

בבית המשפט העליון

רע"פ 10462/03

בפני: כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופטת א' חיות

המבקשת-המערערת: הלינור הראר

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה מיום 25.11.03 לרשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופטים ברלינר, סגנית נשיא, המר ושיצר) מיום 12.11.03 שניתן בע"פ 71264/02

תאריך הישיבה: ח' באדר א' תשס"ה (17.2.05)

בשם המבקשת-המערערת: עו"ד שרון נהרי

בשם המשיבה: עו"ד יאיר חמודות

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. זו בקשת רשות ערעור, הנדונה בהסכמה כערעור, שעניינה פרשנותו של סעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, שלפיו "המשתמש במתקן בזק באופן שיש בו כדי לפגוע, להפחיד, להטריד, ליצור חרדה או להרגיז שלא כדין, דינו מאסר 3 שנים". השאלה המשפטית נשוא הערעור היא האם האיסור שבסעיף 30 מתמצה בשימוש "טכני" מטריד, או שמא יש רלבנטיות גם לתוכן הדברים המועברים במתקן בזק.

ב. ההליך בבית משפט השלום

(1) נגד המערערת הוגש ביום 16.10.00 כתב אישום בבית משפט השלום בתל-אביב, בו הואשמה כי בתאריך 21.3.00 "השתמשה במתקן בזק באופן שיש בו כדי להטריד, בכך שהתקשרה ל(מתלוננת) ואמר(ה) לה "יום הדין שלך יגיע", וכן שלחה פקסים רבים ומטרידים למשרדה".

(2) המערערת כפרה באשמה, ונשמעו ראיות. בית משפט השלום (השופט מרדכי פלד) קבע כי "לפחות בשתי הזדמנויות פנתה הנאשמת-המערערת למתלוננת בפקסים ובטלפון, כפי שעשתה בתאריך 21.3.00 וגם בתאריך 26.1.00 ... וכל זאת במקום עבודתה של המתלוננת. יצוין כי מתוך עדותה של המתלוננת עולה, כי לא היו אלו הפניות היחידות אליה, ובעבר נשלחו מכתבים ופקסים מטרידים על-ידי הנאשמת, לכתובתה הפרטית ולמשיבה". ברקע הדברים היתה מערכת יחסים של המערערת עם פלוני, שלימים התפתחה בינו למתלוננת מערכת יחסים אשר הכאיבה למערערת, וכן טענה כי המתלוננת גרמה לפיטורי המערערת ממקום עבודתה.

(3) בפקס נ/2 מיום 21.3.00 מאת המבקשת למתלוננת, נאמר בין השאר "אם תעיזי שוב לחבל בפרנסתי ... אוקיע אותך, וכל מה שנמצא מאחורי זה, מעל כל במה פומבית. מי שמחבל בפרנסתו של האחר פרנסתו שלו תחובל". בפקס ת/2 מיום 26.3.00 נאמר בין השאר: "הצלחת ליצור בי ובאחרים את הרושם שאת יצור בלתי אנושי, בעלת נטיות רצחניות.. הפכת אסיר לשעבר לשפוט שלך, לעבד חסר כל רצון... אילו היה ... מספיק גבר, היה מתחבא מאחורי אחוריה השמנים של תקציבאית דוחה, דורסנית ואכזרית שכמותך?".

בפקס נרשמו העתקים לבית משפט השלום תל-אביב ולמשרדה.

(4) ראוי לציין לענייננו – כפי שיוברר להלן – כי בית משפט השלום קבע (ובית המשפט המחוזי אימץ כממצא, לימים) כי "מתוך עדותה של המתלוננת עולה כי לא היו אלה הפניות היחידות אליה, ובעבר נשלחו מכתבים ופקסים מטרידים לכתובתה הפרטית ולמשרדה", ועוד כיוצא באלה באשר לפניות המערערת.

(5) בהכרעת הדין קבע בית משפט השלום, כי "תוכנו של המסמך נ/2 מלמד בעליל כי הנאשמת פונה למתלוננת בלשון מזהירה, לפיה הנאשמת עתידה לפגוע במתלוננת בדרך כלשהי, .. עלה מעדותה של המתלוננת, ולא מצאתי מקום שלא לאמץ דברם אלו כמהימנים גם בשים לב לתוכן הדברים שנאמרו במסמך נ/2, כי הנאשמת

פנתה אליה בטלפון באופן שנשמע מאיים ומטריד...". בית המשפט ראה בכך לשון מאיימת ולא הבעת מחאה בלבד כטענת המערערת, והוסיף "כי מתוך הראיות שהובאו עולה ... כי תכלית מעשיה של הנאשמת היתה הטרדה והפחדה של המתלוננת, ועל כן הוכחו יסודות העבירה המיוחסת לנאשמת".

(6) בית משפט השלום השווה בין עבירת ההטרדה בחוק התקשורת לעבירת הטרדת עד שבסעיף 249 לחוק העונשין תשל"ז – 1977 ("המטריד אדם בנוגע להודעה שמסר האדם, או עומד למסור בחקירה על-פי דין, או בהליך שיפוטי, דינו מאסר שלוש שנים"), וציין כי בחוק התקשורת ההגדרה רחבה יותר, ובענייננו עסקינן "בהטרדה ברורה מצד הנאשמת, שנועדה גם לפגוע ולעלוב במתלוננת ... היה בעליל, בפניותיה של הנאשמת, הן על פה (בשיחת הטלפון שנערכה בתאריך 21.3.00), והן בכתב, אף אם היה מדובר באירוע חד פעמי זה, שחברו לו פניות לא מעטות נוספות, כמסתבר, כדי לענות על הגדרת ההטרדה המנויה בסעיף 30... ואין מדובר בהבעת מחאה... אלא במעשה שנועד לפגוע ולהטריד, ושהיה בו כדי ליצור על פניו, איום וגם חרדה בלב המתלוננת ולהזהירה".

(7) לשלמות התמונה יצוין כי הרשעת המתלוננת בוטלה על-ידי בית משפט השלום בעקבות תסקיר שירות המבחן, ונגזר עליה צו לשירות לתועלת הציבור ללא הרשעה.

ג. הערעור בבית המשפט המחוזי

(1) המערערת עירערה לבית המשפט המחוזי. בית המשפט (השופטים ברלינר, סגנית נשיא, המר ושיצר) הלך בדרך שסלל בע"פ (ת"א) 70868/00, 71007/00 מדינת ישראל נ' אלעד ברוך (טרם פורסם; ראו גם להלן). לשיטת בית המשפט המחוזי "חוק התקשורת עניינו השימוש במכשיר ולא תוכן הדברים המועברים באמצעותו. לפיכך כדי שתהיה הטרדה, צריך להתקיים, למשל: שימוש תכוף, שימוש בשעות מסוימות וכיוצא בכך... וגם כאשר מדובר בתוכן פוגע ואפילו מאיים אין בכך עבירה על חוק התקשורת". אם יש בתוכן איומים – יש לנקוט בהליכים לפי סעיף 192 לחוק העונשין שזה עניינו. לשיטת בית המשפט המחוזי (פרשת ברוך) "לא יתכן .. כי אותן מלים עצמן שאמירתן אינה מהווה עבירה על פי אחת מהעבירות המנויות בספר החוקים של מדינת ישראל, בין משום שמלכתחילה תוכנן אינו אסור, ובין משום שהפרשנות, ושימת הדגש על עקרון חופש הביטוי היו מקטלגות אותן כמרגיזות וכו' – אך לא מהוות סיכון לשלום הציבור ובטחוננו – יהפכו את המשמיע אותן לעבריין, רק משום

שהשמיען באמצעות הטלפון (למשל) ולא בשיחה פנים אל פנים". לכן "רק השימוש הפיזי באופן מטריד במתקן בזק יכול ליצור את העבירה".

בית המשפט פנה איפוא לשאלת השימוש הפיזי, ומסקנתו היתה כי היה ממצא של בית משפט השלום – כאמור – באשר לפניות ופקסים רבים ששלחה המערערת למתלוננת, ובכך יש משום פן פיזי והטרדה. לפיכך, נדחה הערעור, "גם אם הבסיס העובדתי לקביעה כי המערערת ביצעה את העבירה המיוחסת לה נעוץ לשיטתנו בעניין מספר הפקסים שנשלחו למתלוננת ולא בתוכן הדברים שנאמרו לה".

(2) לשלמות התמונה יצוין, כי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי (מפי סגנית הנשיא ברלינר) בפרשת ברוך (הנזכר לעיל), ניתח בית המשפט את סעיף 30 בו עסקינן, ונזקק להיסטוריה החקיקתית, שאליה אדרש להלן. מהצעת חוק הבזק המקורית הושמטה בסעיף דנא, המלה "במלים" (ההצעה במקורה היתה "במלים או באופן שיש בהם לפגוע") והשאלה היא מה משמעות ההשמטה; ראו גם חוות דעת השופט ד"ר ע' בנימיני שם. אך עיקר דבריו של בית המשפט המחוזי הוקדש לסביבתו החקיקתית של הסעיף, החוק כולו, חוק הבזק (כשמו אז) העוסק – לשיטתו – בהפעלת שירותי התקשורת ולא בתכנים; אף בנוסח הסעיף, המדבר על שימוש במתקן בזק ב"אופן שיש בו..." מצא בית המשפט המחוזי סיוע לגישתו, כי אין המדובר בתוכן הדברים. בגדרי משפט משה, השווה בית המשפט לחוק אמריקני מקביל העוסק בתכנים, אלא שבו נאמר הדבר מפורשות, ועוד נדון הנושא בגדרי חופש הביטוי וזירות הנחוצה לגביו. סוף דבר – בית המשפט ראה את סעיף 30 כתחום לשימוש במתקן בזק בהיבט הטכני, ושאינו בודק את תוכן הדברים.

