



בבית המשפט העליון

רע"פ 229/12

לפני: כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקש: צבי כהן

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 24.11.11 בע"פ 1971-09-11 שניתן על ידי כבוד השופטים: ש' ברלינר – סג"נ; י' גריל – סג"נ וב' בר-זיו

תאריך הישיבה: כ"ד בתשרי התשע"ג (10.10.2012)

בשם המבקש: עו"ד רותם רוזנברג; עו"ד אלקנה לייסט

בשם המשיבה: עו"ד איילת קדוש

פסק-דין

השופט ס' גובראן:

1. לפנינו בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (ע"פ 1971-09-11, כבוד סגן הנשיא ש' ברלינר, סגן הנשיא י' גריל, סגן נשיא והשופטת ב' בר-זיו) מיום 24.11.2011, במסגרתו נדחה ערעור המבקש על הכרעת דינו של בית משפט השלום בחדרה (ת"פ 2188-12-08, סגן הנשיא א' גופמן) מיום 10.2.2011.

2. החלטנו לתת רשות ערעור כמבוקש ולדון בבקשה כבערעור לגופו.

3. המבקש הורשע בבית משפט השלום בעבירות של החזקת סכין, העלבת עובד ציבור והחזקת כלי פריצה. לצד זאת, זוכה המבקש מעבירה של איומים. לעניין האישום בהחזקת סכין ובהחזקת כלי פריצה, לא הייתה מחלוקת בין הצדדים באשר לתשתית

העובדתית. במסגרת זו, ביום 3.10.2007 נעצר רכבו של המבקש על ידי שני מתנדבים במשטרה במחסום משטרה שהוקם נוכח חשד לפריצה באזור. זאת, לאחר שבדיקה במסוף המשטרה העלתה שלמבקש עבר פלילי, וכן בשל העובדה כי הרכב עמד בחניון באורות כבויים בשעת לילה מאוחרת. המתנדבים ביצעו חיפוש ברכב, ומצאו בתא הכפפות סכין יפני ושלושה מברגים. עיקר המחלוקת בין הצדדים נסבה סביב שתי סוגיות. ראשית, האם היה החיפוש חוקי, ואם לאו, מה דינו; ושנית, האם הוכיח המבקש כי החפצים הוחזקו ברכבו למטרה כשרה. לעניין חוקיות החיפוש, פסק בית משפט השלום כי בנסיבות המקרה התקיים חשד סביר, המאפשר את ביצוע החיפוש ללא הסכמת המבקש. בהמשך לכך, קבע בית המשפט כי אף אם המבקש לא נתן את הסכמתו במפורש לביצוע החיפוש, יש לראות מהתנהגותו כהסכמה בעקיפין לביצועו. אולם, בית המשפט קבע כי החיפוש בוצע בהעדר סמכות, שכן המתנדבים ביצעו אותו ללא ליווי שוטר, ושלא על מנת למנוע פגיעה בחיים או ברכוש. משכך, קבע בית המשפט כי החיפוש היה לא חוקי. יחד עם זאת, קבע בית המשפט כי מידת אי החוקיות בחיפוש אינה גבוהה ומשכך היא נסוגה מפני האינטרס הציבורי בהעמדה לדין ואינה מובילה למסקנה כי יש לפסול את הראיה. יתר על כן, בית המשפט קבע כי אף לו היה פוסל את הראיה, הרי שהמבקש בהודעתו במשטרה ציין את קיומם של החפצים שנתפסו, ודי בכך כדי להעביר את נטל ההוכחה אליו, להוכחת כשרות החזקתם. בהמשך לכך, בית המשפט דחה את גרסת המבקש לעניין החזקת החפצים.

4. האישום בעבירת העלבת עובד הציבור עניינו בבקשתו של המתנדב המשטרה שהשתתף בחיפוש כי המבקש יזדהה בפניו, אשר הובילה לכך שהמבקש אמר לו שהוא "מושתן וילד מפגר" (יצוין כי בשלב זה לא הזדהה המתנדב כבעל סמכות משטרתית). בית המשפט קבע כי יש לקבל את גרסתו של המתנדב לאירועים. בתוך כך, דחה בית המשפט את טענת המבקש כי כלל לא ידע שמדובר בשוטרים, שכן אלו לא הזדהו, וקבע כי מעדות המבקש עצמו עולה שהוא התייחס אליהם כבעלי מרות אף טרם הזדהותם.

5. אישומו של המבקש באיומים נסוב סביב התנהגותו בתחנת המשטרה, כאשר על פי כתב האישום, איים על אחד משוטרי התחנה. בית המשפט קבע כי יש לזכות את המבקש מעבירה זו מחמת הספק.

6. על בסיס הרשעת המבקש בהחזקת סכין, החזקת כלי פריצה והעלבת עובד ציבור פנה בית המשפט לגזירת הדין. יצוין כי המשיבה ביקשה מבית המשפט להטיל על המבקש עונש הכולל רכיב של מאסר בפועל. בגזר דינו, עמד בית המשפט על

חומרת העבירות ועל עברו הפלילי של המבקש כנסיבות לחומרה. יחד עם זאת, נוכח העובדה כי היה מדובר בסכין יפני, שנמצא ברכבו של המבקש בעת שנהג בו, וכן נוכח העובדה כי בשמונה השנים האחרונות לא ביצע המבקש עבירות כלשהן, מצא בית המשפט לנכון להקל בעונשו. משכך, גזר עליו שישה חודשי מאסר על תנאי והתנאי הוא שלא יעבור עבירה של החזקת סכין במשך שנתיים, שלושה חודשי מאסר על תנאי והתנאי הוא שלא יעבור עבירה של העלבת עובד ציבור או החזקת כלי פריצה במשך שנתיים, וקנס בסך של 4,000 ש"ח.

7. המבקש ערער על ההרשעה לבית המשפט המחוזי. בפסק דין מנומק דחה בית המשפט את הערעור. לעניין החיפוש שבוצע ברכב, אימץ בית המשפט המחוזי את קביעתו של בית משפט השלום, וקבע כי החיפוש בוצע בהיעדר סמכות. יחד עם זאת, קבע בית המשפט כי במקרה הנוכחי אי החוקיות אינה מובילה לפסילת הראיה, וכי צדק בית משפט השלום בקביעתו שמדובר בפגיעה מינורית. בהמשך לכך, אימץ בית המשפט המחוזי את הקביעה כי אף אם החיפוש נעשה בחוסר סמכות ובשל כך יש לפסול את הראיות שהושגו במסגרתו, אין בכך כדי להקטין את משקלה הראייתי של הודעת המבקש במשטרה, שניתנה במנותק מהחיפוש. בנוסף, קבע בית המשפט כי סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות) אינו חל בנסיבות המקרה, שכן חיפוש לא חוקי ברכב אינו נכנס בגדרי אף אחת מהנסיבות המנויות בסעיף 2 לחוק. לגופו של עניין קבע בית המשפט המחוזי כי אין מקום להתערב בקביעת בית משפט השלום על פיה לא הורם נטל ההוכחה כי הסכין והמברג הוחזקו למטרה כשרה. לבסוף דחה בית המשפט המחוזי אף את הערעור לעניין עבירת העלבת עובד ציבור, וקבע כי "אין בין הזכות לחופש ביטוי לבין ההעלבה שהעליב המבקש את עד התביעה עומר קליינברג ולא כלום. הרשעתו של המבקש בעבירה של העלבת עובד ציבור בדין יסודה" (פסקה ס"ד לפסק הדין).

8. מכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו, במסגרתה טוען המבקש כי נפל פגם בהרשעתו בכל אחד משלושת סעיפי האישום. במסגרת זאת, לגישתו, מעוררת הבקשה סוגיות כלליות ועקרוניות, הראויות לליבון בפני ערכאה זו. ראשית, לגישתו יש מקום לבחון את היחס שבין כלל הפסלות הפסיקתי, שנקבע בהלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: פרשת יששכרוב)) לבין כלל הפסלות הקבוע בחוק הגנת הפרטיות, תוך שהוא כופר בקביעת בית המשפט המחוזי, שעל פיה חוק הגנת הפרטיות אינו חל במקרה הנדון. בתוך כך, טוען המבקש לגופו של עניין כי אף אם לא היה מקום לפסול את הראיות, הרי שיש לקבוע שהורם הנטל הנדרש וכי הוכח שהסכין והמברג הוחזקו למטרות כשרות. שנית, לעניין עבירת העלבת עובד

ציבור, טוען המבקש כי אין לראות במתנדב "עובד ציבור", ומשכך לא התקיימו יסודות העבירה. לחלופין, טוען המבקש כי אף אם ימצא שהמתנדב הוא בבחינת "עובד ציבור", אין בדברים המיוחסים לו כדי לקיים את היסוד העובדתי של "העלבה" כפי שפורש בפסיקה.

9. בין לבין ניתן פסק הדין של בית משפט זה בע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 3.6.2012) (להלן: פרשת בן חיים). בפסק הדין נקבע, מפי הנשיאה ד' ביניש ובהסכמת השופטת ע' ארבל, כי הסכמה מדעת שהיא הסכמת אמת יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש שאין לו מקור סמכות אחר בדין (יצוין כי בפסק הדין נדונה אף השאלה האם יכולה הסכמה זו להחליף את יסוד החשד הסביר, סוגיה זו אינה מתעוררת בהליך הנוכחי, שבו המבקש אינו טוען בפנינו כי לא התקיים חשד סביר לביצוע החיפוש). בתוך כך, נפסק כי כדי שההסכמה תהיה הסכמת אמת עליה להיעשות לאחר שהחשוד מודע לזכותו לסרב לביצוע החיפוש, וכי הסירוב לא ייזקף לרעתו. כמו כן נפסק כי על מבצע החיפוש חובה אקטיבית לידע את החשוד בזכויותיו, וכי לא ניתן להסתפק בידיעה מכללא של החשוד את הדין. על בסיס זה, משמצא בית המשפט כי החיפוש נעשה בחוסר סמכות ובהיעדר הסכמה מדעת, פסל בית המשפט את הראיות שנמצאו בחיפושים והורה על זיכוי המערערים. לפיכך, לא נדרש בית המשפט לשאלת תחולת חוק הגנת הפרטיות והותירה בצריך עיון. עוד יצוין כי באותה פרשה קבע השופט י' דנציגר בדעת יחיד כי לגישתו בכל מקרה אין הסכמה יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש הנעדר כל מקור סמכות אחר. זאת, הן נוכח עקרון חוקיות הממשל, המונע מהממשל לבצע כל פעולה הנעדרת מקור סמכות שבדין, הן נוכח פערי הכוחות המשמעותיים הקיימים בין חשוד לבין שוטר. יצוין כי הדיון בשאלה האם יכולה הסכמה מדעת להכשיר חיפוש נעדר סמכות נדונה באותה פרשה בבחינת למעלה מן הצורך, שכן לא התעוררה כל מחלוקת שבנסיבות המקרה לא התקיימה הסכמה כאמור. כפי שיוסבר להלן, נוכח הסכמת המשיבה לזיכוי המבקש מהאישומים בדבר החזקת סכין והחזקת כלי פריצה, איננו נדרשים להכריע בסוגיה זו אף בהליך הנוכחי.

10. כאמור, נוכח פסק הדין בפרשת בן חיים, הודיעה המשיבה בתגובה לבקשה כי היא מסכימה לקבלת הבקשה ולזיכוי של המבקש בכל הנוגע לעבירת החזקת הסכין ולעבירת החזקת כלי פריצה. בהקשר זה יצוין כי המשיבה אינה טוענת, בדומה לקביעות הערכאות הקודמות, כי ניתן להרשיע את המבקש על בסיס הודעותיו במשטרה, ומשכך, איננו נדרשים לסוגיה המורכבת המתעוררת מקום שבו הודה חשוד בעבירות המיוחסות לו בשל פעולת חקירה אסורה (יצוין כי אף שבפרשת יששכרוב נדחתה דוקטרינת פירות העץ המורעל כעיקרון כללי, אין משמעות הדבר שלא יהיו

נסיבות בהן בשל חומרת הפגיעה בזכויות נאשמים יפסלו ראיות עקיפות שנבעו מהפגיעה. לעניין הקושי שעלול להיווצר מקבלת הודעה המבוססת על ראיות שנתפסו בדרכים פסולות, ראו דברים שכתבתי בע"פ 2869/09 זינאתי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 9.11.2011).

11. לעניין האישום בעבירת העלבת עובד ציבור, מתנגדת המשיבה לקבלת הבקשה. לגישה, טענת המבקש כי כלל לא מדובר בעובד ציבור הועלתה לראשונה בפני ערכאה זו ומהווה שינוי חזית, ומטעם זה דינה להידחות. בהמשך לכך, תחת ההנחה כי מדובר בעובד ציבור, טוענת המשיבה כי כל טענות המבקש בעניין זה נוגעות לעניינו הפרטי, ומשכך אינן מצדיקות את בחינת הבקשה בגלגול שלישי.

12. לתשובה זו הגיש המבקש תגובה. לגישתו, יש מקום לבחינת טענותיו לעניין האישום של העלבת עובד ציבור בפני ערכאה זו. ראשית, טוען המבקש כי אין מדובר בשינוי חזית ביחס למסד העובדתי של האישום, כי אם בטענה משפטית טהורה שאינה מצריכה בירור עובדתי, ומשכך, אין מקום לדחותה על הסף. שנית, טוען המבקש כי יש מקום לזכותו מעבירת העלבת עובד הציבור, שכן אף אם ככלל מתנדבים משטרתיים הם בגדר עובדי ציבור, מקום שבו נקבע שפעלו בחוסר סמכות אין לראותם כעובדי ציבור ומשכך לא מתקיימים יסודות העבירה. בהקשר זה, טוען המבקש כי ממילא טענה זו יכולה להתעורר לראשונה רק במסגרת ההליך הנוכחי, נוכח הסכמת המשיבה כי החיפוש בוצע בלא סמכות. שלישית, טוען המבקש כי יש לזכותו מעבירת העלבת עובד ציבור בשל עיוות הדין שייווצר באם יורשע בעבירה זו, לאחר שנתברר כי התנהלות המשיבה הייתה שלא כדין ושהיא שהובילה לאמירת האמירה המעליבה. בהקשר זה מציין המבקש כי עיוות הדין שנגרם בעניינו חריף אף יותר נוכח הסטייה של הערכאות הקודמות מההלכות לעניין הרשעה בעבירה של העלבת עובד ציבור.

