירה. במילים אחרות, היות שהביטוי הפוליטי עומד בראש הפירמידה של הביטויים ומגשים במידה הרבה ביותר את תכליותיו של חופש הביטוי, ראוי לספק לו את ההגנה המירבית האפשרית מפני תחולת העבירה. בהתאם לכך, אני סבורה כי יש לקבוע שביטויים פוליטיים יהיו מוגנים כמעט תמיד מפני תחולת עבירת ההעלבה (השוו, עניין *Morse*, פסקה 108 (ניו-זילנד)). משמעות הדברים היא כי ברוב המקרים של המקרים, אם לא בכולם, תועדף ההגנה על הביטוי הפוליטי על פני הערך המוגן שביסוד עבירת ההעלבה. יחד עם זאת ולשם הזהירות, נכונה אני להותיר פתח צר ביותר להחלתה של העבירה במקרים נדירים שבנדירים, שבהם תהא פגיעה מפליגה ויוצאת דופן בכבודו של עובד הציבור ובגרעין המוסרי-ערכי שממנו הוא שואב את כוחו וסמכותו. זאת, במידה רבה לנוכח הקושי המעשי שעלול להתעורר לעיתים להבחין בין סוגים שונים של ביטויים ובשל הצורך להשאיר "שולי ביטחון" (אף אם צרים) לתחולת העבירה גם במקרים אלה, על מנת שלא לכרסם יתר על המידה בערך המוגן.

39. הגישה המצמצמת הזו עולה בקנה אחד עם הגישה הנהוגה בשיטות משפט נוספות שאף בהן נהנה חופש הביטוי הפוליטי מהגנה מיוחדת מפני תחולתה של עבירת ההעלבה. כך, באוסטרליה נהוגה גישה זהירה לגבי החלת אותם *Insult laws* שהוזכרו לעיל על ביטויים הנכללים בחופש הביטוי הפוליטי המוגן לפי החוקה. פסק הדין המנחה בסוגיה זו הוא עניין *Coleman*, שנסיבותיו מזכירות את עובדות פרשת אונגרפלד. באותו מקרה אדם תלה כרזה במרכז קניות וחילק עלונים בהם נטען כי מספר שוטרים הם מושחתים. הוא הכריז בקול כי אחד השוטרים מושחת, סרב להיענות לדרישתו כי יחדל ממעשיו והתנגד למעצר. בעקבות זאת, הורשע בעבירה לפי חוקי מדינת קווינסלנד, האוסרת על שימוש במילים מעליבות במקום ציבורי. העניין הגיע עד לפתחו של בית המשפט העליון האוסטרלי שזיכה אותו ברוב דעות וקבע כי אמנם אין לבטל את החוק הקובע את העבירה האמורה אך אין להחילה על ביטויים פוליטיים המוגנים על פי החוקה (שם, למשל, פסקאות 28, 36, 73, 226-227). בין היתר, הובהר שם כי עלבונות מהווים ביטוי פוליטי, ממש כמו אירוניה, הומור וביקורת חריפה (פסקאות 28, 81 ו-105).

40. לא אכחד כי בקביעותי אלה ובהבהרות לגבי המבחן התוכני יש כדי לקרב במידת מה בין עמדות הרוב והמיעוט בהלכת אונגרפלד. אולם, אין לטעות ולהבין מן האמור כי לדעתי יש לאמץ את דעת המיעוט בהלכת אונגרפלד. אמנם מקובלת עליי עמדתם העקרונית של המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופט א' לוי לפיה חשיבות הביטוי הינה בעלת משקל בהכרעה בעניין תחולת עבירת ההעלבה. בנוסף, ניתן להניח כי במקרים רבים "דברי ביקורת נגד השלטון" יהיו גם ביטוי פוליטי (וראו בג"ץ כהן, בעמ' 551 (הנשיא מ' שמגר, במיעוט לעניין התוצאה), שם נקבע כי "ביקורת ציבורית על נושאי משרה ציבוריים" מקיימת בבירור את הרציונלים שבבסיס חופש הביטוי והיא ראויה להגנה רחבה). אולם, בכך תם הדימיון בין גישותינו וכאן נפרדות דרכינו.

41. בהלכת אונגרפלד, המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופט א' א' לוי ביקשו להגדיר מראש את התכנים שיהיו מוגנים מפני העבירה וחילקו את כל הביטויים לשתי קבוצות נפרדות: דברי ביקורת על השלטון, עליהם לא תחול העבירה, וגידופים וחרפות, עליהם היא עשויה לחול. על הבחנה דיכוטומית (ואם תרצו - בינארית) זו נמתחה עיקר הביקורת מצד יתר השופטים באותה פרשה ואני שותפה לה (ראו שם, בעמ' 91-94 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה), בעמ' 105-106 (הנשיאה ד' ביניש), בעמ' 115 (השופטת ע' ארבל), בעמ' 122 (השופט ס' ג'ובראן) בעמ' 132 (השופט א' רובינשטיין) ובעמ' 140-141 (השופטת א' חיות)). היות שהדברים נדונו שם בהרחבה, אסתפק בהתייחסות לעיקר הטענות בלבד, ובקיצור נמרץ. זיהויו של ביטוי מסוים כ"ביקורת" ולא כ"גידוף" אינו משימה פשוטה כלל וכלל. הדבר עולה בבירור אף מהאופן שבו סיווגו שופטים שונים את הביטוי שנדון בהלכת אונגרפלד עצמה, כפי שפורט לעיל (וראו גם את דברי הנשיאה ד' ביניש בעמ' 108, לפיהם המקרה שנדון שם הוא גבולי ולא קל להכרעה, מה שממחיש כי הגבול בין "ביקורת" לבין "העלבה" הוא לעיתים מטושטש; וכן את דברי השופט א' רובינשטיין, בעמ' 133 לפיהם הוא חולק על האופן שבו סיווגו שופטי המיעוט את הביטוי שנבחן באותה פרשה)). איני משוכנעת כי ניתן להגדיר מראש רשימה סגורה של ביטויים שייחשבו "העלבה" וכי נכון לחלק את כל הביטויים האפשריים לשתי קבוצות שאין בלתן: ביקורת וגידופים. לאמיתו של דבר מדובר במנעד או בסקאלה ולא בשתי קבוצות שביניהן הפרדה חדה. חיזוק לכך ניתן למצוא אף בעמדתם של שופטי המיעוט שם, בהצעת המשנה לנשיאה א' ריבלין לסווג את הביטוי בהתאם למרכיב הדומיננטי שלו (שם, בעמ' 78 ו-80) ובהצעת השופט א' א' לוי להתחשב גם בעוצמת הביזוי וההשפלה הכרוכים בו כאשר לא ניתן להבחין בין הקבוצות (שם, בעמ' 139-140. וראו גם דברי הנשיאה ד' ביניש בעמ' 105-106).

42. תחת מיון כל הביטויים הקיימים ל"ביקורת על השלטון" או ל"גידופים" בלבד מוטב לדעתי לאמוד את הביטויים השונים לפי המידה בה הם מגשימים את תכליות חופש הביטוי. מכך תיגזר עוצמת הפגיעה בחופש הביטוי שאותה יש לשקול למול הפגיעה בכבודו של עובד הציבור. שיטה זו מאפשרת להתחשב במשקלו של חופש הביטוי בצורה גמישה יותר והיא משקפת את התפישה שלפיה מדובר בטווח ולא בשתי קבוצות דיכוטומיות שביניהן קו גבול ברור. במסגרת זו, כאמור, יש ליתן משקל מיוחד לביטוי הפוליטי בשל חשיבותם יוצאת הדופן של ביטויים מסוג זה. מכל מקום, המושג "ביטוי פוליטי", שהוא מונח הנטוע היטב בפסיקתנו, עדיף בעיניי על פני המונח "ביקורת על השלטון" בו השתמשו שופטי המיעוט בהלכת אונגרפלד.

מהכיוון ההפוך, איני סבורה כי ראוי "לקטלג" מראש קללות וגידופים כביטויים שבהכרח יהיו ראויים להגנה מעטה מפני תחולת עבירת ההעלבה כפי שסברו שופטי המיעוט בהלכת אונגרפלד (וראו גם דברי הנשיאה ד' ביניש בעמ' 106, שלפיהם ביטויים אלה לעולם ייחשבו "העלבה". בנוסף, ראו והשוו: בג"ץ 6706/14 זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת, פסקה 16 לחוות דעתו של חברי השופט ס' ג'ובראן (10.2.2015)). קביעה כאמור טומנת בחובה סיכון של הפללת יתר. לטעמי, אין מקום לקבוע באופן גורף כי ביטויים אלה תמיד יהיו ב"פריפריה" של חופש הביטוי או כי הם משוללי ערך חברתי. גם לגבי קללות עשויים, בנסיבות מסוימות, להתקיים הרציונלים החשובים של חופש הביטוי (ראו שגב, בעמ' 308-302, 315). לפיכך, אף כשעסקינן בגידופים יש לבחון, על פי ההקשר הכולל, את המידה בה הם מגשימים את תכליותיו של חופש הביטוי, ובפרט האם למעשה מדובר בביטוי פוליטי, ובהתאם לכך להכריע האם נעברה העבירה.

43. לכאורה עשויה לעלות הטענה כי גישה זו פוגעת בוודאות המשפטית, החשובה במיוחד בפלילים, וזאת בשל הצורך לשקול בכל מקרה לפי נסיבותיו את הפגיעה בחופש הביטוי למול הפגיעה בכבודו של עובד הציבור. אולם, לדעתי, ההפך הוא הנכון. טיעון דומה עלה בהלכת אונגרפלד עצמה על ידי השופט א' א' לוי שסבר כי הצעת המיעוט מציבה אמות מידה ברורות יותר מהצעת הרוב להפעלת העבירה במקרה נתון (שם, בעמ' 139). אולם, כפי שראינו, מבחינה מעשית הן במבחן התוכני שקבעו שופטי הרוב הן במבחן שופטי המיעוט כרוך חוסר ודאות בלתי מבטל

והדבר בלט במיוחד באופן יישומם של המבחנים באותה פרשה ובתוצאות שנגזרו מכך. יתרה מזאת, איני מבקשת להוסיף למבחן התוכני שיקולים שלא נכללו בגדרו קודם לכן, אלא להצביע על אמות מידה ברורות יותר לבחינת השיקולים שממילא נכללו בו אף בעבר. בכך דווקא יש כדי להגביר את הוודאות המשפטית.

44. הבדל נוסף חשוב בין גישתי לבין גישת שופטי המיעוט נוגע לכך שלשיטתם בשל חשיבותם של דברי ביקורת על השלטון, הם לעולם לא ייחשבו "העלבה" לצורך העבירה. לעומת זאת, אני סבורה כי יש להקנות לביטויים פוליטיים, המצויים בליבת הזכות לחופש ביטוי, הגנה מוגברת מפני תחולת עבירת ההעלבה, אך לא חסינות מלאה ומוחלטת. לטעמי, אין זה ראוי לקבוע מראש כי ביטוי כלשהו יוחרג תמיד מגדרי העבירה. זאת מנימוקים דומים לטעמים שהובילו את שופטי הרוב בהלכת אונגרפלד לדחות את הצעתם זו של שופטי המיעוט, ואשר עליהם אעמוד בקצרה. מקובלת עליי התפישה לפיה פגיעה קשה בכבוד עלולה להיגרם אף בשל ביטוי שלו ערך חברתי ניכר (ראו שם, למשל בעמ' 93-94 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה) ובעמ' 115-116 (השופטת ע' ארבל)). קשה לקבל העדפה גמורה, ללא כל סייג, של חופש הביטוי על פני הערך המוגן בעבירה. שהרי אף חירות הביטוי, ככל הזכויות, איננה מוחלטת (ראו גם דנג"ץ 1525/15 טיבי נ' מפלגת ישראל ביתנו, פסקה 16 לחוות דעתי (23.8.2017)); בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פסקאות 17-19 (15.1.2013). השוו עניין אבנרי, פסקה 10 לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל (בדעת יחיד לעניין התוצאה); עניין כהנא, בעמ' 292-293, שם נדחתה, בהקשר אחר, הטענה כי הביטוי הפוליטי הוא "מוחלט" ואין להגבילו כלל; מדינה, בעמ' 439)). בצעד כה גורף טמונים סיכונים לתפקוד השירות הציבורי כמו גם לכבודם ולשמם הטוב של עובדי. דומני כי הותרת פתח מסוים, אף אם צר ביותר, להחלת עבירת ההעלבה גם לגבי ביטוי פוליטי תמנע הפרה של שיווי המשקל הראוי בהקשר זה. באותה הרוח ומטעמים דומים, לא ניתן להיעתר לבקשת המבקש בהליך שלפנינו כי נקבע ש"פובליציסטיקה בעניינים חברתיים ופוליטיים" לעולם לא תיחשב "העלבה".

45. לסיכום חלק זה, אני סבורה כי בגדרי המבחן התוכני יש להתחשב הן בעוצמת הפגיעה בכבודו של עובד הציבור הן בחשיבותו של הביטוי הנדון. במסגרת זו ולאור חשיבותם היתרה, ראוי לקבוע כי ביטויים פוליטיים בדרך כלל יהיו מוגנים מתחולתה של עבירת ההעלבה. עם זאת, ליתר ביטחון, איני רואה מקום לסתום את הגולל ולחסום כל אפשרות שהיא לעשות שימוש בעבירה לגבי ביטויים פוליטיים במקרים בהם מדובר בפגיעה דרסטית ומרחיקת לכת בערך המוגן. אולם, יש להבהיר כי מקרים אלה יהיו חריגים שבחריגים, אם כלל יתקיימו. מכאן אפנה לדון במבחן ההסתברותי.

המבחן ההסתברותי

46. בהלכת אונגרפלד, כאמור, נקבע בדעת רוב כי עבירת ההעלבה תחול רק אם קיימת ודאות קרובה לכך שההעלבה תביא לפגיעה קשה בעובד הציבור במילוי תפקידו ומכאן גם בשירות הציבורי (שם, בעמ' 90 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה). ההחלטה שלא להסתפק במבחן מחמיר פחות, כמבחן "האפשרות הסבירה" אותו הציעו שופטי המיעוט שם, הינה ביטוי נוסף לגישה המצמצמת ביחס לעבירת ההעלבה (לביקורת על השימוש במבחן זה בהקשרים פליליים אחרים ראו אלון הראל "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות ההתממשות של נזק': חשיבה מחודשת" משפטים ל 69, 81-80, 89-83 (התשנ"ט); דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145, 187-190 (השופטת ד' דורנר) (2000) (להלן: דנ"פ כהנא); מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות" משפטים ל 105, 109-106, 124 (התשנ"ט); וכן קרמניצר ולבנון, בעמ' 170-180). מטבע הדברים, לא ניתן לספק מראש תשובה כללית לשאלה מתי תתקיים ודאות קרובה לפגיעה בערך המוגן, וההכרעה בכך נגזרת מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה (לדוגמאות ליישום המבחן ראו רע"פ כהן, בפסקה 20 לחוות דעתו של חברי השופט ס' ג'ובראן; וכן ע"פ 7340/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 40 (24.6.2013)). עם זאת, לנוכח השאלות שהתעוררו

בענייננו בנוגע למבחן ההסתברותי, אני מוצאת לנכון לחדד מספר שיקולים בהם יש להתחשב במסגרתו, מבלי למצות.

א. מעמדו של עובד הציבור ושל המתבטא

47. מיהותם של המתבטא ושל עובד הציבור מושא העלבון הינם שיקולים משמעותיים במסגרת המבחן ההסתברותי (לדין בפירושו של המונח "עובד הציבור" שבעבירה, ראו חוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז ברע"פ כהן). יסוד ה"העלבה" בעבירה נבחן באופן אובייקטיבי-נורמטיבי, היינו בהתאם לרמת הסיבולת הנדרשת מעובד ציבור סביר, להבדיל מהעובד המסוים שכלפיו כוון הביטוי (הלכת אונגרפלד, בעמ' 58, 60 (המשנה לנשיאה א' ריבלין), בעמ' 91 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה) ובעמ' 131-132 (השופט א' רובינשטיין). ראו גם סעיף 5 להנחיית היועץ). בחברה דמוקרטית ממילא נדרש כל אדם לסיבולת גבוהה ביחס לביטויים גם אם אינם נעימים ואף אם הם פוגעים. אולם, כפי שהובהר בהלכת אונגרפלד, כשמדובר בעובד ציבור, מצופה כי תהיה לו סיבולת גבוהה עוד יותר לכך (שם, בעמ' 61-65 (המשנה לנשיאה א' ריבלין), בעמ' 88, 91 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה) ובעמ' 109 ו-112 (השופטת ע' ארבל); השוו: עניין Coleman, שם ציינו חלק שופטי בית המשפט העליון האוסטרלי כי עצם השימוש בעלבונות נגד שוטרים ככלל לא יהווה עבירת העלבה משום שמצופה משוטרים לעמוד בכך (פיסקאות 16, 200, 258, 296, 302)).

48. לטעמי, יש לצעוד צעד נוסף ולקבוע כי ככל שעובד הציבור בכיר יותר הוא יידרש לסיבולת גבוהה יותר ביחס לביטויים עולבים. במילים אחרות, הציפייה ל"עמידותו" תגדל ביחס ישר לעלייתו בסולם הדרגות. הערות ברוח זו נשמעו מכיוונם של מקצת השופטים בהלכת אונגרפלד (בעמ' 106 (הנשיאה ד' ביניש) ובעמ' 127 ו-130 (השופט א' רובינשטיין)) אך נותרו בגדר אמרות אגב, ואציע לקבוע הלכה מפורשת בנושא. בעלי הדין בענייננו כלל אינם חולקים על כך שבכירותו של עובד הציבור הינה שיקול בהכרעה בדבר תחולתה של עבירת ההעלבה. ההבחנה בין עובדי ציבור בכירים וזוטרים מצאה ביטוי מפורש אף בהנחיית היועץ. כך, בסעיף 6(ו) לה נקבע כי מקום שהעלבון הופנה כלפי עובד ציבור בכיר, הנטייה תהיה שלא להגיש כתב אישום בגין עבירת ההעלבה. בנוסף, על פי סעיף 7 להנחיית היועץ ההחלטה לפתוח בחקירה, לסגור תיק או להגיש כתב אישום במקרה של העלבת עובד ציבור בכיר (או נבחר ציבור) מותנית בקבלת אישור מגורם בכיר בפרקליטות שיוועץ במידת הצורך בפרקליט המדינה או ביועץ המשפטי לממשלה (ועל כך עוד ידובר להלן).

49. הטעמים המצדיקים לדרוש מעובד ציבור באשר הוא סיבולת גבוהה לעלבונות מתקיימים ביתר שאת ככל שדרגתו של העובד בכירה יותר. סביר להניח כי ככל שמדובר בתפקיד רם יותר הכרוך ביתר אחריות והשפעה על חיי הציבור, כך תגדל החשיפה האפשרית לביקורת של מי שממלא אותו. הנחה נוספת היא כי עם כניסתו לתפקיד נטל על עצמו עובד הציבור הבכיר את הסיכון כי יהפוך מטרה לביקורת, ואף ביקורת נוקבת, בין אם הדבר מוצדק ובין אם לאו. בנסיבות אלה, ניתן לצפות ממנו לסיבולת גבוהה במיוחד כלפי עלבונות (השוו: רות גביזון "איסור הפוגע בפרטיות" זכויות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבודו של חיים ה. כהן 199-201 (1982), שם נדונה הטענה לפיה ניתן לייחס לדמויות ציבוריות הסכמה, לפחות מכללא, לפרסומים הפוגעים בפרטיותן). בנוסף, ככל שעובד הציבור בכיר יותר כך הגרעין המוסרי-ערכי, שממנו הוא שואב את כוחו וסמכותו, יציב ומבוסס יותר. לכן הוא אמור להיות "עמיד" יותר לעלבונות ולא בקלות יתממש הסיכון של פגיעה בגרעין זה. ניתן להצדיק קביעה זו גם מהפן של חשיבות הביטוי (שהינו בעל משקל גם במסגרת המבחן ההסתברותי): ביקורת על פועלו של עובד ציבור בכיר שלו סמכויות רבות עשויה להיות חשובה במיוחד מבחינה חברתית ולממש באופן עמוק את הרציונלים של חופש הביטוי (לדוגמאות להכרה בחשיבות ההגנה על ביטויים נגד "דמות ציבורית" ועל הבעת דעה "בעניינים ציבוריים" בהקשר של דיני לשון הרע, ראו: עניין רינת, בפיסקה 16; ועניין אפל, בעמ' 621).