ד. ההליך בבית משפט זה

(1) מכאן ההליך שבפנינו. בבקשת רשות הערעור – המנוסחת באורח שקול והוגן כלפי כולי עלמא – נטען, כי אם אכן צדק בית המשפט המחוזי שהמבחן הוא אופן השימוש במתקן בזק, השאלה היא מהם המבחנים ההופכים את אופן השימוש למטריד; זאת, שכן – כנטען – רבים, כמו משרדי פרסום ושיווק, המציפים את מכשירי הפקסימליה והטלפון של לקוחות פוטנציאליים בפניות רבות, והדבר עלול לעלות אולי כדי עבירה פלילית. לשיטת המערערת, רואים בתי המשפט במספר ההתקשרויות ותדירותן קריטריון עיקרי וראשוני לבחינת אופי השימוש; וראוי לשאול האם הביא אופן ההתקשרות לפגיעה באורח חייו של הנמען, היכן נתקבלה ההתקשרות, האם מניע הפניות ורקע קודם רלבנטיים לעניין, והאם המבחן הוא סובייקטיבי, קרי, די שהנמען יראה בשימוש איום או הטרדה, או אובייקטיבי, של אדם סביר, ומה על גדריו חופש

הביטוי לפי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ועוד, האם די בגירסת המתלוננת באשר לפניות, או יש צורך בראיה חזקה מזה על-ידי תיעוד טכני כמו פלט שיחות או מכתבים. ולבסוף, מהו היסוד הנפשי הנדרש לגיבוש העבירה, האם נדרשת כוונה מיוחדת, או די בכוונה סתם.

(2) ספציפית נטען, כי לא הוכחו מספרי הפקסים ושיחות הטלפון שהגיעו למתלוננת, ובתלונה למשטרה נמסר על פקס אחד בלבד; התשתית הראייתית כללה שני פקסים ושיחת טלפון, למשרד המתלוננת, ותו לא, וההרשעה התבססה רובה ככולה על תוכן הדברים. ועוד, נגרם עיוות דין, שכן "מרגע שפנו הצדדים בערכאה הראשונה לניתוח יסוד האיום, כאילו היה יסוד מיסודות העבירה, והתעלמו מהפן הטכני של השימוש, נפגעה באורח מהותי יכולתה של המבקשת להתגונן (הדגשה במקור – א"ר), והמבקשת לא קיבלה את יומה בבית המשפט". טעות זו היתה של התביעה וההגנה גם יחד; לשיטת המערערת, אילו נבחנה כמות הפקסים ותדירותם היה מחליט בית משפט השלום לזכות את המערערת; אין בשליחת שני פקסים ושיחת טלפון אחת כדי הטרדה או איום.

(3) (א) עלי לציין כבר במקום זה, כי בעדות המתלוננת (פרוטוקול מיום 14.1.02), נאמר: "מאז שנת 99 חברי הוא (פלוני) ... מאותו רגע התחלתי לקבל מכתבים אנונימיים, שיחות טלפון, הטרדות, ואז גיליתי שיש אשה שלא הכרתי אותה קודם, ששמה אלה הראר או אלינור הראר, והסתבר לי שאני מופצצת במכתבים, ומסתבר מהם שהיא עוקבת אחרי... לא התייחסתי לזה אלא רק כהטרדה, התחילו להגיע מכתבים למקום עבודתי... (עמ' 1); ואחר כך תואר (כנראה) האירוע נשוא כתב האישום (עמ' 1, 3), בהמשך (עמ' 2) דובר על מכתבי הטרדה במעטפות של מקום עבודתה של המערערת, בחקירה הנגדית מדובר על מכתבים שנועדו "חלקם אלי, חלקם ל(פלוני)...", (עמ' 3) והמכתבים נמסרו לדברי המתלוננת לגורמים הרלבנטיים במקום עבודתה (שם). והנה בעמ' 4:

"ש. למה לא מסרת למשטרה את המכתבים?

ת. הגשתי שני פקסים, היו עוד המון. אני לא מנהלת ארכיון. היו עשרות מכתבים, בהתחלה לא התייחסתי וזרקתי אותם, חלקם נשלחו סגורים לכתובת של השולח, כדי שהיא תבין שאני לא פותחת את המכתבים...". ובאשר לפקסים נוספים, ומדוע לא נזכרו בתלונה למשטרה – "כי כשאזרח מגיש תלונה הוא צריך להביא הוכחות... התלוננתי על מה שהיה הקש ששבר את גב הגמל. את הטלפונים לא הקלטתי..."

(ב) עוד אציין כי בעדות המערערת עצמה, לא חלקה על משלוח הפקסים נשוא כתב האישום, וכן אמרה (עמ' 6) "קודם כל התקשרתי אליה לפני כל פקס, ואחרי זה שלחתי את הפקסים", אך להלן "לפני ת/2 לא שוחחתי אתה בטלפון", ובהמשך בעמ' 7 "לא עשיתי שום דבר להפריע לחייהם (של המתלוננת ופלוני – א"ר) למרות שזה הכאיב לי, חוץ ממכתבים שהגיעו אליו והיא פתחה אותם. המכתבים האלה נשלחו לכתובתו ולכתובתה. הפקסים האלה שהוגשו נשלחו למקום עבודתה של (המתלוננת)". (עמ' 7), בתשובה לשאלה אם נשלחו פקסים נוספים אל בית המתלוננת, השיבה "לא. מכתבים לא נשלחו. חוץ ממכתב שבו הצעתי לה להפגש נ/4 – אין מכתבים אליה הביתה".

(4) המדינה בתגובתה – בה הסכימה לבקשת רשות ערעור – הפנתה לתגובתה בעקבות פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין ברוך, שניתנה בו רשות ערעור, אשר בסופו של דבר לא נדון בעקבות תקלה, ועניינה, כי לדעת המדינה, מחייבת הזמינות הטכנולוגית שמאפשרים אמצעי הבזק, גם אמצעי חיסיון להגדלת הפגיעה בפרטיות, העשויה לכלול גם תכנים "פוגעים, מרגיזים ומפחידים", בקלות של לחיצות כפתור. הודגם מסעיף 6 כה לחוק התקשורת, כי המחוקק נדרש באותו הקשר גם לענייני תוכן, כגון איסור על שידורי כבלים שיש בהם חומר תועבה או תעמולה והסתה, והוא הדין לסעיף 6לד(ז)5 העוסק בתוכן הפרסומות. גם איסור על משלוח פרסומת ללא היתר מן הנמען לפי סעיף 30 א' לחוק מצביע לשיטת המדינה על נושא של תוכן. כך גם עולה מתוך לימוד לשון הסעיף, לשון שאינה מצטמצמת לצד הטכני בלבד. יש, לדעת המדינה, קשר בין השימוש הטכני לבין המסרים, ותוכן השיחה הוא היכול להצביע על כוונת המטריד. לפיכך נטען, כי הפרשנות הראויה היא זו המשלבת את אופן השימוש עם התוכן, והמינון הנדרש משתנה ביחס שבין התוכן לכמות השיחות או הפניות. צמצום חופש הביטוי בא להגן על זכות היסוד לפרטיות, שכן מתקן בזק מאפשר כאמור – חדירה לפרטיות בלא מאמץ. לדעת המדינה אין צורך לעניין סעיף 30 בדרישה ראייתית מיוחדת ("ראיות אובייקטיביות") – ודי בראיות כמקובל.

(5) בדיון בפנינו חזר בא כוח המערערת על טענותיו, ובין השאר הטעים כי הגבלת חופש הביטוי צריכה להיות מעוגנת בחוק ספציפי; בא כוח המדינה סבר, כי אין מקום לצמצם את פרשנות הסעיף לצד הצורני, תוך שהשווה את הדברים לחוק למניעת הטרדה מינית, שבו הגישה היא תוכנית. הדיבור "נפגע" שבסעיף – האם מצלצולים בטלפון בלבד? האם ניתן "להיפגע" מצלצולים? ובמדרג הזכויות, המדובר לשיטתו באינטרס מוגן חלש יחסית של חופש הביטוי, מול אינטרס חזק של הזכות לפרטיות.

עניין הפגיעה וההטרדה עולה, לשיטת המדינה, גם מהתוכן, ויש איפוא לכלול כאן תוכן וצורה כאחת.

דיון

ה. לפרשנות סעיף 30 לחוק התקשורת

(1) אומר כבר כאן, כי דעתי שונה – בכל הכבוד – מדעת בית המשפט המחוזי; באשר לטיבה של ההטרדה על פי סעיף 30, סבורני כי מרכיב הצורה ומרכיב התוכן ירדו שלובים. אין בידי לקבל את הקביעה, כי ענייני תוכן מקומם לא בחוק דנא אלא בסעיפים בחוק העונשין, כגון סעיף האיום (192). אכן, הרשות נתונה לתביעה הכללית לטפל בנושאי הטרדה בגדרי חוקים שונים, על פי מהותם ועוצמתם. לא בכדי פתח המחוקק לעניין זה אופציות שונות, מתוך הנחה כי הבחירה בסעיף פלוני תיעשה על פי הנושא, הזמן והמקום. הערך המוגן באורח כללי הוא כבודו של אדם, ופעמים ילבש בגד של פרטיות וצנעת הפרט (סעיף 7 לחוק היסוד: "א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו; (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו; (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם....; (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם..."); לכל רכיבי הסעיף עשויים להיות גילויים שונים. אך כבודו של אדם עלול כמובן להיפגע גם במלה הנאמרת (סעיף 2 "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"); אם נרצה, שלווה נפשו של אדם היא פרטיותו, היא גם כבודו. האם אופן השימוש במתקן בזק הוא אך ורק בעל יסוד טכני, כלומר, אפשר להטריד אדם רק אם בטלפונים ופקסים חוזרים עסקינן, ושהאמירה שבהם עצמה אינה מעלה או מורידה – או שמא יש לנאמר בטלפון ולנכתב בפקס עצמו חשיבות? לדעתי, כאמור, קשה להלום כי אין רלבנטיות לתוכן. התוכן שלוב בצורה, במובן מסוים בחינת תוך וקליפה, או חרב ונדן, ששניהם יחד יוצרים את השלם, את "ההטרדה בשלמותה". פעמים יהיה התוכן בולט, ואזי תהא חשיבות מועטה יותר למספר הפעמים שבהן נעשית ההטרדה, ופעמים תהא הצורה בולטת, וכמותה תגבר על תוכן שאיננו מטריד ביותר כשלעצמו. אך מסופקני אם פרשנות לשונית "רגילה" של החוק, ולא כל שכן פרשנות תכליתית, לא תידרש לתוכן הדברים כאינדיקציה להטרדה ושכמותה שבסעיף 30. זו בעיני הפרשנות הנכונה, המתיישבת גם עם הסברה הישרה והשכל הישר, ואנסה לבאר זאת.

