

## בבית המשפט העליון

רע"פ 5991/13

לפני: כבוד הנשיאה מ' נאור  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופטת ע' ברון

המבקש: אליצור סגל

נגד

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

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 2.6.2013  
ב-ע"פ 2696-03-13 שניתן על ידי כב' השופטים נ' בן-אור, ת' בזק רפפורט ור' וינוגרד

תאריך הישיבה: ו' בשבט התשע"ה (26.01.15)

מזכירת ההרכב: סתיו כהן  
קלדנית: גלית טובינה

בשם המבקש: עו"ד יצחק בם

בשם המשיבים: עו"ד עדי שגב  
2-1:

בשם המשיבה 3: עו"ד דן יקיר; עו"ד לילה מרגלית

**פרוטוקול**

עו"ד בם: מה שאני מבקש מבית המשפט הנכבד, המבקש כאן כבד שמיעה ולכן הוא יושב ביצע העיתונאים כדי שיתאפשר לו לראות שפתיים. היה פסק דין אונגרפלד בו טענתי באולם זה והפסדתי. אבל, לעיתים כשמנסים ליישם את ההלכה על כל מיני מקרים ספציפיים שלא נצפו כשקבעו את ההלכה מתחילים לראות כמה היא בעייתית. ניקח את הילכת אונגרפלד אומרת שיש לבדוק את היסוד ההסתברותי ולראות אם יש קרבה לוודאות לפגיעה בתפקודו של עובד ציבור, בנקודה זו אונגרפלד לא מספיק חדה לדעתי, אז מתגבשת העבירה. אז לאיזו תוצאה אנו מגיעים? כאשר מדובר בנאצות סתם? מצופה מעובד ציבור לגלות אורך רוח, להתעלות מעל זה ולא להיפגע בתפקודו. כאשר מדובר בביקורת בוטה, חריפה אבל בעלת תוכן ענייני, לא מפריכים קללות לאוויר, אלא אומרים עובד ציבור לא עושה את הדברים בצורה נכונה אלא ההפך ממה צריך ולכן הוא כך וכך. או אז, יש לנו קרבה לוודאות לפגיעה בתפקוד. יוצאת פה קריקטורה של חופש ביטוי. כי דווקא ביטויים שאין להם ערך קללות ונאצות סתם, אנו מגינים עליהם ואילו ביטויים שבלב חופש הפעולה הפוליטיים חשופים יותר לפגיעה כיון שלכאורה יש יותר סיכוי שהם ישפיעו על התפקוד של עובד ציבור. זה חמור יותר באיך שזה אמור לעבוד במשטר שמעודד שיח ציבורי. כאן הכלל צריך להיות הפוך. ככל שהביטוי מתרחק מההגנה של השיח הפוליטי כך הוא יכול להיות יותר חשוף לפגיעה של המשפט הפלילי. לורדקוק כשכתב על הדיבה משפט אנגלי ב-117 כתב שהאמת אינה הגנה. ככל שהאמת גדולה יותר כך הדיבה גדולה יותר. אנו כבר לא שם.

לכן, אני לא אסתיר את העדר האהדה שלי להלכת אונגרפלד. גם בהינתן הילכת אונגרפלד לדעתי כדי להגן על חופש הביטוי הפוליטי, ניתן לקבוע בחריג ולומר שמבחינה נורמטיבית כאשר מדובר במאמר פובליציסטי שנכתב על עובד ציבור בכיר ויש שם תוכן עניינים, לא קללות ונאצות גרידא, אז אין פגיעה לוודאות לפגיעה כי נורמטיבית עובד ציבור הוא מן השירות הציבורי להתמודד עם ביקורת גם אם היא קשה וקטלנית. אחרת אנו עלולים להגיע לאפקט מצנן של חופש הביטוי. אולי נקים וועדת צנזורה שכל כותב יוכל לכתוב מאמר לבחינה ולקבל אישור שהוא לא יועמד לדין פלילי. הליבה של הבקשה שלי מעבר לרצון שלי לשנות את הילכת אונגרפלד, כדי לשמור על חופש הביטוי הפוליטי חייבים להחריג את המאמרים הפובליציסטים שמתקיימים מעל במה ציבורית פתוחה מכלל ההלכה. או להעניק להם הגנה או לקבוע שכענין נורמטיבי מצופה מעובדי ציבור לעמוד בביקורת.

