

היהפכו המטרות למניעים? ומה צפוי להלכת הצפיות?

(עוד על "בכוונה לפגוע" כסימן ייחוד של
עבירת לשון-הרע ועל פרשנות המשפט הפלילי)

מאת

בועז סנג'רו *

א. מבוא. ב. גישת בית-המשפט העליון וגישת פרופ' פלר. ג.
"בכוונה לפגוע" – "מניע" מול "מטרה" – דעה אחרת. ד. היחס
בין העבירה הפלילית לעוולה האזרחית ותחולת "הלכת הצפיות": 1.
עבירה מול עוולה; 2. תחולת "הלכת הצפיות". ה. על פרשנות
ומושגיות בפלילים. ו. הרחורים נוספים בשולי המאמר: 1. "על
סדר הדין בנתוני העבירה והסייג לה"; 2. פרסום לשון-הרע במחדל;
3. המודעות לאמיתות או שקריות הפרסום. ז. אחרית דבר – הצורך
בחקיקה.

א. מבוא

פירוש הביטוי "בכוונה לפגוע", המופיע בעבירה המוגדרת בסעיף 6 לחוק איסור לשון
הרע, תשכ"ה–1965,¹ גדון על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת בורזכוב ג' יפת.²
לאחרונה כתב פרופ' פלר ביקורת על פסק-הדין.³ אל עיקרי ביקורתו מצטרף אני
בכל הכבוד, אולם, כפי שאנסה להראות, גם פירושו של פרופ' פלר בעייתי הוא.

- * תלמיד השנה הרביעית בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי נתונה
לד"ר מ' קרמניצר על הערותיו לטיוטות השונות של מאמר זה; וכן לד"ר מ' גור-אריה על
הערותיה לנוסח המוקדם של המאמר.
- 1 ס"ח 240, תשכ"ה. הרי לשון הסעיף:
לשון הרע – עבירה
- 2 671/83 בורזכוב ג' יפת, פ"ד לט(3) 205 (להלן: פסק הדין).
- 3 "בכוונה לפגוע" כסימן-ייחוד של העבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה –
1965, גישה פרשנית – עד היכן ועל סמך מה? משפטים יז 439 (להלן: המאמר).

במאמר זה אעמוד בקצרה על הקביעות העיקריות בפסק-הדין ובמאמרו של פרופ' פלר, ואציע פרשנות אחרת, מדויקת יותר – לדעתי. כמו-כן אתיחס בהודמנות זו לבעיית המושגיות בפלילים (וליתר דיוק: העדר מושגיות אחידה) כפי שהיא באה לידי ביטוי מובהק בפסק-הדין ובמאמר.

ב. גישת בית-המשפט העליון וגישת פרופ' פלר⁴

נקודת-המוצא של הכל (השופטים גולדברג וברק, שכתבו חוות-דעת מנומקות; ופרופ' פלר, במאמרו) היתה הצורך להבחין בין העוולה האורחית של לשון-הרע⁵ לבין העבירה הפלילית⁶. ההבחנה מתבטאת בביטוי "בכוונה לפגוע" המופיע רק בעבירה הפלילית, ולכן פרשנות ביטוי זה אמורה להגשים ההבחנה האמורה⁷.

השופט גולדברג גרס, כי פירושו הביטוי "בכוונה לפגוע" הוא "המטרה המיידית לפגוע (היא) שהיתה לנגד עיניו של המפרסם" תוך שלילת תחולתה של הלכת הצפיות⁸ (לפיה מודעות העושה לאפשרות הקרובה לוודאי כי במעשהו יגרום לתוצאה המזיקה שקולה כנגד הכוונה לגרום לאותה תוצאה). שלילה זו נימק השופט בכך, שתחולה של הלכת הצפיות "תביא לטשטוש ההבדל בין העבירה הפלילית לעוולה האורחית"⁹. השופט ברק פירש "הביטוי 'בכוונה לפגוע' כמשתרע על הרצון או על המטרה או על המניע לפגוע באחר, תוך שלילת פגיעה שאינה רצונית אך המסתברת במידת ודאות רבה"¹⁰.

נקודת-מוצא בפרשנותו של פרופ' פלר היתה, כי היות ו"המחוקק העמיד על אותו משקל פרסום דבר שהוא אמת, ופרסום דבר שבשקר יסודו"¹¹, והיות וההבחנה בין פרסום אמת לבין פרסום שקר הכרחית היא, "לכן, פני הניתוח של משמעות סימן-הייתוד 'בכוונה לפגוע' של עבירת לשון הרע תהיינה כופנות ללשון הרע המתבטאת בפרסום דבר אמת..."¹². המחבר מבהיר כי מכיוון שמדובר בעבירה התנהגותית ללא תוצאה כיסוד בעבירה, אין מקום לדבר על המשמעות המושגית של המלה "כוונה",

4 דיון נוסף בפסק-הדין בעניין ברזובוב נ' יפת, ראה א' לדרמן, "מטרת החיקוק, המטרה הגורמטיבית הפרשנות בפלילים" הפרקלים 159; D. Kretzmer, "Intent in Criminal Law: Statutory Interpretation or Judicial Imagination?" 21 I.L.R., 591.

5 הדברים מובאים בתמצות רב ומניחים קריאה קודמת, לפחות של המאמר.

6 סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (להלן: החוק).

7 ראה דברי השופט גולדברג בפסק הדין (לעיל, הערה 2), 212-213; דברי השופט ברק בעמ' 217, שם; ודברי פרופ' פלר במאמר (לעיל, הערה 3), 463.

8 קיימת אמנם הבחנה נוספת בין העבירה ובין העוולה, והיא, שבעוד שהעוולה מתגבשת עם פרסום לשון-הרע לאדם אחר או יותר זולת הנפגע, הרי שלצורך התגבשות העבירה נדרש פרסום לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע. אולם מוסכם על הכל שאין די בהבחנה זו.

9 ראה פסק הדין (לעיל, הערה 2), 213, מול האות ז.

10 הציטוט לקוח מעמ' 213 לפסק-הדין, מול האות ו; וראה גם עמ' 212 לפסק-הדין.

11 שם, עמ' 219, מול האות ה.

12 ראה המאמר (לעיל, הערה 3), 443.

13 שם, עמ' 444.

שכן ה"כוונה" הפלילית היא יסוד גפשי חפצי כלפי הרכיב התוצאתי של היסוד העובדתי שבעבירה¹³. לכן באים בחשבון שני פירושים אפשריים לביטוי "בכוונה לפגוע" — "מתוך מניע לפגוע" או "במטרה לפגוע". ל"מטרה" יש תחליף — הלכת הצפיות¹⁴, לפיה "אם העושה היה מודע לאפשרות קרובה לוודאי כי היעד האמור בהגדרת העבירה יתממש עקב מעשהו, מודעות זו שקולה כנגד עשיית המעשה במטרה לממש היעד". למניע, לעומת זאת — כפי שמציין פרופ' פלר — אין כל תחליף: "הוא טעון הוכחה כפי שהוא מתואר בהגדרת העבירה"¹⁵. היות ושני הפירושים הם סבירים — לדעתו — והיות ופירוש "בכוונה לפגוע" כ"מטרה" גורם להיקף רחב יותר של האיסור, מפעיל המחבר את הכלל לפיו "נורמה פלילית שיוצרת עבירה טעונה פרשנות מצמצמת" ומגיע למסקנה שיש לפרש "בכוונה לפגוע" כ"מניע"¹⁶.

ג. "בכוונה לפגוע" — "מניע" מול "מטרה" — דעה אחרת

נזכה העדר תוצאה כיסוד בעבירת לשון-הרע¹⁷, יש לדון במשמעות המיוחדת של הביטוי "בכוונה לפגוע" במקרה הספציפי של עבירה זו. כמוסכם על הכל, שתי האפשרויות הבאות בחשבון הן "מניע" ו"מטרה". כאמור, סבר פרופ' פלר כי מדובר בשתי פרשנויות סבירות ולכן יש להעדיף את זו המצמצמת את היקף האיסור — "מניע" (שכן לגביו אין מקום להלכת הצפיות, המרחיבה את היקף האיסור). בכל לבי מצטרף אני לדעתו לפיה בפרשנות המשפט הפלילי, מבין שני פירושים

13 שם, עמ' 445.

14 פרופ' פלר מכנה את כלל הצפיות המשמש תחליף ל"מטרה" (בהבדל מ"כוונה") "הלכת המודעות". לדעתו, אין כל טעם בהבחנה בין "הלכת הצפיות" לבין "הלכת המודעות", וגם פרופ' פלר אינו מצביע על הבדל ממשי ביניהן.

15 ראה המאמר (לעיל, הערה 3), 448.

16 שם, עמ' 448—449, 463.

17 אתיחס בקצרה לאפשרות שלא נדונה — לא על-ידי בית-המשפט ולא על-ידי פרופ' פלר. כוונתי לאפשרות לראות בעבירה של לשון-הרע עבירת תוצאה בכוח (עבירה של העמדה בסכנה). כאמור, מתח פרופ' פלר ביקורת על כך שבית-המשפט עסק, בין היתר, ב"כוונה" רגילה, כשבעצם מדובר בעבירה התנהגותית, ללא תוצאה. לכאורה ניתן להניח, לזכותו של בית-המשפט, כי האפשרות של תוצאה בכוח היא שעמדה לנגד עיניו. בסעיף 1 לחוק מוגדרת "לשון-הרע" כ"דבר שפרסומו עלול" לפגוע, במי שה"דבר" מתייחס אליו, באחת מארבע הצורות המפורטות בסעיף. פרופ' פלר ראה ב"עלילות" פרסום ה"דבר" נסיבת-לוואי לרכיב ההתנהגותי שבעבירה, כאמור, מבלי לדון באפשרות שהמדובר ב"תוצאה בכוח".