(2) התחקות פרשנית אחר משמעה של הוראת חוק כוללת את הבדיקה הלשונית, ולאחריה את בדיקת התכלית הסובייקטיבית, על פי כוונת המחוקק משכבר, ואת התכלית האובייקטיבית, "כוונת המחוקק הסביר" בגדרי שיטת המשפט; ראו דנ"פ

1558/03 מדינת ישראל נ' אטד (טרם פורסם) (הנשיא ברק, פסקה 17 והאסמכתאות המובאות שם).

(3) ראשית חכמה, נבדוק את לשון הסעיף, ולצורך זה הרי שוב נוסחו: "המשתמש במתקן בזק באופן שיש בו כדי לפגוע, להפחיד, להטריד, ליצור חרדה או להרגיז שלא כדין, דינו מאסר שלוש שנים". אפתח במרכיבים המהווים לב הפעילות האסורה זו, הבאה ברשימה של אופני הטרדה שקבע המחוקק. האם רשימה זו מצביעה על שימוש "פיסי" בלבד או אף על מרכיבים תוכניים?

(4) מה יאמר המילון העברי על משמעותם של המונחים שבסעיף 30? חברי המשנה לנשיא חשין ביכה באחרונה (ע"פ 7757/04 בורשטיין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)) את ירידת מקומו של המילון בהיררכיה של הפרשנות: "... הנה בימינו דחתה התכלית – התכלית בה"א הידיעה – את המילון לקרן זוית וכמעט אין משגיחים בו ... – תכליתו של המילון היא לידענו פירושן של מלים ומשמעותם של ביטויים בלשון המקובלת, בלשון בני אדם, בשפת היומיום ... אך טבעי הוא שלפירושה של מלים וביטויים ... נפנה למילון שיאיר את עינינו". אף אנו נלך בעצתו של המשנה לנשיא.

(5) לפגוע מהו? מילון גור מגדירו כ"הכה, נגוע לרעה ב...", ומוסיף באשר לפגיעה בכבוד "חרף וגידף את מישהו, העליב". היפגע הוא "הינזק, סבול והרגש נזק, כאב או עלבון: אין שוטה נפגע (שבת י"ג, ע"ב)". לשיטת מילון אבן שושן (מהדורה תשיעית) פגע הוא עלב, גרם עלבון, הסב חרפה: "דברייך הקשים פגעו בי מאוד". להפחיד מהו? לפי מילון גור – הפחד הוא "הרעד, הרגז, הבא מורא ופחד על – יורוב עצמותי הפחיד" (איוב ד, י"ד, ט"ו)". ובמילון אבן שושן ".... הטיל מורא". להטריד מהו? לפי מילון גור הריהו "בלבל, הבא במבוכה", "שדרך מטרידתו ושינה משכרתו" (תענית י"ז, ב"). מילון אבן שושן מגדירו כ"גרם טורח וטרדה.... בלבל וגרם למבוכה". ליצור חרדה מהו? חרדה לפי מילון גור עניינה "רוגז, רעדה מפחד, יראה, רגש הפחד והבהלה" ("ויחרד יצחק חרדה גדולה" – בראשית כ"ז, ל"ג). לפי מילון אבן שושן הריהו "פחד גדול, בהלה, רעדה, טרחה רבה, דאגה והשתדלות רבה". להרגיז מהו? לפי מילון גור הריהו "החרד, הרעד, החרד אחר ממנוחתו"; מילון אבן שושן מגדירו כ"החריד, הרעיד, הפריע את השקט, הכעיס, הקציף, הביא לכלל רוגז". כל אלה, הצד השווה שבהם הוא הצקה מסוגים שונים ובדרגות שונות, הצריכה להיבחן לגופה בכל מקרה.

(6) באשר לשורש טרד, הוא מופיע בעברית המקראית בצירוף "דלף טורד" בספר משלי, למשל "דלף טורד ביום סגריר" (כ"ז, ט"ו); והדימוי הוא של גשם נמשך ומציק; בארמית המקראית פירושו אחר, גירוש – "ולך טרדין מן אנשא" (דניאל ד' 22) ("מגרשים אותך מבני אנוש", ויהא עליך לדור בין החיות). בלשון חכמים מופיע השורש בארמית במובן של מוטרדות, היות אדם עסוק "טריד טרדא דמצוה... טריד טרדא דרשות" (טרווד בטרדת מצוה, טרווד בטרדת רשות) (בבלי ברכות י"א, א), ורש"י שם, כותב בעברית על אבל "שטרוד בצערו", וכך גם הדוגמה המילונית שהובאה לעיל.

(7) בלשון פשוטה, דומה כי הטרדה היא יצירת אי נוחות, המסיחה את דעתו של אדם מענייניו וגורמת לו מבוכה, דאגה, בלבול, והתעסקות בנשוא הטרדה.

(8) הדעת נותנת כי את סעיף 30 יש לקרוא כמקשה הרמונית אחת, ובקריאה זו מתייצבת השאלה, הניתן להפחיד, ליצור חרדה אך בהקשר טכני בלבד, או שמא ככלל יצטרפו מרכיבים תוכניים. לא אומר שלא יתכן כלל וכלל להפחיד וליצור חרדה "צורנית" בלבד, כי בוודאי יהיו מקרים מסוימים שבהם יצלצל אדם לזולתו ללא הרף וינתק ואין נאמרות מלים, והזולת יפחד ויחרד. אך האם לכך בלבד כיוון הסעיף? לדידי, התשובה אינה חיובית, ובהיקש, כך לדעתי גם לגבי הרגזה והטרדה.

ו. מקצת על ההטרדה בדין הישראלי

(1) בחקיקה הישראלית מופיע השורש טרד בהקשרים שונים, המכנה המשותף בין כולם הוא אותה אי נוחות, הגורמת דאגה ולחץ, שדרגותיה יכולות להיות שונות, ויש להגדירה איפוא באופן שלא יהווה רשימה סגורה. חוק העונשין תשל"ז-1977 כולל סימן (י"א) שעניינו מטרדים, ובו התנהגויות פסולות כגון מטרד לציבור, התנהגות פסולה כמקום ציבורי, ביזוי מדים, מעשה העלול להפיץ מחלה ועוד, שהמכנה המשותף ביניהם הוא פגיעה ברבים. סעיף 215 א כותרתו "מטרד לציבור" ועניינו מעשה או מחדל הגורם "לציבור פגיעה, סכנה או הטרדה, או מפריע לו, או גורם לו אי נוחות (הדגשה הוספה – א"ר) בשימוש בזכות הרבים", ראו לפרשנותו קדמי, על הדין בפלילים ג' (תשנ"ה) 1351; הטרדה מבטאת לדידו "הכבדה" או "אי נוחות" רגשית להבדיל מגרם נזק ממש. אי נוחות לדידו פחותה מהפרעה.

(2) בחוק העונשין מצוי גם סעיף 249, שעניינו הטרדת עד. בע"פ 751/90 בלזר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה (4) 133 נדונה עבירת הטרדת עד לפי סעיף 249:

"המטריד אדם בנוגע להודעה שמסר אדם, או עומד למסור, בחקירה על פי דין...". הנשיא שמגר ציין (עמ' 172) כי "הוראת החוק איננה מביאה הגדרה של המונח "הטרדה", ועל-כן, יש לפרשו לפי משמעותו הלשונית הרגילה כפי שהיא משתלבת במטרתה החקיקתית של ההוראה אשר בה הובא". ולהלן (עמ' 175) אומר הנשיא שמגר, כי "הטרדה כוללת, לצורך ענייננו, כל פניה אל אדם כדיבור או במעשה שיש בו כדי לטרדו ממנוחות או מעיסוק באותם עניינים שהוא בוחר לו מרצונו. הדבר כולל, בין היתר, פניות טלפוניות המעמיסות על זמנו, צלצול סרק בדלת או בטלפון, מעקבים גלויים או נסתרים, צעידה בעקבות אדם, עריכת משמרות, פניות אליו כדי שישוב ויבחן טענותיו והאשמותיו, ביחוד בלויית איום מוסווה ששמו או משרתו ייפגעו... שיש בהם כדי להעסיק אדם בעניינים שאינם אלא, כלשון העם, בלבול מוח גרידא". ראו גם קדמי, על הדין בפלילים ב (תשנ"ה), 884.

(3) במקביל לכך, לשלמות התמונה, יוזכר כי בפקודת הנזיקין (נוסח חדש) מצוי סימן המוכתר "מטרדים" (סימן ה) ובתוכו, בין השאר, עוולה של מטרד לציבור (סעיף 42) ועוולה של מטרד ליחיד (סעיף 44). הראשונה, מטרד לציבור, עניינה "מעשה שאינו כדין או מחדל מחובה משפטית... (ה) מסכן את החיים, הבטיחות, הגהות, הרכוש או הנוחות (הדגשה הוספה – א"ר) של הציבור, או שהוא מכשול לציבור להשתמש בזכות מזכויות הכלל". מטרד ליחיד (סעיף 44) עניינו התנהגות או ניהול עסק או שימוש במקרקעין "באופן שיש בו הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם...". סעיפים אלה ככלל יסודם בחקיקה מנדטורית, והם משקפים דרגות שונות של אי נוחות הנגרמת לאדם על-ידי זולתו.

