

בבית המשפט העליון

רע"א 2572/04

בפני : כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופטת א' חיות

המבקש : רפאל פריגי

נגד

המשיבים : 1. "כל הזמן"
2. הוצאת מעריב מקומונים בע"מ
3. ירון בסקינד
4. אבי זילברברג
5. גדעון ספירו

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 9.10.03 בתיק ע"א 3524/02 שניתן על ידי כבוד השופטים מ' מזרחי, י' עדיאל ו-ב' אוקון

תאריך הישיבה : ג' בשבט התשס"ז (22.1.07)

בשם המבקש : עו"ד אלדד עוז

בשם המשיבים : עו"ד אבישי חלפון

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופטים י' עדיאל, ב' אוקון, מ' מזרחי), לפיו נדחה ערעורו של המבקש על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (כבוד סגן הנשיא י' צור) אשר דחה את תביעתו של המבקש לפיצויים בגין לשון הרע שהוציא נגדו, על-פי הנטען, המשיב 5.

1. ברקע ההליכים עומדת רשימה שפרסמה ביום 1.9.00 העיתונאית סילבי קשת (להלן: העיתונאית או גב' קשת), בעקבות פעילות מבצעית של חיילי יחידת "דובדבן" בכפר עשירא א-שימליה, במהלכה מצאו את מותם שלושה מחיילי היחידה מאש חבריהם. ברשימה זו כתבה העיתונאית בין היתר כי יחידת "דובדבן" היא "יחידה בלתי אנושית של נערים שאולפו קודם לירות ואחר כך לשאול שאלות, סופם שהם טובחים בחבריהם".

המבקש, שבמועדים הרלוונטיים לכתב התביעה שימש כמתמחה בפרקליטות מחוז ירושלים, הגיש בעקבות הדברים האמורים תלונה במשטרת ישראל נגד גב' קשת בגין המרדה. דבר הגשת התלונה פורסם אצל המשיב 1, שהינו מקומון היוצא לאור אחת לשבוע באזור ירושלים (להלן: העיתון או כל הזמן). בכתבה זו הובאו דבריו של המבקש באשר לתלונה, ולפיהם:

"הדברים של קשת חמורים. לפי חוק העונשין, ההגדרה של המרדה היא "מי שמביא לידי שנאה, או אי נאמנות למדינה, לרשויות השלטון, דינו ממריד והעונש עומד על חמש שנות מאסר". יושבת סילבי קשת בכיתה בצפון תל אביב, ישנה טוב כלילה ומשסה בכתיבה לא אחראית המעוררת זעם. בדברים שלה, יש משום הצדקה למותם של חיילי דובדבן, פגיעה במשפחות וכזה"ל".

כן הובאה בתלונה תגובתה של העיתונאית לדברים.

בעקבות הכתבה האמורה פרסם המשיב 5, שהינו כתב ובעל טור שבועי שכינויו "סמרטוט אדום" בכל הזמן, את הדברים הבאים, שהם העומדים במוקד המחלוקת שלפנינו:

"פולי פרג' (המבקש, ע.א.), מתמחה בפרקליטות מחוז ירושלים, הגיש תלונה במשטרה נגד העיתונאית סילבי קשת, לאור דברי ביקורת נוקבים שכתבה נגד יחידת החיסול דובדבן, כמו למשל ש"יחידה בלתי אנושית של נערים שאולפו קודם לירות ואחר כך לשאול שאלות – סופם שהם טובחים בחבריהם". צודקת ב- 150 אחוזים. המתמחה פרג', באווילותו המשפטית והמחשבתית, הסתמך בתלונתו על סעיף ההמרדה בחוק העונשין שמדבר על "שנאה ואי נאמנות למדינה ולרשויות השלטון", ששוים 5 שנות מאסר. מדוע פרג' הוא אוויל? כי הוא לא מבין שעיתונות חופשית ודמוקרטית

צריכה לעשות בדיוק את מה שכתוב בחוק ההמרדה: לעורר שנאה ואי נאמנות לכל שלטון שעוסק בפשעי מלחמה והפרת זכויות אדם. לכן צריך לצאת נגד דובדבן ונגד מי שהקימו אותה. ומדוע פרג' מסוכן? כי בעתיד הוא עלול להיות שופט או פרקליט שישרת כל שלטון רשע ודיכוי. משפטנים המתלוננים כמוהו מזכירים לי משפטנים רבים מרפובליקת ויימר בשלב הדמוקרטיה המתמוטטת, שהתקרנפו לתוך משטר הדיכוי של הרייך השלישי".

אחר הדברים האלה הגיש המבקש תביעת לשון הרע נגד המשיבים, בה תבע כי יפצוהו בסך של 180,000 ₪ בגין הפגיעה בשמו הטוב. המשיבים 2 – 4, יצוין, היו נושאי משרה בעיתון בתקופה הרלוונטית להגשת התביעה.

פסיקת הערכאות דלמטה

2. טענת המבקש בבית משפט השלום בירושלים היתה כי יש בדברים שפורסמו אודותיו במאמר פרי עטו של המשיב 5 (שיכונה להלן: המאמר) משום לשון הרע, מאחר שהיה במאמר כדי לבזות אותו בשל תכונות שיוחסו לו כ"אוויל משפטי ומחשבת" ו"מסוכן", ובשל ההשוואה שנעשתה במאמר בינו לבין המשפטנים "...מרפובליקת ויימר בשלב הדמוקרטיה המתמוטטת, שהתקרנפו לתוך משטר הדיכוי של הרייך השלישי", השוואה שלטענתו זיכתה אותו בקריאת "הייל היטלר" לגלגנית תוך הצדעה במועל יד מצד עמית למקצוע שפגש בו בבית המשפט.

בית משפט השלום קבע בפתח הכרעתו כי המבקש שגה בהגישו תלונה בגין המרדה בעקבות מאמרה של גב' קשת, נוכח הוראת סעיף 138 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן: חוק העונשין), הקובעת מהן ביקורת ותעמולה חוקיות. בית המשפט ציין כי נראה שהמבקש לא פירש נכונה את האמור ברשימתה של גב' קשת, וטוב עשה כאשר לא ערר על סגירת התיק שנפתח נגד גב' קשת בעקבות תלונתו.

לגופם של דברים קבע בית המשפט כי אין בביטויים שבמאמר משום לשון הרע. באשר לאיוולת המשפטית והמחשבתית שייחס המשיב 5 למבקש, נקבע כי הביטויים עצמם יכולים היו לבסס טענה כי מדובר בלשון הרע, אולם קריאתם על רקע מכלול הטקסט מלמדת כי לא כך הוא, שכן המשיב 5 נתן הסבר לשאלתו "מדוע פרג' הוא אוויל?", באופן שלשיטת בית משפט השלום מנטרל את הפגיעה שיכולה היתה להיגרם מן הכינוי "אוויל", גם אם ניתן לחלוק על הסבריו של המשיב 5. בית המשפט נתן דעתו לתצהירים שהגיש המבקש ולפיהם הוא הוקנט בעקבות הכתבה במקומות

פומביים על-ידי אנשים שונים, בביטויים דוגמת "הייל היטלר", "מה שלום אווה בראון", "נאצי" ועוד, אך ציין כי המשיב 5 כלל לא השתמש בביטויים אלה כלפי המבקש וכי יש לתמוה על כך שהמבקש לא מצא לנכון לתבוע מי מהאנשים שפנו אליו ככינויים שכאלה. השאלה שהעלה המשיב 5 במאמר, "מדוע פרג' הוא מסוכן", גם היא לא נמצאה כמהווה לשון הרע כאשר היא נקראת על רקע הדעה והביקורת שהובעו במאמר המענה לשאלה זו.

בית המשפט קבע גם כי הזיקה שיצר המשיב 5 במאמרו בין המבקש לבין משפטנים ששיתפו פעולה עם שלטון גרמניה הנאצית, אינה מהווה לשון הרע. יצוין, כי בעניין זה הוגשה לבית המשפט מטעם המשיבים חוות דעת מומחה של ההיסטוריון, פרופ' משה צימרמן. בית המשפט קבע, כי ביקורתו של המשיב 5 על התנהגותו של המבקש בהגשת התלונה היא בבחינת הבעת דעה, אם כי תוך שימוש בטרמינולוגיה וברטוריקה קיצוניות. עוד מצא בית המשפט כי הקורא הסביר לא היה מייחס למבקש תכונות של רוע, אכזריות והיעדר הומניות, כפי שניתן להסיק לכאורה לגבי מי ששיתפו פעולה עם השלטון הנאצי.

