

רע"פ 5991/13

בבית משפט העליון
בירושלים

אליצור סגל

המבקש:

ע"י ב"כ עו"ד יצחק בם
רח' בן יהודה 34
מגדל העיר, קומה 18, ירושלים
טל: 077-8150041; פקס: 03-5422596

- נ ג ד -

1. מדינת ישראל

המשיבים:

באמצעות פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טלפון: 02-6466018; פקס: 02-6271783

2. הרב ישראל וייס

3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד לילה מרגלית ו/או דן יקיר ואח'
רחוב נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טלפון: 03-5608185; 0546209622
פקס: 03-5608165

תגובת המשיבה 3

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 1.10.13, מתכבדת המשיבה 3 להגיש את תגובתה כדלקמן:

מבוא

1. המשיבה 3, האגודה לזכויות האזרח בישראל, הצטרפה לדיון בעניינו של המבקש בבית המשפט המחוזי בירושלים, במעמד "ידידת בית המשפט". זאת, בעקבות בקשה שהגישה ביום 13.5.13.

2. המשיבה 3 סבורה עם כל הכבוד, ששופטי המיעוט בדנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (11.7.11) (להלן – עניין אונגרפלד), צדקו משקבעו, שהעבירה של העלבת עובד ציבור (סעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977) לא נועדה לביטויים שעיקרם ביקורת וטענות מהותיות, ושאינן היא מהווה המסגרת המתאימה לבחינת מעשיו של אדם, הטוען למשל כי שוטר פלוני הוא מושחת. המשיבה 3 שותפה לעמדת המבקש, לפיה יש מקום להרהר אחר הלכת אונגרפלד ולבחון אותה מחדש.

3. יחד עם זאת, כפי שיפורט להלן, גם במסגרת הלכת אונגרפלד, המקרה דנן מהווה עליית מדרגה מדאיגה ביישומה ובפרשנותה של עבירת ההעלבה, העלולה לערער את ההגנה על חופש הביטוי הפוליטי במדינת ישראל ואת זכות האזרח לבקר את התנהלותם של אנשי ציבור ללא מורא. הגנה רחבה על זכות זו מהווה תנאי הכרחי לשמירת אופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל, והפגיעה בה חותרת תחת אותו אינטרס ציבורי, עליו מבקשת עבירת ההעלבה להגן – הוא התפקוד התקין של שירות ציבורי במדינה דמוקרטית.

4. חופש הביטוי הפוליטי הוא לב ליבו של המשטר הדמוקרטי, בו "האמת אותה מחפשים היא זו העולה מהחלפה חופשית של דעות והשקפות ולא מדיכוי (עצמי או חיצוני) של דיבור זה או אחר" (ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 859, 840 (1989) (להלן – עניין אבנרי נ' שפירא)). באופן דומה, "אמון הציבור" בשירות הציבורי, עליו מבקשים להגן במדינה דמוקרטית, הוא אותו אמון המבוסס על החלפה חופשית של דעות והשקפות בנוגע להתנהלותם של אנשי ועובדי ציבור.

5. בפסק דינו אישר בית המשפט המחוזי את הרשעת המבקש, לאחר שקבע בין השאר, כי מאמרו היווה "רמיסה ברגל גסה של מעמדו המוסרי, הדתי והתורני של הרב הצבאי הראשי" (פס' 14 לפסק הדין). אלא שקביעה זו מבטאת היטב את הצורך בהתערבות בית משפט נכבד זה על מנת להבהיר את האופן בו יש ליישם את הלכת אונגרפלד על מקרים כגון דא. שכן במדינה דמוקרטית, מעמדו המוסרי, הדתי והתורני של עובד ציבור בכיר אינו אמור להיות חסין מפני מאמרי דעה פוגעניים.