50. לכאורה אפשר היה לטעון כי בעלבון המכוון נגד עובד ציבור בכיר טמון סיכון רב יותר לפגיעה בתפקוד השירות הציבורי משום שפגיעה בתפקודו תגרום לפגיעה מערכתית קשה מזו שתיגרם בעקבות העלבת עובד זוטרי. כך, למשל, פגיעה ביכולת מפכ"ל המשטרה למלא את תפקידיו עלולה לפגוע בתפקוד המשטרה כולה, להבדיל מפגיעה בתפקודו של שוטר זוטרי. בנוסף, לפי קו טיעון זה, ככל שהעובד בכיר יותר כך יהא מדובר בביטוי חריף יותר כיוון שממילא רק עלבונות קשים יחצו את המבחן התוכני, הקודם למבחן ההסתברותי. אף על פי כן, אני סבורה כי בכירותו של עובד הציבור מקטינה את ההסתברות לפגיעה בתפקוד השירות הציבורי. כאמור, ככל שהעובד בכיר יותר כך גדלה הסיבולת שלו כלפי ביטויים עולבים ובהתאם, קָטן פוטנציאל הפגיעה ביכולתו לתפקד בגינם. במילים אחרות, אף אם הביטוי פגע בכבודו ובגרעין המוסרי-ערכי שממנו הוא שואב את כוחו וסמכותו במידה המקיימת את המבחן התוכני, הציפייה היא כי הדבר לא יפגע ביכולתו למלא את תפקידיו. בנוסף, לעובד הבכיר עומדת לעיתים אפשרות להגיב על העלבון במגוון דרכים ואף בכך יש כדי להקל על התמודדותו עימו. במובן זה קיים דימיון מסוים בין עובד ציבור בכיר לבין נבחר ציבור, שהכלל לגביו הוא כי אין להעמיד לדין בשל עבירת ההעלבה (ראו סעיפים 6(ו) ו-7 להנחיית היועץ. על ההבדל בין נבחר ציבור לעובד ציבור ראו רע"פ אונגרפלד, פסקה 33 (השופטת א' פרוקצ'יה) וכן הערתו של השופט א' רובינשטיין בהלכת אונגרפלד, בעמ' 130. ואולם השוו: רע"פ 1941/98 בן גביר נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (8.4.1998), שניתן קודם לכן).

51. תמונת הראי של השיקול בדבר בכירותו של עובד הציבור נושא העלבון היא "מעמדו" של המתבטא. ככל שהעלבון בא מפיו של גורם הנהנה ממעמד רם או הזוכה ליוקרה והערכה בקרב הציבור, עלול לגדול המשקל שייחוס לדבריו על ידי הציבור או חלקו, ואף על ידי עובד הציבור עצמו. בהתאם לכך, גדל פוטנציאל הנזק של הביטוי ליכולתו של העובד לתפקד ולאמון הציבור בשירות הציבורי וגדלה ההסתברות לפגיעה בערך המוגן (ראו שגב, בעמ' 275-278).

ב. פומביות הביטוי וקהל היעד

52. שיקול נוסף שיש להביא בחשבון ואשר אליו התייחסו הצדדים בענייננו הוא פומביות הביטוי, ובכלל זה תפוצתו ומידת החשיפה שלה זכה. נתון זה עשוי להשפיע על ההסתברות לפגיעה בערך המוגן שביסוד עבירת ההעלבה על שני היבטיו: תפקודו התקין של עובד הציבור ואמון הציבור בשירות הציבורי. פשיטא כי אם הציבור כלל לא נחשף למעשה העולב, האמון שהוא רוחש למערכות השלטון לא יכול להיפגע בעקבותיו. בנוסף, העובדה שהתבטאות מסוימת נאמרה בציבור עשויה להעצים את פגיעתה, בהשוואה לדברים שנאמרו בחדרי חדרים או באוזני העובד בלבד (ראו עמדתו הדומה של השופט א' א' לוי בהלכת אונגרפלד, בעמ' 139-140; כמו כן ראו שגב, בעמ' 225-230, 275-279; והשוו: א' בנדור "חופש הביטוי מעל לוחות-המודעות" משפטים יז 171, 183 (התשמ"ז-התשמ"ח)). ואכן, בחלק מהמדינות בהן קיימות עבירות דומות לעבירת ההעלבה, פומביות הביטוי הינה תנאי לתחולתו. למשל, בניו-זילנד הובהר כי העבירה חייבת להתבצע "in or within view of a public place" (ראו עניין *Morse*, בפיסקאות 86 ו-88 ועניין *Brooker*, בפיסקה 53). הוא הדין באוסטרליה ובקנדה (ראו עניין *Coleman* האוסטרלי, בפיסקאות 4, 32, 52, 64-65, 190, 256, 286; ועניין *Lohnes* הקנדי, בעמ' 174, 178). לא בכדי ציינה חברתי השופטת א' חיות בהלכת אונגרפלד כי:

"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" (שם, בעמ' 141).

53. במקרה שלפנינו התעוררה השאלה אם יש חשיבות לקהל היעד שאליו מכוון הביטוי. זאת, על רקע קביעתו של בית המשפט המחוזי כי המאמר הנדון פורסם באתר אינטרנט שבו גולשים אלפי אנשים "וניתן להניח במידה רבה של ודאות (וב"כ המערער לא חלק על כך) כי רובם ככולם קוראים המזדהים עם רוח האתר ואינם קוראים את הפרסומים בו קריאה ביקורתית" (פיסקה 16 לפסק דינו). קביעה זו נתקפה על ידי המבקש ועל ידי האגודה. נכונה אני לקבל את טענת המדינה בהקשר זה, לפיה הפצת הביטוי בקרב האוכלוסיה שאותה משרת עובד הציבור הינה בעלת משקל במסגרת המבחן ההסתברותי, בהיותו הציבור שעל אמונו ברשות מבוקש להגן. בה בעת, מצאתי קושי בהנחתו האמורה של בית המשפט המחוזי. על בית המשפט להזהיר עצמו מפני ייחוס תפישות מסוימות לציבור השומעים או הקוראים ומפני הערכת ההסתברות לפגיעה בערך המוגן על בסיס זה. כשמדובר בפרסום שתפוצתו ניכרת, למשל פרסום הנגיש לכל באינטרנט, הוא עשוי להגיע לקהל שאינו עשוי מקשה אחת. במיוחד בנסיבות אלה אין להניח כי עמדה, תכונת אופי או יכולות ביקורתיות יתקיימו במרביתו לא כל שכן בכל הציבור המגוון שנחשף לביטוי. הנחות מסוג זה הן ספקולטיביות וספק אם הן כלל ניתנות להוכחה, ובפרט במידה הנדרשת בהליך פלילי. על רשויות האכיפה ובתי המשפט לשים מבטחם ביכולתו של הציבור לבחון באופן ספקני וביקורתי פרסומים המובאים לפניו (השוו: ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555, 567 (1992)). כפי שנקבע בהקשר אחר:

"אין הכרח 'להיכנס' לראשו או ללבו של הציבור על-מנת להסיק את האפקט שיצר תוכנו של פרסום זה או אחר בפועל. בית המשפט יסיק את מסקנותיו בעניין זה מתוך מכלול הנסיבות הקיימות" (דנ"פ כהנא, בעמ' 172-173).

ג. חשיפת עובד הציבור לעלבון

54. האם חשיפתו של עובד הציבור מושא העלבון לביטוי העולב הינה תנאי לתחולת העבירה? אף שאלה זו התעוררה במקרה דנן לנוכח העובדה שהרב הצבאי נחשף למאמר רק לאחר שזה הוצג לו במשטרה, בעקבות תלונה של גורם אחר. מהנחיית היועץ עולה כי לפחות בעבר היה חוסר אחידות בעניין זה בערכאות נמוכות (סעיף 5). בהנחיה נקבע כי כתבי אישום בגין עבירת ההעלבה יוגשו רק כשהדברים "נאמרו בפני עובד הציבור או שנאמרו בנסיבות בהן סביר להניח כי הדברים יגיעו לידיעתו של עובד הציבור והמעליב היה מודע לאפשרות זו" (סעיף 5). לטעמי, יש להחמיר עוד בעניין זה ולקבוע כי העבירה תחול רק אם העלבון הגיע לידיעת עובד הציבור (השוו: רע"פ 2038/04 לם נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 95, 119-123 (2006), שקבע, בהקשר שונה של עבירת האיומים, כי תנאי להתקיימות אותה עבירה הוא כי האיום נקלט אצל המאויים). מסקנה זו נובעת במישרין מהיסוד העובדתי של העבירה, שאת מנסיבותיה היא כי העלבון הופנה אל עובד הציבור ("המעליב בתנועות, במלים או במעשים, עובד הציבור..."). מובן כי לא יכול להתגבש פוטנציאל לפגיעה בתפקודו התקין של עובד הציבור אם הוא כלל אינו מודע לעלבון. לכאורה ניתן היה לטעון כי אף בלא חשיפתו של העובד לעלבון עלול להיפגע הפן האחר של הערך המוגן, שהוא אמון הציבור ברשות, ולכן אין הכרח שהעלבון ייקלט אצל עובד הציבור. אולם, אפילו הייתי מניחה כי יש ממש בטיעון זה, הרי שאין להסתפק בכך לנוכח הריסון והזהירות הנדרשים לגבי תחולתה של עבירת ההעלבה ובשים לב לעקרון הפרשנות המקילה עם הנאשם בפלילים.

55. המבקש והאגודה ביקשו עוד כי נקבע שהמבחן ההסתברותי כלל לא חל על פרסומים "מעל במה ציבורית כללית" (כהגדרת המבקש) או "פרסום ברבים" (כהגדרת האגודה). זאת, בשונה מעלבון שנכפה על עובד הציבור למשל במסגרת הפגנה או פניה ישירה אליו. הנימוק לכך היה כי הביטויים האחרונים כוללים יסוד של הטרדה ומופנים כלפי "קהל שבוי". טענה זו לא ניתנה לקבל. דומני כי מתן חסינות גורפת ומלאה מבעוד מועד לפרסומים כאמור (או לפרסום

כלשהו), עלול לצמצם יתר על המידה את העבירה ולהותיר את עובדי הציבור בלא הגנה מספקת. גישה זו אף אינה מתיישבת עם הצורך לבחון כל מקרה לפי כלל נסיבותיו. כמו כן, קבלת טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם השיקול בדבר תפוצת הביטוי המעליב. פרסום שנעשה ברבים נהנה מתפוצה רחבה יותר מעלבון שנשלח לעובד הציבור בלבד, ולפיכך דווקא בו קיים סיכון רב יותר לערך המוגן (ובלבד, כאמור, שהעובד נחשף לפרסום). אשר לטיעון "הקהל השבוי", דומה כי שיקול זה איבד מכוחו בעידן המודרני ואין בו להטות את הכף לכאן או לכאן. לנוכח שטף המידע הסובב את כולנו ובמיוחד בהינתן השפע האדיר הנגיש לכל ברשת האינטרנט, ההבחנה בין מידע שהקורא או המאזין נחשף אליו מבחירה לבין מידע שנכפה עליו הופכת עמומה ולא חד-משמעית (השוו: עניין אינדור, בעמ' 169; עניין קידום, בעמ' 16 (השופט ד' דורנר). כן ראו עניין סיעתש"ס, בעמ' 164). לעומת זאת, נכונה אני לקבל כי הטרדה של עובד ציבור בדמות חשיפה ממושכת לעלבונות המכוונים נגדו עשויה להשפיע על ההסתברות לפגיעה בערך המוגן (וראו הלכת אונגרפלד, שם ניתן משקל בהרשעת הנאשם לעובדה שהביטויים הקשים נגד השוטר הוצגו לעיני כל במשך שבוע ימים (בעמ' 98-99 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה), בעמ' 119 (השופטת ע' ארבל) ובעמ' 123 (השופט ס' ג'ובראן)). מכל מקום, לא שוכנעתי כי פרסום ברבים של ביטוי מעליב הוא בהכרח פחות מטריד מביטויים המובאים לידיעת העובד בדרך אחרת כגון הפגנה או פניה ישירה אליו.

56. שאלה נוספת שעלתה במקרה שלפנינו עניינה המשקל שיש לייחס במסגרת המבחן ההסתברותי לעובדה שעובד הציבור המסוים שנגדו הופנה העלבון נפגע מהדברים. ראשית, נזכיר כי עבירת ההעלבה היא עבירה התנהגותית והיא אינה מותנית בתוצאה שתיגרם בעקבות המעשה המעליב. אף המבחן ההסתברותי אינו דורש מימוש של הפגיעה, אלא רק ודאות קרובה לכך. זאת, בשונה, למשל, מהעבירה של הפרעה לעובד ציבור המעוגנת בסעיף 288א לחוק העונשין, העוסקת במקרה בו התממש הסיכון ונפגע תפקודו של השירות הציבורי (ראו גם הלכת אונגרפלד, בעמ' 60 (המשנה לנשיאה א' ריבלין)). שנית, נשוב ונדגיש כי במסגרת המבחן ההסתברותי נבחן הסיכון לפגיעה בתפקוד השירות הציבורי ולא נבחנת הפגיעה ברגשותיו של עובד הציבור. שלישית ובכך העיקר, התשובה לשאלה האם הפגיעה בעובד הציבור הספציפי משליכה על ההסתברות לפגיעה בערך המוגן מצויה בעובדה שמדובר במבחן אובייקטיבי. המסקנה כי המבחן ההסתברותי הוא אובייקטיבי באופיו עולה מהלכת אונגרפלד, שם נאמר כי מדובר ב"מבחן של הערכה, פרי השכל-הישר (עמ' 97 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה)) ומאופן יישומו של המבחן שם (ראו למשל, בעמ' 98-100 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה) ובעמ' 142 (השופטת א' חיות). לביקורת על אופן הפעלת המבחן באותה פרשה ראו מדינה, בעמ' 535). קביעה זו מתיישבת גם עם טיבו של מבחן "הוודאות הקרובה" בהקשרים אחרים (ראו למשל עניין לאור, בעמ' 438-439; עניין יוניברסל, בעמ' 31; עניין קידום, בעמ' 10 (השופטת ד' דורנר)). בנוסף לכך, הכללת רכיב סובייקטיבי במבחן ההסתברותי תחייב לשקלל את מאפייניו האישיים של הנפגע, למשל פגיעות מיוחדת לעלבונות, ובכך כרוכה אי-ודאות שאינה רצויה במיוחד כשעסקינן בעבירה פלילית. מכל מקום, העובדה שלפנינו מבחן אובייקטיבי מובילה למסקנה כי אין לייחס משקל מיוחד לכך שעובד הציבור הקונקרטי שכלפיו כוון הביטוי העולב אכן נפגע ממנו. עם זאת, נתון זה בהחלט עשוי לשמש אינדיקציה להערכת ההסתברות לפגיעה בערך המוגן, כעניין אובייקטיבי (ראו מ"ח 3378/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (17.7.2014); והשוו בש"פ 2735/09 פלונית נ' מדינת ישראל, פסקה 12(א) (17.5.2009), שם נדחתה הטענה לפיה לא ניתן להעמיד לדין בגין עבירת ההעלבה אם לא הוגשה תלונה בנושא על ידי העובד קורבן העבירה).

בטרם אפנה ליישום העקרונות הכלליים האמורים על נסיבות המקרה שלפנינו, אבקש להעיר הערה נוספת שאינה נוגעת לפרשנות העבירה גופה, אלא למדיניות ההעמדה לדין בגינה.

מדיניות ההעמדה לדין

57. פגיעתה הקשה של עבירת ההעלבה בחופש הביטוי מחייבת ריסון וזהירות רבה לא רק במסגרת פרשנות העבירה עצמה, אלא גם במסגרת המנגנונים החיצוניים לה ובפרט בגדרי מדיניות ההעמדה לדין ועל כך עמדנו כבר בהלכת אונגרפלד (ראו שם, בעמ' 97 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה; בעמ' 102 (חוות דעתי), בעמ' 104 (הנשיאה ד' ביניש), בעמ' 116 (השופטת ע' ארבל) ובעמ' 132-133 (השופט א' רובינשטיין)). הדבר הודגש במפורש אף בהנחיית היועץ (ראו סעיף 6). אחד הביטויים המעשיים לכך בהנחיית היועץ מצוי בתנאי לפיו במקרים של העלבת נבחר ציבור או עובד ציבור בכיר יידרש אישור מוקדם של המשנה לפרקליט המדינה לפתיחה בחקירה, לסגירת תיק או להגשת כתב אישום (סעיף 7). דרישה זו נומקה שם בחשש מפני פגיעת יתר בחופש הביטוי על רקע ההבדלים בין גורמים אלה לבין "עובד המדינה הרגיל".

58. מהנתונים העובדתיים שהוצגו לפנינו בהליך דנא, עליהם לא חלקה המדינה, עולה כי רובם המכריע של כתבי האישום בגין עבירת ההעלבה שהוגשו לאחר שניתן פסק הדין בהלכת אונגרפלד, עניינם עלבונות שהוטחו בעובדי ציבור זוטרים. מהנתונים שסיפקה המשטרה עולה כי בשנים 2012, 2013 ו-2014 הוגשו (בהתאמה) 1,441, 1,255 ו-1,620 כתבי אישום שכללו אישום בעבירת ההעלבה, כשמתוכם ב-131-231 תיקים האישום בעבירה זו היה סעיף האישום היחיד. כפי שנמסר, בשנת 2014 ובמחצית הראשונה של שנת 2015 נבחנו בפרקליטות המדינה 67 תיקים בהם עלה חשד לעבירת ההעלבה כנגד נבחר ציבור או עובד ציבור בכיר, שאז כאמור נדרש אישור לנקיטה בהליכים שונים. מבין תיקים אלה ניתן אישור או שהפרקליטות סברה כי יש לפתוח בחקירה פלילית ב-16 תיקים ובתקופה זו הוגש כתב אישום אחד בלבד (בנוסף, במקרה אחד המליצה הפרקליטות להעמיד לדין גורם נבחר, חברת הכנסת חנין זועבי, בשל העלבת שוטרים). כפי שניתן לראות, המקרים בהם מוגש כתב אישום בשל העלבת נבחר ציבור או עובד ציבור בכיר הם מיעוט קטן מבין המקרים בהם מוגש כתב אישום בגין העבירה, ורובם המכריע של האישומים נוגע להעלבה של עובדי ציבור זוטרים.

59. על רקע זה, ראוי בעיניי להחיל את הדרישה לאישור מוקדם של בכירי הפרקליטות לפתיחה בחקירה, לסגירת תיק ולהעמדה לדין בכל מקרה של העלבת עובד ציבור באשר הוא, לרבות עובדים זוטרים (ראו עמדתו הדומה של השופט א' רובינשטיין בהלכת אונגרפלד, בעמ' 133, שנתרה בגדר אמרת אגב). איני חולקת על כך שישנם הבדלים בין עובדי ציבור זוטרים לבין עובדי ציבור בכירים (לא כל שכן לבין נבחר ציבור) לעניין תחולת העבירה, ועל חלקם עמדתי לעיל. עם זאת, הבדלים אלה אינם מצדיקים לנהוג לגביהם באופן שונה בכל הנוגע לדרישה הפרוצדורלית האמורה שאינה נוגעת לפרשנות העבירה. גם לגבי מקרים אלה, שאף בהם השימוש בעבירה כרוך בפגיעה קשה בחופש הביטוי, ראוי להחיל סטנדרטים מחמירים להעמדה לדין ולהציב מסננת נוספת בשלבים הקודמים להגשת כתב אישום. קביעה זו עולה בקנה אחד עם ההנחייה הקיימת בפרקליטות לפיה החלטה בדבר פתיחה בחקירה פלילית או סגירת תיק בעניינים בעלי רגישות ציבורית רבה תובא לידיעתו ולאישורו של פרקליט המדינה או של מי שהוסמך על ידו לטפל בכך ("פתיחה בחקירה בעניין בעל רגישות ציבורית רבה" הנחיות פרקליט המדינה 14.12 (התש"ע)). בהנחיה הנ"ל מפורטת שורה של עבירות הטומנות בחובן רגישות ציבורית כאמור ובהן עבירות המרדה, הסתה לגזענות, תמיכה בארגון טרור, הסתה לאי-ציות ועוד. עבירת ההעלבה אינה מנויה ברשימה זו, אך על רקע כל האמור ברי כי גם נקיטה בהליך פלילי בגינה הינה עניין בעל רגישות ציבורית הראוי לבחינה זהירה במיוחד. יש לקוות כי בכך יהיה כדי להגביל את השימוש בעבירה זו למקרים המתאימים בלבד ולהבטיח את ההגנה על חופש הביטוי.

סיכום העקרונות הכלליים

60. בהלכת אונגרפלד קבע בית משפט זה תנאים מחמירים לתחולתה של עבירת ההעלבה, לנוכח פגיעתה הקשה

בחופש הביטוי. איני רואה מקום לבטל הלכה זו, כפי שנתבקש בהליך דנא על ידי המבקש והאגודה, והיא שרירה וקיימת. עם זאת, השתכנעתי כי נדרש פיתוח מסוים של ההלכה ו"ליטוש" של המבחנים שנקבעו שם, באופן שיש בו כדי להצר עוד את גבולות העבירה. בכלל זה, לטעמי יש להבהיר כי במסגרת המבחן התוכני יש להתחשב לא רק בעוצמת הפגיעה בכבודו של עובד הציבור בשל העלבון, אלא גם בעוצמת הפגיעה בחופש הביטוי של המתבטא הכרוכה בשימוש בעבירה. עוצמת הפגיעה בחופש הביטוי נגזרת מהמידה שבה מגשים הביטוי הנדון את הרציונלים העומדים בבסיס חירות זו. בהתאם לכך, אציע לצעוד צעד נוסף ולקבוע כי מקום שהביטוי המעליב הינו ביטוי פוליטי העבירה לא תחול ברובם המכריע של המקרים, אם לא בכלם. בגדרי המבחן ההסתברותי עמדתי על מספר שיקולים כלליים שיכולים לסייע ביישום ולהגביר את הוודאות המשפטית בעניין זה. בכלל זה לשיטתי, ככל שמדובר בעובד ציבור בכיר יותר, כך קטנה ההסתברות לפגיעה בערך המוגן של העבירה, ומנגד ככל שהגורם העולב הוא גורם מקובל בציבור הזוכה להערכתו כך תגדל ההסתברות לפגיעה. שיקול חשוב נוסף הוא היקף תפוצתו של הביטוי. בהקשר זה, לדעתי יש להבהיר כי העבירה תחול רק אם העלבון הובא לידיעת עובד הציבור או בנסיבות שבהן סביר כי יגיע לידיעתו (והמתבטא היה מודע לאפשרות זו). העובדה שעובד הציבור המסוים שכלפיו כוון העלבון אכן נפגע ממנו עשויה אמנם לסייע בהערכת ההסתברות לפגיעה בערך המוגן, אך אין לייחס לה משקל מיוחד. מכל מקום, אני סבורה כי ראוי להתנות את ההעמדה לדין ופתיחה בחקירה בגין עבירת ההעלבה בקבלת אישור מוקדם לכך מבכירי הפרקליטות וזאת בכל מקרה שהוא, לרבות כשהעלבון מכוון כלפי עובדי ציבור זוטרים.