בית משפט השלום הוסיף וקבע כי גם לו היה בדברים משום לשון הרע, היו עומדות למשיבים ההגנות שבסעיפים 15(4) ו-15(6) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה – 1965 (להלן: החוק). זאת, כיוון שבמאמר יש משום הבעת דעה וביקורת על התלונה שהגיש המבקש נגד גב' קשת ומאחר שהמאמר הופיע בטור אישי הכולל כתיבה ביקורתית נוקבת על תופעות שונות בחיים הציבוריים. נקבע כי היה בתלונה ובתוכנה עניין ציבורי ממדרגה ראשונה, המבקש לא מחה על עצם הפרסום בדבר הגשת התלונה, במסגרתו צוין כי הוא מתמחה בפרקליטות המחוז, הוא אף "דאג שלא להסתיר עובדה זו", ו"למעשה, מרגע שהתובע פרסם את דבר הגשת התלונה נגד סילבי קשת הפך עניינו לפומבי וחשוף לביקורת". בית המשפט דחה אפוא את התביעה, אך לאור לשון הכתבה נמנע מלפסוק הוצאות לטובת המשיבים.

3. ערעור שהגיש המבקש על פסק דינו של בית משפט השלום נדחה, הגם שלא מטעמיו של בית משפט השלום. בית המשפט המחוזי סבר כי התבטאויותיו של המשיב 5 עולות כדי לשון הרע על המבקש, מאחר שהטלת דופי חמור בכישוריו המקצועיים וביושרו המקצועי של אדם, כפי שעולה מהתבטאויות אלה, עלולה לפגוע בעיסוקו ובמקצועו, לבזותו ולהשפילו בעיני החברה כולה או למצער בקרב חבריו למקצוע. בית המשפט סבר כי ההסבר שנתן המשיב 5 לדעה שהביע אינו משכך את עוצמת הפגיעה בשמו הטוב של המבקש.

מכאן נפנה בית המשפט המחוזי לדיון בשאלה האם עומדת למשיבים הגנה מן ההגנות הקבועות בחוק. בית המשפט המחוזי לא הכריע בטענת המשיבים כי עומדת להם הגנת אמת הפרסום לפי סעיף 14 לחוק, שכן ממכלול הדברים, שנאמרו בטור פובליציסטי ונועדו לבקר את מעשיו של המבקש, עולה כי הם בגדר הבעת דעה, מה גם שכאשר מדובר בהבעת דעה בהקשר לנושאים פוליטיים או היסטוריים אין לבית המשפט הכלים או המומחיות לקבוע מהי האמת.

בית המשפט המחוזי הותיר על כנה את קביעת בית משפט השלום כי עומדת למשיבים הגנת תום הלב. נמצא כי עומדת להם הגנת סעיף 15(4) לחוק, לאחר שנדחתה טענת המבקש כי המשיב 5 יצר ברשימתו את הרושם כי המבקש הגיש התלונה בכושרו כמתמחה ולא כאדם פרטי. נקבע, כי במאמר הוזכר אמנם כי המבקש מתמחה בפרקליטות המחוז, אולם לא נאמר מפורשות כי הוא הגיש את התלונה במסגרת תפקידו כמתמחה. אם נפל בעניין זה אי-בהירות, קבע בית המשפט המחוזי, הוא נגרם על-ידי המבקש עצמו שלא טרח להסתיר עובדה זו בכתבה על הגשת התלונה. יתר על כן, קבע בית המשפט המחוזי, אמיתות התשתית העובדתית שביסוד ההגנה אינה נשללת בשל טעות בפרט לוואי שאין בו פגיעה של ממש וכזה היה לדעתו הפרט האמור. בית המשפט סבר כי הדברים שכתב המשיב 5 במאמר הם בגדר הבעת דעה על התנהגות המבקש בקשר לעניין ציבורי - ניסיון להניע את המדינה לנקוט הליכים פליליים נגד עיתונאי בגין כתבה שפרסם - כמו-גם על אופיו ודעותיו כפי שהתגלו בהתנהגות זו.

בית המשפט המחוזי קבע כי למשיבים עומדת גם הגנת סעיף 15(6) לחוק, שעניינה ביקורת על פעולה שנעשתה בפומבי, שכן מעשהו של המבקש כמוהו כמעשה שנעשה בפומבי מעצם פרסום הכתבה שבעקבותיה נכתב המאמר, היוזמה לפרסום הכתבה האמורה באה מהמבקש עצמו והמשיב 5 אך הביע את דעתו הביקורתית על המעשה הפומבי ועל אופיו של המבקש כפי שהתגלה לדעתו בפעולה זו. בית המשפט המחוזי דחה את טענת המשיבים כי עומדת להם הגנת סעיף 15(2) לחוק, בציינו כי הסיכון העולה מן הפרסום ולכאורה מקים חובה לפרסמו, הוא בגדר סיכון כללי הנשקף לציבור כולו ולכן אינו מקים את הגנת הסעיף.

4. בית המשפט המחוזי בחן גם האם הפרסום לא חרג מתחום הסביר באותן הנסיבות, לצורך תחולתה של חזקת תום-הלב לפי סעיף 16(א) לחוק. נקבע כי במקרה זה, ההערכה השלילית של מעשי המבקש והסיכון לחופש הביטוי הטמון במעשים אלה אינם בלתי סבירים, גם אם אין מדובר במסקנה ההגיונית המתבקשת מן העובדות. בית

המשפט ציין עוד כי אך במקרים חריגים ביותר, כאשר אין כל קשר בין הדעה המובעת לבין העובדות, תחרוג הדעה ממתחם הסבירות הרחב המתחייב מן הצורך להגן על חופש הביטוי הפוליטי. בית המשפט ציין גם כי מדובר בפרסום הכלול בטור פובליציסטי, אין בו כל מימד החורג מן הסביר והמבקש לא הביא כל ראיה שתצביע על כך שהמשיב 5 התכוון לפגוע בו מעבר למידה הראויה. כן נדחתה טענתו של המבקש כי המשיבים מנועים מלטעון לתום לב מכיוון שלא נענו לדרישתו לפרסם התנצלות, תוך שבית המשפט המחוזי מבהיר כי המבקש לא פנה למשיבים בבקשה לפרסם תיקון או הכחשה מטעמו לנאמר במאמר, אלא דרש לפרסם התנצלות בשם המשיבים, דרישה החורגת מגדריו של סעיף 17 לחוק.

מכאן הבקשה שלפנינו.

טענות המבקש

5. המבקש טוען כי הבקשה מצדיקה מתן רשות לערער לשם הכרעה בשאלה "האם יש בהשוואה של אדם לנאצים ודומיהם, או כל השוואה אחרת אותה מפרש האדם הסביר כהשוואה לנאצים, בכדי לשמוט את הקרקע מתחת הגנת תום הלב הקבועה בחוק איסור לשון הרע, וזאת בין היתר מפאת היותה של האשמה זו חורגת מתחום הסבירות בעניין זה, אף אם הינה הבעת דעה". בסוגיה זו קיימת לדבריו פסיקה סותרת של בתי המשפט המחוזיים. לטענתו, אין להשלים עם קביעתו של בית המשפט המחוזי כי השוואתו למשפטנים שהשלימו עם השתלטות הנאצים על גרמניה ורמיזה לנכונותו לשרת כל משטר עוול, כמו-גם הכינויים "אוויל משפטי" ו"פרקליט מסוכן" אינה חורגת ממתחם הסבירות.

המבקש גורס כי לא היה מקום לקבוע כי עומדת למשיבים הגנת סעיף 15(4) לחוק, שכן לשיטתו אין הגשת התלונה על ידו מהווה התנהגות הקשורה לעניין ציבורי, ואף לו היתה קשורה לעניין ציבורי, כדרישת הסעיף, אין הפרסום חוסה לטענתו תחת הגנת הסעיף, שכן לא ניתן להבחין במאמר בין העובדות לבין הבעת הדעה. המבקש סבור גם כי אין עומדת למשיבים הגנת סעיף 15(6) לחוק, שכן הגשת תלונה במשטרת ישראל אינה מעשה או פעולה שנעשו בפומבי. הדגש לשיטתו הוא על כך שהפרסום סוטה באופן מהותי ממתחם הסבירות ואף אם חוסה הוא לכאורה תחת הגנת תום הלב לפי סעיף 15 לחוק, אין לומר כי הוא מידתי. הוא מבקש לקבוע כי גם אם מטרתן של ההגנות לפי החוק להגן על השיח הציבורי ולאפשר דיון חופשי בעניינים ציבוריים, אין

מקום במדינת ישראל, לאחר השואה, להגן על השוואת עורך דין או כל אדם לנאצים, בהיותה השוואה החורגת ממתחם הסבירות.

6. לאחר שהתקיים הדיון בבקשה, ולאחר מתן פסק הדין ברע"א 10520/03 בן-גביר נ' דנקנר (טרם פורסם, 12.11.06) (להלן: עניין בן-גביר), הגיש המבקש השלמת טיעון מטעמו, בה טוען הוא כי בעניין בן-גביר נפסק כי הבעת דעה הכוללת השוואה למשטר הנאצי מצויה מחוץ למתחם הסבירות ועל-כן גם במקרה דנן סבור הוא כי אין המשיבים יכולים לחסות תחת הגנת תום הלב. לטענתו, פסק הדין בעניין בן-גביר מוליך למסקנה כי אין המאמר שפרסם המשיב 5 יכול לחסות תחת הגנת סעיף 15(4), שכן על-פי הבנתו של האדם הסביר, המבקש הושווה למשרתי המשטר הנאצי, וכינויו כאוויל, ההכרזה עליו כמסוכן לציבור והשוואתו למשרתי המשטר הנאצי אינם אלא גידופים שאינם יכולים לחסות בצילה של הגנת הבעת הדעה.

