

“לשון הרע – עוולת רשלנות?” – תגובה

אורי צור*

במאמרה “לשון הרע – עוולת רשלנות?”¹, בוחנת ד”ר גדרון את עוולת לשון הרע בפני עצמה ובהשוואה לעוולת הרשלנות, וטוענת שתי טענות מרכזיות: א. חוק איסור לשון הרע, תשכ”ה – 1965², “שותק” בכל הנוגע ליסוד הנפשי של המפרסם, ומן הראוי למלא חסר זה בקביעה כי קיומו של אשם בהתנהגות המפרסם הוא תנאי הכרחי לגיבושה של עוולת לשון הרע. רמת האשם הנדרשת היא מסוג של רשלנות, כאשר הרשלנות צריכה להתייחס הן לאי-מודעותו של הנתבע לעצם עשיית הפרסום והן לאי-מודעותו לגבי המשמעות הפוגעת של הדברים שפרסם. כמו כן, מאחר שתנאי הרשלנות הוא אחד מיסודות העוולה, נטל הוכחתו מוטל על כתפי התובע.

ב. ניתן לעשות שימוש בעוולת הרשלנות כדי להגן על הזכות לשם טוב, כאשר עוולת הרשלנות משמשת כנתיב תביעה חלופי, בנוסף לנתיב התביעה הרגיל בעוולה הפרטיקולרית הקבועה בחוק איסור לשון הרע. שימוש כזה בעוולת הרשלנות הנו אפשרי ורצוי גם במצבים של חפיפה מלאה בין יסודות עוולת הרשלנות לבין יסודות עוולת לשון הרע. ההצדקה לכך הנה שעוולת הרשלנות גמישה יותר, ועל כן ניתן יהיה במסגרתה “להתאים את ההגנות, כולן או חלקן, לנסיבות החיים המשתנות ולדרכי הפרסום המתחדשות והמקצינות”³, ובעיקר להרחיב את ההגנה על הזכות לחופש הדיבור והזכות לקבלת מידע, באופן שיאפשר “לעקוף” את עוולת לשון הרע בצורה מבוקרת ואיטית.

בשורות הבאות, ברצוני לחלוק על שתי טענותיה של ד”ר גדרון.

* תלמיד לתואר דוקטור בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ועוזר הוראה בקורס “דיני נזיקין” בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. ברצוני להודות לפרופ’ אריאל פורת, ד”ר תמר גדרון, גב’ נילי קרקו, גב’ טלי מרגלית ומר ברק מדינה, שזעירותיהם לטייטא של תגובה זו סייעו לי מאוד בגיבוש הנוסח המובא כאן.

1 ת’ גדרון “לשון הרע – עוולת רשלנות?” ראו כרך זה בע’ 219.

2 להלן: “חוק איסור לשון הרע”.

3 גדרון, לעיל הערה 1, בע’ 236.

באשר לטענה הראשונה, סבורני כי לא קיים כל חסר בחוק איסור לשון הרע בנוגע ליסוד הנפשי של המפרסם. לשונו של החוק כרווה, והיא קובעת מפורשות שהנתבע הוא שנושא בנטל להראות שהפרסום מוצדק ושלא דבק אשם כלשהו בהתנהגותו. מכאן שהתגבשותה של עוולת לשון הרע אינה תלויה בהוכחת אשם של הנתבע על ידי התובע, ואין כל הצדקה להוספת תנאי הרשלנות ליסודות עוולת לשון הרע.

ובאשר לטענה השנייה, נראה לי כי לא יהיה זה ראוי לעשות שימוש בעוולת הרשלנות כאמצעי חלופי להגנה על הזכות לשם טוב. שימוש שכזה אינו נחוץ לשם הגמשת ההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע, שכן הגמשה כזו ניתנת להשגה באמצעות פרשנות הוראות סעיפי החוק, ובמקום בו קצרה ידה של הפרשנות מלהושיע הרי שהגמשה זו אינה רצויה ואינה ראויה, כיוון שהיא פוגעת בלכידותו של הדין ועוקפת את רצון המחוקק, כפי שבא לידי ביטוי בהוראות חוק איסור לשון הרע. יתר על כן, אף אם יוגמשו ויורחבו ההגנות במסגרת עוולת הרשלנות הרי שהרחבה והגמשה אלו יחולו רק לגבי תביעות בעוולת הרשלנות, ואילו בכל הנוגע לתביעות בעוולת לשון הרע — על אלה יחולו ההגנות "הנוקשות" הקבועות בחוק איסור לשון הרע. כתוצאה מכך לא תושג המטרה של הרחבת ההגנה על הזכות לחופש הדיבור והזכות לקבלת מידע, שכן הנפגע מן הפרסום יבחר לתבוע את המפרסם בעוולת לשון הרע שבה סיכויי הצלחת תביעתו יהיו גדולים יותר.

1. עוולת לשון הרע ודרישת האשם

ד"ר גדרון פותחת את מאמרה בשתי דוגמאות שמצביעות על הקושי הקיים, לכאורה, בגישה שלפיה תובע בעוולת לשון הרע אינו נדרש להוכיח אשם כלשהו מצידו של הנתבע כדי לבסס את עילת תביעתו. הדוגמא הראשונה מתארת מצב שבו הנתבע אינו מודע לעצם עשיית הפרסום, והדוגמא השנייה מתארת מצב שבו הנתבע אינו מודע למשמעות הפוגעת של תוכן הפרסום. בשתי הדוגמאות הנתבע פעל בצורה סבירה, ולא ניתן להצביע על אשם או רשלנות שלו שגרמו לאי-מודעותו.

ברם, לא ברור מהו הקושי שדוגמאות אלה ממחישות. אם הטענה הנה שאין זה ראוי להטיל אחריות על נתבע שלא דבק כל אשם בהתנהגותו, הרי שקושי זה כלל לא מתעורר בדוגמאות הללו.

בדוגמא הראשונה כלל לא מתקיימים כל יסודות העוולה, שכן לא נעשה בה "פרסום", ועל כן לא תוטל על הנתבע אחריות. הדוגמא מתארת שיחה בין א' רב' שבמהלכה אומר א' ל-ב' דברים הפוגעים ב-ב', רג' שומע את הדברים מבלי ש-א' יודע על כך או צריך לדעת על כך. סעיף 2(ב)(1) לחוק איסור לשון הרע קובע שהתנהגותו זו של א' אינה מגעת כדי פרסום, שכן דבריו יועדו ל-ב' בלבד, לא

ל-ג' ולא לכל אדם אחר⁴. אגב, לא למיותר יהיה לציין כי המצב המתואר בדוגמא זו איננו אופייני למצבים בהם יש הוצאת לשון הרע, שכן ברובם המכריע של המקרים הפרסום נעשה באופן מודע, ומלכתחילה הוא מיועד לאנשים אחרים זולת הנפגע (התובע), והמחלוקת מתמקדת בעיקר בשאלת ההצדקה לפרסום שהנטל להוכחת קיומה מוטל על הנתבע (המפרסם)⁵.