(4) בחקיקה הישראלית עלתה הזכות לפרטיות לדרגה חוקתית; כל אדם בישראל "זכאי לפרטיות" (סעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). ועוד, נמצא את הגדרת הפגיעה בפרטיות בסעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ועניינה "בילוש או התחקות אחר אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת". אותה "הטרדה אחרת" לא הוגדרה שם, אך באנלוגיה לבילוש ולהתחקות דומה כי המחוקק סבור, שפגיעה בפרטיות אדם תיתכן גם בדרכים אחרות, ויש להגדירה באופן שלא יהווה רשימה סגורה. מלים אלה – "או הטרדה אחרת" – פורשו בבית משפט זה בד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, שבו נבחנה השאלה אם השקיית נחקר במי מלח בניגוד לרצונו היא הטרדה לפי סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות. בתיק שקדם, בג"צ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393 נחלקו דעות השופטים – השופטים כן ושינבוים ראו ביטוי זה כחל על כל מעשה הטרדה אסור כלפי

הזולת, לרבות עבירה המוגדרת כבר ככזאת (עוון או פשע) בדיני העונשין. לעומתם השופט (כתארו אז) ברק סבר כי יש לפרש את הביטוי "הטרדה אחרת", שהוא בלתי ברור לשיטתו, על פי הקשרו החקיקתי. הנשיא שמגר סבר בדעת הרוב בדיון הנוסף, כי "... המונח 'הטרדה' בא להשלים את המעגל של מגוון שיטות החשיפה המכוונות אל ענייניו הפרטיים של האדם, שאינן יכולות להיכלל במושגים של בילוש או התחקות דווקא" (עמ' 850); ב"הטרדה אחרת" רואה הנשיא שמגר למשל "צעידה גלויה וצמודה ואף הפגנתית אחר אדם אחר, בכל מהלכיו, שאיננה בגדר מעקב סתר אלא מעקב גלוי... מעשה כמתואר עלול להדיר אדם משלוותו, מהרגשת הבטחון האישי שלו, ומתחושתו כי הוא יכול לנהל חייו לעצמו..." (עמ' 851). (יצוין כי מעין אלה נחקקו כאיסורים בחוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2002). נקבע איפוא בדיון הנוסף, כי אותה השקיה במי מלח אינה באה בגדר פגיעה בפרטיות. ראו לענין חוק הגנת הפרטיות ז' סגל, חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות, עמ' 110-112; כן ראו חיים כהן "יהודיותה של מדינת ישראל", אלפיים (תשנ"ח), 9, פורסם גם במבחר כתבים (לחיים כהן), קציר עשור הגבורות (אהרן ברק ורות גביזון, עורכים), 9, 35; ראו גם ב"ש (ירושלים) 4053/05 מרזל נ' מדינת ישראל (השופט ענבר).

(5) דוגמאות נוספות אחדות בחקיקה מאוחרת יותר עוסקות בהטרדה. אמנם, יצוין כי בפקודת הטלגרף האלחוטי (נוסח חדש) תשל"ב-1972 קובע סעיף 10(א) כעבירה, בין היתר, את זאת: "משדר או מנסה לשדר בטלגרף אלחוטי ידיעה או תקשורת מגוונת, נתעבות או פוגעות, או החותרות תחת הסדר הציבורי או שיש בהן כדי להפריע לשלום הציבור", אלא שהמונח "הטרדה" עצמו אינו מופיע בסעיף.

(6) חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח – 1998 מגדיר הטרדה מינית בסדרה של אפשרויות, חלקן על פי סעיפים קיימים בחוק העונשין, תשל"ז-1977, והן סחיטה באיומים ומעשים מגונים, וחלקן הצעות והתייחסויות חוזרות בעלות אופי מיני למי שאינו מעוניין בהן או למי שנתון למרותו של המטריד בבית, בטיפול רפואי, בעבודה ובמערכת החינוך.

(7) חוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2002 קובע לו כמטרה (סעיף 1) "להגן על אדם מפני פגיעה בשלוות חייו, בפרטיותו, בחרותו או בגופו, בידי אדם אחר שנקט נגדו הטרדה מאיימת או שפגע בגופו". הטרדה מאיימת מוגדרת בסעיף 2(א) כ"הטרדתו של אדם בידי אחר בכל דרך שהיא או נקיטת איומים כלפיו, בנסיבות הנותנות בסיס סביר להניח כי המטריד או המאיים עלול לשוב ולפגוע בשלוות חייו, בפרטיותו או בחרותו של האדם, או כי הוא עלול לפגוע בגופו", ובין השאר (ס"ק ב(1)

”בבילוש, במארב או בהתחקות אחר תנועותיו או מעשיו, או בפגיעה בפרטיותו בכל דרך אחרת”, וכן – בין השאר – ס”ק ב(2) בנקיטת איומים, וס”ק ב(3) ”ביצירת קשר עמו בעל פה בכתב או בכל אמצעי אחר” (הדגשה הוספה – א”ר), וכן בפגיעה ברכושו, בשמו הטוב או בחופש התנועה שלו”. חוק חדש זה מטעים את ההגנה הניתנת לפרטיות. נזכור את דברי הנשיא שמגר בדנ”פ ועקנין. עוד ניתן אל לבנו, כי חוק מניעת הטרדה מאיימת נחקק לאחר האירועים נשוא דיוננו.

(8) עינינו הרואות כי בחלק ניכר מן הדוגמאות כוללת ההטרדה מרכיב תוכני, וכולטת בהן הטרדת עד, הטרדה מינית והטרדה מאיימת, שחלק מן האפשרויות לגביהן כולל מרכיב כזה.

ז. מקצת לתולדות סעיף 30 לחוק התקשורת

(1) ראוי להידרש בקצרה לתולדותיו החקיקתיות של סעיף 30. בראשונה היתה חקיקה שתיקנה את פקודת בתי הדואר המנדטורית. בחוק לתיקון פקודת בתי הדואר (מס’ 6) תשכ”ה-1965 (ס”ח תשכ”ה, 234, 238) נוסף לפקודת בתי הדואר סעיף 79א, שקבע:

”העושה אחד מאלה:

א. מוסר מברק להעברה בידועין שתכנו כוזב ובכוונה להטריד או להרגיז;
 ב. משתמש בטלגרף במלים או באופן שיש בהם כדי לאיים או לפגוע שלא כדין, או בכוונה להטריד או להרגיז שלא כדין, דינו מאסר שישה חודשים”. אלה היו גם לעוולה אזרחית (סעיף 79ב). על פני הדברים, כולל הסעיף ענייני תוכן: ”שתכנו כוזב”, ”במלים...”. יצוין כי על פי הפקודה המינוח טלגרף כולל גם טלפון (פקודת בתי הדואר, חא”י כרך ב’ (ע) 1155, 1157).

(2) בדברי ההסבר (ה”ח תשכ”ה, 152, 158), נאמר לענין זה כי ”מקרים של הטרדה באמצעות הטלפון מתרבים והולכים. לפי החוק הקיים אין אפשרות להאשים את המטריד בעבירה פלילית ויש לתקן מצב זה. באנגליה נקבע כבר בשנת 1953 כי הטרדה בטלפון או במברק שתכנו כוזב – היא עבירה פלילית. ההוראה המוצעת באה לאפשר הענשת משתמשים בטלפון כדי להטריד את מנויי הטלפון”. בדיון בקריאה ראשונה בהצעת החוק, דברי הכנסת כרך 43 (ישיבת כ”ב אייר תשכ”ה, 24.5.65), עמ’ 1928, ציין שר הדואר, א’ ששון, כי ”עד כה אין בסיס שיאפשר להעניש אדם המטריד מנוי טלפון. הטרדות אלה בשעות היום והלילה גוברות והולכות, ואם כי ישנה האפשרות הטכנית לקבוע מי הוא המטריד ולמסור אותו למשטרה, אין בסיס חוקי

להביאו לדין. לכן מוצע – גם זה במקביל לחוק האנגלי – להטיל עונש על מטרידים אלה". בדיון בקריאה השנייה והשלישית שם (ישיבת י"ט תמוז תשכ"ה, 19.7.65), עמ' 2634, ציין ח"כ בנימין אבניאל, כאחד משני עניינים "פיקנטיים" שהחוק בא לתקן, כי "יש מקרים רבים של הטרדה חמורה לאזרחים באמצעות הטלפון. מקרים אלה הולכים ומתרבים משנה לשנה. כנראה אנחנו הולכים ו"מתקדמים" מבחינת החינוך החברתי. באמצע הלילה מעוררים אדם, כל כמה זמן, מצלצלים אליו, מצלצלים ללא הפסק ומאיימים עליו, מגדפים אותו ומעליבים אותו. אמרנו שהטלפון הוא אמצעי ציבורי, ולא די שהמטרה תעקוב ותתפוס לעתים את העבריינים. צריך שהדבר יוגדר כעבירה, כדי שהאיש העושה את הדבר יידע, שאם יצליחו לתפוס אותו – הוא עלול לתת את הדין"; הנה שילוב בין הנמקות "טכניות" להנמקות תוכניות.

(3) נוסח זהה לסעיף 79א' הנזכר הוכנס לימים בפקודת הדואר (נוסח חדש) תשל"ז-1976 (סעיף 99, דיני מדינת ישראל נוסח חדש 29, תשל"ז-1976).

(4) סעיף 99 הוחלף בסעיף 30 לחוק הבזק, נשוא ענייננו. האם מן השינוי שחל, כפי שתואר, יש כדי להסיר את מרכיב התוכן? לכך ראוי להידרש.

