



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8345/08

בפני: כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט י' עמית

המערערים: 1. עו"ד עופר בן נתן  
2. דורון קידר  
3. ניב אושרי  
4. אדם ארביב  
5. יונתן ואן קספל

נגד

המשיב: מוחמד בכרי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז מיום  
26.6.2008 בת"א 6053-07-08 שניתן על ידי כבוד השופטת  
מ' נד"ב

תאריך הישיבה: א' באדר ב' התשע"א (7.3.11)

בשם המערערים: עו"ד ד' זיילר; עו"ד ס' פאוקר; עו"ד א' טיטנוביץ

בשם המשיב: עו"ד א' פלדמן; עו"ד ח' יצחקי

בשם היועץ המשפטי  
לממשלה:

עו"ד ד"ר ח' זנדברג

### פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז (השופטת מ' נד"ב)  
בת"א 6053-08-07 מיום 26.6.2008 בו נדחתה תביעה לתשלום פיצויים שהגישו  
המערערים כנגד המשיב בעילה של הוצאת לשון הרע.

עניינו של ההליך שלפנינו, שאלת קיומה של זכות תביעה למערערים, חמישה  
חיילים שלחמו במחנה הפליטים בג'נין במהלך מבצע "חומת מגן" שנערך בשנת 2002,  
בגין ייחוסם של מעשים שונים לחיילים שלחמו במבצע במסגרת הסרט "ג'נין-ג'נין"  
שאותו יצר, הפיק וביים המשיב (להלן: הסרט).

העובדות הצריכות לעניין ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

1. הסרט צולם במחנה הפליטים בעיר ג'נין במהלך שנת 2002 בסמוך לאחר תום מבצע "חומת מגן". הסרט כולל ראיונות עם אנשים שונים המוצגים כתושבי מחנה הפליטים. בסרט משולבים קטעים בהם נראים חיילי צה"ל, מסוקים, טנקים, נגמ"שים וכלי לחימה אחרים הנחזים להיות קטעים ממהלך הלחימה במחנה וכן קטעים בו נראה מחנה הפליטים.

בתמצית ניתן לומר כי האנשים המרואיינים בסרט מתארים את חוויותיהם במהלך הלחימה שהתנהלה במחנה הפליטים. בכלל זאת נשמעות מפיהם טענות קשות באשר לפעולות שננקטו על ידי חיילי צה"ל במהלך הלחימה במחנה הפליטים לרבות הטענות הבאות: כי בוצע ירי בחפים מפשע (לרבות נשים, ילדים, אדם נכה ומחבל כפות); כי נעשה שימוש בילדים במסגרת הלחימה תחת איום שאם לא יבצעו את הפעולות שהתבקשו מהם ירו בהם; כי בוצעה הריסה שיטתית של בתים על יושביהם; כי בוצעה הפגזה מסיבית על בית החולים וכי הצבא פגע באספקת המים והחשמל של בית החולים תוך מניעת הגעתם אליו של כוחות הצלה; כי אמבולנס הופגז; וכי נגנב כסף של אדם על ידי החיילים.

רוב המרואיינים מעידים בגוף ראשון ומתארים אירועים ספציפיים מהם עולה כי הם נכחו באירועים או כי היו עדים להם. חלק מן המרואיינים היו, על פי דבריהם, הנפגעים מן המעשים. כך למשל, מרואיין אדם מבוגר שידו חבושה הטוען כי הפגיעה נגרמה לו כתוצאה מירי מכוון של חייל וכך למשל מרואינת אישה הטוענת כי חייל ירה בה ברגליה.

כאמור, בין קטעי הראיונות משולבים קטעים שונים. חלקם באופן מובהק הם קטעי אילוסטרציה (כגון צילום של התנפצות זגוגית חלון על רצפה) אך בין קטעים אלו גם קטעים נוספים ובהם קטע ממנו עולה תמונה של נגמ"ש הנוסע לכיוון שורה של אנשים כפותים השוכבים בשורה על האדמה כאשר ברקע נשמעת הקריאה: "הטנק עולה עליהם, עולה עליהם" (כך על פי הכתוביות בעברית) ומיד לאחר מכן נראה קטע בו מופנות גופות (להלן: סצנת הטנק).

2. בתחילה, נאסרה הקרנתו של סרט זה בישראל על ידי המועצה לביקורת סרטים, בהתאם לסמכותה על פי פקודת סרטי הראינוע, 1927. בעקבות החלטה זו הגיש העותר עתירה לבית משפט זה ובפסק הדין מיום 11.11.2003 בוטלה החלטת המועצה [בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003) (להלן: העתירה)].

בקשות שהוגשו על ידי המועצה, לוחמים ומשפחות שכולות לקיום דיון נוסף נדחו בהחלטת המשנה לנשיא א' מצא (דנג"ץ 10480/03 בוטידן נ' בכרי, פ"ד נט(1) 625 (2004)).

3. ביום 26.2.2003 הגישו המערערים, חמישה חיילי צה"ל במילואים אשר לקחו חלק בלחימה בג'נין, תביעה נגד המשיב וכן נגד הסינמטקים בירושלים ובתל-אביב אשר הקרינו את הסרט ופרסמו אותו באתרי האינטרנט שלהם. הסינמטק בירושלים אף הציג את תמונת שניים מן המערערים בדף האינטרנט לצד פרסומו של הסרט. הסינמטקים והמערערים הגיעו להסדר פשרה והמשיב נותר כנתבע היחידי בהליך.

4. בגדר תביעתם, טענו המערערים כי ההאשמות כלפי חיילי צה"ל המובאות בסרט הינן שקריות וכי פרסום הסרט עולה כדי פרסום לשון הרע נגדם. בשם לב לאי אזכור שמם או תמונתם בסרט, טענו המערערים כי קמה להם עילת תביעה מאחר שהם ידועים בקרב סביבתם הקרובה וכן בקרב הציבור כמי ששירתו בג'נין במסגרת מבצע "חומת מגן". את טענתם בדבר זיהויים כלוחמי צה"ל ששירתו בג'נין בתקופת המבצע בקרב הציבור הרחב סמכו המערערים בין היתר על העובדה כי התראינו לתקשורת כלוחמים וכי שמם וכן תמונתם צוינו במסגרת הכתבות ששודרו וכן על העובדה כי השתתפו בסרט ששודר באחד מערוצי הטלוויזיה ושמו "ג'נין יומן מילואים". את טענתם בדבר זיהויים כאמור בקרב הסביבה הקרובה להם סמכו המערערים על ידיעת משפחתם וסביבתם הקרובה על השתתפותם במבצע בעת הלחימה במחנה הפליטים.

5. המשיב טען כי יצירתו מהווה יצירת אמנות וכי כוונתו הייתה להציג את זווית הראיה של תושבי מחנה הפליטים לגבי הלחימה שהתרחשה בו. המשיב טען כי הנטען בסרט הינו אמת וכי עומדות לו הגנת "אמת דיברתי" [סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע או החוק)] והגנה בדבר הבעת דעה בתום לב (סעיף 15(4) לחוק איסור לשון הרע). המשיב הוסיף וטען כי למערערים אין עילה לתביעה אזרחית בשל הוראת סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע השוללת קיומה של עילת תביעה אזרחית בגין לשון הרע המופנית כנגד ציבור או חבר בני אדם שאינם תאגיד. בהקשר זה נטען כי אין כל טענה בסרט המופנית ישירות כלפי המערערים וכי לא ניתן לזהותם מן הסרט כמי שביצעו את המעשים המתוארים בו. כן נטען כי אין בעובדה שהמערערים התראינו באמצעי תקשורת קודם להקרנת הסרט כלוחמים במסגרת מבצע חומת מגן בג'נין כדי להוות נסיבות חיצונית המאפשרות את זיהויים כאמור בסעיף 3 לחוק איסור לשון הרע.

6. בפסק דינו קבע בית המשפט המחוזי כי במסגרת הסרט מיוחסים לחיילי צה"ל מעשים קשים מהם משתמעת אכזריות, חוסר אנושיות וזלזול בחיי אדם. בהמשך לכך קבע בית המשפט כי ייחוס מעשים אלו לאדם ייתפסו על ידי האדם הסביר כמשפילים ומבזים ועלולים לעשותו מטרה לשנאה. לפיכך, עולים הדברים בסרט כדי הוצאת "לשון הרע" כהגדרתה בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע.

7. יחד עם זאת - וזו הנקודה המרכזית מושא הערעור שלפנינו - קבע בית המשפט המחוזי כי למערערים לא עומדת עילת תביעה אזרחית כנגד המשיב מאחר שלשון הרע מתייחסת לקבוצה של חיילי צה"ל שהשתתפו במבצע חומת מגן ולא ליחידים ספציפיים בהתאם להוראת סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע. למסקנתו זו הגיע בית המשפט המחוזי לאחר שסקר את האופן בו יושמה הוראת סעיף 4 בפסיקת בתי המשפט בישראל וכן כללים דומים הקיימים במשפט האמריקאי ובמשפט האנגלי. בית המשפט המחוזי קבע כי הוראת סעיף 4 פורשה כך כי רק במקרים בהם לשון הרע מתייחסת או עלולה להשתמע כמתייחסת לכל אחד מחברי הקבוצה נתונה לכל אחד מהם עילה לתביעה אזרחית.

באשר לתביעה שלפניו, קבע בית המשפט המחוזי כי אין בידעתם של החוגים הקרובים למערערים אודות לחימתם במחנה הפליטים או במאפיינים מיוחדים אחרים כדי לייחדם מיתר חיילי צה"ל שהשתתפו במבצע וכי לא עומדת למכלול החברים בקבוצה (קרי לחיילי צה"ל שהשתתפו בלחימה בג'נין) עילת תביעה אזרחית אישית. את קביעתו זו ביסס בית המשפט המחוזי על העובדה כי במסגרת הלחימה במחנה הפליטים לקחו חלק מאות חיילים, על העדרה של התייחסות בסרט לחייל ספציפי, ועל העובדה כי תמונות חיילי צה"ל המופיעות בסרט אינן של המערערים. גודל הקבוצה והעדר התייחסות ספציפית למי מהחיילים, הביאו את בית המשפט המחוזי לקבוע כי לא קיים חשש שהאדם הסביר יסבור שהסרט מתייחס לכל חייל וחייל שהשתתף בקבוצה או כי המעשים שנטען בסרט כי בוצעו נעשו על ידי כלל חיילי צה"ל. בית המשפט הוסיף וציין בהקשר זה כי עוצמת ההאשמות בסרט "מדוללת" עקב גודל הקבוצה וכי אף מטעם זה יש להעדיף את חופש הביטוי על פני הפגיעה בפרט ככל שקיימת. טעם נוסף שעמד ביסוד קביעתו של בית המשפט המחוזי הוא כי בקרב הקהל הרלבנטי - אוכלוסיית מדינת ישראל - חיילי צה"ל נתפסים כמי שטוהר הנשק הוא נר דרגליהם. יתר על כן, קהל זה נוטה להיות סקפטי לגבי לשון הרע מהסוג הנדון המיוחסת לחיילי צה"ל. בנקודה זו הוסיף בית המשפט המחוזי וציין כי אין להשתית שיח ציבורי בעניין הנוגע לטוהר הנשק בשל חשיבות עקרון זה והעניין הציבורי שבו.

8. לבסוף, ולמעלה מן הצורך, נוכח קביעתו בדבר זניחת טענות המשיב בדבר הגנות הקמות לו מכוח חוק איסור לשון הרע, קבע בית המשפט המחוזי כי לא עומדת למשיב כל הגנה כאמור בהתאם להוראות החוק. באשר להגנת "אמת דיברתי", קבע בית המשפט המחוזי כי על אף שהמשיב הצהיר בכתב הגנתו כי יוכיח שכל מה שנאמר בסרט הוא אמת לאמיתה, בפועל לא עשה דבר להוכחת אמיתות הנטען בסרט וכי אף עדותו לא ביססה טענת הגנה זו. באשר להגנה הנוגעת להבעת דעה בתום לב, קבע בית המשפט המחוזי כי הרושם הכללי אותו יוצר הסרט אינו של הבעת דעה אלא שמדובר בהצגת עובדות ב"מעין סרט דוקומנטארי", וזאת על דרך של הבאת עדויות עדי ראייה והצגת צילומים אוטנטיים של פעילות חיילי צה"ל. כן קבע בית המשפט המחוזי כי ממילא לא נעשה הפרסום בתום לב וכי המשיב לא נקט אמצעים סבירים לבדוק את אמיתות הדעה שהביע כביכול כפי שצריך היה לעשות. בעניין תום הלב שם בית המשפט המחוזי את הדגש על כך שבתרגום האנגלי לסרט נזכרו המילים "טבח" ו"רצח עם" בעוד שמילים אלה לא נאמרו מפני המרואיינים בסרט וכן על עריכת סצנת הטנק הנזכרת לעיל, על אף כי המשיב הודה בעדותו כי בפועל לא הייתה דריסה של האנשים שצולמו.

#### מכאן הערעור.

#### טענות המערערים

9. המערערים משיגים על הפרשנות שנתן בית המשפט המחוזי לסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע וכן על יישומה של הוראת סעיף זה על רקע נסיבות המקרה. עמדת המערערים הינה כי יש לפרש את הביטוי "ציבור" הנזכר בסעיף 4 כעוסק ב"קבוצה בדרך כלל" היינו בקבוצה קבועה ומוכרת ככזו, בעלת ישות נפרדת מזו של חבריה. על יסוד עמדתם זו, טוענים המערערים כי מאחר שחיילי צה"ל שלחמו במחנה הפליטים אינם קבוצה בדרך כלל אלא מספר מסויים של יחידים שנקבצו "אד הוק" למטרה מסוימת אין הם מהווים "ציבור" כאמור. המערערים מוסיפים וטוענים כי תביעתם הייתה אישית בגין הוצאת דיבתם רעה ולא בשמם של כלל לוחמי צה"ל שלקחו חלק בלחימה או בשמם של חיילי הפלוגה בה הם שירתו. המערערים טוענים כי עמדתם באשר לפרשנות סעיף 4 עולה בקנה אחד עם האופן בו פורשה הוראת סעיף 4 בפסיקת בתי המשפט בישראל במרוצת השנים ומתחייבת היא לנוכח הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומעמד הזכות לשם טוב. באשר למשקל שניתן לעובדה כי מאות לוחמים נטלו חלק בלחימה במחנה הפליטים, נטען כי גודל הקבוצה אינו אלא אחד מן השיקולים שיש לשקול לעניין זיהוי חברי הקבוצה.

המערערים מוסיפים וטוענים כי בית המשפט המחוזי התעלם משורה של ראיות שהוצגו לו המלמדות כי הם זוהו באופן אישי בציבור הרחב כמי שהשתתפו בקרב בג'נין, ראיות שעיקרן סרטים ופרסומים אחרים בהם פורסמו שמותיהם ותמונותיהם. המערערים טוענים כי פרסומים אלה מהווים "נסיבות חיצוניות" כהגדרתן בסעיף 3 לחוק היוצרות קישור פרטני וספציפי של כל אחד עם ההאשמות בסרט.

בפי המערערים טענה נוספת לפיה בפסק הדין בעתירה נקבע כי הסרט פגע בכל אחד מן החיילים שלחמו במחנה הפליטים בג'נין כפרטים וכי בית המשפט המחוזי התעלם מקביעה זו.

לבסוף טוענים המערערים כי בית המשפט המחוזי התעלם מההשלכות הציבוריות והמשפטיות של דחית תביעתם ומדגישים הם, בעיקר לעניין זה, את חשיבות ההגנה על שמם הטוב של חיילי צה"ל המסכנים את חייהם להגנת המדינה וטוענים כי משמעות פסק הדין היא כי שמם הטוב של החיילים יהיה הפקר.

הודעת היועץ המשפטי על התייצבותו בהליך ועמדתו

10. ביום 5.1.2010 הודיע היועץ המשפטי לממשלה כי בהתאם לסמכותו על פי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] הוא החליט להתייצב בהליך והביא את עמדתו באשר לפרשנות הוראת סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע ובאשר ליישומה על עובדות המקרה שלפנינו.