המבקש מדגיש כי הוא אינו – ולא היה בעת הפרסום – איש ציבור, ולדעתו "המתקפה" עליו בעקבות הגשת התלונה הינה תגובה בלתי-סבירה. הוא סבור כי המאמר לא היה נפגע לו לא היו נכללים בו הביטויים הפוגעניים ומדגיש כי אם בעניין בן-גביר דובר במבקש הנושא לדבריו את דגל הגזענות ואף על פי כן נמצא כי הפרסום המשווה אותו לנאצים אינו סביר, ועל-כן מקל וחומר אין הפרסום בעניינו שלו סביר.

טענות המשיבים

7. המשיבים סבורים כי הבקשה אינה מצדיקה מתן רשות לערער. לדבריהם, השאלה המשפטית שהעמיד המבקש לדיון מוליכה למסקנה כי מתן רשות ערעור צריך שייגזר מתוכן לשון הרע הנטענת. בנוסף הם טוענים כי הטענה כי אמירה מסוימת מצויה מחוץ למתחם הסבירות אינה מחריגה אותה מגדרי הסכסוך שבין הצדדים באופן המצדיק מתן רשות לערער.

במישור העובדתי טוענים המשיבים כי זמן קצר לאחר שהגיש המבקש את תלונתו במשטרה נגד העיתונאית, הוא פנה למשיב 4, ששימש כעורכו של המשיב 1, דיווח לו על התלונה שהגיש וביקש ממנו לפרסם ידיעה אצל המשיב 1 אודות הגשת התלונה. עוד הם מציינים כי הם סירבו לדרישת עורך דינו של המבקש לפרסם התנצלות בנוסח שהוכתב על ידו, אולם הציעו לו לפרסם מאמר תגובה, אך הלה סירב ובחר להגיש תביעה. המשיבים מדגישים כי המבקש לא הגיש חוות דעת מומחה מטעמו שתעמוד כנגד חוות דעתו של המומחה מטעמם, פרופ' מ' צימרמן.

המשיבים טענו בהרחבה מדוע אין לשיטתם בביטויים שבמאמר משום הוצאת לשון הרע על המבקש. כן פרטו מדוע לשיטתם עומדות להם ההגנות לפי סעיפים 14 ו-15(2) לחוק. ואולם, משנמנעו מלהגיש בקשת רשות לערער ומשהשאלה שבמוקד הבקשה אינה נוגעת בשאלת התקיימותן של ההגנות אם לאו, לא ראיתי לפרט הטענות וממילא גם איני רואה מקום לדון בהן, באשר אף לשיטתם של המשיבים עצמם אין מדובר אלא בשאלות של יישום הדין. אציין אך כי לשיטתם, מדובר בדברים שנאמרו בהקשר פוליטי-מדיני מפי פובליציסט בעל דעות מוגדרות, הידוע ככזה, ואשר ביקורתו אודות המבקש נעשתה כחלק ממשנתו הפוליטית. כאשר הקורא מודע למשנתו של המשיב 5, לכך שמדובר בטור ביקורתי ולרקע לדברים, ובהתחשב בכך שהמבקש בחר לפרסם את הגשת התלונה והיתה לו נגישות לתקשורת, גם על-ידי הצעתם לו לפרסם תגובה, סבורים הם כי לא ניתן לומר כי מדובר בלשון הרע.

8. המשיבים סבורים כי אין להתערב בקביעה כי עומדת להם הגנת סעיף 15(4) לחוק. לטענתם, עיקר המאמר הינו הבעת דעתו של המשיב 5, כאשר מטבעו של מאמר ביקורת שראשית מובאות בו העובדות נשוא הביקורת ולאחר מכן מוצגת הביקורת עצמה. מכאן אין להסיק, הם טוענים, כי במאמר משמשות בערבוביה דעות ועובדות. על כך שמדובר בהבעת דעה ניתן ללמוד לשיטתם מכך שהמאמר נכתב במסגרת הטור האישי של המשיב 5, טור הנושא אופי פובליציסטי-ביקורתי בולט, דעותיו של המשיב 5 ידועות לכל וכתבתו מתריסה וביקורתית, כנלמד גם מכותרת הטור "סמרטוט אדום". הם גורסים כי גם לשון המאמר מלמדת כי מדובר בדעתו של המשיב 5 ובדעתו בלבד ומדגישים כי המשיב 5 נימק את הדעה שהביע במאמרו.

המשיבים טוענים עוד כי המשיב 5 הביע דעתו על התנהגות המבקש בקשר לעניין ציבורי. לדבריהם, קיים עניין ציבורי בפרסום המאמר, כפי שקבעו גם הערכאות הקודמות, מאחר שמאמרה של גב' קשת עסק בתקרית שזכתה לכיסוי תקשורתי, מה גם שהעובדה שהמבקש דיווח למשיבים 1 ו-4 על הגשת תלונתו וביקש לפרסם הדבר, מהווה נקיטת עמדה מצידו ביחס להירתמות לדיון הציבורי בנושא. מאמרו של המשיב 5 הוא להשקפתם המשך ישיר לדיון ציבורי זה. המשיבים טוענים עוד כי העניין הציבורי במקרה זה נובע מכך שהתלונה הוגשה עת שהמבקש מילא תפקיד ציבורי, כמתמחה בפרקליטות, תפקיד שיש לו זיקה ברורה לתלונה שהגיש, בהיותו חלק מן המערכת המחליטה על העמדה לדין. עוד נטען כי העניין הציבורי שבפרסום נובע גם מן התועלת שבו, בהיותו מיועד לשפר את אורחות חייו של הציבור ולחזק את

הדמוקרטיה בישראל על ידי תמיכה במאמרה של גב' קשת, תקיפת מבקריה ואזהרה מפני התנכלות לעיתונאים בשל דברי ביקורת אנטי-שלטוניים שפרסמו, כמו-גם לתרום לדיון הציבורי בנושאים שונים כתפקודה של יחידת דובדבן, גיוס המערכת המשפטית נגד עיתונאים ועוד. המשיבים מדגישים כי מן המאמר עלה כי ביקורתו של המשיב 5 נגד המבקש נעשתה בקשר עם התלונה. לטענתם אין הגשת התלונה בגדר עניין אישי של המבקש, כנלמד מכך שהמבקש לא הסתיר את תלונתו אלא פירסם אותו עם הסבר מטעמו, לא יצא נגד ההבלטה בכתבה כי הוא מתמחה בפרקליטות ואף לא פנה לעיתון בבקשה שיבהיר כי הוא הגיש את התלונה כאדם פרטי.

9. המשיבים טוענים כי אין להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי כי עומדת להם הגנת סעיף 15(6) לחוק. כאמור, לטענתם, המאמר נכתב כביקורת על פעולה שעשה המבקש בפומבי – הגשת התלונה ודיווח על-כך לעיתון – ובמצב זה אין להשלים עם ניסיונו לטעון לפרטיות. לדבריהם, המבקש הגיש תלונה נגד עיתונאית, בנוגע לפרסום שנעשה על ידה, ולא נגד אדם פרטי; נשוא התלונה אינו נוגע לעניינו האישי של המבקש, המבקש ביקש לפרסם את דבר הגשת התלונה והתראיין בעניין זה; לעבירה נשוא התלונה אופי ציבורי והמבקש שימש בעת הגשת התלונה כמתמחה בפרקליטות המחוז ועל כן היה עובד ציבור באותה עת. לפיכך הם סבורים כי הפרסום אינו אלא הבעת ביקורת על פעולה שנעשתה בפומבי.

10. המשיבים טוענים עוד כי עומדת להם חזקת תום הלב לפי סעיף 16(א) לחוק, שכן פרסום המאמר לא חרג מתחום הסביר בנסיבות. הם גורסים כי המאמר נכתב בתגובה לצעד חמור יותר שנקט המבקש – הגשת תלונה בעקבות פרסום מאמר ביקורתי, צעד שעל חומרתו היתרה ניתן ללמוד מן הדברים חסרי הבסיס שאמר המבקש על גב' קשת בראיון למשיב 1, וכן מתפקידו של המבקש אותה עת כעובד ציבור ומכך שפרסם את דבר הגשת התלונה. סבירותו של הפרסום מוסקת לדידם גם מכך שבמאמר נמסרו כל הפרטים הרלוונטיים לצורך הביקורת על המבקש, המשיב 5 נימק את עמדתו וההתייחסות אל המבקש נגעה רק לתלונה שהגיש נגד גב' קשת ולא גלשה לפסים אישיים. לדעתם, סגנון הדברים הלם את מעשהו של המבקש ואת סגנונו.