(5) סעיף 30 דנא הוצע (סעיף 23 להצעת חוק הבזק, התשמ"א-1981, ה"ח תשמ"א 351, 362) בנוסח שונה במקצת: "המשתמש במתקן בזק במלים או באופן שיש בהם כדי לפגוע שלא כדין, להפחיד, להטריד, ליצור חרדה או להרגיז, דינו – מאסר שלוש שנים". לא פורט הסבר לסעיף זה, אך ברור כי יסודו הוא סעיף 99 לפקודת הדואר (נוסח חדש).

(6) בדיון בוועדת הכלכלה של הכנסת (ב' בסיוון תשמ"ב – 24.5.82) תהה יושב ראש הוועדה ח"כ גד יעקבי על הדיבור "במלים". השיב היועץ המשפטי למשרד התקשורת "במתקן בזק אפשר רק לדבר". ח"כ תמר אשל הציעה לנסח "באופן שיש בו כדי..." ח"כ יעקבי שאל "מה זה להרגיז?", ואשר על כן הציע לתקן ולהוסיף "שלא כדין".

(7) ואכן, בלא שבידינו ראיה להידרשות נוספת לכך, תוקן הנוסח בדיוק על פי הערות חברי הכנסת הנזכרים, על-ידי הוועדה הדיבור "במלים או" ועל-ידי הוועדה "שלא כדין"; ומשנותר "באופן" בלבד, הומר הצירוף "שיש בהם" ב"שיש בו". על משמעו של דיון בכנסת במהלך החקיקה לפרשנות החוק, ראו א' ברק פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה, 240, 241 ובעמ' 158 שם.

(8) על פני הדברים אין עולה מן הדיון בועדה, כי הוסבר לועדה הנוסח הקודם של הסעיף, וכי נדונה בה באופן מהותי ומפורט כדבעי משמעות הסעיף. "כוונתו" הסובייקטיבית של המחוקק לעת החקיקה ניתנת ללימוד חלקי ביותר, ולחשוף מתוכה את תשובת האמת לשאלה האם כיוון המחוקק בו זמנית לתוכן או אך לצורה – קשה ואולי בלתי אפשרי. אם בכלל, קיומו של הסעיף הקודם בפקודת הדואר, ודברי ההסבר לו, מצביעים אל עבר כיוון התוכן ולא הצורה בלבד; אכן, הדיון בועדה בענין סעיף 30 אינו תורם להבהרה, והסתום בו רב על הגלוי, אך ניתן לומר, אם בכלל, כי אי ההתייחסות הפרטנית כשלעצמה מצביעה לכאורה על המשכיות לתפיסה שקדמה.

ח. סעיף 30: כללם של דברים

(1)(א) משום כך יש איפוא להידרש לכוונה האובייקטיבית, זו של המחוקק הסביר. בכך חוזרים אנו לאשר אמרנו לעיל: קריאת הסעיף בהקשרו הכולל, בחוק ובמקביליו בחקיקה, וקריאה זו מגלה לדעתי עירוב בין תוכן לצורה, קרי, כמות ההטרדות או תוכנן, או שניהם, יוצרים אותה אי נוחות הגורמת ללחץ, למבוכה, לדאגה; והערך המוגן הוא שלוותו של האדם מפני הטרדתו תוך שימוש ביכולות שמזמנת הטכנולוגיה בה מדובר.

(ב) ראו על דרך היקש והמשכיות ע"א 422/77 בן ארי נ' שפירא, פ"ד לב(2) 309, 317, מפי השופט (כתארו אז) ח' כהן, בקשר להליך שכלל תובענה אזרחית בגין סעיף 79א(ב) לפקודת בתי הדואר, שקדם כזכור לסעיף נשוא ענייננו: "והנה בעניין שלפנינו, דרכה של המשיבה להזיק על-ידי שהיא מטרידה את המערערת בכל שעות הלילה בגידופים ובאיומים טלפוניים, או גם על-ידי שהיא מתייצבת בשעות היום מול פני ביתה של המערערת ומנבלת את פיה לעומתה ולעומת באי ביתה". כן ראו עש"מ 2/85 ששון נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 220, שעניינו בין השאר סעיף 99(2) הנזכר לפקודת הדואר (נוסח חדש), תשל"ז-1977 ("שימוש בטלגרף בכוונה לאיים או להטרוד..."); והנשיא שמגר תיאר (עמ' 222) את העבירה ככוללת "העלאת הצעות מגוננות, איומים וניבול פה, עד שיצר (המערער – א"ר) על בנות שיחתו פחד ובהלה", ובהיעשות הדברים על-ידי עובד משרד התקשורת נקבע כי יש בהם "קלון גלוי וברור".

(2) בעיני איפוא, סימביוזה בין התוכן לצורה מאפיינת את הנושא שבפנינו, והיא לדידי הכרח אך גם ענין ראוי, בחינת כלים שלובים. בוודאי יבדוק בית המשפט כל מקרה לגופו, הן במדד כמות ההטרדות והן במדד תוכנן – האם זה או זה או שניהם

יחדיו "מפחידים", "יוצרים חרדה", "פוגעים", "מטרידים", כלשון סעיף 30. ואולי יתן אל לבו גם את דברי התנא הלל (בבלי, שבת ל"א, ע"א), "דעלך סני לחברך לא תעביד, זוהי היא כל התורה כולה, ואידך פירושה הוא, זיל גמור" ("מה שעליך שנוא לחברך לא תעשה, זו היא כל התורה כולה, והיתר פירושה הוא, לך ולמד"). זו בעיני גישת המחוקק לפרטיות, על פי האסמכתאות שהביא המשנה לנשיא (כתארו אז) ברק בבג"צ 2481/93 ד"ר נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 470, (עמ' 470), והיא צריכה להתפרש מתוך "מבט רחב", "נדיבות", מהותיות ולא "לגאליסטיות"; אכן, כאן בתיק פלילי עסקינן, אך תכליתו ברורה בעיני בעליל.

ט. על הפרטיות במשפט העברי

(1) על דרך ההיקש אפשר לדעתי להחיל על המקרה דנן את כללי הגנת הפרטיות שבמשפט העברי (ראו סקירתם מפי המשנה לנשיא אלון בד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין הנזכר, בעמ' 858-861). בין חמשת חושיו של האדם – הראייה, השמיעה, הריח הטעם וחוש המישוש – תופסות השמיעה והראייה מקום "בכיר".

(2) על הפסוק במשלי (כ, י"ב) "אוזן שומעת ועין רואה, ה' עשה גם שניהם" אומר הפרשן ר' לוי בן גרשון (פרובנס, המאה הי"ד), כי "ה' יתברך עשה עם שניהם כלים להשגת האמת בדעות ובמידות, וזה שאלו החושים הם היותר נכבדים שבחושים..."; על חמשת חושי האדם ראו גם ספר האמונה הרמה לראב"ד (ר' אברהם בן דוד הראשון) ספרד, המאה הי"ב, א', ו' וספר חובות הלבבות לר' בחיי בן פקודה, ספרד, המאה הי"א, שער א', י'; ספר תיקון מידות הנפש לר' שלמה אבן גבירול, המאה הי"א, ב', א'; ספר הכוזרי לר' יהודה הלוי, ה', י"ב; מורה נבוכים לרמב"ם א, מ"ז. ניכרת במקורות הקבלה בין החושים, ובמיוחד בין הראייה לשמיעה.

(3) מרבית המקורות ההלכתיים נדרשים לפרטיותו של האדם בזיקה לראייה, כחלק מתרבות של צנעת הפרט. על הפסוק "מה טובו אהליך יעקב משכנותיך ישראל" (במדבר כ"ד, ה), מפי בלעם, שאמרו לאחר שראה "את ישראל שוכן לשבטיו" (שם, ב), אמרו חכמים: "מה ראה בלעם? ראה שאין פתחי אהליהם מכוונים זה לזה, אמר: ראויין הללו שתשרה עליהם שכינה" (בבלי בבא בתרא ס', ע"א); קרי, ראה בלעם שפתחי האהלים סודרו כך שלא יהיו מכוונים זה אל מול זה, והובטחה הפרטיות, ולכן ראוייה שכינה לשרות. ואכן המושג ההלכתי "היזק ראייה" (המשנה לנשיא אלון שם, 860) כולל

את האיסור לפתוח פתח כנגד פתחו של הזולת (משנה בבא בתרא ג', ז'; רמב"ם, הלכות שכנים, ה' ו'; שולחן ערוך חושן משפט קנ"ב, ג').

(4) יתכן בהיקש לכך להידרש לענין הפגיעה בפרטיות על-ידי שימוש במכשירים שלא היו קיימים בעת עיצובה של ההלכה; מכשיר הפקסימיליה הוא ענף של הטלפון. הרב ש' דיכובסקי ("האזנות סתר", תחומין י"א, 299) מדמה "היזק שמיעה" ל"היזק ראייה" (עמ' 301); גם אם אין הדברים מקובלים על הכל, מסיק הוא כי תקנת היזק ראייה כוללת את כל ענייני הצניעות, לרבות היזק שמיעה, בין היתר כיוון שחלק מן הטעמים לענין היזק ראייה, כמו לשון הרע ופגיעה בצניעות, שייכים ורלבנטיים גם בהיזק שמיעה.

(5) גרימת אי נוחות לאדם – המטרד וההטרדה בגרעינים הבסיסי – מופיעים בהלכה בקשר לענייני נזיקין ולענייני איכות הסביבה (ראו המקורות המובאים אצל הרב א' שיינפלד, (נזיקין) סדרת חוקה לישראל בעריכת נ' רקובר), 189-195). דוגמאות המובאות שם למטרד ליחיד (עמ' 192-194) כוללות איסור פתיחת חנות מסוג שהשימוש בה עלול לגרום נזק לפירות שמאחסן הזולת, איסור הצבת ריחיים או דוגמתם העלולים לגרום על-ידי רעש לנזק לזולת, ואף – בין השאר – סוגי עיסוק שמרבים נכנסים ויוצאים; וכדבריו, "כללו של דבר, כמו שכתב הטור (חושן משפט קנ"ה, כ"א). "... כי, 'דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום', והקפידה התורה שלא יעשה אדם בתוך שלו דבר הגורם היזק לחבירו" (194). שוב בהיקש, בעל הטלפון והפקסימיליה בביתו הוא יושב, והוקפד – אם נרצה – שלא יעשה מה שיגרום נזק לחברו.

