

בבית המשפט העליון

רע"א 10520/03

בפני: כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופטת ע' ארבל

המבקש: איתמר בן גביר

נגד

המשיב: אמנון דנקנר

בקשת רשות ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי
בירושלים מיום 18.9.03 בע"א 3242/02 שניתן על-ידי
כבוד השופטים ח' בן עמי, י' עדיאל וב' אוקון

תאריך הישיבה: י"א בטבת התשס"ה (23.12.04)

בשם המבקש: לעצמו

בשם המשיב: עו"ד אורי שנהר; עו"ד ענבל ארבל

פסק-דין

השופט א' ריבלין:

1. בתכנית הטלוויזיה "פופוליטיקה", ששודרה ביום 24.10.1995 (להלן: התכנית), הסבו לשולחן הדיונים, בין יתר האורחים, שני המתדיינים שבפנינו: המשיב – העיתונאי אמנון דנקנר – והמערער – פעיל הימין איתמר בן-גביר. במהלך ההתנצחויות בין המשתתפים בתוכנית פלט המשיב, כלפי המערער, שני משפטים, שהעלו את חמתו של זה האחרון. המשפט האחד - "מותר להתגונן מול איתמר הקטן הנאצי הזה"; והאחר - "סתום את הפה נאצי מלוכלך". המערער הגיש כנגד המשיב תביעה, לבית משפט השלום, המיוסדת על חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (להלן: החוק או חוק איסור לשון הרע). בית משפט השלום (כבוד השופט ר' שטראוס) קיבל את התביעה, אולם העמיד את סכום הפיצוי על שקל אחד בלבד. לבית המשפט המחוזי

הוגשו ערעור (על-ידי המערער כאן) וערעור שכנגד (על-ידי המשיב כאן). בית המשפט המחוזי (כבוד השופטים י' עדיאל, ב' אוקון וח' בן-עמי) קיבל את הערעור שכנגד, וקבע כי למשיב עומדת הגנת תום הלב. השגותיו של המערער - נדחו.

המערער הגיש בקשת רשות ערעור לבית משפט זה, והבקשה הועברה להרכב שלושה. נשמעו טיעונים בעל-פה, והצדדים נתנו הסכמתם לכך שנדון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור על-פיה והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה. כך נעשה.

רקע

2. בזירה המשותפת לחופש הביטוי והשם הטוב מתגוששים הפעם שניים: המערער – פעיל המשייך עצמו, במפה הפוליטית בישראל, לקבוצת הימין הקיצוני, לשעבר חבר בתנועת "כך" וגם היום תומך, לפי עדותו, באידיאולוגיה שביטא הרב כהנא; והמשיב, עיתונאי במקצועו. ביום 24.10.1995 לקחו השניים חלק בתוכנית הטלוויזיה הקרויה "פופוליטיקה". זוהי תכנית המשודרת אחת לשבוע והיא משמשת במה ל"פולמוס בין בעלי דעות ועמדות נוגדות בנושאים 'בוערים' על סדר היום הציבורי של החברה הישראלית" (כלשונו של בית-משפט השלום). המשיב היה חבר קבוע בפאנל של התוכנית, ואילו המערער הוזמן להשתתף בדיון שבא בעקבות הפגנות הרחוב שהתקיימו בעיר ירושלים, ואשר כווננו כנגד הסכמי אוסלו וכנגד פעולות ראש הממשלה המנוח יצחק רבין ז"ל (שנרצח ימים ספורים לאחר שידור התכנית). בית משפט השלום ציין כי המערער השתתף באותן הפגנות, אשר בהן הושמעו איומים ודברי נאצה כלפי ראש הממשלה. בהפגנה הוצגה תמונתו של ראש הממשלה, כשעליה מורכבים במעשה מצרף תצלומי ("פוטו מונטג") בגדי קצין נאצי.

במהלך התכנית, הוצגו קטעים מצולמים מאותה הפגנה, וכן הוצג המערער כשהוא אוחז בסמל שנעקר מרכבו של ראש הממשלה רבין או של שר אחר בממשלתו, ואומר "כמו שאנחנו הגענו לסמל הזה, אנחנו יכולים להגיע לרבין". מר יוסף לפיד, שהשתתף גם הוא בתכנית, העלה את נושא הצגת תמונתו של ראש הממשלה לבוש במדי קצין נאצי, והמערער אמר-שאל: "איפה היית כאשר קראו לרב כהנא נאצי?". המשיב, מצדו, ענה "הרב כהנא היה נאצי". הדיון המשיך, ואז אמר המשיב כי "מותר להתגונן מול איתמר הנאצי הקטן הזה". הרוחות התלהטו, והמשיב התריס כנגד המערער, "סתום את הפה נאצי מלוכלך".

3. הויכוח נתגלגל לפתחו של בית משפט השלום, שם הגיש המערער, כנגד המשיב, תביעה לפיצויים בגין פרסום לשון הרע כנגדו. בית משפט השלום פסק כי בהתבטאותו האמורה של המשיב היה משום פרסום לשון הרע, שהרי "המונח 'נאצי' מבטא בעיני כל יהודי ואף מי שאיננו יהודי התגלמות הרע, הרשע והמאוס וללא ספק יש בו כדי להשפיל את מושא הכינוי ולעשותו מטרה לשנאה, לבוז וללעג (כהגדרתו בסעיף 1 של חוק איסור לשון הרע)". הפרסום, כך נקבע, הגיע לאוזניהם ולעיניהם של רבבות.

בית משפט השלום ניגש, אפוא, לבחון האם קמה הגנה למשיב. כבר בפתח דבריו בעניין זה, הטעים בית המשפט כי אין הוא מתעתד להכריע בשאלה האם קיימת זהות בין הכהניזם לבין הנאציזם, זאת על אף שהצדדים טענו בהרחבה לעניין זה. המדובר – כך סבר בית משפט השלום – בויכוח ערכי ועיוני, שיש להותירו למחקר היסטורי. בית המשפט הוסיף וציין, כי לא גסות רוח ולא דרכי התבטאות הם נשוא המשפט, כי אם השאלה האם קמה עילה להטיל על המשיב אחריות, מתוקף חוק איסור לשון הרע.

4. התבטאותו של המשיב, ההתבטאות עליה נסבה התביעה, מהווה – כך סבר בית משפט השלום – הבעת דעה. המשיב ביקש לחוות דעתו, כי "הדעות ודרכי הפעולה אותן יצג התובע באותה תכנית כמוהן כזהות או תואמות את אלו של התורה הנאצית ונושאי דברה". גם אופי התכנית שבה נאמרו הדברים, כך הבהיר בית משפט השלום, מלמד על דבר היותם בגדר הבעת דעה. בית המשפט עמד על הרקע לאמירת הדברים, לאמור – ויכוח ציבורי נוקב לנוכח הפגנה שהיא עצמה כללה את "נושא הנאציזם". המערער חשף עצמו, כך לדעת בית משפט השלום, למתקפה על דעותיו ופעולותיו, כאשר התייצב "לתכנית אשר היא על פי טיבה פולמוסית, מכוונת לגרות ולהעלות את המתח, להקצין מחלוקות אף בדרכי פרובוקציה". בית המשפט ביקש לבחון את סבירות הדעה שהובעה על ידי התובע, וכך פסק: "... ניתן לקבוע על יסוד הראיות שבפני לא רק שההשוואה בין שתי התורות איננה מופרכת אלא כי קיימים קווי דמיון (מבהילים ומקוממים) בין שתי התורות". בית המשפט אף ציין, כי הדמיון בין התורות הוכר זה מכבר בפסיקתו של בית משפט זה.

עם זאת, הדגיש בית משפט השלום כי "המושג 'נאצי' מעורר בתודעתו של כל יהודי הרבה מעבר לעקרונות התורה הנאצית; נאצי הוא רוצח בדם קר, אונס נשים והורג תינוקות, מרעיב המונים במחנות ריכוז, מבצע נסיונות זוועה בגוף אנשים חפים מכל פשע ומשמיד המונים בתאי גאזים, המבקש למחוק עם שלם מעל פני האדמה".

בית המשפט הוסיף וציין, כי לא הרי אמירה בנוסח "דעותיך דומות/זהות/מזכירות את הנאצים" – שאילו נאמרה לא היתה מקימה כל עילה כנגד המשיב – כהרי הדיבור "הנאצי הקטן הזה" ו"הנאצי המלוכלך הזה". בסופה של שקילה, ולאחר התחבטות, פסק בית משפט השלום כי:

... חרף קווי הדמיון בין התורות והתיאורים אין להסכים לפרסום הכינוי המאוס 'נאצי' ביחס לפעיל ציבור יהודי (או אחר) בישראל ומאידך גיסא לא ניתן להתעלם מן הצורך לעמוד בשער, לזעוק ולהתריע מפני הסכנה החמורה בדעות בהן תומך התובע ומבטאן בדיבור ובמעשה ולאן אלו יכולות להוביל, בהתחשב גם בדעה שבדיני לשון הרע, יותר מאשר בתחום נזקי אחר, מטרת הפיצוי הנפסק היא גם בעלת היבט מחנך ומרתיע (לדידי – בשני הכיוונים)... , בשים לב לכך שמטרה עיקרית בפיצוי היא 'החזרת מצב הניזוק לקדמותו' ומשהצבעתי על הקירבה הרעיונית בין התורה שהתובע דוגל בה ומוכר בציבור ככזה – לבין התורה הנאצית; האיזון הנדרש בין כל אלו הובילוני לתוצאה דלקמן:

(א) אני מקבל את התביעה וקובע כי הדברים אשר נאמרו ע"י הנתבע היו בבחינת פרסום לשון הרע על התובע והנתבע לא נהנה מהגנות להן טען.

(ב) אני מחייב את הנתבע לשלם לתובע פיצוי בסך – 1. ש"ח (שקל אחד).

5. על פסק-דין זה השיגו, בפני בית המשפט המחוזי, המערער, מצד אחד (על מיעוט הפיצויים), והמשיב, מצד אחר (על עצם הטלת האחריות). בית המשפט המחוזי, בפסק-דינו הכתוב היטב, ציין גם הוא, כי אין מחלוקת על כך שהתבטאות המשיב יש בה משום פרסום לשון הרע. עוד קבע, כי אמנם הביטוי "נאצי" מעורר בתודעתו של כל יהודי את האסוציאציות שעליהן עמד בית משפט השלום, אולם השאלה היא, "האם השומע הסביר, הבין מהתבטאותו של המשיב, כי הוא מייחס למערער תמיכה בפשע של השמדת עם". בית המשפט ציין כי למושג "נאצי" קנויות משמעויות נוספות מעבר למשמעות ההיסטורית המדויקת (לאמור – חברות במפלגה הנאציונל-סוציאליסטית בגרמניה). כך, משמש הביטוי ככינוי גנאי למי שמיוחסות לו "דעות גזעניות קיצוניות, שנאת הזר והאחר, בריונות, אלימות ואכזריות רבה". על כן, כך נפסק, באזני השומע הסביר, המונח "נאצי", בהקשר של שיח פוליטי עכשווי טעון, משמעו "בריון גזעני". עם זאת, כך הטעים בית המשפט המחוזי, המשיב עצמו, בטיעונו, ביקש לייחס לתורה הכהניסטית ולמערער תמיכה בהשמדת העם הפלשתינאי.

6. בית המשפט המחוזי נפנה, אם כן, לבחינת ההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע, וראשונה בהן – הגנת אמת בפרסום. בית המשפט המחוזי החרה החזיק אחר בית משפט השלום, בקבעו כי בידי ערכאה שיפוטית אין את הכלים הנדרשים לברור מחלוקות הנוגעות לאמונות, דעות ואמיתות היסטוריות. בית המשפט קבע כי, ממילא, אין ההכרעה בעניין זה חיונית בנסיבות המקרה, לאור עמדתו כאשר לתחולת הגנת תום הלב. לעניין הגנה אחרונה זו הבהיר בית המשפט המחוזי, כי "ענייני אמונות ודעות והבעתן, הערכות ערכיות, שבחים וגינויים עשויים לזכות ביד נדיבה בהגנת תום הלב". במקרה זה, כך פסק בית המשפט המחוזי, הדברים נאמרו בהקשר של "ויכוח פוליטי לוחט על דרכי המחאה הפוליטית ועל מעשים והתבטאויות פוליטיות-ציבוריות", ועל כן, "נראה כי באזני השומע הסביר משמעות הביטוי 'נאצי' בהקשר זה היא גינוי קיצוני וחרף של מי שאליו הוא מופנה, הבעת דעה שלילית ביותר על דעותיו או מעשיו". מסקנתו של בית המשפט המחוזי היתה, אפוא, כי מדובר כאן בהבעת דעה על התנהגות הנפגע בעניין ציבורי. ממסקנה אחרונה זו, כך סבר בית המשפט המחוזי, נגזרת מסקנה נוספת, והיא, כי השומע הסביר אמור היה לייחס לדבריו של המשיב את המשמעות של "דעותיך דומות/זהות/מזכירות את הנאצים", והבעת הדעה הזו הרי, אף לדעת בית משפט השלום, זכאית להגנה.

אשר לסבירות שבהבעת הדעה, פסק בית המשפט המחוזי כי מקום בו מדובר בהבעת דעה והערכה בנושא פוליטי-אקטואלי, יש להרחיב את מתחם הסבירות וזאת בכדי שלא לחסום את המתפלמסים מלהביע את דעתם ללא מורא, בעניינים שעל סדר היום. "הדעת נותנת" – כך בית המשפט המחוזי – "כי כאשר מדובר בביקורת ציבורית פוליטית נטל זה [להוכיח את יסודות ההגנה – א' ר'] יהיה קל יותר, בזכות קיום אינטרס ציבורי רב עוצמה לקיים ולהגן על שיח פוליטי חופשי, שהוא אבן יסוד בחברה המקיימת תרבות פוליטית דמוקרטית". בית המשפט הדגיש כי המערער הינו "דמות ציבורית, פעיל פוליטי, מחצין את מחאתו ומציגה לציבור ויש לו גישה לתקשורת". על כן, לדעת בית המשפט המחוזי, משהציג המערער את דעותיו לציבור ובחר בדרך של פעילות ציבורית, הוא נכנס לזירה שבה "לא כל הביטויים רכים ונעימים".

7. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע, כי פעילותו של המערער, הדעות שבהן הוא מחזיק לפי עדותו ופסיקת בית המשפט העליון בדבר הזיקה שבין רשימת "כך" לבין האידיאולוגיה הנאצית, יכולים להביא אדם למסקנה כי דעותיו של המערער דומות או מזכירות את האידיאולוגיה הנאצית. אין המדובר, כך הדגיש בית המשפט, במסקנה היחידה האפשרית, אף לא בהכרח במסקנה הגיונית, אולם היא משקפת את דעתו הסובייקטיבית של המפרסם, שיש לה עיגון כלשהו בעובדות. בית המשפט אף הוסיף,

כי אפילו היתה עשויה ההתבטאות נשוא ענייננו להשתמע, באזני השומע הסביר, כמייחסת למערער תמיכה בפשע של השמדת עם – וספק אם כך הוא – הרי ש"חומר הראיות מצביע על כך, שתנועת 'כך', בכלל זה המערער עצמו, תומכים גם ברעיונות מסוג זה".

סוף דבר, נקבע כי הדעה שהשמיע המשיב, ביחס למערער, לא חרגה מגבולות הסביר, ומשכך, קמה החזקה הקבועה בסעיף 16(א) לחוק איסור לשון הרע – וזו לא נסתרה על-ידי המערער. בית המשפט ראה לנכון להדגיש, כי אין בפסיקתו כדי ליתן הכשר לשימוש בביטוי "נאצי" – להיפך, יש בביטוי זה, לדידו, משום וולגריזציה של השיח הציבורי והלהטת רוחות לשמה ושלא לצורך. ערעורו של המערער נדחה, אפוא, והערעור שכנגד מטעם המשיב – התקבל.

8. מכאן הערעור שבפנינו. המערער שטען לעצמו מסביר, כי מלין הוא לא רק על הפגיעה בשמו הטוב שלו, כי אם גם על הפגיעה בציבור הרחב, בניצולי השואה ובזכרם של קורבנותיה. את הביטוי "נאצי" יש, לדעתו, להותיר מחוץ לויכוח הציבורי. לטענת המערער, לא ניתן לנתק את המונח "נאצי" ממאורעות השואה וממכלול מעשי הזוועה של הנאצים במלחמת העולם השנייה. לשיטתו, דבריו של המשיב לא היו בגדר "הבעת דעה", משלא נוסחו כך. מכל מקום, גורס המערער כי התבטאותו של המשיב היתה משולחת רסן ועל כן בלתי-סבירה, וזאת אפילו מביאים בחשבון את הרקע בו נאמרה – התבטאות של עיתונאי במהלך תוכנית טלוויזיה העוסקת בנושא פוליטי-אקטואלי. בהתחשב בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סבור המערער כי כינויו בתואר "נאצי" אינו מידתי. סירובו של המשיב להתנצל על דבריו מהווה, אליבא דהמערער, טעם נוסף לייחס לו חוסר תום-לב.

9. המשיב, מצדו, סבור כי יש להותיר על כנו את פסק-הדין של בית המשפט המחוזי. הוא שב וטוען כי קיים דמיון רב בין האידיאולוגיה הנאצית לבין זו הכהניסטית ומפנה למסמכים שונים, ובהם חוות-דעת של ההיסטוריון פרופ' צימרמן, התומכים בהשוואה זו. המשיב מדגיש את ייחודו של הזרם אליו משתייך המערער, ייחוד המתבטא, בין היתר, בכך שתנועות "כך" ו"כהנא חי" הוכרזו כארגוני טרור ונפסלו מלהשתתף בבחירות לכנסת. הוא מציין, כי ההשוואה בין הכהניזם לבין הנאציזם הושמעה בפסיקת בית המשפט העליון, בדברי היועץ המשפטי לממשלה ובמקומות אחרים. המשיב מסכים כי ניתן לחלוק על דעתו בעניין זה, אולם הוא עומד על זכותו להביעה. הוא מדגיש כי המערער הוא אדם פוליטי ואיש ציבור, הדוגל בכהניזם, וכי המערער הופיע בתכנית, שבה הוצגו ההפגנות האלימות כנגד ראש

הממשלה, והוא-עצמו צולם כשהוא מאיים על חיי ראש הממשלה. על רקע כל אלה אמר המשיב את שאמר, ומשמעות דבריו היתה כי בין עמדות המערער לבין האידיאולוגיה הנאצית קיים דמיון. זוהי, לדעת המשיב, הבעת דעה, שאיננה חורגת מן הסביר. המשיב מדגיש את מעמדו החוקתי של חופש הביטוי, במיוחד כשמדובר בהתבטאות הנוגעת לאנשי ציבור, לנושאים פוליטיים ולפרשנות – ולו שנויה במחלוקת – של עובדות היסטוריות.

דין הערעור, לדעתי, להידחות.

חופש הביטוי, הזכות לשם טוב ומה שביניהם

10. בית משפט זה עמד פעמים רבות על כך שחוק איסור לשון הרע משקף איזון בין זכות היסוד לשם טוב, מזה, לבין זכות היסוד לחופש ביטוי, מזה (ראו ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' אילון (לוני) הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558; רע"א 4740/00 לימור אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510; ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840). "שתי זכויות יסוד אלה" – כך נפסק מפני הנשיא א' ברק – "נגזרות מהערך החוקתי של כבוד האדם" (בפרשת הרציקוביץ' הנ"ל, בעמ' 565). ואכן, "שתי זכויות היסוד האלה - חופש הביטוי והזכות לשם טוב - שתיהן ענפים בעץ אחד - כבוד האדם. רק בשמירה על חופש הביטוי ניתן להביא לידי הגשמתו העצמית של האדם המתבטא ושל האדם השומע. אולם, פגיעה בשמו הטוב של אדם עשויה להציב מכשולים על דרכה של ההגשמה העצמית. מכאן הקביעה, כי 'השם הטוב וחופש הביטוי נגזרים מאותה זכות 'אם' עצמה - מכבוד האדם'... החרות היא סוד אושרו של האדם (דברי השופט ברנדייס על חרות הביטוי ב- *Whitney v. California*, 274 U.S. 357), והשם הטוב" – כך הוספנו – "הוא חלק מעושרו - נכס מקניינו" (ע"א 6871/99 משה רינת נ' משה רום, פ"ד נו(4) 72, 90-91).

על מעמדן של שתי הזכויות הללו בחברה דמוקרטית – אין חולקין. חירות הביטוי היא "ציפור נפשה" של הדמוקרטיה - זכות יסוד שהיא גם עקרון-על בכל משטר דמוקרטי (בג"צ 75/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871; בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוזי הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 398, 393; בג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, 675; א' ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז(2) (תשנ"ז) 223). חופש הביטוי נמנה עם חירויות היסוד של האדם בישראל. ניצב הוא בנדבך העליון של זכויות היסוד, שהרי, "בלא דמוקרטיה אין חופש ביטוי, ובלי חופש ביטוי אין דמוקרטיה"

(בג"צ 14/86 יצחק לאור נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421). חופש הביטוי הינו "תנאי ויסוד לזכויות אדם אחרות, לרבות השם הטוב, ולמשרה הדמוקרטי כולו" (פרשת אבנרי הנ"ל, בעמ' 874). חופש הביטוי נתפס כזכות-על עוד בטרם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (פרשת קול העם הנ"ל), והוא מהווה "חלק בלתי נפרד מהאתוס המשפטי שלנו" (דברי הנשיא ברק בע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 201). אלא שכאמור, כיום אין עוד חופש הביטוי בבחינת זכות יסוד שאינה כתובה עלי ספר (כלשונו של הנשיא מ' לנדוי בבג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415). מדובר בזכות חוקתית מוגנת. עמד על כך המשנה לנשיא (אז השופט) א' מצא:

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עיגן את ההכרה ההלכתית במעמדו החוקתי של חופש הביטוי. דעה מפורשת לעניין זה הביע המשנה לנשיא ברק, בבג"צ 2481/93 דין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (ראה דבריו בעמ' 468); וכך, כמדומה, עולה גם מפסק-דינו של הנשיא שמגר בבג"צ 6218/93 ד"ר ש' כהן, עו"ד נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529. וזאת, בכל הכבוד, גם דעתי. אמנם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו נוקב בשמו של חופש הביטוי ואינו מגדירו, בלשון מפורשת, כזכות-יסוד. אך אין בכך כלום: אף ללא הוראה מפורשת, כלול חופש הביטוי בכבוד האדם, כמשמעו בסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד. שכן, מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו?! (עע"א 4463/94 אבי חנניה גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136).

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.

חופש הביטוי – חובק כל

11. הזכות החוקתית לחופש ביטוי היא רחבה בהיקפה. על כן, גם ביטוי שיש בו לשון הרע חוסה, בשיטתנו, תחת כנפי זכות היסוד לחופש הביטוי (ראו פרשת הרציקוביץ' הנ"ל, בעמ' 566). אכן, חופש הביטוי במשפטנו משתרע על כל ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא (בג"צ 806/88 *Universal City Studios, Inc.* נ' המועצה לביקורת

סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 33; בג"צ 5432/03 ש.י.ן - לשויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, תק-על 2003(2) 4570). גישה זו אינה מובנת מאליה. ניתן היה לסבור, כי ביטויים מסוימים אינם באים בגדרי חופש הביטוי. ואכן, בארצות הברית מיאנו, תחילה, בתי המשפט, להביא פרסומים מסוימים בגדר חירות הביטוי הקבועה בתיקון הראשון לחוקה. בין אלה נמנו הביטוי המשמיץ, פרסומי הזימה והתועבה ודברי המצה (fighting words) (ראו *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 (U.S. 568 (1942)). נראה, כי האיסור הברור, החד-משמעי והאבסולוטי, שנקבע בתיקון הראשון של חוקת ארצות-הברית, לפגוע בחרות עצמה, הביא את בתי המשפט שם לצמצם את הגדרתו של הביטוי מקום בו נדרשו לערוך איזון בינו לבין זכויות ואינטרסים אחרים. תחילה ביקשו בתי-המשפט בארה"ב להוציא מגדר הגנתו של התיקון הראשון לחוקה את אותם ביטויים "שבעצם אמירתם הם גורמים נזק". "ישנם סוגים מצומצמים ומוגדרים היטב של ביטויים" – כך פסק בית-המשפט שם בפרשת *Chaplinski* – "שמניעתם והענשת השימוש בהם אינם מעוררים שאלה חוקתית. קבוצות ביטוי אלה כוללות את הביטוי היצרי ואת ביטויי התועבה, את ביטויי הדיבה ואת הביטויים הפוגענים – ביטויי המריבה". סייג זה, שהוטל בעבר על חופש הביטוי, התייחס לקבוצת אמירות שיש בהן פסול מוסרי, אף בלא שיהא בהן משום סיכון אמיתי לשלום הציבור, ובכלל זה, למשל, מילות גידוף גרידא ובמיוחד ביטויים שנשאו עימם קונוטציה מינית.

החשש מפני השימוש בכל אלה דהה עם השנים, בארצות-הברית, והדגש הוסט מן הפסול המוסרי ומן הטעם הקלוקל שבביטוי אל החשש מפני התגובה האלימה של השומע, בין אם זו תגובה אלימה שבאה מתוך הזדהות עם דברי ההסתה של האומר ובין אם זו תגובה אלימה מצד מי שנפגע מן הדברים. הביטויים הגסים והוולגרים זכו להגנת התיקון הראשון כבר בשנת 1971 בפסק-הדין המפורסם בפרשת *Cohen v. California*, 405 U.S. 15). הביטוי שיש בו משום לשון הרע זכה להיכנס בשערי הזכות החוקתית הבלתי מתפשרת לחופש ביטוי (ראו *N.Y. Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)), ויש הסבורים כי גם קטגוריות אחרות – כגון זו של דברי השמצה – אינן ראויות להיות מודרות מתחום פריסתו של התיקון הראשון לחוקה (ראו B. Caine, "The Trouble with 'Fighting Words': *Chaplinsky v. New Hampshire* is a Threat to First Amendment Values and should be Overruled" 88 *Marquette L. Rev.* 421 (2004)). למעלה משישים שנים חלפו מאז ביקש בית-המשפט העליון בארצות-הברית להוציא את דברי המצה והגידוף אל מחוץ לטווח הגנתה של החוקה. מאז ועד עתה נמנע שם בית-המשפט העליון לאשר הרשעה פלילית בגין השמעת דברי מריבה. בפועל זכו דברי הדיבה ואף דברי המצה הקשים ביותר להגנת החוקה (השוו *Feines v. New*

York, 340 U.S. 315 (1951); *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1 (1949); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Kunz v. New York*, 340 U.S. 290 (1951). ולאחרונה גם: *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002).

מחלוקת שתחילתה עוד במחצית השנייה של המאה ה-20 וכוחה עימה גם בימינו אלה, נתגלעה בפסיקה האמריקנית באשר להיקף ההגנה שראוי ליתן לביטויים הפוגעים במעוטים אתניים או דתיים, או בקבוצות מוחלשות, עד כדי יצירת סכנה לשלומם – הלא הם ביטויי השנאה (Hate Speech). תחילה, קודם להבאת ביטויי הדיבה בגדרו של התיקון הראשון, התירו בתי-המשפט שם לאסור על ביטויי השנאה בשל שראו בהם דיבה קבוצתית שאין לה כל עדיפות על-פני הדיבה האישית (*Beau harrais v. Illinois...* (1952)). טעם זה איבד ממשקלו עם פרסומן של ההלכות בפרשות *Cohen* ו-*Sullivan*. גם הטעם האחר שהוצע להסרת ההגנה החוקתית מביטויי השנאה – החשש מאלימות בשל שביטויים אלה אינם אלה "מילות מריבה", איבד ממשקלו, בשל עצם ההימנעות מהכשרת האיסור על מילות המריבה. הרעיון שניתן להגביל דיבור בשל תוכנו כדי למנוע השפעה נפשית או רגשית לא פרש כנפיים. הגבלה על ביטויי השנאה, כך נטען, עשויה גם שלא להיות יעילה ובפועל להסיט את הדעת מן המלחמה האמיתית בגזענות ובחוסר השוויון. את המאבק, על-פי תפישה זו, יש למקד כנגד חוסר השוויון עצמו ולא כנגד גידופים וולגריים שממילא אינם זוכים להכרה חברתית.

לימים, נבחנו מלות השנאה במסגרת קטגוריה שיוחדה לסוג זה של ביטוי, אך הנסיון להסיר מהן את ההגנה החוקתית של חרות הביטוי לא צלח. כך, כבר לענין ביטויי השנאה של התומכים בנאצים בפרשת *Skokie* בשנות ה-70 המאוחרות, וכך בפסיקה המודרנית לענין הבערת צלבי עץ כמנהגם של אנשי הקו-קלוקס-קלאן: *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Virginia v. Black*, 123 S.Ct. 1536 (2003). הנטייה לראות בביטויים אלה משום קטגוריה מיוחדת שאינה נופלת בגדר ההגנה החוקתית של חרות הביטוי – נדחתה על-ידי בית-המשפט העליון האמריקני. ביטויי השנאה "אינם נסתרים מעינה של החוקה", קבע השופט *Scalia* בפרשת *St. Paul*, והאיסור על השמעתם אינו פטור מדיון חוקתי. "ניתן למנוע התנהגות מחפירה כמו זו של שריפת הצלבים" – אמר בית-המשפט שם – "בלא להשליך אל תוך האש גם את התיקון הראשון".

12. בענייננו, הביטוי שהופנה כלפי המערער – בגין השקפותיו ובגין מעשיו – לא בא בגדר "דיבה קבוצתית" המתייחסת לקבוצה מוחלשת או למיעוט אתני. מעבר לכך, תפישה המוציאה קטגוריות שלמות של ביטוי מגדרה של ההגנה החוקתית זרה לשיטתנו. בפועל, היא מאבדת מכוחה, כאמור, גם בארצות-הברית. החרגה כזו מסכלת כל אפשרות לקבוע באורח חופשי והגיוני היכן תוצב נקודת האיזון שבין החרות לבין הזכות המתחרה או בינה לבין האינטרס המנוגד לה. כל ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא, ויהא סגנונו אשר יהא, נהנה מן ההגנה החוקתית. "מלים נבחרות תכופות דווקא בשל עוצמתן הרגשית, איסור על מלים מסויימות עשוי לסכן את הרעיון עצמו" (דברי השופט Harlan בפסק-הדין *Cohen* הנ"ל). אכן, "כל מחשבה וכל רעיון עשויים ללבוש צורות שונות. המבקש למחות – יש שיצעד ויש שיצחק; עתים יסתפק במשלוח מכתב. יש הנתלה בפאראחן; אחר – במרתין לותר קינג או אף בכתי הקודש. ומי הוא שיפסוק מי יעלה או מי ירד בקודש?" (Caine, במאמרו הנ"ל, בעמ' 501, בתרגום חופשי). בשיטתנו, טבוע איפוא האיזון במשטר החוקתי עצמו. הזכויות, לפי תפיסתנו, הן רחבות בהיקפן – אף כי ההגנה עליהן אינה אבסולוטית. עמדה על כך, לאחרונה, השופטת ד' דורנר, בציינה:

בבחינת הזכות לחופש הביטוי, נקודת המוצא במשפטנו היא שכל ביטוי, יהיה תוכנו אשר יהיה, 'מכוסה' על-ידי ההגנה החוקתית. אכן, 'חופש הביטוי, כזכות חוקתית, משתרע על כל ביטוי. 'ביטוי' בהקשר זה הוא כל פעילות המבקשת להעביר מסר או מובן. הוא משתרע על ביטוי פוליטי, ספרותי או מסחרי. ... לעניין היקפו של חופש הביטוי, אין בודקים אם הביטוי הוא אמת או שקר; אין בודקים את תוכנו; אין בודקים את תוצאותיו' (דברי הנשיא אהרן ברק בבג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, בע' 676. אכן, יש לנקוט בגישה מרחיבה בפרשנות היקף ההשתרעות של הזכות החוקתית לחופש הביטוי, שלא תחייב בחינה תוכנית ושיפוט ערכי של הביטוי הספציפי. 'הטוטליות של חופש הביטוי מתחייבת מאופיו וממהותו' (בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, בע' 11).

...

גישה מרחיבה זו להיקפו של חופש הביטוי הולמת במיוחד את המשפט הישראלי, שבו ההגנה על חופש הביטוי, כמו על כל שאר זכויות-היסוד, אינה מוחלטת. הפרשנות המרחיבה לחופש הביטוי אינה מכריעה באיזון בינו לבין זכויות ואינטרסים אחרים, אלא אך מאפשרת איזון כזה, כך שהדיון מתמקד במידת ההגנה הניתנת לזכות... (פרשת ש.י. הנ"ל).

13. הנה כי כן, מתחם התפרשותה של חירות הביטוי לחוד, ומידת ההגנה הניתנת לביטוי זה או אחר לחוד. תחום הפרישה של הזכות החוקתית הוא רחב, אך היקף ההגנה הוא פועל יוצא של ערכים נוספים, ומשתנה בהתאם לנסיבות המקרה ולאופיו של הביטוי (ראו גם פרשת אבנרי הנ"ל). במסגרת האיזון החוקתי יש להביא בחשבון, בין היתר, את "... המטרות העומדות בבסיס חופש הביטוי, שעיקרן ההגשמה העצמית של בני-האדם, קידום ההליך הדמוקרטי, והעשרת שוק הרעיונות התורמת לגילוי האמת" (פרשת ש.י.ן הנ"ל).

השם הטוב

14. כאשר מדובר בפרסומי דיבה, הזכות העומדת מנגד היא, בעיקר, הזכות לשם טוב. אכן, "... בכל חברה מקובל הוא כי יש מקום להגביל את חופש הביטוי כדי לשמור על שמו הטוב של אדם" (פרשת *Universal City Studios* הנ"ל, בעמ' 34). חופש הביטוי אינו חופש הביזוי, והזכות להשמיע אינה הזכות להשפיל. הזרוע המילולית המשתלחת כואבת, לעיתים, לא פחות מן הזרוע הפיזית, וכשם שהחירות להניף את האחרונה מוגבלת על-ידי קצה אפו של הזולת, כך גם החופש לשגר את הראשונה מתוחם על-ידי כבודו של האחר. עם זאת, מרחב התיחום אינו זהה. קצה האף הוא גבול נוקשה. כאשר ניצב הוא מול סכנת הפגיעה הפיזית אין להשיגו אחר. לעומת זאת, כאשר הגורם הפולש הוא דיבור – עשויים הגבולות להתגמש. עיתים צריכים הם להתגמש. מניף ידו – לא יינקה, אך האומר אשר על ליבו, אפילו ליבו גם – לא במהרה ייענש.

14. באים אנו, אם כן, אל הזכות לשם טוב. אף זו הוכרה כזכות יסוד במשפטנו (דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 74). "כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לו לעיתים לאדם כחיים עצמם, הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר" (פרשת אבנרי הנ"ל, בעמ' 856; ע"א 5653/98 פלוס נ' חלוץ, פ"ד נה(5) 865). אכן "הזכות לשם הטוב של האדם היא ערך יסוד בכל משטר דמוקרטי. היא תנאי חיוני לחברה שוחרת חירות. היא מבוססת בין השאר, על הצורך בהערכה פנימית, בגאווה אישית ובהכרה אישית בין בני אדם" (בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 832). שמו הטוב של אדם - המוניטין שצבר לעצמו במהלך חייו - הוא נכס מקניינו, הנרכש לעיתים בעמל רב ולאורך זמן. הוא מהווה ביטוי חשוב לכבודו של האדם: הן כבוד במובן honor, לאמור - ההוקרה וההכרה הנובעים ממעמדו בחברה אליה הוא משתייך, והן כבוד במובן dignity, לאמור - ערכו הפנימי של האדם. שמו הטוב של אדם מאפשר לו להימנות על בני הקהילה, ובכך להגשים את עצמו ולעצב את

אישיותו (ראו פרשת רינת הנ"ל, בעמ' 90; א' קמיר שאלה של כבוד – ישראליות וכבוד האדם (2005) עמ' 19-24), R.C. Post, "The Social Foundations of Defamation", (1986) 74 Cal. L. R. 691. (Law: Reputation and the Constitution).

15. נדרשים אנו, איפוא, לאיזון פנימי בין שתי זכויות חוקתיות: חופש הביטוי מחד גיסא והזכות לשם טוב מאידך גיסא. "באיזון הפנימי בין זכויות אדם מתנגשות, נוכל להעמיד לנגד עינינו את התכלית המשותפת להן, של הגשמת השמירה על כבוד האדם. עלינו לשאוף לאיזון אשר יקדם, באופן מרבי, את ערך כבוד האדם. נקודת האיזון בין הערכים המתחרים תמצא במקום בו מצויה ההגנה המרבית על כבוד האדם" (פרשת רינת הנ"ל, בעמ' 91). בענייננו, הכללים לעריכתו של האיזון כתובים על-י-חוק, לאמור – חוק איסור לשון הרע. אולם חוק זה, מעצם טיבו ומחמת שהוא בא לגרוע מחופש הביטוי, יונק מן האיזון החוקתי. לאיזון החוקתי השפעה רבה על פרשנות הוראותיו של חוק איסור לשון הרע. אכן, האיזונים העדינים הגלומים בחוק איסור לשון הרע ובהגנות המנויות בו משפיעים על האיזון החוקתי ומושפעים ממנו. שיטת המשפט היא הרמונית. אין לנתק את הדיון בגדרי המשפט הפרטי מן הניתוח החוקתי. אין זהות בין התחומים, אך קיימת בהחלט השפעה הדדית. עמד על כך הנשיא א' ברק בציינו:

ההבחנה בין האיזון במשפט הציבורי לבין האיזון במשפט הפרטי אינה חדה ומוחלטת. כשם ששיקולי זכויות הפרט מהווים חלק מהאינטרס הציבורי, כך מוזרמים שיקולים ציבוריים אל תחום המשפט הפרטי ונוטלים חלק בעיצוב הזכויות המוגנות בו... עם זאת, לא מדובר גם בזהות מוחלטת. המשקל שיש לתת לשיקולים ולאינטרסים השונים, עשוי להשתנות בהתאם לתחום הרלבנטי (משפט פרטי או ציבורי) ובהתאם להקשר הספציפי. בהתאם לכך עשוי להשתנות גם האיזון הסופי (פרשת סנש הנ"ל, בעמ' 843-844).

ההכרעה בתיק שבפנינו מחייבת, אפוא, שקילה זהירה של ערכי היסוד המונחים על הכף.

חופש ביטוי בספירה הציבורית

16. אחד השיקולים המשליכים על אומדן עוצמתן של הזכויות המתנגשות – חופש הביטוי והזכות לשם טוב – ועל קביעת האיזון ביניהם, הינו מושא הביטוי ונושאו. ראוי כי נאמר מילים מספר בעניין זה.

שיג-ושיח חופשי בנושאים פוליטיים וציבוריים מצוי בלב-ליבו של חופש הביטוי. "דעות והשקפות בתוך כל חברה הן תמיד שונות ומגוונות; בחברה חופשית - השוני הוא גלוי; בחברה טוטאליטארית - השוני הוא מוסווה ומוסתר. חילופי הדעות, הליבון של ההשקפות, הוויכוח הציבורי, הרצון לדעת וללמד ולשכנע, כל אלה הם כלים חיוניים העומדים לרשות כל דעה, כל השקפה וכל אמונה בחברה חופשית" (דברי הנשיא שמגר בע"ב 2/84, 3 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 278). בחברה חופשית - אחדות הדעות היא נטל. כפייתה של השקפה אחת יחידה - שומטת את בסיס החופש מתחת רגליה של החברה. האחדה אינה אחידות, השקט אינו חופש והדומיה אינה הרמוניה. האחדה כפויה של הדעות השונות "כמוה כדומיית בית הקברות" (כדברי השופט Jackson בפרשת *West Virginia State Bd. Of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. (1943) 641-640, 624). המטיל מגבלה על הביטוי חייב הסבר. "במדינה חופשית נדרשת סיבה כדי להטיל איסור ולא כדי להעניק היתר. יש צורך בהצבעה על טעמים כבדי משקל, הנוגעים לערכים חשובים אחרים, ורק אז תישקל הגבלתו של חופש הביטוי" (רם ריבלין, פורנוגרפיה: מוסר חירות שוויון (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003) 10, 30).