6. תיק זה אינו התיק היחידי מהעת האחרונה, בו הועמד אזרח לדין בגין מאמר ביקורתי שכתב נגד עובד ציבור. בימים אלה ממש אדם שפרסם מאמר באינטרנט, המטיח בבכיר במשרד הביטחון כי הפיץ שקרים והטעה את הממשלה ביחס למערכת הגנה מפני טילים, נמצא אשם בהעלבת עובד ציבור (ת"פ (ק"ג) 43638-12-11 יחידת תביעות להב 433 נ' מיכאל אזולאי (ניתן לעיין בהחלטה הדוחה את בקשת הנאשם לביטול כתב האישום, בהסתמך על הלכת אונגרפלד כאן: <http://goo.gl/78oZJh>). במאמר, אשר כלל התבטאויות והאשמות קשות, הזמין הכותב את עובד הציבור לתבוע אותו על הוצאת דיבה. אלא שהמדינה בחרה להגיש נגדו כתב אישום בגין העלבת עובד ציבור, במסגרתו, כידוע, לא ניתן להישען על ההגנה של "אמת דיברתי".

7. המקרה דנן מדגים היטב את הבעייתיות העמוקה שבשימוש בעבירת ההעלבה כמעין "מסלול עוקף" לדיני לשון הרע, תוך שלילת האיזונים הזהירים, שנקבעו בתחום זה להגנה על חופש הביטוי. כן הוא מדגים היטב את **הסתירה המהותית הקיימת** בין שימוש זה בעבירת ההעלבה לבין הנחות היסוד העקרוניות והחוקתיות, עליהן מושתתת הפסיקה הענפה הנוגעת לביקורת על אנשי ציבור במסגרת דיני לשון הרע.

8. **התערבות בית משפט נכבד זה במקרה דנן דרושה, על מנת להבהיר את גבולות עבירת ההעלבה ביחס לעובדי ציבור בכירים, וביחס לאזרחים, המבקרים עובדי ציבור במסגרת מאמרים פובליציסטיים - סוגיות, אשר לא עמדו בפני בית המשפט הנכבד בעניין אונגרפלד, ואשר טעונות הכרעה עקרונית.**

ביקורת על עובדי ציבור בכירים ועבירת ההעלבה

9. במקרה דנן, אין מדובר במעשה העלבה כלפי עובד ציבור זוטר, במהלך ותוך כדי מילוי תפקידו, אלא במאמר פובליציסטי שכל כולו הבעת עמדה ביחס להתנהלותו של עובד ציבור בכיר בעל שיקול דעת שלטוני רחב. המאמר כולל אמנם אמירות קשות מאד, אולם במדינה דמוקרטית זו זכותו היסודית של אזרח להביע ביקורת נגד איש ציבור בלשון בוטה.

10. כבר בעניין אונגרפלד, חלק מהשופטים העירו בחוות דעתם על הצורך להבחין בין עובד ציבור זוטר, הנתקל במעשה העלבה בשטח, לבין איש ציבור בכיר. בהקשר זה ציינה הנשיאה ביניש, כי "ייתכן שסף הסיבולת המצופה מעובדי ציבור שונים ישתנה בהתאם לתפקיד אותו הם ממלאים, לבכירותם ולאופן בו הם מונו או נבחרו לתפקידיהם" (פיסקה 6 לחוות דעתה, בדעת מיעוט אך לא לעניין זה).

11. ברוח דומה הדגיש השופט רובינשטיין בחוות דעתו את ההבדל המהותי הקיים, בין עובד ציבור זוטר ועובד ציבור בכיר:

"כבר ציינתי, כי כושר הסיבולת להעלבה מטבעו גדול אצל עובדי ציבור בכירים בעלי נגישות לפרהסיה הציבורית - בדומה במידה ניכרת לנבחרי ציבור, ושגם צריכים היו להניח בקבלם עליהם את התפקידים, כי הסובל מחום וריחות אל ייכנס למטבח - מאשר אצל זוטר במערכת, ואף ברמה הבינונית, למשל שוטר או פקיד מס. זה האחרון, אין בכוחו להתמודד עם ההעלבה; אל יהא המעליב "גיבור על חלשים". כיועץ משפטי לממשלה או כמזכיר הממשלה לא הייתי מעלה על דעתי נקיטת צעדים משפטיים נגד מי שחרפוני, וחרופים היו בכמויות "מסחריות", בלא בדיקה של עובדות לאשורן ועל כן ראיתים כעלבון וכעוול, אך בתוקף התפקיד נותרתי מן 'הנעלבים ואינם עולבים, שומעים חרפתם ואינם משיבים'..." (פיסקה ט' לחוות דעתו).

