



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 844/12

ע"א 1906/15

ע"א 2755/15

לפני :
כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר

המערער בע"א 844/12 ובע"א
2755/15 והמשיב שכנגד בע"א
1906/15 :
דניאל מולקנדוב

נ ג ד

המשיבים בע"א 844/12 ובע"א
2755/15 והמערערים שכנגד
בע"א 1906/15 :
1. שרה פרוש
2. משה טרי
3. רשות ניירות ערך

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב
מיום 12.12.2011 בת"א 1689/08 שניתן על ידי כבוד
השופטת ר' רונן; ערעור וערעור שכנגד פסק דינו המשלים
של בית המשפט המחוזי בתל אביב בת"א 1689/08 מיום
10.2.2015 שניתן על ידי כבוד השופטת ר' רונן

תאריך הישיבה : ח' בתשרי תשע"ז (10.10.16)

בשם המערער בע"א 844/12
ובע"א 2755/15 והמשיב
שכנגד בע"א 1906/15 :
עו"ד חנה בר יוסף גיינו

בשם המשיבים בע"א 844/12
ובע"א 2755/15 והמערערים
שכנגד בע"א 1906/15 :
עו"ד שלמה כהן; עו"ד ליאב וינבאום

פסק-דין

הרקע העובדתי

1. המערער בע"א 844/12 ובע"א 2755/15 והמשיב בע"א 1906/15 (להלן: המערער או מולקנדוב) היה בעלים של חברה לניהול תיקי השקעות בשם T.I.M Performance (להלן: T.I.M). המערער ניהל, באמצעות T.I.M, את תיק ההשקעות של קרן נאמנות בשם "רעם 90 - ארנטרוי - קרן אופציות" (להלן: רעם 90 או הקרן). סולומון קרנות נאמנות בע"מ (להלן: סולומון) היא חברה בת של סולומון שוקי הון בע"מ (להלן: סולומון שוקי הון). רעם 90 נוהלה על ידי סולומון במסגרת "חווה אירוח" (Hosting) שנחתם ביניהן ביום 29.12.2003.

הגב' שרה פורוש, המשיבה 1 בע"א 844/12 ובע"א 2755/15 והמערערת 1 בע"א 1906/15 (להלן: פורוש), שימשה ראש מחלקת הפיקוח על קרנות נאמנות ברשות לניירות ערך (להלן: הרשות), המשיבה 3 בע"א 844/12 ובע"א 2755/15 והמערערת 3 בע"א 1906/15. פורוש, הרשות וכן המשיב 2, מר משה טרי, יכוננו יחדיו: המשיבים.

2. ביום 3.3.2004 הודיעה סולומון למערער על ביטול ההסכם עם T.I.M והפסקת ההתקשרות בתוך 60 ימים. ההסכם בין הצדדים איפשר להודיע על ביטולו בכל עת.

3. כחודשיים לאחר סיום ההתקשרות בין T.I.M ובין סולומון, פעל המערער לקבל רישיון לניהול קרנות נאמנות, באמצעות חברה בבעלותו, שאז נקראה גרינלייט ניהול קרנות נאמנות בע"מ, וכיום נקראת נובה סטאר ניהול קרנות נאמנות בע"מ (להלן: נובה סטאר); זאת על מנת שיוכל לנהל את רעם 90 במקום סולומון. נובה סטאר קיבלה רישיון לניהול קרנות נאמנות ביום 1.7.2004, ושימשה כמנהלת רעם 90 החל מיום 17.8.2004. בתקופת הביניים המשיכה סולומון לנהל את הקרן.

4. בשנת 2006 הוגש נגד המערער כתב אישום בגין פעילויות שלא כדין ברעם 90, ביחס לתקופה שבה פעל במסגרת נובה סטאר. במהלך אחת העדויות שנמסרה במסגרת ההליך הפלילי (ת"פ (שלום ת"א) 2312/06 מדינת ישראל נ' מולקנדוב), התברר למערער כי הרקע להודעתו של סולומון למערער על ביטול ההסכם עם T.I.M היה דברים שאמרה פורוש למנכ"ל סולומון שוקי הון, מר עטר (להלן: עטר), בשיחת טלפון שהתקיימה ביניהם בראשית שנת 2004 (להלן: שיחת הטלפון).

5. ביום 5.8.2010 הורשע המערער בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, קבלת טובת הנאה בניגוד לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994, קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, אי דיווח במטרה להטעות, פרסום תשקיף חסר ומטעה ורישום כוזב במסמכי תאגיד. על המערער נגזר עונש של 20 חודשי מאסר לריצוי בפועל (שהופחתו ל-10 חודשי מאסר במסגרת ערעור) וקנס בסך 150,000 ש"ח.

ההליך בבית המשפט המחוזי – גלגול ראשון

6. המערער הגיש לבית המשפט המחוזי תביעה כספית, בה דרש פיצוי בגין הדברים שאמרה פורוש למנכ"ל סולומון שוקי הון במסגרת שיחת הטלפון, אשר מהווים, לדבריו, לשון הרע. הפיצוי הנתבע עמד על 2.5 מיליון ש"ח ולחילופין הסכום המרבי הקבוע בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע או החוק). לטענת המערער, כתוצאה משיחת הטלפון ניתקה סולומון את קשריה אתו, באופן שהסב לו נזקים משמעותיים.

7. המשיבים כפרו בכך שהקשר בין סולומון לבין T.I.M הופסק כתוצאה משיחת הטלפון. לטענתם, הקשר נפסק כתוצאה משיקולים הקשורים בפעילותו של המערער. המשיבים טענו כי שיחת הטלפון אינה משום פרסום לשון הרע, ואף לו הייתה כזאת, עומדות לזכותם הגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע. המשיבים כפרו גם בטענותיו של המערער ביחס לנזקים שנגרמו לו כביכול בעקבות שיחת הטלפון.

8. בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת ר' רונן) סבר שדבריה של פורוש במסגרת שיחת הטלפון היוו פרסום לשון הרע וכי קיים קשר סיבתי בין הפרסום הנ"ל לבין אחד או יותר מהנזקים הנטענים על ידי המערער. עם זאת, בית המשפט המחוזי קבע כי המשיבים אינם אחראים בגין הפרסום האמור, שכן עומדות להם הגנות שונות, כפי שיפורט.

שיחת הטלפון לא תועדה בדרך כלשהי, ולכן לא ידוע מהן המילים המדויקות שנאמרו על ידי פורוש. עם זאת, בית המשפט המחוזי קבע, כי ממכלול העדויות ברורה רוח הדברים שנאמרו בשיחה – פורוש התריעה בפני מנכ"ל סולומון שוקי הון והזהירה אותו מפעולותיו של המערער, להן אחראית סולומון כמנהל הקרן. בד בבד, בית המשפט קבע כי פורוש לא הודיעה לעטר על קיומם של הליכים פליליים נגד המערער. עם זאת, עולה כי פורוש מסרה לעטר מידע נוסף, לפיו יש חשדות ברשות לניירות ערך ביחס להתנהלות לא תקינה של קרן רעם 90 עובר להתקשרות עם סולומון או אף כי

מתקיימות ברשות לניירות ערך חקירות כלשהן ביחס למערער. מידע זה לא היה גלוי באותה עת לציבור. כאמור, בית המשפט קבע כי דברים אלה אכן מהווים לשון הרע.

9. אשר לשאלת הקשר הסיבתי בין הדברים שנאמרו בשיחת הטלפון ובין ניתוק היחסים בין T.I.M ובין סולומון, קבע בית המשפט המחוזי, כי שיחה זו הייתה גורם מצטבר להסתייגותיו של עטר מאופן ניהול הפעילות של הקרן, כאשר לא היה די באחד הגורמים הללו כשלעצמו. לשיטת בית המשפט המחוזי, התקיים קשר סיבתי בין הפרסום בשיחת הטלפון לבין ניתוק ההתקשרות בין T.I.M לבין סולומון.

10. בית המשפט המחוזי דחה את טענתו של המערער לפיה עקב שיחת הטלפון וניתוק היחסים עם סולומון הוא נאלץ להתקשר עם חברת אקסלנס, ורק בגלל התקשרות זו הסתבך בסופו של יום בפלילים. הסתבכות זו, כך נקבע, היא תוצאה ישירה של אשמתו שלו והיא לא הייתה במתחם הציפייה של פורוש.

11. בית המשפט המחוזי קבע, כי הפרסום דנן חוסה תחת החסינות שבסעיף 13(9) לחוק איסור לשון הרע, שכן פורוש מילאה את תפקיד הפיקוח הנתון לה על פי דין ופעלה לשמירה על האינטרסים של בעלי היחידות בקרן רעם 90. שיחת הטלפון נועדה להתריע בפני עטר על הצורך בהידוק פיקוחו על התנהלות הקרן ועל הצורך בהפעלת סמכויותיו לצורך שמירה על טובת בעלי היחידות.

12. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע, כי דבריה של פורוש בשיחת הטלפון חוסים תחת סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע. זאת, משום שהמשיבים הוכיחו כי דבריה של פורוש לעטר היו נכונים, ובנוסף, היה בפרסום האמור עניין ציבורי, שכן מטרתו הייתה לוודא את תקינות פעילותה של הקרן ולהגן על המשקיעים.

