

להטוטנות פרשנית בפלילים? ומיתת נשיקה לכלל הפרשנות המצמצמת? (עוד על "בכוונה לפגוע" בעבירת לשון הרע)

מאת

בועז סנג'רו*

פירוש הביטוי "בכוונה לפגוע" המופיע בעבירת לשון הרע נדון על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת בורוכוב נ' יפת. דיון זה הניב כמה מאמרי ביקורת, לרבות מפרי עטם של פרופ' פלר ושל ד"ר סנג'רו, אשר עסקו הן ב"מניע", ב"מטרה", ב"כוונה" וב"הלכת הצפיות" והן — וחשוב יותר, להערכת המחבר — בפרשנות הראויה למשפט הפלילי בכלל.

במאמרו השני בסוגיה, אשר בא לאחר מאמרו של ד"ר סנג'רו, עוסק בה פרופ' פלר באופן שונה לחלוטין מהאופן בו עסק בה במאמרו הראשון, וזאת במטרה לבסס את אותה תוצאה שאליה הגיע עוד במאמר הראשון. דא עקא, שלהערכת המתברר, ועם כל הכבוד, גולש בכך פרופ' פלר ללהטוטנות פרשנית (בפלילים!). להטוטנות זו עלולה לגרום לפגיעה אנושה בכלל היסוד של פרשנות מצמצמת בפלילים, וסכנתה משתרעת הרבה מעבר לעיסוק ב"מניע", ב"מטרה", ב"כוונה" וב"הלכת הצפיות" — כפי שיבואר במאמר זה.

בשולי הדברים מתייחס המאמר בקצרה גם לחידושי התקיקה הרלבנטיים לענייננו (סעיפים 20(ב) ו-90א(2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977) ולפסק-הדין החדש של בית-המשפט העליון בפרשת הרב עידו אלבה.

א. מבוא. ב. "בכוונה לפגוע" — המשמעות הטבעית והרגילה של המלים. ג. רתימת העגלה לפני הסוסים; קביעת המטרה מראש וחיפוש הדרך אליה: על סבירותו של פירוש אחד ועל אי-סבירותו של פירוש אחר. ד. מותו של כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים? ה. טשטוש הגבול בין העבירה הפלילית לעוולה האזרחית — האומנם? ו. התזה בדבר מניעים המנוסחים בסגנון תכליתי. ז. הצורך בחקיקה. ח. הערות סיום ביחס לשינויים בחוק וביחס לפסק-הדין בעניין א ל ב ה.

* מרצה מן המניין במכללה למשפטים רמת-גן; תודתי נתונה לפרופ' מרדכי קרמניצר על הערותיו המועילות לטיוטה מוקדמת של מאמר זה (אשר לא כללה את פרק ח').

א. מבוא

פירוש הביטוי "בכוונה לפגוע", המופיע בעבירה המוגדרת בסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965¹, נדון על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת בורוכוב נ' יפת². מדובר בעבירת התנהגות, שלא נדרשת בהגדרתה התרחשות של תוצאה מסוימת כלשהי. השופטים התקשו להחליט האם מדובר ב"כוונה", ב"מטרה" או ב"מניע", אך היו תמימי דעים כי אין מקום להחיל על היסוד הנפשי בעבירה זו את "הלכת הצפיות", לפיה מודעות העושה לאפשרות הקרובה לוודאי, כי במעשהו יגרום לתוצאה המזיקה, שקולה כנגד הכוונה לגרום לאותה תוצאה ("מזימה עקיפה"; "dolus indirectus"). כבוד השופט גולדברג התבסס בפרשנותו על הסברה כי תחולתה של הלכת הצפיות "תביא לטשטוש ההבדל בין העבירה הפלילית לעולה האזרחית"³; ואילו כב' השופט (כתוארו אז) ברק התבסס על גישתו הפרשנית החדשנית בתחום המשפט הפלילי; גישה אותה ביקרתי, עם כל הכבוד, במקום אחר⁴.

במאמר ביקורת תקף פרופ' פלר את פסק-הדין, והציג את הגישה הבאה: מכיוון שמדובר בעבירת התנהגות אין מקום לדבר על המשמעות המושגית של המלה "כוונה". לפיכך אפשריים שני פירושים אחרים לביטוי "בכוונה לפגוע": "מתוך מניע לפגוע" או "במטרה לפגוע". ל"מטרה" יש תחליף — "הלכת הצפיות", בעוד של"מניע" אין כל תחליף: "הוא טעון הוכחה כפי שהוא מתואר בהגדרת העבירה"⁵. הואיל ולדידו של פרופ' פלר שני הפירושים היו סבירים, והואיל ופירוש הביטוי "בכוונה לפגוע" כ"מטרה" מרחיב את היקף האיסור, הפעיל פרופ' פלר את הכלל לפיו "נורמה פלילית

1 ס"ח 240. והרי לשון הסעיף:

6. לשון הרע — עבירה

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

2 ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205 (להלן: "פסק-הדין").

3 שס, בע' 213, מול האות ר'; וראו גם בעמ' 212.

4 ב' סג"ר "היהפכו המטרות למניעים? ומה צפוי להלכת הצפיות? (עוד על "בכוונה לפגוע" כסימן ייחוד של עבירת לשון-הרע ועל פרשנות המשפט הפלילי)" משפטים יח (תשמ"ח-תשמ"ט) 337.

5 ש"ז פלר "בכוונה לפגוע" כסימן-ייחוד של העבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, גישה פרשנית — עד היכן ועל סמך מה? (ע"פ 677/83) משפטים י"ז (תשמ"ז) 439; הציטוט לקוח מעמ' 448.

דעה אחרת, חריגה, הביע נשיא בית-המשפט העליון (ראו) השופט שמגר בע"פ 172/88 ועגנוני נ' מ.י., פ"ד מד(3) 265, 288. עם כל הכבוד, נשגב מכינתי כיצד ניתן להחיל את "הלכת הצפיות", המבוססת על צפיית עניין עתידי כאפשרות קרובה לוודאי, על ה"מניע", המהווה רגש פנימי, שהתקיימותו נדרשת בזמן המעשה, ושאינו מתייחס לתוצאה או ליעד עתידיים כלשהם.

