



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1726/21

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט א' שטיין

המערער: מוחמד בכרי

נגד

המשיבים: 1. ניסים מגנאגי
2. היועץ המשפטי לממשלה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
בת"א 12733-11-16 מיום 11.1.2021 שניתן על ידי כב'
השופטת הלית סילש

תאריך הישיבה: ט"ו באייר התשפ"ב (16.5.2022)

בשם המערער: עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד מיכאל ספרד; עו"ד עמרי
ברבש; עו"ד אלון ספיר; עו"ד חוסיין אבו חוסיין
בשם המשיב 1: עו"ד נבות תל-צור
בשם המשיב 2: עו"ד אביעד אמרוסי; עו"ד מרווה בז'ה

פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופטת ה' סילש)
בת"א 12733-11-16 מיום 11.1.2021, שבו נתקבלה תביעת המשיב 1 (להלן: המשיב)
מכוח חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע או החוק).

רקע עובדתי והליכים קודמים

1. הערעור שלפנינו מהווה חוליה נוספת בשרשרת הליכים שנסכו על הקרנתו של
הסרט "ג'נין ג'נין", שנוצר, בוים והופק על ידי המערער. הרקע הכללי גלוי וידוע, ופורט

במספר פסקי דין בעבר. נזכיר בתמצית כי בחודש אפריל 2002, במהלך האינתיפאדה השנייה ובעיצומו של גל טרור רצחני, יצא צה"ל למבצע "חומת מגן". ההחלטה על היציאה למבצע התקבלה על ידי ממשלת ישראל בעקבות פיגוע התאבדות שאירע בליל-הסדר במלון "פארק" בנתניה, שבו נרצחו 30 ישראלים ונפצעו כ-160 נוספים. פיגוע זה התווסף לשורה ארוכה של פיגועי טרור, שהובילו – באותו חודש לבדו – למותם של למעלה מ-100 ישראלים; ולמותם של למעלה מ-1,100 ישראלים ופציעתם של אלפים נוספים בימי האינתיפאדה השנייה.

כפי שתואר בבג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 256 (2003) (להלן: עניין בכרי), במהלך המבצע נכנסו כוחות צה"ל למחנה הפליטים בעיר ג'נין, ששימש מוקד מרכזי להתארגנויות לפיגועים ושממנו יצאו מחבלים מתאבדים רבים לפיגועים ברחבי הארץ. כוחות צה"ל התריעו בפני האוכלוסייה האזרחית לעזוב את המקום, ולאחר מכן ניהלו לחימה בתנאים קשים בשטח בנוי ומאוכלס בצפיפות, תוך שנעשו מאמצים מצד הכוחות לצמצם פגיעה אפשרית באזרחים. בקרבות נהרגו 23 חיילי צה"ל ונפצעו עשרות רבות של חיילים. בצד הפלסטיני נהרגו 52 איש, כמחציתם מחבלים.

2. סרטו הדוקומנטרי-כביכול של המערער צולם לאחר המבצע, בסוף חודש אפריל 2002, ומובאות בו תגובות של תושבים פלסטינים לאירועים שהתרחשו במהלך המבצע. על כך שהסרט כולל שקרים וכזבים ומהווה פרסום העולה כדי "לשון הרע" לפי חוק איסור לשון הרע, דומה כי אין כיום מחלוקת של ממש. המערער עצמו אישר בבית המשפט המחוזי כי כלל לא טרח לבדוק את העובדות-כביכול שמוצגות בסרט (פרוטוקול, עמ' 95), ואף הערעור שלפנינו לא מתבסס על הטענה כי הסרט כלל אינו מהווה לשון הרע. אל טיבו של הסרט אשוב ואתייחס בהמשך הדברים.

הקרנת הסרט גררה שורה של הליכים. בתחילה אסרה המועצה לביקורת סרטים על הקרנת הסרט מכוח סמכותה לפי פקודת סרטי הראינוע. עתירה שהגיש המערער לבית משפט זה נגד החלטת המועצה התקבלה, והחלטת המועצה בוטלה בפסק הדין שניתן בעניין בכרי שהוזכר לעיל.

בהמשך הוגשה תביעה אזרחית נגד המערער על ידי חמישה חיילי מילואים של צה"ל שנטלו חלק בלחימה. בית המשפט המחוזי (כב' השופטת מ' נד"ב) קבע כי הדברים המוצגים בסרט אמנם מהווים לשון הרע, וכן דחה את טענות המערער כי עומדות לו הגנות מכוח חוק איסור לשון הרע. למרות זאת, התביעה נדחתה מכוח סעיף 4 לחוק,

משום שתוכן הפרסום התייחס לקבוצה של חיילי צה"ל שהשתתפו במבצע, ולא ליחידים, ובהעדר חשש שהצופה הסביר יקשור בין האמור בסרט לבין כל חייל וחייל שהשתתף בלחימה. בפסק דינו, בית המשפט המחוזי נתן דעתו, בין היתר, לכך שהקבוצה המדוברת מונה מאות חיילים, ולכך שתמונותיהם של התובעים עצמם לא הופיעו בסרט (ת"א (מר') 6053-08-07 מיום 26.6.2008)). ערעור שהוגש לבית משפט זה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי – נדחה (ע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי (27.7.2011) (להלן: עניין בן נתן)).

3. בשנת 2016 הגיש המשיב את התביעה מושא הערעור דנן. זו הפעם, התביעה לא הוגשה על ידי לוחמים שאינם מופיעים בסרט, אלא על ידי המשיב שטען כי הסרט כולל צילום שלו, באופן הקושר בינו לבין תוכן הסרט והנרטיב המוצג בו, ומשכך עומדת לו עילת תביעה אישית נגד המערער. לטענת המשיב, רק בשנת 2015 נודע לו שהוא מופיע בסרט, ובשל כך הגיש את תביעתו רק בשנת 2016.

4. לאורך השנים, היועץ המשפטי לממשלה (להלן גם: היועמ"ש) נדרש אף הוא מספר פעמים לסרט, וזאת בעקבות בקשות שהוגשו אליו מטעם לוחמים, משפחות שכולות, משפטנים ואישי ציבור לנהל הליך משפטי ביחס לסרט. בסיכומו של דבר, היועמ"ש החליט שלא לנקוט הליכים פליליים נגד המערער, וזאת בהתאם למדיניות רבת השנים הנקוטה בידו בתחום זה. החלטה זו שבה ואושררה על ידי היועמ"ש (החלטותיהם של היועצים דאז א' רובינשטיין, מ' מזוז וי' וינשטיין). עם זאת, בשים לב לאינטרס הציבורי הגלום בעניין, ביקש היועץ דאז מזוז לבחון אפשרות להתייצב בהליך האזרחי שהגישו הלוחמים. כך אכן נעשה בהמשך, כאשר במסגרת ההליך האזרחי דנן, היועמ"ש התייצב בבית המשפט המחוזי לימינו של המשיב (ולימינם של חיילי ולוחמי צה"ל באופן כללי). גם במסגרת הערעור העומד עתה להכרעתנו הגיש היועמ"ש תשובה מטעמו. על כך ועוד, ביתר הרחבה להלן.

עיקרי פסק דינו של בית המשפט המחוזי

5. בית המשפט המחוזי קיבל את תביעת המשיב. תחילה נדרש בית המשפט לטענת ההתיישנות שעמדה במוקד הגנתו של המערער. לאחר שנתן דעתו על מכלול הראיות, הטענות והמסמכים, בית המשפט אימץ את גרסת המשיב כי עובר לשנת 2015 לא צפה בסרט ולא היה מודע לעובדה שהוא עצמו מופיע בסרט. בית המשפט מצא את עדותו של המשיב "מהימנה מאד" וכזו שיש ליתן לה "משקל ראייתי משמעותי", והתרשם שהמשיב הוא אדם "אשר פיו ולבו שווים", שהשיב לשאלות בפשטות, בבהירות וכמיטב הבנתו.

עוד התרשם בית המשפט שהמשיב נותר מצולק רגשית בעקבות אירועי מבצע חומת מגן. בית המשפט ציין כי עדותו של המשיב עולה בקנה אחד עם עדויותיהם של העדים האחרים, וכי התמונה המתקבלת היא כי אף שהמשיב ידע על קיומו של הסרט ועל דבר קיומם של הליכים משפטיים, הוא לא צפה בסרט עובר לשנת 2015.

כחלק מהדיון בשאלת המועד שבו צפה המשיב לראשונה בסרט, עלתה התייחסות לבקשות שהוגשו בשעתו בשנת 2003 במסגרת העתירה בעניין בכרי. מדובר בבקשות שהגיש עו"ד כספי, בא כוחם של המשיבים-הלוחמים באותו הליך, לצירוף שלושה משיבים להליך, בכללם המשיב, מה שמלמד לכאורה שהמשיב צפה בסרט כבר בשנת 2003. אלא שבית המשפט המחוזי הבהיר כי לפי התרשמותו הבלתי אמצעית מעו"ד כספי (שהשתתף אף הוא במבצע חומת מגן כחייל מילואים), זה האחרון רואה עצמו כמי שמוביל את המאבק הציבורי למניעת המשך הקרנתו של הסרט, כמי שהוסמך כביכול מטעם כלל ציבור הלוחמים לפעול במסגרת ההליכים המשפטיים לפי הבנתו, וכמי שהוא בבחינת "החלוץ שלפני המחנה" במאבק משפטי זה. בהתחשב במכלול הראיות, ובכללן העובדה שלא הוצג כל ייפוי כוח שנתן המשיב לעו"ד כספי; העובדה שכותרות הבקשות האמורות שהוגשו בשנת 2003 כוללות את זהות יתר המבקשים אך אינן כוללות את המשיב; עדותו המהימנה של המשיב; ועדותו של כספי, בית המשפט אימץ כאמור את גרסת המשיב כי צפה בסרט לראשונה בשנת 2015 וכי עד לאותו מועד לא היה מודע להופעתו האישית בסרט.

6. מכאן פנה בית המשפט לבחון אם נתמלאו תנאי סעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות). בית המשפט המחוזי עמד על כך שאין מחלוקת עובדתית בין הצדדים בדבר קיומה של אפשרות פיזית שעמדה למשיב לצפות בסרט במועד מוקדם יותר, ועל כך שהמשיב לא נדרש למאמצים יוצאי דופן לשם כך. אלא שבית המשפט קבע כי השאלה הרלוונטית היא אם בחירתו של המשיב שלא לצפות בסרט, כל עוד לא היה מודע לכך שהוא עצמו מופיע בו, מובילה למסקנה כי יש לראותו כמי שלא נקט צעדים סבירים או פעל בזהירות המתבקשת לצורך בירור העובדות המהוות את עילת התובענה. על שאלה זו השיב בית המשפט בשלילה, וזאת לנוכח עדויותיהם של המשיב ויתר העדים, ולפיהן "רצונו של [המשיב] שלא לשוב ו'להפור' בפצעי נפשו מהלוחמה במבצע, אינו בלתי סביר בנסיבותיו של מקרה זה, וכי אין לראותו כמי שלא נקט אמצעים סבירים לצורך צפייה בסרט, ולו על מנת לוודא אם הוא מופיע במסגרתו אם לאו" (פסקה 86 לפסק דינו).

7. מכאן פנה בית המשפט לבחון אם יש להתייחס לפרסומי הסרט השונים כאל מספר עילות תביעה או עילה אחת נמשכת. באשר לפרסומים באקרנים, בית המשפט קבע כי במהלך התקופה שבסמוך לאחר הקרנת הסרט לראשונה (בשנת 2002), היה רצף של הקרנות שהלך ודעך בשנים שלאחר מכן, עד לכדי הקרנות בודדות מעת לעת. באשר לשבע השנים שקדמו להגשת התביעה, הרי שבין השנים 2010-2012 הוקרן הסרט ארבע פעמים, באוניברסיטת תל אביב, סינמטק זיכרון יעקב, מכללת בית-ברל והאוניברסיטה העברית. בית המשפט קבע כי הקרנות ספורדיות אלה אינן מהוות עוולה נמשכת של ההקרנות מתחילת שנות ה-2000, וכי לא הוצגה ולו ראייה בודדת המלמדת על רציפות ההקרנות במהלך השנים. משכך, נקבע כי לא ניתן לומר שהתביעה התיישנה, וכי לכל היותר יש בכך כדי להשליך על גובה הפיצוי המגיע למשיב אם תוכח תביעתו. למעלה מן הצורך, בית המשפט ציין כי אף אילו מדובר היה בעוולה נמשכת, לא היה בכך כדי להוביל להתיישנות התביעה, לנוכח הוראת סעיף 89(1) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין או הפקודה).

בנוסף לאמור, בית המשפט המחוזי נדרש להעלאת הסרט לאתר יוטיוב בשנת 2012. לעניין זה נקבע כי לנוכח המאפיינים של פרסום ביוטיוב, אין לראות בדרך פרסום זו משום המשך ישיר או משום חלק של עוולה נמשכת של הקרנת הסרט בבתי הקולנוע ובסינמטקים. טענות נוספות שהעלה המערער, ובכללן טענת שיהוי וטענה כי מדובר בתביעת השתקה – נדחו.

8. במישור העובדתי, טענת המערער כי המשיב לא ניתן לזיהוי בסרט – נדחתה. בית המשפט עמד על כך שבניגוד לטענות המערער בכתב הגנתו ובבקשתו לסילוק התביעה על הסף, המשיב לא צולם מאחור אלא נחזה בבירור מהפרופיל, כפי שהמערער עצמו הודה לבסוף בחקירתו הנגדית. כמו כן, בית המשפט עמד על דברי העדים שזיהו את המשיב בסרט ועל דברי המשיב עצמו, וכן הוסיף את התרשמותו שלו לאחר צפייה בסרט כי המשיב "ניתן גם ניתן לזיהוי" (פסקה 160 לפסק דינו).

עוד נקבע כי יש בתוכנו של הסרט משום ייחוס ברור של אירוע ספציפי שמתואר בסרט ("אירוע ביזת הזקן" כפי שכונה בפסק הדין) למשיב ולשני חיילים נוספים שנצפים עמו; ובנוסף, יש לראותו כמי שיש לו קשר, הגם שפחות ספציפי, ליתר אירועי מבצע חומת מגן המתוארים בסרט. בית המשפט עמד על כך שהתמונה החזותית בסרט בנוגע ל"אירוע ביזת הזקן" נעשתה על דרך של הצגת צילומו של המשיב, וכי לא ניתן לנתק צילום זה מאותו סיפור ומאותה הסצנה; מה עוד שהמערער, "כמי שערך וצילם את הסרט, מצא לנכון למשוך את הכתוביות והמלל המתואר על ידי המרואיין הזקן, אל התמונה בה

מוצגים [המשיב] ושני חיילים נוספים" (פסקה 172 לפסק הדין). לעניין זה, בית המשפט דחה את חוות דעתו של המומחה מטעם המערער, בין היתר לאחר שמצא כי זו עירבה בין השאלה המקצועית באשר לשיוך המשיב וזיהויו עם האירועים המתוארים בסרט, לבין שאלות של אמונה ואידיאולוגיה של המומחה. לבסוף, בית המשפט הבהיר כי אמנם אין להניח שהצופה הסביר ייחס למשיב את ביצועם של כל האירועים החמורים המתוארים בסרט. בד בבד, נקבע כי לא ניתן לצפות מצופה סביר לנתק בין ההתייחסות למשיב ב"אירוע ביזת הזקן" לבין מכלול האירועים האחרים המתוארים בסרט, וכי תמונת המשיב מופיעה כחלק בלתי נפרד מסרט שמייחס לחיילי צה"ל מעשים חמורים וקשים.

9. באשר ליסוד ה"פרסום", בית המשפט ציין כי אין מחלוקת בין הצדדים בדבר קיומו של הפרסום והיקפו, אם מכוח הקרנתו ואם מכוח פרסומו באתר יוטיוב. לעניין זה, בית המשפט דחה את טענת המערער כי הפרסום ביוטיוב נעשה שלא באמצעותו ושלא בידעתו. בית המשפט ציין כי החל מהמועד שבו בחר המערער להפיץ את הסרט לציבור, אזי מדובר בפעולה מוגמרת של פרסום בהיקף שאינו תחום או מוגדר, אלא עד כמה שהמערער היה בוחר להגבילו; וכי לצורך בחינת הליך הפרסום, אין הבדל בין הקרנת הסרט בסינמטק או באוניברסיטה, שנעשית בהסכמת המערער, לבין צפייה בו באמצעות אתר יוטיוב המהווה ספריית סרטים רחבת היקף, וזאת הן לעניין מתן ההיתר מצד המערער, הן לעניין השליטה בעצם הפרסום והיקפו. עוד הוסבר כי המערער ידע, או לכל הפחות היה עליו לדעת, כי מעשה ההפצה המקורי של הסרט יכול להביא את המידע שבו לכלל הציבור, מה עוד שלפי עדותו של המערער, הוא עצמו היה מעוניין בהפצתו של הסרט ללא מגבלה.

10. באשר ליסוד "לשון הרע", בית המשפט ציין כי המערער זנח בסיכומיו את הטענות שהועלו בכתב הגנתו, ולפיהן הסרט אינו מהווה לשון הרע או כי עומדות לו הגנות מכוח החוק. לגופם של דברים, בית המשפט עמד על כך שהפרסום מייחס למשיב, באופן מפורש וברור, מעשה של ביזת כל כספו של זקן ערירי שנועד למימון טיפול רפואי, וזאת תחת איומי נשק; כי מדובר בסצנה המהווה מחלק ממארג כולל של סצנות המייחסות לחיילי צה"ל מעשים בלתי נתפסים באכזריותם תוך הפגנת חוסר אנושיות וזלזול בחיי אדם; וכפי שהובהר על ידי יתר הערכאות שדנו בסרט – אין ספק כי ייחוס איזה מן המעשים הללו לאדם מסוים, ייתפש על ידי הצופה הסביר כמעשים המשפילים ומבזים את אותו אדם, וככאלו שיש בהם כדי לעשותו מטרה לשנאה. משכך, נקבע כי הפרסום מהווה "לשון הרע" כלפי המשיב.

באשר להגנות האפשריות מכוח חוק איסור לשון הרע, בית המשפט עמד על כך שאילו מדובר היה בסרט דוקומנטרי שכלל תיעוד של עובדות, או לכל הפחות כאלו אשר נעשתה לגביהן בדיקה סבירה באשר לאמיתותן, לא היה מקום להטיל אחריות על המערער. ברם, חומר הראיות מלמד שלא הוכח כי הסצנות בסרט – המוצגות כנתונים עובדתיים – מבוססות על ממצא עובדתי כלשהו, ולו מינימאלי. בית המשפט ציין כי המערער לא טרח לזמן לעדות ולו עד אחד שיתמוך בגרסה העובדתית המוצגת בסרט, הגם שהוא עצמו אישר כי לא היתה כל מניעה להביא עדים אילו היו עורכי דינו מבקשים ממנו לעשות כן. בנוסף, המערער אישר כי כלל לא בדק את נכונות התיאורים המובאים בסרט על ידי המרואיינים, ולמרות זאת לא טרח לכלול הבהרה בסרט כי הבסיס העובדתי לא נבדק על ידו.

באשר ליסוד תום הלב, בית המשפט התייחס להתנהלותו של המערער לאחר מתן פסקי הדין הקודמים שעסקו בסרט, שבהם נפסק במפורש כי הפרסום מהווה לשון הרע. והנה, למרות זאת, המערער מצא לנכון שלא למנוע את המשך הקרנתו של הסרט, או לכל הפחות לשנות חלקים ממנו. כן ציין בית המשפט כי בניגוד לטענת המערער, שכביכול הסרט "הוגנב" על ידי מישהו ליוטיוב בסמוך לאחר ההקרנות הראשונות של הסרט וכי לא נותרה לו שליטה על הסרט, מחומר הראיות עולה כי הסרט עלה לאתר רק בשנת 2012, שנים רבות לאחר פרסומו ולאחר שניתנו פסקי הדין השונים.

11. לבסוף, במישור הסעד, בית המשפט פסק לזכות המשיב פיצוי בסך 175,000 ₪, וזאת לאחר שנתן דעתו על שורה של שיקולים הצריכים לעניין. בנוסף, בית המשפט הוציא תחת ידו צו המונע את הפצת הסרט והקרנתו, וכן צו להחרמת עותקי הסרט בישראל, ככל שהמערער מודע למקום הימצאותם. לצד זאת, בית המשפט נמנע מליתן צו המופנה כלפי יוטיוב, משעה שהמשיב לא הקדים פניה למפיץ ולא נקט צעד מתבקש בהתאם להוראות הדין.

בית המשפט דחה את טענתו החלופית של המערער, ולפיה המשיב יכול היה לעתור לכך שיוסר הקטע בן ארבע השניות שבהן הוא מופיע בסרט. בית המשפט ציין כי טענה זו הועלתה רק במסגרת סיכומיו של המערער, ואף יש בטענה זו כדי לעורר חוסר נוחות, משעה שלאורך ההליך המערער טען מספר פעמים כי הסרט יצא מרשותו ואינו עוד בשליטתו. לעניין זה הובהר כי צו ההחרמה מכיוון כלפי עותקים קיימים של הסרט שבהם המשיב מופיע.

12. עיקר ערעורו של המערער מתמקד בקביעת בית משפט קמא כי תביעת המשיב לא התיישנה. לעניין זה מציג המערער מספר נקודות זמן חלופיות שבהן, לשיטתו, התיישנה התביעה: שבע שנים לאחר שהסרט יצא לאוויר העולם; שבע שנים לאחר שניתן פסק הדין בעניין בכרי בשנת 2003, שבו בוטלה החלטת המועצה לביקורת סרטים לאסור על הקרנת הסרט; או לאחר שהוגשה התביעה בעניין בן נתן, שנדחתה כאמור מכוח סעיף 4 לחוק, משנקבע כי מדובר בלשון הרע כלפי כלל החיילים שהשתתפו בלחימה.

לטענת המערער, דבר לא מנע בעד המשיב לצפות בסרט במועד מוקדם יותר, ולא ניתן לומר שהוא לא צפה בסרט מסיבה שאינה תלויה בו. כן טוען המערער כי לנוכח בקשת ההצטרפות שהוגשה במסגרת העתירה בעניין בכרי, שהתייחסה כאמור באופן ספציפי למשיב, יש לראות את המשיב כמי שהסכים להיות מיוצג על ידי עו"ד כספי ולהיות מוחזק כמי שידע על הופעתו בסרט, וכי לא היה מקום לקבל את עדותו של עו"ד כספי בעניין זה. עוד נטען כי אין בהקרנות החוזרות של הסרט כדי לחדש את הדיבה.

13. לגופו של פרסום, המערער טוען כי הופעתו הקצרה של המשיב בסרט אין בה כדי לייחס לו באופן אישי את הפעולות המיוחסות לחיילי צה"ל על ידי המרואיינים בסרט, ואין בה כדי להקנות לו זכות תביעה אישית. עוד נטען, כי אילו היה הצופה הסביר סבור כי הסרט אכן מייחס למשיב מעשים כגון ביזת כספו של הזקן המתוארת בסרט, מן הסתם היתה ידיעה זו מגיעה לידיעתו של המשיב בשלב מוקדם יותר. טענה נוספת העולה מכתב הערעור היא כי היה על בית המשפט להסתפק במתן הוראה למחוק מן הסרט את השניות שבהן מופיע המשיב. יצויין כי במהלך הדיון בערעור שהתקיים לפנינו, בא כוח המערער הביע הסכמתו למחוק את הקטע האמור מהסרט.

עיקר טענות המשיב

14. מטבע הדברים, המשיב תומך יתדותיו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. לטענת המשיב, רובו ככולו של הערעור נסב על קביעות שבעובדה ומהימנות. באשר לטענת ההתיישנות, המשיב טוען, בין היתר, כי אין מקום לקבוע שהיתה עליו חובה לצפות מיוזמתו בסרט על מנת לגלות על קיום עילת התביעה האישית העומדת לו; ומשעה שלא היתה לו כל ידיעה על מעורבותו בסרט עד לשנת 2015, הרי שלא היה בידיו קצה חוט לחשוד כי הוא מופיע בו. עוד טוען המשיב, כי משעה שהסרט הועלה ליוטיוב

רק בשנת 2012, הרי שדי בכך כדי להוביל למסקנה שהתביעה לא התיישנה, שהרי אין דין הקרנת סרט בבתי הקולנוע כדין העלאתו לאתרי אינטרנט.

לגופו של פרסום, המשיב טוען כי צפייה ב"סצנת ביזת הזקן" מלמדת כי המשיב מזוהה היטב, ועולה ממנה כי המעשה המתואר על ידי הקשיש בוצע כביכול על ידי המשיב וחבריו. לעניין זה, המשיב מפנה לכך שהמערער הודה כי הוא שבחר לשלב את צילום המשיב בסרט על מנת להמחיש ויזואלית את ההתרחשויות, ולא פנה אל המשיב לקבל את רשותו או תגובתו לפני כן. עוד טוען המשיב כי הסרט מציג רצף של סצנות, שכולן יחד מציגות תמונה מצטברת של ביצוע פשעי מלחמה על ידי חיילי צה"ל ועל ידי כל אחד מהחיילים המזוהים בסרט. בנוסף לכך, המשיב מפנה לעובדה שהמערער לא טרח לשנות מסרטו מאומה לאורך השנים, ואף נתן יד להקרנתו פעמים רבות ולהעלאתו לאתרי אינטרנט, וזאת חרף פסקי הדין השונים שניתנו לגבי הסרט והקביעות בדבר לשון הרע המגולמת בו. לטענת המשיב, בהתחשב בחומרת הפרסום והפגיעה הטמונה בו, הסעדים שיש לפסוק צריכים להיות משמעותיים.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

15. היועץ המשפטי לממשלה התייצב בהליך בבית המשפט המחוזי, וזאת בראש ובראשונה "כדי לבטא את החשיבות הרבה שיש לייחס להגברת ההגנה על שמם הטוב של חיילי צה"ל והמשיב בכללם, שהתייצבו ביום פקודה לשירות צבאי, שמו נפשם בכפם וחירפו נפשם למען הגנתם של אזרחי מדינת ישראל". היועמ"ש הבהיר כי "התייצבותו נועדה להעביר מסר ערכי חד וברור לפיו המדינה תתייצב לימינו של תובע שנפגע מהוצאת לשון הרע נגדו – עקב שירותו כחייל מילואים, ולא תותירו לבדו בחזית המשפטית על טיהור שמו הטוב".

כרקע לדברים, היועמ"ש ביקש להבהיר כי במבצע "חומת מגן", חיילי צה"ל הקפידו על הוראות הדין, על שמירת צלם אנוש ועל עקרונות טוהר הנשק ואי פגיעה בחפים מפשע, והכל בסביבה אזרחית רוויית טרור ותנאי פעילות קשים ומסוכנים. לדברי היועמ"ש, במהלך המבצע, ובפרט בקרב שהתחולל במחנה הפליטים בג'נין, חיילי צה"ל שמרו על ערך טוהר הנשק תוך סיכון עצמי וחירוף נפש, וזאת במטרה להימנע מפגיעה בחפים מפשע, ועשו זאת בהצלחה שקשה למצוא לה מקבילות בקרבות דומים בעולם שנערכו בשטח עירוני מאוכלס.

16. בהתייחסו לערעור שלפנינו, היועמ"ש סבור, כמו בית המשפט המחוזי, כי הצופה הסביר עלול לקשור בין הדברים שנאמרים בסרט לבין התמונות שבהן נראה המשיב, וכי קשה מאד לנתק את הקשר בין המילים הקשות המוטחות על ידי המספר נגד החיילים לבין דמותו של המשיב. זאת, ביתר שאת בהתחשב בפעולות העריכה מצד המערער, כדוגמת הכתוביות המופיעות בשעה שתמונת המשיב מוצגת. בנוסף, היועמ"ש סבור כי הצגת תמונתו של המשיב בסרט, הכולל טענות שקריות לפשעי מלחמה, מהווה לשון הרע בשל כך שהצופה הסביר עלול להניח כי המשיב הוא אחד מהחיילים שביצע את הפשעים הנטענים. במישור הסעד, היועמ"ש סבור כי הסעד שפסק בית המשפט המחוזי הוא מידתי וראוי ועולה בקנה אחד עם הוראות חוק איסור לשון הרע ותכליותיו.

לבסוף, באשר לסוגיית ההתיישנות, היועמ"ש סבור כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי נטועות בעובדות ובראיות, ובכלל זה קיומן של הקרנות בשנים 2010-2012 והעלאת הסרט לאתר יוטיוב בשנת 2012. משכך, ומבלי להביע עמדה ביחס לפרשנות שהעניק בית המשפט המחוזי לסעיף 8 לחוק ההתיישנות, היועמ"ש סבור כי די בקביעה שהפרסומים האמורים מהווים עוולות נפרדות כדי להוביל למסקנה שהתביעה לא התיישנה, למצער ביחס לפרסומים מהשנים 2010-2012.

בקשות נוספות

17. להשלמת התמונה הדיונית, נציין כי עם הגשת הערעור ולאחריו הוגשו מספר בקשות על ידי הצדדים.

(-) תחילה הגיש המערער, לצד הערעור, בקשה לעיכוב ביצוע פסק דינו של בית המשפט המחוזי. בקשה זו נדחתה בעיקרה, במובן זה שרכיב הפיצוי הכספי והצו האוסר על הקרנת הסרט והפצתו – לא עוכבו. לעומת זאת, צו החרמת העותקים הקיימים עוכב, וזאת בין היתר בהתחשב בכך שאיסור ההפצה וההקרנה לא עוכב (מה שמונע את הפגיעה במשיב), ובהתחשב בעמדת המשיב בנקודה זו שהסכים, כאפשרות חלופית, כי העותקים שייאספו יוחזקו בנאמנות אצל בא כוחו של המערער עד להכרעה בערעור (החלטת השופט הנדל מיום 14.4.2021). כאן המקום להעיר כי לפי טענת המשיב, המערער לא מילא אחר הוראות בית המשפט ונמנע מלשלם ולו שקל אחד מהפיצוי שנפסק, וזאת חרף העובדה שבקשתו לעכב את רכיב הפיצוי נדחתה. המערער לא הכחיש את הדברים.

(-) בהמשך הוגשה על ידי המשיב בקשה לסילוק הערעור על הסף, מן הטעם שהמערער לא צירף את היועץ המשפטי לממשלה כמשיב בערעור, בניגוד להוראות הדין והפסיקה. בתגובה לכך, המערער טען, בין היתר, כי העובדה שהיועמ"ש לא התייצב מעצמו בערעור "אפשר שהיא מעידה כי שוב אין היועמ"ש מעוניין בנושא ואולי דעתו אינה נוחה מן התוצאה" (השערה שכאמור הופרכה לאחר מכן עם הגשת תשובת היועמ"ש). בהחלטתו מיום 30.5.2021 הורה הרשם גולדשטיין על צירוף היועמ"ש להליך בהתאם להוראות הדין, מבלי לסלק את הערעור על הסף.

(-) לאחר שנקבע הערעור לדיון בפני הרכב שנועד להתקיים בחודש ספטמבר 2021, הגיש המערער בקשה לפסול את השופט סולברג מלדון בערעור. זאת, בשל מאמר פרי עטו מלפני כ-18 שנה על פרשת השבוע, שבו דן בנושא של "לשון הרע על ציבור" ושהופיעה בו התייחסות לסרט "ג'נין ג'נין". בהחלטתו מיום 1.8.2021 הבהיר השופט סולברג כי לא קמה עילת פסלות וכי אין חשש ממשי למשוא פנים, אך מטעמי ניקיון הדעת החליט להימנע מלדון בערעור.

עד כאן תיאור הרקע העובדתי והדיוני, וכן עיקרי פסק דינו של בית המשפט המחוזי וטענות הצדדים.

הערה מקדימה

18. לא ניתן לגשת אל הדיון בערעור לגופו מבלי להתייחס תחילה לאופן ניסוחו של כתב הערעור. כתב הערעור מנוסח בלשון משתלחת, מזלזלת, צינית ופוגענית כלפי בית המשפט המחוזי והשופטת שנתנה את פסק הדין. נכללות בו אמירות בוטות שמבקשות להטיל צל על יושרתו של בית המשפט; משולבות בו רמיזות להשפעות חיצוניות ושיקולים זרים שחלחו לפסק הדין. כתב הערעור מספק – כך ממש – "הצצה אל נבכי נפשו של בית המשפט", תוך ייחוס לבית המשפט תפישה שרואה בחופש הביטוי "אידאולוגיה מזיקה", "פוגענית" ו"פסולה"; בית המשפט מוצג כמי שהכין למערער "כוס תרעלה", תוך ייחוס רצון לבית המשפט שהמערער ישתה כוס זו "עד הטיפה האחרונה"; כתב הערעור מתייחס אל "נטיית ליבו הלא מוסתרת" של בית המשפט אחר המשיב "ועוינותו הברורה" כלפי המערער, "המבצבצים בלי בוש בלב ושלב של פסק הדין". כבר נזדמן לי מספר פעמים להעיר על תופעה זו, בבחינת "מנהג חדש בא למדינה, שלאחר שניתן פסק הדין, הצד שהפסיד טוען לגופו של שופט במקום לגופו של תיק" (ע"א 4667/08 הר עוז נ' סערת תוכנה בע"מ, פסקה 29 (15.2.2011); ע"פ 8146/09

אבשלום נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (8.9.2011); עע"מ 2152/19 טפ"ר נ' רשות המיסים, פסקה 5 (30.1.2022).

המערער ובאי כוחו לא חסכו שבט לשונם הרעה גם מהמשיב ומעו"ד כספי, לרבות אמירות מלגלגות על "רגישותו המיוחדת" של המשיב ועצביו הרופפים-כביכול (ונזכיר כי המשיב, סגן אלוף במילואים, השתתף ולחם בג'נין במבצע "חומת מגן").

19. דברים ברוח זו, בתוכנם ובסגנונם, אין מקומם בכתב טענות שמוגש על ידי עורכי דין לבית משפט. "נָצַר לְשׁוֹנְךָ מִרָע" מורה לנו המשורר בספר תהילים, והדברים יפים ביתר שאת כלפי ציבור עורכי הדין, המצווים לשמור על "יחס כבוד לבית המשפט", לנהוג כלפי הצד שכנגד "בדרך ארץ" ולטעון טענותיהם "בדרך ארץ, תוך שמירה על כבוד הצד שכנגד ועל כבוד כל אדם אחר הקשור בהליך השיפוטי" (כללים 2, 23, 33 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986). לא כך פעלו המערער ובאי כוחו בכתב הערעור שלפנינו. בדרך ארץ – לא נהגו; כבוד – לא הוסיפו לאיש, לא לבית המשפט, ובפרט לא לעצמם. מצער הדבר כי התדרדרות תרבות השיח, תופעה שפשתה במקומותינו בשנים האחרונות ביתר שאת, מוצאת את דרכה אל מחוזות הטיעון המשפטי. לא כך יאה, לא כך נאה.

ולערעור לגופו.

דיון והכרעה

20. הערעור שלפנינו אמנם עוסק בלשון הרע, אך הלכה למעשה, איננו צריכים להידרש למרבית הסוגיות המתעוררות תדיר בתביעות לשון הרע. זאת, מאחר שעל טיבו של הסרט ועל כך שהוא כולל שקרים ובודות המהווים לשון הרע על חיילי צה"ל, כבר אמרה הפסיקה את דברה, ובית המשפט העליון כבר אמר בקול צלול וברור, פעם אחר פעם, כי הסרט "ג'נין ג'נין" הוא שקרי. כך, בעניין בן נתן, הבהירה השופטת מ' נאור כי "הסרט אכן מלא וגדוש בדברים שאינם אמת, ואין עומדות [למערער] הגנות שבחוק". אף אני עמדתי על כך באותו הליך, כשצינתי כי –

"כיום, לאחר שהטענות לגבי טבח בג'נין הופרכו גם על ידי גופים בינלאומיים, ונתברר המספר האמיתי של הרוגים בקרב הפלשתינאים וכי חלק הארי מהם נמנה על אלו שלחמו בחיילי צה"ל, דומה כי אין כיום מחלוקת של ממש כי מיטב הסרט כזבו" (פסקה 4 לפסק דיני, הדגשה הוספה – י"ע).

עוד ציינתי כי "הגנת 'אמת דיברתי' של [המערער] נתבררה כפתטית"; כי "אין מדובר בלשון הרע שמקורה ברשלנות ואי דיוק, אלא בלשון הרע שבבטיסה חוסר תום לב ומגמה מכוונת לעיוות של הדברים..."; וכי "האמירות השקריות בסרט אינן כלליות אלא קונקרטיות, כך שענייננו הוא בביטויים שקריים קונקרטיים ועוצמתיים" (שם בפסקאות 5, 13, ההדגשות הוספו).

21. בהסתכלות מבעד לעדשה רחבה יותר, התייחסתי בעניין בן נתן למאבק האיתנים וההתגוששות הנצחית בין האמת והבדיה, מאבק שהולך ונעשה קשה ומסוכך בימינו אנו:

"אחד הרציונלים [שבבסיס ההגנה על חופש הביטוי – י"ע] הוא שחופש הביטוי דרוש לשם גילוי האמת, מתוך הנחה ש'בזרימה חופשית ובלתי מבוקרת של מידע, דעות, רעיונות והערכות, סופה של האמת לגבור על השקר' [...]

מאז נאמרו הדברים בפרשת קול העם, זרמו מים רבים בקישון, ודומני כי ההנחה שהאמת תגבר על השקר היא יותר בגדר משאלת לב מאשר עובדה אמפירית. לצערנו, המציאות מוכיחה כי ככל שחוזרים על שקר פעמים רבות יותר כך הוא נתפס כאמת. הנה כי כן, למרות הכפר הגלובלי ולמרות (ואולי בגלל) הנגישות למידע בעידן של תקשורת המונית ותקשורת המונים באינטרנט ובפייסבוק, אנו עדים לכך שעדיין לא נס ליחם של הפרוטוקולים של זקני ציון ו'צאצאיהם' הרוחניים. בהאידיא, האמת העובדתית או ההיסטורית גורשה זה מכבר בבושת פנים מכיסאה ואת מקומה תפס 'הנראטיב'. לא אמרתי דברים אלה כדי להכניס יאוש בליבם של רודפי האמת או כדי להפחית חלילה כהוא זה בחשיבותו של חופש הביטוי, אלא שיש להביט בעיני המציאות כפי שהיא" (שם, פסקה 1).

הדברים היו נכונים לשעתם בעת שניתן פסק הדין בעניין בן נתן בשנת 2011; ודומה כי כיום, בחלוף עשור שנים מאז פסק הדין וכעשרים שנה מאז מבצע "חומת מגן", הדברים עומדים בתוקפם ביתר שאת – עת התרגש עלינו עידן ה"fake" במלוא עוזו – עידן שבו בדיות וכזבים מופרחים לחלל האוויר הווירטואלי כהרף עין ובמחי ציוץ, לעתים על ידי אדם ולעתים על ידי מכונות יציר אדם ובוטים למיניהם ולסוגיהם, המבקשים להשתלט על השיח ולשקע בתודעה הציבורית "אמיתות" שונות ומשונות.

22. הנה כי כן, נקודת המוצא לדיון בערעור שלפנינו היא כי הסרט "ג'נין ג'נין" כולל שקרים ובדיות ומהווה לשון הרע על חיילי צה"ל, ולא בכדי הערעור שלפנינו כלל לא

נסב על טענות להעדר מוחלט של לשון הרע או לכך שהפרסום חוסה תחת איזו מההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע. בד בבד, נזכיר כי הדיון המשפטי בעניין בן נתן נסב על סעיף 4 לחוק ועל השאלה אם לשון הרע שיוחסה לקבוצה התייחסה לכלל יחיד הקבוצה. לעומת זאת, במקרה שלפנינו מדובר בתביעה אישית של המשיב שצילמו שולב בסרט. מובן אפוא כי אין בפסק הדין שניתן בעניין בן נתן ובתוצאה של דחיית התובענה שם כדי לחרוץ את גורלו של הערעור דנן, ובדין קבע כך בית משפט קמא (פסקה 183 לפסק דינו).

23. הערעור דנן נשען על שני אדנים מרכזיים: האחד – האם הופעת המשיב בסרט מבססת עילה מכוח חוק איסור לשון הרע? דהיינו, האם יש בהכללת צילמו של המשיב בסרט כדי לייחס לו איזו מההאשמות החמורות המוטחות בחילי צה"ל כמתואר בסרט? השני – האם התיישנה תביעתו של המשיב?

בית המשפט המחוזי השיב על השאלה הראשונה בחיוב ועל השאלה השניה בשלילה, והמערער, מטבע הדברים, טוען כי יש להשיב על שתי השאלות במהופך. ודוק: כל אחת משתי השאלות בנפרד עשויה להכריע את גורלו של הערעור. אם תתקבל טענת המערער כי אין בפרסום משום לשון הרע כלפי המשיב, אזי דין הערעור להתקבל; והוא הדין אם ייקבע כי תביעת המשיב התיישנה. לעומת זאת, אם ייקבע כי הפרסום מהווה לשון הרע כלפי המשיב, עדיין תידרש הכרעה בטענת ההתיישנות.

נפנה אפוא לעיצומו של ערעור. תחילה נידרש לטענת המערער להעדר עילה, קרי לשאלה אם הפרסום אמנם מהווה לשון הרע כלפי המשיב, או שמא אין בהצגת המשיב בסרט כדי לקשור בינו לבין הפשעים המתוארים בסרט. לאחר מכן נפנה, ככל שנידרש, לדיון בסוגיית ההתיישנות. אקדים ואומר כי לאחר עיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, בכתבי הטענות של הצדדים ובחומר הראיות הרלוונטי, ולאחר שמיעת טענות הצדדים בעל פה, אני סבור כי דין הערעור להידחות בכל הנוגע לשאלת קיומה של עילת תביעה בידי המשיב מכוח חוק איסור לשון הרע; כי בסוגיית ההתיישנות דין הערעור להתקבל בכל הנוגע לאי תחולת סעיף 8 לחוק ההתיישנות אך להידחות לאור מועד תחילת מירוץ ההתיישנות; וכי דין הערעור להתקבל בחלקו בשאלת אחריותו של המערער לפרסומי הסרט השונים, וכן במישור הסעדים שנפסקו. להלן פירוט הדברים.

