

הגנה על חופש הביטוי במשטר דמוקרטי  
דברי יום עיון

מרכז אקדמי: מרדכי קרמניצר

---

ימי העיון וההוצאה לאור של החוברת הם פרי שיתוף פעולה של המכון הישראלי לדמוקרטיה עם הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים ועם קרן קונרד אדנאואר בישראל

## קרן קונרד אדנאואר

קרן קונרד אדנאואר היא קרן פוליטית גרמנית הפועלת לחיזוק הקשרים בין גרמניה לישראל וכן בין ישראל לאיחוד האירופי. הקרן מביאה אל הציבור הישראלי מידע על גרמניה המודרנית והדמוקרטית, ובד בבד מציגה לפני גופים הקשורים עמה בגרמניה תמונת מצב מהימנה על ישראל ועל הקשיים הייחודיים שעמם היא מתמודדת.

חלק ניכר מהיזמות שקרן קונרד אדנאואר שותפה להן בישראל מכוונות לעידוד דו-קיום של מגוון מגזרים בחברה הישראלית שהיא חברת מהגרים, לגישור על הבדל במוצא ובאמונה הדתית ולחיזוק הדמוקרטיה בישראל – המדינה הדמוקרטית היחידה באזור.

כדי לקדם יעדים אלו הקרן פועלת עם שותפיה בישראל לפיתוח מודלים חוקתיים להגנה על קבוצות מיעוט ולאכיפה יעילה של החוק. כמו כן, קרן קונרד אדנאואר משקיעה מאמצים מיוחדים ביצירת דיאלוג לפתרון הסכסוך הישראלי-ערבי ובכינון שלום יציב מתוך שמירה על זכותה של ישראל לחיי שלוה וחירות.

ד"ר יוהנס גרסטר

נציג קרן קונרד אדנאואר בישראל

ת"ד 8348

רחוב לויד ג'ורג' 6

ירושלים 91082

טל' 02-5671830

פקס 02-5671831

[www.kas.de/israel](http://www.kas.de/israel)



Konrad  
-Adenauer-  
Stiftung



המכון הישראלי לדמוקרטיה

THE HEBREW UNIVERSITY OF JERUSALEM  
The Faculty of Law



הפקולטה למשפטים

# הגנה על חופש הביטוי במשטר דמוקרטי

דברי יום עיון  
י"ג-י"ד באייר התשס"ב  
26-25 באפריל 2002

מרכז אקדמי: מרדכי קרמניצר

---

**המכון הישראלי לדמוקרטיה** הוא גוף עצמאי, המסיע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות, באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

נוסף על כך המכון הישראלי לדמוקרטיה מממש את שליחותו על-ידי הצגת מידע משווה בנושא חקיקה ודרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על-ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי-ביצוע ואנשי אקדמיה ועל-ידי פרסום מחקריו.

עורך ראשי: אורי דרומי  
ראש מינהל מחלקת פרסומים: עדנה גרניט  
עורכת הספרייה: יעל מושיוב  
רכז הפקה: נדב שטכמן  
עריכת לשון: רעיה כהן  
עיצוב גרפי וסדר: רון הרן  
הבאה לדפוס: עטרה קליגמן

נדפס בתשס"ג בדפוס אחווה, ירושלים  
© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה  
מסת"ב ISBN 965-7091-42-X  
Copyright by The Israel Democracy Institute  
Printed in Israel 2003

הדברים המתפרסמים בפרסום זה מובאים בשם האומרים ועל אחריותם ואינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה



## תוכן העניינים

9	מבוא - ראם שגב
13	דברי פתיחה - ירון אזרחי, יוהנס גרסטר, ישראל גלעד ומרדכי קרמניצר
	<b>מושב ראשון: לשון הרע - עברה פלילית ועוולה אזרחית</b>
19	מרדכי קרמניצר יו"ר
	דוברים
26	חאלד גנאים חלק א
41	ישראל גלעד
50	דיון
63	בועז שנור חלק ב
68	אריאל בנדור
73	דיון
	<b>מושב שני: ביקורת נגד רשויות השלטון</b>
87	דוד נחמיאס יו"ר
87	ראם שגב דוברים
99	ירון אזרחי
106	עמנואל גרוס
110	דיון
	<b>מושב שלישי: פגיעה ברגשות הקשורים לדת</b>
133	רות גביזון יו"ר
134	מרדכי קרמניצר דוברים
137	יהודה פרידלנדר
143	שלום רוזנברג
147	דיון
158	אלון הראל מגיבים
162	שמואל יעקובוביץ
	<b>נספח - מאמרים</b>
179	לשון הרע - חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר, בועז שנור
234	חופש הביטוי נגד רשויות המדינה - ראם שגב
293	פגיעה ברגשי דת - שחר גולדמן, מרדכי קרמניצר, ערן טמיר



## רשימת הדוברים

**פרופ' אזרחי, ירון** – המחלקה למדע המדינה, האוניברסיטה העברית בירושלים; עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה  
**אלטשולר, תהילה** – דוקטורנטית בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, עוזרת מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה  
**בהט, גלעד** – קצין משטרה וסטודנט למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים

**עו"ד בלייך, מאיר** – יועץ משפטי, כתב לענייני תיירות, **מעריב**  
**פרופ' בנדור, אריאל** – דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה  
**פרופ' גביזון, רות** – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; ראש פרויקט אמנה חברתית ועמיתה בכירה במכון הישראלי לדמוקרטיה

**גורלי, משה** – כתב לענייני משפט, **הארץ**  
**פרופ' גלעד, ישראל** – דיקן הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים

**ד"ר גנאים, האלד** – מרצה למשפטים באוניברסיטת חיפה, עוזר מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה

**פרופ' גרוס, עמנואל** – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה  
**ד"ר גרסטר, יוהנס** – נציג קרן קונרד אדנאואר בישראל  
**דוד, יוסי** – דוקטורנט בחוג למחשבת ישראל, האוניברסיטה העברית בירושלים; עמית מחקר במכון שלום הרטמן ובמכון הישראלי לדמוקרטיה

**פרופ' הראל, אלון** – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים

**הרב יעקובוביץ, שמואל** – ראש המרכז התורני לחקר שאלות הזמן  
**פרופ' ירון, ראובן** – פרופסור אמריטוס, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; לשעבר יו"ר רשות השידור  
**ד"ר להב, בן-ציון** – מרצה למשפטים, המכללה האקדמית בנתניה  
**פרופ' ליפשיץ, ברכיהו** – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; ראש המכון לחקר המשפט העברי

**פרופ' נחמיאס, דוד** – המחלקה למדע המדינה ומדיניות ציבורית באוניברסיטת תל-אביב; עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה  
**פרופ' פרידלנדר, יהודה** – המחלקה לספרות עברית ומשווה, אוניברסיטת בר-אילן

**פרידין, חנה** – מרכזת שירותי מידע, ספריית הכנסת  
**קומנשטר, חני** – מוסמכת החוג לתקשורת ועיתונאות באוניברסיטה העברית בירושלים; לשעבר חברת צוות פרויקט תקשורת ודמוקרטיה במכון הישראלי לדמוקרטיה

**השופט קלינג, גבריאל** – בית-המשפט המחוזי, ת"א  
**פרופ' קרמניצר, מרדכי** – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה  
**עו"ד קרפ, יהודית** – משנה ליועץ המשפטי לממשלה, משרד המשפטים  
**פרופ' רוזנברג, שלום** – החוג למחשבת ישראל, האוניברסיטה העברית בירושלים

**ריבלין, רם** – סטודנט בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית ועוזר מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה

**פרופ' רקובר, נחום** – משנה ליועץ המשפטי לממשלה, משרד המשפטים  
**שגב, ראם** – דוקטורנט בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, עוזר מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה

**פרופ' שחר, יורם** – בית הספר למשפטים, המרכז הבין-תחומי, הרצליה  
**עו"ד שנור, בועז** – דוקטורנט בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים

### ראם שגב

חופש ביטוי נתפס כערך בלתי נפרד ממשטר דמוקרטי. סיבה אחת לכך ברורה: מידה מסוימת של חופש ביטוי היא תנאי הכרחי למימוש הרעיון המהותי העומד בבסיס המבנה הפורמלי של דמוקרטיה – שליטה של רוב האזרחים בדרך ניהול ענייני המדינה, באמצעות בחירה מושכלת של נציגים. בחירה מושכלת – להבדיל מבחירה סתמית או בלתי מבוססת – מחייבת הן מידע מינימלי והן מידה מינימלית של דיון ציבורי, הנחוץ לשם הערכה של מידע זה. תנאים אלה יכולים להתקיים רק כשקיימת מידה כלשהי של חופש ביטוי. אולם הקשר המקובל בין חופש ביטוי לדמוקרטיה מרחיק מעבר לכך. לעתים קרובות מזוהה משטר דמוקרטי גם עם ערכים מהותיים אחרים. קשר זה יכול לנבוע מנימוקים בלתי ענייניים, דהיינו עקב כך שכיום המונח 'דמוקרטי' טעון בערך חיובי, ולכן נעשה בו שימוש רטורי לשם קידום ערכים שאין קשר רעיוני מהותי בינם לבין הרעיון הדמוקרטי (במובנו הדווקני). הסבר אפשרי אחר הוא שיש קשר מהותי-תוכני בין ערכים מסוימים לבין 'דמוקרטיה', מעבר למינימום ההכרחי הדרוש לשם קיומו של משטר דמוקרטי במובנו הפורמלי.

ערכים רבים ומגוונים מקושרים לרעיון הדמוקרטי. חלקם נוגעים לחופש הביטוי, אף שהם חורגים מעבר לשיקולים הנוגעים לגרעין הדמוקרטי של הכרעת רוב מושכלת (ושכאמור, מהווה סיבה למידה מינימלית של חופש ביטוי). הנגיעה של ערכים אלה לחופש הביטוי מתבטאת בשתי דרכים: חלק מהם מעניקים סיבות להרחבה של חופש הביטוי, בעוד שאחרים מייצגים אינטרסים אחרים, שעלולים לעתים להתנגש עם חופש הביטוי, ולכן מהווים סיבות לצמצומו.

אשר לכל הערכים האמורים – הן אלה הנוגעים לרעיון הדמוקרטי במובנו הצר והן הערכים האחרים המזוהים עם רעיון

זה – מתעוררות אפוא שאלות הנוגעות לאופי הקשר בינם לבין חופש הביטוי, ולגבי המסקנות הנובעות מכך בדבר היקפו הראוי של חופש הביטוי. במישור אחד מתעוררות שאלות אלה לגבי הגבולות ההכרחיים להגשמה 'אמיתית' של הרעיון הדמוקרטי במובנו הצר, של בחירה מושכלת של נציגים ואחריות של האחרונים כלפי האזרחים; ובמישור שני – לגבי התוכן המהותי שראוי לתת לחופש הביטוי, לאור הערכים שהוא מקדם, מצד אחד, והפגיעה שהוא עלול לגרום לערכים אחרים, מצד אחר. המכון הישראלי לדמוקרטיה נטל על עצמו את המשימה של בדיקת ההגבלות השונות על חופש הביטוי הקיימות במשפט הישראלי. יום העיון שדבריו מובאים בספר זה הוא חלק ממאמץ זה. ביום העיון דנו במספר סוגיות השייכות לשני המישורים האמורים, מתוך מטרה לקבוע את הגבולות המשפטיים הראויים של חופש הביטוי בסוגיות אלה במסגרת משטר דמוקרטי. הדיונים התבססו על מחקרים שהוכנו במכון הישראלי לדמוקרטיה ומובאים בנספח לספר.

במסגרת המושב הראשון נבחן ההסדר הראוי של דיני לשון הרע. שאלה מקדמית שעלתה בהקשר זה היא, בהנחה שראוי להעניק הגנה משפטית לכבוד, האם ראוי להגן עליו באמצעות המשפט הפרטי (במסגרת דיני הנזיקין), באמצעות המשפט הפלילי, או תוך שימוש בשניהם. בתוך כך נבחן היחס בין ההגנה על הכבוד באמצעות דיני הנזיקין, מצד אחד, והמשפט הפלילי, מצד שני. שאלה נוספת עוסקת בסעד הראוי בגין הוצאת לשון הרע: צו מניעה, פיצוי כספי (שהוא הסעד העיקרי הניתן כיום), פרסום תיקון או חזרה מהדברים המהווים לשון הרע (או שילוב של כמה מן הסעדים הללו, ככל שהם מתיישבים זה עם זה בנסיבות המקרה העומד על הפרק). שאלה אחרת שנידונה נוגעת לאינטרס הראוי להגנה – הכבוד שרוחשים לאדם, יהא בסיסו אשר יהא (הכבוד בפועל), או רק הכבוד שרוחשים לאדם באופן מוצדק, בהסתמך על נתוני אמת (הכבוד הנורמטיבי). בהקשר זה נשקלה האפשרות להבחין בין המשפט הפלילי – שיוגבל להגנה על הכבוד

הנורמטיבי, לבין המשפט הפרטי – שבמסגרתו תוענק הגנה רחבה יותר לכבוד בפועל.

המושג השני דן בשאלה אם יש הצדקה להטלת הגבלות על ביטויים שליליים כלפי רשויות המדינה וכלפי עובדי ציבור, החל בביקורת על תפקודם ועד לעלבונות וגידופים. בפרט נדונה השאלה אם יש הצדקה להגבלת חופש הביטוי הפוגע במעמדם של שופטים, לאור המאפיינים הייחודים לבתי המשפט, ובמיוחד המעמד הציבורי הנדרש לשם מילוי תפקידם כהלכה. למרות שמקורן של מרבית העברות הפליליות האוסרות על השמעת ביטויים שונים נגד רשויות המדינה הוא במשטרים לא דמוקרטיים, עברות כאלה נותרו בתוקף אף כיום במדינות דמוקרטיות שונות, לרבות בישראל. השאלה שעמדה במוקד הדיון במושג זה היא אפוא האם ניתן ליישב הגבלות מסוג זה על חופש הביטוי עם הגרעין של התפיסה הדמוקרטית, לפיו נושאי תפקידים במסגרת רשויות המדינה הם נאמני הציבור, אשר חייבים לתת לו דין וחשבון מלא על אופן תפקודם. בהקשר זה נבחנה ההצדקה המקובלת לסוג זה של עברות, לפיה מטרתן היא להגן על אמון הציבור ברשויות המדינה, ובמיוחד בבתי המשפט, מפני שאמון ציבורי הוא מרכיב חשוב ביכולתן של הרשויות למלא את תפקידן באופן יעיל.

המושג השלישי והאחרון דן בשאלה אם ראוי להעניק הגנה משפטית לרגשות שמקורם באמונה דתית. במסגרת זאת עולות מספר שאלות כלליות יותר, הנוגעות להגנה על רגשות בכלל: האם ראוי להגן על רגשות, או שמא פגיעה ברגשות היא חלק בלתי נפרד מהשיח הציבורי במשטר דמוקרטי? האם יש הצדקה עקרונית לעשות כן באמצעות המשפט, ובפרט באמצעות המשפט הפלילי, לאור אופיו השירי? בהנחה שהתשובה לשאלות אלה היא חיובית, מתעוררות שאלות נוספות: האם יש אפשרות מעשית להעניק הגנה יעילה לרגשות באמצעות המשפט בכלל, והמשפט הפלילי בפרט? מהו המחיר הכרוך בהגנה כזאת, בין השאר, לאור היכולת (או חוסר היכולת) של שופטים לעמוד על הדקויות של השיח המקובל במסגרת התרבויות השונות הקיימות בחברה

הישראלית, ובהתאם למשמעות של ביטויים שונים? על רקע הדיון בשאלות אלה נבחנה השאלה האם יש ייחוד – מבחינות אלה – לרגשות שמקורם באמונה דתית, המצדיק להבחין בינם לבין סוגים אחרים של רגשות.

הנושאים שנידונו בשני המושבים הראשונים מפורטים בהרחבה בספרים אלה:

1. חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנור, **דיני לשון הרע המצוי והדין הרצוי**, הוצאה משותפת של המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית והמכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים 2003. תמצית הספר מובאת כאן בנספח, עמ' 179.

2. ראם שגב, בהנחיית מרדכי קרמניצר, **חופש הביטוי נגד רשויות המדינה**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים 2001. תמצית הספר מובאת כאן בנספח, עמ' 234.

הנושא שנידון במושב השלישי מפורט במחקר של שחר גולדמן, מרדכי קרמניצר וערן טמיר, 'פגיעה ברגשי דת', בנספח, עמ' 293.



## דברי פתיחה

ל**ירון אזרחי**: גבירותיי, רבותיי, אורחים נכבדים, אפתח את הישיבה החשובה הזאת שעניינה גבולות חופש הביטוי. אנחנו שמחים מאוד לארח את הוועידה הזאת במכון הישראלי לדמוקרטיה. ברצוננו להודות לד"ר יוהנס גרסטר ולקרן קונרד אדנאואר. אנו מברכים על שיתוף הפעולה עם הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, שמייצג אותה כאן הדיקן, פרופ' ישראל גלעד.

הדיון בנושא הזה חשוב בכל זמן, אך הוא חשוב שבעתיים דווקא בעת הזאת. בשבועות האחרונים אנו עדים להתקפות רבות על עקרון חופש הדיבור בישראל ועל יישומו. בימים אלו ממש, עם התגברות ההתקפות על ביטוי דעותיהם של אזרחים – אם באוניברסיטת בן גוריון ואם כלפי אמנים ישראלים. התקפות אלה מעידות על אי-הבנה למקומם של חופש הדיבור וחופש הביטוי – מעמודי התווך של המערכת הדמוקרטית. למעשה, שיח אזרחי כולל ומקיף המשמש בסיס לסמכותה של הממשלה, הוא המקור לתהליכי הסמכות והלגיטימציה, וכן לתהליכי שלילת הסמכות והדה-לגיטימציה – הנחוצים בכל מערכת דמוקרטית. תפיסה המאפשרת הבעת דעות פטריוטיות התומכות בממשלה, אך רואה בביקורת בגידה בממשלה או חתירה תחתיה – היא תפיסה נואלת, ואין לה מקום בחברה דמוקרטית.

בשם המכון לדמוקרטיה, המוביל כמה פרויקטים בעניין זה, אני מברך על קיומה של ועידה זו היום. כעת אבקש מד"ר יוהנס גרסטר, נותן החסות לישיבה זו מטעם קרן אדנאואר, לומר כמה מילים.

ל**יוהנס גרסטר**: גבירותיי ורבותיי, אני מברך אתכם על השתתפותכם בסדנה זו, ואני מברך על שיתוף הפעולה עם הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית ועם המכון הישראלי לדמוקרטיה. הרשו לי לומר כמה מילים על הקרן שלנו. אנו פועלים בכמאה מדינות בעולם. כאן אנו פועלים לפיתוחה של ישראל ומנסים לכנס יחד אנשים מהמזרח התיכון ובייחוד לקרב בין ישראלים ובין פלסטינים. אזכיר את אחד הפרויקטים הפועלים בזמנים קשים אלה: צוות עבודה

ובו נציגים מהממשלה הישראלית ומהרשות הפלסטינית הבודקים אפשרויות לעבודה משותפת בתחום הכלכלי.

עשרים ושתיים שנה הייתי חבר הפרלמנט הפדרלי בגרמניה ואני עורך דין במקצועי. בעת האיחוד שימשתי יושב ראש ועדת האיחוד. ועדה זו הייתה משותפת לפרלמנט הפדרלי, הבונדסטאג ולפרלמנט המדינות בגרמניה, הבונדסראט. זו הייתה התקופה המרתקת ביותר בעבורי – איחוד שתי חברות נבדלות, השיטה הדמוקרטית במערב, גרמניה והשיטה הקומוניסטית במזרח גרמניה; גיבוש ספר חוקים חדש, חוקה חדשה. איחודם של שני העולמות היה קשה מאוד.

חופש הדיבור הוא אחד מהיסודות החשובים ביותר של הדמוקרטיה. אני שמח שאתם, מומחים בעלי שם, מנסים למצוא איזון בין חופש הדיבור ובין זכויותיהם של אחרים.

אני מאחל לכם שדיאלוג זה יניב פירות, תוצאות טובות שישפרו את חוק העונשין הישראלי. בעבר שיתפנו פעולה עם השופט אהרון ברק וכן עם משרד המשפטים, בזמנים שונים ועם ממשלות שונות. אנחנו שמחים מאוד לתמוך ביצירתו של חוק אזרחי חדש בישראל. אני ידיד ותיק של ישראל ומעוניין מאוד להביא לכאן מבקרים. אני מאחל לכם ישיבה מועילה, דיון מפרה ותוצאות נהדרות בעבודתכם – בישיבה הזאת ובישיבות הבאות. תודה רבה על שיתוף הפעולה.

ישראל גלעד: ראשית, ברצוני להודות לד"ר יוהנס גרסטר ולקרן אדנאואר על התמיכה והסיוע, בייחוד בימים אלה. לעבודה המשותפת של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית ושל המכון הישראלי לדמוקרטיה יש יתרונות רבים, ובעתיד אנו מתכננים להרחיב את פעילותנו המשותפת. אנחנו מקווים לשפר את החוק הפלילי הישראלי ואף את החוק האזרחי.

אין לי אלא לחזור על מה שאמרו לפניי בעניין הסכנה שמשקפת היום לחופש הביטוי עקב המתקפות האחרונות עליו. הדבר מדאיג בייחוד כאשר הוא מכיוון האקדמיה, כאשר מסרבים לשמוע אדם מסוים, ומסרבים לאפשר לו להתבטא. אלו כמובן תופעות מסוכנות מאוד וצריך להילחם בהן.

---

ברצוני לומר דברי ברכה למי שכתבו או כותבים את הספרים שעל  
בסיסם מתנהל הדיון היום. עיינתי במה שנכתב בספר על לשון הרע  
וברצוני לברך על הגישה שהעמידה בסימן שאלה את הנחות היסוד של  
הדיון הקיים, את כל הדברים שראיתי בהם מוסכמות שאולי אין מקום  
לערער עליהן. והנה כל הנחות היסוד נבחנו אחת לאחת ומעל חלקן  
הוצב סימן שאלה; אפשר שלא להסכים עם מסקנות כאלה ואחרות  
אבל אין ספק שזו גישה ביקורתית יצירתית במיטבה.

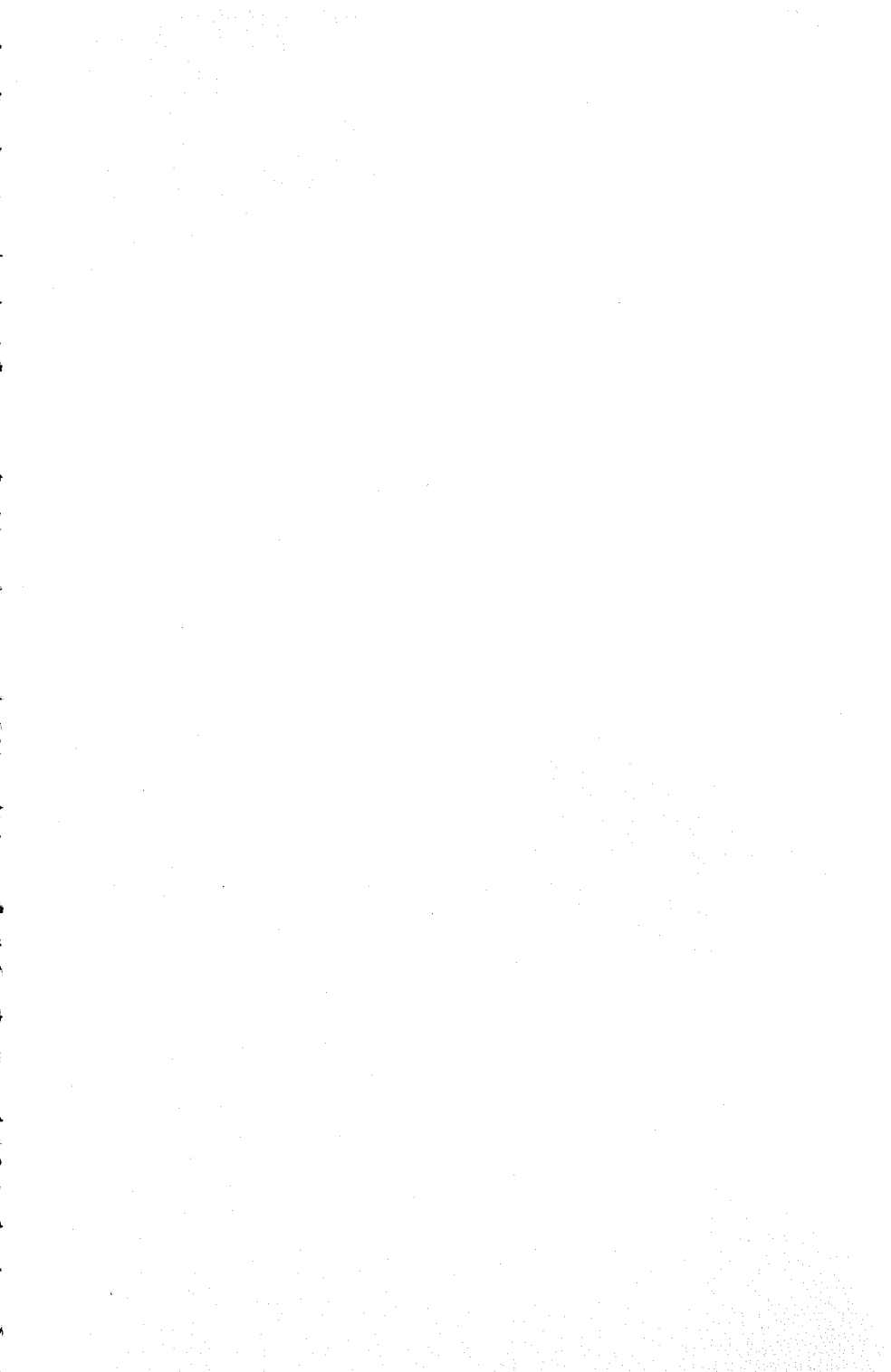
מַרְדְּכַי קַרְמְנִיצֵר: כולנו מרגישים שחופש הביטוי סופג ביקורת  
ומותקף. המכון הישראלי לדמוקרטיה מבקש להגן על חופש הביטוי  
אך ראוי לדון בחופש הביטוי וגם בסייגיו, שכן אם אין לחופש הביטוי  
גבולות – עלולים להיפגע באופן בלתי מוצדק זכויות ואינטרסים  
אחרים. אם רצוננו להגן על חופש הביטוי עלינו גם לקבוע את  
גבולותיו. תודה מקרב לב לד"ר גרסטר ולקרן אדנאואר.





## מושב ראשון

לשון הרע - עברה פלילית ועוולה אזרחית



## יו"ר - מרדכי קרמניצר

אפתח, ברשותכם, בהתייחסות לעבודת המכון בעניין חופש הביטוי: הכינוס הזה לא נועד להיות כינוס של מחאה או של התייצבות. הוא תוכנן לפני זמן רב ככינוס עבודה שמטרתו לדון בנושאים שונים של חופש הביטוי שנמצאים בתכנית העבודה של המכון. המכון קיבל עליו לבחון את כל ההגבלות שבשיטת המשפט הישראלי בעניין חופש הביטוי, ובתוך כך לדון בחומרים משווים ובשינויים שחלו בשיטת המשטר שלנו ולפרסם את ממצאיו. ברור שנקודת המוצא שלנו היא שחופש הביטוי הוא ערך יסודי, ערך בעל חשיבות רבה בשיטת המשטר שלנו - אבל הוא איננו ערך יחיד או ערך מוחלט. אני מקבל את ההצעה של ראובן ירון לדון בזכות לחופש הביטוי ובגבולותיה, כניסוח מדויק של שני ימי העיון.

ברצוני לקדם בברכה שניים ממוריי היושבים כאן; את ראובן ירון ואת נחום רקובר. את נחום רקובר ברצוני לברך בברכה מיוחדת על זכייתו בפרס ישראל - כולנו מתברכים בך ובכבוד שנפל בחלקך. מיד אגש לעניין לשון הרע, אך תחילה הערה על הסוגיה הכללית ועל העת. הזאת.

לפני שנים אחדות עדיין הייתה מקובלת הגישה שמצבו של חופש הביטוי בישראל טוב, ושכלל הנוגע לעמדה השלטונית כלפי חופש הביטוי מצבנו מניח את הדעת. הסכנה הגדולה היא הברונים של התקשורת, כלומר נקודת המבט הועברה מן השלטון כאויב חופש הביטוי אל הבעלות הפרטית בתקשורת.

תמיד חשבתי שהשלטון הוא לעולם מקור לחשש ולדאגה עבור מי שמחשיב את חופש הביטוי - לא כערך מוחלט ולא כערך יחיד אלא כערך בעל חשיבות גדולה במשטר דמוקרטי; ועל כן הסכנות שחופש הביטוי בישראל עומד לפנין הן סכנות רב-כיווניות ולא חד-צדדיות. לדעתי, העת הזאת גם מלמדת שיש דבר-מה לא סובלני בחברה הישראלית, ולא חד-כיווני בתוך הקשת הפוליטית. חוסר הסובלנות מורגש בכל גוני הפוליטיקה הישראלית, והוא בעייתי ומדאיג. כעת יש סכנה שהשלטון ינגוס נגיסות לא מוצדקות בחופש הביטוי. חוסר

הסובלנות החברתי-ציבורי משפיע לרעה על השלטון, מעודד אותו לפגוע שלא לצורך בחופש הביטוי.

אני מציע להתבונן היטב ולהקשיב להתבטאויות של מייצגי השלטון כי כשהשלטון מדבר צריך לקבל את דבריו ברצינות. דברי השלטון חשובים מהתבטאויותיהם של פרטים כאלה ואחרים. לא מכבר נקב סגן השר לביטחון פנים גדעון עזרא בשמותיהם של שני עיתונאים מעיתון 'הארץ' והציע לשירותי הביטחון לעקוב אחריהם. הפירוש שלו ל'בגידה במדינה' היה בעיניי איתות של סכנה.

אני גם חושב שהפנייה של שרת החינוך ליועץ המשפטי לממשלה לפתוח בחקירה פלילית נגד מרצים באוניברסיטה בשל עמדה זו או אחרת שהם נקטו אינה מהסימנים המעודדים לחופש הביטוי. אפשר למצוא דוגמאות רבות נוספות, אינני מתכוון למצות את העניין. אני חושב שבשל העמדות ש'רשות השידור' שומעת מנציגי השלטון בימים היא עלולה לראות במדינה ובממשלה דבר אחד, כאילו היחס כלפי המדינה והיחס כלפי הממשלה הם היינו הך. אם כן, מי שחופש הביטוי יקר ללבו צריך לעמוד על המשמר. הכנסת מנסה לאסור הסתה לאלימות, הכנסת מנסה ליצור אפשרויות נוספות לפסילת רשימות או חברי כנסת יחידים על-סמך התבטאויותיהם. צריך לתת את הדעת שבמהלכים החקיקתיים האלה לא תיעשה פגיעת יתר בחופש הביטוי. צריך לתת את הדעת על חקיקה מיוחדת זו ולבחון אם לא תטיל מגבלות על יכולתנו לדון בשאלות שעומדות על סדר היום הציבורי שלנו. ייתכן שמי שמניע את מהלכי החקיקה אינו רוצה להטיל מגבלות מרחיקות לכת ואינו מודע למלוא המשמעויות של העשייה החקיקתית.

כאן אעבור ברשותכם לעניין לשון הרע. הרקע לדיון הוא כאמור עבודת מחקר שהמכון שוקד עליה זה שנים מספר. לעבודה שותפים חאלד גנאים, בועז שנור ועבדכם, והיא נעשית בהדרכתו של ישראל

לעדד בחלק האזרחי שלה. חלקים ממנה יובאו כאן לדיון\*.

ברצוני להעיר הערות אחדות על פסק דין חדש למדיי של



בית-המשפט העליון, בעניין שרון נגד בנימין מעיתון 'הארץ'. פסק הדין זכה לקבלת פנים אוהדת מאוד, ובתחילה חשבתי גם אני שזה פסק דין חכם. ואולם כשקראתי אותו התעוררו אצלי כמה שאלות. הבעיה בפסק הדין היא הגישה הפוסט-מודרניסטית המבצבצת משורותיו כלפי האמת. הגישה הפוסט-מודרנית הזאת מוצאת את ביטויה במה שבית-המשפט מכנה 'אמת היסטורית'.

"אליבא דידי, קביעת 'האמת ההיסטורית' – ככל שיש קיום למושג זה – היא עניין להיסטוריונים ולא לבית-המשפט, וככל שישכיל בית-המשפט להימנע מלעסוק בה כן ייטב... 'כידוע, הרבה פנים והרבה פרשנים יש לאמת ההיסטורית'. קביעתה של אמת היסטורית היא, במידה רבה, נושא להערכה, העשויה להשתנות מחוקר לחוקר ואף מזמן לזמן."

כך, באמירות גורפות כאלה, בית-המשפט הופך את ההיסטוריה לדעה או לסברה. התוצאה היא כמובן שאם ההיסטוריה היא דעה או סברה אפשר לשאול מה תוקפן ומה כוחן של קביעות עובדתיות משפטיות. אינני יודע כעבור כמה זמן הופך עניין ל'היסטוריה' במקרים לא מעטים, והמקרה הנדון אינו רחוק מהם, עד שנושא מסוים מגיע להכרעה שיפוטית, ההכרעה הזו עשויה להיחשב כ'היסטוריה'. בית-המשפט גם אומר שאף 'אנחנו', בהיותנו שופטים, כוחותינו דלים ואיננו מסוגלים להגיע לאמת. זו איננה תגלית עצומה אבל לעניות דעתי 'תפיסת ההיסטוריה' שעולה מפסק הדין אינה נכונה. אני חושב שגם לפי התפיסות המודרניות של ההיסטוריה לא נכון לומר שכל מה שההיסטוריה מעלה וחושפת הוא בגדר דעה. יש להבחין לעניין זה בין רמות שונות: רמת הנרטיב, רמת הסיפור הגדול והכללי שבהן רב חלקו של היסוד הפרשני, הסלקטיבי, הסובייקטיבי, אם תרצו היצירתי של ההיסטוריון, לבין רמת הפרטים, העובדות היותר פשוטות והפחות מורכבות (כגון – מתי נולד פלוני? כיצד חונד? מתי משל או מילא תפקיד אחר? מתי נפטר?) בתחום זה ניתן להתייחס לעובדות ולא רק לדעות ולסברות. בית-המשפט הרחיק לכת וציטט מתוך הסכמה לדברי השופט האנגלי שדן בתביעה שעניינה הכחשת השואה.

“Needless to say, the context in which these issues fall to be determined is one which arouses the strongest passions. On that account, it is important that I stress at the outset of this judgment that I do not regard it as being any part of my function as the trial judge to make findings of facts as to what did and did not occur during the Nazi regime in Germany. It will be necessary for me to rehearse, at some length certain historical data. The need for this arises because I must evaluate the criticisms of or (as Irving would put it) the attack upon his conduct as an historian in the light of the available historical evidence. But it is not for me to form, still less to express, a judgment about what happened. That is a task for historians. It is important that those reading this judgment should bear well in mind the distinction between my judicial role in resolving the issues arising between the parties and the role of the historian seeking to provide an accurate narrative of past event.”

דבר אינו עוצר את הרלטיביזם העובדתי הזה, אפילו לא אימי המשטר הנאצי. אשר לקביעות משפטיות, גישת בית-המשפט מדאיגה במיוחד. אם המערכת המשפטית סבורה שהציבור יקבל את פסיקותיה, אם היא תקבל עליה את הגישה הצנועה הזאת, לפיה כל מה שנקבע על-ידיה הן אמיתות, סברות, הערכות ודעות, היא שוגה בקנה מידה גדול. טעות חמורה היא לחשוב שעל יסוד רעוע כזה, אנשים יסכימו שאפשר לשלוח מישהו לכלא – מכוח דעה של השופט על-פי כללי משחק כלשהם ולא מכוח הגעה ודאית לאמת. גם מי שרוצה לאמץ גישה ספקנית כלפי האמת השיפוטית צריך לעמוד על שאיפה קיצונית ומאמץ עליון (וככל שבני אדם מסוגלים) להגיע לאמת ועל הערכה שלפיה ברוב המקרים בתי-המשפט, ובמיוחד בפלילים, קרובים מאוד לאמת. אינני יודע מהי 'היסטוריה' למקרא פסק הדין הזה. במהירות שבה העניינים מתנהלים בבתי-המשפט בישראל כל פרשה משפטית הופכת לעניין היסטורי.

אני גם מוטרד מאוד מאמירה אחרת של בית-המשפט. הייתה טענה שמי שייצג את שרון מנע מבית-המשפט לשמוע את הראיה הטובה ביותר והיא עדותו של מנחם בגין. את עדותו של בגין ביקש 'הארץ' וההגנה של שרון הגיבה לבקשה זו. קריאת פסק הדין אינה מגלה מה הייתה תגובת שרון. בית-המשפט אינו אומר לנו מה בדיוק הייתה התשובה, אבל לאחריה הורה בית-המשפט למי שביקש להעיד את בגין, להביא תצהיר על מחלתו. ניתן להסיק שנציגו של שרון לא הסכים לבקשת 'הארץ'. אם היה מסכים, סביר שבית-המשפט היה נעתר לבקשה. אחרי התפתחויות נוספות שחלו בעניין נפטר מנחם בגין, זיכרונו לברכה, מבלי שנמסרה גרסתו.

בית-המשפט אומר על כך שיכול להיות שבהקשרים של משפטים רגילים היה מקום לראות חשיבות בעמדה כלפי הצעד שננקט. הוא אומר: "אני לא אראה בה חשיבות." למה? משום שמדובר במחלוקת ציבורית מובהקת על פרשה מן העבר, ולהכרעתה יכולות להיות תוצאות החורגות מגדר עניינם המוגבל של בעלי הדין. לעניות דעתי, זו קביעה בעייתית מאוד משום שהיא נותנת הנחה גדולה מאוד לכל דמות פוליטית.

התוצאות החורגות אינן יכולות להיות עניינו של בית-המשפט ואינן צריכות להשפיע על מהלכיו, ועל פי כללי הדיון הרגילים בית-המשפט חייב לדון לפי מה שמובא בפניו והכרעתו היא הכרעה שיפוטית – תוצאתו של ההליך שבפניו, ולא מעבר לכך. לקביעה זו של בית-המשפט יש משמעותיות ציבוריות שחורגות מהעניין שבין בעלי הדין והמשפט הזה. אדגים זאת בדבר הרבה יותר חשוב שהתרחש במשפט הזה.

ההגנה של שרון נקטה קו מעניין, והוא שלא להזמין לחקירה נגדית עדים מטעם הנתבע ('הארץ') שמסרו תצהירים חשובים ומשמעותיים. בדרך כלל כשצד במשפט מוסר תצהיר והצד השני מוותר על חקירה, לצורך המשפט הדברים האלה אינם שנויים במחלוקת. על-פי הגיונו של השופט מצא, אישיות פוליטית יכולה לומר: "זה נכון למשפטים רגילים אבל כשמדובר בי אינני קשור בקו ההגנה שעורך הדין שלי נוקט." לדעתי, גישה כזו חורגת לחלוטין מניהול הוגן של משפט. יתר-על-כן, לא הייתה הצדקה כלשהי להעניק יתרון לתביעה

על פני ההגנה גם מסיבות נוספות. ראשית, הייתה זו התביעה שביקשה מבית-המשפט הכרעה באמת ההיסטורית. שנית, כאשר התובע הוא אישיות פוליטית בכירה, הנתבע נמצא בעמדת נחיתות אינהרנטית בשל הקושי למצוא עדים שיסכימו להעיד נגד אישיות פוליטית. קושי זה גובר כאשר התובע הוא מי שבקי מכוח תפקידו בכל הדיונים והתרשומות הרשמיות, ואילו הנתבע מנהל מערכה משפטית כאשר חלק ניכר מן החומר חסום בפניו (במקרה דנן מטעמי ביטחון המדינה). שלישית, יש מקום לחשש שאישים פוליטיים ינצלו את היתרונות האמורים וינהלו משפטי דיבה נגד עיתונאים ועיתונאים *in terrorem*, במטרה להטיל מורא ולהרתיע מפני ביקורת קשה וחודרנית.

אני סבור ששופט בית-המשפט המחוזי זכה כאן לביקורת לא מוצדקת. בית-המשפט טוען: "הוא טיפל בדבר שהוא לא היה צריך לטפל בו." כאשר שופט בית-המשפט המחוזי צריך לטפל בפרסום שייתכן שהוא עובדה וייתכן שהוא דעה, ובית-המשפט העליון עצמו סבור שמדובר בסיווג לא פשוט, בהכרעה קשה ושיש מקרים גבוליים שבהם ההחלטה נעשית על-פי שיקולים של מדיניות משפטית – לא אמורות להיות טענות כלפי השופט המחוזי.

בנסיבות הקושי האמור, השופט המחוזי היה צריך לומר כמו שנהג השופט משה טלגם. דעתי היא שמדובר ב'דעה' אבל אינני יכול להיות בטוח שהיא תתקבל בעניין סבוך וקשה כל-כך, ולכן אתייחס גם לאפשרות ההפוכה, לפיה מדובר ב'עובדה'. בניהול משפט כזה שנים ארוכות ובהשארת העניין פתוח (כלומר 'הימור סגור' על אחת האפשרויות ואי-התייחסות לאפשרות השנייה) יש משום גישה לא אחראית של בית-המשפט הדין בעניין. לכן, לדעתי, בית-המשפט העליון עשה עוול לשופט המחוזי בכך שלא הצדיק את השיטה שבה פעל. לדעתי זו השיטה היחידה שבה שופט מחוזי אחראי היה צריך לטפל בסוגיה מעין זו.

יש עניין אחד שבו אני הולך בעקבות פסק הדין ומציע להסתמך ולהתבסס עליו, והוא שהדרישה שהחוק שלנו דורש ביחס לעובדות, הוכחת 'אמת' במשמעות המקובלת של המושג 'אמת', היא דרישה כבדה ומחמירה מדיי, ואי-אפשר לעמוד בה, כל שכן שלא הוגן לדרוש אותה.

אם בית-המשפט סבור שהאמת המשפטית קשה כל-כך לשופט, ולכן השופטים אינם מתיימרים לומר שהיא אמת עובדתית – הדברים חלים מקל וחומר על האמת העיתונאית. אין לעיתון אמצעי כפייה, לא מובאות בפניו בצורה מסודרת גרסאות של שני הצדדים, אין חובה חוקית של העדת אמת על מי שמוסר גרסה לעיתונאי ובמקרים רבים העיתונאי נסמך על מקורות שאין הוא רשאי לחשוף. אם משווים עבודה עיתונאית לעבודה של בית-משפט ברור שהאמת העיתונאית יכולה להיות 'פחות אמת' מהאמת המשפטית. בהקשר זה פסק הדין הזה מצביע על נקודה נכונה וחשובה מאוד בדיני לשון הרע שוודאי עוד תזכה להתייחסות נרחבת בדיוננו. לסיום, אני מבקש להזהיר מפני התופעה שפסק הדין מעודד, האמירה שדיון בפוליטיקאים, במעשיהם ובהתנהגויות שלהם הוא בתחום הדעה על כל חלקיו. לדעתי, אמירה זו עושה עוול לטיבו האמיתי של דיון בעשייה שלטונית ולמה שאנחנו מצפים ורשאים לצפות מדיון כזה.

בדיון על עשייה שלטונית יש חלק חשוב מאוד לוויכוח על השקפות ועל עמדות, אבל דיון כזה איננו דיון מבוסס ומשמעותי אם יש בו רק דעות וחסרה בו תשתית עובדתית, המתארת את אופני ההתנהגות וההתנהלות של השלטון הלכה למעשה. תפקידה של התקשורת להביא לתוך הדיון הזה גם עובדות ומידע. הטענה שפלוני שר ביטחון הוליד שולל ראש ממשלה או ממשלה, או שפלוני, שר ביטחון, מסר מידע מטעה או לא מסר את כל המידע הרלבנטי לראש הממשלה או לממשלה, היא לכאורה טענה מתחום העובדות ולא מתחום הדעות. הציבור זכאי לדעת, אולי אפילו חייב לדעת, אם יש דברים בגו, אם הטענה האמורה נכונה. התקשורת אמורה לעמול ולעמול קשה על-מנת שתוכל להביא לידיעת הציבור מידע רלבנטי וחשוב כזה – לא כדעה, לא כסברה, אלא כעובדה. בגישה שלפיה כל התייחסות לשלטון היא דעה, נעשה פיחות גדול בתפקידה של התקשורת בדיון הפוליטי. נגרעת חשיבותו של הדיון הפוליטי ונפגעת זכות הציבור לדעת. מטרתו של בית-המשפט הייתה רצויה – להסיר את הנטל הכבד של הוכחת ה'אמת'. אבל הדרך בה הלך אינה רצויה. אני מציע שננסה להשיג את המטרה הזאת בדרכים ישירות יותר – הבה נתמודד עם הנטל הכבד

הזה, אבל בל נאמר שכל דברי התקשורת על מעשיהם ומחדליהם של פוליטיקאים הם 'דעות'. לדעתי, בכך טמונה השגיאה העיקרית בפסק הדין החשוב הזה.

כעת נשמע את המתדיינים. ראשון הדוברים יהיה ד"ר תאלד גנאים. ד"ר גנאים עשה חלק מלימודיו בגרמניה והוא בקיא היטב בשיטת המשפט הגרמני.

## חלק א

### חאלד גנאים

לפי סעיף 1 לחוק, פרסום של כל עובדה משפילה נופל בגדר לשון הרע. כלומר, קיומה של לשון הרע לא מותנה בפרסום עובדה שקרית. ולפי סעיף 14 לחוק, שכותרתו אמנם הגנת אמת הפרסום, טענת אמת הפרסום כשלעצמה אינה הגנה וסייג לאחריות משפטית. אמת הפרסום היא הגנה במשפט רק אם היה בפרסום עניין ציבורי. הערך המוגן באמצעות חוק איסור לשון הרע הוא השם הטוב. בנוסף לכך מוגנת במקרים אחדים גם הפרטיות. זאת, משום שבדרך כלל אין עניין ציבורי בפרסום הנוגע לחיים הפרטיים והמשפחתיים של הנפגעים.

נראה כי הקרבה הרבה בין שני הערכים החברתיים הללו, הנובעת גם מכך ששניהם מוצבים מול חופש הביטוי, תרמה לכריכתם של שני הערכים החברתיים יחדיו. גם המשפט האנגלו-אמריקני לא הבחין תמיד בין הגנה על הכבוד לבין הגנה על הפרטיות, הן בדין הנזיקי והן בדין הפלילי וייתכן שאחת הסיבות לכך היא שבמשפט המקובל, ואף באנגליה היום, חדירה לפרטיות אינה עוולה נזיקית עצמאית. כמסקנה יש לגרוס שמטרתו של חוק איסור לשון הרע המצוי היא להגן על השם הטוב ובמקרים אחדים גם על הפרטיות.

אמנם אפשר לטעון שבעת חקיקת חוק איסור לשון הרע בשנת 1965, הייתה הצדקה להגנה על הפרטיות באמצעות החוק, שכן אז הפרטיות לא הוגדרה כערך חברתי עצמאי המוגן באמצעות המשפט, לא במשפט הפלילי ולא במשפט האזרחי. אך לאור העובדה שמאז

הגדיר המחוקק, בחוקקו את חוק הגנת הפרטיות בשנת 1981, את הפרטיות כערך חברתי עצמאי הראוי להגנה באמצעות המשפט האזרחי והמשפט הפלילי, והגדיר את צורות הפגיעה בה כעוולות אזרחיות ועברות פליליות עצמאיות, ראוי שחוק הגנת הפרטיות יטפל רק בהגנה על הפרטיות, ושחוק איסור לשון הרע בהגנה על הכבוד בלבד. לכן יש לתקן את חוק איסור לשון הרע ולהגדיר מחדש את הערך או הערכים החברתיים הראויים להגנה באמצעותו. זאת ועוד, שני ערכים חברתיים או יותר עשויים להיות מוגנים באמצעות איסור פלילי, רק כאשר מדובר בתופעה אנטי-חברתית עצמאית. האיסור הפלילי מבטא תופעה מסוימת הנתפסת בעיני החברה כתופעה אנטי-חברתית העומדת בפני עצמה. כך למשל האיסור על השוד, המגלם בתוכו יותר משני ערכים חברתיים, והם הבעלות, ההחזקה, חופש ההחלטה וחופש הפעולה, מוגדר כעברה פלילית עצמאית, הואיל והשוד נתפס בעיני החברה כתופעה אנטי-חברתית עצמאית העומדת בפני עצמה, וכל התנהגות הנכללת בגדר השוד פוגעת בכל הערכים החברתיים המוגנים באמצעותו. לעומת זאת, הערכים החברתיים של הפרטיות והכבוד הם שונים ואינם כרוכים בהכרח יחדיו. הפרטיות היא האינטרס של הפרט בשמירה על ענייניו האישיים מפני חשיפה של מידע הנוגע לחייו הפרטיים. ואילו הכבוד הוא האינטרס של הפרט בשמירה על ההערכה החברתית לה הוא זוכה בחברה מפני פרסום מידע שלילי המזיק להערכה זו. זאת ועוד, העברה הפלילית צריכה להצביע על אנטי-חברתיות מסוימת וברורה, ואם הדבר רק ניתן – המתבטאת בפגיעה בערך מוגן אחד. רק הגדרה כזו של העברה מאפשרת להצביע על העונש הממוצע והבסיסי של העברה, שהוא הגמול על האנטי-חברתיות שבעברה ואשמת העושה. האיסור הפלילי על לשון הרע אינו עומד באמת מידה כזו. התופעות האנטי-חברתיות הנופלות בגדר האיסור הפלילי על לשון הרע הן שונות במהותן. מצד אחד נכללות בגדר האיסור התנהגויות אנטי-חברתיות הפוגעות רק בכבוד, למשל פרסום פוגע שאינו מתייחס לחיים הפרטיים או המשפחתיים, ומצד שני נכללות בגדר האיסור גם התנהגויות הפוגעות הן בכבוד והן בפרטיות. למשל, פרסום פוגע המתייחס לחיים

הפרכיים או המשפחתיים. כדי לשוות לאיסור הנדון אופי ראוי, מן הדין 'לפרק' את האיסור ולהגדיר את התופעות האנטי-חברתיות השונות הכלולות בו, באיסורים שונים ונפרדים: איסור על פגיעה בכבוד לחוד ואיסור על פגיעה בפרטיות לחוד, כאשר היחס ביניהם הוא יחס של הצטברות אידאלית או ראלית. זאת ועוד, בגדר האיסור על לשון הרע נופלות התנהגויות שהן שונות מבחינת האנטי-חברתיות הטמונה בהן. כאמור, בגדר האיסור נופלים פרסום עובדה שקרית, עובדה נכונה ועובדה ששקריותה לא הוכחו מעל לכל ספק סביר. הואיל והאנטי-חברתיות הטמונה בפרסום עובדה שקרית היא חמורה בהרבה מאשר האנטי-חברתיות הגלומה בפרסומים האחרים (פרסום עובדה ששקריותה לא הוכחה מעל לכל ספק סביר או פרסום עובדה נכונה), מן הדין לערוך רפורמה ב'הגדרה פגומה' של האיסור המצוי ולהתמודד עם כל תופעה בנפרד.

יתר על-כן, תיקון החוק מתחייב מן התיקונים שנעשו בחוק העונשין מעת חקיקת חוק איסור לשון הרע. למשל, הגדרת ההסתה לגזענות כעברה פלילית ועצמאית. ולנוכח ההצעות לרפורמה בעברות ההסתה לאלימות. לשון הרע על חלק של הציבור הוא לפי סעיפים 1 ו-4 לחוק איסור לשון הרע עברה פלילית אשר כוללת בתוכה גם את התופעה של הסתה לגזענות. הואיל והמחוקק הגדיר בשנת 1986 את ההסתה לגזענות כעברה פלילית עצמאית, והואיל ומוצעת רפורמה לסעיף 136(4) לחוק העונשין, מתבקשת הגדרה מחודשת של לשון הרע על תאגיד ועל ציבור. כן מתבקשת בחינה של יחסי ההצטברות בינה לבין עברת ההסתה לגזענות ולבין עברות ההמרדה. לאור האמור, יש לערוך בדיקה מחודשת לחוק איסור לשון הרע ולתקנו.

## **הערכים החברתיים המוגנים באמצעות איסור לשון הרע**

### **השם הטוב או הכבוד**

השם הטוב משמעו ההערכה החברתית של הפרט, היינו הערכת הפרט כבן-אדם, כסובייקט חברתי בעל תכונות אנושיות וחברתיות. השם הטוב מורכב משני היבטים: השם הטוב במובנו המוחשי-ממשי



(הכבוד החיצוני) ורגש הכבוד (הכבוד הפנימי). השם הטוב במובנו המוחשי-ממשי הוא הערכת הפרט בעיני האחרים, ואילו רגש הכבוד משמעו ההערכה הסובייקטיבית של הפרט בעיני עצמו. השם הטוב במובן המוחשי ממשי כערך חברתי נפגע כאשר הפרט הושפל, נעשה מטרה לשנאה, לבוז או ללעג בעיני הבריות, ואין נפקא מינה אם הדיבור הפוגע הוא אמת אם לאו, ואם הפרסום הפוגע נעשה בנוכחות הנפגע, הגיע אליו ואם לאו. לעומת זאת, פגיעה ברגש הכבוד מתקיימת כאשר הפרסום הפוגע הגיע אל הנפגע. למשל, הפרסום נעשה בנוכחות הנפגע או בפני הנפגע בלבד. כאמור לעיל, לפי סעיפים 1 ו-14, פרסום עובדה נכונה משפילה נופל בגדר האיסור, ואמת הפרסום אינה הגנה. הערך החברתי המוגן על-ידי החוק הוא השם הטוב.

אין לראות בשם הטוב את הערך החברתי הראוי להיות מוגן באמצעות חוק איסור לשון הרע, לפחות מבחינה פלילית, הואיל ותפיסה זו אינה מתיישבת עם עקרונות היסוד של השיטה המשפטית. התערבות דיני העונשין בחיים החברתיים מותרת רק כאשר החיים החברתיים ייפגעו קשות לולא ההתערבות. מטרתה של העברה הפלילית היא להגן על זכויות הפרט. עולה מכאן, שאין להגן על שמו של הפרט כערך חברתי, כאשר אין לפרט זכות להגנה כזו. הפרט הוא סובייקט חברתי, והוא רשאי לדרוש ולקבל מן החברה, והחברה חייבת להעניק לו רק את מה שמגיע לו, ותו לא. לענייננו כאן המשמעות היא, שהחברה חייבת להגן על השם הטוב רק אם לפרט יש זכות לשם טוב. זכותו של הפרט כלפי החברה היא שהחברה תעריך ותכבד אותו לפי תכונותיו ובהתאם למעשיו. כלומר, אין החברה חייבת להעריך את הפרט בניגוד או מעבר להערכה החברתית המגיעה לו. מה שראוי להגנה הוא הכבוד, במובן ההערכה החברתית המוצדקת, זו שהפרט ראוי לה. פרסום הפוגע בשם שקנה לו אדם שלא-כדין, קרי: שם טוב שלא מגיע לו, אין בו פגיעה ממשית בחיים החברתיים. מבחינת החיים החברתיים, יש הבחנה ברורה בין המוניטין המוצדק של הפרט לבין המוניטין הבלתי מוצדק שלו. פגיעה במוניטין הבלתי מוצדק פוגעת אמנם בפרט (אף כי לא בזכות שלו), אך מבחינת החברה היא מסייעת להתאים את המוניטין בפועל למוניטין

המוצדק. ובכך מקדמות דווקא אינטרס של החברה שהמוניטין בפועל יתאם את המוניטין המוצדק. דיני לשון הרע מטרתם להגן על הדימוי הנכון של האדם, היינו הגנה על הפרט מפני דימוי שלילי מוטעה שלו בעיני הבריות. כאשר התנהג הפרט בניגוד לכללי החברה והשקפותיה, אזי העניק הפרט לעצמו שם רע. הוצאת לשון הרע על שמו של פרט כזה אינה פוגעת בהערכה החברתית המגיעה לו, היינו המוניטין המוצדק שלו. יתרה מזאת, ניתן לתהות גם על התייחסות לפרסום האמת כאל מצב אנטי-חברתי ושלילי. התייחסות אל המפרסם פרסום אמת, שאין בו עניין ציבורי, כאל עברייני היא הפרזה ואינה מתיישבת עם דמות העברייני, כמי שמפר את כללי החברה הבסיסיים. זאת ועוד, הכבוד שזכאי לו העברייני הוא הכבוד האנושי שהוא נחלת כלל הבריות. אולם, אין העברייני זכאי להגנה על שמו כשומר חוק. יתר על כן, התייחסות לעברייני כאל אדם מוסרי בעל תכונות נעלות "עשויה להתפרש כהסחת דעת ממידותיו הרעות ומדרכיו הנלוזות של העברייני." אחד התפקידים החשובים של הענישה הפלילית הוא גינוי העושה והוקעתו. לפיכך, בהתייחסות אל פרסום אמת על עברייני שהורשע כאל פרסום לשון הרע שעשוי להוליד עברה פלילית יש משום פגיעה קשה מאוד בהשגת תפקיד הענישה הפלילית. כיצד מקיימים את תפקיד הענישה הפלילית כגינוי וכהוקעת העושה כאשר מחייבים התייחסות אליו כאל אדם שומר חוק? יש להגן אפוא רק על הכבוד המגיע לפרט. הכבוד הוא ההערכה החברתית המגיעה לפרט בגין מעשיו ובגין תכונותיו, והוא המוניטין המוצדק. עולה מכאן שפרסום אמת אינו יכול להיות פגיעה בכבוד. זאת ועוד, התייחסות לפרסום אמת כאל מעשה מותר מתחייבת מחופש הביטוי, שכן אחד הצידוקים העומדים ביסוד חופש הביטוי הוא חשיפת האמת וחופש הביטוי הוא "החופש של היחיד ושל כלל החברה להוציא את האמת לאור בדרך של התמודדות חופשית ובלתי פוסקת בין האמת לבין השקר."

בשנת 1965 הועלתה הטענה שהגנת אמת הפרסום עשויה להתיר פרסום לשון הרע בלי שהמפרסם יהא חייב לבדוק תחילה אם דבריו אמת ואם לאו, ודי לו כדי לצאת זכאי אם יוכיח לאחר מעשה את

אמיתות הפרסום. כלומר, המפרסם (שעלול להיות טיפוס עברייני) יהנה מעובדות שהתבררו לאחר מעשה - וזהו מצב של ניצול הגנה לרעה. טענה זו אינה נכונה. אין היא מתיישבת עם ההגדרה והמשמעות של עברה מושלמת או ניסיון לעברה והיא הופכת, במידה מסוימת, את האופי של דיני עונשין מדיני העברות לדיני המחשבות. כאשר המפרסם פרסם דברי אמת אין בכלל פגיעה בכבוד ועל כן אין מקום לעברה מושלמת, ואין נפקא מינה, אם בעת הפרסום היה המפרסם מודע לאמיתות הפרסום ואם לאו. פרסום אמת הוא פרסום מותר ולעניין השלמת העברה אין חשיבות למחשבות המפרסם. דיני עונשין הם דיני העברות. קרי: דיני הפגיעה בערכים החברתיים, ולא דיני המחשבות. לכן, בפרסום אמת אין מקום לעברה מושלמת הואיל ואין פגיעה בערך החברתי המוגן. אולם, יש מקום בסוגיית נושא דיוננו לניסיון לעברת לשון הרע, כמובן כאשר מתקיימים התנאים הדרושים.

בהרצאות הבאות יציגו ישראל גלעד ובוטז שנור עמדה, שלפיה בכל הנוגע לעוולה האזרחית יש להגן על השם הטוב. קרי: הערכת הפרט בעיני הבריות, וכי אמת הפרסום היא הגנה רק כאשר יש בפרסום עניין ציבורי.

גם כאשר מקבלים את העמדה שהשם הטוב הוא הערך המוגן באמצעות העוולה האזרחית של לשון הרע, ראוי שהעברה הפלילית על לשון הרע תגן על הכבוד הנורמטיבי, קרי: ההערכה החברתית המגיעה לאדם בגין מעשיו ותכונותיו. עמדה זו נובעת מן האופי של דיני עונשין שנועדו לטפל בתופעות החמורות ביותר ומעקרון השיוויון, שלפיו דיני העונשין מופעלים רק כאשר הדין האזרחי והדין המנהלי אינם מספקים כלל הגנה או הגנה ראויה על הערך החברתי. כלומר, כאשר טוענים כי פרסום אמת המשפיל את הנפגע פוגע באינטרס שלו, הרי פרסום שקרי המשפיל את האדם פוגע בצורה חמורה יותר באינטרס של הנפגע. כפי שיפורט בהמשך, עיקר ההגנה מפני לשון הרע היא באמצעות הדין האזרחי, כך שניתן לטעון כי התופעות החמורות ביותר (פרסום שקרי המשפיל את הנפגע) נופלות בגדר עברת לשון הרע, ואילו הפגיעות החמורות פחות (פרסום אמת המשפיל את הנפגע) נופלות בגדר עוולת לשון הרע. לפיכך, הערך החברתי הראוי

להיות מוגן באמצעות עברת לשון הרע הוא הכבוד הנורמטיבי, היינו ההערכה החברתית שמגיעה לאדם בגין תכונותיו ומעשיו (המוניטין המוצדק שיש לאדם) ואמת הפרסום אינה פוגעת בכבוד. לדעתנו, גם העוולה האזרחית על לשון הרע צריכה להגן על הכבוד הנורמטיבי, ואמת הפרסום כשלעצמה הינה הגנה. פרסום אמת אינו פוגע באינטרס מוצדק של אדם. לפיכך, מתפקיד דיני הנזיקין בהחזרת המצב לקדמותו על-ידי פיזור הנזק, עולה כי בפרסום אמת אין מקום להתערבות דיני לשון הרע הנזיקין. יתרה מזאת, על-פי הדין הרצוי, הסעד העיקרי בדיני לשון הרע הוא טיהור שמו הטוב של הנפגע, למשל על-ידי פרסום תיקון, התנצלות או הכחשה, תוך כדי פרסום האמת. לפיכך, כיצד ניתן לחייב את האדם – מפרסם האמת – בטיהור שמו של הנפגע? טלו, למשל, פרסום על פלוני שהורשע בפלילים בגין רצח, גנבה או מרמה. האם יש לחייב את המפרסם בפרסום, שלפיו פלוני הוא אדם מוסרי שמכבד את החוק ואת הערכים של הזולת?

המסקנה היא כי הכבוד הנורמטיבי, היינו ההערכה החברתית שמגיעה לאדם בגין מעשיו ובגין תכונותיו, הוא הערך החברתי הראוי להיות מוגן באמצעות חוק איסור לשון הרע.

## פרטיות

כפי שנאמר לעיל, חוק איסור לשון הרע מגן גם על הפרטיות. מסקנת הבדיקה של הערך החברתי המוגן בנוגע לדין הרצוי היא, שאמת הפרסום, שאין בה פגיעה בכבוד, היא נתון השולל את האנטי-חברתיות של הפרסום. השאלה כעת היא, האם אפשר, או אף יש הכרח, להגביל את סייג האמת בפרסום במקרים חריגים הנוגעים לפרטיות, וזאת דווקא כדי להגן על הכבוד, כך שהפרטיות תהיה ערך חברתי נוסף, אמנם משני, המוגן גם הוא בחוק איסור לשון הרע?

**הצעה ראשונה** – הצעה אפשרית בהקשר זה היא, להגדיר את אמת הפרסום, כשלעצמה ובדרך כלל, כסייג לפליליות המעשה, למעט במקרים שבהם הפרסום מתייחס לחיים הפרטיים והמשפחתיים. למשל, בהגדרת הסייג של אמת הפרסום כדלקמן: "תהא זו הגנה טובה שהדבר שפורסם היה אמת, ובלבד שהפרסום לא התייחס לצנעת החיים הפרטיים." הרעיון ביסוד הצעה זו הוא, שעצם הגדרת אמת הפרסום כנתון השולל את פליליות המעשה היא פגיעה חמורה בחיים הפרטיים של הזולת. כאשר אמת הפרסום היא נתון השולל את פליליות המעשה, יש למפרסם זכות חוקתית לחדור לחיים הפרטיים של הזולת. כאשר מעמידים את המפרסם לדין בגין הפרסום, רשאי הוא, מכוח זכותו להליך הוגן (fair trial), לנקוט בכל אמצעי חוקי כדי להגן על עצמו ולהוכיח את חפותו. יתרה מזאת, הזכות למשפט הוגן מחייבת את רשויות השלטון לספק לנאשם את האמצעים הדרושים להוכחת חפותו. כאשר הפרסום מתייחס לחיים הפרטיים של הזולת, ואמת הפרסום היא נתון השולל את הפגיעה בכבוד ואת האנטי-חברתיות שבמעשה, רשאי הנאשם-המפרסם לחדור לחיים הפרטיים של הזולת כדי להוכיח את חפותו, היינו להוכיח שמדובר בפרסום אמת שאין בו פגיעה בכבוד, היינו שהעובדות שפורסמו, המתייחסות לחיים הפרטיים של הנפגע, הן אמת. ברור גם שהנפגע שהפרסום מתייחס לחייו הפרטיים, נפגע בהכרח בכל המקרים אם מאפשרים הוכחת אמת הפרסום. שכן, בין אם הפרסום אמת ובין אם לא, יוצא הוא כמי שהפסיד את הכול, הואיל ובתהליך הוכחת העובדות חייב הוא לספר על חייו הפרטיים, או לאפשר לעושה-המפרסם ולאחרים לחקור את חייו הפרטיים. החיים הפרטיים של הנפגע הופכים, אפוא, להפקר. לאור האמור ניתן לגרוס שאין לאפשר הוכחת אמת הפרסום המתייחס לחיים הפרטיים. הגנת אמת הפרסום לא תעמוד כשמדובר בפרסום המתייחס לחיים הפרטיים של הנפגע, משום שדיני לשון הרע על-פי הצעה זו מגנים גם על הפרטיות, ומשום שאין להעניש אדם פעמיים בגין אותו מעשה, אין תחולה לחוק הגנת הפרטיות כאשר נושא כתב האישום הוא פרסום משפיל הפוגע בפרטיות. במקרה זה תחולת חוק איסור לשון הרע חוסמת את תחולת חוק הגנת הפרטיות.

**הצעה שנייה** – אפשר להציג הצעה שונה, שלפיה הפרטיות תהיה מוגנת בחוק ההגנה על הפרטיות ולא בחוק איסור לשון הרע שנועד להגן על הכבוד. הכבוד הוא ההערכה החברתית המגיעה לפרט בגין מעשיו ותכונותיו בעיני הבריות, ופרסום אמת אינו פוגע כלל בכבוד. פרסום עובדה נכונה המתייחסת לחיים הפרטיים אינו פוגע בכבוד. עולה מכאן, שאין לסייג את אמת הפרסום כנתון השולל את פלילות המעשה, גם כאשר הפרסום מתייחס לחיים הפרטיים. אם המחוקק סבור שהתנהגות זו צריכה להיות אסורה לפי דיני העונשין, מקומו של האיסור הוא בחוק הגנת הפרטיות ולא בחוק איסור לשון הרע. יצוין גם שהפרטיות היא זכות חוקתית, וחדירה לפרטיות הזולת אסורה, ואין נפקא מינה, אם מדובר בפרסום אמת אם לאו. עצם החדירה היא פגיעה בפרטיות. פגיעה היא מוצדקת-בדין ומתיישבת עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, רק אם קיים אינטרס ציבורי או אינטרס פרטי ולגיטימי בפרסום המתייחס לחיים הפרטיים. אמור מעתה: פרסום אמת אינו פוגע בכבוד, ואין נפקא מינה אם הפרסום מתייחס לצנעת החיים הפרטיים אם לאו. פרסום המתייחס לצנעת החיים הפרטיים פוגע בפרטיות, ואין נפקא מינה אם הפרסום היה אמת אם לאו.

השאלה המתעוררת על-פי הצעה זו היא, מה היחס בין הפגיעה בפרטיות לבין הפגיעה בכבוד. במילים אחרות, האם יש תחולה לחוק איסור לשון הרע כשמדובר בפרסום המתייחס לצנעת החיים הפרטיים?

כאמור, פרסום המתייחס לחיים הפרטיים הוא, בדרך כלל, פגיעה אסורה בפרטיות. ואין נפקא מינה אם מדובר בפרסום אמת אם לאו. פגיעה בפרטיות מותרת רק אם היה בפרסום עניין ציבורי או עניין פרטי לגיטימי. המסקנה המתחייבת היא, שאין להתיר בדרך כלל חדירה לפרטיות לשם הוכחת אמת הפרסום. ואשר לפגיעה בכבוד, ולהעמדת המפרסם לדין בגין עברת לשון הרע – משמעות הדבר מנקודת המבט של הגנה על הפרטיות, שאין העושה רשאי להוכיח את חפותו (העדר פגיעה בכבוד), שכן הוכחה זו היא בעצמה פגיעה בפרטיות. מסקנה זו, היינו שאין להרשות לעושה להוכיח את אמיתות

הפרסום, אינה עולה בקנה אחד עם משמעות הכבוד, כערך חברתי מוגן, עם העיקרון של הספק לטובת הנאשם (in dubio pro reo) ועם הדוקטרינה של משפט הוגן, שכן מעמידים את העושה לדין ומרשיעים אותו בגין הפגיעה בכבוד, אף-על-פי שהפגיעה בכבוד אולי לא התרחשה, כי במקרה של פרסום אמת אין פגיעה בכבוד. ואם אין מאפשרים לעושה להוכיח את אמיתות הפרסום, הרשתו מתבססת על שמא של פגיעה בכבוד, ולא על ברי של פגיעה בכבוד.

### הפתרונות האפשריים

**1. העמדת המפרסם לדין בגין פגיעה בפרטיות, ביחס של הצטברות איזאלית.** לפי פתרון זה, כשמדובר בפרסום משפיל שמתייחס לצנעת החיים הפרטיים, מעמידים את המפרסם לדין בגין פגיעה בכבוד ובגין פגיעה בפרטיות, ואף עברה לא מונעת את תחולת העברה האחרת. במקרה זה מתקיימת תמיד פגיעה בפרטיות, ואין נפקא מינה אם הפרסום היה אמת אם לאו, עברת לשון הרע תבוא בחשבון כשמדובר בפרסום פוגע של דעה או עובדה שקרית. היתרון בפתרון זה נעוץ בכך שמעמידים את העושה לדין בגין פגיעה בכבוד ובגין פגיעה בפרטיות. מטילים על העושה אחריות פלילית בגין הפגיעות בערכים החברתיים, והעונש הפלילי המוטל עליו הולם ומשקף את האנטי-חברתיות של הפרסום ואת הנזק החברתי שנגרם לזולת. אולם, במצב דברים זה אנו נקלעים למצוקה של ממש: כפי שנאמר לעיל, בהעמדת המפרסם לדין בגין עברת לשון הרע, יש לאפשר לעושה להוכיח את חפותו, היינו העדר התרחשות הפגיעה בכבוד; יש לאפשר למפרסם לחקור את החיים הפרטיים של הזולת. אולם, וכפי שגם נאמר לעיל, אין לאפשר חדירה זו אל החיים הפרטיים, הואיל ועצם קיומה של הגנת 'אמת הפרסום' בחיים הפרטיים היא פגיעה משמעותית בפרטיות. יתרה מזאת, פתרון זה עלול לגרום לניצול החוק לחדירה מכוונת לפרטיות הזולת. יהיה מי שיפרסם עובדות שקריות הפוגעות בכבוד הזולת והמתייחסות לצנעת חייו הפרטיים, וזאת כדי לחדור לחייו הפרטיים של הנפגע. לכן אין לקבל פתרון זה. אין להתיר, מכוח החוק, העמדה לדין בגין פגיעה בפרטיות ובגין פגיעה בכבוד.

## 2. הבחירה בידי הנפגע – באמצעות קובלנה פרטית או הסכמה

**בכתב של הנפגע.** לפי פתרון זה הבחירה בידי הנפגע. הנפגע יקבע באמצעות הקובלנה הפרטית את נושא האישום הפלילי, היינו העמדת המפרסם לדין בגין פגיעה בפרטיות ופגיעה בכבוד, או העמדת המפרסם רק בגין פגיעה בפרטיות. במקרה שהתביעה הכללית מחליטה להעמיד את המפרסם לדין בגין הפרסום, יש להתנות את ההעמדה לדין בגין הפגיעה בכבוד בהסכמה בכתב של הנפגע. היתרון בפתרון זה מתבטא בכך, שהעמדת המפרסם לדין גם בגין הפגיעה בכבוד תשקף את מלוא האנטי-חברתיות של הפרסום ואת הנזק החברתי שנגרם לנפגע. זאת ועוד, אפשרות זו אינה פוגעת בפרטיות הנפגע, הואיל והנפגע הסכים מראש לחדירה לפרטיותו, והפרטיות היא זכות הניתנת לדיספוזיציה. כלומר, הפתרון מקיים באופן הולם את דוקטרינת האנטי-חברתיות של האירוע (הפגיעה בערך החברתי המוגן) ומתיישב גם עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אך החיסרון שבפתרון זה, שמבחינה מעשית הבחירה אינה בידי הנפגע, שכן ברוב המקרים הנפגע ייאלץ להעמיד את המפרסם לדין גם בגין הפגיעה בכבוד, הואיל ואי-הסכמתו להעמיד את המפרסם לדין בגין עברת לשון הרע, תיצור את הרושם שמדובר בפרסום אמת, וממילא אין בו פגיעה בכבוד. לכן, אין להתיר את הבחירה להעמדת המפרסם לדין בגין הפגיעה בכבוד בידיו של הנפגע, הואיל ומבחינה מעשית אין לנפגע בחירה.

## 3. אי-העמדת המפרסם לדין מכוח החוק, בגין עברת לשון הרע. לפי

פתרון זה אין להעמיד את המפרסם לדין מכוח החוק בגין עברת לשון הרע, בשל פרסום המתייחס לצנעת החיים הפרטיים של הנפגע. ההעמדה לדין תהיה רק בגין הפגיעה בפרטיות. היתרון בפתרון זה מתבטא בכך שאי-ההעמדה לדין בגין הפגיעה בכבוד אינה ניתנת לדיספוזיציה של הנפגע, ועקב כך לא ייווצר הרושם כאילו הפרסום הוא אמת. פתרון זה משרת באופן הטוב ביותר את ההגנה על הפרטיות. אך לפתרון זה חסרונות אחרים. ראשית, אין בפתרון כדי לשקף את מלוא האנטי-חברתיות של הפרסום; הפתרון משווה את הפרסום הפוגע בכבוד, שמתייחס לחיים הפרטיים של הזולת, לפרסום



שמתייחס רק לחיים הפרטיים של הזולת ושאינן בו כלל פגיעה בכבוד. כלומר, משווים, מכוח החוק, מין עם שאינו מינו. שנית, אין הפתרון מתחשב כלל בכבוד, שהוא זכות יסוד חוקתית. כלומר, אין בפתרון כדי לטהר את שמו הטוב של הנפגע, הואיל ולא ניתן להוכיח את שקריות הפרסום, ובכך את לשון הרע.

אך לדעתנו פתרון זה, עם החסרונות שבו, הוא בהקשר הנדון הרע במיעוטו בהשוואה לשתי החלופות הקודמות: ראשית, אין להתיר חדירה לפרטיות הנפגע, כדי לאפשר למפרסם להגן על זכויותיו החוקתיות לחירות, לכבוד ולמשפט הוגן הואיל וחדירה זו היא פגיעה חמורה ומשמעותית בפרטיות. שנית, הפתרון של הבחירה בידי הנפגע אינו אפשרי, הואיל והבחירה מבחינה מעשית אינה בידיו של הנפגע. לכן, בפרסום עובדה העלולה לפגוע בכבוד ומתייחסת לצנעת החיים הפרטיים של הזולת יש מקום רק לחוק הגנת הפרטיות. יודגש שאי תחולת חוק איסור לשון הרע על פרסום שמתייחס לצנעת החיים הפרטיים תבוא בחשבון כאשר נושא הפרסום הוא עובדה, להבדיל מדעה, שכן העובדה אמת או שקר, ואילו הדעה היא סבירה או בלתי-סבירה, ואינה נבחנת במושגים של אמת או שקר. זאת ועוד, כאשר מדובר בפרסום עובדה פוגעת המתייחסת לצנעת החיים הפרטיים של הנפגע ושקריות העובדה הוכחה מעל לכל ספק סביר לפני המשפט, יש תחולה לחוק איסור לשון הרע. פרסום כזה פוגע בכבוד. הואיל ושקריות העובדה הוכחה מעל לכל ספק סביר אין להתיר עוד את הוכחת השקריות. לכן, בפרסום עובדה פוגעת שלא הוכחה לפני המשפט מעל לכל ספק סביר אין תחולה לחוק איסור לשון הרע.

כמסקנה, צריך לגרוס שעל-פי ההצעה הראשונה האפשרית הפרטיות היא ערך חברתי משני בידי לשון הרע, ואילו על-פי ההצעה השנייה אין היא ערך חברתי מוגן ואף לא משני באמצעות חוק איסור לשון הרע. לדעתנו שתי ההצעות אפשריות וסבירות, אם כי הנטייה היא להצעה השנייה. הבחירה ביניהן היא עניין של שיקולי מדיניות ובמידה מסוימת עניין של ההגנה על הפרטיות באמצעות חוק ההגנה על הפרטיות.

### הסייג הכללי של הגנה על אינטרס ציבורי

כפי שנאמר לעיל, לפי סעיף 14 לחוק (הדין המצוי) אין בקיומו של עניין ציבורי בפרסום כשלעצמו כדי להוות סייג לאחריות משפטית. רק פרסום אמת שיש בו גם עניין ציבורי הוא סייג לאחריות משפטית. הצעה אפשרית היא להתייחס אל פרסום אמת כאל פרסום שאינו פוגע בכבוד. לפי הדין הרצוי אין לראות בפרסום אמת סייג לאחריות משפטית, ואין נפקא מינה אם היה בפרסום עניין ציבורי ואם לאו. הסייגים לאחריות משפטית יבואו בחשבון כאשר אין מדובר בעובדה נכונה.

### המושג 'עניין ציבורי'

מדובר בפרסום שיש בו עניין ציבורי, להבדיל מפרסום שמספק עניין לציבור. פרסום שיש בו עניין לציבור עלול לכלול גם את הפרסום שמטרתו "לספק עניין לסקרנים או למלא יצר של רכלנים". ואילו פרסום שיש בו עניין ציבורי הוא הפרסום ש"הציבור בתור שכזה מעוניין בפרסום, ואין די בכך שלפרטים המרכיבים את הציבור ישנו עניין לדעת את הפרטים שפורסמו". זאת ועוד, לא די בכך שהפרסום נגע לעניין ציבורי, אלא הכרח שבפרסום הדברים היה עניין ציבורי. כלומר, העובדה שנושא הפרסום בכלל יש בו עניין ציבורי לא תביא לתחולתה של ההגנה. הסייג מתקיים רק אם העניין הציבורי דורש את הפרסום, קרי: את הפגיעה בכבודו של הזולת. העניין הציבורי הוא התועלת שמפיקה החברה מן הפרסום. תועלת זו מתבטאת בדרך כלל בתרומות הפרסום לשינוי אורחות החיים בחברה, ואף לעצם הדיון הציבורי בנושא חברתי או פוליטי. ההנחה היא כי בדמוקרטיה הדיון הציבורי בכל נושא מדיני או חברתי הוא חיוני הן לפרטים והן למקבלי ההחלטות. הנתון 'עניין ציבורי בפרסום' משמעו תועלת חברתית בפרסום והוא מבוסס על תורת איזון האינטרסים והסיכון המוצדק. מדובר באיזון בין האינטרס של הנפגע במניעת הפרסום והפגיעה בכבודו הנגרמת על-ידי הפרסום – לבין האינטרס של החברה בפרסום ובחשיפת המידע. המושג 'עניין ציבורי' הוא מושג רחב מאוד. הואיל ומדובר בפרסום שעניינו שיפור החיים

החברתיים, הגנה וטיפול המשטר הדמוקרטי, יש לפרש את המושג 'עניין ציבורי' על דרך ההרחבה. לחופש הביטוי יש להעניק מעמד חשוב כשמדובר בפרסום המתייחס לעניין ציבורי, הואיל והדיון הציבורי שהוא מרכיב חיוני של הדמוקרטיה, וזכות הציבור לדעת מתקיימים במקרה זה באופן מובהק ומעניקים לביטוי חשיבות גדולה. כך למשל דיון ביקורתי חריף על כישרונותיו של מועמד לשר בממשלה ועל מעשיו, על מועמד ליועץ המשפטי לממשלה או לתפקיד בכיר בשירותי המדינה הוא פרסום שמטרתו הגנה על מינהל תקין, ומכאן התועלת החברתית שבפרסום. הוא הדין בפרסום על אופן התפקוד של מי שמכהן במשרה ציבורית או על אודות התנהגותו, המעמיד בספק את המשך כהונתו. יש תועלת לציבור גם בפרסום המשרת את האינטרס הציבורי באכיפת החוק. למשל, תלונה בדבר ביצוע העברה, ומכאן העניין הציבורי; תפקידו של הנפגע כאיש ציבור מעיד כי בדרך כלל יש עניין ציבורי בפרסום, וזאת כאשר אין מדובר בחייו הפרטיים של איש הציבור (שהחוק אינו חל עליהם). הסייג מתקיים כאשר יש עניין ציבורי בחלק של הפרסום המהווה לשון הרע.

הסייג יבוא בחשבון גם כאשר אין עניין ציבורי באותו חלק עצמו של הפרסום המהווה לשון הרע, ובלבד שחלק זה הוא חלק בל ינותק מן הפרסום כולו. לעומת זאת, כאשר הסיפור אינו מאבד את תוכנו או משמעותו בהעדר החלק המהווה לשון הרע, אין עניין ציבורי בפרסום לשון הרע, משום שהסייג של עניין ציבורי בפרסום מבטא את התועלת החברתית במובן של הרע במיעוטו, קרי: הפחתת הנזק עד למינימום, העיקרון של האמצעי הפחות מזיק הוא מרכיב חיוני בתורת התועלת החברתית ובכך בסייג של העניין הציבורי בפרסום. מכוח העיקרון של הפגיעה המינימלית עולה כי יש להימנע מפרסום שמו וזהותו של חשוד או נאשם, אלא אם יש בפרסום עניין ציבורי, למשל פרסום שמו של חבר כנסת, שר או עובד בכיר בשירות הציבור האמור לשמש דמות מופת במעשיו הציבוריים, או פרסום שמו וזהותו של מתמודד במערכת בחירות מוניציפלית או ארצית. תנאי זה אינו חל על אמצעי התקשורת, שכן התקשורת היא חוקרת ולא רק מדווחת.

אמצעי התקשורת חוקרים את אמיתות הפרסום ויש להם מקורות מידע שאין לרשויות המדינה. אמצעי התקשורת הם ה'רשות רביעית', 'כלב השמירה' של המשטר הדמוקרטי ותקשורת חוקרת אינה חייבת למסור את המידע לרשויות המופקדות על אכיפת החוק לשם חקירתה. אמצעי התקשורת רשאים ובמשטר דמוקרטי אף חייבים לחשוף ליקויים שיש בהם לשון הרע. זאת כמובן כאשר עומד לזכותם הסייג של עניין ציבורי בפרסום.

החובה לבדיקה סבירה של אמיתות הפרסום או שקריותו היא רכיב חיוני בדוקטרינה של עניין ציבורי בפרסום, וזאת מכוח העיקרון של האמצעי הפחות מזיק.

במשפט הפלילי, הסייג של עניין ציבורי בפרסום מורכב גם מיסוד נפשי, שמתבטא במודעות בפועל.

כאן אציג שתי סוגיות שראוי להתייחס אליהן כאל הגנות:

**לשון הרע בחוג מצומצם:** מדובר בפרסום לשון הרע שנעשה בחוג חברתי קטן ומצומצם כגון המשפחה או מפגש חברים. השאלה היא האם פרסום לשון הרע בחוג מצומצם זה מקיים את עברת לשון הרע? ניתן לטעון שמבחינה פורמלית אין כל מניעה מלראות את לשון הרע בחוג מצומצם ככל תופעה אחרת של לשון הרע, הואיל וכל חבר אחר הוא 'אדם אחד זולת הנפגע'. יתרה מזאת, כאשר מדובר בחוג מצומצם מאוד, כגון משפחה או חברים, הפגיעה בכבוד היא מן החמורות ביותר. זאת הואיל והערכתו של האדם נפגעה במיוחד בעיני האנשים החשובים לו מאוד ושחייו מתנהלים בעיקר עמם. כלומר, מדובר בלשון הרע בנסיבות מחמירות.

כנגד זאת ניתן לטעון כי בחוג חברתי מצומצם כל חבר מכיר את רעהו היטב. בפרסום עובדה שקרית או דעה מבזה על חבר אחר, החברים האחרים מודעים, בדרך כלל, לאמיתות העובדה ולסבירות הדעה. לפיכך, פרסום כזה עלול אמנם לגרום לתחושת העלבון אצל הנפגע, אך אין בו ביזוי בעיני החברים האחרים. זאת ועוד, אפשר לגרוס שהפרסום נמצא בספרה האישית והקבוצתית של המפרסם ושל חבריו, ועל כן ראוי מטעמים של שיקולי מדיניות משפטית שלא לאפשר תביעות הנוגעות לספרה זו. ניתן לגרוס כי על החברה

להעניק לפרט מרחב חברתי מסוים, שבו הוא יכול להביע את דעותיו ורגשותיו בלי שיהיה צפוי לעונש. יש לפרש את המונח 'חוג מצומצם' ככולל בתוכו את המסגרות החברתיות הקטנות, שהקשר בין חבריהן חזק במיוחד, כגון משפחה, קבוצת חברים קרובה מאוד, כך גם הקשר בין תלמיד לבין מורה, וכן הקשר בין לקוח לבין עורך-דין.

**לשון הרע כתגובה ללשון רע אחרת:** אין להטיל אחריות משפטית בגין לשון הרע כאשר הנפגע פרסם גם הוא לשון הרע על העושה. כלומר, העושה בפרסום לשון הרע הראשונה הוא הנפגע בפרסום לשון הרע השנייה, והנפגע בפרסום לשון הרע הראשונה הוא העושה בפרסום לשון הרע השנייה. אין עניין ציבורי בהעמדת העושה/הנפגע לדין ואין צורך בעמדת שני האנשים לדין לטיהור שמם הטוב. הסייג מבטא גם את ההגנה העצמית על הכבוד שאינו מוגן בסעיף 34 י"א לחוק העונשין. זאת ועוד, מקובל להתייחס אל הנזק (הפגיעה בערכים החברתיים) שנגרם לעושה העברה כאל מעין-סנקציה שהוטלה עליו ובכך יש שיקול מקל בקביעת העונש. הסייג מגלה קרבה עניינית לכלל של זוטי דברים בדיני העונשין. יתרה מזאת, במקרים רבים הדרך היחידה של הנפגע מפרסום לשון הרע למנוע מעצמו נזקים בעקבות הפרסום, היא להגיב בפרסום נגדי שישלול את הטענות נגדו. הסייג נועד להקטין את הנזק במידה האפשרית. ההגנה מותנית בכך שהתגובה נעשית בסמוך לפרסום הראשון וכאשר קיים יחס סביר בין שתי הפגיעות בכבוד.

## ישראל גלעד

אגב בדבריי להצעה שהועלתה כאן, היינו לשנות את סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, כדי שפרסום אמת ישמש הגנה גם אם אין בו עניין ציבורי. שמענו נימוקים רבים ובהם אדון. ברצוני להקדים ולומר שלנושא יש היבט פלילי והיבט אזרחי. בעניין ההיבט הפלילי אין לי דעה נחרצת, ייתכן שיש מקום לבטל את האיסור הפלילי. לעומת זאת נראה לי שיש נימוקים חזקים שתומכים בהשארת המצב הקיים

במשפט האזרחי. ייתכן שיש מקום להבחנה בין דין לשון הרע הפלילי לדין לשון הרע האזרחי, זו סוגיה שצריך לתת עליה את הדעת. יש חוקים נוספים שכורכים יחד את הסנקציה הפלילית ואת הסנקציה האזרחית וגם עליהם צריך לתת את הדעת.

ומכאן – לנימוקים שהועלו בעד שינוי ההגנה, בעד הפיכת אמת להגנה גם אם אין בה עניין ציבורי.

טיעון אחד ששמענו כאן הוא שהאינטרס הראוי להגנה הוא כבודו של אדם – לא שמו הטוב של אדם אלא כבודו. מהו כבודו של אדם? אם אנשים חושבים טובות על אדם אבל האמת אחרת – אינני פוגע בכבודו כשאני מראה שהמחשבה עליו מוטעית ובעצם בעברו יש 'נקודות אפלות'.

האמירה 'זה הכבוד שהאדם ראוי לו' מעלה קונוטציה של 'שכר ועונש'. כלומר אם התנהגותו של אדם אינה תקינה; הוא בחר בחירה אתית שגויה – מדוע ראוי להסתיר זאת? לעומת זה אם התנהגותו תקינה והוא ראוי לכבוד – הבה נעניק לו כבוד. ואולם יש פרסומים שאינם נוגעים להתנהגותו המוסרית של אדם אלא למהותו. למשל פרסומים שנוגעים לחוסר יכולתו להצליח בשל מגבלות גופניות, בשל מגבלות נפשיות. כאן אין מדובר ב'שכר ועונש' מבחינת המוניטין, אלא בנזק שנגרם לאדם. המפרסם גורם לאדם נזק רק משום שהוא מוגבל.

לדעתי, נקודת המוצא של ההסדר הנהוג כיום בפקודת הנזיקין היא תועלתנית בבסיסה, שכן נגרם נזק לאדם באמירה משפילה, פוגעת, מבזה וכן הלאה. הדבר תועלתני כל זמן שאינו משרת אינטרס אחר שמאזן אותו. גם אם נאמרת אמת על אדם, אם היא פוגעת בו, מבזה ומשפילה אותו – נגרם לו נזק. אם אין עניין ציבורי על-פי ההגדרה – מדוע לתת הכשר לפעולה שגורמת נזק, מה הטעם לכך?

מהם אפוא הנימוקים בעד גרימת נזק לשם חשיפת האמת לשמה? אפשר לומר שיש עניין ציבורי כלשהו בחשיפת האמת לשמה, אבל אם יש עניין ציבורי סעיף 14 מתקיים. אולי ברצוננו להגן על זכותו של אדם לומר את כל אשר על לבו? לדברי ג'ון ס' מיל, חירותו של אדם מסתיימת במקום שבו נגרם נזק לאחר, ובהקשר שלנו

החירות היא לומר את שעל לבך. אינני מוצא טעם בנתינת הכשר לדבר שלילי מובהק, משפיל ומבזה. אין ערך חברתי המצדיק זאת. בהסדרים שבחוק יש כמה אינדיקציות שמחזקות את הטעוץ שגרימת נזק כשהיא לעצמה אינה ראויה.

הסדר אחד בחוק הוא החריג של חיסיון הרישום הפלילי, כלומר, לאחר זמן-מה אין מספרים בעברו של אדם אלא מאפשרים לו להשתקם, מאפשרים לו לפתוח פרק חדש בחייו. אם נוהגים כך בעברות של התנהגויות פליליות, קל וחומר בהתנהגויות שאינן פליליות. מדוע למנוע מאדם לפתוח פרק חדש בחייו ולשכוח את העבר? למה להטיל עליו את עברו? אדם זה לא יתפקד ולא ישתקם – הוא ישוב לנהוג כבעבר. החריג הזה מוכר בחוק הישראלי ובחוק האנגלי, אם כן מדוע חריג זה בלבד? למה לא יותר מכך?

עניין שני הוא עיקרון כללי של המשפט האזרחי – עקרון תום הלב, כלומר גם אם אני בן-חורין לומר את האמת, השימוש בזכות הזאת צריך להיעשות בתום לב. אם אמירת האמת מזיקה ואין בה שום ערך חברתי – הרי יש בה משום פגיעה בעקרון תום הלב. עיקרון זה מוכר כ- *abuse of right* (שימוש לרעה בזכות); יש לי חירות לומר את האמת, אבל מדוע? לשם מה? מה התועלת בכך? איזו מטרה מושגת בכך?

אעלה טעוץ נוסף ובו אחלוק על הנאמר בעמוד השני של תקציר לשון הרע. נאמר שם שתפיסה שמרנית ומסורתית תעניק לכבוד מעמד רם ומשקל רב באיזון שבינו ובין חופש הביטוי, ותפיסה ליברלית מובהקת תעניק לכבוד מעמד נחות לעומת חופש הביטוי. לדעתי, הגנה על כבודו של אדם – הגנה על שמו הטוב אינה מאפיינת גישות שמרניות. לפי דיני נזיקין שעוללת לשון הרע היא חלק בלתי נפרד מהם, המגמה הפוכה – עוולת הרשלנות היא בעצם המכשיר המרכזי של דיני נזיקין להגנה על כבוד, ויש אוטונומיה מתפתחת בכיוון הזה.

ראשיתה של עוולת הרשלנות בהגנה על אינטרסים בסיסיים מאוד – פגיעה בשלמות הפיזית של הגוף. היא הכירה בנזקים שמתפתחים מהנזקים הפיזיים, כלומר נזק כלכלי או נזק רגשי. עוולת הרשלנות

הכירה בנזקים אלו רק כשהם נלוו לנזקים הפיזיים. נזק רגשי כשהוא לעצמו לא הוכר.

ככל שהשנים עוברות, כך הגישה הזאת משתנה. בשנות ה-80, בפסק דין גורדון, הכיר בית-המשפט העליון בפעם הראשונה בנזק נפשי טהור כנזק בר-פיצוי. כלומר פגיעה ברגשות נעשית אינטרס מוגן והדבר משקף התפתחות בדיני נזיקין – גישה מרחיבת הגנה ולא גישה שמרנית.

קעת מגמה זו נמשכת. נזכיר כאן את פסק דין דעקא. פסק הדין קבע שבמניעת מידע מאדם באופן שלא מאפשר לו להחליט בעצמו אם ברצונו לקבל טיפול רפואי או לא יש פגיעה באוטונומיה ופגיעה ברגשות. הפגיעה נעשית באי-מסירת המידע ובשלילת זכותו להחליט בעניין זה. צעד זה חשוב מאוד בהגנה על הרגשות. במקרה הזה האינטרס המוגן מכונה 'אוטונומיה' אבל למעשה האינטרס המוגן הוא רגשותיו של אדם.

צפויות התפתחויות נוספות בעתיד, למשל בתחום של נזק ראייתי. שלילת הידיעה מאדם באשר למציאות העובדתית היא נזק שפוגע באוטונומיה שלו. ההתפתחות אפוא היא דווקא בכיוון של הגנה על פגיעה ברגשות, ולכן המגמה אינה שמרנית או מסורתית.

מכאן אעבור לנושא הפרטיות, המשתלב במגמה זו.

הגישה האנגלית המקורית המסורתית אינה מגנה במישרין על פרטיות. במשפט האזרחי מגנים על הפרטיות באמצעות עוולות. בישראל, ב-1981 שונה מצב זה. חוק הגנת הפרטיות הופך את הפרטיות לאינטרס מוגן. אם הגנת הפרטיות מגנה גם מפני פגיעה ברגשות – מכאן שחוק הגנת הפרטיות מחזק את המגמה הזאת. כאן עולה טיעון אחר: מכיוון שחוק הגנת הפרטיות מגן על הפרטיות אין צורך לעשות זאת בחוק איסור לשון הרע. מכיוון שפרסומי אמת שאין בהם עניין ציבורי הם בבחינת פגיעה בפרטיות והרי הפרטיות מוגנת ממילא בחוק איסור פגיעה בהגנת הפרטיות – אין צורך שדיני לשון הרע יעשו זאת כי הדין האחר כבר עושה את המלאכה. על כך אעיר שהטיעון הקודם גורס שצריך להגן על הכבוד שאדם ראוי לו, ואילו טיעון זה גורס שצריך להגן על פגיעה ברגשות שיש עמה פגיעה בפרטיות. אם כן, אלו שני טיעונים בעלי אופי אחר.