המשיבים מטעימים כי המשיב 5 טען אמנם כי קיימים קווי דמיון בין התנהגות המבקש להתנהגותם של המשפטנים בסוף ימיה של רפובליקת ויימר, אך הוא לא כינה את המבקש בכינוי "נאצי" וממילא אינו סבור כן. הם סבורים כי אין לקבל את טענת המבקש כי האדם הסביר מפרש את ההשוואה שנעשתה כהשוואה לנאצים ולטענתם מדובר בטענה בעלמא שאינה נכונה, כעולה מחוות דעת המומחה מטעמם, וכלל לא

הוכחה. המשיבים מוסיפים וטוענים כי גם לו היה המשיב 5 משווה את המבקש לנאצי, ספק אם היה בכך כדי לשלול ממנו את חזקת תום הלב, שכן אין מקום לקביעה כי "...כל אימת שתיערך השוואה כלשהי של אדם לנאצים ודומיהם, יש בכך כדי לשמוט את הקרקע מתחת הגנת תום הלב הקבועה בחוק איסור לשון הרע..." בטענה כי האשמה שכזו חורגת ממתחם הסבירות. הנאציזם היה תופעה היסטורית חשובה וככזו הם סבורים כי היא ראויה למחקר ולאזכור, ואין לשלול מבחינה עקרונית השוואה בין תופעה היסטורית אחת לתופעה היסטורית אחרת. לאור האמור הם מסכמים, המאמר אינו חורג מגדר הסביר ואין לשלול מעימם את חזקת תום הלב לפי סעיף 16(א) לחוק.

11. המשיבים מוסיפים כי אין במקרה דנן תחולה לסעיף 16(ב) לחוק, שכן המבקש לא הוכיח כי תוכן המאמר אינו אמת, נמנע מלהביא חוות דעת שתתמודד עם חוות דעתו של פרופ' צימרמן ולא הוכיח כי המשיב 5 לא האמין באמיתות הדברים שכתב; המבקש לא הוכיח כי היה על המשיבים לנקוט אמצעי כלשהו, או כי הם נמנעו מלנקוט אמצעי כלשהו כדי להיווכח אם הפרסום אמת הוא אם לאו, ולהשקפתם, המבקש כבעל טור לא צריך היה לבדוק דבר מעבר למה שקרא בכתבה אודות תלונת המבקש; המבקש לא הוכיח שהמשיב 5 התכוון לפגוע בו על ידי הפרסום במידה גדולה מהסביר להגנה על הערכים המוגנים בסעיף 15 לחוק.

12. המשיבים טוענים גם כי הגנת תום הלב אינה נשללת מהם לפי סעיף 17 לחוק, שכן המבקש ניסה להכתיב עבורם נוסח מסוים של התנצלות שלא כלל תיקון והכחשה אלא התנצלות גרידא בגין הדעה שפרסמו, אותה דרש לפרסם בכותרת הגליון, ובניגוד לאמור בסעיף 17(א). הם מוסיפים כי נוסח ההתנצלות היה גורף ופגע בחופש הביטוי שלהם, ומדגישים את סירובו של המבקש לפרסם מאמר תגובה.

המשיבים טוענים עוד כי המבקש לא הוכיח כי נגרם לו כל נזק עקב הפרסום ולשיטתם גם אם נזק שכזה אכן נגרם, ראוי הוא לפיצויים בסכום נמוך ביותר, אם בכלל. הם מבקשים לדחות את הבקשה ולחייב את המבקש בהוצאות משמעותיות.

13. בהשלמת הטיעון שהגישו לאחר שניתן פסק הדין בעניין בן-גביר טוענים המשיבים כי קיימים הבדלים מהותיים בין עובדות פסק הדין בעניין בן גביר לאלה שבענייננו: ראשית, הם גורסים, משניתן פסק הדין בעניין בן-גביר אין עוד הצדקה למתן רשות לערער. שנית, הם סבורים כי תוכן ההתבטאויות שונה בשני המקרים. כך, בעוד שבעניין בן-גביר יוחס הכינוי "נאצי" במישרין לנפגע, במקרה דנן מדובר בהתבטאות על דרך ההשוואה בלבד, גם אם מדובר בביקורת חריפה: המבקש לא כונה

"נאצי" אלא הושווה ל"משפטנים רבים מרפובליקת ויימר... שהתקרנפו לתוך משטר הדיכוי של הרייך השלישי". המשיבים עומדים על משמעות המונח "התקרנפות" וגורסים כי התקרנפות אינה מכוונת בהכרח לאנשים רעים מטבעם. מפנים הם לחוות דעתו של פרופ' צימרמן, שלא נסתרה, ולפיה משפטנים רבים בתקופת המעבר מרפובליקת ויימר לרייך השלישי כלל לא היו נאצים אלא שמרנים לאומניים שמבחינתם היתה קיימת עדיפות אבסולוטית להגנה על הקולקטיב הגרמני הלאומי, על פני הגנה על זכויות האדם וחופש הביטוי.

הבדל שלישי עליו מצביעים המשיבים הוא כי המשיב 5 לא ייחס למבקש את האידיאולוגיה שאפיינה את המפלגה הנאצית, אלא אך הצביע על הדמיון שהוא רואה בין המבקש, כפי שמעידים עליו מעשיו, לבין מעשיהם של המשפטנים מסוף רפובליקת ויימר. הבדל רביעי הינו כי בניגוד לעניין בן-גביר, שם דובר בפרסום שכולו עלבון וגידופים שלא במסגרת ביקורת עניינית, דברי המשיב 5 נכתבו בסגנון ענייני ומנומק, במטרה לקדם את חופש הביטוי של עיתונאים להביע עמדות נגד השלטון ולתרום לשיח הדמוקרטי בישראל, הדברים לא היו מבזים ולא נועדו לפגוע או להשפיל את המבקש אלא לבקר באופן נוקב.

ההבדל החישי לו טוענים המשיבים הוא כי בניגוד לעניין בן-גביר, מן המאמר מובן כי מדובר בדעתו של המשיב 5 בלבד וקיימת הפרדה ברורה בין עובדות לדעה; הבדל שישי עניינו בתפקידו של הנפגע במועד פרסום ההתבטאויות. בן-גביר אמנם מוכר בציבור כפעיל פוליטי, אולם הוא לא נשא בכל תפקיד ציבורי במועד הפרסום. המבקש לעומת זאת שימש בתפקיד ציבורי, כמתמחה בפרקליטות מחוז ירושלים, ותוך כדי מילוי תפקידו הגיש את התלונה וטרח לפרסם את דבר הגשתה ואת היותו מתמחה בפרקליטות. לטענתם, ציבור הקוראים יכול היה להבין כי עמדת המבקש זוכה לתמיכה במישרין או בעקיפין מראשי משרד המשפטים והפרקליטות, מה גם שפעולתו זו של המבקש נגעה במובהק בתחומי עיסוקו בפרקליטות. הבדל שביעי נוגע להיקף הפרסום - בעוד שבעניין בן-גביר דובר בשידור טלוויזיוני, בענייננו מדובר בפרסום שהיקפו מצומצם בהרבה, במקומון שמופץ רק באזור ירושלים.

ד"ר

14. הערה מקדימה. סיווגן של ההתבטאויות השנויות במחלוקת במאמר כלשון הרע אם לאו אינו עומד אפוא לבירור בפנינו, אף שמקובלת עליי מסקנתו של בית המשפט המחוזי כי הדברים מהווים הוצאת לשון הרע. הסבר מפורט מדוע ייחוס

יכולות משפטיות ומחשבתיות ירודות למשפטן, ומדוע הטלת צל כבד על רמתו המוסרית, עלולים להשפילו, לבזותו ואף לפגוע בפרנסתו ובמקצועו, אינו נדרש, כך נראה. לפיכך, וכפי שכבר צוין, לא ראיתי לדון בטענות המשיבים מדוע אין הפרסום מהווה בענייננו הוצאת לשון הרע. לא ראיתי גם מקום לדון בטענות המשיבים מדוע עומדות להם הגנות הסעיפים 14 ו-15(2) לחוק, מאחר שבקשת רשות הערעור היחידה המונחת בפנינו היא זו שהגיש המבקש, ואין היא מחייבת לא דיון בשאלות הנוגעות בסיווג ההתבטאויות השנויות במחלוקת כלשון הרע אם לאו, ולא דיון בהגנות הנוספות שצוינו. באשר לאלה אין פסקי דינן של הערכאות דלמטה מעוררים כל שאלה משפטית שתצדיק דיון בפני ערכאת ערעור נוספת ומדובר אך בשאלות של יישום הדין וההלכה הפסוקה.

הבקשה אינה מעוררת גם כל שאלה משפטית בעלת אופי עקרוני באשר ליסודות ההגנות שבסעיפים 15(4) ו-15(6) לחוק, שנמצא כי עומדות למשיבים (וראו: ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982)). הנחת המוצא לדיון הינה אפוא כי יש בפרסום משום הוצאת לשון הרע וכי יסודות ההגנות לפי סעיפים 15(4) ו-15(6) לחוק התקיימו.