בשל כך נפסק, כי "מבין סוגי הביטויים השונים, ההגנה הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי - שהוא תנאי הכרחי לקיומו של הליך דמוקרטי - היא רחבה במיוחד" (בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, תק-על 1077 (1) 2003; בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1; בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529). הוויכוח הציבורי ראוי לו שיהא חופשי, איתן, חסר מעצורים ואף בוטה (דברי השופט ברנן בפסק-הדין *N.Y. Times v. Sullivan*, 376 U.S. (1964) 254). האיזון בין חירות הביטוי לבין הערכים המתחרים בה ובהם ההגנה על שמו הטוב של האחר הוא פועל יוצא של מעמדה המיוחד של החירות. בתחרות שוות-משקל תגבר תמיד חירות הביטוי. ויודגש כבר עתה, כי ככל שמדובר בעיתונאים המבקשים לחשוף ולהוקיע תופעות של גזענות ובריונות - מונחת משקולת נוספת לזכותה של כף חירות הביטוי.

17. ההכרה בחופש הביטוי הפוליטי היא, במידה רבה, צדו השני של מטבע אי-האלימות. המדינה הדמוקרטית מקנה לאזרחיה ולתושביה כלים חוקיים מגוונים להגשמת מטרותיהם הפוליטיות, החברתיות והציבוריות. הקלפי הוא כלי מרכזי אך אין הוא כלי שוטף. הביטוי החופשי הוא אחד הכלים החשובים להגשמת השותפות הדמוקרטית. מכאן החירות העומדת לכל אדם במדינה הדמוקרטית להביע באורח

חופשי את התרעומת שבליבו. מכאן החירות העומדות לו לאדם להביע את דעתו בעניינים שעל סדר היום, אפילו יהיו אלה דעות קיצוניות ומכעיסות, ואפילו ינוסחו בלשון צורמת ומקוממת. איש איש ולשונו, איש איש ואופיו, איש איש והרקע התרבותי בו צמח. חירות זו, ולצידה זכויות פוליטיות ואזרחיות אחרות, הן התחליף הטוב ביותר לנקיטה בצעדים אלימים ובלתי-דמוקרטיים, ששיטתנו שוללת מכל-וכל. הביטוי הוא שסתום רב-עוצמה העוצר בעד האלימות הפיזית מלהתפרץ. מטעם זה, אף מגשים חופש הביטוי את האינטרס בשמירה על יציבות החברה והמשטר. עמד על כך הנשיא (אז השופט) ברק:

היבט אחר של הטיעון הדמוקרטי, ענינו התרומה החשובה של חופש הביטוי ליציבות החברתית, ומכאן גם למשטר הדמוקרטי... בזכותו של חופש הביטוי מוצא הלחץ החברתי את ביטוי במשא, ולא במעש. הקיטור החברתי מוצא ביטוי במסלול השקט של הביטוי, ולא במסלול האלים של המעשים. החברה, שלעתים שוקטת היא על השמרים, ואינה צופה את פני הרעה המתפרצת מהמסתור, מכינה עצמה לקראת הבאות, בהיותה מודעת לסכנות שחופש הביטוי חושפן בגלוי (וראו בג"צ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255).

אכן, הדיבור, הוא עצמו, עלול לגרור אחריו אלימות; דעות אנטי-דמוקרטיות, עלולות, הן עצמן, להביא לכיליונה של הדמוקרטיה; ההגשמה העצמית של המתבטא, היא עצמה, עלולה לפגוע בהגשמתו העצמית של הנפגע מן הביטוי. "חופש הביטוי בא להגן על הדמוקרטיה, אך לעתים אין מנוס מהמסקנה, כי הוא גם עשוי לפגוע בה" (פרשת כהנא הנ"ל). כך לגבי הדמוקרטיה בכלל, וכך לגבי אינטרסים אחרים שחופש הביטוי, מלכתחילה, בא לקדם. חופש הביטוי לא ניצב בדד במערך הזכויות והאינטרסים, וחירות, כך שנינו, אין פירושה הפקרות. על כן, גם חברה בעלת יסודות דמוקרטיים איתנים נדרשת לעיתים להגביל ביטויים הפוגעים בפרט, בחברה או במשטר (ולשם כך קיימות נורמות שונות - חקיקתיות והלכתיות), אולם כל זאת, מבלי לפרוץ את הגדרות ומבלי לפגוע, מעבר להכרחי, בחופש הביטוי. פגיעה יתרה כזו סופה שתקום על יוצרה (וראו, בעניין זה, למשל, את דברי הנשיא שמגר בד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ", פ"ד לב(3) 337, 361 (להלן: ד"נ הארץ)), ודברי הנשיא ברק בפרשת כהנא הנ"ל). התרופה לדיבור הפוגע – היא דיבור נוסף. התגובה לביטוי הבוטה היא במלל. הנפת היד – היא תגובתו של הבריון.

18. הביקורת הרחבה על אנשי ציבור בפועלם הציבורי היא תנאי-בלעדיו-אין לקיום משטר דמוקרטי חופשי. לא הכל הסכימו לכך. בד"נ הארץ הנ"ל הציע בית-המשפט "שלא נלך שבי" אחרי ההלכה שנפסקה בארצות-הברית בפרשת *N.Y. Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), שם נקבעה הגנה חוקתית לפרסום דברי ביקורת כלפי אנשי ציבור, ובלבד שהמפרסם לא פעל מתוך "actual malice" או "reckless disregard". משמעותה של הלכת *N.Y. Times*, כך סבר בית-המשפט אז, היא כי "מותר להשמיץ עובד ציבור ללא יסוד עובדתי, למשל, שקיבל שוחד, אלא אם (לדעת הרוב) עולה בידי המושמץ להוכיח שהמשמיץ פעל בזדון". דעת המיעוט היתה אחרת. מני אז נשתנתה התפישה המשפטית.

19. המשפט הישראלי לא אימץ אל חיקו את הלכת *N.Y. Times* ככתבה וכלשונה, אולם הרוח המנשבת ממנה תרמה להנעת מפרשי החוקה גם אצלנו (השוו למגמת ה"קונסטטוציונליזציה" של דיני לשון הרע באוסטרליה, ניו-זילנד ואנגליה, ולפסיקה במדינות אלה, שאף כי לא הלכה עקב-בצד-אגודל עם הדרך שנבחרה בפסק-הדין *N.Y. Times v. Fischer*, ראתה גם היא לנכון להרחיב את ההגנה לביטויים שהם חלק מהשיח הפוליטי: S. F. Fischer, "Rethinking Sullivan: New Approaches in Australia, New Zealand, and England" 34 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 101 (2002) ה- *Lingens v. Austria* (ECHR) בפסק-הדין *Lingens v. Austria* 30/72 ECHR 407 (1986)). אכן, שמו הטוב של איש הציבור איננו הפקר (ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כז(2) 225, 244). הוא זכאי להגנה על שמו הטוב ועל המוניטין שצבר לעצמו. בהיכנסו לפעילות ציבורית אין איש הציבור משיל מעליו את כבודו ואין הוא חושף עצמו לכל דבר-דיבה. אדרבא, שמו הטוב חשוב לו, לעיתים, באופן מיוחד, שהרי בלעדיו יתקשה לפלס את דרכו ללב הציבור (ראו ע"א 802/87 נון נ' אבנרי, פ"ד מה(2) 489, 494). עם זאת, ככלל, חשיבותו של חופש הביטוי אכן גוברת, מקום בו מדובר בהבעת דעה בעניינים ציבוריים ובנוגע לאישים הנושאים תפקידים ציבוריים. עמד על כך בית המשפט האירופי לזכויות אדם, בפרשת *Lingens* הנ"ל:

Freedom of the press furthermore affords the public one of the best means of discovering and forming opinion of the ideas and attitudes of political leaders. More generally, freedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society which prevails throughout the Convention.

The limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual. Unlike the latter, the former inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his every word and deed by

both journalists and the public at large, and he must consequently display a greater degree of tolerance.

עמדה זו זכתה לתמיכה בבית משפט זה. כך, למשל, בוטאו הדברים על-ידי

הנשיא א' ברק:

... דברים אלה תופסים במיוחד לענין חופש הביטוי כאשר לנושאים ציבוריים ובאשר לאנשים התופסים עמדות ציבוריות. אין אפשרות לנתק דיון חברתי בעמדות וברעיונות שיש לציבור ענין בהם מדיון רציני בבעלי העמדות ובהוגי הרעיונות. בתחום הציבורי והפוליטי, קשה לנתק את הקשר בין הדעה לבין מי שמביע אותה. מכאן הצורך החברתי לאפשר חופש לא רק באשר לדעות אלא גם באשר לנושאי משרה המשמשים להן שופר. אכן, דווקא בתחום ציבורי זה חיוני ליתן משקל מירבי לחופש הביטוי, שכן בתחום זה מעוצבת התפיסה החברתית והמדינית הקובעת את כיוונה של החברה. דווקא בתחום זה הופכת חירות הביטוי לפגיעה במיוחד, בשל הנטייה לראות בצמצומה פתרון קל לבעיות חברתיות שהפתרון הראוי להן נמצא במקום אחר; שנית, גופים ואנשים הנושאים במשרות ציבוריות או בתפקידים של ציבור ענין בהם, נוטלים על עצמם מעצם מעמדם ותפקידם סיכונים הקשורים בהתנכלות לשמם הטוב. כמובן, אין בכך כדי להצדיק פגיעה בשמם הטוב, שהוא היקר בנכסיהם, אך יש בכך כדי להחליש את המשקל שיש ליתן לשיקול זה ביחס לחופש הביטוי...

זאת ועוד: ביסוד חופש הביטוי עומדת ההשקפה כי התרופה לדבר שקר הוא בדבר האמת... התגובה הראויה ללשון הרע היא בחשיפת השקר שבה, ובהוצאת האמת לאור. והנה, דוקא לאיש הציבור הכלים, הידע והנגישות לאמצעי התקשורת, ובכוחם של אלה היכולת בידו - יותר מאשר לאיש "הפרטי" - להגן כראוי על שמו הטוב...

הנה כי כן, באיזון הראוי בין חופש הביטוי בכלל, וחופש הביטוי בעניני ציבור בפרט מזה, לבין השם הטוב בכלל, ושמו הטוב של איש ציבור בפרט, יש ליתן משקל רב לאינטרס הציבורי בהחלפה חפשית של מידע בעניני ציבור הנוגעים לאישי ציבור (פרשת אבנרי הנ"ל, בעמ' 863).

עמד על כך גם הנשיא שמגר:

בידי המשיבה גם היתה האפשרות לפרסם דעתה ותגובתה ברבים. הרי מדובר כאנשים הפועלים בזירה הציבורית, המצויים בעניני התקשורת וגלויים לבטוייה.

לפי גישתי לגבי תביעות לשון הרע שעניינן אנשי צבור, מן הנכון שאלו יהיו ערוכים לספיגת בקורת רבה יותר כלפיהם מאשר האדם מן השורה. זהו מחיר החשפותם האישית לצבור והפרסום ברבים, בכתב או בעל-פה, של דבריהם (ע"א 344/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555, 570).

ובמקום אחר כתב:

מתן האפשרות וההזדמנות להשמעת ביקורת מדינית, חברתית ואחרת על פעלו של השלטון, מוסדותיו, חברותיו, שליחיהם ועובדיהם, היא עיקר-שאיין-בלעדיו לקיום ממשל דמוקרטי תקין (ע"א 723/74 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 296; להלן: ע"א הארץ).

גם השופט א' גולדברג אמר, ברוח זו, כי:

... גישת היסוד הראויה היא כי יש להעניק הגנה מוגברת לפירסומים המייחסים לנפגע חוסר מקצועיות, שעה שהנפגע ממלא תפקיד ציבורי על-פי דין, שהרי לציבור עניין רב באיכות השירות הציבורי. פועל יוצא הוא כי במקרה כזה פוחת משקלו של האינטרס שבהגנה על שמו הטוב של הנפגע, והוא פוחת עוד יותר כשהפירסום נוגע למחדליו המקצועיים של נושא משרה ציבורית החורגים מגדר רשלנות גרידא ועולים כדי שחיתות. בכך לא באתי להתיר כל רסן גם שמדובר בפירסום הנוגע למי שממלא תפקיד ציבורי (ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד מט(2) 843, 861).

ואת השיקולים הנוגעים לעניין זה הסבירה השופטת ד' ביניש בזו הלשון:

ההצדקה לעמדה המצדדת במתן עדיפות לחופש הביטוי על-פני שמם הטוב של דמויות ציבוריות, יכולה להמצא בחשיבות החברתית של הביקורת על אנשי ציבור לשם קיום ממשל דמוקרטי תקין. יש הרואים בביקורת הציבורית עמוד התווך של חופש הביטוי בישראל, בהיותה נובעת מזכות הציבור לדעת ולפקח... הצורך להגן על ביטויים הנוגעים לדמויות ציבוריות ולעניינים ציבוריים נובע מכך שיש בביטויים אלה כדי לאפשר שיח חופשי לצורך עיצוב עמדות פוליטיות וציבוריות בחברה. בהקשר זה, יש הסבורים כי קשה לנתק דיון חברתי בעמדות וברעיונות שיש לציבור עניין בהם, מדיון בבעלי הדעות ובהוגי הרעיונות במישור הציבורי והפוליטי, ומכאן החשיבות של ביטויים הנוגעים לאישי ציבור בעניינים ציבוריים... כן טמונה ההצדקה להעדפת חופש הביטוי, ביכולתו הרבה יותר של איש ציבור ביחס

לאדם פרטי להתגונן מפני פגיעה בשמו, שכן בידי כלים, ידע ונגישות לאמצעי התקשורת. יש אף הסבורים כי אנשי ציבור מעצם מעמדם מביעים הסכמה, מפורשת או משתמעת, לחשוף עניינם לעיני הציבור ולביקורתו... מנגד, ניתן להציג שיקולים השוללים העדפת חופש הביטוי על-פני שמם הטוב של דמויות ציבוריות. כך למשל, ניתן לטעון כי לשון הרע עשויה לגרום לאיש ציבור נזק רב מאד, שכן עיקר כוחו הוא בשמו הטוב בעיני הציבור. כן ניתן לטעון כי הרחבת הפגיעה בשם הטוב של אנשי ציבור, תרתיע אחרים מלבקש לעצמם מעמד זה... (ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 621-622).

20. אכן, חוק איסור לשון הרע אינו שולל את ההגנה על השם הטוב מאישי ציבור. החוק מגן על כל "אדם" מפני פגיעה בשמו הטוב (וראו סעיף 1 לחוק). עם זאת, בפרשנות הוראות החוק לא ניתן להתעלם ממושג הביטוי ומנושאו. "המשמעות הסבירה של הפרסום עשויה כמובן להיות מושפעת ממכלול הנסיבות, ובין היתר מאישיותו של הנפגע" (פרשת אפל הנ"ל, 622). גם בפירושן וביישומן של ההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע, יש נפקות לזהות הנפגע ולעניין שבו עוסק הביטוי. עמדה על כך השופטת ביניש, בפרשת אפל הנ"ל:

במסגרת פרשנות ההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע ויישומן בכל מקרה לגופו, עשויה מלאכת האיזון השיפוטית להיות מושפעת, בין היתר, מן השאלות הבאות: עד כמה עוסק הפרסום בדמות ציבורית ובקשר לנושא המעורר עניין ציבורי, מהי התועלת שבפרסום, עד כמה הפרסום ברבים תוך פגיעה בשמו הטוב של הנפגע היו רלוונטיים ונחוצים להשגת התועלת הציבורית, והאם התועלת שבפרסום גוברת על הנזק הצפוי לשמו הטוב של הנפגע... במקרים מתאימים בהם הפרסום נוגע לדמות ציבורית בקשר לענייני ציבור ובנסיבות בהן התועלת הציבורית מן הפרסום היא משמעותית וחשובה, יש ליתן משקל מיוחד ונכבד (אף כי לא בהכרח מכריע) לחופש הביטוי ולזכות הציבור לדעת וזאת במסגרת פרשנות ההגנות בחוק ויישומן. בדרך-כלל, ההתחשבות בזכות הנפגע, בנושא הפרסום ובתועלתו הציבורית, אינה באה לידי ביטוי בהגדרת לשון הרע בסעיף 1 לחוק, כי אם בהוראות החוק האחרות ובכללן ההגנות הקבועות בחוק. דומה כי בגישה זו יש כדי להתחשב בזכותו של איש הציבור לשם טוב, שכן ניתנת לו האפשרות להיכנס מבעד לפתחו של חוק איסור לשון הרע אולם במקביל, ניתן משקל נכבד לחופש הביטוי ולזכות הציבור לדעת במסגרת פרשנות ההגנות (שם, בעמ' 623-624).

עמד על כך גם המשנה לנשיא (אז השופט) א' מצא, בקבעו:

... כאשר הנפגע מפרסום לשון הרע הוא איש ציבור, והפרסום נוגע לנושא הכרוך בעיסוקיו הציבוריים ושהוא מעניינו של הציבור, הרי שבפרשנות משמעותו של הפרסום, לעניין תחולתה על המפרסם של איזו מההגנות הנתונות לו לפי החוק, יש להעדיף את הנוסחה הפרשנית המתיישבת עם עקרון חופש הביטוי על פני הנוסחה הפרשנית המייחסת את עיקר המשקל לזכותו של הנפגע להגנת שמו הטוב. לפנים אמנם נפסק... כי לעניין היקף ההגנה על הזכות לשם טוב, אין מקום להבחין בין מי שהוא איש ציבור לבין מי שאינו איש ציבור... אך בצדק ציינה לאחרונה השופטת ביניש, כי בפסיקה מאוחרת יותר הובעה העמדה, כי 'ראוי להקנות יתר משקל לחופש הביטוי לעומת הזכות לשם טוב כאשר מדובר בפרסומים בענייני ציבור הנוגעים לאנשי ציבור' (פרשת אפל נ' חסון הנ"ל, בפסקה 8 לפסק-דינה). להלן (בסוף פסקה 8) הסבירה השופטת ביניש, כי גישה זו יכולה לבוא לידי ביטוי מעשי במסגרת פרשנות ההגנות הנתונות לנתבע בחוק איסור לשון הרע... גישה זו מקובלת עליי. אימוצה אינו כרוך בשינויי הלכה מפליגים, אלא מבוסס על ההכרה בחשיבותו של עקרון חופש הביטוי, שבכירור תביעות מצד אנשי ציבור בשל פרסום לשון הרע יש לייחס לו משקל מוגבר במסגרת השיקולים שיש להביאם בחשבון בפרשנות ההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע (ע"א 323/98 אריאל שרון נ' עוזי בנזימן, פ"ד נו(3) 245, 267-268).

לדברים אלה הצטרף השופט י' טירקל, בציינו:

... בכירור תביעות של אנשי ציבור בשל פרסום לשון הרע עליהם יש לייחס לעקרון חופש הביטוי משקל רב יותר במסגרת השיקולים שיש להביא בחשבון לענין פרשנות ההגנות שבחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה – 1965 (שס, בעמ' 273).

21. לאמתו של דבר, מגמה זו מושרשת בהוראות חוק איסור לשון הרע עצמן. סעיף 14 לחוק – המעגן את הגנת "אמת בפרסום" – מבטא את חשיבותו היתרה של חופש הביטוי מקום בו מדובר בפרסום הנוגע לספירה הציבורית. ברי, כי נטייתו של בית המשפט לסווג פרסום ככזה שיש בו "עניין ציבורי" – כדרישת סעיף 14 לחוק – תגבר מקום בו מתייחס הפרסום לדמות ציבורית (וראו ע"א 439/88 רשם מאגרי מידע נ')

ונטורה, פ"ד מח(3) 808, 826; ז' סגל, "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 175, 194). אין ספק, כי תכופות, גדלה התועלת שבפרסום, וממילא, העניין הציבורי שבו, מקום בו נמסר מידע על אודות אנשים הממלאים תפקיד ציבורי.

ואם כך לגבי סעיף 14 לחוק, לא כל שכן לגבי סעיף 15 לחוק, הקובע במפורש הגנה לפרסומים דיכתיים שהם בבחינת "הבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד שיפוטי, רשמי או ציבורי, בשירות ציבורי או בקשר לענין ציבורי, או על אפיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה התנהגות". המחוקק סבר, אפוא, כי פרסום דעה על אדם הנושא בתפקיד ציבורי ועל עניין ציבורי הוא בעל חשיבות כה רבה, עד כי אין הכרח שהפרסום יהיה דבר-אמת, ובלבד שיעשה בתום-לב.

ברי, אפוא, כי הן החוק והן הפסיקה המפרשת אותו והמאזנת בין חופש הביטוי לבין אינטרסים אחרים, מבססים את העמדה לפיה:

חשיבותו של חופש הביטוי גוברת, מקום בו מדובר בהבעת דעה בעניינים ציבוריים ובנוגע לאישים הנושאים תפקידים ציבוריים (פרשת רינת הנ"ל, בעמ' 88).

22. מי הוא "איש ציבור"? מהו "עניין ציבורי"? המענה לשאלות אלה אינו חד וחלק. בארצות-הברית התקשתה הפסיקה ליתן מענה עקבי ואחיד לשאלת גבולות ההגדרה של המונחים "איש ציבור" ו"עניין ציבורי". הפסיקה שם הרחיבה את ההגנה הניתנת לאמצעי התקשורת גם למקרים שבהם נשוא הפרסום אינו נושא משרה ציבורית (public official), אך הינו "דמות ציבורית" (public figure) (ראו *Curtis Pub. Co. v. Harte-Hanks Communications, Inc. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967); *Connaughton*, 491 U.S. 657 (1989)). דא עקא, שנראה כי דמותה של הדמות הציבורית - נותרה עמומה (ראו *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 29 (1971); *Gertz v. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323 (1974); *Dun & Bradstreet, inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985); *Philadelphia Newspapers inc. v. Hepps*, 475 U.S. 767 (1986)). בסופו של יום, המדובר בעניין של מידה, הנקבעת בכל מקרה לפי נסיבותיו, על-פי כללים של שכל-ישר. "ניתן לומר" - כך קבעה השופטת ד' ביניש בפרשת אפל הנ"ל - "כי אדם יחשב 'דמות ציבורית' ככל שנגיעתו לענייני ציבור והשפעתו עליהם היא רבה יותר, וככל שהופעתו בציבור וגישתו לאמצעי התקשורת רבה יותר. יש ועקב מעורבותו של אדם בעניין הנוגע לציבור יש לראותו כ'דמות ציבורית' לצורך העניין הנדון, ויש שהמעמד הציבורי נקבע בשל היותו

נושא משרה או תפקיד ציבורי". בחינה פרטנית זו יפה גם כאשר לפרשנות התיבות "עניין ציבורי", שהוא "עניין שידיעתו ברבים רלוונטית להגשמת מטרה ציבורית או שיש לציבור תועלת בידיעה לגביו - אם לצורך גיבוש דעתו בעניינים ציבוריים ואם לשם שיפור אורחות חייו" (שס). אין אפוא מקום לקבוע כללים נוקשים בעניין זה, כי אם לבחון, בכל מקרה ומקרה, האם מדובר בביטוי הנוגע לדמות ציבורית ולעניין ציבורי, והאם (וכיצד) משליכה ה"ציבוריות" על האיזון הראוי בין הערכים המתנגשים. כך, למשל, יש לבחון האם עסקינות בפרסום רכילותי גרידא, שאז מונחת משקולת נוספת לטובת שמו הטוב של איש הציבור ופרטיותו, או שמא עסקינות בביטוי החושף מידע רלבנטי ובעל-ערך ציבורי על אנשים המצויים בעמדת השפעה, שאז נוטה הכף לעבר חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת (ראו שנהר, בספרו הנ"ל, בעמ' 233-236).

בענייננו, אף כי המערער איננו נבחר ציבור, הרי אין ספק – והערכאות הקודמות עמדו על כך – שהוא "דמות ציבורית, פעיל פוליטי, מחצין את מחאתו ומציגה לציבור ויש לו גישה לתקשורת" (כלשונו של בית המשפט המחוזי). ברי, אפוא, כי מדובר באדם שהעמיד עצמו בעין הציבור. יותר מכך, הביטוי שכנגדו מלין המערער הוטח לעברו במהלך דיון עתונאי-טלוויזיוני בעניינים ציבוריים-פוליטיים מובהקים, ובוודאי שלא נחסמה מן המערער האפשרות לומר את דברו בעניין הביטויים שהושמעו. הוא גם עשה כן. לכל אלה – נפקות בענייננו.

על רקע כל אלה באים אנו לבחון את הוראות חוק איסור לשון הרע הנוגעות לענייננו ואת דרך יישומן.

חוק איסור לשון הרע

23. "פרסום לשון הרע לאדם אחר או יותר זולת הנפגע תהא עוולה אזרחית". כך מורה סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע. על-מנת שתקום אחריות בגין פרסום לשון הרע, על הנפגע – כאן המערער – להוכיח "פרסום" – כהגדרתו בסעיף 2 לחוק – שיש בו משום "לשון הרע". תיבות אחרונות אלה – "לשון הרע" – מוגדרות בסעיף 1 לחוק, ותמצית הדברים היא כי הביטוי צריך שיהיו בו משום השפלה וביזוי או פגיעה במשלה-יד.

בענייננו, לא היתה מחלוקת בין הצדדים כי מתקיימים היסודות הללו – "פרסום" ו"לשון הרע", ואנו לא באנו לומר אחרת (אם כי הדברים אינם נקיים מספק – וראו פרשת הרציקוביץ הנ"ל וכן יובל קרניאל, "גזענות, תקשורת ולשון הרע – האם

מותר לומר על גזען שהוא נאצי? המשפט 19 (תשס"ה) 40). עם זאת, ראוי לעמוד על מספר עניינים הקשורים ביסוד "לשון הרע", שיש להם נפקות בהמשך הדרך, לעת שניגש לבחינת תחולתן של ההגנות. שהרי:

החוק בנוי שני נדבכים עיקריים - נדבך האחריות ונדבך ההגנות... אלא שהקו התוחם בין שני הנדבכים, איננו חד. זאת, הן לאור השפעת האיזון החוקתי בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב על נדבכיו השונים של החוק, והן לאור העובדה ששיקולים הנבחנו בעת שנבדק הנדבך הראשון, משליכים גם בהגיענו לנדבך השני, ולהיפך. להמחשת הדדיות זו, שבין נדבכיו השונים של החוק, טלו מקרה שבו נקבע כי נעשה פרסום של דבר לשון הרע (קרי, נתקיים הנדבך הראשון), אולם הדיבה אינה פוגענית במיוחד, כי אם מתונה. ניתן להניח, כי מידת החומרה של הביטוי הפוגע תשפיע, למשל, על מידת העניין הציבורי הנדרש בגדר הגנת אמת דיברתי (סעיף 14 לחוק), ועל בחינת שאלת תום-הלב במסגרת ההגנה הקבועה בסעיף 15 לחוק (פרשת הרציקוביץ הנ"ל, בעמ' 573).

כך גם בענייננו. פרשנות הביטוי והבנת עומק הדיבה וגבולותיה, הם בסיס שבלעדיו אין לבדיקת תחולתן של ההגנות.

הדיבה והגידוף

24. נזכיר: היסוד הדיבתי בפרסום נשוא ענייננו מתמקד בשימוש במילה "נאצי", שעשה המשיב בהתייחסו למערער. תיבה זו שובצה בשני משפטים - "מותר להתגונן מול איתמר הקטן הנאצי הזה" ו"סתום את הפה נאצי מלוכלך". הערכאות הקודמות דנו בשאלה, מה מסר מעבירים הביטויים הללו לצופה ולמאזין. בניתוח שאלה זו, "המבחן הקובע הוא, מהי, לדעת השופט היושב בדיון, המשמעות, שקורא סביר היה מיחס למילים" (ע"א 740/86 תומרקין נ' העצני, פ"ד מג(2) 333, 337). הנה אפוא, עלינו לשאול ולשקול, מה היה מבין האדם הסביר, לנוכח האמירות הפוגעניות.

כאן ראוי לציין, כי המשיב הדגיש בפני הערכאות השונות, כי אין הוא חוזר בו מדבריו ולא זו בלבד, אלא שהתבטאויותיו - כך הבהיר - לא היו בגדר פליטת-פה בלהט הויכוח, אלא תוצאה של לימוד, ניתוח והשוואה בין הכהניזם לבין הנאציזם, ורצון להתריע בפני הסכנות המתרגשות וכאות על הדמוקרטיה הישראלית. אלא שבית משפט, בעת שהוא בא לפרש ביטוי מלעז, אינו בוחן את כוונותיו של המפרסם, אף לא את האופן בו הבינו את הביטוי הנפגע או השומעים-בפועל (ראו ע"א 257/57 אפלבויס

נ' בן גוריון, פ"ד יד 1205, 1215; פרשת תומדקין הנ"ל, בעמ' 337; אולם ראו חריג לכך בסעיף 16(ב)(3) לחוק איסור לשון הרע). השאלה המכרעת היא אובייקטיבית, לאמור – יש לתור אחר המובן הטבעי והרגיל של הפרסום בעיני האדם הסביר (ראו גם ע"א הארץ, בעמ' 300). כך לגבי פרשנות הביטוי, וכך לגבי עצם השאלה האם יש בו, בביטוי, כדי להוות "לשון הרע" (ראו גם ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1, 7). זאת וגם זאת: משמעותה של התבטאות אינה נגזרת אך ורק מפירושו המילולי או הבלשני המדויק של המילים שבהן נעשה שימוש. נסיבות חיצוניות הסובבות את הפרסום, ההקשר בו נאמרו הדברים – כל אלה, וכיוצא באלה, יש בהם כדי ללמד מהו, אל נכון, פירושו של הפרסום (ראו למשל ע"א הארץ הנ"ל, בעמ' 300).

25. בענייננו, מקובלת עלי מסקנתו של בית המשפט המחוזי, כי התיבה "נאצי" במקרה זה, על רקע ההקשר שבו נאמרה, לא הובנה במשמעות ההיסטורית שלה (קרי, חברות במפלגה הנציונאל-סוציאליסטית בגרמניה של אז) ואף אין בה משום קביעה כי המערער הינו "נאצי" על כל המשתמע מזה. ממילא, גם אין לסבור כי האדם הסביר היה מבין כי המשיב מניח לפתחו של המערער את כל האסוציאציות העולות מן השימוש במונח "נאצי" בהקשרים אחרים (ראו והשוו פרשת תומדקין הנ"ל). בראש ובראשונה, ברי כי השימוש בביטוי "נאצי" לא נועד לסמן את המערער כמי שמבקש להשמיד את העם היהודי.

הדברים גם לא נאמרו במסגרת דיון מלומד המציג משנה סדורה על הכהניזם ועל זיקתו לנאציזם. המדובר בתכנית טלוויזיה, שתוארה על-ידי בית משפט השלום כתכנית פולמוסית, בה מתקיים לא אחת דיון סוער, מלווה בהשמצות ובפרובוקציות שונות (בתכנית שבה אנו דוברים, היא עצמה, הטיחו גם המשתתפים האחרים זה בזה ביטויים כגון "טרוריסט", "פשיסט" ו"בריון"). הדיון שבו השתתף המערער בא על רקע ההפגנות שבהן נטל המערער חלק, ואשר בהן נישאה כרזה המציגה את ראש הממשלה המנוח כשהוא לבוש במדי קצין נאצי. עיון בביטויים נשוא המחלוקת ובחינת ההקשר שבו נאמרו, וצפיה בסרט הטלוויזיה, מלמדים גם כי מדובר, בעיקרו של דבר, בגידוף חריף כלפי המערער, בחיווי דעת כי מעשיו והשקפותיו מזכירים את אלה של הנאצים וכי לפיכך "מותר להתגונן מפניו". הדברים נאמרו, כך עולה מצפייה בתוכנית, כחלק ממענה לטענה שנשמעה שם בדבר פעולתם של פעילי שמאל כנגד יריבים פוליטיים. בתגובה לאותה טענה נאמר מפי המשיב כי "מותר להתגונן מול איתמר הנאצי הקטן הזה".

26. לא אמרתי – ואינני אומר – כי גידופים, קללות והתרוסות אינם עשויים לבוא בגדר לשון הרע. כבר נפסק, כי תיאורו של אדם כ"אנטי ציוני" יכול שייחשב בגדר "לשון הרע" (ע"א 698/77 ועד עדת הספרדים בירושלים נ' ארנון, פ"ד לב (2) 183), וכך גם הכינוי "נאצי" ו"אנטישמי" (ראו א' שנהר, דיני לשון הרע (תשנ"ז) 130, והאסמכתאות שם). סינון קללה כלפי אדם, קבל עם ועדה, עלול לבזותו עד-מאד, ועל כן להוות משום "לשון הרע". עם זאת, לא כל גידוף, ולא בכל הנסיבות, יקים עילת תביעה מכוח חוק איסור לשון הרע. "קללות וגידופים מהווים לצערנו חלק מהחיים החברתיים במדינה, ולפיכך קיים חשש שהכרה שיפוטית גורפת בגידופים כב'לשון הרע' תביא להצפת בתי-המשפט בתביעות שזו עילתן. זאת ועוד: ככל שהשימוש בגידופים שכיח יותר, כך נעשית פגיעתם לקשה פחות, עד כי אמירת גידופים מסוימים בנסיבות מסוימות לא תגרום עוד לפגיעה ממשית" (שנהר, בספר הנ"ל, בעמ' 131, והאסמכתאות שם; ראו גם *Pease v. International Union of Operating Engineers* (1991) 567 N.E.2d 614, 619; *Local 150*, 643 A.2d 972, 978-979 (1994); *Stevens v. Tillman*, 855 F.2d 394, 399-402 (1988)). הגידוף של אתמול הוא שפת הרחוב של היום. סיווג הדיבור על-פי סגנונו עשוי לייחד את חופש הביטוי למיטיבי הדיבור ולצחי הלשון לברדם. חופש הביטוי צריך שיהיה שמור גם לעלגי הלשון, שהם תכופות גם קשיי היום. שפתם אינה "בעלת ערך פחות" (פסק-דין *Chaplinsky* הנ"ל). כשם שחרות הביטוי היא עיוורת כלפי התוכן, כך אין היא נותנת דעתה לסגנון. אכן, כדברי ה-ECHR, הזכות לחופש ביטוי "protects not only the substance of the ideas and information expressed but also the form in which they are conveyed" (*Oberschlick v. Austria (II)*, 42 Eur. Ct. H.R. 1266) (1997).

ההגנות

27. בפרסום לשון הרע לא סגי לשם הטלת אחריות לפי חוק איסור לשון הרע. החוק מונה מספר הגנות, אשר הוכחתם על-ידי מי שפרסם לשון הרע, פותרת אותו מחבות (לעניין זהות הנושא בנטל, ראו פרשת פלוס הנ"ל; ע"א 326/68 אסא נ' ליבנה, פ"ד כג (2) 23, 25; ע"א 670/79, 78/80, 82 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מא (2) 169, 201; ע"א 250/69 הוצאת מודיעין בע"מ נ' חתוקה, פ"ד כג (2) 135, 140; פרשת משעור הנ"ל, בעמ' 8; ע"א 184/89 יעקב טריגמן נ' טיולי הגליל (רכב) 1966 בע"מ, תק-על 92 (2) 522; וכך סעיף 18 לחוק איסור לשון הרע). בענייננו, טוען המשיב לקיומן של הגנת אמת בפרסום (סעיף 14 לחוק) והגנת תום-הלב (סעיף 15 לחוק). כמו הערכאות הקודמות, אף אנו איננו מתעתדים להיענות ל"אתגר" שהציבו הצדדים בפני

בית המשפט, ולהכריע בשאלת אמיתות הפרסום הנדון. זאת, הן מן הטעם שסבורים אנו כי הדבר אינו נחוץ, מששוכנענו כי הביטוי בו עסקינן הינו הבעת דעה, העומדת בתנאי ההגנה שבסעיף 15(4) לחוק (השוו ע"א 7/79 הוצאת ספרים "החיים" נ' רשות השידור, פ"ד לה (2) 365); והן מן הטעם, שבית המשפט איננו הפורום המתאים להסקת מסקנות – ודאי לא מסקנות המנוסחות בלשון "אמת" או "שקר" – בנושאים כגון דא, שהם בעיקר עניין לניתוח מדעי, מחקרי והיסטורי, כמו-גם לשיח ציבורי. יפים לענייננו דבריו של המשנה לנשיא (אז השופט) א' מצא, בקבעו:

קביעת "האמת ההיסטורית" - ככל שיש קיום למושג זה - הינה עניין להיסטוריונים ולא לבית המשפט, וככל שישכיל בית המשפט להימנע מלעסוק בה כן ייטב... אכן, קביעתה של אמת היסטורית הינה, במידה רבה, נושא להערכה, העשויה להשתנות מחוקר לחוקר ואף מזמן לזמן... יתר על כן: גם כשבית המשפט אינו מוצא מנוס מלהידרש למחלוקת המתייחסת לאירוע היסטורי, עליו להיות ער למגבלות שבגדרן הוא פועל; עליו להגביל את הכרעתו למה שניתן להסיק מן הראיות המובאות לפניו במשפט, ואל לו להתיימר להכריע בדבר האמת ההיסטורית לאשורה או במלוא היקפה (פרשת בנזימן הנ"ל, בעמ' 258).

כך ננהג גם בענייננו. בכך אין כדי לפטור אותנו תמיד מלהתייחס גם לשאלות שבעובדה. אלה האחרונות עשויות להשליך, במובנים מסוימים, גם על הדיון ועל ההכרעה בשאלות הנוגעות ליסוד תום-הלב שבהבעת הדעה.

נפנה עתה לבחינת ההגנה הקבועה בסעיף 15(4) לחוק איסור לשון הרע.

הבעת דעה בתום-לב

28. הטלת אחריות בשל הבעת דעה, להבדיל מייחוס עובדה לאחר, מעוררת קושי עקרוני. שיטות אחרות נמנעו מהטלת אחריות כזו (יצוין, כי הגישה שרווחה בארצות-הברית, לפיה קיימת דיכוטומיה חדה בין עובדות לבין דעות, כאשר האחרונות אינן מהוות בסיס לתביעת לשון הרע, סוייגה בפרשת *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U.S. 1, 18-21 (1990). נפסק שם, כי גם הבעת דעה עשויה להיות בת-תביעה, ובלבד שהיא מרמזת על עובדה בלתי-נכונה. מכל מקום, אין ממהרים להטיל אחריות בשל עצם הבעת הדעה. (עוד על ההבחנה בין עובדות לדעות במשפט האמריקאי, ועל הזכות הרחבה להביע דעה כל עוד העובדות שביסודה מפורטות או ידועות, ראו *Lyons Moldea v. New ; v. Globe Newspaper Co.*, 612 N.E.2d 1158, 1161, 64 (1993)

(1994) 15 F.3d 1137, 1144-45 (York Times). כאשר מדובר בפיקוח על דעות המתייחסות לאיש ציבור בנוגע לעניין ציבורי – הקושי גדול עוד יותר.

בשיטתנו ניתן להטיל אחריות בנסיבות מסוימות גם על הבעת דעה ובלבד שאין מתקיימות ההגנות שהחוק מעניק לדובר. סעיף 15(4) לחוק איסור לשון הרע – הוא הסעיף הרלבנטי לענייננו ובו נמקד את עיקר דיוננו – קובע בזו הלשון:

כמשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה אם הנאשם או הנתבע עשה את הפרסום בתום לב באחת הנסיבות האלו:
 (4) הפרסום היה הבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד שיפוטי, רשמי או ציבורי, בשירות ציבורי או בקשר לענין ציבורי, או על אפיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה התנהגות;

שלוש שאלות צריכות הכרעה. האחת, האם התבטאותו של המשיב כלפי המערער היא בגדר "הבעת דעה" כדרישת הסעיף. השנייה, האם נסבה הבעת הדעה "על התנהגות הנפגע... בקשר לענין ציבורי, או על אפיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה התנהגות". והשלישית, האם נעשה הפרסום "בתום לב". נבחן שאלות אלה, כסדרן.