קריאה: צריך להגן על פרטיות.

ישראל גלעד: אבל למה?

קריאה: כי פרטיות היא ערך שצריך להגן עליו.

ישראל גלעד: אם כן, השאלה היא מה מייחד את הפרטיות, הרי הפרטיות היא גם בסופו של דבר פגיעה ברגשות, אם מגינים עליה, למה לא להגן על פגיעה ברגשות שאין עמה פגיעה בפרטיות.

חאלד גנאים: המשפט הפלילי לא נועד להגן על רגשות ולא יעשה זאת.

ישראל גלעד: אני דן במשפט האזרחי. מכל מקום אלו שני טיעונים – האחד שתומך באיסור הפלילי על פגיעה בפרטיות, והאחר ששולל איסור על פגיעה בשם הטוב, למרות שבשני המקרים מדובר בפגיעה ברגשות.

קריאה: זה טיעון שמרני. צריך להחליט אם אתם שמרנים.

ישראל גלעד: הרי אתם מסכימים שכאשר מדובר בפגיעה בפרטיות, אמת אינה הגנה, נכון? ונניח שאדם עושה בפרטיותו דברים מפירים, לפי שיטתכם הוא אינו ראוי לכבוד חברתי, אבל עדיין אסור לגלות מה הוא עושה בפרטיותו. למה? אני חושב שיש מתח בין הטיעון הזה, של הגנה על הכבוד הראוי, ובין הטיעון שחוק הגנת הפרטיות כבר עושה את המלאכה.

עמנואל גרוס: אולי בגלל שהאמת כערך לעצמו יכולה לסבול, נניח, הגבלות מסוימות השונות מהנושא של אמת בתוך מסגרת הפרט.

ישראל גלעד: שוב, אם מדברים בגישה התועלתנית המוצגת כאן, בסופו של דבר מדובר בגרימת נזק לאדם, בפגיעה ברגשותיו. הדבר נעשה גם במקרי פרטיות וגם במקרים שאינם מקרי פרטיות. שאלה אחרת מעניינת – האם באמת יש מצבים שבהם נעשה פרסום אמת שאין בו עניין ציבורי ועם זה אין בו פגיעה בפרטיות? אם כל המצבים שבהם יש אמירת אמת ואין בהם עניין ציבורי הם גם מצבי פרטיות אין כל ויכוח, שכן חוק הגנת הפרטיות מספק את ההגנה המלאה. השאלה אם יש מצבים של 'אמצע' – שיש בהם אמירת אמת שאין בה עניין ציבורי ועם זה אין בהם פגיעה בפרטיות. לדעתי אין הבדל גדול מאוד בין המצבים האלה ובין מצבים של פגיעה בפרטיות. אני

דן בכך מנקודת המוצא של גרימת נזק, פגיעה ברגשות שבבסיסה אין שום תכלית. שאלה זו דורשת ניתוח של חוק הגנת הפרטיות.

חוק הגנת הפרטיות מגן מפני הטרדה, הוא מגן מפני חדירה לרשות הפרט בכל מיני אמצעים והוא מגן על צנעת הפרט. השאלה היא עד כמה ההגנה מתרחבת למצבים שבהם יש אמירת אמת שאין עמה עניין ציבורי. לדעתי יש פער כי יש אמירות שבהן אין שום חדירה לצנעת הפרט, אין בהן הטרדה ועם זה הן פוגעות ברגשות בלי שיש בהן עניין ציבורי. למשל פרסום עניין שכבר פורסם בעבר: בפרסום אין עניין של צנעה כי הוא כבר פורסם אבל דנים בו שוב ושוב, נעשה שימוש במאגרי המידע, והחופר במאגרי המידע ימצא נתונים פוגעניים. ביכולתו לפרסמם ולהבליטם.

❧ **ראובן ירון:** אני קוטע את דברך משום שפרט אחד בהם לא היה ברור דיו. ציטטת מפסק דין העוסק בטיפול רפואי.

❧ **ישראל גלעד:** פסק דין העוסק בהסכמה לטיפול רפואי.

❧ **ראובן ירון:** פסק דין זה רואה פגיעה ברשות הפרט, באוטונומיה של הפרט, אם מסתירים מהפרט את האמת. לדעתי, התאוריה הזאת קיצונית מדיי משום שהיא מתעלמת מנתונים אנושיים. עניין אמירת האמת נובע מהצורך להגן על הרופאים. רופא עמד לפני תביעת נזיקין משום שלא יידע את החולה בפרטים ועקב כך החולה הפסיק טיפול מסוים. אך מכאן רחוקה הדרך ליצור שיטה שבה הרופא משמש נביא אמת ואומר לחולה: "נותרו לך עוד שלושה חודשים לחיות ואם נטפל בך תחיה גם חודש רביעי".

❧ **ישראל גלעד:** פסק הדין עסק בשאלה עד כמה צריך למסור למטופל מידע על הסיכונים ועל הסיכויים שכרוכים בטיפול הרפואי; על האלטרנטיבות; על המשמעויות וכן הלאה, פסק הדין לא עסק בהסתרת מידע במובן 'הבה לא נפגע בחולה'. בעניין הזה יש הסכמה שמידע צריך להימסר. השאלה היא מה ההשפעה של אי-מסירת המידע. נקודת המוקד בפסק הדין הזה הייתה שאי-מסירת המידע מנעה מהחולה להחליט, אף-על-פי שהיה מחליט אותה ההחלטה.

❧ **ראובן ירון:** לדעתי השאלה אחרת: בדרך כלל בני אדם חיים בחברה. לחולה יש אב, יש אם, יש בן, יש בת והם יכולים לדאוג לו. שיחה

ישירה עם החולה היא מעשה אכזרי ואף מסוכן – ייתכן שהחולה יתמוטט עקב הבשורה ששמע.

דבריי נאמרים על סמך ניסיוני, לא אשתף אתכם כדי שלא לפגוע בצנעת הפרט. עמדתי ליד מיטת חוליו של אדם שכל עתידו היה תלוי באי-הידיעה שלו. אני משוכנע שלו ידע החולה הזה פרטים מלאים על מחלתו היה משתגע או מת.

🔗 **ישראל גלעד:** היום החוק מתיר בנסיבות מיוחדות למנוע מאדם ידיעת פרטים כדי שלא לפגוע בו. ועדות אתיקה יכולות להתיר אי-מסירת מידע שיש בו משום גרימת נזק לחולה.

🔗 **ראובן ירון:** עניין זה לא עלה בדברידך.

🔗 **ישראל גלעד:** אעלה עוד טיעון אחד, שמרני ופרובוקטיבי. אין ספק שההגנה כיום, כלומר דרישת העניין הציבורי נוסף על אמירת האמת, תורמת להגבלת המצבים שבהם יש פרסום שאין בו עניין ציבורי ואין בו אמת. אני מניח שמפרסמים אינם מפרסמים את דבריהם בזדון. במקרים רבים השיקול הוא מידע פיקנטי ומעניין שיביא לידי הגדלת המכירה. המפרסמים אינם יודעים אם פרסמו אמת או שקר.

ההגנה כפי שהיא כיום יוצרת הרתעה מפני פרסומים מהסוג הזה. היא חוסמת גם פרסומי אמת ועל כך המחלוקת, אבל היא גם מסייעת להרתעה מפני פרסומים שאינם פרסומי אמת כי היא מאפשרת בירור מהיר וחסימה על הסף. בירור האמת הוא קשה ובעייתי. אם המפרסם מעריך שהצד השני לא ירצה לפתוח בדיון משפטי לשם בירור האמת, וזו מדיניות שמנחה את מקצת המפרסמים, ותבוטל הדרישה של העניין הציבורי, להערכתי יתרבו המקרים שבהם יהיו פרסומי שקר שאין בהם עניין ציבורי.

הערה אחרונה על התיקון: במקרים רבים מאוד של דיני הנזיקין הנזק שנגרם אינו בר-תיקון. הרי דיני נזיקין עוסקים בגרימת נזק בלא שום הצדקה ו'תרופת הפיצויים' היא תחליף לפגיעה. אני שב ומדגיש שאמירות אלו תומכות בטיעון של שמירת המרכיב של 'עניין לציבור' בהגנת 'האמת' האזרחית.

ברשותכם אעיר שתי הערות שחורגות מסוגיה זו: לשון הרע היא עוולה ולכן נמנית עם דיני נזיקין. עוולת לשון הרע מאזנת בין חופש

הביטוי על כל משמעויותיו ובין ההגנה על השם הטוב. האיזון הזה נעשה בדרך חקיקתית – מערכת מורכבת ומתוחכמת של איזונים רבים.

עוולה אחרת מכונה 'רשלנות'. עקב ההתפתחויות שהזכרתי, עולות הרשלנות נתפסת כיום כעוולה המגנה אף היא מפני פגיעה ברגשות. בית-המשפט הוא האחראי לאיזון בעולות הרשלנות ולא המחוקק. בית-המשפט שואל את עצמו אם הפגיעה בכבוד הייתה סבירה או לא הייתה סבירה. האם באמצעות עולות הרשלנות בית-המשפט יכול לעקוף הגנות של ההסדרים החוקיים של לשון הרע? מכיוון שבית-המשפט עושה איזון פנימי, האם ביכולתו להגיע לידי מצבים של הטלת אחריות שבהם חוק איסור לשון הרע אינו מאפשר הטלת אחריות?

לפי הפסיקה הנזיקית אם עוולה מסוימת, עולות לשון הרע, קובעת הסדרים שליליים, הגנות, מגבלות על האחריות – אין מניעה להגיע לידי תוצאה אחרת בשימוש בעוולה אחרת.

דוגמה מובהקת לכך היא עולות נסיגה, פתיחת הליך נפל בפלילים הפוגע בשמו הטוב של אדם. העוולה המקורית החוקית דורשת זדון, רק אם יש זדון יש אחריות. בעולות הרשלנות הייתה נכונות לוותר על דרישת הזדון ואפשר לתבוע גם אם אין זדון.

האם ייתכן תהליך כזה גם בחוק איסור לשון הרע? הדבר קרה בעניין של קראוס – העיתון לא פרסם עובדות חדשות שהיו שופכות אור על מה שפורסם; תחילה פורסם שיש חדשות ושוקלים להעמיד לדין ומשהוחלט שלא מעמידים לדין העיתון לא פרסם. הטענה שנשמעה היא שאי-הפרסום הוא בבחינת לשון הרע. בית-המשפט מנתח את חוק איסור לשון הרע ואומר שהאמת שבה מדובר היא אמת לשעתה ולכן אין כאן לשון הרע. האם אי-אפשר להיעזר במצבים האלה בעולות הרשלנות? אם מדובר במגבלות על חופש הביטוי הרי עולות הרשלנות יכולה לשמש מקור להטלת מגבלות כאלה. בית-המשפט נוגע בשאלה זו ומהסס מעט להתקדם בעניין הזה.

בית-המשפט ייטה לעשות זאת אם יאמר שחוק איסור לשון הרע השאיר את העניין פתוח, להבדיל מהסדר שלילי. ברור כי לפי

הפסיקה הזאת בית-המשפט יכול להטיל את אחריותו. אבל זו אינה מגמת הפסיקה כיום, ובעניין זה בית-המשפט אכן חושש ש'חובת עדכון' עלולה להיות נטל כבד מדיי על העיתונות.

בנוסף על כך אעיר על ההבחנה בין עובדה ובין חוות דעת - האם עלינו לראות בהן מכלול או להפעיל את מבחן ההפרדה?

לעתים מחויים דעה על בסיס עובדות שאינן נכונות. הדבר קורה למשל בכתבי בית דין שבהם נטענות עובדות. כתבי בית הדין מוגנים מכוח סעיף 13 וחוק איסור לשון הרע, כלומר בכתבי טענות אפשר להביא עובדות שאינן נכונות, ולא זו בלבד אלא שאפשר לצטט עובדות אלו ולחוות דעה על בסיסן. בעבר היה אסור לבסס חוות דעת על עובדות אלו. עקב הביטול של הסוביודיצה מותר לעשות זאת, כלומר מותר לחוות דעה על עובדות הרשומות בכתבי טענות.

אם יתברר בדיעבד שהעובדות אינן נכונות, שנעשה ניצול לרעה של הליכי בית-המשפט או שנעשה שימוש בהם בתום לב - האם יש כאן הגנה? מכל מקום, נוצרת אפשרות לפרסם עובדות שאינן נכונות בהיתר ולחוות דעות עליהן.

עמנואל גרוס: אני חושב שמישהו התיר זאת. הגנת הדבר נובעת מכתבי בית הדין אבל לא מתוך הנחה פרועה שבכתבי הדין נרשמו טענות שקריות המותרות לשימוש.

נחום רקובר: המפרסם יודע שזה שקר?

עמנואל גרוס: לא. המפרסם אינו יודע שזה שקר.

נחום רקובר: אם אינו יודע, זה דבר אחר ואין בעיית הגינות בעניין. השאלה אם עליו לבדוק את הדברים האלה.

ישראל גלעד: אם בסופו של דבר מתברר שהעובדות אינן נכונות הרי יש כאן חוות דעת שמבוססת על עובדות שאינן נכונות בהיתר, כלומר פרסומן של עובדות לא נכונות נעשה בהיתר. כך נוצר שילוב מוזר בין חוות דעת לעובדות.

מאיר בלייך: דוגמה לכך יש בפסק הדין החדש בעניין ראש עיריית חולון, מרדכי ששון. בפסק הדין נאמר שאף-על-פי שהוא הגיב לפרסום שקרי האחריות אינה מוטלת עליו.

ישראל גלעד: הדבר קשור להגנה ספציפית.

מאיר בלייך: לא. גם שם נתנו חוות דעת על עובדות שהתבררו אחרי הדיון כשקריות. אבל ששון גם נתבע ואמרו שאינו אחראי.

ישראל גלעד: עניין אחרון שברצוני להעיר עליו הוא חוק משנת 1952 – חוק אחריות המדינה. החוק קובע בסעיף 4 שהמדינה אינה חייבת בנזיקין בשל פרסום לשון הרע. זו חסינות למדינה ולא לאדם שביטא את לשון הרע. מדוע ניתן פטור גורף למדינה? קשה לעמוד על טעמיה של ההגנה הגורפת הזאת. בהצעת חוק מ-1999 הוצע לבטל את הפטור הזה.

מרדכי קרמניצר: תודה רבה. אני חושב שכעת אנו בשלים לנהל דיון כי ביכולתנו להתמקד. אחר כך נשמע הרצאות נוספות.

## דיון

ראם שגב: האם ראוי להגן על הכבוד הנורמטיבי או על הכבוד בפועל? כשקראתי בפעם הראשונה את ההצעה להגביל את ההגנה של החוק על הכבוד הנורמטיבי חשבתי שהדבר אינו מובן מאליו. השיקולים בזכות ההצעה מבוססים על ההנחה שלשימוש במשפט צריכה להיות סיבה טובה. בכלי של המדינה נעשה שימוש – משלמים מסים תמורתו; ממנים שופט; שולחים אנשי הוצאה לפועל; גובים את החובות או מאיימים לעשות זאת. לכן יש צורך בהצדקה.

כעת אינני בטוח שכל נזק הוא אכן סיבה טובה מהסוג הזה. נכון שהגישה התועלתנית רואה כל נזק כדבר שלילי, אבל יש ביקורת כללית שגורסת שלא כל נזק הוא שלילי. במצב של ספק ההנחה שלנו צריכה להיות שכל עוד אין הצדקה לעשות שימוש במשפט עלינו להימנע מכך. גם במשפט האזרחי.

אני מבין שבת-המשפט טענו שאין שום משמעות לכל העוולות הספציפיות וש אפשר להשתמש בעוולת הרשלנות שימוש כללי. ייתכן שאפשר לקבל זאת על פקודה ישנה, אבל כשמשתתפים בכנסים ובדיונים ומחוקקים חוקים חדשים, וקובעים הסדרים מיוחדים לאחר התלבטויות – האם לא מובן מאליו שהסדר מיוחד צריך לגבור על עוולת הרשלנות הכללית?

אריאל בנדור: צריך לזכור שעוולה או עברה של לשון הרע פוגעת בחופש הביטוי. העובדה שביטוי גורם נזק איננה הצדקה מספקת להטלת הגבלות על חופש הביטוי. זו המשמעות של זכות יסוד.

יתר על כן, כאשר מדובר בחופש הביטוי, העובדה שאין בביטוי עניין ציבורי אינה שוללת את חופש הביטוי. חופש הביטוי לא אמור לחול רק כאשר בביטוי יש תועלת לציבור, אלא גם כאשר אין בו שום תועלת וגם כאשר הביטוי מזיק. לעתים קרובות חופש הביטוי מבטא את כבודו של המתבטא ואת חירותו. חופש הביטוי אמור לחול גם משיקולים חברתיים כלליים שאינם נוגעים לביטוי ספציפי כזה או אחר. חברה דמוקרטית דורשת היקף רחב מאוד של חופש ביטוי. אם יהיה פיקוח רחב על ביטויים האווירה הכללית בחברה עשויה להיות בעייתית ואף לא נסבלת. לכן, מלבד הנזק שבביטוי וחוסר העניין הציבורי בו צריך להיות בו דבר נוסף כדי שתהיה הצדקה להגבילו באמצעים פליליים או אזרחיים.

אין פירוש הדבר שאיזון בין השיקולים צריך למנוע באופן גורף הטלת מגבלות. לא מן הנמנע שהאיזון הנכון הוא האיזון שחאלד גנאים דיבר עליו, והוא קביעת הסדרים שונים בענפי משפט שונים ובהקשרים שונים. מכל מקום, נדמה לי שיש קושי בשלילת ההגנה על חופש הביטוי אך ורק משום שביטוי מסוים מזיק ובביטוי אחר אין עניין ציבורי.

הערתי השנייה נוגעת לאופי ההגנה. מחיבורו של חאלד גנאים התרשמתי שההצעה להשאיר את העברה הפלילית נועדה במידה רבה לבטא משהו סמלי, משום שיש הסכמה שלא אוכפים את החוק. ההנחה היא שאם המדינה לא תאכוף את העברה הפלילית, יתרבו המקרים שבהם אנשים יגישו קובלנות פליליות במקום לפנות להליך המקובל והנוח - ההליך האזרחי.

נחום רקובר: ראשית, אומר שנהניתי לקרוא את דבריו של חאלד גנאים. ניתוחו מעניין מאוד. הנחת המוצא של גנאים הייתה שעבריו אינו זכאי להגן על כבודו. לדעתי, גישה זו אינה מוצדקת. אם ההנחה היא שזכויות אדם הן זכויות בלבד ואין לו כל חובה - אולי גישה זו נכונה. אבל לדעתי גישה זו מוטעית ושגויה. כיום נוטים להדגיש את

חובות האדם, והחובה שלי היא במובן המוסרי 'אהבת לרעך כמוך', או כמו שנאמר בתלמוד - 'מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך'. החובה הזאת היא חובה חברתית-אנושית - לאדם יש חובות כלפי סביבתו. ראייה זו מצדיקה בנייה מחודשת של המחשבה על זכויות האדם בצמידות לחובותיו.

פסיקה אנגלית עתיקה זנה ב'אהבת לרעך כמוך' כיסוד לעולות הרשלנות. באחד מפסקי הדין בארץ צוטטה הפסיקה האנגלית הזאת, ומשמעותה היא, כי החובה כלפי אחרים היא חובה שצריך להתחשב בה בזכויות אדם בכלל ובעניין הזה בפרט.

חאלד הזכיר בראשית דבריו, שלאורח החיים של עם או של חברה יש השפעה ניכרת על גיבושם. הוא כתב מילים יפות על דיני לשון הרע ועל האיזון הנאות בין חופש הביטוי ובין הכבוד. האם ניתנה הדעת על המסורת היהודית בקשר לשאלת לשון הרע? במקורות היהדות הועמדה לשון הרע בקטגוריה של האיסורים החמורים ביותר, כמו עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים. 'לשון הרע - כנגד כולם', כלומר, חומרתו של מעשה זה גדולה מאוד. הדבר חשוב, משום שהאיזון בין חופש ביטוי ובין לשון הרע אינו מדע מדויק. מה עצמתו של כל אחד מהערכים האלה? באיזו מידה כל אחד מהערכים מתנגש באחר ובאילו נסיבות?

ה'חפץ חיים' למשל, מחייב בספרו, לספר לשון הרע לשם תועלת. הוא אומר שאם הדבר מביא תועלת, חייבים לספרו ולא להתכסות באצטלה של לשון הרע. עליך לספר, כדי להציל את האחר. עניין ההצלה חשוב במישור שבין אדם לחברו, כל שכן במישור החברתי הדמוקרטי.

האם בכל האמירות יש תועלת, או שאנחנו במחי יד פוגעים גם בחפים מפשע, בגלל הגנת הערך של חופש הדיבור? הפגיעה בזולת צריכה להישקל היטב, כדי שנימנע מלעשות מעשים לא יפים לשם מטרת יפות. נדמה לי, שבארץ טרם מצאנו את האיזון הנכון בין לשון הרע לחופש הביטוי. האווירה במקום שיש בו לשון הרע, מבחינה סביבתית, שונה מאווירתו של מקום הנקי מלשון הרע. זכות האדם לחיות באווירה טובה, באווירה טובה יותר.



השאלות האלה מתבקשות גם מכיוון שהוזכרו כאן חוקים אחרים שיש להם זיקה לעניין. פרסום שמו של חשוד הוא עניין פרוץ למדי בארץ, בעיקר כשמדובר בדמות ציבורית. אם מדובר בדמות ציבורית במישור הדמוקרטי ניחא, אבל מדוע פרסום דברים על עופרה חזה שמשפחתה התחננה שלא לפרסמם – מוצדק? אנשי התקשורת הצדיקו זאת ב'זכות הציבור לדעת'.

גנאים הדגיש שיש הבדל בין אינטרס ציבורי ובין אינטרס של הציבור. אלו נקודות חשובות אבל בפועל הדבר כמעט הפקר. כיום, בחברה שלנו, כבודו של אדם הוא הפקר.

עניין אחר שכעת נידון בחקיקה הוא הצעת חוק פרטית, למשל, של פרסום שמות מורשעים בדין בקובץ פסקי הדין, כלומר – לא יועיל החוק של המרשם הפלילי ותקנת התושבים משום שיתברר שאדם הורשע לפני ארבעים שנה באותה עברה. נכון שהדיון מפורסם בעיתונות אבל הבסיס למידע הוא קובצי פסקי הדין. סטודנטים למשפטים לומדים מהם. לאדם ששמו מפורסם בקבצים אלו לעולם לא תהיה תקומה. זו דריסה של כבוד האדם בחברה שלנו. לדעתך, דריסה זו חריפה לא פחות מהאווירה בארץ שכבר הוזכרה כאן, וראוי לתת על כך את הדעת.

ר' ראובן ירון: העולם טוב יותר כשיש עיתונות חופשית ככל האפשר, בין כתובה ובין אלקטרונית. אך אינני סבור שאין סייגים וכי מותר לתקשורת לפעול ככל העולה על רוחה. מרבים לדבר על 'זכות הציבור לדעת', אך בצד פן זה שמטרתו לשרת את הציבור קיים צד אחר, של שאיפה להצלחה מקצועית. גם זה אינו בהכרח רע, אבל יש גבולות שאין לעבור אותם.

אביא שתי דוגמאות שאינן שנויות במחלוקת: ב-1980 התרחש בישראל משהו אשר גדש שבועיים את העיתונות, יום-יום. אדם ששמו גור חטף ילד בשם אורון ירדן והמדינה הייתה כמורקחה. בוקר אחד בשעה שש בישר הרדיו שהלילה נכשלה המשטרה. לפי דרישתו של החוטף הופקדו כספים בשבילו במקום מסוים, המשטרה כיתרה את המקום אך החוטף נמלט.

'כתבנו לענייני משטרה' הוסיף שבעצם לא קרה דבר. מדוע לא

קרה דבר? מכיוון שהשטרות סומנו. תחנת הרדיו שידרה מיד, תוך שהיא מעמידה בסכנה את האפשרות לתפוס את האיש ומלבד זאת מסכנת את חייו של הילד. אז לא ידענו שהילד כבר מת. לבקשתי בדק גדעון לב-ארי את העניין ואכן התברר לי שהכתב של 'קול ישראל' שמע את הידיעה מדובר המשטרה. אם כן, לא נאמר שקר – הכול היה אמת. הידיעה לא שודרה שוב והחוטף החמיץ את חדשות השעה שש. כעבור שלושה שבועות הוא נתפס בבנק ברחובות. האם היה צריך לשדר את הידיעה הזאת? האם היה מותר לשדר זאת?

מקרה אחר של פרסום אמת: מטוס גרמני נחטף. המטוס טס לכיוון הים התיכון. 'קשבנו' מיקי גורדוס קלט שיחה בין המפקדה הגרמנית ובין מטוס שלה עצמה. בשיחה זו נאמר שהמפקדה שולחת מטוס למרדף אחרי המטוס החטוף. גורדוס דיווח על כך ומנהל חדשות הטלוויזיה החליט לשדר. הידיעה שודרה בחדשות הערב בשעה שמונה וחצי. בחצות השיג המטוס הרודף את המטוס החטוף אשר חנה בג'יבוטי. המטוס החטוף הותקף והכול עבר בשלום. תארו לכם כיצד היה העולם מתקומם נגדנו בשל השגרה העיתונאית לשדר אמת, ומיד בלי חשש לתוצאות אפשריות.

על דברים כאלה ואחרים צריכה להיות בקרה של הדרג המקצועי בתקשורת ולא של דרג ביניים. עורך של עיתון צריך להיות אחראי לעיתון שלו; מנהל רדיו צריך להיות אחראי; מנהל טלוויזיה צריך להיות אחראי.

ישראל גלעד: נכון שלא כל גרימת נזק היא סיבה מספקת להטלת אחריות, לא כל שכן כשמדובר ביישומו של עקרון חופש הביטוי שהוא עיקרון חשוב. מדוע בכל זאת לגרום להתערבות דיני נזיקין? התשובה היא שגרימת נזק כשלעצמה אינה בסיס מספק להטלת אחריות בנזיקין, בדרך כלל הדרישה שביסוד גרימת הנזק היא התנהגות שאינה ראויה.

מהי דרישת היסוד הנפשי שבבסיס עוולת לשון הרע? האם היא מטילה אחריות חמורה או אחריות על בסיס של אשמה? ההערכה היא שמי שמפרסם דבר פוגע שאין בו עניין ציבורי, יודע שהדבר פוגע והוא עושה זאת בפזיזות. האם התנהגות כזו, שאין בה תועלת

חברתית, היא התנהגות ראויה ויש לה הכשר מוסרי?<sup>1</sup> **ראובן ירון:** זו התנהגות שאינה ראויה אך לא בהכרח צריך להטיל עליה אחריות. זו המשמעות של חופש ביטוי.

**ישראל גלעד:** הסכמנו שהתנהגות כזו איננה ראויה והרי לכם הבסיס להטלת אחריות בניזיקין.

**האלד גנאים:** תאוריה מבחינה מוסרית אינה מספיקה למשפט הפלילי. המשפט הפלילי אינו אוסר התנהגות רק בשל היותה אנטי מוסרית.

**ישראל גלעד:** נכון, אבל זה הבסיס לאחריות בניזיקין. לעניין חופש הביטוי - חופש הביטוי חשוב מאוד ואין ספק שחשיבות עליונה יש לו בעניינים שבהם יש עניין ציבורי, על כך אין מחלוקת. בית-המשפט הוא שמחליט מתי יש עניין ציבורי. הוא יכול לפרש עניין ציבורי באופן הרחב ביותר, לרבות עצם חשיפת האמת, שכן אולי יש באמת עניין ציבורי. אם בית-המשפט הגיע לידי מסקנה שאין עניין ציבורי ואין גם אינטרס פרטי לגיטימי - מהי ההצדקה לאמירת דבר מזיק רק משום שהוא אמת, כלומר מהי ההצדקה הפנימית?

**בועז שנור:** ראשית, בהמשך לדיון בעניין חופש הביטוי - חופש הביטוי אינו ססמה שעומדת לעצמה. לחופש הביטוי יש הצדקות. בספרו<sup>1</sup> הרחיב ראם שגב בעניין ארבע ההצדקות של חופש הביטוי. אנו דנים בחופש ביטוי בעניינים עובדתיים ולא בעניינים של דעות. אנו עוסקים בביטויים שהם אמת. אמת היא חופש ביטוי עובדתי ואילו הבסיס של רוב ההצדקות נוגע דווקא לדעות. לפיכך אנו דנים בחופש ביטוי שמשקלו כבד פחות.

בפסיקה הישראלית מקובל שלביטויים שונים יש הגנה שונה.<sup>2</sup> בהקשר שלנו, כאשר בביטוי כלשהו אין שום עניין ציבורי ואין בו הגשמה של אינטרס פרטי - אין בו תרומה לדמוקרטיה, אין בו תרומה לאיזון בין קבוצות בחברה או לפיתוח של קבוצות חדשות בחברה, אך יש בו אינטרס של גילוי אמת: אנו דנים במקרים שבהם חופש הביטוי חלש למדי ומימושו גורם נזק.

<sup>1</sup> ראם שגב, **חופש הביטוי נגד רשויות המדינה**, 2001-תשס"א, עמ' 73-140.  
<sup>2</sup> בג"צ 6126/94, חנה סנש נגד רשות השידור, פ"ד, נ"ג(3), עמ' 817, 854.

אנחנו דנים בהגבלת חופש הביטוי במשטר האזרחי וזו מגבלה פרטית ולא מגבלה מכוח השלטון. במגבלה מכוח השלטון יש חשש כבד שהשלטון יטיל על חופש הביטוי הגבלה חמורה מדיי ולכן אנו מעוניינים להמעיט את ההגבלות שהשלטון מטיל על חופש הביטוי. כאשר אנו עוסקים במישור האזרחי החשש הזה חזק פחות.

🔗 **יורם שחר:** אני חושב שאנו עומדים בפרשת דרכים כלל-תרבותית ובה גם בנושא הזה כמו בנושאים רבים אחרים אין לנו בררה אלא להדק חגורה או לפרוץ אותה לגמרי, וזאת כדי להשיג איזון חדש. בעיניי, עיקרו של האיסור בעניין לשון הרע, בעניין הפרטיות ובעניינים דומים הוא ההגנה על כבודו של אדם במובן הרחב של הביטוי, לא בהפרש המדויק בין כבוד ושם טוב. להערכתי ממילא נכשלנו בניסיון לרסן את 'התפוצצות המידע' ולכן נכון להתיר עוד יותר את החגורה, אף שהדבר נשמע פרדוקסלי.

להערכתך האיזון יושג באוזניו של השומע מפני שהוא מתרגל לשמוע את הנאמר עליו. בזמן זה או אחר יקליד 'נער עיתונות' או 'נער אינטרנט' דברים על אודותיו שאינם נכונים ויפגעו בכבודו הפנימי.

🔗 **קריאה:** ולאן יוביל הדבר?

🔗 **יורם שחר:** להערכתך, בסופו של דבר רוב ההתפוצצות תיכלא ותחזור לפרופורציות הנכונות מפני שלא יהיה מי שישמע.

🔗 **קריאה:** הפגיעה תקטן.

🔗 **יורם שחר:** נכון. הפגיעה תקטן. אולי בעוד מאה שנה נחזור לאיזון כלשהו.

🔗 **קריאה:** הדור שלנו ישלם את המחיר.

🔗 **יורם שחר:** הוא ממילא משלם את המחיר. אנחנו מנסים להשתמש באמצעים שמרניים של העבר וגם תביעה אזרחית היא מעשה שלטוני, לא רק האזרחים מפעילים אותה. התביעה הכללית מוסיפה להגיש כתבי אישום בלא הצדקה. ניסיון לעצור זאת באמצעים המסורתיים – עוד בג"צ אחד ועוד ניסיון של ארגונים וולונטריים – כנראה לא יצליח, הכוח שם מניע את עצמו.

מה התוצאה? התוצאה היא האמירה 'הוא זכאי'. התוצאה היא

אמירות אשר כופרות בחשיבותה של העשייה הזאת. לפיכך אני ממליץ שיוגשו כתבי אישום לכל אדם בכל עניין וכך יאבד העניין מחשיבותו ואולי בעוד מאה שנה יחזור האיזון למקומו. אני מאמין בתבונה בני האדם יותר משאני מאמין בכוחה של המדינה לשלוט בתבונה הזאת.

¶ **מאיר בלייד:** ברצוני להגיב על דברי יורם שחר בלי לבחון את העניין לעומקו. הדוגמה שלו מעידה שיש סכנה בגישה 'תנו לפרסם הכול כי בעוד מאה שנה נתאזן'. אבל מה יתרחש במאה השנים האלה?

מכל מקום, לדעתי יש הבדל בין הנער המקליד באינטרנט ובין פרסום בכלי תקשורת רבי-עצמה. לדעתי, מי ששמו יפורסם לרעה בכלי תקשורת רב-עצמה דינו לא יהיה כדן מי ששמו יפורסם באתר אינטרנט כלשהו. כלי התקשורת רבי-העצמה מתחרים זה בזה כי המדד היחיד היום הוא 'כמה אתה מוכר' ולכן ראוי שאמות המידה המשפטיות עדיין יגבילו קצת את אמצעי התקשורת.

חופש הביטוי ומעמדו קיימים משום שלציבור יש עניין בהם. כך גם ברור שכבוד האדם הוא ערך עליון וחשוב. כאשר ברצוננו להגן על חופש הביטוי חשוב שגם לציבור יהיה עניין בכך.

לנו, אנשי התקשורת, קשה לבחון מהי האמת ולכן יש חשיבות רבה לעניין הציבורי. העניין הציבורי מגביל מאוד פרסומים שאין בהם אמת או פרסומים שאין ודאות שהכתוב בהם אמת.

¶ **תהילה אלטשולר:** אעיר כמה הערות ואולי הן ישלימו את מה שנאמר כאן קודם. התפיסה הסאליבנית של חופש הדיבור המבוססת על דברי בית-המשפט האמריקני בעניין *N.Y. Times v. Sullivan*, שלפיה מדובר בשוטר רשע או שלטון רשע שכנגדו ניצב העיתונאי הזועק חמס, היא תפיסה מיושנת, היא תפיסה שגויה. כיום לא קל לומר שיש מקום להצר את חקיקת לשון הרע, כי כשם שכבר נאמר פה – כל מי שמדפדף בעיתונות יודע שמה שמציק לבתי-המשפט הוא שהמעטפת החיצונית של כללי האתיקה שהיו אמורים להגביל את התקשורת אינה קיימת הלכה למעשה, והכללים אינם נאכפים הלכה למעשה ולא מתחשבים בהם הלכה למעשה.

אני חושבת שהסיבה לכך היא הקושי בהפעלתה של מועצת עיתונות בעידן ריכוזי. לדעתי, זו אחת מתופעות הלוואי של העידן הריכוזי. פה יש מקום לדבר על האפשרות או על הנכונות של בתי-המשפט לפנות לעוולת הרשלנות. השופט בעניין קראוס, ולא בכדי הוא השופט זמיר שישב במועצת העיתונות לפני כן, מאותת לעיתונות איתות חד-משמעי. הוא אומר: "אנחנו נחצה את הגבול שבין כללי האתיקה לכללי המשפט, ונעשה זאת מפני שהעיתונות אינה מסוגלת לעשות זאת בעצמה." כאן שוב עולה השאלה מהו עניין ציבורי. כיום 'עניין ציבורי' הוא מה שמוכר או מה שמספק יצרם של רכלנים – הדברים שבת-המשפט חששו מפניהם כל השנים. מכאן עולה מחשבה שבת-המשפט ירצו להשתמש בעוולת הרשלנות כדי להתמודד עם החוסר שבחקיקת לשון הרע. חקיקה זו יוצרת איזון שהוא לכאורה רע מאוד לעיתונות אך למעשה הוא איננו רע לעיתונות. רוב העיתונים מנצחים בתביעות הדיבה שמוגשות נגדם ולא מפסידים. לדעתי, התערבותם של בתי-המשפט בעוולת הרשלנות היא הליכה בכיוון ההפוך, כלומר לנסות ולאזן איזון אחר, איזון שאיננו מתאים לבית-המשפט המגן על חופש הביטוי לאיזון שמטרתו להגן על השם הטוב. זה הדבר שצריך להדגיש והוא נובע מכישלונם של כללי האתיקה לתפקד במקום שכללי המשפט אינם צריכים לתפקד כלל.

חני קומנשטר: ברצוני לעסוק בעניין ההסדרה העצמית. זו אחת הדרכים הטובות להתמודד עם הסוגיה הזאת. אביא דוגמה מתחום אחר שקשור לחופש הביטוי האמנותי. עניין סיווג משדרים או הגדרת סרטים לפי הכותרים שלהם. בעבר רווחו שתי גישות. גישה אחת הייתה למשל הגישה האוסטרלית – המדינה היא הפוסקת. בדרך כלל כשהדברים נעשים כך הרף גבוה מאוד. צופים מעטים יכולים לצפות בסרט, אך הפגיעה היא גם בחופש האמנותי, כי ככל שתפוצת הסרט גדולה יותר כך הסרט רווחי יותר.

גישה אחרת הייתה הגישה של הקנדים וגם של האמריקנים – תעשיית הקולנוע היא האחראית. ביסוד הגישה הזאת יש אינטרס שהמדינה לא תתערב. כך מוקם גוף שעושה את העבודה הזאת לבדו, קובע את הקריטריונים ובדיעבד מקבל אישור או מקבל הכרה

מקצועית מגוף של המדינה, לדוגמה רגולטור לתחום התקשורת. העניין בתביעות לשון הרע שהן מעבר לנושא המשפטי. רוב התביעות האלה יובאו לבית-משפט מכיוון שיש בהן תמריץ כספי שאי-אפשר להתעלם ממנו, שמועצת העיתונות אינה יכולה לתת אותו. אדם שרואה את עצמו נפגע רוצה לזכות בפרס תנחומים.

לסוגיית הפרסום באינטרנט - כיום יש אתרי אינטרנט של אנשים אנונימיים אך יש אתרי אינטרנט יוקרתיים ורווחיים שהציבור מבקר בהם לעתים קרובות. אם כן, הפרסום באינטרנט ניכר היטב. לעומת זאת יש עיתונים שאמנם התפוצה שלהם נמוכה יותר אבל הם יוקרתיים ובעלי שם טוב. אם כן, נקודת הפתיחה של מקורות התוכן אינן שוות.

עמנואל גרוס: אני רוצה להסיט את הדיון ולהחזירו לנקודת המוצא והיא אמירת אמת או תפיסת האמת כפי שעלתה בעת האחרונה מפסיקת בית-המשפט העליון. מה אמורה להיות תפיסת האמת של בית-המשפט ואיך תשפיע תפיסתו על הגנת האמת כפי שהיא מופיעה כיום בחוק איסור לשון הרע.

מצד אחד אני תוהה אם ביכולתנו לדרוש מהעיתונות להגיע לאמת שבת-המשפט מגיעים אליה, בייחוד בהליך הפלילי, מצד אחר אני חסיד התפיסה שכשמדובר באמת - זו אמת עובדתית. מעולם לא הייתי חסיד הדיכוטומיה הזאת של סוגי אמיתות - אמת משפטית לעומת אמת עובדתית; אמת עיתונאית לעומת אמת אחרת.

בעניין הגנת האמת 'אמת דיברתי' הדילמה לדעתי היא כיצד בוחנים אותה. מה המשמעות של 'אמת דיברתי'? האם אני בוחן אותה לפי הכלים העומדים לרשות המפרסם או שיש אמת אחרת שהיא מעבר לכלים ואז יש קושי להגיע אליה. אני נוטה לחשוב שמבחינת האיזון הנכון בין הדברים, האמת עדיין צריכה להיות אמת עובדתית. כאשר חוטאים לאמת ראוי למצוא את הדרך המשפטית לתיקון, ולא לשם איזון. האיזון אינו תשובה ערכית ראויה וגם אינו מספק את מי שנפגע מאי-אמירת אמת על אודותיו. תמיד אפשר לתהות איך מוודאים אמת, אך לדעתי כאשר יש יכולת לוודא אמת אין להקל על העיתונות ולומר: "אי-אפשר לצפות מהעיתונות להגיע לאמת כשם שבת-משפט עושה זאת באמצעים העומדים לרשותו."

מִרְדְּכֵי קֶרְמֵנִיצֵר: לא אומר דבר על המשפט האזרחי כי איני בקיא בו מספיק אבל אומר שמבחינת המשפט הפלילי הרעיון לצמצם את האיסור הוא בעיניי רעיון נכון. עלינו לזכור שמדובר באיסור 'חי בקושי' ושאיש אינו מציע שהמדינה תחיל אותו. ברור שהפרספקטיבה שלנו אחרת כאשר אנחנו דנים במשפט אזרחי וכאשר אנחנו דנים במשפט פלילי.

אני חושב שיש הבדל גדול בין התפיסה של ישראל גלעד ובין תפיסתו של חאלד גנאים. גלעד דיבר על פגיעה ברגשות, בכבוד הסובייקטיבי, וגנאים טוען שהאיסור הפלילי על לשון הרע מגן על ההערכה החברתית של אדם. אלו הם שני דברים שונים. לדעתי, מנקודת הראות של המשפט הפלילי הגיוני יותר לדבר על ההערכה החברתית ולא על פגיעה ברגשות, כי במשפט הפלילי ככלל איננו מגנים על רגשות. כשמדובר בהגנה על הערכה חברתית נראה לי שקשה מאוד לומר לאדם: "אם פרסמת אמת על מישהו, כלומר תיקנת את ההערכה החברתית השגויה עליו, המקרה שלך בגדר עברה ועליך להתגונן בעניין ציבורי." לפי השיטה שגנאים הציע ברור שהעניין הציבורי אינו יורד מהפרק אלא משמש הגנה. הוא מציע מעין מחסום מקדמי – לפני שאדם יואשם שעבר עברה, יוכיח הצד שברצונו להוכיח עברה שהדברים שפרסם המואשם הם שגויים. על כך כמובן צריך להוסיף את האלמנט של חלוף זמן. אם חלף זמן רב מאז עשה אדם דבר-מה, בין פלילי בין אחר, ראוי למנוע מאנשים לחזור על האמת הזאת. יש בכך היגיון.

לדעתי, אין שום סתירה בין רצוננו להגן על הערכה חברתית ובין רצוננו להגן על פרטיות. הרעיון של הגנת הפרטיות הוא שיש דברים שהם מחוץ להערכה החברתית, יש דברים שהחברה אינה אמורה לדעת ואינה אמורה להתעניין בהם, ולכן לדעתי אין כל סתירה. לשיטתו של רקובר, כפי שאני רואה את הדברים, הניסיון לספק הגנה טובה יותר לכבוד יביא לידי הגנה צרה יותר – תפסת מרובה לא תפסת! כך לפחות מנקודת הראות של המשפט הפלילי. אם לא תהיה התמקדות בתופעה החמורה יותר, ייווצר איסור רחב חסר הצדקה ולא יופקו שום הישגים אמיתיים במשפט הפלילי.



אינני בטוח שעל ישראל לאמץ את המודל האמריקני, במתח שבין חופש הביטוי ובין זכות האדם לשם טוב. אין שום יתרונות מובהקים דווקא למודל הזה. לדעתי, עלינו לבדוק את הדברים בדיקה עניינית ולא להיות חסידים שוטים של השיטה האמריקנית. אני חושב שבתרבות שלנו, בחברה שלנו, חשיבותו של השם הטוב גדולה מחשיבותו בחברה האמריקנית. כפי שהדבר עולה מהספרות המשפטית האמריקנית. בעניין הזה בהחלט יש חשיבות למטעני תרבות ומסורת והם בסיס לעיצוב המשפט.

🔗 **חאלד גנאים:** אם אומרים שהאדם רשאי להתבטא רק כאשר יש עניין ציבורי – מבטלים את הצידוקים הנוספים של חופש הביטוי. כשאומרים שאדם רשאי לומר דברים שמרגיזים אנשים אחרים ואפילו אם אין עניין ציבורי – המשמעות היא שעניין הציבור אינו הצידוק היחיד של חופש הביטוי.

🔗 **נחום רקובר:** הזכרת אלמנט חדש: 'מרגיזים'...

🔗 **חאלד גנאים:** לא אלמנט חדש, דבר נוסף.

🔗 **מרדכי קרמניצר:** חאלד מגיב לטענה שחופש הביטוי חי כולו מכוח העניין לציבור. זה לא ההיגיון היחיד לחופש הביטוי.

🔗 **חאלד גנאים:** אני מבין את גישתו של נחום רקובר – חובות ולא רק זכויות. המשפט העברי מבוסס על חובות ולא על זכויות. המשפט הפלילי נועד להגן על הערכים החברתיים. ערך חברתי שהוא אינטרס של אדם הוא זכותו של האדם ולכן עסקתי בערך חברתי, בזכות של האדם. בהקשר הזה אני טוען שהמשפט העברי מבוסס על תפיסה שונה מתפיסת המשפט החילוני, ושאלת השפעתו של המשפט העברי אינה בתחום שלי.

🔗 **נחום רקובר:** השאלה היא, אם ההפרדה הזאת היא הפרדה מוחשית או הפרדה דמיונית. השאלה היא אם אכן המשפט הפלילי מתחשב רק בזכות.

🔗 **חאלד גנאים:** הוא מבוסס על גישה של איזון. המשפט הפלילי נועד להגן על ערכים חברתיים = זכויות.

🔗 **נחום רקובר:** אבל בזכויות האדם.

🔗 **מרדכי קרמניצר:** כשיש זכויות יש חובות.

🔗 **נחום רקובר:** השאלה היא, מהי נקודת המוצא? אם נקודת המוצא היא זכות, ייתכן שהוא צודק לגמרי, אבל אם נקודת המוצא היא חובה התוצאה תהיה אחרת.

עלינו לזכור, בייחוד כאשר דנים בלשון הרע, את מערכת הזכויות בחוקי היסוד. אלו לאו דווקא היבטים של חוק פלילי אלא של נורמות התנהגות – מה מותר לעשות בחברה ומה אסור לעשות בה. לא במובן הפלילי. הערכים בחוק זכויות האדם הם לאו דווקא בעלי משמעות פלילית, הם נורמות, הם משמעויות נורמטיביות ושם אפשר בהחלט להתחשב בחובה ולא דווקא בזכות. אינך יכול לומר: אנו דנים במשפט פלילי ולכן נעסוק רק בזכויות.

🔗 **חאלד גנאים:** לפי המשפט העברי הכבוד חשוב מאוד. לדברך מבחינת המציאות החברתית הכבוד הוא הפקר. אנו מציעים לחזק את ההגנה על הכבוד. אפשר להזכיר גם את צו העדכון שעד כה לא נידון. גלעד הזכיר שבעניין קראוס נעשה לכאורה שימוש בעוולת הרשלנות. לדעתי אין בכך צורך – חוק איסור לשון הרע הוא חוק מיוחד, והוא דוחה את עוולת הרשלנות. בהקשר של הגנה על הכבוד: כשם שיש אפשרות של צו מניעה שמובאת בחשבון כאשר מדובר בעובדה שקרית אפילו כאשר העושה לא פעל ברשלנות, צריך לפתח מודל שקיים במשפט הקונטיננטלי – לחייב פרסום עדכון כאשר מדובר בעניין שבעת פרסומו נחשב לאמת או לעובדה ששקריותה לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר. אם אחר כך התבררו עובדות או דברים שמוכיחים שמדובר בשקר צריך להטיל חובה, חובה מן הצדק כמו צו מניעה המבוסס על הצדק, לחייב את המפרסם לעדכן את שפורסם בעבר.

🔗 **תהילה אלטשולר:** מכוח חובה מן הצדק אפשר לחייב עוולת תגובה בשל כל דבר שפורסם בעיתון, כי הפגיעה יכולה להיות פגיעה אנושה והעיתונות רבת-תפוצה. אפשר לחייב תגובה בלי שום קשר להשתנות הנסיבות.

🔗 **חאלד גנאים:** כאשר מדובר בפרסום לשון הרע, התגובה רצויה ואף הכרחית כי התקשורת צריכה לבדוק אם מדובר באמת או בשקר,

כלומר חלה עליה חובת הבדיקה הסבירה. אני דיברתי על מצב שבו אחרי כמה חודשים מתברר שמדובר בשקר, למשל פורסמו חשדות על אדם שהורשע והוא ערער וזוכה. יש מקום לחייב את העיתון שפרסם שהאדם הוא חשוד, לפרסם את העדכון. הדבר יחזק את ההגנה על הכבוד.

בהקשר של טענת תום לב במשפט האזרחי, לכאורה די באמת פרסום שבכוונתה לפגוע לצורך התגבשות העוולה. מבחינה פלילית היסוד הנפשי חשוב אבל היסוד העובדתי של העברה הוא החשוב ביותר. יש הכרח במעשה אנטי-חברתי, במעשה שפגע בערך חברתי. אם יש אמת – אין פגיעה בכבוד. אם הייתה כוונה לפגוע בכבוד – יש מקום לניסיון. בהקשר הזה ראוי להשוות את המשפט הפלילי למשפט האזרחי: במשפט הפלילי יש ניסיון לעברה, במשפט אזרחי אין ניסיון לעברה ולכן המונח 'תום לב' במשפט הפלילי אינו קיים ואינו יכול להימנות עם היסוד הנפשי.

## חלק ב

### בועז שנוור

לא אעסוק כמעט בסכנות לחופש הביטוי מצד השלטון אלא בסכנות לחופש הביטוי מצד אזרחים. כדי להקצין את ההבדל הזה אנו מציעים שהחוק ימנע מהמדינה להגיש תביעות אזרחיות; ימנע מרשויות השלטון להגיש תביעות אזרחיות בלשון הרע. כך אזרח יתמודד מול אזרח ולא מול השלטון. ברצוני להציג שני חידושים בחלק האזרחי של הצעת הרפורמה בעניין לשון הרע: חידוש אחד הוא הפרדה בין התביעה לפיצויים ובין התביעה לתיקון. החידוש השני הוא יצירת מנגנון של הליכים קדם-משפטיים, שיעודד פרסום תיקונים לפני עימות בין הצדדים ובוודאי לפני הגעתם לבית-המשפט.

אשר לחידוש הראשון – בדיני נזיקין, ההשפעה של סעד הנזיקי מוגבלת בעיקרה לצדדים הספציפיים לסכסוך. אם בית-משפט פוסק פיצויים לתובע השפעת הפסיקה היא במישור היחסים בין התובע

לנתבע. הנתבע יהיה עשיר פחות, התובע יהיה עשיר יותר. לפסיקה כמעט אין השפעה על החברה. כך גם כשביית-המשפט פוסק שהנתבע צריך לפנות דירה. השפעת הפסיקה היא על היחסים בין הצדדים. גם בעולות לשון הרע סעד הפיצויים משפיע על הצדדים. צד אחד יהיה עשיר יותר, והאחר יהיה עשיר פחות, לסעד זה כמעט אין השפעה על החברה.

החריג הוא סעד התיקון בעולות לשון הרע; כאשר מדובר בסעד שעל-פיו בית-משפט מחייב את הנתבע לפרסם תיקון לפרסום הראשוני או כשביית-משפט פוסק בפסק דין הצהרתי שהפרסום הראשון היה פרסום שגוי, ההשפעה העיקרית של פסק הדין היא דווקא במישור שבין התובע ובין החברה, שכן כעת החברה תדע את האמת על אודות התובע. עקב כך ישוקם כבודו של התובע אבל זו תוצאה ברובד השני. התוצאה הראשונה של פסק הדין היא שהחברה תדע עכשיו את האמת. האינטרס החברתי שבידיעת האמת הוא המצדיק עריכת שינויים ועשיית הבחנות בין סעד התיקון ובין סעד הפיצויים. כבר עמדו על כך רבים וטובים אבל עד כה לא נעשה דבר והיום אנו מציעים לעשות שינויים.

השינוי הראשון הוא ביצירת הבחנות בין הדברים שעל הצדדים להוכיח בתביעה שמטרתה קבלת פיצויים ובין הדברים שעליהם להוכיח בתביעה שמטרתה קבלת צו תיקון. ייתכן שבסופו של דיון בית-המשפט יקבע שנעשתה עוולה לצורך קבלת פיצויים ולא נעשתה עוולה לצורך פרסום תיקון או להפך - יינתן צו לפרסום תיקון ולא יינתנו פיצויים.

ההבדלים שאנחנו מציעים: הבדל חשוב אחד הוא שתביעה לקבלת צו תיקון תחול רק על פרסומים עובדתיים והתובע יצטרך להוכיח שמדובר בפרסום עובדתי. כאן אני מסכים עם דברי הביקורת על פסק דין שרון נגד בניזמן, שפרסום עובדתי צריך להיגזר בלי קשר לשאלת החשיבות הציבורית.

לחברה יש אינטרס חזק מאוד לדעת מהי האמת העובדתית. אם בעבר קיבלה החברה מידע שגוי, כדי לשפר את מצבה יש לה אינטרס לקבל מידע מתוקן. אין לחברה אינטרס לאכוף על אדם לשנות את

דעתו, ואין לה אינטרס להורות לאדם לתקן את דעתו אף-על-פי שאינו מאמין בתיקון. להפך – לחברה יש אינטרס ברור שכל אחד יוכל להביע את דעתו בחופשיות.

מצד אחר, כאשר מדובר בפרסום דעה, בהנחה שהדעה אינה משרתת שום אינטרס ופרסומה גרם לנזק יש מקום למתן פיצוי אבל אין מקום לפרסום תיקון.

הבדל נוסף: הגנת האמת היא הגנה מוחלטת שאינה מותנית בעניין ציבורי ובאינטרס פרטי, בתביעה לקבלת צו תיקון. מרגע שמוכח שהדברים שפורסמו הם אמת אין שום מקום לתת צו תיקון. עם זאת פרסום של אמת שאינו נתמך בעניין ציבורי או באינטרס פרטי יכול במקרים מסוימים להפעיל את סעד הפיצויים. זו תשובה לביקורת של חאלד בנושא: כשאדם מפרסם אמת לא נחייב אותו בפרסום תיקון מכיוון שהנחתנו היא שיסודות העילה שונים.

הבדל שלישי מרכזי נוגע לטענה שהנתבע פעל בהעדר אשמה. האשמה של הנתבע רלבנטית רק לשאלת הפיצויים. לשאלת התיקון, האשמה של הנתבע אינה רלבנטית כיוון שהאשמה היא יסוד שקשור לשאלה אם מוצדק להטיל עליו סנקציה. התיקון אינו סנקציה במישור היחסים שבין הצדדים. התיקון נועד לשפר את מצבה של החברה ולכן אם סבלה החברה מפרסום שקרי, גם עקב פעולה בתום לב וללא שום יסוד נפשי, עליה לקבל תיקון.

החידוש השני שאנו מציעים הוא יצירת מנגנון להידברות בין הצדדים או יצירת מנגנון שיעודד את הצדדים להידבר זה עם זה. אם פורסם פרסום עובדתי משפיל יעודד המנגנון הזה את הצדדים לדבר זה עם זה לפני שהם מגיעים לבית-משפט. ההידברות תביא לידי החלטה אם הפרסום שקרי או אמת. אם הפרסום שקרי ההידברות תביא לידי פרסום תיקון.

הצורך במנגנון הזה מתעורר בשל כמה מאפיינים שיש בלשון הרע; מאפיין אחד, אמפירי, נחקר בהרחבה בארצות-הברית. המחקר נקרא פרויקט 'איווה'<sup>3</sup> ובו בדקו מה יפצה נפגעים שהתפרסמה עליהם

<sup>3</sup> לתיאור המחקר ראו Soloski, J, "The Study and the Libel Plaintiff: Who Sues for Libel?" *Iowa L. Rev* 71 (1985), p. 217.

לשון הרע. שאלו לרצונם לפני שהגיעו לבית-משפט, בסמוך לאחר שהתפרסמו הדברים על אודותיהם. שלושה רבעים מהם רצו לקבל תיקון ורק רבע מהם הזכירו את המונחים 'כסף', 'נקמה' או 'פגיעה בעיתון המפרסם'. הנפגעים האלה הגיעו בסופו של דבר לבתי-משפט מכיוון שכלי התקשורת סירבו לדון בבקשות לתיקון או שלחו תגובות מלגלגות או ממעיטות בחשיבות שכלי התקשורת רואים בבקשת הנפגעים. הנפגעים שנפגעו שוב – והפעם מהתגובה ולא מהפרסום – הגישו את התביעה והפעם רצו כסף. אם נכנס את הצדדים לדיון אמתי בשלב הראשון נוכל להמעיט את מספר התביעות.

מאפיין שני הוא האחוז הנכר של תביעות לשון הרע שמוגשות היום, שבהן התובע מגיש כתב תביעה ואחר כך ממשיכים הצדדים להגיש את כתבי הטענות ומבזבזים על כך זמן של עורכי דין וכסף של לקוחות; רק אז מגיעים לישיבת קדם-משפט ראשונה שבה בדרך כלל הדיון מסתיים בפשרה. ברוב המקרים הפשרה כוללת פרסום של תיקון ואולי גם תרומה למוסד שמקובל על הצדדים או מתן פיצוי כספי קטן.

עצירת הסכסוך בין הצדדים בשלב מוקדם תביא לידי אותה תוצאה בפחות עלויות למערכת של בתי-המשפט ולציבור שמממן אותה. אחרי ישיבת המשפט, בדרך כלל, מתפרסם התיקון כמה חודשים אחרי הפרסום המקורי. איש אינו זוכר את הפרסום המקורי והתיקון אינו יעיל. תיקון שמתפרסם שבוע או שבועיים אחרי הפרסום המקורי יעיל יותר.

מאפיין שלישי – כיום רבים בחברה סובלים מהעדר נגישות לבתי-המשפט. הגשת תביעה אזרחית לבית-משפט היא עניין יקר מאוד. לרבים בחברה הישראלית אין היום משאבים להגיע לבית-משפט או להימנע מהגעה לבית-משפט ולהיות מיוצגים כהלכה בתביעת לשון הרע. לרבים מהאזרחים אין אפשרות להגן על כבודם. אם נעודד את המפרסמים להגיע לידי הידברות יוזלו העלויות וייתכן שנשפר את ההגנה על כבודן של השכבות החלשות בחברה. כיצד נעשה זאת בפועל? ההצעה שלנו מבוססת על הצעה לחוק אחיד שקיים בארצות-הברית<sup>4</sup> ועל חוק דומה בבריטניה.<sup>5</sup>

שני המרכיבים המרכזיים בהצעה הם מצד אחד לעודד אנשים שנפגעו מפרסומים לפנות למפרסמים סמוך למועד הפרסום ולבקש מהם לפרסם תיקון ובד בבד להעביר אל המפרסמים מידע רלבנטי סביר כדי להבהיר מדוע היה הפרסום הראשון שגוי. אם נפגע לא יעשה זאת ולא יפנה בבקשת תיקון הוא לא יוכל לקבל פיצוי לאחר מכן בתביעה לפיצויים על הנזקים הלא ממוניים שנגרמו לו. בתביעות לשון הרע זה חלק נכבד מאוד מהפיצויים. הנפגע לא יוכל לקבל פיצויים מכיוון שיש דוקטרינה כללית בדיני נזיקין, ולפיה ניזוק לא יקבל פיצוי על נזק שהיה ביכולתו להקטין. ניזוק שנפגע מפרסום לשון הרע יכול להקטין את נזקיו בשכנוע המפרסם לפרסם תיקון. הדבר יקטין מאוד את נזקיו הלא ממוניים כי הפגיעה בכבודו תקטן. אם יבחר שלא לעשות זאת – הוא בוחר שלא להקטין את נזקיו, וכך אין סיבה שהמזיק ישלם לו. מדובר כמובן רק בנפגע שיודע על הפרסום הראשון ויכול לבקש את התיקון.

מצד שני, מה יעודד את המפרסמים? להם נציע שמפרסם שלא ינהג רצינות בבקשת הנפגע יצטרך לשאת בכל ההוצאות ולשלם את שכר הטרחה של עורך הדין של הנפגע, גם אם הנפגע יפסיד בסופו של דבר, זאת בתנאי שהבקשה המקורית הייתה מוצדקת. המפרסם יודע שיש אפשרות סבירה שהפרסום הראשון היה שגוי ושמישהו נפגע ממנו, ולכן אי-התיקון הוא מעשה פסול; זה מעשה שמנוגד לאינטרס החברתי. לחברה יש אינטרס שיפורסם תיקון אם הפרסום הראשון היה שגוי.

כאשר הפרסום הראשון היה שקרי אבל המפרסם פעל מתוך הנחה סבירה, כלומר כל אדם סביר היה חושב שהפרסום נכון והיה עניין ציבורי בפרסום, לדעתנו, במצב כזה בחלק האזרחי הוא ייחנה מהגנה בתביעה לפיצויים מכיוון שפעל בלא שום אשמה. עם זה הבקשה לפרסום התיקון הייתה מוצדקת מכיוון שהפרסום היה שקרי. על-פי סקירה לא מייצגת של ההוצאות ושכר טרחת עורך הדין שנפסקים בתביעות דיבה, בתי-המשפט פוסקים סכומים זעומים. לעתים, בתביעה שנמשכת על פני שלוש ערכאות נפסק שכר טרחה של 15,000 ש"ח. עורכי דין גובים סכומים הרבה יותר גבוהים. שכר הטרחה שמפרסמים

משלמים כהוצאות משפט – מגוחך. יותר מזה, ברבים מהמקרים בתי-המשפט פוסקים שבנסיבות העניין אין צו להוצאות. אם המפרסם יידע שבשל התנהגות לא ראויה שלו כלפי בקשת התיקון הוא ישלם שכר טרחה גבוה מאוד לעורך-הדין, אפשר להניח שהוא ינהג רצינות בבקשות התיקון. ההידברות בין הצדדים תיעשה במישרין וברבים מהמקרים תביא לידי סיום הסכסוך בלי תביעה לפיצויים. גם החברה תצא נשכרת מפרסום התיקונים. האמת העובדתית תתפרסם מהר למדיי וברוב המקרים יהיו פחות תביעות. הדבר יקטין את העומס על בתי-המשפט והצדדים לסכסוך יהיו מרוצים יותר וייפגעו פחות.

## אריאל בנדור

תודה. אני אדבר על סעד. במקרים רבים שבועז תיאר, אם כי לא תמיד, סעד של תיקון יכול להיות סעד ראוי. לפי הדין כיום יש גם סעד נזיקי של פיצויים וסעד של צו מניעה. כאשר מתבקש צו מניעה קבוע, לעתים, בייחוד כאשר מדובר בפרסום שעדיין לא יצא לאור, מתבקש גם סעד של מניעה זמנית עד להכרעה בנושא הקבוע.

לכאורה, לפחות באופן אינטואיטיבי, יש יתרון גדול לסעד של מניעה. הזכות המהותית שעליה מגנים היא הזכות לשם טוב ולכבוד האדם. מניעת הפגיעה בזכות או הפסקת הפגיעה בזכות מגנות על הזכות טוב יותר מפיצויים כספיים. ובכל זאת המשפט הישראלי, בפסיקה של בית-המשפט העליון, מסתייג מאוד ממתן צווי מניעה ובוודאי ממתן צווי מניעה זמניים, שיש בהם כדי להגביל פרסום או למנוע אותו.

אמנם בפסק הדין בפרשת גנימאת הראשונה הדגים השופט ברק מקרים שבהם ייתכן שיהיה מקום לשנות את הגישה עקב חוקי-היסוד החדשים וציין שמאחר שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו העלה את הדרגה של כבוד האדם ייתכן שיהיה צריך לשנות את האיזון בין חופש הביטוי ובין כבוד האדם, בין השאר לצורך



הפעלת שיקול הדעת השיפוטי לנושא מתן צווי מניעה זמניים. ואולם זו הייתה הערה על מה שייתכן שיהיה צורך לעשות. הדבר לא נעשה. להפך – הנושא נידון פעמים אחדות בבית-המשפט העליון ובית-המשפט העליון שב ואימץ את ההלכות שנקבעו קודם לכן. יש זכויות שאינן קבועות בחוקי-היסוד, ויישארו בעלות מעמד עליון לעומת זכויות שנקבעו בחוקי-היסוד. אינני מתכוון לכבוד האדם דווקא, אלא לזכויות כגון קניין ואולי חופש העיסוק. מכל מקום, מאחר שבלי קשר להשפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אני מסתייג מהתפיסה של בית-המשפט העליון העוינת צווי מניעה זמניים, ברצוני להסביר את הדברים.

התפיסה של בית-המשפט העליון מבוססת על דוקטרינה חוקתית אמריקנית המכונה 'מניעה מוקדמת' או 'ריסון מוקדם'. לפי הדוקטרינה יש להסתייג ממניעה מוקדמת של ביטוי משום שהיא פוגעת בחופש הביטוי במידה מופרזת ומקפיאה לגמרי את הביטוי. זאת לעומת ענישה פלילית או פיצויים כספיים, שרק 'מצננים' את חופש הביטוי. לפי התפיסה הזאת, אין צורך לפגוע בביטוי באמצעי קיצוני של מניעת הביטוי, וראוי להעדיף אמצעים קיצוניים פחות, שאינם מקפיאים את הביטוי. אלו הם פיצויים ובהקשרים פליליים גם ענישה.

הבעיה כפולה: ראשית, פיצויים אינם תחליף למניעה. שנית, בהקשר של חופש הביטוי תאוריית המניעה המוקדמת אינה עקבית, אלא גורסת דבר והיפוכו. בעניין פיצויים לעומת מניעה מוקדמת – אני מניח שבעוולות רבות יש שקלול בין הנזק שנגרם ובין פיצויים כספיים. אפשר לפצות על הנזק בלי קושי עקרוני ולהחזיר את המצב לקדמותו בתשלום פיצויים כספיים.

לעומת זאת, כאשר מדובר בעוולה של לשון הרע האינטרס הנפגע הוא כבוד האדם ושמו הטוב. באופן מלאכותי ובליט בררה אפשר לאמוד את הפגיעות בכסף. אינני מדבר על פגיעות מוחשיות, אלא על הפגיעות העיקריות שאינן מוחשיות. ייתכן שיהיו נפגעים שיעדיפו לקבל כסף בגין הנזק שנגרם לכבודם ולשמם הטוב. אך על-פי הסקר שהזכיר בועז שנור רוב האנשים, כשלושה רבעים מהם, אינם רוצים כסף. הם אינם מתעניינים בכסף. הם רוצים את שמם הטוב – כסף

לא יחזיר להם את שמם הטוב או את כבודם, ולא יחזיר אותם למצב שבו היו לפני שנפגעו. זו בעיה, שכן סעד הפיצויים אינו מתאים, הוא כמעט אינו רלבנטי ואין ביכולתו למלא את המטרה של דיני הנזיקין ולהחזיר את המצב לקדמותו.

בעיה נוספת, שקשורה לבעיה הראשונה – משמעות הדוקטרינה הזאת היא, במינוח של אנשי הכלכלה והמשפט, 'החצנה שלילית'. כלומר, הציבור נהנה על חשבון הפרט. לפרט יש זכות לשם טוב. ואינני מדבר על מצב שבו אין לפרט זכות לשם טוב והפרסום היה אמת והיה בו עניין לציבור. לאדם יש זכות לשם טוב ולצד השני יש זכות לחופש הביטוי. הפרט צריך לשלם את המחיר ונותנים לו פיצויים. זכותו לפיצויים איננה משיבה את המצב לקדמותו, לעתים היא איננה רלבנטית כלל. למעשה אדם צריך להקריב את זכותו, את הזכות המהותית שיש לו לשם טוב. אגב, העמדה שלי בחלק הזה איננה סותרת את הדברים שאמרתי בהתחלה: היקף חופש הביטוי המהותי צריך להיות רחב מאוד, אבל במקרה חריג שבו אין חופש ביטוי, הזכות הגוברת היא כבוד האדם. בסיטואציה כזאת יש בעייתיות מיוחדת, שכן אדם צריך לוותר על זכותו ואיננו מקבל סעד רלבנטי משיקולים בעלי אופי ציבורי, אשר נוגעים לאינטרס של הצד האחר.

🔗 **קריאה:** למעשה כופים עליו למכור את כבודו.

🔗 **אריאל בנדור:** נכון. האדם איננו זכאי להחזיר את כבודו, הוא זכאי למכור את כבודו. מאלצים אותו למכור את כבודו תמורת סכום שקבע בית-המשפט. הוא אפילו אינו יכול להחליט תמורת איזה סכום יעשה זאת. אם כן, מה יכול להצדיק זאת? שיקולים של חופש הביטוי; שיקולי דת; שיקולים של יחסיות – אין לפגוע בחופש הביטוי יותר מהנדרש.

ציינתי קודם את הבעיה שבסיטואציות שאנחנו עוסקים בהן כעת אין מדובר בחופש ביטוי ערטילאי לעומת כבוד ערטילאי של האדם. מדובר בסיטואציה שבה בחנו את הנושא המהותי לגופו והגיעו למסקנה שאין מקום לתת חופש ביטוי. לטעמי, רצוי שיהיו חריגים שבהם אין מקום לחופש הביטוי וכבוד האדם גובר, כלומר כשמדובר בדין המהותי – חופש הביטוי איננו לעניין כי התוצאה תהיה 'חופש לשון הרע'.

באמצעות שימוש בשיקול דעת בית-המשפט לעניין מתן סעד, בייחוד סעד זמני שהופך את התוצאה שנקבעה בדין המהותי, הדין המהותי קובע שיש חופש ביטוי. מתירים לאנשים שלא להקפיא את חופש הביטוי, ולפרסם לשון הרע. אם יש אינטרס כלשהו לפרסומו של הביטוי ואין מקום למנוע אותו, אין צורך לתת שום סעד – לא פיצויים, לא ענישה ולא סעד אחר.

אין כל סיבה שלא להקפיא חופש ביטוי כזה. אין סיבה שלא למנוע אותו. מטרת הדין כאן היא שלא יהיה חופש ביטוי ולא ישלמו פיצויים. הדין איננו מעוניין בתשלום פיצויים כמטרה לעצמה. מאחר שתשלום פיצויים אינו שווה ערך לפגיעה, הדין הקיים יוצר הסדר משונה ולא עקבי שיש בו סתירה פנימית. הנוהל מגן על חופש ביטוי שנקבע לגביו שאין בו חופש ביטוי. באמצעות הנוהל הזה נשללת הזכות לשם טוב, ואילו הדין המהותי קבע שיש זכות לשם טוב.

מכאן עולה שאלה אחרת, סבוכה יותר. בארץ אנחנו נוקטים בשלב של צו מניעה זמני לעומת ארצות-הברית שבה אין הגבלות חמורות על מתן צו מניעה קבוע. צו מניעה זמני חשוב מאוד לתביעות לשון הרע. הפרקטיקה היא שיש הבדל גדול בין משהו שכמה 'עכברי אינטרנט' כותבים זה לזה ובין ביטוי שאפשר להפיצו בחופשיות שנים רבות, כל עוד המשפט נמשך. גם ביטוי שפורסם פרסום חד-פעמי הגיע לידיעתם של כמה אנשים. אם התובע חפץ בסעד הזה חזקה עליו שהסעד הזה מועיל לו. ברור שאם יש צו מניעה שמונע גרימת נזקים או מונע מקצתם התובע יקבל פחות פיצויים, ולכן על התובע לשקול אם הדבר עוזר או לא.

השאלה המורכבת יותר היא שאלת השיהוי. הרי בשלב שבו באים לבית-המשפט ומבקשים צו מניעה זמני עדיין לא החליטו אם חל על המקרה חופש הביטוי או לא חל. כשמתברר שחל חופש הביטוי, שהיה עניין ציבורי ושהיה פרסום אמת – עקב הצו הזמני נפגע חופש הביטוי. לפעמים יש חשיבות לעיתוי, למשל לפני בחירות, ולכן יש בעיה במתן צו מניעה זמני כי ייתכן שבדיעבד יתברר שלא הייתה לכך הצדקה משום שעל המקרה חל חופש הביטוי. לעומת זאת יש בעיה מנוגדת: אם לא ניתן צו המניעה הזמני

ובדיעבד יתברר שחבל שלא ניתן משום שהייתה כאן זכות לשם טוב ולא היה חופש ביטוי.

הביקורת שלי על פסק-דין המפתח בעניין הזה בישראל – אבנרי נגד שפירא<sup>6</sup> – איננה על שבית-המשפט אמר שלא בהכרח ייתן צו מניעה זמני. הבעיה בהלכת אבנרי נגד שפירא שהיא מבוססת על איזון אינטרסים שונה מאיזון האינטרסים של החוק המהותי. לפי פסק-דין אבנרי נגד שפירא, אף לא פעם נותנים צו מניעה זמני, כלומר, תמיד חופש הביטוי גובר על הזכות לשם טוב.

לעומת זאת, חוק איסור לשון הרע יוצר איזון מסוים. יש בו אולי עדיפות מסוימת לצד כזה או אחר. פסק הדין האחרון בעניין שרון נגד בניזימן בהחלט נתן מקום נכבד מבחינת איזון האינטרסים גם לזכות לשם טוב.

כלומר, בשלב הסעד הזמני איזון האינטרסים הוא חד-צדדי לחלוטין. ההלכה היא חד-צדדית. השיקול של חופש הביטוי גובר תמיד, שמא יתברר שיש חופש ביטוי. לעומת זאת בדין המהותי השיקול הוא אחר. את הפער הזה צריך לתקן. אני חושב שמן הראוי לשנות את ההלכה ולבדוק את האינטרסים של הצדדים – מה מידת החשיבות בנסיבות העניין של חופש הביטוי; עד כמה העניין דחוף; איזה נזק יגרם לציבור או לנתבע אם יידחה הפרסום; מה מידת העניין הציבורי שיש בפרסום ולעומת זאת מה אופי הפרסום; מה מידת הפגיעה בפרט; עד כמה הנזקים יהיו בלתי הפיכים; עד כמה הנזקים יהיו חמורים. סוג זה של איזון אינטרסים נעשה בכל פעם שמתבקש צו מניעה זמני, אלא שהפעם האינטרסים הרלבנטיים הם חופש הביטוי וכבוד האדם, ולכן יישקלו כאן שיקולים רלבנטיים. אם אכן הפרשנות של הדין המהותי נוטה במידת-מה להעדיף את חופש הביטוי, אפשר לנטות במידת-מה להעדפת חופש הביטוי בשלב הסעד הזמני, אבל לא לתת לחופש הביטוי משקל של זכות מוחלטת, שכן משקלו אינו כזה בדין המהותי.

יורם שחר: אינני בטוח שההשוואה שאתה עושה מוצדקת לעניין שקלול הערכים. עניין הסנקציות הוא מלכתחילה פחות ערך לעומת שאלת הדין בזכות המהותית.

אריאל **בנדור**: לפי הבנתי, הטלת הסנקציות היא הגשמת הזכות המהותית. לכן צריך להצדיק את הפער בין הסנקציות ובין הזכות המהותית. טענתי היא שאין בתורת המניעה המוקדמת כדי להצדיק את הפער הזה.

יורם **שחר**: הרי גם במתן פיצויים יש ניסיון להגשים את הזכות המהותית; גם סנקציות אחרות ובהן הפיצוי מגשימות במידת-מה את הזכות המהותית, והמאבק הוא בין סנקציה זו לסנקציה אחרת. צו המניעה הוא היעיל ביותר ברוב המכריע של המקרים, אבל גם סנקציות אחרות יעילות.

## דיון

מאיר **בלייך**: ברצוני להגיב על הדברים שאמר בועז. ראשית, כיום יש בחוק היבטים מסוימים בעניין של התיקון, סעיף 17 והלאה. לדברי בועז יהיה תיקון רק על פרסום עובדתי. אני מתקשה למצוא בהיסטוריה תיקונים לדעות. כאשר יש טעות עובדתית – מתקנים. מניסיוני, במקרים שבהם נדרש תיקון ולעיתון או למפרסם התברר במהרה שהוא אכן טעה – התיקון פורסם במהירות.

אולי אפתיע ואומר שבמקרים רבים המאבק אינו על התיקון, אלא על הכסף. במקרים רבים אנו מביעים נכונות לתקן והצד השני רוצה גם כסף. התיקון חשוב ויש נכונות לעשותו אם אין מחלוקת על עובדה, כי במקרים רבים טעויות נעשות ברשלנות כלאחר יד. התיקונים נראים בעיתונים, כי הרי גם בתי-המשפט נותנים את דעתם על מקרים שבהם פורסמו תיקונים ועל מקרים שבהם לא פורסמו תיקונים.

כשמעניקים חשיבות רבה לממד של התיקון – דווקא כשיש מחלוקת אמנע מלפרסם. במקרים שאינני בטוח שהצד האחר צודק ואני רוצה לבדוק את העניין לא אפרסם תיקון מיד, זאת כדי להפחית בערך הפיצוי שאשלם. הדבר עלול למנוע ממני להיות נאמן לדברים שאני מפרסם.

תהילה **אלטשולר**: ברצוני להעיר כמה הערות על ההיבטים

הפרקטיים בהצעתו של בועז. בעניין האפשרות להליך מוקדם: אכן גישור הוא מושג אופנתי. ככל שהזמן עובר כך נכתבת ספרות רבה יותר הגורסת שגישור לא תמיד מצליח, כלומר שהעניין בסופו של דבר מובא אל בתי-המשפט. אם כן, לדעתי הצלחת ההליך הזה מוטלת בספק.

היבט הזמן שחולף מהפרסום המקורי עד פרסום התיקון חשוב מאוד מפני שאין שום משמעות לפרסום תיקון מאוחר, בשולי העמוד. הרעיון הוא שהפרסום ייעשה מיד. היבט חשוב אחר הוא עלות ההליך. השאלה היא מדוע עיתונים משיבים בלגלוג למבקשים תיקון. בארצות-הברית נכתבו על כך מסמכים – מדוע נוהל ההתדיינות במועצת עיתונות איננו מצליח בפועל, הרי הוא יגרום לעיתון רק לתקן ולא לפצות. לשאלה זו תשובות אחדות: אפשרות אחת היא שהעיתונות מרגישה בעלת-עצמה, שכן קשה מאוד לפתוח בבתי-המשפט בהליך של בקשה לתיקון. העיתונות יודעת שמאחר שהדברים כבר פורסמו, העצמה בידה.

אפשרות אחרת היא שהעיתונות חוששת מפני קביעות שיקבעו אנשים שאינם משפטנים או שאינם מוסמכים לקבוע. קביעות כגון אלו שנעשות בבתי דין של מועצת עיתונות.

אני חושבת שאם היינו יוזמים הליך כולל של עיגון היבטים מסוימים של פעילות מועצת העיתונות בחוק, היינו לחייב עיתונים לקיים את ההחלטות של מועצת עיתונות על-פי חוק באמצעות ההוצאה לפועל או בית-משפט. למשל אשר לתיקון היינו יוצרים הליך מקצועי שיגן על חופש הביטוי, לפחות כשמדובר בגוף של רגולציה עצמית.

ברצוני לומר דבר-מה על צווי מניעה. אין ספק שהתפיסה של בית-המשפט בעניין צווי מניעה נובעת מהבעיה של צווי מניעה באופן כללי, אך היא נובעת גם מהתפיסה שלו את הצנזורה הצבאית. כלומר יש כאן מעין השוואה של עניינים שקשורים למניעה מוקדמת בדרך של צנזורה צבאית והאיזונים הם אותם איזונים. הרטוריקה של אבנרי נגד שפירא מזכירה מאוד את הרטוריקה של שניצר או של פסקי דין דומים – אין מדובר באותם

אינטרסים אבל מדובר במניעה מוקדמת ולא דווקא בעניין צווי מניעה.

בחוק איסור לשון הרע יש מסלול נוסף והוא החובה המוסרית לפרסם. הוא מופיע בסעיף 15 ולא בסעיף 14. במסלול זה אין דרישה לעניין הדעות, כלומר לפי המסלול הזה ייתכן שמדובר בעובדות שהייתה חובה מוסרית לפרסמן. שאלתי היא איך ייתכן שבת-המשפט לא השתמשו במסלול הזה של החובה המוסרית לפרסם כדי להרחיב מאוד את היכולת של עיתונים להגן על עצמם. הרי בת-המשפט הצליחו מאוד להרחיב את הזכות לחופש ביטוי בעניינים אחרים. מדוע צריך ללכת דווקא במסלול 'אמת דיברתי', כלומר מדוע לא הרחיבו את החובה המוסרית לפרסם. השופט דורנר נגעה בעניין זה פעם אחת, כשעדיין שפטה בבית-המשפט המחוזי בפסק דין קליין נגד רון בן-ישי. בפסק דין זה היא אמרה שהיא בטוחה שהדברים הם אמת אבל ראוי לדעת שגם אם לא היו אמת הייתה חובה מוסרית לפרסמם.

את החובה המוסרית הזאת היה אפשר להרחיב כדי שתגן על העיתונים.

**משה גורלי:** ברצוני לדבר על השאלה מה משפיע על סכום הפיצויים או על הכרעות שיפוטיות שלפעמים מרסנות את חופש הביטוי. מאז 1973 החלה התקשורת בתהליך הדרגתי של שחיטת כל הפרות הקדושות במדינת ישראל: צה"ל, השב"כ ועוד. בשנים האחרונות הגיע הדבר גם לבתי-המשפט ולשופטים. השופטים חשופים משהיו בעבר ונתונים לביקורת ולהתקפות חריפות בעיתונים. לפי תחושתי משפטי לשון הרע הם הזדמנות נפלאה לכמה מהשופטים להיפרע מכלי התקשורת ולהחזיר להם כגמולם בהגדלת סכום הפיצויים. נעשה מחקר שמראה שמאמצע שנות ה-90, מפסק דין אמסלם ואילך, יש עלייה בסכומים הנפסקים. הסכום הגיע למיליון שקל בפסק הדין של בן-זמרה בעניין 'כלל'. מי שנותן דעתו על הסכומים האלה ועל ההתבטאויות בכמה מפסקי הדין האלה, מבחין ברטוריקה קשה יותר של השופטים שסבורים שהגיעה העת לרסן את התקשורת. לדעתי, אי-אפשר להפריד את המגמה הזאת מתופעת החשיפה של השופטים עצמם לתקשורת ביקורתית. אני

מסייג את דבריי ואומר שמדובר במקצת השופטים ובשופטים שנפלו 'קורבן' לתקשורת.

בימים אלו אני עוקב אחרי המשפט של לוני ארציקוביץ נגד עיתון 'העיר'. אני מציע לכם לעקוב אחריו. פסק הדין יינתן ב-2 במאי 2002 (פסק הדין ניתן). השופט סטרשנוב פסק פיצוי בסך חצי מליון שקל לתובע והתיק עבר לערעור בבית-המשפט העליון). מדובר בתביעת דיבה שהיה צריך לדחות אותה על הסף ולהוסיף החזר הוצאות לתובעים. נכחתי בדיון וראיתי שהשופט נוהג איבה כלפי התקשורת או כלפי באי כוחה. אי-אפשר לנתק זאת מחוויותיו של השופט סטרשנוב בפרשה מפורסמת. דוגמה זו מלמדת על הקשר בין כל הגורמים שמנתי ואפשר לראות זאת גם בפסקי דין אחרים.

🔗 **האלד גנאים:** אענה לשאלה בעניין תיקון הפרסום דעות. העמדה של תיקון עובדות בלבד מבוססת על כך שרק עובדה יכולה להיות אמת או שקר ואילו דעה לא. גם בפרסום תיקון לעובדה שקרית מדובר בתיאור המצב, לא מחייבים את האדם להביע את עמדתו. לעומת זאת, כאשר מחייבים אדם לפרסם תיקון או התנצלות על הערכה אישית סובייקטיבית שלו לכאורה מחייבים אותו לומר דברים שאינו מאמין בהם, כלומר פוגעים באישיות שלו במובן של הזכות הבסיסית לכבוד, אפשר להבין זאת כך.

🔗 **משה גורלי:** אמרתי שעד היום לא קרה הדבר.

🔗 **האלד גנאים:** בסדר. אפשר להציג עמדה נגדית לפרשנות שהצגתי לעיל. כאשר מדובר בפגיעה שאינה לגיטימית (הבעת דעה בלתי סבירה) המשמעות היא שהפרסום אסור על-פי המשפט הפלילי או המשפט האזרחי – תלוי בעוולה או בעבירה. במקרה זה חיוב אדם לפרסם התנצלות על דעה משמעו רק שאדם מודה שהמעשה שעשה הוא מעשה אסור ומנוגד לחוק ולכן הוא מפרסם את העמדה, אבל הוא יכול להמשיך להחזיק בדעתו.

🔗 **ראם שגב:** מדוע לתיקון כסעד משפטי יש ערך? אינני מתכוון לתיקון בשלב הראשון שבו הנפגע מעמיד את המפרסם על טעותו והוא מפרסם תיקון. השאלה היא מדוע בסוף ההליך צריך להיות סעד כזה? מה משמעותו? הרי אם פסק הדין קבע שהפרסום היה שקרי כמובן



שמטילים על המפרסם את ההוצאות הדרושות לפיצוי על הנזק, למשל הוצאות פרסום התיקון. מדוע צריך להכריח את המפרסם להצהיר שהוא עצמו מכיר באמת, אם ההנחה היא שלא מדובר בסנקציה.

אולי כדי להראות שאם המפרסם עצמו מכיר בכך שהוא טעה, אז זהו אכן המצב. אבל אם ברור שזה סעד משפטי, שהטילו עליו חובה לעשות זאת, קשה לראות איך סעד כזה יכול להשיג מטרה זאת. לדעתי אין בכך שום תוספת מהותית לקביעה של בית-המשפט שהפרסום היה מוטעה (או שקרי).

🔗 **מאיר בלייך:** ייתכן שהתיקון לא יפורסם, ופסק הדין שזכית בו יעלם.

🔗 **ראם שגב:** אם לנפגע יש אינטרס שפסק הדין יפורסם ואם מפצים אותו כדי שיהיה לו די כסף לפרסם אותו – הוא יפורסם.

🔗 **תהילה אלטשולר:** פסק הדין יפורסם במודעה? העיתון צריך לקבל אותו כמודעה.

🔗 **ראם שגב:** אעיר הערה קצרה על תיקון של עובדות לעומת תיקון של דעות. לדעתי, בכל הנוגע לתיקון כסעד משפטי אין הבדל מהותי בין עובדות לדעות – בשני המקרים מחייבים אדם לומר דבר-מה. כמובן שאם אדם מבין שטעה, הוא יכול להחליט לפרסם מרצונו, בין שמדובר בעובדות בין שמדובר בדעות.

🔗 **נחום רקובר:** אני חושב שהשימוש במילה 'תיקון' אינו מעיד על תיקון של ממש. כלומר, לעתים נעשה תיקון, אבל ההכפשה והרפש שהוטלו על אדם נשארים. אינני מדבר על מקרה שבו נאמר למישהו להתנצל ולהכריז שמה שאמר אינו נכון, ו'התנצלותו' היא בנוסח: "מה שאמרתי אינו נכון?"

🔗 **בן ציון להב:** ברצוני להעיר הערה קצרה על דברי אריאל בנדור בעניין אבנרי נגד שפירא. השלב שם היה שעדיין לא הוכח קיום לשון הרע ולכן החשיבות שצריך להעניק למניעת פגיעה מהסוג הזה קטנה, שהרי הרעיון של חופש הביטוי הוא בירור האמת. בירור האמת יכול להיעשות בפסק דין זה כי מדובר באישיות ציבורית. אולי אפשר להשאיר זאת לציבור – בנסיבות שבהן הוא המכריע והוא שצריך לבחור את האיש, ואין לנתק בין האיש ובין הדברים שהוא מבקש לקדם.

אריאל בנדור: אני מוטרד מעט. ההצעה שלכם היא שסמוך לפרסום יוטל על התובע לפנות ולבקש תיקון, ואם לא יעשה זאת – יופחת הנזק שייפסק.

התובע אינו משפטן מומחה בחוק איסור לשון הרע; פגעו בו. בתקופת ההתיישנות מגיעים לאוזניו הדים על הפגיעה בכבודו ונגרמים לו נזקים שונים. הוא פונה לעורך-הדין ומתייעץ. אני מוטרד מהטלת נטל מהסוג הזה: האם אינו עלול להביא לידי תוצאות לא צודקות? לעניין דבריו של יורם: אני מאמין שהסעד צריך ללכת בעקבות הזכות, ושאינו לחייב אנשים לבחור בסעד שלפחות מבחינתם לא הולך בעקבות הזכות. זו עמדה סבירה שפיצוי איננו משיב לקדמותו סעד של פגיעה בכבוד האדם. אנו מניחים שחופש הביטוי רחב מאוד, ומוגבל רק במקרים חריגים. הרי אם מגבילים אותו רק במקרים שבהם יש לאנשים אחרים או לציבור זכויות או אינטרסים בעלי משקל כבד במיוחד, דווקא במקרים כאלה צריך ליצור מנגנונים כלשהם שיוכלו להגן על זכויות ואינטרסים אלה. לא אפרט כאן, אבל לדעתי אחת התוצאות המרכזיות של התאוריה נגד מניעה מוקדמת בארצות-הברית היא פגיעה בחופש הביטוי.

כלומר, יש מקרים שאין בהם בררה והכול מסכימים שצריך למנוע ביטוי. אם אנשים היו יודעים שכל אימת שפגיעה כלשהי בחופש הביטוי מותרת מדובר גם במניעה מוקדמת, היו נרתעים מפגיעות מיותרות בחופש הביטוי על דרך של ענישה פלילית. גם מבחינת האינטרס של חופש הביטוי עצמו הדבר אינו חד-משמעי. בהנחה שאנחנו יודעים שמניעה מוקדמת איננה איסור מוחלט ויש לה חריגים, האם פירושו של דבר שלא יקבעו את החריגים האלה בצורה מצומצמת ואחר כך יתנו היתר לדברים אחרים שיכולים לפגוע לא פחות ואולי אפילו יותר?

עניין ההשוואה לפסק-דין שניצר: זה ההבדל בין חופש הביטוי המהותי ובין האמצעים להגנה על זכויות המתנגשות בחופש הביטוי המהותי. פסק דין שניצר ופסקי הדין שהוזכרו לעניין חופש הביטוי רלבנטיים לצורך פרשנות חוק איסור לשון הרע המהותי. אני חושב שאפשר להשתמש בפסקי דין אלו בשלב שבו מדובר בסעד הזמני;

בשלב שבו נקבע בפסק דין שניצר שיש מקרים שבהם אפשר להטיל צנזורה, לא רק לתבוע פיצויים. השלב שאנו דנים בו בפסק דין אבנרי נגד שפירא הוא בהנחה שנקבע שאפשר להטיל צנזורה; שאין זכות; שאין חופש ביטוי. ואכן, בפסק דין שניצר היה ברור שבנסיבות מסוימות מטילים צנזורה. העיתון או הצנזור הצבאי ישלמו פיצויים, ולא זו בלבד אלא שהעיתון יצטרך לשלם פיצויים על שפרסם.

בעניין הערתו של להב: יש ממש בעניין ועדיין אני מסתייג ממה שנראה כמו מערכת שונה של איזונים ב'שלב הדיוני המוקדם'. מבחינת הדין המהותי – אני חושב שהדין המהותי צריך להעניק חשיבות רבה מאוד לחופש הביטוי, ולכן גם בשלב הדיוני צריך לתת חשיבות רבה מאוד לחופש הביטוי. ואולם כשם שבשלב המהותי לא נותנים משקל מוחלט לחופש הביטוי, לא ראוי לתת משקל מוחלט לחופש הביטוי בשלב הדיוני.

🔗 **בועז שגור:** ברצוני להגיב על דברים שנאמרו בתגובה לדברי גלעד בעניין ההבחנה בין האינטרס המוגן של ההערכה החברתית כלפי האדם ובין התוצאה של פגיעה ברגשות.

כדי שתהיה עוולה בדיני נזיקין צריכה להיות פגיעה באינטרס מוגן. אינטרס מוגן יכול להיות האינטרס של החברה שאנשים ינהגו בסבירות; וזה האינטרס המוגן בעוולת הרשלנות. אינטרס מוגן יכול להיות הערכה חברתית של החברה כלפי אחד הפרטים; וזה האינטרס המוגן בעוולת לשון הרע. אבל יש צורך בשלב נוסף והוא שתיגרם תוצאה מזיקה, מכיוון שאם לא נגרמה תוצאה מזיקה לתובע – אין עילה.

התוצאה המזיקה שנגרמה לתובע היא פגיעה ברגשות. אם התובע אינו יודע שהוצאה עליו לשון הרע – אין ביכולתו לתבוע. רק הידיעה שההערכה החברתית של כל הציבור כלפיו נפגעה היא שגורמת שתהיה לו עילת תביעה, ולכן ישראל גלעד מדבר על פגיעה ברגשות...

🔗 **קריאה:** אתה אומר שזה הדין הקיים.

🔗 **בועז שגור:** לדעתי, זו ההשקפה הנזיקית. אם לא נעשתה פגיעה באנשים – הם לא יתבעו. אנשים אינם מעוניינים לבלות את זמנם

בבתי-המשפט ולכן כשישראל גלעד דיבר על פגיעה ברגשות הוא דיבר על השלב השני שבו הדברים ידועים לאדם.

בעניין ההערות שנאמרו על דבריי: ראשית, סעיף 17 לחוק המצוי דן בדרישה לפרסום תיקון מצד הנפגע. פרסום תיקון מצד הנפגע הוא פרסום תיקון שאינו יעיל כלל.

❧ **קריאה:** בסעיף 17 מופיעה אחר כך בעיה לנושא הפיצויים. נכון?

❧ **בועז שגור:** נכון, אבל כתוב – תיקון מצד הנפגע. הנפגע אינו אוהב את התיקון מצד הנפגע. הנפגע רוצה שהעיתון יודה שטעה.

❧ **קריאה:** כתוב בהמשך. בסעיף 22 או בסעיף 23.

❧ **בועז שגור:** בסעיף 19 ההקלות, אבל בסעיף 17...

❧ **קריאה:** העקרונות מופיעים בחוק.

❧ **בועז שגור:** סעיף 19 דן באפשרות לפיצויים, וזה השלב השני. אבל

נכון שהעקרונות כתובים בחוק. לא המצאתי את הגלגל. אמרתי

שאני מסתמך על דברים קודמים. ברבים מהמקרים, לפחות מצד כלי

התקשורת החשובים, נעשית שקילה של העובדות ומתקנים טעויות. יש

שתי בעיות – ואשמח אם אתבדה. בעיה אחת היא כלי תקשורת קטנים.

הם אחראים פחות והם לא יפרסמו תיקון. אם נשכנע אותם לפרסם

תיקון ייתכן שיעשו זאת. רבות מהתביעות נגד כלי תקשורת בארץ הן

נגד מקומונים. הבעיה השנייה היא שלפעמים העובדות אינן ברורות.

במצע הזכרנו אפשרות שהנפגע יציג את המקורות והעובדות לפי

ידיעתו. אדרבה, הנפגע יעזור לעיתון להחליט מה נכון ומה לא נכון.

אם העיתון פעל באופן סביר ועל סמך כל המידע שהגיע אליו,

כולל המידע שהגיע אליו מצד הנפגע, ומסקנתו שהפרסום הראשון

היה נכון היא עדיין בגדר מסקנה סבירה – בית-המשפט יראה את

הסירוב לפרסם תיקון בחומרה מועטה יותר.

אשר לדברי תהילה אלטשולר: רגולציה עצמית היא עניין בעייתי

מאוד. לדעתך, רגולציה עצמית אינה מצליחה גם כשהיא מעוגנת בחוק.

הדוגמה הטובה ביותר לכך היא אצלנו, בבתי הדין המשמעתיים של

לשכת עורכי הדין.

ההצעה שלנו גם אינה הצעה לגישור. אין שום מגשר בין הצדדים.

הצדדים מחליטים בעצמם ועושים דין לעצמם. איננו אומרים לצדדים

להגיע לידי הסכמה ביניהם בסיוע של מגשר חיצוני. אנחנו ממליצים להם להבהיר לעצמם את המחלוקת. ההחלטה אם להביא את המחלוקת לבית-משפט או לא להביאה היא החלטת הצדדים. ייתכן ששני הצדדים אינם יודעים את כל העובדות ולכן כדאי שייפגשו, יציגו זה לזה את התמונה העובדתית המלאה ויחליטו.