15. השאלה שהועמדה במוקד הבקשה הינה האם במצב בו נמצא כי פרסום מהווה הוצאת לשון הרע, אולם חוסה תחת הגנת תום הלב לפי החוק, אין לשלול ממנו הגנה זו מאחר שהפרסום כולל השוואה לנאצים וככזה הינו בלתי-סביר.

המענה לשאלה זו ראשיתו במסגרת הנורמטיבית לדיון, המצויה בשלושה סעיפי חוק שיובאו להלן:

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;

...

(6) הפרסום היה בקורת על יצירה ספרותית, מדעית, אמנותית או אחרת שהנפגע פרסם או הציג ברכים, או על פעולה שעשה בפומבי, ובמידה שהדבר כרוך בבקורת

כזאת - הבעת דעה על אפיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה יצירה או פעולה;

...

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.

17. שלילת הגנת תום לב

(א) פורסמה לשון הרע באמצעי תקשורת לא תעמוד הגנת תום לב לעורכו, למי שהחליט בפועל על הפרסום או לאחראי על אותו אמצעי תקשורת אם הנפגע, או אחד הנפגעים, דרש ממנו לפרסם תיקון או הכחשה מצד הנפגע ולא פרסם את התיקון או ההכחשה בכותרת מתאימה במקום, במידה, בהבלטה ובדרך שבה פורסמה אותה לשון הרע, ותוך זמן סביר מקבלת הדרישה; ובלבד שהדרישה היתה חתומה בידי הנפגע, שהתיקון או ההכחשה לא היה בהם משום לשון הרע או תוכן בלתי חוקי אחר, וארכם לא חרג מתחום הסביר בנסיבות.

...

כאמור, על מנת ליהנות מהגנת תום הלב על המפרסם להראות כי התקיים בעניינו אחד מסעיפי המשנה של סעיף 15 לחוק וכי הפרסום לא חרג מתחום הסביר באותן הנסיבות, שאז קמה לו חזקת תום-הלב לפי סעיף 16(א) לחוק. יסוד הסבירות טבוע בחזקת תום הלב שבסעיף 16(א) לחוק. עיון בסעיף זה ובטענותיו של המבקש מעלה כי למעשה טענתו של המבקש מתייחסת לסעיף זה וגורסת כי מקום שהפרסום כולל השוואה לנאצים, יש לקבוע קטגורית כי הוא אינו מצוי ב"תחום הסביר באותן נסיבות", כדרישת הסעיף, שאז תישלל ההגנה מן המפרסם. בטרם אבחן הטענה לגופה אדרש בקצרה להגנות שעל חלותן על המקרה שלפנינו משיג המבקש.

16. כאמור, ההגנה הראשונה שנגד חלותה על המקרה יוצא המבקש היא הגנת סעיף 15(4) לחוק. התנאים הבסיסיים לתחולתה של הגנה זו, מעבר ליסודות שבסעיף, הינם כי מן הפרסום יהא זה מובן כי מדובר בדעה גרידא וכי ככל שלצורך הבעת הדעה

הובאו עובדות, יהיו אלה עובדות אמת (אורי שנהר דיני לשון הרע (תשנ"ז) 308. להלן: שנהר).

האם ההתבטאויות הפוגעניות במאמרו של המשיב 5 הן בגדר הבעת דעה? לשאלה זו אני סבורה כי יש להשיב בחיוב. כידוע, "...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' ביארס, פ"ד נג(3) 352, 358 (1999)). להלן: עניין קאקיש). דרישה בסיסית לתחולתה של הגנת סעיף 15(4) לחוק היא כי יובן שהפרסום הינו דעתו של המפרסם, להבדיל מעובדות המוצגות לכאורה על ידו (שנהר, בעמ' 308; ע"א 259/89 הוצאת מודיעין בע"מ נ' ספירו, פ"ד מו(3) 48, 54 (1992); ע"א 831/86 מאור נ' מיכאלי, פ"ד מד(1) 762, 774 (1990)). להלן: עניין מיכאלי). לפיכך, מפרסם המבקש לחסות תחת הגנה זו נדרש להבחין בפרסום בין היסוד העובדתי 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)). להלן: עניין חברת החשמל; ע"א 4/85 צור נ' הוכברג, פ"ד מב(3) 251, 257 (1988); עניין מיכאלי, בעמ' 566; עניין קאקיש, בעמ' 358).

בית המשפט, בבוחנו האם עומדת למפרסם הגנה זו, יעיין בפרסום כמכלול בכדי לקבוע 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)). זאת יעשה תוך בחינת המילים בהן בחר המפרסם, סדר הצגת העניינים, הסגנון, הניסוח ומבנה הפרסום בכללותו (שם, בעמ' 853 - 854). כן נדרש כי ככל שהבעת הדעה כוללת התייחסות גם לעובדות, אלה תהיינה נכונות (עניין חברת החשמל, בעמ' 349). זאת, בעוד שהבעת דעה אינה חייבת להיות נכון מבחינה עובדתית, ובלבד שאדם סביר יכול היה להסיק את המסקנה המשמיעה מעובדות נכונות בעיקרן, שעליהן התבססה הדעה (שם, בעמ' 351 - 352; שנהר, בעמ' 319 - 320). 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 (שנהר, בעמ' 316).

17. בענייננו אני סבורה כי הרושם המתקבל אצל הקורא הסביר למקרא המאמר הינו כי האמירות השנויות במחלוקת הן בגדר דעתו של המשיב 5 אודות המבקש, וכי דעה זו שלילית היא. ראשית, ניתן להבחין בבירור מתוך קריאת המאמר בין העובדות שהביא המשיב 5 כבסיס לעמדתו (היותו של המבקש מתמחה בפרקליטות המחוז

והעובדה שהגיש תלונה נגד גב' קשת בעקבות מאמר ביקורת שכתבה) לבין הדעה שהביע בהתייחס אליהן, שהיא בלבו של המאמר. על הבעת הדעה על ידי המשיב 5 ניתן ללמוד לא רק מכך שהדברים פורסמו בטור פובליציסטי, אלא בעיקר מן הביטויים בהם עשה המשיב 5 שימוש: תמיכתו בעמדתה של גב' קשת שהובילה להגשת התלונה – "צודקת ב- 150 אחוזים"; בחירתו להסביר על דרך של שאלה ותשובה לה את דעתו בדבר "האיוולת" שבצעד בו נקט המבקש ובדבר הסיכון הנשקף ממנו לשיטת המשיב 5; כמו-גם שימוש בביטויים שמהם עולה בבירור כי מדובר בדעתו האישית של הכותב – "לכן צריך לצאת נגד דובדבן", "משפטנים המתלוננים כמוהו מזכירים לי משפטנים רבים מרפובליקת ויימר בשלב הדמוקרטיה המתמוטטת...". הגם שניתן כמובן לחלוק על דעתו של המשיב 5 ולהסתייג ממנה, לא ניתן לסבור לטעמי כי הקורא הסביר – בין שהוא מכיר את משנתו הפוליטית של המשיב 5 ובין אם לאו – אינו יכול להבין כי מדובר בדעתו של הכותב ובה בלבד, ואינו יכול לברור ולהבחין בין העובדות במאמר לבין דעתו של הכותב. יתר על כן, מקובלת עליו קביעת בית המשפט המחוזי כי גם אם מסקנותיו של המשיב 5 מהעובדות שתוארו במאמרו אינן מתבקשות בהכרח מן הדברים, לא ניתן לומר כי היה זה בלתי סביר לחלוטין להסיק את המסקנות שהסיק המשיב 5 מן העובדות שהביא במאמר.

18. הצדדים הכירו מילים בשאלה האם מדובר בהבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד רשמי או ציבורי או בשירות ציבורי, בכוונם לכך שהמבקש שימש כמתמחה בפרקליטות מחוז ירושלים בעת הגשת התלונה. כשלעצמי, איני רואה להידרש לנקודה זו. זאת, היות שאין מקום לספק לדידי כי המאמר אינו אלא הבעת דעה על התנהגותו של הנפגע, המבקש, בקשר לעניין ציבורי. אכן, עצם הגשתה של תלונה במשטרה אינה בבחינת עניין ציבורי. ואולם, במקרה דנן סבורני שעצם הגשתה של תלונה על עיתונאי בגין דברי ביקורת על השלטון שכתב במסגרת עבודתו העיתונאית, מתוך מטרה להביא לנקיטת הליכים פליליים נגדו, היא עניין ציבורי מובהק ונוגעת לעניינים שבליבה של הדמוקרטיה בישראל. בנוסף, עצם העובדה שהמבקש עצמו שיתף פעולה עם הפרסום אודות התלונה שהגיש – ועל פי הנטען אף יזם את הפרסום – יש בה לטעמי משום הסכמה משתמעת שלו להיבטים הציבוריים שבהגשת התלונה, שאחרת לשם מה הסכים להתראיין בנוגע אליה?

מכאן, יסודותיו של סעיף 15(4) לחוק מתקיימים.