שיוצרת עבירה טעונה פרשנות מצמצמת" והגיע למסקנה שאת הכיטוי "בכוונה לפגוע" יש לפרש כ"מניע"⁶.

במאמר "היהפכו המטרות למניעים? ומה צפוי להלכת הצפיות?"⁷ עמדתי הן על הבעייתיות בפרשנות שנתן בית-המשפט העליון לכיטוי "בכוונה לפגוע" והן על הבעייתיות בפרשנותו של פרופ' פלר לכיטוי זה. הצעתי שם גישה אחרת, שזו תמציתה, בקצירת האומר: אומנם, כפי שנגזר ישירות מעיקרון החוקיות, מבין שני פירושים סבירים יש להעדיף את הפירוש המצמצם את היקף האיסור, אולם פירוש הכיטוי "בכוונה לפגוע" כ"מניע" הוא מאוד לא סביר. לפיכך יש לפרש כיטוי זה כ"מטרה", שלה גם תחליף מהותי — הלכת הצפיות.

לאחר מכן מצא פרופ' פלר לנכון לפרסם רשימה נוספת בנושא, תחת הכותרת "לשון הרע — עבירה ומשמעות הדרישה 'בכוונה לפגוע' — מחשבה שנייה"⁸. ומהי המחשבה השנייה? — "המשמעות התכליתית של הדיבור 'בכוונה לפגוע' טעונה וניחה, לא בשל כך שהיא מאפשרת פירוש משפטי מרחיב את היקף האיסור, אלא בשל היותה בלתי סבירה"⁹.

עם כל הכבוד, סבורני כי בהקצנה זו של עמדתו גלש הכותב ללהטוטנות פרשנית (בפלילים!) העלולה לגרום לפגיעה אנושה בכלל הפרשנות המצמצמת.

ב. "בכוונה לפגוע" — המשמעות הטבעית והרגילה של המלים

כלל הפרשנות המצמצמת הוא רק נדבך (חשוב) אחד של הפרשנות בפלילים, כשלצדו, בין היתר¹⁰, גם הכלל לפיו יש לתת למלים את משמעותן הטבעית והרגילה¹¹. המשמעות הטבעית והרגילה של הכיטוי "בכוונה לפגוע" — בין אם "כוונה" היא ובין אם "מטרה" — היא, מכל מקום, תכליתית ולא מניעית.

6 ש"ז פלר (לעיל, הערה 5), בעמ' 448-449; הציטוט לקוח מעמ' 463.

7 ב' סנגירו (לעיל, הערה 4).

8 ש"ז פלר, "לשון הרע — עבירה ומשמעות הדרישה 'בכוונה לפגוע' — מחשבה שנייה (ע"פ 506/89) משפטים כג (תשנ"ד) 515.

9 שם, בעמ' 515.

10 נדבך נוסף הוא המטרה החקיקתית, אליה התייחסתי במאמרי הקודם. ראו ב' סנגירו (לעיל, הערה 4), בעמ' 342 הערה 26.

11 לנימוקי כלל זה, שלו חשיבות רבה מאוד בתחום המשפט הפלילי, ראו M. Kremnitzer, "Interpretation in Criminal Law" 21 *Isr. Law Rev.* (1986) 358, 365-369, 373-378.

כאמור, דעתי היא כי פירוש הביטוי "בכוונה לפגוע" כ"מניע" הוא מאוד לא סביר. כפי שכתב פרופ' פלר בספרו: "המטרה" היא אפוא בבחינת אותו 'מה' ששואפים להגשימו או להשיגו באמצעות המעשה, בהכדל מן 'המדוע' המתגלם במניע. ההבחנה היא בין 'תכלית' לבין 'מוטיב'¹². כן כתב פרופ' פלר את הדברים הבאים:

המטרה היא בעלת יעד אובייקטיבי, שהגשמתו או השגתו מותנות בהתנהגות נוספת של העושה או בהתערבות של גורם נוסף אחר, המסוגלים לחולל את התמורה במציאות האובייקטיבית המגולמת באותו יעד. המניע מעוגן כל כולו במתרחש בנפשו של העושה בעת המעשה ואף לפניו ומוצא פורקן עם עשיית המעשה¹³.

דברים אלה מלמדים כי הביטוי "בכוונה לפגוע" מציין, ללא כל ספק, מטרה ולא מניע. לשון הביטוי תכליתית מאוד (המלה "לפגוע" מכוונת כלפי העתיד). מדובר ביעד אובייקטיבי (הפגיעה באדם שלשון הרע מתייחסת אליו) שהשגתו מותנית, בדרך-כלל, בהתערבות של גורם נוסף אחר (שהרי נקל לתאר דברי לשון הרע המפורסמים בכוונה לפגוע, וככל זאת, בשל העדרו של גורם זה או אחר, אינם פוגעים באיש¹⁴). אין מדובר ברכיב נפשי המעוגן כל כולו במתרחש בנפשו של העושה — שאז היה זה מניע. הדוגמאות המובאות בספרות למניעים — קנאה, דאגה, אהבה, איבה, פחד, ייאוש, עגמת נפש, רחמים, בוז, גאווה, רדיפת-כצע וכו' — אינן של עניינים תכליתיים-עתידיים כגון "לפגוע", אלא של רגשות המתקיימים אצל העושה. אילו הדרישה בעבירת לשון הרע היתה של מניע, מתבקש היה לדבר על רגש כגון עוינות, איבה, שנאה וכדומה, והלשון העברית עשירה דיה ואינה יוצרת צורך להגדיר רגש פנימי כמונחים תכליתיים דווקא. אם טרם השתכנע הקורא בתכליתיות הביטוי "בכוונה לפגוע", המלמד — לדעתי — על "מטרה" ועל "מטרה" בלבד, אנסה לשכנעו תוך שימוש בדוגמה שמביא פרופ' פלר עצמו בספרו (פרשת ברזאני ומזרחי)¹⁵:

רגשי נקמה כלפי גבר שאיכזב אהבת אשה, עשויים להביא את האשה לרציחת אביו של הגבר, במטרה לפגוע פגיעה נפשית חמורה באותו גבר (ההדגשה הוספה, ב' ס').