אשר לדבריו של ראם שגב: לדעתי, תיקון יעיל יכול להיעשות רק מטעם הנתבע, כמו שאמרתי - סעיף 17 מאפשר תיקון מצד הנפגע. העניין אינו מספק את הנפגעים, וכמעט איש אינו משתמש באפשרות זו. יתרה מזו, רוב הקוראים מדלגים על תיקונים שנכתבים במודעות. במודעות כאלה נכתב 'זכיתי בתביעתך' והן אינן מעניינות איש. כשעיתון מפרסם תיקון טעות יומיים אחרי הפרסום הראשון, ואם הוא עושה את זה בהבלטה הראויה, אנשים קוראים. גם אם יפרסם זאת אחרי פסק הדין, נניח שנתיים אחרי הפרסום הראשון, ויודיע שהפסיד בתביעה - אנשים יקראו. אנשים יחשבו שהפרסום אמין יותר מפרסומו של נפגע שאומר 'ניצחתי'. מבחינת הקוראים המשמעות תהיה אחרת, אף-על-פי שמה שנאמר הוא היינו הך.

אשר להבדל בין עובדות ובין דעות: לדעתי, לחברה יש אינטרס לדעת מה העובדה הנכונה, דהיינו לדעת את האמת.

❧ **קריאה:** אתה מכיר חברה כזאת?

❧ **בועז שנור:** שיודעת את האמת?

❧ **קריאה:** לא. שיש לה אינטרס לדעת את האמת.

❧ **בועז שנור:** לא תמיד החברה רוצה לדעת את האמת, וזה ההבדל בין עניין לציבור ובין עניין ציבורי. עניין ציבורי הוא מה שהציבור רוצה לדעת ועניין לציבור הוא מה שביט-המשפט חושב שהציבור רוצה לדעת.

אשר לדברים של אריאל בנדור: אני מסכים שלכאורה לפי מה שאמרתי הנפגע עלול להיפגע והנטל עליו יהיה כבד. ואולם לא הזכרתי שההצעה מעדנת את העניין. בקשה לתיקון יכולה להיות גם בכתב התביעה. אפשר לראות בקשת תיקון בכתב תביעה כבקשת תיקון ואז העיתון לא יגיש כתב הגנה והדיונים ימשיכו מכאן ואילך כבקשת תיקון חיצונית. יתרה מזו, נטל בקשת התיקון הוא רק אם

הנפגע ידע בתוך זמן סביר על הפרסום. אם הוא לא ידע בתוך זמן סביר על הפרסום – אין עליו נטל.

אשר לדברים שאמר נחום רקובר: אני מסכים שצו מניעה משיג את המטרה של שמירה על הכבוד יותר משמשיג אותה פרסום תיקון מאוחר. בעניין זה יש שתי בעיות. בעיה אחת היא שבמקרים רבים הנפגעים אינם יודעים מראש ולכן אינם יכולים לבקש צו מניעה. הבעיה השנייה היא שגם אם הם יודעים – האם אפשר, על סמך הרטוריקה של בתי-המשפט היום, לאכוף על בית-משפט להוציא צווי מניעה זמניים בעוולת לשון הרע? אני סקפטי מעט בעניין האפשרות להוציא צו מניעה. לפחות יש אפשרות של תיקון.

**ראובן ירון:** אתה דוחה את הערך של התיקון המידי מצד הנפגע ואינני מסכים אתך בעניין זה. ברשות השידור נקבע שהאשמות כלפי אדם שמוגדר 'אישיות ציבורית' טעונות אישור של הנאשם לפני השידור. הדרישה הזאת מזהירה את הציבור מפני קבלה עיוורת של שידורי הרדיו והטלוויזיה. ההכחשה נעשית מיד. דוגמה לכך היא שהטלוויזיה שידרה בשמונה וחצי בערב שידור שמאשים את שר האוצר המנות, יצחק מודעי, בקבלת שוחד מקניית דלק. השידור הזה לא נעשה על-פי הדרישה של רשות השידור לאימות לפני שידור, והאימות לא נעשה מכיוון שאנשי הטלוויזיה לא הצליחו לשוחח עם מודעי. ומדוע לא הצליחו לשוחח עם מודעי? בדרישה של רשות השידור לאימות יש עוד סעיף: אם הנאשם 'מסתתר' רשות השידור יכולה לשדר, שכן האדם שבאו אליו בטענות אינו זמין. הוא מסתתר ואינו מעוניין להעיר.

הידיעה הגיעה אל הטלוויזיה בשמונה בערב. הכתב היה חיים יבין ואנשי הטלוויזיה לא הצליחו לאתר אותו. אם כן, השעון מתקתק ואנשי הטלוויזיה החליטו החלטה גורלית – לשדר. לשדר יען כי הכתב לא אותר ולא הוקם קשר עם מודעי. בחדשות חצות בטלוויזיה, 'כמעט חצות' קראו לזה באותם ימים, הופיע מודעי והכחיש נמרצות את הידיעה. באותו שבוע הייתה רשות השידור כמרחקה משום שמודעי היה אדם נמרץ מאוד – אם דרכו על רגלו הוא בעט חזרה. כעבור יומיים הוא הופיע ב'מוקד' ומצא שם קורבן חף מכל פשע, יעקב

אחימאיר, ועשה ממנו סמרטוט. הוא חיסל את האיש בשידור. למחרת בבוקר התקשרתי למנכ"ל יוסף (טומי) לפיד ואמרתי לו שלא ייתכן שהדברים יתנהלו כך. לפיד בדק את העניין והגיע לידי מסקנה שהכול היה תקין. אמרתי לפיד שאינני מגביל את חופש הדיבור שלו אבל עליו להוסיף להודעתו שהיו"ר אינו שותף לדעתו.

יוסף לפיד שידר את דעתו ואת התוספת שלי ואחר כך הוקמה ועדת חקירה. השופט בכור שימש יו"ר הוועדה ושם לפיד ואני הצגנו את השקפותינו זה כנגד זה. התוצאה הייתה שהוועדה העדיפה את דעתי. אני טענתי שלא הייתה כל דחיפות לשר את הידעה ושהיה אפשר להמתין למהדורת חצות. התשובה שקיבלתי הייתה: בחצות אין קהל.

Ⓜ **מרדכי קרמניצר:** אבקש להעיר הערה אחת. תהילה אלטשולר התייחסה למועצת העיתונות. ברצוני לומר שההנחות על טבעם של בני אדם ועל טבעם של גופים צריכות להיות אופטימיות מאוד, אופטימיות מדיי כדי לחשוב שכללי אתיקה וולונטריים יכולים להחליף איסורים אזרחיים, ובמידה מוגבלת איסורים פליליים, בנושא לשון הרע. האתיקה אינה יכולה לעשות את כל העבודה.

האתיקה יכולה להתמודד עם נתח מסוים של התופעה, אך היא חלשה מדיי לשאת את מה שאת רוצה לשים על כתפייה. הרעיון לחזק את הוולונטריות במתן מעמד רשמי, במתן אמצעי אכיפה וכו' אינו פשוט כל-כך משום שאז ספק אם נשאר יתרון לוולונטריות. יש גם מקום לחשוב ולחשוש מה המשמעות של כניסה של המחוקק להסדרה של האתיקה העיתונאית. לכל מי שתומך בכך אני מציע להתבונן במל"ג (המועצה להשכלה גבוהה). כשהוקמה המל"ג היו דיבורים רמים על חופש אקדמי ועל איכות אקדמית וכו', ואני מציע להסתכל בשינויים שהוכנסו במל"ג על-ידי שרת החינוך ולפיהם ניתן לשער לאן תגיע המל"ג בשנים הקרובות.

Ⓜ **נחום רקובר:** האם יש אתיקה מוגדרת מטעם המועצה?

Ⓜ **מרדכי קרמניצר:** יש, אבל קיימת בעיה של אכיפה כמו בכל מערכת.

Ⓜ **נחום רקובר:** אתה, בהיותך נשיא המועצה, יכול לדאוג לכך שדעתך התקבל.

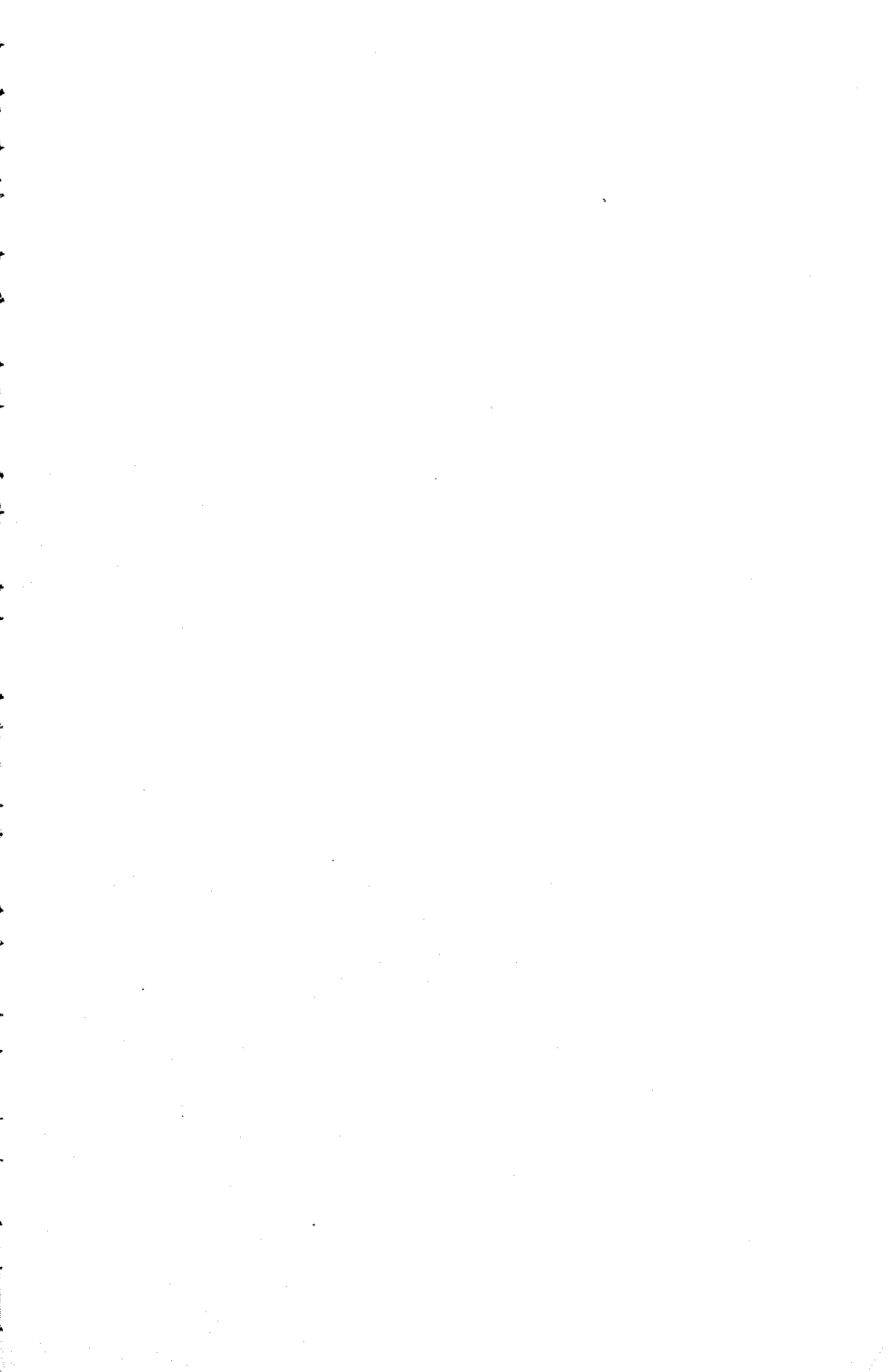






**מושב שני**

ביקורת נגד רשויות השלטון



## יו"ר - דוד נחמיאס

אתמקד בביקורת כלפי רשויות השלטון. לא תיתכן כותרת מתאימה יותר לנושא הזה. בימים אלו במיוחד קיימת נטייה במדינות דמוקרטיות רבות להמעט בביקורת במצבי חירום. בוודאי קראתם ב'הארץ' ובעיתונים אחרים כיצד הגישה שרת החינוך 'רשימה שחורה' של ארבעים פרופסורים, וביקשה מנשיא האוניברסיטה להקים ועדת חקירה. זאת במקום להגן על יכולתנו לבקר את רשויות השלטון. המגמה אינה מופנית רק כלפי פרופסורים באקדמיה אלא, כמו שכולנו יודעים, גם כלפי אמנים, סופרים ואנשי תקשורת. לדעתי, הנושא בעל חשיבות רבה ביותר לדמוקרטיה הישראלית.

## ראם שגב

ראשית, עצם הכותרת של המושב הזה - הגבלת ביטויים ביקורתיים או שליליים כלפי רשויות המדינה נראית מוזרה במשטר דמוקרטי, שכן הבסיס של משטר זה הוא הערכה בקורתית של האזרחים, של הציבור, כלפי רשויות השלטון. בהנחה שהשלטון הוא נאמן של הציבור שצריך לתת לו דין וחשבון קבוע על פעילותו. התמיהה על הרעיון הזה עולה בנוגע לשני היבטים שלו. מצד אחד החשיבות של סוג זה של ביטוי ומצד אחר הלגיטימיות של ההגבלה עליו.

אשר לחשיבות של ביטויים ביקורתיים כלפי השלטון - אפשר לומר בהכללה שזה סוג הביטוי החשוב ביותר. צריך להדגיש שכדי שיהיה פיקוח אמת על רשויות המדינה לא די במידע פומבי וחשוף, אלא נדרשת גם אפשרות לבקר ולנתח אותו ולהעריך אותו בין השאר הערכה ביקורתית, משום שאחרת אין טעם רב במידע הזה.

בגלל החשיבות של סוג הביטוי הזה נקודת המוצא המובנת מאליה היא שביקורת על רשויות המדינה ועל צריכה להיות לגיטימית. כדאי גם לציין שנקודת המוצא הזאת תקפה גם לרשות השופטת. אמנם שופטים או בתי-משפט, שלא כמו רשויות אחרות לא פחות מרשויות אחרות, אמורים להוציא אל הפועל את העדפות הציבור, אבל אין

פירוש הדבר שאין מקום להערכה ביקורתית של התפקוד שלהם. בתי-המשפט גם אמורים להיות עצמאיים יותר מרשויות אחרות אבל הדבר אינו סותר את נקודת המוצא של החופש לבקר את התפקוד שלהם ואפילו לנסות להשפיע על הפעילות שלהם כל עוד הדבר אינו מנוגד לכללים ספציפיים של ההליך השיפוטי – זה היבט אחד.

ההיבט השני הוא מהי מטרת ההגבלות של ביטויים מהסוג הזה? האם יש כאן אינטרס לגיטימי שיש טעם להגן עליו? לא תמיד ברור מה המטרה של ההגבלות הרלבנטיות שתכף אזכיר. חשוב להדגיש שההגבלות שאנחנו עוסקים בהן אינן הגבלות ספציפיות שיש להן מטרות מוגדרות שאין חולק על חשיבותן – כמו הסתה לאלימות או לשון הרע או איומים על עובדי ציבור – אלא הגבלות כלליות על ביטויים ביקורתיים שאינן משקפות את אחת המטרות המוסכמות האלה.

לכן, בשל הקושי שברעיון הגבלת ביקורת על רשויות המדינה והשלטון, מפתיע לגלות שבמדינות רבות ובהן ישראל יש כל מיני עברות פליליות שמגבילות את חופש הביטוי הביקורתי השלילי כלפי מוסדות המדינה והשלטון. אזכיר בקצרה כמה הגבלות. ראשית – ההגבלות שיש בישראל: בישראל יש שלושה איסורים, שלוש עברות פליליות שנמנות עם הקטגוריה הזאת. הראשון הוא אחת החלופות של עברת ההמרדה שאוסרת על פרסום של ביטוי שעלול להביא אנשים לידי חוסר נאמנות, שנאה או בוז כלפי המדינה ומוסדות המדינה או המשפט הנוהג במדינה. הציטוט אינו מדויק אבל אלו רכיבי האיסור. יש סייג אחד להגבלה הזאת והוא פרסום שמיועד להצביע על טעות בדין במוסד של המדינה או בניהול ענייני המדינה מתוך מטרה לתקנה. לסייג הזה עצמו יש סייג שאומר שפרסום של אמת אינו משמש הגנה מפני האיסור הזה.

האיסור השני הוא איסור על העלבת עובד ציבור בעניין שנוגע לתפקידו, וההגבלה השלישית היא העברה של זילות בית-המשפט שכוללת כל דבר שנאמר או נכתב על שופט בנוגע לכהונתו מתוך כוונה לפגוע במעמדו, לרבות דברי גידוף כלפי שופט שנאמרים כדי להחשיד או לבזות את דרכי השפיטה. גם לאיסור הזה יש סייג

שאומר שביקורת כנה ואדיבה על החלטת השופט היא לגיטימית בתנאי שיש בה עניין לציבור.

המקור של שני האיסורים האלה, הן של האיסור הכללי על המרדה והן של האיסור על זילות בית-המשפט הוא במשפט המקובל האנגלי, ולכן איסורים מהסוג הזה נקלטו בכל המדינות ששיטת המשפט שלהן מבוססת על המשפט המקובל האנגלי. ואולם מתברר שלא רק במדינות כאלה יש איסורים מהסוג הזה. יש גם מדינות אחרות באירופה שיש בהן עברות בהיקף כזה או אחר על ביקורת, על עלבונות או על פרסום דברים שפוגעים במעמדם של עובדי ציבורי. לפעמים ההגבלה היא אך ורק לגבי שופטים.

עם זה צריך לציין שלא בכל המדינות יש איסורים מהסוג הזה. במדינות מסוימות אין כלל הגבלות כאלו. לפעמים נעשה שימוש בהגבלות כלליות אחרות לאותה מטרה, כמו עברות של לשון הרע. גם במדינות שיש בהן איסורים כאלה רובם אינם נאכפים כלל, מקצתם נאכפים במידה מועטה למדי ויש אפילו מדינות שבהן נקבע שאיסורים מהסוג הזה אינם חוקתיים. לא נקבע באופן כללי מהסוג הזה אינן יכולות להיות חוקתיות אבל גם בקנדה וגם בארצות-הברית וגם בבית הדין האירופי לזכויות אדם, נקבע שאיסורים ספציפיים מהסוג הזה אינם חוקתיים.

די בסקירה הקצרה הזאת להסיר לפחות את הפליאה על עצם הרעיון של הגבלת ביטויים ביקורתיים כלפי השלטון במשטרים דמוקרטיים. המקור של ההגבלות האלה הוא בעת שבה המשטר לא היה דמוקרטי. איסורים כאלה נדירים מאוד בעת האחרונה.

האיסור האחרון שנחקק היה בצרפת ב-1958. זה היה איסור על ביקורת כלפי שופטים, אבל גם הוא נחקק כנראה בהשראת המשפט המקובל. במשפט המקובל עצמו ההסבר לאיסורים האלה, היה פשרה בין תפיסה דמוקרטית לתפיסה לא דמוקרטית. זה היה ההסבר בסוף המאה הי"ט, אבל לאור ההסבר ההיסטורי נוצרת פליאה חדשה: כיצד שרדו האיסורים האלה, שמשקפים תפיסה לא דמוקרטית, את המעבר למשטרים דמוקרטיים? השאלה היא איך מנסים להצדיק את ההגבלות האלה על חופש הביטוי כיום. נקודה חשובה היא שפעמים

רבות לא טורחים כלל לעשות זאת. האיסור קיים ואפילו מפעילים אותו ואיש אינו חושב לשם מה הוא דרוש.

כאשר נעשית הצדקה של הגבלות אלה, המהלך הוא כזה: טוענים שיש חשיבות להגבלות מהסוג הזה כדי להגן על אמון הציבור ברשויות המדינה ובשלטון. אמון הציבור ברשויות השלטון אינו מטרה בעלת ערך עצמאי, בוודאי לא במשטר דמוקרטי. לאמון הציבור יש ערך רק בתנאי שהשלטון מתפקד היטב, ובהנחה שאמון מצד הציבור יכול לתרום לשיפור היעילות של תפקוד השלטון. לכן אפשר לטעון שיש אינטרס לגיטימי לשמר את האיסורים מהסוג הזה גם במסגרת משטר דמוקרטי.

אף-על-פי שהמהלך הזה נראה מסורבל מעט ומפוקפק, אי-אפשר לומר שהגנה על האמון בהיקף הצר הזה אינה לגיטימית. הבעיה היא שהשינוי בהבנת מטרת האיסורים מתפיסה לא דמוקרטית להגנה על אמון הציבור כאמצעי לשיפור יעילות תפקודו, כאשר הוא מתפקד כיאות – לא הופנס. פעמים רבות העניין נראה כניסיון להצדיק בדיעבד איסורים שנשמרו מטעמים אחרים או אף רק בשל גישה שמרנית. החשד הזה נובע מכך שלא הוסקו המסקנות המתבקשות לגבי תוכן האיסורים והיקפם. אביא שתי דוגמאות בולטות לעניין זה:

הדוגמה הראשונה היא הפרסום. אם המטרה היא להגן על אמון הציבור בשלטון ברור שאחד הרכיבים של ההגבלה צריך להיות עצם הפרסום של הביטוי הביקורתי לציבור, מפני שאם לא פורסם הביטוי אין סכנה שאמון הציבור יושפע – אם הביטוי נעשה בחדרי חדרים אין סכנה מהותית לאמון הציבור. אף-על-פי שהתנאי הזה מובן אם מפנימים את המסקנה שהגבלות אלה יכולות להיות מוצדקות רק לשם הגנה על אמון הציבור בתנאים האמורים, אנחנו רואים שבאיסורים הקיימים אין הקפדה על הדרישה הזאת. הדבר מאשש את החשד שאין כאן הפנמה אמיתית של השינוי במטרות האיסורים. מקצת האיסורים אינם דורשים פרסום כתנאי להתקיימות שלהם, באיסורים אחרים יש דרישה כזאת או אחרת של פרסום אבל למעשה הם נאכפים במקרים שבהם לא פורסם הביטוי.

דוגמה בולטת בישראל היא אופן האכיפה של האיסור על העלבה

של עובד ציבור. האיסור נאכף בקביעות כלפי אנשים שמקללים עובדי ציבור; למשל אדם המקלל שוטר שרושם לו דוח תנועה בלי שיש איש בסביבה מלבדם כשברור לגמרי שאין שום סכנה לאמון הציבור. דוגמה חמורה יותר מבחינת המשמעות של חוסר ההפנמה של האיסור היא הרשעה של אנשים בעברה של זילות בית-המשפט, גם בישראל וגם במדינות אחרות, עקב שליחת כל מיני מכתבים אישיים לשופטים. למשל אדם שהפסיד במשפט מתלונן לפני השופט, לפני נשיא בית-המשפט או לפני היועץ המשפטי לממשלה. כמובן שאין סיכוי שהשופט יאבד את האמון בעצמו, ומכל מקום אין כאן אובדן אמון של הציבור. ובכל זאת במצבים מהסוג הזה מוגשות תביעות רבות, ולא רק בישראל אלא גם במדינות רבות אחרות. היזמה לתביעות האלה באה לעתים קרובות במישרין מבתי-המשפט, בדרך כלל מאנשים שמעמדם גבוה במערכת השיפוטית, וזוכה לגיבוי ממערכת התביעה. לפיכך חוסר ההפנמה של מטרת האיסור הזה היא בכל הרמות.

דוגמה שנייה היא הנושא של פרסום אמת. אם המטרה היא להגן על אמון הציבור רק כאשר הדבר משפר את יעילות התפקוד כאשר השלטון מתפקד כהלכה אין מקום להגביל ביטויי אמת, מפני שאם הביקורת חושפת פגם אמתי בתפקוד של השלטון, הוא אינו מתפקד כהלכה, ואין אינטרס לגיטימי בהגנה על תפקוד פסול. ובכל זאת אנחנו רואים שההגבלות הקיימות בישראל ובמדינות אחרות אוסרות גם על ביטויי אמת.

כבר הזכרתי שבעברת ההמרדה נאמר בחוק במפורש שאמת אינה הגנה, כלומר כאשר אדם מפרסם משהו אמתי שגורם לאנשים לרחוש בוז לשלטון, הוא עלול להיות מואשם בעברה זו וגם בעברות האחרות כמו העברה של זילות בית-המשפט. יש דיון בכל שיטות המשפט המקובל אם אמת צריכה להיות הגנה, והדעה המקובלת היא שאמת לבדה אינה הגנה. אולי לפעמים אם יש עניין ציבורי באמת תהיה הגנה, אבל אמת לבדה אינה הגנה. העניין הציבורי שלכאורה אמור להתקיים באופן אוטומטי כאשר מדובר בביקורת על רשויות השלטון, אינו מיושם בפועל בצורה הזאת, אלא מוכנסים לתוכו כל מיני

שיקולים מסוגים שונים. התוצאה היא שלפעמים לא מסתפקים באמת כדי לזכות אנשים.

לכן גם במובן הזה יש כאן חוסר הפנמה של מטרת האיסורים. אם במסגרת הגבלות על לשון הרע אפשר להתווכח אם אמת צריכה להיות הגנה או רק אמת ועניין לציבור – כאן, אם מבינים את המשמעות של עניין לציבור הבנה מהותית. ברור שכשמדובר בביקורת על תפקוד של רשויות השלטון תמיד יש עניין לציבור. לכן התנאי הזה חסר משמעות והאמת צריכה להיות הגנה מוחלטת. אלו הן שתי דוגמאות לחוסר הפנמה של מטרת האיסור.

אזכיר שחוסר הפנמה של מטרת האיסור עולה גם מהמדיניות המוצהרת של התביעה בישראל. בשנים 1999 ו-2000 פרסם היועץ המשפטי לממשלה כמה החלטות מנומקות שפירטו את השיקולים שלו בנוגע להעמדה לדין של אנשים שמתחו ביקורת על השלטון, בעיקר לגבי העברה של זילות בית-המשפט. מההחלטות האלה עולה שהשיקול המכריע של היועץ המשפטי בעניין הזה הוא השאלה אם הביקורת הייתה ביקורת כללית – להבדיל מביקורת ספציפית שנאשם מותח כלפי השופט שהרשיע אותו במשפט ספציפי. לדעת היועץ המשפטי לממשלה אם הביקורת הייתה כללית – היא מותרת, לעומת זאת אם נעשתה בהקשר ספציפי – היא אסורה, אפילו במסגרת האיסור על זילות בית-המשפט.

אם הרצון הוא להגן על אמון הציבור בשלטון, המסקנה הזאת מוזרה מאוד מפני שברור שהסכנה לאמון הציבור היא חמורה פחות, כאשר מותח הביקורת הפסיד כרגע במשפט, שכן ביקורתו נתפסת לרוב כביטוי של אכזבה אישית. מסקנת הביניים היא שהאיסורים הקיימים היום, למרות הניסיון להצדיקם, אינם איסורים לגיטימיים. השאלה החשובה והמורכבת יותר היא אם מבחינת הדין הרצוי יש היגיון כלשהו בהגבלות מהסוג הזה על ביקורת או על ביטויים שליליים כלפי רשויות השלטון. השאלה המרכזית שעולה בנוגע ללגיטימיות של הגבלות מסוג זה נוגעת לסוגיית האמת.

עד כה אמרתי שבמסגרת הגבלות שמטרתן היא להגן על אמון הציבור בשלטון, הגנת האמת היא הכרחית מבחינה עקרונית כתנאי



ללגיטימיות שלהם. הדבר מובן מאליה לגבי פרסום של ביטויים עובדתיים ספציפיים. השאלות הקשות והמשמעותיות ביותר הן בנוגע למשמעות העיקרון האמור לגבי שני סוגים אחרים של ביטויים: האחד – הערכות עובדתיות כלליות, למשל ההערכה שבתני-המשפט או רשויות אחרות מפלים דרך קבע מיעוט מסוים; לדוגמה הטענה שבעברות מסוימות בתני-המשפט בישראל פוסקים עונשים חמורים יותר לערבים משהם פוסקים ליהודים. הסוג האחר של ביטויים הוא טענות במישור הנורמטיבי – האם משהו מוסרי או לא מוסרי; צודק או לא צודק וכו'.

מה המשמעות של ההבחנה העקרונית שעשיתי בין ביטויים אמתיים לביטויים לא אמתיים בהקשרים הללו? מקרים של שקרים עובדתיים ספציפיים שנעשים במודע הם נדירים למדי, ולכן שאלה זו תכריע לגבי היקף ההגבלות הלגיטימיות ומשמעותן. המסקנה שלי לגבי שני הסוגים האלה של ביטויים היא שאין מקום להכליל אותם במסגרת איסור לגיטימי, והמסקנה הזאת מחולקת לשני שלבים:

השלב הראשון הוא ההנחה שלי שיש משמעות עקרונית לאמת גם במישורים הללו, כלומר, גם לגבי טענות נורמטיביות וגם לגבי הערכות עובדתיות כלליות. כלומר אני חושב, למשל, שעקרונית אפשר לברר אם בתי המשפט מפלים או שאינם מפלים (ושאלה שיש להם היבט נורמטיבי והיבט של הערכה עובדתית כללית). ייתכן שהבירור הזה יהיה קשה ומסובך אבל יש משמעות עקרונית לאמת במישור הזה. אם המסקנה הזאת נכונה, יש להוציא לפחות חלק מהביטויים, מהסוגים האלה את הביטויים הנכונים ממסגרת האיסור, מפני שיש אינטרס לגיטימי חזק בפרסום שלהם ואין אינטרס לגיטימי בהגבלתם.

השלב השני הוא שאי-אפשר לעשות את ההבחנה הזו, בין ביטויים אמתיים או נכונים לשגויים – לגבי ביטויים נורמטיביים והערכות עובדתיות כלליות במסגרת עברה פלילית. לכאורה אפשר לכתוב בחוק שביטויים אמתיים מותרים, וביטויים שגויים שאינם אמתיים – אסורים, אבל חישבו מה יקרה אם בתני-משפט או רשויות התביעה ינסו ליישם את החוק הזה למקרים ספציפיים. נתחיל

לברר בבתי-משפט כל מיני שאלות כגון 'האם בתי-משפט עצמם מפלים אזרחים בעקביות?' 'מהי עקביות?' יהיה צורך בעריכת סקרים סטטיסטיים ולשאול 'האם הטענות שהשלטון נוהג באופן לא מוסרי הן נכונות או לא?' למשל, 'האם אי-הטלת מס שולי של תשעים אחוז על הכנסות גבוהות היא דבר מוסרי או לא?' כפי שאמרתי, בעיניי יש משמעות לאמת או לנכונות, גם בהקשרים הללו, אבל לדעתי, אי-אפשר לעשות את ההבחנה הזאת כראוי בבתי-המשפט, בוודאי לא במסגרת עברות פליליות.

ייתכן שלבתי-המשפט אין בררה ועליהם לעשות זאת במצבים מסוימים, אבל לדעתי הרעיון שהם יעשו זאת בהקשר הזה, לגבי כל סוגי הביטויים הביקורתיים אינו מוצלח. בייחוד כשמדובר בביטויים שמבקרים את רשויות השלטון עצמן, לרבות אלה המופקדות על אכיפת הדין, קיימת גם סכנה שבאופן טבעי יעדיפו רשויות אכיפת החוק ובתי-המשפט את הביטויים המקובלים על פני ביטויים חריגים יותר. לכן המסקנה שלי, היא (1) שמקצת הביטויים האלה חייבים להיות מותרים, אבל (2) מכיוון שאי-אפשר לעשות את ההבחנה בין ביטויים שחייבים להיות מותרים לביטויים אחרים, במסגרת העברה הפלילית, אין מנוס אלא להתיר את הכול, כלומר כל ביטוי שאינו שקר עובדתי ספציפי (ואפשר לברר ולהוכיח זאת בבית-משפט הוכחה המתקבלת על הדעת) חייב להיות מותר.

המסקנה הסופית העולה מהנאמר לעניין היקף האיסור היא שהאיסור הלגיטימי היחיד יכול להיות לכל היותר על שקר בעניין עובדתי מסוים. כאן צריך לציין שהכוונה לשקר שנעשה ביודעין. מפני שאם יש חשד של ממש שתפקודה של הרשות השלטונית לקוי ראוי להתיר את פרסום החשד. אפשר לטעון שכתחליף לפרסום של חשדות כאלה, ראוי לערוך בירור מעמיק יותר או לפנות בתלונות למוסד המוסמך, לברר את החשד. טענות אלו נשמעו בשיטות משפט שונות. אבל אף אם אפשר לטעון זאת, לדעתי אין מקום להעמיד לדין ולהרשיע בעברה פלילית אדם שפרסם חשד לגבי תפקוד פסול של רשות שלטונית כל עוד היה לו בסיס ממשי לכך. לפיכך, לדעתי האיסור הלגיטימי המרבי יכול להיות רק על שקר ביודעין.

והשאלה האחרונה שצריך לתת עליה את הדעת היא אם יש מקום לאיסור צר כזה או שאף לו אין הצדקה. מסקנתי היא שאין הצדקה אפילו לאיסור צר כזה, וזאת מכמה סיבות.

הסיבה הראשונה – המטרה אינה חשובה דיה. אף-על-פי שהגנה על אמון הציבור כאמצעי לשיפור יעילות התפקוד של רשויות השלטון, כאשר הן מתפקדות כהלכה, היא מטרה לגיטימית, היא אינה שייכת לקבוצת המטרות החשובות ביותר. בהקשר הזה צריך לזכור שאף כי אמון מצד הציבור יכול לעזור לרשויות השלטון לתפקד, הוא לא תמיד תנאי מרכזי וחיוני. כמו כן, בשל המסקנה הקודמת, לפיה רק הגבלה על שקרים עובדתיים מודעים וספציפיים יכולה להיות לגיטימית, תועלתו המעשית של האיסור הצר מאוד תהיה מועטה מאוד. כשם שאמרתי, בפסיקה ובספרות מתוארים מעט מאוד מצבים של שקרים עובדתיים ספציפיים הנעשים במודע בנוגע לתפקודה של רשות.

הסיבה השנייה להתנגדות לקביעת הגבלות משפטיות על ביטויים העלולים לפגוע במעמדן של רשויות המדינה היא, שבהקשר הזה יש חלופה ברורה לשימוש במשפט, ובוודאי לשימוש במשפט הפלילי, והיא תגובה עניינית מילולית של השלטון. תגובה זו רלבנטית בייחוד כאשר מדובר בשקרים עובדתיים בעניינים ספציפיים. אם השקר הוא בעניין עובדתי מסוים על השלטון לתקן את הטעות במקום להעמיד לדין את מי שפרסם את השקר. כך יגן השלטון על אמון הציבור או ימנע את הפגיעה באמון הציבור. בהקשר הזה צריך לזכור שלרשויות השלטון, שלא כמו לאנשים פרטיים, יש אמצעים רבים מאוד לבירור המידע. לרשויות גם אין בעיה להשיג ייעוץ משפטי, ואין להן בעיה לממן פרסום. לרשויות יש במה נרחבת לתגובה, בייחוד אם מוטחת כלפיהן ביקורת. לכן מבחינות אלה זו מצבן טוב מאוד. כאן צריך להזכיר שאבחנה אחרונה זאת נכונה גם לגבי בתי-המשפט מפני שטענה נפוצה מאוד גורסת שהאיסור על זילות בתי-המשפט חיוני מפני שבתי-המשפט אינם יכולים להגיב על ביקורת. טענה זו אינה נכונה: בתי-המשפט יכולים בהחלט להגיב על ביקורת – והם עושים זאת בפועל בצורות שונות ומגוונות, לרבות בפסקי דין. אנו יודעים שבארץ פעמים רבות בתי-משפט מתבטאים בחופשיות בפסקי דין

גם על עניינים שאינם נדרשים להכרעה. צריך לזכור שלביקורת על בתי-המשפט בדרך כלל יש נגיעה כלשהי לעניינים שנידונים בפסקי דין. למשל לטענה כלפי בתי-המשפט, שהם לוקים באקטיביזם שיפוטי מוגזם היא טענה שבת-משפט עונים לה בהרחבה בפסקי דין. יתרה מזו, שופטים מתבטאים בהקשרים רבים אחרים במאמרים, בהרצאות, בימי עיון ועוד. ולבסוף ראוי לציין כי הטענה המקובלת, שלבתי-המשפט אין דובר חוץ מפסקי הדין, גם היא פשוט אינה נכונה. לבתי-המשפט יש דובר. יש גם המלצות רבות למסד את מנגנון הדוברות ולעשותו מסועף ורחב יותר, להרחיב את מספר העובדים בו ואת הגישה לתקשורת. אם כן, גם לבתי-משפט, כמו לרשויות אחרות של המדינה, יש אפשרות לתקן ביקורת שגויה לגבי תפקודם. ביחוד אם מדובר בשקרים עובדתיים ספציפיים.

סיבה שלישית שבגללה יש מקום לבטל את האיסורים האלה נוגעת ליעילותם. יש כל מיני הגבלות, לרבות עברות פליליות שהיעילות אינה תנאי הכרחי לקיומן. איסור על רצח צריך להיות בכל מקום, בלי שום קשר לשאלה אם הוא מפחית את מקרי הרצח, ולו מטעמים סמליים. אבל כאשר המטרה של האיסור היא לשפר את יעילות תפקודו של השלטון, באמצעות הגבלות על ביטויים, יעילות היא שאלה מרכזית להערכתו, הרעיון שאיסור כזה יכול להשיג את מטרתו הוא מופרך. בהנחה שאין הצלחה לחלופה של תגובה מילולית, לניסיון לתקן את הטעות במישור הציבורי באמצעות תשובה עניינית מילולית. לביקורת – האם יש סיכוי שהעמדה לדין של מבקרי השלטון תתרום לחיזוק אמון הציבור בשלטון? לשם המחשה אעלה את דוגמת הביקורת שמתח הרב עובדיה יוסף על בית-המשפט העליון לפני מספר שנים. אז שקלו להעמידו לדין. נניח שהיו מעמידים אותו לדין, ואף מרשיעים אותו, בעבירה של זילות בית-המשפט, מה לדעתכם הייתה השפעת הדבר על האמון של ציבור תומכי ש"ס? (שהם הציבור הרלבנטי לאור ההנחה שאמונם בבתי המשפט הוא שהועמד בסכנה עקב דבריו של הרב יוסף) ברשויות אכיפת החוק ובבתי המשפט בפרט? אילו היו מרשיעים את הרב עובדיה יוסף בבית-משפט בעברה מהסוג הזה, אין ספק שהדבר לא היה תורם לחיזוק אמונו של הציבור הזה בשלטון.

סיבה רביעית לביטול כל עברה מהסוג הזה היא המשמעות שלה מבחינת הדיון הציבורי. לביקורת על שלטון יש חשיבות רבה מאוד, חשוב מאוד לברר ביטויי ביקורת כאלה במישור הציבורי. חשוב לנהל דיון בתוכן הביטוי; לבדוק אם הוא נכון; לבחון את תגובת השלטון; לראות אם צריך לתקן את השלטון; אם צריך להחליפו. הבעיה היא שכאשר יש הגבלות על ביטויים ביקורתיים, הניסיון בישראל מראה שרוב הדיון הנערך בפועל הוא במישור המשפטי, תוך הזנחת המישור הציבורי. השאלה הנשאלת היא אם ההגבלה חוקית או לא חוקית, ולא אם היא נכונה או לא נכונה.

לעניין זה, יש חשיבות לדיון ציבורי גם כאשר מדובר בשקרים שנאמרים ביודעין, שכן ביטויים כאלה יכולים להעיד על תחושות שליליות בקרב הציבור. שחשוב להיות מודעים להן, לבחון מה מקורן ולנסות להתמודד אתן. כאשר הופכים זאת לעברה פלילית, האפשרות לבחון ולהתמודד אובדת מבחינה מעשית כמעט לחלוטין, מפני שהתוצאה המעשית היא התמקדות במישור המשפטי בלבד.

עוד סיבה לביטול עברות על ביקורת כלפי רשויות המדינה, היא הסכנה שייעשה בהן שימוש לרעה. אמנם תמיד יש סכנה של שימוש לרעה בעברות פליליות, אבל בהקשר הזה הסכנה רבה במיוחד. מקריאת פסקי דין רבים מאוד בנושא עולה שלא תמיד השיקולים של רשויות התביעה ושל בתי-המשפט הם שיקולים ענייניים לעתים מזומנות יש העמדות לדין והרשעות לא מוצדקות של אנשים שמתחו ביקורת עניינית לחלוטין. דוגמה בולטת היא פסק-דין משנות ה-70. השופט חיים כהן, זכרו לברכה, מתח ביקורת חריפה על הרשעה של אזרח שהואשם בעברה של העלבת עובד ציבור עקב מחלוקת עם מזכיר של מועצה מקומית. בגלל קשריו של מזכיר המועצה עם השוטרים המקומיים הגיע האזרח למעצר ובסופו של דבר הועמד לדין גם בגין עברה של זילות בית-המשפט. צריך לציין שמאז לא השתפר המצב. בשנות ה-90 היו הרשעות שונות בלתי מוצדקות. אביא דוגמה אחת. בסופו של דיון בבית-המשפט לתביעות קטנות, אמר הצד שהפסיד לשופט שהוא לא הקשיב לו כיאות ואילו הקשיב לו כיאות היה פוסק לטובתו, והוסיף שבכוונתו לערער על פסק דינו. בשל כך

קרא השופט לנציגי החוק כדי שיעמידו לדין את האזרח בגין עברה של זילות בית במשפט. למרבה המזל הפעם שפט את האזרח שופט אחר בעל שיקול דעת רב יותר והוא זוכה. אבל אותו אדם הועמד לדין וניצב לפני משפט פלילי בגלל שאמר שהשופט לא הקשיב לו כיאות ומכיוון שאמר שיערער על החלטת השופט.

עולה כאן תחושה חזקה מאוד של הפליה באכיפת האיסורים מהסוג הזה. התחושה היא שסוגים מסוימים של ביקורת חסינים לחלוטין בפני איסורים אלה. למשל נראה שאף ביקורת חריפה מאוד על השלטון הנמתחת בכתב עת אקדמי מכובד, חסינה מפני הסכנה של העמדה לדין. לעומת זאת, יש סכנה שביטויים דומים שייאמרו בסגנון אחר על במה מכובדת פחות, יביאו לידי העמדה לדין של הדוברים. כך גם במצבים שבהם אין שום סכנה לאמון הציבור.

סיבה אחרונה לביטול עברות אלו נוגעת לממד הסמלי. אמרתי קודם שלאיסורים מסוימים יש חשיבות סמלית בעצם קיומם בלי קשר ליעילותם (כמו האיסור על רצח). לדעתי, בהקשר הזה יש ערך סמלי דווקא לעמדה המנוגדת, כלומר להעדרו של איסור פלילי, לקיומו של חופש ביטוי מוחלט בנושאים שנוגעים לביקורת כלפי השלטון, אף אם להלכה איסור צר מאוד יכול להיות לגיטימי. יש ערך סמלי להיתר של ביקורת מהסוג הזה. לדעתי, יש לכך חשיבות מיוחדת מכיוון שגם בישראל לא הופנמו ההנחות הבסיסיות שבגללן פתחנו בדיון זה. אנשים רבים מותחים ביקורת על מבקרי השלטון ואפילו קוראים להעמידם לדין. לפעמים, לרוע המזל, יש להם אוזן קשבת אצל רשויות התביעה. ברבים מהמקרים אין לכך שום הצדקה עניינית. לכן יש ערך סמלי בהצהרה שהנושא אינו כפוף להגבלות משפטיות.

## ירון אזרחי

למשפטנים יש שפה ומסגרות פורמליות וטכניות לדון בנושאים האלה ואני ארשה לעצמי לחרוג מהן מעט. אעיר הערות על ההיבטים השונים מנקודת המבט של דיסציפלינת התאוריה הפוליטית.

אני מסכים עם דברי הדובר האחרון. לדעתי תאוריה פוליטית דמוקרטית איננה יכולה לקבל הגבלות על ביקורת השלטון אפילו רק מכיוון שתופעת המנהיגות סותרת את תופעת הדמוקרטיה.

במובן מסוים, על-פי העיקרון הבסיסי של הדמוקרטיה של שלטון עצמי (self government) אין שליטים. כשיש נציגים נבחרים או שליטים זה משום שאי-אפשר לממש את העיקרון של שלטון עצמי באופן טהור כשמדובר בקהילות של מיליוני אנשים. באופן עקרוני המושג 'מנהיגות' סותר את הדמוקרטיה כממשל של שווים, שכן המנהיג מורם מעם ויש לו כוח רב יותר מאשר לאנשים אחרים. לכן התאוריה הדמוקרטית יצרה מנגנונים להאצלת סמכויות וכוחות השייכים לאזרחים.

לדמוקרטיה יש שני מודלים ידועים: המודל הרפובליקני והמודל הליברלי. במודל הדמוקרטי-רפובליקני מקור הכוח הוא קהילת האזרחים. אם מנהיג הופך למנהיג כריזמטי הדבר נחשב פתולוגי מבחינת הרפובליקה הדמוקרטית. במודל הדמוקרטי-ליברלי מקור הכוח הוא האזרחים כפרטים ולכן תפקידם של ראשי המדינה, תפקיד השלטון, הוא תפקיד פקידותי. המדינה איננה רשאית לעסוק באידאולוגיה. זוהי כמובן התאוריה.

בדיון שהתנהל כאן נעשה שימוש רב במונחים 'שקר' ו'אמת', ו'עובדה' לעומת דעה. ברצוני לומר שבתאוריה הדמוקרטית המאוחרת והמתוחכמת ביותר, פרט לשקר ולאמת יש גם מיתוסים; למשל היכולת של האזרחים להיות עצמאיים. כך גם במשפט. בהיסטוריה של המשפט המערבי, בפסיקות של בתי-משפט מגנים על מיתוסים מסוימים, שכן בלעדיהם אי-אפשר לדון באחריות פלילית. אפשר לומר שגם הדמוקרטיה כשיטת משטר מבוססת על מיתוסים התורמים לתפקודה, אבל איש לא יאמר שצריך להגן עליהם משום שאמירה

כזאת תהיה פרדוקסלית במונחים של שיח הנאורות. ואולם, תאוריה דמוקרטית מאוחרת מכירה בחשיבות יכולת הציבור לטפח מיתוסים דמוקרטיים חלופיים לאלה הממוסדים במשטר.

ההיסטוריה של מדינת ישראל היא היסטוריה של מדינה פטרונית שהעלתה עולים; קלטה אותם; חינכה אותם; טיפחה אותם; נתנה להם עיתונים; הכניסה אותם למפלגות וכו'. בשנות החמישים היה היסוד הפטרוני של המדינה כלפי הישראלים חזק מאוד והוא השאיר אחריו הרגלים לא דמוקרטיים. הרעיון שהאזרח תמיד צודק שהוא כמו לקוח, כמעט שאינו קיים בישראל, ומבחינה מסוימת המדינה התרגלה להתנשא מעל האזרחים. ההיסטוריה של כל המערכת הזאת מלמדת על יחס אמביוולנטי ולפעמים סוף עניין לביקורת על השלטון.

במשטר דמוקרטי השלטון מחזיק בסמכויות ובכוח שהעניקו לו האזרחים. בתאוריה בדמוקרטיה המודרנית, האקט שבו האזרחים בוחרים בשלטון אינו מספיק לתחזוקת הלגיטימציה של השלטון לאורך הקדנציה כולה. אמון הציבור לא נתון לשלטון לארבע שנים, בשל התפתחות של מנגנונים שונים כגון סקרים ועיתונות. ראינו משטרים דמוקרטיים שבהם, בזמן קצר, קרסה הלגיטימיות של אדם שנבחר ברוב מוחץ. לפיכך, בבחינת מערכות דמוקרטיות של ממשל צריך לדעתי לוותר על המונח 'הגנה על אמון הציבור בשלטון'. אני חושב שהמונח אינו רצוי ואינו מדויק.

❧ **קריאה:** על-פי מה שאמרת, צריך למחוק חצי מהפסיקה של בית-המשפט העליון.

❧ **ירון אזרחי:** אתה יכול לומר זאת לשופטים בשמי. השלטון צריך לרכוש את אמון הציבור, ורכישת אמון של ציבור היא תהליך מתמשך. מהי 'הגנה על אמון הציבור'? הדבר אינו מובן לי כלל. להגן על אמון הציבור מפני מי? מפני אי-אמון הציבור?

❧ **קריאה:** כן, ודאי.

❧ **ירון אזרחי:** תומס ג'פרסון, תומס פיינ, ג'וזף פריסטלי ואלקסיס דה-טוקוויל. כל האנשים המרכזיים בניסוח התאוריות של הדמוקרטיה המודרנית סברו שציבור דמוקרטי אינו נוטה להאמין במטפיזיקה, אלא במה שעיינו רואות. לכן על השלטון מוטלת חובה להראות לציבור מה הוא 'עושה': הוא משתמש בכוחו למען הציבור.



ג'וזף פריסטלי אמר שעל הממשלה לבנות גשרים ולחפור תעלות כדי שהציבור יוכל לראות מה נעשה בכספי המסים שהוא משלם. רכישת אמון הציבור נעשית בהצגת מעשיו של השלטון ולכן מלכתחילה ברור שההערכה של הציבור כלפי השלטון תלויה בשקיפות פעולות השלטון. ממחקרים שנעשו בארבעים השנים האחרונות על תרבות דמוקרטית עולה מהפך מרתק. בשנות החמישים והשישים החוקרים החשובים ביותר, אלמונד וורבה בספרם 'תרבות אזרחית' (The Civic Culture),<sup>1</sup> מדדו את דרגות האמון של האזרחים בשלטון. לדבריהם, במקסיקו למשל לא תוכל להתפתח תרבות דמוקרטית או דמוקרטיה רצינית משום שהציבור שם אינו נותן אמון בשלטון.

פעם עשיתי ניסוי על סמך ספרו הידוע של בנפילד,<sup>2</sup> שפיתח תזות על חברה מפגרת בעלת תרבות פוליטית מנוונת בדרום איטליה. הצגתי בפני ציבור ישראלי את רשימת התכונות של התרבות הפוליטית הפגומה הזאת ושאלתי בהרצאתי לאיזו מדינה הוא מתכוון, כולם היו בטוחים שהכוונה לישראל. בנפילד טען שחקר בדרום איטליה שבחברה אין מושג של רשות הרבים (public realm). הציבור אינו מאמין כלל שכשאדם נבחר לתפקיד הוא מסוגל לעשות משהו אחר מלבד לשרת את האינטרסים הפרטיים שלו.

אלמונד וורבה ראו בזאת תופעה שמובילה למשטרים לא דמוקרטיים, כמו הפשיזם באיטליה של מוסוליני. המהפך חל לדעתי בשנות ה-70 וה-80, כשחוקרים שעבדו בצורה מתוחכמת יותר שבו ועשו כמה מהמחקרים, ומצאו שדמוקרטיה אינה יכולה להתקיים בלי מינון לא מבוטל של ספקנות כלפי השלטון. העמדה הבסיסית כלפי השלטון בדמוקרטיה היא ספקנית; עמדה של חשד; עמדה שגורסת 'הוכיחו לנו שאתם עושים משהו למעננו'. אמון הוא דבר שמנהיגות צריכה לרכוש. אין זה נתון לה מראש באופן אוטומטי. לכן לדעתי הרעיון שאמון הציבור בשלטון הוא תנאי לדמוקרטיה אינו מקובל במדע המדינה של זמננו. דרגה מסוימת של אמון – כן, אבל במינון מאוזן לעומת ספקנות שאפשר להתמודד אתה, כדי שהשלטון יוכל להגן על אמון הציבור בעשותו דברים למענו.

<sup>1</sup> Almond, Gabriel and Sidney Verba, **The Civic Culture: Political Attitude and Democracy in Three Nations**, Princeton: Princeton University Press, 1963.

<sup>2</sup> Banfield, Eduard C., **The Moral Basis a of Backward Society**, New York: Free Press, 1967.

הנבחרים במדינות דמוקרטיות מודרניות גילו שאחד האמצעים היעילים ביותר לשכנע את הציבור שהם פועלים לטובתו הוא ביסוס מדיניות ותכניות על יסודות של ידע מדעי וטכנולוגי. גישה זו הייתה מקובלת בסוף המאה ה"ט ובעיקר במחצית הראשונה של המאה העשרים. במודל זה של דמוקרטיה נאורה הייתה הנחתו של השלטון ששימוש נרחב בידע מקצועי, ביועצים מדעיים בכל התחומים, מפגין כלפי הציבור את הנכונות לצמצם את הכוח השרירותי של השלטון ולשים סייג לשיקולים הפוליטיים.

עמדה זו הייתה כרוכה בהנחה ההיסטורית שלמדע יש זיקה לערכים ציבוריים. הרברט קרולי, ולטר ליפמן ואחרים טענו שהדבר שיבסס את השלטון במדינה המודרנית הוא האתיקה של המומחים. הם חשבו בשנות ה-20 וה-30 שהאתיקה של הפרופסיה תהיה בעצם האתיקה הציבורית הנעלה. כאשר המדינה המודרנית מביאה את המומחים המקצועיים לשלטון ולביורוקרטיה נוצר מערך שמרסן תהליכים רדיקליים של פוליטיזציה או של שימוש שרירותי בכוח. **קריאה:** והאתיקה הזאת היא עצמה ספקנית, יש פרופסיות שלא סובלות ספקנות.

**ירון אזרחי:** אין פרופסיה מדעית ללא מרכיב של ספקנות. פרופ' רוברט מרטון טען, בצדק, שהמדע מבוסס במידה רבה על 'ספקנות מאורגנת'. אבל הספקנות היא למעשה העיקרון של מנגנון בקרה פנימית בתוך הפרופסיה (של שיפוט עמיתים - peer judgment). לכן דיברו רבות על קונסנזוס ודאגו מאוד שלא יהיו מחלוקות בפרופסיה, כי מחלוקת בפרופסיה הורסת את היכולת להקרין החוצה את האתיקה ואת הקונסנזוס.

הייתה אפוא תפיסה שהמדען הוא שליח ציבור. בשנות ה-30 נשאלו רופאים מדוע פנו ללימודי רפואה ובדרך כלל הייתה התשובה שהבחירה נעשתה מטעמי שליחות ושירות הציבור. בשנות ה-70 וה-80 החלו להזכיר את עניין ההכנסה, כלומר חל מניע כלכלי ביסודות המוטיבציה של חלק מהפרופסיות. מעניין מאוד שבמלחמת העולם השנייה אמריקה, ובעקבותיה מדינות מערביות אחרות, הרשו לעצמן להפריט דברים מרכזיים כל-כך כגון פיתוח של אמצעי

לחימה. הן חתמו על חוזים עם המגזר הפרטי, בהנחה שהמדענים במגזר הפרטי פועלים מאינטרסים ציבוריים. 'מות הסוכן', המחזה המפורסם של מילר, היה אחד הביטויים הראשונים לביקורת בעניין זה, לאפשרות שבעיני איש עסקים או איש מדע האינטרס הכלכלי האישי יכול להיות עדיף אפילו על חייהם של אזרחים.

התברר שהשלטון פיתח שיטות משוכללות מאוד כדי לרכוש את אמון הציבור ועשה שימוש נרחב בסמכות של המדע ובסמכותם של המומחים יותר מאשר בידע שלהם. בעבר עשיתי מחקר ובו ניסיתי להראות איך התפתחה היכולת של המדינה המודרנית הדמוקרטית להשתמש בסמכות של המדענים בלי להשתמש בידע שלהם. כך מושג אפקט תאטרלי: המדע 'כאילו' היה כאן. במקום שיקולים אידאולוגיים פוליטיים או אישיים נוצרה פסאדה של מדע.

הדבר מתבטא גם בדרכים אחרות. למשל בארץ אחרת נעשה מחקר מרתק ובו הקימו לשכה מרכזית לסטטיסטיקה כדי לספק שירותי סטטיסטיקה לכל משרדי הממשלה. עקב כך כל משרד ממשלתי פיתח יחידת סטטיסטיקה משלו כדי להילחם בלשכה המרכזית. כלומר היה כביכול תהליך במונחים מדעיים אבל הפוליטיקה הסתתרה תחת הפסאדה של המדע.

במדינה הדמוקרטית התרחבה המגמה הזאת הרבה מעבר לתחום הביצוע – מנהיגים, שרים או משרדים שוכרים בכספי ציבור את שירותיהם של מומחים ליחסי ציבור. הדבר נחשב לגיטימי ותפקידם להגן על אמון הציבור, כלומר הממשלה רוצה ליצור דימוי שלטון המעוררים את אמון הציבור. יתר על כן, התברר שיש בחברה ציבור רחב שנותן אמון בשלטון בלא תנאי, ולא לפי הערכת ביצועים בתחומים כגון ביטחון חוץ, כלכלה, רווחה וכדומה.

בעניין הזה נעשו מחקרים מרתקים: דגלס היבס (Hibbs), שהיה פרופסור בהרווארד, נחשב לחוקר החשוב ביותר שחקר את תגובת הציבור להצלחה או לכישלון של מדיניות כלכלית. במחקרו הראה דבר מעניין מאוד: הציבור אף פעם אינו מסוגל להעריך את השלטון במונחים של מדיניות כלכלית, כלומר 'מה השלטון עושה לעומת מה שאפשר לעשות'. הערכתו תיעשה תמיד לעומת מה שעשה השלטון

בעבר הקרוב, בדרך כלל בשנה שעברה. כלומר אפילו הבדל שולי קטן יכול להביא לידי שינוי גדול בדעתו של הקהל על השלטון, אך התהליך עצמו רחוק מלהיות רציונלי.

יתר על כן, יש מחקרים רבים שמראים שבדרך כלל הציבור אינו יכול לחשוב על אפשרויות מדיניות במונחי הסתברות ועקב כך גם אינו מסוגל להעריך הערכה רציונלית רבות מהחלטות הממשלה. הוא אינו יכול לחשוב במונחים של חלופות כשם שהמומחים עושים. למעשה, על השלטון רובצת החובה לשרת את הציבור ואת האינטרסים הציבוריים. למשל אם רופא אינו משתמש בתרופות הטובות ביותר שיש כדי לרפא את חוליו וממליץ על תרופות מדרגה שלישית, יעילות פחות, משום שיש לו מניית בבית החרושת – הוא פוגע בתפקידו. ולדעתי זו אפילו עברה פלילית. לעומת זאת בפוליטיקה דברים רבים מאוד אפשריים.

🔗 **קריאה:** אם כן, מה הערך של ביקורת ציבורית? מדוע לא להשתק את המבקר אם הוא מפריע סתם?

🔗 **ירון אזרחי:** מי ישתק אותו?

🔗 **קריאה:** מכל מקום, אין ערך לדברי המבקר. הוכח שהציבור טיפש.

🔗 **ירון אזרחי:** לכן פתחתי ואמרתי שהדמוקרטיה בנויה על מיתוסים לא פחות ממשטרים שאינם דמוקרטיים. מבחינה מסוימת, אפילו כשהביקורת של הציבור אינה עניינית, היא מעמידה את השלטון במצב של חשיפה ושל התגוננות ואפשר לומר שהדבר כשלעצמו הוא ערך דמוקרטי, גם כאשר הביקורת אינה הגיונית. חשוב להעמיד את השלטון כל הזמן תחת עין הציבור כדי שיחשוש שמא יתגלו דברים לא טובים שהוא עושה. הבחינה הדקדקנית הזאת יכולה להיות אחד הגורמים להתנהגות תקינה של השלטון. גם אפשרות זו מסוכלת על-ידי שלטון המנסה למנוע ביקורת באמצעות שליטה על אמצעי התקשורת. התערבות ראש הממשלה בניהול השידור הציבורי בישראל יכולה להיות דוגמה לכך. במצב כזה נראה לי שכל ניסיון לצמצם את חופש הביטוי והביקורת של אזרחים חשוד בערעור התשתית הדמוקרטית של השלטון. אחד הכלים שעומדים לפני המבקר

הציבוריים הוא השפלת השלטון – 'בגדי המלך החדשים'. לומר שהמלך עירום, שהוא טיפש, שאינו חכם.

קריאה: אבל לפחות מייצג היטב את הציבור.

ירון אזרחי: האמירות האלה הן כלי חשוב מאוד בידי הציבור כדי לפגוע בכוחו של שלטון. ייתכן שלציבור יש תחושה אינטואיטיבית שהשלטון אינו משרת אותו אבל הוא אינו יודע איך לנסח זאת; הוא אינו יודע מהו הטיעון היעיל ביותר בעניין זה; שליחי הציבור שלו אינם פועלים היטב.

עיתונות לא קונפורמיסטית היא כלי בידי הציבור ליצירת כל מיני פרובוקציות מועילות. אם השלטון יצא כנגד הדבר הוא למעשה פוגע בכלי חיוני שעומד לרשותו של ציבור שאינו יכול לפעול לפי המודל של הדמוקרטיה הנאורה.

כעת אדון בעניין שריתק אותי כאשר מרדכי קרמניצר פתח את הדיון.

אזכיר שבעניין פסק הדין שרון נגד בנזימן, הטענה של מרדכי הייתה שבית-המשפט הציג שם תפיסה פוסט-מודרנית של עובדות, שלפיה הוא אינו מקבל עליו את הסמכות לקבוע מה הייתה האמת ההיסטורית, בהנחה שאין לו הכלים להגיע לאמת היסטורית נחרצת בעניין שעומד על הפרק. לכן כל מה שבית-המשפט יכול לעשות הוא לנהל דיון בתוך המסגרת המוגבלת שאיננה יכולה להבחין בין אמת (עובדה) ובין דעה. הטענה הזאת עניינה אותי מאוד כי לדעתי המגמה הזאת תלך ותתחזק בחברה שלנו, כפי שכבר קרה בחברות אחרות וברצוני להציע כאן כיוון מחשבה מסוים על תוצאותיה.

על-פי המודל הקלסי חופש הביטוי חיוני כדי לאפשר את בירור האמת. אנו מוצאים זאת בדברי כל הוגי הדעות החשובים, ובהם ג'ון סטיוארט מיל, ג'ון דיואי ואחרים. במפגש של האידאות ושל העמדות בזירת השיח הציבורי, בסוף התהליך נעשה בירור האמת.

הדבר המעניין והחשוב לדעתי במודל הזה הוא שיש אמת ושאפשר להגיע לאמת. הדבר מאפשר למיעוט בעל אמת לעמוד מול רוב; לומר שהרוב הוא שקרן. פייר מנדס פראנס שהיה ראש ממשלת צרפת אמר פעם "גם אם שמונים אחוז מהעם הצרפתי יצביעו ששתיים ועוד

שתיים הם חמש – זה לא יהיה נכון." הטענה היא שאם אפשר להגיע אל האמת – גם המיעוט יכול להיות צודק.

לטענתי, בהקשר הפוסט-מודרני אין סוף לתהליך הברירה; הוא איננו מגיע לנקודה שעליה אפשר להצביע ולומר 'זו האמת', זה הניסוח הסופי, הייצוג העובדתי של המציאות שאין עליו כל עוררין. התוצאה היא חיזוק תפיסתי ואולי גם מעשי לדעת הרוב. דעת הרוב אינה יכולה להיות מוגבלת כאן על-ידי כוח האמת או לערער עליה וזה מחליש את אפשרויותיו של המיעוט לגבור על הכרת הרוב בשם האמת. לכן המשקל הנורמטיבי של דעת הרוב הופך תלוי רק בעדיפות הכמותית-מספרית שלו על פני דעת המיעוט. גם סמכות המומחים התערערה. התופעה ניכרת בתחום המשפט וגם בתחומים אחרים. למשל בתחום הפיזיקה התאורטית: כיום מדברים על פלורליזם תאורטי, כלומר יכולת ההכרעה בענייני מדע; בעניינים של 'עובדה' הפיזיקה התאורטית נפגעה פגיעה קשה בגלל תהליכים עמוקים מאוד בתרבות המערבית. לכן השאלה הנשאלת היא לאחר שבמושגי אמת, בעיקר בהקשר חברתי ומשפטי, חלים תהליכים יסודיים כל-כך של פוליטיזציה – איך יהיה אפשר להגן על חופש הביטוי של אקדמאים, מדענים, אמנים, עיתונאים כאשר דעתם תעמוד כנגד דעת הרוב? לדעתי זה אתגר ממדרגה ראשונה לחשיבה משפטית בנושא שעומד לפנינו.

## עמנואל גרוס

אני מבקש להשמיע דעה מנוגדת לדעה ששמענו בעניין האיזון בין חופש הביטוי ובין הגנת השלטון. אף אני מסכים כנקודת מוצא שהגנת השלטון באופן מנותק מההליך הדמוקרטי בוודאי אינה נכונה ולא ראויה להישמר, אבל הניתוח שלי לשלושת הסעיפים שאנחנו עוסקים בהם שונה מפירושו של ראם. ניסוח עֵבֶרֶת ההמרדה בהחלט 'ממריד' אותי. ננסה להבין את התכלית; מה עומד בבסיס הרעיון. במסגרת דמוקרטית אין לקדש ערך של יצירת בוז, שנאה, או חוסר

נאמנות לשלטון. נניח שאעלה כעת על ההר הגבוה ביותר ואקרא תיגר על מדינת ישראל, אבזה אותה ואזרה שנאה כלפיה כי זו זכותי; כי אני חי בדמוקרטיה ואני רוצה להמחיש את העובדה שאני דמוקרט בדמוקרטיה. לא יהיה בכך שום ניצחון לדמוקרטיה; שום ניצחון ליחיד ולתרבות הדמוקרטית. עליי לחפש את התכלית – לשם מה נוצר ה'יצור' הזה. מטרת ה'יצור' הזה לומר שאם הדברים היחידים שאתה יכול לומר בדמוקרטיה הם דברי בוז ושנאה – אתה עובר את גבול המותר מבחינת הביטוי. מדוע? לא בגלל חוסר טעם טוב אלא בגלל שנוצרת סכנה למשטר הדמוקרטי. אם נאפשר יצירת בוז, בלי שום סיבה, בלי שום הקשר, בלי שום בסיס, מתוך חוסר אמת – למעשה ניצור לעצמנו מתכון בטוח להתאבדות, לכליון לאומי. אני סבור שהעברה הזאת, המרדה, נועדה להעמיד סכר או למצוא איזון נכון בין המושג 'חופש ביטוי' כזכות יסוד בדמוקרטיה ובין ביזויה של הדמוקרטיה בכך שבאמצעותה נעשה ביזוי השלטון בלי שום סיבה, רק כדי לקדש את הדמוקרטיה.

המרדה היא למעשה יצירת הביזוי, השנאה וכו'. כלומר, בהתנהגותו אדם שם לעצמו למטרה לגרום לביזוי במנותק מכל הקשר. בלי קשר לאמת; בלי קשר לאדם מסוים בשלטון אלא השלטון כשלטון. אין מסוכן מזה. למשל לומר 'משרד המשפטים מושחת, השלטון מושחת' מפני שאולי מישוהו מסוים במשרד המשפטים חטא ופשע, זה ניסיון לעשות הכללה באמצעות היחיד. אין כאן ניסיון אמת להציג עובדות כדי להצדיק את האמירה הזאת.

קריאה: אלא אם כל משרד המשפטים מושחת.

עמנואל גרוס: בהנחה שהרעיון הוא, להבנתי, ליצור מנגנון בלימה למען הדמוקרטיה במובן זה שאני יודע שהציבור לא תמיד יכול לברר את העובדות, לדעת את האמת, לדעת מה עומד בבסיס הביקורת או לבקר את הביקורת ולשפוט את הביקורת בכלים רציונליים. בהנחה שלא תמיד הציבור מסוגל, בכלים העומדים לרשותו, להתווכח ויכוח אינטליגנטי – ברגע שמגרים אותו אפשר ללבותו במהירות ולהביא אותו לידי שנאה. שנאת הזר; שנאת החריג; שנאת השלטון.

אינני אומר שעברת ההמרדה כפי שהיא מנוסחת היום היא

שיא השכלול, החכמה והתבונה. אבל אני בהחלט יכול להציג תזה אחרת להיכללותה בספר החוקים. אני יכול לנסות להתמודד אתה. ההתמודדות שלי אינה בביטולה מכול וכול, אלא באמצעות שלטון, באמצעות מוסדות הדמוקרטיה, כדי שהם יוכלו לתפקד באופן דמוקרטי.

נדמה לי שירון דיבר על ניסיון להקניט את השלטון. להיות קיצוניים וככל שנהייה קיצוניים יותר, כך נביא אותו לידי תגובה, להתגוננות. אינני בטוח שכל גרירת שלטון להתגוננות היא אמצעי מושכל. אינני בטוח שזו הסיבה להצבת 'כלב השמירה' שלנו, כלומר אינני בטוח שזה המעשה שצריך לעשות לשלטון – לעורר אותו; לגרות אותו; להקניט אותו: אני אומר 'המלך עירום' כשאני יודע שהמלך אינו עירום והוא יתעצבן ויגיב, יאמר 'אינני עירום' ויתחיל שיח.

אני חושב שאפשר לפתוח את השיח באופן אחר. בתרבות הדמוקרטיה אינני צריך לאפשר מצבים דרמטיים של 'הליכה על הסף'. הדמוקרטיה יכולה להסתפק בתרבות דמוקרטית נכונה, כלומר ביקורת הוגנת, צודקת ועניינית. אלו ההגנות שהמשפט הפילי אומר עליהן שאם הכוונה הייתה לביקורת הוגנת, מוצדקת ושקולה, גם אם עקב כך ירחש הציבור בוז או שנאה – המשפט יראה בכך הגנה. לדעתך, ההגנה הזאת מביאה את הדברים לידי איזון רציונלי. אני מתנגד לגישה של ניצול הדמוקרטיה לשם הרס השלטון. אני מכיר כמה אישי ציבור שמנצלים את חופש הביטוי כדי לקעקע את הנאמנות למדינת ישראל ועושים זאת בשם הדמוקרטיה הישראלית.

🔗 **ירון אזרחי:** בלי הנמקה?

🔗 **עמנואל גרוס:** לא תמיד בהנמקה. לטעמי בכמה מהמקרים האלה גם הנמקה אינה לגיטימית. אני יכול להביא דוגמאות מדבריהם של חברי כנסת אך הם כבר עשו זאת. מדוע אהיה כמותם?

🔗 **ירון אזרחי:** אבל חברי הכנסת הם השלטון. אתה עוסק בציבור, באזרחים.

🔗 **עמנואל גרוס:** לא, אני אומר שהתוצאה היא הסתת האזרחים נגד השלטון.



יָרוֹן אֶזְרָחִי: חלק מהשלטון מסית את האזרחים נגד חלק אחר של השלטון.

עֲמֵנוּאֵל גְרוֹס: במקרה הזה כן.

יָרוֹן אֶזְרָחִי: לדעתי זה אינו המקרה הקלסי.

עֲמֵנוּאֵל גְרוֹס: אם כך, הדוגמה תהיה אנשים המנסים להיבחר לכנסת ומסיתים את הציבור נגד צורת המשטר שלנו או צורת משטר אחרת.

קְרִיָאָה: למה כוונתך ב'מסיתים'?

יָרוֹן אֶזְרָחִי: המשטר ייהרס וממילא לא יוכלו להיבחר.

עֲמֵנוּאֵל גְרוֹס: נסתפק בדברים האלה לעניין ההמרדה. אסכם בקצרה את דבריי על עֵבֶרַת ההמרדה. העברה הזאת אינה ראויה להוסיף ולהתקיים בספר החוקים כפי שהיא מנוסחת כיום. צריך להגביל אותה וליצור לה מנגנוני הגנה.

אשר לעברה האחרת הקשורה בדיון שלנו והיא זילות בית-המשפט לפי סעיף 255 לחוק העונשין – לפי הכתוב מדובר בכתיבה או באמירה מתוך כוונה לפגוע במעמדו של שופט או דיין, כלומר עשיית הדבר במכוון כדי לפגוע במעמדו. והנה הסיפא המסייגת היא שאם המעשה נובע מביקורת כנה ואדיבה – אין בכך בעיה. בתי-המשפט הם רשות חשובה בתוכנו. זו רשות שמממשת את הדמוקרטיה ואולי מאפשרת אותה אבל בוודאי שרשות זו אינה חסינת ביקורת, עליה להיות חשופה לביקורת כדי לאפשר את צדקתה ואת פעולתה כרשות שיפוטית בדמוקרטיה. השאלה היא אם אדם שמבקר שופט קובע לו למטרה לשים את השופט ואת מה שהוא מייצג ללעג. האם תכליתו לתלות את השופט על צלב ולתרץ זאת בחופש הביטוי? השאלה היא אם אכן במסע הכפשה מהסוג הזה, במנותק מהקשר אמיתי כלשהו ובמנותק מכוונה כנה ואדיבה לביקורת, יש כדי לקדם את ערך חופש הביטוי. אולי עקב ביקורת כזו ניעשה דמוקרטיים יותר. ואולי להפך: אולי ביקורת כזו מסכנת את הדמוקרטיה? האם בשם הדמוקרטיה אפשר לפגוע שלא בצדק באדם המשמש שופט במדינה דמוקרטית? לדעתי אפוא פגיעה שהיא תולדה של ביקורת כנה ואדיבה – רצויה, אבל פגיעה לשם פגיעה, כתכלית לעצמה – פסולה. לדעתי, ביקורת

כזאת עוברת את הגבול שבין חופש הביטוי ובין ערכים אחרים שראוי שהדמוקרטיה תגן עליהם.

הנושא האחרון שאעסוק בו הוא העלבת עובדי ציבור. בעניין זה אני מתחבט ומתלבט. אם נמצא מנגנון שלפיו נתיר לעובד ציבור להתגונן מפני מעשים פוגעניים בו – בוודאי שאשמח להיפטר מהסעיף הזה; אין לו שום מקום בספר חוקים דמוקרטי. אני מקבל את הטענה שהושמעה כאן, שכאשר הפגיעה היא בין יחיד ליחיד אין טעם להפוך את ההתנהגות של הפוגע לפלילית.

## דיון

🔗 **דוד נחמיאס:** אני זוכר שבהיותי סטודנט הייתה לי חולצה ועליה כתוב: distrust authority. שנים רבות חשבתי על האמרה הזאת בהקשר הובריאני כי לפי התאוריה הזאת שקיפות היא דבר שלילי לארגון, כלומר אל תהיה שקוף; אל תבקר את הארגון אם אתה רוצה שהארגון יהיה יעיל.

🔗 **קריאה:** יהיה יעיל או יתקיים?

🔗 **דוד נחמיאס:** שהוא יתקיים לפי ההגדרה ההובריאנית ביעילות ולפי צורכיהם של חברי הארגון. אנחנו חיים בסתירה חמורה בין שני המנגנונים האלה. אי-ביקורת לעומת distrust authority (אל תאמין בקשות) של חומסקי. בתחומים האלה אני הולך בכיוון של חומסקי, כי המערכת הפוליטית הישראלית לא מיסדה תרבות של פתיחות, של שקיפות, של accountability אלא תרבות של כוח וריכוזיות.

יתרה מזו. הציבור עצמו אינו ביקורתי כמו בדמוקרטיות ליברליות אחרות, בין השאר בגלל המצב הביטחוני. יש בכך סכנה גדולה מאוד. אולם כשאדם רוצה להשתלב בפוליטיקה עליו לדעת שהוא יהיה נתון כל הזמן לביקורת.

🔗 **יורם שחר:** ברצוני להפריד בין השאלה אם הצדקות אלו או אחרות הן הצדקות לגיטימיות ובין השאלה מהן ההצדקות של המשטר הישראלי לאיסורים הקיימים. לדעתי אנו עומדים כיום בפרשת דרכים. השבועות האחרונים מעידים שאנו בפתחה של תקופה שבה תופעל

כנראה עֲבַרְתָּ הַהִמְרָדָה, אבל מכיוון שאינני בטוח בכך אדבר על העבר ועל המשטר הישראלי עד היום.

עד היום, במשטר הישראלי כמעט לא הועמדו לדין אנשים בגין עברת ההמרדה ולכן כמעט אין חשיבות לדיון בשאלה הזאת. שתי העברות האחרות, העלבת עובד ציבור וזילות בית-המשפט ולאמתו של דבר זו זילות השופט) גם הן לא הופעלו מהמטעמים הקלסיים של פגיעה באמון המערכת כולה. השימוש בהן נעשה במקרה של פגיעה באנשים מסוימים: אנשים נעלבו, שוטרים נעלבו, שופטים נעלבו, ולא היה שום קשר לשאלה אם העניין פורסם ואם הוא פגע באמון הציבור. בהנחה שהשתמשו בכך אנשים בעלי כוונה ומניע, הם עשו זאת מפני שהם האמינו שכך צריך לעשות, ביחוד במערכות עמוסות מאוד שצריכות להתמודד עם מחסור במשאבים ומחליטות בכל זאת להעמיד לדין. מקצת עובדי הציבור, שופטים, שוטרים ואחרים רואים בכבוד העצמי שלהם חלק מ'העסקה' שנעשית אתם. למשל עבודתם של השוטרים קשה ושכרם נמוך; עבודתם של השופטים קשה ושכרם סביר. השופטים מתרחקים מהיבטים מסוימים של החיים הציבוריים-החברתיים בישראל ולכן, להערכתך, הם מצפים לחזק את התפיסה שלהם את עצמם באמצעות ראיית הזולת אותם, כאנשים מכובדים.

מכאן אני מגיע לשאלה אחרת לגמרי שלא דנו בה כלל. בדרך כלל בכינוסים כאלה אנו דנים בהצדקים ליברליים קלסיים או בצד האחר של הקשת הפוליטית, בהצדקים רפובליקניים קלסיים. אנו נוהגים בהבחנות האלה כאילו בהעדרן אין הצדק ומתעלמים מציבור רחב מאוד שמבחינתו יש בשלטון ובקהילה שסביבו אוסף של הצדקים שאינם לגיטימיים בעינינו. הרי אם נשאל את האדם הראשון שנפגוש ברחביה אם הוא תומך באיסור פלילי על אדם שמגדף שופט בפניו הנחתי היא שיחלוק כבוד לשופט. גם שאר רובדי הציבור יחלקו כבוד לשופט כהצדק ראוי לאיסור פלילי. בכך תסכולנו – כמתבוננים בבני המדינה, לומדים מן הקלסיקה ומאמינים שאלה ההצדקים האמיתיים. אני מקווה שנשכנע אחרים.

לסיכום, לטעמי אין הצדק לאף לא אחת משלוש העברות הקיימות,

מהסיבות הלגיטימיות המקיימות דמוקרטיה. יבושם לעם שאיננו מביין זאת.

⌚ **תהילה אלטשולר:** ברצוני להגיב על שני דברים שאמרת. ראשית, רכישת אמונו של הציבור היא עניין בעייתי מאוד, בייחוד כשהדבר מגיע אל בתי-המשפט. מחיר רכישת אמונו של הציבור הוא זכויות של אנשים שאין להם כוח ציבורי להביא לידי כך שההתנהגות התקינה כלפיהם תהיה פופולרית. כך אנו מוותרים על 'האישיות הדמוקרטית' ולא מחזקים אותה. הדבר השני: המגמה שהסקת מפסק הדין של שרון נגד בנזימן שהפוסט-מודרניזם עתיד לחזק את הרוב – נכונה. למשל, בבית-המשפט השלום בירושלים ניתן לבעל שהיכה את אשתו עונש קל שבקלים על רקע של הבדלי תרבות. במשפט נאמר שהוא הודי שעלה לארץ לא מזמן ושמבחינתו ההכאה נורמטיבית ושהוא לא הבין שמעשיו פליליים. על-פי ההסבר הזה נקבע פסק הדין. אמנם נשים אינן מיעוט אבל הן בהחלט קבוצה חלשה והדבר מחזק את טענתך.

⌚ **קריאה:** את מוכנה לתמצת את הטענה הראשונה?

⌚ **תהילה אלטשולר:** אם המוסדות במדינה יצטרכו לרכוש את אמונו הציבור, פעמים רבות הדבר יהיה על חשבון הזכויות של המיעוט, על חשבון שמירה על זכויות אדם כי הן אינן פופולריות.

⌚ **ירון אזרחי:** ברצוני להבחין בין זילות שופטים לזילות פוליטיקאים. הרוב המוחץ בחדר הזה הוא משפטנים וכשהם חושבים על ביקורת ופגיעה מחשבתם הראשונה היא באופן טבעי על שופטים ועל בית-משפט. חשוב מאוד לעשות את ההבחנה כי מדובר בשני סוגים של מעמד ושל כבוד. אנו יודעים שלשופטים יש 'טניור', קביעות, ולפוליטיקאים אין. במשטר דמוקרטי אפשר להוריד פוליטיקאי מכיסאו שלושה חודשים לאחר שנבחר לראש ממשלה. להוריד שופט אי-אפשר. בחלוקה לדרגות חשיבות, זילות פוליטיקאים מקובלת עליי יותר בגלל שקיומם מותנה. הציבור מכונן אותם וביכולתו לפורר אותם. מכל מקום, הציבור אינו חייב לנמק מדוע איננו נותן אמונו בראש ממשלה או בשר. ייתכן שהייתה לו אינטואיציה שראש הממשלה או השר הוא נוכל.

⌚ **קריאה:** לציבור יש אינטואיציה.

יָרוֹן אֲזַרְחִי: לכל אחד בציבור יכולה להיות אינטואיציה. נניח ששר או ראש ממשלה הופיע בטלוויזיה והתחמק ממתן תשובות, נכשל או מצמץ. בסיטואציה הזאת כל אחד מאתנו יכול לבחור במי לתת אמון ובמי לא לתת אמון.

מופרך מעיקרו לדרוש שרק בהקשר הפוליטי יידרשו אנשים לעמוד בסטנדרטים של מתן אמון או אי-מתן אמון, או בסטנדרטים של דיבור שיש בו משום הבעת אמון או משום אי-הבעת אמון. השאלה מהי הנמקה רציונלית או עניינית לעומת הנמקה רציונלית פחות, לא עניינית או שנויה במחלוקת.

אינני זוכר שפגשתי מישהו אשר ניסה לפגוע בשלטון ואמר שהוא עושה זאת לשם הפגיעה: "אני רוצה לחסל את השלטון הזה או לפגוע בו." לפוגע תמיד יש נימוקים שנראים ענייניים. אם אתה סבור שהנימוקים אינם ענייניים עליך להוכיח זאת וזה עניין מסובך. אדם שרוצה לפגוע בשופט העליון או בראש הממשלה הוא בראש ובראשונה טיפש ולכן אולי אינו מזיק כל-כך... אדם כזה יכול להזיק כשיש לו נימוקים שנשמעים משכנעים. אני חושש מפני אנשים בעלי כוונות כאלה. הם מתוחכמים מאוד ויכולים להשתמש בנימוקים ענייניים מאוד.

אשר לקלינטון – אנשים רבים בחברה האמריקנית חשבו שאין לתת אמון באדם זה בשל המוסר האישי הלקוי שלו. הם הפעילו את כל המנגנון הפורמלי שעומד לרשותם ונכשלו. הם הובסו תבוסה נחרצת. הציבור האמריקני חשב שהעניין אינו רלבנטי, ומתנגדיו לא העלו בדעתם שהציבור האמריקני יחשוב כך כי זה היה חידוש.

גלעד בהט: בתגובה לדברי ראם, אני מסכים עם נושא ההצדקה הבעייתית מעט של העברות, ואני מתכוון בעיקר לעברות של העלבת עובד ציבור ולעברת זילות בית-המשפט. האם במקרים שבהם הדברים נעשים אחד לאחד, למשל במקרה שמדובר בשוטרים, ולצדדי או לשמחתי אני נמנה עמם, האם אי-אפשר להעביר את הדברים לפסים של עברת הפרעה לעובד ציבור? מדובר בפגיעה בתפקוד רשויות השלטון. הרי אמרת שהאינטרס המוגן אינו אמון הציבור אלא אינטרס של הפרעה לתקינות פעולתו של השלטון. האם אפשר לשייך את סעיף 288 לכאן

ובכך לפתור את הבעיה? בתפקידי אני צריך לעמוד בדרישות בעייתיות מאוד ולקבל דברים שלא תמיד אני מסכים אִתם. אבל עלי למלא את תפקידי והתפקיד הזה הוא כפוי טובה למדי. עלי לעמוד מול אזרח המשתמש במילים בוטות מאוד. יש בכך אלמנט של תקיפה מילולית וזו הפרעה במילוי התפקיד.

הפריע לי שלא נגעת בהבדל בין הדוברים. לדבריו של כוהן דת יש השפעה גדולה מאוד ולכן הפגיעה באמון הציבור בשעה שהוא אומר את הדברים גדולה יותר. התומכים שלו הולכים אחריו בעיניים עצומות, שומעים ומאמצים את דבריו. אם הוא ידבר על שופטי בית-המשפט העליון ויפגע בהם, ירד אמון הציבור בשופטים. לעומת זאת יש אדם ששולח מכתבים לשופטים וכותב שהם אינם ראויים ואינם נאמנים, כמו בפסק דין ספירו. נתעלם מהעובדה שרק השופטים רואים את הכתוב במכתבים, האם יש כאן השפעה כלשהי על אמון הציבור?

קריאה: ואז מפרסמים את הדבר הזה.

גלעד בהט: עצם הפרסום הוא תעודה שהמשפט יוצר. הפרסום מזיק או משיג יתרון. ההערה השלישית שלי היא בעניין העברה של סעיף 255, זילות בית-המשפט. קשה לי להבין את המצב שבו שופטים צריכים לפסוק אם נעשתה העלבה של בית-משפט. השופט דוד חשין כתב בפסק הדין של ספירו שקשה לשופטים עצמם לקבוע מתי נעשתה העלבת שופט, כי השופט למעשה שופט את עצמו. זו בעיה ואינני יודע כיצד להתמודד אִתה.

לעניין דבריו של עמנואל גרוס: מי קובע מהי ביקורת? הרי יש הגנה של ביקורת לגיטימית, צודקת וכנה כלפי בית-המשפט. האם השופט הוא שיקבע אם ביקורת שכוונה כלפיו היא כנה וצודקת? שופט יקבע בעניין ביקורת שכוונה כלפי שופט אחר? זו בעיה אתית. עניין אחרון הוא הכנסת הגנות, למשל מעברת לשון הרע, כמו 'אמת דיברתי', לתוך העברות האלה. למשל עברת ההמרדה שאינה יכולה לשמש אמת מוחלטת - האם לא ראוי להכניס לתוכה את ההגנה של 'אמת דיברתי' ובכך להשאיר את העברה הזאת על כנה? יש מקרים שבהם העברה הזאת צריכה להישאר, ואלו הם המקרים

שבהם נעשה שימוש במילים בוטות, ולעתים בכוונה לפגוע ולא מתוך ביקורת כנה ועדינה.

🔗 **עמנואל גרוס:** אומר משהו, ובאמרי זאת אהפוך את עצמי לבעל דעה שונה מדעתם של חבריי, השופטים לשעבר. איני נמנה עם אלה הסבורים שאמון הוא עניין מְגִי, סובייקטיבי, כלומר ששופט שומע עד ואומר 'אני מאמין לו' ובכך חושב שסיים את תפקידו. למעשה בשיטה שלנו איננו בודקים עובדות בין השאר משום שאין שום אמצעי ביקורתי אובייקטיבי רציונלי לבדיקה כזאת. אינני סבור שכך צריך לנהוג ואף פרסמתי מאמר בעניין זה וזו אמונתי.

הייתכן שבית-המשפט ישפוט את עצמו? האם אכן נפגע כבודו של בית-המשפט? מה בית-המשפט עושה במקרים רבים שבהם עליו לשפוט את עצמו? למשל כאשר פונים אל שופט ואומרים לו: "אדוני, עשית כך וכך, פסול את עצמך!" – המחליט בעניין הזה הוא השופט עצמו, כלומר הוא המכריע. המצב הזה אינו אידאלי אבל לא תמיד אפשר להביא את האו"ם לשפוט כאן... ייתכן שהביקורת של ירון מוצדקת אך לפי שעה הגישה היא שבית-המשפט מסוגל להיות אובייקטיבי עד כדי כך שישפוט את עצמו.

🔗 **האלד גנאים:** יש כמה שאלות שברצוני לשאול את עמנואל בעניין הערך המוגן. את הערך 'אמון הציבור' אני מבין כ'כבדהו וחשדהו', כלומר עלינו לקבל את השלטון אבל לחשוד בו. והחשד הזה מעיד שאין אמון.

🔗 **עמנואל גרוס:** תהיה ספקן מראש.

🔗 **האלד גנאים:** לדעתי, מה שמוטל בספק אינו מוגן ולכן האמון המוטל בספק אינו מוגן. בעניין חיזוק נאמנותם של האזרחים: המשפט הפלילי נועד למנוע פגיעה בערכים חברתיים ולכן המשמעות היא שלא חלה עליי חובת נאמנות למדינה, אלא חל עליי איסור פגיעה במדינה.

🔗 **קריאה:** במדינה או בשלטון?

🔗 **האלד גנאים:** בשניהם. כשדנים בהמרדה תאמר 'בשלטון'. אסור לי לפגוע בשלטון אבל אינני חייב לכבד אותו ולכן אין צורך לחזק את הנאמנות.

Ⓔ **עמנואל גרוס:** להפך: אתה חייב להיות נאמן אבל אינך חייב לכבד.  
 Ⓕ **חאלד גנאים:** לא. בנאמנות, במובן שלא אפגע. למשל כבודו של הממסד הממלכתי; של בית-המשפט העליון או של הכנסת – האם למוסד יש כבוד כמוסד? האם ביקורת כלפי ראש ממשלה או שר היא כלפי האיש או כלפי המוסד שהוא מייצג? ברור שהביקורת היא כלפי המעשה או הדעה של ראש הממשלה. בעניין התופעה שחברי כנסת או אנשים שעתידים להיות חברי כנסת מסיתים להרס המשטר: צריך להבחין בין הרס המשטר באמצעים אלימים ובין הרס המשטר באמצעים לא אלימים. הרי שינוי בשיטת המשטר שנעשה בלי אלימות הוא שינוי מקובל. השינוי האסור הוא השינוי שנעשה באמצעים אלימים. לכן הפגיעה האסורה במשטר נעשית באלימות ולא בביקורת או באמירה שאין בה ממד אלימות.

Ⓖ **עמנואל גרוס:** אינני רוצה להיגרר לוויכוח. אני מסכים אתך שהביקורת נועדה להגן על ערכי המשטר ולא על שינויו של המשטר אבל מדינת ישראל נתונה במצב מיוחד מבחינה זו. הרי יש ויכוח היסטורי מה המדינה הזאת מייצגת מבחינת המשטר שלה – מדינת העם היהודי או כל תושביה. יש חוק שמגן על הרצים לכנסת ובו כתוב מה הם יכולים לומר לקהל הבוחרים שלהם. הם אינם יכולים להציע להפוך את מדינת ישראל למדינה שונה ממה שהיא נועדה להיות. הצעה כזו חוצה את גבולות הלגיטימיות.

Ⓔ **חאלד גנאים:** 'נועדה להיות' או מה שהאזרחים רוצים שתהיה...

Ⓖ **עמנואל גרוס:** היא נועדה להיות על-פי חוק.

Ⓔ **קריאה:** אם רוצים לשנות את החוק?

Ⓔ **ירון אזרחי:** החוק יהיה לא דמוקרטי בעליל.

Ⓔ **עמנואל גרוס:** החוקה שלנו אינה דמוקרטית?

Ⓔ **ירון אזרחי:** לא. החוק שקובע מהי האידיאולוגיה הלגיטימית למפלגה במשטר דמוקרטי.

Ⓔ **עמנואל גרוס:** אני חולק עליך בעניין זה. אתה חושב שהפגיעה של מדינת ישראל בהיותה מדינת העם היהודי אינה חוקית. הקביעה הזאת שלך, אינה חוקית.

Ⓔ **חאלד גנאים:** אם שמונים אחוז מבעלי זכות הבחירה בציבור



הישראלי יבחרו ברב עובדיה יוסף לראש ממשלה, תקבל את הדבר או לא תקבלי?

🔗 **עמנואל גרוס:** אם הרב יוסף ייסד כאן מדינה תאוקרטית, שהיא לא בהכרח מדינת העם היהודי לפי השקפתי, ודאי שלא אקבל זאת; כלומר אנמק כיצד הדבר מנוגד לחוק שלי.

🔗 **חני קומנשטר:** ראשית אעיר לעניין חופש הביטוי. מדובר באנשים נבחרים ולכן חופש הביטוי אינו רק היכולת להתבטא אלא גם הדרכים שבהן עושים זאת. אחת הדוגמאות לכך היא באנגליה. שם נותנים כבוד רב לפרלמנט על רקע המסורת שלו, לדוגמה בכללים של הרגולטור יש תכנים כגון איסור על שילוב קטעים שהמקור שלהם בפרלמנט בשידורים של סטירה. בתכניות אצלנו עושים זאת כל הזמן. באנגליה אסור לשלב בתעמולת הבחירות דיוני פרלמנט, למעט אם האדם המשתתף אישר זאת, כלומר יש מגבלות על ה'מה' ומגבלות על ה'איך'. סיבה אחת לכך היא מניעת פגיעה בחופש הביטוי הרב מאוד, הישיר, שיש בפרלמנט. אשאל שאלה שקשורה לסגל המנהל הציבורי הממונה, לא הנבחר. איך מתיישב חופש הביטוי של סגל המנהל הציבורי הממונה, כפי שהוא מופיע היום בכללי התקשיר, עם הדברים שנאמרו כאן?

🔗 **מרדכי קרמניצר:** בתשובה לשאלה עד כמה אפשר לסמוך על הרשות השופטת שתהיה אובייקטיבית כלפי עצמה, אביא דוגמה מפסיקה שנעשתה בשנה האחרונה בעניין שמחה ניר נגד לשכת עורכי הדין. זו דוגמה מעניינת. ניר הורשע בעבירה אתית של התנהגות שאינה הולמת על שכתב מאמר, ובו התרעם על הנוהג להזמין אנשים להישפט בעברות תעבורה בלי לומר להם מראש שזו הקראה.

🔗 **קריאה:** מה זאת אומרת 'הקראה'?

🔗 **מרדכי קרמניצר:** קוראים לנאשם את כתב האישום ולא שומעים הוכחות. אם הנאשם מודה העניין נגמר באותו יום.

🔗 **קריאה:** העניין נגמר אם הנאשם מודה. אם יש לו טענות הן לא יישמעו במעמד הזה.

🔗 **מרדכי קרמניצר:** אם יש לנאשם טענות ייתכן שהן יישמעו במעמד הזה, אבל אם הוא יכפור הדיון יידחה למועד אחר. אנשים רבים

מאוד שרוצים להימנע מבזבוז יום עבודה נוסף מודים באשמה וזה ליקוי מערכתי ידוע זה זמן רב מאוד. כבר העירו עליו גם בפסיקה של בתי-המשפט. כאמור, ניר כתב על כך בגסות רבה וטען שזו קנוניה בין השוטרים, התובעים והשופטים; הם מעוניינים שאנשים יודו. מובן שבית-המשפט העליון אישר את הרשעתו.

❧ **קריאה:** מי שמכיר את המכתבים שלו יודע שזה דחף לא נשלט. ❧ **מרדכי קרמניצר:** אני שואל את עצמי אם במשטר דמוקרטי לא צריך לסבול ביטויים חריפים מהסוג הזה, שכן הם מעידים על תופעה בעייתית. אני תוהה אם בית-המשפט היה מראה רגישות כזו בהנחה שהיה מדובר בגוף אחר ולא בו עצמו. אם היו משתמשים בלשון כזו בדבר קנוניה בין פלוני לאלמוני בהקשר לגוף אחר. כאשר מדובר במערכת המשפט, השופטים אינם שונים מבני אדם אחרים והם אינם יכולים להיות שונים מהם. לתפקיד שופט מתמנים בני אדם והם אינם יכולים להיות שונים מאנשים אחרים בתוך מערכות ממסדיות. נניח שהביקורת שלי כנה אבל אינה אדיבה. לפי הדין הקיים, יכול להיות כאן עניין לאישום פלילי; המדינה מפעילה חוק פלילי על אנשים על מי שנהג בחוסר אדיבות. האם יש לכך היגיון והצדקה?