19. גם יסודותיו של סעיף 15(6) לחוק מתקיימים לדעתי בענייננו. כאמור, הסעיף פורס הגנה על הבעת דעה על יצירות ועל פעולה פומבית. לענייננו רלוונטית ההגנה על

"פעולה פומבית", שהיא מעין "הגנת סל" (שנהר, בעמ' 326). כפי שכבר הובהר, הגשת תלונה במשטרה אינה פעולה שנעשית בפומבי מטיבה. ואולם, בנסיבות המקרה שלפנינו – כאשר נטען, ולא הוכחש, כי המבקש הוא שפנה לעיתון על-מנת שידווח על דבר הגשת התלונה ואף הוסיף ביאורים ופרשנות משלו – יש לראות בהגשת התלונה, ובראיון בקשר אליה, כפעולה שהמבקש ביצע בפומבי, ואשר בהתייחס אליה הביע המשיב 5 את ביקורתו על צעד זה של המבקש ועל כישוריו כפי שהוא סבור שהם נלמדים משיקול הדעת שהוביל להגשת התלונה.

20. כאמור, עיקר טענתו של המבקש היא כי פרסום שיש בו השוואה לנאצים, אינו סביר ועל כן אין לזכותו באפשרות ליהנות מהגנת תום הלב לפי סעיף 15 לחוק. מכאן, למעשה הטענה היא כי כל פרסום דיבתי שיש בו השוואה לנאצים הינו בלתי סביר לא רק "בנסיבות העניין", כדרישת סעיף 16(א), אלא בכלל. איני סבורה כי ההשוואה שנעשתה במאמר היא השוואה לנאצים ממש, אך עיקרם של דברים הוא כי איני סבורה כי ניתן לקבל את טענת המבקש לפיה עצם ההשוואה לנאצים ולדומיהם שוללת את הגנת תום הלב מפרסום דיבתי. זאת, הגם שכשלעצמי אני סבורה כי המקום להשוואות מעין אלה בשיח הציבורי הוא תחום ומוגדר היטב. הכל, כפי שיובהר.

החוק תר אחר נקודות איזון ראויות בין שתי זכויות יסוד חוקתיות – חופש הביטוי והזכות לשם טוב - שלא תמיד יכולות להתקיים זו לצד זו מבלי שהאחת תכרסם באחרת (וראו למשל: רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, 518 (2001); ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558, 565 – 566 (2004); ע"א 9462/04 מורדוב נ' ידיעות אחרונות בע"מ (לא פורסם, 28.12.05)). "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" (פסק דיני בעניין בן-גביר, פסקה 3). נקודת האיזון הראויה, נפסק כבר, היא זו המגשימה באופן המיטבי את ערך כבוד האדם, ממנו נובעות שתי הזכויות גם יחד (ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, 91 (2002)).

ההגנות הקבועות בחוק מגלמות נקודות איזון שונות, במישורים ובמצבים שונים, בין הזכות לשם הטוב לבין אינטרסים שונים שהמחוקק מצא לנכון להגן עליהם, גם במחיר פגיעה בזכות החוקתית לשם טוב. זאת, מתוך התפישה הגורסת כי ערובה לקיומם של אינטרסים אלו הוא שיח ציבורי פתוח וחופשי. בין האינטרסים הללו ניתן למנות את ההתבטאות חופשית של בעלי תפקידים ברשויות השונות, זכות הציבור לדעת פרטים אודות פעולותיהן של הרשויות ואודות עניינים שיש בהם עניין ציבורי,

האינטרס של גופים ורשויות שונות בקבלת תלונות ועוד (שנהר, עמ' 33). האיזונים שמציג החוק בהגנות השונות אינם אלה ביטוי ליחסיותם של הזכות לשם טוב וחופש הביטוי (ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 861, 840 (1989); ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 623, 607 (2002); ע"א 4534/02 הנ"ל, בעמ' 567 – 568). כמובן, את ההגנות הקבועות בחוק ניתן להציג גם מהכיוון ההפוך, ולפיו חרף מרכזיותו של חופש הביטוי במדינה דמוקרטית, אין הוא חסר גבולות ויש ולמען הגנה על אינטרסים אחרים שמדינה דמוקרטית מבקשת לקדם ולהבטיח, תוטלנה מגבלות על חופש הביטוי, אשר על היקפן ניתן ללמוד מן החוק, ובפרט מן ההגנות הקבועות בו.

21. ההגנות שבסעיף 15 לחוק משקפות גם הן מקרים בהם על אף שהביטוי הפוגעני עולה כדי הוצאת לשון הרע, הוא משרת אינטרסים חשובים וראויים אחרים שבנסיבות מסוימות יש להעדיפם גם מקום שהוצאה 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 העניין תקבע האם חוסה ההתבטאות הפוגענית בצל ההגנה, או שמא נתגבשה אחריות אזרחית לחובת הפוגע" (השופטת פרוקצ'יה בעניין בן-גביר, פסקה 11).

22. כידוע, היקפה העיוני והמעשי של חירות הביטוי בשיטתנו הוא רחב עד מאוד. חירות הביטוי בשיטתנו משתרעת על כל ביטוי. אין ביטוי – לא על פי החוק, לא על פי הפסיקה – שאין חופש הביטוי חל עליו (בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 34 - 35 (1989); השופט ריבלין בעניין בן-גביר, פסקה 11). בהתנגשות העלולה להיווצר בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב אמר המחוקק את דברו וטבע את האיזונים הראויים בין הזכויות האמורות. המחוקק בחר להגדיר את גבולות השיח הציבורי על דרך של עריכת איזונים בין אינטרסים שונים ולא על דרך של פסילת ביטויים כאלה ואחרים. קביעה לפיה יש להוציא קטגורית מבין גדריו של השיח הציבורי סוג מסוים של ביטוי, אינה עולה בהתאמה לא עם גישתו העקבית של המשפט הישראלי הדוגל בחופש ביטוי רחב, לא עם דברו של המחוקק, כאשר על האיזונים העדינים שערך מתוך מגמה למזער הפגיעה בחופש הביטוי מזה, ולהעניק הגנה לזכותו של אדם לשם טוב מזה, מוספים איסורים

ומגבלות נוספים. בכך היה חופש הביטוי נמצא נפגע למעלה מכפי שהמחוקק היה נכון לאפשר.

זאת ועוד. כידוע, הקביעה כי פרסום מהווה הוצאת לשון הרע אינה נלמדת אך מן המילים הפוגעניות כעומדות לעצמן, בפני עצמן. היא נלמדת בראש ובראשונה ממכלול הנסיבות שסבבו את הפרסום. לא המילים לעצמן יוצרות את לשון הרע אלא הקונטקסט והנסיבות, המעניקים למסכת העובדות את עוצמתה, את צבעיה, את טעמה וריחה. לא לחינם נקבע טיבו הדיבתי של הפרסום בהתאם למובנן הטבעי והרגיל של המילים, כמו-גם על פי הקשר הדברים (השופטת פרוקצ'יה, עניין בן-גביר, פסקה 6). בדרך זו זוכה חופש הביטוי להגנה מהותית, תוך יכולת "לסנן" ביטויים שאין כל אינטרס ממשי בהגנה עליהם חרף הפגיעה שהם נושאים עימם, מחמת שאין בהם כדי לקדם או להגשים כל ערך מערכי הדמוקרטיה. הוצאת ביטוי מסוים באופן מקדמי מבין גדריו של השיח הציבורי במדינה דמוקרטית אינה עולה בהתאמה עם הגיון זה והיא עשויה להביא לפסילתם של פרסומים המגשימים את אותם אינטרסים שביסוד ההגנות שבחוק. כאשר עסקינן בגבולותיו של חופש הביטוי, באחת החירויות הבסיסיות ביותר הנתונות לאדם במדינה דמוקרטית, לא אנו נבוא ונצר את גבולותיו של חופש הביטוי מעבר לכפי שהתווה אותם המחוקק.

על-כן, דומני כי לא יהא זה נכון לקבוע מראש קביעה כללית ולפיה קיים סוג של ביטויים או פרסומים שאין לו כל מקום בשיח הציבורי ושהשימוש בו הינו למעשה אסור. קביעה שכזו, במדינה דמוקרטית, אינה יכולה לדור לצד הערך של חופש הביטוי.

23. אוסיף כי איסור גורף על עריכת כל השוואה או אזכור הקשורים לשלטון והנאצי ולאידאולוגיה הנאצית יש עמו קושי נוסף, עליו עומדים המשיבים בטיעוניהם. עליית התנועה הנאציונל - סוציאליסטית לשלטון בגרמניה, השלטון הנאצי והאידאולוגיה שלו, שואת היהודים ואירועים אחרים הנוגעים לתקופת מלחמת העולם השנייה ולתקופה שקדמה לה, הם כולם נושאים בעלי היבטים היסטוריים, חברתיים, מדיניים, ואחרים רבי משמעות. מדובר בתופעה שאין – ויש לקוות שלא יהיו לה – אח ורע.