4 וזו לשון סעיף 2(ב) לחוק איסור לשון הרע:

"רואים כפרסום לשון הרע, בלי למעט מדרכי פרסום אחרות -

(1) אם היתה מיועדת לאדם זולת הנפגע והגיעה לאותו אדם או לאדם אחר זולת הנפגע.⁶ ומכלל הן למדים על הלאו: לשון הרע שהייתה מיועדת לנפגע בלבד אינה מהווה פרסום, גם אם בסופו של דבר הגיעה לאדם אחר. יתר על כן, מהאמור בסעיף זה עולה כי אפילו צריך היה א' לדעת שהדברים יגיעו ל-ג', הרי שאלה לא יחשבו כפרסום אם לא ייעד אותם ל-ג'. דהיינו רמת האשם הנדרשת לשם הוכחת יסוד הפרסום הנה של כוונה או לפחות מודעות ולא של רשלנות (וזאת כדי לא להטיל מגבלה חמורה מדי על חופש הדיבור). אמנם ברישא של סעיף 2(ב) נאמר "בלי למעט מדרכי פרסום אחרות", כלומר שייתכנו דרכי פרסום נוספות על אלה המנויות בסעיף 2(ב), ועל כן ניתן לטעון שגם לשון הרע שהייתה מיועדת לנפגע בלבד יכולה להוות פרסום, אך פרשנות זו נראית דחוקה למדי: ראשית, במישור הטכני-מילולי, היא מייטרת את האמור בסעיפיו הקטנים של סעיף 2(ב). שהרי, אם המחוקק סבר שגם לשון הרע שיועדה לנפגע בלבד מגעת כדי פרסום, מה טעם מצא לקבוע היפוכו של דבר בס"ק (1)? שנית, במישור המהותי-תכליתי, אף אני סבור, כד"ר גררון, שאין זה ראוי להטיל אחריות נזיקית בעוולת לשון הרע על מפרסם שלא דבק כל אשם בהתנהגותו. אחריות חמורה שכזו תפגע באופן חמור מדי בחופש הביטוי. לפיכך סבורני שיש לפרש את סעיף 2(ב) כסעיף הקובע את רמת המודעות הנדרשת לגבי עצם עשיית הפרסום לשם גיבוש רכיב ה"פרסום" בשני סוגים של פרסומים בלבד: פרסום בעל פה ופרסום בכתב. כאשר הפרסום הוא בעל פה רק אמירת לשון הרע שנעשתה על ידי המפרסם בכוונה או מתוך מודעות בפועל שהיא תגיע לאדם זולת הנפגע מגבשת את רכיב ה"פרסום" – ס"ק(1). לעומת זאת, כאשר לשון הרע מועברת בכתב נדרשת מודעות בכוח, כלומר רשלנות, לגבי עצם עשיית הפרסום – ס"ק (2), שקובע: "אם היתה בכתב והכתב עשוי היה, לפי הנסיבות, להגיע לאדם זולת הנפגע". הרישא של סעיף 2(ב), הקובע "בלי למעט מדרכי פרסום אחרות", ראוי שיתפרש כמאפשר אופני פרסום וצורות פרסום נוספים על אלה המנויים בסעיפיו הקטנים של סעיף 2(ב), ולגבי אופני פרסום אחרים אלה ייתכן שבית המשפט ידרוש רמות מודעות אחרות לגבי עצם עשייתם. ודוק: אין ברישא כדי לשנות את רמת המודעות הנדרשת בסעיפיו הקטנים של סעיף 2(ב) לגבי עצם עשיית הפרסום, כשהמדובר בפרסום בעל פה או בכתב. ולבסוף, הערה אחרונה: קביעתי כי סעיף 2(ב) מגדיר את רמת המודעות הנדרשת מן המפרסם לגבי עצם עשיית הפרסום אינה סותרת את העובדה שהסעיף גם מציב דרישה לגבי הרכיב העובדתי-תוצאתי של יסוד ה"פרסום" (והיא: כאשר המדובר בהוצאת לשון הרע בעל פה יש צורך שזו תגיע בפועל לאדם אחר זולת הנפגע על מנת שיתקיים רכיב ה"פרסום", ואילו כאשר לשון הרע נעשית בכתב אין צורך שתגיע לעיניו של אדם אחר זולת הנפגע, ודי בכך שהיא עלולה להגיע לעיניו כדי שיתקיים רכיב ה"פרסום"). אלה הן שתי דרישות שונות המתייחסות לרכיבים שונים של יסוד ה"פרסום" בעולה, ושתייהן עולות בקנה אחד עם לשון הסעיף והולמות את תכלית החזיקוק.

5 ועיינו בהגנות המנויות בסעיפים 13, 14 ו-15(2) עד 15(11) לחוק, המתארות מצבים שבכולם מודעותו של הנתבע לעשיית הפרסום היא נתון קיים שאינו מוטל בספק. כך הוא הדבר גם בסעיפים 15(1) ו-15(12) לחוק, אלא שבהם לא מתעוררת שאלת ההצדקה לפרסום, אשר עולה בכל הסעיפים האחרים.

בדוגמא השנייה מתואר מצב שבו א' מספר ל-ב' כי חברם המשותף ג' מצליח בארה"ב כמסעודן. א' סבור שהוא מדבר בשבחו של ג', ואינו יודע כי למעשה הוא פוגע בשמו הטוב של ג' שסיפר ל-ב' שהוא עוסק בתחום מקצועי אחר. לכאורה, במצב דברים זה מתגבשים יסודותיה של עוולת לשון הרע, שכן הדברים שפורסמו על ידי הנתבע היוו לשון הרע כנגד התובע, והנתבע היה מודע לעצם עשיית הפרסום. ברם, לנתבע תעמוד הגנת סעיף 15(1) לחוק איסור לשון הרע, שהרי "הוא לא ידע ולא היה חייב לדעת על ... הנסיבות שמהן משתמעת לשון הרע ...", כך ששוב הוא יהיה פטור מאחריות.

אם, לעומת זאת, הטענה היא שבפרקים א' ו-ב' לחוק איסור לשון הרע, הקובעים את יסודות העוולה, קיים חסר המחייב השלמה בכל הנוגע לאשמו של הנתבע⁶, הרי שגם טענה זו אינה מדוייקת. כפי שהראיתי, נושא היסוד הנפשי של הנתבע באשר לעצם עשיית הפרסום מוסדר, כאמור לעיל, בסעיף 2(ב)1 לחוק איסור לשון הרע⁷. וככל שהדברים נוגעים ליסוד הנפשי של הנתבע באשר למשמעות הפוגעת של תוכן הפרסום, הרי שלא בחסר המחייב השלמה עסקינן, אלא בהסדר חד-משמעי העולה מלשונו המפורשת של החוק⁸: סעיף 15(1) שבפרק ג' לחוק איסור לשון הרע (שבו מנויות ההגנות העומדות לנתבע) מטיל על הנתבע להראות שבעת שעשה את הפרסום "הוא לא ידע ולא היה חייב לדעת על קיום הנפגע או על הנסיבות שמהן משתמעת לשון הרע או התייחסותה לנפגע כאמור בסעיף 3". ניתן לסכם ולומר אפוא שבחוק איסור לשון הרע אין כל חסר בנוגע ליסוד

6 נראה לי שאכן זוהי טענתה של ד"ר גדרון, שכן היא מבחירה בפתח דבריה שכוונתה בדיון לבחון אך ורק את היסודות המשפטיים היוצרים את עילת תביעתו של הנתבע ולא את אחריותו הסופית של הנתבע — גדרון, לעיל הערה 1, בע' 220.

7 ניתן לטעון כי התייחסות נוספת לעניין זה קיימת בסעיף 15(12) לחוק, שמעניק הגנה לעורך אמצעי תקשורת או לנציגו, אם יש בידם להראות שהפרסום הפוגע נעשה באותו אמצעי תקשורת כשידור חי, והם לא ידעו ולא יכולים היו לדעת על הכוונה לפרסם לשון הרע. אולם לא כך הוא הדבר. במצב המתואר בסעיף 15(12) אין ספק שהנתבע היה מודע לעצם עשיית הפרסום, אלא שהוא לא ידע ולא צריך היה לדעת מראש שהדברים הפוגעים, שבפועל נכללו בפרסום, אכן יכללו בו. דהיינו, הסעיף עוסק ביסוד הנפשי של הנתבע ביחס לתוכנו של הפרסום, ולא ביסוד הנפשי שלו לגבי עצם עשיית הפרסום.