61. בחוות הדעת שבתי והדגשתי את חשיבותו הרבה של חופש הביטוי, ובמיוחד של חופש הביטוי הפוליטי, ואת הצורך החיוני להגן על חירות זו. ונשוב ונאמר בקול ברור: בלא חופש ביטוי לא תיתכן דמוקרטיה. לצד זאת, ראוי להבהיר כי העובדה שניתן וראוי בחברה דמוקרטית לאפשר ביקורת על פועלם של משרתי הציבור אינה בבחינת הזמנה או אישור גורף להשמצות, השפלות או ביזוי. אין להקל ראש בפגיעה בעובד הציבור, כבכל אדם. כבודם ושמם הטוב של עובדי הציבור אינם הפקר (ראו והשוו ע"פ 7374/07 שמאי נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (16.11.2009); רע"פ 5579/10 קריה נ' מדינת ישראל (2.8.2010)). יש לעשות את מירב המאמצים על מנת להבטיח שעובדי הציבור יוכלו למלא את תפקידיהם בנאמנות, במקצועיות וללא מורא, לטובתם האישית ולטובת השירות הציבורי והחברה בכללותה. יחד עם זאת, הדרך להבטיח תכלית ראויה זו לא בהכרח עוברת דרך עבירת ההעלבה.

המקרה שלפנינו

62. לבסוף, לאור כל האמור נותר להכריע בשאלת אחריותו הפלילית של המבקש. כפי שכבר ציינתי, אני סבורה כי יש לזכות את המבקש מעבירת ההעלבה. המאמר שבגיני הוגש כתב האישום נגד המבקש "נכשל" כבר בשלב המבחן התוכני, אשר אינו מתקיים. מעמדת המדינה עולה כי היא לא חולקת על כך שמרבית הדברים במאמר אינם עולים כדי "העלבה", והאישום נעוץ בדברים שבליבת המאמר בלבד (שצוטטו בפסקה 2 לעיל). צדק הרב הצבאי באומרו כי המאמר כולל ביטויים קשים, מכוערים וקיצוניים. ואוסיף כי יש להצר על כתיבת הדברים החמורים ומוטב היה אילולא באו לעולם. ואולם, הדברים שבהם התמקד האישום הינם המשך ישיר של יתר הדברים - החריפים אף הם - המופיעים במאמר. ספק בעיניי האם קיים שוני ביניהם במידה המצדיקה לקבוע כי ביטויים אלה מקיימים את יסוד ה"העלבה", בעוד שלגבי יתר הדברים שנכתבו במאמר המדינה עצמה סברה כי הם נכללים ב"חופש הביטוי הפוליטי המותר".

מכל מקום, אפילו היו נותרות תהיות בעניין זה, הרי שהן מוכרעות לאור העובדה שלפנינו ביטוי פוליטי מובהק. המאמר מותח ביקורת על פועלו (או לפי הטענה, היעדר פועלו) של הרב הצבאי לנוכח המדיניות הנהוגה בצה"ל בנושאים שונים ובכלל זה: תפישת הלחימה בצבא (כפי שהובנה על ידי המבקש), שילוב נשים בשורותיו, מעורבותו

ב"תכנית ההתנתקות" והטענות בנוגע לחילול שבת ואי-שמירת כשרות במסגרותיו. שאלות אלה מצויות במוקד השיח הציבורי, הדיון בהן מעורר עניין ציבורי ויש לו חשיבות חברתית ניכרת. לטעמי, בשונה מהביטוי שנדון בהלכת אונגרפלד, לגבי הביטוי העומד לפנינו אין כל מקום לספק באשר לטיבו ומובן כי מדובר בביטוי המגשים במידה רבה ביותר את הרציונלים של חופש הביטוי. משכך, לאור האמור לעיל, נקודת המוצא היא כי אין להחיל לגבי המאמר את עבירת ההעלבה, ולא שוכנעתי כי יש מקום לסטות מכלל זה בענייננו. אף אם מדובר בביטויים קשים הם אינם נכנסים בגדר המקרים הנדירים שבנדירים המזעזעים את אמות הספים שבהם מוצדק להרשיע אדם בעבירת ההעלבה בשל ביטוי פוליטי. בשולי הדברים אעיר כי לא ניתן לחמוק מן הרושם, והדבר עלה גם בדיון שנערך לפנינו, כי ברקע לאישום נגד המבקש עמד החשש כי בדברים החמורים שכתב במאמר יש למעשה משום הסתה לאלימות או איומים. ואולם, המבקש לא הועמד לדין בגין עבירות אלה, כי אם בגין עבירת ההעלבה וזהו האישום העומד לבחינתנו.

63. בנסיבות אלה, אין עוד צורך להמשיך ולבחון האם מתקיימים יתר יסודות העבירה, לרבות המבחן ההסתברותי. עם זאת ובבחינת למעלה מן הנדרש אציין כי ספק רב בעיניי אם בענייננו ניתן היה לצלוח את המבחן ההסתברותי, במיוחד בשים לב למעמדו הבכיר של הרב הצבאי, המחייב אותו לסיבולת גבוהה ביותר כלפי ביטויים מעליבים. לאור המסקנה אליה הגעתי, מתייתר גם הצורך לדון בשאלות שעורר המבקש בנוגע לעונשים הראויים בגין עבירת ההעלבה ובשאלת תחולתה של ההגנה בדבר זוטי דברים בהקשרים אלה. יחד עם זאת, יוער כי בהינתן הדרישות המחמירות שנקבעו לתחולת עבירת ההעלבה קשה להעלות על הדעת מקרים שבהם, לאחר שהוכחו תנאים אלה, ניתן יהיה להתגונן מפני הרשעה בטענה של זוטי דברים. אשר לטענת המבקש בדבר האכיפה הבררנית הנהוגה לכאורה בעבירות אלה, הרי שהיא נדחתה מכל וכל על ידי שתי הערכאות הקודמות ועל פני הדברים לא נמצא מקום להתערב בקביעותיהן. כך או כך, אף ההכרעה בעניין זה אינה נחוצה עוד לאור המסקנה בדבר זיכוי של המבקש.

64. אשר על כן, אציע לחברי לקבל את הערעור במובן זה שהמבקש יזוכה מעבירת ההעלבה.

ה נ ש י א ה (בדימ')

השופט ע' פוגלמן:

מצטרף אני להצעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') מ' נאור לזכות את המערער מעבירת העלבת עובד הציבור לפי סעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). גם אני כחברתי סבור כי הדברים שפרסם המערער אינם מקיימים את יסוד ה"העלבה" במשמעותה בחוק זה; ואין הם צולחים את המבחן הראשון לתחולת העבירה - זה התוכני, שעיקרו במשמעות של הביטוי. להשקפתי, מקום שבו מדובר בביטוי שאופיו הדומיננטי הוא פוליטי, המצוי בליבת הזכות לחופש ביטוי, אין הוא בא בשערי הביטוי "העלבה" באופן המגבש את יסודות עבירת העלבת עובד הציבור.

1. ההלכה המנחה בסוגיה נקבעה בדנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (11.7.2011) פ"ד סה(1) 23 (להלן: עניין אונגרפלד). כעת - בחלוף כ-6 שנים - נדרשים אנו לשוב ולבחון את שאלת גבולות התפרסותה של עבירת העלבת עובד הציבור. חברתי, הנשיאה (בדימ') מ' נאור, דנה באריכות בחוות דעתה המפורטת ביסודות העבירה כפי שאלה נקבעו בעניין אונגרפלד, ואיני רואה צורך לשוב ולחזור על הדברים. חברתי עמדה בהרחבה על הערך המוגן שעומד ביסוד עבירת העלבת עובד הציבור - שמירה על "תפקודו התקין של השירות הציבורי כחלק מהאינטרס בדבר שמירה על הסדר הציבורי"; ועל הזכות לחופש ביטוי שעומדת מנגד ושעלולה להיפגע כתוצאה משימוש בעבירה. חברתי

עמוד 26

הרחיבה בדבר חשיבות הזכות לחופש ביטוי, על מעמד הבכורה שניתן לה בשיטתנו המשפטית, ואף במושכלות יסוד אלו לא ראיתי מקום להרחיב. בנתון לכך, ציינה חברתי, כי נקודת המוצא לדיון לפנינו היא כי יש לצמצם את תחולת עבירת העלבת עובד הציבור נוכח פגיעתה בחופש הביטוי. כך סברו כל השופטים בעניין אונגרפלד, ולכך מסכים גם אני.

2. כמפורט בהרחבה בחוות דעתה של חברתי, בעניין אונגרפלד נקבע כי עבירה של העלבת עובד הציבור תתגבש רק בהתקיימותם של שני מבחנים מצטברים: האחד, מבחן תוכני, שעניינו בבחינת יסוד ה"העלבה"; השני, מבחן הסתברותי, שעניינו בסיכויי הפגיעה בערך המוגן שעומד ביסוד עבירת העלבת עובד הציבור. המחלוקת בין שופטי המותב באותו עניין נסובה על אודות התוכן שיש ליצוק לכל אחד מן המבחנים האמורים. בסופו של דבר קבעו שופטי הרוב כי אשר למבחן התוכני, "העלבה" במובנה בחוק העונשין תתקיים מקום שבו מדובר ב"ביטוי שלילי הפוגע בליבת כבודו של האדם וכרוך בפגיעה מהותית וקשה בגרעין המוסרי-ערכי שממנו שואב עובד הציבור את מקור כוחו וסמכותו" (פסקה 26 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה); אשר למבחן ההסתברותי נקבע כי העבירה תחול רק מקום שבו קיימת ודאות קרובה לפגיעה בערך המוגן.

3. במוקד המקרה שלפנינו ניצב - בעיקרו - חופש הביטוי הפוליטי של המערער, ועל כך דומה שאין מחלוקת. חברתי קבעה בחוות דעתה כי בנסיבות המקרה דנן - מקום שעניין לנו בזכות לביטוי פוליטי, העומדת בליבת הזכות לחופש ביטוי - יש לקבוע כי דברי המערער אינם עולים כדי "העלבה". לתוצאה האמורה הגיעה חברתי לאחר שקבעה כי "במסגרת המבחן התוכני אכן יש ליתן משקל גם לעוצמת הפגיעה בחופש הביטוי, אשר נבחנת כאמור בהתאם לחשיבותו של הביטוי הנדון. פגיעה זו יש לאזן למול הפגיעה בכבודו של עובד הציבור". בהתאם, ציינה חברתי כי "ככל שהפגיעה בחופש הביטוי קשה יותר [...] כך נדרשת פגיעה קשה יותר בכבודו של עובד הציבור כתנאי להתקיימות העבירה" (פסקה 32 לחוות דעתה של חברתי). בהמשך קובעת חברתי כי "כאשר הביטוי העולב נכלל בגדרו של חופש הביטוי הפוליטי יש ליתן לו הגנה יתרה ולנקוט ריסון רב במיוחד בהחלת העבירה כלפיו" (שם, בפסקה 38). למסקנה זו שותף גם אני. אף אני סבור כי בבחינת המבחן התוכני יש ליתן משקל למהות הביטוי - היינו אם עומד הוא בליבת הזכות לחופש ביטוי אם לאו. כך שכן, לא הרי פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי הכרוכה בהעמדה לדיון בעבירה של העלבת עובד הציבור, כפגיעה הממוקמת בפריפריה של חופש הביטוי של הנאשם בעבירה. לכך מבקש אני להוסיף מספר הערות.

4. חברתי ציינה בחוות דעתה כי יש לקבוע כי ביטויים פוליטיים יוחרגו "כמעט תמיד מפני תחולת עבירת ההעלבה"; וכי "ברוב המקרים של המקרים, אם לא בכלם, תועדף ההגנה על הביטוי הפוליטי על פני הערך המוגן שביסוד עבירת ההעלבה". כשלעצמי, סבורני כי יש לקבוע כי מקום שבו התכלית הדומיננטית של הביטוי היא פוליטית, אין תחולה כלל לעבירה של העלבת עובד הציבור. כידוע, וכמפורט בהרחבה בחוות דעתה של חברתי, הביטוי הפוליטי נהנה מהגנה חוקתית רחבה במיוחד, "שכן ביטויים אלה - המאפשרים את עצם קיומה של מחלוקת פוליטית - הם תנאי שאין בלתו לקיומה של דמוקרטיה" (בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 2 לחוות דעתי (15.4.2015)); בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 164 (2003); בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד מו(2) 692, 706-707 (1992)). הביטוי הפוליטי - ובכלל זה גם השמעת דברי ביקורת על עובד הציבור - הוא חלק חיוני במשחק הדמוקרטי. הוא מאפשר לפרט להשמיע את קולו נגד מדיניות או התנהלות של עובד הציבור ולבקרה (ראו בפסקה 34 לחוות דעתה של חברתי; ראו עוד בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 22 (8.10.2017)). פגיעה בביטוי הפוליטי משמעה פגיעה בהליך הדמוקרטי.

5. נוכח המעמד הרם שהוקנה לביטוי הפוליטי בפסיקתנו סבורני - כאמור - כי מקום שבו משתייך הביטוי הנדון לקבוצת הביטויים הפוליטיים יש לקבוע כי אין הוא בא בגדר שיעוריה של עבירת העלבת עובד הציבור. אין לראות בעמדה זו משום מתן ביטוי לתפיסה שלפיה חופש הביטוי הפוליטי נהנה מחסינות למול זכויות ואינטרסים סותרים. ככל זכות, גם

חופש הביטוי, ובכלל זה הביטוי הפוליטי הוא זכות יחסית, שיש לאזנה למול האינטרסים שעומדים מנגד (בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פסקה 17 (15.1.2013); בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, פסקה 8 (28.6.2006)). ואולם, בשים לב לחשיבותו של הביטוי הפוליטי שעליה עמדנו, סבורני כי ידו של זה על העליונה כשהוא ניצב למול הערך המוגן שעומד ביסוד עבירת העלבת עובד הציבור. ויוטעם, הפגיעה בחופש הביטוי מקום שבו מועמד אדם לדין בגין ביטוי המשתיך לקבוצת הביטויים הפוליטיים היא כפולה: האחת, נגרמת לפרט הנאשם בעבירה של העלבת עובד הציבור ולזכותו לביטוי פוליטי. השנייה, נגרמת לאינטרס הציבורי וזאת נוכח האפקט המצנן שיוצרת ההעמדה לדין, ושעלול להרתיע אחרים ממימוש חופש הביטוי הפוליטי שלהם, ובפרט מקום שבו מדובר בדברי ביקורת על עובדי ציבור. כפי שציינה חברתי, החשיבות הגלומה בביטוי הפוליטי אינה אך במתן אפשרות לפרט לממש את חירויותיו ואת האוטונומיה שלו, אלא בתרומה שיש לביטוי הפוליטי ככלי לקידום ההליך הדמוקרטי ולהגברת ריבוי הדעות (פסקה 34 לחוות דעתה של חברתי). האפקט המצטבר, לשיטתי, של שתי פגיעות אלו יחדיו מביא לכך שבאיזון בין האינטרס הציבורי שבהגנה על חופש הביטוי הפוליטי לבין הערך המוגן שביסוד העבירה גובר הראשון ויש ליתן לו מעמד בכורה. לכך יש להוסיף ולהזכיר כי עניין לנו בפרשנות עבירה פלילית המנויה בחוק העונשין. כידוע, מקום שבו עסקינן בפרשנות איסור פלילי עלינו להתחשב בפגיעה בזכויות אדם הכרוכה בהפעלת הדין הפלילי, וזאת מכוח עיקרון החוקיות בפלילים המחייב "קביעת קו גבול ברור ככל הניתן בין ההתנהגות המותרת להתנהגות האסורה על-פי חוק" (דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, 672-673 (2009)). להשקפתי, שעה שעוסקים אנו באיסור פלילי עלינו לקבוע גבולות ברורים ומפורשים לתחולת העבירה. הצעת חברתי שלפיה נותר "פתח מסוים, אף אם צר ביותר" כלשונה לתחולת העבירה גם מקום שבו מדובר בביטוי פוליטי מעוררת קושי בהיבט זה, והיא עלולה ליצור עמימות וחוסר ודאות הן מבחינת הפרט שלו הזכות לביטוי פוליטי, הן מבחינת הרשות אשר מופקדת על אכיפת החוק.

6. שאלת סיווג הביטוי - אם פוליטי הוא, אם לאו - צריכה להיעשות לדעתי בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה, ושעליהם עמדה חברתי בחוות דעתה (פסקאות 35-36), ואיני רואה צורך להאריך בהם. אכן, לעיתים עשוי הביטוי הפוליטי לעטות כסות של עלבון, ואפשר שהוא יוטח בעובד הציבור תוך שימוש במילות גנאי או תוך נקיטת לשון משפילה או מבזה. ואולם, ההגנה הניתנת לביטוי הפוליטי אינה מחריגה מגדרה ביטויים מכוערים, קיצוניים וקשים. הגנת הביטוי הפוליטי מבקשת להגן על הביטוי הפוליטי באשר הוא, ואין עניינה במשלב הלשוני של הדובר, או בטיב הלשון הנשמעת מפיו, וזאת כל עוד מדובר בביטוי פוליטי. אמנם, במקרים כמעין אלה שאלת הסיווג עלולה לעורר קושי, שכן לא אחת עשוי ביטוי לשאת אופי "מעורב". הפתרון למכשלה זו מצוי לשיטתי בבחינת האופי הדומיננטי של הביטוי. בהקשר זה מקובלת עלי עמדתה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש בעניין אונגרפלד שלפיה כדי להחליט אם ביטוי כאמור - הנושא אופי "מעורב" - שייך לקבוצת הביטויים הפוליטיים עלינו לתור אחר מאפייניו הדומיננטיים. וכך קבעה הנשיאה (בדימ') ד' ביניש באותו עניין:

"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" (שם, פסקה 6 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש (ההדגשות הוספו - ע' פ'); וראו בהקשר בפסקה 37 לחוות דעתה של חברתי).

בנתון לאמור, לדעתי, יש לקבוע כי ליבת הביטוי - האופי הדומיננטי - צובעת את הביטוי כולו ככזה המשתיך לקבוצת הביטויים הפוליטיים; ולפיכך, ככזה המוחרג מתחולת העבירה של העלבת עובד הציבור.

7. סיכומו של עניין: להשקפתי, מקום שבו מדובר בביטוי פוליטי עלינו לקבוע כי אין הוא חוסה תחת כנפי הביטוי "העלבה" במשמעותו בחוק העונשין. זאת, בשים לב למעמדה של הזכות לביטוי פוליטי בשיטתנו המשפטית; ומקום שבו דנים אנו בפרשנות איסור פלילי. כאשר מדובר בביטוי שלו מספר תכליות או בעל מספר מאפיינים יקבע אופיו של הביטוי בהתאם למבחן האופי הדומיננטי. כפי שציינתי, לדעתי, יש לקבוע כי אף ביטוי "מעורב" שאופיו הדומיננטי הוא פוליטי אינו עולה כדי "העלבה" במובנה בחוק העונשין. למותר לציין כי אין בדברים משום הענקת חסינות לכל ביטוי פוליטי. עומדת לרשות האכיפה הסמכות להעמיד לדין בגין ביצוע עבירות אחרות ובכלל זה הסתה לגזענות או הסתה לאלימות לפי סעיפים 144ב ו-144ד לחוק העונשין, מקום שבו מתקיימים יסודות עבירות אלו.

8. בהקשר של הביטוי שלפנינו מצטרף אני לעמדת חברתי שלפיה נושא הוא אופי פוליטי. כאמור בחוות דעתה של חברתי, המאמר נושא הערעור דן משתייך לקבוצת הביטויים הפוליטיים באופן מובהק, שכן עניינו במתיחת ביקורת על התנהלותו של המשיב 2, אשר כיהן אותה העת כרב הצבאי הראשי. חרף הדברים החריפים והלשון העולבת שבה נכתב, סבורני כי אופיים הדומיננטי של הדברים נושא צביון פוליטי והם מוחרגים מתחולת העבירה של העלבת עובד הציבור.

9. לבסוף, ומשמצאנו כי הביטוי נושא הערעור דן אינו עולה בגדר "העלבה" במובנה בחוק העונשין; וכי אין הוא צולח את המבחן הראשון - התוכני - שנקבע בעניין אונגרפלד, אינו רואה להרחיב בעת הנוכחית אשר לשיקולים שלפיהם יוכרע מבחן ה"וודאות הקרובה". אלה יתבררו לעת מצוא.