י. על הקנטה בגדרי המשפט העברי

אזכיר, כי הקנטת הזולת נכללת בדין העברי בקטגוריה הקרויה אונאת דברים. על הפסוק "ולא תונו איש את עמיתו" (ויקרא כ"ה, י"ז) מסביר רש"י כי "כאן הזהיר על אונאת דברים, שלא יקניט איש את חברו (הדגשה הוספה – א"ר), ולא ישיאנו עצה שאינה הוגנת לו, לפי דרכו והנאתו של יועץ, ואם תאמר, מי יודע אם נתכוונתי לרעה, לכך נאמר ויראת מאלהיך, היודע מחשבות הוא יודע...". יצוין כי הלשונות אונאה, הונאה, הוניה משמשות במקביל. המשנה (בבא מציעא ד', י') אומרת "כשם שאונאה במקח וממכר כך אונאה בדברים... אם היה בעל תשובה, לא יאמר לו, זכור מעשיך הראשונים...". הגמרא (בבלי בבא מציעא נ"ח, ב') מרחיבה בעניין ומחברת אותו למלכין פני חבירו ברבים, ובין היתר נאמר "אמר ר' יוחנן משום ר' שמעון בר יוחאי,

גדולה אונאת דברים מאונאת ממון...". המושג "אונאת דברים" מוגדר במילון אבן שושן (מה' 9) כדברי "עלבון, גרימת צער בדברים קשים". ואכן הרמב"ם (היד החזקה, קנין, הלכות מכירה, י"ד, י"ב קובע: "כשם שהוניה במקח וממכר, כך יש הוניה בדברים, שנאמר, "ולא תונו איש את עמיתו ויראת מאלהיך אני ה'", זה הונאת דברים, ועליה נאמר להלן (י"ד, י"ח) "גדולה הונאת דברים מהונית ממון, שזה ניתן להישבון וזה לא ניתן להישבון, וזה בממונו וזה בגופו, והרי הוא אומר בהונית דברים, ויראת מאלהיך" (ויקרא כ"ה, י"ז), לפי שהדבר מסור ללב - .. וכל הצועק מהונית דברים נענה מייד, שנאמר, כי אני ה'" (שם). כך גם ספר מסילות ישרים לר' משה חיים לוצאטו, בפרק י"א ("פרטי הנקיות"), הרואה הונאת דברים, בצד הלבנת פנים, הכשלת עיוור בעצה, רכילות, שנאה ונקימה ועוד, כאחד "החטאים המדיניים, הנולדים מחברת בני האדם וקיבוצם" – כלומר, חטא חברתי. הונאת הדברים מוגדרת כ"לדבר בפני חברו לבד, שיבוש ממנו" (כלומר, אמירת דברים הגורמים לזולת בושה ומציקים לו, ודומים הם להלבנת פנים); "ואמר רב חסדא, "כל השערים ננעלו, חוץ משערי אונאה" (בבא מציעא נ"ט, ע"א).

יא. על חופש הביטוי בהקשר דנן

(1) בית המשפט המחוזי נדרש לנושא גם בגדרי חופש הביטוי. אכן, חופש הביטוי הוא זכות עילאית העומדת לאדם בחברה דמוקרטית כדי ליתן חרות לרוח האנוש, כדי להיאבק בעריצות ובסתימת פיות, כדי לאפשר שיח ציבורי בשוק הדעות, כדי לסייע לחרות לגבור על הרודנות ועל הטוטליטריזם. זו נשמת אפה של הדמוקרטיה, בכך אין ספק. כפי שנפסק לא אחת, "חופש הביטוי הוא גם החופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוטות, אשר הציבור סולד מהן ושונא אותן" (השופט – כתארו אז – ברק, בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 279); ראו גם בג"צ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים (טרם פורסם). חופש הביטוי כשלעצמו רחב ביותר ("כמעט מוחלט", ודברי השופט טירקל בע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 231). אכן, לא על דברי נועם וקילוסין בא חופש הביטוי להגן, אלא על דעות מקוממות. ואולם, האם חופש הביטוי הוא חופש לרדת לחיי הזולת, דבר קל ביותר בעידן הטכנולוגיה המתקדמת. ניסע לרגע לאחור מאה וחמישים שנה במינהרת הזמן: כיצד יכול היה אדם, אף בדמוקרטיה דאז, בארצות הברית או בכריטיניה, ליתן ביטוי לחופש הביטוי? בנאום באוזני קהל מסוים ומוגדר; במכתב – תרבות שנזנחה אט אט בעקבות המצאת הטלפון, אך חזרה, ראו זה פלא, בעולם הדואר האלקטרוני; ובתפוצה הרחבה ביותר – במאמר בעיתון, שאף פרישת

כנפיו מטבע התקופה היתה מוגבלת. הניתן להשוות כל זה לאמצעי תקשורת דהאידינא לסוגיהם ולמיניהם, ולעוצמתם האדירה?

(2) אכן, בבוא בית משפט זה להתוות את גבולותיו של חופש הביטוי, נדרש הן לעצם קיומם של גבולות והן לפרטיהם, לשאלה היכן הגדרים שמעבר להם תכובד פרטיותו של אדם: "דומה שהכל יסכימו, כי לא כל הרעדת מיתרי הקול וכי לא כל הקרקורים הבוקעים מחדרי בטן, זכאים לחסות תחת כנפי חופש הדיבור... חופש הביטוי אינו ערך מוחלט, ועשויים לעמוד כנגדו האינטרסים המושכים אל עבר הגבלתו. התשובה לשאלה ידו של מי תהיה על העליונה, תיגזר מתוך בדיקת האינטרסים לגופם: איכותם, משקלם, ההקשר שבו נאמרים או נדפסים הדברים" (השופט – כתארו אז – חשין בבג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) נ' רשות השידור, פ"ד מח(2)1, 28-29; "ההכרה בכך שכל ביטוי חוסה בצל כנפיו של חופש הביטוי אינה מבטיחה הגנה מוחלטת לכל ביטוי" (השופט ריבלין, בג"צ 5432/03 ש.י.ן - לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין (טרם פורסם). ואמנם, לא הרי חופש הביטוי בנושאים ציבוריים וכלפי איש ציבור העומס על עצמו "סיכוני ביקורת" ברמה גבוהה, אף שגם כאן לא הייתי רוצה כשלעצמי לראות את הכנפיים פרושות לאינסוף, כהרי ענייני מסחר, ולא כל שכן כבנידון דידן, בנחלת הפרט, בדל"ת אמותיהם של היחסים האישיים.

(3) ההגנה הרחבה ביותר ניתנת לחופש הביטוי הפוליטי: "על ביטויים פוליטיים חלים במידה הרחבה ביותר כל הראציונאלים לחופש הביטוי; על כן, בדרך כלל, אין להגביל ביטוי פוליטי אך בשל פגיעה ברגשות. הגבלה זו עלולה לפגוע באושיות הדמוקרטיה..., לעומת זאת לא כל הראציונאלים של חופש הביטוי חלים על ביטוי מסחרי" (השופט דורנר, בג"צ 606/93 קידום הנזכר, בעמ' 13). אך הנושא בו עסקינן מצוי בדרגה נמוכה יותר של הגנת חופש הביטוי. בשאלה האם משתרע חופש הביטוי גם על החדירה לפרטיות של אדם, כה היו דברי המשנה לנשיא – כתארו אז – ברק בבג"צ 2481/93 דין נ' ניצב וילק הנזכר, בעמ' 470, בדונו בזכות לפרטיות: "ביתו של אדם הוא מבצרו, ובגדריו הוא זכאי כי יניחו אותו לעצמו... מבחינה זו הזכות לפרטיות היא – בין השאר – בלשונה של פרופ' גביון – הגבלה על נגישותם של אחרים אל היחיד". ועוד: "... זכות הפרטיות מותחת את הקו בין הפרט לבין הכלל, בין ה"אני" לבין החברה" (עמ' 471); וכן, "... כשם שכל דבר בזכויות האדם מחייב את חופש הביטוי, שום דבר בזכויות האדם אינו מחייב לשמוע דיבור בלתי רצוי" (עמ' 472).

(4) לדידי, אין הטרדת הזולת בטלפון או בפקסימיליה ביטוי לחופש ביטוי. אין ביישומה של הגבלה על כך כדי לכלוא את הרוח. יש בה כדי לשמור על שפיות אנושית ועל סדרי חברה בסיסיים תקינים. כשם שזכותו של אדם להיות מוגן פיסית, זכותו להיות גם מוגן נפשית; ביתו הוא מבצרו – והטלפון הוא שלוחת ביתו. יתר על כן, הטלפון במקום עבודתו עשוי להיות של מעבידו, אך ברגעים שבהם השימוש בו פרטי, הוא זכאי לפרטיות שלא תופרע. בהיקש נזכור, כי דלתי בית המשפט לענייני משפחה נסגרו במצוות המחוקק (סעיף 68 (ה) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד-1984) ופתיחתם היא חריג (ראו תמ"ש (ירושלים) 6910/98 פלונית נ' פלוני (לא פורסם) (השופט מימון)); ופסקי דין בענייני משפחה, שבעבר לא רחוק (בטרם בית המשפט למשפחה) היו מתפרסמים בשמות מלאים, מתפרסמים כיום בשם פלונית ופלוני בלא זיהוי הצדדים. כאמור מבקש המחוקק, בגדרי כבוד האדם, והזכות לפרטיות כזכור חוקתית היא, להגן על האנוש מפלישה לפרטיותו. כך גם בענייננו: הפלישה איננה חייבת להיות פיסית, היא איננה חייבת להיות אך "טכנולוגית" כדי שתחסה תחת הגנת החוק הפלילי והאינטרס המוגן יוגן. מה שעשתה המערערת בענייננו, הן מה שהודתה בו והן מה שטענה כי לא הוכח – אך נקבע כממצא על-ידי בתי המשפט הקודמים, איננו נוגע בעיני לחופש הביטוי. ואשוב ואומר, לדידי אין חופש הביטוי החופש לרדת לחיי הזולת ב"מבצרו" האישי. חלקי עם הסבורים, שכאן אחד מגבולותיו של חופש הביטוי, ולא אמנע מציטוט דברי השופט (כתארו אז) אגרנט בבג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז', 871, 878 כי "יש להבחין בין חופש להפקרות".