בעמדתו סוקר היועץ המשפטי לממשלה את ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 4 לחוק וכן את פסיקת בית משפט זה ובתי משפט אחרים הנוגעת להוצאת לשון הרע על קבוצה ועל ציבור. על יסוד האמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה הינה כי יש להבחין בין לשון הרע על ציבור לבין לשון הרע על קבוצה. האבחנה בין ציבור לקבוצה לעניין סעיף 4 לחוק צריכה להיעשות בכל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו ובהתאם לקריטריונים הבאים: גודל הקבוצה ומידת המסוימות שלה; מידת המסוימות של המעשה המיוחס לקבוצה; נוסח הדברים והאם משתמע מהם כי הדבר מיוחס לכלל חברי הקבוצה; מידת החומרה שבדברים; ייחודיות הזיקה של המעשה לחברי הקבוצה שאליה יוחס. עמדת היועץ המשפטי היא כי פרשנות סעיף 4 ברוח זה יוצרת איזון ראוי בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי.

באשר למקרה זה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי יישום הקריטריונים הנזכרים לעיל מביא למסקנה כי קיימת למערערים עילת תביעה אישית. באשר לגודל

הקבוצה ולמסוימות שלה, נטען כי הגם שמדובר בקבוצה שאינה קטנה אין מדובר בציבור רחב וממילא מדובר בקבוצה מסוימת מספיק. באשר למסוימות המעשים המיוחסים לקבוצה, נטען כי המדובר במעשים מוגדרים, מפורטים ומסוימים ביותר המובאים בסרט העוטה חזות דוקומנטארית, וזאת להבדיל מהשמצה כללית או דברים כללים הנאמרים על ציבור על דרך של הרחבה. כן נטען כי אי ייחוסם של המעשים לחייל ספציפי, דווקא מעצים את הפגיעה האישית שכן הבאתם מטילה דופי בכל הלוחמים. באשר לחומרת המעשים, נטען כי יש לתת את הדעת כי מדובר על האשמות בכיצוע פשעי מלחמה ולא בהשמצות בעלות אופי כללי גרידא, האשמות אשר חושפות את הלוחמים לאפשרות של הליכים וסנקציות בזירה הבינלאומית.

#### טענות המשיב

11. המשיב מוסיף וטוען כי תכלית חוק איסור לשון הרע, תכליתו הספציפית של סעיף 4 וכן ההיסטוריה החקיקתית מלמדים כי את הביטוי "ציבור" הנזכר בסעיף 4 יש לפרש ככזה החל על כל סוגי הקבוצות ובלבד שהם "חבר", קרי בעלי שיוך קבוצתי מסויים. המשיב טוען כי להבחנה שמבקש היועץ המשפטי לממשלה לעשות בין ציבור או חבר בני אדם לבין קבוצה סתם אין כל עיגון בהוראת סעיף 4 והיא אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו. עמדת המשיב היא כי בסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע ביקש המחוקק ליתן מעמד בכורה לחופש הביטוי למעט באותם המקרים בהם אינטרסים ציבוריים מביאים את היועץ המשפטי לממשלה לכלל מסקנה כי יש מקום לנקוט בהליך פלילי בגין הוצאת לשון הרע. המשיב טוען כי עמדתו זו עולה בקנה אחד עם האופן בו פורש סעיף 4 בפסיקת בתי המשפט בישראל ועם האופן בו יושמו כללים דומים במשפט האנגלי ובמשפט האמריקאי.

12. המשיב מוסיף וטוען כי אף אם היו בוחנים את הסרט לאור הקריטריונים שמציעים המערערים והיועץ המשפטי לממשלה הרי שלא היה בכך כדי לשנות מן המסקנה כי סעיף 4 חל על המקרה, בשים לב לנסיבות המקרה ובפרט לתוכנו של הסרט. באשר לגודל הקבוצה ולמסוימות שלה, נטען כי מדובר בקבוצה המונה אלפי חיילים, וכי השתייכותם של המערערים לקבוצה הרחבה של חיילי צה"ל ולקבוצה של חיילי צה"ל שלחמו במחנה הפליטים אינה מתבטלת או משתנה כתוצאה ממקום לחימתם או סוג המבצע. באשר למסוימות המעשים המיוחסים ולתוכנם, נטען כי אין כל אמרה קונקרטיית כלפי המערערים וכי למעשה אף לשיטת המערערים האמירות בסרט מכוונות נגד כל הקבוצה של חיילי צה"ל שלחמו במחנה הפליטים ולא נגדם באופן ספציפי. יחד עם זאת, מדגיש המשיב כי הסרט מתייחס לאירועים ספציפיים וכי אין האשמה כלפי כלל חיילי צה"ל שהשתתפו במבצע או כלפי חייל או יחידה ספציפיים. טענת המשיב היא כי

ההאשמה היא כלפי מי מחיילי צה"ל שביצעו את המעשים וכנגד "המערכת, מדינת ישראל וצה"ל כמוסד". כן נטען כי הצופה הסביר לא יעלה על דעתו כי כל חייל וחייל שהשתתפו במבצע ביצעו את המעשים.

13. בנוסף, טוען המשיב כי אין ממש בכיסוס התביעה על סעיף 3 לחוק איסור לשון הרע ולטענה כי המערערים, להבדיל מיתר חברי הקבוצה לה הם משתייכים, זוהו באופן וודאי ואישי עם המעשים הנזכרים בסרט (להבדיל מעצם לחימתם במבצע חומת מגן). כן נטען כי לא הוכח כי זיהויים היה בעקבות הסרט ולא בעקבות הפרסומים הרבים האחרים שעסקו בנעשה במחנה הפליטים במהלך הלחימה בו. באשר לפרשנות המוצעת על ידי המערערים לסעיף 3 לחוק איסור לשון הרע, טוען המשיב כי המדובר בפרשנות מרחיבה שאינה עולה בקנה אחד עם האופן בו פורש סעיף זה בפסיקה. בנוסף טוען המשיב כי בחינה של הסרט מנקודת מבטו של הצופה הסביר מלמדת כי אין בו או באופן בו הוצגו הדברים כל נסיבות חיצוניות המביאות לזיהוי המערערים.

14. המשיב חולק על האופן בו מפרשים המערערים את פסק הדין בעתירה וטוענים כי למעשה עולה ממנו כי בית המשפט סבר כי האמור בסרט אינו מכוון כלפי חייל זה או אחר וכי הפגיעה כתוצאה ממנו היא בכל רובדי האוכלוסייה.

15. בסיכומיו מתייחס המשיב אף לאופן בו הצופה הסביר תופס את הסרט וטוען כי בחינה זו מלמדת כי לסרט לא הייתה השפעה בקרב הקהילה המקיפה את המערערים אשר הייתה עלולה לפגוע בשמם הטוב. כן מתייחס המשיב לאופן בו פורש חוק איסור לשון הרע בפסיקת בית משפט זה ולאיוון שנעשה בין הזכות לשם טוב לחופש הביטוי בהקשרים שונים תוך שהוא מדגיש כי במקרה זה מדובר ביצירה אמנותית ובביקורת ציבורית פוליטית בנושא הסכסוך הישראלי-פלסטיני השנוי במחלוקת, נושא שבמיוחד בו יש צורך לשמור על שיח דמוקרטי חופשי.

דיון והכרעה

16. לאחר עיון בכתבי הטענות שהגישו הצדדים, שמיעת טענות הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו וצפייה בסרט מושא ההליך סבורני כי יש לדחות את הערעור וכך אציע לחבריי כי נעשה.

17. בפתח הדברים אציין כי נקודת המוצא לבחינת טענות הצדדים הינה כי בהעדר ערעור מצידו של המשיב על קביעותיו של בית המשפט המחוזי לפיהן הסרט - לרבות ההאשמות הנזכרות בו והקטעים הויזואליים המופיעים בו - מהווה לשון הרע כהגדרתה



של זו בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע ולפיהן למשיב לא עומדת כל הגנה על פי הוראות חוק איסור לשון הרע - קביעות אלה עומדת בעינן (השוו: רע"א 2572/04 פריג' נ' "כל הזמן" (לא פורסם, 16.6.2008), פסקה 14 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל).

על רקע הבהרה זו, אפנה לדון בגוף המחלוקת בין הצדדים.

18. לדידי, השאלה המרכזית המתעוררת בגדר מקרה זה היא האם ניתן לקבוע כי לשון הרע בסרט מיוחסת למערערים. ליבה של מחלוקת זו נוגע לאמות המידה לפיהן ייקבע כי לשון הרע המופנית כלפי קבוצה היא לשון הרע המתייחסת לחברים בה. שאלת זיהוי לשון הרע ככזו המתייחסת למערערים מתעוררת אף אגב טענותיהם לקיומן של נסיבות חיצוניות שהביאו לזיהויים כמי שביצעו את המעשים. כפי שאבאר, שאלת פרשנותם של הביטויים "חבר בני אדם" ו"ציבור" הנזכרים בסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע אינה דרושה הכרעה בגדר ערעור זה ואותירה בצריך עיון.

תחילה אבקש לעמוד על מושכלות יסוד הנוגעות לחוק איסור לשון הרע. לאחר מכן אפנה לדון בפרשנות סעיפים 1, 3 ו-4 לחוק איסור לשון הרע ובסוגיית ההבחנה בין לשון הרע כלפי קבוצה לבין לשון הרע המתייחסת לכל אחד מחברי הקבוצה, ולבסוף לשאלת זיהויים של המערערים.

(א) מושכלות יסוד: חופש הביטוי והזכות לשם טוב – האיזון שבחוק איסור לשון הרע

19. כפי שנאמר לא פעם, חוק איסור לשון הרע - על ההסדר המורכב המעוגן בו - מהווה איזון בין הזכות לשם טוב (והזכות לפרטיות) לבין הזכות לחופש ביטוי, שתי זכויות יסוד הנגזרות מכבוד האדם [רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, 520-518 (2001) (להלן: עניין אמר); ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558, 566-565 (2004) (להלן: עניין הרציקוביץ) וכן ראו: ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 859-862 (1989) (להלן: עניין אבנרי)], וכן בין הזכות לשם טוב (והזכות לפרטיות) לבין זכויות וחירויות נוספות כגון זכות הציבור לדעת, חופש העיתונות (ראו: ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 621-622 (2002) (להלן: עניין אפל)] וחופש היצירה (השוו: בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999) (להלן: עניין סנש)], בין אם אלה זכויות בעלות מעמד עצמאי ובין אם הן מהוות חלק מאגד של זכויות (ראו: בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 268-270 (1987) (להלן: עניין כהנא); אהרן ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" הפרקליט מא 5, 16 (תשנ"ד); ולעניין חופש היצירה ראו פסקה 26 (להלן)).

(א)(1) הזכות לשם טוב

20. על הזכות לשם טוב נאמר כי היא חשובה לעיתים לאדם כחיים עצמם (ראו: עניין אבנרי, בעמ' 856), כי היא כוללת את האינטרס לכבוד האישי, לגאווה אישית ולהכרה אישית בין בני-אדם ומשתרעת על יחס הכבוד וההערכה כלפי האדם מן הסובבים אותו (שם) ובמקום אחר צויין כי: "אין לקיים חברה שוחרת חירות בלא הגנה על שמו הטוב של כל אחד מבני החברה" (ראו: עניין אמר, בעמ' 518). עמדה על טיבה של זכות זו ועל ההצדקות לה השופטת א' פרוקצ'יה ברע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (לא פורסם, 12.11.2006) (להלן: עניין בן גביר):

"הזכות לשם טוב היא מיסודות הקיום האנושי של האדם כיצור חברתי. הצורך בהגנה על כבודו האנושי של האדם בהתייחסותו לסביבתו היא תנאי הכרחי לחיים בצוותא, להגשמתו העצמית המלאה של הפרט, וליכולתו למצות את חייו החברתיים והרוחניים. הזכות לשם טוב כחלק מהכבוד האנושי טבועה עמוק ביסודות ההווייה האנושית של האדם, ומקרינה על מערך היחסים בינו לבין הסביבה העוטפת אותו. היא תנאי הכרחי להגשמת האוטונומיה האישית ולמיצוי יכולותיו של האדם ותרומתו לחברה. היא מהותית לגיבושו של כבוד עצמי שאדם חש כלפי עצמו, ולכבוד שהסביבה רוחשת כלפיו. היא מקור כח עשייה לאדם, ותנאי למיצוי יכולתו, כישרונותיו והישגיו לטובת החברה. סביבה אנושית הנשלטת על ידי תרבות של השמצות, גינויים ומתקפות מילוליות הדדיות שלוחות רסן סופה שתביא הרס חברתי פנימי, ובלימה של התפתחות תרבותית וערכית. מירקם חברתי הרמוני בין בני אדם, הוא תנאי חיוני למימוש של תהליכי בנין, קידמה, ומיצוי הכוחות והיכולות הטמונים בפרטים לתועלת הכלל. הזכות לשם טוב של הפרט היא נדבך מרכזי בסדר חברתי הרמוני. היא ניצבת ביסוד משטר הבנוי על חירות וכבוד האדם. היא מצויה במעמד דם במידרג זכויות האדם." (עניין בן גביר, פסקה 12 לחוות דעתה).

[עוד ראו: עניין סנש, בעמ' 832; עניין הרציקוביץ, בעמ' 573; ע"א 9462/04 מורדוב נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד ס(4) 13, 26-27 (2005) (להלן: עניין מורדוב); אורי שנהר דיני לשון הרע, 20 (1997) (להלן: שנהר)].

21. אכן, ההצדקה המרכזית להגנה על השם הטוב נובעת מן הקשר ההדוק בין השם הטוב של אדם לבין זכותו לכבוד. זו אינה ההצדקה היחידה. השם הטוב נתפס אף כחלק מקניינו של אדם (ראו: עניין הרציקוביץ, בעמ' 573). הגנה על השם הטוב משרתת אינטרס ציבורי וחורגת מגדר אינטרס הפרט לשמור על שמו הטוב בשל

השלכות האווירה "המורעלת", בהעדר הגנה כאמור, על אופייה של החברה כולה [ראו: דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 75 (1998) (להלן: עניין קראוס)]. יש הרואים בה אף כזכות הנגזרת מן הזכות לפרטיות (השוו: האלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנוור לשון הרע הדין המצוי והרצוי 41-42 (2005) (להלן: גנאים, קרמניצר ושנוור) וכן ראו: ECHR 935 [2007] Pfeiffer v. Austria, App. No. 12556/03, פסקאות 33-35 (להלן: עניין Pfeiffer). (לערכים העומדים ביסוד ההכרה בזכות לשם טוב ראו: גנאים, קרמניצר ושנוור, בעמ' 29-37 ו-218; ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, 91-90 (2002); Robert C. Post, *The Social Foundations of Defamation*; (1986) 691 *Cal. L. Rev.* 74; Dario Milo, *Law: Reputation and the Constitution*; (2008) *Defamation and Freedom of Speech*, בעמ' 26-42 (להלן: Milo)).

22. זכותו של אדם להגנה על כבודו ושמו הטוב הוכרה בסעיף 12 להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, 1948. ההגנה על השם הטוב הוכרה כטעם מספיק להגבלה על חופש הביטוי באמנה האירופאית להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד (ראו: סעיף 10(2) לאמנה וכן ראו: Milo, בעמ' 21) וכזכות הנגזרת מן ההכרה בזכות לפרטיות הקבועה בסעיף 8 לאמנה (ראו: עניין Pfeiffer הנזכר לעיל וכן ראו: *Gately on Libel and Slander*, 9-10 (11<sup>th</sup> Ed., 2008) (להלן: Gately) והאסמכתאות הנזכרות שם; Milo, בעמ' 22-23).

בקנדה, הזכות לשם טוב נתפסת כחלק מכבודו של האדם (במובן של "Dignity" וכקשורה בזכות לפרטיות, *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, ([1995] 2 S.C.R. 1130).

