|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים** | |  |
|  | **רע"פ  9818/01** | |
|  | **ע"פ  8295/02** | |
|  |  |  |

|  |  |
| --- | --- |
| בפני: | כבוד הנשיא א' ברק |
|  | כבוד המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא |
|  | כבוד המישנה לנשיא מ' חשין |
|  | כבוד השופט (בדימ') י' טירקל |
|  | כבוד השופטת ד' ביניש |
|  | כבוד השופט א' ריבלין |
|  | כבוד השופטת א' פרוקצ'יה |
|  | כבוד השופט א' א' לוי |
|  | כבוד השופטת מ' נאור |

|  |  |
| --- | --- |
| המערער ברע"פ 9818/01:    המערערים בע"פ 8295/02: | שמעון ביטון    1. מנחם גלילי  2. יעקב אשכנזי |

|  |  |
| --- | --- |
|  | נ  ג  ד |

|  |  |
| --- | --- |
| המשיב ברע"פ 9818/01:    המשיבה בע"פ 8295/02: | ציון סולטן    ז'קלין מימון |

|  |
| --- |
| ערעור  ברשות  על  פסקי  הדין  של  בית  המשפט   המחוזי  בירושלים מיום 1.1.2001 ומיום 31.10.2001 בע"פ 2252/00  ובע"פ 2225/01,  שניתנו  על  ידי  כבוד השופטים:   ר' אור,  א' צ'  בן-זמרה,   מ'  מזרחי,    וכבוד  השופטים:   צ'  סגל,  מ' שידלובסקי-אור, מ' גל    ערעור ברשות על פסקי הדין של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מיום 24.11.1999 ומיום 4.11.2001  בע"פ 7450/98  ובע"פ 7451/00, שניתנו  על ידי כבוד הנשיא א' לרון, סגן הנשיא י' פלפל והשופט נ' הנדל |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תאריך הישיבה: | י"א באייר התשס"ג | (13.05.2003) |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המערער  ברע"פ 9818/01:    בשם המערערים  בע"פ 8295/02:          בשם המשיב ברע"פ 9818/01:    בשם המשיבה בע"פ 8295/02: | בעצמו      עו"ד אורי פיינטוך          בעצמו    עו"ד אילן בומבך; עו"ד יריב רונן |

|  |
| --- |
| **פסק-דין** |

הנשיא א' ברק:

           סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן – חוק איסור לשון הרע) קובע כי אחריות פלילית בגין לשון הרע קיימת רק אם הפרסום נעשה "בכוונה לפגוע". מה משמעותו של דיבור זה – זו השאלה העיקרית המונחת ביסוד הערעורים שלפנינו.

העובדות

ע"פ 8295/02

1.        המערער 1 בע"פ 8295/02 הוא בעליו ועורכו של המקומון "השבוע באשדוד" (להלן – המקומון). המערער 2 היה, בתקופה הנוגעת לערעור זה, כתב באותו במקומון. המשיבה, גב' ז'קלין מימון, עסקה באותה עת כעוזרת לגננת בגן ילדים עירוני באשדוד. ביום 16.12.1994 התפרסמה במקומון כתבה, פרי עטו של המערער 2, שכותרתה "הדברת כינים נוסח ז'קלין". בכתבה סופר על שני מקרים, בהם טיפלה המשיבה בכינים שנמצאו בראשן של ילדות בגן לנגד עיני הילדים האחרים: באחד, דווח כי המשיבה חפפה את ראשה של ילדה בנפט, תוך גרימת צריבה מכאיבה לילדה; באחר, נמסר כי המשיבה גזרה תלתלים משערה של ילדה אחרת, על אף צעקות כאב של הילדה. הכתבה נשזרה ביטויי גנאי למעשיה הנטענים של המשיבה. כך, למשל, בכותרת המשנה:

"עוזרת הגננת ז'קלין מימון מצאה כינים בראש של שתי ילדות בנות 4 וחצי ו-5 והחליטה לטפל בהם [כך – א.ב.] בשיטה משלה, שיטה אכזרית כואבת ומשפילה במיוחד ... הילדות פוחדות ללכת לגן עם שיער פזור שלא יגזרו להן אותו – סיוט בגן הילדים!"

ובגוף הכתבה:

"קשה להאמין שדווקא עוזרת ותיקה תהפוך תוך זמן קצר לשנואת ילדי הגן וזאת בשל הדרך בה היא בחרה לעבוד... לז'קלין המנוסה יש שיטה מיוחדת במינה לטפל בכינים שעל ראשי הילדים, שיטה אכזרית שאולי מזכירה את הטיפול האכזרי בבתי היתומים בזמן מלחמת העולם השניה באירופה... כאילו לא די במקרה המזעזע הזה המשיכה ז'קלין בשיטותיה המחרידות ... מסתבר שנגד ז'קלין היו תלונות גם בשנת הלימודים הקודמת, הורים טענו כי היא מקללת את הילדים ומושכת אותם בצורה מעוררת גועל כשהם מכעיסים אותה."

הכתבה לוותה בשתי תמונות של המשיבה, שצולמו על-ידי המערער 2 בפתח גן הילדים. כן צורפה לה תגובה קצרה של עיריית אשדוד, שלשונה:

"ראשית, אנו מבינים את רגישות ההורים וצר לנו אם נפגעו או שנגרמה להם אי נעימות עקב מקרה זה. שנית, יש להדגיש כי כוונת הגננת (העוזרת) היתה טובה. מול עיניה עמדו הנקיון והבריאות של כל ילדי הגן, ובכלל זה הילדים שטופלו."

2.        נוכח פרסום זה הגישה המשיבה לבית משפט השלום בקרית גת קובלנה פלילית נגד שני המערערים (ק.פ. 775/96). בקובלנה, הואשמו המערערים בעבירות לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, בגין פרסום הכתבה, ולפי סעיפים 2(1), 2(6), 2(10) ו-5 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן – חוק הגנת הפרטיות), בגין צילומה של המשיבה ופרסום תמונותיה. בתחילה, זיכה בית משפט השלום (השופטת ג' רביד) את המערערים מכל אשמה. נקבע, כי הכתבה מהווה לשון הרע, שכן יש בה כדי להשפיל את המשיבה בעיני הבריות, לעשותה מטרה לשנאה ולבוז ולפגוע במשרתה. יחד עם זאת נפסק, שבמערערים לא נתקיים היסוד הנפשי המיוחד הנדרש לעבירה לפי חוק איסור לשון הרע – כוונה לפגוע. ביישמו את האמור בע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת (פ"ד לט(3) 205; להלן – פרשת בורוכוב), נמנע בית המשפט מלהחיל על המקרה את הכלל, כי דין צפיית התוצאה בדרגה קרובה לוודאות כדין כוונה להשיג אותה תוצאה ("כלל הצפיות"). בית המשפט פסק, שאף אם צפו את אפשרות הפגיעה, הרי מטרותיהם העיקריות של המערערים בפרסום הכתבה היו "לזעזע ולגרור את הרשויות לפעולה מתאימה" – מטרות שהן בלבה של העבודה העיתונאית. בהתחשב בכך, ונוכח העובדה שלפרטים העיקריים שצוינו בכתבה היה בסיס במציאות, זיכה בית המשפט את המערערים. כן זוכו המערערים מעבירות על חוק הגנת הפרטיות, מאחר שלא התקיים היסוד העובדתי הנדרש לקיומן.

3.        המשיבה ערערה לבית המשפט המחוזי בבאר-שבע (ע"פ 7450/98). ערעורה נתקבל. בית המשפט המחוזי החליט להחזיר את התיק לדיון מחודש בבית המשפט השלום. נקבע, שבנסיבות המקרה הוכחה כוונתם של המערערים לפגוע במשיבה. צוין (בהתבסס על ע"פ 506/89 נעים נ' רוזן, פ"ד מה(1) 133 (להלן – פרשת נעים)), כי את הכוונה לפגוע ניתן להסיק גם מתוכן הטקסט עצמו – ככל שהוא חריף ופוגעני יותר, כך תגבר ההנחה שבעליו התכוון לפגוע באמצעות פרסומו; ובהתאם תפחת הנכונות להכיר במניעים לגיטימיים אחרים לפרסום. בית המשפט המחוזי קבע, שבסגנונה הבוטה של הכתבה לא היה אלא להעיד על כוונת המערערים לפגוע במשיבה, ומכאן שדרישת מטרה זו התקיימה. אף הערעור על הזיכוי מעבירת הפגיעה בפרטיות התקבל. לפיכך, הוחזר התיק לבית משפט השלום לבירור קיומן של הגנות. לדעה זו חברו שניים משופטי ההרכב (הנשיא לרון והשופט פלפל). השופט הנדל קבע שיש להחזיר את התיק לבית משפט השלום לצורך בירור חוזר של שאלת הכוונה לפגוע.

4.        משהוחזר התיק לבית משפט השלום, נהפכה הקערה, והמערערים הורשעו בעבירות לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע ולפי סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות. בית משפט השלום קבע שההגנות הרלוונטיות לעבירות אלה אינן חלות. בית המשפט ציין, כי שכנועו שלכתבה היה בסיס עובדתי מסוים, הספיק כדי לקבוע שלמערערים לא היתה כוונה לפגוע, אולם אין די בכך כדי לבסס קיומה של הגנה. נוכח חומרת הדיבה שבכתבה, דרש בית המשפט רמת דיוק גבוהה לצורך קיום ההגנה, ומצא שבכתבה הופיעו פרטים רבים שלא הוכחו כנכונים. לכן נפסק שלא עומדת למערערים הגנת אמת בפרסום. כן צוין, שמעשי המערערים אינם נכללים באיזו מן הנסיבות המקימות את הגנת תום הלב. אשר לפגיעה בפרטיות – אף כאן נקבע, שהגנת סעיף 18(3) לחוק לא עומדת למערערים, באשר הפרסום היה כוזב. נוכח ההרשעה, נגזר על המערערים לשלם למשיבה 20,000 ש"ח כל אחד, וכן לפרסם בעיתונם את תוצאות ההליך.

5.        המערערים שבו וערערו על פסק הדין השני של בית משפט השלום לבית המשפט המחוזי בבאר שבע (ע"פ 7451/00). בערעור טענו נגד קביעות שונות של בית המשפט, ובכלל זה דחיית טענתם להגנת אמת בפרסום ושיעור הפיצויים שהושתו עליהם. ערעורם נדחה. בית המשפט המחוזי (בפני אותו הרכב שדן בערעור הראשון) קבע, כי הפרטים השגויים בכתבה הסבו למשיבה פגיעה של ממש, ומכאן שלא קמה להם הגנת אמת בפרסום; וכי שיעור הפיצויים שהמערערים חויבו לשלם למשיבה הנו סביר נוכח חומרת הדברים והפגיעה שגרמו.

6.        המערערים הגישו לבית משפט זה בקשה (רע"פ 9939/01), כי תינתן להם רשות לערער על שני פסקי הדין של בית המשפט המחוזי – הראשון, שקיבל את ערעור המשיבה לעניין הכוונה לפגוע (ע"פ 7450/98), והשני, בו נדחה ערעורם על ההרשעה והעונש (ע"פ 7451/00). רשות הערעור ניתנה (מידי השופטים לוין, דורנר ולוי) ביחס לשני עניינים, כאמור בהחלטה:

"1.   המבחנים להחלת הסוגיה שנדונה בע"פ 677/83 פ"ד לט(3) 205 לעניין פרשנות סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע;

 2.   הפרשנות הנכונה של סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות בהיבט הפלילי.

 והחלת הכללים החלים בסוגיות אלה על המקרה הנוכחי."

כן נתבקש היועץ המשפטי לממשלה להגיש את התייחסותו לסוגיות אלה. על פי ההחלטה הוגש ערעור זה (ע"פ 8295/02), ובו טענות הצדדים וחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה.

רע"פ 9818/01

7.        המערער ברע"פ 9818/01, מר שמעון ביטון, היה עורך המקומון "עיתון אחר", היוצא לאור בבית שמש. המשיב, מר ציון סולטן, הוא עורך מקומון אחר בבית שמש, ששמו "קרן אור". על רקע מערכת הבחירות לראשות עיריית בית שמש, פרסם המשיב בעיתונו ארבע כתבות, התוקפות את המערער בדבקות ובאריכות בגין מעורבותו בפעילות הפוליטית המקומית. נציין כמה מן האמירות שהופיעו בכתבות השונות.

           א.      בכתבה הראשונה, מיום 29.9.1993, שכותרתה "אני לא מאמין..." נאמר:

"העיתונות האחרונה מפרי עטו של שמעון ביטון עורך עיתון אחר מוזרה ביותר... הוא מכפיש, כמעט כהרגלו, בתיאורי גנאי הלקוחים מלכסיקונו המופלא, מעטו המושחזת כדי להשמיץ ולפגוע במי שעומד היום בתפקיד ראש העיר... זכותו לעשות כהבנתו פרסום לרשת החנויות המפוארת שלו ... אבל למה להשתמש בדמם של אחרים כדי למשוך קליינטורה אל חנויותיך... שאלה מוזרה עלי לשאול את הבחור שבינתיים גדל (גם בגיל!) והגיע למעמד, מקום 11 (!!!!!!!!!!) ברשימת הליכוד. האם אין זו עיתונות שקופה מטעם בה תפרגן למי שקרוב אליך?... ביטון מנסה כדרישת שולחיו לערער את אמינותו של פדידה."

           ב.      הכתבה השניה, מיום 6.5.1994, שכותרתה "העכבר אכל את החתול", עסקה במינויו של המערער ליועץ התקשורת של ראש העירייה הנבחר של בית-שמש, דניאל וקנין. הכתבה כללה בעיקר ציטוטים מתגובות שליליות של חברי מועצת העיר למינוי, וכן את הדברים הבאים:

"צירופו של ביטון לעירייה לא מתקבל באהדה גם ע"י פעילי ליכוד שתמכו בדני וקנין. מאחורי הקלעים ושלא לציטוט רבים (השמות שמורים במערכת) דוחים בשאט נפש את צעד וקנין... וקנין נכנס למהלך זה לא בחפץ לב. לא היתה לו ברירה והוא מעדיף חודש של כעס מצד חבריו ואולי מהתקשורת המקומית אבל שקט לקדנציה שלמה."

           ג.      כותרתה של הכתבה השלישית, אף היא מיום 6.5.1994, היה "יום התשלום הגיע". בכתבה זו מתח המשיב ביקורת חריפה על מינויו של המערער ליועץ התקשורת של ראש עיריית בית שמש. כותרת המשנה של הכתבה קבעה, כי:

"אין אדם לא מתאים לתפקיד דובר העירייה [כ]שמעון ביטון. מסוכסך עם העיתונות המקומית אותה הוא צריך היום 'לתקשר', הסגנים ויתרו עליו, עובדי העירייה לא מסמפטים אותו וזה רק בלשון עדינה."

בגוף הכתבה הופיעו, בין היתר, הדברים הבאים:

"אדם שידע רק להשמיץ לדווח וללכלך על הדברים הכי נתעבים שקרו בעיר, לעתים ללא כל פרופורציה, ינסה עכשיו להגן על הממסד. יום התשלום הגיע. ביטון, עורך ומפיק 'עיתון אחר', חושף סוף סוף לעיני כל את מטרתו העיקרית להגיע לקופה הציבורית ולטעום ממנה. ביטון במשך תקופה לא קצרה בערב הבחירות העמיד את עיתונות לרשות דני וקנין והליכוד. לא ידוע אם כלל זכה לתשלום עבור הפרסומים הרבים. חיים הרוש זעק במליאה 'זהו שוחד פוליטי!'. יקום ביטון ויפרסם את החשבוניות לתשלומי הליכוד עבור פרסומיו."

           ד.      בכתבה הרביעית, מיום 16.5.1994, שכותרתה "רחשים בחצר", נמשכים הדיווחים על חוסר שביעות רצון בסביבתו של ראש עיריית בית שמש ממינוי המערער לעוזרו. בין היתר נאמר שם:

"מינויו של שמעון ביטון מעורר חלחלה לא מעטה בקרב חבריו הקרובים של דני וקני ראש העיר... הוא רצה להיות גבוה בהירארכיה העירונית עוד לפני מנכ"ל, ולפני מזכיר ואפילו לפני סגני וחברי מועצת העיר. אבל וקנין מודע למקובלותו הציבורית והעדיף למנותו ככל שירחק הזמן מהבחירות."

8.        נוכח שורת פרסומים אלה הגיש המערער לבית משפט השלום בירושלים קובלנה פלילית נגד המשיב (ק.פ. 3872/95). בקובלנה הואשם המשיב בעבירות לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע. נטען, שהכתבות מכפישות את המערער ככלל, ובמיוחד מציגות אותו כעיתונאי "מטעם", אשר נכון לשכתב את האמת, ונתון למרותם של גורמים פוליטיים. בית משפט השלום (השופט י' ברקלי) זיכה את המשיב מכל האישומים. ביחס לכתבות הראשונה, השניה והרביעית נקבע, שאלה אינן מהוות לשון הרע. בית המשפט הוסיף, שלפי מכלול הראיות שהוצגו בפניו, בכתבות אלה אף לא נתקיימה כוונה לפגוע במערער. אשר לכתבה השלישית – בית המשפט קבע כי זו אכן מהווה לשון הרע. נפסק, כי הכתבה עלולה להשפיל את המערער בעיני הבריות, שכן עולה ממנה שהמערער פעל בכוונת שוחד. אלא שגם ביחס לכתבה זו לא שוכנע בית המשפט שנתקיימה כוונה לפגוע במערער. משלא הוכח היסוד הנפשי הנדרש לעבירה ביחס לכל ארבע הכתבות – זוכה המשיב מכל האישומים. המערער חויב לשלם את הוצאות המשיב בסך 20,000 ש"ח.

9.        המערער ערער על פסק הדין של בית משפט השלום לבית המשפט המחוזי בירושלים (ע"פ 2252/00). ערעורו נתקבל (השופטים אור, בן זמרה, מזרחי). בית המשפט המחוזי קבע, כי לכאורה גם הכתבות הראשונה, השניה והרביעית היוו לשון הרע, באשר היה בהן להשפיל את המערער ולפגוע במקצועו כעיתונאי. לפיכך הוחזר התיק לבית משפט השלום, כדי שיברר עניינים אלה ויכריע בהם בהסתמך על יתר הנסיבות, שלא צוינו בפסק דינו המקורי. בית המשפט המחוזי ציין, כי אף סוגיית הכוונה לפגוע טעונה בחינה מחדש, בהתחשב במכלול הראיות. במסגרת זו הונחה בית משפט השלום להתייחס למידת העוקצנות שאפיינה את הכתבות, לעצם ריבוי הפרסומים ולעובדת התחרות בין עיתוני הצדדים.

10.      משהוחזר התיק לבית המשפט השלום, זוכה המשיב בשנית. בית המשפט אישר שהדברים שפרסם המשיב – "בוטים וחריפים הם". למרות זאת נקבע, כי משנשללה תחולת כלל הצפיות, לא עלה בידי המערער להוכיח כוונה לפגוע מצד המשיב באמצעות הפרסומים. בית המשפט ציין את רקע היחסים בין הצדדים (מהלומות קודמות רבות, מעל דפי העיתונים ובין כתלי בית המשפט), ואת נטייתו של המערער עצמו לפרסם דברים בוטים בעיתונו ולהרבות בקובלנות פליליות. על רקע זה, ובהתחשב באווירה הכוללת שאפיינה את הבחירות המקומיות בבית שמש, נפסק שהפרסומים "לא חרגו מתחום הסביר". בנסיבות אלה, ומשהעדיף את מהימנותו של המשיב על זו של המערער, קבע בית המשפט שלא הוכח כי הכתבות פורסמו מתוך כוונה לפגוע דווקא. נוכח כל זאת, זוכה המשיב. שוב נפסקו לטובתו הוצאות בסך 20,000 ש"ח.

11.      המערער ערער גם הפעם לבית המשפט המחוזי בירושלים (ע"פ 2225/01). ערעורו זה נדחה (השופטים סגל, שידלובסקי-אור, גל). בית המשפט המחוזי קיבל את קביעת בית משפט השלום כי לא הוכחה, מחומר הראיות שהוצג, כוונה של המשיב לפגוע. בית המשפט חזר על הקביעה בפרשתבורוכוב, לפיה אין להחיל את כלל הצפיות על עבירת לשון הרע. לכן נדרשה הוכחה חיובית לכוונת המשיב לפגוע, וכזו לא נמצאה. בהעדר נסיבות מיוחדות לא ראה בית המשפט להתערב בממצאי המהימנות של ערכאת הדיון, ודחה את גוף הערעור. יחד עם זאת נתקבל הערעור בעניין ההוצאות. אלה חושבו מחדש לפי האמור בתקנות סדר הדין (פיצויים בשל מעצר או מאסר), התשמ"ב-1982, והועמדו על סך של 3,405 ש"ח.

12.      ביחס לפסק דין זה הוגשה בקשה (רע"פ 9818/01) למתן רשות לערער. רשות הערעור ניתנה (מידי השופטים לוין, דורנר ולוי) לעניין:

"המבחנים להחלת הסוגיה שנדונה בע"פ 677/83 פ"ד לט(3) 205 לעניין סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, והחלת הכללים שיקבעו בסוגיה זו על המקרה הנוכחי."

אף בתיק זה נתבקש היועץ המשפטי לממשלה להתייחס לסוגיות. יצוין, כי במהלך הטיפול בתיק ביקש המערער לחזור בו מן הערעור, ובלבד שייפטר מן החיוב בהוצאות (המופחתות) שהושתו עליו בבית המשפט המחוזי. המשיב מאן לוותר על תשלום ההוצאות שנפסקו לטובתו. מן הטעם הזה בלבד מונח עדיין הערעור לפנינו.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

13.      לבקשת בית המשפט, הגיש היועץ המשפטי לממשלה את התייחסותו לסוגיות הנדונות בהליכים אלה. היועץ המשפטי סבור, כי עת היא להפוך את הלכת בורוכוב, ולהורות שכלל הצפיות חל, ככלל, גם בעבירות מטרה, ובפרט בעבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע. לשיטתו, גישה זו מתאימה לרוח העולה מסעיף 20(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין), בו הוחל כלל הצפיות על כלל עבירות הכוונה. היא מאפשרת לייחד את האיזון המתחייב בעבירת לשון הרע, בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי, להגנות הקבועות בחוק. היא מספקת אמצעי ראוי למאבק בפרסומים פוגעניים, שאין מאחוריהם מטרה מיוחדת לפגוע, אלא רק תאוות-פרסום וסנסציוניות עיתונאית. כן היא מבטאת הכרה במציאות העכשווית, בה אמצעי התקשורת המבוזרים זמינים לשימוש פוגעני, ונדרשים כלים משפטיים להתמודדות עם ריבוי תופעות של לשון הרע. מעמדה זו נגזר, לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, כי בעקרון יש לקבל את הערעור ברע"פ 9818/01, ולהשיב את התיק לבית משפט השלום, לבדיקת קיומן של הגנות; ואילו את הערעור בע"פ 8295/02 יש לדחות.

14.      לעניין העבירה הפלילית לפי סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות (ע"פ 8295/02) – היועץ המשפטי לממשלה מניח, שהיסוד הנפשי הנדרש להתקיימות עבירה הוא מודעות רגילה (ולא כוונה מיוחדת). אשר להתקיימות היסוד העובדתי של העבירה בנסיבות בהן צילומו של אדם משולב בכתבה פוגענית, שיש בה כדי לשון הרע – היועץ המשפטי בדעה, שיש ליישם "מבחן ויזואלי רחב". לפיו, יש לכלול בגדרי העבירה גם פרסום תמונתו של אדם בלתי-מוכר בהקשר לכתבה פוגענית. פרסום כזה מוסיף על הפגיעה בשם הטוב הנובעת מלשון הרע, שכן יש בו גם פגיעה בפרטיותו של האדם, אשר הופך מזוהה בציבור בהקשר שלילי ומגונה. לכן, יש לדחות את הערעור אף על יסוד זה. 

טענות הצדדים

15.      לאחר הגשת עמדת היועץ המשפטי, השלימו הצדדים בשני ההליכים את טיעוניהם בכתב. בע"פ 8295/02 – המערערים טוענים, כי בכתבה עצמה לא היתה חומרה מיוחדת, כפי שהוצגו הדברים בפסקי הדין של הערכאות הנמוכות, ואף היה לה בסיס של אמת. מסיבה זו, לא היה מקום להתבסס על האמור בפרשת נעים – בה דובר (לשיטתם) בפרסום שקרי וזדוני – ולהסיק כוונה לפגוע רק מתוכן הפרסום. אשר לתחולתו של כלל הצפיות – המערערים מבקשים לקיים את ההלכה שנפסקה בפרשת בורוכוב, ולקבוע שאין להחיל את כלל הצפיות בעניינם. לטענתם, גישתו של היועץ המשפטי לממשל תרחיב יתר על המידה את האחריות הפלילית, כך שתיגרם חפיפה מוגזמת עם תחום האחריות האזרחית, ובעיקר ייפגע מעמדו של חופש הביטוי כזכות-על במשפטנו. אשר לעבירה לפי חוק הגנת הפרטיות – המערערים טוענים, כי אין לקבוע שכל פרסום של תמונה, שהיא כשלעצמה "תמימה", בצמידות לפרסום שיש בו פגיעה, יהווה פגיעה בפרטיות העולה כדי השפלה. קביעה שכזו תביא, למעשה, להטלת אחריות "אוטומטית" בפלילים בגין פגיעה בפרטיות בכל מקרה של לשון הרע. זו הרחבה מוגזמת של האחריות. תחתיה יש לקבוע שרק תצלום שהוא כשלעצמו משפיל, ייכנס לתחום העבירה הקבועה בחוק הגנת הפרטיות.