בנתון להערות אלו מצטרף אני לפסק הדין של חברתי, הנשיאה (בדימ') מ' נאור.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

ככלל, אני מסכים עם פסק דינה של הנשיאה (בדימ'), אך אבקש לעמוד בקצרה על שתי נקודות.

1. עיתוי המודעות לעלבון: איני סבור כי מודעותו של עובד הציבור לעלבון היא תנאי הכרחי, כפי שאין להבחין בין פרסום ברבים לבין פנייה ישירה לעובד הציבור. זאת, הן לאור התכלית של אמון הציבור ברשות והן על מנת להימנע מהשאלה אם יש חשיבות לעיתוי החשיפה של עובד הציבור לעלבון. הדבר נכון במיוחד בהאינדנא, כאשר המדיה החברתית נחשבת ל"כוכר העיר" הוירטואלית, וקשה להניח כי עובד הציבור מודע בזמן אמת או אף זמן רב לאחר מכן לכל דברי הנאצה והעלבונות המוטחים בו באתרים השונים. במקרה דנן נחשף הרב הראשי לדברים רק לאחר שהמאמר הוצג לו במשטרה. אך באותה מידה, יכול היה להיחשף למאמר, לאחר שאחד מחבריו או קרוביו היה מסב תשומת ליבו לכך בסמוך לפרסום המאמר. אם העלבון נאמר בחדרי חדרים, ולא הגיע כלל לידיעת עובד הציבור, גם לא לאחר זמן רב, או להיפך, העלבון הוטח בנוכחות עובד הציבור בלבד, ממילא יינתן משקל לנושא הפומביות, שנזכר על ידי הנשיאה (בדימ').

2. על קללות וגידופים: הנשיאה (בדימ') הגיעה לתוצאה לפיה לא כל ביקורת או ביטוי פוליטי יזכו לחסינות, ומנגד, קללה וגידוף עשויים אף הם לזכות בהגנה. ברצוני לחדד ולהבהיר את עמדתי לגבי ניבולי פה למיניהם - קללות, עלבונות, השפלות, דברי גנאי וביזוי, חרפות, נאצות וגידופים (להלן ולשם הקיצור: קללות וגידופים) המופנים כלפי עובד ציבור.

בדנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (11.7.2011) (להלן: עניין אונגרפלד), השאלה שהועמדה לדיון נוסף הייתה הנפקות של אמיתות הפרסום לצורך העבירה של העלבת עובד ציבור בסעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). אלא שבמסגרת הדיון הנוסף הורחבה היריעה ונקבע, בדעת רוב, המבחן הכפול - התוכני וההסתברותי. דומני כי קריאה זהירה בפסק הדין בעניין אונגרפלד, מעלה כי הנושא של קללות וגידופים נבלע במחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט שם. מצאתי לנכון לנצל הזדמנות זו, במסגרתה אנו דנים בעבירה של העלבת עובד ציבור, כדי לחדד את הדברים. זאת, מאחר שמפסיקה מאוחרת לעניין אונגרפלד, עלול להיווצר הרושם כי המבחן התוכני והמבחן ההסתברותי חלים באותה מידה גם על קללות וגידופים. כך, בפסק הדין ברע"פ 229/12 כהן נ' מדינת ישראל (16.10.2012) נקבע כי האמירה "מושתן וילד מפגר" אינה בגדר העלבת עובד ציבור, וכי הרשעתו של הנאשם בעבירה זו אינה עולה בקנה אחד עם המבחן התוכני וההסתברותי בהלכת אונגרפלד (חוות דעתו של השופט ג'ובראן בפסקה 20, חוות דעתה של השופטת ברק-ארז בפסקה 2).

דעתי שונה. לטעמי, המבחן התוכני וההסתברותי שנקבעו בעניין אונגרפלד לצורך השאלה מה הביטוי שייחשב כ"העלבה" של עובד ציבור, אינו חל כלל על קללות וגידופים בטהרתם (וראו פסק הדין ברע"פ 9419/08 יששכר בן חיים נ' מדינת ישראל (7.5.2012)). עיקרם של קללות וגידופים הוא בביזוי ובהשפלה והם לא מתכתבים עם אף אחד מהטעמים והרציונלים שבבסיס חופש הביטוי. למצער, הקשר בין חרפות וגידופים לטעמים ולתכליות של חופש הביטוי הוא רופף ביותר (השוו לבג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 6 לחוות דעתי (15.4.2015)).

3. ביקורת - ואף ביקורת קשה ובוטה - לחוד, וקללות וגידופים לחוד. אכן, לא תמיד ההבחנה בין "ביקורת" או "ביטוי פוליטי" לבין קללות וגידופים היא ברורה. כך, לדוגמה, שימוש בדימויים, במטפורות מעליבות או בכינויים שונים עשויים ליפול לשתי הקטיגוריות. הערתי מתייחסת לאותם מקרים בהם ברור כי מדובר בקללות ובגידופים, ובנקודה זו דעתי שונה במעט מהאמור בפסקה 42 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ'), ככל שמשמעת ממנה גישה שיש בה כדי להצר עוד יותר את גבולות העבירה. לכך מצטרפים דברי חברי, השופט פוגלמן, שאני חושש כי עשויים להתפרש כמתן "כרטיס פתוח" להטחת קללות וגידופים בעובד ציבור, כל עוד הם משולבים עם ביטוי פוליטי דומיננטי.

לגישתי, ככלל, על קללות וגידופים אין להחיל מבחנים מחמירים לתחולתה של העבירה, מן הטעם הפשוט שלא ניתן, אף לא צריך, להעמיד קללות וגידופים במסגרת הכפולה של המבחן התוכני והמבחן ההסתברותי. ההעמדה לדיון וההרשעה בגין קללות וגידופים כפופה ממילא למסננות שונות כגון - מדיניות מרוסנת של העמדה לדיון; הצורך באישור מוקדם של פרקליטת המדינה, על פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה לגבי הגשת כתבי אישום בעבירות של העלבת עובד ציבור; זוטי דברים לפי סעיף 34ז לחוק העונשין; והגנה מן הצדק. הכל על רקע כלל הנסיבות והביטוי בכללותו.

4. קללות וגידופים אינם ביטוי פוליטי, אינם בגרעין הזכות לכבוד ולא בליבת הזכות לחופש ביטוי. חוששני כי אי מתן

מענה לפגיעה בעובד ציבור עלולה להביא לערעור החישוקים השומרים על המשטר הדמוקרטי ובסופו של דבר, לערעור שלטון החוק. הדברים נכונים במיוחד בימינו, בעידן של אובדן כל רסן בשיח הציבורי בכלל וברשתות החברתיות בפרט.

בעמדה זו, אני הולך בעקבות דברי הנשיאה ביניש בעניין אונגרפלד:

"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.

[...] להשקפתי חרפות וגידופים המופנים כלפי עובד הציבור הם ודאי "העלבה" ונכנסים לגדר העבירה...

[...] 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... " (הדגשה הוספה - י"ע).

לעיתים, המרחק בין קללות וגידופים, בבחינת אלימות מילולית, נגד עובדי ציבור לבין הפעלת אלימות פיזית כנגדם, הוא מרחק קצר. מי שמטיח קללה בעובד סוציאלי בלשכת הרווחה, ברופא או בשוטר, מעיד על עצמו שאין מורא החוק עליו, ומכאן קצר המרחק לבריחה משוטר או תקיפת שוטר או עובד סוציאלי. לכן, כאשר בקללות ובגידופים עסקינן, אף איני מייחס חשיבות רבה לפומביות הביטוי ולקהל היעד.

5. אזכיר את המובן מאליו. העבירה של העלבת עובד ציבור קיימת בספר החוקים שלנו, וגם אם ניתן לה פירוש מצמצם אין ליתן לה פירוש המרוקן אותה מתוכן, ועל כך עמדה הנשיאה (בדימ') באומרה כי אין להפוך את העבירה לאות מתה (פסקה 25 לפסק דינה). אלימות ובריונות כלפי עובדי ציבור יכולה להיות פיזית, מילולית, וגם "בריונות משפטית" בדרך של הגשת תביעות אישיות. המחוקק מצא להגן על עובד הציבור מפני בריונות פיזית באמצעות העבירה של תקיפת עובד ציבור לפי סעיף 382 לחוק העונשין. המחוקק מצא להגן על עובד הציבור מפני לחצים ואיומים בדרך של "בריונות משפטית", על ידי העמדת חסינות דיונית בדין האזרחי, לפי סעיפים 7-בג לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (לרציונלים שביסוד תיקון מספר 10 לפקודת הנזיקין ראו פסק דינה של השופטת חיות (בתוארה דאז) ברע"א 775/11 פלקסר נ' מדינת ישראל-משטרת ישראל פסקה 23 (11.8.2014)). המחוקק מצא לנכון להגן על עובד הציבור מפני אלימות מילולית, ביזוי והשפלה, במסגרת העבירה של העלבת עובד ציבור. אל לנו לרוקן מתוכן עבירה זו, כי בנפשנו הדבר.

על פי המבחן התוכני לפי דעת הרוב בעניין אונגרפלד, הביטוי השלילי "כרוך בפגיעה מהותית וקשה בגרעין המוסרי-ערכי שממנו שואב עובד הציבור את מקור כוחו וסמכותו".

הרב הראשי לצה"ל הוא הסמכות התורנית העליונה והבלעדית בצה"ל. הוא שואב את עוצמתו המוסרית והערכית מהגישור המושכל בין מצוות ההלכה לבין צרכיו של צבא מודרני במדינה יהודית ודמוקרטית. האשמתו של הרב הראשי, בין היתר, בסיוע לרצח, גילוי עריות, חילול שבת - כל אלה בגדר איסורי ייהרג ובל יעבור או חיוב מיתה - פוגעות לטעמי בגרעין המוסרי-ערכי-דתי, שהוא המעיין ממנו שואב הרב הראשי לצה"ל את סמכותו. אילו עצרנו הילוכנו במבחן התוכני, דומה כי היה מקום להותיר את הרשעתו של המבקש על כנה.

אלא שכאן נכנס לתמונה המבחן ההסתברותי של הודאות הקרובה. האינטרס המוגן בעבירה של העלבת עובד ציבור הוא תפקודו התקין של השירות הציבורי באמצעות הבטחת יכולתו של עובד הציבור למלא את תפקידו ואמון הציבור בשירות הציבורי. שני אלה, הם חלק מהאינטרס הרחב יותר של שמירה על הסדר הציבורי.

בהינתן אינטרס מוגן זה מול הזכות העוצמתית לחופש הביטוי הפוליטי-חברתי ונוכח החשש לשימוש לרעה בעבירה זו, אני סבור כי ראוי להחיל את מבחן הודאות הקרובה על עבירה זו, ועל פי מבחן זה אין מקום להרשעתו של המבקש, שכתב את שכתב על הרב הראשי לצה"ל. בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי, אני מתקשה להניח כי הקוראים באתר סברו באמת ובתמים כי הרב הראשי לצה"ל נותן ידו לרצח ולגילוי עריות, ודברי בלע אלה מעידים יותר על הכותב מאשר על מושא הכתיבה.

אדגיש כי אין להבין מדברי כי אני סבור שיש להחיל את מבחן הודאות הקרובה בכל מקרה בו חופש הביטוי עומד כנגד אינטרס או זכות אחרת. דרגת ההסתברות לפגיעה נגזרת ומשתנה בהתאם לאינטרס/לזכות/לערך המוגן בהם מדובר. כך, ייתכן כי דווקא בהקשר אחר, של חשש לזכות לשלמות הגוף, נוכח החשש שיש בדברים משום הסתה לאלימות, היה מקום להחמיר עם המבקש, אך כאמור, המבקש לא הועמד לדין על עבירה של הסתה לאלימות לפי סעיף 2ד144 לחוק העונשין.

ולבסוף, ועיקרו של דבר. הרב הראשי לצה"ל הוא דמות ציבורית, הכתבה היא בנושא בעל "עניין ציבורי" פוליטי, היסוד הדומיננטי בדברים הוא הביקורת והדברים נבלעים במאמר כולו, שאינו עולה כדי העלבה. לכן, בשורה התחתונה, אני מצטרף למסקנתה של הנשיאה (בדימ').

1. אני מסכים לחוות דעתה המלומדת והמקיפה של חברתי הנשיאה (בדימ') מ' נאור, ומצטרף לתוצאה שאליה הגיעה, לפיה יש לקבל את הערעור במובן זה שהמבקש יזוכה מהרשעתו בעבירת העלבת עובד הציבור הקבועה בסעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
2. אכן, כפי שציינה המדינה בתגובתה לבקשה, גדריה של העבירה נידונו באריכות ובהרחבה בידי הרכב מורחב של שופטי ושופטות בית משפט זה לא מכבר, בדנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 23 (2011) (להלן: דנ"פ אונגרפלד). ואולם, שותף אני לעמדתה של חברתי הנשיאה (בדימ') שלפיה קיים טעם לבאר את פרטי ההלכה שנקבעה בדנ"פ אונגרפלד, וזאת הן מתוך שיקולים עקרוניים, הן מתוך שיקולים הנעוצים בנסיבות המקרה.
3. במישור העקרוני, לנוכח השלכותיה הניכרות של עבירת העלבת עובד הציבור על הזכות החוקתית לחופש ביטוי (ראו פסקה 22 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') מ' נאור), מתעצמת הפגיעה הצפויה מעמימות באשר להיקף תחולתה. עקב כך, זוכים בענייננו למשנה תוקף עקרונות החוקיות והבהירות במשפט הפלילי - אשר מורים על הגדרת האיסור הפלילי באופן מפורש ונהיר (על עקרונות אלה ראו עוד: דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה, פסקה 2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס (2009); דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח(5) 547, 563-564 (2004); אלעד רום טעות בחוק הפלילי 45-46 (2015) (להלן: רום); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 31-3 (1984)). הצורך בחידוד גבולותיה של ההלכה שנקבעה בדנ"פ אונגרפלד נעוץ אפוא בחשש ליצירת אפקט מצנן כלפי חופש הביטוי של אזרחים ושל אזרחים החפצים להשמיע את קולם בדבר פעולותיהן של רשויות השלטון ותפקודם של עובדי הציבור (ראו והשוו: בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקות 38, 43, 48 לפסק דינו של חברי השופט (כתוארו אז) ח' מלצר, פסקות 27-32 לפסק דינו של חברי השופט י' דנציגר, פסקה 8 לפסק דינו של חברי השופט נ' הנדל, פסקות 38-39 לפסק דינו של חברי השופט י' עמית (15.4.2015); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 16 לפסק דיני (23.2.2012)). כפי שצוין בעבר בהקשר אחר, נודעת חשיבות רבה למניעת "התוצאה של הטבעת גושפנקא של התנהגות פלילית הגוררת עונש רציני על מעשים רבים ושונים בחיי יום יום, שקשה להניח שהמחוקק רצה להחיל עליהם את האיסור הקבוע בחוק הפלילי" (דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385, 407 (2004)).
4. במישור נסיבות המקרה, יש להידרש לשוני המהותי בין טיבם של המעשים שביצע המבקש בענייננו לבין טיבה של העבירה שנידונה בדנ"פ אונגרפלד. כזכור, דנ"פ אונגרפלד עסק באדם אשר הציב כרזה בפתח תחנת משטרה, שבה נכתבו דברים בגנותו של אחד משוטרי התחנה. המקרה שלפנינו, מנגד, עוסק באדם אשר ביקש להפיץ את דברי ביקורתו החריפים נגד הרב הצבאי הראשי על ידי כתיבת מאמר באינטרנט. נקל להבחין, אם כן, כי בעוד הפרשה הקודמת עסקה בביקורת נגד עובד ציבור המובעת במדיום מסורתי, הכרעתנו בפרשה זו מחייבת שימת לב למאפייני הייחודיים של הביטוי במדיום מודרני, המאפיין את העידן המקוון של ימינו.
5. לחופש הביטוי - ובפרט לחופש הביטוי הפוליטי - חשיבות יתרה בחברה מקוטבת ורוויית מחלוקות כזו הישראלית (לדיון ראו: איל בנבנישתי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" משפטים ל 29 (1999); לאפיון השסעים השונים בחברה הישראלית ראו: אמנון רובינשטיין שבטי מדינת ישראל: ביחד ולחוד - ליברליזם ורב-תרבותיות בישראל

168-197 (2017) (להלן: רובינשטיין)). הנגישות של כל אזרחית ואזרח בעידן המקוון לבמות ביטוי בעלות תהודה רחבה, המגיעה לעיתים לכדי רבבות אנשים, היא מבורכת ביסודה, שכן היא מאפשרת מנעד רחב יותר של ביטויים ובכך מעשירה את שוק הדעות. עמד על כך המשנה לנשיאה א' ריבלין באחת הפרשות, בציינו:

"זריקת מרץ ניתנה לשוק הרעיונות עם התפתחות הנגישות לאינטרנט - באמצעותו יכול גם הדל בכיסו ואף הלוקה בכוסר ההתבטאות שלו להביא את דבריו בפני המון עצום בלחיצת כפתור. יכולת ההפצה הבלתי מוגבלת של המידע והדעה מצויה היום בקצה זנבו של עכבר המחשב. האינטרנט חולל תמורות נכבדות בהיבטים רבים של חיינו, ובכלל זה בתחום של איסוף מידע, היחשפות לו, תקשורת בין בני אדם והתבטאות חופשית. כך, למשל, ניתן בהחלט לומר כי חופש הביטוי של עידן האינטרנט אינו כחופש הביטוי של העידן הקדם-אינטרנטי (כפי שיש הסופרים היום את מניין השנים תוך הבחנה בין תקופת ה'קדם-גוגל' (BG) לבין התקופה שלאחר גוגל (AG)). חופש הביטוי הפך היום לזכות מוחשית הרבה יותר. אם בעבר היכולת להעביר מסרים בתפוצה רחבה, וליטול חלק משמעותי בשיח הציבורי, הייתה שמורה בפועל למתי מעט, ובעיקר לאמצעי התקשורת עצמם או לאלה שהיו בעלי גישה אליהם, בא האינטרנט ופתח את שערו לכל (רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ בפס' 14 לפסק דיני (25.03.2010))" (ע"א 751/10 פלוני נ' ד"ר דיין-אורבך, פסקה 64 לפסק דינו (8.2.2012)).

לצד זאת, יש בחופש הביטוי המוגבר שאותו מאפשר האינטרנט כדי להתיר בקלות רבה פגיעה בפרטיות ובשמו הטוב של אדם, כמו גם הטלת דופי ביושרו ובאורחותיו (לדין בסוגיה זו מהיבטיה השונים ראו למשל: Danielle Keats Citron & Mary Anne Franks, *Criminalizing Revenge Porn*, 49 Wake Forest L. Rev. 345 (2014); Alison Virginia King, *Constitutionality of Cyberbullying Laws: Keeping the Online Playground Safe for Both Teens and Free Speech*, 63 Vand. L. Rev. 845 (2010); Renee L. Servance, *Cyberbullying, Cyber-Harassment, and the Conflict between Schools and the First Amendment*, 2003 Wis. L. Rev. 1213). התנגשות גוברת והולכת זו בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב והזכות לפרטיות בעידן המקוון אף ניצבת בימים אלה על סדר יומה של הרשות המבצעת. על מנת לגבש המלצות בנושא רב חשיבות זה, הורתה שרת המשפטים על הקמת ועדה ציבורית בראשות השופטת (בדימ') ע' ארבל ("הוועדה הציבורית לגיבוש אמצעים להגנה על הציבור ועל נושאי משרה בשירות הציבור מפני פעילות ופרסומים פוגעניים כמו גם בריונות ברשת"). יצוין כי במסגרת כתב המינוי שפרסמה השרה, נדרשה היא במישרין לסוגיות שאותן מעוררת עבירת העלבת עובד הציבור בפרט, בהטעימה כי "בעייתיות התופעה מתחדדת כאשר מדובר בעובדי ציבור [...] אשר מלבד הפגיעה בזכויותיהם, עלולה להיפגע גם תקינות תפקודו של השירות הציבורי" (ראו מכתבה של שרת המשפטים, הזמין לעיון כאן: <http://www.justice.gov.il/specialprojects/committeearbel/documents/doc1.pdf>). לא למותר לציין כי המשיבה 3 הגישה לוועדה נייר עמדה מטעמה, שבמסגרתו פרסה בין היתר את משנתה בנושא עבירת העלבת עובד הציבור, ואף התייחסה להליך שלפנינו (ראו האגודה לזכויות האזרח בישראל נייר עמדה - הוועדה לגיבוש אמצעים להגנה על הציבור ונושאי משרה בשירות הציבור מפני פעילות ופרסומים פוגעניים כמו גם בריונות ברשת האינטרנט (13.2.2017), זמין לעיון כאן: <http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2017/02/shaming130217.pdf>).