ראיית אפשרות הפגיעה הקבועה בסעיף 1 לחוק כתוצאה בכוח מאפשרת להעניק למלה "כוונה" שבהגדרת העבירה את משמעותה המושגית הרגילה — יחס חפצי כלפי תוצאה. אולם בסופו של דבר מקבל גם אני את הקביעה כי אין מדובר בתוצאה בכוח אלא בנסיבה, אך לא בלי נימוק. "עבירה בעלת רכיב תוצאתי המתבטא בנזק פוטנציאלי, מתקיימת, בדרך כלל, במקביל לעבירה בעלת אותו מבנה איבייקטיבי בהבדל יחיד שהתוצאה בה היא אפקטיבית" (ראה ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשמ"ד) א 425, פסקה 545). מטרתה — לכסות על הפער הגוטר

סבירים יש להעדיף את הפירוש המצמצם את היקף האיסור¹⁸. כלל יסודי זה גובע ישירות מעקרון החוקיות, ויתור עליו — כפי שעשה כב' השופט ברק¹⁹ — מהווה פגיעה בעיקרון חשוב זה.

אולם אינני יכול להסכים עם הקביעה, שעני הפירושים — "מניע" ו"מטרה" — הינם סבירים. ואומר מיד: לדעתי, פירוש הביטוי "בכוונה לפגוע" כ"מניע" הוא מאד לא סביר.

כפי שמציין פרופ' פלר בספרו: "המטרה" היא אפוא בבחינת אותו 'מה' שזואפים להגשימו או להשיגו באמצעות המעשה, בהבדל מן 'המדוע' המתגלם במניע. ההבחנה היא בין 'תכלית' לבין 'מוטיב'²⁰. וכן כותב הוא כי

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 המעשה²¹.

דברים אלו מלמדים כי הביטוי "בכוונה לפגוע" מצוין, ללא כל ספק, מטרה ולא מניע. לשון הביטוי תכליתית מאד (המלה "לפגוע" מכוננת כלפי העתיד). מדובר ביעד אובייקטיבי (הפגיעה באדם שלשון-הרע מתייחסת אליו) שהשגתו מותנית בהתערבות של גורם נוסף אחר (שהרי נקל לתאר דברי לשון-הרע המפורסמים בכוונה לפגוע, ובכל-זאת, בשל העדר גורם זה או אחר, אינם פוגעים באיש²²). אין המדובר ברכיב

בלתי-מכוסה (מבחינה פלילית) כשהתוצאה לא נגרמה, הנובע מדיני הניסיון (הדורשים יחס שאיפתי גם כשלצורך התגבשות העבירה המושלמת די באשמה בדרגה נמוכה יותר). במקרה דנו, אין מדובר בעבירה מקבילה, שכן קיימת רק עבירה אחת של לשון-הרע, ולכן ככל הנראה אין מדובר בעבירה של תוצאה בכוח. יתירה מזאת: גם לו היו שתי עבירות מקבילות והעבירה נושא דיוננו היתה עבירה של תוצאה בכוח, לא היה שום טעם להתנותה ביסוד נפשי של "כוונה" (יחס חפצי כלפי תוצאה); שכן אז לא היתה עבירה זו מכסה את הפער שתואר לעיל, ושלסגירתו נועדו העבירות של העמדה בסכנה.

18 על ההגיון שבכלל יסוד זה של המשפט הפלילי ראה M. Kremnitzer, "Interpretation in Criminal Law" 21 I.L.R. 358, 370-373.

19 ראה, למשל, ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, 427. פרופ' פלר מצוין כי "אותו שופט, של בית המשפט העליון... לא גילה פנים זהות בשני המקרים הקרובים כל כך, מבחינת הזמן והתחום" (עמ' 459 למאמר), בהתייחסו לבחירת "חבילת העקרונות" שביצע השופט ברק בפסקי-הדין בעניין אורלי אזולאי (ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 565) ובעניין בורוכוב נ' יפת. אולם באשר לכלל הפרשנות המצמצמת בפלילים הרי שלדעתי דווקא גילה כב' השופט פנים זהות מאד בשני המקרים, והתנערותו מכלל זה היא — לצערי — עקבית וברורה.

20 ראה ספרו (לעיל, הערה 17), 510, פסקה 629.

21 שם, עמ' 549, פסקה 671.

22 טול, 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 מעביד השכיר ולקוחות העצמאי), יתקבל על ידיהם ככזו וישפיע על יחסם לאדם בו עוסק הפרסום.

נפשי המעוגן כל-כולו במתרחש בגפשו של העושה — שאז היה זה מניע. הדוגמאות המובאות בספרות למניעים — קנאה, דאגה לגורל העושה או לגורל זולתו, אהבה, איבה, פחד, יאוש, עגמת-נפש, רחמים, בוז, גאווה, רדיפת-בצע 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 במונחים תכליתיים דווקא.

אם לא הצלחתי לשכנע עד כה בתכליתיות הביטוי "בכוונה לפגוע", המלמד — לדעתי — על "מטרה" ועל "מטרה" בלבד, אנסה לעשות זאת תוך שימוש בדוגמא שמביא פרופ' פלר עצמו בספרו (פרשת ברזאני ומורחיי) ²³:

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).

במטרה לפגוע כתב המחבר, ולא טעה ²⁴.

חולשתו הגדולה ביותר של סיווג הביטוי "בכוונה לפגוע" כמניע היא שסיווג כאמור, המוסבר כפרשנות דוקנית, מביא למצב בו אין כלל מטרות במשפטנו. מדוע אני לאפשרות (הסמנטית, לפחות) להגדיר מטרות על-ידי מניעים. כך, למשל, הגנב, הנוטל ונושא במטרה לשלול שליית-קבע, מונע על-ידי השאיפה לשלול שליית-קבע. אם מקבלים אופן הגדרה זה, מאבדים את ההבחנה בין מניעים ובין מטרות. לדעתי, על המשפט הפלילי לעסוק בבחירה לפגוע בערך המוגן וכמעט שלא לעסוק במניעים, שכן המניע בדרך-כלל אינו רלוואנטי. אך כל עוד קיימת ההבחנה במשפטנו, אין לבטלה

23 ראה עמ' 510 (פסקה 629) בספר הנזכר (לעיל, הערה 17), שם מובאת הדוגמא של ע"פ 309, 299/58 ברזאני ומורחיי ג' ה'החמי"ט, פ"ד יג' (3) 1409.

24 בנקודה זו ברצוני לעמוד על הקביעה של פרופ' פלר לפיה הלכת הצפיות כלל לא יכולה לשמש תחליף למניע (ראה לעיל, הערה 15, והסקסט המפנה אליה), להבהיר קביעה זו ולהסיק ממנה את המסקנה המתבקשת, לדעתי.

הלכת הצפיות — כפי שניתן ללמוד כבר משמה — חשוב מכך — מתוכנה, עוסקת ביחס ההכרתי של עושה העבירה כלפי סיכויי התרחשות אירוע עתידי. מדובר במדענות העושה לאפשרות הקרובה לוודאי כי במעשהו יגרום לתוצאה המזיקה (בעבירות תוצאה) או ליעד (בעבירות מטרה) שבהגדרת העבירה. מדענות זו משמשת תחליף ליחס השאיפתי הגדרש בהגדרת העבירה.

המניע הוא יסוד נפשי שנדרשת התקיימותו אצל העושה בעת ביצוע העבירה. נקל לראות שמעצם טבעם של הדברים אין מקום לדבר על הסתברות התקיימותו של המניע, אלא על עצם התקיימותו, שכן אין המדובר בהגשמה עתידית אלא במצב עובדתי קיים. כך שמבחינה מהותית, מעצם הגדרתו המושגית של המניע, נובע בהכרח שאין כל מקום לדבר על הלכת הצפיות בהקשר של מניע. והנה, הן השופט גולדברג והן השופט ברק דנו באפשרות של הלכת הצפיות כתחליף ליסוד "בכוונה לפגוע" ולא דחו אפשרות זו על הסף.

מעצם האפשרות לדבר על הלכת הצפיות ועל היסוד "בכוונה לפגוע" בעת-יובעונה-אחת, מתבקשת — לדעתי — המסקנה שהביטוי "בכוונה לפגוע" לא בא לציין מניע, אלא יחס שאיפתי.

אלא על-ידי חוק חדש, ולא על-ידי פירוש מטרות כמניעים²⁵, אפילו לא באצטלה של כלל הפרשנות המצמצמת.

כלל הפרשנות המצמצמת הוא רק נדבך אחד של הפרשנות בפלילים, כשלצדו, בין היתר²⁶, גם הכלל לפיו יש לתת למלים את משמעותן הטבעית והרגילה²⁷, המשמעות הטבעית והרגילה של הביטוי "בכוונה לפגוע" — בין אם "כוונה" היא ובין אם "מטרה" — מכל-מקום תכליתית היא ולא מגיעית.

אולם בעוד שאין בסיס להפעלת כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים על הביטוי

25 בשלב זה עלי להתייחס לתיות של פרופ' פלר בספרו, לפיה במקרה בו "היעד הטמון במטרה המיוחדת, אליה מתייחסת העבירה, מזוהה 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, לאמתו של דבר, ב"מניע" מיוחד המנוסח בסגנון תכליתי...". (ראה עמ' 512, פסקה 631 בספרו הנזכר); וכן "... כאשר התנה המחוקק את גיבוש העבירה במטרה לפגוע בערך החברתי הזה, אין מנוס מלפרש את לשונו התכליתית של החוק כי, לאמתו של דבר, הוא התכוון להתנות את התהוות העבירה במניע האמור" (שם, עמ' 550, פסקה 671. ההדגשה שלי — ב' ס').