13. עוד נקבע, כי הפרסום נעשה על ידי פורוש בתום לב, תוך שהיא מאמינה באמיתותו, ולאחר שנקטה באמצעים הסבירים שהיו ברשותה בכדי לוודא שאכן תוכן הפרסום הוא אמת. בנסיבות אלה, בית המשפט קבע כי דבריה של פורוש חוסים גם תחת ההגנות מכוח סעיפים 15(2) ו-15(3) לחוק איסור לשון הרע.

הערעור הראשון לבית משפט זה - ע"א 844/12

14. בעקבות פסק הדין האמור של בית המשפט המחוזי, שניתן ביום 12.12.2011 (להלן: פסק הדין הראשון), הגיש המערער ערעור לבית משפט זה (ע"א 844/12).

בנקודה זו לא אפרט את טענותיהם של הצדדים בנוגע לפסק הדין הראשון (הדברים יפורטו בהמשך).

15. ביום 20.3.2014 התקיים דיון בערעור על פסק הדין הראשון, במהלכו שמענו את טענות הצדדים לעניין טענת "אמת דיברתי". לאחר שישבנו על המדוכה, התקיים ביום 3.2.2015 דיון נוסף, במהלכו שמענו את יתר טענותיהם של הצדדים.

במהלך הדיון, ועל דעת הצדדים, ניתנה ההחלטה הבאה:

1. "הערעור יישאר תלוי ועומד, וטענות הצדדים שמורות להם.
2. התיק יוחזר לבית המשפט המחוזי למתן פסק דין משלים בסוגיית הנזק. בית המשפט ייצא לצורך הדיון מן ההנחה שאין למשיבים הגנה נגד תביעת לשון הרע.
3. פסק הדין המשלים יינתן על פי הראיות שהובאו והסיכומים שהוגשו בערכאה הדיונית, אך בית המשפט רשאי לבקש טיעון משלים אם יראה לנכון לעשות כן.
4. הצדדים ימסרו הודעה עם מתן פסק הדין המשלים או בעוד 4 חודשים לפי המוקדם, ולאחר מכן נחליט בעניין המשך הטיפול בערעור." [ההדגשה במקור - י.ד.]

כפי שיובהר להלן, מסקנתי היא שלמשיבים לא קמות ההגנות מכוח סעיפים 14 ו-15 לחוק איסור לשון הרע. כך סברתי לאחר שקראתי ושמעתי את טענות הצדדים בעניינים אלה. מטעם זה, ראינו לנכון להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי על מנת שידון בסוגיית הנזק, וזאת – כאמור – מבלי שקבענו מסמרות בשאלה האם יתקבל הערעור בע"א 844/12 אם לאו. לאחר שניתן פסק הדין המשלים (כפי שיפורט להלן) ולאחר שהתלבטתי בעניין, אני סבור כי למשיבים כן עומדת הגנה אחת ויחידה, וזאת מכוח סעיף 13(9) לחוק איסור לשון הרע. כפי שיובהר, בית משפט זה כמעט ולא עסק בעבר בפסיקתו בסעיף 13(9) האמור, ולפיכך מסקנתי בעניין זה נתגבשה רק לאחר שהתיק הושב אלינו לאחר פסק הדין המשלים ולא בלי התלבטות. ככל שחברותיי תצרפנה דעתן לדעתי, הרי שהערעורים בעניינו של פסק הדין המשלים יתייתרו.

פסק הדין המשלים של בית המשפט המחוזי

16. ביום 10.2.2015 נתן בית המשפט המחוזי פסק דין משלים בסוגיית גובה הנזק. בית המשפט ציין כי לא היה מקום לבקש טיעון משלים, שכן חזקה על הצדדים

שהעלו את כל טענותיהם ביחס לנזק שנגרם במסגרת סיכומיהם בשלב הקודם של ההליך.

17. בית המשפט הביא בחשבון את העובדה שהמערער הגיש תביעה מקבילה, נגד משטרת ישראל ואחרים, שם האשים גורמים אחרים בנזק שנגרם ליכולת ההשתכרות שלו (מעצרו והפרסומים אודותיו בתקשורת). בית המשפט קבע, שנוכח הטענות של המערער בתביעה המקבילה, יש לקבוע כי נזקיו הנובעים משיחת הטלפון יכולים היו להיגרם לכל היותר במהלך התקופה מתום הקשר בינו לבין סולומון ועד למעצרו על ידי המשטרה באוגוסט 2005. יתרה מכך, בית המשפט קבע שתקופת התביעה צריכה להסתיים עוד קודם לכן, כבר במרץ 2005, אז נעצר על ידי הרשות לניירות ערך. אם די היה בשיחת הטלפון כדי להביא לניתוק הקשר, קל וחומר שהמעצר היה מביא לסיום הקשר עם סולומון. בתקופה שבין ההודעה על סיום ההתקשרות ועד שהמערער הקים את נובה סטאר, המשיכה סולומון לנהל את רעם 90, על מנת שזו לא תיוותר ללא מנהל קרן. לכן נפסק כי תקופת התביעה יכולה להיות לכל היותר מאוגוסט 2004 ועד מרץ 2005.

18. טענתו המרכזית של המערער הייתה שנגרם לו נזק עקב העובדה שישנה עדיפות לקרן המוצגת ומנוהלת תחת מעטפת של חבר בורסה מוכר וידוע (כמו סולומון) על פני קרן המתנהלת במסגרת חברה קטנה ופרטית (כמו נובה סטאר). לפיכך, לטענתו, עצם הניתוק מסולומון הביא לפגיעה בפוטנציאל הגידול של הקרן. כמו כן, נגרם לו נזק בכך שהיה עליו להקים חברה לניהול קרנות נאמנות, דבר שכרוך בהעמדת הון עצמי משמעותי, בטחונות וכן הוצאות נוספות.

19. בית המשפט המחוזי קבע, כי לא הוכח שהגוף המארח מבצע באופן פעיל שיווק של הקרן המתארכת. לפיכך, הפסקת הקשר עם סולומון לא גרמה לאובדן שירותי שיווק של סולומון. זהותו של מנהל הקרן עשויה להיות אחד הקריטריונים שעל-פיו בנקים ממליצים על רכישת יחידות השתתפות בקרן. לזהות המארח עשויה להיות השפעה גם בהחלטת ההשקעה של גופים מוסדיים ושל משקיעים קטנים. עם זאת, זה אינו הקריטריון היחיד ואף לא העיקרי וקשה לקבוע מהו משקלו היחסי. לכן, כך נקבע, ניתוק הקשר עם סולומון גרם למערער נזק מסוים. בית המשפט קבע כי בחוות דעתו של מר קפטס, מטעם המערער, נפלו פגמים שהמכלול שלהם אינו מאפשר הסתמכות עליה לצורך חישוב הנזק שנגרם למערער כתוצאה משיחת הטלפון וניתוק הקשר עם סולומון. מכאן, שהמערער לא הוכיח את השיעור המדויק של הנזק שנגרם לו כתוצאה מניתוק הקשר.

20. נפסק עוד, כי הנזק שנתבע אינו נזק של חסרון כיס אלא נזק הנובע מהפסד רווח שיכול היה להיות למערער אלמלא ניתוק הקשר. הוכחה של נזק כאמור אינה פשוטה ומטיבה אינה מדויקת. עם זאת, אומדן כזה חייב להתבסס על נתונים אובייקטיביים. הדרך היחידה במקרה דנן היא לבחון את הנתונים ביחס להיקף הפעילות של רעם 90 בפועל בתקופה הרלוונטית וניסיון לגזור מנתונים אלה מסקנה אפשרית לאומדן ההשלכה של ניתוק הקשר על היקף הפעילות. ההיקף הכספי של פעילות רעם 90 במועד בו חדלה סולומון לספק לה שירותי אירוח עמד על כ-6.6 מיליון ש"ח. ביום 1.3.2005 עמד ההיקף על כ-8.1 מיליון ש"ח. עלייה דומה הייתה לקרן בתקופה בה התנהלה תחת האירוח של סולומון. מדובר בקרן תנודתית, כשישנן תנודות שאינן קשורות לזהות המארח שלה. מהנתונים לא עולה כל אינדיקציה לנזק שנגרם לקרן במהלך תקופת התביעה. כן נפסק, כי גם את טענותיו בדבר נזק תדמיתי לא הוכיח המערער שכן מדבריו שלו עצמו עולה שהוא הצליח להתגבר על הנזק התדמיתי שאולי נגרם לו. לפיכך, יש קושי גדול לקבוע מהו הנזק שנגרם כתוצאה מניתוק הקשר עם סולומון. עם זאת, מאחר שחומר הראיות מצביע על המסקנה לפיה לניתוק הקשר הייתה השלכה כלשהי על פוטנציאל הרווח של הקרן, יש להעריך את הפיצוי על הצד הנמוך בלבד - בסכום של 100,000 ש"ח.

21. נפסק עוד, כי אין מקום לפסוק לזכות המערער בגין ראש הנזק של הוצאות בעין כתוצאה מהצורך להקים חברה חדשה. זאת משום שההתייחסות היחידה לכך הייתה במסגרת הסיכומים. הוצאות אלה היה עליו להוציא בכל מקרה לאחר מעצרו על ידי רשות ניירות ערך, מעצר שאף הוא היה מביא לניתוק הקשר עם סולומון.