❧ **עמנואל גרוס:** מה הייתה המטרה שעמדה לנגד עיניו של האדם? לפגוע או לבקר? בביקורת, אפילו לא מרוסנת, אין מטרה לפגוע במוסד הזה לשם פגיעה, אלא ניסיון להבין את חוסר היעילות של המוסד, את דרכי פעולתו. אגב, אני מסכים עם מרדכי. לא תמיד אפשר להבחין הבחנה של ממש בין תוצאה למטרה.

❧ **מרדכי קרמניצר:** אביא דוגמה. עמרם בלום זכרו לברכה, ידיד משותף של גורלי ושלי, כתב מדי פעם על שופטים. פעם הוא כתב על שופטת בעלת סגנון מוזר שמשתמשת במילים גבוהות שאיש אינו מבין וכותבת משפטים חסרי פשר. במאמר בעיתון הוא ציטט מפסיקה שלה, ולדעתי כל מי שקרא צחק. במובן מסוים הייתה לו מטרה לשים את השופטת ללעג ולקלס כי התגובה הטבעית של הקורא הייתה לעג, אבל השופטת הרוויחה את התגובה הזאת ביושר ולכן ההבחנה בין תוצאה למטרה היא הבחנה קשה.

❧ **קריאה:** מה היה ההמשך?

ל **מרדכי קרמניצר**: לא היה המשך. עמרם בלום היה בעבר פרקליט בכיר ולא מיהרו להעמידו לדין, אף שהוצע להעמידו לדין על מאמר אחר שבו ביקר שופט.

ל **ראם שגב**: אשר להערותיו של גלעד: יש עברה של הפרעה לשוטרים ולעובדי ציבור אחרים במילוי תפקידים וזו עברה מוצדקת. אין שום ספק שאם אתה מפריע לשוטר למלא את תפקידו צריכים למנוע זאת ואולי גם עברה פלילית מוצדקת כאן. אינני מסכים שהעברה פותרת את הבעיה שאנחנו דנים בה כאן, כי לא בכל פעם שאדם מקלל שוטר, או מעליב אותו הוא מפריע לו במילוי תפקידו. צריך לעשות הבחנה ברורה מאוד בין פגיעה בכבודו של שוטר או בכבודו של עובד ציבור אחר, ובין הפרעה במילוי תפקידו. התביעה אינה נזהרת או מהססת מדיי להשתמש בעברה של הפרעה לשוטר. משתמשים בה בעת הצורך וכשהתביעה מחליטה להגיש כתב אישום בעילה של העלבת עובד ציבור ולא בעילה של הפרעה לשוטר, זה מכיוון שאין כאן שום בסיס לעילה של הפרעה. לכן עברה של הפרעה אינה פותרת את הבעיה.

ל **גלעד בהט**: אילו היית מגדיר את אמון הציבור לא היה ויכוח כלל. מהי מידת האינטרס הלגיטימי או המוגן בעברה על תקינות פעולת השלטון? כלומר יש הפרעה לתקינות השלטון, אתה מגדיר זאת.

ל **ראם שגב**: יש הבדל בין מניעת הפרעה פיזית לשוטר בעת מילוי תפקידו, ועל כך מדובר בעברה של הפרעה לעובד ציבור במילוי תפקידו, ובין פגיעה באמון הציבור. פגיעה באמון הציבור עלולה להפחית בעקיפין את יכולתו של השלטון למלא את תפקידו ביעילות, אבל זו פגיעה שונה.

ל **מרדכי קרמניצר**: ברצוני לחדד את דברי גלעד. השאלה היא אם אין כאן פגיעה בתקינות. למשל בעניין לקיחת שוחד יש חשש לניגוד עניינים – פעולתו של אדם תהיה לא עניינית. האם אין חשש דומה בתחום התקינות בכיוון ההפוך, כאשר מדובר בפגיעה בשוטר או בעובד ציבור אחר.

ל **יורם שחר**: באותה מידה צריך להיות כתוב בעברה שאסור לפנות בנימוס לשוטר. אמירת המילים 'תודה לך' לשוטר, בכוונה להשפיע

על החלטתו לתת דוח או לא לתת דוח היא התערבות, זו השפעה על התקינות.

Ⓔ **מרדכי קרמיניצרי:** דיבור מנומס הוא מנהג האנשים. השאלה היא אם האזרח שמדבר בנימוס יגרום לכך שהשוטר יתקשה במילוי תפקידו כראוי. אני מתקשה להשיב על כך בחיוב.

Ⓕ **ראם שגב:** אם זו המטרה היא מסוכנת מאוד. לדעתי הכיוון שלנו צריך להיות אחר: לא לתת לגיטימציה לעובדי ציבור להיות מושפעים מעלבונות במילוי תפקידים. אם הבעיה היא של השפעת ביטויים על מילוי תפקיד ציבורי. אז גם דיבור מנומס לכאורה יכול ליצור רגש שלילי, נניח אם אזרח יודה לשוטר אחרי שרשם לו דוח. כלומר אדם יכול לגרום לעובדי ציבור להתנהג התנהגות לא עניינית במגוון דרכים. להלכה, רצוי להמעיט במעשים שיגרמו לעובדי ציבור להתנהג התנהגות לא עניינית, אבל לדעתי לא מתקבל על הדעת לקבוע עברה של העלבת עובד ציבור כדי להתמודד עם בעיה זאת.

Ⓖ **יורם שחר:** פעם, במשפט פלילי שבו שימש אלכס שטיין סנגור, התובעת התקוממה מאוד על האגרסיביות שלו והוא ענה: "את התחלת. הקליינט שלי נעלב מאוד. כתוב כאן מדינת ישראל נגד הקליינט שלי; מדינת ישראל כולה נגד הקליינט שלי. זה מעליב אותי מאוד. מגיע לך." גם השוטרים מעליבים אותנו כשהם אומרים: "זו לצד הדרך".

Ⓖ **ראם שגב:** עובדי הציבור צריכים להפנים שגם אם מדברים אליהם בחוסר נימוס וגם אם מעליבים אותם עליהם לפעול לפי שיקולים ענייניים. אסור לתת לעובדי ציבור לגיטימציה לומר לאזרח: "דיברת בחוסר נימוס ובשל כך אני יכול לשלוח אותך לכלא."

Ⓖ **ראובן ירון:** אני רוצה לשאול, האם אין לנו בעיות אחרות בתחום של שיפוט עובדי ציבור? הרי אחת הבעיות היא שהמדינה קטנה מאוד; כל אחד מכיר את האחר והשופטים יכולים להיות מושפעים מן המופיעים לפניהם כי הם חברים במועדון אחד וטיילו יחד והתיידדו. העניין חשוב ורציני יותר מדיבור בנימוס או בחוסר נימוס.

Ⓖ **ראם שגב:** נניח ששופט נרצח בגלל שנאת שופטים - זה שיקול חשוב נגד עברה כזאת, אבל הוא שיקול רק בהנחה שיש שיקולים

טובים אחרים נגד. בעניין הגנת אמת: אמרתי שלדעתי איסור יכול להיות לגיטימי רק אם הוא מוגבל מראש לעובדות שקריות ואז אין צורך בהגנה. השמעתני קודם את הנימוקים, ולא אחזור עליהם כעת, מדוע לדעתי אפילו לאיסור צר כזה אין הצדקה אם המטרה היא הגנה על אמון הציבור. העניין האחרון שהזכרת - מי הדובר, כמובן שחשוב מיהו. מכיוון שברצוני להצדיק את הצעתי לבטל את האיסור כל הנימוקים שלי נגעו לאנשים שהסכנה בדבריהם לאמון הציבור היא החמורה ביותר, כמו הרב עובדיה יוסף.

לעניין דבריו של עמנואל גרוס - הבחנה בין ביקורת ובין פגיעה לשם פגיעה. צריך להגדיר בבירור מהי פגיעה לשם פגיעה ולהבחין בין שני מישורים, האחד - מה לגיטימי לומר, בלי קשר למשפט, והשני - מה אנחנו יכולים לעשות באמצעות המשפט באשר לאמירות שאינן לגיטימיות. בנוגע לנקודה הראשונה: לפעמים יש הצדקה לביטויים שליליים שנאמרים כדי לפגוע. בהקשר זה הבוחן החשוב הוא אופן תפקודו של עובד הציבור. אם עובד ציבור ממלא את תפקידו על הצד הגרוע ביותר, וברצוני לערער את אמון הציבור בו כדי לפגוע במעמדו, אז אף אם זו מטרתי המוצהרת - היא לגיטימית. לכן פגיעה לשם פגיעה אינה יכולה להיות בוחן עצמאי, מנותק משיקולים אחרים. לעתים המטרה אינה נשגבה כל-כך; לאנשים יש כל מיני מניעים וכל מיני שיקולים, ועדיין השאלה הקריטית היא אם דבריהם לגיטימיים. ייתכן שאדם בחר להשמיע דברי ביקורת בגלל שאינו אוהב מישהו, אבל דבריו נכונים. לפעמים אדם שחושף מעשה שחיתות הוא אדם שמונע מטינה שהוא כלפי מישהו. אולי הוא אינו ראוי לפרס, אבל הביטוי שלו היה לגיטימי ומוצדק ומבחינת תוכנו אף ראוי לעידוד.

דרך אגב, גם ההגדרה של המרדה בחוק הישראלי אינה מוגבלת לביקורת שנעשית במטרה לפגוע, אלא כוללת כל ביטוי שיכול, למשל, לגרום לבוז כלפי רשויות השלטון. אם אדם אומר ששופט כלשהו הוא שופט גרוע מאוד, האמירה הזאת יכולה לגרום לתחושת בוז כלפיו, והוא יכול לצפות זאת גם אם זו אינה מטרתו. כאמור, באופן עקרוני, השאלה אם המטרה של הדובר, היא לגרום לבוז או שהוא רק יכול

לפחות לצפות זאת, אינה מסייעת להבחנה בין ביטויים לגיטימיים לביטויים שאינם לגיטימיים.

גם ההבחנות האחרונות שהזכרו על-ידי עמנואל גרוס, אינן יכולות לשמש בסיס עקרוני להגבלה של ביטויים בהקשר זה. באנגליה, למשל, הייתה מגבלה ששיקפה הבחנה ברוח הדברים שאמר עמנואל גרוס, שמותר למתוח ביקורת על שופטים, אך אסור לומר שהשופטים פועלים ממניעים פסולים. זו אינה הבחנה לגיטימית, ואם השופט לקח שוחד ופעל ממניע פסול, לא אומרים זאת? המבחן המרכזי ללגיטימיות של ביטויים ושל מניעים צריך להיות מה תורם לדיון הציבורי. היסוד הוא שכאשר מדובר בביקורת כלפי אנשי ציבור כמעט הכול רלבנטי. לדעתי, גם ההבחנה בין ביקורת גורפת לביקורת לא גורפת אינה יכולה להצדיק הגבלה.

ב-1987, דו"ח ועדת לנדאו קבע שחוקרי השב"כ שיקרו בעקביות בבתי-משפט. אם אומר שכל חוקרי השב"כ שיקרו בבתי-משפט, מן הסתם אטעה. בוודאי אחדים מהם דיברו אמת...

❧ **קריאה:** השימוש במילה 'כל' פסול. צריך להוציא אותה מהמילון.  
 ❧ **ראם שגב:** לא צריך להוציא את המילה 'כל' מהמילון, יש מקרים שבהם כולם אכן, מתנהגים בצורה מסוימת. לא כשמדובר במיליוני אנשים אבל כשמדובר במוסד ממשלתי ובו שלושה-ארבעה אנשים ייתכן שיש נוהל פסול שהכול נוהגים על-פיו. כמו כן, אם חוקרי השב"כ שיקרו בתשעים אחוז מהמקרים לגיטימי לומר 'כל' ולא 'כמה' מאנשי השב"כ שיקרו לפעמים.

❧ **קריאה:** אתה אומר שאם תשעים אחוז עושים כך אפשר לומר 'הכול'; 'כולם'. אינני מקבל זאת.

❧ **ראם שגב:** אני טוען שבמישור הציבורי והמשפטי ביטוי כזה הוא לגיטימי. הבעיה נעשית חמורה יותר במעבר למישור המשפטי, בניסיון לעשות הבחנות שיכולות להתקבל בבית-משפט. אתה אומר שבית-המשפט צריך להחליט מהו 'הגיוני'; מהו 'הוגן'; מהו 'מבוסס'; מהו 'עובר את הגבול'. בנתינת הכוח הזה לבית-המשפט יש בעיה גדולה מאוד.

❧ **עמנואל גרוס:** אני מתפרץ לדברך כדי להשיב עליהם ב'זמן אמת'.

אני מסכים שאמירת הדברים האלה היא חלק מחופש הביטוי. אבל האם החלק הזה, שהוא בעיניי לא מידתי, צריך להיות מוגן? הרי לפי החוק אם אתה יכול לנהוג לפי אמונתך בלי לגדף את השופט ובלי להעליב אותו – עשה זאת. מדוע עליך לחרוט על דגלך את ההעלבה המרבית כשביכולתך לעשות זאת בביקורת אדיבה?

🔗 **יהודית קרפ:** אבל המידתיות אינה יכולה לשמש פרמטר בהגדרת עברה פלילית כי זה פרמטר עמום ולא מנחה.

🔗 **עמנואל גרוס:** אומר לך מה העניין. המידתיות קיימת למעשה כאשר שני אינטרסים חוקתיים מנוגדים זה לזה. כאשר זכות הפרט לחופש הביטוי מתנגשת בזכות השלטון לשמור על משטרו. כאשר הוא מוקע בלא שום סיבה...

🔗 **יהודית קרפ:** מה זאת אומרת "בלא שום סיבה?" האזרח מוקיע את המשטר משום שהוא חושב שהשלטון הזה צריך להתחלף באחר.

🔗 **עמנואל גרוס:** אפשר לעשות זאת בביקורת הוגנת. ביקורת הוגנת מבטלת את הסכנה הזאת.

🔗 **יהודית קרפ:** אם אתה מדבר על חינוך הציבור תחנך אותו לביקורת הוגנת; אם אתה מדבר על עילה להליך פלילי – הפרמטרים לכך שונים, וצריכים להיות מוגדרים וידועים.

🔗 **עמנואל גרוס:** אם כך, לפי דבריך, יהודית, בעניין זילות בית-משפט, העילה לא תעמוד ואין לה שום הצדקה כשההגנה היא ביקורת הוגנת.

🔗 **מרדכי קרמניצר:** השאלה 'מהי ביקורת הוגנת' היא שאלה שלאנשים שונים יכולות להיות עליה תשובות שונות. מכל מקום קשה להפוך את העניין הזה לקו גבול בין התנהגות מותרת להתנהגות אסורה בפלילים. נראה לי שגם אתה ער לכך.

הביטוי 'פושעי אוסלו' הוא, לטעמי, ביטוי צורם. הוא אינו מוצא חן בעיניי, הוא מקומם אותי, אבל לא היה עולה בדעתי להפעיל סנקציות.

🔗 **עמנואל גרוס:** גם בדעתי לא היה עולה. בהחלט שלא.

🔗 **ראם שגב:** כדי להעמיד מישוהו לדין, בייחוד עקב ביטוי על השלטון, נדרשת סיבה טובה מאוד. אף אם אדם לא מתח את הביקורת

הנכונה ביותר, המדויקת ביותר והמנומסת ביותר – הסיבה אינה טובה דיה. אותו אדם אינו צריך עילה להתבטא כל עוד אין סיבה טובה להגביל את חופש הביטוי שלו.

עניין אחרון: לדברי יורם שחר, ייתכן שכמה מהאיסורים האלה נובעים מהצורך להגן על כבוד שופטים ואנשים אחרים, אף שאולי זו אינה הצדקה לקיומם. אוסיף שהיו אנשים שניסו לבדוק את העניין וטענו שבמדינות כגון אנגליה וקנדה יש רתיעה מיוחדת מפני ביקורת על שופטים לעומת ביקורת על עובדי ציבור אחרים. כמו כן, נטען כי הרתיעה נובעת מהניסיונות להגן על השפיטה וליצור כבוד כלפיה באמצעות מיתוסים וטקסים הגלימות למשל. נטען כי הרתיעה הזאת פגעה מאוד באפשרות לבקר את השופטים ואף בניסיון להבין את פעילות השפיטה ואת עבודת השופט – איך השופט מחליט, איך מוסדות השפיטה פועלים, וזו סיבה נוספת לתת חופש ביטוי בתחומים האלה.

🔗 **יהודית קרפ:** באמתחת משרד המשפטים יש הצעת חוק חדשה להמרדה ואין בה חזרה על הפיסקה של הפגיעה באמון הציבור, הכלולה היום בסעיף ההמרדה. הסעיף הזה גרם לאי-נחת שנים רבות ולכן נמנעו ככל האפשר מהגשת הליכים בגין המרדה. לפני שאמשך ברצוני לשאול את ראה כמה כתבי אישום הוגשו על עברות של זילות שופט. אינני שואלת על עברות של העלבת עובד ציבור.

🔗 **ראה שגב:** אינני יודע כמה כתבי אישום הוגשו על זילות בית-משפט. על המרדה כמעט שלא מעמידים לדין, גם בישראל.

🔗 **יהודית קרפ:** כמה כתבי אישום הוגשו להערכתך?

🔗 **ראה שגב:** יותר ממספר אצבעות כף יד אחת. לא עשיתי על כך מחקר אמפירי.

🔗 **מרדכי קרמניצ'ר:** לפני כמה חודשים העמידו לדין אדם בבית-משפט שלום בגין זילות בית-משפט. הוא הגיש ערעור על פסק דין של שופט שדן אותו ובהודעת הערעור כתב שהשופט נהג כמו תובע. הוא הועמד לדין על משהו שכתב בהודעת הערעור. לדעתי את התובע צריך להעמיד לדין על זילות בית-משפט, כי מי שאחראי לפרסום הדברים ברבים הוא התובע בכך שהגיש כתב אישום.



ר' **ראם שגב:** אני ציטטתי רק פסקי דין של בית-המשפט העליון, והם בלבד רבים יותר ממספר אצבעות כף יד אחת.

ר' **יהודית קרפ:** שאלתי משום שאינני יודעת והיה כדאי לעשות הערכה כלשהי.

ר' **ראם שגב:** אני מוכן להסתכן ולומר שיש יותר מעשרה בשנה. ר' **יהודית קרפ:** אני מעלה את השאלה הזאת משום שהייתה לי תחושה שלא עושים שימוש בסעיף. הרציונל של זילות שופט אינו נעוץ בשמירת הכבוד אלא בפגיעה בתפקוד של השופט במהלך המשפט. כך צריך לפרש גם את ההנחיה של היועץ המשפטי לממשלה שמדברת על זילות שופט במשפט ספציפי, על דברים בהליך שמפריעים לתפקודו של השופט במהלך המשפט. העלבת עובד ציבור נעשית כשיש שיג ושיח בין עובד הציבור לאזרח, במהלך מילוי תפקידו של עובד הציבור.

ר' **מרדכי קרמניצר:** בדרך כלל, אנשים מתאפקים עד שנגמר המשפט. ובסוף המשפט, מיד לאחר ההכרעה אינם יכולים עוד למשול ברוחם והם מתפרצים. אם כך, מדוע זו פגיעה בתפקוד? השופט גמר לשפוט. ר' **יהודית קרפ:** אינני מייצגת איש. דעתי האישית, שהסעיף בעייתי ולכן עדיף לבטלו, לא נשמעה: צריך להיות מקרה נדיר בנסיבותיו כדי להגיש תביעה לפי הסעיף הזה. קראתי מאמר מאלף שפורסם באנגליה על נושא זה, מאמר מקיף בראייתו, והוא מעלה בעיקר את הבעיה השנייה שהזכיר גלעד – היכולת של בית-המשפט, אפילו באופן מושגי, להתייחס לזילות שופט. אני מבינה את הנחיצות של עניין העלבת עובד ציבור במובן של שמירה על יעילות התפקוד אך יש מקרים שבהם נעשה בעניין שימוש לרעה. כשהאזרח נתקל בהתנהגות לא ראויה של שוטר, מופנה אליו בסופו של דבר כתב אישום על העלבת עובד ציבור. העניין רגיש מאוד ובעייתי. מגיעים אליי, במסגרת בקשות לעיכוב הליכים, מקרים המעידים על הקושי.

ר' **מרדכי קרמניצר:** אולי לכן צריך להתנות את האיסור בכך שדברי העלבון יושמעו ברבים, בפומבי, במקום בו יש אוזניים שומעות נוספות, כדי שלצורך הכרעה ניתן יהיה להיעזר בעדים פרט לשוטר ולאזרח. ר' **יהודית קרפ:** אבל כל זה מביא לשאלה שמעסיקה אותי והיא מה קורה בעידן שלנו. אני מודאגת מאוד מחופש הביטוי כפי שהוא

מצטייר בעיני הציבור, כלומר יש התדרדרות בתפיסת חשיבותו של חופש הביטוי. הנטייה הגוברת והולכת להחיל את המשפט הפלילי על ביטויים שלא מוצאים חן בעינינו או על דעות שאינן לרוחנו והעובדה שבאקדמיה הפגינו כדי למנוע דיבור מאדם פלוני היא בעיניי סימן מדאיג מאין כמוהו.

**קריאה:** זה סימן שהאקדמיה משקפת את דעת הקהל. את צודקת.  
**יהודית קרפ:** זה סימן שהקהל אינו מבין במה מדובר ולכן אני שואלת: בעידן הזה, מה המשמעויות של חקיקה שנוברת בסעיפים של חופש הביטוי? אני חוששת מאוד. יש בחוק סעיפים שלא אנחנו חוקקנו והם ירושה מנדטורית. בהנחה שהתביעה תתפקד כהלכה כפי שתפקדה כל השנים יאפשרו לה לנהוג באופן מבוקר בהגשת תביעות על זילות בית-משפט ולשמר את המסורת שלא נוהגים בקלות בסעיפים האלה, על בסיס ההבנה שמשמעותם בעייתית על רקע התפיסות הנורמטיביות והעדכניות לימים אלה לעומת תקופת המנדט שבה נכתבו. לעומת זאת, אם נגיש לכנסת הצעת חוק לחקיקה נעשה שינויים בסעיפים האלה או נעדן אותם, נקבע פרמטרים אחרים, ונעמיד ציפיות חדשות כלפי התביעה.

**קריאה:** ההצעה היתה למחוק אותם, לא לעדן אותם.  
**יהודית קרפ:** הצעה למחוק. אינני יודעת מהו הלקח שצריך ללמוד מההצעה לבטל את מושג ה'סוביודיצה'. בשלב מסוים מצאתי את עצמי תוהה: ההצעה הייתה למחוק, המציעים השתכנעו שלא למחוק והתנהל ויכוח על ניסוח העברה. בסופו של דבר משרד המשפטים מצא את עצמו מותקף – תפעילו את הסעיף הזה או לא תפעילו אותו? ואני שואלת: רוצים שנפעיל אותו או רוצים שלא נפעיל אותו? כלומר תהליך החקיקה מוסיף ממד חדש לדיון בתחום הזה ויוצר ציפייה שאחרי שהכנסת מחוקקת חוק נאכוף אותו. יש מקדם סיכון חמור מאוד בעידן שלנו. חזקה על חברי הכנסת שהם אינם משאירים חלל ומיד מזדרזים לחוקק שוב. אם נשמוט כלי כלשהו שאנחנו יכולים לשמר לשימוש במקרים קיצוניים אני חוששת, בהכירי את הדינמיקה של החקיקה בכנסת, שנמצא את עצמנו מחוקקים שוב סעיף כזה, והפעם בכונה לאכוף. בדברים שאני אומרת אין

אידאולוגיה או פילוסופיה – אלא טקטיקה או אסטרטגיה, אבל הם דברים שנאמרים בדאגה לחופש הביטוי בעידן של היום. אני מקווה שנעביר את חוק ההמרדה מתוך מחיקת הסעיף הבעייתי הזה, אך אני חרדה מאוד להליכי החקיקה.

🔗 **מרדכי קרמניצר:** את צודקת שצריך לחשוש מפני המחוקק. הלך הרוח הזה מוצדק מאוד. עם זאת בניתוח המקרה של הסוביודיצה אינני בטוח שהמאזן הסופי הוא מאזן שלילי.

🔗 **יהודית קרפ:** גם אני אינני חושבת. מלכתחילה זאת הייתה דעתי אבל התגובות מעידות על הלך רוח של רצון לאכוף חוק ולחולל שינויים לעומת הקיים.

🔗 **מרדכי קרמניצר:** התגובה לא חשובה כל-כך. הסעיף צומצם צמצום ניכר מאוד לדעתי, בהתחשב בדרישות והיכולת להפעיל אותו ולהשיג הרשעה היא מוגבלת ומצומצמת. עם זאת, אפשר להעלות על הדעת מקרים נדירים מאוד שבהם יהיה אפשר להפעיל את סעיף הסוביודיצה. זה מצב שבו ייתכן שיש ערך מרסן לשוט שהורם על מקרים קיצוניים. לדעתי, ייעוץ משפטי מושכל בעיתון יכול לסמן את קו הגבול בין רוב הדברים שאפשר לפרסם ובין פרסום מסוכן.

🔗 **יהודית קרפ:** אבל לדידם של מי שרצו לבטל התוצאה היא ציפייה להעמיד לדין. אם נגיש הצעה לבטל את זילות בית-המשפט וירצו למצוא קו אמצע – איננו יודעים היכן אננו עומדים.

🔗 **מרדכי קרמניצר:** אני למד מהליכי החקיקה בנושא הסוביודיצה שכאשר מציעים לבטל איסור קיים, התחושה בכנסת היא שביטול הוא פתרון מרחיק לכת מדי, ולכן האיסור לא יבוטל אלא ינוסח מחדש באופן מצמצם. מתקבלת נוסחה מצומצמת מודרנית של שנת 2002 בציפייה שתופעל. בחשבון הרווח וההפסד השאלה היא האם עדיף להשאיר סעיף שהכול מסכימים שהוא בעייתי ולא לעשות בו שימוש או לנסח סעיף מודרני שמתלווה אליו צפייה גוברת לשימוש.

🔗 **מאיר בלייך:** ברצוני להעיר שהסנגוריה הציבורית כבר פנתה אל היועץ המשפטי בבקשה להגיש תביעה על סוביודיצה בעניין פלילי על דברים שפורסמו בעבר ואיש לא השמיע קול.

🔗 **מרדכי קרמניצר:** אבל גם בעבר היו דרישות. וכמעט תמיד ההחלטה

הייתה לא להעמיד לדין על סוביודיצה. אין חידוש בעצם הדרישה. דרישות דומות היו גם בעבר.

⌋ **ראם שגב:** בנוגע לסכנה של העלאת הצעה מסוימת ומתקבלת הצעה אחרת. אכן, כמעט תמיד יש אפשרות גרועה יותר, אבל יש שני דברים שכדאי לומר על ההבחנה בין סוביודיצה ובין המקרה הזה: ראשית בסוביודיצה יש בסיס מתקבל על הדעת להצדקה של איסור צר בתחום הזה, וקשה לנו יותר לשלול אותו לחלוטין, כי הדבר תלוי בנתונים אמפיריים שאינם קיימים. לעומת זאת כאן לא תיתכן, לדעתי, שום הצדקה מתקבלת על הדעת. מתברר שיש אנשים שחולקים על דעתי, אבל כדאי לציין שאף-על-פי שלא מעט ועדות דנו בעניין בכל מיני מדינות. לא נחקק שום איסור חדש כזה בשום מקום בעולם. כמו כן, הכיוון הגורף והחד-משמעי בכל המקומות הוא ביטול או, כשלב ביניים, צמצום של האיסורים האלה. כאשר יש צמצום הוא לרוב נתפס כשלב ביניים בדרך לביטול. בארצות-הברית, כבר אין היום למעשה איסורים כאלה, ובאירופה כל ההערכות של כל המומחים לנושא מורות על כיוון של ביטול מוחלט.

העניין השני – סוביודיצה הייתה בעיה מפני שהאיסור הקודם לא נאכף כלל, והבעיה היא שאולי יתחילו לאכוף היום.

⌋ **ראם שגב:** בשנים האחרונות הוא נאכף. כאן המצב אחר. כמעט כל יום עומדים לדין אנשים על העלבת עובד ציבור ועל זילות. בבדיקה שעשיתי נתקלתי בעשרות פסקי דין של בית-המשפט העליון בנושא הזה.

⌋ **יורם שחר:** בהלך רוח כזה של חשש מפני שינוי ההצעה בזמן הליכי החקיקה אפשר להגיע לשיתוק. יש איסורים שבוטלו מפני שהגיע זמנם כמו איסור על יחסי מין הומוסקסואליים. האיסור בוטל, לא חזרו אליו ולא עשו דבר במהלך החקיקה – המצב לא הורע אלא הוטב. כעת יש מגמה גורפת של צמצום חופש הביטוי. אכליל ואומר משהו שבווער בעצמותיי: יש לי תחושה שבימים אלה אנחנו משלמים מחיר כבד על שלא דאגנו די לחופש הביטוי בעבר. לא הרגלנו את עצמנו שחופש הביטוי הוא כמעט מוחלט. השתקנו את כהנא; השתקנו הסתה לגזענות; ואחר כך הצטרפנו לקואליציה מסוימת והשתקנו דברים הנוגעים לפורנוגרפיה; ואחר כך במשבר רצח רבין השתקנו אנשים שאמרו

דברים מרגיזים. כלומר זו רשימה ארוכה מאוד של מקרים אשר בהם המשטר הישראלי השתיק דעות מרגיזות מאוד – לפעמים בשני צדי המפה הפוליטית, לפעמים בצד אחד שלה – ולכולם היו נימוקים מצוינים. במישור הפוליטי אנשים בדרך כלל פועלים באופן גס למדי ויש נימוקים מדויקים מאוד כדי להצדיק את השתקת כהנא וכדי להשוות את ההטרדה המינית להתנפלות של שרת החינוך על בעלי דעה מסוימים. אני מציע לחשוב ביתר אהדה והבנה על העובדה שהמישור הפוליטי הוא מישור גס מאוד, מחוספס מאוד. ההבחנות שאנחנו מנסים לעשות כאן אינן עומדות במבחן המציאות כי אנו חוזרים מהכנסת ומכים על החטא. כולנו חוינו כל מיני תהליכים כאלה.

תהילה אלטשולר: חשוב מאוד לציין שלא כל דבר הוא ביטוי. אי-אפשר להגדיר כל פעולה של בני אדם כ'ביטוי' ולהגן עליה בשם חופש הביטוי. אי-אפשר להימנע מהצבת גבולות לחופש הביטוי ואחר כך להאשים את ההגבלות האלה. אלו דברים שבעיניי אינם 'ביטוי' שנכלל במסגרת ההגנה על חופש הביטוי.

יורם שחר: אומרים עליי שאני מגן על סרבנים. זה לא ביטוי – זו פצצה, זה דבר שהורג. לעומת זאת לומר למישהי 'מותק' בעבודה – זה לא ביטוי אלא הטרדה מינית. כדי להסיר ספק: כל הקולות שנשמעו על חופש הביטוי ונמנו ברשימה היו מוצדקים, ותמכתי בהם. אני לומד שגם לצד שכנגד יש טעמים.

תהילה אלטשולר: אינך יכול להשוות התעללות גופנית באישה לאמירת דבר-מה נגד סרבנות, שהוא ביטוי.

יורם שחר: החוק אינו אומר שצריכה להיות אישה במשרד כדי שתהיה הטרדה מינית.

תהילה אלטשולר: בצילום פורנוגרפי המצולמת הייתה צריכה לעמוד שם כדי שיצלמו אותה. זו אישה אמתית ולא ביטוי.

יהודית קרפ: האיסור הוא על יצירת עברת ההטרדה ולא על הצילום.

תהילה אלטשולר: אבל הוא גם אמר שפורנוגרפיה היא סוג של הגבלת חופש הביטוי. לכך התייחסתי.

משה גורלי: למיטב ידיעתי, היועץ המשפטי לממשלה פרסם הנחיה שבמקרה של השפעה על עדים יש מקום לאיסור הזה. אתן דוגמה

מוחשית לדבר: מוציא לאור של עיתון גדול עומד לדין פלילי ויש רשימה של עשרים וחמישה עדי תביעה. חוק הסוביודיצה בוטל והוא מפרסם בעיתון פרופיל של כל אחד מהעדים האלה – על חוסר אמינותם ועל כל שקריהם. ויתרה מזו, שליחיו יכולים לפנות אל העד ולומר לו לעדן את עדותו כי אם לא יעשה זאת תתפרסם בעיתון האמת על אודותיו. זה אולי חורג ממסגרת הסוביודיצה, אבל אני לא מתכוון רק למוציא לאור אלא גם לחבריו, לאנשים המקורבים אל העיתון. אנשי עילית, תעשיינים עשירים שקרובים אל המו"ל של העיתון ועומדים לדין פלילי יכולים לנצל את הקשר שלהם כדי לפרסם כתבות שישפיעו על עדים. צריך להגן על עדים מפני שהיום רוב המשפטים הפליליים קמים ונופלים על עדויות. אם מאפשרים השפעה על עדים באמצעות עיתון יש סכנה אמיתית לזיהום ההליך המשפטי. אשמח לשמוע נימוק משכנע לביטול סוביודיצה בצורה גורפת שיבטל גם את העניין הזה.

Ⓔ **ראם שגב:** ראשית, ביטול האיסור הפלילי אינו מעיד שאין שום טעם רציונלי להימנע מביטויים מסוימים משום שהם עלולים להשפיע על עדים או על הליכי שיפוט. אני ממליץ לעורכי העיתונים להתחשב גם בדברים אחרים מלבד החוק הפלילי. השאלה אם אנו יכולים לנסח איסור מוגדר וברור דיו שמצדיק שימוש במשפט הפלילי.

שנית, מקצת הדברים שהזכרת נכללים בעברות אחרות כמו שיבוש הליכי משפט. כשמפרידים הפרדה חדה יותר בין מעשים שיכולים להיות שיבוש הליכי משפט ובין מעשים שברור שאינם שיבוש הליכי משפט – שאינם עולים כדי הטרדת עד או איומים על עד – התמונה שונה. אלו לא דברים קיצוניים כל-כך ולמרות שאינני ממליץ לעורך העיתון לפרסם את כולם אני חושב שהם אינם מצדיקים עברה פלילית.

אם אתה סתם מפרסם משהו על עד זה דבר אחד. אם אתה מנסה להשפיע עליו ולסחוט אותו זו עברה אחרת. לדעתי, אם הרכיבים האלה אינם, המצב אינו מצדיק עברה פלילית.

Ⓕ **קריאה:** אני חושב שהדרך שבה הדברים יפורסמו תהיה מתוחכמת ויהיה זה בלתי אפשרי להצביע על הטרדה.



## מושב שלישי

פגיעה ברגשות הקשורים לדת





## יו"ר - רות גביון

גם כשהתותחים רועמים והזמנים קשים אי-אפשר לוותר על עיון בתשתיות העקרוניות ביותר של החברה שבה אנו רוצים לחיות. אני משבחת את היזמה לעשות זאת. הנושא שנדון בו היום הוא נושא מפתח מבחינה זאת, כי לא נדון בביקורת על רשויות השלטון ולא בהסתה ולא בלשון הרע, אלא בפגיעה ברגשות דתיים.

הנושא מעורר שתי בעיות מרכזיות: האחת - למה פגיעה ברגשות צריכה להיות טעם מצדיק להגבלת חופש ביטוי? אנחנו יודעים שחופש ביטוי לפעמים מקומם ולפעמים פוגע אבל הצדקת הגבלה של ביטוי בנימוק שדי שאדם אחר נרתע, מתקומם או נפגע היא דבר שבחברה ליברלית מעורר קושי גדול.

הבעיה השנייה - למה אנחנו מייחדים את הרגשות הקשורים לדת? למה איננו מדברים על פגיעה ברגשות בכלל? המחזה של חנוך לוין 'מלכת האמבטיה' הוסר מהבמות בגלל תחושה שהוא פוגע בפגיעה חמורה ברגשות של משפחות שכולות. המחזה התריס שהקורבנות נפלו לשווא ומקצת המשפחות חשבו שבחברה הנתונה במאבק על קיומה הדעת אינה סובלת רעיון כזה. הפגיעה הייתה פגיעה ברגשות, לאו דווקא פגיעה ברגשות דתיים, ואנחנו שומעים רבות את הטיעון 'פגיעה ברגשות'. הטיעון הזה נשמע הן בהקשרים של פסקי דין הן בהקשרים של החלטות מנהליות ומשמש טעם להגבלת חופש הביטוי.

להערכת, במרכז הדיון שלנו היום תהיה השאלה מהו הטעם ההיסטורי, ויתרה מזו, מהו הטעם האנליטי לייחד את הפגיעה ברגשות דתיים ולתת לה מעמד של איסור פלילי מיוחד.

אני מניחה שנשמע כאן על הסיבות ההיסטוריות, אבל הן פחות מעניינות מפני שרבים מהאיסורים הנהוגים כיום מוסברים בהתפתחות היסטורית. השאלה המעניינת יותר היא אם יש הצדקה מתמשכת לייחוד של פגיעה ברגשות דתיים, על פני פגיעה ברגשות מסוגים אחרים. ברצוני להסב את תשומת הלב אל חוק העונשין המונח לפנינו. ביכולתו לעזור לנו למקם את האיסור בהקשר המשפטי.

ראשון הדוברים יהיה מרדכי קרמניצר, שכתב עם ראם שגב

את המחקר המקיף על ההגבלות על חופש הביטוי, אשר בהיבטיו ובתוצאותיו נעסוק בדיון הזה.

## מרדכי קרמניצר

חשוב לראות את הדיון הזה בהקשרו: לא החלטנו 'להתנפל' על האיסור הפלילי הזה כשהוא לעצמו אלא הגענו אליו במסגרת עבודתנו על כל ההגבלות על חופש הביטוי שקיימות בשיטת המשפט הישראלי. בדקנו את ההגבלות האלה אחת לאחת ובבדיקתנו הגענו גם לנורמה הזאת. אנו עוסקים בסעיף 173 לחוק העונשין שאומר: "העושה אחת מאלה דינו מאסר שנה אחת: מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים; משמיע במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של פלוני מידה או כל שיש בהם כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים."

מדובר בחקיקה מיושנת ובעייתית בחלקה משום שהאיסורים האלה נראים מצומצמים מדי והרחבתם מוצדקת ומנגד יש בעיה של הפללת יתר.

לדוגמה, לפי סעיף 170: "ההורס, המזיק והמחלל מקום פולחן או כל עצם המוחזק ומקודש לקהל אנשים בכוונה לבזות דתם וביודעין שהם רוצים לראות במעשה זה עלבון לדתם, דינו מאסר שלוש שנים." אינני רואה הצדקה להתנות את הפעילויות של המעשה הזה בכוונות מיוחדות או בידיעות מיוחדות; מבחינתי די שאדם הורס ומחלל מקום פולחן של קהל אנשים או מזיק לו כדי שהמעשה יהיה בגדר עברה פלילית.

**רות גביזון:** אתה מצדיק החמרה עקב פגיעה במקום קדוש או במקום פולחן לעומת פגיעה במקום אחר?  
**מרדכי קרמניצר:** כן.

**רות גביזון:** למה?

**מרדכי קרמניצר:** כי כשמדובר בפעולות רעות אינני רואה בעיה להוסיף את האלמנט של פגיעה ברגשות כאלמנט נוסף מחמיר ובלבד שהאיסור יהיה מוגדר, ממוקד ושהכול ידעו במה עסקינן. יש הצדקה

להגן על הפולחן הדתי מפני הפרעות. כמובן, מתעוררת השאלה אם בהגנה על פולחן דתי צריך להגן גם על אירועים אחרים, אבל לדעתי מי שמפריע לפולחן דתי ראוי לענישה, גם אם לא עשה זאת בכוונה לפגוע ברגשותיו של אדם. המעשה כשהוא לעצמו הוא מעשה אסור. ביטוי נוסף ליושן החוק הוא סעיף 174 שעוסק במתן הגנה מיוחדת לבנייני ציבור ולמצבות. אבל הוא אינו נותן הגנה מיוחדת כי העונש הרגיל לגרימת נזק לרכוש הוא שלוש שנים. כלומר החוק ישן ומחייב דיון מחודש. ההיסטוריה מעוררת את השאלה עד כמה הדברים משתנים, ואולי הם משתנים ומשתנים ולבסוף חוזרים לנקודת ההתחלה כי המסורת של המשפט הפלילי היא להגן על הדת. מעיון בספרי חוקים פליליים ישנים עולה שהדת מוגנת כשהיא לעצמה ובמקום חשוב מאוד, כמעט בתחילת ספר החוקים. כוונתי לספרי החוקים האירופיים הישנים – חילול הקודש והתבטאויות כלפי אלוהים אסורים על-פיהם. באנגליה הגנו על הדת בתי-המשפט הכנסייתיים ומהמחצית השנייה של המאה ה"ז גם המדינה ראתה בהגנה על הדת כשהיא לעצמה חלק מההגנה על 'האתוס המדינתי', כלומר על החוקה של המדינה; על המשטר של המדינה. עברות דת כרוכות בעברה שדנו בה אתמול והיא עברת ההמרדה. אי-אפשר להימנע מהשאלה אם העברה שכתובה כיום בספר החוקים אינה משמרת את העניין הישן ההוא. מדי פעם מנסים למצוא לו תחליף שיתאים לרוח הזמנים המשתנים, אבל בבסיס נשאר העניין ההוא הישן שההגנה על האמונה הדתית היא הגנה על נורמות של ציות ועל המשטר במובן שהוא מקבל תמיכה מהדת.

צריך להדגיש שעם השנים חלו בעברה שינויים והם היו בשני כיוונים עיקריים – נוסף בה היסוד של פגיעה ברגשות ובו בזמן התפתח הרעיון של שמירת שלום הציבור. ואיך אנו שומרים על שלום הציבור? אם אנשים מתרגזים מאוד ונפגעים מאוד הם עלולים לנהוג באלימות. בפסיקה האנגלית יש ביטויים שנוגעים לחשש מפני אלימות וביטויים להגנה על שלום הציבור במובן רחב וערטילאי יותר. את ההשפעות השליליות ארוכות הטווח של פגיעה ברגשות על הסדר הציבורי ועל שלום הציבור אפשר למצוא בתיאור ההיסטורי.

לענייננו, המקור הראשוני לאיסור הזה בחוק שלנו הוא פקודה מנדטורית שחוקק הנציב העליון מיד אחרי מאורעות תרפ"ט. אז נאסרה בפעם הראשונה פגיעה ברגשות של אנשים דתיים מתוך תפיסה שלמאורעות האלה היה רקע דתי. השלטון הבריטי הואשם שלא דיכא בזמן את המאורעות האלה ולכן רצה להראות שהוא פעיל ונוקט אמצעים. כידוע, אחד האמצעים הזולים ביותר ששלטון יכול להפגין הוא חקיקת חוק. הבריטים חוקקו אפוא את החוק הזה והרחיבו אותו מאוד. השלטון הבריטי לא הרבה להפעילו אבל היה יכול לזקוף לעצמו עשיית מעשה בעניין הזה.

אפשר להכליל ולומר שהמשפט הפלילי אינו נוהג להגן על רגשות. צריך לומר שבשנים האחרונות יש סימנים למגמה המושכת את המשפט הפלילי לכיוון של הגנה על רגשות. בהצדקה לאיסור הטרדה מינית, בעיקר ההטרדה המילולית, יש נימוק של פגיעה ברגשות הקרבן המוטרד. אפשר להביא דוגמה אחרת שאינה עוסקת ברגשות במישרין והיא הפגיעה בדגל. בניסיון למצוא היגיון לעניין, רוב האנשים יאמרו שההגנה היא על רגשות. יש עוד דוגמאות אך העמדה העקרונית של המשפט הפלילי היא שלא מגנים באמצעותו על רגשות קשה במיוחד להגן על רגשות דתיים משום שקשה מאוד לדעת מה בדיוק נאסר על אדם להגיד. כיצד יימנע מפגיעה גסה ברגשות של אנשים דתיים? השאלה מה פוגע פגיעה קשה ברגשות של אנשים דתיים היא שאלה שקשה מאוד לענות עליה. אחד מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי הוא העיקרון של הזהרה מראש; של הדרכה. אפשר לומר לאנשים לא לשרוף דגל, לא לפגוע במקום מסוים והכול ידעו במה מדובר. אבל התוכן של איסור פגיעה ברגשות של אנשים דתיים אינו ברור, הוא עמום. אחת המטרות של הדיון הזה היא לנסות לברר אם יש תכנים ברורים לאיסור הזה.

נחום רקובר: הדבר נוגע רק למישור הפלילי, לא לקביעת הנורמות.  
מרדכי קרמניצר: אני מדבר אך ורק על האיסור הפלילי והשאלה שאני מציג בדיון הזה היא אם יש הצדקה להימנע מפגיעה ברגשות של אנשים אחרים.

נחום רקובר: מבחינת צו מניעה, לא מבחינה מוסרית.

מִרְדְּכֵי קֶרְמְנִיצוֹ: צריך לזכור שאיסור הפגיעה ברגשות מתמודד עם אינטרס חברתי חשוב שהוא חופש הביטוי. אני מעריך שיכולים להיות ביטויים חשובים מאוד מבחינת חופש הביטוי, על-פי כל מטרותיו: חיפוש האמת, אמירת דברים בעלי משמעות, אמירת דברים החשובים מאוד לאומרם. פגיעה ברגשות דתיים פוגעת במשהו יסודי אצל האדם הדתי במשמעות המכוננת שלו, אך גם אמירת הדבר הפוגע יכול שתהיה משמעותית ביותר, "יורדת חדרי בטן" מבחינת האומר, וחסימתו פוגעת בחלק המכונן של אישיותו.

פגיעה ברגשות נובעת לפעמים מרצון לשחרר כעסים, תסכולים וכו', וגם זה אחד השיקולים שביסוד חופש הביטוי. לכן יכול להיווצר מתח בין לבו של חופש הביטוי ובין האינטרס של רגשות אנשים מאמינים. בשל המתח הזה ומכיוון שאין ביכולתנו לשרטט גבולות לאיסור, שיהיו גבולות מנחים ויתנו הדרכה של ממש, אולי צריך לוותר על האיסור בר-העונשין הזה.

המסמך שכתבנו מציע לטפל במקצת התופעות השליליות באמצעים אחרים כגון הרחבה של איסור ההסתה לגזענות להסתה כלפי אנשים על בסיס דתם. יש כאן גם מחשבה לאסור על הסתה לאלימות, כלומר ליצור איסור על התבטאויות מתגרות פוגעניות שמטרתן להביא לידי אלימות. ההצעה אינה סתם מיועדת רק לבטל את האיסור הזה אלא ליצור את ההגנה הראויה באמצעים המתאימים למשפט הפלילי ובאופנים יעילים יותר.

## יהודה פרידלנדר

מוריי ורבותיי, אני נבון, או כדברי רש"י "לבי מגמגם", מכיוון שאינני משפטן ושאלותיי מרובות מתשובותיי. זכות השאלה מוקנית לי מכוח היותי אזרח וזכות התשובה מוקנית מכוח המומחיות. אינני מומחה בתחום הזה אבל אני מקווה ששאלותיי והערותיי ינחו אותנו לפתרון כלשהו. הסוגיה נזילה כל-כך ובהלכה, בדיני נזיקין יש עיקרון "הכול לפי המבייש והמתבייש", ניסוח הידוע בגמרא, במשנה, בעשרות כתובות ובכמה מקומות אחרים וזה גם הניסוח ב'בית יוסף', על

שולחן ערוך, חושן משפט סימן ת"כ, ל"ג: "נהגו בכל מקומות ישראל לעשות תקנה וסייג לדבר כפי בעלי לשון ולקנוס המבייש. הכול לפי העניין וכן יעשו בית דין בכל עניין לפי הראיה, הכול לפי המבייש והמתבייש." שם לא מדובר במאסר אלא בקנס. אנו נכנסים כאן לעומקה של בעיה – איך להגדיר את עצמת רגשותיו של המתבייש ואיך להגדיר את כוונת המבייש? ואולי אבחין הבחנה נוספת: אני דן בלשון הפגיעה, היינו בניסוח ובסגנון ולא בתכנים, מכיוון שלפעמים קשה מאוד להבחין בין ביקורת עניינית ובין השמצה. אם אינני מקבל את ערכיו של אדם או את אמונותיו או אם אינני מקבל את אורח חייו ואת הרגליו ואני דוחה אותם בגלל שהם שונים מאורח חיי ומאמונותי עדיין אין משמעות הדבר פגיעה ברגשות דת.

כלומר, הפגיעה צריכה להיות מצומצמת לעניינים של לשון, של ביטוי, שימוש בביטויים מסוימים, במילים מסוימות. אביא דוגמה לפגיעה שפגע אדם באדם אחר: מתנגד אחד שאל חסיד: "מדוע לא אומרים תחנון ביום זיכרון על רבה?" אמר המתנגד: "קל וחומר מט"ו בשבט. אם על עץ לא אומרים תחנון, על רבה על אחת כמה וכמה שלא אומרים." זאת בדיחה, אבל למתבדח הייתה כוונה לפגוע ברגשות שחש החסיד כלפי האדמו"ר שלו. ייתכן שהמקרה הזה היה נכלל בחוק העונשין, אף שיש כאן נימה של סאטירה.

מכאן לסוגיה של כוונת המחבר ובמילים אחרות – הסוגיה הפרשנית; פרשנות של טקסט. האם אפשר להוכיח בבית-משפט פרשנות של טקסט בכתב או בעל-פה? יש בכך קושי, שכן לדברים יכולים להיות פירושים אחדים בגלל הבדלים הנובעים מרגישות למילים, לביטויים, לניסוח. כל אלה הם תוצאה של רקע, של זמן, של מקום, של תרבות ושל אופי. לפעמים מפגש בין אנשים בעלי רקע אחר ובעלי רגישות לשונית שונה, בייחוד בארץ קולטת הגירה, יכול לגרום לאדם להיות בחזקת מתבייש ובשום פנים ואופן אין ראייה שהמתבייש רצה לבייש.

בספריו של הזו 'היושבת בגנים' או ב'עיש' יש ביטויים איזומים ונוראים של בעל כלפי אשתו, אך בחברה התימנית לביטויים האלה לא הייתה עצמה כזאת. אביא דוגמה אישית: הייתי תלמיד בית-ספר

יסודי כבן שתיים עשרה והוזמנתי עם אבי להתייצב לפני אשת המחנך. הגברת גבוהת הקומה והדקיקה פנתה לאבי ואמרה לו: "אני מצטערת שהטרחתי אותך," היא הייתה יוצאת גרמניה, "בנך קרא לבעלי ממזר." הייתי המום. לא זכרתי שאי-פעם אמרתי דבר כזה. כמובן, קיבלתי מיד מאבי שתי סטירות לחי – אני זוכר אותן עד היום – ואחר כך ניסיתי להבין מה קרה: ודאי שלא אמרתי למורה 'ממזר' כי מעולם לא הייתה לי כל התנגשות אתו. לאחר חקירה עצמית התברר שבהפסקה שוחחנו על תעלול של המחנך ואז השתמשתי במילה הזאת ואמרתי "המורה הזה הוא ממזר," אבל נימת המילה הייתה שונה. אחר כך כמעט הועמדתי ללינץ' מפני שהועבר מכלי שני שכיניתי מחנך, תלמיד חכם, רב בישראל וגדול בתורה – 'ממזר'. במשפט, היכן אנו עומדים לפי המבייש והמתבייש? האם אפשר לצפות שליהודי חרדי, לחסיד או למתנגד ממזרח אירופה, ליהודי דתי-לאומי מבוססות או מתל-אביב וליהודי חילוני ממשמר העמק תהיה אותה מידה של רגישות לרגשות דתיים?

יתרה מזו. לפעמים יש רגישות של הממסד, למשל: חתן פרס ישראל אפרים קישון סיפר לי שהוא כתב מחזה סאטירי על ישו. המחזה נפסל בישראל ולא הועלה בה על במה ואושר בגרמניה ובארצות אירופה קתוליות אחרות. הדבר מעיד על רגישות כלפי הפגיעה ברגשות של דת זו או אחרת.

ראוי להבחין בין פגיעה ברגשות דת של יחיד שהתבטאותי פוגעת בו פגיעה אישית ובין פגיעה ברגשות אדם בלי להתכוון לאדם קונקרטי. יש הבדל בין פנייה לאדם דתי קונקרטי בדברים כגון: "ניכר בך, מתוך אמונתך, שאתה פרימיטיבי" ובין מצב שבו אדם עומד על במה בעת ויכוח פילוסופי ועוסק בעניין מסוים שדת מסוימת דנה בו ואומר: "העמדה הזאת פרימיטיבית." זאת אינה אותה סוגיה ואינה יכולה להיות אותה סוגיה.

אצטט מדברי גוי חכם, ארתור שופנהאואר, שאמר על הסאטירה שהיא עוסקת ב-abuse ולא ב-abuser מפני שאם אדם יעסוק באדם קונקרטי הרי הוא מתחייב בנפשו. החוק דן כאן בפגיעה ברגשות של אדם מסוים שנפגע ואף ברגשות של אדם המייצג את הערכים

שהוא דבק בהם. הפגיעה יכולה להיות פגיעה בערכים. אשוב לתחום שלי, שבו אני מרגיש נוח יותר – האמנות, הפיסול, הספרות, המוזיקה: האם בשל פגיעה ברגשות דת מותר להטיל צנזורה על האמנות? הזכירו כאן את 'מלכת האמבטיה' ולא בכדי. המחזה 'מלכת האמבטיה' עורר שערורייה ודוגמאות שאביא לא עוררו שערורייה משום מה.

למשל, כשדנים בשירה תמיד מדברים בשם חופש הביטוי וחופש האמנות ותמיד יש דיון אם אפשר לצנזר או אי-אפשר. נושא הצנזורה לא נולד היום. ברל כצנלסון, טבנקין ואחרים צנזרו את 'מעגלות' של דן מלץ וכן ספרים של סופרים אחרים ולא התירו להוציאם לאור עד שלא יימחקו מהם ביטויים מסוימים. כמובן, הצורה הייתה בתחום היחסים שבינו לבניה. אהוד בן-עזר אמר לי פעם שבהוצאת 'עם עובד' אילצו אותו 'לכפתר כמה כפתורים' ברומנים שלו. אבל אני מדבר על איש ציבור, מנהיג שהולכים אחר רעיונותיו, שאוסר על אמן להתבטא בחופשיות; התערבות השלטון בנימה שיש בה משום פגיעה בספרות בגלל יחסים פוליטיים. אספר סיפור אישי: לפני שנים רבות הייתי אמור להנחות במדור לספרות ברדיו בעריכת עזרא מנחם המנוח, דיון בספר, שעסק במהפכת 1917 ובכל הפוגרומים שנעשו בה. סמוך למועד השידור הודיע לי עזרא מנחם שהתערבו ממשרד החוץ בגלל קשרים מסוימים עם הרוסים והוחלט לדחות את הדיון לעת אחרת, לכשתהיה השעה כשרה לכך. ב-2002 לא תיתכן הערה כזאת. אביא עוד דוגמאות: ב-1899, כשטשרניחובסקי כתב בשירו 'לנוכח פסל אפולו' את המילים: "אל אלוהי כובשי כנען בסופה – ויאסרוהו ברצועות של תפילין," הייתה שערורייה. בין המילים האלה ובין המילים של יונה וולך שמתארת בשירה כריכת רצועת תפילין על איבר אינטימי בגוף ההבדל גדול, אבל הדבר לא היה מנוגד לחוק כלשהו והיא לא הועמדה לדין. יצחק לאור, משורר בן זמננו, פרסם ב-22 במרס 1982 שיר בכתב העת 'סימן קריאה' (חוברת 16-17). כתב העת הזה ממומן גם בכספי משרד החינוך והתרבות ובכספי אוניברסיטת תל-אביב. השיר נקרא 'המנון לגוש' ומסיים במילים: "...ואת חג חירותנו יום חג המצות הזה בקדושה ובנענועי / גוף



מתמכרים נחוג בהתכוונות ובמצותינו דם נערים פלסטיניים, כי בלאו הכי / הכול עלילות עכו"ם." אני יכול לתאר לעצמי מה היה קורה אילו משפט כזה היה נאמר בכנסת ישראל או אילו אמרו אותו זמרת בהופעה פומבית או עסקן פוליטי. בהנחה שהדבר קיבל הגנה של שיר, השאלה היא מה החוק אומר אם נעשית פגיעה ברגשות דתיים כשמדובר ביצירת אמנות – שיר, סיפור, פסל או יצירה אחרת. איך מנסחים ניסוח משפטי לעניין זה?

מרדכי קרמניצר הזכיר את ההטרדה המינית. הרי לפי ניסוחו של חוק ההטרדה המינית, גם התבטאות נאיבית יכולה לגרום לנפגעת לחשוב שיש כאן הטרדה מינית. בני עורך הדין אומר: "אבא היזהר! על כל הערה שתעיר לגברת היא יכולה לטעון שיש לך כוונות." כלומר אם אחמיא לגברת מסוימת שנעליה יפות ואופנתיות, היא תוכל לטעון שאני מתעניין ברגליה. נאמר לי שיכולה להיות הטרדה רק לאחר אזהרה. אם הגברת אומרת: "אני מבקשת שלא תדבר אליי כך", ואדם חוזר על הדברים אפשר להאשימו בהטרדה מינית.

מרדכי קרמניצר: כדי להעמיד דברים על דיוקם: שתיים מהחלופות דורשות אזהרה, אבל יש חלופה של יחס מבזה או משפיל שאינו דורש אזהרה מוקדמת מצד הנפגע.

יהודה פרידלנדר: כשיש קונסנזוס שהיחס מבזה. אבל מה קורה אם איני יכול לצפות רגישות של גברתי? למשל, באוניברסיטה יש דיונים נוקבים מאוד אם ראוי להקפיד בה על תלבושת מסוימת ואני אומר בפירוש שאני חושש להתבטא מפני שאם אעיר לסטודנטית על לבושה היא עלולה לראות בכך פגיעה והתערבות אישית – לא בצנעת הפרט אלא בהעדר צנעת הפרט.

והערה לקראת סיום: מאחר שבמדינת ישראל רוב האמנות מסובסדת או אפילו ממומנת בכספי הרשות ומאחר שבמערכת החוק במדינה אין הפרדה בין דת למדינה, נוצר מצב שזעם האזרחים מתבטא באלימות מילולית כלפי השלטון או כלפי קבוצה מסוימת בקואליציה. האם מכאן לא תתפתח התבטאות פוגעת ברגשות דתיים? לא מתוך רצון לפגוע ברגשות הדתיים כשהם לעצמם אלא מפני שהרגשות האלה היו לחלק ממנגנון פוליטי. אסיים בלשון מבודחת מעט. הסאטירה יכולה

לפעמים לבטא את הדברים האיומים ביותר: שרת החינוך לשעבר, חברת הכנסת שולמית אלוני, אמרה פעם בכנסת שלגביה אין הבדל בין ארבע האימהות לבין רחב הזונה. בכנסת הייתה שערורייה. חבר הכנסת פרוש יצא מכליו מרוב זעם והתבטאות נראתה כפגיעה איומה ברגשות דתיים.

פגשתי את שרת החינוך במועצה להשכלה גבוהה, החלטתי להיות פרובוקטור ואמרתי לה: "גברת אלוני, אני רוצה להגן עליך. את אמרת בכנסת שאין הבדל בין ארבע האימהות ובין רחב הזונה ואני רוצה להוסיף שאני מוכן לברך בכל ליל שבת את בתי 'שימך אלוקים כשרה, רבקה, רחל ולאה וכרחב הזונה'." היא הייתה המומה וראיתי שהיא לא ציפתה מאדם כמוני, מזוקן וחובש כיפה, לומר דבר כזה. אמרתי לה: "גברתי, במסורת ישראל יש סיפור, אינני יודע אם הוא אגדה או סיפור היסטורי, לא הייתי שם, ובו נאמר שיהושע בן-נון נשא לאישה את רחב הזונה ומצאצאיו היה ירמיהו הנביא, הלוואי שאתברך בכך כזה."

**רות גביזון:** יהודה פרידלנדר מזכיר את דבריו של מרדכי קרמניצר, שאחת הבעיות המרכזיות באיסור הפלילי על דיבור הפוגע ברגשות היא זיהוי הדיבור הזה, הן במובן של הנחיה לאנשים ממה עליהם להימנע הן במובן של הצדקת הענישה בדיעבד. דיבור נעשה בהקשר מסוים ולפי ניתוחי שימושי השפה, ידוע שקשה מאוד לתת לביטויים משמעות שנובעת רק מהתוכן ולא מההקשר שבו נאמרו.

אני רוצה להזכיר שבעיית זיהוי הפגיעה אינה רק בדיבור ובוודאי שלא רק בדיבור שפוגע ברגשות דתיים. יש בעיה כזאת גם בהסתה ובגזענות. נכון ששם יש גם בעיה של קשרים סיבתיים. כאן מוצע לנו לפרק מקצת הבעיות באמצעות הדגשה של קשרים סיבתיים להתנהגות שאין ספק שהיא בעייתית, כמו התנהגות אלימה או התנהגות מפלה. אבל כאן הבעיה יסודית מאוד ומעוררת שאלה מרכזית – מהו הקשר בין נורמה ציבורית של גינוי ביטויים ובין נורמה משפטית שנאכפת במשפט הפלילי, בהעמדה לדין, ענישה, בהטלת קנס או במאסר?

אזכיר שראוי שנתמקד בשימוש במשפט הפלילי ולא בטכניקות חברתיות חינוכיות אחרות להגבלת ביטויים.

## שלוש רוזנברג

במחשבה ראשונה עמדתי כמובן בעד החוק – נגד פגיעה ברגשות דתיים – וזו הייתה עמדתי תמיד. במחשבה שנייה, עמדתי היא נגד ומיד אומר מהי עמדתי בהרהור שלישי.

אחרי רצח רבין למדתי שאני מתנגד לכל הגבלה בחוק על כל הערה ועל כל דיבור. אני אומר זאת ומסתכן בנפשי כדי להוציא גם כל דיבור על הסתה ועל גזענות. כל מה שקשור לדיבור לא צריך להיות נתון למשפט.

לדעתי יש גבול ברור בין מעשה ובין דיבור. החוק קובע הבדל לא מוסרי בין המתוחכמים ובין האנשים הפשוטים, כלומר, ברור שבתחכום אני יכול לנסח בתחכום אמירה מסוימת, ורק מי שמבין אותי יראה את הפגיעה האיומה בדבריי. לעומת זאת האיש מ'מחנה יהודה' אומר משפט ישיר, חסר תחכום כי אין לו שפה עשירה של פרופסור.

אפשר לנסח את הדברים בתחכום רב יותר וזה המקלט הראשון. בדיוק כמו שיש מקלט משפטי אחר, והוא האמנות, ואני לא מקבל בשום פנים ואופן שאמנות יכולה להיות מקלט למשהו. אם פגיעה ברגשות היא עברה פלילית, גם באמנות היא אסורה. אינני מבין מה ההבדל. קיומם של מקלטים נראה לי מסוכן מאוד – מקלטי מס, מקלטי מוסר ומקלטי משפט.

יש מקלט, שלדעתי כיוונו צריך להיות הפוך: אני חושב שצריך להוכיח חברי כנסת על דבריהם בחומרה רבה לעומת אנשים פשוטים. חבר כנסת צריך לחדול מלמלא את תפקידו אם, למשל, נאשם בהסתה או בגזענות. המקלטים האלה מפריעים לי מאוד ועלינו להתנגד להם.

אדם אימפולסיבי וכעסן, או נניח אדם שבא ממסורת דרום-אמריקנית פגיע יותר מאחרים. שתי הערות על דברי יהודה פרידלנדר: אין

לי בעיות עם פרשנות, כלומר אני מהאסכולה הישנה ולדעתי היא הנכונה, אבל אומר בפשטות – איש איננו יודע היכן מתחיל ההר. הכול יודעים להבחין בין פסגות ההרים ובין העמקים. אפשר תמיד להציג מקרי גבול אך יש דברים ברורים. יש אמירות שאילו היו נאמרות בצרפת או בגרמניה היית צועק: 'אנטישמיות', ופה הן יכולות להיאמר ולא יקרה דבר.

אילו הייתי מוסיף לשורה של טשרניחובסקי את המילים "הגיע הזמן לשלוף את רצועות התפילין", היו צריכים להושיב אותי בבית סוהר על הסתה, מפני שרצועות התפילין היו על-ידיהם של יהושע והשופטים, ידיהם של עושי המלחמות, עושי הטרנספרים. את השיר של יונה וולך צריך לאסור. לא בגלל פגיעה ברגשות דתיים אלא בגלל פגיעה קשה באישה, מפני שהשיר הזה הוא שיר סאדו-מזוכיסטי במובהק.

**רות גביזון:** אני מוכרחה לומר שאני מוקסמת אבל אינני מבינה – אתה נגד כל הגבלה?

**שלום רוזנברג:** כן.

**רות גביזון:** אז גם את שירה של יונה וולך לא צריך לאסור.

**שלום רוזנברג:** מלכתחילה אני מתנגד לכל הגבלה, אבל אם יש הגבלות ואם יהיה חוק אני דורש שבתוך החוק יהיה גם האלמנט הזה של פגיעה ברגשות דתיים.

ברצוני להעיר על ניתוחו של מרדכי קרמניצר: הבעיה הגדולה היא באלמנט הסובייקטיבי, היינו בממדים. למשל, אני יכול להשחית תמונה שערכה החומרי שבעה שקלים. אך אם יש בידי תמונה משפחתית נדירה שקשורה לעברי ומישהו ישחית אותה – העוול שנעשה לי איננו יכול להימדד באופן אובייקטיבי. הוא צריך להימדד אך ורק באופן סובייקטיבי. פירוש הדבר שלדעתי לשופט אין זכות לומר שהאובדן שלי חסר ערך.

כך למשל אפשר לטעון שפגיעה בשרידים היסטוריים בעלי ערך לקבוצה מסוימת חמורה יותר ממעשים אחרים כי הדברים נדירים ויש כאן אלמנט סובייקטיבי חשוב מאוד. יש אלמנט אחר – האלמנט הסובייקטיבי של הפוגע. האלמנט הסובייקטיבי הזה חשוב מאוד מסיבה פשוטה: יש הבדל בין מי שרוצה להשתמש בשיש מצבות

למטרה אחרת וגונב אותו, ובין מי שהורס קברים בכוונה, כדי לבזות את האחר.

אם במקרה פגעתי באדם או ביישתי אדם שלא בכוונה – לפי ההלכה אין בושתי והדבר ברור מאוד, מפני שיש הבדל בין מי שגורם שבגדיו של השני יפלו ובין מי שמפיל את בגדיו של האחר או פוגע בכוונה תחילה. לכן האלמנט הסובייקטיבי נמצא בנפגע ולפי דעתי הוא נמצא גם בפוגע ועליי להביאו בחשבון. אם כן, עלינו להבין שאם יש חוק נגד ביטויים; נגד שפה; נגד 'חטאים' של שפה; צריך להחמיר מאוד במקרים האלה.

דבר נוסף: יש פגיעות במזיד. לעתים נעשה שימוש בסמלי הדת למטרות נלוות. למשל שימוש בסמלי דת לאמנות. דוגמה לכך היא התקרית שקרתה בחגיגות היובל למדינה, כשנעשה שימוש כוריאוגרפי בשיר 'אחד מי יודע'. לדעתי נעשתה שם פגיעה מתוך גישה אווילית, מפני שמי שבחר בשיר רצה לבחור סמל דתי ואמר: "הנה, רוקדים את 'אחד מי יודע' וזו תרומה לחגיגות, זה החלק הדתי בהן." אני חושב שהאמנות יכולה להיות קדושה אבל אם מחבר מוכן למכור שיר למען פרסומת, קדושת האמנות נפגעת וזו בעיה.

לטענתי צריך אפוא להגן על הרגשות הסובייקטיביים. אינני יודע מה הכוונה במושג 'כבוד' בחוק כבוד האדם וחירותו אבל ברור לי מהו 'כבוד'. יש פגיעות מסוימות בכבוד שהן פגיעות קשות מאוד. יש מלכודת אחת חמורה מאוד בניתוח של מרדכי קרמינצ'ר והיא המלכודת של שמירת שלום הציבור. זה פרס לאנשים שמגנים באלימות – בהפגנות, בשרפת מכוניות ובפגיעה ברכוש. זה יכול להיות למשל ציור החזיר שהופץ בחברון.

הערה נוספת על שיטת הפגיעה והיא נוגעת בגבול שבין המעשה ובין הדיבור. אביא דוגמה מדבר שבאזור הדמדומים ולפי דעתי הוא פגיעה: הצגת תאטרון שגיבורה הוא שיילוק. מה קורה כאשר בתאטרון מסוים, שאת שמו לא אזכיר, מלבישים את הגיבורים בלבוש חרדי או בלבוש של מתנחלים דתיים?

❧ **קריאה:** סליחה, הדוגמה שלך תאורטית.

❧ **שלום רוזנברג:** אינני מביא דוגמה תאורטית. האם זו פגיעה ברגשות

דתיים? הלוא נעשית כאן בבירור הטחה: "אתם שיילוק, אתם טרטיף." זה בדיוק מה שיקרה: אדם פשוט, איש תם וישר יאמר בכעסו מילה ויזדקק לעורך דין והאחר יתחמק מהדין. מלכתחילה אמרתי שאסור להגביל דיבור. בדיעבד, אם אתם סותמים פיות – סתמו גם את הפיות שאני רוצה להשתיק.

**רות גביזון:** לפתיחה שמענו שלושה דוברים שאמרו דברים מעניינים ופרובוקטיביים. לדעתי דבריהם יוצרים אצלנו תחושה קשה שאנחנו בצרה.

נוכחים כאן אנשים מדיסציפלינות שונות. ברצוני להזכיר הבחנה בין שני סוגים של טיעונים: טיעון אחד בעד פטור מוחלט מסנקציה פלילית על ביטוי והוא טיעון מסדר ראשון, והשני הוא טיעון מסדר שני. לא הבנתי לגמרי על איזה מהם דיבר פרופ' רוזנברג, ואני חושבת שחשוב מאוד שזכור את ההבחנה.

הטיעון הנגדי מסדר ראשון אומר שיש הבחנה בין דיבור למעשה. אנחנו דנים רק במעשים וכל הדיבורים הם מוחץ לדיון.

טיעון מסדר שני אומר שיש דיבורים מסוכנים מאוד, פוגעים מאוד ומקוממים מאוד והיה צריך לאסור אותם, אבל היכולת לזהות את הביטויים האלה קטנה כל-כך והחשש מפני שימוש לרעה באיסור והאשמת אנשים שאומרים דברים שצריך לאפשר לאומרם גדול כל-כך, שלמרות הכאב שבוויתור על כוחו של המשפט בהסדרת ביטויים בוטים ומסוכנים אנחנו ממליצים על פטור מוחלט לדיבורים.

התוצאה המשפטית של שני הטיעונים האלה זהה, הבסיס שלהם שונה לחלוטין. להבדל הזה תהיה השפעה קרדינלית אם נאמר שאיננו יכולים לעשות משהו בתחום המשפטי אבל אנחנו רוצים לעשות דבר-מה בצורות אחרות. אם נוהגים לפי הסדר הראשון אולי גם בצורות אחרות אין צורך לעשות דבר, אם נוהגים לפי הסדר השני הצורות האחרות נעשות קרדינליות.

המסקנה שעולה מדברי שלום רוזנברג היא שלמרות המשיכה התאורטית לאיסור המוחלט של ענישה על ביטוי, איש מאתנו לא

יכול לעמוד להיות שלם עם האיסור הזה. כולנו מכירים בהגבלות על ביטוי – הוצאת דיבה; מקרים בוטים מאוד של הסתה שהם על גבול השידול. לא נוכל לומר "זה דיבור, הגדרנו את זה כדיבור וזו לא יכולה להיות עברה." אין מנוס מעשיית המלאכה המאומצת וכפוית הטובה של זיהוי הדברים שהם ביטוי אסור והדברים שאינם ביטוי אסור.

## דין

אָלון הראל: רות פתחה את הדברים בהצגת שתי השאלות הקריטיות: האחת – 'למה רגשות?' והשנייה – 'למה דת?'

אני טוען שדת צריכה להיות מוגנת יותר אבל רגשות, לפי עמדתם של מרדכי ושל שלום רוזנברג, אינם צריכים להיות מוגנים כלל. אני חושב שזו עמדתם של רוב הדוברים עד כה בעניין רגשות. דת צריכה להיות מוגנת כאשר מדובר בחופש דת אבל רגשות לא. אטען שלושה טיעונים מרכזיים כדי להסביר מדוע רגשות אינם צריכים להיות מוגנים כלל.

ראשית, אין סיבה שרגש יהיה מוגן יותר מדעה. אינני מוצא שפגיעה בדעה היא פגיעה חמורה פחות.

קריאה: כאן כתוב אמונה.

אָלון הראל: אני מדבר על מושג של פגיעה ברגשות. אבל אמונה פוליטית לא צריכה להיות מוגנת, אלא להיות פתוחה לביקורת, שיהיה אפשר לדבר נגדה. אינני מוצא שאנשים רגשניים צריכים להיות מוגנים יותר מאנשים דעתניים. אינני מוצא שלרגשות יש מעמד מיוחס בעולם המנטלי שלנו אשר יצדיק התערבות מיוחדת של המשפט מעבר לאמונה. לא במובן של faith אלא במובן של conviction, שבוודאי עלינו להיות מסוגלים לתקוף אותו ולדבר נגדו.

הטיעון השני הוא מאפיונם של רגשות: ככל שמגנים עליהם יותר, כך הם מתעצמים ודורשים הגנה נוספת. רגשות הם דבר תובעני. כשאתה אומר שאסור לכרוך את התפילין על דבר מסוים – הרגש מוגן.

קריאה: איזה רגש זה בדיוק?

אלון הראל: רגש דתי, או פגיעה ברגש דתי, או האיסור על אמון להכניס צלב לבקבוק שתן. בעתיד הרגש הזה יתעצם. הרי יש לנו רגשות דתיים שהיום נראים פחות מרכזיים אבל ככל שנגן עליהם יותר, כך הם יתבעו והגנה נוספת ולכן צריך לחסום אותם בהתחלה. הטיעון השלישי הוא שהגנה על רגשות דתיים מפני פגיעה תפגע בראש ובראשונה בדתיים. בעיתון נכתב שנחום רקובר פגע ברגשות של אוכלוסייה גדולה מאוד, ולכן אנשים טענו שאינו ראוי לקבל את פרס ישראל. בין שאמר את הדברים ובין שלא אמר אותם, ולא אדון בשאלה הזאת, הפגיעה ברגשות נובעת מתפיסת העולם שלו. אם הדברים נאמרו והם מבטאים עמדה כנה – זו תפיסת העולם הכללית של הדובר. יתר על כן, בקהילה החרדית עצמה נאמרות אמירות חריפות מאוד נגד קבוצות דתיות אחרות של נוצרים. לפעמים אני קורא את העיתונים ונחרד.

אני חושב שהקורבן של איסור על פגיעה ברגשות דתיים, כפרקטיקה בתוך המשפט הפלילי שלנו, יהיו בראש ובראשונה הדתיים.

יורם שחר: אלון מבקש להרחיב את האיסור לתחומים אחרים והדבר אינו אפשרי. זה יישאר פגיעה ברגשות הקשורים לדת. ארחיב מעט את דבריו. הוא אמר שכל הדתות הרציניות מבססות את עיקריהן על דחייתן של אמונות אחרות, עיקרה של היהדות הוא בניתוח הפסלים של בעלי דתות אחרות. דברים רבים שנאמרו כאן היום הם דברים הפוגעים פגיעה חמורה ברגשותיהם של אנשים לא יהודים שיושבים בקרבנו. אפילו האמירה של פרידלנדר "גוי חכם", מעידה שאדם צריך להתנצל על שהוא מצטט מדברי אנשים שאינם יהודים.

צריכים לחיות עם עלבונות קשים מאוד כלפי דתות, כלפי דרכי האמונה בהן ובוודאי כלפי המאמינים בהן. אני חושב שאנשים דתיים צריכים להיות הראשונים שיפעלו נגד הגנה פלילית על רגשות דתיים ואמונות דתיות. אני טוען שצריך לפעול גם נגד הגנה פלילית על רגשות בכלל אבל זו שאלה רחבה יותר.

רות גביוון: למשמע הדברים שנאמרו כאן אני רוצה לשנות את



סדר העניינים ולהזמין את שמואל יעקובוביץ לדון בקשיים שהועלו ובקשיים אחרים הנוגעים לשימוש בכלי המשפטי לטיפול בחומרים האלה.

🔗 **שמואל יעקובוביץ:** אני חושב שאאכזב.

🔗 **רות גביזון:** האם מישהו מהנוכחים רוצה לטעון טיעון בעד איסור פלילי על פגיעה ברגשות דתיים?

🔗 **שלום רוזנברג:** אני חושב שאין צורך לחוקק זאת בחוק אבל אני חסיד של התערבות השלטון, למשל בדבר אחד: נראה לי שסטירה היא פגיעה חמורה מאוד. למשל אם תיעשה סאטירה בוטה על ישו או אם תהיה פגיעה בצלב צריך לעצור זאת בכל כוחו של החוק. לא בגלל הפחד אלא בשל שלום הציבור, בשל דרכי שלום. במילים אחרות: יש הבדל גדול מאוד בין העלבת אשתי בוויכוח פנימי בינינו ובין העלבה בוויכוח חיצוני.

🔗 **רות גביזון:** האם יורם שחר חוזר בו מבקשתו למרדכי קרמניצר להוציא את נושא שלום הציבור מהתמונה?

🔗 **יורם שחר:** לא. אני חושב שיש הבדל אם שלום הציבור הוא ראיית האחר או שלום עם האחר. אם שלום הציבור הוא מניעת התלהמות ופגיעה, מן הראוי לאסור את הצגתו של קישון בארץ ולא בגרמניה.

🔗 **רם ריבלין:** אעלה שתי פרספקטיבות שחסרו בדיון עד כה. הראשונה היא ההבדל בין הרקע ההיסטורי של האיסור שאפיין מדינה דתית שמגנה על המסורת שלה ובין ההקשר המודרני שבו הדת או הדתיים הם המיעוט. שנית, בלי לפתוח לדיון את השאלה אם אפשר להיות דתי וליברלי כאחד, בדרך כלל קשה מאוד לפגוע ברגשותיהם של הדתיים שמגדירים את עצמם ליברלים. הדתיים שרגשותיהם נפגעים הם בדרך כלל המיעוט הדתי הלא ליברלי, ועליהם בא האיסור להגן. לכן, התביעה להתיר פגיעה ברגשות דת בשם חופש הביטוי, שהוא עיקרון ליברלי, מעוררת את שאלת היחס בין המדינה הליברלית לקבוצות מיעוט לא-ליברליות. מכאן עולה השאלה מה פשר התביעה של המדינה בשם עקרון חופש הביטוי שהוא עיקרון ליברלי נעלה...

🔗 **רות גביזון:** נחזור אל הדיון. נחום רקובר, בבקשה.

🔗 **נחום רקובר:** לא הבנתי את ההבחנה שעשה שלום רוזנברג בין

דרכי שלום ובין מניעת חופש הדיבור לשם מניעת אלימות. לא הבנת מהו ההבדל בין שתי הגישות האלה. חשבתי שכל אמונה נלחמת בדרכים משלה באמונה האחרת אם בניתוח המקראי, כפי שהזכרת, אם בהיתר לבזות את הדת האחרת. מבחינת האמונה מעשים אלו לא ייחשבו איסור.

מצד אחר חופש הדיבור הוא ערך עליון. נדמה לי שמבחינה יהודית היה אפשר לעצור את חופש הדיבור רק מן הבחינה של שכנות טובה, של דרכי שלום ושל מניעת אלימות משום שחופש הדיבור הוא בוודאי ערך מקודש ביהדות. הערך הזה מתבטא בהגבלות על לשון הרע ועל דיבה. גם הזכויות מותנות באי-פגיעה באחר. לכן חשבתי שדברי קרמניצר הם דרך להבין ולהצדיק את מניעת חופש הדיבור לצורך מגורים משותפים עם בני דתות אחרות.

שְׁלוֹם רוזנברג: כתבתי מאמר ובו טענתי שיש הבדל גדול מאוד בין המושג 'דרכי שלום' ובין המושג 'כמשום איבה'. אני חושב שכל יהודי צריך לשמש הנציג, השגריר של הקדוש-ברוך-הוא. התנהגות מוסרית לקויה מכתימה את הקדוש-ברוך-הוא, ועל כן מבוססת תורת היהדות ולא על 'מה מותר לי או מה אסור לי לומר ברגע מסוים'.

אני טוען שיש לדברים ערך מוסרי ולכך אני קורא 'דרכי שלום'. לא רק אני קורא – כך כתוב במקורות. אני יכול לטעון טענות קשות מאוד כלפי הנצרות אבל לא לפגוע בצלב, לא לפגוע בכנסייה ולא לומר "ימח שמו וזכרו" בראשי תיבות. לפעמים יש פרדוקס: אני צריך להגן על הנצרות כמו שהנוצרי צריך להגן על היהדות. ולמדינת ישראל יש כוח לכך.

מרדכי קרמניצר: אני רוצה להזכיר שהגנה על רגשות דתיים מעוררת את השאלה 'מהי דתי?' האירופים מתקשים למצוא פתרון לשאלה איך מבחינים בין הדתות המוכרות ובין כל מיני קבוצות חדשות שמכנות את עצמן 'דתות'. הדבר אינו פשוט כלל.

קריאה: עובדי השטן.

מרדכי קרמניצר: לא פשוט להטיל על בתי-המשפט לסווג ולהחליט "זה כן, וזה לא". אם מישהו פוגע בתמונה משפחתית או בשרידים היסטוריים בעלי ערך רגשי, בית-משפט שדן בעניין צריך לראות זאת

בחומרה כי יש רגשות כלפי החפץ. אני מקבל זאת. אבל אינך יכול להתמודד עם בעיית הגבולות התמודדות של ממש. אי-אפשר לומר לאנשים "הימנעו מפגיעה ברגשות דתיים." זו הטלת גזרה על הציבור וגם אם הוא רוצה לקיימה הוא אינו יודע איך לעשות זאת. הוא אינו יודע מה אסור לו לומר ומה מותר לו לומר. ולא מדובר רק בפגיעה בדת היהודית. כיום החברה בישראל היא רב-דתית. יש בישראל דתות רבות מאוד. היכן קו הגבול?

הדת כרוכה בפוליטיקה. האם כשרוצים להגן רק על רגשות דתיים לא נותנים יתרון לקבוצה אחת בפוליטיקה לעומת קבוצה אחרת בפוליטיקה, שגם לה יש רגשות שאנשים דתיים פוגעים בהם? חלק מהוויכוח על ענייני דת מתנהל בתוך הוויכוח הציבורי הפוליטי: האם לא נקשרות ידיה של קבוצה מסוימת בקשת הפוליטית?

כדי שיהיה אפשר לקבוע איסור פלילי חייב להיות מתאם בין מה שנאסר ביסוד העובדתי ובין מה שנאסר ביסוד הנפשי. אם לא יהיה מתאם, אנשים דתיים שרגשותיהם נפגעו ידרשו העמדה לדין. אם הפוגע לא היה מודע לפגיעה ברגשות לא יהיה אפשר להעמידו לדין ואז אנשים דתיים יחשבו שהמדינה לא נוהגת בהם הגינות.

מצד אחר, אם אדם רוצה להימנע מפגיעה ברגשות דתיים ורוצה לכבד את החוק, הוא לא יוכל לדעת מה אסור לו לומר ומה מותר לו לומר. ייתכן שיימנע מלומר דברים שאינם פוגעים ברגשות כלל רק משום שיחשוב שהם עלולים לפגוע ברגשות.

אינני מוצא תשובה לבעיות האלה. אם נוהגים רצינות באיסור כזה, מסכנים את חופש הביטוי במדינה הזאת. האם יש לכך הצדקה?  
**קריאה:** יש על כך תשובות.

**ברכיהו ליפשיץ:** חשבתי על המונח 'רגשות דתיים'. רגשות אינם 'דתיים'. אין להם פרקטיקות דתיות ולדת אין רגשות. כשאני חושב על עצמי, במה יפגעו בי כאדם דתי, אינני חושב ש'רגש' כלשהו ייפגע בי אלא 'אני' אפגע. עקב הפגיעה באמונתי או בשל היותי אדם – יתעוררו בי רגשות.

בתחילה הייתה תפיסה של הגנה על הדת כישות לעצמה. ידוע מהי דת; פעם הכול ידעו מהי דת. רוב האנשים בעולם לא רואים את

עצמם אנשים בעלי רגשות דתיים עמוקים כל-כך. בימי הביניים תואר האדם כבעל רגשות עזים: בוכה, מתרגש. גם רגשותיהם הדתיים היו עזים. כיום הרגשות שלנו קיצוניים פחות.

אחרי שהגנו על הדת בשביל קבוצה בחברה, חששו שפגיעה בדתם או באמונתם של אנשים תביא לידי פגיעה באחרים. מכיוון שעצמת הרגשות של אנשים שנפגעו באמונתם עזה מאוד עלול להיגרם נזק לשלום הציבור.

אם מדובר בקניינו של אדם, איש לא יעז לגעת בעט שלי משום שזו זכות חוקתית, ולמעשה הקניין הוא רק הארכה של ידיו או של אצבעותי, הקניין נחשב לחלק מגופי ואין פוגעים בו בגלל שאסור לפגוע באדם. וכך, איש לא יעלה על הדעת שהזכות לתנועה חופשית תתגבר על זכות הקניין. לא מזמן התנהל ויכוח בבית-המשפט העליון על הוספת מזגן ברכוש משותף. האם זו השתלטות על חלק מהרכוש המשותף, אפילו במשהו? בית-המשפט פסק שאסור לגעת ברכוש, אפילו במשהו. לעומת זאת, במציאות – באדם עצמו, במהותו, מותר לגעת. להפשיטו, להציגו עירום וללגלג עליו ב'חרצופים' – וזה תקין. אינני חושב שיש כאן הצדקה לחופש מוחלט. אין שום זכות יתר לאמן רק בגלל שהוא יודע להתבטא בדרך מסוימת. אין לו שום הצדקה מעבר לכך.

צריך לחשוב על הגנה על האדם, כשהוא לעצמו, ולא לאבדו בתוך החברה. אסור שהחברה שלנו תישא פגיעות כאלה באנשים שהם למעשה הרכיבים של החברה.

🔗 **קריאה:** אבל השאלה היא, כמו שמרדכי אמר, איך אדע מה עלול לפגוע בך כדי שאמנע מלומר זאת?

🔗 **ברכיהו ליפשיץ:** אני חושב שתדע. אבל מלכתחילה צריך לומר שלא תפגע. אנו בימי ספירת העומר. 24,000 זוגות של תלמידי רבי עקיבא מתו בגלל שלא נהגו כבוד זה בזה. זאת המשמעות החריפה שניתנת לעניין של פגיעת אדם באדם אחר. לכן צריך להמעיט ככל שאפשר בפגיעה מתוך כוונה. חוק אולי לא יוכל לעזור לחלוטין, אבל יסייע במודעות.

🔗 **נחום רקובר:** בדברי הפתיחה של מרדכי קרמניצר הייתה מידה רבה

של צדק אבל הוא קוטע את הראייה הכללית. הוא מדבר על ההיבט הפלילי ושואל איך יהיה אפשר לדעת וכו'. רמזתי קודם, שהדבר אינו נוגע למשפט הפלילי אלא לקביעת נורמות מבחינת זכויות אדם. אדם יבוא לבית-המשפט ויבקש צו מניעה לא לפרסם דבר מסוים שעומד להתפרסם ולפגוע בו.

❧ **יהודה פרידלנדר:** לשאלתו של מרדכי בתחילת הדיון – מה ההבדל בין מקום דתי לבין כל מקום ציבורי אחר. אם הבינותי נכון – מדוע להפריד פגיעה בדת מפגיעה בכל נכס ציבורי אחר. מדוע לייחד זאת. זו הייתה שאלת היסוד שלך.

❧ **מרדכי קרמניצר:** לא. אמרתי להפך – אני בעד הגנה על מקומות דתיים, על פולחן דתי. אני תומך בהגנה.

❧ **יהודה פרידלנדר:** אבל תהית אם יש מקום להבחין בין מקום דתי לבין כל מקום ציבורי אחר או אין מקום להבחין. זו שאלה שעלתה בשעתו בצה"ל.

❧ **מרדכי קרמניצר:** אפשר לשאול את השאלה, אבל אני אינני שואל אותה. אני עונה עליה: אני בעד הגנה על מקומות פולחן דתי ועל קיום פולחן דתי.

❧ **יהודה פרידלנדר:** ואתה רואה זאת בחוק נפרד מהגנה על תאטרון, על אולם קונצרטים או על רכוש ציבורי אחר. או כשם שאסור לשרוף תחנת אוטובוס אסור גם חלילה לשרוף מקום שמשמש לפולחן דתי? ❧ **מרדכי קרמניצר:** יש לי אינטואיציה חזקה לפיה יש הבדל בין תחנת אוטובוס ובין בית כנסת.

❧ **יהודה פרידלנדר:** לפני שנים רבות התנהל ויכוח בין הרמטכ"ל לסקוב לבין הרב גורן והרמטכ"ל טען שאינו צריך רבנות צבאית מכיוון שיש פקודות מטכ"ל, ופקודות מטכ"ל צריך למלא מכוח היותן פקודות מטכ"ל. הוויכוח היה אם יש מקום למנגנון מיוחד לענייני דת או אין מקום למנגנון כזה.

יש לי שאלה: שלום רוזנברג אמר שלא צריך לפגוע באדם הפשוט, המתלהם, לעומת האדם המתוחכם שדרך ניסוחו טובה יותר, ותמיד יכול למצוא פתח מילוט. כשאדם מביע אמירה רגשית, פשוטה, ישירה, עזת ביטוי, קל יותר לטעון כלפיו שפגע באחר. כשאדם מתנסח

בניסוח מתוחכם בעל-פה או בכתב, יש כאן משהו שכלי ויש לו פתח מילוט לעבור מהשמצה לוויכוח. התנגדות תקיפה בוויכוח אינה פגיעה ברגשותיו של האדם הפשוט, המתלהם. האם הרשות רשאית לומר לאדם במסגרת חופש הביטוי: "אתה רשאי להביע את כל דעותיך, תהיינה אשר תהיינה, אבל בבואך לבחור מילים – היזהר!"

למשל, כשפרופ' ליבוביץ המנוח השתמש בביטוי 'יודו נאצים' הוא שילם על כך מחיר גבוה – האמירה הזאת אילצה אותו לוותר על פרס ישראל והיה ויכוח עצום. אילו לא היה משתמש בביטוי הזה; אילו אמר ליבוביץ שיהודים מסוימים התנהגו באכזריות שמזכירה לו אכזריות אחרת – לא היו טענות כלפיו. הוא היה מביע את אותו רעיון. הצירוף של שתי המילים האלה חולל סערה, כלומר, לא התוכן קובע אלא הצורה. הדיון שלנו אפוא הוא על הצורה ולא על התוכן, גם בוויכוחים בין דתות יש הבדל בין הכנסת צלב לכוס של שתן, שזה עניין של צורה, ובין ניהול ויכוח ודיון, השמעת ביקורת, התנגדות תקיפה מאוד לערכים שאינני מקבל ודוחה אותם. הדיון הוא על הביטוי, אבל האם שלום מתנגד לכל הגבלת ביטוי מצד השלטון?

רות גביזון: שלום יענה אחר כך על כל השאלות.

האלד גנאים: לא אעסוק כאן בזרמים בתוך הדתות, אדון ביהדות, באסלאם ובנצרות.

לדעתי מדובר כאן ביהדות של רוב האוכלוסייה בארץ לעומת האסלאם והנצרות שהם מיעוט. בהקשר של רגשות דתיים, הסכנה החמורה הנשקפת היא מרוב היהודים או היהדות לאסלאם או לנצרות. הסכנה הנשקפת ליהודים בעניין זה מהאסלאם או מהמוסלמים ומהנוצרים פחותה בהרבה.

יש בסיס להסדרה משפטית של התופעה הזאת כעברה פלילית כי היא נועדה להגן גם על מיעוט וזה ערך מוגן בחברה דמוקרטית, אבל במציאות מצב הפוך: מדובר באי-הגנה על מיעוט; בהגנה על רוב. יש מקרים רבים בארץ, למשל הפכו מסגד לבית בושת ועד היום לא נעשה שום דבר בעניין. האם יש פגיעה חמורה יותר ברגשי דת מאשר הפכת מסגד לבית בושת?

רות גביזון: אני מרגישה שאנו עושים עוול לעמדה העקרונית בעד

האיסור הזה. אני נוטה לעמדה מסדר שני נגד איסור פלילי. אני חושבת שהאיסור הפלילי אצלנו הוא רחב מדי ויוצר בעיות קשות מאוד של אכיפה סלקטיבית. הבעיות האלה משבשות עוד יותר מצב מסובך. לעניין ההיגיון של ההצדקה – אני חושבת שאי-אפשר לנתק את האיסור מהרקע ההיסטורי שלו ומהרקע העכשווי. התזכורת של האלד חשובה מאוד: נכון שבמדינת ישראל היהודים הם הרוב והמוסלמים והנוצרים הם המיעוט. לכן ליהודים, בהיותם הממסד, יש כוח לעומת מאמיני הדתות החלשות יותר. עם זאת, נעשה שימוש מורכב מאוד בסנטימנטים דתיים למטרות פוליטיות גם נגד היהודים. צריך לזכור שבאזור המזרח התיכון היהודים הם מיעוט קטן מאוד ו'אל-אקצא בסכנה' היא קריאה דתית בעלת פוטנציאל פוליטי מאוד. בישראל, ולא רק בישראל אלא גם באירופה ובעולם המוסלמי, יש חזרה אל הזיקות העמוקות מאוד שבין זהויות לאומיות לזהויות דתיות. זו עובדה ורק אדם שאינו מוכן להתבונן במציאות שהוא חי בה יכול להתעלם ממנה. הרכיב הדתי בזהות של אנשים רבים מאוד בעולם – נוצרים, מוסלמים ויהודים – הוא רכיב מרכזי מאוד ואי-אפשר להתעלם מכך, ומסוכן להתעלם מכך גם כשמקבלים את ההבחנה בין דברים שעושים כדי לשמור על שלום ולמנוע התפרצות ובין דברים שעושים מטעמים מוסריים, בלי קשר לשאלה אם ידך תקיפה או איננה תקיפה.

ההיסטוריה כאן בעייתית גם מפני שההיסטוריה נועדה להגן על דת מפני כפירה וגם משום שהמציאות שלנו היום היא מציאות של חשש ממלחמות דת. חשש מחזרה למצב של מלחמות דת ולא מצב של דתיים מול חילונים בני דת אחת. זה למשל המצב בצרפת, ואולי במונח מסוים גם המצב הפנים-יהודי בישראל, שבה עיקר המתח הוא בין דתיים לחילונים או בין אורתודוקסים ללא אורתודוקסים ולא ברמה הפנים-דתית.