12. רבים מבין הטעמים, המחייבים הענקת הגנה רחבה במיוחד לחופש הביטוי עת מדובר בנבחר ציבור, מחייבים גישה דומה לגבי עובד ציבור בכיר כגון הרב הצבאי הראשי. ואכן, הנחיות היועמ"ש דורשות קבלת אישור מהמשנה לפרקליט המדינה (עניינים מיוחדים) לפני הגשת כתב אישום בעבירה זו, הן כשמדובר בנבחר ציבור, והן כשמדובר בעובד ציבור בכיר (הנחיה 4.1103 "הגשת **כתבי אישום בעבירות של העלבת עובד ציבור וזילות בית המשפט**").

13. כדברי השופטת פרוקצ'יה בעניין אונגרפלד, "המושג 'העלבה' בהקשרו הנורמטיבי מניח ציפייה לסף-סיבולת גבוה מצד עובד הציבור, אשר נועד לאפשר לאזרח מרחב ביטוי וביקורת כלפי תפקידו של עובד הציבור והשירות הציבורי" (פיסקה 26 לחוות דעתה). **ציפייה זו לסף-סיבולת גבוה עולה ככל שמדובר בעובד ציבור בכיר יותר, הנושא בידו סמכויות רחבות יותר והמקבל על עצמו אחריות ציבורית גדולה יותר.**

סתירה מהותית לאיזונים החוקתיים בעניין הבעת דעה על אנשי ציבור

14. על החשיבות המיוחדת המיוחסת לחופש הביטוי בנוגע לאנשי ציבור ודמויות ציבוריות ניתן ללמוד, בין השאר, מהפסיקה הענפה העוסקת בדיני לשון הרע (ראה למשל בעניין אבנרי נ' שפירא). אמנם, בית המשפט באונגרפלד קבע, שההגנות מתחום דיני לשון הרע אינן חלות על עבירת ההעלבה, וזאת משום שמדובר במאטריה שונה עם ערך מוגן אחר. **אולם, ואף מכוח קל וחומר, אותם איזונים חוקתיים, המחייבים מתן הגנה רחבה במסגרת דיני לשון הרע לביקורת, המופנית נגד אנשי ציבור, מחייבים שלא לראות במאמר פובליציסטי, הכולל דברי ביקורת קשים או אף מעליבים נגד עובד ציבור בכיר, כעבירה על החוק.**

15. על פי סעיף 15(4) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 מוענקת הגנה מיוחדת ל"הבעת דעה" על התנהגותו של אדם "בתפקיד שיפוטי, רשמי או ציבורי, בשירות ציבורי או בקשר לעניין ציבורי". סעיף זה, והפסיקה הענפה המפרשת ומיישמת אותו, מבוססים על הנחת היסוד העובדתית והנורמטיבית, לפיה הבעת עמדה על התנהלותם של אנשי ציבור **תורמת** לשמירת הערך המוגן של התפקוד הראוי של השירות הציבורי, ואינה פוגעת בו. קיימת **סתירה מהותית** בין הנחת יסוד חוקתית זו לבין השימוש בעבירת ההעלבה נגד אזרחים, המפרסמים מאמרים קשים נגד עובדי ציבור בכירים. **אותו אינטרס ציבורי, עליו באה עבירת ההעלבה להגן – קיומו של ממשל דמוקרטי תקין – הוא אשר מחייב דווקא מתן עדיפות לחופש הביטוי ביחס לאנשי ציבור, גם במסגרת עבירת ההעלבה:** "ההצדקה לעמדה המצדדת במתן עדיפות לחופש הביטוי על-פני שמם הטוב של דמויות ציבוריות, יכולה להימצא בחשיבות החברתית של הביקורת על אנשי ציבור לשם קיום ממשל דמוקרטי תקין" (ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(3) 607, 621 (2002)).