29. ביחס לשאלה הראשונה – סיווג הפרסום כהבעת דעה – הוכר זה מכבר הקושי, המתעורר לעיתים, לקבוע האם התבטאות מסוימת באה לשקף מציאות אובייקטיבית או שמא באה לבטא עמדה סובייקטיבית. "השאלה, אם קטעי כתבה שונים מהווים תיאור עובדתי או שיש בהם משום הבעת דעתו גרידא של הכותב, איננה פשוטה, והינה סוגיה עובדתית משפטית מעורבת" (ע"א 259/89 הוצאת מודיעין בע"מ נ' ספירו, פ"ד מו(3) 48, 55). אומנם, יש לפעמים שהפרסום ניתן לסיווג פשוט – כקביעת עובדה או כהבעת דעה – אולם במקרים רבים, נע הוא בגבול שביניהם ושולח רגל לפה ורגל לשם. שהרי, יכול אדם לתאר מציאות עובדתית על-פי השקפתו שלו, לאמור, להביע דעה הנסכה על עובדות (ראו ד"נ הארץ הנ"ל, בעמ' 353). מכאן התיחום המטושטש בין השניים, המביא לכך כי לעיתים ניתן להחיל על התבטאות אחת הן את הגנת "אמת בפרסום" והן את הגנת "הבעת דעה בתום לב" (ראו שנהר, בספר הנ"ל, בעמ' 309-310).

מהם הכלים שבידי בית המשפט בכואו לבצע את הסיווג? "השכל הישר וכללי ההגיון, לאחר שיעיין בכתבה בשלמותה" (פרשת ספירו הנ"ל, בעמ' 55); "הרושם

הכללי שיוצר מירקם הכתבה בעיני הקורא הסביר" (ע"א קראוס הנ"ל, בעמ' 857). הודגש, כי "ככלל, על מנת לקבוע את משמעותו של פרסום בעיני האדם הסביר, יש להביא בחשבון גם את ההקשר הענייני שבו נאמרו, או נכתבו, הדברים מעוררי המחלוקת" (פרשת בנזמין הנ"ל, בעמ' 263; פרשת פלוס הנ"ל, בעמ' 874-876). זאת ועוד, "במקרים שבהם ההבחנה איננה ברורה מתחدد הצורך במערכת שיקולים נוספת על זו המופעלת במישור העובדתי. זהו המישור המשפטי. בגדרו ניתן להפעיל שיקולי מדיניות, שיאפשרו לסווג אמירה, אם כקביעת עובדה ואם כסברה, מקום שסיווגה העובדתי-לשוני איננו מוביל למסקנה חד-משמעית. ודוק: סיווג הנעזר בכללי מדיניות משפטית, אין משמעו שהאמירה באמת משתייכת לאחת משתי הקטיגוריות האמורות - לה בלבד ולא לקטיגוריה האחרת - אלא רק שמבחינה משפטית יש להתייחס אליה ככזו" (דברי השופט מצא בפרשת בנזמין הנ"ל, בעמ' 264). בנסיבות אותה פרשה, מנה השופט מצא שני שיקולים מסוג זה, התומכים בסיווג ההתבטאות כהבעת דעה: האחד, מדובר היה במאמר פובליציסטי, המותח ביקורת על מהלכיו של שר במילוי תפקידו הציבורי, והטענה נשוא התביעה הובאה בו, אגב אורחא, כחלק מהנמקת המחבר להצגתו של השר כבלתי ראוי לאמון. והשני, הטענה נשוא התביעה התייחסה לאירוע היסטורי, שבית המשפט אינו מהווה זירה נאותה לבירור קורותיו העובדתיים (שם), בעמ' 266-270).

30. בענייננו, קבע בית משפט השלום, ואחריו קבע גם בית המשפט המחוזי, כי הפרסום המהווה לשון הרע הוא בגדר "הבעת דעה" של המשיב על המערער. מסקנתם זו מקובלת עלי, כאמור, ואני מאמץ אותה. אדם סביר שצפה בתכנית "פופוליטיקה" - אשר בה מופיעים מדי שבוע אורחים ומביעים דעה בעניינים שונים (ולגבי אנשים שונים) - ושמע את האמירות נשוא ענייננו, צפוי היה שיראה בהן הבעת דעתו של המשיב על טיבו של המערער ועל השקפותיו. המשיב הביע דעתו כי "מותר להתגונן מול איתמר הקטן הנאצי הזה", ואז גידף את המערער באמרו: "סתום את הפה נאצי מלוכלך". יש לראות את הדברים בהקשרם, לאמור - ויכוח פוליטי חריף, בתכנית פולמוסית, שנגרר לטונים גבוהים, תוך שהמשיב מבקש לגנות בצורה בוטה את השקפותיו ופעולותיו של המערער. שיקולי המדיניות עליהם עמד השופט מצא בפרשת בנזמין בוודאי תומכים באימוץ הגישה לפיה האמירות במקרה זה הן, מבחינת סיווגן המשפטי, בגדר הבעת דעה. על השיקול השני - היעדר כלים נאותים לבירור שיפוטי של אמיתות הפרסום - כבר עמדנו לעיל, ולא נוסיף. גם לשיקול הראשון - היותו של המערער דמות ציבורית במובן הרלבנטי לענייננו - כבר התייחסנו.

31. הדבר מובילנו אל השאלה השנייה הצריכה בחינה בכל הנוגע להגנה הקבועה בסעיף 15(4) לחוק. כאמור, דורש הסעיף כי הבעת הדעה תהא "על התנהגות הנפגע... בקשר לענין ציבורי, או על אפיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה התנהגות". בענייננו, אין מחלוקת כי מתקיים יסוד זה, ואכן, התבטאותו של המשיב ניתנת לסיווג כהבעת דעה על התנהגותו, אפיו, מעשיו ודעותיו של המערער – שהוא דמות ציבורית – בקשר לעניין ציבורי.

בסיווג ההתבטאות כהבעת דעה בקשר לעניין ציבורי – לא סגי כדי להקנות הגנה למפרסם. אמנם, כפי שהדגיש הנשיא לנדוי:

ביחס להיקף הזכות להבעת דעה בתום-לב (להבדיל מהצגת העובדות) מוכן אני לקבל את דברי השופט Brennan... מפסק-הדין בעניין N.Y. Times, שהוויכוח בעניינים ציבוריים השנויים במחלוקת מותר לו להיות "uninhibited, robust and wide-open" (ללא מעצורים, ללא איסתניסיות ופתוח לרווחה). הדבר דרוש כדי לא לחסום בירור חפשי של פלוגתות מדיניות ואחרות של ציבור עניין בהם. כאן גובר חופש הביטוי על המגמה להגן על שמו הטוב של הפרט (ד"נ הארץ הנ"ל, בעמ' 351).

אלא שגם ביטויים שהם בבחינת הבעת דעה, עלולים לפגוע. לפיכך, קבע המחוקק דרישה מצטברת נוספת לקיום ההגנה – תום-לב בפרסום.

תום-לב בפרסום

32. סעיף 15 מחיל, לגבי כל סעיפי המשנה שבו, את דרישת תום-הלב (על תום-הלב בהקשר של חוק איסור לשון הרע, ראו ע"א 788/79 דיימר נ' עזבון רייבר, פ"ד לו(2) (141). על כן, אדם המביע דעה על איש ציבור ובעניין ציבורי, לא יזכה להגנה, אלא אם יתברר כי פרסומו זה – בתום-לב נעשה. בין יתר השיקולים הצריכים לעניין זה, ניתן למנות את הכוונה שעמדה מאחורי הפרסום – האם כוונת זדון או שמא כוונה אחרת (ע"א 4/85 צור נ' הוכברג, פ"ד מב(3) 251; ע"א 211/82 ננס נ' פלורו, פ"ד מ(1) 210, 216); את אמונתו הכנה של המפרסם באמיתות הפרסום (פרשת דיימר הנ"ל, בעמ' 148); את נושא הפרסום ומושאו – האם נסב הפרסום על דמויות ציבוריות ועל סוגיות פוליטיות, אקטואליות או אחרות של ציבור עניין רב בהן (ראו פרשת קראוס הנ"ל, בעמ' 864); את מידתיות הפרסום – לשונו, סגנונו, נוסחו והיקף התפרסותו, כאשר אלה עומדים אל מול העניין שבו עוסק הפרסום (פרשת משעור הנ"ל, בעמ' 10; פרשת פלוט הנ"ל); במקרים מתאימים, נקיטת אמצעים סבירים לבדיקת אמיתות הדעה אף היא

שיקול רלבנטי (ע"א הארץ הנ"ל, בעמ' 306, 312; פרשת פלוס הנ"ל), וכך גם סבירות המסקנה שצמחה מתוך התשתית העובדתית עליה היא מסתמכת (ע"א הארץ הנ"ל, בעמ' 307). מקצת משיקולים אלה, הצריכים לעניין תום-הלב שבסעיף 15 לחוק, משתקפים בחזקות תום-הלב, הקבועות בסעיף 16 לחוק. וזהו נוסח הסעיף:

(א) הוכיח הנאשם או הנתבע שעשה את הפרסום באחת הנסיבות האמורות בסעיף 15 ושהפרסום לא חרג מתחום הסביר באותן נסיבות, חזקה עליו שעשה את הפרסום בתום לב.
 (ב) חזקה על הנאשם או הנתבע שעשה את הפרסום שלא בתום לב אם נתקיים בפרסום אחת מאלה:
 (1) הדבר שפורסם לא היה אמת והוא לא האמין באמיתותו;
 (2) הדבר שפורסם לא היה אמת והוא לא נקט לפני הפרסום אמצעים סבירים להיווכח אם אמת הוא אם לא;
 (3) הוא נתכוון על ידי הפרסום לפגוע במידה גדולה משהיתה סבירה להגנת הערכים המוגנים על-ידי סעיף 15.

בענייננו, קבע בית משפט השלום, לאחר התחבטות, כי הפרסום אינו מקיים את דרישת תום-הלב, אך לאור כלל נסיבות העניין העמיד את סכום הפיצוי על שקל אחד בלבד. בית המשפט המחוזי סבר אחרת, ופסק כי כלל לא קמה אחריות במקרה זה. עיקר הדיון נסב על השאלה, האם הפרסום "חרג מתחום הסביר באותן נסיבות". דעתי, בעניין זה, כדעת בית המשפט המחוזי.

33. עמדה זו צריכה הבהרה: תרבות השיח בישראל מגלה, בלשון המעטה, סימנים מדאיגים. האופן שבו התנהל ה"דיון" בתכנית נשוא הערעור הוא רק ביטוי אחד לכך. נאצות וניבולי פה "מעטרים" את השיח הציבורי בנושאים מהותיים, לעיתים הרי-גורל. תכופות מאפיל הסגנון על התוכן. כחלק מן המציאות הזו אנו עדים לגידול ניכר בשימוש במוטיבים ממלחמת העולם השנייה, ובמילים הלקוחות מעולם המושגים של השואה - באמצעי התקשורת, במהלך הפגנות, ובדיונים המתקיימים במוסדות השלטון. נדמה, כי מי שחפץ למשוך תשומת-לב ולהבטיח לעצמו את הכותרת בעיתון של מחר, יוכל לעשות כן על נקלה אם ישתמש במונחים הנוגעים לאסון הנורא שהמיט על העם היהודי הצורר הנאצי. זילות זו של השואה ושל נגע האנטישמיות צורמת את האוזן וצובטת את הלב. בוודאי כך באוזנם ובליבם של מי שחוו את התופת, אך לא רק אצלם. אין תימה, אפוא, כי יש הרואים אצלנו בדינו של מי שכורך בדבריו, באורח פסול, את השואה ואת מחולליה, דין שהוא sui generis.

אלא שמדינה דמוקרטית אינה ממהרת להיאבק בביטויים קשים, החורגים מאמות-מידה מקובלות של תרבות דיון, באמצעות הגבלות משפטיות כפויות על חופש הביטוי. עמד על כך הנשיא ברק, אמנם בהקשר אחר, בדברים הנוגעים ללב:

אכן, הקטע המופיע במחזה עשוי לפגוע ברגשות הציבור היהודי. בודאי הוא עשוי לפגוע ברגשותיו של אותו ציבור שחוה את השואה על גופו ונפשו. אני עצמי, ילד הייתי בשואה, וחציתי גדרות וגבולות הנשמרים על ידי הצבא הגרמני כאשר על גופי דברים שהעברתם אסורה. ההקבלה בין חייל גרמני העוצר ילד זה לבין חייל ישראלי העוצר נער ערבי צורבת את לבי. עם זאת, אנו חיים במדינה דמוקרטית, אשר בה צריכת לב זו היא לב ליבה של הדמוקרטיה. כוחה של זו אינה ההכרה בזכותי לשמוע דברי נועם, הערבים לאוזני. כוחה של זו בהכרה בזכותו של הזולת להשמיע דברים הצורמים את אוזני והצובתים את לבי. "חופש הביטוי" - אמר השופט הולמס - "הוא הסובלנות כלפי השנוא עלינו" (פרשת לאור הנ"ל).

אכן, ניתן היה למתן רבות מבין ההתבטאויות הצורמות והמעליבות באמצעי התקשורת, באמצעות הימנעות משידורים חיים ובאמצעות שימוש בעזרים טכניים – כגון אותן צפצוף ה"מעלים" כל אמירה מכוערת או מכעיסה. בנסיבות חיינו עשויה אז היתה להיות התוצאה, שמקצת מן השידורים היו נשמעים כ"צפצוף" ארוך אחד. לא זו דרכה של מדינה השוחרת חופש ביטוי. ודוק: הטלת אחריות מכוח דיני לשון הרע כמוה כקטיעה של הביטוי. אף אם אפקט "מקפיא" אין בה (להבדיל מצנזורה מראש), הרי אפקט "מצנן" – יש בה. הדיון שנערך במסגרת התכנית נשוא ענייננו, הוא עצמו עשוי היה לכאורה להקים שורה של עילות תביעה מכוח חוק איסור לשון הרע, לאחר שהמשתתפים, בלהט הויכוח, חרפו זה את זה בכינויים כגון "טרוריסט", "פשיסט" ו"בריון". על כן, מן הראוי לנתב את פרשנות הדין באופן שתוכניות אשר בהן מתקיים ויכוח – אפילו ויכוח נוקב ו"נשכני" – בעניינים ציבוריים, חברתיים ופוליטיים, לא יגררו אחריהן שובל ארוך של תביעות לשון הרע על ימין ועל שמאל (תרתי משמע).

אכן, במקרים המתאימים, שומה על המשפט למנוע מצב שבו תבוא הגשמת התכלית החשובה של חופש הביטוי על גבו של אדם – לא כל שכן אדם פרטי. לכך נועדו הוראות חוק איסור לשון הרע. בד-בבד, יש להישמר מפני הכתבת סטנדרטים של טעם טוב לדיון הפוליטי-ציבורי הפתוח והחופשי באמצעי התקשורת. "אין בית המשפט יכול לכפות טעמו והגיונו הוא על המפרסם, אלא עליו להותיר מקום להבעות

דעה תקיפות" (ע"א הארץ הנ"ל; וכן ע"א 7/79 הוצאת ספרים "החיים" נ' רשות השידור, פ"ד לה (2) 365; בג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) נ' רשות השידור, פ"ד מח (2) 1). יש לשוב ולשנן, לשוב ולזכור, כי עיקר תכליתו של חופש הביטוי להבטיח הגנה דווקא לביטויים קיצוניים, המעוררים מחלוקת ואף סלידה. דברי-נועם, הערבים לאוזן, הנעימים לצפייה והקלים לעיכול, אינם זקוקים להגנה של חופש הביטוי. "חופש הביטוי וחופש ההפגנה אין משמעותם אך החופש לבטא דברים הערבים לאוזן. חופש התהלכה איננו רק החופש של ילדים וזרי פרחים בידיהם לצעוד ברחובה של עיר, אלא זה חופש הצעידה של אנשים, אשר דעותיהם אינן מקובלות, ועצם הצעידה מרגיזה ומעוררת כעס" (בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393, 411). אכן, דווקא אותן אמירות, המעוררות תחושות שליליות - הן אלה שחשופות לפגיעה, ולכן זקוקות למעטה ההגנה של חופש הביטוי. האיסתניסיות אינה תנאי להגנה והבוטות אינה גורעת מן החירות. נאמר כבר כי "גסות הביטוי של האחד היא פואטיקה בפיו של אחר" (Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971); ראו גם בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, תק-על 2003 (1) 1077). אולם יזכור הדובר כי דווקא חריפות, הבוטות והקיצוניות שבהבעת הדעה עלולים להרחיק את הביטוי ממושאו, או להקהות את חדות הביקורת (ראו פרשת הרציקוביץ' הנ"ל).

טליסמא

34. השימוש בביטוי "נאצי", או בביטויים אחרים השאובים מההיסטוריה הכואבת של עם ישראל, הוא אצלנו כמעט בהכרח וכמעט בכל הנסיבות - ביטוי דיבתי. אך בכך בלבד אין כדי לשלול ממנו את הגנת החוק (ראו ע"א 740/86 יגאל תומרקין נ' אליקים העצני, פ"ד מג (2) 333; ראו והשוו גם Mullenmeister v. Snap-On Tools Corp., 333 (2) 333; ראו והשוו גם O'Donnell v. Philadelphia Record Co., 51 (2) 587 F. Supp. 868, 874-75 (1984); Fleming v. Benzaquin, 454 N.E.2d 95, 101 (Mass. A.2d 775, 777 (1947); 1983); Sanctuary v. Thackrey, 72 N.Y.S.2d 104, 107-111 (1947)). בפסק-דין חדש יחסית - Rambo v. Cohen, 587 N.E.2d 140, 147-149 (1992) - אמר בית משפט בארצות-הברית את הדברים האלה:

In addition, the cases finding allegations of anti-Semitism and the related allegations of being a "Naziphile" or a "Quisling" to be defamatory per se all arose in the 1940s, when an allegation of anti-Semitism was tantamount to an allegation of sympathy with Nazi Germany. In those days, when almost every American family had some involvement with the war against Nazi Germany

and its allies, an allegation of sympathy with the enemy could easily destroy a person.

Today, passions have had almost half a century to cool, and although an allegation of anti-semitism is as morally reprehensible now as it was then, the consequences of such an allegation today bear little resemblance to the harm a defamed person would have suffered in the 1940s.

In light of the preceding discussion, we hold the phrase "anti-Semitic," like the other ethnically related slurs in the cases cited above, is not defamatory per se.

גם ה- ECHR לא ראה את הביטוי "נאצי" כבלתי-מוגן מניה וביה. בפרשת *Scarsach and New Verlagsgesellschaft v. Austria*, 2003-XI Eur. Ct. H.R. 127 בעיתונאי שכינה פוליטיקאית "closet Nazi". הרקע לכך היה מעורבות בן-זוגה של הפוליטיקאית בפרסומי ימין-קיצוני. בית משפט באוסטריה ראה בכך משום התבטאות דיבתית, אולם ה- ECHR הגיע למסקנה שונה, באמרו: "Austrian court failed to take account of the political context in which the term was used". הטעם כי "the word Nazi does not automatically justify a conviction for defamation" השווה למקרה שנדון בעניין *Andreas Webl v. Austria*, Eur. Ct. H.R. March 21, 2000 at www.echr.coe.int/eng, שם, נאמר על חבר פרלמנט אוסטרי כי הוא נושא את נגיף האיידס, והוא, מצדו, כינה פרסום זה כ "Nazi Journalism". הוחלט על מתן צו המונע מחבר הפרלמנט לחזור על ביטוי אחרון זה. יצוין, כי בפרשת *Scarsach* הנ"ל אובחן פסק-הדין *Webl*, וכך נכתב: "in the Webl case, the expression Nazi was used without any connection with the underlying debate" "[B]ecause the Nazi label was applied not to the politician but to the newspaper's tactics, for purposes of analysis .Wabl is not considered a political speech case".

35. הביטוי שהופנה אל המערער כאן לא היווה "דיבה קבוצתית". בפועל, אין המדובר בביטוי שנאה או משטמה שהופנה כלפי קבוצה מוחלשת או מיעוט אתני, אלא כלפי המערער כפרט בגין הדעות שהוא מחזיק בהן.

אכן, אנו חיים במדינת ישראל, ומשפטנו – משפט ישראל. לא הרי הביטוי "אנטישמי" שם כהרי ביטוי זה כאן. לא הרי הכינוי "נאצי" שם ככינוי "נאצי" - כאן. אולם גם בויכוח הציבורי אצלנו, אין ביטויים שאינם מוגנים per se – אף לא הכינוי החמור מאין-כמותו "נאצי" – וכל מקרה ראוי לו שייבחן על-פי נסיבותיו הכוללות,

ובכלל זה, על-פי הקשר הדברים, על-פי העובדות העומדות ביסודם ועל-פי המשמעות שאדם סביר צפוי לייחס להם. נזכור עוד דברים שאמר המלומד Gerald Gunter, שחוה בילדותו את הזמנים הקשים של שלטון הנאציזם בגרמניה: "הלקה שלמדתי מילדותי בגרמניה הנאצית ומבגרותי, המאושרת יותר, באמריקה – כך אמר – היה הצורך ללכת כשביל, שאינו קל, שמצידו האחד גינוי במלוא העוצמה של דעות השנאה שמשמיע כל קנאי צר אופקים, ומצידו האחר קריאת תיגר על כל נסיון של החברה לדכא בכוח החוק אפילו רעיונות שאלה" (תרגום חופשי מדברי המלומד Gunther, כפי שהם מובאים מפי השופטת O'Connor בפסק-הדין בפרשת *Virginia v. Blach* (2003) הנ"ל).

בית המשפט המחוזי ציין, ובצדק, כי בימינו-אנו, השימוש במונח "נאצי" (ובביטויים דומים, כגון "אנטישמי") יכול להיעשות – ואכן נעשה, למרבה הצער – בהקשרים שונים, ולא ניתן – למרות המשמעות העקרונית הקשה שיש לביטוי זה – לכרוך את כל המקרים בכפיפה אחת. כאמור, אין בשום פנים לראות בדינו של מי שעושה שימוש בביטויים מעולם השואה משום *sui generis* ואין לראות בתיבה "נאצי" משום *malum in se* טליסמא, שכל הנושא אותה על דל שפתיו אחת דינו להיענש בכיסו או בחרותו. המסר הפוליטי עשוי להיות בוטה. הבוטות היא לעתים מכוונת. הקיצוניות הרגשית היא תכופות חלק מן המסר עצמו. בשום פנים אין ליצור על-פי חריפות המסר סיווג המוציא את הביטוי מגדר ההגנה החוקתית. סווג כזה יסיג אותנו שנות דור לאחור. הוא יבטל במחי עט שנים של פסיקה מוטת חרות.

36. במקרה שבפנינו, נאמרו על-ידי המשיב דברים חריפים וקשים כלפי המערער. וודאי, יכול היה המשיב להעביר את המסר שבפיו – כי המערער הוא גזען על-פי דעותיו – בלשון חריפה פחות. בית משפט השלום קבע – וגם זאת, בצדק – כי לו היה עושה כן, לא היתה קמה כל עילה כנגדו. אלא שבפועל, המסר הובן לכל, ואינני סבור כי בנסיבות המקרה הניסוח החריף, כשלעצמו, מוציא את ההתבטאות מגבולות הסביר. נזכור:

הסבירות המתבקשת כאן אין פירושה כי ההשקפה המובעת בפרסום חייבת להיות המסקנה הבלעדית, האחת והיחידה, אותה ניתן להסיק מן הנסיבות בדרך ההגיון הצרוף. ההוראה בדבר אי-חריגה מתחום הסביר אין משמעותה כי כדי שהפרסום יהיה מוגן, עליו להביא רק אותה גרסה, מבין מספר גרסאות, אשר אותה מבכר בית-המשפט בשל היותה ההגיונית ביותר. יסוד הסבירות אשר סעיף 16 (א) נדרש לו, משמעו כי על הפרסום שלא לחרוג, בנוסחו ובזיקתו לאירועים עליהם

הוא מתבסס, מכל קשר הגיוני אפשרי עם הנתונים, כגון כאשר פלוני יכולה בכינוי שודד וגנב בשל כך שאיחר ביום אחד בפרעונו של חוב. אין בחוק - אף בעקיפין - כל נסיון כפיה של דפוסי מחשבה אחידים ואין לפרשו כאמור.

ההגנה על הבעת דעה גם אינה נשללת בגלל אפיה הבקרתית החריף או נעדר-האובייקטיביות והפרסום אינו מאבד בשל כך מסבירותו. נוסח דברים, שאינו לטעמו של איש מתון ושקול, אינו הופך את הפרסום בשל כך לבלתי-סביר. אין בית-המשפט יכול לכפות טעמו והגיונו הוא על המפרסם, אלא עליו להותיר מקום להבעות דעה תקיפות (דברי הנשיא שמגר בע"א הארץ, בעמ' 307).

37. אמירתו של המשיב כלפי המערער נשמעה במהלך ויכוח פוליטי. לא ניתן להתעלם מן הרקע להתבטאותו של המשיב ומן המסגרת שבה הושמעה. סוגיית השימוש במוטיבים נאציים בשיח הישראלי לא הובאה לשולחן הדיונים באותו מקרה על-ידי המשיב; אדרבא, הנושא הועלה בתכנית "פופוליטיקה" בהקשר של ההפגנות, שהתנהלו כנגד ראש הממשלה המנוח רבין, ואשר בהן הוצגה תמונתו כשהוא עוטה לגופו מדי קצין נאצי. המערער הוזמן לתכנית כמי ששייך לפלג שנטל חלק בהפגנות והשמיע איום כלפי ראש הממשלה: "כמו שאנחנו הגענו לסמל הזה" – הסמל שנעקר מרכבו של רבין – "אנחנו יכולים להגיע לרבין". הוא נשאל בעניין הצגת תמונתו של ראש הממשלה כקצין נאצי, אך חלף גינוי המעשה אמר למר לפיד, "איפה היית כשקראו לרב כהנא 'נאצי'". הנה אפוא, המערער הוא עצמו העלה את ההשוואה – שנשמעה, כך לפי עדותו-שלו, בעבר, בין הכהניזם לנאציזם. זאת ועוד, ניתן לתמוה, מה לו למערער כי ילין על שימוש במונח "נאצי" כנגדו, לאחר שהוא, למצער, אינו מסתייג משימוש במוטיבים "נאציים" כנגד אחר, במסגרת הפגנה שהוא נטל בה חלק ואף השמיע דברים קשים. יצוין, כי בבית המשפט נשאל המערער האם נגע בכרזה האמורה, והשיב "יכול להיות שכן ויכול להיות שלא. אינני זוכר". לאחר מכן העיד, כי לדעתו אין לכנות אף יהודי בתואר נאצי, וכשנשאל לגבי כתב אישום, שהוגש נגדו ונגד אחרים, אשר בו הואשם בכך שקרא לעברו של ד"ר אחמד טיבי "נאצי", אמר: "אני חושב שראוי לומר שהאידיאולוגיה האש"פיסטית היא דומה מאד לאידיאולוגיה הנאצית ועל כן זה לא פגם לקרוא לאיש אש"פ נאצי, להבדיל מיהודי".

38. סבירותו של ביטוי יכול שתושפע מהתבטאויות קודמות של הנפגע-עצמו. עסקנו בעניין זה בפרשת הרציקוביץ' הנ"ל, שם הוגשה תביעת לשון הרע כנגד עיתון, שתיאר את התובע – לוני הרציקוביץ' – כעכבר (אף הוא תיאור המזכיר ימים חשוכים).

הכתבה באה ימים מספר לאחר שהתובע צוטט באמרו: "אנשי תקשורת יוצאים כמו עכברים ומציפים רעל ושטנה לכל עבר, תוך הסתה שיטתית של אוהדים, בכללם הרבה בני נוער". אמר על כך הנשיא א' ברק:

לאחר שהרציקוביץ טבע בעצמו את מוטיב "העכבר", מוטיב קשה וחמור לכל הדעות, לא יוכל להלין על השימוש במוטיב. האדם הסביר, אם כן, לא יראה בביטוי כביטוי פוגע שכן נהיר מההקשר, מכותרות הכתבה ומאופן סיומה כי הביטוי אינו עומד בפני עצמו, ויש להבינו לאור התנהגות הנפגע. יתר על כן, יש לראות בהרציקוביץ דמות ציבורית ככל שהדברים נוגעים לדיון הציבורי שהתעורר בעקבות פרסום הידיעה מפיו. הידיעה עוררה, למעשה, דיון בשאלת סיקור עיתונאי של תחום הספורט. הרציקוביץ אינו דמות זרה לזירה התקשורתית והוא נמצא במרכזו של דיון ציבורי וסיקור עיתונאי פעמים רבות. על כן, משעורר דיון ציבורי הפך הרציקוביץ לדמות ציבורית בקשר לעניין נשוא הדיון.

ואנו הוספנו:

אף כי המשיב איננו נבחר ציבור, הרי ניתן לומר עליו, כי הוא העמיד עצמו בעין הציבור. בוודאי כך, ככל שמדובר בעניין הספציפי הנדון כאן. המשיב, בהערה חריפה בפני עצמה, דימה את אנשי התקשורת לעכברים מפצי רעל. אמירה זו הקימה עליו את הכתב ואת הממונים עליו, כפי שעולה בבירור מן הכתבה. הרושם הוא, כי הם ביקשו "להשיב לו כגמולו", ולא בכדי נקטו באותו דימוי עצמו שהוא בחר בתארו אותם. למותר לציין, כי הדברים שאמרו המערערים על המשיב, ואשר כווננו אליו באופן ספציפי, אינם שוקלים כנגד הדברים שאמר הוא ביחס לציבור אליו הם משתייכים. זאת ועוד, גם העובדה כי דבריהם נאמרו בתגובה ובהתייחס לדבריו שלו, אין די בה כדי להקים להם חסינות מפני תביעת לשון הרע. אולם נכון יהיה לומר, וגם בעניין זה מצטרף אני לדבריו של חברי הנשיא, כי לא ניתן לנתק את האמור בכתבה - על כל הדימויים הקשים הכלולים בה - מן ההקשר הכולל, ומן הסוגיה שבה מדובר. עסקינן בפולמוס חריף, אך בנסיבות המקרה נראה לי כי הוא חוסה בצלו של חופש הבעת הדעה.

באותה פרשה נסב הדיון על עצם השאלה האם מהווה הביטוי "לשון הרע", ותשובתנו לכך היתה בשלילה, בין היתר משום ש"העכבר הוליד עכבר". הדברים יפים, בשינויים המחויבים, גם לענייננו היום, לאמור - לשאלה האם חרג הביטוי מתחום

הסביר. לא ניתן ולא ראוי לנתק את הדברים מהקשרם ולבודד את התבטאותו של המשיב מן הרקע לה ומן המסגרת בה נאמרה.

39. דבריו של המשיב, גם אם בוטים, חריפים וצורמים, לא נאמרו, אם כן, בחלל ריק. ביסודן וסביבן ניצבו נסיבות יוצאות-דופן, שהיו ידועות לצופה. אכן, הדברים נאמרו על רקע שיח ציבורי נוקב באשר לנושא "קרוב" – השימוש בסממנים נאציים בהפגנות כנגד ראש הממשלה המנוח. המערער בא לתוכנית לצורך דיון שנערך על רקע השתתפותו בהפגנות אלה. מדובר בתכנית בעלת אופי עיתונאי, המשמשת במה להבעת דעות ולהפצת השקפות, וממילא "רף הסיכולת" של הצופים, כמו-גם של המשתתפים, מצופה להיות גבוה. חופש העיתונות הוא מהאמצעים הבולטים לעיצוב דעות ועמדות בנושאים פוליטיים ולגבי אנשי ציבור, וממילא גבולות הביקורת המותרת מתרחבים ככגון דא (פרשת *Lingens* הנ"ל). בית-המשפט המחוזי ציין בצדק כי "כאשר מדובר בהבעת דעה והערכה בנושא פוליטי אקטואלי, נראה לנו שיש טעם להרחיב את מתחם הסבירות כדי לא לחסום את פי המתפלמסים, למען יוכל כל אדם להביע את דעתו בנושאים העומדים על סדר הדיון ללא מורא". ועוד אמר בית-המשפט המחוזי, כי אמנם "הנטל להשתית את יסודות ההגנה [של סבירות הדעה] הינו על הנתבע. אולם הדעת נותנת, כי כאשר מדובר בביקורת ציבורית פוליטית נטל זה יהיה קל יותר, בזכות קיום אינטרס ציבורי רב עוצמה לקיים ולהגן על שיח פוליטי חופשי, שהוא אבן יסוד בחברה המקיימת תרבות פוליטית דמוקרטית". לדברים אלה אני מסכים.

40. זאת ועוד, הערכאות הקודמות ציינו כי זה מכבר הוכרה בפסיקה הזיקה בין האידיאולוגיה של תנועת "כך", שהמערער נמנה בעבר על חבריה הבכירים ותומך, לפי דבריו, גם היום, באידיאולוגיה שלה, לבין משנתן של "המקולקלות שבאומות העולם" (ראו דברי השופט מ' אלון בע"ב 2/84, 3 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 302, 225; כן ראו דברי השופט א' ברק בבג"צ 742/84 הרב מאיר כהנא נ' שלמה הלל, פ"ד לט(4) 85, 96; דברי הנשיא מ' שמגר בע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד מב(4) 177, 197). בית המשפט המחוזי סבר, כי "הדברים האלה, בצירוף התנהגותו ודעותיו של המערער כפי שהוכחו בפני בית המשפט קמא, יכולים להביא אדם למסקנה אליה הגיע המשיב, כי דעותיו של [המערער] דומים או מזכירים את האידיאולוגיה הנאצית". ועוד הוסיף: "מסקנה זו אינה המסקנה היחידה האפשרית, היא גם לא בהכרח מסקנה הגיונית, וגם אינה חייבת להתפרש על כל ההיבטים המאפיינים בעיני האדם הסביר את מושא הביטוי 'נאצי'. די לה למסקנה זאת שתשקף את דעתו הסובייקטיבית של המפרסם שיש לה עיגון כלשהו בעובדות". דברים אלה – מקובלים עלי. ניתן להוסיף

על כך, כי גם אם דבריו של המשיב היו קשים וחרिפים – ואכן כך הוא, כאמור – הרי שלא נסתרה טענתו, כי אמונתו בכך שקיים דמיון ממשי בין היבטים מסוימים של האידיאולוגיה הנאצית לבין זו של כהנא וממשיכי-דרכו, היא אמונה כנה, וכי הוא לא אמר את שאמר אלא לאתר שחקר ודרש בנושא, ומתוך רצון להתריע, כעיתונאי, על הסכנה שטמונה, לשיטתו, בפועלם של המערער ואחרים. ראוי להזכיר, כי המשיב הביע דעה לפיה "מותר להתגונן" כנגד המערער, זאת בתגובה לטרוניה שהעלה אחד המשתתפים האחרים בדיון, בהתייחסו לפעולה אלימה של אנשי שמאל. כל אלה הם נתונים רלבנטיים לבחינת סבירותו של הפרסום ותום-הלב – כמשמעות מונח זה בדיני לשון הרע – הגלום בו. ובהקשר זה ייאמר, כי יש להישמר מפני "קיצוץ רגליהם" של עיתונאים ואחרים המבקשים לגנות – אפילו בלשון בוטה וקיצונית – את מי שנוהגים בבירונות ומחזיקים בדעות שריח הגזענות נודף מהן. זוהי זכותם – וחובתם – של בני החברה הדמוקרטית, להוקיע התנהגות שכזו ודעות שכאלה. זהו צדו האחר של מטבע חופש הביטוי הרחב, המתפרס גם על ביטויים גזעניים (לדעות השונות בעניין זה ראו בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 280; ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221; דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145). מכאן העמדה לפיה יש לעשות שימוש בכלים נוספים המעוגנים בחוק איסור לשון הרע – כגון סעיפים 15(2) ו-15(10) – על-מנת לפרוס מעטה הגנה רחב על מי שמפרסם דברי גינוי ביחס לאנשים המחזיקים בהשקפות גזעניות (קרניאל, במאמרו הנ"ל). בענייננו, התמקדו הטיעונים בהגנה הקבועה בסעיף 15(4), אך מקובלת עלי העמדה העקרונית לפיה בפרשנות חוק איסור לשון הרע אין להתעלם מן המשקל הרב של החופש להתבטא כנגד תופעות של גזענות ובריונות.

מסקנתי היא, על כן, כי במאזן הכולל, ובהתחשב בנסיבות המיוחדות של המקרה הזה, עומדת למשיב הגנת הבעת הדעה בתום-לב. על-כן, לו דעתי הייתה נשמעת דין הערעור היה להידחות.

המשנה-לנשיאה

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. חופש הביטוי הוא מן הנעלות שבזכויות האדם. אף שלא נכלל במפורש בשורת הזכויות שנמנו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא ניצב במדרג העליון של זכויות האדם החוקתיות שהוכרו בהלכה הפסוקה מקדמת דנא. עם זאת, חופש הביטוי אינו

מוחלט. חרף חשיבותו למיצוי האוטונומיה האישית של האדם, ולהבטחת ההליך הדמוקרטי בחברה, היקפו אינו בלתי מוגבל. גבולותיו נקבעים כפרי איזון בינו לבין זכויות יסוד נוגדות של הפרט, או אינטרסים בעלי משקל שבטובת הציבור. תחום התפרשותו של חופש הביטוי אינו אחיד. הוא מצטמצם או מתרחב בהתאם לטיב ולמשקל הערך שכנגדו הוא מתמודד. אין בהכרח דמיון בין גדרי ההגנה על חופש הביטוי בהתמודדותו עם אינטרס נוגד שבטובת הכלל, לבין מרחב ההגנה הניתנת לו כאשר כנגדו עומדת זכות הפרט הנפגע. ענייננו בהליך זה בבחינת קווי הגבול של חופש הביטוי כאשר כנגדו עומד ערך כבוד האדם כפרט וזכותו להגנה על שמו, ובמיוחד - במתח הקיים בין ערכים נוגדים אלה, מקום שחופש הביטוי והפגיעה בכבוד האדם מתרחשים בשיח ציבורי פתוח שקשורים בו פרטים המעורבים בענייני ציבור. מהם גבולות הביטוי הפוגעני המותר בשיח הציבורי הפתוח, והיכן ניצבים הקווים האדומים שמעבר להם אין היתר לפגוע בכבודו של הפרט, גם מקום שהוא מעורב בענייני הציבור - זו השאלה הניצבת לפתחנו.

נקודת האיזון הראויה בין הערכים הנוגדים – חופש הביטוי מול הזכות לשם טוב – נחתכת על פי משקלם היחסי של ערכים אלה. האיזון מושג כפרי הערכה ערכית-עקרונית, תוך יישום הערכה מושגית זו על נסיבותיו המיוחדות של המקרה. הערכה שונה של המשקל היחסי הניתן לכל אחד מהערכים הנוגדים מביאה מאליה לנקודת חיתוך שונה בהתמודדות ביניהם, ולקביעת נורמה שונה הנובעת ממנה.

השוני בין גישתו של חברי, השופט ריבלין לגישתי שלי בסוגיה העולה לדיון בפרשה זו נעוץ במשקל היחסי הניתן לערכים המתמודדים ולמיקומה של נקודת האיזון ביניהם. הוא טמון, בעיקרו, בהערכת משקלו של ערך השם הטוב של האדם ומעמדו האמיתי במידרג זכויות האדם כחלק מכבוד האדם. הוא נעוץ בתפיסת היחס בין חשיבות זכותו של הפרט להגנה על כבודו, לבין חופש הביטוי שנועד להגשים ערכי הגנה על הפרט ועל הכלל כאחד.