האלד גנאים צודק מאוד בהזכירו לנו את הבעיה הזאת, אבל עיקר הדיון שהתנהל כאן היה דיון פנים-יהודי. אחת מההנאות שלנו במדינת ישראל היא שאנחנו עושים הרבה מאוד דיונים פנים-יהודיים ושוכחים שגם הדיון היהודי-נוצרי או הדיון היהודי-מוסלמי או הדיון

הנוצרי-מוסלמי הם דיונים חשובים מאוד, ושמבחינה של הסדרה משפטית עקרונית הוא מבחן שצריך לחול על כל המצבים האלה. אני נוטה לחשוב שהיום הצידוק מורכב משני אלמנטים: אלמנט הסדר הציבורי – יש אלמנט של סדר ציבורי שהיה נכון לאורך ההיסטוריה האנושית כולה, שיש בו פוטנציאל נפוצות גבוה מאוד בגלל התנגשויות דתיות שמעורבות בכל מיני התנגשויות אחרות; כלכליות, לאומיות ועוד. הדבר ניכר באזור שלנו ובאזורים רבים אחרים בעולם, וצריך להביא אותו בחשבון. שוב, השאלה היא אם הטיפול בדבר צריך להיעשות באמצעות המשפט הפלילי. לדעתי התשובה חיובית, אבל צריך לעשות זאת באופן מוצהר. לא בהצבת השאלה על הרגישויות הדתיות אלא בהצבת השאלה על האחריות של השלטון לפעול בצורה מושכלת כדי לצמצם את החשש לאלימות בחברה. יש לנו כלים לכך, גם הם אינם מושלמים ועליהם יהיה לנו דיון אחר. אלו הם הכלים למניעת ההסתה והמרדה שצריכים לטפל גם בבעיה הדתית. האלמנט השני נוגע לכבוד האדם, ולהגנה על רגישותו לפגיעה במה שנראה לו מקודש. אני חושבת שיש ייחוד לרגישות הדתית, הדומה לרגישות האידאולוגית. בענייננו, הייחוד של הדת הוא לשני הכיוונים – לטובת הדת ולרעתה. אומרים למשל 'הפרדת הדת מהמדינה', לא אומרים 'הפרדת האידאולוגיה מהמדינה'. אין שום סיבה להפריד רק את הדת מהמדינה. התפיסה שביסוד האמירה הזאת היא שהחברה שלנו מורכבת מאנשים ומקהילות, ואחד הדברים החשובים ביותר לאנשים ולקהילות האלה הוא הערך הפנימי שלהם כחברי קהילותיהם. חברה שאינה משכילה לאכוף כבוד והימנעות על הקהילות האלה היא חברה שאינה פועלת נכון בהגנה על רכיביה; רכיביה במובן העמוק ביותר. אני חושבת שאין צורך לייחד את הדת, אבל גם אין צורך לייחד את הדת החוצה. הפגיעה שאנחנו דנים בה כאן היא הזכות שאדם נותן לעצמו לבזות בפומבי את מה שיקר לאחר וקדוש לאחר. ההגנה על השם הטוב וההגנה על צנעת הפרט הם מקרים פרטיים של ההגנה הזאת, בעיניי זה חלק מרכזי בכבוד האדם.

אני חושבת שלא נתנו מענה טוב דיו לבעיות המעשיות שהתעוררו



כאן. בעיניי, יש חשיבות רבה לומר את הדברים האלה לפני שמגיעים אל המסקנות המשפטיות. אולי בגלל הדברים האלה יש הצדקה לטיעון מסדר שני נגד איסור משפטי. הוויתור שלנו על הכלי המשפטי הוא ויתור בשל מגבלות הכלי, ולא בגלל המזעריות או ה-*de minimis* של האינטרס המוגן.

☞ **חנה פריידין:** ברצוני לקשר בין הביטוי למעשה. מהתבוננות בטבע האדם עולה שהגבולות אינם ברורים כל-כך והסחף יכול להיות רציני. אני רוצה לבוא אל תחום המשפט מהתחום הפסיכולוגי ומתחום היהדות, ולראות מה אנחנו יכולים לקבל מתחומים אלו.

בחסידות יש תורה של מחשבה, דיבור ומעשה – רצף שהוא המכלול של האדם. מבחינת החוק הפלילי כמובן שאיננו יכולים להתייחס למחשבה; אין עונשין על דברים שבלב ובמחשבה, כיוון שמערכת המשפט שלנו והשופטים העומדים בראשה אינם יכולים לדון בעניין שבמחשבה. אבל הדיבור קשור מאוד לעניין של התחום הפלילי.

הוזכר כאן שאנו בימי ספירת העומר. אנו גם נתונים בימים שבהם קוראים ולומדים את מסכת אבות, בין פסח לשבועות. במסכת אבות פרק ב' נאמר: "הסתכל בשלושה דברים ואין אתה בא לידי עברה... עין רואה ואוזן שומעת וכל מעשיך בספר נכתבים" זוהי בדיוק הכוונה של 'מחשבה, דיבור ומעשה'. "כל מעשיך בספר נכתבים" הוא המעשה, "אוזן שומעת" – מה היא שומעת? את הדיבור. "עין רואה" – מה היא רואה? את המחשבות. אנו שואבים מהמסורת היהודית כשאנו אומרים שהשופט הוא שופט כל הארץ היכול לראות ללבב. כלומר, יש מערכת משפט שיכולה לדון במחשבות ולשפוט אותן. אצלנו, כמובן, אין מערכת משפט כזאת.

אינני נרתעת מכך שבספר החוקים ובדין הפלילי יהיו ערכים חברתיים מוגנים כלשהם שלא יהיה אפשר לאכוף אותם. אף-על-פי שאולי העניין מכביד ומסרבל ומוסיף סעיפים. אביא דוגמה מפרשת השבוע האחרונה, פרשת 'משפטים'. בפרשה נאמר: "לא תלך רכיל בעמך" ובסמיכות "לא תעמוד על דם רעך". "לא תעמוד על דם רעך" הוכנס לענישה הפלילית אבל אני בודקת את הרצף בין שני האיסורים.

"לא תלך רכיל בעמך" מזכיר לי את מה שנאמר כאן על גישה בסיסית וכללית כלפי כבוד האדם. אין פירוט מדויק של המעשים שאדם יעשה ויפגע בחברו, אלא 'רכיל' כולל את כל הדברים. זו פגיעה ברגשות. אני מתפלאת שעד כה לא עלה כלל העניין של פגיעה ברגשותיהם של ניצולי שואה. זה דבר מהותי ובסיסי מאוד בחברה שלנו. אנשים נפגעים מכך לא פחות משנפגעים בענייני דת, וצריך לתת על כך את הדעת. צריך להיות ציון בחוק הפלילי לעניין של הפגיעה הכללית ולא להירתע ולשאול "איך נאכוף את זה ואיך נוכיח את זה." זו האמירה שלנו על חשיבות הערך החברתי המוגן. בעניין הרגש שנפגע – אני מסכימה שקשה מאוד לקבוע. אסיים בעניין שהתחלתי בו: הדיבור מביא לידי מעשה, ואין להפריד ביניהם. כמו שמרכילות מגיעים ל"לא תעמוד על דם רעך", ואלה דיני נפשות.

## אלון הראל

אחזור לשתי השאלות שרות העלתה בתחילת דבריה; 'למה רגשות?' ו'למה דת?' רמזתי שאני בעד הגנה מיוחדת על דת. אני חושב שהדת ראויה לכך. אני נגד הגנה מיוחדת על רגשות, לדעתי, רגשות אינם ראויים לכך.

למה דתות או אידאולוגיות הוליסטיות זכאיות להגנה מיוחדת? אני חושב שהסיבה היא שהאידאולוגיות האלה נוגעות לשאלת הזהות; לשאלת העצמיות. כאשר שואלים אותי "מי אתה?", וכמובן שפילוסופים עסקו בשאלה הזאת רבות, ואני עונה: "אני אדם שאוהב אנשים," התשובה נשמעת מוזרה מאוד. אני יכול לומר שאני אדם שאוהב אנשים, אבל זו תכונה שלי ולא 'אני'.

לעומת זאת, כאשר שואלים אותי "מי אתה?" האמירה "אני יהודי" "אני נוצרי" "אני קומוניסט" ואולי האמירה "אני ישראלי" "אני אמריקני" יכולה להיות תשובה נכונה, היינו יש אידאולוגיות המזוהות עם ה'אני' ובהן אינני יכול להבחין בין תכונה שלי ובין משהו עמוק יותר בעצמיות שלי. אני חושב שההבחנה הזאת ברורה לכולנו. אני חושב שאידאולוגיות או פרקטיקות כאלה זכאיות להגנה מיוחדת.

זו לא רק דת, זה רחב יותר מדת. והשאלה אילו אידאולוגיות או פרקטיקות הן כאלה ואלו אינן כאלה, היא שאלה שאפשר להתווכח עליה.

אני רוצה לציין תכונה אחת חשובה המאפיינת את הפרקטיקות האלה. הן חודרניות מבחינה זו שאנחנו נוהגים בהן וחיים אִתן כל הזמן. ביהדות זה בולט מאוד, המנהגים והכללים נוגעים לשאלה 'איך אני אוכל ואיך אני שותה ומה אני עושה בבוקר ומה אני עושה בערב'. אלו פרקטיקות חודרניות והערכים שבבסיסן הם ערכים שמכוונים את חיינו.

לפני זמן לא רב שמעתי שיש במרכז אמריקה קבוצה של צאצאי יהודים אנוסים, אשר פעם בשנה עורכים 'סדר' או מדליקים נרות מתחת לשמיכה. בשל תקופת ההתנצרות הממושכת של הקבוצות האלה, הן שמרו על מנהג אחד בשנה, חד-פעמי, מהפרקטיקה הזאת ושאר חייהן מנותקים ממנה. זו פרקטיקה שמקורה דתי אבל אינני רואה בה פרקטיקה דתית במובן המלא של המילה מפני שהיא אינה הוליסטית. היא פרקטיקה שמקיימים אותה פעם אחת בשנה וזו פרקטיקה שאינה חודרנית וראליסטית במובן שאני מדבר עליו. הגבלת הפרקטיקה הזאת אינה משפיעה על העצמיות שלהם כמו שמשפיעה הגבלה של פרקטיקות דתיות או כאלה שקשורות לאידאולוגיות. יש טעמים להגביל פרקטיקה גם כאשר היא נעשית ממניעים דתיים, המושג 'חופש' אינו מתיישב עם עמדה זו.

על-פי עמדתי המושג 'חופש דת' אומר שהפרקטיקות הדתיות זכאיות להגנה מיוחדת. המשפט צריך לתת הצדקה חילונית לפרקטיקה הזאת מפני ששיטת המשפט שלנו היא חילונית וצריכה להיות כזו. אם ניתן הצדקה חילונית למשפט הזה עלינו לתת אותה במונחים של אידאולוגיה חודרנית; אידאולוגיה כזו אשר משפיעה על העצמיות שלנו צריכה להיות מוגנת יותר. למשל, ייתכן שיש סיבות טובות להגביל שחיטה של בעלי חיים בסכין מטעמי צער בעלי חיים. ואולם, למרות הטעמים האלה ייתכן ששחיטה של בעלי חיים בסכין מטעמי דת צריכה להיות מוגנת מכיוון שמדובר באידאולוגיה חודרנית אשר משפיעה על כל הדברים שהזכרתי בראשית דבריי.

מה בין זה ובין פגיעה ברגשות דתיים? ראו את פסק הדין של יעקב גור-אריה נגד הרשות השנייה: כתב של הערוץ השני ראיון קבוצה של יהודים דתיים, שומרי תורה ומצוות, על אודות חייהם. התברר שהערוץ השני רוצה לשדר את התכנית במסגרת סדרה דווקא בשבת. האנשים, מטבע הדברים, עתרו נגד הרשות השנייה, נגד שידור התכנית.

אפריד בין שני סוגים של טיעונים שעלו בפסק הדין: טיעון אחד היה דיון חוזי. בדיני חוזים תמיד יש שאלה של אי-הבנה: הפרט מהותי או אינו מהותי. אני אוציא את השאלות האלה מהתמונה. אם יש הצדקה לפסק הדין היא על הבסיס הזה: המרואיינים היו צריכים לחשוב מראש שהתכנית תשודר בשבת, ולא הערוץ השני היה צריך לחשוב שיש להם התנגדות לשידור התכנית בשבת. לא אפתח בדיון הזה. זה עניין אחר. העניין שאדון בו הוא המחלוקת בין השופט ברק לשופט דורנר בשאלה האם מדובר בפגיעה ברגשות או שמדובר בפגיעה בחופש דת?

השופט ברק אמר שעצם הידיעה שהסרט שבו העותרים משתתפים ישודר בשבת הופכת אותם בעיני עצמם למשתתפים בחילול שבת, ובכך יש כדי לפגוע ברגשות הדת שלהם. מניעתה של פגיעה זו היא אינטרס הציבור.

אני חולק עליו שזה אינטרס ציבורי למניעת פגיעה ברגשות, אבל זו עמדתו. מכיוון שמדובר בפגיעה ברגשות המנוגדת לאינטרס ציבורי, האינטרס הזה גובר על הזכות של המשיבה, במקרה הזה הרשות השנייה, לחופש הביטוי. השופט ברק שאל אם שידור הסרט בשבת פוגע בחופש הדת, להבדיל מרגשות הדת. התשובה שלילית – שידור הסרט בשבת אינו פוגע בחירותם להאמין או בחירותם לפעול על-פי אמונתם. טענת העותרים היא למעשה שפעולתם של אחרים, שאינה לפי מצוות הדת, פוגעת בחופש הדת שלהם עצמם. טיעון מעין זה נדחה בעבר לא פעם. זו הטענה של השופט ברק.

לעומתו, השופט דורנר אמרה שזו פגיעה בחופש הדת.

איך נכריע מי צודק ומי אינו צודק? אציע לכך מבחן. המבחן אינו ברור, הוא מבחן עמום: זה מבחן הבחירה, ההכרעה. בסיטואציה של פגיעה בחופש הדת, כאשר אדם מונע ממני לעשות משהו הוא פוגע

בחופש שלי, הוא מונע ממני פרקטיקה דתית. כאשר אני סובייקט מכריע ויש התערבות בפעולה שלי כסובייקט – הפגיעה היא בחירות הדת.

לעומת זאת, כאשר אני האובייקט לאמירה של אחר, או של פעולה של אחר – זה המקרה המובהק של פגיעה ברגשות. במילים אחרות, ההבחנה בין פגיעה בחופש הדת לפגיעה ברגשות דת היא ההבחנה בין סובייקט לאובייקט.

בסיטואציה הזאת טבעי יותר שאהיה סובייקט. אפשר לתאר את ההופעה של האנשים האלה בטלוויזיה תיאור פסיבי ואפשר לתאר תיאור אקטיבי. התיאור האקטיבי משכנע מאוד במקרה הזה. הדרך הטבעית לתאר את מה שעשיתי היא: 'הופעתי בטלוויזיה'. כך אני פעיל במרכז העניינים והבחירה שלי היא מרכזית. יש דרך אחרת, של תיאור סביל, לתאר את המעשה: 'הם צילמו אותי לטלוויזיה'. במידה מסוימת ההכרעה בין התיאור האחד לתיאור השני צריכה להתבסס על האינטואיציות שלנו – מתי האדם אקטיבי ומתי הוא פסיבי. במקרה הזה המצולמים היו אקטיביים. הם רואינינו לטלוויזיה ולא צילמו אותם סתם ברחוב. בעניין הזה צריך להסתמך על השכל הישר. אם כן, אני חושב שהמקרה הזה הוא מקרה של פגיעה בחופש דת וייתכן שיש סיטואציות רבות מאוד שבהן יש פגיעה ברגשות.

🔗 **קריאה:** חשוב לציין שהעותרים הלכו לרב ושאלו אותו והוא אמר שהצילום שלהם הוא כצילום אקטיבי. ברגע שהייתה להם פסיקה של רב זה נעשה פגיעה בחופש דת.

🔗 **רות גביזון:** הטענה של אלון היא טענה חריפה והיא אומרת "אני נגד איסור הפגיעה ברגשות, אני בעד חופש הדת." כעת נדבר על חופש הדת ונזכיר את הפגיעה ברגשות.

🔗 **אלון הראל:** ייתכן שהמנגנון שאני מציע יוכל להגן על רוב האינטרסים שאנשים שמעוניינים בהגנה על רגשות מדברים עליהם. ההבדל בין הגבלות על האדם במסגרת פרקטיקה דתית ובין הגבלה על אדם שהוא אובייקט בפעולה של אחרים הנוגעת לסנטימנטים הדתיים שלו ויוצרת אצלו רגשות מרירות היא הבחנה חשובה ומרכזית. המשפט צריך להגן מאוד על הראשון ולא להגן כלל על השני.

## שמואל יעקובוביץ

אקדים ואומר שאינני מייצג איש בדבריי. אני מניח, כמו שרות גבזון הניחה, שרבים בציבור החרדי יילחמו על הסעיף הזה בחוק, כדי שתהיה הגנה חוקית נגד פגיעות ברגשות הדת. פעמים רבות אני שומע שהנציגות החרדית מדברת במונחים האלה של פגיעה ברגשות הדת, ואף-על-פי-כן מסקנתי האישית אחרת. אנסה להסביר מדוע.

אתחיל במסקנה כשהיא לעצמה, ואחר כך אעבור לנימוקיי. המסקנה שלי היא שאכן אין צורך לעגן איסור על פגיעות ברגשות דת בחוק במסגרת החקיקה החילונית הליברלית. לדעתי, הדיון שצריך להתנהל, והלוואי שיתנהל, הוא דיון על סוגיית יהדותה של המדינה; של מדינת ישראל כמדינה יהודית. לא דיון שכותרתו 'פגיעות ברגשות דת', אלא דיון שכותרתו 'פגיעות בערכי הדת היהודית'. אני חושב שהדיון הזה לא צריך להתנהל תחת ידם הכופה של הדתיים במדינה, אלא בעיקר צריכים לנהלו אנשים שאינם דתיים, בינם לבין עצמם.

אחלק את דבריי לשלושה חלקים. לכאורה צריך הייתי לבקש את ההגנה, שהחוק יכול לספק, על רגשות של אנשים דתיים במדינה. אבל הבעיה היא שבמדינת ישראל אנו נתונים במתח או בקונפליקט גדול ושורשי מאוד על האופי המכוון של המדינה שאנו חיים בה במשותף. הדיבור על הגנה מפני פגיעות ברגשות דת איננו משקף את הראייה שלי את העניין: אינני רוצה להגן על הרגשות שלי, אני רוצה לראות שבמדינת ישראל תהיה הכרה בדת ישראל. חלק מאזרחי מדינת ישראל רואים בה מדינה חילונית מיסודה וליברלית מיסודה, וחלק רואים בה מדינה יהודית מיסודה ודתית מיסודה.

בעבר התכנס בחדר הזה פורום על יחסי דתיים-חילונים בראשות השופט שמגר, ודובר בו רבות על שאלת החוקה. הקשבתי היטב ולמדתי להיות רגיש להבחנה הזאת שאני מנסה להציג לפניכם. הגעתי לידי הרהורים שכמה מכם מכירים, שאולי הכיוון שיציל את השלום הפנימי ואת האחדות הבסיסית של העם הזה הוא דווקא להרשות התפתחות של אוטונומיות ברמה קהילתית. ברמה הקהילתית יטופלו

כל השאלות הרעיוניות הקשות או שאלות האמונה העמוקות, ושום צד לא יכפה בחקיקה או באכיפה את עמדתו על הצד האחר. אין לי שום ספק שאנחנו צריכים לפעול על-פי הדמוקרטיה כשיטת ממשל. עלינו לפתח את שיטת הממשל הדמוקרטית ולהגן עליה היטב משתי סיבות: הסיבה האחת היא מפני שאיננו שולטים על העולם כולו. איננו יכולים לעשות כל מה שעולה בדעתנו לעשות לפי זהותנו – זהותנו היהודית המלאה. אין לנו סנהדרין, אין לנו בית מקדש, אין לנו השלמות של חזון התורה ועלינו להכיר בכך. אנחנו כפופים בין השאר לחוק הבין-לאומי ולסדר העולם המודרני ויש לנו מקורות רבים בתורה שמלמדים אותנו לנהוג כבוד כלפי סדר העולם השולט. החוק הבין-לאומי מחייב אותנו לנהוג לפי שיטת ממשל דמוקרטית. הסיבה השנייה היא שבקונפליקט שבין הדתיים ללא דתיים עלינו להגיע לידי הכרה שאין לשום צד כוח להשליט על הצד השני את אורח החיים ואת אמונות היסוד על-פי דרכו. לכך יש ביטוי בכתבי הראשונים: "אין כוח בידינו להעמיד את הדת על תלה". בהקשר שלנו היום נכון הדבר הן 'לדת הדתית' והן 'לדת' החילונית. כדי להציל את האחדות הבסיסית של עם ישראל ושל המסגרת הזאת הקרויה מדינת ישראל, עלינו לנהוג על-פי השיטה הדמוקרטית ועל הבסיס הזה בכל העניינים המשותפים, ובהכרח כלליים.

ואולם, ביסודו של דבר אם ננהיג את המכלול הזה של המדינה דווקא על-פי מגילת זכויות ועל-פי השקפת עולם ליברלית שאינה רואה מעל ערכי כבוד האדם וחופש האדם שום ערכים עליונים מחייבים, למעשה ננציח את מצב הגלות במדינת היהודים. אנחנו בגלות. דת ישראל כערך מכונן עמוק כפופה למדינת היהודים החילונית במהותה – ובכך, לטעמי, לא די.

ואשר לרגשות הדת: הלוא בתורה יש איסור חמור על יהודים ועל כל בני נוח לפגוע בכבודו של הקדוש-ברוך-הוא, אסור לקלל. זו אחת משבע מצוות בני נוח. אני מדבר כעת על המצב הנורמטיבי ולא על מצב המשפט הישראלי. אומר דבר-מה על מערכת המשפט שאינה נוהגת – מערכת התורה, שבה יש מושג 'ברכת השם'.

לעומת זאת אם אנו דנים בנושא הזה תחת הכותרת 'רגשות הדת',

הרי בכך אנו אומרים שביסודו של דבר החוק מכיר רק בכך שדת היא דבר המתקיים מתוך הרגשות של אנשים מסוימים וצרכים להגן עליה בהיותה הזכות הפרטית של אותם אנשים. ראייה כזו מפחיתה מהמהות המכוננת האמתית של הדת, מפחיתה מחשיבות הדת בעיני עצמה. הדת רואה בעצמה נתינה משמים; דבר יסודי, מיסודות הבריאה, מיסודות העולם. ולכן אני אומר שניסוח בחוק, של הגנה מפני פגיעה ברגשות הדת, מעמיק את האופי החילוני או הליברלי של המדינה ואינו נותן כל מקום להכרה אמתית בדת.

שאלה כאן השאלה למה צריך להגן על רגשות הדת ולא על רגשות אחרים הקשורים לאידאולוגיה. אגב, נדמה לי שגם הכפירה, ואולי לא רק הכפירה המוחלטת אלא גם האגנוסטיקה, הן אידאולוגיות חודרניות, או הוליסטיות כפי שקרא להן אלון הראל, כי גם הן משנות את כל הסתכלותו של האדם על העולם מן היסוד, מן השורש, ומשפיעות על סביבת האדם. אמנם, אינני בטוח בזה וייתכן שיש אנשים שרואים את האגנוסטיקה הזאת כשלילה או כהעדר ולא כאידאולוגיה חיובית. בקרב היהודים כיום מקובל שזו אינה אמונה חיובית, אלא רק העדר אמונה מסוימת.

אחזור לשאלה הבסיסית: למה מייחדים רגשות דת ולא רגשות אידאולוגיה. לדעתי, לא מפני שרגשות דת הם עמוקים יותר או רגישים יותר, אלא מפני שבמצב הנתון אנו רואים את הדת כנחותה, ככפופה תחת שלטון שהוא במהותו חילוני או לא דתי. השלטון אינו צריך הגנה על אידאולוגיות היסוד שלו, אבל הדת, שהיא כביכול עניין למיעוט צריכה הגנה.

קריאה: יש ספר שנקרא 'להגנת הדת הבזויה'.

שמואל יעקובוביץ: כן. לכך הכוונה בדיוק. ושוב הערת ביניים, שאלה שרות גביון הזכירה: מדוע מדברים על הפרדת הדת מהמדינה ולא מדברים על הפרדת האידאולוגיה מהמדינה? על הפרדת הצינונות מהמדינה? מכל מקום, אני חושב שהסיבה היא שרואים את המדינה במהותה מבוססת על אידאולוגיה מסוימת. אין מקום לדבר על הפרדת האידאולוגיה הזאת מהמדינה כי היא חלק מהיסוד המכונן של כל העניין. זו המהות, ואילו הדת – אורחת במדינה, נטע זר בה.



לסיום, אני חושב שהשאלה שצריך להציג היא אם צריך להגן בחוק המדינה על איסור של פגיעה בערכי הדת.

קריאה: היהודית.

שמואל יעקובוביץ: נכון. בערכי הדת היהודית. אשמיע הערת אנב קצרה מאוד שנדרש לה עיון רב: דווקא היחס של היהדות כלפי האסלאם אינו חד-משמעי, אינו שולל. זו אינה המהות של הדיון שלנו, כי המהות של הדיון שלנו היא בעיקר המתח שבין החילוניות ובין הדת היהודית במדינת ישראל.

כאן אעלה שאלה: האם איסור פגיעה בערכי הדת היהודית צריך להיות מעוגן בחוק? זו שאלה גדולה והיא קשורה לשאלה איך יוגדר האופי היהודי של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

קריאה: כמו הדגל והסמל.

שמואל יעקובוביץ: נכון. אם רואים בדת ישראל דבר מכונן שהמדינה מכירה בו, היא כמו הדגל והסמל וכדומה. איסור של פגיעה בערכי הדת הוא כמו איסור של פגיעה בערכי המדינה.

מרדכי קרמניצר: כדי שנדע על מה אנחנו מדברים: אתה מוכן לתת דוגמה של ביטוי שפוגע בערכי היהדות או בערכי הדת היהודית ותרצה לאסור אותו בחוק?

שמואל יעקובוביץ: אינני משפטן ולכן אזהר. אני חושב שיהיה צורך להבחין בין דברי ביקורת ובין דברי זלזול. זלזול הוא למשל להניח ספר תורה על הרצפה ולגדפו. לעשות דברים שהם בבירור פגיעה בערך הדת, לא ברגשות של האנשים מסביב. צריך להיות איסור על כך כדי לעגן את האופי היהודי של המדינה. הבאתי דוגמה של מעשה משום שאמרתי "להניח על הרצפה." אפשר גם לדבר, להגייד דברים בוטים ומזלזלים מאוד.

רות גביזון: אתה חושב שצריך להחיל מבחן זה על דגל המדינה?

שמואל יעקובוביץ: נכון. אינני רוצה לפתוח בדיון הזה. כפי שאמרתי בתחילת דבריי ואני אומר שוב בסופם – זה לא הדיון. וההגדרות האלה אינן העיקר בשבילי. הן אתגר בשביל מי שזקוקים לחוק כזה. לסיום אדגיש שלדידי השאלה הזאת היא בעיקר שאלה שצריכים לעסוק בה מי שאינם דתיים. אני מעדיף שיח שבו בשלב ההכרעה –

לחוקק איסור או לא לחוקק – לא תהיה זכות הצבעה לדתיים כלל, בגלל שהדתיים יוכלו לפתח את הממד שלהם במדינה גם מתוך הכרה. הם יתלבטו במה שעליהם להתלבט בו. אבל ההתלבטות שנוגעת לאופיה של המדינה היא התלבטות גדולה ויסודית מאוד הניצבת לפני החברה הישראלית הלא-דתית כיום. להתלבטות זו יהיו תוצאות היסטוריות או על-היסטוריות. לפיכך החברה החילונית זקוקה להתלבטות זו נוסף על התלבטות בדברים אחרים שמביאים לידי ביטוי את שאלת היהדות של המדינה במשפט הישראלי.

המשבר שאנחנו נתונים בו, הוא בוודאי מבחינות רבות – ביטחונית, רוחנית, חברתית וכנראה גם כלכלית – פועל יוצא של המודעות העצמית של החברה היהודית שחיה במדינת היהודים. אני מתפלל שאכן תהיה התעוררות להתמודד עם השאלות האלה ולחזק את היסודות היהודיים של המדינה הזאת.

שְׁלוֹם רוזנברג: אני מאמין שיש מקרים רבים שבהם, בפעם הראשונה, לא נדע אם הנאמר הוא עִבְרָה או לא, אבל בפעם השנייה נדע. כאשר אדם מכנה אדם אחר 'יהודון' יש בארץ התעוררות. זו בעיה חמורה מאוד שפוגעים באדם אף-על-פי שיש לו דעות שאינן מקובלות על הפוגע.

דברים רבים שאמר אלון הראל הם שאלות פילוסופיות מעניינות מאוד שמרתקות אותי ואני הייתי אומר כמעט את ההפך על כמה מהעניינים, אבל אביא דוגמה קונקרטית אחת.

אפשר לומר שאינני מדבר כעת על רגשות של בני אדם. אינני חושב שהיחס כלפי השואה צריך לנבוע מחשש לפגיעה ברגשות של ניצולי שואה, כלומר שצריך לחכות עוד שלושים שנה כדי שיהיה אפשר לומר את אותם הדברים. עלינו לחשוב בקטגוריות אחרות, ואחת מהן היא למשל הפגיעה בסמלי דת.

פגיעה בסמלי דת יכולה להיות זריקת משהו שפוגע במצבה. יכולה להיות פגיעה בסמלי דת בגרפיקה, בתאטרון או בדברים אחרים מוגדרים מאוד. הפגיעה אינה דיבור כמו "אתה מנוול", אבל פוגעת מאוד באנשים. נראה לי שכאן צריך לעשות את ההבדל העקרוני: יש הבדל בין אמירה "האסלאם היא דת פרימיטיבית" ובין פגיעה בסמל

שקדוש לאסלאם. יש הבדל בין אמירה ובין הנחת דבר טמא עם דבר קדוש. אני מתכוון לזלזול שיש בו חילון כמו הפרסומת ל'וואלה' שבה נעשתה פגיעה קשה באחד מהדברים הקדושים של האסלאם. זה למשל שימוש בנוסחה קדושה לדת לשם מסחר ויש כאן פגיעה בדת.

אני מאוד מסכים עם חאלד ועם הדוגמה שהביא ואומר זאת דווקא משום שבמידת-מה אנחנו נמצאים משני צדי המתרס. זו פגיעה קשה שיש בית בושת במסגד. כאן עברו על מעין סטטוס קוו. יש דברים שקרו ואי-אפשר לעשות עמם צדק.

לעניין הדברים שאמר יעקובוביץ: שכחת דבר אחד. יש דין אחד שמופיע בזוהר והוא מופיע אצל פילון: "אלוהים לא תקלל". הכוונה אפילו לאלוהים אחרים.

רַאם שגב: אני רוצה להתייחס להבחנה בין השאלה העקרונית מהסדר הראשון של חשיבות האינטרס ובין השיקולים המעשיים של מגבלות המשפט מהסדר השני. מצד אחד זו השאלה הקריטית, מצד אחר הפתרון הזה נראה לי מהיר מדי ואינו מניח את דעתו.

יש דברים שאי-אפשר לעשות ויש לנו עיקרון נורמטיבי שעל-פיו מובן מאליו שאי-אפשר למנוע אנשים מלעשות דברים, אבל כאן אפשר להגן באמצעות המשפט והשאלה היא של מחיר. המחיר כבד. אינני מזלזל בשיקולים המעשיים, אני חושב שאלו שיקולים חשובים מאוד, אבל מצד אחר יש גם אינטרס חשוב ולכן איך ייתכן פתרון מהיר כל-כך שאינו מגן עליו?

לכן אעלה את השאלה – האם באמת רגשות דתיים חשובים כל-כך? בעולם דמיוני שבו ביטויים מהסוג הרלבנטי יכולים לגרום לאנשים, חס וחלילה, למוות לא היינו מגיעים מהר כל-כך לתשובה שבה אינטרס חשוב עומד כנגד שיקולים מעשיים. אני חושב שלא קיבלנו מענה על השאלה החשובה ביותר: למה חשוב כל-כך לא לפגוע ברגשות בכלל, וברגשות דתיים בפרט.

אינני אדם דתי ואינני מעלה על הדעת שמשוהו יפגע ברגשותיי פגיעה שתצדיק שליחה שלו אל הכלא. אינני מקבל תשובה שאומרת "דת היא דבר מכונן" מפני שהשאלה היא עדיין למה נגרמת פגיעה

קשה כאשר אנשים מביעים עמדות שמנוגדות לאמונות המכוננות של אדם אחר? גם אנשים שאינם דתיים יכולים להאמין אמונה רבה בעמדות מוסריות ולהתקומם על אמירות שמרגיזות אותם מאוד. בשום מקרה אינני יכול להעלות על הדעת איום לשלוח אדם אל הכלא בגלל שהוא הרגיז אותי. אם כן, מהי הפגיעה הנגרמת לאדם, מסוג הפגיעות שמצדיקות איסורים פליליים, שמצדיקה הגבלה כזאת?

ר **רות גביזון**: אני חושבת שנענה בדיון הנוכחי גם על השאלה הזאת. ר **יורם שחר**: אם הזהות הדתית אכן הוליסטית לגמרי, היא ראיית עולם ואיננה דבר שבשוליים, היא איננה היבט אחד של החיים מני רבים – זה מכונן את הזהות. לפי הבנתי זו הסיבה שבגללה המדינה צריכה למשוך לחלוטין את ידה מהתערבות בעניינים דתיים – גידופים של דתיים כלפי חילונים; גידופים של חילונים כלפי דתיים; וגידופים של דתיים כלפי בני דת אחרת. כל זאת אני אומר בהנחה שכל הטיעונים האלה היו מתרסקים אילו היינו מקבלים את העמדה של שמואל יעקובוביץ שיש כאן רק דת אחת ורק עליה צריך להגן הגנה מיוחדת. אך הדבר אינו אפשרי מפני שסדר העולם איננו מאפשר זאת. בארצות בעולם אשר בהן יהודים יושבים הם דורשים יותר ממידה משנית של סובלנות. זה לא יתקבל על דעת המדינה.

אנחנו חיים במקום שבו הזהויות המכוננות האלה יצטרכו להשתלב בעולם שהן חיות בו. מבחינת הזהויות האלה המדינה היא מקום ריק כי אחרת ייפגע דבר חשוב יותר והוא חופש הדת; זהותו של האדם הדתי מכוננת במידה רבה בהזרת זולתו, וההבחנות של שלום רוזנברג בין מהות הפגיעה ובין צורת הפגיעה לא יעמדו בעיניו של הנעלב. למשל אדם לא יהודי שמסולק ממסעדה מסוימת, שאפילו לא ביקשה מהרבנות תעודת כשרות, אבל רוצה שרק יהודים יאכלו בה. הוא מסולק משם מפני שנגע שם בחלב או ביין. אם הוא נוגע באחד מן המאכלים הרי המאכל טמא. עלבוננו של האדם הזה הוא איום ונורא והוא מרסק את ההיבטים האחרים של זהותו ולכן הוא נוגע גם בזהות הדתית שלו; עלבוננו צובע את זהותו הדתית. במצב שבו אנשים דתיים יכולים לכוון את זהותם ולעשות זאת

בהזרת הדת האחרת, לגדף יום-יום, לברך בהזדמנויות רבות על כך שאינם בני זהות אחרת, או שאינם נשים, לומר בהגדה של פסח "שפוך חמתך על הגויים," לא נוכל לחוקק בשום פנים חוק כזה בלי לפגוע פגיעה אנושה בפרקטיקות הדתיות הקיימות.

אני רואה זהויות מתפתחות בתרבויות אחרות שמתחילות לנקוט מידה של הזרה, וזה כנראה גם הטבע של דתות מתפתחות. הזהות הנשית המתפתחת כיום מתוך הזרת צורות אחרות של חיים; התרבות החד-מינית המתפתחת מתוך הזרת צורות אחרות של חיים. אלו הולכות ומקבלות את האופי הפרשני-חודרני של דתות אחרות. וגם הן יצטרכו להתרגל לכך שלא יוגנו בשום צורה מפני עלבונות או גידופים ויצטרכו לחיות בעולם ליברלי ריק לחלוטין שבו המדינה אינה מתערבת.

¶ **מרדכי קרמניצר:** אשר לדברים שאמר שלום רוזנברג: בעולם יש ניסיון של שנים רבות בעברות מהסוג הזה והניסיון המשותף מגלה שלא מפעילים אותן כלל, ואם מפעילים אותן יש תמיד אי-נחת גדולה מאוד סביב ההפעלה. כלומר לא הצליחו למצוא מתכונת ברורה להפעלת עברות מהסוג הזה.

אפשר לשקול את הרעיון של רוזנברג לאסור שימוש בסמלים דתיים בפרסומת מסחרית, לאסור פגיעה בעצמים דתיים או זלזול בעצמים דתיים, אותו משום שהוא מקיים, מבחינתי, את הדבר שאינו קיים באיסור הנדון: הגדרה שיש לה משמעות ויש לה גדרות. אם תאמר לי מה אסור אוכל להתמודד עם האיסור, אך לא ניתן להתמודד עם 'פגיעה ברגשות'.

אשר לדברי נחום רקובר: שיטת המשפט בישראל מכירה באינטרס של רגשות דתיים כאינטרס שמאזנים אותו לעומת אינטרסים אחרים בהקשרים לא פוליטיים: איסור על הצגת מחזות, הקרנת סרטים. אין לי שום הצעה לשינוי בעניין זה, כלומר אינני מציע למחוק זאת כאינטרס ציבורי שמביאים אותו בחשבון.

אשר לדברי רות גביון: אני חושב שיורם שחר ענה על בעיית הביזוי הפומבי של היקר והקדוש. את היקר והקדוש לי אני יכול לבטא, לא אחת, בצורה שהצד האחר רואה בה ביזוי של היקר

והקדוש לו. אשר לסדר הציבורי – יש כאן מתח עצום. אני מסכים עם רות, אבל הסתה והמרדה אינן פותרות את הבעיה. עלינו למצוא משהו מתוחכם יותר מהסתה ומהמרדה, בניסיון למנוע היתר לאלימים.

גבריאל קלינג: בבעיות שקשורות בדת יש בלבול רב כל-כך. לפני שמוניתי לשופט ייצגתי את לשכת עורכי הדין בוועדות הכנסת, בעיקר בוועדת חוקה חוק ומשפט. פעם יזמו אנשי אגודת ישראל הצעת חוק לבטל את השבועה, והתגובה של חברי הכנסת החילוניים הייתה מדהימה. הם טענו שביטול השבועה הוא כפייה דתית. אני נהגתי שם כאורח וישבתי בשקט, אך לא יכולתי שלא להתפרץ. אמרתי שאיני מבין כיצד ביטול השבועה באלוהים הוא כפייה דתית. אז התעשתו קצת והתחילו לדבר על התוצאות של ביטול השבועה, והשבועה בוטלה.

אני סבור בהחלט שראוי שתהיה חקיקה כי אני מאמין שתפקידה העיקרי של חקיקה הוא התפקיד החינוכי, היינו קביעת נורמות התנהגות. אתן דוגמה מנושא הפרטיות. נחום רקובר, רות גביזון ואני היינו חברים בוועדת כהן, שמינה שר משפטים לפני יותר מ-25 שנה כדי לבדוק אם ראוי לחוקק חוק בעניין הגנת הפרטיות. נאמר לנו שבאנגליה ובישראל אין חקיקה, אבל שופט אמר בפסק דין שכדאי לבדוק זאת. הוועדה הציעה חקיקה. בשנת 1980 נחקק החוק ואני חושב שעוד לפני 'חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו' הייתה לו השפעה עצומה על הטמעת רעיון הגנת הפרטיות בחברה הישראלית. בהשתלמויות לאנשי מחשב, שנים רבות לאחר מכן, הגנת הפרטיות היא אחד העניינים העיקריים מכיוון שהיא בחוק. זה הפך החיובי של העניין.

הפן הבעייתי הוא האכיפה. כשיש חוק יש מי שתובע את אכיפתו. אכיפה בעניינים האלה היא בעייתית: הבעיה הראשונה היא השופט. בעניינים אלה, בבית-משפט בערכאה ראשונה יושב דן אחד ועליו לנקוט עמדה בבעיות חברתיות קשות מאוד. את הדיון הזה השופט צריך לנהל כלפי עצמו. אנחנו רגילים ששופטי בית-המשפט העליון יורדים לזירה, ומאשימים אותם שלעתים קרובות מדיי הם מתערבים בעניינים חברתיים. דעתי איננה כך, אבל זאת הסיבה שבבית-המשפט

העליון דנים בהרכב של שלושה שופטים לפחות. בערכאה ראשונה דן שופט אחד.

אביא דוגמה מפסק דין דרדריאן, ראש העדה הארמנית בירושלים. בין הארמנים יש סכסוכים וראש העדה הואשם בשיתוף פעולה עם שלטונות ישראל. על כך הוגשה תביעה על לשון הרע והשאלה הייתה אם מדובר בלשון הרע או לא. בית-המשפט העליון חידש הלכה לעומת המשפט הישראלי והמשפט האנגלי ואמר: "חשובה לנו הדעה של האנשים שבחברתם הוא חי." ואולם, כאשר הגיעו ליישום אמרו: "האם אנחנו, השופטים במדינת ישראל, נקבע ששיתוף פעולה עם המדינה הוא לשון הרע?" השופטים חלקו זה על זה בעניין.

באי-אכיפה בעניינים האלה יש רק ברכה. אני בעד נורמות אבל לא בעד אכיפתן. שנים עסקתי בעריכת דין ונחשבתי לבקיא בענייני לשון הרע. נועצו בי רבים ובהם שרים. במשך שלושים ואחת שנה הגשתי תביעה אחת על לשון הרע ושם לא הייתה בררה. לכולם יעצתי שלא להגיש תביעה על לשון הרע, בין השאר בגלל מערכת בתי-המשפט. משפט כזה מתברר אחרי זמן. אם יעסקו בעניין אחרי שנה וחצי-שנתיים תועצם הפגיעה בערכים שהתובע רצה להגן עליהם. העניין ייסקר שוב באמצעי התקשורת והכול יעסקו בכך.

❧ **יוסי דוד:** דעתי העקרונית היא בעד הגבלה על פגיעה ברגשות, כלומר בעד הגנה על רגשות באמצעות המשפט הפלילי. לא אעסוק בכך אלא במעמד המיוחד של הדת בהקשר הזה. ברצוני לטעון שהגנה על רגשות דתיים צריכה להיות פחותה מהגנה על רגשות אחרים. למה?

כאשר מדברים על פגיעה ברגשות אנחנו למעשה מדברים על פגיעה בערכים. רגש של אדם נפגע; או רגש דתי נפגע; או האדם הדתי נפגע; מכיוון שכך – נפגע ערך דתי, נפגע סמל דתי.

אם כך, עלינו לבדוק מהו הערך שנפגע, ולבדוק אם הערך הזה ראוי להגנה. יש ערכים שאינם ראויים להגנה. ערכים לא סובלניים או השקפות לא סובלניות. אמונות לא סובלניות אינן ראויות להגנה. אם רגשותיו של אדם נפגעים פגיעה קשה מכיוון שנפגע ערך גזעני שהוא דוגל בו או מכיוון שנפגעה השקפה גזענית שהוא מחזיק בה – הרגש שנפגע אינו

ראוי להגנה ואני חושב שכולנו מסכימים על כך. הדת היא מערכת ערכים חשודה מכיוון שיש לה פוטנציאל רב לאי-סובלנות. אני מוכן להגן על הטענה הזאת בלהט, הן במישור העקרוני הן במישור האמפירי.

אחזור לטענתי הקודמת: אם נפגע רגש צריך לבדוק מהו הערך שעומד מאחוריו. אם זה ערך לא סובלני הוא אינו ראוי להגנה. דוגמה לטענה זו היא הפרשה של נשות הכותל. זה דוגמה טובה מכיוון שאין בה רק ביטוי אלא עשיית פולחן במקום דתי. הרגשות של הדתיים נפגעו כשראו את הנשים מתפללות בכותל, עטופות בטליתות, אוחזות ספרי תורה ואפילו שרות, רחמנא לצלן... הרגשות של הדתיים נפגעו פגיעה קשה, ואני מאמין שלא נפגעו בכנות, אבל למה הם נפגעו? הם נפגעו מכיוון שבבסיסם ערך לא שוויוני, לא סובלני, אשר עוסק במעמד הנחות של האישה ביהדות ובכלל. רגש כזה אינו ראוי להגנה כי הערך שבבסיסו אינו ראוי להגנה.

משנה גורלי: השיח החילוני-הדתי המרכזי מתנהל בעיקר בתקשורת. ברצוני להעיר על חולשתו של הכלי הפלילי לטפל בעניינים האלה. התקשורת היא המשקפת הנאמנה ביותר. התמריץ המרכזי לפגיעות ולעלבונות הדדיים בין חילונים לדתיים הוא תקשורת, מפני שבתקשורת יש ביקוש רק לאנשים שיגביהו את רף הדיבור המעליב. לכן נבחרים לתכניות דיונים חברי כנסת ורבנים משני צדי המחנה, לא ננקוב בשמות, שיאמרו את הדברים המעליבים והבוטים ביותר. אם לא יאמרו דברים כאלה, לא יפנו אליהם בעתיד להשתתף בתכנית.

שתי הקבוצות האלה חסונות מפני דין פלילי. חברי כנסת חסינים מפני שאי-אפשר להעמידם לדין, ורבנים חסינים מפני שלא כדאי להתעסק אתם. לדוגמה, הנושא של הרב עובדיה יוסף – אליקים רובינשטיין החליט לפתוח בחקירה ואחר כך חזר בו. מלכתחילה היה ברור שלא יקרה דבר. התקשורת, חברי הכנסת והרבנים משתתפים במשחק הזה והבמה התקשורתית אינה בולטת פחות מהכנסים של המכון הישראלי לדמוקרטיה שהדיונים בהם עדינים יותר. הרף הקיצוני של העלבונות והגידופים נקבע בתקשורת ושם ממילא אי-אפשר לעשות דבר בעניין. ולכן אינני יודע איך אפשר להחיל חוק פלילי.



❧ **יהודה פרידלנדר:** כל מה שאמרנו כאן מבטא תופעה אחת; אנחנו חיים בחברה רב תרבותית, בחברה שמורכבת מגופים רבים. אם החוק ישתנה, מערכת החוקים תשתנה – ואנו נחליף דת בדת. אינני יודע אם יש הבדל בין אדמו"ר חסידי לאדמו"ר סוציאליסטי. אני חושב שיצחק בן אהרון הוא מאחרוני החסידים; הוא מאמין באידאולוגיה שכיום חזקה פחות מבעבר. יש כאן התנגשות של ערך בערך; התנגשות של סולם ערכים בסולם ערכים. משום כך צריך לתת לעם, לעמים ולאזרחים שמתכנסים בטריטוריה אחת לחיות כמה עשרות שנים יחד כדי שתתגבשנה נורמות. זה לא יקרה בכוח חוקים. חוקים יכולים ליצור מודעות, אורח חיים ואווירה של מדינה דמוקרטית אך זה לא נוצר בדור אחד או שניים.

❧ **אלון הראל:** אני מרגיש כמו וייטהד שאומר הערות שוליים לאפלטון. אני מרגיש שכל דבריי הם הערות שוליים לאפלטון. ברצוני להשתמש בדברי יורם כדי להגיב על דבריו המרתקים של שמואל יעקובוביץ. נשתמש באסמכתא חשובה – הספר 'ויאל משה' של הרבי מסאטמר.

הספר המופלא הזה הוא ספר מתלהם ונכתב בו מה דינו של בית שיש בו דגל ישראל. אני כמעט בטוח שהעניין נכתב בספר הזה או ב'תורת הגאולה'. אני מזכיר זאת כי הוזכר כאן חוק הדגל והסמל. המניע של האדמו"ר מסאטמר זכרו לברכה היה כמובן מניע דתי. הוא נגע לשאלה אם הציונות מאמינה שהמדינה היא מדינה יהודית. יש כאן קונפליקט של ממש בין רגשות דתיים או אמונות דתיות חזקות, אף שהם מובאים בלשון הלכתית, ובין התפיסה שמדינת ישראל יכולה להיות מדינה יהודית. במילים אחרות, הצבת היהדות כבסיס המדינה, כבסיס הקונסרבטיבי של המדינה, תהיה בעיני קבוצות גדולות באוכלוסייה היהודית מעשה אנטי-יהודי.

יש אנשים שחושבים שהמושג מדינה יהודית הוא אוקסימורון. שממניעים יהודיים לא יכולה להיות מדינה יהודית.

חופש הדת מחייב אותנו לדון במושג של פגיעה ברגשות דתיים או אחרים וחופש הדת הוא לדעתי אחד הרכיבים שבתשתית האיסור על פגיעה ברגשות דתיים. איננו יכולים לקיים חופש דת משום שהחופש

לפגוע באחר הוא חירות חשובה, בסיסית, מכוננת של הזהות היהודית, אפילו של הזהות היהודית החרדית.

⌚ **ברכיהו ליפשיץ:** בעניין נשוא פסק הדין של גור-אריה, הייתה פגיעה בחופש הדת, לא ברגשות דתיים. הייתה פגיעה של הרוב בחופש הדת מטעמים שאינם מוצדקים, והיא נעשתה תוך שימוש בהבחנות אינטלקטואליות שאינן מוצדקות. כלומר, לפי תפיסת רבם של העותרים נפגע חופש הדת שלהם וזלזלו בדתם. צריך להגדיר מהו חופש דת לעומת רגשות דתיים.

⌚ **חני קומנשטר:** ברצוני להבחין הבחנה טכנית. אתן דוגמה ממחקר שעסק באירלנד. העיתונים באירלנד חושפים מה שהם רואים מתוך אחריות חברתית. לטענתם, כל פרסום כזה יכול לגרום לשפיכות דמים ולכן הם נזהרים יותר ומתקנים פרסומים. זו דוגמה לעשיית דברים ביזמה חברתית ולא לפי חקיקה.

יש אמצעי תקשורת רבים שמיוחדים רק לשידורי דת. הדבר ניכר בערוצי טלוויזיה בארצות-הברית או במקומות אחרים ושם למשל יש עניינים שאינם קשורים דווקא לפגיעה בדת אחרת, אלא קשורים לבני דת אחת. מצפים מאנשים שמופיעים בתכניות, מקצתם בעלי חזות דתית, להימנע מפגיעה כלשהי במאמינים. להימנע מיצירת פחד שעלול להשפיע על ההבנה של אמת הדת או לגרום להם תחושה לא נוחה.

⌚ **רות גביזון:** הדיון היה טוב מאוד מפני שהוא הראה שהבעיה מורכבת מאוד והרבדים עמוקים יותר. הקשר בין הסוגיה שדנו בה ובין סוגיות רחבות יותר הוא עמוק ולכן היכולת שלנו לתת מענה על השאלה הספציפית של עֲבֵרָה פלילית מסוימת תלויה בתשובות שאנחנו נותנים לשאלות אמפיריות מסובכות – לשאלות של אמונה; לשאלות של סדר ציבורי.

אני רוצה לחזור ולומר משהו שחודד כאן. מצד אחד הגדרת הערך המוגן חמקמקה. אני חושבת שהחמקמקות נובעת באופן פרדוקסלי מכך שכולנו מסכימים עם מה שאומרים אלון ויורם שבכל דת חזקה ובכל אידאולוגיה חזקה נעשית פגיעה באחרים, מפני ש'אנחנו' מוגדר הגדרה חלקית לעומת 'הם', כשנאמרים דברים רעים על ה'הם'; הם נחותים, הם רעים, הם אכזריים, הם מסוכנים, הם נחשים, הם חרקים

וכשיש לגיטימציה לכך – המשפט נכנס לתמונה. כשה'הם' הם כל הדברים שמצדיקים היעלמות של הבקרות האנושיות הבסיסיות על פגיעה באחר שנברא בצלם, בלי קשר לדעותיו. לכן מערכת משפט אינה יכולה להגיע אל ה-naked public square, או אל ה'פרהסיה הניטרלית' שיוורם שחר מנסה למכור לנו. הניטרליות הזאת שלכאורה התודעה הדתית מכתיבה אותה אינה עמדה אפשרית. מכאן עולה השאלה האם מה שקורה היום באירופה דומה למה שקרה באירופה בשנות ה-30? האם הדבר אינו מתחיל בלגיטימיות של הפגיעה האימננטית בעמדות האידאולוגיות ובהן הדתות והלאומיות?

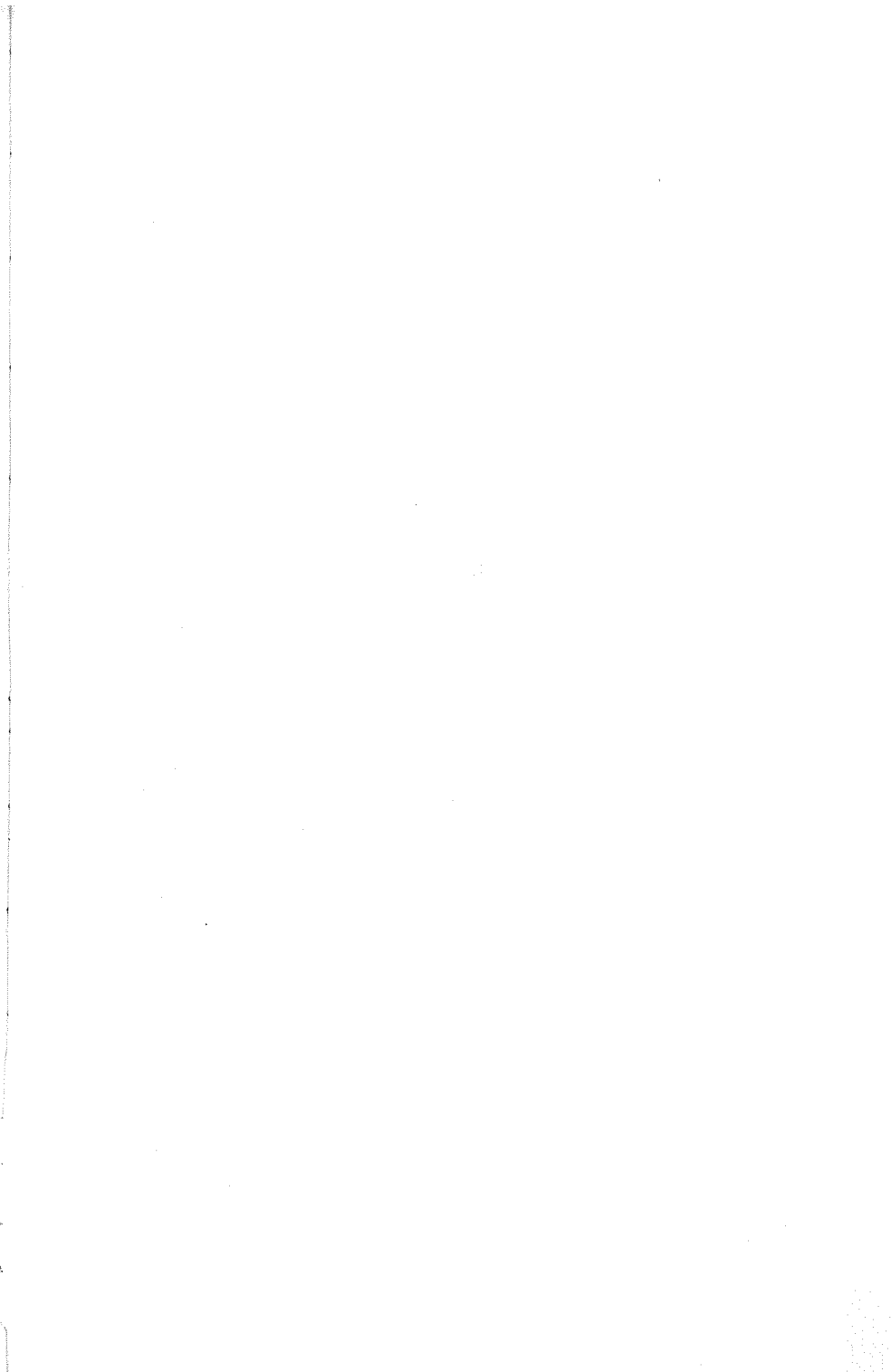
לחברה יש מחויבות להגן על גופו ועל זהותו של האדם שחי בה. לא הגנה מפני עלבונות ולא מפני מחשבות של אחרים שרוצים להזהירו ולהעליבו, אלא הגנה על הדברים שיקרים לו. הגנה מפני האפשרות שייווצרו תהליכים חברתיים ופוליטיים, כמו אלה שנוצרים אצלנו ובמקומות אחרים, שיאפשרו לבעלי הכוח בחברה לגבור על האילוצים האנושיים שלהם ולפגוע בפגיעה אנושה באחרים בחברה ואף בעצמם, בדרך של פגיעה מוסרית עצמית.

🔗 **מרדכי קרמניצר:** אלו הרגשות?

🔗 **רות גביזון:** אני חושבת שברכיהו ליפשיץ צודק, רגשות הם מין סימול חיצוני לדברים אחרים. הבעיה אינה הרגשות, אלא הלגיטימיות של הזלזול במישהו שמראהו אחר, שמחשבתו אחרת, שאמונתו אחרת. זה העניין המרכזי, ולא הרגשות. הבעיה היא איך לטפל בעובדה שכל האידאולוגיות האלה נוהגות כך בזרים; איך להבין את האחר ולכבדו מתוך סובלנות ולמנוע את ההידרדרות של התהליכים הפוליטיים האלה. השאלה איך עושים זאת היא השאלה המרכזית ובה עלינו לפתוח את הדיון הבא שלנו.

🔗 **קריאה:** עלינו להגן על הדת כדי שהיא לא תהיה פוגענית.

🔗 **רות גביזון:** נכון, אבל עלינו להגן גם על אידאולוגיות אחרות.





נספח - מאמרים



## לשון הרע\*

חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר, בועז שנור

### מבוא

דיני לשון הרע עוסקים בהגנה על הכבוד, או השם הטוב, באמצעות איסור על ביטויים מעליבים ומשמיצים. המערכת המשפטית משקפת בכללותה את הפתרון לשאלת היקף ההגנה הראוי על הערכים החברתיים, כפי שהוא עולה מתפיסות החברה. פתרון זה אינו משפטי במהותו, שכן המערכת המשפטית אינה פועלת בחלל ריק. הוא מבטא פתרון חברתי ואולי אף פוליטי-מדיני העולה מאופייה של החברה הנתונה. דיני עונשין הם אף כללי החברה והמחוקק בחוקקו את דיני העונשין אינו אלא מעלה את הכללים על כתב ונותן להם גושפנקה רשמית. בבדיקת ההגנה המשפטית הראויה על הכבוד ועל חופש הביטוי יש לייחס חשיבות מרבית, ואולי אף מכרעת, למעמד של שני הערכים החברתיים הללו. להיסטוריה, לניסיון ולאורח החיים של עם או של חברה יש השלכות רבות על גיבושם של דיני לשון הרע ועל האיזון הנאות בין חופש הביטוי לבין הכבוד. בהקשר הנדון מספקות גרמניה וארצות-הברית דוגמאות מעניינות. ההיסטוריה הוויימרית הובילה את גרמניה הדמוקרטית (המערבית דאז) להגבלת יתר על חופש הביטוי, מחשש פן תחזור ההיסטוריה על עצמה. לפי שיפוטנו, באיזון בין חופש הביטוי לבין הכבוד העניק המחוקק הגרמני לכבוד מעמד יתר וגרע ממעמדו של חופש הביטוי. המחוקק הגביל בחקיקה פלילית (סעיף 186) חופש הביטוי רק בשל חשש לפגיעה בכבוד והגדיר את לשון הרע על אישי ציבור, לרבות פוליטיקאי, כנסיבה מחמירה (סעיף 188). לעומת זאת, ההגבלות החמורות על חופש הביטוי בארצות הברית בתקופת שתי מלחמות העולם וכן היזרון ההיסטורי על התקופה הבריטית בארצות הברית והשנים

\* הדברים המובאים כאן הם תמצית של פרקים מתוך: חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנור, **דיני לשון הרע: הדין המצוי והדין הרצוי**, הוצאה משותפת של המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, האוניברסיטה העברית בירושלים, הפקולטה למשפטים, והמכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים 2003. מראי מקום והערות השוליים הוצאו מהתמצית, וכל המעוניין בדיון רחב בכל הסוגיות והדעות, וכן באזכורים, יפנה לספר.

הראשונות שאחרי העצמאות, הובילו להענקת הגנה רחבה מאוד על חופש הביטוי בתקופת שלום; הגבלת חופש הביטוי תהיה מותרת רק אם מדובר בביטוי 'קיצוני ביותר'. גם בפסיקה הישראלית ניתן למצוא מקרים מעניינים, שבהם מנסה הפסיקה ללמוד מלקחי העבר, הן מן ההיסטוריה הוויימרית והן מן ההיסטוריה האמריקנית. כך, למשל, בערעור האזרחי בעניין חברת החשמל נגד עיתון 'הארץ' הדגישה הפסיקה הישראלית את השיטה והחשיבה האמריקנית והעניקה לחופש הביטוי מעמד חשוב מאוד. לעומת זאת, בדיון הנוסף באותה פרשה הדגישה הפסיקה הישראלית את ההיסטוריה הוויימרית, העניקה לכבוד מעמד חשוב מאוד, וגרעה ממעמדו של חופש הביטוי.

בקביעת האיזון הראוי בין הגנה על הכבוד לבין חופש הביטוי יש לבחון את חשיבותם היחסית של שני הערכים החברתיים בחברה נתונה ביחס לכל סוג של ביטויים ולפי ההקשר. ההבחנה בין סוגים שונים של ביטויים הפוגעים בכבוד חשובה מפני שהן מידת הפגיעה בכבוד והן חשיבותו של חופש הביטוי תלויים, בין השאר, בטיב הביטוי. כך, למשל, ביטוי גזעני, ביטוי שיש בו לשון הרע, ביטוי שיש בו הסתה, ביטוי שיש בו כדי להשפיע על עניין תלוי ועומד בבית-המשפט, ביטוי שפוגע בטעם הטוב או ביטוי מסחרי אינם זוכים לאותה הגנה משפטית המוענקת לביטוי פוליטי שיש בו כדי להגן ולטפח את המשטר הדמוקרטי או לביטוי אישי שמטפח את אישיותו של האדם ואת ה'אני מאמין' שבו. בחינת ההקשר הרלבנטי חשובה מפני שמטרת האיזון משפיעה על טיבו: הגנה על כבודו של אדם שונה מהגנה על כבודו של ציבור אנשים, קביעת איסור פלילי שונה מקביעת עוולה נזיקית, וקביעת עצם האחריות המשפטית בגין ביטוי הפוגע בכבוד שונה מקביעת התרופות המתאימות. עם זאת, בכל אחד מההקשרים הללו יש לערוך את האיזון ביחס לכל סוג של ביטוי בהתבסס על המכנה המשותף לכולם, דהיינו לאור ההגדרה הכללית של הערכים החברתיים הראויים להגנה משפטית.



## הכבוד כערך חברתי הראוי להגנת המשפט הפלילי

הכבוד הוא אחד האינטרסים הבסיסיים החשובים לעצם קיומו של הפרט ולהתפתחותו. הכבוד הוא עיקרון אובייקטיבי המנחה את המחוקק, וגם זכות סובייקטיבית של הפרט המעניקה לו את הרשות והיכולת לתבוע את קיומה וכיבודה. על הכבוד האנושי, החברתי והמוסרי נאמר שהם "חשובים לעתים לאדם כחיים עצמם, הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר." הכבוד הוא זכות יסוד חוקתית, אבן יסוד וערך חברתי מרכזי בשיטה המשפטית של כל חברה שוחרת חופש. הכבוד כערך חברתי "כולל בחובו בין השאר את האינטרס לכבוד אישי, לגאווה אישית ולהכרה אישית בין בני אדם. הוא משתרע על יחס הכבוד וההערכה כלפי האדם מן הסובבים אותו." גם בתודעת היהדות מוצגת חשיבות הכבוד, שכן "טוב שם משמן טוב", "לשון הרע הורגת" – כל המלבין פני חברו ברבים כאילו שופך דמים" ו"גדול כבוד הבריות, שהוא דוחה את לא תעשה שבתורה." הכבוד הוא אפוא זכות חיונית לקיומו ולהתפתחותו של הפרט כסובייקט חברתי ושל החברה בכללותה, ערך חברתי הראוי להגנת המשפט הפלילי.

טענה אפשרית בנושא דיוננו היא, שהכבוד הוא ערך אידאלי-רוחני, ופגיעה בו אינה גורמת נזק מוחשי. בלשון הרע מדובר, אולי, בהפחתת ערכו של הפרט בעיני הבריות. ניתן לטעון, מדוע יטרד הפרט מן העובדה שלועיגים לו ומשפילים אותו, כאשר אמונתו והערכתו העצמית בכבודו הן חזקות. אם אדם משוכנע בהערכה המגיעה לו, יש לרחם על המנסים לפגוע בהערכה זו. "כבודו של איש-המעלה אינו תלוי כלל במה שיאמרו או יעשו אחרים." הגיבור אינו הופך לפחדן ולחלש כשמציגים אותו חלש או פחדן. החכם אינו הופך לטיפש כשמציגים אותו טיפש. לפיכך, אין צורך בהגנה על הכבוד במשפט. אך, נגד טענות אלו יש להשיב, שכאן לא מדובר בפגיעה בכבוד כהערכה עצמית, אלא בהערכתו בעיני החברה. זאת ועוד, וזה העיקר, טענות אלו יפות כשמדובר באנשים אשר ביטחונם העצמי הוא מוחלט, קרי: האנשים החזקים. האנשים החזקים אינם זקוקים להגנת

החוק והם יכולים להגן על עצמם בחכמתם ובעוצמתם. אולם המשפט, ובעיקר המשפט הפלילי, נועד להגן על האנשים החלשים. ההערכה העצמית, לרבות ההערכה החברתית, של האנשים החלשים, שהם רוב בני אדם, אינה כה איתנה עד כדי היותה בלתי תלויה בהערכת החברה כלפיהם. לכן, כשם שהמשפט נועד להגן על זכויות היסוד של הפרטים, ובמיוחד הפרטים החלשים הזקוקים להגנה זו, הכבוד הוא ערך חברתי שראוי להגנת המשפט הפלילי.

יש הסוברים שהדין המתאים להגנה על הכבוד הוא המשפט האזרחי, וזאת לאור עקרון השיוריות ולאור המסקנה שהדין הפלילי אינו עומד במבחן של תרומה משמעותית לפתרון תופעת לשון הרע, הואיל ואין בו הרתעה יעילה ותדירות השימוש בו נמוכה מאוד. השופט ברק גרס, בניתוחו את הרכיב של 'בכוונה לפגוע' שביסוד הנפשי של החוק, שהמטרה החקיקתית שביסוד האחריות הפלילית בגין פרסום לשון הרע "אינה יכולה להתמצות באינטרס של הפרט להגנה על שמו הטוב" ושלוס הציבור הוא האינטרס המצדיק התערבות המשפט הפלילי בפרסומי לשון הרע.

גישה זו של השופט ברק ושל אחרים אינה משכנעת ואינה עקבית. ראשית, לפי גישתו של השופט ברק פגיעה בכבוד בכוונה, כיסוד נפשי מיוחד, היא עברה פלילית. משום שהכוונה המיוחדת אינה פוגעת או מסכנת את שלום הציבור, על כורחך יוצא כי הכבוד הוא ערך חברתי הראוי להגנת המשפט הפלילי. שנית, גישתו של ברק אינה מתיישבת עם עמדתו העקרונית בנוגע לחשיבותו של הכבוד ולערכו החברתי. כאשר ברק גורס ש"כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לעתים כחיים עצמם, הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר .. (ו)כל המלבין פני חברו ברבים 'כאילו שופך דמים', " כלומר, במקרים מסוימים משווה את חשיבותו של הכבוד לחיים, מתבקש להגן על הכבוד באמצעות המשפט הפלילי. שלישית, ניתן להצביע גם על כך, שהכבוד הוא ערך חברתי מוגן באמצעות המשפט הפלילי ברוב המדינות הדמוקרטיות, ו"חוק לשון הרע (לרבות במישור הפלילי – התוספת שלנו) הוא חוק יסודי אשר נחוץ בכל מדינה מתקדמת כדי להגן על שמם הטוב של תושביה ולמנוע גרימת נזקים על-ידי השימוש נגדם בלשון הרע."

רביעית, קיים הכרח בהגנה על הכבוד באמצעות המשפט הפלילי, הואיל והמשפט המנהלי והמשפט האזרחי אינם מספקים הגנה יעילה וראויה על הכבוד. המשפט המנהלי הוא מניעתי – לפני מעשה, ואילו המשפט הפלילי הוא עונשי – אחרי מעשה. תרופתו של המשפט המנהלי, מניעה מראש, אינה אפשרית כאשר הפגיעה בכבוד התרחשה. יתר-על-כן, מניעת הפרסום מלכתחילה כרוכה בצנזורה ובמניעה מוחלטת שהיא פוגענית ביותר בחופש הביטוי, והמגבלות המוטלות על מניעת הפרסום הן קשות וחמורות מאלה המוטלות על ענישה בגין פרסום. גם הסעדים של המשפט האזרחי אינם מספקים הגנה הולמת על הכבוד, הואיל והסעד האזרחי הראשוני בעניין הפגיעה בכבוד הוא, לפי הדין המצוי, הפיצוי. כתוצאה מכך, המשפט האזרחי אינו יכול להוות אמצעי הרתעה עבור בעלי היכולת הגבוהה או עבור חסרי היכולת הכספית שאין אפשרות לגבות מהם פיצויים. זאת ועוד, הבחירה בחלופה הפלילית בדיני לשון הרע עשויה להיות יעילה, מהירה וזולה יותר תוך שהיא מדגישה את המטרה של טיהור השם להבדיל מהרצון בפיצוי כספי. טיהור ראוי של שמו הטוב של הנפגע נעשה בעיקר באמצעות המשפט הפלילי, וזאת במיוחד כאשר הנפגע אינו מעוניין בדרישת או בקבלת פיצוי כספי, או כאשר התביעה האזרחית ודרישת הפיצוי הכספי הנה קשה או בלתי סבירה עבור הנפגע, מכיוון שהיא עשויה להתפרש כ'מכירת' הכבוד או שעניינו של הנפגע עלול להתפרש כביכול בקבלת כסף ולא בטיהור שמו הטוב.

גם כללי האתיקה המקצועית של מועצת העיתונות אינם יכולים לשמש אמצעי חילופי פחות מזיק עבור אנשי התקשורת. ראשית, החברות במועצה ובמוסדותיה והכפיפות להן היא וולונטרית ולא מחייבת, כך שאנשי התקשורת יכולים לבחור שלא להיות חברים במועצה, וכזו הייתה בחירתם של רבים. שנית, המועצה ומוסדותיה אינם יכולים להטיל סנקציות על אנשי התקשורת שחטאו בלשון הרע, שכן עיקר סמכותם בנושא הנדון הוא קביעה הצהרתית. שלישית, אנשי התקשורת נוטים להעניק הגנה רחבה מאוד, ואף מופרזת, לחופש העיתונות ולהכיר בחופש לשון הרע, כך שהמועצה ומוסדותיה נגועים במשוא פנים מוסדי ומקצועי. כאמור, קיומה של הגנה על

הכבוד במשפט האזרחי אינו מחייב דחייה א-פרוורית של הגנה פלילית על הכבוד. בתחום ההגנה על הכבוד, קיימים מקרים חמורים שבהם מתבקשת הגנה עונשית, ולא ניתן להסתפק באחריות אזרחית. אמנם אפשר לטעון, שעל-ידי הגדרה מחודשת של הסעדים העיקריים בדיני לשון הרע האזרחים, למשל, הדגשת טיהור שמו הטוב של הנפגע באמצעות פרסום התנצלות, תיקון או הכחשה, מפני לשון הרע, והגברת ההרתעה על-ידי הכרה בפיצויים עונשיים ניתן להתמודד עם התופעה של לשון הרע בצורה טובה מאוד באמצעות המשפט האזרחי, ואין צורך בהתערבות המשפט הפלילי. זאת – נוכח העובדה, שבדרך כלל, הסנקציה העיקרית בגין עברת לשון הרע הפלילית היא קנס כספי. כלומר, תרופותיו של המשפט האזרחי עשויות לקיים גם את תפקיד דיני העונשין.

לדידנו, המצב המשפטי אינו כה פשוט כפי שמשמע. אמנם טיהור שמו הטוב של הנפגע יכול, ואף רצוי שיעשה (גם) באמצעות המשפט האזרחי, אך תפקידו העיקרי של המשפט הפלילי – ההרתעה – אינו יכול להתקיים כראוי על-ידי המשפט האזרחי. תפקידו של המשפט האזרחי מתבטא בעשיית צדק עם הניזוק, היינו פיזור הנזק וחלוקת הנטל בנשיאתו, באמצעות החזרת המצב לקדמותו. לענייננו כאן המשמעות היא התנצלות מפני לשון הרע ותשלום פיצויים עבור הפגיעה בכבוד. ואילו תפקידו של המשפט הפלילי מתבטא בהבטחת חיים בצוותא של אנשים חופשיים, וזאת באמצעות ההרתעה, הטלת סנקציות עונשיות על העושה ואיום בהטלת סנקציות על עושה פוטנציאלי. תפקיד זה אינו יכול להתקיים על-ידי המשפט האזרחי, שבו ההרתעה ממלאת תפקיד משני, והפיצויים העונשיים הם נטע זר. פסיקת פיצויים עונשיים במשפט אזרחי משמעה הענקת טובת הנאה ללא הצדקה לנפגע, קרי: העשרת הנפגע עבור לא כלום. זאת ועוד, הכרה בפיצויים עונשיים במשפט אזרחי משמעה הטלת סנקציה עונשית בניגוד לעקרונות היסוד של המשפט הפלילי. לפי דיני העונשין יש להטיל על העושה סנקציה פלילית בגין ביצוע עברה רק כאשר הביצוע הוכח מעל לכל ספק סביר, כלשונו של סעיף 34<sup>34</sup> לחוק העונשין. הואיל ומידת ההוכחה במשפט אזרחי הנה שונה ופחות בהרבה מאשר במשפט פלילי, הנפגע עשוי לזכות

בפיצויים עונשיים על פגיעה בכבודו גם כאשר אפשרות התקיימותה של העוולה האזרחית מסתברת יותר מאשר אי-התקיימותה. כלומר, מטילים על המזיק סנקציה פלילית בשל אפשרות של פגיעה שאינה מגיעה כדי ודאות, בניגוד לסעיף 34כב לחוק העונשין המבטא עקרון יסוד של המשפט הפלילי. זאת ועוד, הכרה בפיצויים עונשיים בענייננו, אינה יכולה למלא את התפקיד ההרתעתי הראוי של דיני העונשין עבור עושים בעלי יכולת, כדוגמת אמצעי התקשורת שהם רוב הפוגעים בכבוד. זאת ועוד, הפיצוי הוא סעד משני ולא עיקרי בדיני לשון הרע. יתר-על-כן, הדוקטרינה של פיצויים עונשיים תוך התחשבות במגבלות לעיל אינה יכולה לספק את ההגנה היעילה והראויה לכבוד, שכן קיימים מקרים חמורים בהם שום פיצוי אינו יכול לטהר את שמו של הנפגע.

המסקנה היא כי המשפט האזרחי אינו יכול לשמש תחליף מספק למשפט הפלילי ולמלא כהלכה את תפקידו ההרתעתי. הכבוד הוא ערך חברתי הראוי להגנה באמצעות המשפט הפלילי. השאלה, איזו פגיעות בכבוד יש לאסור לפי הדין העונשי, תיבדק בהמשך.

### הגנה על הכבוד במשפט הפלילי הלכה למעשה

השאלה כעת היא, האם המשפט הפלילי הוא, מבחינה מעשית, הכתובת הנכונה לשם הגנה על הכבוד. זאת, במיוחד כאשר התביעות הפליליות בגין לשון הרע הן נדירות מאוד. מדווח כי התביעות בגין לשון הרע מטעם התביעה הכללית הן נדירות מאוד באנגליה, בארה"ב, בקנדה ובישראל. באנגליה הכלל המהותי הוא שלשון הרע צריכה להיות חמורה (serious), תנאי המתקיים בעיקר כאשר יש סכנה לשלום הציבור או לסדר הציבורי; תנאי פרוצדורלי מוקדם נוסף הנדרש באנגליה ובאירלנד לפני העמדה לדין של בעלים, מו"ל, עורך או כל מי שאחראי לפרסום העיתון בגין לשון הרע באותו עיתון, הוא החלטת שופט, והשיקולים המרכזיים הם חומרת המעשה והאינטרס הציבורי בהעמדה לדין. באוסטריה אין אפשרות לאישום פלילי, אלא לאחריות אזרחית מוחלטת כשמדובר בדיווח על לשון הרע

על-ידי אנשי התקשורת, קרי: העושה הוא בעלים, מו"ל, עורך או עיתונאי; חוק המדיה (Mediengesetz) הוציא מקרים אלו של לשון הרע מהתחום הפלילי. בארה"ב, עמדתו המוצהרת של התובע הכללי (Attorney General) היא, כי לא תוגש תביעה פלילית כאשר קיימת תרופה אזרחית ואין חשש להפרת שלום הציבור או לפגיעה ציבורית אחרת. בקנדה הכלל הוא שהתביעה הכללית תגיש תביעה פלילית רק כאשר מדובר בעניין חמור. רוב התביעות הפליליות מוגשות על-ידי הנפגע ולא על-ידי התביעה הכללית. בישראל הצהירו היועצים המשפטיים לממשלה כי מדיניות התביעה הכללית ביחס לעברה של הוצאת לשון הרע היא לתבוע רק במקרים נדירים של "פרסומים מופקרים העוברים כל גבול סביר מבחינת החומרה והנזק", וזאת עקב השיקול של הגנה על חופש הביטוי. במשפט הקונטיננטלי עיקר ההגנה על הכבוד אך לא כולה, היא באמצעות המשפט האזרחי, וזאת בשל התרופות הרבות בגין הוצאת לשון הרע, כגון האמצעים של הוצאת צו-מניעה, התנצלות, תיקון והכחשת לשון הרע והפיצוי הכספי. חרף המציאות האמורה, דעתנו היא כי גם למשפט הפלילי תפקיד בהגנה על הכבוד. תפקידו של המשפט הנזיקי הוא עשיית צדק עם הנזוק והחזרת המצב לקדמותו. לא ניתן לספק את דרישות ההרתעה ואת תביעת הצדק הגמולי, במקרים חמורים, ללא היזקקות לדין העונשני.

### קובלנה פרטית

לפי סעיף 8 לחוק, עברת לשון הרע נמנית עם העברות שבגינן ניתן להגיש קובלנה פלילית פרטית. כאמור, המשפט הפלילי הוא אמצעי מתאים להרתעה מפני לשון הרע, לטיהור שמו הטוב ולהגנה על כבודו של הפרט. לכן, אין לוותר על ההגנה הפלילית על הכבוד. הואיל ומדיניות התביעה הכללית היא שיש למעט ככל האפשר בהגשת כתבי אישום בגין לשון הרע, יש לאפשר את האמצעי של קובלנה פרטית פלילית בדיני לשון הרע. שכן, העדרו של אמצעי זה משמעו, מבחינה מעשית, העדר הגנה פלילית על הכבוד. לכן, יש צורך להתיר את האמצעי של קובלנה פלילית פרטית.

יש הסוברים ש"האפשרות של הגשת קובלנה פלילית פרטית יוצרת הכבדה בלתי ראויה על המפרסמים. קובל פרטי יכול להחליט להביא

לניהול משפט פלילי כנגד עיתונאי, העלול להתמשך זמן רב, וזאת אפילו נראה ברור שהמשפט יסתיים בסופו של דבר בזיכוי... ראוי לשנות את החוק, כך שלא תתאפשר קובלנה פלילית פרטית כנגד כלי התקשורת בנושאים כלשון הרע או הגנת הפרטיות, שדרך המלך להתמודד עמם היא בתביעה אזרחית לקבלת פיצויים. חזקה על הפרקליטות שלא תגיש כתב אישום בגין עברות כאלה, אלא במקרים נדירים וחריגים ביותר, תוך התחשבות בהוראת החוק כפרשנותה בפסיקת בתי-המשפט."

סוגיה זו קשורה במעמדם של אמצעי התקשורת: האם אמצעי התקשורת זוכים. להגנה רחבה יותר מאשר האזרח מן השורה, והאם פרסום לשון הרע באמצעי התקשורת הוא תופעה פחותה יותר מאשר פרסום לשון הרע על-ידי אזרח מן השורה, או שמא חמורה יותר? ניתן לטעון שלחופש העיתונות יש מעמד משפטי עדיף לעומת חופש הביטוי של הפרט, וזאת מסיבות אחדות: ראשית, אמצעי התקשורת "הם כלי מרכזי להסברת תורות והשקפות ולוויכוח הציבורי הפתוח עליהן... [ו]זרועו הארוכה של הציבור, המופעלת לצורך איסוף המידע שידעתו ופרסומו חיוניים לציבור, לצורך קיום משטר חברתי תקין," ו"ככלב שמירה של זכות הציבור לקבלת מידע." בחופש העיתונות מודגשות ומתרכזות ביחד הזכות החוקתית של חופש הביטוי והזכות החוקתית של זכות הציבור לדעת (המעמד הפרטי והמעמד הציבורי של חופש הביטוי), כך שמעמדו של חופש העיתונות עולה על מעמדו של חופש הביטוי של הפרט. זאת ועוד, קיומה של זכות הציבור לדעת נעשה על-ידי כיבוד גישה חופשית לאמצעי התקשורת למקורות המידע בנושאים שיש בהם עניין ציבורי. אמצעי התקשורת מקיימים תפקיד חיוני ורם לחשוף ליקויים ולהתריע עליהם. ניתן לגרוס גם ש"מידה מסוימת של חופש הפגיעה בכבודו של הזולת חייבת להוות חלק מחופש העיתונות, אם רוצים להבטיח לעיתונות את תפקידה הפונקציונלי בייסוד הדמוקרטיה." לפיכך נחשבים אמצעי התקשורת ל"רשות רביעית" (fourth estate) של המדינה. אמצעי התקשורת שמקיימים את תפקידם הציבורי הם אמצעי התקשורת שמפרסמים

פרסומים שיש בהם עניין ציבורי. אפשר לטעון כי על אמצעי התקשורת מוטלת חובה חברתית לפרסם פרסומים שיש בהם עניין ציבורי. מצב דברים כזה אינו קיים אצל האזרח מן השורה.

שנית, אמצעי התקשורת מתייחסים לעניינים ולנושאים רבים ומדווחים עליהם, וההסתברות לעשיית טעויות ותקלות מצדם גדולה במיוחד. "עיתון גדול הוא בית-חרושת, שבו עוברות מדי יום ביומו אלפי ידיעות... בשירות ציבורי עצום זה, המעבד אלפי ידיעות ביום, מוכרח להיות אחוז מינימלי של טעויות." בשל הסיכונים הרבים והמיוחדים המאיימים על העיתונות יש להעניק לאמצעי התקשורת הגנה מיוחדת ומועדפת. קיים חשש שעקב איסור לשון הרע אמצעי התקשורת ינקטו צנזורה עצמית ויימנעו מפרסום ידיעות העלולות להיחשב כלשון הרע. כלומר, כלי התקשורת יימנעו, בשל החשש האמור, מפרסום אמת או מפרסום שיש בו עניין ציבורי, למשל, בשל חוסר ביטחון ביכולתם להוכיח בראיות קבילות את אמיתות הפרסום או בשל אי בהירות לעניין האופי הפרטי או הציבורי של העניין. כתוצאה מכך, לא יקיימו את תפקידם החברתי כראוי.

טענות אלה רציניות, אך אין בהן א-פריורי כדי להעניק לאמצעי התקשורת 'חופש לשון הרע'. קיימות טענות נגדיות שעשויות דווקא להחמיר עם אמצעי התקשורת. ראשית, אין זה מתקבל על הדעת לסטות ממה שנראה לאחר שיקול מעמיק כאיזון ראוי בין חופש הביטוי לבין הזכות לכבוד, רק כדי 'לעשות הנחה' לתקשורת. פירושה של 'הנחה' כזו הוא הפרת האיזון והתרת פגיעה לא מוצדקת בכבוד. האיזון בין חופש הביטוי לבין הכבוד נעשה על-פי שיקולים רבים, כגון חומרת הפגיעה בכבוד ובחופש הביטוי, חשיבותם הערכית של הכבוד ושל חופש הביטוי במקרה הקונקרטי והתרומה שיש בפרסום (חופש הביטוי) לחיים הפרטיים והציבוריים. שנית, לא ניתן להגן מבחינת הערך של שוויון בפני החוק על אמצעי התקשורת יותר מאשר מגנים על מי שנושאים דברים בכיכרה של עיר או בהפגנה. הסדר משפטי כזה יהא לוקה בהפליה אסורה. כך, למשל, חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת מאפשרים ואף מעניקים זכות, הן לעיתונות והן למפרסם שלא באמצעי התקשורת להפיץ מידע משמיץ בעל חשיבות ציבורית, קרי:



לשם הגנה על אינטרס ציבורי. לעומת זאת, אין המפרסם – יהא אשר יהא – רשאי לפרסם במודע עובדה שקרית פוגעת או מידע משמיץ על אדם, לרבות איש ציבור, שאין בו עניין לגיטימי ציבורי או פרטי. שלישית, הענקת הגנה מועדפת בשל הסיכונים הרבים והמיוחדים המאיימים על העיתונות אינה מתחייבת מאופייה של העיתונות. העיתונאים ברובם הם אנשי מקצוע ועומדים לרשותם, עקב עבודתם, מקורות מידע מיוחדים. על העיתונאים כאנשי מקצוע מוטלת אף חובה משמעותית – הן משפטית והן אתית – של בדיקת אמיתות הפרסום. הם יכולים לקיים חובה זו, שכן לעיתונות יש עוצמה פוליטית, חברתית וכלכלית, ועומדים לרשותה יועצים מקצועיים לסוגיהם, לרבות עורכי דין מיומנים. זאת ועוד, עיתונאי שקיבל על עצמו את התפקיד אינו יכול להתעלם מן הסיכונים המיוחדים הכרוכים במקצוע ואין הוא יכול להשוות את עצמו, בנוגע לבדיקת אמת הפרסום והערכת האירוע, לאדם פרטי. את חובת הבדיקה המיוחדת המוטלת עליו מכוח תפקידו חייב הוא לקיים בנאמנות. על העיתונאי לערוך בדיקות סבירות להוכחת נכונות העובדות ואין הוא רשאי להימנע מכך ולטעון אחר-כך להגנתו שמדובר בסיפור או בידיעה סנסציונית שאינם מאפשרים דחיית הפרסום. רביעית, העובדה שמדובר בפרסום באמצעי התקשורת, היינו פרסום ברבים, אינו מחייב הקלה עמם, אלא אף החמרה עמם. כאמור, הכבוד הוא ההערכה החברתית של הפרט בעיני הבריות. פרסום לשון הרע באמצעי התקשורת מהווה פגיעה חמורה במיוחד בכבודו של הפרט, שכן היקף הבריות הנחשפים לפרסום משפיע על חומרת הפגיעה בכבוד. מבחינה זו, לשון הרע באמצעי התקשורת אינו נסיבה מקלה אלא נסיבה מחמירה כפי שעולה מרוב שיטות המשפט.

זאת ועוד, הקלה עם אמצעי התקשורת, פירושה המעשי בעולם התקשורת העכשווי הוא הפקרת הזכות לכבוד, שכן עיקר הסכנה לכבוד נעוץ בכלי התקשורת. עניינה, אולי העיקרי, של התקשורת הוא האינטרס הכלכלי והמוטיבציה העיקרית שלה היא השגת רווחים על-ידי פרסום 'סקופים' לשם הגדלת ה'רייטינג' וזכייה בתחרות מול אמצעי תקשורת מתחרים. בהקשר זה יש להצביע על התופעה, לפיה

כלי התקשורת מתפרנסים ומשגשגים מהבאת פרסומים שליליים המושכים את הקוראים ומגבירים את תפוצתם, בעוד שפרסומים משבחים משעממים את הקוראים ומנמיכים את התפוצה. מצב דברים זה עלול לשבש את שיקול דעתם של כלי התקשורת, כך שהקלה עמם אינה מתיישבת עם הזכות לכבוד. זאת במיוחד, כאשר "גם עיתונות אמינה ואחראית – יותר או פחות – עשויה, בנסיבות מסוימות, ליהפך מוקד של כוח המנוצל לרעה, הראוי להתאזן" באופן שאין גורעים מן הזכויות האחרות. זאת ועוד, הקלה שאינה מוצדקת עם אנשי התקשורת עלולה לגרום ליצירת נורמות חברתיות חדשות מעוותות שלפיהן הכבוד אינו מוגן בכלל או לפחות שההגנה עליו חלשה מאוד. הקלה כזו תוביל, אפוא, להפחתה משמעותית במעמדו של הכבוד בעיני החברה. לא זו, אף זאת, הקלה בלתי מוצדקת עם אמצעי התקשורת עשויה לפגוע דווקא במעמדם של אמצעי התקשורת ובתפקיד שלשמו הן נועדו. ההקלה עלולה להוביל לכך שאנשי התקשורת לא יחששו מפרסום דברים שיש בהם כדי לפגוע בחיים החברתיים, הציבוריים או הפוליטיים, וזאת מתוך מטרה של הגדלת התפוצה. מצב כזה הוא בגדר היפוכו של הרצוי. העיתונות שצריכה להיות 'כלב השמירה על הדמוקרטיה', וגורם המטפח את החיים הציבוריים והפוליטיים עלולה להפוך לאיום ממשי על ניהול חיים חברתיים תקינים. ההקלה עלולה לגרוע משמעותית מאמינותם של אנשי התקשורת, ממידת האמון של הציבור בפרסומיה, ואולי אף להביא לכך שאנשים בלתי אחראים ובלתי מהימנים יפנו לתחום התקשורת.

לכן, אין להעניק לאמצעי התקשורת הגנה מיוחדת ומועדפת בידינו לשון הרע, במובן של 'חופש לשון הרע'. דינם של אמצעי התקשורת כדין האזרח הרגיל וההגנה הנרחבת המוענקת לחופש הביטוי מוענקת גם לכלי התקשורת, כמובן בהתחשב בהיבטים הקונקרטיים של הפרסום, כגון עניין ציבורי בפרסום. נגד אמצעי התקשורת ניתן להגיש קובלנה פרטית.

הקובלנה הפרטית אינה יוצרת הכבדה בלתי ראויה על אמצעי התקשורת, שכן החשש שקובל פרטי יחליט להביא לניהול משפט נגד

עיתונאי העלול להתמשך זמן רב, וזאת אפילו אם ברור שהמשפט יסתיים בסופו של דבר בזיכוי, קיים גם בהליך אזרחי. יתרה מזאת, כפי שיפורט בהמשך, קיימת חזקה יחסית כי פרסום של עיתונאי שנעשה על-פי כללי האתיקה העיתונאית הוא פרסום מוגן. כלומר, ככל שהעיתונאים הם אנשי מקצוע אחראים המקיימים את שליחותם בנאמנות ובהתאם לכללי האתיקה העיתונאית, אין מקום לחשש ממשי שלהם. בנוסף לכך, "החששות מפני נקמות אישית ושימוש בקובלנה ככלי ניגוח במאבק אזרחי מתלווים תדיר למוסד זה ואינם מיוחדים להליכים שלפנינו. להפחתת פגיעה אפשרית בנאשם הציב המחוקק מגבלות להגשת הקובלנה ולאופן ניהולה." לפי מגבלות אלה, בית-המשפט רשאי להפסיק קובלנה טרדנית לפי סעיף 73 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) תשמ"ב-1982, והתביעה הכללית רשאית לעכב את הליכי הקובלנה הפרטית; כלומר, כאשר קיים חשש ממשי שהקובלנה הפרטית אינה אלא תביעת סרק טרדנית, הנפגע יכול לפנות לתביעה הכללית ולבקש עיכוב ההליכים. בנוסף לעילות של הפסקת הליכים לפי סעיף 73 לחוק סדר הדין הפלילי, בית-המשפט רשאי לפי סעיף 35 (ג) להצעה להפסיק את ההליכים ולדחות את הדיונים בקובלנה הפרטית כאשר הוא סבור שמדובר בתביעת סרק טרדנית; כלומר, הנאשם רשאי לפנות לבית-המשפט ולבקש הפסקת ההליכים נגדו כאשר מדובר, להערכתו, בתביעת סרק טרדנית, ובית-המשפט יעשה כן כאשר קיים חשש ממשי שכזהו אמנם טיבה של התביעה. לא זו, אף זאת, אמצעי התקשורת בחברה הישראלית צברו עוצמה רבה והשפעה חזקה על דעת הקהל, והם יכולים להגן על עצמם בצורה הולמת, למשל על-ידי הבלטה גדולה של החלטה בדבר טרדנות התביעה. הווה אומר, הסיכונים הרבים והמיוחדים המאיימים רק על כלי התקשורת מתקזזים על-ידי האמצעים היעילים והמיוחדים שעומדים לרשותם של כלי התקשורת ואשר אינם עומדים לזכותו של האזרח הרגיל. כוחה הניכר של התקשורת, כולל היכולת שלה להתגונן בעילות בפני בית-המשפט, משמש אף כיסוד מרתיע מפני הגשת קובלנות פרטיות. לכן, יש להכיר בעברת לשון הרע כעברה שניתן להגיש בגינה קובלנה פלילית פרטית, גם נגד אמצעי התקשורת.

## מרכיבי הכבוד וצורות הפגיעה בו

1. **הכבוד האנושי.** הכבוד הוא ההערכה החברתית המגיעה לפרט בגין תכונותיו ובגין מעשיו. הפרט הוא תמיד, ובראש ובראשונה, סובייקט אנושי, כך שפרסום המייחס לפרט תכונות לא אנושיות מהווה פגיעה בכבוד. למשל, הצגת הפרט כאובייקט, כחיה או כבעל תכונה לא אנושית אחרת, כגון פרסום, שלפיו חולה נפש או אדם בעל-פיגור שכלי אינו אלא 'גוש בשר', או פרסום על זונה שהיא 'אובייקט מיני שניתן לעשות בה הכול'. פרסומים כאלה פוגעים בכבוד האדם כבן-אנוש, במובנו הבסיסי-גרעיני (*dignitate hominis, human*; *dignity, Menschenwuerde*); שכן הערכת האדם כבן-אדם וכבעל תכונות אנושיות מגיעה לכל אדם. יודגש שיש לבדוק תמיד את תוכנו של הפרסום; היינו האם הפרסום, בהקשר הקונקרטי, פוגע בכבודו האנושי של הפרט או רק בכבודו המוסרי או החברתי. תפיסה זו מתחייבת מן העובדה שאנשים משתמשים לפעמים במונחים גסים מאוד, כגון חיה, זבל וכדומה, כדי להעניק לפרסום המכוון כלפי הכבוד המוסרי או החברתי גוון חריף במיוחד, וכך גם הדברים נתפסים ומובנים.

2. **הכבוד המוסרי.** הפרט הוא סובייקט חברתי ובעל תכונות מוסריות. ההערכה החברתית משמעה הערכה על תכונות, כגון הגינות, יושר, רדיפת צדק ועשייתו, חברות, אזרחות טובה, פטריוטיות וכדומה. פרסום הפוגע בניקיון הכפיים או בדמותו האזרחית של הפרט, למשל תיאורו 'אויב העם', 'בוגד', 'אנטישמי', 'רמאי', 'נוכל', 'כפוי טובה', 'עושה עוול' וכדומה או ייחוס ביצוע עברה פלילית או התנהגות בלתי מוסרית מהווה פגיעה בכבוד, כהערכה חברתית ומוסרית של הפרט בעיני הבריות.

3. **הכבוד החברתי.** לשון הרע על תפקיד, משרה, מקצוע או משלח-יד. לפי סעיף 1(3) לחוק, "לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול לפגוע באדם במשרתו, – בעסקו, במשלח ידו או במקצועו". כלומר, פגיעה בכבוד עלולה להתקיים גם על-ידי פגיעה בתפקיד. יש להביא בחשבון

שפגיעה במשרתו, במקצועו או במשלח ידו של פרט עלולה לגרום לנזק רכושי המתבטא בפגיעה ממונית. זאת, הואיל והפרסום עלול לגרום לפיטוריו של הנפגע או לירידה בהיקף פעילותו העסקית. במקרה כזה, הרכוש כערך חברתי נפגע (גם הוא) בפרסום דבר הפוגע במקצועו של הפרט. השאלה היא, האם האיסור על פרסום דבר העלול לפגוע במשרתו של הפרט בא להגן על הרכוש, או על הכבוד או על שניהם יחד? האם האיסור על תופעה זו מקומו בחוק איסור לשון הרע, או שמא מקומו הוא בפרק העברות נגד הרכוש?