8 כידוע, בחינת לשון החוק היא השלב הפרשני הראשון בפרשנותו של כל חיקוק. בע"א *Sidaar Tanker Corporation* 804/80 נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ, פ"ד (לט)1 (393, 428–429, קבע השופט ברק (כתוארו אז) בהקשר זה כדלקמן:

"... הדרך 'הפנימית' היא לעולם הראשונה. אם מתוך החוק הספציפי עולה הסדר, הפותר את השאלה השנויה במחלוקת, הרי הסדר זה מכריע, תהא עמדת התורה הכללית אשר תהיה. החיקוק הספציפי עשוי להסדיר את השאלה בדרכים שונות. הוא עשוי לקבוע הסדר מפורש, שיש בו תשובה לשאלה השנויה במחלוקת. ... משנקבע הסדר מפורש זה, שוב אין מקום, לענין הסוגיה שהוסדרה, לפנות לעקרונות כלליים."

סעיף 15(1) לחוק איסור לשון הרע מסדיר את נטל ההוכחה של מודעות המפרסם לתוכן הפוגע של הפרסום ומטילו על הנתבע. מכך נובע בהכרח שלא תתכן פרשנות אחרת, שלפיה נטל ההוכחה של רכיב זה הוא על התיובע.

הנפשי של הנתבע. אכן, די לו לתובע שיוכיח את עצם עשיית הפרסום המכפיש על מנת שיכסס את עילת תביעתו בעוולה זו (אמנם יסוד ה"פרסום" מחייב את התובע להוכיח שהנתבע היה מודע לעשיית הפרסום, אך כפי שכבר הבהרתי⁹, דרישה זו מתקיימת במרבית המקרים ואינה מהווה את לב לבה של העוולה). לאחר שהתובע הוכיח את יסודות עילת התביעה שלו, עובר הנטל אל הנתבע להראות שלא דבק כל אשם בהתנהגותו, ובעיקר שקיימת הצדקה להתנהגותו, כלומר לעשיית הפרסום הפוגע.

קביעה זו של המחוקק הנה ברורה ומפורשת, והיא מבטאת לדעתי איזון ראוי של הזכות לשם טוב עם הזכות לחופש הביטוי וזכות הציבור לדעת¹⁰. נראה לי שכל נסיון לשנות הסדר זה – מן הראוי לו שיעשה על ידי שינוי החוק ולא באמצעות השלמת חסר שאיננו חסר אמיתי.

וכעת, משהזכרתי את שאלת האיזון הראוי בין הזכויות המתגוששות בזירת עוולת לשון הרע, שאלה שהנה בעלת חשיבות רבה לבחינת טענתה השנייה של ד"ר גדרון, אעבור לדין בטענה זו.

2. עוולת הרשלנות והגמשת ההגנות הקיימות בחוק איסור לשון הרע

ד"ר גדרון טוענת כי ההגנות המוקנות לפרסום-הנתבע בחוק איסור לשון הרע הנן "נוקשות" מדי, במובן זה שהאפשרות של המפרסם להשתמש בהן להגנתו היא מוגבלת ומצומצמת, מפני שהן מציבות, כתנאי מוקדם לתחולתן, דרישות מוגדרות וחד-משמעיות שבמקרים רבים אינן מתקיימות. לגישתה זהו מצב לא רצוי כיוון שהוא פוגע באופן חמור מדי בזכות לחופש הדיבור ובזכות למידע. לפיכך יש לשנות מצב זה על ידי שימוש בעוולת הרשלנות כנתיב תביעה חלופי לעוולת לשון הרע, כיוון שבמסגרת עוולת הרשלנות ניתן יהיה להגמיש את ההגנות העומדות לזכות המפרסם-הנתבע ולהרחיב את היקף תחולתן, ובעקבות זאת תצומצם הפגיעה בזכות לחופש הדיבור ובזכות למידע.

ברצוני לתקוף את הטענה הזו בשני מישורים. ראשית, אראה כי אף אם נצא מנקודת המוצא של ד"ר גדרון, ונניח כי ניתן ורצוי להרחיב את ההגנה על הזכות לחופש הדיבור ועל הזכות למידע, הרי שהשימוש בעוולת הרשלנות כנתיב תביעה חלופי לעוולת לשון הרע לא יכול להוביל להשגת מטרה זו, ואין בו כדי לשנות, מבחינה מעשית, את המצב המשפטי הקיים. שנית, וזוהי טענתי העיקרית, האיזון בדין הקיים בין הזכות לשם טוב לבין הזכות לחופש הדיבור והזכות למידע, שנקבע על ידי המחוקק בחוק איסור לשון הרע, מבטא בחירה ערכית מודעת ומכוונת של המחוקק. בין אם בחירה זו נראית לנו ובין אם לאו, אין זה ראוי לשנותה ולהתערב

9 לעיל הצרה 5 הטקסט שהיא נלווית אליו.

10 ראו להלן את הטקסט שאליו מתייחסות הערות שוליים 25–48.

כה באמצעות שימוש בעוולת הרשלנות, מכיוון שהדבר יהווה עקיפה בוטה וגסה של רצונו הברור של המחוקק, ובכך יפגע כמוכן בעקרונות הפרדת הרשויות.

א. השימוש בעוולת הרשלנות כנתיב תביעה חלופי לעוולת לשון הרע איננו מועיל השימוש בעוולת לשון הרע ובעוולת הרשלנות כעילות תביעה חופפות במקרים של פרסומים פוגעים הנו, לדעתי, לא מעשי ולא מועיל לשם השגת המטרה של הרחבת ההגנה על הזכות לחופש הדיבור ועל הזכות למידע. לנוכח גישתי לעיל, לפיה עוולת לשון הרע אינה מחייבת את התובע להוכיח אשם של הנתבע כדי להקים את עילתו, הרי שהשימוש בעוולת הרשלנות איננו יכול להקל על התובע, אלא רק להקשות עליו. זאת מכיוון שעוולת הרשלנות מטילה על התובע את הנטל להראות שהתנהגותו של הנתבע הייתה לא סבירה, בעוד שבעוולת לשון הרע הנתבע הוא שצריך להראות שהתנהגותו הייתה סבירה או שיש הצדקה לפרסום על מנת שלא תוטל עליו אחריות.

המקרה היחיד שבו השימוש בעוולת הרשלנות יכול להקל על התובע הוא מצב שבו אין בידי התובע להראות שהנתבע היה מודע לעצם עשיית הפרסום כדרישת סעיף 2(ב)(1) לחוק איסור לשון הרע. רק אז יהיה לו טעם לנסות ולהראות, תוך שימוש בעוולת הרשלנות, כי היה על הנתבע לדעת שהדברים שאמר לנפגע (התובע) יגיעו לאוזני אדם אחר זולתו, ומאחר שלמרות זאת אמר את הדברים הרי הוא התרשל וחב לתובע בניזיקין.

במקרה כזה קיימת "חפיפה חלקית" בין עוולת לשון הרע לבין עוולת הרשלנות, בדומה לחפיפה שהתקיימה בפרשת גורדון¹¹ בין עוולת הנגישה לבין עוולת הרשלנות, אולם ספק אם רצוי להגיע כאן לאותה מסקנה, דהיינו שניתן להחיל את עוולת הרשלנות על מקרה זה. נראה שראוי לקבוע כי קיים כאן הסדר שלילי, המונע את החלתה של עוולת הרשלנות¹². הטעם לכך הנו שהחלת עוולת הרשלנות על סוג המקרים הללו תוביל, למעשה, להטלת אחריות נזיקית על כל אדם שמטיח דברים קשים בבן-שיחו וכל פשעו הוא בכך שאינו נזהר שדבריו אלה לא יגיעו לאוזני אחרים. אמנם מציאות משפטית שכזו תגן היטב על שמם הטוב של הפרטים בחברה, אך באותה עת תטיל עליהם נטל מכביד בדמות הגבלת הדיבור היומיומי. פעולת הדיבור הנה כה בסיסית, ודאי בחברה הישראלית, ולפיכך נראה כי לא יהיה זה רצוי להגבילה באופן כה חמור, גם לא תמורת חיזוק ההגנה על הזכות לשם טוב.