6. עבירת העלבת עובד הציבור נמנית עם קבוצת עבירות אשר מגבילות את הזכות החוקתית לחופש ביטוי ומוציאות אל מחוץ לחוק את התנהגותו של אדם המבטא את שעל ליבו (לפירוט העבירות המרכיבות קבוצה זו ראו למשל דנ"פ אונגרפלד, פסקה 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין, פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל). הגבלה מעין זו על זכות אדם ראשונה במעלה אינה ניתנת ליישוב

בנקל עם הרוח המנשבת במשטר דמוקרטי חוקתי המעלה על נס את חירויות הפרט, ואכן רוויה הכתיבה האקדמית בביקורת עליה ובקריאות להצרתה או להסרתה כליל (ראו למשל: ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל פרק 3 (2016); ראם שגב חופש הביטוי נגד רשויות המדינה - הצעה לביטול האיסורים על ביטויים הפוגעים במעמד של שופטים ועובדי ציבור (2001); משה נגבי חופש העיתונות בישראל: ערכים בראי המשפט 109-108 (1995)). אשר לעבירת העלבת עובד הציבור בפרט, יצוין כי במרוצת השנים אף הגישו חברות וחברי כנסת משני צידי המתרס הפוליטי הצעות חוק פרטיות שונות הקוראות לביטול העבירה (לסקירה ראו דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון - ביטול העבירה על העלבת עובד ציבור), התשע"ה-2015, פ/475/20), אלא שאלו לא נשאו פרי עד כה.

7. עינינו הרואות, אם כן, כי חרף החיצים אשר כווננו לעברה, עומדת עבירת העלבת עובד הציבור על מכונה אף כיום. יתרה מכך, מאחר שמועד חקיקת העבירה מוקדם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מוגן תוקפה מפני פגיעה מכוח פסקת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק היסוד. אלא שהגנה זו אינה בבחינת סוף פסוק. כפי שנפסק זה מכבר, הרוח החוקתית שאותה הפיחו חוקי היסוד בשיטת המשפט הישראלית אינה פוסחת על הנורמות אשר נהגו בה טרם כינום, אלא עליהן להתפרש בהשראתם של חוקי היסוד (ראו: ע"פ 6026/11 טמטאווי נ' מדינת ישראל, פסקה 79 (24.8.2015) (להלן: עניין טמטאווי); דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 742 (2000); דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995)). בדנ"פאונגרפלד הבהיר בית משפט זה כי פגיעת העמוקה של עבירת העלבת עובד הציבור בחופש הביטוי מצדיקה פרשנות מצמצמת, הנסמכת על עיקרון המידתיות החוקתי (ראו שם, פסקות 11 ו-40 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה, פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, פסקה 6 לפסק דינו). מהם גבולותיה של השפעה חוקתית זו על פרשנות העבירה? כפי שציניתי לאחרונה, סבורני כי שיקולי הרמוניה נורמטיבית מחייבים לייחס לפסקת שמירת הדינים "תחולה 'גרעינית' [...] כך שזולת הגנה על הדין הישן מפני ביטול ממש - אין היא מבחינה בינו לבין דין חדש לעניין השפעת חוק היסוד עליו" (בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 7 לפסק דינו (13.9.2017) (להלן: עניין אבו ערפה)). ודוקו, כפי שציניתי חברתי הנשיאה - יש להביא ליישוב מרבי של פרשנות העבירה עם הוראות חוקי היסוד, אך אין לצמצם את היקפה עד כדי ביטולה הלכה למעשה והפיכתה לאות מתה (ראו פסקה 25 לחוות דעתה; ראו גם דנ"פאונגרפלד, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל; וכן השוו לעניין אבו ערפה, פסקה 12 לפסק דינו).

8. בחוות דעתה נדרשת חברתי הנשיאה (בדימ') מ' נאור להלכה שנקבעה בדנ"פאונגרפלד, ופורסת משנה יסודית ומנומקת בדבר הצורך בהבהרה ובהצרה נוספת של היקפה. בשעתו נמנית עם דעת הרוב בדנ"פאונגרפלד, בסוברי כי מעמדה הרם של הזכות החוקתית לחופש ביטוי מחייב פרשנות מידתית של העבירה (שם, פסקה 6-7 לפסק דינו). בהתאם, מצאתי כי המבחן ההסתברותי הראוי, אשר מספק את מידת ההגנה הנדרשת לחופש הביטוי, הוא מבחן ה"ודאות הקרובה" לפגיעה בערך המוגן בעבירה (שם, פסקה 9 לפסק דינו). משום כך, מגמת הצמצום הנשקפת מדבריה של חברתי הנשיאה (בדימ') מקובלת עליי במלואה, וכך גם הקווים המנחים שאותם התוותה לאורך חוות דעתה. אסתפק אפוא בהערות קצרות בעניין ההלכה המוצעת על ידה.

9. שותף אני לעמדתה של חברתי הנשיאה (בדימ') מ' נאור שלפיה לא ניתן ליישם את גישת המיעוט בדנ"פאונגרפלד, אשר הציעה לכלול בגדרי העבירה אך ביטויים שהם בגדר "חרפות וגידופים", ולהוציא אל מחוץ לה ביטויים המהווים ביקורת. גישה זו מושתתת על הנחה שלפיה אכן ניתן לסווג כל ביטוי לאחת משתי קבוצות אלו, למצער על ידי זיהוי המאפיין הדומיננטי של הביטוי (ראו שם, פסקות 32-34 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין; פסקה 3 לפסק דינו של השופט א' א' לוי). לשיטתי, וכפי שציניתי בדנ"פאונגרפלד - הנחה זו מוקשית (ראו שם, פסקה 8 לפסק

דיני; לדעות נוספות שהובעו ברוח זו ראו שם, פסקה 6 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, פסקה 1 לפסק דינה של חברתי השופטת (כתוארה אז) א' חיות), קל וחומר בעידן הביטוי הפלורליסטי והרב-גוני שהביאו עימם האינטרנט ככלל והרשתות החברתיות בפרט. לפיכך, מצטרף אני לדעת חברתי הנשיאה (בדימ') מ' נאור שלפיה יש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו, ולאמוד את המידה שבה יש בו כדי להגשים את תכליותיו של חופש הביטוי. ככל שקרוב הביטוי לקצהו העליון של מנעד זה - בו מצוי חופש הביטוי הפוליטי - כך ראוי שתגבר משוכת הפגיעה בערך המוגן שבגינה תקום אחריות פלילית. משהיטיבה חברתי לעמוד על חשיבותו הרבה של חופש הביטוי הפוליטי (ראו פסקות 33-34 לחוות דעתה), ומשהזדמן אף לי להידרש לחיוניותו במדינה דמוקרטית (ראו למשל בג"ץ 6706/14 זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת, פסקות 8-14 לפסק דיני (10.2.2015) (להלן: עניין זועבי)), אינני מוצא להרחיב את היריעה בנושא זה כעת.

10. אוסיף ואטעים כי מלבד חשיבות ההגנה על חופש הביטוי הפוליטי כשלעצמו, סבורני שיש לנהוג זהירות יתרה ביחס לדברי ביקורת בעלי אופי פוליטי הנשמעים מפי קבוצת מיעוט מוחלטת. סוגיה זו עמדה במוקד פסק הדין שניתן בעניין זועבי, אשר עסק בהשעייתה של חברת כנסת בידי ועדת האתיקה בגין התבטאויות קשות שהשמיעה בכלי התקשורת. באותה פרשה עמדתי על הערך הרב הטמון במתן ביטוי פוליטי חופשי לנבחרי ציבור, ובפרט לאלה המשתייכים לקבוצות מיעוט (ראו שם, פסקות 12-14 לפסק דיני). אף שנותרתי בדעת מיעוט באותה הפרשה לעניין התוצאה, חשיבות ההגנה על הביטוי הפוליטי של קבוצות מיעוט בחברה הישראלית הייתה שזורה אף בדבריהם של שופטות ושופטי הרוב (ראו שם, פסקה 27 לפסק דינה של חברתי הנשיאה (בדימ') מ' נאור, פסקה 3 לפסק דינה של חברתי השופטת (כתוארה אז) א' חיות, ופסקה יח לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין). אומנם, שיוכו לקבוצת מיעוט של חשוד בעבירת העלבת עובד הציבור, או של אדם אשר נאשם בה, אינו ישיר כבעניין זועבי, שם נמנתה העותרת עם סיעה פוליטית המייצגת את המיעוט הערבי. ואולם, אין בכך כדי לשלול את נפקותה של נסיבה זו, ככל שיעלה בידי החשוד או הנאשם לבססה, אף בעניינם של אזרחים מן השורה המביעים את מחאתם כלפי רשויות השלטון בשפה שיש בה משום עלבון לעובדיהן. דומני כי עמדתי זו אף מתיישבת עם הצעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') מ' נאור לתת ביטוי, בגדרו של המבחן ההסתברותי, למעמדו של הגורם המתבטא (ראו פסקה 51 לחוות דעתה). לשיטתי, הימנותו של המתבטא עם קבוצה חברתית מעוטת כוח והשפעה פוליטית מעידה על הסתברות פחותה לפגיעה בערך המוגן על ידי העבירה, ומחייבת גישה מצמצמת ביותר.

11. ומהתם - להכא. לנוכח מעמדו הבכיר ותפקידו רב ההשפעה, ברי כי קיים ערך בדיון ציבורי בדמותו המוסרית ובמדיניותו של הרב הצבאי הראשי (ראו והשוו: בג"ץ 5928/16 גלאון נ' אל"ם קרים (28.11.2016); בג"ץ 3194/10 צוריאנו נ' שר הביטחון (23.3.2011)). לדיון אקדמי בנושא היחס לדת בצה"ל, ובתוך כך בפועלה של הרבנות הצבאית הראשית, ראו למשל: רובינשטיין, עמ' 272-281; קארין כרמית יפת ושולמית אלמוג "הדתה, הדרה וצבא: אפס ביחסי מגדר?" עיוני משפט לט 243 (2016) (להלן: כרמית יפת ואלמוג)). דיון זה ראוי שיתקיים באופן חופשי, נוקב, ביקורתי ומגוון - אך באופן אשר שומר על כבודו על הרב הצבאי הראשי. למותר לציין כי המאמר שאותו פרסם המבקש אינו עומד בסטנדרטים אלה. מאמר זה נוקט בלשון שהדעת אינה נוחה ממנה נגד הרב הצבאי הראשי, ומטיח בו האשמות חריפות ביותר. ברם, מאחר שיש בדברים אלה כדי לבטא את עמדתו הפוליטית של המחבר בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית, תמים דעים אני עם חברתי הנשיאה (בדימ') כי אין בהם כדי להקים אחריות פלילית.

12. אציין, בגדר למעלה מן הצורך בענייננו, כי בשונה מחברתי הנשיאה (בדימ'), דעתי נוטה לדעת חברתי לפיה לא נדרש שעובד הציבור מושא העלבון ייחשף לביטוי העולב לשם הרשעה בעבירה (ראו: פסקה 6 לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל; פסקה 1 לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית; פסקה 2 לחוות דעתה של חברתי השופטת ע' ברון; חוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר; ראו מנגד: פסקה 54 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') מ' נאור;

חוות דעתה של חברתי הנשיאה א'חיות). זאת מטעמיהם כפי שפורטו בחוות דעתם, ובפרט משום שהערך המוגן של העבירה יכול, לשיטתי, להיפגע אף אם עובד הציבור לא נחשף לביטוי העולב בזמן אמת. כפי שנקבע בדנ"פ אונגרפלד, הערך המוגן של העבירה הוא התפקוד התקין של השירות הציבורי והשמירה על הסדר הציבורי, ואולם אופן ההגנה על ערך זה בנורמת העבירה הוא עקיף - שכן העבירה אינה מזהה במפורש את הנזק שנגרם לאינטרס הציבורי אלא רק את ההתנהגות הגורמת לנזק שהיא העלבת עובד הציבור (וראו רום, עמ' 153). אין משמעות הדבר כי נדרש שיגרם נזק לעובד הציבור ושהוא יהיה מודע לו בזמן אמת, אלא נדרש כי הנזק שנגרם לאינטרס הציבורי יבוצע באמצעות התנהגות של העלבת עובד הציבור. על כן, לדידי, על מנת להגשים את תכלית ההגנה על הערך המוגן של העבירה בענייננו, מן הראוי לשים דגש בנסיבות אלו על פומביות הביטוי, ובכלל זאת תפוצתו ומידת החשיפה שלה זכה. ודוקו, מאחר שהביטוי העולב כפוף למבחן הסתברותי של ודאות קרובה לפגיעה בערך המוגן, ביטויים הנאמרים בחדרי חדרים שלא בפני עובד הציבור אינם צפויים לחסות תחת העבירה.

13. טרם חתימה, אבקש לייחד מילים ספורות להשתמעותה החברתית של התוצאה שאליה הגענו בנסיבות המקרה שלפנינו (על אודות תפקידו האקספרסיבי של המשפט כאמצעי לביטוי נורמות חברתיות ולעיצובן ראו: Cass R. (1996) *Sunstein, On the Expressive Function of Law*, 144 U. Pa. L. Rev. 2021)). דבריו של המחבר בגנות שאיפתו של הצבא להימנע מפגיעה בחפים מפשע, ביקורתו בדבר מעורבות חייליו בביצוע תוכנית ההתנתקות (אשר עברה כזכור תחת שבט ביקורתו החוקתית והחוקית של בית משפט זה, בהרכב מורחב: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005)), ותאונותיו כלפי השירות המשותף בין גברים ונשים - נשענים על תשתית מוסרית מוקשית. הלימתם של הדברים את ערכי היסוד של צבא ההגנה לישראל, שמהם שואב הרב הצבאי הראשי את סמכותו הפיקודית ולאורם הוא פועל - ובפרט טוהר הנשק (ראו חנן מלצר "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית" משפט ועסקים יד 347, 393-390 (2012)), המשמעת הצבאית (ראו: אסא כשר "בין ציות למשמעת: בין חוק לאתיקה" משפט וצבא 16 479 (התשס"ג); מרדכי קרמיניצר ואריאל בנדור חוק-יסוד: הצבא 41 (פירוש לחוק-היסוד, יצחק זמיר עורך, 2000)) והשוויון המגדרי בין המשרתים והמשרתים בצבא (ראו סעיף 16א לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986; כרמית יפת ואלמוג, עמ' 257-262) - מוטלת בספק רב. הווה אומר, בתוצאה שאליה הגענו אין כדי להקהות כהוא זה משאט הנפש שמעוררים דברי המבקש. אף אין היא שוללת פנייה לאפיקים חלופיים - ציבוריים או משפטיים - מצידו של הרב הצבאי הראשי על מנת לתבוע את עלבונו, וזאת כמיטב שיקול דעתו (וראו, בהקשר זה, ההבחנה בין הערך המוגן בעוולת לשון הרע לבין הערך המוגן בעבירת העלבת עובד הציבור: דנ"פ אונגרפלד, פסקה 47 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין; רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פסקות 49-53 (13.8.2008)). יש בה אך כדי לבאר כי המשפט הפלילי אינו האמצעי ההולם להתמודד עם מעשיו של המבקש, משאלה לא עולים כדי פגיעה מסתברת דיה בערך המוגן על ידי העבירה, במידה אשר תצדיק כרסום כה ניכר בחופש הביטוי הפוליטי השמור למבקש - תוצאה אשר מתחייבת מכוח עיקרון המידתיות החוקתי ומיישומו במשפט הפלילי (ראו: רע"פ 1553/15 עיסא נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה "השומרון", פסקה 36 לפסק דיני (31.10.2017); עניין טמטאווי, פסקה 79; דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקות 5-6 לפסק דיני (15.4.2015); רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית" משפטים לה 147 (2005); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996); יהודית קרפ "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64 (1995); רום, עמ' 113-115).

14. על כל האמור, מצטרף אני בהסכמה לחוות דעתה של חברתי הנשיאה מ' נאור.

השופט נ' הנדל:

1. מסכים אני לתוצאה אליה הגיעה חברתי, הנשיאה (בדימ') מ' נאור, לפיה יש לזכות את המבקש מהעבירה של העלבת עובד ציבור. מסכים אני גם לעיקרי המבחן שנקבע על ידה לשם בחינת יסוד ה"העלבה", בגדרו קיימת חשיבות רבה לתוכן הביטוי הנדון. מבחן זה יפה, שקול וראוי. הוא יוצר גשר מסוים בין עמדת הרוב לעמדת המיעוט בדנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 23 (2011) (להלן: עניין אונגרפלד) (ראו פסקה 40 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ')). הילוכו מצוי בין חופש הביטוי ובין פסקת שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הקובע את העבירה של העלבת עובד ציבור. לצד המשקל שלו זוכים האינטרסים הציבוריים שעליהם נועדה העבירה של העלבת עובד ציבור להגן, ניתן משקל גם לסוג חופש הביטוי, בדגש על חופש הביטוי הפוליטי.

יש להדגיש הלוך ושוב כי "חופש הביטוי הוא נשמת אפה של הדמוקרטיה. בעיניי הוא מרכיב מהותי ומעשי, אשר מבדיל בין חברה דמוקרטית לחברה שאיננה כזו", וכי חופש הביטוי הפוליטי הוא "היהלום שבכתר חופש הביטוי" (בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקאות 2, 24 לחוות דעתי (15.4.2015)). באותה פרשה עמדתי על מקור חשיבותו המיוחדת של חופש הביטוי הפוליטי, ביחס לביטויים אחרים: החשיבות שבהחלפת דעות במיוחד בזירה הפוליטית, שבה נקבעים ההסדרים הנורמטיביים המשמעותיים ביותר; הגשמת הרכיב הדמוקרטי של עקרון הכרעת הרוב, שמקבלת את תוקפה מן העובדה שההכרעה התקבלה לאחר שיג ושיח; הסיוע בפיקוח על פעולותיהן של הרשויות השונות; וההכרה בכבודם ובתפקידם של חברי החברה כיצורים חברתיים ובעלי ערכים (שם, פסקה 2 לחוות דעתי, והאסמכתאות שם). מן הצד האחר, על פי השיטה הישראלית כל זכות יחסית היא. כאשר משמש חופש הביטוי - ואפילו חופש הביטוי הפוליטי - קרדום לנתוש בו ערכים מרכזיים אחרים, עשויה להתקיים הצדקה להגביל את חופש הביטוי, בכפוף לאיזון ראוי בין הערכים המתנגשים השונים ותוך מתן משקל למעמד המיוחד של חופש הביטוי בכלל, וחופש הביטוי הפוליטי בפרט.

עיון במשפט המשווה מלמד על הזהירות הנדרשת בעת העמדה לדין בעבירה של העלבה. בחלק ממדינות אוסטרליה, למשל, קיימות עבירות פליליות העוסקות בהעלבה שעלולה להפר את הסדר הציבורי. ואולם, המבחן שנקבע לשם קיום יסודות העבירה בעבירות מעין אלה הוא מבחן מחמיר ביותר של חשש לגרימת תגובה של אלימות פיזית: "In the context of this provision 'abusive' and 'insulting' should be understood as... so hurtful as either they are intended to, or they are reasonably likely to provoke unlawful physical retaliation" (Coleman v. Power [2004] HCA 39, at [193]). דומה כי נבחר מבחן כה מחמיר לנוכח העובדה שלא מדובר דווקא בהעלבה של עובד ציבור, אלא גם של אזרחים אחרים, באופן שעלול להוביל לפגיעה בסדר הציבורי. אך יושם אל לב שלא מוקדשת עבירה מיוחדת לעבירה של העלבת עובד ציבור. דוגמא נוספת ניתן למצוא בארצות הברית. בית המשפט הפדרלי העליון הכיר אמנם בדוקטרינה של "fighting words", הקובעת כי עלבונות מסוימים אינם חוסים תחת התיקון הראשון לחוקה שעניינו חופש הביטוי, אולם נקבע מבחן מחמיר של חשש להפרה מיידית של הסדר הציבורי: "insulting or fighting words— those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace" (Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)). בנוסף לכך, דוקטרינה זו לא הובילה להרשעה בבית המשפט העליון מאז המקרה שנדון בעניין Chaplinsky, שנדון בשנת 1942 (ראו Erwin Chemerinsky, Constitutional Law: Principles and Policies 1034 (Fourth

כאמור, בישראל חקוקה העבירה של העלבת עובד ציבור עלי ספר, וסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - שמירת הדינים - חל עליה. לכן, העבירה של העלבת עובד ציבור מוגנת מפני ביטול, להבדיל מפרשנות ברוח החוק היסוד. הגיונה של עבירה זו בצידה. פנייה למשפט העברי תסייע בחידוד העניין. במשפט העברי מופיע בתורה האיסור לקלל את ראשי המערכת הציבורית - נשיאים ודיינים: "אֱלֹהִים לֹא תִקְלַל וְנָשִׂיא בְעַמְּךָ לֹא תֵאָר" (שמות כב, כז). מקובל לפרש "אלהים" בהקשר זה כדיינים). הרמב"ן מסביר כי קללתם של ראשי הציבור היא בעלת חומרה מיוחדת: "והוסיף לאו אחר במושלים, הנשיא והדיין, בעבור שדרך האנשים לקללם בחדרי משכבם כאשר בהשפטו יצא רשע. ובקללת הנשיא והדיין תקלות רבות, כי המון העם בסכלותם ישנאו אותם ויתעוררו לקום עליהם, והם במשפטם יעמידו ארץ" (פירוש הרמב"ן על התורה, ויקרא יט, יד). ניתן להיווכח שהאיסור לא נועד להגן על רגשותיהם של הדיינים והנשיאים. הדגש הוא בתפקידם הרגיש, הכרוך מטבעו בהכרעות קשות ובחוסר יכולת לרצות את כולם. נדבך נוסף של טעם האיסור הוא התובנה כי על ראשי הציבור מוטל "להעמיד ארץ", דהיינו לפעול לשם טובת הציבור בכללותו, וכי קללתם על ידי יחידים מן הציבור עלולה לפגוע באופן מילוי התפקיד. טעם האיסור נעוץ אפוא גם בחשש מפני הפגיעה באינטרס הציבורי, שהדאגה לו מוטלת על ראשי הציבור. אם כן, מצד אחד הצורך בהרתעה. מן הצד השני - חשיבותו של חופש הביטוי הפוליטי. האמור לא נועד אלא כדי להציג את העדינות שבה יש לפרש את היקפה של העבירה, שנהנית מכלל שמירת הדינים, ובפרט כאשר מדובר בביטוי המצוי בממלכת הביקורת הפוליטית.