13. בטרם נפנה לבחינת טענות הצדדים לעניין עבירת העלבת עובד ציבור, בהסכמת המשיבה, אנו מקבלים את בקשת רשות הערעור ודנים בה כבערעור, ומזכים את המבקש מעבירת החזקת סכין ומעבירת החזקת כלי פריצה. בשל כך, איננו נדרשים לשאלות המשפטיות הנוספות המתעוררות בהליך בהקשר לעבירות אלו.

14. לאחר שעיינו בפסקי הדין של הערכאות הקודמות, בבקשת רשות הערעור, בתשובה לה ובתגובה לתשובה, מצאנו כי לעניין עבירת העלבת עובד ציבור, בנסיבות הייחודיות של ההליך הנוכחי ומטעמי צדק, יש לקבל את בקשת רשות הערעור, לדון בה כבערעור ולזכות את המבקש אף מעבירה זו.

15. כידוע, בקשת רשות ערעור תתקבל רק במקום שבו מעוררת הבקשה סוגיה עקרונית ציבורית חדשה שטרם נדונה או במקרים חריגים בהם ימצא בית המשפט לנכון לקבלה משיקולי צדק (ראו ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982)).

16. בהליך שלפנינו, המשיבה אינה חולקת על כך שטענת המבקש לפיה לא הוכח היסוד של "עובד ציבור" הדרוש לשם הוכחת עבירת העלבת עובד ציבור מעוררת סוגיה משפטית כללית המצדיקה קבלת בקשת רשות ערעור. כל שהמשיבה טוענת לו בהקשר זה הוא כי מדובר בשינוי חזית המצדיק את דחיית הטענה על הסף. בהקשר זה, יש ממש בעמדת המבקש כי אין דין שינוי חזית עובדתי כדין שינוי חזית משפטי. מקום שבו מבקש צד לטעון טענות עובדתיות חדשות בערכאת הערעור, משמעות הדבר היא ניהולו מחדש של ההליך כולו, ולמעט במקרים חריגים, אין מקום לאפשר פרקטיקה זו. בשונה, העלאת טענה משפטית חדשה אינה מעוררת קושי פרקטי בבחינתה. הקושי המתעורר במסגרת סוג זה של שינוי חזית נובע מעקרונות היסוד של השיטה, על פיהם לא ניתן לנהל את ההליך המשפטי מחדש בערכאת הערעור (וראו לדוגמא: ע"פ 747/86 אייזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447 (1988); ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.8.2008)). יחד עם זאת, לא פעם מתעוררת השאלה המשפטית בעקבות פסק דינו של בית המשפט המחוזי, וברי, כי במצבים מסוג זה לא יהיה קושי להעלותה בפני ערכאת הערעור. יתר על כן, בהקשר הנוכחי, טענת המבקש נוגעת במישורין לשאלה האם הוכחו יסודות העבירה. הנטל להוכחת קיומם של יסודות העבירה ממילא מוטל על המשיבה, ומקום שבו לא הסכים נאשם במפורש להודות בהתקיימות רכיב זה או אחר של העבירה, אין הוא מחויב לטעון מפורשות לאי התקיימותו, אם לא הציגה המשיבה אף לא ראשית ראיה להתקיימותו של היסוד העובדתי. הנחת המוצא של המשיבה במקרה הנוכחי, שלפיה המתנדבים הם בגדר שוטרים, ולפיכך בגדר עובדי ציבור, אינה פוטרת אותה מחובת ההוכחה שכך הם הדברים. זאת, מקל וחומר במקום שבו לא נקבעה כל הלכה מפורשת בנושא (יצוין עם זאת כי בעבר אושרו על ידי בית משפט זה הרשעות בגין העלבת עובד ציבור מקום שבו עובד הציבור היה מתנדב משטרתי, וראו ע"פ 7348/11 מדינת ישראל נ' אוחן (טרם פורסם, 26.12.2011)).

17. עוד יצוין בהקשר זה כי הפניית המשיבה לרע"פ 4465/11 דראז נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 15.6.2011) אינה מתאימה להליך הנוכחי. זאת, הן מאחר שבאותו המקרה היה מדובר בטענה שדרשה בירור עובדתי, הן מהטעם שההתייחסות לשינוי

החזית בהחלטה היה בבחינת "למעלה מן הצורך". כמו כן, אין מקום ללמוד אף מההפניות אליהן הפנה המבקש מתחום המשפט האזרחי והמנהלי, לעניין סדרי הדין בהליך הפלילי, ואופן בחינת טענה משפטית המועלית לראשונה בבקשת רשות ערעור.

18. יחד עם זאת, כפי שיוסבר להלן, מצאנו כי במקרה הנוכחי, ועל מנת למנוע עיוות דין, יש מקום לזכות את המבקש מטעמי צדק מעבירת העלבת עובד ציבור, ולפיכך ממילא איננו נדרשים לשאלה העקרונית האם יש לראות במתנדבים משטרתיים כ"עובדי ציבור" לצורך סעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

19. בפתח הדברים יצוין כי עמדתו של בית המשפט המחוזי, לפיה אין בין האמירה שאמר המבקש לחופש הביטוי דבר, אינה מקובלת עלינו, ועומדת בניגוד מפורש להלכה שנקבעה בדנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.7.2011) (להלן: פרשת אונגרפלד). בפרשה זו הסכימו כלל שופטי ההרכב המורחב כי השאלה המרכזית העומדת על הפרק היא שאלת האיזון בין חופש הביטוי מחד לבין ההגנה על תפקודו התקין של המנהל הציבורי מאידך, והדעות נחלקו באשר לפרשנות הראויה לעבירה שתוביל לפגיעה המידתית ביותר בחופש הביטוי. כבר מטעם זה יש הצדקה לקבלת הבקשה, שכן בית המשפט המחוזי פסק שלא בהתאם להלכה הנוהגת (וזאת, בשונה ממקרה שבו שגה בית המשפט המחוזי ביישום ההלכה המשפטית).