ערך חופש הביטוי והזכות לשם טוב הם ערכים המצויים באותו מיפסל במידרג זכויות האדם. האיזון ביניהם הוא איזון אופקי המניח, כנקודת מוצא, יחסיות ביניהם. בבחינת יחסיות זו ניתן משקל מיוחד לחופש הביטוי בשיח הציבורי, על שום חיוניותו להבטחת ההליכים הדמוקרטיים בחברה חופשית. עם זאת, גם בהקשר לשיח הציבורי ישנן מגבלות על הביטוי המפר את איסור לשון הרע, ונשמרת הגנה יחסית על כבודו של אדם שנפגע, גם מקום שהפגיעה מתרחשת בבמה הציבורית ומופנית כלפי איש המעורב בענייני הציבור.

משקלם היחסי של הערכים הנוגדים, כשהם מיושמים על נסיבותיו של מקרה זה, מביא, לטעמי, למסקנה כי הביטויים הפוגעניים שהושמעו בפי המשיב כלפי המבקש במסגרת השיח הציבורי מפרים את איסור לשון הרע ואינם חוסים בצל אחת ההגנות המוכרות שיסודן בהגנה על חופש הביטוי. דרכי בהערכת משקלם היחסי של הערכים ובדרך יישומם על נסיבות המקרה שונה מזו של חברי, השופט ריבלין, ומכאן השוני במסקנותינו.

אפרט את טעמי:

רקע והליכים

2. המבקש, פעיל פוליטי, משתייך לקבוצת הימין המכונה בציבור "ימין קיצוני", ולשעבר חבר בתנועת "כך". גם כיום הוא תומך, לפי דבריו הוא, באידיאולוגיה של תנועה זו, שעוצבה בידי ראש התנועה המנוח, הרב כהנא. המשיב, עיתונאי מוכר בציבור, משתתף לעתים מזומנות בכמות דיון ציבוריות, בעיקר בענייני אקטואליה. ביום 23.10.1995 השתתפו השניים בצוות עם אחרים בתוכנית טלוויזיה "פופוליטיקה", אשר שודרה אחת לשבוע לאחר חדשות הערב. המשיב השתתף כחבר קבוע בצוות התוכנית, ואילו המבקש הוזמן להשתתף בה בעקבות הפגנות רחוב שאורגנו בירושלים בידי אנשי הימין הקיצוני כנגד הסכמי אוסלו וכנגד ראש הממשלה דאז יצחק רבין ז"ל, שנרצח ימים ספורים לאחר שידור התוכנית.

בתכנית הוצגו קטעים מצולמים מהפגנת רחוב שנערכה בירושלים ביום 5.10.1995, בה הושמעו איומים ודברי נאצה נגד ראש הממשלה, ונישאה בה תמונתו, כשהוא לבוש בבגדי קצין נאצי. באותם צילומים הוצג גם המבקש, כשהוא אוחז בסמל שנעקר מרכבו של ראש הממשלה, ואומר: "כמו שאנחנו הגענו לסמל הזה, אנחנו יכולים להגיע לרבין". במסגרת התכנית, ולאחר הצגת הקטעים המצולמים, אמר המבקש: "אנחנו נגיע לרבין, ובאמת אני רוצה להגיע לרבין". כאשר נשאל על ידי מנחה התוכנית, מר דן מרגלית: "אתה רוצה לאיים עליו?", ענה המבקש: "לא. חס וחלילה. יש לי הרבה מה להגיד לראש הממשלה - - - אני רוצה לדבר איתו. יש לי זכות לגיטימית לדבר איתו. לא איימתי על ראש הממשלה".

לאחר מספר דקות של דיון בתוכנית, העלה מר יוסף (טומי) לפיד, אף הוא חבר קבוע בצוות התוכנית, את ענין נשיאת תמונתו של ראש הממשלה רבין כשהוא לבוש

בבגדי קצין נאצי בהפגנת הימין. הוא פנה לרב משה פייגלין, מתנועת "זו ארצנו", שהשתתף גם הוא בתוכנית, ואמר: "האם אתה מבין שכאשר אתם מציגים את יצחק רבין במדי גסטאפו - - - אתה מחלל את זכר אבי שהגסטאפו חיסל אותו, ואתה פאשיסט. אתה פאשיסט. אתה פאשיסט". הרב פייגלין השיב כנגדו: "הוא מדבר שטויות. אני מתנגד לתמונה הזאת - - - ואני עוד איך מגנה אותה". אז פנה המבקש למר לפיד ואמר: "יש לי שאלה למר לפיד. איפה היית כשקראו לרב כהנא נאצי?". לכך ענה המשיב: "הרב כהנא היה נאצי". על כך השיב לו המבקש: "- - - בהתנהגות הזאת אתה מעודד אנשים שיגידו נאצי". המשיב הוסיף ואמר: "אתה משווה את כהנא לרבין?! אל תגזים".

דקות מספר לאחר מכן, התבטא חבר הכנסת צחי הנגבי, אז חבר תנועת ה"ליכוד", אף הוא לקח חלק בתוכנית, ואמר: "הם במצוקה. הם חשים שהרחוב לא איתם - - -". על כך ענה המשיב: "הם חשים שהרחוב פרוע. הרחוב הזה פרוע. מותר להם להתגונן מול אנשים כאלה?". אז הפנה המשיב אצבע כנגד המבקש והוסיף ואמר: "מותר להתגונן מול האיתמר הנאצי הקטן הזה? מותר, נכון? מותר". תוך כדי מעורבות הקהל, שנטל חלק בתוכנית ומחא כפיים, הוסיף ואמר כלפי המבקש: "סתום את הפה. אתה נאצי מלוכלך וקטן". כנגד דברים אלה הגיב מר פייגלין ואמר למשיב: "איך אתה מדבר?". המבקש פנה למנחה התוכנית, מר דן מרגלית ואמר: "תראה איך הוא מדבר". והוסיף ואמר למשיב: "אחרי זה אתה מתפלא שקוראים לרבין נאצי. תתבייש לך. תתבייש לך. אתה מבזה את השואה. תתבייש לך". המשיב ענה למבקש: "אתה מבזה את עם ישראל". מר פייגלין הוסיף: "אני חשבת עליך יותר טובות, אמנון. איך אתה משתמש בביטוי כזה? עד כאן לתיאור הארוע נשוא הליך זה.

3. המבקש הגיש תביעת לשון הרע כנגד המשיב בבית משפט השלום בירושלים. התביעה התייחסה להתבטאויות המשיב כלפיו במהלך התוכנית, בה כינה אותו "נאצי": "האיתמר הנאצי הקטן הזה", וכן "אתה נאצי מלוכלך וקטן" (להלן – "ההתבטאויות"). בכתב התביעה התייחס גם לכך כי ביום 24.11.1995 התפרסם בעיתון "מעריב" ראיון עם המשיב, בו חזר וכינה את המבקש "נאצי קטן". המבקש טען בתביעה כי התבטאויות אלה של המשיב מפרות את איסור החוק על לשון הרע, ותבע פיצוי בשיעור 50,000 ש"ח על נזקיו. בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט ר' שטראוס), נעתר לתביעה, וקבע כי התבטאויות המשיב מפרות את איסור לשון הרע על פי החוק. את שיעור הפיצוי העמיד על סכום סמלי של שקל אחד. הן המבקש והן המשיב ערערו על פסק הדין לבית המשפט המחוזי בירושלים; המבקש ערער על שיעור הפיצוי שנפסק לו, ואילו המשיב ערער על הקביעה השיפוטית, לפיה התבטאויותיו מפרות את האיסור

על לשון הרע. בית המשפט המחוזי (כב' השופטים י' עדיאל, ב' אוקון וח' בן עמי), קבע בפסק דינו כי התבטאויות המשיב חוסות תחת הגנת הבעת דעה בתום לב על פי סעיף 15 לחוק איסור לשון הרע, ולכן אין לראותו אחראי לעוולת לשון הרע. הוא נעתר, איפוא, לערעורו של המשיב, ודחה את ערעורו של המבקש.

4. לפנינו מונחת בקשת המבקש לרשות ערעור אשר הוסכם לדון בה כבערעור גופו. דעתי היא כי דין הערעור להתקבל, משיש לקבוע כי התבטאויות המשיב מהוות הפרת איסור לשון הרע על פי החוק, ואינן חוסות בצל אחת ההגנות שהחוק מציב, הפוטרות מאחריות בגין התבטאויות פוגעניות. כן אני סבורה כי המבקש זכאי לפיצוי כספי ראוי בגין הפגיעה שנגרמה לו.

הכרעה

מישור האחריות המשפטית

מהותה של "לשון הרע"

5. סעיף 1 לחוק לשון הרע קובע את מהותה של "לשון הרע", ומגדיר אותה, בין היתר, כך:

"לשון הרע הוא דבר שפרסומו עלול –
(1) להשפיל אדם בעיני הבריות, או לעשותו מטרה
לשנאה, לבוז, או ללעג מצידם.

(2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות
המיוחסים לו".

"פרסום" לשון הרע מוגדר בסעיף 2 כך:

"(א) פרסום לשון הרע – בין בעל פה, בין בכתב, או בדפוס, ולרבות ציור, דמות, תנועה, צליל וכל אמצעי אחר;

(ב) רואים כפרסום לשון הרע, בלי למעט מדרכי פרסום אחרות –

(1) אם היתה מיועדת לאדם זולת הנפגע, והגיעה לאותו אדם או לאדם אחר זולת הנפגע;

(2) אם היתה בכתב, והכתב עשוי היה, לפי הנסיבות, להגיע לאדם זולת הנפגע".

סעיף 7 לחוק קובע כי פרסום לשון הרע לאדם אחד או יותר זולת הנפגע מהווה עוולה אזרחית.

ההתבטאויות בתורת "פרסום לשון הרע"

6. אמירות מהוות לשון רע מקום שקיימת אפשרות אובייקטיבית כי פרסומן עלול להביא להשפלתו של אדם, או לעשותו מטרה לשנאה, בוז, או לעג מצד הבריות. משמעות הפרסום נלמדת מתוכו; הוא מתפרש על פי המובן הטבעי והרגיל של מילותיו, ועל פי הקשר הדברים בו הוא נאמר. מבחן הדברים הוא אובייקטיבי, ועיקרו במובן שאדם סביר מייחס לפרסום, בהקשר לשאלה האם היה באותו מובן כדי לפגוע בכבודו ובשמו של האדם. אמת המידה לבחינת לשון הרע אינה תלויה בכוונת המפרסם או באופן בו הובן הפרסום על ידי הנפגע (ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פד"י נו(2) 607, פסקה 6 (להלן – פרשת אפל)). עם זאת, מימד הפגיעה הסובייקטיבית עשוי להקריין על היסוד האובייקטיבי של הדברים, ועל שאלת היותם לשון הרע בעיני האדם הסביר. המבחן האובייקטיבי של האמירות הפוגעניות בוחן את מידת ההשפעה שיש ללשון הרע על ההערכה לה זוכה אדם בעיני הבריות (ע"א 466/83 שאהה נ' דרדריאן, פ"ד לט(4) 734, 740; ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555, 562 (להלן – פרשת מיכאלי); ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1, 7 (להלן – פרשת משעור); ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" נ' חב' חשמל לישראל, פ"ד לא(2) 281, 293 (להלן – פרשת הארץ בערעור)). אין קורלציה הכרחית בין המטען השלילי שאומר לשון הרע מייחס להתבטאויותיו הוא, לבין האופן שבו הן מתקבלות על ידי הנפגע ועל ידי הציבור הנחשף להן. המעטת ערך משקלם הפוגעני של הדברים על ידי אומרם אינה מפחיתה כהוא זה מהפגיעה, מקום שבמימד האובייקטיבי, בעיני האדם הסביר, היא נושאת עוצמה שלילית ניכרת.

לגיבוש עוולה בגין לשון הרע, אין צורך להוכיח כי אדם בפועל הושפל או בוזת בעקבות ההתבטאויות הפוגעניות; די בכך שהפרסום עלול היה להביא לתוצאה כזו (ע"א י-ם) 1003/96 בן חורין נ' לוי ואח', פ"מ תשנ"ז(1) 424, 434; א' שנהר, דיני לשון הרע (תשנ"ז) 121 (להלן – שנהר)).

על רקע כללי יסוד אלה, נבחן את אופי התבטאויותיו של המשיב.

7. ההתבטאויות "איתמר הנאצי הקטן הזה", "וסתום את הפה, נאצי מלוכלך", הן אמירות שיש בהן לשון הרע. תוכנן עלול להשפיל, לפגוע ולבזות אדם בהיבט הסובייקטיבי והאובייקטיבי כאחד. מתקיימים בהן תכנים של לשון רע, ויסוד "הפרסום" הנדרשים לגיבוש של עוולה אזרחית על פי החוק. השמעתן בפרהסיה, במסגרת תכנית טלוויזיה רבת משתתפים, החשופה לצפייתם של רבבות צופים בעת צפיית-שיא בשעות הערב, מחמירה את הפגיעה באורח משמעותי.

המושג "נאצי" בתפיסת הציבור בישראל

8. המושג "נאצי" בעידן שלאחר מלחמת העולם ושואת יהדות אירופה מבטא בעיני אדם בן-תרבות את התגלמותה של החייתיות שבאדם; הוא משקף בעיני יהודי, באשר הוא, את שאול התחתיות אליו עשויה להגיע שנאת אדם על רקע תורה גזענית חשוכה, ואת מקור הטרגדיה האנושית הנוראה שהעם היהודי נפל קרבן לה אך לפני מספר עשורים. למושג "נאצי" משמעות בעלת עוצמה שלילית ייחודית בעיניו של יהודי כפרט, ובעיניה של החברה בישראל שקמה על הריסות יהדות אירופה שהושמדה בשואה. "נאצי" בעיניו של יהודי בארץ ישראל מסמל לא רק משטר שהפך גדול אויבי האנושות, אלא את הקשה שבאויבי העם היהודי בכל הזמנים, אשר הוביל קהילות שלמות של יהדות אירופה למשרפות הגזים, רצח בדם קר מאות ואלפים, שנורו אל תוך קברי אחים, הרג תינוקות, נשים וזקנים ללא אבחנה, הרעיב עד מוות את אסיריו במחנות הריכוז, והוביל אותם למותם מקור וממחלות. זהו מושג הנקשר עם רעיון השמדת-עם, שביקש למחוק את העם היהודי מעל פני האדמה; זהו מושג הנקשר עם תורה גזענית המבקשת להכחיד את המשך הקיום האנושי של קבוצות שאינן נמנות על בני ה"גזע העליון"; זהו מושג שקשה למצות את תוכנו המפלצתי במינוחים שגרתיים. זוהי הקונוטציה האמיתית של המושג "נאצי" בתודעת בני העם היהודי, שחויית ההרס והחורבן האישי והלאומי שהמיט עליו השלטון הנאצי עדין חי ושותת דם בקרבנו. כזה הוא הזכרון בלב אלה שנותרו לפליטה, שעדיין חיים בקרבנו, וכזו היא תודעתו של הדור הצעיר בחברה הישראלית, שאמנם לא חווה על בשרו את מוראות שואת יהדות אירופה, אך זוועותיה הוטמעו בקרבו מכח מורשת ההסטוריה הלאומית שכל ילד בישראל הופך חלק ממנה מרגע עמידתו על דעתו. תמצית לקחיה המרים של השואה הפכו גם הם חלק מהמורשת הלאומית שכל יהודי בישראל הינו חלק ממנה: לא עוד שואה, אלא מדינה יהודית עצמאית; לא עוד שלטון דיקטטורה ושררה, אלא דמוקרטיה המושתתת על חוקיות מוסדות השלטון, המגינה על זכויות יסוד של האדם ואינה מתירה פגיעה בחיי אדם, שלמות גופו, וחירותו האישית; לא עוד פגיעה ברוח האדם, בכבודו האנושי, ובחופש הביטוי הנתון לו, ובזכותו להגנה על האוטונומיה האישית בחייו כפרט. על אמיתות אלה בחיים הלאומיים ובחיי האדם כפרט בנויים יסודות המשטר החוקתי בישראל. הן מקרינות ואוצלות על הנורמות החברתיות המשתקפות במשפט, ומוצאות את ביטויין בכל הוויות החיים של האדם והציבור בישראל.

על רקע דברים אלה, השימוש במונח "נאצי", נושא עמו משקע שלילי טעון ביותר כשהוא מושמע בישראל בהקשר זה או אחר כלפי אדם, או גוף, או לצורך תיאור תופעה המתרחשת בחברה. מושג זה לא איבד עד עצם היום הזה מעוצמת משמעותו

ההיסטורית הנוראה, ולא התנתק ממנה חרף השנים שחלפו. כשהוא מושמע, הוא מכה בזכרון הלאומי של הציבור ושל הפרט גם יחד. הוא מעלה מנככי השאול את הנוראה שבתופעות אנוש, ואת האפלה שבטרגדיות של הגורל היהודי.

מושג הנאציזם ניצב, איפוא, כאנטי-תיזה לגרעין הקשה הטמון בתפיסת הקיום הדמוקרטי של החברה בישראל; השימוש בו לצורך פגיעה בדימויו של אדם הוא מן הקשים שבגינויים. עוצמת ההשפלה והביזוי המתלווים לדימוי כזה היא עמוקה, והוא אינו דומה באופיו לכל גינוי אחר, ויהא פוגעני ככל שיהא. כינויו של אדם בישראל "נאצי", והשוואתו למי שנימנה על החשוך שבמשטרים בעידן המודרני, מקוממת בעומק העיוות שבה, ומעוררת תחושת ביזוי והשפלה. מושג זה לא איבד גם בשפת הרחוב את המישקע האסוציאטיבי הקשה הנלווה לו בהקשרו ההיסטורי. האפשרות כי אומר הדברים לא התכוון לייחס להתבטאויותיו הפוגעניות את מלוא עומק המטען השלילי הנלווה להם בעיני הנפגע ובעיני ציבור השומעים, אינה מעלה ואינה מורידה לענין טיב הפגיעה ועוצמתה בהקשרם האובייקטיבי, ובעיני האדם הסביר, והקשר זה הוא המבחן הקובע.

9. בתי המשפט בישראל על ערכאותיהם השונות השקיפו בעבר על ייחוס תכונות נאציות לאדם כלשון הרע. כך נקבע, למשל, כי כיתוב האותיות "k.z", שהן ראשי תיבות של המילה "מחנה ריכוז" בשפה הגרמנית, על גבי מעטפה שנשלחה לאדם, מהווה לשון הרע, מאחר שמשמעות הכיתוב בעיניו של הקורא הסביר היא שהנמען הוא "אדם רע ואכזרי ובלתי הומני, כשם שהנאצים היו רעים, אכזריים, ובלתי הומניים" (דברי השופט י' בזק בת"א (י-ם) 552/84 אליקים העצני נ' יגאל תומרקין, פ"מ תשמ"ז(2) 347, 351; כן ראו ע"א 740/86 יגאל תומרקין נ' אליקים העצני, פ"ד מג(2) 333, שם אומנם נעטר בית המשפט העליון לערעור, עם זאת יצא מתוך הנחה כי ייחוס הכינוי "נאצי או דומה לנאצי" לאדם מהווה לשון הרע). עוד נקבע כי כינויים של יהודים "אנטישמים", "שונאי ישראל" ו"ניאו-נאצים" מהווה לשון הרע (ת"א (י-ם) 524 1999/86 ח"כ שולמית אלוני נ' שבועון "המחנה החרדי" ואח', תקדין מחוזי 1990(3) 524 (להלן – פרשת אלוני)). כן נקבע כי כינוייה של תנועת "מולדת" ושל מר רחבעם זאבי ז"ל שעמד בראשה, כ"מפלגה הנאצית הישראלית החדשה" בכתבה בעיתון "דבר" מהווה לשון הרע (ת"פ 5116/89 "מולדת" – תנועת נאמני ארץ ישראל (עמותה) נ' חנה זמר, עורכת העיתון "דבר", פ"מ תשנ"ב(4) 45 (להלן – פרשת מולדת)). עוד נקבע, כי כינויו של אדם "נאצי", "העתק נאצי" או "פוטנציאל נאציסטי" מהווה לשון הרע (ת"א (רחובות) 3325/95 רחבעם זאבי נ' משה צימרמן (לא פורסם)); ייחוס התנהגות ודעות "ברוח גרמניה הנאצית" לאדם במאמר בעיתון הוכרו כלשון הרע (ת"א (י-ם) 24277/98

ברדוגו נ' א.ת. כל קשר בע"מ ואח' (לא פורסם), ניתן ביום 31.8.2001 (להלן – פרשת ברדוגו 1998); ע"א (י-ם) 2398/01 ברדוגו נ' א.ת. כל קשר בע"מ ואח', תקדין מחוזי 2002(2) 841 (להלן – פרשת ברדוגו 2001); ת"א 18845/94 מיכאל בן חורין נ' עמוס סנטהאוז ואח', פדאור 1998(6) 474 (להלן – פרשת בן חורין). אולם השוו, המ' (ת"א) 3082/91 כהנא נ' לאור ואח' (לא פורסם); ע"א (ת"א) 577/93 "חדשות" עתון יומי בע"מ נ' חנוך סהר ואח', דינים מחוזי, כרך כו(5), 212 (להלן – פרשת עיתון חדשות). על כינוי אדם כ"אנטי ציוני" ו"אויב העם" בתורת לשון הרע, ראו ע"א 698/77 ועד עדת הספרדים בירושלים נ' יעקב ארנון, פ"ד לב(2) 183; ע"א 30/72 שמואל פרידמן נ' שמואל סגל, פ"ד כז(2) 225 (להלן – פרשת פרידמן)).

רק לאחרונה בבג"צ 2194/06 מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית (טרם פורסם) (ניתן ביום 28.6.06) (להלן – פרשת מפלגת שינוי) הגדיר הנשיא ברק שידור תעמולת בחירות המתאר את בני העדה החרדית בדרך בזויה, המעוררת אסוציאציה לתעמולה אנטישמית, כבלתי קביל להצגה בפני ציבור הבוחרים על שום פגיעתו ברגשות הציבור עד כדי ביוזוי, השפלה ופגיעה קשה בכבוד האדם. הוא מציין:

"הטעם לכך הוא כי יש בו [בתשדיר הבחירות – א.פ.] דמיון מעורר חלחלה לתעמולה אנטישמית, ההופך את היהודי החרדי ליצור חסר פנים, ל'לא אדם', הזוחל על הרצפה והנצמד כעלוקה לחילוני. סופו של חרדי זה שהוא מתאדה ונעלם בעשן. תיאור זה מבזה ומשפיל, והוא פוגע בכבוד האדם בכלל, ובכבודו של היהודי החרדי בפרט. הוא מפשיט ממנו את צלמו ואת כבודו כאדם. הוא מעלה בעיני המתבונן זכרונות קשים של מליוני אחינו שעלו באש במשרפות הנאציות. תיאור זה עובר את רמת הסיבולת הדרושה בחברה דמוקרטית. הזכות לבטא כל מסר – כן. אך לא באופן מבזה ומשפיל, הנושא סממנים המזכירים ביטויים אנטישמיים מבית מדרשה של התעמולה הנאצית".

גם בתי המשפט בארצות הברית הגיעו, במספר פסקי דין, למסקנה כי ייחוס תכונות נאציות לאדם מהווה לשון הרע (*O'Donnell v. Philadelphia Record Co.*, 356 Pa. 307 (1947); *Sanctuary v. Thackrey*, 72 N.Y.S.2d 104 (1947); *Christopher v. American News Co.*, 171 F.2d 275, 279 (7th Cir. (1948); *Buckley v. Littell*, (539 F. 2d 882, 893 n. 11 (2d. Cir. 1976); *Derounian v. Stokes*, 168 F.2d 305, 307 (10th Cir. 1948);

10. בתי המשפט ראו, אפוא, לא אחת, בהשוואת אדם לנאצי, או בייחוס תכונות נאציות לאישיותו, משום לשון הרע (השוו י' קרניאל "גזענות, תקשורת ולשון הרע – האם מותר לומר על גזען שהוא נאצי?" המשפט 19 (תשס"ה) 40). דימויו של יהודי בישראל ל"נאצי" וקשירתו לנוראה שבתופעות האנוש של העולם המודרני, הוא כינוי, שלמצער, הינו מבזה ומשפיל. אין לו מקום בהתייחסות אדם אל אדם, ובהתייחסות יהודי אל יהודי. במדינה יהודית ודמוקרטית שקמה על הריסות יהדות אירופה שנכחדה בידי המשטר הנאצי, חורג ביטוי זה מכל תיאור בקורתי אף של הנלוזים שבמעשים ושל הקשות שבאידיאולוגיות הפוליטיות והפעולות הננקטות להגשמתן במציאות החברתית בישראל. הוא שייך לעולם אחר, לעידן אחר, ולהקשר דברים שאין כל דמיון בינו לבין מציאות החיים המתרחשת כיום, על מלוא מורכבותה.

הכינוי "נאצי" שבו כינה המשיב את המבקש הוא, איפוא, בוטה ופוגעני עד מאד, ויש בו כדי לבזותו ולהשפילו. הוא נתפס כך לא רק בעיני הנפגע בלבד, אלא גם במושגי האדם הסביר, המשקף את התייחסות הציבור למטען שביטוי זה נושא עימו. הביטויים "מלוכלך" ו"קטן" שנתווספו להתבטאויותיו של המשיב כלפי המבקש הוסיפו מימד של פגיעה וביזוי לדברים שהוטחו כנגדו. ההקשר בו נעשה שימוש בביטויים אלה מעלה אסוציאציה קשה בלב השומע לכינויים אנטישמיים שנהגו להשתמש בהם להשפלת יהודים בגרמניה הנאצית. דמות "היהודי המלוכלך" בגרמניה הנאצית הפך אחד מסמליה של האנטישמיות, והמשתמש בכינוי זה במטרה לפגוע מעורר תחושות פגיעה שקשה לנתקן מהקשרים הסטוריים שלא נמחו מהזכרון הלאומי. אין מדובר בביטויים שמשמעותם קתה עם השנים, ואשר הפכו ביטויי גנאי שפגיעתם זניחה, בבחינת חלק משיגרת חיים חברתית נסבלת.

ההתבטאויות הפוגעניות בהן כינה המשיב את המבקש שודרו במהלך תוכנית טלוויזיה רבת תפוצה; "מן המפורסמות הוא, שהקול היוצא מתיבת הטלויזיה נשמע מסוף העולם ועד סופו, ולית אתר דפנוי מניה" (דברי השופט מ' אלון בע"א 7/79 הוצאת ספרים "החיים" נ' רשות השידור, פ"ד לה (2) 365, 369 (להלן) – פרשת הוצאת הספרים "החיים"); הדברים הגיעו לאוזניהם ולעיניהם של רבבות. מדובר, על כן, בפרסום לשון הרע שטיבו, על פי תוכנו, כמו גם עיתוי השמעתו והיקף תפוצתו בפני ציבור נרחב מעצימים עד מאד את עומקה של הפגיעה. משקלם המצטבר של הכינויים בהם כינה המשיב את המבקש, והעיתוי והנסיבות בהם נאמרו, מהווים פרסום לשון הרע שתוכנם משפיל ומבזה. מתקיימים בהם תנאי ההגדרה של "לשון הרע" בסעיף 1 לחוק.

חסות הגנות החוק על התבטאויות הפוגעניות

11. פרסום לשון הרע אינו מגבש, לכשעצמו עוולה אזרחית. נדרשת בחינה האם הפרסום חוסה תחת אחת ההגנות המוכרות שהחוק מציב, השוללת הטלת אחריות על מוציא לשון הרע. הגרעין המושגי להגנות טמון בהכרה כי הערך שנועד להגן על שמו הטוב של האדם, הנגזר מכבודו כאדם, אינו ערך מוחלט העומד לעצמו. מולו ניצבים ערכים אחרים הנעוצים באינטרס הפרט או באינטרס הציבור אשר משקל חשיבותם עשוי להצדיק גריעה מזכות האדם להגנה על שמו הטוב. ההגנות בחוק איסור לשון הרע עוסקות בערכים נוגדים אלה ובדרכי האיזון ביניהם. החלת איזון זה על נסיבותיו המיוחדות של הענין תקבע האם חוסה ההתבטאות הפוגענית בצל ההגנה, או שמא נתגבשה אחריות אזרחית לחובת הפוגע.

הזכות לשם טוב

12. הזכות לשם טוב נגזרת מזכותו של הפרט לכבודו כאדם. ככזו, מהווה הזכות לשם טוב זכות יסוד במשטר המשפטי-חוקתי של ישראל. זכותו של אדם להגנה מפני השפלה וביזוי היא חלק מכבוד האדם באשר הוא אדם. האמירות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לפיהן "אין פוגעים בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2) וכי "כל אדם זכאי להגנה... על כבודו" (סעיף 4), מתייחסות, בין היתר, לזכותו של אדם לשמו הטוב. "מעשי השפלה וביזיון... פוגעים הם בצורה קשה וחמורה בגופו ובכבודו של אדם באשר הוא אדם, חותרים הם תחת אושיותיה של חברתנו, ועומדים הם בניגוד משווע לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית... (השופט אלון בע"פ 3632/92 גבאי נ' מדינת ישראל, פד"י מו(4) 487, 490); כן ראו ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי, פרשנות חוקתית, עמ' 420). על מורכבותו של ערך ההגנה על השם הטוב, כחלק מכבוד האדם נאמר:

"ערך זה מורכב הוא ומקיף. הוא כולל בחובו, בין השאר, את האינטרס לכבוד אישי, לגאווה אישית ולהכרה אישית בין בני אדם. הוא משתרע על יחס הכבוד וההערכה כלפי האדם מן הסובבים אותו - - - אינטרס זה של שם טוב מהווה אחת מזכויות היסוד במשטרנו המשפטי - - -" (א' ברק בע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 856 (להלן – פרשת אבנרי)).

הזכות לשם טוב נגזרת גם מזכותו של אדם לחירות, אשר אינה מתמצית בהגנה על גופו, אלא גם על רוחו (דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 74; ח' ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם

וחירותו" הפרקליט – ספר היובל (תשנ"ד) 9, 40; ד' לויין "חופש הביטוי אל מול הזכות לשם הטוב (איזונים והגנות)" ספר שמגר א (תשס"ג) 47, 60-55; ברק, כבוד האדם כזכות חוקתית, הפרקליט מא, (תשנ"ג), 271; ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פד"י נו(4) 72, 90-91 (להלן – פרשת רינת). כן ניתן לעגן את ההגנה על השם הטוב בזכות לפרטיות, שהרי פרסום שיש בו לשון הרע פוגע לא אחת בפרטיותו של אדם ובצנעת חייו שאף היא מוכרת כזכות יסוד חוקתית (רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, 518 (להלן – פרשת אמר)). פעמים, מעוגנת ההגנה על השם הטוב גם באינטרס ציבורי, שכן פרסום שיש בו לשון הרע פוגע לא אחת גם בכבודם של ערכים לאומיים (בג"צ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פד"י נג(3) 817, 832-3 (להלן – פרשת סנש)).

על הקלילות שבה יוצא הלשון הרע מפיו של אדם, שהוא כחץ, שליורה אותו אין שליטה על מעופו, ואין בידו להחזיר מצב לקדמותו, עומד המדרש:

"נמשל הלשון לחץ, ולמה, שאם ישלוף האדם החרב שבידו להרוג את חברו, הוא מתחנן לו ומבקש הימנו רחמים, מתנחם ההורג ומחזיר החרב לנרתיקו, אבל החץ כיון שירה אותו והלך, אפילו מבקש להחזיר אינו יכול להחזיר" (מדרש תהלים (בובר) מזמור קכ"ד"ה [ד] מה יתן).

הזכות לשם טוב היא מיסודות הקיום האנושי של האדם כיצור חברתי. הצורך בהגנה על כבודו האנושי של האדם בהתייחסותו לסביבתו היא תנאי הכרחי לחיים בצוותא, להגשמתו העצמית המלאה של הפרט, וליכולתו למצות את חייו החברתיים והרוחניים. הזכות לשם טוב כחלק מהכבוד האנושי טבועה עמוק ביסודות ההווייה האנושית של האדם, ומקרינה על מערך היחסים בינו לבין הסביבה העוטפת אותו. היא תנאי הכרחי להגשמת האוטונומיה האישית ולמיצוי יכולותיו של האדם ותרומתו לחברה. היא מהותית לגיבושו של כבוד עצמי שאדם חש כלפי עצמו, ולכבוד שהסביבה רוחשת כלפיו. היא מקור כח עשייה לאדם, ותנאי למיצוי יכולתו, כישרונותיו והישגיו לטובת החברה. סביבה אנושית הנשלטת על ידי תרבות של השמצות, גינויים ומתקפות מילוליות הדדיות שלוחות רסן סופה שתביא הרס חברתי פנימי, ובלימה של התפתחות תרבותית וערכית. מירקם חברתי הרמוני בין בני אדם, הוא תנאי חיוני למימוש של תהליכי בנין, קידמה, ומיצוי הכוחות והיכולות הטמונים בפרטים לתועלת הכלל. הזכות לשם טוב של הפרט היא נדבך מרכזי בסדר חברתי הרמוני. היא ניצבת ביסוד משטר הבנוי על חירות וכבוד האדם. היא מצויה במעמד רם במידרג זכויות האדם.

הזכות לחופש ביטוי

13. הזכות לחופש ביטוי היא מן החשובות שבזכויות האדם. היא נועדה להבטיח את זכותו של הפרט לבטא בחופשיות את השקפותיו ותפיסת עולמו כחלק מההכרה בזכותו לאוטונומיה אישית; היא מקרינה הקרנה ישירה על אופייה של החברה ועל הליכי המשטר הדמוקרטי בהגנה שהיא נותנת לזרימה חופשית של דעות, השקפות, זרמים פוליטיים ואידיאולוגיות חברתיות. היא משרתת את תכלית גילוי האמת בחיים החברתיים (בג"צ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פד"י מב(4) 617 (להלן – פרשת כהנא); פרשת אבנרי). חיוניותו של חופש הביטוי להגשמת כל אחד מהערכים המצויים בבסיסו, היא שהקנתה לו את מעמדו הרם במארג זכויות היסוד של האדם. כבר מימיה הראשונים של מדינת ישראל, נתפש חופש הביטוי כזכות על, וכ"ציפור נפשה" של הדמוקרטיה (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פד"י ז 871 (להלן – פרשת קול העם)). כיום, נגזרת ההגנה על חופש הביטוי גם מההגנה החוקתית על כבוד האדם (ע"א 4534/02 רשת שוקן נ' הרציקוביץ, פד"י נח(3) 558; (להלן – פרשת הרציקוביץ); פרשת אמר; בג"ץ 2481/93 דיין נ' וילק, פ"ד מח(2) 456, 468 (להלן – פרשת דיין)).

במישור הפרט, נתפסת זכות האדם לחופש ביטוי כחלק מכבוד האדם. ההגנה החוקתית הניתנת לה מבטיחה את חירותו האישית של הפרט לפתח את אישיותו, ולהביע את השקפת עולמו ואת תפיסתו הרעיונית; קיומה חיוני להגשמתו העצמית של האדם ומיצוי אישיותו. (ברק, פרשנות חוקתית, שם, עמ' 427; פרשת דיין, שם, עמ' 468; ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 156-7; בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, 675 (להלן – פרשת "סטיישן פילם").

במישור הכללי, חופש הביטוי חיוני להגנה על התהליך הדמוקרטי בחברה חופשית (פרשת כהנא; בג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פד"י נח(1) 249, 277 (להלן – פרשת בכרי); א' דיין-אורבך, המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי, עיוני משפט, תשנ"ז, 377). הוא מבטיח חופש השמעת דעות ומחשבות שבאמצעותן מתגבש רצון העם ונקבעים מהלכי השלטון. הפן האחר של חופש הביטוי הוא החירות לדעת, ולקלוט מידע, ומיגוון מסרים של מחשבה ודעה. בלעדיו לא ניתן לבסס משטר דמוקרטי הבנוי על רצון העם; בלא חופש ביטוי אישי ופוליטי, תרבותי ודתי לא יתכן לבסס משטר חפשי, הבנוי על שלטון העם (בבג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(3) 393, 398; ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435; ראו גם פ' להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון",

משפטים ז (תשל"ז) 375; א' ברק, "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז (תשנ"ו) 223; בג"ץ 509/80 יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד לה(3) 589, 594; בג"ץ 372/84 קלופר-נווה ואח' נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233; ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי, פ"ד מא(2) 337, 358; ע"א 3199/93 יוסף קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ ואח', פ"ד מט(2) 843 (להלן – פרשת קראוס); ז' סגל, "זכות האזרח לקבל מידע בעניינים ציבוריים", עיוני משפט י (תשמ"ה) 625; עוד ראו והשוו ח' פאל "זכות הציבור לא לדעת", הפרקליט לט (תש"ן) 531).

הזכות לחופש ביטוי, המשלבת חופש לביטוי עצמי עם הזכות לדעת הקנתה לאמצעי התקשורת מעמד מיוחד ככלי המשקף את חירות הביטוי על שתי פניה; זכות הבעת הדעה, וחירות לקלוט דעה ומידע. היא נאמן הציבור, המופקד על חופש הביטוי של הפרט ומגינה על הזרימה החופשית והדו-כיוונית של מידע, רעיונות ודעות מהציבור אל התקשורת, וממנה בחזרה אל הציבור.

התפישה החוקתית המקובלת במשפטנו, הינה, כי חופש הביטוי משתרע על כל צורותיה של הבעת הביטוי ועל כל תכניו. בכלל זאת, משתרע חופש הביטוי גם על אמירות שיש בהן לשון הרע. אולם היקפו של חופש הביטוי אינו בלתי מוגבל. יש הבחנה בין היקף הזכות לבין יכולת מימושה. מעמדה של זכות זו הוא יחסי, ונקבע כפרי איזון בינה לבין ערכים חשובים אחרים המתמודדים מולה. (א' ברק, "חופש הביטוי ומגבלותיו", הפרקליט מא (תשנ"ד) 5, 12; פרשת אבנרי, עמ' 857-858; פרשת מפלגת שינוי, פסקה 11 לפסק דינו של הנשיא).

האיזון החוקתי – הזכות לשם טוב מול חופש הביטוי

14. הזכות לשם טוב והזכות לחופש ביטוי שתיהן זכויות יסוד בשיטתנו המשפטית. הן בבחינת שני ענפים המשתרגים מגזע אחד – כבוד האדם. "שתיהן ענפים בעץ אחד – כבוד האדם" (דברי השופט א' ריבלין בפרשת רינת, בעמ' 90) הן "נגזרות מאותה זכות 'אם' עצמה – מכבוד האדם" (הנשיא א' ברק בע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 648, 651. ראו גם פרשת אמר, שם; פרשת סנש, שם; רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 265; פרשת דיין; פרשת סטיישן פילם, שם; א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות", משפט וממשל א (תשנ"ג) 253; א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 427-428; שנהר, בעמ' 46-49).

הזכות לחופש ביטוי והזכות לשם טוב ניצבות שוות-מעמד במידרג זכויות האדם (השופט א' ברק בפרשת אבנרי, בעמ' 861, ודבריו בפרשת סנש, בעמ' 834;

השופט א' ריבלין בפרשת רינת, בעמ' 91; ופרשת הרציקוביץ, פסקה 6 לפסק דינו של הנשיא; אולם השוו לדברי מ"מ הנשיא לנדוי בד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח', פ"ד לב(3) 337, 343 (להלן – פרשת הארץ בדיון הנוסף).