12 ראו ספרו יסודות בדיני עונשין (חשמ"ד, כרך א) 510, פסקה 629.

13 שם, בעמ' 549, פסקה 671.

14 טלו, למשל, את חלופה מס' (3) להגדרת "לשון הרע" שבסעיף 1 לחוק ("לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול — ... (3) לפגוע באדם במשרתו ... בעסקו, במשלח ידו או במקצועו"). כדי שתיגרם הפגיעה, צריך שהפרסום יגיע למודעותם של אנשים מסוימים (כגון מעבידו של שכיר או לקוחותיו של עצמאי), יתקבל אצלם כנכון וישפיע על יחסם לאדם בו עוסק הפרסום.

15 ראו פלר (לעיל, הערה 12), בעמ' 510, פסקה 629, שם מובאת הדוגמה של ע"פ 299/58, 309 ברזאני ומזרחי נ' היוהמ"ש, פ"ד יג(2) 1409.

במטרה לפגוע כתב המחבר, ולא טעה.

על רקע רוגמה זו, מאלף לקרוא את הדברים הבאים שכתב פרופ' פלר במאמרו האחרון בנושא ("מחשבה שנייה"; ההרגשות שלי, ב' ס'):

... לא שינינו כאן אלא כמה מטבעות-לשון שבדברי השופט גולדברג, כמתחייב, לרעתנו, מהגיונם הפנימי. במקום הצירוף "מתוך מטרה חיובית", כתבנו לעיל "מתוך מניע חיובי", משום שמלת-היחס "מתוך" שבה פתח השופט את צירוף המלים, מזמינה, לאמיתו של דבר, התייחסות בהמשך לגורם פנימי קיים, מוליד ומצמיח, והוא "המניע"; ואילו היה מושא התייחסותו האמיתית של השופט תכליתי, היה משתמש ללא ספק במלת היחס "לשם". נדמה לנו כי "תת-ההכרה" נטתה כאן לתקן, בדרך הבעת הדברים, את ההכרה¹⁶.

כלום אין להפעיל בדיוק את אותם שיקולי התחביר וההיגיון שעה שדנים אנו בביטוי "בכוונה לפגוע"? והאין הביטוי המקורי והתמוה "המניע הוא לפגוע"¹⁷ מהווה תוצאה ישירה של ההימנעות מהפעלתם של שיקולי תחביר והיגיון אלה?

ג. רתימת העגלה לפני הסוסים; קביעת המטרה מראש וחיפוש הדרך אליה: על סבירותו של פירוש אחד ועל אי-סבירותו של פירוש אחר

ב"מחשבתו השנייה" מרחיק פרופ' פלר לכת. לא זו בלבד שאינו מסכים להצעתי לקבוע שפירוש הביטוי "בכוונה לפגוע" כ"מניע" אינו מתיישב עם השפה העברית ולפיכך אינו פירוש סביר, אלא אף מבקש הוא לקבוע שדווקא הפירוש כ"מטרה" הוא הפירוש הבלתי סביר.

הכיצד? והרי גם הוא אינו גורס שאין זו הפרשנות הלשונית הטבעית והרגילה של הביטוי. נבחן, אם כן, את הנמקתו, אותה מכנה הוא "אובייקטיבית":

- (1) "כלליותה הבלתי-נמנעת של הלכת ה'צפיות'";
- (2) "החלת התחליף על האיסור 'לשון הרע' — עבירה גורמת לפריצת הגבול בהיקף איסור זה ולהזרמה לתוכו של איסורי 'לשון הרע' — עוולה אורחית";
- (3) "המסקנה המתחייבת משתי הנחות-יסוד אלה... המשמעות התכליתית... פסולה כבלתי-סבירה".

16 ראו פלר (לעיל, הערה 8), בעמ' 525.

17 שם, בעמ' 522.

זאת ועוד: לטענתו של פרופ' פלר, "שלושת הפסוקים דלעיל חופפים את המתכונת של 'היקש' — סילוגיזם — ופסוק התולדה מביניהם אינו מאפשר חריגה כלשהי מכבליה"¹⁸.

נתמקד, אם כן, ב"הנחות יסוד" אלה. ראשית, ההנחה הראשונה הועמדה לאחורונה בספק גדול בעבודת הדוקטורט המקיפה והמעמיקה שכתב ד"ר קוגלר על "צפייה ברמה גבוהה של הסתברות במשפט הפלילי"¹⁹. שנית, ההנחה השנייה אינה מדויקת, כפי שיבואר להלן, בפרק ה'. שלישית, אפילו היו שתי ההנחות הראשונות נכונות, האומנם מדובר בהיקש תקף? אתמהה!

בהתאם לכללי תורת ההיגיון, המסקנה מרחיקת הלכת ביותר משתי ההנחות (אפילו היו נכונות), שעליה ניתן לומר כי היא מתחייבת, היא שפרשנות הביטוי "בכוונה לפגוע" כ"מטרה" ("המשמעות התכליתית") תגורר אחריה טשטוש של ההבחנה בין העבירה לבין העוולה האזרחית המקבילה, הקבועה גם היא בחוק איסור לשון הרע. אך מאן ועד לפסילת פרשנות זו כבלתיסבירה ארוכה הדרך, ובוודאי שלא ניתן לדלג עליה באמצעות "היקש" שכזה.

דוק: איך בכלל עשויה הלכת הצפיות להשפיע על סבירותו של פירוש הביטוי "בכוונה לפגוע" בעבירת לשון הרע? האין הנמקה שכזו מהווה רתימה של העגלה לפני הסוסים (בתקווה שידחפו אותה במקום למושכה)? קשה להשתחרר מן הרושם שפרופ' פלר הציב לעצמו את היעד לפיו אין להלכת הצפיות תחולה על עבירה זו, למרות כלליותה (לשיטתו) של הלכה זו. בהתאם ליעד החל חיפוש הדרך להשגתו, וזו נמצאה בקביעה שפירוש הביטוי "בכוונה לפגוע" כ"מטרה" אינו סביר.