יש הסוברים שפרסום שאינו משמיץ או מטיל דופי מוסרי, אך עלול לפגוע בפרנסה נופל בגדר לשון הרע. לפי גישה זו, פרסום על רופא שיניים שנדבק במחלת האיידס עקב טיפול, ואשר אין בו כדי להשפילו, אך עלול לפגוע בפרנסתו נופל בגדר לשון הרע. מול הגישה האמורה, ניצבת גישה הפוכה. לפי המשפט השוויצרי, המשפט האוסטרי וחלק מן המלומדים במשפט הגרמני, איסור לשון הרע מגן על הכבוד המוסרי כתכונה של האדם, בתור שכזה, ולא על תכונותיו כבעל מקצוע או מכהן במשרה פלונית. מדובר בכבוד האדם ולא בכבוד הפוליטיקאי, האומן או הצייר. אין כלל התייחסות לתפקידו, למשרתו או למקצועו של האדם, ככאלה.

כאמור, הכבוד הוא ההערכה החברתית המגיעה לפרט בגין תכונותיו ובגין מעשיו, היינו ההערכה המגיעה לפרט בהיותו סובייקט אנושי, מוסרי וחברתי. הפרט אינו חי על אי בודד ובעולם משלו. הוא נימנה עם החברה שבה הוא חי, ויש להתייחס אליו כאל חלק מאותה חברה וכאל מי שממלא בה תפקיד. ההתייחסות לכבוד המוסרי בלבד אינה מתחשבת בו כפרט חברתי. הואיל והכבוד משמעו ההערכה החברתית המגיעה לפרט בגין תכונותיו ובגין מעשיו, אזי פרסום שלפיו הפרט אינו מקיים את חובותיו החברתיות כאשר קיום החובה מצוי בשליטתו הוא פגיעה בכבודו החברתי. פרסום כזה (כגון המייחס העדר כל ידע לאיש מדע) עלול להכחיש את הישגיו של הנפגע, שלמענם עמל קשות במשך שנים רבות, והם עבורו נכס חשוב ביותר. גם אם מניחים כי הכבוד המוסרי חשוב לאדם יותר מכבודו המקצועי, אין להתייחס אל הכבוד המקצועי כאל נטול חשיבות

ממשית. עולה מכאן שהכבוד מורכב הן מן הכבוד המוסרי והן מן הכבוד החברתי. לכן, כאשר אין בפרסום הערכה שלילית על האדם כסובייקט אנושי, מוסרי או חברתי אין כלל פגיעה בכבוד. למשל, פרסום שקרי – על איש עסקים, לפיו הוא פרש מעולם העסקים; על כך שהמפעל של איש עסקים אלמוני נשרף; על איש עסקים פלוני, לפיו אינו מסוגל מחמת מחלה לקיים את חובותיו במועד; או על כך שיצירה אמנותית שקיבל פלוני במתנה היא מזויפת. פרסומים אלו עלולים לפגוע ברכושו של הקורבן או באימון הציבור ברצונו וביכולתו של איש עסקים לקיים את חיוביו, אך אין בהם כדי לפגוע בכבוד, כהערכה חברתית של הפרט. במקרים אלו עשויה להתקיים עברת השקר בפגיעה הרכושית (Kreditschaedigung, slander of goods, injurious falsehood), אשר מגנה על הרכוש כערך. כאשר הפגיעה בתפקיד אין בה כדי לגרום לנזק רכושי, אך יש בה משום הערכה שלילית על הפרט כסובייקט חברתי, כלומר, היא פגיעה בכבוד החברתי של הפרט, תבוא בחשבון עברת לשון הרע שמטרתה להגן על הכבוד, ואין מקום לעברת השקר מהפגיעה הרכושית. כאשר הפרסום השלילי על התפקיד גורם הן לנזק רכושי והן לפגיעה בכבודו החברתי של בעל התפקיד, באות בחשבון הן עברת השקר מהפגיעה הרכושית והן עברת לשון הרע, ביחס של הצטברות אידאלית. המסקנה היא, שפרסום על אופן התפקוד המקצועי (לרבות כהונה ציבורית) שיש בה משום הערכה שלילית על הפרט כממלא מתוך אחריות תפקיד בחברה, מהווה פגיעה בכבוד הפרט.

לסיכום, הכבוד האנושי, המוסרי והחברתי הם המרכיבים של הכבוד כערך החברתי המוגן. פגיעה, לפחות במרכיב אחד, נופלת בגדר האיסור על לשון הרע.

## רכיבי עברת לשון הרע

הרכיב ההתנהגותי מתבטא בפרסום, על כל צורותיו, למשל בכתב ובעל-פה. רכיב נסיבתי נוסף שבהגדרת העברה מתבטא בכך שמדובר בדבר פוגע, היינו דבר שיש בו כדי לפגוע בכבודו של הזולת. הגדרת לשון הרע כעברה התנהגותית ולא תוצאתית עולה מן העובדה שפרסום דעה משפילה או עובדה שקרית משפילה פוגע, בדרך כלל, בכבוד וקיימת חזקה לפגיעה בכבוד. מושא לשון הרע הוא דעה משפילה או עובדה שקרית משפילה. אולם, טענת אמת הפרסום לא תעמוד, כאשר מושא הפרסום הוא מעשה או דבר שהתרחש שנים רבות לפני הפרסום. המשפט על כל ענפיו הוא אנושי (הומני) בטבעו ועליו לאפשר לפרט שעשה מעשה אנטי-חברתי כלשהו לחזור לחיים חברתיים הנורמליים ולהתנער מן העבר 'הפגום' שלו. לחברה יש עניין ממדרגה ראשונה להתייחס באופן חיובי וכאל שווה בין שווים לפרט שהתנהג, לפני זמן מה, בצורה לא מקובלת וחזר לחיק החיים חברתיים. הדבקות סטיגמה רעה ונצחית על אדם שעשה לפי זמן רב מעשה אנטי-חברתי "עשויה לפעול לרע בכיוון יצירת תסכולים שונים אצל אלה הסובלים מכך ולדחוף אותם שוב לסטות מן הערכים חברתיים אשר הציבור מעוניין בהם." רעיון זה במסגרת דיני לשון הרע מהווה קונקרטיזציה של עקרון הרהבליטיציה, הנקרא גם 'החזרת השם הטוב', 'תקנת השבים' או 'טיהור השם', המקובל בדיני עונשין, שלפיו: "אין לזכור את חטאו (של אדם) כל ימיו ויש לאפשר לו לפתוח דף חדש בחייו ולעודד את שיקומו והשתלבותו המלאה בחיי החברה." ניתן לגרוס גם כי אי-אזכור עברו הפגום, הרע והרחוק של אדם עולה ואף מתחייב מן הכבוד. עקרון כבוד האדם כולל בחובו את זכות העבריין לפתוח דף חדש בחייו, לחזור לחיים חברתיים ולהיות שווה בין שווים, עם חלוף הזמן. יתרה מזאת, אחד הצידוקים העומדים ביסוד מוסד ההתיישנות הוא שאישיותו של העבריין עברה שינויים ואין זה מוצדק לתבוע נצחית את העבריין לדין בגין אישיותו הפושעת שחלפה מן העולם. לפיכך, הגנת אמת הפרסום לא תעמוד כאשר נושא לשון הרע הוא מעשה שנעשה לפני שנים רבות.

**הדבר, מושא הפרסום, דעה או עובדה – הבחנה בין דעה לבין עובדה**

ההבחנה בין דעה לבין עובדה קשה מאוד, עד כדי כך שאפשר לתהות אם ניתן להבחין ביניהן, וקיימים מקרים שבהם נראית ההבחנה לא רק קשה אלא כמעט בלתי אפשרית. כתוצאה מכך, יש הגורסים שיש לנטוש את ההבחנה הקשה ביניהן ולהתייחס רק לפרסום דבר, ואין נפקא מינה אם מדובר בדעה או בעובדה. עם זאת, לדעתנו אין מנוס מעריכת ההבחנה, לאו דווקא משום שלהבחנה יש השלכות מעשיות חשובות (פרסום עובדה נכונה אינו פוגע בכבוד, בעוד שפרסום כל דעה משפילה פוגעת בכבוד), אלא משום שהיא מתחייבת מעקרונות היסוד של דיני העונשין. דיני העונשין הם כללי החברה, ועל המשפט הפלילי לשקף את החיים החברתיים ולהתיישב עם התודעה החברתית. הואיל ובקרב הציבור מקובלת הבחנה בין הערכת עובדות ודעות, המבוססת על-כך שרק לגבי עובדות קיימת הסכמה רחבה על שיטת הערכתן ורק הן נבחנות במונחים של אמת ושקר, בעוד שדעות נתפסות כביטוי סובייקטיבי. עקב כך הציבור נוטה לקבל עובדות כנתון נכון, ומכל מקום אין לו אפשרות מעשית לבחון את אמיתותן של רוב העובדות שהוא קולט, בעוד שהוא נוטה לקבל דעות באופן מסויג יותר ולכל אדם יש אפשרות לגבש דעה שונה. יש לגרוס, אפוא, שבעניין העובדה והדעה מדובר על שתי סוגיות שונות שיש להבחין ביניהן, כלשונו של מקס וובר. אסור למשפט הפלילי לסגת בפני קושי ההבדלה והתייחוס. זאת ועוד, התפיסה החוקתית בנוגע לחופש הביטוי שוללת את ההגדרה של רעיון כמוטעה (false idea), להבדיל מעובדה שגויה ושקרית שערכה החברתי הוא מזערי, אם בכלל. 'ככונותם' של רעיונות ודעות מסורה לשיח הציבורי והגנה על רעיונות ודעות סובייקטיביות הנה חזקה במיוחד, בעוד ההגנה על עובדות, בעיקר אלה שאינן אמת, היא חלשה ונעשית בעיקר כדי לאפשר דיון חופשי ולחשוף את האמת. ניתן לגרוס גם שמטרתו של חופש הביטוי היא להגן בעיקר על דעות, הערכות והכרעות סובייקטיביות של הפרט, ולכן יש להעניק הגנה מועדפת להבעת דעה לעומת פרסום עובדה שקרית או עובדה שאמיתותה לא הוכחה מעל לכל ספק סביר.



### ההבחנה בין עובדה לבין דעה

סוגיית ההבחנה בין עובדה לבין דעה עלתה בעניין חברת החשמל, שעובדותיו היו כדלקמן: בשנת 1966 סבלה חברת החשמל מגירעונות, העלתה את המחירים ולא חילקה דיבידנדים. עם זאת, היא רכשה מכונית חדשה ומפוארת מדגם 'שברולט אימפלה' בשווי 33,500 ל"י עבור המנהל הכללי שלה. בעקבות הלחץ הציבורי על 'הנוהג הבזבזן' של החברה החליטה החברה למכור את הרכב שכבר נסע כ-5,000 ק"מ. הרכב נמסר לסוכנות רכב לשם מכירתו והסוכנות קיבלה הוראה למכור את הרכב, וזאת בתנאי שתקבל אישור מראש מן החברה. הסוכנות קיבלה הצעות לקניית הרכב במחיר שנע בין 24,000 ל-25,000 ל"י ופקיד אגף התחבורה של חברת החשמל סירב לאשר את המכירה. הפקיד הודיע גם שאם הסוכנות תקבל הצעה למכירת הרכב ב-28,000 ל"י (הצעה שלעולם לא תקבל) היא תצטרך לקבל אישור מראש מחברת החשמל. עיתון 'הארץ' שעסק בפרשה ושהיה מעוניין בפרסומה פנה לחברת החשמל לבירור שאלות, לרבות השמועות הנפוצות בחברה בדבר חוסר הרצון למכירת הרכב. הוא נענה בשלילה. העיתון פרסם את הכתבה. במקום לציין את התקופה הנכונה - שלושה חודשים וחצי - שחלפה מיום החזרת הרכב לסוכנות עד פרסום הכתבה נקבה הכתבה בתקופה של ארבעה חודשים. כן נכתב כי פקידי הסוכנות הסיקו שחברת החשמל אינה מעוניינת למכור את הרכב. עוד נכתב כי למעשה החברה אינה מעוניינת למכור את הרכב וכל מבוקשה הוא להרוויח זמן עד שיעבור זעם הציבור.

בשם חברת החשמל (על-ידי עו"ד ד"ר גולדנברג) נטען ש"עובדה פרושה לא רק נתון עובדתי בסיסי (primary fact) אלא גם מסקנה עובדתית, המוצגת כנתון עובדתי בפני הקורא, 'הבעת דעה', לעומת זאת הוא מתן ביטוי ערכי ('טוב', 'רע', 'הולם', 'בלתי הולם', 'נאה', 'בלתי הולם' וכיו"ב). כלומר: חריצת משפט נורמטיבי-ערכי על העובדות במשמעותן הרחבה (כולל מסקנות עובדתיות)". הבחנה זו נדחתה בדיון הנוסף בעניין חברת החשמל ושופט הרוב, השופט לנדוי, גרס כי "מבחן זה נראה לי צר מדי, כי גם בייחוס כוונה זו או אחרת לנפגע, כמו כוונת התרמית, יכולה להיות משום הבעת דעה, בדרך של

הסקת מסקנות מן העובדות שפורטו, אם כי אין בה חריצת משפט ערכי. אבל כדי שתהיה בייחוס כוונה פלונית משום הבעת דעה, צריך המפרסם להציג קודם כל את העובדות שעל יסודן הוא מייחס לנפגע אותה כוונה. בדרך זו יכולה גם הבעת דעה להיות נכונה או בלתי נכונה, אמת או אי-אמת, בעוד שמבחנו של ד"ר א' גולדנברג בדבר חריצת משפט ערכי אינו אומר 'נכון או לא-נכון', אלא 'נאה ולא-נאה' וכדומה. כלומר, כאשר מדובר במסקנה המבוססת על עובדות שפורטו בפרסום, אזי מדובר בהבעת דעה שיכולה להיות נכונה או בלתי נכונה, אמת או שקר, וכן – סבירה או בלתי סבירה. אולם, כאשר הפרסום מכיל רק הסקת מסקנה בלי פירוט העובדות שעליהן הפרסום מסתמך, כגון הפרסום: "למעשה אין חברת החשמל מעוניינת להיפטר מהמכוננית" אזי מדובר בעובדה שיכולה להיות נכונה או בלתי-נכונה, אמת או שקר בלבד. זאת, הואיל ובעיני קורא סביר הסקת המסקנה מוצגת כעובדה מוגמרת.

מול גישות אלה של השופט לנדוי ושל ד"ר גולדנברג (בשם חברת החשמל) מוצעת כאן גישה שונה. עובדה היא נתון אובייקטיבי, דבר המשקף את המציאות, היינו מצב דברים לאמיתו. הואיל והנתון האובייקטיבי קיים בעולם המעשה, התואם את המציאות האובייקטיבית, דברים שהתרחשו בעבר או שמתרחשים בהווה, אזי ניתן לבדוק את נכונותם ואת אמיתותם. לפיכך, היא יכולה להיות נכונה או בלתי-נכונה, אמת או שקר. כך, למשל, כאשר המשטרה חוקרת חשד לביצוע עברה פלילית והמפרסם כתבה בעניין זה מתאר את התפתחות החקירה, כפי שנמסר לו על-ידי המשטרה או על-ידי גוף אחר, ומציין גם שמדובר בחשד לביצוע העברה, אזי מדובר בפרסום עובדה; פרסום זה אינו אלא משקף את המצב לאמיתו, קרי: המציאות. גם בפרסום אודות עבריון שהורשע בביצוע עברה פלילית מדובר בפרסום עובדה. לעומת זאת, הבעת דעה הנה סובייקטיבית, היינו דעה או הערכה סובייקטיבית-אישית של המפרסם על עניין מסוים. הדעה הנה ביטוי אישי של המפרסם. הואיל והדעה הנה סובייקטיבית, לא אובייקטיבית, לא ניתן כלל לגרוס שדעה הנה נכונה או בלתי-נכונה, אמת או שקר. דעה אישית-סובייקטיבית של

המפרסם עשויה להיות סבירה או בלתי-סבירה, אין היא יכולה להיות אמת או שקר. כך, למשל, פרסום רחב וגורף על אדם שהוא בעל אופי עברייני הוא הבעת דעה. האופי של אדם אינו דבר שבעובדה. האדם שביצע גנבה אחת או גנבות אחדות הוא עבריין כעניין שבעובדה, אך לא ניתן לקבוע שהוא בעל אופי עברייני, כשם שאין ביטחון שהוא יחזור ויבצע גנבות. ניבוי דבר עתידי אינו שייך למציאות, ועל-כן אינו בגדר עובדה. גם מסקנה אישית מעובדות מסוימות היא, בדרך כלל, הבעת דעה. טלו, למשל, את הדוגמה שהובאה לעיל, לפיה המשטרה חוקרת חשדות לביצוע עברה פלילית ואשר המפרסם טוען שלדעתו (גם בלי ציון 'לדעתו') המשטרה תמליץ על העמדה לדין או הפרקליטות תעמיד את החשוד לדין. במקרה זה מביע המפרסם את דעתו על האירוע ומעריך, אישית, את ההתפתחות העתידית של הדברים. זאת ועוד, המפרסם אינו טוען, ואף אינו יכול לטעון שההעמדה לדין היא עובדה מוגמרת, שכן מדובר בניבוי עתידי שאין לו אחיזה במציאות. טלו, למשל, גם המקרה שבו המפרסם מסתמך על עובדות מסוימות או על ראיות נסיבתיות וטוען כי הנאשם ביצע את העברה, או פעל ביסוד הנפשי הנדרש להתגבשות העברה. במקרה כזה המפרסם מסיק מסקנות מן המצב הקיים ומחווה את דעתו האישית על מצב הדברים. חוות דעת ומסקנה הן הבעת דעה אישית-סובייקטיבית של המפרסם על מצב הדברים והיא יכולה להיות סבירה או בלתי-סבירה, ואין נפקא מינה, אם המפרסם פירט את העובדות שעליהן הסתמך, אם לאו. המסקנה מבטאת הבעת דעה אישית-סובייקטיבית וחריצת משפט על מצב דברים. כל עוד בית-המשפט לא קבע שהנאשם ביצע את העברה, ביצוע העברה כטענה המועלית על-ידי אדם, שאינו המוסך לכך, הנה בגדר הבעת דעה. קביעותיו של השופט הן בגדר עובדות, משום שהוא הגוף המוסמך להכריע ולבדוק אם בוצעה עברה אם לאו.

אולם, כאשר המפרסם (שאינו הגוף המוסמך) מציג את מסקנתו כנתון קיים, יש להתייחס למסקנה כאל פרסום עובדה; שכן, האדם הסביר, שאליו פונה הפרסום, קולט את המסקנה כעובדה מוגמרת הקיימת בעולם המעשה. לכן, בעניין המסקנה יש לבדוק תמיד, באיזה

אופן היא מוצגת לרבים וכיצד ניתן להבין אותה, היינו כמסקנה אישית-סובייקטיבית של המפרסם עצמו או כנתון ועובדה השייכת למציאות. כאשר הפרסום מכיל רק מסקנה המוצגת ככזו (כמסקנה), אזי מדובר בפרסום דעה; ואולם כאשר הפרסום מכיל מסקנה אישית וגם מפרט את העובדות שעליהן מתבססת המסקנה, אזי מדובר בפרסום המכיל בו-זמנית פרסום עובדה ודעה.

### **פרסום מעורב**

מה דינו של פרסום מעורב? טלו, למשל, את הפרסום בעניין חברת החשמל, שלפיו חברת החשמל החזירה את הרכב לסוכנות הרכב לשם מכירתו בסכום שלא ייפול מ-28,000 ל"י, הסוכנות יכולה למכור את הרכב רק באישור מראש של חברת החשמל, עברו שלושה חודשים מאז החזרת הרכב והרכב עודנו במגרש החניה של הסוכנות והמסקנה היא שלמעשה החברה אינה מעוניינת למכור את הרכב וכל עניינה הוא להרוויח זמן עד שיעבור זעם הציבור.

**1. מבחן הדומיננטיות.** יש הסוברים שפרסום המכיל הן עובדות והן הבעת דעות הוא פרסום אחד שיש לסווגו כפרסום עובדה או כהבעת דעה, וזאת לפי אופיו הדומיננטי. כאשר הבעת דעה הנה החלק הדומיננטי בפרסום, הפרסום כולו כמקשה אחת הוא הבעת דעה, ואולם כאשר קביעת העובדה הנה החלק הדומיננטי בפרסום, מדובר בפרסום עובדות. תפיסה זו מבוססת על כך, שהחלק הטפל, בין אם זה הבעת דעה ובין אם זה פרסום עובדה, הולך בעקבות העיקר, היינו החלק הדומיננטי בפרסום.

**2. מבחן הפרדה.** לעומתם גורסים אחרים, שפרסום המכיל הן עובדות והן הבעת דעה אינו יכול להיות פרסום (אחד) מעורב שדינו כדין הבעת דעה או פרסום עובדה, לפי החלק הדומיננטי שבו. אין מקום לרעיון ההשתרבות ויש לעשות הפרדה ברורה בין הבעת דעה לבין פרסום עובדה ולבדוק את לגיטימיות הפרסום על חלקיו השונים - היינו עובדה ודעה, לפי ההגנות המוקנות לכל חלק. הרעיון העומד במבחן ההפרדה נעוץ בכך, ש"עצם הערבוב בין שני מרכיבים אלה (עובדה ודעה)

עלול לערפל את הכתוב ולאפשר 'הגנבת' עובדות בלתי-נכונות משמיצות אל תוך הבעת דעה."

### 3. הדין הרצוי: מבחן הדומיננטיות או מבחן ההפרדה, לפי ההקשר.

אין לקבל את מבחן הדומיננטיות או את מבחן ההפרדה כמבחנים בלעדיים לסיווג הפרסום המעורב. יש לסווג את הפרסום לפי מהותו וערכו לאור חופש הביטוי. כאשר הפרסום המעורב מהווה מקשה אחת שלא ניתן להפריד בתוכה בין העובדות לבין הדעות, או כאשר ההפרדה בין העובדות לבין הדעות תפגע בערכו ובחשיבותו של הפרסום, אין מקום למבחן ההפרדה ויש לאמץ את מבחן הדומיננטיות. לעומת זאת, כאשר אפשרית ההפרדה ללא פגיעה כאמור, יש לנקוט במבחן ההפרדה.

תחילה נתייחס למבחן הדומיננטיות. במקרה שבו ההפרדה תפגע בערכו ובחשיבותו של הפרסום מבחן ההפרדה אינו מתיישב עם מהותו של חופש הביטוי. ההפרדה במקרה זה בין הבעת דעה לבין קביעת עובדה היא מלאכותית ופוגעת בתוכנו, במעמדו ובחשיבותו של הפרסום לאור חופש הביטוי, שכן העובדות שזורות עם הדעות. תוכנו של הפרסום, לרבות חשיבותו עבור החיים החברתיים והדמוקרטיים, חשיפת האמת והתפתחותו הראויה והרצויה של הפרט (הצידוקים העומדים ביסוד חופש הביטוי) משתנה, ואף נפגע, עקב הפרדת העובדות מן הדעות. כפי שיפורט בהמשך, הסייגים לאחריות משפטית מבוססים, בעיקר, על תורת איזון האינטרסים, היינו איזון בין חופש הביטוי לבין הכבוד: איזון בין אינטרס הנפגע במניעת הפרסום והגנה על כבודו לבין האינטרס החברתי (ציבורי או פרטי) בפרסום והגנה ושמירה על אינטרסים חברתיים. חשיבותו של פרסום מעורב לחיים החברתיים והציבוריים ומעמדו של הפרסום לאור חופש הביטוי עולים מן הפרסום כולו. המשקל העולה מהתחשבות בחלקים השונים של הפרסום (העובדות והדעות) הוא, בדרך כלל, פחות מן המשקל המוענק לפרסום המעורב כפרסום אחד.

לפיכך יוצא שלפי מבחן ההפרדה מעניקים, לרוב, לעובדות כשלעצמן מעמד פחות חשוב מאשר לפרסום כולו. במקרים בהם חשיבותו של חופש הביטוי הטמון בפרסום כולו גובר על האינטרס

בהגנה על הכבוד, מבחן ההפרדה יוביל להפחתה בחשיבותו של חופש הביטוי מול האינטרס של הכבוד ועקב כך למניעת הפרסום. כאמור, מבחן ההפרדה מפחית בדרך כלל מערכו של הפרסום כולו לאור חופש הביטוי. ייתכנו גם מקרים שבהם מבחן ההפרדה יעניק לפרסום (לאור הצטברות חלקיו השונים) חשיבות העולה על החשיבות המגיעה לפרסום כמקשה אחת, הווה אומר – מעמד יותר נכבד מאשר למעמד הראוי לו לאור חופש הביטוי. כלומר, התוצאה העולה מן האיזון בין חופש הביטוי לבין הכבוד תשתנה בהתאם למבחן, היינו מבחן הדומיננטיות או מבחן ההפרדה. הואיל ובפרסום מעורב שבו שזורות הדעות עם העובדות מדובר במקשה אחת, אזי ראוי שמעמדו וחשיבותו של הפרסום ייקבעו לפי תוכנו האמיתי של הפרסום כולו. לכן, מבחן ההפרדה אינו מעניק לביטוי את מעמדו ומשקלו הראוי והמגיע לו. זאת ועוד, למבחן ההפרדה יש, אולי, מקום בשיטה המשפטית המעניקה לדעות הגנה מוחלטת מפני תביעות לשון הרע ושלפיה דיני לשון הרע מבוססים בעיקר על עובדות שקריות (השיטה האמריקנית). כלומר, ההפרדה הנה נחוצה כדי לקבוע האם הפרסום מכיל עובדות שקריות העשויות להוות בסיס לתביעת לשון הרע. אולם, כאשר לפי השיטה המשפטית נופלים בגדר לשון הרע פרסום עובדה ודעה משפילה (השיטה הישראלית), אזי מעמדו וחשיבותו של הפרסום, לאור חופש הביטוי, ייקבעו לפי תוכנו המלא של הפרסום, קרי: לפי העובדות והדעות כמקשה אחת. ונגד הטענה שמבחן הדומיננטיות מאפשר 'הגנבת' עובדות בלתי-נכונות משמיצות אל תוך הפרסום ולהעניק מחסה לעובדה השקרית תחת כנפי חופש הביטוי, יש להשיב שהגנבת עובדה שקרית או עובדות שקריות אל תוך פרסום מעורב תפחית ממשקלו של הפרסום. משקלו של פרסום מעורב שמכיל עובדות נכונות והבעת דעות עבור החיים החברתיים והציבוריים, ובכך מעמדו של הפרסום מבחינת האינטרס בחופש הביטוי, הוא גדול מאשר משקלו של פרסום מעורב שמכיל אותן דעות עם עובדות שחלקן שקריות. מבחן הדומיננטיות מתחשב, אפוא, בהגנבת עובדה שקרית אל תוך הפרסום המעורב. לא זו אף זו: דווקא מבחן ההפרדה מביא לאי-התחשבות בנתונים רלבנטיים הראויים להתחשבות. שכן, לפי

מבחן ההפרדה צריכות כל העובדות שבפרסום מעורב להיות נכונות, וקיומה של עובדה שקרית אחת שאינה פרט לוואי, בפרסום, תשלול את ההגנה. כלומר, מבחן ההפרדה אינו מתחשב כלל בעובדות הנכונות ובהבעת דעות הכלולות בפרסום. מבחן ההפרדה מתחשב בעובדות השקריות בלבד ומעניק להן את כל המשקל כאילו הכיל הפרסום רק עובדות שקריות, תוך התעלמות מקיומן של עובדות נכונות ודעות בפרסום. תפיסה זו אינה מתיישבת עם חופש הביטוי. מבחן הדומיננטיות, לעומת זאת, מביא בחשבון את העובדות הנכונות, העובדות השקריות והבעת הדעות הכלולות בפרסום מעורב, כאשר קיומה של עובדה שקרית מפחית את משקלו של הפרסום. באיזון בין חופש הביטוי לבין הכבוד יש להתחשב בטיב הפרסום כמו שהוא – פרסום שיש בו עובדות אמיתיות, עובדות שקריות ודעות.

לכן, מבחן הדומיננטיות הוא המבחן המקיים באופן ראוי את חופש הביטוי ומתיישב עמו, כאשר מדובר בפרסום מעורב כמקשה אחת שבו שזורות העובדות עם הדעות. אולם, כאשר ניתן להפריד בין העובדות לבין הדעות בלי לפגוע בערכו ובחשיבותו של הפרסום המעורב, יש לאמץ את מבחן ההפרדה. ההפרדה מתבקשת, שכן כל חלק בפרסום המעורב (חלק העובדות וחלק הדעות) עומד בפני עצמו, וראוי לבחון כל חלק על-פי תוכנו ומהותו בלבד, בלי להיזקק לחלק האחר. נחסך גם הצורך להכריע בדבר הדומיננטיות, והבדיקה הנה קלה ופשוטה יותר.

לאור האמור, אמירות פוליטיות, היינו אמירות בשיח הפוליטי, הן בדרך כלל הבעת דעות, לרבות אמירות במצע בחירות או סאטירה. תפיסה זו מבוססת על כך שבפרסום עובדות מדובר במסירת מידע לאחרים, אשר נוטים לקבל ולתפוס אותו כנכון, להבדיל מטענה במסגרת ויכוח. המפרסם אמירות פוליטיות מנסה באמצעותן לשכנע את האחרים, לגרום ולתרום לוויכוח פוליטי וציבורי. לפי תפיסת רוב האנשים אין לדקדק בנתוני אמירה כזו ואין לפרשה פירוש מילולי. יוצא, אפוא, שמדובר בהבעת דעה הזוכה להגנה מועדפת לעומת פרסום עובדה. אולם, כאשר האמירה כוללת בתוכה גם פרסום עובדה, כלומר, האמירה היא בו-זמנית פרסום עובדה והבעת דעה,

מדובר בפרסום מעורב שדינו עולה לפי מבחן הדומיננטיות או מבחן ההפרדה לפי ההקשר. לפי מבחן הדומיננטיות, אמירות פוליטיות בפרסום מעורב הן, לרוב, הבעות דעה ולא פרסום עובדה. וזאת, לאור העובדה שבשיח הפוליטי אין אמת או שקר, הפוליטיקה עוסקת בהשקפות עולם ובמדיניות של תועלת חברתית והיא מבוססת על פשרות. כל צד פוליטי מאמין בדרכו והוא מנסה להעביר ולהגשים את מדיניותו. אולם, כאשר מדובר בפרסום נתון עובדתי מובהק, למשל, פרסום על עברה פלילית שנעברה על-ידי ח"כ או שר בממשלה, אזי מדובר בפרסום עובדה. חוות דעת מקצועית, משפטית, רפואית וכדומה היא הבעת דעה וזוכה להגנה מועדפת. זאת, כאשר היא ניתנת על-ידי איש מקצוע והיא סבירה בנסיבות העניין. תפיסה זו מבוססת על כך שחוות הדעת הנה הערכתו והכרעתו האישית של איש המקצוע, ובמקצוע המשפטים או הרפואה ואין, ככלל, אמת מוחלטת ואיש המקצוע מציג את חוות דעתו כפתרון אפשרי ומומלץ לבעיה מסוימת. המבחן לקביעת אמיתות העובדה הוא אובייקטיבי ובית-המשפט קובע את שקריות או אמיתות העובדה לפי דיני הראיות, ואין נפקא מינה מבחינה זו אם העושה סבר שהעובדה הנה אמת או שקר. אמיתות הפרסום נבחנת על-פי תוכנו ולא על-פי צורתו או אופיו של הפרסום. כך, למשל, פרסום חוזר של עובדה שקרית כציטוט של אחר הוא פרסום שקרי. טענת 'אמת דיברתי', הואיל שמי שצוטט אכן אמר את הדברים, אינה הופכת פרסום שקרי לפרסום אמת. תפיסה זו מתחייבת גם מן העובדה "שהאדם הסביר יסיק לרוב מפרסום, החוזר על השמצה שאמר אדם אחר, כי דברי ההשמצה עצמם היו אמת, ואם לא במלואם אזי בחלקם - שהרי ההנחה המקובלת היא ש'אין עשן בלי אש' וש'אדם לא יחזור על השמצות שהשמיע אדם אחר אם לא יאמין שיש ממש באותן השמצות". פרסום חוזר של עובדה זוכה להגנת אמת הפרסום רק אם מדובר בעובדה נכונה. אולם, פרסום דברי ציטוט שיש בהם לשון הרע תוך הסתייגות מן הדברים אינו נופל בגדר פרסום לשון הרע. בפרסום כזה יש משום טיהור שמו של הנפגע, כלומר, הפרסום מגן על הכבוד ואינו פוגע בו.

בעניין העובדות יש לציין ש"אמת הפרסום לא תישלל בשל כך



בלבד שלא הוכחה אמיתותו של פרט לוואי שאין בו פגיעה של ממש" כלשונו של סעיף 14 לחוק, הואיל והטפל הולך אחרי העיקר והעיקר הוא זה המבטא והמשקף את המציאות. כך, למשל, העובדה שעיתון 'הארץ', בעניין חברת החשמל, ציין בטעות שהרכב נמסר למכירה לפני ארבעה חודשים ולא לפני שלושה חודשים וחצי אינה גורעת, שכן ההפרש אינו מהותי לעניין.

### עובדות שהוכחו במשפט פלילי

עובדות שהוכחו במשפט פלילי חלוט הן עובדות סופיות ואין עוד אפשרות להטיל ספק באמיתותן. כך, למשל, כאשר הורשע הנאשם במשפט פלילי בגין עברה שהנה מושא לשון הרע יש להתייחס לביצוע העברה, מושא לשון הרע, כעובדה מוגמרת. אולם כאשר מדובר בפסק הדין שאינו חלוט, חייב בית-המשפט להסתמך רק על העובדות שהוכחו במשפט הפלילי שאינן מוטלות בספק ואינן נושא הערעור, הדיון הנוסף או הדיון החוזר. כאשר מדובר בעובדה שהנה נושא הערעור, הדיון הנוסף או הדיון החוזר רשאי בית-המשפט לדחות את הדיון עד לקבלת פסק דין פלילי חלוט, או להתיר למעורבים בתביעת לשון הרע להביא את ההוכחות הדרושות. ההסתמכות על המשפט הפלילי בעניין ביצוע עברה מסוימת הנה אפשרית, ואף הכרחית, מכוח הדוקטרינה של אחדות השיטה המשפטית, רק כאשר מדובר בהרשעת הנאשם. אין להסתמך על פסק דין פלילי מזכה, שכן מידת ההוכחה במשפט פלילי הנה מעל לכל ספק סביר, והספק פועל לטובת הנאשם, ואילו מידת ההוכחה במשפט אזרחי הנה הסתברות גבוהה יותר של אחת הגרסאות בלבד ואין תחולה לעקרון הספק לטובת הנאשם. במקרים אלה (ושל זיכוי ושל משפט אזרחי) יש להתיר לשני הצדדים הבאת ראיות לביסוס טענותיהם והגנתם. אולם, כאשר עולה מפסק הדין הפלילי שהזיכוי הוא מעל לכל ספק סביר, רשאי, אך לא חייב, בית-המשפט להסתמך על הזיכוי. ההסתמכות על פסק הדין הנה רשות ולא חובה, הואיל וקביעה מעין זו אינה נחוצה לצורך הזיכוי. לכן, ההיזקקות לה לא עברה את כור ההיתוך של יישום הדין שרק הוא מבטיח את יסודיות הבדיקה ודיוק הניסוח.

## תוספת

לאחרונה עלתה סוגיית ההבחנה בין עובדה לבין דעה בפני בית-המשפט העליון בע"א שרון נגד בניזימן. בעניין זה שנושאו לשון הרע מדובר בכתבה מפרי עטו של העיתונאי עוזי בניזימן בעיתון 'הארץ', ולפיה שרון, שכיהן בשנים 1982-1983 כשר הביטחון בממשלת בגין, רימה את ראש הממשלה, מנחם בגין ז"ל, בכל הנוגע לתכנון ולמהלך מלחמת לבנון. בית-המשפט המחוזי בתל-אביב קיבל את טענת בניזימן כי הכתבה היא אמת ויש בה עניין ציבורי, וכי מכל מקום הפרסום זוכה להגנת תום לב. שרון ערער על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, והשופט מצא דחה את מסקנותיו של בית-המשפט המחוזי בעניין הגנת אמת הפרסום שיש בו עניין ציבורי. השופט נמנע מבדיקת אמיתות ושקריות העובדות, וטען כי בעניין הנדון מדובר ב'אמת היסטורית' ש"היא עניין להיסטוריונים ולא לבית-המשפט, וככל שישכיל בית-המשפט להימנע מלעסוק בה כן ייטב." יתרה מזאת, "המושג 'אמת היסטורית' הוא כה חמקמק ושנוי במחלוקת [ו]אין אמת היסטורית אחת אלא כל היסטוריון והאמת שלו". לחיזוק עמדתו מביא השופט את דברי בית-המשפט האנגלי בעניין *Irving v. Penguin Books (Ltd.) and another*, שעניינו לשון הרע בהקשר של עצם התרחשות השואה. בית-המשפט האנגלי נמנע מלהתייחס אל השואה כאל עובדה, קרי: דברים שהתרחשו, וגרס כי עניין התרחשות (או אי-התרחשות) השואה הוא נושא להיסטוריונים ולא לבתי-המשפט.

השופט מצא גרס כי האמירה 'שרון רימה את מנחם בגין' שייכת לתחום האפור של האמירות, שניתן לסווגה הן כקביעת עובדה הן כהבעת דעה. מצא גרס כי מטעמים של שיקולי מדיניות יש להתייחס לאמירה זו כאל הבעת דעה, וזאת משני טעמים: ראשית האמירה נטענה במאמר פובליציסטי המותח ביקורת על שרון, כשר במילוי תפקידו, ומציגו כבלתי ראוי לאימון. שנית, האמירה מתייחסת לעובדה היסטורית, ובית-המשפט אינו המסגרת הנכונה לביטולה; נאמר כי "לא אחת מונוע בית-המשפט עצמו במודע מלהגיע לחקר האמת העובדתית מטעמים של שיקולי מדיניות משפטית, כאשר השמירה על ערכים-אינטרסים מסוימים עדיפה וחשובה בעיני המערכת המשפטית

מגילוי האמת העובדתית." יצוין גם כי השופט גרס כי שני שיקולי מדינות אלה תומכים בהתייחסות לעובדה היסטורית כאל הבעת דעה רק כאשר ההכרעה אינה חד-משמעית.

גישתו של השופט מצא בעניין שיקולי המדיניות שמובילים להתייחסות לעובדות היסטוריות כאל דעות אינה ראויה. כאמור לעיל, עובדה היא דבר שהתרחש בעבר או בהווה, קרי: נתון השייך לעולם המציאות, ואילו דעה היא הערכה והכרעה אישית של המפרסם על מצב דברים מסוים. לפיכך, בשלב זה כאשר מדובר בהעלאת נתונים ודברים שהתרחשו בעבר או בהווה, אזי יש להתייחס לנתונים כאל קביעת עובדות, ואין נפקא מינה אם מדובר בעובדה שמסווגת כהיסטורית אם לאו. האמירה 'שרון רימה את מנחם בגין' כשלעצמה עשויה להיות הבעת דעה על אמינותו של שרון, במיוחד כאשר הכתבה מתייחסת לאופיו של איש ציבור ומותחת ביקורת עליו במילוי תפקידו. היא יכולה להיות גם קביעת עובדה. הכל תלוי באופי הקונקרטי של הפרסום. במקרה זה מדובר בפרסום מעורב שכולל בתוכו הן קביעת עובדות הן הבעת דעה. פרסום זה כולל בתוכו חלקים שזורים זה בזה, ועל-כן יש לסווגו על-פי הצד הדומיננטי שבו. על-פי פסק-הדין, הכתבה הציגה את השתלשלות מלחמת לבנון, ראיונות בדבר תכניתה של המלחמה, הרצאה שנשא שרון ומאמר של בנימין זאב בגין שייחס לשרון הטעייה נגד מנחם בגין, ולפיו "שרון לא נהג בו ביושר וניצל את אמונתו התמימה בו," וכן התנגדותו של שרון לזמן את העד המרכזי בפרשה (ראש הממשלה מנחם בגין) למסור עדות, והצדדים בתביעה ובית-המשפט המחוזי עסקו בעיקר באמיתות העובדות; כמעט כל פסק-הדין עסק בטענות שהעלו הצדדים בדבר אמיתות ושקריות העובדות, שלפיהן 'שרון רימה את ראש הממשלה מנחם בגין'. לפיכך, לדעתנו מדובר כאן בפרסום מעורב, כאשר הצד הדומיננטי שבו הוא קביעת עובדות. עולה מכאן כי ההגנה הבאה תחילה בחשבון היא 'אמת דיברתי' שיש בה עניין ציבורי. כאשר בית-המשפט אינו משתכנע באמיתות העובדות, ההגנה לא חלה. יתרה מזאת, על-פי הדין המצוי, ההגנה של הבעת דעה על תפקיד ציבורי ובעניין ציבורי שלפי סעיף 15 (4) באה בחשבון רק כאשר העובדות העיקריות שעליהן מושתתת

ומסתמכת הדעה הן אמת. כלומר, כאשר בית-המשפט אינו מצליח להוכיח את אמיתות העובדות אין תחולה הן להגנת אמת הפרסום שיש בו עניין ציבורי הן להגנת הבעת דעה על תפקיד ציבורי ועניין ציבורי. השופט מצא מתבסס על שני שיקולי מדיניות-משפטית לצורך הכרעתו שמדובר בדעה, והם שמדובר במאמר פובליציסטי ובסוגיה היסטורית שבית-המשפט אינו המסגרת הנכונה לבדיקתה. הנמקה זו אינה משכנעת. עצם העובדה שמדובר במאמר פובליציסטי אינה מכריעה, שכן מאמרים פובליציסטיים רבים מכילים הן עובדות הן דעות. הדבר הקובע הוא אופיו הקונקרטי של המאמר הנדון ושל ההתייחסות בתוכו לסוגיה הנדונה. כאשר מדובר במאמר פובליציסטי המותח ביקורת על שרון, כשר במילוי תפקידו, ומציגו כבלתי ראוי לאמון, והאמירה 'שרון רימה את מנחם בגין' נתפסת כהבעת ביקורת, אזי מדובר בהבעת דעה, ולא בקביעת עובדה. ואם הבעת הדעה הנה החלק הדומיננטי בפרסום המעורב, אזי יש לסווג את הפרסום על-פי מבחן הדומיננטיות כהבעת דעה. לעומת זאת, כאשר השופט סובר, כמו במקרה הנדון, כי הצד הדומיננטי הוא קביעת עובדות, אזי יש לסווג את הפרסום כאל קביעת עובדות, כאשר ההגנה הבאה בחשבון היא 'אמת דיברתי' שיש בה עניין ציבורי. העובדה שמדובר בעובדות 'היסטוריות' אינה מעלה ואינה מורידה לצורך ההבחנה בין דעה לבין עובדה. ראשית, 'היסטוריות' העובדות משמעה שהעובדות התרחשו בעבר הרחוק והן חשובות גם להיסטוריה, אך אין לכך רלבנטיות מבחינת דיני לשון הרע. צדק השופט טלגם בבית-המשפט המחוזי כאשר גרס כי "פסק דין... אינו מתיימר לקבוע עובדות היסטוריות... העובדות הנקבעות בבית-משפט זה אינן נקבעות אלא להכרעה בין הצדדים המתדיינים." רלבנטיות רק ההבחנה בין הקביעה שבית-המשפט קובע בעניין זה שהיא מוגבלת לצורכי המשפט ואינה מתיימרת להיות אמת היסטורית לבין הקביעה הנעשית על-ידי היסטוריון או היסטוריונים. בפני בית-המשפט חשובה ההבחנה בין דעה לבין עובדה לצורכי המשפט בגין לשון הרע בלבד. יתרה מזאת, תפקידם של סדרי הדין הפלילי, שהם הכלים לאכיפת דיני העונשין המהותיים, הוא חשיפת האמת. על-פי גישתו של השופט

מצא, לא ניתן לנהל הליך פלילי ראוי בעניינים היסטוריים, שכן אין עובדות. שנית, השיקול שמדובר בעובדה היסטורית אינו יכול להוביל להתייחסות לעובדות כאל דעות. טלו למשל, הדוגמה של התרחשות השואה שמביא השופט מצא מפסיקת בית-המשפט האנגלי. נניח שמייחסים (שלא בצדק) לפלוני השתתפות בהשמדת היהודים בשואה, והוא תובע על לשון הרע. על-פי גישתו של השופט מצא מדובר כאן בעובדה היסטורית, שבית-המשפט אינו המסגרת הנכונה לדון בה, ועל-כן יש להתייחס אליה כאל הבעת דעה, שזוכה להגנה מוגברת. בנוסף לכך, הבעת דעה על אירוע היסטורי שמעניין את החברה הישראלית, כגון השואה, היא בדרך כלל בגדר הבעת דעה שיש בה אינטרס ציבורי, ועל-כן זוכה להגנה. על-פי גישתו של השופט מצא הכחשת השואה היא בגדר הבעת דעה לגיטימית, ואף משרתת את האינטרסים של החברה הישראלית – מסקנה שעומדת בסתירה להיסטוריה של רוב החברה הישראלית, ואף לחוקיה שמגדירים את הכחשת השואה כעברה פלילית. ולהבדיל אלף הבדלות: נניח שמייחסים לאלמוני רצח שבויים באחת ממלחמות ישראל. האם נושא זה הופך להיות פתוח לדעות שונות, רק בשל כך שהמלחמה התרחשה בעבר הרחוק ויש לה חשיבות היסטורית? שלישית, מתי הופכת עובדה להיות היסטורית? האם אחרי עשר שנים, עשרים שנה או אפילו יותר? ומי הוא הגוף שרשאי להכריז עליה כעובדה היסטורית?

### **הערך המוגן: הכבוד הנורמטיבי או הכבוד בפועל**

כפי שנאמר לעיל\*, הערך החברתי הראוי להיות מוגן, לפחות במשפט הפלילי, הוא הכבוד הנורמטיבי, קרי: ההערכה החברתית שמגיעה לאדם בגין תכונותיו ומעשיו. פרסום אמת אינו פוגע בכבוד הנורמטיבי.

### **העניין הציבורי בפרסום כהגנה**

כפי שנאמר לעיל\*\* העניין הציבורי בפרסום מהווה כשלעצמו הגנה.

## הדין האזרחי

### כבוד בפועל וכבוד ראוי

נושא מרכזי שבו קיימת מחלוקת בין המחברים הוא האם ראוי להטיל אחריות בשל פרסום פוגע אך נכון עובדתית שאין בו עניין ציבורי או הגנה על אינטרס פרטי מוכר. התשובה לשאלה זו נגזרת ממהות הערך המוגן בחוק איסור לשון הרע. נראה שהערך המוגן בחוק היום הוא כבודו של האדם כפי שהוא קיים בפועל בעיני הבריות (ולהלן: 'גישת הכבוד בפועל'). מחברי החלק הפלילי (להלן גם: 'המחברים') מציעים, לעומת זאת, כי הערך המוגן יהיה הכבוד הראוי לו לאדם בהינתן תכונותיו ומעשיו לאשורם (ולהלן: 'גישת הכבוד האידיאלי'). המשמעות המעשית של השינוי העקרוני המוצע על ידי המחברים היא שפרסום אמת על אדם לא יחשב לעולם לפרסום לשון הרע (הגם שיש בו כדי להיחשב כפגיעה בפרטיות). עמדתנו שונה. לפחות בהיבט האזרחי אין הצדקה לשינוי המצב הקיים לפיו פרסום אמת פוגעת צריך להיחשב לעוולה שתצמיח זכות לפיצוי, אם לא היה בפרסום משום עניין ציבורי או עניין פרטי לגיטימי.

נגדיר תחילה את תחומי המחלוקת. הבדל בין שתי הגישות קיים רק במקרים שבהם פורסמה עובדה נכונה, הפוגעת בכבוד בפועל (אך לא בפרטיות), כשפרסומה אינו משרת עניין ציבורי או אינטרס פרטי מוכר כלשהו (מקרי המבחן). לפי גישת הכבוד האידיאלי, פרסום בנסיבות אלה יהיה מותר לאור אמיתותו, בעוד שלפי גישת הכבוד בפועל פרסום כאמור ייחשב כעוולתי.

חשוב להדגיש גם שהדיון מתייחס אך ורק לקביעה הבסיסית שהפרסום עוולתי, ואינו מתייחס לשאלת הסעדים. הדגשה זו חשובה במיוחד לאור האבחנה שמוצעת בהמשך בין הליך שמטרתו לקבל פיצוי כספי, לבין הליך שמטרתו להביא לפרסום תיקון. כפי שיובהר בהמשך התקציר, פרסומה של עובדה נכונה כשלעצמו מהווה הגנה כלפי מי שמבקש סעד של פרסום תיקון, שהרי הדברים שפורסמו נכונים. עם זאת, כפי שנראה להלן,

פרסום כזה עשוי ליצור פגיעה לא מוצדקת בנפגע, שעשויה להצדיק מתן פיצוי כספי, ובשאלה זו עוסק הדיון להלן. ההכרעה בדבר הדין הרצוי במקרי המבחן צריכה להיגזר מהעמדה הכללית של המשפט הישראלי לגבי האיזון בין השם הטוב לחופש הביטוי. עמדת המחוקק הישראלי, ככל שהיא עולה מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא שאין להעניק עדיפות לחופש הביטוי על פני השם הטוב. לאור היעדרו של חופש הביטוי מחוק היסוד, יתכן גם שיש להעניק עדיפות לשם הטוב שהוא נגזרת ישירה של הכבוד, בעוד שחופש הביטוי הוא נגזרת עקיפה יותר של ערך זה. בתי המשפט, בדונם באיזון בין שני הערכים נקטו עמדה עקבית שלפיה האיזון בין חופש הביטוי לשם הטוב הוא איזון אופקי שייחתך לפי נסיבות כל מקרה, ולפי המשקל שיש לתת לכל אחד מן הערכים באותם נסיבות ללא מתן עדיפות מראש לאף אחד משני הערכים.

מגישת איזון אופקי זו עולה שגרימת נזק לאדם על ידי פגיעה בשמו הטוב מוצדקת רק כאשר פגיעה זו משרתת מטרות ראויות. מאחר שמקרי המבחן, מעצם הגדרתם, אינם כוללים פרסום שיש בתוכנו עניין ציבורי, ניתן להצדיק פרסום שכזה רק אם נאמר כי עצם חשיפת אמת, על אף פגיעתה, מקדמת אינטרס ציבורי עמום של חשיפת אמת לשם חשיפת האמת, או שיש בה משום ביטוי או מימוש של חירות או אוטונומיה הראויים להגנה. איננו סבורים כך. גם אם נניח כי קיים אינטרס ציבורי בחשיפת אמת לשמה הרי שבהעדר עניין ציבורי בתוכן הפרסום, ובהינתן אינסוף האמיתות שאינן ידועות לציבור, תרומתה וערכה של חשיפת האמת לשמה נופלים משמעותית מהפגיעה הנגרמת עקב כך לפרט, ואינם מוצדקים על פי מבחן האיזון האופקי. כך גם לגבי חירותו של אדם לומר אמת פוגעת שתוכנה אינו משרת אינטרס פרטי או עניין ציבורי מוכר. תפיסת החירות היסודית היא שחירותו של אדם לעשות את שעל ליבו מוגבלת כאשר חירות זה פוגעת באחר ואינה מקדמת אינטרס פרטי מוכר או שאין בה עניין ציבורי.

גישה זו נתמכת בחיסיון המוכר בחוק של המרשם הפלילי, ובהגבלת ההיתר למסירת מידע מהמרשם למקרים שבהם מסירת המידע משרתת אינטרס לגיטימי ומוכר. המחוקק סבר שבהינתן כישלון מוסרי של אדם - הרשעה בעבירה פלילית - יש להגן על זכותו של אותו אדם להתמודד עם הכישלון בדרך שמקטינה את הנזק שהכישלון גורם לו, כל זמן שבחירתו אינה כרוכה בהטעיה ואינה פוגעת באנשים אחרים. המחוקק במובהק מגן על הכבוד בפועל ולא על הכבוד הראוי. אם זהו המצב לגבי הרשעות פליליות, קל וחומר שכך צריך להיות גם בקשר לפרסום מידע פוגעני אחר.

תימוכין נוספים לגישה השוללת חשיפת אמת פוגענית רק לשם חשיפת האמת מצויים בעקרון 'המלכות' של תום הלב, עקרון היסוד של המשפט האזרחי הישראלי. זה שולל שימוש לרעה בזכות. ניצול חירותו של אדם לצורך חשיפת אמת פוגענית שאינה מקדמת עניין ציבורי או אינטרס פרטי מוכר היא בבחינת שימוש לרעה בזכות וחוסר תום לב.

לאור האמור, נראה כי יש מקום לקבוע כמדיניות משפטית כללית שפרסום דברי אמת במקרי המבחן מהווה עוולה. שאלה אחרת היא אם ראוי למקם עוולה זו בדיני לשון הרע או מחוצה להם. לאור כך שהספר עוסק רק בדיני לשון הרע, ולאור כך שכיום אין איסור מחוץ לדיני לשון הרע על פרסום אמת במקרי המבחן, ראוי לקבוע כמסקנת ביניים שיש לכלול את האיסור בדיני לשון הרע. פתרון זה גם עדיף לדעתנו על פני מיקום האיסור בחוק הגנת הפרטיות, שכן במקרים רבים הפרסום המדובר הוא פרסום של עובדות שהציבור יכול להגיע אליהן בקלות, או שחלק מן הציבור כבר יודע. בנסיבות אלה, קשה לראות בפרסום החוזר משום פגיעה בפרטיות, ויש להעדיף את ראייתו כפגיעה בכבוד.

#### **פרסום לקבוצה מצומצמת**

המתברים מציעים לקבוע פטור מאחריות כאשר הפרסום נעשה



בחוג מצומצם. לדעתנו אין לקבל עמדה זו לגבי הדין האזרחי. הנימוק הראשון בעד הפטור הוא שבחוג חברתי מצומצם מכירים החברים זה את זה ומודעים לעובדות הנוגעות זה לזה, ולפיכך, פרסום לשון הרע יתקל בתגובת בוז כלפי המספר ולא כלפי הנפגע. אולם, בפועל אנשים נוטים להאמין גם לדברים רעים שמספרים על חבריהם הטובים וקרוביהם. טיעון נוסף שמועלה בעד הפטור הוא שהתנהגות של פרסום לשון הרע בחוג מצומצם היא התנהגות נפוצה ומקובלת על החברה. על כך ייאמר כי גם אם זו ההתנהגות מקובלת, אין זה אומר שהיא גם רצויה, או שאין על המחוקק לנסות לשנות אותה, לפחות על ידי הפיכתה לעוולה אזרחית. עוד נימוק שהועלה בעד הפטור הוא שפרסום לשון הרע בחוג מצומצם היא התנהגות שנמצאת בתחום מרחב הפרטיות. הזכות לפרטיות כפי שהיא מוכרת כיום היא הזכות של אדם לנהל את חייו הפרטיים ללא התערבות של אנשים אחרים. אולם, הזכות לפרטיות לא כוללת את הזכות להתערב בחיי אחרים, או לפגוע בהם, ולו במסגרת מצומצמת, ולפיכך גם נימוק זה אינו יכול להצדיק מתן פטור לשום פגיעה בכבוד. כמו כן, אין להתעלם מכך שדרכה של לשון הרע לעבור מפה לאוזן ועל נקלה יתרחב חוג הנחשפים לה. למעשה, חריג זה הופך על פניו את העיקרון - שאמור להישאר על כנו גם בחוק המוצע - שלפיו "פרסום לאדם אחד מלבד הנפגע" הינו אסור. יתר על כן, הביטוי "חוג מצומצם" הוא ביטוי עמום ביותר, שאינו כולל שום הכוונה לגבי הדרך שבה יש לקבוע את גבולותיו. מאחר שחוק אמור לכוון את התנהגותם של בני אדם, יש לנסות ולהימנע מביטויים עמומים כגון זה.

### דעות ועובדות וההבחנה ביניהן

המחברים עורכים בחלק הפלילי דיון מקיף בנוגע לשאלת ההבחנה בין עובדות לדעות, ומציעים לאמץ את מבחן הדומיננטיות כאשר הפרסום מהווה מקשה אחת או שהפרדה תפגע בערכו ובחשיבותו של הפרסום.

הערה מקדמית היא שההבחנה בין עובדות לדעות רלבנטית בעיקרה בשלב הדיון בהגנות, שהרי הן פרסומים עובדתיים, והן פרסומי דעות עשויים לגרום לפגיעה בכבוד. ההגנות עצמן מבחינות לעיתים קרובות בין הבעת דעה, הצגת עובדה או פרסום מעורב.

לגופו של עניין נראה שמבחן ההפרדה הוא המבחן הראוי. יש להפריד בין חלקי הפרסום ולהחיל על כל חלק מהפרסום את ההגנות הרלוונטיות לו. ראיית פרסום מעורב כמקשה אחת היא בעייתית מעצם טיבה. אם פרסום מעורב יסווג כולו כעובדתי הרי שמחד גיסא לא ניתן יהיה להחיל על חלק הדעה שבו את הגנות הדעה, ומאידך גיסא ההגנות העובדתיות (אמת) אינן רלבנטיות לדעה, שהרי דעה היא סבירה או לא סבירה אך לא נכונה או שקרית.

**פרסום על מנת להכחיש או לגנות לשון הרע שפורסמה קודם לכן**  
חוק איסור לשון הרע מעניק כיום הגנה למי שפרסם לשון הרע בתום לב, כדי לגנות או להכחיש לשון הרע שפורסמה קודם לכן. ההגנה תלה לא רק על תגובות של הניזוק, אלא גם על תגובות של אנשים אחרים. בחלק הפלילי הוצע להחליף הסדר זה בהסדר אחר לחלוטין שלפיו במקרה שבו א' מפרסם לשון הרע על ב', ובתגובה מפורסמת לשון הרע על ב' לא תוטל אחריות על שני המפרסמים. נראה שחסרונות ההסדר המוצע עולים על יתרונותיו ואין לקבלו.

ההנמקה הראשונה שמובאת לשינוי, שלפיה עצם פרסום התגובה מביאה לכך שהפגיעה הנותרת הופכת לזוטי דברים, נכונה רק בחלק קטן מן המקרים. זאת, שהרי הפגיעה הנטענת על ידי תובע בתביעת לשון הרע, אינה הפגיעה בכבודו בעיני המפרסם, אלא הפגיעה בכבודו בעיני הציבור. שתי פגיעות נגדיות אינן מאיינות זו את זו. יתר על כן, במקרה שבו אחד משני הפרסומים מתון ביחס לשני, או שאינו זוכה לתפוצה שלה זכה הפרסום השני, אין כלל סימטריה ונותרת פגיעה גם אם מדובר בפרסום דעות.

ההנמקה השנייה שלפיה התגובה מהווה בעצמה את העונש של המפרסם ולפיכך אין להטיל עליו עונש נוסף, אינה רלוונטית לדין האזרחי, שהרי הדין האזרחי אינו מתעניין בענישה, אלא בהשבת המצב לקדמותו. העובדה שלמזיק מסוים נגרם נזק לאחר ביצוע עוולה וכתוצאה ממנה אינה מהווה שום שיקול בדין האזרחי באשר להטלת האחריות עליו, וזאת גם אם מי שגרם למזיק את הנזק, הוא הניזוק.

ההנמקה השלישית שלפיה התגובה היא מקרה פרטי של הגנה עצמית, גם היא מספקת רק צידוק חלקי לפטור מאחריות. ראשית, היא אינה מספקת שום הצדקה לפטור שניתן למפרסם הראשון; שנית, היא מספקת הצדקה לפטור שניתן למגיב, רק אם המגיב הוא האדם שאליו התייחסה לשון הרע הראשונה. אולם, ההלכה היא שהפטור ניתן גם לצד ג' שהגיב על דברי א', ואף במקרה שדברי א' כוונו כנגד אדם מת, או ציבור בלתי מואגד של אנשים שלהם אין כלל זכות תביעה בלשון הרע; שלישית, הנמקה זו מספקת הצדקה רק אם התגובה סבירה ביחס לנזק שנגרם כתוצאה מהפרסום הראשון, מה שלא מתקיים תמיד.

לאור הדיון לעיל מוצע לפטור מאחריות מי שפרסם לשון הרע בתגובה על לשון הרע שפורסמה קודם לכן ובסמוך לאחר הפרסום הראשון, אך לא לפטור מאחריות את המפרסם הראשון. בנוסף, מוצע שפרסום נגדי של הניזוק שמהווה לשון הרע על המזיק (בין אם בא לפני הפרסום נשוא התביעה, ובין אם בא אחריו) יהווה שיקול בקביעת הפיצויים. כך, יישלל חלק מהתמריץ שיש לשני הצדדים לתבוע זה את זה, ובמידה שתוגש תביעה על ידי מי מן הצדדים, יקל על בית המשפט לעשות צדק ביניהם, בלא להיות כבול לכלל נוקשה שיחייב אותו לדחות גם תביעות מוצדקות.

## הצעות לשינוי הדין האזרחי

### היסוד הנפשי בעוולה – פרסום

כיום, אין בחוק התייחסות לשאלת היסוד הנפשי הדרוש בכל הקשור לפרסום. במשפט המקובל נדרש התובע להוכיח שהנתבע צפה, או יכול היה לצפות, שהמידע יגיע לאדם נוסף מלבד התובע. דיני הנזיקין בישראל אינם תומכים באופן עקרוני בהטלת אחריות על מעשים שאדם עשה ללא שידע, או יכול היה לדעת, עליהם. הטלת אחריות על פרסום שנעשה ללא מודעות, או יכולת צפייה, אינה תורמת להרתעה, שכן המדובר במעשה שהעושה לא יכול היה לדעת עליו. נראה שבמקרים אלה גם שיקולי צדק אינם תומכים בהטלת אחריות, שכן המפרסם לא 'חטא' לתובע. לאור זאת, מוצע לקבוע כי אחריות בגין פרסום לשון הרע, תותנה בכך שהתובע ידע, או יכול היה לדעת, שמעשיו יביאו את המידע לידיעת אדם אחד לפחות מלבד התובע.

### היסוד הנפשי בעוולה – פוטנציאל הפגיעה שבפרסום ('לשון הרע')

האם ראוי לדרוש שהמפרסם ידע, או יוכל לדעת, שהפרסום שהוא עושה, אכן "עלול להשפיל אדם בעיני הבריות"? בחוק הנוכחי אין התייחסות מפורשת לאספקט זה של סוגיית היסוד הנפשי. עם זאת, ניתן להסיק מהפסיקה שלשם גיבוש עוולת פרסום לשון הרע אין צורך שהמפרסם ידע שהפרסום עשוי לפגוע בכבוד. ודוק, אין אנו דנים בשאלה האם הנתבע יכול היה לדעת שהפרסום יפגע בתובע, אלא בשאלה האם יכול היה לדעת שיש בדברים פוטנציאל לפגיעה.

בקביעת הדין הרצוי האזרחי יש להתנות את האחריות בכך שהנתבע ידע או יכול היה לדעת שיש בפרסום פוטנציאל פגיעה, תוך הטלת נטל ההוכחה על הנתבע להוכיח שלא ידע ולא יכול היה לדעת על פוטנציאל הפגיעה. קביעה זו מתבססת על מספר שיקולים: ראשית, בישראל שיקול האחידות מחייב להשוות את היסוד הנפשי בעוולת פרסום לשון הרע ליסוד הנפשי שקיים לגבי עוולות בחוקים שעוסקים בנושאים דומים. בישראל, קיימים

שני חוקים נוספים שעוסקים בהגנה על זכויות אישיות: בחוק הגנת הפרטיות היסוד הנפשי זהה להסדר שהוצע לעיל; בחוק למניעת הטרדה מינית קיימות מספר חלופות להגדרת הטרדה מינית, כשבכל אחד מהן דרישת היסוד הנפשי שונה, אך לפחות בחלק מהמקרים, ההסדר הקיים שם, דומה להסדר המוצע כאן. שנית, בדיקה השוואתית מלמדת שהמצב המוצע זהה למצב באנגליה ובקנדה. אמנם, המצב המשפטי בארצות הברית הוא שונה ודורש מהתובע להוכיח מודעות (או במקרים מסוימים, התרשלות) לפוטנציאל הפגיעה שבפרסום, אך מצב זה נובע משיקולים חוקתיים וחברתיים, שאינם בהכרח ישימים גם אצלנו, מה עוד שגם בארצות הברית עצמה נמתחה ביקורת קשה על הלכה זו, ולפיכך ראוי להתייחס אליה בזהירות.

שלישית, הטלת אחריות נזיקית על מי שפרסם כשהוא לא ידע ולא היה צריך לדעת שדבריו עשויים לפגוע בכבודו של התובע, מנוגדת לרציונלים של דיני הנזיקין. עם זאת, חשוב לזכור שברוב המוחלט של המקרים תתקיים מודעות לפוטנציאל הפגיעה. לפיכך, רצוי כדי לקצר את הדיון המשפטי בנושא היסוד הנפשי, שאינו נושא מרכזי להתדיינות ושעלות הדיון בו עשויה להיות גבוהה, להסתפק בהוספת הגנה למי שפעל כשלא ידע ולא היה עליו לדעת שדבריו עשויים לפגוע בכבודו של התובע. פתרון זה יביא לכך שנושא זה יידון רק במיעוט מבוטל מהמקרים.

### **פרסום שיש בו עניין ציבורי – הגנה כללית**

העניין הציבורי שיש בפרסום מסוים נגזר מהתוכן המהותי של הפרסום. ניתן לחלק את תוכנם של הפרסומים שאפשר לפרסם לשלושה סוגים: פרסומים עובדתיים נכונים, פרסומים עובדתיים כוזבים ודעות. החוק המצוי מגביל את ההגנה של עניין ציבורי כללי לפרסומים עובדתיים נכונים.

במסגרת הדיון לעיל בנסיבות השונות שבהן עניין ציבורי מצדיק מתן הגנה לפרסומים, נדונה גם ההגנה שיש לפרסום דעות בנושאים

שיש בהם עניין ציבורי והמסקנה הייתה שפרסום דעות אמור להיות מוגן עוד יותר מפרסום עובדות נכונות. מאחר שאין חולק כי פרסום עובדות נכונות שיש בו עניין ציבורי יהיה מוגן, הרי שגם פרסום דעות שיש בהן עניין ציבורי צריך להיות מוגן.

האפשרות להגן על פרסומים עובדתיים כוזבים שנוגעים לעניין ציבורי, מעלה שיקולים נוגדים. מחד, אין חולק כי פרסום עובדות כוזבות אינו תורם לקידום החיפוש אחר האמת, או לגיבוש דעת הציבור בענייני הציבור. אך מאידך, יהיו מקרים שבהם המפרסם היה משוכנע שהפרסום נכון, ובפועל התברר שהוא שגוי. אמנם אין הצדקה להגן על פרסומים שגויים, אך אי הגנה על פרסומים שגויים עשויה להוביל לחשש פן יתברר בעתיד שהפרסום שגוי ויגרור אחריות אזרחית, ובכך יימנע פרסומם של פרסומים נכונים רבים שיש עניין ציבורי רב בפרסומם. בנוסף, הקו המנחה בדיונים על היסוד הנפשי לעיל, היה שאין להטיל אחריות במקרה שבו יוכח שאין אשם לנתבע. לאור זאת, נראה שהפתרון הראוי הוא להימנע מהרחבת הגנת העניין הציבורי לפרסומים כוזבים, תוך קביעה שאם הנתבע יוכיח שלא ידע ולא יכול היה לדעת שהפרסום אינו אמת, הוא ייחנה מההגנה.

### המדינה ורשויות הציבור

בחוק איסור לשון הרע אין כיום מגבלה על זכותן של המדינה ושל רשויות ציבור אחרות (להלן: "גופים שלטוניים") לתבוע בגין פרסום לשון הרע. מנגד, במשפט המקובל ההלכה שלפיה אין לגופים שלטוניים זכות לתבוע בגין הוצאת לשון הרע עליהם, היא הלכה מקובלת וידועה. מוצע לקבוע שלגופים שלטוניים לא תהיה זכות תביעה אזרחית בגין פרסום לשון הרע.

קיימים שלושה שיקולי מדיניות מרכזיים שתומכים בהסדר זה. ראשית, גופים שלטוניים הם גופים נבחרים. לפיכך, הציבור צריך לקבל כל מידע אפשרי עליהם בכדי שיוכל לבדוק אם הם מתפקדים כראוי. מתן אפשרות לתביעה בגין לשון הרע שמוצאת על גוף ציבורי עשוי לחסום את הויכוח הציבורי, ולמנוע מהציבור לקבל החלטות מושכלות בבחירות.

שנית, גופים שלטוניים (בניגוד לאישי ציבור) לא קיימים בזכות עצמם, אלא רק כשלוחים של האזרחים. לכן, כל פרסום על גופים שלטוניים הוא פרסום לשולח לגבי שלוחו ביחס לנושא השליחות, במסגרת יחסי האמון שבין הציבור לגוף הציבורי, ולפיכך יש מקום להגן על אמירה כזו.

שלישית, מן הראוי לאסור על הגשת תביעות אזרחיות בגין פרסום לשון הרע על גוף שלטוני, לאור היחס בין התביעה האזרחית לתביעה הפלילית. במידה שתוכר האפשרות להגיש אישום פלילי בגין לשון הרע שהוצאה על גוף שלטוני, הרי שהמדינה יכולה וצריכה לנקוט בהליך זה, ולא ללכת בדרך של הגשת תביעה אזרחית. זאת, שכן האינטרס שנפגע מפרסום לשון הרע על גוף שלטוני הוא אינטרס שלטוני, כלומר אינטרס ציבורי, ולא אינטרס פרטי של המדינה. במידה שתישלל האפשרות להגיש אישום פלילי בגין לשון הרע שהוצאה על גוף שלטוני, הרי שאין מקום לאפשר למדינה לעקוף קביעה זו, בדרך של הגשת תביעה אזרחית.

### הסכמה

כיום, אין חוק איסור לשון הרע כולל הגנה מפורשת של הסכמה. נראה שאין טעם לאפשר למי שהסכים לפרסום לשון הרע עליו, לתבוע את המפרסם, ולכן יש לקבוע הגנה בנושא בחוק. אמנם, לכאורה הנפגע ממילא לא יוכל לתבוע לאור הוראת ס' 5 לפקודת הנזיקין שעוסק בהסתכנות מרצון, אולם לס' 5 הנ"ל ניתנה פרשנות מצמצמת ביותר לאור תחולתו גם על עוולות שגרמו לנזקי גוף. חוק איסור לשון הרע אינו עוסק בנזקי גוף אלא בהגנה על אינטרס חלש יותר: הכבוד. לפיכך, מוצע להתנתק מההוראות המצמצמות שקבעה הפסיקה לתחולת הגנת ההסתכנות מרצון, ולקבוע במפורש בחוק איסור לשון הרע, שמי שהסכים שפלוגי יפרסם עליו לשון הרע, לא יוכל לתבוע את פלוני אם הוא אכן פרסם את לשון הרע המדוברת ובלבד שהפרסום לא חרג ממסגרת ההסכמה.

## הסעדים בגין עוולת פרסום לשון הרע

הסעד העיקרי במשפט המקובל, ובעקבותיו במשפט הישראלי הוא הפיצוי. לפי המשפט הגרמני, סעד התיקון הוא העיקרי, ואילו הפיצוי הוא משני.

### תביעה לפרסום תיקון או למתן פסק דין הצהרתי

כיום, עוולת לשון הרע משמשת הן כיוצרת זכות והן כעוולה שמביאה לחיוב בפיצויים. כפילות זו מביאה לעתים לתוצאות שאינן רצויות. לאור זאת מוצע להפריד בין היסודות שעל התובע להוכיח וההגנות האפשריות בתביעה לפיצויים (שהם שפורטו בפרקים לעיל), לבין היסודות וההגנות הרלוונטיות בתביעה לסעדים שמטרתם השבת הזכות: פסק דין הצהרתי, וצו עשה לתיקון או הכחשת הפרסום. הפרדה זו מוצדקת לאור ההבדל המרכזי בין סעד התיקון, לבין שאר הסעדים שעומדים לנפגע מפרסום לשון הרע: כאשר מדובר על תיקון הפרסום המקורי או על מתן פסק דין הצהרתי שלפיו הפרסום המקורי היה שגוי, מדובר בעשיית מעשה שלציבור יש עניין רב בו - קבלת מידע נכון. כאשר מדובר על פרסום תיקון או על מתן פסק דין הצהרתי, שורש המחלוקת כבר אינו האחריות למעשה עוולה, אלא נכונות הפרסום. הבדל זה בין סעד התיקון (ופסק הדין ההצהרתי) לבין הסעדים האחרים מכתוב הבדלים גם ביסודות שעל התובע והנתבע להוכיח בבית המשפט.

ההבדל הראשון הוא שבתביעה לפרסום תיקון יידרש התובע להוכיח שהפרסום עובדתי. בהבעת דעה מדובר בהכרעה אישית-סובייקטיבית של המפרסם על מצב מסוים. אין מקום לפרסום תיקון שלכאורה מרמז שדעתו של המפרסם השתנתה כאשר זו לא השתנתה. יתר על כן, כאשר מדובר בהבעת דעה יש בחיוב המפרסם להכחיש את הביטוי ולהתנצל עליו משום פגיעה חמורה מאוד במצפנו ובאמונתו. חופש הביטוי מעניק לפרט זכות חוקתית להביע את דעתו (חופש הביטוי הפוזיטיבי) וגם לא להביע



את מה שאינו דעתו (חופש הביטוי הנגטיבי).

הבדל שני נוגע להגנת האמת. אם מה שפורסם הוא נכון, כי אז אין מקום לחייב את המפרסם לפרסם תיקון. דבר זה נכון גם באותם מקרים שבהם אין עניין ציבורי או פרטי בפרסום. מרגע שהנתבע הוכיח את אמיתות הפרסום, וללא קשר לתנאים נוספים, אין מקום לתת צו לפרסום תיקון, או להצהיר על כך שהפרסום שגוי.

הבדל שלישי הוא שההגנות שמתייחסות להבעת דעה אינן רלוונטיות כלל בדיון למתן צו לפרסום תיקון, שהרי תנאי מוקדם למתן צו כזה הוא שהפרסום הוא עובדתי ואינו בגדר הבעת דעה.

הבדל רביעי נוגע להגנות הניתנות למגישי תלונות ולמוסרי ידיעות לאמצעי תקשורת אין טעם בקיום ההגנה כאשר מדובר על צו לפרסום תיקון. ההגנה ניתנת למי שמאמין באמיתות הדברים שהוא מוסר, מתוך הנחה שיש עניין לעודד מסירת מידע בנסיבות אלה, בלי לחייב את מפרסם המידע לבדוק את המידע. אולם, מרגע שנודע למפרסם המידע שהמידע שגוי, אין טעם למנוע את מסירת המידע המתוקן. אין בכך יצירת הרתעה חריפה העלולה למנוע הגשת תלונות, ומנגד, יש בכך כדי להביא להפסקת חקירה שנפתחה בעקבות מידע שגוי, וכן לתרום לקימום כבודו של הנפגע. הגיון דומה חל גם במקרה של מי שמסר ידיעה לאמצעי תקשורת.

הבדל חמישי נוגע להגנה הניתנת לדברים שנאמרים כדי להגן על אינטרס אישי כשר. הגנה זו אינה צריכה לחול בבקשה לפרסום צו תיקון. העובדה שאדם פרסם מידע כדי להגן על אינטרס אישי כשר, עשויה להצדיק הימנעות מהטלת סנקציה על המפרסם. אך, אין בה כדי להצדיק הימנעות מהטלת חובת תיקון על המפרסם, לאחר שנתברר לו סופית שדבריו אינם נכונים.

הבדל ששי נוגע לטענה שהנתבע פעל בהיעדר אשמה. זאת, שהרי אשמתו של הנתבע רלוונטית רק לשאלה אם מוצדק להטיל עליו תשלום פיצויים, אך לא לשאלה אם יש לאפשר לו להמשיך

את הפגיעה על ידי אי פרסום תיקון. הימנעות מפרסום תיקון שימנע את המשך הנזק, מתוך ידיעה שהנתבע פרסם פרסום שגוי ופוגע אודות התובע, מהווה כשלעצמה מחדל פסול. לפיכך, יש מקום לחייב את הנתבע לפרסם תיקון, גם אם הפרסום המקורי פורסם במצב של היעדר אשמה.

הבדל שביעי נוגע לטענת ההסכמה. מעצם הגשת הבקשה לפרסום תיקון ברור שכרגע הנפגע כבר אינו מסכים להמשך הפרסום, מה שמצדיק לכאורה פרסום תיקון שימנע את המשך הפגיעה הנגרמת מהפרסום הראשוני. אך מנגד, הנפגע נתן בעבר את הסכמתו שהמפרסם יפרסם עובדה שקרית עליו, והמפרסם שינה את מצבו ופעל תוך הסתמכות על הסכמה זו. במצב כזה מתמודדים האינטרסים הבאים: מחד, האינטרס של הנפגע לשנות את דעתו ולהכריז כי מעתה הוא מעוניין שהאמת אודותיו תיוודע, ומנגד, אינטרס ההסתמכות של המפרסם. הדרך ליישב בין שני אינטרסים אלה היא לקבוע שבמצב שבו הנפגע חוזר בו מהסכמתו, יפורסם תיקון מטעם המפרסם אך על חשבונו של הנפגע.

### **הליכים מקדמיים לתביעה נזיקית בגין פרסום לשון הרע**

בכדי לצמצם את ההתדיינויות המשפטיות בנושא לשון הרע, ולהגביר את נגישות החוק ואת יתרונותיו, מוצע לעודד את הצדדים להגיע להסכמה על פרסום תיקון לדברים שפורסמו, עוד לפני תחילת הדיונים המשפטיים.

לפי מחקרים שנערכו בארצות הברית, מרבית האנשים שנפגעו מפרסום לשון הרע מעוניינים בשלב הראשון רק בטיהור שמו. לאור כך, מרבית הנפגעים פונים לאמצעי התקשורת בבקשות תיקון לפני פנייה לערכאות, ואף לפני פנייה ליועץ משפטי. מנגד, מרגע שהתובעים הפוטנציאליים מחליטים לפנות לערכאות משפטיות, משתנה תמונת המצב לחלוטין. ורוב התובעים אמרו שתבעו כדי להעניש את העיתונות או כדי לקבל פיצויים כספיים.

בארצות הברית עלות ניהול משפט דיבה גבוהה בהרבה מתוחלת הסיכון של הפסד במשפט דיבה. בישראל, עלות ניהול המשפטים פחותה. עם זאת, גם בישראל, יש עלויות גבוהות לעצם ניהולו של משפט דיבה, והסיכוי שתוגש תביעה כנגד המפרסם היא בין השיקולים המרכזיים שמפרסם שקול מביא בחשבון לפני פרסום, לא פחות מהסיכוי להפסיד במשפט כזה.

לאור האמור הוצע על ידי מלומדים רבים לעודד את הנפגע לפנות למפרסם ולבקש את תיקון הפרסום עוד לפני הגשת התביעה, ובמקביל לעודד את המפרסם לפרסם תיקון כזה, מתוך תקווה שפרסום מוקדם של תיקון יוביל לכך שהנפגע יבחר שלא להגיש תביעה לפיצויים, וכך ייחסך ממון רב לצדדים, תוך שהחברה מרוויחה גילוי מוקדם של האמת. הצעות מסוג זה אף הפכו לחוק בבריטניה, הוגשו לאישור הקונגרס כדי להפוך לחוק פדרלי, ומהוות נושא להצעת החוק האחד בנושא. מובן מאליה שהצעות מסוג זה רלוונטיות רק לגבי פרסומים עובדתיים, שהרי כפי שנאמר לעיל, סעד התיקון לא יהיה ישום בחוק המוצע לגבי דעות.

העיקרון המרכזי של ההסדר המוצע הוא לחייב כל מי שנפגע מפרסום עובדתי אודותיו לפנות למפרסם בסמוך לאחר שנודע לו עליו ולדרוש את תיקון הפרסום. למפרסם תעמוד אז הברירה - לפרסם תיקון כזה לשביעות רצון הנפגע בתוך זמן סביר, להכחיש את שייכותו לפרסום, או לעמוד מאחורי דבריו. העידוד להגיש דרישה שכזו יתבטא בסנקציות מהותיות שיוטלו על מי שלא ייענה להן: נפגע שלא ידרוש תיקון לא יוכל לקבל נזקים לא ממוניים שנגרמו לו; מפרסם שלא פרסם תיקון או הכחיש את שייכותו לפרסום, ולאחר מכן נקבעה אחריותו לפרסום ונקבע שהפרסום שקרי, יחויב בכל ההוצאות המשפטיות שהוציא התובע, לרבות כל שכר טרחת עורך דינו של התובע, אלא אם ימצא בית המשפט לנכון לפטרו מהן מנסיבות מיוחדות שיירשמו, ואף לא יוכל לטעון שהאמין באמיתות הפרסום בעת הפרסום המקורי. מנגד, לא מוצע לחייב נפגעים לפנות לבוררות או גישור בטרם הפנייה לבית המשפט. כיום יכולים מי שנפגעו מפרסום לא

נכון באמצעי תקשורת לפנות למועצת העיתונות שמוסמכת לחייב את אמצעי התקשורת לפרסם תיקון. גוף וולונטרי זה ימשיך בוודאי להתקיים גם לאחר תיקון החוק, ומי שיהיו מעוניינים להיעזר בשירותיו יוכלו לעשות כן. אולם, הפיכת הפנייה לגוף חיצוני לחובה, תוביל לכך שהדיונים בפני גוף זה ייהפכו לזירת התגוששות מקדמית שתיעשה בלוי ייעוץ משפטי לצדדים, כך שהרווח ממנה יהיה קטן.

### צו-מניעה והחרמה

**הדין המצוי.** הסעד נועד למנוע התרחשות נזק. הוא בבחינת 'הקדמת תרופה למכה'. ההלכה לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא כי הוצאת צו מניעה מסורה לשיקול דעתו של השופט, ומבוססת על איזון בין האינטרסים המתגלמים במניעת הפרסום לבין האינטרסים המתגלמים בפרסום. בעריכת האיזון יש להביא בחשבון את כל השיקולים העשויים להשפיע על המאזן. נקבע שבדרך כלל אין להוציא צו מניעה זמני בטרם נקבעה אחריותו המשפטית של המפרסם. זאת, בתנאי שהמפרסם העלה טענת הגנה, שאינה טענת סרק. בטרם נקבעה האחריות המשפטית של המפרסם, משקלו של חופש הביטוי עולה על משקלו של הכבוד. כאשר נקבעה אחריותו המשפטית של המפרסם והוכרע כי יש בפרסום משום לשון הרע, יש להוציא צו מניעה, שכן הכבוד גובר, במקרה זה, על חופש הביטוי. נקבע גם כי המפרסם אינו חייב לגלות לנפגע את המסמכים שברשותו על-מנת שהנפגע יוכיח העדר קיומן של הגנות. החיוב במסירה כזו משמעו צנזורה מוקדמת. פרופ' בנדור מתח ביקורת על החלכות שנקבעו בפסק הדין. בטרם נקבעה אחריותו המשפטית של המפרסם יש לערוך איזון בין האינטרסים המתחרים. העמדה, שלפיה ידו של חופש הביטוי על העליונה, גם אם יש בפרסום עוולה של לשון הרע, אינה מהווה איזון בין האינטרסים, אלא התעלמות מהכבוד. במקרה של צו מניעה זמני מדובר רק בעיכוב זמני בלבד של הפרסום ולא במניעתו. לפיכך הפגיעה בחופש הביטוי כתוצאה מהוצאת הצו אינה כה חמורה, ובאותם מקרים שבהם עיתוי הפרסום

חשוב מאוד הדבר יובא בחשבון במסגרת איזון האינטרסים. בנוסף, סירוב להוציא צו זמני למניעת פרסום יאיין את האפשרות להוציא צו מניעה לתמיד. יתרה מזאת, הטענה לפיה בצו מניעה זמני יש פגיעה לא מוצדקת בחופש הביטוי – בטעות יסודה, שכן אין בדוקטרינה של צו מניעה זמני משום סיווג הפרסום כמותר או כאסור. צו מניעה זמני רק מעכב את מימוש חופש הביטוי ואינו שולל אותו. צו מניעה זמני שומר רק על המצב הקיים (ה-quo status) עד להכרעה הסופית. לפיכך, יש להוציא צו מניעה זמני כאשר הנפגע הוכיח את לשון הרע, כהגדרתה בסעיף 1 לחוק. נטל ההוכחה לקיום ההגנות, הגנות אמת הפרסום ותום הלב, מוטל על המפרסם (הנתבע). כאשר מדובר בהוצאת צו מניעה קבוע בסיום המשפט לאחר שנקבע שמדובר בלשון הרע שפורסמה בהעדר הגנה יש לתת צו מניעה. פרסום המהווה עוולה של לשון הרע אינו נופל, לפיכך, בגדר חופש הביטוי המוגן. אין עוד מקום לאזן, מבחינת המשפט הפוזיטיבי, בין הכבוד לבין חופש הביטוי. עקרונית אין לחייב את המפרסם במסירת מסמכים שברשותו לנפגע, אלא אם הדבר נחוץ להערכת הגנתו של המפרסם. שכן, הכיצד ניתן להוכיח את אמיתות הפרסום (הגנה) כאשר לא ניתן להציג את הפרסום במשפט? לאחר חקיקת חוק היסוד גרס השופט ברק כי "המעמד החדש של הזכות לשם הטוב (חלק מהזכות לכבוד האדם) עשוי להצדיק עיון מחדש בהפעלת שיקול-דעת שיפוטי במתן צווי מניעה (זמניים) כנגד פרסומים שיש בהם, לפי הטענה, לשון הרע." מעמדה זו עולה אפשרות של נסיגה מן העמדה שנזכרה לעיל, אם כי השופט ברק משאיר את שאלת האיזון החדש בצריך עיון ואינו מצביע באופן ברור על קווי חשיבה מסוימים.

**הדין הרצוי.** יש לערוך הבחנה בין פרסום שטרם נקבעה האחריות המשפטית בגינו לבין פרסום שנקבעה האחריות המשפטית בגינו. יצוין כי לעניין הסעד של צו מניעה אין נפקא מינה לאשמתו החברתית או המוסרית של העושה. שכן, בצו מניעה מדובר בסעד להשבת זכות או למניעת פגיעה בזכות, ולא באקט של מתן פיצוי, או הטלת סנקציה על מעשה בעבר. זאת ועוד, נטל ההוכחה בדבר קיום ההגנות, לרבות אמת הפרסום, מוטל על הנתבע. הואיל ובצו מניעה מדובר בסעד מן הצדק,

על כל צד מוטלת חובה למסור לצד השני כל מידע הנחוץ לביסוס טענותיו, וזאת כאשר המסירה היא סבירה בנסיבות העניין. חובת המסירה, בדומה לסעד של הוצאת צו מניעה, מבוססת של שיקולי צדק. הצדק מחייב שיתוף פעולה בין הצדדים לשם עשיית צדק עמם. לאחר שנקבעה האחריות המשפטית בגין הפרסום ונמצא שמדובר בפרסום שקרי, יש להוציא צו מניעה לתמיד. כאשר במשפט הסופי הוכח שמדובר במידע שאסור לפרסם, המפרסם הופך להיות מודע לאיסור שבפרסום, ופרסום אסור במודע אינו זוכה להגנה ומקיים את יסודות העברה והעוולה. במקרה כזה יש להוציא צו מניעה עתידי לתמיד, שכן עניינו של צו המניעה הוא מניעת פגיעה עתידית ובלתי מוצדקת בכבוד. מנגד, כאשר התברר בדיון הסופי כי מדובר בפרסום מותר, אין להוציא צו מניעה. במקרה של צו מניעה במעמד צד אחד, שבו המבקש גורס שאי-מתן צו מניעה מיידי יגרום לו נזק חמור ובלתי הפיך, יש להוציא את הצו. וזאת, כאשר הפגיעה הצפויה בכבודו היא חמורה מאוד, עד כדי כך ששום סעד נזיקי מאוחר לא יוכל למנוע את הפגיעה שתתרחש או לטהר את שמו הטוב. למשל, השהייה עד לשמיעת הצד שכנגד תגרום 'לבריחת הסוס מן האורווה'. ניתן להימנע מהוצאת הצו כאשר יש אינטרס ציבורי או פרטי חשוב וחיוני שמשקלו עולה על משקל הנזק לכבוד, המצדיק שלא לעכב את הפרסום. במקרה של צו מניעה במעמד שני הצדדים יש לערוך איזון אינטרסים. בצו מניעה זמני אין הכרעה סופית בדבר האחריות המשפטית בגין הפרסום, אין קביעה סופית לגבי זכויות הצדדים, ואין הכרעה בדבר סיווגו של הפרסום כמותר או כאסור, שכן הצו ניתן על יסוד בדיקה משפטית מזוהזת (summarische Pruefung), הנערכת על בסיס הוכחת הנטען לכאורה בלבד. בעריכת האיזון יש להביא בחשבון שיקולים כמו חומרת הנזק שייגרם לנפגע, סעדים חילופיים יעילים ופחות מזיקים למפרסם כגון תיקון, הכחשה ופיצוי, חשיבותו וערכן המשפטי של זכויות הצדדים המתחרים, סיכויי הנפגע ליזכות במשפט של הכרעה סופית, השפעת צו המניעה הזמני על התדיינות עתידית בין הצדדים, למשל שלילת נפקות מעשית מצו מניעה לתמיד, מהם האינטרס הציבורי בפרסום והאינטרס הציבורי במניעת הפרסום, החשיבות הציבורית בעיתוי הפרסום, ועוד.

### **התנצלות, תיקון, הכחשה ופסק דין הצהרתי על שקריות הפרסום**

אם לשון הרע כבר פורסמה, הרי שהתנצלות, תיקון או הכחשה הם הסעדים שיביאו להפחתת הפגיעה בזכות עצמה ככל שאפשר. הואיל ומבחינה מעשית אין אפשרות לבטל בדיעבד פגיעה בכבוד שכבר התרחשה, האמצעי היעיל וההגיוני המתקרב ביותר ל'ביטול' הנזק הוא טיהור שמו של הנפגע. טיהור שמו של הנפגע הוא הפעולה הנגדית להוצאת לשון הרע. ואכן, לפי מחקרים שנערכו בארצות הברית, מעוניינים מרבית התובעים בתביעות לשון הרע בעיקר בפרסום תיקון או הכחשת הדברים המהווים פגיעה בכבוד, דהיינו בטיהור שמו של הנפגע. בפרסום עובדות יש מקום לסעד התיקון. במקרה זה אין בחיוב לתקן או להכחיש משום פגיעה לא מוצדקת בחופש הביטוי, שכן פרסום עובדות אינו אלא העברת מידע לאחרים, בלי שהמפרסם יחווה את דעתו. בפרסום תיקון או הכחשת לשון הרע המתבטא בפרסום עובדות אין המפרסם מזדהה עם הפרסום ואין בפרסום משום התנגשות עם מצפונו או אמונתו של המפרסם. פרסום תיקון או הכחשה אינו אלא פרסום העובדה שהדברים שפורסמו קודם לכן אינם משקפים את המציאות. מנגד, בהבעת דעה מדובר בהערכה והכרעה אישית-סובייקטיבית של המפרסם על מצב מסוים, קרי: אמונתו, תחושתו ומצפונו של המפרסם. הדעה, כביטוי סובייקטיבי-אישי, אינה יכולה להיות אמת או שקר, אלא רק סבירה או בלתי-סבירה. במקרה כזה קיימות שתי גישות. לפי האחת, בהכחשת הביטוי ובהתנצלות מדובר בפגיעה חמורה מאוד במצפונו ובאמונתו של המפרסם. החיוב בפרסום התנצלות בגין פרסום אמונה ותחושת מצפון פוגע פגיעה משמעותית וקשה מדי בחופש הביטוי ובכבודו של המפרסם. בהתנצלות יש משום השפלה והתנגשות עם מצפונו של המפרסם. חופש הביטוי מעניק לפרט זכות חוקתית הן להביע את דעתו (חופש הביטוי הפוזיטיבי) והן לא להביע את דעתו או את מה שאינו דעתו (חופש הביטוי הנגטיבי). לפי האחרת, הבעת דעה בלתי-לגיטימית, קרי: הפוגעת ללא הצדקה בכבודו של הנפגע, היא הבעת דעה אנטי-חברתית ואסורה. הבעת הדעה כזו פוגעת בסדר חברתי-משפטי. בתיקון דעה כזו מדובר באקט של קיום הסדר

החברתי-משפטי, ועל כן מדובר בסעד של הדיון. כלומר, סעד התיקון וההכחשה נחוץ הן לשם הגנה על כבודו של הנפגע והן לשם הגנה על הסדר החברתי-משפטי. זאת ועוד, המפרסם אינו חייב להזדהות עם התיקון. המפרסם מפרסם את הקביעה המשפטית לפיה מדובר בהבעת דעה בלתי-לגיטימית או מפרסם פרקים של פסק הדין, וזאת בלי לאמץ את הכתוב בהם ולהזדהות עמם. בתיקון אין מדובר אפוא בהתנגשות עם מצפוננו ואמונתנו של המפרסם.

### צו עדכון

מדובר במקרים שבהם הפרסום היה נכון בשעת פרסומו, אך עובדות חדשות שנוצרו לאחר מכן מקרינות על משמעות העובדות שפורסמו. כך, אם פורסמו חשדות וחקירה המתנהלת נגד הנפגע, ולאחר מכן הופרכו החשדות או חלקם הגדול, האם ניתן לחייב את המפרסם לפרסם עדכון, אם אינו חפץ בכך? במשפט הקונטיננטלי קיימת חובה כזו, אך במשפט המקובל היא אינה מוכרת. במשפט הישראלי עמדה שאלה זו לדיון בעניין קראוס. דעת הרוב שם הייתה שבמשפט המצוי אין חובה כזו, בעוד שהמיעוט סבר שניתן להסיק קיומה של חובה כזו גם במשפט המצוי. במהלך הדיון הביעו השופטים גם את עמדותיהם לגבי המשפט הרצוי בנקודה זו, וחלקם הגדול הביע את הדעה שיתכן שבמקרים מתאימים רצוי לחייב את הנתבע לפרסם עדכון. עדכון כזה יקדם את החיפוש אחר האמת, ימנע את המשך הפגיעה בשמו הטוב של הנפגע, ועוד.

**הדיון הרצוי.** לפי עקרון הבו-זמניות (הסימולטניות) העובדות הקובעות את מהות הפרסום, היינו אם מדובר בפרסום אמת או שקר, הן העובדות שהתקיימו בעת הפרסום. המועד לקביעת האחריות המשפטית בגין הפרסום הוא מועד הפרסום. זאת ועוד, עקרון הוודאות המשפטית, שהוא עקרון חוקתי, מחייב לראות במועד הפרסום את המועד הקובע את האחריות המשפטית בגין הפרסום. עקרון הוודאות המשפטית מעניק לפרט את הזכות, שהמחוקק יגדיר את כללי המשפט באופן שידריכו אותו כך שיוכל לדעת, כבר בעת הפרסום, אם מעשהו הוא מותר או אסור, באופן שיאפשר לו לכלכל



צעדיו עובר למעשה, ולהימנע מביצוע עברה או עוולה ולהיות מעורב בפלילים או בניזיקין. יתרה מזאת, תפקידם של דיני העונשין ושל דיני הנזיקין מתבטא במניעת פגיעות בערכים חברתיים מוגנים. תפקיד זה יכול להתקיים, רק אם הפרטים מודעים, בעת המעשה, למהותו של המעשה. בענייננו, מצב אי-הוודאות עלול לגרום לאפקט מקפיא, שבו הפרטים לא ינקטו במעשים (מותרים) בשל חשש מפני העתיד והשלכותיו. מצב זה חמור, שכן הוא מונע מימוש חופש הביטוי, שהוא זכות יסוד עילאית. הואיל ואין למפרסם שליטה, ולא יכול להיות שליטה, על התרחשות דברים בעתיד, והואיל ואין הוא יכול להיות מודע להתרחשות הדברים בעתיד, מחייבים עקרון הבו-זמניות (הסימולטניות), עקרון הוודאות המשפטית, תפקיד דיני העונשין ודיני הנזיקין להתייחס למועד הפרסום כאל המועד הקובע את מהות הפרסום, היינו אם מדובר בפרסום מותר או בפרסום אסור.