נקודות איזון שונות ביחס שבין חופש ביטוי לזכות לשם טוב לבין חופש ביטוי בהתמודדות עם אינטרס ציבורי כללי נוגד

15. כשם שערך כבוד האדם אינו מוחלט והיקף התפרשותו מוגבל מקום שכנגדו ניצבים ערכים אחרים המחייבים איזון ביניהם, כך גם הענפים המשתרגים מ"כבוד האדם" – הזכות לשם טוב והזכות לחופש ביטוי – אינם ערכים מוחלטים והם עשויים להתנגש בערכים או באינטרסים חברתיים אחרים או בזכויות אדם אחרות, ואף להתנגש זו בזו. התנגשות זו מחייבת איזון חוקתי. מתחייב איזון פנימי בין הזכויות והאינטרסים הנוגדים. האיזון נגזר ממהות הזכויות המתנגשות "והוא משתנה עימן" (ברק, פרשנות חוקתית, שם, עמ' 434). נקודת האיזון עשויה להשתנות על פי מהותם של הזכויות והערכים הסותרים ועל פי טיבם, ובהתייחס לנסיבות המיוחדות של הענין. לא הרי איזון בין זכויות נוגדות שוות ערך, כהרי איזון בין זכויות שהאחת רמת-דרג, והאחרת נחותה ממנה; לא הרי ניגוד בין שתי זכויות אדם, כניגוד בין זכות אדם לאינטרס ציבורי רב משקל. חופש הביטוי הניצב כנגד אינטרס ציבורי נוגד עשוי להוליד נקודת איזון ערכית שונה מחופש ביטוי העומד כנגד זכות אדם נוגדת; וכך יתכן, כי בהתמודדות בין חופש הביטוי כנגד אינטרס ציבורי כללי, כגון הגנה על רגשות הציבור, יהיה מרחב התפרשותו של חופש הביטוי רחב יותר מתחום התפרשותו מקום שהוא ניצב כנגד זכות יסוד נוגדת של הפרט, כגון זכות הפרטיות או הזכות לשם טוב. אכן, "לא הרי התנגשות בין תוכנו של חופש הביטוי לבין בטחון המדינה ושלומו הציבורי, כהרי התנגשות תוכנו של חופש הביטוי לבין כבודו של האדם" (א' ברק, במאמרו שם, בעמ' 16). ההגנה הרחבה הניתנת לחופש הביטוי כשהוא מתעמת עם אינטרס הכללי עשויה להצטמצם במידה ניכרת כאשר חופש זה עומד כנגד זכות הפרט להגנה על כבודו ועל שמו. שהרי כושר הסיבולת של הציבור להתמודד עם פגיעה קשה המופנית כנגדו גדול שבעתיים מכושר עמידתו וסבילותו של הפרט כלפי פגיעה דומה. דרך כלל, בידי הציבור כלים טובים להתגונן כנגד פגיעה הנגרמת לו כתוצאה מאמירות ומסרים במסגרת חופש הביטוי. הפרט, לעומתו, משולל לעיתים אמצעי התגוננות כלשהם. כך, עולה מההלכה הפסוקה כי חופש ביטוי יוגבל מטעמים של פגיעה ברגשות הציבור רק כאשר הפגיעה היא אנושה, מעל ל"רמת הסיבולת" הראויה בחברה דמוקרטית, ויש בה כדי "לזעזע את אמות הסיפים" של הסובלנות ההדדית, ולהביא לידי הפרה של ממש בסדר הציבורי (בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיו ל.ט.ד. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד

מג(2) 22; פרשת סנש, עמ' 846; פרשת בכרי, עמ' 279). כאשר הביטוי פוגע בכבוד הפרט, אמת המידה להגבלתו אינה מחייבת בהכרח עוצמת פגיעה דומה. פגיעותו של היחיד מביטוי הפוגע בשמו גדולה באופן ניכר מפגיעותו של הציבור, והוא ראוי לפיכך להגנה רחבה יותר. אין בידי, דרך כלל, אמצעים להתמודד כנגד הפגיעה באמצעות מסר נגדי – אמצעים העומדים לרשות ציבור נפגע (עניין בכרי, פסקה 10 לפסק דיני). הפרט מתקשה להציג כלפי עם ועדה את האמת שלו. היחס בין חופש הביטוי לבין ההגנה על כבודו של הפרט הוא, אכן, שונה מן היחס בין חופש הביטוי להגנה על אינטרס ציבורי כללי:

”מהותם של הערכים המתנגשים קובע את דרכי האיזון. לא הרי האיזון הראוי בהתנגשות בין חופש הביטוי לשם הטוב כהרי האיזון הראוי בהתנגשות בין חופש הביטוי ושלום הציבור. רב-הגוונות של המצבים האפשריים, מחייבת רב-גוונות בנקודות האיזון” (עניין סנש, פסקה 15 לפסק דינו של הנשיא).

בעוד חופש ביטוי המתמודד כנגד אינטרס ציבורי עשוי לחייב איזון אנכי, חופש ביטוי המתמודד כנגד ההגנה על שמו הטוב של הפרט מחייב איזון אופקי. אמות המידה לאיזון בשני המצבים הן שונות (עניין סנש, שם, בפסקה 28 לפסק דינו של הנשיא).

נקודות איזון שונות אלה עשויות להביא לתוצאה כי במקרה נתון, הרשות הציבורית המוסמכת תהיה מנועה במישור המשפט הציבורי מהטלת הגבלות צנזוראיות על פרסום פוגעני שאינו מגיע כדי מפלס העוצמה המצדיק הגבלת ביטוי מפאת פגיעה ברגשות הציבור; בה בעת, אותו ביטוי עצמו שיותר לפרסום ברבים, עשוי להוות עוולה כלפי הפרט בגין לשון הרע, כדברי הנשיא ברק בפרשת אבנרי, בעמ' 870:

”חופש הביטוי משמעו החופש לפרסם, ללא צנזורה מוקדמת, וללא עיון מוקדם, לא של האנשים או הגופים שעליהם הפרסום, ולא של רשות שלטונית כלשהי, תוך נשיאה באחריות (אזרחית ופלילית), אם הדבר שפורסם מהווה לשון הרע”.

באופן דומה, יתכן כי ביטוי הכולל לשון הרע לא ייאסר לפרסום בצווי מניעה, כדי שלא להגביל את חופש הפרסום הציבורי, אך, בה בעת, הוא עשוי להוות מושא לתביעת לשון הרע בעקבות פרסום שלא נאסר (רע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' פרופ' אטינגר, פ"ד נט(3) 308).

הקרנת פיסקת ההגבלה על האיזון הנדרש

16. האיזון הנדרש בין זכויות האדם המתנגשות הוא איזון ערכי. הוא מחייב העמדת הערכים המתנגשים זה מול זה, לצורך קביעת חשיבותם היחסית על פי תכליתם. מקום שמדובר בזכויות שוות-מעמד חוקתי, יש לבחון את מידת הויתור ההדדי של כל אחת מן הזכויות, כדי "לאפשר חיים בצוותא" של שתיהן (השופט ברק בפרשת ד"ר, שם). פעמים, החוק הנוגע בדבר, הוא עצמו קובע את נוסחת האיזונים. פעמים, באין הסדר סטטוטורי לאיזון הנדרש, חלה נוסחת איזונים, השואבת כיום את כוחה מעקרונות פיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המקרינה לא רק על מעמדו החוקתי של חוק הפוגע בזכות אדם, אלא גם על האיזון הראוי בין ערכים וזכויות נוגדים העומדים ברקע מעשי המינהל הציבורי. יתירה מזו: פיסקת ההגבלה אוצלת כיום גם על הפרשנות הראויה של נוסחת האיזונים המעוגנת במפורש בחוק הנוגע לענין גם מקום שההסדר בחוק גופו אינו עומד למבחן חוקתי (בג"צ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה, פד"י נח(1) 529, 538). היא ניצבת ברקע התפיסה הראויה של כל מלאכת שיקלול בין ערכים נוגדים (ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87). היא מעמידה למבחן איזון שנעשה על פי אמת המידה המכרעת, קרי: האם הפגיעה בזכות האדם מתיישבת עם ערכיה של המדינה; האם היא נעשתה לתכלית ראויה, והאם היא משקפת מידתיות ראויה. מבחן מורכב זה מקרין ואוצל על איזון הערכים הנוגדים, באשר הוא (בג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, תק-על 2003(3) 353, עמ' 373 (פסקה 25); ע"א 1679/01 משכן, בנק הפועלים למשכנתאות נ' שפייזמן, פד"י נז(2) 145, 151-2; ע"פ 9796/03 שם טוב נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 2099 עמ' 2113; רע"א 5103/95 דשת נ' שלום אליה, פד"י נג(3) 97, 111-112 (פסקה 10). ע"א 3156/98 בן ישי נ' ויינגרטן, נה(1) 939, 950-1 (פסקאות 10 עד 12); ע"א AES System Co. 6601/96 נ' סער, פד"י נד(3) 850, 860-1), כדברי הנשיא ברק באותו ענין:

"זכויות היסוד – ושאר ההוראות החוקתיות המעוגנות בחוקי היסוד – קובעות מערכת ערכים ותפיסות יסוד אשר במסגרתם פועל ומתפתח המשפט (הציבורי והפרטי) (ע"א 294/91 חב' קדישא גחשא "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פד"י מו(2) 464, 531; ע"א 239/92 אגד נ' משיח, פד"י מח(2) 66).

האיזון הערכי-עקרוני ביישומו על נסיבות המקרה

17. עקרונות האיזון הערכי בין הערכים הנוגדים הם בבחינת עקרונות מסגרת, המחייבים החלה קונקרטיית לנסיבות המקרה הנתון. נסיבות אלה תקבענה את נקודת

האיזון הראויה לתנאים ולנתונים של הענין. האיזון הראוי בין חופש ביטוי לזכות לשם טוב אינו פרי נוסחה קבועה מראש. משקלם היחסי של הערכים הנוגדים הוא ענין גמיש ותלוי-נסיבות בסיטואציה הקונקרטיה העומדת לבחינה. משקלו היחסי של חופש הביטוי עשוי להשתנות בהתאם להקשר הדברים, ובה במידה עשוי להשתנות מעמדה של הזכות לשם טוב בהתייחס לתנאי המקום, העיתוי, ונתוני המקרה שבו ארעה הפגיעה. מציאת נקודת האיזון בין הערכים המתמודדים אינו מסתכם, אפוא, בבחינת התכליות המושגיות שכל אחד מהם נועד להשיג, אלא היא נחתכת באמצעות עקרונות האיזון הערכי כפי שהוא מיושם על נתוני המיוחדים של המקרה.

שיקולי האיזון החוקתי בין חופש הביטוי לזכות שם טוב, על רקע עקרונות פיסקת ההגבלה, משליכים במישרין על האיזון הסטטוטורי שחוק איסור לשון הרע עיגן בתחומו. העקרונות החוקתיים הכלליים מקרינים על דרך יישומו של האיזון שנתגבש בתחומי החוק.

האיזון הסטטוטורי בין חופש הביטוי להגנה על שם טוב בחוק איסור לשון הרע

18. חוק איסור לשון הרע יצר איזון סטטוטורי בין הזכות לשם טוב לחופש הביטוי. הוא קבע את דרך שיקלולם של הערכים הנוגדים בהתחשב בזכות היסוד של הפרט לכבוד ולשם טוב, ובהינתן משקלו הרב של חופש הביטוי כערך מהותי להגנה על האוטונומיה של הפרט, והבטחת חיים דמוקרטיים בחברה. החוק קבע במסגרתו היכן תמוקם נקודת האיזון בין הזכויות המתמודדות זו עם זו:

“חוק איסור לשון הרע איזן בין זכות היסוד ההלכתית בדבר שם טוב לבין זכות היסוד ההלכתית בדבר חופש הביטוי, תוך שהוא קבע כי כל אחת מהן תיסוג מפני רעותה בתחומים מסוימים. המחוקק לא הכיר בזכות מוחלטת לשם טוב, תהיינה נסיבות הפרסום אשר תהיינה. בדומה, הוא לא הכיר בזכות מוחלטת לחופש ביטוי, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה. המחוקק איזן בין החופשים, תוך שקבע זכויות יחסיות בהן מוותרת הזכות האחת לרעותה, תוך יצירת איזון עדין בין ערכי היסוד המתנגשים” (השופט ברק בפרשת אבנרי, שם).

למיקומה של נקודת האיזון בין הזכות לשם טוב לזכות לחופש הביטוי בחוק איסור לשון הרע ראו ת' גדרון “לשון הרע – עוולת הרשלנות?”, המשפט ד (תשנ”ט) 219, 236 – 237. השוו א' צור “לשון הרע – עוולת רשלנות?” – תגובה”, המשפט ד (תשנ”ט) 239, 248-252). חוק איסור לשון הרע עיצב מערכת הגנות לפרסום פוגעני בפרט המשתרעות

על שלושה מישורים: פרסומים מוגנים של רשויות שלטון ורשויות ציבוריות (סעיף 13 לחוק) (להלן - "פרסומים מותרים"); פרסומים שיש בהם ענין ציבורי והם אמת (סעיף 14 לחוק) (להלן - "הגנות אמת הפרסום"); ופרסומים הנעשים בתום לב, ועונים לאחת העילות המנויות בסעיף 15 לחוק (להלן - "הגנות תום הלב"). על אף המשותף להגנות שבסעיף 15, הן אינן עשויות מעור אחד, וההגנות השונות נועדו לתכליות שונות ולהגנה על אינטרסים שונים. "כל הגנה היא תוצר של נקודת איזון נפרדת. על כן, כל הגנה והגנה תתפרש בהתאם לאינטרסים המונחים בבסיסה" (פרשת הרציקוביץ, עמ' 566)

משהמחוקק קבע את האיזון הסטטוטורי בין הערכים המתמודדים, הוא לא ייתר בכך את הצורך באיזון שיפוטי פנימי ביניהם, שתפקידו לצקת תוכן חוקתי לנוסחת האיזון המעוגנת בחוק. האיזון החקיקתי קבע את מסגרת כללי השיקלול בין הזכויות המתחרות. האיזון השיפוטי הפנימי בתחומי מסגרת זו מופעל על פי עקרונות חוקתיים המניחים, ראשית, כי הזכות לביטוי והזכות לשם טוב הן זכויות שוות-מעמד נורמטיבי-חוקתי; ושנית - כי הליך האיזון הפנימי מושפע מעקרונות פיסקת ההגבלה, קרי: על פי המימד הערכי, התכלית הראויה, וכללי המידתיות המעוגנים בה. בכך מתמזגים עקרונות האיזון החקיקתי והשיפוטי למיקשה הרמונית אחת (פרשת אבנרי, עמ' 2-861).

נבחן האם ההתבטאות הפוגענית נשוא ענייננו חוסה תחת אחת ההגנות המוגנות בחוק.

ההגנות

19. ההתבטאות הפוגענית נשוא הליך זה אינן נכנסות לגדר ההגנה של "פרסומים מותרים" על פי סעיף 13 לחוק. נותר לבחון האם חלה עליהם הגנת "אמת הפרסום" או "הגנת תום הלב".

"הגנת אמת הפרסום"

20. סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע קובע:

"במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע, תהא זו הגנה טובה שהדבר שפורסם היה אמת, והיה בפרסום ענין ציבורי. הגנה זו לא תישלל בשל כך בלבד שלא הוכחה אמיתותו של פרט לוואי שאין בו פגיעה של ממש".

שני יסודות מצטברים מגבשים את הגנת "אמת הפרסום": האחד - אמיתות הפרסום. השני - קיומו של ענין ציבורי הנילווה לפרסום. היסוד הראשון הוא עובדתי בעיקרו,

ועניינו – השוואה בין תוכן הפרסום לבין המציאות העובדתית. אמיתות הפרסום תיבחן על פי מובנו הטבעי והרגיל של הביטוי הפוגעני, או ממשמעותו המסתברת על פי נסיבות הענין. השני – עניינו בשאלה האם קיים אינטרס חברתי המצדיק פרסום הביטוי הפוגעני חרף לשון הרע הטמונה בו (שנהר, עמ' 215; פרשת "הארץ" בערעור, עמ' 299). השאלה היא אם הפרסום טומן בחובו תועלת לציבור, אם הוא תורם לגיבוש דעת קהל בענין מסוים, אם יש בו כדי לתרום לשיח הדמוקרטי, לשיפור אורחות חיים, וכיוצא באלה. תנאי זה מעלה היבט ערכי הנקבע על פי מדיניות שיפוטית בזמן ובמקום נתון. קיומו של אינטרס ציבורי בפרסום הוא ענין נורמטיבי בעל מימד אובייקטיבי, הנגזר במידה רבה מתפיסות מקובלות בחברה (ר' גביון, איסור פרסום הפוגע בפרטיות הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת", זכויות אזרח בישראל – קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן, (תשמ"ב) 177, 190-219). ההכרעה ביחס לקיומו של ענין ציבורי נבחנת על רקע נסיבות המקרה (ע"א 439/88 רשם מאגרי מידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 808).

שני התנאים בהגנת "אמת הפרסום" אינם מתקיימים בענייננו. הכינוי "נאצי קטן, מלוכלך" בו כינה המשיב את המבקש אינו כינוי שגלומה בו אמת עובדתית כלשהי. זהו כינוי מבזה ומשפיל, שנועד לגדף את המבקש ולהמשילו למי שנמנה על הנורא שבמשטרים שידע העולם המודרני. באמירה זו יש, לכאורה, כדי לקשור בין המבקש לבין תנועה פוליטית אשר חרטה על דגלה אידיאולוגיה של השמדת עם על רקע תפיסה גזענית חשוכה. תיאוריה גזענית זו לא נותרה בגדר תפיסה מושגית בלבד. היא הוצאה מן הכח אל הפועל. המשיב, בכינוי הפוגעני שהטיח במבקש, ביקש, לכאורה, להצביע על קווי דמיון בין האידיאולוגיה הימנית-קיצונית בה מחזיק המבקש, לבין האידיאולוגיה הנאצית. גם אם זכאי המשיב במסגרת חופש הביטוי למתוח ביקורת נוקבת על תפיסת העולם בה מחזיק המבקש, כמי שנמנה על תנועת "כך" בטרם הוצאה מן החוק, ועל המצע האידיאולוגי של הימין הקיצוני, עמו הוא מזוהה כיום, אין אמת עובדתית בכינויו של המבקש כ"נאצי" על פי כל קנה מידה – בין לצורך השוואה בין התורה הנאצית לזו של הימין הקיצוני בישראל, ואשר המבקש נמנה עליו, ובודאי כך לצורך השוואה בין דרכי פעולותיהן של שתי התנועות שנועדו ליישם הלכה למעשה את המצעים האידיאולוגיים שלהן. בשום תסריט, קיצוני ככל שיהא, לא ניתן לייחס לימין הקיצוני בישראל אידיאולוגיה של רצח עם, ולא נמצא בפעילותו כל יוזמה שהיא המבקשת להוציא לפועל פשעים כנגד האנושות במהות ובתוכן, המאפיינים את המפלגה הנאצית. מדובר, על כן, בכינוי המנותק לחלוטין מכל קשר למציאות העובדתית, ואינו יכול להיחשב אמת. המשיב לא עמד, איפוא, בנטל הוכחת התנאי כי הכינויים שכינה את המבקש – "נאצי" "מלוכלך" ו"קטן" הם, לגופם, אמת (שנהר, עמ' 219). די בכך כדי לשלול מההתבטאויות הפוגעניות את הגנת "אמת הפרסום".

בנסיבות הענין, אין בהתבטאויות האמורות גם כדי לקדם "ענין ציבורי" בעל חשיבות, הנדרש כיסוד בהגנת אמת הפרסום. עיקרן בדברי עלבון, גידופים, ונאצה שמטרתם נועדה, כל כולה, לפגוע בפרט, ולא לקדם ענין ציבורי אמיתי. הדברים הושמעו שלא במסגרת ביקורת עניינית, נוקבת ככל שתהא, כלפי תנועה אידיאולוגית ומנהיגיה, אלא התמקדו בהשמעת אמירות שנועדו להשפיל ולפגוע. קשה למצוא ענין ציבורי בביטוי שעיקר תכליתו לפגוע ולגדף, ואין מאחוריו אמירה תוכנית עניינית. כזה היה המקרה בענייננו. אין בעצם היותם של הפוגע והנפגע פרטים המוכרים בציבור, והעובדה כי ההתבטאויות הושמעו בכלי תקשורת רב תפוצה, כדי להפוך את האמירות לבעלות ענין ציבורי (שנהר, עמ' 234, ז. סגל, "הזכות לפרטיות מול הזכות לדעת", עיוני משפט ט (תשמ"ג) 175, 195; פרשת מיכאלי בעמ' 6-565). לא מתקיימת, איפוא, בהתבטאויות המשיב כלפי המבקש הגנת "אמת הפרסום".

הגנות תום הלב

21. לחילופין, נטען, כי התבטאויות המשיב חוסות בצילה של אחת מהגנות "תום הלב" – הגנת הבעת דעה בתום לב על פי סעיף 15(4) לחוק איסור לשון הרע.

זו ההוראה הנוגעת לענין:

"במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע, תהא זו הגנה טובה אם הנאשם או הנתבע עשה את הפרסום בתום לב, באחת הנסיבות האלו:

- - -

(4) הפרסום היה הבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד שיפוטי, רשמי או ציבורי, בשירות ציבורי או בקשר לענין ציבורי, או על אופיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע, במידה שהם נתגלו באותה התנהגות.

שני נדבכים להגנת תום הלב: האחד - פרסום בתום לב; השני – תוכן הפרסום עוסק בהבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד בעל אופי ציבורי או בקשר לענין ציבורי, או על אופיו, עברו, או דעותיו במידה שנתגלו באותה התנהגות. נקודת המעבר בין פרסום המהווה לשון הרע, לבין התבטאות מוגנת, הפוטרת את המפרסם מאחריות, בנויה, איפוא, מיסוד תום לב בפרסום, וממימד "ציבורי" הנלווה להתבטאות, המשתקף בהבעת דעה הנוגעת לנפגע בקשר עם תפקיד ציבורי או עם ענין ציבורי שהוא קשור בו.

תום הלב

22. מושג "תום הלב" בחקיקה הישראלית אינו בעל משמעות אחידה. אין זהות מתחייבת בין משמעותו של תום הלב בדיני החוזים או בדיני הקניין לבין מושג תום הלב בדיני איסור לשון הרע (ע"א 788/79 חימר נ' עיזבון ברקו, פ"ד לו(2) 141, 148). המשמעות המקובלת למושג תום לב בחוקים האזרחיים השונים נקשרת בדרך כלל עם התנהגות מוסרית, יושר והגינות (שלו, דיני חוזים, מהד' 2, תשנ"ה, עמ' 49). לא כך הוא, בהכרח, כאשר לדרישת תום הלב לענין הגנות סעיף 15 לחוק איסור לשון הרע. אין משמעות אחידה למושג זה גם בהקשר לכל אחת מהגנות סעיף 15. "מהותו של תום הלב הנדרש בכל אחת מההגנות יתבטא, לפיכך, בדרישה לדרך התנהגות מסוימת ולמצב נפשי מסוים, אשר בהצטרפם לעשיית הפרסום בנסיבות הנדרשות בהגנה הספציפית יצדיקו את הפגיעה בנפגע לאור האינטרסים שלמענם נוצרה ההגנה" (שנהר, עמ' 260).

נטל ההוכחה

23. מחוקק חוק איסור לשון הרע יצק תוכן למושג "תום הלב" בהקשר ללשון הרע באמצעות חזקות הוכחתיות שקבע, המצביעות, בין על דרך החיוב – מתי מתקיימת דרישת תום הלב, ובין על דרך השלילה – באלו נסיבות היא נשללת. סעיף 16 לחוק קובע:

נטל ההוכחה

(א) הוכיח הנאשם או הנתבע שעשה את הפרסום באחת הנסיבות האמורות בסעיף 15, ושהפרסום לא חרג מתחום הסביר באותן נסיבות, חזקה עליו שעשה את הפרסום בתום לב.

(ב) חזקה על הנאשם או הנתבע שעשה את הפרסום שלא בתום לב, אם נתקיים בפרסום אחת מאלה:

(1) ...

(2) ...

(3) הוא נתכוון על ידי הפרסום לפגוע במידה גדולה משהיתה סביר להגנת הערכים המוגנים על ידי סעיף 15.

הפן החיובי של החזקה בוחן האם ניתן לומר כי הפרסום לא חרג מתחום הסביר באותן נסיבות, שאז חזקה שנתקיים במפרסם תום לב, אלא אם הוכח אחרת; הפן השלילי בוחן האם ניתן לומר כי המפרסם התכוון על ידי הפרסום לפגוע בנפגע במידה גדולה משהיתה סבירה להגנת הערכים המוגנים על ידי סעיף 15. הפן החיובי של חזקת תום הלב עניינו יסוד אובייקטיבי של סבירות הפרסום בהינתן נסיבותיו של הענין. הפן השלילי של החזקה עניינו יסודות סובייקטיביים ואובייקטיביים המשולבים זה בזה, הבנויים מכוונה סובייקטיבית של המפרסם לפגוע בנפגע, בדרך החורגת מן המידה

הסבירה (האובייקטיבית) הנדרשת להגנת הערכים המוגנים בסעיף 15 (ע"א 670/79 הוצאת עיתון הארץ נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 169, 201; פ' להב, "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון", משפטים ז (תשל"ו) 374, 385).

אלמנט הסבירות בחזקת תום הלב

24. אלמנט הסבירות הוא יסוד דומיננטי הן בפן החיובי והן בפן השלילי של חזקת תום הלב. הוא רלבנטי לשאלה אם הפרסום לא חרג מתחום הסביר בנסיבות המקרה (הפן החיובי), או האם המפרסם התכוון לפגוע במידה הגדולה מן הסביר להגנת הערכים המוגנים על ידי הגנת תום הלב (הפן השלילי).

תנאי הסבירות הוא ענין נורמטיבי-ערכי. הוא בנוי על איזון בין ערכים חברתיים שונים שבהשתלבותם ובהחלתם היחסית מתגבש סדר חברתי ראוי. על הסבירות כמושג נורמטיבי עמד בית משפט זה באומריו:

"היא [הסבירות – א.פ.] אינה מושג טכני, תיאורי. לפנינו דוגמא נוספת לשימוש של המחוקק בסבירות כמושג שסתום... אכן, עקרון הסבירות חוצה את המשפט הישראלי לאורכו ולרוחבו. משמעותה של הסבירות אינה פיזית, אלא משמעותה נורמטיבית... מהותה של הסבירות היא איזון ראוי בין הערכים והעקרונות הנאבקים על הבכורה... היא מחייבת איתור השיקולים הרלבנטיים ואיזון ביניהם על פי משקלם... "סבירות היא לעולם פועל יוצא של הגורמים הרלבנטיים ושל המשקל הראוי שיש ליתן להם ביחסיהם הפנימיים. מושג הסבירות מניח תפיסה פלורליסטית המכירה בקיומם של מספר שיקולים ראויים והמבקשת לאזן ביניהם על ידי מתן משקל ראוי ליחסים הפנימיים שביניהם".

(הנשיא ברק בבע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, תק-על 2005(4) 387, פסקה 19 (להלן – פרשת פלוני)).

מושג הסבירות אינו נותן תשובה מתוכו אלא הוא נזקק לערכים המתנגשים החיצוניים ולאיזון ביניהם. הסבירות אינה נבחנת בחלל ריק, ולעולם היא תלויה בנסיבות הענין (פרשת פלוני, שם, פסקה 20). האיזון בין השיקולים הרלבנטיים נעשה על פי משקל הערכים המתנגשים בנסיבות הענין. המשקל נקבע על פי תפיסת החברה את החשיבות היחסית של הערכים השונים. מיקומם של הערכים והאינטרסים בתשתית הערכים החברתיים משקפת את תפיסותיה הבסיסיות של שיטת המשפט, ואת הקונצנזוס

החברתי בזמן נתון (בג"צ 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ו' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 939).

תנאי הסבירות לצורך חזקת תום הלב בענייננו מבקש לאזן בין חופש הביטוי להגנה על כבוד האדם ושמו הטוב. הוא מעמיד את תכליתה החברתית של ההגנה בהקשרה הספציפי, מול ערך ההגנה על שמו וכבודו של האדם. יסוד הסבירות בחזקת תום הלב מחייב בחינה של מידתה ואיכותה של הפגיעה, על רקע נסיבות המקרה, והערכה נורמטיבית האם הפגיעה ראויה להגנה (ע"א 5653/98 אמיליו פלוס נ' חלוץ פ"ד נה(5) 865, 900) (להלן – פרשת פלוס). להתנהגות המפרסם טרם הפרסום, בשעת הפרסום, ולאחריו משמעות בעלת משקל בהקשר לסבירות הפרסום. טיב הפרסום ותוכנו גם הם משליכים על סבירות הפרסום. פרסום שנועד כל כולו לפגוע, להעליב ולבזות עשוי להיחשב חורג מן הסביר, וחזרה על התבטאויות פוגעניות בהזדמנויות נוספות עשויה לשלול תום לב (שנהר, עמ' 5-264; ת"א (י-ם) 1390/96 זמיר נ' רשת שוקן בע"מ, תק-מח' 2001 (2) 15868 (להלן – פרשת זמיר); פרשת משעור, עמ' 10; ע"א 4607/92 קליין נ' רונן, תק-על 1994 (4) 2392, 2395 (להלן – פרשת קליין); פרשת פלוס; פרשת הוצאת ספרים "החיים", עמ' 367).

מניסוחן של חזקות תום הלב עולה כי יש קשר גומלין הדוק בין סבירות הפרסום בנסיבות בהן נעשה, לבין שאלת תום הלב של המפרסם. מיתחם הסבירות הנורמטיבי שבמסגרתו נעשה הפרסום עשוי להצביע על תום לבו של המפרסם לשון הרע; לעומת זאת, חריגה ממתחם הסבירות מעלה חזקה של העדר תום לב, אשר אם לא הופרכה, לא תקנה הגנה למפרסם האמירה הפוגענית.

לשון הרע על איש ציבור

25. הגנת תום הלב הנוגעת להבעת דעה על נפגע בתפקיד ציבורי או בקשר לענין ציבורי, מבטאת צורך באיזון מיוחד בין חופש ביטוי לבין הגנה על שמו של אדם במסגרת השיח החברתי וחילופי דעות ורעיונות בבמה הציבורית. האיזון הנדרש בהקשר זה מחייב שיקלול מיוחד. היקף ההגנה הניתנת לאמירה הפוגענית הנאמרת בגידרו של שיח ציבורי, רחבה יותר מזו הניתנת לפגיעה המצטמצמת לתחום עולמם של הפרטים ביחסיהם ההדדיים. חזקת תום הלב בפרסום לשון הרע בנסיבות אלה נגזרת מהיחסיות המיוחדת של הערכים הנוגדים שמעורב בהם יסוד דומיננטי של שיח חברתי.

חופש הביטוי בחיים הציבוריים מצוי בליבה של ההליך הדמוקרטי. ההליך הדמוקרטי מחייב חירות בהבעת דעות ובקליטת מסרים, שדרכם מעוצבת דעת הקהל.

חופש זה מחייב זרימה חופשית ובלתי מופרעת של דעות ורעיונות, והוא עומד ביסוד התהליכים החברתיים המבוססים על משטר של חופש. הזכות להשמיע, לשמוע, לראות ולדעת היא זכות יסוד חוקתית של הפרט, ותנאי לקיומם של מוסדות שלטון דמוקרטיים (בג"צ 651/03 האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62). חשיבותו של השיח הציבורי להגשמת חופש הביטוי כחלק מהתהליך הדמוקרטי מגביר את משקלו גם בהתמודדותו עם זכות הפרט לכבוד ולשם טוב. משקלו הגובר של ערך חופש הביטוי בהקשר זה ניזון, בין היתר, גם מן העובדה כי קיים קושי לנתק בין ביטוי של עמדות ורעיונות שלציבור עניין בהם, לבין התייחסות לנושאי הרעיונות והעמדות (פרשת אבנרי, עמ' 863; ע"א 9462/04 מורדוב נ' ידיעות אחרונות (טרם פורסם)). יתר על כן, כאשר מדובר בהבעת דעה, להבדיל מהצגת עובדה אליה מתייחסת הגנת תום הלב בסעיף 15(4) לחוק, אמירת לשון הרע נחזית כבעלת עוצמת פגיעה פחותה, בייצגה עמדה סובייקטיבית, להבדיל מאמת אובייקטיבית. ומעבר לכך – קיימת גישה לפיה אדם המערב עצמו מרצון בחיים הציבוריים חושף עצמו מדעת לפגיעות אפשריות, שהן טבעיות לדינמיקה של החיים הפוליטיים המתאפיינים בחירות הביטוי והאמירות (פרשת אפל). על פי תפיסה זו, לאיש ציבור עשויה להיות גם נגישות קלה יותר להתגונן כנגד אמירות פוגעניות.

אולם, אמת זו היא יחסית בטיבה ואינה משקפת אמת מוחלטת, וזאת מכמה בחינות: ראשית, בצד חשיבותו של השיח הציבורי הפתוח והחופשי, אין להקל ראש בחשיבות השמירה על רמתו של הביטוי הציבורי בהתייחסו לכלל ולפרט. שאלה של סגנון ביטוי אפשר שהוא עניין לטעם העשוי להשתנות בין אדם לרעהו, אך מקום שמדובר בביטוי הפוגע בכבודו של הזולת או בשמו הטוב, יש להיזהר בו גם בשיח הציבורי. אין לראות בכך, בהכרח, משום הגבלה של חופש הביטוי במהותו ובתוכנו; יתר על כן, רמתו של השיח הציבורי וסגנונו הוא ערך המוקנה מדור לדור, ונטמע בנוער ובדור הצעיר, ואין להתעלם מן החשיבות החברתית שבחתירה להעלאת רמתו, בלא שיהא בכך בהכרח כדי להגביל את תכניו. ואשר לאיש הציבור הנפגע, חשוב לזכור כי שמו וכבודו אינם הפקר. העובדה כי אמירה פוגענית נאמרת בגידרו של שיח ציבורי וכלפי אנשים המעורבים בענייני ציבור אין פירושה כי ניתן היתר בלתי מוגבל ללשון משתלחת, לביזוי, ניאוף והשפלה של הזולת גם בהיותו איש ציבור (על"ע 9/87 עו"ד דניאל ש' הופר נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד מה(2) 586, 592; על"ע 8838/00 עו"ד שמחה ניר נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב-יפו, פ"ד נו(2) 169, 172-3; על"ע 4743/02 עו"ד שמחה ניר נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב יפו (טרם פורסם)). חשוב לזכור כי פגיעותו של אדם בפני השפלה וביזוי אינה מתקחה גם בהיותו איש ציבור. כבודו האישי יקר לו כלכל אדם,

ופגיעה בו עלולה אף להסב לו נזק רב במיוחד, שכן תדמיתו הציבורית היא נכס עיקרי שהוא מחזיק בידיו כאיש ציבור (שנאהר, עמ' 72; פרשת אפל, עמ' 621).

הנה כי כן, סבירות הפגיעה בשם הטוב, הנגרמת מביטוי המושמע במסגרת השיח הציבורי, נמתחת לגבולות רחבים שאינם מוכרים כביטוי התחום ליחסים בין פרטים בלבד (פרשת אבנרי, בעמ' 963; פרשת אפל, בעמ' 621-622; פרשת קראוס, עמ' 861; פרשת מיכאלי, עמ' 570; והשוו: פרשת עיתון הארץ בדיון הנוסף בדעת הרוב). ההגנה המוגברת ניתנת להגשמת האינטרס הציבורי שבקידום ההליך הדמוקרטי וחשיפת האמת במסגרתו. הטעם להגנה רחבה זו אינו נעוץ בפן האישי של חופש הביטוי – קרי: ההגנה על האוטונומיה של הפרט ופיתוח אישיותו, אלא בפן הציבורי של חופש הביטוי המבקש לקדם את זרימתם החופשית של המידע, הרעיונות והתפיסות החברתיות החיוניות למשטר דמוקרטי. אינטרס ציבורי זה הינו רב משקל, וניתן לו מעמד מיוחד גם בגידרן של ההגנות בחוק איסור לשון הרע. אולם, בהתאם לעקרונות יסוד של המשפט החוקתי, אין להתיר פגיעה גורפת בזכות יסוד של האדם בשם אינטרס ציבורי חשוב ככל שיהא, אלא אם הדבר הוא לתכלית ראויה, ועונה למידתיות הראויה (ח' גנאים, מ' קרמניצר וב' שנוור, לשון הרע – הדין המצוי והרצוי (2005), עמ' 1-350).

בקביעת מתחם הסבירות של פרסום הפוגע בפרט, הנעשה במסגרת הבעת דעה בתחום הציבורי, ישנה הקרנה למבחני פיסקת ההגבלה החוקתיים, ובמיוחד לעקרון המידתיות במובנים הבאים: קיומו של קשר רציונאלי בין הפרסום הפוגע לבין העניין הציבורי הנטען; קיומה של אפשרות להפחתת הפגיעה, מבלי לשנות באופן מהותי מטיב הפרסום; והיחס הקיים בין התועלת שבפרסום, נוכח עוצמת חשיבותו של העניין הציבורי הנטען, לבין עוצמת הפגיעה בשם-הטוב, כדבריה של השופטת ביניש בפרשת אפל:

”במסגרת פרשנות ההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע ויישומן בכל מקרה לגופו, עשויה מלאכת האיזון השיפוטית להיות מושפעת, בין היתר, מן השאלות הבאות: עד כמה עוסק הפרסום בדמות ציבורית ובקשר לנושא המעורר עניין ציבורי, מהי התועלת הציבורית שבפרסום, עד כמה הפרסום ברבים תוך פגיעה בשמו הטוב של הנפגע היו רלוונטיים ונחוצים להשגת התועלת הציבורית, והאם התועלת שבפרסום גוברת על הנזק הצפוי לשמו הטוב של הנפגע (ראו: ר' גביוון, ”איסור פרסום הפוגע בפרטיות – הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת” זכויות אזרח בישראל-קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן (תשמ”ב, ר' גביוון עורכת) 204-219). במקרים מתאימים בהם הפרסום נוגע לדמות ציבורית בקשר לענייני ציבור ובנסיבות בהן התועלת הציבורית מן הפרסום היא משמעותית וחשובה, יש ליתן משקל מיוחד ונכבד (אף כי לא בהכרח מכריע) לחופש

הביטוי ולזכות הציבור לדעת וזאת במסגרת פרשנות ההגנות
 בחוק ויישומן."

בבחינת סבירות הפגיעה, יש ליתן משקל לאינטרס הציבורי בהגנה על חופש הביטוי בעניינים ציבוריים, ולהעניק למפרסם מתחם סבירות נרחב למדי. מנגד, אין להרחיב את מבחן סבירות הפגיעה לגבולות הגובלים ב"זעזוע אמות הסיפים" הנוהג במישור ההתנגשות בין חופש ביטוי לבין האינטרס הציבורי שעניינו פגיעה ברגשות הציבור. נוסחה אחרונה זו, החלה באיזון שבין חופש הביטוי לאינטרס הציבורי של מניעת פגיעה ברגשות הציבור, אינה הולמת את צורכי השיקלול העדין הנדרש בין ערך חופש הביטוי בתחום הציבורי לבין זכות הפרט להגנה על כבודו ועל שמו, וזאת גם מקום שהפגיעה מתרחשת בזירה הציבורית וכלפי נפגע המעורב בענייני ציבור.