בגרמניה, הזכות לשם טוב נתפסת כחלק מכבוד האדם (במובן של "Personal Honor"), ערך המעוגן בסעיף 1 לחוקת גרמניה (ראו: *Mephisto Case*, 30 BVerfGE (1971) 173 אשר מובא ב- *Donlad P. Kommers The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (2<sup>nd</sup> Ed., 1997) בעמ' 301 וכן ראו: BVerfGE 93, (1995) *Tucholsky Case* 266 שתרגומו מצוי ב- [http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work\\_new/german/case.php?id=620](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=620) (להלן: עניין Tucholsky)).

בארצות הברית הכיר בית המשפט העליון בחשיבות הזכות לשם טוב (ראו: *Gertz v. Robert Welch Inc.* 418 US 323; *Rosenblatt v. Baer* 383 US 75 (1966) 92

341 (1974) אך לא הכיר בה כזכות המוגנת על ידי חוקת ארצות הברית (ראו: Paul v. Milo ; Davis 424 US 693 (1976), בעמ' 25-26).

אף באנגליה (Reynolds v. Times Newspapers Ltd [2001] 2 AC 127, HL), וכן במדינות רבות אחרות, הוכרה חשיבות הזכות לשם טוב (Milo), בעמ' 15 והאסמכתאות (שם).

(א)(2) חופש הביטוי

23. עוד קודם לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכר חופש הביטוי כזכות "עילאית" [ראו: בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871, 878 (1953) (להלן: עניין קול העם)], כ"ציפור נפשה" של הדמוקרטיה [ראו: ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968)] וכזכות הנובעת במישרין מאופייה הדמוקרטי של המדינה (ראו: בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז(4) 2407, 2415 (1962)]. עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכרה זכות זו כזכות חוקתית הנגזרת מן הזכות לכבוד (ראו למשל: עניין בן גביר, פסקה 10 לחוות דעת השופט (כתוארו אז) א' ריבלין ופסקה 13 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה).

24. הטעמים ביסוד ההגנה על חופש הביטוי רבים הם. בהיבט של כל אדם ואדם, חופש הביטוי נתפס כחלק מכבוד האדם, כאמצעי המאפשר לפרט להביא להגשמתו העצמית, לפתח את אישיותו ואת תפיסותיו. עמד על כך השופט (כתוארו אז) ש' אגרנט בעניין קול העם:

"חשיבתו של העקרון (חופש הביטוי – י.ד.) נעוץ גם בהגנה שהוא נותן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו, לעניינו של כל אדם, באשר הוא אדם, לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות: לטפח ולפתח, עד הגבול האפשרי, את האני שבו; להביע את דעתו על כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו; בקיצור – להגיד את אשר בלבו, כדי שהחיים ייראו כדאיים בעיניו" (שם, בעמ' 878).

(וכן ראו: עניין קראוט, בעמ' 76-77; ע"א 10281/03 קורן נ' ארגוב (לא פורסם, 12.12.2006), פסקה 9 לפסק הדין (להלן: עניין קורן); עניין בן גביר, פסקה 13 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה והאסמכתאות (שם).

הטעמים להגנה על חופש הביטוי אינם נגזרים רק מתפיסתו כחלק מכבוד האדם. לחופש הביטוי הצדקה במישור החברתי הכללי. חופש זה נתפס כחיוני לקיומו ולהתפתחותו של המשטר הדמוקרטי. התפיסה היא כי באמצעות החלפת דעות ומידע באופן חופשי - ובפרט מידע אודות רשויות השלטון ופעולותיו - יוכל הציבור לגבש עמדות בנושאים העומדים על סדר היום ולהפעיל ביקורת ופיקוח אפקטיביים על רשויות השלטון. התפיסה היא כי רק באמצעות שמירה על זכות הציבור לדעת ולהחליף דעות באופן חופשי ישמר שלטון העם (ראו: בג"ץ 372/84 קלופר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 239 (1984); עניין כהנא, בעמ' 275-276; עניין קורן, פסקה 9; עניין בן גביר, פסקה 13 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה והאסמכתאות הרבות שם).

טעם נוסף נובע מן התפיסה כי חופש הביטוי תורם ליציבות החברתית במובן זה שהוא מאפשר "הוצאת קיטור" שאם לא כן היה מופנה למעשים אלימים; וכן מן התפיסה כי חופש הביטוי מגשים את ערך הסובלנות שהוא מערכי הדמוקרטיה (עניין כהנא, בעמ' 277-278; עניין בן גביר, פסקה 17 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' ריבלין ופסקה 4 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל).

בנוסף, נגזרת ההגנה על חופש הביטוי מן התפיסה כי זה דרוש לשם גילוי האמת. על פי הצדקה זו כאשר הכל גלוי והכל חשוף, האמת תנצח את השקר. על יסוד הצדקה זו נקבע כי ככלל הדרך להתמודד עם דברי שקר הוא באמצעות הסברה וחינוך ולא באמצעות הגבלות על חופש הביטוי (ראו: עניין כהנא, בעמ' 273-274; עניין סנש, בעמ' 839-841; עניין בן גביר, פסקה 13 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' ריבלין).

25. חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי, יהיה תוכנו ודרך ביטוי אשר יהיו [בג"ץ Universal City Studios Inc. 806/88 נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 34 (1989) (להלן: עניין Universal City Studios); בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 9-10 (1994); ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 296-297 (1996) (להלן: עניין אלבה); עניין סנש, בעמ' 830; בג"ץ 5432/03 ש.י.ן-לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 81 (2004); בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי-מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (לא פורסם, 28.6.2006), פסקה 10 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (להלן: עניין שינוי)]. בכלל זאת משתרע חופש הביטוי על ביטויים העולים כדי לשון הרע (ראו למשל: עניין אבנרי, בעמ' 857-858).

26. מחופש הביטוי נגזר חופש היצירה הכולל את היצירה האמנותית בתחום הספרותי והחזותי לצורותיו (ראו: עניין Universal City, בעמ' 27). יש הסוברים כי זו זכות חוקתית נפרדת ועצמאית (ראו: בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 679-680 (1997); עניין סנש, בעמ' 830), ויש הרואים רק בחלקה כזכות הנגזרת מחופש הביטוי [ראו והשוו: אורית פישמן-אפורי "זכויות תרבותיות וזכויות אדם: כלי לפיתוח מאוזן של דיני זכויות יוצרים בישראל" משפטים 499, 527-528 (תשס"ז)]. יהא אשר יהא מעמדה של החירות ליצור, זו, כחופש הביטוי, משתרעת אף על יצירות אמנותיות שביסודן אי אמת (עניין סנש, בעמ' 830; והשוו: עניין שינוי, פסקה 10 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק).

(א)(2) האיזון בין חופש הביטוי וחופש היצירה לזכות לשם טוב וחוק איסור לשון הרע 27. האיזון בין הזכות לשם טוב לבין חירות הביטוי (לרבות חירות היצירה) הוא איזון אופקי בין שתי זכויות שוות מעמד (ראו: עניין אחד, בעמ' 519; עניין סנש, בעמ' 842; עניין בן גביר, פסקה 34 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה, והשוו: גישת המשפט האמריקאי (ראו: U.S. Const. amend. I.; New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964) (להלן: עניין Sullivan); Milo; בעמ' 52-55 והאסמכתאות שם, עוד עיינו: תמר גדרון "חופש הביטוי וחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 נקודת איזון חדשה?" המשפט ה 9 (2000)).

במסגרת איזון זה נקבע היקף ההגנה על כל אחת מן הזכויות וגבולותיה. היקף ההגנה שיינתן לשם הטוב - ומנגד לחופש הביטוי - תלוי בהקשר בו שתי זכויות אלה מתנגשות, הקשר ממנו לעיתים נגזרים אינטרסים ציבוריים וערכים נוספים (ראו: עניין בן גביר, פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה).

כך למשל, כאשר מדובר בעניינים ציבוריים ובפרט כאשר מדובר בביקורת על מדיניות רשויות הממשל, על אישי ציבור וכן במידה מסוימת על עובדי ציבור, יינתן משקל מיוחד לחופש הביטוי וזאת בשים לב לחשיבות ביטויים מן הסוג הזה להגשמת התכליות שביסוד חופש הביטוי [ראו: עניין אבנרי, עמ' 863; עניין אפל, 621 ו-623; דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.7.2011), פסקאות 29-30 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין, פסקה 19-20 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה, פסקה 5 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (להלן: עניין אונגרפלד)].

28. כאמור, ההסדר המצוי בחוק איסור לשון הרע, על היבטיו המורכבים, יוצר איזון בין שתי זכויות שוות מעמד אלה.

עיקרו של הסדר זה בהגדרתה של לשון הרע (ראו סעיפים 1-3 לחוק) מחד גיסא, ובקביעת שורה של פרסומים מותרים או שיזכו להגנה אף אם הם עולים כדי לשון הרע והוראות לעניין נטל ההוכחה (ראו: פרק ג' לחוק איסור לשון הרע) מאידך גיסא. פרסום לשון הרע מהווה עוולה אזרחית ועבירה פלילית (ככל שפרסומה נעשה בכוונה לפגוע) (סעיפים 6 ו-7 לחוק). את ההליך הפלילי יכול ליזום הנפגע באמצעות הגשת קובלנה פלילית (ראו: סעיף 8 לחוק, ואולם ראו תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (תיקון-ביטול קובלנה), התשע"א-2011). יחד עם זאת, על יסוד ההשקפה כי הערך המוגן המרכזי העומד ביסוד האיסור הפלילי על פרסום לשון הרע (המחייב כאמור "כוונה לפגוע") הוא בהבטחת שלום הציבור ולא (רק) בשמירה על שמו הטוב של הפרט, נקבע כי "דרך המלך" להגנה על השם הטוב היא באמצעות ההליך האזרחי ולא באמצעות ההליך הפלילי (ראו: ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 212-213 ו-217 (1985) (להלן: עניין בורוכוב); רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטון, פ"ד נט(6) 554, 579-578, 614 ו-624 (2005) (להלן: עניין ביטון), עניין בן גביר, פסקה 26 לחוות דעת השופטת א' פרוקצ'יה, והשוו: עניין ביטון, בעמ' 595-596; גנאים, קרמניצר ושנור, בעמ' 53-60 ו-69-70).

שתי הוראות ייחודיות מצויות בחוק איסור לשון הרע המתייחסות למקרים פרטיים של הוצאת לשון הרע: המקרה האחד, הוצאת לשון הרע על ציבור או על חבר בני אדם שאינם תאגיד (סעיף 4); והמקרה השני, הוצאת לשון הרע על המת (סעיף 5). בסעיפים אלו נקבע כי דין הוצאת לשון הרע על אחד מאלו, כדין הוצאת לשון הרע על תאגיד או על אדם חי (בהתאמה). עם זאת, היקף ההגנה על השם הטוב של הציבור, של חבר בני האדם או של המת מוגבל: נקיטת הליך בגין פרסום לשון הרע עליהם מוענק לרשויות המדינה בלבד. במקרה של פרסום לשון הרע על המת, הגשת כתב אישום תעשה רק לבקשת אחד מבני משפחתו (המנויים בסעיף). במקרה של לשון הרע על ציבור או חבר בני אדם, ייעשה הדבר על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בלבד.

29. על רקע מושכלות יסוד אלה וההסדר הכללי שבחוק, יש לבחון את השאלות המתעוררות בגדר הערעור שלפנינו. השאלה העקרונית המתעוררת היא אימתי ייקבע כי לשון הרע מתייחסת לפרט באופן המקים לו עילת תביעה. במוקד הדיון, הוראות סעיפים 1, 3 ו-4 לחוק איסור לשון הרע.

(ב) סעיפים 1 ו-3 לחוק איסור לשון הרע - דרישת הזיהוי

30. סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע מגדיר מהי לשון הרע כדלקמן:

“לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול –  
 (1) להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם;  
 (2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו;  
 (3) לפגוע באדם במשרתו, אם משרה ציבורית ואם משרה אחרת, בעסקו, במשלח ידו או במקצועו;  
 (4) לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, גילו, מינו, נטייתו המינית או מוגבלותו;  
 בסעיף זה “אדם” – יחיד או תאגיד;...”

הגדרתה של לשון הרע מספקת הגנה רחבה לזכות לשם טוב, וזאת מאחר שאין צורך להוכיח פגיעה בפועל בשמו הטוב של אדם אלא די בכך כי הפרסום “עלול” להביא למצבים הנמנים בחלופות הקבועות בסעיף 1 לחוק (ראו: עניין ביטון, בעמ' 570; עניין אפל, בעמ' 617; וכן השוו: Milo, בעמ' 224-228). עם זאת, נדרש כי במוקד הדברים העשויים להוות לשון הרע יעמוד אדם, קרי יחיד או תאגיד. רק כאשר הדברים שפורסמו עלולים להשפילו, לבזותו או לפגוע בו (בהתאם לחלופות המנויות בסעיף זה) מדובר בלשון הרע.

31. סעיף 3 לחוק משלים את הוראת סעיף 1 וקובע כי:

“אין נפקא מינה אם לשון הרע הובעה במישרין ובשלמות, או אם היא והתייחסותה לאדם הטוען שנפגע בה משתמעות מן הפרסום או מנסיבות חיצוניות, או מקצתן מזה ומקצתן מזה.”

על פי סעיף 3, ההתייחסות לנפגע אינה חייבת להילמד במישרין מן הפרסום, אלא היא יכולה להשתמע ממנו או מנסיבות חיצוניות או משילוב של הדברים.

32. שילוב הוראות סעיפים 1 ו-3 לחוק מלמד על אימוץ אחד מן התנאים להוכחת קיומה של עילת תביעה בגין פרסום לשון הרע על פי המשפט המקובל, ולפיו על מנת שתקום עילה לנקיטת הליך בגין הוצאת לשון הרע יש להראות כי זו התייחסה ליחיד או ליחידים מסוימים וכאשר ההליך ננקט על ידי הנפגע עליו להראות כי הדברים מתייחסים אליו. אמנם, אין הוראה מפורשת בעניין זה אך זו נלמדת מסעיף 1 לחוק



אשר קובע כי מושא הדברים חייב להיות "אדם" ומסעיף 3 לחוק המרחיב את המצע על בסיסו ניתן לקשור בין האדם לפרסום לנסיבות חיצוניות או לשילוב של הנסיבות החיצוניות עם הדברים עצמם [ראו: שנהר, בעמ' 123; גנאים, קרמניצר ושנור, בעמ' 164-165 ו-233-234; ע"א 68/56 דביווביך נ' מירלין, פ"ד יא (2) 1224, 1226 (1957)].

[לכלל בדבר זיהוי הנפגע ראו: אנגליה - *Knupffer v. London Express* - Restatement - *Gately*; Newspaper Ltd. [1944] A.C. 116; בעמ' 211; ארצות הברית - *Malhab v. Diffusion* - (Second) of Torts § 564; עניין *Sullivan*, בעמ' 288-289; קנדה - *Malhab v. Diffusion* - (יוער כי בארצות הברית דיני לשון הרע נקבעים על ידי כל מדינה ומדינה ובקנדה בכל פרובינציה ופרובינציה)].

33. ודוק: אף אם שורשיו של כלל זה נעוצים במסורת המשפט המקובל, לכלל זה הצדקה אף במישור התכליתי. דרישת הזיהוי מהווה איזון בין הזכות לשם טוב לחופש הביטוי. השם הטוב הוא נכסו של הפרט, הוא כבודו והוא מעמדו בחברה. ככל שנאמרים דברים או מתפרסמים דברים ברבים אך האדם הסביר לא קושר בין דברים אלו לבין הפרט הספציפי - אין פגיעה בשם הטוב של הפרט. באותם המקרים, בהעדור פגיעה בשם הטוב של הפרט, אין כל מקום להגביל את חופש הביטוי בשם ההגנה על הזכות לשם טוב.

34. דרישת הזיהוי הינה דרישה מהותית ולא טכנית. השאלה אינה האם שמו של אדם צויין באופן מפורש בדברים שפורסמו. כפי שנקבע בסעיף 3 לחוק, דרישת הזיהוי תמולא באותם המקרים בהם מיוחסים דברים שפורסמו לפרט הטוען לפגיעה באופן משתמע מן הפרסום או כתוצאה מנסיבות חיצוניות או משילובם של הפרסום והנסיבות החיצוניות (ראו: גנאים, קרמניצר ושנור, בעמ' 165 ו-234; שנהר, בעמ' 116 ו-124-125; ע"פ 37/50 שטרנהל נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ו(1) 119, 124 (1952) (להלן: עניין שטרנהל); וכן השוו לדין האנגלי: *David Price and Korieh Duodo* (להלן: *Defamation Law, Procedure and Practice* (3<sup>rd</sup> Ed., 2004), בעמ' 31-34) (להלן: Price & Duodo), בעמ' 213-216).

כך למשל, במקרים בהם לא נזכר שמו של אדם בדברים שפורסמו אך נזכרים או מוצגים פרטים המביאים לזיהויו בידי הסביבה הקרובה לו או אף בידי סביבה רחבה יותר - יכול שיימצא המפרסם (או יתר האחראים לפרסום) חייב בגין הוצאת לשון הרע, ובלבד שהמדובר בנתונים שהם בידיעתם הרגילה של אלו ששמעו את הדברים או קראו

אותם (השוו: עניין אפל, בעמ' 616-617; גנאים, קרמניצר ושנור, בעמ' 408 בו מובא סעיף 3(א) לנוסח החוק המוצע על ידם).

כמו כן, ייתכנו מקרים בהם על אף ששמו של אדם לא נזכר או שתמונתו לא הופיעה בדברים שפורסמו, אלא ההתייחסות הייתה לקבוצה שעליה נמנה הפרט - ייקבע כי הפגיעה הייתה למעשה בשמו הטוב של היחיד. באופן גס, ניתן לחלק מצבים אלו לשני סוגים: הסוג האחד, בו הדברים נאמרים על הקבוצה אך נסיבות אמירתם או פרסומם מובילים למסקנה כי הכוונה היא לאדם מסויים. כך למשל, הצהרה במסיבת עיתונאים המייחסת מעשה מסויים לקבוצה (100 עובדים) בה חולקה לכל הנוכחים רשימה שבה מנויים שמותיהם של כל יחידים הקבוצה [8<sup>th</sup> Ball v. Taylor 416 F.3d 915 (Cir. 2005)]. דוגמא אחרת היא אמירה ששוטרים הם מושחתים הנאמרת בפני קהל כאשר מכוונת אצבע כלפי שוטר מסויים שנוכח שם או שברקע הדברים מופיעה תמונתו (ראו למשל: Gately, בעמ' 220-222). הסוג השני הם מקרים בהם מושא הדברים הוא הקבוצה, אך נסיבות המקרה כולן היו מביאות את האדם הסביר לסבור כי הדברים שפורסמו ביחס לקבוצה מתייחסות לכל אחד מחברי הקבוצה (ראו: גנאים, קרמניצר, שנור, בעמ' 166; שנהר, בעמ' 125). העיקרון לפיו ניתן לייחס לפרט דברים שנאמרו ביחס לקבוצה הוכר על ידי בית משפט זה ואומץ לשיטת המשפט הישראלית (עניין שטרנהל, בעמ' 124; ע"א 698/77 ועד עדת הספרדים בירושלים אגודה עותומנית רשומה נ' ארנון, פ"ד לב(2) 183 (1978) (להלן: עניין ועד עדת הספרדים)). יוער כי במדינות המשפט המקובל (אך לא רק בהן) הכלל הוא כי לשון הרע כנגד קבוצה לא תקים עילת תביעה ליחיד ומקרים מן הסוג השני מהווים חריג לכלל זה [ראו: Gately, בעמ' 220-219 Thomas D. Jones, *Human Rights: Group Defamation, Freedom of Expression*; 219 Church of and the Law of Nations (1998), בעמ' 97-102 והאסמכתאות שם; [Scientology Int'l v. Time Warner Inc., 806 F. Supp. 1157, 1160 (S.D.N.Y. 1992)].

35. הבחינה המהותית של זיהוי הפרט מתיישבת היטב עם אופייה של הזכות לשם טוב. זכות זו נוגעת להערכת האדם על ידי סביבתו הקרובה והרחוקה. היא אינה מגינה על רגשותיו של הפרט לכשעצמן. משכך, מתחייבת המסקנה כי בכל מקרה ומקרה יש לבחון האם הערכת הסביבה כלפי הפרט עלולה הייתה להשתנות כתוצאה מן הפרסום. ככל שהדברים נוגעים לדרישת הזיהוי, מתבטא הדבר בבחינה, על פי מדד אובייקטיבי, האם האדם הסביר היה קושר בין הדברים לבין הפרט ומזהה אותם כמי שהתייחסו אליו. בהעדר זיהוי של הפרט וייחוס הדברים אליו - לא עלולה להיגרם פגיעה בשמו הטוב אף אם הוא עצמו חש שרגשותיו נפגעו. המבחן האובייקטיבי נגזר ממהות הזכות לשם טוב - הערכת הסביבה את הפרט (השוו: ע"א 740/86 תומרקין נ' העצני, פ"ד

מג(2) 333, 337 (1989); ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 293 (1977).

36. והנה, באים הצדדים וטוענים לפנינו כי על השיקולים שיש לשקול על מנת לקבוע האם לשון הרע שיוחסה לקבוצה התייחסה לכל יחיד הקבוצה משפיעה הוראת סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע שעניינה בלשון הרע על ציבור או על חבר בני אדם שאינם תאגיד. על פי טענותיהם, היקף תחולתו של סעיף 4 לחוק משליך על טיב השיקולים שישקלו בבחינת זיהויו של הפרט עם לשון הרע שכוונה כלפי הקבוצה, וזאת נוכח שלילת האפשרות כי פרט ינקוט הליך, ולו אזרחי, בגין הוצאת לשון הרע על ציבור או חבר בני אדם עליהם הוא נמנה.

נפנה איפוא ונבחן את היחס בין סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע לבין דרישת הזיהוי עליה עמדתי לעיל.

(ג) סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע ודרישת הזיהוי  
37. סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע קובע כי:

"לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד, דינה כדין לשון הרע על תאגיד, אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה. ולא יוגש כתב אישום בשל עבירה לפי סעיף זה אלא על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו."

38. סעיף 4 הוא בעיקרו הצהרתי: הכרה בלשון הרע על ציבור ועל חבר בני אדם שאינם תאגיד והשוואת מעמדה למעמד לשון הרע על תאגיד. עם זאת, אכיפת הכרה זו היא במישור הפלילי בלבד והליך פלילי יינקט רק על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו.

39. שורשיו של סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע מצויים עוד בהצעת חוק לשון הרע, התשכ"ב-1962, ה"ח 142 - הצעת החוק הראשונה לחקיקת חוק האוסר על פרסום לשון הרע.

כעולה מדברי הסבר להצעה, לחוק שהוצע היו שתי מטרות. המטרה האחת, לאגד בחוק אחד את דיני לשון הרע שעד אז הוסדרו בהיבטיהם הפליליים בפקודת החוק הפלילי, 1936 ובהיבטיהם האזרחיים בפקודת הנזיקים האזרחיים, 1944. המטרה השנייה הייתה לבצע שינויים שונים והתאמות נדרשות על מנת להפוך את ההגנה מפני

הוצאת לשון הרע לממשית ויעילה יותר (שס, בעמ' 145-146). בין השינויים שהוצעו ביחס לדין שהיה קיים עד אז, הייתה הכרה מסויימת בלשון הרע על ציבור או חבר בני אדם. הכרה זו מצאה את ביטוייה בסעיף 5 לחוק שהוצע:

”לשון הרע על בני עדה, בני דת, חבר בני-אדם או כל ציבור אחר, בין שניתן לזהות אנשים מסויימים שלשון הרע מכוונת אליהם, ובין שלא ניתן לזהותם, דינה כדין לשון הרע על אדם, ובלבד שלא תהיה בה עילה אלא לתובענה פלילית.” (שס, בעמ' 142).

40. הצעת חוק זו לא הובאה בסופו של דבר לאישור הכנסת, ובמקומה באה הצעת חוק לשון הרע, התשכ”ג-1963, ה”ח 564, 286. על אף שנעשו שינויים בהצעת החוק ביחס להצעת החוק הראשונה (שס, בעמ' 290), נוסח הסעיף הנזכר לעיל נותר זהה כמעט לחלוטין, למעט החלפת התיבה ”תובענה פלילית” ב”אישום פלילי” (ראו: סעיף 3 לחוק המוצע).

41. חוק לשון הרע, התשכ”ה-1965 התקבל בכנסת ביום 21.7.1965. הנוסח של הסעיף שעניינו בלשון הרע על ציבור שהתקבל היה שונה מן הנוסח שהוצע:

”לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד, דינה כדין לשון הרע על תאגיד, אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה.” (ראו: סעיף 4 לחוק לשון הרע, התשכ”ה-1965, ס”ח 464, 240).

42. זמן קצר לאחר חקיקת החוק מונתה ועדה לבדיקת סעיפי החוק בראשות השופט א' ויתקון ובה היו חברים פרופ' א' לבונטין ו-ד' שרף (להלן: ועדת ויתקון). בדוח שהוגש ביום 10.12.1965, המליצה הוועדה לשנות את הוראת סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע תוך שהיא עומדת על המחלוקת שהתגלע בין החברים בה באשר לשינוי זה.

כך צויין בדוח:

”11. סעיף 4 מחדש חידוש חשוב בחקיקתנו: הוא מטיל אחריות פלילית על אדם המפרסם לשון הרע על ציבור. אין הפרסום יכול לשמש עילה לאחריות אזרחית, ורק היועץ המשפטי מוסמך להביא את המפרסם בפלילים. בזה שינה המחוקק הישראלי את המצב המשפטי הקודם. באנגליה אין לשון הרע על ציבור עילה לאישום או לתביעה, ובדו”ח של 'ועדת פורטר', שהופיע בשנת

1948... נדחתה ההצעה לשנות את בחוק בנידון זה. אך באחדות ממדינות ארצות הברית, וביניהן במדינת ניו-יורק, ניתן לתבוע אדם על הוצאת לשון הרע על ציבור, והוא הדין לפי חוקי העתונות שבצרפת, אם כי תוך הגבלה לענין דת, גזע וכיוצא באלה.

12. בענין זה יש שיקולים לכאן ולכאן. מצד אחד אין ספק שגם ציבור עלול להיות נפגע קשות על ידי דברי עלילה והשמצה. גם ציבור זקוק להגנה, ולא פעם דרשו יהודים הגנה זו בתפוצות הגולה. מאידך יש סכנה, שהדבר יקשה על בני אדם בכלל ועל העתונות בפרט לנהל ויכוח חפשי, למתוח ביקורת ולהביע דעות שליליות על קבוצות בני אדם בעלות אופי פוליטי, דתי, עדתי, מעמדי או אחר. אולם כה עז הרצון למנוע השמצות על רקע דת, לאום, מוצא או עדה, עד שגם מתנגדי הסעיף לא דרשו לבטלו כליל. הם רק דרשו לצמצם את ההוראה לפרסום לשון הרע על קבוצות מאחד הסוגים המנויים לעיל. יש סברה כי תקלה זו באה על תיקונה בפקודת החוק הפלילי, (סעיפים 59 ו-60), ומה גם שבלאו הכי לפי חוק לשון הרע שמורה ליועץ המשפטי בלבד הסמכות להביא אדם בפלילים, בשל ביזוי מסוג זה. אך נראה לנו כי הוראות פקודת החוק הפלילי מכוונות למקרים חמורים במיוחד. רצוי איפוא שגם ציבור יהיה מוגן בפני פרסום לשון הרע לפחות בשל לאום, מוצא, דת ועדה.

13. אך האם רצוי להגן על ציבור כלשהו גם ללא הגבלה זו? תמימי דעים אנו שאין להוציא מהגנת החוק ציבור בעל צביון מקצועי, כגון רופאים, מורים, פקידים, שוטרים או עובדים במפעל מסויים. ואילו לגבי קבוצות אחרות של בני אדם (שאינם מאוגדים בתאגיד) נחלקו הדעות, הרוב, מר שרף ופרופסור לבונטין, מציעים להוציאם מתחולת הסעיף; הם סבורים שאין למנוע ויכוח חופשי, למשל, על בעלי בתים, דיירים, אנשי קיבוץ, מעבידים, עובדים או אנשי מעמד או מפלגה למיניהם. לדעתם אין בסעיף 15 ערובה מספיקה לחופש הויכוח. ואילו היושב ראש סבור כי סוגי הציבור, שלפי הצעת הרוב יהיו כלולים בחוק, אינם ניתנים להגדרה ברורה וכי על המחוקק להימנע, ככל האפשר, מהגדרות, שאינן אלא יוצרות מקרי גבול. כמו כן, ההחלטה על הגשת משפטים לפי סעיף זה בידי היועץ המשפטי שאינו גורם פוליטי, וחופש הויכוח מובטח, לדעת היושב ראש, על ידי ההגנה של תום לב (סעיף 15), בפרט כשתורחב הגנה זו, כפי שיוצע להלן (פסקה 35). משום כך סבור היושב ראש, שמוטב להעמיד את הסעיף כמות שהוא במבחן הנסיון ולעיין בו מחדש כעבור תקופה מסויימת" (עמ' 3-4 לדוח הועדה).

43. בעקבות דוח ועדת ויתקון, הוגשה הצעה לתיקון החוק (ראו: חוק לשון הרע (תיקון), התשכ"ו-1966, ה"ח 693, 122), במסגרתה הוצע כי הגשת כתב אישום בגין עבירה של הוצאת לשון הרע על ציבור תעשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו (ראו סעיף 1 בעמ' 122). בדברי ההסבר להצעת החוק צויין כי על אף שהצעת החוק באה בעיקרה לבצע את המלצות ועדת ויתקון הרי שבין ההמלצות אותן בחרה הממשלה שלא לאמץ נמנית ההמלצה הנוגעת לסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע:

"המלצה אחת לא ראתה הממשלה לאמץ, והיא המלצת רוב הועדה – שיו"ר הועדה חלק עליה – שההגנה בפני לשון הרע על ציבור (סעיף 4 לחוק) תהא מוגבלת לציבור מוגדר לפי 'לאום, מוצא, דת, עדה או תעסוקה'. לעומת זאת הוצע להגביל את הפעלת ההוראה בדרך אחרת, היינו שלא יוגש כתב אישום בשל לשון הרע על ציבור אלא על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו." (שם, בעמ' 123).

44. בדיונים שהתקיימו בכנסת קודם לקבלת תיקון מס' 1 נשמעו דעות שונות באשר לצורך בתיקון בסעיף 4. שר המשפטים דאז יוסף שפירא הסביר את האיזון שנערך בסעיף המוצע:

"...בהצעת הסעיף, כפי שהוא נוסח על-ידי הוועדה לפי הצעת הממשלה, מונח רעיון אחד – שאין להעליב אדם מפני שהוא שייך לקבוצה מסויימת, או לא כל-כך מסויימת. זה מחד גיסא. מאידך גיסא, אין להרבות במשפטים כאלה אלא במקרים יוצאים מן הכלל, כאשר היועץ המשפטי לממשלה חש שאם לא תהיה התערבות, יוכל הדבר להביא לידי התלקחות ... כלומר, השיקול צריך להיות אם הענין הוא באמת חמור במידה כזאת שצריך להעמיד אדם למשפט על דברי נאצה על עצם השייכות לחוג מסויים של אנשים, וזה לא מוכרח להיות דווקא לפי מוצא ולפי דת, זה יכול להיות מכוון גם לתושבי שכונה מסויימת" (ד"כ 48, 2015 (התשכ"ז)).

היו מבין חברי הכנסת שסברו כי היה מקום לאמץ את דעת רוב חברי ועדת ויתקון והיו שחששו מפני ריבוי משפטים בהעדר צמצום ההגדרה של הקהל אליו מתייחס סעיף 4. אחרים חששו משימוש מגמתי או שימוש סלקטיבי בסמכות שנתונה ליועץ המשפטי לממשלה [ראו: ד"כ 48, 2016-2021 (התשכ"ז)].