לנושא הגנה מן הצדק, כאשר אנו נזקקים למנגנונים חיצוניים כדי למתן את העבירה כנראה שיש בעיה עם ההגנה. אך אחד ממנגנוני הצדק הוא מנגנון האיזון ובית המשפט צריך לקבוע כיצד משתמשים במנגנון האיזון הזה. כיון שבענייננו רשימת המקרים

שצרפתי לבקשה וטענתי להם גם בערכאה הקודמת, מפנה לנספח 6, יש מקרים של התבטאויות חריפות יותר כמו התבטאות של שדרן רדיו בשידור, שאומר שבכיר במשרד האוצר רוצח קשישים במוות תוך עוינים עליה הוא לא הועמד לדין, עם כל הכבוד המצב של הלקוח שלי קצת יותר טוב מבחינת חומרת הפגיעה. בעבירות רגילות יכול להיות שנטל שמוטל עלי להוכיח אפליה כדי לטעון להגנה מן הצדק כבד יותר. אך בעבירות של צדק וכאשר יש לי את ענין כהנא, וכשיש לי את אחד ממנגנוני האיזון הנטל שמוטל עלי צריך להיות יותר קל והפרקליטות צריכה להראות קו אחיד והגיוני של אכיפה שלה עבירה הזאת. ממה שעולה מהפסיקה שצרפתי זה נראה קצת שרירותי מדי גם אם אין קו ברור של אפליה פוליטית יש שם שיקול דעת שלא מספיק מומחה ולדעתי די בכך כדי לטעון להגנה מן הצדק. מנגנון איזון אחר שהזכיר בית המשפט הוא זוטי דברים. אם טוענים שההגנה היא על השירות הציבורי ולא על עובד השירות, אי אפשר לפסוק פיצויים בגדר העונש אחרת אנו עושים מסלול עוקף תביעת דיבה.

הפיצויים שולמו למיטב הבנתי. המבקש טוען ששילם הכל. נוצר פה מסלול עוקף תביעת דיבה כאשר לא עומדות לנאשם בהעלבת עובד ציבור האדנות.

מפנה לפסק דין קופיטו שם עבירה עם ערך מוגן יותר מרכזי של אמון בבית המשפט נפסלה ואם בקנדה השירות הציבורי מצליח להתקיים בלי הגנה פלילית על עובדיו ועל שופטיו, יכול להיות שגם אצלנו זה ילך. הדבר השני הוא חוות הדעת של הוועדה אשר ציטטתי בסיכומים.

בכל מדינות דרום אמריקה יש את הסעיף של העלבת עובד ציבור, והוועדה אומרת שזה יוצר היפוך היוצרות שדווקא עובדי הציבור מוגנים יותר. איך שהוא קיימת קורולציה בין מידת ההגנה הפלילית על עובדי ציבור, למידת התפקוד של המנגנון הציבורי ומידת השחיתות.

כבוד השופט ח' מלצר : גם לכך יש הגיון.

עו"ד בם : בכל העולם האמריקאי אין סעיף של העלבת עובד ציבור. לכן, אבקש להתערב פה. הן בסוגיית הדין והן בסוגיית העונש.

עו"ד מרגלית : השימוש שנעשה בתיק הזה בסוגיית העלבת עובד ציבור, אני מתייחסת ליישום הילכת הונגרפלד כנגד אדם שכתב מאמר פובליציסטי נגד עובד ציבור בכיר, ומאמר שהתייחס לעמדותיו של עובד הציבור הבכיר ביחס לעמדות ביחס למחלוקת הציבורית מהווה הרחבה מדאיגה של הלכת אוונגרפלד שבאמת אמורה לערער את חופש הביטוי ואת זכותו של כל אזרח לבקר עובדי ציבור.