20. טעם זה מתחזק שכן לטעמי, לגופו של עניין, ישנו ספק רב אם הביטוי "מושתן וילד מפגר", חרף הבוטות שלו, עולה כדי "העלבה" בהתאם להלכה שנקבעה בפרשת אונגרפלד. בפרשת אונגרפלד נקבע כי כדי שיתקיים יסוד ההעלבה יש להוכיח שהאמירה עומדת בשני מבחנים – המבחן התוכני והמבחן ההסתברותי. מבחינה תוכנית, יש להוכיח כי האמירה היא בגדר "מעשים קיצוניים של פגיעה קשה בליבת כבודו של עובד הציבור". מבחינה הסתברותית, יש להוכיח כי קיימת ודאות קרובה לכך שמעשה ההעלבה יוביל לפגיעה קשה בתפקודו של השירות הציבורי. במקרה הנוכחי, נדמה כי הדברים נאמרו בלהט הרגע (וזאת, בשונה מפרשת אונגרפלד, שבה תוכנו הדברים מראש), וההסתברות כי יהיה בדברים כדי לפגוע בתפקוד הרשות נמוכה ביותר. כמו כן, אף שמדובר בגידופים, אין מדובר בגידופים אישיים, הנוגעים לתכונותיו הפרטיות של עובד ציבור זה או אחר, ונוגעים לליבת כבודו, כי אם בביטויים פוגעניים כלליים, ואף שאלו פוגעים, ספק אם פגיעה זו היא במידה המצדיקה הרשעה בדין הפלילי. בנוסף, ראוי לתת משקל להקשרם הכללי של הדברים. הדברים נאמרו על ידי אדם בעת שעבר חיפוש לא חוקי, על ידי מי שלא הזדהו כמתנדבים משטרתיים. אין בנסיבות אלו כדי להצדיק את הביטוי הפוגעני, אך יש בהן כדי לרכך את חומרתו. אדגיש, כי אין להקל

ראש גם בביטויים מסוג זה וכמובן כי מוטב היה לולא ייאמרו. זאת, בין היתר, על מנת לעודד את תופעת ההתנדבות למשטרה שיש בה כדי לשרת אינטרסים ציבוריים חיוניים.

21. טעם נוסף לזיכוי של המבקש מעבירת העלבת עובד ציבור בנסיבות המקרה הנוכחי נובע מזיכוי מעבירת נשיאת הסכין ומעבירת החזקת כלי פריצה. ברי, כי לו הייתה נקבעת ההלכה בפרשת בן חיים טרם העמדת המבקש לדין, אפשר כי המשיבה הייתה נמנעת מהעמדתו לדין כלל, ואף לו היה מועמד לדין, המתווה המשפטי של ההליך כולו היה שונה, והיו נבחנות אפשרויות חלופיות כגון סיום הליך בלא הרשעה (וודאי שלא היה מקום לבקש עונש מאסר בפועל, כפי שקרה בהליך הנוכחי). ברי, כי השבת הגלגל לאחור, והחזרת ההליך לבית משפט השלום לבחינת גזר הדין נוכח זיכוי משתי העבירות המרכזיות שיוחסו לו, תוביל לעינוי דין של ממש. משכך, מצאנו מטעם זה כי יש לזכות את המבקש אף מעבירת העלבת עובד ציבור.

22. סוף דבר, המבקש מזוכה בהסכמה מעבירת החזקת הסכין ומעבירת החזקת כלי פריצה. כמו כן, המבקש מזוכה מעבירת העלבת עובד ציבור. פסק דינו של בית המשפט המחוזי מבוטל בזאת, וככל ששולם הקנס שהוטל על המבקש הוא יושב לו בהתאם לאמור בחוק.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה עם חברי השופט ס' ג'וראן כי דין הערעור להתקבל, מכל טעמיו. עם זאת, מאחר שהמונח "עובד ציבור" הוא אחד מיסודות העבירה של "העלבת עובד ציבור", שבה הורשע המבקש; בהתחשב בטיבו של ההליך שבפנינו – בקשת רשות ערעור הנדונה מטעמים משפטיים; ובשים לב למחלוקת שניטשה בין הצדדים בעניין – מצאתי לנכון להתייחס לפרשנות המונח "עובד ציבור" בכל הנוגע למתנדבים, ולכל הפחות, מתנדבים במשמר האזרחי, כמו במקרה דנן.

2. כפי שציין השופט ג'וראן, העבירה של "העלבת עובד ציבור" שמעוגנת בסעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), על תכליתיה והיקפה הראוי, נדונה זה לא מכבר בפסק דינו התקדימי של בית משפט זה בדנ"פ 7383/08 יוסף אונגרפלד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.7.2011) (להלן: עניין אונגרפלד). אולם,

בעניין אונגרפלד הדיון התמקד בהגדרת גבולותיה של עבירה זו מהיבט תחולתה על סוגי ביטויים שונים. בענייננו, הועלו טענות עקרוניות גם בכל הנוגע להיקף תחולתה הפרסונאלית של העבירה, מהיבט הגדרת הקבוצה של "עובדי הציבור". בעיקרו של דבר, שלוש היו טענותיו של המבקש: ראשית, לטענתו עבירה זו מגינה על מי שהוא "עובד הציבור" ולכן אינה חלה על מי שהוא מתנדב בשירות הציבורי (בנסיבות העניין, מתנדב במשמר האזרחי); שנית, לטענתו, העלבונות שהטיח במתלונן לא עלו כדי "העלבת עובד ציבור" לפי פרשנותה של העבירה בעניין אונגרפלד; שלישית, הוא הוסיף וטען כי מכל מקום העבירה אינה חלה במקרים שבהם עובד הציבור חרג מסמכותו (וכי בנסיבות העניין, המתלונן אכן חרג ממסגרת הסמכויות שהוקנו לו כמתנדב במשמר האזרחי). חברי השופט ג'ורדאן ביסס את פסק דינו המזכה, שלו אני מסכימה כאמור, על השנייה מבין הטענות. על כן, מצאתי לנכון לייחד את דברי, בקצרה לשתיים האחרות, בהתחשב בכך שרשות הערעור הוענקה במקרה זה על שום הפן העקרוני של פרשנות העבירה, מהיבטיה השונים.

האם מתנדב הוא עובד ציבור?

3. סעיף 288 קובע בזו הלשון:

"המעליב בתנועות, במלים או במעשים, עובד הציבור, או דיין או פקיד של בית דין דתי או חבר ועדת חקירה לפי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, כשהם ממלאים תפקידם או בנוגע למילוי תפקידם, דינו - מאסר ששה חדשים" (ההדגשה אינה במקור – א.ב.ת.).

הוראה זו עצמה כוללת הרחבה מסוימת של תחולתה מעבר למי שהינם "עובדי הציבור" במובן הצר, אך במתכונת מוגבלת שמוסיפה התייחסות לכמה בעלי תפקידים מסוימים. מעבר לכך, נמצאת הגדרה מפורטת של המונח "עובד הציבור" לצורכי עבירה זו בסעיף 34כ"ד לחוק העונשין, הכוללת בין השאר התייחסות ל"עובד מדינה" (ס"ק (1) של ההגדרה). הטענה העיקרית של המבקש בעניין זה היא שהמונח "עובד מדינה" חל על מי שהם עובדים בשכר, להבדיל ממתנדבים. המבקש מוסיף וטוען כי לנוכח ההגדרה המפורטת של המונח "עובד הציבור" בסעיף 34כ"ד לחוק העונשין אין להוסיף עליה חלופות שאינן מופיעות בה, וכן שאין מקום לפרשנות מרחיבה של ההגדרה, בהתחשב בעקרון הפרשנות המצמצמת החל במשפט הפלילי.