45. הצעה זו לתיקון סעיף 4 לחוק התקבלה ביום 8.8.1967 (ראו: חוק לשון הרע (תיקון), התשכ"ז-1967, ס"ח 508, 133) (יוער כי במסגרת הצעה זו אף תוקן שם החוק

ל"חוק איסור לשון הרע"). נוסחו של סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע נותר מאז ועד היום ללא כל שינוי.

46. מן ההיסטוריה החקיקתית עולה איפוא כי המחוקק ביקש להכיר בחשיבות השמירה על שמן הטוב של קבוצות שאינן בעלות אישיות משפטית של תאגיד. עם זאת, המחוקק ביקש ליצור נקודת איזון בין הכרה זו לבין חירות הביטוי: רק באותם המקרים בהם על כף המאזניים מונח גם האינטרס הציבורי שבשמירה על שלום הציבור וזה מטה את הכף לנקיטת הליכים לאכיפת ההגנה על השם הטוב תוך הגבלת חופש הביטוי - יינקטו הליכים פלילים. נוכח הרגישות הכרוכה בהגבלה על חופש הביטוי, קבע המחוקק מנגנון בקרה נוסף בדמות אישור היועץ המשפטי לממשלה לנקיטת ההליך.

47. מה היחס בין הוראת סעיף זה לדרישת הזיהוי הקבועה בסעיפים 1 ו-3 לחוק איסור לשון הרע? לדידי, אין בין השתיים ולא דבר. כל אחת מן השתיים על רגליה שלה עומדת. במישור הזכות לשם הטוב של הפרט, נתונה לפרט הזכות לנקוט בהליך בגין פגיעה בשמו הטוב אף אם זו נגרמה בעקבות פרסום דברים ביחס לקבוצה עליה הוא נמנה. לעומת זאת, במישור ההכרה באינטרס להגן על שמן הטוב של קבוצות, האפשרות כי פרט ינקוט בהליך בגין פגיעה בשם הטוב של הקבוצה עליה הוא נמנה אינה נתונה לו. אין לכחד, קיימים מקרים בהם הוצאת לשון הרע על קבוצה פוגעת הן בשמה הטוב והן בשמו הטוב של פרט הנמנה על יחיד הקבוצה או בשמם הטוב של פרטים הנמנים על יחיד הקבוצה. אם נסיבות המקרה מלמדות כי האדם הסביר יסבור שהדברים שיוחסו לקבוצה מתייחסים לפרט, תוכר הפגיעה בשמו הטוב. הדברים מצויים איפוא במישורים שונים ואין לקשור ביניהם. למעשה אין באמור כל חידוש, שהרי הדבר נקבע עוד בעניין ועד עדת הספרדים:

"אותו נימוק בדבר זכות המשיבים לתבוע כרוכים בו שני דברים: המגבלה הקבועה בסעיף 4 לחוק, שלפיה אין לשון הרע על חבר-בני-אדם שאינם תאגיד עשויה לשמש עילה לתובענה אזרחית, והכלל הקיים במשפט המקובל האנגלי כי 'לשון הרע שפורסמה על גוף, קבוצה או סוג של בני-אדם בדרך-כלל, כגון עורכי-דין, כמרים, פונדקאים ודומיהם, אין בה כדי לשמש לכל פרט שבגוף, קבוצה או סוג כזה עילה לתובענה'... אך גם לפי המשפט האנגלי וגם לפי החוק שלנו אין ספק שלשון הרע המתייחסת או העלולה להשתמע כמתייחסת לכל אחד מחברי הגוף, הקבוצה, או הסוג נותנת לכל אחד מהם עילה לתובענה אזרחית" (שם, בעמ' 184-185; כן ראו: גנאים, קרמינצ'ר ושנור, בעמ' 250 ו-409).

48. אוסיף כי הדברים אינם עולים אך מלשון ההוראות הרלבנטיות ומן ההיסטוריה החקיקתית אלא מתחייבים הם לטעמי נוכח הזכויות והאינטרסים הנוגדים שעל הפרק. אמנם, זכות הפרט לשם טוב הינה זכות חוקתית, שלילת ההגנה עליה בשם ההגנה על הזכות לשם טוב של ציבור או חבר בני אדם אינה עולה בקנה אחד עם מעמדה זה [השוו: ע"פ (מחוזי ת"א) 2025/92 אבן נ' רוטר, פ"מ תשנ"ד(1) 309 (1993); בר"ע (מחוזי י-ם) 3254/98 צימרמן נ' גרוס (לא פורסם, 27.12.1998) (להלן: עניין צימרמן)]. יחד עם זאת, קיימים אינטרסים ציבוריים וזכויות פרט נוספים העשויים להצדיק פגיעה בחופש הביטוי. קיימו של אחד או יותר מאלו הוא שהביא להכרה בצורך להגן על שמן הטוב של קבוצות. הגבלה זו אינה נוגעת לזכות לשם הטוב של הפרט אלא לחשיבות הציבורית שבשמירה על דימוין של קבוצות (ויתכן אף שנעשתה למען ההגנה על זכויות אדם נוספות).

49. הכרעה באשר לפרשנות המונחים "ציבור" ו-"חבר בני אדם" אינה מתחייבת בנסיבות המקרה שלפנינו. אסתפק בכך שאעיר כי הכרעה בשאלה פרשנית זו מחייבת בחינת התכליות העומדות ביסוד ההכרה בזכות לשם טוב של "ציבור" ו"חבר בני אדם" שאינם תאגיד וביסוד האיסור הפלילי בפרסום לשון הרע על קבוצות אלה (השוו: עניין בודוכוב; עניין ביטון, ועוד השוו: עניין אונגרפלד; גנאים, קרמניצר ושנור, בעמ' 60-45). דומה כי במסגרת הבחינה הפרשנית יש לבחון את היחס בין הוראה זו להוראות פליליות אחרות המשיקות להוראה זו [ראו: גנאים, קרמניצר ושנור, בעמ' 52; יובל קרניאל "גזענות, תקשורת ולשון הרע - האם מותר לומר על גזען שהוא 'נאצי'?" המשפט יא 409, 418-419 (תשס"ז)]. ברם, כפי שצינתי, איני סבור כי יש מקום להכריע, בגדר ערעור זה, בסוגיה פרשנית זו ועל כן אסתפק בהערות אלה.

(לדיון בשאלת היקף ההגנה ללשון הרע על קבוצות על רקע הערך החברתי המוגן ראו: גנאים, קרמניצר ושנור, בעמ' 129-140 ולעמדה כי סעיף 4 עוסק בהגנה על קבוצה בעלת אפיון ייחודי ומובהק ראו בעמ' 149 והשוו: ה"ש 359 בעמ' 249, כמו כן השוו: Natan Lerner, *Group Libel Revisited* Israel Yearbook on Human Rights 184 (1987); Jeremy Waldron, *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate* 123 Harv. L. Rev. 1596 (2010).

50. איני סבור איפוא כי יש מקום לדון בטענות הצדדים באשר לפרשנותם של המונחים "ציבור" ו"חבר בני אדם" הנזכרים בסעיף 4 לחוק שכן הוראת סעיף זה אינה משפיעה על דרישת הזיהוי עליה עמדתי לעיל.



51. בנקודה זו עלינו לשוב ולבחון איפוא האם בנסיבות העניין התמלאה דרישת זיהויים של המערערים.

(T) דרישת הזיהוי – מן הכלל אל הפרט

(T)(1) דרישת הזיהוי - תמונות, ראיונות, כתבות, הסרט ודף האינטרנט

52. כאמור, המערערים טוענים כי כתוצאה מהשתתפותם בראיונות, בכתבות ובסרט עוד קודם להקרנת הסרט, תמונתם ושמןם הובאו לידיעת הקהל הרחב. בכך, טוענים המערערים, יש כדי להוות נסיבה חיצונית אשר שילובה עם הסרט מביא לזיהויים כמי שהמעשים הנטענים מיוחסים להם. עוד נטען כי שיבוץ תמונות שניים מן המערערים בדף האינטרנט בו פורסם הסרט על ידי סינמטק ירושלים מהווה אף הוא כשלעצמו נסיבה חיצונית המביאה לזיהויים עם מי שהמעשים בסרט מיוחסים להם. בטענתם זו נסמכים המערערים על הוראת סעיף 3 לחוק.

ואולם, כל הפרסומים בהם הופיעו המערערים בתקשורת תוך חשיפת זהותם הביאו לזיהויים כמי שנמנים על חיילי צה"ל שנטלו חלק במבצע חומת מגן ובלחימה במחנה הפליטים בג'נין. אין באותם הפרסומים, בהם עיינתי, כדי לקשור באופן ספציפי בינם לבין המעשים המיוחסים לחיילים בסרט יותר מאשר כל חייל אחר אשר נטל חלק בלחימה במבצע חומת מגן ובלחימה במחנה הפליטים בג'נין.

53. באשר לפרסום בדף האינטרנט, סבורני כי פרסום זה בשילוב עם המעשים המיוחסים לחיילי צה"ל בסרט, קושר בין המופיעים בתמונה לבין חיילי צה"ל להם מיוחסים המעשים בסרט. אלא מאי? האחריות בגין פרסום התמונה בקשר עם הסרט יוחסה, במסגרת התביעה, לסינמטק ירושלים אשר עמו הגיעו המערערים לפשרה. בנסיבות אלה, איני סבור כי יש לייחס למשיב אחריות על השלכות "שיבוץ" התמונה בדף האינטרנט בו פורסם הסרט. אעיר, למעלה מן הצורך, כי לדידי האחריות על לשון הרע המשתמעת כתוצאה משיבוץ התמונה בדף האינטרנט המפרסם את הסרט צריך שתוטל על הגוף שערך ופירסם את דף האינטרנט ודווקא הסרט הוא המהווה את הנסיבה החיצונית ההופכת לכאורה את דף האינטרנט, בנסיבות העניין, לפרסום דברים העולים כדי לשון הרע משתמעת כלפי שני המערערים שתמונתם מופיעה שם.

(T)(2) דרישת הזיהוי - הקבוצה

54. השאלה המורכבת יותר במקרה זה היא האם האדם הסביר היה מוצא את הדברים שיוחסו בסרט לחיילי צה"ל כמתייחסים לכל אחד מחיילי צה"ל שלחמו בג'נין וביניהם למערערים.

ההכרעה בשאלה האם לשון הרע כלפי קבוצה מתייחסת לכלל היחידים הנמנים עליה תעשה על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. כשם שלא ניתן לקבוע באופן קטגורי כי מילה מסוימת מהווה לשון הרע, כך לא ניתן לקבוע באופן קטגורי כי בהתקיים נסיבה זו או נסיבה אחרת יסבור האדם הסביר כי דברים שפורסמו, המהווים לשון הרע כלפי קבוצה, מתייחסים למעשה לכל אחד מחברי הקבוצה. במסגרת בחינה זו חייב בית המשפט להבחין הבחן היטב בין זיהוי הדברים עם השם הטוב של הקבוצה לבין זיהוי הדברים עם השם הטוב של הפרט הנמנה על הקבוצה. לא בכל מקרה בו ייאמרו דברים על הקבוצה, יקשור האדם הסביר את הדברים לפרט כך שעלולה להיגרם פגיעה לשמו הטוב. לא בכל פעם בה מיוחסים דברים או מובעת דעה באשר לקבוצה, עשויה להיגרם פגיעה בשם הטוב של הפרט. הקביעה כי פרסום דבר מסויים כנגד הקבוצה עולה כדי לשון הרע אינו מחייב את המסקנה כי זו "נקשרה" בעיני האדם הסביר לשמו הטוב של הפרט.

הגם שהכרעה זו צריך שתיעשה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. סבורני שניתן להגדיר מספר מבחני עזר. בהגדרת מבחני עזר אלו, כמו גם ביישומם על נסיבות המקרה הקונקרטי, יש לתת את הדעת לתכליות החוק. בסופו של יום, דרישת הזיהוי, המתווספת לדרישה כי האדם הסביר יסבור כי דברים שפורסמו עלולים לבזות או להשפיל את מושא הפרסום, נועדה לקבוע את גבול ההגנה על השם הטוב. מצידו השני של גבול זה ניצב חופש הביטוי. על כן יש להקפיד כי בהפעלת המבחן האובייקטיבי לא תינקט גישה מרחיבה מדי אשר תפגע ללא הצדקה בחופש הביטוי. יש לתת את הדעת ל"אפקט המצנן" של הכרה נרחבת מידי בתביעות של פרטים הנוגעת לדברים שנאמרו על קבוצה שהם נמנים עליה על חופש הביטוי, במיוחד נוכח העובדה כי פעמים רבות דברים הנאמרים על קבוצה אינם אלא ביקורת או הבעת דעה על תופעה חברתית או על עניין ציבורי. אשר על כן, ספקות באשר למידה בה יזוהה הפרט עם הפרסום יטו את הכף לטובת שמירה על חופש הביטוי.

55. ומכאן, למבחני העזר.

בעניין שטרנהל ובעניין ועד עדת הספרדים, אימץ בית משפט זה את השיקולים המקובלים במשפט האנגלי כמבחני עזר לבחינת ייחוס לשון הרע על קבוצה לפרט הנמנה עליה: גודל הקבוצה הנפגעת; המידה בה ניתן לזהות את חבריה; את מידת הכלליות של הדברים העולבים ומידת ההגזמה שבהם; ואת ניסוחם של הדברים (ראו: עניין שטרנהל, בעמ' 125-127; עניין ועד עדת הספרדים, בעמ' 184-185).

56. אכן, גודל הקבוצה מהווה שיקול מרכזי, אך לא יחידי, לבחינת מידת הזיהוי של האדם הסביר את הדברים שפורסמו ביחס לקבוצה עם כלל חברי הקבוצה. ככלל, ככל שהקבוצה גדולה יותר, הנטייה של האדם הסביר תהיה שלא להקיש מהנאמר על הקבוצה לשמו הטוב של כל אחד מחברי הקבוצה. גודל הקבוצה הוא נתון המקבל משנה תוקף מקום בו מדובר על דברים המיוחסים לחלק מחברי הקבוצה (ועל כך ראו בפסקה 59 להלן). לא בכל הפעמים גודל הקבוצה הוא נתון עובדתי הטעון הוכחה. פעמים רבות, מאחר שהדברים הם בידיעת הכלל, אין צורך בהוכחה עובדתית ומדוייקת של מספר חברי הקבוצה. אמת המידה של גודל הקבוצה הינה אמת מידה מקובלת במדינות רבות בעולם כשיקול בקביעת זיהויו של הפרט עם דברים שנאמרו כנגד קבוצה (ראו: אנגליה - Price & Duodu, בעמ' 36; ארצות הברית - Restatement of Torts § 564A (1977) (Second); Marcus v. Lait, 13 F.R.D. 311 (S.D.N.Y. 1952); Jeffery S. Bromme, *Group Defamation: Five Guiding Factors* 64 Tex. L. Rev. 591, Cass. Crim., January 29, 2008 - צרפת - (1985-1986) 592 604-605 (להלן: Bromme); Bull. Crim. No. 23: גרמניה - עניין Tucholsky; קנדה - עניין Malhab, בפסקאות 64-59).

57. גודל הקבוצה אינו שיקול יחידי ואינו השיקול המכריע. אף מאפייני הקבוצה, ובפרט מידת המסוימות שלה, מהווה שיקול חשוב. ככל שההתייחסות היא לקבוצה מסוימת יותר, כך תגבר הנטייה של האדם הסביר לקשור בין הדברים שנאמרו ביחס לקבוצה לכל אחד מיחידה הקבוצה [ראו: Gately, בעמ' 221-222; עניין Malhab, בפסקה 65; וכן ראו ההתייחסות ב Ruokanen v. Finland, App. No. 45130/06 ECHR [2010] 447 (להלן: עניין Ruokanen)]. כך למשל אין דין האמירה: "השוטרים מושחתים" כדין האמירה: "השוטרים המכהנים בלשכת ניצב X הם מושחתים". באופן דומה, נקבע בעניין שטרנהל כי אין דין האשמה המתייחסת לדייני בתי הדין הרבניים להאשמה המתייחסת לשופטי בית המשפט העליון וזאת בשל השוני במסוימות של שתי קבוצות אלה (שם, בעמ' 129-131).