מהדברים האמורים עולה איפוא, כי אמירה פוגענית, המנותקת מההקשר הציבורי, עשויה להיחשב לשון הרע בעוד היא עשויה להוות ביטוי מוגן, בגדר מתחם הסבירות, כאשר היא נאמרת אגב ויכוח ציבורי, ומופנית כלפי אדם המעורב בענייני ציבור. החיים הדמוקרטיים מצריכים חופש רב בביטוי הציבורי-פוליטי, והערכים החברתיים המוכרים מסכינים עם איזון מידתי הולם שבו הפרט הנפגע בכבודו ובשמו משלם את מחיר הדמוקרטיה (פרשת קראוס, עמ' 864; בג"צ 206/61 המפלגה הקומוניסטית הישראלית נ' ראש העיר ירושלים, פ"ד טו 1723, 1726; פרשת הרציקוביץ). עם זאת, גם אם מירווח הסבירות בביטוי הפוגעני הציבורי רחב יותר מאשר בביטוי הפוגעני הפרטי, על שום הערך החברתי הכללי שחופש הביטוי משקף בהגנה על התהליך הדמוקרטי, אין מדובר בחירות ביטוי חסרת מיגבלות וגדרות. שאלמלא כן, היה הדבר שקול כסטייה מנקודת המוצא ההתחלתית המניחה כי הזכויות המתמודדות בענייננו הינן שוות דרג במידרג זכויות האדם, ונדרש ויתור יחסי הדדי ביניהן. גם אם משקלו של חופש הביטוי בהקשר לאיש ציבור ולענין ציבורי הוא רב יותר מזה הקיים בהקשר לביטוי "הפרטי", עדיין אין הוא מוחלט, ובאיזון בינו לבין כבוד האדם ושמו הטוב נדרשת מידתיות ויחסיות. אגב כך נבחן אופי הפרסום, תוכנו, הקשרו, נסיבות אמירתו, ועוצמת חשיבותה של האמירה לעומת משקל פגיעתה בפרט.

לשון הרע כעוולה אזרחית וכאיסור פלילי

26. סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע מגדיר פרסום לשון הרע לאדם אחד או יותר זולת הנפגע כעוולה אזרחית; סעיף 6 לחוק קובע כי המפרסם לשון הרע בכוונה לפגוע, לשני בני אדם או יותר זולת הנפגע, דינו מאסר שנה אחת.

האיסור הפלילי נועד לענות לאינטרס הציבורי הכללי שבמניעת הוצאת לשון רע על אדם. עיגונה של לשון הרע כעוולה אזרחית עונה לאינטרס הפרט הנפגע לקבל סעד על הפגיעה בשמו הטוב. האיסור הפלילי מתגבש רק מקום שהוכח מעבר לספק סביר, כי בפרסום לשון הרע, התכוון המפרסם לפגוע בזולת, ואין תחולה לכלל הצפיות בעבירה זו. ביסוד גישה זו עומדת ההנחה כי הערך המוגן בעבירה הפלילית של לשון הרע – להבדיל מהעוולה האזרחית – הינו שלום הציבור, ו"האינטרס הכללי במניעת שנאה ואללימות בחברה" (הנשיא ברק ברע"פ 9818/01 ביטון ואחרים נ' סולטן ואח', תק-על 4187 (1)2005 פסקה 25). כדי להגשים את הערך החברתי האמור, נדרשת כוונה ממש לפגוע, ולא די בצפייה בהסתברות גבוהה (ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פד"י לט(3)205). הקריטריון המחמיר הדורש כונה של ממש לפגוע, ואינו מסתפק במצב של צפייה בלבד נועד להגן על שלום הציבור מפני גילויים של אלימות מילולית והצתת שנאה והתלהטות יצרים בחברה, שהוא אינטרס החורג מעבר להגנה על שמו הטוב של הפרט. הדרישה המחמירה לגבי הכוונה הנדרשת באיסור הפלילי על לשון הרע ניזונה, בין היתר, מן ההנחה כי פגיעתו של הפרט מלשון הרע תיענה במישור האזרחי ובהטלת פיצויים ראויים שישקפו את מלוא הנזק שנגרם לו, כדבריו של הנשיא בפרשת ביטון (פסקה 28):

"עוסקים אנו בהגבלה באמצעים פליליים על חופש הביטוי. זוהי הגבלה חריפה וקיצונית. יש לתחמה לגבולות המדויקים של התכלית שלשמה היא נוצרה... בענייננו, מדובר באיום על שלום הציבור, שהוא מעבר לשמירה על שמו הטוב של האדם הפרטי אותה ניתן להבטיח באמצעות העוולה האזרחית. איום כזה מתממש במידה המצדיקה שימוש באיסור פלילי, רק מקום שלפרסום גילווית כוונה של ממש לפגוע. רק אז מתעצם החשש להפרת הסדר הציבורי, ולהגברת השנאה והיריבות כדי כך שראוי להפעיל את הסנקציה הפלילית. פרסום לשון הרע בהעדר כוונה לפגוע עשוי להיות פסול ומגונה, אך אין בכך כדי להכניסו לתחומה של העבירה הפלילית לפי סעיף 6 לחוק. "המקום הגיאומטרי" הראוי לטפל בו הוא במסגרת האזרחית של תביעת נזיקין בלשון הרע ובהטלת פיצויים ראויים שישקפו את מלוא

הנזק (הרכושי והלא רכושי) שנגרם לאדם אשר שמו הטוב נפגע". (הדגשה לא במקור).

אכן, ככלל, ההליך הפלילי לא נועד "ליישוב יריבויות אישיות או לריצוי רגשי נקם" (דברי הנשיא, שם, פסקה 47) עם זאת, הצבת רף גבוה ליסוד הנפשי הנדרש בעבירה הפלילית של לשון הרע, מקריין מצידו על המשקל והעוצמה הראויים של הסעד האזרחי, הניתן לפרט בגין פגיעה בשמו הטוב. הערתי על כך בפרשת ביטון, שם:

"הצבת רף גבוה ליסוד הנפשי הנדרש בעבירת לשון הרע, המביאה מעצם טיבה לצמצום והגבלה בהחלת ההליך הפלילי בעניינה, עשויה להקרין ולהשפיע על הצורך בפיתוחו וחיזוקו של הסעד האזרחי הניתן לפרט על פגיעה בשמו הטוב. בכך יהא כדי לתרום, בין היתר, ליצירת אמות מידה בסיסיות לדרכי התנהלותו של השיח הציבורי, באופן שיאזן בצורה ראויה יותר בין חופש הביטוי לבין שמו הטוב של הפרט, וכבודו כאדם".

וכדברי חברי, השופט ריבלין, באותה פרשה (פסקה 4 לפסק דינו):

"הטיית נקודת האיזון במשפט הפלילי אל עבר החירות קלה לנו בשל טעם נוסף – העובדה שהדין מציע למבקש להגן על שמו הטוב. סעד אחר הוא הסעד האזרחי. העולה מכל אלה הוא כי לענין העבירה הפלילית, עלינו לנקוט אספקלריה מצירה, ולהותיר את השימוש בה רק למקרים בהם קימת כונה ממש להרע לאחר".

הצרתה של הסנקציה הפלילית בגין לשון הרע, הנובעת מן הבכורה הניתנת לערך חופש הביטוי ביחס לפגיעה בכבוד האדם, מצדיקה איזון שונה בין ערכים אלה בתחום האזרחי, כדי לתת משקל ראוי לכבוד האדם בהתנגשו עם חופש הביטוי, וכדי להותיר בידי הפרט סעד אזרחי ממשי על פגיעה שנפגע בשמו הטוב במצבים הולמים.

היבט השוואתי לענין לשון הרע על איש ציבור

27. בגרמניה, המכירה, בדומה לישראל, בזכות לשם טוב כזכות חוקתית – אין מסכינים עם ניצולה לרעה של הזכות לשם-טוב, לצורך קידומו של חופש הביטוי בעניינים ציבוריים. בדומה לגישה בישראל, גם שם נקודת המוצא היא, כי יש ליתן עדיפות לערך חופש הביטוי על פני השם הטוב במסגרת הבעת דעה בעניין ציבורי. יחד עם זאת, כאשר יסודו העיקרי של הפרסום הוא זילות הפרט, ולא התרומה לשיח

הפוליטי, תוטל אחריות בגין לשון הרע (Eric) See: 82 BVerfGE 272 (1990); (Barendt, "Freedom of speech" (Oxford, 2nd ed., 2005), pp. 215-216).

באנגליה, התפיסה היא, כי קיימים עניינים שלציבור עניין לגיטימי בהם, ולגביהם זכותו של כל אדם להביע את דעתו בחופשיות, אפילו בכוחות, גסות והפרזה, כל עוד הוא עושה זאת בכנות וללא זדון (הגנת ה Fair-Comment). על מנת לזכות בהגנה מפני אחריות בהוצאת לשון הרע, מוטל על המפרסם להוכיח ארבעה יסודות: מדובר בדעה ולא בעובדה; יש בסיס עובדתי מספק לדעה הנשמעת; הדעה היא כזו שאדם ישר עשוי להחזיק בה, גם אם הוא בעל עמדות גזעניות, קיצוניות, או מופרכות; ולתוכן העמדה מתלווה עניין ציבורי. אם המפרסם עמד בנטל הוכחת יסודות אלה, הוא יהיה פטור מאחריות בגין לשון הרע, אלא אם יוכיח התובע כי הדעה הובעה בזדון (Malice). "זדון", בהקשר זה, משמעו כי המפרסם עצמו לא האמין בעמדה שהביע, או שהיה אדיש באשר לאמיתותה. מניע פסול לפרסום, כשהוא לעצמו, אינו מהווה "זדון", אם כי הוא עשוי לשמש אינדיקציה לקיומו (*Branson v. Bower* (No. 2) [2002] 2 WLR 452, *Cheng v. Tse Wai Chum* [2000] HKCFA 86; Price & Duodu, "Defamation – Law, Procedure and Practice", (3rd ed., (2004) pp. 69-78; Milmo & Rogers "Gatley on Libel and Slander" (10th ed., *Cheransky v. Armadale*) (2004), pp. 288-324; *Marais v. Richard*, 1981) ובדרום אפריקה ((1978) 90 D.L.R (3d) 321, SCC (1) S.A. 1157, A.D).

בארצות הברית, התפיסה בסוגיה זו דומה, אם כי המצב המשפטי שם מורכב יותר, והמבחן מתמקד במעמד הנפגע כאיש ציבור, ולא בנושא הפרסום. נפגע שהוא "איש ציבור" ("Public official"), לא יזכה לפיצויים בגין הפגיעה בשמו הטוב, אלא אם יוכיח שהפרסום בעניינו נעשה בזדון ("actual malice"). על הנפגע להוכיח כי המפרסם ידע שהפרסום שקרי, או שהיה אדיש ביחס לכך (*New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1960)). יסוד הזדון צריך להיות מוכח בדרגת הוכחה גבוהה ("convincing clarity"), שהיא מעבר לדרגת ההוכחה המקובלת במשפט אזרחי. השאלה מיהו איש ציבור, תוכרע בהתאם למידת חשיפתו בציבור באופן כללי, או חשיפתו ביחס לנושא הפרסום אליו הוא קשור (*Gretz v. Robert*) (*Welch Inc.* 418 US 323 (1974)). מעבר לכך, איש הציבור לא יזכה בפיצויים אף אם יוכיח זדון, אלא אם בנוסף לכך יוכיח כי נגרמו לו הפסד או פגיעה ממשיים. חריג לדרישת ההוכחה של הנזק הממשי יהא, כאשר נושא הפרסום הוא פרטי ואינו מהווה "עניין ציבורי"

Dun & Bradstreet Inc v. Greenmoss ;Gretz (פרשת (public concern) (1985) 472 US 749 *Builders Inc*). לגבי אדם פרטי שהפרסום בעניינו היה בעל עניין ציבורי, ההלכה המקובלת היא, כי הוא יזכה לפיצויים בגין פגיעתו, אם יוכיח שההאשמה שהוטחה כלפיו אינה נכונה (Philadelphia Newspapers v. Hepps 475 US 765 (1986)). התוצאה המעשית היא, כי במשפט האמריקאי קשה ביותר לזכות בפיצוי בגין פגיעה בשם הטוב, ולגבי אנשי ציבור, הדבר כמעט שאינו אפשרי (E. Barendt, "Freedom of speech", pp. 208-209). עם זאת, לא כל שופטי בית המשפט העליון האמריקאי שותפים לגישה מחמירה זו. מעניינות במיוחד הן אמרות חלק משופטי הרוב בפרשת *Dun & Bradstreet*. באותו ענין, השופטים Burger ו White, היו נכונים להפוך את הילכת *Gretz*, ואף לשקול מחדש את הילכת *Sullivan*, ולפסוק שגם אנשי ציבור יוכלו לזכות בפיצויים, אם יוכיחו שההאשמה כלפיהם הייתה שקרית. השופט White, שהיה שותף לעמדת הרוב בענין *Sullivan*, ציין, כי עתה, בעת כתיבת פסק הדין בענין *Dun & Bradstreet*, הוא סבור שהאמצעי שננקט להתמודדות עם החשש מפני הרתעת העיתונות מהשמעת ביקורת היה מרחיק לכת, והוביל לפגיעה קשה מדי ביכולתם של אנשי ציבור להגן על שמם הטוב. לגישתו, החשש האמור לא הצדיק העלאת רף ההוכחה כנגד הפוגע בדרגה בלתי אפשרית, והיה מקום להסתפק באמצעי של הגבלת שיעור הפיצויים או אף להסתפק בהוצאות משפט שייפסקו לטובת הנפגע, ובלבד שלא לחסום אנשי ציבור בפני הליכים לטיהור שמם בבית המשפט. וכלשונו:

"I have also become convinced that the Court struck an improvident balance in the *New York Times* case between the public's interest in being fully informed about public officials and public affairs, and the competing interest of those who have been defamed in vindicating their reputation. (p. 767).

...

Although there was much talk in *Gertz* about liability without fault and the unfairness of presuming damages, all of this, as was the case in *New York Times*, was done in the name of the First Amendment, purportedly to shield the press and others writing about public affairs, from possibly intimidating damages liability. But, if protecting the press from intimidating damages liability that might lead to excessive timidity was the driving force behind *New York Times* and *Gertz*, it is evident that the Court engaged in severe overkill in both cases" (p. 771).

מן הכלל אל הפרט

28. המשיב הטיח במבקש אמירות פוגעניות במהלך תכנית טלוויזיה שעסקה בדיון בענייני אקטואליה. ניתן לטעון כי האמירות "נאציי" "קטן" "מלוכלך" שהמשיב השמיע כלפי המבקש בפני רבבות צופים ניתנות להגדרה כ"הבעת דעה" על התנהגות הנפגע בקשר לענין ציבורי, ועל אופיו, מעשיו או דעותיו במידה שהתגלו באותה התנהגות, וזאת במובן ההגנה שבסעיף 15(4) לחוק. האמירות נאמרו על רקע דיון קודם בהפגנת הימין בעקבות הסכמי אוסלו, והצגת תמונתו של ראש הממשלה המנוח רבין במדי גסטפו במסגרת אותה הפגנה. אולם גם כך, אין אמירות אלה חוסות תחת הגנת תום הלב המוקנית למפרסם על פי סעיף 15(4) לחוק. הטעם לכך הוא כי במשיב מתקיימת חזקת העדר תום הלב בפן השלילי של מושג זה, כאמור בסעיף 16(ב) לחוק; מנגד, לא מתקיימת בו חזקת תום הלב בהיבטה החיובי, כמובנה בסעיף 16(א) לחוק. המשיב לא הפריך את החזקה השלילית שקמה נגדו, ולא העמיד חזקה חיובית בדבר תום לבו. המסקנה המתבקשת מכך היא כי אמירותיו הפוגעניות אינן חוסות בצל הגנת תום הלב הקבועה בחוק.

חזקת תום הלב בהיבטה החיובי מחייבת הוכחה כי "הפרסום לא חרג מתחום הסביר באותן נסיבות" (סעיף 16(א) לחוק). בהיבטה השלילי, קובעת החזקה כי הפוגע נתכוון על ידי הפרסום "לפגוע במידה גדולה משהיתה סבירה להגנת הערכים המוגנים" שלתכליתם נועדה הגנת הבעת הדעה (סעיף 16(ב)(3) לחוק). תחום הסביר נשקל כענין נורמטיבי, ונגזר מהשאלה האם קיים מיתאם סביר בין אופי הפרסום הפוגעני על רקע הנסיבות שברקעו, לבין היקף הפגיעה שנגרמה, המצדיק מן הבחינה הנורמטיבית-ערכית הכרה בפרישת הגנת תום הלב על האימרות שנאמרו.

החזקה בפן החיובי

29. האמירות הפוגעניות הוטחו במבקש במסגרת שיח ציבורי, קבל עם ועדה, ולכאורה, היוו חלק ממהלך דיון פתוח רב משתתפים שלציבור היה בו חלק, בין כדוברים, ובין כצופים. עם זאת, מהותן האמיתית של האמירות הפוגעניות אינה ביקורת עניינית על האידיאולוגיה של המבקש וחברי תנועתו, ועל פעולותיהם למימוש רעיונות אלה. עיקרן בפגיעה במבקש במטרה לבזותו ולהשפילו. הן נתקבלו והובנו כדברי נאצה אישיים קשים, שאין דבר בינם לבין ביקורת, נוקבת ככל שתהיה, על השקפותיו והתנהגותו. הן הוטחו במבקש בלא קינטור והתגררות מצידו. ככאלה, אמירות אלה, בוטות ככל שהיו, לא קדמו באופן אמיתי את תכלית חופש הביטוי במשמעותו האמיתית, אלא שקפו רוח של אלימות מילולית פוגענית שלא היה בה כדי לקדם את תכליות השיח הציבורי.

מנגד, הפגיעה בכבודו האנושי והאישי של המבקש מהאמירות שהוטחו כלפיו היא פגיעה עמוקה. בראש וראשונה, נסבה הפגיעה על תוכן האמירות הפוגעניות. הביטוי "נאצי" "קטן" "מלוכלך" המוטח כלפי יהודי, באשר הוא, במדינה עברית, שזכרון השואה חי ושולט בהווייתם של הפרטים וכלל הציבור החי בה, מהווה פגיעה קיצונית על פי כל קנה מידה, גם בחברה מקוטבת שבה מתקיים שיח קולני חופשי בין פלגים אידיאולוגיים שונים הפועלים בה. ייחוס ליהודי בישראל השתייכות לתנועה הנאצית או השוואתו לנאצי, בין בהשקפותיו ובין במעשיו, היא פגיעה החורגת מכל אמת מידה סבירה של הבעת דעה על אדם, על האידיאולוגיה שהוא דוגל בה, ועל מעשיו, ויהיו אלה נלוזים ככל שיהיו (פרשת בן חורין; פרשת ח"כ אלוני).

נסיבות אמירתם של הביטויים הפוגעניים בענייננו מוסיפה עוצמה משלה לפגיעתם הקשה במבקש. הדברים הוטחו בו בדיון טלוויזיוני בשעת צפיית שיא, בנוכחות משתתפי הדיון ורובות צופים במדינה כולה. מצפייה מדוקדקת בקלטת נראה כי לא היתה כל פרובוקציה מצד המבקש או משתתף אחר בתכנית, אשר עשויה היתה להסביר או לתרץ את הטחת הגינויים בפי המשיב כלפי המבקש, בבחינת דברים הנאמרים בעידנא דריתחא. הדברים נאמרו אגב דיון ענייני, גם אם מקוטב, בעמדות אידיאולוגיות שונות וסותרות.

ניתן לומר, כי גם אם התכנית "פופוליטיקה" מוכרת בציבור כתכנית בעלת סגנון פתוח, גלוי, וקולני לעיתים, המבקשת להביא לציבור מיגוון עמדות והשקפות הרווחות בחברה, ולעיתים קרובות מושמעות בה עמדות קיצוניות, הרי גם התבטאויות הנשמעות במסגרתה כפופות לכללי מסגרת של שמירה על כבוד האדם ושמו הטוב. גם תכנית בעלת אופי כזה אינה פרוצה לכל רוח ולכל ביטוי, וגם לגביה ישנם קווים אדומים שאותם אין לחצות. תוכן האמירות, ונסיבות אמירתן בפומבי, בלא קינטור והתגרות מצד המבקש, מעמיקים, אפוא, את עוצמת הפגיעה.

נוסף, כי אפילו היה נטען כי האמירות הפוגעניות נאמרו בסערת נפש בעידנא דריתחא במהלך שידור חי וככאלה עשויות הן להיכלל במתחם הסבירות הרחב הנקוט באמירות שבשיח הציבורי, כי אז המשיב הפריך זאת בשניים: ראשית, הוא חזר על הביטוי "נאצי קטן" ביחס למבקש בראיון שהתפרסם עמו בעיתון "מעריב" זמן מה לאחר שידור התכנית. שנית, הוא סירב להיענות לפניית ערכאות שיפוט השונות שדנו בענין, אשר פנו ובקשו את התנצלותו. המשיב עומד איתן גם כיום מאחורי אמירות אלה, אינו חוזר בו מהן, ואינו סוטה מהן ימין או שמאל. נסיבות אלה מוציאות את

האמירות הפוגעניות ממיתחם הסבירות, ולכן חלה עליהן החזקה, שלא הופרכה, כי הן נאמרו שלא בתום לב.

האיזון בין ערך חופש הביטוי לבין ערך כבוד האדם ושמך הטוב מביא בנסיבות מקרה זה להעדפת הערך האחרון ולשלילת הגנת תום הלב מהמשיב. הביטויים הפוגעניים על פי תוכנם ונסיבות אמירתם, אף שנאמרו במהלך שיח ציבורי וכלפי אדם המוכר בציבור, לא קידמו באופן ממשי את התכלית העיקרית שלשמה הוכר ערך חופש הביטוי בבמה הציבורית, המשמשת אמצעי להפעלתו. הם כווננו לגדף את המבקש, ואת השקפותיו ומעשיו. מנגד, עוצמת הפגיעה על פי תוכן הדברים ונסיבות אמירתם היתה כבדה ביותר. באיזון בין השניים ניתן לומר כי הביטוי חרג מתחום הסביר על פי מושגיה של החברה וערכיה. נחצו הקווים האדומים המציבים גדרות להתבטאויות בשיח בין אנשי ציבור ובעניינים בעלי אופי ציבורי. הפרסום סטה ממיתחם הסבירות, משהתועלת החברתית הנצמחת ממתן הגנה לו קטנה מן הנזק הנגרם לכבודו ולשמו של הפרט הנפגע; היחס בין משקלו של הפרסום, גם בהינתן עוצמת חשיבותו של הביטוי הציבורי, לבין עוצמת הפגיעה בשם הטוב של הנפגע, נותנת משקל מכריע לערך האחרון. מזווית האיזון הערכי על פי פיסקת ההגבלה ניתן לומר כי הפגיעה בשמו הטוב של המבקש לא נעשתה לתכלית ראויה, ולא עמדה במבחן המידתיות. הפגיעה סתה ממיתחם חופש הביטוי הניתן לצורך השגת תכליותיו. כאן התכלית לא היתה ראויה, והמידה לא היתה ראויה. בנסיבות אלה לא ניתן לומר כי הפרסום מצוי במיתחם הסבירות, ולכן לא מתקיימת בפוגע חזקת פרסום שנעשה בתום לב.

החזקה בפן השלילי:

30. מאופי הפרסום ונסיבותיו ניתן להסיק על כוונת המפרסם לפגוע במבקש במידה גדולה מן הסביר כנדרש להגנה על ערך חופש הביטוי שבהבעת דעה בענין ציבורי כלפי אדם במעורב בענייני ציבור.

במהלך הדיון הטלוויזיוני, ביקר המשיב את דעותיו הפוליטיות-אידיאולוגיות של המבקש וגינה אותו על העמדות הקיצוניות שהוא מחזיק בהן, ועל התנהגותו בהקשר לכך. הוא ראה להוקיע את פעילותו כאיש ימין קיצוני, השואב השראתו מאידיאולוגיה כהניסטית ופועל לאורה. ביקורת כזו בשיח ציבורי מוגנת, כשלעצמה, ברוח הערכים המוגנים בסעיף 15 לחוק, ועל פי מושגי האיזונים החוקתיים המקובלים על פי אמות המידה של פיסקת ההגבלה.

עם זאת, השימוש בכינויים "נאצי", "מלוכלך" "קטן" בהקשר ובנסיבות בהן נאמרו, משקף כוונה לפגוע במבקש פגיעה גדולה מן הסביר לצורך הגנה על ערכי חופש הבעת דעה בעניינים ציבוריים שלשמש עוצבה הגנת תום הלב בהקשר שלפנינו. בפני המשיב היו פתוחות מיגוון דרכי ביטוי – כיד הביטוי וההבעה הטובים עליו – לבקר, ואף לבקר נחרצות את עמדותיו של המבקש ואת דרך התנהגותו בעניינים שונים בעלי אופי ציבורי שנראו בעיניו פסולות. אולם בשימוש בביטויים שהוטחו בו, ובהשוואתו ל"נאצי", נתכוון המשיב לפגוע במבקש באופן שחרג ממיתחם הסביר להגנה הנדרשת על ערכי חופש הביטוי בהבעת דעות במישור הציבורי, ומעבר לנסבל גם בתחום הביקורת הציבורית בעניינים ציבוריים. ביטויים אלה חצו את הקווים האדומים המסמנים את המותר והאסור גם בתחום השיח הציבורי בין אנשי ציבור, שחרף ההגנה הרחבה הניתנת לו, גם לו יש גבולות, וגם בגדרו ישנה הכרה בפרט שיש לו שם, יש לו כבוד, ויש להכיר בזכותו לתבוע את עלבונו. חיזוק לקיום כוונה לפגוע מעבר למיתחם הסבירות מצוי גם בעובדה כי במהלך הדיון לא היה קינטור או התגרות מצד המבקש כלפי המשיב, גם אם עצם הנושא שנדון, אפשר שגרם למשיב רוגז והתנגדות. ואם נותר ספק בדבר כוונת המפרסם לפגוע במידה החורגת מן הסביר כנדרש להגנה על ערכי חופש הבעת הדעה בעניינים ציבוריים, הרי שבאו האירועים שלאחר התכנית, וייצבו וביססו את האמירות שנאמרו כביטויים מכוונים שנאמרו מדעת, ואשר המשיב סירב לחזור בו מהם, הן בראיון המאוחר שנערך עמו ב"מעריב" והן בסירובו להתנצל בפני המבקש לאורכם של כל ההליכים.

לא מתקיימת, איפוא, הגנת תום הלב במשיב בכל הקשור בהבעת דעה על הנפגע ביחס לענין ציבורי. לא מתקיימת בו חזקת תום הלב בפן החיובי שלה; ומתקיימת בו החזקה שהפרסום נעשה שלא בתום לב בפן השלילי שבה. חזקה זו לא הופרכה (פרשת זמיר; ע"א 250/69 הוצאת מודיעין בע"מ נ' חתוקה, פ"ד כג(2) 135, 140; ע"א 640/85 קופר נ' איגוד מוטכים, פ"ד מז(1) 594, 602). באיזון הערכים הנוגדים בין חופש הבעת הדעה בענין ציבורי לבין השמירה על כבודו ושמו של הפרט, גובר בנסיבות ענין זה הערך האחרון. מקרה זה מחדד את גבולותיו של הביטוי הפוגעני המוגן בגדרי השיח הציבורי, ומבהיר כי, חרף משקלו הרב של החופש בתחום זה, הוא אינו מוחלט, וניתן משקל לכבודו של הפרט, ומתחייב איזון חוקתי ראוי שתכליתו להביא ליחסיות הולמת בין הערכים הנוגדים. יחסיות זו, כשהיא מוחלת על הענין שלפנינו, מביאה, לטעמי, למסקנה כי אמירותיו הפוגעניות של המפרסם כלפי המבקש אינן מוגנות בהגנת תום הלב, וכי נתגבשה אחריות בגינן לביצוע עוולה אזרחית של פרסום לשון הרע.

מסקנות – אחריות המפרסם

31. הליך זה מעמיד למבחן האיזון ערכים חוקתיים מתמודדים: חופש הביטוי מצד אחד, וכבוד האדם והגנה על שמו, מנגד. מתחייב שיקלול ראוי בין זכותו של הפרט לשמו ולכבודו, לבין הזכות לחופש ביטוי, שאף היא זכותו של הפרט, אך היא מצויה, בה בעת, בליבת החיים הדמוקרטיים בחברה חופשית. נקודת האיזון נועדה לשלב את מערך זכויות האדם ואת האינטרס החברתי הכללי למערך הרמוני אחד; נדרש שיווי משקל בין זכויות הפרט לשמו הטוב לבין אינטרס הפרט והכלל בקיומו של חופש ביטוי שיבטיח את מיצוי הווייתו של האדם, ויגן על דמותה של החברה הפועלת תוך זרימה חופשית של רעיונות, דעות ואמונות. איזון זה אפשרי רק אם תישמר המידתיות הראויה בין אינטרס הכלל לבין זכויות הפרט. הטיית כף המאזניים האחת על חשבון רעותה עלולה לשבש את ההרמוניה שבמערך הערכים כולו, ולערער את שווי המשקל הנדרש לקיום סדר חברתי שבו יכובדו זכויות הפרט תוך הגנה על אינטרס הכלל.

במסגרת האיזון הערכי בין אינטרס הכלל לזכויות הפרט ניתן משקל רב לחירות הביטוי בעניינים בעלי אופי ציבורי הנוגעים לאנשים המעורבים בענייני ציבור כחלק מתפיסת ממשל דמוקרטית. בהקשר זה ניתן מעמד חשוב לתקשורת המשמשת אמצעי ביטוי חשוב, דרכו משתקפות מיגוון הדעות, האמונות, והשקפות בני האדם בכל תחומי החיים. מיתחם חופש הביטוי הציבורי הוא רחב, כחלק ממערך ההגנה על ההליך הדמוקרטי. אנשי ציבור, המניעים את השיח הציבורי, נוטלים על עצמם, מעצם תפקידם, סיכון בפגיעה בשם הטוב. אולם גם בהינתן חשיבותו ומשקלו של ערך זה, הוא אינו ערך מוחלט. גם לו מסגרת מגבילה וכללים כובלים. הוא יזכה להגנה, גם אם הוא כרוך בפגיעה בכבודו של הפרט, כל עוד הוא משרת באורח סביר את תכליות חופש הביטוי. הוא לא יזכה להגנה, הגם שהוא מושמע בגדרו של שיח ציבורי, מקום שהוא חורג מתכליות אלה, ומהותו ומטרתו הם להשפיל ולנאץ את כבודו של הפרט, גם בהיותו איש ציבור.

לאיזון הראוי בין חופש הביטוי בשיח הציבורי לבין זכותו של הפרט להגנה על כבודו ושמו ולקביעת הגבולות היחסיים בין ערכים אלה ישנה משמעות חברתית רחבת היקף. כאשר במסגרת יחסיות זו ניתנת הגנה ראויה לכבודו של הפרט, מוגשמת בכך גם מטרה חברתית כללית חשובה. שהרי ההגנה על השם הטוב של האדם היא חלק ממערכת ערכית – חברתית כוללת המעצבת את דמותה של החברה, כדבריו היפים של אמנון רייכמן במאמרו "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי", בתוך שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל (2006), 185, עמ' 218:

”הדיבה מהווה מרכיב הכרחי בעיצוב הזהות הערכית של החברה: המוניטין החיובי והשלילי נגזרים ממערכת ערכית מסוימת. זוהי אותה מערכת ערכית השוזרת את הפרטים לכלל חברה. אותו סוג של מעין קניין רוחני לו זכאי אדם עקב פועלו בחברה – השם הטוב – אינו רק סרח העודף, זנב-לוואי המתלווה לחיים החברתיים, אלא חלק מחוט המקשר בני אדם שונים לכלל אגד חברתי הקרוי קהילה. תביעת דיבה אינה רק תביעתו של אדם, אלא היא מהווה, ברובד מסוים לפחות, תביעתה של הקהילה כולה להגן על אותם מרכיבים המגבשים השתייכות אליה. השתייכות לקהילה משמעה, אם כן, השתייכות למערכת ערכים. הנימוס החברתי אינו רק ריטואל שעיימנו במקרה; הוא מגן על ההשתייכות החברתית. תביעת דיבה נועדה לשמר מערכת ערכית זו, תוך הענקת משמעות להשתייכות זו.” [ההדגשה לא במקור – א.פ.]

בגדר ערכי החברה המתגלמים בהגנה על כבודו של הפרט ועל שמו הטוב, ישנה חשיבות רבה לשמירה על רמתו של השיח הציבורי וסגנונו, על תרבות הויכוח והביקורת, ועל הקניית ערכים חשובים אלה לנוער, דור העתיד של המדינה (י' זמיר “חירות הביטוי כנגד לשון הרע ואלימות מילולית”, ספר זוסמן (תשמ"ו) 149, 154).

התבטאויותיו של המשיב מהוות לשון הרע על המבקש, והן אינן חוסות בצל אחת ההגנות המוכרות בחוק איסור לשון הרע. בין הגנת אמת הפרסום, ובין הגנת תום הלב. המשיב חרג מגבולות הבעת הדעה, ופגע בשמו של המבקש מעבר לאיזון הראוי בין הזכות לשם טוב לבין הזכות לחופש ביטוי בכלל, וחופש ביטוי בעניינים ציבוריים בתקשורת, בפרט. לא נשמרה האבחנה הראויה, גם אגב שימוש באמצעי התקשורת, בין הבעת דעה ביקורתית הוגנת לבין השפלה וביזוי של הזולת. גם שמו של אדם, המעורב בענייני ציבור, החשוף בעמדותיו ובהתנהגותו לביקורת נוקבת ככל שתהא, אינו הפקר, וכבודו אינו נתון למירמס, ואין חירות לנאצו ולהלום בו בדרך החורגת מתחום הסביר גם בתחומי חופש הביטוי בשיח הציבורי. גם אם המבקש מהווה מושא לביקורת קשה בעיני רבים הן בשל האידיאולוגיה בה הוא מחזיק, והן בהתנהגותו ליישום רעיונותיו הפוליטיים, הוא זכאי להגנה על כבודו ועל שמו במידה הראויה בגבולות החוק.

יש, איפוא, לקבוע כי בהתבטאויותיו של המשיב יש משום הוצאת לשון הרע על המבקש, וכי התבטאויות אלה אינן חוסות בצל הגנות החוק. לפיכך, חלה על המשיב אחריות אזרחית בגין ביצוע עוולה אזרחית על פי סעיף 7 לחוק. לאור זאת, יש לבחון את זכותו של המבקש לסעד של פיצויים.

פיצויים

32. הסעדים בגין פגיעה בשמו של אדם נגזרים מהאיזון החוקתי העומד ברקע הערכים המתנגשים בתחום זה – הזכות לשם טוב, לפרטיות ולחופש הביטוי. בקביעת הסעדים באה לידי ביטוי גם אופייה של הפגיעה ונסיבותיה, ומעמדם של הפוגע והנפגע. בין הסעדים מצויה תרופת הפיצויים. אמות המידה לפסיקת פיצוי בגין לשון הרע נגזרות מהתכליות הטמונות ביסוד הטלת אחריות לפגיעה בשמו הטוב של האדם. משכך, סכום הפיצוי נגזר מנקודת האיזון הראוי בין הזכות לשם טוב לבין הזכות לחופש הביטוי (פרשת אבנרי, עמ' 874; פרשת אמר, עמ' 525). המטרה העיקרית בפסיקת פיצוי בגין לשון הרע היא, בדומה למקובל בדיני הנזיקין הכלליים, השבת מצב הנפגע לקדמותו, והעמדתו במצב בו היה נתון אלמלא פורסמו דברי לשון הרע. פסיקת הפיצוי עשויה גם לבטא הכרה שיפוטית בעוולה שנגרמה לנפגע בלא הצדקה, ובצורך לשקם את הפגיעה בשמו שנגרמה לו ואת מעמדו בקרב החברה הסובבת אותו (שנהר, עמ' 369; פרשת אמר, עמ' 524; ע"א 802/87 נוף נ' אבנרי, פ"ד מה(2) 489, 493 (להלן – פרשת נוף)). יש ומתלווה לפיצוי יסוד של הרתעה מפני פגיעה בשמו של אדם, וכן גורם של חינוך הציבור לערכים (ע"א 259/89 הוצאת מודיעין נ' ספירו, פ"ד מו(3) 48, 57; פרשת נוף, בעמ' 494; פרשת אמר, בעמ' 525 - 526). בגדר המטרה האחרונה, עשוי להינתן משקל גם לתפקידו של בית המשפט בהרתעת אמצעי התקשורת, העוסקים בהבאת מידע לציבור, מפגיעה בלתי מוגנת בשם טוב של אדם (רע"א 3614/97 דן אבי יצחק נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג(1) 26, 72; ע"א 552/73 רוזנבלום נ' כץ, פ"ד ל(1) 589, 596 (להלן – פרשת רוזנבלום)).

שיעור הפיצוי נגזר, בין היתר, מחומרת הפגיעה שארעה. ככל שאופי ההאשמות המיוחסות לנפגע חמורות יותר, כך ראוי להגדיל את סכום הפיצוי (פרשת רוזנבלום, בעמ' 595; פרשת פרידמן, בעמ' 244). עשיית שימוש בתיאורים פוגעניים במיוחד יצדיקו החמרה בפסיקת הפיצויים (על החמרה בפסיקת הפיצויים בייחוס תכונות נאציות לאדם ראו פרשת אלוני, בעמ' 531; פרשת ברדוגו 2001). על החמרה בפסיקת הפיצויים עקב ייחוס תכונות אופי שליליות לאדם ראו, פרשת קליין, שם). עוד יתחשב בית המשפט בתפוצת הפרסום, והיא תהווה שיקול חשוב בקביעת גובה הפיצוי (פרשת רוזנבלום, בעמ' 594). פרסום בתפוצה גדולה, כגון פרסום באמצעי התקשורת, מחמיר את הפגיעה ומצדיק הגדלת הפיצוי (פרשת פרידמן, בעמ' 245; פרשת מיכאלי, בעמ' 570-1; שנהר, בעמ' 5-384). להתנהגות הניזוק ולמעמדו קודם לארוע הפגיעה ולאחריו ינתן משקל בהערכת הפיצוי. כן יינתן משקל להתנהגות הפוגע בעת הפרסום, לפניו, ולאחריו. ינתן משקל לעובדת התנצלותו, או סירובו להתנצל, ודבקתו באמירות הפוגעניות בלא לחזור בו מהן.

וכך, בית המשפט יתחשב

“בהיקף הפגיעה, במעמדו של הניזוק בקהילתו, בהשפלה שסבל, בכאב ובסבל שהיו מנת חלקו, ובתוצאות הצפויות מכל אלה בעתיד. הבחינה היא אינדיווידואלית. אין לקבוע “תעריפים”. בכל מקרה יש להתחשב בטיב הפרסום, בהיקפו, באמינותו, במידת פגיעתו ובהתנהגות הצדדים. אכן, התנהגותו של הניזוק לפני פרסום ולאחריו עשויה להוות אמצעי שבעזרתו ניתן לעמוד על נזקו. בדומה, התנהגותו של המזיק אף היא עשויה להשפיע על שיעור הנזק והערכתו. כך, למשל, התנצלות על דברי לשון הרע עשויה להקטין את הנזק שהם גרמו, ובכך להשפיע על שיעור הפיצויים (ראו, סעיף 19 לחוק) (דברי הנשיא א’ ברק בפרשת אמר, בעמ’ 525).

בצד כל אלה, בית המשפט עשוי להתחשב לצורך פסיקת פיצוי בנתונים שיובאו לפניו בדבר שמו הרע של הנפגע, או בדבר אופיו, עברו, מעשיו או דעותיו ככל שאלה נוגעים במישרין ללשון הרע (שנהר, עמ’ 376; ע”א 9258/04 חורי נ’ חברת כל אל-ערב בעמ’, תק-על 2005(2), 4243).