4. ההקשר הרחב יותר שבו נדונה שאלת פרשנותו של המונח "עובד הציבור" לענייננו של סעיף 288 לחוק העונשין הוא ההכרה בדפוסים המשתנים והמגוונים של

השירות הציבורי. פסק דין קודם שבו עלה פן אחר (ושונה) של השאלה היה דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן (לא פורסם, 2.3.2009) (להלן: עניין ברק כהן), שבו נדונה השאלה האם עובד של תאגיד המועסק על-ידי המדינה יכול להיחשב "עובד הציבור" לעניינין של עבירות אחרות – העבירה של לקיחת שוחד לפי סעיף 290 לחוק העונשין והעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה לפי סעיף 280 לחוק העונשין. בית משפט זה דן בעניין ברק כהן מתוך מודעות לפנים המשתנים של השירות הציבורי ולצורך להתאים את פרשנות הנורמות למצב דברים זה, לצד המחויבות לפרשנות נאמנה שלא תרחיב יתר על המידה את תחולתו של המשפט הפלילי. באותו עניין, הורשע המערער ברוב דעות בעבירה של לקיחת שוחד בהתחשב בהגדרה הספציפית של המונח "עובד הציבור" בגדרה של עבירה זו (הכוללת במפורש גם "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור") וזוכה מן העבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה ברוב דעות, מאחר ששופטי הרוב סברו כי דפוס העסקתו ואופי תפקידו חורגים מגדר פרשנותו הראויה של המונח "עובד הציבור", כהגדרתו בסעיף 34כ"ד לחוק העונשין. הטעמים לעמדה זו יידונו בהמשך דברי, מאחר שיש להם חשיבות רבה גם לדיון בעניין זה, הנסב על מתכונת אחרת של הרחבת מוטת כנפיו של השירות הציבורי בראי המשפט הפלילי המהותי.

5. לשיטתי, המונח "עובד הציבור" בסעיף 288 לחוק העונשין חל, ואף ראוי שיחול, גם על מי שאינו עובד מדינה במובנם של דיני העבודה, ובלבד שזהו מתנדב המשולב בעבודת הרשות. מבלי להכריע בעניינם של כלל המתנדבים, אין ספק שאלה הם פני הדברים ככל שהם נוגעים למתנדבים במתכונת המוסדרת בחקיקה לגבי המשמר האזרחי, הוא המקרה שבפנינו. פרשנות זו נתמכת הן בלשון החוק והן בתכליתו כמפורט להלן.

6. המובנים השונים של המונח "עובד" בחקיקה הישראלית – היקף תחולתו של המונח "עובד" משתנה, כידוע, בהתאם להקשר הסטטוטורי. כך למשל, לצורך דיני העבודה עובד הוא עובד בשכר שמתקיים בו מבחן "ההשתלבות" (דנג"ץ 46011/95 טרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 828-829 (1998) והאסמכתאות המופיעות שם). לעומת זאת, לצורך דיני הנזיקין המונח "עובד" כולל אף מי שאינם נחשבים לעובדים לפי דיני העבודה, כדוגמת חיילים ואף מתנדבים (למשל, לצורך אחריות המדינה בנזיקין). בפסק דינו המנחה בע"א 502/78 מדינת ישראל נ' ניסים, פ"ד לה(4) 748 (1981), שבו דן השופט א' ברק (כתוארו אז) בשאלת אחריותה של המדינה בנזיקין בגין מעשיו של מי שמבחינה פורמאלית לא היה מועסק על-ידה, הוא כתב בעניין זה כך:

"המונחים 'מעביד' ו'עובד' מופיעים בשורה ארוכה של חוקים. נקודת המוצא העקרונית, אשר חייבת להנחות אותנו, היא, כי לביטויים אלה אין משמעות אוניברסאלית, אלא המשמעות, שנודעת להם, קשורה קשר הדוק להקשר, בו מופיעים ביטויים אלה. לשון אחר: אין הגדרה אחת ויחידה אשר משמשת אמת מידה לקביעת יחסי מעביד-עובד, אלא קיימות הגדרות רבות ומגוונות, הכול בהתאם להקשר הדברים, בו מתעוררת השאלה. על-כן תהא זו תופעה טבעית, כי פלוני ייחשב כעובד לצורך חוק אחד, אך לא ייחשב כעובד לצורך חוק אחר. פקודת הנזיקין [נוסח חדש] מגדירה 'מעביד' ו'עובד' על-פי מבחן השליטה הגמורה... אין הפקודה נזקקת לא למבחן ההשתלבות, לא למבחן הארגון ולא למבחן אחר כלשהו, אלא עד כמה שניתן לראות בהם חלק מעקרון השליטה הגמורה... יש שאדם הוא עובד לעניין פקודת הנזיקין [נוסח חדש], בלי שנראה בו עובד לצרכים אחרים, בהם מופעלים מבחנים אחרים. בדומה, אדם עשוי להיחשב כעובד לצרכים אחרים, בלי להיות עובד לעניין האחריות השילוחית בנזיקין" (שם, בעמ' 758).

אם כן, המונח "עובד" בחקיקה הישראלית אינו מוגבל בהכרח רק למי שהוא "עובד" בהקשר הרגיל של דיני עבודה. חשוב להוסיף לעניין זה, כי הגדרת "עובד מדינה" לא הגבילה עצמה רק למי שעובדים בתפקיד זה במשרה מלאה או בתפקידים בכירים יחסית (וזאת בהתייחס לטענה שהמתנדבים אינם מי שמרכז חייהם הוא השירות הציבורי וכי תפקידיהם אינם בכירים, על-פי רוב).