באונגפלד בית המשפט הגיע למסקנה שקיימת וודאות קרובה לפגיעה בעובד ציבור, שוטר  
זוטר בתחנת משטרה במקרה בו אדם עמד עם שלט מחוץ לתחנת המשטרה במשך 7 ימים  
בו נטען שהשוטר הזוטר הזה מושחת. מקרה בו השוטר נדרש להגיע יום יום לסביבת  
העבודה בנסיבות שהמחאה היתה עלולה להשפיע על סביבת העבודה של השוטר ועל  
היכולת שלו בצורה ישירה לבצע את עבודתו. הענין לא חודד אך הקביעה כאן היא אחרת.  
היא קביעה שאומרת וודאות קרובה נובע מעצם זה שאנשים בציבור עלולים להשתכנע  
שעובד ציבור בכיר פלוני לא ראוי לאמונם. קביעה זו היא הבעייתית שסוגרת את האמון  
לחופש הביטוי. לכן גם הפסיקה העקבית בענין לשון הרע נגד דמויות ציבוריות עד היום  
היא פסיקה שנותנת ביטוי לחופש הביטוי דווקא לדמויות ציבוריות.

כבוד הנשיאה מ' נאור : בהינתן אונגרפלד, איפה האבחון המשפטי?

עו"ד מרגלית : במבחן ההסתברותי. המבחן ההסתברותי כאן לא קיים. הדברים נאמרו ע"י  
הנשיאה ביניש, ע"י השופט רובינשטיין כי לעובד ציבור דרוש סף גבוה יותר. אם במקרה  
כזה בו אדם עושה ביקורת, נגד עובד ציבור בכיר מתקיימת מבחן הוודאות הקרובה, לא  
יתקיים המבחן הזה ותינתן ביקורת. עצם זה שעלולה להתערער סמכותו של הרב הראשי  
מעצם זה שהוא לא מבצע תפקידו כהלכה, או מעצם אי תמיכתו ע"י חלקים גדולים  
בציבור. הפסיקה מראה ההפך, שחוסר התפקוד תורם לכך. אי אפשר להכיל את ההלכה  
הזאת על מי שמפרסם מאמר ביקורת. זה לסתור את העקרונות עליהם בוססה הפסיקה  
העניפה שעוסקת בלשון הרע. אני לא מדברת על להכיל. מדובר בעובדות שמבוססות על  
הילכת אונגרפלד. צינו את המקרה של תביעות לה"ב. אדם שפרסם מאמר באינטרנט  
שביקר בצורה מאוד חריפה את התנהלותו של תת אלוף בצה"ל בקשר לכיפת ברזל. הוא  
היה בוועדה שהמליצה מערך נגד טילים והאיש הזה בסופו של דבר נ קבעה אשמתו וקיבל  
ללא הרשעה. היישום של הילכת אונגרפלד משפיע במובן הכי בסיסי שלו.

עו"ד שגב : באמת השאלה היא היישום.

כבוד השופט ח' מלצר : זה באמת מדרון חלק. הטענה שלהם לכאורה שאתם לוקחים את  
זה רחוק מדי. זה מתחיל אצלכם.

כבוד הנשיאה מ' נאור : אונגרפלד היה שוטר בתחנת משטרה שסף הסיבולת שלו מותר  
שיהיה יותר נמוך. אני תוהה על שיקול הדעת. לוקחים עובד ציבור בכיר ביותר שלפי מה  
שכתוב בכל מיני חוות דעת באונגרפלד סף הסיבולת שלו צריך להיות הרבה יותר גבוה. אם

היה זו היתה סטה היו מעמידים על הסטה. אם איום היו מעמידים על איום. האם זה לא הלך רחוק מדי?