22. נקבע, כי לו היה המערער מרוויח את הסכומים שהוא טוען להם בכתב התביעה, היה עליו להתחלק בסכומים אלה עם שותפו, מר ארנטרוי. לכן הוא זכאי רק ל-51% מהנזק שהוכח, קרי הוא זכאי ל-51,000 ש"ח בלבד.

23. לבסוף, אשר לטענת המערער לפיצוי ללא הוכחת נזק מכוח חוק לשון הרע, זו הייתה טענה חילופית בלבד. משנקבע כי הוא זכאי לפיצוי בגין הנזקים שהוכחו, אין מקום לפסוק לזכותו פיצוי גם מכוח תביעתו החילופית. ממילא הסכום שניתן לפסוק (50,000 ש"ח) נמוך מהסכום שנפסק לזכות המערער.

הגשת הערעורים לאחר פסק הדין המשלים – ע"א 1905/15 וע"א 2755/15

24. לאחר מתן פסק הדין המשלים, הורינו לצדדים, בהחלטתנו מיום 15.2.2015, להבהיר כיצד הם רואים את המשך הטיפול בהליך זה. בסופו של דבר, הגישו שני

הצדדים ערעור על פסק הדין המשלים. יצוין, כי במסגרת הודעה שהגישו המשיבים, בד בבד עם הגשת הערעור מטעמם, הם הודיעו שככל שהמערער יודיע כי הוא מסכים עם תוצאת פסק הדין המשלים, ימשכו המשיבים את ערעורם.

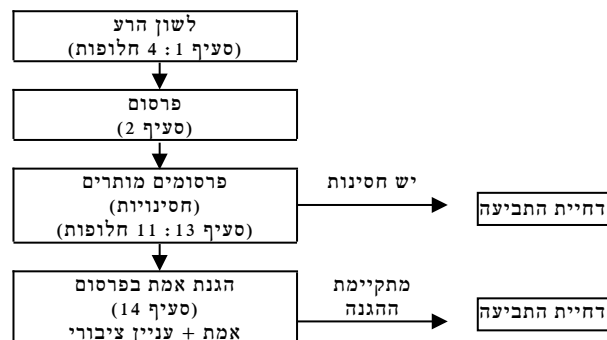
25. דיון נוסף בעל-פה התקיים בפנינו ביום 10.10.2016. ומכאן לפסק הדין.

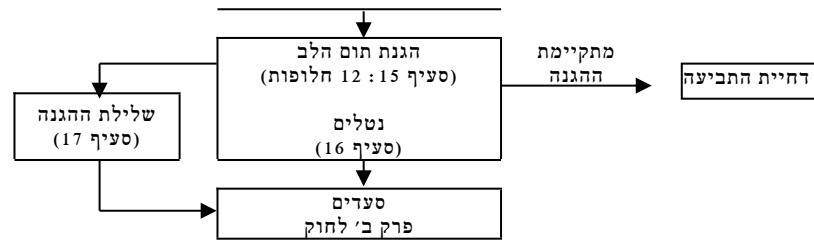
דיון והכרעה

26. בית המשפט המחוזי קבע, כי הדברים שאמרה פורוש לעטר בשיחת הטלפון מהווים לשון הרע, כמשמעו בחוק איסור לשון הרע. כנגד קביעה זו אין בפנינו ערעור מטעם מי מהצדדים, ועל כן חוות דעתי תצא מנקודת הנחה שאכן הדברים מהווים "פרסום" שהוא "לשון הרע" כהגדרת החוק. השאלות שעלי לדון בהן, אם כן, הן אלה: (1) האם מדובר בפרסום מותר לפי סעיף 13(9) לחוק איסור לשון הרע ולחילופין האם חלה אחת מההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע, כפי שקבע בית המשפט המחוזי (סעיף 14, סעיף 15(2) או סעיף 15(3) לחוק איסור לשון הרע); (2) במידה ויתברר כי הפרסום אינו נופל תחת אחד מהמקרים האמורים, אדון בסוגיית הנזק, שנדונה בפסק הדין המשלים.

ההגנות בחוק איסור לשון הרע - כללי

27. חוק איסור לשון הרע יוצר איזונים במקום שבו נעשה פרסום הכרוך בלשון הרע. מצד אחד, החוק מבקש להבטיח את כבוד האדם ואת זכותו לשם טוב של הנפגע מהפרסום, זכויות שזכו לעיגון חוקתי במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (כבוד האדם באופן מפורש והזכות לשם טוב כנגזרת מכבוד האדם). מן העבר השני, מבקש החוק לתת ביטוי גם לערכים נוספים, ובראשם חופש הביטוי [אורי שנהר דיני לשון הרע 187 (1997) (להלן: שנהר)]; דנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין אורבך (18.9.2014), פסקה 19 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (להלן: דנ"א דיין)]. הנחת היסוד שבבסיס החוק היא, שבמקרים מסוימים יצדיקו הערכים הנוספים מתן הגנה למפרסם לשון הרע. ההגנות שבחוק איסור לשון הרע קבועות בשלושה סעיפים: 13, 14 ו-15. בדנ"א דיין שרטט השופט י' עמית את תרשים הזרימה שיצר החוק:





28. במקרה שלפנינו, כאמור, אין ערעור על כך שנעשה "פרסום", כמשמעו בסעיף 2 לחוק, הכולל "לשון הרע", לפי סעיף 1 לחוק. המחלוקת מתמקדת בשאלת התקיימותן של הגנות מסוימות שמעניק החוק למי שפרסם לשון הרע. אעבור, אם כן, לעסוק באלה.

29. סעיף 13 לחוק איסור לשון הרע קובע רשימה של פרסומים שהם מותרים, הגם שיש בהם לשון הרע. סעיפים 14 ו-15 לחוק איסור לשון הרע קובע הגנות שונות הפוטרות את המפרסם מאחריות בגין לשון הרע. סעיף 14 עניינו בפרסום שהוא אמת ושיש בו עניין לציבור. סעיף 15, על תת-סעיפיו, עניינו בפרסומים שקיים אינטרס ציבורי המצדיק את הגנתם, אם כי הוא נופל מהאינטרס שבהגנת ה"פרסומים המותרים". הגנה זו תחול רק על פרסומים שנעשו בתום לב (שנהר, עמ' 187; דנ"א דין, סעיף 20 לחוות דעתו של הנשיא גרוניט).

30. כל אחת מההגנות שבחוק איסור לשון הרע מתאפיינת בכך, שהיא יכולה להתקיים גם כאשר ההגנות האחרות אינן חלות. כמו כן, ההגנות עשויות להתקיים גם בכפיפה אחת (שנהר, עמ' 187-188).

חרף תרשים הזרימה שהובא לעיל, אתחיל דווקא בשאלת התקיימותה של הגנת ה"אמת בפרסום", הקבועה בסעיף 14 לחוק איסור לשון הרע. זאת, משום שאני סבור כי בית המשפט המחוזי שגה כאשר קבע כי הגנה זו מתקיימת במקרה דנן.

הגנת אמת הפרסום

31. הגנה זו משקפת את נכונות המחוקק להתיר פרסומים עובדתיים שיש בהם משום פגיעה בשם הטוב ואף בכבודו של מושא הפרסום, מקום שמתקיימים שני תנאים: (1) מדובר ב"אמת"; (2) מדובר במידע שיש בו עניין לציבור. היסוד הראשון הוא עובדתי בעיקרו, והוא נוגע להשוואה בין הפרסום לבין המציאות העובדתית. היסוד השני עוסק בשאלה האם קיימים לפרסום יתרונות חברתיים המצדיקים אותו, למרות לשון הרע שבו. שאלה זו היא ערכית בעיקרה (שנהר, עמ' 215).

32. "הדבר שפורסם היה אמת" - התנאי הראשון, כאמור, לתחולת הגנת אמת הפרסום, הוא "שהדבר שפורסם היה אמת". מרכיב זה נוגע למידת ההתאמה בין תוכן הפרסום לבין המציאות האובייקטיבית, כפי שהיא מוכחת באמצעות הראיות המובאות במשפט [שנהר, עמ' 217; ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 843, 857 (1995) (להלן: ע"א קראוס)].

33. בפסק הדין המקיף דנ"א דיין, שהוא פסק הדין העדכני ביותר שיצא מבית משפט זה בנושא הגנת ה"אמת בפרסום", דן בית משפט זה במספר סוגיות עקרוניות הנוגעות להגנה זו. בין היתר, נדונה השאלה מהי ה"אמת" שביחס אליה נבחנת אמיתותו של הפרסום. בעוד שבפסק הדין בערעור [ע"א 751/10 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין-אורבך (8.2.2012)] סברה דעת הרוב, כי האמת שביחס אליה נבחנת אמיתות הפרסום היא ה"אמת לשעתה", הרי שדעת הרוב בדנ"א דיין קבעה כי האמת היא אחת, ואם בדיעבד מתברר כי העובדות שפורסמו אינן משקפות את המציאות כפי שהייתה בעת הפרסום (גם אם באותה עת אותה מציאות לא הייתה ידועה למפרסם, מסיבות שונות), הרי שלא תעמוד למפרסם הגנה זו. זאת, להבדיל ממצב שבו האמת העובדתית השתנתה בין מועד הפרסום לבין מועד בחינת הדברים לצורך קיומה של ההגנה (למשל, פורסם שהנפגע היה חולה, ועובדה זו הייתה אמת בעת הפרסום, אולם בשלב מאוחר יותר הנפגע החלים. היינו, האמת העובדתית בעת הפרסום לא השתנתה).