נקשה מעט: אם אכן אין זה סביר לפרש "בכוונה לפגוע" כ"מטרה", איך ייתכן שביטויים מקבילים רבים בחוק הפלילי של מדינת ישראל (כגון "בכוונה ל...") פורשו כמטרות, הן על-ידי הפסיקה והן על-ידי פרופ' פלר עצמו²¹? ואם אכן אין זה פירוש

18 שם, בעמ' 516-517.

19 קוגלר, צפייה ברמה גבוהה של הסתברות במשפט הפלילי — חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים (האוניברסיטה העברית, תשנ"ד) 45 ואילך.

20 וראו גם שם, בעמ' 292 ואילך, 309 ואילך. בהם עוסק הכותב בעבירת לשון הרע, ומציע לייחס לה רציונל היסטורי מעניין של הגנה על שלום הציבור מפני הפגיעה שעלולה להיגרם עקב תגובה אלימה של המושמץ. עם כל הכבוד, מעבר לעיסוק המעניין בהיסטוריה, סבורני כי הרציונל של העבירה בימינו הוא בכל זאת הגנה על שמו הטוב של המושמץ; וטוב שכך, שכן ככלל עדיף לבסס את האיסורים הפליליים על אינטרסים מדויקים של הפרט (כגון השם הטוב כערך מוגן) ולא על אינטרסים מעורפלים של הכלל (כגון שלום הציבור כערך מוגן).

21 ראו פלר (לעיל, הערה 12), בעמ' 509-513, 547-548, שם מובאות, בין היתר, תוך הפניות לפסיקת

סביר, מהו ההסבר לכך שתוך דיון בפרשת בורוכוב נ' יפת נחשב פירוש זה כסביר לא רק על-ידי כל השופטים, אלא גם על-ידי פרופ' פלר עצמו?²² היהפוך הסביר לבלתי-סביר? מה נדרש לשם הפיכת פירוש סביר לבלתי-סביר? ומהו, אם כן, חוסר סבירות זה? חשיבותה הרבה של העמידה על דרך פרשנית זו של פרופ' פלר, נובעת מכך שקבלת דרך זו עלולה להעניק נשיקת מוות לכלל הפרשנות המצמצמת בפלילים — כפי שיבואר בפרק הבא.

ד. מותו של כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים?

כלל יסוד בפרשנות המשפט הפלילי קובע, כי מבין שני פירושים סבירים יש להעדיף את הפירוש המצמצם את היקף האיסור²³ (ובכך גם מצמצם פחות את חירותו של הפרט). כלל חשוב זה, הנובע ישירות מעיקרון החוקיות, עוגן לאחרונה בחוק החרות — בסעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, שזו לשונו:

34. פרשנות

ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יודע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.

בכך קבע המחוקק חד-משמעית כי גם במשפט הפלילי הישראלי יש לנהוג בהתאם לכלל בסיסי זה, וכי אין מקום לנטייה המצטרת של כתיבה המשפט להתעלם ממנו כפעם

בתי-המשפט, הדוגמאות הבאות:

- (א) "בכוננה לפרוץ או להיכנס לבנין ולבצע בו גניבה או פשע", לפי סעיף 410(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין);
- (ב) "בכוננה להרוס נכס או להזיק לו", לפי סעיף 456 לחוק העונשין;
- (ג) "בכוננה שייכלא שלא כחוק", לפי סעיף 371 לחוק העונשין;
- (ד) "בכוננה לגבב" — סעיף 398 לחוק העונשין.
- ואילו אנו נסתפק בהוספת הדוגמה הידועה מאוד של הכוננה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע, הנדרשת בעבירת הגניבה המוגדרת בסעיף 383 לחוק העונשין. אין חולק שמדובר שם במטרה. ראו הציטוט ממאמרו הראשון (לעיל, הערה 5), המובא בעמ' 515 ל"מחשבתו השנייה" (לעיל, הערה 8). יתרה מזו: ממאמרו הראשון של פרופ' פלר משתמע כי הפירוש כ"מטרה" נחשב בעיניו בזמנו כסביר יותר מהפירוש כ"מניע". זאת ניתן ללמוד מדבריו הבאים: "בתנאים אלה, אין כל בסיס לכפות על הפרט פרשנות אחרת, המרחיבה את יריעת האיסור, ולו אף נגדיר אותה כסבירה גם היא, או אף כסבירה יותר. שכן המלה 'כוננה' יש בה משמעות יותר 'תכליתית' מאשר משמעות 'מניעית'" — וראו במאמרו הנ"ל (לעיל, הערה 5), בעמ' 449. ההרגשה הוספה. 23 וראו גם קרמניצר (לעיל, הערה 11), בעמ' 370-373.

בפעם²⁴, אלא שעתה — למרבה ההפתעה — נשקפת סכנה לכלל זה דווקא מגישתו הפרשנית של פרופ' פלר עצמו, למרות שבמישור ההצהרתי תומך הוא באופן עקבי בכלל זה²⁵.

כדי להבין סכנה זו, יש לעמוד על משמעותו האמיתית של הכלל; וכדי לעמוד על זו האחרונה, יש להיזקק גם לכלל היסוד, לפיו בפרשנותו של איסור פלילי נקודת המוצא היא המשמעות הטבעית והרגילה של המלים. זהו המסר הראשון והפשוט ביותר של החוק, ואסור להתעלם ממנו. כלל זה מבטא מתן כבוד מינימלי הכרחי למחוקק, כביטוי לתפישה הדמוקרטית של הפרדת הרשויות²⁶. יתרה מזו: הכלל מבטא גם כבוד והגינות כלפי האזרח, באפשרו לו להבין את היקף האיסורים ולדעת מה מותר לו לעשות ומה נאסר עליו לעשות²⁷. כמו כן חשוב כלל זה לשמירת כבודו של המקצוע המשפטי — פן יצטיירו המשפטנים כלהטוטנים וייפגע האמון שרוחש הציבור למערכת המשפט.

רק על רקע הכלל הראשון, לפיו נקודת המוצא היא המשמעות הטבעית והרגילה של מלות החוק, ניתן וצריך להבין את מלוא המשמעות של כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים.