16.      המשיבה בע"פ 8295/02 מסכימה לפסיקות בתי משפט השלום והמחוזי, וכן לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה. היא מדגישה את החשיבות בהחלת כלל הצפיות על עבירת לשון הרע. המשיבה טוענת, כי ראוי "להזיז" את נקודת האיזון בין הזכות לשם הטוב לבין הזכות לחופש הביטוי, כך שהראשונה תזכה בהגנה יתרה. במיוחד כך כאשר אין מדובר בחופש הביטוי של אדם פרטי, אלא בזה של גוף עיתונאי. לאור זאת היא גורסת, כי אין להסתפק בקיומה של מטרה אחרת כלשהי בפרסום כדי להסיק שלא נתקיימה כוונת לפגוע. פירוש כזה, כך נטען, היה שולל כל אפשרות להטלת אחריות פלילית בגין לשון הרע על עיתונאים, שהרי לאלה תמיד מטרה של השגת פרסום ומשיכת קוראים. אלא, טוענת המשיבה, יש להטיל אחריות פלילית בגין לשון הרע כאשר הפוגענות המאפיינת את הכתב משמעותית במיוחד, ומאפילה על מטרות אחרות שהיו בפרסומה. באשר לעבירה לפי חוק הגנת הפרטיות – אף כאן מסכימה המשיבה, כי המערערים הורשעו כדין. היא מדגישה את הנסיבות המשפילות בהן שולבו תמונותיה, ומבקשת ליישם "מבחן מהותי", שיבחן את הפרסום בכללותו. המשיבה מציינת, שאין בעמדה זו כדי להשוות בין עבירות פגיעה בפרטיות ולשון הרע, שכן השתיים עדיין מובחנות ביסוד הנפשי המתחייב בהן ובהקשרים אחרים בהן ייושמו.

17.      ברע"פ 9818/01 – המערער מאמץ, בעיקרה, את חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. הוא מסכים שיש להחיל את כלל הצפיות על עבירת לשון הרע. נוכח הפוגענות הרבה שבכתבות שפרסם אודותיו המשיב הוא מסיק, שבנסיבות העניין הוכחה כוונתו של המשיב לפגוע. משכך, ראוי היה להשיב את התיק לבית משפט השלום להמשך בירור יסודות העבירה. אולם המערער חוזר על רצונו בסיום ההליכים בפנינו, באמצעות משיכת הערעור ובכפוף לביטול ההוצאות. המשיב מבקש כי נדחה את הערעור. הוא טוען, כי עבירות שעניינן הגבלה על חופש הביטוי, כעבירת לשון הרע, ראוי לפרש בצמצום מרבי; ובענייננו – בלא להחיל את כלל הצפיות. ודאי כך, כאשר ביכולתו של הנפגע מן הפרסום לתבוע את המפרסם בתביעה אזרחית. את עיקר טיעוניו, עם זאת, מייחד המשיב לטענות אודות נטיית המערער לפתוח בהליכי סרק טרדניים (פליליים כאזרחיים), המתבררים לא אחת כמשוללי יסוד. נוכח זאת מלין המשיב על שיעור ההוצאות הנמוך שנפסק לטובתו.

גדר המחלוקת

18.      בערעורים אלה נדרשים אנו לשוב ולבחון, בחלוף כעשרים שנה מעת שנתבררה בפנינו פרשת  בורוכוב, את פשר הביטוי "בכוונה לפגוע", המופיע בסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע. השאלות המונחות בפנינו הן שתיים: האחת, האם עת היא לסטות מן ההלכה שנפסקה בפרשת בורוכוב, ולהורות שכיום יש מקום לתחולת כלל הצפיות על העבירה הקבועה בסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע? השניה, ככל שהשאלה הראשונה נענתה בשלילה ונדרשת הוכחה חיובית של היסוד הנפשי בדבר "כוונה לפגוע", האם די בקיומו של פרסום בעל תוכן פוגעני כדי להביא למסקנה, ברמת ההוכחה הנדרשת בפלילים, שנתקיימה במפרסם "כוונה לפגוע"? לבסוף, כפי שעולה מהחלטת ההרכב ברע"פ 9939/01, נדרשים אנו להורות הלכה גם להיקף האיסור הפלילי הקבוע בסעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות. נדון בשאלות אלה לפי סדרן.

היסוד הנפשי בעבירת לשון הרע

19.      סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע קובע:

"המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע, לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע, דינו – מאסר שנה אחת."

חוק איסור לשון הרע קובע, אם כן, עבירה התנהגותית ("המפרסם"), הכרוכה בהתקיימות שני פרטים נסיבתיים ("לשון הרע", "לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע") וביסוד נפשי מיוחד ("בכוונה לפגוע"). העבירה אינה כוללת פרט תוצאתי, משמע אין היא מחייבת פגיעה ממש לצורך הטלת אחריות פלילית. היסודות העובדתיים של העבירה מוגדרים בסעיפים 1 ו-2 לחוק, ומתוחמים בגדרי ההגנות הקבועות בסעיפים 13, 14 ו-15 לחוק. היסוד העובדתי של העבירה אינו עומד לבחינה בהליך זה. בפרשות שלפנינו נדרשים אנו לשוב ולבחון את משמעות היסוד הנפשי המיוחד הקבוע בעבירה – "כוונה לפגוע".

20.      מהו, אפוא, פשרה של דרישת ה"כוונה לפגוע" בסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע? פשוט, שאין מדובר ביסוד הנפשי של "כוונה", כפי שזה מוגדר כיום בסעיף 20(א)(1) לחוק העונשין, באשר יסוד נפשי זה נסב על "תוצאות המעשה", ואילו עבירת לשון הרע אינה עבירה תוצאתית (ראו פרשת נעים, בעמ' 137; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 299 (להלן – פרשת אלבה)). למצבים מסוג זה מתייחס כיום סעיף 90א(2) לחוק העונשין:

"'בכוונה' – מקום שהמונח אינו מתייחס לתוצאת המעשה הנמנית עם פרטי העבירה, יתפרש המונח כמניע שמתוכו נעשה המעשה או כמטרה להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה, לפי ההקשר."

אכן, דרישת ה"כוונה לפגוע" הינה דרישה לקיומו של יסוד נפשי מיוחד אצל העושה, בעת קרות ההתנהגות האסורה. המפרסם לשון הרע בלא שהתכוון לפגוע באמצעות הפרסום – אינו עובר עבירה פלילית. עם זאת, הוא יהא אחראי בשל עוולה אזרחית לפי סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע. נמצא כי רק מפרסם (לשני בני אדם לפחות), שלהתנהגותו נלווה יסוד נפשי של שאיפה להשיג פגיעה, יחוב בפלילים לפי סעיף 6 לחוק. ומה באשר למפרסם שלהתנהגותו נלווה יסוד נפשי של צפייה ברמה קרובה לוודאות לאפשרות התרחשות הפגיעה? לבחינת שאלה זו נפנה עתה.

כלל הצפיות

21.      כלל הצפיות הוכר ויושם בפסיקת בית משפט זה מימים ימימה (ע"פ 63/58 עג'מי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג(1) 421 (להלן – פרשת עג'מי); ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 393; קוגלר, כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין 59-43 (תשנ"ז)). משמעותו, כי היסוד הנפשי של כוונה מתקיים בעושה, אף אם זה לא רצה להשיג תוצאה כלשהי בהתנהגותו, אך נתקיימה אצלו צפייה ברמת הסתברות גבוהה כי התוצאה אמנם תושג עקב ההתנהגות (פלר, יסודות בדיני עונשין 593 (כרך א', תשמ"ד)). כלל זה נקבע כמסקנה פרשנית מן השימוש שעשה המחוקק במושג ה"כוונה", נוכח ההיקף הרחב של המשמעויות הלשוניות שניתן לכלול בו (פרשת בורוכוב, בעמ' 215-214). הוא מגלם את הגישה הערכית, לפיה במצבים רבים קיימת שקילות מוסרית בין אדם הפועל מתוך רצון שמעשהו יביא לתוצאה מזיקה כלשהי, לבין אדם הצופה במידה קרובה לוודאות את התרחשותה של אותה תוצאה, ולמרות שאינו מעוניין בה אין הוא נמנע מן המעשה. כלל הצפיות היווה, אפוא, כלל פרשני, שטען את דרישת הכוונה בעבירה הפלילית במטען הערכי הנגזר מלשונה ומתכליתה. על יסוד זה נקבע בכמה הזדמנויות, שאין להחיל את כלל הצפיות באופן גורף ואוטומטי על כל עבירות הכוונה. בית המשפט נדרש לבחון את אופיה ואת תכליותיה של העבירה המסוימת, ולפיהן לקבוע האם יש מקום להחלתו של כלל הצפיות ביחס לאותה עבירה (פרשת עג'מי, בעמ' 432; ע"פ 552/68 אילוז ואליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377, 390 (להלן – פרשת אילוז);פרשת בורוכוב, בעמ' 216-215). על הלכה זו נמתחה ביקורת (פלר, "'בכוונה לפגוע' כסימן-ייחוד של העבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, גישה פרשנית – עד היכן ועל סמך מה", משפטים יז 439, 447 (תשמ"ח); סנג'רו, "היהפכו המטרות למניעים? ומה צפוי להלכת הצפיות?", משפטים יח 337, 347 (תשמ"ח)). לפי הביקורת, משהוכרה השקילות הערכית שבין רצון לבין צפיות ברמה קרובה לוודאות, וכלל הצפיות נקבע כתחליף לדרישת הרצון הקבועה בלשון העבירה, הרי ששקילות זו נכונה תמיד, ולא ניתן לסטות ממנה בעבירות ספציפיות. כן קובלים המבקרים על הפגיעה שגישה זו מסבה לכלליות ולאחידות של הנורמה הפלילית (ראו קרמניצר, "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו", מגמות בפלילים 55, 77 (א' לדרמן עורך, תשס"א)). לדעתי אין לקבל ביקורות אלה זו. הטעמים לכך הם שלושה.

           ראשית, כפי שהוסבר בפרשת בורוכוב, את כלל הצפיות ניתן לחלץ מן הביטוי "כוונה" בדרך של פירוש הלשון. מושג ה"כוונה", בהקשרו המשפטי, הוא מושג רחב ומורכב, הכולל כמה נדבכים של משמעות (קוגלר, לעיל, בעמ' 120-118, 488-471). משמעותו האחת היא רצון. משמעות אחרת היא צפייה בדרגת וודאות גבוהה, אף בהעדר רצון. הברירה בין אפשרויות לשוניות אלה היא ברירה פרשנית, המונחית על-פי התכלית וההקשר החקיקתיים. אלה משתנים מדבר-חקיקה אחד למשנהו, ועימם הפירוש הנכון לביטוי "כוונה". בה בעת, עומד כוחו של המחוקק לקבוע בלשון מפורשת כי הביטוי "כוונה" בעבירה מסוימת (או בסוג מסוים של עבירות) יפורש כמכוון לרצון בלבד, ולחלופין שיכלול גם את כלל הצפיות (ראו, למשל, סעיף 99(ב) לחוק העונשין). כל עוד לא עשה כן – נדרש בית המשפט לפרש את הנורמה האוסרת לפי תכליתה, ובהתאם לקבוע אם דרישת ה"כוונה" שבה כוללת גם את כלל הצפיות.

           שנית, לדעתי יש לדחות את הטענה, לפיה כלל הצפיות בעבירות כוונה אינו ניתן לסיוג, באשר הוא נובע מהכרעה ערכית אודות האנטי-חברתיות הזהה שבשני יסודות נפשיים אלה. אמת, האפשרות לפרש את המושג המשפטי של "כוונה" גם כ"צפיות" (ברמה קרובה לוודאות) נובעת מן ההנחה הערכית של שיטת המשפט, כי קיימת שקילות מוסרית בין שני המצבים. אלא שזהו אינו הערך היחיד המושל בכיפה. בצדו ניצבים ערכים ועקרונות-יסוד נוספים, אף הם חלק משיטת המשפט, הנתפסים כתכליותיו הכלליות של כל דבר חקיקה (פרשת אלבה, בעמ' 297; בג"ץ 6126/94 סנש נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 828 (להלן – פרשת סנש)). אכן, "תכליתו הכללית של כל דבר חקיקה מורכבת ממכלול ערכיה של מדינת ישראל. מכאן האופי היחסי של עקרונות היסוד והצורך לאזן בינם לבין עצמם, ובינם לבין תכליתו הספציפית של כל דבר חקיקה" (בג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 282, 286). העקרון המוסרי שממנו נלמד כלל הצפיות הוא אחד מתוך כלל העקרונות המנחים את הפרשן. לצדו ניצב, למשל, הערך של חופש הביטוי (ראו פרשת בורוכוב); וכן הערך המטביע "אות קין" על מצחו של רוצח, שרצה במות הקורבן ולא רק צפה אותו (ראו פרשת אילוז). בהעדר הנחיה חקיקתית מפורשת, על השופט-הפרשן להימנע מהחלה אוטומטית של עקרון מסוים דווקא, בלא לבחון ולאזן את מכלול עקרונות-היסוד הנוגעים לעבירה.

           שלישית, גישת ההלכה הפסוקה מתיישבת אף עם קיומו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועם ההנחה הכללית – המעוגנת כיום בסעיף 34כא לחוק העונשין – לפיה משניתנת נורמה עונשית לכמה פירושים סבירים, יש להעדיף את הפירוש המצמצם את האחריות הפלילית. אכן, בהעדר הוראה מפורשת של המחוקק, ובהתקיים פירוש סביר לפיו "כוונה" משמעה רצון בלבד, זהו הפירוש בו יש לבחור. בעבירות בהן אין כל ערך שבכוחו לגבור על הנחת השקילות המוסרית שבין רצון לבין צפיות ברמת קרובה לוודאות, הפירוש הסביר היחיד הוא הפירוש המחיל את כלל הצפיות על ה"כוונה" (כך נפסק, למשל, ביחס לעבירת הסגת גבול: פרשת עג'מי; ולעבירת סיוע לאויב במלחמה: ע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 265). לעומת זאת, בעבירות בהן עקרונות-יסוד אחרים תומכים בפירוש סביר המצמצם את האחריות, נכון לבחור בפירוש זה ולסייג את כלל הצפיות בהתאם.

כלל הצפיות לאחר תיקון 39

22.      ההלכה, כי כלל הצפיות לא יוחל באורח אוטומטי בכל עבירות ה"מטרה", אלא לפי פירושה של כל עבירה לאור תכליותיה, נשתרשה טרם קבלתו של חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 (להלן – תיקון 39). האם היה בתיקון 39 כדי לשנותה? כזכור, זו עמדת היועץ המשפטי לממשלה, הטוען כי עת היא להפוך את הלכת בורוכוב. חיזוק לעמדתו הוא מוצא בבחירת המחוקק לעגן את כלל הצפיות בחוק העונשין. כך קובע כיום סעיף 20(ב) לחוק העונשין:

"לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן."

ה"כוונה" לה מורה סעיף 20(ב) היא, כנזכר לעיל, "מטרה לגרום לאותן תוצאות", שהן מן היסודות העובדתיים של העבירה (סעיף 20(א)). תיקון 39 עיגן, אפוא, מפורשות את כלל הצפיות במשפטנו בכל הנוגע לעבירות תוצאתיות בעלות יסוד נפשי של כוונה. הוא לא עשה כן ביחס לעבירות התנהגותיות בעלות יסוד נפשי של מטרה (או מניע). אף בסעיף 90א(2), שנועד להתאים את החלק הכללי החדש של חוק העונשין למושגיות שקדמה לו בעבירות מטרה התנהגותיות, נמנע המחוקק מלהורות כי כלל הצפיות יחול עליהן בתחולה כללית. נוכח זאת הבעתי בפרשת אלבה (לעניין עבירת פרסום הסתה לגזענות) את עמדתי, כי:

"מכיוון ש'מטרה' כמחשבה פלילית בעבירה התנהגותית אינה קשורה כלל ל'כוונה' כמחשבה הפלילית הדרושה בעבירה תוצאתית, ממילא מתבקשת המסקנה כי 'כלל הצפיות', הקבוע בסעיף 20(ב) לחוק העונשין, אינו חל על 'מטרה' זו (שאינה חלק מה'כוונה')... הוראה זו חלה על היסוד הנפשי של 'כוונה'. יסוד זה מוגדר, כפי שראינו, בסעיף 21(א) לחוק העונשין באופן שהוא מתייחס אך 'לתוצאות המעשה'. אין מקום, אפוא, להחיל את כלל הצפיות הקבוע בסעיף 20(ב) לחוק העונשין על דרישת 'המטרה' בסעיף 144ב(א) לחוק העונשין" (שם, בעמ' 301).

עם זאת הוספתי, כי:

"לדעתי, אין לראות בסעיף 20(ב) לחוק העונשין הסדר שלילי באשר לתחולת 'כלל הצפיות' על היסוד הנפשי של 'המטרה' בעבירות התנהגותיות. עם זאת, תחולתו של 'כלל הצפיות' על עבירות התנהגותיות תעשה ממקרה למקרה, על פי פרשנותו הראויה של האיסור הפלילי הספציפי" (שם, בעמ' 302).

23.      קביעות אלה נראות לי נכונות גם כעת. בחירת המחוקק לייחד את התחולה הכללית של כלל הצפיות רק לעבירות כוונה תוצאתיות עשויה לבטא עמדה עקרונית, כי ראוי להחמיר בהיקף האחריות הפלילית, כאשר לכוונה להשיג תוצאה שלילית מצטרף מימושה של אותה תוצאה (השוו: קוגלר, לעיל, בעמ' 351-349). זו היתה הכרעת המחוקק, ואיננו נדרשים כעת לבחון אותה. אין לקבל את מסקנת היועץ המשפטי לממשלה (שמצאה ביטויה גם בפסיקה: השופט א' מצא בפרשת אלבה; השופט י' אנגלרד בע"פ 4317/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 289, 319), כאילו מקביעת סעיף 20(ב) מתבקשת החלה ישירה של כלל הצפיות על כל עבירות המטרה ההתנהגותיות. אכן, "טרם גובשה בישראל תורה הלכתית בדבר תחולה כללית של 'כלל הצפיות' על כל היסוד המחשבתי של מודעות או מטרה" (פרשת אלבה, בעמ' 302). העמדה החלופית, הקוראת לתוך סעיף 20(ב) יותר ממה שיש בו, אינה מתיישבת עם עקרון החוקיות (ראו קרמניצר, לעיל, בעמ' 77). היא מעצימה ללא צורך את הפגיעה בחירות הפרט. מבחינות אלה דעתי היא שהגישה העדיפה היא הגישה הפרשנית, המקיימת את ההלכה הפסוקה מימים ימימה.

24.      המצב המשפטי כיום הנו, אפוא, תחולה כללית חקוקה של כלל הצפיות בעבירות כוונה תוצאתיות, ובצדו החלה פרשנית של כלל הצפיות בעבירות מטרה מסויימות, באמצעות המשפט המקובל. עדיין עשויה לעמוד הטענה, כי בחלוף כעשרים שנה ממתן פסק הדין בפרשת בורוכוב, ראוי לקבוע איזון חדש בהחלת כלל הצפיות על העבירה של לשון הרע. לבחינת טענה זו נפנה עתה.

כלל הצפיות בעבירת לשון הרע

25.      כזכור, סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע קובע כך:

"המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע, לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע, דינו – מאסר שנה אחת."

מתבקשים אנו לפרש את ההוראה בדבר היסוד הנפשי המיוחד, "בכוונה לפגוע". השאלה הניצבת בפנינו הינה, האם די בצפייה בדרגה קרובה לוודאות של אפשרות הפגיעה עקב הפרסום, כדי לקיים את דרישת הכוונה. בפרשת בורוכוב השבנו לשאלה זו בשלילה. קבענו, שפירוש העבירה לפי תכליתה מחייב את המסקנה כי כלל הצפיות לא יחול בעבירת לשון הרע. ביסוד גישה זו עמדה ההנחה, כי הערך המוגן בעבירה הפלילית של לשון הרע – להבדיל מהעוולה האזרחית – הנו שלום הציבור והאינטרס הכללי במניעת שנאה ואלימות בחברה. בערך זה היה כדי להצדיק הוספת אחריות פלילית על האחריות האזרחית בגין לשון הרע, שבגדרה הוסדר כבר האיזון בין חופש הביטוי הפוגעני לבין הזכות לשם טוב. על רקע זה נקבע, שהערך המוגן נפגע, במידה המצדיקה הטלת אחריות פלילית, רק כאשר לפרסום הפוגעני נלווית כוונה ממש לפגוע, ולא די בצפייה בהסתברות גבוהה. כך ציינתי:

"מהי המטרה החקיקתית, העומדת ביסוד האחריות הפלילית לפרסום לשון הרע? נראה לי, כי מטרה זו אינה יכולה להתמצות באינטרס של הפרט להגנה על שמו הטוב. אינטרס זה מוגן במישור האזרחי, ואין פגיעה בו כשלעצמה מצדיקה אחריות פלילית. אכן, המחוקק עצמו שלל את הזיהוי בין האחריות הפלילית לבין האחריות האזרחית. נמצא, כי המטרה החקיקתית, העומדת ביסוד האחריות הפלילית, חייבת להיות קשורה, מטבע הדברים, באינטרס ציבורי, אשר הפגיעה בו יש בה כדי להצדיק, בנוסף לאחריות האזרחית, גם סנקציות פליליות. אינטרס ציבורי זה הוא המשתקף איפוא בביטוי 'בכוונה לפגוע' אשר בסעיף 6 לחוק. אינטרס ציבורי זה חייב לקחת בחשבון לא רק את האיזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם הטוב, אלא חייב הוא להתחשב גם בחופש האישי מסנקציה פלילית מזה ובשלום הציבור מזה. כיצד ניתן איפוא לגבש אמת מידה ראויה לאינטרס ציבורי, אשר, מחד גיסא, תיתן הגנה מספקת לחופש הביטוי ולחופש האישי, ומאידך גיסא, תיתן הכרה ראויה לשמו הטוב של אדם ולשלום הציבור? נראה לי, כי אמת מידה זו היא, אם הפרסום נועד לפגוע בשמו הטוב של אדם אם לאו... החופש האישי וחופש הביטוי נסוגים, כאשר קיים רצון לפגוע באחר. אותו רצון לפגוע מצדיק התערבות ציבורית בהגנה על היחיד, שכן שלום הציבור נפגע, מקום שאדם מפרסם לשון הרע מתוך רצון או מתוך מטרה או מניע לפגוע. גם אם פגיעה כזו מסתברת היא ברמת ודאות גבוהה לא קיים אותו אינטרס ציבורי, המצדיק הטלת אחריות פלילית בנוסף לאחריות האזרחית. נראה לי, אפוא, כי מבין האופציות הלשוניות, הטמונות בביטוי 'בכוונה לפגוע', יש לבחור באותה אופציה, המדגישה את האינטרס הציבורי. דבר זה מחייב, לדעתי, לפרש את הביטוי 'בכוונה לפגוע' כמשתרע על הרצון או על המטרה או על המניע לפגוע באחר, תוך שלילת פגיעה שאינה רצונית אך המסתברת במידת ודאות רבה" (שם, בעמ' 219-218).

לדעתו של השופט א' גולדברג, מסקנה זו התחייבה מן האבחנה שעשה המחוקק בין העבירה הפלילית לבין העוולה האזרחית של לשון הרע. כך הוא ציין:

"טשטוש ההבחנה בין העבירה לעוולה, תוך הרחבת היקפה של העבירה, יפר את האיזון, שאותו ביקש המחוקק להשיג, בין חופש הביטוי מצד אחד לבין הזכות לשם טוב מצד אחר. שכן פירוש אשר כזה יגביל בהכרח את חופש הביטוי כתוצאה נגזרת מהחשש, שיעלה בלבו של המבקש לפרסם, להסתבך בעבירה פלילית וללקות בסנקציה שבצדה... מכאן שלא השחית המחוקק מלותיו לריק בהוסיפו את המלים 'בכוונה לפגוע' לעבירה הפלילית. על כורחך אתה אומר, כי לא ביקש להחיל בעבירה זו את הלכת 'הצפיות', אשר תביא לטשטוש ההבדל בין העבירה הפלילית לעוולה האזרחית" (שם, בעמ' 213).