34. בנוסף, הפרסום נדרש לשקף אמת "שלמה". כלומר, שלא ייעדרו ממנו פרטים המשנים את הרושם הכללי המתקבל מהפרסום, וכך שלא ייכללו בו פרטים משמעותיים שאינם נכונים (ראו: דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס פ"ד נב(3) 1, 35 (1998) (עמדת השופט ת' אור) (להלן: דנ"א קראוס); ע"א 10281/03 קורן נ' ארגוב, פסקה 12 (12.12.2006); שנהר, בעמ' 221-223). יש להדגיש, כי לא כל פער בין העובדות העולות מן הפרסום לבין האמת המשפטית יוביל למסקנה כי לא נתקיים התנאי של אמיתות הפרסום. כפי שנקבע במפורש בסעיף 14 לחוק, ההגנה לא תישלל רק בשל העובדה שלא הוכחה אמיתותו של "פרט לוואי שאין בו פגיעה של ממש." (דנ"א דיין, פסקה 28 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס). די בכך שהמשמעות והתוכן הכללי של הפרסום תואמים את המציאות [שנהר, עמ' 220; ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555, 564 (1992)].

35. נטל הוכחת ההגנה של "אמת הפרסום" מוטל על המפרסם [ע"א 326/68 אסא נ' ליבנה, פ"ד כג(2) 23, 25 (1969); ע"א 831/86 מאור נ' מיכאלי, פ"ד מד(1) 762, 771 (1990)].

אשר למידת ההוכחה, בעבר הובעה בפסיקה הדעה כי כאשר מדובר בהגנת אמת הפרסום, עשוי הנתבע (המפרסם) להידרש להביא הוכחה שמידתה תעמוד "ביחס מתאים לרצינות תוכן הדיבה" [ע"א 670/79 הוצאת עתון הארץ בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 169, 186 (1987)]. עם זאת, דובר במקרה שבו מידת הקלון שהייתה טמונה בפרסום הייתה חמורה במיוחד (פרסום לפיו הנפגע משתייך לפשע המאורגן), ובפסיקה המאוחרת יותר נדמה כי רוככה אמירה זו, כך שככלל, מידת ההוכחה הנדרשת היא של מאזן הסתברויות רגיל במשפט אזרחי (ע"א קראוס, עמ' 857).

36. אבחן, אם כן, אם עלה בידי המשיבים להוכיח כי הדברים שנאמרו על ידי פורוש במסגרת שיחת הטלפון (הם ה"פרסום") היו "אמת". לעניין זה, על אף שבית המשפט המחוזי ציין ששיחת הטלפון לא תועדה בדרך כלשהי, הוא הגיע לקביעות עובדתיות באשר לדברים שנאמרו בשיחה, כדלקמן:

36.1. רוח הדברים הייתה שפורוש התריעה בפני עטר והזהירה אותו מפעולותיו של המערער, בשים לב לכך שסולומון אחראית לפעולות אלה כמנהל הקרן;

36.2. פורוש לא הודיעה לעטר על קיומם של הליכים פליליים נגד המערער (שהרי הליכים פליליים נגד המערער החלו למעלה משנה לאחר שיחת הטלפון);

36.3. פורוש כן מסרה לעטר מידע לפיו יש חשדות ברשות לניירות ערך ביחס להתנהלות לא תקינה של קרן רעם 90 "או אף כי מתקיימות ברשות חקירות כלשהן ביחס ל[מערער]" (ההדגשה אינה במקור - י.ת.).

37. מאחר שהדברים שנאמרו במסגרת שיחת הטלפון כללו מידע על חשדות שהיו ברשות ביחס למערער וכן מידע על חקירות שהתנהלו ברשות ביחס למערער, יש לבחון אם המשיבים עמדו בנטל להוכיח שזו אכן הייתה האמת בזמן ה"פרסום".

38. מטעם המשיבים העידה פורוש עצמה, הן במסגרת תצהיר עדות ראשית והן במסגרת חקירה נגדית. וכך העידה בתצהירה (סעיפים 9-10):

"בראשית חודש ינואר 2004 הוסבה תשומת לבי, בעקבות שיחה טלפונית שנתקבלה מאחד הפעילים בשוק, לתנודתיות גבוהה באופן חריג במחירי היחידות של קרן רעם 90, אשר נוהלה על ידי מולקנדוב.

...

בעקבות השיחה הטלפונית, נבדקו על ידינו, בבדיקה יסודית, הדוחות החודשיים האחרונים של הקרן... באותה תקופה גם נודע לי על תלונות קשות של משקיעים על מר מולקנדוב... שהגיעו למחלקת הפיקוח על יועצי השקעות ומנהלי תיקי השקעות ברשות... התלונות שהגיעו לידיעתי נגעו בין היתר לניהול השקעות בסיכון גבוה באופן חריג, ולפעולות קניה ומכירה מיותרות שכל מטרתן חיוב התיק בעמלות ("חיבוץ התיק") ואשר בעטיין נגרמו הפסדים כבדים ללקוחות. כמו כן עלתה מהתלונות התנהלות שאינה עולה בקנה אחד עם דרישות האתיקה של הוראות חוק הייעוץ...

מצרף העובדות: תנודתיות חריגה במחירי הקרן, תחלוף גבוה של נכסי הקרן שגרר סכומי עמלות גבוהים שנפרעו מנכסי הקרן והתלונות הקשות על מר מולקנדוב שהגיעו לרשות, העלו ספק רב האם טובת בעלי היחידות היא העומדת לפני עיניו של מר מולקנדוב."

הנה, על פי עדותה הראשית של פורוש, מה שהיה בידי הרשות בעת השיחה הטלפונית היו תלונות טלפוניות של משקיעים, שעסקו בתנודתיות גבוהה, בתחלוף גבוה של נכסי הקרן ("חיבוץ") ותלונות על התנהלות בלתי אתית. תלונות טלפוניות אלה לא תועדו בדרך כלשהי, ויתרה מכך, פורוש נשאלה על כך בחקירה נגדית וציינה כי "אם ננקטת איזה שהיא פעולה, למשל בדיקה של התלונה, אז יש תיעוד". תיעוד כאמור לא הוצג, והמסקנה הבלתי נמנעת היא שלא נערכה ברשות בדיקה של התלונה. כמו כן, התצהיר עצמו נעדר התייחסות כלשהי לבדיקה שערכה הרשות בעקבות אותן תלונות, מלבד בדיקת הדו"חות הכספיים החודשיים של הקרן (שהם פומביים).

39. כאמור, הנטל להוכיח את אמיתות הפרסום מוטל על המפרסם, היינו, על המשיבים בענייננו. אם הפרסום כלל אמירה שעניינה חשדות וחקירות (ולו פנימיות) בעניינה של הקרן, הרי שעל המשיבים היה להוכיח קיומם של חשדות וחקירות אלה. אלא שלכל היותר מה שהוכח בעדותה של פורוש (הן עדותה הראשית והן חקירתה הנגדית) הוא שהתקבלו פניות טלפוניות שלא זכו לתיעוד כלשהו והבדיקה שביצעה הרשות היא בחינה של הדו"חות הפומביים של הקרן (שממילא היו גלויים בפני עטר עצמו), אשר לימדו על תנודתיות גבוהה של הקרן. לא ניתן למצוא בעדותה כל רמז

לבדיקה נוספת שנערכה בעניין התלונות, ובוודאי שלא הוצג תיעוד לכך, על אף שלדברי פורוש לו הייתה מתבצעת בדיקה היה נערך תיעוד. יתרה מכך, כחודשיים לאחר מכן, נתנה הרשות עצמה למערער היתר לנהל בעצמו את הקרן, באמצעות נוכח סטאר (שלא תחת מטרייתה של סולומון). אם אכן התעוררו ברשות "סימני שאלה" לגבי אופן התנהלותה של הקרן ואף חשדות בעניין עמידתו של המערער בדרישות האתיקה של הוראות חוק הייעוץ, כפי שהעידה פורוש, מדוע אישרה אותה רשות עצמה, תקופה קצרה לאחר מכן, לאותו אדם להיות מנהל קרן - תפקיד בעל חשיבות ורגישות רבה המצריך בדיקות רקע ושאלונים. המסקנה הנלמדת מכך היא, שלא היו באותה עת ברשות "סימני אזהרה" כלשהם ביחס למולקנדוב.