(5) סוף דבר, כדברי השופט חשין בבג"צ 5432/03 ש.י.נ' המועצה לשידורי כבלים הנזכר; "... לכל אדם זכות ביטוי, ומלוא כל הארץ – כל עוד מכוונים אנו לזכות מסוג החופש וההיתר (LIBERTY)... לכל אדם אינטרס להביע עצמו בכל דרך הנראית לו, ובלבד שנוסיף ונדע כי אינטרס זה יבוא בשוק האינטרסים ועשוי הוא להתנגש באינטרס נעלה הימנו". האינטרס הנעלה הימנו כאן הוא הזכות לשלוות הנפש, שלא להיות מוטרד.

(6) רעיון חופש הביטוי אינו נוגד לדעתי רעיונית לגישה המבוטאת במקורות היהודיים, של לשון נקיה ("תניא דבי רבי ישמעאל, לעולם יספר אדם בלשון נקיה", בבלי פסחים ג, א'), וכן ראו רש"י, שם, דיבור המתחיל 'מאי טעמא': "ודרך נקיי הדעת לספר בלשון נקיה". ועוד מדברי רש"י שם, דיבור המתחיל 'דבר מגונה' "... לשון חכמים לחזר אחר לשון צח ונקי"; וראו גם רש"י עבודה זרה י"ט, ב', דיבור המתחיל "שיחת חולין": "שיחת חולין של חכמים צריכה תלמוד, כדי להתלמד לדבר בלשונם, שהיא בלשון נקיה, עושר ומרפא". כן ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך י"ז, תרע"ו, ערך

דרך ארץ. גישת המקורות קוראת להימנעות מהלבנת פניו של הזולת, הימנעות מן המכלול הקרוי חטא הלשון, ומניבול פה; ראו בבלי שבת ל"ג, ע"א, "כל המנבל את פיו, אפילו חותמין עליו גזר דין של שבעים שנה לטובה – הופכין עליו לרעה"; וכן "המנבל את פיו כבד עוון ונתעב ונאלח, כי עזב והניח הבושה והצניעות שהן המידות הידועות לזרע קודש, והלך על שבילי עזות פנים" (ספר שערי תשובה לרבינו יונה, שער ג'). אכן, ניתנת בחוק הגנה גם לדיבורים גסים, ואף לפורנוגרפיה, אך אין פירוש הדבר שבמקרים המתאימים לא יושמו הרסן והסייג. אזכיר רק, כי על הפסוק "ארור מכה רעהו בסתר" (דברים כ"ז, כ"ד) אומר רש"י "על לשון הרע הוא אומר..." (שכן לשון הרע נאמרת פעמים רבות לזולת בלא ידיעתו של האדם בו מדובר, וראה גם הפתיחה לספר חפץ חיים לר' ישראל מאיר הכהן מראדין; הספר, שנכתב במאה הי"ט, היה לספר יסוד בענייני לשון הרע ורכילות); אך אפשר לפרשה, אם נרצה, בהיקש גם לענייננו, בסתר – בסתרו של מכשיר הטלפון. לתיאור מגבלות חרות הביטוי במשפט העברי, הדגשת החובות המוטלות על האדם לתיקון החברה, ראו אביעד הכהן, "המשפט העברי וחירות הביטוי" פרשת השבוע, מצורע תשס"ה.

(7) כך אף כשעסקינן בפגיעה ברגשות. פגיעה זו – דרגות שונות לה; יש רגשות שטיבם – או המרכיב הדומיננטי בהם – "אישי", ויש שהמרכיב הדומיננטי בהם "ציבורי". ברגשות מן הסוג השני הלך בית משפט זה ככלל אל עבר חופש הביטוי, מתוך הנחה כי יכולת הסיבולת הציבורית גדולה. ראו בג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים (ענין ג'נין ג'נין) (טרם פורסם); כן ראו רפאל כהן-אלמגור, "טיעון הפגיעה ברגשות להגבלת חרות הביטוי: תיאוריה ויישום", 19 סמגר מאמרים חלק א', 503. ואולם, לא כך לדעתי כשהמדובר בפגיעה ברגשות בהקשר פרטי – אישי.

י"ב. שאלתי עצמי אם יש השלכה לענייננו בפסק הדין שניתן באחרונה בבית משפט זה ברע"פ 9818/01 וע"פ 8295/02 ביטון נ' סולטן וגלילי ואח' נ' מימון, שבו נקבע בהרכב מורחב ברוב דעות כי אין להחיל את כלל הצפיות על עבירת לשון הרע. בין היתר נדונו שם סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות וכן סעיף 2(4) לחוק זה שעניינו פרסום תצלומים. בית המשפט בדעת הרוב (מפי הנשיא ברק) אימץ את הגישה הפרשנית שנדונה בפרשת ועקנין הנזכרת, קרי הימנעות מ"הרחבה יתרה של האחריות הקבועה בחוק הגנת הפרטיות, מעבר לתכלית העומדת ביסוד החוק, ותוך חפיפה בלתי נדרשת עם איסורים הקבועים בחיקוקים אחרים". צוטטו, בין השאר, דברי השופט (כתארו אז) ברק בפסק הדין המקורי בענין ועקנין (בג"צ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393, 425). אומץ פירוש שלפיו ההגנה על השם הטוב אינה מתכליתו של חוק הגנת הפרטיות, ולשם כך מצוי חוק איסור לשון הרע. בין היתר

נאמר: "חוק הגנת הפרטיות" נועד להתמודד עם ההתפתחויות החברתיות והטכנולוגיות, "הפרט מוצא עצמו חשוף לעין כל בנושאים שהצנעה יפה להם, והוא חש שענייניו האינטימיים ייהפכו – ללא הצדקה – לנחלת הציבור" (מתוך דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות תש"מ-1980, ה"ח תש"מ, 206). אך בענייננו, תכלית האיסורים הפליליים הקבועים בחוק התקשורת היא בין השאר מניעתו של שימוש לרעה במכשירי הבזק ובאפשרויות הטכנולוגיות הטמונות בהם. אפשרויות אלה כוללות לדידי לא רק את השימוש הטכני במכשיר, אלא אף את המסרים המועברים בו.

י"ג. בגדרי המשפט המשווה – ארה"ב

(1) בארצות הברית מעוגן חופש הביטוי בתיקון הראשון לחוקה מ-1791, שבו נאמר כי הקונגרס לא יחוקק חוק "... abridging the freedom of speech or the press". ("... המצמצם את חופש הדיבור, או העיתונות"). דברים אלה בשעתם היו בשורה רבתי; הם פורשו לאורך השנים תוך התמודדות עם הצרכים החברתיים המשתנים. אף לעניין הפרטיות בהקשר זה נמצא נסיונות להתמודד עם צורות חדשות של אפשרויות פגיעה בה, בין היתר נוכח הטכנולוגיות המתחדשות, ראו Thomas L. Emerson, *The System of Freedom of Expression* (1970), 557-561. כן ראו Gerald Gunther, Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law* 13.th ed (1997), 1107

(2) הן החוק הפדרלי והן חוקי המדינות השונות כוללים חקיקה לא מעטה שעניינה הטרדה, והפסיקה עוסקת בכך. ראו סיכומה "Huber, Kellogg, Thorne" Federal Telecommunication Law, second edition, 1999, p.1320-1321 (להלן: "Huber")

(3) הוראת החוק הפדרלית שעניינה הטרדה טלפונית (Telephone Harassment Statute) 47 U.S.C.A 223; ראו לעניין תולדותיה ופירושה 50 A.L.R. FED. 541, Bruce I. Mcdaniel, זה לשונו של הסעיף: Obscene or harassing telephone calls in the District of Columbia or in interstate or foreign communications – Whoever – 1) in the District of Columbia or in interstate or foreign communication by means of telephone – A) makes any comment, request, suggestion or proposal which is obscene, lewd, lascivious, filthy, or indecent;

- B) makes a telephone call, whether or not conversation ensues, without disclosing his identity and with intent to annoy, abuse, threaten, or harass any person at the called number;
- C) makes or causes the telephone of another repeatedly or continuously to ring, with intent to harass any person at the called number; or
- 2) Knowingly permits any telephone under his control to be used for any purpose prohibited by this section, shall be fined not more than \$ 500 or imprisoned not more than six months, or both.