הלכה זו יושמה בהמשך בפרשת נעים, ושוב בע"פ 8735/96 ביטון נ' קופ (פ"ד נב(1) 19; להלן – פרשת קופ), שם קבעה השופטת ד' ביניש:

"לפי פסיקתו של בית משפט זה, בעבירת 'לשון הרע' אין להחיל את 'הלכת הצפיות', ועל כן אין להסתפק בכך שהוכח כי הנאשם צפה את הפגיעה בהסתברות גבוהה של קירבה לוודאות, כדי לקבוע שנעברה עבירת לשון הרע. פירוש זה של הסעיף אף עולה בקנה אחד עם הוראות החלק הכללי של דיני העונשין כפי שתוקנו בתיקון 39" (שם, בעמ' 27).

בית המשפט בפרשת קופ סבר, אפוא, שההלכה שנקבעה בפרשת בורוכוב – עומד לה כוחה אף על-פי הוראותיו של תיקון 39. בדברים אלה התייחס, ככל הנראה, לעובדה שכלל הצפיות יוחד בתיקון 39 לעבירות כוונה תוצאתיות, מבלי שנקבע כלל מקביל לעבירות מטרה התנהגותיות. האם ראוי כיום לחרוג מהלכה עקבית זו? תשובתי לשאלה זו היא בשלילה.

26.      אין חולק, כי ניתן וראוי לשוב ולבחון מעת לעת הלכות היוצאות מלפני בית משפט זה, נוכח שינוי העיתים והתחדשות הנסיבות. "החוק הוא יצור חי, פרשנותו צריכה להיות דינמית. יש להבינו באופן שישתלב ויקדם את המציאות המודרנית" (ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12, 33). פרשנות שניתנה לסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע בעת הינתן פסק הדין בפרשת בורוכוב, אינה בהכרח הפרשנות הראויה לסעיף בימינו-אנו. עלינו לבחון האם השתנו נסיבות החיים או המסגרות הנורמטיביות במידה כזו, שהאיזון שבוצע אז אינו רלוונטי עוד, ויש להחליפו באיזון אחר. בפרשת בורוכוב (בעמ' 219) צייָנּו, כי ארבעה הם העקרונות המנחים בפרשנות עבירת לשון הרע: חופש הביטוי והחופש האישי (מפני סנקציה פלילית) של הנאשם מזה, וזכות הקורבן לשמו הטוב והאינטרס הכללי בשלום הציבור, מזה. בעוד הזכות לשם טוב מוגנת באמצעות העילה האזרחית, הרי שלשם הבטחת האינטרס של שלום הציבור נוצרה העבירה הפלילית (ראו: Gatley on Libel and Slander 655 (10th Ed., 2004); Garrison v Louisiana, 379 U.S. 64, 68 (1964)). שלום הציבור נתון לאיום, שמניעתו מצדיקה שלילת החופש האישי, רק כאשר קיימת כוונה-ממש להרע לאחר, ולא במצב של צפייה בלבד. זו, כך קבענו, תכלית הדרישה המחמירה של "כוונה לפגוע" בהגדרת העבירה.

27.      טוען היועץ המשפטי לממשלה, כי האיום על שלום הציבור בהווה כתוצאה מפרסומים פוגעניים גדול משמעותית מזה ששרר בעבר. רבים מן המפרסמים, הגם שאינם מתכוונים לפגוע ממש, צופים את ההשלכות האפשריות מפרסומיהם, אך בבקשם להשיג תהילה, ממון או הישג ציבורי או פוליטי אחר, מתעלמים מהסיכון שבמעשיהם ונהנים מפטור מאחריות פלילית. זמינותה של הגישה לקהלים גדולים דרך אמצעי התקשורת המגוונים מעצימה אף היא את החשש הזה. מערכת אכיפת החוק, כך נטען, זקוקה לאמצעים ממשיים כדי להתמודד עם הביטויים האלימים והתוקפניים הנהוגים במקומותינו. אחד מן האמצעים הללו הוא האפשרות להטיל אחריות פלילית על מי שפרסם לשון הרע בצפותו שיהיה בכך כדי לפגוע, גם אם באין רצון להשיג תוצאה זו. יש ממש בטענות אלה. "מוות וחיים ביד לשון" (משלי י"ח כ"א). השיח הציבורי בישראל מתלהט פעם אחר פעם, על עניינים כאלה ואחרים. הוא נושא לא אחת אופי פוגעני ומשפיל. עמו גואָה האלימות המילולית והגופנית. כפי שהתרשמנו בפרשות אלה, גם העיתונות (למצער, המקומית) אינה טומנת ידה בצלחת. יש להצר על כך. ראוי לפעול למיתון השיח, ויפה שעה אחת קודם.

28.      אלא שאין זו התמונה כולה. מאז ניתן פסק הדין בפרשת בורוכוב נתקבל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמו גברה ההגנה החוקתית הן על הזכות לחופש ביטוי והן על הזכות לשם טוב, המבטאות שתיהן היבטים של כבוד האדם (פרשת סנש, בעמ' 834; רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, 519 (להלן – פרשת אמר); ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, 90; ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558, 565, 573 (להלן – פרשת הרציקוביץ)). האיזון בין שתי זכויות אלה נותר, איפא, דומה לזה שהתקיים טרם חוק היסוד. בד בבד עלתה גם החירות האישית למעמד של זכות חוקתית מעוגנת (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241). הגבלתה תיעשה רק "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). מנגד נוספו לספר החוקים כמה עבירות ספציפיות, העוסקות בביטויים מסוג מסוים (הסתה לגזענות (סעיף 144ב לחוק העונשין), הסתה לאלימות או לטרור (סעיף 144ד2 לחוק העונשין)). לצד אלה נחקק, כפי שהוזכר, סעיף 34כא לחוק העונשין, המורה כי בין שני פירושים סבירים לנורמה בפלילים ראוי לבכר את זה אשר מצמצם את האחריות (ראו דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד (טרם פורסם)). הנה כי כן, העתים אמנם השתנו. אך עמן השתנה גם המערך הנורמטיבי המסדיר את הטיפול הפלילי בביטויים פוגעניים. במצב זה, אינני סבור שנכון לסטות מן ההלכה הקיימת, ולפיה כלל הצפיות אינו חל בעבירת לשון הרע. עוסקים אנו בהגבלה באמצעים פליליים של חופש הביטוי. זוהי הגבלה חריפה וקיצונית. יש לתחמה לגבולות המדויקים של התכלית שלשמה היא נוצרה (פרשת אלבה, בעמ' 294; השופט י' טירקל בדנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193, 211-210). בענייננו מדובר באיום על שלום הציבור, שהוא מעבר לשמירה על שמו הטוב של האדם הפרטי, אותה ניתן להבטיח באמצעות העילה האזרחית. איום כזה מתממש, במידה המצדיקה שימוש באיסור פלילי, רק מקום שלפרסום נלווית כוונה של ממש לפגוע. רק אז מתעצם החשש להפרת הסדר הציבורי ולהגברת השנאה והיריבות, כדי כך שראוי יהיה להפעיל את הסנקציה הפלילית. פרסום לשון הרע בהעדר כוונה לפגוע עשוי להיות פסול ומגונה, אך אין בכך כדי להכניסו לתחומה של העבירה הפלילית לפי סעיף 6 לחוק. "המקום הגיאומטרי" הראוי לטפל בו הוא במסגרת האזרחית של תביעת נזיקין בלשון הרע ובהטלת פיצויים ראויים, שישקפו את מלוא הנזק (הרכושי והלא רכושי) שנגרם לאדם אשר שמו הטוב נפגע. הפתרון לחששות שהעלה היועץ המשפטי לממשלה אינו בהקלת התנאים לפתיחת הליכים פליליים נגד מפרסמים; כל שכן משרוב האישומים מוגשים כקובלנות בידי אנשים פרטיים.

הוכחת הכוונה לפגוע

29.      באנו, אפוא, למסקנה שגם כיום אין להחיל את כלל הצפיות על עבירת לשון הרע. נוכח זאת, כדי לבסס את האישום חייב התובע להוכיח, מעבר לספק סביר, כי מי שפרסם את לשון הרע התכוון לפגוע באמצעות הפרסום. בפרשות שלפנינו התחבטו הערכאות השונות האם די בעולה מן הפרסום עצמו כדי לבסס קיומה של "כוונה לפגוע", ברמת ההוכחה הנדרשת בפלילים. דעתי בשאלה זו היא, כי הפרסום הנו ראיה ככל הראיות. כוחו לבסס הרשעה נובע מתוכנו, ממהימנותו, ולבסוף מן המשקל שמעניק לו בית המשפט. בית המשפט אינו בוחן כליות ולב. אין בכוחו לחדור למוחו של הנאשם בחיפוש אחר כוונתו. לשם כך עליו להעריך את הראיות הנסיבתיות הסובבות את המעשה, ולפיהן לקבוע האם הוכחה כוונתו של הנאשם מעבר לספק סביר (ע"פ 172/68 המטפרסט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(2) 3, 9). הפרסום הוא אחד מאותן ראיות נסיבתיות. טול, למשל, פרסום הכולל חרפות וגידופים בלבד נגד פלוני, ללא כל תוכן או הקשר אחר. במצב זה נקל להסיק מן הפרסום לבדו, שכוונת המפרסם בפרסום אחת היתה, לפגוע. מסקנה זו נובעת מן ההנחה העובדתית, ולפיה אדם מתכוון להשלכות הטבעיות של מעשיו. פרסום דבר שכולו נאצה, בלא כל סיבה אחרת, יתפרש כפרסום שכוון לפגוע. עמד על הדברים השופט א' גולדברג:

"מאחר ששללנו את תחולתה של הלכת הצפיות, אין אמנם מקום ללמוד בכל מקרה על הכוונה לפגוע, מכך שהפרסום הוא פוגעני. שהרי כל שניתן ללמוד מאופיו הפוגעני של הפרסום, כי המפרסם היה מודע לפגיעה שתגרם עקב הפרסום. אולם אין זה מן הנמנע כי מן הפרסום הפוגעני נלמד על הכוונה תוך יישום 'הנחת הכוונה', לפיה מניחים אנו כי אדם התכוון וחפץ בתוצאות הטבעיות של מעשהו. הנחה זו אמנם קיימת כל עוד לא מצביע הנאשם על חפץ אחר שהנחה אותו במעשיו, השונה מן החפץ להשיג את התוצאה המזיקה" (פרשת נעים, בעמ' 141; ראו גם ע"פ 3126/96 עמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 638, 650-651).

30.      המצב מורכב יותר כאשר מן הפרסום משתמעות כמה כוונות: כוונה פוגענית, ובצדה כוונה לגיטימית. ניתן לשער, לדוגמא, כתבה עיתונאית, המספקת מידע לגיטימי לציבור, אך עושה זאת בדרך עולבת ופוגענית (למשל, מכנה את מושאי הכתבה בשמות גנאי, שאינם בעלי אופי סאטירי: השוו פרשת הרציקוביץ). האם פרסום כתבה כזו עשוי להיחשב לפרסום שנעשה "בכוונה לפגוע"? תשובתי לכך היא בחיוב. דרישת ה"כוונה לפגוע" בחוק איסור לשון הרע אינה מחייבת שהפרסום ייעשה מתוך כוונה אחת ויחידה לפגוע. דרישה שכזו אינה מופיעה בלשון העבירה, ואין הצדקה לצמצם כך את היקפה. אכן, גישה לפיה רק פרסום שנעשה מתוך כוונה בודדת לפגוע ייתפס בגדר העבירה, תיכשל במימוש תכליות העבירה: היא לא תתפוס, למשל, מפרסמים, אשר נוסף על רצונם לפגוע, חפצים גם בהעשרת קופתם ממכירת הפרסום הפוגע; או פרסומים הכורכים דיווחי-אמת בדיווחי-שקר, שמטרתם לפגוע (ראו פרשת נעים). הכוונה לפגוע, אם כן, יכולה להיות אחת מתוך כמה כוונות שלשמן בוצע הפרסום, ועדיין לקיים את היסוד הנפשי הנדרש בעבירת לשון הרע.

31.      מצאנו, אפוא, שהכוונה לפגוע יכולה, עקרונית, להילמד מתוכן הפרסום עצמו. לשם כך אין הכרח שהפרסום ייועד כולו לפגיעה בלבד. אפשר שתהיינה לו תכליות נוספות. מקום שמן הפרסום עצמו נלמד קיומה של כוונה לפגוע מעבר לספק סביר – די בכך כדי לבסס את דרישת היסוד הנפשי. אם לא די בפרסום עצמו, יהיה על המאשים (או הקובל) להביא חומר ראיות נוסף, ככל הדרוש לביסוס הכוונה לפגוע ברמת ההוכחה הנדרשת בפלילים.

מן הכלל אל הפרט

32.      ההתרחשויות בשתי הפרשות שלפנינו ארעו טרם כניסתו של תיקון 39 לתוקף (ראו סעיף 12 לתיקון 39). לשיטתי אין בכך דבר. עמדתי היא שהדין בסוגיות שנדונו בפסק דין זה לא השתנה עקב תיקון 39, ולכל היותר היה בתיקון אך לחזק את המסקנות אליהן הגעתי. יש להניח, לכן, שפסק דין זה ישמש הנחיה גם למקרים עתידיים שייפלו בתחום חלותו של החלק הכללי החדש של חוק העונשין. נפנה למקרים עצמם.

33.      ע"פ 8295/02 – בפרשה זו הורשעו המערערים בעבירת לשון הרע. בית המשפט המחוזי קבע, בהסתמכו על תוכן הכתבה בלבד, כי המערערים התכוונו לפגוע במשיבה. זו היתה דעתם של שניים משופטי ההרכב. דעתי אינה כדעתם. אכן, הכתבה שפורסמה כתובה בסגנון סנסציוני, בוטה וגס. היא עתירה מלות הגזמה ודימויים מופרכים. אך מסופקני אם יש בכך ללמד על יותר מאשר איכותה של הכתבה עצמה. בפני בית המשפט לא הובאו כל ראיות על יחסם של המערערים למשיבה או על שאיפתם דווקא לפגוע בה. הכתבה עצמה אינה מכוונת כלפי המשיבה, אלא רק דנה במעשיה. לעיריית אשדוד, ובהמשך גם למשיבה, התאפשר להגיב לכתבה באריכות מעל דפי המקומון. בנסיבות אלה לא הונח, לדעתי, בסיס ראייתי מספק לקיומה של כוונה לפגוע אצל המערערים. בנסיבות העניין, הכתבה שפרסמו אינה מספיקה לשם כך. מכיוון שכלל הצפיות אינו חל בעבירת לשון הרע, המסקנה היא שדין הערעור להתקבל, ויש לזכות את המערערים מעבירת לשון הרע.

34.      רע"פ 9818/01 – בפרשה זו זוכה המשיב מעבירת לשון הרע. בית משפט השלום קבע, כי על אף בוטות הטורים שפרסם בגנות המערער, לא הוכח כי התכוון לפגוע במערער. בית המשפט המחוזי סמך ידיו על קביעה זו. לו נדרשתי אני להכריע בשאלה זו, אפשר שהייתי מגיע למסקנה אחרת. אולם בית משפט השלום התרשם ישירות מעדותו הממושכת של המשיב, בה תוארו מניעיו העיתונאיים בפרסום הכתבות (עמודים 31-26 לפרוטוקול הדיון מיום 19.4.1998). מנגד צוינה דלות חקירתו הנגדית של המשיב בידי המערער, שלא עסקה כלל בסוגיית היסוד הנפשי. בנסיבות אלה הגיע בית המשפט למסקנה, שהכוונה לפגוע לא הוכחה ברמת ההוכחה הנדרשת בפלילים. איני מוצא להתערב בקביעה זו, שהיא במומחיותה של ערכאת הדיון. בהעדר תחולה לכלל הצפיות, יש לדחות ערעור זה, ולהותיר את זיכוי המשיב על כנו.

עבירת הפגיעה בפרטיות

35.      סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות קובע:

"הפוגע במזיד בפרטיות זולתו, באחת הדרכים האמורות בסעיף 2(1), (3) עד (7) ו(9) עד (11), דינו – מאסר 5 שנים."

סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות מגדיר כפגיעה בפרטיות:

"פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו".

36.      העבירה הפלילית הקבועה בסעיף 2(4) בצירוף סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות מורכבת מפרט התנהגותי ("פרסום") ומשלושה פרטים נסיבתיים ("תצלומו של אדם"; "ברבים"; "בנסיבות שהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו"). לא מדובר בעבירה תוצאתית: אין דרישה שהפרסום ישפיל או יבזה למעשה. היסוד הנפשי – "במזיד" – הוא יסוד נפשי של מחשבה פלילית "רגילה", כלומר מודעות לטיב ההתנהגות ולהתקיימות הנסיבות. זהו הפירוש שמורה כיום סעיף 90א(1) לחוק העונשין. כך הורתה בעבר גם ההלכה הפסוקה (ראו ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 247). מהו, אפוא, היקף התחולה של העבירה לפי סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות?

37.      סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות דומה, מבחינת הלשון, לסעיף 1(1) לחוק איסור לשון הרע, המגדיר לשון הרע כ"דבר שפרסומו עלול להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם". לכאורה, עשויים שני הסעיפים לחול תחולה מקבילה על מספר רב של התנהגויות זהות. אולם ספק אם זו המסקנה הפרשנית הראויה. בעבר נדרש בית משפט זה לשאלה דומה בבואו לפרש את סוג הפגיעה בפרטיות הקבוע בסעיף 2(1) לחוק. אותו סעיף מגדיר פגיעה בפרטיות כ"בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת". בית המשפט נתבקש לקבוע, האם השקייתו של עציר בכפייה במי מלח מהווה "הטרדה אחרת" לעניין חוק הגנת הפרטיות (ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837 (להלן – פרשת ועקנין)). נקבע, שפירוש שכזה יהווה הרחבה יתרה של האחריות הקבועה בחוק הגנת הפרטיות, מעבר לתכלית העומדת ביסוד החוק, ותוך חפיפה בלתי נדרשת עם איסורים הקבועים בחיקוקים אחרים. כך ציין הנשיא מ' שמגר:

"אינני גורס, כאמור, שיש להרחיב משמעותו של הביטוי 'הטרדה אחרת' ולפרשו כחובק גם מעשי עבירה המכוונים לפגוע בגוף האדם. חוק הגנת הפרטיות בא ליצור ולגדור גדרות חדשים ולא היה צורך בו כדי שישוב ויגדיר מעשי עבירה קיימים כמעשים אסורים" (שם, בעמ' 851; וראו גם דברי השופט מ' אלון, שם, בעמ' 856-855).

לדברים אלה הסכמתי שם (בעמ' 861). הם אימצו את עמדתי בעתירה שעליה נסב אותו דיון נוסף:

"נמצא, כי מגמת החקיקה ומטרתה לא היו אלא למלא חיסרון וליתן פתרון חקיקתי לאותם תחומים, שהדין הקלאסי טרם נתן להם פתרון, שכן בעת התפתחותו טרם באו לעולם המחשבים, המכשירים האלקטרוניים המשוכללים ושאר אמצעים, המאפשרים חדירה לרשות הפרט בלא צורך באלימות פיסית דווקא... כל שאנו מציינים הוא את מגמת החקיקה הכללית ואת התכלית החקיקתית הכוללת. מגמה זו חשובה היא, שכן באמצעותה עלינו ליתן פתרון לאותם מצבים קשים, המעוררים ספקות" (בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393, 425).

38.      המקרה שלפנינו הוא אחד מאותם מצבים המעוררים ספקות. השאלה הנשאלת היא האם פרסום תמונה "תמימה" של פלוני בצמוד לכתבה הכוללת דברי לשון הרע ביחס לאותו פלוני, נכללת בהגדרת סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות. התשובה לשאלה זו תיגזר מפירושו של סעיף 2(4). הספק הוא, האם יש לפרש את הסעיף כמקים אחריות חופפת לזו הקבועה בחוק איסור לשון הרע (שילוב הסעיפים 6 ו-1(1)), או שמא יש לפרשו כך שכל חוק יטיל אחריות על ההתנהגויות המתאימות לתכליות המיוחדות לו. בבואנו ליישב ספק זה, תנחה אותנו הגישה הפרשנית שבאה לביטוי בפסק הדין בפרשת ועקנין.

פרסום תצלום בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפיל או לבזות

39.      ההכרעה הנדרשת כאן היא בין שני פירושים אפשריים. לפי הפירוש האחד, האיסור הפלילי הוא רק על פרסום תצלומו של אדם, כאשר נסיבות פרסומו של אותו תצלום מסוים עלולות להשפיל את האדם או לבזותו ("הפירוש הראשון"). פירוש זה מתמקד בתצלום. לפיו, האחריות הפלילית נובעת ראשית כל מתוכן התצלום, במשולב עם הנסיבות בהן פורסם תוכן זה. כך למשל, פרסום תצלומו של אדם דתי המפר מצווה, בעיתון המופנה לקוראים דתיים. פרסום שכזה עלול לגרום להשפלה ולביזוי, עקב השילוב של תוכנו של הצילום עם הנסיבות בהן פורסם. פירוש זה מצמצם לכאורה את האחריות הפלילית. זאת, מפני שהוא מחייב ש"פוטנציאל ההשפלה" או "פוטנציאל הביזוי" יהיה טבוע בתצלום עצמו, ואילו הבחירה בנסיבות הפרסום אך מביאה את הפוטנציאל הזה לכלל מימוש (מביאה אותו לדרגת "עלול"). לפי הפירוש האחר, האיסור הפלילי חל על פרסום של כל תצלום של אדם, יהיה אשר יהיה תכנו של התצלום, כאשר ההקשר בו הושם התצלום עלול להשפיל את האדם או לבזותו ("הפירוש השני"). פירוש זה מתמקד בהקשר הפרסום, ולא בתוכן התצלום. לפיו, אין חשיבות אם התצלום עצמו כולל פוטנציאל של השפלה או לעג, ודי שהשימוש שנעשה בתצלום יוצר את הסיכון הזה. פירוש זה מרחיב לכאורה את היקף האחריות הפלילית. זאת, מפני שהוא תופס הן את כל הפרסומים שנתפסו בגדר הפירוש הראשון, והן פרסומים נוספים, של תמונות תמימות שהושמו בהקשרים פוגעניים.

40.      לדעתי, מבין שני הפירושים האפשריים, יש לבכר את הפירוש הראשון. פירוש זה, כאמור, מייחס חשיבות לתוכן התצלום, ומטיל אחריות רק כאשר בתצלום עצמו מצוי פוטנציאל של השפלה או של לעג, ובנסיבות פרסומו יש רק לממש פוטנציאל זה. לגישתי זו כמה טעמים. ראשית, הפירוש הראשון נלמד מתכליתה של העבירה הקבועה בשילוב הסעיפים 5 ו-2(4). מדובר בעבירת פגיעה בפרטיות. זו עבירה בעלת היקף רחב. היא תופסת שורה ארוכה של התנהגויות, המנויות בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות. המשותף לכל ההתנהגויות הללו הוא פגיעתן בפרטיותו של אדם, בין בדרך של חדירה לרשות הפרט ולצנעת חייו ובין בדרך של חשיפת ד' אמותיו של אדם לעיני כל. מניעתן של פגיעות כאלה היא התכלית שלשמה נוצר חוק הגנת הפרטיות. את האיסורים המוטלים עליהן יש לפרש, לפיכך, באורה של תכלית זו. סעיף 2(4) אינו יוצא מגדר זה. אף אותו יש לפרש בהקשר לתכלית החקיקה, שעניינה הגנה על הפרטיות. בהינתן פירוש סביר המקיים תכלית זו, אין הצדקה להרחיב את היקף העבירה כך שתבטא ערכים נוספים, המוגנים בה בעת באמצעות חיקוקים אחרים. הפירוש הראשון אכן מבטיח הגנה על הפרטיות – הוא אוסר פרסום תצלומו של אדם, כאשר בתצלום יש כדי לחשוף היבט מצנעת חייו של האדם, העלול להשפילו או לבזותו. הפירוש השני מרחיב על כך. הפירוש השני מגן לא רק על הפרטיות, אלא גם על ערכים נוספים ובראשם השם הטוב, באשר הוא אוסר לשים כל תצלום של אדם בהקשר העלול להשפיל את האדם או לבזותו. אלא שההגנה על השם הטוב אינה מתכליותיו של חוק הגנת הפרטיות; ודאי שאין היא מתכליותיו העיקריות. לשם כך קיים, כאמור, חוק איסור לשון הרע, על מבנה האחריות הקבוע בו. חוק הגנת הפרטיות נועד להתמודד עם ההתפתחויות החברתיות והטכנולוגיות שבעטיין "הפרט מוצא עצמו חשוף לעין כל בנושאים שהצנעה יפה להם והוא חש שענייניו האינטימיים ייהפכו – ללא הצדקה – לנחלת הציבור" (מתוך דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות תש"ם-1980, בעמ' 206). בהתאם לתכלית זו יש לפרש את העילות הקבועות בו. אימוץ הפירוש הראשון מתאים, אפוא, לגישה הפרשנית העולה מפסק הדין בפרשת ועקנין. יש בו לקדם הרמוניה חקיקתית. הוא מונע חפיפות מיותרות. נוסף על כך, יש בו למנוע סתירות. כך, לו קבענו כי סעיף 2(4) תופס גם תצלומים "תמימים" המוצבים בהקשר העלול להשפיל או לבזות, למעשה היה בכך להטיל אחריות פלילית בגין לשון הרע, מקום שחוק איסור לשון הרע לא תמיד עושה כן. היסוד הנפשי בעבירת לשון הרע מצומצם מזה שבעבירת פגיעה בפרטיות. גם העונש הקבוע בעבירת לשון הרע (שנת מאסר) נמוך מזה הקבוע בחוק הגנת הפרטיות (חמש שנות מאסר). אין הצדקה לעשות שימוש בחוק הגנת הפרטיות – שתכליותיו שונות וכמוהן גם תחום חלותו – כדי לעקוף את הסדריו המיוחדים של חוק איסור לשון הרע (ראו הלם, דיני הגנת הפרטיות 97 (2003)).