לטעמי, המסקנה הנלמדת מהאמור לעיל היא, שמעדותה של פורוש לא ניתן ללמוד על קיומם של "חשדות" שהיו ברשות ביחס לקרן "רעם 90" בעת קיומה של שיחת הטלפון (להבדיל מתלונות טלפוניות, אשר אין לגבי תוכן כל תיעוד). אין זו אלא, שככל הנראה, תלונות אלה לא הצדיקו, באותה עת, עריכת בירור וחקירה בעניין, אחרת - אפילו לשיטתה של פורוש - היה אמור להימצא על כך תיעוד. מכאן, שמעדות זו לא ניתן ללמוד על קיומם של "חשדות" ובוודאי לא על קיומן של "חקירות" (ולו פנימיות) של הרשות בעניינו של המערער בעת הפרסום.

40. בדיון שהתקיים לפנינו ביום 20.3.2014 התבקש בא-כוח המשיבים להפנות למוצגים ספציפיים אשר לטענתו מבססים את הקביעה בדבר אמת בפרסום. לאחר דין ודברים, הפנה בא-כוח המשיבים למוצגים 21, 27 ו-28 למוצגי המשיבים. אלא שגם מוצגים אלה אינם מבססים קיומם של "חשדות" או ביצוען של "חקירות" ברשות באותה תקופה שבה בוצעה שיחת הטלפון.

41. מסקנתי היא, כי לא עלה בידי המשיבים להרים את הנטל להוכיח שהדברים שנאמרו על ידי פורוש במסגרת שיחת הטלפון (ה"פרסום") היו "אמת", ומכאן שלא התמלא התנאי הראשון להתקיימות ההגנה של "אמת הפרסום". בנסיבות אלה, איני נדרש לבחינת התנאי השני לתחולת הגנת "אמת הפרסום" - קיומו של עניין ציבורי בפרסום. טענת ההגנה לפי סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע נדחית אפוא.

42. הגנות "תום הלב" הקבועות בסעיף 15 לחוק איסור לשון הרע דומות מבחינת הרציונל העומד בבסיסן להגנות המוחלטות שבסעיף 13 לחוק, שעליהן אעמוד בהמשך. המחוקק סבר, שקיימים מצבים שבהם קיימים אינטרסים ציבוריים חשובים בהתבטאות חופשית, אשר עשויים להצדיק מתן הגנה למפרסם למרות שהפרסום לא היה אמת, אולם מכיוון שהאינטרסים הציבוריים שבעשיית הפרסום במקרים אלה אינם חזקים כמו האינטרסים המוגנים במסגרת סעיף 13, תוצדק החלת ההגנה, על הפגיעה ההכרחית בשמו הטוב של אדם הכרוכה בה, רק אם יתקיים באותו פרסום מרכיב נוסף, והוא שהפרסום נעשה "בתום לב" (שנהר, עמ' 249). מדובר, אם כן, בקשת של נסיבות שבהן תקום לנתבע הגנה אף במחיר פגיעה בשם הטוב של הנפגע, בהתקיים שני התנאים המצטברים: האחד, כי הנתבע עשה את הפרסום בתום לב; והשני, כי הפרסום נעשה באחת הנסיבות המנויות בסעיפי המשנה של סעיף 15 לחוק (שנהר, עמ' 250; דנ"א דיין, פסקה 43 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס). בכל אחת מן החלופות הקבועות בסעיפי המשנה של סעיף 15 לחוק ניתן ביטוי לאינטרס אחר.

43. להבדיל מהגנת אמת הפרסום, תחולתה של הגנת תום הלב אינה תלויה באמיתות הדברים שפורסמו (ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 306 (1977); דנ"א קראוס, בעמ' 17 (השופט ש' לוי) ובעמ' 107 (השופט ד' דורנר)). על כן, הגנה זו תהא רלוונטית בדרך כלל במקרים שבהם הפרסום אינו אמת או שמסיבות שונות לא ניתן להוכיח כי הוא נכון (דנ"א דיין, פסקה 43 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס).

44. נטל הוכחת מרכיב "תום הלב" שבסעיף 15 מוטל על המפרסם, כשם שמוטל עליו להוכיח גם את הטענה שעשה את הפרסום באחת מן הנסיבות המפורטות בסעיף (שנהר, עמ' 254 ועמ' 258). עם זאת, את מרכיב "תום הלב" יכול המפרסם להוכיח בצורה עקיפה, באמצעות החזקה הקבועה בסעיף 16(א) לחוק. סעיף 16(א) לחוק קובע חזקה לעניין קיומו של "תום הלב" ואילו סעיף 16(ב) לחוק קובע חזקה לעניין היעדרו של "תום הלב". שתי חזקות אלה אינן חלוטות, והן ניתנות לסתירה. הנטל להוכיח את הנסיבות המקימות את החזקה שבסעיף 16(א) לחוק מוטל על המפרסם, ואילו הנטל להוכחת הנסיבות המקימות את החזקה שבסעיף 16(ב) לחוק מוטל על התובע.

45. בענייננו, טענו המשיבים להתקיימותן של שתי הגנות הקבועות בסעיף 15 לחוק איסור לשון הרע. האחת, הקבועה בסעיף 15(2), שלפיה תהא זו הגנה טובה אם היחסים שבין המפרסם לבין האדם שאליו הופנה הפרסום "הטילו עליו חובה חוקית,

מוסרית או חברתית לעשות אותו פרסום". השנייה, הקבועה בסעיף 15(3), שלפיה תהא זו הגנה טובה אם "הפרסום נעשה לשם הגנה על עניין אישי כשר של הנאשם או הנתבע, של האדם שאליו הופנה הפרסום או של מי שאותו אדם מעוניין בו עניין אישי כשר". לטעמי, ישנה חפיפה מסוימת בין ההגנה הקבועה בסעיף 15(2) לחוק, שעניינה, בין היתר, חובה חוקית לעשיית פרסום, ובין הפרסום המותר לפי סעיף 13(9) לחוק שעניינו, בין היתר, "פרסום שהמפרסם חייב לעשות על פי דין...", ובו אדון בהמשך. עם זאת, לא אדרש לכך, שכן לטעמי, המשיבים לא עמדו בנטל להוכיח כי פעלו בתום לב.

46. כפי שהבהרתי לעיל, שיחת הטלפון התבססה, כך לשיטת המשיבים, על תלונות טלפוניות שהתקבלו ברשות, ביחס לקרן ולמערער. הפרסום התייחס, כאמור, ל"חשדות" ו"חקירות" (פנימיות של הרשות). אלא שהמשיבים לא השכילו להוכיח כי אכן היו חשדות ברשות, ודאי לא כי התקיימו בדיקות או חקירות בעניין זה, עובר לקיומה של שיחת הטלפון. גם אם אקבל את טענת המשיבים, כי שיחת הטלפון נועדה ליידע את עטר ש"יפקח עיניים", ותו לא, הרי שלטעמי, על מנת להוכיח קיומו של תום לב, היה על המשיבים להראות כי נקטו אמצעים סבירים להיווכח מראש כי אכן יש מקום להזהיר את עטר מפני פעולות לא תקינות מצד המערער, אזהרה שיש לה השלכות על שמו הטוב של המערער. בדיקת הדו"חות הגלויים של הקרן לטעמי אינה עולה כדי אמצעים סבירים. המשיבים לא הוכיחו כי נקטו אמצעים נוספים עובר לשיחת הטלפון. לטעמי, די בכך כדי לקבוע שהמשיבים לא עמדו בנטל להוכיח את תום לבם.

משכך, אף לא מצאתי לנכון להידרש ליתר הנסיבות הקבועות בסעיפים 15(2) ו-15(3) לחוק איסור לשון הרע.

כעת אעבור לדון בהגנה הקבועה בסעיף 13(9) לחוק.

סעיף 13(9) – פרסום על פי היתר או הוראה של רשות מוסמכת או מכוח חובה על פי דין
 47. סעיף 13 לחוק איסור לשון הרע קובע מהם "פרסומים מותרים". בסעיף זה העניק המחוקק משקל מכריע לשיקולים כלליים-ציבוריים. אדם המפרסם לשון הרע בנסיבות סעיף 13 לחוק ייחנה מהגנה גם אם הפרסום היה כוזב וגם אם פעל בזדון או בחוסר תום לב. כמו כן, ההגנה אינה תלויה במידת העניין הציבורי שיש בפרסום. מסיבה זו, זכו ההיתרים שבסעיף 13 להיקרא "ההגנות המוחלטות" [שנהר, עמ' 191; ע"א 348/85 בן ציון נ' הוצאת מודיעין בע"מ, פ"ד מב(1) 797, 801 (1988); דנ"א

6077/02 חטר-ישי נ' ארבל, פסקה 5 (7.4.2003); ע"ע (ארצי) 26198-07-13 ד"ר סיגל שוורץ נ' ד"ר אמיר אברמוביץ, פסקאות 16-17 (30.4.2015). נטל ההוכחה של הנסיבות המקימות את ההגנות שבסעיף 13 לחוק מוטל על המפרסם (שנהר, עמ' 213).

48. לענייננו, סעיף 13(9) לחוק איסור לשון הרע קובע, כי לא ישמש עילה למשפט פלילי או אזרחי –

“פרסום שהמפרסם חייב לעשות על פי דין או על פי הוראה של רשות המוסמכת לכך כדין או שהוא רשאי לעשות על פי היתר של רשות כאמור”.