יש הסוברים שעקרון הבו-זמניות, היינו אמת המידה הוא מועד הפרסום, אינו מתחשב כראוי בכבוד, ועל כן אינו מספק את ההגנה החוקתית ההולמת על הכבוד. פורסמו חשדות נגד פלוני והופרכו לאחר מכן, מהווה פרסום החשדות פגיעה מתמשכת בכבוד. אם מתחשבים במועד הפרסום בלבד, אין מביאים בחשבון, וגם לא ניתן כלל להביא בחשבון, את הפרכת החשדות. בהעדר עדכון מאוחר נשאר הרושם הכללי אצל הבריות שהחשדות אומתו או לא הופרכו. במקרה כזה יש משום פגיעה חמורה ומתמשכת בכבוד. אין לטענות אלו ולקביעת מהות הפרסום ולא כלום. במועד הפרסום בודקים רק אם הפרסום משקף את המציאות הקיימת ואם לאו. בעריכת האיזון בין הכבוד לבין חופש הביטוי יש להתחשב בכל השיקולים העשויים להשפיע על המאזן, בעת הפרסום. התרחשות עובדות מאוחרת המפריכות את החשדות שפורסמו מביאה לכינונו של סעד משפטי נוסף שתכליתו תיקון העוול, הפגיעה המתמשכת בכבודו של הנפגע. תכליתו העיקרית של סעד התיקון מתבטאת בטיהור מאוחר של שמו הטוב של הנפגע, ואין לסעד זה ולסיווג הפרסום כמותר או אסור ולא כלום. הסעד של תיקון או הכחשה יבוא בחשבון גם כאשר מדובר בפרסום מוגן. לכן, חובת העדכון המאוחרת אינה נמנית

עם תנאי הגנת 'אמת הפרסום' ואין היא יוצרת עילת השתק המונעת העלאת ההגנה. מדובר בחובת עדכון מאוחרת המותנית בקיומם של תנאים מסוימים והנה בגדר סעד מן הצדק. לכן, ה'אמת' היא האמת לשעתה, היינו אמת בעת הפרסום.

אם פורסמה לשון הרע המתבטאת בפרסום חשדות וחקירה המתנהלת נגד הנפגע, או בפסק דין שאינו חלוט, והופרכו טענות אלו, בין על-ידי אי-העמדה לדין ובין על-ידי זיכוי במשפט חלוט, על המפרסם מוטלת חובה לפרסם הודעה בדבר אי-ההעמדה לדין או הזיכוי. סעד התיקון יבוא בחשבון גם כאשר הועמד הנאשם לדין או הורשע, ותנאי הוא שמדובר בשינוי משמעותי בין החשדות התחיליים לבין ההאשמה-נושא ההעמדה לדין או ההרשעה, למשל, החשדות מצביעות על ביצוע פשע, כגון רצח או הריגה, לעומת העמדה לדין או הרשעה בגין עוון, כגון גרם מוות ברשלנות. הואיל, ובסעד התיקון וההכחשה מדובר בסעד מן הצדק שבא לספק לנפגע הגנה ראויה על זכויותיו, אין הנפגע רשאי, באמצעות סעד זה, לבקש טובת הנאה שאינה מגיעה לו. כאשר החשוד לא הועמד לדין מחוסר ראיות או מחוסר עניין ציבורי או כאשר הנאשם או המערער זוכה במשפט סופי מחמת הספק, אין הנפגע יכול לתבוע פרסום המזכה אותו באופן מוחלט. פרסום המשקף נאמנה את החלטת התביעה הכללית או בית-המשפט מקיים דרישות סעד התיקון וההכחשה. הפרסום שהנפגע זכאי לו אינו מעבר להודעה בדבר אי-העמדה לדין מחוסר ראיות או מחוסר עניין ציבורי או בדבר הזיכוי מחמת הספק. סעד התיקון וההכחשה אינו בא בחשבון כל עוד ההחלטה להעמיד לדין או הזיכוי אינם חלוטים, שכן אין עדיין בירור דין סופי. סעד התיקון, ההכחשה והעדכון הוא תרופה הן במשפט האזרחי והן במשפט הפלילי.

### פיצויים

הפיצוי הוא סעד נזיקי, ונועד לפצות את הניזוק על הנזק שנגרם. הסעד בא בחשבון כאשר הסעדים העיקריים אינם מספקים כלל הגנה או מספקים הגנה בלתי-ראויה לנפגע. בחוק המצוי, מעבר להלכה הכללית שמאפשרת פסיקת פיצויים בגין נזק לא מוחשי גם ללא הוכחת נזק,

קיימת גם הוראה חקוקה מיוחדת בנושא. סעיף 7א לחוק איסור לשון הרע קובע כי ניתן לחייב את הנתבע בתביעת לשון הרע בתשלום עד 50,000 ש"ח (סעיף קטן ב) או עד 100,000 ש"ח (סעיף קטן ג) לתובע בלי הוכחת נזק. הפרשנות שניתנה לסעיף קובעת שהוא קובע מעין רצפה לפיצויים בגין פרסום לשון הרע באותם מקרים שבהם לא הוכח נזק. התפיסה שביסוד סעיף זה היא שעצם הפגיעה בכבודו של הזולת משמעה גרימת נזק לזולת, תפיסה שהיתה מקובלת על בתי-המשפט עוד בטרם חקיקת סעיף 7א. פגיעה בכבוד עשויה להביא לנזקים, ממוניים או לא ממוניים, שקשה מאוד להוכיחם. לכן, מוצדק לאפשר לבתי-המשפט לפסוק במקרים מתאימים פיצויים גם בגין נזקים שלא הוכחו, אם נראה לבית-המשפט שפרסום לשון הרע אכן גרם לנזקים. לכאורה נובע מכאן שיש להימנע מלקבוע הוראה דומה לסעיף 7א בחוק המוצע, שכן בתי-המשפט ראו את עצמם מוסמכים לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק גם קודם לחקיקת סעיף 7א. עם זאת, נראה שביטול הסעיף עשוי להתפרש כביטול סמכותם של בתי-המשפט לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק, ולפיכך מן הראוי לקבוע בחוק המוצע שלבתי-המשפט תהיה סמכות לפסוק פיצויים בגין פרסום לשון הרע גם ללא הוכחת נזק. בכדי להימנע מקביעת 'רצפות' ו'תקרות' פיצוי מלאכותיות, מוצע שלא לקבוע בסעיף כל הוראה שמגבילה את סכום הפיצוי ללא הוכחת נזק.

### **פיצויים עונשיים, פיצויים נומינליים ופיצויים לבז**

על מטרתם של הפיצויים בעולות פרסום לשון הרע נאמר כי "הפיצויים אשר אותם מוסמך בית-המשפט לפסוק למי שנפגע מעולות לשון הרע מגמתם כפולה: ראשית – ליתן סיפוק לנפגע, הן על-ידי שיוכל לדעת כי מכירים בכך שנעשתה כלפיו עוולה בכך שפגעו ללא הצדקה בשמו הטוב והן על-ידי כך שסכום הפיצויים שישולם לו יוכל לשפר במשהו את מצבו ולקרבו במידת האפשר – עד כמה שכסף יוכל לתרום לכך – למצב שהיה נתון בו קודם התרחשות העוולה. שנית, ... נועדו הפיצויים הנקבעים בגין עולות לשון הרע גם כדי שיחנכו את הקהל ויחדירו לתודעתו כי שמו הטוב של אדם, בין

אם הוא איש פרטי ובין אם איש ציבור אינו הפקר." הנמקה זו מעוררת את השאלה בדבר המקרים שבהם הייתנו בתי-המשפט פיצויים עונשיים מחד, או פיצויים נומינליים או פיצויים לבוז מאידך. בארץ נפסק שבת-המשפט מוסמכים לפסוק פיצויים עונשיים בכל תביעה נזיקית. עם זאת, הלכה היא שאין לפסוק פיצויים עונשיים, אלא במקרים נדירים שבנדירים. גם לגבי פיצויים נומינליים או פיצויים לבוז, ההלכה בישראל היא כי יש סמכות לפוסקם, אך הם ייפסקו רק במקרים נדירים שבהם יש הצדקה מיוחדת לפסיקתם. המשפט האנגלו-אמריקני מכיר בפיצויים עונשיים בגין פרסום לשון הרע, ופיצויים כאלה נפסקים שם דרך שגרה, בסכומי עתק המגיעים למליוני דולרים. להצדקת הטלת פיצויים עונשיים נאמר ש-"The object of exemplary is to punish and to deter". לעומת זאת, המשפט הגרמני לא הכיר בעבר בפיצויים עונשיים והתייחס אליהם כאל נטע זר בדיני הנזיקין. בעקבות גישה זו הסכים המקסימלי שנפסק עד 1987 היה 50,000 מרקים גרמניים. אולם, בשנים האחרונות קיימת מגמה להכיר בפיצויים עונשיים ובשנת 1996 פסק בית-המשפט פיצוי בסך של 180,000 מרקים גרמניים.

בדין הרצוי יש להכיר בפיצויים עונשיים בגדר חריג. זאת, כאשר בית-המשפט האזרחי סבור, לאחר בדיקה, שהמפרסם קיים בפרסומו לפי רמת ההוכחה הנדרשת בפלילים גם את עברת לשון הרע הפלילית, וכי הייתה לנתבע הזדמנות הוגנת להתגונן מפני אפשרות זו, וכי קביעה כזו אינה גורמת עוול לנתבע. במקרה כזה אין התנגשות עם עקרונות היסוד של המשפט הפלילי. הסעד של פיצויים עונשיים יבוא בחשבון כאשר הנפגע לא הגיש קובלנה פלילית פרטית והוא גרס במפורש שאין הוא עומד להגיש קובלנה. משפט זה משלב בתוכו משפט אזרחי ומשפט פלילי. פסק בית-המשפט פיצויים עונשיים, אין עוד אפשרות להליך פלילי בגין אותו פרסום, שכן אין להעמיד אדם על מעשה אחד יותר מפעם אחת ואין להטיל עונש על אדם יותר מפעם אחת בגין אותו מעשה. פסיקת פיצויים עונשיים תהיה לטובתו של מוסד חברתי שפועל בתחום הייעוץ והייצוג לטובתם של נפגעי לשון הרע. תפיסה זו מתחייבת לשם הגנה ראויה על הכבוד. כאמור,

עברת לשון הרע נמנית עם העברות שבגינן ניתן להגיש קובלנה פרטית. המנגנון של קובלנה פרטית נחוץ והכרחי לסיפוק הגנה ראויה ומספיקה על הכבוד, הואיל והתביעה הכללית, בשל העומס הרב הרובץ עליה, אינה מעמידה לדין בגין עברות לשון הרע. כלומר, כמעט כל התביעות הפליליות בגין לשון הרע מוגשות באמצעות הקובלנה הפרטית. הקובל, התובע בקובלנה פרטית, חייב להוכיח קיום יסודות העברה באופן פוזיטיבי, הוא חייב, לשם כך, להתגבר על הקשיים הכרוכים בהבאת ראיות להוכחת עילת לשון הרע, ולשאת בכל ההוצאות, לרבות הכספיות. עולה מכאן, שמבחינה מעשית הגנה פלילית על הכבוד מוענקה, בדרך כלל, לבעלי היכולת בלבד. מבחינה מעשית, הגנה על כבודם של חסרי היכולת ואף של האנשים בעלי הכנסה ממוצעת, שמהווים את רוב הציבור. לשם הגנה על כבודו של רוב הציבור יש לצדד בהקמת מוסד חברתי, עמותה או קרן שמטרתו מתן שירותי ייעוץ וייצוג חינוך לציבור, פרט לבעלי היכולת. תפקיד נוסף של המוסד החברתי הוא טיפול קדם-משפטי מהיר בעילות לשון הרע. האדם שסובר שכבודו נפגע על-ידי פרסום יפנה אל המוסד החברתי לקבלת ייעוץ. המוסד החברתי שאינו נגוע במשוא פנים לצד כלשהו יעשה בדיקה ובירורים, לרבות פניה אל המפרסם ובדיקת גרסתו, ויחווה את דעתו בעניין. המוסד ייתן ייעוץ הן לנפגע והן למפרסם בדבר קיומה או אי-קיומה לכאורה של עברת או עוולת לשון הרע.

## חופש הביטוי נגד רשויות המדינה\*

ראם שגב

### מבוא

נושא המחקר הוא ההצדקה להגבלת ביטויים שליליים נגד רשויות המדינה ונושאי משרות שלטוניות לשם הגנה על מעמדם בעיני הציבור, כלומר, על אמון הציבור בהם. סוגיה זאת מרכזית לכל תפיסה המכבדת את האדם. התייחסות לאדם כיצור אוטונומי ובעל יכולת רציונלית פירושה, בין השאר, הימנעות מהתערבות בגיבוש מחשבותיו ואמונותיו של האדם, לרבות השקפותיו בנוגע לשלטון ואמונו בשלטון, באמצעות הגבלת ביטויים העוסקים בנושאים אלה. התפיסה שלפיה השלטון הוא רק אמצעי לקידום מטרותיו של האדם כפרט מחדדת את שאלת ההצדקה להגנה על מעמדו של השלטון בעיני האנשים. השאלה אם יש הצדקה להגנה על אמון הציבור ברשויות המדינה, באמצעות איסור על ביקורת כלפיהם, מתחדדת במיוחד במסגרת שיטת משטר דמוקרטי, בשני מובניה: במובן המהותי, כשיטת משטר המבוססת על הכרה באדם כיצור אוטונומי ורציונלי, ובמובן הפורמלי כשיטת משטר שהשלטון נבחר בה על-ידי כל האזרחים. ערעורו של אמון הציבור בשלטון באמצעות ביקורת על תפקודו הוא חלק בלתי-נפרד מהשיטה הדמוקרטית, שכן השלטון נבחן על-ידי הפרטים על-פי הדרך שבה הוא מתפקד ומנהל את ענייני המדינה. תפיסות אלה מעלות טעמים חזקים נגד הגבלת חופש הביטוי לשם הגנה על אמון הציבור בשלטון, ומצביעות על המחיר הכרוך בהגבלה כזאת. המטרה המרכזית של המחקר תהיה לבחון באיזו מידה מתיישבת הגבלת חירות הביטוי נגד השלטון ומוסדותיו עם תפיסות אלה, והאם יש הצדקה להגבלה כזאת לאור המחיר הכרוך בה במונחים אלה.

ההצדקה להגבלת הביטוי המבקר את השלטון ומוסדותיו לשם הגנה על מעמדם תיבחן ביחס לכל רשויות השלטון, כיוון שקיים מכנה משותף רחב לכל סוגי הביטויים המבקרים את השלטון

\*המאמר הוא תמצית מתוך: ראם שגב, בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר, **חופש הביטוי נגד רשויות המדינה**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים 2001.

ומוסדותיו ולאיסורים השונים המגבילים ביטויים אלה לשם הגנה על מעמד השלטון. עם זאת, קיים גם שוני בטעמים לחופש הביטוי נגד השלטון ביחס לסוגים שונים של ביטויים נגד השלטון, כמו גם הבדלים בטעמים להגנה על מעמדן של רשויות השלטון השונות. המחקר יתמקד במיוחד בהצדקה להגבלת הביטוי המבקר את הרשות השופטת, כדי לבחון את ההשערה שלפיה חלים ביחס לבתי-המשפט שיקולים מיוחדים בסוגיית הביקורת כלפי רשויות השלטון. הטענה העיקרית היא שקיים ייחוד מבחינת הטעמים להגבלת הביטויים הביקורתיים כלפי בתי-המשפט בהשוואה לרשויות אחרות. עם זאת, יש מקום לבחון, כפי שנעשה בהמשך, גם את השאלה האם יש ייחוד לטעמים לחופש הביטוי המבקר את בתי-המשפט. ההנחה שלפיה יש ייחוד לרשות השופטת בסוגיית חופש הביטוי נגד רשויות השלטון עומדת בבסיס הדין הנוהג בהקשר זה, בישראל ובמדינות אחרות, המתמקד באיסור על ביקורת כלפי בתי-המשפט. התמקדות זו באה לידי ביטוי, מבחינה פורמלית, בסוג האיסורים הקיימים בסוגיה: בשיטות משפט רבות, האיסורים על ביקורת כלפי רשויות השלטון מוגבלים לבתי-המשפט, ובשיטות משפט אחרות, כמו בישראל, קיים, בצד איסורים כלליים על ביטויים נגד השלטון ונגד כלל רשויות השלטון, איסור מיוחד על ביטויים נגד בתי-המשפט.

בישראל יש שלושה איסורים פליליים המגנים על מעמד השלטון ומוסדותיו מפני ביקורת: האיסור על העלבת עובד ציבור, האיסור, הקבוע כאחת החלופות של עברת ההמרדה, על ביטוי העלול לעורר חוסר נאמנות, שנאה או בוז כלפי השלטון ומוסדותיו, והאיסור על זילות בית-המשפט. במדינות אחרות קיימים איסורים מסוגים שונים על ביקורת כלפי השלטון, שחלקם דומים לאיסורים בישראל. במדינות רבות ששיטת המשפט שלהן מבוססת על המשפט המקובל קיימים איסורים שמקורם, כמו מקור האיסור הישראלי על המרדה, באיסור של המשפט המקובל על sedition ובפרט על seditious libel. האיסור האמור עסק במקור בערעור על סמכות השלטון בדרכים שונות, ובחלק הנוגע לענייננו, אסר גם ביקורת על השלטון העלולה לפגוע בהערכת הציבור כלפיו. אמנם, בצורתו המקורית

איסור זה איבד מתוקפו לפני זמן רב ונחשב חסר תוקף באנגליה כבר במאה התשע-עשרה. אך במדינות רבות ששיטת המשפט שלהן מבוססת על המשפט המקובל, חלק מהאיסור על ביטוי המלווה ביסוד נפשי של *sedition intent* אומץ. איסור זה כלל בין השאר, כפי שנקבע באנגליה במאה התשע-עשרה, פרסום ביטויים העלולים לגרום פגיעה בסדר הציבורי במטרה לגרום שנאה או בוז, או לעורר חוסר שביעות רצון, נגד המלכה, הדין או מוסדות השלטון, בכפוף לסייג של ביטוי המצביע על פגמים או טעויות בדין או בתפקודו של השלטון במטרה לתקנם. איסור זה על ביטויים המלווים ביסוד נפשי של *sedition intent*, אומץ במדינות אחרות ששיטת המשפט שלהן מבוססת על המשפט המקובל, כמו קנדה, אוסטרליה, ואירלנד, אם כי היקפו הוגבל ברוב המדינות שאימצו אותו. התקדים הראשון נקבע בקנדה, שם נפסק בשנת 1950 כי האיסור מקיף רק פרסום ביטויים שמלווים ביסוד נפשי של כוונה לעורר אנשים להשתמש באלימות נגד רשות שלטונית, או להתנגד לה בכוח או בדרכים לא-חוקיות, או לגרום להפרעה ציבורית (*public disturbance*) או לחוסר סדר (*disorder*) כנגד רשויות השלטון. זאת, להבדיל מכוונה לעורר שנאה, בוז או חוסר שביעות רצון כלפי מערכת אכיפת החוק (*administration of justice*) או ליצור רגשות איבה בין חלקים שונים של האוכלוסייה, שאינה מספיקה כדי להכניס את הביטוי בגדר האיסור על *sedition libel*. הלכה זו אומצה באנגליה בפסק-דין משנת 1990. בעקבות הלכות אלה, הפרשנות המקובלת של האיסור בקנדה ובאנגליה כיום מגבילה אותו גם במישור העובדתי לביטויים בעלי נטייה לגרום לאלימות או להפרת הסדר הציבורי כלפי רשות שלטונית, המלווים בכוונה לעשות כן. ההלכות האמורות לא עסקו ישירות בביקורת על רשויות השלטון, והמסקנה העולה מהם בסוגיה זאת איננה חד-משמעית, בשל עמימותם של מונחים כמו 'public disturbance'. אולם, נראה שהן נועדו להוציא מגדר האיסור על *sedition libel* הגבלה של ביקורת כלפי רשויות השלטון המיועדת להגנה על מעמדן בלבד. במדינות אחרות בעולם, לרבות באירופה, קיימים איסורים מקבילים על ביקורת על רשויות השלטון או על



העלבת נושאי משרות שלטוניות. לחלקם יש דמיון לאיסור על seditious libel, בעוד שחלק אחר כולל סוגים מסוימים של ביטויים בלבד, כמו עלבונות או שקרים בנוגע לתפקודם של מוסדות השלטון. דוגמה לאיסור כללי מסוג הוא האיסור הצרפתי על ביטויים שנועדו לפגוע בכבוד או בהערכה המגיעה למשרה שלטונית.

האיסורים הדומיננטיים על ביקורת כלפי רשויות השלטון מיוחדים לרשות השופטת. האיסור המרכזי מסוג זה הקיים בשיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל, הוא האיסור המכונה scandalising the court or the judges, שדומה ביסודותיו לאיסור על זילות בית-המשפט בישראל. איסור זה נקבע כסוג של ביזיון בית-המשפט, באמצע המאה השמונה-עשרה, אם כי אין ספק שגם קודם לכן הורשעו אנשים, בדרך זאת או אחרת, בהוצאת דיבה או בביזיון בית-המשפט בגין ביקורת או עלבונות כלפי שופטים. ההגדרה הקלסית של האיסור נקבעה בפסק-דין אנגלי בתחילת המאה העשרים, ומקיפה ביטויים המכוונים נגד בתי-המשפט או נגד שופטים בנוגע לתפקודם הרשמי אשר עלולים לפגוע בסמכותה של המערכת השיפוטית. איסור זה נקלט בשיטות המשפט המבוססות על המשפט מקובל: אנגליה עצמה, אירלנד, סקוטלנד, ארצות הברית, קנדה, דרום אפריקה, אוסטרליה וניו-זילנד. במדינות אחרות ברחבי העולם, ובפרט באירופה, ישנם איסורים פליליים שונים המקיפים גם ביקורת או עלבונות כלפי שופטים. כך, למשל, החוק הפלילי בצרפת קובע עברה שייעודה הגנה על תדמית המערכת השיפוטית, האוסרת על מעשה או ביטוי שנעשה בפומבי במטרה לערער את האמון במעשה או בהחלטה שיפוטית, כך שתיפגע הסמכות או העצמאות השיפוטית, בכפוף לסייג המתיר קריאה לבחינה נוספת של החלטה שיפוטית. ייחודו של האיסור הצרפתי בכך שהוא נחקק לראשונה רק בשנת 1958, אך נטען שההשראה שלו הייתה האיסור של המשפט המקובל. עברה נוספת בצרפת אוסרת על ביזיון של שופטים, בין השאר, באמצעות ביטויים העלולים לפגוע בכבודם או בהערכה המגיעה לתפקידם.

בצד בחינת ההצדקה העקרונית להגבלת ביטויים שיליים נגד

רשויות השלטון, הספר בוחן את ההצדקה לאיסורים הקיימים. אולם, ברור כבר במבט ראשון שחלק גדול מהאיסורים הקיימים הוא בעליל לא-לגיטימי. למעשה, אופיים הגורף של איסורים אלה מצביע על כך שהם נבעו מתפיסות שונות מאלה שהוזכרו לעיל, בנוגע למרכזיות הפרט ולאופי הדמוקרטי של השלטון. ואכן, בחינה היסטורית מעלה כי מקורם של חלק מהאיסורים הללו הוא במשטרים לא-דמוקרטיים. להקשר ההיסטורי של האיסורים האמורים חשיבות רבה להבנת התפתחותם, שכן מידת החופש שמוענקת לביטויים ביקורתיים נגד השלטון ומוסדותיו קשורה באופן הדוק לתפיסה בדבר היחס הראוי בין השלטון לפרטים. ככלל, תפיסה הרואה את השליט כריבון, אשר מטרת המדינה היא הגנה עליו ועל האינטרסים שלו, ובהתאם רואה את האזרחים כנתינים החייבים לא רק בציות לחוקיו של השליט אלא אף בכבודו, מוליכה למסקנות שונות הן לגבי טיב ועוצמת האינטרס במניעת ביקורת נגד השלטון והן לגבי טיב ועוצמת האינטרס בחופש הביטוי נגד השלטון. זאת בהשוואה לתפיסה הרואה את האזרחים כריבון ואת האינטרסים של הפרטים כמטרת החברה, ובהתאם רואה את השלטון כנאמן של הפרט הנבחר על-ידו ואשר חייב לפעול למענו, ולתת לו דין וחשבון על כך. התפיסה הראשונה, של השליט כריבון שאינו עומד לבחירה ולכן לא ניתן להחליפו, נוטה לאסור כל ביקורת העלולה לפגוע בסמכות השלטון, בשל הצורך להגן על מעמדו ויוקרתו. לעומת זאת, התפיסה השנייה, של רשויות השלטון כנאמנות הציבור, נוטה לכיוון ההפוך של ראיית ביקורת על השלטון כלגיטימית לחלוטין וכחלק בלתי נפרד מההליך הדמוקרטי המחייב בחירה של האזרחים במטרות החברה ובאמצעים שיש לעשות בהם שימוש לשם הגשמתן, ובכלל זה ברשויות השלטון. ואכן, אף בסוף המאה התשע-עשרה, העריך Stephen את שתי הגישות האמורות בנוגע ליחס בין השלטון לפרט כקיצוניות (extreme) ותיאר את הדין האנגלי בכל הנוגע להגבלות על ביקורת כלפי השלטון (שמבוסס על הצעתו) כפשרה ביניהן! כאשר בוחנים את מקורם ההיסטורי של האיסורים נגד השלטון עולה תפיסה קיצונית עוד יותר של ראיית האינטרס של כבוד השלטון ומעמדו כאינטרס מרכזי. הדבר

נכון ביחס לכל האיסורים שהוזכרו: האיסורים על המרדה ועל seditious libel, האיסור על העלבת עובד ציבור והאיסורים על זילות בית-המשפט ועל scandalising the court. במובן זה המכנה המשותף ההיסטורי לכל האיסורים הללו במשפט המקובל הוא ראייתם כאיסורים על ביזיון המלך, הכולל גם את ביזיון רשויות השלטון ונושאי המשרות השלטוניות ואת ביזיון בית-המשפט ופקידיו, אשר נתפסו כולם כנציגי השליט וכידו הארוכה. לאור אופיים הפסול בעליל של חלק מהאיסורים הקיימים, המטרה המרכזית של המחקר היא לבחון האם יש הצדקה כלשהי להגבלת ביטויים ביקורתיים כלפי רשויות המדינה לשם הגנה על מעמדן הציבורי.

בחינה כזאת נחוצה במיוחד בישראל לאור התופעה, שהתגברה בשנים האחרונות, של מתיחת ביקורת קשה וחריפה על רשויות אכיפת החוק, ובעקבות תגובת רשויות אכיפת החוק לתופעה האמורה באמצעות שימוש באיסורים האמורים. הביקורת החריפה ביותר, שזכתה לפרסום הרב ביותר, היא הביקורת הקשה שהועלתה מצד חוגים דתיים – רבנים ופוליטיקאים – על רשויות אכיפת החוק, ובעיקר על בית-המשפט העליון ושופטיו. ביקורת זו התמקדה בטענה לנקיטת עמדה אנטי דתית מצד המשטרה והתביעה ול"אקטיביזם שיפוטי" לא מוצדק של בית-המשפט העליון בגין פסיקות המנוגדות לעמדותיהם של חוגים אלה, וכללה גם הטחת עלבונות וגידופים כלפי נושאי משרות שלטוניות, לרבות שופטים. בתגובה לתופעה זו הופנו קריאות רבות לרשויות אכיפת החוק לפתוח בחקירה כדי לבחון את השאלה של העמדת מותחי הביקורת לדין פלילי, בעילות שונות, תוך התמקדות באיסורים הנוגעים לענייננו שמטרתם היא הגנה על מעמדן של רשויות השלטון בעיני הציבור, ובראשם האיסור על זילות בית-המשפט. קריאות אלה היו בחלקן במישור הציבורי ובחלקן פניות פורמליות למשטרה או לרשויות התביעה, ובראשן היועץ המשפטי לממשלה, לפתוח בחקירה לקראת העמדה לדין, או לבית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, להורות לרשויות התביעה לעשות כן. קריאות אלה זכו לאוזן קשבת מצד המשטרה והפרקליטות, לפחות במידה מסוימת. לפיכך, יש לבחון במיוחד את אופן הפעלת שיקול הדעת של גופים אלה באכיפת האיסורים הרחבים הקיימים.

## הטעמים המיוחדים בזכות חופש הביטוי נגד השלטון

ניתוח הטעמים בעד ונגד חופש ביטוי צריך להיערך בכמה שלבים: ראשית, יש לעמוד על הטעמים להענקת חופש לביטוי מהסוג הנבחן ואת טיב האינטרס שהם יוצרים בהתרתו. שנית, יש לבחון את הטעמים להגבלתו של ביטוי מסוג זה ואת האינטרס שהם יוצרים לאיסור עליו. ולבסוף, יש לעמת בין הטעמים הנוגדים לשם קביעת המסקנה הסופית בדבר ההיקף הראוי של החופש לסוג ביטוי זה. שיטה זאת הולמת ניתוח של סוגיות הנוגעות לחופש הביטוי באופן כללי, אך יש לה חשיבות מיוחדת בהקשר הנדון. הסיבה העיקרית לכך נובעת מייחודו של הביטוי המבקר את תפקודן של רשויות השלטון בהשוואה לביטויים אחרים. לדעתנו, ניתוח לא מדויק של סוגיית חופש הביטוי הוליד להתעלמות מייחוד זה שיש לו משמעות רבה בענייננו. ייחוד זה נוגע בעיקר לשלב הראשון של הניתוח, העוסק בטעמים לחופש הביטוי ובטיבו של האינטרס לחופש ביטוי. נקודת המוצא היא שתפיסה המעמידה את האינטרסים של האדם במרכז, מוליכה לנקודת מוצא של חירות שלפיה כל אדם חופשי לפעול כרצונו אלא אם יש טעם טוב המצדיק את הגבלת החירות. חירות הביטוי היא חלק מהחירות הכללית, ולפיכך הגבלתה מחייבת הצדקה העומדת בדרישות הכלליות לפגיעה בחירות. אולם, הייחוד של חירות הביטוי הוא בכך שמתיימרים לחול לגביה גם רציונלים מיוחדים, מעבר לרציונל הכללי שעליו מבוססת החירות הכללית, אשר מצדיקים מתן מעמד מיוחד לחופש הביטוי לעומת החירות הכללית. רציונלים מיוחדים אלה מחייבים, בהתאם, הצדקה חזקה במיוחד להגבלת חופש הביטוי בהשוואה לחירויות אחרות. בניתוח הטעמים בזכות חופש הביטוי, היוצרים את האינטרס בהענקת מעמד מיוחד לו ובהתרתו, יש להבחין בין שני היבטים:

ההיבט הראשון הוא תחום ההשתרעות של האינטרס לחופש ביטוי או היקפו – כלומר, לגבי אילו סוגי ביטויים חלים הטעמים לחופש הביטוי. בנוגע להיבט זה יש לבחון ביחס לאילו פעולות חלים הטעמים לחופש ביטוי. הרציונל של החירות הכללית תקף

ביחס לכל פעולה אנושית. אולם, כדי לעמוד על האינטרס המיוחד בחופש הביטוי, יש לראות ביחס לאילו פעולות חלים טעמים מיוחדים המצדיקים לסווגן כביטוי ולהצבתן במעמד מיוחד, בהתאם. בהנחה שמגיעים למסקנה כי טעמים מיוחדים מסוימים חלים ביחס לקבוצה מסוימת של פעולות, אפשר להגדירה כביטוי הראוי, בהתאם, למעמד מיוחד. אולם, זו אינה סוף הדרך מבחינת ניתוחם של טעמים אלה, אף במישור של היקף האינטרס. גם אם מאמצים הגדרה כללית בשאלה מהו ביטוי הזכאי למעמד מיוחד כנקודת מוצא, חשוב לברר לאילו מסקנות מוליכים הטעמים המיוחדים לחופש ביטוי ביחס לכל סוג של ביטוי. ההיגיון שעומד בבסיס שיטת ניתוח זו, שלפיה ראוי לבחון את טיב האינטרס בחופש ביטוי ביחס לכל סוג של ביטוי, נעוץ בעצם קיומם של מספר טעמים שונים ומגוונים להצדקת המעמד המיוחד לחופש הביטוי. כיוון שמדובר בטעמים שונים, ייתכן שלפחות חלק מהטעמים להענקת מעמד מיוחד לאינטרס בחופש הביטוי יהיו רלוונטיים לגבי סוגים מסוימים של ביטויים בלבד. בהתאם, ייתכן שהאינטרס שייצרו טעמים אלה יקיף רק סוגים מסוימים של ביטויים.

ההיבט השני הוא עוצמת האינטרס לחופש ביטוי – כלומר, המשקל של האינטרס לחופש ביטוי ביחס לכל סוג ביטוי, אשר נקבע גם הוא לאור הטעמים למתן חופש לסוג ביטוי זה: ככל שטעמים אלה חזקים יותר כך מתחזק האינטרס האמור. גם במישור זה יש לבחון האם הרציונלים השונים חלים בעוצמה זהה ביחס לכל סוגי הביטויים (שיש אינטרס מיוחד בהתרתם), או שמא (כפי שמסתבר יותר) עוצמתם שונה ביחס לסוגים שונים של ביטויים. אם יתברר כי קיימים הבדלים כאלה בין סוגי ביטויים שונים, יהיה, לכאורה, מקום להעניק להם משקל שונה בהתאם לעוצמת הרציונלים שביסודם. הבחנה חשובה בין סוגי רציונלים לאינטרס לחופש ביטוי היא בין רציונל המבוסס על סובלנות לביטוי ללא תלות בתוכנו, ואף למרות חוסר ההערכה כלפיו, מסיבות שונות שאינן קשורות לתוכן הביטוי, ובין רציונל המבוסס על כבוד לביטוי לאור תוכנו. רציונלים המבוססים על כבוד לביטוי רלוונטיים לסוגים מסוימים של ביטויים

בלבד. לעתים קרובות נאמר שסוגיית חופש הביטוי עוסקת בביטויים שמתנגדים לתוכנם, ובמיוחד בביטויים מקוממים, שכן רק אז נבחנת באמת הסובלנות כלפי ביטויים והנכונות לתת חופש לביטוי. אמירה זו נכונה, אך היא מוליכה להזנחת היבט חשוב של סוגיית חופש הביטוי, הנוגע דווקא לביטויים שלא רק מוכנים להיות סובלניים כלפיהם אלא אף מכבדים אותם בשל תוכנם: כאשר מכבדים ביטוי בשל תוכנו, עשוי הדבר ליצור אינטרס חזק במיוחד במתן חופש לביטוי זה, אשר עוצמתו גדולה יותר מהאינטרס במתן חופש לביטויים המבוסס על רציונלים של סובלנות בלבד.

לאינטרס בחופש הביטוי יש אמנם היבטים כלליים וחלק מהטעמים אשר עליהם הוא מבוסס נוגעים לכל סוגי הביטויים, או לסוגים רבים של ביטויים. לכן, לגבי סוגים רבים של ביטויים אין מקום להבחנה מבחינת תקפותם של הרציונלים השונים מפני שאין לביטויים אלה ייחוד מבחינת תקפות הרציונלים ביחס אליהם. אולם, ההבחנה בין הרציונלים השונים על-פי מידת תקפותם חשובה לגבי סוגים מסוימים של ביטויים בעלי מאפיינים ייחודיים, שלגביהם עשוי האינטרס בחופש הביטוי להיות שונה מאוד בעוצמתו.

אפשר לצפות להבחנה בעוצמת האינטרס בחופש ביטוי לגבי סוגים שונים של ביטויים כיוון שהטעמים עליהם מבוסס האינטרס לחופש הביטוי רבים ומגוונים, כאשר לעתים השוני בסיסי. חלק מהטעמים עוסק בערכם המיוחד של ביטויים, בעוד שחלק אחר עוסק בחוסר הלגיטימיות של טעמים נגדיים מסוימים להגבלת ביטויים. מנקודת מבט אחרת, רוב הטעמים לחופש ביטוי מבוססים על טיעונים תוצאתיים, שלפיהם חופש ביטוי רצוי מהטעם שהשלכותיו רצויות יותר מאלה של הגבלת הביטוי, בעוד שמיעוטם מצביע על ערכו האינטרני של חופש ביטוי. הבחנה מרכזית נוספת היא בין חופש ביטוי כאינטרס של המתבטא לחופש ביטוי כאינטרס של קולט הביטוי. במישור אחר אפשר להבחין בין טעמים העוסקים בחופש הביטוי כזכות של האדם כפרט, ובין טעמים העוסקים בחשיבותו של חופש הביטוי בשל היותו דרוש לא לכל אדם בפני עצמו אלא לקיומה של מסגרת חברתית מסוימת, כמו משטר דמוקרטי. לפיכך,

חלק מהטעמים הללו הם תלויי השקפות אחרות, בסיסיות יותר, או תלויי מוסדות חברתיים מסוימים. ברור שטעמים כה שונים עשויים להוליך למסקנות שונות בנוגע לאינטרס הנגזר מהן בהתרת הביטוי. לכן, חשוב להבחין בין הטיעונים השונים, על אף שיש נקודות השקה בין חלק מהם.

מסיבה זאת יש, לדעתי, להעדיף את שיטת הניתוח האמורה, על-פני ההבחנה הנפוצה בין היקף חופש הביטוי (coverage), במובן של סוגי הביטויים הכלולים בו, ובין היקף ההגנה שהדין נותן לביטויים הכלולים בחופש הביטוי (protection). חסרונה המרכזי של שיטת ניתוח זאת הוא בהתעלמותה מהאפשרות שעוצמת האינטרס לחופש ביטוי עשויה להשתנות בהתאם לסוג הביטוי.

אחד מסוגי הביטויים שיש אינטרס חזק במיוחד להתרתם הוא הביטוי נגד השלטון ומוסדותיו. שיטת הניתוח שהצעתי חשובה במיוחד לאור הטענה, המוצדקת לדעתי, שלפיה ברוב הניתוחים של הסוגיה אין התייחסות ראויה להיבט העוסק בייחוד של סוג הביטוי האמור. בעוד שהסוגיה הכללית של חופש הביטוי זכתה לתשומת לב רבה ולניתוח רב בספרות ובפסיקה, ערכו המיוחד של סוג הביטוי המבקר את תפקודם של רשויות השלטון, ובמיוחד של בתי-המשפט, לא נדון מספיק.

המעמד המיוחד של הביטוי נגד רשויות השלטון נובע, בראש ובראשונה, מחשיבותו הרבה של סוג ביטוי זה להבטחת מימושם של עקרונות אשר עומדים בבסיס התפיסה הדמוקרטית, בעיקר בכל הנוגע לביקורת ולפיקוח על השלטון, על רשויות השלטון ועל הנושאים במשרות שלטוניות. חופש ביטוי בנוגע לתפקודו של השלטון ומוסדותיו, המספק נימוקים לאמון או לחוסר אמון בשלטון, הוא מרכיב חשוב בלגיטימיות של כל שלטון, ובפרט של משטר דמוקרטי, אשר יכול להיות מוכר על-ידי אנשים אוטונומיים, בעלי יכולת מחשבה וחופשיים, בשלטון כלגיטימי. חשיבות הביקורת נובעת מהכוח העצום המופקד בידי רשויות השלטון ונושאי המשרות השלטוניות בדמותן של סמכויות רחבות היקף שהן בעלות עוצמה גדולה והשפעה רבה על כל אדם. ההצדקה המוחלטת לביקורת בתחום זה מבוססת

בראש ובראשונה על התפיסה שלפיה המטרה הראויה של כל חברה ומשטר צריכה להיות הגנה וקידום האינטרסים של הפרטים, שהם ולא השלטון הם הריבון. מתפיסה זו נגזר שהשלטון, רשויות השלטון ונושאי המשרות השלטוניות הם נאמנים של האזרחים אשר כל מהות קיומם ומטרתם היא פעולה למען האינטרסים של הפרטים בחברה בהתאם לחוק ואשר 'אין להם דבר משל עצמן'. בשל כך מוצדקת הכפפתן של רשויות השלטון לרמה הגבוהה ביותר של ביקורת, פיקוח ובדיקה. כיוון שהאזרחים מהווים את הריבון, הם האחראים על קביעת החוק בחברה, ולכן הם זכאים לבקר את החוק הקיים במטרה לשנותו או להביע את חוסר שביעות רצונם ממנו. בשל כך, אין ערוך גם לחשיבותה של הביקורת על רשויות השלטון כאמצעי לפיקוח על כך שהשימוש בכוח הנתון בידיהן ייעשה בהתאם לחוק וכדי להבטיח את פעולתן התקינה. לכן, יש אינטרס חזק מאוד במתן היתר לכל ביטוי הנוגע לפעולתן של רשויות השלטון והעשוי לספק מידע או הערכה בנוגע אליה.

האינטרס בחופש לסוג הביטוי העוסק בתפקודן של רשויות השלטון חל, אם כי במידה פחותה, אף אם מדובר בביטוי המותח ביקורת על רשויות השלטון שאינו מצביע על מידע מסוים או מספק הצעה קונסטרוקטיבית ביחס לדרך התפקוד. זאת, לאור רציונל נוסף, הנוגע לחשיבות הרבה של גילוי האמת בתחום הציבורי, אשר, לאור הנימוקים האמורים, הוא בעל חשיבות גדולה במיוחד בכל הנוגע למוסדות השלטון. רציונל זה מצביע על כך שגם ביטוי שאינו נכון עשוי לתרום לגילוי או לפחות לביסוס האמת, ולו על-ידי הפניית תשומת הלב לנושאים מסוימים ועידוד החשיבה בנושאים אלה.

השפעתן העצומה של הסמכויות השלטוניות במדינה על כל פרט בחברה קשורה גם לשני רציונלים אחרים של חופש הביטוי, אשר מחזקים את האינטרס בחופש הביטוי כנגד רשויות השלטון. הרציונל הראשון מצביע על חשיבות ההגשמה האישית של הפרט כיצור חברתי בעזרת חופש הביטוי ככלי לגיבוש דעות והבעתן. המעורבות הרבה של המדינה המודרנית בכל תחומי החיים, עוצמתה הרבה ואופייה הכופה של חלק ממעורבות זו הופכים את פעילותו של הפרט בתחום



זה לבעלת חשיבות רבה כמעט לכל אדם, יהיו תחומי התעניינותו והעדפותיו האישיים אשר יהיו. הרציונל השני עוסק בחשיבות חופש הביטוי כחלק מההליך הדמוקרטי ההוגן אשר מעניק לגיטימיות להכרעות הפוליטיות המתקבלות במסגרתו. רציונל זה הוא בעל חשיבות לא רק לגבי נכונות הציבור לקבל את ההכרעות הפוליטיות, אלא גם בכל הנוגע לאמון הציבור בפעולתן התקינה של מוסדות השלטון. יש אינטרס בהענקת חופש לביטוי התוקף את נכונות ההשקפה, גם לאחר שנתקבלה, כחלק מהמאבק הפוליטי לשינוייה. בעיקר יש אינטרס מיוחד במתן מעמד מיוחד לביטוי התוקף את הרשויות העוסקות בהוצאת ההחלטות שנתקבלו כראוי במסגרת ההליך השלטוני מן הכוח אל הפועל בטענה שהן אינן פועלות בהתאם להכרעה שנתקבלה לפי כללי ההכרעה של השיטה ובמסגרת ההליך הדמוקרטי. חופש ביטוי מלא בנוגע לפעילות השלטון ושקיפות מוחלטת של פעילותו חיוניים לאמונת הציבור שהשלטון אכן פועל למענו בלבד ולא מתוך שיקולים זרים.

בצד הרציונל העוסק בחשיבות ובהצדקה של הצגת מידע וקיום ביקורת ופיקוח על רשויות השלטון, על כל היבטיו האמורים, קיימים גם רציונלים אחרים המעניקים משנה תוקף לטענה בזכות הייחוד של האינטרס בחירות הביטוי נגד השלטון. מבין טיעונים אלה, הטיעון שעוצמתו גדולה ביותר בכל הנוגע לביטויים נגד השלטון הוא זה המצביע על הסכנה של הסדרה לא ראויה של השלטון את תחום הביטויים ואף של שימוש לרעה בכוח השלטוני. החשש שנושאי המשרות השלטוניות יגנו על עצמם מפני ביטויים ביקורתיים תוך שימוש בכוחם מטיל נטל כבד על הרוצים להצדיק מגבלות על ביטויים נגד השלטון.

רציונל קשור, התורם ממד שונה לאינטרס בחופש לביטוי נגד רשויות השלטון, מצביע על חשיבות תפיסה נאותה של חופש הביטוי לקידום מעמדם של הקבוצות הנחותות בחברה ולקידום השוויון בחברה. סביר להניח כי רוב הביטויים המכוונים כנגד מוסדות השלטון ייצגו את הקבוצות הדומיננטיות פחות בחברה, מפני שלאור כוחו של השלטון, ההשקפות שהוא מייצג הן ההשקפות הדומיננטיות

בחברה. קיים גם חשש שבקרב ממלאי התפקידים השלטוניים, ובכלל זה האחראים על אכיפת הדין הפלילי, תהיה נטייה להשתמש בסמכויותיהם כדי להגביל ביטויים אלה, וזאת אף בתום לב ומתוך אמונה בנכונות מעשיהם. בעוד שהמתבקש מרציונל זה הוא דווקא שימוש בכוח השלטון לשם קידומן של ההשקפות הפחות דומיננטיות בחברה. מסקנה דומה עולה גם מרציונל אחר, הרואה בחופש הביטוי כלי לביורר האמת, הן באופן כללי ובמיוחד בתחום הציבורי, אשר גם הוא תקף במיוחד ביחס לביטויים המשקפים את העמדות הפחות ידועות ומקובלות בחברה, שתרומתם להעלאת רעיונות חדשים ולבחינת עמדות קיימות גדולה, ואשר אחד מהם הוא הביטוי המכוון כנגד רשויות השלטון. הנימוק האחרון מקשר אותנו גם לרציונל הרואה בחופש הביטוי מרכיב במנגנון מוצלח של שינוי חברתי, שגם הוא רלוונטי לביטוי המכוון כנגד רשויות השלטון במידה שבה ביטוי מסוג זה מצביע על פגמים במוסדות השלטון הקיימים ובדרך תפקודם.

לבסוף, רציונל ההגשמה האישית של הפרט מצביע על כך שיש אינטרס אף בביטויים שאינם כוללים מידע או ביקורת עניינית בנוגע לרשויות השלטון או לטיב השלטון ואינם מציגים השקפות חריגות בחברה, וזאת במידה שבה הם חלק מהשתתפותו של הפרט כיצור חברתי בפעילות המשותפת. יתר על כן, רציונל זה מצביע על אינטרס אף בביטויים שכל מהותם מתמצית בהיותם אמצעי להבעת מחאה פוליטית. היבט זה קשור גם לרציונל האחרון של ביטוי כפורקן תסכולים העשוי להוות תחליף לפנייה לאמצעים אלימים או לא חוקיים אחרים. תרומתו של סוג משנה זה של ביטויים לתקינות השלטון או לאיכות הדיון הפומבי בסוגיות ציבוריות אולי אינה משמעותית, אם כי אין לזלזל גם בה, אך הוא חשוב כדרך של הבעה עצמית.

לסיכום: המסקנה העולה מסקירתם של הרציונלים השונים להענקת מעמד מיוחד לחופש הביטוי היא שעוצמתו של האינטרס בחופש הביטוי העוסק בתפקודן של רשויות השלטון גדולה במיוחד, אף בהשוואה לשאר סוגי הביטויים. מהרציונלים הללו עולה גם

שמבין הביטויים השונים העוסקים בתפקוד השלטון, האינטרס החזק ביותר הוא בחירות הביטוי הכולל ביקורת על השלטון, על רשויות השלטון ועל נושאי המשרות השלטוניות. בהתחשב בטעמים המייחדים את חופש הביטוי, יש לראות את הביקורת על השלטון ומוסדותיו כסוג הביטוי העומד בראש הביטויים הראויים להגנה וכגרעין הקשה ביותר של חופש הביטוי.

האמור עד כה בנוגע לאינטרס המיוחד בחופש הביטוי המכוון כנגד רשויות השלטון חל גם ביחס לרשות השופטת. אך, לדעתי, יש ייחוד לאינטרס בחופש הביטוי כנגד הרשות השופטת, לאור טיב הסמכות השיפוטית ומעמדם של השופטים, אף בהשוואה לאינטרס המיוחד שעליו עמדתי עד כה בחופש הביטוי בנוגע לתפקודן של כלל רשויות השלטון. הסיבה הראשונה נובעת מהיקפה הרב והשלכותיה המשמעותיות של הסמכות השיפוטית. במסגרת סמכויות השפיטה הנתונות לבתי-המשפט, על-פי הדין הקיים, כמו גם במסגרת הסמכות החוקתית שלהם, יש לשופטים כוח רב להכריע בנוגע לזכויותיהם וחובותיהם של אנשים ולקבוע בדרך זו את גורלם. בהקשר זה יש לציין במיוחד את אחת הסמכויות החמורות ביותר הניתנות לעובד ציבור במדינה דמוקרטית - הסמכות להרשיע אנשים בביצוע של עברות פליליות ולגזור את דינם, עד כדי שליחתם לכלא לשנים ארוכות. בשל משמעותן הקשה של סמכויות הרשות השופטת יש מידה רבה של הטעיה באמרה שלפיה הרשות השופטת היא "the least dangerous branch". הסמכויות הקשות הנתונות בידי בתי-המשפט יוצרות אינטרס חזק במיוחד בביקורת על אופן מילוי תפקידה של המערכת השיפוטית. קשה להעלות על הדעת פגיעה חמורה יותר באדם, בחירותו ובכבודו, מאשר שליחתו לכלא ללא עוול בכפו. ובהתאם, אחד מסוגי הביקורת הקשים ביותר כלפי המערכת השיפוטית היא טענה לעיוות דינו של אדם שהורשע על לא עוול בכפו. אך דווקא בשל כך הכרחי להתיר כל סוג של טענה בעניין זה, בראש ובראשונה כדי לתת כל סיכוי לתיקון טעויות, וכן כדי ליצור אמון במערכת המבוסס על פתיחות ונכונות לבחון כל מידע חדש. בהערכת כוחה של הרשות השופטת בהיבט זה יש להתחשב גם בכך

שהחלטותיהם של בתי-המשפט הן סופיות. בשל חשיבות העצמאות של הרשות השופטת, שעיקרה הוא אי-תלותה, אין לאנשים או לגופים אחרים כוח להתערב ולשנות את פסקי-הדין של בתי-המשפט. לכן, תיקון של טעויות יכול להתבצע רק במסגרת הרשות השופטת. בהקשר זה אין לסמוך תמיד על יכולתה של המערכת לתקן את טעויותיה בעצמה ללא ביקורת חיצונית. יש לזכור שאף אפשרות הערעור, שנועדה לתקן טעויות במסגרת מערכת בתי-המשפט, היא חלקית ומוגבלת, ולמעשה ישנן החלטות שאינן ניתנות לתיקון, בעיקר בשל הכלל הנהוג בישראל, בעקבות המשפט המקובל האנגלי, לפיו בתי-משפט כמעט לא מתערבים בהכרעות עובדתיות של בית-המשפט שגבה את הראיות.

מאפיין שני שלגביו יש ייחוד לרשות השופטת, או ליתר דיוק, לשופטים, הוא מעמדם החזק במסגרת השירות הציבורי. במישור זה יש הבדלים בין מדינות שונות, אך הוא קיים באופן בולט בישראל. מעמד חזק זה נובע מכך ששופטים מקבלים מינוי קבוע וסופי, עד גיל פרישה, כאשר השימוש שנעשה בסמכות להעברתם מתפקידם מועט ביותר ורק לעתים נדירות מועבר שופט מתפקידו. במצב זה, כשכמעט לא מופעלות סנקציות רשמיות כלפי שופטים, יש חשיבות רבה בקיום ביקורת קפדנית במיוחד על תפקודם, בין השאר, באמצעות חופש ביטוי ביחס לתפקודה של הרשות השופטת. יש להדגיש כי עמדה זאת אינה שוללת את חשיבות עצמאותה של המערכת השיפוטית, אך לפיה עצמאות אינה צריכה להיות מגן מפני ביקורת. ביקורת על תפקודם של שופטים אינה פוגעת בעצמאותם.

ייחוד נוסף של הרשות השופטת בהשוואה לרשויות אחרות, שהשלכותיו על האינטרס בביקורת על תפקודה מורכבות יותר, הוא קיומו של מיתוס בנוגע לאפיייה של הסמכות השיפוטית. פעולת השפיטה מתוארת לעתים כפעולה אובייקטיבית ומקצועית שאינה דורשת שיקול דעת נורמטיבי וערכי וכפעולה ניטרלית במובן הרחב, שאינה מושפעת ממאפיינים חברתיים שונים. אפשר להסביר מיתוס זה על-ידי החשיבות הרבה והמיוחדת של אמון הציבור בבתי-המשפט, ובמיוחד בניטרליות של שופטים במובן הרחב, כמי שאינם שייכים

לקבוצה חברתית מסוימת וכמי שאינם מייצגים השקפות מסוימות. פן זה הוא מרכיב חשוב בלגיטימציה של בתי-המשפט. לכן, קיים אינטרס להצגת הליך השפיטה כיישום כללים (חוקים) שנקבעו על-ידי הרשות המחוקקת המייצגת את האזרחים (או, לפחות, את רובם), ואינו דורש, ואולי אף אינו מאפשר, הפעלת שיקול דעת אישי. אינטרס זה מסביר את המגמה של הדגשת הניטרליות של המשפט ושל ההליך השיפוטי, ושל המעטת מרכזיות השופט וחשיבות ייחודו בהליך השפיטה. הניסיון להעלים את השפעת אישיותו של השופט ושיקול דעתו על הליך השפיטה הוא, כמובן, ניסיון ליצור מיתוס. אין ספק שהליך השפיטה, בכל היבטיו וצורותיו, מחייב מידה לא מבוטלת של שיקול דעת. בתי-המשפט לא רק מיישמים חוקים נתונים אלא גם יוצרים דין ומגיעים למסקנות (ספציפיות) שאינן נגזרות באופן ישיר מהדין. הליך השפיטה כרוך גם במידה רבה של שיקול דעת ביישום הדין ובקביעת העובדות. בשני המישורים השופט מושפע מגורמים רבים, ובפרט מהיבטים הנוגעים להשתייכותו החברתית, בקביעת עמדותיו. בהקשר זה יש לזכור כי, מטיבם של דברים, שופטים שייכים בדרך-כלל לאליטה חברתית ולכן קיים חשש שהם יעניקו משקל יתר להשקפות הדומיננטיות באותה אליטה, הן במישור הנורמטיבי והן בנוגע לתיאור המציאות ולהבנתה, אם באופן מודע (מפני שהם מאמינים שאלו הן ההשקפות הנכונות) ואם באופן לא-מודע. אף-על-פי שהשאיפה ליצירת המיתוס האמור מובנת, לאור חשיבות אמון הציבור במערכת השפיטה, היא כרוכה גם במחיר כבד: מניעת מידע וביקורת העלולים לפגוע במיתוס.

המיתוס האמור בנוגע למערכת השפיטה מוליך לעתים להסתרת הנימוקים האמתיים לפעולה של בתי-המשפט ולהסתרת טיבו האמתי של הליך השפיטה. גישה זאת פוגעת באינטרס החשוב בפיקוח על תפקודם של בתי-המשפט ולכן קיומו של מיתוס זה הוא גם שיקול נוסף המחזק את האינטרס בחופש הביטוי העוסק בתפקודם של בתי-המשפט והשופטים, המנתח את תהליך השפיטה והמבקר אותו. בסופו של דבר, אין לקבל את הניסיון ליצור ולשמר מיתוס זה ככל שהדבר נעשה באמצעים הפוגעים בעמידה על דרך תפקודם של

בתי-המשפט ובפיקוח עליהם. בטווח הארוך יותר גישה כזאת תשרת טוב יותר אף את מערכת הצדק.

קשורה לכך הרתיעה המיוחדת הקיימת, לפי מחקרים שונים, מפני דיון ביקורתי באופן תפקודה של המערכת השיפוטית. יש טענות שלפיהן במדינות רבות בעולם המערבי הדיון בתפקודם של בתי-המשפט, ובפרט הביקורת עליהם, מועטים, ובעיקר מתונים, בהשוואה למערכות שלטונית אחרות ולעובדי ציבור אחרים. נטען כי גישה זו משקפת רתיעה, הן מצד הדיוטות, ובמיוחד מצד כלי התקשורת ומצד משפטנים – שתי הקבוצות המרכזיות בעלות הכלים לדיון רציני בתפקודם של בתי-המשפט – מפני ביקורת על שופטים ועל המערכת השיפוטית. הטענה היא כי רתיעה זו אינה נובעת רק מקיומן של מגבלות פורמליות על ביקורת כלפי בתי-המשפט, אלא בעיקר ממגבלות לא-פורמליות אשר משפטנים וכלי תקשורת נוטלים על עצמם מרצונם. נטען אף שביחס לנושאים מסוימים הקשורים במערכת השיפוטית קיים במדינות רבות טאבו המונע התייחסות לנושאים רבים, כך שהתוצאה היא העדר דיון אמתי וביקורתי בסוגיות חשובות הקשורות להליך השפיטה. בהכללה ניתן, לכן, לומר כי הרשות השופטת היא הרשות השלטונית הפחות מבוקרת. לתופעה זאת הוצעו מספר הסברים, אך לענייננו חשוב רק שעצם קיומה של התופעה יוצר אינטרס מיוחד בחופש הביטוי הביקורתי כלפי בתי-המשפט.

חשוב להדגיש כי פיקוח אמתי על תפקודה של הרשות השופטת מחייב לא רק חופש מידע בנוגע לדרך תפקודם של בתי-המשפט אלא גם, ואולי אף בעיקר, חופש דיון בנושאים הקשורים לתפקודה של המערכת השיפוטית, במיוחד בנושאים הרגישים והבעייתיים, וחופש ביקורת על דרך תפקודם של בתי-המשפט. דיון ביקורתי הוא הכרחי כדי להעריך את העובדות הגלויות וכך ליצור פיקוח אמתי. פומביות ההליך השיפוטי היא תנאי חשוב לפיקוח על בתי-המשפט, אך אין די בה לשם בחינה רצינית של דרך תפקודה של המערכת השיפוטית המחייבת גם הערכת העובדות וביקורת עליהן.

המסקנה המעשית העולה מחשיבותו הרבה של האינטרס בחירות

הביטוי העוסק ברשויות השלטון, ובפרט הביטוי המבקר את תפקודם של בתי-המשפט, היא שהגבלת סוגי ביטויים אלה מחייבת אינטרס נגדי בעל עוצמה פחותה לא פחות. יש להראות שאינטרס זה מוליד למסקנה שיש טעם לגיטימי חזק מספיק בהגבלת הביטוי נגד רשויות השלטון, טעם הגובר על הטעמים בזכות הביקורת נגד רשויות השלטון. נפנה, אפוא, לבחינת האינטרס שעליו מבוססים האיסורים המיועדים להגן על מעמדן של רשויות השלטון.

### **לגיטימיות האינטרס של אמון הציבור ברשויות השלטון**

יש חשיבות רבה לזיהוי מדויק של האינטרס המוגן על-ידי האיסור הפלילי כיוון שאינטרס זה הוא ההצדקה לאיסור והוא המכתיב את תוכנם והיקפם של האיסורים שעשויים לשרת את ההגנה על אינטרס זה באופן לגיטימי. למשימה זאת חשיבות מיוחדת ביחס לאיסורים על ביטויים נגד השלטון המיועדים להגן על מעמדו של השלטון בעיני הציבור, משתי סיבות. ראשית, מורכבותו של אינטרס זה מבחינת הלגיטימיות שלו. ושנית, תופעת חוסר ההבנה של מטרת האיסורים האמורים והעדר הבחנה נאותה בינם ובין איסורים שמטרתם שונה. בפרט קיימת נטייה לבלבל בין האינטרס של האמון הכללי או המתמשך של הציבור ברשויות השלטון, שהוא נושא דיוננו, לאינטרסים העוסקים במניעת הפרעה ישירה להפעלת סמכות שלטונית, מניעת השפעה פסולה על אופן הפעלת הסמכות, הגנה על אמון הציבור בכך שהליך שלטוני (במיוחד שיפוטי) מסוים בוצע כראוי, הגנה על כבודם האישי של עובדי ציבור ומניעת פגיעה פיזית בהם.

השאלה המרכזית שעולה לגבי האינטרס של האמון הכללי של הציבור ברשויות השלטון היא הלגיטימיות של אינטרס זה. נקודת המוצא היא שלאמון הציבור בשלטון אין ערך עצמאי. בשל כך שהאזרחים הם הריבון, והשלטון ומוסדותיו הם אמצעי לקידום האינטרסים של הפרטים, אין אינטרס לגיטימי – לשלטון, לרשויות השלטון, לנושאי המשרות השלטוניות או לכל אדם אחר – בשימור

הדין הקיים כמות שהוא, לרבות הדין הקובע את טיב מוסדות השלטון ואת אופן פעילותם. כמו כן, גם אם מוטלת על האזרחים חובת ציות לדין (וכל עוד אינו נוגד עקרונות מוסריים בסיסיים), לא מוטלת עליהם חובה לכבדו. בהקשר זה יש להבחין בין ביקורת על הדין וקריאה לשינויו, שהיא לגיטימית, ובין קריאה להפרת דין, שיש אינטרס לגיטימי במניעתה. במצבים מסוימים הגבול בין שני סוגי הביטויים עשוי להיות דק, שכן מביקורת חריפה על הדין עשויה להשתמע קריאה להפרתו כל עוד לא שונה. אולם, כל עוד מדובר בביקורת, אין, לדעתי, אינטרס לגיטימי בהגבלתה. אין גם אינטרס לגיטימי ביצירה או בשימור יחס של כבוד מצד האזרחים כלפי מוסדות השלטון ועובדי הציבור, בשל עצם כהונתם בתפקיד, כיוון שלפרטים אין חובת אמון ביחס לשלטון. להפך, דווקא יחס חשדני של הפרטים כלפי השלטון ומוסדותיו ישרת טוב יותר את התפיסה המהותית הרואה באזרחים ריבון ובשלטון נאמן האזרחים אשר כל מהותו מתמצה בחובתו לפעול למענם. מידה מסוימת של חשדנות וחוסר אמון כלפי השלטון ומוסדותיו רצויה, שכן היא מוליכה לפיקוח ובקרה דקדקניים יותר על תפקוד השלטון, וכך לריסון כוחו הרב והבטחת הפעלתו אך רק לשם המטרה של קידום האינטרסים של הפרטים.

כיוון שההגנה על אמון הציבור בשלטון אינה בעלת ערך עצמאי, היא לגיטימית רק כאמצעי להשגת מטרה לגיטימית אחרת. להצדקת האיסורים המגבילים את חופש הביטוי נגד השלטון כאמצעי להגנה על אמון הציבור בו, נטען שמטרה זאת יכולה להיות תפקודן היעיל של רשויות השלטון. לפי טיעון זה, הסיבה להגנה על אמון הציבור ברשויות השלטון היא שמידת האמון שרוחש הציבור לרשויות השלטון קובעת במידה רבה את יכולתן לתפקד בצורה יעילה. אמנם השלטון יכול לקדם את מדיניותו תוך עשיית שימוש בכוחו הכופה, גם אם אינו זוכה כלל לאמון מצד הציבור. אולם, לא זו בלבד שהלגיטימיות של שלטון שאינו זוכה לאמון האזרחים מוטלת בספק, אלא שעצם תפקודו של שלטון כזה מוגבל ביותר. אף אם נתעלם משיקולים של הטווח הארוך, שימוש בכוח לשם קידום מטרות השלטון יחייב ניצול



משאבים רבים וימנע קידום מטרות רבות שמימושן מותנה בשיתוף פעולה מרצון. לפיכך, אמון, לפחות במידה מסוימת, מצד הציבור כלפי רשויות השלטון הוא מרכיב חשוב במסגרת תפקוד יעיל של השלטון. אולם, אף תפקודו היעיל של השלטון אינו אינטרס לגיטימי בפני עצמו. האינטרס הלגיטימי הוא רק תפקוד נאות של השלטון ומוסדותיו. תפקוד נאות של רשויות השלטון פירושו תפקוד החותר להשגת מטרות ראויות באמצעים ראויים. כאמור, על רשויות השלטון, כנאמנות האזרחים, לפעול אך ורק למען הפרט, בהתאם לסמכויותיהן ולכללים שנקבעו בדין לשם כך. רשות שלטונית שאינה פועלת בהתאם לאינטרסים של הפרטים, כפי שנקבעו בדין, מועלת בתפקידה ואין כל הצדקה לקיומה, ולא כל שכן באמון כלפיה. הגבלת הביקורת על רשות שלטונית שאינה פועלת כראוי, על מנת להגן על מעמדה, היא אקט חסר טעם לגיטימי, ואף מסוכן, שכן איסור על ביטוי כזה מונע את חשיפת הפגמים בתפקודה של הרשות ואת תיקונם. לכן, לא רק שרשות שתפקודה פסול אינה ראויה לאמון, אלא להפך: רצוי שמעמדה ייפגע כך שיתחולל בה שינוי מבחינה זו. ביחס לרשות שלטונית שאינה ממלאה את תפקידה כראוי (בהיבט מסוים), המטרה של ערעור אמון הציבור ברשות (בהיבט זה) היא המטרה הראויה.

אמון הציבור ברשויות השלטון אינו מטרה העומדת בפני עצמה אלא רק אמצעי ליעילות תפקודה הנאות של הרשות. מכך נגזר גם שההגנה על אמון הציבור ברשויות השלטון לגיטימית רק כאשר מדובר באמון המוצדק, המבוסס על האמת, בתפקודן של הרשויות, מפני שרק אז מדובר באמון ברשויות שאכן מתפקדות באופן נאות. כאשר האמון ברשות מבוסס על מידע שאינו אמתי בנוגע לתפקודה, אז משמעותו היא אמון ברשות שאינה מתפקדת כראוי בהיבט זה. וכאשר אין ערך למטרה של תפקוד הרשות מאבד גם האמצעי של אמון הציבור מערכו. לכן, ההגנה הגורפת על מעמדן של רשויות השלטון בעיני הציבור איננה מטרה לגיטימית. אין הצדקה להגן על אמון הקיים בפועל ואין לו כל ביסוס, ובייחוד על אמון המבוסס על תדמית כוזבת או מסולפת. אף שכל ביטוי שלילי בנוגע לרשות שלטונית עשוי לפגוע במעמדה, הפגיעה שגורם ביטוי אמתי שלילי

למעמדה של רשות שלטונית היא, ככלל, פגיעה באמון הקיים בפועל, שהוא חסר כל הצדקה, ובשל כך היא פגיעה רצויה. רק ביטוי שאינו נכון עלול לפגוע ישירות באינטרס הלגיטימי של המעמד המוצדק של הרשות. גם אם הסתרת האמת עשויה לעתים להיות בעלת תוצאות חיוביות, היא אינה יכולה להוות בסיס לאינטרס לגיטימי כללי של אמון בתפקוד נאות של מוסד, במיוחד כאשר מדובר במוסדות שלטון שהציבור זכאי לדעת את כל האמת לגביהן. האינטרס הלגיטימי הוא, אפוא, צר יותר: הגנה על האמון המוצדק, המושתת על נתונים אמתיים, בנוגע לתפקודן של רשויות השלטון, באמצעות הגבלת ביטויים לא נכונים.

עד כה דנו באמון הציבור ברשויות השלטון באופן כללי. כעת נפנה לשאלה אם יש ייחוד לרשות השופטת מבחינה זו. הטענה שאמון הציבור ברשות השופטת חשוב באופן מיוחד, כך שיש להעניק לה הגנה מיוחדת, נסמכת לעתים קרובות על הנימוק העוסק בכוחה המוגבל יחסית לשאר רשויות השלטון, הבא לידי ביטוי באמרה הידועה שלפיה סמכותו של בית-המשפט תלויה אך ורק באמון הציבור בו מפני שלבית-המשפט "אין לא ארנק ולא חרב." בלשונה, ובמידה רבה גם ברוחה, אמרה זו אינה מדויקת. בנוגע לחרב, הרשות השופטת אמנם אינה עוסקת בעצמה בהפעלת כוח שלטוני (בניגוד לרשות המבצעת), אך כבר הזכרתי את סמכויותיהם המגוונות, המשמעותיות והקשות של בתי-המשפט, ששיאן בסנקציה הפלילית, שהיא אולי הסנקציה השלטונית החמורה ביותר. כאן יש להוסיף שהמייחד את החלטותיהם של בתי-המשפט הוא שהם מגובים במנגנון הוצאה אל הפועל המאיים לכפותן תוך שימוש בכוח. במובן מסוים כוחה של הרשות השופטת אף עולה על כוחן של שאר רשויות המדינה, שכן היא מוסמכת לפסול החלטות מנהליות של הרשויות הביצועיות השונות, והסמכות החוקתית מאפשרת לרשות השופטת אף לפסול חוקים של הרשות המחוקקת. מסיבות אלה, אין ממש, מבחינה מהותית, באמרה שהרשות השופטת חסרת חרב.

בנוגע לארנק: אמנם הרשות השופטת אינה שולטת על תקציב המדינה (בניגוד לרשות המחוקקת), אך, בדומה לכל שאר רשויות

המדינה, היא מקבלת תקציב מאוצר המדינה ופועלת באמצעותו. עם זאת, על אף שאמרה זו אינה מדויקת, יש, מסיבות אחרות, ייחוד מסוים לרשות השופטת מבחינת חשיבות האמון לתפקודה בהשוואה לשאר רשויות השלטון.

ראשית, תפקידם העיקרי של בתי-המשפט הוא הכרעה צודקת, רשמית וסופית בסכסוכים בין פרטים ובין עצמם ובין פרטים לרשויות השלטון. הכרעה אמתית וצודקת בסכסוך פירושה לא רק בחירה בעמדתו של אחד הצדדים לסכסוך, אלא הכרעה מנומקת המבוססת על עקרונות וכללים המקובלים, בעיקר ברמת העקרונות ובמידה פחותה ברמת הכללים, על הציבור, ובפרט על הפרטים המעורבים בסכסוך. מילוי תפקיד זה מחייב אמון רב במיוחד של הציבור בבתי-המשפט ובשופטים, בעיקר בהיותם ניטרליים, ענייניים ומחויבים לעקרונות צודקים אלה. על אף שלרשות השופטת יש, כאמור, חרב הישענות על כוחה של הרשות השופטת אינה תחליף לאמון מבחינה זו. בעיה נוספת שעלולה להיווצר עקב אבדן אמון ברשות השופטת היא הימנעות אנשים מפנייה לבתי-המשפט ומעשיית שימוש בשירותיהם לשם מימוש זכויותיהם. דבר זה יכול להותיר אותם ללא סעד במקרה הצורך, או, לחלופין, לגרום לכך שאנשים ייפנו לאפיקים חלופיים לשם הכרעה בסכסוכים. העדר אמון בבתי-המשפט עלול להוביל אנשים להימנע משיתוף פעולה עם רשויות אכיפת החוק ברמות שונות. מסיבות אלה, לאמון אמתית של הפרטים במערכת השפיטה, חשיבות מכרעת במילוי תפקידה בהכרעה בסכסוכים.

שנית, אמון הציבור בבתי-המשפט חשוב לאין ערוך, מפני שתפקוד יעיל של בתי-המשפט הוא חיוני לשמירה על שלטון החוק, מן ההיבט של פיקוח על רשויות השלטון ועל נושאי משרות שלטוניות. כוחו הרב של השלטון מחייב פיקוח הדוק על המחזיקים בכוח השלטון כדי להבטיח שלא יעשה בו שימוש לרעה. יכולתם של בתי-המשפט להבטיח את שלטון החוק מבחינה זאת רבה ביותר. התפקיד שבתי-המשפט ממלאים בהגנה על שלטון החוק ועל חירויות האזרח מפני פגיעות לא-מוצדקות מצד שאר רשויות השלטון, מחייב מידה מסוימת של אמון מצד האזרחים, כיוון שלא להאמין שתפקיד מרכזי

בהנעת המערכת, בעיקר על-ידי פנייה לבתי-המשפט במטרה לתקן עוולות שנגרמו לדעתם על-ידי רשויות השלטון. בתי-המשפט זקוקים לשיתוף פעולה מצד האזרחים לא רק לשם קבלת מידע על תפקוד לקוי של רשויות השלטון אלא כתנאי מקדמי למעורבותם בעניין, שכן ללא פנייה פורמלית של אזרח לבית המשפט, אין הוא מוסמך להתערב לשם תיקון פגמים במערכת השלטונית. לכן, גם בהקשר זה יש חשיבות לנתינת אמון בבתי-המשפט. בנוסף, רוחתם של הפרטים בחברה מושפעת לא רק מדרך תפקודן של רשויות השלטון בפועל, אלא גם מתחושת האזרחים בנוגע לדרך תפקודן. כיוון שכל רשות שלטונית עלולה לפעול בצורה פסולה לעתים, תחושה זו תלויה, במידה רבה, בקיומו של אמון בגורמים המפקחים על תפקודן הנאות של רשויות השלטון, לרבות בתי-המשפט.

ניתוח יחסי הגומלין בין אמון הציבור ובין תפקידיהם של בתי-המשפט נעשה מורכב יותר בכל הנוגע לתפקידם החוקתי. במסגרת תפקיד זה מוטלת על בתי-המשפט המשימה החשובה של ביקורת הדין ותפקודן של שאר רשויות השלטון הקיים, לאור עקרונות יסוד, לשם הגנה על זכויות הפרט. כיוון שהיבט קלאסי של ביקורת חוקתית הוא הגנה על זכויות המיעוט מפני הפעלה שרירותית של כוח הרוב, עשוי בית-המשפט להידרש במסגרתו לפסוק בניגוד להשקפתו של רוב או של חלק משמעותי של הציבור. לכן, הכרעה חוקתית ראויה לא תתאם לעתים את ההשקפות של חלקים ניכרים של הציבור. בשל כך, יש ניגוד מסוים בין תפקידם החוקתי של בתי-המשפט לאמון הציבור בהם. אמנם, אין רע בכך שהציבור ירחש אמון לרשות השופטת אף בתפקידה החוקתי, ובמובן עמוק יותר אין אף סתירה בין השניים, שכן עקרונות היסוד, שהם הבסיס לפסיקה החוקתית, אמורים לשקף את עמדותיו העקרוניות של רוב הציבור, לפחות בטווח הארוך. אולם, בטווח הקצר יש לעתים, הן מבחינת המבנה האידאלי, והן במציאות, התנגשות חזיתית בין הרשות השופטת בתפקידה החוקתי ובין השקפותיו של רוב הציבור. לפיכך, אמון רב ברשות השופטת מצד רוב הציבור, שאינו מלווה באמון מקביל מצד המיעוט, עשוי להצביע על כך שבית-המשפט אינו ממלא כראוי את תפקידו החוקתי המחייב אותו לפעול לעתים בניגוד לרוחות השעה.

אחד הטיעונים הנפוצים המועלים בזכות האיסור על זילות בית-המשפט, המבחין בין הרשות השופטת לרשויות אחרות, מתבסס על חשיבות התדמית השיפוטית הניטרלית. נטען שהגנה על התדמית השיפוטית במישור הפלילי נחוצה כתחליף לאמצעים אחרים, שאינם אפשריים או רצויים בהקשר הנדון, בעיקר תגובה ציבורית ותגובה משפטית באמצעות דיני לשון הרע ביחס לביקורת שנמתחת על שופטים. הטענה היא כפולה: ראשית, בפועל אין לשופטים במה להגיב לביקורות כלפיהם. ושנית, לא רצוי ששופטים יגיבו לביקורת עליהם, אם בדרך של תגובה ציבורית ואם באמצעות דיני לשון הרע, מפני ששתי הדרכים הללו עלולות לפגוע באמון הציבור בניטרליות של בתי-המשפט. לכן, כדי שהשופטים לא יידחפו להגיב באופנים לא-רצויים אלה, לשם הגנה על כבודם ושם הטוב, דרוש תחליף בדמות איסור פלילי המגביל את הביקורת על שופטים. לדעתי, אם כי יש בטענה זו גרעין נכון, היא מוגזמת במידה רבה.

ראשית, בניגוד למשתמע מחלק גדול מהטיעונים בנושא, החוק הישראלי מאפשר תביעה של שופט, בדומה לכל עובד ציבור אחר, לשם הגנה על שמו הטוב לא רק כאדם אלא גם כשופט באמצעות דין לשון הרע. זהו הדין גם במדינות אחרות, כמו, למשל, אנגליה, צפון אירלנד, גרמניה, אוסטריה, דנמרק, ארצות הברית, קנדה ודרום אפריקה. עם זאת, דרך זו אינה רצויה, מפני שמעורבות שופטים בהליכים משפטיים אישיים כאלה עלולה לפגוע בתדמיתם הניטרלית. ואכן, שופטים נוטים שלא לעשות שימוש באפשרות זאת. אולם, מבחינה זו אין הבדל בין שופטים לנושאי משרות שלטוניות אחרות, שכן גם האחרונים אינם ממחרים לעשות שימוש בתביעות דיבה כנגד מבקריהם. לכן, ספק אם יש בהימנעות של השופטים משימוש בדין לשון הרע משום ייחוד מספיק המצדיק להעניק להם מעמד מיוחד. מכל מקום, והעיקר, ההיבט המשפטי של תביעה באמצעות דיני לשון הרע אינו ממצה את אפשרות התגובה של שופטים לביקורת כלפיהם. לשופטים אפשרות להגיב בדרכים אחרות, שלא באמצעות הליכים משפטיים. אמנם, משיקולים של ניטרליות ושל תדמית ניטרלית, אין מקום להבעת דעה של שופטים בנושאים שאינם נוגעים

ישירות לתפקידם השיפוטי, ובפרט לנקיטת עמדות פומביות בנושאים הנתונים במחלוקת ציבורית קשה, כמו נושאים פוליטיים מסוימים. גם מההיבט השני – של ערך הביטוי – אין חשיבות מיוחדת להתבטאויות כאלה מצד שופטים דווקא. משיקולים דומים, אין מקום גם להבעת דעותיהם של שופטים בנוגע למקרים ספציפיים מחוץ לפסקי-הדין העוסקים בהם. אין ערך מיוחד בהשמעת דעות כאלה על-ידי שופטים, בעוד שהסכנה הצפויה מהן לתדמית שיפוטית ניטרלית היא רבה. אולם, אין שיקולים כה חזקים נגד הבעתן של עמדות של שופטים בנושאים עקרוניים הקשורים לתפקידם השיפוטי, ויש אף יתרונות להבעה של עמדות כאלה. דומה שהחשש הוא אף קטן יותר בכל הנוגע להתבטאות מחוץ לפסק-הדין המיועדת להעמדת דברים על דיוקם במישור העובדתי, אף כאשר העניין נוגע למקרים ספציפיים שנדונים בפני בתי-המשפט. ברור שיש גם אינטרס משמעותי בתגובה עניינית מצד שופטים לביקורת עניינית הנמתחת על תפקודם במישור זה. לכן, אין לפסול באופן גורף כל תגובה של שופטים לביקורת עליהם ומגמה של אימוץ מסקנה זאת קיימת במספר שיטות משפט. אך מעבר לשיקולים אלה במישור הרצוי, הטענה העובדתית שלפיה שופטים אינם מגיבים למעשה על ביקורת היא רחוקה מן האמת בישראל, כמו במדינות אחרות. אין המדובר רק בהבעת עמדות בנושאים משפטיים או ציבוריים שונים, שכאמור, נתפסות בישראל, כמו במדינות אחרות, כחלק מתפקידו של השופט במסגרת ועדות חקיקה או ועדות חקירה, אלא אף בהתייחסות ישירה יותר לביקורת כלפיהם, במספר דרכים. ראשית, לשופטים יש במה פומבית נרחבת, שמנוצלת על ידם באופן קבוע, והיא האפשרות להביע את עמדתם באופן חופשי ולא מוגבל בפסקי הדין שהם כותבים במסגרת מילוי תפקידם. מבחינה זו מצבם של שופטים חריג דווקא לכיוון ההפוך, שכן ספק אם יש עוד אנשים, לרבות מבין אלה הנושאים במשרות שלטוניות, שעמדותיהם מקבלות פרסום שוטף. עיון בפסקי דין מעלה שבצד הצגת עמדות השופטים בנקודות הדרושות לשם הכרעה בעניין העומד לפנייהם, כוללים פסקי הדין לעתים קרובות אמרות אגב, שבהן אפשר למצוא לעתים גם הערות והמלצות של השופטים

בעניינים שונים שאינם נוגעים ישירות לעניין שלפניהם, לרבות תגובה לביקורת כלפיהם. שנית, שופטים יכולים להביע את עמדותיהם ולהגיב לביקורת הנמתחת כלפיהם גם בדרכים אחרות, ולעתים הם אף עושים כן, הן בישראל והן במדינות אחרות, לדוגמה, באמצעות מאמרים בכתבי עת אקדמיים, בהרצאות באוניברסיטאות, בכנסים, או באירועים דומים, כמו טקסים למינוי והשבעת שופטים חדשים, ואף בראיונות לכלי התקשורת. כאשר מדובר בנושאים שיש בהם עניין ציבורי, זכות גם תגובות שלא נעשו ישירות לכלי התקשורת, לפרסום נוסף בהם. יתר על כן, הטענה ש"לרשות השופטת אין דובר, זולת פסקי הדין", פשוט איננה נכונה. לרשות השופטים עומדות גם דרכי תגובה ממוסדות באמצעות גופים העוסקים בכך. הבולט מביניהם הוא, כמובן, דובר בתי-המשפט, שתפקידו להגיב על דברי ביקורת והאשמות כנגד שופטים. בנוסף לכך, גופים נוספים כמו הנהלת בתי-המשפט ונציגות השופטים עוסקים במתן הודעות ותגובות ממוסדות בשמם של השופטים. ולבסוף, תגובות על ביקורות כלפי שופטים וכלפי בתי-המשפט נעשות לעתים גם על-ידי אנשים וגופים פרטיים. לסיכום, לשופטים, ולאחרים בשמם, יש אפשרויות בפועל להגיב לביקורות כלפיהם, אשר אף מנוצלות על ידם במידה לא-מבוטלת, כך שמצבם מבחינה זו לא רק שאינו רע יותר מעובדי ציבור אחרים, אלא אף טוב יותר.

כאשר דנים בצורך ליצירת חלופות לתגובה הציבורית של שופטים לביקורת עליהם, יש להתחשב גם בהיבט נוסף: האיפוק, המוגבל כאמור, שמגלים שופטים בתגובותיהם הציבוריות משרת במידה רבה את תדמיתם טוב יותר מכל תגובה אפשרית אחרת. בקרב הציבור מקובלת למדי ההנחה (וללא קשר לנכונותה), שלפיה שופטים אינם רשאים להגיב ואינם מגיבים על ביקורת לא בשל העדר תגובה ניצחת אלא רק מפני שהם מנועים מלעשות כן בשל רצונם לשמור על ניטרליות. לפיכך, העדר תגובה מצד השופטים משחק לטובתם במסגרת המאבק על תדמיתם בעיני הציבור.

ואכן, בחינת תדמיתה של הרשות השופטת בישראל מעלה שבת-המשפט בישראל זוכים לרמת אמון גבוהה מצד הציבור, הן

באופן מוחלט והן בהשוואה לרשויות אחרות, ושבת-המשפט העליון בפרט זוכה לאמון רב ונתפס, באופן עקבי ומתמשך, על-ידי רובו המכריע של הציבור כמוסד ניטרלי, אובייקטיבי וא-פוליטי. הביקורת שנמתחה בשנים האחרונות על בתי-המשפט לא שינתה תמונה זו באופן משמעותי. אמנם, ישנה ירידה מסוימת באמונו של הציבור בבית-המשפט העליון בהשוואה לעבר, אך רק בקרב קבוצות קטנות, בעיקר בקרב הציבור החרדי, בעוד שאמונו של כלל הציבור בבית-המשפט העליון לא נפגע באופן משמעותי עקב הביקורת שנמתחה עליו לאחרונה. בתי-המשפט הם אחד המוסדות השלטוניים הזוכים לאמון הרב ביותר מצד האזרחים בישראל, אף לאחר ההתקפות החריפות האחרונות כלפיהם. אמון זה משמעותי ביותר משום שהמעמד של הרשות השלטונית רלוונטי להצדקת הגבלה על ביטויים נגדו. ככל שמעמד הרשות חזק ויציב יותר, כך יש פחות חשש שהוא ייפגע מביטויים ביקורתיים.

לסיכום, יש לבתי-המשפט ייחוד מבחינת חשיבות ההגנה על אמון הציבור בהם, אך יש לזכור שאמון זה הוא אמצעי בלבד, ושאמצעי זה אינו כה מכריע כפי שעשוי להיראות במבט ראשון.

### **צמצום המגבלות על חופש הביטוי נגד רשויות השלטון**

#### **לאור האינטרס הלגיטימי בהגנה על מעמדן**

זיהוי האינטרס הלגיטימי כאמון המוצדק של הציבור בתפקודן התקין של רשויות השלטון בהתאם לדין, מאפשר לעמוד על גבולותיו המקסימליים של איסור ראוי. מטרת פרק זה לבחון איזה סוג של איסור אפשר לגזור מהאינטרס הלגיטימי. גבולותיו הראויים של האיסור נובעים לא רק מטיב האינטרס המוגן, אלא גם מאופיו הפלילי של האיסור. עצם היות אינטרס לגיטימי לא מצדיק קביעת איסור פלילי על כל התנהגות הגורמת לו נזק. על ההיבטים השונים של שימוש במשפט הפלילי בהקשר הנדון אעמוד בפרק הבא. אולם, אף-על-פי שמסקנתה של הבחינה שנערכת בפרק זה תצביע רק על היקפו המרבי של איסור מסוג זה, יש לה חשיבות מפני שחלק גדול מהאיסורים הקיימים בדין המצוי, בישראל ובמדינות אחרות,



אינו עומד אף בתנאי ראשוני זה. במילים אחרות, המעבר מההצדקה ההיסטורית של איסורים אלה – הגנת מעמדו של השלטון לאור תפיסה לא-דמוקרטית, להצדקה המוצעת כיום – הגנה על אמון הציבור ברשויות השלטון כאמצעי לתפקודן הנאות והיעיל, לא לווה בהסקת המסקנות המתבקשות מכך בנוגע למרכיביהם של האיסורים, שלרוב נותרו ללא שינוי. נראה שמעבר זה לא נעשה באופן רציני אלא שמדובר בניסיון להעניק לאיסורים הקיימים תדמית לגיטימית מבלי לבחון אותם לעומק.

הדרישה הפשוטה ביותר הנגזרת ממטרתו של איסור שנועד להגן על אמון הציבור ברשויות השלטון באמצעות הגבלת ביטויים ביקורתיים היא הפצת הביטוי. ללא הבאתם של ביטויים אלה לידיעת הציבור לא תיתכן השפעה על דעותיו של הציבור ועל אמונו של הציבור ברשות השלטונית הרלבנטית. כיוון שראוי להגביל את האיסור רק למעשים הגורמים סכנה ממשית, יש לדרוש הפצה במובן של הגעת הביטוי לידיעת חלק משמעותי של הציבור שאמונו ברשויות השלטון עלול להיפגע. המגבלות הפליליות הקיימות על ביטויים ביקורתיים כלפי השלטון שמטרתם הגנה על אמון הציבור, הן בישראל והן במדינות אחרות כמו אנגליה וצרפת, לא תמיד תואמות את המתבקש מהאינטרס המוגן מבחינה זו.

התנאי החשוב ביותר הנגזר מאופיו של האינטרס הלגיטימי שעליו מִגֵּנִים האיסורים הרלבנטיים נוגע לתוכן הביטוי: כבר הזכרתי שלאור הגבלת האינטרס הלגיטימי לאמון המוצדק, המבוסס על מידע אמתי בלבד, לגיטימי להגביל לשם כך רק ביטויים שאינם נכונים. מסקנה זאת ברורה בכל הנוגע לטענות עובדתיות קונקרטיות. אך חלק גדול מהאיסורים הקיימים בישראל ובמדינות אחרות אינו עומד בדרישה זאת בכך שאינם כוללים הגנה של אמת.

יישומה של מסקנה זאת מורכב יותר בנוגע להערכות עובדתיות כלליות ודעות במישור הנורמטיבי. הסיבה לכך היא, שבעוד שתחולת ההבחנה בין ביטויים נכונים לשגויים מוסכמת, בבסיסה, בנוגע לעובדות ויש אף הסכמה רחבה ביחס לדרכי הבחינה של אמתותן, הרי שלגבי דעות יש ספק לגבי תחולתה של הבחנה זו ויש קושי רב

ביישומה. במישור הנורמטיבי יש מחלוקת מהותית קשה בנוגע לשאלה מהי אמת ומהם התנאים הנדרשים כדי שביטוי יוגדר כאמת, כמו גם ביחס לאופן יישומם של כללים אלה. הקושי בהגדרת נכונותן של דעות הוליד אף לטענה שלפיה אין למושג אמת משמעות בכל הנוגע לדעות. דעה זו קיבלה הד בארצות הברית, שם נפסק כי התיקון הראשון לחוקה שולל את התפיסה של רעיון מוטעה (false idea), להבדיל מעובדה שגויה. לדעתי, אין לקבל מסקנה זו באופן עקרוני. זיהוי המאפיינים של דעה נכונה אמנם קשה, אך, אם מאמינים שיש משמעות לרציונליות במישור הנורמטיבי אז יש טעם בבחינתה של דעה במישורים אלה: ישנם טיעונים משכנעים, טיעונים משכנעים פחות וטיעונים חסרי כל תוקף, וראוי להבחין ביניהם. אולם, אם כי אפשר, מבחינה עקרונית, לבדוק את נכונותן של דעות, אין, לדעתי, מקום לעשות זאת במסגרת הליך שיפוטי פלילי, וזאת ממספר סיבות. ראשית, איסור פלילי הוא כלי גס מדי להתוויית גבולותיהן של הבחנות מורכבות מעין אלה. לא ניתן לקבוע קריטריונים שיגדירו, במידת הבהירות הדרושה באיסור פלילי, מתי דעה היא נכונה או סבירה, ומתי היא שגויה או לא סבירה. נראה שהמשפט הפלילי הוא אף כלי גס מדי להערכת ההסתברות שדעה תהיה אמתית, ולכן הפתרון אינו יכול להיות ביישום העיקרון לגבי דעות תוך הסתברות שונה מזו הנהוגה ביחס לעובדות.

שנית, ההבחנה בין דעות נכונות או סבירות לדעות שהן שגויות או לא סבירות עמומה מאוד. בשל מורכבות ההבחנה, הרי שאף אם ייקבעו קריטריונים פרטניים יותר במסגרתה, יהיו גם הם כלליים ועמומים. לכן, כל הבחנה כזאת תעניק שיקול דעת רחב לרשויות השלטון ביישומה. במצב כזה קיים חשש, שכבר הזכרתי, שנושאי משרות שלטוניות יעדיפו את הדעות שהם רואים כנכונות. דבר זה עלול להוליך להגבלתן של הדעות האחרות, שדווקא לגביהן האינטרס לפרסם חזק – הן כדי להגן על הקבוצות החלשות יותר בחברה והן כדי שההשקפות המקובלות בחברה תיבחנה לאורן של גישות אחרות. חשש זה חריף במיוחד בכל הנוגע לביקורת המכוונת ישירות כלפי רשויות השלטון. נראה כי בתי-המשפט יתקשו לקבוע שדעות

ביקורתיות בנוגע לרשויות השלטון האחרות, שכאמור אינן ניתנות להוכחה בדרך שבה מוכיחים עובדות בהליכים שיפוטיים, סבירות או מבוססות. דבר זה נכון שבעתיים כאשר מדובר בדעה ביקורתית ביחס לתפקודה של המערכת השיפוטית עצמה, אם באופן כללי ואם ביחס לשופטים מסוימים.

מסקנות אלה תקפות בעיקרן לא רק לגבי דעות נורמטיביות אלא גם ביחס להערכות עובדתיות אשר אינן ניתנות לפריטה לטענות עובדתיות קונקרטיות. גם אם ניתן, מבחינה עקרונית, לבחון את נכונותן או סבירותן של הערכות עובדתיות כלליות בנוגע לאופן תפקודה של רשות שלטונית בקריטריונים הדומים לאלה המשמשים להערכת אמתותן של טענות עובדתיות קונקרטיות, הרי שבפועל אין זו משימה מעשית, בוודאי לא במסגרת הליך שיפוטי. אמנם, הקריטריונים להכרעה בשאלה האם הערכה עובדתית כללית נכונה או סבירה הם פשוטים יותר ומוסכמים יותר מהקריטריונים המקבילים להכרעה בשאלה האם דעה במישור הנורמטיבי נכונה או סבירה. אולם, הבדל זה אינו כה משמעותי, מפני, שבסופו של דבר, קשה יותר לבחון בפועל את נכונותה של הערכה עובדתית כללית מאשר את תוקפה של דעה כזאת, לאור הקושי הרב יותר ביישום של קריטריונים אלה. קשה מאוד לבחון באיזו מידה נכונה הערכה כללית בדבר אופן תפקודה של רשות שלטונית; ומכל מקום, קביעה כזאת היא לא מעשית במסגרתו של הליך שיפוטי.

חוסר היכולת לערוך הבחנה נאותה בין דעות והערכות נכונות לשגויות במסגרת הליך שיפוטי יש בה טעם מספיק להוצאתן של דעות ממסגרת איסורים המיועדים להגן על מעמדן של רשויות השלטון. החשיבות הרבה של הדיון הביקורתי בתפקודן של רשויות אלה מחייב לתת היתר מוחלט לדעות ולהערכות נכונות בנושא; וכיוון שאין אפשרות להכליל רק דעות והערכות שגויות במסגרת האיסור יש להגבילו לעובדות שקריות בלבד. בנוסף, הגבלת האיסורים המיועדים להגן על אמון הציבור ברשויות השלטון לעובדות שקריות בלבד רצויה גם מסיבות אחרות. ראשית, הפגיעה שגורם ביטוי עובדתי טיפוסי שלילי לאמון הציבור היא, כאשר שאר הדברים שווים, רבה יותר

מהפגיעה שגורם ביטוי טיפוסי הכולל דעה או הערכה שלילית. זאת, מפני שמסיבות שונות אנשים מניחים לרוב את נכונותן של טענות עובדתיות בעוד שהם נוטים להתייחס לדעות ולהערכות בספקנות רבה יותר. כמו כן, מבחינת הרציונלים לאינטרס בחופש הביטוי, ערכן של עובדות שקריות קטן מערכן של דעות והערכות שגויות. הפער בערכן של דעות ועובדות שגויות גדול במיוחד כאשר עוסקים בנושאים ציבוריים, ובפרט בתפקודן של רשויות השלטון: לדעה שגויה בנושא זה חשיבות רבה הרבה יותר מאשר לעובדה שקרית באותו נושא.

דומה כי הניסיון בישראל ובשיטות משפט אחרות תומך במסקנה כי ראוי להוציא מגדרם של האיסורים על ביקורת כלפי רשויות השלטון הערכות כלליות, שאף שהן עובדתיות, אין אפשרות של ממש להוכיח את אמתותן במסגרת הליך שיפוטי. בספר מנותחות מספר דוגמאות הממחישות זאת לגבי טענות כלליות בדבר חוסר שוויון בפעולתן של רשויות השלטון, הטיה מעמדית או חברתית פסולה שלהן, סכנות כלליות של עיוותי דין, וכדומה. המכנה המשותף לדוגמאות הללו הוא שכולן עוסקות בביקורת חריפה על תפקודן של רשויות השלטון, ובמיוחד על תפקודה של מערכת אכיפת החוק הפלילי, אשר מבוססת על הערכות עובדתיות כלליות שנכונותן שנויה במחלוקת ואשר בשל אופייה קיימת סכנה של ממש שהיא תוליך לפגיעה משמעותית באמון הציבור ברשות המבוקרת. מידת הכלליות של הערכות אלה אינה זהה, אולם, כולן מצויות מעבר לסף הכלליות המונע בחינה שיפוטית של הבסיס להן.