ההיסטוריה הכאובה של עמנו, הפצעים העמוקים, שגם היום עודם שותתי דם, הם כאלה המביאים לכך שהשימוש בביטויים הקשורים לאידאולוגיה ולמטטר הנאצי יהיו בעבורנו כמעט בכל הנסיבות בגדר הוצאת לשון הרע. אף על פי כן סבורני כי לא ניתן ולא רצוי להפוך את המושגים מתקופה זו לחסינים מפני שימוש בשיח הציבורי ואין לשלול מן השימוש בהן את הגנת החוק. מדוע? נגעים שתרמו להיתכנותן של

זוועות האתמול, דוגמת הגזענות, הפיכת הדמוקרטיה כלי בידיו של מי שדוגל בחיסולה, שנאת מיעוטים, כל אלה לא פסו וחלפו מן העולם. הסכנה שישבו וירימו ראשם בעינה עומדת. הגבלת השימוש במונחים מאותם ימים חשוכים לא תאפשר דיון ציבורי רחב בתופעות שונות של חיינו בהווה, היא לא תאפשר למידה מלקחי העבר ותשלול אמצעי חשוב לדיון ציבורי בסוגיות חשובות ולגיבוש תפישות ודעות. לפיכך סבורני כי אין מקום להגבלת השיח הציבורי באופן המוצע על ידי המבקש.

סיכומה של נקודה זו, הקביעה האם חוסה ההתבטאות הפוגענית בצל הגנת סעיף 15 לחוק היא תלויה איזונים הנערכים בנסיבות כל מקרה. אין היא נגזרת מתוכן הביטוי כעומד לעצמו ואין לשלול מקדמית את הגנת החוק מסוג מסוים של ביטויים בלא כל בחינה של נסיבות הפרסום, מטרותיו, האופן בו הובן והתנאים בהם נעשה. דין טענתו של המבקש כי עצם השימוש בהשוואה הקשורה בנאצים שולל מן המפרסם כל הגנה שיכול ועומדת לו על פי התנאים הקבועים בחוק, להידחות אפוא.

24. דחיית טענתו העקרונית של המבקש אינה מייתרת לכאורה דיון בשאלת התקיימותם של תנאי סעיף 16 לחוק, שכן עשיית הפרסום בתום לב הינה תנאי לכך שהמפרסם ייחנה מהגנת סעיף 15 לחוק. ברם, איני רואה לשוב ולדון בשאלה זו שנדונה על ידי הערכאות דלמטה, משלא מצאתי בטיעוני הצדדים כל טענה בעלת חשיבות החורגת מגדרי עניינם שלהם שתצדיק דיון מפורט יותר בעניין זה. פסיקתו של בית המשפט המחוזי, ולפיה עומדת למשיבים חזקת תום הלב לפי סעיף 16(א) לחוק, באשר הפרסום לא חרג מתחום הסביר באותן הנסיבות, מקובלת עליי. אזכיר, כי מדובר בטור פובליציסטי, בדברים שנכתבו בעקבות צעד שנראה כי הוא חריג באופיו – של הגשת תלונה במשטרה נגד עיתונאי בשל דברי ביקורת שכתב על יחידה צבאית, כאשר המשיב 5 מבאר ומנמק את עמדתו. בנוסף, המבקש עצמו הוא שהציב את הגשת התלונה נגד גב' קשת במוקדו של דיון ציבורי בעצם שיתוף הפעולה עם הסיקור שניתן לעניין במקומן. כל אלה, כשהם מוצבים לצד הדברים הקשים שנכתבו במאמר, מובילים גם לטעמי למסקנה כי אין מדובר בפרסום החורג מן הסביר באותן נסיבות.

המבקש הסתמך בהשלמת טיעונו על פסק הדין בעניין בן-גביר, ובין היתר על חוות דעתי באותו עניין. בעניין בן-גביר הגעתי לתוצאה שונה מזו אליה הגעתי במקרה דנן ועל ההבדלים המהותיים שאני רואה בין שני המקרים אבקש לעמוד.

25. בעניין בן-גביר עמדו במוקד המחלוקת התבטאויות שהושמעו בתכנית הטלוויזיה "פופוליטיקה", כאשר במהלך התנצחויות בין המשתתפים בתכנית וביניהם המשיב באותו עניין, העיתונאי אמנון דנקנר (להלן: דנקנר), והמערער באותו עניין, פעיל הימין איתמר בן-גביר (להלן: בן-גביר), השמיע דנקנר שני משפטים כלפי בן-גביר: האחד - "מותר להתגונן מול איתמר הקטן הנאצי הזה", והשני - "סתום את הפה נאצי מלוכלך". בגין התבטאויות אלה הגיש בן-גביר תביעה לפיצויים בגין הוצאת לשון הרע נגד דנקנר. בית משפט השלום קבע כי דבריו של דנקנר היוו לשון הרע וכי אין עומדות לו ההגנות על פי החוק, וחייב את דנקנר לשלם לבן-גביר פיצויים בסך שקל אחד. הצדדים שניהם הגישו ערעור לבית המשפט המחוזי, וזה סבר אמנם כי ההתבטאויות מהוות לשון הרע, אולם כי הן חוסות תחת הגנת תום-הלב. כך הגיע העניין לפתחו של בית משפט זה.

בבית משפט זה לא היתה מחלוקת כי ההתבטאויות האמורות מהוות לשון הרע, אולם הדעות נחלקו באשר לשאלה האם עומדת למשיב הגנת הבעת הדעה בתום לב. דעת המיעוט (השופט (כתארו אז) א' ריבלין) סברה כי יש לדחות את הערעור מאחר שההגנה האמורה עומדת למשיב, בעוד שדעת הרוב (השופטות פרוקצ'יה וארבל) גרסה כי יש לקבל את הערעור מן הטעם שהגנת תום הלב אינה עומדת למפרסם. לכאורה, ניתן לתהות מהו השוני בין הפרסום הדיבתי בעניין בן-גביר לפרסום הדיבתי בענייננו ולסבור כי אין כל הבדל מהותי בין השניים כפי שגורס המבקש. איני סבורה כן. לדעתי, חרף המחלוקת שהתגלעה בעניין בן-גביר באשר לנקודת האיזון הראויה בין האינטרסים הרלוונטיים ויישומה בנסיבות אותו עניין, דומה כי קשה לגזור מעניין בן-גביר את המסקנה הנחרצת שהמבקש טוען לה ולפיה הבעת דעה הכוללת השוואה למשטר הנאצי מצויה מחוץ לתחום הסבירות.

תימוכין למסקנה זו של המבקש לא ימצאו בפסק דינו של השופט (כתארו אז) ריבלין, בדעת המיעוט, אשר קבע בהתייחס לשימוש בביטויים ובמוטיבים מתקופת מלחמת העולם השנייה, כי גם אם ביטויים אלה הם כמעט בהכרח וכמעט בכל הנסיבות דיבתיים באופיים, אין בכך כדי לשלול מהם את הגנת החוק, כי אין בשיטת המשפט שלנו ביטויים שאינם מוגנים *per se* וכל מקרה ראוי שייבחן על פי נסיבותיו:

"בית המשפט המחוזי ציין, ובצדק, כי בימינו-אנו, השימוש במונח "נאצי" (ובביטויים דומים, כגון

"אנטישמיות" 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 generic 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" (בפסקה 35).

השופטת פרוקצ'יה, לעומת זאת, ציינה בחוות דעתה כי "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" (פסקה 29). יחד עם זאת, ניכר כי גם היא אינה סבורה כי מדובר בביטוי פסול Per se, אלא שחוסר סבירותו נלמדת לגישתה מתוכן האמירות ומנסיבות אמירתן. הדבר אף נלמד מאמירתה 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..." (פסקה 29). מכאן, גם השופטת פרוקצ'יה מכירה באפשרות שבנתון לנסיבות העניין הדברים יימצאו במתחם הסבירות הרחב החל על אמירות שבשיח הציבורי, גם אם לא מצאה כי אפשרות זו מתקיימת בעניין בן-גביר, בין היתר כיוון שהדברים נאמרו בפומבי, ללא התגררות מצדו של בן-גביר, תוך חזרה על התוכן הפוגעני בהזדמנות נוספת, מאוחרת יותר וסירוב להתנצל.

חוות הדעת השלישית בעניין בן-גביר היתה חוות דעת. אף אני, כשופטת פרוקצ'יה סברתי כי אין עומדות למשיב שם הגנות החוק ואף ציינתי:

"חירותו של כל אדם לומר את דברו, להביע מחשבות ואף להטיח ביקורת קשה בלשון בוטה, חריפה ואף מתלהמת, כלל אינה שנויה במחלוקת... 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 צורבות 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 ולידורי 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 הסיכולת הגבוהה שנטל הציבור על עצמו במדינה
דמוקרטית אין משמעו כי האוזן והנייר סובלים הכל. ...
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" (שם, בפסקה 16).

בחוות דעתי לא נדרשתי במישרין ליסוד הסבירות, היות שלטעמי לא דובר כלל
בהבעת דעה, כנדרש בסעיף 15(4) לחוק. יחד עם זאת גם מחוות דעתי אין עולה כי
במישור המשפטי נשללת ההגנה באופן מוחלט וידוע מראש מסוג מסוים של ביטויים,
אלא היקפה של ההגנה נגזר מאמות מידה של מידתיות וסבירות.