שילוב צילמו של המשיב בסרט – לשון הרע

24. עמדנו על כך שההאשמות הנכללות בסרט הן "מן ההאשמות הקשות ביותר שניתן להטיח באדם" וכי מדובר "בלשון הרע שבבסיסה חוסר תום לב ומגמה מכוונת

לעיוות של הדברים" (עניין בן נתן, פסקה 64 לפסק דינו של השופט דנציגר ופסקה 5 לפסק דיני). מובן אפוא כי אם אדם סביר הצופה בסרט עשוי לקשר בין איזה מהמעשים הקשים המתוארים בסרט לבין המשיב – עולה הדבר כדי לשון הרע כלפי המשיב, בהיותה לשון הרע שדבר פרסומה עלול "להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם" (סעיף 1(1) לחוק איסור לשון הרע). הדברים הם בגדר המובן מאליו ואינם טעונים הרחבה, ואין לי אלא להפנות לדברי השופט דנציגר בעניין בן נתן כי "ברור שאם מושא הדברים היה אדם ספציפי, היה המשיב נמצא חייב בדין" (שם בפסקה 62, ההדגשה הוספה – י"ע).

25. להבהרת התמונה, נציג בפני הקורא את תיאור "סצנת ביזת הזקן" המדוברת שבמהלכה שולב צילומו של המשיב, כפי שתומצתה על ידי בית המשפט המחוזי:

"הסצנה בה נטען כי התובע מופיע הינה זו אשר במסגרתה מספר אדם זקן למצלמה, על אירוע מזעזע אשר לכאורה, ולדבריו, התרחש במהלך מבצע חומת מגן ובמסגרתו בזזו את ביתו מספר חיילי צה"ל, תוך שהם נוטלים את כל כספו עלי אדמות, ועת מדובר בכספים אותם חסך במשך שנים ארוכות, והגם שהבהיר לחיילים כי הוא נדרש לכספים לצורך טיפול רפואי" (פסקה 151 לפסק דינו).

עוד נספר לקורא, כי לפי התיאור הנשמע מפיו של האיש המבוגר שהתראיין בסצנה, בעת שפרצו החיילים לביתו, צוה עליו באיומי נשק להיות בשקט, שאם לא כן יהרגוהו; וכי באותן שניות שהמרואיין מספר זאת בסרט, מוצג לצופה צילום של המשיב ושני חיילים נוספים. מיד לאחר מכן התמונה חוזרת למרואיין שטוען כי החיילים הרסו את חיו ונטלו את כל חסכוניתו.

26. בית המשפט המחוזי ציין כי המערער זנח בסיכומיו את הטענה כי הסרט אינו מהווה לשון הרע, וקבע כי הסרט מייחס למשיב "באופן ברור ומפורש מעשה של ביזת כל כספו של זקן ערירי, וזאת תחת איומי נשק, וכל זאת ביחס לכספים אשר היו מיועדים לטיפול רפואי". בנוסף נקבע כי סצנת ביזת הזקן מהווה "חלק ממארג כולל של סצנות המייחסות לחיילי צה"ל מעשים בלתי נתפסים באכזריותם ותוך הפגנת חוסר אנושיות וזלזול בחיי אדם" (פסקה 219 לפסק דינו). כפי שיוסבר להלן, קביעת בית המשפט המחוזי כי שילוב צילומו של המשיב בסרט, בראי ההקשר של הדברים, מהווה לשון הרע כלפי המשיב – בדין יסודה.

27. לא אחת, בבוא בית המשפט לבחון אם הפרסום שלפניו אמנם מהווה לשון הרע, מוצא עצמו בית המשפט מפרק את הפרסום לגורמים ומתמקד באמירה נקודתית על מנת לבדוק אם זו מהווה דיבה. ברם, כפי שהובהר בפסיקה, על בית המשפט ליתן דעתו על הפרסום בכללותו ועל הקשר הדברים הכולל, ואל לו להסתפק בבחינה ממוקדת של אמירה ספציפית (דברי השופט ג' בך בע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז (1) 1, 11 (1992); ע"א 9462/04 מורדוב נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פסקה 7 (28.12.2005); אורי שנהר דיני לשון הרע 118 (1997) (להלן: שנהר); חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועד שנויר דיני לשון הרע – הדין המצוי והדין הרצוי 206 (מהדורה שניה מורחבת, 2019) (להלן: גנאים, קרמניצר ושנויר)). יש שבחינת הפרסום בכללותו תוביל למסקנה כי חרף קיומה של אמירה פוגענית ספציפית – אין הפרסום עולה כדי לשון הרע; ויש שבחינת הפרסום בכללותו תוביל למסקנה כי מכלול הדברים הוא שמגבש קיומה של לשון הרע, או שהמכלול הוא שצובע אמירה ספציפית בצבעי דיבה (ראו והשוו ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 619 (2002)).

28. לא אכחד כי במבט ראשון, לאחר צפייה ב"סצנת ביזת הזקן" המדוברת כשהיא עומדת בבדידותה, נותר מקום להרהר אם הצגת המשיב ושני החיילים הנוספים במשך שניות ספורות אמנם מובילה בהכרח למסקנה כי השלושה קשורים למעשה הביזה עצמו. ככלל, בעריכת סרטים, במיוחד סרטים בז'אנר הדוקומנטארי, נפוץ השימוש בצילומי אילוסטרציה, שהם:

"צילומים אשר לא צולמו בזמן אמת במהלך התרחשות האירוע נשוא הכתבה, והם נועדו להשלים אותה באופן חזותי, להעביר לצופים מסר לגבי המידע המועבר להם בכתבה, ולספק לה המחשה או הסבר. כלי נוסף הוא הדבקת קטעי שמע על גבי קטעי חזוי שצולמו בזמן ובמקום אחרים (voice over) [...] בחירת התכנים שיהיו כלולים בפרסום, האופן בו יוצגו, השילוב בין קטעי קול לבין קטעי תמונה, והשימוש בצילומי אילוסטרציה – כל אלה יש בהם כדי לשקף את פרשנותו של העורך ל'מציאות'" (ע"א 751/10 פלוני נ' דין-אורבך, פ"ד סה(3) 369, פסקאות 95-96 (2012) (להלן: עניין דין)).

ככלל, הצופה הסביר אמור להבין כי בסרט מעין זה משובצים צילומי אילוסטרציה, ומכאן שיכולה להישמע הטענה כי הצופה סביר אינו מקשר בין התמונה בה נחזים שלושה חיילים המהלכים עם נשקם, שאחד מביניהם הוא המשיב, לבין דברי האיש ב"סצנת ביזת הזקן".

אולם, לאחר צפייה בסרט במלואו, שותף אני למסקנתו של בית המשפט המחוזי. צפייה בסרט לכל אורכו תומכת במסקנה כי שיבוץ צילומו של המשיב בנקודת הזמן המדויקת כפי שנבחרה על ידי עורך הסרט – בעיצומה של הסצנה שבה מתואר מעשה הביזה – יוצא מכלל שיבוץ סתם ואינו בגדר שיבוץ אקראי גרידא.

צא ולמד, שמקום שבו מרואיינים בסרט מתארים בולדוזרים שבהם עשה צה"ל שימוש במהלך המבצע – משולבים בדבריהם צילומים של בולדוזרים בפעולה; כאשר מתוארת בסרט מתקפה מן האוויר – משולב צילום של מסוק תקיפה בפעולה שצולם לכאורה במהלך המבצע; כאשר אחד המרואיינים בסרט טוען שחיילי צה"ל הורו לאנשים להתפשט – מוצגים אנשים מובלים על ידי כוח צה"לי כאשר חלקם ללא חולצות. והנה, כאשר מגיע הסרט לסצנה שבה מתואר מעשה ביזת הזקן, משובץ בעיצומה של הסצנה הצילום שבו מופיע המשיב עם שני חיילים נוספים.

בנוסף לכך, וכפי שציין בית המשפט המחוזי, פס הקול של הסרט, שבו מתאר הדובר הזקן את מעשה הביזה ואת איומו של החייל כלפיו שישתוק פן יהרגהו, אף הוא נמשך והולך בשעה שמוצג בפני הצופה צילומו של המשיב. הכתוביות המלוות את תיאור מעשה הביזה הנטען ואת איומו של "החייל הבוזז" כלפי הדובר הזקן, מופיעות גם הן באותן שניות ממש שבו מוקרן צילומו של המשיב. ללמדך, ששיבוץ תמונת המשיב לאו יד המקרה הוא. לא ב"תמונת אילוסטרציה" של חיילים בעיצומו של מבצע צבאי עסקינן, כי אם הצגה מכוונת של שלושה חיילים מהלכים בנונשלנטיות – תוך יצירת זיקה ברורה בין תיאור מעשה הביזה לצילום המוצג של שלושת החיילים. למיצער, אופן הצגת הדברים עלול ליצור ספק אצל הצופה הסביר, שמא שלושת החיילים הנחזים בתמונה, הם אלה שנטלו חלק במעשה הביזה:

"האופן בו מוצגים הדברים מקשה על הצופה להתרשם כי מדובר בתמונה מנקודת מבטו של היוצר וליצור חוצץ בין תמונה סובייקטיבית זו לבין המציאות כהויתה. לכך השלכות של ממש על הרושם שנוצר אצל הצופה הסביר וליכולתו להעריך האם מדובר בהצגת עובדות או בהבעת דעה" (דברי השופט דנציגר בעניין בן נתן בפסקה 64).

29. ודוק: היה זה המערער שהעיד כי מתוך כ-25 שעות צילום, שמתוכן ביקש לערוך סרט בן 50 דקות, היה עליו "לבחור את הקטעים הכי חשובים של כל דמות ודמות שראיינתי"; ולאחר שסיים את העריכה הראשונית של הסרט, נסע לרומא שבאיטליה, שם עבד לצד עורך מקצועי וביחד ביצעו עריכה סופית של הסרט, כאשר "עריכה זו כללה

בחירת הקטעים הסופיים, סדר הבאתם בסרט, הוספת פס קול וכו' (סעיפים 30-49 לתצהיר המערער בבית המשפט המחוזי). על רקע דברים אלה, קשה לקבל את התזה כי שילוב צילומו של המשיב לא נעשה במחשבה תחילה במטרה ליצור זיקה בין תיאור סצנת הביזה לבין החיילים המוצגים. שאם כך הדבר, תמיהה היא מה ראה המערער לקטוע את סצנת תיאור מעשה הביזה ולשלב בעיצומה את צילום המשיב ושני החיילים הנוספים. מכל מקום, למצער כך עשויים הדברים להיתפש ולהתפרש מנקודת מבטו של הצופה הסביר. אכן, "יש לזכור, שקורא העיתון הרגיל אינו מנתח את אשר מגישים לו ניתוח מדוקדק אלא הרושם הכללי הוא הקובע, ורושם זה מושפע מאוד מסדר הדברים" (דברי מ"מ הנשיא (כתוארו אז) מ' לנדוי בדנ"א 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 354 (1978)). כך כאשר מדובר בקריאת כתבה בעיתון, וכך כאשר מדובר בצפייה בסרט.

לכך יש להוסיף את חוסר תום לבו של המערער, שלא טרח להוסיף "דיסקליימר" לגבי החיילים שמצולמים בסרט. דבר שבשגרה שבכתבות עיתונאיות או בסרטים תיעודיים שבהם משולבים צילומים של אנשים ברי-זיהוי, עורכי הכתבה מוסיפים כתובית המבהירה כי אין למצולמים קשר לכתבה. אילו כך היה נוהג המערער, ולו בדרך של הוספת כתובית המבהירה כי אין לייחס למצולמים את המעשים המתוארים בסרט – דומה כי היה בכך כדי לטול עוקצה של תביעה. הימנעותו של המערער מלעשות כן, בשילוב משיכת הכתוביות והשמע של סצנת הביזה דווקא לרגע שבו מופיע צילומו של המשיב על גבי המסך – תומכת במסקנה כי היתה כוונה ליצור זיקה בין הדברים.

30. כפי שהוסבר, יש להתייחס אל הדברים גם בהקשר הכולל של הדברים וליתן את הדעת על הפרסום בכללותו. ואכן, כפי שציין בית המשפט המחוזי, סצנת ביזת הזקן שבה מופיע צילומו של המשיב היא חלק ממארג כולל של סצנות שמייחסות לחיילי צה"ל ביצוע פשעי מלחמה חמורים, והגם שהצופה הסביר לא צפוי לייחס למשיב נטילת חלק בכל אחד ואחד מן האירועים החמורים המתוארים בסרט, יש בהקשר הדברים הכולל כדי להשליך על האופן שבו הצופה הסביר צפוי לתפוש את המשיב, בהיותו מזוהה בסרט כחייל שנטל חלק בלחימה בג'נין במבצע "חומת מגן".

יפה לעניין זה דוגמה שהובאה על ידי בא כוחו של המשיב, שהוזכרה גם בפסק דינו של בית משפט קמא. טול מקרה שבו מופקת כתבה העוסקת בתופעה של הטרדה מינית כלפי סטודנטיות בפקולטה של מוסד אקדמי ידוע. כעת נניח כי צילומו של אחד המרצים בפקולטה משולב בתוך הכתבה, אף שבפועל אין כל יסוד לטענה כי הוא ביצע עבירה כלשהי. ברי כי בדוגמה מעין זו, אם הצופה הסביר צפוי לקשור בין המרצה לבין

ביצוע ההטרדות המיניות הנטענות – יעלה הדבר כדי לשון הרע כלפי המרצה. כך באופן כללי בהתייחס לשיבוץ תמונתו של המרצה בכתבה, וכך ביתר שאת מקום שבו צילומו של המרצה משולב על ידי עורך הכתבה בעיצומה של סצנה שבה אחת מהסטודנטיות מתארת תקיפה מינית שהיא עצמה חוותה. בהשלכה לענייננו – שילוב צילומו של המשיב בסרט שעוסק כל כולו בפשעי מלחמה נטענים שביצעו כביכול חיילי צה"ל במהלך מבצע "חומת מגן", ובפרט שילוב הצילום בעיצומה של סצנת ביזת הזקן – מהווים לשון הרע כלפי המשיב, הן בהקשר הדברים הכולל והן בהקשר הפרטני של מעשה הביזה הנטען. משכך, לא מצאתי טעם של ממש שמצדיק התערבות בקביעתו המנומקת של בית המשפט המחוזי שלא לאמץ את חוות דעתו של המומחה מטעם המערער בנושא.

[הערה במאמר מוסגר: עורך הסרט לא הסתפק בהצגת מרואיינים המתארים מעשי זוועה שבוצעו כביכול על ידי חיילי צה"ל, אלא שילב בסרט אמירות אנטישמיות בוטות. כך, אחד המרואיינים בסרט מתייחס ליהודים ומתאר אותם כיצורים "שאינם יצירי כפיו של האל" וכמי שגילו את "היכולת להשתבט" כבר לפני תקופה ארוכה. דברים אלה אינם נוגעים במישרין לערעור דנן, אך יש בהם כדי להטיל צל כבד על תום לבו של המערער, בפרט לנוכח הבהרתו כי הקפיד לברור היטב את הקטעים שנכללו בגרסה הסופית של הסרט. יוער כי כאשר עומת המערער עם דברים אלו בבית המשפט המחוזי, הוא טען כי לאחר ההליכים בעניין בן נתן הוא מצא לנכון לחתוך את המשפט הזה מהגרסה המקוצרת של הסרט, שכן לדבריו "זה לא נשמע אנושי לעשות דמוניזציה לישראלים וליהודים" וכי אינו מוכן "לעשות דמוניזציה כמו שהיטלר ואחרים עשו לעם היהודי" (פרוטוקול, עמ' 92). אילו כך סבר המערער באמת ובתמים, תמיהה היא מה ראה מלכתחילה לשלב אמירות כגון דא בסרטו].

31. לסיכום חלק זה של הדיון, קביעתו של בית המשפט המחוזי כי הפרסום מהווה לשון הרע כלפי המשיב – בדין יסודה, ואין עילה להתערב בה. משצלחנו קושיה זו, נפנה לקושיה הבאה העומדת כאמור בלב הערעור, והיא סוגיית התיישנות תביעתו של המשיב.

התיישנות

32. אין חולק כי הסרט צולם בשנת 2002 בסמוך לאחר יציאת כוחות צה"ל מהעיר ג'נין במסגרת מבצע "חומת מגן", וכי הסרט הוקרן בישראל לראשונה עוד באותה שנה (עניין בכדי, עמ' 257). תביעתו של המשיב שעליה נסב דיוננו הוגשה כעבור כארבע-עשרה שנה, בשנת 2016.

מובן, אפוא, שאילו עילת תביעתו של המשיב נולדה עם הקרנת הסרט לראשונה, הרי שזו התיישנה זה מכבר, אי שם בשנת 2009, בחלוף שבע שנים מיום שנוצרה עילת התביעה (סעיף 5(1) לחוק ההתיישנות). קבלת תביעתו של המשיב ודחיית הערעור דנן מותנות אפוא בכך שעילת התביעה נולדה במועד מאוחר יותר, במהלך שבע השנים שקדמו להגשת התביעה (קרי משנת 2009 ואילך), או לחלופין, כי נתקיים אחד מחריגי חוק ההתיישנות שבגינם נדחה מועד פתיחת מירוץ ההתיישנות לנקודת זמן הממוקמת בתוך תקופת שבע השנים שקדמה להגשת התביעה.

נבחן את הדברים. כבית משפט קמא, נבחן תחילה אם במקרה דנן נתמלאו תנאיו של כלל הגילוי המאוחר המעוגן בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, ולאחר מכן נידרש לשאלת מועד לידת עילת התובענה בהתחשב במאפייני העוולה של פרסום לשון הרע. אקדים ואומר כי הגם שלטעמי נפלו אי-אלו שגגות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, מסקנתו כי התביעה לא התיישנה עומדת בעינה.

כלל הגילוי המאוחר

33. סעיף 8 לחוק ההתיישנות קובע כדלקמן:

התיישנות שלא מדעת
 8. נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה,
 מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא
 יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום
 שבו נודעו לתובע עובדות אלה.

סעיף זה, המעגן כאמור את כלל הגילוי המאוחר, זכה לאורך השנים להתייחסות ענפה בפסיקה. על פי טיבו, כלל זה נועד לגשר על קיומו של פער בין המציאות העובדתית והמשפטית כהווייתה לבין מציאות זו כפי שהיא נתפשת בתודעתו של התובע. לצורך כך, המחוקק קבע כי מירוץ ההתיישנות יושעה כל עוד התובע לא גילה ולא יכול היה לגלות את העובדות שמקימות את עילת תביעתו. ההיגיון העומד בבסיס הוראה זו ברור: בהעדר ידיעה או יכולת לדעת מצד התובע, יש קושי לראותו כמי שוויתר או ישן על זכויותיו, ואף לא ניתן לבוא אליו בטרונאי על כך שיצר ציפיות אצל הנתבע כי ויתר או מחל על תביעתו. בכך נחלשים חלק מהטעמים העיקריים העומדים בבסיס מוסד ההתיישנות, ומכאן ההצדקה לדחות את מועד פתיחת מירוץ ההתיישנות כפי שמורה הסעיף (רע"א 901/07 גיא-ליפל נ' מדינת ישראל – הוועדה לאנרגיה אטומית, פסקה 40 והאסמכתאות (שם) (19.9.2010) (להלן: עניין גיא-ליפל)).

34. אף שהמחוקק "הלך לקראת" התובע-הניזוק בכך שאפשר דחייה של מועד פתיחת מירוץ ההתיישנות כמתואר לעיל, אין פירוש הדבר כי התובע רשאי לעצום עיניו מראות ולפקוח אותן במועד הנוח לו, ובכך לברור לעצמו את המועד שבו תיווצר עילת תביעתו, וכבר הובהר בפסיקה כי "אין להלום מצב שבו המפתח לתחילת מירוץ ההתיישנות יהיה בידי של התובע" (רע"א 8694/20 דוויק נ' זרביב, פסקה 24 לפסק דיני (21.7.2022) (להלן: עניין דוויק)). מן הטעם הזה, בחוקקו את סעיף 8 לחוק ההתיישנות המחוקק לא הסתפק בהחלת מבחן סובייקטיבי לגבי ידיעתו בפועל של התובע הקונקרטי ("נעלמו מן התובע העובדות"), אלא הוסיף על כך מבחן בעל היבט אובייקטיבי לגבי ידיעתו בכוח של התובע ("מסיבות שלא היו תלויות בו ושאף בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן").

סעיף 8 לחוק ההתיישנות מעמיד אפוא במרכזו שאלה עובדתית הבוחנת, לצד ההיבט הסובייקטיבי לגבי ידיעתו של התובע בפועל, אם בזהירות סבירה יכול היה התובע לגלות את כלל העובדות המהוות את עילת התובענה. כפי שהוסבר: "ככלל, התשובה לשאלה זו אינה תלויה במעשיו או במחדליו של הנתבע, אלא ביכולתו האובייקטיבית של התובע לגלות את המידע הרלוונטי בכוחות עצמו", כאשר באופן עקרוני די בידיעה "בכוח או בפועל, ברמה של קצה חוט" כדי להביא לפתיחת מירוץ ההתיישנות (ע"א 1442/13 זוארט נ' התעשייה הצבאית ישראל בע"מ, פסקאות 11, 17 (18.8.2016); רע"א 6737/20 הראל נ' נס, פסקה 36 (16.8.2021)).

על רקע כללים אלה, הובהר בפסיקה כי מירוץ ההתיישנות לא נפתח במועד שבו תובע החליט לפנות לעורך דין או מהנדס או רופא לשם קבלת חוות דעת שהבהירה לו את מצבו המשפטי או העובדתי, אלא השאלה היא "אם הייתה בידי התובע האפשרות לפנות עוד קודם לכן לעורך הדין או המהנדס או הרופא" (ע"א 642/21 ורקשטל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 8 והאסמכתאות שם (29.6.2022) (ההדגשות הוספו – י"ע); עניין דוויק, שם). עוד נקבע כי מקום שבו הנתבע העלה טענת התיישנות והתובע טוען לתחולתו של כלל הגילוי המאוחר, התובע הוא שנושא בנטל להוכיח כי נתמלאו תנאיו (עניין גיא-ליפל, פסקה 41 והאסמכתאות שם; טל חבקין התיישנות 65 (מהדורה שנייה, 2021) (להלן: חבקין), וההפניות המובאות שם בה"ש 32).

35. במקרה שלפנינו, בית המשפט המחוזי אימץ - במישור העובדתי - את עדותו של המשיב כי עד לשנת 2015 לא צפה בסרט ולא היה מודע לכך שהוא עצמו מופיע בסרט.

אין לכחד כי במבט ראשון, יש קושי ליישב בין גרסה זו של המשיב לבין העובדה שבמסגרת ההליך בעניין בכרי בשנת 2003, בא כוחו של המשיב, עו"ד כספי, הגיש בקשה לצרף את המשיב להליך, מה שמלמד לכאורה כי המשיב כבר צפה בסרט באותו מועד. למרות זאת, בית המשפט המחוזי, שהיה ער לקושי האמור, מצא לאמץ את גרסת המשיב ולייחס לה משקל ראייתי משמעותי. זאת, לאור התרשמותו כי עדותו של המשיב היתה "מהימנה מאוד" וכי פיו ולבו שווים; לאחר שמצא כי עדותו מתיישבת עם עדויותיהם של יתר העדים; ולנוכח התרשמותו מעדותו של עו"ד כספי ודרך פועלו לגבי ניהול ההליכים נגד הקרנת הסרט.

למקרא פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ניכר עד מאד כי החלטתו לאמץ את גרסת המשיב התבססה באופן מובהק על התרשמותו הבלתי אמצעית מהעדים שהופיעו בפניו ועל ממצאי מהימנות, ובייחוד התרשמותו מכנותו של המשיב. בנסיבות אלו, חרף הקושי הראייתי המתואר, איני סבור כי יש בסיס להתערבותנו בנקודה זו. לפיכך, נקודת המוצא להמשך הדיון בערעור דנן היא גרסת המשיב שאומצה בבית המשפט המחוזי, קרי – כי המשיב צפה לראשונה בסרט בשנת 2015, ורק אז התברר לו כי צילומו-שלו מופיע בסרט.

36. כך הם הדברים במישור העובדתי. לעומת זאת, במישור המשפטי תמונת המצב מעט שונה, ומסקנתו של בית המשפט המחוזי טומנת בחובה קושי. זאת, שכן עיון בפסק הדין מעלה כי אף שבית המשפט היה ער להיבט האובייקטיבי שנכלל בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, בפועל הוראת הסעיף יושמה על בסיס מבחן שהוא טובייקטיבי במהותו. נסביר במה דברים אמורים.

בדונו בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, בית המשפט המחוזי הקדים והעיר כי –

"לכאורה, מקום בו אדם סביר מודע לכך שקיים סרט העוסק באירוע בו הוא עצמו נטל חלק (מבצע חומת מגן), והוא אף יודע כי מתנהלים ביחס לאותו סרט הליכים משפטיים אשר מטרתם למנוע המשך הקרנתו עקב טענות לכך שיש בו משום הוצאת דיבה, ניתן היה לצפות, כי אותו אדם - ייצפה בסרט, גם אם לא באופן מידי, אך במהלך שבע שנים שלאחר הקרנתו המקורית.

בהינתן הוראות הדין, ואותה בחירה מודעת של התובע, עולה השאלה האם אין בכך כדי להביא למסקנה על פיה אין לראותו כמי שנקט באמצעים סבירים ומתבקשים לגלות את העובדות, ומשכך כמי שתביעתו התיישנה" (פסקאות 81-82 לפסק דינו).

בדברים אלה כיוון בית המשפט, כנדרש, להיבט האובייקטיבי של סעיף 8 לחוק, קרי לשאלה אם המשיב יכול היה בזהירות סבירה לגלות את העובדות המקימות את עילת תביעתו. ברם, למרות האמור, בית המשפט הגיע למסקנה כי במקרה דנן נתמלאו תנאיו של הסעיף. את מסקנתו נימק בית המשפט באופן הבא:

"[...] יש לזכור כי המדובר באירוע מוקצן, ייחודי אשר לא מצאתי כי ניתן כלל לבחון אותו תחת אותה 'מסננת' של סבירות, התואמת את התנהלותו של אדם 'רגיל' מן היישוב, בימי שגרה.

אין שום דבר רגיל בלוחמה, וודאי לא כזו במסגרתה מאבד אדם מחבריו או פקודיו, וכפועל יוצא התנהלותו או התגובה שלו לאותם אירועים אינה יכולה להיבחן במנותק מכך, לרבות סבירות יכולתו לצפות בסרט, שעה שהוא אינו מודע לכך שהוא מופיע בו" (שם, פסקה 83).

תימוכין לדברים אלו מצא בית המשפט בדבריו של המשיב בעדותו, שסיפר כי הוא וחבריו רצו מאוד "לשים את זה בצד ולשכוח", וכי הוא לא התעמק בנושא "כדי לא לעסוק בפצע". לנוכח האמור, בית המשפט קבע כי "רצונו של [המשיב] שלא לשוב ו'לחפור' בפצעי נפשו מהלוחמה במבצע, אינו בלתי סביר בנסיבותיו של מקרה זה, וכי אין לראותו כמי שלא נקט באמצעים סבירים לצורך צפייה בסרט, ולו על מנת לוודא אם הוא מופיע במסגרתו או לא" (שם, פסקה 86).

37. יש להדגיש: דבריו של המשיב באשר לפצע העמוק שחש בעקבות הלחימה בג'נין במבצע "חומת מגן", באשר לחוסר רצונו להתעמק בנושא ובסרט, ובאשר לבחירתו להדחיק את הדברים ולהניחם בצד – הם דברים נכוחים, והתרשמותו של בית המשפט המחוזי מגרסתו של המשיב מלמדת כי אכן "ניכרים דברי אמת". כפי שציין בית המשפט, לוחמה מהסוג שבה השתתף המשיב, על המחיר הכבד שהיה כרוך בה, אינה "דבר רגיל" בשום היבט ואופן. רחוק מכך. מובן אפוא כי איש אינו בא בטרוניא למשיב על בחירתו שלא לצפות בסרט במשך מספר שנים לאחר צאתו לאור. בחירתו זו – מובנת. יש לכבדה.

ברם, כלליהם של דיני ההתיישנות ברורים אף הם. ככלל, לרשותו של תובע עומדת תקופה משמעותית בת שבע שנים להגשת תביעתו מהיום שבו נולדה עילת התביעה. ההנחה היא כי במהלך תקופה זו התובע ידרוש ויחקור ויפעל להשגת הראיות.

הנחה נוספת היא כי תקופה ממושכת זו מעמידה לרשות התובע פרק זמן שיאפשר לו להתמודד עם הפגיעה שנגרמה לו ולהתארגן לצורך גיבוש התביעה. עמדה על כך השופטת וילנר ברע"א 1101/20 שירותי בריאות כללית נ' פלוני (21.5.2020) (להלן: עניין פלוני):

"[...] מועד התחלת תקופת ההתיישנות הוא המועד בו התובע חשד או צריך היה לחשוד בקיומן של העובדות המהוות את עילת התביעה, וזאת במנותק משאלת היכולת להשגת הראיות לתמיכה בתביעה שכזו. ודוק - החקירה והדרישה לשם השגת הראיות תיעשה אם כן בתוך תקופת ההתיישנות הנמשכת שבע שנים שלמות.

אותו רציונל העומד בבסיס הדברים שלעיל, מוליך גם למסקנה לפיה תקופת ההתמודדות עם הפגיעה וההתארגנות לגיבוש הראיות והתביעה, לא תביא לעיכוב בתחילת תקופת ההתיישנות. כך, תקופת ההתיישנות מתחילה 'לרוץ' גם בנסיבות בהן הניזוק נזקק לטיפול בנזקיו, ובתוך כך – לעבור טיפולים רפואיים, לשקם את מצבו הכלכלי, המשפחתי או הנפשי. מטבע הדברים, ולמרבה הצער, עוולות נזיקיות שונות עלולות להציב את הניזוקים במצבי חיים מאתגרים וקשים. ואולם, תקופת ההתיישנות בשל אירוע נזיקי נקבעה בחוק לתקופה ארוכה של שבע שנים מהיום בו אירע הנזק (ובמקרים בהם נעלמו מעיני התובע עובדות המהוות את עילת התובענה – מהיום בו הוא חשד בקיומן של עובדות אלה או צריך היה לחשוד בהן), וזאת בין היתר, מתוך התחשבות בתקופה שלאחר האירוע הנזיקי בה הנפגע אינו פנוי להגשת תביעה באופן מידי. משכך, אין להוסיף ולהרחיב את תקופת ההתיישנות שנקבעה בחוק על תביעות נזיקיות כך שתתחיל רק במועד בו הניזוק יכול היה להתפנות מטיפוליו הרפואיים או משיקום אחר של נזקיו" (שם בפסקאות 18-19, ההדגשות במקור).

אכן, פעמים רבות מוצאים עצמם ניזוקים ובני משפחותיהם ניצבים בפני אתגרים קשים מנשוא שהתרגשו עליהם שלא בטובתם. לא אחת חרב עליהם עולמם והם מנסים אט אט לאחות את השברים ולמצוא מזור לגופם ולנפשם. יש שמדובר בתובעים שהם או ילדיהם סבלו נזקים קשים עקב תאונות דרכים או תאונות עבודה; יש שמדובר בנפגעי עבירה או נפגעי פעולות איבה; יש שמדובר בנזקי רשלנות רפואית או בהורים לעוללים בני יומם שנזקם לא אובחן כדבעי במהלך תקופת ההיריון. הצד השווה לכולם, שחוסר רצונו של הניזוק "לחטט" בפצעיו, והעדפתו לדחות את העיסוק המשפטי לנקודת זמן עתידית נוחה יותר – מובנים לחלוטין. ואולם, ככל שבדיני ההתיישנות עסקינן, המחוקק לא הכיר בקשיים מעין אלו בתור עילה שמובילה לדחיית מירון ההתיישנות או להשעייתו. קושי אישי של תובע לנקוט הליכים משפטיים, או קושי אישי שבגיננו נמנע

תובע מלפעול לגילוי העובדות הנדרשות, אין בהם כשלעצמם כדי לעצור את מירון ההתיישנות. לשם כך העמיד המחוקק לרשות התובע תקופה ממושכת העומדת, ככלל, על שבע שנים, מתוך הנחה כי יש בתקופה זו כדי לאפשר לניזוקים די זמן לפעול למיצוי זכויותיהם.

38. ודוק: חוק ההתיישנות מכיר בקיומם של מצבים שבהם יושעה מירון ההתיישנות בגין מצבו הנפשי של תובע, וזאת כאשר האחרון "לא היה מסוגל לדאוג לעניניו מחמת ליקוי נפשי או שכלי, זמני או קבוע, ולא היה עליו אפוטרופוס" (סעיף 11 לחוק ההתיישנות). אלא שמכלל הן נשמע לאו, לאמור: השעיית מירון ההתיישנות מכוח עילה זו שמורה למקרים שבהם התובע היה נתון במצב של חוסר מסוגלות להגיש את התביעה, וברי כי לא כל אימת שנגרם לתובע נזק נפשי שבגינו בחר להדחיק את הדברים, יהיה בכך כדי להביא לעצירת מירון ההתיישנות (ראו לעניין זה: ע"א 7313/09 קופת חולים לאומית נ' לוי, פסקה 12 (18.11.2010) (להלן: עניין לוי); ע"א 7426/14 פלונית נ' דניאל, פסקה 52 לפסק דיני, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (14.3.2016) (להלן: עניין דניאל); ישראל גלעד התיישנות בדין האזרחי 338 (2022) (להלן: גלעד)). במקרה שלפנינו אין חולק כי סעיף 11 לחוק ההתיישנות לא חל, ולא בכדי טענה שכזו לא הועלתה. בנסיבות אלו, לא ניתן "לעקוף" את תנאי סעיף 11 לחוק באמצעות סעיף 8 לחוק, בבחינת "הדחקה" שאמנם אינה עולה כדי חוסר מסוגלות, אך כזו שיש בה כדי להביא לדחיית פתיחת מירון ההתיישנות.

39. לא נעלם מעיניי כי במקרה שלפנינו אין מדובר בתובע שידע כי נגרם לו נזק ולמרות זאת התמהמה בהגשת התביעה, אלא בניזוק שכלל לא ידע על הנזק מושא התביעה במשך תקופה ארוכה. בכך שונה עניינו מהמצב הטיפוסי שבו ניזוק סבל נזק כתוצאה מאירוע נזיקי, ובשל נזק זה הוא נאלץ להתמודד עם קשיים ולכן נמנע במשך תקופה מלחקור ולדרוש לגבי מצבו המשפטי והעובדתי (כמתואר בעניין פלוני המוזכר לעיל). במילים אחרות: במקרה שלפנינו, המשיב-הניזוק היה נתון במצב נפשי לא פשוט בשל נסיבות חיצוניות (הלחימה במבצע "חומת מגן"), ובגין מצב נפשי זה הוא בחר להימנע מלצפות בסרט, מה שהוביל לכך שהוא לא גילה כי בוצעה עוולה כלפיו באופן אישי כתוצאה מפרסום סרטו של המערער (וממילא לא ידע כי נגרם לו נזק). מכאן הטענה כי המשיב לא ידע על "העובדות המהוות את עילת התובענה", וכי בשל כך יש תחולה לסעיף 8 לחוק ההתיישנות. דומה כי לכך כיוון בית משפט קמא בהתייחסו להעדר הידיעה של המשיב לגבי עובדת הופעתו בסרט, ואביא את הדברים כלשונם:

“לעניין זה יש להוסיף ולהבחין בין עניינו של מי שיש בידיו את כלל הנתונים המהווים את עילת תביעתו ובוחר שלא לפתוח בהליך המשפטי; לבין עניינו של מי שאינו מודע לכלל העובדות המרכיבות את עילת תביעתו, והעדר הבירור מקורו באותה התנהלות אנושית של אי רצון לחזור ולעסוק באירוע טראומתי בו נטל חלק” (פסקה 87 לפסק דינו).

אלא שדומה כי דברים אלו מוסבים, פעם נוספת, על ההיבט הסובייקטיבי של כלל הגילוי המאוחר, קרי מה ידע או לא ידע המשיב. ואולם, כפי שהוסבר, תחולתו של סעיף 8 לחוק מותנית גם בכך שהתובע לא יכול היה לגלות את העובדות המקימות את עילת התובענה. לעתים התובע אינו מודע למעשה או המחלל הרלוונטיים, לעתים הוא אינו מודע לזהותו של הנתבע-המזיק, לעתים הוא אינו מודע לנזק שנגרם לו, ולעתים הוא אינו מודע לרכיב הקשר הסיבתי בין המעשה לנזק. המשותף לכולם, שלא די באי-גילוי בפועל כדי להביא לדחיית מירון ההתיישנות. עמדה על הדברים השופטת פרוקצ'יה בע"א 2206/08 סיגמן נ' חב' דובק בע"מ (11.7.2010) ביחס לאי-גילוי רכיב הנזק:

“קביעת מבחן סובייקטיבי לפיו גילוי מאוחר של הנזק בעוולת נזיקין על פי סעיף 89(2) תלוי באופן מוחלט בתובע ובמידת נכונותו לפעול לגילוי הנזק, מערער את האיזון הראוי בין הגורמים השונים בדין ההתיישנות. הוא מאפשר לתובע 'לישון על זכויותיו', להתעלם מעובדות נזק הזמינות 'בכח', ואף שניתן לגלותן במאמץ סביר. הוא מאפשר לתובע שהתרחל בגילוי עובדות הנזק להתממה בהגשת התביעה, ולעכב במחללו את מירון ההתיישנות, ומתנה את תחילת ההתיישנות ברצונו הטוב לפעול לגילוי עובדות שהיו זמינות וניתנות לגילוי כל העת. הדעת נותנת, כי דין ההתיישנות בנזיקין בענין מועד גילוי הנזק לא התכוון להביא לתוצאה כי מנין ההתיישנות יידחה עד לנקודת זמן שבה נתגלה הנזק בפועל על ידי התובע, גם מקום שניתן היה במאמץ סביר לגלותו קודם לכן. אין להניח כי הדין התכוון לפגוע באיזון העדין שבין האינטרסים המשולבים המרכיבים את הרציונל ההתיישנות – של התובע, הנתבע, והציבור בכללו. סביר, אפוא, להניח, כי תכליתו של כלל הגילוי המאוחר של הנזק בסעיף 89(2) לפקודה נועדה להחיל על התובע סטנדרט גילוי אובייקטיבי, המחייב מאמץ סביר מצידו לגילוי עובדות הנזק” (שם, פסקה 20).

דברים אלו של השופטת פרוקצ'יה נאמרו ביחס לסעיף 89(2) לפקודת הנזיקין, והם עומדים בתוקפם בה במידה ביחס לסעיף 8 לחוק ההתיישנות (ראו שם בפסק דינה של השופטת ארבל (שנותרה באותה פרשה בדעת מיעוט); וכן אצל גלעד בעמ' 249 ה"ש

36). כמו כן, כשם שהדברים רלוונטיים לשאלת מודעותו של התובע לרכיב הנזק, כך כוחם יפה לגבי מודעותו של התובע ליתר העובדות המקימות את עילת התובענה. רוצה לומר, שהעובדה שהמשיב במקרה דנן לא היה מודע לעובדה שהוא מופיע בסרט, אינה פוטרת אותנו מהצורך לבחון, על פי אמת מידה אובייקטיבית, אם הוא יכול היה לגלות זאת במאמץ סביר. כפי שהוסבר בפסיקה, במסגרת בחינה אובייקטיבית זו יש לעמוד על הנסיבות החיצוניות של המקרה (כגון מושא הגילוי, המידע שכבר הצטבר אצל התובע ושיעור הנזק), להבדיל מהנסיבות הפנימיות הנסבות על תכונותיו האישיות-המיוחדות של התובע הספציפי (עניין גיא-ליפל, פסקאות 52, 56 סיפא).

40. לנוכח האמור, אין לי אלא להפנות לקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי. כזכור, בית המשפט קבע כי הוכח בפניו שהמשיב היה מודע לכך שהסרט קיים ולכך שננטו הליכים משפטיים שונים ביחס להקרנתו; כי סוגיית תוכנו של הסרט וניהול הליכים המשפטיים ביחס אליו היו נושא לשיח בין הלוחמים; כי המשיב אישר כי בחר שלא לראות את הסרט; וכי לרשות המשיב עמדה אפשרות מעשית לראות את הסרט מבלי שנדרש למאמץ יוצא דופן לשם כך.

מצע עובדתי זה מוביל למסקנה כי תנאיו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות לא נתמלאו במקרה דנן. אמנם, יכולתו של תובע לגלות את העובדות בנקל, אין בה כשלעצמה כדי להעיד בהכרח כי התנהגותו היתה בלתי סבירה (ע"א 1349/05 שוב נ' בנק ירושלים, פסקה 2 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין ופסק דינו של השופט ג'ובראן (18.3.2009); עניין גיא-ליפל, פסקה 50). ואולם, מכלול הממצאים העובדתיים שנקבעו מובילים למסקנה הראשונית שאליה הגיע בית המשפט המחוזי שצוטטה לעיל, ולפיה "מקום בו אדם סביר מודע לכך שקיים סרט העוסק באירוע שבו הוא עצמו נטל חלק (מבצע חומת מגן), והוא אף יודע כי מתנהלים ביחס לאותו סרט הליכים משפטיים אשר מטרתם למנוע המשך הקרנתו עקב טענות שיש לכך משום הוצאת דיבה, ניתן היה לצפות כי אותו אדם יצפה בסרט, גם אם לא באופן מידי, אך במהלך שבע שנים שלאחר הקרנתו המקורית" (פסקה 81 לפסק דינו). לעניין זה, איני סבור כי יש בסיס להבחין, לצורך יישום כלל הגילוי המאוחר, בין עניינו של המשיב לבין ענינם של ניזוקים אחרים המתמודדים עם קשיים כאלו ואחרים שבעטיים לא גילו את העובדות הנדרשות להגשת תביעתם. אלה גם אלה נדרשים לעמוד במבחן האובייקטיבי המעוגן בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, וכפי שהוסבר, תנאיו של מבחן זה לא נתמלאו במקרה דנן.