מהם, אם כן, המשקפיים שדרכם יש לבחון את סבירותו של הביטוי "בכוונה לפגוע" שבעבירת לשון הרע? משקפיו של האזרח, העשוי בהחלט להיות הדיוט, או שמא המיקרוסקופ והטלסקופ של המומחה למשפט פלילי (מגדולי המומחים בארצנו), אשר אינו מסתפק בלשון האיסור אלא מתחשב גם בהלכות חיצוניות כהלכת הצפיות, ובווחן גם את השפעתה על ההבחנה בין העבירה הפלילית לבין העוולה האזרחית המקבילה לה?

ודוק: אם בהערכת סבירותו של פירוש יש להתחשב גם בהלכות ובשיקולים מסובכים ומורכבים, שכלל אינם נזכרים בהגדרת העבירה²⁸, ואם סבירותו של פירוש נמדדת לא

24 התעלמות עליה עמדתי במאמרי הקודם (לעיל, הערה 4), בעמ' 340, 343.

25 כפי שעולה, בין היתר, גם מ"מחשבתו השנייה" (לעיל, הערה 8).

26 כאן המקום לעמוד על כך שמכיוון שחוק איסור לשון הרע נחקק רק בשנת 1965, לאתר שכבר פורסמו לא מעט פסקי-דין בהם נקבע שהפרשנות הנכונה של הביטויים "בכוונה ל..." היא תכליתית, הרי שברור כי זוהי הפרשנות שעמדה לנגד עיני המחוקק ושאליה כיוון את דבריו. זהו, כמובן, שיקול משמעותי נוסף לפירוש שהצעת.

27 פרופ' פלר עצמו עומד על חשיבות המשמעות הטבעית והרגילה של המלים, כשבדין בספרו בפרשנות הדווקנית כותב הוא כך: "הפרשנות הדווקנית מתחייבת גם כאשר היא אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק, שכן, כאשר לשון החוק ברורה, יש לפרשו מתוך לשונו הוא וללמוד את ה-ratio legis מן ה-ratio verborum, ולא מעבר לכך. אין דרישה אחרת כלפי הפרט" (פלר, לעיל, הערה 12, בעמ' 18).

28 מעניין לציין ששיקולים אחרים מסוג זה עשויים לתמוך דווקא בפירוש "בכוונה לפגוע" כ"מטרה" — ראו נימוקי של פרופ' קרצמר, המובא במאמרי הנ"ל (לעיל, הערה 4), בהערה 30 שם.

במשקפיו של האזרח אלא במכשירי המדידה המקצועיים של המומחה למשפט פלילי — מהו בכלל הטעם בכלל הפרשנות המצמצמת ???
האם תוך הפעלה כזו של הכלל נגיע לאזהרה הוגנת לפרט, בבחינת "אין עונשין אלא אם כן מזהירין", או שמא רק מתי מעט יזכו לאזהרה הוגנת, ואפילו הם — רק לאחר "מחשבה שנייה"^{29:30} ?

ה. טשטוש הגבול בין העבירה הפלילית לעוולה האזרחית — האומנם ?

ראשיתו לציין ולהדגיש, כי אפילו היתה הפרשנות הנכונה של הביטוי "בכוונה לפגוע" מטשטשת (אם כי לא מאיינת) את ההבדל בין הדרישות להתגבשות עבירת לשון הרע לבין הדרישות להתגבשות העוולה האזרחית המקבילה לה, גם אז לא היה זה שיקול לגיטימי להעדפת פרשנות מאולצת אחרת, שאינה מתיישבת עם לשון החוק ושאינה מתיישבת עם המושגיות המקובלת במשפט הפלילי. לכשעצמי, אינני רואה את האבסורד הגדול בקיומה של עוולה אזרחית של לשון הרע שהיקפה דומה לזה של העבירה הפלילית המקבילה לה. מעבר להעדר הקושי התיאורטי שבדבר, מאלפות גם ההשוואות כגון זו שבין עבירת המרמה לעוולה האזרחית תרמית וזו שבין עבירת התקיפה לעוולה האזרחית של תקיפה³¹.

שנית גם את קביעתו של פרופ' פלר בדבר טשטוש הגבולות יש — עם כל הכבוד — להעביר במבחן הספקנות. לא פחות משלושה הבדלים ייזוותרו בין העבירה לעוולה גם על פי פרשנות הביטוי "בכוונה לפגוע" על פי משמעותן הטבעית והרגילה של מלותיו — כ"מטרה":

הבדל ראשון, שאכן אינו מאוד משמעותי, הוא שבעוד העוולה מתגבשת עם פרסום לשון הרע לאדם אחד או יותר זולת הנפגע, הרי שלצורך התגבשות העבירה נדרש פרסום לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע.

29 יצוין, כי לא נעלמה מעיני העובדה שבמקרה הספציפי נושא דיונו הביאה גישתו הפרשנית של פרופ' פלר לפסילת הפירוש המרחיב יותר את היקף האיסור, כפירוש "שאינו סביר". אלא, שאימוץ גישה שכזו יביא גם למקרים בהם ייפסל — משיקולים דומים — דיוקא הפירוש המצמצם את היקף האיסור. 30 פרופ' פלר עצמו כתב בספרו כך: "עניין לנו בהבטחת מימוש עקרון החוקיות, לפיו אין עונשין אלא אם כן מזהירין, והאזהרה הקובעת לגבי הפרט היא זו אשר מצרה פחות את צעדיו, וזכותו היא לאמץ גירסה זו, כל עוד היא נובעת מהוראות החוק, כפי שעשוי להבינו אדם מן היישוב". פלר (לעיל, הערה 12), בעמ' 18. ההדגשה הוספה.

31 השוו בין ההגדרה של עבירת התקיפה (סעיפים 378, 379 לחוק העונשין, תשל"ז-1977) לבין ההגדרה של העוולה האזרחית של תקיפה (סעיף 23 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], דמ"י 266), ובין הגדרת "מרמה" בסעיף 414 לחוק העונשין לבין ההגדרה של עוולת התרמית שבסעיף 56 לפקודת הנוזיקין.