41.      שנית, העדפת הפירוש הראשון מתבקשת מהגיונו הפנימי של סעיף 2(4). הסעיף מגדיר כפגיעה בפרטיות פרסום של תצלומים בלבד. הוא אינו עושה כן ביחס לפרסום ציורים או רישומים של בני אדם, ויהיו ציורים או רישומים אלה מדויקים ככל שיהיו. ההתייחסות לתצלומים בלבד מחזקת את המסקנה, כי עניינו של הסעיף במניעת חדירה פוגענית לצנעת הפרט באמצעים טכנולוגיים, ולא בהגנה מפני שימוש פוגעני במראה פניו. אכן, פרסום תמונה "תמימה" של אדם בהקשר פוגעני אינו שונה במידה רבה מפרסום שמו של אותו אדם בהקשר פוגעני. למרות זאת אף פרסום שמו של אדם בהקשר פוגעני אינו מהווה עבירה לפי חוק הגנת הפרטיות.

42.      שלישית, הפירוש הראשון מגלם התחשבות ראויה בזכות לחופש ביטוי. העבירה ההתנהגותית שבסעיף 2(4) פוגעת בחופש הביטוי. פגיעה זו היא לתכלית ראויה, באשר יש בה להגן על הזכות לפרטיות ועל האינטרס בסדר ציבורי. "עם זאת, פרשנות ראויה של האיסור הפלילי צריכה להבטיח – במסגרת כללי הפרשנות המקובלים – כי פגיעה זו לא תהא מעבר למידה הדרושה... יש להבטיח מכל משמר כי האיסור הפלילי יצומצם להכרחי ולחיוני כדי להגשים את התכלית הראויה, וכי הוא לא יפגע בחופש הביטוי מעבר לנדרש" (פרשת אלבה, בעמ' 294). הפירוש הראשון מצמצם את היקף האיסור הפלילי למימוש התכלית העיקרית של החוק – הגנה על הפרטיות. הפירוש השני מעמיק את הפגיעה בחופש הביטוי. לא אחת מדובר אף בחופש הביטוי העיתונאי, בו מפורסמים תדיר תצלומים "תמימים" של אנשים במסגרת כתבות העשויות להיחשב פוגעניות. הפירוש המידתי הוא הפירוש הראשון.

43.      רביעית, הפירוש הראשון מקיים ביתר אדיקות את עקרון החוקיות. הוא מפליל את אותן התנהגויות שיש בהן "פגיעה בפרטיות" ממש. הפירוש הראשון הוא הפירוש הראוי, אפוא, גם בהתחשב בעקרונות הכלליים של המשפט הפלילי. אכן, יש לזכור שעוסקים אנו בהיקף האחריות הפלילית לפי חוק הגנת הפרטיות. המדובר בסנקציה חריפה. בצדה עונש חמור. ראוי לפרשה בהתאם לגבולות התכלית שלשמה נקבעו.

44.      מסקנתי הנה, אפוא, כי העבירה לפי שילוב הסעיפים 5 ו-2(4) לחוק הגנת הפרטיות חלה רק על פרסום תצלומים, שטבוע בהם – כשהם לעצמם – פוטנציאל ההשפלה או הלעג, בנסיבות העלולות להביא למימושו של פוטנציאל זה.

מן הכלל אל הפרט

45.      בע"פ 8295/02 הורשעו המערערים גם בעבירה של פגיעה בפרטיות. מוסכם, שבתצלומיה של המשיבה כשלעצמם אין כדי להשפילה או לבזותה. התצלומים מתעדים את המשיבה באזור גן הילדים, ולא ניתן ללמוד מהם דבר לטוב או לרע. הם פורסמו בהקשר העלול להשפילה או לבזותה בעיני הבריות. בשל כך הורשעו המערערים בעבירה לפי שילוב הסעיפים 5 ו-2(4) לחוק הגנת הפרטיות. כפי שעולה מן הדברים שהובאו, דעתי היא כי יש לזכותם גם מעבירה זו. המערערים פרסמו תמונה "תמימה" בהקשר פוגעני. בכך אפשר שפגעו בשמה הטוב של המשיבה. אך אין במעשיהם פגיעה בפרטיותה. דין ערעורם להתקבל, אפוא, גם בעניין זה.

הערת סיום

46.      התוצאה היא, אפוא, כי דין הנאשמים בשתי הפרשות שלפנינו לזיכוי. זו לדעתי התוצאה הראויה, אף שאין דמיון בין המקרים. בע"פ 8295/02 דובר בפרסום עיתונאי שפגע באדם מן השורה. במקרה זה ניצבו במלוא עוצמתם האינטרסים המתנגשים: זכותו של הפרט ששמו הטוב לא יושחר בידי אמצעי תקשורת בעלי תפוצה ותהודה, ומנגד זכות הציבור לדעת והאינטרס בעידודה של החשיפה העיתונאית. עימות זה מוסדר היטב באמצעות כללי האחריות האזרחית הקבועים בחוק איסור לשון הרע (ראו פרשת אמר, בעמ' 523). המשפט הפלילי, המתאפיין בעימות בין החברה לפרט העבריין, אינו הכלי המתאים לטיפול במקרים מן הסוג הזה. ברע"פ 9818/01 דובר, למעשה, בתגרה פרטית בין שני אנשים, שנישאה מעל דפיה של עיתונות מקומית. כל מאפייניו של עימות זה אף הם אזרחיים. זו המסגרת בה היה ראוי – אם בכלל – לברר את המחלוקת (ראו פרשת קופ, בעמ' 34-33).

47.      אכן, שימוש תדיר במשפט הפלילי לליבון סכסוכים מעין אלה אינו הולם את אופיים של הסכסוכים, אף לא את מהותה של האחריות הפלילית. דומה שהוא אף לא מתיישב עם האינטרס הכן של הניזוק, אשר נדרש לעמוד בנטל הוכחה מוגבר וליהנות משיעורי פיצוי מופחתים, תחת לפנות ל"דרך המלך" של התביעה האזרחית, במסגרתה ניתן במקרים מתאימים להטיל אף "פיצויים לדוגמא" (ע"א 802/87 נוף נ' אבנרי, פ"ד מה(2) 489, 494; ע"א 1905/96 "דחף" נ' "מעריב" (לא פורסם)). אמת, שני המקרים שבאו לפנינו, וכמוהם רבות מן הפרשות הקודמות בהן עוצבה עבירת לשון הרע, מקורם בקובלנות פליליות. הליך זה נושא אמנם מאפיינים של התדיינות אזרחית (ראו Kretzmer, "Intent in Criminal Libel: Statutory Interpretation or Judicial Imagination?", 21 Isr. L. Rev. 591 (1986)), אך אין לשכוח שתכליתו הטלת אחריות פלילית בגין ביטוי פומבי. זהו כלי חמור ורציני, וכך יש להתייחס אליו. לא בכדי מגלה המשפט המשווה נטייה גוברת לצמצום הסנקציה הפלילית בגין לשון הרע, כאשר עיקר ההתדיינות בעניין זה מתנהלת במישור האזרחי, תוך מתן אפשרות לפסוק פיצויים לדוגמא (ראו Gatley, לעיל, בעמ' 676-675, 678; Price and Duodu, Defamation465 (3rd Ed. 2004); 50 Am. Jur. 2d, Libel and Slander §§ 520-521 (2004); Markesinis and Deakin's Tort Law 688-689 (2003)). ככלל, לא נועד ההליך הפלילי ליישוב יריבויות אישיות או לריצוי רגשי נקם. יפים הדברים לשני המקרים בהם הכרענו כעת.

           אשר על כן, לו נשמעה דעתי, היה הערעור בע"פ 8295/02 מתקבל, בלא צו להוצאות; ואילו הערעור ברע"פ 9818/01 היה נדחה, תוך שהמערער יישא בהוצאות שהוטלו עליו בבית המשפט המחוזי.

                                                                                      ה נ ש י א

השופט א' א' לוי:

           חוות דעתו של חברי הנשיא לפיה אין מקום לשנות מההלכה שנפסקה בע"פ 677/83 ("פרשת בורוכוב"), מקובלת עלי. עם זאת, סבורני כי "הכוונה לפגוע" הוכחה בע"פ 8295/02 גם על פי המבחנים שהתווה חברי, ומכאן דעתי כי נכון יהיה לדחות גם ערעור זה.

                                                                                      ש ו פ ט

המישנה לנשיא מ' חשין:

           וכך מורה אותנו סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (החוק או חוק איסור לשון הרע):

|  |  |
| --- | --- |
| לשון הרע - עבירה | 6. המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע, לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע, דינו - מאסר שנה אחת. |

וזו השאלה שלפנינו: אותה "כוונה" פלילית שבהוראת סעיף 6 - ה"כוונה לפגוע" הנלווית אל פירסום לשון הרע - פירושה מהו? מהם החומרים העושים את הכוונה הפלילית שבפירסום לשון הרע? כיצד יתורגם ללשון המשפט מצבו הנפשי של המפרסם לשון הרע עד שיחויב בפלילים כהוראת סעיף 6? עד לתיקון מס' 39 לחוק העונשין (חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994) שררה הילכת בורוכוב (ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205) ולה שני רבדים: רובד אחד - רובד התשתית - דוקטרינת הצְפִיוּת בדין העונשין עשתה אותו. אותה דוקטרינה מורה אותנו - על דרך העיקרון - כי קיימת שקילות עניינית, מוסרית וחברתית בין מצב שבו עושה פלוני מעשה בכוונה וברצון לגרום לתוצאה רעה מסוימת, לבין פלמוני העושה אותו מעשה תוך שהוא צופה ברמת הסתברות גבוהה - כאפשרות קרובה לוודאי - כי מעשהו יביא לאותה תוצאה רעה, גם אם אין בו רצון להשיג אותה תוצאה. כנגזר מדוקטרינת הצפיות - אשר נתקיימה עוד קודם הילכת בורוכוב - כל עבירה שהיסוד הנפשי בה הוא יסוד של "כוונה", יש לבוחנה מקרוב, לבירור אם מושג ה"כוונה" בהגדרתה מייחד עצמו אך לכוונה-רצון או אם פורש הוא עצמו גם על צפיות. לסקירת ההלכה, ראו והשוו: ע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 265, 280 ואילך; ובעיקר, כמובן, בסיפרו המקיף של יצחק קוגלר, כוונה והלכת הצפיות בדיני העונשין (תשנ"ז-1997). כן ראו: ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221; מרדכי קרמניצר, "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות'", משפטים ל (תשנ"ט-1999) 105. הרובד השני שבהילכת בורוכוב עניינו היה ביסוד הנפשי שבעבירת פירסום לשון הרע: בכוונה לפגוע שבהגדרת העבירה. הילכת בורוכוב הורתה אותנו כי אותה כוונה שבעבירת פירסום לשון הרע פורשת עצמה רק על רצון ושאיפה לפגוע בנפגע. אין אותה כוונה כוללת כוונה במובן של צפיות. לשון אחר: עד שפלוני יחוב בעבירה פלילית של פירסום לשון הרע, חייב בית-המשפט להשתכנע כי אותו פלוני נתכוון ממש, כי רצה, לפגוע במי שהפירסום מדבר בו, ואין די בצפיות של פלוני כי אותו אדם ייפגע מפאת פירסום לשון הרע.

           האם אירע דבר להילכת בורוכוב לאחר תיקון מס' 39?

2.        תיקון מס' 39 פתח עידן חדש במערך דין העונשין, הן לעניינם של עקרונות-יסוד, הן בניסוחן של דוקטרינות, הן בהגדרתם ובהבהרתם של מושגי-מפתח. עיקר לענייננו עתה הוא בהוראת סעיף 20(ב) שלחוק העונשין - הנסבה על המחשבה הפלילית - והוראת-חוק זו יש לקרוא על רקע הוראת סעיף 20(א):

|  |  |
| --- | --- |
| מחשבה פלילית | 20 (א) מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה ... ולענין התוצאות גם אחת מאלה:               (1) כוונה - במטרה לגרום                לאותן תוצאות;                ......       (ב)  לענין כוונה, ראייה מראש  את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן.  ............ |

הוראת סעיף 20(ב) מקַבַּעַת בחוק החרות את דוקטרינת הצפיות, ואולם מייחדת היא עצמה לעבירות-תוצאה הנעשות "בכוונה" - קרא: לעבירות שתוצאה הקבועה בהגדרת העבירה וכוונה לגרום לאותה תוצאה הן מיסודות העבירה - להבדילן מעבירות-התנהגות, קרא: עבירות שהגדרת יסודותיהן העובדתיים ממצה עצמה בהתנהגות גם אם אותה התנהגות נעשית "בכוונה".

           ניתן לטעון כי לעניינה של דוקטרינת הצפיות, הבחנה זו שבין עבירות-תוצאה לבין עבירות-התנהגות, הבחנה ראויה היא הואיל והתוצאה כשהיא-לעצמה נודעת לה השפעה מחמירה (ראו חוות דעתו של הנשיא ברק בפיסקה 23). אכן, לעיתים כך הוא, ואולם לעיתים ההשפעה הנודעת לעבירת-התנהגות קשה היא מהשפעתה של עבירות-תוצאה. כשאני לעצמי, דעתי היא כי לא היה זה לא מוצדק ולא נכון להותיר את עבירות-ההתנהגות מחוץ למחנה, ושלא להחיל אף עליהן את כלל הצפיות. מבחינה ערכית, חברתית ומוסרית - אותם מעיינות תהום-רבה המזינים את הילכת הצפיות - עבירות-התנהגות המלוות ב"כוונה" כמותן כעבירות-תוצאה; אין הבדל של-ממש בין שני סוגי העבירות בשאיפתן לבער את הרע מקירבה של החברה. כך על דרך הכלל וכך על דרך הפרט - בפרישתו של מושג ה"כוונה" גם על כוונה-רצון גם על כוונה-צפיות. ומשנמצא לו למחוקק לראוי להחיל את דוקטרינת הצפיות על עבירות-תוצאה, באותה משיכת-קולמוס ראוי היה כי יחילנה על עבירות-התנהגות אף-הן. ראו והשוו: ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 281 (מפי השופט מצא); ע"פ 4317/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 289, 319 (מפי השופט אנגלרד).

           ניתן להתווכח ולהתדיין עד עלות השחר בשאלה אם מוצדק ונכון היה להבדיל - לעניין כלל הצפיות - בין עבירות-תוצאה לבין עבירות התנהגות, ואולם אין מיקרא יוצא מידי פשוטו. דבר המחוקק דבר הוא, ודברו צלול וברור: הוראת סעיף 20(ב) שלחוק העונשין תחול אך על עבירות-תוצאה ולא על עבירות-התנהגות. ראו עוד: רע"פ 7153/99 אלגד נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 729, 750. אסכים אפוא עם הנשיא ברק כי זה פירושה של הוראת סעיף 20(ב). ועוד אסכים עימו, כי דוקטרינת הצפיות נותרה עימנו גם לאחר תיקון מס' 39, וככוחה קודם אותו תיקון ככוחה עתה לעניינן של עבירות-התנהגות.

3.        הוראת הצפיות שבסעיף 20(ב) לחוק העונשין מחילה עצמה אך על עבירות-תוצאה המלוּוֹת בכוונה. העבירה של פירסום לשון הרע עבירת-התנהגות היא המלווה בכוונה, וממילא אין הוראת סעיף 20(ב) נאחזת בה. מהו אפוא דינה של עבירת פירסום לשון הרע לאחר תיקון מס' 39? האםהילכת בורוכוב ממשיכה לחול עליה או שמא נאמר תיקון מס' 39 חולל שינוי במערכת? חברי הנשיא ברק נדרש לשאלה ודעתו היא כי לא נתחולל כל שינוי בדין: הוראת סעיף 20(ב) אינה משמיעה אותנו דין חדש באשר לעבירות-התנהגות, לא במפורש ולא במשתמע, אף לא על דרך של הסדר שלילי, והילכת בורוכוב נותרה כשהיתה. פירוש: ה"כוונה לפגוע" שבעבירת פירסום לשון הרע חלה רק על מעשי פירסום לשון הרע מקום שהמפרסם נתכוון, ביקש, רצה לפגוע במתלונן. ואילו צפיות ולו בדרגה של אפשרות קרובה לוודאי כי המתלונן ייפגע, אין די בה כדי לחייב את המפרסם לשון הרע בפלילים. דעתי שונה. גם אם הסכמנו להילכת בורוכוב קודם תיקון מס' 39, סבור אני כי המהפך שנתחולל בדין העונשין עם תיקון מס' 39 מתיר - יתר-על-כן: מחייב הוא - שידוד מערכות וחשיבה מחדש בעניינן של עבירות-התנהגות על דרך הכלל, ובעניינה של עבירת פירסום לשון הרע בפרט.

4.        לדעתי, יצרה הוראת סעיף 20(ב) שלחוק העונשין מהפך-זוטא בנושא דוקטרינת הצפיות. אכן, הוראת הצפיות שבסעיף 20(ב) לחוק אינה מחילה עצמה אלא על עבירות-תוצאה המלוות בכוונה. ואולם להבדיל מאשר בעבר, אין אנו שואלים עוד עצמנו אם דוקטרינת הצפיות חלה - או אם אין היא חלה - על עבירת-תוצאה פלונית המלווה בכוונה, כנדרש מבניינה, מהגדרתה ומערכיה של אותה עבירה. מאז תיקון מס' 39 רואים אנו את מושג הכוונה בעבירות-תוצאה ככולל - מעצמו - את דוקטרינת הצפיות. ואולם, הוראת סעיף 20(ב) אינה ממצה עצמה אך בתחומיה. שינוי זה שנתחולל בדין החרות בעניינן של עבירות-תוצאה נודעת לו השפעה על עבירות-התנהגות המלוות בכוונה אף-הן. בסוף-כל-הסופות - ובעצם: בתחילת-כל-התחילות - עבירות-תוצאה ועבירות-התנהגות-כוונה לא באו מעולמות שונים. שוכנות הן אלו-בצד-אלו באותו בניין עצמו - באותו קורפוס משפטי של דין העונשין - ומשתייכות הן לאותה משפחה. השינוי שנתחולל בדוקטרינת הצפיות לעניינן של עבירות-תוצאה מקרין ומשפיע מאליו על עבירות-התנהגות המלוות בכוונה. אכן, לו מדובר היה בשני סוגי עבירות שונים זה-מזה לחלוטין, סברתי וקיבלתי כי שינוי בדוקטרינה בעניינו של סוג אחד לא בהכרח יאצול על הסוג האחר. ואולם ראינו - וזו דעתנו - כי לעניין דוקטרינת הצפיות אין הבדלים של-ממש בין שני סוגי העבירות. ועוד ידענו, כי הוראת סעיף 20(ב) שלחוק העונשין אין עוטף אותה הסדר שלילי באשר לעבירות-התנהגות-כוונה. וכך, גם אם מטעם כלשהו ראה המחוקק להחיל את דוקטרינת הצפיות אך על עבירות תוצאה, אין בדבר כדי למנוע השפעת הקרנה על עבירות-התנהגות-כוונה. ודוק: אין מדברים אנו בהיקש מהוראת סעיף 20(ב) לעבירות-התנהגות-כוונה. מדברים אנו בפירוש ה"כוונה" שבעבירות-התנהגות, ולענייננו: בעבירה של פירסום לשון הרע. יש בה בהוראת סעיף 20(ב), לדעתנו, כדי לקרב את פירוש ה"כוונה" שבעבירת פירסום לשון הרע לדוקטרינת הצפיות.

5.        יתר-על-כן: עבירות-התנהגות אינן עשויות כולן חומר אחד. אכן, לכל עבירות-ההתנהגות מכנה משותף אחד, והוא, היעדר תוצאה נדרשת בהגדרתה של העבירה. ואולם, יש בהן בעבירות-ההתנהגות עבירות שעם כל הסיכון שבהן, רחוקות הן - כהגדרתן - מתוצאה, ויש בהן עבירות שעל-פי הגדרתן קרובות הן לתוצאה. והנה, למיצער לעניינן של אותן עבירות-התנהגות שעל-פי הגדרתן קרובות הן ליסוד התוצאה, הדעת נותנת - כנדרש מן ההלכה - כי נחיל עליהן את דוקטרינת הצפיות משל היו עבירות-תוצאה. דברים דומים השמיעה אותנו השופטת דורנר בפרשת אלבה, וכך קראנו מפיה (שם, 319):

הגם שהוראת החוק [הוראת סעיף 20(ב) לחוק העונשין] נוגעת לעבירות תוצאתיות, אין מניעה, לדעתי, להחיל את הכלל הקבוע בה גם על עבירות מטרה כאשר הגשמת המטרה הינה תוצאה הצומחת בדרך הטבע מן ההתנהגות. שכן, הוראה זו היא, במהותה, הוראת פרשנות.

לא כך הדבר כאשר הגשמת המטרה תלויה בגורמים אחרים. כאשר השגת המטרה איננה תוצאה טבעית הנובעת מן המעשה, אלא היא תלויה בתגובה של אחרים, לא ניתן לצפות בדרגת ודאות שוות ערך לכוונה כי המטרה האסורה תתגשם.

ראו עוד: דבריו של פרופ' ש"ז פלר בסיפרו יסודות בדיני עונשין (תשמ"ד-1984, כרך א') 584, המצוטטים גם בידי השופט מצא בפרשת אלבה, שם, 280. עוד ראו: ב' סנג'רו, "היהפכו המטרות למניעים? ומה צפוי להלכת הצפיות", משפטים יח (תשמ"ח-1988) 335.

           לדעת השופטת דורנר, אפוא, יש להבחין בין עבירות-התנהגות (עבירות-מטרה) שהשגת המטרה בהן "צומחת בדרך הטבע מן ההתנהגות", ועליהן חל כלל הצפיות, לבין עבירות-מטרה שבהן השגת המטרה "תלויה בגורמים אחרים", ועל אלו אין להחיל את דוקטרינת הצפיות. דומני שדעתה של השופטת דורנר יש בה כדי לתמוך בדעתנו.

6.        ומעבירות-התנהגות על דרך הכלל נעבור לעבירה של פירסום לשון הרע. לריענון הזיכרון הבה נחזור ונצטט את הוראת סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע:

|  |  |
| --- | --- |
| לשון הרע - עבירה | 6. המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע, לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע, דינו - מאסר שנה אחת. |

מהי אותה "בכוונה לפגוע" שבהגדרת העבירה, והאם מעלה אותה כוונה ברישתה גם צפיות של פגיעת לשון הרע במתלונן כאפשרות קרובה לוודאי?

7.        לגילוי תוכנה של ה"כוונה לפגוע" בהגדרת העבירה של פירסום לשון הרע, לא נדע את דרכנו אלא אם נוסיף ונלמד לשון הרע - מהי. וכהגדרת החוק בסעיף 1 בו:

|  |  |
| --- | --- |
| לשון הרע מהי | 1. לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול -        (1) להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם;        (2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו;        (3) לפגוע באדם במשרתו, אם משרה ציבורית ואם משרה אחרת, בעסקו, במשלח ידו או במקצועו;        (4) לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, מינו או נטייתו המינית;    בסעיף זה, "אדם" - יחיד או תאגיד. |

לשון הרע היא, אפוא, דבר שפירסומו עלול (בין השאר) להשפיל אדם בעיני הבריות, לבזותו או לשימו לבוז או ללעג. אין צורך בהעמקת-יתר כדי להבין ולחוש כי פירסום לשון הרע יש בו - באשר הוא - כדי לפגוע באדם, הגם שדי בהנחה כי הפירסום "עלול" לפגוע במתלונן. התוצאה של השפלת האדם או ביזויו אינה פוקדת עצמה, אומנם, עם יסודות העבירה, ואולם חבויה היא בתוככי העבירה ומציצה היא אל-החוץ מבעד לחרכיה. העבירה מעין עבירת-אנדרוגנוס היא: עבירת-התנהגות היא בהגדרתה ובחזותה, אך בתוכנה ובנשמתה עבירת-תוצאה היא, הגם שתוצאה זו אינה מגלה עצמה על-פני ההגדרה כיסוד מיסודותיה. בחזותה החיצונית עבירת התנהגות היא, ברוחה ובפנימיותה עבירת-תוצאה היא.