41. נחזור ונבהיר כי אין באמור כדי להטיל דופי כלשהו ביחס להתנהלותו של המשיב. כפי שצוין, בהחלט ניתן להבין ללבו של המשיב שבחר למשוך ידיו מכל עיסוק

בסרט במשך תקופה ארוכה. אין זאת אלא שבאספקלריה הצרה של דיני ההתיישנות, לא די בקשיים שעמם נאלץ המשיב להתמודד כדי להשעות את מירוץ ההתיישנות, ומשעה שהתשתית העובדתית במקרה דנן מובילה למסקנה כי היה על המשיב לגלות את העובדות המקימות את עילת התובענה במועד מוקדם יותר – אין מנוס משלילת תחולתו של כלל הגילוי המאוחר.

הערה: המסקנה כי גילוי העובדות מצד המשיב במועד מוקדם יותר היה סביר, אין פירושה בהכרח כי אי-גילוי העובדות מצד המשיב במקרה דנן היה בלתי סביר. רוצה לומר, שאין הכרח לייחס למשיב התנהלות בלתי סבירה, על מנת להגיע למסקנה כי היה עליו לגלות את העובדות במועד מוקדם יותר. הבחנה זו בין סבירות הגילוי לסבירות אי-הגילוי זכתה להתייחסותו של פרופ' גלעד וכונתה על ידו סוגיית "הסבירות הכפולה". לשיטתו, לפי ההסדר המשתמע מלשון סעיף 8 לחוק ההתיישנות, די בכך שניתן היה "בזהירות ראויה" לגלות את הטעון גילוי כדי לשלול את תחולתו של כלל הגילוי המאוחר, וזאת גם אם באותה מידה היה זה סביר לא לגלות את הטעון גילוי (גלעד, עמ' 251-252). אימוץ גישה זו במקרה דנן מאפשר לראות את בחירתו של המשיב שלא לצפות בסרט כסבירה, ובד בבד לקבוע כי גילוי העובדות (קרי, צפייה בסרט במועד מוקדם יותר) היה אף הוא סביר, ומשכך נשללת תחולתו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות. לטעמי, גישה זו ביחס לסוגיית "הסבירות הכפולה" מתיישבת על פניה עם לשונו של הסעיף ויש בה טעם. עם זאת, איני רואה לקבוע מסמרות לגביה במישור העקרוני, ואותיר את הדברים בצריך עיון למקרים עתידיים לכשיתעוררו.

42. לסיכום חלק זה של הדיון: בחינת התשתית העובדתית במקרה דנן לאור הכללים המשפטיים וההלכה הפסוקה לגבי יסודותיו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות, מובילה למסקנה כי לא נתמלאו תנאיו של הסעיף וכי אין תחולה לכלל הגילוי המאוחר. משכך, מסקנתו של בית המשפט המחוזי כי מירוץ ההתיישנות נפתח רק בשנת 2015 – עת צפה המשיב בסרט לראשונה וגילה כי צילומו מופיע בסרט – בטעות יסודה.

באנו אפוא לכלל מסקנה – על דרך השלילה – כי מירוץ ההתיישנות לא נפתח במועד שבו צפה המשיב בסרט לראשונה. כעת, לצורך הכרעה בערעור שלפנינו, שומה עלינו לקבוע – על דרך החיוב – אימתי נפתח מירוץ ההתיישנות של המשיב. אל שאלה זו נפנה עתה.

על "תביעות חוזרות"; בין עילה מתחדשת לעילה נמשכת-מתארכת

43. הכלל היסודי באשר למועד פתיחת מירוץ ההתיישנות מעוגן בסעיף 6 לחוק ההתיישנות, הקובע כי "תקופת ההתיישנות מתחילה ביום שבו נולדה עילת התובענה". השאלה מהי נקודת הזמן שבה עילת תביעה "נולדת" אינה תמיד פשוטה להכרעה ועשויה לעורר שאלות-משנה שונות שחלקן חורגות מענייננו. משכך, ולצורך שלב זה של הדיון, נסתפק באזכור הכלל שהשתרש בפסיקה, ולפיו מירוץ ההתיישנות נפתח במועד שבו מתגבשות העובדות המהותיות המזכות את התובע בקיום החיוב כלפיו על ידי הנתבע, קרי במועד שבו אילו היה מגיש התובע את תביעתו לבית המשפט והיה מוכיח את כל העובדות המהותיות - היה זוכה בפסק דין (עניין גיא-ליפל, פסקה 44 והאסמכתאות שם; ע"א 8438/09 רובאב חברה לנכסים בע"מ נ' אחים דוניץ בע"מ, פ"ד סה(2) 635, פסקה 18 (19.4.2012)).

44. יש עילות תביעה שמועד לידתן הוא פשוט וברור. דוגמה טיפוסית לכך היא כאשר מדובר באירוע נקודתי גלוי וחד פעמי. כך, כאשר ראובן תוקף את שמעון, נולדת לשמעון עילת תביעה נגד ראובן ברגע שבו אירעה התקיפה. בדומה לכך, ככלל, אם שמעון מפרסם לשון הרע על ראובן, נולדת לראובן עילת תביעה כלפי שמעון במועד הפרסום, ואז נשמעת יריית הפתיחה של מירוץ ההתיישנות ביחס לתביעתו של ראובן. [הערה: כמו עוולת התקיפה, העוולה של פרסום לשון הרע אינה כוללת את יסוד הנזק בין יסודותיה. משכך, איני רואה להידרש במסגרת הערעור דנן לשאלות שעניינן מועד גילוי הנזק ונפקות הדברים לגבי מועד תחילת מירוץ ההתיישנות ותקופתה, נושא החורג מענייננו].

אילו במקרה שלפנינו מדובר היה בהקרנה חד פעמית של סרטו של המערער בשנת 2002, נקל היה לקבוע כי במועד זה נולדה עילת תביעתו של המשיב (זאת לנוכח מסקנתנו לעיל כי היה על המשיב לדעת על העובדות המהוות את עילת התובענה). או-אז, בהינתן שתקופת ההתיישנות מסתיימת בחלוף שבע שנים ממועד לידת עילת התובענה, התוצאה היתה כי תביעתו של המשיב – שהוגשה רק בשנת 2016 – התיישנה. דא עקא, שהמקרה שלפנינו אינו כה פשוט, שכן תביעתו של המשיב לא הוגשה בגין הקרנתו הראשונה של הסרט, אלא בעקבות הקרנות נוספות של הסרט שהתרחשו בשנים מאוחרות יותר (וזאת מלבד העלאת הסרט לאתר יוטיוב – סוגיה שאליה אתייחס בהמשך הדברים). עובדה זו מצריכה מאתנו להידרש ליחס שבין ההקרנות המאוחרות להקרנה הראשונה, ולשאלה כיצד יש להשקיף על הקרנות שונות אלו בראי דיני ההתיישנות.

45. בע"א 9292/07 חברות שדמות הדרום בע"מ נ' וועדה מקומית לתכנון ובנייה "שמעוניים" (6.1.2010) (להלן: עניין שדמות הדרום) ציינתי שלוש קטיגוריות של מקרים

שיש להבחין ביניהם בהתייחס להתיישנותן של תביעות נזיקין: מעשה עוולתי-נקודתי אחד ונזק מתמשך בצידו; מעשה עוולתי נמשך הגורם לנזק אחד; ומעשה עוולתי נמשך המקים עילות תביעה חוזרות ונשנות ונזק מתחדש (שם, פסקה 11). נעמוד בקצרה על עיקרי הדברים, ולשם כך נסתייע גם באופן הצגת הסוגיה של "תביעות חוזרות" בספרו של פרופ' גלעד (שם בפרק ד' חלק ד', בפרט עמ' 203-205; וכן במאמרו "התיישנות בנזיקין – הצעה לשינוי החוק" משפטים יט 81 (1989) (להלן: גלעד – הצעה לשינוי החוק); וראו גם אצל חבקין בעמ' 453-455, המתבסס גם הוא על מאמרו הנ"ל של גלעד. יובהר כי הצגת הדברים להלן נעשית, בשלב זה, מבלי בהכרח להביע עמדה באשר לאימוצם של שלל ההיבטים המוצגים שם).

46. המונח "תביעות חוזרות" מוסבר על ידי גלעד כתביעות שונות המקיימות ביניהן יחס של דמיון ושל חזרה רצופה, הנצמחות בעקבות אירוע נמשך מסוים (כגון הפרות חוזה חוזרות, פגיעות עוולתיות חוזרות וכיוצא בזה). לצורך התחקות אחר מועד הולדתן והתיישנותן של התביעות, המחבר מבחין בין שלושה שלבים.

א. ראשית יש להידרש לסוגיית רוחב עילת התביעה. דהיינו, האם התביעות החוזרות שייכות כולן לעילה אחת, או שמא התביעה החוזרת מקימה עילה משל עצמה? מקום שבו מדובר בעילת תביעה אחת שתחתיה מסתופפות כל התביעות החוזרות, הרי שמועד לידתן ומועד התיישנותן של התביעות החוזרות הוא כמועד לידתה והתיישנותה של התביעה הראשונה. לצורך הכרעה בשאלת רוחב עילת התביעה, מציע גלעד כלל אצבע שלפיו, ככלל, כאשר התביעות החוזרות צומחות מאירוע חד פעמי, נקודת המוצא היא כי יש לשייכן לעילת תביעה אחת. לעומת זאת, כאשר הן צומחות מאירוע נמשך, ראוי לשייכן לעילות תביעה שונות.

דוגמה למקרה שבו מדובר בעילת תביעה אחת אנו מוצאים בעניין לוי, שבו נקבע כי רשלנות שהתבטאה באי אבחון גידול בראשו של התובע אינה בגדר עוולה נמשכת, אלא מדובר בנזק מתמשך בעקבות אירוע נקודתי (שם, פסקה 13). דוגמה נוספת היא תביעה בגין נזקים שנגרמו בעקבות אקט של ביטול היתר בניה, שלגביו נקבע כי הוא מהווה מעשה עוולתי-נקודתי המביא בעקבותיו נזק מתמשך (עניין שדמות הדרום, פסקה 13). דוגמה מסוג אחר המובאת אצל גלעד, היא כאשר הפרת חוזה מקימה עילת תביעה מכוח דיני החוזים (שנולדה במועד ההפרה) ולצדה עילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט (שנולדה במועד מאוחר יותר, בעת שהתובע ביצע את החיוב במקומו של הנתבע-המפר). לגישת גלעד, יש לראות את שתי התביעות כשייכות לאותה עילה, כך ששתיהן תתיישנה לפי המועד המוקדם, קרי עם התיישנות העילה החוזית (שם, עמ' 167;

והשוו לרע"א 6774/19 אפרידר החברה לשיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' עיריית ראש העין (25.5.2021), שם נקבע כי תביעה הצהרתית לבטלות חוזה מחמת אי-חוקיות, אל מול תביעת השבה בגין כספים ששולמו מכוח החוזה הבלתי חוקי – הן שתי עילות תביעה נפרדות שמועד התיישנותן שונה).

ב. כאשר בשלב הראשון נקבע כי מדובר בתביעות חוזרות שעילותיהן שונות, יש לפנות לשלב השני שבגדרו יש להבחין בין שני סוגים של מקרים:

(1) סוג אחד של מקרים הוא כאשר מדובר בעילה מתחדשת – קרי כאשר האקט הרלוונטי מצמיח תביעות נפרדות עצמאיות. על מקרים אלה חל הדין הרגיל, קרי יש להשקיף על כל תביעה חוזרת בנפרד, וכל אחת מהן נולדת ומתיישנת במועד הרלוונטי לה. במילותיה של השופטת פרוקצ'יה: "אם המעשה נמשך והולך ויוצר עילות תביעה מתחדשות, תוך גרימת נזק לנפגע מעת לעת, תפוש ההתיישנות בתום 7 שנים ממועד היווצרות כל עילת תביעה מתחדשת" (ע"א 9413/03 אלנקווה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פסקה 31 (22.6.2008) (להלן: עניין אלנקווה)). דוגמה לכך היא המקרה שנדון בע"א 3139/05 כלפון נוה ארזים בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (31.1.2008) (להלן: עניין כלפון), שם דובר בתביעת רשלנות נגד ועדות התכנון בגין מחדל מתמשך מצדן שהתבטא בסירוב ליתן היתר בניה (ראו שם בפסקאות 32-33).

יובהר כי סוג מקרים זה של "עילה מתחדשת" רלוונטי גם לגבי תביעות שהנזק אינו רכיב נדרש להתגבשותן. לדוגמה, לגבי עוולת הסגת גבול נאמר כי "בכל יום שהיא קיימת נולדת עילת תובענה חדשה, והיא נחסמת בתום תקופת ההתיישנות שלאחר אותו יום" (ע"א 35/71 חברת ישראל אוסטורליה להשקעות פרדסנות ומטעים בע"מ נ' מושב בני דרוו אגודה חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד כז(1) 225, 228 (1972); ראו גם בעניין אלנקווה, פסקה 32; עניין שדמות הדרום, פסקה 12). ובקיצור, בסוג מקרים זה כל תביעה עומדת על רגליה שלה, ומכוחה של כל אחת ניתן לתבוע, ככלל, שבע שנים אחורה.

(2) סוג המקרים השני (בגדרו של השלב השני שעוסק בתביעות חוזרות שעילותיהן שונות) – הוא כאשר מדובר בעילה מתארכת (או עילה נמשכת). לפי גלעד, סוג מקרים זה מתייחס למצבים שבהם "בשל תכונות הדמיון והחזרה הרציפה [...] מאחדים רעיונית את העילות החוזרות העצמאיות, למרות עצמאותן, לעילה אחת 'גדולה' המשתרעת לאורך כל התקופה שבה נוצרו העילות העצמאיות 'הקטנות'" (שם, עמ' 215). במצבים אלה מתעוררת השאלה מהו מועד לידתה של אותה "עילה אחת גדולה". לשם כך יש להמשיך לשלב השלישי, כמפורט להלן.

ג. בשלב השלישי, מקום שבו נקבע כי מדובר בעילה אחת מתארכת, יש לקבוע מהו מועד לידתה והתיישנותה. בעניין זה מציג גלעד שלוש אפשרויות:

(1) אפשרות אחת היא לקבוע כי מועד לידתה הוא בתחילת התקופה, קרי במועד שבו נולדה התביעה החוזרת הראשונה ("דחיסה לאחור" של התקופה למועד תחילתה). אפשרות זו מיטיבה עם נתבעים, שכן היא מביאה להקדמת פתיחת מירוץ ההתיישנות ולהתיישנות כל התביעות החוזרות המאוחרות כבר עם התיישנותה של התביעה הראשונה (וראו אצל גלעד, הסבור כי להסדר שכזה של "דחיסה לאחור" אין הצדקה כאשר מדובר בעילות תביעות חוזרות (עצמאיות), וכי אין אסמכתאות הדוגלות בו בפסיקה בישראל, ואף לא בשיטות משפט נוספות (שם, עמ' 220)). עם זאת, נעיר כי אפשרות הקרובה להסדר זה של "דחיסה לאחור" קיימת לכאורה כאשר נקבע, במסגרת שלב הבחינה הראשון של רוחב עילת התביעה, כי מדובר בתביעות השייכות לאותה עילה).

(2) אפשרות הפוכה היא לקבוע כי מועד לידתה של העילה המתארכת הוא בסוף התקופה, קרי במועד שבו נולדה התביעה החוזרת האחרונה ("דחיסה לפנים" של התקופה למועד לידת התביעה האחרונה). אפשרות זו מיטיבה עם תובעים, שכן היא דוחה את מועד פתיחת מירוץ ההתיישנות ומאפשרת לתבוע אחרונית בגין כל התביעות החוזרות, ללא תלות במשך הזמן שחלף מאז שנוצרו.

(3) אפשרות תיאורטית שלישית שמעלה גלעד היא לדחוס את העילה למועד ביניים.

47. בטרם נידרש למודל המוצג ולניתוח הדברים בראי המקרה שלפנינו, נעמיד לנגד עינינו את הוראותיו של סעיף 89 לפקודת הנזיקין:

תחילת התיישנות

89. לענין תקופת התיישנות בתובענות על עוולות – "היום שנולדה עילת התובענה" הוא אחד מאלה:

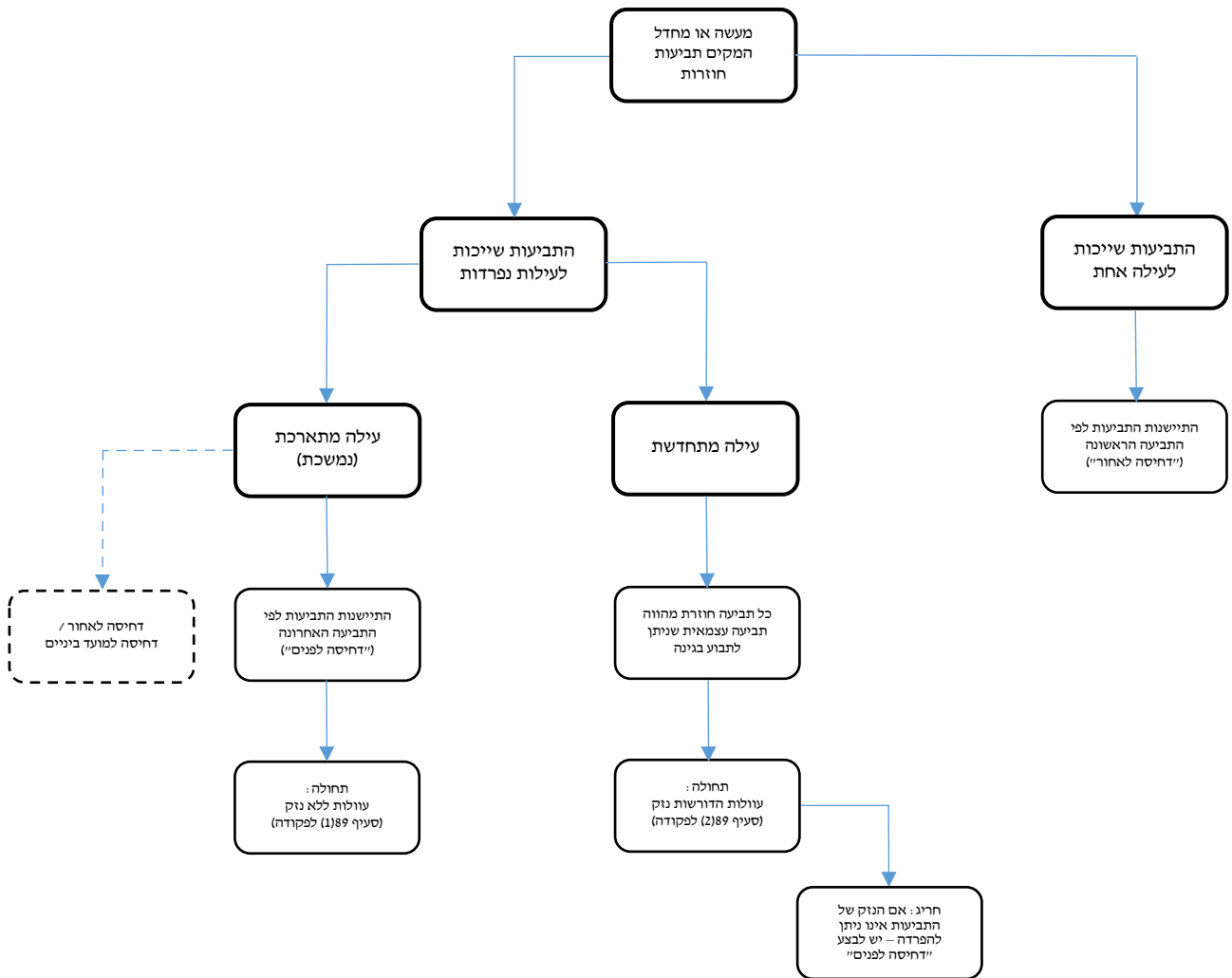
(1) מקום שעילת התובענה היא מעשה או מחדל – היום שבו אירע אותו מעשה או מחדל; היה המעשה או המחדל נמשך והולך – היום שבו חדל;

(2) מקום שעילת התובענה היא נזק שנגרם על ידי מעשה או מחדל – היום שבו אירע אותו נזק; לא נתגלה הנזק ביום שאירע – היום שבו נתגלה הנזק, אלא שבמקרה אחרון זה תתישן התובענה אם לא הוגשה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק.

סעיף זה זכה להתייחסויות אין-ספור בפסיקה ובספרות, ולא זה המקום להידרש לשלל היבטיו ולמגוון ההערות והביקורות שנכתבו לגביו. בתמצית, ניתן לומר כי סעיף 89 לפקודה עוסק בסוגיית ההתיישנות בהקשר הנזיקי, ומבחין לעניין זה בין עוולות שהנזק אינו יסוד מיסודותיהן (סעיף 89(1)) לעוולות שהנזק הוא רכיב נדרש לצורך התגבשותן (סעיף 89(2)). (עוד על ההסדר בסעיף 89 ראו, מבין רבים: ע"א 1254/99 המאירי נ' הכשרת הישוב – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(2) 535, 542-547 (2000); ע"א 10591/06 יפרח נ' מפעלי תובלה בע"מ, פסקאות 25-27 (12.7.2010); עניין גיא-ליפל, פסקאות 32-37; ישראל גלעד "התיישנות בנזיקין ומחלות סמויות" משפטים יד 500 (1985); גלעד – הצעה לשינוי החוק; ונזכיר כי בהצעת חוק ההתיישנות, התשס"ד-2004, ה"ח הממשלה 125, הוצע לבטל את סעיף 89 לפקודה ולקבוע הסדרים אחרים תחתיו (ראו בהצעת החוק בעמ' 633)).

מעניין להיווכח באופן שבו משתלב סעיף 89 לפקודה במודל שהוצג לעיל. כך בכל הנוגע לעוולות נמשכות שהנזק אינו יסוד מיסודותיהן, סעיף 89(1) קובע כי מירון ההתיישנות יפתח רק במועד שבו חדל המעשה או המחדל, קרי בהתאם למועד התגבשותה של התביעה החוזרת האחרונה. דהיינו, יש לראות את התביעות החוזרות כחוסות תחת עילה מתארכת שבה יש להחיל הסדר של דחיסה לפניו. לעומת זאת, לגבי עוולות שהנזק הוא יסוד מיסודותיהן, סעיף 89(2) קובע כי יש לראות את התביעות החוזרות כחלק מעילה מתחדשת. דהיינו, יש להשקיף על כל תביעה חוזרת כתביעה עצמאית המתיישנת במועדה, שלגביה ניתן לתבוע, ככלל, שבע שנים אחורה (גלעד, עמ' 221; להרחבה בעניין זה, לרבות התייחסות לדין הרצוי, ראו שם בעמ' 217-230; כן ראו אצל חבקין, עמ' 450-455). עם זאת, יש לציין כי גם תחת סעיף 89(2) לפקודה, מקום שבו הנזק אינו ניתן לחלוקה ולא ניתן לקבוע איזה חלק מהנזק נגרם במהלך תקופת ההתיישנות ואיזה לפניה, ככלל תידחה טענת ההתיישנות במלואה וניתן יהיה לתבוע בגין הנזק כולו (עניין כלפון, פסקה 32 והאסמכתאות שם). תוצאה זו שקולה למעשה לסיווג העוולה כעוולה מתארכת תוך ביצוע "דחיסה לפניו" (גלעד – הצעה לשינוי החוק, עמ' 103; חבקין, עמ' 455).

48. להבהרת הדברים, נסכם את האמור לעיל בתרשים:



49. עד כאן דברים במישור העקרוני והתיאורטי. ומה באשר לאופן סיווגה של תביעה חוזרת בגין פרסום לשון הרע? כפי שפתחנו ואמרנו, השאלה מהו המועד שבו נולדת עילת תביעה חוזרת בגין פרסום לשון הרע, אינה תמיד פשוטה להכרעה.

טול דוגמה שבה ראובן תולה בכיכר העיר מודעה ובה לשון הרע על שמעון. האם מדובר במעשה עוולתי חד פעמי שהתביעה בגינו תתיישן כעבור שבע שנים? או שמא מדובר בעוולה המתחדשת מדי יום, כך ששמעון יוכל לתבוע אחרנית שבע שנים כל עוד המודעה תלויה? שאלה נוספת היא האם המצב המתואר הוא "נמשך והולך" כאמור בסעיף 1189 לפקודת הנוזיקין, הקובע שמירון ההתיישנות יפתח רק במועד שבו המודעה תוסר, שאז יוכל שמעון לתבוע בגין מלוא התקופה שבה היתה המודעה תלויה? (על כך שסעיף 1189 לפקודה חל על תביעות לשון הרע, ראו אצל גלעד בעמ' 227-228; חבקין בעמ' 450). ומה הדין אילו ראובן ישוב ויתלה את המודעה המדוברת מדי שבוע?

האם יש לראות את כלל התביעות החוזרות בגין המודעות שנתלו כשייכות לאותה עילת תביעה? או שמא מדובר בעילה מתחדשת שמכוחה יש להשקיף על כל תביעה חוזרת (כל מודעה שנתלתה) באופן עצמאי?

תרחישים דומים מובאים במחקרם ההשוואתי של Israel Gilead & Bjarte Askeland, *Analytical and Comparative Report*, in PRESCRIPTION IN TORT LAW: ANALYTICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES 45 (I. Gilead & B. Askeland eds., 2020) (להלן: Gilead & Askeland; כן ראו אצל גלעד בעמ' 203 ה"ש 2). בתרחיש א', ראובן מפרסם מדי שבוע, במשך חודש, כתבה על שמעון שיש בה משום לשון הרע, כאשר כל כתבה מופיעה בעיתון שונה ובנושא אחר. בתרחיש ב', במשך אותו פרק זמן, לוי מפרסם על יהודה כתבה מדי יומיים, באותו עיתון ובאותו נושא. מהמחקר עולה שברובן המכריע של המדינות, בשני התרחישים אין מדובר בעוולה נמשכת אלא בעוולות נפרדות, כך שכל תביעה בגין כל כתבה עומדת בפני עצמה.

50. שני פרמטרים מרכזיים הוכרו בספרות ובפסיקה לצורך הבחנה בין עוולות נפרדות לעוולות נמשכות, והם: מידת הדמיון בין מאפייניה של התופעה העוולתית שחוזרת על עצמה, וכן רציפות החזרה של התופעה:

"תופעה היא 'נמשכת' אם מאפייניה המהותיים חוזרים על עצמם ברציפות. מעשה או מחדל (אשם) ייחשב נמשך אם וכל עוד הוא מקיים את תכונות החזרה (זהות מהותית בין מאפייני האשם שמתרחשים ביחידת זמן מוקדמת לבין מאפייני האשם שמתרחשים ביחידת זמן מאוחרת לה) והרציפות (גילויי האשם צריכים להיות תכופים דיים כדי להיחשב לאשם אחד ולא לאשמים נפרדים). השאלה אימתי מתקיימים תנאים אלה – חזרה ורציפות – היא שאלה נורמטיבית הנתונה לשיקול דעת בית המשפט כתלות בעובדות המקרה" (חבקין בעמ' 453, ההדגשות במקור; דברים אלה צוטטו על ידי המשנה לנשיאה רובינשטיין ברע"א 4892/15 המועצה הדתית עכו נ' עזבון המנוח פליקס חכון ז"ל, פסקה ז (16.8.2015)).

אכן, "אם תופעה ביחידת-זמן אחת שונה באורח מהותי מזו שביחידת-זמן אחרת, הרי שלא מתקיימת תכונת החזרה [...], [ו]בהעדר רציפות מאבדת התופעה החוזרת על עצמה את אחידותה והופכת מתופעה נמשכת אחת לשורת תופעות זהות על-פני ציר הזמן" (גלעד – הצעה לשינוי החוק בעמ' 96 (ההדגשות הוספו – י"ע); כן ראו אצל גלעד בעמ' 203 ה"ש 2).

51. פרמטרים אלו שנועדו להבחין באופן כללי בין עוולות נפרדות לעוולה נמשכת, כוחם יפה בהקשר הספציפי של סיווג שורת פרסומים הכוללים לשון הרע. כאמור, בראש ובראשונה יש לבחון אם מתקיימת "זהות מהותית" בין הפרסומים. במסגרת בחינה זו יש ליתן את הדעת הן על מאפייניו הפנימיים של הפרסום (תוכן הפרסום) הן על מאפייניו החיצוניים (אופן הפרסום – ובכלל זה מתכונתו, הפלטפורמה והמדיום שבהם פורסם). לצד זאת, יש כאמור לבחון אם נתקיימה "רציפות" בין הפרסומים, קרי מהו משך הזמן שחלף בין פרסום לפרסום. כפי שהוסבר, שני תנאים אלה – דרישת הזהות המהותית ודרישת הרציפות – הם תנאים מצטברים.

אין לכחד כי הניסיון להתוות כללים ברורים שיקבעו מתי צבר פרסומים מגבש עוולות נפרדות ומתי יש לראותם כחלק מעוולה אחת – מעורר קושי רב (למורכבות השאלה אם ראוי לסווג עוולה כ"עוולה נמשכת" (אם כ"עוולה מתחדשת" ואם כ"עוולה מתארכת") מקום שבו מדובר בפרסום לשון הרע באינטרנט, ראו דברי השופט צ' זילברטל ברע"א 4673/15 בר נוי נ' טביר, פסקה 8 (8.3.2016)). כפי שציינו Gilead & Askeland, כל ניסיון לספק אמות מידה ברורות לגבי מידת הדמיון והתדירות שתהפוך שורה של פרסומים עוקבים לעוולה נמשכת אחת – צפוי להיכשל, שכן הדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה (שם, עמ' 45). לעתים ההכרעה תיפול לפי משקלו של פרמטר אחד, ולעתים משקלו של פרמטר אחר הוא שיכריע. יש שמרכז הכובד ימצא בהבדלים בתוכנם של הפרסומים או בפלטפורמות השונות שבאמצעותן פורסמו, ויש שהרציפות הכרונוולוגית תכריע את הכף. אכן, הדבר לעולם תלוי בנסיבות.

מובן כי ככל שמדובר בפרסומים זהים בתוכנם שנעשו ברציפות באותו המדיום, הנטייה תהיה לראותם כשייכים לעילה אחת (דוגמה לכך היא קדימון ("פרומו") של תכנית טלוויזיה המשודר במשך מספר ימים ברציפות, בדומה למקרה שנדון בפרשת סרן ר' בעניין דיין (ראו שם בפסקה 125)), ובהמשך בדנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין אורבך, פ"ד סז(1) 667 (2014) (להלן: דנ"א דיין)). מנגד, ככל שמשך הזמן שחלף בין הפרסומים ארוך יותר, ככל שקיים שוני בתוכנם של הפרסומים, וככל שמדובר בפרסומים שנעשו בפלטפורמות שונות ופנו לקהלים שונים – כך תתחזק הנטייה לראות את הפרסומים השונים כמגבשים עילות תביעה נפרדות (ראו והשוו, מן העת האחרונה, רע"א 2855/20 פלונית נ' פלוני, פסקאות 80-82 (6.10.2022) (להלן: עניין פלונית), שם נסב הדיון על פרשנות המונח "אותה לשון הרע" שבסעיף 7א לחוק, שעניינו בפסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק בגין פרסום לשון הרע). מטבע הדברים, ככל שהפרמטרים השונים מושכים לכיוונים מנוגדים, כך הופכת ההכרעה למורכבת יותר.

52. בחינת נסיבותיו של המקרה שלפנינו באספקלריה של האמור לעיל, מובילה למסקנה כי תביעתו של המשיב היא תביעה עצמאית העומדת על רגליה שלה. לפי התשתית העובדתית שנקבעה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, אמנם היה רצף של הקרנות של סרטו של המערער בתקופה שבסמוך לאחר הקרנתו הראשונה בשנת 2002. ברם, בהמשך דעך היקף ההקרנות עד כדי הקרנות בודדות מעת לעת, ולא הוצגה "ולו ראייה בודדת" באשר לרציפות ההקרנות (פסקאות 103, 107 לפסק הדין). בנסיבות אלו, דומני כי על פי כל אמת מידה, אין לכרוך תחת אותה עילה את ההקרנות מושא התביעה שבוצעו בשנים 2010-2012 עם ההקרנות שנערכו מספר שנים קודם לכן.

אדגים את הדברים בעזרת דוגמה הלוקחה מתחום קרוב – דיני הגנת הפרטיות. טול דוגמה שבה פלוני מפיץ צילומי עירום של אלמונית, באופן הנכנס בבירור תחת "פגיעה בפרטיות" לפי סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות). כעבור עשר שנים, שב פלוני ומפיץ את אותן תמונות ממש. בנסיבות אלו, ברי כי אין בזהות התמונות שהופצו כדי לשלול לידתה של עילת תביעה חדשה, וקשה להלום קביעה שלפיה תביעתה של אלמונית בגין הפרסום החוזר תתיישן (על הקירבה בין פגיעה בפרטיות לפגיעה בשמו הטוב של אדם, ראו הפרשה שנדונה בע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (24.4.2014) (להלן: עניין פלוני); עוד על היחס שבין הגנה על ערך הפרטיות לבין חוק איסור לשון הרע, ראו בהרחבה אצל תמר גדרון "פרסום מידע פרטי: בחינה יישומית של הזכות לפרטיות במבט השוואתי" עלי משפט ח 133, 188-214 (2010); כן ראו גנאים, קרמניצר ושנור, עמ' 39-43). בדומה, אם ראובן הסיג את גבולו של שמעון, וכעבור מספר שנים שב והסיג את גבולו באותו האופן, ברי כי שתי הסגות הגבול מקימות עילות נפרדות. בדוגמאות מעין אלה, הפרמטר של חלוף הזמן הוא בעל משקל כה רב, עד שיש בו כדי לשלול את האפשרות לסווג את המעשה (הפצת התמונות או הסגת הגבול) כחלק מעוולה נמשכת שתחילתה עשר שנים קודם לכן.

כך גם בענייננו. בשונה ממצב שבו סרט מוקרן באופן רציף (כגון הצגה יומית או שבועית), כאשר חלפו שנים בין הקרנה להקרנה, תנאי הרציפות כלל לא מתקיים ואין בסיס לטענה כי מדובר בחלק מעוולה נמשכת (השוו לעניין פלונית, שם חלפה כשנה בין הפרסום הראשון לשני, ונקבע כי אין מדובר ב"אותה לשון הרע" לצורך פסיקת פיצוי מכוח סעיף 7א לחוק (שם בפסקאות 81, 91 לפסק דינו של השופט סולברג; פסקאות 25, 41 לפסק דינה של השופטת ברק-אדל)). אכן, תוצאה זו מתחייבת על פי השכל הישר, שהרי קשה להלום כי ביצוע עוולה פעם אחת, יקנה למעוול "רישיון" לשוב ולבצע כעבור מספר שנים ולהסתתר מאחורי טענת התיישנות. ברי כי לא לשם כך נועדו דיני

ההתיישנות. די בכך כדי לדחות את טענת המערער כי עילת תביעתו של המשיב נולדה בשנת 2002 והתיישנה בשנת 2009.

53. זאת ועוד. ברוח הערתו של בית המשפט המחוזי, אף אילו היה מקום להשקיף על כלל ההקרנות כעל כרוכות זו בזו כך שהתביעה מושא הערעור דנן היתה בגדר "תביעה חוזרת", לא היה בכך כדי לשנות מהתוצאה. ראשית, בהתאם לשלב הראשון במודל שהוצג לעיל, ברי כי אין מדובר בתביעות החוסות כולן תחת עילה אחת מצומצמת שנולדה בשנת 2002, שהרי אין מדובר בתביעות הצומחות בעקבות אירוע חד פעמי, אלא בתביעות בגין אירועים נפרדים שהתרחשו בפער זמנים של מספר שנים. בהמשך לכך, בהתאם לשלב השני, אם נראה בפרסומים השונים משום עילה מתחדשת, אזי התביעה בגין ההקרנות המאוחרות עומדת בפני עצמה ומתיישנת רק בחלוף שבע שנים; ואם נראה בפרסומים השונים משום עילה מתארכת, אזי בהתאם לשלב השלישי, יש לבצע "דחיסה לפנים" בהתאם להוראת סעיף 89(1) לפקודת הנזיקין (ראו גם תמר גדרון "מפת תיירות הדיבה העולמית ודיני לשון הרע בישראל" המשפט טו 385, 462 ה"ש 295 (2010)). יוצא, שבין כך ובין כך, תביעתו של המשיב שהוגשה בתוך תקופת שבע השנים – לא התיישנה.

54. הנה כי כן, יש להבחין בין הקרנת הסרט בראשית דרכו בשנת 2002 ובסמוך לכך, לבין ארבע ההקרנות מושא התביעה שנערכו בשנים 2010-2012 בסינמטק ובמוסדות הנוספים. הקרנות אלו הקימו למשיב עילת תביעה נפרדת, ומשעה שתביעתו הוגשה בשנת 2016, בטרם חלפו שבע שנים ממועד לידת עילת התביעה, הרי שתביעתו זו לא התיישנה.

העלאת הסרט לאתר YouTube

55. אין חולק כי פרסום תוכן במרשתת מהווה "פרסום" לצורך חוק איסור לשון הרע. נקודת מוצא זו ברורה מאליה ואינה בגדר חידוש, ואפנה לדבריי ברע"א 1688/18 טרנה נ' נתניהו (15.4.2018), שם ציינתי כי הפסיקה הרווחת מכפיפה פרסומים במרשתת לאיסורי לשון הרע. עוד התייחסתי באותה פרשה לתחולתם של דיני לשון הרע על פרסומים ברשת החברתית "פייסבוק":

"[...] מתן חסינות לפרסום בפייסבוק מפני איסור לשון הרע, משקפת גישה רומנטית-משהו כלפי כיכר השוק הוירטואלית על ההמולה השוררת בה, ריחותיה וצבעיה. קבלת גישתו של בא כוח המבקש לגבי זירת הפייסבוק משמעה התרה מוחלטת של הרסן, ובמקום שכיכר השוק תוצף באלף פרחים של חופש הביטוי, עלול דווקא הניחוח הכבד של מי השופכין שעלו על גדותיהם

להשתלט על השיח. איסור לשון הרע, על מכלול החסינויות וההגנות שבו, תוך יישומו המושכל והתאמתו לעידן המודרני – כולל ההתחשבות בטיב הפרסום ובזירת הפרסום בבחינת 'המדיום הוא המסר' – יש בו כדי לאזן בין מוכרי הפרחים בכיכר השוק לבין אחרים, שמרכולתם גסה ודברי הבלע והכזב שלהם מבקשים למלא את החלל" (שם, פסקה 4).

דברים אלה יפים במידה רבה גם לגבי פרסומים בפלטפורמות נוספות כגון יוטיוב, טיקטוק ואחרות, וברי כי העלאת סרטון שיש בו משום לשון הרע, עשויה להוביל להטלת אחריות על המפרסם מכוח הוראות חוק איסור לשון הרע. על כך כאמור אין מחלוקת במישור העקרוני, אף לא בין הצדדים לערעור שלפנינו.

56. במקרה שלפנינו בית המשפט המחוזי הטיל אחריות על המערער בגין פרסום הסרט באתר יוטיוב, לאחר שדחה את טענתו כי אין להטיל עליו אחריות משעה שהעלאת הסרט נעשתה שלא בידיעתו ושלא באמצעותו. לעניין זה, נקבע כי אין להבחין בין הקרנות הסרט בסינמטק ובמוסדות שבוצעו בהסכמתו של המערער, לבין צפייה בסרט באמצעות האתר המהווה ספריית סרטים רחבת היקף, ומשעה שהמערער בחר שהסרט יופץ לציבור, אזי "מדובר בפעולה מוגמרת של פרסום בהיקף אשר אינו תחום או מוגדר, אלא עד כמה [שהמערער] היה בוחר להגבילו או לתחום אותו". בית המשפט הוסיף כי המערער ידע, או לכל הפחות היה עליו לדעת, כי הפצת הסרט המקורי עשויה להביאו לידיעת כלל הציבור, וזאת "ללא קשר לנמען מדויק או אמצעי פרטני בו נעשה שימוש לצורך המשך הפצת הסרט"; וכי בהתאם להלכה הפסוקה, אין צורך שמבצע העוולה יצפה את כלל פרטי הליך גרימת הנזק, אלא די בכך שצפה מראש את הנזקים הכלליים" (פסקה 213 לפסק דינו, ההדגשות לעיל במקור).

57. הנה כי כן, בית המשפט המחוזי גזר גזירה שווה בין הקרנות הסרט שנערכו בשנים 2010-2012 בסינמטק ובמוסדות הנוספים, לבין פרסום הסרט באמצעות העלאתו ליוטיוב, וקבע כי כשם שיש להטיל אחריות על המערער בגין הראשונות, כך יש להטיל עליו אחריות בגין האחרונה. אלא שלטעמי, הנמקתו של בית המשפט מדוע יש לערוך גזירה שווה בין הפרסומים השונים, ובכלל זה הנמקתו לגבי הצפיות שיש לייחס למערער, היא הנותנת מדוע יש להבחין בין ההקרנות האמורות לבין העלאת הסרט לאתר. אסביר.

58. תחילה למישור העובדתי. עיון בחומר הראיות, לצד קריאה זהירה של פסק דינו של בית משפט קמא, מלמדים על הבחנה עובדתית בין הקרנות הסרט לבין העלאתו

ליוטיוב, וזאת בהיבט של מעורבותו (או אי-מעורבותו) של המערער. וכך העיד המערער בתצהיר שהגיש לבית המשפט המחוזי:

”רק שלוש תחנות טלוויזיה - הטלוויזיה הפלסטינית, הקטלונית והלבנונית - רכשו את הסרט ממני, ולמיטב ידיעתי כל אחת מהן הציגה אותו פעמים אחדות. מאוחר יותר ובמועד לא ידוע לי, אנשים שאיני מכיר, העלו חלקים של הסרט ליוטיוב. אני מצהיר שלא נתתי את הסכמתי למאן שהוא להעלות את הסרט ליוטיוב ו/או לכל פלטפורמה אינטרנטית אחרת וברור כי אין לי שליטה על פרסומים אלה” (סעיף 59 לתצהירו).