16. החשיבות הרבה של חופש הביטוי ביחס לאנשי ציבור נובעת מהצורך לאפשר דיון ציבורי חופשי, וללא מורא, הן בשאלות הנוגעות להתאמתם האישית לתפקיד, והן בשאלות הנוגעות למדיניות

השלטונית הנקבעת או המיושמת על ידם. כפי שהשופט ברק (כתוארו אז) הדגיש כבר בעניין אבנרי נ' שפירא, דווקא כאשר מדובר באיש ציבור, קיים קושי ממשי להפריד בין הדיון הנוקב והמעמיק בסוגיות פוליטיות השנויות במחלוקת, ובין הדיון באנשי הציבור עצמם:

"חופש הביטוי מאפשר החלפה של דעות, המאפשרת מצדה עיצוב של ההשקפות הפוליטיות המעצבות את המשטר... דברים אלה תופסים במיוחד לעניין חופש הביטוי באשר לנושאים ציבוריים ובאשר לאנשים התופסים עמדות ציבוריות. אין אפשרות לנתק דיון חברתי בעמדות וברעיונות, שיש לציבור עניין בהם, מדיון רציני בבעלי העמדות ובהוגי הרעיונות. בתחום הציבורי והפוליטי קשה לנתק את הקשר בין הדעה לבין מי שמביע אותה. מכאן הצורך החברתי לאפשר חופש לא רק באשר לדעות אלא גם באשר לנושאי משרה המשמשים להן שופר. אכן, דווקא בתחום ציבורי זה חיוני ליתן משקל מירבי לחופש הביטוי, שכן בתחום זה מעוצבת התפיסה החברתית והמדינית הקובעת את כיוונה של החברה. דווקא בתחום זה הופכת חירות הביטוי לפגיעה במיוחד, בשל הנטייה לראות בצמצומה פתרון קל לבעיות חברתיות שהפתרון הראוי להן נמצא במקום אחר" (עמ' 863).

17. המקרה דגן הוא מקרה מובהק, בו דברי הביקורת נגד עובד הציבור הבכיר הובאו כחלק בלתי נפרד מדיון ציבורי פלמוסי אודות שאלות פוליטיות וערכיות השנויות במחלוקת. בנסיבות אלה מתקיימים במלוא עוצמתם הראציונאליים, המחייבים מתן הגנה מיוחדת לחופש ביטוי, ונחלשת ההצדקה בסיווג האמירה כ"מעשה העלבה".

18. יפים לעניין זה דבריה של השופטת ארבל בדעת הרוב באונגרפלד, אשר אמנם סברה כי ייתכנו דברי ביקורת – "והדעת נותנת כי לא רבים הם" - אשר ייכנסו לגדרי עבירת ההעלבה, אך עם זאת הדגישה שמדובר בדברים ש"הנסיבות בהן נאמרו והקשרם הכולל של הדברים מלמדים כי ערכם, לצורך תכליות חופש הביטוי, קלוש ופגיעתם בתפקודו של השירות הציבורי יכולה להיות רבה" (פיסקה 7 לחוות דעתה). על מאמר דעה פוליטי אין לומר, כי ערכו לצורך תכליות חופש הביטוי "קלוש".

19. על חשיבות ההגנה על חופש הביטוי במסגרת מאמרי דעה פובליציסטיים, המתייחסים למהלכיהם של אנשי ציבור בעניינים שלציבור עניין בהם, ראה: ע"א 323/98 שרון נ' בנוימן, פ"ד נו(3) 245, 266 (2002). באותה פרשה נקבע, שכאשר מדובר במאמר פובליציסטי, המבקר התנהלותו של איש ציבור, יש להעדיף את חופש הביטוי על פני הזכות לשם טוב - ועל כן, יש לסווג את המאמר כ"הבעת עמדה", הזכאית ליהנות מהגנת תום הלב, אף אם הוא כולל אמירות שעשויות להתפרש כטענות עובדתיות:

"הנה כִּי־כן, ענייננו במאמר ביקורתי בשאלת אמינותו של שרון בכהונתו כשר בממשלה על רקע הכחשה לדבריו בנושא אקטואלי מצד ראש־ממשלה לשעבר שבממשלתו כיהן שרון כשר הביטחון. במאמר, המנוסח בלשון פולמוסית, מסיק המחבר מסקנות גם על רקעה של המחלוקת סביב קורותיה של מלחמת לבנון שמנחם בגין ושרון מילאו בה תפקידים מרכזיים. גם מאמר מעין זה, בנושא שיש בו עניין ציבורי, יכול שיכלול אמירה שיש בה משום לשון הרע ושתקים לנפגע ממנה עילה להגן על שמו הטוב. ואכן, הטענה כי שרון "רימה" את בגין –