הבדל שני, משמעותי יותר, הוא ההבדל שבין דרגת ההסתברות הלא גבוהה — המגולמת במלה "עלול" — הנדרשת בהגדרת לשון הרע ("עלול... להשפיל... לבזות... לפגוע" — סעיף 1 לחוק), לבין ההסתברות הקרובה לוודאי הנדרשת על-פי הלכת הצפיות³². לענייננו, משמעות הדבר היא שבעוד שבעולה האזרחית נדרשת לכל היותר מודעות לעצם אפשרות הפגיעה, הרי שבעבירה הפלילית נדרשת מודעות לאפשרות הפגיעה כקרובה לוודאי. אומנם, ב"מחשבתו השנייה" מבקש פרופ' פלר לקעקע הבחנה משמעותית זו, אותה מביא הוא בשם של האלמונים "הדוגלים בהבחנה זו"³³ (מיהם?...), בנימוק שמדובר בהשוואה שאינה במקומה בין דרישה אובייקטיבית ("עלול") לבין דרישה סובייקטיבית (צפייה שהתרחשות היעד היא קרובה לוודאי)³⁴. ברם, עם כל הכבוד, סבורני כי הנמקה זו מהווה טמינת הראש בחול והתעלמות צורמת מן העובדה, שכשם שעבירת לשון הרע היא עבירה של מחשבה פלילית, ולפיכך כתנאי להתגבשותה נדרשת גם מודעות לדרישה האובייקטיבית, כי הפרסום "עלול... להשפיל... לבזות... לפגוע"³⁵ — כך גם בעולה האזרחית: אם אכן נדרשת בה מודעות, כסברתו של פרופ' פלר עצמו³⁶, עליה להתייחס גם לדרישה אובייקטיבית זו. אמור מעתה: עסקינן אינו בהשוואה בין דרישה אובייקטיבית לבין דרישה סובייקטיבית, אלא בהשוואה נכונה בין שתי דרישות סובייקטיביות למהדרין.

הבדל שלישי, משמעותי מאוד, הוא שבעוד שבעבירת לשון הרע אין חולק שנדרש יסוד נפשי של מחשבה פלילית — דהיינו: מודעות של העושה לרכיבי היסוד העובדתי — הרי שבאשר לעוולת לשון הרע הדעה המקובלת בקרב העוסקים בדיני הנוזיקין היא שדי ברשלנות לשם התגבשותה. זאת בהבדל בולט מאוד מהנחתו של פרופ' פלר, לפיה כביכול גם שם נדרשת מודעות³⁷.

32 ראו והשוו דברי השופט (כתוארו אז) ברק בפסק־הדין בפרשת בורוכוב נ' יפת (לעיל, הערה 2) בעמ' 217, מול האות ג; רברי השופט גולדברג, שם, בעמ' 212 בין האותיות א-ה; ההתייחסות לעמדות השופטים ברק וגולדברג במאמרי הנ"ל (לעיל, הערה 4), בעמ' 344; דברי השופט גולדברג בע"פ 506/89 נעים ותייר נ' עו"ד רוזן, פ"ד מה(1) 133, 139.

33 פלר (לעיל, הערה 8), בעמ' 519.

34 שם, בעמ' 519-520.

35 כפי שקובע במפורש פרופ' פלר עצמו — (לעיל, הערה 5), בעמ' 440. גם ב"מחשבתו השנייה" הוא מניח שמדובר בעבירה של מחשבה פלילית — (לעיל, הערה 8).

36 ראו פלר (לעיל, הערה 8), בעמ' 519, בטקסט הסמוך להפנייה להערה 16 שם.

37 ראו D. Kretzmer "Intent in Criminal Libel: Statutory Interpretation or Judicial Imagination?" 21 *Isr. Law. Rev.* (1986) 591, 594-596; ולאחרונה — ת' גדרון "לשון הרע — עוולת רשלנות?" המשפט 7 (1997) 40.

1. התזה בדבר מניעים המנוסחים בסגנון תכליתי

בספרו של פרופ' פלר הוצעה תזה, לפיה במקרה בו "היעד הטמון במטרה המיוחדת, אליה מתייחסת העבירה, מזדהה עם הפגיעה בערך החברתי... המוגן על-ידי איסור העבירה. במקרה זה, מקום שללא "המטרה" המיוחדת לגרום פגיעה כאמור, נפגע ערך זה מניה וביה עם מימוש היסוד העובדתי שבעבירה... מדובר, לאמיתו של דבר, ב"מניע" מיוחד המנוסח בסגנון תכליתי...³⁸"; וכן "כאשר התנה המחוקק את גיבוש העבירה במטרה לפגוע בערך החברתי הזה, אין מנוס מלפרש את לשונו התכליתית של החוק כן, לאמיתו של דבר, הוא התכוון להתנות את התהוות העבירה במניע האמור"³⁹ (ההדגשה שלי, ב' ס').

וכך כתבתי בעניין זה ברשימתי הקודמת בנושא⁴⁰:

'אין מנוס' — כתב המחבר, אולם לדעתי בכל הדוגמאות שהביא למצב דברים כאמור (ראה עמ' 513 לספרו הנזכר) יש גם יש מנוס פרשני ואין לקבוע כי למרות הניסוחים התכליתיים התכוון המחוקק למניעים דווקא. כך, למשל, "פגיעה בדגל או בסמל של מדינה יידידותית" (סעיף 167 לחוק העונשין, תשל"ז-1977) עשויה להתבצע שלא "בכוונה להביע איבה או כוז לאותה מדינה". לגבי המשתמש בדגל לחבישת פצוע יש משמעות רבה לאי-התקיימות המטרה של הכעת איבה או כוז. יתירה מזאת: ניתן לקיים היסוד העובדתי שבעבירה זו גם בחלופה של "המוריד... בפומבי... דגל..." דווקא מתוך אהדה וכבוד לאותה "מדינה יידידותית", למשל, אם הדגל המונף קרוע בצורה בלתי-מכובדת. מבלי להאריך בדוגמאות אצייין, כי די באפשרות הקיימת לבצע כל אחת מאותן עבירות שמזכיר פרופ' פלר ("השמדת ראייה", "פגיעה בדגל או בסמל של מדינה יידידותית", "עלבון דת", "רצח" ו"אי מילוי חובת החייצבות לרישום ובריכות רפואיות לצורך שירות בצבא"), כשהמטרה הנדרשת בהגדרת העבירה כלל לא עומדת לנגד עיני העושה, כדי שיהיה טעם בהתניית העבירה במטרה זו וכדי שיהיה גם יהיה מנוס מלפרש לשונו התכליתית של החוק כמניע דווקא.