על הבהרה זו חזר המערער בסיכומיו בבית המשפט המחוזי (בפסקה 79) ולפני כן גם בחקירתו הנגדית, ולא למותר לציין כי המערער לא אותגר בחקירתו הנגדית על גרסתו זו (פרוטוקול, עמ' 100, 105-106). הנה כי כן, בכל הנוגע להעלאת הסרט ליוטיוב, המערער ראה לנכון להבהיר, ולשוב ולהבהיר, כי לא היתה לו נגיעה לכך וכי הדבר נעשה מבלי שנתקבלה הסכמתו.

יוער, כי אל מול הבהרות אלה איננו מוצאים הבהרה דומה של המערער בנוגע לארבע ההקרנות של הסרט בסינמטק ובמוסדות הנוספים, ובית המשפט המחוזי קבע כאמור כי הקרנות אלו נעשו בהסכמת המערער. בקביעה עובדתית זו של בית המשפט המחוזי אין מקום להתערב. אכן, חזקה על המערער כי אילו הקרנות הסרט היו נערכות שלא על דעתו, היה מבהיר זאת ברחל בתך הקטנה, כפי שראה לנכון לעשות לגבי העלאת הסרט ליוטיוב. עם זאת, בכל הנוגע להעלאת הסרט ליוטיוב, גרסת המערער כי לא היתה לו נגיעה לכך לא נסתרה, ואף לא נעשה ניסיון של ממש מצד המשיב לסתור אותה, ובדין נזהר בית המשפט המחוזי מלייחס למערער מעורבות בהעלאת הסרט ליוטיוב. משכך, נקודת המוצא העובדתית בערעור דנן היא כי העלאת הסרט ליוטיוב נעשתה על ידי צד שלישי, ללא ידיעת המערער ומבלי שנתקבלה הסכמתו, וזאת בהתאם לתשתית הראייתית שהונחה בבית המשפט המחוזי.

59. ומכאן למישור המשפטי. ככלל, ”האחראי העיקרי לפרסום הוא המפרסם: היינו, מי שגרם בעצמו לעשיית ה'פרסום'” (שנהר, עמ' 96). עם זאת, מלבד המפרסם הישיר, הדין מרחיב את מעגל האחראים הפוטנציאליים ומאפשר הטלת אחריות על גורמים נוספים.

הרחבה ראשונה נעשית מכוח הדין הכללי, בהיות פרסום לשון הרע עוולה אזרחית הכפופה להוראות בפקודת הנזיקין (סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע). משכך, לצד המפרסם הישיר עשויים לשאת באחריות המעוולים במשותף, ובכללם המשתף עצמו, המסייע, המצווה, המפתה, המרשה והמאשר את המעשה הרלוונטי (סעיפים 11-12 לפקודת הנזיקין; שנהר, שם). כפי שצינתי לאחרונה בהקשר זה, "הפקודה מכירה אפוא בשורה של פעולות שנעשות בזיקה לעוולה, בעטיין יימצא מבצען כמי שחב עליהן כשם שחב עליהן המעוול העיקרי, ותוטל עליו אחריות ישירה ואישית" (ע"א 2362/19 פלוני נ' הרשות הפלסטינית, פסקה 11 (10.4.2022)).

הרחבה נוספת של מעגל האחראים הפוטנציאליים נעשית מכוח הדין הספציפי, קרי מכוח הוראות חוק איסור לשון הרע גופו. כך, סעיף 11 לחוק מתייחס למצבים שבהם פורסמה לשון הרע באמצעי תקשורת, שאז ישאו באחריות "האדם שהביא את דבר לשון הרע לאמצעי התקשורת וגרם בכך לפרסומו, עורך אמצעי התקשורת ומי שהחליט בפועל על הפרסום, ובאחריות אזרחית ישא גם האחראי לאמצעי התקשורת". יש לציין כי המונח "אמצעי תקשורת" מוגדר בסעיף 11(ג) לחוק בתור "עתון וכן שידורי רדיו וטלוויזיה הניתנים לציבור", ולאורך השנים הוגשו מספר הצעות חוק שביקשו להרחיב את תחולת ההגדרה, כך שתחול גם על המרחב הווירטואלי הכולל את אתרי האינטרנט והרשתות החברתיות (הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – פרסום לשון הרע ברשת האינטרנט), התשע"ה-2015; הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – פרסום לשון הרע ברשת האינטרנט), התשפ"א-2020). הצעות חוק אלה לא הבשילו לכדי דבר חקיקה.

הרחבה שניה מכוח חוק איסור לשון הרע מצויה בסעיף 12 לחוק, שעניינו לשון הרע שפורסמה בדפוס. לגבי פרסומים מסוג זה, עשויים לשאת באחריות גם מחזיק בית הדפוס ומי שמוכר את הפרסום או מפיצו, ובלבד שהללו ידעו או צריכים היו לדעת שהפרסום מכיל לשון הרע (ראו עוד אצל שנהר, עמ' 98-107; גנאים, קרמניצר ושנור, עמ' 279-282, 287-288).

60. החלת דיני לשון הרע על פרסומים במרחב האינטרנטי מעוררת שורה ארוכה של שאלות במגוון של היבטים, אם לגבי עצם האפשרות להטיל אחריות, אם לגבי זהות הגורמים שניתן להטיל עליהם אחריות, אם באשר לאפשרות לחשוף זהותם של גולשים, אם במישור הסעד המתאים ואם לגבי סוגיות דיוניות כגון התיישנות. קצרה היריעה מלפרט את שלל הסוגיות ומלאזכר ולו מקצת מהכתיבה הענפה הקיימת בתחום. נישמר אפוא מפני הרחבת היריעה שלא לצורך, ונתמקד בעיקר הצריך לענייננו.

במסגרת הפרק לעיל, דנו בשאלה אימתי פרסום חוזר מגבש עילת תביעה נפרדת ועצמאית לצורך דיני ההתיישנות, ואימתי יש לכרוך אותו כחלק מעילת התביעה שצמחה בעקבות הפרסום המקורי. עמדנו על כך שככל שמדובר בפרסומים זהים בתוכנם שנעשו ברציפות באותו המדיום, הנטייה תהיה לראותם כשייכים לעילה אחת; ומנגד, ככל שמשך הזמן שחלף בין הפרסומים ארוך יותר, ככל שקיים שוני בתוכנם של הפרסומים, וככל שמדובר בפרסומים שנעשו בפלטפורמות שונות ופנו לקהלים שונים – כך תתחזק הנטייה לראות את הפרסומים השונים כמגבשים עילות תביעה נפרדות. עוד עמדנו על הקושי להתוות אמות מידה ברורות שתקבענה מתי צבר פרסומים מגבש עוולות נפרדות ומתי יש לראותם כחלק מעוולה אחת, ועל כך שההכרעה לעולם תהא תלויה נסיבות.

דברים אלה רלוונטיים כמובן גם ביחס לפרסומים חוזרים באינטרנט, ובכלל זה העלאת סרטונים ליוטיוב. נזכיר את הדוגמה שהבאנו לעיל מתחום הגנת הפרטיות: אם פלוני תלה תמונת עירום של אלמונית על לוח המודעות או שלח סרטון שלה בווטסאפ, וכעבור שנים שב ופרסם את תמונתה באינטרנט או העלה את הסרטון ליוטיוב, ברי כי הפרסום המאוחר באינטרנט עומד בפני עצמו ומקים לאלמונית עילת תביעה עצמאית. בדומה, אם ראובן הקריין סרט בבית הקולנוע שיש בו משום לשון הרע על שמעון, וכעבור מספר שנים שב ופרסם את הסרט באינטרנט, ככלל תקום לשמעון עילת תביעה עצמאית בגין הפרסום החוזר באינטרנט. אכן, בראי דיוננו לעיל בפרק הקודם, הדברים הם בבחינת קל וחומר – שהרי אם פרסום חוזר באותה פלטפורמה (כמו הקרנה בסינמטק) יכול להקים עילת תביעה עצמאית, קל וחומר שפרסום בפלטפורמה חדשה (כגון העלאת הסרט ליוטיוב) יכול לעשות כן.

עד כאן דומה כי הדברים מובנים מאליהם ואינם טעונים הרחבה יתרה, שהרי ברי כי פרסום לשון הרע בפלטפורמה מסוג אחד, אין בה כדי להקנות חסינויות למפרסם מפני תביעות בגין פרסום חוזר שביצע בפלטפורמה מסוג שני. הדברים מתחברים במישרין לאמור לעיל בפרק הקודם, שהרי קשה להלום שמעוול שפרסם סרטון הכולל לשון הרע, יהיה חשוף להטלת אחריות רק בגין הפרסום המקורי, ויזכה ב"רישיון" להוסיף ולהפיץ את הסרטון כאוות נפשו בכל פלטפורמה אחרת שיבחר בשנים שלאחר מכן.

61. הקושי במקרה שלפנינו נובע מכך שבשונה מהמצב הטיפוסי שבו ראובן פרסם לשון הרע בפלטפורמה א' ובהמשך ראובן שב ופרסם את הלשון הרע באינטרנט, במקרה שלפנינו אין זהות בין המפרסמים. במילים אחרות, הקושי להטיל אחריות על המערער בגין העלאת הסרט ליוטיוב אינו נובע מהגדרת רוחב עילת התביעה ומחסום ההתיישנות, אלא מהעדר אחריות של המערער לגבי עצם הפרסום ביוטיוב. אסביר.

אילו במקרה שלפנינו היה זה המערער שהיה מעלה את סרטו לאתר יוטיוב, נקל היה לקבוע כי העלאת הסרט מקימה למשיב עילת תביעה עצמאית נגד המערער. כאמור, הדברים הם בבחינת קל וחומר, שהרי אם הקרנה "רגילה" של הסרט מספר שנים לאחר הקרנתו הקודמות הקימה למשיב עילת תביעה חדשה נגד המערער (כמפורט לעיל), ברי כי פרסום הסרט בפלטפורמה חדשה מספר שנים לאחר הקרנתו הקודמות מקים אף הוא עילת תביעה חדשה. אך מה הדין כאשר לא המפרסם המקורי הוא שמבצע את הפרסום החוזר, אלא צד שלישי הוא שעושה זאת על דעת עצמו? האם ניתן להטיל אחריות על המפרסם המקורי בגין פרסום חוזר שביצע צד שלישי?

62. התשובה לשאלה זו טמונה במעגל האחראים הפוטנציאליים שמוכרים בדין, ובהבחנה בין שאלת האחריות לשאלת הנזק. אסביר.

"העקרון הרגיל הינו כי אדם אחראי למעשיו, ואין הוא אחראי למעשי הזולת" (יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 435 (ג') טדסקי עורך, מהדורה שניה מתוקנת ומעודכנת, 1977). נקודת המוצא היא אפוא ש"המפרסם הישיר" של לשון הרע הוא שאחראי לפרסום, והטלת אחריות על גורמים אחרים או נוספים צריכה להיעשות מכוח הוראה שבדין (ראו גנאים, קרמניצר ושנור בעמ' 279 לגבי האחראים לפרסום). אכן, לא בכדי פירטנו לעיל את הוראות הדין המרחיבות את מעגל האחריות בגין פרסום לשון הרע. כפי שהוסבר, על מנת לקבוע כי פלוני ביצע עוולה של לשון הרע עליו להיות האדם האחראי לפעולת "הפרסום", ולחלופין להיות מעוול במשותף מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין או להימנות עם הגורמים המנויים בסעיפים 11-12 לחוק איסור לשון הרע.

63. בכל הנוגע לשאלה מיהו "המפרסם" של הסרט ביוטיוב, ברי כי האדם שהעלה את הסרט לאתר הוא בגדר "מפרסם". האם יש בסיס לקביעה כי המערער גם הוא בגדר "מפרסם" של הסרט ביוטיוב, ולו בשל העובדה שהוא האדם שפרסם את הסרט המקורי שהוקרן בעבר? לנוכח נקודת המוצא העובדתית במקרה דנן, ולפיה העלאת הסרט ליוטיוב נעשתה שלא על דעת המערער ושלא בהסכמתו, התשובה לשאלה זו שלילית. הטעם הפשוט לכך הוא שבנסיבות אלו המערער לא נכנס באף אחת מן המשבצות המאפשרות להטיל עליו אחריות בשל העלאת הסרט, לא המשבצות שבחוק איסור לשון הרע ולא החלופות שבפקודת הנזיקין. [במאמר מוסגר: בכך טמון שוני בין העלאת הסרט ליוטיוב שנעשתה ללא ידיעת המערער, לעומת ההקרנות של הסרט בסינמטק ובמוסדות הנוספים, שלגביהן נקבע כי נערכו בהסכמת המערער. על פני הדברים, הסכמה זו מצד

המערער עשויה לכאורה להכניסו גם תחת חלופת ה"מרשה" שבסעיף 12 לפקודת הנזיקין. משעה שלא נטען להטלת אחריות מכוח חלופה זו, ובהינתן שממילא מצאנו כי יש להטיל על המערער אחריות בגין הקרנות אלו, איני רואה להידרש לכך].

הניסיון להטיל על אדם אחריות בגין פרסום שנעשה שלא בשליטתו, ללא ידיעתו וללא הסכמתו, משל היה מעין מעוול-במשותף-שלא-מדעת, הוא ניסיון מוקשה; והמסקנה כי לא ניתן לעשות כן מתיישבת, שמא מתחייבת, גם על פי השכל הישר. טול דוגמה שבה ראובן תלה למשך יום אחד מודעה משמיצה נגד שמעון בחצר הקמפוס באוניברסיטה. אין חולק כי בכך ביצע ראובן עוולה אחת של פרסום לשון הרע, וזאת ללא תלות בכמות האנשים שייחשפו למודעה במהלך היום (הגם שמקום הפרסום וכמות האנשים שנחשפו למודעה צפויים להשפיע על גובה הנזק – ועל כך להלן). כעת נניח כי לוי העתיק את המודעה שפרסם ראובן, וכעבור שנה הלך ותלה אותה בלוח המודעות בקמפוס של אוניברסיטה אחרת, כל זאת ללא ידיעתו של ראובן וללא הסכמתו. האם ניתן לראות את ראובן כמי שביצע עוולה של פרסום לשון הרע בגין הפרסום החוזר שביצע לוי? התשובה הברורה והמתבקשת היא שלילית. אכן, קשה להלום כי כל אימת שפלוגי פרסם לשון הרע, הוא ישא בעתיד באחריות מוחלטת לכל פרסום חוזר שיבצע אדם אחר ללא ידיעתו וללא הסכמתו. באספקלריה של דיני ההתיישנות, הדברים אף מתחדדים ומקבלים משנה תוקף, שכן קשה להלום שכל פרסום חוזר שיבוצע על ידי צד שלישי יהיה בבחינת "החייאה" של עילת התביעה נגד המפרסם המקורי. מציאות שכזו היתה מובילה לכך שהמפרסם המקורי יהיה חשוף לנזח לתביעות בגין פרסום שביצע בעבר, כל אימת שמאן דהו יבחר לבצע פרסום חוזר של הדברים. תוצאה שכזו אינה עולה בקנה אחד עם הרציונאליים והתכליות של דיני ההתיישנות, ואף לא עם עקרונות יסוד של הטלת אחריות בנזיקין.

64. סוגיה בעלת קווי דמיון (לצד קווי שוני) נדונה בפסק הדין ברע"א 1239/19 שאול נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ (8.1.2020) (להלן: עניין שאול). פסק דין זה נסב על פרסומים ברשת החברתית פייסבוק, ועסק בהבחנה בין פעולה של "שיתוף" של פוסט (Share) לבין פעולה של "לייק" (Like). בתמצית, נקודת המוצא בפסק הדין היתה כי פרסום חוזר, קרי חזרה על דברים שפורסמו קודם לכן, מהווה "פרסום" ואינו חסין מתחולתם של דיני לשון הרע. כפי שהוסבר, חוק איסור לשון הרע מקנה הגנה למי שביצע פרסום חוזר רק בנסיבות ספציפיות שבהן הפרסום המקורי היה אף הוא חסין מפני תביעה (ראו ההגנה שבסעיף 11(13) לחוק). בנוסף, במישור הסעד, חוק איסור לשון הרע מאפשר לשקול לטובת המפרסם את העובדה שלשון הרע "לא היתה אלא חזרה על מה שכבר נאמר" (סעיף 19(1) לחוק). ללמדך, שפרסום חוזר כשלעצמו אינו חסין ויש לראותו

כ"פרסום" לצורך הוראות החוק (עניין שאול, פסקה 44; כן ראו ע"א 348/85 בן ציון נ' הוצאת מודיעין בע"מ, פ"ד מב(1) 797, 801 (1988); שנהר, עמ' 382).

לגופה של סוגיה, בעניין שאול נקבע כי להבדיל מפעולה של "לייק", פעולת "שיתוף" יוצרת מעין עותק של הפרסום המקורי ומהווה פעולה של חזרה על הפרסום החושפת אותו למשתמשים נוספים, וניתן להטיל בגינה אחריות על המשתף, קרי על מי שביצע את הפרסום החוזר (שם, פסקאות 45, 47 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). כן ראו דבריה של השופטת וילנר, שציינה כי "פעולת השיתוף נועדה, הלכה למעשה, לפרסם את התוכן המשותף לקהלים חדשים ושונים" (שם בפסקה 1 לפסק דינה, ההדגשה הוספה – י"ע). ואכן, באותו מקרה נדחה ערעורם של זוג המשתפים והוטלה עליהם אחריות בגין שיתוף פוסט פוגעני.

65. בהקשר זה ראוי להתעכב על הערת אגב של השופטת ברק-ארז בעניין שאול, שבה ציינה כי "במקרה הרגיל ובהיעדר נסיבות חריגות (למשל כאשר המפרסם המקורי הוא אנונימי או בלתי ניתן לאיתור), ברירת המחדל היא כי התביעה תוגש קודם כל נגד המפרסם המקורי, בהיותו זה ש'חולל' את הפגיעה בשם הטוב" (שם בפסקה 49, ההדגשה הוספה – י"ע). לכאורה, מכאן ניתן היה להסיק כי כל אימת שניתן להגיש תביעה נגד המפרסם המקורי – אזי הוא, ולא המשתף, ישמש ככתובת ראשונה גם עבור תביעות בגין כל פרסום חוזר באשר הוא.

ולא היא. ראשית, מעניין להיווכח כי הנסיבות בעניין שאול היו במידה רבה תמונת ראי לנסיבות המקרה שלפנינו. כך, בעוד שבמקרה שלפנינו זהותו של המפרסם המקורי ידועה (המערער) וזהותו של המפרסם החוזר שהעלה את הסרט ליוטיוב אינה ידועה, בעניין שאול המצב היה הפוך: זהותו של המפרסם המקורי נותרה עלומה (שכן הפוסט המקורי פורסם בדף פייסבוק שזהות מנהליו לא היתה ידועה), ואילו זהותו של המשתף היתה ידועה.

בפסק דינה עמדה השופטת ברק-ארז על חששות שונים שעלולים להתעורר כאשר מוגשת תביעה נגד "משתף", ובכלל זה החשש מפני תופעה של "תביעה בררנית", שבה תביעות תוגשנה בכוונה נגד משתפים חלשים שכוח התביעה נגדם עשוי להיות משמעותי יותר; חשש מפני הגשת תביעות השתקה; חשש מפני הצפת בתי המשפט בתביעות סרק; ועוד. חששות אלה הם שעמדו בבסיס הערתה של השופטת ברק-ארז כי ברירת המחדל היא הגשת תביעה בראש ובראשונה נגד המפרסם המקורי. ודוק: פשט הדברים הוא שברירת מחדל זו עניינה בהגשת תביעה נגד המפרסם המקורי בגין הפרסום המקורי.

בהקשר זה הבהירה השופטת ברק-ארז כי "המפרסם המקורי הוא זה שבכוחו להסיר באופן מיידי את הפרסום – שכן המשתף יכול רק למחוק את השיתוף מטעמו, מבלי שהדבר ישפיע על הפרסום המקורי. לעומת זאת, אם המפרסם המקורי מוחק את הפוסט המעוול, הוא יוסר אוטומטית גם מהחשבונות של המשתמשים המשתפים אותו [...]” (שם, פסקה 49). רוצה לומר, שתביעה נגד המפרסם המקורי בגין הפרסום המקורי תחסוך את הצורך בהגשת תביעות נגד המשתפים בגין הפרסומים החוזרים, שכן המפרסם המקורי מחזיק בכוח (הטכני) להביא גם למחיקתם בפועל של השיתופים.

66. בקיצור, מפסק הדין בעניין שאול ניתן ללמוד כי "פרסום חוזר" מהווה "פרסום", במובן זה שמי שמבצע פרסום חוזר דינו כ"מפרסם" לצורך תחולת חוק איסור לשון הרע; כי בהקשר של פרסום פוסטים בפייסבוק, כאשר ניתן להגיש תביעה נגד המפרסם המקורי בגין הפרסום המקורי, דרך זו עדיפה על פני הגשת תביעה נגד המשתף בגין הפרסום החוזר; ובהקשר זה ניתן להגיש תביעה נגד המשתף בגין הפרסום החוזר (השיתוף) שביצע, לבטח במצבים שבהם זהותו של המפרסם המקורי אינה ידועה (לדיון בעקבות פסק הדין ראו מיכל לביא "שיתוף לשון הרע ברשתות חברתיות – בעקבות ע"א 1239/19 שאול נ' נידילי תקשורת בע"מ (8.1.2020)" משפטים על אתר טו (התש"ף), שם מציעה המחברת מודל של אחריות שיורית ביחס למשתף).

מכל מקום, והחשוב לענייננו, שאין להסיק מפסק הדין אפשרות להטיל אחריות על המפרסם המקורי בגין פרסום חוזר שביצע צד שלישי ללא ידיעת המפרסם המקורי וללא הסכמתו. אכן, "דיני הנזיקין בישראל אינם תומכים באופן עקרוני בהטלת אחריות למעשים שעשה אדם בלא שידע או בלא שהיה יכול לדעת עליהם" (גנאים, קרמניצר ושנור, עמ' 201). כך לגבי אחריותו של אדם למעשים שהוא עצמו ביצע, ועל אחת כמה וכמה לגבי מעשים שצד שלישי ביצע ללא ידיעתו וללא הסכמתו.

67. ומכאן להבחנה בין שאלת האחריות לשאלת הנזק. במסגרת הדיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי לגבי יסוד ה"פרסום" שבעוולת לשון הרע, בית המשפט נימק את החלטתו להטיל אחריות על המערער בגין העלאת הסרט ליוטיוב באופן הבא:

"מהמועד בו בחר [המערער] כי הסרט אותו הפיק וערך – יופץ לציבור, מדובר בפעולה מוגמרת של פרסום בהיקף אשר אינו תחום או מוגדר, אלא עד כמה שהנתבע עצמו היה בוחר להגבילו או לתחום אותו. [המערער] ידע, או לכל הפחות יכול היה לדעת, כי מעשה ההפצה המקורי של הסרט יכול ויביא את המידע הכלול בו לכלל הציבור, וללא קשר לנמען מדויק או אמצעי

פרטני בו נעשה שימוש לצורך המשך הפצת הסרט. למעלה מכך, מתוך עדותו של הנתבע עצמו עלה כי היה מעוניין בהפצתו של הסרט ללא מגבלה. לעניין זה שבו ושנו בתי המשפט, כי אין צורך כי מבצע העוולה יצפה את כלל פרטי הליך גרימת הנזק, ודי בכך שצפה מראש את הקווים הכלליים" (פסקה 213, ההדגשה במקור).

כפי שיוסבר להלן, הנמקה זו טומנת בחובה קושי שכן יש בה משום עירוב תחומין בין שאלת האחריות לשאלת הנזק. אסביר.

68. אין חולק כי במסגרת דיון בתביעה בגין פרסום לשון הרע, יש ליתן את הדעת על הפורום או הפלטפורמה או המדיום שבהם הפרסום נעשה ועל מאפייניהם השונים. חשיבות מאפייניו של המדיום יכול שתבוא לידי ביטוי במספר היבטים. היבט אחד עניינו בזיקה שבין אופיו של הפורום שבו בוצע הפרסום לבין האופן שבו ייתפש הפרסום בעיני הקורא והצופה:

"עם זאת, עשוי להינתן משקל שונה לביטוי המובע בפורומים שונים. כך, בעולם הממשי אין מידת הפגיעה הנגרמת מאמירה הנאמרת על ידי אוהד במדרש כדורגל זהה למידת הפגיעה שתיגרם מאותו ביטוי אם יופיע בעיתון או בספר. הוא הדין בעולם הווירטואלי: מידת הפגיעה שתיגרם מאמירה בטקסט שנראה כמו מאמר אקדמי מלומד ברשת, עשויה להיות גדולה הרבה יותר ממידת הפגיעה שתיגרם מאותה אמירה אם תיכלל בציוץ או בטוקבק על כתבה" (גנאים, קרמניצר ושנור בעמ' 256, ההדגשות הוספו – י"ע).

היבט נוסף, מרכזי לא פחות, הוא מידת הנגישות של הפרסום והיקף החשיפה שלו. לדוגמה, ברי כי קיים הבדל בין מודעה משמיצה שנתלתה בחדר מדרגות של בניין מגורים לעומת מודעה שנתלתה בכיכר העיר. בדומה, יש שוני ברור בין פרסום טור פוגעני במקומון נידח לפרסומו באחד מהעיתונים הנפוצים. ודוק: היבטים אלה לגבי מאפייניו של המדיום שבו בוצע הפרסום, עניינם במידת הפגיעה שעלול הפרסום הדיבתי להסב לנפגע. רוצה לומר, שבבוא בית המשפט להידרש לעוצמת הפגיעה שהסב הפרסום לנפגע ולשיעור הפיצוי שיש לפסוק לטובתו, על בית המשפט ליתן דעתו על הפלטפורמה שבה בוצע הפרסום, ובמסגרת זו להתחשב בכמות האנשים שנחשפו וצפויים היו להיחשף לפרסום בפלטפורמה זו. אכן, "תפוצת הפרסום אמנם איננה רלבנטית לשאלת האחריות, אך היא מהווה שיקול חשוב בקביעת גובה הפיצויים" (שנהר, עמ' 384; וראו גם אצל גנאים, קרמניצר ושנור בעמ' 447 ה"ש 168, הסבורים כי יש לשקול את נגישות הפרסום

במרחב המקוון כשיקול בקביעת גובה הפיצוי; כן ראו בעניין פלזנין, פסקה 82 לפסק דינו של השופט סולברג, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת וילנר).

69. באספקלריה זו של מידת הפגיעה, ניתן להבין מדוע הפנה בית המשפט המחוזי להלכה שלפיה אין צורך שמבצע העוולה יצפה את כלל פרטי הליך גרימת הנזק (דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721, 754-755 (2003)). ברם, יש להבחין בין צפיות הנזק – במובן זה שאין המפרסם נדרש לצפות את מידת הפגיעה בעקבות הפרסום, לבין אחריותו של המפרסם בגין פרסומים שבוצעו על ידי אחרים. לכן, לדוגמה, ראובן שתלה מודעה משמיצה נגד שמעון בקמפוס האוניברסיטה, לא יוכל להישמע בטענה כי לא צפה את האפשרות שהמודעה תזכה לחשיפה רבה. ברם, אין פירוש הדבר כי יש לראות את ראובן כמי שביצע בעצמו עוולה נפרדת של פרסום לשון הרע במצב שבו לוי העתיק את המודעה ופרסם אותה במקום אחר. במילים אחרות, ראובן הוא "המפרסם" של המודעה שהוא תלה בעצמו בקמפוס, ועליו לצפות את פוטנציאל החשיפה של "הפרסום" שביצע; אך אין הוא בגדר "מפרסם" של המודעה המועתקת שתלה לוי, ואין לראותו כמי שביצע עוולה נפרדת של "פרסום לשון הרע" בגין המודעה שתלה לוי. בדומה, פלוני שפרסם פוסט פוגעני בפייסבוק צריך אמנם לצפות את האפשרות שרבים ייחשפו לפוסט, לרבות בדרך של שיתופו על ידי אחרים. עם זאת, לא ניתן לראותו כמי שביצע בעצמו פרסום נוסף, מקום שבו היה זה צד שלישי שבחר לשתף את הפוסט עם אחרים (וראו גם דברי השופטת וילנר בעניין שאול, שהעירה כי ככלל יש מקום להתחשב במאפיינים הייחודיים של פרסומים ברשתות החברתיות, בין היתר בעת קביעת שיעור הנזק (שם), פסקה 6 לפסק דינה)).

70. ודוק: ההבחנה בין צפיות הנזק לבין השאלה אם הנתבע ביצע עוולה אחת של לשון הרע או מספר עוולות, אינה הבחנה של מה בכך. מדובר בהבחנה יסודית שעשויה להיות בעלת השלכות במספר מישורים, לרבות בשאלת שיעור הפיצוי שבו עשוי הנתבע לחוב; האפשרות לחייבו ביחד ולחוד עם גורמים נוספים האחראים לחלק מהפרסומים; וכן ביחס לשאלות דיוניות שונות, כגון סוגיית ההתיישנות שכבר הזכרנו לעיל. מירון ההתיישנות כלפי המפרסם המקורי, לא מתחיל מחדש כלפיו כאשר צד ג' חזר ופרסם את הדברים ללא הסכמתו. הדברים נכונים במיוחד לגבי המרחב הקיברנטי, שהרי מן המפורסמות הוא ש"האינטרנט לא שוכח" (מיכל לביא "ביוש לנצח?" משפטים מט 439, 466-467 (2019)); על "הזכות להישכח" ראו, בין היתר, בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ט. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי משפט (12.11.2015)). לדידי, קשה להלום כי כל אימת שפלוני ישתף פרסום מסוים, יהא בכך כדי לפתוח שוב את מירון ההתיישנות כלפי

המפרסם המקורי, שעה שהדבר לא נעשה בהסכמתו (והשוו אלעד פלד "מניין תקופת ההתיישנות בתביעות בגין עוולות מקוונות" חוקים ד 57 (2012)).

71. על רקע האמור, נקל להבין מדוע העובדה שהמערער פרסם בשעתו את הסרט באקרנים, לא הופכת אותו למי שביצע את "פרסום" הסרט ביוטיוב; ומדוע העובדה שהמערער לא נדרש לצפות את כלל פרטי הליך גרימת הנזק, אין בכוחה כדי להפוך אותו למי שביצע עוולה נפרדת של פרסום לשון הרע ככל שמדובר בפרסום חוזר שנעשה שלא בידיעתו וללא הסכמתו. לפיכך, לא ניתן לקבל את הקביעה שהעלאת סרטו של המערער ליוטיוב, שנעשתה על ידי צד שלישי ללא ידיעתו של המערער וללא הסכמתו, היא בגדר "פרסום" שביצע המערער. עם זאת, בבחירתו של המערער לפרסם את סרטו באקרנים, היה עליו לצפות את האפשרות שהסרט ייחשף בפני רבים. צפיות זו לגבי מידת הפגיעה במשיב, מקומה להילקח בחשבון במסגרת הדיון בסעד שיש לפסוק בגין ביצוע העוולה של פרסום לשון הרע, ובפרט בעת קביעת שיעור הפיצוי שיש להשית על המעוול בשל כך. אל פרק זה של הדיון בערעור נעבור כעת.

הסעדים

72. בית המשפט המחוזי השית על המערער פיצוי למשיב בסך של 175,000 ₪. בנוסף לכך, ניתן צו האוסר על הקרנת הסרט והפצתו בישראל, וכן ניתן צו להחרמת עותקי הסרט הנמצאים בישראל, ככל שהמערער מודע למקום הימצאותם. לעומת זאת, בית המשפט נמנע ממתן צו המופנה לאתר יוטיוב, מן הטעם שהיה על המשיב להקדים פניה לאתר או לנקוט ביחס לכך את הצעדים המתבקשים בהתאם להוראות הדין.

73. למרבה ההפתעה, כתב הערעור מטעם המערער לא כולל פרק של טענות המכוונות נגד הסעדים שנפסקו. תחת זאת, המערער הסתפק בטענה המוחה על כך שבית המשפט המחוזי לא הסתפק בהוראה למחוק מן הסרט את השניות שבהן מופיע המשיב, אלא הורה לאסור על הקרנת הסרט ("גזר על השמדת הסרט כולו", כלשון המערער).

74. כבית המשפט המחוזי, נידרש לרכיב הפיצוי תחילה.

הנושא של פסיקת פיצויים בגין פרסום לשון הרע נדון לא אחת בפסיקה וזכה להתייחסות בספרות המשפטית. בתמצית, מקובל לומר כי הפיצוי נועד לקדם שלוש תכליות: זו התרופתית – שנועדה להשיב את מצבו של הנפגע לקדמותו; זו החינוכית-הרתעתית – שנועדה להעביר את המסר כי שמו הטוב של אדם אינו הפקר; וזו העונשית

– הקשורה בכוונתו של המפרסם (ראו, בין היתר: דברי השופט פוגלמן בע"א 6903/12 Canwest Global Communications Corp נ' עוזר, פסקה 58 והאסמכתאות שם (22.7.2015); עניין דניאל, פסקאות 80-82 לפסק דיני וההפניות שם; כן ראו רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510 (2001); תומר קרמרמן "שומר פיו ולשונו – שומר מצרות נפשו: פיצויים ללא הוכחת נזק בחוק איסור לשון הרע" משפטים מג 899, 903 (2013); אלעד פלד צווי עשה בדיני לשון-הרע 39-47 (2012); שנהר, עמ' 369-370).

איני רואה להרחיב בעניין זה הרחבה יתרה, שכן בית המשפט המחוזי שיווה לנגד עיניו את השיקולים הצריכים לעניין, ובכללם: חומרת הטענות המועלות בסרט, ובפרט בסצנת ביזת הזקן שבה שולב צילומו של המשיב; אפשרות זיהויו של המשיב; אופן הופעת המשיב בסרט למשך פרק זמן מצומצם; העדר פניות אל המשיב מצד צדדים שלישיים שצפו בסרט לאורך השנים, לגבי הופעתו בסרט; אורך התקופה שבה הוקרן הסרט ומספר הפעמים שהוקרן; יצירת נתיב פרסום חדש בדמות אתר יוטיוב ומשמעות קיומן של שתי פלטפורמות פרסום שונות; ופגיעה אפשרית עתידית בשמו הטוב של המשיב. כן ייחס בית המשפט משקל להתנהלותו של המערער לאורך השנים; לאפשרות שעמדה בפניו לתקן את הטעון תיקון ולהציג את הנתונים בסרט באופן אחר, שלא נוצלה על ידו; ולחוסר תום הלב הבוטה של המערער (ההדגשה במקור).

בכל הנוגע לשיעור הפיצוי, בית המשפט העמידו לכאורה על סכום סביר בהתחשב בטיב הפרסום, חומרת הפגיעה במשיב, התנהלות המערער ויתר נסיבות העניין (על התנהגות הנתבע במשפט, לרבות במהלך הערעור, כשיקול לצורך קביעת שיעור הפיצויים, ראו אצל שנהר, עמ' 403-404; וראו בדומה לגבי התנהלות הנתבע לאחר הפרסום אצל גנאים, קרמניצר ושנור, עמ' 448; כן ראו סעיף 19(4) לחוק איסור לשון הרע, לגבי האפשרות להתחשב בנתבע בעת קביעת שיעור הפיצוי, מקום שבו זה התנצל, תיקן או הכחיש את הדבר המהווה לשון הרע או נקט צעדים להפסקת הפצתו). לכאורה, די היה בכך כדי להותיר את שיעור הפיצוי על כנו.

75. ברם, כפי שפורט לעיל, שיעור הפיצוי שפסק בית המשפט המחוזי התבסס על קביעה מוקדמת במישור האחריות, שלפיה אין להבחין בין פרסום הסרט באמצעות הקרנתו בסינמטק ובמוסדות הנוספים לבין העלאת הסרט ליוטיוב. דא עקא, שבהתאם לתשתית הראייתית שהונחה וכמוסבר לעיל, לא המערער הוא שהעלה את הסרט ליוטיוב, והדבר נעשה ללא ידיעתו וללא הסכמתו. לפיכך, לא היה מקום לראות את המערער כמי שביצע עוולה של פרסום לשון הרע בגין העלאת הסרט ליוטיוב. לקביעה זו השלכה על גובה הפיצוי שנפסק. אף לא למותר לציין כי ממועד הקרנת הסרט לראשונה ועד למועד

הגשת התביעה חלפו 14 שנה. במהלך כל אותן שנים לא נטען כי המשיב זוהה כאחד משלושת החיילים שנחזים בסרט ב"סצנת ביזת הזקן", כך שאילולא התייצב המשיב והכריז כי בו המדובר, ספק רב אם מאן דהו היה מזהה אותו כאחד החיילים באותה סצנה. משכך, ובראי השיקולים הצריכים לעניין כפי שפורטו לעיל ובפסק דינו של בית המשפט המחוזי, אציע לחברי להעמיד את סכום הפיצוי על סך של 100,000 ₪ חלף הסכום שנקבע בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

76. באשר לצו המניעה שהוציא בית משפט קמא האוסר על הקרנת הסרט, הדברים מורכבים מעט יותר. אזכיר כי בעניין בכרי בוטלה החלטת המועצה לביקורת סרטים שאסרה על הקרנת הסרט. אולם פסק דין זה, שניתן במישור המשפט החוקתי, אינו מחייב את בית המשפט שדן בסרט באספקלריה של דיני לשון הרע.

כאמור, בית המשפט דחה את טענתו החלופית של המערער כי ניתן להסתפק בהסרת ארבע השניות שבהן מופיע המשיב בסרט, וזאת בשל מספר טעמים: משום שטענה זו של המערער הועלתה רק בסיכומיו; משום שטענה זו מוקשית לנוכח עמדת המערער כי הסרט יצא מרשותו ואינו בשליטתו; ומשום שקיימים עותקים של הסרט שבהם מופיע המשיב (ולצורך כך הוציא בית המשפט צו להחרמתם). בנוסף לכך, בית המשפט הפנה לגרסתו של המערער, שהעיד כי לא פעל לתיקון עובדות או נתונים בסרט שלגביהם ידע כי אינם נכונים, בין היתר מחמת העדר משאבים. לנוכח האמור, ומשעה שהמערער לא הבהיר כיצד יפעל להסרת חלק זה בסרט, בית המשפט לא ראה לאמץ חלופה זו ולהותיר את הוצאתה לפועל בידי המערער. תחת זאת, בית המשפט הוציא כאמור צו מניעה האוסר על הקרנת הסרט כולו.

77. בהיבט זה, שעניינו מידת התאמתו של צו המניעה הגורף לנסיבות המקרה דנן – דעתי שונה מזו של בית המשפט המחוזי.

אכן, נקודת המוצא המקובלת היא כי מקום שבו הוכרעה שאלת האחריות לחובת המפרסם, ונקבע כי הפרסום מהווה לשון הרע שאינה חוסה תחת ההגנות שבחוק – אזי ככלל יש ליתן צו מניעה קבוע האוסר על הפרסום. עמד על הדברים השופט ברק בע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989) (להלן: עניין אבנרי):

"אכן, קיים הבדל מהותי בין השלב שבו הוכרעה אחריות של המפרסם לבין השלב שבו טרם הוכרעה אחריותו. כאשר הוכרעה שאלת האחריות, נחלש משקלו של האינטרס בדבר חופש הביטוי לאור הפגיעה המוכחת

באינטרס לשם הטוב. משנקבעה האחריות, נקבעה האמת ונקבע השקר – במסגרת היחסיות המאפיינת את כל ההליך השיפוטי [...] – גובר האינטרס הציבורי להגן על השם הטוב בפני דברי שקר על האינטרס של חופש הביטוי. גם הצידוק לחופש ביטוי בנסיבות אלה נחלש בדרך כלל. פרסום, אשר בית-משפט קבע לגביו כי דבר שקר הוא ולדוברו אין כל הגנה בפני אחריות, אין בו כדי לקדם את החיפוש אחר האמת. החלפה חופשית של דעות נפגעת לרוב, אם השקפות הציבור מתבססות על מידע בלתי נכון. אין בונים חברה ומשטר על אדני שקר. מתן ציווי לתמיד, בנסיבות אלה, מגשים את האיזון החקיקתי בין האינטרסים המתנגשים" (שם, עמ' 867).

גישה זו מצאה את ביטויה גם בספרות מלומדים, ואפנה לדבריהם של גנאים, קרמניצר ושנור, המציינים באופן קטגורי כי לאחר שנקבעה האחריות המשפטית לפרסום ונמצא שמדובר בפרסום אסור, אזי "יש להוציא צו מניעה קבוע" שנועד למנוע פגיעה עתידית ובלתי מוצדקת בכבוד (שם, עמ' 420). יתרה מכך. לשיטתם, משעה שנקבע כי מדובר בפרסום אסור, לא זו בלבד שמתן צו מניעה הוא צעד מתחייב, אלא שאף אין לבית המשפט סמכות שלא לתתו ולהסתפק במתן סעד אחר כגון פיצויים:

"יש הסוברים שמתן צו מניעה קבוע מסור לשיקול דעתו של השופט, ובית המשפט יביא בחשבון, בין היתר, את השיקול אם לאפשר להימנע מצו מניעה על יסוד הסתפקות בפסיקת פיצויים. אין לקבל גישה זו, שכן היא אינה מתיישבת עם תפקיד המשפט. כאמור, פרסום המקיים את היסוד העובדתי של העבירה או העוולה, ושלא נעשה בתנאים של סייג לאחריות משפטית, הוא פרסום אסור הפוגע בסדר החברתי-משפטי. על כן יש להימנע מפרסומו ולמנוע את פרסומו. אל לו לבית המשפט לאפשר פרסום אסור. הגנה ראויה על זכויות אדם, שהן זכויות יסוד בעלות מעמד חוקתי, מחייבת מניעה של כל התנהגות הפוגעת בהן שלא כדין. לכן בית המשפט חייב, כמובן בעקבות בקשת הנפגע, להוציא צו מניעה קבוע כאשר מדובר בפרסום שקרי או בפרסום אסור ובלי מוגן, ואם יש חשש לפרסום עתידי של הדברים על ידי הנתבע. לבית המשפט אין שיקול דעת בהוצאת הצו ואין מקום לעריכת איזון שיפוטי בין הנזק שייגרם לנפגע אם לא יינתן הצו ובין הנזק שייגרם למפרסם אם יינתן הצו. האיזון בין האינטרסים נעשה כבר בבדיקת יסודות העבירה והעוולה ואין עוד מקום לאיזון בין הנזקים" (שם, עמ' 420-421).