מכל מקום, החריג של רשלנות הנתבע בנוגע לעצם עשיית הפרסום הוא חריג

11 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (להלן: פרשת גורדון).

12 לדעתי, הסדר שלילי כזה קיים גם במקרים אחרים שבהם חוק איסור לשון הרע מקנה הגנה תקפה למפרסם, אף אם התנהגותו הייתה נגועה באשם (בין אם ברמה של רשלנות ובין אם ברמה של מודעות או כוונה), למשל: הגנת פרסום מותר, הקבוצה בסעיף 13 לחוק איסור לשון הרע.

גם מבחינת נדירותו, כיוון שבמרבית המקרים הפרסום נעשה באופן מודע על ידי הנתבע. במקרים אלה, כפי שהבהרתי לעיל, התובע לא יפיק תועלת מעשית מהליכה בנתיב של עוולת הרשלנות. אולם, אם בכל זאת יבחר בדרך זו, מן הראוי לבדוק אם בחירתו זו אפשרית, ובעיקר אם במקרה כזה “תיובאנה” ההגנות המנויות בחוק איסור לשון הרע אל עוולת הרשלנות, ואם כן, מה יהא היקף תחולתן.

לדעתי, התשובות לשאלות הנ”ל כרוכות זו בזו. כאשר פרסום כלשהו פוגע בשמו הטוב של אדם, הזכויות המתנגשות ביניהן הן תמיד אותן זכויות – הזכות לשם טוב לעומת הזכות לחופש הביטוי וזכות הציבור לדעת – ומן הראוי שהאיוון שיערך ביניהן יהיה זהה, בין אם הוא נעשה במסגרת עוולת לשון הרע ובין אם הוא נעשה במסגרת עוולת הרשלנות. איוונים שונים, אחד בעוולת לשון הרע ואחר בעוולת הרשלנות, יפגעו בלכידותו של הדין, ועקב כך תיפגע המטרה של הכוונת להתנהגות של הפרטים בחברה.

לפיכך, סבורני שבמקרים כאלה, בהם הנפגע מן הפרסום מבקש לתבוע את המפרסם בעוולת הרשלנות, כאשר במקביל הוא תובע אותו או יכול לתבוע אותו בעוולת לשון הרע, יש “לייבא” את ההגנות המנויות בפרק ג’ לחוק איסור לשון הרע אל עוולת הרשלנות, ולבחון את אחריותו הסופית של הנתבע בעוולת הרשלנות רק לאחר שהועברה במסגרת ההגנות הנ”ל¹³. מטבע הדברים, אם ברצוננו לשמור על לכידותו של החוק ועל הוודאות המשפטית, הפרשנות שתינתן להגנות אלה במסגרת הדין בעוולת הרשלנות חייבת להיות זהה לפרשנות הניתנת להן במסגרת הדין בעוולת לשון הרע. פרשנויות שונות, אחת במסגרת עוולת הרשלנות שתקל עם המפרסם, ושנייה במסגרת עוולת לשון הרע שתחמיר עימו, ייצרו אמות מידה שונות להתנהגות המפרסם, דבר שהנו, כאמור לעיל, לא רצוי¹⁴.

13 זהו מקרה של “חפיפה מלאה” בין עוולת הרשלנות לבין עוולת לשון הרע. לכאורה, לטענתי שיש “לייבא” את ההגנות מן העוולה הפרטיקולרית אל עוולת המסגרת יש תימוכין בדעת הרוב בע”א 558/84 כרמלי נ’ מ”י, פ”ד מא(3) 757 (להלן: פרשת כרמלי), שבו נדון גם כן מקרה של “חפיפה מלאה” – בין עוולת כליאת שווא לבין העוולה של הפרת חובת חקוקה. ברם, ההפך הוא הנכון. “ייבוא” ההגנות על ידי שופטי הרוב בפרשת כרמלי מעוולת כליאת שווא אל העוולה של הפרת חובת חקוקה פגם בלכידותו של הדין. שופטי הרוב יצרו על ידי “ייבוא” ההגנות שתי אמות מידה שונות להתנהגות פסיכיאטר מחוזי בעת אשפוז כפוי – אחת, לפי סעיף 7(ג) לחוק לטיפול בחולי נפש, תשט”ו–1955, המקשה על האשפוז הכפוי; ושנייה, לפי הגנת סעיף 27(3) לפקודת הנוזיקין שהוחלה על החובה הצומחת מסעיף 7(ג) הנ”ל, אשר מקלה על האשפוז הכפוי. התימוכין לגישתי הנ”ל מצויים אפוא דווקא בדבריה של השופטת נתניהו באותה פרשה, שקבעה, בדעת מיעוט, אמת מידה אחת, מחמירה, להתנהגות פסיכיאטר מחוזי בעת אשפוז כפוי, ובכך הציגה פרשנות לכידה של הדין בסוגיית האשפוז הכפוי שנדונה באותו עניין. בשונה מפרשת כרמלי, הרצון לשמור על לכידותו של הדין מחייב במקרה שלנו “לייבא” את ההגנות המנויות בחוק איסור לשון הרע אל עוולת הרשלנות, מפני שרק כך ניתן להציב אמת מידה אחת להתנהגותו של מפרסם.

14 ראו בהקשר דומה: מ’ דויטש קנין (תשנ”ז, כרך א) 225–229. פרופ’ דויטש מבקר שם את עמדתו של הנשיא ברק, לפיה יש להגן על הזכויות החוקתיות באמצעות העוולה של הפרת

זו גם הסיבה לכך שלדעתי אין זה אפשרי ולא יהיה זה ראוי להגמיש ולהרחיב את ההגנות על פרסומים פוגעים במסגרת הדין בעוולת הרשלנות בלבד. זאת ועוד, אף אם הגמשה והרחבה כאלו היו אפשריות, הרי שהדבר לא היה תורם לכך "... שהזכות לחופש הדיבור והזכות לקבלת מידע, העומדות בבסיסה של חברה דמוקרטית, תצאנה נשכרות מהרחבתן האפשרית של ההגנות הקיימות (במסגרת עוולת הרשלנות — א.צ.)"¹⁵. זאת מכיוון שהבחירה בין שני מסלולי התביעה החלופיים, דהיינו בין עוולת לשון הרע לבין עוולת הרשלנות, נתונה בידי של התובע, והוא כמובן יעדיף את המסלול שבו סיכויי הצלחת תביעתו גדולים יותר. כבר במצב המשפטי דהיום ברור שהבחירה המועדפת עליו תהא תביעה בעוולת לשון הרע, מפני שנטל ההוכחה המוטל עליו במסגרת עוולה זו הוא מועט וקל יותר מהנטל שמוטל עליו במסגרת עוולת הרשלנות. הגמשת ההגנות והרחבתן במסגרת עוולת הרשלנות רק תגביר את נטייתו של התובע לבחור בנתיב התביעה של עוולת לשון הרע, כך שמבחינה מעשית הגמשה והרחבה אלו לא יועילו לנתבע המפרסם, ואף לא לחופש הביטוי, שכן סביר להניח שהתובע תמיד יבחר לתבוע את המפרסם בעוולת לשון הרע שבה לא תהא דריסת רגל להגמשת ההגנות ולהרחבתן¹⁶.

ב. השימוש בעוולת הרשלנות כנתיב תביעה חלופי לעוולת לשון הרע איננו ראוי עד עתה, בפסקה א' לעיל, "שיחקתי" במגרשה של ד"ר גדרון. הנחתה שפנייתה לעוולת הרשלנות כנתיב תביעה חלופי לעוולת לשון הרע היא פנייה אפשרית שראוי לעשותה, והראיתי שהיא אינה משיגה את התוצאות המצופות ממנה. כעת ברצוני להתמקד בטענתי העיקרית, ולפיה הפנייה עצמה איננה אפשרית ואינה ראויה, וזאת אף אם השימוש בעוולת הרשלנות היה תורם להרחבת ההגנה על הזכות לחופש הדיבור ועל הזכות למידע.

במאמרה עושה ד"ר גדרון שימוש בטכניקה המשפטית שהופעלה בפרשת גורדון¹⁷ ובפרשת כרמלי¹⁸, וטוענת שכשם שבשני המקרים הללו החיל בית המשפט עוולת מסגרת (עוולת הרשלנות והעוולה של הפרת חובה חקוקה) על מצבים שנכנסו לדלת אמותיהן של עולות פרטיקולריות (עוולת הנגישה ועוולת

חובה חקוקה ("תחולה עקיפה מוגברת" של חוקי היסוד על המשפט הפרטי). הוא מבהיר כי עמדה זו עלולה לאיין למעשה את דיני הנוזיקין, כפי שגובשו בחקיקה ובפסיקה במהלך עשרות שנים עד היום, ולפגוע בצורה חריפה בוודאות המשפטית.

15 גדרון, לעיל הערה 1, בע' 236.

16 גם לפי גישתה של ד"ר גדרון הגמשת ההגנות והרחבתן יוכלו להעשות רק במסגרת עוולת הרשלנות, שהרי היא מבהירה שרשימת ההגנות בחוק איסור לשון הרע היא רשימה סגורה, וכי השימוש בעוולת הרשלנות נועד לפתוח פתח "לעקיפת המגבלות המצויות בחוק איסור לשון הרע" שם, שם.

17 פרשת גורדון, לעיל הערה 11.

18 פרשת כרמלי, לעיל הערה 13.

כליאת השווא), כך גם ניתן לנהוג במקרה של הוצאת לשון הרע, ולהחיל את עוולת הרשלנות במקומה של עוולת לשון הרע או במקביל לה. סבורני כי קיים הבדל ניכר וחשוב בין עוולת לשון הרע לבין עוולת הנגישה ועוולת כליאת השווא בפרט, ולבין כל העוולות הפרטיקולריות המנויות בפקודת הנזיקין בכלל, וכי הבדל זה פוסל את השימוש בטכניקה המשפטית הנ"ל במקרים של הוצאת לשון הרע.

העוולות הפרטיקולריות שבפקודת הנזיקין יובאו אל המשפט הישראלי דרך המשפט הקפריסאי, וקובצו יחדיו בפקודת הנזיקין, תוך שמירת הנוסח המקורי-ארכאי שלהן, כפי שגובש בפסיקה האנגלית במהלך המאות האחרונות¹⁹. ייבוא העוולות הללו וקיבוצן נעשו כמעט מבלי שהמחוקק הישראלי ישקול או יאזן באופן עצמאי את האינטרסים המתנגשים במסגרת כל אחת מהן. אין כל פלא כי כתוצאה מכך חשים בתי המשפט לא פעם כי האיזון הקיים בכל אחת מן העוולות הללו אינו תואם את ערכיה של החברה הישראלית דהיום, ובעקבות זאת נאלצים לפנות אל עוולות המסגרת הגמישות ובמסגרתן לקבוע איזון חדש, השונה מהאיזון שקבעו בתי המשפט האנגלים לפני מאות שנים, ואשר הולם יותר את ערכיה של מדינת ישראל ואת תנאי החיים בחברה מודרנית.

לעומת זאת עוולת לשון הרע, במתכונתה הנוכחית, היא עוולה ישראלית-מודרנית. המחוקק הישראלי שלא היה שבע רצון מעוולה זו במתכונתה הקודמת²⁰ החליט להסדיר את תחום לשון הרע בחוק נפרד אחד, שבו יאוחדו ויתואמו הדין האזרחי והדין הפלילי במטרה להעניק הגנה טובה ויעילה יותר כנגד מוציאי דיבה ומלעיזים למיניהם, וכדי למנוע ניצול לרעה של ההגנות שהחוק מעניק למפרסמים²¹. לחוק, שנחקק ב-1965 קדמו ויכוח ציבורי סוער שהתנהל בעקבות משפט קסטנר²² ומשפט שורת המתנדבים²³, וכן שתי הצעות חוק מ-1962²⁴ ומ-1963²⁵, שהיוו את הבסיס לנוסח שהתקבל. כל אלה מלמדים שחוק איסור לשון הרע הנו פרי בחירה ערכית בנקודת איזון מסויימת בין הזכויות והערכים המתנגשים בתחום זה. כל שינוי בבחירה מודעת זו של המחוקק חייב להיעשות בדרך של שינוי החוק בלבד. שינוי נקודת האיזון על ידי בתי המשפט, באמצעות החלת עוולת הרשלנות לשם הגמשת

19 לגבי מקורותיה של פקודת הנזיקין ודרכי קליטתה במשפט הישראלי ראו: י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (מהדורה שנייה, ג' טרסקי עורך, תשל"ז) 33–37.

20 סעיפים 16–23 לפקודת הנזיקים האזרחיים, 1944, ע"ר תוס' 1 (ע) 93, 96–100, (א) 129, 133–138.

21 ראו דברי ההסבר להצעת חוק לשון הרע, תשכ"ב – 1962, ה"ח 142.

22 ע"פ 232/55 י"מ נ' גרינוולד, פ"ד יב(3) 2017.

23 ע"א 256/57 אפלבוים נ' בך-גוריון, פ"ד יד(2) 1205.

24 לעיל הערה 21.

25 הצעת חוק לשון הרע, תשכ"ג – 1963, ה"ח 286.

ההגנות "הנוקשות" הקבועות בחוק איסור לשון הרע, יהווה התערבות בוטה ולא ראויה בהכרעת המחוקק.

3. האיזון בין הזכות לשם טוב לבין הזכות לחופש הדיבור והזכות למידע

לא אוכל לסיים את תגובתי מבלי להתייחס לנטייה, העולה מדבריה של ד"ר גדרון, להעדיף את הזכות לחופש הדיבור ואת הזכות למידע על פני זכותו של הפרט לשם טוב, ולקריאתה, דווקא לבית המשפט, "לשקול האם אכן משקף חוק איסור לשון הרע את האיזון הנכון והמתאים לחברה הישראלית כאן ועכשיו..."²⁶. נראה שדברים אלה מבטאים ביקורת על נקודת האיזון בין הזכויות הללו, כפי שנקבעה בחוק איסור לשון הרע ובפסיקה הישראלית שפירשה ויישמה את הוראותיו. ראשית, יש להבהיר מהי נקודת האיזון שנקבעה בחוק איסור לשון הרע ובפסיקה הישראלית. העובדה שחוק איסור לשון הרע מקל מאד על התובע ומטיל על הנתבע את הנטל להראות שלא דבק בהתנהגותו אשם או שהייתה הצדקה לפרסום מלמדת, לדעתי, שבכל הקשור לשאלת האחריות והחבות הנוזיקית, שיטת המשפט הישראלית מייחסת, למעשה, משקל רב יותר לזכותו של הפרט לשם טוב מאשר לזכות לחופש הביטוי ולזכות הציבור לדעת²⁷.

קל לבסס מסקנה זו גם על סמך השוואת עולות לשון הרע במשפט הישראלי לזו שבמשפט האמריקאי. במשפט האמריקאי קיימת העדפה ברורה של הזכות לחופש הביטוי ולזכות הציבור לדעת על פני הזכות לשם טוב. העדפה זו מבוססת על התיקון הראשון לחוקת ארה"ב, שנועד להבטיח את חופש הביטוי וחופש

26 גדרון, לעיל הערה 15, שם.

27 קביעה זו נראית אולי מעט תמונה לנוכח העובדה שמלכר דבריו של מ"מ הנשיא לנרדי (כתוארו אז) בד"ר 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 343 (להלן: פרשת חברת החשמל), בדבר עדיפותה של הזכות לשם טוב על פני הזכות לחופש הביטוי והזכות למידע, אין בנמצא פסק דין נוסף שבו נקבעה העדפה כזו. יתר על כן, ניתן להצביע על מספר לא מבוטל של פסקי דין שבהם ניתן משקל מיוחד לזכות לחופש הביטוי. כך למשל, בע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 863 (להלן: פרשת אבנרי), נפסק כי "כאיוון זה בין הערך האישי והציבורי לשם טוב לבין הערך האישי והציבורי לחופש הביטוי יש ליתן משקל מיוחד לערך בדבר חופש הביטוי" (ראו גם את הדברים בעמוד 874 לפסק הדין מול האותיות ג-ד).

ברם, למעשה אין כל סתירה בין הדברים. ראשית, אף לא אחד מפסקי הדין שבהם ניתן משקל מיוחד לזכות לחופש הביטוי עוסק בשאלה המחייבת הכרעה בדבר האיזון הראוי בין הזכות לשם טוב לבין הזכות לחופש הביטוי לצורך קביעת חבות בנזיקין. כך למשל בפרשת אבנרי דן בית המשפט בשאלה אם ראוי לחת צו מניעה זמני נגד פרסום פוגע בשלב המקדמי של המשפט, לפני שנקבעה אחריותו של המפרסם. מן הראוי להביא לעניין זה את דבריו של השופט ברק (כתוארו אז) בעמוד 867 לפסק הדין: "אכן, קיים הבדל מהותי בין השלב שבו הוכרעה אחריותו של המפרסם לבין השלב שבו טרם הוכרעה אחריותו. כאשר הוכרעה שאלת האחריות, נחלש משקלו של האינטרס בדבר חופש הביטוי לאור הפגיעה המוכחת באינטרס לשם הטוב". פסקי דין אחרים, שהעניקו משקל מיוחד לזכות לחופש הביטוי, דנו

העיתונות²⁸. ביטוי להעדפה זו מצוי בתביעות דיבה עקב פרסומים אודות עובדי מדינה ודמויות ציבוריות, שבהן מוטל על התובע נטל כבד ביותר – לשם ביסוס עילת התביעה שלו עליו להראות לא רק שהנתבע פרסם פרסום הפוגע בו, אלא גם שהפרסום הוא שקרי ושהנתבע-המפרסם פעל מתוך "זדון ממש", דהיינו ביריעה שהפרסום הוא שקרי או תוך אי-אכפתיות לשאלה אם הוא שקרי או לא²⁹. בפרסומים אודות אנשים שאינם עובדי מדינה או דמויות ציבוריות נטל ההוכחה המוטל על התובע אינו אחיד והוא משתנה ממדינה למדינה, אך עדיין קיימת דרישה מינימלית לפיה התובע הוא שצריך להוכיח את היסוד הנפשי של המפרסם-הנתבע, ושכל מקרה לא תוטל אחריות ללא אשם³⁰.

מן האמור עד כה מתחייבת לדעתי המסקנה כי שיטת משפט, כמו שיטת המשפט הישראלית שמטילה על הנתבע את הנטל להראות שלא דבק אשם בהתנהגותו ושיש הצדקה לעשיית הפרסום, מגלה העדפה ברורה לטובת הזכות לשם טוב על פני הזכות לחופש הביטוי וזכות הציבור לדעת. זאת ועוד, זו הייתה גם ההעדפה שאומצה על ידי בית המשפט העליון בפרשת חברת החשמל³¹. מ"מ הנשיא לנדוי (כתוארו אז) שביטא את דעת הרוב קבע:

"אם נדייק, עומדת כאן חירות האזרח מול זכות האזרח, דהיינו חירותו

בשאלות שאינן נוגעות כלל לעוולת לשון הרע, ולא עסקו באיזון שבין הזכות לחופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב. כך למשל בג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, שבו קבעה השופטת דורנר (בעמוד 9) כי "חופש הביטוי ניצב בראש החירויות שעליהן מושגת משטרנו הדמוקרטי", וכי "בהתנגשות בין זכויות מתחרות שמור לחופש הביטוי מעמד של 'זכות עילאית'", עסק באיזון שבין הזכות לחופש הביטוי לבין הרצון למנוע פגיעה ברגשותיו של הציבור. בג"צ 6218/93 כהן נ' לשכת עוה"ד, פ"ד מט(2) 529 (להלן: פרשת כהן), שבו ציטט הנשיא שמגר בעמוד 539 את דבריה הנ"ל של השופטת דורנר בהסכמה, עסק באיזון שבין הזכות לחופש הביטוי לבין האוטונומיה של כתב עת.

שנית, פסקי דין רבים, שבהם הועדפה למעשה הזכות לשם טוב על פני הזכות לחופש הביטוי במסגרת קביעת החבות הנוזיקית, לא הכריזו על קיומה של עדיפות זו באופן מוצהר. כאלו הם, למשל, ע"א 213/69 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עיתון הארץ בע"מ, פ"ד כג(2) 87 וע"א 670/79 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 169, שבהם פורשה ההגנה שבסעיף 2(1) לחוק באופן מצמצם ביותר, שלמעשה לא מאפשר לאמצעי התקשורת לטעון שהם חסים כלפי הציבור חובה חוקית, מוסרית או חברתית לפרסם. פרשנות זו מבטאת העדפה של הזכות לשם טוב על פני הזכות לחופש הביטוי, אך קביעה מפורשת כזו נעדרת מפסקי הדין הללו. דוגמאות נוספות להעדפה לא מוצהרת זו מצויות, למשל, בע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1 ובפסקי הדין הנזכרים להלן בהערה 33.

28 ראו: P.F. Carter-Ruck *Carter-Ruck on Libel and Slander* (London, 4th ed., 1992) 383-384 (להלן: *Carter-Ruck*); וכן: *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964) 271-272 (להלן: פסק דין *Sullivan*).

29 ראו: *Carter-Ruck* בע' 384; וכן: פסק דין *Sullivan* בע' 279-280. ראו גם: *Gertz v. Welch*, *Int.* 418 U.S. 323, 342 (1974) (להלן: פסק דין *Gertz*).

30 פסק דין *Gertz*, שם, בע' 347.

31 פרשת חברת החשמל, לעיל הערה 27.

להשמיע את אשר עם לכו ולשמוע מה שיש לאחרים להשמיע, כנגד זכותו, שלא להיפגע בכבודו ובשמו הטוב, ואם בכלל יש מקום לדירוג בין השניים, הייתי מעמיד את הזכות מעל לחירות" (ההדגשה שלי — א.צ.)³².

דירוג זה לא שונה עד עצם היום הזה, ובית המשפט העליון חזר והשתמש בו בפסקי דין מאוחרים יותר³³, בכך שאימץ את הביטוי הספציפי שניתן בפרשת חברת החשמל להעדפת הזכות לשם טוב על פני חופש הביטוי, והוא הדרישה שהגנת תום הלב בכל הנוגע להבעת דעה תעמוד לנתבע רק אם הראה שבפרסום שבו הובעה הדעה נעשתה הפרדה ברורה בין הדעה לבין העובדות שעליהן היא מתבססת, ושעובדות אלה נכונות.

ביטוי נוסף לדירוג ולהעדפה אלו ניתן לאחרונה בפרשת קראוס³⁴. בית המשפט התייחס שם, בין השאר, למקרים שבהם הפרסום עומד בשני התנאים לתחולת הגנת "אמת דיברתי" שבסעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, דהיינו שתוכנו אמת ושיש בו עניין ציבורי, אלא שלאחר הפרסום מתהוות עובדות חדשות שמנקות את שמו של הנפגע-התובע, ולו באופן חלקי, ומציגות אותו באור טוב יותר. בית המשפט קבע שבמקרים כאלה, בנסיבות המתאימות, תוטל על המפרסם החובה לפרסם את העובדות החדשות, ואם לא ימלא חובה זו לא תעמוד לו הגנת "אמת דיברתי"³⁵. בית המשפט הבהיר מפורשות כי קביעתו זו מבטאת את האיזון הראוי בין זכותו של הפרט לשם טוב לבין הזכות לחופש הביטוי, כאשר בסוג מקרים זה זכות הציבור לדעת את האמת לאמיתה מצטרפת לזכותו של הפרט לטיהור שמו³⁶. אין ספק כי בהכירו ב"חובת העדכון", ולו ב"נסיבות המתאימות" בלבד, גילה בית המשפט את דעתו כי מעמדה של זכות הפרט לשם טוב אינו פחות ממעמדה של הזכות לחופש הביטוי³⁷.

32 שם, בע' 343.

33 ראו למשל: ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד מט(2) 843, 856 (להלן: פרשת קראוס); ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555, 566 (מול האותיות ה"ז); ע"א 259/89 הוצאת מודיעין בע"מ נ' ספירו, פ"ד מו(3) 48, 55; ע"א 4/85 צור נ' הוכברג, פ"ד מב(3) 251, 257.

34 פרשת קראוס, שם, שם.

35 שם, בע' 862.

36 שם, בע' 861–862, וכן בע' 877–878.

37 יש לציין כי קביעתו זו של בית המשפט ניתנה פה אחד, וכי הנשיא לשעבר שמגר היה שותף לה (שם, בע' 878–879). נראה כי בכך הוכרעה סופית המחלוקת, שהתעוררה בפרשת חברת החשמל, בכך שהשופט שמגר, שהיה בדעת מיעוט באותה פרשה, קיבל עליו את הדין והכיר בהעדפה הקיימת במשפט הישראלי של הזכות לשם טוב על פני חופש הביטוי בכל הנוגע לחבות בנוזיקין. אמנם נראה כי פסק דינו של הנשיא לשעבר שמגר בפרשת קראוס מבוסס על גישתו לפיה יש להחיל את "דוקטרינת ההגינות" על העיתונות הכתובה בישראל, ולחייב את העיתונים בדיווח הוגן מאוזן ומלא, ובמתן אפשרות תגובה לאותם אנשים הסופגים ביקורת

יש לציין, כי חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו³⁸, גם אם נפרשו ככולל את הזכות לחופש הביטוי ואת הזכות לקבלת מידע ולא רק את הזכות לשם טוב, אינה משנה את הדירוג הזה. אמנם הלכה פסוקה היא כי לבית המשפט יש סמכות לפרש את הדין שקדם לחקיקת חוק היסוד בהתאם לרוחו של חוק היסוד ולערכי היסוד הקבועים בו, בין אם הדין ”הישן” הוא פרי הפסיקה³⁹ ובין אם נקבע בחוק⁴⁰, אולם חוק היסוד רק מצהיר על קיומן של שתי הזכויות הללו, שהמשפט הישראלי הכיר בהן זמן רב לפני חקיקתו, ואינו קובע דירוג חדש ביניהן. נראה שלא יהיה זה מופרך לומר כי הדין הקודם בתחום לשון הרע הולם את עקרונות היסוד הקבועים בחוק היסוד, וכי האיזון שהוא מציע עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, ועל כן הן הדין הקודם והן האיזון שנקבע בו בעינם עומדים.

במישור המהותי נראה לי כי נקודת האיזון הישראלית עדיפה על זו של המשפט האמריקאי. הטלת הנטל על המפרסם להראות כי יש הצדקה לפרסום שעשה (למשל, שהפרסום הוא אמת ושיש ענין ציבורי בו)⁴¹ או שהפרסום הוא הבעת דעה על איש ציבורי⁴² וכי לא דבק כל אשם בהתנהגותו (למשל, שנקט אמצעים סבירים לבירור אמיתות הפרסום)⁴³ או שערך הבחנה ברורה בפרסום בין הדעה שהביע לבין העובדות שעליהן ביסס את דעתו⁴⁴, משרתת לא רק את הזכות לשם טוב, אלא גם את התכליות העומדות בבסיס הזכות לחופש הביטוי⁴⁵. הדרישה מן

על גבי עמודי העיתונים (דוגמא ליישומה של דוקטרינת ההגינות מצויה בדעת המיעוט של הנשיא לשעבר שמגר בפרשת כהן, לעיל הערה 27, שם). גישה זו נועדה להגן על הזכות לחופש הביטוי מפני ”כשלי שוק”, המונעים גישה חופשית לתקשורת ופוגעים עקב כך בחופש הביטוי, והיא מבוססת בעיקר על זכות הציבור למידע ועל הרצון להבטיח את קיומו של שיח ציבורי פורה (ראו א’ דיין-אורבך ”המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי” עיוני משפט כ (תשנ”ו) 377). ברם, כפי שציניתי, בנסיבותיה של פרשת קראוס, הזכות למידע והזכות לשם טוב צעדו זו בצד זו והובילו להטלת אחריות נויקית על עיתון בגין הוצאת לשון הרע שהיא לב לבו של פסק הדין (לעיל הערה 36, שם). תוצאה זו מבטאת העדפה בפועל של הזכות לשם טוב על פני הזכות לחופש הביטוי, גם אם מקורה של העדפה זו, לדידו של הנשיא לשעבר שמגר, נעוץ ברצון להגן על הזכות למידע.

38 להלן: ”חוק היסוד”.

39 בש”פ 537/95 גנימאת נ’ מ”י, פ”ד מט(3) 355, 375–376, 419 (להלן: בש”פ גנימאת); וכן: דנ”פ 2316/95 גנימאת נ’ מ”י, פ”ד מט(4) 589, 631 (מול האות ה), 633–634, 654–652 (להלן: דנ”פ גנימאת). ראו גם בג”צ 906/95 שמראלביץ נ’ מ”י, פ”ד מט(2) 184, 194.

40 בש”פ גנימאת, שם, בע’ 410–411; דנ”פ גנימאת, שם, שם.
 41 סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע.

42 סעיף 15(4) לחוק איסור לשון הרע.

43 סעיף 16(ב)(2) לחוק איסור לשון הרע.

44 פרשת חברת החשמל, לעיל הערה 27, בע’ 349–350.

45 דברי אודות התכליות, שהזכות לחופש הביטוי נועדה להשיג, מלמדים כי לדידי ההצדקה לקיומה של זכות זו היא בעיקרה מכשירית – הבטחת קיומו של שיח ציבורי פורה ומפורה, העשוי למנוע או לצמצם את ניכור הפרטים מהקהילה, להגביר את הסולידריות החברתית ואת המעורבות של הפרטים בקהילה ולתרום להליך הדמוקרטי. לעומת זאת, המשקל שאני מייחס להצדקה האינטרינזית לזכות לחופש הביטוי, המבוססת על האוטונומיה של הפרט (לרבות

המפרסם כי יבדוק היטב אם הדברים שהוא עומד לפרסם הם נכונים, והדרישה שיקפיד להציג לציבור את העובדות שעליהן הוא מבסס את דעתו על מנת שזה יוכל לשפוט בעצמו את דעתו של המפרסם, מסייעות לכך שהמידע המגיע לציבור יהיה אמין, ומאפשרות לו להסתמך על מידע זה במידה לא מבוטלת של בטחון לצרכיו השונים⁴⁶. מובן מאליו כי דרישות אלה כמו גם דרישות אחרות, כדוגמת הדרישה מן המפרסם שישקול בכובד ראש אם יש בפרסום המיועד עניין ציבורי⁴⁷, מגינות על הזכות לשם טוב ומונעות פגיעות מיותרות באנשים, אשר תרומתן לציבור הרחב אפסית.

לעומת זאת, המשפט האמריקאי מציב בפני התובע בלשון הרע מחסום כמעט בלתי עביר לחלוטין, וכתוצאה מכך מאפשר עשיית פרסומים פוגעניים, שמחד גיסא מכפישים את שמם הטוב של הפרטים, ומאידך גיסא לא תורמים לדיון הציבורי בסוגיות חשובות ואף מערפלים אותו. דוגמא הממחישה היטב את טענתי זו מצויה בפרשת *Ocala Star*⁴⁸. באותו עניין הנתבעים פרסמו ידיעה לפיה התובע, ראש עיר ומועמד למשרה ציבורית, הואשם בשבועת שקר בפני בית משפט פדראלי. הפרסום לא היה נכון, שכן התברר שהכתב טעה והתבלבל בין התובע לבין אחיו שהואשם בכך. כמו כן, היה ברור שבנסיבות העניין הנתבעים יכולים היו לעמוד על טעותם בקלות רבה וללא כל מאמץ. למרות זאת, בית המשפט דחה את התביעה ופסק לטובת הנתבעים, בנימוק שאישום פלילי נגד פקיד ציבור או מועמד לכך הוא תמיד רלבנטי לגבי כשירותו ככזה, ומכיוון שהתובע לא הוכיח קיומו של זדון ממשי אצל הנתבעים, דין תביעתו להידחות. בפסיקתו זו, בית המשפט האמריקאי לא רק שלא סייע להגנת הזכות לשם טוב, אלא שהוא אף פגע בזכותו של הציבור לדעת, שהרי מידע שקרי אינו עדיף על העדר מידע. הטלת חובה על המפרסם לבדוק כראוי את אמיתות הפרסום במקרה הנ"ל הייתה משרתת אפוא הן את הזכות לשם טוב והן את זכותו של הציבור לדעת, ותורמת לדיון ציבורי בהיר ומדויק יותר⁴⁹.

הגרסאות המכשיריות של טיעון זה), הנו מועט. גישתי זו נובעת מתפיסת עולם כללית יותר, שמייחסת חשיבות רבה לקיומה של קהילה סולידרית, ולהשתלבותו של הפרט בה. ברם, נושא זה חורג מעניינינו וראוי לדיון נפרד.

לעין מעמיק יותר בהצדקות לקיומה של הזכות לחופש הביטוי, ראו דיין-אורבך, לעיל הערה 37, שם.

* 37, שם. הנמקה זו עמדה בבסיס החלטתו של בית המשפט בפרשת קראוס, לעיל הערה 33, שם.

46 לעיל הערה 41.

47 *Ocala Star — Banner Co. v. Darmon* 401 U.S. 295 (1971)

48 אמנם ניתן לטעון כי הטלת חובה שכזו על המפרסם עלולה להביא להרחעת יתר, דהיינו לכך שאמצעי התקשורת ימנעו מלפרסם מידע בשל החשש שבדיעבד יתברר שהוא לא היה נכון ושבעקבות זאת יחוייבו בתשלום פיצויים לנפגע. ברם, לדעתי, טענה זו איננה משכנעת.

הטלת החובה לבדוק את אמיתות הפרסום אינה מובילה להטלת אחריות נזיקית בכל מקרה שבו מתברר שהפרסום שקרי (אחריות חמורה), אלא אך ורק במקרים בהם מוכח שהמפרסם לא נקט אמצעים סבירים לבידור אמיתות הפרסום (אחריות ברשלנות) — ראו לעיל הערה 43. הסדר משפטי שכזה יוביל להפסקת פעילותם של מפרסמים שאין ביכולתם, מבחינה

4. סיכום

חוק איסור לשון הרע והפסיקה, שפירשה ויישמה אותו, יצרו דין בהיר, שלם ומאוזן. מחד גיסא, דין זה מסתפק בהוכחת קיומו של פרסום שעשה הנתבע של דברים המהווים לשון הרע לשם גיבוש יסודותיה של עוולת לשון הרע. מאידך גיסא, הדין מעניק לנתבע כר נרחב של אפשרויות הגנה מפני אחריות גויקית בעוולה זו, ובכללן הוכחה על ידו של העדר אשם מצידו בעשיית הפרסום או של הצדקה לעשייתו. יחדיו יוצרים שני צדדיה של משוואה זו איזון נכון וראוי בין זכותו של הפרט לשם טוב לבין הזכות לחופש הביטוי וזכות הציבור לדעת. סבורני, כי טוב יעשו המחוקק ובתי המשפט הישראליים אם יקפידו לשמור על איזון זה וימנעו מלשנותו, בין אם במסגרתה של עוולת הרשלנות ובין אם במסגרת עוולת לשון הרע. אמנם חיים אנו בעידן שבו זרימת המידע סביבנו ואלינו הנה רבה ובלתי פוסקת, ולמידע זה חשיבות רבה בעיצוב השקפת עולמנו ולהשתלבותנו בחברה, אך אולי דווקא משום כך ראוי שנזכור את דברי הרמב"ם שהתרה כי לשון הרע היא “עוון גדול וגורם להרוג נפשות רבות מישראל”⁵⁰.

כלכלית, לבדוק את אמיתות הפרסומים שלהם, ולמניעת פרסומן של ידיעות שעלות בדיקת אמיתותן עולה על התועלת שהמפרסם עשוי להפיק מפרסומן. שתי התוצאות הללו נראות לי רצויות, שכן משמעותן המעשית היא שהציבור יקבל מידע אמין, שניתן להסתמך עליו במידה רבה, ושפרטים לא ינזקו מפרסומים לא מבוססים אודותיהם.

זאת ועוד, במצב המשפטי בארה"ב, כפי שתואר לעיל, החברה מסבסדת למעשה את פעילותם של המפרסמים (אמצעי התקשורת). זאת מכיוון שהמפרסמים אינם נושאים בהוצאות פעילותם, כלומר הם גודמים נזקים לשמם הטוב של אנשים, אך הם אינם נדרשים לפצות את האנשים הללו על כך, והנזקים נותרים על כתפיהם של הניזוקים. אמנם אין זה סבסוד במובן זה שהנטל הכלכלי מוטל על תקציב המדינה ובצורה זו מפוזר בקרב האוכלוסיה כולה, אך יש כאן העדפה פוליטית-חברתית של מגזר מסוים (אמצעי התקשורת) על חשבוננו של מגזר אחר (הניזוקים מן הפרסומים). מלבד זאת, החברה כולה נושאת בהוצאות פעילות המפרסמים, אמנם לא בנטל הכלכלי, אך היא “משלמת” על הפרסומים הלא אמינים בכך שהפרטים מקבלים מידע מוטעה, וחמור מכך הם מאבדים את היכולת להסתמך על המידע המתקבל מאמצעי התקשורת. יתכן, וגם בכך יש לי ספק, שניתן היה להצדיק סבסוד שכזה אם המפרסמים היו גופים התגדבותיים, שאינם פועלים למטרות רווח, אלא אך ורק למען מטרות הרצויות לחברה כולה, כגון חשיפת שחיתויות וכו'. אולם לא כך הם פני הדברים. בארה"ב, ובמידה רבה גם בישראל, אמצעי התקשורת הם גופים כלכליים, שמטרתם היא מקסום רווחים, וכל פעילותם מכוונת להשגת מטרה זו. אינני רואה כל הצדקה לכך שהחברה תממן את פעילותם של הגופים הללו, ובוודאי שאין זה צודק שמימון זה יפול באקראי על אנשים שהגופים הללו בחרו לפרסם ידיעות אודותיהם.

אינני מתעלם מכך שהטלת חובה לנקוט אמצעים סבירים לבידור אמיתות הפרסום עולה לגרום למניעת פרסומו של מידע מועיל לציבור, שלא יפורסם בגלל העלויות הגבוהות של בדיקת אמיתותו או בשל חוסר יכולתו הכלכלית של המפרסם לערוך בדיקה כזו. ברם, לדעתי, הנזק שיגרם לציבור בהעדרה של חובה כזו, בשל דיסאינפורמציה ובשל פגיעה בשמם הטוב של פרטים, עולה על התועלת הציבורית, הגלומה באותו מידע מועיל, שלא יפורסם תחת משטר משפטי המטיל חובת בדיקה כזו.