"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 בוז לאותה מדינה". לגבי המשתמש בדגל לחבישת פצוץ יש משמעות רבה לאי-התקיימות המטרה של הבעת איבה או בוז. יתירה מואת: ניתן לקיים היסוד העובדתי שבעבירה זו גם בחלופה של "המוריד... בפומבי... דגל...". דווקא מתוך אהדה וכבוד לאותה "מדינה יידידותית", למשל, אם הדגל המוגף קרוע בצורה בלתי-מכוונת.

מבלי להאריך בדוגמאות אצ"ן, כי די באפשרות הקיימת לבצע כל אחת מאותן עבירות שמוכר פרופ' פלר ("השמדת ראיה", "פגיעה בדגל או בסמל של מדינה יידידותית", "עלבון דת", "רצח" ו"אי מילוי חובת התייצבות לרישום ובדיקות 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.

לסיום נקחה זו, ולשם הסרת הספק, אציין כי פרט למקרים המיוחדים שנדונו לעיל, מבצע פרופ' פלר הבחנה ברורה בין מניעים ובין מטרות, כמתחייב מחוק העונשין ומטבע הדברים. נדבך נוסף הוא המטרה החקיקתית. אולם היא "נכנסת לפעולה" רק במקרים הבאים:

26 (א) כשאין אפשרות לפרש האיסור על-פי מובנו הרגיל של מלותיו בצירוף כלל הפרשנות הדווקנית.

(ב) לצורך צמצום היקף האיסור. יש להדגיש שתפקיד המטרה החקיקתית במשפט הפלילי הוא דווקא לצמצם היקף האיסור — על-ידי הגדרה צרה שלה — ולא להרחיבו עד בלי די כמקובל בפסיקתנו.

(ג) שימוש פרשני נוסף שיש לעשות במטרה החקיקתית הוא פסילתן של תוצאות פרשניות אבסורדיות.

להסבר מפורט של תפקיד המטרה החקיקתית בפרשנות המשפט הפלילי ראה קרמניצר (לעיל, הערה 18), 374-373.

27 דומני שגם מכלל זה מתגבר כב' השופט ברק, בהסתפקו ב"נקודת-אחיזה-ארכימדית בלשון החוק". ראה להלן, הערה 44 הטקסט המפנה אליה. על הנימוקים לכלל חשוב זה במשפט הפלילי ראה קרמניצר (לעיל, הערה 18), 365-369, 373-378.

"בכוונה לפגוע" — שכן אין לביטוי יותר מפירוש פכיר אחד — הרי שיש גם יש מקום להפעלת הכלל לצורך שלילת הפירוש החדשני שהציע השופט ברק. כאמור, פירש כבי' השופט "את הביטוי 'בכוונה לפגוע' כמשתרע על הרצון או על המטרה או על המניע לפגוע באחר, תוך שלילת פגיעה שאינה רצונית אך המסתברת במידת ודאות רבה"²⁸. לשלילתה של הלכת הצפיות אתיחס בהמשך. אולם כאן המקום להביע תמיהה על פרשנות הביטוי כרחב כל-כך עד כי הוא חובק הן רצון, הן מטרה והן מניע. יודגש: לפי פרשנות זו די, לצורך הרשעה בעבירת לשון-הרע, בכך שהתביעה תוכיח התקיימות רצון או מטרה או מניע (!). בעבר ברור היה כי ביטוי כמו "בכוונה לפגוע" יכול להתפרש רק כאחד משלושת הרכיבים: מניע, כוונה (רצון) ומטרה, ולא כמשתרע על כל שלושם²⁹. כדי להגיע לפרשנותו, לא די היה לשופט בהתנערות מכלל הפרשנות הדווקנית (אם כי התנערות כזו היתה הכרחית לשם כך), אלא היה עליו להתנער גם מהמושגיות המקובלת במשפט הפלילי ולקבוע יסוד נפשי בן-כלאיים חדש. על המושגיות במשפט הפלילי אעמוד בהמשך.

מסקנת, לפיה המדובר במטרה, מביאה לתחולה של הלכת הצפיות על איסור לשון-הרע³⁰, ולדעתי אין זה לגיטימי לפרש הביטוי "בכוונה לפגוע" אחרת רק כדי להימנע מתחולת ההלכה האמורה. תחולתה של הלכת הצפיות העסיקה רבות את שופטי בית-המשפט העליון והכתיבה את פרשנותו של פרוץ פלר.

ד. היחס בין העבירה הפלילית לעוולה האזרחית ותחולת "הלכת הצפיות"

1. עבירה מול עוולה

השופטים גולדברג וברק למדו מההשוואה בין העבירה של לשון-הרע לבין העוולה האזרחית, כי אין מקום להחיל בעבירה את הלכת הצפיות. השופט גולדברג גרס, כי

28 ראה פסק-הדין (לעיל, הערה 2), 219 מול האות ה.

29 אמנם ישנם הגורסים כי אין הכדל מהותי בין "כוונה" לבין "מטרה", אולם אין חולק כי ברור חדר ההבדל בין יחס שאיפתי ("כוונה" ו"מטרה") לבין מניע.

זה המקום לציין כי בחוק העונשין שלנו יש לא מעט מקרים בהם נקט המחוקק מינוח של "בכוונה" לציון "מטרות" דווקא; ראה, למשל, ההגדרה של עבירת הגניבה (סעיפים 383–384 לחוק); ועיין בסימנים ב-ד לפרק ז לחוק, העוסקים בבטחון המדינה. זהו חילוק נוסף לפירוש הביטוי "בכוונה לפגוע" שבעבירת לשון-הרע כ"מטרה", אם כי משקלו אינו גדול.

30 על הלכת הצפיות כדוקטרינה כללית במשפטנו ראה להלן, פרק ד/2; והערה 41. גימוק פרשני נוסף התומך בתחולתה של הלכת הצפיות על עבירת לשון-הרע מובא על-ידי קרצ'מר (לעיל, הערה 3), 598. גימוק מבוסס על סעיף 15 לחוק איסור לשון הרע, לפיו "במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה אם הנאשם או הנתבע עשה את הפרסום בתום לב באחת הגסיבות האלו: ... (ההדגשות שלי — ב.פ.). האויל ושאיפה לפגוע אינה מתיישבת עם תום-לב, פירוש עבירת לשון-הרע, לפיו אין הלכת הצפיות חלה עליה, מרוקן את סעיף 15 לחוק מתוכנו בכל הנוגע לעבירה הפלילית.

"בהוסיפו לעוולה האזרחית... את העבירה הפלילית, לא ביקש המחוקק להשוות בין השתיים אלא להוסיף לעבירה הפלילית מימד נוסף, המצר את היקפה..."³¹.
השופט ברק אף הרחיק לכת בקבעו כי

מטרת התקיפה היתה, בוודאי, להבחין בין אחריות אזרחית לבין אחריות פלילית, תוך צמצום האחריות הפלילית בהשוואה לזו האזרחית³² (ההדגשה הוספה — ב"מ).

השופט גולדברג מסביר כי

ההסתברות הגבוהה של פגיעה עקב פרסום לשון הרע מצויה בעצם טיבה ותגדרתה של לשון הרע. משמעות הדבר, כי אם לא היה הפרסום "עלול... להשפיל... לבזות... לפגוע" (כאמור בסעיף 1 לחוק), לא היה בו כלל משום פרסום לשון הרע. ואם מודע המפרסם להתנהגותו ולנסיבות המהוות פרסום לשון הרע, בהכרח מודע הוא לפגיעה הצפויה, הקרובה לוודאי, גם אם לא חפץ בה³³.

מכאן מסקנתו, כי החלטה של הלכת הצפיות על העבירה "תביא לטשטוש ההבדל בין העבירה הפלילית לעוולה האזרחית"³⁴.

קשה להבין כיצד מבטל השופט גולדברג את ההבדל בין ההסתברות המגולמת במלה "עלול" — אפילו גבוהה היא — לבין ההסתברות הקרובה לוודאי. ההבחנה בין העוולה לבין העבירה שחלה לגביה הלכת הצפיות יכולה בהחלט להתמצות בהפרש ההסתברויות, המשמעותי דווקא — לדעתי — שבין "עלול" לבין הקרבה לוודאי³⁵.

נוסף על כך, מסופקני אם בעוולה האזרחית של לשון-הרע נדרשת מודעות לרכיבי היסוד העובדתי (כוונתי ליסוד הנפשי הגניקי המקביל למחשבה הפלילית)³⁶. אם הפירוש הנכון של העוולה הוא שלא נדרשת בה "מחשבה פלילית", אין כל צורך לתור אחר הבדלים נוספים בינה לבין העבירה הפלילית.

יתירה מזאת: ספק בעיני אם ניתן להתגבר על לשון החוק ועל המושגיות המקובלת במשפטנו הפלילי רק מתוך השוואה של עבירה לעוולה האזרחית המקבילה אליה. אמנם גילה המחוקק דעתו שקיים הבדל בין העבירה לעוולה — בהוסיפו לעבירה את הביטוי "בכוונה לפגוע" — ולכן אין מגוס פרשני מלהבחין ביניהן. אולם אינני רואה את האבטורד הגדול בקיום עוולה אזרחית של לשון-הרע שהיקפה דומה לזה של העבירה הפלילית³⁷.