(עיינו גם אצל אריאל בנדור "חופש לשון-הרע" משפטים כ 549, 560 (תשנ"א), הסבור כי מקום שבו מדובר בפרסום המהווה עוולה בהתאם להגדרות החוק, אזי אין מדובר בביטוי החוסה תחת חופש הביטוי).

78. כשלעצמי, איני סבור כי בית המשפט נטול סמכות להימנע ממתן צו מניעה קבוע במצבים שבהם נקבע כי פרסום כלשהו מהווה לשון הרע. סמכותו של בית המשפט להוציא תחת ידו צווים מסוג זה מעוגנת בסעיף 72 לפקודת הנזיקין. גישה השוללת מבית המשפט את הסמכות להפעיל שיקול דעת בהקשר זה, לא מתיישבת עם העקרונות שהוכרו בפסיקה מימים ימימה, הקובעים כי זכותו של נפגע לקבל סעד של ציווי אינה מוחלטת. כך באופן כללי, וכך בתחום הספציפי של דיני לשון הרע. כפי שהוסבר בעניין אבנרי, "הציווי (בחוזים ובנזיקין) הוא סעד הנתון לשיקול-דעת שיפוטי", והחלטת בית המשפט אם ליתן צו או להימנע מכך היא לעולם פרי איזון בין הערכים והאינטרסים המתנגשים, תוך התחשבות בנסיבותיו הפרטניות של המקרה (שם בעמ' 854-855 (ההדגשה הוספה – י"ע); כן ראו שנהר, עמ' 348; תמר גדרון, רועי אילוז ורועי ריינזילבר "הפיצויים בלשון הרע – תמונת מצב אמפירית" משפטים מג 453, 460-461 (תשע"ג); וראו בדומה בעניין פלוני באספקלריה של הזכות לפרטיות (שם בפסקה 161 לפסק דינו של השופט סולברג וכן בפסק דינו של השופט ג'ובראן)).

מכל מקום, סוגיית הסמכות (או העדר סמכות כביכול) כלל אינה מתעוררת במקרה שלפנינו, שכן השאלה הטעונה הכרעה אינה אם להתיר את הפרסום האסור אם לאו. בנסיבות המקרה דנן, משעה שנקבע כי שילוב צילומו של המשיב בסרט מהווה לשון הרע האסורה בפרסום, אכן אין לאפשר את המשך הקרנת צילומו של המשיב במסגרת הסרט. בכך צדק בית משפט קמא. הדיון במקרה דנן בסוגיית צו המניעה הקבוע מתמקד בשאלת גדרו של הפרסום האסור. דהיינו, האם יש לראות את הפרסום כולו (הסרט בכללותו) ואת החלק בפרסום שמהווה לשון הרע כלפי המשיב (צילומו של המשיב) – כמקשה אחת המהווה פרסום אסור? לשון אחר: האם, בנסיבות דנן, החלק שמהווה לשון הרע "מכתים" את הפרסום כולו ומחייב מתן צו האוסר על הקרנת הסרט בכללותו? או שמא ניתן להפריד בין החלקים ולהסתפק בסעד מתון יותר?

79. מלאכת שרטוט גבולותיו של צו מניעה בהקשר של דיני לשון הרע, נגזרת בראש ובראשונה מניתוח עובדתי של מאפייני הפרסום. לצורך כך יש לעמוד על היחס שבין הפרסום בכללותו לבין החלק בפרסום שמהווה לשון הרע כלפי הנפגע. יחס זה שני פנים לו: פן כמותי ופן איכותי. בהיבט הכמותי, יש לבחון מה נפחו של החלק הפוגעני מתוך הפרסום הכולל. בהיבט האיכותי, יש לבחון עד כמה נסב תוכנו של הפרסום בכללותו על

הרכיב הפוגעני שבפרסום, ועד כמה, אם בכלל, ניתן להבחין ולהפריד ביניהם. מטבע הדברים, ככל שמידותיו של הפרסום בכללותו קטנות יותר, כך גדל הקושי להפריד בינו לבין רכיב לשון הרע שבו, ולהיפך.

נדגים: ראובן חיבר ספר על אודות שמעון שכולו רווי שקרים והשמצות. במצב שכזה, הדעת נותנת כי יש לראות את הספר בכללותו ואת לשון הרע שבו כמקשה אחת שאינה ניתנת להפרדה. לעומת זאת, אם רק בעמוד בודד בספר מוזכר שמעון בהקשר דיבתי, הדעת נותנת כי ניתן יהיה להסתפק במחיקת האזכור הספציפי חלף איסור פרסום של הספר כולו. דוגמה נוספת: אם שרה פרסמה ברשת חברתית פוסט העוסק בפועלה של רבקה, ובמוקד הפוסט ניצבת האשמה כוזבת כלפי רבקה, אזי ייתכן שבהיבט האיכותי לא ניתן יהיה להפריד בין רכיבי הפרסום, וזאת גם אם הרכיב הדיבתי לא תופס את מלוא נפחו של הפוסט אלא רק חלק ממנו (וראו והשוו אצל שנהר בעמ' 118-119, לגבי היחס בין כותרת של פרסום או חלקו הבולט של הפרסום לבין הפרסום בכללותו).

80. יישום הדברים על נסיבות המקרה שלפנינו מוביל למסקנה ברורה כי רכיב לשון הרע שמופנית כלפי המשיב תופס חלק מזערי מתוך הסרט בכללותו, הן בהיבט הכמותי הן בהיבט האיכותי.

בהיבט הכמותי – אורכו המלא של הסרט עומד על למעלה מ-50 דקות, בעוד שהמקטע בסרט שבו מוצג צילומו של המשיב עומד על כארבע שניות. דהיינו, מעט למעלה מפרומיל מאורכו הכולל של הסרט (כ-0.0013). בהיבט האיכותי – מלבד שילוב צילומו של המשיב בסצנה המדוברת, אין כל אזכור בסרט המתייחס באופן קונקרטי למשיב (או לכל חייל אחר שהשתתף במבצע באופן אישי), לא במפורש ולא ברמז. כל הצופה בסרט מתרשם בבירור כי הסרט כלל לא עוסק במשיב באופן אישי ולא מתיימר לעסוק בו, וכי הסרת הקטע בן ארבע השניות מהסרט לא תגרע מאומה מתוכנו של הסרט.

הנה כי כן, מדובר במצב שבו רכיב לשון הרע שבפרסום המופנה כלפי המשיב אינו אלא שבריר מתוך הסרט המלא, רכיב הבטל בשישים (ליתר דיוק: בטל בשש מאות ויותר) ביחס לפרסום בכללותו. בנסיבות אלו, קשה לומר כי יש הלימה, ולו מינימאלית, בין מידותיה הצרות של לשון הרע שבסרט ככל שזו מתייחסת למשיב, לבין מתן צו מניעה גורף האוסר על פרסום הסרט כולו.

81. בתשובתו לערעור, הביע היועץ המשפטי לממשלה תמיכה במתן צו מניעה האוסר על פרסום הסרט כולו, בנימוק כי "אל לו לבית המשפט להיכנס בנעליו של היוצר ולשנות את היצירה כך שניתן יהיה לפרסמה" (פסקה 58 לתשובתו). כתימוכין לעמדתו הפנה היועמ"ש לדברי המשנה לנשיא השופטת נאור בעניין פלוני, שם ציינה כי "לא נוכל ליטול על עצמנו בפסק דין את התפקיד של 'עורך ראשי' ואת התפקיד של מי שיורה על שינויים ברומן ספרותי" (פסקה 2 סיפא לפסק דינה). כפי שיוסבר להלן, טענה זו של היועמ"ש לוקה בשניים, הן בהיבט של כניסה כביכול מצד בית המשפט לנעלי היוצר, הן בניסיון להיאחז בדברי השופטת נאור בעניין פלוני כתנא דמסייע לעמדת היועמ"ש. אסביר.

82. תחילה לניסיון (הכושל) להקיש מעניין פלוני לענייננו אנו. לשם כך נעמיד תחילה את העובדות לנגד עינינו.

בעניין פלוני מדובר היה ביצירה ספרותית, רומן בדיוני-כביכול, שבפועל התברר כיצירה מעין-תיעודית שמידת הבדיון בה מועטה למדי. הספר גולל את מערכת היחסים האינטימית שהתקיימה בין המחבר-המערער לנפגעת-המשיבה, שהיתה בת זוגו של המחבר במשך מספר שנים, תוך תיאור פרטים אינטימיים כמוסים ביותר על אודותיה. לאורך הספר הופיעו פרטים רבים החושפים את זהותה של הנפגעת, המתייחסים בין היתר אל "חזותה החיצונית, פרטים על אודות גילה, עיסוקה הייחודי, מקום לימודיה, מקום עבודתה ומקום מגוריה, פרטים על יצירתה המיוחדת, פרטים על המערער, בן זוגה, ואירועים שהתרחשו במציאות בנוכחות צדדים שלישיים" (שם, פסקה 141).

בטרם מתן פסק הדין באותה פרשה, עוד בשלב הדיון בערעור, בית המשפט ניסה את כוחו להביא את הצדדים להסכמות בדבר עריכת שינויים בתוכנו של הספר שיאפשרו את פרסומו. מאמצים אלו לא נשאו פרי, ובית המשפט נדרש להכריע בסכסוך על דרך של מתן פסק דין. על רקע זה ציינה השופטת נאור את הדברים הבאים: "הצענו בדיון לאפשר שינויים שאינם קלי ערך בספר אך הדבר לא הסתייע. לא נוכל ליטול על עצמנו בפסק דין את התפקיד של 'עורך ראשי' ואת התפקיד של מי שיורה על שינויים ברומן ספרותי" (פסקה 2 לפסק דינה (ההדגשה הוספה – י"ע)). ערעורו של המחבר נדחה אפוא והצו האוסר על פרסום הספר כולו נותר על כנו לנוכח פגיעתו במשיבה.

83. כבר במבט ראשון נקל להיווכח כי נסיבות המקרה שלפנינו שונות מעיקרן. כפי שעולה בבירור מהנסיבות בעניין פלוני, השינויים שנדרשו בתוכנו של הספר לצורך 'הכשרתו' היו "לא קלי ערך", ומסתבר כי הצריכו תיקונים רבים לאורכו ולרוחבו של

הספר. אפס, משעה שהצדדים לא הגיעו להסכמות לגבי ביצוע שינויים אלו ובית המשפט נדרש ליתן פסק דין, השופטת נאור הבהירה כי בית המשפט לא יוכל לטול על עצמו תפקיד של "עורך ראשי" שיכניס, על דרך של פסק דין, שינויים בתוכנו של רומן ספרותי.

לעומת זאת, בשונה מהרומן הספרותי שנדון בעניין פלוני, הסרט שבמוקד דיונונו כלל אינו טעון שינויים מרחיקי לכת בגין תביעתו של המשיב. נהפוך הוא. התיקון הנדרש הוא זעיר, נקודתי, ומסתכם בהסרת קטע בן ארבע שניות מהסרט. הא ותו לא. אין מדובר במלאכת מחשבת עדינה וזהירה המחייבת "עריכה מחדש" של היצירה. אף אין צורך לבצע התאמות כלשהן בחלקים אחרים ביצירה בעקבות התיקון. ממילא, החלטה על הסרת הקטע המדובר אינה הופכת את בית המשפט ל"עורך ראשי" של הסרט, ואף לא לעורך-משנה או לסגן-עורך. רחוק מכך.

84. שנית, ועיקרו של דבר. היועמ"ש טען כי אל לו לבית המשפט להיכנס בנעליו של היוצר ולשנות את היצירה. במישור העקרוני אכן יש טעם בעמדת היועמ"ש, שהרי אין זה מתפקידו של בית המשפט לערוך מחדש יצירות במטרה להכשירן, ולכך כוונו דבריה של השופטת נאור בעניין פלוני. דא עקא, שבמקרה שלפנינו אין זה בית המשפט שנכנס בנעליו של היוצר ומשנה את היצירה במקומו. נהפוך הוא. היוצר הוא שמבקש מבית המשפט להסתפק בהסרת הקטע בן ארבע השניות מתוך הסרט. ממילא, בית המשפט אינו משים עצמו "עורך ראשי" של הסרט ואין הוא נוטל לעצמו תפקיד לא לו. די בכך כדי לדחות את עמדת היועמ"ש בנקודה זו.

85. וליתר הנמקותיו של בית המשפט המחוזי שבגינן הורה על מתן צו מניעה גורף.

באשר לעובדה שהמערער המתין עד לשלב הסיכומים בבית המשפט המחוזי, ורק אז טען לגבי האפשרות להסתפק בהסרת הקטע בן ארבע השניות – אכן מדובר בהתנהלות דיונית שאינה מניחה את הדעת. ברם, בנסיבות דנן אין מדובר בפגם שמחייב מתן צו מניעה גורף האוסר על הקרנת הסרט כולו. כפי שהוסבר, קביעת היקפם של צווי מניעה נתונה מלכתחילה לשיקול דעתו של בית המשפט, המחויב להפעיל שיקול דעת בכל מקרה לגופו בהתאם לנסיבותיו. העובדה שבעל דין עתר למתן צו מניעה גורף, אין בכוחה לכבול את שיקול דעתו של בית המשפט בבואו לקבוע את גבולותיו של הצו. משעה שבנסיבות דנן, אין הלימה בין היקפו המצומצם של המקטע הדיבתי בן ארבע השניות לבין מניעת פרסום הסרט כולו, אזי הדרך ההולמת לרפא את הפגם הדיוני שנפל בהתנהלותו של המשיב מצויה אף היא במישור הדיוני, וזאת במישור של פסיקת הוצאות.

באשר לחשש כי הסרט כבר אינו נמצא בשליטתו של המערער וכי אין בכוחו להסיר את הקטע המדובר, די שאזכיר כי במהלך הדיון שהתקיים לפנינו, בא כוחו של המערער, עו"ד פלדמן, שב על נכונותו של המערער למחוק את הקטע בסרט שבו מופיע המשיב ולמנוע את הפגיעה בו (פרוטוקול, עמ' 11). בנסיבות אלו, חזקה על המערער ובאי כוחו כי לא ביקשו לזרות חול בעיני בית המשפט או חלילה לסובכו בכחש, וחזקה עליהם כי ימלאו אחר הוראות פסק הדין כדת וכדין, ללא כחל וסרק. למותר לציין כי כל עוד לא הוסר הקטע שבו מופיע צילומו של המשיב, הקרנת הסרט במתכונתו הנוכחית מהווה פרסום לשון הרע, על כל המשתמע מכך.

86. לבסוף, בכל הנוגע להחלטתו של בית המשפט המחוזי שלא ליתן צו המופנה כלפי יוטיוב להסרת הסרט מהאתר, הרי שהמשיב לא הגיש ערעור מטעמו, ומשכך אין מקום להתערבותנו. הוא הדין באשר לצו המופנה כלפי המערער, שבו הורה בית המשפט על החרמת עותקי הסרט בישראל ככל שהמערער מודע למקום הימצאותם. סמכותו של בית המשפט ליתן צו מסוג זה מעוגנת במפורש בסעיף 9(א)(1) לחוק איסור לשון הרע, והמערער לא מצא לנכון להשיג על כך במפורש בערעורו. לנוכח מסקנתנו כי יש ליתן צו המורה על מחיקת הקטע בן ארבע השניות מן הסרט, ובהינתן נכונותו של המערער לעשות כן, עליו לנקוט בצעדים הנדרשים לשם מימוש הצו, ובכלל זאת לדאוג לתיקונם של העותקים שכבר הופצו, ככל שהדבר אפשרי ומעשי בגבולות הסביר (על כך שסעד המורה על החרמת עותקים רלוונטי למצבים שבהם לשון הרע כבר פורסמה, ראו גנאים, קרמניצר ושנור, עמ' 415).

סיכום הדברים

"חופש הביטוי רחב הוא ומקיף. זהו החופש לכתוב מחזות וסרטים ולהציגם. זהו החופש לראות ולשמוע'. חופש זה אינו רק החופש להביע דעות מקובלות. זהו גם החופש להביע דעות חורגות, אשר הרוב סולד מהן" (דברי השופט ברק בבג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 (1987) (ההפניות הושמטו – י"ע)).

87. דברים נכוחים אלו הם מושכלות יסוד בשיטתנו המשפטית. הם חלק בלתי נפרד מהדין הנוהג במדינת ישראל. הם מושרשים היטב בפסיקה עשירה וענפה, שלאורך עשרות בשנים הלכה וביצרה ותמכה וחיזקה את מעמדם של חופש הביטוי וחופש היצירה, לבל יסיגום כאלו המבקשים להכפיפם לרוחות השעה או לדעת קהל זה או אחר.

ועם זאת, חופש הביטוי וחופש היצירה לא לכבד ישכוננו. אין הם בבחינת "ערך מוחלט" הרומס כל זכות אחרת הניצבת בדרכם. מול חופש הביטוי מתחרות תדיר זכויות אחרות, חשובות ויסודיות אף הן:

"חופש הביטוי וחופש היצירה אינם הערכים היחידים שיש להתחשב בהם. חברה דמוקרטית מבוססת על מגוון ערכים ועקרונות, אשר חירות הדיבור וחירות היצירה הן רק חלק מהם. הגשמתם של ערכים ועקרונות מגוונים אלה מחייבת, מטבע הדברים, צמצום ההגנה הניתנת לחופש הביטוי ולחופש היצירה, כדי ההגנה הראויה לאותם ערכים ועקרונות. חופש התנועה שלי מסתיים במקום שהחוטם שלך מתחיל; חופש הביטוי שלי אינו מצדיק הוצאת לשון הרע על זולתי; חופש הביטוי שלי אינו מאפשר לי לגלות סודות כמוסים של המדינה או לפגוע בשלום הציבור; חופש הביטוי אינו החופש למסור עדות כוזבת בבית-משפט" (דברי הנשיא ברק בבג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 830 (1999) (להלן: עניין סנש)).

הנה כי כן, הגם ש"חופש הביטוי פורש את מצודתו אף על הביטוי האמנותי", יש לזכור כי "חופש הביטוי, ובכללו חופש היצירה [...], איננו בגדר זכות מוחלטת, והוא לא חסין מפני פגיעה" (עניין פלוני, פסקאות 58, 66). על בית המשפט להעמיד את הזכויות המתחרות על כפות המאזניים, זו מול זו, ועליו מוטלת המלאכה להכריע ידה של מי תהא על העליונה. כך ככלל, וכך כאשר הזכות המתחרה אל מול חופש הביטוי היא זכותו של אדם לשם טוב, כבמקרה דנן. בהקשר זה כבר נזדמן לי להעיר כי לנוכח הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, "יש להישמר מנוסחה הכוללת 'מקדם' או 'מכפיל כוח' לטובת חופש הביטוי" על פני הזכות לשם טוב, וכי על האיזון להיערך אד-הוק, בכל מקרה לפי נסיבותיו (עניין דיון, פסקה 5 לפסק דיני; דנ"א דיון, פסקאות 2א, 6 לפסק דיני; כן ראו בעניין פלוני, פסקה 132). על מלאכת האיזון להיעשות אפוא בצורה "נקיה": "האיפה" של חופש הביטוי היצירה מזה ו"האיפה" של הזכות לשם טוב מזה, כשנקודת המוצא היא כי שתיהן שוות בגודלן ואין האחת "גדולה" והשניה "קטנה" (ראו דברים כה, פסוק יד).

88. באספקלריה זו של איזון בין הזכויות המתנגשות – חופש היצירה מן העבר האחד והזכות לשם טוב מן העבר השני – המקרה שלפנינו אינו מעורר קושי. כפי שהבהיר הנשיא ברק בדבריו שהובאו לעיל: "חופש הביטוי שלי אינו מצדיק הוצאת לשון הרע על זולתי" (עניין סנש, שם). משבאנו לכלל מסקנה כי סרטו של המערער טומן בחובו לשון

הרע כלפי המשיב שאינה חוסה תחת איזו מההגנות המוכרות בדין, אזי מלאכת האיזון בין הזכויות נעשית קלה, וכמצוות המחוקק – זכותו של המשיב לשם טוב גוברת.

89. נסכם את עיקרי הדברים:

א. עילת תביעה בגין פרסום לשון הרע: בית המשפט העליון שם חותמת "שקר" על הסרט "ג'נין גנין". סרטו של המערער כולל שקרים ובדיות על חיילי צה"ל שהשתתפו בלחימה בג'נין במהלך מבצע "חומת מגן". המערער ערך את סרטו כסרט תיעודי-כביכול, אך בפועל, לפי עדותו שלו, לא טרח לאמת מאומה מהדברים המובאים בסרט, ולא מצא לנכון לערוך בדיקה כלשהי לגבי אמיתות הטענות והתיאורים הנשמעים בו. בנוסף לכך, המערער לא טרח להוסיף לסרטו כל הערה המסייגת את הקשר בין החיילים המצולמים בסרט לבין האירועים הנטענים בו – לא בעת עריכתו הראשונית של הסרט, לא לאחר פסק הדין בעניין בן נתן, ולא לאחר שהוגשה תביעתו של המשיב. יש בדברים כדי ללמד על חוסר תום לבו של המערער.

כפי שהוזכר, תביעת הלוחמים בעניין בן נתן נדחתה לנוכח הוראת סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע. זאת, משום שבמישור העובדתי לא ניתן היה לייחס, באופן אישי, איזה מן המעשים המתוארים בסרט ללוחמים שהגישו את התביעה. בעניין בן נתן הובהר מפורשות כי אם מושא הדברים בסרט היה אדם ספציפי, היה מקום לחייב את המערער בדין (שם, פסקה 62). על רקע הבהרה זו, הגענו למסקנה כי יש להטיל אחריות על המערער בגין פרסום לשון הרע כלפי המשיב. שילוב צילומו של המשיב בסרט, בעיצומה של סצנה שבה מתואר מעשה ביזה של אדם מבוגר באיומי נשק, אינו יכול להתפרש בנסיבות המקרה כצילום אילוסטרציה גרידא והוא מהווה לשון הרע כלפי המשיב. זאת, הן בהיבט הצר של ייחוס למשיב מעורבות-כביכול באירוע הביזה הנטען; הן בהיבט הרחב של ייחוס מעורבות אפשרית מצדו ביתר המעשים הקשים המתוארים בסרט.

ב. התיישנות: לנוכח היסוד האובייקטיבי בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, אין לקבל טענתו של המשיב כי מירוץ ההתיישנות לא החל כל עוד הוא לא ידע על כך שהוא נחזה בסרט. אולם התביעה לא התיישנה מנימוק אחר. תביעתו של המשיב הוגשה בשנת 2016 בגין ארבע הקרנות של הסרט שנערכו בין השנים 2010-2012. כפי שהוסבר, ארבע הקרנות אלו עומדות על רגליהן שלהן ומקימות למשיב עילת תביעה עצמאית, ואין לראותן כחוסות תחת עילת תביעה אחת שנולדה כעשר שנים קודם לכן, בשנת 2002, לאחר הקרנתו הראשונה של הסרט. זאת, משלא נתמלא תנאי הרציפות הדרוש לצורך ביסוסה

של עוולה נמשכת אחת. לפיכך, ומשעה שתביעתו של המשיב הוגשה בתוך תקופת שבע השנים שלאחר ארבע ההקרנות המדוברות, הרי שתביעתו לא התיישנה.

ג. העלאת הסרט לאתר יוטיוב: תביעת המשיב הוגשה גם בגין העלאת הסרט לאתר יוטיוב. ברם, לפי התשתית הראייתית שהונחה בבית המשפט המחוזי, לא המערער הוא שהעלה את הסרט ליוטיוב, והדבר נעשה ללא ידיעתו וללא הסכמתו. לפיכך, מירון ההתיישנות לא מתחיל עם הפרסום ביוטיוב; אין לראות את המערער כמי שביצע עוולה של פרסום לשון הרע בגין העלאת הסרט ליוטיוב, ואין להטיל עליו אחריות בשל כך. לקביעה זו השלכה על גובה הפיצוי שיש להשית על המערער.

ד. צו המניעה: עמדנו על כך שאורכו המלא של הסרט עומד על למעלה מ-50 דקות, בעוד שהקטע בסרט שבו מופיע צילומו של המשיב עם שני חיילים אחרים נמשך כארבע שניות בלבד. בנסיבות אלו, אין הלימה בין מידותיו של הרכיב בסרט שמהווה לשון הרע כלפי המשיב, לבין צו המניעה הגורף האוסר לחלוטין על הקרנת הסרט כולו. משכך, חלף צו המניעה שניתן בבית המשפט המחוזי, על המערער להסיר את הקטע בן ארבע השניות שבו מופיע המשיב בסרט. כמו כן, במטרה להבטיח את יעילותו של הסעד, על המערער לפעול לאיסוף עותקי הסרט הקיימים ככל שהוא מודע למקום הימצאותם, כפי שהורה בית המשפט המחוזי.

הרהורי סיום וסוף דבר

90. שני עשורים חלפו מאז מבצע "חומת מגן" ומאז צאת סרטו הדיכתי של המערער "ג'נין ג'נין". שני עשורים של מאבקים משפטיים רוויי יצרים ואמוציות. האם היה הצר שווה בנזק המלך? האם השיגו מאבקים אלה את מטרתם? האם תרם ההליך המשפטי לניצחון האמת על השקר, או שמא הוביל להגברת התהודה של הסרט והפצתו ברבים? לא לנו להשיב על שאלות אלה, החורגות מגבולותיה של הזירה המשפטית. כך או כך, תהינה התשובות אשר תהיינה, יש לקוות כי פסק דיננו בערעור דנן יהיה החוליה האחרונה שתסתום את הגולל על היבטיה המשפטיים של פרשה זו. בחלוף כעשרים שנה, דומה כי בשלה לכך העת.

91. סוף דבר, שאציע לחברי כי הערעור יידחה בעיקרו ויתקבל בחלקו כדלקמן:

א. במישור האחריות:

(-) באשר לשאלה אם שילוב צילומו של המשיב בסרט מהווה לשון הרע כלפי המשיב – דין הערעור להידחות.

(-) בשאלת ההתיישנות ואחריותו של המערער לפרסום לשון הרע בגין ארבע ההקרנות של הסרט בין השנים 2010-2012 – דין הערעור להידחות.

(-) בשאלת אחריותו של המערער לפרסום לשון הרע נגד המשיב בגין העלאת הסרט לאתר יוטיוב – דין הערעור להתקבל.

ב. במישור הסעד :

(-) ברכיב הפיצוי – חלף הסכום של 175,000 ₪ שנפסק בבית המשפט המחוזי, יבוא הסך של 100,000 ₪.

(-) צו המניעה הגורף שניתן בבית המשפט המחוזי האוסר על הקרנת הסרט בישראל – בטל. תחת האמור, ניתן בזה צו המורה למערער להסיר מהסרט את הקטע בן ארבע השניות שבו מופיע צילומו של המשיב. מובן כי הקרנת הסרט במתכונתו הנוכחית (הכוללת את צילומו של המשיב) מהווה עוולה של פרסום לשון הרע, על כל המשתמע מכך.

(-) צו החרמת עותקי הסרט שניתן בבית המשפט המחוזי – נותר על כנו, במובן זה שעל המערער לפעול בשקידה סבירה לאיסופם של העותקים הקיימים, ככל שהוא מודע למקום הימצאותם.

92. לנוכח חוסר תום לבו של המערער, הן במישור הדיוני הן במישור המהותי, ובכלל זה: הימנעות מבדיקה כלשהי של נכונות הדברים; הימנעות מהכללת הערת הסתייגות בסרט; אי תיקון הפרסום עד עצם היום הזה; אי תשלום הפיצוי שנפסק בבית המשפט המחוזי חרף דחיית בקשתו לעיכוב ביצוע, באופן העולה כדי עשיית דין עצמי; המתנה לשלב הסיכומים והערעור לצורך העלאת האפשרות להסיר את קטע צילומו של המשיב מהסרט; ואופן ניסוחו המביש של כתב הערעור; ומנגד, בהתחשב בכך שהערעור התקבל בחלקו בכל הנוגע לסעדים האופרטיביים שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי – כל צד ישא בהוצאותיו בשלב הערעור.

אחר הדברים האלה

93. משהונחו לפניי חוות דעתם החולקות של חבריי, השופטים ד' מיינץ וא' שטיין, אתייחס בקצרה למספר נקודות העולות מהן.

94. חברי, השופט שטיין, סבור כי יש לסווג את העוולה שלפנינו כעוולה נמשכת אחת שתחילתה בשנת 2002 הנמשכת עד עצם היום הזה, וכי עילת התביעה של המשיב "לא התיישנה כהוא זה" (פסקה 68 לחוות דעתו). חברי, השופט מיינץ, מצטרף לדברים.

גישתם של חבריי מפתיעה במידת מה. עיון בכתב התביעה מעלה כי אפילו המשיב-התובע לא ההיין לבסס את תביעתו על הקרנות של הסרט שקדמו לשנת 2010. זאת, מתוך הנחה, מובנת מאליה, כי תביעה שכזו היתה נתקלת במחסום ההתיישנות. כך עולה מלשונו המפורשת של כתב התביעה, שם הבהיר המשיב כי "בשים לב לתקופת ההתיישנות הקבועה בחוק, מתייחסת תביעה זו להקרנת הסרט ופרסומו באירועים פומביים מסוימים ובאתרי אינטרנט, מהשנים האחרונות, כדלקמן" (סעיף 50 לכתב התביעה המתוקן, ההדגשה בסיפא במקור – י"ע). בסמוך לכך, פורטו בכתב התביעה ארבע ההקרנות הקונקרטיות של הסרט שבוצעו בין השנים 2010-2012, וארבעתן בלבד (לצד העלאת הסרט לאתר יוטיוב). מכאן, שגישתם של חבריי, הדוגלים בקיומה של עילת תביעה תקפה גם בגין ההקרנות שבוצעו בשנת 2002, מרחיקה לכת אף יותר מגבולותיה של עילת התביעה שהתובע בעצמו ראה לנכון להתוות. כשלעצמי, בשונה מגישתם של חבריי ובדומה לגישת המשיב, אני סבור כי הנחת היסוד של המשיב כי תביעתו בגין ההקרנות שקדמו לשנת 2010 התיישנה – היא אכן מובנת מאליה.

95. חברי, השופט שטיין, נדרש במסגרת ניתוחו לכללים שנתגבשו במשפט המקובל באנגליה. זאת, לדבריו, לנוכח הוראת סעיף 1 לפקודת הנזיקין, שלשיטתו קובעת כי ככל שקיים צורך לפרש את כללי האחריות בנזיקין, אזי "בית המשפט חייב לפרשם בהתאם למקביליהם במשפט המקובל האנגלי" (פסקה 35 לחוות דעתו של חברי, ההדגשה הוספה – י"ע; כן ראו שם בפסקה 48).

איני סבור כך. אמנם, סעיף 1 לפקודת הנזיקין מפנה לעיקרי הפרשנות המשפטית המקובלים באנגליה. ברם, בשנת 1972, כארבע שנים לאחר שנחקקה פקודת הנזיקין (נוסח חדש), תוקנה פקודת סדרי השלטון והמשפט ונתווסף לה סעיף 15(ג). סעיף קטן זה קובע כי "כל הוראה בחוק שלפיה יש לפרש אותו או ביטויים שבו לפי דיני אנגליה או לפי עיקרי פרשנות משפטית המקובלים באנגליה – לא תהיה עוד הוראה מחייבת". בדברי ההסבר להצעת התיקון הובהר פשר התיקון, שנועד לקבוע כי "כל הוראת חוק, היוצרת

זיקה שבחובה לפרשנות המשפטית לפי דיני אנגליה או לפי פירושים או עיקרי פרשנות המקובלים במשפט האנגלי – תבטל” (ה”ח 963, עמ’ 315). לא למותר לציין כי פקודת הנזיקין אף נזכרה במפורש בהצעת החוק בתור אחד החיקוקים שבגינם נדרש התיקון (שם בעמ’ 316).

מובן אפוא כי איננו כבולים כיום לפרשנות הנהוגה במשפט המקובל האנגלי, לא באופן כללי ולא לצורך פרשנות כללי האחריות בנזיקין, והגם שההיזקקות למשפט האנגלי לצורך ליבון סוגיות משפטיות וכאחד ממקורות ההשראה הפרשניים היא מבורכת כשלעצמה, אין מדובר בצעד פרשני מחייב (ראו, בין היתר, ע”א 86/76 “עמידר”, החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע”מ נ’ אהרן, פ”ד לב(2) 348, 337 (1978); ע”א 711/72 מאיר נ’ הנהלת הסוכנות היהודית לא”י, פ”ד כח(1) 396, 393 (1974); ע”א 619/78 חונוביץ נ’ כהן, פ”ד לה(4) 281, 292 (1981); ע”א 3322/16 איי די איי חברה לביטוח בע”מ נ’ לשכת סוכני ביטוח בישראל, פסקה 38 (30.4.2017)). ממילא, אף אין כל מניעה להסתייע בשיטות משפט נוספות, ובכללן השיטה האמריקאית, לצורך הכרעה בסוגיה כמו זו שלפנינו. מכל מקום, אבהיר כי עמדתי מבוססת על הדין הישראלי, מבלי להזדקק להסדרים הנוהגים בדין הזר. ממילא אין בדבריי משום אימוץ מלא של גישה כזו או אחרת שמקורה במשפט המשווה.

96. לאורך חוות דעתו של חברי, שזורות אמירות שלפיהן המערער פרסם את הסרט “מבלי להסירו מהמרחב הציבורי”, וכי “כל אימת שהפרסום הפוגעני נמצא במרחב הציבורי ואינו מוסר ממנו, ייחשב הפרסום לעוולה נמשכת” (ראו, בין היתר, פסקאות 45-46 לחוות דעתו; וכן פסקה 10 לחוות דעתו של השופט מיינץ). בנוסף, בתארו את המשפט האנגלי המעוגן בעקרונות המשפט המקובל (המהווה לשיטתו את הדין המצוי), חברי סבור כי “פרסום דיבה, כהגדרתו בחוק לשון הרע, אשר חוזר על עצמו מדי יום ביומו, מבלי שמפרסמו דואג להסירו, מהווה עוולה נמשכת” (פסקה 60 לחוות דעתו, ההדגשה הוספה – י”ע). דומה כי הימצאותו הנמשכת-כביכול של הסרט במרחב הציבורי ואי הסרת הסרט ממרחב זה – היא אבן הראשה בחוות דעתו של חברי, ובה תולה חברי את מסקנתו כי יש לראות את הקרנות הסרט כעוולה נמשכת.

על ניסיונו של חברי “למסגר” את נסיבות המקרה שלפנינו באופן המתואר לעיל, אני בכל הכבוד חולק. לטעמי, אין בסיס לסברה כי ענייננו נסב על פרסום שהועלה למרחב הציבורי ולא הוסר ממנו מאז שנת 2002. ענייננו בארבע הקרנות נקודתיות, קונקרטיות, ספורדיות וחולפות. אלו ההקרנות שבגינן הוגשה תביעת המשיב. הקרנות אלו החלו כשמונה שנים לאחר שנת 2002; הן נערכו במהלך תקופה כוללת של כשלוש שנים (מחודש

ינואר 2010 עד חודש דצמבר 2012); בין כל הקרנה חציץ פרק זמן ממושך בן מספר חודשים, לעתים למעלה משנה. אם נשוב לדוגמת הפרזה שנתלתה בכיכר העיר, אזי המקרה שלפנינו דומה יותר למצב שבו פלוני תלה כרזה והסיר אותה; בחלוף שנים ארוכות תלה את הכרזה מחדש והסיר אותה כעבור מספר שעות; ולאחר מספר חודשים תלה אותה ושוב הסיר אותה. זאת, להבדיל ממצב "נמשך" שבו פלוני תלה כרזה במרחב הציבורי וזו נותרה תלויה במשך תקופה ארוכה (דוגמה שאינה רלוונטית לארבע ההקרנות של הסרט במקרה שלפנינו, ומשכך איני רואה להידרש לה). לעניין זה אף איני רואה להקיש מפסקי דין ישנים שעניינם בחשיפה של עובדים לחומרים מסוכנים (פסקה 11 לפסק דינו של חברי), מאטריה מיוחדת בדיני ההתיישנות בנזיקין שמאפייניה שונים מזו שלפנינו.

כאמור, תביעתו של המשיב הוגשה בגין ארבע ההקרנות הנקודתיות שהוזכרו. הטענה כי הקרנות הסרט הן בגדר פרסום שנכח כל העת במרחב הציבורי, כלל לא נטענה על ידי המשיב. אוסיף, כי העובדה שלאורך השנים עותקים של הסרט היו נגישים לציבור, אין בה כשלעצמה כדי להפוך את הפרסום ל"עוולה נמשכת" מיום צאתו של הסרט לאור ועד עצם היום הזה. שאם לא כן, פירוש הדבר שכל אימת שקיים עותק של פרסום דיבתי הנגיש לציבור, מירוץ ההתיישנות לא יסתיים. טול דוגמה שבה פלוני פרסם ספר הכולל לשון הרע על אלמוני. לשיטתם של חבריי, כל עוד עותק של הספר מצוי בחנויות הספרים, יעלה הדבר כדי עוולה נמשכת של פרסום לשון הרע, שלעולם לא תתיישן, גם לא בחלוף שנים ארוכות מיום פרסום הספר לראשונה. תוצאה שכזו קשה להלום. אף ספק אם היא עולה בקנה אחד עם המדיניות המשפטית הנוהגת, שלפיה גם כאשר בית המשפט כבר מגיע למסקנה כי פרסום כלשהו מהווה לשון הרע, צו להחרמת עותקים של הפרסום המצויים בידי צדדים שלישיים, מכוח סעיף 9(א)(1) לחוק, יינתן במקרים חריגים בלבד (שנהר, עמ' 358). ואכן, חיפוש בפסיקה מעלה כי נדירים המקרים שבהם בתי המשפט פוסקים סעד שכזה.

97. באשר לאחריות בגין העלאת הסרט לאתר יוטיוב, לא אשוב על דברים שאמרת. אך משמצאו חבריי להתייחס לנושא הפרסום באינטרנט, אוסיף כי מדבריהם משתמע שלשיטתם, המפרסם במרחב הקיברנטי עלול להיות חשוף לתביעת לשון הרע לעולמי עד, שהרי האינטרנט "לא שוכח" ולא ניתן להסיר לחלוטין מ"המרחב הציבורי" פרסום באינטרנט (למעט במסגרת הליך מיוחד של "הודעה והסרה" או הליך שבו הנפגע יכול לפנות ולבקש הסרת הפרסום מכוח "הזכות להישכח").

על כך יש להוסיף, כי גישתם של חבריי בשאלת אחריותו של המערער לפרסום ביוטיוב עלולה להוביל לכך שפלוני שפרסם לשון הרע, ישא באחריות בגין פרסום חוזר עתידי שיבצע אלמוני, גם בחלוף שנים ארוכות ממועד הפרסום המקורי. מדברי חבריי אף משתמע כי מוטלת על המפרסם המקורי חובה אקטיבית לפנות למפרסם המאוחר ולדרוש את הסרת הפרסום, שאם לא כן הוא עלול לשאת באחריות בגין הפרסום המאוחר. לטעמי יש בכך כדי לעורר קושי, ולא מצאתי בדברי חבריי תשובה לשאלה אימתי תתיישן תביעה שכזו נגד המפרסם המקורי, אם בכלל.

98. לעניין סעיף 8 לחוק ההתיישנות: ניתן להבין ללבו של המשיב שבחר שלא לצפות בסרט במשך שנים, ואיש אינו בא אליו בטרונאי על כך. אך בחירתו המודעת להימנע מצפייה בסרט במשך שנים ארוכות, היא בעלת השלכות בהיבט של דיני ההתיישנות. בכך לא שונה דינו של המשיב מדינו של כל ניזוק אחר. כפי שנפגעי עבירה, נפגעי פעולות איבה וכל הניזוקים באשר הם נדרשים לנקוט הליכים בתוך תקופת ההתיישנות כדי לזכות בסעד, כך דינם של ניזוקים שנפגעו כתוצאה מפרסום לשון הרע, ובכללם המשיב. המקרה שלפנינו הוא מקרה מובהק של אי תחולת הרכיב האובייקטיבי של סעיף 8 לחוק ההתיישנות – המשיב השתתף בקרבות בג'נין; הוא איבד שם את חבריו לקרב; חבריו ידעו שהוא לחם לצידם בג'נין במהלך מבצע "חומת מגן", והוא עצמו ידע על חבריו שלחמו עמו; חבריו של המשיב ידעו שהוא מופיע בחטף בסרט, שהרי עו"ד כספי אף ביקש לצרפו בשעתו לעתירה (גם אם, לטענתו, ללא ידיעתו); סיפורו של הסרט ג'נין-ג'נין תפס את הכותרות פעמים רבות בגלל המאבק שניהלו חבריו של המשיב; והמשיב היה מודע להליכים המשפטיים שהתנהלו לגבי הסרט. במצב דברים זה, לא ניתן לומר כי במשך כל אותן שנים למשיב לא היתה ידיעה בכוח או בפועל ברמה של "קצה חוט" שמא אף הוא מופיע בסרט.

99. לבסוף, מספר הערות באשר להיקפו של צו המניעה:

ראשית, אחזור ואזכיר כי מתוך הסרט שאורכו למעלה מ-50 דקות, ענייננו של המשיב מסתכם בקטע של 4 שניות, שבמהלכן הוא נראה מהלך עם שני קצינים אחרים. כאמור, הייתי נכון להגיע למסקנה כי אין מדובר בצילומי אילוסטרציה אלא בלשון הרע. על כך נסבה תביעתו של המשיב, ומטבע הדברים, התרופה לכך היא הסרת הקטע הפוגעני. ידועה האמרה "Hard cases make bad law", ודומני כי לתוצאה שאליה הגיעו חבריי עלולה להיות השלכה למקרים אחרים. כפי שציינתי, קשה להלום מצב לפיו ראובן שהגיש תביעת לשון הרע הנסבה על מספר שורות בספר, יזכה לצו מניעה האוסר פרסום של הספר כולו.