38 פלר (לעיל הערה 12), בעמ' 512, פסקה 631.

39 שם, בעמ' 550, פסקה 671.

40 ראו מאמרי הנ"ל (לעיל, הערה 4), בעמ' 342, הערה 25 שם.

והנה, ב"מחשבתו השנייה" מיישם פרופ' פלר תזה זו, אותה ביקשתי לפסול, גם על העבירה נושא דיונונו — איסור לשון הרע. לשיטתו, חשופה הערך החברתי המוגן על-ידי איסור העבירה — כבוד האדם — "לפגיעה מניה (כך במקור, ב' ס') וביה עם ביצוע מעשה העבירה בלבד, אף ללא ה'מטרה' המיוחדת ששם לו עושה" ולפיכך, "כל התייחסות בהגדרת העבירה, בלשון 'תכליתית', לפגיעה כאמור, משמעותה ההכרחית היא, לאמיתו של דבר, 'מניעת' בלבד, אם המחוקק לא השחית את מילותיו לריק"⁴¹ (ההדגשה במקור).

האומנם כל פרסום העלול (בלבד ! — די בהסתברות קטנה) לפגוע בכבודו של אדם, בהכרח גם פוגע בפועל בכבוד האדם? האומנם לא ניתן לפרסם פרסום העלול לפגוע בכבודו של אדם שלא במטרה לפגוע בו? האין זה חזון נפרץ בעבודה העיתונאית הלגיטימית והחשובה? והאין חשיבות רבה — מנקודת המבט של המשפט הפלילי — לשאלה האם פעל העיתונאי כשלנגד עיניו עומדת המטרה לפגוע?

גם הדוגמה שהוסיף פרופ' פלר ב"מחשבתו השנייה" — סעיף 113 לחוק העונשין — רחוקה מלשכנע. האומנם הכרחי הדבר כי מי שמוסר ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך גם מתכוון לפגוע בביטחון המדינה או צופה פגיעה זו כאפשרות קרובה לוודאי? והרי המסידה אינה בהכרח לאויב! ומה אם העושה מסר/ה הידיעה לבן/בת הזוג רק כדי לחלוק זאת או להתייעץ? ומה אם סיווג הידיעה כ"סודית" נעשה אך ורק מטעמי זהירות מופלגת? ומה אם העושה סבר כך לתוממו?⁴²

הנה כי כן, אין מקום לא לתזה בדבר מניעים (כביכול) המנוסחים בסגנון תכליתי, ובוודאי שלא להחלתה על נושא דיונונו — עבירת לשון הרע. אלא, שמשמעות תזה זו משתרעת הרבה מעבר לנושא דיונונו, ומכאן חשיבותה. המשפט הפלילי המודרני נוטה — וטוב שכך — לעסוק בבחירה לפגוע בערך המוגן ולא במניעיו של העושה, אשר ככלל אינם רלבנטיים לעניין האחריות הפלילית. והנה, על-פי התזה שמציע פרופ' פלר, שכביכול מכשירה פירוש מטרות כמניעים, אמור המשפט הפלילי הישראלי לסגת אחורה שנים הרבה, ולעסוק דווקא במניעי העושה במקום בשאלה המרכזית: האם בחר לפגוע בערך המוגן על-ידי העבירה.

2. הצורך בחקיקה

בפרק "אחרית דבר" שבמאמרי הקודם הובעה התקווה שהמחוקק יעורר מתרדמתו, יתקן

41 פלר (לעיל, הערה 8), בעמ' 523.

42 יצוין, כי גם עיון ביתר סעיפי המשנה של סעיף 113 (ג, ד-ה) אינו תומך בפרשנותו של פרופ' פלר, ואפילו ההפך הוא הנכון.

את חוק איסור לשון הרע, ואף יגדיל לעשות ויקבע חוק עונשין חדש ומודרני, שיסדיר בחלקו הכללי אחת ולתמיד את המושגיות החשובה כל כך במשפט הפלילי. לאחרונה נחקק סוף סוף חלק כללי חדש לחוק העונשין, שגם אם אינו מושלם, אין חולק שהוא מהווה שיפור עצום לעומת המצב הקודם. חוק איסור לשון הרע, לעומת זאת, טרם זכה לעדנה כזו. עד שיזכה לה, עדיפה פרשנותו הנכונה והתואמת את עקרונות המשפט הפלילי — לרבות כלל היסוד, לפיו נקודת המוצא היא המשמעות הטבעית והרגילה של המלים והכלל הבסיסי בדבר פרשנות מצמצמת — אפילו אם תוצאותיה של פרשנות זו אינן תמיד משמחות. פרשנות זו עדיפה על פני להטוטנות פרשנית העלולה לעקר את הכללים הבסיסיים, ועמם גם את האזהרה ההוגנת לה זכאי הפרט.

ח. הערות סיום ביחס לשינויים בחוק וביחס לפסק־הדין בעניין אלבה

בינתיים נחקק חלק כללי חדש לחוק העונשין, ובו סעיף 20(ב) העוסק בהלכת הצפיות⁴³. כן נחקק תיקון מס' 43 לחוק, שנועד לתאם בין העבירות הספציפיות הקיימות לבין החלק הכללי החדש, ובו סעיף 90א(2) העוסק ב"מניע" וב"מטרה"⁴⁴. יש להבהיר כי שינויי חקיקה אלה כמובן אינם הופכים את המחלוקת נושא מאמרי זה לנחלת העבר. ראשית, משום שעיקר עניינו של המאמר הוא בדיקת גישתו הפרשנית של פרופ' פלד כמקרה מבחן (Test case) לסכנה שבלהטוטנות פרשנית בפלילים — סכנה המשתרעת הרבה מעבר לעיסוק במניע, במטרה, בכוונה ובהלכת הצפיות. שנית, בפסק־הדין שניתן לאחרונה על־ידי בית־המשפט העליון בפרשת הרב עידו אלבה⁴⁵ קבעו רוב השופטים כי לסעיף 20(ב) החדש, הקובע תחולה כללית של הלכת הצפיות על עבירות הכוונה (העבירות שבהגדרתן נדרשת תוצאה במסגרת היסוד העובדתי ונדרש יחס שאיפתי כלפיה במסגרת היסוד הנפשי), אין השפעה על עבירות המטרה (העבירות שהיחס שאיפתי הנדרש בהגדרותיהן במסגרת היסוד הנפשי אינו כלפי תוצאה שהתרחשותה נדרשת במסגרת היסוד העובדתי, אלא כלפי יעד עתידי אחר).