שלמצער משתמעת מן המאמר – מהווה לשון הרע. אך בפרשנות האמירה לעניין סיווגה כהבעת דעה או כקביעה עובדתית יש לייחס משקל רב ונכבד לעקרון חופש הביטוי, וההתחשבות בשיקול זה תומכת בפרשנות הרואה באמירה משום הבעת דעה. כפי שכבר צוין, הכרעה בדבר סיווגה של אמירה – כהבעת דעה או כקביעה עובדתית – המתבססת על שיקולי מדיניות משפטית, אין משמעה כי האמירה אכן משתייכת רק לאחת משתי הקטגוריות האמורות, אלא שלצרכים משפטיים יש להתייחס אליה כמשתייכת לאותה קטגוריה" (עמ' 268).

חשיפה לדעות "פוגעניות" ואמון הציבור בשירות הציבורי

20. בבחינת השאלה אם אמירה "מעליבה" עלולה לפגוע, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, בתפקודו התקין של השירות הציבורי, יש להעניק משקל בין השאר להנחה, כי "בהתייחסו לדעות, המתיימרות להיות דעותיו של המפרסם ותו לא, גישתו [של הקורא – ל' מ'] מן הסתם ספקנית יותר, וישתדל הוא ליצור לעצמו דעה עצמית משלו אודות העובדות האמורות" (ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555, 567 (1992)). בשל הנחה זו, "הרי שגם מסקנה עובדתית תסווג כדעה, והליך הסקתה עומד אף הוא לביקורת הקורא" (ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד מט(2) 856, 843 (1995)).
21. דברים אלו יפים גם לענייננו. כפי שאנו מצפים מקורא במדינה דמוקרטית להפעיל שיקול דעת עצמאי ביחס לעמדות המושמעות בקשר לאנשי ציבור – לעניין השאלה אם איש הציבור זכאי לתרופה בגין הפגיעה בזכויותיו – כך אין להניח כי עצם פרסומם של דברי ביקורת פוגעניים עלולה לגרום, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, פגיעה באמון הציבור במערכת הציבורית.
22. כך ביתר שאת, כאשר הדברים מתפרסמים "באתר בעל עמדה מוגדרת מראש, הפונה מלכתחילה לקהל מסויים" – לגביו ניתן לומר, ש"גם מי שאינו נמנה על אותו 'קהל מסויים' אך נקלע בכל זאת לאותו אתר, משקיף מלכתחילה על החומר שבו באספקלריא מסוימת המתאימה לאתרים מסוגים אלה" (ע"א (י-ם) 45996-05 עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' ש.ע.ל. שלום עכשיו לישראל מפעלים חינוכיים (21.4.13) עמ' 2).
23. בהקשר זה שגה בית המשפט המחוזי הנכבד משקבע, כי "ההגיון והשכל הישר מלמדים, כי לפחות צעירים חסרי ניסיון יקשיבו לדברים אלה, ויטעימו אותם. הדברים פורסמו באתר האינטרנט של תנועת "מנהיגות יהודית", שלדברי המערער אלפים גולשים בו מדי חודש בחודשו, וניתן להניח במידה רבה של וודאות (וב"כ המערער לא חלק על כך), כי רובם ככולם קוראים המזדהים עם רוח האתר ואינם קוראים את הפרסומים בו קריאה ביקורתית. לכך יש להוסיף כי אין המדובר בפרסום רגעי או לפרק זמן קצר.... הנה כי כן, פוטנציאל הפגיעה בתפקודה של הרבנות הצבאית הראשית כמי שאמורה להיות הפוסקת הראשית בענייני הלכה בצבא, ואשר חיילים אמורים לציית לפסיקותיה, גבוה. מידת האמון בה נשחקת עד דק, אם בראשה עומד מי שמייחסים לו שותפות לעבירות על לאווין שאין חמורים מהם. האם חייל יציית לפסיקתו של רב צבאי, המתיר לו לחלל שבת בנסיבות מסוימות, לאחר שקרא דברים אלה?" (עמ' 11-12 לפסק הדין).