31 ראה פסק-הדין (לעיל, הערה 2), 212—213.

32 ש"מ, עמ' 217.

33 ש"מ, עמ' 212.

34 ש"מ, עמ' 213.

35 יש לציין שהשופט ברק היה מודע להבחנה זו. ראה דבריו בעמ' 217 לפסק-הדין, מול האות ג.

36 לפרשנות לפיה בעוולה האזרחית של לשון-הרע לא נדרשת מודעות לרכיבי היסוד העובדתי, ראה קרצ'מר (לעיל, הערה 3), 594—596.

37 מעבר להעדר הקושי התיאורטי שבדבר, השווה בין הגדרות עבירת התקיפה (סעיפים 378, 379 לחוק העונשין, תשל"ז—1977, ס"ח 864, תשל"ז, 226), והעוולה האזרחית של תקיפה (סעיף 23 לפקודת הנויקין [נוסח חדש], דיני מדינת ישראל 10, 266).

2. תחולת "הלכת הצפיות"

כאמור, שופטי בית-המשפט העליון הוטרדו מן האפשרות שתחולת הלכת הצפיות תטשטש ההבדל בין העבירה הפלילית לבין העוולה האזרחית, העוסקות בלשון-הרע. כפי שניסיתי להראות לעיל, גם עם תחולה מלאה של הלכת הצפיות מצומצמת העבירה הפלילית מהעוולה האזרחית. ברם, אפילו מקבלים ההנחות כי תחולתה של הלכת הצפיות מטשטשת ההבדל בין העוולה לעבירה וכי טשטוש זה אינו רצוי, עדיין ארוכה הדרך לקביעות החדשניות ביחס להלכת הצפיות שבפסק-הדין. אליבא דשופט גולדברג, למרות ש:

האפשרות, כי הלכת "הצפיות" לא תחול על העבירה שבסעיף 6 לחוק קשה היא... על כורחך אתה אומר, כי לא ביקש (המחוקק—הבהרה שלי— ב"פ) להחיל בעבירה זו את הלכת "הצפיות"³⁸.

השופט ברק אף הרחיק לכת. לדעתו, ניתן לכלול במושג "כוונה" מבחינה לשונית (!) הן "ראיית הנולד של התרחשות התוצאה ורצון להשיגה" (דהיינו: המשמעות המושגית המקובלת) והן משמעות נוספת:

ראיית הנולד של התרחשות תוצאה, תוך מודעות להסתברות קרובה לוודאי כי התוצאה תושג, גם אם לא קיים רצון להשיג תוצאה זו³⁹.

(כלומר: המצב עליו חלה הלכת הצפיות). יתר-על-כן: לדעת השופט, על בית-

38 המשפט הראשון לקח מעמ' 212 בפסק-הדין, מול האות ה. המשפט השני לקח מעמ' 213 בפסק-הדין, מול האות ו.

39 שם, עמ' 214, בין האותיות ד-ז.

השופט מביא אמנם שני ציטוטים והפניה אחת לתמיכת קביעתו, לפיה "שתי המשמעותות גם יחד כלולות, מבחינה לשונית, במושג "כוונה" ... במישור הלשוני ניתן לפרש את הביטוי "כוונה" לעניין תוצאה כחל לא רק על תוצאות, שהעושה הפך בהתרחשותן, אלא גם על תוצאות, שלא קיים רצון בהתרחשותן, אך קיימת מודעות להסתברות הקרובה לוודאי כי הן תתרחשנה...". (שם, עמ' 214-215. ההדגשות שלי— ב"פ).

אולם למיטב הבנתי, אף אחד משלושת המקורות שהביא כב' השופט לביסוס קביעתו אינו תומך בה. בציטוט מספרו של G. Williams (עמ' 214-215 לפסק-הדין) כלל לא מדובר במשמעות הלשונית של המלה "intention", אלא במשמעות המשפטית של המושג "intention", שהיא אכן רחבה יותר, בשל הלכת הצפיות. כך גם בעמוד 443 בספרו של G.P. Fletcher שאליו מפנה השופט. באותו עמוד ממש כתוב:

... There would be little dispute about distinguishing 'intention' from 'recklessness' if the former were not a term of art, encompassing many situations that we would not call 'intentional' in ordinary language.

(ההדגשה שלי— ב"פ).

לבסוף, בקטע המצוטט מספרם של Smith and Hogan (עמ' 215 בפסק-הדין) כתוב אמנם "Intention has a variable meaning", אולם ברור מהקשר הדברים הכתובים בספרם, שאין המדובר במשמעות הלשונית של המלה "intention", אלא במשמעות המשפטית של המושג "intention", ולכן נאמר שם "so far as English law is concerned" (הציטוט לקח מאותו עמוד המצוטט בפסק-הדין).

המשפט לבחור "מבין המשמעויות הלשוניות את המשמעות המשפטית על פי ההקשר בו מופיע אותו ביטוי (כוונה)"⁴⁰.

שורש הרע הוא בכך, שדוקטרינת הצפיות אינה קבועה בחוק החרות שלנו, אלא אומצה למשפטנו על-ידי הפסיקה⁴¹, תוך פגיעה, לדעת פרופ' פלר — הכרחית במקרה זה⁴², בעקרון החוקיות. מכאן כפי הנראה סברת בית-המשפט כי לגיטימי לצמצם את תחולתה של הלכת הצפיות, בבחינת הפה שאסר הוא הפה שהתיר. אמנם אליבא דהשופט ברק אין המדובר בהלכה פסיקתית חדשה, אלא ב"גישה פרשנית, המעניקה לביטוי 'כוונה' את מלוא היקפו הלשוני", ומכאן אף מגיע השופט למסקנה, כי "גישה פרשנית" זו מתיישבת טוב יותר עם עקרון החוקיות — שהרי מדובר בפרשנות ולא בהלכה פסיקתית כהלכת הצפיות כפי שהיתה מקובלת עד כה. ידועה אמרתו של השופט ברק, לפיה "מילותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים"⁴³. אולם אפילו השופט ברק מדבר על הצורך ב"נקודת-אחידה-ארכימדית בלשון החוק"⁴⁴. שילוב שתי קביעות אלו מביא למסקנה שדווקא הדוגל בגישה הפרשנית של השופט ברק נזקק באופן תדיר למילון, לצורך מציאת "נקודת-אחידה ארכימדית" בלשון החוק — אפילו נקודה רופפת ביותר (וככל שמתרופפת נקודת-האחידה, כן גדל הצורך במילון). לדעתי, גם נקודת אחידה רופפת מאד אין למצוא במלה "כוונה", שתאפשר לפרשה כמשתרעת גם על מצבי תחולתה של הלכת הצפיות. משמעות המלה "כוונה" היא "רצון, מגמה לעשות דבר-מה"⁴⁵. הכיכוד ייתכן לפרש המלה "כוונה" כמשתרעת על מצב בו אין רצון?

מעקרון החוקיות נגזר, בין היתר, הצורך לתת למלות החוק את מובנן הרגיל. רק כך ניתן להגיע לאזהרה הוגנת לציבור שתקיים את העיקרון "אין עונשין אלא אם כן מזהירין". אי לכך סבורני, כי קביעה לפיה הפרשנות החדשה שהוצעה למלה "כוונה" מתיישבת עם עקרון החוקיות, אינה משנה מהותה של פרשנות זו, אלא סוללת הדרך לעקיפת העיקרון.

לאחר ששללנו הלגיטימיות של פרשנות המלה "כוונה" ככוללת גם מצב בו אין רצון, יש להתייחס ללגיטימיות השיפוטית (וליתר דיוק: להעדר הלגיטימיות השיפוטית) שבסיוג תחולתה של הלכת הצפיות. אמנם, למרבה הצער, לא קבועה דוקטרינת הצפיות בחוק העונשין שלנו. אולם מרגע שאימץ בית-המשפט העליון דוקטרינה כללית זו למשפטנו⁴⁶, בשל העובדה שהקודקס הפלילי אותו "ירשנו" משלטון המנדט הבריטי בארץ רחוק מלהיות מודרני (בלשון המעטה בלבד), שוב אין

40 שם, עמ' 215, מול האות ד.

41 אשר לאימוץ הדוקטרינה כהלכה כללית, ולא כתחליף לכוונה בעבירות מסוימות בלבד, ראה: S.Z. Feller, "The 'Knowledge' Rule" 5 I.L.R. (1970) 352, 358, 370, 377. המחבר

מתבסס על ד"נ 8/68 המשפטים נ' היוהמיץ, פ"ד כב(2) 539.

42 ראה עמ' 450 במאמר.

43 ראה ע"פ 781/79 מורחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, 427.

44 ראה, למשל, א' ברק, "יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיתני משפט י (תשמ"ה) 484.

45 ראה, למשל, מילוננו החדש של א' אבן שושן (א' אבן שושן, המילון החדש [הוצאת קריית-ספר בע"מ, ירושלים]).

46 ראה לעיל, הערה 41.

הדרך חזרה פתוחה בפני בית-המשפט, ואל לו לחזור אפילו חלק ממנה. הדבר מצוי בתחמו המלעדי של המחוקק, ובנקודה זו מופנה הקורא לביקורת שמתח פרוץ פלר על חריגה זו מ"סמכות ההפעלה"⁴⁷. לגבי דידי, עדיף היה אילו מלכתחילה נמנע בית-המשפט מלהכניס למשפטנו את הלכת הצפיות בדרך של חקיקה שיפוטית, והותיר זאת למחוקק. אך משגשג הדבר, תוך פגיעה בעקרון החוקיות, אין לראות בכך הכשר לפגיעה שיטתית בעיקרון חשוב זה.