43 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994, כפי שתוקן בס"ח 348. וזו לשון סעיף 20(ב) החדש לחוק העונשין: "לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמזה כמטרה לגרמן".

44 חוק העונשין (תיקון מס' 43) (התאמת דיני העונשין לחלק המקדמי ולחלק הכללי), תשנ"ה-1995, כפי שתוקן בס"ח 390. וזו לשון הסעיף החדש 90א(2) לחוק העונשין: "בכוונה" — מקום שהמונח אינו מתייחס לתוצאת המעשה הנמנית עם פרטי העבירה, יתפרש המונח כמניע שמתוכו נעשה המעשה או כמטרה להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה, לפי ההקשר".

45 ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מ.י., פ"ד ג(5) 221.

דהיינו: מחד גיסא אין הסעיף החדש חל על עבירות המטרה, ומאידך גיסא לא מדובר בהסדר שלילי, ומכאן שממשיך לחול הדין שקדם לסעיף זה^{46:47}. שלישית, אפילו היה סעיף 20(ב) החדש מוחל גם על עבירות המטרה, עדיין היתה עומדת השאלה במקומה, ואפילו עמידה איחנה יותר: האם מדובר — כשיטת פרופ' פלך — ב"מניע", שאז לדעת הכל אין כל מקום לדבר על הלכת הצפיות; או — כשיטתי שלי — ב"מטרה", שאז חלה הלכת הצפיות, ואפילו — נוכח הסעיף החדש — ללא שיקול-דעת וספק כלשהו.

רביעית, סעיף 90א(2) החדש אינו קובע הסדר חדש כלשהו ל"מניע" ול"מטרה", אלא הוא דווקא משמר את הדין הקיים באשר ליסודות נפשיים מיוחדים אלה (הנברלים זה מזה הבדל מהותי מאוד), וזאת אפילו כאשר הם באים לידי ביטוי בהגדרותיהן של עבירות קיימות מסוימות תוך שימוש (מבלבל) במלה "כוונה". הצורך בהוראת שימור זו נוצר מכיוון שבסעיף 20(א)(1) לחוק החדש הוגדרה ה"כוונה" כמטרה לגרום לתוצאה הנמנית עם פרטי היסוד העובדתי של העבירה⁴⁸. הסתייגותי מהאפשרות שעלולה ליצור הוראת התאמה זו — לפרש את המלה "כוונה" כ"מניע" — מגומקת במאמר זה⁴⁹. לדידי, די היה בקביעת הוראה שכזו באשר ל"מטרה" בלבד.

46 שם, בעמ' 299 ואילך (דברי הנשיא ברק); בעמ' 315 ואילך (דברי השופט גולדברג); בעמ' 337 (דברי השופט טירקל). ראו גם התייחסות מוקדמת לסוגיה זו אצל קוגלר (לעיל, הערה 19), בעמ' 442-446.

47 עם כל הכבוד, עלי להסתייג מדברי הנשיא ברק, לפיהם כביכול "מטרה" כמחשבה פלילית בעבירה התנהגותית אינה קשורה כלל ל"כוונה" כמחשבה הפלילית הדרושה בעבירה תוצאתית" (שם, בעמ' 301. ההדגשה שלי — ב' ס'). הכיצד "אינה קשורה כלל"? והרי מדובר בדיוק באותו יחס נפשי של העושה — רצון; שאיפה. אומנם כשמדובר ב"כוונה" היחס שאיפתי הנדרש הוא כלפי התוצאה (שהתרחשותה נדרשת במסגרת היסוד העובדתי של העבירה); וכשמדובר ב"מטרה" היחס שאיפתי הנדרש הוא כלפי יעד עתידי אחר. אולם, בשני המקרים כאחד מדובר ביחס שאיפתי (וראו דבריו הנכונים בעניין זה של השופט מצא, לפיהם בשני המקרים מדובר בחפץ: שם, בעמ' 277). לפיכך גם לא מהותית היא ההבחנה בין "כוונה" ל"מטרה", כל עוד זוכרים שדרישת יחס שאיפתי במסגרת היסוד הנפשי של העבירה אינה בהכרח טומנת בחובה דרישה של התרחשות תוצאה מסוימת במסגרת היסוד העובדתי. זאת, בהבדל בולט מה"מניע", שהוא יחס נפשי אחר לחלוטין, כפי שבואר לעיל.

48 וראו גם הפירוט הנכון של מסקנה זו בדברי השופט גולדברג בפסק-הדין בעניין אלבה (לעיל, הערה 45), בעמ' 313, וכן הבחנתו הברורה של השופט טירקל בין "מניע" ל"מטרה" (שם, בעמ' 337). חבל רק שלדברי האחרון השתרבב גם המשפט "יש, אפוא, מקום לייחד את מונח הרצון לעבירות מניע ואת מונח החתירה לעבירות מטרה" — שהרי רצון הוא יחס שאיפתי ולכן מתאים הוא לכוונה ולמטרה דווקא; ולא למניע.

49 האם לא פרופ' פלך עצמו, בהתאם לגישתו — המוטעית, לדעתי — הוא העומד לא רק מאחורי החלק הכללי החדש והמבורך, ככלל, של החוק (יחד עם פרופ' מרדכי קרמניצר), אלא גם מאחורי הוראת ההתאמה הבלתי מוצלחת?