לצד האמור לעיל, בדבר הסכמתי העקרונית למבחנה הכללית של חברתי הנשיאה (בדימי') לקיומה של עבירת העלבת עובד ציבור - לנוכח מרכזיות העניין בשיטתנו והיותו מצוי על התפר האנומלי שבין חופש הביטוי לבין איסור פלילי, מצאתי לנכון להתייחס לשש נקודות ספציפיות העולות מנסיבות המקרה ומחוות דעתה של חברתי.

2. גבולות השיח הציבורי: על תוכן וצורה. בפתח הדברים, ובטרם אתייחס לסוגיות המשפטיות, יש לתת את הדעת לנסיבות המקרה - הדברים שכתב המבקש נגד הרב ישראל וייס, הרב הצבאי הראשי באותה העת. הביקורת שהשמיע המבקש נסובה סביב התנהלותו של הרב וייס בעניינים כגון שירות נשים בצה"ל, אופן תפקוד הצבא בשבתות, סוגיות של כשרות ונהלים הקשורים לפגיעה באוכלוסיית אויב. אף נאמר כי הרב וייס פועל כ"רב מטעם". כפי שהדגיש בית המשפט המחוזי, עניינים אלה, כשלעצמם, אינם מהווים "העלבה". הדיון התמקד בדברים נוספים שכתב המבקש במאמר, ובין היתר כי הרב וייס "מסייע לרצח", "מסייע לגילוי עריות", "מסייע לחילול שבת" ו"מסייע לביטול מצוות ישוב הארץ". עוד נכתב כי הדין בגין חלק מהאיסורים שנזכרו הוא מוות בסקילה. יוער כי המבקש הועמד לדין בגין העלבת עובד ציבור ולא בגין הסתה וזוהי הסוגיה הניצבת כעת לפתחנו.

מבלי להיכנס לפולמוס, מן ההיבט הדתי-הלכתי קיימות עמדות שונות. חשוב אפוא להדגיש, גם במנותק מן הדיון המשפטי בשאלה של העלבת עובד ציבור, כי עמדתו של הרב וייס והאופן שבו נהג נטועים עמוק בהלכה ובעמדותיהם של פוסקים שונים (לסקירה של חלק מהסוגיות שהזכיר המבקש ראו דוד ארונובסקי וגדעון ספיר "עמדת פוסקי ההלכה בעניין פעולתם של כוחות הביטחון והשירותים החיוניים בשבת" דיני ישראל לא 197 (התשע"ז)). אין כאן המקום להכביר בדוגמאות. די בהזכרת העובדה שעסקינן בפעילותו של צבא לוחם, בעת פעילות מבצעית מזה כשבעים שנה. מדובר בפיקוח נפש של הרבים. הרב שאול ישראלי, שנפטר בשנת 1995 ועמד בראש ישיבת מרכז הרב, סבר כי נזק לרבים - ואפילו נזק ממוני שאינו כרוך בפיקוח נפש מיידי - מוגדר מבחינה הלכתית כ"מכשיר פיקוח נפש", שדינו כפיקוח נפש המצדיק חילול שבת (הרב שאול ישראלי, עמוד הימיני סימן יז, ח). הרב שלמה זלמן אוירבך, מגדולי פוסקי ההלכה בדור האחרון שנפטר בשנת 1995, הציג בסיס אנליטי אחר לחומרה היתרה של פיקוח נפש של הציבור לעומת פיקוח נפש

של היחיד. הדיון שערך נסוב סביב המושג של "ספק פיקוח נפש", שאף הוא עשוי לגבור על מצוות אחרות כגון שבת. האתגר הוא, כמובן, הגדרת "ספק" מבחינת הסתברות. לגישתו של הרב אוירבך, ספק שלא היה מתיר לאדם פרטי לחלל שבת, מפאת ההסתברות הנמוכה להתממשות הסכנה - מתיר לחלל את השבת כאשר הסכנה נשקפת לציבור. טעם ההיתר להקל יותר במצבים כאלה הוא משום ש"אצל הרבים ההסתברות עולה... לגבי הציבור גם הסתברות קטנה של סיכון היא בגדר פיקוח נפש" (ראו אברהם וינרוט, רז י-ה - סוגיות מודרניות בהלכה 133 (2017)); הרב משה מרדכי פרבשטיין "גדרי ספק פיקוח נפש - חילול שבת לכל צרכי חולה מסוכן" אסיא נג-נד (התשנ"ד)).

על אחת כמה וכמה עת מדובר בפיקוח נפש של הציבור ממש, דהיינו דיני מלחמה. בהקשר זה - וכך נקבע גם על ידי פוסקי ימינו - יש חשיבות לאחדות העם בכלל, ובמסגרת סוגיות המתעוררות בדיני המלחמה של צה"ל בפרט (ראו הרב שלמה גורן משנת הגורן 42-43 (2016)). לעניין חשיבותו של שיקול אחדות העם בהקשר של סוגיית שירת נשים ראו הרב משה ליכטנשטיין "שירת נשים ללא קירוב הדעת" תחומין לב 291 (התשע"ב)). כידוע, העם וצבאו אינם כתונת העשויה מעור אחד, אלא כתונת פסים. מכאן החשיבות של הכרת המציאות. החזון אי"ש קבע כי לעיתים הקושי בשאלות הלכתיות אינו נובע מהכרת הדין אלא מהכרת המציאות (איגרות החזון איש, איגרת ל"א (התשל"ז)). ואם בהכרת המציאות עסקינן, אף יש משקל לשירות המסור והארון של הרב וייס לאורך כשלושים שנה.

כמובן, לא באתי לפסוק כאן בשאלות הלכתיות נכבדות. אם כן, מתבקשת השאלה מדוע הדברים נאמרים. ראשית, חשוב להשמיע דווקא על רקע זיכוי של המבקש מהעבירה של העלבת עובד ציבור. פירושו של הזיכוי הוא כי דבריו של המבקש אינם בגדר עבירה פלילית, אך בכך אין לומר כי הם נכונים או ראויים. הרעיון של "שוק הדעות", שהוא אחד מן ההצדקות המרכזיות לחופש הביטוי, תומך במתן אפשרות להשמעת קולות שונים, וגם כאלה שאינם נוחים לשמיעה; אך הוא מבוסס גם על כך שניתן יהיה לחלוק על אותם קולות, תוך הצגת עמדה מנוגדת בנסיבות המתאימות. חופש הביטוי הוא בגדר זכות, אך הוא גם מטיל אחריות חברתית להשמעת ביקורת נגדית במקרים המתאימים.

שנית, ובהמשך לכך, יש לתת את הדעת על האופן שבו בחר המבקש להתבטא. בשיח הדתי, כבסוגי שיח אחרים, יש מקום לביקורת ולדיון. בוודאי נכונים הדברים ביחס לתפקידו של הרב הצבאי הראשי, תפקיד שאינו קל למילוי ושעשוי לעורר מתחים בין ערכים שונים בהקשר של דת ומדינה. ניתן להשמיע ביקורת - ואף יתכן שחשוב לבקר - בסוגיה של הרבנות הצבאית הראשית, בשל מעמדה. אך עם כל זאת, תוכן הדברים לחוד וצורת הביטוי לחוד. דומה כי במישור הצורה - המונחים שבהם משתמשת חלק מקהילת השיח - קיימת מגמת זילות. במקום לנהל דיון ענייני ומכבד, נעשה שימוש במונחים שנועדו להוציא את מושא הביקורת אל מחוץ לגדר הלגיטימיות. יש לזכור גם את הערך הדתי שבהכרה בעמדות הלכתיות שונות, גם אם אין מסכימים להן: "שלוש שנים נחלקו בית שמאי ובית הלל... יצאה בת קול ואמרה: אלו ואלו דברי אלקים חיים הן, והלכה כבית הלל... מפני מה זכו בית הלל לקבוע הלכה כמותן? מפני שנחנין ועלובין היו ושונין דבריהן ודברי בית שמאי, ולא עוד אלא שמקדימין דברי בית שמאי לדבריהן" (תלמוד בבלי, עירובין יג, ע"ב). שימוש במונחים כגון "מחלל שבת" או "חייב סקילה" אינם מקדמים את הדיון. כל תפקידם הוא "לתפוס כותרות". נראה כי אין בהם כדי לשכנע. תוצאתם היא השפלה עד כדי הלבנת פנים (לעמדת ההלכה בענייני הלבנת פנים ראו סקירתו של השופט א' רובינשטיין בפסקאות י"ח-כ"ב בעניין אונגרפלד, והמקורות שהובאו שם). ספק רב בעיני אם גם המבקרים את הרב וייס סבורים באמת כי הוא בגדר מחלל שבת, או כי הוא חייב בעונש החמור מכל. על מגמת זילות זו יש להצר. הסוגיות חשובות מכדי שלא לדון בהן באופן ענייני ורציני. ראוי כי בעל העמדה יסביר את דעתו באופן שיכול להתקבל על לב השומע. לא האשמה במעשים חמורים שנועדה לשכנע את המשוכנעים, אלא מחלוקת לגיטימית ושיח ענייני ומכבד.

3. פיתוח או שינוי? המבחן שהציגה חברתי הנשיאה (בדימ') אינו זהה למבחן שנקבע בדעת הרוב בעניין אונגרפלד. באותו עניין לא הציבו שופטי הרוב חיץ בין ביטוי פוליטי לביטוי שאינו פוליטי, ולא האירו את חשיבות הבחנה זו בעת בחינת קיומה של "העלבה" של עובד ציבור. הדגש הושם גם בשאלה העניינית, האם הביטוי פגע ב"ליבת" כבוד האדם, ופגע באופן מהותי והקשה ב"גרעין המוסרי-ערכי שממנו שואב עובד הציבור את מקור כוחו וסמכותו" (שם, עמוד 91). ניתן אפוא לשאול האם המבחן שהציגה חברתי הנשיאה (בדימ') הוא אך בגדר פיתוח, הרחבה והבהרה של האמור בעניין אונגרפלד, או שהוא טומן בחובו שינוי של הגישה שהוצגה שם.

לדעתי, המבחן שהציעה חברתי - ושאליו, כאמור, אני מצטרף - קרוב יותר דווקא למבחן שאותו הציעה הנשיאה ד'בינישבעניין אונגרפלד בדעת יחיד. עמדת הנשיאה ביניש בנויה על גבי דעתו של המשנה לנשיאה א'ריבלין, שהציג משנה סדורה. הדגש הושם על הפגיעה בעובד הציבור "כאורגן של מערכת השירות הציבורי" ובתפקודו של השירות הציבורי (שם, פסקה 13 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין). המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט התייחסה לשאלה האם ראוי, כפי שקבע המשנה לנשיאה ריבלין, ליצור הבחנה ברורה בין גידופים לבין דברי ביקורת (שם, פסקאות 32-34). לעמדת המשנה לנשיאה ריבלין הצטרף השופט א' א' לוי. הנשיאה ביניש הפרידה עצמה מעמדתם, בין היתר בכך שלא הייתה מוכנה לקבוע באופן קטגורי כי אין מקום להעמיד לדין גם בגין השמעת דברי ביקורת. לטעמי גישת הנשיאה ביניש ראויה, לנוכח גיוון האפשרויות והמצבים הרחב במציאות העשירה והמשתנה. כמו כן, עקב סעיף שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם אם יש להעניק פרשנות נורמטיבית למונח "העלבה" - לא ניתן להתעלם מקיומה של העבירה. מן הצד השני, הנשיאה ביניש הפרידה עצמה גם מעמדת הרוב בעניין אונגרפלד, בכך שהורתה על זיכוי העותר דשם.

כאמור, הייתי מצטרף לעמדתה של הנשיאה ביניש, אך הנני מצטרף גם לעיקרי המבחן הכללי שהוצג על ידי חברתי, הנשיאה (בדימ'). אבאר את הנקודה. הרי ניתן לתהות מדוע יש חשיבות לשאלה שבה פותחת הפסקה הנוכחית - האם פסק הדין הנוכחי הוא פיתוח של הלכת אונגרפלד או שינוי שלה. ואולם, שאלה זו עשויה להיות בעלת משמעות מעשית רבה. לעמדתי המבחן שהוצג על ידי הנשיאה (בדימ') יכול להביא לזיכוי במקרה הדומה לזה שנדון בעניין אונגרפלד. כוונתי אינה לעסוק בשאלות היסטוריות, אך מקרה כמו זה שנדון שם או מקרה דומה לו עשויים להתעורר שוב בעתיד. לעמדתי, המקרה שלפנינו קל יותר לזיכוי מזה שנדון בעניין אונגרפלד. אך אין זה שולל את האפשרות לזכות גם במקרה הדומה למקרה שנדון שם. כזכור, באותו עניין דובר בפרסום כרזה מול תחנת משטרה, לפיה שוטר הוא מושחת ומשתף פעולה עם עבריינים. יש לחדד את העובדה שמדובר בביטוי פוליטי, שעניינו ביקורת נגד אופן התנהלותו של עובד הציבור.

הדברים מודגשים גם מפני שלהערכתי קיימים שלושה סוגים טיפוסיים של מקרים שיכולים להתעורר בבתי המשפט. האחד, העלבה של גורם שהוא אישיות ציבורית בכירה, לרבות גורם המהווה "סמל". העלבה, במקרה כזה, אינה נובעת על פי רוב ממפגש ישיר או אישי בין עובד הציבור והמעליב. זאת בדומה למקרה שנדון אצלנו. השני, עלבון המופנה כלפי גורם מדרג בכירות בינוני, על יסוד טענה של פגיעה אישית במעליב. כך למשל אזרח הסבור כי גורם עירייה בכיר אינו ממלא את תפקידו. השלישי, העלבת שוטר במפגש בינו לבין אזרח בשטח. ככלל, המקרה השלישי הוא הקשה להכרעה מבין המקרים. השאלה ביחס למקרה כזה אינה האם צריך היה לזכות את העותר בעניין אונגרפלד, שְׁמָחָה בצורה מתונה יחסית, אלא כיצד יש להתייחס למקרים מעין אלה בעתיד. סוגיה זו אינה מתעוררת אצלנו באופן ישיר, אך לאור המבחן שהוצע היא דורשת, לטעמי, ראייה מחודשת ביחס לקביעת הכללים הראויים. הדבר מקבל משנה תוקף, להשקפתי, לנוכח דעת חברתי הנשיאה (בדימ') כי רק במקרה "נדיר שבנדירים" או "חריג שבחריגים" ביטוי פוליטי יעלה לכדי העלבה. אף נרמז כי ספק אם מקרה כזה קיים (ראו פסקאות 38, 45 לחוות דעתה). המקרה שנדון בעניין

אונגרפלד אינו כה חריג או נדיר, ולכן לדעתי על פי המבחן המוצע על ידי חברתי הנשיאה (בדימ') נדרש היה לזכות את העותר באותו עניין. בין כך ובין כך, יש לשים לב לעניין במקרים עתידיים, שמטבעו של משפט יגלו ניואנסים עובדתיים שונים.

לתפיסתי, אין מנוס אלא להיות מודעים להשלכות של כל מבחן על העבירה של העלבת עובד ציבור במקרים עתידיים. בל נשכח כי אנו מצויים בשדה המשפט הפלילי. טול לדוגמא עבירה של גניבה או עבירה של סחר בסמים מסוכנים. בשתי העבירות קל, יחסית, לקבוע את הרכיבים העובדתיים והמחשבה הפלילית הרלוונטיים, הדרושים לשם הרשעה. לא כן בעבירה של העלבת עובד ציבור. על עבירה זו לאזן בין חופש הביטוי לבין התפקוד התקין של השירות הציבורי. בהתאם, יש לשקול את מידת הפגיעה בחירותו של הנאשם, המתבטאת בחופש הביטוי, לעומת מידת הפגיעה באינטרס הציבורי, בדמות שמירה על הסדר והתפקוד של הרשויות ועובדיהן. ברי כי בניגוד למבחן עובדתי, שכמותו יש לערוך ביחס לעבירות שהוצגו לעיל, כאן מדובר במבחן בעל אלמנטים מופשטים. רצוי שעבירה פלילית תהיה בהירה וקלה ליישום ככל שניתן. אשר לעבירת ההעלבה, נדמה כי הנסיון השיפוטי מעניין אונגרפלד, מהמקרה דנן וממקרים עתידיים שאולי יתעוררו - יסלול את הדרך לקביעת סטנדרטים קונקרטיים יותר.

ושבו יש להדגיש כי מסכים אני לעיקרי המבחן שקבעה חברתי הנשיאה (בדימ'), הבנוי על גבי מבחנים שנקבעו בעניין אונגרפלד. נקבעו כללים בחוות דעתה ביחס לקטגוריה של עובדי ציבור בכירים, שעשויים לסייע בהכרעה במקרה הקונקרטי.

4. מבחן הקשר הביטוי. חברתי הנשיאה (בדימ') הדגישה את שאלת סוג הביטוי ביחס לשאלה מהו ביטוי פוליטי ניתנו כמה פרמטרים המסייעים לסיווג הביטוי: תוכן הביטוי, אופיו של המתבטא ומטרות הביטוי. מבין אלה הודגש תוכן הביטוי. על כך הייתי מוסיף כי ככלל - בעבירת ההעלבה קיימת חשיבות רבה גם למבחן ההקשר. לאמור, לא רק מהו התוכן הקונקרטי, אלא מהם הסיטואציה ועולם התוכן שבתוכם שובץ הביטוי מושא הדיון. בפרשה אחרת קבעתי כי מבחן ההקשר דרוש לשם בחינת קיומה של עבירה פלילית הכרוכה בביטוי המתייחס לזולת - ובאותו עניין העבירה של סחיטה באיומים (ראו ע"פ 6368/09 זקן נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (12.7.2010)). לפי מבחן ההקשר, למשל, איום יכול להיות מרומז, כגון איום באמצעות סימנים, התנהגות אחרת או אף דיבור בטון רך ובמתק שפתיים. גם בעבירה של העלבת עובד ציבור קובע החוק במפורש כי העלבה יכולה להיות גם בתנועות ובמעשים, ולא רק במילים.

בענייננו מודגם דווקא מצב הפוך, שבו על פני הדברים ישנו ביטוי היכול להתפרש כהעלבה, אולם במבחן ההקשר ניתן לראות שהתמונה מורכבת יותר. הדגש הוא על ההקשר הדתי-הלכתי של הביטוי, והשימוש במושגים מעולם ההלכה. בעולם זה מקובלים לעיתים ביטויים שיכולים להיתפס כחריגים בעולם תוכן אחר. ידוע הוא שגדולי ישראל בכל הדורות לא היססו לחלוק, לעיתים בלשון חריפה ועוקצנית, על בני מחלוקתם. קריאת הדברים במנותק מההקשר ההלכתי יכולה להוביל לפירוש שלא אליו התכוונו הכותבים. בכל אלה אין לומר, כאמור, כי יש לסמוך את הידיים על האופן שבו בחר המבקש להתבטא. הסתייגותי מאופן הביטוי הובאה לעיל. אף אין לומר כי השיח ההלכתי מוגן מפני אישום בהעברת העלבה או כי הוא מעודד עלבונות. אולם במקרה זה, קריאת הדברים על רקע של ויכוח הלכתי, בין היתר, מציבה את הביטוי במקום פחות דרמטי מכפי שהוא עשוי להישמע במנותק מכל הקשר. ושוב - אין בכך לעודד ביטויים כאלה או לשלול את האפשרות שבמקרה אחר מבחן תוכן הדברים יוכל להביא לתוצאת הרשעה, גם על יסוד ההקשר של שיח הלכתי-דתי. בל נשכח כי כאשר התוכן יוצא אל הבמה הציבורית שותפים לשמיעתו נמענים הבאים מרקע מגוון, לרבות כאלה שבקיימים פחות בשיח ההלכתי ותרבותו. במקרה אחר מזה שלפנינו הבדל זה יכול להיות משמעותי, אך איני סבור שזהו המצב בענייננו. במקרנו דומה כי לא השתמע מהקשר הדברים, ואף לא הובן, כי המבקש

אכן סבור שהרב וייס מסייע לרצח או כי יש לדונו לסקילה. האירוניה היא כי ניתן ללמוד מהאמור שהייתה כוונה להעליב את הרב וייס, במובן הסובייקטיבי והמקובל של המילה. אך לא די בכך, אל מול כוחו של חופש הביטוי וחשיבותה של האפשרות לבקר אנשי ציבור בכירים.