שנית, בשונה מרכיב הפיצוי בגין פרסום לשון הרע, "לעניין הסעד של צו מניעה אין חשיבות לאשמתו החברתית או המוסרית של העושה, שכן צו מניעה הוא סעד למניעת פגיעה בזכות, ולא סעד של מתן פיצוי או הטלת סנקציה על מעשה שכבר נעשה" (גנאים, קרמניצר ושנור בעמ' 419, ההדגשה הוספה – י"ע). באספקלריה זו, מסופקני אם יש יסוד לעמדתו של חברי, השופט שטיין, כי אלמלא צו המניעה הגורף שהוציא בית המשפט המחוזי תחת ידו, היה מקום לפסוק למשיב פיצוי בשיעור גבוה יותר מכפי שנפסק לזכותו.

לבסוף, לא אכחד כי בדומה לחברי השופט מין, אף אני מסופק לגבי מידת האפקטיביות של צו המניעה, בפרט לנוכח העובדה שהסרט יוסיף להיות נגיש באתר יוטיוב (על כך כאמור לא הוגש ערעור מטעם המשיב; וראו לעניין זה תמר גדרון ואורי וולובלסקי "עוד על 'ג'נין ג'נין' – הערה בעקבות פסיקת בית המשפט המחוזי בסיבוב השני בעניין מגנאג'י נ' בכרי" המשפט כח (עתיד להתפרסם), שם סבורים המחברים כי חוסר האפקטיביות של צו המניעה במקרה דנן צריך היה להוביל לויתור על סעד הציווי). ואולם, משעה שמידת האפקטיביות של צווי המניעה, בהיקפם השונה, מוטלת בספק, דומני כי על בית המשפט להסתפק בסעד המתון מבין השניים.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

1. דעתי היא כי בכפוף לשינוי בהנמקה לדחייתה של טענת ההתיישנות, כמפורט להלן, פסק הדין קמא עומד על יסודות איתנים. מסיבה זו, ובשונה מחברי, השופט י' עמית, סבורני כי עלינו לדחות את הערעור שלפנינו בכללותו ולהשאיר את התוצאה אליה הגיע בית משפט קמא על כנה.

2. להלן תמצית עמדתי:

א. המערער יצר סרט כזבים שהוציא דיבתו של המשיב 1 רעה במרחב הציבורי.

ב. המערער לא טרח להסיר פרסום זה או לתקנו למרות שהפרסום עולה כדי לשון הרע נגד המשיב 1.

ג. אשר על כן, העוולה שהמערער אחראי לה הינה הולכת ונמשכת במובנם של דיני הנזיקין החלים במקומותינו, ובפרט במובנו של סעיף 68א(א) לפקודת הנזיקים האזרחיים, 1944 (להלן: פקודת הנזיקים האזרחיים) – כיום, סעיף 89(1) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין). זאת, בין היתר, מאחר שעוולת לשון הרע אינה מכילה את נזקו של הנפגע כרכיב מרכיביה – למרות זכאותו העקרונית של הנפגע מלשון הרע לסעד של פיצויים מוכחים או סטטוטוריים.

ד. לאור האמור, ובניגוד לעמדת חברי, השופט עמית, הנני סבור כדלקמן:

(1) שום רכיב מרכיבי תביעתו של המשיב 1 נגד המערער לא התיישן.

(2) מחדלו המתמשך של המערער – שכאמור לא הסיר את סרט הכזבים שלו מהמרחב הציבורי, אחרי שפעל להצבתו ולהצגתו באותו מרחב, ואף לא תיקן את הסרט – הופך אותו לאחראי גם להצגת הסרט באתר ה-YouTube, למרות העדרן של ראיות שבכוחן לסמן את המערער כמי שהעלה את הסרט לאתר זה או נתן את הסכמתו לכך.

ה. באשר לסכום הפיצוי – 175,000 ש"ח – שבית משפט קמא פסק לזכות המשיב 1 ללא הוכחת נזקיו, סבורני כי בקביעתו של סכום כאמור בגדרו של סעיף 7א לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק לשון הרע או החוק), לא נפל כל פגם אשר קורא להתערבותנו בשיקול הדעת שהמחוקק העניק בנדון דידן לערכאות דיוניות.

3. להלן הנימוקים שעל יסודם גיבשתי עמדה זו.

העובדות

4. המערער, מר מוחמד בכרי, יצר את הסרט "ג'נין ג'נין" נושא דיוננו (להלן: הסרט). כיום אין עוד מחלוקת על כך שסרט זה מכיל בתוכו לשון הרע נגד המשיב 1, סגן-אלוף במילואים, מר ניסים מגנאג'י. המשיב 1 שירת את המדינה תחת אש מחבלים כשהוא מסכן את חייו, ולא כך הוא נראה בסרט. הסרט מציגו כמי שנטל חלק בפשעי מלחמה חמורים המיוחסים לכלל חיילי צה"ל אשר השתתפו במבצע "חומת מגן" –

מערכה שצה"ל ניהל במטרה להרוס את תשתיות הטרור, אשר נבנו באותה תקופה בעיר ג'נין, אחרי מתן התראות לתושבי המקום שאפשרו להם להתפנות משטח הלחימה מבעוד מועד. מבצע זה החל בסוף חודש מרץ של שנת 2002 בעקבות הירצחם של 30 סועדים שקיימו סדר-פסח במלון "פארק" בנתניה, בתוכם 11 קשישים ניצולי שואה. מעשה טרור זה, אשר הותיר אחריו, בנוסף להרוגים, 160 פצועים, היה החמור מבין מעשי הטרור ההמוניים שידענו באותה תקופה, אשר בכללותם הביאו למותם של למעלה מאלף אזרחים ישראלים ולפציעתם של אלפים. במהלך המבצע, נהרגו 52 פלסטינים, מחציתם מחבלים ומחציתם אזרחים. המבצע גבה את חייהם של 23 חיילי צה"ל והשאיר עשרות רבות של חיילינו פצועים.

5. הייחוס של פשעי מלחמה למשיב 1 ולכלל חיילי צה"ל ומפקדיו, אשר נטלו חלק במבצע "חומת מגן", נעשה באופן שקרי וללא שום בדיקה של העובדות. "עובדות" הסרט מובאות בו במסווה של עדויות תושבי ג'נין אשר נשמעות – לצד תרגומן לאנגלית – על רקע של תמונות אשר מראות הריסות בתים, כלי מלחמה של צה"ל ודמויות חייליו ומפקדיו. אחד המפקדים שנראו בתמונות אלה הוא המשיב 1. הסרט מציגו לצד הסיפור המצמרר המסופר על ידי איש פלסטיני זקן – סיפור שאמיתותו לא נבדקה, ולו ברמה הבסיסית ביותר. לדברי מספר הסיפור, הוא נשדד על ידי חיילי צה"ל אשר נטלו עמם את כל הסכונותיו, לאחר שאיימו לרצחו אם לא ימסור להם את כספו. לצדו של סיפור זה, מציג הסרט מראות קשים לצפייה אשר מייחסים לחיילי צה"ל הרג המוני של תושבים פלסטיניים תמימים – וגם זאת ללא שום חקירה ודרישה המצופות מעורכי סרטים דוקומנטריים ששמים את האמת בראש מעיינם. במילים פשוטות יותר: הסרט "הדוקומנטרי" שיצר המערער אינו אלא גרסה בת-זמננו של "הפרוטוקולים של זקני ציון", אשר עושה שימוש אסוציאטיבי נרחב בסטראוטיפים כוזבים – המצויים בליבת ההווה האנטישמית מאות בשנים – ואשר מציגה יהודים כצמאי-דם ותאבי בצע כסף (ראו, למשל: MAGDA TETER, BLOOD LIBEL: ON THE TRAIL OF AN ANTISEMITIC MYTH, 1-13; 377ff (Harvard University Press – 2020) Miroslaw Kofta & Grzegorz Sedek, *Conspiracy Stereotypes of Jews During Systemic Transformation in Poland*, 35 INT. J. SOC. 40 (2014), <https://doi.org/10.1080/00207659.2005.11043142>; BERNARD GLASSMAN, ANTI-SEMITIC STEREOTYPES WITHOUT JEWS: IMAGES OF THE JEWS IN ENGLAND (1290-1700, Ch. 1 (Wayne State University Press – 1975).

6. בכפוף לעניין ההתיישנות, אליו אתייחס בהמשך דבריי, אחריותו של המערער ללשון הרע, אשר פגעה בזכויותיו של המשיב 1, אף היא אינה במחלוקת אמיתית. המערער אינו זכאי לשום הגנה שבהתקיים תנאיה מוענקת לנתבעים בגדרו של חוק לשון הרע. כפי שנקבע בפסק הדין קמא, וכפי שצוין בחוות דעתו המפורטת של חברי, השופט עמית, המערער לא פעל בתום-לב וממילא לא טרח לעשות ולו מאמץ מינימלי על-מנת להגיע לחקר האמת בסרט שיצר. לא האמת היתה נר לרגליו, אלא השחרת פניהם של צבא הגנה לישראל ולוחמיו על בסיסן של "עובדות" שהיו בלתי-בדוקות, במקרה הטוב, ומסולפות במתכוון, במקרה הפחות טוב.

7. הסרט הוקרן לראשונה בשנת 2002. במהלכן של שבע השנים אשר קדמו להגשת תביעתו של המשיב 1, בחודש נובמבר 2016, הסרט הוקרן ארבע פעמים: באוניברסיטה העברית בירושלים; באוניברסיטת תל אביב; במכללת בית-ברל; ובסינמטק זכרון יעקב. בשנת 2012, הועלה הסרט לאתר ה-YouTube באינטרנט על ידי גורם שזהותו לא התבררה.

8. בית משפט קמא קבע כי מסכת הקרנות זאת אינה מגיעה כדי עוולה נמשכת. אולם, לאחר שמצא כי לזכות המשיב 1 עומד החריג של "התיישנות שלא מדעת", דחה בית המשפט את טענת ההתיישנות אשר הועלתה על ידי המערער, כטענת הגנה, ביחס להקרנות הסרט שבינן לבין המועד בו הוגשה התביעה מפרידה תקופה שחצתה את הקו של שבע שנים (לגבי עניינים אלה ראו סעיפים 15(1) ו-8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות)).

9. באשר לסעדים המגיעים למשיב 1 – בית משפט קמא פסק לזכותו, כאמור, פיצוי ללא הוכחת נזק בסך כולל של 175,000 ש"ח והוציא מלפניו צו אשר מונע את הפצת הסרט ואת הקרנתו, וכן צו המורה על החרמת עותקיו של הסרט ככל שהמערער מודע למקום הימצאותם. בית המשפט נמנע מלהוציא צווים כאמור ביחס לאתר ה-YouTube – זאת, אחרי שנוכח לדעת כי המשיב 1 לא פנה למפיץ הסרט באתר זה לפני שהגיש את תביעתו.

10. בית משפט קמא החליט כאמור על יסוד ממצאים עובדתיים אשר נקבעו על ידו אחרי שמיעת ראיות. עיקריהם של ממצאים אלה אינם במחלוקת ובהם ממילא אין מקום

להתערב במסגרתו של ערעור (ראו, מיני רבים: ע"א 1548/96 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' לופו, פ"ד נד(2) 568, 559 (2000); ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון בראשי, פ"ד נב(2) 582, 594 (1998); ע"א 4839/92 גנו נ' כץ, פ"ד מח(4) 756, 749 (1994); ע"א 1966/07 אריאל נ' קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ, פסקאות 26-27 (9.8.2010)). חברי, השופט עמית, סבור כי בית משפט קמא טעה טעות שבדין בכך שקבע כי המשיב 1 זכאי להריג של "התיישנות שלא מדעת"; ובעניין זה איני רואה צורך לחוות דעה לכאן או לכאן. זאת, מאחר שאני סבור כי בית משפט קמא טעה טעות שבדין בקבעו כי העוולה של לשון הרע, לה נמצא המערער אחראי ללא צל-צלו של ספק, לא היתה עוולה נמשכת בנסיבות ביצועה. סבורני כי בפנינו עוולה נמשכת, כמשמעה בדיני הנזיקין; ועל כן – בניגוד לעמדת חברי, השופט עמית – הגעתי למסקנה כי תביעתו של המשיב 1 נגד המערער לא התיישנה בשום רכיב מרכיביה.

11. המערער פרסם את הסרט במרחב הציבורי ואפשר את הקרנתו ברבים. ברי הוא גם, כי הסרט נועד להיות מוקרן יותר מפעם אחת בפני קהלים שונים בארץ ובעולם, ולהעביר לקהלים אלו מסר כוזב לפיו צה"ל ולוחמיו ביצעו פשעי מלחמה כלפי אוכלוסייה אזרחית בג'נין במהלכו של המבצע "חומת מגן" – פשעים שכביכול כללו הרג המונים, הריסת בתים ומעשי שוד וביזה. מסיבה פשוטה זו, ובשל פרסום הכזבים שפרסם, מצא עצמו המערער תחת חובה להסיר את הסרט מהמרחב הציבורי, לנקותו משקרים ומדברי כזב, או, למצער, להוציא מן הסרט את דמותו של המשיב 1, אשר כאמור מוצג בסרט כפושע מלחמה (ראו: רע"א 4673/15 בר נוי נ' טביר, פסקה 10 (2016) (להלן: עניין טביר)). הווה אומר: כל אימת שהמערער משאיר את סרט הכזבים שלו במרחב הציבורי אחרי הצבתו שם, לא מתקנו, אינו מכחיש את תוכנו, ואינו פונה למקריני הסרט בדרישה להפסיק את הקרנותיו – קרי, אינו עושה את כל אשר לאל ידו כדי לעצור את הפצת הדיבה שבסרט – הרי שהוא ממשיך להיות אחראי ללשון הרע שהביא לעולם. אחריותו זו של המערער מורכבת ממעשה וממחדל, בדומה לאחריותו של מעוול "מן השורה" אשר יוצר סיכון לנזק במעשה שדבק בו אשם, ואחר-כך אינו נוקט באמצעים סבירים כדי לנסות ולמנוע את קרות הנזק (ראו והשוו: ע"א 590/67 קלינמן נ' ד"ר מירון חרושת כימית בע"מ, פ"ד כב(2) 929, 935-936 (1968) (להלן: עניין קלינמן)), שם נקבע כי המעסיקה התרשלה כלפי העובדת שלה משלא פעלה למנוע את חשיפת העובדת לחומרים כימיים מסוכנים, במשך תשע שנות עבודתה במקום; ע"א 702/86 איטונג בטרדם בע"מ נ' בן הרוש, פ"ד מד(1) 160, 172 (1989), שם נקבע כי המעסיקה התרשלה כלפי העובד שלה, הואיל ולא נקטה בכל האמצעים הדרושים כדי למנוע חשיפה של העובד לאבק בכמות ניכרת אשר השפיע על מצבו הבריאותי, במשך 14 שנות עבודתו במקום). במילים אחרות: פרסומו של סרט הכזבים במרחב הציבורי על ידי המערער העמיד אותו תחת חובה משפטית לתקן

את אשר קלקל, והמחדל שבאי-התיקון הפך את המערער למעוול שמבצע עוולת נזיקין נמשכת (ראו: אלעד פלד "מניין תקופת ההתיישנות בתביעות בגין עוולות מקוונות" חוקים ד 57, 65 (2012) (להלן: עוולות מקוונות)).

12. זאת ועוד: בניגוד לדעת חברי, השופט עמית, הנני סבור כי המערער נושא באחריות נזיקית גם לפרסום הסרט באתר ה-YouTube, כפי שקבע בית משפט קמא. לדעת חברי, "הניסיון להטיל על אדם אחריות בגין פרסום שנעשה שלא בשליטתו, ללא ידיעתו וללא הסכמתו, משל היה מעין מעוול-במשותף-שלא-מדעת, הוא ניסיון מוקשה" – ועם קביעה זאת אני כמובן מסכים. ברם, סבורני שאחריותו של המערער לפרסום סרט ב-YouTube נגזרת ממחדלו-שלו, ולא מעוולתו של אדם אחר. המערער הציב את סרט הכזבים שלו במרחב הציבורי והוציא את דיבתו של המשיב 1 רעה באופן שאפשר את העתקת הסרט והצגתו ברבים, ואחר-כך, כאמור, לא עשה דבר – וגם לא חצי-דבר, כדוגמת משלוח מכתב-דרישה מטעמו כבעל זכויות היוצרים בסרט – כדי להביא להסרת הסרט מאתר ה-YouTube. מטעם זה, הנני סבור כי בית משפט קמא טעה בסרכו להוציא מלפניו צו המורה למערער לפעול בשקידה ראויה להסרת הסרט מאתר ה-YouTube, אך מאחר שהמשיב 1 לא ערער על החלטה זו, לא ארחיב עליה את הדיבור. אסתפק בקביעה שבית משפט קמא צדק בקבעו את שיעור הפיצויים לטובת המשיב 1 בהתחשב בפרסום הסרט באתר ה-YouTube.

13. לסיכום, הנני סבור שהמשיב 1 זכאי למלוא הפיצוי אשר נפסק לטובתו על ידי בית משפט קמא.

14. לפני מתן הסבר מפורט למסקנתי זו, ברצוני להבהיר את מסגרת הדיון בערעור הנוכחי. במסגרת זו, אעמוד על שני עניינים. העניין הראשון הוא השינוי שאותו אני מציע לעשות בקביעתו של בית משפט קמא כי המערער לא ביצע עוולה נמשכת כלפי המשיב 1. אני מציע לעשות שינוי כאמור – ובמסגרתו לקבוע כי עסקינן בעוולה נמשכת – על רקע העובדות אשר נקבעו, כפי שנקבעו, על ידי בית משפט קמא, ושלגביהן אין עוד מחלוקת אמיתית. מדובר בשינוי במסקנתו המשפטית של בית משפט קמא בנושא שלגביו התקיים דיון לפניו, ואחר-כך גם לפנינו. עשיית שינוי משפטי זה אינה מצריכה שום התערבות בממצאיו העובדתיים של בית משפט קמא, ועל כן היא מסורה לידינו כערכאת הערעור (ראו: ע"א 558/96 חברת שיכון עובדים בע"מ נ' רזנטל, פ"ד נב(4) 563, 568 (1998); ע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינק, פסקה יד (4.8.2014); ע"פ 4784/13 סומך נ' מדינת ישראל, פסקאות 93-94 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (18.2.2016)).

15. העניין השני הוא "טענת ארבע השניות" שהמערער העלה לפני בית משפט קמא ואחר-כך לפנינו. לפי טענה זו, לשון הרע אודות המשיב 1 שמציג הסרט נמשכה ארבע שניות בלבד, ועל כן, ככל שניתן לראות בה נזק לשמו הטוב, היא בגדר זוטי דברים. טענה זו תלויה על בלימה. האמירה "סגן-אלוף ניסים מגנאג'י הוא פושע מלחמה האחראי על ביזה של איש זקן וחסר-ישע", היא אמירה קשה מאד. כל אימת שאין בה שום אמת, היא פוגעת, ללא שום הצדקה שבדין, בשמו הטוב של ניסים מגנאג'י, נוטה לבזותו בעיני הבריות, ואף חושפת אותו למעשי תגמול ונקמה כאלה או אחרים בישראל ובחו"ל. אמירה זו ניתן לזרוק לחלל האוויר בתוך פחות מארבע שניות, אך תיקון נזקיה – אם בכלל ניתן לתקנם באופן מלא – עלול לקחת חודשים, אם לא שנים. הדבר חמור פי-כמה כאשר מפיץ הדיבה נגד ניסים מגנאג'י גם מציג את תמונתו בפני רבבות הצופים בסרט. לזאת אוסיף, כי ה"עדות" של אותו איש זקן וחסר ישע, שאחריה מוצגת תמונתו של המשיב 1, נמשכה יותר מארבע שניות. במילים אחרות: היותו של קטע הסרט אשר מפיץ כזבים פוגעניים אודות המשיב 1 קצר יחסית אינו משנה דבר. קביעתו זו של בית משפט קמא מקובלת עלי אפוא ללא שום סייג, ולא אדרש לה עוד. באשר לאפשרות של עריכת הסרט שתגזור ממנו כל חלק שמראה את דמותו של המשיב 1 – אין לי אלא לקבוע כי עלינו ליתן את פסק דיננו ביחס לסרט כמות שהוא, כפי שהמערער בחר ליצור אותו ולהציגו במרחב הציבורי. לא נערוך את סרט הכזבים במקומו של המערער כדי לעזור לו בערעורו (ראו והשוו לדברי הנשיא א' גרוניס בדנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין-אורבך, פ"ד סז(1) 667, 751-752 (2014) (להלן: עניין דיין) ("לא מתפקידו של בית המשפט להיכנס בנעליו של העורך")).

עסקינן בעוולה נמשכת

16. האם פרסומה של לשון הרע נגד המשיב 1, לו נמצא המערער אחראי, אכן מהווה עוולה נמשכת? מענה חיובי לשאלה זו ישלול מידי של המערער את הגנת ההתיישנות מעיקרה, ואף יטיל עליו חבות בנזיקין בגין פרסום הסרט באתר ה-YouTube.

מטעם זה, חובה עלינו לבחון אם עסקינן בעוולה נמשכת ואם לאו.

17. מדובר בשאלה מורכבת למדי. פסיקתנו (ראו, למשל: עניין סביר, בפסקה 8) והספרות המשפטית (ראו: ישראל גלעד התיישנות בדין האזרחי 203-233 (2022) (להלן: גלעד); טל חבקין התיישנות 453-455 (מהדורה שנייה, 2021) (להלן: חבקין)) התקשו ליתן לה מענה ברור וחד-משמעי. אחרי דיון מעמיק בשאלה זו, הגיע חברי, השופט עמית,

למסקנה כי כל הקרנה של הסרט היא בגדר עוולה נפרדת ועצמאית וכי אין מדובר בעוולה נמשכת. ניתוק זה בין הקרנות הסרט הוביל את חברי לשתי מסקנות: האחת היא התיישנות תביעתו של המשיב 1 בכל הקשור להקרנת הסרט משנת 2002, להבדיל מההקרנות אשר נערכו בשנים 2010-2012 ואשר הקימו למשיב 1 – שכאמור הגיש את תביעתו נגד המערער בשנת 2016 – עילת תביעה נפרדת, אשר לא התיישנה; והשנייה היא היות המערער בלתי אחראי להצגת הסרט באתר ה-Youtube, אחרי העלאתו לאתר זה על ידי מאן דהוא.

18. דעתי שונה.

19. מעשיו של המערער כללו, כאמור, את יצירתו של סרט הכוזבים והעמדתו לצפייה במרחב הציבורי. לית מאן דפליג שמעשים אלו עולים כדי "לשון הרע", כמשמעה בחוק לשון הרע. מדובר ב"פרסום", במובנו של סעיף 2 לחוק לשון הרע. לפי סעיף 2(ב) לחוק, "רואים כפרסום לשון הרע, בלי למעט מדרכי פרסום אחרות – אם היתה בכתב והכתב עשוי היה, לפי הנסיבות, להגיע לאדם זולת הנפגע", כאשר התיבה "בכתב" משמעה "לרבות בדפוס, בליתוגרפיה, במכונת כתיבה, בצילום ובכל דרך אחרת של הצגת מלים או ספרות, או העתקתן, בצורה הנראית לעין", כאמור בסעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] (או "לרבות בכל דרך אחרת של הצגת אותיות, ספרות או סימנים בצורה הנראית לעין או הניתנת לפענוח חזותי", כאמור בסעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981) (ראו: חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנוור דיני לשון הרע – הדין המצוי והדין הרצוי 198-199 (מהדורה שנייה מורחבת, 2019) (להלן: לשון הרע – הדין המצוי והדין הרצוי); אורי שנהר דיני לשון הרע 144 (1997) (להלן: שנהר)). אשר על כן, סרט קולנועי או סרט וידאו, אשר עשוי להיות נצפה על ידי אדם שאינו הנפגע מלשון הרע, הוא בגדר פרסום, ואין הנפגע נדרש להוכיח שהסרט נצפה בפועל על ידי אחרים (להגדרת "כתב" ככולל סרט קולנועי לעניין לשון הרע, ראו מיני רבים: *Developments in the Law: Defamation*, 69 HARV. L. REV. 875, 888-889 (1956)). ברי הוא גם כי סרט הכוזבים שבו עסקינן עלול להשפיל את המשיב 1 בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם – כאמור בסעיף 1(1) לחוק לשון הרע. פרסום כאמור, כל אימת שהמערער לא מפסיקו, לא מסירו מהמרחב הציבורי ואינו מנתק את עצמו ממנו, הוא בגדר עוולת לשון הרע אשר הולכת ונמשכת על-פני ציר הזמן. כפי שיוסבר להלן, מסקנה זו עולה מהוראות הדין אשר חלות על המקרה דנן, ועל כן המערער אינו זכאי להגנת התיישנות בקשר להקרנות סרטו בשנת 2002 והינו אחראי להצגת הסרט באמצעות אתר ה-Youtube.

20. זאת ועוד: לפי כללי הנזיקין שחלים בנדון דידן, ברי הוא כי מתקיים קשר סיבתי בין יצירתו של סרט הכזבים על ידי המערער לבין הצגתו במרחב הציבורי, ובכלל זה העלאת הסרט לאתר ה-YouTube. כך קבע בית משפט קמא ובממצא זה אין לנו כל עילה מבוררת להתערב. לזאת אוסיף, כי ספק גדול בעיניי אם יוצרו של פרסום המהווה לשון הרע, אשר בוחר להציגו במרחב הציבורי, יכול לנתק את הקשר הסיבתי בין פרסומי ההמשך של אותה לשון הרע לבין מעשה העוולה שעשה – זאת, גם כאשר פרסומי ההמשך נעשו על ידי אנשים אחרים שעמם אין לו כל קשר אישי או עסקי (ראו והשוו: רע"א 1239/19 שאול נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ, פסקה 49 (8.1.2020) (להלן: עניין ניידלי)). ניתוק הקשר הסיבתי כאמור יכול להתרחש רק במצבי קצה דמיוניים, בהם אנו עדים להתערבותו של גורם זר דומיננטי שנוטל את המושכות לידיו כאשר ההתערבות איננה צפויה כלל וכלל (ראו: ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, פ"ד לח(3) 1, 9 (1984); ע"א 8199/01 עיזבון מירו נ' מירו, פ"ד נז(2) 785, 792 (2001); ע"א 7008/09 עבד אל רחים נ' עבד אל קאדר, פסקה 22 (7.9.2010)). פשיטא הוא, שמצב הדברים שלפנינו איננו כזה.

מהי עוולה נמשכת?

21. כפי שמציין חברי, השופט עמית, השאלה "מהי עוולה נמשכת?" טרם קיבלה תשובה ברורה בפסיקתנו. במובן זה, פסיקתנו אינה שונה מהפסיקה האנגלו-אמריקנית, שגם היא מתקשה לתת לשאלה זו מענה חד-ערכי אחיד (ראו: Kyle Graham, *The Continuing Violations Doctrine*, 43 GONZAGA L. REV. 271, 283-291 (2007) (להלן: גרהם)).

22. הסיבה לכך קשורה למה שלטעמי מהווה טעות בסיווג השאלה, אשר חוזרת על עצמה. בתי המשפט רואים בשאלה "האם עסקינן בעוולה נמשכת?" שאלה עובדתית בעיקרה. כפועל יוצא מכך, בתי המשפט מתמקדים במאפייניהם העובדתיים של מעשי נזיקין אשר מובאים בפניהם – מאפיינים שמטבע הדברים משתנים ממקרה למקרה. התמקדות זו היא בלי ספק הכרחית במובן זה שבלעדי עובדות-המקרה אין: עובדות אלו, ורק הן, מהוות בסיס להכרעתו של בית המשפט בזכויותיהם ובחובותיהם של בעלי הדין. ואולם, השאלה האם עובדות כאלה או אחרות מהוות עוולה נמשכת איננה שאלה עובדתית. שאלה זאת היא שאלה משפטית מובהקת. מענה נכון לשאלה זו אינו מצוי אך ורק בעובדות המקרה אשר עומד להכרעה ובבדיקה אמפירית של מאפייניהן. מענה זה מצוי, בראש ובראשונה, בהוראות הדין אשר חלות על עובדות אלו ודומותיהן. באופן ספציפי יותר, מענה נכון לשאלה "האם בפנינו עוולה נמשכת?" נמצא בשתיים אלו: (1)

הגדרתה של עוולת הנזיקין לה נמצא הנתבע אחראי; וכך (2) הגדרותיהם של נזק ושל כללי הקשר הסיבתי, אשר חלות על המקרה (ראו והשוו: Elad Peled, *Rethinking the Continuing Violation Doctrine: The Application of Statutes of Limitations to Continuing Tort Claims*, 41 OHIO N. U. L. REV. 343, 355-362 (2015) (להלן: "Alongside [the continuity criterion – A.S.] lie :356 בעמ' שם, וראו שם, פלד); important questions pertaining to the essence and objective of substantive-law liability, to its precise elements and especially to the significance of actual damage among them, to the timing in which each of them occurs or becomes .substantial"

23. פרופ' ישראל גלעד הטיב לנתח ולהבהיר תובנה חשובה זו במאמרו "התיישנות בנזיקין – הצעה לשינוי החוק" משפטים יט 81 (התשמ"ט) (להלן: גלעד, הצעה לשינוי החוק), בכתבו כך:

"מהן התופעות ששאלת הימשכותן [כחלק ממעשי נזיקין – א.ש.] רלבנטית להקשר ההתיישנות? תשובתנו: כל התופעות המרכיבות את עילת התביעה הקונקרטית. כדי שעילה קונקרטית תיחשב כנמשכת, צריכים – לדעתנו – כל מרכיביה לקיים אחר תכונת ההימשכות. מרכיביה של העילה הקונקרטית הם, כזכור, ה'אשם' שהתנהגות זו יוצרת וגרימת הנזק על-ידי ה'אשם'. הימשכות מרכיב אחד של עילת התביעה, שאינה מלווה בהימשכות מרכיבה האחר, אינה יוצרת – לדעתנו – עילה נמשכת לצורך התיישנות. [...] 'אשם', נזכיר, הוא התנהגותו (מעשה או מחדל) של הנתבע, העונה אחר דרישות העוולה שעליה מתבססת התביעה הקונקרטית (למעט גרימת הנזק). 'אשם' ייחשב כנמשך כאשר מתקיימות בו תכונות החזרה והרציפות. [...] לדעתנו אפשר ש'אשם' ייחשב כנמשך גם אם ההתנהגות אינה כזו. השאלה אם 'אשם' נתון מקיים את תכונות החזרה והרציפות תלויה בהגדרת האחריות בעוולה הרלבנטית, ולא בחזות החיצונית של ההתנהגות. הגדרת האחריות היא שתקבע, למשל, אם קיימת אותה זהות מהותית הנדרשת כתנאי לתכונת החזרה. מחדל לאתר את מקור כאבי-הבטן של חולה אינו דומה להתנהגות של השארית תחבושת בבטנו. שהייה שלא כדין במקרקעי הזולת אינה דומה לכניסה המוקדמת לאותם מקרקעין. עם זאת, אפשר שבשני המקרים הנ"ל ייחשבו ה'אשמים' המאוחרים כחזרה על ה'אשמים' המוקדמים, אם הגדרת האחריות בעוולה הרלבנטית 'סובלת' זאת" (ראו: שם, בעמ' 96-97; ההדגשה הוספה – א.ש.).

תמיכה נוספת לתובנה זו מצויה במאמרו של ד"ר אלעד פלד, עוולות מקוונות:

"[...] בסיטואציה שבה חומר המאוחסן במחשב אחד ניתן לצפייה לאורך זמן על ידי גולשי אינטרנט בכל מקום שהוא, אפשר לראות בהנגשת החומר לאחרים כמעין שידור מתמשך גם אם כזה שאיננו תלוי בפקודות חוזרות מצד גורם אנושי כלשהו. יתר על כן, למפרסמים רבים יכולת למנוע בכל רגע נתון את המשך הפגיעה במושא הפרסום על ידי הסרת התוכן הפוגעני מן הרשת. יכולת זו נתונה בעיקר למי שעשה את הפרסום באתר המנוהל על ידיו, אך גם כאשר הפרסום נעשה באתר המנוהל על ידי אחר לעתים קרובות מסוגל המפרסם להסירו, אם באמצעות פעולה טכנית פשוטה ואם באמצעות הגשת בקשה לגורם האחראי (אשר מצדו לא ייטה לחשוף עצמו לסיכון משפטי כאשר המפרסם גילה דעתו כי הפרסום אינו חוסה תחת הגנה טובה). [...] כשפעולה אקטיבית בעלת השלכות ארוכות טווח מתחלפת במחזל שמשמעו השארת המצב העולתי על כנו, עשויים הפעולה והמחזל להתמזג לכדי אשם מתמשך שאינו ניתן לחלוקה" (שם, בעמ' 65; ההדגשה הוספה – א.ש.).

24. השופט ט' חבקין, שהקטע הרלבנטי מספרו צוטט בהסכמה על ידי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין ברע"א 4892/15 המועצה הדתית עכו נ' עיזבון חכון, פסקה ז (16.8.2015), סבור כי עוולה נמשכת צריכה לקיים את תכונות החזרה והרציפות (ראו: חבקין, בעמ' 453). לטעמי, הגדרה זו איננה מדויקת דיה. מעשה נזיקין המסווג כעוולה נמשכת בהחלט יכול לקיים את תכונות החזרה והרציפות כעניין של עובדה אמפירית. ברם, מעשה נזיקין אינו חייב לכלול בתוכו תכונות אלה כדי להיחשב – על פי הדין – לעוולה נמשכת. הדין יכול לשוות מעמד של עוולה נמשכת למגוון רחב של מעשי נזיקין שמאפייניהם אינם כוללים בתוכם חזרתיות ורציפות כעניין של עובדה אמפירית. כפי שמבהיר פרופ' גלעד, "אפשר ש'אשם' ייחשב כנמשך גם אם ההתנהגות אינה כזו" (ראו: גלעד, הצעה לשינוי החוק, בעמ' 97). במילים אחרות: הדין יכול לייחס חזרתיות ורציפות למעשה שאינו נראה על-פניו כמכיל תכונות אלה – וזאת, משיקולים נורמטיביים כאלה או אחרים.

25. חשבו על המקרה הבא: מעוול פלוני רוקן בקבוק רעל אל תוך באר מים בשגגה או במתכוון. מעשה זה אינו מתאפיין בחזרתיות וברציפות כעניין של עובדה אמפירית (מי שרואה דברים אחרת יתבונן נא בבקבוק הריק שנשאר בידי המעוול). דא עקא, המחוקק, שרצונו בכך, בהחלט יכול להגדיר את העוולה שבה עסקינן כ"זיהום באר" ולהטיל אחריות בנזיקין על המזהם כל אימת שהזיהום קיים והמזהם לא מסירו ואינו מנקה את הבאר.

"In some situations, a single act of misconduct may produce a continuing duty to ameliorate the resulting state of affairs. One who falsely imprisons another has an ongoing duty to release the captive. With a continuing nuisance, there may be a perpetual responsibility to fix the offensive condition. An employer may have to fire a harassing employee, or face continued liability for the hostile work environment his mere presence creates. In each of these contexts, a defendant's failure to take affirmative steps to improve a bad situation of his or her own making may prolong a claim or give rise to new ones" (285 בעמ' שם, ראו: שם, בעמ' 285 (ההפניות למקורות הוסרו – א.ש.)).

26. בהקשר דנן, גם ההיפך יהא נכון: העובדה שמעשה עוולה או אחר מתאפיין בחזרתיות וברציפות אינה מבטיחה את סיווג המעשה כאמור כעוולה נמשכת. למשל: טעויות סדרתיות בטיפול רפואי שניתן לחולה על ידי רופאו יכול שתסווגנה כמעשה עוולה עצמאיים, ולא כרשלנות רפואית נמשכת (ראו: Cunningham v. Huffman, 609 (Ill. 1993) 321, 325-326 (N.E.2d)). אחזור ואומר כי המחוקק, אם רצונו בכך, יכול להגדיר מעשה עוולה שמתאפיין בחזרתיות וברציפות כסדרה של עוולות יחידניות (ראו: גלעד, בעמ' 222-223); ובאומרי "המחוקק" – כאן וביחס לדוגמא הקודמת – כוונתי, כמובן, לא רק למחוקק ככזה, אלא גם לבתי המשפט אשר מעצבים דוקטרינות פסיקתיות בדל"ת אמות סמכויותיהם כחלק מהמשפט המקובל הישראלי (לדוגמאות ראו: גלעד, שם; ובאשר למעמדו של "המשפט המקובל הישראלי" כדין לכל דבר ועניין, ראו: אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל בישראל" הפרקליט נה 5, 13-7 (2022)).

27. המענה הנכון לשאלה "האם עסקינן בעוולה נמשכת?" מצוי, אפוא, בראש ובראשונה, ברצונו של המחוקק – כפי שזה בא לידי ביטוי בהוראות הדין – ולא בעיני המתבונן במאפייניו העובדתיים של מעשה נזיקין. דומה כי השופט חבקין היה ער לנקודה חשובה זו בציינו בספרו כי "השאלה אימתי מתקיימים תנאים אלה – חזרה ורציפות – היא שאלה נורמטיבית" (ראו: שם, בעמ' 453; ההדגשה הוספה – א.ש.). ברם, לשיטתו, שאלה נורמטיבית זאת "נתונה לשיקול דעת בית המשפט" – דבר שיכול שיהא נכון ויכול גם שיהא בלתי נכון. קיומו או היעדרו של שיקול דעת שיפוטי בהכרעה בעניין משפטי כזה או אחר, גם הוא תלוי ברצון המחוקק, כפי שזה מוצא את ביטויו בהוראות הדין הרלבנטיות. המחוקק יכול להשאיר בידיהם של בתי המשפט שיקול דעת, ככל שרצונו

בכך; אולם, הוא גם יכול שלא להשאיר שום שיקול דעת אצל שופטים או ליתן להם שיקול דעת מצומצם למדי – ובכל אחד מהמקרים הללו נעשה כדברו, ולא כראות עינינו.

28. המחוקק יכול להגדיר מעשה נזיקין כעוולה נמשכת ממגוון של טעמים. טעמים אלו כוללים את רצון המחוקק לשלול מהמעוול את הגנת ההתיישנות ולהותירו חשוף לתביעות נזיקין כל אימת שהלה אינו מתקן את עוולתו באופן מלא או, למצער, אינו פועל בשקידה ראויה כדי להביא לתיקונו המרבי של המצב הקלוקל שיצר (ראו: גלעד, בעמ' 217-218; גרהם, בעמ' 277-278; פלד, בעמ' 349-352, 369-374). טעמים אלו כוללים גם את הרחבתו של חלון ההזדמנויות של התובעים הפרטיים להגשת תביעות נזיקין נגד המעוול (ראו: פלד, בעמ' 374-375) – זאת, במיוחד כאשר מדובר בתובעים חסרי מידע ודלי אמצעים (ראו והשוו: Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Empowering Individual Plaintiffs*, 102 CORNELL L. REV. 1319 (2017)). כרי הוא גם כי המחוקק יכול להגדיר מעשה נזיקין כעוולה נמשכת גם מטעמים נוספים: למשל, כדי לשוות למעשה כאמור משנה חומרה אשר מצדיקה הטלת פיצויים עונשיים, או פיצויים לדוגמא, על המעוול (ראו והשוו: עניין ניידלי, בפסקה 45; ע"א 89/04 נ' שרנסקי, פסקאות 53, 66 (4.8.2008) (להלן: עניין שרנסקי); לשון הרע – הדין המצוי והדין הרצוי, בעמ' 452-455; אריאל פורת נזיקין א 514 (2013) (להלן: פורת); וכן ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 221 והאסמכתאות שם (2012)).

29. פרופ' גלעד מציג בספרו על התיישנות ניתוח נורמטיבי מאלף בשאלה אימתית היא זה נכון לקבוע בדין עוולות נמשכות (ראו: גלעד, בעמ' 217-220). בסופו של ניתוח זה – שכמו הספר כולו מתמקד בהיבטיו השונים של מוסד ההתיישנות – מביע פרופ' גלעד דעה כי הכרה בעוולות נמשכות כבסיס לקביעת תחילתו של מרוץ ההתיישנות במועד החדילה ממעשה העוולה (להלן: דחיסה לפנים) איננה רצויה – זאת, מאחר שהיא "מיטיבה עם תובעים ומרעה עם נתבעים" (ראו: שם, בעמ' 218). דעתי בעניין זה הינה שונה. הכרה במעשה עוולה כעוולה נמשכת יכול שתוצדק בלא מעט מקרים מהטעמים שמניתי לעיל; ואם יבוא בפניי נתבע וישאלני "כיצד ייתכן שהכרה כאמור מרעה עמי?", אענה לו כי הדבר נעשה על-מנת ליתן לו הזדמנות פז לחדול מעוולתו ולתקן את אשר מוטל עליו לתקן מהר ככל שניתן – והברירה נתונה בידו. בהקשר זה ובכל הקשר אחר, אל לנו להסיט את מבטנו ממטרת-העל של דיני הנזיקין, אלו שעניינם אחריות ואלו אשר נסובו על כללי הדיון בבתי המשפט. מטרה זו היא מזעור סך כל העלויות החברתיות אשר מורכבות משלושת אלה: (1) עלות הנזקים ועלות מניעתם; (2) החיסרון האישי אשר נגרם למי שהדין מסמנו כנושא בעלות הנזק ובעלות מניעתו; וכן (3) העלויות

האדמיניסטרטיביות של מערכת המשפט, אשר כוללות, בראש ובראשונה, את מחירן הכולל של התדיינויות בבתי המשפט לפרט ולחברה (ראו: GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS, 26-31, 95-129, 174-197, 266-273 (1970)). כך או אחרת, בערעור אשר מונח לפנינו כאן עסקינן בדין המצוי, שאותו עלינו לפרש וליישם כמות שהוא בכל מקרה ומקרה; ובזאת אעסוק.

30. אמור מעתה: מעשה נזיקין ייחשב לעוולה נמשכת כאשר הדין המצוי מגדירו ככזה בכללי הנזיקין שעניינם הגדרה של עוולה, וכן הגדרות של נזק וקשר סיבתי – ככל שאלו נדרשים להתהוות העוולה.