24. קביעה זו נוגדת את הנחת היסוד החוקתית הבסיסית, לפיה אזרחים חופשיים רשאים – ואף מצופים – לגבש עמדות עצמאיות לאחר שנחשפו לדעות שונות ומגוונות. הרעיון, שעל המדינה לשלוט במידע או בהשקפות, אליהם נחשף האזרח – וזאת על מנת למנוע ממנו להגיע למסקנה, כי איש ציבור זה או אחר אינו ראוי לאמונו – חותר תחת מעמד האזרח כאדם חופשי ואוטונומי. ההנחה שעל המדינה "להגן" על "סמכותו" של עובד ציבור או על אמון הציבור במערכת הציבורית על ידי מניעת חשיפתם של אזרחים, לביקורת קשה או פוגענית – סותרת את הרציונלים הבסיסים ביותר לזכות לחופש הביטוי.
25. ניסיון להגן על אמון הציבור בשירות הציבורי באמצעות רגולציה של מידת החרیפות המותרת בביקורת עליה נועד לכישלון – והוא אשר עלול לפגוע בתפקוד התקין של הרשויות ובאמון הציבור בו. אמון ציבורי, הנרכש באמצעות השתקת ביקורת, עומד על יסודות רעועים ושבריריים.
26. בהקשר זה, ולא רק בו, יש לתת משקל משמעותי גם לטענות שהועלו בידי המבקש, לעניין יסוד ה"הצקה והטרדה", אשר אינו מתקיים במקרה של מאמר בפובליציסטי. אין לומר, שפרסום ביקורת ברבים, שאינה כרוכה בהצקה או בהטרדה של עובד הציבור, מהווה העלבה, העלולה לפגוע ברמת הסתברות של ודאות קרובה, בתפקודו של השירות הציבורי.
27. לאור כל האמור לעיל, אין לומר שיש בפרסום מאמר מסוג זה משום ודאות קרובה לפגיעה קשה בתפקוד הציבורי. בהקשר זה, המשיבה 3 מצטרפת לעמדת המבקש, לפיה המבחן ההסתברותי בעבירת ההעלבה צריך לשקף את הנחת היסוד ה"נורמטיבית", לפיה השמירה על חופש הביטוי ועל זכות האזרח לכתוב מאמרים נוקבים נגד עובדי ציבור – לא כל שכן עובדי ציבור בכירים – אינה פוגעת בערך המוגן של עבירת ההעלבה, אלא תורמת לשמירתה.

מבחן הודאות הקרובה – מקרים חריגים וקיצוניים

28. זאת ועוד. כפי שהדגישה השופטת פרוקצ'יה בעניין אונגרפלד, אימוץ מבחן הודאות הקרובה נועד להביא לצמצום תחולת עבירת ההעלבה למקרים **חריגים וקיצוניים** במיוחד, בהם אין כל ברירה אלא לפגוע בזכות החוקתית לחופש הביטוי: "ההיזקות למבחן ההסתברותי ברמה של ודאות קרובה" מצר, אפוא, את תחום התפרשותה של העבירה, ומותיר את החלטה למקרים קיצוניים שבהם האמירה העולבת יוצרת ודאות קרובה לפגיעה ממשית באופן מילוי תפקידו הציבורי של עובד הציבור, ואגב כך, לפגיעה במערכת השירות הציבורי ולאמון הציבור בה" (פיסקה 53 לחוות דעתה). הוא נועד להבטיח, כי גם כאשר ביטוי ממלא אחר המבחן התוכני של עבירת ההעלבה, ופוגע בצורה קשה בליבת כבודו של עובד הציבור, היא תישאר חופשית ומוגנת – אלא אם מוכח קיומן של נסיבות חריגות ומיוחדות, המהיבות את התערבות רשויות אכיפת החוק.

29. במקרה דנן, התביעה לא עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח קיומה של ודאות קרובה לפגיעה קשה בשירות הציבורי, ובית המשפט המחוזי הנכבד שגה כשקבע, כי התקיים מבחן הסתברותי מחמיר זה מבלי שהדבר הוכח כדבעי. אם במקרה זה – בו מאמר נגד עובד ציבור בכיר כל כך נכתב על ידי מי שאינו בעל השפעה מיוחדת, באתר שהוא "בעל עמדה מוגדרת מראש, הפונה מלכתחילה לקהל מסויים" (ראה לעיל, פסקה 22) – קיימת ודאות קרובה שדברי הביקורת עצמם יפגעו בצורה קשה בתפקוד השירות הציבורי – יש בכך כדי לרוקן מתוכן את משמעותו של מבחן זה. על החשיבות של מבחן הודאות הקרובה בעבירות ביטוי ראה אלון הראל "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות ההתממשות של נזק': חשיבה מחודשת" **משפטים** ל 69 (1999).