בית המשפט המחוזי קבע, כי הגנה זו אכן קמה למשיבים. זאת, מכיוון שהרשות היא גוף סטטוטורי, שתפקידו העיקרי הוא לפקח על הגורמים הפועלים בשוק ההון, ובכלל זה על קרנות נאמנות. לשיטתו של בית המשפט המחוזי, פורוש הייתה מוסמכת, כמפקחת על עמידת הקרן בתנאי החוק, לפנות אל מנהל הקרן, משעה שהתעורר ברשות חשש כי מנהל הקרן אינו עומד בחובותיו, ולדרוש ממנו להדק את הפיקוח על פעילות הקרן ועל פעילותו של המערער. אבחן סוגיה זו להלן.

49. על אף שחוק איסור לשון הרע הוא חוק ותיק, בן למעלה מחמישים שנה, סעיף 13(9) לחוק הוא בבחינת דרך לא סלולה; כמעט שאין בו דיון בפסיקה, ובפרט בפסיקתו של בית משפט זה.

50. מלשון הסעיף עולה שההגנה שניתנת בו עוסקת בשלושה תרחישים:

(1) פרסום שהמפרסם חייב לעשות על פי דין; או

(2) פרסום שהמפרסם חייב לעשות על פי הוראה של רשות המוסמכת לכך

כדין; או

(3) פרסום שהמפרסם רשאי לעשות על פי היתר של רשות המוסמכת לכך

כדין (בלשון הסעיף: “היתר של רשות כאמור”).

51. כפי שכבר ציינתי לעיל, מכיוון שסעיף זה מעניק הגנה מוחלטת למפרסם לשון הרע, אף אם הדברים שנאמרו הם שקריים (להבדיל מההגנה הקבועה בסעיף 14 לחוק) ואף אם נאמרו בזדון (להבדיל מההגנות הקבועות בסעיף 15 לחוק), הרי שהאיזון בין האינטרס הציבורי המגולם בסעיף לבין הפגיעה הנגרמת למושא הפרסום, מחייב

פרשנות דווקנית לסעיף [ע"א 211/82 ננס נ' פלורו, פ"ד מ(1) 210, 215 (1986) (להלן: עניין ננס)].

52. תכליתו של סעיף 13 הוסברה כהענקת "זכייה מוחלטת לפרסומים, הנוגעים לתחום תפקידם של ממלאי תפקידים רשמיים ושל רשויות רשמיות" (עניין ננס, עמ' 215). ההגנה נועדה לאפשר לאותם בעלי תפקידים לבצע את הפרסומים הנדרשים לצורך פעילותם באופן המיטבי הנדרש לצורך ביצוע התפקיד, ללא מורא מתביעות אישיות בגין לשון הרע; זאת, מתוך הנחה כי עצם ההתמודדות עם תביעות כאמור עלולה להרתיע את בעל התפקיד ולהפריע לו בביצוע תפקידו. הרציונל הספציפי של תת-סעיף (9) הוא לאפשר לרשויות הרשמיות של המדינה לפעול, במסגרת סמכויותיהן כדין, מבלי לחשוש כי תהיינה מאוימות מפני תוצאות משפטיות בשל התבטאויות הקשורות בתפקידן [ע"ע (ארצי) 12-05-35058 רזנברג נ' משרד החינוך (14.9.2014)], פסקה 23 לחוות דעתה של השופטת ל' גליקסמן (להלן: עניין רזנברג)]. החסינות המוחלטת שמקנה הסעיף מוצדקת אך ורק משום שמדובר בפרסום שחייב להיעשות על פי דין או שהמפרסם רשאי היה לעשות אותו על פי דין (בהוראה של רשות מוסמכת).

53. ברע"א 1104/07 חיר נ' גיל, פ"ד סג(2) 511 (2009) (להלן: עניין חיר) נדון תת-סעיף אחר של סעיף 13 לחוק, הוא סעיף 13(5), שמעניק חסינות מפני תביעה פלילית או אזרחית בגין דברים שנאמרו במהלך הליך שיפוטי או בכתבי בי-דין. באותו מקרה, היה מדובר בעורכי דין שייצגו צדדים ניצים בהליכים משפטיים. אחד מעורכי הדין הגיש תביעה נגד עורך הדין שכנגד בעילה של לשון הרע, בגין דברים שהטיח בו האחרון במהלך דיון בבית הדין האזורי לעבודה וכן בכתב הגנה שהוגש בהליך משפטי בין הצדדים. המשנה לנשיאה השופט א' ריבלין גרס, כי סעיף 13 לחוק איסור לשון הרע קובע "הגנות מוחלטות", שאינן מותנות בדרישה של אמיתות הפרסום או בדרישה של תום לב. "נפקות הדבר היא, שגם פרסום כוזב, שנעשה שלא בתום לב (ואף בזדון), לא יהווה עילה למשפט פלילי או אזרחי, ובלבד שמתקיימים התנאים הקבועים בסעיף המשנה הרלוונטי" (שם, עמ' 520).

השופט ריבלין עמד על הרציונל העומד ביסוד סעיף 13 לחוק, אשר "נועד להגן על שיקולים רחבים הנוגעים לאינטרס הציבורי, כאשר חלק מסעיפי המשנה – וסעיף קטן (5) בכללם – מתייחסים לפרסומים שנעשים על ידי רשויות השלטון או תוך כדי פעילותן" (שם, עמ' 520-521). השופט ריבלין דחה את הגישה לפיה יש לקרוא לסעיף 13(5) לחוק סייג הנוגע לתוכן הפרסום (שם, עמ' 523):

”ברי לחלוטין כי המחוקק ביקש לחסום את כניסתו של חוק איסור לשון הרע לאולם המשפט (במובן הרחב) – ככל הנראה, מתוך השקפה שסדקים במחסום עלולים להחדיר מורא ללב המשתתפים בדיון המשפטי ולהקשות עליהם למלא את תפקידם.”

לשיטתו של השופט ריבלין, משעה שאין מחלוקת שההתבטאויות נעשו על ידי עורך דין תוך כדי הליך משפטי, הרי שמדובר בפרסום מותר לפי סעיף 13(5) לחוק. אנוכי הצטרפתי בעניין חיר לדעתו של השופט ריבלין, באשר סברתי כי ”החסינות המוענקת לגורמים הנזכרים בסעיף 13(5) לחוק... היא חסינות מוחלטת” וכי אין לקבוע להגנה זו סייגים או חריגים כלשהם (שם, עמ' 526).

לעומת זאת, השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, בדעת מיעוט, סבר כי יש צורך להציג סייג תוכני, ולו גם מצומצם ביותר, לסעיף 13(5) לחוק. היינו, לדעתו, יש לפרש את סעיף 13(5) לחוק כמקנה היתר רחב אך לא היתר מוחלט. כך, התבטאות אשר מעבר לאי היותה אמת בידיעת האומר, יש בה רשעות או זדון, לא תחסה בצלו של ההיתר [ראו גם: אייל כתבן ובוועז שנור ”בין תרבות הדיון ובין השם הטוב של האדם - בעקבות רע"א 1104/07 חיר נ' גיל” המשפט טו(1) 71 (תש"ע)].

54. לטעמי הדברים שקבעה דעת הרוב בעניין חיר יפים גם לעניינו של סעיף 13(9) לחוק איסור לשון הרע. היינו, המחוקק קבע הגנה מוחלטת, אשר תחול ללא סייג בהתקיים הנסיבות המפורטות בסעיף. משעה שהפרסום נאמר בנסיבות הקבועות בסעיף המשנה הרלוונטי, הרי שאין מקום לבחון את תוכן הדברים, את היסוד הנפשי או כל נסיבה אחרת שהיא חיצונית ללשון הסעיף. כמובן, על מנת שתחול ההגנה המוחלטת, יש לבחון באופן דווקני ומוקפד את התקיימות הנסיבות הקבועות בסעיף הרלוונטי. לפיכך, לעניינו, לא די בכך שהפרסום נעשה מכוח הוראה של הנחייה של רשות מוסמכת, אלא נדרש להראות כי מדובר בהפעלת סמכות ”כדין” של רשות מוסמכת. (עניין רזנברג, פסקה 20 לחוות דעתו של השופט ל' גליקסמן).

55. בעניין רזנברג נדונה תביעה של מורה אשר במסגרת פיטוריו על ידי משרד החינוך כתבה המפקחת דברים חמורים בעניינו, ובהליך קודם שהתנהל קבע בית הדין האזורי לעבודה כי פיטוריו היו שלא כדין. בתביעה שעניינה לשון הרע, שאף היא התנהלה בבית הדין לעבודה עלתה השאלה האם דברי המפקחת חוסים תחת ההגנה הקבועה בסעיף 13(9) לחוק איסור לשון הרע. שלושת שופטי בית הדין הארצי לעבודה

נחלקו בדעותיהם. השופט ע' רבינוביץ סבר כי יש להחריג מתחולתו של סעיף 13(9) לחוק מקרים קיצוניים וחריגים, כגון המקרה המדובר, היינו, הסעיף אינו מעניק הגנה מוחלטת. דעה זו מסתמכת על דעת המיעוט של השופט א' רובינשטיין בעניין חיר; השופט ל' גליקסמן סברה, כי משעה שהרשות הייתה מוסמכת כדין להורות או להתיר את עשיית הפרסום שבגיננו ננקט ההליך, הרי שמדובר בחסינות מוחלטת, ואין זה משנה כלל שנאמרו דברים חמורים, שעוריייתיים ובלתי נכונים. הדעה השלישית בפסק הדין, של הנשיא י' פליטמן, גרסה כי כלל אין מדובר בנסיבות מיוחדות וחריגות, וכי אין הצדקה לסטות מתלם הפסיקה לפיו סעיף 13(9) לחוק מקנה הגנה מוחלטת מפני תביעה לפי חוק איסור לשון הרע. כאמור, דעתי היא כדעתה של השופטת גליקסמן, היינו, הסעיף מקנה חסינות מוחלטת בהתקיים הנסיבות הקבועות בו, מבלי להתחשב בתוכן הדברים או ביסוד הנפשי של המפרסם.