חוק לשון הרע ודיני הנזיקין הכלליים

31. אחריות המעוול ללשון הרע מוגדרת בסעיף 7 לחוק לשון הרע, אשר קובע לאמור:

“פרסום לשון הרע לאדם או יותר זולת הנפגע תהא עוולה אזרחית, ובכפוף להוראות חוק זה יחולו עליה הוראות הסעיפים 2(2) עד 15, 55, 58 עד 61 ו-63 עד 68 לפקודת הנזיקים האזרחיים, 1944.”

32. הוראה זו, יחד עם סעיף 1 לחוק – אשר קובע, בין היתר, כי “לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם” (ההדגשה הוספה – א.ש.) – מבהירים כי לשון הרע היא עוולה שאינה תלויה נזק במובן זה שקרות הנזק אצל הנפגע מלשון הרע אינו מהווה תנאי מוקדם להתגבשות זכותו לתבוע את המפרסם ולקבל סעדים כאלה או אחרים שהחוק מקנה (ראו: גלעד, בעמ' 228). לעניין חשוב זה עוד אחזור בהמשך דבריי. בנקודה זו, סדר הניתוח המשפטי הנכון מחייבני לעמוד על הקשר שבין חוק לשון הרע לבין דיני הנזיקין הכלליים; וכך אעשה.

33. בטרם אעבור לדיון בדיני הנזיקין הכלליים, אחזור על האמור בסעיף 2(ב) לחוק לשון הרע. כפי שכבר ציינתי, סעיף זה מגדיר “פרסום” ככל “כתב”, לרבות סרט, אשר “עשוי היה [...] להגיע לאדם זולת הנפגע”. מכאן עולה בבירור כי הצבתו של סרט שמכיל בתוכו לשון הרע במרחב הציבורי – למעשה, בכל מקום מחוץ למרחבו הפרטי של יוצר הסרט – הוא בגדר עוולה לפי חוק לשון הרע, כל אימת שקיימת היתכנות שאדם כלשהו, זולת הנפגע ויוצר הסרט עצמו, יצפה בסרט. הווה אומר: מדובר בעוולת נזיקין נמשכת, ועל כך עוד אעמוד בהמשך דבריי.

34. הוראותיה הרלבנטיות של פקודת הנזיקים האזרחיים משנת 1944, אליהן מפנה סעיף 7 לחוק לשון הרע, קובעות כדלקמן –

סעיף 2(1), מקבילו של סעיף 1 לפקודת הנזיקין, אשר נכנסה לתוקף ביום 1.10.1968, כשלוש שנים אחרי חקיקתו של חוק לשון הרע:

“פקודת הפירושים תחול על פקודה זו, ותתפרש מתוך כפיפות לה, בהתאם לעקרונות הפרשנות המשפטית הקיימים באנגליה, וצריך יהיה להניח כי הביטויים, המשמשים בה, משמשים – במידה שהדבר מתיישב עם נוסח הכתוב, ופרט לאותם שלהם ניתן פירוש אחר במפורש – במובן הניתן להם בחוק האנגלי, ויתבאר בהתאם לכך” (ההדגשה הוספה – א.ש.).

סעיף 2(2), מקבילו של סעיף 2 לפקודת הנזיקין:

[...]

‘נזק’ מובנו אבדן חיים, או אבדן או היזק של כל רכוש, נוחות, רווחה גופנית, שם-טוב או כל אבדן או היזק אחר כיוצא באלה;

[...]

‘פגיעה’ פירושה כל התערבות בלתי-חוקית בזכות חוקית”.

סעיף 3, מקבילו של סעיף 3 לפקודת הנזיקין:

“העניינים המנויים בפקודה הזאת להלן יהיו נזיקים אזרחיים, ומתוך כפיפות להוראותיה של פקודה זו יהיה כל אדם, שנגרמים לו פגיעה או נזק מפאת נזיקים אזרחיים כל-שהם, שנעשו בפלשתינה (א”י), זכאי בתקונות הנקובות להלן לחובתו של האדם שגרם נזיקים אזרחיים כאלה או שהוא אחראי להם”.

סעיף 55(1)(ii), מקבילו של סעיף 64(2) לפקודת הנזיקין:

“יהיו רואים אדם כאילו גרם לנזק על-ידי משגהו, כשמשמש משגהו סיבתו, או אחת מסיבותיו, של הנזק; אולם לא יהיו רואים אדם כאילו גרם לנזק על-ידי משגהו אם – [...] אף-על-פי ששגה, היה זה משגהו של איזה אדם אחר שהיה סיבתו המכריעה של הנזק”.

סעיף 68א(א), מקבילו של סעיף 89(1) לפקודת הנזיקין:

”היום שנולדה עילת התובענה הוא, לענין תקופת ההתיישנות בתובענה על נזיקין אזרחיים, אחד מאלה: [...] מקום שעילת התובענה היא מעשה או מחדל – היום שבו אירע אותו מעשה או מחדל; היה המעשה או המחדל נמשך והולך – היום שבו חדל” (ההדגשה הוספה – א.ש.).

35. מהוראות אלה של פקודת הנזיקין – בכל אחד מנוסחיה, הישן והחדש – עולים כללי אחריות כדלקמן:

א. כל נזק או פגיעה שנגרמו על ידי עוולת נזיקין מזכים את הנפגע, ביחסיו עם המעוול, בתרופות בדמות פיצויים וצווי עשה ולא-תעשה (ראו: יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 25, 544-547 (מהדורה שנייה, גד טדסקי עורך, 1976) (להלן: דיני נזיקין)).

ב. מעוול שגרם לנזק או לפגיעה כאמור יישא באחריות בגינם אם מעשהו או מחדלו הוא אחת הסיבות לקרות הנזק או הפגיעה, זולת אם גורם מתערב זר היה בגדר סיבה מכרעת לנזק או לפגיעה (ראו: דיני נזיקין, בעמ' 193-195).

ג. עוולה נמשכת דוחה את תחילתו של מרוץ ההתיישנות למועד שבו העוולה חדלה מלהתבצע – קרי: ליום החדילה של המעוול ממעשהו או ממחדלו, בהתאם לעיקרון הדחיסה לפניים (ראו: גלעד, בעמ' 221). זאת, כל אימת שמדובר בעוולה שנזק אינו רכיב מרכיביה, להבדיל מעוולות שבהן נזק אצל הנפגע הוא תנאי להתגבשות האחריות הנזיקית (ראו: דיני נזיקין, בעמ' 722-725; גלעד, שם).

ד. ככל שקיים צורך לפרש כללים אלה, בית המשפט חייב לפרשם בהתאם למקביליהם במשפט המקובל האנגלי (ראו: עניין קלינמן, בעמ' 934-936; דיני נזיקין, בעמ' 51, 55).

36. כללים אלה מהווים, כאמור, חלק אינטגרלי מחוק לשון הרע מכוח אימוצם בסעיף 7 לחוק.

לשון הרע כעוולה נמשכת

37. האם לשון הרע שבה עסקינן מהווה עוולה נמשכת לאור האמור בכללי היסוד שמניתי זה עתה? במילים אחרות: האם יצירת סרט הכוזבים על ידי המערער והעמדתו להקרנות במרחב הציבורי מהווה עוולה נמשכת?

38. אפתח את הדיון בשאלות אלה על ידי חזרה על מה שכבר נאמר על ידי: סרט קולנועי או אחר שמכיל בתוכו לשון הרע מתגבש לכדי עוולת נזיקין בהגעתו לכלל "פרסום" – כאשר יוצר הסרט או מי שפועל מטעמו יוצר היתכנות לכך שאדם אחר, שאיננו הנפגע עצמו, יצפה בסרט (ראו: סעיף 2(ב)(2) לחוק לשון הרע). כל אימת שהיתכנות כאמור נמשכת, נמשך הפרסום שמהווה לשון הרע.

39. כמו כן, אפנה לאמור בסעיף 9(א) לחוק לשון הרע:

"נוסף לכל [...] סעד אחר רשאי בית המשפט, במשפט [...] אזרחי בשל לשון הרע, לצוות –

(1) על איסור הפצה של עותקי הפרסום המכיל את לשון הרע או על החרמתם; צו החרמה לפי פסקה זו כוחו יפה כלפי כל אדם שברשותו נמצאים עותקים כאלה לשם מכירה, הפצה או החסנה, גם אם אותו אדם לא היה צד למשפט; ציווה בית המשפט על החרמה, יורה מה ייעשה בעותקים שהוחרמו;

(2) על פרסום תיקון או הכחשה של דבר המהווה לשון הרע או על פרסום פסק הדין, כולו או מקצתו; הפרסום ייעשה על חשבון הנאשם או הנתבע, במקום, במידה ובדרך שיקבע בית המשפט."

40. הוראת חוק זו, אף היא מהווה אינדיקציה לכך שבפנינו עוולה נמשכת. ההוראה קובעת כי בכל נקודה ונקודה הממוקמת בציר הזמן של חיי הפרסום הפוגעני, חשיפת הנפגע לבוז, ללעג או להשפלה מצד אלו שסובבים אותו הולכת ונמשכת. בית המשפט מוסמך על כן לחייב את המעוול בהסרת הפרסום הפוגעני, וכן בפרסום תיקון או הכחשה (ראו: בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 554 (1995); כמו כן, ראו את האמור בסעיף 10 לחוק לשון הרע, לפיו בית המשפט גם רשאי להטיל על המעוול חיוב כאמור בגדרו של צו-ביניים כאשר פרסומה של לשון הרע על ידי המעוול אינו במחלוקת). ברי הוא כי אילו היה מדובר בעוולה שהופסקה ובלשון הרע אשר התפוגגה וחדלה מלהתקיים בסמוך לאחר הפצתה הראשונה, בסעדים האמורים לא היה טעם רב, אם בכלל.

41. במילים אחרות, אשר חוזרות על דוגמת הבאר המורעלת: המחוקק רואה בפרסומה של דיבה ברבים, כל אימת שהפרסום המשמין נשאר נגיש לכל אדם שאיננו הנפגע עצמו, הרעלת השיח הציבורי, ועל כן הוא דורש מ"מפיץ הרעל" – יוצר הפרסום הכוזב והפוגעני – לנקות את השיח מהרעל עד כמה שניתן. חובת ההסרה כאמור קמה בעקבות הקלקול אשר נגרם על ידי מפיצה של לשון הרע – זאת, בהתאם לעיקרון הכללי של דיני הנזיקין אשר מטיל על יוצר המפגע או הסיכון לנזק את החובה להסיר את המפגע ואת הסיכון או, למצער, את החובה לפעול בשקידה ראויה להסרתם (ראו: פורת, בעמ' 55; ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89, 122 (1990)).

42. העוולה הנמשכת שבה קא עסקינן מורכבת אפוא ממעשה חד-פעמי – פרסומה של לשון הרע במרחב הציבורי – וממחדל מתמשך שבאי-הסרת הפרסום ובאי-תיקונו (ראו: עניין סביר, בפסקה 10).

43. זאת ועוד: לפי סעיף 19(4) לחוק לשון הרע, מעוול אשר "תיקן או הכחיש את הדבר המהווה לשון הרע או נקט צעדים להפסקת מכירתו או הפצתו של עותק הפרסום המכיל את לשון הרע" יהא זכאי להפחתת הפיצויים שעליו לשלם לנפגע (בעניין זה ראו: עניין ניידלי, בפסקה 64; ע"א 2668/97 רופין נ' גלובס פבלישר עיתונות (1983) בע"מ, פ"ד נה(1) 721, 727 (1998); שנהר, בעמ' 396-399). ודוק: הקלה זו ניתנת למעוול גם כאשר אינו מצליח להקטין את הנזק שנגרם לנפגע על ידי לשון הרע (ראו בעניין זה דבריה של השופטת ד' ברק-ארד בעניין ניידלי: "כאשר המשתף מסיר בעצמו את השיתוף שלו – גם אם הפרסום המקורי עצמו לא הוסר [...] – יש מקום להכיר בתחולתה של ההקלה" (שם, בפסקה 64)). מכאן עולה שסיבת ההקלה נעוצה בחדילת המעוול ממעשה העוולה ההולך-ונמשך: פרסומה של לשון הרע ברבים. לפיכך, בדוגמא שמביא חברי, השופט עמית, מעוול אשר תולה ברבים מודעה המוציאה את דיבתו של הנפגע רעה, מבצע עוולה נמשכת כל אימת שאותו מעוול אינו מסיר את המודעה, אינו מתקנה ואינו מכחיש את הכתוב בה בהכחשה פומבית וברורה. ודוק: סיווג זה של העוולה אינו נגזר מרציפותו או מחזרתיותו של מעשה הנזיקין שבו עסקינן, אלא מעמדתו הנורמטיבית של המחוקק כלפיו, כפי שבאה לידי ביטוי, בין היתר, בסעיפים 2(ב), 9(א), 10 ו-19(4) לחוק לשון הרע. פרסומה של דיבה, כמשמעו בחוק לשון הרע, הוא בגדר עוולה נמשכת כי כך ראה אותו המחוקק, ולנו לא נותר אלא לראותו באופן זהה.

44. אוסיף ואבהיר, כי הנפגע מלשון הרע רשאי להגיש תובענה אזרחית נגד המפרסם מיד אחרי הפרסום וכן בכל עת ועת – כל אימת שהפרסום לא הוסר או לא תוקן כדבעי

ונשאר נגיש לאנשים אחרים. זכאות זו אינה משנה את מהותו המשפטית של הפרסום הפוגעני, הנגיש לציבור, כעוולה נמשכת.

45. כאשר לאמירה חד-פעמית ובלתי מתועדת שעולה כדי לשון הרע – אמירה כזאת תיחשב לעוולה יחידנית ולא נמשכת, אם אומרה אינו חוזר עליה ואינו מאשררה בשום דרך, מפורשת או משתמעת. זאת, מאחר שמחולל העוולה, אשר זרק את האמירה הפוגענית לחלל האוויר, חדל ממעשהו ועל ידי כך מנע את המשך הפגיעה בנפגע. באין חדילה כאמור, וכל אימת שהפרסום הפוגעני נמצא במרחב הציבורי ואינו מוסר ממנו, ייחשב הפרסום לעוולה נמשכת. כך מורה לנו הדין ולפיו נפסוק כאן ובמקרים אחרים אשר יובאו לפנינו.

46. ודוק: ההבחנה בין פרסום חד-פעמי של לשון הרע לבין פרסום לשון הרע שהדין מורנו לסווגו כעוולה נמשכת נעוץ, במידה רבה, בהנצחת התוכן. ככל שהפרסום הפוגעני ממשיך להתקיים במרחב הציבורי – באינטרנט, בסרט שמטבעו נועד להקרנות חוזרות או בכל דרך אחרת – כך שהוא אינו מאפשר לנפגע להשתחרר מהשלכותיו, מדובר בעוולה נמשכת. לעומת זאת, אם עסקינן בפרסום חד-פעמי שלא נשאר זמין ונגיש לציבור, ושאינו משכפל את עצמו – כגון אמירת דברי לשון הרע בעל-פה באוזני אדם אחר – לא נראה בו עוולה נמשכת. במילים אחרות: כאשר הפרסום המשמיץ נותר חקוק במרחב הציבורי – כל אימת שאינו מוסר משם, העוולה שנגרמת לנפגע אינה מסתיימת ביום בו פורסם הפרסום לראשונה. הפרסום כובל אליו את הנפגע שעלול לסבול מהשלכותיו עד אשר יתוקן או יוסר, ומטעם זה ראוי לסווג את מעשה הפרסום כעוולה נמשכת. קביעה זו תחול ביתר שאת כאשר עסקינן בפרסומי לשון הרע אשר מוצאים ביטוי במרחב האינטרנטי המקוון. פרסומים משמיצים, כאלה או אחרים, שבעבר היו יורדים, במוקדם או במאוחר, לתהום הנשייה נוטעים את שורשיהם הרעים במרחב זה ונשארים נגישים לציבור במשך זמן רב, אם לא לעולמי-עד.

47. על השלכותיה של הנצחת התוכן הפוגעני, בהקשרה של תופעת הביוש בעידן הדיגיטלי, עמדה ד"ר מיכל לביא במאמרה "ביוש לנצח" משפטים מט 439 (2019); ודבריה יפים גם לענייננו-שלנו:

"כיום חלק נכבד מפעילותנו מתועד. כל אחד יכול [...] לפרסם מידע, דעות או שמועות ולשתף בהם. כמו כן אפשר לחפש ולמצוא מידע בקלות, באמצעות מנועי החיפוש, אשר שינו את מחזור החיים של המידע ואפשרו לאתרו שנים לאחר שהופץ. לאפשרות לאתר מידע

יתרונות מרחיקי לכת, אולם לצידם עידן זה הוביל להפרטה של הזיכרון החברתי, ל'קץ השכחה' ולאובדן יתרונות והטבות רבים שהשכחה מאפשרת. [...] לאחר שהסתיים גינוי המבוש באתרי האינטרנט עצמם, התייעוד נותר ומתאר מצב בנקודת זמן אחת. [...] היעדר נקודת סיום לביוש אף עלול לפגוע בכבוד המבוש ללא מידתיות. גם חופש הביטוי של המבוש והאוטונומיה שלו עלולים להיפגע מאחר שהמידע המופץ על אודותיו יישאר זמין לנצח באתרים ובמאגרים דיגיטליים, ואפשר יהיה לאתרו בנקל באמצעות מנועי החיפוש" (שם, בעמ' 466-465).

ראו גם דבריו הנכוחים של השופט ע' פוגלמן בעניין דיין, בהתייחסו להבחנה הדרושה בין פרסומים חד-פעמיים לבין פרסומים במרחב המקוון שמטבע הדברים זמינים לאורך זמן:

"[...] לפרסומים המבוצעים ברשת האינטרנט, שלגביהם תיתכן טענה כי מדובר בפרסומים שנכון לראותם כפרסומים מתחדשים או כפרסומים שמתפרסמים שוב מידי יום. השקפה על פרסום המופיע באינטרנט כעל פרסום שהמפרסם נושא באחריות לו ככל שהוא מוסיף להיות זמין ברשת (להבדיל מראיית הפרסום כפרסום חד-פעמי שמועד עשייתו הוא המועד שבו עלה המידע לראשונה לרשת) עשויה להניב מסקנות שונות בעניין החובה לתקן ולעדכן את המידע במקרים של 'התפתחות ראייתית'" (שם, בעמ' 769).

48. מסקנתי כי בפנינו עוולה נמשכת עולה, כאמור, בבירור מהוראות החקיקה אשר חלות בענייננו. למעלה מן הנדרש, אוסיף ואעיר כי ככל שקיים ספק במסקנה המשפטית אליה הגעתי, בא המחוקק ומצווה עלינו להסיר את הספק על ידי פנייה להוראות המקבילות שבמשפט המקובל האנגלי ולעקרונות הפרשנות המשפטית אשר חלים באנגליה (ראו: סעיף 2(1) לפקודת הנזיקים האזרחיים, וכן סעיף 1 לפקודת הנזיקין; וראו גם: דיני נזיקין, בעמ' 51, 55). בהקשר זה, אציין כי בית משפט זה כבר נזקק לדין האנגלי כבסיס לאבחנה בין עוולות נמשכות ולבין עוולות מתחדשות (ראו: עניין קלינמן, בעמ' 934-936; גלעד, בעמ' 222); ועלינו להתמיד וללכת לפי מתווה זה כל אימת שנדרשים אנו להסיר ערפל משפטי בסוגיה נזיקית כזאת או אחרת.

49. הבה נעשה כן.

50. המשפט המקובל האנגלי קבע באופן חד-משמעי כי לשון הרע היא בגדר עוולה שמחדשת את עצמה בהתקיים מעשה המגיע כדי "פרסום" דיבה, כמשמעו בדין. הלכה זו

נקבעה לראשונה בפסק הדין (1849) *Duke of Brunswick v. Harmer*, 14 Q.B. 185, אשר ניתן לפני למעלה מ-170 שנה (להלן: *Duke of Brunswick*). במקרה זה מדובר היה בלשון הרע אודות התובע אשר פורסמה בשנת 1830 בעיתון *Weekly Dispatch*. עותק מהעיתון תויק בארכיון המוזיאון הבריטי שזמינותו לציבור לא התבררה. השאלה האם מאן שהוא קרא את הכתבה בעיתון, שכאמור הכילה לשון הרע, בהיותו בין כותלי המוזיאון בין השנים 1830 ו-1849, לא התבררה אף היא. לעניינים אלו יכלה להיות חשיבות לנוכח הגדרת ה"פרסום" במשפט המקובל האנגלי, לפיה ניתן פסק הדין בעניין *Duke of Brunswick*. לפי הגדרה זו, לשון הרע בכתובים התגבשה לכדי "פרסום" בהגיעה לידי קורא או צופה – בשונה מהגדרת ה"פרסום" שבחוק לשון הרע שלנו, שכאמור מסתפקת בעצם נגישות הקורא או הצופה, שאינו הנפגע עצמו, לחומר הכתוב ובהיתכנות שהלה יקרא את הפרסום או יצפה בו (ראו: סעיף 2(ב)(2) לחוק לשון הרע).

51. עניינים אלו לא התבררו מאחר ששליחו של התובע רכש עותק אחר של העיתון בשנת 1848, בסמוך להגשת התביעה, במשרדי הנתבע, בעלי העיתון, מבלי לגלות לנתבע את דבר השליחות. בית המשפט לערעורים קבע כי שופט הערכאה הדיונית לא טעה כאשר הדריך את חבר המושבעים באומרו שמכירת העיתון לשליחו של התובע מהווה פרסום של לשון הרע, שלהבדיל מהפרסום המקורי משנת 1830 לא התיישן. בהקשר זה נקבע כי מעשה הפרסום האחרון – מכירת עותק מהעיתון, שכאמור הכיל כתבה פוגענית – פגע במוניטין של התובע בעיני השליח, וכי די בכך כדי לקבוע שמדובר בלשון הרע (ראו *Duke of Brunswick*, בעמ' 189-190). יתרה מכך: בית המשפט לערעורים דחה את טענת הנתבע כי הקביעה האחרונה חייבה את שופט הערכאה הדיונית לומר למושבעים עליהם להגביל את הפיצויים שמגיעים לתובע לשווי הפגיעה במוניטין שלו בעיני שולחו בלבד, דבר שהיה מוביל לפסיקת פיצויים סמליים, ותו לא, להבדיל מסכום הפיצויים המשמעותי – 500 ליש"ט, כ-70,000 ליש"ט בערכים דהאידינא – אשר נפסק לטובת התובע (ראו שם, בעמ' 187, 189-190). בית המשפט לערעורים פסק כי השופט צדק באפשרו למושבעים לאמוד את נזקו של התובע לאור מכלול הנסיבות, כולל הפרסום המקורי משנת 1830, מבלי לכבול את שיקול דעתם (ראו שם, בעמ' 189-190).

וזה היה דברו של בית המשפט לערעורים בעניין הפיצויים:

"Sir Frederick Thesiger urged, secondly, that, in directing the jury as to the damages, Lord Denman should have expressly cautioned the jury to limit the amount to be given on this count to what injury they might believe to have been occasioned by the

single publication proved. This, of course, would have necessitated the separation of the damages given on this count from those on the other counts, which were for other libels: and this, in the present instance, was scarcely possible, as some of the latter counts referred to, and in some sense incorporated, the libel in the first count with those for which they were themselves framed. But we know no reason why the ordinary rule should not have been pursued in this case. We have no doubt the jury were sufficiently informed as to the peculiar circumstances of the case; and, considering these, and the nature of the libel itself, they were to draw their conclusion as to the amount of injury resulting, and the proper compensation to be given.

We see no ground, therefore, on either point, for thinking there was any misdirection.

As to the damages, Lord Denman is not dissatisfied with the amount: and, on reading the libels, we entirely agree with him".

ראו שם.

52. אופן זה של קביעת הפיצויים מראה שבית המשפט התייחס ללשון הרע ממנה נפגע התובע כאל מסכת אחת שלמה לעניין הפיצויים, שתחילתה בפרסום המקורי. הזכות לקבל פיצויים כאמור קמה עם הפרסום החוזר, שנעשה על ידי מכירת העיתון לשליחו הסמוי של התובע. יתרה מכך: מפסק הדין בעניין *Duke of Brunswick* עולה כי כל חזרה של מפרסם הדיבה על הפרסום המקורי שלו יוצרת לתובע עילת תביעה עצמאית – ועל כן פרסום חוזר-ונשנה של לשון הרע אינו מתיישן לפני חלוף תקופת ההתיישנות, כאשר זו מתחילה לרוץ במועד החדילה מהפרסום, ולא לפני כן.

53. הלכה זו נקראה בשם "כלל הפרסומים המרובים" (ראו: CHRISTIAN WITTING, STREET ON TORTS 540 (14th ed., 2015); R. F. V. HEUSTON & R. A. BUCKLEY, SALMOND & HEUSTON ON THE LAW OF TORTS 155 (21th ed., 1996); MICHAEL A. JONES, TEXTBOOK ON TORTS 558-560 (8th ed., 2002); Ursula Connolly, *Multiple Publication and Online Defamation – Recent Reforms in Ireland and United Kingdom*, 6.1 MASARYK U. J. L. & TECH. 41-35 (2012); Itai Maytal, *Libel Lessons from Across the Pond – What British Courts Can Learn from the United States Chilling Experience with the "Multiple Publication Rule" in*

Traditional Media and the Internet, 3 J. INT'L MEDIA & ENTMT L. 138-134
(2010).

54. פסק דינו של בית המשפט לערעורים, *Loutchansky v. Times Newspapers*, Ltd. [2002] E.M.L.R. 241, 262-269, אשר ניתן לפני כעשרים שנה, אשרר הלכה זו ויישם אותה, בקבעו כי סדרה של פרסומים פוגעניים, אשר הכילו השמצות בלתי מוכחות ביחס לתובע, מר לוטשנסקי, באתר אינטרנטי של חברת טיימס מהווה עוולה נמשכת שהזכות לתבוע בגינה אינה מתיישנת בחלוף התקופה הסטטוטורית של שנה אחת ממועד הפרסום הראשון, אלא רק בחלוף שנה מהיום בו המעוול חדל מלפרסם את הפרסומים. זאת, בין היתר, לנוכח מהותו המתמשכת של פרסום אינטרנטי אשר מחדש את עצמו כל אימת שהוא מופיע באתר העיתון ואינו מוסר ממנו. הוזה אומר: תקופת ההתיישנות הסטטוטורית בת-שנה-אחת מתחילה לרוץ ממועד היווצרותה של עילת התביעה בגין לשון הרע כעוולה נמשכת או מתחדשת, ולא כמעשה נזיקין חד-פעמי; ספירתה של תקופה זו תחל במועד חדילתו של מפרסם לשון הרע מפרסומה, בהתאם לעיקרון הדחיסה לפנים.

55. חברת טיימס ביקשה מבית המשפט להחליף את כלל הפרסומים המרובים, שכאמור נקבע בפסק הדין *Duke of Brunswick*, בכלל של "פרסום אחד" אשר אומץ בדין האמריקני.

אולם, בית המשפט לא נענה להזמנה זו; ואלה היו דבריו:

"Some time was taken during the appeal in exploring, with the help of American authorities, the nature of the "single publication rule" in the United States. [...] While the authorities suggest that the single publication rule was initially introduced to combat the problem of a multiplicity of suits in different states arising out of a single dissemination of a libel, the rule was also justified on the basis that it gave effect to the purpose of limitation provisions as statutes of repose designed to spare the courts from litigation of stale claims and the citizen from being put to his defence after memories have faded, witnesses have died or disappeared and evidence has been lost. The reasons advanced by the appellants for introducing this novel concept into our law are very similar to those adumbrated in the passage from *Gregoire*

which we have cited above. Section 4A of the Limitation Act 1980 imposes an unusually short limitation period in defamation cases. The object of this is to ensure that defamation claims are initiated promptly. If claims are brought within a year of the initial publication, the appellants will be able to marshal any available defence and data available. Lord Lester argued that these benefits will be defeated if, long after the initial publication, a respondent can base a claim on access by a single person to a copy of the publication in question. This was always true of documents in an archive or a library, as the *Duke of Brunswick* case demonstrates. Lord Lester argued, however, that the position was much more acute where archives were provided on a website and thus very much more readily accessible. Lord Lester accepted that situations could arise where application of the single publication rule in the context of limitation might give rise to injustice. An obvious example is the situation where a respondent does not become aware of the initial publication until over a year has elapsed. [...] Section 4A of the Limitation Act 1980 provides for a year within which to commence proceedings starting from the date on which the cause of action accrues. The appellants' submissions recognise that if they are to establish that the claims in the second action were time barred they must, when applying section 4A, displace the rule in the *Duke of Brunswick* and replace it by the American single publication rule. They must also establish that under that rule, placing a publication on their website constitutes a single publication that occurs at the time it is placed on the website regardless of the period during which it remains there. The latter is by no means clear, but it is at least arguable. In our judgment the crucial question in relation to this part of the appeal is whether the appellants have made good their assertion that the rule in the *Duke of Brunswick* is in conflict with Article 10 of the Human Rights Convention because it has a chilling effect upon the freedom of expression that goes beyond what is necessary and proportionate in a democratic society for the protection of the reputation of others. We do not accept that the rule in the *Duke of Brunswick* imposes a restriction on the readiness to maintain and provide access to archives that amounts to a disproportionate restriction on freedom of expression. We accept that the maintenance of archives, whether in hard copy or on the internet,

has a social utility, but consider that the maintenance of archives is a comparatively insignificant aspect of freedom of expression. Archive material is stale news and its publication cannot rank in importance with the dissemination of contemporary material. Nor do we believe that the law of defamation need inhibit the responsible maintenance of archives. Where it is known that archive material is or may be defamatory, the attachment of an appropriate notice warning against treating it as the truth will normally remove any sting from the material. [...] The change in the law of defamation for which the appellants contend is a radical one. In our judgment they have failed to make out their case that such a change is required. The Internet Single Publication appeal is therefore dismissed".

ראו: שם, בעמ' 265-269; כמו כן ראו: Laura Handman, *et al.*, *Libel Tourism and the Duke's Manservant – An American Perspective*, EUR. HUM. RTS. L. REV. 303, 311-312 (2009).

56. בשנת 2013, חוקק בבריטניה חוק איסור לשון הרע §8 (The Defamation Act 2013) ((להלן: חוק לשון הרע האנגלי) שאימץ את הכלל האמריקני, אשר זכה לשם "כלל הפרסום היחיד" (the single publication rule) אחרי שאומץ ברוב בתי המשפט בארצות-הברית תלף הכלל האנגלי הישן (ראו, מיני רבים: Tom Rudkin, *After the Flood: Archives and the Defamation Act 2013*, 25 ENTERTAINMENT L. REV. 19 (2014)).

כלל הפרסום היחיד, כפי שסוכם בסעיף 577A לריסטייטמנט של דיני הנזיקין (ראו: (Restatement (Second) of Torts §577A (1977)), קובע לאמור:

"(1) Except as stated in Subsections (2) and (3), each of several communications to a third person by the same defamer is a separate publication.

(2) A single communication heard at the same time by two or more third persons is a single publication.

(3) Any one edition of a book or newspaper, or any one radio or television broadcast, exhibition of a motion picture or similar aggregate communication is a single publication.

(4) As to any single publication,

(a) only one action for damages can be maintained;

(b) all damages suffered in all jurisdictions can be recovered in the one action; and

(c) a judgment for or against the plaintiff upon the merits of any action for damages bars any other action for damages between the same parties in all jurisdictions".

57. לפי כלל זה, כל פרסום בודד של לשון הרע – למשל: כל הצגה נפרדת של סרט אשר מכיל בתוכו דיבה – מהווה עוולה עצמאית ונפרדת של לשון הרע. מעשי עוולה כאמור ונזקיהם אינם מתחברים יחדיו ואינם יוצרים אפוא עוולה נמשכת. כפועל יוצא מכך, עילת התביעה בגין כל פרסום בודד של לשון הרע מתיישנת בחלוף תקופת ההתיישנות הקבועה בדין (בארצות-הברית, שנה אחת בלבד; ראו: עניין ד״ן, בעמ' 769).

58. כלל הפרסום היחיד בא למנוע ריבוי התדיינויות ולהגן על מפרסמים למען לא ייחשפו לתביעות אינסופיות בגין פרסומים, ובפרט בגין פרסומים ישנים. לצד זאת, הכלל מבהיר כי כל פרסום חדש של לשון הרע – ובכלל זה כל הצגה חדשה של סרט קולנועי או טלוויזיוני אשר מכיל בתוכו דיבה – מוליד עמו עילת תביעה נפרדת וחדשה (ראו: (Restatement (Second) of Torts §577A(3) (1977). טעמים אלה מוסברים היטב בהערה d, שם:

"[T]he single publication rule stated in Subsection (3) does not include separate aggregate publications on different occasions. Thus if the same defamatory statement is published in the morning and evening editions of a newspaper, each edition is a separate single publication and there are two causes of action. The same is true of a rebroadcast of the defamation over radio or television or a second run of a motion picture on the same evening. In these cases the publication reaches a new group and the repetition justifies a new cause of action. The justification for this conclusion usually offered is that in these cases the second publication is intended to and does reach a new group.

At the same time, the single publication rule is obviously to be administered to accomplish its purpose of avoiding multiplicity of suits, as well as harassment of defendants and possible hardship upon the plaintiff himself. The examples given in Subsection (3) are not in any sense intended as limitations. The printing and distribution of extra copies of the first edition of a book may properly be treated as mere continued circulation of the first edition and hence as still part of the single publication, if it is done not long after the original publication as soon as the supply is exhausted. If it occurs ten years later, it is indistinguishable from a second edition and there is a new cause of action".

בעניינים אלה ראו: Note, *The Single Publication Rule and Online Copyright: Tensions Between Broadcast, Licensing, and Defamation Law*, 123 HARV. L. REV. 1315 (2010); Sapna Kumar, *Website Libel and the Single Publication Rule*, 70 U. CHI. L. REV. 639 (2003)

59. כפי שניתן להיווכח, גישתו של חברי, השופט עמית, להתיישנותה של לשון הרע כעילת תביעה היא כגישת הדין האמריקני וחוק לשון הרע האנגלי, שכאמור אימצו לתוכם את "כלל הפרסום היחיד". לגישה זו יש מעלות לא מעטות, כמוסבר בקטע מהריסטייטמנט ובמאמרים הנזכרים לעיל. דא עקא, הגישה האנגלית המסורתית, כפי שנקבעה במשפט המקובל – אשר רואה בפרסומי דיבה נמשכים, אשר לא תוקנו ולא הוסרו מהמרחב הציבורי, עוולה נמשכת – אף היא טומנת בחובה יתרונות לא מבוטלים; ועל אלו כבר עמדתי. בנקודה זו, אוסיף אליהם את הקטנתו של פער הכוחות העצום שבין עיתון רב-תפוצה, או תאגיד שידור, לבין אדם בודד שאודותיו פורסמו דברי השמצה.

60. מההיבט הנורמטיבי, השאלה "איזו מבין שתי הגישות הללו עדיפה מבחינה חברתית על רעותה?" איננה פשוטה, אם בכלל יש לה פתרון; ועל כן לא אנסה לענות עליה. אסתפק בלומר כי עלינו להכריע בערעור זה, כבכל יתר ההליכים המובאים לפתחנו, לפי הדין המצוי ולא לפי הדין הרצוי. הדין המצוי אשר חל בנדון דידן הוא כדין האנגלי הישן אשר מעוגן בעקרונות המשפט המקובל – קרי: כלל הפרסומים המרובים, לפיו פרסום דיבה, כהגדרתו בחוק לשון הרע, אשר חוזר על עצמו מדי יום ביומו, מבלי שמפרסמו דואג להסירו, מהווה עוולה נמשכת. בהקשר זה, נשנן ונזכור כי במקומותינו-שלנו עצם הנגשת הדיבה לציבור באמצעות סרט הזמין לצפייה מהווה פרסום של לשון

הרע – וזאת, גם אם איש אינו מגלה עניין באותו סרט (ראו שוב סעיף 2(ב)(2) לחוק לשון הרע).

61. ודוק: אין במעשה החקיקה האנגלי משנת 2013, שכאמור אימץ את כלל הפרסום היחיד, כדי להשפיע על פרשנותה של פקודת הנזיקין שלנו – זאת, משום שהוראת סעיף 1 לפקודת הנזיקין אינה באה להכפיף את דיני הנזיקין שלנו למעשי חקיקה אשר באים מהפרלמנט של בריטניה, אלא רק לעקרונותיו של המשפט המקובל האנגלי אשר מצוי בהלכות השופטים. מבחינה היסטורית, כלל הנזקקות למשפט המקובל האנגלי – קרי: להלכות של שופטים, להבדיל מחוקי הפרלמנט – שואב את השראתו מסימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922, אשר קבע לאמור:

"The jurisdiction of the Civil Courts shall be exercised in conformity with the Ottoman Law in force in Palestine on November 1st, 1914, and such later Ottoman Laws as have been or may be declared to be in force by Public Notice, and such Orders in Council, Ordinances and regulations as are in force in Palestine at the date of the commencement of this Order, or may hereafter be applied or enacted; and subject thereto and so far as the same shall not extend or apply, *shall be exercised in conformity with the substance of the common law, and the doctrines of equity in force in England* [...]"

(ההדגשה הוספה – א.ש.).

לעניין זה יפים הדברים שנכתבו בע"א 70/49 בורשטיין נ' עזבון יודלביץ, פ"ד ה

858 (1951):

"עד כמה שיש לנהוג ביחס לסדרי דין ונוהל בהתאם לחוק האנגלי, הרי אפשר לעשות זאת אך ורק לפי היסודות והעקרונות של החוק המקובל ותורת היושר ולא לפי הלכות שמקורן היחידי הוא בחוק החקוק [...] (שם, בעמ' 867).

אמור מעתה: פרסומו של לשון הרע, כדוגמתו של סרט הכזבים שבו קא עסקינו, מהווה עוולת נזיקין נמשכת כל אימת שהפרסום ממשיך להיות נוכח במרחב הציבורי ומפרסמו לא מסירו משם ואינו טורח לתקנו.

תחילתו של מרוץ ההתיישנות לאור האמור בסעיף 68א(א) לפקודת הנזיקים האזרחיים – סעיף 89(1) לפקודת הנזיקין

62. כפי שכבר צויין על ידי, סעיף 68א(א) לפקודת הנזיקים האזרחיים, מקבילו של סעיף 89(1) לפקודת הנזיקין, קובע כי מרוץ תקופת ההתיישנות אשר מאיינת תביעה אזרחית שעילתה "מעשה או מחדל" מתחיל ביום שבו אירע אותו מעשה או מחדל; ואולם, "היה המעשה או המחדל נמשך והולך", יתחיל המרוץ ב"יום שבו חדל". כלל זה מבצע דחיסה לפנים אשר מאפשרת לתובע לבסס את תביעתו על מכלול מעלליו של הנתבע, כולל אלה שאירעו לפני זמן ניכר, שמשכו עולה על תקופת ההתיישנות הרגילה (ראו: גלעד, בעמ' 218). כלל זה שונה מהסדר אשר חל כאשר עילת התביעה היא "נזק שנגרם על ידי מעשה או מחדל", כאמור בסעיף 89(2) לפקודת הנזיקין. הסדר זה קובע כי מרוץ ההתיישנות יחל ב"יום שבו אירע אותו נזק"; ואולם, אם "לא נתגלה הנזק ביום שאירע", יחל המרוץ ב"יום שבו נתגלה הנזק, אלא שבמקרה אחרון זה תתיישן התובענה אם לא הוגשה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק".

63. כללים אלה פורשו בפסיקתנו באופן הבא:

א. עוולת נזיקין שהתהוותה אינה תלויה בקרות הנזק אצל הנפגע – דהיינו: עוולת שנזק אינו רכיב מרכיביה – היא, ורק היא, תיחשב לעוולה נמשכת כל אימת שהמעשה או המחדל שמהווה עוולה כאמור "נמשך והולך" (ראו: גלעד, בעמ' 226-228 והאסמכתאות שם).

ב. בכפוף להוראות דין מיוחדות, עוולת נזיקין שמתהווה רק עם קרות הנזק אצל הנפגע – דהיינו: עוולה שנזק נמנה עם רכיביה – לא תיחשב לעוולה נמשכת, להבדיל מעוולה שמחדשת ומשכפלת את עצמה עם כל אירוע נזק (ראו: גלעד, בעמ' 221-225 והאסמכתאות שם; וכן ע"א 3139/05 כלפון נוח ארזים בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה, פסקאות 31-32 (31.1.2008)).

64. לאור כללים אלה, העוולה של לשון הרע, שהמערער ביצע כלפי המשיב 1 במקרה שלפנינו, היא עוולה נמשכת לעניין ההתיישנות – אפיון משפטי שכאמור מפעיל את מנגנון הדחיסה לפנים (ראו: גלעד, בעמ' 228, 230). התהוותה של עוולה זו אינה מותנית בקרות הנזק, שכן, בהתאם להגדרתה של "לשון הרע", עצם הפרסום הפוגעני מגיע כדי עוולת נזיקין כל אימת שהוא עלול להשפיל אדם בעיני הבריות, לבזותו או לעשותו מטרה לשנאה, לבזו או ללעג מצדם – כאמור בסעיפים 1(1) ו-7 לחוק לשון הרע (ראו: שנהר, בעמ' 155; רע"א 1560/06 לוי נ' שקלים, פסק דינו של המשנה לנשיאה א')

ריבלין (17.4.2007)). במצב דברים זה, הנפגע מלשון הרע יהא זכאי לסעדים שהחוק מקנה לצד התרופות הכלליות של דיני הנזיקין – גם אם הוא עדיין לא סבל שום השפלה, ביזוי או לעג. נפגע כאמור הוא בגדר ניזוק מאחר שהוא עלול לסבול השפלה, ביזוי או לעג (ראו: שנהר, בעמ' 156).