אשר לפיצוי על פגיעה בשמו של איש ציבור, שני כוחות מושכים לכיוונים נוגדים: מצד אחד, מילוי תפקיד ציבורי מניח חשיפתו של איש ציבור לביקורת ציבורית, ובכלל זה ביקורת פוגענית שאינה מוגנת בחוק; חשיפה זו, מדעת, עשויה להשתקף בשיעור הפיצוי הנפסק. מצד שני, ישנם מצבים בהם הפגיעה בשמו הטוב של איש ציבור הינה הרסנית לתדמיתו ולמעמדו הציבורי בהשוואה לפגיעה באדם פרטי. פגיעה כזו עלולה להיות פגיעה אנושה, ולהשפיע במישרין על יכולתו להמשיך בתפקידו הציבורי. שיקול הדעת השיפוטי לענין הסעד מתחשב בפגיעה כזו (ע”א 354/76 עזבון מנדל שרף נ’ שרותי ייעוץ כלכלי בע”מ ואח’, פ”ד לה (4) 169, 174; שנהר, בעמ’ 378; ת”א (נצ’) 388/88 אמיל חביבי נ’ לוטפי משעור ואח’, פ”מ תשנ”א (ג) 3, 18 (להלן – פרשת חביבי); פרשת פרידמן, בעמ’ 244, 246; פרשת מיכאלי, בעמ’ 561, 571 – 572; פרשת משעור, בעמ’ 538; שנהר, בעמ’ 379 - 380). פרסום לשון הרע במסגרת כלי תקשורת גורר בדרך כלל החרפה בפגיעה בשם הטוב בשל חשיפתו בפני ציבור גדול. ככל שהחשיפה גדולה יותר כך הנזק עלול להיות גדול יותר, והפיצוי רב יותר (פרשת אמר, שם, בפסקה 19). אף, שדרך כלל, בית המשפט יהסס מלאסור מראש בדרך של צו מניעה פרסום הכולל לשון הרע בשל עקרון חופש הביטוי, הרי בראייה שלאחר

מעשה, פגיעה בלתי מוגנת בשמו של פרט תגרור אחריה הטלת חובת פיצוי הולם על הפוגע (המשנה לנשיא לוין בפרשת אמר, שם). נסיבות הענין ואופי הפגיעה, על רקע האיזון הראוי בין חופש הביטוי לאיסור לשון הרע, הם שיכריעו בדבר שיעור הפיצוי שיש להטיל על הפוגע בשמו הטוב של איש ציבור.

מן הכלל אל הפרט

האיזונים בקביעת הפיצוי

33. בקביעת שיעור הפיצוי הראוי, יש להתחשב בגורמים הבאים ולשקללם אלה עם אלה:

ראשית, ההתבטאויות הפוגעניות שהוטחו במבקש היוו פגיעה קשה, בעלת עוצמה ניכרת. השמעת הביטויים "נאצי" "קטן" "מלוכלך", וחזרה על כינויים אלה פעמיים במהלך התכנית, ופעם נוספת בראיון מאוחר עם המשיב בעיתון "מעריב", תורמים להחמרת הפגיעה. הוספת הביטויים "מלוכלך" ו"קטן" לביטוי "נאצי" שהוטח במבקש מעלה אף אסוציאציות קשות לביטויים גזעניים שבהם כונו יהודים בתקופת גרמניה הנאצית. הקשר דברים זה מוסיף לחומרת הפגיעה. לכך מצטרפת תפוצתו הגדולה ביותר של הפרסום בתכנית טלוויזיה עטירת צופים בשעת צפיית-שיא במרקע. תורם לחומרה גם סירובו הנחרץ של המשיב להתנצל בפני המבקש על הפגיעה בכל הקשר שהוא. היותו של המשיב דמות בכירה ומוערכת בתחום התקשורת הכתובה והמצולמת מוסיפה גם היא משקל ניכר לפגיעה שנבעה מהתבטאויותיו המגנות.

יש להתחשב גם בעובדה כי הביטויים הפוגעניים נאמרו במסגרת דיון ציבורי פתוח בנושאים שעמדו אותה עת על סדר הדיון הציבורי. אף שהביטויים עצמם אינם מוגנים מפני איסור לשון הרע, יש להבינם על רקע הקשר הדברים, והמיקום והעיתוי בהם נאמרו. השמעתם בשיח טלוויזיוני בו קיימת פתיחות מיוחדת לביטוי ציבורי צריכה לתת את אותותיה בהיקף הפיצוי.

מנגד, יש מקום לתת משקל מסוים לרקע שממנו בא המבקש, ולתדמית הציבורית הנילוויית לאישיותו. המבקש היה בשעתו חבר בתנועת "כך" שהוצאה מחוץ לחוק בשל קווים גזעניים שדבקו באידיאולוגיה בה החזיקה; על פי דבריו, הוא לא התנתק מהאידיאולוגיה של "כך", והוא ממשיך לדבוק בה, גם אם במסגרת תנועה פוליטית אחרת. למבקש עבר פלילי הקשור בפעילות פוליטית בלתי חוקית בהקשרים שונים. דעותיו והתנהגותו הם מושא לביקורת קשה בחוגים ציבוריים רחבים, האמונים על תפיסה חוקתית של זכויות אדם. בית המשפט המחוזי בפסק דינו ציין:

"המערער היה חבר בתנועת 'כך' מיסודו של הרב מאיר כהנא משך כשלוש שנים, החל משנת 1992 ועד להוצאת התנועה מחוץ לחוק, בשנת 1994. מעדותו אף עולה, שהמערער היה פעיל בכיר בתנועה ורכז הנוער שלה (עמ' 5, שורות 14, 18). המערער אף הורשע בעבירה של החזקת חומר תעמולה לטובת ארגון טרור (נת/ 38א). המערער אף העיד, כי הוא תומך באידיאולוגיה של הרב כהנא (עמ' 7, שורה 12), וכי הוא מציג עצמו כיום כאיש תנועת כ"ך לשעבר, וכך הוא גם ידוע בציבור (עמ' 7, שורות 29-32)".

לכל אלה יש להוסיף את ארועי הפגנת הימין הקיצוני נגד הסכמי אוסלו שבה התנוססה תמונתו של ראש הממשלה המנוח רבין במדי ס.ס. גרמני, שהמבקש ואחרים היו מעורבים בה.

הרקע האידיאולוגי ממנו בא המבקש, אשר טמונים בו זרעי רעיונות גזעניים, ומעורבותו בהפגנה האמורה שכללה מערך התרסה חמור כנגד ראש הממשלה, הם שתרמו להתבטאויותיו הפוגעניות של המשיב. אין בכך כדי לטהר את הפגיעה ולהכשירה; עם זאת, יש בכך כדי להקהות באורח מידתי את חומרתה וקשיותה. גם אדם ששמו הוכתם בשל התנהגותו, דעותיו, והרקע ממנו בא, זכאי לכך ששמו לא יושחר בלא הצדקה. עם זאת, היקפה של הפגיעה נאמד, בין היתר, בהתחשב בתדמיתו של אותו אדם בעיני הציבור, ויש להתחשב בכך גם בענייננו.

המבקש עותר לפסיקת פיצוי בשיעור 50,000 ש"ח ללא הוכחת נזק.

בעניין גובה הפיצוי יש להביא בחשבון את מגמת המחוקק, המשתקפת מתיקון חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 6) התשנ"ט-1998, המאפשר כיום לבתי המשפט בסעיף 7א לחוק להשית על מפרסם שנמצא אחראי בעוולה של לשון הרע פיצוי שלא יעלה על 50,000 ש"ח, ללא הוכחת נזק, ובמקרה שהוכחה כוונה לפגוע, ניתן להטיל פיצוי שלא יעלה על 100,000 ש"ח, ללא הוכחת נזק. תוספת חקיקתית זו משקפת מגמת הרחבה של סמכות בתי המשפט לפסוק פיצוי גבוה למדי בגין הוצאת שם רע, אף ללא הוכחת נזק, "כדי להרתיע מוציאי לשון הרע, בדרך של קביעת סנקציה של פיצויים ללא הוכחת נזק", כלשון דברי ההסבר בהצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 8) (פיצויים ללא הוכחת נזק). התשנ"ח 1998 (ה"ח 2748, התשנ"ח, עמ' 568). המגמה לתת בידי בית המשפט כח לפסוק סכומי פיצוי ממשיים לנפגע מלשון הרע גם ללא הוכחת נזק ממשי הסתמנה בפסיקת בית משפט זה, גם קודם כניסתו לתוקף של התיקון לחוק (י'

קרניאל וע' ברקת "הפיצויים בדיני לשון הרע: השם והשמך", עלי משפט ב (תשס"ב) 205, 217-225).

בקביעת גובה הפיצוי הראוי בעקבות האיזון בין השיקולים השונים, ראוי להביא בחשבון סכומים שנפסקו בעבר בגין פרסומים פוגעניים מסוג דומה לזה שלפנינו, אף שכל מקרה נדון לנסיבותיו (פרשת חביבי, עמ' 19-20; שנהר, בעמ' 388).

באחת הפרשות שהוזכרו לעיל, קבע בית משפט השלום בירושלים כי ייחוס לאדם התנהגות ודעות "ברוח גרמניה הנאצית" במאמר בעיתון מהווה לשון הרע ופסק לנפגע פיצויים בשיעור של 15,000 ש"ח (פרשת ברדוגו, 1998). הנפגע ערער לבית המשפט המחוזי בירושלים ומיקד את ערעורו בשאלת גובה הפיצויים. בית המשפט המחוזי נעתר לערעור ופסק לו פיצויים בשיעור של 30,000 ש"ח. את ההחמרה בפסיקת הפיצויים נימק בית המשפט המחוזי באותו ענין בדברים הבאים:

"כן ראוי היה לשקול את מידת ההשפלה, הביזוי והפגיעה הכרוכים בפרסום. כי לא הרי פגיעה בפרסום שמייחס לאדם, למשל, מעשים מפוקפקים - בלתי מוסריים, ואף פליליים, כהרי פגיעה בייחוס דעות והשקפות גזעניות ברוח "גרמניה הנאצית". שני אלה חמורים וקשים. אך אין קשה ואין חמורה מההשוואה של אדם במעשיו או בדעותיו לנאציזם הגרמני המתועב (אשר גיצים ממנו עדיין מבצבצים מבין אודיו העשנים וגורמים לכאב ולסבל רב עד ימינו אלה).

ייחוס תכונות או נטיות שטניות וארסיות כאלה לאדם, כל שכן לבן העם היהודי, - - - שעמו היה הקורבן העיקרי לאידיאולוגיה נאצית נפשעת זו, יש בו כדי להטביע אות קלון על מצחו. זו פגיעה שאין שווה לה ואין דומה לה ואין קשה ממנה בפגיעות האחרות שבלשון הרע. - - -

התבטאויות כאלה ראוי במקומנו לבודדן ולייחדן להקשרן המקורי שנידון לדראון עולם בידי עמנו ובידי האנושות בת התרבות כולה. - - -

הכנסת התבטאויות כאלה לזירת הויכוחים בעניינים אלה ואחרים, יש בה גם פיחות במידת הרשעות של האידיאולוגיה הנאצית, שהופכת מעין בת-בית שוות ערך למה שנראה בעיני הדוברים כנטיה רעה או כגישה נפסדת. המבקש לזעוק - - - יעשה כן בכל לשון שיבחר, חריפה כלל שתהיה, במסגרת הרחבה של חופש הביטוי, אך לא בדימוי משוקץ ומתועב זה, החורג אלפי מונים מהמידה" (פרשת ברדוגו, 2001)

בפרשות אחרות בהן יוחסו תכונות נאציות לאדם נפסקו לזכותו סכומי פיצויים בשיעורים דומים (30,000 ש"ח לפי דעת המיעוט של השופטת ד' פלפל בפרשת עיתון חתשות; 35,000 ש"ח בפרשת בן חורין; ו- 50,000 ש"ח נפסקו בפרשת חה"כ שולמית אלוני).

אין להקל ראש בענייננו גם בכינויים הנוספים "מלוכלך" ו"קטן" שהצטרפו לכינוי "נאצי" בהם כונה המבקש על ידי המשיב. בפרשה אחת, שהובאה לעיל, קבע בית המשפט המחוזי בבאר שבע כי תיאורו של אדם כ"גוץ שחור-זקן אדום פנים וחובש כיפת משי גדולה" בכתבה בעיתון מהווה לשון הרע ופסק לו פיצויים בשיעור של 5,000 ש"ח (פרשת קליין, עמ' 2395). הנפגע ערער לבית משפט זה ומיקד את ערעורו בשאלת גובה הפיצויים. בית המשפט נעתר לערעור ופסק לזכותו פיצוי בשיעור 25,000 ש"ח. את ההחמרה בפסיקת הפיצויים נימק בית המשפט, בין היתר, בדברים הבאים:

"תיאור המערער כ'גוץ, שחור-זקן, אדום פנים וחובש כיפת משי גדולה', חורג בצורה משמעותית לא רק מן הסביר, ולא רק מהטעם הטוב. אין לראות בו רק ביטוי בוטה וחרוף המותר בגדר ביקורת והבעת דעה. זהו תאור מבזה ומשפיל. עולה ממנו נימה דוחה ורמיזה מרושעת, והוא מעורר אסוסיאציות קשות של תיאור גזעני שהנפש סולדת ממנו. דברים אלה לא קבלו ביטוי הולם בפיצוי שנפסק (דברי השופטת ט' שטרסברג-כהן, בפרשת קליין, עמ' 2396) [הדגשה לא במקור – א.פ.]."

הביטויים "מלוכלך" ו"קטן" המתלווים לכינוי "נאצי" שהושמעו בענייננו מעוררים, אף הם, מעבר להיותם פוגעניים לשמם, גם הקשר גזעני, המעלה אסוציאציות קשות מימים הסטוריים אפלים שלא נמחו מהזכרון הלאומי. אלה מוסיפים משנה חומרה להתבטאות העיקרית נשוא לשון הרע.

בנסיבות הענין, ועל רקע מכלול השיקולים הנוגדים שפורטו לעיל, הייתי מציעה לחייב את המשיב לשלם למבקש פיצוי כספי בלא הוכחת נזק בשיעור 15,000 ש"ח להטבת נזקו, בגין הפגיעה בכבודו ובשמו שנגרמה עקב ההתבטאויות הפוגעניות שהושמעו כלפיו.

סוף דבר

34. הזכות לשם טוב ולחופש ביטוי הם ענפים המשתרגים מאותו גזע – כבוד האדם. כאשר הם נוגדים זה לזה, נדרש איזון אופקי ביניהם, כדי שכל אחת מן

החירויות תזכה למרחב מחייה יחסי משלה, תוך התחשבות בחברתה. גבולות האיזון מצאו את ביטויים בחוק איסור לשון הרע, אשר קבע את קו הגבול בין ביטוי מוגן לשאינו מוגן. הגבול נקבע על פי איזון חוקתי בין ערכי חופש הביטוי והשם הטוב.

הגבול בין ביטוי פוגעני מוגן לשאינו מוגן טמון בנסיבות אמירתו, קרי: האם הוא אמת ויש בו ענין ציבורי, או האם עומדת למפרסם הגנת תום הלב הקבועה בחוק. לצורך הגנת תום הלב נדרשת סבירות נורמטיבית, המשליכה על קיום תום הלב בפרסום. היות הפרסום הפוגעני חלק משיח ציבורי פתוח, עשוי להשפיע על סבירותו, נוכח חשיבות הביטוי החופשי בהליך הדמוקרטי. אולם גם לביטוי הפוגעני הנאמר בשיח ציבורי כלפי נפגע המעורב בחיי הציבור יש גבולות וסייגים. החופש להתבטא מעל במה ציבורית הוא רחב, אך אינו מוחלט, ותוחמים אותו קווים אדומים. קביעת גבולות ההגנה על פגיעה בשם הטוב אגב השיח הציבורי חשובה לא רק להגנה על הפרט הנפגע. היא מהותית לקביעת אמות מידה ראויות בשיח הציבורי עצמו. היא חיונית להגנה על חופש הביטוי תוך מתן משקל ראוי לכבוד האדם כפרט, ולכבודה של החברה בכללה, דרכי ביטוייה, סגנונה, ותרבות השיח המתנהל בקרבה.

הגדרת האיזונים בין חופש הביטוי בשיח הציבורי לכבוד האדם ושמו הטוב חשובה מאין כמוה להחדרת הערכיות הראויה בציבור הישראלי. היא מהותית להגנה על כבודו של הפרט. היא חשובה ליצירת אמות מידה בסיסיות לדרכי התנהלותו של הויכוח הציבורי, באופן שיאזן בצורה ראויה בין חופש הדיבור לבין כבודו של הפרט; היא מהותית להקניית ערכי חינוך ראויים לנוער תוך הבהרה כיצד יש לנהל שיח ציבורי, וכיצד ניתן להגשים חופש ביטוי תוכני תוך שמירה על כבוד האדם. יש לה משקל, בהדגישה לא רק את חשיבות תוכן האמירות אלא גם את צורת אמירתן וסגנונן. היא חשובה לקיומה של חברה המגינה על ערכי יסוד של זכויות אדם, מאזנת כראוי ביניהם, ומיישמת איזונים אלה הלכה למעשה.

35. לאור דברים אלה, לו דעתי תישמע, היינו נעתרים לערעורו של המבקש, מבטלים את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ופוסקים לזכותו פיצוי בשיעור של 15,000 ₪, כערכם כיום. בנסיבות העניין, הייתי נמנעת ממתן צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

”וּכְאוּדָיִם מְצַלִּים זְעִיר שָׁם תִּעֲשֶׂנָּה
נְפֹשׁוֹת אֲמֵלוֹת וּנְשָׁמוֹת עֲלוּבוֹת,
הַחַיּוֹת בְּלִי יוֹמֵן וּבְלִי עֵת תִּזְקְנֶנָּה
כְּחֻצִיר הָעוֹלָה בְּאֶרֶץ תְּלָאוּבוֹת”
(ח"נ ביאליק, המתמיד).

1. במוקד הדיון עומדות האמירות "מותר להתגונן מול אנשים כאלה? מותר להתגונן מול איתמר הנאצי הקטן הזה? מותר, נכון? מותר" ו"סתום את הפה. אתה נאצי מלוכלך וקטן", שהשמיע המשיב כלפי המערער במסגרת תכנית אקטואליה בטלוויזיה. הצדדים אינם חלוקים באשר להיות הדברים לשון הרע ולפיכך ענייננו בשאלה האם חוסים הם תחת הגנה מההגנות המנויות בחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה – 1965 (להלן: החוק).

התשובה לשאלה שבמוקד הדיון מצריכה את איתורה של נקודת האיזון בין שתי זכויות יסוד: חופש הביטוי כזכות-על מזה והזכות לכבוד ולשם הטוב מזה. הוטל עלינו למצוא לשון מאזניים עדינה ורגישה הנמצאת בליבתה של מקבילית הכוחות שבין זכויות אלה, והיא תסייע לנו לסמן את נקודת האיזון ביניהן, תוך שמירה על גבולותיה הרחבים ביותר של ההגנה על חופש הביטוי, מבלי שירוקן מתוכן ערך כבוד האדם. נקודת האיזון הנדרשת היא זו אשר תבטיח מרחב קיום מירבי לחירות הביטוי, מבלי שיידחק ערך כבוד האדם לקרן זוית.

חברי פרטו בחוות דעת מקיפות ומאירות עיניים את העקרונות המנחים כפי שהתגבשו בפסיקתנו והסבירו כל אחד מנקודת מבטו את עמדתו ואת הדרך הנכונה לשיטתו לאזן בין הזכויות המתחרות. כמותם גם אני סבורה כי הדברים שנאמרו מהווים לשון הרע. יחד עם זאת, מצרפת אני את עמדתי לעיקרי עמדתה של חברתי, השופטת פרוקצ'יה, וכמוה גם אני סבורה כי אין להתבטאויות האמורות נכנסות תחת כנפיהן של ההגנות הקבועות בחוק. חבריי סללו את הדרך והניחו מסד איתן ועל כן לא אחזור על הדברים שעם עיקריהם אני מסכימה, אך אבקש להציג את עמדתי.

ברקע הדברים

2. למעלה משישה עשורים חלפו מאז הסתיימה מלחמת העולם השנייה, והמשטר הנאצי שהגה, תכנן, יזם והוציא אל הפועל את "מפעל" השמדת העם היהודי עודנו

מסמל בכל רחבי העולם את הרשע המוחלט, את שאול התחתיות אליו יכול המין אנושי להגיע, וכך יישאר חקוק לנצח כאות קלון על דפי ההיסטוריה. המשטר הנאצי הינו היפוכה המוחלט של הדמוקרטיה. הוא מסמל את רמיסתו של הקיום האנושי, את דיכוייה של רוח האדם וביזויו של שלטון החוק, על כל שמייצג מונח זה, את הפגיעה הקיצונית והשיטתית ביותר במיעוטים, בעמים אחרים ובאוכלוסיות מיוחדות, וכל כולו מבטא כפירה ברעיון זכויות האדם והאזרח.

הכינוי "נאצי" נושא משמעויות קשות בכל חברה שוחרת חופש ועם זאת, כאשר הוא מיוחס ליהודי, בישראל, יש לו משמעות קשה וחמורה פי כמה. הוא מבטא את הגזענות המובהקת, הרואה בבני קבוצה אתנית או לאומית "תתי אדם" משוללי זכות לחיים ולכבוד. הוא עומד בניגוד גמור לאמונה בקדושת החיים, לאמונה בהיבראו של כל אדם בצלם. הכינוי "נאצי" מעלה זיכרון של קהילות שלמות שהיו ונכחדו, של מיליוני אחינו ואחיותינו שהלכו אל מותם, גברים ונשים, זקנים, ילדים ועוללים בני יומם, בקברות אחים ביערות, בנהרות, בכיכרות עיר ברחבי אירופה, שמתו ברעב ובמחלות בגטאות ובמחנות ריכוז, שנרצחו באופן שיטתי, מתוכנן, בלתי נתפש, במחנות השמדה, בתאי הגזים ובמיתות נוראות אחרות. הוא מעלה זיכרון של מספר טבוע בבשר, של ערמות שיער, נעליים ומזוודות. הוא מעלה זיכרון של חיי רוח וקהילה שנגדעו, של משפחות שנמחו מעל פני האדמה, וגם את זיכרון של גבורה יהודית, של עוז רוח ותקווה לבניין העם מחדש. הביטוי "נאצי" והמשמעויות הגלומות בו אינו מתמצה לזיכרון הקולקטיבי היהודי של גיהינום מעשי ידי אדם, אלא הוא מעורר זיכרונות של אנשים בשר ודם החיים בתוכנו, שחוו את הזוועות, שאיבדו את בני משפחתם בתופת הנאצית, שנאחזו בחיים בציפורניהם, קמו מתוך האפר והצליחו לבנות לעצמם חיים חדשים.

עבור יהודי באשר הוא יהודי מבטא המונח "נאצי" את התגלמות העוול והרשע, את ניסיון הכליה הקשה ביותר עמו התמודד העם היהודי, את הצורך הקשה מכולם. ככל שנכביר מילים לא יעלה בידנו למצות את הזוועה שיש במונח זה. לקחי השואה הם שהתוו במידה רבה את עיצוב דמותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית והם שצריכים לעמוד בבסיס חינוכו של כל אדם בישראל לתפיסה הומניסטית ולביצורה של דמוקרטיה המקיימת את ערכי היהדות ומקפידה בזכויות האדם, לקדושת החיים, רוח האדם וערך כבוד האדם.

3. כאמור, במקרה שבפנינו מונחות שתי זכויות יסוד על כפות המאזניים - חירות הביטוי אל מול הזכות לכבוד ולשם טוב. חירויות אלה חולקות קורת גג משותפת, היא

קורת הגג של הערך החוקתי של כבוד האדם (ע"א 9462/04 מורדוב נ' ידיעות אחרונות בע"מ, תק-על 2005(4) 3500 (2005); רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, 518 (2001). להלן: עניין אמר; ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558, 565 (2004). להלן: עניין הרציקוביץ'). זו גם זו טבועות ב"קוד הגנטי" של המשטר הדמוקרטי, והוא מחויב להגנה עליהן ולקיומן גם באותם מקרים בהם פוגעת זכות אחת במרחב המחיה של רעותה ומכאן הצורך במלאכת מחשבת של איזונים בכל מקרה ומקרה.

על חשיבותן של חירויות אלה נכתבו מילים הרבה ולא אחדש, בחינת כל המוסיף גורע, אך אזכיר עיקרים ועקרונות.

4. עוד טרם היו לנו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נמנתה חירות הביטוי על זכויות היסוד "שאינן כתובות על ספר" (בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז (4) 2407, 2415 (1962)). היא הוכתרה כ"זכות עילאית" (בג"ץ 75/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 878 (1953), כ"ציפור נפשה של הדמוקרטיה" (ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968)), וכ"תנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה ולפעולתה התקינה" (בג"ץ 372/84 קלופר-נווה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 238 (1984)). "קו הגנה ראשון לחירויות" כינוה (יצחק זמיר "חירות הביטוי כנגד לשון הרע ואלומות מילולית" ספר זוסמן (תשמ"ד) 149), שכן חירות הביטוי ארוגה בנימי נשמתה של החברה הדמוקרטית ופגיעה בה כמוה כפרימת המארג הדמוקרטי כולו. אכן, חירות הביטוי מובילה את מחנה זכויות האדם ואחריה הולכות בסך חירויות אחרות שכל חיותן נגזר מהיכולת הנתונה לאדם לפרוץ את סגור ליבו, ליתן דרור למחשבותיו, להביע את אשר על ליבו, לשאול, לחקור, לתהות, לבקר, להתריע, למחות ולזעוק.

חירות הביטוי חיונית לקיומה של חברה דמוקרטית והיא מבטיחה את האינטרס החברתי שבחשיפת האמת, מתן אפשרות לציבור לגבש עמדות ותפישות עולם על דרך של קבלת מידע, החלפת רעיונות והתמודדות עם דעות. היא מאפשרת לציבור להפעיל פיקוח ובקרה אפקטיביים על רשויות השלטון, הגשמה עצמית לפרט וקידום הפלורליזם והסובלנות (ראו: בג"ץ 372/84 הנ"ל, בעמ' 238 - 239 (1984); דברי השופט (כתארו אז) ברק, בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 - 434 (1987); בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 629 - 630 (1989); בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית

לכנסת ה-13, פ"ד מו(2) 692, 702 (1992); בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 672, 661 (1997).

פרישתו של חופש הביטוי רחבה עד מאוד ותחתיו חוסה כל ביטוי (בג"ץ UNIVERSAL CITY STUDIO INC. 806/88 נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 34 (1989) וההפניות שם; ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, 88 (2002). להלן: עניין רינת). יחד עם זאת, היקפה של חירות זו אין משמעו כי היא מעניקה הגנה מלאה לכל ביטוי וכי היא בלתי מסויגת (בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 260 (2003) וההפניות שם, להלן: עניין בכרי; בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, תק-על 2006(2) 4500 (2006)). כמרבית החירויות גם חירות זו אינה מוחלטת ויש שהיא נסוגה מפני ערכים אחרים המבקשים זכות קיום לצידה וראויים להגנה. כך האיסור על פגיעה בשם הטוב, האיסור על פרסומי תועבה והאיסור על פרסום הסתה לגזענות ופרסומי המרדה, האיסור על החזקת פרסום המסית לאלימות או לטרור והאיסור על גילויים של סודות רשמיים. כל אלה ואחרים מסייגים את חופש הביטוי לשם הבטחת קיומם של אינטרסים וחירויות אחרים שהמשטר הדמוקרטי חפץ בהם.

כפי שציינו חבריי בהרחבה, מקום בו מתמודדים זה מול זה אינטרסים וערכים שונים, מצווים אנו לאיתור נקודת האיזון בין הערכים השונים, כאשר המשקל הסגולי שיוענק לכל אחד מהם משתנה ממקרה למקרה בהתאם למהות הערכים המתמודדים ולנסיבות העניין.

5. הערך המתמודד אל מול חופש הביטוי בענייננו הינו כבוד האדם וזכותו לשם טוב. הזכות לשם טוב, שגם עליה נשפכה כבר דיו רבה, מהווה חלק אינטגרלי מערך כבוד האדם וזכתה להכרה עוד במקורותינו, שם נאמר, בין היתר, כי "טוב שם משמן טוב" (קהלת ז, א), כי "לא נחתם גזר הדין על אבותינו במדבר אלא על לשון הרע בלבד" (רמב"ם, דעות ז', ב'), כי "המספר לשון הרע, כאילו כפר בעיקר" וכי "כל המלבין פני חברו ברבים כאילו שפך דמים" (בבא מציעא נח, ע"ב). על החומרה שייחסו המקורות לפגיעה בשם הטוב ניתן ללמוד מהקביעה כי: "כל היורדין לגיהנם עולין חוץ משלושה שיורדין ואין עולין. ואלו הן... המלבין פני חברו ברבים" (בבא מציעא, ע"ב). הזכות לשם טוב טבועה בערך כבוד האדם ושתיהן כרוכות בעבותות בתפיסה ההומנית המונחת ביסודו של המשטר הדמוקרטי ורואה באדם אינדיבידואל הזכאי להכרה עצמית ולהערכה בהתהלכו בין הבריות (וראו גם: בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 832 (1999). להלן: עניין סנש; עניין רינת, עמ' 89 – 90;

חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודימוקרטיה" מבחר כתבים (2001) 45, 71 - 80).
 אכן, "כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לו לעיתים לאדם כחיים עצמם, הם יקרים לו
 לרוב יותר מכל נכס אחר" (ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 856
 (1989). להלן: עניין אבנרי).

בדומה לחופש הביטוי, גם הזכות לשם טוב היא זכות יחסית (עניין אבנרי,
 בעמ' 861). יחסיותה מגולמת בקביעתן של קטגוריות מקרים בחוק שבהתקיימם, על אף
 הפגיעה בזכותו לשם טוב של פלוני, תינתן הגנה לפרסום הפוגע והמפרסם לא ישא
 באחריות בגינו. ההגנות וההקלות הקבועות בפרק ג' לחוק מבטאות נקודות איזון שונות
 בין הזכות לשם הטוב לבין אינטרסים אחרים שהמחוקק ראה חשיבות בהגשמתם,
 ובראשם חירות הביטוי (דברי השופט (כתארו אז) ברק בעניין אבנרי, בעמ' 861; דברי
 השופטת (כתארה אז) ביניש, ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 623 (2002);
 עניין הרציקוביץ', בעמ' 567 - 568).

עקרונות אלה הם התוחמים את גדריו של הדיון הנוכחי.

לשון הרע

5. כאמור, אף עליו מקובל כי הדברים שהטיח המשיב במבקש מהווים לשון הרע.
 סעיף 1 לחוק מגדיר לשון הרע מהי בקבעו, בין היתר:

לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול -
 (1) להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה
 לשנאה, לבוז או ללעג מצדם;
 (2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות
 המיוחדים לו;
 ...

החוק מגן על כל אדם מפני פגיעה בשמו הטוב ללא כל הבחנה על בסיס מיהות
 הנפגע (עניין אפל, בעמ' 622). התשובה לשאלה האם הדברים שנאמרו עלולים היו
 לפגוע בכבודו ובשמו הטוב של אדם, היינו אם מהווים הם לשון הרע, נגזרת מתוכן
 הדברים ועל פי מובנם הטבעי, בהקשר בו הובאו, באזני הצופה, הקורא או המאזין
 הסביר שנחשף להם (ע"א 740/86 תומרקין נ' העצני, פ"ד מג(2) 333, 337 (1989); ע"א
 723/74 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 300 (1977)).
 בחינת תוכנו של הפרסום נעשית על דרך בחינת הפרסום בכללותו, בחינה אובייקטיבית
 שאינה נדרשת לתחושותיו של הנפגע מהפרסום, אלא בוחנת כיצד היה הפרסום מובן

בעיני כל (אורי שנהר דיני לשון הרע (תשנ"ז) 118. להלן: שנהר; ע"א 466/83 שאהה נ' דרדריאן, פ"ד לט(4) 740, 734 (1986); ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555, 562 (1992). להלן: עניין מיכאלי).

6. בהתאם לעקרונות מנחים אלה, אני סבורה כחבריי כי האמירות שהשמיע המשיב יש בהן לשון הרע. יסוד הפרסום מתקיים במקרה זה בבירור, באשר הדברים נאמרו בעת שידור טלוויזיה הנקלט בכל בית בישראל. היסוד הנוסף, שעניינו טיב הדברים שפורסמו ותוצאתם האפשרית, אף הוא מתקיים: את כל הרע והשלילי הטבוע במושג נאצי ייחס המשיב לעורר בהטיחו בו גידופים דוגמת "אתה נאצי מלוכלך וקטן". פעם ועוד פעם הטיח בו את הכינוי "נאצי" כשאליו מתלוות מילים נוספות באמצעותן ביקש להביע את סלידתו מהמערער ומהעמדות אותן הוא מייצג. המשמעויות הקשות המקופלות בכינוי "נאצי" כשהוא מוטח באדם, לא מותירות ספק לכך שמדובר בביטוי העלול לבזות את נשואו, להשפילו ולהשניאו על הבריות. מדובר בדברי בלע, באמירות פוגעניות ומבזות שהושמעו בפני כל. אבהיר, כי דברים אלה אינם מתעלמים ממיהותו של המערער ומהעמדות הקיצוניות שהוא מייצג, ואף לא מכך שהמשיב עצמו אינו בוחל בכינוי הגנאי "נאצי", כפי שיובהר עוד בהמשך, ואולם, שיקולים אלה מקומם הראוי להיבחן הינו בהמשך הדרך ולא בכדי לא היו הצדדים חלוקים באשר להיות הדברים לשון הרע.

ההגנות

7. בקביעה כי הדברים מהווים לשון הרע לא די על מנת להכריע האם תוטל על המפרסם אחריות בנזיקין בגין עוולת לשון הרע. משוכה נוספת בהמשכה של הדרך הינה האם חוסה הביטוי המהווה לשון הרע תחת הגנה מההגנות הקבועות בחוק. המשיב טוען לתחולתן של הגנת אמת הפרסום (סעיף 14 לחוק), ושל הגנת תום הלב (לעניין זה טען לתחולתם של סעיפים 15(2), 15(3) ו-15(4) לחוק).

הגנת אמת הפרסום

8. הצדדים העמידו במוקד המחלוקת ביניהם, עוד מראשית ההליך המשפטי, את שאלת ההקבלה בין האידיאולוגיה הנאצית לבין תורתו של הרב כהנא בה תומך המערער. כחברי השופט ריבלין וכערכאות הקודמות, גם אני איני מוצאת להידרש לשאלה זו.

העובדה שהמערער החזיק באידיאולוגיה שהוצגה על ידי הרב כהנא אינה שנויה במחלוקת, ודי אם אזכיר שאך לפני מספר שנים הוא עתר נגד צו זמני שהוציא מפכ"ל המשטרה לסגירת משרדי תנועת "כך" בירושלים ולעיקול הרכוש המצוי במשרדים, בעקבות הכרזת ממשלת ישראל על תנועת "כך" ותנועת "כ"ח" כארגונים טרוריסטיים (ראו לעניין זה: ע"מ 8342/02 בן גביר נ' מפכ"ל משטרת ישראל, פ"ד נז(1) 61 (2002)). אידיאולוגיה זו, הדוגלת ב"רעיונות ומעשים שהחזיקו בהם המקולקלות שבאומות העולם" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 303 (1985)), יש בה עיקרים שזרים לרוחה ולערכיה של מדינת ישראל ומעוררים שאט נפש בכל מי שערכי הדמוקרטיה וכבוד האדם יקרים ללבו. על טיבה הגזעני של אידיאולוגיה זו עמד בית משפט זה בעבר, ואין לי אלא להפנות לדברים (ראו: בג"ץ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השדור, פ"ד מא(3) 255, 312 (1987); בג"ץ 669/85 הרב מאיר כהנא, חבר כנסת נ' שלמה הלל, יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393, 406 – 407 (1986); בג"ץ 742/84 הרב מאיר כהנא נ' שלמה הלל, יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85, 96 (1985)).

9. סעיף 14 לחוק, שלשונו הובאה על ידי חבריי, מציב שני יסודות שעל הטוען לתחולת ההגנה להוכיח את התקיימותם: אמיתות הפרסום וקיומו של עניין ציבורי בפרסום. יסודות אלה הינם יסודות מצטברים שהמבחן להתקיימותם הינו אובייקטיבי. לצורך הכרעה בשאלת אמיתות הפרסום נדרש בית המשפט לקבוע האם תוכן הפרסום ומשמעותו תואמים את המציאות באופן שניתן לקבוע כי הפרסום הינו אמת. לצורך זאת בוחן בית המשפט מה מובנן הטבעי והרגיל של המילים בעיני הקורא או המאזין הסביר (ע"א 723/74 הנ"ל, בעמ' 300).

היותו של אדם או חז בדעות גזעניות קיצוניות לא די בה כדי להוליך למסקנה כי עת שהוא מכונה על ידי אחר "נאצי" מדובר באמירה שתוכנה אמת באופן אובייקטיבי, וזאת בעיקר אם מביאים בחשבון כי המילה "נאצי" מגלמת בתוכה משמעויות קשות ביותר עד כדי תמיכה והשתתפות ברצח עם. הגם שאין מקום לספק כי כל תורה גזענית באשר היא ראויה לגנאי ופסולה מעיקרה, הרי שכאשר נדרשים אנו למשמעות שמקנה המאזין או הצופה הסביר לכינוי "נאצי", רואה הוא לנגד עיניו מחנות השמדה, תאי גזים ונהרות אדם הולכים אל מותם. זו המשמעות הטבעית, הרגילה והמקובלת של ביטוי זה. דומני, כי קיצוניות ככל שיהיו עמדותיו של המערער, אין בסיס לקבוע כי הוא תומך בביצוע מעשי זוועה מעין אלה שביצעו הנאצים. נזכיר, כי "זכאי גם אדם בעל דעות קיצוניות כי עיתון לא יציג את דעותיו כקיצוניות יותר

משהן באמת" (ע"א 259/89 הוצאת מודיעין בע"מ נ' ספירו, פ"ד מו(3) 48, 53 (1992)),
השופט כך בצטטו את דברי בית משפט השלום באותו עניין). כך גם בענייננו.

אולם עיקרו של דבר הינו כי המחלוקת בין הצדדים היא בבסיסה מחלוקת ערכית, שההכרעה בה תלויה תקופה והשקפות. שאלת זהותן של תפישות עולם ותורות אידיאולוגיות שונות מצריכה ניתוח ומחקר אקדמי מעמיק. מענה לה הינו תולדת הערכתו של החוקר, כאשר חוקר פלוני יסיק מסקנה אחת מהחומר שייאסף בפניו, בעוד חוקר פלמוני, על סמך אותו חומר עשוי להגיע למסקנה שונה. בית המשפט לעומת זאת מיומנותו בבחינת ראיות שעל בסיסן מתבקש הוא לקבוע ממצאי עובדה. ספק רב קיים על כן בעיני האם הטענה כי הכהניזם והנאציזם הן תורות זהות, ניתנת להכרעה חדה, ברורה ואובייקטיבית, ומכל מקום אני סבורה כי ההכרעה בשאלה זו, שיש לה היבטים מתחום ההיסטוריה, מדע המדינה ומתחומים נוספים, אינה ממין העניינים שהמסגרת המתאימה לדיון בהם היא אולמו של בית המשפט ואין אמות המידה המשפטיות וכלי המקצוע שבאמתחתו של המשפטן מתאימים לבחינתה (לעניין זה ראו דברי השופט (כתארו אז) אגרנט, ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב(3) 2017, 2058 – 2058 (1958) וכן את הערת מ"מ הנשיא חשין, בעמ' 2282; ע"א 323/98 שרון נ' בנזימן, פ"ד נו(3) 245, 258 (2002); בג"ץ 2137/98 אליאס נ' יו"ר הוועד המנהל רשות השידור, תק-על 98(2) 1120). מטעמים אלה נראה כי קשה עד בלתי ניתן להכריע בשאלה מעין זו הכרעה שיפוטית על דרך הבאתן של ראיות, ובכללן חוות דעת מומחים.

מכאן, מדובר בעניין להערכה ולגיבוש דעה. גם אם ניתן לסבור שמדובר בשאלה חשובה, ראויה ומעניינת, הרי המסגרת המתאימה לה הינה שיח מלומדים, שם תזכה לניתוח האקדמי-עיוני הראוי לה, כמו גם בשיח הציבורי. עם זאת יובהר, כי כמובן, אין ללמוד מהדברים, ולו במשתמע, ולו במרומז, קבלת עמדתו של מי מהצדדים בשאלת הזהות בין שתי האידיאולוגיות ואין בהם משום הקלת ראש בחומרת העמדות הגזעניות בהן החזיק המערער.