הגבלה אחרת שראוי, לדעתי, להטיל על האיסורים על ביטויים ביקורתיים כלפי רשויות השלטון נוגעת לטיב הסכנה שיוצר הביטוי (העובדתי-שקרי) לאינטרס של אמון הציבור ברשויות השלטון. מבחינה מהותית, קיום סכנה לאינטרס לגיטימי הוא תנאי הכרחי לקביעתו של איסור פלילי. דרישת הסכנה אינה חייבת אמנם לקבל ביטוי מפורש בכל עברה פלילית, מפני שביחס להתנהגויות מסוימות, הקשר בין ההתנהגות הטיפוסית מהסוג הנדון לסכנה הוא הדוק. למשל, כל תקיפה פיזית של אדם מסכנת את שלמות גופו. אולם, בהקשר הנדון המצב שונה. הקשר בין ביטויים לסכנות בכלל, ובין ביטוי ביקורתי נגד רשות שלטונית לאמון הציבור באותה רשות בפרט, מורכב, שכן

הפגיעה אינה נובעת באופן הכרחי מכל ביטוי ביקורתי כלפי רשויות השלטון. לכן, אין לראות בעצם הביטוי כיוצר סכנה מספקת, אלא יש לבחון ביחס לכל ביטוי אם הוא אכן יוצר סכנה חמורה דיה להצדקת האיסור עליו. מסקנה זאת מתחזקת לאור העובדה שההגנה על אמון הציבור ברשויות השלטון אינה מטרה שיש לה ערך עצמאי, אלא רק אמצעי לתפקוד נאות ויעיל של רשויות השלטון. לכן, ראוי להגביל את האיסורים הרלוונטיים לביטויים היוצרים סיכון בהסתברות משמעותית לפגיעה רצינית באמונו של חלק משמעותי של הציבור ברשות.

ביישום דרישה זאת יש להיזהר מפני הסכנה שהקושי להעריך את חומרת הסכנה שביטוי ביקורתי נגד רשויות השלטון יוצר לאמון הציבור, יוליך להנחה סתמית בדבר התקיימותה של סכנה כאמור, כפי שיש הטוענים שקרה בשיטות משפט שונות. על אף הקשיים הכרוכים בכך, אין להניח, מבלי לבדוק, שכל ביטוי נגד רשות שלטונית יוצר סכנה לפגיעה רצינית באמון הציבור שהסתברותה משמעותית. אמנם, כמעט כל ביטוי ביקורתי בנוגע לרשות שלטונית יפגע באמונו של מישהו ברשות, אך הדרישה היא לפגיעה באמון בקרב חלק משמעותי של הציבור, ודרישה זו קשה הרבה יותר. הבחינה של טיב הסיכון צריכה להיעשות תוך התחשבות בכל נסיבות העניין, במידה שהן רלוונטיות להערכת טיב הסיכון, לרבות זהותם של המתבטא ושל מפיץ הביטוי, זהותם של קולטי הביטוי, מקום הפרסום, צורת הפרסום, מועד הפרסום, תוכן הביטוי וכן תנאים כלליים של החברה שבה נעשה הפרסום, כמו מצב האמון בהיבט הרלוונטי של תפקוד הרשות. עם זאת, מבלי לגרוע מהחובה הכללית לבחון את טיב הסיכון על-פי כל נסיבות העניין, בכל מקרה לגופו, אפשר להציע מספר קווים מנחים ספציפיים יותר לבחינת טיב הסיכון שיוצר הביטוי הנבחן. ראשית, יש להתחשב במעמדו הציבורי של המבקר. ככל שמידת ההערכה שהציבור, או חלק ממנו, רוחש לו, גבוהה יותר, כך גם גדל הסיכוי שהביטוי ייתפש כמהימן ובהתאם גדלה הסכנה שהביטוי יפגע באמון הציבור ברשות. ולהפך, כאשר מותח הביקורת הוא חסר כל הבנה בנושא שבו עוסקת הביקורת או כאשר ניתן להניח שביקורתו

אינה עניינית, פוחתת הסכנה שדבריו יגרמו לפגיעה באמון הציבור. מקרה נפוץ מסוג זה הוא כאשר הביקורת כלפי הרשות באה מפיו של אדם שנפגע מפעולתה במקרה מסוים, ובמיוחד כאשר היא מכוונת להחלטה או לפעולה שפגעה בו, כמו במקרה של מתדיין מאוכזב, שהפסיד בהליך שיפוטי, המבקר את ההליך. במקרה כזה דומה שבדרך כלל אין קיימת סכנה משמעותית לאבדן או לפגיעה באמון הציבור ברשות עקב הביקורת.

בנוגע לקולטי הביטוי, ככל שהביטוי מפורסם בכלי תקשורת בתפוצה רחבה יותר ומגיע לידיעתם של מספר רב יותר של אנשים כך גדלה הסכנה, ולהפך. כמו כן, סכנה לפגיעה באמון הציבור קיימת רק אם הביטוי מגיע לידיעתם של אנשים שרוחשים אמון לרשות המבוקרת ואמונם עלול להיפגע מהביקורת. בהקשר זה יש לתת את הדעת על מאפיינים ייחודיים שונים של הקהל הקולט את הביטוי ולא להסתפק בדרישה שהביטוי עלול להשפיע על אנשים רגילים. לעתים יש מקום להבחנות דקות במישור זה. כך, למשל, ביקורת עניינית המופצת רק בין אנשים שאמונם ברשות או בנושא המשרה השלטונית אינו מבוסס על נימוקים עניינים, דוגמת בני המשפחה של נושא משרה שלטונית, אינה יוצרת סכנה להשפעה עליהם. מקרה הפוך הוא של אנשים שאמונם ברשות מבוסס על נימוקים ענייניים ועל הכרה עמוקה של הרשות הרלוונטית ותפקודה, כמו, למשל, אנשי מקצוע, שעל אמונם יכולה להשפיע בעיקר ביקורת עניינית ומבוססת להבדיל מביקורת סתמית. כך גם, ביתר שאת, דומה שאין סכנה של ממש לפגיעה באמון הציבור ברשות השלטונית כאשר קולטי הביטוי הם מקרב נושאי המשרות באותה רשות. לדוגמה, ביטוי הנוגע לתפקודם של שופטים מסוימים שמופץ בכנס סגור של שופטים. סביר שהיכרותם האישית של השופטים את המערכת השיפוטית ואת עמיתיהם תמתן את השפעתו של ביטוי המתייחס להיבטים מסוימים של השפיטה או לשופטים מסוימים. בישראל ובמדינות אחרות יש דוגמאות בולטות להתעלמות מהשאלה של סכנת הפגיעה בהיבט של זהות קולטי הביטוי. המקרה הטיפוסי הוא של העמדה לדין בגין הפרת האיסור על זילות בית-המשפט בשל העלאת טענות ביקורתיות

בכתב, במסמכים אשר הגיעו לידיעת אנשים בודדים בלבד, הנושאים במשרות שלטוניות במערכת אכיפת החוק, כאשר ברור שלאור זהות קולטי הביטוי ונסיבות העניין לא נוצרה, ולא יכלה להיווצר, כל סכנה של ממש לאמון הציבור במערכת השיפוטית.

היבטים מורכבים יותר שיש להתחשב בהם בהערכת הסכנה נוגעים לתוכן הביטוי, מעבר לעצם היותו שלילי. היבט אחד הוא רלוונטיות הנושא שבו עוסק הביטוי לתפקודה של הרשות הרלוונטית: ככל שהביטוי עוסק בתחום חשוב יותר לתפקודה הנאות של הרשות, כך הסכנה הצפויה ממנו לאמון הציבור בתפקודה הנאות של אותה רשות גדולה יותר. אינדיקציה דומה היא מידת חומרתו של העניין שאליו מתייחס הביטוי. כאשר, למשל, הביטוי מתייחס לתפקוד לקוי בעניין שולי או קל ערך, סביר להניח שבתנאים רגילים הוא לא ייצור סיכון משמעותי לפגיעה רצינית באמון הציבור בתפקודה הנאות של הרשות. קו מנחה אחר הנוגע לתוכן הביטוי הוא שהביטוי מתייחס לעניין הנוגע לתפקוד המתמשך של הרשות, להבדיל מעניין שהוא בבירור חד-פעמי ואין סיכוי משמעותי שיישנה, בעיקר מפני שניתן להניח כי הרשות תפיק מהאירוע של התפקוד הלקוי לקחים שיאפשרו לה למנוע את הישנות הטעות. לדוגמה, כאשר הביטוי מתאר תפקוד לקוי של עובד ציבור שנעשה עקב חוסר מודעות לעובדה מסוימת ושאינו נובע מזלזול במילוי התפקיד. היבט אחרון, מורכב יותר, בנוגע לתוכן הביטוי, שרלוונטי להערכת הסכנה נוגע לנכונות הציבור להאמין לביקורת. ביקורת שהיא חסרת בסיס או אבסורדית על-פניה, אין בה כדי לפגוע באינטרס המוגן של אמון הציבור בנתי-המשפט, בוודאי לא פגיעה משמעותית. רק ביקורת חסרת בסיס שעשויה להיראות כמבוססת, עלולה לפגוע באמון המוצדק של הציבור בתפקוד הנאות של רשויות השלטון.

המסקנה שלפיה יש לצמצם את האיסורים שמטרתם להגן על האמון המוצדק של הציבור בתפקודן הנאות של רשויות השלטון לביטויים עובדתיים קונקרטיים שקריים בלבד, מצמצמת מאוד את היקף האיסור. אך אי אפשר לקבוע איסור רחב יותר שיכלול רק ביטויים פסולים ולא ימונע ביקורת לגיטימית. כל המדדים שלאורם

הוצע להבחין בין ביקורת לגיטימית לביקורת פסולה כך שבמסגרת האיסור ייכללו גם דעות והערכות כלליות מסוימות, אינם יכולים לשמש בסיס לגיטימי לאיסור פלילי משמעותי יותר. הסיבה לכך היא שאף אחת מההבחנות הללו אינה מצביעה על סוג של דעות או הערכות שיהיו פסולים תמיד.

אחת ההבחנות שהאיסור הישראלי על זילות בית-המשפט מאמץ, היא הבחנה סגנונית: רק ביטויים הכוללים ביקורת 'אדיבה' מוצאים מתחולת האיסור. גם עיון בשיטות משפט אחרות, שאין בהן בסיס בדין חקוק להבחנה האמורה, מעלה כי ההבחנה על-פי סגנון הביקורת משמשת בפועל כשיקול מרכזי באכיפת האיסורים על ביקורת נגד בתי-המשפט. מבחינה עקרונית, אין להבחנה זאת בסיס ענייני. סגנון הביקורת אינו מדד טוב לסכנה שהיא יוצרת לאמון הציבור. להפך, נראה שברוב המקרים דווקא ביקורת מכובדת תיצור סכנה גדולה יותר לאמון הציבור בגוף המבוקר מאשר ביקורת מתלהמת. והעיקר: המדד להבחנה בין ביטוי לגיטימי לביטוי פסול חייב להתמקד בתוכן הביטוי ולא בסגנונו. אין כל אינטרס לגיטימי במניעת ביקורת הכוללת דעה נכונה או טענה עובדתית אמיתית בנוגע לרשויות השלטון, אף אם היא קשה, נוקבת ולא אדיבה. יתר על כן, ביקורת קשה וחריפה היא לעתים הכרחית כדי להביא לשינויים דרושים בכלל, ובתפקודם של המוסדות השלטוניים בפרט.

הבחנה מורכבת יותר, שגם לה יש ביטוי מסוים בדין הקיים, במיוחד באיסורים על ביקורת כלפי בתי-המשפט, היא בין ביקורת על הדין – שנטען שהיא לגיטימית לשם שיפורו – לביקורת על נושא המשרה, שלפי הטענה אין לה מקום מפני שהיא שאינה יכולה להביא לשיפור תפקוד הרשות. להבחנה זאת שורשים עמוקים בכל הנוגע לבתי-המשפט; מקורה בתפיסה המסורתית של המשפט כאובייקטיבי, כלומר כלא תלוי בזהות השופט. גם מחקרים אמפיריים מראים שקיים יחס ישר בין המידה שבה המשפט נתפס כאובייקטיבי, ובהתאם בית-המשפט כניטרלי, ובין האמון בבית-המשפט. אולם, אין אפשרות לקבל הבחנה זאת מבחינה עקרונית. הטעות הראשונה שהיא מבוססת עליה היא ההנחה שניתן להפריד בין ביקורת על הדין לבין



ביקורת על נושא המשרה. הפרדה כזו היא בעייתית בכל הרמות: ראשית, היא בלתי אפשרית כאשר מדובר בנושאי המשרות שהם קובעי הדין, שכן אז הדברים כרוכים זה בזה וכל הבחנה ביניהם היא מלאכותית. המלאכותיות בהפרדה בין הדין ובין קובעיו קיימת, במידה רבה, גם ביחס לנושאי משרות שלטוניות שאינם נבחרו ציבור, שגם הם שותפים לרוב ליצירת הדין הראשי וקובעים בעצמם דין במסגרת חקיקת משנה. עיקר התוספת למעגל יוצרי הדין באה מקבוצת נושאי המשרות השלטוניות המיישמים את הדין, כמו בתי-המשפט וגופים אחרים המפרשים אותו, מפני שהליך זה מחייב לעתים קרובות הפעלת שיקול דעת ערכי. הטעות השניה שעליה מבוססת ההבחנה בין ביקורת על הדין לביקורת על נושא המשרה היא שעל אף שהמטרה הסופית היא אכן תפקוד ראוי של רשויות השלטון, מטרה זו מורכבת לא רק מהיותו של הדין ראוי, אלא גם מפעולה שלטונית בהתאם לדין. כאשר נושא המשרה פועל בניגוד לדין, אין טעם בביקורת הדין. הדרך היחידה לשינוי תפקוד הרשות הוא ביקורת על נושא המשרה כדי להביא לפעולה בהתאם לדין, אם על-ידי החלפתו ואם על-ידי שינוי דרך פעולתו. לכן, לעתים גם ביקורת שהיא על נושא המשרה (לרבות השופט) בלבד, ואינה נוגעת כלל לדין, כמו, למשל, שנושא המשרה פועל ממניעים פסולים, עשויה להיות לגיטימית אם היא נכונה או מבוססת על חשד כן. מאותה סיבה, גם טענות אישיות אחרות, כמו טענה על העדר כישורים של אדם למילוי תפקיד ציבורי או ביקורת על השקפת עולמו של אדם המועמד או ממלא תפקיד כזה, הן לגיטימיות למרות אופיין האישי.

הבחנה אחרת שהוצעה בהקשר הנדון היא בין ביקורת נקודתית – שהיא לגיטימית – לבין ביקורת כוללת או גורפת, שהיא פסולה. הבחנה זאת אינה עומדת בפני עצמה, אלא נועדה להוות כלי עזר להתוויית שתי הבחנות מהותיות אחרות (שייבחנו מיד): בין ביקורת עניינית לאחרת ובין ביקורת מבוססת לביקורת חסרת בסיס. ההנחה היא שביקורת נקודתית היא בעלת סיכויים טובים יותר להיות עניינית ומבוססת, ובעיקר שביקורת גורפת בדרך-כלל אינה כזו. הקשר בין ההבחנות בא לידי ביטוי בכך שסוג הביטוי שנתפס לעתים קרובות כזילות

בית-המשפט הוא גידופים או עלבונות שמאופיין הן בחוסר ענייניות והן בכלליות. אולם, למרות הזיקה האמורה בין ההבחנות הללו, אין ספק שביקורת נקודתית עשויה להיות לא-עניינית ובוודאי לא-מבוססת, כשם שביקורת כוללת עשויה להיות עניינית ומבוססת משום שמספר רב של נושאי משרה אכן פועלים בצורה פסולה, ובהתאם הרשות מתפקדת שלא כראוי לאורך כל הדרך.

הבחנה חשובה יותר היא בין ביקורת עניינית לביקורת שאיננה לגופו של עניין. בניגוד להבחנות הקודמות, הבחנה זו לכאורה ראויה מפני שהיא מצביעה על סוג של ביטויים שלכאורה עשוי להיחשב כלא-לגיטימי, אף שהוא בגדר דעה או אף טענה עובדתית נכונה - מפני שאינו נוגע כלל לתפקודן של רשויות השלטון, כמו, בעיקר, עלבונות או גידופים, שמעצם טיבם אינם ענייניים (ואכן, סוג זה של ביטויים זכה להתייחסות רחבה במסגרת האיסורים הקיימים בדין המצוי). למרות זאת, הבחנה זו אינה מדד טוב להבחנה בין ביטוי לגיטימי לבין ביטוי פסול. הסיבה לכך היא שקיים קשר הפוך בין ערך הביטוי הלא-רלוונטי ובין יכולת השפעתו על אמון הציבור בתפקוד הנאות של רשויות השלטון. קשר זה נובע מכך שרלוונטיות היא מושג יחסי. ככל שרלוונטיות הביטוי לתפקוד הרשות קטנה יותר, כך גם קטנה יכולתו להשפיע על אמון הציבור בתפקוד הרשות. ולהפך: ככל שהביטוי נוגע יותר לתפקוד הרשות, כך גדלה יכולת ההשפעה שלו על אמון הציבור בתפקוד זה. מבחינת ערכו של הביטוי, התוצאה הפוכה: ככל שהרלוונטיות של הביטוי קטנה יותר, כך קטן גם האינטרס שבהתרתו. ולהפך: ככל שהרלוונטיות של הביטוי גדולה יותר, כך מתחזק האינטרס בהשמעתו. במילים אחרות, כאשר ערכו של הביטוי קטן, ולכן אין מניעה מלאוסרו, אין גם טעם רב בכך מפני שהוא אינו יוצר סכנה חמורה לאמון הציבור. ולהפך: דווקא כאשר הביטוי יוצר סכנה כזו בשל הרלוונטיות שלו, ערכו מחייב להתיר את השמעתו. לכן, ערכה של ההבחנה על-פי רלוונטיות הביטוי ככלי להבחנה בין ביטוי שיש לאסור עליו ובין ביטוי שיש להתירו אינו רב במקרים הקיצוניים. כאשר אנו מתרחקים מהקצוות נחלשת הקוטביות ועולה ערך ההבחנה. כך, ביטויים שהרלבנטיות

שלהם קטנה יחסית, ערכם אינו רב, ומנגד הם עלולים לפגוע באינטרס של אמון הציבור בתפקוד הרשות, בעיקר כאשר חוסר הרלוונטיות אינו בולט לעין והציבור, או חלק ממנו, עלול שלא להבחין בו. אך, בסופו של דבר, נראה שבעיית הקשר ההפוך בין ערך הביטוי ובין הפוטנציאל הפוגעני שלו באינטרס של אמון הציבור בתפקוד הרשות, מונעת מההבחנה על-פי ענייניות הביטוי להיות אמת מידה ראויה. כדי להתגבר על הבעיה האמורה יש צורך לערוך, במסגרת ההבחנה בין ביטוי ענייני וביטוי אחר, הבחנת משנה בין ביטויים על-פי מידת הענייניות שלהם והשלכות הענייניות על ערך הביטוי, מחד, ועל הסכנה שהוא יוצר לאמון הציבור ברשות המבוקרת, מאידך. לאור עמימותו של המושג ענייניות, קשה לכלול הבחנה כזאת במסגרתו של איסור פלילי שיהווה הדרכה נאותה לציבור. עמימותה של ההבחנה יוצרת גם חשש ממשי לשימוש לרעה בה באכיפת הדין. ההבחנה האמורה אינה ראויה גם משום שההנחה העומדת בבסיסה, שלפיה אין אינטרס מיוחד בהתרתם של ביטויים שאינם ענייניים, אינה נכונה. בניגוד לתחושה הטבעית, שלפיה ביטויים מסוג זה הם חסרי ערך, יש אינטרס חשוב בהתרתם: ראשית, לעתים ביקורת לא-עניינית אינה ניתנת להפרדה מביקורת עניינית. שנית, משום שחלק חשוב של התקשורת האנושית נעשה במונחים רגשיים. שלישית, מפני שביקורת לא-עניינית עשויה להיות דרך של הבעה עצמית. רביעית, לביטויים מסוג זה יש חשיבות כיוון שהם מלמדים על תחושות של חוסר שביעות רצון, כעס, התמרמרות וכדומה, המהוות בעיה חברתית בפני עצמה ואף עשויות להצביע על בעיות נוספות הגורמות לתחושות אלה. ולבסוף, ביקורת לא-עניינית מאפשרת לפרוק רגשות כמו מרירות, תסכול, איבה וזעם בדרך שאינה אלימה.

שתי ההבחנות האחרונות – בין ביקורת עניינית לביקורת אחרת ובין ביקורת מבוססת לביקורת אחרת – חשובות וראויות, אפוא, במישור הדיון הציבורי, אך אינן יכולות להיות אמת-מידה ראויה לניסוחו של איסור פלילי שחייב להתוות את גבולות המותר והאסור בצורה בהירה. ההבחנות בין ביקורת ראויה לביקורת פסולה מורכבות

מכדי שניתן יהיה לעשות בהן שימוש בכלי הגס של המשפט הפלילי. לסיכום: הגבלה לגיטימית מבחינת האינטרס המוגן בלבד יכולה לאסור רק על הפצת ביטוי עובדתי-קונקרטי שקרי בנוגע לתפקודה של רשות שלטונית מסוימת (שאמון הציבור בה דרוש לשם תפקודה היעיל ותפקודה זה נחוץ לשם הגנה על אינטרסים חשובים של פרטים) בנסיבות שבהן הדבר יוצר סכנה בהסתברות משמעותית לפגיעה רצינית באמונו של חלק משמעותי מן הציבור ברשות.

היסוד הנפשי שצריך להיות תנאי להרשעתו של אדם בהשמעת ביטוי העונה לתנאים האמורים צריך להיות היסוד הנפשי הרגיל, המקובל בדין המצוי גם בהקשר זה, של מודעות בפועל של העושה, בעת ההתנהגות, לכל יסודות העברה: בהקשר הנדון – מודעות של המתבטא להשמעת הביטוי, לתוכנו ולסכנה שהוא יוצר לאמון הציבור. השאלה המרכזית שיש לבחון במישור זה, שאין לה תשובה ברורה בדין המצוי בישראל ובמדינות אחרות, היא מהי הנורמה הראויה בתנאים של חוסר ודאות לגבי נכונותן של עובדות קונקרטיות בנוגע לתפקודן של רשויות השלטון. הדין הכללי בישראל מסתפק בחשד בלבד, שמשמעותו בהקשר הנדון היא שדי במודעות לאפשרות בהסתברות ממשית כלשהי שהביטוי הוא לא נכון. לדעתי, ראוי לסטות מדין כללי זה בהקשר הנדון ולדרוש מודעות בהסתברות גבוהה להיותו של הביטוי שקרי, כך שהביטוי יהיה מותר כל עוד יש ספק ממשי ביחס לנכונותו בעת הפרסום. הסיבה העיקרית לכך היא חיוניות השיח החופשי בתחום של תפקוד רשויות השלטון, שבעטייה יש להתיר ביטויים מסוימים בנושא זה, אף אם מתברר בדיעבד שאינם אמתיים, בתנאי שיש סיכוי ממשי שהם נכונים לאור המידע הקיים בעת הפרסום. כמו כן, בניגוד למצב הרגיל שבו אפשר לברר בקלות יחסית את העובדות הרלוונטיות, אפשרות ברור המידע על תפקודן של רשויות השלטון מוגבלת מאוד: מדובר במידע רב, שלא תמיד קל לבררו מפני שהוא מצוי לרוב בידי הרשות בלבד, וקיים חשש ממשי שפקידי הרשות יימנעו מגילוי נאות אם העניין נוגע לאופן תפקודם. לכן, בניגוד למצב רגיל של חוסר אפשרות לברר את קיומן של נסיבות ההופכות את המעשה לשלילי, מצב שבו אפשר

לדרוש מהאדם להימנע מהמעשה, דרישה כזו הופכת לבעייתית מאוד כשמדובר בפרסום פרטים על תפקוד רשויות השלטון. המאפיינים האמורים הופכים את חוסר האפשרות לברר למצב טיפוסי בהקשר זה, כך שהחלת הכלל הרגיל תגרום בענייננו להימנעות מפעילות חיונית. יש להכיר בכך שהקושי בבירור מלא של נכונות המידע בהקשר הנדון יוצר בעיה גם מהכיוון ההפוך, שכן בגלל קושי זה לא יהיו כמעט מצבים של ודאות מלאה בהיות המידע שקרי, למעט כאשר מדובר בהמצאה דמיונית לחלוטין של המפרסם. אין להתיר פרסום של חשדות שהמפרסם אינו מאמין בנכונותם או שאין להם כל ביסוס, רק מפני שיש סיכוי קטן כלשהו שהם נכונים. כאשר כל מה שיש הוא חשד (למשל, שרשות שלטונית פעלה שלא כהלכה) ואין לו כל תמיכה אמיתית במציאות – אין מקום לפרסום. יש לדרוש לפחות הערכה שלפיה יש אפשרות ממשית שהמידע נכון. עם זאת, יש לפרש גם דרישה זאת כך שכאשר חוסר האפשרות לברר נובע מסירובן של רשויות השלטון למסור מידע או לחקור בנוגע לתפקודה של אחת מהן, די בראיות דלות מאוד כל עוד לא הופרכו. הדגש צריך להיות על הראיות הקיימות ואפשרות בירורן ולא על מידת אמונתו האישית של המפרסם בנכונות המידע.

אין, לדעתי, לדרוש במסגרת האיסור כוונה של המפרסם לפגוע במעמד הרשות השלטונית הרלוונטית באמצעות הפרסום (הדין הקיים אינו אחיד בנקודה זו). בניגוד למודעות המפרסם לעובדות, כוונתו אינה כלי טוב להבחנה בין ביטויים לגיטימיים וביטויים פסולים. דרישת הכוונה נועדה להבחין בין ביקורת בתום לב, שמטרתה להצביע על הטעוץ תיקון כדי לתקנו, לביקורת שמניעה פסול. אולם, זהו אינו מדד טוב להגדרת האיסור. ראשית, הקו המנחה העיקרי להתוויית גבולות הביקורת הלגיטימית על רשויות השלטון צריך להיות ערכו של הביטוי לשיח הציבורי בנושא. במסגרת זו יש חשיבות רבה יותר ליסוד הנפשי בנוגע לסיכוי שהביטוי יהיה אמתי ולא לכוונת המפרסם. שנית, כוונה לפגוע באמון הציבור ברשות שלטונית אינה בהכרח פסולה ולעתים היא אף רצויה. למשל, כאשר מדובר בפגיעה במעמדה של רשות שלטונית שמתפקדת בניגוד לדין, שנועדה לעורר

את המודעות לצורך בשינוי המצב. יתר על כן, כיוון שלפי הצעת המפרסם חייב להאמין בקיומה של אפשרות ממשית בדבר נכונות הביטוי, כלומר שהרשות אינה מתפקדת כראוי, נראה שהכוונה לפגוע (במקרים שבהם התנאי הקודם של מודעות לכל רכיבי האיסור מתקיים), אכן לא תהיה בעלת גוון שלילי בחלק גדול מן המקרים. אף כאשר הכוונה לפגוע לא נועדה לעורר את המודעות לתיקונו של הטעון תיקון, אלא לפגוע במעמד הרשות או במעמדו של נושא משרה מסוים, משיקולים אחרים, כמו, למשל, טינה אישית, לא תמיד תהיה הצדקה לאסור על הביטוי. לעתים קרובות נדרש דווקא אדם בעל מניע פסול, כמו, למשל, מי שיש לו רצון עז לפגוע באחר, כדי להצביע על פגמים אמתיים בתפקודה של רשות שלטונית. למשל, רצון לפגוע ממניעים אישיים עשוי לשמש תמריץ להשקיע משאבים רבים כאשר הדבר דרוש כדי לגלות את האמת. כוונה לפגוע עשויה גם להסיר עכבות מפני הטחת האשמות אישיות קשות אך מוצדקות, שעשויות להיות קיימות, בייחוד כאשר המידע על הפגם מצוי בידי קבוצה מוגבלת של אנשים שסביר שתהיה להם רתיעה מהטחה כזאת. מסיבות אלה שאלת הכוונה אינה מדד טוב בהקשר הנדון. עם זאת, כוונת המפרסם יכולה לשמש כלי עזר במקרי גבול, שיש בהם ספק ראייתי בנוגע להתקיימות שאר הרכיבים ובמיוחד מידת המודעות של המתבטא להיות הביטוי שקרי. אך, יש להתייחס אליה בזהירות וכדרישה נוספת לשאר הדרישות במישור העובדתי והנפשי ולא כתחליף להן.

הנימוקים שבגללם אין הכוונה מתאימה לשמש מדד מרכזי בהגדרת האיסור חלים אף ביתר שאת ביחס למניע של המפרסם. המדד המרכזי להגדרת גבולות הביקורת הלגיטימית כלפי רשויות השלטון צריך להיות תרומת הביטוי לדיון בתפקודן של רשויות השלטון, ולא הסיבה לפעולה. המניע רחוק עוד יותר מהמישור ההכרתי, כך שניתן ללמוד ממנו עוד פחות ממה שניתן ללמוד מהכוונה ביחס למודעות המתבטא לאפשרות של היות הביטוי שקרי. לכן, הוא אינו מתאים אף לשמש ככלי עזר לקביעת גבולות האיסור. סיכום יסודותיו של איסור לגיטימי על ביקורת כלפי רשויות השלטון מעלה, אפוא, את התנאים הבאים: הפצת ביטוי

עובדתי-קונקרטי שקרי בנוגע לתפקודה הנאות של רשות שלטונית בנסיבות שבהן הדבר יוצר סכנה בהסתברות משמעותית לפגיעה רצינית באמון של חלק משמעותי מן הציבור ברשות, המלווה במודעות ביחס לכל רכיבי האיסור, וביחס להיות הביטוי שקרי: בידיעה שהביטוי הוא שקרי או במודעות בהסתברות גבוהה לאפשרות שהביטוי שקרי. האיסור המוצע צר מאוד בהשוואה לדין המצוי, בעיקר בכך שהוא מוגבל לשקרים הנעשים ביודעין. ניתן אף להניח שבשל כך ייפלו בגדרו רק מקרים נדירים מאוד. אולם, רק איסור כזה יכול להיות לגיטימי בהקשר של חירות הביטוי נגד השלטון.

כפי שראינו, רוב האיסורים הקיימים על ביקורת כלפי רשויות השלטון בדין הנוהג בישראל ובמדינות אחרות אינם תואמים את המתבקש מניתוח ענייני של האינטרסים הרלוונטיים, ואף חורגים מהיקף שיש בו כדי לשרת את ההגנה הלגיטימית על מעמדן של רשויות השלטון. הפגמים העיקריים המשותפים לרוב האיסורים הם: הגנה גורפת על מעמדן של כל רשויות השלטון, שאינה לגיטימית כאשר אין קשר הדוק בין אמון הציבור ברשות ובין יכולתה לבצע את תפקידה כראוי או כאשר תפקידים אלו אינם דרושים להגנה על אינטרסים חשובים של פרטים; הפללה של ביקורת נכונה, ואף ביקורת עובדתית אמתית; הפללת ביטויים ביקורתיים שאינם יוצרים כל סכנה למעמדן של רשויות השלטון בעיני הציבור, ובפרט ביטויים שאינם יכולים להגיע לידיעתו של הציבור הרחב; והתייחסות לתנאים לא רלוונטיים כמו סגנון הביקורת.

### הגנה על תדמית רשויות השלטון באמצעות הדין הפלילי

עד כה עסקנו באופן כללי באינטרסים המעורבים בסוגיית חופש הביטוי נגד השלטון. בפרק זה תיבחן ההצדקה להגנה על האינטרס של אמון הציבור ברשויות השלטון באמצעות הדין הפלילי, שהוא המכשיר המשפטי שנעשה בו שימוש להגנה על אמון הציבור ברשויות השלטון בדין הקיים בישראל ובמדינות אחרות. במסגרת זאת אצביע על ההיבטים העיקריים שבהם עולות שאלות ובעיות בשימוש בכלי

השופטת, לעומת זאת, עשויה להיות מוצדקת מבחינה זו בשל החשיבות המיוחדת שיש לבתי-המשפט בהגנה על זכויותיהם של פרטים. אולם, גם ביחס לרשות השופטת יש לזכור שלא תמיד אמון הוא הכרחי לשם מילוי תפקידיה, וכפי שראינו, לעתים אף יש מתח בין מילוי התפקיד השיפוטי כהלכה ובין אמונו של כל, או רוב, הציבור. כאמור, אין די בכך שהאינטרס המוגן הוא חיוני, אלא נדרש גם שיהיה יחס הולם בין מטרה זו לאמצעי של השימוש במשפט הפלילי כדרך למניעת ביקורת העלולה לפגוע באמון הציבור בשלטון. בבחינת שאלה זו יש להתחשב בחשיבות העצומה של הדיון הציבורי הביקורתי בתפקודן של רשויות השלטון ובמחיר הכבד הכרוך בשימוש במשפט הפלילי מבחינת הפגיעה בחירותו של הפרט ובכבודו. כאשר מתחשבים בהיבטים אלה, עולה לפחות ספק ביחס לשאלה האם חשיבותו של אמון הציבור ברשויות מסוימות, לרבות בתי-המשפט, שתפקוד יעיל שלהן דרוש להגנה על אינטרסים חשובים של פרטים, מצדיק קביעת איסור על ביקורת על רשויות אלה.

מחומרנו של המשפט הפלילי נגזר גם עקרון השיוריות, שלפיו יש להשתמש במשפט הפלילי להגנה על אינטרסים רק כאשר אמצעים אחרים, חמורים פחות, אינם מספיקים לשם כך. בפרט קובע עקרון השיוריות שאין להשתמש במשפט הפלילי (וגם נגד התנהגות הפוגעת באופן משמעותי באינטרס חשוב) אם ישנן דרכים חלופיות, שיכולות להשיג את אותה המטרה בצורה שפוגעת פחות באינטרסים אחרים. באופן כללי, החלופות למשפט הפלילי יכולות להיות מערכות פיקוח חברתי רשמיות, כמו אחריות משפטית מנהלית או אזרחית, או מערכות פיקוח חברתי לא-פורמליות, כמו גינוי מוסרי, מוסכמות חברתיות, לחץ קבוצתי, חינוך או טיפול. אם ניישם את עקרון השיוריות לענייננו, החלופה המרכזית לאיסור פלילי על ביקורת רשויות השלטון, המיועד להגן על מעמדן, היא תגובה מילולית, שלהן או של אחרים, לביקורת. כבר ציינתי כי, בניגוד למה שטוענים לעתים, לרשות השופטת יש אפשרויות תגובה (מילוליות) לא מבוטלות על ביקורת נגדה. כאן יש להכליל מסקנה זו ולהדגישה ביחס לכלל רשויות השלטון, אשר לגביהן היא נכונה אף יותר: לשלטון יש את הכלים הטובים ביותר להגיב



על ביקורת כלפיו, הן מבחינת היכולת להשיג את המידע הרלוונטי בנוגע לתפקודו והן מבחינת היכולת לדאוג לבמה להשמעת תגובותיו. רשויות השלטון יכולות להגיב על ביקורת נגדן במסגרת פורמלית, כמו פרסומים רשמיים, וכן במסגרות אחרות, בעיקר באמצעות כלי התקשורת. לפיכך, השאלה היא בעיקר יעילות התגובה הציבורית הפורמלית (למעט באמצעות המשפט הפלילי) והלא-פורמלית להתקפות לא מוצדקות על רשויות השלטון בישראל. השאלה הבעייתית העיקרית נוגעת להשפעת התגובה הלא-פורמלית על האינטרס המוגן, כלומר, על האמון בְּרְשׁוֹת. קשה לענות על שאלות אלה שכן התשובה להן תלויה בנתונים עובדתיים רבים שקשה, או אף בלתי אפשרי, להשיג, שהרי חלק מהשאלות שיש לענות עליהן הן היפותטיות. אולם, כשם שקיים ספק בנוגע ליעילותה של התגובה ציבורית הלא-פורמלית, שנעשית בעיקר בדרך של ביקורת על הביקורת, בהגנה על אמון, קיים ספק דומה ביחס להשפעה של ביקורת על האמון. אם ההנחה היא שהאמון ברשויות מושפע מביטויים ביקורתיים, העקביות מחייבת להניח שאף ביקורת כלפי הביקורת עשויה להשפיע על האמון בהן. לכן, בסופו של דבר, נראה שמההיבט של עקרון השיוריות עולה לפחות ספק בהצדקת השימוש במשפט הפלילי למניעת ביטויים נגד השלטון.

הספק בנוגע ליעילות התגובה הציבורית הלא-פורמלית כלפי ביקורת נגד הרשויות, לשם הגנה על תדמיתן הציבורית, מעלה שאלה אחרת: בהנחה שתגובה ציבורית אינה יעילה, האם איסור פלילי על ביקורת ואכיפתו יהיו יעילים יותר לשם כך? אם השלטון אינו יכול להגן על תדמיתו באמצעות ניצול הבמה הציבורית הרחבה שיש לו לשם שכנוע הציבור שתפקודו נאות, האם שליחת המבקרים לכלא תשכנע את הציבור בכך? לשאלה זאת יש חשיבות מיוחדת בהקשר הנדון מפני שבניגוד לגרעין הקשה של האיסורים הפליליים, המגינים על החיים, על שלמות הגוף ועל החירות, שקשה לדמיין חברה שאינה כוללת אותם ולו משיקולים של גמול, ההגנה על אמון הציבור ברשויות השלטון נעשית בעיקר משיקולים תוצאתיים, והיא מבוססת על הצלחתם של איסורים אלה בהשגת מטרתם בשימור אמון הציבור ברשויות השלטון. לדעתי, התשובה לשאלה האמורה שלילית. הבעיה

הראשונה היא הספק בנוגע ליכולתו של הדין הפלילי להשפיע על אמון הציבור. יכולתו של הדין הפלילי להשפיע על רגשות, תחושות ועמדות במישור הנפשי מוגבלת באופן כללי, וברור שהשפעה זו חלשה בהרבה מהשפעתו על התנהגות רגילה. במיוחד קיים ספק בנוגע לאפשרות השפעה של האמצעי הפלילי כאשר מדובר ברגשות חיוביים כמו אמון. אמנם, אין ספק כי השתקה מוחלטת של ביקורת עשויה למנוע פגיעות באמון הציבור ברשויות השלטון, שכן בדרך זו לא יגיעו פגמים בתפקודן של רשויות השלטון לידיעת הציבור הרחב. אולם, בהינתן נקודת המוצא של חברה דמוקרטית שנקודת המוצא שלה היא חופש ביטוי, במיוחד בנושאים ציבוריים, ושהגבלתו של חופש ביטוי זה היא חריג, קשה לשער שמניעתו של דיון חופשי (ובמיוחד הבעת תחושות שליליות) בנושאים ציבוריים, תתרום להגברת האמון ברשות השלטונית המופקדת על נושא ציבורי. מניעה כזאת עלולה להיתפס כמונעת מרצון להסתיר תפקוד לקוי של השלטון. לכן, נראה שאיסור פלילי על ביטויים המבטאים תחושות שליליות יאפשר אמנם ענישה, אך לא ישיג את המטרה של מניעת והדברת תחושות כאלה. יתר על כן, קיימת סכנה ממשית שתוצאתו של איסור כזה תהיה פגיעה באמון הציבור. דיכוי דעות עלול להוליך דווקא לעידוד ההחזקה בהן, ולהתנגדות, בזו ומרי כלפי השלטון. הסכנה שאיסור על ביקורת דווקא יפגע באמון הציבור בגוף שעליו מנסים להגן חזקה במיוחד כאשר מדובר באמון הכללי והמתמשך של הציבור ברשויות השלטון. בניית אמון היא תהליך מורכב וממושך, ואף ההגנה על אמון קיים מפני ביטויים העלולים לפגוע בו, מחייבת שימוש באמצעים עדינים, שספק אם המשפט הפלילי נמנה עליהם. בשל כך, נראה שהעמדה לדין פלילי של מתבטאים נגד רשויות השלטון עשויה לתרום בעיקר לאמונם של אלה שממילא אין סכנה שיושפעו מביטויים כאמור. בעוד שדווקא לגבי האנשים העלולים להיות מושפעים מביטויים כאלה, היא עלולה לחזק את הנטייה לחוסר אמון.

כך, למשל, דומה שהעמדה לדין של רבנים ופוליטיקאים חרדים בישראל, בשל ביקורתם החריפה כנגד מערכת המשפט, עלולה דווקא להגביר את חוסר האמון בקרב האוכלוסייה החרדית המושפעת

מדבריהם. לעומת זאת, דיון חופשי בתפקודן של רשויות השלטון עשוי דווקא לחזק את האמון בהן.

החשש שקביעת איסור על ביטוי הפוגע במעמד הרשות יפגע באמון הציבור נובע גם מכך שקביעת איסור כאמור ואכיפתו עלולות להיתפס על-ידי הציבור כפעולות לא ענייניות. הסיבה הראשונה לכך היא שפעולות אלה עלולות להיתפס כפעולות שמונעות על-ידי האינטרס של רשויות השלטון, ובמיוחד רשויות אכיפת החוק, בשמירה על מעמדן הן. הסיבה השניה היא שפעולותיהן של רשויות השלטון כנגד ביקורת כלפיהן עלולות להיתפס בעיני הציבור כהתערבות לא ראויה במחלוקת פוליטית. זאת, מפני שחלק מהביקורת על רשויות השלטון (והחלק שזוכה לרוב לפרסום הרב ביותר) הוא ביקורת על השלטון ביחס לפעולות שלטוניות שההצדקה להן שנויה במחלוקת ציבורית. לכן, רשויות השלטון הפועלות נגד הביקורת עלולות להיתפס כמונעות על-ידי שיקולים זרים, בכך שהן מעדיפות השקפה פוליטית אחת על-פני רעותה. ברור שתפיסה כזו עלולה לפגוע קשות באמון כלפי הרשויות שרוחש חלק הציבור שרואה את עצמו כשייך למחנה הפוליטי השני. חשש זה התממש בשנים האחרונות בישראל. הביקורת הקשה שנמתחה על רשויות אכיפת החוק, ובעיקר על העומדים בראש מערכת התביעה ועל בית-המשפט העליון ונשיאו, נהפכה לסוגיה השנויה במחלוקת פוליטית. מצד אחד, מותחי הביקורת היו רבנים בעלי השפעה פוליטית רבה, ובראשם הרב עובדיה יוסף, מנהיג תנועת ש"ס. מצד שני, חלק ממבקרי הביקורת שהגנו על רשויות התביעה ועל בתי-המשפט היו אישים פוליטיים גם הם. במצב כזה, היה ברור שהחלטה של רשויות התביעה על פתיחת חקירה או על העמדה לדין, הייתה נתפסת כמעורבות בוויכוח הציבורי והפוליטי ואין ספק שהייתה עלולה לפגוע בתדמיתן. החשש שאכיפת הדין הפלילי תפגע בתדמיתן של הרשויות העוסקות בכך אינו יכול להוות שיקול מכריע כאשר מדובר בהגנה על אינטרסים מוחשיים. כך, למשל, ברור שאין היגיון באי אכיפה של האיסורים על פגיעות פיזיות או רכושיות בנושאי משרות ציבוריות, אף אם אכיפת החוק ביחס למפרי איסורים אלה עלולה להיתפס כנמרצת במיוחד. אולם, כאשר באים להגן

על אמון הציבור ברשויות, יש לבחון היטב האם התועלת בקיומן ובאכיפתם של איסורים מסוג זה אכן עולה על חסרונותיהם, בין השאר, מההיבט של הפגיעה בתדמית הרשויות הנתפסות כמגינות על עצמן וכמעורבות בוויכוח הפוליטי.

השיקול האחרון בנוגע ליעילות המשפט הפלילי לקידום האמון ברשויות השלטון הוא שהעמדתם לדין של אנשים שמתחו ביקורת על השלטון, אף ביקורת שקרית, עלולה להגביר את השפעתו השלילית של הביטוי מבחינת הפגיעה באמון הציבור ברשות. ישנן מספר סיבות לכך: ראשית, עצם ההתייחסות הרשמית לביטוי מפנה אליו את תשומת הלב ומעניקה לו ממד של חשיבות שלא תמיד הוא ראוי לו. בפרט קיים חשש שהעמדה לדין תגרום לכך שהציבור יחשוד שיש גרעין של אמת בביקורת. זאת, מפני שהעמדה לדין מצביעה על סכנה שקיימת במיוחד ביחס לביקורת שיש בה לפחות שמץ של אמת. שנית, העמדה לדין בגין ביקורת מחייבת התייחסות אליה בפסק-הדין, דבר שמעניק לה במה נוספת. שלישית, העמדה לדין פלילי מחייבת לאפשר לעושה הביטוי להגן על עצמו, וכך בהכרח מעמידה לרשותו במה נוספת, רשמית, להצגת טענותיו, העשויות להיות לא מוצדקות. ולבסוף, במקרה של זיכוי עקב אי הוכחת האישום מעבר לספק סביר, אי התקיימות יסוד נפשי וכדומה, עלול להינתן הכשר גם ברמה הציבורית לביטוי שעלול להיות פסול ביותר. לכן, יש חשיבות רבה לשיקול הדעת של רשויות התביעה בהעמדה לדין בגין ביטויים המפירים את האיסורים המגינים על מעמדן של רשויות השלטון, אף כאשר הביטוי אינו לגיטימי, כדי להימנע מכך שההעמדה לדין תפגע באינטרס המוגן יותר מאשר הביטוי שבגיניו מעמידים לדין. בפסיקה הישראלית ניתן למצוא מספר רב של דוגמאות להפעלת שיקול דעת לא נכון של רשויות התביעה, מבחינה זו שרק עקב העמדתם לדין זכתה ביקורתם בפעם הראשונה לתשומת לב ויצרה סכנה לאמון הציבור ברשות המבוקרת.

בעיה אחרת שנוצרת עקב קיומם והפעלתם של איסורים על ביטויים נגד רשויות השלטון היא הסכנה שהם יוליכו להרתעת יתר, גם ביחס לביטויים לגיטימיים וחשובים. סכנה זו מתחזקת ככל שהאיסור

מנוסח באופן בהיר פחות, כמו בישראל ובשיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל. לכך יש חשיבות מיוחדת אם זוכרים שהמטרה הסופית אינה אמון הציבור כשלעצמו, אלא האמון המוצדק בתפקודן הראוי של רשויות השלטון (כאמצעי לשיפור תפקודן), מפני שביקורת ציבורית חופשית על רשויות השלטון היא מרכיב חשוב לא רק בביסוס האמון בהן, אלא גם ביעילות תפקודן הנאות. במדינות ששיטת המשפט שלהן מבוססת על המשפט המקובל האנגלי הועלו טענות כי האיסור העמום של scandalising the court פגע באיכות הדיון הציבורי בתפקודה של הרשות השופטת בכך שהרתיע את הציבור, ובמיוחד את ציבור המשפטנים וכלי התקשורת, מפני דיון בתפקודם של בתי-המשפט, ובמיוחד מדיון בנושאים רגישים או מביכים, כמו, למשל, ההטיה החברתית של שופטים, ומביקורת על בתי-המשפט. הערכות כאלה, מעצם טיבן, קשות להוכחה, אך הן נתמכות בהסכמה הרחבה על כך שיש הבדל באופי (המתון יותר) ובמידה (הפחותה יותר) של הביקורת על בתי-המשפט בהשוואה לרשויות אחרות.

שיקול מסדר שני נגד קיומם של האיסורים על ביטויים כנגד רשויות השלטון (מנקודת המבט של יעילות ההגנה על תפקודן הנאות של רשויות השלטון), הוא ההשפעה השלילית שיש לקיומם של האיסורים במישור של איכות הביטוי העוסק בהערכת תפקודן של הרשויות. כאמור, אין להבין את ההצעה לביטול האיסורים האמורים כמבוססת על ההנחה שאין אפשרות להבחין בין ביטויים שונים על-פי איכותם מבחינת התוכן (או על ההנחה שכולם מוצדקים לגופו של עניין), אלא רק על חוסר האפשרות לעשות זאת במסגרת הדין הפלילי. להבחנה בין ביקורת נכונה לביקורת חסרת בסיס יש חשיבות רבה במישור הדיון הציבורי. שימוש באיסורים משפטיים על ביקורת עלולה לפגוע באיכות הדיון הציבורי, ואף להעלימו, מפני שהוא מוליך לעתים בפועל לכך שעיקר הדיון בהצדקה לביטוי ייערך במישור המשפטי. תופעה שלילית נוספת היא שההכרעה המשפטית נתפסת לעתים, בטעות, גם כהכרעה במישור הציבורי בנוגע להצדקה של הביטוי, מפני שניתן משקל רב יותר למסקנה הסופית (העמדה לדין או לא);

הרשעה או זיכוי) ולא לנימוקיה שעשויים לא לגעת בהצדקה לביטוי מבחינת תוכנו.

ההיבט האחרון שיש להזכיר מבחינת השלכות השימוש במשפט להגנה על אמון הציבור בשלטון הוא הסכנה של עשיית שימוש לרעה באיסורים האמורים על-ידי השלטון, ובעיקר על-ידי הרשויות המופקדות על אכיפת החוק הפלילי. כבר עסקנו בסכנה הכללית של הסדרה לא ראויה של סוגיית חופש הביטוי על-ידי השלטון, ובמיוחד בסיבות המעלות חשש מיוחד להגבלת יתר של חופש הביקורת כלפי השלטון, עקב האינטרסים המיוחדים שיש לשלטון בהקשר זה. כאן יש להזכיר את החומרה המיוחדת שיש לעשיית שימוש לרעה באיסורים על ביקורת כלפי רשויות השלטון באמצעות המשפט הפלילי, שמעניק כוח עצום לרשויות אכיפת החוק, וכאמור הוא האמצעי הרשמי החמור ביותר מבחינת השפעתו על הפרט. הניסיון מראה כי הסכנה של שימוש לרעה בדין הפלילי התממשה בהקשר של האיסורים על ביקורת כלפי רשויות השלטון, הן בישראל והן ובמדינות אחרות. לעתים קרובות נעשה שימוש לא מוצדק ולא שוויוני באיסורים אלה, כאשר המניע לכך נראה לעתים לא רק מוטעה אלא אף לא ענייני. בפרט, נטען שהאיסור על scandalising the court טומן בחובו פוטנציאל גדול לשימוש לרעה ולהפעלה שרירותית כאמצעי למניעת ביקורת כלפי בתי-המשפט.

### **חופש הביטוי נגד רשויות השלטון – הצעה לביטול האיסורים המגנים על מעמדם של רשויות השלטון**

השלב האחרון בדיון מחייב פנייה למכלול הטיעונים לשם בחינת השאלה אם יש הצדקה לקביעת איסור פלילי שמיועד להגן על מעמדם של רשויות השלטון באמצעות מניעת ביטויים שליליים וענישה נגדם. דבר זה צריך להיעשות לאור עקרונות (חוקתיים) ראויים של משטר ומשפט. בפרק השלישי ראינו שהאיסורים הקיימים בישראל (ובמדינות אחרות) אינם עומדים באמות-המידה האלה. לפיכך, נתמקד כאן בשאלה אם יש ההצדקה לאיסור כלשהו המיועד להגן על מעמדם

הציבורי של רשויות השלטון באמצעות מניעת ביטויים ביקורתיים בנוגע לתפקודן. נפתח בסוגיה הכללית של חירות הביטוי נגד רשויות השלטון ולאחר מכן נתייחס לשיקולים הנוספים המיוחדים לרשות השופטת.

נקודת המוצא היא מסקנת הפרק השני, שלפיה האינטרס הלגיטימי באמון הציבור ברשויות השלטון הוא מוגבל וכלל לא חד-משמעי. היחס הראוי כלפי רשויות השלטון איננו יחס של אמון מוחלט או עיוור, אלא להפך – יחס של חשדנות וביקורת. בהתאם, האינטרס הלגיטימי הוא רק האמון המוצדק של הציבור, המבוסס על נתוני אמת, בתפקודה הנאות של הרשות השלטונית לפי הדין. אינטרס זה אינו בעל ערך עצמאי אלא רק אמצעי ליעילות תפקודן של רשויות השלטון כשתפקוד זה דרוש למען הפרטים בחברה, והוא מוגבל למידה שבה הוא נחוץ להשגת המטרה האמורה. אמון של הציבור עשוי לתרום להפעלת סמכויות מסוימות, ואף עשוי להיות הכרחי להשגה מלאה ומושלמת של מטרות מסוימות. אולם, רובן המכריע של סמכויות השלטון ניתנות להפעלה באופן סביר גם אם האמון שרוחש הציבור לרשות המפעילה את הסמכות אינו גבוה. לפיכך, אינטרס זה הוא משמעותי בתחומים מסוימים בלבד.

כאשר עוברים לשאלת ההגנה על האינטרס, יש לזכור שאף בתחום שבו האינטרס לגיטימי ומשמעותי, אין בהכרח מקום להגן עליו באמצעות המשפט. מורכבותה של שאלת היחס הנאות כלפי רשויות השלטון מחייבת איזון עדין בין החשדנות ובין האמון של הציבור כלפי רשויות השלטון; ועולה השאלה האם התערבות של המשפט עלולה להפר איזון עדין זה. יש לזכור שלנורמות המשפטיות, בייחוד בתחום המשפט הפלילי, יש, בדרך-כלל, משמעות מעבר לנפקות הפורמלית שלהן. בייחוד אמורים הדברים ביחס לתחום הביניים שבין, מצד אחד, התחום המוסרי המובהק, אשר הנורמות הכלולות בו הן בעלות תוקף אף ללא הגיבוי המשפטי הנלווה אליהן, ובין, מצד שני, התחום של ההסדרה הטכנית של נורמות בנושאים מקצועיים וכדומה, שעיקר משמעותן היא אכן מוגבלת לנפקות המשפטית הישירה שלהן. סוגיית היחס הראוי כלפי רשויות השלטון

נכללת בתחום ביניים זה, שיש בו לנורמה המשפטית (העונשית) השפעה משמעותית על יחסם של הבריות אל רשויות השלטון, אשר באה לידי ביטוי לא רק בהימנעות מהפעולות האסורות על-פי חוק אלא גם בדרכי מחשבה והתנהגות בתחום, גם אלו שאינן מוסדרות על-ידי הנורמה. קביעתה (או אי קביעתה) של נורמה בתחום זה עשויה להוות, לפחות ביחס לחלק מהציבור, אבן דרך בנוגע ליחס הראוי כלפי רשויות השלטון. קביעתה של נורמה שלפיה אסור (ואף, במובן החמור ביותר שיש לאיסור מצד המדינה – במסגרת המשפט הפלילי) להתבטא נגד רשויות השלטון באופן שיש בו כדי לפגוע במעמדן בעיני שאר האזרחים, עלולה לגרום לעמדה של כבוד כלפי רשויות השלטון. מול נורמה כזאת אין נורמה נגדית העומדת על חשיבות הצד השני של המטבע, דהיינו החשדנות. השתרשותה של עמדה כזו של כבוד כלפי רשויות השלטון עלולה להרתיע מביקורת על תפקודן של רשויות השלטון ולהימנעות מערעור על מעמדם. זאת, אף כאשר אין הצדקה לעמדה כזו, אלא להפך, מתבקש פיקוח ודרושה ביקורת. סכנה זו מעלה את השאלה האם ראוי אכן להתערב בתחום הנדון באופן חד צדדי או שמא עדיף להימנע מכך, לפחות כאשר מדובר בהתערבות משפטית. לדעתי, אין לקבוע נורמה המחייבת הימנעות מביקורת כלפי רשויות השלטון בנושאים הקשורים לתפקודן (ומקרינה כבוד כלפיהן) כל עוד אין ביטחון בקיומה של נורמה חברתית נגדית חזקה, המעניקה לגיטימציה חזקה לבחינת תפקודן של רשויות השלטון. הקריאות הרבות שהזכרתי במבוא בזכות העמדה לדין של מותחי ביקורת על תפקודן של רשויות אכיפת החוק, שלפחות חלקן היו בבירור מוגזמות, מציבות סימן שאלה ביחס לעוצמתה של נורמה כזו בישראל. כל עוד אין ביטחון ביחס לקיומה של נורמה ברורה כזו, די בכך כדי להתריע מפני מעורבות שתטה את הכף דווקא בכיוון ההפוך, באופן העלול להפר את האיזון.

הגנה על אינטרס חברתי באמצעות המשפט הפלילי, שהוא הכלי המדינתי הנוקשה ביותר, מחייבת, לא רק קיומו של אינטרס לגיטימי, אלא גם אינטרס חשוב דיו להצדקת הפגיעה הכרוכה בשימוש במכשיר זה. אמון הציבור בשלטון אינו אינטרס חיוני, או אף בעל



חשיבות מהדרגה הראשונה. כאמור, אמון זה נועד לאפשר תפקוד יעיל של רשויות השלטון העשוי להיות דרוש לשם הגנה על אינטרסים של פרטים. חשיבותם של האיסורים על ביקורת נגד רשויות השלטון מותנית, לכן, בחשיבותו של אמון הציבור לתפקוד יעיל של רשויות השלטון ובחשיבות התפקוד היעיל להגנה על האינטרסים של פרטים. לגבי שני המרכיבים הללו קיים ספק של ממש. לכן, אינטרס האמון (המוצדק) של הציבור ברשויות השלטון אינו, לדעת, אינטרס כה מכריע שיש בו כדי להצדיק איסור עונשי, על הפגיעה הכרוכה בו בחירות ובכבוד, הגיוני החברתי הנלווה להפעלתו והסנקציות החמורות הצפויות למפר האיסור.

שיקול מרכזי נוסף נגד קביעת איסור פלילי על ביקורת כלפי רשויות השלטון הוא היקפו של איסור כזה. כפי שראינו בפרק השלישי, ההבחנה בין ביקורת לגיטימית לפסולה מורכבת מאוד. המשפט הפלילי הוא כלי גס מכדי לבטא את כל הדקויות של הבחנות אלה, גם אם באופן תאורטי הן שרירות. לכן, אם דוחים את האפשרות של קביעת איסור עמום, שיותר שיקול דעת רחב לרשויות התביעה – שמנוגדת לעקרונות יסוד של המשפט הפלילי וכרוכה בפגיעה קשה בחירות הפרט ובדיון החשוב בתפקודן של רשויות השלטון – חייבים להגביל את האיסור בהתאם לתנאים שצינתי בפרק השלישי. איסור צר כזה, על ביטויים עובדתיים-קונקרטיים שקריים בלבד, יהיה רלוונטי במקרים נדירים ביותר, ולכן ספק רב אם הוא עשוי לשפר במידה ממשית את ההגנה על אמון הציבור ברשויות השלטון.

יש לזכור שאפילו לאיסור צר כזה – על ביטוי עובדתי שקרי – יש מחיר במונחים של חופש הביטוי. האינטרס בהתרתו של ביטוי שקרי הנעשה במודע אינו חזק אמנם כמו בביטויים ביקורתיים אחרים העוסקים בתפקודם של רשויות השלטון, אך אין הוא נטול כל משקל. ביטוי כזה יכול לשמש דרך לשחרור זעם. הוא עשוי גם לחשוף את המניע שהוליד את האדם לשקר, דבר שיש לו חשיבות לעתים. כמו כן, התרת הביטוי תאפשר את הפרכתו של השקר, מה שעשוי לחזק ולבסס את אמון הציבור בתפקודה הנאות של הרשות. יתר על כן,

אם המקרים היחידים שבהם עשויה להיות הצדקה להעמדה לדין הם אלו שבהם מוטחת האשמה עובדתית שקרית ברשות, אז שיקום האמון במקרים אלה יכול וצריך להיעשות באמצעות חשיפת השקר שבהאשמה. העמדה לדין באה בחשבון רק לאחר שהוברר שאכן מדובר בהאשמה שקרית, ולא ברור כיצד עשויה העמדה לדין לשקם את האמון, אם האמון לא שוקם באמצעות חשיפת השקר.

כאשר מצטרף לשיקולים אלה הספק הקיים לגבי יעילות האיסור הפלילי להגנה על אמון הציבור ברשויות השלטון, במישורים השונים שהזכרתי, נראה לי שהמסקנה היא שתרומתו של איסור כזה לאינטרסים שהוא נועד לקדם תהיה, לכל היותר, שולית. תרומה כזאת אינה יכולה להצדיק שימוש בכלי הפלילי. מסקנה זאת מתחזקת אם לוקחים בחשבון את התוצאות השליליות של הגנה על תדמית רשויות השלטון באמצעות הדין הפלילי: הסכנה של הזנחת הדיון הציבורי החשוב בערכו של הביטוי המבקר את רשויות השלטון והתמקדות בבחינתו במשקפיים של המשפט הפלילי בלבד; והחשש המיוחד, שכאמור מבוסס גם על הניסיון ההיסטורי, מהסדרה לא ראויה של התחום הנדון בידי השלטון, הן במישור של קביעת האיסור והן במישור של אכיפתו, ואף הסכנה של שימוש לרעה באיסורים כאלה. משקלם המצטבר של השיקולים נגד האיסורים על ביקורת כלפי השלטון מכריע בבירור את הכף. חשיבותו של הביטוי העוסק בתפקודן של רשויות השלטון רבה. לעומת זאת, ההגנה על אמון הציבור ברשויות השלטון בעייתית מבחינה עקרונית ומפוקפקת מבחינה מעשית. לכן, יש להכריע בעד חירות הביטוי נגד השלטון ונגד האיסורים על ביקורת עליו. בהתאם, יש לבטל את האיסורים הקיימים בתחום זה כמו האיסור הקיים בשיטות המשפט המקובל על *sedition libel*, שבצדק תואר כסימן היכר של חברה שאינה חופשית, והאיסורים הקיימים בישראל על המרדה ועל העלבת עובדי ציבור.

המסקנה שלפיה אין מקום לאיסורים הנדונים לא התקבלה אמנם בכל שיטות המשפט, אך היא תואמת את עמדתן, לפחות למעשה, של רובן. עמדה זו באה לידי ביטוי בהעדרם של איסורים מסוג זה

במדינות מסוימות, בפסילת תוקפם של איסורים מסוג זה בשל היותם לא חוקתיים, כפי שנעשה בארצות הברית, בצמצום של איסורים כאלה, שמקורם בזמנים עברו, באמצעות מגבלות דוגמת אלה שהטילו בית הדין האירופי לזכויות אדם, בית הלורדים באנגליה ובתי-המשפט בקנדה, ובמדיניות עקבית של אי אכיפתם, כפי שנעשה באנגליה, באירלנד ואף בישראל לגבי החלופה הרלוונטית באיסור על המרדה. המסקנות האמורות תקפות בעיקרן גם לגבי האיסורים על ביקורת כלפי הרשות השופטת. בחנו את הטענה, שלפיה לבתי-המשפט יש ייחוד היוצר הצדקה מיוחדת (בהשוואה לשאר רשויות השלטון) להגבלה של חופש הביקורת עליהם. ראינו שהתמונה מורכבת. ישנם שיקולים שאכן מייחדים את הרשות השופטת משאר רשויות השלטון, בעיקר מבחינת טיבו וחשיבותו של האינטרס באמון הציבור לאור אופיים של חלק מתפקידיהם. מצד שני, ייחודה של הרשות השופטת בהשוואה לשאר רשויות השלטון איננו בחולשתה ("אין לה חרב וארנק", "שופטים אינם יכולים לענות לביקורת"). לבתי-המשפט יש סמכויות פוגעניות. לרשות השופטת יש אמצעים שונים להשיב על הביקורת כלפיה. לבתי-המשפט יש אף ייחוד הפוך: המעמד החזק של שופטים והרתיעה הקיימת במדינות רבות מצד הציבור, ובמיוחד מצד משפטנים ואנשי תקשורת העוסקים בתחום המשפט, מדיון ביקורתי בתפקודם של בתי-המשפט. בשל הרתיעה מביקורת כלפיה, ייחודה של הרשות השופטת הוא דווקא בהיותה הרשות השלטונית הכי פחות מבוקרת.

לביקורת על בתי-המשפט בישראל חשיבות מיוחדת מסיבה קשורה נוספת: העדר גוף קבוע שתפקידו לפקח על תפקוד בתי-המשפט. זאת, בניגוד למדינות אחרות שבהן ישנן ועדות קבועות שתפקידן לבחון התנהגות של שופטים, אם (במקרה של ביקורת מוצדקת) כדי לבחון את הצורך באמצעי משמעת, ואם (במקרה של ביקורת לא מוצדקת) כדי לנקות את שמם של שופטים מהאשמות שווא.

שיקולים נוספים נגד איסור פלילי על ביקורת תקפים במיוחד ביחס לבתי-המשפט. כך, הספק בנוגע ליעילותם של האיסורים על ביקורת כלפי רשויות השלטון חזק במיוחד בכל הנוגע לרשויות אכיפת

החוק, אשר אוכפות איסורים אלה, ובראשן בתי-המשפט. בישראל התממש גם החשש שקיומו של איסור פלילי יגרום להתמקדות הדיון בביטויים נגד רשויות השלטון במישור הפלילי תוך הזנחת המישור הציבורי, בנוגע לביקורת כלפי בתי-המשפט והרשות השופטת. לעתים קרובות התמקד, ולעתים אף התמצה, הדיון הפומבי בביקורת שהוטחה בבית-המשפט בשאלה האם יש מקום להעמיד לדין את המתבטא, תוך הזנחת הדיון החשוב בביטוי עצמו לגופו של עניין.

לאור התמונה המלאה נראה שאין הצדקה עניינית לגישה שונה כלפי בתי-המשפט בהשוואה לרשויות השלטון האחרות. לדעתי, המסקנה שלפיה אין מקום לאיסור פלילי על ביקורת, מכל סוג, המכוונת כלפי רשות שלטונית, חלה גם ביחס לבתי-המשפט. הרתיעה המסורתית מביקורת על בתי-המשפט מחזקת מסקנה זו שכן היא מחייבת עידוד של דיון חופשי וביקורתי בתפקודם. דיון כזה חיוני לאור חשיבות הפיקוח על תפקודה של הרשות השופטת, בשים לב לסמכויות הפוגעניות שבידיה. לכל הפחות, יש להימנע מהצבת מכשולים מיוחדים בדרכו של דיון ביקורתי כזה, במיוחד בצורת איסורים פליליים המשקפים את הגינוי החברתי הפורמלי החזק ביותר.

לסיום, יש ערך סמלי וחינוכי באימוץ עיקרון של חופש ביטוי מוחלט בנוגע לתפקודן של רשויות השלטון. לכן, בייחוד אם מתחשבים גם בשאר השיקולים, עדיף, לדעתי, שלא להציב, במקום האיסורים הקיימים בתחום, אף את האיסור הצר שעשוי להיות לגיטימי מבחינת האינטרס המוגן.

חיזוק למסקנה שאין מקום לאיסור פלילי על ביקורת כלפי בתי-המשפט, עולה מבחינת השוואתית של הדיון. בחינה כזו מעלה, שאיסורים כאלה אינם אוניברסליים, שקיימת מחלוקת בנוגע להצדקתם, שאכיפתם מועטה ושהפרתם אינה נתפסת כמעשה חמור המחייב תגובה משמעותית. על אף שהוועדות שדנו בשאלה זאת במספר מדינות (אנגליה, אירלנד, אוסטרליה, קנדה) לא אימצו את המסקנה שראוי לבטל את האיסור, הבחינה מעלה כי קיימת מגמה ברורה וחד-כיוונית של צמצום האיסורים האמורים ואף של ביטולם.

באף מדינה לא נחקק איסור חדש ולא הורחב איסור קיים על ביקורת כלפי רשויות השלטון, ואף לא הוצע לעשות כך. יתר על כן, כל שינויי הדין, בחקיקה ובפסיקה, וכל ההצעות לשינויים בדין (שהיו תכופים למדי במחצית השנייה של המאה העשרים), הם בכיוון אחד: צמצום האיסור ואף ביטולו. במדינות מסוימות, כמו ארצות הברית וקנדה, הוטלו מגבלות חוקתיות על קביעת איסורים על ביקורת כלפי בתי-המשפט שמשמעותן המעשית היא ביטולם של איסורים כאלה. גם בית הדין האירופי לזכויות אדם הטיל מגבלות חוקתיות מסוימות על השימוש באיסורים מסוג זה. באנגליה לא נאכף האיסור על ביקורת כלפי בתי-המשפט זה שנים רבות. במדינות אחרות, כמו צרפת, אוסטרליה וניו-זילנד יש אכיפה מצומצמת של האיסורים הרלוונטיים.

## סיכום

אופיו של הביטוי הטיפוסי, כפעולה שאינה גורמת באופן ישיר לפגיעות מוחשיות, מאפשר לשקול את הרעיון של חופש ביטוי מוחלט. עם זאת, ספק אם יש מקום לתפיסה גורפת המעניקה חופש ביטוי מוחלט בכל ההקשרים. זאת, מפני שיש ביטויים שהסכנה הטמונה בהם היא רבה בעוד שערכם מועט. ואולם, הגישה הדוגלת בחופש ביטוי מוחלט מתקבלת על הדעת בהקשרים מסוימים, שבהם הטעמים להתרת הביטוי חזקים והטעמים להגבלתו מוגבלים. בפרט יש מקום לחירות ביטוי מוחלטת כאשר ערכו של הביטוי רב והפגיעה שהוא עלול לגרום אינה ברורה או אינה חמורה. בכל הנוגע לביקורת על השלטון ומוסדותיו יש מקום לתפיסה מוחלטת של חופש הביטוי. הטעם לכך הוא ערכו הרב של הביטוי העוסק בתפקודן של רשויות השלטון, טיבו הבעייתי, ומכל מקום, הצר והמוגבל, של האינטרס בהגנה על מעמדן של רשויות השלטון וחוסר התאמתו של המשפט בכלל והדין הפלילי בפרט להשגת המטרה האמורה.

האיסורים על ביקורת כלפי רשויות השלטון משקפים תפיסה משטרית פסולה, שעבר זמנה, המעניקה משקל עצמאי למעמד

השלטון. הניסיון להתאים איסורים אלה לתפיסה המקובלת בימינו, הרואה את הפרט כריבון ואת רשויות השלטון ונושאי המשרות השלטוניות כנאמניו, באמצעות שינוי תפקידם של איסורים אלה להגנה על אמון הציבור ברשויות השלטון, נכשל. בחינה עניינית מעלה שאין הצדקה לאיסורים על ביקורת כלפי השלטון במסגרת תפיסה השמה במרכז מעייניה את הפרט.

חופש ביטוי מוחלט בכל הנוגע לתפקודן של רשויות השלטון ולביקורת עליהן משקף תפיסה ראויה: היותם של השלטון ומוסדותיו אמצעי שכל תכליתו היא רווחת הפרט. גישה זו מבטאת גם הכרה בריבונות האדם, כיצור אוטונומי ובעל יכולת חשיבה, המסוגל לגבש בעצמו, ללא התערבות שלטונית, את השקפותיו בנוגע לדרך תפקודו של השלטון.

## פגיעה ברגשי דת\*

שחר גולדמן, מרדכי קרמניצר, ערן טמיר

האינטרס המוגן שבו דן חיבור זה הוא הרגשות הדתיים. ניתן לפגוע באינטרס זה על-ידי סוגים שונים של התקפות. התקפה מסוג אחד היא התבטאויות ששוללות את אנושיותו של האדם בשל השתייכותו הדתית. התקפה כזו, מאחר שהיא מביעה שלילה של צלם האדם, טומנת בחובה, בנוסף לפגיעה ברגשות, אלמנט של פגיעה בכבוד האדם, ואף – כפי שההיסטוריה מלמדת – סכנה של פגיעה פיסית בפרט ובבני קבוצתו. כפי שיוסבר להלן, אנו סבורים שיש הצדקה להגנה מפני פגיעות כאלה במסגרת האיסור על הסתה גזענית. התקפה מסוג שני היא התבטאויות המתעמתות – לעתים באופן חריף – עם תפיסתו הדתית של האדם. הן אינן שוללות את אנושיותו או עושות דמוניזציה שלו כאדם. הן אינן מייחסות לו תכונות טבעיות שליליות כלשהן בשל דתו. על כן אין בהן אלמנט של פגיעה בכבוד, ובדרך כלל אף לא סכנת אלימות. הן שוללות את השקפותיו ואורח חייו. פגיעתן מתמצה בכך שהן מתריסות כנגד אמונה בסיסית של האדם, שהוא רואה אותה כמקודשת, ומתקומם כנגד שלילתה. לדעתנו, אין מקום בחוק העונשין לעברה שעניינה הגנה כללית על רגשות הקשורים לדת ולאמונת האדם הדתי.

לעמדה זו כמה סיבות:

אנו מכירים בקיומו של הערך החברתי שעניינו הגנה מפני פגיעה ברגשות בכלל, ומפני פגיעה ברגשות דת בפרט. לכל אדם יש אינטרס מובהק ברגשותיו האישיים. האדם חפץ להנות מרגשות חיוביים ולהימנע מרגשות רעים, ובייחוד כאשר התעוררות רגשית רעה נובעת או מקושרת לאמונתו וערכיו הדתיים. פגיעה ברגשות עלולה להפריע לפרט למצות את יכולותיו ולממש את עצמו. עם זאת, נראה שאין הצדקה מספקת לשימוש במשפט הפלילי כדי למנוע פגיעות ברגשות דתיים, וגם אילו היתה הצדקה כזו, המשפט הפלילי היה מתקשה לטפל בתחום של פגיעה ברגשות.

\* הדברים מבוססים על נייר עמדה העתיד להתפרסם על-ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה. נייר העמדה נכתב על-ידי שחר גולדמן, מרדכי קרמניצר וערן טמיר.

### העדר הצדקה מספקת לאיסור

יש להבחין בין מידות שונות של חומרה בפגיעה ברגשות. אין חומרתם של עלבון או ביזוי חד פעמיים כחומרתה של התעללות רגשית מתמשכת. עלבון יחיד עלול לגרום לתחושות קשות, אך אלה יחלפו (או יתעממו) תוך פרק זמן מוגבל, ולא תהיה להן השפעה ארוכת טווח כלשהי על הנפגע. לעומת זאת, ביזוי מתמשך של אדם בשל דתו עלול לכונן תפיסה עצמית של חולשה ולפגוע בביטחונו העצמי, שהוא מפתח לביטוי ולמימוש. נראה שאין הצדקה לענישה של הפגיעות מן הסוג הראשון, ולו רק משום שהפגיעה באינטרס המוגן אינה פגיעה חמורה.

אולם נראה שגם פגיעות מן הסוג השני אינן מצדיקות הטלת סנקציה פלילית. פגיעות רגשיות, גם קשות ומתמשכות הן תופעה חברתית נפוצה בהקשרים שונים, שמקורה בשוני בין בני אדם – באישיותם, בנקודות הרגישות שלהם, בחשיבות שהם רואים למרכיבים שונים של זהותם, בדעותיהם ובעמדותיהם השונות. במציאות האנושית קשה להימנע מפגיעות כאלו כמעשה שגרה יום יומי. איסור המיוחד לרגשות דת ואמונה דתית פוגע, לדעתנו, בעקרון השוויון ועקרון ההגנות. על אף המאפיינים המובהקים של רגשות דת, אין בהם כדי להצדיק את היבדלות רגשות הקשורים לדת מרגשות מקבילים כגון רגשות לאומיים, אתניים, אידאולוגיים וכו'. המרכיבים המהותיים והחמורים שברגשות דת, קיימים במידה דומה של חשיבות גם ברגשות אחרים. ואולם, יצירת איסור על פגיעה ברגשות מקבילים תגביל בצורה מופרזת ביותר את חופש הביטוי.

השיקול המרכזי שבעטיו אנו מתנגדים לעברה הוא הנזק שעברה זו מסבה לעקרון של חופש הביטוי, הן כפי שהיא קיימת כיום ובוודאי אם רואים לנכון להרחיב את תחולתה. חופש הביטוי הוא ערך יסודי בחברה דמוקרטית, הוא אחד מעמודי השדרה החיוניים על מנת לקיים חברה דמוקרטית ומתקדמת. איסור על פגיעה ברגשות נוטה לפגוע בלב חופש הביטוי, בהצדקות הראשוניות שלו ובעיקרי החירות הבסיסית שלשמה מתקיימת החברה הדמוקרטית. ההגבלות שעלולות לנבוע מההגנה על רגשי דת מסכלות סיכוי אמיתי לשיח מלא,



כן ומפרה. חשיבותו של חופש הביטוי ברורה, אף אם הוא מחייב לשאת במחירים מסוימים מצד קבוצות והיא חיונית במיוחד בחברה פלורליסטית, שבה נתבעות לחיים משותפים קבוצות מנוגדות, מתחרות ולעתים עוינות. אשר על כן, חופש הביטוי דוחה איסור פלילי המגן מפני פגיעה ברגשות ברוח האיסור הקיים כיום בסעיף 173 לחוק העונשין.

בהקשר זה יש להתייחס לצידוק הקבוצתי להגנה על פגיעה קשה ומתמשכת ברגשות. לפי טיעון זה, התבטאויות חוזרות ונשנות כנגד הקבוצה שאליה משתייך הפרט משפיעות באורח קשה על אורח החיים של הפרטים המרכיבים אותה ועל יכולתם לדאוג לאינטרסים המיוחדים לקבוצתם. נזק כזה הוא כה חמור, שהוא מצדיק, לפי הטענה, פגיעה בעקרון האשמה. מבלי להסכים למאזן נזקים זה, הרי שלטיעון אין בסיס גם מטעם אחר. טיעון כזה יכול להישמע במציאות חברתית בה קיימת עוינות כלפי קבוצות דתיות, באופן שמדכא ומשתק אותן. במציאות החברתית הישראלית אין כיום קבוצות דתיות הסובלות מפגיעות עקביות, חוזרות ונשנות, ברגשותיהן הדתיים. הקבוצות הדתיות אינן מיעוטים מושתקים, כמו שהיו המיעוט הנשי או המיעוט הערבי עד העשור האחרון. כך, למשל, קולם של הנוצרים והמוסלמים נשמע בעצמה רבה במאבקים על רקע דתי ביניהם, ובוודאי שהדבר נכון ביחס לקבוצה היהודית הדתית, והראיה – קיומן של התבטאויות קשות של מנהיגים דתיים כלפי הציבור החילוני; ייצוג פוליטי נכבד של הציבור היהודי הדתי. הווה אומר, הנורמות החברתיות הן כלי מספיק להגנה מפני פגיעה קונסיסטנטית בעלת השפעות מתמשכות ברגשות דת, ועל כן אין צורך לפנות למשפט הפלילי השיורי. למסקנה דומה הגיעה הוועדה שבחנה את החוק האנגלי, בציינה כי הלחצים החברתיים המופעלים באנגליה על בני אדם בשל אמונתם הדתית אינם משמעותיים כמו הלחצים החברתיים המופעלים על אנשים בשל גזעם.

### הקושי של המשפט הפלילי לטפל בתחום של פגיעה ברגשות

נראה שהמשפט הפלילי אינו אמצעי מתאים כלל להענקת הגנה מפני פגיעה ברגשות בכלל, ומפני פגיעה עקבית ברגשות בפרט. אין ולא

יכולה להיות תפיסה חברתית אחידה ומוסכמת של ביטויים הנתפסים כפוגעים ברגשות. בני אדם חיים על-פי אורחות חיים שונות ולעתים סותרות ולהם עמדות ודעות שונות ומנוגדות. מה שנראה מקודש לאחדים, עשוי להראות טמא, מגוחך או חסר משמעות בעיני אחרים. האינטרס המיוחד לרגשות מאופיין בסובייקטיביות. ההכרעה מהי פגיעה ומתי אדם נפגע תלויה, במידה רבה, במשתנים אינדיבידואליים. לכן אין אפשרות לדרוש מן המתבטא להבין מתי התבטאותו פוגעת באופן חמור ברגשותיהם של אחרים. מאחר שהמשפט הפלילי נסמך על הבנה אינטואיטיבית של העושה שהתנהגותו היא אנטי-חברתית ככלי לאזהרה ולהכוונה, בהעדרה של הבנה כזו נפגעות האזהרה וההכוונה. נוסף על כך, נראה שאין אפשרות להעניש על בסיס קיומה של פגיעה אותנטית ברגשות. זאת, משום שקשה לזהות פגיעה כזו, שכן האמצעי היחיד לאיתורה הוא דיווח של הנפגע (ואין כל ראיות שאינן תלויות בדיווח, שעלול להיות שקרי). מעבר לכך – מאחר שהפגיעה היא סובייקטיבית ואינדיבידואלית, הסתמכות על קיומה כבסיס לענישה עלול לגרום למצב בו אותה התנהגות היא פלילית במקרה אחד וחוקית במקרה אחר, בהתאם לרגישותו של הקורבן, ובענייננו – התבטאות דומה כלפי דתות שונות עשויה להיות פלילית או חוקית בהתאמה למידת הפתיחות לביקורת של כל אחת מן הדתות.

הסתפקות בפוטנציאל פגיעה גם היא בעייתית. בגלל ריחוק הנזק והאינטרס לשמור על חירות הפעולה, המשפט הפלילי עושה בה שימוש רק כשהערך המוגן הוא בעל חשיבות יוצאת דופן (כמו חיים, בריאות). לא נראה שהגנה על רגשות היא אינטרס בעל חשיבות מיוחדת כזו. בנוסף, השאלה אילו התבטאויות הן בעלות פוטנציאל לפגוע ברגשות דתיים יכולה למעשה להיקבע רק בדיעבד, בעת המשפט. כלומר, עברה שאוסרת באופן כללי על פגיעה ברגשות דת, לוקה בהכרח באי בהירות וחוסר ודאות. היא מחייבת התחשבות במושגים נסתרים מן העין וקשים להערכה כגון רגשות ומידת ההיפגעות האינדיבידואלית של הפרט. משום כך, עברה כזו היא בעייתית מבחינת עקרון החוקיות.

לכך יש להוסיף את הקושי לקבוע מהי קבוצה דתית שפגיעה

ברגשותיה תיאסר. ברי כי התחמקות מן הבעיה על-ידי הימנעות מאזכור מפורש של הקבוצות המוגנות תוסיף נדבך נוסף לפגיעה בעקרון החוקיות.

השאיפה להתמודד עם פגיעה מתמשכת ברגשות (ברמה של תופעה חברתית) מעלה קושי נוסף: המשפט הפלילי בנוי על עיקרון של אשמה, ועל כן בוחן את חומרתו של כל מעשה כשלעצמו, ולא על רקע מציאות חברתית כלשהי, שאינה באשמת העושה.

ולבסוף, איסור על פגיעה ברגשות מעלה קשיים רבים הקשורים לאפשרות באכיפת האיסור. קשיים אלה מטילים בספק את התועלת שביצירת האיסור מול העלויות הכרוכות בו.

לפיכך הערך החברתי, מושא העבודה, אינו כה חיוני ואפיוני אינם תואמים את יסודות החוק הפלילי.

### **בשולי הדברים: תיקונים הדרושים בחקיקה הפלילית**

לאור המסקנה התומכת בביטולה של העברה הפלילית, צריך להקפיד שעקב כך לא תיגרם פגיעה לאינטרסים חיוניים אחרים, שחלקם מכוסים כיום באמצעות עברה זו, בעיקר עקב עמימותו של האיסור.

**א. חופש הדת והפולחן או הזכות לתרבות כנגזרת של עקרון הסובלנות**  
דומה כי ניתן לעצב איסורים שיענו על האינטרס של הגנה מפני פגיעה ברגשות מכוננים דתיים ויעמדו באיזון עם הערכים המתנגשים ובראשם חופש הביטוי, יהיו מוגדרים דיים ויבטאו בבירור את האינטרס המוגן. מרכיב חשוב בעיצוב איסור כזה, הוא הדרישה להתנהגות בעלת חומרה יתרה שאינה משרתת כל ערך פודה. ראוי שיהא ניכר מהתנהגות זו, שהעושה שם לו למטרה לפגוע באחר. מאפיין רצוי נוסף הנובע בדרך כלל מדרישת המטרה הוא שהנפגע או הנפגעים יהיו בחזקת 'קהל שבו'. במקרים אלה, לא תתעוררנה בעיות הכרוכות באכיפת האיסור. אין מדובר בהעלבות גרידא או בהתבטאויות פוגעניות שהן שכיחות למדי, כאלה המותירות שיקול דעת רחב מדי בידי רשויות התביעה, אלא במקרים מוגדרים

ומתוחמים היטב, שהם גם ברורים ומעטים, כך שאכיפת האיסור תהיה גם אפשרית וסבירה ביחס לכמות ההפרות של האיסור. זוהי אמנם התייחסות מצומצמת לנושא הפגיעה ברגשות דתיים, אך היא משמעותית ומיידית. התייחסות זו מנוסחת לעתים כהגנה על חופש הפולחן או הדת<sup>1</sup> או כנגזרת של הזכות לתרבות.<sup>2</sup> יש בה ביטוי לעקרון הסובלנות שהוא ערך חשוב בחברה פלורליסטית, ובלעדיו אין תקומה לערכים ראשוניים כמו חירות וחופש הביטוי. בהקשר זה, יש לומר כי דווקא היפגעות מבטאת לעתים חוסר סובלנות כלפי האחר והעדר מוכנות לקבלו,<sup>3</sup> ואילו התייחסות הממעטה בחשיבות הדברים והענקת לגיטימציה להם משתלבת עם דרישותיה של חברה רב תרבותית ופלורליסטית. אולם, תהא זו פגיעה חמורה בערך הסובלנות, כזו שאין לצפות ליחס סובלני כלפיה, אם אדם יבוא בתחומי מקום מקודש או מקום פולחן ויחלל את המקום ה'מקודש' או יפגע בפולחן הדתי. אשר על כן, נראה כי עברה שעניינה חילול מקומות וחפצים מקודשים (סעיף 170 לחוק העונשין) או עברה שעניינה הפרעה מכוונת לפולחן או אקט דתי אחר (סעיף 171 לחוק העונשין) הן עברות שיש מקום לשמרן בשינויי התאמה ועדכון. מכיוון שערכים מכווננים מצויים אף אצל קבוצות שייכות אחרות, ייתכן ש'חילול' אתרים משמעותיים, או הפרעה מכוונת בטקסים ואירועים של בני קבוצה שאינה בעלת זהות דתית,<sup>4</sup> צריכים להיכלל גם הם באיסור.<sup>5</sup>

## ב. גזענות

בעקבות ההצעה לבטל את סעיף הפגיעה ברגשות דתיים, מוצע לתקן את הגדרת 'הגזענות' בחוק העונשין. זאת, על מנת לבטא מחויבות של חוק העונשין להיאבק בגילויים החריפים ביותר של התופעה החברתית

<sup>1</sup> גרעין האיסור הפלילי של פקודת הנאצה לפי הנשיא אגרנט בפרשת חוגים לאומיים.

<sup>2</sup> א' מרגלית, מ' הלברטל, "ליברליזם והזכות לתרבות", **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל, תשנ"ח.

<sup>3</sup> Raz, J., *The Morality of Freedom*, oxford: 1986, pp. 401-402.

<sup>4</sup> למשל, השחתת קברו של חוזה המדינה, או התפרעות מכוונת בטקס יום השואה או יום העצמאות וכך הלאה.

<sup>5</sup> קדושה בהקשר חילוני – בדרך כלל כאשר נכנס שכול לתמונה, למשל, יום השנה לרצח רבין, טקס יום השואה או יום הזיכרון, וכן ראו ל' ברשק, "בית-המשפט והדת האזרחית", **המשפט ה'**, עמ' 65-35.

השלילית של פרסום ביטויים המסיתים לגזענות, ובהם גם פגיעות באנשים בשל אמונתם הדתית. כיום כוללת הגדרת המונח 'גזענות' – רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכול בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני (ההדגשה לא במקור). לענייננו רלבנטי האיסור על פרסום הסתה לגזענות<sup>6</sup> הכלול בסימן זה. אפיון הערך המוגן באמצעות העברה טרם זכה לפרשנות מוסמכת וברורה, אם כי כנראה שהאינטרס המוגן באמצעותו הוא הגנה מפני ביטויים שמטרת הדובר היא שיגרמו לשומעים לפעול באופן גזעני.<sup>7</sup> אם כך, הערך המוגן אינו מתמצה, כנראה, בהגנה על כבוד האדם. הנזק החברתי חורג מעצם הביטוי הגזעני ופונה לעבר המעשה הגזעני. הסדרת המאבק בגזענות במסגרת חקיקת העונשין בישראל כיום אינה נקייה מקשיים והדעת נותנת כי נדרש עיון מחודש במתכונתו. עיון בהליכי החקיקה של סעיפי הגזענות בישראל מלמד שההצעה להגדרה המשפטית של המונח 'גזענות' כללה במקורה גם מרכיבים של פגיעה הנובעים מטעמים של אמונה דתית.<sup>8</sup> אולם ועדת החוקה של הכנסת בחרה לוותר על מרכיב הדת בעברה.<sup>9</sup> יתר על כן, בדיוניה החליטה הוועדה להוסיף סעיף הגנה אשר קובע כי פרסום ציטוט מתוך כתבי דת וספרי תפילה, או שמירה על פולחן של דת, לא ייחשבו כעברה ובלבד שלא נעשו מתוך מטרה להסית לגזענות.<sup>10</sup>

לאור עמדת המשפט הבינלאומי, המצב במדינות אחרות ולאור ההנמקה שהוצגה לעיל ולפיה אין מקום לאבחנה עקרונית בין רקע דתי לאפיונים אחרים של האדם, מוצע להוסיף את יסוד הדת כמרכיב השתייכות נוסף בהגדרת הגזענות.

<sup>6</sup> סעיף 144 (בא) בחוק העונשין קובע: "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים."

<sup>7</sup> בע"פ 2831/95 עידו אלבה נ' מדינת ישראל, תק-על 3197, 93 נדונו לאחרונה יסודות עברת ההסתה לגזענות. שופטי ההרכב הציגו עמדות שונות לעניין אפיון היסוד העובדתי והיסוד הנפשי. המעיין בפסק הדין נותר לבסוף בלא תשובה ברורה ואחידה לגבי הערך המוגן באמצעות העברה.

<sup>8</sup> "גזענות" – "רדיפה, השפלה, ביזוי או איבה כלפי ציבור, או גרימת מדנים בין חלקים של האוכלוסייה, וכן מעשה עוינות או אלימות והכל בשל השתייכות לגזע, לאום או לדת." הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 24), התשמ"ה – 1985, ה"ח תשמ"ה, 195.

<sup>9</sup> ראו נימוקי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט בהביאו את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית, ד"כ עמ' 1056, 3997, 4314-2875.

<sup>10</sup> סעיף 144 (גב) לחוק העונשין.

מן הראוי לציין כי האיסור על פרסום הסתה לגזענות בנוסחו כיום, טומן בחובו לפחות חלק מהקשיים המתוארים בחיבור זה. הגדרת 'גזענות' כוללת בין היתר גם 'ביזוי' ו'השפלה' (תחושות רגשיות בעיקרן). על כן, איסור פרסום דבר הסתה שעלול להביא לביזוי והשפלה של אדם בשל אמונתו הדתית, מותר חלק מהמכשולים שהם נחלת סעיף 173. יש צורך, כאמור, בבדיקה מחדש של האיסור כך שתביא להגנה מרבית על שלום הציבור מפני גילויים של גזענות תוך שמירה על חופש הביטוי.

### ג. שלום הציבור והחשש מפני אלימות

לעניין ההגנה על שלום הציבור: כאמור, ההיסטוריה החקיקתית, האיסור הקיים במשפט הגרמני והפרקטיקה של המשפט המקובל האנגלו-אמריקני יכולים לרמז על הכללתו בפועל של 'שלום הציבור' כאינטרס חברתי נוסף המוגן על-ידי האיסור. ייתכן שניתן ללמוד מן ההיסטוריה החקיקתית ומפסק דין סוסצקין כי למעשה זהו האינטרס העיקרי להגנה באמצעות האיסור מגביל הביטוי. עם זאת בפסיקת בית-המשפט העליון לא פותחה ההגנה על שלום הציבור, וככלל, הפסיקה נמנעה מלהתייחס להקשר זה. חשוב להבהיר כי 'שלום הציבור' הוא אינטרס נפרד ומנותק מן האינטרס להגנה על רגשות ואין לטשטש את האבחנות העקרוניות ביניהם. בעוד שהאינטרס בהגנה על רגשות מתמקד בנזק הטמון בביטוי עצמו או, למצער, קרוב אליו בהקשר נסיבתי צמוד וישיר או תוצאתי-פוטנציאלי (שאינו מותנה בעשייה נוספת), שלום הציבור מתמקד בנזק פוטנציאלי, מרוחק יותר מהביטוי עצמו והתרחשותו תלויה בהתנהגות נוספת. עיון בהתפתחות ההיסטורית של העברה הפלילית מלמד כי עד היום ויתר המחוקק בשלושה סיבובי חקיקה על הוספת 'שלום הציבור' כערך בפני עצמו הראוי להיכלל בין יסודות האיסור הפלילי. לאור המסקנה בדבר ביטול ההגנה העונשית על רגשות דתיים, נדרש לבחון אם אין מקום להטיל איסור שיתמקד בהגבלת ביטויים המסכנים את שלום הציבור. אין להיחפז לקיבוע כזה. נדרשת הצדקה משכנעת במיוחד כדי להביא להגבלת מימוש חופש הביטוי בשל הסכנה שבכך יומרץ

אדם אחר לבצע מעשה אלימות או מעשה בלתי חוקי אחר. זאת, גם בשים לב לכך שמיומש חופש הביטוי עצמו הוא דרך להפגת מתחים, ואם יוגבל גובר החשש לנקיטת צעדי אלימות. בהקשר זה המשפט הפלילי אינו צריך לשמש תחליף לרשויות אכיפת סדר יעילות וחזקות שמתפקידן לאפשר לכל אחד למצות את זכויותיו בחברה הדמוקרטית מבלי להביא להפרת שלום הציבור.<sup>11</sup>

#### ד. איסור על פרובוקציה לאלימות

מוצדק באופן עקרוני לאסור את הביטוי המסית, כאשר מטרת הדובר היא להביא לעשיית מעשי אלימות או מעשים בלתי חוקיים על-ידי קהל (למשל מצד גזענים) כלפי הקבוצה נגדה הסית המסית.<sup>12</sup> אם כך, לא רחוקה הדרך להצדקת איסור על ביטוי מתגרה ופוגעני, המושמע מתוך מטרה זהה. אלא שהפעם האלימות אמורה ומיועדת לבוא מבני הקבוצה שבה מתגרים ולא מאחרים. יש אפוא, לשקול קביעת איסור שיתייחס לביטויים מתגרים וכנגד דת, לאום, גזע וכד'ל, העלולים לגרום למעשי אלימות שמקורם בהמון מקונטר שרגשותיו נפגעו, כמותואר בפסק דין סוסצקין. עברה כזו צריכה להיות מוגדרת היטב ומותנית הן בסכנה מוחשית ומיידית של התפרצות אלימה והן במטרה להביא למעשי אלימות.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, תשנ"ה, כרך ב, עמ' 1102.

<sup>12</sup> ראו גם הצעתם של קרמניצר וגנאים לפיה אחת החלופות בהצעה לחקיקת עברת ההסתה עניינה "המפרסם בפומבי דברים העלולים, בנסיבות העניין, להביא לעשיית מעשה פשע או אלימות, במטרה שתיעבר עברה כאמור." ראו מ' קרמניצר וח' גנאים, **הסתה, לא המרדה – ההמרדה בדיני העונשין: הדין הרצוי והדין המצוי** (תשנ"ח), עמ' 9.

<sup>13</sup> עברה מסוג זה קיימת בחוק האנגלי ודינה שישה חודשי מאסר:

**Public Order Act, 1986, sec. 4**

A Person is guilty of an offence if he (a) uses towards another person threatening, abusive or insulting words behavior or (b) distributes or displays to another person any writing, sign or other visible representation which is threatening, abusive or insulting, with intent ... to provoke the immediate use of unlawful violence by that person on another, or whereby that person is likely to believe that such violence will be used or it is likely that such violence will be provoked.

---

# פרסומי המכון הישראלי לדמוקרטיה דברי יום עיון

שלטון החוק בחברה מקוטבת: היבטים משפטיים, חברתיים ותרבותיים  
איל ינון (עורך)

הרפורמה המוצעת במערכת בתי-המשפט  
שחר גולדמן (עורך)

חופש הביטוי

תפקוד שופטים: בקרה והערכה

הגנה על חופש הביטוי במשטר דמוקרטי  
מרדכי קרמניצר (מרכז אקדמי)