65. בעניין זה ברצוני להוסיף ולהדגיש, כי זכאות הנפגע מלשון הרע לפיצויים מוכחים או, למצער, לפיצויים סטטוטוריים ללא הוכחת נזק, כאמור בסעיף 7א לחוק לשון הרע, אינה הופכת את לשון הרע לעוולה שנזק הוא אחד מרכיביה אשר נתונה להסדר ההתיישנות הקבוע בסעיף 89(2) לפקודת הנזיקין. הגדרתה של עוולת נזיקין לחוד, והסעדים להם זכאי הנפגע מאותה עוולה לחוד; ואין זה מן הנמנע שאותו נפגע יהא זכאי לפיצויים כאחד הסעדים אשר באים לתקן את מצבו שלאחר הפגיעה. דברים אלה נכונים במיוחד לעניינה של לשון הרע – עוולה שבגינה ניתן לחייב את המעוול לשלם לנפגע פיצויים ללא הוכחת נזק בגדרי סעיף 7א לחוק לשון הרע.

נקודה חשובה זו הובהרה על ידי השופטת א' פרוקצ'יה בעניין שרנסקי:

“גיבושה של עוולת לשון הרע אינה מותנית בקיומו של נזק. יחד עם זאת, לצורך פסיקת פיצוי, חלות ההוראות הכלליות של דיני הנזיקין, המחייבות קיומו של נזק כתנאי לפסיקת פיצוי, שהרי סעד הפיצוי, מטבעו, מצריך קיומו של נזק עליו יש לפצות. [...] זאת, בכפוף לפיצוי הסטטוטורי ללא הוכחת נזק, המוסדר בהוראה מיוחדת בסעיף 7א לחוק איסור לשון הרע, ולהבדיל מסעדים אחרים המנויים בחוק, שהענקתם אינה מותנית בקיום נזק. דרישת הנזק אין משמעה 'נזק ממון' דווקא, וגם נזק כללי הוא בבחינת נזק לצורך הענין. מבחינת הדרישה ההוכחתית, ניתן להיעזר בחזקה עובדתית על פיה פרסום לשון הרע מעצם טיבו גורם נזק, אלא אם הוכח אחרת [...] למונח 'נזק' שבפקודת הנזיקין, הכולל גם פגיעה בשם טוב, יש להעניק משמעות רחבה, ולכלול בו כל הפסד מוחשי, לרבות סבל נפשי [...]. כך הוא לענין העוולות הכלליות שבפקודת הנזיקין, המתפרשות גם על נזקים נפשיים וכאב וסבל, וכך הוא בעוולה על פי חוק איסור לשון הרע, שעיקר עניינה פגיעה בשם טוב של אדם” (שם, בפסקה 50).

66. סוף דבר: הסדר ההתיישנות אשר חל על עוולת לשון הרע כעוולה נמשכת – פרסום דיבה המלווה באי-הסרתו ובאי-תיקונו – הוא זה של דחיסה לפנים אשר נקבעה בסעיף 68א(א) לפקודת הנזיקים האזרחיים, שלימים הוחלף בסעיף 89(1) לפקודת הנזיקין.

67. לזאת אוסיף כי התוצאה אליה הגעתי איננה פועל יוצא של מקריות בניסוחו של דבר חקיקה. קיימת אינדיקציה ברורה לכך שהמחוקק אכן התכוון להחיל את מנגנון הדחיסה לפנים ביחס לעולת לשון הרע, שכן הוא ידע להחליף מנגנון זה בהסדר שונה אחרי שמצא כי נכון לעשות כן. דבר זה נעשה בחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק למניעת הטרדה מינית). במסגרתו של חוק זה, הטרדה מינית, וכן התנכלות מתמשכת אשר פוגעת בעובד או בעובדת, כופה על אותו נפגע – עובד או עובדת – סביבת עבודה עוינת. דבר זה מהווה עוולה נמשכת שבגינה הנפגע זכאי לקבל מהמעוול פיצויים ללא הוכחת נזק, כאמור בסעיף 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית – בדומה להסדר אשר נקבע בחוק לשון הרע. ואולם, לעניין ההתיישנות קובע סעיף 6(ג) לחוק למניעת הטרדה מינית כי "לא יזדקק בית המשפט או בית הדין לעבודה [...] לתביעה בשל עוולה [...] שהוגשה לאחר שחלפה התקופה הקבועה בסעיף 5 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, מיום שנוצרה העילה". הוזה אומר: בתובענות שעניינן הטרדה מינית או התנכלות בעבודה חל המחסום הרגיל של חוק ההתיישנות. מחסום זה חוסם את שערי בית המשפט בפני תביעות בחלוף שבע שנים ממועד היווצרות העילה, ובמובחן מכלל ההתיישנות אשר חל במקרה שלפנינו, אינו מאפשר דחיסה לפנים.

מן הכלל אל הפרט

68. בפרסמו את סרט הכזבים שלו במרחב הציבורי בדרך שהנגישה את הסרט לציבור הרחב, ביצע המערער עוולה נמשכת של לשון הרע – מעשה נזיקין אשר עלול לבזות את המשיב 1 בעיני הבריות ולעשותו מטרה לשנאה על ידי הצגתו כפושע מלחמה. המערער לא פעל כדי לעצור ולהפסיק את העוולה על ידי הסרתו של סרט הכזבים מהמרחב הציבורי, על ידי תיקונו הכולל של הסרט או, למצער, על ידי תיקון הסרט ביחס למשיב 1 – תיקון אשר יכול היה להיעשות על ידי הוצאת תמונותיו של המשיב 1 מן הסרט. חיבורם של מעשים ומחדלים אלה לעולת נזיקין אחת החל, כאמור, בשנת 2002, ונמשך עד עצם היום הזה – ועל כן עילת התביעה של המשיב 1 נגד המערער לא התיישנה כהוא זה.

69. כמו כן אחראי המערער בנזיקין בגין פרסומו של סרט הכזבים שלו באתר ה-YouTube – זאת, למרות העדרן של ראיות המסמנות את המערער או מי מטעמו כמי שהעלה את הסרט לאתרו. אחריותו של המערער לפרסום כאמור נובעת מהחיבור שבין מעשהו המקורי – הצבת סרט הכזבים והצגתו במרחב הציבורי – למחדלו המתמשך אשר בא לידי ביטוי בהיעדר כל ניסיון מצדו להביא להסרת הסרט מהאתר. בהקשר זה

יצוין כי המערער אפילו לא טרח לפנות לאחראי להצגת הסרט באתר ה-YouTube, או לבעלי האתר עצמם, בדרישה להסיר את הסרט מן האתר ולחדול מהצגתו. בעניין זה, אשוב ואצטט ממאמרו של ד"ר פלד:

"למפרסמים רבים יכולת למנוע בכל רגע נתון את המשך הפגיעה במושא הפרסום על ידי הסרת התוכן הפוגעני מן הרשת. יכולת זו נתונה בעיקר למי שעשה את הפרסום באתר המנוהל על ידיו, אך גם כאשר הפרסום נעשה באתר המנוהל על ידי אחר לעתים קרובות מסוגל המפרסם להסירו, אם באמצעות פעולה טכנית פשוטה ואם באמצעות הגשת בקשה לגורם האחראי (אשר מצדו לא ייטה לחשוף עצמו לסיכון משפטי כאשר המפרסם גילה דעתו כי הפרסום אינו חוסה תחת הגנה טובה)" (ראו: עוולות מקוונות, בעמ' 65).

70. ומכאן לעניין הסעדים אשר נפסקו לטובת המשיב 1 על ידי בית משפט קמא. סעדים אלה כוללים פיצוי בסך של 175,000 ש"ח בגין הנזק הכללי; צו מניעה קבוע האוסר על הקרנת הסרט ועל הפצתו בישראל; וכן צו בדבר החרמתם של עותקי הסרט בישראל, ככל שהמערער מודע למקום הימצאותם – זאת, כאשר אתר ה-YouTube מוחרג מהצווים במובן זה שהם אינם מופנים אל האתר ומנהליו.

71. לאחר שמיעת טענות הצדדים ושקילתן, הגעתי למסקנה כי הסעדים הללו ראויים ומידתיים, ובוודאי שאינם חורגים ממתחם הסבירות. אשר על כן, לא מצאתי מקום להתערב בשיקול הדעת שהופעל על ידי בית משפט קמא בקביעת הסעדים כאמור.

72. בהקשר זה, חשוב להדגיש את זיקת הגומלין ההדוקה בין גובה הפיצוי אשר נפסק לטובת המשיב 1 לבין הצווים שניתנו. כאשר לטרוניית המערער כי מדובר בצווים גורפים מדי, ואף בלתי מעשיים (אשר ביני לבני זכותה לתמיכה במאמר אקדמי: תמר גדרון ואורי וולובלסקי "עוד על 'ג'נין ג'נין' – הערה בעקבות פסיקת בית המשפט המחוזי בסיבוב השני בעניין מגנאג'י נ' בכרי", המשפט כח (2022) (להלן: עוד על "ג'נין ג'נין")) – אומר רק זאת:

א. באין צווים כאמור, האפשרות שסרט הכוזבים של המערער ימשיך להיות מוצג ומוקרן במרחב הציבורי בישראל – משמעה החמרת נזקו הכללי של המשיב 1 שאין לה סוף. כפועל יוצא מכך, בהיעדרם של צווים אלה מן הדין היה לפסוק לטובת המשיב 1, תִּלְף הסכום המתון יחסית של 175,000 ש"ח, פיצויים בשיעור גבוה יותר. ביטול הצווים ללא העלאה משמעותית של סכום הפיצוי בהכרח יביא

להפרת האיזון בסל הסעדים אשר נקבע בפסק הדין קמא. סבורני כי מסיבה זאת לבדה לא יהא זה נכון לבטל את הצווים.

ב. הצווים שבית משפט קמא הוציא מלפניו הם בגדר הצהרה חד-משמעית ובלתי מתפשרת בדבר שקריותן המוחלטת של ההאשמות שסרט הכזבים של המערער תלה (בין היתר) במשיב 1. הצהרה זאת באה לשקם את שמו הטוב של המשיב 1. ביטול הצווים כאמור, והאפשרות שסרט הכזבים של המערער ימשיך להיות מוצג ומוקרן במרחב הציבורי בישראל – משמעם פגיעה בשיקום שמו הטוב של המשיב 1.

73. המאמר עוד על "ג'נין ג'נין" מעלה טענה בדבר הקשר בין הצורך במתן הצווים הללו לבין ביטול האיסור על הקרנתו של הסרט, אשר הוטל בשעתו על ידי המועצה לביקורת סרטים, בבג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003). לפי טענה זו, ביטול האיסור הצנזורי מטייל ספק של ממש בצורך בצווים. ייתכן שכך הוא הדבר; ויש אף מי שטוען לביטולו הכללי של משטר הצווים אשר באים לחסום ולדכא ביטוי חופשי באשר הוא (ראו, למשל: Erwin Chemerinsky, *Injunctions in Defamation Cases*, 57 SYRACUSE L. REV. 157 (2007)). דא עקא, טענה זו מועלית, ברגיל, לצד ההכרה העמוקה בנחיצותו של כלל משפטי אשר יבטיח פיצוי הולם למי שנפגע מלשון הרע (ראו: שם, בעמ' 168-170) – תובנה חשובה שמחזירה אותנו לאיזון שעשה בית משפט קמא בסל הסעדים שפסק לטובת המשיב 1.

74. האם אפשר היה שלא ליתן את הצווים שבהם עסקינן? ייתכן. ברם, במקרה כזה, ובהתחשב בהקרנות החוזרות של הסרט, מן הדין היה להעלות במידה ניכרת את סכום הפיצוי אשר נפסק לטובת המשיב 1 מטעמים של צדק מתקן והרתעה כאחד; ונראה שבית משפט קמא היה נוהג כך.

75. בהקשר זה, אפנה לאמור בפסקה 240 לפסק הדין קמא בעניינם של פיצויים שנפסקים בגדרו של סעיף 7א לחוק לשון הרע:

"הפיצוי [...] [נקבע – א.ש.] על דרך של אומדנה ותוך מתן הדעת לסוגיות רבות כגון, דרך הפרסום, משך זמן הפרסום, היקפו, תוכנו, השלכותיו, זהות הנמענים, התנהלות שני הצדדים קודם ולאחר הפרסום, תפיסתו האישית של הנפגע את הפרסום, תפיסתו של הציבור את הנפגע כפועל יוצא של אותו פרסום, תגובתם לדרישות

אלו ואחרות של הצד שכנגד, וכיוצא באלו." (ההדגשה הוספה – א.ש.).

דברים אלה נכונים לעילא ולעילא (ראו: רע"א 2855/20 פלונית נ' פלוני (6.10.2022)). בהינתן פרמטרים אלה לקביעת הפיצוי ללא הוכחת נזקים ספציפיים, אין צל של ספק בכך שאילולא הוצאו הצווים שבהם עסקינן, סכום הפיצוי שבית משפט קמא היה פוסק לטובת המשיב 1, תוך שהוא מחייב את המערער לשלמו, היה עולה באופן ניכר על 175,000 ש"ח.

76. המשיב 1 לא הגיש ערעור על גובה הפיצוי שנפסק לטובתו; והמערער, מן הסתם, לא הציע להעלות את שיעור הפיצוי. בנסיבות אלו, התערבותנו בצווים שניתנו תעוות את האיזון בסל הסעדים אשר נקבע על ידי בית משפט קמא; ואחרי שידענו כי איזון זה אינו חורג ממתחם הסבירות, ואף מידתי כשלעצמו, אין לנו אלא לדחות את הטענות שהועלו נגד הצווים.

התייחסות קצרה לאחרית-דבר של השופט י' עמית

77. חברי, השופט עמית, חולק על סיווגו של מעשה העוולה, לו נמצא המערער אחראי, כעוולה נמשכת. אשוב ואדגיש, כי סיווג זה נעשה על ידי ביחס להפצת סרט הכזבים של המערער ולא-הסרתו מהמרחב הציבורי בהקשרן של כל הקרנות הסרט מושא התביעה – ועל כן אין כאן שום חריגה ממסגרת הדיון. כפי שצוין לעיל בפסק דיני, סיווג זה הוא עניין משפטי מובהק אשר מהווה חלק מדיני ההתיישנות החלים על מעשי נזיקין.

78. חברי מביע דאגה באשר לחשיפה אינסופית לתביעות, ממנה יסבלו מפיצי לשון הרע. לשיטתו, חשיפה כאמור אינה מוצדקת. בחשש זה איני מקל ראש, אולם אין אני רואה בו סיבה לשנות את עמדתי באשר לדיון המצוי. דין הוא דין, לטוב ולרע. כמו כן אינני משוכנע אם גישתו של חברי – שכאמור רואה בפרסום לשון הרע אירוע חד-פעמי, ולא עוולה נמשכת – עולה בקנה אחד עם הדין הרצוי על כל היבטיו. זרקוריו של חברי מופנים אל גורלו של המעוול, מפיץ לשון הרע, בשעה שזרקוריי ממוקדים בנפגעים מלשון הרע. קבלת גישתו של חברי תחשוף נפגעים אלה לפגיעה מתמשכת בכבודם ובשמם הטוב – זאת, מאחר שלמפיצי לשון הרע, אחרי שכבר שילמו לנפגע את הפיצוי החד-פעמי שהוטל עליהם לשלמו, לא יהא שום תמריץ לנקות את השיח הציבורי מההשמצות שהפיצו והותירו אחריהם. סיווגה של לשון הרע, כדוגמת סרט הכזבים של

המערער, כעוולה נמשכת תחייב את מפיציה לפעול להסרתה מהמרחב הציבורי מהר ככל שניתן ובכל הדרכים העומדות להם או, לכל הפחות, לחזור בהם בפומבי מדברי ההשמצה שהפיצו. במילים אחרות: בתחרות בין טובתו של המעוול, מפיצה של לשון הרע, לבין טובת הנפגע מעדיף אני, ללא סייג, את טובתו של הנפגע.

79. חברי מבקר את היזקקותי לדין האנגלי. אשוב ואדגיש כי פסק דיני מבוסס בעיקרו על הוראות הדין הישראלי. הדיון בדין האנגלי כמקור פרשנותו של דיננו-שלנו נעשה על ידי למעלה מן הצורך וכדי להסיר ספקות פרשניים, ככל שאלו קיימים – זאת, מאחר שהוראותיהן של פקודות הנזיקין, הישנה והעדכנית, שבהן קא עסקינן, מקורן במשפט המקובל האנגלי, ועל כן ראוי לפרשן לאורו. אוסיף ואבהיר, כי באומרי "ראוי", איני מתכוון לחובתו המוחלטת של בית המשפט להיזקק לדין האנגלי, אלא לאופן שבו נכון, לטעמי, להפעיל את שיקול הדעת הפרשני ביחס לסוגיה נושא דיוננו.

סוף דבר

80. סוף דבר: אם תישמע דעתי, נאשר את התוצאה אליה הגיע בית משפט קמא בפסק דינו ונדחה את הערעור על כל חלקיו. המערער ישלם למשיב 1 הוצאות משפט בסך כולל של 35,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

במחלוקת שנפלו בין חבריי, מצטרף אני לעמדתו של חברי השופט א' שטיין. חבריי הפכו כל אבן בנדון ולכן אסביר רק בתמצית מדוע הגעתי לכלל מסקנותיי.

אי-התיישנות התביעה בשל קיומה של עוולה נמשכת

1. כאמור, מסכים אני עם קביעתו של חברי השופט שטיין, כי תביעת המשיב לא התיישנה נוכח העובדה שניתן לראות בפרסומים כולם כעוולה נמשכת. זאת משום שניתן לראות בפרסום – כל עוד הוא נוכח במרחב הציבורי והמפרסם אינו פועל להסירו – כאירוע עוולתי נמשך אשר מוליד עילות תובענה בזו אחר זו (ראו עוד לעניין עוולה

נמשכת: ע"א 9413/03 אלנקווה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד סב(4) 525 (2008); ע"א 3139/05 כלפון נוה ארזים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה, פסקאות 31-32 (31.1.2008); ע"א 9292/07 חברות שדמות הדרום בע"מ נ' וועדה מקומית לתכנון ובנייה "שמעוניים", פסקאות 8-12 (6.1.2010); רע"א 6614/19 מדינת ישראל נ' ג'הסי, פסקאות 18-23 (30.6.2021) (להלן: עניין ג'הסי); חבקיו, 453-455; ישראל גלעד התיישנות בדין האזרחי 203-233 (2022).

2. חברי השופט עמית סבור כי אין מדובר ב"עוולה נמשכת" מפני שלא הוכחה הקרנת הסרט באופן רציף, בהינתן חלוף השנים בין הקרנה להקרנה. אלא שכבר בתחילת הדרך, בכתב הגנתו שהוגש לבית המשפט המחוזי ביום 19.9.2017, המערער לא חלק על כך שעותקים של הסרט היו "נגישים לציבור החל משנת הפרסום", שנת 2002. המערער אף חידד בכתב הגנתו כי "זוהי דוגמה מובהקת לפרסום נמשך ולא לפרסום חדש" (פסקה 69 לכתב ההגנה; ההדגשה הוספה). גם לשיטת המערער אפוא, לא הייתה כל הפוגה ב"פרסום".

3. אכן, ישנם מקרים מובהקים יותר שבהם סיווג המקרה כ"עוולה נמשכת" הוא ברור וגלוי לעין. למשל כאשר מדובר בעוולות אשר מעצם טבען עשויות להיות בעלות אופי נמשך, כגון עוולת המטרד או עוולת הסגת הגבול (ראו למשל: עניין ג'הסי, פסקה 21). לעומת זאת, כאשר מדובר בעוולת לשון הרע בשל פרסום (אשר בסופו של יום התגלגל אל רשת האינטרנט), עשויה להתעורר השאלה האם ראוי לסווג עוולה שכזו כ"עוולה נמשכת" (והשוו: רע"א 4673/15 בר נוי נ' טביר, פסקה 8 (8.3.2016)). אולם בנסיבות מקרה זה, נוכח הודאתו המפורשת של המערער כאמור כי מדובר היה ב"פרסום נמשך" במשך שנים, האמור נאמר למעלה מן הדרוש.

התיישנות שלא מדעת

4. חרף המסקנה האמורה ראיתי לנכון לומר ולו במישור העיוני מספר מילים על אודות ה"התיישנות שלא מדעת" במקרה קונקרטי זה. סעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות) קובע את כלל הגילוי המאוחר. בהתאם לכלל זה, מקום בו נעלמו מעיני התובע עובדות מהותיות המבססות את עילת התביעה "מסיבות שלא היו תלויות בו ושאף בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן" יתחיל מרוץ ההתיישנות עם גילוי עובדות אלו. הכלל חל כאשר קיים פער בין המציאות העובדתית והמשפטית לבין השתקפותה בתודעתו של התובע, והוא משעך את תקופת ההתיישנות עד למועד בו יש בידי לעמוד על כוח תביעתו (ע"א 2919/07 מדינת ישראל – הוועדה

לאנרגיה אטומית נ' גיא-ליפל, פ"ד סד(2) 82, 116-117 (2010-2011) (להלן: עניין גיא-ליפל)). נקודת המוצא היא כי בהיעדר "ידיעה" מצד התובע, אשר לא ידע ולא היה עליו לדעת כי קמה לו עילת תביעה, נחלש חלק ניכר מהיסודות הניצבים בבסיס דיני ההתיישנות. כך, לא ניתן לראותו כמי ש"ישן על זכויותיו" וגם לא ניתן להלין על כך שיצר אצל הנתבע ציפייה כי ויתר או מחל על תביעתו (ע"א 8416/19 עו"ד שלמה נס ורו"ח אלי שפולר – מפרקי חברת אגרקסקו חברה לייצור חקלאי בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 32 (22.12.2021); עניין גיא-ליפל, עמ' 117).

5. כפי שהצביע חברי השופט עמית, לאורך השנים דנה הפסיקה רבות בשאלת פרשנותו של כלל הגילוי המאוחר כמו גם בהיקף תחולתו על תביעות שונות. כלל זה מורכב מיסוד סובייקטיבי ומיסוד אובייקטיבי. לא די בכך שהתובע לא ידע על העובדות המהוות את עילת התובענה מסיבות שלא היו תלויות בו, אלא עליו להוכיח כי אף בזהירות סבירה לא יכול היה לדעת אותן, לפי אמת מידה אובייקטיבית של האדם הסביר (עניין גיא-ליפל, עמ' 125; ע"א 393/08 שגיא נ' כפר ביאליק כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פסקה 24 (23.2.2010); ע"א 4381/08 קופת חולים כללית נ' מוסקוביץ, פסקה ט"ז (16.1.2012) (להלן: עניין מוסקוביץ)). בבחינת השאלה האם עמד התובע ברף הזהירות הנדרש נקבע כי יש להביא בחשבון בין היתר את מושא הגילוי, את מידת המאמץ הכרוך בגילוי העובדות, את המידע שהצטבר עד אותה העת אצל התובע ואת רמת החשד שעורר אותו מידע (ע"א 8880/13 וינשל נ' מדינת ישראל משרד הביטחון, פסקה 30 (30.8.2016); עניין גיא-ליפל, עמ' 125; עניין מוסקוביץ, פסקה י"ח; ע"א 4275/10 מולחי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פסקה 13 (22.2.2012); עמוס הרמן דיני נזיקין 349 (מהדורה שניה, 2020) (להלן: הרמן); טלי חבקין התיישנות 246-248 (מהדורה שניה, 2021) (להלן: חבקין)).

6. לצד קריטריונים אלו, נפסק כי קביעת היקף החובה המוטלת על הניזוק על מנת לעמוד בסטנדרט הגילוי האובייקטיבי, איננה פשוטה. יש להיזהר מהטלת נטל בלתי סביר על הניזוק. בכלל זה, נקבע כי אף שמידת המאמץ הכרוכה בגילוי העובדות הרלוונטיות עשויה כאמור להיות שיקול רלוונטי, אין לומר כי "האפשרות לגלות את עובדות העילה בנקל כשלעצמה יש בה כדי להפוך את חוסר מודעותו של התובע לבלתי סבירה" (ע"א 1349/05 שוב נ' בנק ירושלים, פסקה 2 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (18.3.2009)). ברם, ככל שהנזק חמור ונסיבות גרימתו מעוררות חשד, כך תגבר הציפייה מהניזוק שיברר את זכויותיו (וראו: עניין גיא-ליפל, עמ' 125-126; ע"א 2387/06 פלונית נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פסקה 18 (31.8.2008) (להלן: עניין פלונית)).

7. בענייננו, בית המשפט המחוזי קבע כממצא עובדתי כי המשיב צפה לראשונה בסרט בשנת 2015 ורק אז התברר לו כי הוא מופיע בסרט. מסכים אני עם חברי השופט עמית כי אין בסיס להתערבותנו בנקודה זו (פסקה 35 לחוות דעתו). מסקנה זו מבוססת על התרשמותה הבלתי אמצעית של הערכאה הדיונית מהעדים שהופיעו לפניה ועל ממצאי מהימנות שאין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בהם (וראו למשל: ע"א 2308/20 פז חברת נפט בע"מ נ' ממון, פסקה 48 (28.8.2022); ע"א 9098/20 פלוני נ' ד"ר אלינה מיכאלי, פסקה 16 (24.5.2022)). בנסיבות אלו, הנחת היסוד לדיונונו היא כי המערער לא היה מודע בפועל לנזק שנגרם לו עד למועד שבו צפה בסרט בשנת 2015. לפיכך יש להתמקד בהיבט האובייקטיבי של סעיף 8 לחוק ההתיישנות, ובפרט יש לבחון האם בחירתו של המשיב שלא לצפות בסרט במועד מוקדם יותר, מובילה לכלל מסקנה כי יש לראותו כמי שלא נקט צעדים סבירים לצורך בירור העובדות המהותיות המהוות את עילת תביעתו. לדעת חברי השופט עמית התשובה לכך היא חיובית. מסכים אני עמו במסקנה זו, חרף העובדה ששאלה זו מעוררת לדעתי לא מעט התלבטויות במקרה קונקרטי זה.

8. נקודת המוצא לדיון היא כי לא היה די בידיעתו הכללית של המשיב כי הסרט עוסק בפעילות צה"ל במהלך מבצע "חומת מגן" כדי להביא למסקנה כי הוא היה חייב לצפות בו. הטעם לכך נעוץ בעיקרו של דבר באופיו של הסרט ובפגיעה הנוספת שהייתה צפויה להיגרם למשיב מעצם החשיפה אליו. מדובר בסרט אשר נקבע לגביו כי באופן אובייקטיבי הוא מכיל שקרים וכזבים וכי צפייה בו צפויה לגרום ברמת "ודאות מוחלטת" לפגיעה עמוקה ורחבה ברגשות הציבור, ובעיקר של חיילי צה"ל שנלחמו במבצע "חומת מגן" באזור ג'נין. כך נאמר על אודות פגיעה זו:

"לצורך ענייננו ראוי להניח כי ההסתברות להתרחשות הפגיעה ברגשות הציבור עקב התרתו של הסרט 'ג'נין', ג'נין' להקרנה בבתי הקולנוע אינה מסתכמת לגדר ודאות קרובה, אלא היא בגדר ודאות מוחלטת [...]. אכן, מדובר בפגיעה ברגשות שהיא רחבה ועמוקה כאחד [...]. אין היא מוגבלת לאדם אחד או לקבוצה קטנה של אנשים שהם מיעוט קטן בחברה. היא מקיפה את חיילי צה"ל שנלחמו בקרבות ג'נין וחבריהם המשרתים בחילות הסדירים והמילואים, המופקדים על משימות ההגנה על הביטחון; היא משותפת למשפחות השכולות של החיילים שנתנו את נפשם בקרבות ג'נין והיא נחלת חוגים רחבים בציבור כולו. אין מדובר בפגיעה קלת ערך החולפת על פני השטח ונישאת עם הרוח. זו פגיעה ממשית, אמיתית וקשה. היא איננה מתמצית בפגיעה בעלת אופי כללי בהווה הערכית-מוסרית של החברה בישראל, אלא היא קשורה באירועים ספציפיים וממוקדים שזיכרונם הקשה עדיין חי בקרב

ישראלים רבים שלקחו בהם חלק" (בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 284 (2004); ההדגשות אינן במקור).

כמו כן, על בסיס האמור, נאמר על ידי חברי השופט עמית, בהקשר אחר:

"האמירות בסרט אינן מתייחסות ספציפית לחייל זה או אחר, אף לא ליחידה זו או אחרת בצה"ל, אלא לקבוצה רחבה דיה כדי להיתפס בציבור כקבוצה שאינה מוגדרת או מסוימת או מזוהה עם הפרטים המרכיבים אותה" (ע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי, פ"ד סה(1) 567, 623 (2012)-2011).

בנסיבות אלה, שעה שצפייה בסרט הוכרה ככזו הצפויה לגרום לכל אדם סביר בנעלי המשיב לפגיעה "ממשית, אמיתית וקשה" ברמת הסתברות של ודאות מוחלטת, ניתן להבין ללב של המשיב אשר בחר שלא לצפות בסרט. בתוך כך היה נדרש המשיב לחשוף את עצמו לפגיעה הנובעת מצפייה בהשמצות חבריו לקרב, רק כדי לבחון האם בתוך כך ייחשף לנזק שנגרם לו באופן אישי. בהיעדר כל ידיעה או חשד מצדו על מעורבותו בסרט, הדרישה כי אדם במצבו יחשוף עצמו לפגיעה מסוג אחד רק כדי לבחון האם נגרם לו כתוצאה מכך נזק מסוג אחר, אינה פשוטה.

9. בענייננו, אין להניח כי השתתפותו של חייל במבצע "חומת מגן", צריכה הייתה לעורר כשלעצמה את חשדו בדבר הופעתו בסרט, אף אם שהה במהלך המבצע בקרבת העיר ג'נין. מבצע "חומת מגן" אינו נופל בגדר אירוע נקודתי מצומצם, אלא מדובר במבצע צבאי רחב היקף בו השתתפו כוחות ביטחון רבים במספר רב של זירות. אין להלום קביעה לפיה מצופה היה מכל חייל צה"ל – הן בסדיר והן במילואים, אשר שירת במהלך המבצע ושהה בעיר ג'נין, לצפות בסרט זה רק כדי לבחון האם קמה לו עילת תביעה כתוצאה מכך. אין גם מקום להתעלם מהמחירים הגופניים והנפשיים הנלווים ללחימה באשר היא, המתגלים לעתים זמן רב לאחר שוך הקרבות. הטלת נטל נוסף לחקור ולדרוש על אודות נזקים עקיפים לשמם הטוב של חיילי צה"ל, שנגרמו בזדון על ידי גורמים עוינים, אינו נכון, אינו צודק ואף עשוי להיות בלתי מוסרי.

10. חרף האמור, ועם כל ההבנה למצבו של המשיב, בצדק קבע חברי השופט עמית כי לא ניתן לומר כי התקיימו במקרה זה תנאי סעיף 8 לחוק ההתיישנות. ויודגש, טיב האמצעים שעל תובע לנקוט כדי שייחשב כמי שנקט זהירות סבירה בגילוי עובדות הנזק, נגזר מטיב העניין ומהנסיבות הייחודיות האופייניות לתחום בו מדובר (ע"א 2206/08

סיגמן נ' חב' דובק בע"מ, פסקה 25 (11.7.2010); עניין פלוניא, פסקה 18). בנסיבותיו האובייקטיביות של מקרה זה, קשה לומר כי למשיב לא הייתה ידיעה בכוח, ולו ברמה של "קצה חוט", כי הוא מופיע בסרט. אין חולק – על פי קביעותיו של בית המשפט המחוזי ועל פי נתונים שאושרו בחקירתו הנגדית של המשיב – כי המשיב היה מודע לקיומו של הסרט; ידע על עצם ניהול ההליכים המשפטיים בקשר אליו; סוגיית תוכנו של הסרט וההליכים שנוהלו בקשר אליו היו נושא לשיח בין הלוחמים. אחרי ככלות הכול אפוא, אין מדובר בנסיבות שבהן ניתן לומר כי לא היה על המשיב לדעת את הנסיבות המקימות לו עילת תביעה.

11. המסקנה היא אפוא, כפי שהצביע חברי השופט עמית, שאין תחולה לסעיף 8 לחוק ההתיישנות במקרה זה, ואילולא הגדרתו של מעשה העוולה כ"עוולה נמשכת", התביעה הייתה מתיישנת בכל הנוגע להקרנת הסרט לפני ארבעה הקרנות שנערכו בשנים 2010-2012.

97900 ב-YouTube

12. אקדים ואומר בהקשר זה כי המערער לא העלה בערעורו, אף לא ברמז, כל טענה נגד הטלת האחריות עליו בקשר לפרסום ב-YouTube. די בכך אפוא לטעמי, כדי לקבוע כי אין מקום להתערב בסעד שניתן בקשר לפרסום זה, אליו לא נדרשו הצדדים ולא העלו טענותיהם לפנינו. יתר על כן, כפי שציין חברי השופט עמית (פסקה 73 לחוות דעתו), כתב הערעור לא כלל אי-אלו טענות המכוונות נגד הסעדים שנפסקו, זולת מחאה כללית מדוע לא הסתפק בית המשפט המחוזי במחיקת השניות הבודדות שבהן מופיע המשיב בסרט, חלף האיסור על הקרנת הסרט כולו. משכך, ממילא אין מקום לפסוק לטובת המערער סעד בדמות הפחתת הפיצוי, אשר כלל לא נתבקש. גם לגופו של הפרסום ב-YouTube, אינני שותף לקביעת חברי השופט עמית כי המערער אינו בבחינת "מפרסם" הסרט, בכל הנוגע לתפוצתו ברחבי האינטרנט. כל שטען המערער בעניין זה (וזאת בבית המשפט המחוזי, שעה שבערעורו כאמור לא העלה כל טענה בעניין) הוא, כי "אבדה לו השליטה" על הסרט מעת שהועלה לרשת האינטרנט (סעיף 76 לכתב ההגנה). אלא שברי כי טענת "אבדן שליטה" בנסיבות אלו אינה ניתנת להתקבל, שעה שכפי שהצביע חברי השופט שטיין, המערער לא עשה אף את תחילתה של הדרך, ולא פנה כלל ל-YouTube כדי לבקש את הסרת הסרט.

13. מעבר לכך, לא ניתן להתעלם בהקשר זה מההשלכות המשמעותיות שיש להתפתחות הטכנולוגית בעידן הנוכחי, אשר מתאפיינת בנתיבי הפצה חדשים ונרחבים של

מידע ופרסומים באופן שלא נראה כדוגמתו בעבר (וראו למשל: חאלד גנאים, מדרכי קרמניצר ובוועז שנור לשון הרע – הדין המצוי והדין הרצוי 251-252 (מהדורה שניה מורחבת, 2019)). הרשת הדיגיטלית מאפשרת תפוצת מידע רחבה ומהירה. פרסום במדיה דיגיטלית הינו מעשה כמעט בלתי הפיך, הוא "מתפשט" במרחב המקוון במהירות הבזק, ויוצר עוד ועוד חשיפה אשר קשה להביא לבלימתה (ראו למשל: מיכל לביא "הוצאה מהקשר: על אחריות מתווכים מקוונים להפצה משנית ולהשפעה על זמינות מידע" מחקרי משפט לא 491 (2018); מיכל לביא "ביוש לנצח?" משפטים מט 439 (2019); אלעד פלד "מניין תקופת ההתיישנות בתביעות בגין עוולות מקוונות" חוקים ד 57, 66 (2012)). פרסומו של כל סרט בעידן הנוכחי בכל אמצעי דיגיטלי כולל בחובו את הציפייה הסבירה ואף המתבקשת כי הוא יתגלגל אל רשת האינטרנט ויזכה ל"פרסום" חוזר ונשנה ותהודה באופנים שונים.

14. עם ההתקדמות הטכנולוגית, פרסומו של סרט משמעותו הרחבת התפוצה אל הרבה מעבר למעגל הצופים הראשונים בו. זאת בניגוד לעבר, כאשר פרסום סרט עלי גילי "פילים" או פרסום בכתב על גבי גיליונות נייר, הן בדמות כתיבה עלי ספר או עיתון והן בכל דרך פיסית אחרת, היה מתוחם בגבולות אשר פריצתם היא זו שיכלה להביא ל"איבוד שליטה". כיום כל בר דעת יודע כי פרסום קטן שבקטנים ולו במכשיר הטלפון הסלולרי האישי הנמצא בכיסו של כל אחד מאיתנו, עלול להתגלגל למחוזות שלא שיערום אבותינו. מעשים שבכל יום הם. משכך, אופיו של הפרסום ברשת האינטרנט, מהירות ההפצה והיקף החשיפה העצום, מקשים על ניסיון המערער להסתתר מאחורי טענת הגנה מעין זו. זאת בפרט בנסיבות שבהן פרסום הסרט – הכוזב והמהווה כאמור "לשון הרע" – במרחב הציבורי נעשה מלכתחילה בידי המערער, בכוונת מכוון על מנת שיפורסם בראש כל חוצות. על אחת כמה וכמה שעה שכפי שגם ציין בית המשפט המחוזי, בעדותו אף עלה כי המערער היה מעוניין בהפצת הסרט ללא הגבלה.

במאמר מוסגר יצוין כי האמור לעיל גם משליך על הגדרת העוולה בענייננו – גם בקשר לפרסום ב-YouTube – כעוולה נמשכת. אוסיף כי לא נעלם מעיני התנאי שנקבע בפסיקה בקשר לקיומה של עוולה נמשכת, כי נדרש שיהיה בכוחו הסביר של המעוול להפסיק את מחדלו (וראו: עניין ג'הסי, פסקה 23; חבקין, עמ' 453). אולם סבורני כי "היעדר השליטה" המובנה המאפיין כאמור את הפרסום בעידן הדיגיטלי, יש בכוחו כדי לעדן באופן משמעותי את הכלל האמור.

היקף צו המניעה

15. בשנים לב לאמור, גם אני כמו חברי השופט שטיין, לא מצאתי לנכון להתערב בהיקפו של צו המניעה עליו הורה בית המשפט המחוזי. אמנם, לא ניתן להתעלם בהקשר זה מהביקורת בקשר למידת האפקטיביות של צווי מניעה כגון אלו, ועל הקושי בקביעת מנגנוני "צנזור" בעידן הנוכחי, אשר בו כאמור רשת האינטרנט משמשת כזירה מרכזית, זמינה ונגישה לפרסום ולהפצה של תכנים ללא חסמים (וראו למשל: קריין ברזילי-נהון וגד ברזילי "חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלותה והולדתה המחודשת של הצנזורה" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 483 (2006)). על כגון דא ניתן לומר כי "הסוסים כבר ברחו מהאורווה". חיים ומוות ביד המקלדת הדיגיטלית – כקטון וכגדול. שעה שהפרסום התגלגל כפי שהוא אל רשת האינטרנט, עצירתו ומניעת התפשטותו היא קשה ביותר ואף בלתי אפשרית, והאיסור על הקרנתו הפורמלית בעת הזו בחלוף השנים הינה במובן מסוים בבחינת לעג לרש. אף ניתן לומר כי האיזון אליו הגיע בית המשפט, אינו נוטה כלל לרעת המערער. אדרבה, המערער בא על סיפוקו. הסרט נצפה באין מפריע על ידי כל מאן דבעי. יתכן כי בנסיבות אלו היה מקום לפסוק למשיב פיצוי משמעותי וגדול בהרבה ממה שנפסק, פיצוי שהיה בו כדי לשקף את היקף הפגיעה באופן ראוי יותר נוכח העובדה שהאיסור על הקרנת הסרט מכאן ואילך אינו מקהה את הפגיעה הקשה שנגרמה ושצפויה להמשיך להיגרם, בשל הקושי המובנה באכיפת הצו במובן המהותי. מה גם שהובהר על ידי בית המשפט המחוזי כי הצו אינו מופנה כלפי YouTube. היינו בכל מקרה כל אדם יוכל להמשיך ולצפות בסרט בנקל.

16. במסגרת זו, חרף התועלת הנמוכה שניתן להפיק מצנזור הסרט, אינני סבור, כדעת חברי השופט עמית, כי יש מקום להורות על הסרת קטע מצומצם לבדו. מסכים אני עם חברי כי בית המשפט אינו "נטול סמכות" להורות על "עריכת" הסרט והשמטת לשון הרע המצויה בו (פסקה 78 לחוות דעתו). ברם, בוחר אני לאמץ את דברי חברי בהם ציין כי נקודת המוצא המקובלת היא כי מקום שבו הוכרעה שאלת האחריות לחובת המפרסם ונקבע כי הפרסום מהווה לשון הרע שאינו חוסה תחת ההגנות שבחוק, אזי ככלל יש לתת צו מניעה קבוע האוסר על הפרסום (פסקה 77 לחוות דעתו). אינני רואה לחרוג מהכלל במקרה זה (והשוו: דנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין-אודבך, פ"ד סז(1) 667, 752-751 (2014)). יצירתו הכוזבת של המערער שוחררה כאמור לאוויר העולם כשהיא נושאת בתוכה מטען כבד ופוגע. הותרת פרסום הסרט על כנו, תוך השמטת החלק הנקודתי שבו הופיע המשיב בסרט אשר "מתגלגל" וזוכה לתפוצה מזה עשרים שנה (ואפילו אם היינו לוקחים בחשבון "רק" 12 שנה בהתייחס להקרנות החל משנת 2010), מרוקנת מתוכן אף את מעט ההיגיון והתועלת שניתן למצוא בבסיסו של הוצאת צו מניעה כאמור. "העלמת"

הקטע הפוגע, לאחר שנים של פרסומו בתוך הקשר של דברי בלע ושקר, אין בה להביא להקלה בפגיעה שנגרמה למשיב.

סופו של יום, מצרף אני את דעתי לעמדת חברי השופט שטיין, לרבות לעניין ההוצאות, זאת גם בהתחשב בחוסר תום ליבו של המערער – הן במישור הדיוני והן במישור המעשי – עליו עמד גם חברי השופט עמית.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית, בהסכמת השופטים ד' מינץ וא' שטיין, לדחות את הערעור בסוגיית ההתיישנות. עוד הוחלט, ברוב דעות של השופטים א' שטיין וד' מינץ, כנגד דעתו החולקת של השופט י' עמית, לדחות את הערעור במישור הסעד, ולהותיר את הסעדים שנפסקו בבית המשפט המחוזי על כנם, לצד חיוב המערער בהוצאות משפט בגין הערעור בסך 35,000 ש"ח.

ניתן היום, כ"ט בחשוון התשפ"ג (23.11.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט