

עוד על "ג'נין ג'נין" – הערה בעקבות פסיקת בית המשפט המחוזי בסיבוב השני

בעניין מגנאג'י נ' בכרי

מאת

תמר גדרון*, אורי וולובלסקי**

סרטו של מוחמד בכרי "ג'נין ג'נין" ייצר במהלך העשור האחרון שורה של התדיינויות משפטיות וויכוחים לוהטים בשיח הציבורי הישראלי. הסרט, שמומן על ידי הרשות הפלסטינית, מבוסס על הקרב הכבד שניטש במחנה הפליטים בג'נין במהלך מבצע "חומת מגן". המבצע בא כתגובה לאירוע הטרור במלון "פארק" בנתניה בליל הסדר תשס"ב 2002. מחבל מתאבד פרץ לחדר האוכל של המלון ופוצץ את עצמו. בפיגוע נרצחו 30 חוגגים ונפצעו 160 נוספים.

הסרט צולם במחנה הפליטים וכלל עדויות, לכאורה, של תושבים פלסטינים שייחסו לחיילים שלחמו בג'נין פשעי מלחמה חמורים. הסרט הוקרן ברחבי העולם, זכה בפרסים, הוקרן בסינמטקים בישראל ולאחר שאושר על ידי הבג"ץ – שביטל את החלטת המועצה לביקורת סרטים ומחזות לאסור את הקרנתו – הוקרן גם בבתי הקולנוע המסחריים ברחבי הארץ.

הואיל והיועץ המשפטי סירב להגיש תביעה פלילית נגד בכרי, הגישו נגדו החיילים שלחמו בג'נין במבצע חומת מגן תביעה נזיקית בגין הפגיעה החמורה שגרם הסרט לשמם הטוב. אף על פי שבית המשפט סבר שהסרט שקרי ומגמתי, אינו אמת ונערך שלא בתום לב, התביעה נדחתה בבית המשפט המחוזי. גם הערעור שהוגש על החלטה זו נדחה. שתי הערכאות קבעו כי אין לקבוצת הלוחמים עילת תביעה, הואיל ואף אחד מהם לא היה ניתן לזיהוי בסרט. כל הערכאות שדנו בסרט הסכימו כי מדובר בסרט מגמתי ושקרי שנערך באופן פוגעני ומכפיש.

התובע בתיק מושא הדיון הנוכחי ניתן לזיהוי בסרט. הוא לא היה חלק מהקבוצה שתבעה בסיבוב הקודם, ולכן הפעם התביעה התקבלה ובית המשפט המחוזי החליט כי בכרי נושא באחריות לפרסום שקרי ומכפיש ועקב כך עליו לשלם לתובע, מגנאג'י, פיצויים בסך של 175,000 ש"ח. בנוסף אסר בית המשפט על הפצתו והקרנתו של הסרט ואף הורה על החרמתו בהחרגה של הקרנה בערוץ YOUTUBE.

בעוד שהטלת האחריות על בכרי בעקבות הקביעה החוזרת כי הסרט אינו דוקומנטרי, אינו אמת והוא נעשה שלא בתום לב היא לא רק מבורכת, אלא מתבקשת, איסור הקרנת הסרט בעייתית. ברשימה זו נטען כי האיזון הערכי

* המאמר נכתב לכבודו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין ועתיד להתפרסם גם בספר אליעזר ריבלין (בהוצאת המשפט ונבו).

** בית הספר למשפטים המכללה האקדמית צפת, בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס המסלול האקדמי המכללה למינהל. "יועץ משפטי בכיר ביחידת החילוט (ראש תחום אזרחי-מסחרי), האפורטרופוס הכללי. חבר גם בלשכת עורכי הדין של מדינת ניו יורק. חוקר בתחום של דיני טכנולוגיה ופרטיות.

שעשה בית המשפט בנסיבות המקרה הוא שגוי ואינו מידתי, והתוצאה אינה אפקטיבית. עוד נטען כי העובדה שבג"ץ דן בזמנו בנושא והחליט – משיקולים ערכיים ציבוריים – לאשר את הסרט להקרנה הייתה צריכה להוות משקל נגד לשיקולים שבית המשפט הפעיל בסופו של דבר במקרה הפרטי שלפניו.

על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון.

א. מבוא. ב. הסוגיות העיקריות שנדונו בפסק הדין. ג. איזונים: בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי; 1. חופש הביטוי; 2. הזכות לשם טוב; 3. הזכות לשם טוב מול חופש הביטוי. ד. האיזונים בין חופש הביטוי לשם הטוב בפסק הדין. ה. מניעת הפרסום בפסק הדין – נסיבות ואיזונים; 1. צו מניעה זמני; 2. צו מניעה מתמשך (קבוע) בסיום הדיון – הביקורת על פסק הדין. ו. סיכום.

”חרות הביטוי היא אם החרויות. היא גם השברירה שבהן. היא הראשונה להיפגע אך הפגיעה לעולם אינה מסתיימת בה. עמה יחד נופלות החירויות כולן. נפילתה מסמלת את קץ קיומו של כבוד האדם. חרות האדם – כבודו. כבודו של אדם – חרותו”¹.

א. מבוא

בשנת 2002, בעקבות הפיגוע במלון “פארק” שבו התפוצץ בערב פסח מחבל מתאבד וגרם למותם של 30 איש, רובם קשישים, יצא צה”ל למבצע “חומת מגן”. אחד הקרבות הקשים ביותר במבצע זה היה הקרב במחנה הפליטים בגינין. מספר החיילים שנהרגו ונפצעו בקרב היה גבוה במיוחד. במבצע נהרגו כמה מבכירי הרשות הפלסטינית וכן מספר רב של תושבי המחנה. הפלסטינים וחלק מהתקשורת הבינלאומית האשימו את צה”ל בטבח. ועדות חקירה מטעם ארגוני זכויות אדם ברחבי העולם וכן כתבת תחקיר של ה-BBC² הזמו את הטענה ואף אישרו שמספר הקורבנות מקרב הפלסטינים היה נמוך בהרבה מזה שנמסר רשמית. בסיום הקרב צילם הבמאי מוחמד בכרי בין הריסות המחנה סרט שנחזה להיות דוקומנטרי, שבו ייחס לחיילי צה”ל שנלחמו במחנה פשעי מלחמה חמורים. זהו הסרט “גינין גינין”, שעומד מאז במרכזו של רצף הליכים משפטיים סבוכים ורוויי אמוציות שפסק הדין³ מושא רשימה זו הוא עוד אחד משלבי – וכנראה שאינו האחרון.⁴

פסק הדין ניתן לא מכבר בבית המשפט המחוזי בתביעתו של אל”מ (מיל’) ניסים מגנאגי, אחד מלוחמי “חומת מגן” בגינין, נגד מוחמד בכרי, יוצר הסרט. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה,

¹ רע”א 10520/03 בן גביר נ’ דנקנר, פסי’ 10 לפסק הדין של השופט ריבלין (נבו 12.11.2006).
² Matt Rees, *Untangling Jenin’s Tale*, TIME (May 13, 2002), <http://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,1002406,00.html>

משה ויסטוד “הקרב הנורא והשקרים על הטבח: מה באמת קרה בגינין?” **ישראל היום** (12.1.2021) <https://www.israelhayom.co.il/article/839633>

³ ת”א (מחוזי מר’) 12733-11-16 מגנאגי נ’ בכרי (נבו 11.1.2021) (להלן: עניין בכרי סיבוב 2 במחוזי).
⁴ רן בוקר ואינה טוקר “מוחמד בכרי יערער על פסיקת גינין גינין: זה סרט דוקומנטרי, אני מעררב שם אמנות Ynet” (12.1.2021) <https://www.ynet.co.il/entertainment/article/rJirR5Cv>; שגיא ברנון “אני הכפשתי את צה”ל! לא אני יריתי באישה בהיריון, לא אני הרגתי ילדים” **וואלה** (18.1.2021) https://e.walla.co.il/item/3412277?utm_source=Generalshare&utm_medium=sharebuttonapp&utm_term=social&utm_content=general&utm_campaign=socialbutton/

פסק לתובע פיצוי בסך של 175,000 ש"ח ואף הוציא צו האוסר את הקרנתו והפצתו של הסרט בישראל והורה על החרמת כל עותקיו המצויים בישראל, ככל שמקום הימצאם ידוע לבכרי. הצו אינו כולל איסור הקרנה על ידי ערוץ YouTube,⁵ הואיל והתובע לא הקדים לתביעתו נגד הערוץ בקשה מפורשת להסרת הסרט מאתר זה.⁶ על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון.⁷

פסק הדין של בית המשפט המחוזי עורר רעש תקשורתי חזק, אבל צפוי. למעשה, כך היה גם בכל אחד מהסבבים הקודמים של הדיונים בבתי המשפט בשנים הארוכות שחלפו מאז שהוצג הסרט לראשונה: החל מהחלטתה של המועצה לרישוי סרטים ומחזות שאסרה להקרין את הסרט; עבור לבג"ץ שהוגש על ידי בכרי שבו ביקש לבטל את האיסור הזה⁸ וכן לאסור את הקרנת הסרט "הדרך לגינין" שבא לספר את עובדות המלחמה ההיא מנקודת מבט של חיילי צה"ל בערוץ 1 (דאז) בטלוויזיה;⁹ עבור לתביעה שהוגשה – ונדחתה – על ידי קבוצת לוחמי "חומת מגן" בגינין בשנת 2003 נגד בכרי בגין פגיעה בשם הטוב,¹⁰ בעקבות הקרנת הסרט שאותה הכשיר בג"ץ; עבור לערעור על פסק הדין שנתן בית המשפט המחוזי בשנת 2008, בתביעה זו של החיילים, שבו אושרה ההחלטה לדחות את תביעת הלוחמים בנימוק שאין לאף אחד מהם עילת תביעה אישית, הואיל ולא ניתן היה לזהות איש מהם בסרט;¹¹ וכלה, לפחות בשלב זה, בפסק הדין שניתן, כאמור, בסיומו של "סיבוב שני" של תביעה נגד בכרי, הפעם על ידי לוחם שלא היה חלק מהקבוצה שתבעה בעבר, ובהבדל מחברי הקבוצה ההיא – הוא עצמו בהחלט ניתן היה לזהויו בבירור בסרט.

פסק הדין עוסק בסוגיות משפטיות מרובות וחשובות, שחלק נכבד מהן מצדיק דיון נפרד מעמיק.

ברשימה זו נעסוק רק בחלקו האחרון של הדיון הארוך שעורך בית המשפט ובניתוח המוביל בסופו של דבר לפסיקת הסעד שניתן לתובע. נתמקד בניתוח תאורטי ויישומי של שתי זכויות היסוד החשובות – הזכות לשם טוב והזכות לחופש הביטוי – שביניהן היה על בית המשפט להכריע, ובסעדים המתחייבים מקביעת ההיררכיה שביניהן במקרה מיוחד זה. נבחן את המסקנה שאליה מגיע בית המשפט לגבי אחריותו הנזיקית של הנתבע ונשאל האם היא מאזנת נכונה בין ההגנה החוקתית הראויה על חופש הביטוי של יוצר הסרט מחד גיסא, לבין, מאידך גיסא, המחויבות הלא-פחות חשובה להגנה על כבודו של התובע, שמו הטוב ומעמדו בחברה שאליה הוא משתייך, בעיקר משהוכח שכבוד זה אכן עלול להיפגע עקב הפרסום השקרי שעשה הנתבע.

הטענה שאותה נבקש לבסס בסופה של בחינה ערכית מורכבת זו היא שבעוד שההחלטה של בית המשפט לחייב את בכרי בפיצוי בגין הפגיעה בכבודו של מגנאג'י היא מוצדקת, ההחלטה להוציא צו המונע את הקרנת הסרט "גינין גינין", לאסור על הפצתו ולהחרים את עותקיו – בהחרגת הפרסום של הסרט בערוץ YouTube – היא מוטעית. תיקופה של טענה זו ייעשה באמצעות שלושה נדבכי הנמקות: ראשית, הנמקה ערכית שלפיה בנסיבות המקרה ובנסיבותיו של הסעד הנדון לא הייתה

⁵ עניין **בכרי סיבוב 2 במחוזי**, לעיל ה"ש 3, בפס' 258 לפסק הדין.

⁶ שם, בפס' 252.

⁷ ביום 11.3.2021 הגיש מוחמד בכרי ערעור לבית המשפט העליון על פסק הדין שניתן בבית המשפט המחוזי (ע"א 1726/21 **בכרי נ' מגנאג'י** (נבו 1.8.2021) (להלן: **בכרי ערעור לעליון 2021**), טרם ניתן פסק דין בערעור.

⁸ בג"ץ 316/03 **בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נח(1) 249 (2003) (להלן: עניין **בג"ץ בכרי**); הבקשה לדיון נוסף נדחתה, ראו: דנג"ץ 10480/03 **בוסידן נ' בכרי**, פ"ד נט(1) 625 (2004).

⁹ ראו החלטת ביניים של הנשיאה (בדימוס) איילה פרוקצ'יה בבקשה לקבלת צו ביניים דחוף, בג"ץ 316/03 **בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים** (נבו 14.4.2003).

¹⁰ ת"א (מחוזי מר') 6053-08-07 **בן נתן נ' בכרי** (נבו 26.6.2008) (להלן: עניין **בכרי סיבוב 1 במחוזי**).

¹¹ ע"א 8345/08 **בן נתן נ' בכרי**, פ"ד סה(1) 567 (2011) (להלן: עניין **בכרי ערעור לבית המשפט העליון**).

הצדקה להוצאת צו המניעה. עוד נטען בהקשר זה כי לא היה מקום להציג את הסעד הזה, התלוי, לגישתנו, בשיקול דעת בית המשפט ובנסיבות המקרה, כסעד המתחייב מהקביעה העובדתית בעניין קיומה של עילת תביעה למגנאגיי והקביעה הנוספת כי כבודו אכן נפגע על ידי פרסומו של הסרט השקרי של בכרי; שנית, הנמקה המושתתת על חוסר האפקטיביות של האיסור; ושלישית, גם היא הנמקה ערכית, מחזירה לסל השיקולים שבית המשפט צריך היה לשקול בטרם הוצאת צו המניעה את העובדה שהסרט אושר בזמנו להקרנה על ידי בג"ץ למרות ההסתייגות הקשה של כל שלושת השופטים שישבו לדין מתוכנו וטיעונו. לעובדה זו צריך היה, לדעתנו, לתת משקל יתר בהחלטה על הסעד הסופי שהוענק לתובע ועל פרטיו.

מהלך הדיון יהיה כדלקמן:

בפרק ב' נציג את עילת התביעה של מגנאגיי על פי חוק איסור לשון הרע,¹² את ההבדל בין תביעתו לבין התביעות הקודמות שהגישו חבריו ואת ביסוס "זכות העמידה" שלו שממנה גזרה השופטת לאחר מכן את הסעד שבית המשפט פסק לו בסופו של דבר; בפרק ג' נשרטט את גבולות הגזרה של ההגנה שאותה מעניק המשפט הישראלי לכבוד האדם ולשמו הטוב מחד גיסא, ולחופש הביטוי מאידך גיסא. תחילה תיבחן כל אחת מהזכויות האלה בנפרד על רקע פוטנציאל ההתנגשות שלה עם זכויות אדם אחרות, ובהמשך נעמת ביניהן וננסה לבחון את ההיררכיה שנקבעה בפסיקה במקרים של התנגשות ביניהן. נציין כי לדעתנו הפסיקה הזו מדגימה כיום גישה מתונה יותר מזו ששלטה ביד רמה בפסיקה מוקדמת יותר. בפרק ד' נחבר את התובנות שעלו מהדיון המקדים וניישם את התחרות בין ההגנה על השם הטוב להגנה על חופש הביטוי בנסיבותיו של עניין ג'נין ואת האיזון שבית המשפט עושה ביניהן. בפרק ה', בו ממוקד עיקר ביקורתנו על פסק הדין, ננתח את ההחלטה של בית המשפט לאסור את הפצת הסרט והקרנתו ולהחרים את עותקיו (בהחלטות מסוימות).¹³ נפרט את הגישה המצמצמת שהתקבעה בבית המשפט העליון בבקשות למתן צו מניעה זמני למניעת פרסום מכפיש מראש, עוד בטרם התקיים דיון בתביעת לשון הרע לגופה, ונאבחן בינה לבין מצב שבו הבקשה היא למתן צו מניעה מתמשך (קבוע) לאחר הדיון בתביעה, כפי שהיה במקרה שלפנינו. המסקנה שאותה נבקש לבסס מהדיון האמור, בסיכומו של פרק ה', היא שהחלטתו של בית המשפט בעניין ג'נין ג'נין, שנוגעת להטלת אחריות בגין הפרת חוק איסור לשון הרע על מוחמד בכרי כלפי אל"מ (מיל) מגנאגיי וחיובו בפיצויים, היא נכונה ומעוגנת היטב בחוק, בפסיקה ובנסיבות המקרה, ולעומתה ההחלטה בעניין מניעת הפרסום הקבועה (והחלקית) היא מוטעית. צריך ונכון היה, לדעתנו, להסתפק בפסיקת הפיצויים בלבד לטובתו של התובע.

ראשית, נסביר את ההחלטה שלפיה הסרט עונה על דרישות החוק בכל הנוגע למרכיבי עילת התביעה – עילה שכזכור נדחתה בסיבוב הקודם שבו נדונה התביעה של חבריו של מגנאגיי – ואת ההחלטה

¹² חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240.

¹³ כדאי לשים לב לגלגוליה של הסמכות הזו להחרמת פרסומים – בס' 10 להצעת חוק לשון הרע, התשכ"ג-1963, ה"ח הממשלה 286 נקבע: "[...] צו איסור הפצה או צו השמדה יהא יפה כלפי כל אדם שאצלו נמצא הדבר המכיל לשון הרע למכירה או הפצה, גם אם אדם זה לא היה צד למשפט". במסגרת ס' 6 לדברי ההסבר להצעת החוק נכתב לעניין איסור הפצה והחרמה, כדלקמן: "[...] מוצע עכשיו שצו איסור הפצה וצו השמדה כוחם יהא יפה כלפי כל מי שמחזיק את הפרסום למכירה או להפצה, אף אם הוא לא היה צד לדיון". נוסח הסעיף שהתקבל כמפורט בס' 9 לחוק איסור לשון הרע, אשר נותר ללא שינוי, קובע: "נוסף לכל עונש וסעד אחר רשאי בית המשפט, במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע, לצוות – (1) על איסור הפצה של עותקי הפרסום המכיל את לשון הרע או על החרמתם; צו החרמה לפי פסקה זו כוחו יפה כלפי כל אדם שברשותו נמצאים עותקים כאלה לשם מכירה, הפצה או החסנה, גם אם אותו אדם לא היה צד למשפט; ציווה בית המשפט על החרמה, יורה מה יעשה בעותקים שהוחרמו".

שיש בפרסום זה פוטנציאל פגיעה אישית מהסוג הנדרש על ידי חוק איסור לשון הרע והפרשנות המשפטית שניתנה לו בסוגיה זו. בחלק זה נשרטט את עיקרי האיזונים שנקבעו בפסיקה באשר ליחס שבין חופש הביטוי לכבוד האדם ושמו הטוב תוך השוואה להחלטות אחרות בולטות שניתנו לאחרונה ושיש בהן כדי להבהיר את האקלים המשפטי שעל פיו, כך לדעתנו, היה על בית המשפט להחליט במקרה שלפנינו.

שנית, נאזכר בקצרה, ורק לצורך השלמת התמונה, את טענות ההגנה הרלוונטיות שאותן דחתה השופטת.

שלישית, נבחן את הסעדים שאותם ביקש וקיבל התובע, תוך התמקדות בתנאים המקובלים בפסיקה להוצאת צווי מניעה – כסעד זמני מוקדם וכסעד סופי קבוע.

נחתום בהצגת עמדתנו שלפיה בעוד שההחלטה להטיל אחריות על מוחמד בכרי ולחייבו בתשלום פיצויים מבוססת היטב על העובדות כפי שנפסקו ועל ההלכות שיצאו תחת ידיו של בית המשפט העליון לאורך השנים, ההחלטה לאסור על הפצת הסרט – כמו גם ההוראה על החרמת עותקיו¹⁴ – היא בעייתית ומשקפת איזון ערכי ויישומי מוטעה. טענתנו היא כי לאור ההחלטה שניתנה בזמנו בבג"ץ שאישר את הקרנת הסרט בבתי הקולנוע המסחריים; לאור העובדה שהשופטת החריגה את הקרנת הסרט בערוץ ה-YouTube – החרגה שלדעתנו היא מוטעית; לאור הזמן הארוך שחלף מאז הוצא הסרט לפרסום; ובהתחשב בנסיבות העובדתיות המורכבות והרגישות ובהיסטוריה של ההתדיינות בעניין הסרט, לא היה מקום למתן הסעד הזה, וצריך ונכון היה להסתפק בפסיקת הפיצויים בלבד לטובתו של התובע.

ב. הסוגיות העיקריות שנדונו בפסק הדין

בשנת 2003 הגישה קבוצת חיילים שהשתתפו במבצע "חומת מגן" תביעת לשון הרע כנגד יוצר הסרט "ג'יין ג'יין", מוחמד בכרי, שלטענתם הציג אותם בסרט כמי שביצעו מעשי זוועה באוכלוסייה אזרחית תמימה. הסיבה היחידה שבגינה נדחו התביעות הללו הייתה נעוצה בחוסר היכולת של החיילים התובעים להוכיח כי התקיים לגביהם – כל אחד בנפרד – התנאי הקבוע בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, הקובע כי:

"לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול -

(1) להשפיל אדם [...]

(1) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסות לו.

(2) לפגוע באדם [...]

(3) לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו [...].

בסעיף זה "אדם" – יחיד או תאגיד."

¹⁴ השווה להוראת ס' 3 לחוק איסור לשון הרע המרחיבה את ס' 1 וכוללת בו גם פרסום שההתייחסות שלו לנפגע היא משתמעת בלבד.

על מנת לעמוד בדרישות סעיף 1 נדרש כל אחד מהתובעים במקרה שהוא להוכיח כי הפרסום עליו הוא מלין מתייחס אליו, דהיינו שהוא ה"אדם" הנדון בסעיף, וכי "האדם" הזה עלול לסבול מתוצאות הפרסום המבזה. מכאן ברור כי כשהחליט בית המשפט המחוזי, לאחר שצפה בסרט "גינין גינין", כי לא ניתן לזהות אף אחד מהתובעים כ"אדם" שלגביו נעשה הפרסום, נשללה מאליה, לגבי כולם, כל אחד בנפרד, תחולת סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע ונסתם הגולל על התביעה כולה. זאת, לא מפני שהפרסום אינו "עלול לפגוע" ולא מפני שאינו מהווה "לשון הרע", אלא מפני שהוא אינו מייצר קשר בתודעת השומע הסביר או הצופה הסביר בין הפרסום הבעייתי לבין התובע.¹⁵ יתרה מזו, אם לא די בהוראתו המפורשת של סעיף 1, המחייבת קישור מזהה בין הפרסום לבין התובע, סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע קובע כי: "לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד [...] אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה. ולא יוגש כתב אישום בשל עבירה לפי סעיף זה אלא על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו". דהיינו, אף שהוצאת לשון הרע על קבוצה היא אסורה, ההגנה עליה נעשית במישור הפלילי בלבד ועל ידי המדינה בלבד.¹⁶

הוראת סעיף 4 משקפת בחירה ערכית המעניקה שיקול דעת מוחלט ליועץ המשפטי בשאלת ההגנה על זכויותיהן של קבוצות שאינן מאוגדות, והיא נטועה עמוק בהיסטוריה החקיקתית של חוק איסור לשון הרע. העובדה שהיועצים המשפטיים לממשלה בישראל לדורותיהם נמנעו באופן עקבי מלהגיש כתבי אישום נגד מי שפגעו בשמן הטוב של קבוצות כאלה, אפילו במקרים של התבטאויות שליליות שקריות וקיצוניות, ובמקרה של "גינין גינין" גם התעלמו לאורך שנים מפניות חוזרות ונשנות של פרטים, קבוצות ואף בעלי תפקידים ציבוריים רמים לפתוח בהליכים נגד יוצר הסרט, שהכול הסכימו שהוא כוזב, מכפיש ופוגעני,¹⁷ העצימה את ההד הציבורי של הסיטואציה הקפקאית.

על רקע זה, ולאור סירובם של היועצים המשפטיים לפתוח בהליך פלילי, וכתגובה על קבלת עתירתו של בכרי לבג"ץ ואישור הסרט "גינין גינין" להקרנה בציבור, נאלצו הלוחמים עצמם לפתוח בהליך משפטי והגישו תביעה נזיקתית נגד יוצר הסרט. כל אחד מהם התייצב כתובע מכוח עצמו, בזהותו האישית וכמי שנפגע ישירות מהפרסום הפוגעני. אלא שכאמור, ההוראה הזו שבסעיף 4 לחוק עמדה להם לרועץ. השופטת נד"ב פסקה בסופו של דיון ארוך וטעון כי לא ניתן לזהות איש מהחיילים התובעים בדמותו או בקולו או באופן אחר בסרט, ולפיכך, ולמרות המסר הקשה שהסרט מותיר בצופיו בכל הנוגע להתנהגותם הנטענת של החיילים, אין לאיש מהם עילת תביעה אישית לפי החוק,¹⁸ ודינה של תביעתם להידחות. הצטרפותו של היועץ המשפטי מזוז לערעור שהוגש על ידי

¹⁵ השוו להוראת ס' 3 לחוק איסור לשון הרע המרחיבה את ס' 1 וכוללת בו גם פרסום שההתייחסות שלו לנפגע היא משתמעת בלבד.

¹⁶ ראו: הצעת חוק לשון הרע (תיקון מס' 1), התשכ"ו-1966, ה"ח הכנסת 500, ודברי ההסבר לתיקון שפורסמו במסגרת הצעת החוק; ראו גם: תמר גדרון ואורי וולובלסקי "הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – לשון הרע על חיילי צה"ל), התשע"ג-2013: מיותרת, מזיקה ומחטיאה את המטרה" **חוקים בקצרה** 5 (2013).

¹⁷ ראו: פרוטוקול ישיבה 51 של ועדת חוץ וביטחון, הכנסת ה-23 (26.10.2020). במסגרת הישיבה התקבלה ההחלטה הבאה: "ועדת החוץ והביטחון קיימה דיון בעניין סרט התעמולה השקרי 'גינין גינין' שנקבע על ידי ערכאות שיפוטיות שיש בו משום לשון הרע על חיילי צה"ל. הוועדה קובעת כי הסרט הוא עלילת דם נגד צה"ל ולוחמיו, שפעלו למופת בגינין במהלך מבצע 'חומת מגן' באופן המוסרי ביותר, בהתאם לערכי צה"ל. עמדת הוועדה היא כי סרט תעמולה זה אינו ראוי להקרנה וכי יש לאסור את הקרנת הסרט בישראל". ראו גם את החלטת השופט סולברג לפסול את עצמו לאור בקשה שהוגשה על ידי המערער מוחמד בכרי **בכרי ערעור לעליון 2021**, לעיל ה"ש 7. בקשת הפסילה הוגשה לאור מאמר שפרסם השופט סולברג לפני 17 שנים שבמסגרתו הציג עמדה לפיה לשון חוק איסור לשון הרע, תכלית החקיקה ועמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בבקשה לקיום דיון בעניין **בוסיצון**, לעיל ה"ש 8, לפיה הפגיעה בציבור היא בלתי נסבלת, מקימה עניין ציבורי בהגשת כתב אישום בגין הוצאת לשון הרע על חיילי צה"ל שלחמו בגינין. ביום 1.8.2021 נעטר השופט סולברג לבקשתו של המערער מוחמד בכרי לפסול את עצמו מדיון בערעור תוך קביעה כי על אף היעדרו של חשש ממשי למשוא פנים, מטעמי ניקיון הדעת נענה השופט סולברג להימנע מלדון בערעור.

¹⁸ עניין **בכרי סיבוב 1 במחוזי**, לעיל ה"ש 10.

החיילים¹⁹ על פסק הדין המחוזי לא סייעה להם, ובית המשפט העליון אישר את הקביעה המשפטית של בית המשפט המחוזי וקבע כי הפרסום המכפיש אכן אינו יכול לייצר עילת תביעה על פי חוק איסור לשון הרע לאיש מהחיילים התובעים.²⁰ בכך נסתם הגולל על תקוותם של לוחמי "חומת מגן" בגינין לשקם, ולו גם חלקית, את שמם. פניות מאוחרות יותר ליועץ המשפטי וינשטיין גם הן לא נשאו פרי.²¹

לאור השתלשלות ההליכים המשפטיים האלה, משהוגשה התביעה של אל"מ (מיל) ניסים מגנאגי, שלא היה צד לתביעת החיילים הראשונה, נגד בכרי,²² ברור היה שהשאלות העיקריות שיעמדו בה לדיון – לפחות בכל הנוגע לביסוס העילה לפי חוק איסור לשון הרע – הן השאלות האם ועד כמה ניתן לזהות את מגנאגי בסרט ועד כמה ניתן לקשור אותו ולקשר אליו את אירועי הזוועה המתוארים בו. זו גם הסיבה לכך שפסק הדין של השופטת סילש מתמקד באופן מפורט ומעמיק בדיוק בניתוח העובדתי הזה: היכן ומתי ולכמה זמן מופיעה דמותו של התובע על המרקע ומה ניתן להסיק מהוויזואליזציה, מהטקסט ומהמיצג האומנותי של הסרט בכל הנוגע למיקומו של התובע בתוכו ולאפשרות לקשור אליו במפורש או במשתמע את האירועים המתוארים בו. במילים אחרות, האם הסרט "גינין ג'נין" עלול לפגוע במגנאגי ולגרסו לו את אחת התוצאות הפוגעניות המנויות בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע. זוהי השאלה המרכזית והעיקרית בחלק הזה של פסק הדין הבוחן את מרכיבי עילת התביעה.

הדיון בסוגיה העובדתית הזו – מה בדיוק רואים בסרט ומה ניתן להבין ממנו – מתקשר אצל השופטת סילש גם לקביעה העובדתית החשובה הנוספת שלה, לפיה אף על פי שתמונתו של מגנאגי מופיעה בסרט רק לכמה דקות ורק בהקשר לסצנה אחת בלבד, הצפייה בסרט כולו כמקשה אחת מצדיקה את המסקנה שהתובע, מגנאגי, אינו מתקשר לאירועים המתוארים בו רק במהלך הדקה הקצרה שבה הוא ניתן לזיהוי ולאיתור ממשי בין יתר דמויות החיילים המצולמים, אלא שלמעשה מכלול האירועים בסרט, לכל אורכו, גם הם משליכים על מגנאגי באופן אישי וקושרים אותו לטיעון הקשה שהסרט מעורר.²³ הקביעה הזו תשמש לשופטת כבסיס להחלטתה בשלב הסופי של הדיון לפסול את הסרט כולו להקרנה ולהחרים את עותקיו, ולא להסתפק – כפי שהוצע – רק במחיקת

¹⁹ יובל יועז "מזוז: לא יוגש אישום נגד מוחמד בכרי על לשון הרע בגינין ג'נין" **גלובס** (5.1.2010) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000528150>.

²⁰ עניין **בכרי ערעור לבית המשפט העליון**, לעיל ה"ש 11.

²¹ החלטה של היועץ המשפטי לממשלה "החלטה בבקשה לבחון מחדש החלטות שלא לפתוח בחקירה נגד מר מוחמד בכרי" (10.12.2014). היועץ המשפטי לממשלה, יהודה וינשטיין, החליט שלא לפתוח בחקירה פלילית נגד יוצר "גינין ג'נין", מוחמד בכרי. במסגרת ס' 21 להחלטה נכתב: "דומה בעיני כי ברור הוא לכל בר בי רב כי הסרט "גינין ג'נין" מתיימר להיות סרט דוקומנטרי, אך הינו יצירה שכלולים בה שקרים גסים ורבים. זאת החל מסיפור המסגרת בהקשר בו מובאים הדברים, דרך העדויות הפרטניות הנחזות להיות אותנטיות, וכלה בעריכה המגמתית היוצרת דימויים חזותיים המשקפים לכאורה מראות קשים - שכלל לא התקיימו במציאות"; עוד קודם לכן החליט היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, בעניין וקבע כי לא יוגש כתב אישום נגד בכרי על לשון הרע ב"גינין ג'נין". עם זאת, הודיע מזוז כי יתייצב בהליך המשפטי האזרחי בתביעה הנזיקית בשל לשון הרע שהוגשה נגד בכרי על ידי הלוחמים וחיילי המילואים שלחמו בגינין במבצע חומת מגן ב-2002, ראו יועז, לעיל ה"ש 19.

²² ראו: "תגובת היועץ המשפטי לממשלה ביחס לבקשת הנתבע לסילוק התביעה על הסף" (עמדת היועץ המשפטי לממשלה 6.5.2018); יאיר אלטמן "מנדלבלית: "גינין ג'נין" - עלילות שקר מופרכות" **ישראל היום** (24.9.2020) <https://www.israelhayom.co.il/article/804087>; עניין **בכרי סיבוב 2 במחוזי**, לעיל ה"ש 3, השופטת סילש התייחסה לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה עת שקבעה בפס' 30 לפסק הדין כדלקמן: "לא הייתה להצטרפות זו כל השלכה על ניהול ההליך דנא או על ההכרעה בו, וממילא מצאתי קושי להלוט בין הנקוב בסיכומי היועץ המשפטי לממשלה בדבר חשיבות ההגנה על שמם הטוב של חיילי צה"ל, האמירה בדבר התייצבותה של המדינה לימינם של חיילי ולוחמי צה"ל".

²³ ראו לעניין זה גם את ההוראה המנויה בס' 3 לחוק איסור לשון הרע.

החלק שבו נראה התובע מגנאגי בלבד. ועוד נחזור לנקודה זו בפרק ה' להלן, החותם את הדיון בסעד שהוענק בפסק הדין לתובע ואת ביקורתנו עליו.

ג. איזונים: בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי

הפסיקה הישראלית הפגינה בעשורים האחרונים ניסיונות חוזרים ונשנים לייצר מדרג קוהרנטי וישים של ערכים וכללים שלאורם ניתן לנווט באופן מושכל את ההגנה על חופש הביטוי מחד גיסא, ואת ההגנה על הכבוד והשם הטוב מאידך גיסא, לנקודת איזון התואמת את החברה הישראלית המורכבת והמשתנה תדיר.²⁴ הקושי המושגי בקביעת ההיררכיה בין שתי הזכויות החוקתיות האלה נעוץ, בין השאר, בכך ששתייהן מעוגנות בתיבה "כבוד האדם" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,²⁵ ואילו הקושי הפרשני יישומי ביצירת המדרג הנכון ביניהן הוא תוצאת הרב־גונויות הפסיקתית, שבאה לידי ביטוי הן ברטוריקה של הפסיקה והן בפרקטיקה שלה.²⁶

יתרה מזו, קביעת היחס הראוי בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב היא מורכבת במיוחד הואיל וכל אחת מהזכויות האלה מתחרה לעיתים על הבכורה גם עם זכויות יסוד אחרות. כך, למשל, הזכות לכבוד ולשם טוב מתעמתת תדיר עם הזכות להליך הוגן; עם הכלל של פומביות הדיון; ואף עם ההגנה על איכות הסביבה;²⁷ או עם קידום ערכי מוסר ושוויון.²⁸ ואילו חופש הביטוי עומד במקרים רבים מול ההגנה על רגשות הציבור;²⁹ ההגנה על עובדי ציבור;³⁰ ההגנה על ביטחון המדינה; ההגנה על שלום הציבור;³¹ הזכות להליך הוגן;³² ואפילו, במקרים שאינם מועטים, מול חופש הביטוי של האחר.

בכל אחת ממערכות ה"עיומותים" האלה של כל אחת משתי הזכויות האמורות האלה מול זכויות יסוד אחרות נקבע מעמד חופש הביטוי ומעמד הזכות לשם טוב – כל אחת אל מול מתחרותיה – על פי הנסיבות של כל מקרה ומקרה. להלן נסקור בקצרה את מקור ההגנה על חופש הביטוי במשפט הישראלי ונביא כמה דוגמאות לאיזונים בין חופש הביטוי לבין זכויות אישיות אחרות; נסקור את

²⁴ תמר גדרון "חופש הביטוי וחוק איסור לשון הרע תשכ"ה–1965 נקודת איזון חדשה?" **המשפט** ה' 9 (2000); Tamar Gidron, *Defamation Law in Turbulence: Does Israel Need 'Libel Reform'?*, 46(1) I. L. R. 95 (2013).

²⁵ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 150.

²⁶ ראו והשוו את המחלוקת בין הערכאות השונות בעניין התביעה שהגיש איתמר בן גביר כנגד אמנון דנקנר: ת"א (שלום י-ם) 8771/98 **בן גביר נ' דנקנר** (נבו 19.3.2002) (להלן: עניין **בן גביר בשלום**) שם נקבע כי יש בפרסום משום לשון הרע; ע"א (מחוזי-ים) 3242/02 **בן גביר נ' דנקנר** (נבו 21.9.2003) (להלן: עניין **בן גביר במחוזי**) שם נקבע כי אין בפרסום משום לשון הרע; עניין **בן גביר**, לעיל ה"ש 1, שם נקבע שוב כי יש בפרסום משום לשון הרע; כך, גם ההבדלים בין הכרעתו של השופט סולברג בעניין ת"א (מחוזי י-ם) 8206/06 **סרן ר' נ' דיין** (נבו 7.12.2009); לבין האיזון השונה שנעשה בערעור באותו עניין: ע"א 751/10 **פלוגי נ' דיינאורבך**, פ"ד סה(3) 369 (2012); ולאחר מכן שוב בדיון הנוסף: דנ"א 2121/12 **פלוגי נ' דיינאורבך**, פ"ד סז(1) 667 (2014); ראו גם את עמדתו של השופט ריבלין בע"א 4534/02 **רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ**, פ"ד נח(3) 558 (2004) אשר מקבע את עליונות חופש הביטוי כבר במסגרת הגדרת "לשון הרע" בס' 1 לחוק איסור לשון הרע, שמבטאת גם רטוריקה שונה וגם בחירה ערכית שונה, המחדדת את ההבדל שבין בחירה ערכית לבין בחירה יישומית נקודתית; השוו לפסק הדין: ע"א 466/83 **שאהה נ' דרדריאן**, פ"ד לט(4) 734 (1986) שם, בסופו של דבר, הוחלט לגופו של מקרה באופן שונה.

²⁷ ראו סקירה מקיפה: JON RONSON, *SO YOU'VE BEEN PUBLICLY SHAMED* (2016).

²⁸ לעניין פרסום צרכני זנות ראו: Michael Pearson, *Talk of the town: Who's on 'The List' of alleged sex Clients* CNN (Oct. 16, 2012) <https://edition.cnn.com/2012/10/15/us/maine-alleged-prostitution/index.html>.

²⁹ ראו את ההבחנה של השופט חשין בבג"ץ 6126/94 **סנש נ' רשות השידור**, פ"ד נג(3) 817, 840 (1999).

³⁰ ראו לדוגמה את הדיון באישום שהוגש בגין העבירה האנכרוניסטית של העלבת עובד ציבור ברע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רותם** (נבו 5.5.2020); ע"פ (מחוזי ת"א) 23813-01-17 **רותם נ' מדינת ישראל** (נבו 4.6.2018); ות"פ (שלום ת"א) 1074-02-13 **מדינת ישראל נ' רותם** (נבו 6.10.2016).

³¹ דפנה ברק־ארז **משפט מינהלי** כרך ב 736 (2010). לאחרונה, עלה נושא ההגנה על שלום הציבור בקשר עם השיח הציבורי בדבר העמדה לדין של המתבטאים באופן שמחבל במאמץ לבליתם מגפת הקורונה.

³² ע"א 409/13 **שידורי קשת בע"מ נ' קופר**, פ"ד סו(2) 215 (2013).

מקורות ההגנה על הכבוד והשם הטוב ואת האיזונים בינה לבין זכויות אישיות אחרות; ולבסוף נעמת את חופש הביטוי ישירות עם הזכות לשם טוב ונבדוק את ההיררכיה ביניהן לאור הפסיקה הישראלית של השנים האחרונות.

ג.1. חופש הביטוי

על רקע מסורת ארוכה של פסיקה שמיקמה את חופש הביטוי במקום גבוה במיוחד בהיררכיית זכויות האדם בישראל, דומה שהעובדה שהזכות החשובה הזו כלל אינה מאוזכרת באופן מפורש בחקיקה הישראלית³³ איבדה את המשמעות הערכית שלה, ככל שהייתה לה כזו בתחילת דרכה על מפת זכויות האדם במשפט הפרטי שלנו.³⁴ כיום מוסכם על הכול כי הצירוף – השגור כל כך – "כבוד האדם" שבחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו מהווה בסיס מספק³⁵ לקביעה כי מדובר בזכות חוקתית מן המעלה הראשונה.³⁶ גם קודם לחקיקת חוקיסוד: כבוד האדם הכיר בית המשפט העליון במעמדה הנכבד של הזכות – יש אומרים על פי העיקרון שנקבע בהכרזת העצמאות של מדינת ישראל – בעיקר בקונטקסט פוליטי-דמוקרטי,³⁷ כמו גם על בסיס ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם המבטיחה את חירות המחשבה והביטוי "בכל הדרכים וללא סיגי גבולות".³⁸

במהלך השנים ניכרה מחויבותו של בית המשפט העליון לחופש הביטוי בכמה גזרות שבהן התעמת החופש הזה עם זכויות אדם אחרות, שכזכור, אף אחת מהן, לרבות חופש הביטוי, אינה זכות מוחלטת והגנה עליהן היא תלוית זמן, מקום, נסיבות ותוכן.³⁹ לא הרי חופש הביטוי המסחרי⁴⁰ כחופש הביטוי הפוליטי בעיקר כשחופש זה מתעמת עם ביטחון המדינה,⁴¹ ואפילו פגיעה ברגשות

³³ נעשו כמה ניסיונות לחוקק את חוקיסוד: חופש הביטוי וההתאגדות. לעניין זה ראו: הצעת חוקיסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, ה"ח הממשלה התשנ"ד 336; הצעת חוק חוקיסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, התשס"ט–2009, פ/18/1499; וכן את הצעת חוקיסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, התשע"ד–2014, פ/19/2351. אף אחת מהצעות החוק לא הושלמה לכדי חוק מחייב; באוקטובר 1996 פרסמה הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות את הדין וחשבון שלה, כאשר בראשות הוועדה עמד חיים צדוק, "ועדת צדוק" **העין השביעית** <https://www.the7eye.org.il/lexicon/2772>; משה נגבי "חופש העיתונאי" מאת משה נגבי **העין השביעית** <https://www.the7eye.org.il/49183> (14.7.2011); אחת מהמלצות הוועדה הייתה: "לתת עיגון מפורש בחקיקת יסוד לזכות היסודית של כל אדם לחופש הביטוי והפרסום ולזכות היסודית לחופש העיתונות", ראו: "עיגון חופש הביטוי כזכות חוקתית" **גלובס** (27.11.1977) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=140751>.

³⁴ עלי זלצברגר ופניה עוזלצברגר "מסורת חופש הביטוי בישראל" **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** 27 (מיכאל בירנהק עורך 2006) (הספר להלן: **שקט, מדברים!**).
³⁵ אולם, ראו: הלל סומר, לטס בן בשט וגבריאלה שוורץ "מסמך רקע מקוצר בנושא: חופש הביטוי" (הוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, 2.3.2005) https://main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Documents/H06-03-2005_8-52-35_freedom.pdf (להלן: **מסמך רקע מקוצר חופש הביטוי**).

³⁶ אהרן ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" **מבחר כתבים** כרך א 509 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים 200); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 163, 168–169 (יצחק זמיר עורך 1993); לדעה לפיה מעמדן של זכויות האדם בישראל נחלש ועל המגבלות על חופש הביטוי והתערעות המחויבות הגורפת לשמירתו, ראו: Barak Medina, *Unintended Consequences of Prohibiting Advocacy of Hatred and Regulating Campaign Finance: The Weakening Status of Freedom of Speech in Israel*, 18(3) I.J.C.L. 804 (2020); ראו גם: אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיתיה" **משפטים** כז 223, 228 (1996) לפיו: "ניתן לדבר כיום בישראל על תרבות חברתית של חופש ביטוי"; עליו חולקים זלצברגר ועוזלצברגר, לעיל ה"ש 34, בעמ' 29: "בבחינה של כל מקורות המשפט האחרים – נורמות חוקתיות, חקיקה או חקיקת-משנה – לא ימצאו כמעט עקבות של הגנה על חופש הביטוי".

³⁷ בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (1953); ראו סקירה של הבסיס התאורטי וההיסטוריה של ההכרה בזכות: פנינה להב "חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון" **משפטים** ז 375, 379–380 (1977).
³⁸ G.A. Res. 217 (III) A. 19, Universal Declaration of Human Rights (Dec. 10, 1948), "Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers".

³⁹ על ההבחנה בין זכויות אדם פוליטיות אחרות לבין זכויות אדם חברתיות והמשמעות מכך, ראו: דפנה ברק-ארז ואיל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" **ספר זליה דורנר** 189 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכות 2009).

⁴⁰ בג"ץ 606/93 **קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד מח(2) 1 (1994).

⁴¹ בג"ץ 680/88 **שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי**, פ"ד מב(4) 617 (1989).

הציבור בדרך כלל אינה גוברת על חופש הביטוי ואפילו אינה מחייבת בהכרח את צמצומו. כך, למשל, בעניין הידוע שבו העלתה רשות השידור סרט על אודות חנה סנש, שבו יוחסו לסנש תכנים שהיה בהם פוטנציאל לפגיעה ברגשות הציבור, ניתנה העדפה לחופש הביטוי האומנותי (למרות דעת החולקת של השופט חשין);⁴² כך גם בעניינם של איתמר בן גביר וברוך מרזל שביקשו לצאת ל"צעדת הדגלים" מאום אל פאחם, ובג"ץ נקרא להכריע בין חופש הביטוי וההפגנה לבין פגיעה ברגשות;⁴³ כך גם ב"מצעדי הגאווה" שאושרו פעם אחר פעם על אף טענות לפגיעה ברגשות דתיים; וכך גם בענייננו, שהחל, כזכור, בבג"ץ שהגיש מוחמד בכרי נגד ההחלטה לפסול את הסרט "גינין ג'נין" להקרנה ציבורית מפאת פוטנציאל הפגיעה החמורה ברגשות הציבור שתכניו השקריים יצרו.⁴⁴ כך נפסק גם בעניין המחזה "אפרים חוזר לצבא" שהוכשר להקרנה בציבור, על אף האופן המסולף, המעוות, המרושע והזדוני שבו הוצגו תכניו.⁴⁵

גם בבג"ץ **גור אריה נ' הרשות השנייה**⁴⁶ ניתנה עדיפות לחופש הביטוי ואושרה הקרנה בשבת של סרט הדין באנשים שומרי מצוות ושבת, שמבחינתם היה בכך משום חילול שבת ופגיעה חמורה ברגשותיהם ובאמונתם הדתית. אותה העדפה באה לידי ביטוי גם בעניין **ארז נ' שידורי קשת**⁴⁷ שבו נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית שבה ביקשו התובעים הייצוגיים למחוק חלקים מפרק של תוכנית הטלוויזיה "האח הגדול" שבו נצפו משתתפי התוכנית מתווכחים על כוונת אחת המשתתפות להכניס את ספר התנ"ך לחדר השירותים על מנת לקרוא בו. על אף הפגיעה ברגשות הציבור החלטי בית המשפט העליון לא להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי שלא לאשר את ההליך כייצוגי.⁴⁸

בג"ץ **המרכז הרפורמי לדת ומדינה**⁴⁹ משקף דילמה קצת אחרת בכל הנוגע למתן עדיפות לחופש הביטוי. במקרה זה נדון עניינו של עובד ציבור, הרב הראשי של צפת, שמואל אליהו, שבשל התבטאויותיו הקיצוניות נגד ערבים, להט"בים, שירות נשים בצה"ל ומערכת המשפט התבקש בג"ץ לאשר לפתוח נגדו בהליכים משמעתיים. החלטתו של השופט שטיין לפיה אי־פתיחתם של הליכי משמעת נגד הרב בגין הערותיו הגזעניות והמסיתות לוקה בחוסר סבירות קיצוני מדגישה את מגבלות חופש הביטוי כשמדובר בתכנים קיצוניים שאינם זכאים להגנה, ויחד עם זאת בולטת בה גם הזהירות המופלגת הנדרשת לשמירה על חופש הביטוי וחופש הדת של הרב וזכותו להביע את עמדותיו כאיש דת לפני ציבור מאמיניו.

המחויבות הזו לחופש הביטוי, שבהיבט ההופכי שלה משקפת גם הגנה על החופש שלא להתבטא בדרך שאינה הולמת או תואמת את השקפותיו ורגשותיו של הדובר המבקש לשתוק, בולטת גם בפסיקה בארצות הברית ובאנגליה. רצף של החלטות מהשנים האחרונות משקף את מגוון פניו של חופש הביטוי. הסוגיה שעמדה לדיון בפסיקה זו עסקה בשאלה האם ניתן לחייב את מי שנותן שירות

⁴² עניין **סנש**, לעיל ה"ש 29.

⁴³ בית המשפט בתגובה לעתירה נגד קיום המצעד בשל פגיעה ברגשות התושבים המקומיים: "אום אל פאחם אינה סקוקי, והאזרחים הערבים ושוחרי השלום והדמוקרטיה היהודים ידעו לעמוד מול הפרובוקציה", אביעד גליקמן "העליון דורש: לאפשר צעדת ימין באום אל פאחם" *Ynet* (4.9.2008) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3592055,00.html>.

⁴⁴ עניין **בג"ץ בכרי**, לעיל ה"ש 8.

⁴⁵ בג"ץ 14/86 **לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא(1) 421 (1987).

⁴⁶ בג"ץ 1514/01 **גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, פ"ד נה(4) 267 (2001).

⁴⁷ ת"צ (מחוזי י-ם) 50876-02-11 **ארז נ' שידורי קשת בע"מ** (נבו) 16.10.2012.

⁴⁸ ע"א 8717/12 **ארז נ' שידורי קשת בע"מ** (נבו) 16.6.2014.

⁴⁹ בג"ץ 7150-16 **המרכז הרפורמי לדת ומדינה – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שרת המשפטים** (נבו) 21.9.2020.

או מוכר מצרך להיענות לדרישות לקוחות שבקשתם פוגעת בערכיו או שהיא עומדת בניגוד לתפיסת עולמו. היש לו זכות לסרב. האם זכותו לשתוק.

ההחלטות שניתנו בנושא זה באנגליה ובארצות הברית מעידות על רמת הגנה גבוהה על החופש לשתוק או החופש לא לייצר "ביטוי" בלתי רצוי, תוך דחייה מוחלטת של טענות בדבר הפליה ופגיעה בשוויון מצד מבקשי השירות או המוצר. כך הוחלט, למשל, כי בעל קונדיטוריה בבלפסט שבאירלנד שהתבקש על ידי זוג הומוסקסואלים להכין עבורם עוגת חתונה בצורת הדמויות הידועות של אריק ובנץ מרחוב סומסום ולכתוב עליה "support gay marriage" לא יישא באחריות בגין סירובו לעשות זאת. בית המשפט העליון העדיף כאן את חירות הביטוי, השתיקה והסירוב על פני הזכות לשוויון, בהדגישו כי הסירוב לא התייחס להכנת העוגה, אלא רק לכיתוב עליה, שתוכנו עמד בניגוד להשקפותיו של האופה.⁵⁰ להחלטה דומה, אם כי מנוסחת בצמצום ובזהירות, הגיע גם בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית⁵¹ שוב במקרה של סירוב לאפיית עוגה מצידם של זוג הומוסקסואלים וגם במקרה של סירוב להכין זר פרחים לחתונה של זוג לסביות מושינגטון.⁵²

דווקא בית משפט ישראלי אימץ גישה אחרת. בתביעה שהוגשה על ידי האגודה לשמירת זכויות הפרט נגד בית עסק שסירב להדפיס חומר משרדי עבור "האחווה הגאה באוניברסיטת בן גוריון" והשיב על הבקשה למסור הצעות מחיר עבור ההדפסה במייל שתוכנו: "איננו עוסקים בחומרי תועבה, יהודים אנחנו!", החליט בית המשפט המחוזי בבאר שבע⁵³ בערעור על החלטת בית משפט השלום⁵⁴ כי עם כל ההבנה לעוצמת ההתנגדות הערכית והדתית של בעלי בית הדפוס, הסירוב למתן השירות ולהספקת המוצר פוגע בזכות לשוויון של מזמינות המוצר. בית המשפט דחה את הפסיקה הבריטית והאמריקאית שלעיל וקבע כי החוק הישראלי משקף עמדה שונה וברורה, ולפיכך אין כל הצדקה לפנייה לדין הזר.⁵⁵

שתי עתירות לבג"ץ שהוגשו לאחרונה, ושלא נפסקו לגופן מפני שחדלו להיות רלוונטיות לאחר הגשתן בשל שינוי הנסיבות, יכולות גם הן – אף על פי שלא נקבעה בהן עמדה לגופו של העניין בו אנו עוסקים – להעיד על הלך הרוח בבית המשפט העליון בסוגיית חופש הביטוי. הדוגמה הראשונה מקורה בסכסוך על אודות חופש הביטוי האומנותי במיצג ששמו "מק'ישו" שהוצג בגלריה בחיפה וגרר תגובות נזעמות וגילויי אלימות מצד התושבים הנוצרים בחיפה. המיצג, שבו נראתה דמותו של הליצן רונלד מקדונלד'ס על צלב, בא להוקיע את תרבות מוצרי הצריכה המודרנית על שלל ביטוייה ומופיעיה, ונלוו אליו מיצגים נוספים באותה רוח.⁵⁶ הואיל והסכם ההשאלה של היצירה הגיע בסמוך לאותה עת לסימומו, הוחלט להסיר את "מק'ישו" מהתערוכה ולהציג את יתר המוצגים הקונטרברסליים בחדר נפרד ומבודד. ולכן, כאמור, העתירה שבה התבקשו בית הדין לעניינים

⁵⁰ Lee v Ashers Baking Company Ltd. [2018] UKSC 49 (Ir)

⁵¹ Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. 138 Sup. Ct. 1719 (2018)
⁵² שתי ההחלטות אמורות להגיע לבית המשפט העליון לסיבוב דיונים שני בעקבות החלטות בתי המשפט המדינתיים בעניינם על פי הנחיות בפסיקה הקודמת, Mark Sherman, *High Court Avoids New Case Over Same-Sex Wedding Cake*, AP NEWS (June 17, 2019), <https://apnews.com/article/39401274c49342fa80ca741b0aab9e8>

⁵³ ע"א (מחוזי ב"ש) 52336-06-20 כהן נ' אגודה לשמירת זכויות הפרט (נבו 19.8.2020).

⁵⁴ ת"א (שלום ב"ש) 56315-02-17 אגודה לשמירת זכויות הפרט נ' צבע הקשת - מעבדה ללוחות אופסט ושקפים בע"מ (נבו 20.4.2020).

⁵⁵ עניין כהן, לעיל ה"ש 53, בפס' 7 לפסק הדין.

⁵⁶ בועז כהן "סוף המשבר: היצירה 'מק'ישו' תוסר" **כלבו חיפה והקריות** (16.1.2019) <https://www.colbonews.co.il/haifa-news/48871>

מנהליים⁵⁷ ולאחר מכן בית המשפט העליון בערעור על החלטה⁵⁸ להכריע בסוגיית ההתנגשות בין חופש הביטוי האומנותי לבין הפגיעה ברגשות הציבור, בעיקר הלא יהודי, הפכה לבלתי רלוונטית. אף על פי כן, ולמעלה מן הצורך, מצא השופט סולברג לנכון לציין בסיום החלטתו הדוחה את העתירה את חשיבות ההגנה על הזכות לחופש הביטוי, בייחוד בשדה האומנות, בנוסח שניתן להסיק ממנו בהמשך גם לעניין דיונונו בחופש הביטוי של יוצר "גינין גינין".⁵⁹

העתירה השנייה, שגם היא זכתה להדהוד רעשני באמצעי התקשורת, עסקה בשלטי חוצות שהוצגו ברחבי העיר תל אביב ולאחר מכן הוסרו על פי הוראת ראש העיר בגלל תכנים בעלי גוון גזעני-פוליטי מסית, לכאורה.⁶⁰ משהסתבר כי השלטים אכן כבר הוסרו, ומשכך, שוב, התייתר הצורך בדיון בבקשה לצו מניעה, מצא, עדיין, השופט סולברג מקום להדגיש את הזכות לחופש הביטוי, שההגנה עליה היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה כחלק מ"מושכלות ראשוניים", ולציין מפורשות כי הזכות הזו גוברת לרוב גם כאשר תכניה פוגעים ברגשות הציבור.⁶¹ חופש הביטוי, כך קובע השופט סולברג, הוא נשמת כללי ההכרעה הדמוקרטית.⁶² דברים דומים בלשון חריפה, שמדגישה את החשיבות של הגנה על חופש הביטוי דווקא במקרים של דיבור שאינו פופולרי, שאינו קולע לטעמים של רבים, אומר גם השופט שטיין.⁶³

מקבץ הדוגמאות המגוונות הללו משקף את מעמדו האיתן של חופש הביטוי במשפט הישראלי ואת היקף ההגנה שבתי המשפט שלנו מוכנים לתת לו. חופש הביטוי במקרים אלה ואחרים גבר על פגיעה אפשרית ברגשות הציבור והפרט, על חשש לאלומות, הוא פורש חסותו – עד רמה מסוימת – גם על ביטויי גזענות ועומד איתן מול אמונה דתית פגועה.

2.ג. הזכות לשם טוב

הזכות לשם טוב ולכבוד זכתה להכרה במשפט הישראלי עוד קודם לחקיקתו של חוק איסור לשון הרע, הן במישור הפלילי והן כעוולה אזרחית.⁶⁴ לא למותר לציין שאחד מהידועים במשפטי הדיבה/לשון הרע שהתקיימו בארץ – "משפט קסטנר"⁶⁵ – התנהל על פי כתב אישום שהוגש על פי סעיף 201 לפקודת החוק הפלילי,⁶⁶ שקדם להסדר האחריות הפלילית שבסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע. במישור האזרחי, הן בהסדר שבפקודת הנזיקים האזרחיים והן בהסדר שבחוק איסור לשון הרע מוסדרת האחריות בעיקר על בסיס המשפט המקובל האנגלי ועל פי המשפט העברי. החוק

⁵⁷ עת"ם (מנהליים חי) 67938-01-19 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ראש עיריית חיפה (נבו 10.2.2019).

⁵⁸ עע"ם 2211/19 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ראש עיריית חיפה (נבו 11.11.2020).

⁵⁹ שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופט סולברג.

⁶⁰ עע"מ 1798/20 עמותת פורום המזרח התיכון ישראל נ' עיריית תל אביב (נבו 7.1.2021) (להלן: עניין פורום המזרח התיכון בית המשפט העליון); עת"ם (מחוזי ת"א) 36087-02-20 פורום המזרח התיכון ישראל נ' עיריית תל אביב (נבו 26.2.2020); ראו גם: אריאל בנדור "חופש הביטוי מעל לוחות-המודעות" משפטים יז 171 (התשמ"ז); בג"ץ 631/86 תנועת "המעגל הלאומי" נ' עיריית ירושלים, פ"ד מ(4) 13 (1986).

⁶¹ עניין פורום המזרח התיכון בית המשפט העליון, שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופט סולברג.

⁶² שם, בפס' 19 לפסק הדין של השופט סולברג ובפס' 1 לפסק הדין של השופט שטיין, שם הוא מצטרף לאמור.

⁶³ שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט שטיין, וכך הוא אומר: "חביבי הרוב, גיבורי התרבות למיניהם, וכל שאר אומרי ההון, אשר אומרים דברים הנחשבים ל"נכונים" ואשר קולעים – על פי רוב, אם לא תמיד – לטעם הבריות שסובבים אותם, אינם זקוקים להגנה חוקתית מיוחדת [...] מי שזקוק להגנה חוקתית מיוחדת הם לא אומרי ההון, אלא אומרי הלאו: אלה שנוהגים לומר דברים "חריגים", "מסוכנים", מקוממים, מעליבים, צורמים ומכעיסים – עד כדי היותם מעוררי סלידה – בקרב חלקו הארי של הציבור".

⁶⁴ להצעת חוק לשון הרע שהתקבלה, קדמו הצעות שזכו לביקורת ציבורית ומקצועית, ולכן הוכנסו בהן שינויים. פקודת הנזיקים האזרחיים, 1994, ע"ר תוס' 1, 93. הפקודה חלה, ברובה, על לשון הרע כעוולה אזרחית כאשר ס' 25(ב) להצעת החוק שומר על מעמדה כזו; פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1, 236, בוטלה במקביל יחד עם הוראות רלוונטיות בפקודת הנזיקים האזרחיים עצמה.

⁶⁵ ת"פ (מחוזי י-ם) 124/53 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד פ"ד מד 3 (1955).

⁶⁶ פקודת החוק הפלילי.

מגדיר את המעשה האסור, "לשון הרע", קובע את יסודות האחריות, את ההגנות, הסעדים והוראות הפרוצדורה המיוחדות לנושא מורכב זה והוא מהווה קודיפיקציה מתקלפת של דיני לשון הרע, לצד האחריות הפוטנציאלית גם על פי עוולת הרשלנות⁶⁷ ועוולת הפרת חובה חקוקה⁶⁸ שבפקודת הנזיקין (נוסח חדש). החוק מאזן בין הזכות לשם טוב, שהיא זו שבה פוגעת "לשון הרע" כהגדרתה בסעיף 1 לחוק, לבין זכויות מנוגדות, בעיקר הזכות לחופש הביטוי.

עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והפיכתה של הזכות לכבוד חוקתית, התעורר דיון מעניין בנוגע להשפעה שיש להתפתחות הזו על מעמדה של הזכות לשם טוב. יש מי שיטען כי בכך שודרג מעמדה של הזכות לשם טוב,⁶⁹ יש מי שיטען כי ההשפעה החוקתית אינה גורפת, אלא שהיא באה לידי ביטוי בכל מקרה בנסיבותיו ובהתאם לזכות שעימה מתעמתת הזכות לשם טוב.⁷⁰

הזכות לכבוד ולשם טוב היא רבת רבדים ופנים. היא כוללת הדרת כבוד (honor), כבוד סגולי (dignity), הילת כבוד (glory) וכבוד מְחִיָּה⁷¹ (respect) והיא משקפת את האינטרס של הפרט בהערכה החברתית, הכלכלית והמעמדית שלו בקרב בני החברה שאליה הוא שואף להשתייך על פי הייררכיית הערכים המקובלים באותה חברה, בעיני האדם הסביר הנמנה עם בני אותה חברה.⁷²

חוק יסוד: כבוד האדם בסעיף 7 שבו מוסיף לרבדים המוכרים של הזכות לכבוד גם את ההגנה על הפרטיות. זאת, בנוסף להגנה שהוקנתה לה שנים קודם לכן בחוק הגנת הפרטיות.⁷³ עם זאת, מן הראוי להדגיש כי אף על פי שפרטיות היא אומנם חלק מכבוד האדם, הרי שככל שמדובר בזכות לשם טוב, אין חפיפה מלאה בינה לבין הזכות לפרטיות. אכן, בחלק גדול מהנסיבות שבהן נפגע השם הטוב, נפגעת גם הזכות לפרטיות. הפרה אחת גוררת פגיעה בשתי הזכויות. אולם חפיפה נסיבתית כזו אינה הופכת את שתי הזכויות עצמן לחופפות. כל אחת מהן מגינה על אינטרס שונה במידה כזו או אחרת ממשנהו.⁷⁴

מטריית ההגנה המשולבת הזו ממקמת את הזכות לשם טוב בעמדת פתיחה טובה כשמדובר בתחרות בינה לבין זכויות אחרות.

גם כאן, כמובן, משתנה האיזון בין הזכות לשם טוב לבין הזכות האחרת לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה ועוצמת הזכות האחרת, באופן שמאתגר את בית המשפט בכל פעם מחדש לבחון לפרטי פרטים ונסיבות כל אחת מהזכויות שלפניו. כך, למשל, בבקשות לצווי איסור פרסום שמטרתן להגן

⁶⁷ ס' 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266.

⁶⁸ ס' 63 לפקודת הנזיקין.

⁶⁹ עניין **בן גביר**, לעיל ה"ש 1, פסק הדין של השופט ריבלין; לסקירה כוללת והשוואתית ראו: **מסמך רקע מקוצר חופש הביטוי**, לעיל ה"ש 35.

⁷⁰ ראו והשוו: אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא(ג) 271 (התשנ"ד).
⁷¹ Orit Kamir, *Honor and Dignity Cultures: The Case of kavod (honor) and kvod ha-adam (dignity) in ISRAELI SOCIETY AND LAW, IN THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS LAW* 231 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002). לפי קמיר, השפה העברית אינה מאפשרת להבחין בין המשמעויות השונות, כיוון שהמילה "כבוד" היא המציין הבלעדי של ארבעתן.

⁷² עניין **דרדריאן**, לעיל ה"ש 26.

⁷³ חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128.

⁷⁴ Tamar Gidron, *Publication of Private Information: An Examination of the Right to Privacy from a Comparative Perspective (Part 1)*, 2010(1) J. S. AFR. L. 37 (2010); Tamar Gidron, *Publication of Private Information: An Examination of the Right to Privacy from a Comparative Perspective (Part 2)*, 2010(2) J. S. AFR. L. 271 (2010); Tamar Gidron, *Privacy Protection as a Case Study in Personal Rights Protection in Israeli Law*, 28(3) C. L. S. REV. 283 (2012); תמר גדרון "פרסום מידע פרטי: בחינה יישומית של הזכות לפרטיות במבט השוואתי" **עלי משפט** ח 133 (התש"ע).

על פרטיותם ושם הטוב של מתדיינים בהליכים שונים – אזרחיים ופליליים – פסקו בתי המשפט לאורך שנים כי הצורך לאזן בין הוראות חוק בתי המשפט⁷⁵ לבין חוק־יסוד: השפיטה⁷⁶ מחייב הקפדת יתר על כך שאיסור הפרסום, שמשמעותו שלילה מוחלטת של חופש המידע הציבורי באופן שלפחות חלקית פוגע גם בחופש הביטוי, ייעשה במשורה. החלטה על איסור פרסום תתקבל רק במקרה שבו "הפגיעה הצפויה בשם הטוב היא חמורה וממשית יותר מהפגיעה בעיקרון הפומביות".⁷⁷ כך, למשל, קובע השופט זילברטל, בעניינו של עורך דין שביקש ששמו ופרטיו יוסרו מתביעה שהגיש בגין נזקים שנגרמו לו בתאונת דרכים,⁷⁸ כי הכלל הנוהג הוא זה השואף לשימור פומביות הדין. עם זאת, יש שניתן וצריך לצמצם את הפומביות ולשמור על שם הטוב וכבודם – האישי והמקצועי – של המתדיינים, הן באמצעות איסור פרסום חלקי, הן באמצעות איסור פרסום גורף והן באמצעות איסור פרסום שמות הצדדים בלבד, ככל שאין עניין מיוחד בפרסום זהותם.⁷⁹ לאור רגישות הסוגיה ועל מנת שלא לייצר הבחנות מורכבות, קובע כיום תיקון 77 לחוק בתי המשפט כי פרטיו של מי שתובע נזקי גוף, למעט פיצוי בגין עוגמת נפש, לא יפורסמו, אלא אם ניתנה הסכמה לכך.⁸⁰ גם בסוגיות של גילוי מסמכים, סודיות וחיסיון נתקלים בתי המשפט פעמים רבות בשיקולים מורכבים שנדרשת רגישות רבה באיזונם, בעיקר כשמדובר בפרטיות חולים, כבודם המקצועי של רופאים והזכות להליך הוגן⁸¹ וכן גם כאשר קיים עניין ציבורי, לרבות מסחרי/מקצועי, בפרטי המידע הפרטיים או הפוגעניים.⁸²

מאתגר לא פחות הוא הניסיון שנעשה בפסיקה הישראלית להגן על השם הטוב באמצעות "הזכות להישכח" ("הזכות להימחק" או "הזכות לעדכון"), שההגנה עליה משקפת עימות בין הזכות לשם

⁷⁵ ס' 70 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198.

⁷⁶ ס' 3 לחוק־יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד, 78.

⁷⁷ בשי"א (מחוזי ת"א) 5360/08 דוד שוורץ – ניהול השקעות בע"מ נ' רוזנטל (נבו 18.4.2008); בהתאם להחלטה, חוק בתי המשפט מדבר, אומנם, על איסור פרסום שמטרתו מניעת פגיעה בפרטיות, ולא לצורך שמירה על כבוד הצדדים או העדים, ומפנה לפסק הדין שניתן בעניין: ע"א 4963/07 זיעות אחרונות בע"מ נ' פלוני (נבו 27.2.2008); ומצטט בהסכמה את הקביעה ברוח זו בעניין רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554, 584 (2005); אולם, לדעתנו הפגיעה בפרטיות והפגיעה בשם הטוב במקרים רבים הן תולדת נסיבות זהות, ואף על פי שהאינטרס המוגן שונה, חלק שאינו מבוטל מהמקרים שבהם ישקול בית המשפט בקשות לצווי איסור פרסום הם למעשה סיפורי לשון הרע לא פחות משהם סיפורי פרטיות; עניין דוד שוורץ – ניהול השקעות בע"מ, שם, בעמ' 3 להחלטה של הרשם זמיר: "אומנם, פגיעה במוניטין ובשם טוב היא מעין נגזרת של פגיעה בפרטיות, אך היא אינה בהכרח נסוגה מפני עיקרון פומביות הדין"; על הקשר שבין הפרטיות לשם הטוב, ראו גם: גדרון, לעיל ה"ש 74; לדיון נרחב בסוגיית איסור פרסום פרטי חשודים ונאשמים, ראו: עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה 359–374 (2018).

⁷⁸ רע"א 482/13 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית, פס" 9 לפסק הדין של השופט זילברטל (נבו 23.4.2013); ראו גם: ע"א 438/14 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב (הפול) (נבו 23.7.2014); וכן יישום כמעט סטנדרטי בבקשות איסור פרסום בערכאות הנמוכות: ת"א (שלום י-ם) 60103-12-12 פלוני נ' הפול חברה לביטוח בע"מ (נבו 16.9.2014); ת"א (שלום י-ם) 50934-02-13 פלונית נ' פרופורציה פ.י. א.ם. סי. בע"מ (נבו 28.9.2014); ת"א (שלום ת"א) 22658-07-11 אלמוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב – "הפול" (נבו 22.3.2015).

⁷⁹ פרסום שמות צדדים בעניינים מסוימים עלול לפגוע בשם הטוב לא פחות מאשר פגיעה בפרטיות בהתאם לתוכן העניין הנדון. יש לזכור כי גם פרסומי אמת עדיין מהווים פוטנציאל לקביעה כי הם מהווים "לשון הרע". בהבדל משיטות אחרות, במשפט הישראלי נדרש שהפרסום לא יהיה שקרי ושיהיה בעל עניין לציבור, ראו: ס' 14 לחוק איסור לשון הרע; אולם, ראו: תומר מוסקוביץ "ההגנה על הפרטיות בפרסומי בתי המשפט – האם ראוי לפרסם שמות בפסקי־דין" משפטים יח 431, 433 (1989).

⁸⁰ חוק בתי המשפט (תיקון מס' 77), התשע"ד-2014, ס"ח 662; לעיון בהצעת החוק ובדברי ההסבר ראו: הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 76) (איסור פרסום פרטים מזהים בהליך שבו נחשף מידע רפואי), התשע"ד-2014, ה"ח הכנסת 110.

⁸¹ על סודיות רפואית וגילוי מסמכים ראו: יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי 247, 250–252 (בועז סגירו עורך 2007); השו" : ע"א 7828/17 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' פלוני (נבו 9.1.2018), בו נדונה השאלה האם ניתן להשתמש במסמך רפואי שנחתם על ידי אחד מהמומחים המעידים בתיק, על אודות פרקטיקה רפואית נהוגה, כשהמסמך מתייחס למטופל אחר שפרטיו הושחרו. במקרה זה, נעשה ניסיון להוכיח כי המומחה הרפואי בתיק הנדון נתן ייעוץ מקצועי והמליץ על פרקטיקות אחרות במקרה קודם באופן המעמיד בספק את מהימנותו המקצועית; ראו גם: רות גביון "איסור פרסום הפוגע בפרטיות הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת" זכויות אזרח בישראל 177 (רות גביון עורכת 1982).

⁸² ע"א 1928/93 רשות ניירות ערך נ' גבור סברניה מפעלי טקסטיל בע"מ, פ"ד מט(3) 177 (1995) שם נדון דיווח למועצת המנהלים של חברה על מצבו הנפשי המערער של היו"ר; השו" : ע"א 348/85 בן ציון נ' הוצאת מודיעין בע"מ, פ"ד מב(1) 797 (1988).

טוב לבין זכות הציבור לדעת, חופש המידע וחופש העיתונות/תקשורת. ה"שלוחה" הזו של הזכות לשם טוב ולכבוד מקורה בהחלטתו הידועה של בית הדין האירופי,⁸³ שחייב את גוגל למחוק פרטי מידע ישנים שעלו ברשת כל אימת שנעשה חיפוש של שם התובע, אף על פי שהיו נכונים, הואיל ונמצא שהם איבדו את הרלוונטיות שלהם והואיל ופוטנציאל הנזק שבהעלאתם מהאוב מחדש בהקשר לעורך הדין המבקש היה גבוה לאין שיעור מהנזק שבהסרתם.⁸⁴

ההחלטה של בית הדין האירופי בעניין גוגל הולידה דיון דומה גם בישראל. המאבק המתמיד בין הזכות לשם טוב, לכבוד ולפרטיות, הכוללת גם את הזכות האישית החשובה למחיקה, עדכון והגבלת פרטים אישיים פוגעניים או לא רלוונטיים המופיעים ברשת וחשופים לעין כל, לבין הזכות – של הפרט ושל הציבור – לקבלת מידע מלא ושלים שיש בו כדי לתרום לביטחון, לאיכות החיים ואף לשלומם של הציבור בכללותו⁸⁵ עורר גם אצלנו שיח חשוב.⁸⁶ כך, לצד הבקשות למחיקה ועדכון המוגשות תדיר לגוגל עצמה,⁸⁷ גם בית המשפט נקרא כבר לא אחת לדון בנושא ולשקול האם וכיצד ניתן ליישם את "הזכות להישכח" במשפט הישראלי, אך עד כה ללא הצלחה נראית לעין.⁸⁸ הדוגמה הידועה ביותר בנושא זה מתכתבת במדויק עם הסוגיה מושא דיוננו כאן. בעניין עו"ד יונתן מילר⁸⁹ התבקש בית המשפט להורות לגוגל להסיר פרטים פוגעניים שהופיעו ברשת כשהוקש שמו של "יונתן מילר". הסתבר שהפרטים הללו היו, אומנם, נכונים, אלא שהם התייחסו ל"יונתן מילר" אחר, שגם הוא היה, לרוע המזל, עורך דין. כל ההצעות להבחין בין שני בעלי השם הזהה נדחו על ידי התובע, ובסופו של דבר בית המשפט העליון נאלץ לדחות את תביעתו על בסיס הוראות חוק איסור לשון הרע עצמו, שלפיהן מידע אמיתי ורלוונטי (גם אם בהקשר אחר) – לא יימחק משיקולים של טובת הציבור.

ממקבץ הדוגמאות שלעיל, שהתמקד בעימות בין הזכות לכבוד ולשם טוב לבין זכויות יסוד מוגנות אחרות (פרט לחופש הביטוי), עולה בבירור כי לזכות לשם טוב ולכבוד שמור מקום של כבוד במארג זכויות היסוד המרכזיות ביותר במשפט הישראלי. הפסיקה הישראלית מציבה אותה כמצפן לפסיקותיה בכל תחומי החיים וענפי המשפט.

⁸³ בית הדין קיבל תביעה של עורך דין ספרדי שדרש מוגול שתעדכן פרטי מידע מזיק לגביו שעלה ברשת כל אימת שהתבצע חיפוש של שמו, Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González, ECLI:EU:C:2014:317, (May 13, 2014).

⁸⁴ סיפורו הידוע של ילד הפלא האמריקאי William James Sidis, שִׁבְּרָ וְהָיָה לְאָדָם תִּימְהוֹנִי, שִׁכְשַׁל בְּמַאֲבָקוֹ לְהִרְחִיק מֵעָלָיו אֶת הַמְדִיָּה הַנִּיּוֹ יוֹרְקִית, וְסוּפּוֹ הָיָה מְכֻמָּר לִב וְנִבֵּעַ מֵהַתְּעַקְשׁוֹת הַתְּקִשׁוֹרֶת לִנְבוֹר בְּשֵׂאלָה "אִיפֹה הוּא עֹכְשִׁיו" וְהֵעֵלָת פְּרִטִים מְבִיכִים עַל חֵייו. גַּם הוּא דוֹגְמָה לְמַאֲבָק בֵּין הַטּוֹרְפָנוֹת שֶׁל זְכוּת הַצִּיבוֹר לְדַעַת לְעוֹמֵת הַזְכוּת לְכַבּוֹד, לְשֵׁם טוֹב וּלְפְרִטִיוֹת; David B. Green, 1944: 'Smartest Man in the World' Dies Very Young and Very Alone, HAARETZ (Jul. 17, 2015) <https://www.haaretz.com/jewish/premium-1944-smartest-man-in-the-world-dies-1.5305833>; Joe Scott, *The Sad tale of William James Sidis - The Smartest Man Who Ever Lived*, YOUTUBE (Mar. 8, 2018) <https://youtu.be/qsDD93pSppw>.

⁸⁵ מספר הבקשות המתקבלות על ידי גוגל למחיקה ועדכון פרטים הוא אדיר. לא מכבר הקימה גוגל את ועדת המומחים שלה – בה חברה גם אמי פלמור, מנכ"לית משרד המשפטים לשעבר – אשר כוללת נציגים מכל העולם על מנת להתמודד עם קביעת הערכים שלפיהם תתנהל פעולת המחיקה ברשת. ראו למשל: Michee Smith, *Updating our "Right to be forgotten" Transparency Report*, GOOGLE IN EUROPE (Feb. 26, 2018) <https://blog.google/around-the-globe/google-europe/updates-our-right-to-be-forgotten-transparency-report>; לרשימת שאלות ותשובות נפוצות שפורסמה על ידי חברת גוגל, ראו: GOOGLE (2021) <https://support.google.com/transparencyreport/answer/7347822?hl=en>.

⁸⁶ Tamar Gidron & Uri Volovelsky, *The Right to be Forgotten: The Israeli Version*, 34(4) C. L. S. REV. 824 (2018).

⁸⁷ לסוגיית הסמכות הטריטוריאלית, להבחנה בין Google Inc. לבין Goggle Ireland, ראו ת"א (שלוס ת"א) 48511/07 קליין נ' פרופורציה פי.אם.סי. בע"מ (נבו) 18.9.2011.

⁸⁸ ע"א (מחוזי ת"א) 44711-11-14 סביר נ' בר נוי (נבו) 22.6.2015.

⁸⁹ לדוגמה, ע"א 1139/17 מילר נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ (נבו) 19.11.2017; ה"פ (מחוזי מרי) 22632-07-16 מילר נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ (נבו) 19.12.2016 (להלן: מילר במחוזי).

מסקנה זו, בתוספת המסקנה הזוהה שאליה הגענו בסיכומו של תת-הפרק הקודם שעסק באיזון בין חופש הביטוי לזכויות יסוד אחרות (פרט לזכות לשם טוב ולכבוד), מביאה אותנו לחלקו המסכם של פרק זה, בו נדון במערכת היחסים הישירה בין שתי זכויות האדם שהן מושא דיוננו ברשימה זו: הזכות לשם טוב ולכבוד והזכות לחופש הביטוי ובאיתור מיקומן ההיררכי בין ככלל ובין כנקודות מוצא לשיקולי מדיניות נסיבתיים.

ג.3. הזכות לשם טוב מול חופש הביטוי

מלאכת האיזון בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי הייתה קשה מאז ומתמיד, עוד לפני חקיקתם של חוקי היסוד והתפתחות השיח המבחין בין זכות חוקתית לזכות חוקתית והשלכותיו. כבר בעניין **אבנרי נ' שפירא** הידוע,⁹⁰ שנדון בשנת 1989, קבע בית המשפט העליון כי יש להיזהר בקביעה גורפת של כלל אחיד בנוגע לאיזון הנכון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב, אולם במקרה של ספק, עדיף שהטעות תפעל "לטובת" חופש הביטוי, אפילו אם בשל כך תיוותר הפגיעה בשם הטוב ללא פיצוי נאות. גם הנשיא (בדימוס) שמגר קבע בדיון הנוסף בעניין **חברת חשמל נ' עיתון הארץ**⁹¹ (בדעת מיעוט) את עליונות חופש הביטוי על פני הזכות לשם טוב. באותה עת היה מדובר באיזון פסיקטי שהתבסס בעיקר על חוק איסור לשון הרע, אבל גם על המסורת האמריקאית המקדשת את חופש הביטוי, שהשפיעה רבות על פסיקתו של בית המשפט העליון.⁹²

מאז נכתבו הדברים האלה נפל דבר בחקיקה הישראלית. נחקקו חוקי היסוד, ובראשם חוקי-יסוד: כבוד האדם, ונפסק כי הן חופש הביטוי והן הזכות לשם טוב הם ענפים באותו עץ.⁹³ מקורם באותה תיבה: "כבוד האדם". הוויכוח בשאלה איזו מבין שתי הזכויות האלה גוברת מלווה אותנו עד היום,⁹⁴ וקצרה היריעה ברשימה זו מכדי לסקור אותן באופן ממצה. לדעתנו, הוויכוח הזה טרם הוכרע, וטרם נאמרה בו המילה האחרונה. לתנועת המטוטלת של נימוקי הוויכוח הזה נתייחס עתה.

סיפורו המשפטי והאנושי של המחזה של מוטי לרנר שעסק בחנה סנש ועמד להיות מוקרן על ידי רשות השידור יכול לשמש כנקודת פתיחה טובה בדיוננו זה.

במחזה נרמז כי חנה סנש הסגירה בחקירתה על ידי המשטרה ההונגרית את שמות חבריה הצנחנים לחוקריה. העובדות האלה לא היו אמת ולא נסמכו על הוכחות כלשהן. המחזאי, לרנר, טען בשם חופש היצירה והביטוי שגם עובדות שקריות חוסות בצל הגנתו של חופש הביטוי; שמדובר בדוקר-דרמה, שימוש בעובדות אמיתיות כבסיס ליצירה אומנותית. משפחתה של חנה סנש ואחרים פנו לבג"ץ. העתירה נדחתה, והמחזה שודר.⁹⁵

⁹⁰ ע"א 214/89 **אבנרי נ' שפירא**, פ"ד מג(3) 840 (1989).

⁹¹ ע"א 723/74 **הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד לא(2) 281, פס' 7 לפסק הדין של השופט שמגר (1997) (להלן: עניין **חברת החשמל ערעור לעליון**); ד"נ 9/77 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ**, פ"ד לב(3) 337, פס' 5 לפסק הדין של השופט שמגר (1978) (להלן: עניין **חברת החשמל דיון נוסף**) אשר היה בדעת מיעוט בנושא זה בפסק הדין.

⁹² אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית-המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" **שקט, מדברים!**, לעיל ה"ש 34, 185; כן ראו מאמרה המרתק של פנינה להב "יובל ועוד עשור לקול העם: מה עוד יש להגיד?" **עיוני משפט** לח 97 (2015); כמו כן ראו גם על השפעתו של ספרם של אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (1996) על מסורת הקליטה של חופש הביטוי במשפט המקומי ועל משמעות שיבוצו של השופט אגרנט בהרכבי הדיון בעניין **קול העם**.

⁹³ עניין **הרציקוביץ**, לעיל ה"ש 26.

⁹⁴ ברק מדינה והגר שגב "ההתנגשות בין זכויות: אפיון מחדש של איזון אנכי ואופקיי" **משפטים** 535 (2017).

⁹⁵ עניין **סנש**, לעיל ה"ש 29.

חשיבותו של פסק דין זה גדולה, לא רק בגלל ההחלטה לגופו של עניין שהתקבלה בו בעניין ציבורי מן המעלה הראשונה, אלא גם בגלל הניגוד הבולט בין הדעות, ההשקפות, הערכים והאיזונים שהנחו את דעתו של השופט ברק (בדעת רוב שנתמכה בשופט מצא), מחד גיסא, לבין דעת (המיעוט) של השופט חשין, מאידך גיסא. עמדתו הנחרצת של השופט ברק שיקפה הגנה כמעט אבסולוטית על חופש הביטוי. לפי דעה זו, גם ביטוי שקרי ראוי להגנה במסגרת חופש הביטוי. הביטוי הפוגעני ייאסר רק מקום שיש ודאות קרובה לפגיעה שהיא "מעבר לרמת הסיבולת שכל אדם נוטל על עצמו בחברה דמוקרטית".⁹⁶ באיזון האנכי הזה, כך ממשיך ברק, חופש הביטוי של המחזאי גובר על כבוד האדם של חנה סנש, ש"מופקע" מידי משפחתה והופך להיות חלק מאינטרס הציבור, ולכן הוא נדון במישור המשפט הציבורי, ולא במישור המשפט הפרטי. השאלה אינה אם חנה סנש או קרובה נפגעו, קובע ברק. השאלה היא האם רגשות הציבור נפגעו, ואם כן, האם הפגיעה הזו היא חמורה מנשוא. לפי גישת הרוב, תשובת המשפט הציבורי בסוגיה קשה זו הייתה, כאמור, שלילית.

לעומת הגישה הזו, הפתיח לפסק דינו של השופט חשין הוא שיר הלל לכבוד האדם: "תחילה והמשך וסוף הם בכבוד האדם. כי באין כבוד האדם אין אדם ואין חברת אדם".⁹⁷ ומתוך הדברים האלה נובעת גם המסקנה בהמשך: הן חופש הביטוי והן כבוד האדם וישו הטוב שתיהן זכויות חוקתיות שמעמדן ההתחלתי שווה.⁹⁸ אלא שכשפורטים אותן לפרטים ובודקים את תוכנה של כל אחת מהן בנסיבות המקרה, שומה עלינו, כך לדעתו של חשין, לקבוע כי זכותה של סנש לשם טוב היא "גדולה" מכל גדולה" והיא נאבדת בזכות פחותה ממנה, ומשכך היא גם גוברת עליה.⁹⁹

הוויכוח על העמדות שהובעו בפסק הדין, על התוצאה ועל משמעות פסק הדין בנוגע לנוסחת האיזון בין שתי הזכויות נמשך הרבה לאחר מתן פסק הדין.¹⁰⁰

גם בעניין **בן גביר נ' דנקנר**¹⁰¹ הידוע ערך בית המשפט עימות בין חופש הביטוי (של דנקנר בתוכנית "פופוליטיקה" בשידור חי) לבין השם הטוב של איתמר בן גביר, עליו אמר דנקנר "נאצי קטן ומלוכלך". השופטת פרוקצ'יה – שישבה גם בבג"ץ בכרי שעליו נדבר בהמשך – קבעה כי ערך חופש הביטוי והזכות לשם טוב שניהם ערכים המצויים באותו מפלס במדרג זכויות האדם. האיזון ביניהם הוא איזון אופקי. בהתנגשות ביניהם ידו של חופש הביטוי תהיה בדרך כלל על העליונה. רק במקרים קיצוניים, שהמקרה בו הוטח ביהודי הכינוי "נאצי" נמנה עליהם, תגבר הזכות לכבוד.¹⁰² לעומתה סבר השופט ריבלין, בדעת מיעוט, כי יש להעדיף את חופש הביטוי, "ציפור נפשה של הדמוקרטיה" [...]"חלק בלתי נפרד מהאתוס המשפטי שלנו".¹⁰³ כבוד האדם ושמו הטוב – הhonor והdignity

⁹⁶ שם, בפס' 16 לפסק הדין של הנשיא ברק.

⁹⁷ שם, בפס' 1 לפסק הדין של השופט חשין.

⁹⁸ שם, בפס' 30 לפסק הדין של השופט חשין.

⁹⁹ שם, בפס' 37 לפסק הדין של השופט חשין.

¹⁰⁰ משה גורלי "הגיאומטריה של כבוד האדם" **גלובס** (24.10.1999) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=174081>; הדס מגן "חשין נגד ברק" **גלובס** (3.8.1999) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=164877>; אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי" **משפטים** לב 623 (2002).

¹⁰¹ עניין **בן גביר**, לעיל ה"ש 1.

¹⁰² שם, בפס' 29–30 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

¹⁰³ שם, בפס' 10 לפסק הדין של השופט ריבלין הקובע כי: "חרות הביטוי היא אם החרויות. היא גם השברירה שבהן. היא הראשונה להיפגע אך הפגיעה לעולם אינה מסתיימת בה. עמה יחד נופלות החירויות כולן. נפילתה מסמלת את קץ קיומו של כבוד האדם. חרות האדם – כבודו. כבודו של אדם – חרותו."

שלו – גם הם מוגנים כזכות חוקתית, במשפט הפרטי כמו גם במשפט הציבורי, אולם כשמדובר בהבעת דעה המתייחסת לדמות ציבורית, חשיבותו של חופש הביטוי גוברת.¹⁰⁴

ברקע למחלוקות אלה ולצידן אנו עדים בשנים האחרונות ל"חלוקת עבודה" די ברורה בין המחוקק, שמשנה ומתקן ומרחיב את כלל החקיקה המסדירה את האחריות לפרסומים פוגעניים ומטרידים,¹⁰⁵ בעיקר ברשת, לרבות קביעת סעד של פיצויים ללא הוכחת נזק,¹⁰⁶ מחד גיסא, לבין בית המשפט העליון, המשמר את ההגנה החוקתית על חופש הביטוי ככל יכולתו, גם כשהחופש הזה מייצר תופעות – תרבותיות, פוליטיות וכלכליות – שליליות ופוגעניות, מאידך גיסא.

לתחרות בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב אנו עדים לאורך כל שלבי ההליך המשפטי המתנהל על פי חוק איסור לשון הרע, שהוא הזירה המרכזית להתנגחות בין שתי זכויות היסוד החשובות האלה. זאת, החל מהאופן שבו בית המשפט מפרש את תוכנם של פרסומים שלגביהם נטען שהם "עלולים לגרום" לתוצאות הפוגעניות עליהן מדבר סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, ולכן הם אסורים לכאורה;¹⁰⁷ עבור לפרשנות השאלה "מהו פרסום" ומה משמעותן של פעולות שמתבצעות ברשת – שיתוף, חיבוב, פוסט וסטטוס;¹⁰⁸ עבור לשאלה "מיהו אדם" לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע העוסק באחריות פלילית לפי החוק;¹⁰⁹ עבור בהמשך לשלב הדיון בהגנות שבסעיפים 13, 14 ו-15¹¹⁰ שמשקפות את הנסיבות שבהן חופש הביטוי והזכות לקבלת מידע שוללים את האחריות הנויקית של המפרסם, על אף היותו של הפרסום "לשון הרע"; וכלה בשלב הדיון בסעדים השונים, שאת הענקתם לתובע על בית המשפט לשקול – צווי מניעה, צווי עשה ופיצויים – כמו גם סוגיית גובה הפיצויים¹¹¹ ואפילו פסיקת ההוצאות בשלב האחרון של הדיון.

בתוך התהליך השיפוטי המורכב הזה, שבכל אחד משלבי על בית המשפט לבצע בחירה ערכית – בין אם במצוות לשון החוק ובין אם בהתאם לפסיקה קודמת – הדיון שבמסגרתו משתקף באופן האופטימלי שיח הזכויות האמור הוא הדיון בהגנות שחוק איסור לשון הרע מקנה למי שמפרסם

¹⁰⁴ שם, בפס' 40 לפסק הדין של השופט ריבלין.

¹⁰⁵ תיקוני ס' 1 לחוק איסור לשון הרע הרחיבו את האיסור שבו (תיקונים מס' 5, 8 ו-9). ס' 7א קובע פיצויים ללא הוכחת נזק. ראו חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 6), התשנ"ט-1998, ס"ח 18; ס' 25א מרחיב את מסגרת האחריות. ראו חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 7), התשס"ג-2002, ס"ח 27; חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 10), התשע"ד-2014, ס"ח 263; ראו גם דו"ח הוועדה בראשותה של השופטת עדנה ארבל שהוגש בנובמבר לכנסת: משרד המשפטים **הוועדה לגיבוש אמצעים להגנה על הציבור ונושאי משרה בשירות הציבור מפני פעילות ופרסומים פוגעניים, כמו גם בריונות ברשת** האינטרנט (2020).

https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/arbel_committee/he/ArbelCommittee.pdf.

¹⁰⁶ ס' 7א לחוק איסור לשון הרע.

¹⁰⁷ עניין **הרציקוביץ**, לעיל ה"ש 26. השופט ריבלין קבע כי במקרים של הבעת דעה קיצונית, הפרסום כלל לא ייחשב כלשון הרע; ראו גם את המחלוקת בין הערכאות השונות בעניין של התביעה שהגיש איתמר בן גביר כנגד אמנון דנקנר בעניין **בן גביר בשלום**, לעיל ה"ש 26, שם נקבע כי יש בפרסום משום לשון הרע; עניין **בן גביר במחוזי**, לעיל ה"ש 26, שם נקבע כי אין בפרסום משום לשון הרע; עניין **בן גביר**, לעיל ה"ש 1, שם נקבע שוב כי יש בפרסום משום לשון הרע. ¹⁰⁸ השופט עמית ברע"א 1688/18 **סרנה נ' נתניהו** (נבו 15.4.2018); וכן פסק הדין של השופטת דפנה ברק-ארז ברע"א 1239/19 **שאל נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ** (נבו 8.1.2020) (להלן: עניין **חברת ניידלי תקשורת בע"מ**). מאז הפרסום, צוטט פסק הדין בעשרות רבות של פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים והשלום, ראו למשל: ת"א (מחוזי י-ם) 13358-17 **01-17 חמדני נ' כהן** (נבו 5.5.2020); ראו גם פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה ע"ע (ארצי) 18072-02-19 **מזרחי נ' גבע** (נבו 9.2.2020).

¹⁰⁹ השופט שהם ברע"פ 3742/18 **פלוני נ' פלוני** (נבו 25.7.2018) נוקט פרשנות מרחיבה ששללה אחריות פלילית. אולם ראו תמר גדרון ואורי וולובלסקי "עבירת לשון הרע – האם פרסום לוועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין הוא פרסום לאדם" אחד? (בשולי רע"פ 3742/18 פלוני נ' פלוני) "משפטים על אתר יג 55 (התש"פ).

¹¹⁰ עניין **סרן**, לעיל ה"ש 25; ע"א 751/10 **פלוני נ' דיין אורבך**, פ"ד (3) 369 (2012) (להלן: עניין **פלוני בית המשפט העליון**); דנ"א 2121/12 **פלוני נ' דיין אורבך**, פ"ד (1) 667 (2014) (להלן: עניין **פלוני בדיון הנוסף**); יובל יועז "זה מה שחושב השופט אליעזר ריבלין על הטוקבקיסטים" **גלובס** (11.10.2012).

<https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000789085>.

¹¹¹ ע"א 7426/14 **פלונית נ' דניאל** (נבו 14.3.2016); רע"א 4740/00 **אמר נ' יוסף**, פ"ד (5) 510 (2001).

לשון הרע – סעיפים 14 ו-15 לחוק – שבו לבית המשפט יש יותר שיקול דעת וגמישות פרשנית.¹¹² המקרה המתגורר ביותר שבמסגרתו עסק בית המשפט בנושא זה בשנים האחרונות היה, ללא ספק, המקרה של פלוני נ' טלעד ותוכנית "עובדה".¹¹³ בית המשפט העליון הרחיב כאן את היקף ההגנה על העיתונות על פי סעיף 15(2) לחוק ואימץ את הלכת "העיתונות האחראית", שמקורה במשפט האנגלי.¹¹⁴ הלכה זו מייבאת לתוך דיני האחריות החמורה שבחוק איסור לשון הרע חלק מכללי הנזיקין המאפיינים דווקא את תחום דיני הרשלנות המקצועית, הן במשפט המקובל והן בשיטתנו.¹¹⁵ זוהי הרחבה חשובה של ההגנה על חופש הביטוי בהשוואה לדין שקדם לפסיקה זו.¹¹⁶

פרט לדיון במקומה של טענת ההגנה של "עיתונות אחראית" בחוק איסור לשון הרע, עמדו לפני בית המשפט במקרה זה לדיון סוגיות ערכיות נוספות: טענת ההגנה הנסמכת על "אמת לשעתה",¹¹⁷ פרשנות הגנת "תום הלב", פרשנות הדרישה לקיומו של "עניין ציבורי" ולגיטימיות ההתערבות של בית המשפט במלאכת העריכה המקצועית של הפרסום המכפיש. בכולן היה לבחירה בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב משקל מכריע. ההתלבטות הערכית בבחירה זו, לה אנו עדים בכל הדיונים, בכל הערכאות השיפוטיות שבהן נדון התיק מעידה על מורכבות ורגישות הבחירה הזו. כך, למשל, שלל בית המשפט העליון את הגישה הפרשנית של השופט סולברג בבית המשפט המחוזי, שדחה את טענות "אמת דיברתי" ו"תום לב" של "עובדה" ושל טלעד. פרשנותו של בית המשפט העליון הלכה חזק ורחוק לכיוון העדפת חופש הביטוי – בעיקר של התקשורת – במסגרת ההגנות של "אמת דיברתי" ("אמת לשעתה" "אמת עיתונאית") ו"תום לב".¹¹⁸ בדיון הנוסף צומצמו חלק מהאמירות החד-משמעיות וההחלטיות האלה, ורוככה גם הקביעה בדבר עליונותו המוחלטת של חופש הביטוי ועליונותה של הגישה האמריקאית המקנה לחופש הביטוי מעמד על,¹¹⁹ אך רק במעט.

ואכן, מבט מסכם על השלכותיו ההלכתיות של רצף ההחלטות במקרה זה מלמד כי בסופו של חשבון, חופש הביטוי זכה כאן בבכורה הערכית ובעדיפות על פני הזכות לשם טוב, גם אם בהסתייגות מסוימת.¹²⁰ משכך, הביקורת על פסק הדין בדיון הנוסף, בעיקר זה של השופט גרוניס, בהקשר הזה של המִדְרוּג של הזכויות, בהבדל אולי מהביקורת על השמרנות ביחס לתקשורת "הישנה" לעומת "התקשורת החדשה",¹²¹ נראית כמוגזמת, בעיקר במבט לאחור.

¹¹² אם כי ראו את הדיון המתמשך בעניין היקף ההגנה מכוח ס' 13(5) לחוק איסור לשון הרע במשך שנים ארוכות וסיכומו על ידי השופטת דפנה ברק-ארז ברע"א 4512/20 חברת מנו ספנות בע"מ נ' בלס (נבו) 14.10.2020.

¹¹³ עניין סרן, לעיל ה"ש 26; עניין פלוני בית המשפט העליון, לעיל ה"ש 110; עניין פלוני בדיון הנוסף, לעיל ה"ש 110.

¹¹⁴ לעניין Responsible Journalism ראו: Reynolds v. Times Newspapers [2001] 2 AC 127 (HL).

¹¹⁵ אולם ראו תמר גדרון "לשון הרע – עוולת רשלנות?" המשפט ד 219 (התשנ"ט); אורי צור "לשון הרע – עוולת רשלנות?" – תגובה" המשפט ד 239 (התשנ"ט).

¹¹⁶ עניין פלוני בית המשפט העליון, לעיל ה"ש 110. השופט פוגלמן, בהסכמת כל שופטי הדיון, ביטל את ההלכה שנקבעה בע"א 213/69 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עיתון הארץ בע"מ, פ"ד כג 87 (1969). ראו גם עידו באום "פרשת סרן ר' שיעור לסולברג בחופש העיתונות" הארץ (9.2.2012) <https://www.haaretz.co.il/news/law/1.1637445>.

¹¹⁷ במסגרת עניין פלוני בדיון הנוסף, הנשיא גרוניס שינה את ההלכה שנפסקה בפסק הדין דני"א 7325/95 ידיעות

אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1 (1998).

¹¹⁸ אלעד פלד "אופייה הראוי של ההגנה על פרסומי לשון הרע שגויים בכלי התקשורת: בעקבות ע"א 751/10 פלוני נ'

דיין-אורבך "משפטים על אתר" ה 23 (התשע"ג). יש לשים לב שהמאמר נכתב בתקופה שבין מתן פסק הדין בערעור לבין

הדיון הנוסף.

¹¹⁹ רייכמן, לעיל ה"ש 92.

¹²⁰ עניין בכרי ערעור לבית המשפט העליון, לעיל ה"ש 11, פסק הדין של השופט עמית.

¹²¹ ראו למשל תהילה שוורץ-אלטשולר "טעם מרי: הדיון הנוסף בסוגיית אילנה דיין וסרן ר': על 'הגנת העיתונאות

האחראית', על אמת לשעתה, על עיתונאי לשעתו ועל מותה של האתיקה העיתונאית" העין השביעית (21.9.2014) <https://www.the7eye.org.il/126685>.

דומה כי מאז סיומו של סבב הדיונים בעניין סרן ר',¹²² ומאז הקביעה החד־משמעית שמחילה את האיזונים שנקבעו שם, בהתאמה, גם על שלל הפעילויות והפרסומים הנעשים ברשת,¹²³ המעמד הנורמטיבי המכובד – אבל לא בהכרח המועדף אפרוירית – של חופש הביטוי התקבע בפסיקה הישראלית, ואין עליו עוד עוררין. על בסיס הסכמה פסיקתית זו ובמקביל לה, גם ההגנה על הזכות לשם טוב זוכה לאישוש מתמיד והיא מובילה את המאבק בפרסומי הכזב, הפייק ניוז והשיימינג, שהפכו להיות מכת התקשורת בעת האחרונה. הזכות לשם טוב זוכה בנוסף להכרה הפסיקתית גם למאמצי חיזוק בלתי נלאים מצד המחוקק, גם אם לא תמיד בהצלחה מלאה.¹²⁴ קריאה קפדנית של הפסיקה של השנים האחרונות מעלה כי הרטוריקה שקידמה את ההעדפה הכמעט מלאה של חופש הביטוי¹²⁵ התמתנה קמעה, אולם במבחן התוצאה דומה כי נקודת האיזון הערכית המועדפת כיום, לפחות בבית המשפט העליון, נוטה עדיין לכיוון זה.¹²⁶

ד. האיזונים בין חופש הביטוי לשם הטוב בפסק הדין

על אף תמונת ההתלבטות בין השיקולים הערכיים הרלוונטיים שפסק דינה של השופטת סילש משרטט לפנינו, ולמרות הרצון הברור של בית המשפט לייצר נראות של שיקול דעת עצמאי מחודש, דומה כי המסקנה הסופית בעניין "גינין ג'נין" כמו נכתבה מאליה והוכתבה על ידי נסיבותיו המיוחדות של המקרה וההיסטוריה השיפוטית שהוא מגלם בתוכו. ספק בעינינו אם ניתן היה להחליט אחרת בסוגיית האחריות. זאת, הואיל ופרט לקביעה העובדתית החיובית שלפיה התובע מגנאגי ניתן לזיהוי חד־משמעי בסרט, הכולל כבר נאמר ונכתב כמעט עשור שלם קודם לכן. ומשהוכרע העניין העובדתי הזה – רואים או לא רואים את התובע בסרט – התוצאה היא גם צפויה, גם ראויה וגם מאוזנת, לפחות מבחינת הטלת האחריות הנזיקית על בכרי כלפי מגנאגי התובע. בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, לאחר שהעניין כבר נדון הן בבג"ץ, הן בבית המשפט המחוזי אצל השופטת נד"ב והן בבית המשפט העליון בערעור על ההחלטה של בית המשפט המחוזי, ולאחר שכל הערכאות האלה קבעו בצורה הברורה ביותר שמדובר בסרט שקרי, מניפולטיבי, שאינו דוקומנטרי ושאפילו יוצרו מודה שאינו משקף את מה שבאמת קרה בג'נין בעת המבצע, היה ברור לגמרי לאן צריכות כפות המאזניים לנטות, בתנאי, כמובן, שניתן יהיה להתגבר על המכשול הלכאורי שיצר סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע כפי שהוסבר לעיל.

לכן, המשא המצטבר של ההחלטות הקודמות הוביל, למעשה, מכוח עצמו ובאופן מתבקש, למסקנה הסופית שאליה הגיעה השופטת סילש ולהטלת אחריות נזיקית בגין הפרת חוק איסור לשון הרע על בכרי. והמסקנה הזו, לפיה באיזון בין שמו הטוב של אל"מ מגנאגי (מיל) לבין חופש הביטוי של יוצר הסרט, שהגן עליו הן בטענת "אמת דיברתי", שהוא עצמו סתר אותה לא אחת לפני, במהלך

¹²² עניין פלוני בדיון הנוסף, לעיל ה"ש 110.

¹²³ עניין חברת ניידלי תקשורת בע"מ, לעיל ה"ש 108.

¹²⁴ ראו הצעות חוק שלא קודמו בעניין ההגנה על חיילי צה"ל: הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – לשון הרע על צה"ל), התשע"ג–2013, ה"ח פ/759/19 – הצעת חוק אשר הונחה על שולחן הכנסת ה-19 על ידי חבר הכנסת שטבון; הצעת חוק למניעת שימוש לרעה בהליך משפטי, התשע"ה–2015, ה"ח פ/490/20; הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – פרסום לשון הרע ברשת האינטרנט), התשע"ה–2015, ה"ח פ/1363/20. כולן לא הגיעו לכדי מיצוי.

¹²⁵ עניין בן גביר, לעיל ה"ש 1, בפסק הדין של השופט ריבלין; עניין חברת החשמל ערעור לעליון, לעיל ה"ש 91, פסק הדין של השופט שמגר; עניין חברת החשמל דיון נוסף, לעיל ה"ש 91, פסק הדין של השופט שמגר.

¹²⁶ חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוטז שנור דיני לשון הרע: הדין המצוי והדין הרצוי חלק שישי (מהדורה שנייה מורחבת 2019); ראו גם את צמצום הלכת אוגנרפלד ברע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל (נבו 2.11.2017). לצד זאת יש לומר כי הפסיקה של הערכאות הנמוכות יותר, בעיקר בית משפט השלום, משקפת מוכנות גדולה יותר להגן על השם הטוב וסובלנות נמוכה יותר לחופש הביטוי.

ואחרי הדיונים, והן בטענת "הבעת דעה" – ששתיהן למעשה נזנחו ולאחר מכן נדחו על ידי בית המשפט – ושכבר מימש את חופש הביטוי שלו במהלך העשור האחרון בהקרנות בפורומים שונים בארץ ובחו"ל, ידה של הזכות לשם טוב צריכה להיות על העליונה.¹²⁷

לדעתנו, הבחירה הערכית של השופטת סילש גם בשאלת האחריות וגם בהטלת חובת הפיצוי הייתה לא רק צפויה, אלא גם תואמת היטב את מבחן האיזונים שקבע חוק איסור לשון הרע.¹²⁸ זאת, הן בנוגע ליסודות העילה: הפרסום, הקישור של הפרסום לתובע ופוטנציאל הפגיעה בו והן בנוגע לטענות ההגנה שהעלה בכרי.¹²⁹ הדיון המוקפד, צעד אחד צעד, בלי להותיר אבן על אבן, כפי שנעשה בפסק הדין, מטפל היטב מראש בכל טענה משפטית שעלולה לפגוע במסד המסקנות שבונה בית המשפט, ומשכיל לעגן חלק ניכר מהמסקנות המשפטיות בקביעות עובדתיות שספק אם ניתן יהיה לתקוף אותן בערעור על החלטה, כשיוגש.

לא כך הדבר בנוגע להחלטה לאסור על הפצת הסרט והחרמת עותקיו, פרט להקרנות ב־YouTube, עליה נעמוד עתה.

ה. מניעת הפרסום בפסק הדין – נסיבות ואיזונים

פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין מגנאגי מגיע לסימו – לאחר ניתוח ארוך ומורכב של שלל סוגיות משפטיות – בקבלת מלוא טיעוניו של התובע: בית המשפט קובע כי הוכחו יסודות עילת התביעה; כי יש לדחות את טיעוני הנתבע לקיומן של הגנות של "אמת דיברתי" לפי סעיף 14 לחוק ו"יתום לב" לפי סעיף 15 לחוק (שבפועל כנראה נטענו רק בכתב ההגנה, אך לא חזרו עליהן בדיון, כך משתמע מפסק הדין);¹³⁰ כי על בכרי לשלם למגנאגי פיצוי כספי; וכי יוצאו צו איסור פרסום וצו החרמה של כל עותקי הסרט, פרט לאלה המוחזקים בידי ערוץ YouTube.

הסעד האחרון הזה, אותו מעניק בית המשפט כמעט כלאחר יד וכמעט כמובן מאליו, מפנה את הזרקור לסוגיה שאינה זוכה לעיון מעמיק בדרך כלל בפסיקה הישראלית בהקשר להגנה על השם הטוב בחוק איסור לשון הרע, ועניינה בתאימות של סעד צווי – עשה ואל תעשה – לקידום יישומו של האיזון הראוי בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב על פי דיני הנזיקין בכלל, וחוק איסור לשון הרע בפרט. בנסיבות המקרה שלפנינו קיימת גם שאלה משנית, והיא, מהו תוכן שיקול הדעת שיש להפעיל מקום שלהליך שבו מתבקש הציווי קדם דיון בערכאה אחרת – במקרה זה במעמד שונה ובתוכן שונה – שבו הוחלט לסרב להוציא את הצו המבוקש.

¹²⁷ לדעתנו, ניתן אפילו לקרוא את המסקנה הזו כבר בין השורות של ההחלטה הקודמת של השופטת נד"ב שדחתה בזמנו את תביעת קבוצת החיילים בשם המגבלה שכפה עליה ס' 4 לחוק איסור לשון הרע. אולי ניתן לקרוא את המסקנה הזו גם בין שורות פסק הדין של בית המשפט העליון, שאישר את פסק דינה של השופטת נד"ב בנסיבותיו, למרות ששם הרטוריקה המכתירה את חופש הביטוי כ"אם כל הזכויות", לפחות ברמה העקרונית, בהחלט בולטת במיוחד, ואפילו משתלטת על השיח הערכי שנפרס שם.

¹²⁸ ראו עניין **סנש**, לעיל ה"ש 29, בפסק הדין של השופט חשין על ההבחנה בין זירת המשפט הציבורי לבין זירת המשפט הפרטי; וכן עניין **בן גביר**, לעיל ה"ש 1, בפסק הדין של השופט ריבלין.

¹²⁹ עניין **בכרי ערעור לבית המשפט העליון**, לעיל ה"ש 11. במסגרת פסק הדין קבע בית המשפט העליון בנוגע לטענת תום הלב של בכרי כי בכרי התכוון להציג תמונה מסולפת והתכוון לפגוע בתדמית של צה"ל ולוחמי חומת מגן.

¹³⁰ עניין **בכרי סיבוב 2 במחוזי**, לעיל ה"ש 3.

ה.1. צו מניעה זמני

סעדי אכיפה – חיובית ושלילית – זמניים, שבית המשפט מוציא עוד לפני הדיון בתביעת לשון הרע, ניתנים בדרך כלל במשורה.¹³¹ בהבדל מהזכות לפרטיות, שמרגע שנפגעה, לא ניתן לשקמה, בתי המשפט אימצו גישה שלפיה בדרך כלל, ולמעט במקרים חריגים שבהם לא ניתן יהיה לשקם את הנזק שייגרם, אם ייגרם, על ידי פרסום לשון הרע, יש לאפשר לנתבע לפרסם את התוכן בעל פוטנציאל ההיזק, ובד בבד להטיל עליו את הסיכון שאם לא יצליח בהוכחת אחת ההגנות המוקנות לו לפי החוק, יישא בתוצאה הכספית של מעשיו על ידי תשלום פיצויים. סעדים נוספים המצויים בארגז הכלים של בית המשפט במקרה שבו מוטלת על הנתבע אחריות בגין הפרת חוק איסור לשון הרע הם הסעד ההצהרתי וגם הסעד של פרסום תיקון השולל את תוצאותיה של לשון הרע, בלא לפגוע בחופש הביטוי.¹³² השופט ברק הוביל בבית המשפט העליון קו, שמאז התקבע ויושם בהקפדה יחסית, שלפיו הזכות למנוע פרסום מכפיש היא "זכות יחסית" מותנית.¹³³ משכך, בשלב שלפני הדיון משקלו של חופש הביטוי גובר, הנתבע יכול ליהנות מהסיכוי שלפחות אחת מטענות ההגנה שלו תתקבל, ובשל כך בקשה למנוע את הפרסום בדרך כלל לא תתקבל. יתר על כן, בניגוד למצב במשפט עצמו שבו הנתבע הוא זה שצריך לשכנע בקיום אחת מטענות ההגנה שלו, כאן, התובע, המבקש את צו המניעה, הוא זה שנושא בנטל השכנוע כי אין ממש באף לא אחת מטענות ההגנה של הנתבע.¹³⁴ במצב כזה ברור שהסיכוי של התובע בבקשה לקבלת צו מניעה לפני ניהול הדיון בתיק שואף לאפס. ההלכה הזו התקבעה בפסיקה הישראלית והיא שלטת בה כבר עשרות בשנים.¹³⁵ היא חלה ומחייבת ביתר שאת במקרים שבהם התובע הוא דמות ציבורית.¹³⁶

המקרה הידוע ביותר שבו יושמה ההלכה הזו, שהיו לה, כנראה, השלכות מעשיות לא מבוטלות, התרחש כשכתב "ידיעות אחרונות", אריה אבנרי, עמד לפרסם ספר, "הגביר",¹³⁷ שבו נפרסו עלילות ח"כ הרב אברהם שפירא ז"ל, אז יו"ר ועדת הכספים של הכנסת. ההחלטה לאפשר את הוצאתו לאור של הספר "הגביר" ערב קיומן של בחירות לכנסת, למרות שהיה ברור שתוכן הספר ישפיע באופן משמעותי על תוצאותיהן, הבהירה כי בית המשפט היה מודע לכך שהתוצאה של הדיון עלולה להותיר פגיעה שלא כדין בשם הטוב ללא סעד ראוי. השופט ברק רואה בכך תוצאה בלתי נמנעת מהצורך לאזן בין שני הערכים המתנגשים בנסיבות מקרה זה – חופש הביטוי והשם הטוב – שכל איזון בין זכויות, גם הוא "מניח קורבנות".¹³⁸ עם זאת, כך ממשיך השופט ברק, בית המשפט חייב לעשות כל מה שלא ידו על מנת לצמצם את המקרים שבהם נותרת פגיעה בזכות ללא סעד מתאים, וגם להתאים ככל האפשר את שיטת הפיצויים ככלי מהותי להשגת סעד צודק ולזרוז את הדיון

¹³¹ לגישה שלפיה סעדי אכיפה צריכים להיות ברירת המחדל בתביעות על פי חוק איסור לשון הרע ראו אלעד פלד צווי עשה בדיני לשון הרע (2012).

¹³² עניין אמר, לעיל הי"ש 111, בפסי' 11 לפסק הדין של הנשיא אהרן ברק.

¹³³ עניין אבנרי, לעיל הי"ש 90, בעמ' 851.

¹³⁴ לסקירה מקיפה בנושא צווי מניעה בלשון הרע ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל הי"ש 126.

¹³⁵ עניין אבנרי, לעיל הי"ש 90, בעמ' 863; כך ראו ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי (נבו 4.8.2008). ראו המחלוקת בין בועז שנור, מחד גיסא, לבין חאלד גנאים ומרדכי קרמניצר, מאידך גיסא, באשר לדין הרצוי בנושא צווי מניעה מקדימים – גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל הי"ש 126, בעמ' 423.

¹³⁶ ראו גם: ע"א 3418/91 העולם הזה בע"מ נ' סני שירותי החזקה וניקיון, פ"ד מה(4) 283 (1991); עניין קופר, לעיל הי"ש 32; ת"א (מחוזי נצ') 388/88 חביבי נ' משעור, פ"מ תשנא(3) 3 (1991). בית המשפט קיבל את הבקשה ונתן צו מניעה האוסר על הנתבעים לחזור ולפרסם את הקטעים הרלוונטיים או להפיצם.

¹³⁷ אריה אבנרי הגביר: ח"כ אברהם שפירא – "מנכ"ל המדינה" (1988).

¹³⁸ עניין אבנרי, לעיל הי"ש 90, בפסי' 39 לפסק הדין של השופט ברק.

המשפטי ככל האפשר על מנת שהצדק לא יאחר לבוא.¹³⁹ ההחלטה בעניין אבנרי הפכה להלכה מחייבת במקרים שבהם מתבקש צו מניעה זמני בטרם הדיון, אף כי לא הכול מסכימים עימה.¹⁴⁰

ה.2. צו מניעה מתמשך (קבוע) בסיום הדיון – הביקורת על פסק הדין

לעומת ההלכה הברורה והמצמצמת שעל פיה נוהגים בתי המשפט בכל הנוגע לבקשות למניעת פרסום מראש, אותן הם מתבקשים להוציא עוד לפני הדיון בתביעה בגין הפרת חוק איסור לשון הרע לגופה, בטרם שמיעת הראיות בתיק, המבחן שלפיו אמור בית המשפט להוציא צו מתמשך¹⁴¹ (קבוע) בסיומו של הדיון המשפטי כדי למנוע המשך הפצת פרסום שלגביו כבר נפסק שהוא מפר את החוק ובגינו כבר הוטלה אחריות על המפרסם, טרם שורטט באופן בהיר וממצה על ידי הפסיקה הישראלית. בסוגיה זו נעסוק עתה.

נתוני הפתיחה של הדיון במבחן זה ברורים: מדובר בתביעה שנדונה לגופה, ובית המשפט פסק בה לאחר שמיעת הצדדים והטיל אחריות נזיקית על המפרסם. בית המשפט קבע כי תנאי סעיף 1 לחוק התקיימו, דהיינו שקיים פוטנציאל פגיעה בשמו הטוב של התובע; שנעשה "פרסום" כנדרש בחוק; שהפרסום מתייחס לתובע; ושלנתבע לא עומדת אף אחת מההגנות שהחוק מונה. לעיתים בית המשפט סבור שלתובע מגיע פיצוי מהנתבע בגין הפגיעה בשמו הטוב. לעיתים בית המשפט מתבקש להוציא פסק דין הצהרתי ו/או להורות על פרסום תיקון או הכחשה. בנוסף או לחלופין בית המשפט מתבקש לעיתים גם לתת צו האוסר על המשך הפצת הפרסום – באופן מלא או חלקי – או מורה על החרמת עותקי הפרסום. כל הסעדים האלה מנויים בסעיף 9 לחוק איסור לשון הרע.

השאלה הנשאלת היא מה מידת שיקול הדעת שיש – אם בכלל – לבית המשפט בנסיבות אלה בנוגע לבקשת התובע להוציא צו מניעה קבוע נגד הנתבע, ומהם המבחנים שעל בית המשפט להפעיל על מנת להחליט אם להיענות לבקשה או לדחותה. זוהי שאלה ערכית עקרונית כללית. היא משקפת – שוב – את הצורך לאזן בין חופש הביטוי של המפרסם, הנתבע שהפסיד, לבין השם הטוב של התובע שזכה בדין.

שאלה שנייה שעולה לעיתים, כמו במקרה של "גינין ג'נין" בו אנו דנים, היא מה מידת האפקטיביות הנדרשת מצו מניעה קבוע (מתמשך) והאם היעדר אפקטיביות נסיבתית מהווה סיבה להימנע מהוצאת צו כזה מלכתחילה. זוהי שאלה של יעילות.

שאלה שלישית המחייבת, גם היא, לדעתנו, חשיבה מחודשת, היא השאלה האם במסגרת שיקולי המדיניות הכרוכים בהוצאת צו מניעה קבוע/מתמשך יש להביא בחשבון את העובדה שהפרסום שבו מדובר, הסרט "גינין ג'נין", שאת הפצתו מבקשים למנוע, כבר עמד בזמנו לדיון בבג"ץ במסגרת עתירתו של בכרי נגד החלטת המועצה לביקורת סרטים ומחזות, שאסרה בזמנו על הקרנתו בבתי הקולנוע המסחריים ברחבי הארץ. לפני הבג"ץ עמדה אז סוגיה דומה לזו בה אנו דנים כעת: האם לאשר או לפסול את הקרנת הסרט. ההבדל בין שתי הבקשות מתבטא לא רק בזהות הצדדים לדיון,

¹³⁹ ש.ם.

¹⁴⁰ אריאל בנדור "חופש לשון הרע" משפטים כ 549 (1991). המחבר טוען כי ניתן להסיק מהנכונות להוציא צו מניעה קבוע כתוצאה מאיזון אינטרסים פסיקתי גם לגבי צו מניעה זמני.

¹⁴¹ צו מניעה סופי אינו בהכרח "קבוע" או "לתמיד" בלשונו של ס' 72, שכן הוא יכול להיות מוגבל בזמן. לכן הוא נקרא perpetual, יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין **דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית** 551 (גד טדסקי עורך 1969).

באינסטנציה השונה שבה נדונה כל אחת מהבקשות וגם לא רק ברמת האינטרסים שביניהם יש להכריע והמישור המשפטי בו כל אחת מהבקשות נדונה. ההבדל המשמעותי העיקרי לענייננו כאן הוא זה הנובע מהעובדה שאת צו המניעה מבקש התובע לקבל בסיומו של דיון שבו שוכנע בית המשפט כי הפרסום הנדון אינו אמת והוא לא נעשה בתום לב.

האם להחלטה בבג"ץ צריכה להיות השפעה על הסעד המניעתי הקבוע שמבקש התובע מגנאגי בתביעה הנזיקית שלו, שנים רבות לאחר מכן? שאלה זו מערבת שיקולים ערכיים עם שיקולים נסיבתיים.

נדון בשלוש השאלות האלה בסדרן:

השאלה הראשונה: מתי זכאי תובע שזכה בתביעת לשון הרע לצו מניעה "לתמיד"?¹⁴² יש מי שלגישתם עצם קביעתו של בית המשפט כי מדובר בלשון הרע וכי לנתבע אין הגנה היא כשלעצמה מצדיקה הוצאת צו מניעה האוסר על המשך הפצתו של הפרסום המכפיש.¹⁴³ זו הייתה גם עמדתה של השופטת סילש בענייננו.¹⁴⁴ עמדתנו בסוגיה זו שונה. אנו סבורים כ לבית המשפט יש במקרה כזה שיקול דעת התלוי, בעיקרו של דבר, בנסיבות המקרה. אומנם, נכון כי ברובם המכריע של המקרים, משהוטלה על הנתבע אחריות ללשון הרע שפרסם, אכן מן הראוי להוציא צו מניעה קבוע. אולם יש לברירת המחדל הזו חריגים. הם יחולו באותם מצבים, שאינם רבים, שבהם קיימים שיקולי נגד שיכולים להטות את הכף לכיוון האחר ולהפוך את סעד הציווי לפחות מוצדק. כך במקרה שלנו. ונסביר: סמכותו של בית המשפט המתבקש להוציא צו מניעה בסיומו של דיון בתביעת לשון הרע שבה זכה התובע היא סמכות שכפופה תמיד לשיקול דעת בית המשפט,¹⁴⁵ בהבדל מתרופת הפיצוי שמהווה ברירת מחדל במקרה של זכייה.¹⁴⁶ בכך שונה גישת המשפט הישראלי מהגישה המקובלת בשיטות משפט אחרות.¹⁴⁷ מהיותה שריד לדיני היושר¹⁴⁸ משקפת תרופת הציווי תפיסה משפטית שונה שבוחנת את השפעת הסעד על הצדדים והתאמתו לסיטואציה הנזיקית שאותה הוא אמור להסדיר.

¹⁴² ייתכנו הבדלים מסוימים בין צווי מניעה לצווי עשה. אנחנו נתמקד בצווי מניעה מן הסוג שהוצא בעניין **בכרי סיבוב 2 במחוזי**, לעיל ה"ש 3.

¹⁴³ נחום רקובר **על לשון הרע ועל הענישה עליה במשפט העברי** ס' 18 (התשכ"ב) <http://www.daat.ac.il/daat/kitveyet/sinay/allashon1-4.htm>; גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 126, בחלק השישי שם מובעת דעה נחרצת שלפיה משהוכרז כי הפרסום מהווה לשון הרע ואין לנתבע הגנה, מתחייבת הוצאת צו האוסר המשך ביצוע העוולה. לדעתנו, הגישה הזו מבוססת על גישה פלילית שמדגישה את הפגיעה של לשון הרע בשלום הציבור; פלד **צווי עשה בדיני לשון הרע**, לעיל ה"ש 131.

¹⁴⁴ עניין **בכרי סיבוב 2 במחוזי**, לעיל ה"ש 3, פסי' 251 לפסק הדין תוך הסתמכות על פסק הדין שניתן בעניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 90; ועל פסק הדין שניתן בע"א 407/54 **בית משותף ג' פתח תקווה בע"מ נ' למפרט**, פ"ד י 1104 (1956).

¹⁴⁵ סעיפים 71–73 לפקודת הנזיקין. אורי שנהר **דיני לשון הרע** (1997); ה"פ (מחוזי ת"א) 13-01-1242 **הראל נ' Google Inc.** (נבו 2013.6.24); השופט אהרן ברק בעניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 90. הדגש בדיון במקרה זה הוא על צווי מניעה זמניים, אבל התניית הצוים בשיקול דעת מופיעה בפסק הדין גם בהקשר לצווי מניעה סופיים.

¹⁴⁶ עניין **אמר**, לעיל ה"ש 111; עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 90.

¹⁴⁷ Tamar Gidron & Onishi Hiroko, *Protection of Personal Rights through Judicial Pre-publication Orders: A Comparative Israeli and Japanese Perspective*, in CONTEMPORARY PRIVATE LAW 127 (Sylvia Kierkegaard ed., 2012); אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 141, בעמ' 551; אלעד פלד "תרופת האכיפה בדיני הנזיקין" **דין ודברים** ו 601 (2012); ARK.L.NOTES, 1999 *Equitable Remedies for Common Law Torts*, Howard W. Brill, (1999).

¹⁴⁸ דיני הנזיקין מעניקים סעד של צווי על פגיעה בזכויות קנייניות. פגיעה בשם הטוב נתפסת לעיתים כפגיעה בקניין, ואז סעד הציווי הוא המתאים ביותר.

את תרופת הציווי, גם הקבוע, יש להעניק לתובע שזכה בתביעת לשון הרע תוך איזון מחודש בין חופש הביטוי של המפרסם לבין זכותו לשם טוב של התובע, תוך שקילת נסיבות המקרה ובהתאמה להן. נסיבות כאלה קיימות, לדעתנו, במקרה שלפנינו.

טיעון נסיבתי ראשון בכיוון זה בענייננו מתמקד בכך שמדובר בפרסום תוכן ישן, שהרלוונטיות שלו כבר מוצתה ברובה, ומבחינה ציבורית העוקץ שבו כבר התיישן במידה לא מבוטלת. הסרט כמעט נעלם מהאקרנים, והדיון הציבורי סביבו דעך (ושב לכותרות עם מתן פסק הדין). אין טעם, לעמדתנו, לאסור על הקרנתו הספורדית והלא רלוונטית בנסיבות אלה במחיר עלותה של זעקת הקוזק הנגזל שצו המניעה מאפשר ליוצר הסרט. אמת, יהיה מי שיטען שדווקא משכך, לאחר שבכרי נהנה במשך למעלה מעשר שנים מחופש הביטוי ומהקרנה חופשית של הסרט, הפגיעה בחופש הביטוי שלו תהיה פחות משמעותית אם הקרנת הסרט תיעצר מכאן ולהבא. לגישתנו, ההפך הוא הנכון. חופש הביטוי צריך דווקא לקבל העדפה כאשר ממילא פוטנציאל הנזק מהפרסום המיושן הוא מינימלי.¹⁴⁹ האיזון הערכי הראוי בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב בשאלת הפצת הסרט "גינין גינין" מנביע, לטעמנו, בגלל הנסיבות המיוחדות, מסקנה שונה מזו שאליה הגיעה השופטת.

טיעון נוסף שיש בו כדי לחזק את השיקול נגד הוצאת צו מניעה קבוע מקורו באובדן היומרה האוטנטית של הסרט במהלך השנים, ועל כך שלאחר שהוא עוטר לאורך כל הדיונים המשפטיים בשמות תואר שליליים למכביר, הסכנה שהפצתו תגרום נזק משמעותי נוסף היא זניחה. הסרט הוא שקרי, מטעה, מכוון ביודעין לפגוע בחיילי צה"ל, וככזה פוטנציאל הרעה הגלומה בו דעך.¹⁵⁰

זאת ועוד. גלגוליו של הסרט בערכאות הקודמות והוקעתו כמניפולטיבי ושקרי הביאו לכך שהערך ההצהרתי שיש במתן צו שימנע את הפצתו בעתיד מאבד מהאפקטיביות שלו. "הכול יודעים" שמדובר בסרט שאינו אמת. בנסיבות כאלה, סעד הפיצויים מקבע את נצחוננו של התובע בצורה מספקת, ואין צורך עוד בהצהרה נוספת.

השאלה השנייה, שאלת ישימותו של צו המניעה המתמשך וההשלכות הערכיות והתועלתניות שיש להיעדרה במקרה זה: לדעתנו האפקטיביות המעשית של הצו בנסיבות המקרה המיוחד שלפנינו היא אפסית, ולכן לא היה מקום להעניקו מלכתחילה. היעדר האפקטיביות במקרה הזה הוא לא רק בעל משמעות דיונית-יישומית, אלא שיש לו גם משמעות ערכית. בנוסף, הוא הופך את אלמנט ההרתעה של הציווי לזניח ואת המשמעות ההצהרתית שלו למינימלית. לכל אלה השפעה משמעותית נוספת על האיזון הערכי הראוי במקרה זה בין חופש הביטוי של בכרי לבין כבודו ושמו הטוב של התובע, מגנאגיי.

ההסבר לטיעון המשולש הזה הוא כדלקמן: כזכור, השופטת סילש החריגה מהצו האוסר פרסום והפצה של הסרט "גינין גינין" ומורה על החרמת עותקיו את השידור וההפצה של הסרט באמצעות ערוץ YouTube. את השידור הזה הותירה על כנו.¹⁵¹ אנו סבורים כי בעידן שבו הפרסומים ברשת

¹⁴⁹ "הזכות להישכח" של התובע, זכות שמזכה את הנפגע מלשון הרע ב"מחיקת היסטוריה מזיקה", שמקורה הוא בעניין **Google Spain**, לעיל ה"ש 83, טרם נקלטה בארץ בצורה מחייבת (לעניין זה, ראו את עניין **מילר במחוזי**, לעיל ה"ש 89, ומכל מקום היא לא נראית ישימה במקרה שבו מדובר בפרסום אומנותי מכפיש).
¹⁵⁰ ראו עניין **ג"ץ בכרי**, לעיל ה"ש 8; עניין **בכרי סיבוב 1 במחוזי**, לעיל ה"ש 10; עניין **בכרי ערעור לבית המשפט העליון**, לעיל ה"ש 11.

¹⁵¹ על משמעות הפרסום בערוץ YouTube ראו עניין **בכרי סיבוב 2 במחוזי**, לעיל ה"ש 3, פס' 120 לפסק הדין; על החרגת הערוץ ראו שם, פס' 252 לפסק הדין. מפאת חשיבותו לדיון, להלן ההנמקה כולה, פס' 252 לפסק הדין: "בהליך דנא, מתקיימים התנאים למתן צו המונע את המשך הקרנתו של הסרט, כמו גם החרמת עותקי הסרט המצויים ברשותו ו/או בשליטתו של התובע כמו גם בידי צדדים שלישיים בישראל. עם זאת, והגם שנמצא כי סרטו של התובע עומד בניגוד

הם הם אלה שמהווים את המקור העיקרי של צריכת תוכן ותקשורת – חדשותית, תרבותית ואחרת – מתאיין, או לפחות נפגע אנושות, האפקט המניעתי שהוצאת צו מניעה מבקשת לשדר, כמו גם האפקט ההצהרתי שלו. ברור לכול כי נגישותו של הסרט לכל מי שמבקשים לצפות בו לא נפגעה כהוא זה כתוצאה מצו המניעה שהוציא בית המשפט. מי שלא יוכלו לצפות בו בסינמטק או בשיעור באקדמיה או בהרצאת העשרה אינטלקטואלית-פוליטית יצפו בו ברשת, שם הוא נשאר זמין בערוץ YouTube – שהוא ערוץ חנימי, נגיש ומקובל על מגוון ציבורים בישראל ובעולם, בשונה מערוצי נישה או ערוצים בתשלום שהשפעתם ותפוצתם מצומצמים יותר. על תכונותיו הייחודיות של הערוץ עומדת השופטת סילש עצמה במהלך פסק הדין בהקשרים שונים תוך הדגשת ייחודיות הפלטפורמה הזו, נגישותה ותפוצתה.

הטיעון הזה לא נעלם גם מעיני מבקריו הרבים של פסק הדין – משני צידי המתרס – שהעלו, בצדק, גם את העובדה שפרסום פסק הדין עצמו והדיון שהוא עורר סביב לגיטימיות מתן צו המניעה הגדיל כשלעצמו את השיח סביב הסרט ומסריו ויצר ביקוש יתר לצפייה בו בערוץ ה־YouTube, שנותר, כאמור, פתוח.¹⁵² אין תמה בכך שעיקר הביקורת על פסק הדין התמקדה בסוגיית צו המניעה ומגבלותיו, והרבה פחות בעצם הטלת האחריות על בכרי ועל חיובו בתשלום פיצוי לטובת מנגאיי התובע.

בית המשפט החליט להחריג את Google ו־YouTube מהצו האוסר על הקרנת הסרט ומורה על החרמת עותקיו בגלל העובדה שלא נעשתה פנייה קודמת ל־YouTube להסרת הסרט. לדעתנו, ספק אם יש בנימוק הזה, גם אם הוא מעוגן בפסיקה קודמת העוסקת בעוולות המתבצעות ברשת,¹⁵³ משקל מספיק להצדקת ההימנעות מהטלת צו גורף ואפקטיבי, כמובן ככל שבית המשפט סובר שצו כזה מן הראוי שיוטל. יש לזכור כי הדרישה למתן הודעה מוקדמת על כוונה לתבוע כבר בשלב טרום תביעה מטרתה בעיקר ליידע את הנתבע הפוטנציאלי על ההפרה ולאפשר לטפל בה ללא צורך בפנייה לבית המשפט, והתהליך כולו בא ליצר היגיון כלכלי בחיוב המפרסמים – בדרך כלל ברשת – לדאוג ל"ניקוי" הרשת מפרסומים פוגעניים, מחד גיסא, ומאידך גיסא, לא להפוך אותם לשומרי סף שאחריותם לפרסומים הנעשים באמצעותם מוחלטת. במקרה של "גינין גינין", שעלה לרשת כבר בשנת 2012, כשפסק הדין ניתן ב־2021 וכשבמהלך כל השנים מתנהלים הליכים משפטיים שהכול מודעים להם, השיקולים האלה הם חסרי משמעות.

להוראות חוק איסור לשון הרע, וכי לא עומדות לנתבע הגנות החוק – אני מוצאת כי בכל הנוגע לאתר YouTube, אין מקום למתן סעד של צו עשה, שכן מקום בו התובע עתר לקבלתו של סעד המופנה פרטנית כלפי צד שלישי מוגדר ומזוהה, היה עליו להקדים ולפנות לאותו מפיץ נטען, או לנקוט ביחס לכך את הצעדים המתבקשים בהתאם להוראות הדין. עת בחר התובע שלא לעשות כן, הגם כי הוא מודע לזהותו של אותו צד שלישי, המשמש כעין ספרייה וירטואלית של תכנים, כמו גם להיקף ההפצה, איני מוצאת כי נקודת האיזון בתיק זה מצויה על דרך של מתן צו המופנה כלפי YouTube, עת לא התקבלה עמדתו.

¹⁵² דון סוסונוב ואילנה שרון־יהב "איסור הקרנת הסרט 'גינין גינין': דה-פקטו – לא קרה כלום" **גלובס** (25.1.2021) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001358268>; רותה קופפר "פסילת הסרט 'גינין גינין' היא אבסורד, עכשיו יהיו לו יותר צפיות" **כלכליסט** (13.1.2021) <https://www.calcalist.co.il/consumer/articles/0,7340,L-3887350,00.html>; אראל סג"ל "יוצר 'צל של אמת' נגד פסילת הסרט 'גינין גינין': 'מדרון חלקלק'" **מעריב Online** (13.1.2021) <https://www.maariv.co.il/news/israel/Article-814863>; גבי לסקי "צעד נוסף בהיחלשות הדמוקרטיה בישראל" **גלובס** (12.1.2021) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001356918>; גרעון לוי "את 'גינין גינין' יקרינו יום אחד בכל בתי הספר בישראל" **הארץ** (14.1.2021) <https://www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.9448344>

¹⁵³ הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח–2008, ה"ח הממשלה 322. הצורך בפנייה מוקדמת לפני הגשת תביעה נדון בפסיקה בהקשרים מגוונים, לרבות התניית פנייה מנהלית לפני פנייה לבג"ץ והתניית פנייה לעוסק לפני הגשת תובענה ייצוגית.

נראה שעל חוסר האפקטיביות של הצו שהוציאה השופטת סילש מסכימים הכול. השאלה היא איזה טיעון ניתן לקדם בהמשך לכך. יש מי שסיברו כי הואיל ובמבחן התוצאה, החרגת ערוץ YouTube מהצו הופכת את צו האיסור כולו לבלתי אפקטיבי, לכן, אם בית המשפט סבר שיש מקום למנוע את המשך הקרנת הסרט, היה עליו למצוא דרך להתגבר על המכשול (שגם בעניינו הוא זניח) של אימתן הודעה מוקדמת, איקבלת תגובת הערוץ ואישמיעת עמדתו בשאלת האיזון הערכי במקרה זה,¹⁵⁴ ולהוציא צו איסור גורף הכולל את כל ערוצי השידור, ההקרנה וההפצה.

לדעתנו, המסקנה יכולה וצריכה להיות הפוכה. הרלוונטיות של ערוץ YouTube באירוע ובדיון, תפקידו בסוגיות המשפטיות שבהן עסק בית המשפט: ההתיישנות, עילת תביעה ופוטנציאל הפגיעה בתובע, היו קרדינליים. הערוץ מוזכר 20 פעמים במהלך פסק הדין. המסקנה הסופית של השופטת היא כי "איני מוצאת כי נקודת האיזון בתיק זה מצויה על דרך של מתן צו המופנה כלפי YouTube, עת לא התקבלה עמדתו".¹⁵⁵ משכך, חוסר האפקטיביות של הצו, ובהמשך לכך של ההחלטה כולה, צריך היה להפוך לשיקול מנחה וצריך היה להוביל לויתור על סעד הציווי מכל וכל, לרבות על ההוראה בדבר החרמת עותקי הסרט.¹⁵⁶

חוסר האפקטיביות הברור הזה של הצו הוא שיקול מעשי, אבל גם ערכי. אפילו השופטת סילש מתייחסת לאישמיעת עמדת הערוץ כבעייתית בכל הנוגע לאיזון הראוי בין זכותו של התובע לשם טוב לבין חופש הביטוי, חופש ההקרנה וחופש ההפצה של הסרט – בין השאר בYouTube. לדעתנו, היעדר האפקטיביות של הצו הוא בעל משמעות עמוקה הרבה יותר. נראה לנו שהיעדר האפקטיביות פוגם באופן משמעותי גם בפוטנציאל ההרתעתו וגם באפקט ההצהרתי של הצו. אם וככל שתושג כאן הרתעה כלשהי, היא תהיה מינורית בלבד, וככל שהמטרה היא להטביע חותם של "שקר" על הסרט, הרי שלדעתנו מטרה זו כבר הושגה במהלך הדיונים וההחלטות שקדמו לדיון הנוכחי.¹⁵⁷ הערך המוסף המזערי שצו המניעה החדש יוכל אולי לייצר מבחינת התדמית השקרית של הסרט, הקיימת כבר ממילא, אינו מצדיק את המחיר הערכי שאיסור הפרסום מייצר. האפקט התדמיתי וההצהרתי השלילי, שנכון וצריך היה להצמיד ל"גינין גינין", לא נזקק לתוספת החיזוק הזו בדמות צו מניעה שאינו מונע ואינו אפקטיבי. הסרט של פייר רחוב, "הדרך לגינין", בו נחשפו חלק ממשנתפי הסרט "גינין גינין" כדוברי שקר ומרביט טיעוני הזוועה שבסרטו של בכרי הופרכו,¹⁵⁸ יכול היה לקדם את חשיפת האמת בדרך עדיפה בהרבה.