יתירה מואת: אפילו היה זה לגיטימי לחלוטין לסייג את תחולתה של הלכת הצפיות בפסיקה, אינני רואה מהי ההצדקה העקרונית לכך. הדוקטרינה של הלכת הצפיות מבוססת על התפישה לפיה המודעות לאפשרות הקרובה לוודאי שתיגרם התוצאה המזיקה שקולה מבחינה ערכית לכוונה לגרום לה⁴⁸. העושה הצופה את התוצאה כקרובה לוודאי, בעצם בוחר לפגוע בערך המוגן עלידי איסור העבירה, ובכך אינו שונה מהמתכוון להשיג התוצאה. היחס האנטי-חברתי בולט אצל שניהם. שיקולים מוסריים, שיקולי גמול ושיקולי הרתעה מצדיקים ההשוואה בין מודעות בדרגתה הגבוהה ביותר לבין כוונה. ואני שואל, ממאי נפשך: אם אין מקבלים שקילות ערכית זו — אין להחיל הלכת הצפיות בשום מקרה; ואם מקבלים שקילות ערכית זו — מה המיוחד בהרכב "חבילת העקרונות" שמייחס השופט ברק לעבירת לשון-הרע (הזכות לשם הטוב של הנפגע, החופש האישי מפני סנקציה פלילית של הפוגע וחופש-הביטוי שלו, ושלום הציבור) המביא למסקנה שכאן לא מתקיימת שקילות ערכית זו?⁴⁹

47 ראה עמ' 450, 462—463 במאמר.

48 ראה, למשל, "Comment" Mordechai Kremnitzer, ביחס למאמר Michael Moore, *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, שבספר "Intentions and Mens Rea" *The Influence of H.L.A. Hart* (Oxford, Edited by Ruth Gavison, 1987) 277—287.

49 אין בכוונתי לשלול אפשרות קיומם של מקרים בהם יהיה הבדל ערכי בין כוונה לבין צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות. הבדל כזה ייתכן כשקיימים מגיע או מטרה המקובלים על החברה כלגיטימיים, שמתלווה אליהם צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות חוסר-רצון שתושג התוצאה. כך, למשל, בולט ההבדל בין רופא המנתח אשה הרה כדי להציל את חייה, מתוך מודעות לאפשרות הקרובה לוודאי שעוברת ימות עקב הניתוח, לבין "רופא" המנתח אשה הרה כדי להמית את עוברתה שלא בהסכמתה. אולם — לדעתי — מקרים כאלה מושתתים על נסיבות מיוחדות (שבדרך-כלל גם מצמיחות סייג לפליליות המעשה), העשויות להתקיים לגבי כל עבירה ואינן מיוחדות לעבירות מסוימות. כפי שמציין פרוץ פלר, אין קשר בין תחולתה של הלכת הצפיות לבין עבירה או ערך מוגן ספציפי (S.Z. Feller, "The 'Knowledge' Rule" 5 *ILR*. (1970) 352, 360).

והבהרה נוספת: לכאורה אין השקילות הערכית שבה דגתי לעיל נוגעת לפרשנותו של השופט ברק, שכן פרשנותו מתמקדת במישור הלשוני של המלה "כוונה". אולם יש לזכור שמלות החוק הן לפי שיטתו לכל היותר נקודת-מוצא, כשהעיקר הוא המטרה החקיקתית. לא זו אף זו: עצם הבחנתו בין מקרים בהם חלה הלכת הצפיות לבין מקרים בהם יש לשלול תחולתה, מבוססת ודאי על שיקולים ערכיים, הבאים לידי ביטוי בקביעת ובשקלול "חבילת העקרונות".

ה. על פרשנות ומושגות בפלילים

על הצורך במערכת מושגים משפטיים מקובלים בדיני העונשין, גטולת התאמות קוואיטיות, עמד פרופ' פלר במאמרו, ואין לי אלא להפנות הקורא לדבריו⁵⁰, תוך הוספת נימוק חשוב נוסף להם. המדובר בצורך במושגות ככלי תקשורתי בין המחוקק ובין הפרשנים, ובעיקר בינו לבין השופטים. ללא מושגות מגובשת יתקשה המחוקק לצפות כיצד יפורשו מלותיו ותיפגע יכולת החקיקה שלו. זוהי פגיעה חמורה בעקרון הפרדת הרשויות, ואין צורך להרחיב על חשיבות עיקרון זה בדמוקרטיה הישראלית⁵¹.

אולם המציאות המשפטית שלנו רחוקה מלהיות אידיאלית בתחום זה. די בהשוואת פסק-הדין למאמר, נושאי דיוגנו, כדי לקבל הרושם שלעתים לפנינו מעין דו-שית בין דוברי שפות שונות. מצד אחד, ניצב פרופ' פלר עם המושגות שהביא לידי ביטוי מקיף בספרו⁵², ומנגד נשמעים גם קולות אחרים. כך כותב פרופ' פלר כי

אשר לטענה כי את ה"כוונה לפגוע" ניתן להשיג בנדון, תוך שימוש בכלל הראיתי של "הנחת הכוונה", דחה השופט בנימוק שאין כאן עניין של "כוונה", במובן המקובל של המושג⁵³.

50 ראה עמ' 459-462 במאמר.

51 בנקודה זו ברצוני להביע הדעה, שגישתו הפרשנית של כב' השופט ברק, בפועל, פוגעת בעיקרון חשוב זה.

52 להלן ההגדרות הנוגעות לנושא דיוגנו, מתוך ספרו של פרופ' פלר הנזכר לעיל:

א. — "הכוונה הפלילית", כתת צורה של המחשבה הפלילית... מותנית במישור ההכרתי במודעות לכל רכיבי היסוד העובדתי שבעבירה, ואילו, במישור החפצי, היא מותנית בשאיפה לקראת גרימת התוצאות בהן תלויה השלמת העבירה, שהן, כמובן, אחד מרכיבים אלה.

— הכוונה הפלילית היא אפוא יסוד נפשי אופייני לעבירות תוצאתיות בלבד, כאשר התוצאות הן מן הסוג שעשוי לצמוח בדרך הטבע מן ההתנהגות האופיינית לעבירה (עמ' 553 בספרו הנזכר, פסקה 676).

ב. "המניע" הוא גורם השייך כל כולו לעולמו הפנימי של האדם ולעמקי נפשו, שדחף, מדרבן, ממריץ, או מביא את האדם לעשיית המעשה בנתונים הקונקרטיים שעשויים להקנות לו פלילות... הוא כולל את המוטיבציה הפנימית להתנהגותו... המניע הוא היצר הפנימי שעשוי להביא אדם לידי ביצוע עבירה, אך התפתחות זו אינה הכרחית... בקיצור, המניע הוא בבחינת אותו "מדוע" פנימי שהביא את האדם לביצוע העבירה והמצא פורקן בהשלמתה (שם, עמ' 507, פסקה 625).

ג. לעומת המניע שהוא מושג פנימי-סובייקטיבי גרידא, "המטרה" היא מושג מורכב, שיש בו גם היבט חיצוני-אובייקטיבי. היבט זה מתבטא ביעד החיצוני-אובייקטיבי הגלום במטרה, ואילו שאיפת האדם להשיג יעד זה, או להגשימו, הוא ההיבט הפנימי-סובייקטיבי של המטרה... כאשר מטרה נתונה היא דרישה להתהוות העבירה, אין צורך לשם כך בהשגת המטרה או בהגשמתה. די במטרה כשלעצמה, כדי לקיים את הדרישה (שם, עמ' 510-511, פסקאות 629-630).

53 ראה עמ' 452 במאמר.

קריאה קפדנית של פסק-דינו של השופט גולדברג מלמדת שלא כך הם פני הדברים. השופט גולדברג כלל לא שלל האפשרות של "כוונה" רגילה. נהפוך הוא: לאחר שפוסל הוא את האפשרות שמדובר במטרה ("כוונה מיוחדת" – בלשון השופט)⁵⁴ ופוסל האפשרות שמדובר במניע⁵⁵, מציין הוא כי נטייתו היא לסבור שהמדובר במטרה מיידית לפגוע⁵⁶. המושגיות בה משתמש השופט גולדברג אינה זהה למושגיות שקבע פרופ' פלר, אולם ניכר ממכלול דבריו של הראשון, שבהעדיפו בסופו של דבר את המטרה המיידית לפגוע, כוונתו היא דווקא ל"כוונה" הפלילית הרגילה, כלומר: לרצון שתושג התוצאה. הקושי הוא העדר דרישת תוצאה בעבירת לשון-הרע. לכן ייתכן שיש להבין דברי השופט גולדברג אחרת. דומה כי ההבחנה בין "כוונה" לבין "מטרה" כלל אינה קיימת אצלו. מכל-מקום, בין כך ובין כך נמצא כי פרופ' פלר, בנתחו את פסק-הדין על-פי המושגיות המקובלת עליו, ייחס בטעות לשופט גולדברג דברים שהאחרון כלל לא כתב.

גם השופט ברק לא נקט בדיוק במושגיות בה דוגל פרופ' פלר. ראשית, גם הוא, כמו גם השופט גולדברג, מדבר על האפשרות של "כוונה" רגילה. כאמור, ללא תוצאה כיסוד בעבירה, אין כל טעם לדבר על "כוונה" רגילה. שנית, האפשרות החדשנית שקבע השופט ברק, לפיה המדובר ברצון או מטרה או מניע לפגוע באחר, רחוקה מלהתיישב עם המושגיות המקובלת במשפטנו הפלילי⁵⁷.