8.        או אחרת. העבירה של פירסום לשון הרע מעמידה לפנינו דגם מיוחד של עבירה. על-פי הקלסיפיקציה המקובלת מִתְפַּקֶּדֶת עבירה זו במשפחת עבירות-ההתנהגות, אך יש בה גם סימנים מובהקים - ומשמיעה היא קולות - של עבירת-תוצאה. הנה-כי-כן, העבירה נסבה על פירסומה של לשון הרע, ולשון הרע היא - כפי שראינו - דבר שפירסומו עלול (בין השאר) להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לבוז וללעג. אכן, שלא כהגדרתן של עבירות תוצאה, הגדרת לשון הרע אינה מדברת בתוצאה ממש - אשר-על-כן אין העבירה מסַווגת עצמה כעבירת-תוצאה - ואולם לא יוכל איש לכחד כי גורם התוצאה מרחף בחללה של העבירה ועל דרך זה מייחד הוא לה מקום משל עצמה בצידן של עבירות-התוצאה ועבירות-ההתנהגות מן-המניין. על ייחודה זה של עבירת פירסום לשון הרע עמד השופט גולדברג בפרשת בורוכוב, באומרו (שם, 211) כי "התוצאה הכמעט ודאית מפרסום לשון הרע היא פגיעה באדם, שאליו מתייחסת לשון הרע, וזאת למדים אנו מעצם הגדרתה של לשון הרע שבסעיף 1 לחוק ומהנחת החוק, כי אדם שאליו מתייחס הפרסום הוא 'נפגע'". וראו עוד, שם, 212. דומה עלינו כי בדברים אלה מביא השופט גולדברג לזיהוי-יתר בין מושג ה"עלול" שבהגדרת לשון הרע לבין תוצאה "כמעט ודאית" מפירסום לשון הרע - ועל כך נוסיף ונדבר עוד להלן - ואולם די לנו גם במושג ה"עלול" כהוראתו המקובלת - שהיא פחותה מ"כמעט ודאות" - כדי להטביע בעבירה תו-תוצאה המייחד אותה מעבירות אחרות שבמשפחת עבירות-ההתנהגות. כי נעלים עינינו מייחודה זה של העבירה, וחטאנו לא אך לאמת אלא גם למסקנות המשפטיות והמוסריות הנדרשות מאותו ייחוד.

9.        משידענו כי יוחַד לה לעבירה של פירסום לשון הרע מקום משל-עצמה בקרב אחיותיה עבירות-ההתנהגות; כי נודף מן העבירה ריח חזק של תוצאה המובנֵית בגופה של העבירה; נעמוד אנו ונשאל: מהי הנפקא מינה לדינא? מהן המסקנות הנדרשות מכך?

           ועל כך נשיב ונאמר: מתוך שהעבירה של פירסום לשון הרע אינה עבירת-התנהגות "נקיה"; מתוך ש- ex hypothesi פורסמה לשון הרע הפוגעת באדם; קרובה היא עבירה זו במאוד להיותה עבירת-תוצאה. כמסקנה נדרשת מכך נאמר אנו, כי צופן גנטי זה המפעיל והמניע את העבירה, מושך אליו מאליו את הילכת הצפיות. אכן, דוקטרינת הצפיות הקדישה עצמה ex lege לעבירות-תוצאה, ואולם מקרינה היא, כמו-מאליה, גם על עבירות-התנהגות שיש בהן אותו חומר העושה עבירות-תוצאה.

10.      הנה היא העבירה הקרויה חבלה בכוונה מחמירה כהגדרתה בסעיף 329(א)(1) לחוק העונשין. וכלשונו של החוק:

|  |  |
| --- | --- |
| חבלה בכוונה מחמירה | (א) העושה אחת מאלה בכוונה להטיל באדם נכות או מום, או לגרום לו חבלה חמורה... דינו - מאסר עשרים שנים:          (1) פוצע אדם או גורם לו חבלה             חמורה, שלא כדין; |

ה"כוונה" המלווה את מעשה הפציעה או את מעשה החבלה החמורה, שולטת בה  הוראת סעיף 20(ב) שלחוק העונשין. נדע מכאן, כי אדם יחוייב בביצועה של העבירה, אם לעת שעשה את מעשה הפציעה או החבלה ראה, כאפשרות קרובה לוודאי, כי יוטלו בקורבן נכות או מום או כי תיגרם לו חבלה חמורה. כך הוא בעבירה של פגיעה בגוף האדם, וזה דבר החוק. ומה דין בעבירה של פגיעה בנפש האדם? בעבירה של פירסום לשון הרע? האם נחיל עליה את דוקטרינת הצפיות - כמוה כעבירות-תוצאה למיניהן - או שמא נאמר לא-כך? למותר לומר כי אם לא נחיל את דוקטרינת הצפיות על עבירות של פגיעה בנפש האדם, כי-אז דנו עבירות אלו למעמד של נחיתות-משהו ביחס לעבירות-תוצאה. והשאלה שאלה: האומנם שמו וכבודו של אדם נחותים הם מגופו?

           מיהו חכם ויפרש לי הבדל שבין חבלה בכוונה מחמירה לבין פירסום לשון הרע - בין אונס הגוף לבין אונס הנפש - שבראשונה תתפוש הילכת הצפיות - בראשית כהלכה וכיום על-פי דין חרות - ובאחרונה לא תתפוש הילכת הצפיות (על-פי ההלכה)? מהו ההיגיון, מהי הסבירות, מהו הצדק?

11.      אמת נכון הדבר: לא הרי חבלה בכוונה מחמירה כהרי פירסום לשון הרע. שהחובל בכוונה מחמירה בגופו של הזולת לא יישמע בטענה של זכות או של חופש המתירים לו, במישרין או בעקיפין, לעשות מעשה שעשה (למעט, כמובן, ההגנות המוכרות בחוק העונשין). שלא כמותו הוא המפרסם לשון הרע, שעשוי ויכול הוא לטעון לחופש הביטוי. עיתונאי המפרסם לשון הרע עושה מעשה שהוא עושה כחופש הביטוי המוקנה לו, בעוד שהחובל אינו יכול ואינו זכאי לטעון לזכות נוגדת (למעט, כאמור, ההגנות המוקנות לו בדין העונשין). לשון אחר: בעבירת החבלה אין החובל טוען לכל אינטרס לגיטימי נוגד שהוא מחזיק בו. שלא כמותו הוא העיתונאי, המחזיק באדרתו של חופש הביטוי. ראו עוד: ע"פ 506/89 נעים נ' רוזן, פ"ד מה(1) 133, 139. הנה-כי-כן, בעבירה של פירסום לשון הרע באים אל הזירה להתגושש ביניהם חופש הביטוי וזכותו של האדם לשמו הטוב, שניהם - על-פי הנחה שנניח - בנים לכבוד האדם; והשאלה אינה אלא מי מן השניים ייצא וידו על העליונה בתחום פירושו של המושג "בכוונה לפגוע" שבהוראת סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע. שאם נאמר כי "בכוונה לפגוע" מצמצם עצמו לכוונה ממש, לרצון, לחפץ לפגוע בנפגע, נכווץ ממילא את גדריה של העבירה וידו של חופש הביטוי תהא על העליונה. ואילו אם נפרש את הביטוי "בכוונה לפגוע" כפורש עצמו גם על הילכת הצפיות (ההילכתית), נרחיב את גדריה של העבירה והשם-הטוב-כבוד-האדם ייכנס לזירה למאבק כשווה בין שווים. כשאני לעצמי, נאמן לדרכי, דעתי היא כי השם הטוב ראוי לו כי ידו תהא על העליונה, הגם שלא לכל אורכה ורוחבה של השדה אלא למיקצתה בלבד. על-כך נוסיף ונדון בהמשך דברינו להלן.

12.      לגילוי תחום פרישתו של מושג ה"כוונה לפגוע" בעבירה של פירסום לשון הרע, נדרש חברי הנשיא ברק - בתחילה בפרשת בורוכוב ועתה בפרשה שלפנינו - לבחינת הערכים המעורבים במאטריה של פירסום לשון הרע; ובסורקו את השדה נמצאו לו לחברי ארבעה ערכים אלה: הזכות לשם טוב של הנפגע; חופש הביטוי של הפוגע; חופש אישי של הפוגע (מפני סנקציה פלילית); ושלום הציבור (פרשת בורוכוב, 218). בבוחנו ערכים אלה קובע חברי כי האחריות הפלילית קשורה, על-פי עצם טיבה, באינטרס הציבור "אשר הפגיעה בו יש בה כדי להצדיק, בנוסף לאחריות האזרחית, גם סנקציות פליליות" (שם, 219). אינטרס זה עניינו לא אך באיזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב, ושומה עליו להתחשב גם בחופש האישי מסנקציה פלילית מזה ובשלום הציבור מזה. מכל אלה מסיק חברי כי אמת המידה לפירושו של המושג "בכוונה לפגוע" בענייננו היא, "אם הפירסום יועד לפגוע בשמו הטוב של אדם אם לאו". לא כן הוא דין במקום שהמפרסם לשון הרע אך צופה - ולו בדרגה קרובה לוודאות - כי הנפגע אכן ייפגע, שבמקרה זה לא יחוייב המפרסם בעבירה של פירסום לשון הרע. ובלשונו של חברי (שם, 219):

נראה לי, איפוא, כי מבין האופציות הלשוניות הטמונות בביטוי "בכוונה לפגוע", יש לבחור באותה אופציה המדגישה את האינטרס הציבורי. דבר זה מחייב, לדעתי, פירוש הביטוי "בכוונה לפגוע" כמשתרע על הרצון או המטרה או המניע לפגוע באחר, תוך שלילת פגיעה שאינה רצונית, אך המסתברת במידת ודאות רבה.

13.      דעתי אחרת, ועתה אפרש ואפרט. ראשית לכל, לעניינם של הערכים המוגנים. לא יחלוק איש על שני הערכים הראשונים - על הזכות לשם טוב ועל חופש הביטוי. שונים הם פני הדברים באשר לשני הערכים האחרים. אשר לחופש האישי של הפוגע (מפני סנקציה פלילית) אומַר, כי העמדתו של גורם זה כערך מתחרה יש בה מעט מהנחת המבוקש. שואלים אנו אם הוטלה על המפרסם אחריות פלילית, ונהיר לכל כי ה"נטל" הוא על מי שמבקשים לקבוע כי אכן הוטלה עליו אחריות פלילית. ואולם נתקשה לפרש "נטל" זה כערך מתחרה בזירה בצידם של הזכות לשם טוב ולחופש הביטוי. ואשר לשלום הציבור: אני מתקשה לקבל כי "שלום הציבור והאינטרס הכללי במניעת שנאה ואלימות בחברה" (פיסקה 25 לחוות-דעתו של חברי הנשיא) מוליך אותנו אל מסקנה כי יש לשלול את דוקטרינת הצפיות בתוככי ה"כוונה לפגוע" שבעבירת פירסום לשון הרע. הנחת היסוד לענייננו היא שפורסמה לשון הרע. והנה, משעה שפורסמה ברבים, היתה לשון הרע לחי הנושא את עצמו. וכפי שנאמר בע"א 5653/98 אמיליו פלוס נ' דינה חלוץ, פ"ד נה(5) 865, 906:

משיצאה לשון הרע לאוויר העולם, שוקעת היא בליבות אנשים. בעבור זמן מתעמעם הזיכרון והולך, אך שמץ מן הזיכרון נותר; ולא לטוב. לשון הרע נמשלה לחץ ששולח; ומה חץ ששולח לא ישוב אחור, כן היא לשון הרע. וכנאמר במדרש תהילים (בובר) מזמור קכ ד"ה (ד) מה יתן:

נמשל הלשון לחץ, ולמה, שאם ישלוף האדם החרב שבידו להרוג את חבירו, הוא מתחנן לו ומבקש רחמים הימנו, מתנחם ההורג ומחזיר החרב לנרתיקו. אבל החץ כיון שירה אותו והלך, אפילו מבקש להחזיר אינו יכול להחזיר.

           וכך, משעת הפירסום  כמו יוצא המפרסם מן הזירה ועינינו נשואות אל הנפגע. אם אלה פני הדברים - ואלה הם אומנם פניהם - מה מ"שלום הציבור" יהלוך אם פירסם המפרסם את לשון הרע בכוונת מכַוֵון להרע או אם הילכת הצפיות היא העשויה לחייבו בפלילים? והרי מבחינתו של הנפגע, הכל מסכימים כי הושפל, כי בוזה, כי היה ללעג. כך מבחינתו של הנפגע וכך מבחינתו של הציבור כולו. כיצד זה אפוא מושפע שלום הציבור מן המחשבה הפלילית הספציפית שקיננה בליבו של המפרסם, דהיינו: אם ביקש מפורשות את רעת הנפגע או אם צפה כאפשרות קרובה למדיי כי עקב הפירסום תבוא רעה על הנפגע? ומכל מקום: במה נשתנה הערך של שלום הציבור - באשר הוא - ממקרה של פירסום זדוני למקרה של פירסום כהילכת הצפיות? ראו והשוו: מרדכי קרמניצר, "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות'", משפטים ל (תשנ"ט-1999) 105, 131. אכן, דעתי היא כי יסוד "שלום הציבור" יסוד זניח הוא במערכת, וכי בסוף כל הסופות עומדים למאבק-גמר  ביניהם הזכות לשם טוב מזה וחופש הביטוי מזה.

14.      משנותרו בזירה שני ערכים עיקריים, והם: שמו הטוב של הנפגע וחופש הביטוי של המפרסם, השאלה הנשאלת היא מי מבין השניים ידו תהא על העליונה, או, לחלופין, האם יש ונכון לקבוע נוסחה שתשקף את שני הערכים גם-יחד במינון זה או אחר. חברי הנשיא ברק, בדרך שהיתווה בפרשת בורוכוב, סובר כי ידו של חופש הביטוי על העליונה. בתירגום לענייננו ייאמר, כי אותה "כוונה לפגוע" שבעבירת פירסום לשון הרע מכַוֶונת עצמה אך לרצון ולשאיפה לפגוע בנפגע, ומוציאה היא מגידרי תחולתה של העבירה פירסום שאינו מלוּוֶה ברצון ובשאיפה לפגוע בנפגע: כך גם אם המפרסם צפה מראש, כאפשרות הקרובה לוודאות, כי הנפגע אכן ייפגע על-ידי פירסומה של אותה לשון הרע.

15.      בפרשו כך את מושג ה"כוונה לפגוע" שבעבירת פירסום לשון הרע, יצר חברי נוסחה שאינה יוצרת איזון ראוי, לדעתי, בין האינטרסים המתנגשים ביניהם. דומה עליי כי חופש הביטוי זכה למישקל-יתר ביחסו לאינטרס השם הטוב; אחרת: השם הטוב חוייב במישקל-חסר ביחסו לחופש הביטוי.

           היה זה השופט ברק אשר לימדנו כי "כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לעיתים לאדם כחיים עצמם, הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר" (ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 846). על דברים אלה הוספתי ואמרתי אנוכי בפרשת חנה סנש (בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 855, 858):

כבודו ושמו הטוב של אדם יקרים לו - למיצער - כגופו. ומה אדם קונה זכות על גופו - שלא יפגעו בו - כן קונה הוא זכות שלא יפגעו בכבודו ובשמו הטוב. פגיעה בכבודו ובשמו הטוב של אדם מדמה עצמה לאונס או למעשה מגונה הנעשים בגופו של אדם. ההבדל בין שני סוגי הפגיעה אינו אלא זה, שאונס ומעשה מגונה פוצעים תחילה בגוף ולאחר מכן בנפש, ואילו פגיעה בכבודו ובשמו הטוב של אדם פוצעים בנפש ופציעת-הנפש יכולה אף שתביא לפציעת הגוף.

ראו עוד: שם, 858-857, 864 ואילך; דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 61, 74 ואילך. והוספנו ואמרנו על כבוד האדם בפרשת קראוס (שם, 74):

[]נתקשה במאוד להבחין ולהבדיל בין האדם עצמו לכבוד האדם. האדם וכבודו ירדו לעולם שלובים ואחוזים זה בזה; האדם הוא כבודו וכבודו של האדם הוא האדם. "אדם וכבודו יבקעו יחדיו מרחם אם, והשניים היו לאחדים: האדם הוא כבודו וכבודו של האדם הוא האדם"... אדם שאיבד את כבודו אינו אלא צלם-אדם, אם תרצה: צל-אדם...

וכזעקתו של ריצ'רד השני מפיו של שייקספיר:

Mine honour is my life, both grow in one

Take honour from me and my life is done

(William Shakespeare, Richard ll, Act l, scene l, 11).

אכן, כבודו של אדם הוא אותה רוח שבאה בעצמות היבשות ונתנה בהן חיים. טול מאדם את כבודו ונטלת ממנו את רוחו, את נשמתו. והנה, בפרשו את החוק בדרכו, האם לא חיסר חברי יתר-על-המידה מכבוד האדם, משמו הטוב של האדם?

           יתר-על-כן: הנוסחה המוצעת בידי חברי - שלילתה של דוקטרינת הצפיות בגידרי העבירה של פירסום לשון הרע - מוליכה אותנו אל תוצאה של "הכל או לא-כלום". חופש הביטוי זוכה בַּכֹּל בעוד אשר אינטרס השם הטוב בדין העונשין מקבל לא-כלום. פירוש ה"כוונה לפגוע" כמושג המחיל עצמו רק על רצון ושאיפה וחפץ להשיג תוצאה מסויימת - קרא: לפגוע בכוונת-מכַוון באחר - תוך שלילתה של דוקטרינת הצפיות כבת-תחולה, מצמצם ביֶתֶר את מקומו של אינטרס השם הטוב בעבירה של פירסום לשון הרע; ארחיק לכת ואומר: לא אך מצמצם הוא את מקומו של אינטרס השם הטוב אלא כמעט מוציא הוא אותו מן המשחק ככל שהמדובר הוא בעבירה של פירסום לשון הרע. ראובן יכול אפוא שיפרסם פירסום לשון הרע קשה וחריף על שמעון - אפשר אף דבר שאינו אמת - בִּצְפוֹתוֹ מראש - כאפשרות קרובה לוודאי - פגיעה בשמעון, ובכל-זאת לא יעבור עבירה של פירסום לשון הרע (אלא אם יוכח באורח ספציפי כי רצה ושאף וביקש לפגוע בשמעון). קביעת מקומה של נקודת שיווי-המישקל בדרכו של חברי הנשיא נותנת לזה ביֶתֶר ונוטלת ביֶתֶר מזה.

16.      ואומנם, בעוד אשר שלילתה של דוקטרינת הצפיות מביאה לפיתרון חד-צדדי - פיתרון של "הכל או לא-כלום"; פיתרון שאינו מותיר כל גמישות בהחלתו הדוקטרינרית; לו היזרקנו את דוקטרינת הצפיות לתוככי ה"כוונה לפגוע" בעבירת פירסום לשון הרע, היינו זוכים לגמישות ראויה בהחלתה של העבירה, גמישות שדוקטרינת הצפיות נותנת בידנו למציאת איזון ראוי ושקול בין חופש הביטוי לבין זכותו של האדם לשם טוב.

17.      על כל אלה נוסיף עוד שני אלה: אחד, כטיעונו של היועץ המשפטי לממשלה, אך לעתים נדירות יבקש עיתונאי "לחסל חשבונות" בפירסום מכוּוָן של לשון הרע. על דרך הכלל ילוּוֶה הפירסום בטענה של זכות הציבור לדעת - דהיינו: בנסיבות שבהן על-פי הנטען לא תוטל אחריות בפלילים - וביני לביני יישחק היחיד ולעתים אף יהיה לאבק. כבודו של אדם יירמס, היחיד ייעלם, ואנו כולנו נמשיך לשעוט קדימה כמו מאומה לא אירע. מכל מקום, העבירה של פירסום לשון הרע תיעלם או כמעט תיעלם. לא נשפוט אם כך ראוי שיהיה, ואולם דומני כי פירוש העבירה בדרכה של פרשת בורוכוב מרוקן את העבירה מעיקר תוכנה. ראו: משל הגמביט בפרשת קראוס, שם, 61-59. שניים, מוות וחיים ביד הלשון, ביד לשונו של המפרסם. עד שהוא מפרסם לשון הרע, יכול המפרסם לבדוק, ולהוסיף לבדוק ולבחון פירסום שבכוונתו לפרסם. ומי שבידו הכוח - עליו יש וראוי להטיל אף אחריות. ראו והשוו: M. Mautner, "'The Eternal Triangles of the Law': Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties", 90 *Michigan L. Rev.* (1991-1992) 95. אם אין די בכך, נוסיף עוד ונזכיר את ההגנות הלא-מעטות העומדות למפרסם כנגד תביעת לשון הרע.

18.      אינטרס חופש הביטוי ואינטרס השם הטוב נידמו לשתי כפותיה של נדנדה; שני אינטרסים הם התלויים זה-בזה, המשפיעים זה-על-זה והמושפעים זה-מזה. ומתוך שמושג לשון הרע תולה עצמו, בין השאר, באינטרס חופש הביטוי, מסקנה נדרשת מאליה היא כי גבולותיו של לשון הרע אינם יצוקים סביב לו כחומות ברזל (שמא נאמר: כחומות אלקטרוניות) בלתי-עבירות. אם כך נראה את פני הדברים, ניתן יהיה לייחס מישקל שונה לזכויות שונות המצויות בפדרציה של זכויות חופש הביטוי, זכות זכות כמישקלה. ראו, למשל: פרשת קראוס, שם, 78 ואילך; בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 24 ואילך; בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 689 ואילך. כך אף באשר ליסודות שונים העשויים להשפיע על ההכרעה בנושא לשון הרע, כגון היותו של הנפגע אדם פרטי או דמות ציבורית. ראו, לאחרונה: ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558.

           ולטוענים נגדנו כי מדברים אנו בהליך פלילי; כי לא כל פרשנות היפה לזכויות האזרחיות יפה לאישום הפלילי; וכי קלסיפיקציה ודיפרנציאליות שאנו מציעים לאחוז בהן אינן יאות למשפט הפלילי; לכל אלה נשיב, כי עבירת פירסום לשון הרע, גם בחזותה הפלילית - לא אך בחזותה האזרחית - לא היתה כעבירת הגניבה שיסודותיה כמו יצוקים הם (לכאורה) בבטון מזוין. אין צורך בהעמקת-יתר בסוגיית פירסום לשון הרע כדי לדעת ולהבין שני אלה: אחד, לגופה של לשון הרע נתקשה להבחין בין הליך פלילי לבין הליך אזרחי, ושניים, בהליך הפלילי של פירסום לשון הרע קונה בית-משפט שיקול דעת שאין לו דרך כלל בעבירות פליליות אחרות. בה-בעת, ובמסגרת הכללית של מאבק-העל בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב, יובא במניין השיקול כי ענייננו בהליך פלילי להבדילו מהליך אזרחי. במה דברים אמורים?

19.      בהליך אזרחי של פירסום לשון הרע, המיבחן לשאלה אם פירסום פלוני יש בו משום לשון הרע, מיבחן אובייקטיבי הוא של האדם הסביר. ראו פרשת הרציקוביץ, 567; אוֹרי שנהר, דיני לשון הרע (תשנ"ז-1997) 122. לעניין קיומה או אי-קיומה של לשון הרע, מצב דעתו של המפרסם אינו כלל לעניין, שהרי השאלה היא כיצד עלול הפירסום להשפיע על האדם הסביר, כיצד עלול האדם הסביר לפרש את הפירסום.

20.      שונים הם הדברים בהליך הפלילי. בהליך זה שומה עליה על התביעה לעבור שני מיכשולים: מיכשול היסוד הנפשי של "בכוונה לפגוע", ובנוסף לו מיכשול "לשון הרע" כבהליך האזרחי. והנה, במיכשול היסוד הנפשי, ובהנחה שרואים אנו את דוקטרינת הצפיות מובְנֵית בו, שומה עליה על התביעה לשכנע את בית-המשפט כי המפרסם ראה מראש את הפגיעה בנפגע כאפשרות קרובה לוודאי. פירוש: הנטל המוטל על התביעה במיכשול הראשון - מיכשול היסוד הנפשי שבעבירה - מיכשול גבוה וקשה הוא ממיכשול "לשון הרע". מיבחן הקירבה לוודאות - מיבחנה של דוקטרינת הצפיות - מיבחן מחמיר הוא ממיבחן האדם הסביר.

           בפרשת "קול העם" (בג"ץ 73/53, 87/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871), נזכור, בתיתו דעתו לעקרון חופש הביטוי, פירש בית-המשפט את הביטוי "likely to endanger the public peace" - ה"עלול" לסכן את שלום הציבור - שבסעיף 19(א)(2) לפקודת העיתונות, "על פי המושג של 'ודאות קרובה' (probability) להבדיל מ'נטיה סתם' (bare tendency)..." (שם, 887). מושג הקירבה לוודאות שאנו מדברים בו בענייננו - "אפשרות קרובה לוודאי" בלשון סעיף 20(ב) לחוק העונשין - מקורו בפרשת קול העם ותוכן המושגים זהה הוא כאן ושם.