5. המבחן ההסתברותי. חברתי הנשיאה (בדימי') עמדה על כך שבעניין אונגרפלד נקבע בדעת הרוב כי נדרשת "ודאות קרובה" - ושמה נאמר: קרבה לוודאות - לכך שההעלבה תוביל לפגיעה קשה בעובד הציבור ובאינטרס הציבורי. כך בניגוד לעמדת המיעוט, שקבעה מבחן מרחיב יותר של "אפשרות סבירה" או "אפשרות ממשית". מבחן כזה נקבע בחוות דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין בין היתר בשל הקשיים להוכיח את הסטנדרט המחמיר יותר במשפט הפלילי, להבדיל מתחומי משפט אחרים. אך כפי שציין באותו עניין השופט לוי, בהתייחס לעמדה זו, ההבדל בין עמדת הרוב לעמדת המיעוט נבע גם מהמחלוקת היסודית יותר, לעניין תוכן הדיבר "המעליב". מכיוון שדעת המיעוט צמצמה את תוכנו של מושג זה, מצאה היא לנכון להרחיב את המבחן ההסתברותי, כדי ליצור נקודת איזון שאינה מאיינת כליל את העבירה. לעומת זאת, עמדת הרוב הרחיבה יחסית את מבחן התוכן, ולכן הצריכה נקודת האיזון לקבוע מבחן הסתברותי מצמצם:

"בכל 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" (שם, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט לוי).

בראי זה, עמדתה של חברתי הנשיאה (בדימי') יוצרת נקודת איזון שונה מזו של כל העמדות בעניין אונגרפלד: מן הצד האחד, המבחן ההסתברותי מצמצם מאוד, בעקבות הכרעת הרוב בעניין אונגרפלד. מן הצד השני, המבחן התוכני, העוסק במהותו של הביטוי מושא הדיון, מצמצם גם הוא. התוצאה היא כי נקודת האיזון זזה לכיוון הקוטב המצמצם על פני הציר. כאמור, חברתי עצמה העידה על כך שהיא מקרבת, לפחות במידת מה, בין העמדות השונות שהובעו בהלכת אונגרפלד. אך זאת רק ביחס למבחן התוכן. כדי להגיע לנקודת האיזון הראויה יש לקרב אפוא בין העמדות גם ביחס למבחן ההסתברות, כך שייקבע מבחן מקל יותר בהקשר זה (ראו: אלון הראל "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות ההתממשות של נזק': חשיבה מחודשת" משפטים ל 69, 87-93 (התשנ"ט)). לטעמי יש ממש בעמדת המיעוט בעניין אונגרפלד, לפיה הדרישה היא לאפשרות סבירה ולא לקרבה לוודאות. מבחינת ריאליזם משפטי דומני כי אי-קבלת עמדה זו תביא לריכוך המבחן ההסתברותי המחמיר, תוך ערבוב מסוים בין המבחן התוכני למבחן ההסתברותי. דהיינו, אם התוכן יתפס כחמור, עלול בית המשפט לתת לנתון זה להשפיע גם על המבחן ההסתברותי, דווקא מפני שהוא מחמיר ומקשה להגיע לתוצאה של הרשעה. כך עולה מפסק דינו המנומק של בית המשפט המחוזי. לטעמי ראוי אפוא ליצור מבחן הסתברותי שיקל על ההבחנה בינו לבין המבחן העוסק בתוכן הדברים. המבחן המקל יותר - אם תרצו, הריאלי יותר - של אפשרות סבירה או ממשית, תורם יותר להבחנה כזו להערכת. על כל פנים, גם סוגיה זו אינה נדרשת לשם הכרעה בענייננו, שבו הביטוי המדובר כלל אינו עולה לכדי "העלבה". ניתן אפוא להשאיר את גדריו המדויקים של המבחן ההסתברותי לעת מצוא.

6. ידיעה על העלבון. האם לשם הרשעה בעבירה של העלבת עובד ציבור יש צורך בכך שהעלבון ייוודע לעובד

הציבור? מקובל להעלות שאלה זו במסגרת "המבחן ההסתברותי", היינו השאלה האם יש בכוחו של העלבון לפגוע בערכים המוגנים העומדים בבסיס העבירה - האינטרס בדבר תפקוד תקין של השירות הציבורי ושמירה על הסדר הציבורי. ניתן לטעון, וכך סבורה גם חברתי הנשיאה (בדימ'), כי העבירה קמה רק אם העלבון הגיע לידיעת עובד הציבור. עמדה זו מבוססת על לשון החוק - "המעליב... עובד ציבור" - ועל חוסר היכולת של העלבון להשפיע על עובד הציבור ככל שהאחרון אינו מודע לעלבון. לנוכח התוצאה שאליה הגענו, ההכרעה בשאלה זו היא מעבר לנדרש בענייננו. על כן אומר רק כי קיימים טעמים טובים התומכים גם בעמדה לפיה אין צורך שעובד הציבור יחשף לעלבון לשם הרשעה בעבירה. ראשית, העלבון יכול לפגוע בסדר הציבורי גם באמצעות השפעה על שומעים אחרים, שאינם עובד הציבור. הרי ממילא לא מוענק משקל רב לתחושות הסובייקטיביות של עובד הציבור, ולשאלה האם הוא נעלב מבחינה עובדתית ורגשית. שנית, החוק אינו מתייחס בפירוש לסוגיה זו, ומבחינה לשונית שני הפירושים - דרישה לידיעה או העדר דרישה כזו - שקולים הם. שלישיית ועיקר, מבחינה מעשית ייחשף עובד הציבור לעלבון, ולו במסגרת חקירת המשטרה והשאלה האם נחשף לעלבון. עדיף אפוא לקבוע מלכתחילה כי הידיעה אינה נדרשת, וכך למנוע סיבוך מיותר וחסר משמעות מעשית במסגרת החקירה. רביעית ובעלת משקל, גם בעבירת האימים, שבה נדרשת קליטה של האיום אצל המאויים, נפסק כי אין בחוסר הקליטה של האיום כדי למנוע הרשעה בנסיין לאיום (רע"פ 2038/04 לם נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 95, פסקה 25(2006)). ובהשוואה לענייננו - נסיון להעליב. נראה אפוא כי דרישת הידיעה, גם אם אניח את קיומה, אינה מונעת את הרשעת הנאשם ולו בעבירת הנסיון, בכפוף לעמידה ביתר התנאים.

מעניין להפנות בהקשר זה לאיסור הקבוע במשפט העברי לקלל חרש: "לא-תִקְלַל חֵרֵשׁ" (ויקרא יט, יד). ניתן לתהות מדוע קללת החרש אסורה, גם כאשר הוא אינו מסוגל לשמעה ולהיעלב ממנה. הרמב"ם מסביר שטעם האיסור הוא שהמבט אינו מופנה רק למושא הקללה עצמו, אלא גם אל המקלל: "התורה לא הקפידה בעניין המקולל לבד, אבל הקפידה גם כן בעניין המקלל, כשהזהיר שלא יגיע נפשו לנקימה ולא ירגיל לכעוס" (ספר המצוות לרמב"ם, "לא תעשה", מצווה שי"ז). גם אם החרש אינו שומע את הקללה, היא משפיעה על המקלל עצמו, וניתן לומר שאף על סביבתו הקרובה. הקללה מעודדת כעס ורצון לנקמה. הטחת עלבונות בעובד הציבור עלולה אפוא לגרום לפגיעה בסדר הציבורי, גם אם עובד הציבור עצמו אינו נחשף להם. שיקול מעשי יותר עולה מדברי ספר החינוך (ספרד, המאה ה-13): "שלא לקלל אחד מישראל בין איש בין אשה. ואף על פי שאינו שומע הקללה, שנאמר 'לא תקלל חרש'... ואפשר לומר עוד, כי הענין להשבית ריב בין בני אדם ולהיות ביניהם שלום, כי עוף השמים יוליך את הקול, ואולי יבואו דברי המקלל באזני מי שקלל" (ספר החינוך, מצווה רלא). גם אם בתחילה המקולל אינו מודע לקללה, המציאות מלמדת כי עוף השמים יוליך בסופו של דבר את הקול. כך בקללה וכך בעלבון.

שני היבטים נוספים של האיסור "לא תקלל חרש". הראשון, האיסור בא להגן על המוגבל ועל הנכה. יעיד על כך המשך הפסוק - "וְלִפְנֵי עֵוֶר לֹא תִתֵּן מִכְשָׁל וְיִרְאֶת מְאֻלְהֵיב אֶנִּי ה'". בראייה זו, "התוספת 'חרש' לא באה לצמצם את היקף [האיסור] אלא להוסיף עליו: אפילו קללת חרש אסורה" (פירוש הרש"ר הירש על התורה, ויקרא יט, יח). ההיבט השני, כי במרכז האיסור "לא תקלל חרש" עומד כבוד האדם: "זו משמעות 'קללה' - משורש 'ק.ל.ל.' - פחת משקלו" (דברי הרש"ר הירש, שם), ואוסף כי זאת בסתירה מובהקת לכבוד האדם. כבוד מלשון כבד - מוסיף משקלו. בכל מקרה, האיסור "לא תקלל חרש" שם דגש גם במקולל. הפגיעה בו היא אפילו כאשר הוא חרש. עמדה זו של המשפט העברי משתלבת אפוא במסקנתי כי ראוי להרשיע את המעליב עובד ציבור גם אם העלבון טרם נודע לעובד הציבור, ולכל הפחות ניתן להרשיעו בנסיין להעליב.

7. המדיניות הרצויה בעת העמדה לדין. חברתי הנשיאה (בדימ') סבורה כי ראוי לקבל אישור מוקדם של גורם בכיר בפרקליטות בטרם פתיחה בחקירה, העמדה לדין או סגירת תיק בכל מקרה של העלבת עובד ציבור, לרבות עובדים

זוטרים. הטעם העיקרי לקביעה זו הוא הפגיעה בחופש הביטוי הטמונה בעבירה של העלבת עובד ציבור, והיא ניתנה על רקע הסטטיסטיקה שהוצגה ביחס למספרי ההליכים הנפתחים בכל שנה מהשנים האחרונות. כשלעצמי מסופקני אם ראוי לקבוע כלל זה ביחס לכל סוגי המקרים. כאמור, ניתן להבחין בין שלושה סוגים של מקרים טיפוסיים - עובד ציבור בכיר, עובד ציבור מדרג בינוני, או עובד ציבור זוטרי, כגון שוטר הפועל בשטח. להשקפתי, המדיניות שהציעה חברתי הנשיאה (בדימ') הולמת את שני סוגי המקרים הראשונים, אך המקרה השלישי, של עובד זוטרי, מורכב יותר. מדיניות לפיה יידרש אישור מטעם גורם בכיר בפרקליטות לפתיחה בחקירה והעמדה לדין בכל מקרה כזה היא בעייתית, ועלולה להוביל בסופו של דבר לפגיעה בתפקודם התקין של עובדי ציבור זוטרים אלה. בהקשר זה ברצוני להתייחס הן ל"נדירות" של המקרים שבהם ניתן יהיה להרשיע אדם בהעלבה בגין ביטוי פוליטי, הן להתבססות על נתונים מספריים.

מסכים אני כי נדרשת זהירות כאשר מדובר בביטוי פוליטי. אך אין בכך לטשטש את שלושת סוגי המקרים שהוזכרו. מטבע הדברים, במקרים מהסוג השלישי שהוזכר לעיל, שעניינו עובדי ציבור זוטרים בכלל ושוטרים בשטח בפרט - השיקולים שונים ביחס למקרים האחרים. כמובן, גם במקרים מהסוג השלישי יש חשיבות רבה לשאלה אם מדובר בעלבון על רקע פוליטי או על רקע אחר. אולם היותו של העלבון בגדר חופש ביטוי פוליטי אינה תריס מפני העמדה לדין. כך להלכה, וחשוב לדאוג שכך יהיה גם למעשה. במובן זה, עמדתי קרובה יותר לעמדתה של הנשיאה ביניש בעניין אונגרפלד, שקבעה קריטריון ענייני של ביזוי והשפלה, גם בהתייחס לביטויים פוליטיים. קריטריון זה משקף את כלל שמירת הדינים, ואת העובדה שמדובר בעבירה של העלבת עובד ציבור. הגם שעל פי הפסיקה יש לפרש את הדינים הישנים ברוח חוקי היסוד החדשים, הרי שליד הרוח ישנו גם הגוף. עניינים אלה מובילים לשאלה הסטטיסטית. אמת המידה של נדירות וחריגות אינה מספרית אלא נורמטיבית. כדי להמחיש נקודה זו, נפנה לדבריו של הנשיא א' ברק בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 649 (1995) לעניין מעצר עד תום ההליכים. באותו עניין סבר הנשיא ברק כי יש לעצור נאשם עד תום ההליכים רק "במקרים חריגים ומיוחדים". אך לצד זאת הוסבר כי השאלה אינה מספרית:

"ייתכן שמקרים חריגים ומיוחדים אלה יהיו רבים, שכן הפשיעה גואה, והנאשמים מסוכנים אם ישוחררו. ייתכן שמקרים חריגים ומיוחדים אלה הם מעטים, שכן רמת הפשיעה נמוכה. בין שעניין לנו במקרים רבים ובין שעניין לנו במקרים מעטים, עניין לנו במקרים מיוחדים וחריגים. המיוחדות והחריגות שעליהן אני עומד אינן משקפות מספרים; הן משקפות מנטאליות, נקודת מוצא ותפיסה חוקתית. הן אינן משקפות תפיסה כמותית. הן מבטאות תפיסה איכותית. הן מבטאות גישה הרואה במעצר עד תום ההליכים אמצעי אחרון ולא אמצעי ראשון. הן משקפות תפיסה הבודקת בשבע עיניים אם נשקפת סכנה אם הנאשם ישוחרר, והן בוחנות היטב אם אין מקום לתחליף מעצר. זוהי החובה החוקתית המוטלת עלינו" (שם).

כך גם בענייננו. העמדה הנורמטיבית צריכה להיות כי המקרים שבהם יועמד אדם לדין בגין ביטוי פוליטי הם בגדר יוצא מן הכלל. אפס, אין משמעות הדבר כי ראוי לדאוג למספר נמוך של מקרים שבהם הוגש כתב אישום, או לדרוש אישור מיוחד מטעם גורם בכיר במספר נקודות ציון בחקירה ובהליך הפלילי, בכל מקרה ומקרה. ניתן לומר כי החריגות היא המסר, ולא התוצר, שנקבע לפי המציאות המעשית בשטח. על כל פנים, בענייננו מדובר באישיות בכירה. במקרה כזה מסכים אני לדברי חברתי הנשיאה (בדימ').

ואף על פי כן, התחום של העמדה לדין והעלבת עובד ציבור מצוי בתנועה. ניתן להניח כי פסק דין של בית המשפט בהרכב מורחב יתרום לכך אפילו יותר, ויגביר את תנועת הגלגלים. בראיה זו, מסכים אני כי ראוי שראשי התביעה הכללית יגבשו נהלים ועמדות ברורים, תוך בדיקה של המצב בשטח מעת לעת. כך לגבי הסוג הראשון והשני של המקרים שנדונו לעיל, העוסקים בעובדי ציבור בכירים מאוד או מדרג ביניים. ברם, לטעמי אף חיוני יותר לגבש מדיניות ביחס לסוג המקרים השלישי - עובד ציבור כגון שוטר הפועל בשטח. הכללים שנקבעו בענייננו יפים בעיניי ביחס לכל הקבוצות, אך

מלאכת היישום ביחס לסוג המקרים השלישי מורכבת ועדינה יותר. יש לשים לב לכך.

8. בסופו של דבר, ההכרעה בתיק הנוכחי אינה מצריכה דיון רחב בכל השאלות שהועלו. יישום על נסיבות המקרה של המבחן שקבעה חברתי הנשיאה (בדימ') - שלעיקרו אני מסכים, כמפורט לעיל - אינו מעורר קושי בעיניי. הרף לא נחצה, כך שיש לזכות את המבקש מן העבירה של העלבת עובד ציבור. לא בכדי התוצאה של זיכוי המבקש בתיק זה היא פה אחד, בניגוד לקיומן של דעת רוב ודעת מיעוט בעניין אונגרפלד. אשר ליתר הסוגיות שנדונו - נראה כי יש לתת למבחן המשפטי שהוצג לעיל לצאת לדרך, ולבחון את דרכי הפעלתו על ידי הערכאות השונות. אין זה מן הנמנע שיהיה צורך בפיתוח נוסף, בהתאם לנסיבות החיים רבות הפנים. יאה לו לתחום החשוב של חופש הביטוי, בפגשו את העבירה של העלבת עובד ציבור, כי לצד שיח הזכויות - יפותח עקב בצד אגודל, ממקרה למקרה ומביטוי לביטוי.

אני מצטרף לעמדת חברתי הנשיאה (בדימ'), לפיה יש לקבל את הבקשה למתן רשות ערעור, לדון בבקשה כבערעור ולקבלו, תוך זיכוי המבקש.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

1. אני מסכים לחוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה (בדימ') מ' נאור, על הנמקותיה. אבקש להוסיף הערה קצרה משלי לעניין היחס בין עבירת העלבת עובד ציבור המנויה בסעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), לבין חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע). אתיחס לסוגיה זו, בגדר השלמת התמונה המשפטית, מבלי שיהא בכך כדי לשנות מהניתוח המשפטי של חברתי הנשיאה (בדימ') או להשליך על התוצאה של פסק הדין.

2. כפי שצוין בחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') השופט ס' ג'ובראן, בכתיבה האקדמית נשמעו לא אחת ביקורות על עבירת העלבת עובד הציבור וקריאות לצמצום היקפה ולביטולה, על רקע היותה מגבילה את הזכות החוקתית לחופש הביטוי [ראו למשל: משה נגבי חופש העיתונות בישראל: ערכים בראי המשפט, 108-109 (1995); ראם שגב בהנחיית מרדכי קרמניצר חופש הביטוי נגד רשויות המדינה: הצעה לביטול האיסורים הפוגעים במעמדם של שופטים ועובדי ציבור (2001); מרים גור אריה "המשפט הפלילי בפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"א - מגמה של הרחבת האחריות הפלילית ושל החמרת הענישה" דין ודברים 59, 61-68 (2012); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל, 534-536 (2016) (להלן: מדינה)]. בין היתר, הטיל מדינה ספק בדבר ההצדקה לספק לעובדי ציבור הגנה רחבה יותר מזו המוקנית מכוח חוק איסור לשון הרע. לשיטתו, במקרים המתאימים, בהם מתקיימת פגיעה לא מוצדקת בשמו הטוב של עובד ציבור, ניתן להטיל על הפוגע אחריות פלילית ולהתחשב גם באינטרס הציבורי בתפקוד תקין של רשויות השלטון. כמו כן, לגישתו, אין לשלול מן הדובר את ההגנות המוקנות מכוח חוק איסור לשון הרע ובעיקר את הגנת אמת הפרסום.

3. בית משפט זה התייחס במסגרת רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פסקאות 49-53 (13.8.2008) (להלן: רע"פ אונגרפלד) ובדנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 23, פסקה 47 לפסק דינו של

המשנה לנשיאה (בדימ') א' ריבלין (2011) (להלן: עניין אונגרפלד) לסוגיית היחס בין עבירת העלבת עובד הציבור לבין דיני איסור לשון הרע. צוין כי ביטוי שיש בו לשון הרע מהווה עוולה אזרחית בהתאם לסעיף 7 חוק איסור לשון הרע, ובנסיבות מסוימות הוא עשוי לעלות לכדי עבירה פלילית, לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע. ואולם, השימוש באמצעי הפלילי הקבוע בחוק איסור לשון הרע הוא בגדר חריג, אשר מופעל רק בהתקיים יסוד נפשי של כוונה וכאשר לצד הפגיעה בשם הטוב נפגע גם אינטרס ציבורי חשוב אחר.

4. על פניו, נראה כי ביטוי המהווה עבירת העלבה ייחשב גם כ"פרסום" כהגדרתו בסעיף 2(א) לחוק איסור לשון הרע וההעלבה תהיה בדרך כלל גם "לשון הרע" כהגדרתה בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע. כמו כן, שני ההסדרים מאפשרים להטיל, בנסיבות מסוימות, אחריות פלילית ובצדה עונש מאסר, כאשר בעבירה לפי חוק לשון הרע נדרש גם יסוד נפשי מסוג כוונה, כאמור. יחד עם זאת, ישנם שני הבדלים מהותיים בין עבירת העלבת עובד ציבור לבין עבירה לפי חוק לשון הרע. הבדל אחד נעוץ בכך שעבירת פרסום לשון הרע מותנית בכך שהפרסום הופנה לשני אנשים לפחות זולת הנפגע, בעוד שהעלבת עובד ציבור תהווה עבירה גם אם הופנתה רק לעובד הציבור [השוו: אורי שנהר דיני לשון הרע, 176-175 (1997) (להלן: שנהר)]. הבדל נוסף עליו עמד בית המשפט בהרחבה במסגרת רע"פ אונגרפלד, הוא היעדר החפיפה בין הערכים המוגנים בחוק איסור לשון הרע לבין האיסור הפלילי על העלבת עובד ציבור. בית המשפט הדגיש כי מדובר בשתי מערכות נורמטיביות שונות שנועדו לשרת תכליות שונות, המבוססות על איזונים שונים בין אינטרסים שונים. נפסק כי בעוד שדיני איסור לשון הרע מתמקדים בהגנה על כבודו של הפרט ושמו הטוב, תכלית האיסור בעבירת העלבת עובד ציבור היא ההגנה על מי שממלא תפקיד בשירות הציבורי כחלק מהאיסור על פגיעה ברשויות הציבור ולא על עובד הציבור כפרט. משכך, ייתכן כי ביטוי מסוים יפגע בשמו הטוב של אדם באופן בלתי מוצדק כך שיהווה לשון הרע, אך לא יפגע באינטרס הציבורי של שמירה על תפקודן התקין של רשויות השלטון ועל כן לא יהווה עבירה של העלבת עובד ציבור, ולהיפך.