7. מתנדבי המשמר האזרחי ועובדים בפטיקה – פסיקתו של בית משפט זה התייחסה אל מתנדבי המשמר האזרחי באופן שקירב את עניינם לזה של עובדים בכמה הקשרים. כך, למשל, נדרש בית משפט זה לשאלת גיל פרישתם של מתנדבי המשמר האזרחי (בג"ץ 7957/07 שדה נ' השר לביטחון פנים (לא פורסם, 2.9.2010). בפסק דין זה הבהיר בית המשפט כי העתירה שבפניו "עוסקת במתנדבים מסוג מסוים שנתקבלו כחברים במשמר האזרחי על-פי פקודת המשטרה, וזוהי ללא ספק קבוצה בעלת מאפיינים ייחודיים בנוף המתנדבים בישראל" (שם, בפסקה 12 לפסק דינה של השופטת א' חיות). ואכן, עיון בפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת המשטרה) ממחיש לנו היטב את הקרבה הרבה בין מתנדבי המשטרה לבין "עובדי המשטרה" במובן הצר, הלא הם השוטרים. ציון הדרך הראשון מצוי לנו בסעיף 49ב(א) לפקודת המשטרה המקים את המשמר האזרחי לצידה של המשטרה. בהמשך, מבהיר סעיף 49ב(ב) לפקודה כי "בכל פעולה שהמשטרה מוסמכת לעשות למען שמירת בטחון

הנפש והרכוש מפני פגיעת איבה, רשאית היא להסתייע במשמר". לבסוף, בא סעיף 49ד(א) לפקודה ומורה אותנו כי:

"חובותיו, זכויותיו, סמכויותיו, חסינויותיו וכפיפותו לשיפוט ולדין משמעתי של חבר המשמר בשעת מילוי תפקידו יהיו כשל שוטר, בשינויים שיקבע השר בצו; הוראה זו באה להוסיף על כל חובה שהוטלה עליו וסמכות שניתנה לו בדין אחר, ולא לגרוע מהן".

אין חולק, אם כן, כי דינם של מתנדבי המשמר האזרחי מיוחד הוא בכל הנוגע למידת קרבתם לשוטרי המשטרה שמן המניין. אולם ייחוד כללי זה, אין די בו כדי להתיר את השאלה שהוצבה בפנינו. עלינו לבחון את מעמדם של מתנדבי המשטרה בראי הערך המוגן שביסוד סעיף 288 לחוק העונשין. לשם מועדות פנינו.

8. הערך המוגן על-ידי העבירה – על-פי פסיקתו של בית משפט זה בעניין אונגרפלד, הערך המוגן בסעיף 288 לחוק העונשין הוא שמירת תקינות תפקודו של השירות הציבורי והבטחת יכולתו לקיים את אחריותו כלפי הציבור, כמו-גם פריסת הגנה על עובד הציבור האינדיבידואלי מפני מעשי השפלה, העלבה וביזוי המוטחים בו בעת מילוי תפקידו או בנוגע למילוי תפקידו. שני ערכים אלו – הגנה על תקינות השירות הציבורי ועל עובדיו – מקיימים קשרי גומלין וזיקה ביניהם. היטיבה לתאר זאת השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה בעניין אונגרפלד:

"בלא פרישת הגנת החוק על העובד מפני התנכלות הכרוכה בפגיעה פיזית או רגשית כלפיו, הוא יתקשה במיצוי יכולותיו במילוי תפקידו. עובד ציבור המותקף במסגרת תפקידו – בין בגופו ובין בכבודו כאדם – יתקשה לאורך זמן לשמור על רמת תפקוד גבוהה בביצוע משימותיו. אם לא תינתן לו הגנת החוק מפני התנכלות, החשש והמורא מפני ביזוי והשפלתו ברבים עלולים להביא להצרת צעדיו, להגבלת מהלכיו בביצוע תפקידו, ולהשפעה רעה גם על תפקודם של עובדי ציבור אחרים. מציאות כזו עלולה לפגוע פגיעה קשה בשירות שעובדים אלה אמורים לתת לציבור, ולפיכך, במערך השירות הציבורי כולו" (שם, בפסקה 16 לפסק דינה).

עמדה על כך גם הנשיאה ד' ביניש:

"באשר לעבירה של העלבת עובד ציבור שותפה אני לעמדותיהם של חבריי המשנה לנשיאה והשופטת פרוקצ'יה כי הערך העיקרי המוגן בעבירה זו אינו כבודו או מעמדו של עובד הציבור כאדם פרטי, אלא השמירה

על אפשרות תפקודו התקין של עובד הציבור שכנגדו כוונה ההעלבה ועל תפקודו של השירות הציבורי בכלל. ביסוד הוראת הסעיף עומדת ההבנה כי השפלתם של עובדי הציבור עלולה לגרום לפגיעה קשה בתפקודו התקין של השירות הציבורי" (שם), בפסקה 4 לפסק דינה).

9. הגנה זו על השירות הציבורי נדרשת גם כאשר מי שמשולב בו אינו עובד בשכר. ניתן לחדד את הדברים תוך שימת לב לנקודות הבאות. ראשית, מבחינת מראית פני הדברים, כאשר העלבון מוטח במי שהוא מתנדב, נגרמת בכך פגיעה לשירות שבו הוא משולב, משום שהמתבונן מן החוץ אינו דק פורתא בשאלה מה היה שכרו של האדם שבו הוטחו הדברים. שנית, לא אחת, שירותים חשובים בשירות הציבורי ניתנים באמצעות מתנדבים. כך למשל, ניתן לחשוב על מי שמשרתים בשירות לאומי וממלאים תפקידים חיוניים במקומות שבהם הם משולבים (למשל, בתי חולים). שלישית, הדברים אמורים ביתר שאת במי שמתנדבים לתפקידים סטטוטוריים, כמו במקרה של מתנדבי המשמר האזרחי. עיון בתקנות המשטרה (המשמר האזרחי), התשנ"ז-1996 (להלן: תקנות המשמר האזרחי) מלמד על עומק הסדרתה של ההתנדבות במשמר האזרחי ועל רוחב היקפו של ההסדר הסטטוטורי שמצא מחוקק המשנה לקבוע בעניין זה. כך, למשל, מוגדרים תנאי כשירותם; הליך קבלתם; הצהרת האמונים בה הם מחויבים; סמכויות השיטור הנתונות בידיהם, לרבות סמכויות חיפוש, מעצר והפעלת כוח; מדיהם; כפיפותם לדין המשמעתי; הפסקת שירותם, ועוד. התקנות אף מונות שורה ארוכה של תפקידים בהם רשאית המשטרה להסתייע במתנדבי המשמר האזרחי – החל בסיוע ליחידות הסיוע של המשטרה, דרך סיוע לחבלני המשטרה, וכלה בסיוע ליחידות הבילוש (ראו פירוט נוסף בתוספת הראשונה לתקנות המשמר האזרחי).

10. התמונה המצטיירת בפנינו הינה ברורה: מתנדבי המשמר האזרחי – הן להלכה על-פי הדין והן למעשה – הינם חלק אינטגרלי מכוחות השיטור של מדינת ישראל. הם מרימים תרומה משמעותית ליכולתה של המשטרה להגשים את יעדיה ומטרותיה הציבוריות. הם עושים זאת בקשת רחבה ומגוונת של נושאים. ניתן לומר שמערך ייחודי זה של מתנדבים נטמע בקרבה של המשטרה כרשות מנהלית, עד שהפך לחלק מבשרה. הדרת מתנדבי המשמר האזרחי ממעגל מושאי העבירה דנן והותרתם בדד במערכה עלולות לסכל את התכלית לשמה חוקקה עבירת העלבת עובדי ציבור. חיוניותו של המשמר האזרחי לפעילות המשטרה ולמילוי משימותיה, לרבות שמירת בטחון הנפש והרכוש, מצדיקים את הכנסת מתנדבי המשמר האזרחי תחת כנפי הערך המוגן שביסוד עבירת העלבת עובד ציבור, כפי שזה נותח בעניין אונגרפלד.