           נדע אפוא כי בהליך הפלילי שומה עליה על התביעה להתגבר על מיכשול גבוה בנושא היסוד הנפשי של העבירה הפלילית, מיכשול שאינו עומד לפני תובע בהליכים אזרחיים. וכך, מתוך שהנטל המוטל על התביעה בנושא היסוד הנפשי שבעבירה הפלילית נטל כבד הוא, מסקנה נדרשת היא כי בהליך הפלילי שומה עליה על התביעה להוכיח, הלכה למעשה, כי לשון הרע לגופה היא קיצונית וקשה, מעבר לנדרש בהליך האזרחי. צירוף ה"קירבה לוודאות" שביסוד הנפשי ל"עלול" שביסוד לשון הרע, מכביד על התביעה בהליך הפלילי במירווח שבין ה"קירבה לוודאות" לבין ה"עלול". ולטוען כי ההבדל בין "עלול" לבין "קירבה לוודאות" הבדל דק הוא, נזכיר את המהפכה שחוללה הילכת קול העם במשפט ישראל, שעל רקע חופש העיתונות הפך "עלול" ל"קירבה לוודאות". בפרשת קול העם מדובר היה בחופש הביטוי ואילו אנו ענייננו הוא גם בחופש הביטוי, גם בכבוד האדם גם בהרשעתו של אדם בפלילים; וההיקש מהתם להכא נדרש מאליו.

21.      אותה מסקנה תידרש לנו מהשוואת הדין בין כוונה לפגוע במובנה הצר לבין כוונה לפגוע כדבר הילכת הצפיות. כוונה לפגוע במובנה הצר - כוונת-רצון, כוונת-חפץ, שאיפה לפגוע - חייבת, על-פי עצם טיבה, להיות כוונה קיצונית וחריפה. זו דרכו של אדם לבזות ולהשפיל את זולתו, והחוק ילך בעקבות החיים. אם נעבור עתה מכוונת-רצון לכוונת-צפיות, נדע כי חייבת שתהא שקילות בין שתי דרישות הכוונה, ומכאן שאף כוונת-הצפיות חייבת שתהא קיצונית וחריפה. ואם זו אמת-המידה, מסקנה נדרשת מאליה היא, כי שומה עליה על התביעה להוכיח - בנושא כוונת-הצפיות - כי לשון הרע קיצונית וקשה היא.

22.      בדברינו האחרונים תימצא אף תשובה לטעם שהעלה השופט גולדברג בפרשת בורוכוב להבחין בין העוולה לבין העבירה של פירסום לשון הרע, דהיינו, הטעם הנסמך לכך שיסוד הוא בעבירה - אך לא בעוולה - כי המפרסם פירסם את לשון הרע ב"כוונה לפגוע". ביודענו שהמחוקק אינו משחת מילים לריק, כך מורה אותנו השופט גולדברג, "על כורחך אתה אומר, כי לא ביקש להחיל בעבירה זו את הילכת ה'צפיות', אשר תביא לטשטוש ההבדל בין העבירה הפלילית לעוולה האזרחית" (פרשת בורוכוב, שם, 213). יתר-על-כן:

טשטוש ההבחנה בין העבירה לעוולה, תוך הרחבת היקפה של העבירה, יפר את האיזון אותו ביקש המחוקק להשיג בין חופש הביטוי מצד אחד והזכות לשם טוב מצד אחר. שכן פירוש אשר כזה יגביל בהכרח את חופש הביטוי כתוצאה נגזרת מהחשש שיעלה בלבו של המבקש לפרסם להסתבך בעבירה פלילית וללקות בסנקציה שבצדה.

אני מתקשה לקבל דברים אלה, לא אך משום שיש בהם - בסמוי - משום הנחת המבוקש (הפרת האיזון שאותו ביקש המחוקק להשיג), אלא - לענייננו עתה - מטעם זה שמיכשול הקירבה לוודאות שהציג המחוקק לפני התביעה כדרישה להוכחת היסוד הנפשי - לא-כל-שכן יסוד הכוונה לפגוע כרצון וחפץ לפגוע - מייחד את התביעה הפלילית, מציג אותה במקום נפרד מן העוולה האזרחית, ויש בו כדי להחמיר עם התביעה ולצמצם את האישום הפלילי, הלכה למעשה, לפירסומים פוגעניים במיוחד. כך מעבירים אנו את מרכז הכובד של הדיון ממושגים משפטיים - כוונה, קירבה לוודאות וכו' - אל המהות, אל תוכנם של הפירסומים, אם קיצוניים הם בתוכנם ואם פוגעניים הם במיוחד.

ומן הכלל אל הפרט

23.      משגמרנו בדעתנו כי העבירה הפלילית שבפירסום לשון הרע פורשת עצמה לא אך על כוונה במובן של רצון וחפץ ושאיפה אלא גם על צפיות קרובה לוודאות, ניפנה עתה לעניינים שלפנינו ונבחן אותם לגופם. חברי הנשיא סקר בהרחבה את עובדות שתי הפרשות ועל-כן נקצר במקום שיכולנו להאריך.

פרשת ז'קלין מימון (ע"פ 8295/02)

24.      ביום 16.12.1994 פורסמה במקומון הקרוי "השבוע באשדוד" (המקומון) כתבה שכותרתה "הדברת כינים נוסח ז'קלין". ז'קלין היא ז'קלין מימון, גננת ותיקה שהועסקה אותה עת כעוזרת בגן ילדים עירוני באשדוד, והכתבה נסבה על שני מקרים בהם טיפלה ז'קלין בילדות שבשערות ראשן נמצאו כינים.

25.      הכתבה כתובה בלשון בוטה וקשה. מעשיה של ז'קלין מושווים "[ל]טיפול האכזרי בבתי יתומים בזמן מלחמת העולם באירופה". כותרת המישנה זועקת "סיוט בגן הילדים", בהוסיפה כי ז'קלין טיפלה בילדות "בשיטה משלה, שיטה אכזרית כואבת ומשפילה במיוחד". הכתבה עצמה רצופה ביטויים קשים כגון "שיטה אכזרית", "[]שיטותיה המחרידות" "[ה]מקרה המזעזע" ועוד. משמצאה ז'קלין כינים בשערות ראשה של אחת הילדות, כך דבר הכתבה, גמלה בליבה החלטה "'להדביר' אותם [כך] בחומר הדומה לחומר שמדבירים מקקים". כך חפפה ז'קלין את ראשה של הילדה בנפט גולמי שנלקח מעששית שהיתה בגן, וכל זאת לעיני ילדי הגן המפוחדים ותוך השפלתה של הילדה. האירוע כולו מתואר בדרמטיות רבה, ונצטט מן הכתבה כפי שהדברים הובאו גם בפסק דינו של בית-משפט השלום:

הילדה הגיעה לגן וז'קלין מימון העוזרת החליטה לצוד את הכינים, או יותר נכון "להדביר" אותם [כך] בחומר הדומה לחומר שמדבירים מקקים ומה יותר קרוב מנפט?!!! ז'קלין לקחה נפט שהיה בתוך עששית, שפכה אותו לתוך כוס וקראה לילדה הילה (שם בדוי), הילדה קרבה לז'קלין בצעדים מפוחדים, זו אחזה בה ביד אחת כופפה את ראשה והחלה לשפוך נפט על ראש הילדה וממש חפפה לה את הראש, זאת מול עיניהם המשתאות של ילדי הגן ההמומים והמפוחדים - כולם ידעו שלהילה יש כינים. לא רק השפלה וסבל ידעה הילדה, כי אם גם צריבה מכאיבה מהנפט ששרף את קרקפתה. מבלי להתחשב בכאביה ובהשפלה, ביקשה ז'קלין להיפטר מהכינים כפי שנפטרים ממקקים.

נוסיף כבר מעתה, כי על תיאור זה מוסיף וקובע בית-משפט השלום כך:

מתוך האמור לעיל ניתן להבין כי הקובלת [ז'קלין] שפכה על ראש הילדה הילה נפט בלתי מהול שנלקח מתוך עששית בגן וזאת ללא הסכמתה של הילדה (ואולי אפילו תוך התנגדותה) למול ילדי הגן המפוחדים ולמרות הצריבה שנגרמה לילדה והכאבים שביטאה.

במקרה אחר מתארת הכתבה בדרמטיות כיצד גזזה ז'קלין את שערותיה של ילדה אחרת במספריים לגזירת קרטון נוכח עיני כל ילדי הגן. על-פי המתואר בכתבה, מיררה הילדה בבכי מכאבים והתחננה כי ז'קלין תפסיק ממעשיה, ואולם ז'קלין לא חדלה. ובלשון הכתבה (כפי שצוטטה גם בפסק דינו של בית-משפט השלום):

הילדה בעלת שיער בלונדיני וארוך נלקחה ע"י ז'קלין לאחת הפינות בגן. עפ"י עדויות כמה מן הילדים היא אחזה בצווארה של הילדה רונית (שם בדוי), כופפה את ראשה והחלה לגזוז את תלתליה הזהובים, וכמו בפעם הקודמת מול עיני הילדים, כשילדה בוכה מכאבים ומתחננת שתפסיק "ז'קלין כואב לי, ז'קלין כואב לי". זו לא שעתה לתחינותיה של הילדה וגזרה את שערה במספריים לגזירת קרטון!!!

הזו היא גננת? ישאל השואל. הזו היא אישה המסוגלת והראויה לטפל בילדים בני 4 ו-5? בוודאי שלא, ישיב השואל לעצמו. זו היא מיפלצת, מכשפה, מיפלצת העושה מעשי-מיפלצת, מכשפה העושה מעשי-מכשפה. ואכן, הכתבה מספרת עוד כי בשל התנהגותה הפכה ז'קלין "תוך זמן קצר לשנואת ילדי הגן".

26.      ז'קלין הגישה קובלנה פלילית כנגד המערער 1, מנחם גלילי (מנחם), עורך המקומון, וכנגד המערער 2, יעקב אשכנזי (יעקב), כתב הכתבה. חברי הנשיא תיאר את גילגוליה המשפטיים של הקובלנה עד שהגיעה לפנינו, ואין צורך כי נחזור על התיאור. לענייננו נאמר אך זאת: אין חולק כי הדברים שפורסמו בכתבה דברים שבגדר לשון הרע הם, שכן עלולים הם לבזות את ז'קלין, להשפילה, לעשותה מטרה לשנאה ולפגוע במישרתה ובמישלח ידה כגננת. יתר-על-כן: המערערים טענו כי עומדת להם הגנת "אמת הפירסום" שבסעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, ואולם טענה זו נדחתה הן בבית-המשפט השלום הן בבית-המשפט המחוזי. אכן, בכתבה היה גרעין של אמת, ואולם שלושה נושאים מהותיים שפורסמו בה לא הוכחו כאמת: כי ז'קלין חפפה את ראשה של הילדה "הילה" בנפט גולמי שנלקח מעששית למול עיניהם של ילדי הגן ההמומים והנפחדים;  כי ז'קלין גזזה את שערותיה של הילדה "רונית" אל-מול ילדי הגן בעודה בוכה מכאבים ומתחננת כי תפסיק; וכי ז'קלין הפכה לשנואת ילדי הגן.

27.      אשר לאירוע הראשון: גירסת ז'קלין היתה, כדברו של בית-המשפט, כי אכן טיפלה בראשה של הילדה בנוזל מבער-כינמת, אלא שלא היה זה נפט בלתי מהול שנלקח מעששית (כדבר הכתבה) אלא תמהיל של נפט שמן וחומץ - 3 כפות שמן, כף חומץ וכפית נפט - המקובל כ"תרופת סבתא" לטיפול בכינמת. בית-המשפט לא קבע ממצאים בנושא זה, ובלשונו: "לא אוכל לקבוע מהו החומר המדויק שבו השתמשה [ז'קלין] ומהיכן הגיע לגן". אשר למעשה עצמו, לא נמצאו הוכחות לתיאור הדרמטי של האירוע, ולפיו "ז'קלין לקחה נפט שהיה בתוך עששית ... והחלה לשפוך נפט על ראש הילדה וממש חפפה לה את הראש למול עיניהם המשתאות של ילדי הגן ההמומים והמפוחדים ...". אשר לאירוע השני: גם כאן היה גרעין של אמת; ז'קלין אכן גזזה חלק משערות ראשה של הילדה "רונית" בלא רשות ההורים; אך גם במקרה זה לא נמצא בסיס לתיאור האירוע כפי שפורסם בכתבה ולפיו "[ז'קלין] אחזה בצווארה של הילדה ... כופפה את ראשה והחלה לגזוז את תלתליה הזהובים וכמו בפעם הקודמת מול עיני הילדים, כשילדה בוכה מכאבים ומתחננת שתפסיק 'ז'קלין כואב לי, ז'קלין כואב לי'. זו לא שעתה לתחינותיה של הילדה וגזרה את שערה במספריים לגזירת קרטון!!!". ובלשונו של בית-משפט השלום:

גם במקרה זה, למרות שהוכח שהקובלת גזרה חלק משערותיה של הילדה ללא רשות הוריה ואף הוכח שגם ילדה זו "זכתה" לטיפול כינים תוך שימוש בנפט, הרי שהתיאור הדרמטי לפיו הילדה צועקת "כואב לי" ומתחננת שהקובל [ז'קלין] תחדל ממעשיה - לא הוכחה [כך] כדבעי על ידי הנאשמים.

בנוסף, כאמור, לא הוכח כי ז'קלין הפכה לשנואת ילדי הגן.

28.      הנה-כי-כן, לא זו בלבד שהמערערים פירסמו לשון הרע על ז'קלין, אלא שנקבע כי עיקר-עיקריה של הכתבה - אותם תיאורים דרמטיים-מכל-דרמטיים, תיאורים  היוצרים תמונה קשה של התעללות בילדים - לא הוכחו. חזרנו אפוא וקראנו דברים שפירסמו המערערים, ומסקנתנו מסקנה אחת היא: היתה להם למערערים צפיות ברמה של קירבה לוודאות כי ז'קלין תיפגע מן הפירסום; תיפגע קשה בנפשה, תיפגע קשה בפרנסתה. מסקנה: המערערים חייבים בדינם.

29.      יתר-על-כן: גם לו קיבלנו את פירושו של חברי למושג הכוונה, נראה לי כי היה עלינו להרשיע את המערערים בדינם. אכן, חברי מסכים אף-הוא כי "הכתבה שפורסמה כתובה בסגנון סנסציוני, בוטה וגס. היא עתירה מלות הגזמה ודימויים מופרכים"; ואולם לדעתו אין בכך "ללמד על יותר מאשר איכותה של הכתבה" (בפסקה 33 לחוות הדעת). נתקשיתי בכך. כוונתם של המערערים לפגוע בז'קלין - כוונה במובן הצר, כוונת-רצון, כוונת-חפץ - נלמדת לדעתי כמו-מעצמה מן הלשון הקיצונית והחריפה בה נוסחה הכתבה ומן התיאורים המוגזמים והמופרכים שבה. תיאור מעשיה של גננת שטיפלה בילדים קטנים כ"אכזריים" ו"מחרידים" - ואין חולק כי ז'קלין לא נתכוונה להתעלל בילדים או להרע להם בזדון - אינו ממצה עצמו בסיגנון גרידא, והשוואת מעשיה של ז'קלין "[ל]טיפול האכזרי בבתי יתומים בזמן מלחמת העולם באירופה" אינה אך עניין של איכות. זוהי כוונה לפגוע, כוונה לצייר את ז'קלין כמיפלצת אכזרית המתעללת בילדי הגן. אתקשה לקבל כי תמונה זו לא צוירה בכוונת-מכוֵון לפגוע.  מקובלת עלי אפוא מסקנתו של הנשיא לרון בפסק דינו מיום 24.11.1999, כי תיאור מעשיה של ז'קלין "היה מופרז ומעבר לראוי והדבר יוצר אותה אסוציאציה שלילית ביותר אשר בוודאי עוברת את הגבול ומעידה על כוונה לפגוע מעבר לכוונה הלגיטימית של התראה ורצון להביא לתיקון והוא הדין לגבי המילים שעד מהרה הפכה ל'**שנואת ילדי הגן**'" (ההדגשה המקור - מ' ח').

30.      דבר אחרון: במיקצועה ז'קלין היא גננת. אין לה מקצוע אחר. ממיקצועה היא מתפרנסת ועל מיקצועה כבודה. אני נכון לקבל כי ז'קלין טעתה במעשיה, ואולם כל שעשתה בתום-לב עשתה - איש גם לא טען אחרת. ואולם גם מי שטעה כז'קלין אינו ראוי כי יביישו אותו, כי יבזו אותו, כי ישפילו אותו, כי ירמסו את כבודו, כי יפגעו בפרנסתו הכל בדרך אמירת אי-אמת. המערערים עשו כל זאת לז'קלין ועל-כך יש להרשיעם בדין.

31.      אם תשמע דעתי, כי-אז נותיר את פסק דינו של בית-המשפט המחוזי כמתכונתו, נדחה את הערעור ונרשיע אף אנו את המערערים בעבירה של פירסום לשון הרע.

פרשת שמעון ביטון וציון סולטן (רע"פ 9818/01)

32.      המערער, שמעון ביטון (שמעון), והמשיב, ציון סולטן (ציון), שימשו - כל אחד מהם - כעורכי מקומונים מתחרים בעיר בית-שמש. השניים היו צהובים זה לזה, הן כעיתונאים הן מבחינה פוליטית. בתקופת הבחירות לראשות העירייה בבית-שמש (בשנים 1993 ו-1994) תמך שמעון בפומבי באחד המועמדים - דניאל וקנין - שהתמודד כנגד ראש העיר המכהן, ומשנבחר וקנין לראשות העיר מונה שמעון לתפקיד יועץ התקשורת שלו. ציון, שהתנגד למינויו של שמעון ולתמיכתו של האחרון בווקנין, פירסם אותה תקופה - לפני הבחירות ובסמוך לאחריהן - ארבע כתבות על-אודות שמעון; על כתיבתו כעיתונאי, על מניעיו לעת שמפרסם הוא פירסומים בעיתונו, על חוסר כשירותו לשמש בתפקיד יועץ תקשורת, על ההתנגדות הציבורית למינויו לתפקיד יועץ התקשורת לראש העיר ועל הסיבות המפוקפקות שהביאו למינויו זה ואשר עיקרן קשר פסול בינו לבין וקנין.

33.      חברי הנשיא ציטט חלקים מן הכתבות ואספק עצמי באומרי כי סיגנון הכתבות סיגנון בוטה הוא ולשונו לשון משתלחת. כך, למשל, נכתב באחת הכתבות - הראשונה במספר - כי שמעון משתמש ב"דמם של אחרים" כדי למשוך קלינטורה לרשת חנויות בגדים שבבעלותו. בכתבה אחרת - הכתבה השלישית - נכתב כי שמעון העמיד את העיתון שבעריכתו לשירות מערכת הבחירות של וקנין, ככל הנראה חינם-אין-כסף, וכי עתה "יום התשלום הגיע"; והתשלום הוא, למותר לומר, מינויו יועץ תקשורת על חשבון הקופה הציבורית. מן הכתבה עולה אפוא כי שמעון פעל מתוך מטרה פסולה. ובלשון הכתבה שאינה משתמעת לשתי פנים: "ביטון ... חושף סוף סוף את מטרתו העיקרית להגיע לקופה הציבורית ולטעום ממנה".

34.      שמעון הגיש קובלנה פלילית הנסבה על ארבע הכתבות, וקובלנה זו עברה כמה וכמה גילגולים משפטיים. לסופם של הליכים הכריע בית-משפט השלום (בפסק דינו שמיום 21.3.2001), על יסוד הראיות שהובאו לפניו, כי שמעון לא הוכיח את כוונתו הפלילית של ציון. אכן, כך קבע בית-המשפט, "אין מחלוקת כי הדברים אשר פרסם הנאשם [ציון] בוטים וחריפים הם", אלא ש"לשון הדיבור שונה מציבור לציבור, ובהחלט ייתכן שצורת דיבור בוטה תהיה לגיטימית אצל חלק מהציבור". יש אפוא לבחון את ההתבטאויות על רקע הנסיבות בהן נכתבו: המסגרת בה נמצא הפרסום; מערכת הבחירות המתוחה בעיר בית-שמש; מסגרת היחסים הכוללת בין שמעון לציון לרבות מאמרים קשים ופוגעניים שפירסם שמעון כנגד ציון וכנגד אחרים; וריבוי קובלנות פליליות שהגיש שמעון. בחינה זו מובילה למסקנה כי אין זה נכון לנקוט הליך פלילי וכי יש לדחות את הקובלנה.

35.      בתוקעו יתד בהלכה כי אין מתערבים בקביעות-שבעובדה של ערכאת הדיון, סמך בית-המשפט המחוזי ידיו על דבריו של בית-משפט השלום. חברי הנשיא אף הוא סומך ידיו על מסקנתו של בית-משפט השלום, הגם שמוסיף הוא ומציין כי "לו נדרשתי אני להכריע בשאלה זו, אפשר שהייתי מגיע למסקנה אחרת" (בסעיף 34 לחוות הדעת).  קראתי את הדברים, ואצטרף אף אני לדעתו של חברי ולהערתו. אכן, לו ישבתי בדין אפשר אף אני הייתי מגיע למסקנה שונה - למסקנה שציון ידע ברמה קרובה לוודאות שהכתבות יביאו לפגיעה בשמעון במובן של לשון הרע - ואולם משהובא אלי התיק מן המוכן; בהתחשב בהקשר הכולל של הדברים ובראיות ששקל בית-משפט השלום בהחלטתו; לא מצאתי הצדק להתערבותנו בהכרעת העובדה שהכריעה ערכאת הדיון.

36.      הנה-כי-כן, על-אף חילוקי הדעות בין חברי הנשיא לביני בשאלות חוק ומשפט, תמימי דעים אנו במסקנה כי יש לדחות את ערעורו של שמעון על זיכויו של ציון.

אשר לעבירת הפגיעה בפרטיות

37.      אני מסכים לחוות דעתו של הנשיא בנושא עבירת הפגיעה בפרטיות ואין לי להוסיף על דבריו.

סוף דבר

38.      אם תשמע דעתי, כי אז נדחה את שני הערעורים.

                                                                                      המישנה לנשיא

השופטת ד' ביניש:

1.        בסוגיה העקרונית העומדת לדיון בפנינו - היסוד הנפשי הנדרש על-פי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע - דעתי כדעת הנשיא.

           כבר נזדמן לי בעבר להביע דעתי הן לעניין השאלה הכללית של תחולת הלכת הצפיות בעבירות "מחשבה פלילית מיוחדת" שאינן עבירות תוצאה (ראו: רע"פ 7153/99 אלגד נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 729) והן לעניין היסוד הנפשי הנדרש בעבירת לשון הרע (ראו: ע"פ 8735/96 ביטון נ' קופ, פ"ד נב(1) 19).

           באשר לשאלה הכללית דומה כי אין מחלוקת בין חבריי הנשיא והשופט חשין, ואף אני סבורה כמוהם כי בעבירות "מחשבה פלילית מיוחדת" תיבחן שאלת תחולתה של הלכת הצפיות באופן פרטני על-פי פרשנותה של העבירה העומדת לדיון, בהתאם לתכלית חקיקתה ומטרותיה (ראו: רע"פ 7153/99 אלגד הנ"ל, בפיסקה 12 לפסק-הדין).

           באשר לתחולת הלכת הצפיות בעבירה הפלילית הקבועה בסעיף 6 לחוק לשון הרע, הרי שבמחלוקת בין חבריי דעתי היא כי ההלכה שהותוותה לפני שנים בע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205  ראוי שתיוותר על כנה גם לאחר תיקון 39 לחוק העונשין. שורש המחלוקת בעניין זה הוא לכאורה בהגדרת הערכים המוגנים ובמשקל שיש לייחס להם בבחינת תכליתה של העבירה. מקובלת עלי גישתו של חברי השופט חשין בדבר חשיבותה ומרכזיותה של הזכות לשם טוב ובדבר היותה ראויה להגנה. אולם מגישה זו אין מתחייבת המסקנה כי יש להרחיב את היקפה של העבירה הפלילית של לשון הרע באמצעות החלתה של הלכת הצפיות. גם אם נקבל את הגישה לפיה במסגרת העבירה הנדונה, הערך של שלום הצבור הוא פחות משקל לעומת הערך של הגנה על השם הטוב, הרי אין הצדקה לקיומה של עבירה פלילית אם אין היא באה להגן על שלום הצבור. אכן, צודק השופט חשין כי גם פגיעה משמעותית בנפגע יש בה לעיתים כדי להוות פגיעה בציבור כולו, אך בהקשר של עבירת לשון הרע נראה בעיני מוצדק להטיל אחריות פלילית רק אם הוכחה "כוונה לפגוע" ככוונה של ממש.