מן הכלל אל הפרט

56. לא יכול להיות חולק כי רשות ניירות ערך היא רשות סטטוטורית הפועלת מכוח חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968. פורוש הייתה אורגן של הרשות, ופעלה מכוח סמכויותיה של הרשות במסגרת תפקידה הקונקרטי [ע"א 5320/90 א.צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818, 829 (1992)]; למרותה של רשות מנהלית כגוף שיש לו סמכות על פי דין ראו: יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך א' 277 (1996)].

57. כמו כן, מקובלות עלי קביעותיו של בית המשפט המחוזי לפיהן רשות ניירות ערך מופקדת על עניינם של המשקיעים בניירות ערך, וחובתה מכוח הדין לדאוג להגנתם וטובתם של המשקיעים. פורוש, במסגרת תפקידה ברשות, הייתה המפקחת על מנהלי קרנות הנאמנות, ובכלל זה על סולומון, ועל פעולותיו של המערער כמנהל תיק ההשקעות של הקרן. אני אף סבור כי צדק בית המשפט המחוזי כשקבע, כי על הרשות ועל פורוש באופן ספציפי הייתה מוטלת חובה על פי דין לנקיטת צעדים הדרושים לשם שמירה על אינטרס הציבור. נכון אני אף לקבל, כי חובה זו מתפרשת אף על "שיחות אזהרה" מהסוג שנערך על ידי פורוש בענייננו.

58. אני רואה לנכון לקבוע מסמרות באשר לשאלה אם פורוש חייבת הייתה לערוך את שיחת הטלפון על פי דין (החלופה הראשונה בסעיף 13(9) לחוק), אם כי נוטה אני לחשוב כי שיחות אזהרה מעין אלה אכן עשויות להיכלל בגדר חובתה על פי דין; אולם לדעתי די בכך שפורוש רשאית הייתה לעשות את שיחת הטלפון על פי היתר של רשות המוסמכת לכך כדין (החלופה השלישית בסעיף 13(9) לחוק). אם הרשות מוסמכת ואף

חייבת להגן על ציבור המשקיעים, לרבות על דרך של אזהרת הגורמים הפעילים בשוק ההון, ברי כי פורוש הייתה רשאית להזהיר את עטר, מכוח תפקידה ברשות על פי ההיתר שקיבלה לכך, ולו מכללא מכוח תפקידה הבכיר ברשות.

סוף דבר

59. מסקנתי היא, אפוא, כי למשיבים קמה ההגנה מכוח סעיף 13(9) לחוק. משעה שמתקיימת הגנה כאמור, הרי שאין למערער עילת תביעה נגד המשיבים מכוח חוק איסור לשון הרע. לפיכך, דין הערעור בע"א 844/12 להידחות. משכך, אין כל צורך לדון בערעורים שהוגשו לאחר מתן פסק הדין המשלים, ואשר עסקו בסוגיית גובה הנזק (ע"א 1906/15 וע"א 2755/15), שכן ממילא פסק הדין המשלים היה מותנה בקביעה כי לא קמה למשיבים הגנה כלשהי מכוח חוק איסור לשון הרע. על אף האמור, אני רואה לנכון לציין, כי לו היה נקבע כי למשיבים קמה אחריות לפי חוק איסור לשון הרע, הרי שלא הייתי רואה לנכון להתערב בפסק דינו המשלים של בית המשפט המחוזי. כפי שצינתי בע"א 9065/12 חברת ז.כ. למדידות והנדסה בע"מ נ' עיריית אשקלון, פסקה 19 (7.4.2014):

"הלכה מושרשת היא כי אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים עובדתיים ובקביעות מהימנות, ובפרט כאשר אלו נקבעו על יסוד התרשמות בלתי אמצעית מהעדים ואף במקרים בהם נקבעו הממצאים העובדתיים על סמך הכרעה בין חוות דעת מומחים [ראו למשל: ע"א 1535/09 הספר נ' פרופ' יגל ואח' [פורסם בנבו] (22.10.2010), פסקה 24 לפסק הדין והאסמכתאות הנזכרות שם]."

60. הנה כי כן, אציע לחברותיי לדחות את הערעור בע"א 844/12, ולבטל את החיוב הכספי שנקבע בפסק הדין המשלים. כן אציע לחברותיי לחייב את המערער בשכר טרחת המשיבים, על הצד הנמוך, בסך של 20,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט י' דנציגר ולפיה דין הערעור להידחות בשל החסינות המוחלטת הנתונה למשיבים מכוח סעיף 13(9) לחוק לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע או החוק). בהינתן מסקנה זו, ובניגוד לחברי, איני רואה צורך להידרש לשאלה האם קמות למשיבים הגנות על פי סעיפים 14 או 15 לחוק.

1. חוק איסור לשון הרע קובע בפרק ג' שורה של "פרסומים מותרים" על-פיו וכן הגנות לפרסומים אחרים. הפרסומים המותרים מנויים בסעיף 13 לחוק ובו מוקנית חסינות מוחלטת לאותם פרסומים מפני תביעה בעילה של לשון הרע (ראו, למשל, ע"א 211/82 ננס נ' פלורו, פ"ד מ(1) 210 215 (1986) (להלן: עניין ננס); דנ"א 6077/02 חטר-ישי נ' ארבל, פסקה 5 (7.4.2003)). זאת בהבדל מסעיפים 14 ו-15 לחוק המפרטים הגנות הפוטורות את המפרסם, בהתקיים תנאים מסוימים, מאחריות בגין לשון הרע (הגנת אמת הפרסום והגנת תום הלב) (ראו, למשל, דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין, פסקה 20 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס (18.9.2014) (להלן: עניין דיין)).

מודל זה הקבוע בדין הישראלי מבוסס על הדין האנגלי המכיר אף הוא בחסינות מוחלטת (Absolute privilege) לפרסומים מסוימים ובחסינות מסויגת (qualified privilege) המקבלת ביטוי בהגנות שנמנו לעיל (להרחבה ראו: עניין דיין, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן; כן ראו: אורי שנהר דיני לשון הרע 29 (1997) (להלן: שנהר); להבחנה בין "הגנה" ל"חסינות" ראו דפנה אבניאלי דיני חסינות 79-84 (2014)). על מהות החסינות המוחלטת הקבועה בסעיף 13 לחוק ועל תכליתה עמד בית המשפט לערעורים באנגליה עוד בשנת 1928 בציינו:

There are a few, not many, cases where untrue communications or statements which are defamatory are by the law of England treated as absolutely privileged, so that, although they are untrue, defamatory and malicious, the law does not allow any action to be brought in reference to them. The reason is that there are certain relations of life in which it is so important that persons engaged in them should be able to speak freely that the law takes the risk of their abusing the occasion and speaking maliciously as well as untruly, and in order that their duties may be carried on freely and without fear of any action being brought against them, it says: "We will treat as absolutely privileged any statement made in the performance of those duties." (More v. Weaver [1928] 2 K.B. 520, 521; RICHARD O'SULLIVAN, ROLAND BROWN THE LAW

OF DEFAMATION 56-57 (1958)), להלן: THE LAW OF DEFAMATION, למסקנה דומה ראו: עניין ננט, שם; ע"א DEFAMATION 6356/99 חטר-ישי נ' ארבל, פ"ד נו(5) 254, 262 (2002).

2. אלא שככל שהדבר נוגע לעובדי ציבור, הרחיב המחוקק הישראלי את גדרי החסינות המוחלטת לעומת הדין האנגלי. הדין האנגלי מצמצם את החסינות בהקשר זה אך ורק לפרסומים אשר נעשו בין עובד ציבור אחד לאחר במסגרת עבודתם (להרחבה על חסינות זו ועל חסינויות מוחלטות נוספות שמעניק הדין האנגלי ראו: DAVID PRICE AND KORIEH DUODU DEFAMATION LAW, PROCEDURE & PRACTICE, 93-90 (3RD EDITION, 2004); כן ראו: GATELY ON LIBEL AND SLANDER 406-409 (11TH EDT., 2008)), ואילו הדין הישראלי מקנה חסינות כזו בסעיף 13(9) ל"פרסום שהמפרסם חייב לעשות על פי דין או על פי הוראה של רשות המוסמכת לכך כדין או שהוא רשאי לעשות על פי היתר של רשות כאמור", היינו גם לפרסום החורג מד' האמות של עובדי הציבור בינם לבין עצמם. על הקושי שמעוררת החסינות המוחלטת הנרחבת שמעניק הדין בישראל לעומת מקבילו האנגלי, עמד חבר הכנסת דאז חיים צדוק בדיונים לאישורו של החוק בהתייחסו, בין היתר, לחסינות המוחלטת המוענקת בהקשר זה לחברי כנסת ולחברי ממשלה:

"צדוק: ואצלנו? החסינות ניתנת לא רק על דברים שנאמרו בכנסת אלא גם על דברים שנאמרו מחוצה לה, ולא רק כאשר הדברים נאמרו מפי חבר הכנסת ב"מילוי תפקידו", אלא גם אם נאמרו "למען מילוי תפקידו" ... אני סבור שנטלנו לעצמנו ולמוצא פינו מידה מופרזת של חסינות, ובהזדמנות המתאימה ניטיב לעשות אם נתקן זאת.