זכות יסוד לעומת אינטרס ציבורי כללי

30. לסיום יש להבהיר שוב, כי אין אנו עוסקים כאן בדיני לשון הרע, ואין המשיבה 3 טוענת לתחולת הגנות אלה על עבירת ההעלבה. טענת המשיבה 3 היא אך, שלעניין **האיזון הראוי** בין השמירה על הערך המוגן בעבירת ההעלבה לבין הזכות החוקתית לחופש הביטוי, יש **ללמוד מהאיזונים** שנקבעו בדיני לשון הרע. זאת, משום שהם משקפים את הזהירות המיוחדת בה יש לנקוט, בכל הנוגע להגבלת הדיון הציבורי אודות מעשיהם של אנשי ציבור, ואת התרומה המרכזית של חופש הביטוי **לשמירה** על הערך המוגן בעבירת ההעלבה – היא תפקודו הראוי של השירות הציבורי. האופן שבו עבירת ההעלבה יושמה במקרה דנן **סותר איזונים חוקתיים אלה**.

31. יתרה מכך. כפי שהובהר בעניין **אונגרפלד**, בעוד דיני לשון הרע עוסקים באיזון שבין חופש הביטוי לבין זכות אדם עילאית נוספת, היקרה לעתים לאדם "כחיים עצמם" ו"יותר מכל נכס אחר" (**אבנרי נ' שפירא**, עמ' 856), עבירת ההעלבה עוסקת באיזון שבין חופש הביטוי לבין **אינטרס ציבורי כללי**. על כן, ניתן ללמוד לענייננו מההעדפה, הניתנת לחופש הביטוי נגד אנשי ציבור בדיני לשון הרע, וזאת **מכוח קל וחומר**: אם כך כאשר חופש הביטוי מתעמת עם זכות היסוד של הפרט לשם טוב, על אחת כמה וכמה כאשר הוא מתעמת עם אותו אינטרס ציבורי בדבר תקינות המינהל, המהווה כשלעצמו נימוק חשוב להבטחת חופש הביטוי נגד אנשי ציבור. ברע"א 10520/03 **בן גביר נ' דנקנר** (טרם פורסם, 12.11.6), עמדה השופטת פרוקצ'יה על ההגנה הנרחבת יותר הניתנת לחופש הביטוי דווקא כאשר הוא מתעמת עם אינטרס הכלל, כמו במקרה דנן, להבדיל מזכות הפרט:

"ההגנה הרחבה הניתנת לחופש הביטוי כשהוא מתעמת עם אינטרס הכלל עשויה להצטמצם במידה ניכרת כאשר חופש זה עומד כנגד זכות הפרט להגנה על כבודו ועל שמו. שהרי כושר הסיבולת של הציבור להתמודד עם פגיעה קשה המופנית כנגדו גדול שבעתיים מכושר עמידתו וסבילותו של הפרט כלפי פגיעה דומה. דרך כלל, בידי הציבור כלים טובים להתגונן כנגד פגיעה הנגרמת לו כתוצאה מאמירות ומסרים במסגרת חופש הביטוי. הפרט, לעומתו, משולל לעיתים אמצעי התגוננות כלשהם. כך, עולה מההלכה הפסוקה כי חופש ביטוי יוגבל מטעמים של פגיעה ברגשות הציבור רק כאשר הפגיעה היא אנושה, מעל ל"רמת הסיבולת" הראויה בחברה דמוקרטית, ויש בה כדי "לזעזע את אמות הסיפים" של הסובלנות ההדדית, ולהביא לידי הפרה של ממש בסדר הציבורי (בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיו ל.ט.ד. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד

מג(2) 22; פרשת סנש, עמ' 846; פרשת בכרי, עמ' 279). כאשר הביטוי פוגע בכבוד הפרט, אמת המידה להגבלתו אינה מחייבת בהכרח עוצמת פגיעה דומה. פגיעותו של היחיד מביטוי הפוגע בשמו גדולה באופן ניכר מפגיעותו של הציבור, והוא ראוי לפיכך להגנה רחבה יותר. (פיסקה 15 לחוות דעתה).