           עבירת לשון הרע מהווה עבירה פלילית מיוחדת באופייה, מכמה טעמים: ראשית, משום שאל מול הזכות לשם הטוב עומד חופש הביטוי שהוא ערך מרכזי בחייה של חברה דמוקרטית; מטעם זה ראה המחוקק לקבוע רף גבוה ליסוד הנפשי הנדרש בעבירת לשון הרע, ומסיבה זו גם נזהרת התביעה הכללית בהעמדה לדין בגין עבירה זו. לא בכדי התיר המחוקק לפרט הנפגע להגיש קובלנה פרטית בעבירת לשון הרע, כיוון שהאינטרס הציבורי המופקד בידי היועץ המשפטי לממשלה שמור לאותם מקרים חמורים במיוחד, כאשר הכוונה לפגוע בשמו הטוב של אדם היא מפורשת ומחמירה את ההתנהגות הפוגענית עד כדי פגיעה בשלום הציבור. לא כאן המקום לדון באופיה המיוחד של הקובלנה הפלילית הפרטית, אולם אין ספק כי יש בה, כשלעצמה, משום החלשה של ההיבט הפלילי הכרוך בהליך זה. על דרך הכלל, העונש שיוטל בגין הרשעה בעבירת לשון הרע יהיה קנס כספי ובנסיבות מתאימות אף פיצויים למתלונן, אך לא מאסר. דומה כי הסטיגמה הפלילית בגין הרשעה בעבירה הנדונה אף היא אינה מכבידה, ולא בכדי כך. בהתחשב בכל אלה, ונוכח השוני ברמת ההוכחה וביסודות הנדרשים בעוולת האזרחית של לשון הרע לעומת העבירה הנדונה, יש בסעד האזרחי שבעוולת לשון הרע כדי ליתן מענה הולם ברובם המכריע של המקרים, לרבות בנסיבות שבהן אין ניתן להטיל אחריות בפלילים. לא זו בלבד, אלא בשים לב להגנה המוחלשת שנתן הדין הפלילי לשם הטוב, התפתחה העוולה האזרחית כך שיש בה להציע סעד של ממש לנפגע, תוך חיוב בפיצויים ראויים והטלת חובה לפרסום נוגד במקרים מתאימים. בהתחשב בכל אלה, מצטרפת אני לדעתו של הנשיא כי נוכח תכליתה של עבירת לשון הרע ומטרותיה, אין להרחיב את היקפה של העבירה הפלילית באמצעות הלכת הצפיות.

           באשר לפרשנותו של סעיף 2(4) בשילוב עם סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות, הרי גם בעניין זה מסכימה אני עם האמור בפסק דינו של הנשיא.

2.        אשר לנסיבותיהן של שתי הפרשות שהובאו בפנינו - פרשת שמעון ביטון ופרשת ז'קלין מימון - רואה אני להבחין בין השאלה העקרונית לתוצאה המעשית. בתי-המשפט המחוזיים שדנו בקובלנות הפליליות הנחו עצמם על-פי אמת-המידה המבוססת על הלכת בורוכוב ועמדו על הצורך להוכיח את היסוד הנפשי של מחשבה פלילית מיוחדת. לפיכך, לא ראיתי מקום להתערב במסקנותיהם.

           בפרשת שמעון ביטון על גלגוליה נפסק כי לא הוכחה המחשבה הפלילית המיוחדת הנדרשת להוכחת העבירה הפלילית שיוחסה לנתבע, ומסקנה זו מקובלת עליי.

           אשר לפרשת ז'קלין מימון - בהליך המקורי אשר נתקיים בפני בית-משפט השלום נתן בית-המשפט משקל מכריע לעניין הציבורי שבפרסום הכתבה ולהעדר עניין אישי של האחראים לכתבה לפגוע בתובעת. בית-המשפט המחוזי לא התערב בממצאיו האמורים של בית-המשפט קמא, ואף-על-פי-כן שוכנע כי אין מדובר רק בפרסום מסולף שיש בו טעם לפגם אלא הסיק מהדברים שפורסמו את קיומה של הכוונה לפגוע בתובעת. מסקנתו שימשה יסוד לדיון מחודש בבית-משפט השלום שערך בירור מפורט בשאלת קיומה של הגנה לנתבעים; קיומה של ההגנה נשלל. ערעור על מסקנה זו נדחה בבית-המשפט המחוזי.

           כאמור, בית-המשפט המחוזי השתית את מסקנתו על אמות-מידה התואמות את ההלכה שיצאה מלפני בית-משפט זה. אוסיף עוד כי אינני סבורה שיש לערב בין האינטרס הציבורי שבפרסום הכתבה הדנה במעשים המיוחסים לז'קלין כעוזרת לגננת בגן עירוני, לבין המסקנה כי הכתבה כפי שפורסמה נכתבה בכוונה לפגוע בה, כמשמעותה של הכוונה הנדרשת על-פי חוק איסור לשון הרע. בנסיבותיה הייחודיות של הפרשה, אף אני שוכנעתי כי הוכחה כוונה לפגוע בתובעת ולפיכך איני רואה להתערב במסקנה המרשיעה.

3.        אשר על כן, בסוגיה העקרונית מצטרפת אני לפסק-דינו של הנשיא ברק ומטעמיו. אשר לתוצאה המעשית בשתי הפרשות שבפנינו - סבורה אני כי דין הערעורים להידחות.

                                                                                      ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא:

           במחלוקת שנפלה בין חברי הנשיא לבין חברי המישנה לנשיא חשין, בדבר תחולתה של הילכת הצפיות על העבירה הפלילית הקבועה בסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, דעתי היא כדעת המישנה לנשיא חשין. אך בשונה מחברי אני סבור, כי הילכת הצפיות ראויה לחול על כלל עבירות המטרה ההתנהגותיות.

2.        מסכים אני עם המישנה לנשיא חשין, כי "מבחינה ערכית, חברתית ומוסרית - אותם מעיינות תהום-רבה המזינים את הילכת הצפיות - עבירות-התנהגות המלוות ב'כוונה' כמותן כעבירות-תוצאה; אין הבדל של-ממש בין שני סוגי העבירות בשאיפתן לבער את הרע מקירבה של החברה" (פיסקה 2 לחוות-דעתו). הרציונל הניצב ביסודה של דוקטרינת הצפיות נעוץ בהכרה בקיומה של שקילות ערכית ומוסרית בין הפועל מתוך רצון לגרום להתרחשות התוצאה המזיקה לבין הפועל שלא מתוך רצון כזה אך צופה את התרחשותה של התוצאה המזיקה כאפשרות קרובה לוודאי. והצידוק להכיר בקיומה של שקילות זו חל לא רק על עבירות כוונה תוצאתיות אלא גם על עבירות מטרה, שבמהותן אינן אלא עבירות כוונה התנהגותיות. בשני סוגי העבירות היסוד הנפשי הנדרש הוא יסוד נפשי של "כוונה" - אם לא במשמעותה המוגדרת למצער במשמעותה המהותית - וביחס לשניהם חלים, באותה מידה, שיקולי המוסר, הגמול וההרתעה המצדיקים להכיר בקיום השקילות האמורה (ראו: ב' סנג'רו, "היהפכו המטרות למניעים? ומה צפוי להלכת הצפיות? משפטים י"ח(2) (תשמ"ח) 337, 347). רציונל זה מצדיק, ללא ספק, את החלתה של הילכת הצפיות על העבירה של פרסום לשון הרע. משמע, כי שכלולה של עבירה זו אינו מותנה בכך שהמפרסם "התכוון" לפגוע בנפגע - במובן של רצון וחפץ לגרום לתוצאה הפוגעת - אלא די בכך שהמפרסם צפה את התרחשות הפגיעה כאפשרות קרובה לוודאי. אלא שלדידי, רציונל זה חל על כל עבירות המטרה ההתנהגותיות; והכרעה הילכתית, שתכיר בהחלתה על כלל עבירות המטרה, נראית לי עדיפה על פני הלכה המותירה את צדקת החלתה לבחינה פרטנית של כל עבירת מטרה התנהגותית.

3.        קודם לתחילתו של תיקון מס' 39 לחוק העונשין הכירה הפסיקה בהחלתה העקרונית של הילכת הצפיות על עבירות כוונה. פסיקה זו לא הבחינה, כלל ועיקר, בין עבירות-כוונה תוצאתיות לבין עבירות-כוונה התנהגותיות. אלא שבהיעדר עיגון סטטוטורי לדוקטרינת הצפיות נזהר בית-המשפט מפני החלתה על כלל עבירות הכוונה. לפיכך נקבע, שאת צדקת החלתה יש לבחון באורח פרטני ביחס לכל עבירה ועבירה. אך יודגש: כלל פרשני זה הוחל באורח אחיד על כלל עבירות הכוונה, מבלי להבחין בין עבירות-תוצאה לבין עבירות‑התנהגות.

           בתיקון מס' 39 עיגן המחוקק, לראשונה, את הילכת הצפיות בחוק החרות, בקובעו - בסעיף 20(ב) לחוק - כי "לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן". אף שעל-פי לשונה חלה הוראת הסעיף על עבירות כוונה תוצאתיות בלבד, הצעתי בשעתו לפרשה כבעלת תחולה גם על עבירות מטרה התנהגותיות (ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, בעמ' 262, 281). השקפתי, לעניין זה, לא התקבלה. אך הכול תמימי-דעים כי את הוראת סעיף 20(ב) לחוק אין יסוד לפרש כיוצרת הסדר שלילי ביחס להחלתה של דוקטרינת הצפיות על עבירות מטרה התנהגותיות. אני סבור, כי אף אם אין לפרש את סעיף 20(ב) כמחיל את הדוקטרינה האמורה, במישרין, גם על עבירות מטרה, למצער ניתן למצוא בו את הבסיס הרעיוני להחלתה על עבירות אלו בדרך ההילכתית. חברי המישנה לנשיא חשין מיטיב להגדיר את הנחת היסוד. כדבריו:

הוראת סעיף 20(ב) אינה ממצה עצמה אך בתחומיה. שינוי זה שנתחולל בדין החרות בעניינן של עבירות-תוצאה נודעת לו השפעה על עבירות-התנהגות המלוות בכוונה אף-הן. בסוף‑כל-הסופות - ובעצם: בתחילת-כל-התחילות - עבירות-תוצאה ועבירות‑התנהגות-כוונה לא באו מעולמות שונים. שוכנות הן אלו-בצד-אלו באותו בניין עצמו - באותו קורפוס משפטי של דין העונשין - ומשתייכות הן לאותה משפחה. השינוי שנתחולל בדוקטרינת הצפיות לעניינן של עבירות-תוצאה מקרין ומשפיע מאליו על עבירות-התנהגות המלוות בכוונה (פיסקה 4 לחוות-דעתו).

דברים אלה משקפים, אל נכון, גם את תפיסתי. אכן, עיגונו הסטטוטורי של עקרון הצפיות, ביחס לעבירות-תוצאה שכוונה בצדן, מבטא את הכרת המחוקק בשקילות הערכית הקיימת בין יחס חפצי לתוצאה המזיקה לבין צפיית התרחשותה של התוצאה המזיקה כאפשרות קרובה לוודאי. הואיל וקיומה של שקילות זו נדרש גם ביחס לעבירות-התנהגות שמטרה בצדן, אינני רואה כל סיבה עניינית להימנע מהכרה בתחולתה של הילכת הצפיות גם על עבירות אלה.

4.        חברי, המישנה לנשיא חשין, בוחר בדרך ההחלה הפרטנית. משהגדיר את הנחת היסוד, נפנה הוא לבחון את מאפייניה של עבירת פרסום לשון הרע, במטרה לקבוע אם ראוי להחיל עליה את הילכת הצפיות. ובסופה של בחינה מונה הוא שני טעמים עיקריים המצדיקים, לדעתו, לתת מענה חיובי לשאלה זו. האחד הוא, כי עבירת פרסום לשון הרע "מעין עבירת אנדרוגנוס היא: עבירת-התנהגות היא בהגדרתה ובחזותה, אך בתוכנה ובנשמתה עבירת-תוצאה היא, הגם שתוצאה זו אינה מגלה עצמה על-פני ההגדרה כיסוד מיסודותיה" (פיסקה 7 לחוות-דעתו). והשני הוא, ש"פירוש ה'כוונה לפגוע' כמושג המחיל עצמו רק על רצון ושאיפה וחפץ להשיג תוצאה מסוימת - קרא: לפגוע בכוונת‑מכוון באחר - תוך שלילתה של דוקטרינת הצפיות כבת-תחולה, מצמצם ביתר את מקומו של אינטרס השם הטוב בעבירה של פירסום לשון הרע" (פיסקה 15 לחוות‑דעתו).

           אני, בכל הכבוד, סבור, כי הטעם להחלתה של הילכת הצפיות על עבירת פרסום לשון הרע נעוץ בשיקולים בעלי אופי כללי, החורגים ממאפייניה הייחודיים של עבירה זו. לגישתי, מהכרת המחוקק בעצם קיומה של שקילות ערכית-מוסרית בין חפץ בהתגשמות התוצאה המזיקה לבין צפייתה ברמת הסתברות של ודאות קרובה, מתחייב הצידוק להחלתה של הילכת הצפיות הפסיקתית על כל עבירות המטרה. ראשית, מן הטעם (שעליו כבר עמדתי) שמבחינה מהותית אין מקום להבחין - לעניין צדקת תחולתו של עקרון הצפיות - בין עבירות-תוצאה לבין עבירות-מטרה. ושנית, מן הטעם שבהותרת שאלת תחולתה של הילכת הצפיות על עבירת מטרה זו או אחרת להכרעתו הפרטנית של בית-המשפט יש כדי לפגוע בעקרון החוקיות. יפים לכאן דברי חברנו, השופט אנגלרד:

המגמה לשמור על גמישות פרשנית בעבירות מטרה נראית לי בעייתית למדי. עיקרון יסוד בדיני העונשין הוא עקרון ה"חוקיות" הדורש הגדרה ברורה וודאית מראש, עד כמה שניתן, של האחריות הפלילית. הרעיון כי קיומה של עבירה פלילית יחידה יהיה נתון לפרשנות "תכליתית" של בית-המשפט - בבחינת כחומר ביד היוצר: ברצותו מרחיב וברצותו מקצר - אינו מושך את לבי. עדיפה בעיניי גישה "מכלילה" אשר לא תשאיר את תחולתה של הילכת הצפיות לשיקולי מדיניות שיפוטיים במסגרת כל עבירה ועבירה לפי ההקשר הספציפי שלה (ע"פ 4317/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 289, 319).

אכן, עקרון החוקיות מחייב להגדיר מראש, בצורה הברורה והבהירה ביותר האפשרית, את גבולותיו של האיסור הפלילי, למען ידע כל אדם מה גדרן של ההתנהגויות העשויות להעמידו בסכנת העמדה לדין והרשעה בפלילים. הותרת שאלת תחולתה של הילכת הצפיות לבחינה פרטנית של בית-המשפט פוגעת בתכלית זו, ביוצרה עמימות וחוסר ודאות באשר להיקפן של עבירות המטרה ששאלה זו טרם הוכרעה לגביהן. מטעמים אלה מן הראוי לקבוע הסדר הילכתי המחיל את עקרון הצפיות על כלל עבירות המטרה. הסדר כזה עדיף, בעיניי, על-פני הותרת שאלת תחולתה של הילכת הצפיות על כל אחת מעבירות המטרה להכרעה פרטנית עתידית. ודוק: באימוץ הגישה המקובלת עליי אין משום הרחבת גדרו של האיסור הפלילי על התנהגות כזאת או אחרת. ובהיות נטל השכנוע לקיומה של צפיות ברמה הנדרשת לביסוס יסוד ה"מטרה" רובץ על התביעה, אין גם מקום לחשוש שהחלת הילכת הצפיות על כלל עבירות המטרה תפגע בסיכויי הגנתם של המואשמים בעבירות מסוג זה.

5.        אינני מתעלם מן האפשרות שבעבירת מטרה התנהגותית עשויים להתקיים מאפיינים ייחודיים אשר יצדיקו הימנעות מהרשעה חרף קיומה של צפיות לפגיעה. העבירה של פרסום לשון הרע מהווה דוגמה טובה לעבירה התנהגותית בעלת מאפיינים ייחודיים כאלה. שכן, בשונה מרוב ההתנהגויות המוגדרות כעבירות, שבהן כשלעצמן אין כל ערך חברתי חיובי, הרי שכנגד צדקת האיסור הפלילי על פרסום לשון הרע עומד שיקול כבד-משקל שעניינו בהגנה על חופש הביטוי של המפרסם. על חשיבותו של ערך זה - בין מנקודת מבטו של המפרסם ובין מנקודת מבטה של החברה - אין צורך להכביר מילים. ואולם המקום להתחשבות בשיקול זה איננו במסגרת הגדרת יסודה הנפשי של העבירה, אלא במסגרת ההגנות העומדות למפרסם על-פי דיני לשון הרע. נראה לי, כי רובם המכריע של המקרים שבהם ראוי יהיה להימנע מהרשעתו בדין של המפרסם בגלל שיקולים הקשורים בחופש הביטוי, יהיו מקרים שבהם תעמוד למפרסם ממילא איזו מן ההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע; כמו הגנת האמת בפרסום (לפי סעיף 14 לחוק) והגנת הבעת הדעה (לפי סעיף 15 לחוק). וחזקה על בית-המשפט, כי בהתוותו את גבול תחולתן של הגנות אלה במישור הפלילי - וביישמו אותן על המקרים המובאים לפניו - ייתן לשיקול בדבר חופש הביטוי את המשקל הראוי לו בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

6.        אשר ליישומה של עבירת פרסום לשון הרע על נסיבות המקרים שלפנינו: ביחס לע"פ 8295/02 (פרשת ז'קלין מימון), מסכים אני למסקנת חברי, המישנה לנשיא חשין, כי המערערים אכן צפו, ברמה של קירבה לוודאות, כי המשיבה תיפגע מן הפרסום; ומטעם זה הנני מצטרף להכרעתו כי דין ערעורם להידחות. אשר לרע"פ 9818/01 (פרשת שמעון ביטון וציון סולטן) מסכים אני עם התוצאה שאליה הגיעו חבריי הנשיא והמישנה לנשיא חשין, אך לא מנימוקיהם. מקביעתן של הערכאות הקודמות - כי לא הוכח שהמשיב אכן התכוון לפגוע במערער - לא ניתן להסיק כי המשיב אף לאצפה (ברמה של ודאות קרובה) את הפגיעה במערער. שאלה זו, שהייתה טעונה הכרעה עובדתית נפרדת, לא הוכרעה; ואלמלא נסיבותיה המיוחדות של הפרשה היה, לכאורה, מקום להחזיר את ההליך לבית‑משפט השלום להשלמה. אך לנוכח התמשכותם היתרה של ההליכים בפרשתם של צדדים אלה - שכבר נדונו בערכאות הקודמות בשני "גלגולים" - הגעתי למסקנה שמן הראוי כי נימנע מנקיטת צעד זה ונותיר את זיכויו של המשיב בעינו. מטעם זה הנני מצטרף להכרעת חבריי, הנשיא והמישנה לנשיא חשין, כי אף ערעור זה דינו להידחות.

7.        אשר לעבירת הפגיעה בפרטיות, מסכים אני לפסק-דינו של חברי הנשיא.

                                                                             המשנה לנשיא (בדימ')

השופטת א' פרוקצ'יה:

           במחלוקת שנפלה בין חברַי בשאלת תחולת הילכת הצפיות בעבירות מטרה התנהגותיות בכלל ובעבירת לשון הרע בפרט, נראית לי עמדתו של חברי, הנשיא ברק, ואני מצטרפת לדעתו.

           אעיר, כי הצבת רף גבוה ליסוד הנפשי הנדרש בעבירת לשון הרע, המביאה מעצם טיבה לצמצום והגבלה בהחלת ההליך הפלילי בעניינה, עשויה להקרין ולהשפיע על הצורך בפיתוחו וחיזוקו של הסעד האזרחי הניתן לפרט על פגיעה בשמו הטוב. בכך יהא כדי לתרום, בין היתר, ליצירת אמות מידה בסיסיות לדרכי התנהלותו של השיח הציבורי, באופן שיאזן בצורה ראויה יותר בין חופש הביטוי לבין שמו הטוב של הפרט וכבודו כאדם.

                                                                                      ש ו פ ט ת

השופטת מ' נאור:

           מצטרפת אני לדעתו של חברי המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא הן לענין ההנמקה והן לענין התוצאה האופרטיבית.

                                                                                       ש ו פ ט ת

השופט א' ריבלין:

1.        השאלה המשפטית העומדת במוקד ההכרעה היום נוגעת לפרשנות היסוד הנפשי, הכלול ב"כוונה לפגוע" כמשמעותה בסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה – 1965 (להלן: החוק). כחברי הנשיא א' ברק, אף אני סבור, כי אין מקום לשנות מהלכת בורוכוב (ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205). אף לאחר תיקון 39 לחוק העונשין תתקיים תחולה ל"כלל הציפיות" בעבירות התנהגותיות מסוימות, הכול לפי המקרה ועל-פי פרשנותו הראויה של האיסור הפלילי הספציפי (ע" 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221). ואף אני סבור, כי הביטויים בגינם הובאו הדוברים, במקרים שלפנינו, לדין אינם מהווים עבירה פלילית על-פי החוק.

            במרכז הדיון שתי פרשות - הפרשה נשוא ע"פ 8295/02 (להלן: פרשת ז'קלין מימון) והפרשה האחרת - זו המתוארת ברע"פ 9818/01 (להלן: פרשת שמעון ביטון). עניינה של הפרשה הראשונה בכתבה אותה פרסם המערער 1, בעליו ועורכו של המקומון "השבוע באשדוד". הכתבה הייתה מפרי עטו של המערער 2 וכותרתה "הדברת כינים נוסח ז'קלין". היא נסבה על שני מקרים בהם טיפלה המשיבה בכינים שנמצאו בראשן של ילדות, בגן הילדים בו שימשה כעוזרת לגננת. הכתבה כללה ביקורת נוקבת ובוטה על תפקודה של המשיבה.

           הפרשה האחרת נוגעת לארבע כתבות, שפורסמו על-ידי המשיב ציון סולטן, עורך מקומון בבית שמש, כנגד המערער, שמעון ביטון, המשמש אף הוא כעורך מקומון באותה עיר. הכתבות פורסמו במהלך מערכת הבחירות לראשות עיריית בית שמש והן מכילות מתקפות כנגד המערער בגין מעורבותו בפעילות הפוליטית בעירו.

           שתי הכתבות מאופיינות בלשון בוטה. בכך לבד אין כדי להוציא את הביטוי הזה מגדר הביטוי המוגן. חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי, ללא קשר לתוכנו, השפעתו ואופן הבעתו (בג"צ 806/88*Universal City Studios, Inc*.  נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 33-34). חופש הביטוי משתרע גם על דיבור   שיש בו לשון הרע (ראו פרשת בורוכוב הנ"ל). אכן, ההגנה הניתנת לחופש הביטוי אינה מוחלטת והיא נתונה לאיזון עם ערכים נוספים. גם כאן, במקרים שלפנינו, נדרשים אנו לבחינת האיזון שבין החופש לבטא את האמור בכתבות האמורות, לבין הערכים המתחרים בחופש זה. בענייננו נדרש האיזון במסגרת פרשנות הוראותיה של העבירה הפלילית.

2.        הגדרת הפרסום העשוי להוות עבירה פלילית, מצויה בסעיף 6 לחוק:

המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע, לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע, דינו -מאסר שנה אחת.

           תוצאתה של הסנקציה הפלילית עשוי להתבטא בנטילת חירותו של האזרח. השימוש בסנקציה שכזו, בגין התבטאותו של אדם, מעוררת את השאלה בדבר עצם קיומה של ההצדקה לקביעת עבירה פלילית בגין אותו ביטוי. קושי זה עומד ברקע פרשנותה של ההוראה הפלילית. ואכן, דברי ימיה של העבירה מלמדים, כי האיסור הפלילי שימש תכופות, במקורו, כלי שרת בידי השלטונות לדיכוי התנגדות פוליטית:

It is evident that in the pattern of English jurisprudence the corpus of criminal libel served to shield the sovereign and those in authority from the threat of insurgency. Truth, no matter how well motivated, was no defense, and this gave currency to the axiom, "the greater the truth, the greater the libel" (*State v. Browne*, 206 A.2d 591, 595 (N.J. 1965)).

           (לסקירה אודות ההיסטוריה של עבירת לשון הרע במשפט האנגלי והאמריקאי, ראו:  Gregory C. Lisby "No place in the Law: The Ignominy of Criminal Libel in American Jurisprudence" 9 *Comm. L. & Pol'y*(2004) 433, 438-465).

           על הקושי שבהפעלת הסנקציה הפלילית על דברי הדיבה עמד, בארצות-הברית, השופט ברנן Brennan)) בפסק הדין בעניין *Garrison*:

…"Changing mores and the virtual disappearance of criminal libel prosecutions lend support to the observation that ". . . under modern conditions, when the rule of law is generally accepted as a substitute for private physical measures, it can hardly be urged that the maintenance of peace requires a criminal prosecution for private defamation." Emerson, Toward a General Theory of the First Amendment, 72 *Yale L. J*. 877, 924 (1963). The absence in the Proposed Official Draft of the Model Penal Code of the American Law Institute of any criminal libel statute on the Louisiana pattern reflects this modern consensus (*Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64,69 (1964)).