המלומדים לוי ולדרמן מביעים בספרם הדעה כי מלבד המשמעות המקובלת של "מניע", קיימת גם משמעות נוספת: "כנושא פני עתיד... מניע פירושו יעדה הסופי של ההתנהגות הבלתי חוקית"⁵⁸. משמעות נוספת זו שמייחסים המחברים ל"מניע" מסווגת על-ידי פרופ' פלר כ"מטרה", כמובן⁵⁹. את המושג "מטרה" מכנים המחברים אחרת – "כוונה מיוחדת", ומדברים גם על "מניע להשיג את המטרה המיוחדת המצוינת בהגדרת העבירה"⁶⁰.

54 ראה עמ' 211 בפסק-הדין, מול האות ב.

55 שם, שם, מול האות ו.

56 שם, בעמ' 213, מול האות ז.

57 בשלהי פסק-דינו, כשמגיע השופט ברק למסקנות גישתו הפרשנית, לאחר שקילת הערכים החברתיים המתנגשים ואיוון לא מנומק ביניהם, מבצע כב' השופט מעברים חדים ממושג למושג. תחילה כותב הוא: "נראה לי, כי אמת מידה זו היא, אם הפרסום נועד לפגוע בשמו הטוב של אדם אם לארי. כעבור שורות ספורות הוא גורס, כי "החופש האישי חופש הביטוי נסוגים, כאשר קיים רצון לפגוע באחר", ומיד אחר כך הוא כותב: "שלום הציבור נפגע, מקום שאדם מפרסם לשון הרע מתוך רצון או מתוך מטרה או מתוך מניע לפגוע" (ההדגשות הוספו). וכל שלוש הגרסאות הללו של תוצאת האיוון שערך בין הערכים החברתיים השונים מופיעות בקטע קצר אחד של תשע שורות (1) סמוך מאוד לסוף פסק-הדין, וללא כל הסבר של המעבר ממושג למושג (ראה עמ' 219 בפסק-הדין, בין האותיות ג-ד). היש כאן אי-דיוק בשימוש במושגים, או שמא התנערות מהם ונטילת סמכות לשחק במ כחומר ביד יוצר?

58 לוי וא' לדרמן, עיקרים באחריות פלילית (רמות מערכות חינוך בע"מ, תשמ"א-1981) 437.

59 ראה ש"ז פלר, "נפקדות על מנת להשתמש מתפקיד קרבי" הפרקליט כט (תשל"ה-1975) 534, 543-546.

60 ראה ספרם הנזכר, עמ' 443.

לאמיתו של דבר, אין התמונה פה קודרת כפי שניתן להתרשם מהבדלי המושגיות עליהם הצבעתי לעיל. לכל אורד פסקי-הדין — הן של השופט גולדברג והן של השופט ברק — מובאות הגדרותיו של פרופ' פלר למושגים השונים, או, לפחות, הפניות אליהן. הרושם המתקבל הוא שבית-המשפט העליון נוטה לקבל את המושגיות שגיבש פרופ' פלר בספרו, ולהתבסס עליה. אולם לעתים לא מדייקים השופטים במושגיות זו, ולצערי קיימת גם נטייה להתנער ממנה.

אין לי אלא להביע התקווה שבמהרה נזכה לחוק עוגשין חדש ומודרני, שבחלקו הכללי ייקבעו הגדרות כל המושגים עליהם מושתת המשפט הפלילי — הגדרות שימנעו אי-הבנות מיותרות וחידושים פסיקטיים מיותרים.

1. הרהורים נוספים בשולי המאמר

עתה, לאחר שסיימתי הדיון בנושא העיקרי של רשימתי — פרשנות המונח "בכוונה לפגוע" שבעבירת לשון-הרע — ברצוני לעמוד בקצרה על שלושה עניינים נוספים העולים ממאמרו של פרופ' פלר, ושאינם קשורים באופן ישיר לדיון העיקרי שברשימתי.

1. "על סדר הדיון בנתוני העבירה והסייג לה" 11

פרופ' פלר מתח ביקורת קשה על גישת בית-המשפט העליון שבאה לידי ביטוי בדברי השופט גולדברג:

על-פי הגיונם של דברים עלינו לבדוק תחילה, מה טיבו של היסוד הנפשי הנדרש בסעיף 6 לחוק ואם נתקיים יסוד זה במקרה דגן אצל המשיב, שכן רק תשובה חיובית לכך תביאנו לשאלת קיומה של ההגנה⁶¹.

ההגנה בה דובר היא הגנת אמת הפרסום, המתקיימת — על-פי סעיף 14 לחוק — כלאימת שהפרסום היה אמיתי והיה בו עניין ציבורי.

אליבא דפרופ' פלר, כל הדיון הארוך והמסובך בהתקיימות היסוד "בכוונה לפגוע" היה מתייטר אילו דן בית-המשפט תחילה בסייג הקבוע בסעיף 14 לחוק, שכן הסייג התקיים באותו עניין.

לדעת פרופ' פלר, מכיוון שמדובר בסייג מיוחד — הנוגע לעבירת לשון-הרע בלבד — יש לראות בו חלק בלתי-נפרד מהגדרת העבירה, ועל-כן אין כל חשיבות לסדר הדיון.

גם אם ניתן להסכים עם קביעה מצומצמת זו, יש — לדעתי — לסייג, או לפחות להבהיר, את ההכללה שעשה פרופ' פלר, לפיה

אף בסדר הדיון ברבדים אלה (הכוונה לרובד השני שבתשתית האחריות הפלילית

61 ראה פרק זה שבעמ' 442—443 במאמר.
62 ראה עמ' 211 בפסקי-הדין, מול האות א.

— הנעוץ בהתקיימות נחונים העשויים לספק דרישות להתהוות עבירה פלילית, ולרובד השלישי — הנעוץ בהעדר סייגים לפליליות המעשה — הבהרה שלי — (כ"ס) אין תיחום נוקשה; זאת, גם כשמדובר בסייגים הכלליים לפליליות המעשה⁶³ (ההדגשה שלי — כ"ס).

אם ינהג בית-המשפט בהתאם להכללה של פרופ' פלר שנדונה לעיל, יקבע שמתקיים סייג מסויים ויימנע מלדון בהתקיימות יסודות העבירה, ייתכן בהחלט מצב שבו יוטל קלון על אדם שכלל לא התקיימו לגביו יסודות העבירה (!). נבחן, לשם הדגמה, את המקרה הבא. ראובן נאשם ברצח אותו לא ביצע. בעת ביצוע הרצח (לא על-ידי ראובן) ראובן "לא היה מסוגל, מחמת מחלה שפגעה בשפיותו או מחמת ליקוי בכשרו השכלי, להבין את שהוא עושה" (הציטוט לקוח מסעיף 19 לחוק העונשין, תשל"ז—1977, בו קבוע הסייג "אי-שפיות"). האם יהיה זה הוגן להסתפק בקביעה במשפטו של ראובן, כי התקיים לגביו סייג אי-השפיות וכי הוא פטור מאחריות פלילית לרצח, בשעה שראובן כלל לא ביצע רצח?!

קיימים מקרים בהם יש — לדעתי — הבדל גדול מבחינה חברתית-מוסרית בין מצב בו אדם מזוכה משום שלא התקיימו יסודות העבירה בה נאשם, לבין מצב בו הזיכוי נובע מהתקיימות סייג לאחריות פלילית⁶⁴. מכאן שעל השופט לשקול היטב בטרם יזכה אדם מבלי לברר את התקיימות יסודות העבירה, פן יטיל קלון, ואפילו צל של קלון בלבד, על אדם שכלל לא ביצע עבירה — גם לא במצב בו עמד לו סייג לאחריות פלילית. בולטת כאן תוצאה מאד לא-רצויה ובלתי-הוגנת העלולה לנבוע מהכללתו של פרופ' פלר, ואם כי בטוחני שגם הוא לא היה מצדד בתוצאה כזו, ראיתי לגכון לסייג את הכללתו, העלולה להתפרש בצורה רחבה מדי.

63 ראה עמ' 442 במאמר.

64 נבחן מקרה נוסף, ציורי יותר, הנדון תכופות בספרות. מדובר בשני בני-אדם שהאוניה בה הפליגו טבעה, המצויים על-גבי לוח-עץ בלב-ים. לוח-העץ קטן מלשאת את שניהם, וברור לחלוטין שרק אם יישאר אחד מהם לבד על הלוח, הוא יינצל. במצב זה, אם אחד מהם דוחף את האחר למים ובכך מציל את תייר-שלו, עומד לו, כפי הנראה, סייג ה"צורך" ("כפי הנראה" — שכן יש התולקים על כך שבמצב המתואר לעיל עומד לנאשם סייג ה"צורך", כפי שהוא מוגדר במשפטנו). האם יהיה זה הוגן להסתפק בקביעה במשפטו של ניצול מאונייה כי התקיים לגביו סייג ה"צורך" וכי הוא פטור מאחריות פלילית להריצת גורל חברו למוות על-ידי דחיפתו למים, בשעה שאותו ניצול כלל לא דחף את חברו?!

65 מבלי להתעמק בהבחנה המקובלת בשיטות-משפט אחרות בין סייגים מסוג "excuse" לבין סייגים מסוג "justification", אציין כי לדעתי, התוצאה הבלתי-צודקת עליה עמדתי לעיל עלולה לנבוע כלאימת שינהג בית-המשפט בהתאם להכללתו של פרופ' פלר בעת שהוא דן בסייג מסוג "excuse". זאת, משום שלגבי סייג מסוג "justification" ממילא לא מוטל כל קלון על האדם לו עומד הסייג.