עו"ד שגב: אנו סבורים שלא. אני מסכימה לחלוטין עם דברי כבודה. הבעיה שעובד ציבור בכיר, על הענין שעובד ציבור בכיר וודאי מצופה ממנו להכיל.

כבוד הנשיאה מ' נאור: שם דובר על אותו שוטר שהעליבו אותו. פה אנו עוסקים במאמר פובליציסטי.

כבוד השופט ח' מלצר: פה הוא בכלל לא ידע מהמאמר.

עו"ד שגב: ברור שאם הסיטואציה היתה שהיה פה מאמר חריף ובו היו אומרים בכל פסקה על כך שהוא תפוח רקוב, מעצם תפקידו לדעת שהוא יכול להכיל. אנו לא עוסקים בתפוח רקוב או אמירות של מושחת. אחרת לא היינו כאן. יש כאן אמירות שמבחינת עצמת ההשפלה יש כאן רמיסה ברגל גסה. עצמת המצבור מה שעושה כאן את ההבדל.

כבוד השופט ח' מלצר: אולי בחרתם סעיף לא נכון. יכול להיות שאם הייתם בוחרים סעיף אחר ההסתכלות היתה אחרת. זה לא מתאים על פני הדברים. על פי אונגר.

כבוד הנשיאה מ' נאור: אם זה מה שיוצא מאונגרפלד לקחתם את הענין רחוק מדי.

עו"ד שגב: אני סבורה שלא.

כבוד הנשיאה מ' נאור: נהרהר בכך. יש הרכב של 9 אולי.

עו"ד שגב: הדבר המשמעותי אולי הוא עצמת הביטויים. אונגרפלד לא לקח את זה כמו שזה ואמר עובד ציבור זוטר ועובד ציבור בכיר הכל אותו דבר. בחנו. לאור עצמת ההשפלה שזה נוגע למה ששואב הרב הראשי את כוחו וסמכותו, חשבנו שזה עולה לכדי הענין העונשי. חשוב לי שהדברים יהיו ברורים. סביר להניח שעדיין חלק מהאנשים לא היה מוצא חן בעיניהם. זה לא עולה לכדי דברי ביקורת קשים. לא עולים לכדי העלבת עובד ציבור. מכלול הדברים מפורטים גם בכתב האישום. בהגדרת תפקידו של הרב הראשי הם שמוציאים את זה רק מדברי ביקורת קשים שהחברה חייבת להכיל כתוצאה מהחשיבות

של חופש הביטוי ברגל גסה. שוב, זה לא תפוח רקוב. זה לא אמירות של מושחת. אם אלה היו האמירות לא היינו פה.

מבחן ההסתברותי משמש בעבירות שמתנגשות עם חופש הביטוי. בסופו של דבר זה מ בחן של הגיון ושכל ישר שיש לבחון אותו על סמך הנסיבות. בעניינו יש משמעות לכותב. לא מדובר במישהו עלום.

כבוד השופט ח' מלצר: יש לחדד את זה שזה תוך פגיעה בחופש הביטוי. שוב, אתם לוקחים את זה עוד שלב אחד שאדם שלא יודע מזה וזה במאמר פובליציסטי זה ממש פגיעה בחופש הביטוי.

עו"ד שגב: הערך המוגן הוא הגנה על תקינות מערכות השלטון.

כבוד השופט ח' מלצר: כמו שאמרה הנשיאה יש לשייף את הקצוות.

ע"ד שגב: אנו מודעים לאמירות ההרכב הנכבד.

כבוד הנשיאה מ' נאור: אני שואלת גם בשלב המאוחר הזה, האם אתם מוכנים לשקול מחדש?

עו"ד שגב: אבקש לצאת להתייעץ. אם כן, זה ייקח זמן.