5. בית המשפט התייחס לכך שמערכת ההסדרים והאיסורים בחוק איסור לשון הרע מתמקדת בהגנה על כבוד האדם והיא כוללת הגנות והקלות שנועדו לאפשר את חופש הביטוי אף אם יש בו לשון הרע, ובהן הגנות אמת הפרסום ותום הלב. לעומת זאת, לנוכח השוני בין התכליות השונות העומדות ביסוד שתי המערכות, נקבע כי הגנות אלה אינן נתונות למי שמזאשם בעבירה של העלבת עובד הציבור ולא ניתן "לנייד" אותן מהסדר משפטי אחד לאחר. אף על פי כן, ניתן להבחין כי הגדרת המבחן התוכני עליו עמדה חברתי הנשיאה (בדימ'), שלפיו ביטויים פוליטיים יהיו מוגנים מתחולתה של עבירת העלבת עובד הציבור - בדרך כלל (על פי גישתה של הנשיאה (בדימ')) או תמיד (על פי גישתו של חברי השופט ע' פוגלמן) - מתכתבת עם ההגנה המעוגנת בסעיף 15(4) לחוק איסור לשון הרע, החלה כאשר הפרסום הוא הבעת דעה על התנהגותו של הנפגע "בתפקיד שיפוטי, רשמי או ציבורי, בשירות ציבורי או בקשר לענין ציבורי...".

6. מן האמור עולה כי הטעם לכך שההגנות על ביטויים פוגעניים המעוגנות בחוק איסור לשון הרע לא חלות על עבירת העלבת עובד הציבור, נעוץ בתכליות השונות שכל אחד מן ההסדרים נועד לשרת. למרות זאת, מבלי לקבוע מסמרות בדבר, נראה כי יש ממש בדבריו של מדינה, ובמקרים רבים ניתן יהיה להשיג את תכלית השמירה על תפקוד עובדי הציבור באמצעות ההסדרים הקבועים בחוק לשון הרע, המעניקים משקל רב יותר לזכות לחופש הביטוי במסגרת האיזונים בין האינטרסים השונים.

בד בבד, אציין, כי לנוכח צמצום היקף עבירת העלבה הנובע מן החידודים וההבהרות ביחס למבחנים שנקבעו בעניין אונגרפלד, כמפורט בחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ'), מ' נאור, נראה כי החשש לפגיעה יתרה בחופש הביטוי באמצעות עבירת העלבת עובד ציבור לעומת חוק איסור לשון הרע מתעמעם.

השופטת ע' ברוך:

1. אני שותפה לדעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') מ' נאור, שלפיה נדרש צמצום מסוים של ההלכה שנקבעה בדנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (11.7.2011) (להלן: עניין אונגרפלד), בנוגע לתחולתה של עבירת העלבת עובד ציבור שבסעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. כך מתבקש, בהינתן הסכנה לחופש הביטוי הכרוכה בהרשעה בעבירה זו. אני מסכימה גם לתוצאה שאליה הגיעה הנשיאה (בדימ') בפסק דינה, והיא שבנסיבות המקרה יש לזכות את המבקש מן העבירה שבה הורשע.
2. כפי שהבהירה הנשיאה (בדימ') נאור בפסק דינה המקיף, הפסול שבהעלבת עובד ציבור אינו נעוץ בפגיעה בו כפרט - אלא בהיותו של עובד הציבור איבר מאיבריו של השירות הציבורי. האיסור הפלילי מהווה אמצעי להגנה על האינטרס שבתפקוד תקין של השירות הציבורי, ובהקשר זה החשש הוא כפול. ראשית, עובד ציבור המשמש מטרה לדברי בלע ונאצה עלול למצוא את עצמו מתקשה במילוי התפקיד המוטל עליו, וכתוצאה יכול שהשירות הניתן לציבור ייפגם. שנית, במובן הרחב וייתכן שאף חמור יותר, מתן במה להתבטאויות פוגעניות ומבזות כלפי עובד הציבור עלול לערער את אמון הציבור במוסריות או בחוקיות השירות הציבורי שניתן לו. ויודגש: אמון הציבור במינהל הציבורי חיוני לשמירה על שלטון החוק ועל יציבות המשטר הדמוקרטי (ראו פסקאות 13-15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין בעניין אונגרפלד, וסעיף 4 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש).
- על רקע האמור יוער כי בשונה מחברתי הנשיאה (בדימ'), איני סבורה כי חשיפתו של עובד הציבור עצמו לביטוי העולב בו, מהווה תנאי לתחולתה של העבירה. ראשית דבר, ביזוי והשפלה של עובד ציבור ברבים עלול להשפיע אף על תפקודם של עמיתיו, ולשתק או לפגוע בפועלם. יתרה מזאת, הנזק לאמון הציבור בשירות הציבורי, הגלום בהעלבת עובד ציבור, טמון בעצם ההתבטאות המבזה נגד מי שנמנה עם השירות הציבורי - בין אם הלה נחשף לה ובין אם לאו. ראוי להזכיר בהקשר זה את תאוריית "החלונות השבורים" - שלפיה נכונותם של אזרחים לציית לחוק מושפעת באופן ישיר מהתנהלות הסביבה שבה הם מצויים. ובפרט, חוסר סדר חברתי פעוט (כדוגמת חלונות שבורים בבניין שאינם מתוקנים לאורך זמן) עלול לעודד התנהגות עבריינית, ברמת חומרה שתלך ותגדל עם הזמן (ראו: James Q. Wilson & George L. Kelling, "Broken Windows": The Police and Neighborhood Safety, Atlantic Monthly, Mar. 1982, at 29-38). על אותו משקל, אווירה משתלחת בעובדי ציבור עלולה לזרוע זרעי הרס באמון שנותן הציבור בשירות הציבורי - עד כדי פגיעה של ממש בשלטון החוק ובמשטר הדמוקרטי (ראו והשוו: יישום של תיאוריית החלונות השבורים בהקשר של עבירות השוחד, מאור אבן-חן עבירות השוחד בעמ' 80-81 (צפוי להתפרסם בשנת 2017)).
3. ואולם ככל שתינתן לעבירה של העלבת עובד ציבור תחולה רחבה יותר, כך גובר החשש לפגיעה בחופש הביטוי - והדבר מטריד במיוחד כאשר עסקינן בביטויים בעלי אופי פוליטי. מורא מפני העמדה לדין בגין העלבת עובד ציבור, עלול להוביל להימנעות מהשמעת ביקורת ציבורית על התנהלותם של עובדי ציבור ונבחריו; וברי כי תוצאה כזו חותרת תחת יסודות הדמוקרטיה. כידוע, "ביקורת על רשויות המדינה ועל אישי ציבור היא נשמת אפה של הדמוקרטיה ואין לך רשות או איש ציבור במדינה דמוקרטית החסינים מביקורת". וכן, "היכולת לבקר את השלטון היא מאפיין כה בסיסי של הדמוקרטיה עד כי ניתן לתארה כ'נייר הלקמוס' המבחין בין מדינות דמוקרטיות למדינות שאינן כאלה" (דברי חברתי הנשיאה א' חיות בבג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, בפסקה 22 (8.10.2017)),

וההפניות שם). נוסף על כך, מאחר שהעבירה מתמקדת בהעלבתם של עובדי ציבור ונבחרי ציבור, ההעמדה לדין בעבירה עלולה להיתפס ככלי ל"סתימת פיות" של אותם אלה המבקשים לבקר את השלטון - וגם בכך יש כדי לפגוע באמון הציבור במינהל הציבורי. על כן נדרשת זהירות יתרה, הן בהעמדה לדין בעבירה של העלבת עובד ציבור, הן בסימון קווי המתאר של העבירה.

4. בעניין אונגרפלד דן בית משפט זה בהרכב מורחב של תשעה שופטים בגבולות התפרשות העבירה של העלבת עובד ציבור. בפסק הדין התקדימי שניתן, הוצבו שני מבחנים מצטברים להתקיימות היסוד העובדתי "העלבה" שבהגדרת העבירה: המבחן התוכני והמבחן ההסתברותי. זה האחרון מתמקד ב"סף הסיבולת" של עובד הציבור; ונקבע כי נדרשת ודאות קרובה לכך שההעלבה תביא לפגיעה קשה במילוי תפקידו של עובד הציבור, ומכאן גם בשירות הציבורי. המבחן התוכני שנקבע בדעת הרוב, התמקד בפגיעה בעובד הציבור הגלומה בביטוי. לפי מבחן זה, "העלבה" תתקיים רק כאשר מדובר ב"ביטוי שלילי הפוגע בליבת כבודו של האדם וכרוך בפגיעה מהותית וקשה בגרעין המוסרי-ערכי שממנו שואב עובד הציבור את מקור כוחו וסמכותו" (השופטת א' פרוקצ'יה, בסעיף 26 לפסק דינה). בחוות דעתה מבהירה הנשיאה (בדימ'), ודעתי כדעתה, כי בגדרו של מבחן זה יש ליתן משקל משמעותי אף למידת הפגיעה בחופש הביטוי שתיגרם כתוצאה מהרשעה בעבירה.

מושכלות יסוד הם כי לא כל סוגי הביטוי ראויים להגנה זהה; וכי מידת ההגנה במקרה הספציפי נגזרת מן המידה

שבה הביטוי מגשים את המטרות והרציונלים שביסוד חופש הביטוי (ע"א 6903/12 **Canwest Global Communication Corp** נ' עזור, בפסקה 10 (22.7.2015); בג"ץ 5432/03 ש.י.ן לשווין ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 82 (2004)). הביטוי הפוליטי מצוי בליבת חופש הביטוי, הוא "היהלום שבכתר", ומשכך ראוי להגנה כמעט מוחלטת. כחברתי סבורתני כי יש להותיר "שולי בטחון" צרים בלבד, שרק בהם ניתן יהיה להחיל את העבירה על ביטויים בעלי אופי פוליטי - וזאת באותם מקרים חריגים שבחריגים, שבהם הביטוי הוא כה מבזה ופוגע בכבודו של עובד הציבור, עד שהוא מאפיל על התוכן הביקורתי והופך אותו לחסר ערך של ממש.

5. כפי שהובהר על ידי שופטי הרוב בעניין אונגרפלד, לא ניתן לערוך מראש קטלוג של ביטויים שייחשבו העלבה או של ביטויים שאינם כאלה. לא פעם קו הגבול מטושטש, ובעיקר באותם מקרים שבהם התבטאויות פוליטיות, או כאלה שיש בהן משום ביקורת ציבורית חשובה, טובלות ומתובלות בקללות והשפלות כלפי עובד ציבור. חברתי הנשיאה (בדימ') עמדה בפסק דינה באריכות על הפרמטרים הרלוונטיים המשמשים למבחן התוכני ולמבחן ההסתברותי - ואיני מוצאת צורך לחזור ולהאריך בנדון. אדגיש כי המקרה שלפנינו מצוי באופן מובהק מחוץ לגבולות הגזרה של עבירת העלבת עובד ציבור.

המבקש פרסם באתר האינטרנט "מנהיגות יהודית" מאמר ביקורת על התנהלותו של הרב הצבאי הראשי, ובו ביקש לבקר את שתיקתו לכאורה של הרב לנוכח פגיעות נטענות שונות של צה"ל בערכי הדת. בין היתר ציין המבקש, כי הרב הצבאי "מסייע לרצח - איסור יהרג ובל יעבור. מסייע לגילוי עריות - איסור יהרג ובל יעבור. מסייע לחילול שבת - איסור סקילה. מסייע לביטול מצוות ישוב הארץ - השקולה ככל התורה כולה". לכל הדעות, מדובר בהשתלחות פוגענית ומבזה. ואולם בלא לגרוע ולא במאום משאט הנפש שמעורר הכתוב, אין יסוד להניח כי למקרא הדברים ייווצר אצל מאן דהוא הרושם שהרב הצבאי אמנם שותף לרצח או לגילוי עריות למשל. הדברים נאמרו כחלק ממאמר בעל אופי פוליטי מובהק, המבקר את אופן התנהלותו של בעל סמכות דתית רמת מעלה בצה"ל, כאשר בכירותו מחייבת אותו לסף סיבולת גבוה. אין אפוא כל חשש לפגיעה בתפקודו התקין של הרב ושל השותפים לעשייתו, וכאמור בפתח הדברים אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה (בדימ') מ' נאור.

הנשיאה א' חיות:

1. אני מצטרפת אל המסקנה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה (בדימוס) מ' נאור לפיה יש לזכות את המבקש מהעבירה של העלבת עובד הציבור שבסעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. כמו כן אני מצטרפת אל הטעם המרכזי שהולך אותה למסקנה זו והוא - כי הביטויים מושא האישום שהוגש נגד המבקש אינם צולחים את המבחן התוכני שהנו המבחן הראשון מבין שני המבחנים שנקבעו בדנ"פ 7383/03 אונגרפלד נ' מדינת ישראל פ"ד סה(1) 23 (2011) (להלן: עניין אונגרפלד) לעניין תחולתה של עבירה זו.

אכן, הביטויים שבהם בחר המבקש להשתמש במאמר שכתב על תפקודו של המשיב 2 כרב הצבאי הראשי, הינם פוגעניים, משתלחים ובוטים ויותר משהם מלמדים על המשיב 2 יש בהם כדי ללמד על המבקש עצמו בבחינת "הסגנון הוא האדם". אך כדי עבירה פלילית של העלבה לא הגיעו הדברים. בעניין אונגרפלד נקבע מבחן תוכני מצמצם ומחמיר לפיו "אין די בביטוי של אלימות מילולית בוטה אלא נדרשת פגיעה עמוקה בשמו הטוב של העובד שיש בה כדי לבזותו בעיני אחרים". עוד נקבע בעניין אונגרפלד כי העלבה כמשמעותה בסעיף העבירה תתקיים כאשר הביטוי השלילי "פוגע בליבת כבודו של האדם וכרוך בפגיעה מהותית וקשה בגרעין המוסרי-ערכי שממנו שואב עובד הציבור את מקור כוחו וסמכותו" (שם, בפסקה 26 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה).

המאמר אשר בו נכללו הביטויים הפוגעניים מושא האישום הוא מאמר ביקורת על אופן תפקודו של המשיב 2 כרב הצבאי הראשי בסוגיות שהיו ונתרו במוקד השיח הציבורי, ובהן: חילול שבת בצבא, שירות נשים בצבא לצד גברים, אי הקפדה על כשרות בבסיסי צה"ל ועוד. על כן, כפי שציינה חברתי, עניין לנו בביטוי פוליטי מובהק גם אם שולבו בו התבטאויות בוטות ומשולחות רסן.

הגישה המרחיבה שבה יש לנקוט ביחס לחופש הביטוי ככלל וביחס לחופש הביטוי הפוליטי בפרט, משמיעה לנו פירוש מצמצם בכל הנוגע לתחולתן של עבירות הפוגעות בחופש הביטוי ואף שאינני מסכימה עם חברי השופט ע' פוגלמן כי לגבי ביטויים פוליטיים לא תחול לעולם עבירה של העלבת עובד הציבור, תמימת דעים אני עם חברתי הנשיאה (בדימוס) מ' נאור כי "מקום שהביטוי המעליב הינו ביטוי פוליטי העבירה לא תחול ברובם המכריע של המקרים אם לא בכולם" (שם, בפסקה 60), וכי הפתח שיש להותיר בהקשר זה לתחולתה של עבירת ההעלבה הנו צר ביותר. הוא שמור למקרים נדירים שבנדירים ונועד אך למנוע את הפרת שיווי המשקל הראוי ואת הסיכונים לתפקוד השירות הציבורי ולכבודם ושמן הטוב של עובדיו, הטמונים בגישה הגורפת לפיה הביטוי הפוליטי זוכה להגנה מוחלטת ללא הגבלה כלל (ראו: שם, בפסקה 44).

המקרה שלפנינו אינו נמנה עם מקרה נדירים אלה.

כפי שציינה חברתי, קביעותינו לעניין הפירוש המצמצם של עבירת ההעלבה ובייחוד בכל הנוגע לביטויים פוליטיים, יש בהן משום פיתוח ו"ליטוש" של המבחן התוכני שנקבע בעניין אונגרפלד, ואלה דרושים להכרעה בפרשה שלפנינו. לעומת זאת, השאלה שאליה מתייחסת חברתי בפסקה 54 לחוות דעתה - האם חשיפתו של עובד הציבור

מושא העלבון לביטוי העולב הינה תנאי לתחולת העבירה - היא שאלה שאינה צריכה לענייננו. היא נוגעת בעיקרה למבחן ההסתברותי שהינו המבחן השני שנקבע בעניין אונגרפלד, אך משההתייחסות למבחן זה התייחרה במקרה דנן בשל כך שהביטוי מושא האישום אינו צולח את המבחן הראשון (המבחן התוכני), אני סבורה כי ניתן להותיר שאלה זו לעת מצוא.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה המקיף של חברתי, הנשיאה (בדימ') מ' נאור, בגדרו היא הגיעה למסקנה כי יש לזכות את המערער (לאחר שניתנה לו רשות לערער) מהעבירה של העלבת עובד ציבור, הקבועה בסעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין).

מאחר ומדובר באישום פלילי שיש צורך לגדור את תחולתו וסייגיו כדי שהציבור ידע איך לנהוג, בבחינת - אין עונשין אלא אם כן מזהירין - בחרתי שלא להגיב לפרטי הדברים (המוסכמים עלי בעיקרם), או להערות חברותי וחברי, שכן ראוי שההלכה תהיה ברורה. רק בנקודה אחת יש לי הסתייגות, אותה אני חייב להדגיש, בצד צמצום גדרי העבירה, המקובל עלי מאד מהטעמים שהוסברו בצורה כה משכנעת ע"י חברתי הנשיאה (בדימ').

לעניות דעתי - חשיפתו של עובד הציבור לביטוי העולב איננה בחזקת תנאי לתחולת העבירה, ולו בגרסה המצומצמת שלה, על פי פרשנותה של חברתי הנשיאה (בדימ').

גישה מעין זו היתה מקובלת במורשתנו עוד מקדם, ובגידרה בא הציווי:

"לא תקלל חַרְשׁ"

(ויקרא י"ט, י"ד; ראו עוד: רמב"ם, ספר שופטים, הלכות סנהדרין פרק כ"ו; שו"ע חו"מ, סימן כ"ג; השו"ג גם לנסיבות העובדתיות ב-בג"ץ 7195/08 אבו-רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד סג(2) 325 (2013), שם איזכרתי בעמ' 395 את הציווי הנ"ל).

הדברים מקבלים משנה תוקף בתקופתנו, שבה הפרסומים במירשתת כה רבים, כדי כך שאין עובד הציבור, אליו מופנה העלבון, יודע בהכרח "בזמן אמת" על ההעלבה. עם זאת, גם במקרים מעין אלה אמון הציבור ברשות ותפקודו התקין של השירות הציבורי עלולים להיפגע נוכח הפרסום, חרף כך שעובד הציבור לא היה מודע באופן מיידי לעלבון, או לקללות שהוטחו בו (עיינו והשוו: בש"פ 2735/09 פלונית נ' מדינת ישראל, פסקה 12 להחלטתי (17.05.2009), שם קבעתי כי הדין איננו דורש דווקא תלונה מצד קורבן עבירת העלבת עובד הציבור, כדי להסמיך את המשטרה לחקור ואת

רשויות התביעה להחליט אם להעמיד לדין אדם בגין עבירה זו).

לבסוף אציין כי באירופה, מקום בו היו קיימות הוראות דומות לסעיף 288 לחוק העונשין - יש מגמה לבטלן, והאחרונה שנקטה חלקית בדרך זו היא גרמניה שבתאריך 18.07.2017 ביטלה, בעקבות הפרסום הסטירי שהיה שם כנגד נשיא תורכיה ארדואן ודרישתו להעמיד לדין את האחראים לפרסום זה - את האיסור על העלבת מנהיג זר (בתוקף מתאריך 01.01.2018).

לסיכום אזכיר כי נביאי ישראל שהתבטאו לעתים בחריפות רבה - נהנו מחופש הדיבור, ולפיכך, מבלי להשוות את המערער אליהם - ראוי כי גם בימינו ובארצנו החירות לבקר באופן בוטה את רשויות השלטון ואת עובדי הציבור, לא תצומצם. יחד עם זאת, על המערער לבדוק עצמו ולבחון אם מה שפורסם על ידו והסגנון בו נקט, אכן מתיישבים עם ההלכה שבשמה התיימר לדבר (ראו: רמב"ם, שם שם).

המשנה לנשיאה

הוחלט פה אחד לזכות את המבקש מעבירת ההעלבה.

ניתן היום, י"ג בחשוון התשע"ח (2.11.2017).

ה נ ש י א ה	המשנה לנשיאה (בדימ')	ה נ ש י א ה (בדימ')
ש ו פ ט	ש ו פ ט	המשנה לנשיאה
ש ו פ ט ת	ש ו פ ט	ש ו פ ט