58. בנוסף לגודל הקבוצה ולמסוימות שלה, יש לבחון את טיב הדברים שנאמרו. ככל שהדברים שנאמרו הם כוללניים, מוגזמים או פשטניים יותר, כך תקטן הנטייה של האדם הסביר לייחס אותם לכל אחד מחברי הקבוצה עליה הם נאמרו. האמור מקבל משנה תוקף כאשר נאמר דבר ביחס לכל חברי הקבוצה כגון "כל הגברים הם גנבים" או "כל הנשים הן כייסות". בנוסף, ככל שהדברים הנאמרים הם יותר מתקבלים על הדעת וככל שהדברים הם קונקרטיים יותר, כך יטה האדם הסביר לקשור בין הנאמר ביחס לחברי הקבוצה לבין כל אחד מן החברים בה (ראו: גנאים, קרמניצ'ר, שנוור, בעמ' 250-Price & Duodu, בעמ' 36; Bromme, בעמ' 608-612; עניין Malhab, פסקאות 77-73; עניין Tucholsky). כך למשל, אין דין אמירה כי: "כל תושבי כפר X הם רוצחים", כדין אמירה כי: "ביום X בוצע רצח של פלוני בו נטלו חלק כל תושבי כפר X". ואולם, האדם הסביר לא יקשור בהכרח אמירה כגון האמירה האחרונה המובאת לעיל לכל אחד מיחיד הקבוצה בשל מופרכותה.

59. דברים המתייחסים לחלק מחברי קבוצה, מבלי שניתן לזהות מי הם היחידים הנמנים על אותו החלק, אינם שוללים את האפשרות כי כתוצאה מן הדברים יקשרו החשדות לכל אחד מחברי הקבוצה אם כי הם בהחלט מקשים על כך. במקרים אלו לגודל הקבוצה חשיבות יתרה. יש לבחון האם מדובר בחשד כה ממשי עד כי האדם הסביר היה קושר אותו לכל אחד מיחיד הקבוצה (ראו: עניין ועד עדת הספרדים; Gately, בעמ' 224-225; Price & Duodu, בעמ' 36-37; Bromme, בעמ' 605-608; עניין Malhab, פסקה 72; וכן ראו ההתייחסות בעניין Ruokanen, פסקה 45). כך למשל אין דין אמירה המופנית כנגד יחידת שוטרים המונה 5 אנשים לפיה אחד מביניהם משתף פעולה עם עבריינים, כדין אותה האמירה כלפי כלל השוטרים בישראל.

60. ער אני לכך כי יש שיטענו כי בחינת טיב הפרסום במסגרת דרישת הזיהוי עומדת בניגוד להסדר הקבוע בחוק איסור לשון הרע ולאופן בו קבע בית משפט זה כי יש לבחון טענות בדבר פרסום לשון הרע, לפיהם יש לבחון תחילה האם הדברים שפורסמו עולים כדי לשון הרע כהגדרתה בסעיף 1 לחוק, ורק בשלב מאוחר יותר יש לבחון קיומן של הגנות כגון אמת בפרסום או הבעת דעה בתום לב (ראו למשל: עניין הרציקוביץ', בעמ' 586). טענה נוספת שעלולה להישמע היא, כי בחינה זו מרחיבה במידה רבה את ההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע. איני סבור כי יש בטענות אלה ממש. כאשר מדובר בלשון הרע על יחיד שניתן לזהותו כמי שאליו התייחסו הדברים שפורסמו, אין כל יסוד להניח כי הדברים אינם עשויים לפגוע בשמו הטוב. לעומת זאת, כאשר הדברים שהתפרסמו מתייחסים לקבוצה, מסקנה זו - של חשש לפגיעה בשם הטוב של יחיד הקבוצה - אינה הכרחית ואינה חלה בכל מקרה ומקרה. על מנת לבחון

האם אכן האדם הסביר היה מזהה את הדברים שנאמרו כלפי הקבוצה והעשויים לפגוע בשמה הטוב עם שמו הטוב של כל אחד מיחיד הקבוצה, יש לבחון (בין היתר) את מידת הרצינות שהיה מייחס האדם הסביר לדברים שפורסמו. אם הדברים באופן אובייקטיבי נתפסים כמוגזמים, כפשטניים או כערטילאיים, לא ייחס אותם האדם הסביר לכל אחד מיחיד הקבוצה.

61. יוער כי היו שהתוו והציעו אמות מידה נוספות לסייע בבחינת אפשרות זיהוי לשון הרע המופנית כלפי קבוצה עם החברים בקבוצה אולם סבור אני כי אמות המידה הנזכרות לעיל הן המרכזיות (ראו למשל: עניין Malhab, פסקאות 69-72; Bromme, בעמ' 808-819). יחד עם זאת, מוצא אני מקום לשוב ולהדגיש כי בסופו של דבר אין ההכרעה נעשית אלא על פי שקלול של מלוא נסיבות המקרה.

ומכאן, לבחינת הסרט שלפנינו על רקע נסיבות המקרה.

62. כפי שציינתי נקודת המוצא לבחינת טענות הצדדים היא כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי לפיהן פרסום הסרט עולה כדי הוצאת לשון הרע וכי למשיב לא עומדות הגנות על פי החוק עומדות בעיניו. כך, ברור שאם מושא הדברים היה אדם ספציפי, היה המשיב נמצא חייב בדין. איני נדרש איפוא לטענות המשיב הנוגעות לעניין הציבורי שבפרסום או לטענות אחרות שנטענו המשיגות על הקביעות האמורות.

המקרה דנא הינו מקרה גבולי. עם זאת, איני סבור כי את הדברים המיוחסים בסרט קושר האדם הסביר עם כל אחד מחיילי צה"ל שלחמו בג'נין.

63. במסגרת הסרט כולו אין התייחסות למקום או לזמן בו התרחשו האירועים הנטענים, והצופה הסביר מקבל את הרושם ("בין השורות") כי אלו התרחשו במהלך מבצע צבאי שהתרחש במחנה הפליטים בג'נין. אין התייחסות בסרט לזהותם של מבצעי אותם המעשים הנטענים, או על איזו יחידה הם נמנו. כל שעולה הוא כי הם חיילי צה"ל. בסרט אין אמירה כי היה מדובר במעשים בודדים או לחלופין אמירה כי היה מדובר ב"דפוס לחימה". ההאשמות בסרט אינן מיוחסות לכלל חיילי צה"ל שנטלו חלק בלחימה. הרושם המתקבל מצפייה בסרט הוא כי האירועים הנטענים בוצעו על ידי חלק מן החיילים.

הקבוצה הרלבנטית היא קבוצת חיילי צה"ל שלחמו בג'נין, האדם הסביר מניח כי מדובר בקבוצה בלתי מבוטלת של חיילים בטווח שעשוי לנוע בין מאות לאלפים.

כאמור, בעניין זה קבע בית המשפט המחוזי כי מדובר במאות חיילים, וקביעה זו עומדת בעינה.

עיקר ההאשמות בסרט מובאות על ידי מי שנחזים להיות תושבי מחנה הפליטים הטוענים כי נפלו קורבן למעשים, כי היו עדים להם או כי שמעו אודות המעשים. עוד מדובר בקטע ערוך אחד ממנו מתקבל הרושם כי הוא מתעד דריסה של אנשים כפותים באמצעות נגמ"ש. הדברים נאמרים על ידי דמויות הנחזות להיות אותונטיות ומשולבים בהם, צילומים "הממחישים" את הטענות, לרבות סצינת הטנק. ההאשמות בסרט הן איפוא קונקרטיות. מדובר בתיאור מפורט באופן יחסי של אירועים מגוף ראשון ושני ולא בדברים כוללנים או עמומים.

64. על חומרתם של המעשים המיוחסים לחיילי צה"ל בסרט אין צורך להכביר מילים. אסתפק בכך שאציין כי ביצוע מעשים כגון המעשים המיוחסים לחיילי צה"ל בסרט, לרבות הרג מכוון של חפים מפשע וחסרי ישע, עומד בניגוד לחוק ובניגוד לערכי צה"ל. מדובר במעשים שאינם מוסריים, אשר כל אדם ששכלו בראשו יודע לומר כי דגל שחור מתנוסס מעל ביצועם [השוו: בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (לא פורסם, 1.7.2009)]. ייחוס מעשים כגון המעשים המתוארים בסרט לחיילי צה"ל הוא מן ההאשמות הקשות ביותר שניתן להטיח באדם. ייחוסם חושף את האדם להוקעה על ידי סביבתו ועל ידי החברה. הוא מעמיד אותו בשורה אחת עם אחרון פושעי המלחמה ועם אחרון הרוצחים. הוא מביא את סביבתו של האדם לו מיוחס ביצוע המעשים להטיל ספק במוסריותו. ההאשמות בסרט חמורות איפוא מאין כמותן.

הז'אנר עליו נמנה הסרט הוא הז'אנר הדוקומנטארי והדבר יוצר קושי בלתי מבוטל לקבוע כיצד היה מעריך האדם הסביר את סבירות ההאשמות ואת רצינותן (השוו: עניין הרציקוביץ', בעמ' 570). מחד גיסא, בסרט צילומים אותנטיים של מחנה הפליטים ושל כוחות צה"ל, והוא מורכב מראיונות עם אנשים, שמאופן הצגתם מתקבל הרושם כי הם תושבי מחנה הפליטים. שורשיו נטועים היטב במציאות, לפחות כפי שזו משתקפת מן הצילומים והראיונות עם האנשים. מאידך גיסא, פרשנותו של היוצר למציאות כרוכה בכל נימיה לאופן בו מוצגת "המציאות". החל מבחירתו בתכנים שיכללו בסרט וכלה באופן בו הם מוצגים, לרבות אופן עריכתם, פס הקול המלווה את חלקיו השונים של הסרט והצילומים המשובצים במהלכו. האופן בו מוצגים הדברים מקשה על הצופה להתרשם כי מדובר בתמונה מנקודת מבטו של היוצר וליצור חוצץ בין תמונה סובייקטיבית זו לבין המציאות כהווייתה. לכך השלכות של ממש על הרושם

שנוצר אצל הצופה הסביר וליכולתו להעריך האם מדובר בהצגת עובדות או בהבעת דעה (במסגרת יצירה אומנותית) [השוו: להערות בית משפט זה על ז'אנר ה"דוקודרמה" בעניין סנש, בעמ' 834-835 ו-854-856 וכן ראו לעניין הביטוי האמנותי: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על חופש הביטוי בפסיקתו של אהרן ברק" ספר ברק 159, 188 (2009)]. יחד עם זאת, איני סבור כי הצופה הסביר יכול שלא להבחין, במקרה זה, בחד הצדדיות בסרט. איני סבור כי בעיני הצופה הסביר נוצר הרושם כאילו במרכזו עומדת מטרת בירור האמת. הסרט בעיקרו מנסה להציג את מדינת ישראל, את צה"ל ואת חיילי צה"ל באור השלילי ביותר האפשרי בהקשר הלחימה במחנה הפליטים בג'נין ואת תושבי מחנה הפליטים כקורבנות של הלחימה על לא עוול בכפם וכמי שעל אף המעשים שנטען כי בוצעו נהגו כגיבורים ולא נפלה רוחם.

65. בסופו של דבר, סבורני כי הצופה הסביר אינו מזהה את לשון הרע על קבוצת חיילי צה"ל שלחמו בג'נין עם כל אחד מן החיילים הנמנים עליה. הצופה הסביר יודע כי מדובר בקבוצה גדולה למדי של אנשים בעוד שמספר האירועים שנטען כי התרחשו בסרט הוא, באופן יחסי לגודל הקבוצה, מספר קטן. במידה מסויימת ההגזמה הנלווית לתיאור האירועים, גורמת לצופה הסביר במדינת ישראל להטיל ספק בסבירות התרחשותם. החד צדדיות המלווה את הסרט מפחיתה אף היא, ובמידה משמעותית, את האפשרות כי הצופה הסביר במדינת ישראל יסבור כי המדובר בדברים שיש לייחס להם אמינות רבה באופן שיביא אותו לזהות אותם כמיוחסים לכל אחד מחיילי צה"ל שלחמו במחנה הפליטים. אי אפשר להתחמק מן הרושם כי מטרת הסרט היא להלל את "רוח הלחימה" של תושבי מחנה הפליטים תוך הכפשה מגמתית של חיילי צה"ל. עם זאת לא אוכל להימנע כי המקרה הוא גבולי. אלמלא חד הצדדיות שבסרט ואלמלא מאפייני הקבוצה, אין לשלול את האפשרות כי מסקנתי הייתה שונה.

66. הערה אחת מתחייבת בהקשר זה. התייחסתי אל הצופה הסביר בישראל. כפי שצינתי בפסקה 35 לעיל, בית משפט זה קבע כי אמת המידה לפיה ייקבע כי דברים שפורסמו עולים כדי לשון הרע, כהגדרתה של זו סעיף 1 לחוק, היא אמת מידה אובייקטיבית, קרי מה הייתה המשמעות שהיה מייחס הקורא הסביר או הצופה הסביר לדברים שפורסמו. בהמשך (ראו פסקה 54 לעיל) הוספתי כי המבחן האובייקטיבי צריך שישמש גם בבחינת שאלת זיהוי לשון הרע על קבוצה ככזו המתייחסת לכל היחידים הנמנים עליה. בהערכתי את האפשרות כי האדם הסביר יזהה את הדברים כמיוחסים לכל אחד מחיילי צה"ל שלחמו במחנה הפליטים התייחסתי לאדם הסביר בישראל. זה החי בתוך המדינה והנושא בידע ובמטען התרבותי שבדרך כלל נושא עימו אדם החי בישראל (השוו: עניין מורדוב, בעמ' 35; עניין בן גביר, בפסקה 10 לחוות דעת השופטת

ע' אדבל). מובן כי במדינת ישראל בה החברה אינה הומוגנית אלא מורכבת מלאומים, עדות ומגזרים שונים להם מטענים תרבותיים שונים והשקפות עולם שונות, עשוי יישומו של מבחן זה לעורר קושי (ראו: ע"א 466/83 שאהה נ' דרדריאן, פ"ד לט(4) 734 (1986); ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1, 6-7 ו-11 (1992); ע"א 9258/04 ח'ורי נ' חברת כל אל-ערב בע"מ (לא פורסם, 21.6.2005), פסקאות ח(3)-ח(5)]. עם זאת בנסיבות המקרה שלפנינו, קושי זה אינו מתעורר לטעמי וזאת מן הטעם שהצופים בסרט הנמנים הן על הציבור הקרוב למערערים והן על הציבור הרחב במדינת ישראל, יראו בדברים שיוחסו בו לחיילי צה"ל שנלחמו בג'נין כהאשמות בלתי סבירות הנטענות על דרך ההגזמה ועל כן לא ייחסו אותם ליחידי הקבוצה.

67. אוסיף ואציין כי נסיבות מקרה זה שונות מנסיבותיו של המקרה שנדון בת.א. (מחוזי ת"א) 1686/00 כ"ץ נ' עמותת אלכסנדרוני (לא פורסם, 29.6.2000) אליו הפנו הצדדים. באותו המקרה נבחנה שאלת קיומה של עילת תביעה של יחידי גדוד 33 של חטיבת אלכסנדרוני כנגד כותב עבודת תזה בחוג להיסטוריה של המזרח התיכון בה יוחס ליחידה ביצוע טבח של מאות גברים נטולי נשק ומגן מבין בני הכפר טנטורה במהלך מלחמת העצמאות. בניגוד לנסיבות מקרה זה, הדברים בעבודת התזה יוחסו ללוחמי יחידה ספציפית ובעבודה אף נזכרו שמות חלק מן התובעים. העובדה כי הדברים הובאו במסגרת עבודה אקדמאית משפיעה אף על המידה בה יסבור האדם הסביר כי המדובר בדברים סבירים שאינם כוללניים. מקרה זה אף שונה מהמקרה שנדון בעניין ועד עדת הספרדים שאף אליו הפנו הצדדים. באותו המקרה פורסם גילוי דעת, בעקבות הצטרפותו של אדם למועצה, בו צויין כי על חברי המועצה נמנים "אישים אנטי ציוניים וקומוניסטיים". באותו העניין הכף הוכרעה בשל גודל הקבוצה ומידת המסויימות שבה. כמו כן, באותו העניין סבר בית המשפט כי בעצם הטענה כי אדם פועל באותו הגוף עם גורמים אנטי ציוניים יש משום הוצאת לשון הרע. במקרה זה, איני סבור כי בעובדה שחיילים משרתים באותו צבא לגביו נטען כי יש בו שמבצעים מעשים מן הסוג המתואר בסרט, יש משום הוצאת לשון הרע במיוחד בשים לב לגודל הקבוצה הרלבנטית.