עד כאן השאלה השנייה.

השאלה השלישית והאחרונה במסגרת הטיעון הביקורתי שלנו על צו המניעה שהוציאה השופטת סילש מתמקדת, שוב, בסוגיה הערכית של מדרג הזכויות הראוי בין חופש הביטוי לבין השם הטוב,

¹⁵⁴ עניין בכרי סיבוב 2 במחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 252 לפסק הדין.

¹⁵⁵ שם.

¹⁵⁶ את ההוראה יכלה השופטת לבסס גם נגד YouTube על פי הוראותיו המפורשות של ס' 9 לחוק איסור לשון הרע. ¹⁵⁷ ראו עניין בג"ץ בכרי, לעיל ה"ש 8; עניין בכרי סיבוב 1 במחוזי, לעיל ה"ש 10; עניין בכרי ערעור לבית המשפט העליון, לעיל ה"ש 11; רן בוקר ואינה טוקר, לעיל ה"ש 4; שגיא ברנן, לעיל ה"ש 4.

¹⁵⁸ ראו גם: פרסומים ברשת בעקבות הפצת הסרט בשנת 2002, רשימה נגד הסרט השקרי ופנייה להפצת הגרסה האמיתית של האירועים בעולם אצל שחף פילוביץ "הסרט 'גינין גינין' – הסברת נגד למען חטיבה 5" *Rotter קהילת הפורומים של ישראל* (9.2.2002); <https://rotter.net/forum/gil/5178.shtml>; ראו גם את הסרט *אם לומר את האמת* (איתן חריס במאי 2014).

כשהפעם הבג"ץ בעניינו של בכרי, קבלת עתירתו והאישור שניתן להקרנת הסרט הם שעומדים במרכז הדיון.

לשאלת השפעתו של הדיון המוקדם בבג"ץ בכרי על שיקולי בית משפט היושב בתביעה אזרחית בתיק לשון הרע של בגנאגי ומתבקש להוציא צו מניעה קבוע שימנע את המשך הפרסום שלו אחראי בכרי ושהותר על ידי הבג"ץ, יש פנים לכאן ולכאן. מחד גיסא, בג"ץ ציין פעם אחר פעם ובקול ברור של כל אחד מהשופטים שכתבו את חוות הדעת המרכיבות את ההחלטה הסופית שם, כי הסרט אינו דוקומנטרי ואינו דוקודרמה וכי מדובר בפרסום שקרי, פוגעני ומעוות מציאות. מאידך גיסא, בג"ץ החליט פה אחד להעדיף את חופש הביטוי של בכרי ולאפשר את הקרנת הסרט בציבור. יתר על כן, פסק דינו של בג"ץ הבהיר באופן נחרץ כי בעיניו ההחלטה של המועצה לביקורת סרטים למנוע את הקרנת הסרט "גינין ג'נין" לא עמדה באף אחד מהקריטריונים המחייבים שלאורם יש להחליט אם לאסור הפצה של פרסום בעייתי: מבחן ההתאמה של הסעד המבוקש, מבחן הפגיעה המינימלית ומבחן היחסיות.¹⁵⁹ בג"ץ אף הבהיר כי גם כשמדובר בפרסום שלדעתו הוא לא אמת, ההחלטה מהי האמת צריכה להיות נתונה לשיקול דעתו של הציבור כולו, אותו יש לחשוף למגוון פרסומים, לרבות שקרים:¹⁶⁰ "זאת ועוד, הצורך בהגשמה עצמית של המתבטאים עצמם והצורך בשמירה על הסדר הציבורי, בייחוד על ידי מתן פתח לשחרור "הקיטור החברתי" המצטבר בקרב מחזיקי דעות מיעוט אלו ואחרות בחברה, נמנים אף הם עם הטעמים שביסוד חופש הביטוי. הטלת איסור על ביטויים שקריים עלולה לתרום להצטברות ה"קיטור", שתביא להתפרצות אלימה שלו".¹⁶¹

הבוטות של הפרסום השקרי, הקיצוניות שלו ורמת הפגיעה לה הוא גורם ברגשות הציבור אינם מבחן בלעדי לאיסור פרסום, קובע בג"ץ.¹⁶² אפילו פרסום קיצוני כמו זה שבא לפנינו בעניין "אפרים חוזר לצבא", שבו השוו את המשטר הישראלי בשטחים למשטר הנאצי – פרסום שאולי מזכיר בקיצוניותו את הפרסום שלפנינו – אינו מצדיק פגיעה בחופש הביטוי.¹⁶³

האם תוכנו ותוצאותיו של מכלול השיקולים האלה של הבג"ץ צריך להשפיע על שיקול הדעת של השופט היושב בדיון בתביעה הניזקית שבה הוא מכריע לטובת התובע הנפגע, המבקש צו מניעה קבוע בסיום הדיון? האם האיזון בין חופש הביטוי לבין פגיעה ברגשות הציבור, כפי שהוא נעשה בבג"ץ, משליך על האיזון בין חופש הביטוי לבין הפגיעה בשמו של הפרט הנפגע מאותו פרסום מכפיש כשמדובר בבקשה להוצאת צו האוסר את הפצת הפרסום האמור?¹⁶⁴ לדעתנו, בנסיבות מסוימות התשובה חיובית.¹⁶⁵

אף על פי שמדובר בשני הליכים שמטרתיהם שונות, זהות המתדיינים בהם שונה, תפקיד בית המשפט שונה והאינטרסים הנאבקים על הבכורה שונים, לדעתנו, ניתוק מוחלט בין הציבורי לפרטי,

¹⁵⁹ עניין **בג"ץ בכרי**, לעיל ה"ש 8, בפס' 12–16 לפסק הדין של השופט דורנר. ¹⁶⁰ שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופט דורנר, בפס' 2 ר' 9 לפסק הדין של השופטת פרוקציה; ראו גם עניין **סנש** לעיל ה"ש 29, בפס' 27 לפסק הדין של הנשיא אהרן ברק הקובע כי: "איננו צנוזורים של מחזות וסרטים [...] השקר יידחה על ידי האמת, במאבק בשוק החופשי של הרעיונות".

¹⁶¹ עניין **בג"ץ בכרי**, לעיל ה"ש 8, בפס' 9 לפסק הדין של השופט דורנר. ¹⁶² שם, בפס' 18 לפסק הדין של השופטת פרוקציה.

¹⁶³ עניין **לאור**, לעיל ה"ש 45; ראו והשוו פסק הדין האמריקאי בעניין *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th cir. 1978). בקשת רשות ערעור נדחתה ברוב דעות.

¹⁶⁴ שאלה זו שונה מזו שעמדה לפני בית המשפט בעניין **סנש**, לעיל ה"ש 29. הן הקביעה של הנשיא ברק בסנש והן זו של השופט חשין, ככל שהתייחסו לתביעה נזיקית בלשון הרע, היו אוביטר בלבד.

¹⁶⁵ שם, השוו את עמדת הנשיא ברק אל מול עמדת השופט חשין.

בין הפגיעה בכבודו של מגנאג'י – שזוכה כאן לצו מניעה – לבין הפגיעה ברגשות הציבור הישראלי וחיילי צה"ל – שלדעת בג"ץ היא "נסבלת" ואינה מצדיקה איסור על הקרנת הסרט – אינו אפשרי. כשמדובר במקרה כזה, שבו הנסיבות כה מורכבות והאיזון בין האינטרסים בתביעה הנזיקית – לכל הפחות בכל הנוגע לסעד שניתן בו – כה שברירי, יש להימנע מאימוץ הסעד הקיצוני של צו מניעה מתמשך. הכול יודעים שמאזן השיקולים המשפטיים לעולם אינו מתמטי ואינו מתיימר להיות מדעי ומדויק. המינונים הנכונים של התמהיל של נימוקי בעד או נגד חופש הביטוי במקרה נתון, או השם הטוב של הפרט במקרה אחר, לעולם תלויים בנסיבות של זמן, מקום וחברה. במקרה שלפנינו, לדעתנו, טוב היה עושה בית המשפט המחוזי לו היה מוצא מקום, ולו גם מצומצם, לשלב את שיקול הדעת שהופעל על ידי בג"ץ בדיון הראשון בעניינו של הסרט "גי'ן גי'ן" עם שיקולי הסעד שעליו הוא עצמו החליט בסיומו של הדיון בתביעת מגנאג'י נגד בכרי. לו עשה בית המשפט כן, ייתכן שהיה מגיע למסקנה כי פסיקת הפיצויים די בה בנסיבות המקרה.

עד כאן השאלה השלישית.

ומכאן למסקנה העולה, לדעתנו, מִצָּבֶר השיקולים שנפרס לעיל, שהיא מורכבת ומותאמת לנסיבות המקרה.

איתור נקודת האיזון הנכונה בין שתי הזכויות הנאבקות על הבכורה במקרה שלנו בכל אחד משלבי הדיון במשפט – קיום העילה, ההגנות ולבסוף הסעד – הוא תהליך מורכב ורגיש. ובמקום בו ברור מראש שעוצמת הפגיעה הערכית-הצהרתית בחופש הביטוי על ידי איסור פרסום מתמשך והחרמת עותקי הסרט עולה על הפגיעה שכבר נחוותה במלוא עוצמתה על ידי התובע, וכשעיקר הנזק כבר אירע, וכשהצו המחורר שעליו הוחלט ממילא לא יעצור פרסום עתידי, האיזון נוטה, לדעתנו, יותר לכיוון פסיקת פיצויים בלבד והימנעות מהוצאת צו איסור פרסום והחרמת עותקי הסרט. כשבמקרה נתון ברור שכמעט אף אחת מהמטרות שלשמן ניתנה לבית המשפט הסמכות להוציא צו מניעה לא תושג, מן הראוי שלנסיבות המקרה יינתן משקל מתאים בשקלול בין כבוד האדם לחופש הביטוי. אסור שהאיזון הערכי יהיה מנותק מהמציאות ולא ישקף את משקלן המשתנה של נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

לפני סיכום ובהערת אגב נציין עוד כי לאחר הטלת האחריות על בכרי וחיובו בפיצויים, בית המשפט יכול היה להסתפק בהוראה למחוק מהסרט את הדקות המעטות שבהן מופיעה דמותו של התובע מגנאג'י על המסך וניתן היה לזהות את צדודיתו. הוראה כזו לא הייתה פוגעת כהוא זה בחופש הביטוי של בכרי, ומצד שני הייתה משיגה במלואה את המטרה של הגנה על כבוד התובע ומחיקת הקשר בינו לבין המציאות השקרית שהסרט מצייר. אולם, כידוע, אף על פי שהטיעון עלה, בית המשפט החליט לא להסתפק במחיקה כזו. נהפוך הוא, בית המשפט חוזר ומדגיש כי למרות שהתובע ניתן לזיהוי בסרט רק במשך דקות ספורות, הסרט כולו, לכל אורכו, ניתן לייחוס אליו. הנרטיב – כך קובעת השופטת – הוא נרטיב מתמשך והצילום הוא רציף והאמירה בסרט היא אחת. והיא נמשכת והולכת ואין בה מְקַטְעִים. ומשכך, ממשיכה השופטת ומסכמת, יש לפסול את הסרט להקרנה כמכלול, ואין להסתפק במחיקת חלקים מזעריים ממנו.

ניתן, כמובן, לחלוק על הקביעה הזו, ולטעון כי היא מחזירה את בית המשפט בדלת האחורית ושלא לצורך לדיון המשפטי הקודם שהתנהל עשר שנים קודם לכן וניסה, ללא הצלחה, לקשור את הסרט לכל אחד מהחיילים שלחמו בגינין בזמנו. בדיון ההוא הוחלט, כזכור, שכל עוד איש מהחיילים אינו ניתן לזיהוי מדויק בסרט, אין לאף אחד מהם עילת תביעה ולא ניתן לייחס להם את הסרט כמכלול. המסקנה של השופטת סילש בעניין מגנאג'י לפיה כל הסרט כולו מהווה יחידה אחת רצופה שבמהלכה נפגע שמו הטוב של מגנאג'י, ולכן גם יש לפסול את הסרט כולו להקרנה, עומדת בניגוד לפסיקה הקודמת של השופטת נד"ב לגבי הקשר בין הנרטיב של הסרט לבין כל אחד מחיילי "חומת מגן" שפעלו בגינין. אולם לאור ההחלטה הסופית של בית המשפט לפסול את הסרט כולו, הביקורת הזו נראית מיותרת.

ו. סיכום

פסק הדין של השופטת סילש בבית המשפט המחוזי לוד בעניינו של אל"מ (מיל') מגנאג'י, שבמסגרתו הוטלה אחריות על מוחמד בכרי בגין הפרת חוק איסור לשון הרע, זכה לתשומת לב ציבורית רבה. זאת, בעיקר בגלל ההיסטוריה של ההליכים הקודמים שעסקו בסרט, החל מהעתירה שהגיש בכרי לבג"ץ להתיר את הקרנתו של הסרט, עבור לתביעת קבוצת החיילים שתבעו את בכרי על פגיעה בכבודם ובשמם הטוב וניהלו קרב משפטי כבד בבית המשפט המחוזי ולאחר מכן בערעור לבית המשפט העליון, שבסופו של דבר דחה את תביעתם. לעניין הציבורי תרם גם הסירוב המתמשך של היועץ המשפטי לפתוח נגד בכרי בהליכים לפי סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע ולייצג את החיילים כקבוצה. על רקע זה ניתן לומר שהתביעה של מגנאג'י היוותה מעין חזרה ממוקדת על חלק גדול מהטיעונים שכבר הועלו בעבר. בהבדל אחד:¹⁶⁶ הפעם עמד לפני בית המשפט חייל אחד שפניו היו ניתנות לזיהוי בסרט. ייתכן שאלמלא הרקע הארוך והכואב הזה, פסק הדין לא היה נכתב כפי שנכתב, והמסקנות והסעדים ייתכן שהיו שונים, לפחות חלקית.

מאמר זה תומך במסקנתו של בית המשפט לגבי אחריותו של בכרי בנזיקין ותומך בחיובו לשלם פיצויים על הפגיעה בשמו של מגנאג'י. המאמר מבקר את ההחלטה לאסור על הקרנת הסרט ולהחרים את עותקיו פרט להקרנות בערוץ ה־YouTube, שאותו חריג בית המשפט מהצו.

הטיעון שאותו בא המאמר לבסס הוא שבעוד שהאיזונים שאותם יישם בית המשפט בנוגע לקביעת אחריותו של בכרי כלפי התובע מגנאג'י הם נכונים, ראויים ומשקפים את הלך הרוח הפסיקתי של השנים האחרונות בכל הנוגע ליחס בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב, ולכן, הטלת האחריות היא, לדעתנו, גם מוצדקת וגם בנויה על יסודות איתנים של קביעות עובדתיות נחרצות שקשה יהיה לתקוף אותן הרי, בכל מה שנוגע לסעדים שבית המשפט בחר להעניק לתובע, האיזון בין שתי הזכויות האמורות נעשה באופן שגוי, וכתוצאה מכך ההחלטה לאסור את הפצת הסרט והקרנתו היא שגויה.

על מנת להגיע לטיעון הזה סקרנו בראשית המאמר את השתלשלות הפסיקה שבה נדונה חוקיות הסרט "גינין ג'נין" והשלכותיו על החיילים שלחמו בגינין בזמנו, פסיקה שהובילה בסופו של דבר להגשת התביעה האחרונה, מושא דיוננו כאן, לאחר שאותר חייל אחד שהשתתף במבצע "חומת

¹⁶⁶ הבדל נוסף בין עניין סנש לעניין שלעיל היה בכך שהפעם היועץ המשפטי הצטרף לדיון מתחילתו. עמדתו כמעט לא נשמעה, ופסק הדין ממעט להתייחס לכך.

מגן" בגינן ונמנה על קבוצת החיילים שעליה מדבר הסרט ולא היה חלק מקבוצת התובעים בסיבוב הקודם. הצגנו את ההתלבטות של הפסיקה המקומית בסוגיית האיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב ולאחר מכן הראינו את יישומו של האיזון הזה בתביעתו של מגנאגי, שבסיומו הוטלה על בכרי אחריות נזיקית, הוא חויב בתשלום פיצויים והוצא צו לאסור הקרנה והפצה של הסרט, פרט להקרנות לציבור בערוץ YouTube .

בהמשך לכך פירטנו את ביקורתנו על החלטת בית המשפט לאסור על הקרנתו והפצתו של הסרט. את הביקורת ביססנו על כמה אדנים: ראשית, הערכת חסר של ערך חופש הביטוי בנסיבות המיוחדות של המקרה, שנית, היעדר אפקטיביות של הצו שניתן, שמשליך, מצידו, גם על השיקול הערכי שבבחירת הסעד, גם על מזעור האפקט ההצהרתי שבו וגם על פוטנציאל הרתעה שלו. עוד הסברנו כי לדעתנו בית המשפט היה צריך להביא בחשבון השיקולים שיושמו בעד ונגד הוצאת הצו גם את ההחלטה בדיון שהתקיים לפני כמעט שני עשורים בבג"ץ, שעסק בביטול האיסור על הקרנת הסרט "גינן גינן" בהקרנות מסחריות. בעוד שאין, לדעתנו, הכרח שההחלטה בתביעה האזרחית בלשון הרע תלך בתלם אותו חרש בג"ץ במקרה הקודם, מן הראוי היה שההחלטה תהווה משקולת נוספת על המאזניים שבהם נמדדו חופש הביטוי וכבוד האדם במקרה שלפנינו ותחזק את משקלן של הטענות נגד איסור הקרנת הסרט בציבור. בחיוב בפיצויים בסכום יחסית גבוה מצויה הכרה חזקה דיה בכבוד ובשם הטוב של התובע, אל"מ (מיל') מגנאגי.

כל אלה במצטבר הופכים, לדעתנו, את הצו שהוצא לחסר נפקות משפטית, ואת האיזון הפסיקתי שיושם על תהליך היווצרותו לשגוי.

נחתום בהבהרה: סיפורן של תביעות החיילים שבהם פגע הסרט "גינן גינן", שהוכתר במהלך השנים בכל כך הרבה כינויים קשים, הוא סיפור של "מקרה קשה". במקרים כאלה יש להיזהר עשרת מונים, שכן, כידוע, "Hard cases make bad law"¹⁶⁷. במקרה כזה, לדעתנו, יש לנהוג בזהירות יתרה. יש לשמור שהכלל המשפטי לא "ייקוב את ההר", ושלנסיבות המיוחדות יינתן ביטוי הולם, מחד גיסא, ומאידך גיסא, להקפיד שהחריג והייחודי לא ישתלט על הכלל. לכן, גם את ביקורתנו על פסק הדין יש לקרוא על רקע נסיבותיו של המקרה המיוחד הזה. בעיקר הדברים נכונים כשמדובר בתכנים שהם פוצעי נפשות.

¹⁶⁷ יש חילוקי דעות לגבי מקורה של אמירה זו. יש גם וריאציות מעניינות שמבטאות את המשמעות ההפוכה של האמרה המקורית, קיימת כתיבה ענפה בנושא זה. ראו: Winterbottom v. Wright (1842) 152 ER 402 (Ex. C.R). פסק דינו של השופט Robert Rolf (בעמ' 405) הקובע כדלקמן: "This is one of those unfortunate cases in which... it is, no doubt, a hardship upon the plaintiff to be without a remedy but by that consideration we ought not to be influenced. Hard cases, it has frequently been observed, are apt to introduce bad law".
Oliver W. Holmes בפסק דינו של השופט Northern Sec. Co. v. United States, 193 U.S. 197 (1904); אולם ראו Frederic R. Kellogg, *What Precisely is a "Hard" Case? Waldron, Dworkin, Critical Legal Studies, and Judicial Recourse to Principle*, (Apr. 2013) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220839
ראו במיוחד ריאיון עם השופט חשין ז"ל המסביר את השקפת עולמו כפי שבאה לידי ביטוי בפסק הדין שניתן בעניין **חנה סנש**: טל כהנא ואילנה פרנקל "ריאיון עם המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט מישראל חשין" **דין ודברים** ג 195 (2007).