           ואכן, העמדה לפיה יש להפעיל במשורה את הסנקציה הפלילית בגין איסור לשון הרע קנתה לה שביתה במדינות שונות בעולם. מחקרים מלמדים על ירידה מתמדת במספר המקרים בהם דנים בתי המשפט האמריקאים בעבירת לשון הרע (Lisby במאמרו הנ"ל בעמודים 465-468); מגמה דומה מסתמנת גם בחלק ממדינות המשפט הקונטיננטלי באירופה (E. Yanchukova "Criminal Defamation and Insult Laws: an Infringement on the Freedom of Expression in European and Post-Communist Jurisdictions" 41 *Colum .J.Transnat'l L.* 861, 872-875) ובפסיקותיו של בית הדין האירופי לזכויות האדם (ECHR), אשר החיל על הסנקציה הפלילית בדבר האיסור על לשון הרע מגבלות ניכרות, על-מנת לאזן אותה עם הצורך להגן על חופש הביטוי(Bonnie Docherty "Defamation Law: Positive Jurisprudence" 13 *Harv. Hum. Rts. J.*263, 270-273; Lingens v. Austria, 103 Eur. Ct. H. R. (ser. A) (1986); Castelles v. Spain, 236 Eur Ct. H. R. (ser. A) (1992).

           וגם אנו, בבואנו לבחון, היום, את הוראת סעיף 6 לחוק, אין אנו נדרשים רק לבחינת השפעותיו של תיקון 39 לחוק העונשין על גדריה של העבירה. לעינינו עומדות גם מצוות המשפט החוקתי ובמיוחד אלה המעניקות לחופש הביטוי מעמד על. זה וגם אלו מחייבים אותנו לתור אחר נקודת איזון ראויה, התואמת את הזמן ואת השיטה,  בין הערכים המתחרים על הבכורה בגדרה של העבירה.

3.        כבר בפרשת בורוכוב הנ"ל נפסק מפי הנשיא א' ברק, כי ארבעה הם הערכים המהווים את "המטריה הנורמטיבית" במסגרתה יש לפרש את הוראת סעיף 6 לחוק: הזכות לשמו הטוב של האדם שנפגע; חופש הביטוי של הפוגע; חירותו האישית של הפוגע מפני סנקציה פלילית ושלום הציבור (שם, בעמ' 218). חברי השופט מ' חשין סבור כי חירותו האישית של הפוגע, ככל שמדובר בהפעלת סנקציה פלילית, הוא ערך המניח את המבוקש ואילו היסוד בדבר "שלום הציבור" יסוד זניח הוא במערכת, וכלשונו: "בסוף כל הסופות עומדים למאבק-גמר ביניהם הזכות לשם טוב מזה וחופש הביטוי מזה". אף אני סבור, כמותו, כי מועטת יחסית חשיבותו של אינטרס שלום הציבור בעבירת לשון הרע. אוסיף על כך את טעמיי.

           אכן, ההגנה על שלום הציבור עומדת, הלכה למעשה, ביסוד ההליך הפלילי. ברגיל, מאבד ה"קורבן" - אשר זכויותיו נפגעו - את מעמדו, בהליך הפלילי לטובת המדינה המנהלת את ההליך בשמו. שונים, עם זאת, פני הדברים במקרים בהם מקורו של ההליך בקובלנות פליליות, שהוגשו על-ידי מי שראו עצמם נפגעים; זהו מעין "יצור-כלאיים" – המערב בתוכו מאפיינים של התדיינות פלילית ואזרחית כאחד. כזה הוא המקרה שלפנינו. "עירוב תחומים" זה, המאפיין את הקובלנה הפלילית הפרטית בעבירת לשון הרע, מוסיף נדבך על הקושי הקיים בהפעלת הסנקציה הפלילית בסוגית הביטוי הדיבתי. שימוש בכלי הפלילי, בתחום זה, בידי פרטים עשוי להיות מנוצל לרעה למטרות שאינן עולות בקנה אחד עם האינטרס החברתי הכולל. ראוי שנבחן, במקרים אלה, אם לא חל בהם עירוב תחומים העולה כדי שימוש לא ראוי בהליך הפלילי. עלינו לבחון, בקפידה, האומנם האינטרס הנסוג במקרה זה מפני חופש הביטוי הוא אכן אינטרס ציבורי או שמא זכותו הפרטית של אדם לשמו הטוב (ראו והשוו א' בנדור ומ' טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי" משפטים לב (תשס"ב) 623, 650).

           בהליך הפלילי הרגיל והן בהליך הפלילי "הפרטי" ניתן לראות בהסגת החירויות הללו - חופש הביטוי וחירות הפרט - בפני הפגיעה בשם הטוב ובשלום הציבור, באמצעות סנקציה פלילית, פרי של פעולה שלטונית. כמו בכל מקרה אחר בו המדובר בפעולה שלטונית המאיימת לשלול מאדם את חירויותיו היסודיות, חייב בית המשפט לנהוג משנה זהירות ולערוך בחינה קפדנית – טרם שהוא מטיל את הסנקציה הפלילית. עמד על כך השופט א' גולדברג:

"בהוסיפו לעוולה האזרחית שבפרסום לשון הרע גם את העבירה הפלילית, לא ביקש המחוקק להשוות בין השתיים אלא להוסיף לעבירה הפלילית מימד נוסף, המצר את היקפה לעומת חברתה, העוולה האזרחית, ולעשותה מכשיר בידי הנפגע רק במקרים קיצוניים

...טשטוש ההבחנה בין העבירה לעוולה, תוך הרחבת היקפה של העבירה, יפר את האיזון, שאותו ביקש המחוקק להשיג, בין חופש הביטוי מצד אחד לבין הזכות לשם טוב מצד אחר. שכן פירוש אשר כזה יגביל בהכרח את חופש הביטוי כתוצאה נגזרת מהחשש, שיעלה בלבו של המבקש לפרסם, להסתבך בעבירה פלילית וללקות בסנקציה שבצדה..." (פרשת בורוכוב, הנ"ל בעמ'  212-213).

4.        לצד ואל מול הפגיעה בשלום הציבור, המהווה, ברגיל, הצדקה מרכזית להפעלת הסנקציה הפלילית, ניצבים, כאמור, ביסוד העבירה שבסעיף 6 לחוק, ערכים נוספים – חופש הביטוי, הזכות לשם טוב וחירות הפרט. הזכות לחופש הביטוי היא ערך יסוד במשפטינו. זהו עקרון-על בכל משטר דמוקרטי (בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(2) 871, 877-876; בג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, 677-675). "המטריצה. התנאי ההכרחי לקיומה של כל חירות באשר היא" (השופט קרדוזו בפסק הדין*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 327(1937)). אכן, הזכות לחופש הביטוי עשויה להתנגש בזכותו של אדם להגנה על שמו הטוב, אף-היא, זכות יסוד במשפטנו (דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 75-74). שתי הזכויות האלה – חופש הביטוי והזכות לשם טוב – שתיהן ענפים בעץ אחד – כבוד האדם (ע"א 6871/99 משה רינת נ' משה רום, פ"ד נו(4) 72, 91-90). אלא שבמערך האיזונים העומד ביסוד עבירת  לשון הרע מצויה, כאמור, גם החירות האישית, הנהנית ממעמד חוקתי (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589). בפועל קרובה חירות הביטוי, ככל שהמדובר בסנקציה הפלילית שבסעיף 6, אצל החירות האישית, ומולן ניצבת הזכות לשם טוב. משכך הדבר, נמשכת נקודת האיזון אל המסה המצטברת של החירות.

           גם התמורה הממשית שחלה, במעמדן החוקתי של הזכות לחופש הביטוי ושל חירות הפרט, לצד זכותו של אדם לשם טוב, למן חקיקתו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, משפיעה על מערך האיזונים המתחייב בדין הפלילי. כשם שמתקיימת השפעה הדדית בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי (בג"צ 6126/94 סנש  נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 844-843) כך מתקיימת, מכוח קל וחומר, השפעה הדדית בין המשפט הציבורי והמשפט הפלילי, שיש הרואים בו ענף מענפי המשפט הציבורי. אמנם, כפי שציין חברי הנשיא, למעמדם החוקתי של שלושת הערכים הללו מצטרפים גם שינויים במערך נורמטיבי המסדיר את הטיפול הפלילי בביטויים פוגעניים (הוספת העבירות בדבר הסתה לגזענות, סעיף 144ב לחוק העונשין תשל"ז-1977 והאיסור על הסתה לאלימות או לטרור, סעיף 144ד2 לחוק העונשין), אך, כאמור, חופש הביטוי, על משקלו הסגולי הרב, אינו ניצב לבדו בעבירה הפלילית - חוברת אליו הפגיעה בחירותו האישית של הפרט. הטיית נקודת האיזון במשפט הפלילי אל עבר החירות קלה לנו בשל טעם נוסף – העובדה שהדין מציע למבקש להגן על שמו הטוב סעד אחר הוא הסעד האזרחי. העולה מכל אלה הוא כי לענין העבירה הפלילית עלינו לנקוט אספקלריה מצירה, ולהותיר את השימוש בה רק למקרים בהם קיימת כוונה ממש להרע לאחר. מצטרף אני, אפוא, לעמדת חברַי, לפיה יש להותיר על מכונה את הלכת בורוכוב, ולהימנע מהחלת הלכת הצפיות על עבירת איסור לשון הרע.

5.        האספקלריה המצרה היא נקודת מוצא חשובה לבחינת קיום יסודות העבירה. עם זאת אין זו נקודת הסיום של החקירה. בחינת משקלו של חופש הביטוי במאזן המתבקש היא גם פועל יוצא של מהות הביטוי. חירות הביטוי אינה חד מימדית אלא "מהווה מערכת מורכבת של חירויות וזכויות, השזורות זו בזו" (בג"צ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 270). מידת ההגנה הניתנת לחופש הביטוי כרוכה, בין היתר, במידה שבה מגשים הביטוי את התכליות העומדות בבסיס החירות הזו. "מבין סוגי הביטויים השונים, ההגנה הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי – שהוא תנאי הכרחי לקיומו של הליך דמוקרטי – היא רחבה במיוחד" (בג"ץ 6226/01 מאיר אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, תק-על 2003(1), 1077 וראו גם בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(1) 2, 13; בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 551). הביטוי הפוליטי הוא מנשמת אפה של הדמוקרטיה – כלי מרכזי בידיו של האזרח להגשמת השותפות שלו בקהילה, להבעת תרעומת על פגיעה בזכויותיו, ואף לנסות ולהשפיע על מקבלי ההחלטות או ציבור בוחריהם בסוגיות אלה ואחרות. אמנם, יש והדיבור טומן בחובו סכנות – איום על הדמוקרטיה ואף הסתה לאלימות (בג"צ 399/85 הנ"ל, פרשת  אלבה הנ"ל בעמ' 255-254) - ועל כן מתעורר הצורך להגבילו. ברם, צורך זה ראוי לו כי יופעל במשורה לבל יחתור תחת המטרה לשמה הופעל (ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ", פ"ד לב(3) 337, 368 - 369).

           העבירה האוסרת על לשון הרע מאפשרת לרשות לשלול את חירות הביטוי, העומדת ביסוד קיומה הדמוקרטי של המדינה, וזאת מחמת האיום שביטוי זה מציב כלפי שלום הציבור. אולם מקום בו קמה התנגשות חזיתית בין הכלי המרכזי הנתון בידי האזרח לבקר את השלטון – הביטוי הפוליטי – ובין הדין הפלילי המאפשר לריבון לעשות שימוש בכוחו, ולמנוע ביטוי זה, מתחדד הצורך לפעול בזהירות יתר בהפעלת הסנקציה הפלילית. במיוחד כך מקום בו כוונה הלשון הרעה כנגד אנשי ציבור בעניינים ציבוריים. ומכאן לפרשיות שבפנינו.

פרשת שמעון ביטון

6.        הכתבות נשוא הערעור עסקו בביקורת אודות מינויו של המערער לתפקיד יועץ התקשורת של ראש העירייה והשימוש שעשה בעיתון אותו הוא עורך לצורך קידומו האישי לתפקיד פוליטי. בכתבה שכותרתה "העכבר אכל את החתול" תוארה הביקורת של אישי ציבור שונים על מינויו של המערער ליועץ התקשורת של ראש העירייה הנבחר של בית שמש, ובכתבה שכותרתה "יום התשלום הגיע" נכתב כי המינוי האמור חושף את מטרתו העיקרית של המערער בפרסומיו - "להגיע לקופה הציבורית ולטעום ממנה". בכתבה שכותרתה "רחשים בחצר" נכתב בכותרת המשנה "כל כך לא טבעי למצוא נבל ברשות התורה בשרות הציבור", ובגוף הכתבה תואר כיצד "מינויו של שמעון ביטון מעורר חלחלה לא מעטה בקרב חבריו הקרובים של דני וקנין ראש העיר". עיננו הרואות, כי תוכנן של מרבית הכתבות עוסק בסוגיה פוליטית – מינויו של המערער ליועץ התקשורת של ראש העיר. אכן, הכתבות נשוא הפרשה הזו מאופיינות בלשון צורמת שיש בה כדי לפגוע בכבודו של איש הציבור המותקף. שמו הטוב של איש הציבור – הוא כבודו (ע"א 4532/02 רשת שוקן בע"מ נ' אילון (לוני) הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558, 573), השמירה על שמו הטוב מהווה תכופות תנאי להגשמת דרכו הציבורית (ראו ע"א 802/87 נוף נ' אבנרי, פ"ד מה(2) 489, 495-494). יחד עם זאת, "דווקא בתחום הציבורי חיוני לתת משקל מרבי לחופש הביטוי, שכן בתחום זה מעוצבת התפיסה החברתית והמדינית הקובעת את כיוונה של החברה" (דברי הנשיא א' ברק בע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 864-863).

           גישה מרחיבה כלפי חופש הביטוי נדרשת במיוחד כאשר עוסקים אנו בפרסומים הנוגעים לבחירות פוליטיות ובעניינם של המועמדים לבחירה (פרשת רינת הנ"ל, בעמ' 89); זאת נוכח המשמעות המיוחדת שיש למעמדו של הביטוי הפוליטי במסגרת מאבקי בחירות:

אין להעלות על הדעת, שניתן לקיים בחירות במשטר דמוקרטי בלי לאפשר, עובר לקיומן, החלפת דעות ושכנוע הדדי, ובלי שיקוימו אותם בירורים ודיונים, בהם מעוצבת דעת הקהל, הממלאת תפקיד חיוני בכל משטר חופשי, יהיה זה, כאמור בעת בחירות ויהיה זה בכל ימות השנה (דברי הנשיא שמגר בבג"צ 372/84 חנה קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות  פ"ד לח(3), 233 ,עמ' 239-240; ראו גם בג"צ 869/92 ניסים זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מו(2), 692 עמ' 707-708)

           הנסיבות שבהן פורסמו הביטויים שלפנינו – מערכת הבחירות המתוחה בעיר בית-שמש – ממחישות את חשיבותו של מרחב הביטוי.

7.        המערער שימש בתפקיד פוליטי. הוא נטל חלק בפעילות פוליטית, ובתקופה נשוא הכתבה תמך באופן פומבי באחד המועמדים לעירייה. הוא נהנה גם מנגישות גבוהה יחסית לכלי התקשורת, אם בכובעו כיועץ תקשורת ואם בהיותו עורך מקומון. אכן, המערער נהנה מגישה ישירה לעיתון, ואף פרסם מאמרים פרי-עטו כנגד המשיב וכנגד אחרים. כל אלו הופכים את המערער ל"איש  ציבור" השם עצמו בעין הביקורת הציבורית ואף נהנה מבמה ציבורית משלו. הוסף את אלה למסקנה המשפטית אותה שימרנו בדבר העדר תחולה לכלל הצפיות, והמסקנה היא, כי דין ערעור זה להדחות.

פרשת ז'קלין מימון

8.        עניינה של פרשת ז'קלין מימון בפרסום ביקורתי אודות התנהלותה של המשיבה כעוזרת לגננת בגן ילדים בעיר אשדוד.  בכתבה מתואר כיצד "לילדה אחת היא גזרה את שערה הבלונדיני הארוך (במספרים לגזירת קרטון), כשהילדה מתחננת שתפסיק וסובלת מכאבים.."  וכיצד לילדה אחרת "פשוט שפכה נפט על ראשה אותו הוציאה מעששית מול עיני הילדים המזועזעים בגן..." - כל זאת חרף זעקות התנגדותה של הילדה. המערער 2 דיווח בכתבה כי הילדות פוחדות ללכת לגן עם שיער פזור שמא יגזרו להן אותו – וכלשונו – "סיוט בגן הילדים!". בגוף הכתבה תוארה המשיבה כמי שנכנסה ל"פאניקת כינים". שיטת הטיפול של המשיבה בכינים שנמצאו בראשי הילדים תוארה כ"שיטה אכזרית שאולי מזכירה את הטיפול האכזרי בבתי היתומים בזמן מלחמת העולם השנייה באירופה". הכתבה לוותה בשתי תמונות של המשיבה, שצולמו בפתח גן הילדים. חברי הנשיא א' ברק תיאר את סגנונה של הכתבה כ"סגנון סנסציוני, בוטה וגס" ואף סבר, כי "היא עתירה מלות הגזמה ודימויים מופרכים". יחד עם זאת, קבע הנשיא, כי אין בכך כדי ללמד על יותר מאשר איכותה של הכתבה עצמה.

           אכן, בית המשפט נוהג זהירות יתירה מפני הכתבת סטנדרטים של טעם טוב לאמצעי התקשורת. זאת, על-מנת להבטיח את המרחב הנדרש לקיומן של דעות שונות ועל-מנת להבטיח העברה חופשית של המידע. "אין בית המשפט יכול לכפות טעמו והגיונו הוא על המפרסם... עליו להותיר מקום להבעות דעה תקיפות" (ע"א 723/74 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד לא(2) 281; וכן ע"א 7/79 הוצאת ספרים "החיים" נ' רשות השידור, פ"ד לה(2) 365; פרשת קידום הנ"ל). תכופות דוקא אמירות מלעיזות, בוטות ומעוררות סלידה, הן הזקוקות להגנה. אמירות שהכל מסכימים עמן, אינן זקוקות, ברגיל, להגנה החוקתית.

           בענייננו אין בסגנונה של הכתבה, לכשעצמו, כדי ללמד על הכוונה לפגוע במשיבה. כפי שציין חברי הנשיא, לא הובאו בפני בית המשפט קמא כל ראיות המבססות יחס מיוחד של המערערים כלפי המשיבה מתוכו ניתן היה לאשש קיומה של כוונה זו.

9.        זאת ועוד: עיון בכתבה מלמד כי תכליתה לבקר את מעשיה של המשיבה בגן הילדים. אמנם, אין המדובר ב"ביטוי פוליטי" אולם ענין לציבור יש כאן. שאלת תפקודה של גננת בגן ילדים היא שאלה שיש בה עניין של ממש לתושבי המקום הנדרשים לבחור את המסגרת החינוכית אליה הם משייכים את ילדיהם. "עניין ציבורי" ייחשב עניין שידיעתו ברבים רלוונטית להגשמת מטרה ציבורית או שיש לציבור תועלת בידיעה לגביו - אם לצורך גיבוש דעתו בעניינים ציבוריים ואם לשם שיפור אורחות חייו (השופטת ד' ביניש בפרשת אפל הנ"ל, בעמ' 622-621). "בהחלט יתכנו מצבים בהם פירסום ברבים של עניינים הנוגעים לאדם פרטי עשוי להביא תועלת לציבור, למשל כאשר משרת הפירסום את האינטרס הציבורי שבאכיפת החוק, או הדאגה להגנת הציבור בפני סיכונים שונים, לרבות סיכונים בריאותיים. בכל מקרה על פי נסיבותיו יש לערוך את איזון האינטרסים הנוגדים..." ( השופט ג' בך בע"א 439/88 מדינת ישראל נ' ונטורה , פ"ד מח(3) 808, 828-827).

           אכן, המשיבה כאן אינה נבחרת ציבור ואף לא העמידה עצמה, מיוזמתה, בעין הציבור. עניינה שונה מזה של המערער בפרשת שמעון ביטון. היא נושאת עם זאת במשרה ציבורית, מכוח היותה גננת במוסד עירוני. הסוגיה בה עסקה הכתבה יש בה עניין לציבור. ואף כאן, נסיבותיו המיוחדות של המקרה נבחנות לאור המסקנה המשפטית בדבר אי תחולתה של הלכת הצפיות בכל הנוגע ליסוד הכוונה שבסעיף 6 לחוק; ואף כאן המסקנה המתבקשת היא שלא היה מקום להרשיע את המערערים בעבירה שיוחסה להם.

           יש, על-כן, לדעתי, לקבל את הערעור בפרשה זו ולזכות את המערערים מעבירת לשון הרע. לענין העבירה על-פי חוק הגנת הפרטיות, אין לי צורך להוסיף על הדברים הברורים שהשמיע הנשיא.

                                                                                      ש ו פ ט

השופט (בדימ') י' טירקל:

1.        לדעת חברי הנכבד הנשיא א' ברק בחוות דעתו ראוי שהמצב המשפטי, שלפיו חל כלל הצפיות בעבירות כוונה תוצאתיות, וכן חל הוא בעבירות מטרה התנהגותיות,  לפי פירושה של כל עבירה לאור תכליותיה, יוסיף לעמוד על כנו גם אחרי חקיקתו של חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד – 1994. אשר לתחולתו של כלל הצפיות בעבירה של לשון הרע לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה – 1965 (להלן – "החוק") סבור חברי הנשיא כי אין לשנות מן ההלכה שנפסקה בע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, גם אחרי שחלפו כעשרים שנה, ולפיה עולה מפירוש העבירה לפי תכליתה כי כלל הצפיות אינו חל בה. לדעתו, פרסום לשון הרע בלי כוונה לפגוע עשוי להיות פסול, אך אין בכך כדי להכניס את הפרסום לגדרה של העבירה הפלילית לפי סעיף 6 לחוק. חברי הנשיא מוסיף כי "'המקום הגאומטרי' הראוי לטפל בו הוא במסגרת האזרחית של תביעת נזיקין בלשון הרע ובהטלת פיצויים ראויים, שישקפו את מלוא הנזק (הרכושי והלא רכושי) שנגרם לאדם אשר שמו הטוב נפגע" (סעיף 28 לחוות דעתו).

2.        לפי השקפתי העקרונית, שאותה הבעתי בע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 וכן בדנ"פ 8613/96 מוחמד יוסף ג'אברין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193, יש לצמצם, על דרך של פרשנות, את תחום פרישתן של הוראות הדין הפלילי הפוגעות בחופש הביטוי. אמרתי שם כי "על פני אמת המידה, שבקצה האחד שלה חופש הביטוי המוחלט, ובקצה השני - איסורו, יש לקבוע את נקודת האיזון קרוב מאוד לקצה הראשון. במלים אחרות, יש לאמץ גישה הגורסת חופש ביטוי כמעט מוחלט" (ע"פ 2831/95 הנ"ל, בעמ' 331). מטעם זה לא הייתי מחמיר עם המפרסם על ידי החלתו של כלל הצפיות בעבירה של לשון הרע. אכן, גם לדעתי יש בסעד האזרחי בעוולת לשון הרע כדי לספק את הנפגעים במרבית המקרים ואין צורך בהרחבת תחולתה של הסנקציה הפלילית, כאשר דברים אמורים בענינים שהם במהותם אזרחיים.

3.        לפיכך אני מצרף דעתי לדעתו של הנשיא, לרבות לפרשנותו של סעיף 2(4) וסעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981.

                                                                                      שופט (בדימ')

           הוחלט ברוב דעות, נגד דעתם החולקת של המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא, המישנה לנשיא מ' חשין והשופטת מ' נאור, כי אין מקום לסטות מן ההלכה שנפסקה בע"פ 677/83, ולפיה "כלל הצפיות" אינו חל על עבירת לשון הרע. הוחלט ברוב דעות, נגד דעתם החולקת של הנשיא א' ברק, השופט (בדימ') י' טירקל, השופט א' ריבלין והשופטת א' פרוקצ'יה, לדחות את הערעור בע"פ 8295/02 לעניין עבירת לשון הרע. הוחלט פה אחד לקבל את הערעור בע"פ 8295/02 לעניין עבירת הפגיעה בפרטיות, ולדחות את הערעור ברע"פ 9818/01.

           ניתן היום, כ' באדר ב' התשס"ה (31.3.2005).

ה נ ש י א                          המשנה לנשיא (בדימ')                        המישנה לנשיא

שופט (בדימ')                    ש ו פ ט ת                                         ש ו פ ט

ש ו פ ט ת                          ש ו פ ט                                             ש ו פ ט ת

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח.   01098180\_A20.doc/דז/

מרכז מידע, טל' 02-6750444 ; אתר אינטרנט,  [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il/)