ממילא סבורני כי היכולת להסיק מקביעה במקרה אחד למקרה אחר היא מוגבלת. כפי שצינתי, הערכת אפשרות זיהויים של יחידי הקבוצה עם לשון הרע המיוחסת לקבוצה נעשית על פי מכלול נסיבות המקרה. אף אם יש נקודת דימיון אחת או יותר בין מקרה למשנהו, אין משמעות הדבר כי אותה המסקנה מתחייבת בשני המקרים.



(ה) העתירה וההליך האזרחי

68. שלא בשולי הדברים אבקש לעמוד על היחס בין הקביעה בפסק הדין בעתירה בנוגע לפגיעה ברגשות הציבור שנגרמה בעקבות הסרט לבין התוצאה אליה הגעתי. במסגרת פסק הדין בעתירה, עמדת השופטת פרוקצ'יה הייתה כי הסרט פוגע פגיעה עמוקה וממשית ברגשות חוגים רחבים בציבור כולו, לרבות חיילי צה"ל שלחמו בג'נין (שם, בעמ' 284). עמדה זו מקובלת עלי. עמדה זו אינה עומדת בסתירה לתוצאה אליה הגעתי. פגיעה ברגשות כשלעצמה אינה אסורה מכוח חוק איסור לשון הרע. חוק איסור לשון הרע עוסק בהפחתת מעמדו של אדם בחברה ובפגיעה בשמו הטוב בעיני אחרים. אף אם הסרט פוגע בתדמית מדינת ישראל ובשמו הטוב של צה"ל ושל קבוצת חיילי צה"ל שלחמו בג'נין כקבוצה, אין משמעות הדבר כי הצופה הסביר בישראל יזהה את הדברים עם חייל פלוני או אלמוני הנמנה על הלוחמים. בהעדר זיהוי כאמור, אין מדובר בהוצאת לשון הרע ואין גם פגיעה בשם הטוב של החייל הספציפי.

סוף דבר

69. נוכח האמור לעיל, סבורני כי בצדק קבע בית המשפט המחוזי כי סרטו של המשיב אינו מהווה הוצאת לשון הרע על המערערים. אשר על כן, אציע לחברי לדחות את הערעור.

אשוב ואדגיש כי אין בכך כדי לגרוע מקביעת בית המשפט המחוזי כי המשיב זנח את טענתו בדבר אמיתות ההאשמות הקשות שבסרטו (וכנראה כי לא בכדי ויתר על טענתו זו). למותר לציין כי אין בתוצאה אליה הגעתי משום מתן משקל או הכרה כלשהם להאשמות המוטחות בצה"ל בסרט. אין בעמדתי כדי לבטל את הפגיעה שאין בליבי ספק שנגרמה לרגשות המערערים כתוצאה מן הטענות הבלתי מבוססות העולות בסרט, פגיעה שהתעצמה מאחר שלקחו חלק בלחימה הקשה במחנה ונוכח קירבתם לחללים שנפלו בקרב שם. עם זאת, רגשות הפרט כשלעצמם אינם מושא דיני לשון הרע. עניינו של חוק איסור לשון הרע בשמו הטוב של הפרט ורק אם הפגיעה בכבודו נגרמה כתוצאה מהפחתת ערכו בעיני אחרים תוכר זו על פי החוק.

איני סבור כי בנסיבות העניין ראוי שנזכה את המשיב בשיפוי בגין הוצאותיו.

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי ולפיה דין הערעור להידחות, אך דרכי שונה במקצת מזו של חברי. טרם אציג את עמדתי לגבי אופן בחינת הדברים, אקדים הערה.

1. חברי עמד על הרציונלים והטעמים שבסיס ההגנה על חופש הביטוי, כפי שהונחו בפסק הדין המונומנטלי בפרשת קול העם. אחד הרציונלים 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" (כדברי השופטת פרוקצ'יה בעתירה שהוגשה כנגד הסרט מושא דיוננו אותה הזכיר חברי בחוות דעתו, בעמ' 272 לפסק הדין (להלן: עניין בכרי)).

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. בהאידינא, האמת העובדתית או ההיסטורית גורשה זה מכבר בבושת פנים מכיסאה ואת מקומה תפס "הנראטיב". לא אמרתי דברים אלה כדי להכניס ייאוש בליבם של רודפי האמת או כדי להפחית חלילה כהוא זה בחשיבותו של חופש הביטוי, אלא שיש להביט בעיני המציאות כפי שהיא.

מיקומו של סעיף 4 כחריג השולל זכות תביעה אזרחית בלשון הרע

2. בבואנו לדון בתביעת לשון הרע, עלינו לבחון את הדברים על פי תרשים הזרימה הבא: תחילה, יש לבחון אם הביטוי מהווה לשון הרע על פי סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק או חוק איסור לשון הרע). לאחר מכן יש לבחון אם המדובר בפרסום מותר אשר נהנה מחסינות (סעיף 13 לחוק) או אם עומדת למפרסם הגנת אמת דיברתי או הגנת תום הלב (סעיפים 14-15 לחוק). משהגענו למסקנה כי המדובר בלשון הרע שאינה חוסה תחת כנפי סעיפים 13-15 לחוק, או-אז אומר לנו המחוקק בסעיף 4 לחוק, כי אם לשון הרע מופנית כנגד ציבור או חבר בני

אדם שאינו תאגיד (להלן: ביטוי שקרי ציבורי) אזי לא ניתן להגיש תביעה אזרחית בגינה. ובקיצור, סעיף 4 קובע מניעה דיונית-סטטוטורית מוחלטת שנקבעה על ידי המחוקק.

על רקע תרשים זרימה זה, נתחיל את הילוכנו.

הסרט מהווה לשון הרע ואיננו נהנה מהגנת אמת דיברתי ותום לב

3. בית משפט קמא פירט בפסק דינו חלק מהסצינות בסרט ואניח לדברים לדבר בעד עצמם:

”בסרט מצולם אדם זקן שידו חבושה כתחבושת גדולה. הוא מספר כי ישן בלילה ואז הכריזו במיקרופונים שעל כולם להתאסף בבית הספר. הוא מספר שכשהלך ועבר ליד חלון, ירה בו חייל ביד, הוא נפל לאדמה ואז אמר לו החייל לקום. הזקן אמר לו שאינו יכול לקום ואז אמר לו החייל “אתה רוצה למות?” וירה בו שוב ברגל.

בסרט מצולם טנק נוסע לעבר קבוצת אנשים ששוכבים על האדמה. כמו כן נראה בסרט פלשתינאי שידיו כבולות מאחורי גבו מובל לשורת השוכבים. הטנק נראה נוסע לכיוון שורת האנשים ונשמע קול שצועק שהטנק עולה עליהם. מיד לאחר מכן נשמע צרור יריות והתמונה מתחלפת באופן שהטנק ניצב שם ואנשים מפנים גופה באלונקה.

בסרט ראיונות עם אנשים שונים. אחד מהם טוען כי טנק עלה על בחור פלשתינאי שהלך בידיים מורמות. אחר טוען שהעמידו ילדים כגדר חיה ושאמרו לילדים לחצוב חורים בקירות ושם לא יעשו כן, יירו בהם. לפעמים דפקו לילד את הראש בקיר ולפעמים ירו בילד.

עד אחר מספר שהוציאו להורג מפגר ונכה, ושכולדוור של הצבא גרף אדם שהיה בתוך בית.

בעדות אחרת נטען, כי לאורך 30 מטר מצא העד 10 גופות במקום שלא טוהר על ידי חייל צה"ל.

עדה אחרת מעידה, שקשרו אדם בשם אבו ג'נדל ואחרי שקשרו אותו, ירו לו בלסת.

מנהל בית החולים בג'נין מספר גם הוא על אבו ג'נדל וכן הוא מספר כי בית החולים הופגז ונהרס וכי צה"ל פגע במתכוון באספקת המים והחשמל של בית החולים.

כן העיד כי צה"ל לא איפשר למכבי האש להגיע לבית החולים וכך גם לא איפשר לאמבולנסים להגיע.

עד אחר העיד כי ירו בנשים.

עד נוסף העיד כי בולדוזרים הרסו בתים על אנשים כשהאנשים ישנים וכי לא נשאר בניין אחד על תילו.

עד אחר סיפר כי גנבו לו מתוך הבית 5,000 דנר שהוא חסך למימון טיפולים רפואיים.

מסצינת הטנק יכול הצופה להתרשם כי משוריין של צה"ל דרס קבוצה של פלשתינאים כפותים ששכבו חסרי ישע על הקרקע. סצינה זו, כשלעצמה, מפריכה את טענת המשיב כי ביקש אך ורק להביא את זווית הראייה של תושבי המחנה, את חוויותיהם ואת סיפורם-שלהם, ולכן "אין כל מקום לתיקונים או התנצלויות". כשנשאל המשיב על כך השיב כי המדובר ב"בחירה אמנותית". למותר להזכיר כי המדובר בסרט תעודה דוקומנטרי, להבדיל מדוקו-דרמה או ז'אנר אחר שאינו מחוייב בהכרח לעובדות כהוותן. המשיב לא הביא לידיעת הצופה כי הדברים נאמרים מפי אנשי המחנה, מבלי להתיימר לבחינה אובייקטיבית שלהם, שאם היה עושה כן, ייתכן והיה בכך כדי להקהות עוקצה של התביעה (כך סברו גם המערערים עצמם כפי שעולה מעמ' 8 לסיכומיהם בבית משפט קמא).

4. בעניין בכרי, פורטו הממצאים והטענות המפריכים את הנאמר בסרט. 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 כזכו (אם כי לא במשמעות המקורית של הביטוי "מיטב השיר כזכו" שטבע ר' משה בן עזרא).

5. המשיב לא הסתפק בטענה כי ביקש אך ורק להביא את קולם האותנטי של תושבי המחנה, אלא העלה טענת "אמת דיברתי". ברם, כפי שעולה מפסק דינו של בית משפט קמא, הגנת "אמת דיברתי" של המשיב נתבררה כפתטית:

"בחקירתו בבית המשפט נשאל הנתבע (המשיב – U.1). אם בדק הדברים והשיב "האמנתי לאנשים" (פר' עמ' 38 ש' 23). בהמשך בחקירתו בבית המשפט אישר הנתבע, כי הוא יכול להישבע בכל ספרי הקודש שאין בסרט עדות שקרית אחת (פר' עמ' 38 שו' 24-25). וזאת משום שהבן אדם הוא ערך עליון בעיניו (שם שו' 27). בהמשך

הוא טוען שהאמין לעדים על סמך זה שהסתכל להם בעיניים והאמין להם (שם שו' 31)."

עוד נתברר כי אין מדובר בלשון הרע שמקורה ברשלנות ואי דיוק, אלא בלשון הרע שבבסיסה חוסר תום לב ומגמה מכוונת לעיוות של הדברים, ואחזור ואפנה לממצאי בית משפט קמא:

"בענייננו, הוכח חוסר תום לב מובהק של הנתבע בכך שאישר, כי בתרגום האנגלי לסרט מופיעות מפי העדים המילים "טבח" ו"רצח עם" בעוד שמילים אלה לא נאמרו מפי העדים בסרט (פר' עמ' 29 שו' 13, 15 ועמ' 30 שו' 4-5) ואין להן זכר בתרגום העברי לסרט (פר' עמ' 29 שו' 20)."

6. המשיב טען כי שמועות ופרסומים אודות הטבח כביכול שהתרחש במחנה הפליטים ג'נין, נפוצו באמצעי התקשורת בארץ ובחו"ל עוד בעת המבצע ולאחריו, כך שאין רבותא בסרט. בנקודה זו אני מסכים עם המשיב כי סרטו אינו יוצא דופן בקלות הבלתי נסבלת של ייחוס "פשעי מלחמה" לצה"ל ולחייליו. אולם טענה נוסח "לא רק אני אמרתי גם אחרים אמרו" אינה מהווה כמובן הגנה על פי חוק איסור לשון הרע.

סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע כשולל את כוח התביעה האזרחית

7. משהגענו למסקנה כי המשיב הוציא לשון הרע ולא עומדות לו הגנות החוק, השאלה היחידה הצריכה לענייננו היא אם עומדת למערערים זכות תביעה כנגדו, נוכח לשונו של סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע. אחזור ואעמיד את הסעיף נגד עיננו:

לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד, דינה כדין לשון הרע על תאגיד, אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה, ולא יוגש כתב אישום בשל עבירה לפי סעיף זה אלא על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו" (הדגשה הוספה – י.נ.).

סעיף 4 לחוק מהווה חריג לזכות התביעה של מי שנפגע עקב לשון הרע שהוצא כנגדו. יהיו שיטענו כי כחריג לכלל המכיר בתביעת לשון הרע, יש לפרשו על דרך הצמצום. יהיו שיטענו כי הכלל עצמו מהווה חריג לכלל של חופש הביטוי ולכן יש לפרש באופן מרחיב את סעיף 4, כחריג לחריג המחזיר אותנו לכלל של חופש הביטוי.

איני סבור כי כללי פרשנות טכניים אלה, בבחינת מידות של פרשנות שהמשפט נדרש בהן, יכולים להיות בעזרנו במקרה הנן, ושומא עלינו לפרש את הסעיף על פי לשונו ותכליתו.

8. סעיף 4 לחוק מפקיע את כוח התביעה של היחיד במסלול האזרחי. ניתן להצביע על מספר רציונלים העומדים בבסיס "הפקעה" זו:

(-) חשש לריבוי תביעות שיגרמו לאפקט מצנן בשוק הדעות החופשי, ולפגיעה בחופש הביטוי וחופש העיתונות עקב כך. להבדיל מאיזון האינטרסים בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי, שנעשה אד-הוק בכל תביעה המוגשת על ידי יחיד שנפגע עקב לשון הרע (להלן: ביטוי שקרי פרטי), הרי שבסעיף 4 לחוק המחוקק איזן מראש בין האינטרסים הנוגדים וחסם את הדרך בפני תביעה אזרחית בגין ביטוי שקרי ציבורי. זאת עשה המחוקק, מאחר שסבר כי כאשר מדובר בביטוי שקרי ציבורי יש להעדיף את חופש הביטוי על פני הפגיעה בשם הטוב.

האיזון שמצא המחוקק לעשות במקרה של ביטוי שקרי ציבורי הוא העברת כוח התביעה אל המדינה הרשאית לנקוט, במקרים המתאימים, במסלול הפלילי. הבחירה של המחוקק במסלול הפלילי, להבדיל מהמסלול האזרחי שהוא דרך המלך בתביעות לשון הרע, מעידה על מגמת המחוקק לצמצם את כוחה של המדינה למקרים בהם מעורבים אינטרסים ציבוריים כבדי משקל וכאשר עוצמת הביטוי השקרי הציבורי גבוהה במיוחד.

(-) ההנחה היא כי בביטוי ציבורי שקרי הנזק "מדולל" ומתפזר בין כל חברי הקבוצה, כך שעוצמתו של הביטוי השקרי או המעליב נחלשת בשל גודל הקבוצה.

(-) בביטוי שקרי ציבורי, נפגעת יכולתו של הנתבע להוכיח כי הוא זכאי להגנת "אמת דיברתי" כלפי כל אחד ואחד מיחיד הקבוצה.