10. עוד אבקש לציין, בהתייחס לעמדתו של בית המשפט המחוזי לפיה:

"באזני השומע הסביר 'נאצי' בהקשר של שיח פוליטי עכשווי טעון הוא בריון גזעני. ייתכן כי בהקשר של שיח היסטורי או מדעי היה טעם לייחס משמעות אחרת לביטוי, אולם יש לראות את הדברים בהקשרם ולהבינם מתוך ההקשר בו נאמרו".

אכן, בצער יש לומר כי הביטוי "נאצי" הפך שגור בשיח הפוליטי בישראל, ואם בעבר הטחת כינוי זה באדם הייתה מעוררת חלחלה בשומעיה, הרי היום, משנשמע כינוי גנאי זה פעם ועוד פעם, נדמה לעיתים כי הלב נאטם, האוזן מתרגלת לצליל הצורם וחירוף זה הופך "בן בית" בשיח ושיח הציבורי. העובדה שכינויים אלה נשמעים שוב ושוב ואין השומע נזעק עוד, הפיחות והפגיעה בזיכרון השואה ובלקחיה על ידי השוואת כל מי שעמדותיו אינן מקובלות על הדובר לארור שבמשטרים, אסור להסכין עמם. קביעה כי משמעותו של הכינוי "נאצי" בשיח היומיומי הינה מי שנוטל חלק במעשי בריונות גזעניים משמעה קבלת הפיחות דה פקטו בזכר השואה ולקחיה על דרך של התלהמות שניתן להימנע ממנה ואין לקבלה, מה גם שלטעמי, עבור האדם הסביר בישראל הכינוי "נאצי" עודו מסמל רע החורג הרבה מעבר לבריונות גרידא.

מכל מקום, כפי שצוין בראשית הדברים, איני סבורה כי ניתן לקבוע כי הובא בסיס לקביעה כי המערער תומך בביצוע פשעים דוגמת אלה שביצעו הנאצים ומשכך איני רואה כיצד זה תוכל הגנת אמת הפרסום לעמוד למשיב.

הגנת תום הלב

11. צפיתי בקלטת המשדר נשוא הערעור פעם ועוד פעם, שמעתי הקולות, את הצלילים הצורמים, הפוגעים של הדברים, ולאחר שבחנתי אותם לאור העקרונות והכללים שקבע המחוקק והתווה בית משפט זה, הגעתי לכלל מסקנה כי הגנת תום הלב אינה עומדת למשיב.

נשוב ונזכיר את סעיפי החוק הרלוונטיים לדיון בנקודה זו:

15. הגנת תום לב

במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה אם הנאשם או הנתבע עשה את הפרסום בתום לב באחת הנסיבות האלו:

...

(4) הפרסום היה הבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד שיפוטי, רשמי או ציבורי, בשירות ציבורי או בקשר לענין ציבורי, או על אפיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה התנהגות;

...

16. נטל ההוכחה

(א) הוכיח הנאשם או הנתבע שעשה את הפרסום באחת הנסיבות האמורות בסעיף 15 ושהפרסום לא חרג מתחום הסביר באותן נסיבות, חזקה עליו שעשה את הפרסום בתום לב.

(ב) חזקה על הנאשם או הנתבע שעשה את הפרסום שלא בתום לב אם נתקיים בפרסום אחת מאלה:

(1) הדבר שפורסם לא היה אמת והוא לא האמין באמיתותו;

(2) הדבר שפורסם לא היה אמת והוא לא נקט לפני הפרסום אמצעים סבירים להיווכח אם אמת הוא אם לא;

(3) הוא נתכוון על ידי הפרסום לפגוע במידה גדולה משהיתה סבירה להגנת הערכים המוגנים על-ידי סעיף 15.

שניים הם היסודות שנדרש כי יתקיימו בפרסום על מנת שתקום הגנת תום הלב: האחד הינו כי הפרסום נעשה בתום לב, ואילו השני הינו כי נתקיימה בו נסיבה מנסיבות סעיף 15 לחוק. אף שהמשיב טען לתחולתן של מספר הגנות מאלה המנויות בסעיף 15 לחוק, הלכה למעשה סובב הדיון את סעיף 15(4) לחוק. על מנת לבחון האם חלה הגנת תום הלב במקרה זה, שומה עלינו לבחון ראשית האם ניתן לסווג את התבטאויותיו של המשיב כהבעת דעה, שאז ניתן יהא לבחון התקיימותם של יתר רכיבי ההגנה, בעוד שאם יימצא כי אין עסקינן בהבעת דעה אלא בקביעת עובדה, נסתם מיני וביה הגולל על תחולת ההגנה.

הבעת דעה אל מול קביעת עובדה

12. הקביעה האם פרסום מהווה הבעת דעה או שמא אין מדובר אלא בקביעה עובדתית אינה קלה להכרעה, שכן פעמים רבות כוללת הבעת הדעה יסוד עובדתי אליו מתווסף יסוד נוסף של הבעת דעה באשר לאותן עובדות, באופן שהפרסום נמצא על קו התפר, או שמא נאמר באיזור הדמדומים, בין שני אלה (וראו למשל: ע"א 90/49 בנטוב נ' קוטיק, פ"ד ה(1) 593, 606 (1951)). "...בעוד שעובדה היא תיאור של המציאות האובייקטיבית, הרי שהבעת דעה היא תיאור של עמדה סובייקטיבית באשר למציאות דברים מסוימת" (ע"א 9406/96 קאקיש נ' ביארט, פ"ד נג(3) 352, 358 (1999)). להלן: עניין קאקיש). סיווגו של הפרסום כהבעת דעה או כאמירת עובדה ייעשה "על פי השכל הישר וכללי ההגיון" (עניין ספיר, בעמ' 55), לאחר עיון בפרסום כמכלול, כאשר בית המשפט מבקש לבחון מהו "הרושם הכללי שיוצר מירקם הכתבה בעיני "הקורא הסביר" או "האדם הרגיל" (ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 843, 857 (1993)). על מנת לבחון האם על האדם הסביר להבין מתוכן הפרסום כי מדובר אך

בהבעת דעה, יש לבחון את המילים בהן בחר המפרסם, את סדר הצגת העניינים, הסגנון, הניסוח ומבנה הפרסום בכללותו (שם, בעמ' 853 - 854).

13. דרישה בסיסית על מנת שהגנת סעיף 15(4) לחוק תעמוד למפרסם, הינה כי יובן שהפרסום אינו אלא הבעת דעה (שנהר, בעמ' 308; עניין ספירו, בעמ' 54; ע"א 831/86 מאור נ' מיכאלי, פ"ד מד(1) 762, 774 (1990)). לפיכך, על הטוען להבעת עמדה להבחין בין היסוד העובדתי בדבריו לבין היסוד של הבעת הדעה (ע"א 34/71 פרידמן נ' חן, פ"ד כו(1) 524, 528 - 529 (1972); ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 349 - 350 (1978); ע"א 4/85 צור נ' הוכברג, פ"ד מב(3) 251, 257 (1988); עניין מיכאלי, בעמ' 566; עניין קאקיש, בעמ' 358).

על דרישת ההפרדה בין עובדה לדעה נוספת הדרישה כי ככל שהבעת הדעה כוללת התייחסות גם לעובדות, אלה תהיינה נכונות (ד"נ 9/77 הנ"ל, בעמ' 349). הגיונה של דרישה זו מובן: כאשר יודע המאזין או הקורא כי המפרסם מביע דעה, יחסו לתכנה זהיר יותר והוא מודע לכך שניתן לחלוק על הדברים ולתהות אחר תוקפם ונכונותם. שונים הם פני הדברים כאשר מוצגת בפני המאזין, הקורא או הצופה עובדה, שאז נטייתו לקבל הדברים כפשוטם, כאמת שרגליה נטועות עמוק בקרקע המציאות, והוא אף עשוי לגבש בהתבסס עליהם את עמדתו. אכן, האינטרס הציבורי העומד מאחורי חופש הביטוי והאינטרס בקיומו של שוק דעות דינמי וער מאבד במידה ניכרת ממשקלו ביחס לפרטים שאינם אמת, בין היתר כיוון שאין אינטרס לעודד את הציבור לגבש דעות שלא על בסיס נתוני אמת (וראו: עניין מיכאלי, בעמ' 567; דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 35 (1998), הגם ששם נאמרו הדברים בהתייחס להגנת סעיף 14 לחוק), וזאת הגם שאני מודעת לקביעותיו של בית משפט זה בעניין בכרי, אך בהקשר שונה.

14. בניגוד לרכיב העובדתי של ההתבטאות, הרי שהרכיב של הבעת הדעה אינו חייב להיות נכון מבחינה עובדתית, ובלבד שאדם סביר יכול היה להסיק את המסקנה המשמיעה מעובדות נכונות בעיקרן, שעליהן התבססה הדעה (ד"נ 9/77 הנ"ל, בעמ' 351 - 352). נדרש כי הרושם הכללי מן הפרסום יעלה כי בהתחשב בנסיבות ובהקשר הדברים, מתקיים יחס של סבירות, בין העובדות שבפרסום לבין הדעה שהובעה בהתבסס עליהן (שנהר, בעמ' 319 - 320). ויודגש, תנאי זה "... קיים באופן עצמאי ונפרד מעניין קיומו או העדרו של תום הלב" (שם, בעמ' 321-322). מכאן, מקום שאין הפרסום כולל עובדות אלא עיקרו במסקנה המוצגת כעובדה, הרי שמדובר בהבעת דעה

שאינה סבירה (שם). מקום שנמצא כי העובדות עליהן מבוססת הדעה אמת הן, וכי מתקיים יחס של סבירות כאמור, הרי שאם נאמרה הדעה בתום לב, היא תזכה להגנה גם אם אינה מבוססת ממש, בעוד שאם כולל הפרסום טענה משמיצה אשר מוצגת כדעה, מבלי שהובאו העובדות עליהן היא מסתמכת, תוסר מעל אותה עובדה כסות הבעת הדעה שעטתה על עצמה וההגנה לא תחול עליה (שנהר, בעמ' 316).

במאמר מוסגר ולמען שלמות התמונה אציין, כי בפסיקה הובעה בעבר העמדה לפיה אי האבחנה בין פרט עובדתי להבעת דעה אינה מונעת ממפרסם ליהנות מהגנת הבעת הדעה, אם ניתן לקבוע כי אופיו הדומיננטי של הפרסום הוא הבעת דעה (ע"א 723/74 הנ"ל, בעמ' 315, 304 – 305). ברם, דעה זו נדחתה בדיון הנוסף בעניין זה.

15. זווית נוספת מבעדה יש לבחון את ההתבטאויות בפנינו היא זו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כאמור, חוק איסור לשון הרע מציג נקודות איזון שונות בין חופש הביטוי, החוסה תחת כנפיו הרחבות של הערך החוקתי של כבוד האדם וחירותו, לבין הזכות לשם הטוב ולכבוד שאף היא נגזרת במישרין מהערך החוקתי של כבוד האדם. ההגנות וההקלות הקבועות בחוק יש בהן אמות מידה של סבירות ושל מידה שהן האמורות להבטיח את האיזון הראוי בין הערכים המתחרים, ועל כן ניתן לסבור כי בחינת הפרסום הינה בחינה פנימית, בתוך גדריו של החוק. ואולם, גם במצב זה חזקה על החוק שהוא בא להגשים את ערכי היסוד ועקרונות היסוד של שיטתנו, כפי שהם מעוגנים בחוק היסוד (וראו לעניין זה: אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (כרך שני, 1993) 435 - 436). חוק היסוד מקרין מעוצמתו על החוק ועל הערכים המתגוששים ביניהם בתחומו, כך שאל ההגנות וההקלות שבחוק יש לקרוא את גם את מבחני המידתיות והתכלית הראויה שבחוק היסוד (ראו והשוו: דב לוין "חופש הביטוי אל מול הזכות לשם הטוב (איזונים והגנות)" ספר שמגר – מאמרים א' (תשס"ג) 47, 53. להלן: לוין).

16. חירותו של כל אדם לומר את דברו, להביע מחשבות ואף להטיח ביקורת קשה בלשון בוטה, חריפה ואף מתלהמת, כלל אינה שנויה במחלוקת. יש לה שורשים עמוקים בשיטתנו המשפטית ולא ניתן לערער עליה או להרהר אחריה. למען הגשמתה של חירות זו נטל על עצמו הציבור במדינה דמוקרטית רף סיבולת גבוה ביותר אף במקרים בהם דובר בהתבטאויות קשות ומקוממות ביותר שלא אחת צורכות את הלב ונוגעות בקצות עצבים חשופים (עניין סנש, בעמ' 836 – 837, 839; בג"ץ 5432/03 ש.י.ן. - לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 83

— 84 (2004); בג"ץ 806/88 הנ"ל, בעמ' 34; בג"ץ 952/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה (4) 683, 690 (1991)).

רף הסיבולת הגבוה שנטל הציבור על עצמו במדינה דמוקרטית אין משמעו כי האוזן והנייר סובלים הכל. בהקשר שונה, אך קרוב נאמר:

"אכן, אזרחי החברה הדמוקרטית חשופים לכך שדעותיהם, אמונותיהם, וערכיהם, יותקפו ויאותרו. תהליך זה כרוך לעתים בפגיעה קשה ברגשות. החברה הדמוקרטית מוכנה לשלם מחיר זה על מנת להמשיך ולקיים חברה המושתתת על שוק חופשי של דעות ורעיונות, וחתירה מתמדת אחר האמת והצדק. אך חברה דמוקרטית מושתתת גם על ערך כבוד האדם. לפיכך, ההגנה על חופש הביטוי אין פירושה מימושו של חופש בלתי מוגבל להשפיל ולבזות אדם ולפגוע קשות בצלמו ובכבודו כאדם. פגיעה ברגשות הכרוכה בביטוי ובהשפלה עשויה להיות כה כבדה עד כי היא תעלה על "רמת הסיבולת" שהדמוקרטיה מוכנה להכיר בה. במקרים אלה ייתכן שמוצדק יהיה להטיל מגבלות על חופש הביטוי. אלה הם מקרים חריגים ויוצאי דופן, אשר באופיים מזעזעים את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4) 1, 50) "דברי הנשיא ברק, בג"ץ 2194/06 הנ"ל).

תיתכנה אמירות והתבטאויות אשר פוגעות פגיעה ממשית, בלתי מידתית, בזכויות יסוד חוקתיות, ובפרט בכבוד האדם ובזכותו לשם טוב, שאז יש מקום לשקול האם מוצדק מתן הגנה לביטוי. ראויים בהקשר זה דברים שאמר השופט (כתארו אז) מ' חשין בעניין טנש:

"הוא נולד ביום כ' באדר ב' תשנ"ב (25 במארכ 1992). בהיותו כבן שנתיים - ביום כ"ז באדר תשנ"ד (10 במארכ 1994) - ערכו ניתוח בגופו: שיפרו את מראהו והוסיפו לו בינה. בימים אלה הוא כבן שבע וחצי, תרבינה שנותיו.

מדברים אנו, כמובן, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק-היסוד החשוב ביותר שנחקק לתפארת כבוד האדם וחירותו. כבוד האדם הוא בריח התיכון בחוק-יסוד זה, מראש ועד כף רגל. החוק ספוג כולו בכבוד האדם, וכבוד האדם הוא הנותן בו חיים. ציפיתי, קיוויתי, כי עתירה זו שלפנינו תתקע יתד עמוקה בקרקע-המשפט - עד הסלע - וכי אל יתד זו ייקשר, מעל לקרקע, תורן גבוה ובקצהו דגל כבוד האדם. למען ידעו הכל - למקצה הארץ ועד קצה - כי תחילה והמשך וסוף הם בכבוד

האדם. כי באין כבוד האדם אין אדם ואין חברת – אדם”
(שם, בעמ' 848).

אכן, ההקפדה על כבוד האדם – הן על ידי שיתאפשר לו להביע עצמו בחופשיות, הן על ידי שתישמר ההגנה על שמו הטוב – חיונית היא לתפקודה התקין של כל חברה. חופש הביטוי אינו יכול להצדיק פגיעה בשמו הטוב של אדם כאשר מדובר בפרסומים שאינם מקיימים את הרציונלים העומדים מאחורי ההגנה הרחבה לחופש הביטוי. כך למשל, ובהקשר ישיר לענייננו, לויין במאמרו מציין כי “תנאי שאין בלתו הוא, שהפרסום נעשה בניקיון כפיים ומתוך רצון לתרום באמת ובתמים למטרה ציבורית ראויה... הפרסום צריך להיות נטול כוונה רעה והתייחסות אישית לא עניינית כלפי הנפגע” (שם, בעמ' 77). אני מסכימה לדברים.

17. אשוב ואדגיש, איני מבקשת למעט כהוא זה מחשיבותה ומרכזיותה של חירות הביטוי בשיטתנו. עוצמתה ויוקרתה של זכות זו בעינה עומדת. אולם לעקרון המקובל עלינו כי חירות הביטוי אינה בלתי מוגבלת קיים גם תוכן ממשי, מאחר ומעמדה הרם של חירות הביטוי אינו יכול להביא לפגיעה מופרזת, בלתי ראויה, בזכויות ובערכים שחשיבותם אינה נופלת מזו של חירות הביטוי, כפי שנקבע כבר:

“עצם ההכרה בהתבטאות כחוסה בצלו של חופש הביטוי, אינה מחייבת מתן כמה לה בכל מסגרת. מקום שחופש הביטוי מתנגש בערכים אחרים אשר לחברה האינטרס להגן עליהם, יש לאזן בינו לבין הערכים המתחרים. בכל מקרה של התנגשות, נגזר האיזון מהחשיבות המיוחסת לערך המתחרה לעומת חשיבותו של חופש הביטוי במקרה המסוים...” (בג”ץ 7144/01 גוש שלום עמותה רשומה נ’ רשות השידור, פ”ד נו(2) 887, 891 (2002)).

על הביטוי השנוי במחלוקת לשרת אם כן גם תכלית ראויה ולעמוד בדרישה של מידתיות. בדרך זו, אני סבורה, יושג איזון ראוי שיבטיח את חופש הביטוי והגשמת תכליותיו, יעניק את ההגנה הראויה לזכויות חוקתיות אחרות, באופן שהפרט לא יאלץ למצוא כי שמו הטוב הוקרב על מזבח חופש הביטוי מקום שאין קורבן זה מקדם תכלית מתכליתיה של ההגנה הרחבה על חופש הביטוי, ויתרה מכך, הדבר ימנע מצב בו תחת האצטלה של חופש הביטוי יחסו השמצות, גידופים וחרפות (וראו גם: לויין, בעמ' 59).

18. האם הדברים שנאמרו מפי המשיב אינם אלא הבעת דעה?

לכאורה, ניתן היה לסווג הדברים שאמר המשיב כהבעת דעה, שכן מדובר בהתבטאויות שנאמרו לאחר שהוצגו בתכנית פופוליטיקה תמונות מהפגנת המונים בה הונפה תמונתו של ראש הממשלה המנוח, יצחק רבין ז"ל, במדי קלגס נאצי. מצפיה בקלטת לא ניתן לשלול כי המשיב התכוון להתריע מפני הסכנה הטמונה במערער ובשכמותו, וכך להביע דעתו בנושא. יחד עם זאת, בעצם העובדה שהיה בדברים פן מסוים של הבעת דעה לא די כדי ליהנות מתחולת ההגנה. במה דברים אמורים.

19. נחזור ונביא את הדברים שאמר המשיב:

“מותר להתגונן מול אנשים כאלה? מותר להתגונן מול איתמר הנאצי הקטן הזה? מותר, נכון? מותר”.

וכן:

“סתום את הפה. אתה נאצי מלוכלך וקטן”.

השאלה האם מחזיק אדם באידיאולוגיה זו או אחרת, היא בעיקרו של דבר שאלה עובדתית. ייתכן אמנם שלא תמיד יהא זה קל להכריע בה, אולם מדובר בשאלה שכעיקרון המענה לה מצוי בעולם העובדה. שנהר מציין בספרו כי “... הגנת הבעת הדעה אינה מגינה על ייחוס שגוי של דעות לאדם אחר, אלא אם הייחוס עצמו נוסח כהבעת דעה” (שנהר, בעמ' 310; עניין ספירו, בעמ' 55). עמדה זו מקובלת עליי.

המערער מוכר בציבור כמי שמחזיק בדעות קיצוניות. בתקופה בה שודרה התכנית הוא לקח חלק בפעולות מחאה קיצוניות שכוונו נגד ראש הממשלה דאז. פעולותיו אלה, כמו גם פעולות של אחרים, הן שהעלו ככל הנראה את חמתו של המשיב. זכותו של המשיב למתוח ביקורת קשה, חריפה ובוטה על המערער ואחרים אינה יכולה להיות נתונה בספק. “כללי המשחק” בתכנית פופוליטיקה, המביאים עד מהרה לסערת הרוחות, לעליית טון הדיבור ולהקצנה בבחירת המילים, נהירים אף הם, ואין חולק כי שיג ושיח מסוג זה המתקיים בתכנית זו מצוי בלב לבו של חופש הביטוי וכלל אינו עומד לדיון. התבטאויותיו של המשיב כלפי המערער הן העומדות לדיון ובבואנו להעבירן במבחנו של המחוקק לא ניתן להתעלם מכך שבמוקדן קביעות עובדתיות – “...איתמר הנאצי הקטן הזה” ו“אתה נאצי מלוכלך וקטן”. מדובר בקביעה קצרה ונחרצת, בה מקופל כל הרע והשלילי שמגולם בכינוי “נאצי”, לרבות התמיכה בהשמדת עם, ברצח המונים חסר אבחנה. מהדברים שהטיח המשיב במערער לא ניתן

ללמוד ולו במרומוז על כך שדעתו שלו היא כי עמדותיו של המערער מקבילות או זהות לאלה של הנאצים. הוא קבע הדברים נחרצות, ברורות, באופן שאין זה בלתי סביר לקבוע כי הצופה הסביר – לא כל שכן צופה שאינו מכיר את המערער ואת דעותיו – היה מבין את הדברים כקביעה עובדתית לפיה המשיב מחזיק באידיאולוגיה נאצית או באידיאולוגיה זהה לה.

20. יהיה מי שיאמר שהיסוד של הבעת דעה מתגלה באותה שאלה או אמירה של המשיב האם מותר להתגונן מפני המערער. אלא שאמירה זו היא שולית וטפלה לעיקר – גידוף המערער – ולא ניתן לומר כי יש בדברים הבחנה והפרדה בין הפן העובדתי לזה של הבעת הדעה. יתר על כן, המשפט השני שנאמר על ידי המשיב בחילופי הדברים סביב לשולחן המתדיינים – "סתום את הפה. אתה נאצי מלוכלך וקטן" – הינו גידוף גרידא, שהוטח במערער מבלי שזה נענה לקריאות התיגר שהשמיע המשיב והגיב באופן מאופק, הגם שמחה על הדברים (ראו גם: ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1, 6 - 7 (1992)). אין מדובר בגידוף "סתם" אלא במאוס שבגידופים, בגידוף שניחוח אנטישמי עולה ממנו, כאשר הכינויים שהדביק המשיב למערער יוצרים אסוציאציה מיידית, בלתי נמנעת, לחרפות וכינויי גנאי שהוטחו ביהודים ולהתייחסות הכללית אליהם בגולה – בעיתונות, בתעמולה אנטישמית וביומיום.

עוד ניתן לטעון שיש להבין את דברי המשיב כהבעת דעה על רקע הסרט שהוקרן במהלך התכנית, בו נראו המפגינים מציגים את תמונת רבין המנוח במדי הצבא הנאצי. ואולם, הפער בין המפגינים, גם אם תוכן ההפגנה קשה ואף עשוי להוות הסתה לרצח או לפגיעה באדם, לבין זיהויו של המשיב כנאצי, הוא גדול. סביר אמנם כי הדברים נסמכים במידה רבה על היכרותו של המשיב עם פעילותו של המערער, ועל הקטע שהוקרן במהלך השידור, בו שלח המערער איום מרומוז לראש הממשלה באמרו כי הוא ואנשיו יכולה "להגיע אליו", על אף שבתכנית עצמה ניסה למתן הדברים, אולם לא ניתן להבין מהדברים כי מדובר בדעתו של המשיב או במסקנתו, בהתבסס על אלה. בנוסף, אני רואה חשיבות להבהיר כי לטעמי, לא ניתן לראות בדברים משום הגבלה של חופש הביטוי – את ביקורתו על המערער היה המשיב חופשי להביע. הוא היה חופשי להשמיע דברים נוקבים, קשים, הוא אף היה יכול להבהיר מדוע לטעמו אין כל הבדל בין דרכו ומעשיו של המערער לבין מעשיהם של הנאצים, אולם כך לא נעשה (ראו והשוו: ע"א 698/77 ועדת עדת הספרדים בירושלים נ' ארנון, פ"ד לב(2) 183 (1978)).

סיכומם של דברים, הגנת הבעת הדעה אינה עומדת למשיב מהטעם שאין בדברים הבעת דעה וככל שקיים בהם יסוד שכזה, הרי שהוא אינו מובחן מהיסוד

העובדתי שבדברים. בנוסף, אין לראות בדברים משום ביקורת עניינית, גם אם חריפה, על המערער והתנהלותו אלא אמירות שמטרתן העיקרית לבזות את המערער ולהשפילו. איני רואה מדוע זה יפרוש החוק את הגנתו על התבטאויות אלה, משאין בהן לקדם תכלית מהתכליות העומדות ביסודו של חופש הביטוי. משכך, אני סבורה כי יסוד הבעת הדעה אינו מתקיים בדברים שאמר המשיב ולפיכך איני רואה צורך להידרש ליתר יסודות ההגנה, ובפרט לחזקת תום הלב.

הערה לטיוט – השיח הציבורי

21. מדינת ישראל קמה בצילם של מוראות השואה, מעיי חורבותיה. בניינה של מדינת ישראל ותקומתו של העם היהודי בה נעשו כשזכר השואה מלווה את חיי המדינה והעם ומתווה במידה רבה את דמותה של המדינה היהודית והדמוקרטית. הדברים מוצאים את ביטויים במסמך המכונן, ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, הידועה יותר כמגילת העצמאות מיום ה' באייר תש"ח, בה נאמר:

"השואה שנתחוללה על עם ישראל בזמן האחרון, בה הוכרעו לטבח מיליונים יהודים באירופה, הוכיחה מחדש בעליל את ההכרח בפתרון בעית העם היהודי מחוסר המולדת והעצמאות על-ידי חידוש המדינה היהודית בארץ-ישראל, אשר תפתח לרווחה את שערי המולדת לכל יהודי ותעניק לעם היהודי מעמד של אומה שוות-זכויות בתוך משפחת העמים.

שארית הפליטה שניצלה מהטבח הנאצי האיום באירופה ויהודי ארצות אחרות לא חדלו להעפיל לארץ-ישראל, על אף כל קושי, מניעה וסכנה, ולא פסקו לתבוע את זכותם לחיי כבוד, חירות ועמל-ישרים במולדת עמם.

...

מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות."

מאז הקמתה חרתה מדינת ישראל על דגלה את לקחי הגזענות ושנאת האדם, את ערכי כבוד האדם וקדושת החיים, את חירויות האדם והאזרח. חופש הביטוי הינו בריח תיכון של ישראל כמדינה דמוקרטית, מתוך הכרה בזכותו של כל אדם בישראל להביע עמדותיו, להחליף דעות ולהגשים עצמו. ככזה, אין חולק כי חופש הביטוי חוסה

גם על התבטאויות קשות, חריפות ומקוממות וכי ההגנה להתבטאויות מעין אלה המצויות הרחק מלב הקונסנזוס היא מבחנה האמיתי של הדמוקרטיה.

23. השיח הציבורי החופשי, הער והדינמי בישראל תורם לחוסנה של החברה ולהתפתחותה ויש להתגאות בו. יחד עם זאת, לא ניתן שלא להעיר בהקשר של הדיון הנוכחי על מגמות מדאיגות בתרבות השיח הציבורי בישראל. תמימת דעים אני עם חבריי כי לא ניתן להתעלם מכך שהתבטאויות מעין אלה שאמר המשיב לפני כעשור, הלכו והפכו, במהלך השנים שחלפו, נדירות פחות (וראו, אך מהעת האחרונה: ת.פ. (י-ם) 1470/06 מדינת ישראל נ' מטר (לא פורסם, 10.9.06)). השימוש באנלוגיה למוטיבים שונים הקשורים בשואה חוזר ונשנה בקלות בלתי נסבלת. השימוש במונחים אלה בקונוטציות שזרות להם בתכלית פוגע ברגשות הציבור, ובפרט ברגשות ניצולי השואה שמאורעותיה צרובים בנשמתם ובכשרם, מביא לזילות זכרם של ששת המיליונים ויוצרים פחות במעמדה של השואה, עת אסון שאין שווה לו בהיסטוריה של האדם הופך שווה בחשיבותו לכל אירוע ומהלך, גם אם זה קשה וכואב בפני עצמו.

23. השימוש במוטיבים מתקופת השואה ככינויי גנאי או כאמצעי להקצנת המסר שבביטוי ולהעצמתו הינו לטעמי חלק מתופעה רחבה יותר של הכנסת עלבונות ודברי נאצה אל השיח הציבורי, של חוסר סבלנות וסובלנות ושל הפיכת תרבות הדיון לתת-תרבות הדיון בה מאפיל הסגנון על התוכן. מוסרות הלשון הותרו והשיח הפך אלים יותר, בוטה יותר, פוגעני יותר. התחושה פעמים רבות היא שהנייר והאוזן סובלים הכל. יהיה מי שיטען כי השימוש בביטויים אלה הוא חלק אינטגרלי של חופש הביטוי. ואכן, כפי שצוין כבר, אינספור פעמים נפסק כי מבחנו של חופש הביטוי אינו באשר להתבטאויות נעימות לאוזן אלא בהשמעת דעות חריגות, מקוממות ומכעיסות המושמעות גם בשעה של סערת רוח ובסגנון בוטה וצורם (ראו למשל: בג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נא(5) 193, 201 (1997); ע"ב 2/84 הנ"ל, בעמ' 279; בג"צ 399/85 הנ"ל, בעמ' 280 - 281; בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומ"ולות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 9 (1993)).

ענייננו אינו בהשמעתן של דעות בלתי נעימות או מקוממות וברי כי השמעתן של אלה אין משמעה בהכרח דרדור רמת הדיון הציבורי. קיים פער ניכר בין הטלת מגבלות על השמעתן של דעות מתריסות או של ביקורת נוקבת לבין מצב בו הדיון הציבורי הוא כזה שאין הדוברים רואים עצמם מחויבים להצגת עמדה או להבעת דעה, אלא מסתפקים או מתמקדים בהטחת גידופים, או שאינם משכילים לבטא עמדתם מבלי שיעצימוה על ידי שימוש חסר כל פרופורציה, ופעמים רבות גם חסר כל בסיס,

במוטיבים מתקופת השואה. מסופקני אם מי מהדוברים העושה שימוש בביטויים מעין אלה נכון אכן להמעטה מחשיבות לקחי השואה על ידי השוואתה לאירועי ההווה, וראוי כי בטרם מותרות חרצובות הלשון יבוא אדם חשבון עם עצמו האם נכון הוא ליטול חלק בפגיעה שכזו.

השמירה על רמת הדיון הציבורי ועל תרבות השיח בישראל היא אינטרס חברתי חשוב שכל מי שחופש הביטוי יקר ללבו צריך להיות חרד לה. הענקת הגנתו של חופש הביטוי לדברים שאין בהם אלא חרפות ונאצות סופה שתחליש את מעמדה האיתן של חירות זו. היא פוגעת באפשרות להציג עמדות ודעות ולקיים דיון בהן באופן שיגשים הלכה למעשה את "שוק הרעיונות" בו מתחרים רעיונות, הגיגים ותפישות עולם זה בזה. באופן זה עשויה להיפגע גם יכולתו של הציבור לגבש לו עמדות ודעות, שהיא מעמודי התווך עליהם נשענת חירות הביטוי, ונגרמת פגיעה קשה בחינוך לסובלנות ולאזרחות טובה. הטיפול בתופעה האמורה צריך שייעשה במישור החברתי והחינוכי, על דרך של שיח ודיון ציבורי.

הסנד

24. האיזון החוקתי בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב ולכבוד האדם נעשה לא רק בקביעת האחריות אלא גם בשלב של פסיקת הסעד (עניין אמר, בעמ' 510). הסעד המתבקש ברגיל בתביעות לשון הרע, כמו גם בענייננו, הינו סעד של פיצויים. חיובו של אדם בפיצויים בגין לשון הרע הוא רב תכליתי:

"הפיצויים אשר אותם מוסמך בית משפט לפסוק למי שנפגע מעוולת לשון הרע מגמתם כפולה: ראשית, ליתן סיפוק לנפגע, הן על ידי שיוכל לדעת כי מכירים בכך שנעשתה כלפיו עוולה בכך שפגעו ללא הצדקה בשמו הטוב, והן על ידי כך שסכום הפיצוי שישולם לו יוכל לשפר במשהו את מצבו ולקרבו במידת האפשר - עד כמה שכסף יכול לתרום לכך - למצב שהיה נתון בו קודם התרחשות העוולה.

שנית - כפי שנאמר כבר בפסיקת בית משפט זה - נועדו הפיצויים הנקבעים בגין עוולת לשון הרע גם כדי שיחנכו את הקהל ויחדירו לתודעתו כי שמו הטוב של אדם, בין אם הוא איש פרטי, ובין אם איש ציבור, אינו הפקר, וכי יש ממש במה שנאמר בספר 'קוהלת': 'טוב שם משמן טוב'... הווה אומר: פיצויים אשר יש בפסיקתם משום מגמה עונשית ומגמה מחנכת ומרתיעה כאחד..." (ע"א 802/87 נ"ב אבנרי, פ"ד מה(2) 489, 493 - 494 (1991)).

לפסיקת הפיצויים יש איפוא, בנוסף לפונקציה התרופתית המסורתית שלהם, של השבת המצב לקדמותו, גם פונקציה מחנכת, פונקציה הרתעתית ויש הסבורים שאף פונקציה עונשית, הגם שעניין אחרון זה אינו נקי מספקות וקשיים בשל הריחוק בין תפקידם המסורתי של דיני הנזיקין לבין מטרות הענישה (עניין ספירו, בעמ' 57; חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר, בועז שנור לשון הרע – הדין המצוי והרצוי (2005) 401 - 403).

25. הנזק בו מדובר בענייננו הוא נזק טהור לשמו הטוב של המערער, שכן לא נטען בפנינו כי הפרסום גרם נזק ממון. כיצד יקבע בית המשפט את שיעור הפיצויים במקרה זה?

”בפסיקת פיצויים בגין לשון הרע יתחשב בית המשפט, בין היתר, בהיקף הפגיעה, במעמדו של הניזוק בקהילתו, בהשפלה שסבל, בכאב והסבל שהיו מנת חלקו, ובתוצאות הצפויות מכל אלה בעתיד. הבחינה היא אינדיבידואלית. אין לקבוע ”תעריפים”. בכל מקרה יש להתחשב בטיב הפרסום, בהיקפו, באמינותו, במידת פגיעתו ובהתנהגות הצדדים. אכן, התנהגותו של הניזוק לפני פרסום ולאחריו עשוי להוות אמצעי בעזרתו ניתן לעמוד על נזקו. בדומה, התנהגותו של המזיק אף היא עשויה להשפיע על שיעור הנזק והערכתו” (עניין אמר, בעמ' 525).

הדברים שהטיח המשיב במערער הם קשים ופוגעים. הם ננעצים כחץ מורעל בכבודו של אדם. יחד עם זאת, כאשר באים אנו לאמוד את הפגיעה בכבוד שבעטייה ייפסקו הפיצויים, לא ניתן להתעלם מכך שהמערער מוכר בציבור משך שנים רבות כמי שמזוהה עם עמדות גזעניות (לעניין לשון הרע על דמויות ציבוריות ראו: ע”א 1104/00 הנ”ל). הוא עצמו לקח חלק בהפגנה בה הוצג ראש הממשלה המנוח במדי קצין נאצי וסירב לגנות הדבר ויתרה מכך, בחקירתו בבית משפט השלום הוא סירב לגנות מעשי רצח של ערבים על ידי קיצוניים ואף לא שלל את השימוש בכינוי הגנאי שהוטח בו כלפי מי שלשטתו ראויים לו, בציינו, בהתייחס לכינויו של חבר הכנסת אחמד טיבי ”נאצי”: ”אני חושב שראוי לומר שהאידיאולוגיה האשפ”יסטית היא דומה מאד לאידיאולוגיה הנאצית ועל כן זה לא פגם לקרוא לאיש אש”פ נאצי, להבדיל מיהודי”. בנוסף, העובדה שהדברים נאמרו במהלך דיון שהיה שזור באמירות פוגעניות ומתלהמות, כאשר למערער האפשרות להגיב על הדברים, מקהה אף היא במידת מה מעוקצם של הדברים.

בהתחשב בשיקולים אלה, ובשים לב למטרות הפיצוי, אני סבורה כי יש לחייב המשיב לשלם למערער פיצוי בסך 1 ש"ח בגין הפגיעה בשמו הטוב.

אחרית דבר

26. חופש הביטוי הכה שורשים והשתרג באדמתנו המשפטית. אחיזתו איתנה ולא ניתן להחלישה או לעקרה. על ענפי העצים שהשתרשו מצויים ערכים ואינטרסים נוספים שהחברה מחויבת לשמרם מכל משמר ובהם ערך כבוד האדם. פגיעה קשה בכבוד האדם שעמה עלבון וביזוי, זו המזעזעת את אמות הסיפים של הסובלנות ההדרית, זו המרעידה את הנפש, זו הזועקת "עד כאן", היא האומרת: לא תפגע בכבוד האדם, לא תצרוב נפשו, שאחרת יזדעזע הענף ועשוי הוא ברעידתו לפגוע בענפים אחרים ובמרקם שביניהם, כמו גם בשורשיו. פגיעה בענף כבוד האדם עשויה להרעיד העץ כולו ולפגוע בנשמתו.

אכן, כפי ששנינו כולנו, חופש הביטוי הוא נשמת אפה של הדמוקרטיה, אך על כך יש להוסיף כי כבוד האדם שבה הוא מקור חוסנה של הדמוקרטיה. כשברקע אומה פצועה, למודת סבל, הנושאת על גבה את עלבון השואה, שהוא פוגע יותר מכל כאב פיזי, הדברים העומדים במוקדו של ערעור זה הם כאלה הפוגעים פגיעה אנושה ברגשות, ובפרט ברגשות הפרט אליו כווננו. גם על אלה מחויבים אנו להגן.

"היא תִּכְבֹּשׁ כְּעֵנָן אֶת רֹאשָׁהּ
וַיַּעֲצֹר כָּאֵב וּכְלָמָה פוֹרְשֵׁת וּבּוֹכָה..."
(ח"נ ביאליק, בעיר ההרעה)

27. אני סבורה איפוא כי יש לקבל הערעור ולחייב את המשיב לשלם למערער 1 ש"ח.

שׁוֹפֵט ת

כללו של דבר: השופטת א' פרוקצ'יה סבורה כי יש לקבל את הערעור ולפסוק לזכותו של המערער פיצוי בשיעור של 15,000 ש"ח כערכם היום. השופטת ע' ארבל סבורה כי יש לקבל את הערעור, אולם ראוי לחייב את המשיב לשלם למערער 1 ש"ח, ואילו המשנה-לנשיאה א' ריבלין סבור כי יש לדחות את הערעור.

לפיכך, נתגבש רוב לדיעה שיש לקבל את הערעור; יש מכנה משותף (בדעת רוב) לפסיקת הסכום שמציעה השופטת ע' ארבל, והתוצאה היא כפי שנפסקה בפסק-דינה של השופטת ע' ארבל.

בנסיבות העניין לא היינו עושים צו להוצאות.

ניתן היום, כ"א בחשוון התשס"ז (12.11.06).

שופטת

שופטת

המשנה-לנשיאה