11. מסקנה זו מתחזקת אף לאור הקווים המנחים שהתווה בית משפט זה לפרשנות המונח "עובד ציבור" כהגדרתו בסעיף 34כ"ד לחוק העונשין. עיון ברציונל של דעת הרוב בעניין ברק כהן מלמד כי זו תומכת בהכללתם של מתנדבים כדוגמת מתנדבי המשמר האזרחי בגדרו של המונח "עובד מדינה" (הגם שיישומם של המבחנים לא הוביל למסקנה זו בכל הנוגע לעובד תאגיד כדוגמת זה שנדון שם). לשיטתה של הנשיאה ביניש תכליתיה של הגדרת "עובד הציבור" מתקיימות ב"מי שממלא תפקיד שמשתלב בתחומי העיסוק העיקריים של היחידה בשירות המדינה במסגרתה הוא עובד" (עניין ברק כהן, בפסקה 23 לפסק דינה). זהו מבחן שעניינו השתלבות בליבת התפקידים של הרשות, או בלשונה של הנשיאה ביניש: "הפרשנות שאנו מאמצים... מצריכה בחינה פרטנית של היחס בין תחום העיסוק הספציפי של העובד לבין תחום הפעילות העיקרית של היחידה בשירות המדינה במסגרתה הוא פועל" (שם, שם). מבחן זה מתקיים בעניינם של מתנדבי המשמר האזרחי, הממלאים תפקידי שיטור, על-פי חיקוק. גישה אחרת הוצגה על-ידי המשנה לנשיאה השופט א' ריבלין (כתוארו אז). לשיטתו, ההגדרה חלה רק על מי שלמדינה יש עמו קשר ישיר או כמעט ישיר (שם, פסקה 3 לפסק-דינו). בנסיבות העניין, המשנה לנשיאה נדרש לקשר במתכונת של העסקה, אך לענייננו ניתן להסיק כי ישירותו של הקשר בין ממלא התפקיד למדינה היא שעמדה במרכז ההגדרה. גם סממן זה מתקיים בעניינם של מתנדבים כדוגמת מתנדבי המשמר האזרחי. השתלבותם של המתנדבים במשטרה והקשר הישיר עמה באים לידי ביטוי הן בכך שהוסמכו למלא תפקידים סטטוטוריים והן בכך שהוכפפו לדיני המשמעת של המשטרה (ראו, שוב, סעיף 49ד(א) לפקודת המשטרה וכן תקנה 10 לתקנות המשמר האזרחי). לא זו אף זו, התקנות אף מתירות בנסיבות מסוימות מתן שכר עבור חברי המשמר האזרחי (תקנה 13 לתקנות המשמר האזרחי). בכך הם נבדלים מאנשים פרטיים שהרשות רק "מסתייעת" בהם ולכן קיימת חזקה נגד הפקדת סמכויות סטטוטוריות בידיהם (ראו: בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד, פ"ד לו(2) 537 (1982); בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202 (2004)). ויודגש: על-פי פסיקה זו של בית משפט זה חלה חזקה כנגד אצילת סמכויות סטטוטוריות למי שאינם "עובדי ציבור". הפקדת סמכויות סטטוטוריות בידיהם של מתנדבים כדוגמת מתנדבי המשמר האזרחי מלמדת כי הם נחשבים, לצורך כך, כעובדי הציבור. יוצא, אפוא, כי גם על פי המבחנים המצמצמים שנקבעו בדעת הרוב בעניין ברק כהן, בהחלט ניתן לראות במתנדבי המשמר האזרחי כ"עובדי ציבור" לעניין סעיף 288 לחוק העונשין. לא כל שכן, כאשר בוחנים זאת בראי המבחנים המרחיבים שהוצעו על ידי שופטי המיעוט בעניין ברק כהן, כגון מבחן הצביון הציבורי שהוצע על ידי השופטת ע' ארבל (שם, בפסקה 8 לפסק דינה).

12. איזון בין חובות וחכיוות – יש לתת את הדעת על כך שמתנדבים עשויים לחוב בחובות נוספות (אף במישור הפלילי) בגין התפקיד הציבורי שהם ממלאים. דווקא הרחבת המסגרת של אחריות פלילית גם למי שאינם עובדי מדינה "קלאסיים", כפי שעולה מעניין ברק כהן, מחייבת גם לפרוס עליהם מטריה של הגנה, כאשר הם משולבים בשירות הציבורי וכפופים אליו באופן ישיר. אותם מתנדבים נושאים בחובות כמי שמשרתים את הציבור. שומה גם להגן עליהם כמשרתי הציבור (עמדה דומה הובעה גם בפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש בעניין ברק כהן, בפסקה 22).

13. פרשנות תכליתית ופרשנות מצמצמת – אכן, חזקה עלינו מצוותו של המחוקק באשר להעדפת הפרשנות המצמצמת בתחום הפלילי. סעיף 34כ"א לחוק העונשין מורה בעניין זה:

"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע
הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת
באחריות פלילית לפי אותו דין".

אולם, כפי שסעיף זה מבהיר, וכמו שהוטעם גם בעניין ברק כהן, מקומה של הפרשנות המצמצמת מגיע רק אימת שקיימים שני פירושים סבירים מהיבט הפרשנות התכליתית (שם, בפסקאות 9 ו-23 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). כפי שראינו זה עתה, מתנדבים במשטרה אינם ככל המתנדבים. במובנים רבים הם נקראים לשירות מטעם המדינה; הם כפופים לרגולציה הקפדנית שלה; מופקדות בידיהם סמכויות אכיפה שלטוניות לא מבוטלות, ועוד. כל אלה תומכים במסקנה שאין לערוך הבחנה בין שוטר מן המניין לבין מתנדב הממלא תפקיד שיטור דומה, בכל הקשור להגשמת תכליתה של עבירת העלבת עובד הציבור. לפיכך, אינני סבורה שאכן עומדים בפנינו שני פירושים תכליתיים סבירים – שיש לבחור במקל שביניהם כמצוות סעיף 34כ"א לחוק העונשין – כי אם פירוש תכליתי סביר אחד.