כבוד הנשיאה מ' נאור: יש תחושה שזה קצת נלקח יותר מדי רחוק. אם זה מה שהוצא כפי שאמר חברי יש אולי לשייף אותו. תוכלי לשנות את מסקנות אונגרפלד?

עו"ד שגב: אצא להתייעץ.

הכותב הוא לא טוקבקיסט עלום שם. הוא בכל זאת בעל השפעה, אדם שמעביר שיעורי תורה. שוב, לא מדובר בסתם אדם מהרחוק. מצד שני יש את ציבור הקוראים הרלבנטי. בענין הזה ציבור הקוראים הרלבנטי דווקא זה שציבור הרבנות הצבאית רלבנטית. חשוב לי לומר, אני לא מדברת על עצם העברת ביקורת. זהו הציבור הרלבנטי עבורו מוסד הרבנות הצבאית הוא המוסד עבורו. נכנסו 1,500 איש לאתר. אין לנו בעיה על עצם האמירות, אלא על האמירות נגד הרב הצבאי. אנו סבורים שיש מודעות קרובה לפגיעה ברבנות הצבאית הראשית ולעומד בראשה.

היסוד להצקה של עובד הציבור הוא לא חלק מיסודות העבירה. בסופו של דבר הערך המוגן הוא תקינות השירות הציבורי כחלק מאותה דמוקרטיה. אם אותה העלבה לא נאמרה בפני עובד ציבור זו לא העלבה.

כבוד הנשיאה מ' נאור : אני יכולה לקבל שהרב חש רע עם הדבר הזה. לא זו השאלה.

עו"ד שגב : לענין הטענות של הגנה מן הצדק ואכיפה בררנית, חברי צרף את ה-65 מקרים. אין לי אלא לחזור על דברי בית המשפט המחוזי שיש כאן הפעלת שיקול דעת.

כבוד הנשיאה מ' נאור : לא בכדי ניתנה ההלכה בשטח יוצרת הרבה צרות בענין הזה.

עו"ד שגב : אני מזמינה את בית המשפט לעיין בטבלה. גם אם היה מקרה אחד או שניים כזה.

כבוד הנשיאה מ' נאור : אני מדברת על הגנה מן הצדק באספקט של הפעלת שיקול הדעת. האם נכון לעשות זאת?

עו"ד שגב : השאלה היא האם הופעל פה שיקול דעת נכון.

עו"ד בם : מפנה לסוף פסקה 16 לפסק הדין (מצטט). זו פגיעתו הרעה של המאמר. האם במקום לומר שהרב הראשי שותף למאמר, או שותף לרצח, האם ניתן לומר הרב הראשי לא מבין שום דבר הוא שותף לדין שמייס? זה היה ממוטט לחלוטין את מעמדו של הרב הראשי.

לענין הוודאות הקרובה, אני מבקש לחדד את שאמרה חברתי עו"ד מרגלית, יש הבדל בין ניסיון לשכנע לאמץ דעה, לבין ניסיון להטריד ולהציק באמצעות חופש הביטוי. מה שהיה באונגרפלד מלבד פרסום הדעה היה שם יסוד של הטרדה והצקה. לדחוף לעובד ציבור אל מתחת לאף אתה שלט. פה יש ניסיון לעורר דיון ציבורי להציג דעה ולשכנע. ניסיון להציג דעה ולשכנע בלי היסוד של הטרדה והצקה לא יכול לעלות כדי וודאות קרובה לפגיעה. השאלה אם לא צריך פסק דין כתוב של בית המשפט כדי שהמסר אכן יחלחל.

כבוד השופט ח' מלצר : אדוני תמיד צריך לזכור שהוא מייצג לקוח.

עו"ד מרגלית: הדברים לרוב נאמרו ע"י חברי. אם החשש הוא שאנשים ישתכנעו מטענותיו של פלוני שעובד ציבור בכיר לא ראוי לאמון, זו העדות הקרובה לפגיעה.

ניתנה החלטה.

קלדנית: גלית