(-) רציונל אפשרי נוסף הוא, שכאשר בביטוי שקרי ציבורי עסקינן, הגשת התביעה אינה עניינו הפרטי של מי מהציבור או הקבוצה, אלא עניינה של המדינה. לא היחיד צריך לריב את ריבו של הציבור ואין מקום "להפרטתה" של זכות התביעה והעברתה לידי בודדים. לכן בא סעיף 4 לחוק ומפקיע את זכות התביעה מהיחיד ומעבירה למדינה הרשאית לפעול בדרך של הגשת כתב אישום באישור היועץ המשפטי לממשלה (כפי שהגשת כתב אישום בעבירה של הסתה לגזענות נדרשת הסכמה בכתב

של היועץ המשפטי לממשלה – סעיף 144 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). בענייננו, המערערים לא פעלו למען אינטרס פרטי שלהם, אלא בשירות המדינה, ולכן, הפגיעה שנגרמה להם עקב שירותם כחיילי מילואים, אינה עניינם הפרטי כתובעים. יש בכך תמונת ראי לחובתה של המדינה להיחלץ ולהגן על חיילי צה"ל ועל הפועלים בשירותה, אשר עשויים למצוא עצמם ביום מן הימים כנתבעים בשל פעולתם למען המדינה, שהרי לא למען עצמם הם פועלים אלא למען המדינה.

9. מי הוא זה ואיזה הוא אותו ציבור או חבר בני אדם בו דיבר סעיף 4 לחוק? חברי השופט דנציגר סבור כי אין צורך להכריע בפרשנות המונחים "ציבור" ו"חבר בני אדם". לגישתו, הסוגיה המשפטית מתמקדת בשאלה האם לשון הרע כלפי קבוצה מתייחסת לכלל היחידים הנמנים על הקבוצה, ושאלה זו יש לברר בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. לכך אני מסכים. אלא שבהמשך, חברי נותן בקבוצה סימנים, שאחד מהם מתייחס לתוכנו של הביטוי השקרי. ככל שהביטוי הוא קונקרטי ועוצמתי יותר כך תגבר הנטייה להכיר בזכות התביעה של כל אחד מחברי הקבוצה. במקרה כזה, ההנחה היא כי הביטוי השקרי הקונקרטי והעוצמתי פגע בכל אחד ואחד מחברי הקבוצה ולכן תעמוד ליחיד זכות תביעה פרטית.

אלא שבדיקת תוכנו של הביטוי אם הוא קונקרטי-עוצמתי אם לאו, מעוררת קושי בשלושה מישורים. ראשית – היא אינה מעוגנת בלשון סעיף 4 לחוק, שנית – בחינת תוכן הביטוי אמורה להיעשות בשלב המקדמי במסגרת סעיף 1 לחוק, שלישית – היא אינה מתיישבת עם התוצאה הסופית אליה הגיע חברי ולפיה התביעה נופלת בגדרו של סעיף 4 לחוק למרות שמדובר בביטוי קונקרטי ועוצמתי. אבהיר להלן את דברי.

10. סעיף 4 פותח במילים "לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד". פשוטו של מקרא, כי המחוקק יוצא מנקודת הנחה כי הביטוי מהווה לשון הרע, אך למרות זאת, שולל המחוקק את זכות התביעה הפרטית. סעיף 4 לחוק אינו מתייחס לתוכן הביטוי השקרי אלא לזהות הגורם לו מיוחס הביטוי השקרי, קרי, ציבור או חבר בני אדם שאינו תאגיד, שאז נחסמת זכות התביעה האזרחית.

הדרך לסעיף 4 לחוק עוברת דרך הגדרת לשון הרע בסעיף 1 לחוק, וסעיף זה אינו מבחין בין ביטויים עוצמתיים או קונקרטיים לביטויים שאינם כאלה. מכאן, שהשאלה אם מדובר בציבור או בקבוצה מסויימת אינה נגזרת מהביטוי השקרי עצמו ואף אינה תלויה בשאלה אם הביטוי השקרי פגע בכל אחד ואחד מיחיד הציבור או הקבוצה. אכן, בעניין שטרנהל נקבע כי כאשר מילות העלבון מעליבות בהכרח כל אחד

מהחברים הנמנים על הקבוצה, תקום לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה עילת תביעה. אלא שפרשת שטרנהל נדונה עוד לפני שנחקק חוק איסור לשון הרע ויש במבחן זה כדי לרוקן מתוכן את סעיף 4 לחוק. לטעמי, אמירה כי בני עדה מסוימת הם קמצנים אינה שונה מאמירה כי בנות עדה מסוימת הן מתירניות מבחינה מינית. בשני המקרים מדובר בביטוי שיכול לפגוע באופן אישי בכל אחד מחברי הקבוצה אך בשני המקרים מדובר בקבוצה לא מסוימת הנכנסת לגדרו של סעיף 4 לחוק (לדעה אחרת ולפיה אמירה מהסוג האחרון עשויה להתקבל כקביעה עובדתית הפוגעת אישית בכל אחת מבנות העדה ולכן מקנה זכות תביעה ראו ח'אלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנור לשון הרע – הדין המצוי והרצוי 250 (התשס"ה)). תוכנו של הביטוי נבחן בשלב המקדמי לצורך הקביעה אם מדובר בלשון הרע. כאשר הביטוי הוא כללי ולא קונקרטי, ייתכן כי מלכתחילה לא נראה בו לשון הרע, מאחר שהאדם הסביר לא יתן לכך משקל כי לא יקשור את הדברים ליחיד הקבוצה. כך, ייתכן כי אמירה בנוסח "כל עורכי הדין לא ישרים" לא תיחשב מלכתחילה כלשון הרע דווקא בשל יסוד ההגזמה והכלליות של הביטוי. זאת, בדומה לדיני החוזים, שאינם מייחסים הטעייה למוכר המהלל ומשבח את סחורתו בנוסח "הטוב ביותר" או "המהיר ביותר" באשר אין דרכם של נושאים ונותנים להתרשם מאמירות אלה שהן בבחינת "גוזמא בעלמא" (*mere puff*).

11. זו אפוא נקודת המחלוקת ביני לבין חברי. לגישתו של חברי, הכלליות או ההגזמה בדברים היא אינדיקציה לשאלה אם יש לייחס את הדברים לכל חברי הקבוצה (סעיף 58 לפסק דינו). לדידי, היא אך אמת מידה לשאלה המקדמית האם הדברים הם בגדר לשון הרע מנקודת מבטו של האדם הסביר. לשון אחר, זהותם ומסוימותם של הציבור או הקבוצה עליה נסב הביטוי השקרי, אינם פועל יוצא של הביטוי עצמו. הביטוי השקרי יכול ויהיה קונקרטי אך למרות זאת הקבוצה לא תהא ייחודית ומוגדרת, ולהיפך. כך, במקרה שבפנינו, חברי סבור כי הביטוי השקרי הוא קונקרטי ועוצמתי אך למרות זאת הגיע למסקנה כי אין לייחס את הדברים למערערים אלא לכלל חיילי צה"ל שפעלו בג'נין, קרי, כקבוצה בלתי מסוימת. מכאן, שמושא הביטוי השקרי, אינו נגזר מתוכנו של הביטוי. כל עוד לא מצא המחוקק לקבוע הגדרה נפרדת וייחודית ללשון הרע על ציבור, איני סבור כי טיבה של הקבוצה, כקבוצה מזוהה אם לאו, נגזר מהביטוי השקרי עצמו. עם זאת, ברי כי עוצמתו של הביטוי השקרי ומידת הקונקרטיות שלו, מהווים שיקולים רלוונטיים לבחינת השאלה אם יש מקום לנקיטת הליכים פליליים כנגד מפרסם לשון הרע.

12. חוזרת השאלה למקומה. מיהו אותו ציבור או חבר בני אדם שאינו תאגיד, שהוא מושא הביטוי השקרי אליו התייחס המחוקק בסעיף 4 לחוק.



לבחינת השאלה על מי נסב הביטוי השקרי, יש להבחין בין קבוצה שאינה ניתנת לזיהוי לבין קבוצה אשר נוכח גודלה או מאפייניה הייחודיים, ניתן לזהות את יחידיה. יש להבחין בין "יחידים רבים" בקבוצה מסויימת ומוגדרת כפי שנדון בעניין ועד עדת הספרדים, לבין ציבור או קבוצה לא מוגדרת, בהם היחידים מאבדים את זהותם ואת מעמדם המשפטי כנשואי לשון הרע (בר"ע (מחוזי ים) צימרמן נ' גרוס (לא פורסם, 27.12.1998)). ככל שהקבוצה קטנה ומוגדרת יותר, כך היא מסויימת יותר. גודל הקבוצה משפיע על היכולת לזהות את הנמנים על הקבוצה ועל כך שהאדם הסביר שהפרסום מגיע לאוזניו עלול לייחס למי מחברי הקבוצה או לכל חברי הקבוצה את הביטוי השקרי. אכן, גודל הקבוצה אינו מבחן קונקלוסיבי ולא כל קבוצה גדולה היא בהכרח בלתי מסויימת. עם זאת, גודל הקבוצה הוא מבחן מרכזי. ככל שהקבוצה גדולה יותר כך יתקשו הפרטים בקבוצה לטעון כי המדובר בביטוי שקרי פרטי ולהיפך, ככל שהקבוצה קטנה יותר כך יקל להדוף את הטענה כי מדובר בביטוי שקרי ציבורי לגביו חל החריג בסעיף 4 לחוק. לדוגמה, יש להבחין בין אמירה בגנותם של ציבור עורכי הדין לבין אמירה בגנותם של עורכי דין המעורבים בפרשיה מסויימת, באשר אלו מזהים ומסויימים.

13. שלא כטענת המשיב בסיכומיו, האמירות השקריות בסרט אינן כלליות אלא קונקרטיות, כך שענייננו בביטויים שקריים קונקרטיים ועוצמתיים. עם זאת, ובכך אני מצטרף לדעתו של חברי, 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. כך נתפסים הדברים בקרב הציבור, וכך נתפסו גם בבית משפט זה עוד טרם התעוררה השאלה שבפנינו, כפי שניתן ללמוד מדברי השופטת פרוקצ'יה בעניין בכרי (שם, בעמ' 284):

"דעתי היא כי בנסיבות העניין, אף שמדובר בפגיעה עמוקה וממשית, אין היא מגעת כדי הסף הגבוה הנדרש לצורך הסגתו של חופש הביטוי מפניה. 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" (הדגשות הוספו – י.ו.).

בהמשך הדברים אומרת השופטת פרוקצ'יה כי הסרט פוגע בחייל כפרט, אך ברי כי הכוונה לחייל כפרט בקרב חיילי צה"ל. בסרט עצמו, אין כל אמירה המתייחסת במישרין או בעקיפין אל מי מהמערערים, אין זיהוי ספציפי שלהם ואף לא זיהוי קבוצתי-ספציפי כמו היחידה בה הם משרתים.

14. המערערים טענו כי בשל חשיפתם לתקשורת, הם מזוהים כיום בציבור כמי שהשתתפו בקרבות בג'נין. אני מסכים עם חברי (סעיף 47 לפסק דינו) כי הוראת סעיף 3 לחוק עומדת על רגליה שלה במנותק מהוראת סעיף 4 לחוק. את השאלה אם מדובר בביטוי שקרי פרטי או בביטוי שקרי ציבורי – שאז יחול החריג הקבוע בסעיף 4 לחוק – יש לבחון על פי מושא הביטוי השקרי ולא על פי התפתחויות חיצוניות. במקרה דנן, הביטוי השקרי מתייחס לחיילי צה"ל שפעלו במחנה הפליטים ג'נין במהלך מבצע "חומת מגן", וככזה, הוא מופנה לציבור בלתי מסוים או לקבוצה בלתי מסוימת. העובדה שבשלב מסוים המערערים נחשפו כחלק מחברי הקבוצה, בין ביוזמתם ובין שלא ביוזמתם, אינה הופכת את הביטוי השקרי הציבורי לביטוי שקרי פרטי. בכך שונה ענייננו מהדוגמה שהביאו המערערים בסיכומיהם בבית משפט קמא, של פרסום לשון הרע על תאגיד, ממנו משתמע גם דברים חמורים אודות בעל תפקיד באותו תאגיד. פרסום על התאגיד לא נכנס מלכתחילה לגדרו של סעיף 4 לחוק, בהיותו ביטוי שקרי פרטי נוכח מושא הביטוי. ובכלל, קשה להלום שהכוח "להסב" ביטוי שקרי ציבורי לביטוי שקרי פרטי ימצא בידיו של כל אחד ואחד מפרטי הציבור או הקבוצה, אך ורק מאחר שאותו פרט יבקש לזהות אותו עם חברי הקבוצה, או מאחר שחוג המכרים והקרובים אליו גדול יותר מזה של פרט אחר בקבוצה. לדוגמה, כאשר הביטוי השקרי נסב על ציבור עורכי הדין במחוז תל-אביב, אין בעובדה שעורך דין פלוני מזדהה כעורך דין מתל-אביב, כדי להפוך את הביטוי השקרי מציבורי לפרטי.

סיכומו של דבר, שענייננו בביטוי שקרי ציבורי, ביטוי שקרי שהוא אכן קונקרטי ועוצמתי במעשים החמורים שהוא מייחס לחיילי צה"ל שפעלו במחנה הפליטים בג'נין. עם זאת, הביטוי השקרי נסב על קבוצה בלתי מסוימת, ולכן נופל לגדרו של סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, ומכאן שלא עומדת למערערים זכות תביעה בעוולה אזרחית.

15. לא אכתד כי התוצאה אליה הגענו מעוררת תחושה של אי נחת. אולם כמו בכל מקרה בו נדרש בית המשפט לפרשנותו של חוק – במקרה דנן סעיף 4 לחוק – על בית המשפט להתרומם מעל הנסיבות הקונקרטיות של המקרה המובא בפניו, וליתן דעתו על

השלכות פסיקתו במקרים אחרים, הן כאלה שניתן לצפותם והן כאלה שלא ניתן לצפותם.

לדידי, דווקא במדינה כה מקוטבת-משוסעת-מפולגת כמו ישראל, יש להקפיד ולשמור על גבולות הגזרה של סעיף 4. שאם לא כן, נמצאנו מרכיבים בתביעות מצד קבוצות שונות באוכלוסיה בחתכים של פוליטיקה-דת-עדה-גזע-מין-מעמד-גיל-מקום מגורים-נטייה מינית-מוגבלות ועוד. אזכיר כי ההגדרה של לשון הרע בסעיף 1 לחוק כוללת גם ביטויים שעשויים להשפיל ולבזות, ומן המפורסמות הוא שהציבור בארץ הוא מהנעלבים בנקל ומהמרכיבים להתדיין (ואיני סבור כי אני חוטא בכך בלשון הרע). לכן, קיים חשש ממשי כי פרשנות מצמצמת לסעיף 4 לחוק, תעודד תביעות סרק ותגרום להעברת מרכז הכובד של הדיון הציבורי אל כתלי בית המשפט. תוצאה זו היא בלתי רצויה בעליל, הן מאחר שמקומו הטבעי של השיח הציבורי אינו בבית המשפט והן מחשש לאפקט מצנן של חופש הביטוי דווקא בנושאים המצויים בלב המחלוקת הציבורית-פוליטית.

סופו של דבר, שאני מצטרף לדעתו של חברי כי דין הערעור להידחות.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

גם לדעתי, כדעת שני חברי, דין הערעור להידחות. הסרט אכן מלא וגדוש בדברים – שאינם אמת, ולא עומדות למשיב הגנות שבחוק. עם זאת – ולענין הניתוח בסוגיה זו מקובלים עלי דברי חברי השופט עמית – סעיף 4 לחוק מפקיע את כוח התביעה של היחיד במסלול האזרחי. אכן, במקרה הקונקרטי התוצאה קשה היא בשל עוצמת דברי הבלע. תחושותיהם של המערערים מובנות הן. אלא שהפרשנות שיש לתת לדבר החקיקה אינה יכולה להיות מושפעת מעובדות המקרה הקונקרטי, ולא ראיתי מנוס מדחיית הערעור.

ש ו פ ט

הוחלט - על דעת כל שופטי ההרכב - לדחות את הערעור.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ה בתמוז התשע"א (27.7.2011).

שופט

שופט

שופט