לסיום

32. הרב הצבאי הראשי הוא עובד ציבור בכיר, הממלא תפקיד ציבורי חשוב במדינת ישראל. זכותו של אזרח לבקר את התנהלותו באופן חריף היא זכות יסוד חוקתית, המהווה חלק בלתי נפרד מחופש הביטוי פוליטי הניתן לו. ספק רב בעיני המשיבה 3, אם אלמלא הוראת שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עבירת ההעלבה היתה עומדת במבחן החוקתיות; אולם כך או אחרת, השימוש בעבירה זו כדי להפליל מאמרי דעה כגון זה שנכתב בידי המבקש פוגע באופן קשה וחמור בזכות החוקתית לחופש הביטוי, בניגוד לפיסקת ההגבלה שבחוק היסוד: הוא אינו משרת תכלית ראויה, והוא אינו מידתי. המבחן ההסתברותי שנקבע בעניין אונגרפלד נועד, בין השאר, למנוע התפרשות העבירה יתר על המידה ולהבטיח שימוש זהיר בה. המקרה דן הוא מקרה מובהק של ביטוי מוגן, לגביו אין לומר כי קיימת ודאות קרובה שיפגע בערך המוגן של עבירת ההעלבה, ובו הפללת הביטוי היא אשר עלולה להזיק לאותו ערך מוגן, עליו באה עבירת ההעלבה להגן.

33. בנסיבות אלה, ולאור כל האמור לעיל, המשיבה 3 מצטרפת לבקשת המבקש ליתן רשות ערעור במקרה זה, על מנת להבהיר את גבולות עבירת ההעלבה ביחס לעובדי ציבור בכירים, וביחס למאמרי דעה ביקורתיים כלפיהם.

צירוף המשיבה 3 להליך זה

34. תגובה זו מוגשת כעת משום שכמי שצורפה להליך דלמטה כ"ידיד בית המשפט", המבקש צירף את המשיבה 3 כמשיבה לבקשת רשות הערעור. טרם נפסקה הלכה אם צירוף ידידת בית משפט בערכאה אחת משליך על צירופה גם בערכאת הערעור. למען הזהירות, בית המשפט הנכבד מתבקש לשוב ולצרף את המשיבה 3 להליך זה כידידת בית המשפט, בהתאם למערך השיקולים והמבחנים שנקבעו לעניין זה במ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 554 (1999). מבחנים אלה מתקיימים במקרה דנן ותומכים בצירוף המשיבה 3 לדיון.

35. המשיבה 3, האגודה לזכויות האזרח בישראל, היא עמותה, הפועלת מזה ארבעים שנה לקידום זכויות האדם בישראל באמצעות ייזום חקיקה, התדיינות משפטיות, חינוך, הסברה, התכתבות עם גורמי ממשל וטיפול בפניות ציבור. המשיבה 3 משמשת לא אחת כעותרת ציבורית בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית, ולעניינים בעלי אופי חוקתי, ועמדתה כידידת בית המשפט מוגשת לעתים מזומנות בעתירות בעלות חשיבות ציבורית, הנוגעות להגנה על זכויות האדם.

36. המשיבה 3 פועלת מאז היווסדה להגנה על חופש הביטוי. בין היתר ניהלה המבקשת התדיינויות בבג"צ; בעתירות מינהליות; בעתירות אסירים; ובהליכים פליליים, בנושאים הקשורים להגנה על חופש הביטוי במדינת ישראל. כל אלה מקנים למבקשת את ה"מומחיות", ה"ניסיון" וה"יצוג" שיש בהם כדי "לתרום להליך זה נקודת מבט שראוי שתהא בפני בית המשפט בשים לב למהות העניין הנדון" (ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל (2005)) ולסייע לבית המשפט הנכבד בגיבוש עמדה "המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו" (עניין קוזלי, עמ' 554).

37. צירוף המשיבה להליך זה גם אינו צפוי להכביד על הדיון – עיקר מטרתה של המבקשת הגשת תגובה זו, אשר תוכל לתרום תרומה ייחודית לדיון, ולהתמקד בדיון בבקשה בטיעונים הקשורים בה.

12 בנובמבר 2013

לילה מרגלית, עו"ד

ב"כ המשיבה 3