מנחם בגין: האם תגיש הצעת חוק פרטית, מר צדוק? צדוק: אשקול בדבר. ... ומן הכנסת - לממשלה ... מה ההצדקה שפרסום שנעשה על ידי שר או על ידי עובד מדינה לפי הוראות שר יהא מחוסן? ולא רק בחסינות סתם אלא בחסינות מוחלטת, כלומר, גם כשהפרסום הכולל לשון הרע נעשה שלא בתום לב. אני יודע מקורו של סעיף זה. מקורו בחוק הקיים שלנו בפקודת הנזיקין [צ"ל הנזיקים] האזרחיים משנת 1944, המעניקה חסינות מוחלטת לפרסומים מטעם הנציב העליון וחברי ה-Executive Council וה-Advisory Council. נדמה לי שהוראה זו באה אז כדי לחסן את צמרת השלטון המנדטורי בפני תביעות על הוצאת דיבה בבתי המשפט המקומיים. עד כמה שהצלחתי לברר, אין להוראה זו אף בחוק הנהוג באנגליה עצמה: שם ניתנת חסינות מוחלטת לדברים רשמיים המוחלפים בין שרים ועובדי מדינה, בינם לבין עצמם תוך מילוי תפקידם, אבל אין חסינות מוחלטת

לדברים המתפרסמים בציבור מטעם חברי הממשלה ועובדיה ... אם אנו באים לסגל לעצמנו את החוק האנגלי, הבה נסגל אותו לעצמנו כפי שהוא באנגליה עצמה ולא כפי שהאנגלים הנהיגו אותו בתחומי שלטונם מעבר לים" [ההדגשות לא במקור] (דברי הכנסת 37 בעמ' 2457 (1963)).

דבריו של חבר הכנסת צדוק לא נפלו על אוזניים קשובות, ודב יוסף, שר המשפטים דאז, השיב לו "האם אנו מחוייבים, חבר הכנסת צדוק, לנהוג בדיוק כמו האנגלים בכל דבר ודבר?" (שם, בעמ' 2591). ואכן, נוסח החוק מלמד כי הסתייגותיו של חבר הכנסת צדוק לא התקבלו, וסעיף 13(9) לחוק לשון הרע כפי שחוקק מעניק חסינות מוחלטת לכל פרסום שעשה עובד ציבור באחד המצבים המתוארים בסעיף ולא רק לפרסום בין עובד ציבור אחד לאחר. ניסיון לכרסם בחסינות המוחלטת הקבועה בסעיף 13(5) העוסק, בין היתר, בפרסום שנעשה במהלך הליך משפטי באמצעות פרשנות המגבילה את הפרסום ל"רלבנטי וענייני" נדחו על ידי בית משפט זה אשר קבע כי זהו עניין למחוקק לענות בו (ראו רע"א 1104/07 חיר נ' גיל, פ"ד סג(2) 511, 522, 532-533 (2009) וכן ראו הפסיקה אותה סקר חברי השופט י' דנציגר בפסקאות 50-55 לחוות דעתו). עם זאת, נפסק כי יש לפרש את הוראות החסינות הקבועות בסעיף 13 כולו בצורה דווקנית ומצמצמת (עניין ננס בעמ' 215).

3. המקרה שבפנינו עניינו, כאמור, בחסינות המוחלטת הקבועה בסעיף 13(9) לחוק ולפיה לא ישמש עילה למשפט פלילי או אזרחי:

(9) פרסום שהמפרסם חייב לעשות על פי דין או על פי הוראה של רשות המוסמכת לכך כדין או שהוא רשאי לעשות על פי היתר של רשות כאמור;

סעיף 13(9) לחוק מונה, אפוא, שלושה מצבים אשר בהם תינתן מכוח חסינות מוחלטת למפרסם. הראשון - כאשר המפרסם חייב לפרסם על פי דין; השני - כאשר המפרסם חייב לפרסם על פי הוראה של רשות המוסמכת לכך כדין והשלישי - כאשר המפרסם היה רשאי לעשות כן על פי היתר של רשות המוסמכת לכך כדין.

בית המשפט המחוזי קבע כי "דבריה של פרוש נאמרו במסגרת מילוי תפקידה ועל פי היתר של רשות ני"ע, [ו]מוגנים באופן מוחלט מפני הגשת תביעת לשון הרע בגינם" (פסקה 45 לפסק הדין). בכך כיוון בית המשפט אל מצב הדברים השלישי המתואר בסעיף 13(9) לחוק, בהפנותו אל הוראת סעיף 2 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-

1968 הקובעת כי תפקידה של הרשות לשמור על ענייניו של ציבור המשקיעים בניירות ערך. מתוקף תפקידה זה, כך הוסיף בית המשפט המחוזי וקבע, אחראית הרשות, בין היתר, לפקח על ענף קרנות הנאמנות ולהסדיר את פעולתו והיא רשאית "ליתן הוראות הנוגעות לדרכי פעולתם של מנהל קרן ונאמן, של נושא משרה בהם ושל כל מי שמועסק על ידם, והכל כדי להבטיח את ניהולם התקין של מנהל הקרן והנאמן ואת השמירה על עניינם של בעלי היחידות..." (סעיף 97 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994) (להלן: חוק ההשקעות). בית המשפט המחוזי הוסיף והפנה בהקשר זה אל תצהירה של פרוש שבו פירטה מהן הפעולות בהן נקטה מתוקף תפקידה ברשות על מנת לפקח על קרנות הנאמנות (ראו סעיף 41 לפסק הדין, כן ראו חקירתה הנגדית של פרוש, פרוטוקול הדיון מיום 11.7.2011, בעמ' 36-37). בהינתן הוראות החוק הרלוונטיות המפורטות לעיל והראיות שהובאו בפניו, הגיע בית המשפט אל המסקנה כי שיחת הטלפון שעמדה במוקד התביעה, אותה קיימה פרוש עם סלומון, הייתה במסגרת סמכויותיה של פרוש ונעשתה מכוח ההיתר שניתן לה על ידי הרשות.

מסקנה זו מקובלת על חברי השופט י' דנציגר, הסבור אף הוא כי פרוש הייתה רשאית להזהיר את סלומון מכוח תפקידה ברשות על פי ההיתר שקיבלה לכך (פסקה 58 לחוות דעתו).

4. לא אכחד כי השאלה האם ראוי ליתן חסינות מוחלטת ללא סייג לדברים שנאמרים על ידי אדם ה"רשאי לעשות" כן על פי היתר של רשות מוסמכת, היא שאלה נכבדה וניתן להעלות על הדעת מקרים – בלא שיובן מדבריי כי המקרה שבפנינו נמנה עם מקרים אלה - אשר בהם לא יהיה זה ראוי ליתן חסינות כזו. כך למשל כאשר הפרסום נעשה בהרשאה אך שלא לצורך, בחוסר תום לב או בזדון ממש. אך בין אם ההסדר הנורמטיבי הקיים רצוי ובין אם לאו, ככל שקמה למשיבים חסינות מוחלטת לפי סעיף 13(9) לחוק – ואני שותפה לעמדתו של חברי השופט דנציגר כי זו אכן קמה במקרה דנן - דין הערעור להידחות מטעם זה, ובהינתן מסקנה זו אני סבורה, כפי שציינתי בפתח הדברים, כי אין מקום להוסיף ולבחון האם קמות למשיבים אם לאו גם הגנות כלשהן הקבועות בחוק בסעיפים 14 או 15 לחוק. בית המשפט המחוזי דן אמנם בסוגיות אלה בבחינת למעלה מן הצורך, אך לטעמי אנו כערכאת הערעור איננו נדרשים לעשות כן. משכך לא אביע עמדה באשר לקביעות ולמסקנות שאליהן הגיע חברי השופט דנציגר בקשר עם תחולתן של אותן הגנות.

מן הטעמים המפורטים לעיל, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט

י' דנציגר.

ש ו פ ט ת

הנשיאה מ' נאור:

גם אני מצטרפת לתוצאה אליה הגיע חברי השופט י' דנציגר שלפיה דין הערעור להידחות, וזאת בשל החסינות העומדת למשיבים מכוח סעיף 13(9) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. בדומה לחברתי השופטת א' חיות, אף אני איני רואה בנסיבות אלו צורך להכריע בשאלת תחולתן של ההגנות לפי סעיפים 14 ו-15 לחוק ואיני מביעה כל עמדה בעניין זה.

ה נ ש י א ה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, כ"ו בשבט התשע"ז (22.2.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א ה