לדיון מפורט בהבחנה בין סייגים מסוג "justification" לבין סייגים מסוג "excuse", ראה G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Boston Toronto, 1978) 759-875.

2. פרסום לשון-הרע במחדל

על "התרומה הגופנית של העושה שהביאה לפרסום דבר מסויים", כותב פרופ' פלר: תרומה שעשויה להיות בדרך מחדלית, מקום שהיתה מוטלת על אדם חובה להעלים מעיני האנשים נתונים מסויים הנוגעים לזולתו; הוא לא עשה זאת ונתונים אלה הגיעו לידיעתם של אחרים.⁶⁶

אליבא דפרופ' פלר, מדובר בעבירה התנהגותית ולא תוצאתית, וההתנהגות מוגדרת בהגדרת העבירה. סיווג זה של העבירה אינו מתיישב עם הקביעה שניתן לבצע גם במחדל למרות שהמחוקק לא קבע במפורש אפשרות כזו. הוראת המלה "המפרסם" בה גקט המחוקק היא אקטיבית לחלוטין. במילון מבואר הפועל "פרסם" כך: "הודיע ברבים, גלה, עשה פמבי לדבר"; וכן "גלה לציבור באמצעות דפוס או שדור" – הגדרה המלמדת על מעשים אקטיביים.

יתר על-כן: גם אם נקבל שניתן לפרש המלה "המפרסם" גם כך שתקיף הן פרסום במעשה והן פרסום במחדל, עדיין, מכוח כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים, שזודאי מקובל על פרופ' פלר, עלינו להעדיף הפירוש המצמצם היקף האיסור, לפיו "המפרסם" – במעשה בלבד; שהרי בלתי-סביר לטעון שפירוש המלה "המפרסם" כבעלת הוראה אקטיבית בלבד אינו לפחות פירוש סביר, ומבין שני פירושים סבירים – זה המצמצם היקף האיסור הפלילי גובר.⁶⁵

3. המודעות לאמיתות או שקריות הפרסום

כותב פרופ' פלר:

קושי לא מבוטל... נובע גם מכך שהמחוקק העמיד על אותו משקל פרסום דבר

66 ראה הערה 13, עמ' 445 במאמר, והסקסט המפנה אליה.

67 ראה, למשל, מילונו החדש של א' אבן שושן.

יש לציין כי סעיף 2 לחוק איסור לשון הרע, שכותרת השוליים שלו היא "פרסום מהו", אינו מסייע לנו בעניין זה, ומכל מקום אין בו רמז לאפשרות של פרסום לשון-הרע במחדל. סוגיה זו כבר עלתה, באדרת אחרת, בנוגע לאפשרות של בריחה ממשמורת חוקית במחדל, והקורא מופנה בעיקר לדבריו המפורטים של ד"ר מ' קרמניצר בנושא. ראה: ע"פ 881/79, מזרחי נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פ"ד לה (4) 421; ש"ז פלר, "בריחה ממשמורת חוקית, במחדל?" עיוני משפט ת 630; מ' קרמניצר, "בריחה ממשמורת חוקית, במחדל?" – הערה נוספת" עיוני משפט י 195; ע"פ 608/81 סויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד לז (1) 477; ד"ג 5/83 מדינת ישראל נ' סויסה, פ"ד לח (4) 701.

אשר להשפעת ההכללה שעשה פרופ' פלר במאמרו "בריחה ממשמורת חוקית, במחדל?" לפיה "ניתן להכליל ולקבוע כי במידה שקיימות חובות כדין לפעול, שייעודן הוא למנוע פגיעה בערך החברתי המוגן על-ידי איסור עבירה פלוגית, העבירה עשויה להתבצע גם במחדל המתבטא באי-מילוי חובה מחובות אלה, ולא רק בהתנהגות אקטיבית, כפי שעשוי להשתמע מן המשמעות הרגילה של הלשון הנקוטה בהגדרת העבירה" (ראה עמ' 635 במאמרו זה) על נושא דיונגו הרי שראשית, מצטרף אני לדעתו החולקת של ד"ר קרמניצר במאמרו הנזכר. שנית, לא ידוע לי על חובה כדין לפעול שמצדיקה הפעלת הכלל שקבע פרופ' פלר על עבירת לשון-הרע, וגם פרופ' פלר עצמו לא טוען במאמרו העוסק בעבירה זו לקיומה של חובה כאמור.

שהוא אמת, ופרסום דבר שבשקר יסודו, כמובן, תוך מודעות העושה לטיב הדבר מבחינה זו, כנדרש לגבי עבירה של מחשבה פלילית⁶⁹.

במשפט זה עצמו כבר באה לידי ביטוי הסתירה בין חוסר-ההבחנה של המחוקק בין פרסום אמת לפרסום שקר לבין הקביעה, המוטעית — לדעתי — כי נדרשת מודעות של העושה לטיב הפרסום (אמת או שקר); שהרי כיצד ייתכן לאמר שהמחוקק קבע דרישה של מודעות לטיב הפרסום — אמת או שקר — בשעה שהמחוקק כלל לא הבחין בין פרסום אמת לבין פרסום שקר?⁷⁰ אין חולק, כי בעבירה של מחשבה פלילית נדרשת מודעות של העושה לכל רכיבי היסוד העובדתי שבעבירה, ואם ישנה תוצאה נדרשת גם צפייה שלה. כמו-כן אין חולק כי עבירת לשון-הרע היא עבירה של מחשבה פלילית. אולם בהגדרת העבירה לא קבוצה נסיבה של אמיתות הפרסום או שקריותו, ומכאן שלא נדרשת מודעות לאמיתות או לשקריות זו.

ז. אחרית דבר — הצורך בחקיקה

מעבר לביקורת על פסק-הדין ועל המאמר שבא בעקבותיו, יש לזכור כי כר נרחב זה לטעויות לא נוצר מאליו.

ראשית חטאת — במחוקק, הגדרתה של עבירת לשון-הרע לקויה מאד. חוק מודרני העוסק בלשון-הרע צריך — לדעתי — להתייחס לפרסומים שקריים בלבד ולהותיר המקרים של פרסום אמת בהעדר עניין ציבורי לחוק הגנת הפרטיות, המתאים יותר לתכלית זו. אך גם אם רוצה המחוקק להפליל מקרים מסוימים של פרסום אמת, כדי לחזק ההגנה על הפרטיות, מתבקשת ההבחנה ההכרחית בין מקרי פרסום אמת ובין מקרי פרסום שקר. אין ספק, שכדי להפליל פרסום אמת יש לדרוש התקיימות יסוד גפשי בדרגה גבוהה הרבה יותר מהדרגה הנדרשת להפללת פרסום שקר, ואולי גם תנאים נוספים, בתחום היסוד העובדתי.

נוכח אי-ההבחנה בחוק שלנו בין פרסום אמת לבין פרסום שקר, נוצר קושי פרשני לא קטן, שהתמקד בביטוי "בכוונה לפגוע". האפשרות של הפללת אדם שפרסם אמת הגיעה את פרופ' פלר להגיע לתוצאה של אי-תחולתה של הלכת הצפיות. אך לדעתי, אין מחלוקת כי אשר לפרסומים שקריים רצויה מאד הלכת הצפיות, ולמעשה דומני

69 ראה עמ' 443—444 במאמר.

70 לפאורה ניתן לאמר, כי ההבחנה בין פרסום אמת לבין פרסום שקר נכנסת אל הגדרת העבירה "בדלת האחורית", דרך ההגנה של פרסום אמיתי שיש בו עניין ציבורי, הקבוצה בסעיף 14 לחוק. אולם ראשית, ייתכן מאד שהדרישה בסעיף 14 היא אובייקטיבית לחלוטין — שהפרסום יהיה אמיתי ושיהיה בו עניין ציבורי, ולא נדרשת מודעות העושה לאמיתות הפרסום כדי שיתגבש הסייג. שנית, גם אם נפרש סעיף 14 כדורש מודעות העושה לאמיתות הפרסום (ולעניין הציבורי שבו), לא תשהנה קביעתי לפיה בעבירת לשון-הרע אין הבחנה בין פרסום אמיתי לבין פרסום שקרי. זאת, משום שלפחות לגבי פרסום שאין בו עניין ציבורי אין כל ספק שלא נדרשת מודעות העושה לאמיתות או שקריות הפרסום כדי שתתגבש עבירת לשון-הרע.

שבשלילת תחולתה צמצם בית-המשפט את היקף איסור לשון-הרע בצורה המרוקנת אותו מרוב תוכנו.

אבאר דברי האחרונים: לאיסור לשון-הרע חשיבות רבה בהגנה על שמו הטוב של האדם, בעיקר מפני מפרסמים מקצועיים כגון עיתונאים; שכן נתונה בידם האפשרות, לפחות הטכנית, לפרסם לשון-הרע. והנה, דווקא לגבי מפרסם מקצועי, כמעט בלתי-אפשרי להוכיח יסוד נפשי תכליתי של כוונה לפגוע, שכן ברובם המכריע של המקרים יוכל להצביע על מטרה מקצועית בפרסום הדברים. לעומת זאת, צפיית הפגיעה בשמו הטוב של אדם כקרובה לוודאי ניתנת, מעשית, להוכחה גם לגבי מפרסם מקצועי. יתר על-כן: לצורך הגנה רצינית על זכותו של האדם לשם טוב אין להסתפק באיסור הפרסום במקרים הנדירים בהם יש למפרסם כוונה לפגוע, אלא יש לאסור גם פרסום תוך צפיית הפגיעה בשמו הטוב של אדם כקרובה לוודאי (למעט המקרים של פרסומים אמיתיים שיש בהם עניין ציבורי, כמובן).