אם כן, מפסק הדין בעניין בן-גביר יקשה לגזור את המסקנה העקרונית לה טוען
המבקש וממנה מבקש הוא להשליך על עניינו. על כך יש להוסיף כי מתקשה אני לקבל
את הדמיון שרואה המבקש בין עניינו לעניין בן-גביר. במה דברים אמורים.

26. אין חולק כי הן בעניין בן-גביר, הן בענייננו, מדובר בהתבטאויות קשות
ופוגעות, הנוגעות לנימים הרגישים ביותר שלנו כחברה בישראל וכבני העם היהודי.
ואולם, בכך מסתכם הדמיון בין המקרים.

ראשית, אני סבורה כי תוכנו המהותי של הפרסום דכאן שונה מזה שבעניין בן-
גביר. בעניין בן-גביר סברתי כי במוקד האמירות שהיו הוצאת לשון הרע מצויות
קביעות עובדתיות קצרות ונחרצות, שייחסו במישרין – בבחינת זהות מוחלטת – את
ההקשר הנאצי לבן-גביר, באופן שאין זה בלתי סביר לקבוע כי הצופה הסביר היה מבין
את הדברים כקביעה עובדתית לפיה בן-גביר מחזיק באידיאולוגיה נאצית. מהדברים
שם לא ניתן היה ללמוד ולו ברמז על כך שדעתו של דנקנר - ודעתו שלו בלבד - היא כי
עמדותיו של בן-גביר מקבילות או זהות לאלו של הנאצים. הדברים היו גידופים
בעיקרם, ולא ניתן היה להבחין לגביהם מהו היסוד העובדתי של הדברים ומה יסוד
הבעת הדעה. במצב דברים זה סברתי כי באיזון בין זכותו של אדם לשם טוב לבין
חופש הביטוי, אין להעדיף את זו האחרונה, משמדובר בגידופים גרידא שאין בהם כדי
לקדם את חופש הביטוי ואת התכליות שהוא בא לקדם.

שונים הם פני הדברים בענייננו. המאמר אינו מייחס במישרין "אפיונים נאציים"
למבקש. לדעתי, הוא אף אינו עורך השוואה של ממש בין הנאצים למבקש. המשיב 5

טוען במאמרו כי צעד מעין זה שעשה המבקש - הגשת התלונה נגד גב' קשת בגין ביקורת שפרסמה על יחידה צבאית - מזכיר לו משפטנים מרפובליקת ויימר שהתקרנפו לתוך הרייך השלישי. מקובל עליי כי באמירה זו יש גנאי מוסרי, שהרי מקובל כי המונח "התקרנפות" מבטא קונפורמיזם וכניעה לשלטון המייצג ערכים כוחניים ואנטי-הומניסטיים. ברם, אין בדברים כל השוואה לנאצים, אלא יצירת זיקה לאותם משפטנים אשר תחת שיפגינו עמידה על ערכים מוסריים וחשיבה עצמאית העדיפו לנהות אחר הכלל, תהיינה הסיבות לכך אשר תהיינה, בסוף ימיה של רפובליקת ויימר. הדברים ודאי אינם מחמיאים או נעימים לאוזן. העלבון שבהם מובן. ועם זאת, מקובלת עליי עמדת המשיבים כי אין מדובר בהשוואה של ממש לנאצים, ודאי לא מעין הייחוס הישיר שנעשה בעניין בן-גביר. הדמיון שרואה המשיב 5 בין מעשיו של המבקש למשפטנים מסוימים בסוף ימיה של רפובליקת ויימר, ודאי כאשר נלווית אליו ההנמקה שהובאה במאמר, הינו הבעת דעה מובהקת ואינו דומה כלל לקביעה הפסקנית, הנחרצת, אך הבלתי-מנומקת בעניין בן-גביר, שכפי שצינתי שם לא היה בה אלא גידוף ונאצה. קשה ומעליבה ככל שתהא הדעה שהובעה במאמר, היא הובעה, כעולה מפורשות מן המאמר, על-מנת להגן על אפשרותם של עיתונאים לפרסם גילויי דעת שאינם מחמיאים לשלטון ומבקרים אותו קשות. במובן זה, הפרסום, צורם ככל שיהיה, נוגע לשמירה על ערכים שהם חוליות בעמוד השדרה של הדמוקרטיה. ככזה, הוא חוסה תחת ההגנה הרחבה שפורש חופש הביטוי ולא ניתן לומר כי הוא לא נועד לקדם את האינטרסים שביסוד ההגנות הרלוונטיות בחוק – היכולת להביע בחופשיות וללא מורא דעה וביקורת (וראו למשל: בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 (1987)). גם בהיבט זה נבדל עניינו של המבקש מעניין בן-גביר, שם עיקרו של הפרסום היה כאמור בהטחת גידופים שאינם משרתים אף לא אחת מתכליותיו של חופש הביטוי. אציין, כי אף בעניין בן-גביר ציינתי במפורש כי "מהדברים שהטיח המשיב במערער לא ניתן ללמוד ולו במרומז על כך שדעתו שלו היא כי עמדותיו של המערער מקבילות או זהות לאלו של הנאצים". רוצה לומר, לו היה עושה כן היו הדברים עשויים להיכנס בגדרה של הגנת הבעת הדעה.

לא למותר להוסיף כי ההשוואה לנאצים, ככל שאכן נעשתה, אינה במאמר אלא באמירות שהוטחו במבקש, לטענתו, על ידי מכרים שונים בפומבי. ברם, ככל הנראה המבקש לא נקט כל צעד בעקבות התבטאויות אלה. עניין זה יש בו, לכל הפחות, כדי לעורר תמיהה ותהיה.

27. בעניין בן-גביר ציינתי את הסתייגותי מן השימוש במוטיבים מתקופת השואה ככינויי גנאי או כאמצעים להקצנת המסר שבביטוי ולהעצמתו:

"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. ... השימוש באנלוגיה למוטיבים שונים הקשורים בשואה חוזר ונשנה בקלות בלתי נסבלת. השימוש במונחים אלה בקונטציות שזרות להם בתכלית פוגע ברגשות הציבור, ובפרט ברגשות ניצולי השואה שמאורעותיה צרובים בנשמתם ובבשרם, מביא לזילות זכרם של ששת המיליונים ויוצרים פיתות 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 ...

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."

אכן, סימון הקו שיפריד בין ענייננו של בן-גביר לענייננו של המבקש נוגע באופן השימוש בביטוי הפוגעני. לא הרי השימוש במונח "נאצי" במישרין, בבחינת הטחת

גידוף באדם, מבלי לבטא עמדה של ממש, כהרי הבעת דעה מנומקת – בין שמסכימים לה ובין שלא – העורכת השוואה למשפטנים שהתקרנפו למשטר של הרייך השלישי. אין דומה הטחה קצרה, פסקנית, באדם – "נאצי", לאמירה כי הלה דומה במעשיו למי ש"יישרו קו" עם משטר הרשע של הרייך השלישי אלה, מטעמים המובאים באותו פרסום ואשר קורא יכול לבחון אותם ולהחליט האם מקובלים הם עליו אם לאו. חוזרים אנו אם כן, אל בסיסם של הדברים, אל השאלה האם יש בביטוי כדי להגן או לקדם תכליות מהתכליות שביסוד ההגנות שבחוק, אם לאו.

24. סיכומם של דברים הוא כי אין מקום לקביעה עקרונית ולפיה כל השוואה לנאצים מוציאה את הפרסום הדיבתי מגדרה של כל הגנה וכי בנסיבות העניין מדובר בפרסום המהווה הוצאת לשון הרע אך נכנס תחת ההגנות שבסעיפים 15(4) ו-15(6) לחוק.

לו תישמע דעתי תידחה הבקשה. יחד עם זאת, בנסיבות, איני סבורה כי יש לעשות צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופטת מ' נאור:

גם לדעתי, כדעת חברתי השופטת ארבל, יש לדחות את בקשת רשות הערעור בלא צו להוצאות. לאחר שהבקשה המונחת לפנינו הועברה להרכב של שלושה נפסק מה שנפסק (ברוב דעות) בפרשת בן גביר (רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (טרם פורסם, 12.11.2006)). בין השופטים שישבו לדין באותה פרשה נתגלעו חילוקי דעות, הכל כפי שפרטה חברתי בהרחבה. לדעתי, משנפסק מה שנפסק באותה פרשה מדובר בענייננו לכל היותר בשאלת יישומה של הלכה, ואין הדבר מצדיק מתן רשות ערעור. בבחינת למעלה מן הצורך: אני מסכימה עם חברתי כי יש שוני בין פרשת בן גביר לעניין שבפנינו.

ש ו פ ט ת

השופט א' חיות:

אני מסכימה לתוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת ע' ארבל כי יש לדחות את בקשת רשות הערעור ומצטרפת לטעמים שפרטה חברתי השופטת מ' נאור.

שופטת

ניתן היום, י"ג בסיוון תשס"ח (16.6.08).

שופטת

שופטת

שופטת