(4) הרציונל וגרעין היסוד של החוק הפלילי הפדרלי בארה"ב ביחס למניעת הטרדה טלפונית הוא ההגנה על הזכות לפרטיות של מקבל השיחה הטלפונית, על מנת שלא "יפלו" בצורה מטרידה באמצעות מכשירי התקשורת של האדם אל תוך ביתו-מבצרו, ויחללו את פרטיותו. עוצמת התוכן המושמע בשיחת הטלפון או באמצעי תקשורת אחר, רלבנטית מבחינת היותה אינדיקציה (חשובה, אך לא יחידה, ושמשקלה מצטבר לאינדיקציות נוספות) לעוצמת הפגיעה בפרטיות, ולבחינה האם עולה פגיעה זו לכדי הפרת החוק. בית המשפט העליון בארה"ב קבע כי זכותו של הפרט לפרטיות בביתו גוברת על זכותו של המטריד לחופש ביטוי, על-פי התיקון הראשון לחוקה. כן נקבע כי לממשלות אינטרס להגן על אזרחיהן מפני הפרעות בלתי נסבלות, מסוג שיחה טלפון גסה, או מאיימת או אנונימית. כן אין מחלוקת שהרוב המכריע של חוקי איסור ההטרדה מיועדים בראש וראשונה לאסור הטרדות מן הסוג הזה. אמנם, החקיקה הפדרלית פורשה בפסיקת בתי המשפט בזהירות ובדיוקנות, כך שלא תגרום ל"אפקט מצנן" או להרתעת יתר של האזרח מהשגת מטרות לגיטימיות באמצעות שיחות טלפון, ולא תביא להצפת בית המשפט בתביעות על הטרדה טלפונית. באופן זה, בפסק הדין דרסי *UNITED STATES V. DARSEY*, 342 F. Supp. 313-314 הקפיד בית המשפט המחוזי הפדרלי לפרש בדיוקנות את דרישת הכוונה אשר מופיעה בסעיף 1(C) הדין בהתקשרויות חוזרות ונשנות. נקבע כי כאשר קיימת כוונה לגיטימית בהתקשרויות מעבר להטרדה לכשעצמה, אין בכך כדי להיכנס לגדרי האיסור שבחוק. הרציונל בקביעה הוא להוציא מגדר האיסור שבחוק שיחות לא נעימות ואף טורדניות לכשעצמן, כל עוד אינן באות אך כדי לפגוע במזיד בפרטיות יעד התקשורת. באותו פסק דין זיכה בית המשפט אדם שהתקשר באופן חוזר ונשנה לחמותו והשתמש בלשון גסה כלפיה, שכן כוונתו הלגיטימית הייתה לשוחח עם בנו שהיה במשמורתה. הלכת דרסי יושמה בפסיקה מדינתית. דוגמה לכך, היא פסק דין ממדינת מיזורי, שזיכה נאשם אשר התקשר באופן חוזר ונשנה ודיבר בגסות, מאחר שכוונתו הייתה לגבות חוב לגיטימי. R.H.

MACY&CO. V. BELL, 531 S.W 2nd 58 (MO. APP. 1975), 62-63.

(5) בתי המשפט פסלו על בסיס חוקתי חוקים שעסקו באיסור הטרדה טלפונית, כסותרים את הדוקטרינה של התיקון הראשון לחוקה בדבר חופש הביטוי – מחמת עמימות ("VAGUENESS") או היקף לא מידתי ("OVERBREADTH"). המבחן לפסילת חוק הטרדה טלפונית על בסיס חוקתי (קרי, אינו מתיישב עם חופש הביטוי) הוא האם המונח "הטרדה" ברור ומוגדר דיו, והאם כוונתה היחידה של השיחה היא להטריד; Huber, p.1333-1334.

(6) אכן, בסופו של יום זהו המבחן העיקרי – האם כוונתה של השיחה היא להטריד ותו לא, או שמא יש לה מטרה לגיטימית אחרת. מתוך סעיף החוק הפדרלי הנזכר (47 USC 223) עולה, מחד גיסא, התייחסות תוכנית כשהמדובר בעבירות גסות בעלות אופי מיני, מאידך גיסא, התייחסות טכנית, אך גם בזו האחרונה תיתכן שיחה שמטרתה הטרדה, "בכוונה להטריד". ועוד, בחקיקה מדינתית (כגון איידהו 18-6710, ורמונט 13 U.S.A 1027, משיגן (E) 750.54 MCLS) נמצא עירוב ושילוב בין החלק התוכני לחלק הטכני, כשתייחוס הטרדה על בסיס זה או זה. למשל, כשמדובר בחוק על שימוש בפקסימיליה, מובן כי ככלל בפקסימיליה עלול התוכן להטריד לא פחות מהצד ה"טכני", אם כי כמובן כמות שדרים גדולה בפקסימיליה עלולה להטריד כשלעצמה במישור הכמותי-טכני.

(7) למשל, לגבי החוק של משיגן, שכלל בין האיסורים שימוש בשפה מעליבה או וולגרית, לא רק של תועבה (אופי מיני), נפסק שאינו בלתי חוקתי; People v. Taravella (1984) 1331 Mich. App. 515. באריזונה, שבחוק שלה ARIZ.REV.STAT 13-8957 נקבע איסור על שימוש לא חוקי, בעירוב מרכיבי תוכן וצורה, נפסק כי מי שטילפן למפקד משטרה תוך השמעת הערות מגונות בתחום המיני עבר עבירה – והוא הורשע.

(8) בפסק הדין City of Akron v. Hawthorne (C.A.NO 13670 Ohio, 1989) בבית המשפט לערעורים של אוהיו נקבע, כי למדינה אינטרס לגיטימי באיסור על שיחות טלפון נתעבות, מאיימות ומטרדות, שאף אחת מהן אינה נחשבת כללית כמוגנת על-ידי התיקון הראשון. בין המבחנים – ראו Jay M. Zitter "Telephone calls as nuisance" 53 A.L.R. 1153 (1987); לפיה מייחסים משקל לכמות השיחות וההטרדות. ראו גם Note, a remedial approach, 70 Va. L. Rev 507 (1984) המציע גישה גמישה שבין התמודדות במשפט אזרחי ומשפט פלילי במקרי הטרדה, נוכח ריבויים וגיוונם.

(9) עינינו הרואות, כי במשפט ארה"ב מופיע מגוון של אפשרויות הטרדה, מהן טכניות ומהן בעלת אופי תוכני; המחוקק ובתי המשפט מבקשים להיאבק בהן מזה, אך לא להפכן למרכיב "מקפיא" בשיח הציבורי מזה; אין הגישה זהה כליל לגישה אצלנו, והיא כרוכה כמובן גם בהיבט החוקתי האמריקני כאמור; אך יש קרבה רבה לדעתי לתפיסה שבוטאה על-ידנו. בית המשפט המחוזי בתל-אביב בתיק נשוא הערעור אמנם סבר כי עצם המרכיבים התוכניים בחוק הפדרלי מייחדים אותו מן הסעיף נשוא דיונו, אך לדעתי יש לראות במבט רחב את מכלול התכלית בו, והוא ענישה על הטרדת הזולת היכולה ללבוש צורות שונות, כמודגם בחומר האמריקני למינהו שנסקר בקצרה לעיל. בענייננו הובהר, כך סבורני, כי מטרת השיחה היתה הטרדה לשמה, ללא מטרה לגיטימית אחרת.

חתימת הדברים

"ד. סוף דבר, אם תישמע דעתי תעמוד על מכונה, על פי הנימוקים לעיל (השונים משל בית המשפט המחוזי וקרובים יותר להנמקתו של בית משפט השלום), הקביעה כי העבירה בענייננו נעברה, ולא ניעתר לערעור. אוסיף מעבר לצורך, כי באשר לעונש – שעליו לא נסב הערעור – ובגדרי המידתיות, היה מקום בנסיבות לאשר את שקבע בית משפט השלום, שגזר – כאמור – שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה.

ש ו ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה לדעתו של חברי השופט רובינשטיין באשר להיקף התפרשותה של עבירת ההטרדה שבסעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982. כחברי אף אני סבורה כי יש לפרש את המילים "באופן שיש בו כדי לפגוע, להפחיד, להטרוד, ליצור חרדה או להרגיז שלא כדין", המתארות את השימוש הפלילי במיתקן בזק, כך שלא תצומצמנה לאופן הפיסי בלבד של השימוש במיתקן, אלא תתפרשנה גם אל-עבר המהות והתוכן. אכן, הפרדה פרשנית בין מרכיב השימוש הפיסי במיתקן בזק לבין

התכנים המילוליים הכלולים באותו שימוש, מעוררת קושי ככל שבהטרדה עסקינה והיא מחמיצה את התכלית שביקש המחוקק להשיג בקובעו איסור על הטרדה באמצעות שימוש במיתקן בזק (לפרשנות תכליתית של נורמות פליליות ראו: א' ברק, "על פרשנותה של הוראה פלילית", מחקרי משפט יז (תשס"ב) 347; א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג) 254). הרי ידענו כי אמצעי הטלוקומוניקציה דוגמת מיתקני הבזק לא באו לעולם אלא לשם העברת מסרים מילוליים. על כן, כל הפרדה בין השימוש הטכני במיתקן הבזק לבין התכנים המועברים באמצעותו, מהווה התייחסות חלקית, חסרה ואף מלאכותית לפוטנציאל ההטרדה של מיתקן זה. לצורך שמירה ראויה על האינטרס המוגן של מי שברשותו מיתקן כזה שלא להיות מוטred, יש, אפוא, להשקיף על השימוש המטריד במיתקן כמיכלול אחד של צורה ושל תוכן ולראותם כאלמנטים הכרוכים ושלובים זה בזה. ויודגש, האיזון הראוי בין מניעת הטרדה לבין שמירה על עיקרון חופש הביטוי, הנזכר בהקשר זה על-ידי בית-המשפט המחוזי כאינטרס מוגן נגדי, יכול למצוא את מקומו במסגרת ההתייחסות הפרטנית לתכנים המילוליים שלגביהם תעלה הטענה בדבר הטרדה אסורה. אולם, אינני סבורה כי בשם חופש הביטוי מן הראוי להותיר מחוץ לתחומי עבירת הטרדה, מראש ובאופן מוחלט וגורף, כל התבטאות מילולית תהא אשר תהא. מטעמים אלה אני מצטרפת אפוא לדעתו של חברי השופט רובינשטיין כי יש להותיר על מכונה את קביעתו של בית-המשפט המחוזי, שלא מטעמיו, לפיה המערערת עברה את העבירה במקרה שלפנינו.

ש ו פ ו ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ג בסיון תשס"ה (30.6.05).

ש ו פ ו ת

ש ו פ ו ת

ש ו פ ו ת