14. מתנדבים הממלאים תפקיד סטטוטורי – במקרה שבפנינו, כפי שטענה באת-כוח המדינה, אפשר שנמצא לנו אף פתרון חלופי ופשוט יותר. ס"ק (10) של סעיף 34כ"ד מתייחס לחלופה נוספת שעניינה "נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק, בין במינוי, בין בבחירה ובין בהסכם, אף אם איננו אחד מעובדי הציבור המנויים בפסקאות (1) עד (9)". מאחר שמתנדבי המשמר האזרחי ממלאים את תפקידם לפי חיקוק, דומה שעניינם פשוט אף יותר מזה של מתנדבים אחרים. אכן, בעניין ברק כהן הודגש כי "אין די בכך שתפקיד מסוים מוסדר בחיקוק כלשהו כדי שחלופה זו תחול עליו. נדרשת פרשנות

מצמצמת יותר, ולפיה החלופה מתייחסת לתפקידים או משרות שנוצרו ע"פ חוק" (שס), בפסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). אולם, בענייננו ניתן לומר שתפקידי השיטור שממלאים מתנדבים הם תפקידים יצירי חוק, ולא רק תפקידים הכפופים לרגולציה חוקית (ראו בהקשר זה את הוראות "פרק רביעי 1: המשמר האזרחי" בפקודת המשטרה, ובפרט סעיף 49ב לפקודה האמורה). לא למותר לציין, כי גם חלק מן התפקידים האחרים שסעיף זה חל עליהם, כדוגמת חברות במועצת רשות מקומית, הם תפקידים שאנשים ממלאים לצד עבודה סדירה במקום אחר, למעשה, בזמנם הפנוי, וללא תמורה.

15. בהתחשב בנסיבות העניין, ייחדתי את דברי למתנדבי המשמר האזרחי, ששייכים באופן מובהק לתחום הליבה של השירות הציבורי. במקרים אחרים, צריך יהיה לתת את הדעת על עניינם של מתנדבים אחרים בשירות הציבורי, שלפחות לגבי חלקם יתעוררו שאלות דומות. לא למותר לציין, כי הפעלתם של מתנדבים נחשבת, בהקשרים מסוימים, לחלק חשוב בפעילותם של גופים ממלכתיים. ממשלת ישראל הקימה עוד בשנת 1972 את המועצה הלאומית להתנדבות בישראל. מערך ההתנדבות של בחורים ובחורות המשרתים בשירות לאומי מהווה לא אחת חלק אינטגרלי וחיוני של פעילותם של גופי מדינה שונים.

16. לסיום, אציין שלכאורה הפרשנות המוצעת לעבירה מהווה הרחבה של ההגבלות על חופש הביטוי במישור המשפט הפלילי. אולם, במידה רבה, הפרשנות המצמצמת לעבירה זו בעניין אונגרטל מאיינת חשש זה, כפי שיעיד גם המקרה הנוכחי. פרשנות מצמצמת במשפט הפלילי אינה צריכה להוביל לתוצאות חסרות תכלית, כמו למשל במקרה שבו שני שוטרים עומדים זה לצד זה – האחד מתנדב, שבו ניתן לכאורה לעלוב עד בלי די, והשני שוטר "אמיתי" שבו אין לפגוע. ההגנה הראויה על חופש הביטוי צריכה להיות מבוססת, אפוא, על תיחום ראוי של סוגי הביטויים שעליהם תחול העבירה, ולא על שרטוט מלאכותי של תחום הגבול בין מי שעובדים שכם בשכם.

מה דינו של עובד ציבור שחרג מסמכותו?

17. לצד השאלה מיהו "עובד ציבור", הוסיף המבקש טענה חדשה בתגובתו לעמדת המדינה, טענה שהתמקדה בתיבה "כשהם ממלאים תפקידם או בנוגע למילוי תפקידם". המבקש טוען כי אפילו נקבע כי "מתנדב" במשטרה הינו בגדר "עובד הציבור", אזי בנסיבות בהן המתנדב חרג מסמכותו, אין לומר כי הוא פעל במילוי תפקידו. לשיטת המבקש, מאחר שבמקרה זה בוצע בכליו חיפוש בלתי חוקי, ומכל מקום, בדיקת ענייניו

החלה מבלי שהמתלונן הזדהה בפניו כמתנדב המשמר האזרחי, הרי שהמתנדבים חרגו מסמכותם ולעניין זה אינם יכולים להיחשב כעובדי ציבור. המבקש קיבל השראה לטענה זו מפסיקה שבה לא הוחלו עבירות שעניינן תקיפת שוטרים בעת מילוי תפקידם, בנסיבות שבהן השוטר חרג מתפקידו (ע"פ 40/58 היועץ המשפטי נ' זיאד, פ"ד יב 1358 (1958) (להלן: עניין זיאד)). כן הפנה לעניין זה לתקנה 8(ג) לתקנות המשמר האזרחי לפיה "מתנדב הממלא תפקידו ללא מדים וללא התגים והסמלים של המשמר, לא יעשה שימוש בסמכויותיו כלפי אדם אחר, אלא לאחר שהזדהה לפניו באמצעות תעודת מינוי".

18. טענה נוספת זו של בא-כוח המבקש נטענה בקיצור, ובשולי הדיון, ולכן לא זכתה להיבחן מכל היבטיה. לכאורה, היא מעוררת שאלות מורכבות, והדיון בה עשוי להשתנות בהתאם להקשר הדיון. כך למשל, בהקשרה של העבירה של תקיפת שוטר בעת מילוי תפקידו זיכוי מעבירה זו מאפשר עדיין להרשיע את הנוגע בדבר בעבירה ה"רגילה" של תקיפה. לעומת זאת, החלת אותה גישה עצמה בענייננו אינה מאפשרת "לסגת" אל עבירה חמורה פחות, אלא להוביל לזיכוי מוחלט. חרף הבדל זה, ותוך שאני מותירה עניין זה בצריך עיון, נראה לכאורה כי בלא הזדהות מקדימה של המתנדב בפני הנוגע בדבר לא מתקיימים יסודות העבירה, וזאת בהתחשב בערך המוגן העומד ביסודה. כאשר מתנדב המשמר האזרחי אינו מזדהה ככזה ממילא לא מתקיים החשש של פגיעה במי שנתפס כמזוהה עם השירות הציבורי ותפקידיו.

19. בהקשר הרחב יותר של הדברים, ואינני מבקשת להכריע בדבר, מצאתי לנכון להעיר כי לא כל חריגה קלה מסמכות תיחשב בהכרח פעולה תוך חריגה מתפקיד, ככל שהדברים נוגעים לעבירות שתכליתן הגנה על בעלי תפקידים בשירות הציבורי, ואף בעניין זיאד ציין השופט ש' אגרנט (כתוארו אז) כי אפשר שהיה פוסק אחרת אילו החריגה שנטען לה בפניו לא היתה "רצינית" (שם, בעמ' 1368). כמו-כן ראוי לתת את הדעת לכך שעבירת העלבת עובד ציבור אינה מתייחסת אך לנסיבה של "מילוי התפקיד" אלא גם לנסיבה חלופית אחרת של "בנוגע למילוי תפקידם". עם זאת, אינני נדרשת להכריע בדבר בנסיבות העניין, ואשאיר את ההכרעה לעת מצוא.

20. סוף דבר, אני מסכימה עם פסק דינו של השופט ג'ובראן, מכל טעמיו.

השופט י' דנציגר:

אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט ס' ג'ובראן ולהערותיה של חברתי
השופטת ד' ברק-ארז.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, ל' בתשרי התשע"ג (16.10.2012).

שופטת

שופט

שופט