מכל-מקום, חשוב להדגיש כי כל הדיון בתחולתה של הלכת הצפיות מוגבל למישור של הדין הרצוי, ובכל הנוגע לדין המצוי אין מנוס מהמסקנה כי הביטוי "בכוונה לפגוע" שבעבירת לשון-הרע פירושו במטרה לפגוע, בשלמטרה זו בהחלט יש תחליף — הלכת הצפיות.

נוכח פרשנותו הנוכחית של בית-המשפט העליון, מצומצם מאד היקף האיסור של לשון-הרע בכל הנוגע לפרסומים שקריים, ומתבקשת התערבות המחוקק.

התערבות נוספת של המחוקק, שנוכח מגמות חדשות בפסיקה הפכה — לדעתי — לנחוצה ביותר, היא קביעת חוק עונשין חדש ומודרני, שיסדיר בחלקו הכללי אחת ולתמיד את המושגיות הכל-כך חשובה במשפט הפלילי.

אין לי אלא להביע התקווה שחקיקה מתבקשת זו לא תתעכב עוד.

ביקורת ספרים

A. Kirschenbaum, *Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce*

מאת

גואלטירו פרוקצ'יה

מן המפורסמות הוא, שבמשפט רומי עבד היה חסר אישיות משפטית ומצבו היה מצב של הפץ: הוא היה מסוגל להיות גשוא לבעלות או לתזקה של אחר, לא היה נושא זכויות, לא היו לו רכוש, תביעות וחובות ולא היתה לו מולדת או משפחה.¹ למרות מצב זה, לא היה אפשר להתעלם מטבעו של העבד כאדם, ואמנם גאיוס עצמו, שסיווג את העבד בין החפצים,² לאחר שחילק את הדין בין הדין המתייחס לבני-אדם לדין המתייחס לחפצים וזה שמתייחס לתביעות, כאשר ניגש לדון בדין המתייחס לבני-אדם, הוא כתב:

Et quidam divisio de iure personarum haec est quod omnes homines aut liberi sunt aut servi³.

אופיו של העבד כחפץ, בעיני הדין, וכבן-אדם, לפי המציאות, עורר סוגיות משפטיות שנבעו, מצד אחד, מהעדר אישיותו המשפטית, ומצד שני – מפעולתו כאדם בעל רצון הבנה.

פרופ' קירשנבאום, בספרו המקיף והיסודי על עבדים, בנים ועבדים משוחררים במסחר הרומי, דן בפעולות שנעשו על-ידי אנשים אלה עבור אבי המשפחה, ובדיון זה הוא מבליט כיצד החברה הרומית הצליחה להתגבר למעשה על העדר המושג של השליחות, כפי שאנו מכירים אותה במשפט המודרני.

מושג השליחות נראה למשפטן המודרני כמובן מאליה, עד כדי כך שהוא מתקשה להבין כיצד היה ניתן לנהל מסחר מפותח ללא קיום שליחות זו.

תשובתו המעניינת של פרופ' קירשנבאום היא, שהחברה הרומית פיתחה פתרונות מעשיים שאפשרו להשיג תוצאות של השליחות מבלי להגיע לפיתוח מלא של מושג זה. פרופ' קירשנבאום חילק את ספרו לארבעה פרקים:

הפרק הראשון דן באיוו מידה היה ניתן להפעיל שלוחים בפעולות הנוגעות לנכסים. לאחר שהדין הרומי מנע אפשרות של רכישת נכסים על-ידי אנשים חופשיים,⁴ אותה

1. Contardo Ferrini, *Manuale di Pandette*, (Milano, 2nd ed., 1904), 54-55

2. Gaius 2.13

3. Gaius 1.9

4. Gaius 2.95

המטרה הושגה באמצעות שימוש של בני-אדם הכפופים לשלטון (*potestas*) של אבי המשפחה, היינו: עבדים ובנים.

שימוש זה נעשה לאפשרי, משום שעבדים נחשבו לנכסים בידי אבי-המשפחה ופעולתם של עבדים אלה ושל הבנים נחשבה לפעולה של אבי-המשפחה עצמו. כשירותם לבצע פעולות מכירה היתה מוגבלת לאותן הפעולות שלהן הסכים מפורשות אבי-המשפחה; לכן, הרצון הקובע היה רצונו של אבי-המשפחה, והבנים והעבדים שימשו בידו אמצעי טכני להשיג את מטרתו.

הפרק השני דן ב-*peculium*, זאת אומרת: באותם כספים ונכסים שנמסרו על-ידי האב לבנים ולעבדים בשלטונו כדי שיסחרו בהם.

לפי הדין, הבעלות על הפקוליום נשארה בידי האב, אך למעשה הפקוליום הושאר בידי הבן או העבד שנהגה מן הרווחים אשר נבעו מפעולות שעשה בו. הפרטור הכיר בפקוליום והעניק לזר שסחר עם הבן או העבד תביעה נגד אבי-המשפחה בגבולות הפקוליום בגין חיובים שהזר רכש עקב מסחר זה. יתר על כן: כאשר אבי-המשפחה קיבל תשלומים או טובות-הנאה אחרות עבור עצמו ולא עבור הפקוליום, הוא נעשה אחראי כלפי הזר ללא הגבלת אחריות.

הפרק השלישי דן בפעולות שנעשו על-ידי בנים ועבדים מחוץ לפקוליום, וזאת על-יטוד הרשאה שניתנה להם על-ידי אבי-המשפחה. בולטות במיוחד פעולות שנעשו על-ידי בנים ועבדים בניהול מסחר יבשתי (*institores*) ומסחר ימי (*exercitores*) בתוקף מינויים למנהלי-עסקים אלה על-ידי האב. במקרים אלה, אחריות אבי-המשפחה אינה קשורה עוד בפקוליום, ומקורה בהרשאה שניתנה לבן או לעבד לנהל את המפעל המסחרי הנתון.

לעתים עסקים אלה היו בעלי היקף רציני ביותר והתייחסו לרכוש גדול ולסכומים ניכרים.

בכל מקרה שהפרטור העניק תביעה נגד אבי-המשפחה בגין פעולות שנעשו על-ידי העבד או בן-המשפחה, תביעות אלה היו *Actiones adiecticiae qualitatis*, היינו: תביעות נגד אבי-המשפחה שהתוספו על תביעות נגד עושה הפעולה עצמו. אך אם עושה הפעולה היה עבד, חיובו היה *obligatio naturalis* בלבד, ולכן התביעה לא ניתנה לאכיפה; ואם עושה הפעולה היה בן בשלטון אביו לרוב אם כי לא תמיד — הוא היה נעדר כל רכוש ולכן גם חיובו, אם כי היה מוכר על-ידי הדין, לא היה ניתן למעשה לאכיפה.

הפרק הרביעי דן בפעולות מסחריות שנעשו על-פי הרשאת אבי-המשפחה, אך מחוץ למסגרת ה-*potestas*.

המדובר כאן בעיקרו בעסקאות של מסחר יבשתי או ימי שנהלו על-ידי בני-אדם שהיו קודם עבדים אך בינתיים שוחררו מעבדותם, אך למרות השחרור המשיכו לנהל את המסחר שהיו ממונים עליו קודם שחרורם.

אך היחס המשפטי בין אבי המשפחה — כעת *patronus* — לבין העבד המשוחרר — כעת *libertus* — השתנה שינוי יסודי: כתוצאה מן השחרור נעשה העבד ל-*sui iuris*, היינו: בעל אישיות משפטית וכשר לפעולות משפטיות.

במצב זה שאם לא היה אפשר ליחס את תוקף הפעולה לאישיות האב ול- *potestas* שלו על עבדיו, ולכן היחסים בין ה- *patronus* ל- *libertus* השתנו, וכדברי Sir Henry Maine עברו מסטטוס לחוזה, בין שהחווה היה של שכירות, מנדטום או *negotiorum gestio*.

המשך עבודות העבד המשוחרר עבור אבי-המשפחה, לאחר השחרור, נבע מהרגלי עבודה במשך שנים, מן היחס החדש שנוצר בין ה- *patronus* ובין העבד המשוחרר ומהנהוג הנפוץ בחברה הרומית.

היחס שנוצר בין ה- *patronus* לבין העבד המשוחרר שהמשיך לפעול עבורו, מקרב, למעשה, את היחס שביניהם ליחס של שליחות, אבל איננו מגיע לדרגת שליחות במונח המודרני משום שהחייב הראשוני לפעולה שנעשתה נשאר תמיד עושה הפעולה, אם כי הוא פעל "בשמו ובמקומו" של שולחו.

בספרו פרופ' קירשנבאום מוכיח ידע נרחב ויסודי של היחסים בין עבדים ובנים ב- *potestas* לבין אבי-המשפחה, בכל הנוגע לניהול חיי המסחר ברומא וביחסים בין אורחי רומא שפעלו אחד עבור רעהו על-יסוד יחסי קרבה וידידות.

ידיעתו של הסופר המכובד מתייחסת לא רק למקורות המשפטיים, אלא גם למקורות הספרותיים הלטיניים.

הניתוח המשפטי של פרופ' קירשנבאום הוא עדין ומדויק, אך התרומה העיקרית של ספרו היא בגיתוח נוהגי המסחר ברומא, שבכוחם המעשי הביאו לשינוי בגישה לעקרונות משפטיים נוקשים. זו דוגמא נוספת של פעולת יחסי-הגומלין בין גורמה עיונית לבין חיי מעשה, כשחיי המעשה תמיד מנצחים.

Faint, illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page.